

職務質問における有形力の行使（2・完）

明 照 博 章

- 一 本稿の目的
- 二 最決昭29・7・15刑集8巻7号1137頁が下されるまでの判例の動向
(以上, 17巻3号)
- 三 その後の判例の展開
- 四 結論(以上, 本号)

三 その後の判例の展開

以上の検討から、判例上、「逃げる気配をみせた相手の肩に手をかける行為」および「逃げようとする者を追跡する行為」の適法性を判断する際には、具体的な職務質問の時刻、天候、その当時の被告人の風体、所持品および挙動、さらに、警察官と被告人との一連の対応関係を前提として、職務質問をさらに続行しかつ自己の疑念を解くために、職務質問をする必要があると考えることが「当然」であるかを検討し、それが肯定される場合には、逃走する被告人を上記のような一定の身体接触をもって停止させこれに質問し得ることが明らかとなった。すなわち、「停止させる必要な手段方法は客観的に妥当であると判断される適切な手段方法を選ぶべく、決して暴行に亘るべき態度に出づべきでないことは勿論のことであるが斯かる手段方法である限り多少の実力を加えることも正当性ある職務執行上の方法」であり（昭和28年12月7日名古屋高裁判決）、「具体的に妥当な方法と判断される限り暴行に亘らぬ実力を加えることも正当性ある職務執行上の方法」である（昭和27年12月15日札幌高裁函館支部判決）ことを肯定すると共に、「更に自己の疑念を解くため」の行為はそれが「強制にわたらない程度において」、あるいは「注意を与えあるいは翻意せ

しめて本来の職責を忠実に遂行するための最大の努力を払うのが」、「その職責に忠実な所以」であること（昭和29年5月18日東京高裁判決）を認めたのである。もっとも、上記の基準はかなり抽象的であり、昭和29年5月18日東京高裁判決では、「警察の活動は…いやしくも日本国憲法の保障する個人の自由及び権利の干渉にわたる等その権能を濫用することになつてはならない」とする一方で、昭和28年12月7日名古屋高裁判決においては、国民に、「法的にはないにせよ、対警察協力義務に近いもの」を要求していたので、職務質問において、具体的に、如何なる範囲で人に対する有形力の行使が許容されることになるのかについては、これ以降の裁判所の運用如何にかかっていたといえる。そこで、以下では、①上記の判例が示した基準をそれ以降の判例がどのように明確化しているのか、②判例上、職務質問における停止行為は如何なる目的で行われる必要があるのか、③職務質問において許容される有形力の程度に変化はあるのか、および、有形力の行使の程度と嫌疑の濃厚性とは関係があるのかという観点から、判例の動向を検討する。

1 判例の示した基準の明確化

東京高判昭60・9・5⁴⁴⁾では、警察官が職務質問のために逃走しようとして抵抗する者を一時停止させるに当たり、その両肩あるいはジャンパーの両襟を掴んだ行為の適法性が問題となったが、東京高裁は、「警察官職務執行法二条一項について按ずるに、同項に該当すると目される者に対し、警察官が職務質問をするため停止させようとするに当たり、その目的を遂行するうえで、逃走を図り又は抵抗する被質問者らに対して、それを制止するため具体的状況に則して、社会通念上妥当な範囲内で一時的に有形力を行使することが出来ることは、所論引用の最高裁の判例⁴⁵⁾をはじめとしてつとに是認されているところである」としているが、ここでは、警職法2条1項に基づいて遂行できる有形力の行使の範囲について一般論を展開すると共に、それが判例において是認されていることも指摘している点で重要である。⁴⁶⁾⁴⁷⁾そして、大阪高判昭63・3・

1⁴⁸⁾は、「X、Yの両巡査部長が、職務質問中に逃げ出した被告人を、約二七〇メートルにわたって追跡し、停止した被告人に追い付くや、それぞれが肩と腕とをつかんで、一〇数メートル離れた警察官派出所に同行し」、その後被告人の承諾を得て所持品検査が行われたことを前提として、両巡査部長の行為に関する適法性の判断基準について、「職務質問ないしこれに付随する所持品検査は、それが犯罪の捜査として行われる場合であつても、任意手段であることに変わりはないが、任意捜査においても、有形力の行使が全く許されないわけではなく、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にわたらない限り、必要性、緊急性などをも考慮した上、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、と解すべきものである（最高裁昭和五〇年（あ）第一四六号同五一年三月一六日決定・刑集三〇巻二号一八七頁参照）」としている。ここで参照されている昭和51年決定は、上述のとおり、「任意捜査における有形力の行使」が強制捜査にあたらぬ場合のあることを、最高裁として初めて認め、その有形力行使の許容基準として「必要性、緊急性および相当性」という基準を示した判例であるが、「職務質問における有形力の行使」の許容性判断に際しても、同決定において判示された基準を用いることが確認された点において、昭和63年大阪高裁判決は注目に値する。

ここで、昭和60年東京高裁判決において示されていた基準と大阪高裁63年判決において示された基準とは、「形式的には」異っているので、両者の関係が問題となる。東京高裁は、そこで示された基準が従来の職務質問に関する判例においても是認されていたとする一方で、大阪高裁は、「職務質問ないしこれに付随する所持品検査は、それが犯罪の捜査として行われる場合であつても、任意手段であることに変わりはない」とし、昭和51年最高裁決定を参照している。東京高裁のいう判例の中に、昭和51年最高裁決定が含まれているとすれば、両高裁判決は、表現は異なるものの「実質的には」同一であるとい

う解釈が可能となる。そして、大阪地判平2・11・9⁴⁹⁾、東京地判平4・9・3⁵⁰⁾、東京高判平9・3・27⁵¹⁾等は、大阪高裁63年判決に従い、職務質問における有形力の行使に関して昭和51年決定と同旨の判断基準を用いて、その適法性を判断しているが、これは、上で述べた解釈の妥当性を裏づけていると考え得る。それゆえ、判例上、職務質問における有形力の行使の適法性について「必要性、緊急性および相当性」を考慮してその適法性を判断していることが確認できたことになる。

2 職務質問の際の停止行為の目的

職務質問の際の停止行為に関して、東京高判昭49・9・30⁵²⁾は、「警察官職務執行法二条一項の警察官の質問はもつぱら犯罪予防または鎮圧のために認められる任意手段であり、同条項にいう『停止させる』行為も質問のため本人を静止状態におく手段であ(る)」とし、停止の意義は、「質問のため本人を静止状態におく手段」であることを明言しており、最近、最決平15・5・26⁵³⁾においても「質問を継続し得る状況を確保」するために一定の有形力の行使を許容したのである。すなわち、本件では、入れ墨をした被告人が、ラブホテル「A」で予定時刻を過ぎてもチェックアウトせず、再三催促されても曖昧な態度をとって宿泊料金の精算をしないばかりか、一度に5缶の飲料水を注文してきたので、不安となったホテルの責任者Bが110番通報をし、駆けつけた警察官Cら4名が、被告人の拒絶を押し切って被告人のいる客室301号内に立ち入った。これに対して、殴りかかってきた全裸の被告人を警察官C、D両名で約30分間ソファーに押さえつけて、被告人の財布に関して所持品検査が実施され、その中から覚せい剤が発見されたので、被告人は現行犯逮捕された。その後発付を得た強制採尿令状に基づいて採取した被告人の尿中からも覚せい剤が検出されたため、被告人は覚せい剤の使用・所持の事実により、起訴されたが、職務質問に付随する有形力の行使につき、第1審⁵⁴⁾では、「職務質問の実施・継続を確保するため、被告人が自ら開けた客室のドアを閉めようとするとき

に、そのドアを手で引き留めたり、ドアとドア枠の間に足を挟み入れるなどして、ドアが閉まることを阻止するため必要かつ相当な有形力を行使することは、警職法二条一項に定める停止行為に準ずるものとして許されると解される」としており、第２審⁵⁵⁾でも、第１審の用いた要件を前提として、「C 巡査が職務質問を続行するために三〇一号室の内ドアを被告人と押し合っただけをほぼ全開にし、再びドアを閉められないように同室と内玄関の境の敷居上辺りに足を踏み入れたことについては、原判決のいう、職務質問の実施、継続を確保する観点からドアが閉まることを阻止するための必要かつ相当な有形力の行使（警察官職務執行法二条一項に定める停止行為に準じるもの）として適法というべきである」としているのであるから、上記の部分について、第１審と第２審とでは差異がないことになる⁵⁶⁾。そして、最高裁でも、「被告人の行動に接した警察官らが無銭宿泊や薬物使用の疑いを深めるのは、無理からぬところであって、質問を継続し得る状況を確保するため、内ドアを押し開け、内玄関と客室の境の敷居上辺りに足を踏み入れ、内ドアが閉められるのを防止したことは、警察官職務執行法２条１項に基づく職務質問に付随するものとして、適法な措置であったというべきである」としている。このように、平成15年最高裁決定は、第１審で言及された「職務質問の実施・継続を確保するため」、第２審で言及された「職務質問を続行するために」および「職務質問の実施、継続を確保する観点から」という基準（視点）を「質問を継続し得る状況を確保するため」という形で改めて確認しているのである⁵⁷⁾。

