

職務質問の研究——アメリカ社会と警察（三・完）

渡 辺 修

序 章 問題の所在

第一章 警察と市民(一)——一九五〇年代まで

第二章 逮捕の実務と停止・捜検

第三章 警察と市民(二)——一九六〇年代

第四章 テリー事件以前の判例法

第五章 テリー、ウィリアムズ事件

第六章 テリー事件以後の判例法(一)——下級裁判所判例の展開

第七章 テリー事件以後の判例法(二)——連邦最高裁判所判例の展開

第八章 アメリカ社会と警察——停止・捜検法の背景

はじめに

第一節 アメリカ社会と自警団思想——ブラウンの研究

(一) 市民の「暴力」の歴史と伝統

(二) 「自警団思想」(Vigilantism)の伝統

職務質問の研究——アメリカ社会と警察（三・完） 渡 辺

(三) 自警団思想と刑事司法

(四) まとめ―法なき適法性

第二節 警察の暴力と黒人―^{バイレンス}ウィンタースミスの研究

(一) 警察と黒人の歴史

(二) 黒人市民の警察官像

第三節 PCR運動について―大統領委員会報告から

(一) はじめに

(二) 黒人コミュニティーと警察

(三) PCRの現状

(四) まとめ

第四節 ガン・コントロールの諸問題

(一) 規制立法の歴史

(二) ガン・コントロールの評価

第五節 不法逮捕抵抗権について

終章 職務質問・所持品検査の適法性の限界

第一節 アメリカ法の総括

第二節 職務質問の適法性

(一) はじめに

(二) 職務質問の適法性(一)―総論

(三) 職務質問の適法性(二)―各論

(四) 任意同行

第三節 所持品検査の適法性

(一) 憲法三五条、警職法二条四項、刑訴法二二〇条一項と所持品検査

(二) 警職法二条一項、警察法二条一項と所持品検査

(三) まとめ

あとがき (以上、本号)

第八章 アメリカ社会と警察——停止・捜検法の背景

はじめに

以上で、停止・捜検を巡るアメリカの諸問題の概観を終えた。この処分は、法律的定义や名称を度外視するならば、警察制度が確立したときから、その犯罪捜査と犯罪の予防活動上、有効な武器として用いられてきたことが解る。また、現場警察官と市民とがもっとも頻繁に接触する場面であるため、この処分の社会的、現実的機能が、市民側の警察に対するイメージを培う重要な契機となっていることも否めない。従って、かかる停止・捜検処分が、どのような態様で実施されるかは、処分の主体である警察と客体である市民とが拠って立つ時代、社会、価値理念によって微妙に変容してきていることも承認せざるを得ない。現に、六〇年代に入り、この処分の適法性の限界が問題としてクローズアップされた背景には、単に法解釈論のレベルだけにとどまらないものがあつた。つまり、ポリース・プロフェッションナリズムに基づく効率的警察運営をめざす改革運動と黒人コミュニティとの矛盾、警察官

による黒人への差別的法執行という重大な社会的契機が存在していたのである。従って、個々の停止の場面でのどの程度の実力行使が現に行なわれるか、如何なる事情の下で捜検を要すると判断するのかという問題の大前提として、「警察―市民」との関わりを一般的に規定する社会的、文化的伝統の吟味が不可欠である。かかる伝統に基づいて法的「現実」が作り出されるのである。そして、これに対する法的コントロールの存り方、つまり、法律と判例法の存り方もまた、当然ながら、右のような社会的、文化的伝統の文脈から切り離してとり出すことはできないであろう。例えば連邦下級裁判所判例は、停止に伴う実力行使の一態様として銃を相手に向けながら接近することを適法としているが、これも、アメリカでは市民の銃の販売、所持が容易であるという事実から切離すことはできない。

もっとも、問題は、いかなる法文化的伝統が、停止・捜検の存り方、その司法的、立法的コントロールの方法を規定しているといえるのかである。ここでは、それを探っていく幾つかの要因に絞って考察することにした。そのひとつは、主体の側、つまり、警察組織が底流に抱えている価値観である。この点については、アメリカのバイオレンスの伝統と「自警団思想 (Vigilantism)」とが参考に値する(本章第一節)。次に、客体の側、つまり、市民からみた警察の問題がある。就中、停止・捜検を含む犯罪抑止活動は、黒人コミュニティにおいてもラストティックな問題となっている。そこで、警察官と黒人コミュニティの存り方を中心として、「警察―市民」の関わりを探ろう(第二節、第三節)。第三に、所謂「ガン・コントロール」の問題がある(第四節)。アメリカ社会の犯罪と法執行は常に銃で武装した市民を前提にしている。そして、このガンの脅威は、パトロール中の警察官

による職質の文脈でも重要な役割を果たしている。各種立法、判例上、修正四条の例外を認めてまで、「捜検」処分を必要と認識させたものは、右の事情による。最後に「不法逮捕抵抗権 (the right to resist an unlawful arrest)」にふれよう(第五節)。これは、処分の客体、市民の側が官憲による不当な身柄拘束を拒絶する権限である。かかる権利の存在自体に、アメリカ社会における市民の自由の重味がストレートに表われているといえよう。

以上のようなアメリカ警察と法執行に関わる法文化の吟味は、日米比較法研究を有効なものたらしめる「橋渡し」の意味を持つ。つまり、アメリカにおける連邦判例、N・Y州判例の提供する法解釈論の命題は、常にその法文化的土台に規定されたものであり、この両者を含んだアメリカ法の全体像をイメージ・アップすることなく、我が国との対比を行うことは、必ずしも妥当ではない。以下の作業は、より有効な法解釈論上の成果を得るための基礎作業なのである。

第一節 アメリカ社会と自警団思想——ヴァイランツライムブラウンの研究

最初に、アメリカ社会が「犯罪」現象に対してどのような態度を示してきたかという問題を考えてみる必要がある。アメリカ社会は、人民主権、革命権、市民の自由、民主主義などの近代国家における基本的憲法原理に基づいて建設されたといえる。同時にその社会は「法、遵守的 (law-abiding)」市民を構成単位として予定していたものもある。しかし、独立戦争以来のアメリカ史は、むしろ、かかる市民自身による「無法 (lawlessness)」と暴力の歴史でもあったのである。とりわけ一九世紀においてみられた自警団 (Vigilance Committee; Committee of

Vigilance; Vigilante)は「法を守るために法を破る」というパラドックスをアメリカ社会の根深い伝統にした点で注目し値する。そこで、以下ではブラウンの研究によりながら、アメリカの「自警団思想 (Vigilantism)」の由来と意義を考察することとした⁽¹⁾。

(一) R. M. BROWN, STRAIN OF VIOLENCE (1975). 以下、BROWNと略す。なお、袖井林二郎「国民性としての暴力」大橋健三郎編『総合研究アメリカ⑥ 思想と文化』(昭五一)二〇九頁参照。

(二) 市民の「暴力」の歴史と伝統

アメリカの歴史は、「市民」による「暴力」の歴史でもあった。まず、アメリカの独立戦争は、革命の思想と目的にとって暴力がもっとも確実な手段であること、より一般化すると、正しい目的を達成するためには暴力の行使が正当化されることを示したといえる(七頁)。また、「人民主権 (popular sovereignty)」が独立革命を支えるイデオロギーとされたが、これは同時に、人民主権を実現するための市民の暴力を正当化するイデオロギーともなったのである。同じく、南北戦争もかかる暴力の衝突であり、暴力の伝統を以後の時代に残すものであった。さらに、一九世紀後半は、南北戦争後の再建期をも含めて、K・K・K団、黒人に対するリンチ、White CapsやBald Knobbers その他の暴力的秘密結社に特徴づけられる時代でもあったのである(七頁)。以下では、こうした市民の「暴力」の実態を歴史的にみてみよう。

まず、「リンチ法 (Lynch law)」はアメリカ史上、しばしばみられた現象であるが、これは、デュー・プロセスによることなく、現に発生した犯罪、または行なわれたと主張されている犯罪につき人を処罰する実務乃至慣行

をいう(二二頁)。独立戦争中、ヴァージニア州で Charles Lynch がトーリ派に対して用いていたところから、この名が残ったのである。当初は、笞刑などの身体刑を科していたが、一九世紀中頃から絞首刑等の死罪を科すようになった(二二頁)。問題は、かかるリンチが「市民」の手によってなされたこと、しかも、暴徒化した市民によってなされていたことである。ことに再建期以後、南部では白人の優位回復の不可欠の手段として黒人に対し用いられたのである(二二頁)。

また、市民の暴力は、様々な秘密結社の組織的活動としても表われた。その一例である White Cap movement は、一八八七年インディアナ州南部に始まる。地域差はあるが、総じて、農村地域における貧困な白人や品行のよくない者、だらしのない女性などの道徳改善を目的として体刑を加える運動であった。もっともこれは、一次戦の頃には消滅していた。もっとも有名な秘密結社は、Ku Klux Klan であろう。これは、今まで三次にわたって組織されている。まず、第一次 K・K は、再建期に登場し、急進的な共和派や解放奴隷に対し暴行・脅迫を用い、南部の白人の優位を回復する基盤作りをなした。第二次 K・K は、一九一五年にアトランタで作られ、一九二〇年代にかけて全国に広がった。ただ、その攻撃の対象になったのは、カトリック、ユダヤ、黒人などでなく、むしろ白人でアングロ・サクソン系のプロテスタントでありながら品行のよくない者であった(二八頁)。つまり、前述の White Cap と同様に、社会のリーダーたるべきアングロ・サクソン系白人の道徳的改善が目的となっていたのである。第三次 K・K は、一九五〇年代以後のものであるが、地域的には南部に限られ、また、その対象は、公民権運動家、白人・黒人分離反対運動の活動家である。

この他、歴史的にみていくと、一六〇七年から一八九〇年にかけて闘われたインディアン戦争も、アメリカの暴力の伝統を形成した一要因である。「条約の破棄、約束の不履行、無防備な女性や子供の虐殺などは、残酷な戦争そのものと併に、アメリカの白人がインディアンを遇する際の特徴であり続けた。それが、我が国の国民性に与えた影響は健全なものではなかった。つまり、暴力を好む傾向を強めるのに大きく力を貸したのである」(二六頁)。

また、第一章第一節でもふれたように、一九世紀末には、労働運動の成長、アイルランド系、イタリア系などの移民とアングロ・サクソン系白人との民族的対立が、カトリックとプロテスタントという宗教的対立と複雑に絡みあって、しばしば都市暴動の原因となった(二八一—三〇頁)。とくに、一九世紀末から二〇世紀初頭は、労働運動における「ダイナマイト時代」ともいわれるほど、労使の暴力的対立抗争のみられた時期であった(三四頁)。

ブラウンは、以上の概観に基づき、市民の「暴力」の意義を次のようにまとめている。

「アメリカの歴史上、暴力は犯罪、政治的暗殺、民族間抗争といった消極的側面しかもたらさなかったのではない。むしろ、暴力は、アメリカの歴史上のもっとも積極的な意義を有する事件とは切り離しえないほど深く結びついているのである。アメリカの独立(革命の暴力)、奴隸解放と連邦の維持(南北戦争という暴力)、土地の取得(インディアン戦争)、フロンティア社会の安定化(自警団の暴力)、農民、労働者の地位向上(農民、労働者の暴力)、法と秩序の維持(警察の暴力)などがそれである。そして、愛国者、人道主義者、連邦擁護主義者、開拓者、土地所有者、農民、労働者(そして資本家)はいずれも、より高次の目的のために暴力をその手段として用いてきたのである。……この結果、暴力は正に我々の無意識的な(乃至潜在的な)価値構

造の一部となっているのである」(三六頁)。

(一) 「自警団思想 (Vigilantism)」の伝統

(1) 古典的ヴィジランティズム

次に、アメリカ社会における「正義」の実現の形態としてもっとも特異な自警団活動とそれを支えた思想についてみてみよう。自警団とは「組織化された超法規的運動であり、運動体メンバーが「法を自己の手中におさめるものである (take the law into their own hands)」(九五—九六頁)。現在、一七六七年にはじまったサウスカロライナ州の Regulators の運動から一九〇四年のテキサス州トリニティ・カウンティの Law and Order League の運動まで、合計三三六件の自警団活動が記録されている。

そこで、まず、最初の自警団活動といわれているレギュレイターズ運動について紹介しよう。この運動の起きた一八世紀後半のサウスカロライナの Back Country 一帯は、インディアン戦争(チェロキー族との闘い、一七六〇—一七六一年)のため荒廃し、さらに馬泥棒一味などの無頼の徒が菓喰う無法地帯と化していた。むろん、裁判所、シェリフなどの法執行機関は設けられていなかった。そこで、地域のリーダーや植民者が一七六七年に「レギュレイター」と名乗る組織を形成した。そして、無頼の徒を逮捕し、裁判の上管刑や強制労働や追放刑を科す等の活動により地域の治安維持にあたったのである。もっとも、その手段があまりにも暴力的であったため、かかる運動に対し、その後、Moderators と名乗る対抗グループが形成され、両者間の対立を生んだが、一七六九年に正式の裁判所の設置とシェリフの配置とが認められたことを契機にレギュレイターズは解散し、一応自警団活動は終

了することとなった。

しかし、その後、レギュレイターズの活動をモデルとして、一九世紀には各地でかかる自警団が結成されている。就中、一八五六年のサンフランシスコの自警団、一八六三—六五年のモンタナ州の *Bannack and Virginia* の金採取キャンプにおける自警団が有名である。もともと、時期と地域に応じ様々な目的、形態のものがみられる。一八一三、一八一四年のヴァージニア州リッチモンドの自警団は、フロンティアの無秩序対策ではなく米英戦争の影響で英国軍の侵入を防ぐ目的で結成されている。一八二四年のオハイオ州 *Meigs* カウンティの自警団は、ヴァージニア州の者が逃亡奴隷を追跡して越境するのを防ぐという当該地域のポリシー実現のために結成されている。南北戦争前には、このように奴隷制をほりくずしたり、逆に、これを維持することを目的とする自警団結成が相次いでいる。さらに、一八四五年の *N・Y* 市の *Merchant's Vigilance Association* は商取引上の不正行為の摘発を目的とするものであった(二四—一五頁)。ただ、全体としては、フロンティアにおける犯罪その他の無法を取締ることが目的であった。

こうした自警団活動が生まれた背景を探ってみよう。第一に、フロンティアにおける一般的な無法状態の発生がある。ことに西部においては、広大な原野に点在する牧場は、馬泥棒、牛泥棒の格好の対象となったし、ゴールドラッシュによる人口過密も無法の温床となった(二〇〇頁)。第二に、法執行機関は、一九世紀を通じてなお都市部に偏在しており、郡部、フロンティア地域では法執行は不充分乃至欠落していたといえる。反面、シェリフ等の機関を常設するにはコストが高く、フロンティアの人々の経済状態からは無理があった。しかも、法執行自体も、

道路をはじめとする交通体系の不備も手伝って非効率なものであった(二二—二三頁)。さらに、第三として、「法執行の不充分さとあわせて、不平等な司法システムが存在していた。陪審は、犯人への恐怖、友情または買収により犯人を有罪としないことがしばしばあった。監獄の不存在(初期の頃)、またそれが容易に破壊しやすいものであったことから、拘禁中の者の逃亡を防ぐことはほぼ不可能であった。さらに、システム全体が無法者の操作を許す無数の機会を提供していたのである。このため、無法者は可能なときはいつでも自分のために虚偽証人をつくり、陪審を味方で固め、官憲に賄賂を送り、極端なときは、全システム、つまり裁判官、陪審、法執行官憲等に威嚇を加えさせたのである」(一一三頁)。第四に、こうした結果、フロンティアの上・中流層の人々は、一方で低いコストで秩序維持を確保する必要と(一一二頁)、他方で、コミュニティの建設の土台をしっかりとったものとするためにもより、劇的で有効な手段を用いる必要とを感じていた(一二三頁)。以上の背景が、自警団を生む原因となつたのである。

では、自警団の組織はどのようなものであったのであろうか。典型的な活動形態は、「形式の整った組織を持つ活動(formally organized movement)」であった。(一〇三頁)。これは、軍隊型の組織と独自の憲章・宣言等を有していた。捕えた無法者^{アクトロー}に対してはもともとと違法であるが一応正式の裁判が用意され、被告人とされた無法者には弁護人が付され自己弁護の機会も与えられている(例えば、一八四一年のイリノイ州北部のレギュレイター運動が典型である)。刑罰としては、初期には管刑と追放刑がみられたが、一九世紀中頃から絞首刑^{ハンギン}が用いられるようになった(このため「リンチ」という言葉も管刑ではなく絞首刑を意味するようになった)(二〇八—二〇九頁)。

しかし、「被告人が無罪とされることはほとんどなかった。ただ、自警団も法と秩序の精神を守ろうとする自覚を有していたため、自ずから公正で迅速な裁判をおこなうように努めていたのである」(一〇九頁)。

他方、「instant vigilantism」「one-shot vigilante action」と呼ばれる形態もみられた(一〇三頁)。一九世紀も後半になると、形式的な組織化や公式の裁判形式を用いることさえも、「迅速なリンチ法による正義にとって不必要な遅滞」とみられることもあった(一〇三頁)。そこで、住民は、こうした手間を一切省き、直ちにリンチの執行をおこなったのである。これは、ゴールデンラッシュ期のカリフォルニアでこのほか効果を持った。一八五一—一八七八年の間、形式的組織を有する自警団は一〇一名の死刑を執行しているが、そのうち、右に述べたようなインスタント・ヴィジランティズムにより七九名の死刑が執行されている(一〇三頁)。

次に、自警団活動を別の視角から区分すると、二つの「モデル」がある。つまり、「正しい(good)」乃至「社会建設的モデル(socially constructive model)」と「不正な(bad)」乃至「社会破壊的モデル(socially destructive model)」である(一一八頁)。前者は、「無秩序」の問題に焦点をあてて活動し、秩序回復後、解散するものであった。この結果、当該地域は社会的安定性を増すことができたのである。かかるモデルは、自警団がコミュニティのコンセンサスをえているときに成立する(例、一八四一年のイリノイ州北部のレギュレレーター)。後者は、自警団がコミュニティのコンセンサスをえられず、むしろ、有力な対立グループが存在し、このため両グループの衝突を招き、地域一帯のナーキー状態を生じる場合である(テキサス州における一八四〇年〜四四年のレギュレレーターとモデレーターの闘争。ここでは結局、州兵の介入により鎮静化している)(一一〇—一一三頁)。

(2) ヴィジランティズムのイデオロギー

では、かかる自警団活動が守ろうとしたコミュニティの秩序とは何であったのであろうか。つまり、自警団活動を支えたイデオロギーは何であったのであろうか。植民地開拓、西部開拓の時代に、開拓のため奥地に踏み入った植民者の主たる願望は、彼等が本国や東部において経験してきた生活と彼等がそこでかつて所属していたコミュニティの再建築にあったといえる(一〇三頁)。そこで期待されていたコミュニティとは、地域のリーダーとなる上流階級(有力商人、著名な職業人、裕福な農民等)、勤勉で正直な中流階級と下層階級とで構成され、生命と財産の保持を理念とするものであった(一〇三—一〇四頁)。つまり、主として財産所有者のコミュニティであり、財産が生命と生活の根源とされるコミュニティであった。このため、無法者や敵対的下層階級の形成する *contra culture* との対立が生じる。彼等は生命と財産の価値を否定し、上・中流層が支配する社会構造の破壊を望むからである(一〇五頁)。そして、この両者の対抗が、自警団を生んだといえる。すなわち、自警団は、上・中流層の抱くコミュニティの価値を守る直接的手段となったのである。

もっとも、自警団を支えた思想は、これだけにとどまらない。ブラウンは、この点について、「ヴィジランティズム思想は三つの主たる構成要素を有している。自己防衛、革命権、人民主権である。さらに、これらの三つの思想は自警団活動を求める経済的理由により強化されている」としている(一一五頁)。とくに人民主権思想が重要であった。例えば、一八五八年のインディアナ州北部のレギュレイターズは、次のような宣言を発している。

「我々は人民主権論の信俸者である。この国の人民は、正に統治者なのである。従って、人民が立法権を委任

した者が法を作っても、それが人民の保護にとって不充分であると思われるとき、人民は自己の財産の保護を自らの手で行う権利とこれを妨げる無頼の徒に対して彼等にふさわしい処置をおこなう権利を有するのである」(一一七頁)。

(3) ネオ・ヴィジランティズム (neovigilantism)

南北戦争前後からアメリカ社会は都市化、工業化を経験することになる。また、移民の急増に伴い、都市での宗教的・民族的対立も激化してくる。これに伴い、上述のフロンティアにおける犯罪(ことに馬泥棒と通貨偽造)及び無法状態(その原因とされた無法者、下層階級)の克服を目的とした古典的ヴィジランティズムは、徐々にネオ・ヴィジランティズムへと形を変えていくこととなる(一二七頁)。後者は、カトリック、ユダヤ人、移民、黒人、労働者、労働運動のリーダー、急進主義者、公民権主張者を対象とするものである(一二七頁)。

こうした新たな自警団活動の最初のものとするのは、一八五六年のサンフランシスコの自警団である。これは、市の上・中流階層のプロテストアント系の人々特に商人が中心となり、アイルランド系住民が主流を占める民主党の地方政党組織による市政に反対し、その腐敗の一層と予算の適正化とを実現するために結成されたものである(一一四―一四三頁)。ネオ・ヴィジランティズムの第二の典刑は、一次と三次のK・K・K団の活動による黒人迫害、第二次のK・K・Kによるカトリック、ユダヤ人迫害、一九二〇年一月一日の“Red raids”による共産主義者の逮捕、一九五〇年代のマッカーシズムなどである(一二八―一二九頁)。

最後に、六〇、七〇年代にかけて、暴動の頻発と犯罪の激増に対処するため、自警団がつくられている。これも、

ネオ・ヴィジランティズムの一形態といえる。これにもいくつかの型がある。①The Deacons for Defense and Justice のように、黒人が、白人からの迫害に対して自己防衛の必要から組織したもの。②都市や郊外の白人が黒人暴徒を防ぐために組織したもの（一九六七年の Newark における North Ward Citizens' Committee）。③都市住民が犯罪予防のため組織したもの（一九六四—一九六六年のブルックリンの The Maccabees）。但し、以上の類型の自警団は「法を自己の手中に収める」という古典的ヴィジランティズムの活動形態までには至らず、むしろ、法秩序の枠内でパトロールをおこなうことを主たる活動としていた（一二九—一三〇頁）。ただ、こうした組織の存在は、現代でも自警団思想がアメリカ市民の中に根づいていることを物語っている。

③ 自警団思想と刑事司法

では、以上のような自警団活動と自警団思想とは、何をもたらしたのであろうか。ブラウンは、この点について、次のように述べている。

「おそらく長期的にみたとき、次の点がヴィラジランティズムのもたらしたもっとも重要な結果であろう。ヴィラジランティズムは、法は恣意的に無視しうるものであること乃至法に従うか否か選択することのできる場面のあることを繰り返し主張してきた。このため、我々の法に対する尊敬は、絶え間なくしかも我々自身が気付かない形で薄らいでいったのである」（一二三—一二三頁）。

ヴィジランティズムを巡る合法性と無合法性との奇妙な緊張関係は、次のような事情から生じている。第一に、当該地域の法執行を担当する保安官、治安判事等がこれに協力してあるいは黙認していたことである（一二五—一二九頁）。

例えば、一八九一年のニューオーリンズにおける自警団活動がその例である。前年に、警察署長の暗殺事件がおきたが、住民は、これはイタリア系労働者の組織するマフィアの仕業と信じていた。ところが、被告人となったイタリア労働者は、陪審裁判で無罪とされたのである。このため、イタリア系移民に偏見を抱く住民らが自警団を構成し、当時の情況では、被告人等に対するリンチを行うに至ることが当然に予想される事態となった。しかし、にも拘わらず、知事、市長、シェリフ、いずれもリンチを防ぐ手段をとろうとしなかったのである（一六〇—一六一頁）。第二に、著名な弁護士、政治家等が自警団に参加し、あるいはこれを奨励、賛成していた事実がある。もっとも極端な例としてはアンドリュー・ジャクソン、セオドア・ルーズベルトもこれに加えることができるのである。ジャクソンは、大統領時代にアイオワ州の開拓者等に殺人犯をリンチ法により処刑することを忠告したことがあり、ルーズベルトは若い頃モンタナ、ダコダの馬泥棒に対する自警団に参加しようとし、断わられた経験を有している（一六二頁）。

第三に、弁護士、裁判官、法学者によってヴィジランティズムによるリンチを正当化する理論が提供されていた。例えば、一八九七年のジョージア州弁護士協会の定期大会では、『リンチ法は刑法または刑法の運用上の欠点によるものか』と題するシンポジウムが開かれ、メンバー五名中、四名がリンチの適法性を肯定している。彼等は、リンチ法の主要な原因は、農村地域における黒人の白人女性強姦であるとみている。それゆえ、メンバーの一人、ジョージア州最高裁判事 Henry T. Lewis は、「リンチ法執行者は法と秩序への敬意が少ないからではなくて、家の神聖さと家族の保護により強い関心を有しているから、かかる行為を行うのである」と説明し、リンチ法を支持

している（一六八頁）。また、一八九四年、ノースカロライナ州最高裁判事 Walter Clark は、当時の法手続の欠点を批判する一方、リンチ法を正当として次のように述べている。「リンチ執行の原因は、無法性の精神ではない。一般に、これに参加する人々は justice の執行を熱心に望んでいたのである。社会自らが、犯罪に対する保護を必要としていると感じた点に真の理由がある。社会は、裁判所の処罰の迅速さと確実さを信頼できなくなる場合やあまりにも重大な犯罪がおこなわれた場合にはいつでもリンチ執行により自己防衛をおこなおうとするのである」（一六八頁）。

さらに、連邦最高裁判事の Joseph P. Bradley は、一八八二年に、次のような法廷意見を記している。「野蛮な地域やほとんど開拓のなされていない地域においては、無法性の諸要素を抑制するためにリンチ法を執行することにはいかような免責事由もありえよう。正規の法運用ではかかる要素を統制するには無力だからである。しかし、法が適正に正規に運用されているコミュニティではかかる免責事由のありえないことも確かである⁽¹⁾」。

第四に、こうしたヴィジランティズム及びリンチ法の執行を正当化する法理論と併行して、正規の司法運用についてもヴィジランティズム、リンチ法の趣旨乃至精神を採り入れた改革論が提唱されることもあった。例えば、Charles J. Bonaparte は、ヴィジランティズムに賛意を表していたルーズベルト大統領の下で、海軍大臣、司法大臣を務めた人物であるが、彼は、ヴィジランティズム、リンチ法について、「法は形式において侵害されているが、実体において実現されている。つまり『手続』部分…は無視されたが『実質』部分は維持されていたといえる」とし、これを正当化している⁽²⁾。そして、これに加えて、次のような法改正も主張している。第一に、大陪審を廃止し、

また、絶対的忌避権の運用によって社会的エリートによる小陪審を構成すること、トライアル・コートによる法律上の瑕疵に基づく場合は二重の危険禁止を適用しないことなどである。第二に、検察官はあくまで有能で廉直な法律家たるべきで買収され易い政治家であってはならないこと、恩赦権の濫用を避けるためこれを行政部から司法部へ移譲することを指摘している。第三に、リンチ法を刑事司法システムに採り入れる方向を端的に示すものとして、常習犯の完全な淘汰を主張している。まず、死刑犯罪の増加を求め、次に、「重大な」犯罪で三度判決を受けたときは死刑を科すものとしている。そして、ここにいう「重大な」犯罪とは重罪の他に「他に例がないほどに社会を著しく墮落させ、または重大な危害若しくは危険を社会に及ぼす軽罪」としている⁽³⁾。

Simeon E. Baldwin は、コネティカット州最高裁判官、同州知事等を歴任し、またアメリカ法律家協会の設立にも寄与し、その会長の職もつとめるなど当時の著名な法律家であった。彼は、一八九九年の論文で、未成年犯罪者、未成年婦女子の誘惑行為、成人の軽微犯罪について罰金、自由刑に代え、答刑を採用することを提唱している⁽⁴⁾。その根拠は応報感情の満足、「報復による正義」の原則に求めている。当時、答刑は一般に廃止される傾向にあったが、一八八二年にメリーランド州は姦通罪の刑として採用し、一八九八年にヴァージニア州で少年犯罪者にこれを適用する法律を可決するなどの動きもみられた(一七七頁)。また、かかる背景として、「このような答刑合法化の動きが表われてきた時期、つまり一八八〇年代、一八九〇年代には、ホワイト・キャップ運動が、妻に対する暴行、不道徳行為、だらしのない言動、軽微窃盗などの行為に対する超法的な刑罰として全国で答刑を用いていたということは特筆に値する。これらの軽微犯罪は、答刑適法化の動きにおいても正に主たる対象とされていたものであ

るからである」(一七七頁)。この点で笞刑の合法化は、当時のヴィジランティズム活動の合法化と同じ意味を持ったのである。

ポールドウィンは、次に強姦罪について去勢刑の導入も主張している。⁽⁵⁾ 当時、黒人が強姦を理由にリンチされるのが相次ぎ、その際、去勢もおこなわれていた。ポールドウィンは、かかる現状を踏まえて、むしろ去勢刑を導入し法の厳正な執行によらしめたほうがよいこと、リンチの場合には絞首刑にまで至り易く、まだしも法による去勢刑のほうが犯人にとってもましであることを理由として指摘している。

以上のように、ヴィジランティズムの無法性と正規の刑事司法システムの合法性とは微妙な絡まりをみせていたが、この結果、前者が後者の運用そのものにあっても様々な影響を与えていたことも指摘できる。一例を示そう。

Stephen J. Field は後に連邦最高裁判事になった人物であるが、一八四九年にカリフォルニア州の Marys ville という鉦山街で治安判事類似の *alcalde* という役職に選ばれたことがある。Field 自身の回顧によると、砂金窃盗犯の裁判の場合、群衆が建物の周りに集ってすでにリンチを話題としている状況の下では、彼等の得心がいく刑を選ばざるをえなかったとしており、現に、自警団同様の身体刑を用いたことを認めている(一七二頁)。

そして、以上のようなヴィジランティズムの影響が、警察活動にも及んだのである。一九三二年のウィッカーンヤム委員会のレポートは、「警察の蛮行行為」の問題、ことに拷問に焦点をあてたものであるが、他に違法逮捕、拘禁者と弁護士との接見妨害、逮捕時の暴力と残虐行為などは普通にみられる警察実務であることも明らかにしている。⁽⁶⁾ かかる警察の暴力について、Ernest J. Hopkins は、「犯罪統制のための戦争理論」に基づいているとして

いる。社会は犯罪と戦争をしている以上、いかなる行為をおこなおうと正当化されるといふものである。⁽⁷⁾ 結局、ブラウンは、右のホプキンスの分析を参考にしつつ、警察自身も犯罪者に対しては、自警団思想やリンチ法の精神と同一の精神に基づいて活動してゐたのであるとする(一七三頁)。

- (1) *Ex Parte* Wall, 107 U. S. 265. at 274 (1882).
- (2) Bonaparte, Lynch and Its Remedy, 8 YALE L. J. 335. at 336 (1899).
- (3) Bonaparte, *ibid.* at 342.
- (4) Baldwin, Whipping and Castration as Punishments for Crime, 8 YALE L. J. 371. 371-379. 383 (1899).
- (5) Baldwin, *ibid.* at 380-382.
- (6) WICKERSHAM COMMISSION REPORT, LAWLESSNESS IN LAW ENFORCEMENT (1931).
- (7) E. J. HOPKINS, OUR LAWLESS POLICE, at 27, 47, 60 (1931). なお、法務資料『アメリカ警察の無法』(昭二一九)

参照。

(四) まとめ—法なき適法性

最後に、ブラウンは、アメリカのヴィジランティズムを、バックナー教授の折出した「犯罪統制」モデルと「適正手続」モデルとを参考にして分析している(一四七—一五〇頁)。前者は、被告人は有罪であるという推定に基づき、多数の被告人の効果的処理をおこなうものである。つまり、社会統制とその効率性が主たる目的である。これに対し、後者は、無罪の推定と適正手続とを重視している。むしろ、犯人処罰の点では前者よりも非効率で、このため、「障害物コース」に例えられている。⁽¹⁾ もっとも、バックナーの二つのモデルは、合法的司法運用を前提とし

ている。これに対し、右二つの価値体系に基づきつつ、ヴィジランティズムの位置を考えると、犯罪統制という価値を共有する点で「犯罪統制」モデルと共通するが、ヴィジランティズムは「超法的」である点で異なるのである（二四八頁）。かかる犯罪の効率的統制を共通の目的とする超法規的ヴィジランティズムと合法的犯罪統制モデル型の刑事司法という図式を現実¹に則して説明すると次のようにいえる。

「一九世紀の間及び二〇世紀に入ってから、アメリカ人は犯罪の抑制を主たる価値として重視し、合法的並びに超法的司法による二重の司法システムの存在を支持していた。その反面、手続的安全装置にはほとんど関心を持たなかったというのが現実であった。かくして、アメリカ人は、リンチ法執行に関与したときにも、公共精神を欠くとはいささかも考えなかったのである。むしろ、アメリカ人は、その独特の思考法上、自警団への参加は、高潔な公務員を選出することと同様に重要な公共精神の発露と考えていたのである」（二四八—二四九頁）。

(1) H. L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION, pp. 149 (1968).

