

職務質問に伴う被疑者の「留め置き」の適法性

高 橋 省 吾

1 はじめに

警察官職務執行法（以下「警職法」という。）2条1項は、「警察官は、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由のある者又は既に行われた犯罪について、若しくは犯罪が行われようとしていることについて知っていると思われる者を停止させて質問することができる。」、同条2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。」、同条3項は、「前2項に規定する者は、刑事訴訟に関する法律の規定によらない限り、身柄を拘束され、又はその意に反して警察署、派出所若しくは駐在所に連行され、若しくは答弁を強要されることはない。」と規定している。

いわゆる「留め置き」とは、職務質問の最中に立ち去ろうとする対象者をその場に留め置くことである。実務上よく見られる事例として問題となるのは、職務質問を契機とする任意捜査の過程で薬物事犯（覚せい剤使用）の嫌疑が生じたため、任意同行、任意採尿を促したが、被疑者が説得に応じないためその現場に留め置いた場合、任意同行に応じ警察署に赴いたが、任意採尿に応じないため、説得のため取調室に留め置いた場合であるが、いずれの場合にも、捜

査官が説得からいわゆる強制採尿令状の請求に切り替え、同令状の発付を得て被疑者に対し執行するまでの間、結果として被疑者を職務質問の現場や警察署の取調室に相当長時間にわたり留め置くことになる。これらの場合は、職務質問中に被疑者が合理的理由なく逃走しようとするケースと異なり、単に立ち去ろうとする者に対する移動の自由の侵害であるから、必要性、緊急性等の観点から有形力行使の程度、時間の両面にわたってより厳しい制約が課されることになる一方、捜査の側からすると、職務質問ないし任意捜査の過程で覚せい剤使用の嫌疑が生じた場合に、強制採尿令状を請求しその令状の発付を得て執行するまで被疑者を事実上拘束しておかないと、令状発付が無意味になってしまうという実際上の問題がある。

職務質問、任意同行、職務質問の附随として許容される所持品検査と有形力の行使の限界については、多くの裁判例があり、その結果収集された証拠の許容性の場面において、適否の判断が示されているが、上記の「留め置き」についても同様に、強制採尿令状により採取された尿の鑑定書の証拠能力が争われる。違法収集証拠か否かの判断においては、先行手続の違法性が後行手続の適法性の判断に影響するとの判例（先行手続の違法性の承継。最判昭61. 4. 25刑集40巻3号215頁、最判平15. 2. 14刑集57巻2号121頁）に基づき、直接の証拠収集手続に先立つ留め置きの適法性が判断されているのである。

本稿は、主として、実務上よく見られる薬物事犯における「留め置き」の適法性について、裁判例の動向を紹介するとともに、若干の考察を加えるものである。なお、対象者に対する職務質問により薬物使用の嫌疑が高まり、被疑者の取調べ（刑訴法198条1項本文）に移行したと見られる場合が多いであろうが、職務質問も上記法条による取調べも任意処分であるから、強制処分と任意処分の限界に関する最高裁判例（最決昭51. 3. 16刑集30巻2号187頁）の判断枠組みが適用ないし準用されると考えることができるので、以下では、特に必要な場合以外、区別することをしない（職務質問の「対象者」についても、単に「被疑者」、又は裁判例の表示に従い「被告人」と記載することがある。）。

判例の紹介に当たっては、「留め置き」の適否は、具体的事実の確定を前提とした事例判断の形をとるものであるから、できるだけ事実関係を詳細に引用することとする。

2 裁判例の動向

(1) 最決平6. 9. 16刑集48巻6号420頁（裁判例①）

ア 事案の概要

本件は、覚せい剤の自己使用事案であり、任意同行を求めるため被疑者を職務質問の現場に長時間留め置いた措置は違法であるが、その後の強制採尿手続により得られた尿の鑑定書の証拠能力は否定されないとされた事例である。

事実経過の概要は、①覚せい剤使用の容疑で会津若松警察署から捜査依頼を受けた猪苗代警察署の警察官は、指示に従って停止した自動車の運転席にいた被告人に対し、12月26日午前11時10分頃、職務質問を開始したところ、被告人は、目をキョロキョロさせ、落ち着きのない態度で、素直に質問に応じず、エンジンを空ふかししたり、ハンドルを切るような動作をしたため、警察官が、被告人運転車両の窓から腕を差し入れ、エンジンキーを引き抜いて取り上げた（当時、付近の道路は、積雪により滑りやすい状態であった）、②午前11時25分頃、被告人には覚せい剤取締法違反の前科が4犯あるとの無線連絡が入ったので、本件現場に到着した会津若松警察署の警察官が職務質問を引き継いだ後、応援の警察官を含めて、数名の警察官らが、午後5時43分ころまでの間、順次、被告人に、職務質問を継続するとともに、警察署への任意同行を求めたが、被告人は、自ら運転することに固執して、他の方法による任意同行を頑なに拒否し続けた、③他方、警察官らは、車に鍵をかけさせるためエンジンキーをいったん被告人に手渡したが、被告人が乗り込もうとしたので、両脇から抱えてこれを阻止し、そのため、被告人は、エンジンキーを警察官に戻し、以後、警察官らは、被告人にエンジンキーを返還しなかった、④上記②の職務質問の間、被告人は、その場の状況に合わない発言をしたり、通行車両に大声を

上げて近付こうとしたり、運転席の外側からハンドルに左腕をからめ、その手首を右手で引っ張って、「痛い、痛い」と騒いだりした、⑤午後3時26分頃、本件現場で指揮を執っていた警察官が令状請求のため現場を離れ、会津若松簡易裁判所に対し、被告人運転車両及び被告人の身体に対する各捜索差押許可状並びに強制採尿令状の発付を請求し、午後5時2分頃、右各令状が発付され、午後5時43分頃から、本件現場において、被告人の身体に対する捜索が被告人の抵抗を排除して執行された、⑥午後5時45分頃、警察官らは、被告人の両腕をつかみ警察車両に乗車させた上、強制採尿令状を呈示したが、被告人が興奮して激しく抵抗したため、被告人運転車両に対する捜索差押手続を先行させ、その後被告人を連行した病院において、医師による強制採尿が実施された、というものである。

イ 決定要旨

本件における強制採尿手続は、被告人を本件現場に6時間半以上にわたって留め置いて、職務質問を継続した上で行われているのであるから、その適法性については、それに先行する右一連の手続の違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断する必要がある（最高裁昭和61年4月25日第二小法廷判決・刑集40巻3号215頁参照）。

そこで、まず、被告人に対する職務質問及びその現場への留め置きという一連の手続の違法の有無についてみる。

職務質問を開始した当時、被告人には覚せい剤使用の嫌疑があったほか、幻覚の存在や周囲の状況を正しく認識する能力の減退など覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動が見受けられ、かつ、道路が積雪により滑りやすい状態にあったのに、被告人が自動車を発進させるおそれがあったから、前記の被告人運転車両のエンジンキーを取り上げた行為は、警察官職務執行法2条1項に基づく職務質問を行うため停止させる方法として必要かつ相当な行為であるのみならず、道路交通法67条3項に基づき交通の危険を防止するために採った必要な応急の措置に当たるといえることができる。これに対し、その後被告人の身体

に対する捜索差押許可状の執行が開始されるまでの間、警察官が被告人による運転を阻止し、約6時間半以上も被告人を本件現場に留め置いた措置は、当初は前記のとおり適法性を有しており、被告人の覚せい剤使用の嫌疑が濃厚になっていたことを考慮しても、被告人に対する任意同行を求めるための説得行為としてはその限度を超え、被告人の移動の自由を長時間にわたり奪った点において、任意捜査として許容される範囲を逸脱したものとして違法といわざるを得ない（但し、被告人から採取された尿に関する鑑定書については、（諸般の事情を総合してみると）、前記のとおり、警察官が、早期に令状を請求することなく長時間にわたり被告人を本件現場に留め置いた措置は違法であるといわざるを得ないが、その違法の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するような重大なものとはいえないとして、証拠能力を肯定した）。

(2) 東京高判平8. 9. 3高刑集49巻3号421頁、判例タイムズ935号267頁（裁判例②）

ア 事案の概要

本件は、覚せい剤取締法違反、道路運送車両法違反事件であるが、職務質問に引き続き任意同行を求めるため被疑者を職務質問の現場に合計約4時間にわたって留め置いたことに違法はないとされた事例である。

事実経過の概要は、①プレートの状態等から被告人車両が無車検車ないし盗難車ではないかとの疑いを抱いて警察官が追尾したところ、被告人車両が停止したので、4月17日午後1時38分頃、警察官が職務質問をしたところ、被告人は、「車検証はない」旨を述べるなどし、車を発進させようとしたりした、②その間、無線照会により、被告人は無免許ではないが、覚せい剤取締法違反3件を含む10件の犯歴を有することが判明し、午後2時15分頃、警察官が被告人車両の車体番号を確認して無線照会を行ったところ、被告人車両は無車検、無保険であることが判明し、道路運送車両法違反の嫌疑が濃厚となったため、さらに質問を続行するため警察署への任意同行を求めたが、被告人はこれを拒否

しエンジンを掛けたことから、午後2時25分頃、警察官は被告人車両のバッテリーの配線を外した、③その現場には数名の警察官が応援に駆け付け、レッカー車の手配もしたが、被告人は、被告人車両に乗ったままレッカー車で警察署まで牽引されるという条件で任意同行を承諾するに至り、午後5時45分頃、現場道路を出発して、午後5時56分に警察署に到着した、なお、警察官らは、被告人に対する説得中、被告人の言動ないし態度、従前から得ていた資料から覚せい剤所持による捜索差押許可状の請求の準備に取りかかった、④警察署において、午後8時10分頃、捜索差押許可状に基づき被告人の着衣携行品を捜索したところ、手提げバッグから覚せい剤が見付かり、被告人を覚せい剤所持により現行犯逮捕した、というものである。

第1審判決は、被告人が明確に同行を拒否続けているにもかかわらず、バッテリーの配線を外した後約3時間20分（職質問開始後からは4時間余り）にわたって現場に留め置いていること、この間、被告人をすれ違いのできない行き止まりの道路で前方から警察車両を止め、複数の警察官が囲んでいて、移動の自由を奪ったことから、任意同行を求めるための説得行為としてはその限度を超えていて違法であると判示した（但し、その違法の程度は低いことなどを理由に、覚せい剤及びその鑑定書の証拠能力は肯定した）。

イ 判決要旨

本件において、道路運送車両法違反についての嫌疑が濃厚であり、任意同行等の必要性及び緊急性が高かったと認められることに加え、留め置きが長引くことになったのは、本件事案のもとでは現行犯逮捕も可能であったところ、警察官がこの種事犯の通常の事件処理の方法に従い任意捜査を選択したことから、車内に閉じ籠るなどの被告人の頑なな拒否の態度に遇って結果的に説得に時間を要したためであること、無車検車走行の事実が判明し任意同行のための説得を開始した時点から起算すれば、被告人が任意同行に応じるまでの留め置きの時間は3時間余にとどまること、さらに、無車検車走行を防止するため被告人を降車させレッカー移動に応じるよう説得する必要が強く認められたこと

などの事情を総合考慮すると、任意同行のための説得を開始した時点以降の留め置き時間、さらには職務質問を開始した時点以降の留め置き時間を問題とするとしても、それらは、なお許容される時間的限度内にあったものというべきである。したがって、この点につき右留め置きを違法と判示した原判決の見解は適切とはいえない。

(3) 東京高判平19. 9. 18判例タイムズ1273号338頁（裁判例③。判例評釈として、大野正博「刑事裁判例批評（104）」刑事法ジャーナル16号98頁がある）
ア 事案の概要

本件は、公務執行妨害、大麻取締法違反事件で、公務の適法性が争われ、所持品検査に応じるよう説得するために被疑者を長時間留め置いたことが違法とされた事例である。

事実経過の概要は、①警察官は、3月25日午前1時55分頃、警察車両で警ら中、被告人車両が一時的に蛇行運転とも取れる動きをしたことなどから、無免許運転、酒気帯び運転の疑いを抱き、規制品等所持の可能性もあると判断して、職務質問を行うこととし、午前2時頃、被告人車両を道路端に停車させ、所持品検査として被告人車両の中を見せるよう求めたが、被告人はこれを拒否した、②無免許運転等の疑いのないことは明らかとなったが、運転免許証に基づく照会によって被告人には覚せい剤取締法違反と大麻取締法違反の前科があることが判明し、警察官は、被告人や同乗者が違法薬物を隠匿しているのではないかとの疑いを強め、応援の警察官も含め、被告人車両の検査に応じるよう説得を続けたが、被告人はこれを拒否してその場から退去したい旨繰り返し、膠着状態が続いた、③その間、警察官は、薬物事犯による搜索差押許可状の請求を検討したものの、それは困難との判断に至った、④そのような中で、複数の警察官が多数回にわたり、懐中電灯を点滅して被告人車両内や被告人らの顔を照らし、助手席や運転席の窓を拳等で小刻みに叩きつけるなどした、⑤被告人は、午前5時29分頃、被告人車両の周囲を警察官6名に取り囲まれ、その

前後を警察車両に挟まれている状態の中で、警察官に対し、発進する旨告げて、右側車線に出るために、被告人車両を約1メートル後退させて停車した後、ハンドルを右方向に切り、約2秒程度かけて約30センチメートルゆっくりと前進させ、警察官と接触しそうになり、直ちに同車を停止させたが、この時に、被告人車両の運転席側ドアミラーがその横に立っていた警察官の右肘内側と接触した、⑥警察官は、被告人を公務執行妨害罪により現行犯逮捕し、それに伴う捜索により、被告人車両の後部トランクルームから本件大麻を発見し、大麻取締法違反罪でさらに現行犯逮捕し、それに伴う捜索差押により本件大麻を押収した、というものである。

第1審判決は、起訴された公務執行妨害罪については、警察官の職務の適法性と公務執行妨害に当たる暴行が認められないとし、大麻取締法違反罪については、押収された大麻等は違法に収集された証拠であり、証拠能力が認められないとして、いずれについても無罪を言い渡した。

イ 判決要旨

(午前2時頃)被告人車両を停止させ、職務質問を開始したことに違法はなく、また、無免許運転及び飲酒運転の嫌疑は解消したものの、深夜の時間帯であること、被告人車両の車種、被告人らの風体から暴力団構成員と疑われたこと、被告人車両のカーテンやスモークフィルムの状況、さらには被告人らが所持品検査を拒否したこと、被告人に薬物事犯の前科があること等から、被告人らが違法な薬物を所持しているのではないかと疑ったことについては、一応の合理性が認められるのであり、被告人らも当初は渋々ながらもそれを受け入れる姿勢を示していたことにも照らせば、警察官らが職務質問を続行し、所持品検査に応じるよう説得したこと、その後、被告人らを本件現場に合理的な時間内留め置いたことについても違法なところとはなかったものといえる。しかしながら、本件の職務質問等はあくまでも任意捜査として行われたものであり、合理的な時間内に、協力を得られなければ、打ち切らざるを得ない性質のものであった。しかるに、その後の職務質問等は長時間に及び、被告人

