

職務質問に附随して行う所持品

検査の許容限度

（最高裁昭五二(あ)一四五三号、爆発物取締罰則違反、殺人未遂、強盜被被告事件、昭五三・六・二〇第三小法廷判決、上告棄却、刑集三三卷四号六七〇頁。）

刑事判例研究会

渡 辺 修

一、事 実

本件は、明治公園爆弾事件・米子銀行強盜事件として有名である⁽¹⁾。従来から、下級審判例上、職務質問（以下、職質⁽²⁾）に伴う所持品検査の限界につき問題とされてきていたが、最高裁が、本件でこれを正面から取り上げた点で意義深い⁽³⁾。ただ、上告理由が所持品検査の適法性を柱にしていたためもあってか、判旨はこの点の判断しか示していないが、その他の重要な論点も多く含まれていると思われる。そこで、まず、最高裁の認定に従いながら事実経過を整理してみよう。

第一に、犯罪発生から自動車検問による被告人らの発見までの段階である。昭和四六年七月二三日午後一時三〇分

職務質問に附随して行う所持品検査の許容限度

同志社法学 三一卷三号 七一（二九二）

頃、被告人と近藤を含む四名は、猟銃・登山用ナイフを所持し、米子市内の銀行に強盗に入り現金約六〇〇万円を強取した。午後二時過、大石巡査部長は右の犯罪発生と犯人の特徴を無線連絡で知った。さらに、午後一〇時三〇分頃、二人の学生風の男が徘徊している旨の民間人の通報が、付近の駐在所よりもたらされたので、これをうけて十一時頃より、赤沢巡査長等と緊急配備につき自動車検問をはじめた。二四日午前零時、タクシー運転手が二人連の乗車を拒否したが白い色の後継車に乗ったかもしれないと通報したので、該当車を停車させたところ、被告人と近藤とが同乗していた。第二に、職質と任意同行の段階である。被告人らは職質に対し黙秘していたので、「容疑を深めた」警察官らは、付近の営業所を借受け、「兩名を強く促して下車させ事務所内に連れて行き」、職質を続けた(これを第一の任意同行とする)。しかし、被告人らは、なお返答を拒否し、所持していたボーリングバッグ、アタッシュケースの開披も拒否していたので、「容疑を一層深めた」警察官らは、質問の継続を必要と判断し、「被告人については三人くらいの警察官が取囲み、近藤については数人の警察官が引張るようにして」、事務所を連れ出し、車に乗せ警察署に同行した(第二の任意同行とする)。第三の段階として、署内で被告人、近藤を各別に職質していたところ、午前一時四〇分頃、赤沢巡査長は近藤の承諾のないままボーリングバッグを開け大量の紙幣を発見し(バッグ開披行為とする)、引き続き、アタッシュケースの鍵の部分をドライバーでこじあげ、紙幣を発見した(ケースこじあげ行為)。

そこで、近藤、被告人を強盗被疑事件で緊急逮捕したのである。

第一審⁽⁴⁾、原審⁽⁵⁾とも、右のボーリングバッグ、アタッシュケース、札束などの証拠排除を認めず有罪判決を言い渡したので、被告側が上告した。

(1) 事実関係につき、長田「著名事件における初動捜査に学ぶ」警察学論集二五巻二号(昭四七)一七頁。なお、犯人四名中他の二人については既に有罪判決が確定している。鳥取地裁昭五一・三・二九判決判例時報八三八号九九頁。評釈として、本江・研修三四八号七三頁参照。

(2) 差し当たり、船田「所持品検査」『捜査法大系I』(昭四七)八頁、大倉「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)八二頁、河上「刑事証拠法上の諸問題(II)警察学論集三〇巻八号(昭五二)一二二頁など参照。

(3) 本判決に続き、最高裁昭五三・九・七判決刑集三三巻六号一六七二頁も、職質と所持品検査が問題になった事例であり、ここでは違法収集証拠排除法則を一般論としては是認する立場をとっている。詳細は、三井「所持品検査の限界と違法収集証拠の排除」(上)(下)ジュリスト六七九号六八〇号(昭五三)、渥美「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」(上)(中)(下)判例タイムズ三七三三七四号三七五号(昭五四)、虫明「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)三三八頁など参照。

