

# 行政警察活動と犯罪の事前捜査（上）

加藤 康 榮

はじめに

## I 本稿の課題

- 1 行政・司法警察区分要否論と事前捜査積極説からの区分不要説の是非問題
- 2 行政・司法警察区分の経緯とその内容の整理

## II 行政・司法警察区分の歴史

- 1 戦前の警察活動と刑事手続
- 2 黎明期の近代的警察制度と警察活動
- 3 大陸法系における警察活動の区分状況
- 4 小括

## III 行政・司法警察区分要否論の検討

行政警察活動と犯罪の事前捜査（上）（加藤）

- 1 行政・司法警察区分不要説の台頭
- 2 行政・司法警察区分不要説の概観
- 3 行政・司法警察区分不要説の問題点とその検討
- 4 憲法と行政手続に関する判例と学説の検討
- 5 行政・司法警察区分必要説の論拠
- 6 行政・司法警察区分論に関する判例
- 7 小括

（以上、（上）―本号）

#### IV 犯罪の事前捜査、特に事前強制捜査の可否

- 1 事前捜査可否論と行政・司法警察区分必要論との関連性
- 2 事前捜査の可否論
- 3 事前捜査に関する判例・裁判例
- 4 事前捜査に関連する現行法上の規定
- 5 いわゆる「共謀罪」の新設と事前捜査

#### V 管見の整序

- 1 行政・司法警察区分必要論と事前捜査可否論との基本的関係性の有無・再構成
- 2 行政・司法警察の区分論再構成の必要性
- 3 「犯罪」と「捜査」の新しい概念構成
- 4 犯罪の事前強制捜査の要件提示と立法化論

#### VI おわりに

（以上、（下）―次号）

## はじめに

警察の活動（作用）は、その目的・機能等の違いとその由来もあって、行政警察活動と司法警察（捜査）活動とに区分されている。行政警察活動は、固有の目的を個人の権利・自由の保護を含む公共の安全と秩序の維持・回復に置き、なかならず、防犯、すなわち、犯罪の予防・鎮圧を図ることをその中核とする。これに対し、司法警察活動は、主として犯罪の訴追・処罰の準備としての捜査を目的とする。そして、捜査に関しては、従来から犯罪発生の前後で担任領域を区分することとされてきたところ、通信傍受を検証令状で実施することに関連して、犯罪の事前捜査（犯罪発生前の捜査）、特にその強制捜査も許されるのではないかということが議論されてきた。その後、通信傍受に関しては特別法が制定されたが、事前捜査全体としては依然としてこの議論は残ることから、本稿では改めて各見解を整理し、これに立法化を視野に検討を加えようとするものである。

捜査は、既発の犯罪（現に発生した犯罪）の事後捜査が通常である。ところが、ここで「犯罪の事前捜査」とは、未だ犯罪が発生していない段階において、その発生（未遂・既遂）が予測される場合に、これに対する犯罪の事前の捜査、特に逮捕を除く搜索差押・検証令状の発付を得る事前の強制捜査についての可否問題を指す。この問題の対象となる場合、従来は、予備罪・陰謀罪・共謀罪が認められた各時点での更なる将来の実行予測犯罪に対する令状発付の場合と、その他覚せい剤等の禁制品の密輸事件のように、飛行機や船舶に搭乗した時点で当該犯罪の着手（それで終われば未遂罪の成立）を認めて、既遂に向けての将来の実行予測犯罪に対する令状発付の場合とがその議論の核となっていた。しかし、本稿ではこれら類型のほか、特に特定の犯罪が一般的に辿る未だ計画・共謀状態にあって、実行に

着手する前段階にあるときでも、将来現実に実行される蓋然性の下に、当該犯罪に対して未着手時点での令状の準備と、場合によっては未発生段階での令状の執行までをも認めるといふ態様の事前捜査の可否問題を視野に検討しようとするものである。

## I 本稿の課題

### 1 行政・司法警察区分要否論と事前捜査積極説からの区分不要説の是非問題

警察の作用からの行政・司法警察区分の要否と近時の事前捜査の必要性からの区分融合の是非問題がある。

警察の活動（作用）は、個人の権利・自由の保護を含む公共の安全と秩序の維持に当たることを目的とし、その実現のために国民に対し命令・強制等の公権力を行使することを内容とするものである。そして、従来からその職務の目的内容に応じて行政警察と司法警察とに区分してその活動内容・範囲が論じられてきたところ（警察作用の二元論）、犯罪に関しては行政警察が犯罪の予防・鎮圧を、司法警察が既発犯罪の捜査をそれぞれ目的とする活動として扱われてきた。しかし、これは戦後新たに制定された警察法（昭和二十九年六月八日法一六二号公布。同法二条一項では「警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当たることをもつてその責務とする。」と規定する。）、及び現行刑事訴訟法下においても戦前からの前記作用区分を引き継ぐ考え方であった。

ところが、近時はこのような活動における行政警察・司法警察の区分論に対しては、区分不要説が当初、主として警察実務家から議論されるようになった。一方、現実の捜査手法も、従来のおとり捜査（将来の犯罪を対象とすること

となる薬物犯罪等への企図・親和者に対する誘引捜査である。)のほか、コントロール・デリバリー、テレビカメラによる犯罪監視、薬物犯罪等捜査に対する検証令状による通信傍受及びその法制化への発展などの例が見られる。そして、更には将来発生する蓋然性の高い未発生の犯罪に対する事前対策が、一般的な行政警察活動として行われるだけでなく、進んで捜査対象として、それも任意捜査に止まらず、その対象への搜索・差押え・検証等の強制捜査を行う必要性・有効性が議論されるところまでに至っている。

この事前捜査の可否問題は、捜査を行うのが警察官(一般司法警察職員)だけでなく、薬物犯罪を取り締まることを専務として、権限上は一般的な行政警察活動としては関わらない麻薬取締官等の特別司法警察職員も含まれ(麻薬及び向精神薬取締法五四条五項等)、また、検察官も第二次捜査機関として捜査権限を有するものであることから、その可否問題は権限上も捜査の適否を左右する極めて重要な論点となっている。

## 2 行政・司法警察区分の経緯とその内容の整理

そこで、これまでの行政・司法警察区分論の議論の経緯と内容を整理し、犯罪の事前捜査、特に事前強制捜査の可否問題について、これを容認することへの人権侵害の危険性等を憂慮する見解などを分析した上で、自説の展開を試みることにした。

この犯罪の事前捜査の問題に対しては、従来から行政・司法警察の区分必要説からは消極に解し、区分不要説からは積極に解する基本的なトレンドにあった。私は、その区分は依然として重要であり必要なものと考え、他の多くの区分必要説の論者とは違って、犯罪の事前捜査は闇雲に消極とは考えず、むしろ理論的には強制捜査も含めてその許容範囲を限定した上での実施の限りにおいては、肯定することができるものと考えられるものである。しかし、その

被疑事実・捜査手段の特定性や実施上の困難性、あるいは人権侵害の危険性の回避等の隘路があることは否めない。

そこで、令状主義の前提となる刑訴法一九七条一項但書が規定する強制処分法定主義の法意思にも立ち返って、通信傍受法（犯罪捜査のための通信傍受に関する法律）制定の経緯同様、現行法の解釈でできる通常の事前捜査の範囲を超えるか、あるいはその実施に相当の疑義が残る場合の対象事例については、可及的速やかに段階的立法を経てその犯罪対象や要件等を限定しての立法化を図ることが必要であることを提言するものである。

なお、政府は組織犯罪処罰法（組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律）の一部改正として、組織的な一定の重大犯罪に係る共謀罪の処罰規定を新設する法案を提出しているが（一旦廃案となっているが、再提出を図っている）、これも犯罪の事前捜査に関わる問題点と関連することから、併せて本稿での検討対象とする。