が耐えきれずに被告人車両を動かそうとした午前5時29分の時点においては、すでに約3時間半もの時間が経過していた。警察官らはこの間被告人車両を事実上移動することが不可能な状態に置いて、ずっと被告人らを本件現場に留め置いていたものである。このように被告人らの留め置きが長時間に及んだのは、警察官らが所持品検査に応じるように説得を続けていたことによるが、その間、被告人らは所持品検査を拒否し続けている上、当初より、帰らせて欲しい旨繰り返し要求していたものであり、被告人らの所持品検査を拒否し立ち去りを求める意思は明確であって、それ以上警察官らが説得を続けたとしても被告人らが任意に所持品検査に応じる見込みはなく、被告人らを留め置き職務質問を継続する必要性は乏しかったといえる。犯罪の嫌疑については前記のような程度のものであって、格別強い嫌疑があったわけではなく、むしろ、令状請求に耐えられるようなものではなかったことは、午前3時15分頃の時点で令状請求の可否を判断するために臨場した担当捜査員が、直ちに令状請求をすることは困難との判断をしていることによっても明らかである。担当捜査員によって令状による強制捜査が困難と判断されたこの段階では、それ以上、被告人らを留め置く理由も必要性もなかったものと思われる。この時点以降において特段事情の変化がなかったことは明らかであるから、少なくとも、被告人らが帰らせて欲しい旨を繰り返し要求するようになった午前4時頃には、警察官らは所持品検査の説得を断念して、被告人車両を立ち去らせるべきであり、被告人らが繰り返し立ち去りたいとの意思を明示していることを無視して、被告人車両の移動を許さず、被告人らを本件現場に留め置いて職務質問を継続したのは、明らかに任意捜査の限界を超えた違法な職務執行であったといわざるを得ない（公務を違法とするとともに、現行犯逮捕に伴う搜索差押えにより押収された大麻等の証拠能力を否定した）。

(4) 東京高判平20. 9. 25東高時報59巻1 = 12号83頁（裁判例④）。判例評釈として、白取祐司「刑事裁判例批評（110）」刑事法ジャーナル17号104頁がある）

ア 事案の概要

覚せい剤取締法違反事件において、被告人を現場に留め置いた措置は違法であり、このような違法な捜査手続により得られた状態を直接利用してなされた強制採尿手続も違法性を帯びるが、その程度は大きいものではないなどとして、被告人の尿に関する鑑定書等の証拠能力を肯定した事例である。

事実経過の概要は、①警察官らは、6月18日午前5時15分頃、パトカーで警ら中、不審な被告人運転車両を発見して停止させ、被告人らの職務質問を開始し、所持品検査をしたところ、法禁物は発見されなかったものの、その間の被告人らの言動、腕にある注射痕様の痕跡、被告人の覚せい剤事犯の犯歴等から、被告人らに対する覚せい剤使用の嫌疑を深め、近くの警察署への任意同行と尿の提出を求めたが、被告人らはこれを拒んだ、②警察官らは、強制採尿の手続に移行する必要があると判断して、午前5時47分頃からその準備に入り、被告人には説得を続け、令状請求の手続をすることを伝えたところ、車外にいた被告人は、「おれは何時間でもここにいるよ」などと言った、③その後、被告人が被告人車両の運転席に乗り込もうとした際、警察官は被告人の逃走防止と事故防止のため同車のエンジンキーを抜き取ったが、被告人から抗議され、エンジンキーを抜き取った理由を説明したものの被告人の納得を得られなかったことから、抜き取った1、2分後にエンジンキーを同車のダッシュボード上に置いたところ、被告人は同車に乗り込み、エンジンを始動し、窓を閉めてドアをロックしたが、警察官は窓ガラスをノックし呼び掛けるなどして説得を続けた、④午前6時36分頃、被告人は、自車を約1メートル前方に移動させ、午前6時39分頃、クラクションを鳴らしたので、警察官は「危険だから動かさないようにしてください。警告します」などと警告したが、このころ、道路左端に停車していた被告人車両の前方、後方及び右方にはパトカーが停車し、警察官数人が被告人車両を取り囲むように立っていた、⑤警察官らは、その後も被告人の説得を続けたが、被告人はそれに応じず、車内で携帯電話を使用したりタバコを吸ったりしていた、⑥午前6時40分ないし45分頃、警察官は令状請求

のため警察署を出発し、午前8時頃、裁判官から被告人らの身体検査令状及び強制採尿令状の発付を受けた、⑦午前8時14分頃、上記令状の発付を受けた警察官が本件現場に到着し、被告人らに外に出るように呼び掛けたが、被告人らは応じず、被告人車両の窓ガラスに貼り付けるように示された被告人らを被処分者とする身体検査令状を見ようともせず、車外に出ようともしなかったため、午前8時21分頃、警察官がガラスクラッシャーを使用して被告人車両の運転席側窓ガラスを割り、エンジンを停止させ、ドアを開けた、⑧午前8時28分頃、被告人をパトカーで警察署に連行し、身体検査令状を執行して被告人の両手首の注射痕様の痕跡を写真撮影し、引き続き、被告人に対し尿の任意提出を促したが、応じなかったため、午前9時10分、警察官が被告人に強制採尿令状を示し、その後午前9時52分頃、医師の手で強制採尿が実施された、というものである。

イ 判決要旨

被告人に対する本件現場への留め置きについてみると、当初は警職法2条1項に基づく職務質問を行うために停止させる方法として必要かつ相当な行為として適法性を有していたこと、被告人の覚せい剤使用の嫌疑は濃厚になっていたこと、そのような嫌疑のある被告人については交通危険の防止という面からも自動車の運転を阻止する必要性があったことが認められるが、これらの事情を考慮しても、被告人が自車に閉じこもった行為は任意同行に応じない態度を示すものといえること、午前6時36分頃から39分頃にかけて自車を動かしたりクラクションを鳴らしたりした行為はその態度を一層明らかにしたものだといえること、被告人を本件現場に留め置いてから被告人に対する身体検査令状の執行が開始されるまでの間に約3時間経過していることに照らすと、その留め置き措置は、被告人に対する任意同行を求めるための説得行為としての限度を超え、被告人の移動の自由を長時間にわたって奪った点において、任意捜査として許容される範囲を逸脱したものだといわざるを得ない（尿の鑑定書については、被告人を本件現場に留め置いた措置の違法性は、いまだ令状主義の精神を

没却するような重大なものとはいえないとして、その証拠能力を肯定した)。

(5) 東京高判平21. 7. 1 東高時報60巻1 = 12号94頁、判例タイムズ1314号302頁 (裁判例⑤)

ア 事案の概要

本件は、警察官が、覚せい剤使用の嫌疑が認められる被疑者について、強制採尿令状を請求してその発付を得て執行するため、被疑者が取調室から退出しようとするのを阻止して同室内に留め置いた行為等は、任意捜査として許容される範囲をいまだ逸脱したものとは見られないとした事例である。

K警察署への任意同行に至る経過は、①被告人は、平成20年4月18日午後4時39分頃、東京都台東区内の路上で、被告人車両を運転中、警ら中の警察官から、シートベルトを着用していなかったのではないかとと言われて停止を求められて職務質問を受け、運転免許証の提示を求められたが、警察官は、被告人が薬物常習者特有の表情をしていて、態度に落ち着きがなく、被告人の前歴照会をして覚せい剤事犯12件の前歴が判明したため、職務質問を続けることにした、②警察官は、被告人車両を検索して、運転席側ドアポケット内にあるスタンガン1個を発見し、被告人に携帯理由等を問い質すとともに、軽犯罪法違反の容疑でK署への任意同行を求めた、というものである。

第1審判決も控訴審判決も、被告人に対する職務質問及びその後のK署への同行に違法な点はないとしているから、K署への同行の経過は省略するが、K署到着後の経緯や本件取調室内での留め置きの状況等については、以下のとおりである。すなわち、③被告人を乗せたパトカーは午後5時50分頃、K署に到着したが、被告人は、携帯電話で通話したりした後、歩いて同署の階段を上り、午後6時頃、本件取調室に入った、④警察官らは、被告人に尿を任意に提出するよう求めたが、被告人は言を左右にして提出に応じず、注射痕の有無の確認のために腕を見せることも拒絶したため、警察官らは、午後6時30分頃、被告人に対する強制採尿令状を請求する準備に取りかかり、必要の資料の準備

を終えた上、午後8時20分頃、K署を出発し、午後8時45分頃、東京簡易裁判所に上記令状を請求し、午後9時10分頃、その発付を受け、午後9時28分頃、K署内で被告人に同令状を示し、強制採尿のため東京警察病院に連行した、⑤医師が、午後11時4分頃、同病院で、上記令状に基づいて被告人から採尿し、担当警察官が、その尿の一部を覚せい剤検査スキットに滴下したところ、覚せい剤反応が出たため、午後11時15分頃、被告人を覚せい剤使用罪を被疑事実として緊急逮捕するとともに、警視庁科学捜査研究所薬物研究員が上記尿を鑑定した結果、覚せい剤成分が検出されたことから、その旨の鑑定書（本件鑑定書）が作成された、⑥本件取調室内での留め置きの状況についてみると、被告人が本件取調室に入室したから強制採尿令状を示されるまでの約3時間半は、本件取調室の出入口ドアは開放されていたが、1、2名の警察官が常時その付近に待機していた、⑦被告人は、本件取調室内で、弁護士と携帯電話で通話することが許されており、同弁護士から種々の助言を受けていたが、被告人は、午後6時31分頃から午後8時37分頃までの間、多数回にわたり、退出の意思を表明し、携帯電話で本件取調室内の状況や出入口付近の状況を撮影しながら、退出しようとする行動を取った、⑧他方、その都度、本件取調室の出入口付近で監視していた警察官らが集まり、退出しようとする被告人の前に立ち塞がったり、背中で被告人を押し返したり、被告人の身体を手で払うなどして退出を阻止していた、⑨被告人は、本件取調室から退出することはできなかったが、出入口付近にいた警察官に身体をぶつけた際、殊更「痛い、痛い」などと言ったり、本件取調室の壁などに自ら頭部をぶつけ、それにより負傷したなどと訴えたり、退出を妨げられてよろめいた振りをして床に仰向けに転倒するなどした状況を前記携帯電話で撮影し、警察官らに「お前らにやられてけがをしたと言ってやるからな。これでおれは20日でパイだよ。4連勝だよ」などと言った、⑩被告人は、本件取調室に入室後、強制採尿令状を示されるまで、警察官から充電器を借用するなどした上、50回以上も外部と携帯電話で通話し、その合計時間は約80分に及んでおり、また、被告人は、長女をK署に呼び寄せ、希

望する飲物や筆記用具を本件取調室内に持ち込ませるなどしたほか、被告人自ら重病という妻もわざわざ自宅から呼び寄せて、既に通常の病院の診療時間ではないのに、病院に連れて行く必要があるから帰らなければならないなどと繰り返し訴えてもいた。

なお、被疑段階の勾留に関しては、平成20年4月22日付け準抗告審決定によれば、同月21日勾留請求却下の裁判があり、同決定で原裁判が取り消されているところ、原裁判は、違法な逮捕であるとして勾留請求を却下している、同決定も、留め置きを任意処分として許容される限度を超えた違法なものとしながらも、勾留請求を却下すべきほどに重大なものとはいえないとしていたものであり、このように、原判決までに示されたこれらの判断は、本件留め置きをその範囲はともかく違法とする点では相違がない。

イ 判決要旨

本件留め置きの任意捜査としての適法性を判断するに当たっては、本件留め置きが、純粹に任意捜査として行われている段階と、強制採尿令状の執行に向けて行われた段階（以下、便宜「強制手続への移行段階」という。）とからなっていることに留意する必要がある、両者を一括して判断するのは相当でないと解される。そこで、以下の検討は、この兩段階に応じて行うこととした。もっとも、原判決も、前記準抗告審決定も、留め置きの違法の重大性を否定する根拠としては、強制採尿令状の執行に向けて捜査が行われたことを考慮しているから、基本的な判断要素に大きな違いがあるとは見られないものの、判断枠組みを異にしているといえる。

被告人が本件取調室に入室して強制採尿令状の請求準備が開始されるまでに要した時間は30分程度であり、被告人は、当初、任意提出に応じるかのような言動もしたり、長女や呼び寄せた妻の到着を待つような言動を取ったりしていたから、そのような事情があった一定時間内は、被告人が本件取調室内に滞留することが、その意思に反するものではなかったといえる。また、その間やその直後に、警察官らが被告人の意思を制圧するような有形力を行使するなどし

たことはいかががわからない。したがって、上記の間の留め置き行為については、違法な点はなかったと認められ、原判決の同趣旨の判断に誤りはない。

強制手続への移行段階は、上記の段階と一部併存する形で開始されている。ここで考慮すべきことは、弁護人の控訴趣意書も指摘しているように、強制採尿令状を請求することと留め置きとの関連性である。所論は、①覚せい剤の体内残留期間は長く、直ちに採尿しなければ覚せい剤使用の痕跡がなくなるということはなく、この意味において留め置きの必要性も緊急性もない、②被告人には住居、家族があり、住所不定ではないから、強制採尿令状を得た後に執行すれば足り、留め置きの必要性も緊急性もない旨を主張する。確かに、アルコールと対比して覚せい剤の体内残留期間は長い、せいぜい2週間前後であり、被告人に有利に見ても1箇月を超えることはないと考えて良いから、この程度の期間であれば、被告人が捜査官との関係で所在をくまますことは、所論が②で指摘している事情を考慮しても可能と見られるのであって、①②の所論の指摘から、当然に強制採尿令状を請求することと留め置きとの関連性が否定されることにはならない。

その上で更に検討すると、強制採尿令状を請求するためには、対象者に対する取調べ等の捜査と並行して、予め受け入れ先の採尿担当医師を確保しておくことが前提となるため、①当該令状請求には、他の令状請求にくらべても長い準備期間を要することがあり得、②当該令状の発付を受ければ、当該医師の所へ所定の時間内に連行していく必要性が生じ得る。これらを前提とすると、強制採尿令状の請求手続が開始されてから同令状が執行されるまでには相当程度の時間を必要とすることがあり得、それに伴って留め置き期間が長引くこともあり得る。そして、強制採尿令状の請求が検討されるほどに嫌疑が濃い対象者については、強制採尿令状発付後、速やかに同令状が執行されなければ、捜査上著しい支障を生じることも予想され得ることといえるから、対象者の所在確保の必要性は高く、令状請求によって留め置きの必要性・緊急性が当然に失われることにはならない。