(4) 第一審東京地裁昭五〇・一・二三判決判例時報七七二号三四頁は、上記第二の任意同行を「意に反する身柄の連行」であり「警察官の職務の執行として適法性を欠く」とし、また、ケースこじあけ行為は刑訴法上の捜索にあたり令状なしで行なわれたから違法と認定した。しかし、第一に、本件のような「限界的事例に接した場合」に「警職法の法解釈上も難点のない完全な対応」を期待することは「実務上においてややもすれば現場の警察官に難きを強いる結果となるおそれなし」としないこと、第二に、バッグ開披行為の要件は既に営業所での職質の時点で存在していたのであるから、身柄の連行が証拠物の発見に先行した「手続の順序を誤った違法」はあるものの「チャックを開披して適法に証拠物を発見し、その場で逮捕手続にはいり、ひきつづいて捜索、差押のできた事例であること」、第三に、ケースこじあけ行為についても「捜索が逮捕手続に先行している点において……手続の順序を誤った違法がある」が、バッグ開披の時点で「適法に逮捕手続を行ない、ひきつづいて刑訴法による捜索を行ないうる事例であること」などを考慮して、「瑕疵は治癒された」とし証拠能力を肯定した。

(5) 原審東京高裁昭五二・六・三〇判決判例時報八六六号一八〇頁は、第二の任意同行を適法とし、またバッグ開披行為により近藤を緊急逮捕する要件が整っていたので、「アタッシュケースの前示こじあけ行為は、同人を逮捕する目的で、緊急逮捕手続に先行して逮捕の現場で時間的に接してなされた捜索手続と同一視しうる」として適法と判断した。この点で原審とは異なるが、結論は同じように証拠排除を否定している。なお、評釈として、河上・研修三五六号五一頁参照。

二、判 旨

最高裁は、先に紹介した事実を認定したが、違法な身柄の連行の有無を論ずることなく(おそらく原審の適法とする判断を暗黙に前提として)、直ちに所持品検査の論点に移っていく。

まず、一般論として、「所持品検査は、任意手段である職務質問の附随行為として許容される」とし「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」とする。「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容されないと解するのは相当でなく、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合があると解すべきである。……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も考慮し、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」。

本件についてみると、赤沢巡査長のバッグ開披行為は、「猟銃及び登山用ナイフを使用しての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の下において、被告人らに「犯人としての濃厚な容疑」があり、兇器所持の「疑い」もあったのに、職質・所持品開披を拒むなどの「不審な挙動をとり続けたため、兩名の容疑を確める緊急の必要上されたもの」であって、「所持品検査の緊急性、必要性が強かった反面、所持品検査の態様は携行中の所持品であるバッグの施錠されていないチャックを開披し内部を一べつしたにすぎないものであるから、これによる法益の侵害はさほど大きいものではなく、上述の経過に照らせば相当と認めうる行為である」とした。また、ケースこじあけ行為については、原審と同様に、「近藤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時間的に接着してされた捜索手続と同一視しうる」とした。かくして、証拠排除を認めず、上告を棄却したのである。

三、評 釈

判決は、所持品検査についてののみ論じているが、事実経過を辿ると、第一に、緊急配備上の自動車検問（以下、検問）の適法性、第二に、二個の任意同行の適法性、第三に、職質に伴う所持品検査の適法性、最後に、違法収集証拠排除の要件などの論点がでてくると思われる。⁽⁶⁾