## Ⅱ 行政・司法警察区分の歴史

### 1 戦前の警察活動と刑事手続

まず、戦前の司法警察活動と刑事手続の流れを概観するに、戦前の警察官が行う司法警察活動は、検事の補助役としての位置付けであったが、その所属する内務省は、固有の警察行政のほか内務及び地方行政に関する広範にして強大な行政権限を有するメガ官庁であった。

そして、活動実態は、国体の変革・私有財産制度を否認する結社の取締りを目的とする治安維持法下において、行政警察活動の一環として治安取締りが強化され、行政執行法に基づく公安を害するおそれのある人物に対する予防検束（身柄の拘束）や、違警罪即決例に基づく警察署長の即決処分権限による各警察署たらい回しとなる身柄拘束の継

続など、これが権限濫用の歴史を残すところとなった。また、戦前までの検事（現行刑事訴訟法上は、新たに副検事制度が制定されたことに伴い検事と副検事を総称して「検察官」との呼称となる。）は、判事（裁判官）と同じく司法官として裁判所検事局に属し、検事・判事（裁判官）共に司法省に属して司法大臣の監督下にあった。

我が国の明治以降の刑事手続は、当初はフランスから招聘<sup>しょうへい</sup>したボアソナード・パリ大学教授の下でナポレオン法典に倣って起草された治罪法に始まる（明治一三年（一八八〇年）太政官布告三七号で公布、二年後に施行）。そして、治罪法施行までは、明治五年以降、司法省職制章程並検事職制章程、断獄則例、検事職制章程並司法警察規則、糺問判事職務仮規則等が相次いで制定されて刑事手続が運用されていた。それが、明治二二年（一八八九年）二月一日に大日本帝国憲法（いわゆる明治憲法）が公布されたことに伴い、その翌年には旧々刑事訴訟法（明治一三年法九六号のいわゆる明治刑訴法）がドイツ刑訴法的な改正も加えて新たに制定された。しかし、同法は基本的には治罪法を承継する刑事手続法であった。ところが、その後はドイツ刑訴法を基に内容を改めて旧刑事訴訟法（大正一一年（一九二二年）法七五号のいわゆる大正刑訴法）が制定され、二年後の一月一日から施行されるに至った。<sup>(1)</sup>

## 2 黎明期の近代的警察制度と警察活動

次に、我が国の刑事手続法の変遷の下での近代的警察制度の始まりと行政・司法警察の区分の流れを概観する。

我が国の近代的警察制度は、全国の警察事務を統括する組織として、警保寮職制が布かれたことが始まりとなる。当初、司法省所管下で司法省警保寮職制として明治五年（一八七二年）一〇月太政官布告一七号で公布された（なお、翌六年一二月に警察・地方行政その他内務行政を所管する内務省が設置されたことに伴い、その翌七年一月にこの警保寮職制は司法省から内務省へ移管された。）。この警保寮の任務は、「国中ヲ安静ナラシメ人民ノ健康ヲ保護スル為ニシテ、其安静健

康ヲ妨クル者ヲ豫防スルニアリ」として、行政警察事務を権限事項とする部署と定められた（明治七年一月制定の警保寮事務章程一条。なお、警保寮は以後警視局を経て明治一四年から警保局として変遷改編）。その後、行政警察と司法警察の活動（作用）は両者職域が一時混交する時期もあったが、やがて一貫して警察活動は行政警察と司法警察とに区分されるに至っている。すなわち、検事職制章程並司法警察規則（明治七年一月太政官達一四号）によつて、犯人探索・逮捕等の犯罪捜査権限は、司法警察活動に属するものとして、各府県の司法警察吏が、検事（予審制度の下で検事が司法官として捜査の実質主宰者になる。）を補助し、検事の指揮の下で犯罪捜査に従事することとして定められていた（司法警察規則四条、一〇条。以後もこの活動法制は、治罪法六〇条、明治・旧々刑訴法四六条・四七条、大正・旧刑訴法二四八条・二四九条へと引き継がれていった）。また、行政警察については、明治八年三月の太政官達二九号になる行政警察規則において、人民の凶害を予防し安寧を保全する行政警察作用のみが警察の固有事務とされた（一条）。また、司法警察との関係につき「行政警察豫防ノ力及ハシテ法律ニ背クモノアルトキハ其ノ犯人ヲ探索逮捕シルハ司法警察ノ任務トス」と規定していた（四条）。そして、警察官の職務において、司法警察と行政警察の両職務が相互牽連しつつも基本職務の各区域が当然あることも「司法警察ノ職務ト行政警察ノ職務トハ互ニ相牽連スルヲ以一人ニテ其二箇ノ職務ヲ行フ者アリト雖モ基本務ニ於テハ判然区域アリトス」と規定して確認されている（司法警察規則一条）。要すれば、行政警察事務が警察固有の事務であること、司法警察の活動は刑事手続の補助的活動で間接的には社会秩序の維持確保に資するものの、警察作用（行政警察）とは本質を異にすること、しかし、政策的制度上、警察官が司法警察事務を扱う司法警察吏との身分を兼ね、同じく内務大臣の任免監督下にあることに変わりはなかった。この点については、フランスの歴史同様、我が国の警察においても司法の補助として、そして、兼担の形態においても司法警



察を警察組織に取り込む政策を採ったことについては、「司法的な強制権限を留保しようとする行政権拡張の政治的意図がかくされていた」とする指摘もあながち的外れとも言えないように思われる。<sup>②</sup>

### 3 大陸法系における警察活動の区分状況

ここで、我が国が戦前まで依拠したフランスやドイツの大陸法系の刑事手続における警察活動を概観する。

大陸法系の刑事手続は、フランスにおいて革命を経て一七九〇年八月一六―二四日法により、行政権と司法権の権力分立がなされたことに由来するとされている。そして、一七九五年制定の法典でもその警察作用は目的・機能の違いに従って、行政警察（公共の秩序維持―犯罪の予防）と司法警察（犯罪捜査）に区分された。

その区分は、一八〇八年の治罪法制定の際に廃止されたが、その後も理論上区分が維持され、それが一九五一年判例を契機に判例法として定着するに至り、その後フランス刑法に引き継がれていった。その司法警察活動では、警察吏が犯罪を捜査しその証拠を収集して犯人を裁判所に引き渡す。したがって、治安裁判所・予審判事はいずれもこの司法作用を行使することとされている。そして、両警察作用のうち特にその違法手続の救済手続に関して、行政警察活動上のものであれば行政裁判所へ、司法警察活動上のものであれば司法裁判所へ訴えるという裁判管轄の結び付きの違いにこれが顕れて、伝統的にこの行政・司法警察区分の意義が保持されてきたとされ、この区分はドイツ等にも採用されていた。ただ、英米法系では、そもそも行政・司法警察という区別概念自体がないものである。<sup>③</sup>

### 4 小括

如上のように、戦前までの我が国の警察作用は、警察官が幅広い権限を有する内務省に所属し、行政警察の職務は警察固有の権限である一方、司法警察としての活動は検事の指揮を受けその補助者としての任務であったことから、

両警察作用の目的・性質・機能の違い、執行主体・根拠法の違いをもつて、行政警察と司法警察の職務区分は必然的であり、その区分の意義があつたものである。

### Ⅲ 行政・司法警察区分要否論の検討

#### 1 行政・司法警察区分不要説の台頭

戦後警察制度は、GHQ（アメリカを中心とする連合軍総司令部）の指令によつて内務省が解体され、そこで残された固有の警察行政組織は終戦直後の昭和二二年（一九四七年）制定時の警察法（旧法）では、前文において「国民に属する民主的権威の組織を確立する」との目的を掲げ、地方分権のアメリカ法に倣つて国家地方警察と自治体警察組織併存の組織構造とした。しかし、これが昭和二九年（一九五四年）全面改正されて現行警察法が誕生し、内閣総理大臣の所轄下に国の公安に係る警察運営をつかさどる国家公安委員会（委員長は国務大臣）を置き、これに国家警察の組織とする警察庁を設置して管理することとした。そして、全国都道府県単位で知事所轄の下で都道府県公安委員会が管理する警察本部を置いて、これを警察庁が統括（指揮監督）する中央集権型の全国的警察組織として編成替えを遂げ、「民主警察」を標榜して発展を続け、今や「刑事手続の警察化」との新しい問題が指摘されるほどまでに成熟している。

