

捜査手続における強制採尿について

三 神 正 一 郎

目次

はじめに

第一節 従来の学説と捜査実務

第二節 最高裁昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定

第三節 最高裁平成六年九月一六日第三小法廷決定

まとめ

はじめに

覚せい剤取締法は、第四一条の三第一項一号及び第十九条において、いわゆる覚せい剤自己使用の罪を規定している。人が覚せい剤を使用した場合、覚せい剤の成分は、体内で代謝される部分を除いて、尿の中に一定期間残留

する。当然のことながら、人は自ら体内で覚せい剤の成分を作り出すことはできないため、覚せい剤自己使用の罪の被疑者の尿を採取し分析することは、覚せい剤自己使用の罪においての最適な採証方法である。しかしながら、覚せい剤自己使用の罪の全ての被疑者が、捜査機関に任意に尿を提出することは現実的に期待できない。そこで、捜査手続において被疑者から強制採尿をする必要性が生じてくることになる。⁽¹⁾

ここで、「強制採尿とは、尿道用カテーテル（導尿管）を被処分者の同意なしに尿道に挿入して、膀胱から直接、尿を採取することをいう」⁽²⁾。強制採尿に関しては、まず、その処分方法ゆえに、被処分者に著しい精神的な屈辱感を与え被処分者の人間としての尊厳を侵害するから、そもそも全面的に許されないという説と、覚せい剤自己使用の罪の立証において被疑者からの強制採尿は不可欠であるから、一定の形式で許されるという説の対立があった。

次に、一定の形式で許されるという説の中でも、いかなる令状が必要かについて、様々な説に別れていた。そのような中で、後述する最高裁昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定⁽³⁾は、強制採尿は搜索差押令状によって許されると判示し⁽⁴⁾、さらに最高裁平成六年九月一六日第三小法廷決定⁽⁵⁾は、いわゆる強制採尿令状の効力として、強制採尿に適する最寄りの場所まで被疑者を連行することも許されると判示した。これらの判例、殊に昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定を受けて、現在では「強制採尿は実務において定着した捜査方法となっている」⁽⁶⁾。

そこで、本稿では、まず、昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定以前の学説と捜査実務の運用を整理した後、これら二つの判例について検討してゆきたい。

第一節 従来の学説と捜査実務

従来から、人の身体を対象とする採証手続は、一、搜索としての身体検査、二、検証としての身体検査、三、鑑定としての身体検査の三つに別れるとされ、それぞれ行い得る範囲も区別して考えられてきた。

そして、人の身体を対象とする採証手続に必要な令状についても、いかなる令状で、どこまでの処分が許されるかについて、三つの考え方に別れていた。⁽⁷⁾

まず、①着衣を着たまま、ポケットなどを搜索すること、②頭髪・耳腔に隠した物を探すことまでは、搜索状のみで可能だが、③口腔・肛門・膣などの体腔内に隠した物を探すことは、搜索状に加えて、身体検査令状が必要であり、また、④レントゲンや電波・超音波などにより身体内部に隠した物を探すこと、⑤吐剤・下剤などを施用し嘔下物を排出させることは、搜索状に加えて、鑑定処分許可状が必要だとする説。⁽⁸⁾

また、①着衣を着たまま、ポケットなどを搜索すること、②頭髪・耳腔に隠した物を探すことまでは、搜索状のみで可能だが、③口腔・肛門・膣などの体腔内に隠した物を探すこと、④レントゲンや電波・超音波などにより身体内部に隠した物を探すこと、⑤吐剤・下剤などを施用し嘔下物を排出させることは、搜索状に加えて、身体検査令状が必要だとする説。⁽⁹⁾

さらに、①着衣を着たまま、ポケットなどを搜索すること、②頭髪・耳腔に隠した物を探すこと、③口腔・肛門・膣などの体腔内に隠した物を探すこと、④レントゲンや電波・超音波などにより身体内部に隠した物を探す

ことまで、捜索状のみで可能だとする説の、三つの説であった。⁽¹⁰⁾

そして、このような「身体の検査方法の体系」⁽¹¹⁾を前提にして、強制採尿についても考えられてきたのであるが、まず、前述のように、強制採尿については、被処分者に著しい精神的な屈辱感を与え被処分者の人間としての尊厳を侵害するから、そもそも全面的に許されないという説（否定説）と、覚せい剤自己使用の罪の立証において被疑者からの強制採尿は不可欠であるから、一定の形式で許されるという説（肯定説）との対立があった。ただし、「どのような令状によっても、およそ強制採尿はできないという」否定説は「支持されなかつた」⁽¹²⁾⁽¹³⁾。

