

行政警察作用と司法警察作用

山 本 晶 樹

一 はじめに

二 警察作用の区別を巡る学説

(1) 区別必要論

(2) 区別不要論

(3) 再構成論

三 歴史的背景

四 展 望

一 はじめに

警察の語源は、ギリシャ語の *politeia* に由来し、都市国家 (*polis*) の憲法ないしは理想の状態そのものを意味した。⁽¹⁾ 下るところ、一五三〇年の帝国警察法 (*Reichspolizeiordnung*) では国家作用の一切を指すようになった。その後、国家組織の発達につれ、外政、司法、軍政、財政が分離し、内務行政の全般を意味することになった。一

七九四年に制定されたプロイセン一般州法典 (Allgemeines Landrecht) 以降、次第に、内務行政の内で公共の安全と秩序維持を直接の目的とするものに対して、国家の一般統治権に基づき、人民に命令しまたは強制する権力的作用を、警察と呼ぶようになった。行政警察は、この警察概念を意味する⁽²⁾。ちなみに、わが国で「警察」という言葉は、社会公共の災厄を警戒し、それを未然に防止するための査察、すなわち「警戒査察」という言葉を省略したもの⁽³⁾という。これに対して、司法警察は、本来、行政機関の地位にある者が犯罪捜査を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。

明治になり、わが国で近代的警察制度が確立した以降、「捜査は、犯罪が発生していることが前提となる。その意味で、犯罪が発生しようとしているため、それを予防ないし制止しようとする行為(警職五条)は、警察官の行為であっても、司法警察職員として司法警察権を行使するものではなく、行政警察権の行使にしか過ぎず、従って捜査ではない」とされてきた⁽⁴⁾。ところが、近時、犯罪多発地区を管轄する派出所付近の電柱にテレビカメラを設置して、犯罪が発生した時の証拠保全のために密かにテレビカメラをまわし続けていたら、警察車両に対する器物損壊事件が発生した事案で、東京高裁は「犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合であり、あらかじめ証拠保全の手段、方法をとっておく必要性及び緊急性があり、かつ、その撮影、録画が社会通念に照らして相当と認められる方法でもって行われるときには、現に犯罪が行われる時点以前から犯罪の発生が予測される場合を継続的、自動的に撮影、録画することも許される」と判断した⁽⁵⁾。この判断以前にも、犯罪発生前の任意捜査を適法とした同種の裁判例がある⁽⁶⁾。他方、二〇〇〇年八月には、将来発生するにちがいない犯罪に対して、強制捜査を許す通信傍受法(一九九九年八月公布)が施行された。

本稿では、これ等の動向が、明治以降続いて来た犯罪捜査に対する考え方及びその背景にある行政警察作用と司

法警察作用の区別に「革命的な変更をもたらす」⁽⁷⁾ものであるか、という点につき考察する。

二 警察作用の区別を巡る学説

従来、将来発生するにちがいない犯罪に対して、強制捜査を許すべきか否かという観点より消極説と積極説が展開されてきた。本稿では警察作用という別の側面より考察するため、便宜上、区別必要論、区別不要論、再構成論の三つに分ける。

(1) 区別必要論

区別必要論は、警察作用は行政警察と司法警察に区別すべきであるとする。すなわち、行政警察は犯罪の予防・鎮圧を目的にする作用であるから、作用の対象は未だ犯罪が発生していない段階であるのに対して、司法警察は犯罪の解明・訴追を目的にする作用であるから、作用の対象は既に行なわれた犯罪の段階である。将来発生するにちがいない犯罪に対する取り扱いは、犯罪が存在していない段階なのだから、行政警察の領域である。現行法の基底には、このように警察作用を分ける考え方がありと主張する⁽⁸⁾。

第一に、刑法一八九条二項は「司法警察職員は、犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする」と規定しているが、ここで「司法警察職員」という用語の使用は、警察作用を区別する考え方を反映させたものである。また、「犯罪がある」との文言は、既に行われた犯罪の存在を前提とし、将来発生するにちがいない犯罪の存在を含んでいないと読むことが素直な見方である。

第二に、刑法一九九条二項は、「罪を犯したことを疑うに足りる相当の理由がある」ことを逮捕状発付の要件

と定めているので、現行法上は、将来発生するにちがいない犯罪について予め逮捕状を発付することはできない。

第三に、刑法二一八条一項は、搜索差押令状、検証令状の発付要件として犯罪嫌疑の相当性を要求しているが、将来発生するにちがいない犯罪は、如何に犯罪の発生が確実と考えられる場合でも未来に属し不確実性があるので、犯罪嫌疑の相当性という段階にまで至らず、予め令状を発付しておくのは適当でない。

第四に、憲法三五条、刑法二一九条は、搜索差押令状、検証令状の記載において罪名、場所、物などの特定性を要求しているが、将来発生するにちがいない犯罪は、あくまで予測の域を脱し得ないから具体的に特定することは不可能で、いきおい、一般探索的令状になりかねず、令状主義の趣旨に反することとなる恐れがある。