本件では、警察官が、強制採尿令状請求の準備に着手した約2時間後の午後8時20分頃同令状請求のためK署を出て東京簡易裁判所に向けて出発し、午後9時10分に同令状の発付を受け、午後9時28分には被告人に対して同令状が呈示されており、上記準備行為から強制採尿令状が発付されるまでの留め置きは約2時間40分であり、同令状執行までは約2時間58分かかっているが、これらの手続の所要時間として、特に著しく長いとまでは見られない。

次に、この間の留め置きの態様を見ると、警察官らは、令状請求準備開始後も並行して任意採尿を促したが、被告人は、言を左右にして任意採尿に応じようとしておらず、再三、退出しようとし、他方、警察官らが、被告人を本件取調室内に留め置くために行使した有形力は、退出を試みる被告人に対応して、その都度、被告人の前に立ち塞がった、背中被告人を押し返したり、被告人の身体を手で払う等といった受動的なものに留まり、積極的に、被告人の意思を制圧するような行為等はされていない。また、警察官らは、本件取調室内で、被告人と長女や妻との面会や、飲食物やその他必要とされる物品の授受、携帯電話による外部との通話も認めるなど、被告人の所在確保に向けた措置以外の点では、被告人の自由が相当程度確保されており、留め置きが対象者の所在確保のために必要最小限度のものにとどまっていたことを裏付けている。

以上を総合して考えると、本件では、強制採尿令状請求に伴って被告人を留め置く必要性・緊急性は解消されていなかったのであり、他方、留め置いた時間も前記の程度にとどまっていた上、被告人を留め置くために警察官が行使した有形力の態様も前記の程度にとどまっていた、同時に、場所的な行動の自由が制約されている以外では、被告人の自由の制約は最小限度にとどまっていたと見ることができる。そして、捜査官は令状主義に則った手続を履践すべく、令状請求をしていたのであって、もとより令状主義を潜脱する意図などなかったと見ることができる。そうすると、本件における強制手続への移行段階における留め置きも、強制採尿令状の執行に向けて対象者の所在確保を主たる目的として行われたものであって、いまだ任意捜査として許容される範囲を逸脱し

たものとまでは見られないものであったと認めるのが相当である。

被告人を本件取調室に留め置く根拠は失われ、任意捜査として許容される限度を超えたとして、強制手続への移行段階における留め置きを違法とした原判決の判断は誤りであるが、本件鑑定書の証拠能力を認めているから、この誤りは判決に影響を及ぼさない。

最後に付言すると、強制手続への移行段階における留め置きであることを明確にする趣旨で、令状請求の準備手続に着手したら、その旨を対象者に告げる運用が早急に確立されるのが望まれるが、本件では、そういった手続が行われていないことで、これまでの判断が左右されることにはならない。

(6) 東京高判平22. 11. 8 高刑集63巻3号4頁、判例タイムズ1374号248頁(裁判例⑥)

ア 事案の概要

本件は、覚せい剤の自己使用事案において、警察官が強制採尿令状の請求手続に取りかかった後被疑者を職務質問の現場に留め置いた措置は違法不当とはいえないとされた事例である。

事実経過の概要は、①A警察官らは、平成22年2月5日午後3時48分頃、対向車線上で普通乗用自動車を運転する被告人の挙動等に不審事由があると認めたことから追尾し、午後3時50分頃、同車を停止させて職務質問を行った、②A警察官らは、被告人ついて、前科照会により薬物関係の前歴のあることが判明し、腕に真新しい注射痕があったことや、手が震える、足ががくがくする等の状況から、規制薬物使用の疑いを強め、尿の任意提出を求めたところ、被告人は、当初は仕事や待ち合わせがあると言っていたのに、妊娠中の交際相手が出血したから直ぐ行かなければならない等と説明を変えて提出を拒んだ、③A警察官は、上記交際相手に電話して緊急事態でないことを確認するなどした上、被告人に対し尿の任意提出を求めたが応じなかったことから、午後4時30分頃、被告人に対して、強制採尿令状を請求するから待つように言い、令状請

求のため一旦警察署に戻った、④それまでの間、被告人が自車の乗り込もうとしたことから、A警察官は、待つように言ったが、立ち去らないよう身体を押さえ付けたりひっぱったりしたことはなかった、⑤被告人は、後日出頭するから行かせてくれ等と言ったが、A警察官は、前記の説明状況、言動、前歴等から、被告人が後に警察署に出頭するは思われなかったため強制採尿令状を請求することとした、⑥その後、被告人は、自車に近づき彼女のところに行きたいなどと言ったが、B警察官から尿の任意提出を促されるとこれを拒否し、午後5時前頃、自車運転席に乗り込んだ、⑦そこで、他の警察官らが、近寄って説得するため、被告人車両の前方約2.5メートルにパトカーを駐車し、その後応援のため到着した別の警察官が被告人車両の後方約10メートルにパトカーを駐車し、警察官3～4名が被告人車両の周囲に1～2メートル程度離れて待機するなどしていた、⑧被告人は、その後、降車することなく、自車運転席で携帯電話で話をしたり、タバコを吸ったりしていたが、同運転席から1メートル程度離れて待機するC警察官に対して、3回ほど「まだか」などと尋ねたが、C警察官が「待ってろよ」と答えると、それ以上、帰らせてくれ等と求めることはなかった、⑨午後7時頃、東京簡易裁判所裁判官に対して強制採尿令状請求がされ、午後7時35分頃、同令状が発付されたので、D警察官は、午後7時51分頃、被告人に対し上記令状を示した上、病院に連行し、医師に依頼して、午後8時43分頃、カテーテルを用いて強制採尿手続が行われた、というものである。

イ 判決要旨

被告人に対する職務質問が開始された平成22年2月5日午後3時50分頃から捜索差押許可状が被告人に呈示された午後7時51分までの間、約4時間にわたり、警察官らが、被告人を職務質問の現場に留め置いているが、所論は、この留め置きが違法な身柄拘束に当たると主張するものである。

本件におけるこのような留め置きの適法性を判断するに当たっては、午後4時30分頃、B巡査部長が、被告人から任意で尿の提出を受けることを断念し、

強制採尿令状請求の手續に取りかかっていることに留意しなければならない。すなわち、強制採尿令状の請求に取りかかったということは、捜査機関において同令状の請求が可能であると判断し得る程度に犯罪の嫌疑が濃くなったことを物語るものであり、その判断に誤りがなければ、いずれ同令状が発付されることになるのであって、いわばその時点を分水嶺として、強制手続への移行段階に至ったと見るべきものである。したがって、依然として任意捜査であることに変わりはないけれども、そこには、それ以前の純粋に任意捜査として行われている段階とは、性質的に異なるものがあるとしなければならない。

本件における純粋に任意捜査として行われた当初の約40分間の留め置きについては、何ら違法、不当な点はない。

午後4時30分頃以降強制採尿令状の執行までの段階について検討すると、同令状を請求するためには、予め採尿を行う医師を確保することが前提となり、かつ、同令状の発付を受けた後、所定の時間内に当該医師の許に被疑者を連行する必要もある。したがって、令状執行の対象である被疑者の所在確保の必要性には非常に高いものがあるから、強制採尿令状請求が行われていること自体を被疑者に伝えることが条件となるが、純粋な任意捜査の場合に比し、相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許されると解される。これを本件について見ると、午後4時30分頃に、被告人に対して、強制採尿令状の請求をする旨告げた上、B 巡査部長は同令状請求準備のために警察署に戻り、午後7時頃東京簡易裁判所裁判官に対し同令状の請求をして、午後7時35分同令状が発付され、午後7時51分、留め置きの現場において、これを被告人に示して執行が開始されているが、上記準備行為から強制採尿令状が発付されるまでの留め置きは約3時間5分、同令状執行までは約3時間21分かかっているものの、手續の所要時間として、特に著しく長いとまでは認められない。また、この間の留め置きの態様を見ると、前記C 巡査部長ら警察官が駐車している被告人車両のすぐそばにいる被告人と約4、5メートルの距離を置いて被告人を取り巻いたり、被告人が同車両に乗り込んだ後は、1、2メートル離れて同車両

の周囲に位置し、さらに同車両の約2.5メートル手前に警察車両を駐車させ、午後5時35分頃からは、被告人車両の約10メートル後方にも別の警察車両を停め、その間、被告人からの「まだか」などとの問い掛けに対して、「待ってろよ」と答えるなどして、被告人を留め置いたというものであるが、このような経緯の中で、警察官が被告人に対し、その立ち去りを防ごうと身体を押さえ付けたり、引っ張ったりするなどの物理力を行使した形跡はなく、被告人の供述によっても、せいぜい被告人の腕に警察官が腕を回すようにして触れ、それを被告人が振り払うようにしたという程度であったというのである。そして、その間に、被告人は、被告人車両内で携帯電話で通話をしたり、タバコを吸ったりしながら待機していたというのであって、この段階において、被告人の意思を直接的に抑圧するような行為等はなされておらず、駐車車両や警察官が被告人及び被告人車両を一定の距離を置きつつ取り囲んだ状態を保っていたことも、上記のように、強制採尿令状の請求手続が進行中であり、その対象者である被告人の所在確保の要請が非常に高まっている段階にあったことを考慮すると、そのために必要な最小限度のものに留まっていると評価できるものである。加えて、警察官らは、令状主義の要請を満たすべく、現に、強制採尿令状請求手続を進めていたのであるから、捜査機関に、令状主義の趣旨を潜脱しようとの意図があったとは認められない。

以上によれば、被告人に対する強制採尿手続に先立ち、被告人を職務質問の現場に留め置いた措置に違法かつ不当な点はないから、尿の鑑定書等は違法収集証拠には当たらないとして、証拠能力を認め、これらを採用した原審の訴訟手続に法令違反はない。

(7) 東京高判平25. 1. 23公刊物未登載（拙稿「刑事裁判例批評（253）」刑事法ジャーナル39号128頁、裁判例⑦）

ア 事案の概要

本件は、警察官が、覚せい剤使用の嫌疑が認められた被疑者を、職務質問開

始から強制採尿令状の発付を受けて本件現場に戻るまでに約5時間32分、その後警察署に任意同行した被疑者に同令状を呈示するまで約6時間22分留め置いた措置について、警察官による有形力行使の程度、強制採尿令状請求の準備が開始された状況等からすると、違法な点は認められないとされた事例である。

被告人に対する職務質問の開始から緊急逮捕に至るまでの経緯等の概略は、次のとおりである。すなわち、①向島警察署のO警部補らは、平成23年11月20日午後11時30分頃、被告人ら3名が乗車する本件車両について不審事由を認め、午後11時33分頃、被告人らに対する職務質問を開始したところ、被告人らの経歴や対応状況などから覚せい剤等使用の疑いがあると考え、同意を得て所持品検査及び本件車両の検査を行ったが、覚せい剤等は発見されず、更に被告人らに対し、任意採尿に応じるよう説得したが、被告人及びSはこれを拒否した、②その後、被告人らの社長と名乗るF及び被告人の知人数名が順次本件現場に現れ、被告人らを帰すよう申し向け、任意採尿に応じる必要はないなどと大声を上げるなどした、③この間、順次警察官の応援要請がなされ、翌21日午前零時40分頃までに、本件現場に出動した警察官は11名に及んだ、④そのころ応援要請を受けて本件現場に臨場したK巡査部長は、被告人に対し、任意採尿及び向島警察署への任意同行の説得をし、応じない場合には強制採尿令状を請求する旨伝えたが、被告人が令状を持ってこいなどと言っていずれも拒否したので、強制採尿令状を請求することとし、同日午前1時頃、O警部補とともに向島警察署へ向かった（ここまで職務質問開始から約1時間27分が経過）、⑤Y巡査部長らは、その後も本件現場で、被告人に対し、任意採尿等に応じるよう説得を続けていたが、被告人はこれを拒み、午前2時20分頃、タクシーで帰ると言って歩道から車道へ飛び出したので、Y巡査部長が追い掛けて被告人の右側から被告人の胸の前に右腕を出して戻るように言ったが、被告人がさらに車道の方に進もうとしたので、被告人の胸の前に出した右腕に力を入れて被告人を制止したところ、被告人は、うるせえなどと言いながら自ら反転して歩道の方へ戻った、⑥さらに、被告人は、帰るなどと言って本件現場から歩き始

めたので、Y 巡査部長は、もう 1 名の警察官と追か掛け、追従しながら本件現場に戻るよう説得したが、被告人がなおも歩き続けたので、その前方に行き、両腕を被告人の胸の前に出して、後ずさりしながら、S 及び T を置いて帰るのかなどと告げたところ、被告人は、うるせえなどと言いながら本件現場に戻った、⑦被告人は、本件現場において、参集した F らと自由に話をしたり、飲み物等を受け取ったりし、また、コンビニエンスストア内のトイレに行くなどしていた、⑧一方、被告人及び S に対する強制採尿令状請求のため本件現場を離れた K 巡査部長らは、向島警察署に到着後、疎明資料を整え、午前 3 時 30 分頃、同署を出発し、午前 4 時 38 分頃、被告人及び S に対する同令状の発付を受け、午前 5 時 5 分頃、本件現場に戻った（ここまで職務質問開始から約 5 時間 32 分が経過）、⑨ K 巡査部長らは、被告人らに強制採尿令状を持ってきた旨伝え、被告人が、令状が出たのなら警察に行く、歩いて行きたいと述べたので、その場で強制採尿令状の執行はせず、警察官に付き添わせて、徒歩で被告人を向島警察署に任意同行させた、⑩被告人は、午前 5 時 20 分頃、向島警察署に到着し、K 巡査部長は、午前 5 時 55 分頃、被告人に対して強制採尿令状を呈示した（ここまで職務質問開始から約 6 時間 22 分が経過）、⑪強制採尿令状を呈示された被告人は、尿を任意提出したので、午前 6 時 5 分から簡易検査を行い、覚せい剤の陽性反応が出た、⑫ K 巡査部長は、その結果を被告人に伝えたが、慎重を期すため緊急鑑定をすることとし、被告人に対し、正式に鑑定結果が出るまで待つて欲しいと伝え、被告人は、これには答えず、とりあえずタバコを吸わせると答え、その後、午前 7 時 30 分頃から午前 9 時 30 分頃まで、S 警部補外 2 名の警察官とともに向島警察署内の喫煙所に行き、喫煙するとともに携帯電話でいずれかに電話をした、⑬この間、午前 7 時頃、F が向島警察署に到着したが、K 巡査部長らから被告人の尿の簡易検査の結果が陽性だったことを聞き、面会を要求することなく帰ったので、午前 7 時 10 分頃、K 巡査部長らが取調室で被告人にその旨を伝えた、⑭ S 警部補は、午前 10 時 38 分頃、緊急鑑定の結果が陽性である旨の連絡を受け、午前 10 時 40 分頃、被告人を緊急逮

捕した（ここまで職務質問開始から約11時間7分が経過）。

なお、被告人が、21日午前2時20分頃、タクシーで帰ると言って歩道から車道に飛び出し、タクシーで帰ろうとして、タクシーを停止させたにもかかわらず、Y 巡査部長がタクシー運転手に働き掛けて乗車させず、その帰宅を阻止したことが認定されている（本判決は、その際、Y 巡査部長がタクシー運転手に対し、「職務質問中だ」、「いいから、いいから」と言ってこれを発車させたという被告人の供述の信用性を否定していない）。

