

身柄に関する処分の実体要件の意義

—イギリスにおける停止権限及び逮捕権限の分析を通じて

丸橋昌太郎

I 序論

II イギリスにおける身柄に関する処分の実体要件

一 総説

二 停止

三 逮捕

四 起訴前警察留置

五 小括

III わが国における身柄に関する処分の実体要件の意義

一 総説

二 強制処分の実体要件

三 任意処分の実体要件

IV 最後に

I 序論

前稿において、令状主義の意義は、実体要件によって捜査対象を限定し、司法審査（手続要件）によって実体要件を担保するシステムにあり、わが国における排除法則は、その司法審査のひとつと位置づけて考えるべきことを示した⁽¹⁾。もっとも、前稿における実体要件の機能に関する言及は、抽象的

(1) 丸橋昌太郎「令状主義における司法審査の意義—イギリス捜査法（逮捕・搜索）における令状主義の分析を通じて」都法46巻1号89頁（2005年）。同論文における主張は、排除法則を憲法33条、35条の客観的法規範として理解する点では、いわゆる規範説と

なものにとどまった。そこで、本稿は、身柄に関する処分の実体要件の意義、とりわけ事後審査と位置づけられる排除法則において、身柄に関する処分の各実体要件がどのように評価されるべきかについて検討を加えたい。

ところで、身柄に関する処分は、強制によるものと任意によるものがある。

強制による身柄に関する処分は、逮捕と勾留である。逮捕と勾留の実体要件は、刑事訴訟法によって、処分の理由や必要を中心（法199 I，210 I，60 I，207 I）に、捜査類型によっては、緊急性、犯罪の重大性等（法210 I）⁽²⁾が要求されている。

一方、任意による身柄に関する処分は、任意同行のほか、職務質問も、一定時間、被処分者を停止することから、その性格を有しているといえる。任意処分の実体要件は、刑事訴訟法上、具体的な要件は定められていない⁽³⁾。しかし、判例は、任意処分についても、緊急性、必要性等の実体要件を要求している⁽⁴⁾。

軌を一にする。ただ、規範説は、手続要件と実体要件をプライバシーの合理的期待という個人の側から内容づけようとする点で、本稿の主張とは異なる。本稿は、手続要件と実体要件についても客観法的側面から内容づけようとするものである。規範説について代表的なものとして、渥美東洋『捜査の原理』（1979年）185頁以下参照。また、捜索押収に関するものであるが、近時、憲法35条を実体的権利の側面から理解しようとする論文として、緑大輔「無令状捜索押収と適法性判断(1)～(3)」修道法学28巻1号452頁，同28巻2号458頁，同29巻1号89頁（2005年～2007年）がある。本稿は、身柄に関する処分を対象とするため、同論文については、次稿において検討したい。

- (2) 現行犯逮捕（法213）は、現認性が求められていることから、緊急性が隠れた要件となっている。
- (3) もっとも、事実上、捜査につながることの多い職務質問については、警職法2条1項において定められている。なお、本稿では、将来刑事手続につながる処分は、刑事訴訟法による規律を受けるものとして議論を進める。職務質問と捜査の関係については、川出敏裕「行政警察活動と捜査」法教259号73頁（2002年）、酒巻匡「刑事手続法の諸問題(3)行政警察活動と捜査(1)」法教285号47頁（2004年）参照。
- (4) 最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。同決定の評釈として、井上正仁「判批」刑事訴訟法判例百選＜第8版＞4頁（2005年）、吉田統宏「判批」研修574号65頁（1996年）、松尾浩也「判批」刑事訴訟法判例百選＜第6版＞6頁（1992年）、中林英二「判批」警察実務判例解説〔任意同行・逮捕篇〕26頁（1990年）、高田卓爾「判批」刑事訴訟法判例百選＜第5版＞12頁（1986年）、加藤晶「判批」警察関係基本判例解説100・

これらの各要件がそれぞれいかなる意義を有するののかについては、わが国では意識的に論じられたことはない。その一因は、事前審査が原則であるわが国では、各要件の意義が主として令状審査時に問われることが多く、問題として顕在化しにくかったことにあるように思われる。ただ、排除法則を事後的な司法審査として捉えるとすると、各要件がいかなる意義を有するのかについて検討することは、審査基準を定立する上で不可欠である。このような問題意識から、本稿では、各要件がいかなる意義を有するののかについて明らかにしたい。

各要件の意義を検討するにあたっては、次の2点を明らかにする必要があるように思われる。

まず第一に、各要件がいかなる規範から導かれているのか、についてである。

各要件の意義が明らかではないのは、そもそも各要件を定立する規範自体が明らかではないからである。各要件の意義を考えるにあたっては、その定立規範を明らかにすることが不可欠である。

実体要件の定立規範は、各要件相互の関係を検討する上でも、明らかにする必要がある。実体要件の中には、他の実体要件と相関関係が認められるものがある。例えば、処分の「必要」は、処分の「理由」があれば認められることが多い。それでは、当該処分が許されるのは、最終的に、「理由」があるからなのであろうか、それとも、「必要」があるからなのであろうか。あるいは、相関関係があるとしても、各要件は、ATMの暗証番号のように全体としての意味を持たず、すべてそろえば、処分が許されるというものなのであろうか。この点は、各実体要件を導く規範が一元的に理解されうるものなのか、多元的に理解されるべきなのかについて明らかにすることが求められよう。

57頁（1985年）、田宮裕「判批」警察研究51巻6号（1980年）、朝岡智幸「判批」判タ339号（1976年）、光藤景皎「判批」昭和51年度重要判例解説がある。また同決定の調査官解説として、香城敏磨「判解」最判解説昭和51年度64頁。

また、実体要件の定立規範が明らかになれば、手続要件との関係も整理されることになる。近年、排除法則適用の場面において、「手続的瑕疵にすぎない」という理由が散見される⁽⁵⁾。この意図するところは、どこにあるのであろうか。この点も、実体要件の整理とあわせて、明らかにしたい。

第二に、捜査類型ごとに実体要件の意義や導く規範が異なるのか、言い換えると、実体要件の定立規範は、さらに捜査類型を問わず一元的に捉えられるか、という点も明らかにしておく必要がある。

各捜査類型には、共通する実体要件も多い。例えば、逮捕と勾留は、共通して、処分の理由と、罪証隠滅・逃亡の防止が要求されている。また、任意処分についても、緊急性や必要性等の強制処分と共通する要件が要求されている。

この点、逮捕と勾留の実体要件の関係については、勾留に関する法60条 I 各号の位置づけの問題として議論がなされてきたところである。罪証隠滅・逃亡の防止の要件に関する規定の方法が、逮捕は必要要件の類型として位置

(5) 捜査の違法性を認めながら、手続の選択を誤ったにすぎないことを根拠として証拠能力を認めたものとして、東京高判平成9年2月27日東京高等裁判所（刑事）判決時報48巻1～12号5頁（覚醒剤所持の疑いが濃厚な被疑者が証拠隠滅を計ろうとしたことに対して、警察官らが被疑者を制圧し手錠をかけて警察署に連行した事案において、当該行為は違法としつつ、現行犯逮捕が可能であったことなどを理由に証拠能力を肯定した。）、札幌高判昭和57年10月28日判時1079号142頁（覚醒剤所持が濃厚な被疑者に対して、手や腕を押えるなどして被疑者の身体を拘束し、被疑者から明示又は黙示の承諾があったと認めることのできない状況のもとで両脇ポケットなどに手を入れて覚せい剤を発見した事案において、当該行為は違法としつつ、緊急逮捕が可能であったことなどを理由に証拠能力を肯定した。）がある。なお、手続的瑕疵の可能性を指摘しながら、証拠能力を否定したものとして、最判平成15年2月14日刑集57巻2号121頁。同判決の評釈として、池田公博「判批」ジュリ1338号212頁（2007年）、大澤裕「判批」刑事訴訟法判例百選<第8版>140頁（2005年）、高木俊夫「判批」研修680号3頁（2005年）、緑大輔「判批」修道法学28巻1号93頁（2005年）、石井一正「判批」現代刑事法6巻4号72頁（2004年）、香川喜八朗「判批」判例評論545号219頁（2004年）、清水真「判批」法学新報110巻9＝10号233頁（2004年）、小川賢一「判批」研修663号91頁（2003年）、佐藤文哉「判批」法教275号38頁（2003年）、中川孝博「判批」法セミ48巻6号119頁（2003年）、椎橋隆幸「判批」平成15年度重判解。同判決の調査官解説として、朝山芳史「判解」最判判解平成15年度21頁。

づけられているのに対して、勾留は理由と並列的な要件のように見える。これを受けて、勾留に関する法60条 I 各号の位置づけは、積極的な勾留の理由とする見解⁽⁶⁾と、逮捕と同様に勾留の必要とする見解⁽⁷⁾に分かれている。この対立も、各要件の評価は、捜査類型ごとに異なると考えるべきなのか、あるいは共通して考えるかの争いである。

この点を明らかにすることは、捜査の許容性判断において「捜査類型」が有する意義を考える上で有効な指針となろう。

ところで、実体要件の意義は、既述の通り、事前審査が原則であるわが国では正面から問題となりにくい。これに対して、イギリスの1984年警察刑事証拠法 (Police and Criminal Evidence Act 1984, c60. 以下、PACE とする)⁽⁸⁾に規定される身柄に関する処分は、無令状を原則としているため、各要件の実質的な意義が問われることが多い。そのため、実体要件の意義を分析する上で、非常に適したものといえる。そこで、本稿では、イギリスにおける身柄に関する処分の実体要件を参考にして、以上の点の検討を試みたい。

なお、本稿では、イングランドおよびウェールズを対象とする。また、前稿においても、PACE に規定される捜査権限の実体要件の簡単な検討を行っている⁽⁹⁾が、本稿では、主として各要件の意義を明らかにするという観点からより詳しく検討を加えたい。

⁽⁶⁾ 寺崎義博『刑事訴訟法講義』(2007年)〔洲見光男〕39頁、池田修=前田雅英『刑事訴訟法講義 [第2版]』(2006年)111頁(勾留の必要性を勾留の相当性とする)、田口守一『刑事訴訟法 [第4版補正版]』(2006年)76頁、白取祐司『刑事訴訟法 [第三版]』(2004年)155頁、小林充『刑事訴訟法 [第2版]』(2004年)80頁(勾留の必要性を勾留の相当性とする)、福井厚『刑事訴訟法講義 [第二版]』(2003年)104頁(勾留の必要性を相当性とする)、平良木登規男『捜査法 [第二版]』(2000年)115頁、三井誠『刑事手続法1』(1997年)18頁、光藤景皎『口述 刑事訴訟法(上) [第二版]』(2000年)(相当性)、田宮裕『刑事訴訟法 [新版]』(1996年)83頁、土本武司『刑事訴訟法要義』(1991年)154—155頁。

⁽⁷⁾ 平野龍一『刑事訴訟法』(1958年)100頁、井戸田侃『刑事訴訟法要説』(1993年)101頁。

⁽⁸⁾ 同法の制定当初に関する文献については、丸橋・前掲注(1)論文参照。

⁽⁹⁾ 丸橋・前掲注(1)論文。

II イギリスにおける身柄に関する処分の実体要件

一 総説

イギリスにおける身柄に関する処分は、停止、逮捕、警察留置がある。停止と警察留置は、それぞれわが国における職務質問と起訴前勾留に相当する。本章では、各実体要件について検討を加える。

本節では、まず、各権限に共通する原理について見ておくことにする⁽¹⁰⁾。

イギリスにおける捜査権限の実体要件は、共通して、合理的な理由 (reasonable ground) が要求される。合理的理由とは、利害関係のない第三者からみて当該命題を導ける客観的な事実である⁽¹¹⁾。この合理的な理由には、段階に応じて、相当理由 (reasonable grounds to believe)、不審事由 (reasonable grounds to suspect) の二つがある⁽¹²⁾。判例の表現によると、不審事由は、「証明はできないが、推測できる」⁽¹³⁾ものとされる⁽¹⁴⁾。また、相当理由は、「[確信までは要らないが] すべての状況を考慮して他の可能性がないといえる」⁽¹⁵⁾ものとされる⁽¹⁶⁾。多くの捜査権限は、この二つの要件が実体要件と

⁽¹⁰⁾ 以下の記述は、主として、BLACKSTONE'S CRIMINAL PRACTICE 2007 (Peter Murphy et al. eds) によるものである。同著は、広くイギリスの裁判実務で使用されているものである。

⁽¹¹⁾ DENIS CLARK, BAVEN AND LIDSTONE'S THE INVESTIGATION OF CRIME: A GUIDE TO THE LAW OF CRIMINAL INVESTIGATION (3rd ed, 2004), at 35. 事実の問題であるから、捜査官が法の解釈を誤った場合は違法となる。BLACKSTONE, *supra note 10*, at 1044.

⁽¹²⁾ 二つの概念の違いは、Baker v. Oxford, [1980] Crim. L. R. 185 (DC) [交通事件の犯人と疑われた者が呼気検査に応じず、逮捕された事件において、その逮捕の適法性が争われた] によって確認された。

⁽¹³⁾ Hussien v. Chong Fook Kam, [1970] A. C. 942, 948 (PC (MY)) (Lord Devlin) [タンクローリーから落ちた木材によって一名が死亡したマレーシアからの上告事件において、民事上、逮捕の違法性が争われた]。

⁽¹⁴⁾ 不審事由の証明は、証拠の許容性がなくてもよい。Hussien, *supra note 13*。ただし、逮捕する前に不審事由につき質問がなくてはならないとする見解もある。R. Clayton and H. Tomlinson, Arrest and reasonable grounds for suspicion, Law Soc. Gaz., Sep 7, 1988.

⁽¹⁵⁾ R. v. Hall, (1985) 81 Cr. App. R. 260, 264 (Boreham J.) [盗品に関する犯罪において、陪審に説明する証明の程度などについて争われた]。

して要求されている。

合理的理由は、捜査官がその時点で、何を知り、何を予測したかによって決定されなければならない⁽¹⁷⁾。事後の合理性判断において、隠れた事情を考慮するべきではないとされる⁽¹⁸⁾。不審事由は、証拠として許容されない事実や、許容されるけれども、一応有利な事件（prima facie case）の一部を形成し得ない事実も考慮しうる⁽¹⁹⁾。また、捜査官は、それが合理的で、かつ、信じられるのであれば、伝聞証拠にもとづくこともできる⁽²⁰⁾。したがって、例えば、捜査官は、ラジオの情報の結果でも、匿名の電話の結果でも合理的理由の根拠とすることができる⁽²¹⁾。ただし、単なる上司からの指示は、被処分者が犯罪を行ったことを疑う合理的理由にはならないとされる⁽²²⁾。他方、捜査官は、他者、たとえば、交通監視員などからの情報等を考慮することがで

⁽¹⁶⁾ 10段階に分けるとすると、不審事由は2～3、相当理由は9くらいとも説明される。DENIS, *supra note* 11, at 34. イギリスにおける不審事由は相当低い基準として扱われている。Ward v. Chief Constable of Avon and Somerset Constabulary, (1986) Times, 26 June [略奪品が運び込まれたという情報をもとに、被告人の住居を同意捜索したところ、略奪品と同じおもちゃが発見されたので、これについて質問したところ、あまりにやすい価格（p37）で購入したと答えたという事実につき、それ以上説明を求めなくても不審事由として認められるとした]；Castorina v. Chief Constable of Surrey, [1988] NLJR (CA) [内部犯行の可能性が強く疑われた強盗事件において、被害店を最近辞職したという事実をもって不審事由が認められるとした]。

⁽¹⁷⁾ BLACKSTONE, *supra note* 10, at 1044.