第五に、刑訴規則一五六条一項は、搜索差押令状、検証令状を請求するにあたっては、「罪を犯したと史料されるべき資料を提供しなければならない」と規定していること、刑訴規則一五五条一項四号は、令状請求書の必要的記載事項として「罪名及び犯罪事実の要旨」を定めていることから、刑訴規則は、将来発生するにちがいない犯罪の捜査のために搜索差押許可状、検証許可状を発付することを予定していない。

第六に、将来発生するにちがいない犯罪に対しても令状発付が必要な事態として挙げる薬物、拳銃の密輸事犯については、平成三年（一九九一年）の法改正で刑法二条の国外犯として処罰できるようになったため、密輸入に関する事前情報を得た場合は、輸入未遂、予備等の過去の犯罪を被疑事実とする令状発布が可能となり、立法的手当が既にされている（麻薬特例法二三条、いわゆる薬物四法〔麻薬及び向精神薬取締法六九条の六、覚醒剤取締法四一条の二、大麻取締法二四条の八、あへん法五四条の四〕、銃砲刀剣類所持等取締法二一条の一四）。そもそも刑法は、重大な犯罪は予備も処罰ことになっているが、これ等の規定の立法趣旨の一つには、予備段階での捜査を開始させることを可能ならしめるためであるから、これ以外の事態にまで刑訴規則の例外を拡大すべきでない。

第七に、将来発生するにちがいない犯罪に対して令状の発付を許すならば、令状の執行を行う時期の判断は捜査機関に委ねられているから、場合によっては犯罪が発生していない段階での令状の執行をも許すこととなる。例えば、賭博場が将来の特定日に開かれるという事前情報に基づき、事前に当該特定日の賭博場開帳図利を被疑事実として、関係箇所 の 捜 索 差 押 令 状 を 得 て お き、犯 罪 の 実 行 前 に 令 状 を 執 行 す る 場 合 な ど で あ る。こ れ で は、令 状 を 犯 罪 の 制 止、鎮 圧 目 的 で 利 用 す る こ と に な り か ね な い。捜 査 の 名 の 下 に 犯 罪 の 強 権 的 な 予 防、鎮 圧 活 動 を 認 め る こ と に な り、平 穩 な 市 民 生 活 へ の 恐 れ を 介 入 が も た ら さ れ る。こ の よ う な 予 防 拘 禁・予 防 的 捜 索 を 禁 圧 す る た め に は、警 察 作 用 の 明 確 な 区 分 が 必 要 で あ る。

(2) 区別不要論の立場

警察作用を行政警察と司法警察に分ける考え方が通説であるが、区別不要論は、「しかし、問題は、そもそも、そのような区別が果たして、そしてどこまで実質的な理由のあるものなのか」にあると主張する。⁽¹⁰⁾

第一に、警察作用を行政警察と司法警察に分ける考え方の母国であるフランスでは、「両者を区別する実際上の意義は、警察官の行為に違法があったと疑われる場合に、それに対する救済を行政裁判所と通常裁判所とのいずれに求めればよいかという裁判管轄上の基準となるという点に、ほぼ限られてきたといわれる。わが国でも、旧法時代には、行政処分について独自の管轄を有する行政裁判所が司法機関としての通常裁判所とは別に設けられていたが、それが廃止された」ので、両者を区別する必要性が存在しない。

第二に、「フランスの場合には、刑事手続における公判前の事件調査は予審判事が主宰するという建前が維持され、警察は、その予審判事の『共助の囑託 (commission rogatoire)』を受けて必要な処分を行うか、予審が未だ開

始していないときに、司法警察作用として、検察官の指揮の下に捜査を行うものとされ、またドイツの場合にも、捜査は検察官が主宰し、警察は、その補助機関として、一定の処分を行うというのが原則とされており、警察独自に行える行政警察活動とは、権限の根拠や検察官等のコントロールの下に置かれるか否かといった点で差があるため、両者を区別する意味はまだあるといえる。これに対し、わが国の場合には、現行刑法上、警察は、第一次的捜査機関とされており、個々の事件捜査につき、検察官の直接の指揮・命令下に置かれるという関係にはない」ので、両者を区別する意味が薄れている。

第三に、「大陸法系諸国では……犯罪の捜査というものは公訴の準備に当たり、その公訴は国家の刑罰権を実現するためになされるものである以上、犯罪が成立し、刑罰権が発生しなければ、公訴権も発生せず、公訴権が生じなければ、捜査権も存在しないという考え方も、その区別の基底にあったのかもしれない。しかし、訴訟法的に見れば、犯罪の成否は裁判の結果はじめて明らかにされるはずのものであるから、その裁判を求める訴訟行為である公訴の権限の発生が犯罪の成立を前提にしていると考ええることは論理矛盾」である。

第四に、行政警察活動と司法警察活動とは、活動目的が違ふから手続的保障のあり方も違ふのは当然だが、「ある警察活動を行政警察でなく司法警察の方に取り込む方が濫用の危険が大きくなるかのようにいうのは、当を得ないように思われる。その両者を比べた場合、行政警察活動のカヴァーする範囲はかなり幅広く、その内容も、状況に応じ、強制色のほとんどないものから、即時強制のような極めて強制色の強いものまで多様であるので、司法警察ないし犯罪捜査の活動と比べて、どちらがより強力で、権利侵害性の強いものであるかは、一概にいえない」。たとえば、「フランスにおいて、警察の活動は、実際には、行政警察と司法警察の境なく、一体的ないしは連続的になされることが多いのに、裁判上敢えてその両者を峻別することにより——特に、行政警察作用だと認定さ