第二節 警察の暴力と黒人——ウィンタースミスバイオレックスの研究

ウィンタースミスは、前節で紹介したアメリカにおける市民の暴力の伝統が、警察の諸活動にどう反映しているのかを研究している。とくに、この問題は、黒人と黒人コミュニティーに対する警察の活動上もつとも鮮明な形であらわれる。そこで、以下、ウィンタースミスの研究にそい、警察と黒人の関係史、現在の問題点を探ってみよう。⁽¹⁾

(1) R. F. WINTERSMITH, POLICE AND THE BLACK COMMUNITY (1974). 以下では、WINTERSMITH と略す。なお、とくにことわりなき限り、本節の頁数は本書の頁数を示している。

(一) 警察と黒人の歴史

(1) 黒人奴隸制と法制度

警察と黒人との問題は、ヴィジランティズムの歴史上も重要なポイントとなる。警察と黒人との対立、両者間の暴力の歴史は、ヴィジランティズムの発展と表裏をなしているからである。この警察と黒人との関係の第一の時期は、奴隸制の時代である。この時期には黒人奴隸による白人への反抗が様々な形態で試みられた。個人的レベルでは、労働のサボタージュ、白人の殺害、主人の家の放火、逃亡などがあった。次に、黒人暴動を指摘できる。これには、とくに、次の七件が有名である。一七二二年及び一七四一年のニューヨーク市事件、一七三九年のサウス・カロライナ州の Stono 奴隸反乱事件、一八〇〇年のヴァージニア州における Gabriel Prosser の奴隸反乱未遂事件、一八一一年のルイジアナ州の暴動事件、一八二二年のサウスカロライナ州における Denmark Vesey の反乱未遂事件、一八三一年のヴァージニア州における Nat Turner の反乱事件である(以上につき、BROWN, at 187-188)。最後に、逃亡奴隸 (Maroon) が辺地にコミュニティをつくり、白人の開拓地を襲撃する等をおこなっていた。さらに、彼等はインディアンと連携し白人と対抗することもあった (BROWN, at 198-199)。ことにフロリダ州の辺境においては Seminole 族と協力して生活し、さらに、一八三五年から一八四二年の第二次セミノール戦争では、逃亡奴隸がインディアンの指揮者になるなど積極的な役割を果たしている (BROWN, at 201-204)。こ

のため、奴隸制時代には、南部の白人は、常に現実的、潜在的な黒人の反乱、暴動の恐怖を抱いていた。そこで、黒人の反乱を抑止し、奴隸制秩序を守るため、次のような手段がとられていたのである。

第一に、奴隸制そのものが法的に正当化されていた。例えば、すでに、植民地時代に、マサチューセッツ州は一六四一年の法律で奴隸の身分及び奴隸取引を認めていた。(一一頁)。また、バージニア、メリーランド、ノース・カロライナ、サウス・カロライナ、ジョージアなど奴隸州となったところでは、各州憲法上、その権利章典は奴隸には適用されないという例外規定を設けていなかった。その意味では、奴隸制は違憲であり、社会慣習とこれを担保する暴力と恐怖が支えていたともいえる。しかし、その後、かかる州は、「黒人法典 (Black Codes)」乃至「奴隸法典 (Slave Codes)」を制定して、黒人の守るべき義務及び奴隸主たる白人自身の守るべきルールを定め、奴隸制に合法性を付与していったのである(一二—一三頁)。その法典の内容を二べつしよう。まず、奴隸は、完全に人格を否定されており、衣食住、労働の条件は全て主人が自由に定めることができた。また、結婚は正式には許されず、財産権も認められていない。また、奴隸は主人の農園を離れるには必ず通行パスの所持を義務づけられていた(逆に、白人は奴隸に停止を求めてパスの点検をおこなう義務を負担し、また、不法に農園から出てきた黒人をその場でむち打ち、所有者又は直近の裁判所へ引致する権限を有していた)。黒人が、四、五名以上で集会を開くことは禁止されていた。さらに、読み書きの訓練その他の教育も厳禁されていた。この他、奴隸は、裁判において白人に不利な証言を行う証言能力を否定されていた(この結果、一部の州では労働不能等を理由とする奴隸殺害は禁止されていたが、仮りに白人がかかる事件で起訴されても、奴隸が証人になることができなかったので

ある)。奴隸に対する処罰の方法、程度も白人主人の裁量に任されており、実際には、主に笞刑等の身体刑が用いられていた(一四二頁)。

奴隸制秩序維持の第二の方法として、心理的抑圧手段も巧みに利用されている。黒人が神秘的なものや霊に対して敬けんであることを利用し、奴隸制は神の法の命ずるところであり、黒人に対する試練であって忍耐こそ神の望むところであるという宗教教儀が伝えられたのである(一五頁)。また、奴隸間に家内奴隸と農場奴隸、監督官等の階層をつくって分裂・対立をはかることもおこなわれた(一六頁)。他面で、南部白人は、奴隸制度社会を「最高の社会秩序」と考えて、これを正当化していた(二四頁)。一八六一年、Jefferson Davis は Confederate Congress へのメッセージにおいて、奴隸制が黒人を野蛮人から「文化的な農業労働者」の地位に高めたものとし、黒人にかかる肉体的・精神的な向上を与えた白人を「優越せる人種」と賛美している(二四頁)。すなわち、南部白人は、彼等の奴隸制社会を一種のユートピア、「最高の文明」とするイデオロギーを有していたのである(二四頁)。

第三のもっとも直接的な秩序維持手段として、パトロール隊 (padaroe, padarole, pateroller) が設置されている。南部におけるパトロール隊は、やがて一九世紀中葉以降、近代警察組織へと解消されていくが、同時に、奴隸制時代に培われた黒人に対する警察の役割の理念乃至伝統もまた、近代警察に継承されていくこととなる。その意味で、『警察と黒人』の現代的対抗関係の意味を知るためにも、奴隸制時代の状況に遡って両者の関わりを検討しておくことが必要である。

まず、具体例をみてみよう。サウス・カロライナ州では、一七〇四年の法律で、州軍が遠方に派遣中、各デストリクト、カウンティごとには将校一名、兵一〇名を単位として騎乗パトロールをおこなわせる制度が設けられた。この制度が、一七二一年に常設のものとなった。各「管区管轄隊 (beat companies)」は州軍将校一名、州兵四名の他一般市民四名をもって構成され、月一回ブランテーションを巡回し、禁制品の没収、「黒人法典」違反者の管刑の執行などをおこなっていた。かかる法律は、一部の修正をうけつつ、一八六〇年まで存在していたのである (他に、ノース・カロライナ州は、一七九四年、ジョージア州は一七五七年、ミシシッピ州は一八三一—三三年にそれぞれ同種の法律によりパトロール隊を設けている) (二八一—二九頁)。

このパトロール隊は、黒人奴隷 (及び奴隷に同情的な白人) のみを取締りの対象とするものであった。そして、自警団組織と異なり、南部の正式な行政機構の中に組み込まれていくことになったのである (二〇頁)。このパトロール隊の役割をもう少ししてみると、次のようにいえる。

「ほとんどのパトロール隊員は、貧乏な白人で、通常は青年が多く、奴隷も所有していない者達であった。彼等は黒人の逮捕、監視、笞打ち、威嚇を趣味的なスポーツとしていた。パトロール隊は、ブランテーションに騎乗で赴き、奴隷居住区に乗り込み、黒人法典や慣習の違反とは全く無縁な奴隷であっても小屋から引きずり出し、裸にし、男は一〇回、女は五回笞打つのが普通であった」(一八頁)。こうして、「威嚇、テロ行為、残虐行為により奴隷に服従と従順とを強いた」のである (二〇頁)。

(2) 再建期と「白人の優位性」思想

連邦政府は、南北戦争後の南部再建について黒人の地位向上を実現することを柱とした。この結果、かつての黒人奴隷には公民権が与えられ、さらに、地方政治の主要ポストに黒人が就任するなど、政治的参加が保障された。また、社会生活上も、レストラン、ホテルの使用、白人婦人女性との同伴なども認められるようになっていった(三二頁)。しかし、これに対して、南部の白人は、「白人の優位性」の思想とこれを実現するための恐怖と残虐行為を用いて、対抗したのである。K・K・K団がその典型であった(三三頁)。また、政治、経済、社会、文化生活全ての面にわたり、白人を第一級市民、黒人を第二級市民とし、後者を劣位におくために両者の「分離(Segregation)」をおこなう政策がとられていくのである(三四頁)。そして、この「分離」政策が、再建期後に南部の「新秩序」の骨核となるのである(三五頁)。

かかる「新秩序」を支えたのは、次のような事実である。そもそも、コミュニティの一般市民が、白人の優位性を信奉し、奴隷制時代以来培われてきた慣習、礼儀等の擁護者であった。従って、黒人がこころした秩序をわきまえない振舞いにてたときには、一般市民は、「群衆(mob)」に姿を変え、リンチの執行者となったのである。かかる暴力は、この時期には、白人が一方向的に黒人を攻撃する「虐殺型暴動(pogrom type of riot)」としておこなわれたのである(Brown, at 211)。数字でみると、一八八二年から一九一一年までに全国で三、四三七人の黒人がリンチで殺害されているが、うち三、三二八人は旧奴隷州で殺害されている。また、そのうちの二、四六〇人は一八八九年から一九一八年の間に殺害されているのである。

リンチの通常の形態は、まず事前に日時・場所が予告され、付近一帯から多数の白人が集まり、火あぶり、陰部

切断、絞首刑などをおこない、さらにその写真も販売するといったものであり、一種のお祭り騒ぎとすることにより黒人に対する警告を強めようとしていた (Brown, at 211-218)。また、かかる場合、正式の法執行機関が事前予防手段を構することはなく、リンチ後も検屍官は犯人不明とし、陪審員も同様の評決をするのが通常であった (Brown, at 218)。

さらに、再建期をすぎると、南部諸州では所謂 Jim Crow Laws を制定し、法的に黒人から公民権を奪ったのである (三六頁)。また、連邦最高裁も、「分離すれども平等」原則を支持し (Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537 (1896))、南部で事実上行われていた政策に合法性を与えた。同時に、この判決により白人の優位性の思想に裏付けられた分離政策が南部のみならず、北部にも定着していくきっかけが与えられたのである (三五頁)。では、かかる時期に警察はいかなる機能を担ったのであろうか。

(3) 警察と「白人の優位性」思想

ウィンタースミスは、分離政策を支持した最高裁判決の意義と警察の役割との関係を次のようにまとめている。『連邦最高裁判所が『分離すれども平等』の法理を言い渡す以前には、『白人の優位性』のイデオロギーの擁護者は『群衆』であった。ところが、この法理が法律上のものとして明示されて以後、群衆の暴力が一層攻撃的となり、その対象も広げられただけにとどまらず、右法理の執行が全国を通じて警察システムの正式の責務となったのである。この責務は『法執行』及び『秩序維持』の名のもとに実行された。かくして、黒人が、『白人専用列車』に乗ろうとしたり、『白人専用レストラン』で食事をしようとするときには、彼は法を侵害し、

また、秩序維持を妨げていることになるのである」(三六頁)。

そして、かかる秩序維持、法執行の名の下に、黒人に対する差別的な警察業務が行なわれていくことになる。その極端な表現は、群衆によるリンチに関するものである。すなわち、警察は、リンチ法の執行に対しても、これを黙認したり、また、群衆に対して自己防衛のため武器を手にした黒人を不法所持で逮捕するなどの形で積極的に協力することもあったのである(三九頁)。また、二〇世紀に入ってから各地で発生した都市暴動の過程でも、黒人に対する白人の暴力を見逃し、黒人に対する差別的逮捕、過剰な実力行使の例が多くみられた。一九一九年のシカゴ暴動のきっかけは、黒人が白人専用海水浴場へ誤って入ってしまったところ、付近の白人達が投石して殺害してしまい、黒人等が現場に來た警察官に致命傷を与えた白人の逮捕を求めたのに対し、逆に、その黒人を逮捕したことである。また、この暴動の最中に、黒人に暴行を加えた白人を目標していた白人女性が、付近の警察官に通報しても逮捕しようとしなかったことなども報告されている(四一頁)。一九三五年のハーレム暴動では、デパートの警備員が黒人少年を万引きでとりおさえ、警察官に引き渡したが、彼等は黒人少年に殴打等の暴行を働き、周りにいた黒人婦人等が抗議を始めたというのがきっかけであった(四二頁)。

右の警察の機能は、白人の優位性の思想とともに警察官自身が黒人に対して抱いている偏見に基づくものである。つまり、

「一般的な南部の警察官自身が、社会、経済的に最下層のランクの出身者であり、この層の人々は、黒人を軽蔑することを教え続けられ、これと反対の教育はほとんどうけていないのである。従って、彼等は、黒人はく

だらな犯罪者としかみず、『いい黒人』とは情報提供者や監視役などに使っている者だけであると考へていた。しかも、この『いい黒人』のイメージには、情報提供者になるのは多くの場合くだらない賭博人であつて見返りに警察の保護を受けているという事実が、付着してゐた。要するに、警察本部の最上級から最下級の者まで、黒人とは逸脱者であり、この逸脱性は民族的性格であるという確信が流布してゐたのである」(三九一—四〇頁)。

他方、分離政策と警察の現実的役割とは、次のような警察官像を黒人に植え付けたのである。

「アメリカ黒人は、コミュニティー全体からますます孤立させられ、黒人だけのコミュニティーに押し込まれ、ついに、黒人が正式に白人と接解する機会がもつとも多いのは、警察官であるという事態にまで至つた。そして、警察官は、黒人コミュニティーにおいては、白人の権威を体現した人格であり、黒人コミュニティーを保護するためというよりも、現存秩序の維持を保障するために存在するものなのであつた。すなわち、警察官は、白人・黒人のカースト制度の擁護者であつたのである」(三七頁)。

こうした状況に対抗する手段として、一九六〇年代には「黒人主導型暴動」が発生してゐる。著名なものとして、一九六三年のバーミンガム、フィラデルフィア、一九六四年のニューヨークのハーレム、Bedford-Stuyvesantの暴動、一九六五年のロサンゼルスの Watts 暴動、一九六七年のニューワークの暴動、さらに一九六八年にマーティン・ルーサー・キング牧師暗殺後、一二五件の暴動が記録されてゐる (Brown, at 219)。こうした黒人主導型暴動の発生の背景としては、次の点を指摘できる。①一次戦、二次戦の戦時工業の興隆が黒人労働力を必要としたた

め、黒人の都市集中が進んだこと。例えば、N・Y市は、一九三〇年三二七、七〇六人の黒人人口が、一九六〇年に一、〇八七、九三一人、一九七〇年には一、六六六、六三六人へと増大している。また、そうした黒人の多くは、HarlemやBedford-Stuyvesantなどの所謂黒人ゲットー地区周辺に集中したのである。他の都市でも同様の状況がみられる(Brown, at 219-221)。③黒人の都市集中と併行して、黒人の意識革命が進んだ。一九二〇年代は、ハレム・ルネッサンスといわれ、その後も、黒人ゲットー等から数多くの黒人知識人が誕生している。所謂「ニューネグロ(New Negro)」世代の登場である(Brown, at 223)。こうして、黒人の民族的、人間的自覚ができあがり、政治、社会、経済、文化面での黒人差別に自覚的に闘う基盤が形成されたのである。④他方、黒人の都市集中は、逆に白人の郊外流出と住宅、雇用、教育問題を生じさせ、さらに警察による黒人への暴力行為や差別行為の問題を生じさせていた。⑤最後に、六〇年代に入ると、ゲットーでは先述の「ニューネグロ」と異なる「ニューゲッター人(New Ghetto Man)」の世代が登場してくる(Brown, at 233)。政治一般について知識を持ち、政治的に急進的で投票にも好んで参加し地方行政のあり方に批判的で政治家に対し不信感を持つ黒人世代である。彼等は黒人からの搾取と黒人差別の根絶に熱心であり、そのためには必要に応じ集団暴力をも辞さないという意識を持っていた。そして彼等は、黒人の暴力と暴動を正当化する「暴動イデオロギー」を有していたのである。つまり、暴動は、長期にわたる黒人疎外が根本原因となって必然的に引き起こされるものであり、かかる暴力により黒人問題に正しい関心を集めることがその目的である、とするものである(Brown, at 234)。つまり、黒人暴動は、政治的暴力と位置づけられたのであって、これは、かつて独立革命期に植民地人の行使した人民の暴力と同一の伝統

に立つものともいえるのであった (BROWN, at 235)。

(4) 警察サブカルチャーと黒人

次に、黒人に対する暴力と差別的取締りを担っている警察組織の内部構造をみてみよう。

警察官は、一定時間における特定の技能の使用を労働内容とする職種ではなく、休日でも犯人逮捕をおこなう義務と権限を有し、また、警察の責務にふさわしい生活態度、規律、身だしなみが要求される全人格的職業である。しかも、常に危険に直面しつつ任務を遂行しているのである。他方で、社会は、警察官の不正、不品行を敏感に批判するだけでなく、犯罪の発生、増加を警察の責任とみる傾向にある。こうした特殊環境がウェスリーも指摘する「閉鎖的警察社会 (closed police society)」乃至警察サブカルチャーを生むことになる (五八頁)。警察官は、一般に、自らを社会における少数者とみており、社会一般は警察の権威を認めず、市民社会防衛に払う努力を評価していないと考えている。警察官から見ると、連邦最高裁判所もエスカビード、ミランダ判決にみられるように、警察ではなく犯罪者を疵っているのである (五七頁)。この結果、警察官は独自の社会を形成して、外部の眼をさげ、独自の規範、価値観を持つようになる (五八―五九頁)。

他面、警察の機能としては、すでに、ウィルソンも指摘しているように、犯罪の探知、犯人検挙という固有の刑事法執行よりも、様々な社会的サービスの (例、夫婦げんかの仲裁) による「秩序維持」機能のほうがはるかに多いのである。ところが、この「秩序維持」機能の内容と基準とがあまりあいまいであるために、幅広い裁量の余地が与えられることになってしまっている (五一、五二頁)。現場の警察官が法であると信じたことが、法の内容となると

いっても過言ではない場合もあるとされる(五三頁)。

問題は、こうした秩序維持機能の文脈において、幅広い裁量権を有する警察官が、強制力を行使し逮捕権を発動する理由如何である。

警察は、社会統制のために最前線にいる機関としての権威と責務を与えられている。ただ、このため、警察官は、市民による法律違反と警察官に対する個人的な軽蔑感情(市民が敬意や謙讓に欠けること)とを混同するようになっている。警察官は、市民が警察の権威を認めないことを個人的な軽蔑心の表われとみるだけでなく、これを法律違反と混同するのである。若しくは、少くとも法律違反であるかのように処置するのである。警察官は、被疑者を服従させ逮捕するに十分な実力行使をおこなう責務を有しているが、逮捕にあたる警察官は、法が侵害されていないが警察の権威への挑戦があったり、これを疑問視されたり認められなかったりしたときに、実力を行使することがある。つまり、警察官は、警察官としての権威を示すために実力行使―逮捕をおこなうことがあるのである(六〇頁)。

「警察官をののしったり、暴行を加えようとすることは、警察官の過剰実力行使、さらには残虐行為をも惹起することにつながるが、これらは、かかる市民の反抗的態度の唯一の例というわけではない。黒人の青年が、自分でつけたアフリカ黒人からとった氏名しか明らかにしない場合、警察官の標章バッヂのナンバーを書き写そうとした場合、相手が捜査の理由をしつこく尋ねる場合なども、相手がとくに抵抗行為をおこなっていないと、警察官が権威への挑戦と考える行動の例である」(六一頁)。

警察官が抱く警察の「権威」を規定するものは何であろうか。確かに、警察は独自の閉鎖社会を形成しているものの、その基本が、社会統制にある以上、社会の需要に答えなければならない。その意味で、警察の職務を規定するのは「民衆の意思」といえるが、より具体的にはコミュニティーの支配層、上流階層の価値観である(六一—六二頁)。「警察の組織は、おそらく他の行政機関よりも極めて正確に人種関係、コミュニティー関係のあり方を反映するのである」(六一頁)。従って、社会は、警察が「体制内グループ(in-group)」に対して不当な実力を行使したときには厳しく指弾の声をあげるが(例、一九六八年の民主党国民大会での「警察の暴動」)、「体制外グループ(out-group)」を対象とするときには無視されるにすぎない。黒人に対する警察の暴力がこの典型例である(六二頁)。

(6) ま と め

戦後における黒人の地位向上のための諸活動を警察は、どのようにみていたのであるか。ウィンタースミスは、次のように述べている。

「組織の主たる目的が、公民権の実現であったり、黒人の独立と黒人民族主義の主張であるとき、それらは慣習と礼儀を侵していることに付け加えて(それゆえ犯罪組織とされる)、権力そのものの再分配を要求しているのである。この種の政治的、社会的修正(乃至再配分)は、『既存社会秩序』に反するものであるから、『犯罪行為』を構成するもので、警察の管轄事件とされたのである。『既存社会秩序』内にも、議会活動、裁判所、選挙などの社会変革のための法規定は存在している。しかし、アメリカ黒人は一般的に、国家の人種差別主義

1943年以後の黒人暴動

1943	N. Y.	New York City (Harlem)
1943	Mich.	Detroit
1946	Tenn.	Columbia
1951	Ill.	Cicero
1963	Ala.	Birmingham
1963	Pa.	Philadelphia
1963	U. S.	10 lesser riots in 8 cities
1964	N. Y.	New York City (Harlem)
1964	N. Y.	New York City (Bedford-Stuyvesant)
1964	N. Y.	Rochester
1964	Pa.	Philadelphia
1964	U. S.	12 lesser riots in 12 cities
1965	Calif.	Los Angeles (Wattf)
1965	U. S.	22 lesser riots in 19 cities
1966	Ill.	Chicago
1966	Ohio	Cleveland (Hough)
1966	U. S.	51 lesser riots in 42 cities
1967	Fla.	Tampa
1967	Ohio	Cincinnati
1967	N. J.	Newark
1967	N. J.	Plainfield
1967	Mich.	Detroit
1967	N. Y.	Buffalo
1967	Wisc.	Milwaukee
1967	Minn.	Minneapolis
1967	U. S.	156 lesser riots in 122 cities
1968	D. C.	Washington
1968	Md.	Baltimore
1968	Ill.	Chicago
1968	Mo.	Kansas City
1968	U. S.	approx. 150 lesser riots in 100 cities
1969	U. S.	approx. 60 lesser riots in 60 cities
1970	U. S.	approx. 75 lesser riots in 75 cities

(BROWN, at 325, 326)

神戶学院法学

のためにこうした『合法的プロセス』を利用することはできなかったのである。黒人が、不平、不服を申立てるのに用いた戦術は、こうした『合法的プロセス』ではなく、デモ、ボイコット、その他の政治行動、抗議行

動の形態であつた。かかる抗議形式は、憲法規定があるにも拘わらず、白人からは『違法』とみられ、それゆゑ警察管轄事項とされているのである。

こうした黒人諸組織の『違法行為』による直接行動は、ここ一〇年あまりますます広がってきている。同時に、この同じ時期に黒人組織による政治的、経済的権力の獲得の努力は、警察による抑圧、残虐行為、ハラスメント、威嚇をうけてきたことも事実である」(四六頁)。

こうした黒人に対する警察官の差別的取扱ひ、過剰な実力行使をもたらした背景には、ヴィジランティズムの伝統があつたことは、すでにウォーカーの研究が明らかにしている。ウォーカーは、白人の上流中流階級の価値観を体現していた自警団の伝統を警察機構が肩代わりするところとなつたプロセスを分析し、労働者、移民、貧困者、窃盗犯等の犯罪者そして黒人に対する警察の蛮行は自警団思想に代わるヴィジランティズムつまり、「自警団の代理思想 (delegated vigilantism)」の現象形態であるとしてゐる (WALKER, at 63)。

(二) 黒人市民の警察官像

ウィンタースミスは、警察と黒人コミュニティの現状を把握するために、一九七二年、ボーダータウン (Border Town) において、黒人運動関係の諸組織から一一の組織を抽出し、各組織の会長、または議長一名と他のメンバー二名、合計三三名との個別面接調査をおこなつてゐる。一一の組織は、急進主義から穏健な改良主義までの主たる政治的潮流を代表しようように選択してゐる (七九―八一頁)。

そこで、次に、ウィンタースミスの調査結果を紹介することにしよう。

表⊖ 主たる警察機能について

⇐急進的

⇨穏健的

項目	組織										
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
秩序維持	3	3	3	2	1	2					1
法執行				1	1	1	3	2	3	3	2
両者だが、主に法執行					1			1			
両者だが、主に秩序維持											

神戸学院法学

(WINTERSMITH, at 89)

(1) 第⊖表は、黒人が警察の主たる機能を何と考えているかの回答を法執行と秩序維持とに分類、整理したものである。この表と面接の結果は、次のようにまとめられている。「組織のメンバーが概ね中産階級に属し、また中年層が多いと思われる場合であって、その政治的な立場も穏健派乃至改良主義と位置づけうるときには、犯罪の増大をもっとも関心のある領域と認めている。他方、政治的に急進的と思われる組織は、乱暴で不公正な扱いをうけることを主たる関心事としている」(八八頁)。ただ、後述するように、急進派の黒人が、警察に対する敵対心を抱くのは、警察の蛮行、ハラスメント、威嚇等の実務のためばかりではなく、黒人を保護する十分な法執行の点でも期待に答えていないからでもある。その意味で、二つの傾向は、相矛盾しあう性格のものではなく、相互に補充しあうものといえる。

(2) 次に、警察官による黒人差別に関する調査結果をみてみよう。表⊖は、白人と黒人とでいづれが警察官のハラスメントの対象となることが多いと思うかについて回答をまとめたものである。これをみると、警察が白人に対して犯罪の嫌疑もないのにハラスメント、威嚇的行為を「しばしば」おこなっていると信じているのは、三三名の回答者中二名にすぎない。他方、二八名が、黒人

市民に対しては「しばしば」ハラスメント、威嚇的行動がなされると信じている。このことから、調査対象者は、警察活動の現実の態様が相手方市民の人種により動機づけられ、決定されると信じていることが明らかとなる（九三頁）。さらに、表㊦の甲欄の回答が示すように、黒人の中でも特定の者達に対しては、警察による人権無視が著しいと考えている者が二六名もいる。

表㊥ 警察によるハラスメントの対象者について

組織 項目		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
		白人	しばしば				1	1				
	ときどき	3		3	1	2	1	1	1	1	3	2
	おこなわれない		3		1		2	1	2	1		2
黒人	しばしば	3	3	3	3	3	3	3	1	2	2	2
	ときどき								2		1	1
	おこなわれない											

※2名, 無回答

※1名, 無回答

★しばしば (frequently), ときどき(occasionally), おこなわれない (never)

表㊦ 警察と黒人差別

組織 項目		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
		甲欄	はい	3	1	3	2	3	3	3	3	2
	いいえ		2		1							3
乙欄	無条件で協力		1		1	2	2	3	3	3		1
	条件付で協力	2	2	1	1	1						2
	協力しない	1		2	1		1					

※1名, 無回答

※3名, 無回答

甲欄：警察は、一部の黒人の権利を他の黒人の権利よりも無視していると思うかどうかについての回答。

乙欄：居住しているコミュニティで重大犯罪が発生したとき、警察に協力するかどうかについての回答。

(WINTERSMITH, at 93, 96, 99)

黒人コミュニティにおける警察のパトロールの目的をどう考えているかについては次のようなほぼ一致した見解が得られた。

「対象者全員が、警察は犯罪を抑止し犯人を逮捕し、また、黒人市民の援助者となるために黒人コミュニティに来るのではなく、黒人を統制し、封じ込めるために、つまり、『黒人^{ニガー}にふさわしい場所に押し込める (keep niggers in their place)』ために、また、黒人コミュニティにある白人の所有する財産、企業を保護するために来ると考えている」(九五―九六頁)。

このような意識状況は、黒人コミュニティで重大犯罪が発生したときに警察に協力するかという質問の回答にも反映している。表⑤の乙欄が示すように、九名の者が条件付きでしか協力しないとしている(これらの者の多くはどちらかといえば「急進的」組織の者が多い)。その条件の内容については、ウィンタースミスは次のようにまとめている。

「示された条件は、基本的には同じであるが、若干のバリエーションがあり二つの見解に分けることができよう。一方では、被疑者の発見、逮捕に対する警察の熱意に疑問がもたれており、他方では、逮捕された被疑者の人権侵害のおそれがあるのではないかと考えられている。黒人コミュニティでは、白人が犯罪の被害者であるときと較べると、黒人が被害者のときには警察は被疑者の逮捕を効果的におこなわないと一般に信じられているが、前者の見解はこのことを裏付けるものといえようか。また、黒人コミュニティは、黒人市民にとって警察による暴力と犯罪は市民による暴力と犯罪に劣らず邪悪なものであり反感を強く抱かせるものであ

るといふ古典的なディレンマに常に直面してきている。後者の見解は正にこのディレンマを新たためて示しているように思われる」(九八―九九頁)。

五名の者は、一切協力する意思がないと答えている(これも急進派が多い)。その理由は、先の九名の者が付した条件の内容と同じであるが、次のようなものがみられる。「警察の腐敗、不誠実」、「警察本部の暗いイメージ、芳しくない評判」、「被疑者の取扱いがよくないから」、「コミュニティーとの関係を本当に改善するプログラムをはじめたときにしか警察には協力しない」等である(九九頁)。

最後に、条件付協力、協力拒否の回答が、急進派に多い点から、次のような評価も可能となる。つまり、「これらの組織は、一般に反警察的と信じられているが、彼等が警察実務に関心を抱くのは、彼等自身が警察の蛮行の被害者となることが多いという理由からだけでなく、警察が、黒人コミュニティーを保護せず、コミュニティー内の犯罪者から市民の安全を維持するという任務をおこなっていないからでもある」(九九頁)。

(3) 表④は、警察官の銃使用がいつ正当化されるかに関する回答状況を示している。ウィンタースミスは、この表と回答内容から次の点を指摘している。第一に、「一般に信じられているのとは逆に、全ての組織のメンバーを通じて、黒人コミュニティーにおける警察官の銃使用に反対していないのである。彼等は、人の生命が危険にさらされているときには、警察官が銃を使用することを望んでいるのである」(一〇四頁)。第二に、強盗犯が逃走中のときについては、二八名が武器使用に反対している点も一つの特徴である。銃使用に賛成している五名の者も、「警告のために射つだけ」、「被疑者を負傷させる程度」、「腰から下をねらうこと」、「殺すことはできない」等の条件を

表④ 警察官の銃使用が正当化される場合について

組 織		項 目										
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
黒人市民の生命が危険にさらされるとき	はい	2	2	3	3	3	3	3	3	3	3	2
	いいえ	1	1									1
警察官自身の生命が危険にさらされるとき	はい	3	3	3	2	3	3	3	3	3	3	3
	いいえ				1							
強盗、殺人、暴行、逃走の疑いがあるとき	はい				1	1	1	1	1			
	いいえ	3	3	3	2	2	2	2	2	3	3	3
白人の生命が危険にさらされるとき	はい	1	2	3	3	3	3	3	3	3	3	2
	いいえ	2	1									1

(WINTERSMITH, at 103)

付している(一〇二頁)。第三に、黒人の生命が危険にさらされているときと同じく、白人の生命が危険にさらされているとき、さらにまた、黒人が白人の生命に危害を加えようとしているときにも、回答者の多数が武器使用を是認している。ただ、この点との関わりでは、「回答者の多くが、警察官は黒人市民を射殺した後に生命の危ぶまれる状況にあったということを正当化理由として用いるのが常であるが、多くの場合にはそうした状況はなかったのではないかと述べている」ことを忘れてはならない(一〇四頁)。

(4) 最後に、警察と黒人コミュニティーの今後に関わる二つの質問についてみてみる。表④のA欄は、以上の一連の質問の後に、回答者が回答時に念頭に置いていた警察官とは黒人を含むか、白人だけか、警察官一般かを尋ねた質問に対する回答である。一二名の者が警察官一般を考えていたと答えるとともに、問題は、個々の白人警察官が人種差別主義を抱いていることにあるのではなく、警察本部全体にかかる考え方が浸透している

表⑤ 黒人警察官について

組織 項目		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
		A	黒人警察官のみ									
白人警察官のみ	2		1	2	1	2	2	2	3	2	3	1
警察官一般	1		2	1	2	1	1	1		1		2
B	はい	2	3	3		1	2	2	1			3
	いいえ	1			3	2	1	1	2	3	3	

Aの質問：以上の質問に答えるときに描いていた警察官とは黒人警察官を含むか、白人警察官のみか、警察官一般のいずれかについて。

Bの質問：改善策として黒人コミュニティの警察官をすべて黒人とすることに賛成か否かについて。

(WINTERSMITH, at 105)

点にあると述べている。「白人が黒人を殴るのは人種差別主義者だからであり、黒人が黒人を殴るのは仕事を守りたいからだ」という回答が、この事情をよく物語っている(一〇四頁)。このことが反映してか、黒人コミュニティの警察官を全て黒人とするという提案については、必ずしも多数の支持があるわけではないのである(表⑤B欄参照)。

(5) ウィンタースミスは、上記の面接調査の結果を考慮に入れて、次のような提案をしている。第一に、「秩序維持」については、専門官を養成し、従来のパトロール警察官及び刑事という区分に「秩序維持官(order-maintenance specialist)」を加え、別の昇進、昇給、業績評価のシステムを作るべきであるとする。第二に、黒人コミュニティで秩序維持官の担当する「秩序維持」の中味、政策を形成する際、当該コミュニティで一般に尊敬されている黒人の参加を認めるべきであるとしている(一一三―一四頁)。

第一の点は、逮捕件数を業績評価の中心とする従来のシステム

では、黒人コミュニティにおける複雑な状況に柔軟に対応することができにくい点を考慮したものと見える。また、専門家の養成という方法は、伝統的なポリース・プロフェッションナリズムを前提にした改良という点で、受け入れ易い基盤があるのかもしれない。さらに、黒人の政策形成への参加を認めることにより、黒人コミュニティにおける多様な警察への期待を充分に把握する可能性が開かれるといえる。もっとも、かかる改善策の意義と効果については、所謂PCR運動全般の状況の中に位置づけて評価しなければなるまい。そこで、次節では、この点にふれてみよう。

第三節 PCR運動について——大統領委員会報告から

(一) はじめに

所謂PCR運動 (Police Community Relations) は、一九四三年に各地で発生した黒人暴動を契機として生まれたものである。暴動の理由が警察官による黒人差別、過剰な実力行使にあったため、黒人と警察官両者の関係改善を目的として各種のプログラムが策定された。その基本は、警察本部と黒人グループ代表者との接触を改善すること、暴動統制の技術改善、黒人との接触に関する警察官の教養訓練などであった。しかし、最初のPCR運動は、黒人がゲットーに集中し白人居住区との分離が進んだことと黒人暴動が沈静化したことが理由となって充分に定着しないまま立ち消えた (POPULAR JUSTICE, at 192-199)。

一九六〇年代に入ると、全米各地で黒人主導の都市暴動が発生したが、前述のように、警察官の黒人に対する処

分行為が直接の原因となつてゐる例が多かつた（一九六四年のハーレム暴動は、黒人射殺事件をきっかけとする。同年のフィラデルフィア、六五年のワッツ、六七年のニューワークの暴動はささいな交通取締りをきっかけとしてゐる）。この結果、警察の在り方が全国的関心を集め、様々な調査の結果、次のような問題点が浮き彫りにされた。

- ①都市の黒人人口に比し、黒人警察官数が少ないこと、
- ②現場警察官に対する監督が不十分であり、銃使用の基準も不明確で、この点の訓練が欠けていること、
- ③ゲッターの黒人は、白人警察官は黒人射殺のライセンスを持つてゐるのに等しいというイメージを持ち、明らかに警察を敵視してゐること (POPULAR JUSTICE, at 224-225)。

そこで、右の現実に直面して、これを改善していく二つのアプローチが相互に補充しながら登場する。第一は、研究者等による「警察サブカルチャー」(police subculture)の分析であり、第二は、右の分析の成果を生かすつ、PCR運動を再び重視する政策である。先に紹介したウィルソンの研究やスコールニックの研究は前者に属するといえよう。以下では、第二の点について付言しよう。

(1) J. H. SKOLNICK, JUSTICE WITHOUT TRIAL (1966).