また、日本国憲法の制定に伴い司法権が立法権・行政権と並んで独立（三権分立）し、検事も行政権の一部として現在の法務省（旧司法省から法務庁、法務府と組織変遷を経て一九五二年に現在の法務省となる。）に特別の機関の「検察庁」が置かれてこれに属するところとなつた。<sup>4</sup>そして、それまで検事の補助役であつた警察官の捜査権限は、行政警察と

並んで警察独自の責務として創設されたことから（警察法二条一項）、現行刑事訴訟法上、捜査権限が検事から独立し第一次捜査機関として、「司法警察職員」という位置付けとなり、その権限と規制の下で刑事手続の最前線において独立して活動する地位が与えられるところとなった（刑訴法一八九条二項、一九九条等）。

このように、戦後の司法権の独立や検察官・警察官の地位の変革等の司法・警察等制度の改革により、警察作用を従来通り行政警察と司法警察とに区分することの実益がなくなっているのではないかとして、区分の意義が問い直され、行政・司法警察区分の不要説が台頭し始めた<sup>⑤</sup>。

## 2 行政・司法警察区分不要説の概観

(1) 警察作用の検討と行政・司法警察の区分不要説を概観する。

警察作用は、本来、個人の権利・自由の保護を含む公共の安全と秩序の維持・回復を目的として、その実現のために国民に対して公権力を行使するという行政作用である。この警察作用の概念においては、「司法警察」に対置せられる「行政警察」こそ、固有の「警察概念」になるものである。捜査は、行政法規ではない刑事手続を規律する刑事訴訟法に基づく活動、すなわち、刑事司法に従属する作用である以上、その呼称が「司法警察」であっても、「行政警察」を本務とする警察活動とは概念を異にする。しかし、同じ行政機関になる警察官に両者を兼務させるとき、「司法警察」という呼称でもってこれを「行政警察」と区別する必要性がなお存すべきものであろうかという疑義も残る。

他方、戦前における警察では、この公共の安全と秩序の維持・回復という目的の中には、他の行政と関係なく警察独自で行われる固有の保安警察（選挙・風俗・出入国に関する警察等）だけでなく、これに狭義の行政警察として交通・

公衆衛生・食品・医薬品・産業・経済・労働分野等々の活動対象を広く包含させていたところ、戦後は内務省の解体に伴って、現行警察法を制定し二条一項により、保安・交通分野だけは残して、他の分野の規制や取締り対象のこれら公共の安全と秩序維持等に関する事項は、第一次的には各行政機関の管掌として従来の警察権限を非集中化（分散）させている。ただ、これら他の行政機関に第一次的に管掌させた事項も、警察の責務に関連性があることから、直接の各担任機関と一体的にその関連行政を警察においても担わせることとしたものである。しかし、その一方で、警察法二条一項において、本来的には警察作用ではない捜査に関しても警察の責務として明記することで、従来の「司法警察」としての（補助的）捜査権限も、警察の独立に伴って警察官の管掌事項として明確化した<sup>6</sup>。この点を捉えれば、現行の警察法（二条一項）自体が保安・交通・捜査の責務を渾然一体として規定することで、行政警察・司法警察の区分を殊更行っていないとして、これが行政・司法警察の区分不要説を支持する有力な根拠ともなし得よう。

(2) この区分不要説の主要な論拠としては、次の四説が挙げられる。

①説は、行政・司法警察の各責務が一体として広義の公安の維持の実現が図られるからとか、捜査自体に刑罰権発動という司法目的と同時に犯罪の予防・鎮圧としての公共の安全と秩序維持という行政目的が包含されているなどとする実質論になる。②説は、現行憲法下では、警察が行う作用はすべて「行政」であるとの形式的論拠から、同じ警察作用中、公共の安全と秩序維持を目的とする警察作用は警職法が、また、刑事裁判のための警察作用は主に刑訴法がそれぞれ規律するという事に過ぎず、結局、両者とも行政作用（広義）であることに変わりはないとする、いわば形式的な行政手続一元論になる。次に、③説は、両概念そのものから具体的な法的効果を導くべきではなく、さらに権限濫用の具体的認定をする上では区分が決定的な意味を持たず、その区分には実質的意義がないとして、区分不

要説を導く。その指摘事項は多岐にわたるが、その一例として、憲法第三章（国民の権利及び義務）中の三二条（法定手続の保障）以下が、刑事手続に関する規定であると解することで、行政警察概念を維持させようとすることは許されないなどとも指摘する。そして、④説は、犯罪の取り締まりに関し、その発生が未然か既然（既発）かで区別することの不合理性を指摘し、事前捜査積極説からする区分不要説である。<sup>（一）</sup>

### 3 行政・司法警察区分不要説の問題点とその検討

(1) そこで、区分不要説の問題点をまず概括的に検討する。

戦後は警察官の行う捜査権限が検事（検察官）から独立して第一次捜査機関の位置付けとなったこと、現行警察法二条一項が規定する警察官の責務の中では、捜査権限も他の行政目的のためにする警察作用と区別することなく両者並列的・一体的に警察の責務としたこと、警察官が属する組織は行政機関であるから、その権限行使も行政作用として一元的に捉えるべきとする見解も形式論理的には言えないわけではないこと、捜査が刑罰権発動の司法目的になるとしても、行政警察も犯罪の予防・鎮圧に関わるもので両者は目的に表裏一体の関係にあり、また、警察の現場でもそのような運用を行っているのが実際ではないかということ、先進諸国では犯罪者の犯行前に捜査の開始がなされる「プロアクティブ」（事前捜査）の実施も既に定着化しつつあり、我が国でも一定の重大犯罪を対象にしての通信傍受法の制定もなされるなどして、現に行政・司法警察の区分自体がボーダレス化している状況にあること、などからすれば行政・司法警察の区分不要説にも一定の理由があることは否めないものと言えよう。

(2) しかし、区分不要説①②に対しては、以下のような問題点が指摘されよう。

まず、①説の実質論である。この見解は、両者の目的の一体的な実現過程に着目する捉え方であり、戦前からあつ

たものであるところ、それは前述した通り、かえって行政警察活動の名において身柄拘束など権限濫用に繋がる反省すべき人権侵害の歴史を残したことに留意すべきである。また、その目的実現過程では相互に目的に適う効果を及ぼし合う場合があるとしても、それは当該目的に対する実現活動ではなく、いわば一方の活動の反射効と言えるものに過ぎないものである。例えば、重大事件が相次いで発生する状況にあって、その刑事手続を履践する中で犯人が逮捕され刑罰権が発動されるに至ったことにより、秩序が回復され社会不安が払拭される効果をもたらしたとしても、司法警察の目的実現のための犯人逮捕の捜査過程は刑事手続の中で行われるものであって、公共の安全と秩序維持という行政警察の目的（作用）とは厳格に区別されるべきものである。両者の目的が、表裏一体的に効果をもたらし合う関係にある場合があるとして、そのこと故に両者の区分を曖昧にすることは妥当でないと言うべきである。

次に、②説の行政手続一元論である。ところが、警察官が捜査を行ってもそれは司法作用を直接実現するものではないのであるから、いかに検事の補助から独立して権限行使ができるようになったとしても、それは警察組織という行政機関内での職務として明確化されただけである。しかも、その捜査権限の行使も、依然として検察官の指揮を受け（刑訴法一九三条・一九四条）、刑事訴訟法の規定を厳守して行わなければならないから、両者の区分不要説の論拠としては決定的でないと見えよう。それに行政法理論では、行政警察作用とは公共の安全と秩序維持等のために、一般統治権に基づき私人に命令・強制し、その身体・財産等に制限を加える行政作用一般のことであるから、それは警察法にいう警察組織が行う活動のみに限定されるわけでもなく、法律の根拠を以てその活動を現に担う機関である以上、行政機関の如何を問うものではないとするのが伝統的解釈である。<sup>8)</sup>それは、警察官が行う捜査（司法警察活動）も、司法作用の補助行為として担うものであって、警察固有の権限、すなわち行政警察とは法律上の性質・地位を異にす