イ 判決要旨

上記判決は、被告人に対する職務質問、所持品検査、留め置き、向島警察署への同行等一連の捜査手続はいずれも任意捜査として行われたものであるところ、任意捜査の適法性の有無は、事案の性質、被疑者に対する嫌疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法、態様及び限度において許容されるか否かによる、との判断枠組みを示した後、個別に捜査手続の適法性について検討している。

(ア) 職務質問の開始及び続行について

○警部補らは、墨田区内をパトカーで警ら中、反対車線を走行する本件車両を運転する被告人がパトカーを見て目をそらし、本件車両の窓ガラスが半分開いていたのを認め、当日の気温が低くて寒かったことに加え、経験上、薬物中毒者は温度感覚が若干麻痺していることや、酒気帯び運転者が酒の臭いを消すために窓を開けることがあることなどから不審に思い、本件車両を現場に停止させて職務質問を開始したが、本件車両には、被告人、S及びTが乗車していたところ、犯歴照会等により、被告人及びSに覚せい剤取締法違反等の犯歴があることが判明した上、被告人は、頬が若干こげ、肌に色艶がなく、職務質問が続くと早くしろと大声を出し始め、唇をなめ回したり、肩を揺らしたり、足を前後に揺すったりするなど落ち着きがない様子を見せ、視線が定まらない状態になってきたというのであるから、被告人には覚せい剤使用等の嫌疑が認められたというべきで、○警部補らが、職務質問を開始し、被告人らの同意を得

て所持品検査及び本件車両の検査を行ったことに何ら違法な点は認められない。

(イ) 留め置き行為の適法性について

警察官らは、その後も強制採尿令状が発付されてこれを被告人に呈示するまでの間、職務質問を継続したところ、K 巡査部長らが強制採尿令状請求のため本件現場を離れたのは職務質問の開始から約 1 時間 27 分後であるが、被告人に覚せい剤事犯等の犯歴があったこと、上記のような覚せい剤使用者特有の特徴があったこと、任意採尿及び任意同行の説得に対し、令状を持ってこいなどと言って頑なに拒否していたことに照らせば、強制採尿令状の請求に至った判断は相当であり、また、被告人ら 3 名に対して職務質問を行い、被告人及び S に対する説得を尽くした上、本件現場に参集した F ら十数名の者への対応をしながら強制採尿令状の請求に至った経緯を考えると、その請求に着手した時間経過にも特段の問題はなく、この間、警察官らにより積極的に被告人らの意思を制圧するような行為等もなかったのであるから、警察官側の対応に違法な点は認められない。

その後、強制採尿令状の発付まで約 3 時間 38 分、同令状が発付された旨を被告人に伝え、被告人が向島警察署に自ら向かうまでは約 4 時間 5 分、向島警察署で被告人に同令状を呈示するまでには約 4 時間 55 分が経過しているが、強制採尿令状請求のためには、採尿担当医師の確保が必要であり、本件が深夜における複数の令状請求であったこと、強制採尿令状発付の旨を伝えると被告人が任意同行に応じたため、本件現場で同令状の呈示がされなかったことも考えると、この時間経過が不当に長いとまではいえない。そして、この間の留め置きの態様についてみると、本件現場では、被告人らが、連絡を受けて集まってきた F らと自由に話をしたり、飲食物を受け取るなどしており、警察官らが被告人の行動を不当に制約した状況も認められない。すなわち、警察官らが職務質問を継続する中で、本件現場を離れようとする被告人の進行を遮り、本件現場に戻そうとしたことは認められるものの、その際の有形力の行使は、手を被告人の胸の前に出し、これに力を入れて制止したり、後ずさりしながら両腕を

胸の前に出したりしたという程度のもので、被告人も、結局は警察官らの説得を受けて自主的に本件現場に戻ったことが認められる。この際、被告人が「帰る」などと言っていることから、本件現場を離れようとしていることは窺えるが、既に上記のような嫌疑が存在する中で強制採尿令状請求の準備が開始された状況にあり、強制採尿令状発付後は、速やかに同令状が執行されなければ捜査上著しい支障が生じることが予想され、相当な嫌疑の下で被告人の所在確保の必要性が高まっているといえるから、被告人が上記のような意向を示したとしてもなお現場に留まるよう説得を続けること自体は否定されるものではなく、その説得の過程で警察官らが上記のような態様で被告人を本件現場に留めようとした措置に違法な点は認められない。

被告人は、強制採尿令状が発付されたことを知らされて向島警察署へ行く旨を述べ、自ら徒歩で同署に赴き、同令状の呈示を受けて任意に尿を提出したところ、令状の呈示から緊急逮捕されるまで約4時間45分（職務質問開始から約11時間7分）が経過しているが、K巡査部長から、緊急鑑定の結果が出るまで待つて欲しいと言われたのに対し明確に返答しなかったものの、とりあえずタバコを吸わせろなどと言って、向島警察署内の喫煙所でタバコを吸ったり、携帯電話で電話するなどしており、この間、警察官らによって行動を抑圧された状況は認められないから、自己の自由意思で同警察署内に留まっていたものと評価できる。

以上の検討によれば、被告人に対する職務質問から緊急逮捕に至る警察官らの行為や手続を全体としてみても違法な点は認められず、本件鑑定書の証拠能力を肯定した原判決の判断は正当である。

なお、被告人が11月21日午前2時20分頃、タクシーで帰ると言って歩道から車道へ飛び出し、タクシーで帰ろうとしてタクシーを停車させたにもかかわらず、Y巡査部長がタクシー運転手に働き掛けて乗車させずにタクシーを発車させ、被告人の帰宅を阻止した時点で、実質的逮捕の状態となり、被告人は令状なしに留め置かれたものであって、令状主義の精神を没却する違法があるとの

弁護人の所論に対しては、本判決は、この時点では強制採尿令状請求の準備が既に開始されており、被告人の所在確保の必要性が高まっているところ、警察官が止められたタクシーの運転手に働き掛けてこれを出発させる行為は、被告人を現場に留めるための説得を続けるために必要な行為として許容される範囲のものと考えられ、警察官の有形力の行使もその具体的態様に照らして違法なものといえないから、実質的逮捕の状態になっているともいえず、理由がない、と排斥している。

(8) その他の参考裁判例として、凶器準備集合事件で、警察官が職務質問を続行するため約1時間40分の間被告人らの乗車する車両を事実上移動できないようにした行為が違法でないとした東京高判昭62. 4. 16判例タイムズ652号265頁がある。また、任意同行から採尿に至るまでの捜査に重大の違法があるとして、当該尿の鑑定書を違法収集証拠として排除し、原判決を破棄して無罪を言い渡した事例として、大阪高判平4. 2. 5高刑集45巻1号28頁があるが、同判決は、本件任意同行は、任意同行拒否の意向が強固な被告人に対し、路上において約3時間30分という甚だ異例ともいえる長時間の職務質問をした後に、鉄柵にしがみつくと被告人の手指を引き離し、2名の警察官が被告人の身体を拘束してパトカーに引き入れたという明確な実力行使を伴うものであり、違法であると指摘している。また、東京高判平8. 6. 28判例時報1582号138頁は、被告人を職務質問の現場から警察署へ同行したことは、全体として被告人の意思に反した強制的な連行であって、警察官の職務行為として適法性を欠き、その後警察署に3時間余り留め置いて職務質問した点もその意思に反するものであるが、判示の事実関係の下では、被告人に対する違法な職務質問の違法程度は重大であるとはいえないとして、これに付随して行われた搜索差押えの結果発見された証拠物の証拠能力を肯定している（圧力なべ爆弾事件控訴審判決）。一方、広島高判平8. 4. 16判例時報1587号151頁は、警察署への適法な任意同行後、被告人の再三にわたる退去の申出に応じることなく、約8時間にわたり、

退去しようとする同人の肩に手を掛けてこれを制止したり同人の所持するセカンドバッグの開披を求めるなどして、警察署に留め置いたことは任意捜査の域を超え違法であるとした。

3 裁判例⑦についての裁判例批評

私は、以前、裁判例⑦（東京高判平25. 1. 23）について、裁判例批評を試みたことがある（上記刑事裁判例批評（253）刑事法ジャーナル39号128頁）。その要旨は、以下のとおりである。

〈評 釈〉

1 問題の所在

(1) まず、本件職務質問の開始に関しては、本判決が指摘するように、向島警察署の〇警部補らは、被告人ら3名の乗車する本件車両について不審事由を認めて職務質問を開始したものであり、警職法2条1項の要件を満たす。〇警部補らが、被告人らの犯歴や対応状況等から、覚せい剤等使用の疑いがあると考え、被告人らの同意を得て所持品検査及び本件車両の検査を行ったことについても、何ら違法な点は認められない。なお、本件においては、当初、警職法2条1項に基づく職務質問のための停止行為として行われたが、その後の任意採尿及び任意同行を説得する行為は、任意捜査（刑訴法197条1項本文）として行われたとみるのが相当である。

(2) また、本件現場から被告人を向島警察署に任意同行した後（21日午前5時20分頃、向島警察署に到着）、強制採尿令状を呈示する（同日午前5時55分頃）まで被告人を留め置いた点については、違法性はないといえる。午前5時5分頃、本件現場で、強制採尿令状が発付されたことを知らされるや、被告人は、令状が出たのなら警察に行く、歩いて行きたいと述べたので、その場で強制採尿令状の執行はせず、警察官に付き添わせて、徒歩で被告人を向島警察署に任意同行させた上、同警察署に到着した約35分後に同令状の呈示を受けたものであり、同警察署に赴いたのは被告人の意思に基づくものといえる。

また、同令状の呈示後、被告人は任意に尿を提出したところ、令状の呈示から緊急逮捕される（午前10時40分頃）まで約4時間45分が経過しているが、簡易検査の陽性の結果にもかかわらず、慎重を期するため緊急鑑定をすることにしたK巡査部長から、緊急鑑定の結果が出るまで待つて欲しいと言われたのに対し、被告人は、明確に返答しなかったものの、とりあえずタバコを吸わせるなどと言って、向島警察署内の喫煙所でタバコを吸ったり、携帯電話で電話するなどしており、この間、警察官らによって行動を抑圧された状況は認められないから、自己の自由意思で同警察署内に留まっていたものと評価できる。

問題は、警察官が職務質問を開始して（20日午後11時33分頃）から強制採尿令状の発付を受けて本件現場に戻る（21日午前5時5分頃）まで約5時間32分被告人を本件現場に留め置いた措置の適否である。以下、これを「本件留め置き行為」として、その適法性について考えてみることにしたい。

2 本件留め置き行為の適否

(1) 任意捜査における有形力行使の限界に関して、最決昭51. 3. 16刑集30巻2号187頁は、「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するものであって、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである」と判示している。そして、道路交通法違反の被疑者として取り調べるため、警察署に任意同行し、道交法に基づく呼気検査に応じるように説得中、急に椅子から立ち上がり、出口の方へ小走りに行き

かけた被告人に対し、「風船をやってからでいいではないか」と言って、被告人の左手首をつかんだ警察官の行為について、任意捜査として許容される範囲を超えた不相当な行為とはいえないとした。

(2) 警察官による被告人乗車車両の留め置き行為の適否の判断に当たっては、一般に、留め置いた時間の長短だけでなく、犯罪の嫌疑の程度、強制捜査が可能であったか否か、交通違反防止や被告人が運転することによる交通危険防止の必要性、被告人の態度等についても総合的に検討すべきものと解されている。

特に、覚せい剤使用事案では、後に強制採尿に移行する場合があるから、強制採尿を「犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められる場合」の「最終的手段」と位置付けている判例（最決昭55. 10. 23刑集34巻5号300頁）の趣旨からみても、時間をかけて任意の尿提出を促すことを一概に否定することはできず、その説得の間に生ずる「留め置き」は任意捜査として適法とされる余地がある。しかし、裁判例で問題とされているのは、翻意のための「説得」の時間をはるかに超えて、令状請求の準備をし、請求し発付を受け、令状を現場に持ち帰るまでの数時間をいかに適法とし得るかということである（白取祐司「刑事裁判例批評（110）」刑事法ジャーナル17号110頁）。

留め置き行為の適否に関しては、参考とすべき裁判例がいくつかあるので、事案を紹介しつつそれらとの対比において以下検討することにしたい。

(3) 本判決との比較検討

ア 裁判例①と比較すると、留め置いた時間は本件の方が約1時間短い、約5時間32分という相当長時間の留め置きであることは間違いなく、昼間の事件である裁判例①と違って本判決は深夜の時間帯に係る留め置きである。また、交通違反防止や被告人が運転することによる交通危険防止の必要性は認められない。裁判例①では、被告人が引き続き覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動を繰り返しており、被告人の覚せい剤使用の嫌疑が濃厚になっていた上、道交法の危険防止という交通警察の面からも、被告人の運転を阻

止する必要性の高い状況にあった。本件の場合、留め置き状況の下で、被告人の覚せい剤使用の嫌疑が強くなったような事情は窺われない。

裁判例①も、職務質問の現場に、何時間以上留め置いたら違法になるのか、単に時間の長短のだけで違法が決まるのか、時間の長短以外にどのような点が考慮されるかなどは、必ずしも明らかではない。任意捜査における有形力の行使の限界は、上記判例（最決昭51. 3. 16刑集30巻2号187頁）によるとおり、具体的事情に基づく個別的な判断であるが、裁判例①は、適法と判断されたエンジンキー取り上げ行為以降、留め置き措置が継続されていること以外には、特段の新たな権利侵害はないことに鑑みると、本決定は、「任意捜査として許容される範囲」の判断において、時間的要素、すなわち、法益侵害の状態が一定時間継続した事実（被告人の移動の自由を長時間にわたり奪った点）を一つの重要な要素としているといえよう（江口和伸「職務質問のための実力の行使」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕7頁）。

裁判例①では、被告人の抗議やその言動に照らし、職務質問のかなり早い段階から、強制採尿令状を請求することも可能になっていたと思われるが、警察官は、本署への任意同行にこだわり、被告人の説得を続けたため、令状請求が非常に遅くなり（職務質問開始から約5時間15分後）、結果的に、留め置きが長時間に及んだものと指摘されている（中谷雄二郎・最高裁判例解説刑事篇平成6年度185頁）。

本件では、警察官が強制採尿令状を請求することとし、午前1時頃（職務質問の開始から約1時間27分後）本件現場を離れて向島警察署に向かい、午前4時38分頃被告人らに対する同令状の発付を受け、午前5時5分頃本件現場に戻ったものであるが、「最終的手段」である強制採尿令状請求に切り替えるまでの時間経過の点については、本判決も指摘するように、特段問題はないように思われる。すなわち、本件では、K巡査部長らが強制採尿令状請求のため本件現場を離れたのは職務質問の開始から約1時間27分後であるが、被告人に覚せい剤事犯等の犯歴があったこと、上記のような覚せい剤使