れると、一般的に緩やかな規準が適用されるため——その活動により被害を受けた者の権利保護を弱いものとする結果をもたらしてきたことが指摘され、その意味から、両者の区別自体の存在意義を問い直す動きが出てきている。また、ドイツにおいても、犯罪捜査に類似ないし接合した個人情報収集活動などにつき、行政警察活動だとすると、州レベルの警察法規でその権限を創設することができうるうえ、犯罪捜査におけるような検察官のコントロールを受ける可能性もないから、不適切であるとの認識から、そのような活動は、むしろ刑事手続法の下に取り込んで、適切な法規制を図るべきだとする意見も現れてきている。

また、「将来行われるであろう犯罪を対象にするものはすべて予防を目的とする作用であって行政警察に属する、ということに論理上当然になるものは、なお疑問」である。実務では、スリ事犯・夜間に店舗等に侵入して物品を盗み出す、いわゆる出店荒らし事犯・おとり捜査などでは、捜査官が疑わしい者を監視し続けて、犯行に及んだところを現行犯逮捕する手法が用いられているが、これ等は「未だ発生していない犯罪を対象にするものである以上、あくまで行政警察活動であり、捜査ではないといふべきなのであろうか……実行すれば逮捕する態勢の下に、それに備えて一定の活動をすることは……犯罪の摘発——ひいては、その訴追・処罰——をこそ目的とするものであるのだから、むしろ、司法警察活動ないしは犯罪捜査の範疇に含まれる」と考えるべきである。この捜査手法に對しては、犯罪が実行されることが予想されるときは、それを防止するのが警察の責務で、実行されるまで放置しておき、これを検挙するというのは、本来、あるべき警察活動でないという批判があるが、「……スリや出店荒らしの場合などでも、例えば制服の警察官をその場に公然と配置するような形を取れば、少なくともその局面で犯罪が実行に移されることはまずないであろうから、当面の犯罪防止には役立つかもしれないが、必ずそのような措置を取らなければならないものとも、あるいは取るのが適切」とは考えられない。犯罪の発生が予測されても、

発生場所が不明であるなど、防止の措置を講じることができない場合もある。そもそも、常に犯罪の防止を優先させなければならぬものなのかは疑問で、結局、政策的な可否の問題に過ぎない。

第五に、憲法三五条の正当理由とは、過去の犯罪との関係で規定された要件のはずであるとの疑問に対しては、「その根拠が何ら示されていないので、何故にそのように断定できるのかは、不明である。少なくとも、アメリカでは、……連邦法がこれから行われようとしている犯罪を対象にした通信・会話の傍受をも許しているのに、それが合衆国憲法修正四条における『相当な理由』の要請に……適合するかどうかといったことは、全く問題とすらされていない。……明らかに右修正四条を承けて制定された憲法三五条を、……別異に解釈しなければならないものとは思われない」と反論する。そもそも、行政警察と司法警察を区別する「觀念自体、憲法上の存在ではないため、憲法解釈を拘束する力を持つわけではない」。

また、憲法三五条は搜索・押収の目的物が搜索場所に所在することにつき正当理由、つまり実質的な蓋然性が存在することを要求している。過去の犯罪については、正当理由の存否は確実、不変の事実であるが、将来の犯罪が発生するか否かはあくまで予測に過ぎず、不確実で事情が変わって発生しないこともあるから、正当理由がないのではないかという疑問に対しては、「過去の犯罪との関係についてても、令状発付の段階での犯罪事実存否の判断は、それが行われた蓋然性があるというだけのものにとどまるし、後に、実は行われていなかったと判明することもあり得るから、その判断は絶対に確実なものとはいえない。その判断をするにあたって、令状裁判官の手許にあるのは疏明資料のみなのであり、……それが示す一定の事実や状況が存在するときには、経験則上、特定の犯罪が行われた蓋然性があるといつてよいと考えられるから、そう推認する……これから行われる犯罪についても、例えば、同種の犯罪行為が何度も繰り返し行われているとか、信頼できる情報の提供があるなど、一定の事実や状況

が先行して存在するということから、経験則上、間もなく特定の犯罪が行われると相当の確度で推認できる場合がないわけではない……いずれの場合にも、基本的に推認であるという点では、本質的な差異はない」と反論する。

更に、憲法三五条は場所・物の特定性を要求しているが、将来の犯罪では対象の特定に困難があり、令状が一般探索的となる恐れがあるとの疑問に対しては、「既に発生した犯罪の場合にも、令状発付の段階でその内容が完全に判明しているということは、實際上、稀であろう。むしろ、ほとんどの場合、その段階での犯罪事実の認定は、多かれ少なかれ推測の入り込んだ——一連の手続を経て最終的に認定される事実と比べれば——不正確で流動的な性格のものにとどまらざるを得ないが、そうだからといって、令状主義で要求される犯罪の特定を欠くことには必ずしもなるまい」と反論する。

