

職務質問における有形力の行使 (1)

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、本号）
- 三 その後の判例の展開
- 四 結論

一 本稿の目的

職務質問とは、「警察官が、いわゆる挙動不審者等を発見した際、これを停止させて質問すること」をいい¹⁾、警察官職務執行法（以下、警職法という）2条に根拠をもつ「警察活動」である²⁾が、同法2条1項によれば、「警察官は、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由のある者又は既に行われた犯罪について、若しくは犯罪が行われようとしていることについて知つていると認められる者を停止させて質問することができる」とされている。そして、同条2項は、「その場で前項の質問をすることが本人に対して不利であり、又は交通の妨害になると認められる場合においては、質問するため、その者に附近の警察署、派出所又は駐在所に同行することを求めることができる」と規定し、これを任意同行と呼ぶが、「質問形態のひとつのバリエーションであるので、広義ではこれも職務質問に含めてよい」とされる³⁾。

職務質問は、警察官と「市民」との接触の一場面であるが、ここでの市民は、警察官によって「挙動不審者」と評価されている者であるから、常に、市民の「任意」の協力が得られるとは限らない。ところが、行政警察規則⁴⁾に基づく

「不審質問」制度との断絶を期した現行の警職法においては、不審者を「取糺して」、出張所に「連行」することはできず、あくまでも、職務質問は「任意」処分であり、警職法2条2項にいう「同行」は「任意」同行であることが強調されることになるのであるが、この「任意」性を徹底すると、警察官の問いかけに対して、市民が応じなければ、職務質問を諦めざるを得ず、「同行」を拒否した場合にも、「強制的色彩を伴う」同行はできないということになる。例えば、警察官Aが、質問をするため、停止を求める際に「有形力の行使」があった場合や、同行を求める際に「有形力の行使」があった場合には、いかなる圧力もなく自発的積極的に応じたという純粹な意味での任意は存在しておらず、Aの処分は、強制的な色彩を伴っているので、違法ということになるはずである。しかし、職務質問は、「犯罪の予防、鎮圧という行政警察目的達成のために、挙動等から犯罪に関係のあると認められる者に対して行う質問である」が⁵⁾ 上記の事例において、Aが挙動不審と評価される市民に対して何ら有形力の行使を行うことができないとするならば、職務質問の予定する行政警察目的を達成することはできないので、この目的を達成するために、一定の有形力を行使せざるを得ない場面は存在していると解すべきである⁶⁾。

このように、職務質問に際して警察官に一定の有形力の行使を認める必要がある場合、それがどの程度許されるかということが問題となる。すなわち、挙動不審者を発見した際、警職法2条1項に基づいて「停止させて質問することができる」警察官の求めに応じない者に対して有形力の行使がどの程度可能であり、また、質問に際して一定の場合には、同条2項に基づいて、附近の警察署等に「同行することを求めることができる」警察官の求めに応じない者に対して、有形力の行使がどの程度可能であるのかということである。この点に関して、大谷判事は「職務質問は、行政警察上の作用であって捜査それ自体とはいえないが…これが端緒となって捜査が開始されることが少なくなく、強い一体性、連続性を有している」とし⁷⁾ 「警職法三条は、刑訴法における身体の拘束に当たるような停止は許されないと規定しており、停止の限界が同法上の基

準によって画されている」ことを根拠として、「職務質問における『停止』の限界に関する判断基準は、刑法上上の任意捜査の限界に関するそれと基本的には同じものであるべきである」と主張しておられる⁸⁾⁹⁾

例えば、昭和51年3月16日に下された最高裁判所決定¹⁰⁾は、刑事訴訟法上の任意捜査における有形力の行使に関して、被告人側からの上告を棄却し、職権で次のように判断した。「出入口の方へ向つた被告人の左斜め前に立ち、両手でその左手首を掴んだK巡査の行為が、任意捜査において許容されるものかどうか」について、「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容されるものである。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つて、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つても、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」という基準を示した上で、「K巡査の前記行為」は「捜査活動として許容される範囲を超えた不相当な行為ということはできず、公務の適法性を否定することができない」とした¹¹⁾さらに、昭59年最高裁決定¹²⁾は、宿泊を伴う取調べについて、上記の最高裁決定を参照しつつ、次のような判断を下した。すなわち、「昭和五二年六月七日に被告人をT警察署に任意同行して以降同月一日に至る間の被告人に対する取調べは、刑法一九八条に基づき、任意捜査としてなされたものと認められるところ、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』（最高裁昭和五〇年(あ)第一四六号同五一年三月

一六日第三小法廷決定・刑集三〇巻二号一八七頁参照)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に対する取調べは、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」とする。

一方、職務質問に際して行われた有形力の行使に関する判例としては、昭和53年9月22日最高裁決定¹³⁾がある。同決定は、職権で、〇巡査が自動車の窓から手を差し入れ、エンジンキーを回転してスイッチを切った行為に関して、「警察官職務執行法二条一項の規定に基づく職務質問を行うため停止させる方法として必要かつ相当な行為であるのみならず、道路交通法六七条三項の規定に基づき、自動車の運転者が酒気帯び運転をするおそれがあるときに、交通の危険を防止するためにとつた、必要な応急の措置にあたるから、刑法九五条一項にいう職務の執行として適法なものである」とする。さらに、最高裁平成6年決定¹⁴⁾は、被告人の尿の鑑定書の証拠能力の存否に関する判断の前提として、「被告人に対する職務質問及びその現場への留め置きという一連の手続の違法の有無」について検討を加えている。すなわち、まず、「職務質問を開始した当時、被告人には覚せい剤使用の嫌疑があったほか、幻覚の存在や周囲の状況を正しく認識する能力の減退など覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動が見受けられ、かつ、道路が積雪により滑りやすい状態にあったのに、被告人が自動車を発進させるおそれがあったから、前記の被告人運転車両のエンジンキーを取り上げた行為は、警察官職務執行法二条一項に基づく職務質問を行うため停止させる方法として必要かつ相当な行為であるのみならず、道路交通法六七条三項に基づき交通の危険を防止するため採った必要な応急の措置に当たるといえることができる」とするが、その後、警察官が被告人による運転を阻止し、約六時間半以上も被告人を本件現場に留め置いた措置は、「当初は前記のとおり適法性を有しており、被告人の覚せい剤使用の嫌疑が濃厚になっていた

ことを考慮しても、被告人に対する任意同行を求めるための説得行為としてはその限度を超え、被告人の移動の自由を長時間にわたり奪った点において、任意捜査として許容される範囲を逸脱したものとして違法といわざるを得ない」とする。そして、「右職務質問の過程においては、警察官が行使した有形力は、エンジンキーを取り上げてこれを返還せず、あるいは、エンジンキーを持った被告人が車に乗り込むのを阻止した程度であって、さほど強いものでなく、被告人に運転させないため必要最小限度の範囲にとどまるものといえる。また、路面が積雪により滑りやすく、被告人自身、覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動を繰り返していたのに、被告人があくまで磐越自動車道で宮城方面に向かおうとしていたのであるから、任意捜査の面だけでなく、交通危険の防止という交通警察の面からも、被告人の運転を阻止する必要性が高かったというべきである」。しかも、被告人の態度を考慮すると、結果的に警察官による説得が長時間に及んだのもやむを得なかった面があるということができ、このような状況からみて、警察官に当初から違法な留め置きをする意図があったものとは認められない。これら諸般の事情を総合してみると、「警察官が、早期に令状を請求することなく長時間にわたり被告人を本件現場に留め置いた措置は違法であるといわざるを得ないが、その違法の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するような重大なものとはいえない」という判断を下している⁵⁾ 本件決定は、自動車の運転手に対する職務質問に際して行使される有形力の行使の適否を判断する場合「警察官職務執行法二条一項に基づく職務質問を行うため停止させる方法として必要かつ相当な行為であるのみならず、道路交通法六七条三項に基づき交通の危険を防止するため採った必要な応急の措置に当たる」のか、という基準を採用していると考えられるが、これは、最高裁判所昭和53年9月22日決定の判断基準を踏襲していると評価することができる。

また、所持品検査に関する判例として、最高裁判所昭和53年6月20日判決がある⁶⁾ ここでは、銀行強盗の容疑が濃厚な者を職務質問中に、承諾のないまま、バッグのチャックを開けて中を一瞥した行為を適法としたが、その判断

基準について、次のように述べられている。すなわち、「警職法は、その二条一項において同項所定の者を停止させて質問することができる」と規定するのみで、所持品の検査については明文の規定を設けていないが、所持品の検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、同条項による職務質問に附随してこれを行うことができる場合があると解するのが、相当である。所持品検査は、任意手段である職務質問の附随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て、その限定においてこれを行うのが原則であることはいうまでもない。しかしながら、職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であつて、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合があると解すべきである。もつとも、所持品検査には種々の態様のものがあるので、その許容限度を一般的に定めることは困難であるが、所持品について捜索及び押収を受けることのない権利は憲法三五条の保障するところであり、捜索に至らない程度の行為であつてもこれを受ける者の権利を害するものであるから、状況のいかんを問わず常にかかる行為が許容されるものと解すべきでないことはもちろんであつて、かかる行為は、限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、これによつて害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるものと解すべきである」として、結論的には、所持品検査の適法性を肯定している。これに対して、昭和53年9月7日¹⁷⁾に下された最高裁判決は、上に示した昭和53年6月20日判決を引用しつつ、覚せい剤所持の容疑がかなり濃厚な者を職務質問中、承諾のないまま、その上衣左側内ポケットに手を差し入れて所持品を取り出した上、検査した巡査の行為を違法とした。すなわち、「警職法二条一項に基づく職務質問に附随して行う所持品検査