(二) 黒人コミュニティと警察

先述したように、ジョンソン大統領の設置した大統領委員会は、一九六七年に報告書を提出したがそのひとつである『警察 (THE POLICE)』と題するレポートは六〇年代の警察が抱える重要な問題の一つとして、黒人等の少数民族コミュニティとの関係改善を指摘している。報告は、当時のいわゆるPCR運動の現状を紹介し、その限界と問題点にふれた上、今後の課題を示している。

まず、警察と市民、コミュニティとの関係が芳しくない現状を指摘している。一般に警察官の側が、市民は敵対感情を持っていると考えている(一四四頁)。市民の側、特に多くの黒人が明確に警察を「敵」とみなしていることの反映といえる(一四八頁)。黒人が抱く「敵意」をもう少し詳しくみると、警察官の職務の効率性に対する不信、賄賂の收受等の誠実さを損う要素の存在、黒人市民に対する乱暴な言葉使い、侮辱的な言葉の使用などの要因があるが(一四六一―一四八頁)。より重要なものとして、第一に、警察官による黒人への蛮行 (police brutality) の問題がある。

一九六五年のギャロップ世論調査では、警察の蛮行があると考えている白人男性は七%にすぎないのに対して、逆に、一切ないと思うと答えた黒人男性は五三%であった。また、一九六六年のワッツにおける調査では、全回答者中四七%が警察官の蛮行がなんらかの程度で存在すると信じており、一五才から二九才の回答者ではこの数字は六〇%にも達している。また、右の四七%の回答者中、約半数ほどが現にかかる蛮行行為を目撃したとも答えているのである(表①参照)。また、カリフォルニア大学ロサンゼルス分校が、一九六五年八月のワッツ暴動後におこなった警察の蛮行に関する調査においても、警察官の様々な不法な活動や過剰な実力行使等を目撃したり身近に体験したりした者が相当多数を占めていることが明らかとなっている(表②参照)。

第二は、黒人コミュニティにおける警察官の保護がゆきとどいていない点である。黒人は、白人よりも警察官に対して敵意を抱いていると一般的に言えるが、他方で、警察官による保護の必要をも痛感しているのである。白人に比し、黒人がはるかに多く犯罪の被害者になっていることを考えれば、当然のことともいえる。例えば、ワッツ

表⊖ 警察官の蛮行について(1)

警察官の蛮行の存在について	計 (%)	年 齢 別		
		15才から29才	30才から34才	45 才 以上
たくさんある	22.2	24.4	25.0	17.1
少しある	24.6	35.6	22.7	14.3
全くない	15.1	17.8	11.4	14.3

(POLICE, at 147)

表⊖ 警察官の蛮行について(2)

警察官の行為	自分の住んでいる地域でおこなわれた	現におこなわれているのを見た	自分の知っている人に対しておこなわれた	自分に対しておこなわれた
礼儀を欠く、侮辱的な言葉を使う	85	49	52	28
理由なく、人を追いちらし、捜検、捜索をおこなう	85	52	48	25
理由もなく車を停止させたり、車の捜索をする	83	51	49	25
理由もなく家宅捜索をおこなう	63	22	30	7
逮捕に際して不必要な実力を行使する	86	47	43	9
身柄を拘束した人を殴る	85	27	46	5

(POLICE, at 147)

ッにおける調査では、警察官はあまり仕事をしていないと答えた四一％の黒人達は、その理由として、充分な保護をえていないことを指摘している(一四八頁)。以上のような個別の要因に加えて、さらに次のような二つの背景的原因を付け加えることができる。黒人等の少数民族や貧困者層は、いわば「アメリカ的生活」の恩恵に一切浴していないといえる。貧しい住宅環境、低い教育水準、失業、低賃金などがこうした人々を取り巻いているのである。そして、こうした人々は、彼等を差別し、不当に取り扱っている社会と法のシンボルとして警察官をみることとな

るのである。二つ目の背景として、一般市民は、保釈、弁護、量刑、刑の執行などの実務上生じる様々な問題の責任全てが警察にあるかのような見方をしている点がある。市民が最初に接する刑事司法機関が警察であるためか、システムの不正全てが警察に原因があるかの如く受け取られるのである(一五〇頁)。

こうした諸要因が、警察とコミュニティーの関係を悪化させているが、それは、次のようなマイナス効果を生じさせている。第一に、警察が地域住民の需要を掌握し、その変化をフォローして、対応を柔軟にしていけることができなくなる点である。第二に、住民が非協力的となり、犯罪の予防、犯人発見、逮捕等の活動に支障を生ずるようになってくる。第三に、個々の警察官が市民との接触を一般に厭がり、また、敵対的雰囲気の中で市民と接触する場面では、不必要な実力行使に頼り易くなる。第四に、警察官が職務中市民から暴行等をうけ死傷する事故が多発する一因も、こうした一般的な敵対感の存在にあるといえる。第五に、黒人暴動の原因ともなっているのである(一四四—一四五頁)。

(一) THE PRESIDENT'S COMMISSION ON LAW ENFORCEMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE, TASK FORCE REPORT: THE POLICE (1967). 以下では POLICE と略す。なお、本文中の頁数は特にことわらない限り本書の頁数を示してあげる。

(三) PCRの現状

では、こうしたマイナス効果を除去するのに必要なPCR活動は、当時どのような状況にあったのであろうか。まず、警察本部におけるPCR活動のため専門部(Police-community relations units)の設置の状況をみよう。

一九六四年段階で、人口一〇万人以上の都市及び人口三万人以上で非白人人口五%以上の都市一六五のうち専門部を持つているのは四六都市であり、また、人口三万から一〇万人以内で非白人人口五%以上の都市一四五のうちでは六都市にすぎなかった(一五〇頁)。そのスタッフの人数も少なく、前記一六五都市の平均が三名であった。やや多い例として、ワシントンD・Cでは副本部長以下四名、サンフランシスコ二名、最大規模のフィラデルフィアで四六名である(一五五頁)。

こうした専門部の設置は、外部世論におされて已むをえずなされたものが少なからずあり、現にある都市で専門部の長を務めた黒人元警察官は「リップ・サーヴィス」にすぎないと酷評していた(一五二頁)。こうした事情も原因してか有能なスタッフが配置されず、また、配置換えが頻繁で経験の蓄積ができにくい状況であった(一五五頁)。本部内での専門部の地位は低く、本部全体のポリシーに対してPCR活動を反映させることができないでいる。むしろ、黒人コミュニティの側も信頼を寄せるに至っていない(一五一頁)。PCR活動の意義についても誤解があり、警察のポリシーや活動を一般市民に宣伝し伝達し、良いイメージを与えるというPR活動と混同している向きがみられる。このため、コミュニティの抱える問題や警察側に責任のある不当な活動の現状を、黒人コミュニティと同一基盤に立って直視するというPCR活動の基本が貫徹されず、そのことが翻って、黒人グループの不信をより深めることともなっている(一五三頁)。

大統領委員会特別委員会は、上述のようにPCR活動の現状を分析した上で、その改善策についていくつか提言をなしている。

まず、P C R活動の基本目的について、「可能な限り多くの市民組織、個人とのコミュニケーション並びに対話を維持する目的に適したプログラムの立案とその実施であり、その際、警察に対し最も強く敵意を抱いていると思われるグループ、個人について特に重視すべきであること」と説明している。機構面では、警察本部にP C R活動を配置するか特別班を設け、責任者は最上級階級の者をあてるようにすること、別に、各管区ごとに専任警察官を配置するか特別班を設け、各管区の警察運営諸般につき協力することを提言している(一五一頁)。本部の専門部の任務は、黒人コミュニティの集中パトロール、秩序違反行為等の軽微犯罪の取締り、警察犬の使用等に関する方針の策定に参画すること、警察官の採用・昇進にあたりP C R活動の能力・実績評価を加味するためこれへも参画すること、黒人コミュニティで緊張関係の発生する原因を調査するため住民との接触、不満の分析等の作業をおこなうこと、現実に暴動等の緊張関係が生じたときはその対策の企画にあたること、警察官の個々の不法活動については正式の調査を勧告し、厳正な手続がなされるようチェックすること、また、その結果についてコミュニティ住民の集会を開き説明すること、公民権運動のデモについても事前に協議し事故防止策をとること等々とされている(一五三—一五四)。

P C R活動の別の組織として、「市民諮問委員会(citizen advisory committees)」が設置されている都市もある。前述の一六五都市を例にとると、うち八都市で行政区単位で設けられている。これらは、概ね、市民の代表者が警察実務に関する様々な問題の討議をなし、意見の勧告をおこなうことを目的としている。もっとも、現実には、メンバーが商人、牧師、穏健な市民組織の代表などであり、警察に対し理解のある人々を中心になっている。

また、必ずしもフランクでオープンな討論とならず、警察側もストップ・アンド・フリスクなど問題となり易い実務が話題となることを回避する傾向にある（一五七頁）。そこで、報告書はPCR活動上問題となるグループの代表の出席を確保すること、警察側も地位が上の責任者を出席させ、責任ある意見を示すこと等の改善を提言している他、補充的に、少数民族グループのリーダーで構成する特別の諮問委員会の設置も勧めている（一五七—一五八頁）。その他、市民教育プログラム、学校児童用の啓蒙プログラム、コミュニティ・サーヴィスプログラムなどが、PCR活動としておこなわれていると報告されている（一五九—一六三頁）。

四 まとめ

PCR運動は、警察と市民特に黒人市民との信頼関係一般を作り、社会秩序維持の前提基盤をもたらそうとするものであり、それだけにただちに具体的な成果が表われてくるという性質のものではなく、長期的な地道な努力を要する領域である。ウィンタースミスによると、こうした運動の歴史をふり返ると、三つほどの形態があるとしている。第一にあらわれたのは、市民の啓蒙を目的とし、市民連絡所を設けたり集会・会合を開催して警察の活動、機能、役割を市民に説明しました市民からの要望苦情を受理するものである。第二は、対象コミュニティに派出所 (mini-police office) を設けて市民側からの警察に対するアクセスを容易にし、地域に密着しつつ信頼形成をはかろうとするものである。第三は、警察官に対する再教育、つまり黒人への偏見を矯正する教育、黒人問題に関する教育をおこなうものである。⁽¹⁾先に紹介したように、大統領委員会が専門部の設置を提案した意味も、かかる三つの形態を統合したより組織的な活動を保障しようとする点にあったといえる。ただ、ウェスリーも指摘しているよ

うに、PCR運動を実効性のあるものとするためには、「警察本部の業務の全てについて決定形成をおこなうとき、可能な限り多くの警察官を参加させて警察組織そのものを民主的にしなければならない。また、他の決定形成機関に警察が加わる機会をふやすこと、警察活動の多方面にわたり一般市民を参加させることなどによっても警察官とコミュニティの一体化をはからなければならない」といえる。⁽²⁾

ただ、「警察⇄市民」の関係は、社会経済的要因や先に紹介してきたような様々な法文化的要因の色濃く反映する場面といえる。従って、表面的な警察内部の機構改革だけでは、発生した警察官による蛮行行為への対症療法的なものにとどまりかねない。こうした困難をどう克服していくかが、今アメリカで模索されているのである。⁽³⁾

(1) WINTERSNITH, at 72-75.

(2) WESTLEY, Preface, at XVII-XVIII.

(3) Cf., D. DUFFEE / F. HUSSEY / J. KRAMER, CRIMINAL JUSTICE: ORGANIZATION, STRUCTURE, AND ANALYSIS, at 96 pp. (1978), R. C. TROJANOWICZ / S. L. DIXON, CRIMINAL JUSTICE AND THE COMMUNITY, at 106 pp. (1974).

第四節 ガン・コントロールの諸問題

(一) 規制立法の歴史

一 一九世紀中頃から、欧州、米国では、拳銃その他の銃砲類の開発、改良がめざましく進められた。もっとも、すでにその頃、欧州主要地域はほぼ土地の開発を終え野生、未開の土地はなくなり、国土のすみずみまで国家的秩

序が浸透していた。このため、軍事目的は別として、国民が一般に拳銃、小銃を所持していなければ生活基盤の安全が崩れるというドラスティックな問題の生じる余地はなかった。これに対し、アメリカでは独立の頃から一九世紀に至るまでも、自然とインディアン、無法者との日常的な闘争を必要とする生活が、市民にとって普通のものであったのである。従って、武器所持は、一般市民の通常の生活手段として当然視されていたのである。⁽¹⁾

この銃器類のコントロールが本格的に論議されるようになるのは、第一次世界大戦後のことである。その原因は、漸く形成されてきた都市における犯罪の増加にあった。そのひとつの成果として、一九二七年に連邦議会は、連邦郵便を利用した銃の通信販売を一切禁止する法律を可決し、コントロールの第一歩に着手した。⁽²⁾ この法律の段階では、犯罪一般の増加傾向に対する一つの対策と考えられており、銃を用いた犯罪を直接のねらいとしたわけではない。しかし、やがて、禁酒法の制定を迎えると、所謂ギャングによる組織犯罪、粗暴犯罪が国民的関心の的となる。特にマシンガンの使用は犯罪のシンボルともなり、国民の恐怖を引き起こした。⁽⁴⁾ そこで、ルーズベルト大統領は、かかる組織化犯罪に対する有効な対策の樹立と犯罪対策面での連邦政府の権限の伸張をはかった。まず、一九三四年に、連邦銀行に対する強盗、連邦公務員に対する暴行、州の重罪被疑者及び被告人の州際逃亡を連邦犯罪とする一連の法律を制定し、続いて、同年に「全国銃砲取締法 (National Firearms Act)」⁽³⁾ 三八年に「連邦銃砲取締法 (Federal Firearms Act)」を相次いで制定したのである。前者の法律では、マシンガン、銃身を切り詰めたショット・ガン、サイレンンサー等の取引 (州内、州際を問わない) に対し一回につき、二〇〇ドルの税を課すとし、また、かかる武器の所持者に対して登録義務を負わせたものである。この立法が効を奏してマシンガンはギ

ヤングの間から消えていくことになった。⁽⁵⁾ 後者の三八年法では、州際の銃取引をするには、あらかじめ連邦のライセンスを得てディーラーとなることを要し、また、ディーラーは取引記録の保管を義務づけられた(五八年までは六年間、その後一〇年間)。さらに、重罪犯人、逃亡者、被告人への販売は禁止されていた。もともと、ディーラー側は、相手が欠格事由を持つ者であると信ずる合理的理由があるときに取引をしてはならないとされるにとどまり、積極的な身元確認の義務はないとされていた。また、ディーラー登録料が比較的安く多くの者がライセンスを保持し、結局、国税局による監督は事実上不可能となってしまう。現に、六八年に至るまで、取引記録保管義務違反で訴追された者は一人もいなかった。また、当時、多くの州が銃購入に際して特にライセンスを保持すること
を必要としておらず、ディーラーが相手の資格を確認する手段も現実にはなかったのである。⁽⁶⁾

その後、連邦によるガン・コントロール問題は一時なりをひそめることになる。三〇年代中頃から粗暴犯が減少してきたことと、経済再建、第二次大戦など国民の関心をひく重大問題が続いたためである。⁽⁷⁾ この問題が、再び全国的な注目を浴びるようになったのは、六〇年代に入ってからである。その背景のひとつとして、六〇年代に入ると都市における黒人暴動と路上犯罪の急増が市民生活を脅かし始めたことを指摘できる。⁽⁸⁾ とくに、銃砲を利用した犯罪が激増していた。例えば、全米で六四年―六八年に殺人件数全体は二二%の伸びを示したが、銃砲によるものは八九%もふえている。デトロイト市を例にとると、六五年の全殺人件数一四〇のうち三九%が銃砲によるものであったが、六八年では三八九人の殺人被害者中七二%が銃砲によるものであった。⁽⁹⁾ 他面、自己防衛のため拳銃等の需要も高まり、六〇年―六三年の四年平均約六〇万丁の取引が、六六年では約一二〇万丁、六八年では約二四〇万丁と

増えている⁽¹⁰⁾。なおまたこの時期には、職務執行中の警察官が相手方の反抗により殉職する数も増えており、六六年で五七人、六七年には七六人、六八年には六四人、六九年八六人、七〇年に入ると一〇〇人となっている⁽¹¹⁾。さらに、ケネディー大統領の暗殺（六三年）も、ガン・コントロールへの関心を強める重要なきっかけとなったのである。こうした事情を下に、ジョンソン大統領のイニシアティブにより、六八年五月、総合犯罪統制、道路安全保障法（The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968）の一部として、「銃砲規制法（Gun Control Act）」が成立した⁽¹²⁾。

六八年法の主たる規制内容は、以下の通りである。(1)銃砲、弾薬類の州際取引は連邦のライセンスを得た者に限り許されること（九二二条(a)）。(2)未成年者、重罪犯人、逃亡者、被告人、精神病施設に収容された経歴を持つ者、マリファナを含む薬物の使用者に対する銃砲類販売の禁止（九二二条(d)）。(3)軍事用に製造された外国製武器の輸入、アメリカが軍事援助のため提供した武器の再輸入の禁止（九二五条(d)）。(4)連邦ライセンス料の値上げ（通常の拳銃、ライフルのディーラーでは年一ドルから一〇ドル）（九二三条(a)三号、同(c)）。(5)ディーラーに関する一定の資格要件（年令二一才以上、一定の場所で相当期間定住し取引を行うこと）の規定（九二三条(d)）。(6)財務省に対し、製造・販売業者の規制を定める規則制定権の委任（九二六条）。

本法は、取引の相手方の欠格事由を拡大しており、さらに、財務省の規則によれば、ディーラーは、販売に際し相手が州内に住んでいることを示す証明書の提示をうけたこと並びにその氏名と住所とを報告書に記載し保存しておくなければならないとしている。これによれば、未成年者、州外居住者への販売はある程度防げる。もっとも、

前科者、薬物使用者等の識別はなお困難であらう。⁽¹⁴⁾ また、やはりライセンスは簡単に与えうるものであるため、⁽¹⁵⁾ 一年現在で約一七万人のディーラーがあり、毎年一二万三千人が新たにライセンスをうけていると報告されている。⁽¹⁶⁾ このため、六八年の立法後も、年平均約二〇〇万丁ほどの拳銃が売られており、⁽¹⁷⁾ 七八年の推計では、一般市民の所持している拳銃は約三、〇八五万丁、小銃七、五二六万丁と報告されている。⁽¹⁸⁾

- (1) Kaplan, *The Wisdom of Gun Prohibition*, 455 *THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY* at 13 (1981). なお、本号は「ガンコントロール」の特集号であり、以下、引用の便宜上 GUN CONTROL と略す。他に L. KENNETT/J. L. ANDERSON, *THE GUN IN AMERICA* (1975).
- (2) Leff / Leff, *The Politics of Ineffectiveness: Federal Firearms Legislation*, in: *GUN CONTROL* at 51-52.
- (3) See, Frederick, *Pistol Regulation: Its Principles and history*, 23 *J. CRIM. L. & CRIM.* 531 (1932); Zimring, *Firearms and Federal Law: The Gun Control Act of 1968*, 4 *J. LEGAL STUDIES* 133 (1975). なお、本誌 ZIMRING と略す。
- (4) *POPULAR JUSTICE*, at 180-183.
- (5) 本誌 ZIMRING, at 136-139 参照。
- (6) ZIMRING, at 140-142.
- (7) ZIMRING, at 143.
- (8) 六〇年代の概況については、第三章第一節参照。
- (9) ZIMRING, at 148.
- (10) ZIMRING, op. cit.
- (11) Cf., *UNIFORM CRIME REPORTS*, at 223 (1975).

- (21) ZIMRING, at 146.
- (31) See, 18 U. S. C. A. § 921—§ 928 (1976).
- (14) ZIMRING, at 152-153.
- (51) Cook / Blose, State Programs for Screening Handgun Buyers, in: GUN CONTROL, at 94.
- (91) Zimring, Handguns in the Twenty-First Century: Alternative Policy, in: GUN CONTROL, at 7.
- (71) Wright, Public Opinion and Gun Control: A Comparison of Results From Two Recent National Surveys, in: GUN CONTROL, at 27.
- (81) 銃砲取締関係については、Internal Revenue Service の Alcohol, Tobacco and Firearms 局 (A.T.F.) が担当している。下表は、銃砲規制法違反の取締状況を示したものである (cited from ZIMRING, at 159)。

A. T. F. による訴追勧告件数・訴追数・有罪判決数

年	項目		
	訴追勧告数	訴 追 数	有罪判決数
1968	375	175	89
1969	1,341	331	178
1970	3,212	1,309	577
1971	3,407	1,888	1,148
1972	4,031	2,444	1,451
1973	3,283	2,257	1,719

二 次に、州レベルでのガン・コントロールの状況を見ておこう。刑法上、強盗、強姦、暴行等の犯罪上銃砲その他の致命的損傷を与える武器を用いたときに、これを刑の加重事由とする規定は広くみられる。これも、間接的には銃使用へのコントロールとはなりうるもの⁽¹⁾、なお不十分である。そこで、銃の販売、所持の直接的規制が必要となる。まず、販売者については、一方で、テキサス、ニューメキシコ、アリゾナ、アイダホ、モンタナのように一切規制しない州もある⁽²⁾。他方、一四州では拳銃のディーラーとなるにはライセンスを要するとし、八州では銃砲類の取引一般につきライセンスを要求している⁽³⁾。購入については、二三州において何等かの形で警察によるチェック

を要求している。その方法としては、①イリノイ州の open-ended licensing system(有効期間五年の Firearms Owner Identification Card を所持していなければ銃砲は一切購入しえない反面、このカードがあれば有効期間中無制限に銃を購入しうる)、②ニューヨーク州他七州のとする事前許可制、③カリフォルニア州他一一州の用いる申請制(申請をうけた後、警察が特段の意思を表示しない限り一定期間経過後、自動的に取引が認められる)などがある。もちろん、多くの州で、かかるライセンスを携帯しないで銃砲類を所持していた場合には、不法所持罪として処罰されている。⁽⁵⁾

州、自治体レベルの規制の最大の問題点は、右にもみた通り、州により販売、所持の要件が異なるため、コントロールの緩やかな地域からの銃砲類の流入を防ぐ有効な手段を構じえないことである。⁽⁶⁾従って、連邦法による全国的統制が必要な反面、連邦政府の権限拡大を好ましくないとする向きもあるため、このディレンマの解決にはなお時間を要しよう。

- (1) Cook / Blose, op. cit. in: GUN CONTROL, at 81.
- (2) Cook / Blose, op. cit. at 84. Cf. O'connor / Lizotte, The "Southern Subculture of violence" Thesis and Patterns of Gun Ownership, 25 SOCIAL PROBLEMS 420 (1978).
- (3) Cook / Blose, op. cit. at 84-85.
- (4) 州法の問題をとり、Murray, Handguns, Gun Control Laws and Firearm Violence, 23 SOCIAL PROBLEM 81 (1975); Cook / Blose, op. cit. at 85.
- (5) See, N. Y. Penal Law §400.00 (2) (McKinney, 1973); Mass. Ann. Laws ch. 140, §131 (1972). Cf., Beha,

II, "And Nobody Can Get You Out": The Impact of A Mandatory Prison Sentence For The Illegal Carrying of a Firearm on the Use of Firearms and on the Administration of Criminal Justice in Boston, 57 Boston UNL. L. REV. 289 (1977); Pierce / Bowers, The Bartley-Fox Gun Law's Short-Term Impact on Crime in Boston, in: GUN CONTROL at 120.

また、七六年九月二四日にはコロロビエ特別区^①の Firearms Control Regulations Act of 1975 が発効している。本法では、④拳銃の販売・所持を原則として禁止し、特に登録した者のみ許されるとしている。そのほかに、⑤所持の登録申請者は年令二一才以上とし、銃砲の乱用のおそれがあると思量される前科、前歴のないこと、銃器事故を招き易い身体的故障のないことを要件とし、写真・指紋の登録、面接テスト、銃砲及び取締法に関するテストを経てはじめて登録が許されるようになっている。また、拳銃を現に身につけて外出するときは常に登録証明書の携帯を要するとされている。以上の遵守事項違反に対しては、三〇〇ドル以下の罰金または一〇日以内の拘留が科せられる。See, Jones, III, The District of Columbia's "Firearms Control Regulations Act of 1975": The Toughest Handgun Control Law in the United States-or Is It?, in: GUN CONTROL, at 138.

(㉞) Zimring, op. cit. in: GUN CONTROL, at 5; Leff / Leff, op. cit. in: GUN CONTROL, at 49; Moore, Keeping Handguns From Criminal Offenders, in: GUN CONTROL, at 94.

(二) ガン・コントロールの評価

問題は、連邦、州レベルにおける販売規制、州レベルにおける所持規制が、銃砲類を使用した犯罪の抑制手段として役に立っているか否かである。まず、所持規制の面をみてみよう。ツィムリング教授の研究によると、⁽¹⁾人口二五万人以上の全国五七都市の殺人、暴行件数の推移をみると、六六年では殺人一、五六九件、暴行一九、二三七件、

七三年では殺人四、六三五件、暴行四六、一一八件となっている。このうち、拳銃による殺人は六六年では全殺人数中三七％であったが、七三年では五二％へと増加し、銃砲類による暴行の比率も一九％から二九％へと増えつつある。かかる数字は、端的に、ガン・コントロールの非効率さを示しているものと思われる。

次に、こうした現実に対して一般市民がどのような評価をしているのかをまとめた調査結果をみてみよう。⁽²⁾一九七八年、全国ライフル協会と The Center for the Study and Prevention of Hand Gun Violence がそれぞれ専門会社に依頼して、面接方式による意識調査を行っている。前者は、ガン・コントロールに強く反対する強力なロビー活動の担い手であり、逆に、後者は規制強化を求める市民運動体である。前者の調査の対象者は有権者中一五〇〇名を抽出したもので、後者の調査では一八才以上の成人から一五〇〇名を抽象したものである。まず、銃砲類の所持率では、前者の調査で四七％、後者では四二％の者が家に一丁以上の銃砲があると回答し、拳銃の所持については、それぞれ二三％、二四％であった。拳銃等の所持の理由については、前者では四三％、後者では四〇％が自己防衛を掲げている。後者では、二四％の拳銃所持者中、二九％が外出の際自己防衛のため拳銃を所持すると回答し、さらに、一三％が現に自己防衛のために使った経験があるとしている。前者の調査でも、拳銃、ライフル等を含め、所持者のうち一五％の者が自己または家族の防衛のため使用したことがあると答えている。犯罪と銃砲取締との関係では、前者の調査では、「銃砲取締法がもっと多くなると犯罪発生率は低くなると思うか、高くなると思うか」という設問に対し、四三％が低くなるとし、四一％が影響がない、一六％は増加すると答えている。後者では、拳銃所持の許可制は犯罪を減らすという項目に対し、四九％が賛成し、四二％が反対している。つまり、

所持規制の結果、犯罪が減少すると考えている者は、そう多くはないのである。さらに、前者では「拳銃の登録は犯罪者が拳銃を不法な目的のために入手し使用することを妨げられない」という項目に九一%が賛成し、後者でも同趣旨の質問につき七八%が賛成している。このように市民意識調査の結果からも、ガン・コントロールによる犯罪抑止には疑問が投げられているといえよう。

さらに、販売の規制乃至禁止立法を現実に行うにあたり、キャプラン教授、ケスラー教授等は、次のような問題点が存在すると指摘している。⁽³⁾ まず、①密造・密買をはびこらせることになる。②銃砲所持そのものにつき自己防衛の目的等によってこれを正当とする社会的規範意識が残っているため、不法な取引業者が逆に国民の英雄扱いをうけかねない。③禁酒法時代の密造酒取引等と同様に、売り手と買い手との積極的同意によって行なわれる犯罪類型をつくることになり、捜査は困難をきわめ、「わな」、盗聴、秘密捜査官の投入などダーティーな手段に頼ることになる。

販売に際して、許可制、申請制を採用する州も多いが、ここでも、相手方が欠格事由に該当するか否かの調査は困難である。⁽⁴⁾ 移民・国籍局の記録は必ずしも正確ではない。また、精神病施設への強制入院に関する資料については、連邦レベルで統括されておらず、州においてもメリーランド、ノースカロライナではむしろ警察の調査を禁止しているなど扱いが区々であり、迅速、正確に警察が情報を入力しえない。薬物の乱用に関する資料も同じような状況にある。犯歴については、FBIが全犯罪者の九五%の指紋ファイルを有しているものの、銃砲取引に関するライセンスのための照会については、指紋の添付と州記録の先行調査を条件としているため、日数を要する。要す

るに、許可、申請を処理するのに必要な情報源を欠いているのである。この結果、かかる手続によっては、実効性のあるスクリーニングは期しえないというのが現状なのである。

そこで、思い切って、銃砲類の所持そのものを一般的に禁止してしまうというもつともラディカルな方途がないではない。しかし、キャプラン教授は、これには、幾つかの問題が伴うことを指摘している。⁽⁵⁾ 第一に、多くの市民が自己防衛のために銃砲を所持することを相当と考えている事実である。先述の全国ライフル協会による調査では、「私人は誰であれ拳銃の所持を認められるべきではない」との質問に対し八四％が反対していたし、今一つの調査では、スポーツ用以外の拳銃の製造・販売の全面禁止につき賛成四八％、反対四一％となっている。⁽⁶⁾ もともと、銃砲類の所持者の多くが謂はば「法遵守的」市民なのであり、「法と秩序」を強く求めている層といえる。右の数字は、この層の意識を物語るものといえよう。従って、この層の規範意識と全く相反する取締立法——所持禁止は、法への尊敬を失なわせることにしかならない。第二に、従って、法律が仮りにできたとしても、マリファナ取締立法と同様にまれにしか執行されないものとなり、そこに法執行上の恣意性（政治団体の集中取締りに用いる）を生むおそれもある。⁽⁷⁾ 第三に、販売を規制した場合と同じく、ブラック・マーケットができあがり、アウト・ローはそこから銃を入手することになる。また、銃を所持している多くの市民は、現在でもなんら犯罪と関わりなく生活をしている。従って、銃砲類所持の一般的禁止が犯罪の減少につながる保障はないのである。⁽⁸⁾

最後に、修正二条の意義を考えておかなければならない。本条は、一七九一年に「権利の章典」として成立したものであり、「規律ある民兵は、自由な国家の安全にとって必要であるから、人民の武器を保蔵しまた武装する権

利は、これを侵してはならない」と規定している。本条の解釈をめぐり、これが個々の市民の武器所持権まで保障したもののなか否かが争われている。否定説は、①「民兵」には個人は含まれず、「規律ある」ものともいえないこと、本条は、軍隊、警察等の州、連邦政府の組織した軍事力に関わるものであること、②修正二条が成立した社会的背景—英国軍の脅威はすでになくなっていること、③ソビエトとの対立という新たな社会的事実はあるにせよ、もはや個々の市民が銃砲を所持して対抗するという事態は考えにくいこと等を根拠としている。⁽⁹⁾ 他方、肯定説は、歴史的にみると、独立戦争は正に個々の市民が武器を手にして立ち上がったものであり、かかる個々の武装せる市民の革命権の具体的保障として修正二条が成立した点を指摘している。⁽¹⁰⁾ 先の市民意識の調査でも、前者の調査では八七%が憲法上武器所持権があると考えている。⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

このように、ガン・コントロールをめぐる諸問題は犯罪対策の有効性というレベルにとどまりえない深い文化的葛藤を伴っているのである。つまり、一方で、独立戦争、西部開拓を担った武装した個々の市民の存在という歴史的现实、そこに育かれた革命権、個人の自由の精神という法的価値原理、フロンティア精神、ヴィジランティズムの伝統という文化的価値原理など、アメリカの歴史と社会を形成してきた理念の全てが、修正二条の規定に体现しているのである。この規定の中に、アメリカ市民のアイデンティティーがあるといっても過言ではあるまい。その意味で、個々の市民の武器所持権を否定する解釈論をアメリカ的文化の文脈で浸透させることは、かなり困難なように思われる。従って、ガン・コントロールも、販売の許可制、銃砲類の登録制を厳しくしていく方向でのいささか微温的な対応の域を越えるのはかなり困難であろう。まして、一律所持禁止という手段は、真向からアメリカ

的法伝統と衝突し、かえって、犯罪対策に重大な混乱を招きかねまい。また、従来の検討では、販売・所持規制は武器を使用する犯罪を減少させる効果はないとの指摘もなされている⁽¹³⁾。とすれば、なおのこと、より強力なコントロール立法の実現は難かしいであろう。ただ、それにしても、拳銃等を使用した粗暴犯の増加という否定し難い事実も存在している。これに対する有効な対策のあり様はなお今後とも問われ続けられるであろう。その中で、ガン・コントロールもまた常に以上で述べた諸相の矛盾を伴いつつ、国民的議論の対象となり続けると思われる⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾。

- (1) Zimring, at 170-172.
- (2) Wright, op. cit. in: GUN CONTROL, at 24.
- (3) Kaplan, The Wisdom of Gun Prohibition, in: GUN CONTROL, at 20-23; Kessler, Enforcement Problems of Gun Control: A victimless Crimes Analysis, 16 CRIM. L. B. 131 (1980).
- (4) Cook / Blose, op. cit. in: GUN CONTROL, at 87-89.
- (5) Kaplan, op. cit. in: GUN CONTROL, at 13-16.
- (6) Wright, op. cit. in: GUN CONTROL, at 34.
- (7) Kaplan, op. cit. in: GUN CONTROL, at 16.
- (8) Kaplan, op. cit. in: GUN CONTROL, at 17-18.
- (9) 雑誌の編輯に答へて Weiss, A Reply to Advocates of Gun-Control Law, 52 J. URBAN L. 577 (1974).
- (10) Weiss, op. cit. at 581; Leff / Leff, op. cit. in: GUN CONTROL, at 57-59; Kaplan, op. cit. in: GUN CONTROL, at 13.
- (11) Wright, op. cit. in: GUN CONTROL, at 37.