第六に、将来の犯罪に対して強制処分を認めるのは、濫用の恐れが大きいという見解に対しては、「もしこれが、そのような処分に名を借りて、別目的での情報収集などを行うことを意味するものであるとすれば、それは、未発生の犯罪を対象にする場合のみに特有の問題ではないように思われる。別件捜索・差押えの例に見るように、過去の犯罪を対象にする処分の場合にも、それを名目にして別目的での情報収集が行われるおそれは多分にあるからである」。あるいは、将来の犯罪は、犯罪が発生するかどうかはそのときになってみなければ分からないから、当該強制処分によって得られる利益がそれに伴う対象者の権利の侵害を正当化し得るほどのものとなっていない意味だとすれば、「間近に重大な犯罪が行われることの蓋然性が相当に高いうえ、それが発生するまで待っていたのでは、それに関連する有用な証拠がなくなってしまうため、予めこれを保全しておく必要性・緊急性が極めて高いような場合などには、当処分によって得られる利益は相当に大きいといえるから、右のような正当化は可能である……このように、これから行われようとしている犯罪を対象にして強制処分を行うことも、憲法上あるいは法理論上必ず

しも許されないものでない」と反論する。

第七に、これから行われる犯罪に対しても予め令状を発しておかないと、「好ましくない副作用をもたらし、法制度としての健全さを損なう結果ともなることが懸念される」。例えば電話傍受で考えると、過去の犯罪を理由に令状が発付されても、現実にはこれから行われる犯罪の関連情報が得られることが多いが、その場合は、令状なしに傍受が行われたことになる。すなわち、「過去に行われた覚えい刑取引につき、その関与者を特定したり、営利目的の存在を明らかにするために必要であるという理由で許可されたものであったのに、傍受された通話の記録は、結局、……当の通話の内容から知り得た傍受時以降の覚えい刑取引の証拠として用いられている……過去の犯罪を解明するためといっても……これから行われる同種の覚えい刑取引に関連する通話がなされ、その内容から、それら一連の犯罪の関与者や営利目的の存在を明らかにするような情報が得られる蓋然性があるため、それを期して電話検証がなされた……そこでは、まず、これから行われるべき覚えい刑取引の内容が明らかにされ、次に、それが間接事実となって過去の覚えい刑取引の内容ないしその要素を成す事実が推認される、というプロセスを経ることが予定されているのである。そうだとすると、傍受が成功したときには、これからなされる犯罪の証拠となる情報も入手されるのは、右の構造上ほぼ必然のこととすべきであり、そのような要素を本来的に含む電話検証を、過去の犯罪についての捜査のみを理由に許可し、実施するということは、一国の制度として、決して正当な姿ではない……しかも、そのようにこれから行われる犯罪の証拠がほぼ必然的に得られる手段が利用可能だとすれば、本来その手段を必要としない過去の犯罪についての捜査を名目としてでも、これを利用してする傾向を誘発するおそれも全くないとはいえず……法執行は著しく不健全なものになってしまふことが懸念される」。むしろ、捜査という刑事手続にのせて令状による規制下で証拠として収集する方法が望ましい。

(3) 再構成論の立場

再構成論は、警察作用を以下の如く把握する。⁽¹⁾ すなわち、行政警察・司法警察の区別に関しては、現行法の解釈上は区別必要論を基本と解さざるを得ない。しかし、人権保障上、刑事司法的コントロールに服せしめるのが妥当と思われる場合か否かという、利益衡量を基礎とした実質的基準、つまり機能・目的に即して定義すべきである。⁽²⁾

新しい観念は、広い意味での犯罪鎮圧ないし犯罪への対抗の一部を構成するロー・エンフォースメント (law enforcement) としての捜査と把握すべきで、「捜査は実質的機能に依じて事前の場合へも広がっていくから拡張的捜査概念とでもいふべきものであろう。拡張的であるから……行政警察との接着性は従前よりは強くなり、限界も具体的な場合にはあいまいになる。」他方、「行政警察と司法警察はいわば同じ警察作用であるから、捜査という刑事手続きに令状主義のコントロールが用意されるとすれば、……行政取締りについても、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ことになる。」という。

その根拠を、次ぎの三点に分けて考えることができる。

第一に、現行法下で、捜査は『司法的捜査』『職権主義的捜査』から『行政的捜査』『当事者主義的捜査』へと転換を遂げるべきであったが、現行法規はこれを体現した条文化を遂げていないため、現行法が採用した捜査・訴追の基本的あり方との間に整合性がないという。すなわち、行政警察・司法警察を区別する作用論は、司法警察の構成の方に力点があり、司法警察つまり捜査を処罰の準備ための補助作用とする見方にほかならずで、検察官を司法官とし裁判官と並んで処罰に奉仕させるという職権主義的手続論を背景としている。これは大陸法系に特徴的で、捜査を『司法的捜査』『職権主義的捜査』とする考え方は、いわば、特定の時代とそこにおける法制度とに

密接に結びついて成立したものである。わが国も戦前においては大陸法系に属していたため、当然、捜査は犯罪発生後に限定されたのである。しかし、これは制度的前提が妥当する限りで認められるものであって、前提条件が変われば異なる見地からの再考が必要になる。