は、任意手段として許容されるものであるから、所持人の承諾を得てその限度でこれを行うのが原則であるが、職務質問ないし所持品検査の目的、性格及びその作用等にかんがみると、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、たとえ所持人の承諾がなくても、所持品検査の必要性、緊急性、これによつて侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、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場合があると解すべきである（最高裁判所昭和五二年（あ）第一四三五号同五三年六月二〇日第三小法廷判決参照）」とするのである。

上記のような状況を前提として、松本判事は、「警職法上の職務質問・所持品検査についても、刑法上の任意捜査における有形力行使の限界に関する判断基準と基本的に同様の判断基準によってその有形力行使の限界が検討されるべきである」という判断枠組みは、「実務上確立され」、その後、「具体的事案の解決に当たって、多くの判例が集積されてきた」と指摘しておられる¹⁸⁾

そこで、本稿では、警職法2条1項において最も典型的に想定されるにも拘らず最高裁自体は基準を詳細に論じていない¹⁹⁾職務質問における「人に対する有形力の行使」の類型において「どの程度のものが許されてきたのか」を検討の対象とし、この問題に関して実務上確立しているとされる「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、そこで考慮される具体的な事情に考察を加える。

ただし、任意同行は、上記のように、質問形態の一つのバリエーションであるから、広義ではこれも職務質問に含めてよいとされ、任意同行も職務質問の一環として行われているので、両者を区別する実質的差異を見出しがたいから、異なった扱いをすべきではないと解すべきであるが²⁰⁾警職法2条1項は、停止「させて」質問できるとし、同条2項は、同行することを「求めることができる」と規定し、異なった文言が用いられているので、ここでは、職務質問において相手方を停止させる場合、如何なる有形力の行使が可能か（警職法2

条1項)という観点から判例に検討を加えることとする²¹⁾一方、所持品検査に関しては、明文規定はなく、本来、立法的手当する必要がある²²⁾、²³⁾明文規定のある職務質問とは区別して検討する必要があると考えるべきであるから、上に示した職務質問における有形力の行使を考察する上で、検討する必要がある判例に限って所持品検査に関する判例についても考察を加えることにしたい²⁴⁾、²⁵⁾。

注

- 1) 松尾浩也『刑事訴訟法 上』新版(平11年・1999年)42頁。
- 2) 田宮裕『刑事訴訟法』新版(平8年・1996年)57頁。
- 3) 田宮裕「捜査のはじまり—行政警察と司法警察の間—」『法学教室』76号(昭62年・1987年)55-6頁。
- 4) 行政警察規則第3章第24条は「怪キ者ヲ見認ルトキハ取糺シテ様子ニ依リ特区内出張所ニ連行或ハ警部ニ密報シ差図ヲ受クヘシ倉卒ノ取計アル可ラス」と規定していた。
- 5) 渡辺咲子「第2条(質問)」田宮裕・河上和雄編『大コンメンタール警察官職務執行法』(平5年・1993年)88頁。
- 6) 川出敏裕「行政警察活動と捜査」『法学教室』259号(平14年・2002年)76-7頁、酒巻匡「行政警察活動と捜査(1)」『法学教室』285号(平16年・2004年)48-50頁等参照。ただし、警職法は、本文で指摘したとおり、戦前の行政警察規則に基づく「不審質問」制度との断絶を期したものであるから、犯罪の予防、鎮圧という行政警察目的を強調し、職務質問における有形力の行使が可能な場面を安易に拡大することは厳に慎まなければならないことは言うまでもないが、職務質問は、「市民の側でこれを拒みえない事実上の強制的雰囲気のもとで行なわれている場面が多い」との指摘がある(渡辺修『職務質問の研究』(昭60年・1985年)9頁)。この点に関して、警察国家の出現を避けつつ、できるだけコミュニティ・ポリシングという観点から「刑事警察」を強化する必要があるという指摘は、現在の社会状況を前提とした場合、極めて重要な視点の提示であるといえる(川端博「生活の安全・保障と刑事法」『松山大学 地域研究ジャーナル』13号(平15年・2003年)61頁、『現代刑事法』6巻2号(平16年・2004年)75頁)。
- 7) 大谷直人「職務質問における『停止』の限界」『増補 令状基本問題 上』(平8年・1996年)67頁。この点に関して、渡辺教授は、職務質問は、警察官が無数の市民と数多く接触した上で、犯罪との「関わり」が感取された場合には刑事司法システム内にいったん取り込み、さらにその「関わり」の有無、程度を探る本来の捜査手続へと接続させていく端緒となるものであるが、このような職務質問の実体を捉えて、刑事司法システム全体の「触

手的機能」があると指摘しておられる(渡辺(修)・前掲注(6)9頁)。

- 8) 大谷・前掲注(7)67-8頁。
- 9) 浅田教授は、「行政警察活動」を「高度の危険性を理由とする予防・制止」とし、「司法警察活動」を「十分な嫌疑を理由とする捜査」と捉え、両者は「峻別すべきであって」、「混同すべきではない」とされるが(浅田和茂「所持品検査—米子銀行強盗事件」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』第7版(平10年・1998年)11頁)、警職法上の活動から捜査手続への移行は連続的であるから、上記の主張が、行政警察活動と司法警察活動との性格の差異を強調し、前者を根拠とする有形力の行使の限界と後者を根拠とする有形力の行使の限界とを全く異なる基準で画することを意図されているのであれば、妥当ではない(酒巻匡「所持品の隠匿行為を制止する際の有形力の行使について—東京高裁昭和六一年一月二九日判決を素材として」『警察研究』58巻4号(昭62年・1987年)30頁参照)。
- 10) 最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁(なお、本稿において、人名等の固有名詞は、適宜アルファベット表記とした)。本決定は、「捜査手続上も同様に、有形力の行使が強制処分にあたらない場合があることを、最高裁として初めて認めたもの」であり(井上正仁「強制処分と任意処分の限界」井上正二編『刑事訴訟法判例百選』第8版(平17年・2005年)5頁)、これによって「第一に、有形力の行使があっても任意捜査の可能性があり、逆に、有形力の行使がなくても強制捜査の可能性もあることとなった。また、第二に、任意捜査であっても許されない場合があることが明らかとなった」(田口守一『刑事訴訟法』第3版(平13年・2001年)37頁、第4版(平17年・2005年)45頁)。
- 11) 昭和51年決定は、「原判決が、右の行為を含めてK巡査の公務の適法性を肯定し、被告人につき公務執行妨害罪の成立を認めたのは、正当というべきである」とし、公務執行妨害罪の要件としての「公務の適法性」に関連して、任意捜査における有形力の行使の適否を検討している。判例は、公務執行妨害罪の成立要件として、公務の適法性を要求しており(大判大7・5・14刑録24輯605頁[607頁]。この点を明言する下級審として、東京高判昭33・7・28裁特5巻9号370頁[372頁]、鹿児島地判平2・3・16判タ726号239頁[243頁]がある、西田典之『刑法各論』第2版(平14年・2002年)415頁、第3版(平17年・2005年)384頁参照)、上記の最高裁は、刑法上の適法性と刑事訴訟法上の適法性とは同一であることを前提として、決定を下している。ところが、そもそも、刑法95条1項は、「公務員が職務を執行するに当たり」と規定するとともに、公務の適法性を明文で要求しているわけではなく(小野清一郎『新訂刑法講義各論』増補版(昭25年・1950年)20頁参照)、仮に「職務の適法性」が「書かれざる客観的構成要件要素」であると解したとしても、刑法上の適法性と警職法上(ないし刑事訴訟法上)の適法性とは同一であるか否かは、一つの問題領域を形成している(拙稿「対物防衛の取扱い」『現代刑事法』5巻12号(平15年・2003年)58頁)。ただ、本稿では、「職務質問における有形力の行使」に関する判例の動向を検討課題としているので、刑法上の適法性と警職法上(ないし刑事訴訟法上)の適法性とは同一であることを前提に考察を加え、上記に指摘した問題の検討

は、別稿に譲ることとする。

12) 最決昭59・2・29刑集38巻3号479頁。

13) 最決昭53・9・22刑集32巻6号1774頁。

14) 最決平6・9・16刑集48巻6号420頁。

15) 平成6年決定は、「被告人の尿の鑑定書の証拠能力」を検討する際に、まず、「本件における強制採尿手続は、被告人を本件現場に六時間半以上にわたって留め置いて、職務質問を継続した上で行われているのであるから、その適法性については、それに先行する右一連の手続の違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断する必要がある（最高裁昭和六〇年（あ）第四二七号同六一年四月二五日第二小法廷判決・刑集四〇巻三号二一五頁参照）」と指摘している。ここで、参照されている最判昭61・4・25刑集40巻3号215頁と平成6年決定は、共に違法な留め置きに引き続いて行われた採尿に基づいて採取された尿の証拠能力の存否が争われている事例であるが、昭和61年判決は、さらに、最判昭53・9・7刑集32巻6号1672頁を参照している。昭和53年判決は、違法収集証拠の証拠能力に関して次のように述べている。すなわち、「違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当であるところ、刑訴法は、『刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。』（同法一条）ものであるから、違法に収集された証拠物の証拠能力に関しても、かかる見地からの検討を要するものと考えられる。ところで、刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのためには事案の真相をできる限り明らかにすることが必要であることはいうまでもないところ、証拠物は押取手続が違法であつても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りがないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押取手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないといふべきである。しかし、他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法三五条が、憲法三三条の場合及び令状による場合を除き、住所の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法三一条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法三五条及びこれを受けた刑訴法二一八条一項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないとい認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである」とした。本判決は、排除法則を採用し得ることを最高裁としてはじめて認めた点で画期的であると共に、排除法則の根拠および要件を示した点でも重要な意義を有しているが、最高裁レベルでは、この判決をはじめ、上記の