⁽¹⁸⁾ Redmond-Bate v. DPP (1999) 163 JP 789 [街中で100名を超える人を集めて説教をしていた被告人らに警察官が説教を止めるように指示したところ、これに従わなかったため、平和破壊罪の疑いで逮捕し、公務執行妨害罪の疑いで起訴したという事案において、逮捕の適法性が争われた。]。

⁽¹⁹⁾ Hussien, *supra note* 13. そこから、合理的理由は、一応有利な事件（prima facie case）を証明する証拠より、低い基準とされる。BLACKSTONE, *supra note* 10, at 1044.

⁽²⁰⁾ Clarke v. Chief Constable of North Wales Police (2000) independent, 22 May 2000 [民事事件において、制服警察官や若者の親などには知られていた、請求人の車によって違法薬物が運ばれているという情報に基づいて行われた逮捕等の適法性が争われた。]。

⁽²¹⁾ DPP v. Wilson [1991] RTR 284 [警察官が匿名の通報に基づき飲酒運転の疑いで被告人の車両を停止したところ、被告人の息からアルコールの臭いがしたという事案において、匿名の通報に基づき入手された呼気検査の結果を不公正であるとして排除するべきかどうか争われた。]。

きる⁽²³⁾。

二 停止

停止搜索権限は、目的に応じて様々な種類が存在する⁽²⁴⁾。本節では、法禁物に対する停止・搜索権限を規定した PACE と、その運用規則⁽²⁵⁾を対象として、停止権限の実体要件について検討を加える⁽²⁶⁾。2003年の改正に加えて、2005年にも改正が加えられたので、前稿と重なる部分もあるが⁵、包括的に検討する。

停止搜索権限の主たる目的は、逮捕権限を行使することなく、個人に生じた嫌疑を確認して減らすことにある⁽²⁷⁾。そして、すべての市民は、犯罪防止

(22) O'Hara v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, [1997] AC 286 [民事事件において、テロ関連の殺人の被疑事実で逮捕され、起訴されることなく釈放された請求人が逮捕の適法性を争った。]。

(23) Jarrett v. Chief Constable of West Midlands Police (2003) The Times, 28 Feb 2003 [民事事件において、交通監視員の話に基づいて行った逮捕の適法性が争われた。]。

(24) Public Stores Act 1875, 38 & 39 Vict., c. 25, s. 6; Firearms Act 1968, s. 47; Misuse of Drugs Act 1971, s. 23; Customs and Excise Management Act 1979, c. 2, s. 163; Aviation Security Act 1982, s. 27(1); PACE, ss. 1 and 6 (3); Sporting events (Control of Alcohol etc.) Act 1985, c.57, s. 7; Crossbows Act 1987, c. 32, s. 4; Criminal Justice Act 1988, s. 139 B; Poaching Prevention Act 1862, 25 & 26 Vict., c. 114, s. 2; Deer Act 1991, c. 54, s. 12; Conservation of Seals Act 1970, c. 30, s. 4; Protection of Badgers Act 1992, c. 51, s. 11; Wildlife and Countryside Act 1981, s. 19; Terrorism Act 2000, c. 11, ss. 43, 44 (1), 44 (2) and Sched 7, para. 7 and 8; Criminal Justice and Public Order Act 1994, s. 60 amended Knives Act 1997, c. 21, s. 8. 同意があっても、停止搜索権限がない限り、権限を行使することはできない。Code A: PACE Code of Practice for the Exercise by Police Officers of Statutory Powers of Stop and Search; Police Officers and Police Staff of Requirements to Record Public Encounters, para. 1.. [Hereinafter as Code A]

(25) 2003年の改正に加えて、2005年にも改正が加えられた。本稿では、その改正後の規則にもとづいて検討する。

(26) なお、PACE にもとづく停止搜索権限は、盗品 (stolen articles)、法禁物 (prohibited articles)、一定の犯罪 (公共の場での刃・鋭利な道具) に関連している物を対象としている。ACE, s. 1 (3)。これらについて、詳しくは、丸橋・前掲注(1)論文 (なお、2005年に、花火 (fireworks) も対象に加えられた。Serious Organised Crime and Police Act 2005, C.15, s 115 [Hereinafter as SOCPA])。もともと、運用規則は、原則として、PACE 以外の停止搜索権限にも適用される。Code A, General.

と犯人検挙のために捜査官に協力する、市民としての義務を負っている⁽²⁸⁾。

停止による自由の侵害は、逮捕のそれとは明確に区別されており、ヨーロッパ人権条約 (the European Convention on Human Rights) に規定される人身の自由を侵害するものではないとされる⁽²⁹⁾。

停止捜索権限を行使できる場所は、公共の場所に限られる⁽³⁰⁾。公共の場所とは、公衆が徒歩等によって権利や許可にもとづき入ることができる、あるいは、容易に入ることができる場所 (住居を除く) とされる⁽³¹⁾。

捜索するために人や車両を停止する実体要件は、被停止者が捜索対象物を所持していることについて不審事由があることである⁽³²⁾。不審事由は、各事案の状況に応じて、個別的に判断される⁽³³⁾。不審事由は、公正な判断が求められ、その根拠は客観的でなければならず、人種、肌の色、民族血統、国籍、出身国を根拠に判断することは許されない⁽³⁴⁾。また不審事由の基礎となる情報や諜報は、正確かつ最新でなければならない⁽³⁵⁾。さらに、不審事由は、多様な要素に基礎づけられている場合には、より効果的な捜査の執行に結びつき、警察に対する公共の信頼を確保することにも繋がるとされる⁽³⁶⁾。これらの原則は、理念的なものにとどまらず、現実的にも必要であるとされる⁽³⁷⁾。

⁽²⁷⁾ Code A, para. 1.4. もっとも、法禁物等の所持が善意であり、対象者に対する逮捕権限がない場合であっても、捜索対象物を所持している不審事由が存在すれば、停止して捜索することができる Code A, para. 2. 7

⁽²⁸⁾ Code A, Note, para. 1.

⁽²⁹⁾ R (Gillan) v Commissioner of Police of the Metropolis [2006] UKHL 12, [2006] 2 WLR 537 [「デモ中の学生に、テロ法に基づく一斉 (無差別) 停止捜索権限を実施したという事案において、同権限がヨーロッパ人権条約に適合するかが争われた。】。

⁽³⁰⁾ PACE, s. 1(1)(a)(b).

⁽³¹⁾ PACE, s. 1(1)(a)(b).

⁽³²⁾ PACE, s. 1(1).

⁽³³⁾ Code A, paras. 1. 1, 2. 2.

⁽³⁴⁾ Code A, para. 1. 1.

⁽³⁵⁾ Code A, para. 2. 4.

⁽³⁶⁾ Code A, para. 2. 5.

⁽³⁷⁾ Code A, para. 1. 5. 唯一の例外は、スポーツ観戦施設等の入り口で実施する荷物検査とされる。Id.

不審事由は、特定の情報がなくても存在しうる。運用規則によると、例えば、「捜査官が深夜に明らかに何かを隠そうとしている人物に路上で会ったとしたら、捜査官は（状況によるが）、この種の行動はしばしば運搬される盗品、禁制品と関連しているという事実をもとに不審事由を基礎づけることができる」とされる⁽³⁸⁾。また恒常的にナイフや禁止薬物等を持ち歩いているギャングや犯罪グループの構成員に対しては、そのギャングや犯罪グループの構成員であることを示す服装や装飾品、その他の特徴的な物を根拠に、不審事由を基礎づけることができる⁽³⁹⁾。その他の特徴的な物として、宝石、バッチ、入れ墨等が挙げられる⁽⁴⁰⁾。

捜査官は、不審事由がある場合、搜索のために、対象者を留め置くことができる⁽⁴¹⁾。対象者の自由を拘束する時間は、なるべく短時間でなければならないとされる⁽⁴²⁾。この拘束は、結果的に搜索が実施されなかったとしても、それだけで違法となることはない⁽⁴³⁾。

捜査官は、搜索を実施する前に、対象者に対して、その者の行動やそこにいる理由等について質問をすることができる⁽⁴⁴⁾。この質問は、一般に、不必要な搜索を避ける手段としてだけでなく、停止・搜索の理由を説明するため、あるいは、協力を得るため、停止搜索に取り巻くであろう緊張を緩和するためにも望ましいことであるとされる⁽⁴⁵⁾。質問した結果、拘束する必要性が生じたり、あるいは、十分な説明があれば不審事由が消滅したりすることもあり得る⁽⁴⁶⁾。また、質問は、当初疑われたものと異なる種類の法禁物の所

⁽³⁸⁾ Code A, para. 2. 3.

⁽³⁹⁾ Code A, para. 2. 6.

⁽⁴⁰⁾ Code A, Note, para. 9.

⁽⁴¹⁾ Code A, para. 2. 9.

⁽⁴²⁾ Code A, para. 1. 2.

⁽⁴³⁾ Code A, Note, para. 3.

⁽⁴⁴⁾ Code A, para. 2. 9.

⁽⁴⁵⁾ Code A, Note, para. 2.

⁽⁴⁶⁾ Code A, para. 2. 9.

持を疑う不審事由も明らかにすることがあるとされる⁽⁴⁷⁾。しかし、対象者が質問に答えることを拒否したことを以て、不審事由の基礎とすることはできない⁽⁴⁸⁾。

不審事由は、捜索を実施する前に存在することが要求され、捜索する不審事由を探するために、停止し、または拘束することはできない⁽⁴⁹⁾。また、質問の結果等により、不審事由が消滅した場合、捜査官は、それ以上、拘束や捜索を行うことはできない⁽⁵⁰⁾。捜査官は、拘束する適法な権限なければ、対象者に自由に去ることができる旨を告知しなければならない⁽⁵¹⁾。

三 逮捕

1 総説

イギリスの刑事手続における逮捕も、わが国と同様に、起訴に向けた捜査手続である⁽⁵²⁾。したがって、逮捕は、結果的に起訴されなくても適法である⁽⁵³⁾が、起訴されないことが明確な場合には違法となる⁽⁵⁴⁾。そして、逮捕の目的は、対象者を制定法やコモンローの手続に従わせることにあるとされる⁽⁵⁵⁾。

逮捕されているかどうかは、その場所から離れる自由が奪われているかどうかで判断される⁽⁵⁶⁾。それは、有形、無形を問わず、実際に有形力を行使することはもちろん、言葉や仕草によって対象者の自由を奪うことも含まれ

⁽⁴⁷⁾ Code A, para. 2. 9.

⁽⁴⁸⁾ Code A, para. 2. 9.

⁽⁴⁹⁾ Code A, para. 2. 11.

⁽⁵⁰⁾ Code A, para. 2. 10.

⁽⁵¹⁾ Code A, para. 2.10.

⁽⁵²⁾ イギリスには、そのほか、予防目的の逮捕と、保護目的の逮捕がある。詳しくは、丸橋・前掲注(1)論文。

⁽⁵³⁾ *Holgate-Mohammed v. Duke*, (1984) 79 Cr. App. R. 120 (HL) [強盗事件において、取調べただけで直ちに釈放された逮捕拘留につき、民事上、逮捕の適法性が争われた]

⁽⁵⁴⁾ BLACKSTONE, *supra note 10*, at 1043. ただし、被害者が被害届を取り下げたとしても、捜査官が自白を取りたいと考えるのであれば、逮捕をすることができる。

る⁽⁵⁷⁾。

裁判例の中には、その場所から離れられないといえ、すべて逮捕となるといっているようにみえるものもある⁽⁵⁸⁾。しかし、これについては、不当に広すぎるとの批判⁽⁵⁹⁾もあり、実際にはもう少し限定的に解釈されている⁽⁶⁰⁾。例えば、一時的な人の動きやその場を離れることを禁止する、公共の利益を図る警察の措置は、それ以上でなければ、逮捕を構成しないと解釈されている⁽⁶¹⁾。また、逮捕や拘禁する目的ではなく、何をいわれているかについて注意を向けるために、単に人の腕を掴む程度なら、日常生活の常識的な基準の許容範囲を超えない限り、不法行為を構成しない⁽⁶²⁾。

⁽⁵⁵⁾ R v Bowden, [2002] EWCA Crim 1279 [不法監禁罪の事件において、被告人が自車の鍵を隠している少年らを自宅から出られないようにしたことが正当な逮捕行為といえるかが争われた。]。なお、イギリスでは、取調べ目的の逮捕が正面から認められており、この点はわが国とは異なる。Hoggate-Mohammed, *supra* note 53. イギリスでは、1964年に改正された裁判官準則において、身柄拘束中の取調べが認められるようになった。詳しくは、丸橋・前掲注(1)論文参照。

⁽⁵⁶⁾ Lewis v. Chief Constable of the South Wales Constabulary, [1991] 1 All ER 206 [民事事件において、警察官が請求人らを強盗の被疑事実で逮捕し、理由の告知を10分後、23分後に行ったことが不法監禁に当たるかどうか争われた。]。

⁽⁵⁷⁾ R v. Whitfield [1970] SCR 45 [逃走罪の事件において、警察官が自動車に乗っている被告人に対して「令状を持っている」「(動かそうとしたので)車を止めてエンジンを切りなさい」と声をかけたことが逮捕に当たるかが争われた。なお、同判決はカナダの事件である。]。

⁽⁵⁸⁾ R v. Fiak, [2005] EWCA Crim 2381 [公務執行妨害罪の事件において、逮捕の開始時点が問題となった。]。

⁽⁵⁹⁾ BLACKSTONE, *supra* note 10, at 1043.

⁽⁶⁰⁾ R(Gillan) v. Metro Police Authority, *supra* note 29.