るものである。したがって、同じ警察官が行政警察権限を行使するとともに、いわば一人二役で場合により司法作用の補助行為である司法警察にも従事する権限を有するに過ぎないものと捉えるべきである。<sup>9)</sup>

してみれば、司法警察も警察が責務の中で管掌するという意義以上のものはなく、両者を同じ行政作用（広義）であるとして、行政・司法警察の区分を認めず一括りに捉えようとする行政手続一元論になる②説は、両者の本質的な法的性質の違いを軽視するものであり、しかもその勢い口に規制の緩やかな行政警察概念で統合する流れを導くおそれもあると言えよう。もとより、裁判所の作用中も、司法作用は「裁判」だけである。例えば、司法権が行う裁判官の人事等の作用は司法「行政」であるし、裁判長が法廷の秩序維持のために行使する「法廷警察権」も、裁判権に付随する司法「行政作用」と一般に解されている（刑訴法二八八条二項後段、裁判所法七一条・七一条の二・七二条）、あるいは、行政機関が司法警察として司法作用の補助行為に従事するのは、各行政機関になる特別司法警察職員の場合も同じく当てはまるものである。また、この行政手続一元論では、警察官の捜査手続過程での処分行為に対する救済手続はその手続内での不服申し立てで対応されるべきものとする、刑訴法四三〇条一項・二項の準抗告の規定（同条三項は、「前二項の請求については、行政事件訴訟に関する法令の規定は、これを適用しない」と規定する。）の本旨をも曖昧にし兼ねない危険にも繋がる論と言うべきでもあろう。<sup>10)</sup>

(3) 区分の実質的意義を否定する③説は、アプローチが別異になる。

その一例として、憲法三一条以下の適用対象が基本的に刑事手続であるとの解釈を前提にして、区分必要説の論者が行政警察の作用は行政手続であるからとの理由によって、その活動を憲法の適用外として活用しようとする底意を警戒する。この点は、「行政調査手続と捜査の関係」の論点になる。行政調査の類型は、一つには、行政法規違反の

嫌疑を前提に調査を開始する手続であつて、その調査対象が同時に犯罪に該当するとしても、あくまでもその調査手続の目的は犯罪捜査とは無関係とする。その場合、強制調査権限を定めた法律には、「その権限が犯罪捜査のために認められたものと解してはならない。」との目的規定を置く（所得税法三三四条二項、薬事法六九条四項、金融商品取引法一九〇条二項等）。二つには、犯則調査である。これは法律上、後に刑事手続へ移行することを前提に構成された行政手続である（国税犯則取締法一八条、金融商品取引法二二六条等）。そして、三つには、犯罪の予防・鎮圧目的の行政警察における手続としての監視カメラの設置等（警察法二条、警職法二条）や、より捜査に発展する場合が多い手続として、不審者に対する職務質問とそれに付随する所持品検査、任意同行（警職法二条）、あるいは保護（同法三条）、犯罪の予防・制止等（同法五条等）がある。これら行政手続と犯罪捜査の区別自体は、法律上は明確に謳われているが、行政調査活動はしばしば捜査の端緒となる上、犯罪が判明すれば調査手続で得られた資料等の捜査における活用の可否問題が顕れる。犯罪捜査よりも規制の緩い行政手続で獲得された証拠資料等を、刑事手続においてフリーで活用できるとすれば、より厳格な刑事手続の潜脱行為の危険性ははらみ、憲法三一条、三五条、三八条一項との関係で問題点が指摘される。

#### 4 憲法と行政手続に関する判例と学説の検討

(1) ③説については、項を分けて行政手続の憲法三一条以下適用の是非問題等について、判例の流れを概観する<sup>11</sup>。

##### ①最大決昭四四・一二・三（刑集二三卷二二号一五二五頁）

国税犯則取締法二条により収税官吏がした差押処分に対する不服申立て事件に対して、判旨は、その差押手続が刑事手続ではなく一種の行政手続であるとした上、同申立ては、「行政事件訴訟法に定める訴訟の方法によるべきで



あつて、刑訴法四三〇条の準抗告の規定を準用すべきではない。」として、収税官吏の差押手続の刑事手続性を否定し、適用区分を判示したものである。すなわち、「国税犯則事件の調査手続は、刑訴法上の捜査手続と類似するところがあり、また、犯則事件は、告発によつて被疑事件に移行し、さらに告発前に得られた資料は、被疑事件の捜査において利用されるものである等の点において、犯則事件の調査手続と被疑事件の捜査手続とはたがいに関連するところがある。」としたものの、「しかし、現行法制上、国税犯則事件調査手続の性質は、一種の行政手続であつて、刑事手続（司法手続）ではないと解すべきである。」と判示した。

② 最大判昭四七・一一・二二（刑集二六卷九号五五四頁）——川崎民商事件

判旨は、憲法三五条一項は、本来、主として刑事責任追及の手続における強制について、それが司法権による事前の抑制下におかれるべきことを保障した趣旨であるが、収税官吏による所得税に関する調査につき、当該手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手続における一切の強制が、当然に憲法三五条一項の保障の枠外にあると判断することは相当でないこと、旧所得税法六三条、七〇条一〇号に規定する検査は、あらかじめ裁判官の発する令状によることをその一般的要件としないからといって、憲法三五条の法意に反するものではないこと、憲法三八条一項の保障は、純然たる刑事手続以外においても、実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続には、ひとしく及ぶものと解するのが相当であることなどを判示したものであつた。この判決は、一見しては明快ではなく、「収税官吏の検査は、もつぱら、所得税の公平確実な賦課徴収のために必要な資料を収集することを目的とする手続ではない」こと、「強制的態様もその目的、必要性にかんがみれば、実効性確保の手段として、あながち不均衡、不合理なものとはいえない」ことなどとして、結論的には、行政手続への

一般的適用は否定する旨の判示をしている。

③最判昭五九・三・二七（刑集三八卷五号二〇三七頁）

判旨は、「国税犯則取締法に規定する犯則嫌疑者に対する質問調査手続についても、憲法三八条一項の規定による供述拒否権の保障が及ぶものとする」と判示するものである。同判例では、横井大三裁判官の「憲法三八条一項にいわゆる供述拒否権の保障は、要するに、自己が刑事責任を問われることとなるような事項について供述を強要されないことを保障するものであるから、そのような事項について供述を強要することになるものである限り、刑事手続はもちろん刑事手続に準ずるものとされる国税犯則取締法による調査手続のみならず、外国人登録法による登録手続のような行政手続にも及ぶと考える。そうすれば、国税犯則取締法の刑事手続との直結性を強調する必要もなくなるであろう。」「行政上の必要があるという理由だけで、一般国民に、自己が刑事事件を問われるような供述を罰則をもって強制するような手続があれば、それは刑事手続に準ずるものでなくても、憲法三八条一項に違反するものというべきであろう。」などとの詳細な意見も付されている。私も基本的には右横井裁判官の意見に与するところではあるが、行政手続と刑事手続の区別は明確にして、その目的規定も置きながら、行政手続から刑事手続への移行に伴って同手続で先の行政手続で得た結果を利用できるかとの可否問題は残る。これは、収税官吏の調査手続として規定する質問、検査、領置、臨検、搜索、差押等の各種手段は、刑法の規定する被疑事件の捜査手段と実質的には変わらない上、犯則事件は告発によつて被疑事件に移行するが、その告発前に得られた資料も被疑事件の捜査に利用されることを認めるべきとの見解を示すのである。