昭和 61 年判決, 平成 6 年決定の他, 最決昭 63・9・16 刑集 42 卷 7 号 1051 頁, 最決平 7・5・30 刑集 49 卷 5 号 703 頁, 最決平 8・10・29 刑集 50 卷 9 号 683 頁は, いずれも, 証拠収集手続は違法であるとしながらも, 排除するほどの重大な違法性, 排除相当性がないとして証拠能力を肯定している。このような状況に対して, 田宮博士は, 判例の示した判断の枠組みが「もし, 裁判所にとってはリップ・サービス, 捜査機関にとっては排除されないことへの安堵, を意味するとすれば, むしろ問題を含んだ有害な方法論にもなる」という評価を下しておられた(田宮・前掲注(2) 404 頁)。このような中で下された最判平 15・2・14 刑集 57 卷 2 号 121 頁は, 最高裁としてはじめて, 違法に収集された証拠であることを理由に当該尿に関する鑑定書の証拠能力を否定しており, 画期的なものであった(朝山芳史「1 逮捕当日に採取された被疑者の尿に関する鑑定書の証拠能力が逮捕手続に重大な違法があるとして否定された事例 2 捜索差押許可状の発付に当たり疎明資料とされた被疑者の尿に関する鑑定書が違法収集証拠として証拠能力を否定される場合において同許可状に基づく捜索により発見押収された覚せい剤等の証拠能力が肯定された事例」『ジュリスト』1249 号(平 15 年・2003 年) 146 頁, 同「1 逮捕当日に採取された被疑者の尿に関する鑑定書の証拠能力が逮捕手続に重大な違法があるとして否定された事例 2 捜索差押許可状の発付に当たり疎明資料とされた被疑者の尿に関する鑑定書が違法収集証拠として証拠能力を否定される場合において同許可状に基づく捜索により発見押収された覚せい剤等の証拠能力が肯定された事例」『法曹時報』56 卷 12 号(平 16 年・2004 年) 255 頁, 小川賢一「1 逮捕手続に重大な違法があるとして逮捕当日に採取された被告人の尿に関する鑑定書の証拠能力が否定された事例 2 上記鑑定書を疎明資料として発付された捜索差押許可状に基づく捜索により発見され差し押さえられた覚せい剤等の証拠能力が肯定された事例」『研修』663 号(平 15 年・2003 年) 97 頁, 佐藤文哉「違法収集証拠排除の新局面」『法学教室』275 号(平 15 年・2003 年) 38 頁, 長沼範良「排除法則に関する判例理論の展開」『現代刑事法』5 卷 11 号(平 15 年・2003 年) 29 頁, 石井一正「1 逮捕当日に採取された被疑者の尿に関する鑑定書の証拠能力が逮捕手続に重大な違法があるとして否定された事例 2 捜索差押許可状の発付に当たり疎明資料とされた被疑者の尿に関する鑑定書が違法収集証拠として証拠能力を否定される場合において同許可状に基づく捜索により発見押収された覚せい剤等の証拠能力が肯定された事例」『現代刑事法』6 卷 4 号(平 16 年・2004 年) 74 頁, 椎橋隆幸「逮捕手続の違法と尿鑑定書の証拠能力」『平成 15 年度重要判例解説』(平 16 年・2004 年) 198 頁, 高木俊夫「最三小平成 15 年 2 月 14 日判決を読んで」『研修』680 号(平 17 年・2005 年) 3 頁, 香城敏磨「21 世紀の刑事裁判」『研修』684 号(平 17 年・2005 年) 11 頁等)。この平成 15 年判決によって, 排除法則に関する最高裁の言及が単なる「リップ・サービス」ではないことが明確となり新たな段階に入ったが(朝山・注(15)法曹時報 255 頁参照), 本件の判断基準は, 最判昭 53・9・7 刑集 32 卷 6 号 1672 頁を参照しているのだから, 従来の枠組みを維持していると解することができる(なお, 朝山・注(15)ジュリ 145 頁は, 「従来の判例理論から一步踏み出したもの」と見る

余地があるとする)。そして、その基準は、「当該証拠の収集だけを孤立的に観察せず、一連の手続きを全体として評価するという方法で違法対象を広めるものの」、「違法の重大性の判断を厳格にして、証拠能力の否定を拒む」という特色があったとの指摘がある(田宮・前掲注(2) 405頁)。これは、捜査機関の違法捜査が証拠能力を否定する効果を生ずるためには、捜査機関に重大な違法がなければならぬことを意味するが、公務執行妨害罪において、私人が捜査機関を構成する警察官に対して暴行を行った場合に問題となる公務の適法性の判断基準とは異なる基準を用いていることになる。両者の関係については、法秩序の統一性の射程範囲とも関連があり、平成15年判決の意義・射程を検討することは、その一方の意味内容を明確にすることになるので、本判決の検討は法秩序の統一性を検討する上でも重要である(本判例の射程に関しては、特に、渥美東洋「排除法則を支える原理—最(2小)判平15・2・14大津覚せい剤事件に即して—」『現代刑事法』5巻11号(平15年・2003年)23頁以下を参照。また、「排除法則」に関しては、『現代刑事法』5巻11号(平15年・2003年)4頁以下において、「排除法則の課題と展望」と題する特集が組まれており、非常に有益である。さらに、三井誠「違法収集証拠の排除 [1]」『法学教室』263号(平14年・2002年)149頁以下、同「違法収集証拠の排除 [2]」『法学教室』264号(平14年・2002年)113頁以下、同「違法収集証拠の排除 [3]」『法学教室』265号(平14年・2002年)121頁以下、同「違法収集証拠の排除 [4]」『法学教室』266号(平14年・2002年)129頁以下、同「違法収集証拠の排除 [5]」『法学教室』267号(平14年・2002年)119頁以下において、違法収集証拠の排除に関する判例の動向を適確に分析し、如何なる要素が証拠排除にとって重要であるかを検討しており、非常に有益な論文である)。さらに、従来の判例は、「毒樹果実法理」を採用していない、という指摘があり(柳川重規「違法な所持品検査により得られた証拠に基づく現行犯逮捕中に任意に提出された尿の証拠能力が肯定された事例」『法学新報』103巻9号(平9年・1997年)207頁)、最判昭58・7・12刑集37巻6号791頁における伊藤判事の補足意見の中で、いわゆる「毒樹の実」についての言及があるという状況にとどまっていたが、平成15年判決は、法廷意見として、「『毒樹の果実』の理論の適用」を検討したと解し得る点(朝山・注(15)ジュリ145-6頁)、あるいは、少なくとも、同理論と類似の方法ないし基準により判断がなされた点(小川・注(15)99頁、長沼・注(15)35頁)でも、重要な意義を有している(宇藤崇「『毒樹の果実』論について」『現代刑事法』5巻11号(平15年・2003年)43頁)。

16) 最判昭53・6・20刑集32巻4号670頁。

17) 最判昭53・9・7刑集32巻6号1672頁。なお、注(15)で示したとおり、本判決は、最高裁レベルで違法収集排除法則を採用したと解される判例としても重要である。

18) 松本芳希「職務質問・所持品検査—裁判の立場から」三井誠・馬場義宣・佐藤博史・植村立郎編『新刑事手続I』(平14年・2002年)177頁。さらに、渡邊一弘「所持品検査—米子銀行強盗事件」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』第8版(平17年・2005年)11頁参照。なお、上田教授は、所持品検査に関する最高裁判所昭和53年6月20日判決(前掲

注(16)参照)の思考を「警察比例の原則から導かれる」ものとし、「この思考は、判例が職務質問の際の有形力行使の適否を判断する場合にも用いられ(ている)」と指摘する一方で、上記の思考方法は、「既に任意捜査における有形力の行使について判示した最高裁[本稿注(10)の最高裁決定]の立場と軌を一にしたもの」と評価しておられる(上田信太郎「職務質問のための実力の行使」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』第8版(平17年・2005年)7頁)。

