

## 職務質問における「停止」行為について（2・完）

—行政警察活動と捜査に関する議論の一断面—

金子 章

第一章 はじめに

第二章 適正手続の保障—憲法との関係における刑訴法の位置づけ

第三章 職務質問における停止行為に関する理論的考察

第一節 序論

第二節 有形力の行使の可否—「停止」行為と「身柄拘束」処分との関係

第一款 従来の学説の議論状況

第二款 強制処分の意義に関する理論的分析・検討—逮捕の本来的意義を求めて

第一項 捜査の定義

第二項 逮捕・勾留の趣旨・目的（以上、21巻1号）

第三項 強制処分の意義

（一）最高裁昭和51年3月16日決定の概観

（二）最高裁昭和51年3月16日決定の分析・検討

第三款 その帰結

第三節 有形力の行使の許否

第一款 従来の理解とその問題点

第二款 検討

第四節 小括

第四章 おわりに—本稿の総括（以上、本号）

### 第三項 強制処分の意義

国家による捜査活動においては、強制処分が用いられる場合と、非強制処分としての任意処分が用いられる場合とがある（刑訴法197条1項参照）<sup>47)</sup>。

もっとも、強制処分とは何を意味するのか、という点に関しては、刑訴法上、必ずしも明らかにされているわけではない。そのため、学説上は、従前から、強制処分の意義をめぐって、議論が展開されてきたところである<sup>48)</sup>。そのような議論状況の下において、最高裁として初めて、強制処分の意義について重要な判断を下したのが、最高裁昭和51年3月16日決定<sup>49)</sup>である<sup>50)</sup>。

以下では、まず始めに、最高裁昭和51年3月16日決定を概観したうえで、当該最高裁判例に対する学説の理解ないし評価を基礎に、強制処分の意義について、どのように理解されるべきであるのか、検討を加えることにする。

#### （一）最高裁昭和51年3月16日決定の概観

X（被告人）は、昭和48年8月31日午前4時10分頃、岐阜市内の路上において、酒酔い運転のうえ、道路端に置かれたコンクリート製のごみ箱などに自転車を衝突させる物損事故を起こし、間もなく事故現場に到着したK、F両巡査から、運転免許証の提示とアルコール保有量検査のための風船への呼気の吹き込みを求められたが、いずれも拒否したので、両巡査は、道路交通法違反の被疑者として取り調べるためにXをパトカーで岐阜中警察署へ任意同行し、午前4時30分頃、同署に到着した。その際、Xは、顔が赤くて酒のにおいが強く、身体がふらつき、言葉も乱暴で、外見上酒に酔っていることがうかがわれた。

Xは、両巡査から警察署内の通信指令室で取調べを受け、運転免許証の提示要求にはすぐに応じたが、呼気検査については、道路交通法の規定に基づくものであることを告げられたうえ再三説得されてもこれに応じず、午前5時30分頃、Xの父が両巡査の要請で来署して説得したものの聞き入れず、かえって反抗的態度に出たため、父は説得をあきらめ、母が来れば警察の要求に従う旨のXの返答を得て、自宅に呼びにもどった。両巡査は、なおも説得をしながら、

Xの母の到着を待っていたが、午前6時頃になり、Xからマッチを貸してほしいと言われて断ったとき、Xが「マッチを取ってくる」と言いながら急に椅子から立ち上がって出入口の方へ小走りに行きかけたので、K巡査は、Xが逃げるのではないかと思い、Xの左斜め前に近寄り、「風船をやってからでいいではないか」と言って、両手でXの左手首を掴んだところ、Xは、すぐさま同巡査の両手を振り払い、その左肩や制服の襟首を右手で掴んで引っ張り、左肩章を引きちぎったうえ、右手拳で顔面を1回殴打するなど暴れたため、公務執行妨害罪の現行犯人として逮捕され、その後起訴された。

第1審の岐阜地裁は、K巡査の制止行為について、「任意捜査の限界をこえ、任意とは称しながら実質上逮捕するのと同様の効果を得ようとする強制力の行使というべきであって、違法たるを免れない」などとして公務執行妨害罪の成立を否定したのに対し、原審の名古屋高裁は、Xに酒酔い運転の合理的な疑いがあったうえ、同人が突然立ち上がり出入口の方へ行こうとしたという本件の具体的事情の下では、その程度のさほど強いものであったとは認められないK巡査の行為は、Xの「飲酒検知拒否に対し翻意を促すためにとった説得手段として、任意捜査の範囲内の客観的に相当な実力行使と認めるべきである」として、第1審判決を破棄し、公務執行妨害罪の成立を肯定した。これに対して、被告人側が上告したが、最高裁は、以下のような職権判断を示したうえで、上告を棄却した。

「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って、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問

わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。

これを本件についてみると、K巡査の前記行為は、呼気検査に応じるよう被告人を説得するために行われたものであり、その程度もさほど強いものではないというのであるから、これをもって性質上当然に逮捕その他の強制手段にあたるものと判断することはできない。また、右の行為は、酒酔い運転の罪の疑いが濃厚な被告人をその同意を得て警察署に任意同行して、被告人の父を呼び呼気検査に応じるよう説得をつづけるうちに、被告人の母が警察署に来ればこれに応じる旨を述べたのでその連絡を被告人の父に依頼して母の来署を待っていたところ、被告人が急に退室しようとしたため、さらに説得のためにとられた抑制の措置であって、その程度もさほど強いものではないというのであるから、これをもって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ではできず、公務の適法性を否定することができない。」

## （二）最高裁昭和51年3月16日決定の分析・検討

一 上記最高裁昭和51年3月16日決定によれば、強制処分とは、「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」と定義されることになる。もっとも、問題は、本決定が示した強制処分の定義をどのように実質的に理解すべきであるか、本決定が示した強制処分の定義の実質をどのように捉えるべきか、という点にある。

この点に関して、学説上は、次のような理解を示す見解が存在する。すなわち、「強制的に捜査目的を実現する行為」は、強制処分という言葉を使い換えたに過ぎないとし、また、「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」についても、それは強制処分法定主義の裏返し表現であり、トートロジーに過ぎないと指摘し、本決定が示した強制処分の定義ないし基準のう

ち、実質的に意味を持つのは、「意思の制圧」ということと、「身体、住居、財産等に制約を加える」ことの二点であるとしている。そのうえで、強制処分の実質的な定義ないし基準につき、強制処分とは、相手方の意思に反して、身体、住居、財産等の重要な権利・利益を制約する処分であると結論付けているのである<sup>51)</sup>。