(一)まず、本件の検問について考えてみる。一般には、検問は、「自動車盗犯その他重要な犯罪の予防、検挙」を目的とし、⁽⁷⁾道交法上の明文の根拠による他（同六七条等）、警察法二一条若しくは警職法二一条を根拠としてなされる行政警察作用とされている。⁽¹⁰⁾しかし、ここでは、判決の認めるように、犯罪発生と犯人の特徴を知らせる警察からの情報、民間人の通報（後に、タクシー運転手の情報）を根拠にして、本件強盗事犯の犯人検挙を目的として緊急配備・検問が実施されたのであるから、明らかに「管轄区域内に発生した犯罪について、犯人捕そくのため緊急の必要がある場合」（犯罪捜査規範九三条）に行なわれる緊急配備における自動車検問であり、刑法上の任意捜査にあたりと解するのが自然ではないかと思われる。⁽¹¹⁾ただ、任意捜査とはいえ、「どんなことでもどんな方法でもできるというわけのものではない」から、⁽¹²⁾少くとも犯罪の嫌疑を裏付けるに足りる一定の合理的な根拠を要すると考えるべきであろう。⁽¹³⁾とくに検問の要件の一つとされる「犯罪を犯し、若しくは犯そうとしている者が自動車を利用して」という蓋然性のある場合」⁽¹⁴⁾か否かについて、果たして本件の先の三つの情報でこれを充足しうるのか疑問である。最初の警察からの情報では、犯人が自動車で逃亡したとされていたが、その後、当該手配車両が放置されているのが発見されており、以後、犯人等の逃走経路については、いずれとも予測し難い情況に陥ったようである。にも拘わらず、一般的に、タクシー等を利用して逃亡する虞れがある、といった程度のことを根拠にできるとするならば、いかなる犯罪についても、

無差別に近い検問を認めることになる。また、民間人の通報は、二人の男が徘徊していたというもので、これを自動車での逃亡と結びつけるのは性急にすぎよう。タクシー運転手の通報も、いささか漠然としすぎており、加えて、後二者の通報は私人の通報であって、警察官が安易に信頼することを許すならば、時には思いがけない人権侵害につながりかねない。この点を厳密に考えておかねば、例えば、警察の情報提供者乃至「協力者」などが麻薬を積んだ車両が取引先に向かったと通知してきたことのみを根拠に、当該車両の検問・所持品検査などで麻薬を発見することを許す一方、この協力者の氏名などは秘匿され、情報の信頼性を確認しえないという事態さえ生じかねないであろう。⁽¹⁵⁾

(6) 本件の評釈として、木藤・法律のひろば三二巻九号四七頁、山中・判例評論二四一号三七頁、岡部・ジュリスト六七九号三七頁。

(7) 検問のリーディングケースとされている大阪高裁昭三八・九・六判決判例タイムズ一五七頁参照。

(8) 大阪高判(注⑦)の原審・大阪地裁判決昭三七・二・二八判決判例時報二九六号六頁は、検問を「職務質問の要件なき職務質問」として違法と判断したのに対し、警察庁は『自動車検問中における公務執行妨害被告事件を無罪とした大阪地裁の判決について』(昭三七・三・一四)に於て、「現行法上、警察の職務執行についてのものも一般的な法的根拠となつてゐるのは、警察法第二条である。すなわち、同条は、個人の保護、犯罪の予防、捜査その他公共の安全と秩序の維持を警察の責務と定めてゐるが、これは、行政組織としての警察の責務を明確にするとともに、警察官がその責務遂行のため社会通念上妥当な方法(強制にわたらない事実上の行為)によって警察活動にあたるべきことを定めたものである」とし、巡回連絡、家人保護、少年補導、犯罪聞込み、内偵と共に、自動車検問も警察法二条によるものとした。最近、宮崎地裁昭五三・三・一七判決判例時報九〇三号一〇七頁も、警察法二条説を採用した。

(9) 大阪高裁判決(注⑦)、仙台高裁昭四六・八・二四判決刑裁月三巻八号一〇七六頁、東京高裁昭四八・四・二三判決高刑集二六巻一号一八〇頁、名古屋高裁昭五二・六・三〇判決判例時報八七八号一一八頁など参照。

(10) 検問を巡る問題につき、差し当たり、藤井「自動車検問」『捜査法大系I』(昭四七)二二頁、田宮「自動車の停止権と人身の自由」同『捜査の構造』(昭四六)一二二頁。

(11) 警察実務研究会『職務質問』(昭四五)一〇二頁は、「任意捜査として自動車に停止を求め、必要な事項について取調べを行なう場合としては……緊急配備における自動車検問のように、特定の犯罪の発生に伴って犯人の発見・逮捕を目的とする場合などが、普通、これに含まれる