- 19) 長沼範良「職務質問に付随する有形力の行使」『平成元年度重要判例解説』(平2年・1990年)174頁参照。
- 20) 渡辺(咲)・前掲注(5)128頁参照。
- 21) なお、古田佑紀監修『任意捜査の限界101問』再訂第2版(平15年・2003年)36頁は、警職法2条1項に基づく相手方の「停止」について、「相手方の意思に反して強制的に停止させる場合を含む」とする一方で、古田監修・注(21)44頁は、「任意同行は、職務質問の停止と異なり、強制にわたってはならない」とし、職務質問における有形力の行使と任意同行における有形力の行使とは、異なる扱いをすべきであることを前提としている。
- 22) この点に関して、平川教授は、本判決が警職法2条1項の条文解釈の形をとりながら所持品検査を許容している点に関して「実質的には新しい立法をしたに等しい」とし、たとえば都市化社会では所持品検査を許すことが捜査のために必要な場合があるとしても、「判例でこれを認めるのは、判例の役割を逸脱するものであるまいか」と指摘しておられる(平川宗信「所持品検査—米子銀行強盗事件」平野龍一・松尾浩也・田宮裕・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』第5版(昭61年・1986年)25頁)。田口教授も「判例の法形成機能を全面的に肯定し、判例を根拠として強制処分を創設することには疑問がある」とされ(田口・前掲注(10)第3版52頁、第4版62頁)、さらに、田宮博士は、「所持品検査を真に正当化しようとするなら」、「立法的手当てをするのが正道ではないか」と主張しておられる(田宮・前掲注(2)60頁)。
- 23) 所持品検査の立法化に関しては、次のような経緯がある。すなわち、職務質問に際して相手方に所持品の提出を督促することまではできることを法律上明らかにする趣旨で、昭和33年(1958年)に、「異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、又は犯そうとしていると疑うに足る相当な理由がある者が、凶器その他の他人の生命又は身体に危害を加えることのできる物件を所持しているときは、一時保管するためこれを提出させることができ、又、これを所持していると疑うに足る相当な理由があると認められるときは、その者が身につけ、又は携えている所持品を提出させて調べることができる」という警職法の改正案が国会に上程されたが、上のような提示要求規定をおくことが現場では強制的に物件を取上げ取調べる実務運営の足がかりにあることを恐れる批判が高まり、上記法案は審議未了のまま廃案となった(田宮・前掲注(3)57-8頁、渡辺(修)・前掲注(6)17-8頁等参照)。

このように、所持品検査の立法化には、「不幸な」歴史があるが、明文の根拠なしに所

持品検査を肯定することには理論的に疑問があるので、立法的手当の必要性がある。この点に関連して、かつて、松尾教授は、次のように述べておられた。すなわち、教授は、戦後40年の時代区分として、昭和60年代以降を「第四期」と命名し、それ以前の「第三期までの刑事法は、しなやかな運用の妙によって多くの実効を収めてきた」と指摘される(松尾浩也「刑事法の課題と展望」『ジュリスト』852号(昭61年・1986年)11頁)。所持品検査に関する判例は、昭和53年に下されているので、まさに、「しなやかな運用の妙によって多くの実効を収め」た一事例ということができるが、教授は、さらに「犯罪が『科学化・情報化・国際化』することと不可避の対応関係に立って」捜査および訴追も科学化、情報化、国際化せざるを得ないとされ、昭和61年当時、刑事法に必要なことは、「新たな立法への努力」であると主張し、「将来をあえて『展望』するならば、『立法がピラミッドのように沈黙する』ことの許される時代はすぎた」とされていた(松尾・注(20)11頁)。21世紀を迎えた現在において、松尾教授の展望は、まさに現実のものとなり、日本刑法学会第81回大会(平13年・2003年)の共同研究第1分科会において、現在は「刑事立法の時代」であることが確認されている(川端博・井田良・松宮孝明・三浦守「特集 刑事立法の新動向と実体刑法の在り方」『刑法雑誌』43巻2号(平16年・2004年)264頁以下。「現在」の刑事立法の位置づけについては、川端博「『立法』の時代を迎えた刑事法学」『学術の動向』8巻6号(平15年・2003年)39-40頁、同「序論 刑事立法の時代とキーワード」『刑法雑誌』43巻2号(平16年・2004年)265-6頁参照。さらに、井田良他「特集 最近の刑事立法の動きとその評価—刑事実体法を中心に—」『法律時報』75巻2号(平15年・2003年)4頁以下も参照)。

このような状況を踏まえると、所持品検査に関する立法的手当が現実になされるべき時期が到来しているということができる。

24) 所持品検査の許否について、最判昭53・6・20刑集32巻4号670頁[675頁]は、「所持品検査は、任意手段である職務質問の附随行為として許容される」としているので、職務質問において妥当することは、所持品検査においても「当然に」妥当すると解することも可能であり、その意味で、警職法上の職務質問・所持品検査を同一線上において判断の枠組みを形成している判例の理論構成は理解できる。さらに、所持品検査は、警察官が市民に接触する一場面であり、刑事司法システム全体の「触手的機能」を有している点では、職務質問と共通の性格を有しているとされているので、職務質問における有形力の行使の許容される内容と、所持品検査における有形力の行使の許容される内容とが極端に異なることは、実際上も妥当ではない。

25) 判例・実務では、判例の法形成機能を全面的に肯定し、判例を根拠として、所持品検査の適法性を肯定しているが、刑事立法の時代を迎えて、所持品検査についても立法的手当をすべき時期がきたといえ、適正な立法のためには、立法の立案と実行そしてその執行状況の評価が次の立法に教訓化されているかを検討することが重要であるとされおり(松宮孝明「刑事立法の新動向とその検討」『刑法雑誌』43巻2号(平16年・2004年)287頁参

照)、この観点からすると、判例の動向を評価すれば、法律の執行状況を分析したこととなる。それゆえ、所持品検査の適正な立法案を立案するためには、所持品検査についての判例の分析を行う必要がある。

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

警察官職務執行法が制定された昭和23年以降はじめて、職務質問における有形力の行使が「正面」から取り上げられた公刊の判例は、昭27年12月15日に下された札幌高裁函館支部の判決である²⁶⁾とされている²⁷⁾札幌高裁函館支部は、事実誤認に関する被告人側からの控訴趣意に対して、「被告人は外一名の者と共に原判示の日の夜十一時過頃、函館市万代町…の道路上を通行する挙動が不審のかどで、警邏中のA、Bの両巡査に職務質問のため呼びかけられて三回目に漸く停止したが同巡査等の質問に対して『梁川町へ行く』と答えたのみで、その外は答えようとしないので、なお事情をきき質すために薄暗かったその場所から近くの明るい路上街燈の下まで来てくれというところ、被告人は逃げようとする気配を示したのでA巡査は左手を被告人の右肩にかけると、被告人ははげしく抵抗し、手を振り廻してA巡査の顔に打ち当て、逃げ出した事実が現われており、よつて原判決がその挙示の証拠によつて認定した原判示暴行の事実は優に認められるから、この点に関して原判決に所論のような違法はない」とする。

次に、「原判決は、被告人及び弁護人の主張に対する判断の説示において、A巡査が被告人の肩に手をかけて同行を求めた行為を、警察官職務執行の正当な範囲を越えた違法のものと認めながら、この違法な行為を排除する為めに被告人のとつた自力救済の行為を被告人の暴行と認めたとえ、これに対し暴行による公務執行妨害の法条を適用したのは、警察官等職務執行法第一条第二条の趣旨に悖り、不当に法令を適用した違法がある」とする控訴趣意に対しては、「警察官の不審者に対する職務質問は或は犯罪の予防及び制止の処置を講ずる

前提として、或は犯罪捜査の前提として不審者を停止させて事情をきき質すことであつて、これがために必要な限度を越えて勾引に類する強制力を以てする同行をしたり身柄を抑留したり、答弁を強要したり、暴行に及んだりすることの許されないことは警察官等職務執行法第二条、第一条の規定の趣旨から明かなところである」が、「警察官が異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して不審者と認めた者に対し職務質問のため停止を要求してもその者がこれに応じなかつた場合これを停止させるに妥当な方法によつて、その者の行動を停止させることは、警察官がその職権職務を忠実に遂行するために必要なことで、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と謂わなければならない」とする。そして、「本件において原判決の引用した証拠に現われている被告人のA巡査から職務質問を受けた現場の状態は、時刻は判示の日の夜十一時過ぎであつて、現場附近にはほかに通行人なく、当夜は雨降りであつたが小降りながらもまだやんでいない中を、よい風態でもない被告人等は雨具も持たず風呂敷包を小脇にして急ぎ足で通りかかり、それにA巡査等は当夜警邏に先だち函館市内に窃盗事件が発生して本署から非常警邏の指示を受けて居た際であつたから、A巡査等が被告人等の挙動に対し或は何らかの犯罪を犯し若しくは犯そうとしているのではないかと疑うに足りる相当な理由があつたものと謂わなければならないしそれを質問しようと呼びとめても被告人等は一回目は振り向きもしない、二回目には一寸振り向いただけで歩行を続け、三回目に停つたが、同巡査等の質問に対して梁川町へ行くと言うただけであとは答えようもしない、小脇にかかえた風呂敷布包については、お前なんかに見せる必要はないと突ばね、疑を深めた同巡査らがなご質問しようとして薄暗いその場から近くの街燈の下まで来てくれ」といふと、被告人は逃げようとする気配が現われたので、A巡査が被告人の右肩に左手をかけたところが、被告人は闘争的な態度で手を振り廻してA巡査の顔面にうち当てそこから逃走したが格闘の上で捉まつたという次第であるから、A巡査が被告人の肩に手をかけた行為は同巡査の職務質問に反抗的で、