このような判例の理解は、学説上、多くの支持を獲得しており<sup>52)</sup>、通説的見解と評し得るものといえよう<sup>53)54)</sup>。

二 しかしながら、判例の理解の仕方として、このような通説的見解に対しては、必ずしも賛同し難いようにも思われる。疑問の核心は、「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」、および「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」のそれぞれに関する理解の仕方の点に向けられる。

まず第一に、「強制的に捜査目的を実現する行為」についてである。

先に述べたように、国家による捜査活動においては、強制処分が用いられる場合と、非強制処分としての任意処分が用いられる場合とがあるが（刑訴法197条1項参照）、強制処分は、国家による捜査活動の一環として行われるものである以上<sup>55)</sup>、それは当然にして、捜査としての性格を内在的に有するものであることが確認されなければならないであろう。すなわち、強制処分は、捜査としての法的性格を当然に有するものとして存在しているはずなのである<sup>56)</sup>。もっとも、この点は、強制処分の意義を理解するうえで、極めて本質的かつ重要な要素であるにもかかわらず、従来の議論においては、むしろ当然のことであるがゆえに、十分に意識が向けられることなく、等閑視されてきた嫌いがあったように思われる。

このような理解を前提にすれば、最高裁昭和51年決定が、強制処分の定義において言及していた「強制的に捜査目的を実現する行為」については、単に強制処分という言葉を使い換えたに過ぎないと解し、この点に実質的意味を見出さないのは妥当性を欠くというべきである。むしろ、当該部分は、強制処分

は捜査目的でなされるものである、という当然の、しかし、強制処分を定義づけるうえで極めて重要なメルクマールを明確に示していたものと理解すべきであろう<sup>57)58)59)</sup>。

第二に、「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」についてである。

この点、通説的見解は、「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」とは、強制処分法定主義の裏返しの表現であり、トートロジーに過ぎないと指摘し、当該部分に実質的意味を見出してはいない。

しかしながら、強制処分とは「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」である、との判示の仕方がなされているのであればともかく、そうでない以上は、当該部分はトートロジーに過ぎず、この部分に実質的な意味はないと評価することは困難であると言わざるを得ないように思われる。むしろ、当該部分は、「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」との文言を受けて、そのうち、「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」、すなわち、強制処分法定主義により律するのが相応しい行為こそが、強制処分として位置づけられることを示したものと理解するのが妥当であるように思われる。その意味で、「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」の部分は、強制処分の範囲を限定する機能を果たすものであり、強制処分を定義づけるうえで、やはり重要なメルクマールを明確に示していたものと理解すべきであろう。

第三に、「身体、住居、財産等に制約を加えて」についてである。

この点、通説的見解によれば、身体、住居、財産等の重要な権利・利益を制約するとの趣旨に理解されているが、しかし、少なくとも、当該文言を見る限りにおいては、権利利益の内容を重要なものに限定するとの趣旨を読み取ることは些か困難であるように思われる<sup>60)</sup>。

三 以上の検討をまとめると、結局のところ、強制処分とは、一定の捜査目的で、相手方の意思に反して、身体、住居、財産等の権利利益を制約する処分

のうち、強制処分法定主義という法的規律を課するに相応しいものと理解すべきことになる<sup>61)</sup>。

この点、逮捕が強制処分的一种として位置づけられることに異論はないところであるが<sup>62)</sup>、この強制処分としての逮捕がまさに強制処分たるゆえんは、逮捕は、(被疑者の)取調べを目的として、相手方の意思に反して、身体・行動の自由という重要な権利利益を侵害する処分であり、それが強制処分法定主義という法的規律を課するに相応しいものと判断されたことによると考えられるのである。

### 第三款 その帰結

以上のように、「強制処分」の意義・内容を明らかにしながら、「逮捕」とは、本来、どのように理解されるべきものなのか、という点に検討を加えたが、あらためて確認すれば、「逮捕」については、強制処分に関する通説的理解に基づき、相手方の身体・行動の自由を侵害・制約する処分と一般に認識されてきたが<sup>63)</sup>、しかしながら、単に、相手方の身体・行動の自由を侵害・制約する処分として捉えられるべきものではなく、取調べを目的として、相手方の身体・行動の自由を侵害・制約する処分として理解されるべきなのである<sup>64)65)</sup>。

それでは、このような理解を前提にするならば、他方で、「停止」行為については、どのように理解されるべきなのであろうか。

この点、「停止」行為は、職務質問を行うにあたっての前提であり<sup>66)</sup>、その手段として位置づけられるものである<sup>67)</sup>。そうだとすれば、「停止」行為については、職務質問を目的として<sup>68)</sup>、相手方の身体・行動の自由を侵害・制約する処分として理解されるべきであるように思われる<sup>69)</sup>。

このように、「逮捕」と「停止」とは、いずれもが、身体・行動の自由を侵害・制約するという点で共通性を有するものと評価し得るが、他方で、その目的という点では、それぞれが異なったものを有しているのであり、その意味で、理論的には明確に区別されるべきものなのである<sup>70)</sup>。そして、このような「停止」



に関する理解を前提にすれば、そこには、身体・行動の自由の侵害・制約の可能性が含まれており、したがって、有形力行使の可能性もまた肯定されるとの帰結が導き出されよう。

### 第三節 有形力の行使の許否

#### 第一款 従来の理解とその問題点

一 さて、先に述べたように、停止行為として、有形力を行使する可能性は認められる。もっとも、そうだとした場合、そのような有形力行使が常に無条件で許容されることには必ずしもならない。むしろ、有形力行使は、身体・行動の自由という権利利益の侵害を伴うものである以上、原則として違法である<sup>71)</sup>。それでは、果たして、いかなる場合に、停止行為として、有形力行使が許容されるのか、その基準ないし判断枠組みが問題となる。

この点、停止行為としての有形力行使の許容性が問題となった判例としては、以下のようなものがある。

まず、最高裁昭和53年9月22日決定<sup>72)</sup>は、酒気帯び運転の疑いがある者が自動車を発進させようとした場合に、警察官が、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り運転を制止したという事案において、「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は、警察官職務執行法2条1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」などとして、当該行為を適法と判断している。

また、最高裁平成6年9月16日決定<sup>73)</sup>は、覚せい剤使用の疑いのある者が自動車を発進させるおそれがあったため、警察官が、エンジンキーを引き抜いて取り上げたという事案において、「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2条1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」などとして、当該行為を適法と判断している。