④最決平一六・一・二〇（刑集五八巻一号二六頁）

判旨は、「法人税法（平成一三年法律第二二九号による改正前のもの）一五三条ないし一五五条に規定する質問又は検査の権限の行使に当たって、取得収集される証拠資料が後に犯則事件の証拠として利用されることが想定できたとしても、そのことによつて直ちに、上記質問又は検査の権限が同法一五六条に反して犯則事件の調査あるいは捜査のための手段として行使されたことにはならない。」と判示するものである。そして、原判決が「上記質問・検査の権限が犯則事件の調査担当者から依頼されるか、その調査に協力する意図の下に証拠資料を保全するために行使された可能性が排除できず、一面において、犯則事件の調査あるいは捜査のための手段として行使されたものと評することができる」旨判示した点は是認できないとしたが、上記質問・検査の権限行使及びそれから派生する手続により取得収集された証拠資料の証拠能力を肯定していることから、結論においては是認できるとしたものである。これは、行政調査の結果は同手続内の行政決定のために利用されなければならないとする法の目的規定も、それだけにしか利用してはならないとの制約付きの解釈まで包含するものではないとする判示であり、前記「想定」の範囲でも証拠資料の利用を認めるとする注目すべき判例と位置付けられる。

学説も、憲法二八条一項などについて行政手続等にも適用されるとの説が多い<sup>12</sup>。憲法三一条以下の規定が本来的には刑事手続を対象としていることを前提にしても、被処分者に不利益を及ぼすような手続については行政手続といえども適用すると考えるのが学説・判例の趨勢とすべきであろう。

(2) このように、憲法三一条以下の規定（明らかに刑事手続が対象の三三条を除く。）が行政手続に適用される場合があることを認めるとしても、その行政手続で得られた結果（証拠資料等）をその後の刑事手続に利用することは認

め得ることであるから、両手続を明確に区分した上でこれを検討しないと、むしろ緩やかな運用に流れるおそれがあるのではないか。

つまり、③説が憂慮する理由に拠って憲法三二条以下の適用対象に行政手続をも含ませることにすることが、行政・司法警察の区分を不要とする結論を導かなければならないような論理に必然的な関係にはないと言ふべきである。すなわち、論者の抱く懸念があればこそ、かえって区分を厳格に捉える方向での結論を導くべきではないかということである。行政・司法警察の目的・機能の違いから、手続対応の違いを導くのは当然であり、だからと言って、行政手続を濫用するのではないかと懸念をすることは別問題と言えるものである。

また、③説からは、区分必要説の論者のうち、両者の目的・性質等の違いを理由に行政警察活動上の違法性は後行の司法警察活動への承継はないとする違法性断絶説<sup>13</sup>があることに対しては、形式論であるとの批判がなされる。ここでは、警察官が違法な保護手続中に覚せい剤使用の捜査目的で採尿行為に及んだ場合などで、その先行行為（警職法三条一項に基づく保護手続）の違法が後行行為（刑訴法一九七条一項本文に基づく任意捜査としての採尿手続）に影響を及ぼすか否かの「違法性の承継問題」の例を挙げて検討を加える。その事例で、区分必要説に立ちながら、行政警察活動に違法があつてもその主体は同じ警察官であり、いずれの目的によるかも警察官の主観に基づく曖昧さがあるのが実際であることに照らし、身柄逮捕にまで至ったときには遡って捜査活動として行われたものと解すべきとする通説も、理論的でないとする。このような事例では、採尿を行うために保護手続を採ったなどという潜脱の利用関係があつた場合は違法性が承継されることは当然であるが、そうでない場合であれば、保護手続の間に任意に採尿したとしても違法とは言えないとする。その他、区分不要説が主張する両者の目的が表裏一体だとする点も、捜査の厳格性を曖昧

にすることになり許容できないことや、あるいは有形力の行使の場面で任意手段の幅の広い行政警察活動の範囲・程度まで捜査の任意手段を拡大することなどの懸念事項があることを指摘するなどしつつ、結局、行政・司法警察の両概念そのものから具体的な法的効果を導くものではないとし、両者の区別自体には実質的な意義がさほどみられないと結論付けて、区分不要説に至るものである<sup>14</sup>。

④説の事前捜査積極説からの区分不要説は、事前捜査を認めることにより犯罪の予防・鎮圧を目的とする行政警察活動と重なることから、必然的に両者の区分不要説を導く。特に有力説は区分の沿革、比較法的分析を行った上、戦後の行政裁判所の廃止により権利救済の管轄裁判所の区別も意味がなくなっていること、犯罪の嫌疑という観点からは犯罪の事前か事後かで相違があるわけではなく、その点での捜査に区別を設ける理由はないことなどから、結局、区分不要説を説く<sup>15</sup>。しかし、この見解に対しては、事前捜査を積極に解するからといって、両者は未然・既然（既発）の違いそれ故のみの理由でその区分を不要にするような本質的・必然的關係にはないのであるかとの疑問が指摘できよう。現に、区分不要説に立ちながら事前捜査は消極に解する立場もある。その論者の区分不要の理由付けは、戦後は裁判所と検察官は分離されて司法権の独立が徹底され、検察官は行政官と位置付けられ捜査活動を「司法」とよぶ必要がなくなったこと、捜査から裁判までを一貫して実体形成過程と観念するのはふさわしくなく、警察が第一次捜査機関として独立し検察官は捜査に「司法」的性格を付与する媒介項たる意義を失っていることなどの事情を挙げ、したがって、強いて性格付ければ、司法の一翼から離脱した検察官と公権力の実現をめざす警察官の両者による行政的活動であって、司法との関係は、裁判Ⅱ司法へ向けて準備の役割・効果をもつだけであるから、捜査は「行政的捜査」「当事者主義的捜査」と称するべきとする。ただ、事前捜査については、現行法の解釈上は消極説を基本と

すると解さざるをえないと思われると結論付ける。<sup>16)</sup>

## 5 行政・司法警察区分必要説の論拠

(1) 次に、行政・司法警察の区分必要説における積極的な理由付けを概観する。

この点、先に不要説に対して指摘したいくつかの反論をその必要説の理由付けとするほか、行政警察活動には公共の安全と秩序維持に対する侵害を事前に予防するという目的の実現のために、迅速かつ効率的活動が要請されるのに対し、司法警察活動、すなわち捜査においては、司法作用の補助行為として、その刑事訴訟法が定める手続的正義の規制下での厳格な諸手続の制約を履践しながら、真相解明の目的を達成することが要請されるという基本的な違いを根拠として示す。したがって、区分必要説からは、区分必要説では捜査にあっても、秩序回復のためにその厳格な手続を効率性・迅速性優先の余りこれを緩和させるなど、この区分領域のルーズ化をもたらすことにもなり兼ねない危険性をはらむことが指摘される。それは捜査目的であるにもかかわらず、その手続的規制を潜脱する意図で行政執行法等に仮借した身柄拘束（逮捕）行為<sup>17)</sup>をするなどした戦前の目的濫用の歴史にも例を見るところであり、行政・司法警察両者の区分は依然として重要であることが説かれる。

また、警察官が行政警察活動として不審者に対する職務質問や所持品検査を行う過程で、その不審者が特定の犯罪を犯していることが明らかになり、以後は捜査目的で警察署への任意同行と取調べに発展するというよく見られる事例について、区分不要説はこれをもって、その行政・司法警察の両者が競合ないし発展する経過は、すなわち、両者の区分を不要とする例であると主張する。この点について、区別必要説からは、捜査に際して警職法に規定する行政警察の手段を用いることができるかとの問題があるが、同法一条一項では「他の法令の執行等の職権職務を忠実に遂

行するために、必要な手段を定めることを目的とする。」と規定し、八条では「警察官は、この法律の規定による外、刑事訴訟その他に関する法令及び警察の規則による職権職務を遂行すべきものとする。」と規定しており、同法の解釈からは行政警察と捜査がそれぞれ併存して活動することを否定する理由はないとする。