しかしながら、肯定説も、強制採尿をどのような強制処分として考え、どのような令状に基づいて行い得るかで、三つの説に別れた。

まず、強制採尿を鑑定としての身体検査だととらえ、鑑定処分許可状に基づいて行い得るとする考え方があった（鑑定処分許可状説）。ここで、鑑定とは「特別の学識経験によってのみ知り得る法則及びその法則を適用して得た意見判断の報告」⁽¹⁴⁾をいう。確かに、強制採尿は採尿自体が目的のではなく、採尿した尿中の覚せい剤の成分を分析することが主な目的である点に着目すれば、処分の性質からは、この考え方が妥当であるとも思われた。しかしながら、この考え方には、捜査機関が鑑定受託者によって行う場合、条文中、直接強制ができないという問題点があった。つまり、刑訴法二二五条四項の「準用する一六八条六項は、身体検査の直接強制を規定する一三九条を準用していない。また、」二二五条は、「身体検査を拒んだ者について鑑定人から裁判官に身体検査の直接強制等を求めることができる旨を規定した一七二条も準用していない。このため、鑑定のための身体検査を被疑者が拒否し、間接強制の方法によってもその目的を達し得ない場合には、どのようにすべきかが問題」⁽¹⁵⁾であった。

また、一方で、強制採尿を検証としての身体検査だととらえ、身体検査令状（刑訴法二一八条一項）に基づいて行い得るとする考え方があった（身体検査令状説）。ここで、「検証とは、場所や物または人の身体について、その存否や形状・性質などを、五感（視覚・聴覚・触覚・嗅覚・味覚）によつて認識する強制処分¹⁶」をいう。確かに、強制採尿を検証としての身体検査だと考えれば、刑訴法二二二条一項が二三九条を準用しているため、検証のため身体検査を被疑者が拒否した場合でも、直接強制が可能であるという利点はあった。しかしながら、この考え方には、検証としての身体検査は、体表・体腔を見る、触るといふ身体の外面を観察するにとどまる、という処分の性質を無視しているという問題があった。

そこで、捜査実務においては、身体検査令状と鑑定処分許可状の両方の令状を発付してもらい、医師をして強制採尿を行うようになった（両令状の併用説）。確かに、この方法によれば、前述のような、それぞれの処分が有する問題を克服できるという利点はあった。しかしながら、検証としての身体検査と鑑定処分としての身体検査では、それぞれの処分を実施する主体が明確に区別されており、それゆえに、それぞれの処分で行い得る範囲も限定されているのである。その点を無視し、便宜的に両方の令状を発付してもらうという併用説の考え方には、理論的な問題点があると言わざるを得なかった。

ただし、これに対して、併用説の論者である井上教授は、「検証と鑑定とは、そもそも、互に相排斥し合う関係にあるのではなく、鑑定は特別の知識経験を以つてする検証の補充、つまり、本来裁判所が行うべき検証を、その対象の性状等の十分な認識のために特別の学識経験を必要とするが故に、鑑定人に命じて行わせるものだと解し得るのである。そして、まさにそのように、鑑定が本来裁判所のなす検証を補充・代替するものであるからこそ、そ

の鑑定に必要な処分を鑑定人自身が独自の力で遂行することが不可能もしくは不適切となった場合に、裁判所ないし裁判官がそれを補うことができることになるのではなからうか。…このような裁判所の命令による鑑定と対比して、いわゆる嘱託鑑定は、捜査機関による検証を補充・代替するものと位置付けることができる。そして、そうだとすると、この場合には、鑑定に必要な身体検査の処分を鑑定受託者が独自に遂行することが不可能または不適切となったときは、その鑑定の嘱託者たる捜査機関がこれを補うべきだということにならう。…むろん、そうするためには、捜査機関自身にその処分を行う権限が存しなければならないが、…裁判官の身体検査令状の発付を得、適切な専門家を補助者として実施する限り、捜査機関の検証処分としても同程度の処分をすることができると解されるのであるから、身体検査令状の下に、鑑定受託者を補助者として、直接強制によりその身体検査を實行すればよいのである。以上のように考えるときには、従来の多数説および実務が体液の強制採取一般について採用してきた併用説の考え方は、便宜的な解決であるどころか、むしろ、現行法の構造に最も良く適合した解決であることが判らう。そして、強制採尿についても、その法形式としては、鑑定処分許可状と身体検査令状との併用によるというのが、あるべき解決であったようにおもわれる¹⁷⁾と反論する。

しかしながら、一方で、寺崎教授は、この見解に対して、「確かに、鑑定と検証との間には競合する部分があるし、検証の補充という側面を鑑定に見出すこともできるだろう。しかし、身体検査が拒否されたとき、鑑定人が裁判官に被処分者の身体検査を請求できる（法一七二）のは、裁判官に直接強制の権限が与えられているからだと言える。裁判官と異なり、そもそも捜査機関には身体検査を直接強制できる権限がない。したがって、（法一七二のような規定がないにもかかわらず）捜査機関が、『身体検査令状の下に、鑑定受託者を補助者として、直接強制に