(12) 本条の解釈論と「他」 cf. W. F. SWINDLER, COURT AND CONSTITUTION IN THE 20 TH. CENTURY: THE MODERN INTERPRETATION, pp. 187 (1974).

(13) Cf. Murray, Handguns, Gun Control Laws and Firearm Violence, 23 SOCL. PROB. 81 (1975); Cook, The Effect of Gun Availability on Violent Crime Patterns, in: GUN CONTROL, at 63. 逆「有効性を肯定するもの」 Zimring, Is Gun Control Likely to Reduce Violent Killings? 35 U. CHI. L. REV. 721 (1968); Seitz, Firearms, Homicides, and Gun Control Effectiveness, 1972 LAW AND SOCIETY 595. 逆「犯罪に使用される拳銃の相対数が一三年以内に購入されている事実に着目して新規供給、購入を規制すれば犯罪を減少しうるもの」 Zimring, Street Crime and New Guns: Some Implications for Firearms Control, 4 J. CRIMINAL JUSTICE 95 (1976).

(14) Bruce-Briggs, The Great American Gun War, 45 PUB. INTEREST 37 (1976).

(15) 一九八一年三月に発生したレーガン大統領暗殺未遂事件は、再び「ガン・コントロール」を巡る論争を呼び起こしている。新聞報道によれば、同年四月九日にケネディ上院議員が右暗殺未遂事件に使用された二二口径の所謂サタデー・ナイト・スペシャルと呼ばれる小型で安価な拳銃の所持規制を強化する法案を提出している(朝日新聞昭五六・四・一〇付夕刊)。また、下院でもバーサー議員が三月三十一日にピストル所持に登録と免許取得を義務づけることを骨子とする法案を提出している(毎日新聞昭五六・四・二付朝刊)。司法省でも総合的な凶悪犯罪対策法案の一環として小型拳銃の輸入規制の強化と犯罪歴ある者への販売禁止を盛り込むとしている(朝日新聞昭五六・八・一九付朝刊)。もっとも、新聞の紹介する限りでもその規制の内容は拳銃所持そのものを禁止するというドラスティックなものとなっていない。しかし、にも拘わらず、サーモンド上院司法委員長がすでにケネディ上院議員の提出した法案に反対の意向を明確にしている。さらに、レーガン大統領自身も所持禁止には反対の立場をとっているなど(朝日新聞昭五六・九・二九付夕刊)、米国の支配層は銃所持規制強化にはむしろ反対の立場にあるようである。従って、我国の感覚に基づき、今回の暗殺未遂事件を機会にして

「銃狩り」に乗り出すべきであるといった主張が、アメリカ社会でコンセンサスを得るのはかなり困難が伴うようである(参照、社説「凶弾に狙われる米国大統領」毎日新聞昭五六・四・一付朝刊、社説「また狙撃された米民主主義」朝日新聞昭五六・四・一付朝刊)。議会に提出された法案がどのように扱われるかはその意味で興味深いものがある。

第五節 不法逮捕抵抗権について

一 停止・捜検の適法性の限界を探る上で、アメリカ社会において「人身の自由」に与えられている法的価値の重味を知っておく必要がある。個人主義を憲法上の重要な理念とするアメリカ社会では、何よりも不当な身柄の拘束は「市民」としての存在を根底からくつがえす異常な事態と受けとめられている。もっとも、他面で、犯罪捜査の必要上、被疑者の自由を一時的に拘束する必要も出てくる。この両者の要請の調整として、令状主義を原則としつつも、軽罪については、現行犯に限り、重罪については犯罪を犯したと疑うに足りる相当の理由あるときに逮捕を行うことができるというコモン・ローのルールを生んだのである。⁽¹⁾同時に、なおかつ生じる虞れのある不法な身柄拘束をどう防ぐのが問題となった。一九四三年のマクナブ判決が樹立したマクナブ・マローリー・ルールは、捜査機関による身柄拘束後、中立公正な裁判官が迅速にその正当性を吟味することを保障し、それを通じて、不当逮捕を抑制しようとしたものである。⁽²⁾違法収集証拠排除法則の拡大も、間接的には同様の効果を有するものであった。⁽³⁾しかし、アメリカ法上、かかる手続的、安全装置と別個に、より直截に不法な逮捕そのものを実力で排除しうる権利が古くから認められている。即ち、コモン・ローに基づく「不法逮捕抵抗権 (the right to resist an unlawful

arrest) である。これは、官憲と市民との接触の現場において個人の自由を具体的に保障するための権利としての意義を有している。かかる権利の存在そのものに、アメリカ社会における人身の自由の重味のようなものを感取することができる。以下、この権利の歴史とその当否を巡る議論を紹介しておこう。

不法逮捕抵抗権は、一七一〇年のイギリスにおけるトゥーリー事件により、コモン・ロー上確立した。⁽⁴⁾ 本件では、警察官が過去において「秩序違反」行為を行ったことのみを理由として逮捕しようとしたので、被告人はこれを殺害したというものである。判決は、murder ではなく manslaughter へと処罰を軽減し、「何びとかが他人を法に反して拘禁したならば、彼はマグナカルタに違反した犯罪人となる。我々七人は、これを充分な挑発行為 (provocation) とみなす」と判示したのである。もっとも、その後、あまりに技術的でささいな瑕疵を伴う逮捕にまで右権利の実行を許すことは当を得ないことも認識された。そこで一応表面上適法な手続を除き、明らかに違法な逮捕手続は市民に対する挑発であり、抵抗行為を行った場合、免責事由が認められる、というのがイギリス法の大枠の理論となった。⁽⁵⁾ アメリカにおいても、一九世紀の判例法により、ほぼイギリスと同様のルールが確立している。従って、ある判例は、逮捕令状の判事の署名が鉛筆によるものでまた当該判事の管轄区域外の犯罪を被疑事実と記載していた場合、後者の瑕疵は令状の記載上明白といえないもので令状の表面上は一応適式であったことを理由に抵抗を違法とし、⁽⁶⁾ 逆に、他の判例では、徘徊罪にあたるとする理由がないのに逮捕しようとした官憲に対する脅迫については適法と解していた。⁽⁷⁾ 二〇世紀に入っても、一九〇七年のカリフォルニア州のクレイグ事件、⁽⁸⁾ 一九四三年のルイジアナ州のデュカス事件が⁽⁹⁾ 正面から不法逮捕抵抗権を肯定している。連邦最高裁も一九四八年のディレ事件⁽¹⁰⁾

において、逮捕の現場で抵抗をせず無実の主張もせずに同行要求に従った事実によって、捜索を行う「相当の理由」を認定できるとする検察官の主張を否定したが、その判決の中で、「人は、違法な逮捕に抵抗する権利を明らかに有している。裁判所は適切な事実であればこの抵抗権を適法とするであろう。逆にいうと、裁判所は公道で官憲に抵抗する意思を示さず、法律問題について不毛の論争を現場でしなかつたことを理由に処罰することはない」としたのである (at 594)。

- (1) W. R. LAFAYE, ARREST, at 231, 244 (1965).
- (2) McNabb v. United States, 318 U. S. 332 (1943); Mallory v. United States, 354 U. S. 449 (1957).
- (3) Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643 (1961).
- (4) The Queen v. Tooley, 84 Eng. Rep. 1082 (K. B. 1666), cited in: CHEVIGNY, The Right to Resist an Unlawful Arrest, 78 YALE L. J. 1128, at 1129 (1969). なお、GILBERT CHEVIGNY と略す。
- (5) G. WILLIAMS, TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW, at 464 pp. (1978).
- (6) United States v. Thompson, 28 F. Cas. 89 (No. 16, 484) (C. C. D. C. 1823), cited in: CHEVIGNY, at 1132.
- (7) United States v. Goure, 25 F. Cas. 1381 (No. 15, 240) (C. C. D. C. 1834), cited in: CHEVIGNY, at 1132.
- (8) People v. Craig, 152 Cal. 42, 91 Pac. 997 (1907).
- (9) City of Monroe v. Ducas, 203 La. 971, 14 So. 2d 781 (1943).
- (10) United States v. DiRe, 332 U. S. 581 (1948).

二 もつて、上記のコモン・ロー上の不法逮捕抵抗権に対しては、従来から強い批判がある。その理由は、一九六五年のニュージャージー州のターンズ事件で尽くされていると思われるので、これを紹介しよう。⁽¹⁾ 本件被告人は、

未成年者へのアルコール売買を理由に店内で逮捕されなかったので殴打等の抵抗に及んだものである。公判では、未成年者へのアルコール販売は軽罪であり現行犯でなければ逮捕できないのに、本件警察官は行為を現認せずに逮捕しようとしたので、抵抗したと主張した。判決は、④抵抗権を承認すると、相手の実力行使はエスカレートし流血に至ること、⑤逮捕の適法性は、裁判官、弁護士という法律専門家でも答えが異なるほど微妙なものであること、⑥後に、法律上の救済手段があること、⑦「警察官が錯誤によるとはいえ、善意で逮捕を實行し自己の職務を果たそうとしているとき、被逮捕者による物理的な危害をうける虞れのないように保障すべきである」ことを考慮しつつ、結局、「個人の自由の権利を保障し、法執行を確保し、混乱している逮捕現場でその関係人や第三者が死亡したり重傷を負ったりしないようにするなどの社会的利益を適切に調整するのならば」、かかる権利は適法化しえないとした (at 436)。もともと、被告人の行為当時はかかる抵抗権があるとの一般的理解があったことと過剰な実力行使のないことを理由に無罪としている。

既に、右と同一の理由から、統一逮捕法典の第五条においても、「何びとも、逮捕しようとしている者が警察官であると信ずる合理的理由を有している場合、当該逮捕の適法な根拠の有無に拘わらず、実力を行使しまたは武器を使用して逮捕に抵抗してはならない」と規定し、明確に、不法逮捕抵抗権の考え方を否定している。⁽²⁾その後、ロードアイランド、ニューハンプシャー、デラウェア、カリフォルニア、イリノイ、ニューヨーク等の州で、同趣旨の法律が作られている。⁽³⁾模範刑法典二四二・二条でも、「適法な逮捕」に対する抵抗を軽罪に処すとして⁽⁴⁾⁽⁵⁾いる。

しかし、こうした権利否定の方向に対して、次のような反論がある。まず、先述の⑥の事後救済については、行

政上の不服申立に必要な手続を整備している警察本部が少ないこと、民事上の差止請求を認めさせるのには、濫用の反復またはそうしたポリシーの存在を証明しなければならぬこと、損害賠償請求には長期間かかるし、額が少ないと弁護士がつかないこと等の欠点があるとされている⁽⁶⁾。刑事手続固有の救済の面でも、マジストレイト面前に引致する手続を事実上省略して警察限りで釈放がなされると救済を求める手段のないまま放置されてしまうであろう。また、現在、逮捕後の裁判官引致まで、連邦でも六時間の時間的余裕を認めており、州レベルでも二四時間程度の期間を法定するところまでできている。この間に、重要証拠の収集、自白の採取がなされると、被疑者にとって非常に不利益となる⁽⁷⁾。保釈制度は、ひとつの救済策といえるが、被逮捕者の相当数は保釈が認められていないのが現実であり、この結果、逮捕に伴う様々な社会的不利益を蒙ることになる⁽⁸⁾。不法逮捕に伴う捜索の結果えられた証拠や不法な身柄拘束中の自白は証拠から排除されうるとしても、かかる自白排除法則は正に公判に至るまで長期間にわたり身柄を拘束されていることそのものの救済——身柄の釈放を意味するものでもなく、別証拠での有罪認定もありうるのである。次に、③のいうように、警察官の善意、職務熱心を、市民の側の犠牲において保護することはできない。確かに、抵抗権の承認は、④の指摘のように、時に流血を生じかねない。しかも、高度の訓練を受け、優秀な火器を持つ警察官のほうがはるかに有利となる。その意味では、抵抗は無益であるかもしれない⁽⁹⁾。しかし、だからといって、何人も、明白な不正義を前にしたときに、これに服従し自己の正義感を押し殺すよう強制されるべきではないのである⁽¹⁰⁾。無論、逮捕の適法性の判断は困難が多いが、その基準設定の問題と「違法な」逮捕に抵抗する権利の存否の問題とは別であろう⁽¹¹⁾。そして、何よりも重要なことは、自らの自由が不法に侵害されて

いるとき、これに抵抗したことを理由として、公務執行妨害罪等で処罰していいのかという点である。市民が、人身の自由、表現の自由を侵害しようとする警察官の不法な処分に抵抗し、あるいは、挑発行為に抵抗したときに、これを処罰することはデュープロセスの保障する「基本的公正さ」の侵害に他ならないといえる⁽¹²⁾。かかる点を考慮して、憲法上の権利を擁護するため、デュープロセスとコモン・ローとを根拠に不法逮捕抵抗権が有力に主張されているのである⁽¹³⁾。

もちろん、この権利は、停止・職質の文脈においても妥当するものとされている⁽¹⁴⁾。ただ、先に紹介したテリー事件が「合理的嫌疑」があれば足りるとし、その後の連邦判例では、考慮事由の抽象化、一般化が進んできているため、権利行使の正当性を証明することはかなり困難になってきているように思われる⁽¹⁵⁾。もっとも、不法逮捕に合理的に抵抗する権利の存在が前提とされているのならば、この権利の主体である市民の側からみて、警察官の行為の正当性が明らかとなっていたか否かという問い方が可能となり、嫌疑の「合理性」の中身をより客観的なものとして理解する判断基準がでてこよう⁽¹⁶⁾。

ただ、この権利を行使しうる違法性の質、量については、なお今後の解釈論レベルでの細かな議論が必要である。しかし、不法逮捕抵抗権というコモン・ロー以来の法的価値概念の存在は、アメリカ法での個人の自由への深い配慮を示すものとして興味深いものがある⁽¹⁷⁾。

(1) State v. Koonce, 89 N. J. Super. 169, 214 A. 2d 428 (App. Div. 1965).

(2) Warner, The Uniform Arrest Act, 28 Va. L. Rev. 315 (1942).

- (3) CHEVIGNY, at 1133.
- (4) MODEL PENAL CODE §242.2 (Official Draft, 1962).
- (5) Note, Types of Activity Encompassed By the Offense of Obstructing A Public Officer, 108 U. PA. L. REV. 388 (1960).
- (6) CHEVIGNY, at 1135-1136.
- (7) Cf., Comment, The Ill-Advised State Court Revival of the McNabb-Mallory Rule, 72 J. CRIM L. & C. 204 (1981).
- (8) Cf., DAVID ELLMAN, DEFENDANT'S RIGHTS TODAY, at 49 pp. (1976). CHEVIGNY, at 1134.
- (9) Note, The Right to Resist An Unlawful Arrest: An Out-Dated Concept? 3 TULSA L. J. 40, at 56-47 (1966).
- (10) CHEVIGNY, at 1138.
- (11) CHEVIGNY, at 1337.
- (12) CHEVIGNY, at 1134.
- (13) CHEVIGNY, at 1138.
- (14) CHEVIGNY, at 1143.
- (15) 但し、職責中逃走した被告人の肩をつかんだ警察官の腕をほらいのけた行為につき、不法逮捕抵抗権の行使として無罪を認めた判例がある。Sss. People v. Cherry, 121 N. E. 2d 238 (N. Y. 1954).
- (16) CHEVIGNY, at 1145-1146.
- (17) 参考として、Note, Force that May Be Used to Resist an Illegal Arrest, 9 OKLAHOMA L. REV. 60 (1956); Comment, Criminal Law-Arrest; The Right to Resist Unlawful Arrest, 7 NATURAL RESOURCES J. 119 (1967).

終章 職務質問・所持品検査の適法性の限界

第一節 アメリカ法の総括

一 以上みてきたように、アメリカにおける職質・所検は、“警察⇩市民”との間の緊張関係を前提として理解されなければならないことがわかった。また、実務の担い手である警察についても、ヴィジランティズムの思想を根底としたバイオレンスや黒人差別の伝統を払拭しきれていないという極めて生々しいどろどろとした歴史的、社会的現実のあることも忘れられまい。職質に伴って行使される実力行使とは、かかる伝統に規定された質を内在化させているものでもある。従って、司法部が停止を行うのに合理的であると判断する実力の程度もかかる現実を基底に置いた上でより妥当な枠内に実力行使を限定しようとする努力の表われであったとも理解できる。他方、反面で、対象とされる市民の側も、修正二条の保障する武器所持権の結果、なお比較的自由に拳銃を入手、所持できる。この武器所持権は、所謂不法逮捕抵抗権とともに、市民の自由を国家的法秩序の優先価値と考えるアメリカ憲法とその社会の法伝統を端的に物語っている。こうして、“警察⇩市民”の緊張関係は、多様な要因により規定されることとなっている。すなわち、一方で、警察の側は、ヴィジランティズム——バイオレンスの伝統というダーティーな暗い面を持っている。しかし、犯罪の抑止、犯罪の発見、市民生活の安全確保という正当な目的をも有していることもまた事実である。現に、表⁽¹⁾⊙⊙が示すように、「指標犯罪」全体はなお激増中であるのがアメリカの実体である。

また、薬物事犯の対策も急がれている。従って、警察は、職質・所検をかかると犯罪対策上の有効な武器として行使する現実的必要性に迫られているのである。これに加えて、捜検処分の広い意味での必要性についても考えておかなければならない。すなわち、判例が、ともかくも武器については捜検を許さざるを得ない現実が存在している点である。警察サイ

表㊦ 七〇年代の犯罪—全体

項目 年	Population	Crime Index total	Violent crime	Property crime
1971	206, 212, 000 ……	8, 588, 200	816, 500	7, 771, 700
1972	208, 230, 000 ……	8, 248, 800	834, 900	7, 413, 900
1973	209, 851, 000 ……	8, 718, 100	875, 910	7, 842, 200
1974	211, 392, 000 ……	10, 253, 400	974, 720	9, 278, 700
1975	213, 124, 000 ……	11, 256, 600	1, 026, 280	10, 230, 300
1976	214, 659, 000 ……	11, 304, 800	986, 580	10, 318, 200
1977	216, 332, 000 ……	10, 935, 800	1, 009, 500	9, 926, 300
1978	218, 059, 000 ……	11, 141, 300	1, 061, 830	10, 079, 500
1979	220, 099, 000 ……	12, 152, 700	1, 178, 540	10, 974, 200
1980	225, 349, 264 ……	13, 295, 400	1, 308, 900	11, 986, 500

表㊧ 七〇年代の犯罪—各指標犯罪

項目 年	Murder and non-negligent manslaughter	Forcible rape	Robbery	Aggravated assault	Burglary	Larceny-theft	Motor vehicle theft
1971	17, 780	42, 260	387, 700	368, 700	2, 399, 300	4, 424, 200	948, 200
1972	18, 670	46, 850	376, 290	393, 090	2, 375, 500	4, 151, 200	887, 200
1973	19, 640	51, 400	384, 220	420, 650	2, 565, 500	4, 347, 900	928, 800
1974	20, 710	55, 400	442, 400	456, 210	3, 039, 200	5, 262, 500	977, 100
1975	20, 510	56, 090	464, 970	484, 710	3, 252, 100	5, 977, 700	1, 000, 500
1976	18, 780	56, 730	420, 210	490, 850	3, 089, 800	6, 270, 800	957, 600
1977	19, 120	63, 020	404, 850	522, 510	3, 052, 200	5, 905, 700	968, 400
1978	19, 560	67, 130	417, 040	558, 100	3, 104, 500	5, 983, 400	991, 600
1979	21, 460	75, 990	466, 880	614, 210	3, 299, 500	6, 577, 500	1, 097, 200
1980	23, 040	82, 090	548, 810	654, 960	3, 759, 200	7, 112, 700	1, 114, 700

表㊦ 職務執行中の受傷事件—人員

項目 年	警察官数 (A)	暴行をうけた人数 (B)	暴行率 B/A (%)
1976	291, 610	49, 079	16. 8
1977	322, 205	49, 156	15. 3
1978	347, 681	56, 130	16. 1
1979	340, 764	59, 031	17. 3
1980	345, 554	57, 847	16. 7

表㊧ 職務執行中の受傷事件—兇器別

項目 年	銃 器	ナイフ等の刃物	その他の危険 な武器	身体を用いた 攻撃
1976	2, 768	1, 402	4, 676	40, 233
1977	2, 809	1, 481	4, 626	40, 240
1978	3, 065	1, 761	5, 485	45, 819
1979	3, 237	1, 720	5, 543	48, 531
1980	3, 295	1, 653	5, 415	47, 484

ドからいえば、捜検を行うもつともぬきさしな
 らない理由は、職質中の警察官の受傷事故を防
 止したいという点にある。確かに、市民が比較
 的容易に銃器を入手しうるアメリカにおいては、
 パトロール中の警察官が銃を所持した市民に職
 質を行い、何等かのきっかけで抗争に及び銃に
 よる抵抗をうけるといふことも生じ易いといえ
 る。ガン・コントロールの問題も、銃器を用い
 た犯罪の防止という側面とともに、警察官の職
 務の安全な執行確保という面をも有しているこ
 とを見落してはならない。そこで、一九八〇年
 を例にして、職務執行中の警察官が、相手方か
 らの攻撃、抵抗により暴行をうけたり死亡した
 事件の状況を概観してみよう。⁽²⁾表㊦が示すよ
 うに、八〇年現在、警察官数は三四五、五五四
 人であるが、職務中暴行等の危害を加えられた

表⑤ 職務執行中の死亡人員

年	死 亡 数
1966	57
1967	76
1968	64
1969	81
1970	100
1971	129
1972	116
1973	134
1974	132
1975	129
1976	111
1977	93
1978	93
1979	106
1980	104

二九五人(五・七%)である。死亡事故では、九五名(九一・三%)が銃器によるものであった。執行中の職務の態様乃至内容をみると、暴行については、①『もめ事』(家庭内のけんか、銃を所持した者がいる等)の通報に応じて現場へ赴いた際」のものが、一九、〇四八人(三二・九%)、②「侵入盗の現行犯逮捕または被疑者追跡中」が一、〇八六(一・九%)、③「強盗の現行犯逮捕または被疑者追跡中」が九一八人(一・六%)、④「その他」の逮捕活動」が一、一五八人(二九・三%)となっている。他に、⑤「不審な人物または状況の取調べ中」が四、五二六人(七・八%)、⑥「交通違反者の追跡中または停止の際」が六、二七七人(一〇・九%)となっている。死亡事故では、⑦の職務態様中の者が、二二人(二一・五%)、⑧八人(七・七%)、⑨三二人(二一・二%)、⑩一八人(一七・三%)、⑪一七人(一六・三%)、⑫一七人(一六・三%)となっている。これらの活動上、所謂停止・捜検固有の手続がなされていた場合に関する数字は明らかではない。しかし⑬⑭の活動では、相当の理由に基づく逮捕事由を確認するためにも、まず停止・職質がなされることが多いことは、今までの実務と判例の事案からも伺われるところである。従って、これらの数字は、差し当たり、停止・職質・捜検に伴う暴行死亡の発生度

者は、五七、八四七人(一六・七%)、さらに死亡させられるに至った者は、表⑤のように、一〇四人(〇・三%)である。用いられた武器をみると、暴行等の事件では、四七、四八四人(八二・一%)が手拳、足等の身体を用いた攻撃であり、銃器によるものは三、

に近しいとみてもそう誤りではあるまい。次に、表⑤の示すように、殉職者数は、六〇年代を通じ増え続け、六六年と七〇年とではその数は約二倍となり、七〇年代に入っても激増の傾向を示し、最近でもなお例年一〇〇名前後の死者がでてゐる。なお、七六年から五年間の暴行率の平均は一六%強、死亡率も〇・〇三%強の辺りで一定してゐる。

(1) UNIFORM CRIME REPORTS, 1980, at 41.