用者特有の特徴があったこと、任意採尿及び任意同行の説得に対し、令状を持ってこいなどと言ってかたくなに拒否していたことに照らせば、強制採尿令状の請求に至った判断は相当であり、また、被告人ら3名に対して職務質問を行い、被告人及びSに対する説得を尽くした上、本件現場に参集したFら十数名の者への対応をしながら強制採尿令状の請求に至った経緯を考えると、その請求に着手した時間経過を不当に長いとすることはできないであろう。

ただ、本件においては、判文上事情は定かでないが、強制採尿令状請求の準備開始から同令状を持って本件現場に戻るまでの時間が4時間余りと相当に長い。本判決の指摘するように、強制採尿令状請求のために採尿担当医師の確保が必要であり、本件が深夜における複数の令状請求であったという事情を考慮しても、もっと迅速に処理することができたのではないかと思われる。

なお、中谷・上記解説186頁は、裁判例①の事案について、「本件は、強制採尿令状を請求して強制捜査に移行するか、そのまま被告人を解放するかについての警察官の見極めが遅れたため、結果として令状に基づくことなく被告人の移動の自由を長時間奪った点において違法とされたものであり、本決定は、右の点の違法を宣言することにより、警察官に対し、迅速かつ適切な対応を求めたものと思われる」と指摘している。

イ 約4時間の留め置きを適法とした裁判例②との関係では、午後1時38分頃から午後5時45分頃までの昼間の時間帯の出来事である上、本件事案のもとでは無車検車走行の被疑事実で現行犯逮捕も可能であったのに、警察官がこの種事犯の通常の事件処理の方法に従い任意捜査を選択したことから、頑なに拒否の態度を示す被告人の説得に時間を要したものであり、留め置きの時間の長さの点においても、現行犯逮捕するだけの嫌疑が認められた点においても、本判決とは事案を異にする。

ウ 裁判例③は、深夜の時間帯における約3時間半にわたる留め置き、同④

は、早朝の時間帯における約3時間にわたる留め置きを、いずれも違法としているが、その主たる理由は、被告人が所持品検査や任意同行を拒否する態度を明確にしているのに、なお長時間にわたって現場に留め置いたことを違法としたことにある。また、裁判例③では、薬物事犯の格別強い嫌疑があったわけではないことが指摘されている。本判決の事案では、覚せい剤等使用の嫌疑が相当認められた点では裁判例③と異なる。しかし、本件では、覚せい剤等使用の嫌疑が認められた被疑者を、職務質問開始から強制採尿令状の発付を受けて本件現場に戻るまで約5時間32分留め置いており、両判決とは留め置きの時間が決定的に異なり、長時間である。

そして、本件では、20日午後11時33分頃、覚せい剤等使用の嫌疑で被告人に対し、任意採尿や任意同行に応じるよう説得したが被告人はこれを拒否し、翌21日午前零時40分頃、警察官が任意採尿等に応じない場合には強制採尿令状を請求する旨伝えたが、被告人は令状を持ってこいなどと言って拒否し、その後も警察官は任意採尿等に応じるよう説得を続けたが、被告人はこれを拒み、更に同日午前2時20分頃、被告人はタクシーで帰ると言って歩道から車道に飛び出したり、帰るなどと言って本件現場から歩き始めたため、その都度警察官が制止したものであって、被告人の任意採尿や任意同行を拒否する態度は明確であり、現場から立ち去りたい意思を明示していたにもかかわらず、これを無視して留め置いたものであって、その点では、裁判例③及び同④と同じである。

上記裁判例③及び同④によれば、本件留め置きは、被告人に対する任意採尿及び任意同行を求めるための説得行為としてはその限度を超えているように思われる。

エ 以上を要するに、被告人に覚せい剤等使用の嫌疑があったとはいえ、現行犯逮捕が可能な嫌疑は認められず、留め置く措置の中でその嫌疑が濃厚になったような事情も窺われないこと、交通違反防止や被告人が運転することによる交通危険防止の必要性も存在しないこと、深夜の時間帯に約5時間32

分の長時間ににわたり、被告人の任意同行等を拒否し立ち去りたいとの意思を無視し本件現場に留め置いたこと、その制止の態様をみると、被告人がタクシーで帰ると言って歩道から車道に飛び出したところ、警察官が追い掛けて被告人の右側から被告人の胸の前に右腕を出して戻るように言い、被告人が更に車道の方に進もうとするや、警察官は被告人の胸の前に出した右腕に力を入れて被告人を制止し、被告人の停止させたタクシーの運転手に「職務質問中だ」などと言ってタクシーを発車させて、その帰宅を阻止し、さらに、帰るなどと言って本件現場から歩き始めた被告人に対し、その前方に行き、両腕を被告人の胸の前に出して、後ずさりしながらS及びTを置いて帰るのかなどと告げて制止しており、繰り返し被告人の移動の自由を制限していること、これらの事実を併せ考えると、裁判例①、同③及び④が指摘するように、本件留め置きは、被告人に対する任意採尿及び任意同行を求めるための説得行為としてはその限度を超え、被告人の移動の自由を長時間にわたり奪った点において、任意捜査として許容される範囲を逸脱したものととして違法といわざるを得ないように思われる。

本件事案においても、警察官が被告人の身体に対して直接有形力は行使したり、積極的に被告人の意思を制圧するような行為等はなく、留め置きの間被告人がタバコを吸ったり、仲間と談笑している状況も見られるが、帰る姿勢を示した被告人は、その都度帰宅を阻止されたため本件現場に戻ったものであって、留め置きを承諾している様子は見られず、被告人の移動の自由を制限していることに変わりはない。

本判決は、「既上記のような嫌疑が存在する中で強制採尿令状請求の準備が開始された状況にあり、強制採尿令発付後は、速やかに同令状が執行されなければ捜査上著しい支障が生じることが予想され、相当な嫌疑の下で被告人の所在確保の必要性が高まっているといえるから、被告人が上記のような（本件現場を離れようとする）意向を示したとしてもなお現場に留まるよう説得を続けること自体は否定されるものではなく、その説得の過程で警察

官らが上記のような態様で被告人を本件現場に留めようとした措置に違法な点は認められない」と判示している。

確かに、強制採尿令状の請求の準備が開始された場合には、強制採尿令状執行のため被告人の留め置きの一時的必要性は認められるが、それは任意捜査の許容性の要件である、有形力行使の必要性、緊急性を高める一つの考慮要素であるとはいえ、それ自体により、長時間の留め置き（本件では、強制採尿令状請求の準備のため午前1時頃警察官が向島警察署に向かい、同署内で疎明資料を整え、被告人らの強制採尿令状請求のため、午前3時30分頃向島警察署を出発し、午前4時38分頃同令状の発付を受け、同日午前5時5分頃本件現場に戻っている）を適法とすることは困難である。

さらに、強制採尿令状の発付を受けて呈示のため本件現場に戻るまでの時間についても、同令状発付により適法化することはできない。

上記裁判例①の第1審判決は、強制採尿令状発付から呈示までの段階（午後5時2分頃から午後5時45分頃）までについて、現場が離れているため、令状発付後現場に赴くまでに約40分を要していることなどを理由に、強制採尿令状が発付されてから同令状が呈示されるまでに要した時間は、令状の執行に密着し、その執行のために必要不可欠の時間であるとして、その間、被告人の身柄を事実上拘束したことに違法はないと判断し、第2審判決も、右判断を是認している。

しかし、裁判例①の調査官解説をみると、刑訴法は、捜索差押許可状等の対物令状については、逮捕状・勾引状・勾留状のような緊急執行の規定（73条3項、201条2項）を設けていないから、強制採尿を実施するためには、原則として、令状を現実かつ事前に呈示しなければならないと解される（222条1項、110条）。そのため、右段階の捜査手続を令状により正当化することには疑問があるところから、本決定は、先行手続全体を一体としてとらえ、その適否を判断したものと思われる、と説明されている（中谷・上記判例解説181頁参照）。辻 裕教・新判例解説・研修558号24頁も、本件第1、

2 審判決が強制採尿令状発付後、現実と同令状が被告人に示されるまでに要した時間は、令状の執行に密着し、その執行のために必要不可欠であった時間であるから、その間の事実上の身柄拘束は許されるとしたのに対し、本決定は、被告人の身体に対する搜索差押許可状の執行着手までの間の身柄拘束を違法としているのである、としている。

ところで、本件留め置きを違法とすると、強制採尿令状が発付されても被告人の所在が不明となり同令状の執行が不能になり捜査に支障を生じるとの反論がなされるであろう。

裁判例①に関し、中谷・上記判例解説186頁は、本件は、強制採尿令状を請求して強制捜査に移行するか、そのまま被告人を解放するかについての警察官の見極めが遅れたため、結果として令状に基づくことなく被告人の移動の自由を長時間奪った点において違法とされたものであり、本決定は、右の点の違法を宣言することにより、警察官に対し、迅速かつ適切な対応を求めたものと思われる、と指摘している。

このような迅速な見極め・強制処分への切り替えの方法が考えられるが、裁判例④の付言するところも、考慮に値する。すなわち、「当裁判所も、前記のとおり、被告人を本件現場に留め置いた点を一応違法とせざるを得ないと判断するものであるが、このように覚せい剤使用の嫌疑が濃厚な被告人らにつき、警察官が令状請求の手续をとり、その発付を受けるまでの間、自動車による自由な移動をも容認せざるを得ないとすれば、令状の発付を受けてもその意義が失われてしまう事態も頻発するであろう。本件のような留め置きについては、裁判所が違法宣言の積み重ねにより、その抑止を期待するよりは、令状請求手続をとる間における一時的な身柄確保を可能ならしめるような立法措置を講ずることの方が望ましいように思われる。」と述べている（なお、江口・上記刑訴法判例百選〔第9版〕7頁参照）。

しかし、結局、個別の判断になるが、判例法を含む現行法の枠組みで対処できない事案では、被疑者を解放するしかないというべきであろう（白取・

上記「刑事裁判例批評（110）」110頁参照。

3 本件鑑定書の証拠能力

本件留め置きが違法とされた場合、被告人がその後向島警察署に任意同行され、強制採尿令状呈示後、任意に尿を提出し、その鑑定結果を記載した本件鑑定書の証拠能力を検討する必要がある。

最決平6. 9. 16刑集48巻6号420頁（上記裁判例①）は、最判昭61. 4. 25刑集40巻3号215頁を引用し、「本件における強制採尿手続は、被告人を本件現場に6時間半以上にわたって留め置いて、職務質問を継続した上で行われているのであるから、その適法性については、それに先行する右一連の手続の違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断する必要がある」と判示しており、本件の先行手続と強制採尿手続との間にも、同判決のいう同一目的・直接利用の関係があることを前提に、先行手続に違法があれば、強制採尿手続も違法性を帯びることを認めている（先行手続の違法性の承継）。

本件についてみると、上記職務質問開始から被告人の留め置きの当初にかけては違法な点はみられないこと、本件現場では、被告人らが、連絡を受けて集まってきたFらと自由に話をしたり、飲食物を受け取るなどしており、警察官らが被告人の行動を不当に制約した状況も認められないこと、すなわち、警察官らは職務質問を継続する中で、本件現場を離れようとする被告人の進行を遮り、本件現場に戻そうとしたことは認められるが、その際の有形力の行使は、手を被告人の胸の前に出し、これに力を入れて制止したり、後ずさりしながら両腕を胸の前に出したりしたという程度のもので、被告人の身体に対する直接の有形力の行使ではないし、結局は被告人は警察官らの説得を受けて自主的に本件現場に戻っていること、被告人が帰宅するため停車させたタクシーの運転手に働き掛けて乗車させなかった点についても、警察官は、被告人の乗車を実力で阻止したわけではないこと、警察官は、任意捜査が最終的に不可能と認めるや、裁判所に令状を請求して、令状に基づき強制採尿をしようとしているのであるから、令状主義を潜脱するような意図はなかったものと認められるこ

と、これらの事情に照らすと、被告人を本件現場に留め置いた措置の違法性の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するような重大なものとはいえない。被告人の尿の採取手続自体には違法な点はないことからすれば、職務質問開始から尿の採取手続に至る一連の手続を全体としてみた場合に、その手続全体を違法と評価し、これによって得られた証拠を被告人の罪証に供することが、違法捜査抑制の見地から相当でないとも認められない。そうであるとすると、本件鑑定書の証拠能力を肯定することができる。

以上により、本件留め置きに違法性はないとした本判決の判断には疑問があるが、本件鑑定書の証拠能力を肯定した結論は支持できる。

4 若干の考察

(1) 裁判例①ないし④、⑧など、従前の裁判例では、捜査の経緯や留め置きの時間、態様等一連の諸事情全体を総合して、違法性の有無や、違法性の程度が令状主義の精神を没却する重大なものか否かを検討して、尿の鑑定書等の証拠能力を判断するものが多かったように思われる。問題となる留め置きについては、その留め置きの時間、有形力の行使の態様、程度、嫌疑の程度、留め置きの必要性、緊急性等との相関関係の中で違法性の判断がされている。そして、令状準備段階以降は、一般に上記の必要性、緊急性の程度が典型的に高くなることから、令状の執行に備えての被疑者の所在確保の必要性について明示されなくても、実質的には考慮されていたというのが実情であろう。

これに対して、裁判例⑤（以下「平成21年判決」ということがある。）及び裁判例⑥（「平成22年判決」ということがある。）は、純粹に任意捜査として行われた段階（以下「純粹任意段階」という。）と、強制採尿令状請求の準備に着手しその令状の発付を得て執行に至るまでの「強制手続への移行段階」（以下「強制移行段階」という。）を区別して、留め置きの適法性を判断すべきであり、両者を一括して判断するのは相当でないとするものであって、新たな判断枠組み（以下「二分論」という。）を提供した点に特徴がある。

なお、裁判例⑦は、強制採尿令状請求の準備が開始された状況においては、令状の執行のため、被告人の所在確保の必要性が高まっていることを指摘しているが、明示的に二分論を採っているわけではない。

私は、基本的には、従来 of 判断手法が相当であると思料するものであるが、特に、二分論を採用した場合、上記の強制移行段階の留め置きが準強制処分となり得る危険のあることが懸念されるのである。以下、二分論の趣旨、問題点等について検討することにした。

(2) 裁判例⑤（平成21年判決）及び⑥（平成22年判決）の趣旨

ア 裁判例⑤及び⑥は、二分論を採ることにより、強制移行段階においては純粹任意段階とは異なり、令状執行のため被疑者の所在確保の必要性が高くなるから、より強い有形力の行使を是認する趣旨であろうか、この点をまず検討する必要がある。