⁽⁶¹⁾ R (Laporte) v. Chief Constable of Gloucestershire Constabulary [2005] QB 678 [王立空軍基地においてイラク戦争反対の過激なデモが行われるという情報を入手した警察官が同所へ向かうバスを止めて、一斉に所持品検査等を実施したところ、請求人がこれに応じなかったため平和破壊の疑いがあるとして、ロンドンに引き替える措置を講じたという事案において、警察官の措置の適法性が争われた。] ; Austin v. Metropolitan Police Commissioner [2005] HRLR 647 [民事事件において、警察官が反戦の大規模デモ隊に対して行った一時拘留の措置が不法監禁にあたるかが争われた。]。

⁽⁶²⁾ Mepstead v. DPP (1996) 160 JP 475 [公務執行妨害事件において、警察官が注意を引くために被疑者に手をかけたことが適法かどうか争われた。]。

逮捕を行うには、必ず実定法上の根拠が要求される⁽⁶³⁾。裁判所は、逮捕の適法性を判断するにあたっては、捜査官の行動が制定法もしくはコモンローによって認められた任務の一般的な範囲内にあるかどうか、あるいは、そのような行動が任務の一般的な範囲内であったとしても、任務と関連する権限の不適正な使用が含まれないかどうかを考慮しなければならない⁽⁶⁴⁾。運用規則によると、不適正な使用にならないためには、目的が他の、より侵害性の低い手段によって達成できるかどうかを考慮しなければならないとされる⁽⁶⁵⁾。これは、逮捕に緩やかな補充性を求めたものといえよう。

また、逮捕の理由は、逮捕の基礎となる犯罪に関連していなければならない⁽⁶⁶⁾。捜査官は、逮捕の時点に、逮捕の基礎となる犯罪について、当該人物に不審事由を抱くことが求められる⁽⁶⁷⁾。

さらに、捜査官は、原則として、逮捕時に、逮捕した事実と、逮捕した理由を被逮捕者に告知しなければならない⁽⁶⁸⁾。逮捕は、逮捕された事実と、理由が告知されるまで適法ではない⁽⁶⁹⁾。逮捕の理由は、逮捕を十分に基礎づけ

⁽⁶³⁾ Rice v. Connolly, [1966] 2 QB 414 [器物損壊事件が頻発する地帯において被告人を停止質問したところ、被告人はこれを拒否し、また虚偽の名前や住所を申告し、任意同行を拒否したという事案において、公務執行妨害罪 (Police Act 1964, c48, s51) の成立が争われた。]。

⁽⁶⁴⁾ R v. Waterfield [1964] 1 QB 164 [重大犯罪に関連するとの情報があった自動車を張り込んでいた警察官が、その自動車に乗り込もうとする2人組を逮捕等に基づかないで、制止しようとしたところ、2人から暴行を受けたという事案において、公務執行妨害罪の成否が争われた。]。

⁽⁶⁵⁾ Code G: PACE Code of Practice for the Statutory Power of Arrest by Police Officers, para. 1.3 [Hereinafter as Code G].

⁽⁶⁶⁾ BLACKSTONE, *supra* note 10, at 1045.

⁽⁶⁷⁾ Chapman v. DPP (1988) 89 CrApp R 190 [暴行事件の通報をうけて駆けつけた警察官が嫌疑のある少年を逮捕しようとした際に暴行を受けたという公務執行妨害罪事件において、逮捕の正当性が争われた。]。

⁽⁶⁸⁾ PACE, s. 28(1)(4)

⁽⁶⁹⁾ Dawes v. DPP [1994] Crim LR 604 [自動車関連犯罪が多発していることから、動かそうとするとドアがロックされるトラップが警察によって仕掛けられた自動車を盗もうとして閉じこめられた被告人が逃走するために窓を壊したという事案において、被告

ていることを示すものでなければならない⁽⁷⁰⁾。適正な告知がなされたかどうかは、事件のすべての事情を考慮して、逮捕された者が、彼が理解できる非専門的な言葉によって、法的、事実的な逮捕の主たる理由を述べられたかどうかで判断される⁽⁷¹⁾。捜査官は、仮にそれが明らかだとしても、逮捕された者に告知しなければならない⁽⁷²⁾。警察署に着いたときには留置管理官にも通知することが要求されている⁽⁷³⁾。捜査官は、逮捕時に告知できない場合は、実行可能な限り早く告知すればよい⁽⁷⁴⁾。ただ、事後的に、告知を忘れたとしても、遡って逮捕が無効となることはない⁽⁷⁵⁾。この点は、イギリスでは、逮捕事実の告知が逮捕の実体要件として本質的なものではないと理解されていること示すものといえよう。

捜査官は、逮捕の際に、合理的な実力を行使することができる⁽⁷⁶⁾。もちろん、実力は、逃亡者を鎮圧し確保するのに必要な程度しか行使できない⁽⁷⁷⁾。裁判所は、実力が合理的であるかを決定するに当たっては、使用された実力の質や程度、逮捕された犯罪の重大性 (gravity)、被疑者に対して実力を行使することにより生じる害、他の手段により逮捕できるかどうか、あるいは、その害を防ぐ可能性があったかどうかなどを含むすべての状況を考慮してい

人は自動ロックによる拘束は逮捕の理由等を告げられておらず不法であり、窓を壊すのは正当であると主張した。]

⁽⁷⁰⁾ R v Telfer [1976] Crim LR 562 [公務執行妨害罪の事案において、詳細な事実を知らないで、被告人らが強盗の事実で指名手配されていることだけを根拠に逮捕したことの適法性が争われた。]

⁽⁷¹⁾ Taylor v. Chief Constable of Thames Valley Police [2004] 1 WLR 3155 [民事事件において、警察官が暴力的治安紊乱行為の罪 (violent disorder) により10歳の少年を逮捕した際に、同少年に告知した内容の適正さが争われた。]

⁽⁷²⁾ PACE, s. 28(2)(4).

⁽⁷³⁾ Code G, para. 2.2.

⁽⁷⁴⁾ PACE, s.28(1)(3).

⁽⁷⁵⁾ DPP v. Hawkins [1988] 1 WLR 1166 [逮捕直後に理由を告知しなかったこと、その後実行可能になっても告知することを忘れていたことが適法な職務執行中といえるかが争われた。] ; Lewis, supra note 56.

⁽⁷⁶⁾ PACE, s.117

くとされる⁽⁷⁸⁾。もっとも、実力を過剰に行使した場合、不法行為を構成することは別にしても、逮捕自体が違法になるわけではない⁽⁷⁹⁾。つまり、逮捕の際の実力行使も、逮捕事実の告知と同様に、逮捕の実体要件とは切り離されている。

具体的な逮捕権限の種類には、無令状によるものと令状によるものがある。以下、それぞれについて実体要件を整理しつつ、検討を加えたい。

2 無令状逮捕

犯罪捜査目的の無令状逮捕は、PACEに規定されている。同規定は、制定以来、幾重にもわたる修正が施されてきたが⁸、2005年にも大きな改正が加えられた⁽⁸⁰⁾。改正前のPACEの規定には、一般無令状逮捕 (general arrest) と略式無令状逮捕 (summary arrest) が存在した⁽⁸¹⁾。一般無令状逮捕は、(a) 氏名が不明 (確認することが容易ではない)、(b) 氏名が偽名 (またはそれを疑う不審事由がある)、(c) 召喚状送達可能な住所が不明 (またはそれを疑う不審事由がある) 等が存在し、逮捕する緊急性が高い状況において認められ

⁽⁷⁷⁾ Allen v. Metropolitan Police Commissioner [1980] Crim LR 441 [民事事件において、警察官が飲酒運転の疑いにより逮捕する際に、ヘッドロック等をしてバトカーに押し込んだことが争われた。]; O'Connor v. Hewitson [1979] Crim LR 46 [警察官が飲酒で大暴れしている被告人を逮捕したところ、さらに警察署で暴れているので、彼を制止し、さらに自傷他人の防止のためにジャンパーと靴を脱がせる目的で暴行を加えたという事案において、懲罰的損害賠償の可否が争われた。]; Marshall v. Osmond [1982] QB 857, at 862 (per Milmo J) [民事事件において、自動車窃盗の被疑事実で逮捕する際に行使された実力の適法性が争われた。]

⁽⁷⁸⁾ BLACKSTONE, *supra* note 10, at 1045.

⁽⁷⁹⁾ Simpson v. Chief Constable of South Yorkshire Police (1991) The Times, 7 March 1991 [重大な騒乱状態の中で、警察官がピケを張っている者に不法に暴行を加えていると思いきみ、警察官に投石をしてけがを負わせ、逆に、警察官に騒乱の一部と認識されて実力を行使され、さらに4～5回殴られたという事案において、逮捕の有効性が争われた。]

⁽⁸⁰⁾ SOCPA, ss. 110 and 111. 改正法については、See TIM OWEN QC ET AL, THE SERIOUS ORGANISED CRIME AND POLICE ACT 2005.

⁽⁸¹⁾ これらの逮捕権限について、詳しくは、丸橋・前掲注(1)論文参照。

たものであった⁽⁸²⁾。他方、略式無令状逮捕は、逮捕可能犯罪 (arrestable offence) といわれた一定の重大犯罪について、より簡易な手続により、逮捕を認めるものであった。

2002年に、内務大臣の指揮の下に作成された報告書は、このように複雑になった逮捕権限の統一化を提言した⁽⁸³⁾。これを受けて、改正法は、各逮捕権限を略式無令状逮捕の手続に一本化することを図り、さらに、逮捕可能犯罪による区分を廃止して、より実質的な逮捕の必要性による基準の導入が試みられている⁽⁸⁴⁾。

具体的要件について、改正法は、捜査官の逮捕権限と、捜査官以外の者の逮捕権限に分けて規定している⁽⁸⁵⁾。まずは、捜査官の逮捕権限についてみていくことにする。

捜査官の逮捕を基礎づける犯罪の嫌疑は、犯罪の発生と、当該犯罪と被疑者の結びつきに分けて要求されている。

犯罪の発生は、①現に犯罪が起きている (あるいは起きようとしている)、②犯罪が既に起きた、の2つの段階があり、さらに、(a)その段階にあることが確実な状況と、(b)その段階にあることが疑われる状況に分けて規定されている⁽⁸⁶⁾。

(b)の状況が設けられているのは、犯罪が発生したこと自体が一見して分からない場合を想定したものである。論理的には、(a)は(b)に包摂される。(a)と(b)を区別して規定する理由は、いずれかによって犯人と被疑者との結びつき

⁽⁸²⁾ PACE, s. 25.

⁽⁸³⁾ PACE REVIEW; Report of the Joint HOME OFFICE / CABINET OFFICE Review of the Criminal Evidence Act 1984, p 20–21.

⁽⁸⁴⁾ SOCPA, C.15, ss. 110 and 111. もっとも、改正法は、複雑であった旧法を単純化したにとどまり、その範囲自体は旧法とほとんど変わらないとされる。BLACKSTONE, *supra* note 10, at 1050. なお、2007年の報告書によると、同基準は、十分明確であるとはいえないと指摘されている。Policing Powers and Protection Unit (Home Office), Review of the Police and Criminal Evidence Act (PACE) 1984 (2007), para. 3.

⁽⁸⁵⁾ PACE, ss. 24 and 24A.

⁽⁸⁶⁾ PACE, s. 24(1)(2)(3).

の態様に違いがあることにあると考えられる。例えば、犯罪が発生したことが確実ではない場合、そもそも「犯罪」と被疑者との結びつきは蓋然性でしかありえない。したがって、(a)(b)を区別する目的は、立法技術的な側面も、強いといえよう。なお、(b)を疑う合理的理由は、すべて不審事由で足りる⁽⁸⁷⁾。

各段階における犯罪と被疑者の結びつきについてであるが、①の状況は、当該（疑われている）犯罪と被疑者の結びつきは明確であるので、犯罪と被疑者の結びつきについては特に明示的に要求されていない⁽⁸⁸⁾。これに対して、②の状況は、犯罪と被疑者の結びつきについて状況的な担保はなく、独立に、不審事由が要求される。

改正法では、前述のとおり、対象となる犯罪による分類が廃止されて、新たに逮捕の必要性の要件が設けられた⁽⁸⁹⁾。

逮捕の必要性は、次の事由のいずれかにもとづいて判断される⁽⁹⁰⁾。すなわち、(a)被疑者の名前を確認できるようにすること、(b)被疑者の住所を確認できるようにすること、(c)被疑者の自傷他害等を防止すること、(d)被疑者から、子供あるいはその他の要保護者を保護すること、(e)被疑者の行為や犯罪につき、迅速かつ効果的な捜査を行うこと、(f)被疑者が消息不明になることによって、犯罪の訴追が妨げられることを防ぐこと、である⁽⁹¹⁾。

(a)(b)(f)の要件は、わが国の必要性要件と近似性を有するが、行政警察活動といえる(c)(d)や、正面から犯罪の捜査を目的に掲げる(e)は、わが国とやや異なるものといえよう。

(a)(b)の要件は、旧法では、一般無令状逮捕の要件とされていた。(a)の要件は、警察官が対象者の名前を知らない、または、容易に確認できないような場合、あるいは、対象者によって自分の名前として示された名前が本当の名

(87) PACE, s. 24(1)(c)(d)(2).

(88) PACE, s. 24(1).

(89) PACE, s. 24(4).

(90) PACE, s. 24(4).

(91) PACE, s. 24(5). なお、(c)の要件には、財産に対する破壊や公共の風紀 (public decency) に対する犯罪、高速道路の妨害も含まれている。PACE, s. 24(5)(c).

前かどうか疑わしいという合理的理由がある場合に、認められる⁽⁹²⁾。捜査官は、単に、過去に起きた同種犯罪の他の被疑者が正確なことを言わなかったということを理由に、被疑者が正確な名前と住所を示していることを疑うことはできない⁽⁹³⁾。(b)の住所は、召喚状を送達できればよく、受取人が本人でなくても問題ない⁽⁹⁴⁾。

実務では、(e)の要件により、被疑者の取調べ、(f)の要件により、罪証隠滅の防止のために逮捕することになるとされる⁽⁹⁵⁾。

運用規則では、(e)の要件の具体例として、対象者が虚偽の供述をなすこと、容易に検証することができない供述をなすこと、虚偽の証拠を提出すること、証拠を盗み、あるいは、壊そうとすること、協力者あるいは共謀者に接触を図ろうとすること、証人を威嚇し、あるいは怖がらせ、接触を図ろうとすること、質問によって証拠を獲得することが必要であることが挙げられている⁽⁹⁶⁾。また、対象者及び対象者の住宅等を捜索することや、薬物検査をすることも、同要件に含まれるとされる⁽⁹⁷⁾。

(f)の要件の具体例は、裁判所に出席しないことが見込まれる場合や、逮捕後の保釈の効果が低いと思われる場合などである⁽⁹⁸⁾。

必要性の要件の創設は、旧法のように犯罪類型によって一律に決めるのではなく、より実質的な基準を設けようとしたものと考えられる。したがって、必要性の要件は、事件ごとの個別判断となるが、運用規則では、その際に、捜査官は、被害者の状況、犯罪の本質、被疑者の状況、捜査の遂行の必要性を考慮しなければならないとされる⁽⁹⁹⁾。

⁽⁹²⁾ PACE, s. 24(5)(a).