戦後、わが国では裁判所と検察官は分離されて司法権の独立が徹底し、検察官はむしろ行政官と位置づけられたので、捜査活動を司法と呼ぶ必要がなくなった。また、訴訟の形態も当事者主義を採用し、捜査・訴追と裁判とは理念として断絶したので、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、捜査を含めて司法という統一的呼称を用いるのは適当でなくなった。更に、現行法では警察はむしろ第一次的捜査機関として捜査主体たる地位を獲得したので、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た。現在では、行政警察・司法警察の区別は、少なくとも旧法時代までの基準では、もはや通用しなくなった。現行法の下では、捜査は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、司法との関係は、裁判Ⅱ司法へ向けて準備の役割・効用をもつというだけである。行政的活動ゆえ、公正の保障は外からの抑制方法を考える必要があり、かくて捜査に対しては司法的コントロールという規制が採られている。これは英米法系に特徴的で、捜査を『行政的捜査』『当事者主義的捜査』とする考え方である。ここで、行政的捜査とは、『検察官の地位の変貌を象徴的に表現したものであり、アメリカ法のチームである「ロー・エンフォースメント」(law enforcement)』としての捜査』を指している。また当事者主義的捜査とは、「捜査と公判はその境界である訴追で分断され、両者は刑事訴訟法学上、異質のものと観念される」という意味であるという。

第二に、警察という秩序の維持回復活動は、全体としていわばロー・エンフォースメント活動であって、行政警察・司法警察の観念のように形式的基準で分界を示す必要性がない。捜査とそれ以外の警察の行政的活動とを区別

すること自体は英米法でも可能であるが、その分界は、捜査というものの定義によるという便宜的性格をもつに過ぎない。英米法系の制度を前提にするならば、行政警察・司法警察はともに等質なものとして連続線上にあり、捜査は、訴追・裁判の準備的活動で、本質的に事後の活動に限定されるということにならないという。

第三に、行政的な手段を捜査に転用し流用するという濫用の可能性の危険性対策としては、「一般に人権保障のねらいから強制処分⁽¹³⁾の許される場合を狭めると、担当機関がその必要を強く自覚したときには濫用にわたる事態が招来されるので、むしろ権限を与えてしかしコントロールを加える（限界を法定し、司法的監督を新設するなど）というリアリスティックな方法」つまり、捜査領域を拡大して令状で規制する方法が法政策論的にベターな選択であるという。

三 歴史的背景

警察作用を行政警察と司法警察に区別する考え方は、フランス革命期に確立された行政権と司法権の分離、つまり三権分立主義に由来し、共和歴四年ブリュメール三日法典（二七九五年一〇月）で初めて立法化され、その後、大陸法系諸国に広がっていった。⁽¹³⁾

わが国では、明治維新以降、この觀念が輸入された。⁽¹⁴⁾すなわち、行政警察上の諸活動は、行政権の作用として警察機関固有の事務であるとされたのに対して、犯罪捜査は、司法権の作用として裁判所に設置された検事局の事務で、司法警察つまり犯罪捜査は警察機関固有の事務でなく、警察官は、検察官の補佐としてその指揮を受けて捜査を行うに過ぎないとされた。明治七年（一八七四年）に公布された検事職制章程司法警察規則第一〇条は、「司法警察ハ行政警察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」と規定したが、同司

法警察規則が『我が法制上最初に「行政警察」と「司法警察」と名づけて區別した』と指摘⁽¹⁵⁾されている。また、同司法警察規則は「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テ一人ニテ其二箇ノ職務ヲ行フ者アリト雖モ其本務ニ於テハ判然区域アリトス」(二一条)とすると同時に、司法警察の事務を兼職する警察官吏を司法警察官吏と称する(二九条)こととし、司法警察官吏は「検事ノ指令ニ依リ罪犯ヲ探索逮捕ス」(三〇条)とした。他方、明治八年(一八七五年)に行政警察規則を制定し、その冒頭で「行政警察ノ趣意タル人民ノ凶害ヲ予防シ安寧ヲ保全スルニアリ」と規定(二一条)し、職務を大別して四件とし「第一 人民ノ妨害ヲ防護スル事 第二 健康ヲ看護スル事 第三 放蕩淫逸ヲ制止スル事 第四 国法ヲ犯サントスル者ヲ隱密中ニ探索警防スル事」と規定(三條)した。また第四条で、検事職制章程司法警察規則第一〇条と同旨の規定を定め、行政警察と司法警察の關係を確認した。

このように、警察作用を行政警察と司法警察に區別する考え方は、以後、明治十三年(一九八〇年)の治罪法三条・三四条・六〇条、戦前における裁判、檢察の組織に関する基本法とされた明治二十三年(一九九〇年)の裁判所構成法六条・八四条及び旧旧刑法四六条・四七条、大正十一年(一九二二年)の旧刑法二四六条・二四八条・二四九条に至るまで戦前を通じて一貫したものであった。

行政警察、司法警察が區別されるに至った経緯の概略は、以下の如くである。明治新政府は、幕政から転換した過渡期の国内治安を強化するため、軍制改革と警察制度の確立を最初に行った。明治元年(一八六八年)四月、政体書を發布し、太政官中に七官を置き、刑法官に司法警察と裁判に関する権を、軍務官に地方の治安維持に関する権を所掌させた。明治二年(一八六九年)七月、職員令で官制を刑部省、兵部省と改め、また、政治的陰謀の取締機関として彈正台を増設した。明治四年(一八七一年)七月に至り、廃藩置県に伴い兵部省が警察管轄の権限を失