であろう」とする。もっとも、渥美教授は、名古屋高判(注⑩)の評釈に於て、「すでに行なわれた犯罪について不審事由のある自動車の停止を求めたうえでの質問」も警職法二条によるとされる(判例評論二二六号四四頁)。

(12) 田宮『刑事訴訟法入門』(再訂版・昭五四)五三頁。

(13) 本件の検問を行政警察目的のものと考えるにしても、これが同時に「捜査の端緒」であることまでは否定しえまい。その場合、一雑多な端緒の中には、信頼性、真実性に疑いのあるもの、動機において不純なものなどが混在するので、捜査に先だち端緒を吟味、検討する必要がある」といえる(田宮編著『刑事訴訟法I』(昭五〇)八七頁(恩田))。

(14) 大阪高判(注⑦)。

(15) この点で、Adms v. Williams, 407 U. S. 143 (1972)が参考になる。本件は、警察官が、匿名の情報提供者(但し、信用性の証明はなかった)から麻薬と腰にピストルを所持した男が駐車中の車にいる旨の連絡をうけ、該当の場所にある該当の車の運転手にドアを開くよう命じたところ、窓をあけただけであつたので、直ちに、腰のピストルをとりあげ、不法所持で逮捕後、捜索を行つて、さらにピストル、麻薬を発見したというものであつた。本件は、走行中の特定車を停止せしめたというものではないから、検問の事例とはいえないが、本文の問題を考へる上で興味深い。合衆国最高裁は、警察官の行為は合理的であるとした。また、名古屋高判(注⑨)は、パトカーによる「はさみうち」検問の適法性が争われたものだが、少くとも、対象車両が盗難車であることをナンバー、型状により警察官自ら確認していた点を看過してはならないように思われる。

(二)第二に、任意同行の問題である。これも、理論上、行政警察目的のものと刑事法上の任意捜査として行なわれるものとを区別することができる⁽¹⁶⁾、しかし、本件のような事例で、現場の警察官が両者を截然と区別しているか疑問であるし、また、その区別が正に警察官の主観によるしかない点こそが問題であるともいえよう⁽¹⁷⁾。客観的な状況を第三者の立場から判断したとしても区別は困難であろうし、なによりも、対象者側は、いづれにせよ、心理的な威圧感・圧迫感を抱く他、自由に任意同行を拒み、あるいは同行先から退去することは事実上⁽¹⁸⁾困難な状況におかれることを考へ⁽¹⁹⁾合わせれば、むしろ「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⁽²⁰⁾」であろう。

本件では、検問そのものが特定犯罪の犯人検挙を目的とした司法警察作用（捜査手続）ともいえるものであり、現に判決自身が被告人らに対し「濃厚な容疑」があったとして、その後の任意同行、職質、所持品検査を行政警察目的のものと割り切ってしまうことにはいささか疑問が残る。とすると、なおさら先の抽象的な区別を論ずるのではなく、「これを一体的に観察し、いつから逮捕状態になったかを考えるべきであり」⁽²¹⁾、その際、「帰ろうと思えば帰ることができる」状況の有無が違法な逮捕か否かのメルクマールになると思われる⁽²²⁾。このように考えると、第一の任意同行は交通妨害にならぬよう職質を継続する必要上、行なわれたものであるが、その態様はかなり強制的ではなかったかと思われる節がある⁽²³⁾。少くとも、第二の任意同行については、原審の認定によると、「本件強盗犯人としての容疑が右事務所を出るところまでには同人らを緊急逮捕することができる場合に近い程度にまで濃厚になっていた」⁽²⁴⁾にも拘わらず、一定程度の実力を用いて連行しておきながら、あくまでこれを行政警察作用上の任意処分とするのは、「表現上の任意同行が『身柄の拘束』⁽²⁵⁾となつている場合」にあたり、刑法上の逮捕手続を潜脱する結果をもたらしことになったと考えられるのではなからうか。