(2) 統計数字については、UNIFORM CRIME REPORTS, 1980, at 331-341を参照した。なお、数字の紹介として、「資料—警察官に対する殺人及び暴力行為」警察学論集二四卷四号(昭四六)一五三頁、「海外警察資料—記録的数字の米国の殉職警察官」警察学論集二七卷八号(昭四九)一三三頁、「海外警察資料—米国の警察官殺し事犯増加の傾向」警察学論集二九卷九号(昭五一)二一六頁、「海外警察資料—警察の殉職一〇五人」警察学論集三三卷一〇号(昭五五)一五三頁参照。

二 反面で、市民の自由を保障しなければならない。また、警察のバイオレンス、蛮行、ハラスメントの口実として職質・所検が利用されることに對する司法的抑制の必要性も存している。職質・所検の適法性の判断とは、以上の法政策と法的価値、保護法益のバランスを必要とするものである。ところが、第七章で示したように、連邦最高裁はいまのところ職質・所検の様々な態様につきかかる意味での妥当なバランスをとる統一的視座なり解釈基準をもちえていないのである。その格好の例が、空港における薬物取締に関するメンデンホール^①、リード事件^②での各判事の見解の対立であった。メンデンホール事件でステュワート判事は、『運び屋特徴一覧表』に一致する者に対し捜査員が声をかけ身分証明、航空券呈示を求める程度のこととは、最早「停止」として論ずるまでもない当然のこと

であると、ウィリー事件の「コンタクト」論⁽³⁾、デイバウアー、ラペネ事件⁽⁴⁾の四段階説をとり入れたのである。これは、薬物事犯の重大性とその取締りの必要性に最大の譲歩をする一方、市民の自由制限に対する憲法的コントロールを外すアプローチであった。パウエル判事の補足意見は、一応問題を「停止」を行う合理的嫌疑の有無という枠組みではとらえたものの、犯罪の重大性と担当捜査官の経験的判断の信用性という要素を重く見ることによりプロフィールとの一致の事実があれば停止をなしうるとするものであった。市民の自由に対する配慮を前者よりも重んじたものである。以上に対し、ホワイト判事は、プロフィールとの一致の他に本人の現場における挙動に照らし具体的、個別的嫌疑を要するとし、合理的嫌疑の判断の基準を具体化、個別化することで市民の自由侵害の範囲を広げられるのを防止しようとしていた。その後のリード事件も、さしあたり、このホワイト判事のアプローチに与している。ここでも、薬物事犯取締りの必要性和市民の自由等との価値をどう評価していくかがアプローチの差を生んだのである。同じく、捜検についても、当該現場における具体的状況と関係なく、警察官の生命・身体の安全を守るのに一般的、抽象的に相当であればよいとするアプローチ⁽⁵⁾(降車命令、令状執行現場に居る者の捜検は常に当然にできる)と、具体的、個別的、現実的な武器使用のおそれによってのみ捜検を正当化するアプローチ⁽⁷⁾とが相対立しているのである。ここでも、表⁽³⁾⁽⁴⁾⁽⁵⁾の示すような受傷・殉職数の評価、禁制品・証拠物発見の口実に捜検が利用されるおそれ、市民の身体の安全といった法政策、法的価値のバランスの差がでてきているといえよう。

こうして、正に、かかる最高裁判例の姿に、法解釈論理の検討だけでは割り切れない“生きた”社会と法の姿が

あるところである。

- (1) United States v. Mendenhall, 100 S. Ct. 1870, 27 CRL. 3127 (1980).
 - (2) Reid v. George, 100 S. Ct. 2752 (1980).
 - (3) United States v. Wylie, 569 F. 2d 62 (D. C. Cir. 1977), cert. denied 98 S. Ct. 1527 (1978).
 - (4) People v. De Bour, 40 N. Y. 2d 210, 386 N. Y. S. 2d 375, 352 N. E. 2d 562 (1976); People v. La Pene, 40 N. Y. 2d 210, 352 N. E. 2d 571 (1976).
 - (5) Pennsylvania v. Mims, 434 U. S. 106 (1977).
 - (6) Ybarra v. Illinois, 444 U. S. 87, 26 CRL. 3017, 3020 (Burger, C. J. dissenting, 1980).
 - (7) 差しぬたり、Pennsylvania v. Mims, 434 U. S. 106, 98 S. Ct. 330, 334 (Marshall, J. dissenting).
- 三 無論、アメリカにおいてもこうした現実のいくつかの局面を解決していく努力はなされている。ポリース・プロフェッションナリズムに基づく改革運動やその反省を踏まえたPCR運動の重視政策は各時代に即応しつつ警察内部の悪しき伝統を克服する努力であったといえる。ガン・コントロール立法の試みも、犯罪の統制と警察と市民の緊張の緩和を求めたものである。これら諸方策の有効性そのものは、なおアメリカ社会内部での試行錯誤を経て検証されるであろう。

さて、最後に、職質・所検そのものの法的コントロールについては、一九七五年にアメリカ法律協会(AMERICAN LAW INSTITUTE, A. L. I.)が立法提案を行い、先述のような各種法政策と法益とのバランスをどうはかるのかという問いに対し、謂はばアメリカ法曹の英知を結実させた一つの回答を示した。我が国の解釈論を考えてい

く「橋渡し」として右立法案をみてみたい。これは、『アレインメント前手続模範法典 (Model Code of Pre-Arraignment Procedure)』の一部である。ここでは、一一〇条一項で任意的処分としての協力要請権と被疑者等の質問、一一〇条二項で「強制的」な停止とを分けて規定し、両者を「コンタクト (contact)」という広義概念でまとめている。条文は左記の通りである。

第一一〇条 警察官による逮捕前のコンタクト (pre-arrest contact)

第一一〇条第一項 法執行官憲による協力の要請

(1) 【協力要請権 (authority to request cooperation)】 法執行官憲は、本法典またはその他の法律に従い、何人に対しても情報を提供しまたはその他の方法で犯罪の捜査または抑止につき協力することを要請することができる。警察官は、質問に応答し警察署へ出頭し若しくはその他の合理的な要求に従うことを求めることができる。本項に従って要請を行う際、情報を提供しその他協力をする法律的義務が存在しないものにも拘わらずかかる義務があるとの示唆をしてはならない。本項に基づいてなされた情報の提供その他の協力の要請に応じたとき、かかる要請が法執行官憲によりなされたとの認識によることのみを理由として任意性を欠きまたは強制されたものと看做されてはならない。

(2) 【被疑者の質問と権利告知 (warning) の要件】 本項に従って法執行官憲が活動中、犯罪を行ったと疑いまたは疑うに足りる合理的理由を有する場合、当該事情の下で合理的に考えてもっとも早い時期にまたはいずれの場合でも質問を継続して行なおうとする前に、質問に応答する法律上の義務なきことを明らかにするに足

る当該事情の下で合理的な手段を構じなければならない。警察署、検察官事務所その他これらに類する場所で質問を行う場合には、最初に被質問者に対して弁護士、親戚または友人と速かに連絡をとることができ、弁護士、親戚または友人は第一四〇条第七項の規定に従い面会することができる旨を告知しなければならない。

(3) 【警察署への出頭を要請された者に対する権利告知】 本項に従って法執行官憲が活動中、警察署、検察官事務所その他これらに類する場所に出頭しまたは留まることを求める際、かかる要請に従う法律上の義務なきことを明らかにするに足りる当該事情の下で合理的な手段を構じなければならない。

第一一〇条第二項 停止 (Stopping of Persons)

(1) 【停止の認められる要件】 法執行官憲は、適法に現在している場所で以下の事情のあるとき、以下の各号の定める目的を達成するのに合理的に必要な期間その場所の付近で官憲の面前に留まることを命令することができる。但し、いずれの場合にも二〇分を越えてはならない。

(a) 「特定の軽罪または重罪に関する不審な事情の認められる者」

(ii) 法執行官憲が、身体に対する傷害または財産の窃取若しくは損害惹起のおそれのある軽罪または重罪を行い終え、行いつつあり、若しくは行なおうとしていると合理的に疑うに足りる事情があると認められる者であつて、かつ、

(iii) その者の身元に関する情報 (identification) を入手しまたはこれを明らかにし、その者がその場に居る理由または行動に関する釈明を得またはこれを明らかにし、若しくはその者を逮捕するか否か判断するの

に合理的で必要である場合。

- (b) 「特定の軽罪または重罪の犯行現場付近にいる目撃者 (witness)」
 - (i) 法執行官憲が、身体に対する傷害または財産の窃取若しくは損害惹起のおそれのある軽罪または重罪が行なわれて間がないと信ずるに足りる合理的な理由があり、その場所の付近で発見した者であって、かつ、
 - (ii) 法執行官憲が、当該犯罪の捜査上重要な手掛かりとなる知識を有している者であると信ずるに足りる合理的理由を有している場合であり、
 - (iii) その者の身元を明らかにしまたは当該犯罪の情報を得るのに合理的で必要である場合。
 - (c) 「すでに行なわれた特定の重罪に関して手配されている被疑者」
 - (i) 法執行官憲が、身体に対する傷害または財産の窃取若しくは損害惹起のおそれのある重罪が行なわれたと信ずるに足りる合理的理由を有し、
 - (ii) 合理的に考えてその者が右犯罪を行った疑いのあるとき、
 - (iii) その者を当該重罪につき逮捕するか否か判断する目的でその身元に関する情報を入手しまたはこれを明らかにするのに合理的に必要な場合。
- (2) 【自動車検問 (Stopping of Vehicles at Road block)】 法執行官憲は、
- (a) 重罪が行なわれたと信ずるに足りる合理的理由を有し、
 - (b) 特定方向に走る自動車、トラック、バスその他の車両全てまたはほとんどの車両を停止することが、当

該重罪の重大性並びに特別な事情に照らして犯人または被害者を発見するのに合理的で必要である場合には、かかる車両の運転手に停止を命じ、かかる目的を達成するのに必要な範囲で車両の搜索を行うことができる。かかる処分は当該事情の下で可能な限り速に行なわなければならない。

(3) 【実力行使 (use of force)】 法執行官憲は、本項第(1)号、第(2)号に規定する権限を行使する目的で、人または車両を停止させまたは官憲の面前に人を留めておくために合理的に必要な実力を行使しうる。但し、相手を死に致らしめる実力を除く。

(4) 【危険な武器の搜検 (frisk for dangerous weapons)】 本項により人を停止せしめた法執行官憲が、自己の安全または現にその場に居るその他の者の安全上必要であると合理的に信ずる場合、停止せしめた者の着衣外部の表面を手ではたいて (an external patting of such person's outer clothing) 危険な武器を搜索することができる。かかる搜索中に危険な武器であると合理的に信ずる物を感取したときにはこれを点検するのに必要な処分を行うことができる。

(5) 【被疑者の質問】

(a) 「権利告知」 法執行官憲が、犯罪を行ったと疑いまたは疑うに足りる合理的理由を有している者を停止せしめた場合、当該事情の下で合理的に考えてもっとも早い時期にまたはいずれの場合でも質問を継続して行なおうとする前に、以下の警告を行なわなければならない。

(i) 何事も述べる義務はなく、述べたことは不利な証拠として用いられることがあること、

(ii) 逮捕される場合を除き、二〇分以内に釈放されること、

【iii】逮捕された場合には警察署へ連行されるが、直ちに弁護士、親戚または友人に電話で連絡することができること、

(iv) その意に反して質問されないこと、弁護士と相談をしまたは質問の間弁護人の立会を求めるときにはその時点では質問はなされないこと、警察署へ連行後質問に先立ち自ら弁護士を雇えないときには弁護士が付されること。】

(b) 「質問の制限」 法執行官憲が、犯罪を犯したと疑いまたは疑うに足りる合理的理由を有する者であつて、本項の権限に基づいて身柄を拘束されている者が質問を受けたことなくまたは質問に先立って弁護士と相談したい旨を何等かの態様で示した場合、質問を行つてはならない。

(6) 「停止期間終了後の措置」 本項第(1)号及び第(2)号により自己の面前に留まることを要求することのできる期間内に法執行官憲が逮捕を行う場合を除き、右期間終了時にその者に対し自由に立去ることができる旨を告知しなければならない。

(7) 「停止させた者に関する記録」 本項に従い自己の面前に留まるよう命令した法執行官憲は、第一〇条三項により発される規則に従い、合理的に考えてもっとも早い時期に停止の情況と目的に関する記録を作成しなければならぬ。

四 右第一一〇条二項の定める「停止」は、従来の学説・判例を巧みに総合したものである。まず、処分そのもの

の性格として、「停止」は「逮捕」と同じように「強制的」身柄拘束であることを明らかにしている。ただ、その侵害の程度（拘束の強度と時間）が異なるので、その要件も犯罪を犯したと疑うに足りる「相当の理由」までは要らず、「合理的嫌疑」でよいとしたのである。もっとも、強制的身柄拘束としての性格を肯定しつつ、逮捕との侵害の軽重による区別を行うことは現実には無理がある。そこで、端的に二〇分間という特定の時間で割切って区切るという方法をとったのである。この間のニュアンスを知るには、今少し、補足が必要である。元来、アメリカでは「相当の理由」に基づく無令状の逮捕というのが原則であった。そして、逮捕が自白獲得の手段とされたり相当の理由なき不法な拘束がなされないようにするため、連邦判例法上、所謂「マクナブ・マリロー原則」が確立し、身柄拘束後不合理な遅滞なくマジストレイト面前に引致しなければならいとされている。⁽¹⁾ 法律上も、少くとも六時間、以内に引致しなければならいとす、⁽²⁾ 右原則の基本的思想を支持している。⁽³⁾ 従って、逮捕による身柄拘束でも警察官の手下におけるのは最大限六時間であるとすれば、その前段階に位置し、より侵害が軽い停止についても、相応の時間的制約が考えられなければならない。「停止」の時間を二〇分に限定するという提案は、このように、原則として身柄拘束を受けた者は迅速に裁判官面前へ連行するというアメリカ法の考え方を背景としているのである（なお、アーカンサス州、ネバダ州の法律は一五分間に限定している）。⁽⁴⁾

ところで、右提案でも第一一〇条一項の予定するコンタクトと停止とを分けて考えている。ただ、これは、ウィリー事件、ディバウアー、ラペネ事件のようなスライディング・スケールを導入したものではない。第一一〇条一項で予定されているコンタクトは、全くの任意的処分であって強制的契機を伴わないものであり、協力要請の域を

出るものではない。⁽⁵⁾また、その場合であっても、被疑者に対する質問については応答する法律上の義務なきことを明らかにする手段を構ずる義務を課し、さらに、警察署等での質問については弁護士等との連絡、面会の機会を保障し、かかる手続を施すことにより、処分の任意性を担保しているのである。

さて、停止については、時間の限定の他に、身体に対する損傷または財産の窃取、損害惹起のおそれがある罪種についてしかできないという限定も加えている。つまり、風俗犯、薬物事犯、賭博事犯その他徘徊、浮浪、静謐紊乱などの軽微事犯を当初より対象外としたのである。⁽⁶⁾上記列挙の被疑事実を口実として、停止・捜検が自白獲得のための身柄拘束、証拠物の発見の他、ハラスメント目的などに利用されてきたという現実を踏まえた思い切った提案といえる。

次に、「停止」も「逮捕」と同じく強制的身柄拘束であることを率直に認める一方で、逮捕後の取調べに関するミランダ原則と同質の権利告知を義務づけている。則ち、ミランダ判決では、「身柄を拘束されたはその他の方法で相当程度行動の自由を奪はれた後に」取調べるには、これに先立ち黙秘権・弁護士依頼権等の権利告知を要するとした。⁽⁷⁾ただ、すでに紹介してきたように、従来の連邦下級裁判例、N・Y州判例上、職質にまでこのミランダ原則を及ぼすことには否定的であったといつてよい。しかし、連邦最高裁は、オロッコ事件⁽⁸⁾で、早朝被疑者の寝室に立入った四人の捜査員の取調べは実質的逮捕にあたるとしてミランダ警告を要すると判示しており、身柄拘束が右に引用した「相当程度行動の自由を奪はれた」ものであれば、形式的に「逮捕」がなされたり警察署での取調べがあったか否かに拘わらず、警告を要すると解していた。そこで、本提案でも、「停止」が強制的身柄拘束であるこ

とに鑑み、ミランダ警告と同じ権利告知を立法上規定すべきであると判断したのである。⁽⁹⁾ もっとも、告知の意味については第五号の(III)(V)にまで及ぶべきか否か議論の結着がつかず、さしあたり保留とされているため括弧が付される⁽¹⁰⁾。

ともあれ、この結果、停止後の質問に際し、①黙秘権の告知(五号(a)(i))、②期間は二〇分間であることの告知(五号(a)(ii))、③二〇分経過後、逮捕する場合を除き、自由に立去ることができる旨の告知(六号)を警察官に義務付けている。こうして、停止自体の強制、処分性を認めつつ、質問そのものが強制的、強圧的とならない安全装置を施し、バランスをはかったのである。

- (1) *McNabb v. United States*, 318 U. S. 332 (1943); *Upshaw v. United States*, 335 U. S. 410 (1948); *Mallory v. United States*, 354 U. S. 449 (1957).
- (2) 18 U. S. C. A. §3501 (1976).
- (3) 詳細はつき、拙稿「マクナブ・マロリー原則およびミランダ原則とわが国における自白法則」高田卓爾・田宮裕編『演習刑事訴訟法』(新版・昭五九)(掲載予定)参照。
- (4) A. L. I. A MODEL CODE OF PRE-ARRAIGNMENT PROCEDURE, Appendix IX at 691 (1975).
- (5) A. L. I. op. cit. Commentary on §110.1, at 257-260.
- (6) A. L. I. op. cit. Commentary on §110.2, at 263, 277.
- (7) *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436, 444 (1966.)
- (8) *Orozco v. Texas*, 394 U. S. 324 (1969).
- (9) A. L. I. op. cit. Note on §110.2, at 12.

(10) A. L. I. op. Cit. Commentary on §110.2, at 288.

五 一一〇条二項四号の捜検についてみてみよう。上述のアメリカ判例法の紹介でも明らかのように、捜検の対象はあくまでも相手方が所持している兇器に限られており、禁制品、証拠物については「捜索」によってしか行いえない点をまずもって確認しておく必要がある。次に、「法執行官憲が、自己の安全または現にその場に居るその他の者の安全上必要であると合理的に信ずる場合」という要件を設定しているが、これは次の意味を持つ。つまり、一方では、具体的な切迫した危険までは求めないが、他方では、全ての適法な停止に伴い当然に捜検をなすことを許したり、⁽¹⁾強盗等の一定の被疑事実のときや令状執行中のときには当然に捜検を行うことを認める見解を排したものである。また、態様の点でも、⁽²⁾①着衣外部からのパット・ダウン、⁽³⁾②それにより武器を感取した時に限りこれを点検する処分に限定している。女性の持つハンドバッグ内や車両にいる者の場合の車の小物入れなどは除外されている。⁽⁴⁾

ところで、従来、学説・判例上、捜検の規制を行うために、厳格に捜検処分の必要不可欠性、非代替性を要件とする説⁽⁵⁾、危害の具体的切迫性を要件とする説⁽⁶⁾、賭博等の風俗犯、薬物事犯、売春、通常の窃盗ではそもそも捜検を行えないとして対象罪種で限定する説⁽⁷⁾がみられた。さらに、証拠排除による救済を考える立場も有力で、これにはあくまで自己防衛目的の処分なのでかりに兇器その他の証拠物件が発見されても刑事手続上証拠とすることを一切否定する説⁽⁸⁾、対象とした兇器類を除きその他の薬物や証拠物の証拠能力を否定する説⁽⁹⁾がみられた。A・L・Iの立法案は、第一に、罪種についてはそもそも停止処分の段階で限定を加えたが、要件としては、必要不可欠性・非

代替性、危害の具体的切迫性までは求めていない。また、証拠排除の点でも、規定に従う適法で合理的な捜検であれば、兇器はもちろんだまたま薬物その他の証拠物が発見されても押収し証拠とすることができるとしている。これは、罪種の限定で濫用のおそれは防げると判断したことによる。また、証拠排除法則を導入すると、発見された薬物が当初の捜検によるのか武器発見後の逮捕に伴う捜索によるのかといった微妙な問題を生じることが配慮されたもの⁽⁹⁾である。

- (1) Cf. *United States v. Davis*, 441 F. 2d 28, at 29 (9th cir. 1971).
- (2) *Terry v. Ohio*, 392 U. S. 1, at 31 (Harlan, J., concurring, 1968); *United States v. Richardson*, 461 F. 2d 860 (3d cir. 1972); *People v. Mack*, 26 N. Y. 2d 311, 310 N. Y. 2d 292, 258 N. E. 2d 703 (1970); *People v. Moore*, 32 N. Y. 2d 67, 343 N. Y. S. 2d 107 (1973).
- (3) *Ybarra v. Illinois*, 444 U. S. 87, 26 CrL. 3017, 3020 (Burger, C. J., dissenting, 1980).
- (4) A. L. I. op. cit. Commentary on §110.2 at 278.
- (5) Schwartz, op. cit. 58 J. Crim. L. C. & P. S. at 462; *People v. Pagach*, 15 N. Y. 2d 65, 255 N. Y. S. 2d 833, 204 N. E. 2d 176, at 179 (Fuld, J., dissenting, 1964), cert. denied. 380 U. S. 936 (1965).
- (6) See, ex. *United States v. Reid*, 351 F. Supp. 714 (E. D. N. Y. 1972).
- (7) *People v. Taggart*, 20 N. Y. 2d 335, 283 N. Y. S. 2d 1, 229 N. E. 2d 581 (1967).
- (8) Note, *Selective Detention and Exclusionary Rule*, 34 U. CHI. L. REV. 158, at 166-167 (1966).
- (9) W. C. WARREN, et. al. CRIMINAL LAW AND ITS ADMINISTRATION: The Ditchley Paper, at 66-67 (1966); Amsterdam, *Perspectives on the Fourth Amendment*, 58 MINN. L. REV. 349, 437 (1974).

(9) A. L. I. op. cit. Commentary on §110. 2, at 281-282.

六 最後に、立法史的にながめてみよう。この点では、N・Y州の経験が参考となる。既に紹介したように、N・Y州の法と実務が教えているのは、警察は、一方で、徘徊、浮浪等の軽微犯罪を停止・捜検の権限の肩代わりに利用していた事実である。つまり、停止・捜検の法理を厳格にしても、右のような実体刑法規定の存在が間接的にその抜け道となってしまう⁽¹⁾のである。また、六四年の「停止・捜検法」も「合理的嫌疑」に基づく停止・捜検の権限を確認したが、それは、従来の判例法の追認にとどまり、積極的にその限界を設定する規定を含んでいなかった。このため、デイバウアー事件に至り、立法の意義は過少評価され、法律上の権限と別にコモン・ロー上の停止権の再評価、全くの任意の接触処分の肯定という手法を通じ、警察官の市民に対する接触・停止権は拡大されたのであった。かかる反省に照らすと、A・L・Iの提案は、①停止・捜検の罪種による限定、②市民に対する権利告知義務の規定、③停止期間を二〇分に限定したこと、④捜検の態様を着衣外部からのパット・ダウンに限定したことなどにより、法律そのものが停止・捜検の権限の範囲を明確に示すことを目的としたものといえる。また、市民の側の自由に対する安全装置の点でも、統一逮捕法典やN・Y州法よりもすぐれており、大統領委員会の立法の指針のラインを押し進めて条文化したものと位置づけよう。

以上のようなストップ・アンド・フリスクを巡るアメリカ社会と警察、判例法、立法の現状の理解を踏まえて、次に我が国の解釈論に移ろう。

(一) かかる問題を提起したものは、Misner, *The New Attempt Laws: Unsuspected Threat to the Fourth*

第二節 職務質問の適法性

(一) はじめに

我が国の職質・所検の問題を考えるにあたり、警職法の解釈論の前に機能的に停止と捜検の権限を与えている法規定についてみておく必要がある。アメリカでは、かかる手段として、相当の理由に基づく無令状逮捕の要件を判例上緩和する方法がみられたが、我が国では刑法法二一二条の現行犯逮捕、二一〇条の緊急逮捕がまず考えられよう。しかし、後者は、死刑又は無期もしくは長期三年以上の懲役もしくは禁錮にあたる重大事犯につきこれを犯したと疑うに足りる「充分な理由」を要すとされているし、前者でも、犯行の現認または犯行の明白性が要件とされているのであって、これらの認定を緩めることはできない。他方、立法論上、緊急逮捕の対象被疑事実を広げることとは考えられないではない。逮捕後直ちに逮捕状を請求しなければならないのであるから、ある意味では、現行犯逮捕よりも司法的チェックは嚴重ともいえるからである。ただ、アメリカでもマクナブ・マロリー原則に反して引致手続を省略する等、逮捕手続の逸脱が行なわれていた。また、何よりも、逮捕後の身柄拘束を自白追求の手段としがちな我が国の捜査風土の下では、無令状逮捕権の拡大には慎重とならざるをえまい。また、路上で大量の市民と接触する際に、やや強い停止権が必要であるという警察側の需要が正当であるとしても「逮捕」というドライステイックな手段にまで至る必要はあるまい。むしろ、かかる逮捕権が職質・所検の脱法的手段とされない注意が必

表㊦ 公務執行妨害罪の検挙件数

項目 年	認知件数	検挙件数	検挙人員
54	1,854	1,852	2,286
55	1,873	1,863	2,040
56	1,858	1,857	1,727

※各年の犯罪統計書による。

捕を行うといった運用はなされていらないように思はれる。

次に、アメリカでみられたような浮浪罪、徘徊罪、静謐紊乱罪等の軽微な秩序違反的行為を理由とする現行犯逮捕について考えてみよう。この点で、我が国軽犯罪法がかかる行為の処罰を規定している。もっとも、模範刑典二五〇条六項^②のように、「法遵守的な個人としては異常と思われる場所、時間、態様で徘徊し、うろついた者」というような包括的構成要件はみられない。しかし、四号の「生計の途がないのに、働く能力があるながら職業に就く意思を有せず、且つ、一定の住居を持たない者で諸方をうろついたもの」という規定は、ペンシルバニア州法がコモン・ローに基づいて制定したのと同様^③に、もっとも古典的な徘徊行為を処罰する趣旨に出たものであり、機

要である。この点で、序章第二節の判例群の事案が示したように、「停止要求↓逃走↓追跡↓抵抗↓実力行使・公務執行妨害現行犯逮捕↓逮捕に伴う搜索」といったよう
な事実の推移がまみられるようである。警察と市民との出会う場面では、アメリカ
におけるのと同様、そこはかなり緊張した雰囲気ができ上がり易いことは、序章第一
節でも示した通りである。この場合、相手方が職質・所検を拒む意思を表示する手段
として相手方警察官の手をふりほどこぎ、体を押し返す等のささいな行為を口実として
公務執行妨害罪で現行犯逮捕することが日常化するとすれば、これもまた前述のよう
な逮捕権の濫用として疑問視しなければならない^①。もっとも、表㊦の示す最近三ヶ年
の公務執行妨害罪の検挙件数をみる限りその数はそう多くなく、かかる形で大量的逮

能的には職質・所検に代わりうる運用の可能性がないではない。この他、次のような規定が目につく。

「五号 公共の会堂、劇場、飲食店、ダンスホールその他公共の娯楽場において、入場者に対して、又は汽車、電車、乗合自動車、船舶、飛行機その他公共の乗物の中で乗客に対して著しく粗野又は乱暴な言動で迷惑をかけた者

一四号 公務員の制止をきかずに、人声、楽器、ラジオなどの音を異常に大きく出して静穏を害し近隣に迷惑をかけた者

二二号 こじきをし、又はこじきをさせた者

二八号 他人の進路に立ちふさがって、若しくはその身边に群がって立ち退こうとせず、又は不安若しくは迷惑を覚えさせるような仕方では他人につきまとった者」

以上については、N・Y州刑法も七二二条九号、五号、七号、六号でそれぞれ相対応する規定を置いている。これらは、一種の挙動そのものを処罰するものであり、また、「粗野又は乱暴な言動」「静穏」「迷惑」「不安」等のやや不確定的な用語を用いているため、現行犯の認定上も現場警察官の合理的な判断を要するものである。また、それだけに濫用の余地も入り易い。また、所検に関連して次の二規定も目につく。

「二号 正当な理由がなくて刃物、鉄棒その他人の生命を害し、又は人の身体に重大な害を加えるのに使用されるような器具を隠して携帯していた者

三号 正当な理由がなくて合かぎ、のみ、ガラス切りその他他人の邸宅又は建物に侵入するのに使用される

表㊦ 軽犯罪法違反送致件数

項 目 規 定	54 年		55 年		56 年	
	送致件数	送致人員	送致件数	送致人員	送致件数	送致人員
軽犯罪法違反総数	4,328	4,059	4,441	4,358	4,928	4,974
2号(凶器携帯の罪)	380	329	472	407	636	566
3号(侵入具携帯の罪)	281	214	318	255	433	339
4号(浮浪の罪)	21	11	19	5	16	10
5号(粗野・乱暴罪の罪)	8	8	7	7	7	5
14号(静穏妨害の罪)	7	8	7	7	11	11
22号(こじきの罪)	7	7	10	9	8	9
28号(追隨等の罪)	391	319	379	331	325	280

神戸学院法学

※各年の犯罪統計書による。

ような器具を隠して携帯していた者」

(一七六) 一二六

差し当たり、右規定の運用の実体を知る手掛りとしては送致件数の統計があるだけだが(表㊦参照)、ここからだけでは必ずしも濫用の有無といったことはわかりにくい。ただ、構成要件の抽象性、多義性を考えれば、かかる場合に現行犯逮捕による対応を原則とするような運用は避けたほうがよいように思われる。

こうして、問題は、職質の本来の根拠規定である警職法の解釈となる。

(1) かかる問題を指摘したものとして、吉川経夫「公務執行妨害罪における職務行為」『総合判例研究叢書 刑法(5)』(昭三一)一一五頁以下参照。

(2) MODEL PENAL CODE, §250.6 (Proposed Official Draft, 1962).

(3) PA. STAT. ANN. tit. 18, §2032 (Purdon, 1945).

(二) 職務質問の適法性(一)——総論

一 最初に、警察官が行う様々な行為の権限の所在一般を考

えておこう。つまり、現在、警職法、刑法法等の個別的な法律が権限の根拠とされているが、それらに定められていない行為は行えないのか否かという問題であり、具体的には、警察法二条一項、「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ってその責務とする」という責務規定を包括的授權規定と解せないか否かが争われている。これを巡り、従来、次の諸説が主張されている。

まず、一般に警察官は公権力の行使にあたり任意手段であっても法律で定めること以外のことはしてはならないという見解（A説）⁽¹⁾がある。この説は、警察法を組織法とみなし、従って、同法二条一項を包括的な権限を定めたものと解することに反対する見解（B説）⁽²⁾とあわせて主張されることが多い。警職法は、かかる警察官の有する手段の個別規定であり、これ以上に権限の拡大は認めない趣旨である。しかし、①あらゆる任意的、事実的手段の個別的列挙は立法技術上無理であるし、②現になされている巡回連絡、警ら、犯罪の聞込み、内偵、尾行、情報収集、家出人の保護、少年補導等の業務を違法と解することになりかねない。また、③相手方の真意に基づく同意のあるときにも法律の規定なき処分（例えば、所持する鞆の開示）を違法と解するのは、権利放棄を認める法理論一般と合致しない。最後に、④警察法二条も固有の組織法としか評価しえないのかにも疑問が残る。

次に、警察法二条一項を警察官の行使する権限の根拠乃至創設規定（執行権限創設規定）とする考え方があつた。従って、警職法の定める各権限は例示列挙されているにすぎないとする。但し、この中にもニュアンスの異なる説がいくつかある。その第一は、警察法二条一項の責務を達成するのに必要で相当な場合には「即時強制」をも行うこと

が認められるとするものである(C説)⁽³⁾。むしろ、「警察権行使の条理上の限界」(警察消極目的の原則、警察責任の原則、警察公共の原則、警察比例の原則)によって適法性の枠を設定するものとしている。しかし、国民の自由と財産に対する直接的、物理的侵害行為については、憲法三一条の趣旨に照らしても、事前の個別的法律规定を要すると思はれる。そこで、第二説は、警察法二条一項を根拠として行使できる権限は、「相手方の意思に反しない程度の任意の手段たるにとどまり、相手の意に反して実力を行使するについては、直接にその手段を定めた個々の法律の条項を必要と」すると説く(D説)⁽⁴⁾。従って、「相手方の承諾の意思によってその目的を達するのであって、相手方が拒み通せばその目的を達することができない」とする。承諾がなければ許さないという厳格な意味で、任意的処分をとらえている。これに対し、第三説は、C説とD説の折衷的色彩を持つ。つまり、即時強制については法の明文を要するとしつつ、任意手段と強制手段の「中間に純粹に任意でもなく、また強制でもない中間的な段階」乃至「中間的な実力的説得の段階」を認めようとする見解である(E説)⁽⁵⁾。

さて、現行の法体系上、「国家」が刑罰権を有していることは憲法の条文上の根拠規定の有無に拘わりなく、謂はば所与の前提とされている。同時に、この刑罰権に即応する犯罪の予防・鎮圧、犯罪の捜査の権限(ここではかかる権能を「警察権」と定義する)もまた所与のものとして承認せざるをえない。「国家」が市民社会の安全と秩序を守る機関である以上、社会的逸脱行為から市民生活の平穩を守ることは「国家」の本来的任务であるからである。先に引用した通り、警察法二条は、かかる国家の警察権の本来的責務を実定法上明らかにした唯一の規定なのである。従って、これは、単に責務規定たるにとどまらず、かかる責務を実現する権限そのものをも創設したのも

と読めるものである。確かに、同法一条は、この法は「警察の組織を定めることを目的とする」と定めている。前述のB説の条文上の根拠はここにある。しかし、第一章総則は、右の固有の「組織」法とは異なる位置に置かれている。服務宣誓に関する第三条も、「組織」とは直接の関わりがない。従って、第一条の目的規定の文言のみにこだわって、第二条の意義を無にしてしまうことは相当ではなく、実のある解釈こそ必要なのではあるまいか。また、警察権限を超定法的所与性の領域から、警察法二条一項の領域に置くことで、憲法以下の人権保障規定との調和を実定法解釈として実現する土台もできあがるし、かかる調和条項として警察法二条二項を位置づけ、これに単なる訓示規定にとどまらない規範性を与えていくこともできよう。以上の意味で、警察法二条一項を警察権限創設規定と解する立場に賛成する。

ところで、現行憲法は市民の自由の保障に優先的価値を与えている。従って、警察の責務と市民の自由とが相対立する場合、つまり、市民の自由・財産を侵害し、市民に一定の義務を負わせ受忍を強いる手段が必要とされる場合、その調整は市民の代表が構成する国会の場で行わなければならない。則ち、強制処分については、手段一般の必要性・相当性を国会の場で検討して国民のコンセンサスを得た上、警察法二条と別に、侵害の要件と態様を定めた個別の法律を定めなければならない。この限度で、憲法の人権規定が、警察法二条二項を介して同一項の設定した警察権限に外在的制約を課しているのである。

他方で、任意手段については警察法二条を根拠に行うことができるといえる。但し、その場合にも、二項との関連で警察責務実現にふさわしい必要性・相当性一般が肯定されるものであることが前提とならう。

ただ、右のような解釈によれば、警職法の定めるもののうち、少くとも任意的手段（二条一項の職質、二項の任意同行など）を定める条文は、確認規定としての意義しかないことになるのだろうか。確かに、警察権の所与性と警察事象の流動性を考えれば、任意的処分について全てを法定することを求めることは無理があるが、反面、手段としての普遍性、類型性のあるものについては可能な限り個別立法で要件と範囲を定めることが望ましい。とりわけ、戦前には、不審尋問とこれに伴う所検、行政検束が濫用されていたという事実がある。そこで、警職法二条は職質、任同という手段一般については法定の要件ある場合に限り、その必要性と相当性を承認することを明らかにし、警察法二条の警察権限に対する制約規定を国会が自ら設けたのである。これが、警職法二条の意義である。⁽⁶⁾

(1) 警職法改正案研究会「警察官職務執行法改正案の検討」法律時報臨時増『治安立法』(昭三三)七六頁、下村幸雄「職務質問」井戸田侃編『判例演習講座 刑事訴訟法』(昭四七)五九頁。

(2) さしあたり、所検の根拠との関わりで、虫明満「所持品検査と違法収集証拠の排除」法政論集八〇号(昭五四)三三三頁、光藤景皎・判例評論二五一号一七九頁。なお、阪村幸男「所持品検査の法理」昭和四三年度海上保安大学校研究報告書第一部七三頁は「拡大解釈されるおそれ」のあることを指摘される。

(3) 竹島久和士『判例中心 警察権限法解説』(昭五四)二五頁、七五、七六頁。

(4) 宍戸基男・渋谷亮・小谷宏三・宮脇磊介編者『警察官権限法注解』(上)(昭五二)一九、二〇頁、警察庁長官官房編『警察法解説』(昭五三)三八、三九頁、茂田忠良「警察活動における強制手段と任意手段」警察学論集三五卷二号(昭五七)二七頁。

交通検問を適法とした最決昭五五・九・二二刑集三四卷五号二七二頁も、「警察法二条一項が『交通の取締』を警察の責務として定めていることに照らすと、交通の安全及び交通秩序の維持などに必要な警察の諸活動は、強制力を伴わない任意

めに、必要な手段を定めることを目的とする」と定めており、司法警察作用は除外する趣旨であるように読めるからである。⁽³⁾このため、職質についても、これが行政警察作用の手段であり、捜査の端緒にはなりえても、捜査の方法乃至司法警察作用とはなりえないとの理解がほぼ定着している⁽⁴⁾(峻別説としておく)。最高裁も、「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」であるとしている(最判昭五三・六・二〇刑集三二巻四号六七〇頁・判例⁽⁵⁾)。しかし、右の理解が妥当なのか再吟味してみる余地はありそうである。