以上のように、判例上、停止の意義は、質問のため本人を静止状態におく手段と解されており、言い換えると、職務質問における停止行為の目的は、質問を継続し得る状況を確保することにあると考えられている、と評価することができる⁵⁸⁾。

３ 許容される有形力の行使の程度

例えば、大阪地判昭33・1・14⁵⁹⁾は、「K 巡査部長が…被告人等が今にも喧

嘩を始め兼ねない情勢にあつたとみて『どうした早く帰らんか』と注意したが、尙も相手に食つてかかっているので左後方より被告人の肩に手をかけ『早く帰れよ』といったのに対し、手を払いのけ、同巡査部長が更にその場で職務質問することが交通の妨害となると認めて交番に行こうといつて被告人の左手首を左手で、二の腕を右手で掴んで附近の派出所に連行しようとした」行為の適法性について、「警察官としては個人の生命、身体、財産の保護、犯罪の予防公安の維持等の職権職務を有するのであるがその権限行使の方法については刑事訴訟法に基く外警察官職務執行法に基いてなされることを要するのであつて、右の如き状況で被告人の肩に手をかけ『どうしたのだ』と尋ね又は『早く帰れよ』ということはもとより適法な職務執行であるが、その際被告人よりその手を払いのけられたからといつていきなり被告人の腕を両手で把えて派出所に強制的に連行しようとするのは明らかに行き過ぎの違法の行為であり同法第二条第三項に違反するものであるところ、それを引き放されてから更に同様の方法で派出所に連行すべく腕を把えて五、六歩行つたというのであるからその所為は適法な職務執行とは謂え（ない）」とする。そして、前述の東京高裁昭和49年9月30日判決は、「警察官職務執行法二条一項の警察官の質問はもつぱら犯罪予防または鎮圧のために認められる任意手段であり、同条項にいう『停止させる』行為も質問のため本人を静止状態におく手段であつて、口頭で呼びかけ若しくは説得的に立ち止まることを求め或いは口頭の要求に添えて本人に注意を促す程度の有形的動作に止まるべきで、威嚇的に呼び止め或いは本人に静止を余儀なくさせるような有形的動作等の強制にわたる行為は許されないものと解され、同条二項もこの趣旨から特に規定されたものというべきである。これを本件についてみると、前記のとおり、A巡査は、歩いて立ち去ろうとする被告人の背後から『待ちなさい。』という言葉に添えて、右手で被告人の右手首を掴んだもので、その強さは必ずしも力を入れたという程ではなく、それは被告人の注意を促す程度の有形的な動作であると認めることができる」とし、A巡査の職務執行行為は適法であるとした。

これに対して、大阪地判昭43・9・20⁶⁰⁾は、「A 巡査の職務執行の適否について考えるに、警察官職務執行法二条一、二項は強制力による停止もしくは同行を認める趣旨でないことはいうまでもない」とし、「被告人が逃げ出したのに対し『止まらなければ逮捕する』とか『逃げると撃つぞ』などと威嚇しながら約一五〇メートルも追尾し、もつて一種の強制力を行使して停止させようとし、かつ、追いつめられて立ち止つていた被告人の肩に手をかけたA 巡査の行為は前掲法条に基く警察官の職務行為としては著しくその範囲を逸脱しており違法な職務行為といわなければならない」とした。

ここで、職務質問に際して肩を掴む行為は「形式的に」常に許容されるというわけではないことが明らかとなったが、これを明確に指摘した判例として、前記の東京高裁昭和60年9月5日判決がある。本件では、弁護士Kから「(1) 原判示第三の摘示事実中には、被告人が被害者A 巡査の職務質問行為を妨害した事実を全く摘示していないから、理由にそごがある。すなわち、(イ) 被告人がA 巡査から両肩を掴まれて停止させられるまでの被告人の行為の原判示については、妨害行為はない。(ロ) 又、警察官職務執行法二条一項による職務質問をする目的で、被告人を停止させるため有形力の行使ができるとしても、それはその肩に手をかけるところまで位であるところ（最決昭和二九年七月一五日刑集八卷七号一一三七頁を引用）、原判決は『A 巡査から両肩を掴まれて職務質問をするため停止させられ』と判示しており、これは右の停止させるのに必要な有形力の行使の限界を超えており、同法二条三項の身柄拘束に該当する逮捕行為にほかならないから、右判示はそれ自体理由にそごがある。

(ハ) かりに右の両肩を掴んで停止させる行為までが職務質問の範囲内だとしても、これに対する被告人の暴行、脅迫は摘示されていない。(ニ) 被告人がA 巡査を包丁で刺した行為は暴行であるが、右の時点では停止させる行為を超えており、すなわちA 巡査は被告人の両襟首を強く掴んでいるのであつて、これは明らかに逮捕行為であるから、すでに違法であつて適式な職務行為ではなく、その段階で被告人がA 巡査を刺突したことが職務質問を妨害したとす

る原判示は、その結論と矛盾する。次に(2)原判示の「もみ合う」行為は、職務妨害行為に当らないから、この行為を妨害行為として原判決が摘示したのだとすれば、原判決には理由不備がある」等として控訴がなされた。

これに対して、東京高裁は、「警察官職務執行法二条一項について按ずるに、同項に該当すると目される者に対し、警察官が職務質問をするため停止させようとするに当り、その目的を遂行するうえで、逃走を図り又は抵抗する被質問者らに対して、それを制止するため具体的状況に則して、社会通念上妥当な範囲内で一時的に有形力を行使用することが出来ることは、所論引用の最高裁の判例をはじめとしてつとに是認されているところである」とし、証拠に基づき事実を認定した後で、「原判示のA 巡査が被告人の両肩を掴んだのは、A 巡査が被告人を発見し職務質問するために停止させようとして二度逃げられており、とくに二度目は被告人の背後から左肩か首の後ろ辺りのジャンパーを掴んだにかかわらず、それを振り切つて逃げられているのであるから、三度目に…被告人を停止させる目的でその逃走を制止するために、今度はその両肩を掴んだのは右経過上自然の理であり、又被告人がそれをも振り切つて逃走せんとして、上半身を振つてA 巡査の手を振り切ろうとして抵抗しもみ合いとなり…、向い合いの形になったとき、A 巡査が被告人の逃走せんとして抵抗するのを制止するため、そのジャンパーの両襟首を掴んだ措置は、右の一連の具体的な状況と経過に徴すると、このこともまた、その段階で犯罪を犯したと濃厚に疑うことのできる被告人が必死に逃走せんとして抵抗するのに対して、職務質問をする目的でこれを一時的に制止して逃走を防いでその場に停止させるためにとられたやむを得ない行動と見ることが出来るものであり、A 巡査の右各行為は警察官職務執行法に則つた適法な行為であつて、なんら違法な点はない」とした。その上で、「(口)は独自の见解にすぎ(ない)」とする等とし、弁護人Kの主張は「すべて理由がなく、原判決には理由そご又は理由不備の違法は全くない」とした。

本判決では、本件の両肩ないしジャンパーの両襟首を掴んだ措置を適法な行

為であるとする一方で、最決昭29・7・15刑集8巻7号1137頁は⁶¹⁾職務質問における有形力の行使の限界として「肩に手をかける」ことを基準にしていると主張した弁護人Kの解釈は「独自の見解にすぎ（ない）」として否定しており、これによって「職務質問に際して肩を掴む行為」であるか否かという形式的基準に基づいて、職務質問における有形力行為の許容性が判断されるわけではないことが明らかとなったのである。

そして、本件は、上記のとおり、警職法2条1項に「該当すると目される者に対し、警察官が職務質問をするため停止させようとするに当り、その目的を遂行するうえで、逃走を図り又は抵抗する被質問者らに対して、それを制止するため具体的状況に則して、社会通念上妥当な範囲内で一時的に有形力を行使することが出来る」という基準を挙げているが、これと具体的なあてはめをあわせて考えると、考慮すべき「具体的状況」の中に、被告人が「犯罪を犯したと濃厚に疑うことのできる」事情が含まれていることになる。

この点に関して、職務質問のため相手方を停止させる際の有形力の行使が許容されるのは、「相手方が何らかの犯罪を犯したという嫌疑が濃厚であることが、最も重要な判断要素となっている」という指摘がある⁶²⁾。例えば、前述の東京高裁昭和49年9月30日判決では、「当時はすでに当初の職務質問の開始から一〇分近く過ぎており」、その間A巡査は、「被告人の住所、年齢、職業等の質問はせず、被告人が日本人ではないなと感じながら、外国人登録証明書の呈示も求めていないのである。そこでこのような職務質問の推移及びA巡査が被告人に対し抱いた前記の疑念の程度から考えると、A巡査が右のような有形的動作⁶³⁾によつて被告人を停止させて質問を続行する必要があつたかどうか、同巡査は応答を拒否して少くとも三度までもその場から歩いて立ち去ろうとした被告人に対しその翻意を求め、説得する意思であつたのかどうかについて若干疑問があり、具体的な犯罪による被害事実があつたことを念頭にして被告人に対し疑念を抱いたわけでもないA巡査としては、この段階において職務質問を中止するのが妥当であつたというべきで、執拗に質問を続行しよう