(16) 河上「任意同行をめぐる若干の問題」警察研究四一卷一号（昭四五）三九頁、同「任意同行の限界」研修三五六号（昭五三）五一頁。

(17) 田宮「職務質問と所持品検査」同『捜査の構造』（昭四六）一一八頁。

(18) 警職法二条による職質を実行するため、相手方を停止させ、あるいは立去る者を追跡することを是認する判例は多数存在する。例えば、最高裁昭二九・一二・二七判決刑集八巻一三三二四三五頁、最高裁昭三〇・七・一九判決刑集九巻九号一九〇八頁などがある。また、任意捜査として警察署まで任意同行を求められた被告人が取調室から退去しようとした際に警察官が制止のため加えた実力を適法としたものとして、最高裁昭五一・三・一六決定刑集三〇巻二号一八七頁。道交法六七条により、信号無視を現認しこれを停車させたところ、下車した運転手が酒臭をさせていたので酒気検知を行う旨告げたが、運転手がこれを拒み自動車に乗り込み発進させようとしたので、窓から手を入れエンジンを回転させスイッチを切り運転を制止した行為を適法としたものとして、最高裁昭五三・九・二二決定刑集三二巻六号一七七四頁。

(19) 田宮前掲論文(注⑩)一四二頁、熊谷「任意同行と逮捕の限界」『捜査法大系I』(昭四七)五一頁以下。

(20) 田宮(注⑭)一一七頁以下。

(21) 熊谷(注⑰)五二頁。

(22) 光藤「任意捜査において許容される有形力の行使の限界」ジュリスト六四二号(昭五二)一七六頁以下参照。

(23)(24) この点では、第一審の事実認定が興味深い。第一の任意同行につき、「兩名は乗用車から降りることを拒否したが、警察官らに強く促されて、まず被告人がボーリングバッグとアタッシュケースを抱え三人位の警察官に囲まれるようにして右事務所にはいり、やや遅れて近藤が数人の警察官に引張られるようにして右事務所にはいった」とする。第二の任意同行については、「警察官らは、被告人の両腕を持って事務所から出し、無理やり警察の車に乗せ、ボーリングバッグとアタッシュケースを抱え、ふん張るようにして抵抗している近藤も数人で持ち上げるようにして事務所から出し、無理やり別の警察の車に乗せ、総社署に同行した」とする。他方、鳥取地裁(注①)、原審、最高裁は、これよりもマイルドな認定をしている。

(25) 光藤(注⑳)一七七頁。

(三)第三に、所持品検査の問題である。法的根拠については、自動車検問と同様に対立があるが、これを整理すると、まず、警察法二条説(甲説)⁽²⁶⁾と警職法二条説(乙説)⁽²⁷⁾に大別できる。甲説に属する河上検事は、警職法二条の要件は「いわば例示列举であり、限定列举ではなく、犯罪予防、治安維持という警察の責務との相関関係で考慮する一要素」であるとの発想を前提にされ、その判断基準は、「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許容されるか」⁽²⁸⁾である⁽²⁹⁾とされる。ここでは、職質に「附随」する⁽³⁰⁾という性格は棄て去られ、むしろ法的には職質と並ぶ独立の任意手段と位置づけられているといえるのではなからうか。他方、乙説は、ここまで所持品検査を拡大することは認めず、警職法二条の要件が存在する場合に職質に附随して行うことができるものと解している。もっとも、實際上、この立場をとる判例も、相手方の承諾なしに検査しうる範囲をかなり広く認めており、⁽³⁰⁾両説とも現在のところ大きな結論の差があるとは思われない。

ところで、本件最高裁は、一般論として乙説を採るようである。ただ、最高裁は、「猟銃及び登山用ナイフを使用
しての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」の存在と犯人らに「濃厚
な容疑」の存在していたことを認定している。とすると、最高裁は、職質・所持品検査が目的とする「犯罪の予防、
鎮圧等」とは、既に発生した特定犯罪の濃厚な容疑が集中している特定個人につき、容疑をはらすために行う場合を
も含めて考えているのであろうか。⁽³¹⁾ここまで拡大解釈するとき、正に司法警察目的を行政作用により充足し、刑事法
の規制を回避することを認めることにならないであろうか。⁽³²⁾