裁判例⑥（平成22年判決）は、「強制採尿令状請求の手續に取りかかった時点を分水嶺として、強制手續への移行段階に至ったと見るべきものであり、依然として任意捜査であることに変わりはないけれども、そこには、それ以前の純粹に任意捜査として行われている段階とは、性質的には異なるものがあるとしなければならない」「強制採尿令状請求が行われていること自体を被疑者に伝えることが条件となるが、純粹な任意捜査の場合に比し、相当程度強くその場に止まるように被疑者に求めることも許されると解される」と判示し、強制移行段階においては、相当程度強くその場に止まるように被疑者に求めることも許されるとして、より強い有形力行使を是認しているようである。

これに対し、裁判例⑤（平成21年判決）は、強制手續への移行段階においては、純粹な任意捜査の場合に比し、相当程度強くその場に止まるように被疑者に求めることも許される、との明示の判断は示していない。しかし、同判決は、本件留め置きが、純粹に任意捜査として行われている段階と、強制採尿令状の執行に向けて行われた段階（強制手續への移行段階）とからなっ

ていることに留意する必要がある、両者を一括して判断するのは相当でないとした上、「この間（強制手続への移行段階）の留め置きの態様を見ると、警察官らは、令状請求準備開始後も並行して任意採尿を促したが、被告人は、言を左右にして任意採尿に応じようとしておらず、再三、退出しようとし、他方、警察官らが、被告人を本件取調室内に留め置くために行使した有形力は、退出を試みる被告人に対応して、その都度、被告人の前に立ち塞がったり、背中で被告人を押し返したり、被告人の手を払う等といった受動的なものに留まり、積極的に、被告人の意思を抑圧するような行為等はされていない」として、第1審判決や被疑段階の勾留請求却下決定、準抗告審決定が違法とした点について適法としていることからすれば、裁判例⑥と同様の判断をしていると理解することができよう。両判決の趣旨については、以下の前田・解説、坂田・解説の理解が正しいと思われる。

イ 平成21年判決の意義について、前田雅英「令状執行の為の留め置き行為の適法性」警察学論集64巻5号154頁は、次のように解説している。

本判決は、「留め置き」について、令状請求した後の場合と純然たる任意捜査の段階のそれに分け、前者のような「強制手続へ移行段階」においては、所在確保の必要性がより高いことに着目し、対象者の意に反することが明らかな場合でも、一定限度の有形力を伴う留め置き行為を適法とした点で、理論的な意義があるといえる。純然たる任意捜査に際して許される有形力（最決昭51. 3. 16刑集30巻2号187頁参照）より強度のものが認められるとしたのである。捜査の違法性判断における「総合判断方式」、すなわち、必要性・緊急性が高い特別の類型的事情が存在する場合には（令状請求したような場合）、侵害性の高い行為が許容されることを理論的に説明したのである。

ウ 坂田正史・最新「判例解説第5回」捜査研究725号60頁（平成21年判決の解説）は、次のとおり指摘する。

本判決は、留め置きが、①純粹に任意捜査として行われている段階と、②

強制採尿令状の執行に向けて行われた段階とを区別した上、この段階ごとに本件留め置きの適法性について検討するという、新たな判断枠組みを示している。これまでの裁判例でも、警察官が令状関連の手続（準備、請求、発付、呈示等）をどのように実施したかについては、留め置きの必要性、緊急性をはかる事情の一つとして検討され、あるいは、警察官の令状主義潜脱の意図や、留め置きが長時間に及んだ原因を検討するに際して、その基礎事情とされている。本判決は、警察官がどの時点で令状請求を行ったかという点を単に事情の一つとして考慮するのではなく、警察官が令状請求を行った場合における捜査上の必要性（被疑者の所在確保の必要性）を重視する観点から、新たな判断枠組みを提示したものであり、ここに本判決の特徴がある。

(3) 裁判例⑤（平成21年判決）及び⑥（平成22年判決）の評価

裁判例⑤及び⑥については、肯定的に評価する前田・上記解説、坂田・上記解説があるが、多くは、批判的な見解を採っている。

ア まず、平成21年判決を肯定的に評価する学説として、前田雅英「令状執行の為の留め置き行為の適法性」警察学論集64巻5号145頁がある。

上記解説は、二分論の考え方を支持し、平成21年判決の趣旨について上記のとおり説明した上、「令状執行の為の留め置き行為を、証拠排除を認めるほど重大ではないにせよ、違法と評価するか否かの差は、警察実務に与える影響という観点からは非常に大きい。裁判所が明確に「違法」と判示する捜査は、いかに証拠能力が認められようが絶対に行い得ないが、（平成21年判決のように）、「限界的な捜査であるが適法である」とされれば、注意深く運用上のガイドラインを設定しつつ、真相の究明に役立つ範囲では実施すべきだということになる」と指摘している（152頁）。

そして、捜査の違法性判断においては、前述の点（引用者注：問題となる犯罪の重要性、嫌疑の濃さ、相当性（被疑者への侵害性の高さ）、必要性・緊急性）に加え、①覚せい剤の体内残存期間が短いこと、②有形力の行使が、退出しようとするのに対する「受動的なもの」ととどまっており、③留

留め置きに際し、家族と面会したり携帯電話での通話を許容し、④比較的短時間のうちに捜索差押許可状の請求準備に着手し、速やかにこれを行って令状の発付を受け、採尿自体はかかる裁判所の発付した令状に基づいて行われたこと等が考慮されているのである。しかし、より具体的・実践的視点からは、本件捜査を「違法だが証拠能力を否定する程度ではない」としたのではなく、「違法でない」としたことが重要である。本件被告人は、事実にも示されているように、「刑事手続について豊かな知識を有する者」である。このような者に、令状請求後でも、短時間で釈放しなければならないとすれば、著しく不当な結論に至る。強制採尿令状には、逮捕状、勾留状等のような緊急執行の規定も存在していないのであって、本件のような留め置きが違法と判断されれば、令状発付後でも捜査官はいかに薬物使用の嫌疑が高い被疑者であっても、一旦は釈放せざるを得なくなるのである。その問題を明示した平成21年判決の意義は大きい。そして、留め置きに関しては、平成21年判決が最後に提言していることを重く受け止める必要がある。「強制手続への移行段階における留め置きであることを明確にする趣旨で、令状請求の準備手続に着手したら、その旨を対象者に告げる運用が早急に確立される」ことが絶対に必要なのである、と説明している（154頁～155頁）。

イ 坂田正史・最新「判例解説第5回」捜査研究725号60頁（平成21年判決の解説）は、本判決を評価しながらも、本判決は、本件の事実関係に基づく事例判断であって、これを根拠に、例えば、強制手続への移行段階では、被疑者を取調室内に留め置くためには、いかなる有形力の行使も許されるなどという一般論を導くことができないことに留意すべきであろう、と指摘する。そして、本判決は、「強制手続への移行段階における留め置きであることを明確にする趣旨で、令状請求の準備手続に着手したら、その旨を対象者に告げる運用が早急に確立されるのが望まれる」とも言及している。この指摘をどのように捜査実務に反映すべきかどうかについては、色々な考え方があり得よう。確かに、令状請求の準備手続に着手したこと（その進捗状況等）を

被疑者に告げることは、この種事犯であれば、任意の採尿に向けた被疑者への説得の一環として、あるいは、手続履踐の適正を一層明確にする観点から有用な場合があり得るであろう。他方、意識混濁や錯乱の状態にある被疑者など、その状況いかんによっては、かかる告知をすることが困難ないし不適切な場面もあるかもしれない。また、「令状請求の準備」は、書面の作成、捜査官同士や他の機関との連絡、被疑者に対する取調べ等様々な作業からなるもので、事案にもよるが、どの段階でこれに「着手」したのかの見極めが難しい場合もあり得よう。いずれにせよ、令状請求、執行等の手続をどの時点でいかに行ったかについては、逐次これを記録して証拠化をすべき必要があることは言うまでもなく、本判決が言及する被疑者に対する告知も、このような手続の証拠化の過程としてとらえることもできるように思われる、としている（69頁）。

ウ 裁判例⑤（平成21年判決）及び⑥（平成22年判決）についての批判的見解については、次のとおりである。

(ア) 大澤 裕「強制採尿に至る被疑者の留め置き」研修770号3頁（主として、平成21年判決の解説）は、次のように解説している。

強制採尿令状執行に至る留め置きが長時間化しやすい背景には、慎重な説得と令状手続の履踐という性質が異なった二つの事情が存在する。「純粹任意段階」と「強制移行段階」は、その各々と対応しており、両者の区別は、留め置きの適法性判断において、より実質に即したきめ細かな判断を可能とするものと思われ（12頁）、一定の有用性を持ち得るが、そこには限界があることも否定できない（14頁～15頁）。

「純粹任意段階」と区別された「強制移行段階」の留め置きも、任意捜査として許容される限度を超えることはできない。しかし、令状請求準備への着手から実際に令状が発付され執行されるまでには、通常、数時間を要する。その間、迅速・円滑な令状の執行に備え、被疑者の所在確保を図る必要があることは否定し難いが、平成21年判決の事案自体からもうか

がえるように、その必要のすべてに任意処分としての留め置きで応えることには無理があるといわざるを得ない。そして、上記のような事情は、見方を変えれば、「強制移行段階」というラベルを得た留め置きが、現実のニーズに応えるため、任意処分の枠を超え「準強制処分」に姿を変える危険を示唆しているともいえないではない。

平成21年判決が、「強制移行段階」の留め置きについて、「令状請求の準備手続に着手したら、その旨を対象者に告げる運用が早急に確立されるのが望まれる」と付言し、平成22年判決が、「純粋な任意捜査の場合に比し、相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許される」条件として、「強制採尿採尿令状請求が行われていること自体を被疑者に伝えること」を挙げている点には注意を要する。「強制移行段階」の留め置きが「準強制処分」的に運用される可能性を前提に、一定の手続的保障を施そうとしているようにも見えるからである（18頁）。

東京高裁平成20年9月25日判決（裁判例④）は、「覚せい剤使用の嫌疑が濃厚な被告人らにつき、警察官が令状請求の手続をとり、その発付を受けるまでの間、自動車による自由な移動をも容認せざるを得ないとすれば、令状の発付を受けてもその意義が失われてしまう事態も頻発するであろう。本件のような留め置きについては、裁判所の違法宣言の積み重ねにより、その抑止を期待するよりは、令状請求手続をとる間における一時的な身柄確保を可能ならしめるような立法措置を講ずることの方が望ましい」と付言しているところ、平成21年判決及び平成22年判決は、この問題提起に対する解釈論による解答案ともいえるが、移動の自由に対する数時間単位の制約が手続構造上不可避免的に必要とされる問題の性格と、同種の問題の発生頻度に鑑みると、上記の判示が示唆する立法による対応の方がより賢明であるように思われる。平成21年判決及び平成22年判決の解答は、決して完全ではあり得ず、むしろ今後の課題を提起した部分も大きいといえるであろう（15頁）。

なお、大澤・上記16頁（注12）では、「純粹に任意捜査として行われている段階」という呼び名は、ミス・リーディングな面を持つ。「強制手続への移行段階」との違いが留め置き目的ではなく、任意捜査としての「純度」にあるという錯覚を生じさせやすいからである、と指摘している。

(イ) 白取祐司「職務質問に伴う現場への留め置き」平成23年度重要判例解説179頁（平成22年判決の解説）は、次のように指摘している。

平成22年判決（裁判例⑥）の事例は、最決平6. 9. 16刑集48巻6号420頁（裁判例①）と比べ、職務質問から40分後には令状請求に取りかかっており、無為に時間を置かなかったことが適法とされた重要な要素と思われる。ただ、本判決は、時間的要素に加え、これまでの判例から見て異例ともいえる理由付けをしている。本判決は、令状請求に取りかかったということは、「捜査機関において同令状の請求が可能であると判断し得る程度に犯罪の嫌疑が濃くなったことを物語る」ものであり、令状請求されると「いずれ同令状が発付されることになるのであって、いわばその時点を分水嶺として、強制手続への移行段階に至ったと見るべきもの」、つまり「純粹に任意捜査として行われている段階とは、性質的に異なるものがある」「純粹な任意捜査の場合に比し、相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許される」というのである。

たしかに、事実問題として令状請求が却下される可能性は極めて低く、令状請求自体に事実上の重みがあることは否定できないが、現行刑事訴訟法の解釈として、令状請求を「分水嶺」とする「移行段階」から「相当程度強い」有形力の行使を許容する論理を導くのは無理ではないか。「嫌疑」の高まりの程度を「令状請求」という可視的な指標で示そうという意図自体は評価できるものの、必ずしも成功していないように思われる。本判決のように、強制採尿令状の請求自体に「強制手続への移行段階」として強力な任意捜査を認めることになったら、強制処分法定主義の理想はさらに後退してしまうのではないか。留め置きの適法性判断は、やはり、迂遠な

ようでも、任意捜査の適法性の判断基準とされてきた各種考慮要素について、時間の座標軸をたてて判断していくべきであろう（180頁）。

(ウ) 松本英俊「任意同行後、強制採尿令状の執行まで取調室に留め置かれた事例」速報判例解説 8号225頁（平成21年判決の解説）は、「本判決の特徴は、任意捜査段階の捜査手続を明確に二分する判断枠組みをとることによって、第1、第2段階で適法性を判断する水準を変更して評価することになり、第2段階における「任意捜査の限界を超えた違法」の評価について、従来よりもその限界を拡大する方向に作用し得るということである。そして、このような評価方法は、違法の程度、重大性判断にも影響すると思われる。捜査官による令状請求の準備という決断に、その後の手続の適法性判断が左右されるという点、令状請求後、実際に令状が発付されなかった場合、強制手続移行段階における、より強度の有形力行使若しくは意に反した留め置きがどのように評価されるのか、強制手続移行段階における適法性判断の際に、令状発付の有無という事後的な事情を考慮する必要はないとすれば、上記のように捜査官の決断に左右される適法性判断の問題はさらに重大である」などと指摘し、本判決のいう二分論には構造的な問題点があるといわざるを得ないのであり、強制手続が予定されているとしても、明らかに意に反した留め置きはそもそも任意とはいえないという当然のことを改めて確認する必要がある、としている（227頁～228頁）。

(エ) 豊崎七絵「令状請求手続進行中の被疑者の留め置き」法学教室378号別冊付録（判例セレクト2011〔Ⅱ〕 38頁（平成22年判決の解説）は、「本判決は、従来は考慮要素の一つにすぎなかった嫌疑の程度について、「強制手続への移行段階」においては、将来の令状発付・執行を見込んで所在を確保する必要性を、それだけで直ちに正当化するものとして重んじる。しかし、令状請求の段階では、実際に令状が発付されるか否かは不明で、なお捜査官の主観的な嫌疑しかない以上、かかる必要性を肯定するのは妥当でない、その分、対象者の被る不利益が十分考慮されないまま、任意処