とした同巡査の行為は行き過ぎの謗を免れない」としており、職務質問の継続可能性について「具体的な犯罪による被害事実があつたことを念頭にして被告人に対し疑念を抱いた」か否かも基準となることを示している。

また、広島高判昭51・4・1⁶⁴)は、まず、「被告人は…革マルと中核との抗争乱斗に関連し、当時右X病院に入院する革マル派所属の負傷者およびそのもとに出入りする関係者らの動静をうかがうべく、かなり前から望遠レンズ付カメラを携行し、また周囲に気づかれないようにするため…ダンボール箱などを持って本件ビル屋上に至り、右X病院入院者の動静等撮影をなしていた」ものであり、「被告人が右ビル所有者、管理人、居住者らの何らの許諾をもえていないことは…容易に肯認しうるところであるうえ、右のような目的での本件ビル屋上への立入りがとうてい右所有者、管理者らの承諾をえられる性質のものでないことも勿論、却つて同居住者らに多くの不安、困惑、動揺を与え、その生活の平穩を害する類のものであることも明らかなものといえるから、これらからしてまず、被告人の本件ビル屋上への立入りが『故なく侵入』したものとみられる」とした上で、「A巡査としても、当時の被告人の挙動、その場および周囲の状況等からして被告人につき建造物侵入等なんらかの犯罪を犯しているのではないかと強い疑をもつに至つたこともむしろ当然のことで、まず警察官職務執行法二条一項所定の職務質問をなすことの許される場合であることは勿論、これに対し被告人が答える必要がないといつたかどうかは証拠上明らかではないが、この点かりに答弁を拒否している態度が明らかな状況であつたとしても、前記諸事情の下では、警察官としてはむしろそのままやすく放置することこそ許されず、数度に亘つてでもその職務質問を繰り返すべきであり、その際被告人が逃げようとする行為に出た場合、警察官として、単に口頭でその停止を求めうるのみならず、その前に立ちふさがつて被告人を事実上停止させ職務質問を繰り返えす程度のことは、本件のごとくわずか数メートルの間のことで、しかも…二、三分のことである限り許される範囲内のものと解され、この場合、被告人として強いて答弁する必要のないことはいうまでもない

ところではあるが、その答弁の有無、態度、内容が右建造物侵入の嫌疑を強く左右するものであり、答弁があいまい、または不合理といったことが現行犯逮捕にまで発展する可能性を強く裏づけるものともみられることから、右警察官の職務質問がかなり強い形で許容される結果となるのもやむをえないものと解される」としている。

さらに、上記の平成15年5月26日最高裁決定とその控訴審と、その第1審とでは、警察官がドアを押し開け客室へ立ち入った経緯に関してだけでなく⁶⁵⁾、犯罪の嫌疑の濃厚性に関する異なる評価をしている。すなわち、第1審は、「本件においては、無銭宿泊や不退去の嫌疑が不十分であり、覚せい剤使用の嫌疑も、客観的証拠は何もなく、いわば捜査官の直感的なものに留まることからすれば、警職法六条一項に該当する事態にあったとは到底認められず、もとよりC巡査らは捜索許可状等の令状の発付も得ていない。そうすると、客である被告人が、客室のドアを押し閉めて、応対を拒否する意思を明示しているのに、C巡査が、何ら説得をすることもなく、直ちにドアを押し開けて客室内に立ち入ったことは、職務質問をするために必要かつ相当な行為とは認められず、任意処分である職務質問の手段として許される有形力の行使の限界を超えた違法なものといわざるを得ない」とする。これに対して、控訴審は、「犯罪の嫌疑の点に関するも、本件ホテルはいわゆるラブホテルであって、男性一人の客が丸一日近く部屋にこもっていること自体が多少不審を抱かれてもやむを得ない面があるばかりでなく、当初のチェックアウト予定の時刻を三時間以上経過していることやホテル側が繰り返し精算要求をしたのに合理的な理由もなくこれに応じないで推移していたこと等にかんがみると、無銭宿泊ないし不退去の嫌疑は低くなく…認定の各事実を照らせば、薬物使用の嫌疑も認められるというべきである」とし、最高裁では、「被告人は、チェックアウトの予定時刻を過ぎても一向にチェックアウトをせず、ホテル側から問い合わせを受けても言を左右にして長時間を経過し、その間不可解な言動をしたことから、ホテル責任者に不審に思われ、料金不払、不退去、薬物使用の可能性を理由に110

番通報され、警察官が臨場してホテルの責任者から被告人を退去させてほしい旨の要請を受ける事態に至っており、被告人は、もはや通常の宿泊客とはみられない状況になっていた。そして、警察官は、職務質問を実施するに当たり、客室入口において外ドアをたたいて声をかけたが、返事がなかったことから、無施錠の外ドアを開けて内玄関に入ったものであり、その直後に室内に向かって料金支払を督促する来意を告げている。これに対し、被告人は、何ら納得し得る説明をせず、制服姿の警察官に気付くと、いったん開けた内ドアを急に閉めて押さえるという不審な行動に出たものであった。このような状況の推移に照らせば、被告人の行動に接した警察官らが無銭宿泊や薬物使用の疑いを深めるのは、無理からぬところであ(る)」としている。上記のとおり、第1審と、控訴審および最高裁では、警察官の行為の認定を異にすると共に、犯罪の嫌疑の濃厚性についての評価も異なっているのであるから、これを合わせて考えると、本件においても、「犯罪の嫌疑の濃厚性」が職務質問における有形力の行使の適法性に大きな影響を与えていたことが窺われる。

以上から、職務質問のため相手方を停止させる際の有形力の行使が許容されるのは、相手方が何らかの犯罪を犯したという嫌疑が濃厚であることが、重要な判断要素となっていることが明らかとなったが、どのような根拠に基づき嫌疑が濃厚であるといえる場合に、可能となる有形力の行使がどの程度が上がることになるかが問題となる。

ここでは、上記の昭和29年7月15日最高裁決定において問題となったような「肩に手をかける」よりも強い「被告人の動きが抑制される」程度の有形力の行使が問題となった判例を比較検討する。

まず、この種の例として、前記の東京高裁昭和60年9月5日判決があるが、ここでは、次の①～⑪の事実が認定されている。すなわち、①「原判示当夜(昭和五九年七月一〇日午前零時前後ころ)、被告人はK方に侵入しようとして同人に現認され、原判示の包丁を抜身で持つまま逃走中であり、一方被害者A巡査(制服着用)は、同僚のB巡査(同)と共に無線警ら車に乗って該犯人

の発見捜査に従事していたものであるところ、原判示の場所（…S方）のやや東側付近において、被告人は背後から声をかけられ振りむくと五ないし六メートルに制服の警察官（A 巡査）が迫ってきていたので、やばいと思つて全速力で走つて逃げたこと」、②「その逃げるとき、左手（利き手）に逆手に下腕に沿つて隠し持っていた抜身の包丁を、突嗟に左手に順手に持ちかえたこと」、③「再び前記 S 方付近において警察官に追いつかれ、背後から左肩か首の後ろ辺りのジャンパーを掴まれたこと」、④「このときその警察官は何かいつていたこと」、⑤「被告人はここで掴つたら又刑務所行きになると思ひ、両肩を左右に振つて警察官の手を振りきつたこと」、⑥「その際サンダル履きではまたすぐ捕えられると思ひ、その場でサンダルを脱いで裸足になつて逃げたこと」、⑦「一〇メートル位逃げたところで原判示（…M 方）付近で再び追いつかれて、今度は背後から両肩付近を掴まれてしまったこと」、⑧「そのとき警察官は『おとなしくしろ』とか『ちよつと来い』とか何か言つていたと思ふこと」、⑨「被告人は立ちどまつたがなんとかしてその場を切りぬけて逃げようと思ひ、上半身を振つて警察官の手を振り切ろうとしてもみ合いとなり体を右側にまわし警察官と向い合う形になり、今度は警察官にジャンパーの両襟首を掴まれてしまったこと」、⑩「被告人はその手を振り切るため右手を振つたがそれでも警察官が手を離さなかつたので、これはもう駄目だと思ひ、なんとかして逃げようとして、左手にもつていた包丁で警察官の腹付近を下から突き上げるように刺したこと」、⑪「なお A 巡査が被告人を発見して追跡し、腹などを刺された付近一帯は家屋が密集して、かつ幅員約四メートル前後の道路とさらに無数の露地が錯綜しており、外灯も届かない個所があり、極めて逃走に容易な場所であつたこと（現に捜査陣が A 巡査が刺突された直後から付近一帯に厳戒態勢をとり、被告人の発見に努力したにもかかわらず、被告人は見事に逃げのびることができている）」の各事実が認定され、前記のような比較的強度の有形力の行使を正当であるとした。