よりその身体検査を『実行す』ることができる、と主張するのは論理の飛躍であろう⁽¹⁸⁾と言う。

これらの見解については、立法論であるならば、井上教授の主張する両令状の併用説の考え方にも納得すべき点はある。しかしながら、現行刑法上、二二五条四項の準用する一六八条六項は、明確に一三九条を準用していないし、二二五条は、一七二条も準用していないのである。これらの条文を素直に解釈する限りにおいては、寺崎教授の見解の方が妥当であると思われる。

このように、強制採尿をどの様な強制処分として考え、どの様な令状に基づいて行い得るかについては、それぞれの考え方に利点と問題点が存在していた⁽¹⁹⁾。

そのような中で、次節で検討するように、最高裁昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定は、従来の学説や捜査実務とは全く異なる角度から強制採尿について判示することとなった。

第二節 最高裁昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定⁽²⁰⁾

最高裁判所が、原判決に基づいて認定した事実によれば、本件の事案の概要は、次のようなものであった。

昭和五二年六月二八日午前一〇時ころ、愛知県江南警察署警察官Aらは、被告人を覚せい剤の譲渡しの被疑事実で逮捕した。警察官Aは、被告人の両腕に存する静脈注射痕様のもの、その言語・態度などに照らし、覚せい剤の自己使用の余罪の嫌疑を抱き、尿の任意提出を再三にわたり求めたが、被告人は拒絶し続けた。翌二九日午後四時ころ、同署は、強制採尿もやむなしとして身体検査令状及び鑑定処分許可状の発付を得た。同日夕刻鑑定受託者で

ある医師Bは、強制採尿の着手に先立ち、被告人に自然排尿の機会を与えたのち、同日午後七時ころ、同署医務室のベッド上において、数人の警察官に身体を押えつけられている被告人から、ゴム製導尿管（カテーテル）を尿道に挿入して約一〇〇ccの尿を採取した。被告人は、採尿の開始直前まで採尿を拒否して激しく抵抗したが、開始後はあきらめてさして抵抗しなかつた。同署は、同医師から、採取した尿の任意提出を受けてこれを領置し、右尿中の覚せい剤含有の有無等につき愛知県警察本部犯罪科学研究所に対し鑑定を嘱託手続をとった。その結果、採取した尿中から覚せい剤の成分が検出されたために、被告人は、覚せい剤の譲渡し及び覚せい剤の自己使用の罪で起訴された。第一審は、被告人に実刑判決を下したので、被告人は、控訴審において、強制採尿の適否及び強制採尿により採取された尿の鑑定書の証拠能力の有無を争った。控訴審は、本件の強制採尿を違法としたが、第一審の結論は維持した。これに対して、被告人側は上告したが、最高裁第一小法廷は、上告を棄却した。しかし、控訴審が本件の強制採尿を違法とした点については、「本件の採尿検査を違法であるとした原判断は、次の理由により法令に違反したというべきである。」として、次のとおり職権判断を示した。

「尿を任意に提出しない被疑者に対し、強制力を用いてその身体から尿を採取することは、身体に対する侵入行為であるとともに屈辱感等の精神的打撃を与える行為であるが、右採尿につき通常用いられるカテーテルを尿道に挿入して尿を採取する方法は、被採取者に対しある程度の肉体的不快感ないし抵抗感を与えるとはいえず、医師等これに習熟した技能者によつて適切に行われる限り、身体上ないし健康上格別の障害をもたらす危険性は比較的乏しく、仮に障害を起こすことがあつても軽微なものにすぎないと考えられるし、また、右強制採尿が被疑者に与える屈辱感等の精神的打撃は、検証の方法としての身体検査においても同程度の場合がありうるのであるから、被疑者

に対する右のような方法による強制採尿が捜査手続上の強制処分として絶対に許されないとすべき理由はなく、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え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、その実施にあつては、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ものと解するのが相当である。

そこで、右の適切な法律上の手続について考えるのに、体内に存在する尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する行為は搜索・差押の性質を有するものとみるべきであるから、捜査機関がこれを実施するには搜索差押令状を必要とするべきである。ただし、右行為は人権の侵害にわたるおそれがある点では、一般の搜索・差押と異なり、検証の方法としての身体検査と共通の性質を有しているので、身体検査令状に関する刑法二一八条五項が右搜索差押令状に準用されるべきであつて、令状の記載要件として強制採尿は医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない旨の条件の記載が不可欠であると解さなければならぬ。」

「これを本件についてみるのに、覚せい剤取締法四一条の二第一項三号、一九条に該当する覚せい剤自己使用の罪は一〇年以下の懲役刑に処せられる相当重大な犯罪であること、被告人には覚せい剤の自己使用の嫌疑が認められたこと、被告人は犯行を徹底的に否認していたため証拠として被告人の尿を取得する必要性があつたこと、被告人は逮捕後尿の任意提出を頑強に拒み続けていたこと、捜査機関は、従来の捜査実務の例に従い、強制採尿のため、裁判官から身体検査令状及び鑑定処分許可状の発付を受けたこと、被告人は逮捕後三三時間経過してもなお尿の任意提出を拒み、他に強制採尿に代わる適当な手段は存在しなかつたこと、捜査機関はやむなく右身体検査令状及び