このように、上記判例は、当該有形力行使を適法と結論付けるにあたって、「必要かつ相当な行為」との表現を用いているが、これは、有形力行使の許容性の判断枠組みとして、法益侵害の質・程度と当該手段方法の広義の必要性とが合理的権衡を保ち、具体的状況の下で「相当」と評価される限りにおいて許容されるとの考え方を採用しているものと理解されており<sup>74)</sup>、この点は、学説上も一致した理解となっているのである<sup>75)</sup>。

二 もっとも、問題は、その先にある。すなわち、判例が、停止行為としての有形力行使の許容性に関して、先に述べたような判断枠組みを採用していることに異論はないとしても、それでは、判例が、停止行為としての有形力行使の許容性に関して、このような判断枠組みを採用したことを、いかなる論理ないし理屈によって説明づけることができるのか、換言すれば、このような判断枠組みを採用したことの理論的基礎をどこに求めることができるのか、という点が問題となる。

この点、従来の議論における一つの有力な見解は、捜査上の任意処分の適法性に関する判断枠組みが、停止行為としての有形力行使の適法性の判断枠組みに準用されたものと評価するものである<sup>76)</sup>。すなわち、前掲最高裁昭和51年3月16日決定は、任意処分であっても、「何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである」と判示しているところ、これは、法益侵害の質・程度と当該手段方法の広義の必要性とが合理的権衡を保っており、具体的状況の下で「相当」と評価される限りにおいて行うことが許容されるものと解されており<sup>77)</sup>、この適法性の判断枠組みが、停止行為としての有形力行使の適法性の判断枠組みにも準用されているという

のである。

それでは、このような準用の主張は、いかなる根拠ないし背景に基づいているのであろうか。

この点については、先に述べたとおり、停止行為は、逮捕という強制処分に至ることが禁じられていることから（警職法2条3項参照）、任意処分として位置づけられていること<sup>78)</sup>、加えて、行政警察活動は捜査の端緒となるものとして<sup>79)</sup>、捜査と密接関連性連続性を有するものであること<sup>80)</sup>、を指摘することができよう。要するに、停止行為を行政警察活動上の任意処分と捉えたうえで<sup>81)</sup>、これが、捜査上の任意処分と「任意処分」としての共通性を有し<sup>82)</sup>、かつ、行政警察活動と捜査活動とが密接関連性連続性を有するがゆえに、捜査上の任意処分に対する法的規律の準用が可能となると考えられているのである。

三 しかしながら、このような根拠ないし論理に対しては、疑問を向けざるを得ないように思われる。

第一に、行政警察活動は捜査の端緒となるものであり、その意味で、捜査と密接関連性連続性を有することは、たしかに否定し難い事実であるとしても、しかしながら、そのことが、直ちに、捜査に対する法的規律を、それとは法的性格の異なる行政警察活動に対して準用することを正当化する根拠になり得るのかは、必ずしも明らかではない。

第二に、停止行為を任意処分と位置づけることには根本的な疑問がある。すなわち、形式的には、警職法上、強制処分と非強制処分としての任意処分の区別は想定されていないように見えるし<sup>83)</sup>、そもそも、実質的に見れば、先にも述べたように<sup>84)</sup>、強制処分はもちろん、任意処分に関しても、捜査活動の一環として行われるものである以上<sup>85)</sup>、捜査としての法的性格を内包するものとして理解されるべきであり<sup>86)</sup>、そうだとすると、停止行為が任意処分として位置づけられる余地は存在せず<sup>87)</sup>、ましてや、停止行為は逮捕という強制処分に至ることが明文で禁じられているとしても、そこから直ちに、停止行

為は任意処分であるとの帰結が導かれるわけではないのである。

以上からすれば、停止行為としての有形力行使の適法性の判断枠組みは、捜査上の任意処分の適法性に関する判断枠組みが準用されたものである、と理解することは、困難であるというべきであるように思われる。

## 第二款 検討

一 それでは、判例が示した停止行為としての有形力行使の適法性の判断枠組みは、果たして、どのように理論的に基礎づけられるべきであろうか。以下、あらためて検討を加えることにしよう。

警職法2条1項は、職務質問の要件として、「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」と規定し、「特定の犯罪」の嫌疑がなくとも、「何らかの犯罪」の嫌疑があれば、職務質問は許容されるものとしていることから、職務質問の法的性格は、捜査ではなく、行政警察活動として理解されることになる<sup>88)89)90)91)</sup>。そして、職務質問が、行政警察活動としての性格を有するとすれば<sup>92)</sup>、その前提たる手段として位置づけられ<sup>93)</sup>、職務質問を目的とするものと解される停止行為についても、行政警察活動としての性格を有するのは当然というべきであろう。

二 ところで、すでに述べたとおり<sup>94)</sup>、憲法13条の趣旨は、国家は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持という二つの義務を負うことを前提としながら、その相対立する二つの憲法上の義務の間の調整が図られるべきことを要請することにあるものと理解される（いわゆる比例原則）。もっとも、この趣旨は、刑事手続に関してのみならず<sup>95)</sup>、行政手続に対しても妥当するものと考えられよう<sup>96)97)98)</sup>。すなわち、この点、行政警察活動に即して言うならば、憲法13条は、個人の基本的人権を保障すべき義務、および公共の福祉を維持すべき義務、具体的には、犯罪を予防・鎮圧することを通じて<sup>99)</sup>、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保護（将来の犯罪の防止・抑止）すべ

き義務を負うことを前提としながら<sup>100)</sup>、その相対立する二つの義務の間の調整が図られるべきことを要請しているのである<sup>101)</sup>。

三 以上を踏まえると、判例が、停止行為としての有形力行使の適法性の判断枠組みに関して、法益侵害の質・程度と当該手段方法の広義の必要性とが合理的権衡を保ち、具体的状況の下で「相当」と評価される限りにおいて適法であるとの判断枠組みを採用しているのは、停止行為が行政警察活動としての法的性格を有していることを前提に、それについて、憲法13条の趣旨、すなわち、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障との調整が図られるべきことを要請する比例原則の考え方が具体化された、ないし具体的に適用されたものとして理解されるべきであるように思われる<sup>102)103)</sup>。

#### 第四節 小括

一 本章では、職務質問における停止行為について理論的考察を行ってきたが、そこでの検討の結果を纏めておくことにする。

二 警職法2条1項は、警察官に対し、職務質問に際して停止させることを認めているが、この停止行為については、停止行為として有形力行使は可能か（有形力行使の可否）、可能だとして、それは無条件で許されるのか、いかなる場合に許されるのか（有形力行使の許否）、という問題が存在する。