また、札幌高判平 4・6・18⁶⁶⁾ は、「K 巡査部長らは…被告人を検挙した当日、

Aからの通報に基づき、飲食店『乙山』前の路上で、運転者はいないがエンジンをかけたままの状態でのフェアレディZの張り込みをするに至ったが、この張り込みの時点で、既に、フェアレディZには車体前部にナンバープレートがなく、車体後部にはナンバープレートが付いているが、それは右B所有の車両と同じ札幌〇〇ら〇〇—〇〇であることを認めており、かつまた、その二十数日前に、同一性は断定されていないが、右と同じナンバープレートを付けた黒色のフェアレディZに乗った者が盗難にかかるカードを使用して詐欺未遂事件を起こしその者(犯人)がいまだ検挙されていないことも知っていた。以上のことから、警察官らは、フェアレディZの運転者が、右詐欺未遂事件やこの事件で使用されたクレジットカードの窃盗事件にも関与しているとの疑いをもったほか、偽造にかかる右のナンバープレートを不正に使用しているとの疑い、更にはフェアレディZが盗難車両ではないか等々の疑いをもって張り込みをしていた。そうして、Kらは、この張り込み中、付近の丙川マンションから出て来た被告人が、フェアレディZに近づきその運転席に乗り込む様子で運転席側のドアを開けようとするのを認めると、被告人に職務質問をするため、『警察だ』と言いながら、小走りに近づいたところ、被告人は、エンジンをかけたままのフェアレディZを放置して、警察官が来る方向と反対の方向にやにわに逃げ出した。そこで警察官らが、逃げる被告人を追い掛けて、まず、Fが追い付いて、その後ろから被告人の左肩付近を手でつかんでその場付近に被告人を停止させた。次いで、これにより振り向いた被告人とFとが相対する状況になったところ、同じく追い付いたKが、『今乗ろうとした車のことで聴きたい』などと告げて同行を求めたが、被告人は、『俺は関係ない』などと答えるのみで、納得しうる説明もしないまま、バッグを両手で腹の辺りに抱え込むようにして、なおも警察官らの隙をついて逃げようとした。そこでKが、これを制止するため被告人の腰の辺りをつかむ等して逃げようとする被告人ともみ合いの状態となった」という事例において、札幌高裁は、「被告人は前記の各被疑事件のいずれかに関与していると疑うに足りる相当な理由があ

る者で、警察官らにおいて、被告人を停止させて職務質問することができる場合であり、かつまた、右のような状況下で、警察官らが逃げる被告人を追い掛けてその肩付近をつかんで停止させ、更に、なおも逃げようとする被告人を制止するためその腰付近を後ろからつかむ等の有形力を行使したのは、やむを得ない措置として是認することができる（警察官職務執行法二条一項）」とした。

さらに、東京高判平11・3・17⁶⁷⁾では、職務質問を開始しようとする時点ですでに、「A 警部らが匿名電話でもたらされた情報に基づき、覚せい剤の取引があるという本件現場に臨んで待機していたところ、右情報に合致する風体のIの乗ったタクシーが到着し、寄ってきた被告人との間で、やはり右情報に沿う覚せい剤の取引が行われているようにみえる状況が目撃された」という「現行犯に近い嫌疑」が存在していた状況を前提に、「A 警部が被告人らに対し、警察手帳を示した上、『警察だ。』と告げたところ、被告人が逃走するような動作を示したので左腕を押さえ、B 警部補が右腕を押さえ、A 警部が『何を受け取ったんだ。』などと質問し、被告人をIから離すためにホテルの方へ約一〇メートル連れて行き、「C 警部補が、物をいじる動作をしていたIに対してその左腕を押さえ、『袋の中身は何だ。』などと質問をし、同警部補らがIの腕やベルトを掴んでいた」という事例における警察官の有形力の行使の適法性が問題となったが、東京高裁は、「有形力の行使については、犯罪の嫌疑の程度に応じて、ある程度の行動の規制が許され、かつそれが職務質問の前後にまたがることも許されると解すべきところ、本件においては、現行犯に近い嫌疑が存在していたのであるから、さきに認定した態様、程度の有形力の行使は、本件の具体的事情の下で相当と認められる範囲を超えていないと考えられる」とし、本件の職務質問とそれに伴う有形力の行使に違法な点は認められないとした。

これに対して、前記大阪地判平2・11・9では、「A 巡査部長及びB 巡査は、平成二年六月一九日午前三時三〇分ころ、パトカー…に乗務して…十字路を西から東に向かってさしかかったところ、右十字路を南から北に向かって歩いていた被告人を見掛けたが、その風体が暴力団員風であるうえパトカーを見て一

瞬驚いたように顔をそむけたので不審に思い、両警察官はパトカーを降りて被告人に近付き、職務質問を開始し、「同所で、Aは、被告人に対し、行き先、氏名、生年月日などを尋ね、被告人はこれに答えたが、被告人は顔色がどす黒く、頬がこけ、視線が定まっていなかったことなどから、Aは、被告人に覚せい剤使用の疑いがあると考え被告人に対し、『君は顔色も悪いが覚せい剤を使用しているのか。』と質問したところ、被告人は、急に興奮し、『そんなもん関係ないわ。』と大声を出し、その場から立去ろうとし」たので「Aは、右手で被告人のズボンの後ろをベルトと一緒に持ち、更に左手で被告人の首筋をつかんで被告人をパトカー内に押し入れようとし、これに対し、被告人は、『放しとくのはれ。』などと言いながらパトカーの屋根を持ってこれに抵抗し、パトカーの回りを回ったりしたが、この間Aは、数分間程度被告人のズボンの後ろをつかんでいたとみられる」事例において、「被告人が警察官から職務質問中その場から立去ろうとしたのに対し、警察官が被告人のズボンの後ろをベルトと一緒に持ち、更に被告人の首筋をつかんでパトカーに乗車させようとした行為」の適法性が問題となったが、大阪地裁は、「職務質問中にその場から立去ろうとする被疑者に対し有形力を行使して制止することも、右有形力が強制手段にあたらぬ程度であり、必要性、緊急性が存する場合には任意捜査等として法的に許容されるものと解されるどころ…本件職務質問の日時、場所、被告人の容貌、挙動等に照らし被告人には覚せい剤事犯の嫌疑があり、立去ろうとする被告人を警察官が制止する必要性、緊急性はあったものとみられるが、数分間に亘り、被告人のズボンの後ろをベルトと一緒に持ち、被告人の首筋をつかんだりすることは、直接的な身柄の拘束に近く、法的に許容されるものとはいえず、本件警察官の行為は違法なものである」とした。

上記の4件の事例において、警察官が被告人に行った行為は類似の措置であると評価できるにも拘らず、結論を異にしている。大阪地裁は、警察官の措置が違法であるとする根拠として、警察官の行為が「直接的な身柄の拘束に近い」ことを挙げるが、昭和60年東京高裁判決、平成4年札幌高裁判決およ

び平成11年東京高裁判決の事例と比較すると、これが決定的な理由となると解するには躊躇を感じる。むしろ、決定的な差異は、職務質問が、客観的、合理的な情報に基づいた嫌疑によって行われていたか否かという点に存在すると考えられる⁶⁸⁾。すなわち、昭和60年東京高裁判決は、午前零時前後ころ「被告人はK方に侵入しようとして同人に現認され、原判示の包丁を抜身で持つまま逃走中であり、一方被害者A巡査（制服着用）は、同僚のB巡査（同）と共に無線警ら車に乗って該犯人の発見捜査に従事していたものであるところ、原判示の場所…のやや東側付近において、被告人は背後から声をかけられ振りむくと五ないし六メートルに制服の警察官（A巡査）が迫ってきていたので、やばいと思つて全速力で走つて逃げたこと」を前提として生じた事案であり、また、平成4年札幌高裁判決も、警察の証拠収集活動に基づいて得た情報によって「警察官らは、フェアレディZの運転者が、右詐欺未遂事件やこの事件で使用されたクレジットカードの窃盗事件にも関与しているとの疑いをもったほか、偽造にかかる右のナンバープレートを不正に使用しているとの疑い、更にはフェアレディZが盗難車両ではないか等々の疑いをもって張り込みをしていた」時に生じた事案であり、さらに、平成11年東京高裁判決においても、「匿名電話でもたらされた情報に基づき、覚せい剤の取引があるという本件現場に臨んで待機していた」時に生じた事案であるから、いずれも「客観的、合理的な理由」に基づいて犯罪の嫌疑が濃厚であった事案であると評価できる。これに対して、平成2年大阪地裁判決は、「A巡査部長及びB巡査は平成二年六月一九日午前三時三〇分ころ、パトカー…に乗務して…十字路を西から東に向かってさしかかったところ、右十字路を南から北に向かって歩いていた被告人を見掛けたが、その風体が暴力団員風であるうえパトカーを見て一瞬驚いたように顔をそむけたので不審に思い」職務質問を開始しているだけであるから、客観的、合理的な理由に基づいて犯罪の嫌疑が濃厚であった事案とはいえず、この差異が、上記のとおり、警察官が被告人に行った比較的強度な有形力行使の適法性評価を異にする決定的な根拠になったと解し得るのである。