且つ逃げようとする被告人を停止させて質問しようとする職務遂行上の妥当な方法として用いられたもので、その場における職務執行上の正当な方法であつて、これによつて同巡査の被告人を停止させて質問した職務の執行を違法とならしめるものではない」とし、A巡査が被告人の肩に手をかけた行為に関して「暴行を加えその執行を妨害した前叙被告人の行為は公務執行妨害罪を構成することは勿論であつて原判決には所論のような違法はない」と判示している。

その後、「逃げる気配をみせた相手の肩に手をかけた」点において「酷似」した²⁸⁾ 昭和28年5月6日名古屋地裁判決は、²⁹⁾ 肩に手をかけた巡査の行為は違法であるとし、これに対する被告人の行為を正当防衛と評価している。すなわち、まず、名古屋地裁は、証拠に基づいて、「司法係巡査C、同Dは昭和二十七年九月二三日夜管内を巡視中、二四日零時一五分頃…国道一・二号線路上朝日巡査駐在所南方T飲食店前附近で被告人を職務質問して一旦別れたが、被告人の自転車荷台上に革靴及びその中にポスターがあつたことを思い出し、革靴については数日前西枇杷島で発生した革靴盗難事件に、ポスターについては選挙違反取締に各関連して再び職務質問を行うためC巡査は前記駐在所北方、国道より朝日部落え向つて少し進んだ所で再び被告人に追いつき、靴及びその在中物調査のため一時一五分頃被告人を同駐在所え任意同行し、同所で種々職務質問をなし、且つ靴内の書類の呈示を求め一部の調査をなしたがその他の書類については再三の呈示要求も被告人によつて拒否された。然しなお之を求めて問答を重ねるうち、D巡査は選挙に関係ある事案と考え、B警部補に連絡のため同所を出たが、その後同駐在所の電話のベルが鳴り、A巡査がその受話器を手にしたとき、一時三〇分頃被告人は突然同所より逃げ出して名古屋方面(南方)に向い走つた。被告人が同所から走り出た理由は同人が前記の通り残部の書類の呈示要求を拒否したにも拘らず、なお巡査等から執拗に要求されたので之を拒否するためであつた」とする。そして、「同駐在所での職務質問中に…司法係刑事A巡査が同所に来て質問の状況を見ていたが、被告人が同所を走り出たので、C巡査が行つていた質問を自らなお続行し、且つ管内山田村に発

生し未解決の麻薬強盗事件に関しても職務質問をなすべく直ちに被告人の後を追ひ、前記国道上の、右駐在所より南方約一三〇米の地点でその直後に迫り、被告人に対し、『君どうして逃げるのだ』と言いながら、同人を引止めるべくその腕に手を掛けたところ、被告人は之を拒否する目的で、後を振向くや否や同巡査の顔面を一回殴打したこと、そのため同巡査は被告人を公務執行妨害犯人として逮捕しようとしたので、両名は路上に倒れて格斗し、同巡査はC巡査と協力して被告人を逮捕した」ことを認めた。

上記の事実関係を前提として、同地裁は、「A巡査の職務の執行が適法であるか」について、次のように述べ、「被告人は無罪とすべきものである」とした。すなわち、「被告人が前記駐在所より逃げだしたのはそれ以上の職務質問を拒否したためであり、同巡査等も前後の事情からこのことは理解し得たはずであること、…第一、二回の職務質問により被告人の氏名、年令、職業、住所等が明らかになつており、又被告人を現行犯人若しくは緊急逮捕を要する犯人と認めるべき理由もなく、同巡査等もそのように認めていないことが認められるから、同巡査等も早引続き被告人に対し職務質問を実行し得べきではなく、(このことは刑事訴訟法第一九八条第一項但書の趣旨からも明らかである)。いわんや実力を行使し得ないことはいうまでもない。然るにA巡査は懸命に逃げる被告人を約一三〇米追つて追いつき、同人を引止めようとしてその体に手をかけ逮捕的行為に出たのであるから、右は適法な職務行為の範囲を逸脱し、違法である。而して違法な職務行為は之を公務の執行と解することはできない(仮に同巡査が適法な職務行為と理解していたとしても同じである)。違法な職務行為に対してはその相手方が正当防衛行為をなし得ることは当然であつて、右の場合被告人の身体、自由に対する急迫不正な侵害があるといひ得るので、之を防衛するため被告人が同巡査を殴打したことは、之を正当防衛と解することができる。(被告人がA巡査を蹴つたことが認められない…が、格斗中同巡査が負傷したと認められるので、之も結局被告人の暴行による傷害といひ得るが、この暴行も右と同じ理由により正当防衛行為と解すべきであ

る。)」としたのである。これに対して、検察官から控訴がなされた。

昭和28年12月7日に下された判決において、名古屋高裁は、まず、証拠に基づき、改めて、次のような事実認定を行っている。「巡查C、同Dの両名は上司たる署長の命により選挙違反の取締及び未解決刑事事件の犯人捜査の職務を帯びて昭和二十七年九月二十三日夜半管内を私服で警邏中翌二十四日午前零時十五分頃…国道十二号線路上朝日巡查駐在所南方T飲食店前附近においてその南方より自転車で疾走して来た被告人が晴天に拘らず雨靴を穿きその着用のズボンが破れていたり時刻の遅い点等に不審を抱き先づD巡查が警察官であることを告げた後C巡查と共に交々その住所氏名年令勤務先及び行き先並に時刻の遅い理由等を職務質問をして一旦別れたけれども被告人の自転車荷台上の革靴及びその中からポスター様のものの食み出していたことからその革靴が数日前西枇杷島において発生した革靴盗難事件にポスター様のものが選挙にそれぞれ関連するものではないかとの疑念を抱き再び職務質問を行うためC巡查が前記駐在所北方国道より少しく朝日部落に通ずる道路に這入った地点において被告人に追いつき革靴及びその在中物調査のため同日午前一時十五分頃被告人を同駐在所に任意同行し同所で種々職務質問をした上靴内の書類の呈示を求めその一部の調査をしたけれどもその他の書類については再三の呈示要求にも拘らずこれに応ずる気色がなかつたところからD巡查は恐らく選挙に係のある事案であると考へ、上司のB警部補に連絡のため同駐在所を立出たのであるがその後午前一時三十分頃同駐在所のベルが鳴りその頃来合せていた…巡查Aがその受話器を手にした瞬間被告人が突然同駐在所より逃げ出したため同巡查は前年…管内山田村に発生した麻薬強盗事件が未解決であり、しかも被告人の服装、態度のほか履物及びその所持品が同事件の被害品と酷似するところからD巡查等の職務質問を継続し且つ同事件の犯人であるか何うかの真偽を確かめると共に逃走の理由を問い質す目的で被告人の跡を追いかけて前記国道上にある右駐在所より南方約百三十米の地点で追いつき背後より『何うして逃げるのか』と言いながら被告人を引止めるためその腕に手をかけた刹那被告

人は後に振り向くや否や矢庭に同巡査の顔面等を手拳で殴打し又は足蹴にするの暴行を加へたため同巡査は被告人を公務執行妨害の現行犯として逮捕せんとしたが被告人の反抗に会い路上に倒れて格闘したため同巡査は治療約七日間を要する右前腕擦過傷、右膝関節部に打撲擦過傷を蒙つたという事実である」とする。

次に、「A巡査の行為が果して適法な職務行為を逸脱したものであるか」について検討を加える。すなわち、名古屋高裁は、「凡そ警察の使命とするところは謂うまでもなく警察法第一条第一項に明定するが如く国民の生命、身体、及び財産の保護に任じ、犯罪の捜査被疑者の逮捕及び公安の維持に當ることを以てその責務とする」³⁰⁾ことを確認し、職務を遂行する際「行き過ぎの慎しむべきであると共に徒に萎縮することの影響も亦大なるものがあるが故に警察官たるものはその職責の重大性に鑑み穩健中正を旨とする健全なる良識と正確な理解力判断力を養い事態の推移変転に応じて冷静沈着を保つと同時に応変自在の決断と勇氣とが必要であつて徒らに退嬰の風に墮しないことを要するものであり又一面国民においても法治国家の一員として法の尊厳を認識しその命ずるところに適従するの自発的自律的な態度こそ望ましいのであつて国民の自発性、自律性こそ総ての文化の発端であり、重要な文化国家の土台をなすものであつて個人の責任を強張ることが民主主義の重要な基礎をなすものである点を十分に理解し且つ警察官の任務と職責に対する深い理解と併せてこれに協力するの態度があるにおいては警察官と国民との間に醸すことあるべき摩擦もこれを防止し得ると共にこれに因て警察官の任務職責の円滑な遂行を期待し得るし又国民の自由及び権利の擁護伸張に欠くところがない成果を生み出して以て文化国家としての発展を促進し得るものと謂うことができる」とした上で、本件の警察官の職務質問の適否に言及する。警察官職務執行法2条1項2項に基づいて「C、Dの両巡査が前記の如き職務を帯びて警邏中前記認定の経緯経過の下に被告人に犯罪を犯し若しくは犯さんとするの不審の廉が認められた以上警察官としてその疑いの有無を確める必要から職務上路上若しくは駐在所に