⁽⁹³⁾ G v. DPP, [1989] Crim LR 150 [逮捕可能犯罪ではない暴力的行為につき、PACE25条にもとづく逮捕の適法性が争われた。].

⁽⁹⁴⁾ Code G, para. 2.9.

⁽⁹⁵⁾ BLACKSTONE, *supra* note 10, at 1052.

⁽⁹⁶⁾ Code G, para. 2.9.

⁽⁹⁷⁾ Code G, para. 2.9.

⁽⁹⁸⁾ Code G, para. 2.9.

一方、捜査官以外の者については、捜査官による逮捕が困難であること（補充性）が要求されるようになった⁽¹⁰⁰⁾。補充性を充足する場面は、緊急を要する場合に限られるから、実質は緊急性の要件である。同規定は、逮捕権限の原則は捜査官にあることを示すと同時に、その例外として緊急性の要件を示したものと見える。

また、対象となる犯罪も、正式起訴犯罪に限定され、逮捕の必要性の根拠も、自傷他害等の虞や捜査官が来る前に逃走してしまう虞に限定されている⁽¹⁰¹⁾。これは、私人による逮捕が必要な場合を類型化したものであり、いづれも緊急性が高い場合に限られるといえよう。

3 令状逮捕

刑事事件において、被疑者を逮捕する令状は、治安判事裁判所によるもの⁽¹⁰²⁾と、刑事法院あるいは控訴院によるもの⁽¹⁰³⁾とがある⁽¹⁰⁴⁾。後者は、主として、公判のために被告人等の身柄を確保するためのものであるから、被疑者に対する逮捕令状としては、前者のものを見ておく必要がある。

1980年治安判事裁判所法に基づく18歳以上の者に対する逮捕令状は、関連する犯罪が正式起訴犯罪か、懲役刑が付いている罪である場合、あるいは、召喚状や起訴状を送達するための住所が十分に明らかではない場合に限られる⁽¹⁰⁵⁾。

治安判事は、提出された資料にもとづいて令状を発付する⁽¹⁰⁶⁾。資料は、必ず書面でなければならない⁽¹⁰⁷⁾。令状発付の実体要件は、「その者が罪を犯

⁽⁹⁹⁾ Code G, para. 2.8.

⁽¹⁰⁰⁾ PACE, s. 25(3)(b).

⁽¹⁰¹⁾ PACE, s. 25(4).

⁽¹⁰²⁾ Magistrates' Courts Act 1980, c. 43.

⁽¹⁰³⁾ Supreme Court Act 1981, c. 54; Criminal Appeal Rules 1968, rr. 5 and 23.

⁽¹⁰⁴⁾ その他の令状発付権限を定めたものとして、軍法（Army Act 1955, Air Force Act 1955, Naval Discipline Act 1957, c. 53）がある。

⁽¹⁰⁵⁾ Magistrates' Courts Act 1980, s1(3).

した、あるいは犯したことが疑われる (a person has, or is suspected of having, committed an offence)」ことである⁽¹⁰⁶⁾。特に、合理的理由は、要求されておらず、その点で、無令状逮捕より、軽い嫌疑で足りるとされる⁽¹⁰⁹⁾。

もっとも、前稿で指摘したとおり、PACEが制定された現在では、令状による逮捕の範囲はすべて無令状逮捕でカバーされており、令状による逮捕の存在意義は乏しい⁽¹¹⁰⁾。その中で、令状による逮捕の存在意義は、犯罪の嫌疑が低くて足りることに加えて、職務執行の適法性を確実に担保するためであるとされる⁽¹¹¹⁾。

四 起訴前警察留置

逮捕後の留置は、起訴するために必要な証拠を収集するための期間として位置づけられている⁽¹¹²⁾。したがって、起訴の見込みがない、あるいは、なくなった時点で釈放されなければならない。

留置審査は、4つの段階に分けて行われる。まずは、逮捕後の警察署到着時には、留置管理官 (Custody Officer)⁽¹¹³⁾によって審査される。この審査は、被逮捕者が警察署に到着後 (警察署で逮捕された場合は逮捕後)、可能なか

⁽¹⁰⁶⁾ Magistrates' Courts Act 1980, s1(1). 治安判事は、起訴された犯罪が正式起訴犯罪であり、かつ、起訴状が既に発付されている場合、提出された資料ではなく、起訴状のコピーにもとづいて令状を発付することができる。Magistrates' Courts Act 1980, s. 6A.

⁽¹⁰⁷⁾ Magistrates' Courts Act 1980, s1(3).

⁽¹⁰⁸⁾ Magistrates' Courts Act 1980, s1(1).

⁽¹⁰⁹⁾ DENIS, *supra note* 11, at 310-311.

⁽¹¹⁰⁾ 詳しくは、DENIS, *supra note* 11, at 310-311.

⁽¹¹¹⁾ DENIS, *supra note* 11, at 310-311. 詳しくは、丸橋・前掲注(1)論文。

⁽¹¹²⁾ DENIS, *supra note* 11, at 313.

⁽¹¹³⁾ 留置管理官は、留置ができる場所として指定された警察署 (指定警察署) において、当該警察署の管轄の警察本部長 (ChiefConstable) によって、巡査部長 (Sergeant) 以上の警察官 (原則として留置の理由となった犯罪の捜査に携わっていない者に限る) から任命される。PACE, s. 36(2)(3)(5). 留置管理官について詳しくは、丸橋・前掲注(1)論文。なお、2002年警察改革法により、民間人も留置管理官の一定の任務を行うことができるようになった。Police Reform Act 2002, sch. 4.

ぎり早く行われなくてはならない⁽¹¹⁴⁾。その後、24時間までは、審査担当官 (review officer)⁽¹¹⁵⁾によって審査される。24時間を超える場合は、36時間まで警視以上の警察官、36時間以上 (96時間まで)は治安判事によって審査される。

それぞれの段階における実体要件について検討する。

留置管理官は、逮捕の理由となった犯罪につき、その者を起訴するに足りる十分な証拠があるかどうかを判断する⁽¹¹⁶⁾。留置管理官は、起訴するに足りる十分な証拠があると判断する場合には、その者を(a)起訴するか、あるいは(b)釈放しなければならない⁽¹¹⁷⁾。また、留置管理官は、起訴するに足りる十分な証拠がないと判断する場合は、その者を釈放しなければならない⁽¹¹⁸⁾。ただし、留置管理官は、その判断に必要な期間、その者を留置することができる⁽¹¹⁹⁾。警察留置できる実体要件は、次の理由により、留置の必要性があることにつき、相当の理由があることである⁽¹²⁰⁾。すなわち、逮捕の基礎となっている犯罪事実に関する証拠を保全・収集すること、あるいは、取調べにより証拠を得ること、である。捜査する必要性がなくなった場合、留置管理官は、被逮捕者を保釈により釈放しなければならない⁽¹²¹⁾。また、留置管理官は、起訴するのに十分な証拠があると判断した場合は、起訴するか、釈放するかを決定しなければならない⁽¹²²⁾。留置管理官は、留置前の逮捕の適法性について判断する必要はなく、適法性を前提に審査することが認められ

⁽¹¹⁴⁾ BLACKSTONE, *supra* note 10, at 1058.

⁽¹¹⁵⁾ 起訴前の審査担当官は、捜査に直接関与していない警部以上の階級の警察官 (留置管理官以外) が行う。PACE, s. 40(1)(b). なお、起訴後は、留置管理官によって行われる。Id. s. 40(1)(a).

⁽¹¹⁶⁾ PACE, s. 37(1).

⁽¹¹⁷⁾ PACE, s. 37(7).

⁽¹¹⁸⁾ PACE, s. 37(2).

⁽¹¹⁹⁾ PACE, s. 37(1).

⁽¹²⁰⁾ PACE, s. 37(2)(3). なお、起訴後の取調べは許されている。Code C, para 16.5.

⁽¹²¹⁾ PACE, s. 34(9).

⁽¹²²⁾ PACE, s. 34(7).

ている⁽¹²³⁾。これは、内在的に起訴前警察留置に逮捕と同じ実体要件が要求されていることを示すものといえる。

審査担当官は、警察到着後6時間後（以後9時間ごと）に、審査をする。審査担当官は、留置管理官と同じ基準により留置の必要性を判断する⁽¹²⁴⁾。

つまり、到着から24時間は、起訴の判断に必要な期間、すなわち捜査に必要な期間分、留置することができる。24時間を超える留置の延長においても、逮捕の理由となった犯罪につき捜査の必要性（取調べを含む）がある場合に認められる⁽¹²⁵⁾。ただし、延長期間中は、捜査が真摯かつ迅速に行われていることが求められる⁽¹²⁶⁾。

36時間を超える留置の延長は、治安判事による令状が必要となり、要件が厳格となる。捜査官は、宣誓した上で、(a)犯罪事実の概要、(b)逮捕を基礎づけた証拠、(c)捜査活動の経過および見通し、(d)その見通しにおける留置の必要性につき記載した資料を提出して、令状発付の請求を行う⁽¹²⁷⁾。令状発付の実体要件は、留置継続許可の条件と同じであるが、警察の審査とは異なり、相当の理由がなければならない⁽¹²⁸⁾。

起訴後の留置審査官は、留置管理官によって行われる⁽¹²⁹⁾。留置管理官は、起訴する際に、留置の必要性を判断し、必要あれば留置の継続を許可することができる⁽¹³⁰⁾。

五 小括

以上みてきたとおり、イギリスでは、犯罪の嫌疑を中心に、必要性、補充

⁽¹²³⁾ DPP v. L [1999] Crim LR 752 [公務執行妨害罪の事件において、逮捕の時に、逮捕事実および逮捕の理由を告知されなかったことから、逮捕した警察官および引き続き留置をした留置管理官の職務の適法性が争われた。]

⁽¹²⁴⁾ PACE, s. 40(8).

⁽¹²⁵⁾ PACE, s. 42(1).

⁽¹²⁶⁾ PACE, s. 42(1).

⁽¹²⁷⁾ PACE, s. 43(1)(4).

⁽¹²⁸⁾ PACE, s. 43(4).

⁽¹²⁹⁾ PACE, s. 41(1)(a).

性、緊急性等が実体要件として要求されている。これらの実体要件を導く要件は、どのような規範から定立されたものであろうか。

これらの実体要件は、実体面においては捜査の必要性を類型化したものから導かれているものと考えられる。必要性という概念は、目的があってはじめて内容が確定されるものであるから、以下では、各実体要件につき、各捜査類型の目的から検討していきたい。

まず、停止権限は、なるべく逮捕によらないで、犯罪の嫌疑を解明することを目的として設けられたものである。停止の実体要件として犯罪の嫌疑が要求されているのは、停止の目的である犯罪の嫌疑を解明する必要性がまさに犯罪の嫌疑の存在によって生じるからである。これは、そもそも停止の実体要件が停止の必要性から設定されていると考えるべきであろう。

また逮捕と警察留置の主たる目的は、いずれも起訴に向けた被疑者の確保にある⁽¹³¹⁾。起訴をする必要性は、犯罪の嫌疑なしには生じ得ないから、逮捕や警察留置の必要性も犯罪の嫌疑が中心となってくるのである⁽¹³²⁾。

問題は、新たに創設された逮捕の必要性要件の位置づけである。イギリスでは、先に検討したとおり、様々な目的の逮捕が認められている。いずれの目的の逮捕も犯罪の嫌疑があってはじめて必要性が認められるものであるか

⁽¹³⁰⁾ PACE, s. 38(1)(2). 留置管理官は、以下の事由を信じる相当の理由がある ((i)は、不審事由で足りる) 場合には、釈放しなくてもよい。PACE, s. 38(1).

- (i) 住所不明の場合
- (ii) 保釈したら出頭しないおそれがある場合
- (iii) 懲役刑のある犯罪で逮捕された事件において、被逮捕者の犯罪を防ぐために留置が必要な場合
- (iv) 懲役刑のある犯罪以外で逮捕された事件において、彼による他の者への物理的な傷害や財産の喪失、損害を防ぐために留置が必要な場合
- (v) 司法行政や特定犯罪の捜査に対する妨害を防ぐために留置が必要な場合
- (vi) 留置管理官自身を守るために留置が必要な場合

⁽¹³¹⁾ 具体的な目的は、改正により新設された「必要性」の要件によって表されている。

⁽¹³²⁾ 留置権限も、明文では要求されていないが、留置審査においては逮捕権限の適法性が推定されることから、その意味では、犯罪の嫌疑が前提として要求されている。L, *supra* note 123.