鑑定処分許可状に基づき、医師に採尿を囑託し、同医師により適切な医学上の配慮の下に合理的かつ安全な方法によつて採尿が実施されたこと、右医師による採尿に対し被告人が激しく抵抗したので数人の警察官が被告人の身体を押えつけたが、右有形力の行使は採尿を安全に実施するにつき必要最小限度のものであったことが認められ、本件強制採尿の過程は、令状の種類及び形式の点については問題があるけれども、それ以外の点では、法の要求する前記の要件をすべて充足していることが明らかである。

令状の種類及び形式の点では、本来は前記の適切な条件を付した搜索差押令状が用いられるべきであるが、本件のように従来の実務の大勢に従い、身体検査令状と鑑定処分許可状の両者を取得している場合には、医師により適当な方法で採尿が実施されている以上、法の実質的な要請は十分充たされており、この点の不一致は技術的な形式的不備であつて、本件採尿検査の適法性をそこなうものではない。

原判決が本件採尿検査を違法視しているのは前記説示のとおり法令に違反するものであるが、原判決は採取した尿を資料とした鑑定書の証拠能力は肯定しているので、右違法は判決に影響を及ぼすものとはいえない。」

このように、最高裁昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定は、まず、強制採尿について「体内に存在する尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する行為は搜索・差押の性質を有する」として、必要とされる令状も「捜査機関がこれを実施するには搜索差押令状を必要とする」と判示した。ただし、必要とされる令状については「一般の搜索・差押と異なり、検証の方法としての身体検査と共通の性質を有しているので、身体検査令状に関する刑法二一八条五項が右搜索差押令状に準用されるべきであつて、令状の記載要件として、強制採尿は医師をして医学的に相当と認められる方法により行わなければならない旨の条件の記載が不可欠である」と判示して、条件の記載を

不可欠とする捜索差押令状が必要であるとしたのである。

さらに、条件の記載を不可欠とする捜索差押令状で強制採尿を行い得る要件として、①「被疑事件の重大性」、②「嫌疑の存在」、③「当該証拠の重要性とその取得の必要性」、④「適当な代替手段の不存在に照らし」、⑤「犯罪の捜査上真にやむをえないと認められる場合には」、⑥「最終的手段として」、⑦「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」と判示した。しかしながら、この決定に対しては、様々な疑問点が指摘された。

田宮博士は、「まず、尿はやがて廃棄される無価値物だから差押えの対象となるという解釈がかなり通用しているが、判例は行為の性質という基準をもち出しはするが対象物いかにについては何も明言していないし（血液などと区別するための『老廃物』か否かなど、文言上の手がかりは何もない）、無価値物なら体内のどこにあっても差押えができる（例えば、えん下物のとり出しや弾丸などの抜きとり）というのは暴論であるし、他方どんな高価値物でも証拠となりうる以上差押えはできるので、これは判例の曲解であろう。つぎに、人権の侵害にかかわる側面を令状の種類（従前の考え方）から条件のレベルに格下げしたのも、問題である。採尿が『検査』の『行為』類型に入らぬので差押えの範疇に押しこめようと苦心したわけであるが（その意味で、検証としての身体検査令状の実質をもつ『強制採尿令状』が創出された）、サンプルの採取が『検査』の一環として行われるのは、日常の『身体検査』（とよばれる）を想起すれば明らかであり、ことさら差押えと称する必要はない。また、検証としての身体検査令状であれば、そのような特別の名を冠することの意味（二二八条一項）、請求書への特別記載（同四項）、立会いなど実施上の注意（二二二条）など、条件以外にも格別の配慮が要請されることを考えると、準用を

条件だけにしたことは不可解（検証よりゆるやかに許す趣旨ではないはず！）というべきである。このような意味で、判例の考え方によるなら検証としての身体検査と位置づければ十分であったと思われる⁽²¹⁾と言う。