三 まず、有形力行使の可否という点に関しては、警職法2条3項が、停止行為につき、「身柄拘束」処分、すなわち、「逮捕」に至ることを禁じていることとの関係が問題となるが、この点、「逮捕」とは、対象者の身体・行動の自由という重要な権利利益を侵害・制約する処分であるとの一般的理解を前提にすれば、停止行為として有形力を行使する可能性は排除されよう。もっとも、このような結論に対しては、現実的および理論的な観点から批判が加えられており、学説上、必ずしも賛同は得られていない。むしろ、学説上は、有形力行使の可能性を肯定する見解が一般的であるが、この見解に立ったとしても、そのような結論を、いかなる論理に従って獲得するのか、という問題は、依然と

して残ることになる。この点については、いくつかの試みが示されているものの、なお疑問の余地がある。

このように、有形力行使の可否をめぐる議論は、行き詰まりの様相を見せているのであるが、その根本的な要因は、議論の出発点としての「逮捕」の理解の仕方であったものと考えられる。もっとも、「逮捕」についての本来あるべき理解を追求するにあたっては、「逮捕」は強制処分的一种であることから、そもそも「強制処分」とは何か、という点にも遡った考察が不可欠であろう。

この強制処分の意義について重要な判断を示したのが、最高裁昭和51年3月16日決定である。本決定は、強制処分につき、「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」と定義しているが、問題は、このような強制処分の定義をどのように実質的に理解すべきか、このような強制処分の定義の実質をどのように捉えるべきか、という点にある。

この点、通説の見解に従えば、強制処分とは、相手方の意思に反して、身体、住居、財産等の重要な権利利益を制約する処分であると理解されることになる。もっとも、このような理解の仕方には、いくつかの点で疑問の余地がある。むしろ、強制処分については、一定の捜査目的で、相手方の意思に反して、身体、住居、財産等の権利利益を制約する処分のうち、強制処分法定主義という法的規律を課するに相応しいものと理解するのが妥当であるというべきである。この点、逮捕が強制処分的一种であることに異論はないところであるが、逮捕がまさに強制処分たるゆえんは、逮捕は、取調べを目的として、相手方の意思に反して、身体・行動の自由という重要な権利利益を侵害する処分であり、それが強制処分法定主義という法的規律を課するに相応しいものと判断されたことに求められるのである。

以上のように、逮捕については、（捜査としての）取調べを目的として、相手方の身体・行動の自由を侵害・制約する処分として理解されることになるが、他方で、停止行為については、それが職務質問を行うにあたっての前提た

る手段として位置づけられることから、（行政警察活動としての）職務質問を目的として、相手方の身体・行動の自由を侵害・制約する処分として理解されるべきことになる。このように解すれば、停止行為として有形力を行使する可能性は肯定されることになろう。

四 次に、有形力行使の許否という点に関してであるが、有形力行使の可能性が肯定されたとしても、常にそれが無条件で許されるわけではない。それでは、いかなる場合に有形力の行使が許容されるのか、その基準ないし判断枠組みが問題となる。

この点、判例は、有形力行使の許容性の判断枠組みとして、法益侵害の質・程度と当該手段方法の広義の必要性とが合理的権衡を保ち、具体的状況の下で「相当」と評価される限りにおいて許容されるとの考え方を採用しているものと解されている。

もっとも、問題は、その先にある。すなわち、判例が、このような判断枠組みを採用していることを前提としたうえで、このような判断枠組みが採用されたことを如何にして理論的に説明づけるのか、という点が問題となる。

この点、有力な見解は、捜査上の任意処分の適法性に関する判断枠組みが、停止行為としての有形力行使の適法性の判断枠組みに準用されたものと評価する。その論拠としては、停止行為の任意処分としての位置づけ、および行政警察活動と捜査との密接関連性連続性が指摘されているが、しかしながら、そもそも、任意処分は捜査としての法的性格を内包しているはずのものである以上、停止行為が任意処分として位置づけられる余地は、果たして存在し得るのか、根本的な疑問が残ろう。

むしろ、憲法との関係に着目すべきである。憲法13条の趣旨は、国家は、個人の基本的人權の保障と公共の福祉の維持という二つの義務を負うことを前提としながら、その相対立する二つの憲法上の義務の間の調整が図られるべきことを要請することにある（いわゆる比例原則）が、この趣旨は、行政手続にも妥当する。すなわち、行政警察活動に即すれば、憲法13条は、個人の基本

の人権を保障すべき義務、および公共の福祉を維持すべき義務、具体的には、犯罪を予防・鎮圧することを通じて、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保護（将来の犯罪の防止・抑止）すべき義務を負うことを前提としながら、その相対立する二つの義務の間の調整が図られることを要請しているのである。判例が、停止行為としての有形力行使の適法性の判断枠組みに関して、先に述べた枠組みを採用しているのは、停止行為が行政警察活動としての法的性格を有していることを前提に、それにつき、憲法13条の趣旨、すなわち、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障との調整が図られるべきことを要請する比例原則の考え方が具体化された、ないし具体的に適用されたものとして理解されるべきであろう。

#### 第四章 おわりに一本稿の総括

一 本章では、最後に、第二章および第三章で行われてきた検討を簡潔に総括し、それをもって、本稿の結びとする。

二 憲法13条は、国家は、個人の基本的人権の保障と公共の福祉の維持という二つの憲法上の義務を負うことを前提としながら、その相対立する二つの義務の間の調整が図られるべきことを要請する（いわゆる比例原則）。その趣旨は、むろん、刑事手続に関して妥当するが、憲法31条は、このことを確認ないし強調するものである。そして、このような憲法上の要請を受け、刑事手続に関して、国家が負うべき二つの義務の間の調整のあり方についての具体的かつ基本的な枠組みを提示しているのが、刑訴法である。

三 警職法2条1項は、警察官に対して、職務質問において停止させることを認めているが、この停止行為に関しては、停止行為として有形力行使は可能であるのか（有形力行使の可否）、可能だとして、それは無条件で許されるのか、いかなる場合に許されるのか（有形力行使の許否）、という二つの問題が存在する。