注

- 44) 東京高判昭 60・9・5 刑裁月報 17 巻 9 号 727 頁, 判時 1183 号 165 頁, 判タ 585 号 78 頁。
- 45) 弁護士は, 最決昭 29・7・15 刑集 8 巻 7 号 1137 頁を引用していた。
- 46) なお, 東京高判昭和 49・9・30 刑裁月報 6 巻 9 号 960 頁では, 停止行為の適法性を考える際に「当時の客観的状況」を考慮しており, 山口地判昭 36・9・19 下刑集 3 巻 9 = 10 号 885 頁は, 任意同行も含めてではあるが, 「警察法第二条第一項は, 警察官に対し犯罪の予防鎮圧及び捜査その他広汎な使命を負わせ, この使命を遂行するため必要な手段として警察官職務執行法は具体的権限を賦与している訳であるが, 警察法第二条第二項は『警察の活動は(中略)いやしくも日本国憲法の保障する個人の権利及び自由の干渉にわたる等その権限を濫用することがあつてはならない』旨, また警察官職務執行法第一条第二項は『この法律に規定する手段は前項の目的のため必要な最少限度において用いるべきものであつて, いやしくもその濫用にわたるようなことがあつてはならない』旨それぞれ規定し, もつて極力警察官による権限の濫用を戒めている。国民の基本的な人権に至大な関係をもつことからして明文をまつまでもなく当然のことに属する。この精神に立脚する以上, 警察官職務執行法の運用・解釈に当つては厳正な態度が必要であり, 同法第二条に謂う質問・同行は同条に定める要件が客観的にみて存在し且つ同条に定める方法に基づいてのみ許され, もとよりその判断を警察官の恣意的認定に委ねる趣旨でないことは多言を要しないであろう」としていた。
- 47) 最決平元・9・26 判時 1357 号 147 頁, 判タ 736 号 111 頁において, 最高裁は, 通行人から突然つばを吐きかけられた者が「一般私人の立場であっても, その理由を問い質すのは当然」であるという興味深い指摘をしている。

本決定の控訴審判決は, 第 1 審判決を破棄し, 「被告人は, …午後八時四八分ころ, …老人福祉センター前路上において, 被告人の吐いたつばが折から交通整理等の職務に当たっていた大阪府八尾警察署所属の巡査 A (当時二五歳) にかかったことから, 故意につばを吐きかけたものと認識した同巡査が, 被告人に何らかの罪を犯そうとしている者として職務質問するため, その胸元をつかみ歩道上に押し上げようとしたのに対し, 『じゃかましいわい』『放せや』などと叫びながら, 同巡査の左膝を数回足蹴にし, 更に顔面に殴りかかるなどの暴行を加え, もつて同巡査の右職務質問の職務の執行を妨害したものである」と認定しつつ, 被告人の行為は, 刑法 95 条 1 項に該当するとしたのである。これに対して, 上告がなされたが, 最高裁判所は, 弁護士側の上告趣意について上告理由にあたらなかつたとして, 控訴審判決の事実認定を前提として, 職権で次のように判示した。すなわち, 「当時の相互の距離関係等の具体的な状況を考えれば, 通行人から突然つばを吐きかけられた者としては, 一般私人の立場であっても, その理由を問い質すのは当然であつて, まして前記のような職務に従事していた制服の警察官に対してかかる行為に出た以上, 同警察官としては何らかの意図で更に暴行あるいは公務執行妨害等の犯罪行為に出るのではないかと考えることは無理からぬところである。そうであれば, 同警察官として被

告人に対し職務質問を行うことができることは当然であり、そのために右の程度の行動をとることは、職務質問に付随する有形力の行使として当然許されるというべきである。したがって、原判決の右判断は正当である」としたのである（なお、本決定には、鳥谷六郎判事の反対意見がある）。

上記のとおり、平成元年決定は、通行人から突然つばを吐きかけられた者が「一般私人の立場であっても、その理由を問い質すのは当然」とするが、この点に関して、河上和雄「職務質問のための有形力の行使—最高裁平成元年九月二六日第二小法廷決定（判例集未搭載）—」『判例タイムズ』701号（平元年・1989年）65-6頁は、本件の事実関係を前提とすると、仮に警察官が私人であれば、「一種の自救行為的行為として、実質的な違法性を欠く」とし、このような考慮が、警察官の行為の適法性を肯定する結論に至った本件の背景にあると指摘しておられるが、河上教授の指摘が「法感情として、警察官の行為の適法性を肯定する必要性が高い」という趣旨であれば、東京高裁昭和60年9月5日判決において示された、「社会通念上妥当な範囲内で」一時的に有形力を行使することができる、という基準に関連づけて考慮し得ることを示す指摘として理解できる（なお、河上教授の所説の理解については、白取祐司「職務質問のための有形力の行使」『法学セミナー』425号（平2年・1990年）133頁も参照）。

48) 大阪高判昭63・3・1判タ676号264頁。

49) 大阪地判平2・11・9判タ759号268頁。大阪地裁は、証拠に基づき次のような事実を認定している。すなわち、「A 巡査部長及びB 巡査は、平成二年六月一九日午前三時三〇分ころ、パトカー…に乗務して…十字路を西から東に向かってさしかかったところ、右十字路を南から北に向かって歩いていた被告人を見掛けたが、その風体が暴力団員風であるうえパトカーを見て一瞬驚いたように顔をそむけたので不審に思い、両警察官はパトカーを降りて被告人に近付き、職務質問を開始したこと」、「同所で、Aは、被告人に対し、行き先、氏名、生年月日などを尋ね、被告人はこれに答えたが、被告人は顔色がどす黒く、頬がこげ、視線が定まっていなかったことなどから、Aは、被告人に覚せい剤使用の疑いがあると考え被告人に対し、『君は顔色も悪いが覚せい剤を使用しているのか。』と質問したところ、被告人は、急に興奮し、『そんなもん関係ないわ。』と大声を出し、その場から立去ろうとしたこと」、「右のとおり、被告人が本件現場から立去ろうとしたので、Aは、右手で被告人のズボンの後ろをベルトと一緒に持ち、更に左手で被告人の首筋をつかんで被告人をパトカー内に押し入れようとし、これに対し、被告人は、『放しとくなはれ。』などと言いながらパトカーの屋根を持ってこれに抵抗し、パトカーの回りを回ったりしたが、この間Aは、数分間程度被告人のズボンの後ろをつかんでいたとみられること」、「その間、Bは、パトカーの無線で応援依頼をし、応援のパトカーが現場へ到着したが、同車に乗車していたC 巡査部長は被告人と顔見知りであったので、降車して被告人に『おいZ、何や、お前いつ出てきたんや。』等と声を掛けたところ、被告人は、気持ちが落ち着き、警察官が『所持品を出すよう。』言ったのに応じ、パトカーの後部トランクの上に、ライ

ターや手帳などの小物を出したが、その後、被告人は、突然、白色ベストの左胸ポケットに手を入れ、同ポケットに入れていた白色封筒を握りしめ、それを付近の生け垣に投棄しようとしたため、Bは、被告人の腰に手をかけ、Aは、左手で被告人の右手をつかんで、『ちょっと待て。』と言ったところ、被告人は自ら白色封筒をバトカートランクのうえに出し、警察官に提出したこと、「その後、Aは、被告人に、バトカーの後部座席に乗るように促したところ、被告人は『これ終わったら帰らせてもらうで。』などと言いながら自らバトカーに乗り込み、バトカー車内で、警察官が白色封筒内からビニール袋入り白色結晶二袋を取り出し、マルキース試薬により覚せい剤の予備検査をしたところ、覚せい剤の反応があったので、同日午前三時四八分、警察官は被告人を覚せい剤所持の現行犯人と認め、逮捕し、同時に、同所で現行犯逮捕に伴う差押えとして右白色封筒一袋と右封筒に入ったビニール袋入り白色結晶二袋を差押えたこと」を認定する。