また、井上教授は、さらに様々な点に疑問を投げかけた。まず、第一点目として、被疑事件の重大性の点について、「事件の重大性という点についてみると、最高裁昭和五五年決定は、覚せい剤自己使用の罪の法定刑が長期一〇年の懲役であることを捉えて、これを肯定している。：しかし、：最高裁昭和五五年決定のように、個々の事案の実質を抜きに法定刑の高低のみを理由にして、その罪が一般的に重大であると断定することも、速断に過ぎるよ⁽²²⁾うに思われる」と言う。次に、第二点目として、強制採尿に伴う不利益として考えられるものの点について、「強制採尿に伴う不利益として考えられるもののうち、対象者の身体の安全に及ぼす影響は、：その操作に習熟した医師が医学上相当な方法で行う限り、通常それほど大きなものではないといえる。むしろ、より重大なのは、やはり、屈辱感等の精神的打撃の方であろう。」「この点で、最高裁昭和五五年決定は、検証としての身体検査の場合にも同程度のことがあり得ることを指摘している。」が、「強制採尿の方法は、：下腹部の露呈ということのみにとどまらず、さらに、人の身体の秘部に対する積極的侵入により人の基本的な生命活動に属する排尿を人為的に操作するという内容を有するものであり、それによる屈辱感等の精神的打撃には、遥かに大きいものがあるといわなければならない。」とし、「強制採尿の許容性を肯定した最高裁昭和五五年決定の判断の妥当性には、疑問が残るように思われる⁽²³⁾」と言う。そして、第三点目として、条件の記載を不可欠とする搜索差押令状によって強制採尿を行い得るとした点について、「最高裁昭和五五年決定は、身体検査令状に関する規定を準用し、搜索差押令状に医師等の専門家により実施すべき旨の条件を付すということ、その問題を実質的に解消しようとする。しかし、そのように身

体検査と捜索・差押えを同質視することが果たして許されるものかどうか、また、そのような条件を付すだけで本当に足りるものかは、根本的な検討を要する問題だといわなければならぬように思われる⁽²⁴⁾」と言う。

さらに、寺崎教授は、「重要なのは、強制処分法定主義に反するという問題である。最高裁は、判例によって、刑法に定めのない『強制採尿令状』⁽²⁵⁾とも呼ぶべき新しい令状を創出したと言えるのであって、強制処分法定主義に反する。強制採尿は、ほんらい立法によって解決すべき課題であろう⁽²⁶⁾」として、より直接的に最高裁昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定の問題点を指摘する。

このように、最高裁昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定は、様々な点で疑問の残る決定であったといえる。そして、私には、寺崎教授が直接的に指摘する強制処分法定主義に反するという点こそ、本決定の最大の問題点であったと思われる。

しかしながら、「実務は判例によってたちどころに安定がもたらされた⁽²⁷⁾」。ただし、寺崎教授が言うように、最高裁昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定は、「強制採尿令状によって、身柄拘束がなされていない被疑者を採尿場所まで強制的に連行することは適法か、という問題を残した⁽²⁸⁾」。

そのような中で、次節で検討するように、最高裁平成六年九月一六日第三小法廷決定は、この問題について判示することとなった。

第三節 最高裁平成六年九月一六日第三小法廷決定⁽²⁹⁾

最高裁判所が、原判決及び原判決が是認する第一審判決に基づき認定した事実によれば、本件の事案の概要は、次のようなものであった。

福島県会津若松警察署 A 警部補は、平成四年二月二六日午前一一時前ころ、被告人から、同警察署 B 駐在所に意味のよく分からない内容の電話があった旨の報告を受けたので、被告人が電話をかけた自動車整備工場に行き、被告人の状況及びその運転していた車両の特徴を聞くなどした結果、覚せい剤使用の疑いがあると判断し、立ち回り先とみられる同県 a 方面に向かった。

同警察署から捜査依頼を受けた同県猪苗代警察署の C 巡査は、午前一一時すぎころ、国道四九号線を進行中の被告人運転車両を発見し、拡声器で停止を指示したが、被告人運転車両は、二、三度蛇行しながら b 方面へ進行を続け、午前一一時五分ころ、磐越自動車道 a インターチェンジに程近い同県耶麻郡 a 町 c の通称 d 交差点の手前（以下「本件現場」という。）で、C 巡査の指示に従って停止し、警察車両二台もその前後に停止した。なお、当時、付近の道路は、積雪により滑りやすい状態であった。

午前一一時一〇分ころ、本件現場に到着した同警察署 D 巡査部長が、被告人に対する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、素直に質問に答えず、エンジンの空ふかしをしたり、ハンドルを切るような動作をしたため、D 巡査部長は、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。

午前一一時二五分ころ、猪苗代警察署から本件現場の警察官に対し、被告人には覚えい刑取締法違反の前科が四犯あるとの無線連絡が入った。午前一一時三三分ころ、A警部補らが本件現場に到着して職務質問を引き継いだ後、会津若松警察署の数名の警察官が、午後五時四三分ころまでの間、順次、被告人に対し、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かたくなに拒否し続けた。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、被告人が車に乗り込もうとしたので、両脇から抱えてこれを阻止した。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。

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づこうとしたり、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。

午後三時二六分ころ、本件現場で指揮を執っていた会津若松警察署E警部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搜索差押許可状並びに被告人の尿を、医師をして、強制採取させるための搜索差押許可状（以下「強制採尿令状」という。）の発付を請求した。午後五時二二分ころ、右各令状が発付され、午後五時四三分ころから、本件現場において、被告人の身体に対する搜索が被告人の抵抗を排除して執行された。

午後五時四五分ころ、同警察署F巡査部長らが、被告人の両腕をつかみ被告人を警察車両に乗車させた上、強制採尿令状を呈示したが、被告人が興奮して同巡査部長に頭を打ち付けるなど激しく抵抗したため、被告人運転車両