**四** まず、有形力行使の可否という点については、警職法2条3項が、停止行為につき、「身柄拘束」処分、すなわち、「逮捕」に至ることを禁じていることとの関係が問題となる。

「逮捕」の意義に関しては、その前提となる「強制処分」の意義にまで遡った検討が不可欠となるが、この点、強制処分とは、一定の捜査目的で、相手方の意思に反して、身体、住居、財産等の権利利益を制約する処分のうち、強制処分法定主義という法的規律に相応しいものと理解したうえで、逮捕については、（捜査としての）取調べを目的として、相手方の意思に反して、身体・行動の自由という重要な権利利益を侵害する処分として理解するのが妥当というべきである。それに対して、停止行為については、それが職務質問を行うにあたっての前提たる手段として位置づけられることから、（行政警察活動としての）職務質問を目的として、相手方の身体・行動の自由を侵害・制約する処分として理解されるべきである。

このように、逮捕と停止行為とは、身体・行動の自由を侵害・制約する処分であるという点では一致するが、他方で、その目的という点で、すなわち、取調べを目的とするか、職務質問を目的とするか、によって、理論的には明確に区別されるのである。そして、このような停止行為の理解を前提にするならば、停止行為としての有形力行使の可能性も肯定されることになる。

**五** 次に、有形力行使の許否という点についてであるが、有形力行使の可能性が肯定されたとしても、常にそれが無条件で許されるわけではなく、いかなる場合に有形力の行使が許容されるのか、その基準ないし判断枠組みが問題となる。

この点、判例は、有形力行使の許容性の判断枠組みとして、法益侵害の質・程度と当該手段方法の広義の必要性とが合理的権衡を保ち、具体的状況の下で「相当」と評価される限りにおいて許容されるとの考え方を採用しているものと解されている。

もっとも、問題は、その先にある。すなわち、判例が、このような判断枠組

みを採用していることを前提としたうえで、このような判断枠組みが採用されたことを如何にして理論的に説明づけるのか、である。

この点、先に憲法 13 条の趣旨について述べたところであるが、その趣旨は、刑事手続のみならず、行政手続に関しても妥当することが確認されなければならない。すなわち、行政警察活動に即して言えば、憲法 13 条は、個人の基本的人権を保障すべき義務、および公共の福祉を維持すべき義務、具体的には、犯罪を予防・鎮圧することを通じて、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益を保護（将来の犯罪の防止・抑止）すべき義務を負うことを前提としながら、その相対立する二つの義務の間の調整が図られることを要請しているのである。判例が採用している、停止行為としての有形力行使の適法性の判断枠組みについては、停止行為が行政警察活動としての法的性格を有することを前提に、それにつき、憲法 13 条の趣旨、すなわち、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障との調整が図られるべきことを要請する比例原則の考え方が具体化された、ないし具体的に適用されたものと理解されるべきである。

（2012 年 7 月脱稿）

\*本稿は、平成 24 年度科研費補助金・若手研究（B）による研究成果の一部である。

47) 酒巻・前掲注 17) 64 - 65 頁、井上・前掲注 21) 46 - 47 頁、小林充「強制処分と任意処分」研修 671 号（2004 年）3 頁、佐々木=猪俣・前掲注 21) 43 - 44 頁〔佐々木正輝〕、緑大輔「強制と任意—強制処分法定主義をめぐって」法学セミナー 666 号（2010 年）113 - 114 頁【以下、「緑①」として引用】、緑大輔「捜査によって制約される利益—任意捜査の限界」法学セミナー 667 号（2010 年）114 頁など参照。

48) この点に関しては、例えば、井上・前掲注 21) 46 頁など参照。

49) 最決昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 卷 2 号 187 頁。

50) 酒巻・前掲注 17) 67 頁など。

51) 井上・前掲注 21) 47 頁。

- 52) 酒巻・前掲注17) 67 - 69頁、酒巻・前掲注9) 69頁、長沼ほか・前掲注15) 60 - 61頁〔大澤裕〕、149、169頁〔佐藤隆之〕、159頁〔長沼範良〕、大澤裕「おとり捜査の許容性」『平成16年度重要判例解説』ジュリスト1291号(2005年)191頁、佐藤隆之「おとり捜査の適法性」法学教室296号(2005年)43頁、佐藤・前掲注45) 4 - 5頁、後藤昭「おとり捜査」井上正仁=大澤裕=川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選(第9版)』(2011年)27頁、後藤昭「強制処分法定主義と令状主義」法学教室245号(2001年)12頁、後藤=白取編・前掲注33) 445頁〔後藤昭〕、田口・前掲注14) 44 - 47頁、田口守一「演習」法学教室343号(2009年)182 - 183頁、上口・前掲注8) 61頁、白取・前掲注8) 93 - 94頁、田中ほか・前掲注6) 65頁〔田中開〕、椎橋編・前掲注8) 63頁〔洲見光男〕、伊藤ほか・前掲注33) 76 - 77頁〔東條伸一郎〕、三井誠ほか編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法』(2011年)228頁〔石井隆〕、山口=上田編・前掲注42) 121 - 122頁〔徳永光〕など。
- 53) 古江・前掲注21) 14頁、酒巻匡「刑事手続における任意手段の規律について」法学論叢162巻1 - 6号(2008年)94頁。
- 54) これに対し、学説上は、次のような有力な理解も存在する。すなわち、①判例が「個人の意思を制圧」と述べていることに着目し、強制処分を、単に相手方の意思に反して、ではなく、相手方の意思を制圧する程度の方法ないし態様をもって、権利利益を制約する処分と定義したうえで、②この強制処分の定義は、「物理的な有形力の行使等、警察官の行為が直接に相手方に向けてなされるような場合」に限って妥当するというのである(川出・前掲注29) 26 - 30頁)。しかしながら、この見解は、相手方の意思というものに関して、それに反する程度というものを想定しているように見えるが(川出・前掲注29) 27頁。小林・前掲注47) 7頁も参照)、そもそも、意思というものに関して、そのようなものを想定し得るのか疑問であり、むしろ、意思に関しては、それに反するか否かしか問題とし得ないように思われる(そうだとすると、結局のところ、相手方の意思を制圧する程度の方法ないし態様という要件の下で考慮されているのは、相手方の意思に反する程度そのものではなくて、実質的には、その方法ないし態様の性質に基づく相手方の意思に反する一般的可能性の程度に過ぎないのではないかとも思われる)。また、この見解は、強制処分の定義を類型ごとに区別しようとするが(川出・前掲注29) 28 - 29頁)、たしかに、そのように強制処分の定義を類型ごとに区別することが形式的には可能であるにしても、なぜ強制処分の定義は類型ごとに区別されなければならないのか、なぜ強制処分の定義は類型ごとに設定される必要があるのか、その実質的根拠は必ずしも明らかではない。なお、その他の理解としては、例えば、松田岳士「刑事手続の基本問題」(2010年)227頁以下、緑①・前掲注47) 115頁、佐々木=猪俣・前掲注21) 42 - 45頁〔佐々木正輝〕、84 - 85頁〔猪俣尚人〕など参照。
- 55) 長沼ほか・前掲注15) 57頁〔酒巻匡〕。