この点は、裁判例（大阪高判昭二九・四・五高等裁判所刑事判決特報二八号一一五頁）でも、暴行事件の捜査のために被疑者に警職法二条の挙動不審者に対する質問と同行を求めた警察官に対し、被疑者が暴行を加えた傷害・公務執行妨害事件において、弁護士は「この被疑者に対してとった警察官の」質問同行は犯罪捜査の段階においてではなくその前提である犯罪予防の段階においてのみ警察官等に与えられた権限であって犯罪捜査のためには逮捕手続以外に連行を求めることは憲法及び刑事訴訟法上許されていない。」などと主張したのに対し、「警察官及び警察吏員は犯罪捜査のためにも挙動不審者に対し警察官等職務執行法（昭和二九年改正前の法律名には「等」が付されていた―筆者注）第二条第一項に基づき質問をすることができ同条第二項の場合には質問のため附近の警察署又は巡査派出所等<sup>ママ</sup>同行を求めることができるのであって所論の如き犯罪予防の場合にのみ限られるものでないことは文理上極めて明瞭である。∴そして右の質問又はそのための同行はもとより強制的なものでなく刑事訴訟に関する法律の規定によらないかぎり身柄を拘束されまたはその意思に反して連行され若しくは答弁を強要されることはないのである（同条第三項）から右の措置は憲法及び刑事訴訟法に抵触するものではない。」と判示する。

区分不要説の③説から、「不特定であれ犯罪の嫌疑のある者に対する職務質問は被疑者取調べと同性質とみれる。この結果、実質的には捜査手段である以上、警職法一条二項・同二条三項のみならず、警職法上の規制も及ぶと考えらるべきである。したがって、不特定であれ犯罪の嫌疑が濃厚になった段階や長時間に及ぶ場合、派出所・警察署など

へ任意同行後さらに職務質問を継続する場合には刑訴法一九八条二項に準じて黙秘権を告知するなどが必要になってくる。」として両警察活動の融合の意義も説かれる<sup>18</sup>。もともと「行政警察目的の反面、捜査目的にも機能しうるといふ考え方をすべき」として、区分必要説に立って、捜査目的自体の職務質問を消極に解する見解もある<sup>19</sup>。また、職務質問から捜査に発展する事例でも、それは行政警察活動であって捜査とは異なることは、警職法二条の職務質問が犯罪の予防・鎮圧を目的とするもので、そこには「既に行われた犯罪」も含まれ、その全てが行政警察権を規定している<sup>20</sup>と解するのが条文解釈上も相当であること、同法が行政警察権限に関する一般法であるという法律の性格があること等を指摘した上、「犯罪の嫌疑ある者に対する職務質問と捜査は常に一体をなしているものといえるが、理論的には全く別個のものであって、両者を区別し、各々の要件を検討する必要がある。」とする見解がある<sup>20</sup>。両者が一体的に遂行されることが多いことを認めた上で、両者にはその目的・要件が違うものであるから安易にその混在を認めず基本的・理論的な違いを吟味して区別すべきものとするものであり、解釈自体は相当と言い得る。そのような事例ならば、なおさら両者の法的規制の違いの法意思に従って捜査の法規制の適用の明確化を図り遵守させるべく区分が重要であることが説かれるところである<sup>21</sup>。

(2) さらに、行政・司法警察区分の必要性を職務質問を例に検討する。

犯罪の嫌疑が濃厚の者に対しては、職務質問の必要性はより高くなる。その場合、捜査すなわち、逮捕の要件の吟味や証拠の収集活動としての職務質問（取調べ）が既に開始されているとも言えよう。ただ、それが所持品検査なども経るなどして逮捕（現行犯・緊急逮捕）までに発展する過程では、警察官の両目的意識は混在している場合も多く、結局、その主観的判断に拠るばかりではない。したがって、少なくともその移行過程では行政・司法警察の両目的・作用



の併存自体までも否定するのが法意思とまでは言えないであろう。両者の境目が曖昧であることが、区分不要説を導く必然的関係にはないと言うべきである。むしろ、そのような事例ではなおさら区分の必要性を認めた上で、その吟味を基本とすべきである。両者の活動が連続・移行・発展的、あるいは重複（競合）ないし交錯状況下では、遡及的評価でなく前後一体的に捉え、より手続的に厳格な捜査要件を基準として、その適法性を評価するのが相当と言うべきであり、その意味でも区分必要説が相当である。つまり、両者の目的の違いから、その活動にはそれぞれ固有の要件が設定されていて、犯罪捜査を目的とする司法警察の法意思には、強制処分法定主義と令状主義という行政警察に比してより厳格な規制の要請があり、あるいは独自の権限が付与されている。また、行政警察の法意思にも危険・障害の緊急的除去の目的から司法警察にはない権限もある。このように、それぞれ異なる法意思に基づく規制・要件が支配していることは歴然とした区分であることから、互いに目的を仮借ないし流用したりしてその権限を濫用することはもとより許されないことである。しかし、その一方において、職務質問は、犯罪の予防・鎮圧目的の行政警察活動であると同時に、それが犯人検挙や証拠収集目的である司法警察活動も併存するか、またはこれに資するものであり、両者の目的・活動の競合が常態的であつても何ら違法ではない。その意味でも、両要件具備を吟味して競合状態を厳格にチェックすることは必要かつ有意義でもあると言える。<sup>22)</sup>

また、この両者併存の例は、行政警察活動から司法警察活動への移行過程では見られるが、逆に司法警察活動から行政警察活動へ移行する事態は殆ど考えられない。戦前では、当時効力を有した治安維持法下で司法警察活動として「罪を犯す虞あること顕著なる」者に対する予防検束（同法三九条一項）を裁判所に求めたところ、これを不許可とする決定が出された場合に以後、行政警察活動として行政執行法の行政検束に移行する例とか、違警罪即決例の適用で

警察署長限りの身柄拘束から釈放されたとき以後の監視活動例等があったものの、戦後はこの司法警察から行政警察への移行パターンは殆ど例を見なくなっている（少年事件では、少年法六条の二で警察官等による触法少年の事件の調査権限が規定され、必要に応じて刑法の捜索差押え等を準用して実施できることも規定し―その刑法規定中の「司法警察員」等の規定は、少年法では「司法警察員たる警察官」等と読替するとの規定も置く（同法六条の五）―これら押収証拠や、その他捜査手続で収集の証拠を同法による保護処分資料とされることとなっている）。

## 6 行政・司法警察区分論に関する判例

最高裁は、行政警察と司法警察との区分を当然のこととする判断枠組みを示している。

### ① 米子銀行強盗事件の最判昭五三・六・二〇（刑集三三卷四号六七〇頁）

この判例は、銀行強盗事件の緊急手配を受けた警察官が、手配の者に似た被疑者A、Bに対し職務質問をして、被疑者らを警察署まで警察車両で任意同行後も所持品検査に応じるよう説得を継続中に行われた所持品検査の合法性に関する判断である。同検査は、侵害留保の原則との関係から、明文の根拠が求められるところ、判旨は「所持品検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、警職法二条一項による職務質問に付随してこれを行うことができる場合がある」との理由でその合法性を認められたものである。その上で「職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であつて、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるとき」として、具体的な許容要件を判示している。すなわち、職務質問が行政作用法の警職法に規定する行政警察活動であるから、それに付随する所持品検査もまた行政警察活動であるが故に承諾のない所持品検査も許される場合があるとするもので

ある。

同判決では、また、先に無施錠のボーリングバッグのチャックを少し開けたところ大量の札束が入っているのが見えたため、続いてもう一つのアタッシュケースの錠前をドライバーでこじ開け、被害銀行の帯封付き大量の札束を発見した警察官の行為につき、「前記ボーリングバッグの適法な開披によりすでに被疑者を緊急逮捕できるだけの要件が整い、しかも極めて接着した時間内にその現場で緊急逮捕手続が行われている本件においては、アタッシュケースをこじ開けた警察官の行為は、被疑者を逮捕する目的で緊急逮捕手続に先行して逮捕の現場で接着してされた捜索手続と同視しうる」として、押収した在中品の証拠能力は肯定できるとしている。これは、先行する行政警察活動によって発見された証拠物について、その後競合・移行した捜査活動によって被疑者を緊急逮捕し、所持品を押収した一連の手続を適法としてその押収物の証拠能力も認められた判例でもある。