確かに沿革に照らすと、警職法は、行政警察作用の手段を定めるものとする理解は正しい。ただ、他方で、警察法二条の責務規定では明らかに司法警察作用も含んでいる。戦前の警察組織は、公衆衛生、労働、建築行政、消防等末端的行政事務一切を担当していたの⁽⁶⁾に対し、戦後の警察改革の結果、犯罪の予防、鎮圧、犯罪捜査を警察責務の中核とするという警察権能の限定がなされていることに注意しておかなければならない。その意味で、警察法の責務規定に司法警察作用が含まれたことの意義は大きく、戦前に比し、その比重は相対的にかなり重いものとなったのである。警職法とは、かかる新たな警察権の執行手段を定めたものなのである。

次に、概念上、「既発犯罪の発見・探知並びに犯人と証拠の保全」に関する作用を司法警察作用乃至「捜査」とし、「未発犯罪の予防及び実行中の犯罪の鎮圧、並びにその他の不法事犯の予防・鎮圧」を行政警察作用と分別することは可能である。しかし、職質とは、序章第一節で述べたように「触手的機能」を特徴としているのである。つまり、未発、既発を問わず犯罪またはこれに関連する事象を覚知し、固有の捜査法上の処分と予防・鎮圧手段のいずれをどう用いていくのか判断していく岐路にあたるものなのである。現に、警職法二条一項は、次の四類型の

者に対し職質を許している。①何らかの犯罪を犯したと疑うに足りる相当の理由のある者、②何らかの犯罪を犯そうとしていると疑うに足りる相当の理由のある者、③既に行われた犯罪について知っていることについて知っていることと認められる者である。このうち、①③は、事柄の性質上、既、発犯罪の捜査といえる。②④は、差し当たり犯罪の予防を

表⊖ 昭57年職務質問強化月間の実績

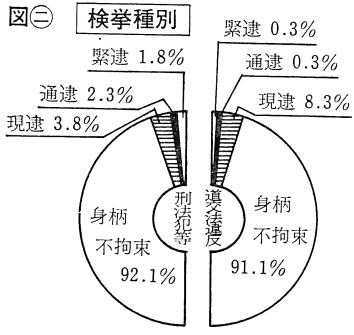
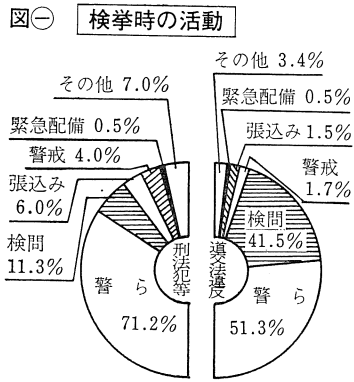
罪 種 別			検 挙 件 数 (件)	検 挙 人 員(人)	
刑	窃 盗 犯	侵 入 盗 犯	2,514 (125)	2,216 (123)	
		非侵入盗犯	40,250 (168)	40,401 (169)	
		小 計	42,764 (293)	42,617 (292)	
法 犯	凶 悪 犯	142 (21)	157 (28)		
	粗 暴 犯	2,211 (261)	2,600 (264)		
	知 能 犯	5,652 (123)	5,858 (122)		
	風 俗 犯	316 (24)	410 (24)		
	そ の 他	2,020 (67)	2,220 (67)		
	計	53,105 (789)	53,862 (797)		
	そ の 他 の 法 令 違 反	薬 物 事 犯	覚 せい 剤	662 (182)	674 (183)
			そ の 他 の 薬 物 事 犯	5,047 (12)	6,561 (13)
小 計			5,709 (194)	7,235 (196)	
交 通 法 規		24,081 (20) [22,944]	23,910 (20) [22,757]		
そ の 他		6,866 (58)	7,113 (56)		
計		36,656 (272)	38,258 (272)		
合 計			89,761 (1,061)	92,120 (1,069)	

注 ()内は、指名手配被疑者を内数で示す
[]内は、酒気帯びの検挙を外数で示す

目的とするものであり、従来はそのことのみで行政警察目的によるものと解されていた。しかし、将来発生し実行が予想される犯罪の情報収集は、当該犯罪発生後その犯人検挙の資料とする目的も含むものであり、いちがいに犯罪捜査と無関係とすることはできない。結局、職質の持つ機能と法律の要件に照らすと、主として行政警察作用ととらえることはできないのではなからうか。

また、実際の運用上職質は犯罪捜査に積極的に活用されている。この点は、すでに序章第一節表①②の統計が示すところであるが、ここで今少し補足説明をしておこう。昭和五七年の実績をみると、外勤警察官による刑法犯検挙人員は、総検挙人員の六六・八%に当たる二九五、一二二人であり、五六年に比し二四、七五一人の増加となっている。また、外勤警察官による刑法犯検挙件数のうち職務質問による検挙は、五一・四%に当たる一五四、五六一件であり、五六年に比し二六、〇〇一件増となっている。「職務質問の励行を中心とした『実のある警ら』が全国的に定着」してきているといえよう。⁽⁶⁾

さらに、警察庁は、昭和五四年から毎年全国一斉の外勤警察官による職務質問強化月間を設定しているが、五七年には一二月がこれにあてられ、この期間中だけで刑法犯の検挙は五三、一〇五件、五三、八六二人におよんでいる(詳細は表③参照)。図④は、検挙時の活動形態を示したのだが、刑法犯等についてみると、「張込み」「緊急配備」など既発犯罪に関する犯人の発見を目的とした職質、つまり、「特定犯罪検挙目的・内偵先行・犯罪捜査型」並びに「緊急配備型」のものが全体の六・五%、「パトロール型・一般的犯罪予防目的・偶然発見型」にあたる「警ら」が七一・二%となっている。図⑤は、検挙態様を示したもので、刑法犯等については検挙者の七・



問の目的は、「犯罪の予防」と「犯人の検挙」、「犯罪の捜査」のためでもあるということがはっきりいえるのである」という認識や、「職務質問とは……警察官が犯罪の捜査、犯人の逮捕、犯罪の予防等警察法第二条の責務を遂行するために必要な手段として警察官職務執行法によって与えられた権限である」という認識、「内在的に捜査目的達成のためにも利用されるべき要素」を持つとの認識などがその例である。さらに、職質を行政警察上の手段とする、峻別説に対し、次のように批判する実務家もいる。

「これは職質について規定した、警職法の性格から、観念的に考えた場合のことであり、実務上職質が犯罪捜査の手段でないと断言するわけにはいきません。

現に挙動不審者を職質して、犯人を検挙したという事例は、枚挙にいとまがないのですが、この場合、どこ

九%が逮捕されるに至っている。職質から刑事訴訟法固有の処分である逮捕へと手続が発展する場合が少なからずあることを示すものといえよう。⁽⁸⁾

この結果、犯罪捜査に於る職質の有効性・効率性に支えられて、職質自体が捜査手段そのものであるとの評価が警察実務家の間に広まっている。「現在は……職務質

までが行政警察の手段であり、どこからが司法警察の領分かは、観念的にはともかく、実務上区別することは不可能です。

また、警察官自身も、行政警察官であると同時に、司法警察官であり、その職務も行政面と司法面が、絶えず錯綜してこれを明確に区別できないのが実情です。こうした現実面から見ると、職質は犯人検挙の手段であり、捜査技術の一つだと考えてもよいでしょう。

こうした点を考慮するならば、職質とは、行政警察作用と司法警察作用乃至捜査の両性質を併有しているというのがもっとも率直な理解ではあるまいか⁽¹³⁾(差し当たり、併有説とする)。

- (1) 田中二郎『新版行政法 下Ⅱ』(昭四九)二五三頁以下。
 - (2) かかる概念区別は明治初期にはじまる。明治八年の行政警察規則一条は「行政警察ノ趣意タル人民ノ兇害ヲ予防シ、安寧ヲ保全スルニアリ」とし、同七年の司法警察規則一〇条は「司法警察ハ行政警察ヲ防ノ力及ハスシテ法律ニ背ク者アル時其犯人ヲ探索シテ之ヲ逮捕スルモノトス」と定めていた。
 - (3) 昭和二年制定の旧警察法一条一項は、「警察は、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たつることを以てその責務とする」と規定していた。
 - (4) さしずめ、田宮裕『捜査の構造』(昭四六)一一六頁。
 - (5) 例えば、昭和二年の住吉警察署「警察官署職務規程施行細則」参照(大阪府警察史編集委員会『大阪府警察史 第二巻』(昭四七)一一〇—一一三頁)。なお、内務省警保局『警務要書』(明一八)参照。
 - (6) 渡辺達哉「全国職務質問強化月間を顧りみて」保安と外勤九卷四号(昭五八)二頁。
- (7) 表①は、渡辺達哉・前掲論文三頁による。

(8) 図①②は、渡辺達哉・前掲論文四頁による。

(9) 警察実務研究会編著『職務質問』（昭四三）八頁。

(10) 福永英男編著『外勤警察』（昭四九）一六七、一六八頁。

(11) 田宮裕編著『刑事訴訟法Ⅰ』（昭五〇）九七頁（山下重信）。

(12) 網川政雄『職務質問』（昭四七）一一、一二頁。

(13) 同旨、宏戸基男他編著前掲書一〇、一一頁。他に、横田勝年「所持品検査に関する一考察」法律時報四六卷五号（昭四九）一一二頁は、「犯罪発生直後になされる警職法二条一項の職務質問および相手方の同意を根拠とする検問は犯罪捜査の一部といふべきであらう」とする。光藤景皎・判例評論二五〇号四一頁も、罪を犯したと疑われる者に対する質問は犯罪捜査の端緒をうるといふ司法警察目的のための手段とする。

三 他方、職質を行政警察上の手段とする説には、実はかなりニュアンスの差がみられる。まず、行政警察、司法警察の二概念を峻別し、行政警察作用の違法性はこれに引き続いてなされる司法警察作用従って刑事訴訟手続に継受されないとするものがある（差し当たり、違法性断絶説とする）。河上煥事は、警察法二条二項の任意同行に關連して次のように説いている。

「当該警察官の意向が同法に基づく行政取締り目的である場合には、その同行行為が客觀的に同法第二条の要件に違反し、相手方の意に反する連行であったとしても、それは単に同法第二条に違反する行政警察官の違法な職務執行にすぎないのであって、公務員職權濫用罪や公務執行妨害罪の成否に影響のありうることは別として刑事訴訟的には關係がないのではないであらうか。つまり、そのような連行行為は事実上の逮捕に該るであ

ろうが、これを刑事訴訟法上の逮捕の概念でとらえようとすることは、誤りではないであろうか。⁽¹⁾

しかし、右の説は、概念のみを先行させた形式論理であり、先述の職質の実質を見誤ったものといえる。他方、職質の「本質は行政作用」であり「捜査処分ではなく、場合により捜査の端緒たりうるだけである」としつつ、「法的規制にあたっては、どちらかという司法警察的側面から眺めかえすという態度がのぞましい」とし、事後の司法審査の可能性を残す説もある⁽²⁾（違法性継承説とする）。これは、職質の本質については違法性断絶説と同じ立場に立つ点で、行政、司法両警察作用の性質を併有していることを見逃している。また、司法審査の対象にするのが好ましいという政策、だけでは解釈論としての説得性を欠くのではなからうか。本来、司法警察作用でもあるからこそ司法審査は当然に及ぶのである。

以上に対し、「本条による質問・同行はあくまで行政目的のためだけに許されるのであって、これを犯罪捜査のために利用することがあってはならない」とする立場がある⁽³⁾。これは、戦前のように不審尋問、行政検束が自白獲得のための身柄拘束の手段として濫用された歴史と現在でも職質・任意同行に藉口して事実上身柄拘束、被疑者取調がなされることがあることに対し、反省を迫る意味を持つ。ただ、濫用をいかに防ぐかという問題と職質の本質論とは一応別途に考えておくべきであらう。併有説に立っても、以下で述べるように濫用を防ぐ手続的制約が充分に考えられるのである。ところで、これと正に逆に、行政作用としての職質により犯罪の捜査を行うことができるとする立場もでてきている。木藤検事は、前掲判例^⑨の事案で、最高裁が、「猟銃及び登山用ナイフを使用している銀行強盗という重大な犯罪が発生し犯人の検挙が緊急の警察責務とされていた状況」での職質を行政警察作用のも

のとらえていた点に着目し、行政警察目的を「犯罪の予防鎮圧」とするだけではこの最高裁の立場は理解できないとし、「職務質問等は、犯罪の予防鎮圧のみならず、過去の容疑犯罪に関する容疑の確認をも目的として行える場合がある」としている。⁽⁴⁾しかし、正に犯罪「捜査」としての実体を持つ処分まで、行政警察作用に含める必要はない。

(1) 河上和雄「任意同行をめぐる若干の問題」警察研究四二巻一号(昭四五)五〇頁。

(2) 田宮裕『捜査の構造』(昭四六)一一六、一一七頁。

(3) 半谷恭一「職務質問」『捜査法大系』(昭四七)一一頁。

(4) 木藤繁夫「職務質問に伴う所持品検査の限界」法律のひろば三一巻九号(昭五三)五〇頁。

四 では、併有説によれば関連条文はどう解釈されるのであろうか。

〔実務上、現行犯または準現行犯逮捕の直前に、事実確認の一段として職質がなされる例をまますみ見受ける。この場合、犯罪を警察官が現認した場合は格別、刑法法二二二条二項が定める要件(一号「犯人として追呼されているとき」、二号「贓物又は明らかに犯罪の用に供したと思われる兇器その他の物を所持しているとき」、三号「身体又は被服に犯罪の顕著な証跡があるとき」、四号「誰何されて逃走しようとするとき」)とは警職法二条の定める相当の理由の謂はば典型的事例を類型化したものであると解することができる。従って、現行犯または準現行犯逮捕着手前、その要件を再確認する任意的処分として職質を前置しうるのである。⁽¹⁾さて、刑法法一八九条二項、一九七条一項但書は所謂「任意捜査の原則」を明らかにしたものであるが、右の例でもわかるように、職質の要件を定めた

警職法二条一項は右任意捜査の原則に従いその一類型を定めたものであり、刑訴法一八九条二項、一九七条一項但書の具体化規定といえよう。警職法一条も、「個人の生命、身体及び財産の保護・犯罪の予防、公安の維持」という固有の行政警察目的とともに、「他の法令の執行等の職権職務」を遂行する手段を定めたものと規定しており、司法警察職員の捜査権を定めた刑訴法一八九条二項、一九七条等は正にこの「他の法令」に該当するのである。⁽²⁾かかる条文解釈からも、職質が司法警察作用であることを導けるのである。

従って、講学上職質は「捜査の端緒」という地位しか与えられていないがこれは正確ではない。任意捜査の一形態として把握されなければならない。さらに、より実質的な意義としては、以上の結果、職質に対しても刑訴法に内在する諸原則が適用されることとなる。もっとも、問題は、任意捜査の手段としてふさわしい内実のあるルールを設定する必要があるが、具体的にいかなる制約が課されるのかである。

(1) これを承認するものとして、渥美東洋・判例評論二四四号一七三頁。

(2) 実戸基男他編著・前掲書二五頁は、「ここにいう法令の中に刑事訴訟法が形式的に含まれるとしても、それは、警察官が行政目的の実現と刑事目的の実現との両者を併せてその責務として負っていることにかんがみて、訓示的に規定したものであって、本法の内容を規制するために定めたものではないと思われる」とするが、賛成できない。

(三) 職務質問の適法性(二)―各論

一 職質の適法性の判断を行う各論的諸問題の第一に、「相当な理由」の判断材料、つまり、「異常な挙動その他の周囲の事情」とはなにかという解釈問題がある。「異常な挙動」とは、不自然で奇妙な言動、服装・持ち物の不自

然さをさす。無論、この判断は「周囲の事情」と全く切りはなすことはできないが、主として当該の者の当時の挙動そのものの外見に着目して判断されなければならない。次に、「その他周囲の事情」も、基本的にはかかる挙動が確認せられた時間に限られ、空間的には、ほぼ視認しうる範囲の事情であつて、かつ、客観的にも明白な事情を指す。もっとも、通常人の普通に有している当該地域の性格は含めえよう（住宅街、繁華街、風俗営業街であるといった認識）。何故なら、当該対象者並びに一般通常人がその場で認識可能な事情を主たる判断材料としなければ、相当の理由の判断が警察官の視角からみた内心的嫌疑形成過程の合理性を意味するにとどまり、市民の行動の自由の制約を正当化しうる（従つて、一般通常人であれば得心しうる）客観的な不審事由の分析となりにくいからである。故に、「相当な理由」の判断上、「その他周囲の事情」は「異常な挙動」を補充する材料なのであつて、特に不審な挙動はなくとも「周囲の事情」のみを判断材料にし停止を許すことはできない。

この場合、問題は、警察官が当該の挙動と当時の現場の具体的事情と別に、事前にえている情報の扱いである。特に、こうした情報は警察部内のもので一般通常人のアクセスしえない性質のものが多い。例えば、①指名手配者の人相その他の特徴、②緊急手配による被疑者の特徴、③地域の犯罪情勢、つまり、新聞等で報道され一般人も一応認識しうる程度の犯罪情報は格別、特に一定期間に特定犯罪が集中し重点警ら等がなされていた場合など警察独自の評価と施策により警ら・職質の重点が定められている場合などが考えられる。アメリカでは、ニコラス事件⁽¹⁾では、③に属する麻薬取引地帯であるとの一般的知識と別に、合理性を保障するため当該被告人の行為そのものの不審な点を必要とするとしていた。もっとも、マグダ事件の地裁と控訴裁の争いにみられる通り、この点はおお争い⁽²⁾⁽³⁾

がある。また、広い意味での警察情報をどこまで考慮できるのかという点は、「合理的に判断」する主体乃至合理性の基準をどう考えるのかという問題とも絡む。

(1) United States v. Nicholas, 448 F. 2d 622 (8th Cir. 1971).

(2) United States v. Magda, 409 F. Supp. 734 (S. D. N. Y. 1976).

(3) United States v. Magda, 547 F. 2d 756 (2d Cir. 1976).

二 合理性判断の主体については次のような説明がみられる。①「この職務を行う警察官が、主観的に、独断的にそう考えただけでは不十分で、普通の社会人がその場合に臨んだら当然そう考えたであろうと思われるような客観性が必要である」とする説。⁽¹⁾②「あくまでも合理的、客観的なものでなければならぬ。すなわち、良識ある社会人(通常人)によって納得されるような判断でなければならぬのである」とする説。⁽²⁾③「一般通常人がその場に臨んで、当該警察官と同じ認識の上に立てば、彼もまた当然そう考えたであろうと思われるような客観性」とする説。⁽³⁾

①説では、警察の独自の情報と当該警察官の経験といった要素はさしあたり除外されるのではないか。これに対し、②説はそれらの材料をとり込んだ上で、当該警察官の心証形成の合理性を検証するものである。③説もこれを否定する趣旨ではあるまい。さて、アメリカでは、テリー事件が④説に立っており、⁽⁴⁾その他の判例もほぼこれに賛成するものと思はれる。従って、前述の警察情報も合理性判断の考慮事由とされている。ただ、大雑把に言えば、「パトロール型・一般的犯罪予防目的・偶然発見型」では当該被告人の現場での挙動が不審といえたか否かを厳し

く吟味しているのに対し、「緊急配備型」では相手の挙動と同時に周囲の事情を重視する傾向がある。オリサー事⁽⁶⁾件では、強盗発生地周囲で他に通行人、通過車両が見当たらないという事情をもって停止の合理性を肯定していた。謂はば、緊急性の度合いと一定の均衡をはかっているものといえようか。ただ、既に述べたように、職質の対象となる市民は、自己の置かれた法律関係、権利義務はもとより、警察官の内心的嫌疑の中味や応答を求められている範囲、応答したことが後に不利な証拠ともなりうることなどについては全く知らない状態にある。こうした不安と無知の状態を巧みに利用して必要な情報を得ている場面がないではない。従って、少くとも、嫌疑を抱く相当の理由の判断材料についても、④説のように、市民の側でも自らこれを確認しうる範囲のものに限ったほうがよいように思われる。判断主体も、良識ある社会人とすべきであろう。

ただ、判例⁽⁷⁾のように、武装銀行強盗発生直後の緊急配備中であるときには、かかる緊急性が「その他周囲の事情」に含められ、かつその比重が重くならざるをえないことも確かである。「異常な挙動」と「その他周囲の事情」とは、後者が補充的意味しかないにせよ両者を合わせた総合的判断を行わざるをえないからである。ただ、かかる場合には、併有説の帰結として、被疑者取調に近しい手続的保障を警職法二条三項に読みとることにより手当てをなすことになる。

(1) 宍戸基男他編著・前掲書三五頁。

(2) 小堀旭『外勤警察全書』（三訂版・昭四五）一三頁。なお、同「職務質問」警察学論集一三卷四号（昭三五）三一頁参照。

- (3) 中島治康『銃砲刀剣類等の取締り』(昭五四)二七七頁。
- (4) Terry v. Ohio, 392 U. S. at 21-22 (1968).
- (5) 第六章第一節(一)参照。
- (6) Officer v. Erickson, 471 F. 2d 1204, 1207 (8th Cir. 1973).
- (7) 序章第二節(六)参照。

三 職質を巡る論争のひとつの焦点は、「停止させて質問する」処分の法的性格である。とくに、停止のための実力行使の当否が問題となる。この点でも、ニュアンスの異なる諸説がみられる。その一は、即時強制説である。その根拠は、次のような点であろう。事の性質上、停止させることができなければ法本来の目的である職質ができない。また、警職法は行政警察作用の手段を定めた行政執行法等を継受しそれらにかかる停止を即時強制として認めていた。文理上六条一項でも「立入る」ことと二項の「立入ることを要求」することを区別している。また、即時強制としての避難処分を規定する四条は「避難させ」としており、「停止させ」という用語法は、これと同じく強制的処分を予定したものと読める。さらに、警察責務上の必要性も指摘されている。ただ、同じく即時強制説であつてもさらに、二つの説を区別できる。一方は、④職質に伴う停止の命令は「警察下命」権の行使とし相手方に受忍義務が生じるとし、従つて、即時強制による停止の実現を率直に認めているのに対し、⁽¹⁾裸の即時強制説⁽¹⁾とでもいえようか)、他方では、⑤次のような限定説がみられる(制限的即時強制説)。つまり、即時強制とは人の自由を実力で拘束するものであるから、社会公共の秩序維持のためやむを得ない例外的な場合にのみ認められるものである。しかし、停止・質問の許される要件は常にかかる要件、とくに急迫性の要件を備えているとはいえないとす

る。そこで、第一に、「被害者や参考人を対象とする場合には、即時強制的な手段の必要性は全くない」とする⁽²⁾。第二に、不審者職質についても、次のように制限を加えている。

「何らかの犯罪を犯した疑いが特に濃い者が、警察官に呼び止められ、これに反抗して逃走したような場合に、逮捕すなわち継続的な身柄の拘束に至らない程度の実力を行使して、その者を停止させることは、急迫性の要件を備えたものであって、強制手段を用いることに妥当性のある場合である。本条は、このように切迫した場合には、それに相応する程度の実力を用いること、すなわち強制手段をとり得ることを認めたものであると同時に、それほど切迫性のない通常の場合は、相手の意思によって停止することを求めること、すなわち任意手段を用いるべきことを定めたものと理解するのが、最も合理的であると考える」⁽³⁾。

次に、前掲一でE説として紹介した立場は、この停止についても、全くの強制とも任意ともいえない「中間的な実力的説得」としている（中間処分説乃至実力的説得⁽⁴⁾）。

以上に対し、停止も任意的処分であるとする立場がある。そのひとつは、規範的任意処分説である。則ち、『任意』とか『相手方の意思』とかいうことを、単なる心理的状态として把握しようとすれば、不合理な結果を招くことは免れないので、制度の趣旨に照らして規範的考察態度をとる必要がある」という方法論に立脚するものである⁽⁵⁾。この結果、

「相手方が質問に対し一旦拒否の態度を示したからといって質問の続行が許されなくなるわけではなく、強制にわたらない程度でこれを説得し、その翻意を求めることは当然許されるべきである……もとより、どの程度

執拗に説得をつづけることが許されるかは、『異常な挙動その他』に現われた疑いの強さ、関係ありと史料される犯罪の軽重との関連において『警察比例の原則』に従うべきこと(67)というまでもない。

右の説が、警察官の心証の程度、被疑犯罪の重大性等警察官サイドの必要性をかなり重視するのに対し、あくまで相手方の意に反した停止を許さないという純粹の任意処分説がある。もっとも、これにも二説がある。ひとつは、「相手方本人」を基準にして「相手方の帰るのを無理にとめることはゆるされない」とする説(本人意思基準説)⁽⁸⁾であり、今ひとつはそこまで割り切らずに、平均人の意思を基準としている(平均人意思基準説)。つまり、「平均人が強い心理的な圧迫を受けて、自由な意思決定が妨げられたと見うるような客観的な事情がない限りは、任意性は失われないと見るべきである」とする。⁽⁹⁾

- (1) 金子芳雄「警察下命・警察許可」『行政法講座 第六卷』(昭四一)九二頁、関根謙一「いわゆる警察上の即時強制について」警察学論集一七卷一〇号(昭三九)六三頁。
- (2) 宍戸基男他編著・前掲書三九、四〇頁。
- (3) 宍戸基男他編著・前掲書四〇頁。
- (4) 出射義男・前掲書一四八、一五二頁。
- (5) 半谷恭一「職務質問」『捜査法大系』(昭四七)一八頁。
- (6) 半谷恭一・前掲論文二〇頁。
- (7) 同旨のものとして、他に、泉山禎治「職務質問における停止の限界」司法研修所論集一九六八年三四頁、田宮裕編著『刑事訴訟法』(昭五〇)一〇二頁(山下重信)、田宮裕『刑事訴訟法入門』(三訂版・昭五七)六一頁。

(8) 熊倉武「職務質問と正当防衛」労働法律旬報一三二号(昭二八)六頁。

(9) 熊谷弘「任意同行と逮捕の限界」『捜査法大系』(昭四七)四九頁。

四さて、警職法二条三項は「身柄拘束の禁止」を規定している。また、併有説の立場からは職質とは少くとも被疑者取調と同質の処分であるといえる。これらを考えると、質問・取調を直接の目的として強制力を行使し身柄を拘束することはやはり許されないのではあるまいか。停止処分の性質を即時強制と解する説は、併有説からは処分の性質の一面のみを把えたもので妥当でない。また、条文の用語上、例えば、四条の「避難させる」と「停止させて」とは確かに同一といえるが、⁽¹⁾避難が強制的処分とされるのは、正に「危険な事態」が急迫しているのでその生命・身体をとにかく守る高度の必要性が存在しているからである。⁽²⁾職質とは急迫性の点でも処分の目的の点でも異なる。避難処分は、正に行政警察目的を達成する手段であって、司法的規制を要しないのである。

次に、中間的処分説であるが、これは、結局、制限的即時強制説か規範的任意処分説に組み込みうるものである。⁽³⁾また、一種の放任行為をかかざる場面で肯定することになるが、疑問である。反面、本人基準説に立つ純粹任意処分説は、アメリカのシュウォーツ教授と同様、⁽⁴⁾相手の全くの気ままに任せて停止・職質を中断することまで認めるものであり、語を補うと、相手方に職質中止請求の権利を与えるものともいえようか。しかし、ここまで徹底できるかという疑問がでてくる。もっとも、他方で、ともかく実力行使を許しつつ「任意」処分とする規範的任意処分説の立脚点にも問題がある。

そこで、「原則として『実力行使』も許さない⁽⁵⁾」と解するのが妥当であろう。ただ、通常の市民が路上で未知ら

ぬ者に道を尋ねたりする場合と全く同様に立去る相手に追いつたり行手をさえぎったり手足をつかんで停止を求めたりする等の行為が許されない、とまではいえまい。警察責務の必要性に鑑み、相手を説得して、停止させる場合に、少くとも右程度のアプローチは認めるのが妥当である。もっとも、相手が説得に応ぜずなお逃走した場合が問題となろう。しかし、この場合にも、緊急配備中等で犯罪終了後間がないと明らかに認められるときには、刑法二二二条二項四号「誰何されて逃走しようとするとき」にあたるものとして準現行犯逮捕を行う余地もあろう。また、「①重大な犯罪―殺人、強盗、重い傷害など―を犯したと疑われている者について、②その容疑がきわめて濃厚で、緊急逮捕も不可能ではないが、なお慎重を期するというような場合」、⁽⁶⁾刑法二一〇条の緊急逮捕着手の準備として相手を実力で停止させえないではない。こうした場合を除いては、常に停止のため実力行使を行う権限を警察に与えるよりも、様々な啓蒙活動等で市民に正しい意味での警察への協力を普段から訴えるなど今少し幅広い視野で対処する方途を考えるべきではなからうか。

以上、任意の説得を行っている⁽⁷⁾と認められる程度の言動は許されるものと解する。その判断基準は、平均人の自由な意思決定を妨げるような客観的事情または当該相手方の特殊性のため特に自由な意思決定を妨げるに至る事情の有無といえようか(任意の説得説)。

ただ、それにしても質問の前提として、何程かの実力が加わるとすれば、その後の質問もかかる強制的色彩をぬぐえないとの疑問がでてくる。とくに、即時強制説に立つときには、警職法二条三項の「答弁強要の禁止」をどう担保するかが問われよう。⁽⁸⁾

- (1) 法律の文言の点に關して即時強制説を批判するものとして、半谷恭一・前掲論文一六、一七頁。
- (2) 宍戸基男他編著・前掲書六六頁。
- (3) 宍戸基男他編著・前掲書一五、三九頁。
- (4) Schwartz, Stop and Frisk, 58 J. CRIM. L. C. & P. S. 433, 457 (1967).
- (5) 松尾浩也『刑事訴訟法(上)』(昭五四)四二頁。
- (6) 松尾浩也・前掲書四二頁。
- (7) 半谷恭一・前掲論文一七頁。
- (8) いずれの説に立つにせよ、各基準を越える侵害に対しては、抵抗しても正当とされよう。その際、これをアメリカにおける不法逮捕抵抗権と同じく、「抵抗権」の行使とする説がみられる(熊倉武・前掲論文七頁)。ただ、アメリカではコモン・ローを根拠として判例法上かかる概念が具体的事件の解決に用いられる経験を持っていた。これに比し、我が国では、「抵抗権」とは、国家と個々の市民または市民社会との間に回避不可能でその存在自体に直接的に明白な危害が及ぶ場合、採用される最後の武器という位地づけが一般ではあるまいか。少くとも、公務執行妨害罪の成否という解釈論に、「抵抗権」乃至「不法逮捕抵抗権」というドラスティックな概念を組み込みうる段階ではあるまい。かかる場合、差し当たり、市民の身体・行動の自由の侵害と捉えても足りるのではあるまいか。無論、究極的には、「抵抗権」が根底にあることまでは否定しえないが……。抵抗権一般については、樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』(昭四八)三〇四頁以下、宮沢俊義『憲法』(新版・昭四九)一三五頁以下参照。

五 職質を行政警察作用と捉える一つの帰結として、停止に關する即時強制説の他に、質問についても「答弁すべき義務」が生じるとする説がでてくる。⁽¹⁾ むしろ、刑罰や強制を加えることはできないとはしているが、法律的答

弁義務を課すこと自体が二条三項の答弁強要の禁止に反しないか疑問が残る。⁽²⁾ また、今ひとつの帰結として、職質に際し、刑法一九八条二項の黙秘権告知は不要と解されている⁽³⁾ (黙秘権告知不要説)。この点につき、少しく考えてみよう。

黙秘権の告知を不要とする理由を考えると、次のような点が指摘できる。①なによりも、職質には行政警察作用としての性質しかないとする峻別説からは、刑法法の適用や準用の余地はあるまい。⁽⁴⁾ ②規範的任意処分説に立てば、そもそも法の性質上「任意」のものである以上答弁の拒否の自由は当然のことともいえる。③然も、いまだ「捜査の端緒」にすぎない段階であり、所謂「被疑者」は存在していないともいえる。④何故なら、職質は不特定、不確定の犯罪で既発、未発を問わず対象としうるからである。

この問題を考える前に、アメリカのアレインメント前手続模範法典の思想に聞くべき点がある。⁽⁵⁾ 法典は、被疑者に対する任意の質問を協力要請権の行使として行えることを肯定するとともに、適当な時期に、応答する法律上の義務のないことを明示する処置をとる義務を警察官に課していた。また、警察署への任意出頭を求め、そこに滞留することを求めるときにはやはり事前にこれに従う法律的義務のないことを明らかにしなければならず、さらにかかる任意の取調べであっても弁護人等との面会の権利の告知をも義務づけていた。ましてや、一一〇条二項で定める「強制」的停止後の質問については黙秘権、二〇分経過後の退去権の告知を義務づけて、質問自体が供述の強要にならないようバランスをはかったのである。