- 56) 白取・前掲注8) 92頁、酒巻①・前掲注8) 60頁、酒巻匡「強制処分法定主義」法学教室197号（1997年）30頁、酒巻・前掲注53) 91頁など参照。
- 57) そもそも、強制処分も処分として行われる以上、それが無目的で行われるものとは想定しがたいといえよう。なお、松田・前掲注54) 231頁も参照。
- 58) なお、「強制的に」という部分は、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて」を受けて、当該部分を言い換えたものと理解すべきであろう。少なくとも、強制処分の定義を示した中で言及された「強制的に」を「強制」処分の意味に理解するのは妥当でないばかりか、おそらく論理的に無理があるように思われる。
- 59) なお、松田・前掲注54) 228頁以下は、強制処分を理解するにあたって、強制処分は捜査目的を実現するものであることを当然の前提にしている。
- 60) 川出・前掲注29) 30頁、古江・前掲注21) 13頁参照。
- 61) したがって、強制処分と評価されるためには、捜査目的および制約される権利利益の具体的内容が強制処分法定主義を課するに相応しいものでなければならない。そうだとすると、権利利益の具体的内容に関して言えば、實際上、強制処分と評価されるのは、制約される権利利益が重要なものである場合に限られることになろう。
- 62) 上口・前掲注8) 60頁、田口・前掲注14) 45頁、田中ほか・前掲注6) 61頁〔田中開〕、酒巻①・前掲注8) 60頁、酒巻・前掲注17) 66 - 68頁、酒巻・前掲注56) 30頁、井上・前掲注21) 46頁、椎橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』（2010年）3頁、小林・前掲注47) 4頁、佐々木=猪俣・前掲注21) 44頁〔佐々木正輝〕、田宮裕「任意捜査と強制捜査」法学教室81号（1987年）63頁、田宮・前掲注1) 63、74頁、田宮裕『注釈刑事訴訟法』（1980年）216頁、松尾浩也「任意捜査における有形力の行使」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選（第6版）』（1992年）7頁、松尾・前掲注25) 36頁、河上和雄「任意捜査の限界—検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続（上）』（1988年）89頁、小木曾綾「強制処分法定主義の現代的意義」駒澤大学法学論集58号（1999年）153頁、椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』（1993年）270頁〔初出：「捜査の科学化」ジュリスト852号（1986年）〕、香城敏磨『刑事訴訟法の構造』（2005年）143、167、177、179、181頁、多田辰也「令状主義と強制処分法定主義—一つの覚書—」『激動期の刑事法学（能勢弘之先生追悼論集）』（2003年）29頁、大野正博『現代型捜査とその規制』（2001年）4頁、寺崎・前掲注20) 62頁、鈴木③・前掲注5) 73頁、白取・前掲注8) 156頁、渡辺・前掲注45) 45、53頁、安富・前掲注1) 38、81頁、高田・前掲注33) 146頁、椎橋編・前掲注36) 48頁〔柳川重規〕、平野・前掲注18) 83頁、川端=辻脇・前掲注45) 90頁〔辻脇菓子〕、加藤・前掲注8) 70頁、福井編・前掲注21) 85頁〔山田直子〕、椎橋編・前掲注8) 62頁〔洲見光男〕、上口ほか・前掲注8) 8頁〔後藤昭〕、山本ほか・前掲注42) 38頁〔松田岳士〕、井戸田・前掲注8) 94 - 95頁、高田卓爾=鈴木茂嗣編『新判例コン

メンタル刑事訴訟法3』(1995年)32頁〔川崎英明〕、三井ほか編・前掲注52)230頁〔石井隆〕、藤永ほか編・前掲注36)156頁〔馬場義宣〕、河上ほか編・前掲注36)162頁〔馬場義宣=河村博〕、渥美・前掲注8)134頁、藤木英雄ほか『刑事訴訟法入門(第3版)』(2000年)83頁〔土本武司〕、土本・前掲注23)144頁、山口=上田編・前掲注42)19頁〔山口直也〕、130頁〔正木祐史〕、関編・前掲注21)57頁〔滝沢誠〕など。

- 63) そうであるがゆえに、強制処分(ないし任意処分)および逮捕という概念は、高い汎用性を持ち得たのである。後述するように、行政警察活動に任意処分の概念を用いているのは、その例であろう。
- 64) このような理解を前提とした、上記最高裁昭和51年3月16日決定の具体的事案の分析については、拙稿・前掲注30)11頁参照。
- 65) もちろん、このことは、従前の逮捕の理解が誤りであるとまでいうものではない。たしかに、逮捕にとって、身体・行動の自由の侵害・制約は必須の要素だからである。しかしながら、それは、あくまでも逮捕の一要件を指摘しているにすぎず、逮捕の必要条件であるが、充分条件ではないのである。
- 66) 三井・前掲注15)95-96頁、酒巻②・前掲注21)75-76頁、大澤裕=辻裕教「対話で学ぶ刑訴法判例(第2回)」法学教室308号(2006年)81頁〔大澤裕発言〕、松本芳希「職務質問・所持品検査—裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続Ⅰ』(2002年)177頁、土本・前掲注23)129頁、出射義夫「判批」警察研究27巻12号(1956年)71頁、河上・前掲注16)21頁、光藤・前掲注14)10頁、土本・前掲注23)129頁。
- 67) 長沼ほか・前掲注15)46頁〔長沼範良〕、酒巻・前掲注15)51頁、酒巻②・前掲注21)75頁、大谷・前掲注21)67頁、大澤=辻・前掲注66)81頁〔辻裕教発言〕、藤代浩則「判批」専修ロージャーナル創刊号(2006年)174頁、半谷・前掲注21)16頁など。
- 68) 三井・前掲注15)93-96頁、長沼ほか・前掲注15)45-47頁〔長沼範良〕、鈴木③・前掲注5)70頁、上口・前掲注8)67頁、田中ほか・前掲注6)57頁〔田中開〕、寺崎・前掲注20)80頁、福井・前掲注1)85-86頁、佐々木=猪俣・前掲注21)48、50-53頁〔佐々木正輝〕、宇藤崇「演習」法学教室284号(2004年)120頁、古江・前掲注21)25、32頁、大谷・前掲注21)67頁、小木曾・前掲注21)8頁、水谷・前掲注15)18頁、柏井・前掲注21)33頁、笹倉宏紀「所持品検査」井上正仁=大澤裕=川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選(第9版)』(2011年)10頁、長井・前掲注15)7頁、島・前掲注15)20頁、川端=田口編・前掲注20)48頁〔多田辰也〕、堀籠幸男「判解」『最高裁判所判例解説(刑事篇)(昭和53年度)』412頁、川出・前掲注29)24頁、中村明「職務質問の要件」石川達紘編『刑事裁判実務大系(10)警察』(1993年)13頁、五十嵐・前掲注13)17-19頁、渡辺咲子「行政警察権の行使と犯罪捜査」河上和雄編『刑事裁判実務大系(11)犯罪捜査』(1991年)65頁、光藤景皎「職務質問・所持品検査」『警