う一方、他方で刑部省と弾正台が統合され、司法省が創設され、行政警察、司法警察を問わず全ての警察行政と裁判は、司法省の所管となった。明治五年（一八七二年）八月、司法卿、江藤新平が司法省に警保寮（警保寮章程二条と裁判所及び検事局（司法職務定制三条）を設置した。なお、司法職務定制二二条「検事職制」第三は「検事ノ職ハ罪訟事端発スルニ始リ裁断処決ニ止マリ未発ヲ警察スルノ事ニ干預セス」と規定したが、この規定で、「警察の語は、我が国の法制上警察の語の用いられた始めと思われる」と指摘⁽¹⁶⁾されている。

明治六年（一八七三年）九月、司法省警保助兼大警視、川路利良が欧州各国の警察制度の視察から帰国すると、フランスの警察制度を範とする改革を内務卿、大久保利通の下で行った。同年一月に内務省が設置され、明治七年（一八七四年）一月に司法省の警保寮を内務省に移管し、警保局と改称した。内務省は国の行政権のほとんどを握った官庁で、警保局は省内でも中核をなした局で、この局による全国警察の統括は、以来、昭和二年末（一九四七年）の内務省解体まで続いた。

戦後の新憲法下で、従来の中央集権的な警察制度は、抜本的な改革がなされた。昭和二年（一九四七年）公布の旧警察法は、警察確立の理念として「国民に属する民主的権威の組織」（前文）を挙げ、警察組織を自治体警察と国家地方警察に分け、両者の関係を、国家非常事態の場合を除き対等（五四条）とし、ポピュラーコントロールの目的で採用された各公安委員会（四三条、四二条）の管理下に置いた。自治体警察は、市及び人口五〇〇〇人以上の町村が、国家から全く独立して維持にあたる警察組織で、一六〇五個、誕生した。国家地方警察は、独立して自治体警察を維持できない残余地域、主として村落地域を管轄した。また、警察作用を行政警察と司法警察に区別した（二条二項）上で、「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ることを以てその責務とする」（一条）と規定して、司法警察つまり犯罪捜査を警察機関固有の事

務とし、それぞれの警察にあたせられた。更に、昭和十三年（一九四八年）公布の現行刑事訴訟法は、旧警察法の考え方をより具体化して「司法警察職員は、犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする」（一八九条二項）と定め、警察を第一次的捜査機関として独立した捜査主体とした。

この改革の背景には、新憲法の基本原則である民主主義を有効ならしめるためには、国家権力の過度の集中を排除し権力を分散させることが要となるとの認識があった。すなわち、「憲法の基本原則である民主主義の下においては、権力の集中はできる限りこれを避けるべきもの……警察法は、警察の民主化、警察の地方分権化を基本原則としている。もし……統一的国家機関である検察官が、警察を全面的に指揮命令するという建前を採るならば、それは確かに警察法の精神に反する」と指摘⁽¹⁷⁾されたり、「裁判所と検察官とが分離したのと同様の理由から、捜査官と公訴官とが分離されたのである。人権保障のより一層の徹底である」と指摘⁽¹⁸⁾された。また、刑事訴訟構造の改革で当事者主義的要素が著しく増加した点も挙げられる。すなわち、「新刑訴のような当事者主義的な手続構造のもとは……検察官の主たる任務は、公判手続における原告官としてのそれで……もはや捜査の主宰者ではありえない……実際上も、検察官が捜査の面に主力を注ぐことになれば、それだけ公判における任務がお留守になるのは当然である。それは、公判手続の当事者主義的運営をはばむことになり、ひいては、新刑訴、いな、さかのばれば新憲法そのものの要請であるところの当事者主義を根底から動揺させることになる」と指摘⁽¹⁹⁾された。

その後、旧警察法は改正され、昭和二十九年（一九五四年）に現行警察法が公布され、新たな警察組織として、地方に、都道府県公安委員会と都道府県警察、中央に、国家公安委員会と警察庁が設置された。警察運営の単位を都道府県警察（三六条一項）に一元化し、警察作用を行政警察と司法警察に区別した上で、司法警察つまり犯罪捜査（二条一項）も都道府県に団体委任された事務（地方自治法二条六項二号）とした。この点に関し、判例も「警察法

及び地方自治法は……警察の管理及び運営に関することを都道府県の処理すべき事務と定めている……と解されるから、都道府県警察の警察官が警察の責務の範囲に属する交通犯罪の捜査を行うことは……都道府県の公権力の行使にはかならない……国の公権力の行使であるとすることはできない⁽²⁰⁾としている。警察庁は、全国的見地より都道府県警察相互間を調整する機能に止められた^(五条二項、一六条二項、一七条)。