に対する搜索差押手続を先行させた。

ところが、被告人の興奮状態が続き、なおも暴れて抵抗しようとしたため、同巡査部長らは、午後六時三二分ころ、両腕を制圧して被告人を警察車両に乗車させたまま、本件現場を出発し、午後七時一〇分ころ、同県会津若松市 e 町所在の G 病院に到着した。

そして、午後七時四〇分ころから五二分ころまでの間、同病院において、被告人をベッドに寝かせ、医師がカテテルを使用して被告人の尿を採取した。

採取された尿の鑑定の結果、覚せい剤の成分が検出されたために、被告人は、覚せい剤自己使用の罪で起訴された。被告人は、採取された尿の鑑定書の証拠能力について争ったが、第一審は、職務質問の現場での被告人の留め置きを違法ではないとし、さらに、採尿場所までの連行を、刑法法二二二条一項が準用する刑法法一一一条一項の令状執行に「必要な処分」として許されると判示した。

一方、原審は、職務質問の現場での被告人の留め置きを違法であるとしたが、その違法の程度は、(いわゆる違法収集証拠排除の原則により)採取された尿の鑑定書の証拠能力を排除しなければならないほどのものではないとし、さらに、採尿場所までの連行は、強制採尿令状執行のため当然に予定したものであるとして許されるとした。

それに対して、被告人側は上告したが、最高裁第三小法廷は、いずれの上告も棄却し、次のとおり職権判断を示した。

「本件における強制採尿手続は、被告人を本件現場に六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（最高裁昭和六〇年（あ）第四二七号同六一年四月二五日第二小法廷判決・刑集四〇巻三号二一五頁参照）。」

「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。

(一) 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、警察官職務執行法二条一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、道路交通法六七条三項に基づき交通の危険を防止するため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。

(二) これに対し、その後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、約六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見て違法といわざるを得ない。

(三) しかし、右職務質問の過程においては、警察官が行使した有形力は、エンジンキーを取り上げてこれを返還せず、あるいは、エンジンキーを持った被告人が車に乗り込むのを阻止した程度であって、さほど強いものでなく、

被告人に運転させないため必要最小限度の範囲にとどまるものといえる。また、路面が積雪により滑りやすく、被告人自身、覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動を繰り返していたのに、被告人があくまで磐越自動車道で宮城方面に向かおうとしていたのであるから、任意捜査の面だけでなく、交通危険の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が高かったといふべきである。しかも、被告人が、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かたく拒否するという態度を取り続けたことを考慮すると、結果的に警察官による説得が長時間に及んだのもやむを得なかった面があるといふことができ、右のような状況からみて、警察官に当初から違法な留め置きをする意図があったものとは認められない。これら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。」

「次に、強制採尿手続の違法の有無についてみる。

(一) 記録によれば、強制採尿令状発付請求に当たっては、職務質問開始から午後一時すぎころまでの被告人の動静を明らかにする資料が疎明資料として提出されたものと推認することができる。そうすると、本件の強制採尿令状は、被告人を本件現場に留め置く措置が違法とされるほど長期化する前に収集された疎明資料に基づき発付されたものと認められ、その発付手続に違法があるとはいえない。

(二) 身柄を拘束されていない被疑者を採尿場所へ任意に同行することが事実上不可能であると認められる場合には、強制採尿令状の効力として、採尿に適する最寄りの場所まで被疑者を連行することができる。その際、必要最小限度の有形力を行使することができるものと解するのが相当である。けだし、そのように解しないと、強制採尿令

状の目的を達することができないだけでなく、このような場合に右令状を発付する裁判官は、連行の可否を含めて審査し、右令状を発付したものとみられるからである。その場合、右令状に、被疑者を採尿に適する最寄りの場所まで連行することを許可する旨を記載することができることはもとより、被疑者の所在場所が特定しているため、そこから最も近い特定の採尿場所を指定して、そこまで連行することを許可する旨を記載することができることも、明らかである。

本件において、被告人を任意に採尿に適する場所まで同行することが事実上不可能であったことは、前記のとおりであり、連行のために必要限度を超えて被疑者を拘束したり有形力を加えたものとはみられない。また、前記病院における強制採尿手続にも、違法と目すべき点は見当たらない。したがって、本件強制採尿手続自体に違法はないといふべきである。」

「以上検討したところによると、本件強制採尿手続に先行する職務質問及び被告人の本件現場への留め置きという手続には違法があるといわなければならないが、その違法自体は、いまだ重大なものとはいえないし、本件強制採尿手続自体には違法な点はないことからすれば、職務質問開始から強制採尿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、被告人から採取された尿に関する鑑定書の証拠能力を肯定することができ、これと同旨の原判断は、結論において正当である。」