以上の事実を前提にして、大阪地裁は、「警察官の本件証拠（覚せい剤）収集手続に違法があったか否か」に関して、まず、「被告人が警察官から職務質問中その場から立去ろうとしたのに対し、警察官が被告人のズボンの後ろをベルトと一緒に持ち、更に被告人の首筋をつかんでバトカーに乗車させようとした行為」については、「職務質問中にその場から立去ろうとする被疑者に対し有形力行使して制止することも、右有形力が強制手段にあたらぬ程度であり、必要性、緊急性が存する場合には任意捜査等として法的に許容されるものと解されるところ、前記のとおり本件職務質問の日時、場所、被告人の容貌、挙動等に照らし被告人には覚せい剤事犯の嫌疑があり、立去ろうとする被告人を警察官が制止する必要性、緊急性はあったものとみられるが、数分間に亘り、被告人のズボンの後ろをベルトと一緒に持ち、被告人の首筋をつかんだりすることは、直接的な身柄の拘束に近く、法的に許容されるものとはいえず、本件警察官の行為は違法なものである」とする。次に、「被告人が本件白色封筒を握りしめ投棄しようとしたのに対し、Bが被告人の腰に手をかけ、Aが被告人の手をつかんでこれを制止しようとした点」については、「右行為自体は必要性、緊急性の高い状況下で行われたものであるうえ、有形力行使の程度自体さほど高いものとはいえず、所持品検査の実効性を確保するための行為として法的に許容されるものとみられる」とする。そしてさらに、「被告人が本件白色封筒を警察官に提出し、警察官がバトカー車内で右封筒内からビニール袋入り白色結晶を取り出し覚せい剤の予備検査をした点」については、「被告人は、右のとおり、本件白色封筒の投棄を制止された後は、自らこれをバトカーのトランクの上に置き警察官に提出したもので、被告人自身公判で本件白色封筒を警察官に提出した時には中身を調べられても仕方がないと思っていた旨の供述をしており、警察官が右封筒内から本件結晶を取り出し、覚せい剤の予備検査をすることについて被告人は何ら異議を述べておらず、右について少なくとも黙示の承諾があったものとみられ、右警察官の行為自体に違法はない」としたのである。

50) 東京地判平4・9・3判時1453号173頁。東京地裁は、「被告人に対する職務質問の継続やその身柄拘束措置にはその適法性に疑問が残るもの、といわざるを得ない」として、次

のように述べる。すなわち、「被告人は、警察官がなした本件職務質問に対しては、当初から拒否する態度を明らかに示し、そして、所持品検査の要求に対しても、強く抵抗する態度を示していたのである」とし、「被告人が、弁護士に電話したい旨告げて電話をした後も、拒否の態度をとり続けながら、下板橋方面に通じる横道にそれ、Bの自動車が停車していた位置から四〇メートル近く離れた丙川質店前まで赴いている。その途中、被告人が、『警察官一人だったら話す。』旨いったん申し向けたとしても、その後、一切協力する姿勢を示すこともなく、下板橋方面に向かったのであるから、右言葉は、被告人が警察官を振り切るために講じた虚言とでもいうべきもので、職務質問にあたった警察官にもそのことは、当時容易に理解しえたことであろう、と思われる」とした上で、「被告人の職務質問は、所持品検査に対する拒否の姿勢が強固であることが十分うかがわれるにもかかわらず、警察官は、被告人にその後も協力を求め、被告人が立ち去るのを三人で押し止めている。その際、三人の警察官が被告人の体に触れる有形力を行使したことは、証人Wが自認するところである。そして、被告人が、元の現場に戻るにあたって少なからずの抵抗を示したであろうことも、容易に推測でき、そのことは、途中で被告人が寝ころんで大声を出したことや、ラーメン店の前の歩道上で座り込んで動こうとしなかったことからもうかがえる。このような状況下においては、被告人に何らかの有形力が行使されたとしても、何ら不思議ではない」とする一方で、「この時点においては、被告人らが、覚せい剤中毒者らが入り出しているとの情報のあった乙山薬局から出て現場に至ったもので、Bに薬物使用の前歴のあることまでは判明していたものの、Bの自動車内から覚せい剤らしきものや注射器具などが発見されていたわけではなく、被告人らが、薬物事犯などを犯し、ないしは、犯そうとしているとの疑いが次第に深まっていったというような事情は認められない状況であったのであるから、職務質問の必要性が高まり、その緊急性があったものとまでいうことはできない。このような場合、許される有形力行使の限界は、被告人に注意を促し、あるいは、翻意を促す程度にとどめられるべきものと考えられるところ、本件においては、被告人の職務質問や所持品検査拒否の態度が強固で明確であったにもかかわらず、警察官は、被告人が立ち去るのを制止した上、執拗に被告人を元の現場の方に戻そうとしており、その際、被告人に加えられた有形力行使の具体的態様は確定できないものの、自然な成り行きとして、右許容限度を超えて有形力が行使されたものと推測せざるをえない」としたのである。

- 51) 東京高判平9・3・27高検速報（平成9年）70頁。東京高裁は、「所論は、要するに、(1)職務質問に際し、警察官が被告人に加えた有形力の行使は許容限度をはるかに超えている、(2)これに付随する所持品検査として警察官が被告人のポケット内から茶封筒を取り出すにつき、被告人の同意を求めたことも被告人が『勝手に見ろ。』と言ったこともない、(3)警察官には、最初から令状主義の精神を潜脱して着衣を強制的に搜索し在中物等の物証を取得する意図があったことからして、職務質問及び所持品検査の違法性は令状主義の精神を没却する重大なものであり、したがって、所持品検査の結果得られた覚せい剤やその

鑑定書等には証拠能力がなく、覚せい剤所持の事実による現行犯逮捕に基づく身柄拘束中の採尿手続も違法であって、尿の鑑定書等にも証拠能力がなく、結局、被告人は、原判示第一の覚せい剤使用及び同第二の覚せい剤所持の各事実について、いずれも無罪であるという趣旨に解される」とし、まず証拠に基づき次のような事実を認定する。「A 巡査は、自転車で巡回区域をパトロール中、無灯火で鍵のない自転車に乗っている被告人を発見し、自転車の盗難被害多発の折から、前記自転車の所有関係について職務質問をし、被告人が知り合いから借りたと説明したので、その者が住む…マンション…まで同道し、マンションの駐輪場でその知り合いに自転車を見てもらった。その結果、被告人の説明どおりであることが確認された」。「しかし、被告人の目つき、顔色、風体などから被告人が暴力団関係者で覚せい剤を使用しているのではないかなどとの疑いを抱き、被告人から自動車運転免許証を預かり、無線で身分照会をしたところ、被告人には覚せい剤に係る前歴があることが判明した。これを傍らで聞いていた被告人が免許証の返還も求めず無言で足早にマンション内に入ったので、覚せい剤、けん銃等を所持しているため逃走しようとしているものと判断し、職務質問を継続するため被告人を追い、階段を駆け上がりようとしていた被告人の背後から肩に手を掛けた。すると、被告人が反転してマンション入口ドア方向に向かったので、逃げると思い、『なぜ逃げるんだ。』と声を掛けて左手で左腕をつかんだが、なおも暴れながら前進したため、それを制止すべく背後から右腕を伸ばして被告人の胸の辺りを押さえた。このようにしながら外まで出た所で、もつれ合って体勢が崩れ、被告人とともに倒れた」が、そのとき、「A 巡査は、被告人の胸の辺りを右腕で押さえた際に膨らみを感じ、さらに、被告人が左肘を曲げて脇を締め左胸付近をかばっている様子を見て、ジャンパーの左胸内ポケットに覚せい剤を所持しているのではないかと考えた」。「その後、倒れている被告人が『何するんですか。やめてください。』と言いながら、逃げようとして手を振り足をばたつかせ、うつ伏せになったり左右に身体をひねったりして暴れ続け、これに対して A 巡査は、被告人の身体を押さえるのに手一杯で無線で応援を求めることもできなかったもので、付近住民に聞こえるように、なぜ逃げるのかと大声を上げ、近寄ってきた者に 110 番通報を頼んだが、通じた様子はなかった。そこにサラリーマン風でレスリングの心得のあるという男 2 人が援助を申し出たので、代わってもらい、自らは直ちに無線で本署に応援要請をした」。「1、2 分して、B 巡査部長と C 巡査が乗ったパトカーが駆け付けたが、その際には、前記男性 2 人にもう 1 人の民間人が加わって被告人をうつ伏せに押さえていた。B 巡査部長と C 巡査は、この 3 人と代わり、被告人の腕を取って立たせた。ところが、被告人が逃げようとし、これを制止されてしりもちをついた状態になり、そのまま、B 巡査部長が被告人の身体を押さえ、C 巡査が傍らで被告人を監視する態勢を取った」。「この態勢の間に、A 巡査が、主となって、被告人に逃げようとした理由を問い、ジャンパーの左胸内ポケットに入っている物について何度も尋ねたが、被告人が何も持っていないと繰り返し否定したため、確認してもよいか、見るぞなどと告げて了解を求めた。その末に、被告人が『勝手にしろ。』と答えたので、A 巡査は、『見させてもら