②最決昭五五・九・二二（刑集三四卷五号二七二頁）

この判例は、所持品検査と同じく明文の規定のない自動車検問について、その合法性を行政警察活動として認めたものである。すなわち、判旨は「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、強制力の伴わない任意手段による限り一般的に許容されるべきものであるが、任意手段によるからといって無制限に許されるべきものでないことは同条二項及び警察官職務執行法一条などの趣旨にかんがみ明らかである」とした上、「しかしながら、自動車の運転者は、公道において自動車を利用することを許されているに伴う当然の負担として、合理的に必要な限度で行われる交通の取締に協力すべきものであること」などと、行政法理論上の一定の行政目的実現のための行政指導にも類似・共通する一面を有

するとも、あるいは相対的な特別権力関係論（最判昭五二・三・一五民集三二卷二号三三四頁参照）にも通ずるような論拠も挙げるなどして根拠付け、その適法性を判示する。

前記①②いずれの判例も、行政警察活動を司法警察活動とは明確に区別して、その固有の位置付けを示している。これは、警職法は刑事訴訟法の法領域には属さず、あくまでもその本質は行政法規であること、すなわち、職務質問・所持品検査や自動車検問は司法警察活動（捜査）に密接な関わりは持つが、その法的性質が異なることは歴然としており、ただ、捜査の端緒になるだけであることなどを明確に示しているところである。

## 7 小 括

如上のように、行政・司法警察の区分要否論は、我が国の刑事法体系がその区分を生みこれを維持する大陸法系に由来することから、戦後もその区分を承継し維持してきたのが判例・多数説であった。しかし、警察の捜査権限が第一次捜査機関として独立したことを核にして、区分の融合を主張する見解が台頭してきた。それが、近時は、事前捜査積極説（前記④説）との関連において、捜査の性質・機能、その高度の必要性からの分析で区分融合を説く流れが生まれつつあり、その検討では区分の意義の再検討ないし構成のし直しも視野に入れての議論が注目されるようになってきている。

そこで、④説は、項を改めて次号において行政・司法警察区分要否論の検討を引き続き加えながら、事前捜査の可否論を検討することとする。

## 【注】

(1) 戦前の司法警察と行政警察の歴史に関して、新井裕「司法警察と行政警察とに関する試論」警察研究（一九四六年）一七

卷四号二頁以下、宮下明義「司法警察制度論」警察研究（一九四八年）一九卷一〇号二二頁以下、広中俊雄『戦後日本の警察』（一九六八年版）一〇頁以下等参照。また、司法省の当時の構想等詳しい警察成立の歴史・経緯について、大日方純夫『日本近代国家の成立と警察』（一九二二年版）六四頁以下、由井正臣・大日方純夫『日本近代思想体系―官僚制警察』（一九九〇年）四二六頁以下参照。なお、井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（有斐閣一九九七年）一四五頁における注三五六―一六三頁では、旧刑法時代の警察が行政執行法等を濫用したとの批判に対し「その当時としては厳格な司法警察ないし刑事手続上の要件・手続に従って行うことが難しいため、それらが比較的緩やかな行政警察上の処分を転用したという―むしろ、行政警察活動が司法警察的目的のために濫用される危険があることを示す―ものであって、司法警察活動が行政警察的目的のために濫用され易いことを例証するものではない」と反論する。

(2) 田宮裕「変容を遂げる捜査とその規制」法曹時報四九卷一―二号（一九九七年）二八九六頁（四頁）、二八九九頁（七頁）参照。前掲新井二頁以下参照。横井大三「検察官と司法警察職員」『日本刑法学会刑事法講座』（一九五三年）九七三頁注（五）、九七七頁注（一）参照。青柳文雄「日本の検察」『法学セミナー増刊 現代の検察（一九八一年）』二九頁以下参照、松尾浩也「西ドイツ刑事司法における検察官の地位」法学協会雑誌八四卷一〇号二二八五頁（二三頁）参照。

(3) 白取祐司「司法警察と行政警察」法律時報六九卷九号三五頁（一九九七年）、小田中聰樹・村井敏邦・川崎英明・白取祐司編『盗聴立法批判』（日本評論社一九九七年）「白取」一六八頁以下。なお同一六九頁は「フランス刑法一四一条一項は、司法警察は『刑罰法規の違反行為を確認し、証拠を収集する』と規定していることを紹介する。岡部正勝「フランス警察行政法における行政警察と司法警察」『渥美東洋先生古稀記念―犯罪の多角的検討』（有斐閣二〇〇六年）二七三頁参照。岡部正勝・國本惣子「フランス警察行政法ノート」警察学論集五五卷五号一八二頁は、一七九五年法典の「革命暦四年ブリュメール（霧月）三日法」が「警察は、行政警察と司法警察とに分かれる。行政警察は、各地における公の秩序の日常的な維持を目的とする。主として犯罪の予防を行う。司法警察は、行政警察が発生を防ぐことができなかつた犯罪を探索し、証拠を収集し、犯人を、その処罰が法により任務とされている裁判所に引き渡す。」ものとされていたことを紹介している。他に、前掲井上一四三頁、田宮裕・河上和雄編『大コンメンタール警察官職務執行法』（青林書院一九九三年）「渡辺修」六三頁以下、村井敏

邦・川崎英明・白取祐司編「第一三講―捜査概念の再検討」『刑事司法改革と刑事訴訟法上巻』（日本評論社二〇〇七年）「梅田豊」三七三頁参照。

(4) 検察官の行う事務を統括する官署が検察庁であり、法務省の特別の機関として置かれるようになった（検察庁法一条一項―昭和二二年四月一六日法六一号公布。国家行政組織法八条の三、法務省設置法一四条による。）。

(5) 前掲村井ほか編書「梅田」三七三頁。

(6) 田中二郎『新版行政法下巻（全訂第二版）』（弘文堂一九八三年）三一頁。杉村敏正編『行政法概説各論「第三版」』（有斐閣一九九〇年）七二頁以下参照。田上穰治『警察法「新版」』（有斐閣一九八三年）四三頁参照。金子宏ほか編書『法律学小辞典「第四版補訂版」』（有斐閣二〇〇八年）二一八頁参照。

(7) 行政・司法警察区分不要説の紹介は、前掲田宮・河上編書「渡辺修」六七頁以下、前掲村井ほか編書「梅田」三七三頁以下参照。①説は、上原誠一郎『警察官等職務執行法解説』（立花書房一九四八年）三四頁、高石和夫「講学上の『警察』概念と警察行政（下）」『警察公論』二五卷一一号（一九八〇年）四七頁、芦田一良「行政警察と司法警察に関する考察（二・完）―警察概念の検討―」『警察研究』一八卷九号（一九四七年）四三頁等参照。②説は、田村正博『警察行政法解説』（東京法令出版一九八九年）一〇頁以下参照。③説は、前掲田宮・河上編書「渡辺修」六六頁以下参照。また、④説は、前掲井上一四二頁以下、長沼範良「犯罪・差押目的物の存在の蓋然性」『刑法雑誌』第三六卷第三号四二五頁（一九九七年）等参照。

(8) 行政法理論については、前掲田中三二、三三頁参照。藤田宙靖『行政法総論』（青林書院二〇一三年）一〇四頁注（2）、三二二頁注（1）参照。

(9) 美濃部達吉「警察と刑事作用」『警察研究』（一九三二年）二卷八号九頁以下は「警察官吏は、警察作用を行ふと共に此の限度に於いて刑事作用をも行ふ権能を有するもので、其の本来の性質に於いては刑事作用であつて警察作用ではないのにも拘らず、それが警察機関に依つて行はるるが為に、フランスの用語例に倣つて之を司法警察と謂ひ慣はして居る。併し之を司法警察と称するとしても、それを以て警察作用の一部分と為してはならぬ。それは全然警察とは性質を異にし、又法律上の地位を異にして居るもので、唯同じ機関が警察を掌ると共に、又此の別種の作用をも管掌して居るといふに止る。それは純然たる刑