ら、その意味では犯罪の嫌疑はいずれも目的の逮捕にとっても必要性を生じさせる重要な要素である。ただ、中には、被疑者の自傷他害等を防止する目的等、犯罪の嫌疑からの結びつきが弱い目的もあるため、犯罪の嫌疑だけではなく、各目的に応じた必要性を検討するべく具体的な要件が設定されているものと考えられる。

このように犯罪の嫌疑が実体要件の中心に据えられているのは、実体要件が捜査の必要性から設定されており、かつ、犯罪の嫌疑が捜査の必要性を基礎づける最大の要素であるからと考えられる。

それでは、犯罪の嫌疑以外の要素は、捜査の必要性にとって何を意味するのであろうか。

緊急性の要件は、一見、捜査の必要性を高める要素にも見える。ただより分析的に考えてみると、緊急性は、当該証拠を収集するという実体的な必要性を基礎付けるものではなく、その時点で捜査を行わなければならないという、いわば手続的な必要性を基礎付けるものである。例えば、イギリスにおいて、実質的に緊急性の要件が求められる捜査権限は、捜査官以外の者による逮捕である。逮捕は、原則として、捜査官によるものが求められるが、緊急性は、その例外を基礎付ける要素として機能しているといえる。そうすると、緊急性の要件は、手続要件の例外を基礎付ける要素として位置づけて考えるべきである。

この点、2005年の改正前に存在した一般無令状逮捕の規定も、緊急性の高い場合を類型化した要件にもとづき、無令状による逮捕を認めていた。つまり、改正前の一般無令状逮捕は、緊急性の要件によって基礎付けられていたと評価することができる。

他方、改正前の略式無令状逮捕は、犯罪の重大性を根拠に、緊急性の要件なしに、犯罪の嫌疑だけで逮捕を認めるものであった。そこでの「犯罪の重大性」要件の機能は、緊急性と同様に手続要件の例外を基礎付けるものであったといえよう。もっとも犯罪の重大性は、手続の例外を基礎づけると同時に、嫌疑を解明しなければならない程度を強める要素ともいえる。例えば、

殺人事件と軽微な落書き事件では、捜査力のリソースが限られている中では、
解明する必要性の程度は異なるであろう。したがって、犯罪の重大性は、必
要性においても考慮されることになる。改正法では、一般逮捕の緊急性の要
件と、略式無令状逮捕の犯罪の重大性の要件は、より実質的な必要性の根拠
に解消された。

その他、逮捕時の告知や逮捕手段（実力の行使）の相当性なども、逮捕の
必要性を基礎付ける実体要件ではなく、手続を円滑に、かつ、確実に進める
ための要件と位置づけられる。したがって、これらの要件の欠如は、逮捕自
体の有効性には影響しない。ただ、この要件に従わなかったために、円滑な
捜査を行うことができなかつた場合は、不法行為としてその責任を問われる
ことになる。

以上のように、捜査の実体要件は、犯罪の嫌疑などの捜査の必要性を基礎
付ける実体要件と、手続の例外を基礎付ける、いわば手続的実体要件に分け
て考えることができる。前稿で示したとおり、手続要件は、実体要件の存在
を担保し、あるいはその確実性を高めるために存在する。そうすると、事後
審査においては、問題となる要件がいずれの性質を有するかによって、捜査
の違法性に関する評価は変わってくるといえよう。

III わが国における身柄に関する処分の実体要件の意義

一 総説

実体要件を定立する規範は、わが国においても、捜査の必要性に求めるべ
きであろうか。

刑罰権の適正な行使のためには事案の真相解明が不可欠である。捜査権は
このために認められるものである。ただ、一方で、事案の真相解明には国民
のプライバシーの制約は避けられない。真相解明をしていくべきことを前提
にすれば、捜査の規範として最も求められるのは、真相解明に必要な国民の
プライバシーの制約を最小限度に抑えようとする、必要最小限度性である。
その意味では、捜査の実体要件は、真相解明に必要な国民のプライバシーの

制約を最小限度に抑えるべく、わが国においても、捜査の必要性から定立されていくことが求められる。

実は、このような理解は、逮捕の必要性要件をめぐる議論においてみることができるといえる。

逮捕の必要性要件は、昭和28年に追加された法199条2項が現行犯逮捕に準用されていないことから、問題となった。学説は、必要性要件について、「憲法33条において、逮捕すべてに内在している要件である」⁽¹³³⁾と位置づけて、ほとんどの見解がこれを肯定する⁽¹³⁴⁾。これは、まさに捜査の必要性を最終的な捜査の許容基準とする理解が前提となっているといえよう。

問題は、実体要件の定立規範を捜査の必要性から一元的に理解するか、あるいは、実体要件の定立規範は多元的に存在すると考えて必要性はその一つと理解するかである。

この点については、わが国においても、強制処分についていえば、後に検討するとおり、各条が規定する実体要件を充足すれば、原則として、捜査の

⁽¹³³⁾ 三井・前掲注(6)書15頁。

⁽¹³⁴⁾ 渥美東洋『刑事訴訟法 [全訂]』(2006年) 54頁、小林・前掲注(6)書75頁、白取・前掲注(6)書148頁、福井・前掲注(6)書97頁、井戸田・前掲注(7)書99頁、藤田清臣「現行犯と逮捕の必要性」判タ296号112頁 (1973年)、団藤重光『刑事訴訟法綱要 [第7版]』(1967年) 335頁、田宮・前掲注(6)書74頁。大阪高判昭和60年12月18日判時1201号93頁・判タ600号98頁も、「現行犯逮捕も人の身体の自由を拘束する強制処分であるから、その要件はできる限り厳格に解すべきであって、通常逮捕の場合と同様、逮捕の必要性をその要件と解するのが相当」としている。必要性要件は不要とする見解として、井上正治「判批」ジュリ373号352頁（「現行犯という性格」からくるものとする。）がある。否定した裁判例として、東京高判昭和41年1月27日下刑集8巻1号11頁、東京高判昭和41年1月28日高検速報1454号。なお、現行犯逮捕に準用されているとする見解（繁田実造「現行犯と逮捕の必要性」『捜査法体系 I 逮捕拘留』147頁（1972年）156頁）もあるが、準用されているとするには無理があるであろう。新聞雅夫ほか『増補令状基本問題上』(1996年) [小林充] 159頁。やはり、内在する要件として捉えるべきである。これは、昭和28年改正以前に主張されていた逮捕の必要性を解釈上の要件として認める見解（団藤重光『条解刑事訴訟法』(1950年) 372頁、日本刑法学会『改正刑事訴訟法』(1953年) [平野竜一] 31頁、石山豊太郎『犯罪捜査と司法的抑制』(1952年) 119頁等）と同旨である。

必要性が認められることから、各条が規定する実体要件は、捜査の必要性が認められる場合を類型化して、一元的に定立されたものと考えられる⁽¹³⁵⁾。現行犯逮捕の必要性において議論されてきたことは、各要件がある場合に、必ず必要性を認めなければならないか、という問題なのである⁽¹³⁶⁾。

また、任意捜査については、一般的な実体要件を定めた規定がないことから、実体要件の定立は解釈に委ねられている。実体要件を定立する場合には、一元的に実体要件の定立規範を捉える本稿の立場からは、捜査の必要性を基準に、各実体要件を定立していくことが求められる。その際に問題になるのが、非定型的な任意捜査は、定型的な強制捜査と異なり、侵害される利益の性質や程度が様々であることである。このような侵害される利益の性質や程度をどのような枠組みで考慮していくかについても、任意捜査の場合には要求される。

前述の通り、必要性は、目的があって初めて内容が確定するものであるから、各捜査類型の目的から各要件の意義を検討する必要がある。以下では、強制捜査と任意捜査に分けて、わが国における各捜査類型の実体要件の意義について検討する。

二 強制処分の実体要件

わが国において、逮捕・勾留の実体要件との関係で問題となる逮捕・勾留の目的は、被疑者の逃亡の防止、罪証隠滅の防止であることに異論はない⁽¹³⁷⁾⁽¹³⁸⁾。この点は、取調べを目的のひとつに掲げるイギリス法とは大きく異なる点である。

通常逮捕は、実体要件として、逮捕の必要と理由が要求されている。逮捕

⁽¹³⁵⁾ 勾留の要件については、このような理解が既に示されている。野間洋之助「勾留の必要性」判タ296号148頁（1973年）、新関ほか・前掲注(134)書〔佐々木史朗〕105頁。そうすると、法199条2項但し書は、注意規定ということになる。

⁽¹³⁶⁾ また、逆に、法定された要件がなくても必要性が認められるか、ということも問題となろう。わが国では、任意同行において問題となった。後述する。

の理由として挙げられる「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」(法199 I)があれば、確かに、身柄保全の必要性や、罪証隠滅の防止の必要性も、原則として、認められることが多いであろう⁽¹³⁹⁾。その意味では、通常逮捕の理由は、必要性を類型化したものと考えることができる。そうすると、「必要性」判断は、逮捕の理由によって認められた逮捕の必要性について、他の事情により阻却されるかどうかを検討するという構造になる⁽¹⁴⁰⁾。

また、仮に、イギリスのように、捜査の目的に、身柄を利用した積極的な捜査が含まれるとすると、対象者に犯罪の嫌疑が欠如しても逮捕の必要性が生じる場合は、想定し得ないことはない。例えば、真相解明の鍵を握る関係人などに対する逮捕がこれにあたるであろう。しかし、強制処分法定主義の観点からも、逮捕の必要性は、法律によって定められている要素によってのみ判断しようというべきである⁽¹⁴¹⁾。したがって、逮捕の必要性は、原則として、被処分者に対する犯罪の嫌疑の存否と、阻却事由の存否によって判

⁽¹³⁷⁾ 池田＝前田・前掲注(6)書97頁(ただし取調べをすることもできるとする)、田口・前掲注(6)書68頁、小林・前掲注(6)書75頁、白取・前掲注(6)書145-146頁、寺崎・前掲注(6)書[洲見光男]32頁、福井・前掲注(6)書95頁、松尾浩也『刑事訴訟法 上[新版]』(1999年)52頁、田宮・前掲注(6)書74頁、井戸田・前掲注(7)書95頁。なお、三井・前掲注(6)書9頁は、逃亡の防止に重点を置く。

⁽¹³⁸⁾ 川出教授の整理によると、逮捕勾留の目的は、逮捕・勾留の許容要件の他に、「逮捕勾留中の捜査機関の権限」、「起訴前の身柄拘束期間の趣旨」の場面で問題となる。川出敏裕『別件逮捕・勾留の研究』(1998年)19-23頁。そして、各場面は、それぞれ独立に検討されうる、としている。同21頁。逮捕・勾留の許容要件との関係では、2つの目的をどのような観点から理解するかが問題となるが、歴史的経緯からすると、逃亡の防止は、公判への出頭の確保という意味を、罪証隠滅の防止は、捜査と将来の公判双方のための証拠保全という意味を持っているとされる。同61頁。

⁽¹³⁹⁾ 池田＝前田・前掲注(6)書102頁。なお、逮捕状の請求の際には、逮捕の理由と必要を区別して記載することになっているが、このことは両者の相関関係を否定するものではない。むしろ、提出する資料は、両者を区別して提出するわけではないことに注目すべきであろう。

⁽¹⁴⁰⁾ 石山・前掲注(134)書120頁以下は、法律的阻却事由と事実的阻却事由に分ける。法律的阻却事由として、被疑者が刑事未成年であることや公訴時効が完成していることなどをあげる。事実的阻却事由としては、被疑者が一定の住居、職長、地位、家庭を有することなどをあげる。具体的に、問題になるのは、事実的阻却事由である。

断されるというべきである。

緊急逮捕は、逮捕の理由と必要に加えて、重大犯罪であり、かつ、直ちに逮捕しなければ被疑者が逃亡・罪証隠滅のおそれがあること（緊急性）が要求される。また事後に直ちに令状を請求すること（法210 I）も必要である。

緊急逮捕は、緊急性と事件の重大性によって、手続要件の例外が基礎づけられているものといえる。事後審査が要求されるのは、憲法上の制約からである。そうすると、緊急逮捕は、全体として令状逮捕と見る令状逮捕説が妥当である⁽¹⁴²⁾。

現行犯逮捕に手続要件を不要とする根拠は、犯人の明白性により、犯人性を誤る心配がないと説明される⁽¹⁴³⁾。このような理解は、手続要件の意義を実体要件の担保とする理解⁽¹⁴⁴⁾を前提にしたものである。現行犯逮捕は、実体要件の状況的担保と隠れた緊急性の要件が手続の例外を基礎づけていると理解できよう⁽¹⁴⁵⁾。

現行犯逮捕における必要性の要件は、実体要件の定立規範から考えると、不要とされているのではない⁽¹⁴⁶⁾。現行犯逮捕の場合は、必要性がより強く推定されるから明文上の規定こそないが、その強い推定を覆す事情があれば、

⁽¹⁴¹⁾ 強制処分法定主義の意義については、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(1)」法教283号59頁（2004年）[以下、「法的規律の構造(1)」とする]、後藤昭「強制処分法定主義と令状主義」法教245号10頁（2001年）参照。

⁽¹⁴²⁾ なお、緊急逮捕は、令状主義の手続要件の例外であって、令状主義制度そのものの例外ではない。

⁽¹⁴³⁾ 酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(2)」法教284号（2004年）62頁（以下、「法的規律の構造(2)」とする）、白取・前掲注(6)書148頁、井戸田・前掲注(7)書98頁、田宮・前掲注(6)書76頁、三井・前掲注(6)書13頁、田口・前掲注(6)書72頁。

⁽¹⁴⁴⁾ 渥美教授も、手続要件を実体要件の存在の確証と位置づける。渥美東洋『レッスン刑事訴訟法(上)』（1985年）。この点について詳しくは、丸橋・前掲注(1)論文。

⁽¹⁴⁵⁾ 緊急性も根拠に掲げる見解として、寺崎・前掲注(6)書[洲見光男]34頁、渥美・前掲注(134)書54頁、小林・前掲注(6)書77頁、福井・前掲注(6)書97頁、渡辺直行『論点中心刑事訴訟法講義[第二版]』（2005年）67頁、白井滋夫『刑事訴訟法』（1992年）、松尾・前掲注(137)書56頁がある。

⁽¹⁴⁶⁾ 必要要件を要求する学説、裁判例については、注(134)参照。

逮捕できないと考えるべきである⁽¹⁴⁷⁾。

起訴前勾留の目的は、基本的に逮捕と同じように理解されている⁽¹⁴⁸⁾。判例も、勾留の目的は「逃亡又は罪証隠滅の防止」にあるとしている⁽¹⁴⁹⁾。

本稿のように、捜査の必要性和理由を区別して、それぞれに意義を認める見解からは、法60条Ⅰ各号を勾留の必要性和位置づけるか、勾留の理由と位置づけるかは、単に呼び方の問題にとどまらず、大きな意味を有する。勾留の目的が「逃亡又は罪証隠滅の防止」にあるとすれば、まさに、それを規定した法60条Ⅰ各号は、勾留の必要性的要件であり、勾留を基礎付ける根拠である。したがって、勾留に関する法60条Ⅰ各号の位置づけは、勾留の必要性を類型化したものと理解されるべきである⁽¹⁵⁰⁾。

そして、勾留は、逮捕と同様に、原則として、犯罪の嫌疑があれば、必要性が推定されることが多い⁽¹⁵¹⁾。ただ、勾留の必要性は、逮捕より積極的に「相当の理由」をもって認定されることが求められている。これは、勾留が10日間（最大20日間）と長いことと、逮捕が捜査の初期の段階であることに鑑みて、要件の厳格性に差が生じているものと考えられる⁽¹⁵²⁾。

⁽¹⁴⁷⁾ 推定されるとする見解として、横井大三『捜査 刑事裁判例ノート(1)』（1971年）47頁、松尾・前掲注(137)書58頁。三井・前掲注(6)書15頁は、証拠隠滅のおそれは推定されないとする。

⁽¹⁴⁸⁾ 例えば、渥美・前掲注(134)書59頁、福井・前掲注(6)書102頁、井戸田・前掲注(7)書101頁など。再犯の防止を掲げる見解もある。平場安治『改訂刑事訴訟法』（1955年）172頁、青柳文雄『新訂刑事訴訟法通論』（1962年）378頁（法89条2号3号の保釈の制限は、「保安処分的なもの」と「逃走の虞れ」と結びつけないと解釈が困難であるとする）。

⁽¹⁴⁹⁾ 最判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁。

⁽¹⁵⁰⁾ 野間・前掲注(135)論文（1973年）、新関ほか・前掲注(134)書〔佐々木史朗〕105頁。それを「勾留の理由」と呼ぶか、「勾留の必要」と呼ぶかは、呼称の問題に過ぎない。三井・前掲注(6)書18頁。