この決定では、「職務質問のための実力の行使」がどこまで認められるかについても問題となるが、本稿におい

て重要な部分は、「強制採尿手続の違法の有無」についてである。

この決定では、「身柄を拘束されていない被疑者を採尿場所へ任意に同行することが事実上不可能であると認められる場合には、強制採尿令状の効力として、採尿に適する最寄りの場所まで被疑者を連行すること」ができ、また、「その際、必要最小限度の有形力を行使することができ」と判示した。そして、その理由としては、「そのように解しないと、強制採尿令状の目的を達することができないだけでなく、このような場合に右令状を発付する裁判官は、連行の当否を含めて審査し、右令状を発付したものとみられるから」だと判示した。しかしながら、この決定に対しても、賛否両面からの様々な点が指摘された。

まず、三井教授は、本決定に対しての直接の見解ではないが、その著書の中で「たしかに令状が求める適切な場所強制採尿しようとすれば、捜査機関は、任意に応じないかぎり…〔被疑者を〕その場所に強制連行せざるをえない。しかし、適切な場所における執行を求めることが強制連行を」許す「ことに直結するわけではない」。しかも、警察署への強制引致は実質上逮捕行為と変わりはない。そうであれば、強制採尿のための搜索差押令状が当然のように強制連行までの効果を認めているとは解しがた⁽³¹⁾い、と言う。

また、田口教授は、「人の身体を拘束し、連行するためには逮捕要件が具備していることが基本であり、搜索差押令状あるいは身体検査令状により逮捕と同程度の自由拘束が可能となることには疑問が残る⁽³²⁾。」と言う。

さらに、田宮博士は、この決定は、「連行（の許容）自体が令状の内容になっているというのであるから、一歩を進めて、『強制採尿と連行の合成令状』という新種の令状を承認したことになるとも解しうる（もしそうだとすると、強制採尿令状がいわば判例の創出物であるから、これは二重の創出物である。かくて判例による法創造はさ

らに法創造をよび、底なし沼の様相をさえ呈しかねないとの批判を招こう。」⁽³³⁾と云う。

そして、寺崎教授は、最高裁昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定および最高裁平成六年九月一六日第三小法廷決定を通じた一連の判例の立場に対して「搜索・差押え許可状という名の『強制採尿令状』を創出しただけでなく、ひとつの令状に他の強制処分の内容をも盛り込んだ点で、二重に疑問だと言えよう。」⁽³⁴⁾と云う。

一方で、この決定を支持する立場から、渡辺教授は、「捜査の実質が『搜索』であるとしても、人の身体に強制力を加える捜査方法ですから、被処分者の保護のために適切な条件を付すことは刑訴法上認めてよいと考えられます。そのような強制採尿の特殊性を考えれば、『採尿場所への連行』は、通常の搜索における『錠を開く』などの必要な処分とは性質を異にするものですから、令状自体の効力として認めるべきであるという最高裁の考え方は妥当だといえるでしょう。」⁽³⁵⁾と云う。

また、それにも増して、ここで注目すべきは、最高裁昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定に対しては様々な点に疑問を投げかけた井上教授が、本決定に対しては異なる見解を示した点である。

井上教授は、「問題は、強制採尿令状の効力として強制連行も可能だとする本決定の解釈が正当なものであったかどうかである。この点で、本決定は、そのような解釈を採るべき根拠として、そのように解しないと強制採尿令状の目的を達することができないということに加え、『このような場合に、……令状を発付する裁判官は、連行の可否を含めて審査し、右令状を発付したものとみられる』ということを挙げている。もしこれが、裁判官が強制採尿令状の発付により、強制的な採尿それ自体に加えて、強制連行の権限を特別に付与したという趣旨であるならば、おそらく正当とはいえない。そのようなことが可能であるためには、裁判官自身にそのような授權をする権限が存

しなければならぬのであるが、現行法上そのような権限を根拠づける規定は見当たらないし、法律に直接根拠がなくても裁判官の判断で新たな強制処分を創設することができることも、わが国の法体系にはなじまない考え方であるばかりか、刑法一九七条一項の強制処分法定主義に反するものだと思われるからである。同様に、これまでの許容説が一つの論拠としてきたように、裁判官が強制採尿令状に『医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならぬ』という特別の条件を付すことを捉えて、それにより裁判官はその条件を充たしうる場所への連行の権限を与えているのだということも、当然にはできないように思われる。」という前提に立つたうえで、次のように続ける「遡って考えてみると、その強制採尿令状への条件付けというのが、そもそも、そのような裁判官による形成的行為としての性格を持つものであるのか自体、疑問である。むしろ、前出の最高裁昭和五五年決定は、強制採尿はその処分の性質上、『医師をして医学的に相当と認められる方法により行わなければならない』ことを確認する意味で、裁判官は令状にその旨を条件として記載すべきだとしたものというべきであり、従って、たとえ令状にそのような記載がなされていなくても、強制採尿はそのような方法で実施されなければならないことに変わりはないように思われる。」「ただ、そうだとすると、強制採尿はそのような形で行われることをいけば本来の属性とするものであるのだから、その採尿を強制力を用いても実行することができるという事は、少なくとも、医師が医学的に相当な方法で採尿するのに適した状況の下に身を置くことを対象者に強制することができるということをも本来的に含むべきであるように思われる。」「より幅広く観察してみると、現行刑事訴訟法上、勾引や公判廷外で行う押収・捜索など、場合によっては実力の行使を必要とする類の処分の実施は、いずれも検察事務官または司法警察職員にこれを行わせることとなっており（刑訴法七〇条・一〇八条。裁