我が国については、併有説に立つ以上、不要説の①の理由は承服しえない。むしろ、刑法一九八条二項は、警

職法一条一項を媒介として同二条三項の答弁の強要禁止規定の実質的中味を規定しうるのである。ただ、なお問題に残る。不要説の②③の理由づけである。確かに、刑訴法一九八条が予定している「被疑者」とは、典型的には既に発生した特定された個別的犯罪に関する嫌疑が集中した者であると解されよう（固有の被疑者）。従って、警職法の定める「何らかの犯罪」の嫌疑がある「不審者」とは一応区別しうる。しかし、犯罪が特定しているか否かは謂はば程度の差であつて、不特定だが犯罪の濃厚な嫌疑が集中した者であっても、一九八条の適用が全く除外される訳ではない。また、犯罪の特定性にしろ嫌疑の集中度にしろ、今のところ、捜査機関側の判断を基準とせざるをえない。さらに、右にいう「不審者」段階の者であっても質問のなされている態様との関わりで黙秘権保障の必要性が強い場合はありうる。固有の被疑者であれ不審者であれ、供述の不利益使用のおそれは同じだからである。従つて、少くとも刑訴法一九八条二項にいう「被疑者」とは広義概念であつて、固有の被疑者の他に不審者をも含む趣旨であると解すべきであらう。

次に、黙秘権の性質との関わりで被疑事実の不特定性の持つ意味を考えてみよう。憲法三八条一項の自己負罪拒否権は、市民一般が権利主体であつて、対象となる犯罪や蒙る不利益処分の性質（刑罰、行政罰等）に拘わりなく、負罪供述を拒否しようという実質が権利として認められているのである。歴史的には格別、現行刑訴法一九八条二項、三一条一項の黙秘権はこの憲法保障を拡大したものであつて、基本的性質は同じである。かかる黙秘権の意義は、一切の供述の拒否ができる点にある。特定の犯罪に関わるものか、不特定一般の犯罪に関わるものか、また、利益供述か不利益供述かを一切問わないのである。つまり、被疑犯罪の特定性は固有の被疑者としての地位を定め

る基準ではありえても、黙秘権の範囲を画するものではない。また、一切の供述を拒みうる以上、被疑事実の特定性は権利の性質上意味をもたない。つまり、被疑者の黙秘権とは嫌疑をうけている特定の犯罪並びに不特定の犯罪に関する一切の供述を拒むことのできる権利なのである。

最後に、告知の意義が問題となる。一九八条一項は、捜査機関は「犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる」とし、同二項は、「前項の取調に際しては」黙秘権の告知を行わなければならないと定めている。逮捕・勾留中の取調については当然告知を要するが、それ以外の場合については問題が残る。ひとつの解釈として、警察署等へ出頭を要求し、現に出頭してきて捜査機関が支配する領域内に身を置いた被疑者に限って、黙秘権を告知すれば足りると読むこともできる。従って、例えば、私服刑事が被疑者宅を訪れて取調べをするときには告知義務はないことになる。しかし、ここで、黙秘権告知の目的乃至意義をどう解するかを今一度ふり返ってみる必要がある。そのひとつは、①捜査機関が市民に対して捜査の協力を求めるという段階から特定個人に嫌疑を集中し「被疑者」と扱う段階に至り、協力的関係から相対立し合う両当事者間の謂はば闘争的關係に入ったことを宣言する点にあらう。捜査手続でも被疑者の主体性を保障しようとする当事者主義にとって右の宣言は必要不可欠である。次に、②警察署など警察の排他的管理下にある場所に一般市民が身を置くことは、例え任意出頭した場合であっても、それ自体が強圧的、威嚇的、権威的雰囲気を与えるものであり、その中で真に自由で理性的な判断と供述を期待するのは無理がある。そこで、かかる強圧的、威嚇的、権威的雰囲気により取調べ自体が強制的となり、または、相手方市民がそう受けとることを防ぐため、供述拒否権を警察官自ら

に告知せしめるのが相当であるという点も考えられよう。最後に、①刑事手続は、国家が刑罰というもつとも強力な制裁を予定して行うものであり、そのターゲットとされる市民（被疑者）は、自己の置かれている法律的地位とこれに伴う権利・義務を熟知していることが必要である。国家の側が、自由な生活領域にいる市民に対し干渉しようとするのならば、市民に対して設定した特定の法律関係、これに伴う権利・義務について説明を行う義務もまた負担しなければならぬ。かかる法律関係、説明義務一般は、警察法二条一項で創設された警察権限を規制する同二項の要求するところであるとも解しうる。刑法一九八条二項は、右の①②の点を考慮し、黙秘権告知が不可欠と考えられる被疑者取調段階について特にこの点を確認したものと見えよう。従って、以上の①②③を考えれば、黙秘権告知が警察署等への出頭後の取調べに限定されるという解釈はとりえないことになる。

ただ、右の考察に立つても、常に職質に先立って「あらかじめ答弁をこぼむことができることをしらせ」なければならぬものではない。⁽⁸⁾①一般的には、不審者としての質問の結果、特定犯罪の嫌疑が集中し固有の被疑者と考えられるに至った段階、②そうでなくとも現場での職質が通常相当と史料される時間以上に継続を要する事情（各種の照会、詳細な質問）が生じ長時間に及ぶ場合、③仮りに即時強制説並びに規範的任意処分説に立つとして、単なる言葉による説得を越えて実力を行使し停止せしめた場合、④後述のように、任意同行後派出所、駐在所または警察署にて質問を再開する場合には、「自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げなければならない」（刑法一九八条二項）と考える。⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

また、相手方が、質問に対し答える義務があるか否か等の質問をしたにも拘わらず、法律関係、説明義務を尽くさ

ずに質問を継続した場合には、警職法二条三項の「答弁強要の禁止」に反する違法な質問であったと推定されよう。

- (1) 小谷宏三「警察官の職務執行」『行政法講座 第六卷』（昭四一）一〇五頁。
- (2) 田上稜治『警察法』（増補版、昭五三）一三四頁は、「職務質問が警察強制に属することは、必ずしも明らかでない」とする。
- (3) 本位田昇「捜査の端緒」『法律実務講座 刑事編第三卷』（昭二八）五七七頁、小谷宏三・前掲論文二〇五頁、安戸基男他編著・前掲書四一頁、田上稜治・前掲書一三四頁。
- (4) 山下重信「任意同行と任意出頭（中）」『警察学論集二七卷三号（昭四九）四九、五〇頁では、基本的に峻別説・違法性断絶説に立つが、固有の被疑者に対しても警職法二条の質問ができるとする。職質と被疑者取調との区別については、「警察官の行為のいずれが主目的であったのかを客観的に判断して決めざるを得ない」としつつ、「現実には、多様な形態があり、かつ警察官自身が自らの行為そのものの認識において不明確な場合が多いので、区別のための客観性の担保にはしばしば困難を伴う」ことも認識している。そうであるにも拘わらず、職質か取調か峻別する「実益の一つは、供述拒否権告知の必要性の有無である」ことも率直に認めている。しかし、右のような現状認識のもとで理論上峻別説をとり、その実益を黙秘権不告知にみてとるということは、警察官の都合で供述拒否権告知を回避する手段として職質を濫用する危険が、論理構造上内在化されてしまっている。
- (5) 本章第一節三参照。
- (6) さしあたり、田宮裕「被告人・被疑者の黙秘権」『刑事訴訟法講座(1)』（昭三八）七二頁以下。
- (7) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法』（昭五五）四二頁。
- (8) かかる厳格な告知必要説として、熊倉武・前掲論文六頁。

(9) ⑤の場合については、どの程度を相当と考えるのについて確たる数字がある訳ではない。ほぼ一〇分間という報告もあるが(泉山楨治・前掲論文二二頁)、これを全ての場合に一般化しえまい。もっとも逆に、先のアレインメント前手続模範法典のように一律に二〇分間と定め、そう規定することで警察官がこの時間内に能率よく質問の目的を達成するように促す法政策をとることも一考には値する。

(10) 鈴木茂嗣・前掲書六五頁も本文④の場合には黙秘権の告知を要するとしている。

(四) 任意同行

一 アメリカでは、ダナウェイ事件⁽¹⁾にみられたように、停止^{ストップ}による身柄拘束後、警察署へ連行し取調べることとはできないとする説が有力である。ペイター、フォーレンバーグ⁽²⁾、ラフェーブ等⁽³⁾の学者もこれに賛成している。さて、我が国警職法二条二項は、「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」と規定している。

本条の解釈を巡り、職質後の任意同行の法的性格がまず問題となるが、先述のように、峻別説・違法性断絶説⁽⁴⁾と峻別説・違法性継承説⁽⁵⁾とが相対立している。しかし、警察官自身が主観的に任意捜査としての任意同行と警職法上の職質後の任意同行とを截然と区別していることは少いし、客観的な状況を第三者の立場から観察しても区別は困難である。反面、処分の法的性質がいずれであれ、「自由の拘束が個人にとって迷惑であることには変りがない」⁽⁶⁾。職質に関して述べたことと以上の点とを考え合わせると、職質同様、併有説に立つのが妥当ではないか。警察実務家もこれに賛同し、次のように述べている。

「警察官としては、犯罪によって生じた違法状態の除去という行政目的と、犯人の発見および証拠の収集という捜査目的の両面にわたる活動に従事しているとみるべきであって、一つの事実関係に行政上の規定と犯罪捜査に関する規定が競合的に適用されていることになり、犯罪を犯したと疑うに足りる相当の理由ある者の任意同行は、特段の事情がない限り、警職法上の任意同行と捜査方法としての任意同行が競合しているものと解される」。

(1) *Dunaway v. New York*, 442 U. S. 200 (1979). 参考として、*United States v. Jennings*, 468 F. 2d 111 (9th Cir. 1972).

(2) *Bator / Vorenberg, Arrest, Detention, Interrogation and the Right to Counsel: Basic Problems and Possible Legislative Solution*, in: *W. C. WARREN, et. al. CRIMINAL LAW AND ITS ADMINISTRATION: The Ditchley Paper*, at 66-67 (1966).

(3) *W. R. LAFAVE, 3 SEARCH & SEIZURE*, at 45 (1978).

(4) さしあたり、河上和雄「任意同行をめぐる若干の問題」警察研究四一巻一号(昭四五)五〇頁、同「任意同行の限界」研修三五六号(昭五三)五一頁。

(5) さしあたり、田宮裕『捜査の構造』(昭四六)一一六、一一七頁。

(6) 熊谷弘「任意同行と逮捕の限界」『捜査法大系一』(昭四七)五一、五二頁。

(7) 渡辺達哉「警察官職務執行法(三) 第二条第三項、第三条関係」保安と外勤六巻一〇号(昭五五)三六頁。

次に問題となるのは、任意同行を求めうる事由を法の定める本人に不利な場合と交通妨害の場合に限定するの
か否か、並びに、同行に際し一定の実力を行使しうるのか否かである。我が国の判例は、序章第二節で述べたよう

<参考図>

	実力行使しうる	本人の同意ある ときののみ
限定列举説	① 説	⊖ 説
例示列举説	⊕ 説	⊖ 説

に、この点で対立している。判例①⑨②②③④⑤は、事由を法定の二つの場合に限る限定列举説に立ち、かつ、実力行使を認めていない。他方、判例③③⑥⑦⑧は少くともある程度の実力行使は認めている。これを図式化すると参考図のように四説が考えられる。もっとも、①説の主張者は実際にはない。何故なら、まず、事柄の性質上、本人の不利益のときにも警察官の一方的判断で相手方の同意なく強制的に連行しうるとするのは、いささか疑問であるからである。従って、限定列举説に立つと、「交通妨害」のときに、派出所・警察署までの連行を実力で実現しうる場合があるのが問題となる。しかし、真に交通流が阻害されたり、そのため交通事故発生の高くなる場合には、警職法四条の避難、五条の制止処分に対処すれば足り、わざわざ派出所・警察署等まで連行する必要性が欠ける。この結果、限定列举説は同行のための実力行使を原則として否定する⊖説として主張されているのである。^①

これに対し、例示列举説は、嫌疑の濃密化による職質継続の必要性、警察官側の便宜などを考慮して合理的と考えられる場合にも、任意同行を認めるものである。田宮教授は次のように述べている。

『『本人に不利』と『交通妨害』の二つの場合しか認められないかのごとき文言になっているので、そう解するのが立法者の意思にはもっとも忠実かもしれないが、やはり、質問を遂行する手段の一環として同行が求められることを考えると、基本的には停止の場合と同様な基準によるものが正しいであろう。右のような趣旨にてらし、文言を若干拡張して、容疑が濃い場合に路上の質問では十分納得がいかないうるときも、同行を許

してよいと思われる⁽²⁾。

「質問現場では嫌疑を確認し切れないとか、警察官の生命、身体に危険が及ぶおそれがあるなど、合理的な必要性があれば適法とされるべきであろう⁽³⁾」。

同様の考え方に立ちつつ、あくまで本人の同意によることを求めるのが㊦説である⁽⁴⁾。これに対し、「停止にせよ同行にせよとも公安の維持という警察目的を遂行するために行う職務質問に密接不可分の行為であってみれば、質問遂行上必要最少の限度において、ときには、肩に手をかけ、腕を引っ張る程度の實力を行使して連行したとしてもなお適法な職務執行」とするの⁽⁵⁾が㊧説である。

さて、職質後の任意同行については、併有説からは、刑法一八九条二項、一九七条一項に定める任意捜査権の一態様と把握でき、従って、事柄の實質上、正に捜査の必要があれば同行を求めることは許されてよい。もっともそれは、警職法二条二項の「實質（拡張）解釈⁽⁶⁾」としてではなく、刑法一八九条二項、一九七条一項の競合適用の結果である。その意味では、警職法二条二項自体の解釈としては限定列举説が妥当と思はれるが、その實質的意義はあるまい。實力行使ができるか否かについては、正に任意捜査の原則と警職法二条三項の「身柄拘束の禁止」に照らせば、職質のための停止に関すると同様、任意の説得の枠を越ええないものと解する。

また、犯罪の嫌疑が多かれ少なかれ濃密化し集中、特定した場合に任意同行を認めるとすれば、その後の警察署等での質問に先立ち、被疑者取調と同じく黙秘権の告知を行うのが妥当である⁽⁷⁾⁽⁸⁾。

(1) 熊倉武・前掲論文六頁、田中八郎「公務執行妨害と職務執行法の職務の限界」警察学論集一三巻四号（昭三五）一一頁、

- 小堀旭「職務質問」警察学論集一三巻四号(昭三五)三二頁、吉川経夫「職務質問権の限界」警察研究三一巻八号(昭三五)一一〇頁、平場安治「職務質問の正当性の限界」同『刑事訴訟法の基本問題』(昭三五)一八九頁。
- (2) 田宮裕「職務質問と所持品検査」現代警察一八号(昭五四)九八頁。
- (3) 田宮裕『刑事訴訟法入門』(三訂版・昭五七)六三頁。
- (4) 宍戸基男他編著・前掲書四六、四七頁、渡辺達哉・前掲論文三六頁。
- (5) 竹島久和士『判例中心警察官権限法解説』(昭五四)九三頁。他に、熊谷弘・前掲論文四八頁、河上和雄「任意同行をめぐる若干の問題」前掲五二頁。
- (6) 田宮裕「職務質問と所持品検査」前掲九八頁。
- (7) 同旨のものとして、*People v. Morales*, 22 N. Y. 2d 55, 238 N. E. 2d 307 (1968).
- (8) なお、以上までにつき、その他の文献として、堀籠幸男「任意同行と逮捕の始期」別冊判例タイムズ『捜査と人権』(昭四八)六四頁、安倍晴彦「捜査の手段としての任意同行」法律時報四二巻二二号(昭四八)九七頁、村上健「任意捜査における有形力行使の限界」ジュリスト増刊『刑事訴訟法の争点』(昭五四)五〇頁、藤原藤一「職務質問と所持品検査」別冊判例タイムズ『刑事訴訟法の理論と実務』(昭五五)一一六頁。

第三節 所持品検査の適法性

(一) 憲法三五条、警職法二条四項、刑訴法二二〇条一項二号と所持品検査

一 職質のさい行なわれる所持品検査の適法性をどう考えるのか、これが最後の問題である。さしずめ、序章第一節、第二節で紹介した所検の実態と判例の諸事例に照らして、所検を定義すると、最広義では次の処分の段階的、

重疊的処分を指すといえる。⁽¹⁾

①所持品を外部から観察すること、②所持品に関し質問すること、③相手に所持品を開示するよう要求すること、④現に相手に開示・提示させこれを検査すること、⑤衣服・所持品の外側から手でふれて検査する行為、⑥身体に身につけている以外の鞆類、ふろしき包み等の携帯品を取上げる行為、⑦警察官自ら着衣内側やポケットに手を入れ、鞆類を開披して、所持品をとり出し検査する行為。

右の各段階中、①は通常市民間の接触に伴う当然の事実行為であるし、外観についてはプライバシーの利益もなく特に問題とする必要はない。②の質問は職質と考えられよう。③についても、なお任意の協力を求める言葉による説得行為であって、職質の一態様といえよう。⁽²⁾ もっとも、「内容呈示の要求は当然に入ってはいないのでないか」と疑義を呈する有力説もある。⁽³⁾ ④については、「相手方の迷惑にはなるが説得による明示または黙示の同意といたった態様」での所検は許されないとする説もある。⁽⁴⁾ 確かに、前述の判例⁽⁶⁾のように、事実上所検を拒みえない雰囲気の下で相手が已むなく同意の意思を示しあるいは明示的に拒絶意思を示さずに沈黙した場合にも「同意」があるとするのは問題である。しかし、少くとも説得に基づく自由な意思決定であると認定できれば、理論上やはり適法と解すべきではあるまいか。むしろ、事実上の濫用を防ぐとすれば、「相手方が、警察官の依頼を拒絶できることを十分知っていたことも必要とすべきであろう」という要件を具体的にどう担保するのかを考えたほうがより実効的ではあるまいか。

従って、固有の所検として問題となるのは、⑤⑥⑦の各段階である。

(1) 船田三雄「所持品検査」『捜査法大系』(昭四七)三六頁参照。

(2) 松尾浩也『刑事訴訟法(上)』(昭五四)四一頁。

(3) 平場安治・前掲論文一八八頁。同旨、警職法改正案研究会「警察官職務執行法改正案の検討」法律時報臨増『治安立法』(昭三三)七六頁。

(4) 横田勝年「所持品検査に関する一考察」法律時報四六卷五号(昭四九)一一四頁。

(5) 横田勝年・前掲論文一一四頁。

二 アメリカでは、修正四条上、相当の理由に基づいて発された搜索令状によるか逮捕に伴う搜索以外には、原則として「搜索(search)」は認められていない⁽¹⁾。従って、所謂^{フリグ}搜檢についても、テリー事件では修正四条の「搜索」の範疇に入るとした上で、令状主義の例外を正当化しうる根拠を当該警察官の生命・身体に害を及ぼすおそれのある兇器の発見という点に求めたのである。また、その態様も所謂^{バット・ダウン}に限定しようとした。つまり、搜檢を強制処分と率直に認めた上で、処分の目的・態様を厳しくするというのが基本的認識なのである。従って、学説・判例中も、この基本的認識に立って、次のような限定を付そうとする主張がみられたのである。つまり、①兇器以外の発見物の証拠使用の禁止、②兇器も含めて一切の証拠使用の禁止⁽²⁾、③薬物等の「所持犯」類型を被疑事実とするときに搜檢を禁ずる⁽³⁾、④搜檢の不可欠性乃至補充性の要件⁽⁴⁾、⑤現に警察官等に対する具体的脅威乃至危険を認定しうる場合に限る等⁽⁵⁾である。ただ、これに対しては、終章第一節の表①②が示す犯罪の増加、表③④⑤が示す職務執行中の警察官の受傷・死亡人員の増加が背景となつてか、兇器発見目的で許される処分の態様が広がる傾向⁽⁶⁾にあり、最高裁も自動車の適法な停止に伴う「降車命令」を一律に許すものとした⁽⁷⁾。また、右⑤のような限定に対

しても、暴力事件⁽⁸⁾、強盗⁽⁹⁾の被疑事実に基づく停止に伴って自動的に当然に捜検の権限が生じること、薬物捜索令状執行現場にいる第三者に対しても一律に捜検をなしうることを認める見解がでてきている。ただ、なおかつ、アメリカでの捜検は、あくまでも、武器の発見目的に限定されているのである。

翻って、我が国における固有の所検と憲法三五条の「搜索」との関係については、④行政目的のための作用、手段については憲法三三條、三五條の適用はないとする説⁽¹¹⁾、⑤「固有の搜索押収よりはプライバシーの侵害が少なく、緊急性があるときは令状主義の例外を認めても、憲法35條の趣旨に反するものとはいえないと解する」説⁽¹²⁾がみられる。ところで、「搜索」とは、国家机关が刑事手続上特定の市民に対する不利益処分を科するか否かを判断する資料を収集するため、本来市民の自由に委ねられている身体、住居、所持品その他の財産に対して、一定の物理的な力を若しくは人間の通常の視聽覚能力を助ける科学的な力を用いて、外観上認識しえない物または情報の発見を行う処分を指す。その際、市民の受けるプライバシー等に対する侵害の程度は、搜索の適法性の判断要素となってもその本質規定とは関わりがない。従って、前述⑥⑦の所検の態様は、当然に「搜索」概念に該当し、⑤についても、「承諾のないままこれを行うには、軽微とはいえ相手方の身体、所持品に実力を加える行為と判断される余地があるから」⁽¹³⁾、やはり「搜索」といわねばならない。次に、固有の行政手続に憲法三三條、三五條が適用されるのか否かは、行政法学の課題である。ただ、前述の峻別説・違法性断絶説も含めていえることは、所検を行政作用上の手段と位置づけ、その違法性は行政法固有の基準によるとともに行政作用の違法性は、刑事手続に何等影響がないとするならば、逆に、適法性も断絶させなければ論理が一貫しなくなるのではないかということである。具体的には、ア

アメリカの一部の学者が主張するように、犯罪の予防・鎮圧目的で所検を行い、押収した拳銃やその過程で、偶然発見された覚せい剤その他の証拠品は、一切刑事裁判の証拠として用いえないことになるはずではないか。峻別説・違法性断絶説は行政作用の適法性・違法性の質、そのものが刑事手続上の適法性・違法性の質と相容れない異質なものであることを前提にしていたはずである。論理的には、峻別説は適法性・違法性断絶説でなければならぬ。そこまで割り切れずに適法な所検の果実を証拠として用いることには反対しないとすれば、かかる処分が刑法上の証拠保全手続として適法であったか否か、従って、その限りで、憲法三五条の令状主義に反しないか否かの吟味を裁判所が事後的に行うことを承認すべきであろう。かかる限度で、憲法三五条は、所検をも規制するのである。⁽¹⁴⁾

従って、原則としては、所検も「搜索」の一態様である以上、令状を要する。ただ、令状主義の例外として認めるとすれば、相手方の「同意」があるか、⁽¹⁵⁾ 説のいう「緊急性」が認められる場合に限られよう。そこで、同意の点は格別、この「緊急性」をどのようなペースタイプで把えるかが次の問題となる。

- (1) 一般論として、cf. B. J. GEORGE, CRIMINAL PROCEDURE SOURCEBOOK, VOL. I, at 89 pp. (1976). なお、「自動車例外」については、拙稿「New York v. Belton, 101 S. Ct. 2860 (1981)——自動車内搜索の限界——」アメリカ法一九八三年一(掲載予定)参照。
- (2) 第四章第一節四参照。
- (3) People v. Taggart, 20 N. Y. 2d 335, 283 N. Y. S. 2d 1, 229 N. E. 2d 581 (1967).
- (4) People v. Pagach, 15 N. Y. 2d 65, 225 N. Y. S. 2d 833, 204 N. E. 2d 176, at 179 (Fuld, J., dissenting, 1964).

- (5) United States v. Reid, 351 F. Supp. 714, 718 (E. D. N. Y. 1972).
 - (6) 第六章第一節(三)参照。
 - (7) Pennsylvania v. Mims, 434 U. S. 106 (1977).
 - (8) Terry v. Ohio, 392 U. S. 1, 32-33 (Harlan, J., concurring, 1968).
 - (9) United States v. Richardson, 461 F. 2d 860, 863-864 (3d Cir. 1972).
 - (10) 特¹⁾ see, Ybarra v. Illinois, 444 U. S. 85, 26 CrL. 3017, 3019 (Burger, C. J. dissenting, 1979).
 - (11) 宍戸基男他編著・前掲書七五、七六頁。
 - (12) 阪村幸男・前掲論文六八頁。同旨、渥美東洋「所持品検査の基準と違法収集証拠『排除法則』の適用の基準について」(中判例タイムズ三七四号(昭五四)二二頁)。
 - (13) 大倉馨「所持品検査の際における実力の行使」警察学論集三〇巻一〇号(昭五二)八八頁。
 - (14) 小野慶二「職務質問に附随する所持品検査の適法性」警察研究五〇巻九号(昭五四)九四頁。
- 三 警職法二条四項は、「警察官は、刑事訴訟に関する法律により逮捕されている者については、その身体について凶器を所持しているかどうかを調べることができる」と規定している。右規定が、警職法上、先述⑤⑥⑦の態様の所検を根拠づけうる手掛りとなる唯一の条文である。この条文の解釈を巡り、従来、次の三説がみられる。①説は、刑法法二二〇条一項二号の定める逮捕現場での無令状の搜索処分の例外規定とし、逮捕現場では二二〇条一項二号で搜索をなしえ、それ以後は警職法二条四項により兇器の搜索だけができるとする。⁽¹⁾②説は、逮捕に際して兇器を取り上げて執行しうるのは当然のことであって、右二条四項はそのことを確認したものであるとする。ただ、他方で、刑法法二二〇条があるので、ここで予定されている所検とは着衣の外部から触れる程度のことと許される

だけであるとする。⁽²⁾ ①説は、④⑤説が二条四項の所検を、逮捕に伴う無令状搜索の一態様とし、または逮捕執行の一部と解して、司法警察作用の文脈から理解したのに対し、「本条は、本人及び他人の生命、身体、財産の安全を確保するという行政目的達成のため必要な凶器発見のための強制手段を定めたものである」とし、従って、「危険防止、自害防止という目的のために必要な範囲内で、強制的に取り上げ、保管することができる」とする。⁽³⁾

さて、刑法法二二〇条一項二号は、憲法三三条、三五条に基づき認められた令状主義の例外を具体化したものである。逮捕現場に限り、無令状の搜索・差押・検証が許される根拠としては、①逮捕現場には証拠の存在する蓋然性が高く証拠隠滅を防止する必要性が高いこと、②逮捕官憲の身体の安全を守り逮捕を確実ならしめることという国家側の利益に比し、⁽⁴⁾ ③被逮捕者はすでに身体の拘束という大なる法益侵害をうけており、少くとも被逮捕者の身体、所持品に関しては付随的な侵害にしかならないということが指摘されている。⁽⁵⁾ 従って、その範囲も、逮捕着手現場で被疑者の身体・所持品及びその直接の支配下にある場所に限定されよう。⁽⁶⁾⁽⁷⁾

とすると、①説のように逮捕行為終了後の身柄拘束中にも、当然に搜索を行えることは妥当でないし、また、かかる固有の証拠保全手続の例外を刑法法ではなく警職法で認めるのは不自然である。他方、刑法法二二〇条で身体・所持品その直接の支配下については一律に完璧な搜索が認められている以上、④説のようにパット・ダウンのみ許す趣旨と解するのは無理がある。むしろ、右の三つの根拠を検討すると、②については、刑事訴訟固有の理由というよりも、官憲の生命・身体の安全、他の不法事犯の予防・鎮圧という行政警察目的がオーバーラップしていることに気付く。そこで、この点につき、警職法二条四項は、行政警察作用の手段として右の目的達成のため、

兇器に関する強制的な検査権を与えたというのが自然な見方ではあるまいか。逮捕現場での無令状搜索は、憲法自身が令状主義の例外たる「緊急性」を肯定しているのである。そこで、一方では、刑法法二二〇条一項二号が証拠物保全のための強制権限を定め、他方では、警職法二条四項が兇器の発見に限り行政強制の権限を定めたのである。従って、⊙説が妥当と解する。同時に、右の解釈は次のことを意味している。つまり、令状主義の例外は、憲法自身を認めているような緊急性ある場合に限り、個別的な法律で権限の所在を定めてはじめて許されるということである。また、証拠物保全処分はあくまで固有の刑事手続法に従ってのみ許され、性質上行政目的達成のためだけに定められた警職法二条四項の所検を証拠保全処分には使えないということである。さらに、序章第二節(三)で紹介した警職法改正案が廃案となった経緯を加味すると、行政目的達成のため兇器を目的とする強制的な所検を認めうる一般的必要性・相当性は、逮捕執行時に限り認めるという憲法、刑法、警職法の法構造が明らかとなってくる。

- (1) 平場安治『改訂刑事訴訟法講義』(昭二九)三五六頁。
 - (2) 団藤重光『条解刑事訴訟法(上)』(昭二五)四一〇頁。
 - (3) 宍戸基男他編著・前掲書五一頁。同旨、横田勝年・前掲論文一一三頁。
 - (4) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法』(昭五五)八一、八二頁。
 - (5) 平場安治・中武靖夫・高田卓爾・鈴木茂嗣『注解刑事訴訟法 中巻』(全訂新版・昭五七)一四二、一四三頁(高田)。
 - (6) 鈴木茂嗣・前掲書八二頁。
 - (7) Cf., *Chimel v. California*, 395 U. S. 752 (1969); *Vale v. Louisiana*, 399 U. S. 30 (1970).
- (二) 警職法二条一項、警察法二条一項と所持品検査

一　そこで、以上の場合を除き、固有の所検を解釈上認める余地があるかどうか検討しよう。

固有の所検中、⑤の衣服・所持品の外側から手でふれる行為（アメリカ法でいうパット・ダウン）については、⑥⑦の態様に比して、謂はば軽微な侵害行為にすぎないと評価される余地がある。そこで、かかるパット・ダウンについては、警職法二条一項の質問を行う動作の一環として正当化しようとする説がある。則ち、

「質問は、主として、口頭によって行うものである。しかし、必ずしも口頭のみによらない。例えば、質問の相手が何らかの犯罪を犯し、又は犯そうとしている疑いのある者である場合に、その上衣のポケットが異常にふくらんでいるときには、『これは何か』『これは刃物らしいが見せてくれぬか』といいながら、ポケットの上から触ったり、ポケットを軽くたたいてみたりすることは、社会通念上質問に付随する行為として、本条の質問の内容をなすものと考えられる。しかし、更に進んでその者のポケットの中の所持品を点検することは、本条の質問の範囲外である」⁽¹⁾。

判例⁽²⁾⁽³⁾もこの立場に立つ他、松尾教授も、昭和四四年に至り、二で述べる説から、この立場に移られている。しかし、通常市民間の会話であっても、所持品を指さしてそれは何かと聞くのは格別、身体・所持品に手をふれることは、やはりプライバシー侵害といわざるをえない。「質問の内容をなすもの」という理解には無理がある。また、兇器に限るという対象物件の限定もなく、むしろ、職質に伴い、兇器、禁制品、証拠物等の一般的探索の目的で全身くまなく手でさわる行為をも予定しているように伺われるが、法の明文なくかかる幅の広い権限を肯定しうるか疑問が残る。

(1) 宍戸基男他編著・前掲書四一、四二頁。

(2) 松尾浩也『刑事訴訟法 上』(昭五四) 四一頁は、「対象者の所持品は、——疑いを解くか、逆に強めるかはいずれにもせよ——判断の有力な手がかりを与えるので、質問者はしばしばこれに関心をもち、質問の矢を向けることになる(たとえば、「そのポストン・バッグの中味は何ですか)。相手方が質問に応じない場合、着衣や携帯品の外表に軽く触れ、異常の有無を確かめることまでは、職務質問に付随する行為として、適法とみることができよう」とする。

(3) 同旨、田宮裕編著『刑事訴訟法I』(昭五〇) 一一〇、一一一頁(山下重信)、小野慶二「職務質問に付随する所持品検査の適法性」警察研究五〇巻九号(昭五四) 九三頁。

二 これに対し、兇器に限り、着衣の上からはたいて点検する所謂「捜検」^{フリスク}程度のことについては、警職法二条により正当化しうるとする説がある。もっとも、その性格付けの点で二説に分かれる。一方は、①「相手方が凶器などを所持している疑いが濃厚であるにもかかわらず、警察官の質問に対して理由なく応じないような特別の場合」に「質問」の一態様として許される」とする説である(判例^⑤)^①。しかし、捜検が質問の一態様であるというにはやや無理がある。そこで、②「警職法によって許される停止・質問を実効あらしめるために、必要不可欠の最低限の担保として要請されると思われる。……質問に随伴する行為ではないが、職務質問の暗黙の前提として、いわば警職法二条に随伴するものと考えられる」とする説が主張されている。^②

③説は、憲法三一条のデュー・プロセスにより捜査法の規制を行うという基本的立場に立ちつつ、行政作用たる職質についても「どちらかという司法警察的側面から眺めかえず」政策をのぞましいものとしている。^③そして、デュー・プロセスの要諦を「人権保障のための合理性の要求」ととらえ、「事態の緊急性、手段の必要性、態様の