うぞ。』『勝手にしろよ。』というやり取りの後、被告人のジャンパーの左胸内ポケットに手を入れて、茶封筒を取り出した。すると、被告人が、顔を背けて自分の物ではないなどと言い、では誰の物かと問われても、知らない、自分の物ではないと繰り返し、A 巡査から中を見るぞと言われたのに対して、勝手にしろよ、見ればいいじゃないかと答えたので、A 巡査が、茶封筒の中を確認して、白い結晶状の物の入ったビニール袋を発見した。なお、マンションの階段で被告人の肩に手を掛けてから茶封筒の中身を確認するまでの時間は、おおよそ5、6分であった。「その後、予試験の結果、それが覚せい剤と判明して、被告人は、覚せい剤所持の現行犯人として逮捕され、さらに、被告人に対し、捜索差押許可状に基づく強制採尿が行われ、その尿から覚せい剤が検出された」というものである。

以上の事実関係を前提に、東京高裁は、次のように所論を検討する。すなわち、「所論の(1)及び(2)については、警察官らが職務質問を拒否する被告人に対してした有形力の行使は、倒れたところを警察官自ら又は民間人を介するなどして押さえた上、しりもちをついた状態のまま押さえ続けた点において、職務質問を実施する際に許容される限度を逸脱している違法があり、この違法は、その間に被告人の着衣から茶封筒を取り出して中身を確認した職務質問に付随する所持品検査にも及ぶと解される。しかし、A 巡査が、被告人の胸の辺りを右腕で押さえた際に膨らみを感じ、被告人が左肘を曲げて脇を締め左胸付近をかばっている様子を見て、ジャンパーの左胸内ポケットに覚せい剤を所持しているのではないかと考えたことには相当な理由があり、その場で被告人を退去させると逃走され覚せい剤と思われる物を隠されるおそれもあったから、職務質問を継続する必要性と緊急性が認められ、かつ、A 巡査らがした有形力の行使も、警察署に連行するなどのため被告人を引き倒して押さえ付けたというようなものではなく、逃げようとする被告人の抵抗が激しかったことからこれを制止しようとし、もつれ合っ一緒に倒れ、その後の過程において許容限度を超えてしまったというものであり、その時間も数分間にとどまる。また、被告人の着衣から茶封筒を取り出してその中身を確認したことについては、主としてA 巡査と被告人との間で、再三にわたり何を持っているか、何も持っていないとの問答を繰り返した上、A 巡査がポケットの中を見ることの了解を求め、被告人が勝手にしろとの一応の承諾の返答をしたのであり、茶封筒の中身を見る際にも、見るぞ、勝手にしろとの問答をしている。所論の(3)については、A 巡査が当初から被告人に対し覚せい剤に係る犯罪の嫌疑を抱えていて職務質問を開始した、と主張するが、そうではなく、職務質問は、被告人が乗っていた無灯火で鍵のない自転車の所有関係を調べるために開始されたのであって、全証拠を検討しても、A 巡査らに令状主義の精神を潜脱してまで被告人の所持品を取得する意図があったとはいえない。

以上を要するに、本件における職務質問及び所持品検査に違法はあるが、その違法は、令状主義の精神を没却するような重大なものとはいえず、所持品検査の結果得られた覚せい剤とその鑑定書、身柄拘束中の強制採尿により得られた尿の鑑定書等の証拠を被告人の罪証に供することが、違法捜査抑制の見地から相当でないとは認められないから、これら

について証拠能力を認めた原判決の判断は正当である」としたのである。

- 52) 東京高判昭和49・9・30 刑裁月報6巻9号960頁。
- 53) 最決平15・5・26 刑集57巻5号620頁。本決定は、薬物事犯における警察官のホテル客室への立ち入り、所持品検査等の適法性を論じた最高裁としては初めての判断であり、「今後の重要な先例となる」とされる(笠井治「警察官がホテル客室で宿泊客に職務質問を行った際ドアが閉められるのを防止した措置を適法とし、客室において宿泊客を制圧しながら所持品検査を行って発見した覚せい剤の証拠能力を肯定した事例」『現代刑事法』6巻5号(平16年・2004年)85頁)。これ以前には、「ホテル客室への立ち入りを伴う職務質問・所持品検査の事案」に関して公刊物に搭載されたものとして、福岡高判平4・1・20 判タ792号253頁があるにとどまる、とされていた(高部道彦「違法収集証拠であることを理由に押収に係る覚せい剤等の証拠能力を否定して無罪を言い渡した原判決を破棄し、その証拠能力を肯定した事例」『研修』620号(平12年・2000年)12頁)。なお、平成15年決定は、客の意思に反するホテル客室への立ち入りが職務質問の手段として適法な有形力の行使であると判断していることになるが、事案が極めて特異であるため「客室内立ち入り行為の適否の基準を一般的に提示したものということはできない」という指摘もなされている(笠井・注5385頁。さらに、洲見光男「ホテル客室内に立ち入って行った職務質問、所持品検査、現行犯逮捕等の手続の違法が『重大な違法』にあたらぬとされた事例」『現代刑事法』3巻3号(平13年・2001年)84頁参照)。
- 54) 東京地八王子支判平10・10・28 判時1666号156頁, 判タ1009号295頁。
- 55) 東京高判平11・8・23 判タ1024号289頁。
- 56) 洲見・前掲注5384頁。
- 57) なお、永井敏雄「1 警察官がホテル客室に赴き宿泊客に対し職務質問を行った際ドアが閉められるのを防止した措置が適法とされた事例 2 警察官がホテル客室において宿泊客を制圧しながら所持品検査を行って発見した覚せい剤について証拠能力が肯定された事例」『ジュリスト』1254号(平15年・2003年)231-2頁参照。
- 58) この点に関して、注47で示した平成元年最高裁決定は、職務質問をした外形を見出すことが困難であるにも拘らず、警察官が被告人の胸元をつかみ歩道上に押し上げた行為について、「職務質問に付随する有形力の行使」として許容している。これは、一見すると、停止の意義を、質問のため本人を静止状態におく手段と解し、言い換えると、職務質問における停止行為の目的は、質問を継続し得る状況を確保することにあると考えられている判例の見解と異なっているように見える。そこで、平成元年決定の位置づけが問題となるが、これについては、拙稿「嫌疑の濃厚性と職務質問の必要性の関係—最決平元・9・26判時1357号147頁, 判タ736号111頁の位置づけを中心に—」『松山大学論集』17巻1号(平17年・2005年)において検討を加えた。
- 59) 大阪地判昭33・1・14 一審刑集1巻1号7頁。これは、本件任意同行を違法としているが、職務質問における有形力の行使の適法性についても判断しているので取り上げるこ

にした。

- 60) 大阪地判昭43・9・20判タ228号229頁。本件は、任意同行の際に相手方が逃走した事例であるが、一般論として、職務質問における停止についても言及しているのので、ここでの検討の素材とした。なお、任意同行の際の有形力の行使が問題となった事例ではあるが、長崎地決昭44・10・2判時580号100頁は、「警察官等が被疑者を追尾して立止らせた段階において、立止らせるために被疑者の肩に手をかける行為あるいは明らかに暴行に至らない程度の腰を掴え手を握る等の有形力の行使があったとしても、これが逮捕と同一視しうるほどの強制力であるとは到底いえず、本件の如き被疑者が窃盗犯人であるとの疑が濃い場合にあっては右行為は警察官職務執行法第二条にいう職務質問あるいは職務質問に随伴する行為であるということができ、被疑者において観念して言語動作による不服従の態度を示さず同行に応じたものであるから同法条にいう任意同行であると認められる」としている。
- 61) 本決定は、二（拙稿「職務質問における有形力の行使⁽¹⁾」『松山大学論集』17巻3号（平17年・2005年）79頁以下）において詳細に検討した。
- 62) 渡辺（咲）・前掲注⁽⁵⁾135頁。
- 63) 本件において、A 巡査は、右手で被告人の右手首を掴んでいる。
- 64) 広島高判昭51・4・1高刑集29巻2号240頁。
- 65) この点に関して、第1審では「C 巡査は、被告人が自己と目が合うや慌ててドアを閉めたことから、直ちに被告人が内側から押さえているドアを押し開け、ほぼ全開にして客室内に立ち入り、両手の拳を振り上げて殴りかかるようにしてきた被告人の右腕をつかみ、同行したD 巡査が被告人の左腕をつかみ、その手を振りほどこうとしてもがく被告人を二人がかりで客室内のソファに座らせ、C 巡査が被告人の右足を、D 巡査が被告人の左足をそれぞれ両足で挟むようにして被告人を押さえ付けた」とするが、第2審は、第1審が行った、C 巡査らの立ち入りが被告人の暴行よりも先行するとする評価が誤っているとする一方で、「C 巡査において内玄関と室内の境の敷居上辺りに足を踏み入れた途端、被告人がいきなり両手の拳を振り上げてC 巡査に殴りかかるようにしてきたので、とっさにこのような状態の被告人を放置できないとの判断のもとに、C 巡査において被告人の右腕をつかみ、次いでD 巡査が被告人の左腕をつかんで、なおも暴れる被告人を客室内の間近にあったソファに座らせたものであるが、これは被告人が突然強烈な暴行に出るという緊迫した状況のもとで、しかも瞬間的な出来事であって、C 巡査らにおいて意識的に室内に立ち入ったものではなく、被告人の突然の暴行に殆ど反射的に対応するうち、一連の流れの中で被告人を制止するため不可避的に室内に立ち入る結果になったものと評価することができる。以上によれば、C 巡査らの立入り行為が犯罪の発覚をおそれる被告人の意思に反するものであったとしても、これを違法と評価する余地はない」とした。そして、最高裁は、「本件においては、その直後に警察官らが内ドアの内部にまで立ち入った事実があるが、この立入りは…被告人による突然の暴行を契機とするものであるから、上記結論を