- 察の現在（法学セミナー増刊：総合特集シリーズ36）』（1987年）237頁、光藤・前掲注14）9頁、吉川正次「判批」法学新報62巻4号（1955年）85頁、泉山・前掲注21）22頁、河上・前掲注16）18 - 20頁、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9月26日第二小法廷決定—」判例タイムズ710号（1989年）62、64、66頁、安富・前掲注21）132頁、中野目・前掲注20）105 - 108頁、小川・前掲注13）218頁、藤代・前掲注67）174頁、椎橋編・前掲注42）122 - 123頁、椎橋編・前掲注36）34頁〔大野正博〕、福井編・前掲注21）55頁〔緑大輔〕、寺崎編・前掲注21）13頁〔加藤克佳〕、渥美・前掲注8）30頁、井戸田・前掲注8）79頁、石丸俊彦『刑事訴訟法』（1992年）109頁、頃安・前掲注45）146、148、154頁、河上①・前掲注21）43頁、古谷洋一編『注釈警察官職務執行法（再訂版）』（2007年）49、66、69頁、竹中・前掲注21）8頁、那須修『実務のための警察行政法』（2011年）31頁、宮田①・前掲注4）89頁、田宮＝河上編・前掲注14）83 - 85頁〔河上和雄〕、108、114、123、142 - 143頁〔渡辺咲子〕、団藤重光「職務質問の適法性の限界」判例時報3号（1953年）2頁、河上②・前掲注21）42頁など。最決昭和53年9月22日刑集32巻6号1774頁、最決平成6年9月16日刑集48巻6号420頁参照。
- 69) そして、もちろん、このような理解は、停止行為は行政警察活動としての性格を有するとの一般的理解を前提にすれば、いわゆる侵害留保の考え方と矛盾・抵触するどころか、むしろ、それとも合致するものである。
- 70) このようなことからすると、警職法2条3項の趣旨については、停止行為に対する制約ないし上限を設けたものというより、むしろ、同法2条3項は1項と裏腹の関係にあり、停止行為が行政警察活動たる職務質問を目的としたものであることを確認ないし強調することに主眼があったものと見るべきであろう。なお、この点に関連して、戦前の状況については、半谷・前掲注21）11頁、三井・前掲注15）94頁参照。
- 71) 松尾・前掲注25）42頁、長沼ほか・前掲注15）46頁〔長沼範良〕参照。
- 72) 最決昭和53年9月22日刑集32巻6号1774頁。
- 73) 最決平成6年9月16日刑集48巻6号420頁。
- 74) 酒巻・前掲注15）50頁。
- 75) 洲見・前掲注14）52頁、川端＝田口編・前掲注20）50頁〔多田辰也〕、田中ほか・前掲注6）57 - 58頁〔田中開〕、江口・前掲注21）7頁、白取・前掲注8）104頁、宇藤・前掲注68）120頁など。
- 76) 洲見・前掲注14）52頁、田口・前掲注14）60 - 61頁、田口・前掲注21）5頁、田中ほか・前掲注6）57頁〔田中開〕、白取・前掲注8）104頁、川端博＝田口守一編・前掲注20）50頁〔多田辰也〕、渡辺②・前掲注8）78頁、江口・前掲注21）7頁、佐々木＝猪俣・



- 前掲注21) 50頁〔佐々木正輝〕、椎橋編・前掲注36) 35頁〔大野正博〕など。
- 77) 井上・前掲注21) 47頁、酒巻・前掲注17) 64 - 67頁、酒巻②・前掲注21) 72 - 73頁。
- 78) 洲見・前掲注14) 52頁、堀籠・前掲注68) 411頁、川出・前掲注19) 76頁、川出・前掲注29) 25頁、酒巻・前掲注15) 49頁、酒巻②・前掲注21) 75 - 76頁、古江・前掲注21) 25頁、田宮・前掲注1) 57頁、田宮・前掲注8) 113、141頁、安富・前掲注1) 58 - 59頁、渡辺②・前掲注8) 77-78頁、光藤・前掲注14) 5頁、小林・前掲注8) 73 - 74頁、上口・前掲注8) 66頁、三井・前掲注15) 95頁、佐々木=猪俣・前掲注21) 49頁〔佐々木正輝〕、田口・前掲注21) 4、12頁、宇藤・前掲注68) 120 - 121頁、長沼ほか・前掲注15) 49頁〔大澤裕〕、福井・前掲注1) 85頁、井上・前掲注21) 46頁、松尾浩也「職務質問と所持品検査」法律のひろば21巻5号(1968年) 57頁〔松尾浩也「刑事訴訟の原理」(1974年)所収〕、川端=田口編・前掲注20) 48頁〔多田辰也〕、五十嵐・前掲注13) 19頁、河上・前掲注68) 62頁、安富・前掲注21) 127頁、福井編・前掲注21) 55頁〔緑大輔〕、寺崎編・前掲注21) 13頁〔加藤克佳〕、藤木ほか・前掲注62) 70頁〔土本武司〕など。
- 79) 酒巻③・前掲注21) 5頁。
- 80) 大谷・前掲注21) 67頁、田口・前掲注21) 12頁、酒巻・前掲注15) 49頁、宇藤・前掲注68) 120頁、長沼ほか・前掲注15) 49頁〔大澤裕〕、川出・前掲注29) 24頁など。
- 81) 福井・前掲注1) 85頁、井上・前掲注21) 46頁、香城・前掲注62) 189 - 194頁、川出・前掲注29) 24 - 25、30頁。
- 82) 酒巻②・前掲注21) 76頁参照。
- 83) 警職法上、刑訴法197条1項に類する規定は存在していない。
- 84) 本稿第三章第二節第二款第三項参照。
- 85) 長沼ほか・前掲注15) 57頁〔酒巻匡〕。
- 86) 拙稿・前掲注30) 11頁参照。
- 87) その意味で、停止行為を任意処分と捉えることは、一種の概念矛盾を来たしてしよう。
- 88) 川出・前掲注19) 76頁、酒巻・前掲注15) 48頁、酒巻②・前掲注21) 74頁、酒巻③・前掲注21) 5頁、三井=酒巻・前掲注21) 8頁、洲見・前掲注14) 52頁、三井・前掲注15) 94頁、田宮=河上編・前掲注14) 97頁〔渡辺咲子〕など。
- 89) 最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁も、「職務質問・・・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る」と説示しているところである。
- 90) たしかに、職務質問は、「何らかの犯罪」として、不特定の犯罪の嫌疑があれば行うことが許容されていることから、それは行政警察活動としての性格を有する。もっとも、