⁽¹⁵¹⁾ 推定されるとするものとして、三井誠ほか『新刑事手続法1』（2002年）〔村瀬均〕249頁、新関ほか・前掲注(134)書〔佐々木史朗〕105頁、井戸田・前掲注(7)書102頁注(4)がある。

⁽¹⁵²⁾ 新関ほか・前掲注(134)書〔佐々木史朗〕。なお、このような観点からは、勾留における嫌疑の程度は、通常逮捕にいう「相当の理由」より高いとする見解（白取・前掲注(6)書155頁、松尾・前掲注(137)書100頁、三井・前掲注(6)書）が妥当であろう。

考慮されるべき資料は、逮捕と同様である。下級審裁判例では、身柄引受書の存在を理由の一つとして掲げて、勾留の必要性を阻却しているものがある⁽¹⁵³⁾。

三 任意処分の実体要件

1 判断の構造

判例の任意処分に関する基本的な考え方は、最高裁決定昭和51年3月16日⁽¹⁵⁴⁾によって示されている。同決定は、免許提示と飲酒検査の要求を拒否し、席を離れようとする被告人に対して、捜査官が両手で被告人の左手首を掴んだという事案について、以下のように判示した。

「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

⁽¹⁵³⁾ 大阪地決昭和40年10月21日下刑集7巻10号1937頁（ポスター違法に電柱に貼り付けていた事実で現行犯逮捕され、氏名や住居をはじめ一切の事実を黙秘している被告人の勾留について、罪証隠滅が不可能であることや弁護人が公判に必ず出頭させる旨の身柄引受書が提出されたことなどから、逃走の虞がないとして勾留の取り消しを認めた。）、東京地決昭和43年5月24日下刑集10巻5号581頁（ポスター違法に電柱に貼り付けていた事実で現行犯逮捕され、氏名や住居をはじめ一切の事実を黙秘している被告人の勾留について、弁護人になろうとする弁護士から身柄引受書の提出を受けたことなどから、勾留の必要性がないとして勾留請求を却下した。）、福岡地決昭和48年7月6日刑裁月報5巻7号1159頁（大学の授業を妨害したという威力業務妨害事件において、罪証隠滅の虞がないことに加えて、被告人の実母から身柄を引き受けるとの確約を受けたことなどから、勾留の取り消しを認めた。）、札幌地決昭和39年2月19日下刑集6巻1・2号148頁は、住所不定を認めながら、犯罪の軽微性（被害額510円の無銭飲食）を根拠に勾留の必要性を阻却している。その他、罪証隠滅の程度が強度ではないとされたものとして、大阪地決昭和37年9月19日下刑集4巻9・10号963頁（組織的な監禁・集団暴行事件において、上層指導部が捜査妨害の態度を示しているも、被疑者がそれに影響を及ぼさず地位がなく、被疑者の勾留によつて真相究明の障害が除かれないときは、勾留の必要性被疑者自身に刑事訴訟法60条1項2号の事由が認められないとした。）などがある。

⁽¹⁵⁴⁾ 前出注(4)。

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ものと解すべきである。」

本決定における強制処分と任意処分の区別の構造は、厳格に強制処分を定義した上で、それ以外を任意処分とする形が取られている⁽¹⁵⁵⁾。そして、本決定は、前者には法律上の根拠を要求し、後者には法律上の根拠を不要としつつ、必要性、緊急性などを考慮した相当性という実体要件を要求したのである。

相当性という概念は、刑事法学全体を通じて、あるいは、捜査手続内だけを見ても、多義的に用いられている⁽¹⁵⁶⁾。実体要件の定立規範を一元的に捉えるのであれば、判断過程の客観化のために、「合理的権衡が認められるという結論の表示であると位置づけ理解しておくのが理論的には適切」⁽¹⁵⁷⁾である。そして、ここで比較衡量される利益は、最終的に、捜査の必要性和、侵害される利益ということにならう⁽¹⁵⁸⁾。より具体的には、捜査の目的から導き出される必要性に照らして、権利侵害の程度が最小限度である場合に、許容さ

⁽¹⁵⁵⁾ 強制処分の定義に関する分析は、井上正仁『強制捜査と任意捜査』（2006年）、三井・前掲注(6)書81頁参照。

⁽¹⁵⁶⁾ 井上・前掲注(155)書22頁（補注3）。

⁽¹⁵⁷⁾ 酒巻・前掲注(143)論文「法的規律の構造(2)」67頁。

⁽¹⁵⁸⁾ 酒巻・前掲注(143)論文「法的規律の構造(2)」65頁（なお、同論文は、緊急性も比較衡量の要素とする。）。同趣旨として、東京地判昭和51年5月7日刑事裁判月報8巻4・5号317頁がある。同判決は、「警察官のする職務質問、同行の態様および許される限度は、犯罪の防止という警察官の職責遂行と私生活における自由侵害との調整の観点から決定すべきことであり、具体的個別的な状況を総合的に考慮して判断するはかない。・・・結局は法秩序全体の精神に反せず社会的にも妥当性が肯定されるかどうかにかかっているといふことができる」と判示している。

れると考えるべきである⁽¹⁵⁹⁾。このように、侵害される権利の質程度は、相当性の中で判断されることになる⁽¹⁶⁰⁾。また、しばしば要求される補充性の要件も、必要最小限度性、つまり相当性で考慮されることになる。

もっとも、任意捜査は、いくら実体要件が充足されていようと、構造的な限界がある。特に、判例では、限界を画する要素として、被処分者の意思が重視されている。

例えば、わが国において排除法則の理論を明らかにした最高裁判決昭和53年9月7日⁽¹⁶¹⁾は、上記一般論を提示した上で、嫌疑の高さ、ならびに、所持品検査をする必要性、緊急性を是認しながら、承諾なしに被疑者の上衣左側内ポケットに手を差入れて所持品を取り出したうえ検査した行為は、許容限度を逸脱したものと評価している⁽¹⁶²⁾。最高裁判決昭和61年4月25日⁽¹⁶³⁾も、その他の要件には特に触れることなく、主として承諾を得ずに住居に立ち

⁽¹⁵⁹⁾ これを突き詰めて考えていくと、必要最小限度性の原理、すなわち警察比例の原理にいきつくものと思われる。なお、本稿は、侵害される利益を身体的自由に限定して論じているものであるが、この衡量の枠組みは、他の性質の権利にも、基本的に妥当する。

⁽¹⁶⁰⁾ 侵害される権利の質は、許される程度を決定する要素として捉えるべきである。また捜査の態様や倫理性は、権利侵害の程度や、さらには精神的利益という形で、権利侵害の内容に解消しうる。もっとも倫理性の問題は、捜査の許容性の問題というよりは、警察に対する信頼の問題として扱うべきであろう。

⁽¹⁶¹⁾ 刑集32巻6号1672頁。同決定の評釈として、堀江慎司「判批」刑事訴訟法判例百選<第8版>136頁(2005年)、松本一郎「判批」刑事訴訟法判例百選<第7版>138頁(1998年)、小黒和明「判批」研修589号67頁(1997年)、岡田薫「判批」警察実務判例解説〔搜索・差押え篇〕156頁(1988年)、三井誠「判批」憲法判例百選〔1〕<第2版>218頁(1988年)、鈴木茂嗣「判批」刑事訴訟法判例百選<第5版>142頁(1986年)、安富潔「判批」警察関係基本判例解説100130頁(1985年)、田宮裕「判批」警察研究55巻1号65頁(1984年)、清水勇男「判批」研修407号111頁(1982年)、小早川義則「判批」名城法学29巻1=2号177頁(1980年)、光藤景皎「判批」判時944号177頁(1980年)、書上由紀夫「判批」警察学論集32巻1号41頁(1979年)、萩原昌三郎「判批」判タ374号59頁(1979年)、渥美東洋「判批」昭和53年度重判解200頁。同決定の調査官解説として、岡次郎「判解」最判判解昭和53年度386頁。

⁽¹⁶²⁾ 同判決は、違法性の程度は重大ではないとした。なお、川出敏裕「任意捜査の限界」小林=佐藤古稀下巻23頁(2006年)は、「意思に反する」と「意思を制圧する」を区別し、後者を行為態様の問題として位置づけて、任意捜査の限界を画そうとする。た

入ったことを根拠として、任意捜査の域を逸脱したものと評価している⁽¹⁶⁴⁾。また、最高裁決定昭和63年9月16日⁽¹⁶⁵⁾は、任意同行および所持品検査の適法性について、特に嫌疑や任意同行の必要性を問題にすることなく、明確な意思に反していたことを根拠に、違法性を指摘している。さらに、最高裁決定平成7年5月30日⁽¹⁶⁶⁾は、覚せい剤の嫌疑が濃厚であっても、被疑者の自動車内を明示の承諾なく調べることは任意捜査の限界を超えているとしている⁽¹⁶⁷⁾。

これらの事案は、いずれも必要性や緊急性等の実体要件の充足を認めつつ、違法性を指摘していることから、任意捜査の観念的な限界、つまり任意捜査

だ、侵害留保の原則から任意捜査を限界づけるとすれば、被処分者の意思の問題は、権利侵害の程度の問題として位置づけておくべきだろう。

⁽¹⁶³⁾ 刑集40巻3号487頁。同判決の評釈として、山口雅高「判批」刑事訴訟法判例百選<第8版>138頁(2005年)、植村一郎「判批」刑事訴訟法判例百選<第7版>140頁(1998年)、慶徳榮喜「判批」警察実務判例解説〔搜索・差押え篇〕167頁(1988年)、田口守一「判批」判例評論335号226頁(1987年)、藤村博之「判批」警察公論42巻9号81頁(1987年)、河上和雄「判批」判タ597号21頁(1986年)、渡辺脩「判批」昭和61年度重判解182頁。同判決の調査官解説として、松浦繁「判解」最判判解昭和61年度65頁がある。

⁽¹⁶⁴⁾ 同判決も、捜査官の令状主義の潜脱の意図およびその後の一連の捜査に違法性がないことを挙げて、違法性は重大ではないとしている。

⁽¹⁶⁵⁾ 刑集42巻7号1051頁。同決定の評釈として、三井誠「判批」刑事訴訟法判例百選<第6版>128頁(1992年)、中野目善則「判批」法学新報96巻9・10号169頁(1990年)、渥美東洋「判批」判タ691号38頁(1989年)、島伸一「判批」月刊法教101号74頁(1989年)、白取祐司「判批」法セミ34巻2号111頁(1989年)、瀧賢太郎「判批」法律のひろば42巻2号73頁(1989年)、林修三「判批」時の法令1347号86頁(1989年)、渡辺恵一「判批」研修485号77頁(1988年)、高田卓爾「判批」昭和63年度重判解185頁。同決定の調査官解説として、原田國男「判解」最判判解昭和63年度334頁。

⁽¹⁶⁶⁾ 刑集49巻5号703頁。同決定の評釈として、柳川重規「判批」法学新報103巻9号195頁(1997年)、浦田啓一「判批」研修577号25頁(1996年)、加藤克佳「判批」法セミ41巻5号69頁(1996年)、津村政孝「判批」月刊法教182号88頁(1995年)、川崎英明「判批」平成7年度重判解166頁。本件調査官解説として、今崎幸彦「判解」最判判解平成7年度218頁。

⁽¹⁶⁷⁾ 本決定は、覚せい剤の使用の嫌疑、所持品を検査する必要性、緊急性があること、覚せい剤の存在する可能性の高いこと、被疑者が明示的に異議を唱えていないことを挙げて、違法性の程度は重大ではないとしている。

という大枠があることを示すものといえる。すなわち、わが国においては、任意捜査である以上、いかに必要性や緊急性が高い状況にあっても、強制処分に至らない範囲という限界があるのである。上記の事案は、被処分者の意思が任意捜査の限界を画する上で重要な要素になっていることを示すものといえよう。とりわけ、被処分者の拒否の態度が明らかである場合は、説得行為程度の極めて限定的な措置しか認められていない。

意思以外の要素で限界を示す最高裁判例として、最高裁決定平成15年5月26日⁽¹⁶⁸⁾は、警察官らが約30分間にわたり全裸の被告人をソファーに座らせて押さえ続け、その間衣服を着用させる措置も採らなかった行為については、任意捜査の許容要件の限界を超えたものと評価している⁽¹⁶⁹⁾。また、最高裁決定平成6年9月16日⁽¹⁷⁰⁾は、覚せい剤の嫌疑が濃厚である中で、職務質問のために、エンジンキーを抜き取る行為は必要な措置にあたるとした上で、その後、6時間半以上にわたり、留め置いた措置は、任意捜査の許容限度を逸脱したものと評価している⁽¹⁷¹⁾。もっとも、これらの事案も被疑者の明示の承諾があれば、問題とはならなかったものと考えられるので、被処分者の

⁽¹⁶⁸⁾ 刑集57巻5号620頁。同決定の評釈として、辻裕教「判批」法教308号76頁（2006年）、大野正博「判批」朝日法学論集32号71頁（2005年）、香川喜八朗「判批」法学新報111巻3・4号423頁（2004年）、笠井治「判批」現代刑事法6巻5号82頁（2004年）、清水真「判批」判例評論550198頁（2004年）、中村功一「判批」警察公論59巻2号78頁（2004年）、瀧野貴生「判批」法セミ49巻1号127頁（2004年）、高部道彦「判批」平成15年度重判解191頁。本件調査官解説として、永井敏雄「判解」最判判解平成15年度314頁がある。

⁽¹⁶⁹⁾ 本決定は、令状潜脱の意図がなかったこと、現行犯逮捕ができたこと、手段が相当であったことに鑑みて、違法性の程度は低いとしている。なお、留め置き行為が6～7分であったことを肯定的な要素としてあげるものとして、最決昭和59年2月13日刑集38巻3号295頁がある。同決定の評釈として、小風明「判批」警察実務判例解説〔任意同行・逮捕篇〕9頁（1990年）、飯野海彦「判批」立教大学大学院法学研究8号36頁（1988年）、佐藤文哉「判批」警察研究59巻2号51頁（1988年）、木谷明「判批」刑事訴訟法判例百選<第5版>18頁（1986年）、岡部泰昌「判批」判例評論311号209頁（1985年）、大泉隆史「判批」法律のひろば37巻5号46頁（1984年）、福井厚「判批」法教45号104頁（1984年）、島伸一「判批」昭和59年度重判解189頁。同決定の調査官解説として、渡邊忠嗣「判解」最判判解昭和59年度50頁がある。

意思が重要な要素であることを示すものでもあるが、承諾がない中で、被処分者の権利制約の限界を示すものともいえよう。

下級審では、所持品を握っている手をこじ開ける行為は、高度な嫌疑、必要性、緊急性の存在がありながら、任意捜査の許容限度を超えているとしたものとされたものが複数ある⁽¹⁷²⁾。また承諾なくポケットの中を調べることも、嫌疑、必要性の存在がありながら、否定されている⁽¹⁷³⁾。いずれも強制捜査と評価されるものであり、その意味では、任意捜査として許される余地がないのは当然であろう。