分として相当であり適法だとの評価が安易に行われることが懸念される。所在確保の必要性という概念は、極限まで強制処分に接着する留め置きを合理化し得るように見えるのであり、そのような留め置きと強制処分に等しい留め置きとを明確に区別することは難しく、(1)の枠組み(引用者注：強制処分に当たる違法なものか)による歯止めが十分効かない危険がある」として、本判決に批判的である。

(オ) 正木祐史「取調室留め置きの適否」法学セミナー660号124頁(平成21年判決の解説)は、「第1に、強制採尿令状請求という事実自体の一般的评价である。確かにそれは、嫌疑の高まりを徴表する等により必要性・緊急性を基礎付ける一事情かもしれないが、他方で、この段階にあってもなお、任意捜査の段階であることに変わりはないのであるから、そこを過大評価してはならない(逮捕状請求という場面にして考えたとき、この問題は分かりやすいものであろう)。この点で、本判決が提示した強制手続移行段階という枠組みそのものに問題がある、第2に、具体的事案の判断につき、有形力の行使の程度が低度のものであるとする本判決の判断を前提とするとしても、被告人が2時間もの間、多数回にわたって退出意思を表明して現に行動に出ているところを阻止されたという点が過小評価されているのではないか。これは、上記最決昭59. 2. 29刑集38巻3号479頁(いわゆる高輪グリーンマンション事件)とは決定的に違う点である。刑訴法198条1項但書は、任意取調べを受ける被疑者の退去の自由を定める。本判決が示す一般的・個別的评价は、その明文規定を無に帰するものであるように思われる」として、批判的な見解を示している。

(4) 裁判例⑤(平成21年判決)及び⑥(平成22年判決)の問題点

以下、裁判例⑤及び⑥についての詳細かつ有用な分析・検討である大澤・上記解説に適宜言及しながら、これらの裁判例に対する問題点を見ていくことにしたい。

ア 平成21年判決及び平成22年判決は、留め置きの適法性を判断するに当た

り、「純粹任意段階」と「強制移行段階」を区別するという新しい判断枠組みを採用した点に特徴があるが、まず明らかにしなければならないのは、この両段階を区別して扱う理由である。両段階は、警察官が令状請求準備に着手した時点を境に区別されるから、問題となるのは、令状請求準備着手の前後で生じる変化は何かである。

職務質問で覚せい剤使用の嫌疑が生じた被疑者が、尿の任意提出を拒絶し、あるいはそのための任意同行を拒絶した場合、警察官は、そのことから直ちに、尿の任意提出やそのための任意同行を断念しなければならないわけではない。その場合にも、被疑者に滞留を求めつつ、一定の説得行為を行うことは許される。しかし、説得は無制限に許されるものではない。一定時間説得しても、相手方の拒絶の意思が固く、任意の協力が得られる見込みがない場合、それにもかかわらず、説得とそのための留め置きを継続することは許されない。その場合、尿採取という目的を達しようとするのであれば、令状による強制手続に移行するしかない。

平成21年判決に即して見ると、同判決は、「純粹任意段階」においては、覚せい剤使用の合理的嫌疑のあった対象者に対する職務質問、任意同行、尿の任意提出、注射痕の有無の確認のために腕を見せるよう説得することにあつたが、「強制移行段階」においては、「強制採尿令状を請求するためには、対象者に対する取調べ等の捜査と並行して、予め受入れ先の採尿担当医師を確保しておくことが前提となるため、①当該令状請求には、他の令状請求にくらべても長い準備時間を要することがあり得、②当該令状の発付を受ければ、当該医師の所へ所定の時間内に連行していく必要が生じ得る、これらを前提とすると、強制採尿令状の請求手続が開始されてから同令状が執行されるまでには相当程度の時間を必要とすることがあり得、それに伴って留め置き期間が長引くこともあり得る。そして、強制採尿令状の請求が検討されるほどに嫌疑が濃い対象者については、強制採尿令状発付後、速やかに同令状が執行されなければ、捜査上著しい支障が生じることも予想され得る

ことといえるから、対象者の所在確保の必要性は高く、令状請求によって留め置き必要性・緊急性が当然に失われることにはならない」と判示しているから、強制採尿令状準備段階からその執行までには、必然的に相当程度の時間を必要とし、その間の被疑者の所在確保の必要性を指摘しているのである。平成22年判決も、「強制移行段階」において「純粋な任意捜査の場合に比し、相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許される」理由として、「令状執行の対象である被疑者の所在確保の必要性には非常に高いものがある」と述べているから、基本的には平成21年判決と同様の理解に立っていると見ることができる。

このように見るならば、令状請求準備着手の前後で決定的に異なるのは、留め置きの目的であり、「純粋任意段階」と「強制移行段階」との区別は、少なくとも第一義的には、前者が「対象者の説得」の目的、後者は「対象者の所在確保」の目的に対応したものといえる（大澤・上記11頁。以下、引用頁数のみを示す。）。もちろん、捜査実務においては、強制移行段階においても、なお、警察官が、被疑者に対して任意採尿に応じたり、その場に止まるよう説得する行為が繰り返されることはいうまでもない。

イ なお、平成22年判決は、「強制採尿令状の請求に取りかかったということは、捜査機関において同令状の請求が可能であると判断し得る程度に犯罪の嫌疑が濃くなったことを物語るものであり、その判断に誤りがなければ、いずれ同令状が発付されることになるのであって、いわばその時点を分水嶺として、強制手続への移行段階に至ったと見るべきものである。したがって、依然として任意捜査であることに変わりはないけれども、そこには、それ以前の純粋に任意捜査として行われている段階とは、性質的に異なるものがあるとしなければならない」としており、これを見る限り、平成22年判決は、両段階が「性質的に異なる」理由を犯罪の嫌疑の強さの違いに求めており、そして、同判決が「強制移行段階」について、「純粋に任意捜査の場合に比し、相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許される」と述

べていることも踏まえると、両段階では、犯罪の嫌疑の程度を留め置き継続のために採り得る措置の強度の違いに結び付いていると考えているように見える。

しかし、「純粹任意段階」と「強制移行段階」との区別を、嫌疑の有無の強さの違いによって基礎付けることは、無理であろう。嫌疑の強さが問題なのであれば、それ自体として、事案に即して判断すべきであり、令状請求準備への着手の有無というパラメータを介して捉えることは、必要でもなければ適切でもないといえる（8頁）。犯罪の嫌疑は、あくまで捜査機関の主観的嫌疑であり、裁判官に是認されたものではない。犯罪の嫌疑の強さは、逮捕状、搜索差押許可状等の令状請求の要件として、また任意捜査における必要性、緊急性の考慮要素として、事案に即した判断をすべきである。確かに、「純粹任意段階」と「強制移行段階」とを比べれば、一般的に後者の段階において、犯罪の嫌疑がより強いであろう。しかし、常にそうとはいえない。任意捜査の必要性の判断は、第一次的には捜査機関に委ねられるが、事後、その適法性に争いが生じた場合には、裁判所が合理的捜査官の立場に立って審査することになる。その場合、令状請求準備への着手という過去の捜査官の行動が、嫌疑の程度に関するその時点の捜査官の判断を反映していたとしても、後の裁判所の判断がそれに拘束される理由はないというべきである（8頁）。

これを強制採尿令状請求の実際について見ると、覚せい剤使用の嫌疑については、職務質問の際の不審な挙動、覚せい剤使用者の顔貌の特徴、職務質問後の異常な言動（不可解な言動のほか、尿の任意提出の許否、腕の注射痕の確認の許否等）、同種前科・前歴の有無等が考慮されて、覚せい剤使用の嫌疑の有無が判断されるのであり、強制採尿令状の請求準備の段階で、その嫌疑が極めて濃厚になるということはあまり経験していない。覚せい剤使用事犯については、使用行為の目撃者がいるなど特殊な場合を除いては、尿の鑑定により覚せい剤反応が確認されない限り、覚せい剤使用の被疑事実は立

証できないというのが実務である。また、強制採尿令状請求のためには、被疑者が罪を犯したと料されるべき資料を提供しなければならないが（刑訴規則156条1項）、逮捕状を請求するための犯罪の相当な嫌疑を認めるべき資料までの要求はされていない（刑訴法199条1項、同規則143条）。強制採尿令状請求段階の犯罪の嫌疑は、その程度のものなのである。

強制採尿令状については、「（強制採尿は）被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性とその取得の必要性、適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められる場合には、最終的手段として、適切な法律上の手続を経てこれを行うことも許されてしかるべきであり、ただ、その実施に当たっては、被疑者の身体の安全とその人格の保護のため十分な配慮が施されるべきである」（最決昭55. 10. 23刑集34巻5号300頁）とされており、この判例に従って、強制採尿令状請求に当たっては、「最終的手段」の行使の必要性、緊急性の有無の判断が問題となる場合が多いともいえる。

ウ 留め置きには、その表現は別として、「純粹に任意捜査として行われている段階」と「強制手続への移行段階」の二つがあるとの裁判例⑤、⑥の指摘は、職務質問から強制採尿令状請求・執行という令状実務の実態に照らして、正しい指摘とはいえるであろう。問題は、適法性判断の手法に関する最高裁平成6年9月16日決定（裁判例①、以下「平成6年判例」ともいう。）との整合性である。

(ア) 平成6年判例は、「被告人の身体に対する搜索差押許可状の執行が開始されるまでの間、警察官が被告人による運転を阻止し、約6時間半以上も被告人を本件現場に留め置いた措置は、当初は前記のとおり適法性を有しており、被告人の覚せい剤使用の嫌疑が濃厚になっていたことを考慮しても、被告人に対する任意同行を求めるための説得行為としてはその限度を超え、被告人の移動の自由を長時間にわたり奪った点において、任意捜査として許容される範囲を逸脱したものとして違法といわざるを得ない」と

判示しているのである。

この平成6年判例の判示の文言に照らせば、同判例は、留め置きを全体として説得目的のものとして捉えた上で、その時間的長さを問題としたように見える。そのように見る限り、同判例に「純粋任意段階」と「強制移行段階」との区別を導く手掛かりは見出せない（8頁）。

平成6年判例については、第1審及び控訴審判決が、「留め置き」のうち強制採尿令状の発付から呈示までの時間は、令状の執行に密着し、その執行のために必要不可欠の時間であるとして、その間の事実上の身柄拘束に違法な点はないとしたのに対し、「刑法は、搜索差押許可状等の対物令状については、逮捕状・勾引状・勾留状のような緊急執行の規定（73条3項、201条2項）を設けていないから、強制採尿令状の基づき強制採尿を実施するためには、原則として、令状を現実かつ事前に呈示しなければならないと解される（222条1項、110条）。そのため、右段階の捜査手続を令状により正当化することに疑問があるところから、本決定は、先行手続全体を一体としてとらえ、その適否を判断したものと思われる」と指摘されている（中谷雄二郎・最高裁判例解説刑事篇平成6年度181頁）。

しかし、平成6年判例は、上記の判示に引き続き違法性の重大性について判断した部分においては、「警察官が、早期に令状を請求することなく長時間にわたり被告人を本件現場に留め置いた措置は違法であるといわざるを得ない」と述べており、この部分に着目すれば、「純粋任意段階」と「強制移行段階」との区別につながる次のような見方が導かれる。

本件は、強制採尿令状を請求して強制捜査に移行するか、そのまま被告人を解放するかについての警察官の見極めが遅れたため、結果として令状に基づくことなく被告人の移動の自由を長時間奪った点において違法とされたものであり、本決定は、右の点の違法を宣言することにより、警察官に対し、迅速かつ適切な対応を求めたものと思われる（中谷・上記186頁。192頁（注38）には、本件では、会津若松警察署の警察官が引き継い

だ後の午後零時ころまでに、強制採尿令状を請求する方針が決まっておれば、遅くとも午後3時頃までには、被告人に令状を示してその執行に着手することができたものと思われるとの指摘がある)。

平成6年判例においては、午前11時10分頃職務質問を開始し、午後3時26分頃警察官が令状請求のため現場を離れて強制採尿令状等の発付を請求し、午後5時2分頃令状の発付を得て、午後5時43分頃から被告人の身体に対する捜索が執行され、午後5時45分頃強制採尿令状を呈示しているのであるが、上記の見方に従えば、まず、平成6年判例は、約6時間半以上に及んだ長時間の留め置きのうち、直接には、「強制捜査に移行するか、そのまま被告人を解放するかについての警察官の見極め」以前の部分、すなわち令状請求準備着手前の部分を違法としたことになる(9頁)。

職務質問で覚せい剤使用の嫌疑が生じた被疑者が、尿の任意提出を拒絶し、あるいはそのための任意同行を拒絶した場合、警察官は、被疑者に滞留を求めつつ、一定の説得行為を行うことは許されるが、説得は無制限に許されるものではなく、一定時間説得しても、相手方の拒絶の意思が固く、任意の協力が得られる見込みがない場合、それにもかかわらず、説得とそのため留め置きを継続することは許されない。その場合、尿採取という目的を達しようとするのであれば、令状による強制手続に移行するしかない。平成6年判例の事案では、少なくとも、令状請求準備手前のある時点で、説得がその許される限度を超え、それ以降、説得を目的として被疑者を留め置く必要性も失われていたといえるであろう(9頁)。

上記のような見方に立てば、平成6年判例は、令状請求準備着手後の留め置きそれ自体については、直接の判断を示していないことになる。もとより、一連の留め置きのうち、先行する令状請求準備着手前の部分が違法とされたならば、それに引き続く令状請求着手後の部分も、違法評価を免れない。平成6年判例の結論として、「約6時間半以上も被告人を本件現場に留め置いた措置」全体を違法としているのは、そのような趣旨に理解

職務質問に伴う被疑者の「留め置き」の適法性

することも可能である。しかし、先行部分の留め置きが適法であったとした場合、当該事案における程度の令状請求準備着手後の留め置きが許されるかどうかについては、平成6年判例は、許される可能性を残しつつも、将来にその判断を委ねたものともいえる（10頁）。

- (イ) 前田・前記解説161頁は、平成6年判例との整合性について、次のように指摘し、平成21年判決は、平成6年判例と矛盾しないとしている。

平成6年判例の事案では、なぜ6時間半以上にわたり現場に留め置いたかであり、平成21年判決の事案と相違が存在するかという点である。

平成6年判例の事案では、強制捜査に移行するか被告人を解放するかの警察官の見極めが遅れたため、結果として令状に基づくことなく被告人の移動の自由を長時間奪った点に着目する必要がある。午前11時10分頃職務質問を開始し、午後3時26分頃S警部が令状請求のため現場を離れ強制採尿令状の発付を請求し、午後5時2分頃令状が発付され、午後5時45分頃、強制採尿令状を呈示したというのであるから、裁判所が、「捜査官の令状請求をすべきか否かの迷い」から生じる被疑者の不利益は看過し得ないと考えたのは不合理ではない。やはり、留め置きの違法を宣言せざるを得なかったように思われる。