このことは、職務質問の対象から、「特定の犯罪」の嫌疑がある場合を除外する趣旨ではないであろう。職務質問が行政警察活動としての性格を持つことは、その対象を「何らかの犯罪」の嫌疑がある場合に限定する契機を含むものではないからである。佐々木＝猪俣・前掲注21）50頁〔佐々木正輝〕、田宮＝河上編・前掲注14）97頁〔渡辺咲子〕、87頁〔河上和雄〕など参照。

- 91) なお、学説上、職務質問が捜査のために行われ得ることを指摘する見解があるが（川出・前掲注19）76頁、酒巻・前掲注15）48頁、古谷編・前掲注68）49、51－53頁、田村正博『全訂警察行政法解説』（2011年）191頁など）、表現として不適當であろう。そこにおいて想定されている事態・現象は、取調べとして評されるべきものである。そうであれば、それに対して刑訴法が適用されることになるのは当然のことである。
- 92) 三井・前掲注15）93頁、田宮＝河上編・前掲注14）88頁〔渡辺咲子〕、宇藤・前掲注68）120頁、古江・前掲注21）26頁、佐々木＝猪俣・前掲注21）50頁〔佐々木正輝〕、上田・前掲注20）5頁など。
- 93) 三井・前掲注15）95－96頁、酒巻②・前掲注21）76頁、長沼ほか・前掲注15）46頁〔長沼範良〕、酒巻・前掲注15）51頁など。
- 94) 本稿第二章参照。
- 95) 鈴木①・前掲注5）4、6頁、鈴木②・前掲注5）5頁、鈴木③・前掲注5）17頁、鈴木④・前掲注5）4－5頁参照。
- 96) 高橋・前掲注2）104、254頁、佐藤幸治『憲法（第3版）』（1995年）444—445、590頁、佐藤幸治『日本国憲法論』（2011年）192、334－335頁、松井・前掲注2）544頁、杉村敏正＝兼子仁『行政手続・行政争訟法』（1973年）96－97頁〔杉村敏正〕、芝池・前掲注4）282頁、小早川光郎『行政法講義（下I）』（2002年）52頁、川上・前掲注4）19頁、萩野・前掲注4）22頁、大石・前掲注2）52－53頁など。
- 97) 警職法1条2項参照。
- 98) なお、学説上は、行政手続にも比例原則の適用を認めるにあたり、その根拠を、憲法31条の準用ないし類推適用に求める見解も有力である（芦部（高橋補訂）・前掲注2）237頁、浦部・前掲注2）287頁、辻村・前掲注8）269－270頁、宇賀編・前掲注4）145頁〔木村琢磨〕など）。しかしながら、条文上明らかに、憲法31条は刑事手続を念頭に置いたものであって、むしろ、根拠としては、憲法13条を指摘すれば足りよう。高橋・前掲注2）141、254頁参照。
- 99) 川出・前掲注19）73－74、76頁、酒巻・前掲注15）48頁、酒巻②・前掲注21）74－75頁、酒巻③・前掲注21）6－7頁、酒巻匡「おとり捜査」法学教室260号（2002年）103頁、三井＝酒巻・前掲注21）8頁、三井・前掲注15）83頁、上口・前掲注8）32、

54頁、小林・前掲注8）73頁、安富・前掲注1）59頁、緑・前掲注16）111頁、上田・前掲注21）7頁、江口・前掲注21）7頁、田口・前掲注21）3頁、小木曾・前掲注21）7頁、田辺・前掲注21）164頁、田宮・前掲注8）116頁、上田・前掲注20）5頁、渡辺・前掲注68）61 - 62頁、安富・前掲注21）133頁、半谷・前掲注21）10頁、村井編・前掲注8）72頁〔川崎英明〕、河上②・前掲注21）42頁など。最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁も参照。

100) 警察法2条1項参照。

101) 行政警察活動は、犯罪の予防・鎮圧活動であり、特定の犯罪の嫌疑がある場合にも行われ得る。他方、捜査活動は、犯人を特定し処罰するための証拠を収集・保全する活動であるが、これも、特定の犯罪の嫌疑がある場合に行われ得ることから、両者の関係が問題となり得る。もっとも、これは、戦術的選択の問題である。すなわち、行政警察活動にせよ、捜査活動にせよ、結局のところ、国民一般の生命・身体・財産等の権利利益の保護（将来の犯罪の防止・抑制）に向けられたものなのであり（警察法2条1項参照）（なお、福井秀夫「市場の失敗対策としての行政法の再構成—阿部泰隆理論の到達点と展望を踏まえて」高木光ほか編『行政法学の未来に向けて（阿部泰隆先生古稀記念）』（2012年）95、124頁参照）、基本的にはいずれが将来の犯罪の防止・抑制という点でより効果的かという観点から選択されるべきであろう。もっとも、結果的に選択された警察活動それ自体の適否は、別論である。井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（1997年）148頁、川出敏裕「組織犯罪と刑事手続」ジュリスト1148号（1999年）240 - 241頁、酒巻・前掲注99）104 - 105頁、佐々木=猪俣・前掲注21）76 - 77頁〔猪俣尚人〕参照。

102) 川出・前掲注19）77頁、酒巻・前掲注15）49頁、酒巻・前掲注21）76頁、緑・前掲注16）113頁、福井編・前掲注21）55頁〔緑大輔〕、古江・前掲注21）29頁、大谷・前掲注21）67、69頁参照。

103) むろん、このような比例原則の具体化ないし具体的適用においては、行政警察活動と捜査との密接関連性連続性も考慮されよう。もちろん、このことは、行政警察活動と捜査との密接関連性連続性が捜査に対する法的規律を行政警察活動に準用する根拠になることとは、まったく別論である。