左右するものとは解されない」とし、明示的に第2審の事実認定を正当であるとするわけではないが、職権判断の前提となる事実関係は、「原判決の認定及び記録」に基づいているので、結論的に第2審を是認しているといえる。

66) 札幌高判平4・6・18判時1450号157頁。

67) 東京高判平11・3・17東時50巻1=12号28頁。

68) なお、任意同行の事例であるが、京都地判昭43・7・22判タ225号245頁は、「A警察官は、その当時における具体的諸状況に照して、何ら犯罪を疑わせる等の客観的、合理的な理由が存しないにもかかわらず、その主観的な観察のみに頼つて、被告人に対しいわゆる職務質問を敢てしたことに帰着し、その行為は適法な職務の執行と認めることはできない」として、犯罪を犯した嫌疑について「客観的、合理的な理由」の存在を要求している。

四 結 論

以上、検討した結果を纏めると、まず、二においては、判例上、「逃げる気配をみせた相手の肩に手をかける行為」および「逃げようとする者を追跡する行為」の適法性を判断する際には、具体的な職務質問の時刻、天候、その当時の被告人の風体、所持品および挙動、さらに、警察官と被告人との一連の対応関係を前提として、職務質問をさらに続行しかつ自己の疑念を解くために、職務質問をする必要があると考えることが「当然」であるかを検討し、それが肯定される場合には、上記のような「暴行に亘らぬ」あるいは「強制にわたらない」一定の身体接触（実力）が客観的、具体的に妥当な方法と判断される限度において逃走する被告人を停止させ、これに質問し得ることが明らかとなった。ところが、二で検討した判例の示した判断基準は、かなり抽象的であるので、職務質問における有形力の行使が具体的にどの程度可能であるのかについては、これ以降の裁判所の運用如何にかかっていた。

そこで、三では、①上記の判例が示した基準をそれ以降の判例がどのように明確化しているのか、②判例上、職務質問における停止行為は如何なる目的で行われる必要があるのか、③職務質問において許容される有形力の程度に変化はあるのか、および、有形力の行使の程度と嫌疑の濃厚性とは関係があるのか

という観点から、判例の動向を検討したが、①については、具体的な判例を考察した結果、「必要性、緊急性、相当性を考慮して一定の限度で有形力の行使を認める」という基準が形成されていることを確認できた。次に、②に関しては、判例上、職務質問の際の停止行為の目的は、原則として、「質問を継続し得る状況」の確保にあると解されていることが明らかとなった。最後に、③については、職務質問のため相手方を停止させる際の有形力の行使が許容されるのは、相手方が何らかの犯罪を犯したという嫌疑が濃厚であることが、重要な判断要素となっており、嫌疑の濃厚性に比例して、有形力の行使の程度も高くなり、例えば、上記の昭和29年7月15日最高裁決定において問題となったような「肩に手をかける」よりも強い「被告人の動きが抑制される」程度の有形力の行使であっても、適法な職務執行行為であると評価され得ることが明らかとなった。そしてさらに、嫌疑の濃厚性の評価に際しては、職務質問が、客観的、合理的な情報に基づいた嫌疑によって行われていたか否かという要素を重要なものとしていることも明確となった。

このように、職務質問において「人に対する有形力の行使がどの程度のものが許されてきたか」に関して「必要性、緊急性および相当性を考慮して一定の限度で有形力の行使を認める」という基準の形成過程とそこで考慮される事情が明らかとなったが、「必要性、緊急性および相当性」という要件が、具体的には、どのような事情を考慮する時に作用するのかについては、残された課題となっている⁶⁹⁾ すなわち、三で示した大阪高裁昭和63年3月1日判決は、任意捜査における有形力行使の許否に関する基準を示した最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁を参照しつつ「必要性、緊急性および相当性」の要件を挙げ、事例判断すべきことを示すが、「嫌疑の存在」については、「X、Yの両巡査部長は、被告人が、覚せい剤密売所の容疑場所とされていたマンションから、容疑者とされていたAと一緒に出てきたこと、被告人の容貌から覚せい剤の使用の事実がうかがわれたこと、セカンドバッグを大事に抱えていたことなどから、被告人に覚せい剤の所持ないし使用の嫌疑を抱き、職務質問を開始したと

いうのであつて、Aに対する容疑が捜索令状の発布を受け得る程度に具体化していたことなどに徴すると、当時の被告人につき覚せい剤の所持ないし使用の罪を犯したと疑うに足りる正当な理由があつたと認めるのが相当であり、同巡查部長らが被告人に対し職務質問を開始したことについては、特に問題はなく、適法である」とし、「嫌疑の存在」については、相当性の要件を検討する一方で、追跡行為に関して、X 巡查部長らは、「逃げ出した被告人を約二七〇メートルにわたり追跡しているが、この行為も、職務質問を続行するための行為として許されるものと解すべきである」としているから、「必要性、緊急性」と「相当性」の要件の作用する場面が異なることが示唆されているが、「必要性」、「緊急性」の要件が適用される場面が異なるのかについては明確でない。また、大阪地判平2・11・9は、「被告人が警察官から職務質問中その場から立去ろうとしたのに対し、警察官が被告人のズボンの後ろをベルトと一緒に持ち、更に被告人の首筋をつかんでパトカーに乗車させようとした行為について考察するに、職務質問中にその場から立去ろうとする被疑者に対し有形力を行使して制止することも、右有形力が強制手段にあたらぬ程度であり、必要性、緊急性が存する場合には任意捜査等として法的に許容される」ことを前提として、「本件職務質問の日時、場所、被告人の容貌、挙動等に照らし被告人には覚せい剤事犯の嫌疑があり、立去ろうとする被告人を警察官が制止する必要性、緊急性はあったものとみられるが、数分間に亘り、被告人のズボンの後ろをベルトと一緒に持ち、被告人の首筋をつかんだりすることは、直接的な身柄の拘束に近く、法的に許容されるものとはいえず、本件警察官の行為は違法なものである」としている。ここでは、たしかに「立去ろうとする被告人を警察官が制止する」ために、有形力の行使の「必要性、緊急性」があるか否かを検討するが、両者の要件の相互関係については明確でない。さらに、東京高判平9・3・27は、「嫌疑の存在」に関して、「警察官らが職務質問を拒否する被告人に対してした有形力の行使は、倒れたところを警察官自ら又は民間人を介するなどして押さえた上、しりもちをついた状態のまま押さえ続けた点におい

て、職務質問を実施する際に許容される限度を逸脱している違法があり、この違法は、その間に被告人の着衣から茶封筒を取り出して中身を確認した職務質問に付随する所持品検査にも及ぶと解される。しかし、A 巡査が、被告人の胸の辺りを右腕で押さえた際に膨らみを感じ、被告人が左肘を曲げて脇を締め左胸付近をかばっている様子を見て、ジャンパーの左胸内ポケットに覚せい剤を所持しているのではないかと考えたことには相当な理由があ（る）」とし、相当性の要件を検討している。そして、「その場で被告人を退去させると逃走され覚せい剤と思われる物を隠されるおそれもあったから、職務質問を継続する必要性と緊急性が認められ（る）」として、職務質問の継続に関する「必要性と緊急性」を考慮している。

上に挙げた判例を比較した結果、「必要性および緊急性」と「相当性」とでは、作用する場面が異なり、「相当性」の要件は、「嫌疑の存在」について正当な理由があるか否かに関連させて検討していることが窺われるが、「必要性」と「緊急性」の要件の関係は明確ではない⁷⁰⁾。そこで、判例上、「必要性、緊急性および相当性」の要件が如何なる事情を考慮する際に検討されているのかについて、本稿の対象とした「人に対する有形力の行使」以外の類型も検討の対象として考察を加える必要があるが、この点については、改めて検討する機会をもちたい。

注

69) 上田教授は、「必要性、緊急性、相当性」について、「伸縮自在な概念である」と指摘しておられる（上田・前掲注⁽¹⁸⁾7頁）。

70) 東京地判平4・9・3は、「被告人らが、薬物事犯などを犯し、ないしは、犯そうとしているとの疑いが次第に深まっていったというような事情は認められない状況にあったのであるから、職務質問の必要性が高まり、その緊急性があったものとまでいうことはできない」とし、必要性と緊急性の関係についての差異を示唆しており、注目に値する。

（本稿は、平成17年度松山大学特別研究助成の成果の一部である。）