任意同行を求めて所謂職務質問を行つたことはその措置極めて妥当であり又原判決においてもその妥当性を是認しているところである。然るに被告人は前記駐在所における右両巡査の職務質問に対しその所持せる範囲の書類について殊更その一部の呈示要求を拒否してこれに応じなかつたことは前認定の通りであつて、この場合に警察官が被告人に対しその答弁を強要し得ないことは同執行法第一条第三項の規定するところであるが若し被告人において前段叙説の理由から警察官の任務や職責の重要性に対し深甚なる認識や理解を持ち又自ら何等咎むべき疚しいところがなかつたとすれば快く進んでその書類の全部を呈示且つ開披して積極的に警察官の抱く疑念を解く態度に出でるのが相当であると思料し得るに拘らず強いて拒否の態度に出たことは甚だ遺憾なことであると共にこれがために却て警察官の疑念を刺激し更に一層これを深からしめるに至つたことは事物自然の辿るべき過程であると考察し得るのみならず、被告人が前記認定の如き状況の下に突然隙を見てその場から脱兎の如く逃出したのであるからこれを見たA巡査が右両巡査の職務質問の推移経過に鑑み且つ突然逃出すという異常な挙動を目撃して何等かの犯罪を犯したものではないかとの疑念を抱懐するに至つたのも亦社会通念に照して極めて自然なことである。殊にA巡査が被告人の服装、態度、所持品等から想起された麻薬強盗事件にも関係があるのではないかとの疑念を抱いていたのであるから同巡査が右両巡査の職務質問を更に続行し且つ同時に自己の疑念を解くため職務質問の必要ありと思つたのは警察官として当然のことである。蓋し警察官が或る種の犯人ではないかとの疑念を抱きながら、それまで職務質問に関係しなかつたという理由のみで被告人の逃走を慢然拱手傍観して何等の措置を講ずべきでないと言ふが如きは警察官の担う重要な任務と職責の忠実な遂行を命ずる警察法規の精神に鑑み到底採用すべきところではないと思料されるからである。従つてA巡査が他の巡査の職務質問を続行し又自らの疑念のため職務質問を行うことは許されて然るべきであり、そのためには同執行法第二条第一項の法意に従い逃走する被告人を停止させてこれが質問をすることが出来るものと解すべきであると同時に

に又これをなすことが却てその忠実な職責の遂行であるとも謂い得るのである。尤も斯かる場合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ず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のある職務執行上の方法であると謂はなければならない」とした上で、「原判決はA 巡査が被告人を約百三十米追かけその身体に手をかけた行為を目して逮捕的行為であると認め適法な職務行為の範囲を逸脱していると判断しているけれども、その距離の如何に拘らず停止を求めるためにその跡を追かけることは事物自然の要求する通常的手段方法であつて、客観的に妥当なものであると認むべくこれを目して強制又は強制的手段であるとは到底考へられないところであるし又同巡査が被告人の背後より『何うして逃げるのか』と言いながらその腕に手をかけたことも任意に停止をしない被告人を停止させるためにはこの程度の実力行為に出でることは真に止むを得ないことであつて正当な職務執行の手段方法であると認むるを相当とする。固よりこの程度の実力行為は刑事訴訟に関する法律の規定によらない限りなし得ない逮捕行為に該当するものではないと解すべきであり原判決においても敢て逮捕行為と謂い『的』なる語を用いているのは恐らく逮捕自体ではないがこれに準ずべき行為であるという意味において理解したものであろうが逮捕と停止行為とは明らかにその観念を異にし、逮捕は被逮捕者の意思如何に拘らず或る程度の時間的拘束を含む観念であるに反し、停止行為は停止のための一時的行為であつて、停止を求められた者が任意に停止することによつて直ちに中止されねばならぬ性質のものであるからA 巡査の本件停止行為は毫も逮捕行為と目すべきものでなく又これに準ずべき性質のものであるとも謂い得ない。そのほか本件記録を精査するもA 巡査が被告人に対し何等強制又は強制的行為に出でたと認むべき形跡はないからA 巡査の被告人に対して採つた如上の行為は正当な職務執行上の行為として総て適法であると謂はなければならない」とし、控訴を破棄した上で、被告人を懲役6月に処している。

上記の2つの事件では、「逃げる気配をみせた相手の肩に手をかける」行為の適法性が問題となっており、両者とも、第1審では、巡査の行為を違法とし、控訴審では、適法としている。それぞれの裁判所が下した判決について比較すると、次のようになる。

第1審である昭和27年函館地裁判決は、「警察官等職務執行法第二条の規定の趣旨」からいって、A巡査の行為は、「職務執行の正当な範囲を超えた違法のものと言い得よう」とするにとどまった。これに対して、昭和27年札幌高裁函館支部判決は、職務執行の適法性に関して、「警察官が異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して不審者と認めた者に対し職務質問のため停止を要求してもその者がこれに応じなかつた場合これを停止させるに妥当な方法によつて、その者の行動を停止させることは、警察官がその職権職務を忠実に遂行するために必要なことで、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と謂わなければならない」という判断基準を掲げ、職務質問が行われた時刻、天候、その当時の被告人らの風体、所持品および挙動と、A巡査らは窃盗事件に対する非常警邏中であつたこととを合わせ考慮すると、A巡査らが被告人らの挙動に対して何らかの犯罪を犯し若しくは犯そうとしているのではないかと疑うに足る相当の理由があつたとし、A巡査らが被告人らに質問しようと呼びとめた際の被告人らの対応を詳細に指摘した上で、「A巡査が被告人の肩に手をかけた行為は同巡査の職務質問に反抗的で、且つ逃げようとする被告人を停止させて質問しようとする職務遂行上の妥当な方法として用いられたもので、その場における職務執行上の正当な方法であつて、これによつて同巡査の被告人を停止させて質問した職務の執行を違法とならしめるものではない」としている。また、昭和28年12月7日名古屋高裁判決は、事実認定において第1審判決では詳細には示されていない職務質問の時刻、天候、その当時の被告人の風体、所持品および挙動について確認し、上記の一連の被告人との対応関係を前提にして「職務質問を更に続行し且つ同時に自己の疑念を解くため職務質問の必要ありと思

考したことは警察官として当然のことである」と指摘し、「A 巡査が他の巡査の職務質問を続行し又自らの疑念のため職務質問を行うことは許されて然るべきであり、そのためには同執行法第二条第一項の法意に従い逃走する被告人を停止させてこれが質問をすることができるものと解すべきである」としている。そして、「尤も斯かる場合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のある職務執行上の方法である」として、A 巡査の行為は「正当な職務執行上の行為として総て適法である」とした。このように、上記2つの高裁判決では、巡査と被告人との対応関係を詳細に検討し、一連の事実の流れを「面」として事実認定をしつつ、職務質問における有形力の行使の適法性を肯定しているが³¹⁾なぜそのようなことが許容されるかについて、上記の名古屋高裁判決は警察（警察官）の責務と国民の責任との関係に遡って述べている。すなわち、警察の責務は、国民の生命、身体、及び財産の保護に任じ、犯罪の捜査被疑者の逮捕及び公安の維持に当ることであり〔(旧) 警察法1条1項〕、職務遂行の際、警察官は「その職務の重大性に鑑み穩健中正を旨とする健全なる良識と正確な理解力判断力を養い事態の推移変転に応じて冷静沈着を保つと同時に応変自在の決断と勇氣とが必要であつて徒らに退嬰の風に墮しないことを要する」とする一方で、「国民においても法治国家の一員として法の尊厳を認識しその命ずるところに適従するの自発的自律的な態度こそ望ましいのであつて国民の自発性、自律性こそ総ての文化の発端であり、重要な文化国家の土台をなすものであつて個人の責任を強張ることが民主主義の重要な基礎をなすものである点を十分に理解し且つ警察官の任務と職責に対する深い理解と併せてこれに協力するの態度があるにおいては警察官と国民との間に醸すことあるべき摩擦もこれを防止し得ると共にこれに因て警察官の任務職責の円滑な遂行を期待し得るし又国民の自由及び権利の擁護伸張に欠くところがない成果を生み出して以て文化国家としての発展を促進し得るものと謂うこと

ができる」とする。これを前提として、被告人が所持していた鞆内の書類の一部の呈示を拒んだことを「甚だ遺憾なことである」とし、さらに、「警察官が或る種の犯人ではないかとの疑念を抱きながら、それまで職務質問に関係しなかつたという理由のみで被告人の逃走を慢然拱手傍観して何等の措置を講ずべきでない」と謂うが如きは警察官の担う重要な任務と職責の忠実な遂行を命ずる警察法規の精神に鑑み到底採用すべきところではない」とした上で、「A 巡査が他の巡査の職務質問を続行し又自らの疑念のため職務質問を行うことは許されて然るべきであり、そのためには同執行法第二条第一項の法意に従い逃走する被告人を停止させてこれが質問をすることができるものと解すべきであると同時に又これをなすことが却てその忠実な職責の遂行であるとも謂い得るのである」としている³²⁾

これに対して、昭和28年5月6日名古屋地裁判決は、警察官の被告人に対する働きかけに重点をおいて事実を認定し、名古屋高裁が指摘するような「国民の責任」については考慮せず、被告人が職務質問を拒否し、現行犯逮捕または緊急逮捕の要件も満たしていないので、「同巡査等は今も早引続き被告人に対し職務質問を実行し得べきではなく…いわんや実力を行使し得ないことはいうまでもない。然るにA巡査は懸命に逃げる被告人を約一三〇米追つて追いつき、同人を引止めようとしてその体に手をかけ逮捕的行為に出たのであるから、右は適法な職務行為の範囲を逸脱し、違法である」としている。