そこで、所持品検査については、警職法二条の要件が存在し職質を実行するに際して、凶器等の危険物を所持して
いると疑うべき合理的理由のあるときに、これら凶器等に限定して捜検することを認める立場⁽³³⁾が妥当ではな
いかと思われる。この立場からは、本件では、バッグ、ケースともすでに犯人らの手元から離なされている上、警察
署の取調室にいる情況下では、第三者はもとより警察官に対し危害の加えられる可能性はほとんどないといってよか
ろう。また、相当濃厚な嫌疑が存在していた以上、むしろバッグ開披行為の時点で、まず緊急逮捕をし、刑事法上の
手続にのせるべきではなかったかと思う。確かに、一方では逮捕に続く搜索・押収により重大な不利益を被るが、他
方で、弁護人依頼権の保障、身柄拘束時間の制約など被疑者の人身の自由・人権を守るに必要な制約も働き、事情に
より勾留請求却下などによる司法的救済の可能性もでてくるところであり、本件のような事例では逮捕手続を先行さ
せるべきであったと思われる。⁽³⁴⁾加えて、最高裁は、ケースこじあけ行為が緊急逮捕手続と時間的に接着して行なわれ
た点を指摘して適法としているが、第一に、果たして緊急逮捕しなければならぬ緊急性はあったのか否か疑問があ
るし、⁽³⁵⁾第二に、時間的接着性を理由に搜索・差押の先行を許すことは法の認めない緊急搜索・差押を是認することに

なりかねず、これも疑問である。⁽³⁶⁾

(26) 例えば、宍戸・宮脇『警察官職務執行法』（昭五一）六頁、五七頁、宍戸・渋谷・小谷・宮脇『警察官権限法注解』上（昭五二）一四頁、四二頁など。もっとも、警察法二条と警職法二条両条を指摘するものとして、福岡高裁昭四五・一一・二五決定判例時報六一五号三頁。若干ニミアンスは異なるが、船田「所持品検査」『捜査法大系Ⅰ』（昭四七）三二頁。

(27) 例えば、東京高裁昭四七・一一・三〇判決高刑集二五卷六号八八頁、大阪高裁昭五一・四・二七判決判例時報八二三号一〇六頁、東京高裁昭五二・五・三〇判決判例時報八六六号一八〇頁など。

(28) 河上（注⑩）研修三五六号六二頁。

(29) 河上「刑事証拠法上の諸問題Ⅳ」警察学論集三〇卷八号（昭五二）一三四頁。

(30) とくに、東高判昭四七・一一・三〇（注⑳）参照。なお、評釈として、阪村・ジュリスト昭四八年度重要判例解説一五四頁、高田・法学雑誌二〇卷一号一六五頁、小早川・同志社法学二五卷四号五七頁、木藤・法律のひろば二六卷三号二九頁など。

(31) 木藤（注⑥）五〇頁は、むしろこの点を捉えて、「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」とする。また、大阪高裁昭二九・四・五判決高等判決特報二八号二五頁も、犯罪捜査のためにも警職法二条による職質を行えることを認めている。

(32) とくに河上検事は、「所持品検査は、法的にも行政警察の一環であって、被質問者を犯罪捜査の被疑者として扱っているものではなく、社会の治安を維持するために市民の誰もが負っている対警協力義務といったようなものの考え方」に賛成され（河上・注⑳一三八頁）、さらに、「行政警察権行使の違法は、司法警察権行使の適法性に影響を与えないという理論」をとられる（河上注⑩研修三五六号五九頁）。

(33) 田宮（注⑫）一一四頁以下、松尾「職務質問と所持品検査」同『刑事訴訟の原理』（昭四九）一六三頁、中村「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）二三頁など参照。