これに対し、平成21年判決の場合、被告人は午後5時50分頃K署に到着し、午後6時頃本件取調室に入ったが、警察官らは、被告人に尿を任意に提出するように求めたところ、被告人は、言を左右にして提出に応じず、注射痕の有無の確認のために腕を見せることも拒絶したため、警察官らは、午後6時30分頃、被告人に対する強制採尿令状を請求する準備に取りかかり、午後8時45分頃、東京簡易裁判所に令状請求し、午後9時10分頃、その発付を受け、午後9時28分頃K署内で被告人に呈示した、というのが事実経過であり、強制採尿令状を請求するかの見極めには、40分程度しかかかっていないのである。

警察官は、身柄を完全に拘束していなくても、実質的に自由を侵害して

いる場合には迅速かつ適切な対応が必要となる。その意味で、平成21年判決は平成6年判例と矛盾するものではない。

エ 平成6年判例を上記のように理解すれば、平成21年判決は、平成6年判例が残した宿題に一つの解答を与えたものと見ることができる。平成6年判例の事案と比べた平成21年判決の特徴は、令状請求準備着手前の留め置きが約30分（K署に到着後約40分）と短時間であった点にある。加えて、この部分の留め置きについては、被告人の意思に反していないといえる事情も存在した。平成6年判例の事案と異なり、尿の任意提出の説得がその許される限度を超えることがなかったから、平成21年判決は、この令状請求準備着前の部分、すなわち「純粹任意段階」の留め置きを適法とした。そして、「純粹任意段階」が適法裡に終了した平成21年判決の事案では、さらにその後の部分の留め置きの適法性が独立に問題となったが、同判決は、約3時間に及んだこの部分の留め置きを「強制移行段階」におけるそれと位置付け、適法と判断したのである（10頁）。

「純粹任意段階」の留め置きは、被疑者の説得を目的とする。説得は、相手方の意思に反する場合にも、一定限度で許容されるから、「純粹任意段階」の留め置きにとって、被疑者の承諾があることは必須ではない。しかし、説得を目的とする以上、この段階の留め置きには、説得が許容される限度という独自の限界が存在することに注意が必要である。

これに対し、「強制移行段階」の留め置きは、主として、迅速・円滑な令状の執行に備えた被疑者の所在確保を目的とする。その必要性の程度について、平成21年判決は、採尿担当医師の確保、当該医師の所へ所定時間内に連行する必要性を指摘し、平成22年判決も、「予め採尿を行う医師を確保することが前提とな〔る〕」強制採尿令状の場合、「同令状の発付を受けた後、所定の時間内に当該医師の許に被疑者を連行する必要がある」があるから、「被疑者の所在確保の必要性には非常に高いものがある」と指摘したのである。

このような警察官が令状請求準備に着手しただけの段階で、未確定の令状

執行に備えた措置を採ることが正当化され得るのかについては、疑問を呈する見解も存在する（豊崎・上記38頁）。確かに、実際に令状が発付されるかどうか未確定である以上、令状発付を先取りして、令状がなければ許されないはずの強制手段を用いることは許されない。しかし、強制に至らない任意処分の範囲で令状発付に備えることが、令状未発付であることから、およそ許されないこととされるべき理由は見出し難いように思われる。また、前述したように、任意捜査の必要性の判断は、第一次的には捜査機関に委ねられるが、事後、その適法性が争われた場合には、裁判所が合理的捜査官の立場で審査することとなる。警察官が令状請求準備に着手した場合にも、そのことに客観的な合理性が認められない場合には、令状執行に備えた被疑者の所在確保の必要性は認められず、留め置きが正当化されることもない。警察官の主観的判断によってその後の手続の適法性が左右されるとの批判もあるが（松本・上記228頁）、理論的に見る限り、そのような自体が生じることはないといえるはずである（12頁）。

オ 平成21年判決、平成22年判決に関する基本的問題点は、それが「強制移行段階」の留め置きという名の下に、実質的に強制処分を許容する結果となっていないかである。

平成21年判決は、第1審判決や被疑段階の勾留請求却下決定、準抗告審決定が、「任意捜査として許容される限度を超えた違法な身柄拘束であった」と指摘した警察署の取調室における留め置きを、「強制移行段階」の留め置きとし、「いまだ任意捜査として許容される範囲を逸脱したものとは見られない」として適法とした。平成21年判決が指摘している留め置きの態様等を見ると、「(引用者注：被告人は、午後6時頃本件取調室に入室し、警察官らは、午後6時30分頃強制採尿令状請求の準備に取りかかり、午後8時45分頃東京簡易裁判所に上記令状を請求し、午後9時10分頃その発付を受け、午後9時28分頃被告人に同令状を呈示したものであり)、被告人は、本件取調室に入室してから強制採尿令状を呈示されるまでの約3時間半本件取調室

内に留め置かれたのであるが、本件取調室の出入口は開放されていたものの、1、2名の警察官が常時その付近に待機していた上、警察官らは、令状請求準備開始後も並行して任意採尿を促したが、被告人は、言を左右にして任意採尿に応じようとしておらず、再三、退出しようとし、他方、警察官らが、被告人を本件取調室内に留め置くために行使した有形力は、退出を試みる被告人に対応して、その都度、被告人の前に立ち塞がったり、背中で被告人を押し返したり、被告人の身体を手で払う等といった受動的なものに留まり、積極的に、被告人の意思を制圧するような行為等はされていない」、
「被告人を留め置くために警察官が行使した有形力の態様も前記の程度にとどまっています、同時に、場所的な行動の自由が制約されている以外では、被告人の自由の制約は最小限度にとどまっていたと見ることができる」というものであるが、これは、平成6年判例のいうような「被告人の移動の自由を奪った」といい得るのではないであろうか。第1審判決や被疑段階の勾留請求却下決定、準抗告審決がいうように、「任意捜査として許容される限度を超えた違法な身柄拘束であった」と評価すべきものと思われるのである。

「純粹任意段階」と「強制移行段階」との区別は、任意捜査としての留め置きに関するものである。

強制処分と任意処分の限界に関する最決昭51.3.16刑集30巻2号187頁は、「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するものであって、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段に当たらない有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必

要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである」と判示している。判例の定義する強制処分とは、換言すれば、相手方の意思に反して、その重要な権利・利益を侵害・制約する処分と捉える見解が多数説である（井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」刑事訴訟法の争点（新・法律学の争点シリーズ6）54頁、大澤 裕・刑事訴訟法判例百選〔第9版〕5頁参照）。

そして、冒頭でも述べたとおり、行政警察作用である警職法上の職務質問、任意同行（警職法2条1項、2項）は任意処分である点においては司法警察上の捜査と異なる点はないから、その途中から被疑者の取調べ（刑訴法198条1項本文）に移行したとしても、一体として上記任意捜査の判断枠組みが適用ないし準用されると解してよいであろう。

この任意捜査と有形力行使の限界に関する判断枠組みに基づいて、「留め置き」の適法性の判断をすべきことに異論はないと思われる。

したがって、「強制移行段階」の留め置きであっても、上記昭和51年判例がいう「強制手段」、すなわち、相手方の意思に反して、その重要な権利・利益を侵害・制約する処分を行うことは許されない。この見解に従い、かつ、留め置きにより制約された「場所的な行動の自由」、「移動の自由」を重要な権利・利益であると見るならば、平成21年判決（裁判例⑤）の留め置きは、被告人の移動の自由を奪ったものとして強制処分と評価されることになる（12頁）。

なお、平成21年判決が、「本件では、強制採尿令状請求に伴って被告人を留め置く必要性・緊急性は解消されていなかったものであり、他方、留め置いた時間も前記の程度にとどまっていた上、被告人を留め置くために警察官が行使した有形力の態様も前記の程度にとどまっていて、同時に、場所的な行動の自由が制約されている以外では、被告人の自由の制約は最小限度に留まっていたと見ることができる」と判示しているが、これが「移動の自由」は重要な権利・利益でないとする趣旨を含むとすれば誤りというべきである

う。

裁判例⑦のように、深夜・早朝現場に留め置かれ自宅等に帰りたいと繰り返し要求する被疑者を長時間現場に留め置くことが、重要な権利・利益の侵害に当たることは明らかであろう。平成6年判例も、「被告人を本件現場に留め置いた措置は、被告人の移動の自由を長時間にわたり奪った点において、違法といわざるを得ない」と判示している点に、思いを致すべきであろう。

カ 以上要するに、大澤・上記14頁が指摘するように、職務質問に伴う留め置きについて、「純粹任意段階」と「強制移行段階」とを区別する二分論は、その適法性判断において、一定の有用性を持ち得ると評価できるが、そこには限界があるのであり、二分論の基本的問題点は、「強制移行段階」の留め置きという名の下に、実質的に強制処分を許容する結果となる危険があるということである。

特に、平成22年判決（裁判例⑥）が指摘するように、「令状執行の対象である被疑者の所在確保の必要性には非常に高いものがあるから、強制採尿令状請求が行われていること自体を被疑者に伝えることが条件となるが、純粹任意捜査の場合に比し、相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許される」とし、平成21年判決（裁判例⑤）の事案の留め置きの態様からすると、強制処分と任意処分との区別を曖昧化し、留め置きの適法性判断を弛緩させ、「強制移行段階」の留め置きが「準強制処分」的に運用される危険があるといわなければならない。

平成21年判決は、「強制移行段階」の留め置きについて、「強制手続への移行段階における留め置きであることを明確にする趣旨で、令状請求の準備手続に着手したら、令状請求の準備手続に着手したら、その旨を対象者に告げる運用が早急に確立されるのが望まれる」と付言し、平成22年判決が、「純粹任意捜査の場合に比し、相当程度強くその場に留まるよう被疑者に求めることも許される」条件として、「強制採尿令状請求が行われていること自

体を被疑者に伝えること」を挙げているが、その趣旨は明確でない。

単に強制手続の移行段階における留め置きであることを明確にする趣旨なのか、さらに被疑者を強く説得することを意図するものなのか、明らかでない。この場合、被疑者が、意識混濁や錯乱の状態にありその告知を理解できない場合にはどうするのか、この際に被疑者が明確にその場に滞留することを拒否し退去しようとした場合にはどうするのかなど、その条件の意味するところが曖昧である。「強制移行段階」の留め置きが「準強制処分」的に運用される可能性を前提に、一定の手続的保障を施そうとしているように見えなくもない（大澤・上記18頁）。

また、強制令状請求準備に取りかかった場合、あくまでも嫌疑の有無、必要性、緊急性の判断は、捜査官の主観的判断であり、令状の緊急執行のような裁判所の判断が前提になるものではない。警察官が令状請求準備に着手しただけの段階で、未確定の令状執行に備えた措置を採ることが正当化し得るわけではないであろう。令状を先取りして、令状がなければ許されないはずの強制手段を用いることが許されないのは当然である。

さらに、二分論は、これまで留め置きの適法性判断の重要な考慮要素とされて来た留め置きの時間的長さを軽視する嫌いはないであろうか。二分論のいう「純粹任意段階」における説得行為でありその間の留め置きは適法であるとはいっても、対象者が退去の意思を表明していることは間違いのないであり、自ら留まった部分について承諾があったとすることはできないから（もちろん、移動の自由の実質的な侵害・制約はないとして任意処分にとどまっていると見ることはできるが）、この留め置き時間を切り離して、「強制移行段階」の留め置き時間のみでその適否を判断することは相当でないと思われるのである。二つの段階があるといっても、被疑者の移動の自由を制限する留め置きは、全体として1個の行為であるから、留め置き全体の時間（移動の自由制限時間）を問題とせざるを得ないであろう。この点、二分論は、前者の段階における留め置きの時間を過小評価する嫌いがあるように思

われる。

平成6年判例は、「被告人の身体に対する搜索差押許可状の執行が開始されるまでの間、警察官が被告人による運転を阻止し、約6時間半以上も被告人を本件現場に留め置いた措置は、当初は前記のとおり適法性を有しており、被告人の覚せい剤使用の嫌疑が濃厚になっていたことを考慮しても、被告人に対する任意同行を求めるための説得行為としてはその限度を超え、被告人の移動の自由を長時間にわたり奪った点において、任意捜査として許容される範囲を逸脱したもとして違法といわざるを得ない」と判示しているのである。

5 おわりに

以上、平成21年判決及び平成22年判決のいわゆる二分論の意義と問題点についてみてきたのであるが、大澤・上記15頁は、東京高裁平成20年9月25日（裁判例④）が付言するところを引用し、移動の自由に対する数時間単位の制約が手続構造上不可避的に必要とされる問題の性格と、同種の問題の発生頻度に鑑みると、上記の判示が示唆する立法による対応の方がより賢明であるように思われると結論付けている。

白取祐司・上記180頁は、「本判決（平成22年判決）のように、強制採尿令状の請求自体に、「強制手続への移行段階」として強力な任意捜査を認めることになったら、強制処分法定主義の理想はさらに後退してしまうのではないか。留め置き of 適法性判断は、やはり、迂遠なようでも、任意捜査の適法性の判断基準とされてきた各種考慮要素について、時間の座標軸をたてて判断していくべきであろう」と指摘している。

私も、立法の必要性は肯定するが、それまでは白取・上記180頁が指摘するように、個々の事案ごとに留め置き of 適法性を判断していくほかないと思うのである。問題となる留め置きについては、その留め置きの時間、有形力の行使の様態、程度、嫌疑の程度、留め置きの必要性、緊急性との相関関係の中で、

それが任意捜査として許容される範囲内のものか否かを検討する必要がある。令状の執行に備えた被疑者の所在確保についても、必要性、緊急性の考慮要素として検討すべきように思われる。

ちなみに、違法収集証拠の証拠能力について、最判昭53. 9. 7 刑集32巻6号1672頁は、「証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑事訴訟法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである」との判断枠組みを示し、それは相対的排除説を採用していると解されている。すなわち、違法収集証拠の証拠能力の判断に当たっては、「司法に対する国民の信頼の確保の観点と違法捜査抑制の観点、採証手続の違法性の程度や抑止効果を総合して判断する。具体的には、手続違反の程度・状況・有意性・頻発性、手続違反と当該証拠獲得との因果性の程度、証拠の重要性、事件の重大性等を考慮に入れるべきであり、ここでの証拠の排除は、個別的・具体的な事案に応じた衡量によって決定される」とされている（井上正仁「刑事訴訟における証拠排除」404頁）。

裁判所は、これまで違法収集証拠として証拠能力が問題となった具体的事件の処理の中で、捜査手続の適法、違法、証拠排除するまでの重大な違法か否かについての判断を示して来たが、捜査官においては、その事例判断の集積の中から適法、違法等のガイドラインを見出し、具体的事案において緊張感を持って事に対処することが期待され、そうした運用がされているのである。こうして基本的人権の保障と事案の真相解明・公共の福祉の維持がバランスを取って実現されて来たといえるであろう。ここに、判例が採用した違法収集証拠排除法則の実践的意義がある。留め置きの適否の判断についても同様である。裁判所が示した留め置きの適法・違法の事例判断の中から、捜査官は、その適否の指針を読み取り、適切に運用していくことが求められているのである。