相当性」を勘案して限界設定を行うという方法論に立脚している⁽⁴⁾。具体的には、テリー事件を参照しつつ、次のような合理性の枠を設定している。

「その本質は、質問者およびその周辺の者の身体の安全のための必要やむをえない緊急の行為であるから、まず、凶器を所持しているのではないかという高度の蓋然性がなければならぬし、つぎに、捜検可能なものは凶器に限られ、第三に、その範囲もとっさの反撃のため手の届く範囲、したがって主として被質問者の身体に限られる。カバンなどは一時とりあげて質問の継続中場所を移動すれば足りるのであって、中身を検閲することは許されない⁽⁵⁾⁽⁶⁾」。

(1) 同旨、松尾浩也『刑事訴訟の原理』（昭四九）一六八頁。ここでは、アメリカ法にいう「フリスク」を「着衣の上から手を触れて武器携帯の有無を確かめる行為」とした上で、「フリスクに当る程度の行為は、『社会通念上質問に付随する行為』として、職務質問の一部とみることも可能であろう。しかし、武器の取り上げ、保管については、所持者がまさに使用しようとした場合は格別として、——五条の『制止』の一方法として取り上げることができよう——相手方の承諾がなければ認め難い」とする。

(2) 田宮裕『捜査の構造』（昭四六）一一五頁。

(3) 田宮裕・前掲書一一六、一一七頁。

(4) 田宮裕・前掲書一一〇頁。

(5) 田宮裕・前掲書一一四、一一五頁。

(6) 同旨、中村憲一「検問に伴う所持品検査の法的限界」法律のひろば二五卷一号（昭四七）二六頁、三井誠「所持品検査の限界と違法収集証拠の排除（上）」ジュリスト六七九号（昭五三）四九頁。

三 右の⑥説の具体的結論には納得しうるとしても、その前提たる方法論には疑問がある。先述のように、パット・ダウンも事柄の性質上「搜索」に他ならず、憲法論としては、三五条の令状主義の例外を認めうる「緊急性」があるか否かという形で論ずべきである。また、仮りに刑事手続上の「搜索」にあたらないとし、憲法三一条を根拠として許容のための一般的条件を設定するという方法論を採用した場合でも、そこから導かれる具体的な合理性判断が常に右に引用した結論に至るといふ論理構造にはなるまい。現に、本説の主張者自身も同じ方法論のまま、後述のように、冒頭で定義した⑦の段階の所検まで認めるに至っているのである。さらに現に相手が所持している武器を用いて危害を加えようとしている急迫性・緊急性のあるときに、「とっさの反撃」に対処する目的でなされる武器の点検・取上げ行為の適法性については、銃砲・刀剣類不法所持の現行犯逮捕、公務執行妨害罪の現行犯逮捕の執行手続として位置づけうるし、また、警職法五条の「制止」の一態様ともいえる。もともと、警察官自身の生命・身体に危害が及ぼうとしているときであるから、犯人の逮捕、犯罪の制止という法本来の目的を遂行する意思なく反撃行為に出でたものであるとすれば、右の条文を援用するには無理があるかもしれない。しかしそうであっても、かかる急迫・不正の侵害に対する反撃的処置は、少くとも消極的には、正当業務行為または正当防衛として正当化される。⁽¹⁾従って、右態様の所検に限っていえば、憲法三一条に基づく方法論を俟つまでもなく、また、警職法二条の文言をはなれた解釈によらなくとも、現行法の中で対処しえよう。さらに、判例⑨のように、兇器所持の疑いが濃厚な段階で何程かの処分ができないかが問題となろう。しかしこの場合にも、警職法二条の拡張解釈によらなくとも、銃砲刀剣類所持等取締法二四条の二などで対処できるであろう。右条文は、次のように規定している。

「警察官は、銃砲刀剣類等を携帯し、又は運搬している者が、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して他人の生命又は身体に危害を及ぼすおそれがあると認められる場合において、その危害を防止するため必要があるときは、これを提出させて一時保管することができる」。

右の提出・一時保管処分も相手の任意の協力をまっけて行う任意手段であるが、右のように、対象物件を限定した上、生命・身体に危害の及ぶおそれの存在という緊急性の要件が求められていることに照らし、右の要件の有無を確認しつつつ兇器の開示・提出を説得する一態様として、兇器と覚しき異常な部位にふれることは許されよう。⁽³⁾また、兇器所持の疑いがかかり、濃厚なのであれば、同法三条一項、二二条による銃砲・刀剣類の不法所持容疑による現行犯逮捕着手の第一段階として理解することもできるであろう。

(1) 下村幸雄「職務質問」井戸田侃編『判例演習講座 刑事訴訟法』(昭四七)六一頁は、フリスクに関しても、「かりに許容される場合があるとしても、それは、職務質問が警察官の権限でありかつ義務である以上、状況によっては、自己又は他人の生命身体を守るための一種の緊急行為ないし正当行為として許される(違法性が阻却される)場合があり得るといふに過ぎないのではなからうか」とする。

(2) 穴戸基男他編著『警察官権限法注解(下)』(昭五一)四三三頁。立法の沿革につき、穴戸基男「危害防止のための警察官の調査権」警察研究三三巻五号(昭三七)三〇頁参照。

(3) 同旨、光藤景皎・判例評論二五一号一八〇頁。

四 最後に、強制的に着衣の内側、ポケットを探り、また、所持品、鞆類をとりあげて中味を点検するといった⑥⑦の態様の所検が問題となる。この問題については、従来の学説・判例上の論点を分析的に再整理することとした

い。論点としては、④条文上の根拠如何、⑤右態様の所検を正当化する実質的根拠、⑥所検の範囲を画する規制原理、並びに、⑦所検の対象物件に分けることができよう。

④の条文上の根拠についてはまず、警職法二条の質問に付、随する処分とする説がある（警職法二条説⁽¹⁾）。この説は、所検が職質と共に行なわれるという実務の実態をそのまま条文上の根拠に反映させるとともに、質問に付、随する⁽²⁾という表現により検索行為が「搜索」と区別しえないほど徹底したものとならないように限定するという含みもあるように思われる。もつとも、反面で、質問自体が任意的処分であり、これに付随する所検も任意処分であるという解釈論を展開する手掛りを得て、次に、前述の規範的任意説に立って実力行使の幅を広げるといふ手法でもある。この点につき、判例⑧は、次のように述べている。

「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、その限度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って、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されない⁽³⁾と解するのは相当でなく、搜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」。

しかしながら、確かに、先述のように所持品の呈示を要求し、または所謂バット・ダウンを行う程度までは付随という用語でまかなえないではない。それゆえ、なお「任意」的処分と解することも無理ではない。しかし、判例⑨

のように、任意同行後、警察署内で警察官の排他的管理化において被告人のボーリングバッグを開披するといった態様については、最早、職質に付随する任意処分という通常の用語法を大きくはみ出してしまふ。そこで、この点を補うために、警察法二条一項の警察職務規定を補充的にその根拠条文とし(警察法二条説)、さらに刑法三五条の正当業務行為としても正当化されうるとする説(刑法三五条説^②、警察法二条、警職法を含む「法秩序全体の精神」を根拠とする説^③)最後に、憲法三一条で正当化しようとする説(憲法三一条説^④)などが登場してくるのである。しかし、刑法三五条は、当該行為が消極的に違法阻却事由にあたるか否かの判断の基準ではあるが、積極的に特定の警察権限を創設するものとはいえない。同じく、憲法三一条の適正手続条項についても、市民の人権を侵害するにいたり、その実体的要件並びに手続の適正であることを要求するにとどまり、ここから警察権限そのものの創設を讀みとることは無理ではあるまいか。むしろ、「法秩序全体の精神」を根拠に事実上強制的に相手方の意に反してまでも所検を行えるとするのは妥当ではなく、あくまでも特定の条文による根拠付けを要する。また、警職法二条一項は質問を認めているにとどまる。従って、条文上の根拠として考えうるのは、警察法二条一項の警察職務規定であろう。もっとも、本条は、第二節(二)で述べたように、強制処分までカバーするものではないし、また、手段一般の必要性乃至相当性の吟味も必要となってくる。これらの点につき、他の論点とも絡めてもう少し検討してみよう。

(1) さしあたり、判例^⑤参照。

(2) 船田三雄・前掲論文によると、所検の「積極的な根拠規定は警職法二条に求めるべきである」が、その適法性判断は、「行為の正当性の判断であるから、警察法二条を含む全法律秩序に照らしこれを判断すべきものであって(刑法三五条)、

この意味においては、警察法二条も職務質問ないし所持品検査の消極的な法的根拠となりうるということができよう」とし(二九頁)、それゆえ、許容性の限界については、警職法二条一項の解釈で認められる所検の限界と「同条項による許容の限界を超えた場合に、なお警察法二条、刑法三五条等により、警察官の職務行為として正当と評価される場合がありうるか否かの問題」があるという理論構成をとっている(四四頁)。

(3) さしあたり、判例⑩。他に、大倉馨・前掲論文九二、九三、九六頁。

(4) 田宮裕『捜査の構造』(昭四六)一二〇頁、同「職務質問と所持品検査」現代警察一八号(昭五四)一〇二頁。

五 所検の実質的根拠として従来指摘されているのは次の諸要素である。⁽¹⁾

①比較衡量による社会的相当性を指摘するものとして、判例⑨がある。被告人から四メートルはなれておかれたバッグの開披行為につき、「問題になっている容疑事実の重大性と危険性、実力行使の態様と程度、これによって侵害される法益と保護されるべき利益との権衡等からみて、警察法、警職法を含む法秩序全体の精神に反しない、社会的にも妥当性の肯定される行為」としている。

②また、その前提として、被侵害法益が軽微であるとの評価もある。判例⑩は、これを、「何らバッグを損壊することなく、単にそのチャックを開き、内容をそのままの状態を外から一見した行為」という説明で表わし(同旨、判例⑨)、判例⑩は、包装紙で包んだ箱の開示につき、次のように述べている。

「本件包装物のように開披しても原状回復が比較的容易であるとか、開披によってその物の本質的効用が害されないと予想される場合には、警察官が自ら所持品を開披することも、職務質問に付随する実力的措置として許されるものといえることができる」。

③他面で、積極的な根拠付けとしては、「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」と指摘されている(判例⑦)。

かかる所検の適法性の限界を画する規制原理については、条文上の根拠をいずれに求める説であっても、所検の必要性、緊急性、態様の相当性並びに被侵害法益との権衡を指摘するのが一般である⁽³⁾。その代表として、判例⑧は、警職法二条説に立ちつつ、次のような原則を設定している。

「所持品について搜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、搜索に至らない程度の行為であっ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って、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、これによっ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」。

ただ、かかる規制原理に立ちつつも、そこに思考方法の差がないではない。判例⑨をはじめ、憲法三二条説を除く各説では、右の規制原理そのものの条文上の根拠は指摘されていない。警職法二条説に立つなら、これらは、「この法律に規定する手段は、前項の目的のため必要な最小の限度において用いるべきものであって、いやくもその濫用にわたるようなことがあってはならない」とする警職法一条二項の解釈として、また、警察法二条一項を根拠とするのであれば、「その責務の遂行に当っては、不偏不党且つ公平中正を旨とし、いやくも日本国憲法の保障する個人の権利及び自由の干渉にわたる等その権限を濫用することがあってはならない」とする同二項の解釈

として導き出されるはずである。しかし、実際には、この点を意識した判例・学説は見当たらない。その奥底には、職質・所検は行政警察作用であるので、その限界設定は、従来、警察権の条理上の限界として、観念されてきた警察目的の原則、警察公共の原則、警察責任の原則、警察比例の原則という内在的制約原理によるという認識が読みとれないではない。⁽³⁾ このため、どちらかといえば行政の合目的性が優先し易いと同時に、市民の人権との非妥協的な利益対立という認識を欠落しがちになる。判例が比較的早くから冒頭⑥⑦の態様の所検を適法とした背景は、この辺にあるとも思われる。これに対し、憲法三一条説は、問題を人権論として設定しているといえる。つまり、市民の身体の自由、財産の安全と犯罪の予防、鎮圧、捜査を目的とする警察権という二つの異質な利益が、相衝突し合う場面であるという問題の設定をしているわけである。この結果、憲法三一条説は、当初は危害が具体的に切迫しているときに兇器に限定して所検を許すという立場に立っていた。⁽⁴⁾ もっとも、その後、ややこれを緩和している。⁽⁵⁾ 則ち、覚せい剤事件の多発する地域で警察官が検問中、職質に及んだ被告人二人がやくざ風で顔色等から覚せい剤中毒の疑いを持ち、所持する紙袋とショルダーバッグに覚せい剤が隠されている可能性があるかと判断し、派出所へ任意同行後、所持品の提示要求を拒否されたので、紙袋をのぞくと注射器チリ紙が見え、さらに丁度その時、覚せい剤中毒者二名が逃走したとの連絡が入り、人相がその二人と似ていたので、ショルダーバッグの鍵をこじあけて覚せい剤を発見したという設例につき、次のように解説している。

「覚せい剤不法所持の容疑はかなり濃厚で、逃亡の危険もあり、所持品の提示をことわり続けた事情などを考えると、紙袋をつかんで中をのぞく程度のことは、フリスクに類する行為として相当性を欠くとはいえないで

あろう。これに対して、シヨルダーバッグのチャックをこじあけた行為は、原状回復の不可能なプライバシー侵害行為であり、むしろ搜索と区別しがたいので、判例によっても違法ということになろう。

このように、判例よりも適法性の範囲を狭めたバランシングが行なわれている点、また、兇器に限定する立場から範囲をやや広げる立場へ移るのに一〇年余りかかっている点については、右に述べた人権論としての問題設定の結果、より慎重な配慮が必要とされてきたからであるといえようか。もっとも、兇器に限定する立場から寛せい剤を採すための所検をも正当とした修正⁽⁶⁾は、少なからぬ意味を持つ。この点が、最後の論点である所検の対象物件の問題とも関わってくる。

- (1) この点の整理については、光藤景皎・判例評論二五一号一八〇、一八一頁を参照した。
- (2) より詳細な分析として、臼井滋夫「所持品検査の適法性の限界」研修三一三三号(昭四九)六一頁。
- (3) 警察権の条理上の限界論の批判として、奥平康弘「警察権の限界」『行政法講座 第六卷』(昭四一)六七頁参照。
- (4) 田宮裕『捜査の構造』(昭四六)一一四、一一五頁。
- (5) 田宮裕「職務質問と所持品検査」現代警察一八号(昭五四)一〇二頁。
- (6) もっとも、右の修正は、「警職法の実質的解釈のわく内」のものとして(二〇二頁)に従って、憲法三一条によるバランシングそれ自体の問題ではないことになる。とすると、警職法二条の拡大解釈で許容される所検とそれをこえてもなお憲法三一条で許される所検の範囲があることを意味することになるのであろうか。また、憲法三一条のバランシングとしては、相手が現に兇器を用いて危害を加えようとしたときに限り所検を行えるとする結論と右の警職法二条の解釈とはどのように整合するのであろうか。

(7) 他に、田宮裕「刑事訴訟における判例の機能——所持品検査の判例を素材に——」鴨古稀記念論文集『刑事裁判の理

論』(昭五四)六五頁参照。

六 従来の所検の実態と判例の事案に照らすと、所検の対象物件としては、①銃砲・刀剣等の兵器、②覚せい剤等の禁制品、③証拠物一般に分けられる。判例・学説上指摘されている所検の必要性の要件については、右の対象物件との関わりで具体的に論ずる必要がある。これは、警察法二条一項を根拠として所検を認める一般的必要性、相当性があるのかという問題でもある。

まず、証拠物の発見という固有の犯罪捜査を目的とする冒頭⑥⑦の態様の所検を認められるだろうか。判例で問題となっているバッグ開披行為等の処分は、それが刑事裁判の証拠保全を目的とするものであるとすれば、正しく、「捜索」行為に他ならない。しかし、現行憲法・刑訴法上証拠物の強制的保全処分については令状主義が厳しく貫かれており、逮捕に関して認められている令状の緊急執行(刑訴法二〇一条二項、七三条三項)、緊急逮捕(刑訴法二一〇条)など緊急性と被疑事実の重大性を勘案した令状主義の例外は、捜索・押収に関しては認められていない。ただ、憲法三三条、三五条で逮捕に伴う無令状の捜索・押収が唯一の例外とされているにとどまる(刑訴法二二〇条一項二号)。つまり、そこには、逮捕処分につき、令状の緊急執行、緊急逮捕を認めて令状主義をやや緩めこれに伴う限度で捜索・押収処分を許し、犯罪捜査の便宜に譲歩するとともに、これをこの限度にとどめるという価値判断が示されているといえるのである。従って、警察法、警職法など刑訴法以外の法律の解釈により、刑訴法固有の証拠物の「捜索」権限を拡大し令状なしに行なえることは、右の価値判断に反して「緊急捜索」権限を創設することとなるので認められない。覚せい剤等の禁制品についても、後に、刑事裁判の証拠として使用され

表⊖ 銃砲刀剣類所持等取締法違反の送致件数・人員、押収物件数

項 目		年		
		昭 54	昭 55	昭 56
総 数	送 致 件 数	11,121	10,309	10,164
	送 致 人 員	7,198	6,859	6,713
	押収物件数	10,467	9,904	9,650
けん銃等・ 獵銃の所持 違反	送 致 件 数	1,394	1,313	1,294
	送 致 人 員	1,042	1,023	1,046
	押収物件数	1,171	1,165	1,143
その他の銃 砲刀剣類の 所持違反	送 致 件 数	1,914	1,728	1,663
	送 致 人 員	1,183	1,119	1,086
	押収物件数	2,140	1,868	1,841
刃物の携帯 違反	送 致 件 数	4,339	4,082	4,532
	送 致 人 員	2,561	2,537	2,783
	押収物件数	4,413	4,134	4,562

※各年の犯罪統計書による。

る限りは右に述べたことがあてはまる。

最後に、兇器を対象とする所検については、
 ①将来の犯罪の予防、②現場にいる警察官その他周囲の者の生命・身体の安全の保護という行政警察目的に照らし、正当化する余地がなくはない。アメリカでテリー事件がフリスクの権限を認めたひとつの理由として、右②の点が考慮されていた。従って、我が国でも、警職法二条四項の趣旨を拡大し、職質に伴う一般的な兇器捜検の権限を認めえないであろうか。しかし、我が国では、アメリカと異なり、拳銃等の銃砲・刀剣類は所持が一律に禁止されており、現実にも、一部の暴力団関係者を除き、一般市民が拳銃を日常的に身近に置いていることはない。表⊖が示すように、拳銃等の不法所持犯の送致件数・人員、押収

表㊦ 全国警察官の職務上の死傷数㊦

年次 項目	23		24		25		26	
	死亡	負傷	死亡	負傷	死亡	負傷	死亡	負傷
現行犯人及び被疑者逮捕のため	4	34	0	70	4	53	0	34
暴行者、発狂者等の取押えのため	4	15	0	5	0	17	0	28
囚人、被告人、被疑者の押送又は同行中	1	5	0	5	0	5	0	5
風水害、火災、震災等の予防警戒中	1	14	0	16	0	7	0	15
人命救助のため	0	1	0	1	0	1	0	2
演習中	1	217	0	214	2	344	2	612
その他	13	124	0	138	6	157	9	112
合計	24	410	8	449	12	584	11	808
警察官現在員数 (各年12月31日現在)	29,845		30,032		29,901		42,799	

神戸学院法学

※国家地方警察本部総務部企画課『国家地方警察統計書』（昭23～26年）による（但し、皇宮警察を除く）。

物件数はやや減っている。もっとも、職質・所検の数、職質・所検で拳銃・猟銃・刃物等を見発するに至った数との対比でこの表に示された絶対数を評価する統計資料はない。ただ、この表の数字程度では、職質に伴い一般的に、兇器の見発を目的として冒頭⑥⑦の態様の所検を行う権限を解釈によってまでも創設しなければならぬ緊迫した状況にあると納得させうるものとも思えない。

他方、職質中、相手方が兇器等をとり出して反抗し警察官が死亡または受傷するのを防ぐという正当化理由に関連して、かかる殉職・受傷事故数を統計的にみてみよう。表㊦は、

表② 全国警察官の職務上の死傷数①

年次	職務区分	職務上の死傷数													現在員数 (4月1日付)			
		捜査	逮捕	護送、同行	保護	職務質問	警ら	災害警備	治安警備	雑踏警備	交通整理	交通事故	交配見分	人命救助		教育訓練	その他	計
昭45年度	警察庁員	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
	道府県員	0	0	0	0	0	1	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	43
	警察職員	4	2	0	0	0	0	1	2	0	12	2	2	15	3	15	44	176,730
	計	354	350	242	173	159	409	58	1,672	34	423	191	15	6,810	1,225	12,115	44	178,606
昭46年度	警察庁員	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
	道府県員	0	4	0	0	0	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	63
	警察職員	8	2	1	1	0	3	2	7	0	6	1	1	2	15	15	48	180,236
	計	367	285	131	187	142	396	43	3,414	33	484	175	14	6,195	1,415	13,281	49	182,118
昭47年度	警察庁員	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
	道府県員	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	77
	警察職員	7	3	0	0	0	4	1	0	0	5	5	1	3	16	16	45	184,322
	計	309	298	100	194	161	372	42	804	41	517	106	26	6,179	1,399	10,548	46	186,209

※警察庁『警察統計書』(昭45~47年)による。

※※45年の職務質問中の傷病数11件は交通事故が原因である。46、47年については、この点は不明。

昭和二三年から二六年までの警察官の職務上の死傷数を示している。分類項目に「職質中」というものはないが「現行犯人及び被疑者逮捕のため」「暴行者、発狂者等の取押えのため」という項目の数字が、職務の性質上、職質中の死傷数を含むのではないかと推測される。そこで、この両者の数字をプラスすると、殉職者については、昭和二三年八名、二四年〇名、二五年四名、二六年〇名(年平均三名)、負傷者では、それぞれ四九名、七五名、七〇名、六二名(年平均六四名)という結果が得られる。その後、昭和四五年から四七年にかけての数字をみると(表⑤参照)、職質質問に際しての殉職者は一名もおらず、受傷者は、四五年に一五九名、四六年に一四二名、四七年に一六一名(年平均一五四名)であった。警察官の現在員数の増大などを考えると、昭和二〇年代に比し、職質をとりまく執務現場がことさら危険なものとなっている情況(従って、市民と警察官との「接触」が異常に緊張している情況)を伺わせるものはないように思われる。

職質・所検の主たる担い手は、外勤警察官であり、既に序章第一節の表③④でも示したように、外勤警察官による職質を端緒とする刑法犯検挙件数は著しく増加している上、重大事件の犯人を職質により発見するなど、その有効性は大いに高くなってきている。そこで、かかる外勤警察官に焦点をあてて、殉職数をみてみると、表④のようになる。ここでも、外勤警察官の殉職数が全警察職員の殉職数よりも多いとはいえても、昭和二〇年代と比し、その数字に顕著な増大はみられない。受傷情況に関する表⑥をみてわかるように、やはり職質が生命・身体に危害を及ぼすおそれが類型的にみて、特に高い処分であるとはいえないように思われる。⁽¹⁾

以上のような統計が物語るのは、職質中相手方の兇器等により警察官が死亡・受傷する例はないではないが、そ

表㊦ 殉職状況（昭和46年～昭和56年3月31日現在）

年別	原因 件数・人員 區別	犯人の凶器による		交通事故による		教育・訓練による		病気・過労等による		その他		計	
		件数	人員	件数	人員	件数	人員	件数	人員	件数	人員	件数	人員
		昭和46	全警察職員	3	5	18	18	3	3	3	3	6	6
	外勤警察官	3	5	12	12	2	2	1	1	3	3	21	23
47	全警察職員	3	4	19	20	2	2	8	8	5	5	37	39
	外勤警察官	1	1	9	9	0	0	2	2	3	3	15	15
48	全警察職員	2	2	14	14	5	5	2	2	4	4	27	27
	外勤警察官	2	2	5	5	1	1	0	0	3	3	11	11
49	全警察職員	5	6	10	10	0	0	0	0	1	1	16	17
	外勤警察官	1	1	5	5	0	0	0	0	1	1	7	7
50	全警察職員	1	1	13	15	1	1	3	3	0	0	18	20
	外勤警察官	0	0	6	7	0	0	0	0	0	0	6	7
51	全警察職員	2	2	12	12	1	1	5	5	2	3	22	23
	外勤警察官	2	2	8	8	0	0	1	1	2	3	13	14
52	全警察職員	1	1	8	8	2	2	1	1	2	2	14	14
	外勤警察官	0	0	7	7	0	0	0	0	1	1	8	8
53	全警察職員	1	1	6	6	1	1	2	2	1	1	11	11
	外勤警察官	0	0	3	3	0	0	0	0	1	1	4	4
54	全警察職員	3	4	9	9	2	2	0	0	1	1	15	16
	外勤警察官	2	3	5	5	1	1	0	0	0	0	8	9
55	全警察職員	2	2	6	6	3	3	2	2	0	0	13	13
	外勤警察官	0	0	4	4	1	1	0	0	0	0	5	5
56	全警察職員	0	0	1	1	1	1	0	0	0	0	2	2
	外勤警察官	0	0	1	1	0	0	0	0	0	0	1	1
計	全警察職員(A)	23	28	116	119	21	21	26	26	22	23	208	217
	外勤警察官(B)	11	14	65	66	5	5	4	4	14	15	99	104
比率% $\left(\frac{(B)}{(A)} \times 100\right)$		47.8	50.0	56.0	55.5	23.8	23.8	15.4	15.4	63.6	65.2	47.6	47.9

※出典，最上孝雄「外勤警察官の受傷事故防止について」保安と外勤7巻10号（昭56）16頁。

表㊦ 年度別外勤警察官の凶器等による受傷状況

項目	内容年度別	昭和52	53	54	55	計	項目別の割合
	勤務別	派出所	5	6	7	7	25
駐在所		0	0	3	0	3	6.8
パトカー		5	2	4	2	13	29.5
その他		3	0	0	0	3	6.8
勤務状況	被疑者逮捕(同行)の際	6	3	6	0	15	24.1
	職務質問中	2	0	2	0	4	9.1
	酔払い・精神病患者等保護取扱中	2	4	4	5	15	34.1
	その他	3	1	2	4	10	22.7
凶器別	刃物類	7	5	8	3	23	52.3
	銃砲類	1	0	1	0	2	4.5
	棒(木刀・鉄棒・警棒)類	3	1	1	1	6	13.6
	その他	2	2	4	5	13	29.5
負傷程度	1週間未満	2	0	6	5	13	22.0
	1週間以上2週間未満	10	4	0	5	19	32.2
	2週間以上3週間未満	4	0	1	0	5	8.5
	3週間以上	3	4	11	4	22	37.3

神戸学院法学

(三三四) 一八四

※出典, 最上・前掲論文17頁。

それはそうシリアスなものといえず、プロフェッショナルとしての警察官が教養訓練の一部として行う各種格闘技並びに逮捕術の習熟・向上によって対処すれば足り、敢えて、解釈により職質に伴い兇器探索を行う一般的権限を創設するまでの必要はないということではなからうか。このように考えるならば、条文上の根拠をいずれに求めるのであれ、かかる所検の、一般的・類型的な必要性・相当性はないということにならう。⁽²⁾

(1) 関連文献として、小早川政雄「警察官の武器使用」警察学論集二六卷八号(昭四八)四七頁、管原信紀「外勤警察官の受傷事故事例からみた逮捕術的考察」警察学論集二三卷三号(昭五四)一〇六頁。

(2) なお、拙稿「所持品検査と証拠排除」ジュリスト七六八号(昭五七)一八九頁参照。

(三) ま と め

以上のように、所検の定義中、⑥⑦の態様については、事柄の性質上、警察法二条一項により権限が与えられないか否かを吟味するのが筋であろう。同時に、右条項が強制的処分をカバーするものではなく(形式的理由)、また、(二)六で示した統計などに鑑み手段一般の広義の必要性・相当性を欠くため(実質的理由)、原則として許容されないというのがさしあたりの結論である。

また、仮りにここまで徹底することなく、相手方の意に反した実力による所検を認めるのであれば、利益侵害を受ける市民の権利に対する一定の手続的・安全装置がなければならぬ。

銃砲刀剣類所持等取締法二四条の二第三項、同二四条第三項によると、一時保管のための提出を求めるに先立ち、「警察官は……その身分を示す証明書を携帯し、これを提示しなければならない」とされている。身分証明書提示

を義務づけることで、責任の所在を明らかにし、相手方市民との無用な緊張を回避することを目的としている。職質を行う際にかかる義務を課す明文規定はないが、警察官たる身分が客観的に明らかであることは職務執行の前提である。従って、第一に、右二四条三項の条文は、兇器発見を目的とした所検に至る前には当然に適用される。また、第二に、職質に際しても準用すべきではないか。これは、先にふれた警察法二条二項に基づく法律関係説明義務を尽くす不可欠の処置ともいえよう。

⑥⑦の態様の所検の結果、兇器、覚せい剤、証拠物等を発見し差押えた場合、事の性質上、明文によらずして無令状の搜索・差押と等しい処分を行ったのであるから、緊急逮捕後の処置を定めた刑法二一〇条に準じ、直ちに搜索・差押令状の発付を請求する義務を課して、市民が右手統の適法性につき速やかに司法的審査を受ける機会を保障しなければならない。

判例⑨は、裁判所が事後的に見て緊急逮捕を行える要件があつた時点で、所検としては違法な探索行為がなされていても、逮捕に伴う搜索として正当化されるといふ法理を認めている。しかし、警察官は法律の専門家たるべき地位にあり、殊に市民の自由を侵害する逮捕等の処分に関わる法律関係についてはこれを熟知していることが期待されている。職質を行う相当の理由の判断上、警察官の経験とその合理的判断が基準とされるのも、かかる専門性があるからに他ならない。従って、法律素養に欠ける市民が犯すような手統的過誤は、警察官の場合には、重大な過失か悪意による場合でもなければ予想しにくい。また、不利益を蒙る市民の側としては、裁判所の事後的判断を俟たなければ自己の置かれた法律関係は不明確のまま放置されてしまう。然も、そうした不明確な法律関係を利用

して重大な人権侵害が行なわれるのである。さらに、所検として違法と判断される段階で市民の側が一定の抵抗を行った場合、その時点では違法な公務に対するものであり公務執行妨害罪にあたらないが、事後的には公務執行妨害罪として処罰しようという奇妙な法律関係を生む。市民と警察官との「接触」場面は、現場で法律関係を明確にしておく必要がある。裁判所の事後判断で捜査機関の犯した手続的瑕疵を治ゆることは、違法な所検を野放しにするに等しい。違法捜査の抑止のためにも、さらに捜査機関の違法を追認することで司法の無瑕性を害さないためにも、かかる法理は相当であるまい。

さしあたり、以上のような手当てを用意するの でなければ、市民の意に反して実力を行使し所検を行うことは許されないのではあるまいか。⁽¹⁾

(1) その他の文献として、河上和雄「違法収集証拠の証拠能力」研修三六四号(昭五三)六五頁、山中俊夫「職務質問と所持品検査の限界」判例評論二四一号(昭五四)一六七頁、大國仁「所持品検査」ジュリスト増刊『刑事訴訟法の争点』(昭五四)五六頁、垣花豊順「職務質問に伴う所持品検査」別冊判例タイムズ『刑事訴訟法の理論と実務』(昭五五)二二六頁、河上和雄「職務質問の実施をめぐる若干の問題」捜査研究三〇巻一二号(昭五六)二頁、棚町祥吉「所持品検査を違法として押収物の証拠能力を否定した一審判決が破棄された事例」法律のひろば三五巻二号(昭五七)四〇頁。

あとがき

比較法研究には、一定の法理論の拠って立つ各国固有の法的伝統を理解するという困難な課題がつきまとう。アメリカの捜査法の理解には、それを担う警察の質の認識が必要になってくる。本稿で紹介したアメリカ警察史は、

かかる認識をより深めていくための大枠を設定したにとどまる。さらに多面的な検討が必要であろう。

そうした比較法研究の成果を我が国の解釈論に生かす作業にも困難がつきまとう。法文化、法制度、法律の違いを踏まえて、我が国に一定の法解釈を輸入するにはそれなりの「橋わたし」がいるからである。本稿も、この「橋わたし」の構築をめざしつつ、なお不十分な成果にとどまった。また、その作業のひとつである我国の警察史、とくに、外勤警察史の概観は他の機会に譲らざるをえない。

職質・所検の適法性の限界に関する解釈論については、思考過程ではアメリカ法の議論をかなり参照したものの、比較法研究に基づく実りある解釈論の呈示には至っていない。また、その結論そのものについても、なお再考の余地なしとしない。さらに、違法な職質、任意同行、所検がなされたときに、どのような救済方法が妥当かも今後考えていかなければならない。とまれ、それらは、将来の研究に期したい。

なお、本稿作成にあたり、昭和五七年度並びに五八年度文部省科学研究費（奨励研究(A)）の助成を受けた。

(完)