団藤博士は、札幌高裁函館支部が示した「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のある職務執行上の方法と謂わなければならない」という基準について、「判旨の解釈いかんによつては、ややいいすぎの感がある」とするが、「注意を促しまたは翻意を求めるために単に身体に手をかける程度のことは強制にわたらないかぎり許されるものと考えなければならない」と述べ、札幌高裁函館支部の判断については好意的に評価する一方で、名古屋地裁については否定的評価を下しておられる³³⁾すなわち、博士は、警職法2条にいう「停止させ」とは「強制力を加えて停止させるこ

とをみとめる趣旨ではない」が、「単に言語のみによるべきものとするのは、解釈としてはせますぎ」、「言語によるばあいでも、語調や態度によつては、許されないことがありうると同時に、物理的方法であつてもすべて許されないと解するのは妥当ではあるまい」とし、「いわんや実力を行使し得ないことはいうまでもない」と判示した名古屋地裁とは異なる結論となり得る見解を示した上で、A 巡査が被告人の腕に手をかけた行為を「逮捕的行為」とした同地裁の認定に関連して、「これを一般化して、手をかける行為がつねに逮捕的行為であり、職務行為の範囲を逸脱すると解するならば、それは行きすぎである」とされている³⁴⁾ さらに、団藤博士は、名古屋地裁が本件では A 「巡査等とも早引続き被告人に対し職務質問を続行し得べきではな (い)」としている点についても批判しておられる。すなわち、被告人が逃げ出したのは、「客観的にはあらたな不審の挙動とみとめられるであろうし」、A 巡査は別の巡査の質問した以外の「別件について質問の必要をみとめた」ものであるから、このような場合に「職務質問の続行ないし再度の職務質問が全然許されないとするのは、解釈として厳格に失するであろう」とされるのである。

このように、下級審レベルでは、類似する職務質問における有形力の行使に対する適法性の評価が異なっていたので、最高裁の判断がまたれていたが³⁵⁾³⁶⁾ 最決昭 29・7・15³⁷⁾ は、弁護人 S が、「原判決が認めた罪となるべき事実中、A 巡査が被告人に『追つき背後から「何うして逃げるのか」と言ひながら、被告人の腕に手をかけた刹那被告人は後に振向くや否や矢庭に同巡査の顔面等を手拳を以て殴打し、又は足蹴にして暴行を加へ格斗するに至つたため、因て同巡査の右前腕及膝関節部に打撲擦過傷等治療約七日間を要する傷害を負はせ』たとの判示は判決に影響を及ぼすべき重大な事実の誤認があるといふべきである」点、「原審判示は憲法第三十一条、同第三十三条、同第三十四条、同第三十五条に違反した判断であり不服である」点、「原判決は警察官等職務執行法第二条第一項の解釈を誤り、従つて刑事訴訟法第四百十一条一号に該当する」点を挙げて、上告したのに対して、次のような決定を下した。すなわち、被告

人側からの上告趣意については、「第一点は事実誤認の主張に帰し、同第二点は原審の認定に副わない事実を前提とする違憲の主張で前提を欠き、同第三点は単なる法令違反の主張であつて…いずれも刑訴四〇五条の上告理由に当らない」とし上告を棄却する一方で、「原判決の認定した事実関係の下においては、原判決の判示は正当であつて、所論の違法は認められない」として、本件において問題になっていたA巡査の行為の正当性について、控訴審判決を是認する形で肯定したのである。

このように、最高裁決定は、控訴審判決を是認することによって、職務質問において、逃げる気配をみせた相手の肩に手をかけた警察官の行為が適法である場合のあることを示した点で重要な意味がある。すなわち、第1審判決では、具体的に問題となっていた「警察官の逃げる気配をみせた相手の肩に手をかける行為」を、逮捕的行為と評価し、「適法な職務行為の範囲を逸脱し、違法である」と結論づけているので、これが一般化される場合、「警察官の逃げる気配をみせた相手の肩に手をかける行為」が常に逮捕的行為と評価され、職務行為の範囲を逸脱すると解される可能性があったが³⁸⁾その可能性を排除する意味で大きな意味があったのである。なぜならば、ここで問題となっている手をかける行為が常に逮捕的行為であるとされると、控訴審判決が指摘するように、警察(警察官)の責務を全うできないことになるからである。一方で、控訴審判決は、「法治国家の一員」である国民が「警察官の任務と職責に対する深い理解と併せてこれに協力するの態度」を示すことによって「文化国家」として発展が促され、そのような個人の責任を強調することが「民主主義の重要な基礎」をなすとしていたが、これを是認した最高裁決定が下されたので、国民には、「法的ではないにせよ、対警察協力義務に近いもの」が前提とされることになった³⁹⁾

また、本決定は、あくまでも、控訴審判決を是認しているだけであり、最高裁自体が、一般論を展開し、職務質問において逃げる気配をみせた相手の肩に手をかけた警察官の行為の適法性に関する判断基準を示しているわけではない

ので、控訴審において示された判決から判断基準を読み取る必要があるが、ここでは、次の点を考慮している。名古屋高裁は、職務質問の時刻、天候、その当時の被告人の風体、所持品および挙動について確認し、一連の被告人との対応関係を前提にして「職務質問を更に続行し且つ同時に自己の疑念を解くため職務質問の必要ありと思考したことは警察官として当然」であったか否かを検討し⁴⁰⁾、それが肯定された場合、「職務質問を続行し又自らの疑念のため職務質問を行うことは許されて然るべきであり、そのためには同執行法第二条第一項の法意に従い逃走する被告人を停止させてこれが質問をすることができる」とするが、「斯かる場合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る」としている。さらに、前掲の札幌高裁函館支判昭27・12・15も、職務執行の適法性に関して、「警察官が異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して不審者と認められた者に対し職務質問のため停止を要求してもその者がこれに応じなかつた場合これを停止させるに妥当な方法によつて、その者の行動を停止させることは、警察官がその職権職務を忠実に執行するために必要なことで、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と謂わなければならない」という判断基準を掲げて判断を下していた。

その後、午後1時20分頃、警ら中の警察吏員が一通行人の服装・年齢・態度・携帯品などから推して、当時同一警察署管内に頻発していた窃盗事件に関係がありはしないかとの疑いを抱き、これを呼止めて職務質問をなし、更にその所持に係る風呂敷包みの内容について呈示を求めたところ、同人がにわかには歩き始め更に逃出す等の異常の態度を示すに至ったときは、警察官が停止を求め職務質問を続行するためにその後を追かける行為は正当な職務執行の範囲を超えていたか否かが争われたが、弁護人Uは、詳細に論旨を展開し「両巡査の追跡行為は被告人の意に反して応答又は所持品の呈示を強要する行為以外の

何ものでもないこと極めて明瞭であつて、単に警察官等職務執行法^マ第二条の範囲を逸脱する違法な行為であるに止まらず、右は憲法第三十一条及び第三十五条に違反する不法行為であつて、被告人の行為は右の両巡査の急迫不正な侵害に対する正当防衛であること明らかである。原判決はこの点の判断を誤っているから破棄を免れない」として上告すると共に、被告人自身からも上告がなされた。これに対して、最決昭29・12・27⁴¹⁾は次のような決定を下した。すなわち、控訴審判決において、「本件A、B両巡査が被告人に対し、職務質問をするに至つた経緯は、…被告人の服装、年齢、態度、携帯品などから推して当時…管内に頻発していた窃盗事件に関係がありはしないかとの疑を抱いたことは警察吏員としてはまさに当然であり、更にその所持に係る風呂敷包みの内容について呈示を求められるや俄かに歩きはじめ更に逃げ出す等の異常の態度を示すに至つたため両巡査において益々犯行を犯した者でないかとの疑念を強くし停止を求めるためにその跡を追いかけたことは極めて当然の成行であり、追跡という行動は単に逃走する相手方の位置に接近する手段として必要な自然な行動であつて、かかる手段をもつて強制又は強制的手段とは認められないことは勿論であり、また、これを以て逮捕行為と目すこともできない。」旨ならびに「本件訴訟記録全体を精査しても前顕両巡査が被告人に対しその所持品の呈示を強要したと認められるような証拠はなく、あくまで任意の呈示を求めたに過ぎないこと明らかである」旨を判示していると指摘した上で、「所論違憲の主張は、その前提を欠き刑訴四〇五条の上告理由に当らない」とし、「原判決の認定した事実関係の下における法令解釈に関する判示は正当であると認められるから、刑訴四一一条を適用すべきものとも思われぬ」とする。そして、被告人本人の上告趣意についても「刑訴四〇五条の上告理由に当らない」とし、「記録を調べても同四一一条を適用すべきものとは認められない」としたのである。

本件でも、最高裁では一般論を展開せず、控訴審を引用し、その判断を是認しているだけであるから、控訴審である昭和29年5月18日東京高裁判決⁴²⁾

の判示が重要であるが、そこでは、前述の昭和28年12月7日名古屋高裁判決と同様の判断の枠組みを示しているので、逃げようとする者を追跡する行為の適法性についても、「逃げる気配をみせた相手の肩に手をかける行為」の適法性に関する判断基準と同様の基準によって判断できることとなった⁴³⁾。