四 展 望

戦後の新憲法下において、警察作用の内、行政警察は大幅に権限が削減されたが、反対に司法警察に関しては、旧法時代とは逆に積極的に権限を与え、それを厳しい司法的コントロールの下に置くこととされた。しかし、法制上整備されたにもかかわらず、例えば行政警察上の目的のために法の認める手段（海上保安庁立入検査実施規則三条二項など）を犯罪捜査に用いてはいけな⁽²¹⁾と言われたり、治安目的で逮捕するようなことは許されな⁽²²⁾いとされる。警察官が、一個の身分で行政警察と司法警察、両方の権力を行いうる立場にあるという点では大陸法系と同様であるが、特にこの点がわが国で強調されるのは、「旧法時の濫用への警戒」⁽²³⁾からである。

戦前の旧憲法下でも、人身の自由が保障されていた^(二三条、二四条、二五条)が、法律の留保を伴うものであった。また、緊急命令^(八条)、独立命令^(九条)の如きいわゆる行政立法も法律と同様の効力が認められ、これ等の命令により人民の権利を制限できるとされていた。そのため、人身の自由が侵害される事例が少なくなかった。捜査のためには、違警罪即決例^(明治一八年公布)の留置を利用したり、行政検束、予防拘禁が広く濫用された。例えば、旧憲法下の行政上の強制執行に関する一般法として明治三三年^(一九〇〇年)公布された行政執行法は、一条一項で「行政官庁ハ……救護ヲ要スト認ムル者ニ対シ必要ナル検束ヲ加ヘ……危険ノ虞アル物件ノ仮領置ヲ為ス

コトヲ得暴行、闘争其ノ他公安ヲ害スルノ虞アル者ニ対シ之ヲ予防スル為必要ナルトキ亦同シ」と規定していた。しかし、同法に規定されている予防検束の要件である「其ノ他公安ヲ害スルノ虞アル者」とは、「公共の安寧秩序を妨害する虞のある者、語を換へて言へば警察上の障害ありと認めらるゝ者は、其の範囲極めて廣い」⁽²⁴⁾と解され、それがため、捜査の対象者を簡単に公安を害する者として行政検束した運用が慣行的に行われていた。大正一二年（一九一三年）には、緊急命令により、人民の思想弾圧（行政警察）の手段に利用（犯罪捜査）されたことが多かった「治安維持の為にする罰則に関する件」つまり、治安維持法がある。治安維持法三九条一項（昭和一六年「一九四一年」法律五四号）は、「罪を犯すの虞あること顯著なるときは……予防拘禁に付する旨を命ずることを得」と規定し、予防拘禁の決定は捜査機関が単独ではなしえず、裁判所がすることになっていたが、構成要件が抽象化され過ぎていたため、裁判所の決定の多くは、おざなりなものであったという。⁽²⁵⁾

行政警察、司法警察を融合させることは、検挙（捜査）が最大の防犯（行政警察）ゆえ、両者の密接不可分性が指摘され、分離すべからざることを説いた戦前の状態へ戻る、つまり犯罪予防を優先させ適正手続の保障によるコントロールを後退させることになりかねない。戦後の新憲法下でも、昭和四三年（一九六八年）のエンタープライズ佐世保寄港に関連して発生した飯田橋事件で表面化した如く、東京都条例による無届デモの制止（集会、集団行進及び集団示威運動に関する条例一条、四条〔平成三年＝一九九一年条例八二号〕の外観を装っているが、デモ学生が公務執行妨害罪（刑法九五条一項）の挙にでることを期待し、これを機として全員逮捕を狙うが如き治安目的の為の逮捕権の濫用がある。⁽²⁷⁾それがゆえに、警察作用を区別する必要論の意義は、今日でもなお存在するといえよう。

しかし、この歴史的認識を背景とした区別必要論は、歴史の前に忘れ去られやすい。二〇〇〇年七月、国民の様々な要望を警察刷新会議は緊急提言したが、その提言を反映させた一つであるとして、同年十一月、警察庁は、

道路の交差点に設置したモニターカメラの画像データを、光通信網を介し、警察本部に瞬時に伝える「光伝送交差点」の導入を決めた。当面は交通情報の収集（行政警察）にあたるが、将来的には、各警察官に情報端末を携帯させ、現場との相互通信による捜査（司法警察）などへの応用を検討する⁽²⁸⁾という。電子メディアには、国家が国民のプライバシーをより精密に、網羅的に管理するための道具として利用される面がある。他方、日本社会は今後、外国人の流入などが進み、犯罪も巨大化、巨悪化し、その内容も異質なものに変わって行き、従来通りの捜査では、その動きに対応できなくなるといわれている。犯罪を個人の内心でなく外部的行為とした近代刑法の原則からすれば、犯罪行為の存在は客観的に認識、確認できることを前提とする。そのため、犯罪が発生したという過去の事実の存在を条件とすることで、捜査権限を枠づけようとする考え方が、警察作用の区別必要論の背景にはあった。しかし、日本社会が抱える両者の調和は、司法警察を令状主義の下に置いて、個々の捜査で請求があった場合にだけ審査するという、個別的な規制だけでは十分対応できない。さりとて、再構成論の如く、捜査を「犯罪への対抗」と捉え、問題が生じたごとに新立法で解決する方法が法制策論としてベターとすると、その対処方法の連続性は、合成の誤謬に陥らないとも限らない。