⁽¹⁷⁰⁾ 刑集48巻6号420頁。同決定の評釈として、上田信太郎「判批」刑事訴訟法判例百選<第8版>6頁(2005年)、安村勉「判批」刑事訴訟法判例百選<第8版>68頁(2005年)、神垣英郎「判批」警察時報55巻9号74頁(2000年)、長井圓「判批」刑事訴訟法判例百選<第7版>6頁(1998年)、原田國男「判批」刑事訴訟法判例百選<第7版>66頁(1998年)、大野正博「判批」愛知学院大学法学部同窓会創立35周年記念法学論集2巻213頁(1996年)、小早川義則「判批」判例評論443号222頁(1996年)、吉田統宏「判批」研修578号69頁(1996年)、清水真「判批」法学新報102巻1号227頁(1995年)、多和田隆史「判批」警察公論50巻3号76頁(1995年)、辻裕教「判批」研修558号13頁(1994年)、酒巻匡「判批」平成6年度重判解165頁。同決定の調査官解説として、中谷雄二郎「判解」最判判解平成6年度152頁。

⁽¹⁷¹⁾ 同決定は、交通の危険防止という交通警察の面からも停止する必要性が高かったこと、令状主義潜脱の意図がなかったことから、本件留め置き行為の違法性の程度は、重大なものではないとしている。

⁽¹⁷²⁾ 東京高判平成13年1月25日東京高等裁判所(刑事)判決時報52巻1~12号2頁(「ポケットの中で所持品を握っている被告人の手をその意に反して引き抜いた上、数分間にわたって、数人の警察官が被告人の右腕を抱え、身体を押さえるなどしてその抵抗を排除し、腕を静止させて手に握っている物を確認し、さらにそのような状況で抵抗することを断念した被告人から所持品の交付を受けて検査した。)、大阪高判昭和61年5月30日判時1215号143頁・判タ621号229頁(「被告人の着用するズボンの右のポケットに手を差し入れて在中のビニール袋入り覚せい剤等を取り出した。)、東京高判昭和56年9月29日判タ455号155頁(「握りしめていた煙草の箱を強いて取り上げた。)、東京地判昭和63年2月2日判時1299号148頁・判タ693号264頁(「被告人の右手の指をこじあけることによって右注射器の入ったちり紙を取り上げた。)。その他、高度の嫌疑がある中で否定されたものとして、東京高判平成8年6月28日判時1582号138頁(強い抵抗がある中で、警察署まで同行した。)、大阪高判昭和63年2月17日高等裁判所刑事判例集41巻1号62頁(「警察官が被告人に対して行つた、夜から翌早朝に至る徹夜の取調べ」をした。)がある。

以上のように、わが国においては、捜査構造の問題として、強制捜査に至らない、任意捜査という大枠がある⁽¹⁷⁴⁾。このことは、イギリス法と比較する上で留意が必要な点である。

2 実体要件の意義

それでは、任意捜査の枠内において、個別具体的に判断される任意捜査の実体要件はどのように設定されるべきであろうか。前出の53年決定の具体的判断では、各要件がいかなる意義を有するのか明らかではない⁽¹⁷⁵⁾。本節では、警職法2条の職務質問の実体要件を中心に検討したい。

わが国の職務質問と対応するイギリスの停止捜索権限の目的は、逮捕権限を行使することなく、個人に生じた嫌疑を確認して減らすことにあった⁽¹⁷⁶⁾。わが国における職務質問も、事実上、逮捕という重大な処分に至る前の段階で、具体的な嫌疑を確認し、あるいは、減少させる機能を果たしている。そうすると、このような機能における職務質問の必要性は、わが国においても犯罪の嫌疑から生じるということになる。警職法2条が実体要件として犯罪の嫌疑を要求しているのは、このような観点から理解されるべきであろう。

犯罪の嫌疑は、実際に、職務質問に関する裁判実務上も重視されている。職務質問が問題となった前出の最高裁決定平成15年5月26日⁽¹⁷⁷⁾は、警察官

(173) 東京地決平成12年4月28日判タ1047号293頁（「被疑者が、所持品検査を頑なに拒み、その両手でベストの左ポケットを押さえているという状況下で、一名の警察官が被疑者の左腕を押さえ、別の警察官が、密封性の高いファスナー付きの前記ポケット内に手を差し入れて在品中であるタバコの箱を取り出した上、さらに同箱を開披して、その中から本件覚せい剤等を発見した」）、東京地判平成9年4月30日判タ962号282頁（「ジャンパー左ポケット内の所持品をポケット外に出すことについての被告人の承諾がないのに、・・・覚せい剤や注射器等を包んだハンカチをポケット外に取り出したうえにハンカチを開披」した。）。

(174) 酒巻・前掲注(143)論文「法的規律の構造(2)」66頁。

(175) ただ、酒酔い運転に関する嫌疑が濃厚の中、説得する必要性も高く、その目的に照らして取られた措置も不相当ではないと評価できることに鑑みると、本件具体的結論の正当性に疑いはないであろう。

(176) 本稿Ⅱ章二項参照。

がホテルの内ドアの敷居上辺りに足を踏み入れた行為について、主として覚せい剤使用の嫌疑があり、さらに高まっていたことを理由に、適法な措置としている⁽¹⁷⁸⁾。また下級審裁判例においても、職務質問の必要性は、嫌疑の存在を基礎としているものが圧倒的に多い⁽¹⁷⁹⁾。職務質問は、犯罪の嫌疑が存在したとしても任意捜査の枠内でなければ許されないことがあるが、逆に、存在しない場合に許容されることはほとんどない⁽¹⁸⁰⁾。広島地判昭和62年6

(177) 前出注(168)。

(178) その後、警察官らが内ドアの内部にまで立ち入った措置は、被告人による突然の暴行を契機とするものであるから、結論を左右するものとは解されないとしている。なお、その直後に行われた所持品検査については、被疑者が明確に拒否の意思を示したことはなかったことに加えて、覚せい剤がその場に存在することが強く疑われること、緊急性があること、態様も非常に侵害性の低い行為であったことから、適法としている。

(179) 嫌疑を基礎として職務質問の適法性を認めた裁判例として、東京高判平成8年9月3日東京高等裁判所(刑事)判決時報47巻1～12号116頁(警察官が、被疑者が乗車する自動車の後部プレートの状態等から同車両が無車検車ないし盗難車ではないかとの疑いを抱き、職務質問を開始した。)、福岡高判平成4年1月20日判タ792号253頁(ホテルの従業員から宿泊客である被疑者が異常な行動や言動を繰り返しているとの通報を受けた警察官が覚せい剤使用の疑いを抱き、ホテル管理者の承諾の下にホテル客室内にいる被疑者への職務質問を開始した。)、東京高判昭和61年2月27日判時1214号135頁・判タ624号240頁(警察官が、夜9時過ぎに墓地内に自動車が入ってきた被疑者に不審を抱き、職務質問を開始した。)、福岡高判昭和60年3月19日高等裁判所刑事裁判速報集(昭60)号339頁(自動車を運転中の被疑者がパトカーとすれ違うや助手席のA女と入れ替わろうとした事案において、被疑者が何らかの犯罪を犯したものと認めて警察官が被疑者に対して職務質問を開始した。)、東京高判昭和57年4月21日刑事裁判月報14巻3・4号245頁(成田空港周辺が物情騒然とした状況の下で、凶器等が搬入される情報を下にそれを阻止する目的で行われた検問において、警察官らが、被疑者が乗車する車両の汚損状況、被疑者の態度、同乗者らの服装等から凶器搬入の強い疑念を抱き、職務質問を開始した。)、東京地判平成14年3月12日判時1794号151頁(空港の手荷物検査において持ち込みが禁止されている催涙スプレー等を所持していた被疑者に対して、検査員から連絡を受けた警察官が職務質問を開始した。)、大阪地判平成2年11月9日判タ759号268頁(パトカーで巡回中の警察官が、暴力団風の被疑者がパトカーを見て一瞬驚いたように顔をそむけたことに不審を抱き、職務質問を開始した。)、東京地判昭和63年2月2日判時1299号148頁・判タ693号264頁(被疑者が覚せい剤を持ってくるので捕まえて欲しいとの通報を受けた警察官は、通報通り現れた被疑者に対して職務質問を開始した。)等がある。逆に、嫌疑がない中で職務質問の必要性を認めたものはない。

月12日⁽¹⁸¹⁾は、具体的な犯罪の嫌疑がない中においても、住民からの要請があれば、相手の任意な応答のみを期待してなされる質問は適法であるとしている。しかし、これは、実質的に、嫌疑がなければ何もできないことを示すものとして理解されるべきであろう。

このように職務質問の実体要件を捜査の必要性から整理すると、具体的に問題となるのはどのような事情があれば捜査の必要性（犯罪の嫌疑）が認められるかについてである。これは具体的事例を分析していくと同時に、一線の捜査官が有する感覚を客観化して理論化していく作業が求められる。その際には、イギリスの停止権限の例も参考になろう。例えば、わが国においても、暴力団構成員であることを示すバッチや服装も不審事由の資料の一つと入れることも一定の合理性が認められよう。

もっとも、任意捜査においても、捜査の必要性が生じる要素は捜査類型ごとによって異なるから、捜査の必要性を基礎づける要素が常に犯罪の嫌疑であるとは限らない。例えば、警職法2条2項に規定される任意同行の目的は、その場で質問をすることが「本人に対して不利」または「交通の妨害」になることを防ぐことにあるので、任意同行の必要性は、犯罪の嫌疑によって直

⁽¹⁸⁰⁾ 具体的な嫌疑がないことを理由に違法とされた事案として、福岡高判平成6年10月5日判タ883号296頁・判時1520号151頁（被告人が覚せい剤を使用している旨の通報と、目の輝きの異様さや、覚せい剤と聞いた後の落ち着きのない態度から、任意同行して、4時間以上警察署に留め置いた。）、東京地判平成4年9月11日判時1460号158頁（「被告人の事情聴取中あるいは取調室での待機中に、警察官が被告人の立ち会いを得ないまま、こっそり被告人車を検索し、テスターをあけて覚せい剤を発見した後、いったんこれを元に戻し、被告人を呼び出したうえ、偶然を装うため、運転席から順次見ていきトランク内を見た後で助手席に戻り、その時点で覚せい剤をいかにも初めて発見したかのように装って、これを押収した」ことが強く疑われるとされた。）、東京地判平成4年9月3日判時1453号173頁（「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」とした。）がある。なお、福岡高判平成6年10月5日、東京地判平成4年9月11日は、それに引き続いて獲得された証拠の証拠能力を否定している。

⁽¹⁸¹⁾ 刑集53巻2号231頁。なお、本件の正当防衛に関する争点については、上告されているが、職務質問の点については上告審では争われていない。

接基礎づけられるものではない⁽¹⁸²⁾。したがって、警職法に規定される任意同行の必要性は、このような目的に照らして判断されるべきである⁽¹⁸³⁾。その他の任意捜査も基本的には各捜査類型の目的から実体要件を検討していくことが求められよう。

他方、任意捜査において、犯罪の嫌疑以外の事件の重大性や緊急性はどのように位置づけられるべきであろうか。

事件の重大性は、緊急性と同じく手続要件の例外を基礎づける側面があると同時に、生じている嫌疑を解明すべき程度を強めるものでもある。したがって、事件の重大性は、相当性判断において、手段の必要最小限度性を関わるファクターとして、位置づけることができる。3000円程度の窃盗事案⁽¹⁸⁴⁾と多数の国民の生命に係る爆発物所持事案⁽¹⁸⁵⁾では、同じ嫌疑の濃度でも、執りうる手段が異なるのは当然である⁽¹⁸⁶⁾。

また、緊急性の要件は、任意捜査においても、手続要件の例外を基礎づけ

(182) 所持品検査も同様である。所持品検査については、捜索との関係で検討されることを要するので次稿にて検討する。

(183) ただ、このことは、任意捜査の枠内において、警職法に規定される目的以外に任意同行を行うことを否定するものではない。この場合、同行の適法性は、同行の目的に照らして必要性が認められるか、という観点から判断されることになろう。もっとも職務質問にともなう停止に比べると、場所的移動をとまなう任意同行は、侵害性も高いので、必要性があることを前提に、任意の枠内か否かということが主な問題となろう。警職法が掲げる以外の要素で、任意同行の必要性を認めたものとして、秋田地判大館支部平成17年7月19日判タ1189号343頁がある。同判決は、本人にとって不利となる状況や交通の妨げとなる状況ではなかったが、被告人をそのまま所（銀行）に放置すれば、同店の業務妨害等の犯罪に発展するおそれがある状況において、「警職法2条2項の要件に該当しない場合に行政警察活動としての任意同行が一切許されないと解すべき理由はない。すなわち、警察法2条1項は、警察の責務として、個人の生命、身体及び財産の保護、犯罪の予防、鎮圧を掲げており、これらの責務を全うするために必要な警察の諸活動は、強制力を伴わない任意手段による限り、一般的に許容されるものと解され、これらの諸活動の一環として任意同行が許容される場合もあり得るといふべきである」として、任意同行の必要性を認めた。本件評釈として、堀田周吾「判批」都法47巻2号271頁（2007年）がある。

(184) 3000円程度のウイスキー窃盗の嫌疑で、翌朝早朝まで取り調べた事例として、大阪高判昭和63年2月17日高等裁判所刑事判例集41巻1号62頁がある。

る要素として位置づけられるべきであろう。

最決昭和59年2月13日⁽¹⁸⁷⁾は、120人規模の抗議行動が起きている中、警備にあっていた警察官に暴行を加えた犯人が、当該抗議集団に逃げ込んだという事案において、犯人を検挙するためにその集団の異動を停止させた措置について、「犯人検挙の目的を実現するためには、直ちに右集団の移動を停止させてその四散を防止する緊急の必要」があったとして、適法性を認めている。また大阪高判平成11年3月5日⁽¹⁸⁸⁾は、被疑者の意向を確認することなく、被疑者が乗車する車内に乗り込んだ事案につき、意向を確認しない緊急性は認められないとして、違法性を認めた。同判決は、原則として、承諾を得ながら行うべき任意捜査において、その例外を認めるべき事情がないとしたものと評価できる。その他、下級審裁判例において、具体的に問題になるのは、停止のための有形力の行使である⁽¹⁸⁹⁾。停止のための有形力の行使は、任意に応じることを原則とした職務質問において、例外的なものである。