(34) もっとも、緊急逮捕に至れば、ケースのこじあけどころか「更に重要な人権である自由権が一举に奪われることになるのに、慎重を期するために先にアタッシュケースを開披した行為をなげに違法としなければならぬか」との疑問が提示され、むしろ、「直ちに緊急逮捕ができる場合であっても、更に、短い時間で、犯人であるかどうか、犯罪の成否に重大な影響を及ぼす事情がないかどうかを確認する方法があるとすれば、それを行うことこそ本来警察官に要請されていると言わなければならない」との主張もみられ（本江・注①七七頁）、いちがいに割り切れなところであろう。

(35) バッグ開披行為だけで嫌疑の確認には充分であったろうし、署内の取調室にいる以上、逃亡、罪証隠滅の虞れもなかった。逆に、令状を請

求する余裕は充分にあったと思われる。

(36) 緊急逮捕等の問題につき、差し当たり、平場・中武・高田・鈴木『注解刑事訴訟法』(中)(昭四九)一〇四頁以下、一三三頁以下(高田)参照。

(四)以上の考察の結果、被告人らの受けた不利益は、「バッグの施錠されていないチャックを開披し内部を一べつしたにすぎないもの」で、「さほど多きい」ものではないどころか、検問の段階から所持品検査に至るまで、身体の自由・プライバシーの権利に対する継続的で重大な侵害があったといえるのではなからうか。そして、証拠排除法則の根拠を差し当たり最高裁にならって、違法捜査の抑止に求めたとしても、⁽³⁷⁾本件のような流動的な警察事象の中でもすれば生じがちな警察官の違法行為を抑止し、適切な実務の指針を与える必要上、証拠排除を認めるべきでなかったかと思われる。それゆえ、強盗の訴因については、証拠排除―犯罪の証明なし―無罪と構成して救済しえよう(ただ、本件は、爆発物取締罰則違反との併合審理がなされているので、この別罪についてはどう扱うか問題がでてくる)。もっとも、違法な手続と全く独立の源からえた証拠でも充分に有罪を証明しうる場合、問題がでてくる。従来、公訴権濫用の一類型として違法捜査に基づく起訴の問題が論じられてきているが、⁽³⁸⁾重大な違法捜査が存在していたとき、証拠排除と形式裁判による「手続打切り」⁽³⁹⁾のいずれで救済するのか、また、その要件と両者の関係をどう考えるのか、緻密な分析を要しよう。⁽⁴⁰⁾

以上で触れた諸問題は、比較法的研究を含めて今後一層深めていかなければならず、それらは将来の課題としたいが、今のところ、本判決には疑問を強く抱いている。

(37) 最高裁昭五三・九・七判決(注③)。

(38) 差し当たり、研究会「公訴権の運用をめぐる」判例タイムズ三五四号(昭五三)四七頁以下の座談会が示唆的である。三井教授は、違法

捜査に基づく起訴という公訴権濫用の主張の背景として、「違法収集証拠の排除法則が判例上なかなか有効に機能しない」点を指摘される(同上六八頁)。田宮教授も指摘されるように、「違法捜査に基づくため起訴すべきでない事件と起訴してもかまわない事件をえりわけろ」ことは、検察官にとっても、裁判所にとっても「大へん難しい」ことであるし、また、先に触れたように、最高裁が排除法則の機能する余地を認めるに至っている現在、両者の関連性を明確にすることが求められているのではなからうか。

(39) 鈴木「公訴権の濫用と可罰性の理論」判例タイムズ三五四号(昭五三)三二頁。なお、いわゆる「おとり捜査」との関連で拙稿「四捜査と異抗弁」法学論叢一〇五巻一号(昭五四)四四頁参照。

(40) 差し当たり、井戸田「捜査手続の違法と公訴提起の効力」立命館法学一〇五・一〇六号(昭四七)一二二頁、同『公訴権濫用論』(昭五三)一一〇頁以下、田宮編著(注^⑬)四三七頁以下(田宮)など参照。

〔追記〕 本稿脱稿後、次の文献に接することができた。小野「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)八九頁、田宮「職務質問と所持品検査」現代警察一八号(昭五四)九五頁、同「任意捜査の限界」現代警察一九号(昭五四)五六頁、同「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」鴨古稀祝賀論集『刑事裁判の理論』(昭五四)六五頁。