注

- 26) 札幌高函館支判昭27・12・15高刑集5巻12号2294頁。なお、原審である昭和27年9月1日に下された通り函館地裁判決は、A巡査による「任意同行を求めた際これを促すため被告人の肩に手を掛けた」行為について、同巡査の「行為は職務の執行として為されたものではあるが、警察官等職務執行法第二条の規定の趣旨から言つて、職務執行の正当範囲を超えた違法のものと言ひ得よう」としていた。
- 27) 渡辺(修)・前掲注(6)13頁。
- 28) 団藤重光「職務質問の適法性の限界」『判例時報』3号(昭28年・1953年)2頁。
- 29) 本件名古屋地裁判決は、後掲の最決昭29・7・15刑集8巻7号1137頁の第1審判決である。
- 30) 現在の「警察の責務」は、警察法2条1項に掲げられており、そこでは、「警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当ることをもつてその責務とする」と規定されている。
- 31) 警察大学校重要判例研究会「警察官がラブホテル客室内に立ち入って行った職務質問、所持品検査、現行犯逮捕等一連の手續に違法な点が存在するものの、その程度ははまだ重大であるとはいえないとして、前記手續に基づき押収された覚せい剤等の証拠能力が肯定された事例」『捜査研究』595号(平13年・2001年)45頁は、「実務家として望むべきは、事実認定に当たっては、場面場面を『点』として判断するのではなく、一連の事実を『面』として自然な形で認定しようとする視点である(る)」とする。
- 32) なお、東京高判昭28・10・20東時4巻4号125頁、判特39号144頁参照。
- 33) 団藤・前掲注(28)2頁。
- 34) なお、本判決の控訴審である名古屋高裁は、上記のとおり、「この程度の実力行為は刑事訴訟に関する法律の規定によらない限りなし得ない逮捕行為に該当するものではないと解すべき」であるとしている。
- 35) なお、渡辺(咲)・前掲注(5)120頁によれば、札幌高裁函館支判昭27・12・15高刑集5巻12号2294頁は後に上告されたが、昭和28年5月19日に、上告棄却の決定が下されている、とされる。
- 36) 渡辺(修)教授は、この対立を、「市民の側の職質拒否の自由と職質の任意処分性を厳格

に維持するアプローチ」と「職質の必要性を理由に若干の実力行使を認めるアプローチ」として位置づけておられる、渡辺（修）・前掲注(6) 15 頁。

37) 最決昭 29・7・15 刑集 8 卷 7 号 1137 頁。

38) 団藤・前掲注(28) 2 頁参照。

39) 渡辺（修）・前掲注(6) 16 頁。なお、下級審であるが、静岡地沼津支判昭 35・12・26 下刑集 2 卷 11=12 号 1562 頁 [1567 頁] は、警職法に『『停止させて』質問することができるというのは、停止を命ずることができるという趣旨にすぎず、相手方はこれに応ずる義務はない』としているが、これを最高裁昭和 29 年 7 月 25 日決定と矛盾しない形で読むと、相手方には「法的」義務がないことを確認したものになる。

40) 何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由があったとは認められないとして、職務質問および任意同行を違法であるとしたものとしては、例えば、京都地判昭 43・7・22 判タ 225 号 245 頁がある。

41) 最決昭 29・12・27 刑集 8 卷 13 号 2435 頁。

42) 東京高判昭 29・5・18 高刑集 7 卷 3 号 483 頁。本判決においては、「警察は警察法第一条に明記されているとおり国民の生命、身体及び財産の保護に任じ犯罪の捜査、被疑者の逮捕及び公安の維持に当ることをもつてその責務とするものであり、警察官等職務執行法は警察官及び警察吏員が警察法に規定する国民の生命、身体及び財産の保護、犯罪の予防、公安の維持並びに他の法令の執行等の職権職務を忠実に遂行するために、必要な手段を定めることを目的として制定されたものであるが、警察の活動は厳格に前項の責務の範囲に限られるべきものであつて、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ものであることは勿論であるところ警察官等職務執行法第二条第一項は警察官等は異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由のある者又は既に行われた犯罪について若しくは犯罪が行われようとしていることについて知つていると認められる者を停止させて質問することができる旨を規定するとともにその第三項には『前二項に規定する者は刑事訴訟に関する法律の規定によらない限り、身柄を拘束され又はその意に反して警察署、派出所若しくは駐在所に連行され、若しくは答弁を強要されることはない』旨を規定しているのであつて、警察官等職務執行法第二条第一項所定の職務質問の適法性の限界の如きも憲法の保障する個人の基本的人権の尊重と公共の福祉のための警察活動によるこれが自らなる制約との調和という観点からこれを定めなければならないのである」ことを前提として、本件の巡査の行為の正当性を確認する。すなわち、「本件 A、B 両巡査が被告人に対し職務質問をするに至つた経緯は…被告人の服装、年齢、態度、携帯品などから推して当時…管内に瀦発していた窃盗事件に関係がありはしないかとの疑を抱いたことは警察吏員としてはまさに当然であり、更にその所持に係る風呂敷包みの内容について呈示を求められるや俄かに歩きはじめ更に逃げ出す等の異常の態度を示すに至つたため両巡査において益々犯罪を犯した者ではないかとの疑念を強くし停

止を求めるためにその跡を追いかけたことは極めて当然の成行であり追跡という行動は単に逃走する相当方の位置に接近する手段として必要な自然な行動であつてかかる手段をもつて強制又は強制的手段とは認められないことは勿論であり、またこれをもつて逮捕行為と目することもできない。警察吏員が職務質問をなしたのに拘わらず、相手方がこれに答えようとせず、また停止を求めてもこれに応じないような場合に直ちに質問を中止するが如きはむしろその職務職責に忠実ならざるものであり、かくの如き場合にも更に自己の疑念を解くため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齟齬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り、また相手方の逃走を漫然拱手傍観して放置してかえりみないような態度は警察活動の本義に照らし到底是認することはできないのであつてかかる場合には逃走する相手方を追跡し停止を求め質問を続行することこそ警羅中の警察吏員としての忠実な職責の実行と称すべきであり、かく解することが公共の福祉と基本的人権の保障との調和を図り且つ警察法の精神に叶う合理的見解であるといわねばならない」とするのである。そして、「論旨は警察官等職務執行法第二条第一項は警察官等に停止させて質問することを許しておくのみであつて所持品を呈示させるが如きことは許していないと主張するけれども本件訴訟記録全体を精査しても前掲両巡査が被告人に対しその所持品の呈示を強要したと認められるような証拠はなく、あくまで任意の呈示を求めたに過ぎないこと明らかであり所論に鑑み本件訴訟記録並びに原審において取り調べた証拠に現われている一切の事実を精査すれば論旨摘録の諸般の情状を斟酌しても原審の被告人に対する量刑は相当であり重きに失するものとは認められないから論旨は理由がない」として、控訴を棄却している。

さらに、追跡行為の適法性に関して、名古屋高判昭28・9・2判時11号17頁は、追跡行為の適法性が争われた事例において「公共の福祉と個人の人権保護との調和を図り、警察法に規定された職責を忠実に遂行する為必要な限度においては強制に亘らない程度において、相手方を停止させて質問することが出来る」とする。

- 43) 同時期に、任意同行に関してではあるが、警察官の追跡行為が適法であるとした最判昭30・7・19刑集9巻9号1908頁がある。弁護士Sは、まず、控訴審が警職法2条3項を不法に拡張解釈し、人の自由を拘束することを是認したのは、憲法31条、33条、34条、35条に違反すると主張し(第1点)、②、「本件A、B両巡査の被告人に対する追跡が公務執行に非されば、被告人に対する右両巡査の追跡は不法行為であり、之に対する反撃は両巡査に対する傷害は正当防衛であり違反性を欠き、被告人の傷害被告は無罪の判決を言渡すへきてある」(第2点)とする。

これに対して、最高裁の法廷意見は、弁護士Sの第1点の主張に関して、「原判決の認定した事実によれば、被告人は昭和二七年七月二三日午後九時頃名古屋市中山区N公園内C遊園地において、外三名の者と密談中のところ、折から犯罪捜査のため警羅中の…巡査A同Bの両巡査から挙動不審者として職務質問を受け、被告人の所持品につき応答中、最寄のN公園派出所まで同行方を求められるや、突如その場を逃走したので、両巡査が更に

職務質問をしようとして近寄つた途端、被告人は矢庭に右両巡査を足蹴にして暴行を加え、両巡査に傷害を負わせ以て右両巡査の公務の執行を妨害したというのであつて、原判決中には所論のように、人の自由を拘束した事実は認定されていない。巡査から挙動不審者として職務質問を受け派出所まで任意同行を求められた者が突如逃走した場合に、巡査が更に職務質問をしようとして追跡しただけでは、人の自由を拘束したのではなく、巡査の職務行為として適法であること原判決の説示するとおりである。それ故、原判決は所論のように警察官職務執行法二条三項を不法に拡張解釈したものではなく、また人の自由を拘束した事実を判示したものではないので、所論違憲の主張は前提を欠き理由がない」とし、第2点については、「原判示の事実が公務の執行と認められることは、第一点に説示したとおりであるから、これと反する見解に基く所論は採用できない。なお、本件には刑訴四―一条を適用すべき事由も認められない」として、上告を棄却した。

なお、本件には、原判決を破棄し、原審に差し戻すべきであるとする小林俊三判事の意見が付されている。