⁽¹⁸⁵⁾ 火炎瓶や手榴弾を所持している疑いがある事案として、東京高判平成8年6月28日判時1582号138頁、東京高判昭和52年5月30日判タ361号332頁、東京地判昭和51年5月7日刑事裁判月報8巻4・5号317頁がある。東京高判平成8年6月28日は、任意同行自体は違法としたものの、事件の重大性を考慮して証拠能力を肯定している。

⁽¹⁸⁶⁾ 酒巻・前掲注(143)論文「法的規律の構造(2)」67頁は、事件の重大性につき、法定刑の他、保護法益も考慮すべきとする。

⁽¹⁸⁷⁾ 前出注(169)。なお、本件は、公務執行妨害罪の成否が争われた事案である。

⁽¹⁸⁸⁾ 判タ1064号297頁。

⁽¹⁸⁹⁾ 有形力の行使の適法性を基礎づける根拠として緊急性をあげたものとして、名古屋高判平成13年10月31日高等裁判所刑事裁判速報集(平13)号181頁(捜査官が右手で被告人の襟首付近をつかんで停止させようとした。)、東京地判平成14年3月12日判時1794号151頁(捜査官がトイレに向かおうとする被告人の肩に手を掛け、あるいはその前に立ちふさがったりしたほか、トイレの出入口辺りで座り込んだ被告人に対し、言葉で他の客のじゃまになる旨を伝えて立ち上がるように促すとともに、そのわきに手を添えて立ち上がらせるなどした。)、東京地判昭和63年2月2日判時1299号148頁・判タ693号264頁(捜査官が、被告人の右手をつかみ、さらに二名の警察官が被告人の身体に取りついた。)。なお、緊急性を認めつつ、違法としたものとして、大阪地判平成2年11月9日判タ759号268頁(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)。これは、任意捜査の大枠を超えたものと評価できよう。

したがって、緊急性は、これらの例外性を基礎づけるものとして位置づけられているといえよう⁽¹⁹⁰⁾。

IV 最後に

1 わが国における身柄に関する処分の実体要件の意義

以上、本稿では、イギリスにおける身柄に関する処分を素材に、わが国における各実体要件の意義について検討してきた。冒頭で掲げた問題点について示した帰結をまとめると、次のようになる。

まず、第一の点の各要件がいかなる規範から導かれるのかという点については、各実体要件は、捜査の必要性を類型化したものから導かれている、あるいは導かれるべきことを示した。

そして、このような観点から各要件が有する意義を検討すると、以下の通りになる。

犯罪の嫌疑は、職務質問と逮捕・勾留に共通して、捜査の必要性を生じさせる要素である。ただ、警職法2条に規定される任意同行は、嫌疑の解明を直接の目的とするものではないので、同法の任意同行において犯罪の嫌疑は、必要性を生じさせる要素としては間接的なものとどまる。

緊急性は、実体的な必要性とは切り離された、手続要件の例外を基礎付ける要素である。事件の重大性も同じ側面を持っている。緊急性や事件の重大性は、緊急逮捕においては、事前審査の例外を認める要素として、任意に応じることを原則とする任意捜査においては、その例外を認める要素として位置づけられる。

捜査は、最終的に、以上の要件によって認められる必要性に照らして、権

⁽¹⁹⁰⁾ なお、緊急性は、一見、必要性を基礎づけるようにもみえる。しかし、II章で検討したとおり、これは実体面における必要性ではなく、手続面における必要性である。実体面における必要性があるようにみえるのは、緊急性が認められる状況には、高度の嫌疑が認められることが多いからである。緊急性は、必要性和切り離して考えるべきである。

利侵害の程度が最小限度である場合に、許容される。相当性は、最小限度性が保たれている状態のことを表すものである。補充性や事件の重大性は、相当性で考慮される要素である。相当性は、侵害される権利の質や程度が定型化されていない任意処分においては大きな意味を有するが、侵害される権利の質や程度が定型化されている強制処分においては必要性の阻却事由判断に解消されており、相当性が正面から問題となることは少ないといえよう。

次に、第二の点についてであるが、各実体要件の定立規範は、強制捜査と任意捜査とを問わず、一元的に捉えられる。ただ、その定立規範である捜査の必要性は、各捜査類型の目的に照らして観念されるべきものであるから、実体要件は、各捜査類型の目的から定立されていくことが求められる。

このように、実体要件の定立規範を一元的に捉えると、強制捜査と任意捜査の違いは、実体要件の担保方法（手続要件）に求められる。強制捜査は、原則として令状審査を通じて、任意捜査は、排除法則や勾留審査における事後審査を通じて、実体要件を担保する。手続要件によって実体要件を担保する構造を令状主義と理解すれば、まさに任意捜査も令状主義の規律構造に組み込まれていると評価できよう。

2 排除法則における評価

最後に、排除法則における各要件の評価について検討する。

わが国の判例は、「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」とした上で、憲法の適正手続（憲法31条）および令状主義（憲法33条、35条）より、排除法則を導いている⁽¹⁹¹⁾。

従来、権利侵害を伴う処分にどのような規制を及ぼすかについては、強制処分を限定的に捉えて、強制捜査については法律による厳格な規制を及ぼしつつ、任意捜査については比較衡量による合理的規制を及ぼそうとする見

⁽¹⁹¹⁾ 前出注(161)。

解⁽¹⁹²⁾と、強制処分を広く捉えて、令状主義の規制を広く及ぼそうとする見解⁽¹⁹³⁾が対立してきた。前者の立場が強制処分法定主義の立場を重視する立場であるなら、後者の立場は令状主義による規制を重視する立場といつてよい。

前者の立場は、同判例の示す要件について、令状主義から離れて解釈をしてきた。すなわち、「証拠物の押収等の手続に憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1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」については「重大な違法」に着目し、「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」については「相当」に着目して解釈を行ってきた⁽¹⁹⁴⁾。このような解釈に対して、後者の立場は、令状主義を重視しつつ、令状主義が妥当する強制処分の範囲を広く捉えようとしたのである⁽¹⁹⁵⁾。

確かに、同判例は、明示的に令状主義を根拠としており、その後の判例や下級審裁判例も、「令状主義の精神」から排除法則の適用の可否を検討している。その意味では、後者の立場の方が素直な解釈である。ただ、令状主義に固執するあまり、新しい強制処分については強制処分法定主義の規制が及ばないとするのは、立法府による捜査のコントロールを意図する強制処分法定主義の意義を没却することになりかねない。

⁽¹⁹²⁾ 代表的なものとして、たとえば、酒巻匡「強制処分法定主義」法教197号30頁（1997年）、同・前掲注(141)論文「法的規律の構造(1)」法教59頁（2004年）、三井・前掲注(6)書79-80頁、井上・前掲注(155)論文。

⁽¹⁹³⁾ 渥美東洋「各種の法執行活動、例えば職務質問、所持品検査等の活動を規律する原理を求めて」警察学論集40巻10号（1987年）[同『刑事訴訟における自由と正義』（1994年）所収]、椎橋隆幸「電話傍受の適法性について」法学新報103巻7号24頁（1997年）、中野目善則「法定主義について—三権分立の観点からの検討—」亜細亜法学31巻1号139頁（1996年）、小木曾綾「現代型犯罪と『新しい』捜査方法」警察政策2号84頁（2000年）、多田辰也「令状主義と強制処分法定主義——一つの覚書——」能勢追悼論集29頁（2003年）。

⁽¹⁹⁴⁾ 代表的なものとして、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（1985年）。

⁽¹⁹⁵⁾ その問題意識については、椎橋隆幸「任意捜査と強制捜査の区別の基準」齊藤（誠二）古希529頁（2003年）。

この問題が生じている背景には、両者ともに、無意識のうちに、令状主義が妥当する範囲を強制処分に限定して捉えてきたことがあるように思われる。確かに、令状の「形式」によって規制されるのは、強制処分に限られる。しかし、前述の通り、令状主義の意義は、令状という「形式」ではなく、司法によって実体要件を担保するシステムにある⁽¹⁹⁶⁾。むしろ、本稿のように強制捜査と任意捜査の実体要件を一元的に捉えたとすれば、捜査の種類を問わずに、制度全体として実体要件を担保するシステムを作ることこそ、令状主義の要求である。このように考えると、令状主義が対象とする捜査類型は、既述の通り、強制捜査に限らず、任意捜査も含めて考えるべきなのである⁽¹⁹⁷⁾。

以上のように令状主義の観点から排除法則を理解すると、上記判例の示す「重大な違法」とは、令状主義制度を没却することの評価であり、基準としては、むしろ令状主義制度の趣旨が没却される事情があったかどうかに求められる。

そこで、このような理解から、各要件の評価について検討する。各要件の意義は、実体要件が存在しない場合と、実体要件は存在するが手続要件が存在しない場合に分けて考える必要がある。

まず、前者の場合であるが令状主義の趣旨は、実体要件を担保することにあるから、実体要件が存在しない、不必要かつ一般探索的な捜査が行われた場合には、これを許すと令状主義の趣旨が没却されるといえる。これは、個別具体的に、各捜査類型の目的から導かれる必要性に照らして判断されていくことになる。身柄に関する処分は、前述の通り、とりわけ犯罪の嫌疑が重要な要素となってくることになる。また実体要件の中でも、緊急性等の手続要件の例外を基礎づける手続的実体要件は、手続要件に準じて評価されるべきである。

次に、後者の場合であるが、実体要件は存在するので個別事件としては実

⁽¹⁹⁶⁾ 白取・前掲注(6)書150頁は、事前審査と令状の呈示に意義があるとする。前者はともなく、後者は本質的内容ではないであろう。

⁽¹⁹⁷⁾ 判例は、このことを令状主義の精神と呼んでいるものと考えられる。

体的に不必要な捜査は行われていない。もっとも、手続要件が欠如している以上、違法であることには変わりなく、問題はその評価である。手続的瑕疵は、強制処分法定主義と、令状主義制度の2つの点から問題となる。

第一に、強制処分法定主義との関係でいうと、強制処分法定主義の趣旨が捜査に対する民主的コントロールにあるとすれば、より簡易な手続要件を作出するような評価は許されないというべきである。例えば、相当の理由が存在したことを根拠に無令状で逮捕することは、個別事件の評価ならともかく、一般的に正当化するような評価は許されないというべきであろう。

第二に、令状主義制度との関係でいうと、令状主義が制度として実体要件を担保していることに鑑みると、これを許すと制度として実体要件を担保しえなくなるような手続違反は、重大な違法として評価されるべきである。ここでは、とりわけ、制度に携わる捜査官の意図が大きな意味を有する。捜査官に令状主義を潜脱する意図があれば、いくら厳格な手続を用意したとしても、制度として成り立ち得ない⁽¹⁹⁸⁾。その意味では、最判平成15年2月14日⁽¹⁹⁹⁾が捜査官の令状主義潜脱の意図をもって重大な違法と評価したのは、妥当である⁽²⁰⁰⁾。逆に、意図的ではなく、手続の選択を誤ったというような場合には、制度全体の機能が損なわれるとはいえないので、手続違反の評価としては軽微といえよう⁽²⁰¹⁾。手続的瑕疵にすぎないという意味は、このように理解されるべきである⁽²⁰²⁾。

したがって、手続要件の問題は、実体要件の問題とは異なり、制度的な観点から判断されることになる。「将来における違法な捜査の抑制の見地」と

⁽¹⁹⁸⁾ その他、渥美・前掲注(134)書52頁が指摘する後知恵の問題も、制度の問題として考えていくべきである。

⁽¹⁹⁹⁾ 前出注(5)。

⁽²⁰⁰⁾ その他の事例として、福岡高判平成6年10月5日前出注(180)がある。

⁽²⁰¹⁾ その他、深夜ビルに侵入中の犯人を窃盗未遂の現行犯逮捕した事案につき、窃盗未遂の現行犯逮捕の要件は整っていなかったとしても、牽連犯にあたる住居侵入罪の現行犯逮捕の要件は整っていたとして、勾留請求を認めたものがある。東京地決昭和48年2月15日判タ292号389頁。

いう表現は、そのようにも理解できよう。

なお、身柄に関する処分の適法性は、勾留審査においても審査される。勾留審査と排除法則による審査の違いは、段階の違いから考慮される資料の範囲が異なるほか、前者は身柄に関する処分それ自体を対象とするものであるのに対して、後者は身柄を利用して得られた証拠に限られる。逮捕に伴う捜索によって得られた証拠は、捜索の問題として考えることになるので、具体的に、身柄に関する処分に関連して問題となる証拠は、尿鑑定書や自白調書などである⁽²⁰³⁾。

以上、本稿では、身柄に関する処分の実体要件について一元的な理解を提示してきた。もっとも、すべての捜査類型が一元的に捉えられるかについては、さらに慎重な検討が必要である。とりわけ捜索については、逮捕とは要

⁽²⁰²⁾ その他、現行犯逮捕が可能であった、緊急逮捕が可能であったという表現は、そこまで高度の嫌疑が存在したということを表すものとして用いられることもある。そのような意味で用いられていると評価できるものとして、東京高判平成13年1月25日東京高等裁判所（刑事）判決時報52巻1～12号2頁（パトカーで警ら中の警察官が整備不良車に乗車していた被疑者を止めて職務質問をしたところ無免許運転であることが判明し、さらに、被疑者の挙動から覚せい剤所持の疑いを抱き、ポケットの中で所持品を握っている被疑者の手をその意に反して引き抜くなどして覚せい剤を発見した事案において、所持品検査の違法性を認めつつ、無免許運転で現行犯逮捕が可能であったとして当該覚せい剤の証拠能力を認めた。）、札幌高判平成4年6月18日判時1450号157頁（盗難車両と同じナンバープレートをつけた自動車を運転していた被疑者に対して、警察官が被疑者の承諾がない状況下で警察車両に無理矢理乗車させようとした事案において、当該任意同行は違法であるとしつつ、偽造ナンバープレートを使用した被疑事実で緊急逮捕が可能であったとして、その後の獲得された覚せい剤の鑑定書の証拠能力を認めた。）。

⁽²⁰³⁾ 自白調書は、別途自白法則からの検討も必要である。自白法則からの検討は、獲得手段の違法性の部分は排除法則において判断されることを踏まえて行っていく必要がある。自白調書について排除法則と自白法則の双方から検討した事例として、東京高判平成14年9月4日判例時報1808号144頁（捜査段階の9泊10日にわたる宿泊を伴う取調べによって得られた自白調書について、「証拠物の場合と同様、違法収集証拠排除法則を採用できない理由はない」として、自白法則による証拠排除を否定したものの、排除法則による証拠排除を肯定した。）がある。本件評釈として、岡田悦典「判批」法セミ48巻8号121頁（2003年）、小林充「判批」判例評論535号198頁（2003年）、石山宏樹「判批」研修656号25頁（2003年）がある。

身柄に関する処分の実体要件の意義

求される実体要件が異なるので別途検討する必要性があろう。この点は、次稿において検討することにする。