目的も根拠法令も異なる司法警察作用は、まず行政警察作用と完全に切り離す立場で考えるべきであろう。その上で、議院警察（国会法一一四条）、法廷警察（裁判所法七一条）などのように、警察作用⁽²⁹⁾とは区別し、特別権力関係として捉え、すべからず裁判所の裁量規制の下に捜査主体を置くことで歯止めをかけられるもの、として再構成すべきではなからうか。司法警察作用をかく把握すると、規律面については、司法警察作用は自律機能を期待することができ、他方、行政警察作用に対しては、他の行政機関と同様、警察不祥事が生じそれが犯罪を構成する場合は、外部機関である司法警察が介入でき、内部監査以上に実効性をもたせることができよう。

- (1) 手塚康守・「大日本百科事典六卷(昭和五三年版) 小学館」四七七頁。
- (2) 田上稷治・「警察法」四頁以下参照。
- (3) 手塚康守・前掲注(1) 七七頁。
- (4) 河上和雄・「大コンメンタール刑事訴訟法三卷」八頁。
- (5) 東京高判昭六三・四・一判時一二七八号一五二頁。
- (6) 東京地判昭四二・五・三〇判時四八三号一二頁、東京高判昭四三・一・二六判時五一三号一一頁など。なお、強制捜査を認めた事例として、甲府地判平三・九・三判時一四〇一四号一二七頁ほか。
- (7) 井戸田侃・『犯罪がないのに「捜査」できるのか』ジュリスト一一一七号二頁。
- (8) 法的根拠は基本的には消極説に対応する。主として村瀬均・「将来発生する犯罪事実についての令状発付の可否」増補令状基本問題(上)三四頁以下、井戸田侃・前掲注(7)、白取裕司・「司法警察と行政警察」法律時報六九卷九号三五頁以下、川崎英明・「盗聴の問題性格と理論性格」法律時報六九卷一〇号四四頁以下、三井誠・「搜索・差押え・検証に関する諸問題」法学教室一三八号三三頁以下及び同・「任意捜査の限界」法学教室一四二号八六頁以下などの文献を参照した。なお、区別必要論を前提しながら、積極説を初めて主張した論文として、古田佑紀・「犯罪の発生時期と捜査の開始時期」判例タイムズ五二八号五二頁以下。
- (9) 長沼範良・「犯罪・差押目的物の存在の蓋然性」刑法雑誌三六卷三三六号六七頁以下。
- (10) 法的根拠は積極説に対応する。区別不要論者は、長沼範良氏と井上正仁氏である。なお、積極説の展開は全て、井上正仁・「捜査手段としての通信・会話の傍受(5)」ジュリスト一一一七号二二三頁以下を抜粋引用した。
- (11) 再構成論は、法的根拠は消極説に立脚するが、区別不要論を主張する。再構成論者は辻裕教氏と田宮裕氏である。なお、再構成論の展開は全て、田宮裕・「変容を遂げる捜査とその規制」[変革のなかの刑事法]所収一三三頁以下を参照した。
- (12) 辻裕教・「検証許可状による電話の傍受が適法とされた事例」研修五八二号二七頁以下。

- (13) 白取裕司・前提注(8) 四〇頁参照。
- (14) 歴史的背景に関しては、主として、警察制度研究会編著・「現代行政全集三警察」、広中俊雄・「日本の警察」東大新書、樋口建史ほか・「今日の刑事警察制度」法律時報五八卷一〇号六〇頁以下などの文献を参照した。
- (15) 大國仁・「海の犯罪と捜査の管轄」刑法雑誌三〇卷二号二七九頁。
- (16) 大國仁・前提注(15) 二七七頁。
- (17) 宮下明義・「刑事訴訟法逐条解説」二四頁。
- (18) 中武靖夫ほか・「刑事訴訟法」二四三頁。
- (19) 団藤重光・「刑事訴訟法改正案をめぐって——とくに検察官と司法警察職員との関係」警察学論集六卷三号三頁。
- (20) 最裁昭五四・七・一〇民集三三卷五号四八一頁。
- (21) 大津英男・「警察行政」一六四頁参照。
- (22) 近藤昭三・「行政警察と司法警察」[杉村敏正ほか編 警察法入門] 一八三頁参照。
- (23) 大國仁・「行政警察活動と犯罪捜査」[刑事訴訟法の争点] 四九頁。
- (24) 三田村武夫・「実務理論警察強制の研究」四五頁。
- (25) 奥平康弘・「治安維持法における予防拘禁」[東大社会科学研究所編 戦時日本の法体制(4)] 所収二二七頁。
- (26) 高井賢三・「司法警察論」五三頁、小野清一郎・「刑事訴訟法講義」三四三頁。
- (27) 東京高判昭四九・三・二九
- (28) 読売新聞二〇〇〇年一一・一〇夕刊
- (29) 警察作用として、一般に目的の要素、手段の要素、権力の基づく根拠の三点が挙げられ、権力の基づく根拠は、国家の一般統治権に基づいて行われる作用で、特別権力関係に基づき命令し強制する作用は警察概念に属しないとされている。田上穰治・前提注(2) 三〇頁、美濃部達吉・「警察の概念」法協三〇卷八号、佐々木惣一・「警察法概論」、鶴飼信成・「Polizeiの観念」[美濃部教授還暦記念] 一卷など。