罰権の作用で、性質上司法に属し行政に属するものではない。」と指摘する。また、前掲田上四三頁は「司法警察は、本来行政機関の地位にある者が犯罪を捜査する職務を担当する場合に、この職務として行われる作用を意味する。それは、特定の犯罪に対する刑罰権の作用であって、刑事訴訟法の適用を受けるから、実質的意義の警察でなく、ただ原則として警察官の職務に属することで、形式的意義の警察といえるのに過ぎない。」とする。

(10) 前掲小田中ほか編書「白取」一六六頁以下参照、前掲田宮・河上編書「渡辺修」六八頁以下参照。前掲村井ほか編書「梅田」三七二参照。なお、最大決昭四四・一一・三二(刑集三卷一一号一五二五頁)は、「国税犯則事件の調査手続の性質は、一種の行政手続であって、刑事手続(司法手続)でないと解すべきである。」として、結局、「国税犯則取締法二条により収税官吏がした差押処分に対する不服申立は、行政事件訴訟法に定める訴訟の方法によるべきであって、刑訴法四三〇条の準抗告の規定を準用すべきではない」とする。

(11) 笹倉宏紀「行政調査手続と捜査」ジュリスト増刊刑事訴訟法の争点(有斐閣二〇一三年)一〇〇頁以下参照。松井茂樹記「行政手続におけるデュー・プロセス」ジュリスト一〇八九号二七三頁以下(一九九六年)参照。川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室二〇〇二・四NO二五九―七三頁以下参照。

(12) 法学協会編『註解日本国憲法上巻』(有斐閣一九五三年)六六一頁、清宮四郎編『憲法辞典』(青林書院一九五九年)二二四頁。酒巻匡「憲法三八条一項と行政上の供述義務」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻』(有斐閣一九九八年)七七頁以下。なお、佐藤功教授は、かつて、憲法三八条一項は行政手続には適用がないとしていたが(ポケット注釈全書旧版『憲法』二四六頁)、同教授は『日本国憲法概説「全訂第五版」』(学陽書房一九九六年)二五六頁では、「憲法三二条、三三条以下は行政手続にも及ぶと解すべきであるが、このことはすべての行政手続に一律的・機械的に、刑事手続と同様の保障がなされなければ、すべて違憲であるということではない。すなわち、行政作用は行政目的に応じて多種多様であり、一律に刑事手続と同じ手続を要するのでは行政目的を達成し得ない場合がある。第三三条・第三五条の定める令状主義についても、公衆の自由に入出入りする場所や広く公衆に販売される商品などについては、令状主義を緩和することが認められよう。・令状主義についていえば、行政手続にも原則として令状主義の保障は及ぶとした上で、個々の行政作用の性質に即して、どの程度まで

合理的な例外を認めることが許されるかを、具体的・個別的に検討することが必要である。」と解するに至っている。

(13) 河上和雄「任意同行をめぐる若干の問題」警察研究四一卷一号（一九七〇年）五〇頁、前掲田宮・河上編書「河上」八六頁以下参照。

(14) 前掲田宮・河上編書「渡辺修」六五頁以下参照。前掲村井ほか編書「梅田」三七五頁参照。逮捕に至った場合に先行行為に遡って刑法の捜査とする通説は、熊谷弘「任意同行と逮捕の限界」『捜査法大系Ⅰ』（日本評論社一九七二年）五二頁等。田宮裕『捜査の構造』（有斐閣一九七一年）一一七頁以下は、警職法上の任意同行を例に「それによる拘束が長時間に及び、強制的な身柄の拘束たる逮捕とみうる場合には、全体を逮捕として、もし違法があれば刑事手続で制裁（たとえば勾留却下）すべきものと考ええる」などとする。なお、判例も違法性断絶説は採っておらず、例えば、最決平三・七・一六（判例時報一三九六号一五七頁）は、警察官は錯乱状態の被疑者を警職法三条に基づき保護した後、強制採尿手続により被疑者から採尿した尿の鑑定書の証拠能力を認めている。また、裁判例として、大阪高判昭六〇・一一・二六（判例時報一一八七号一五三頁）は、警察官が被疑者を警職法三条の保護の名目でなされた違法な身柄拘束の過程で差し押さえた注射器の証拠能力を否定した（ただし、他の関係証拠によって有罪判決を維持した）。

(15) 前掲井上一四三頁以下参照。なお、川出敏裕「組織犯罪と刑事手続」ジュリスト一一四八号（一九九九年）二三八頁以下参照。

(16) 前掲注（2）田宮九頁以下。

(17) 前掲村井ほか編書「梅田」三七二頁以下参照。前掲小田中ほか編書「川崎」一三七頁以下、同「白取」一六六頁以下参照。

(18) 前掲田宮・河上編書「渡辺修」六〇頁以下。

(19) 河上和雄『注釈警察官職務執行法「全訂」』（日世社一九九一年）五四頁。前掲田宮・河上編書「河上」八七頁では、警職法五条が、現行犯についても可能とする裁判例（秋田地判昭五一・四・五刑裁月報八卷四〥五号二七五頁等）からも、行政警察権を行使し得ることは明らかであるとして、「犯罪捜査によらず、行政警察権の行使としての職務質問や任意同行をすることも可能である。説論などで事態を收拾する場合を考えれば、明らかであろう。」とする。前掲田宮・河上編書「渡辺咲子」



一〇二頁は、本文の前掲大阪高判昭二九・四・五特報二八号一一五頁の判示について、「警職法上の職務質問・任意同行は犯罪予防の段階に限られ、犯罪捜査の場合任意同行は許されないとする弁護人の主張に答えたもので、いささか正確さを欠くが、その言わんとするところは、犯罪成立後も警職法による職務質問・任意同行が可能であること、及び、刑事訴訟法上の任意捜査として、派出所等への同行が可能あることを判示したものと解される。」とする。なお、渡辺咲子「行政警察権の行使と犯罪捜査」河上和雄編『刑事裁判実務体系一一―犯罪捜査』（青林書院一九九年）五九頁以下参照。

(20) 前掲田宮・河上編書「渡辺咲子」一〇三頁以下、一二四頁参照。

(21) 前掲小田中ほか編書「白取」一七二頁以下参照。前掲村井ほか編書「梅田」三七六頁は「実質的に捜査（被疑者取調べ）とみなされるような場合については、極力もはや行政警察活動ではなく司法警察活動（捜査）であると捉え、直接刑事法上の規制が及ぶと考えるほうがよいのではなからうか。」とし、先に一応両者併有説を採った自説を変更して明確化することを試みている。

(22) 河上和雄・國松孝次・香城敏磨・田宮裕編『講座日本の警察―第二卷刑事警察』（立花書房一九九三年）「警察権限法の判例理論」〔香城敏磨〕二四八頁参照。前掲田宮注（14）『捜査の構造』一一六頁以下は「職務質問は犯罪の予防・鎮圧に係った活動であり、その意味では司法に密着したものはあるが、その本質は行政作用であることに疑いがない。警察法は刑事訴訟法の一部ではなく、行政法規たる本質を有し、職務質問は捜査処分ではなく、場合によって捜査の端緒たりうるだけである。」「理論的には、警職法上の任意同行と刑事法上のそれは截然と区別すべきものであるが、その区別は結局のところ警察官の主観にしかない。しかもその区別の標準はあいまいで実際には存在しないに等しいほどである。こういう状況のもとでは、警察官が手続を濫用しようと思えば、すべて警職法上の処分だというだろう。・・・こうして実際問題として、身柄が逮捕にまで至ったならば、すべて刑事法上の任意同行と解釈すべきものなのである。」とする。また、前掲注（2）田宮二九〇一頁（九頁）以下では、行政・司法警察の区分は否定的であり、同二九一五頁（二三頁）では、行政取締りにについても、強制処分性とその必要性があれば、司法的コントロールによるという規制方法が考えられてよいとする。