判所の行う検証についても、必要なときは司法警察職員に補助をさせることができることになっている。同一四一条)、そのことなどにも照らすと、上記各規定も、むしろ、そのような実力を有しない裁判所が対象者の出頭を確保するために、司法警察職員等に実力を用いても対象者を連行させる手続を特に設けたものと捉えるべきではないかと思われる。そして、その点に関する限り、そのような実力を有することが想定されている司法警察職員等の場合には、同様の手続を設けなければならない必要性はなかったのであり、むしろ、当の処分の実行に必要なかつ相
当な限り、自らその実力を行使することが本来予定されていると見ることも可能だと思われるのである。」「裁判所の行う処分についても、例えば、公判廷外で司法警察職員に人の身体の捜索を行わせる場合において、対象者の現在するのが公道上等身体の捜索を実施するのに適しない場所であるときには、適当な場所に被疑者を連れて行くことが必要となるが、そのような場合にまで、勾引という手続を取らない限り強制的に連行することはできないとは思われない。」「例えば、抵抗ないし逃走しようとする対象者を実力で制圧し、捜索が完了するまでの間、その場所に拘束しておくことや、身体の捜索を行うのに適切な場所まで対象者を実力を用いて連れていくことも、対象者の身体の自由を奪うものであることに変わりはない。身体の捜索等の処分と無関係に同様のことが行われるならば、実質的に逮捕と評価すべき場合も少なくないように思われる。逮捕に当たるか否かは、従って、純物理的な観点からだけでは判定できないのであり、」反対説の論者「のいうような区別は、身体の捜索に伴うものとしては許されないと結論の言い換えとしてならともかく、許容性についての実質的な判断基準としては有効でないといわなければならない。」「実際にも、…車で三〜四分のところにある病院に採尿のため強制連行すると、身体の捜索の対象者が公道上におり、近くに適切な場所がないため、同じような距離の所まで車で連れていくことの間、実質

的な差を見出すことは困難であろう。そこに見るように、両者の間に質的な差があるとまでいえるかは疑わしいように思われる。³⁶⁾と云う。さらに、「このように考えてみると、強制採尿のための強制連行は、強制採尿という処分の本来的属性ともいべき医師による医学的に相当な方法での実施ということを可能にするための処分として、相当性を欠かない限り、許されるといつてもよいように思われる。そして、本決定が令状裁判官による審査という点を強調するのも、そのような強制連行が本来可能であるということを一般的な前提として、令状裁判官としても具體的な事案につき、その点の当否を含めて審査し、強制採尿を許したものであるということを補強的理由付けとする趣旨であるとすれば、必ずしも不当とすべきではないことになろう。同様に、裁判官が令状に被疑者を採尿に適する最寄りの場所等まで連行することを許可する旨を記載することができるとしたのも、むしろ、そのような趣旨によるものと見ることも不可能ではなく、また、そう解することによってはじめて、これを支持することができるように思われるのである」³⁷⁾と云う。そして、むすびとして「そもそもその出発点である——強制採尿の許容性を認めた——最高裁昭和五五年決定の妥当性については、筆者自身、強い疑問を提示したことがあり、現在もその疑問は解消されているわけではない。そして、そのように本体である強制採尿の許容性を否定的に解する以上、そのための連行も許されないとするのが当然だという考え方も、あるいはあるかもしれない。しかし、以上述べたように、強制連行の可否は強制採尿のみに特有の問題ではなく、人の身体を対象とする他の強制処分についても多かれ少なかれ問題となりうる性質のものなのであり、そのようなものとして捉えると、その最高裁昭和五五年決定を前提にする限りにおいては、採尿場所への強制連行も可能だといってよいと考えるのである。³⁸⁾」と結論付ける。

このように、井上教授は、最高裁昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定と最高裁平成六年九月一六日第三小法

廷決定に対して異なる見解を示した。この見解は、強制採尿自体の許容性と採尿場所への強制連行の問題を明確に区別し、司法警察職員が人の身体の捜索を行う場合を例示して、採尿場所への強制連行の場合と比較しながら、強制連行については強制採尿に限った問題ではないことが、緻密かつ詳細に検討されている点で、大変示唆に富むものであると思われる。しかしながら、井上教授も指摘するように、そもそもの出発点としての最高裁昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定の問題は、やはり残されているのである。

まとめ

ここまで、捜査手続における強制採尿に関して、従来の学説と捜査実務、および、その後出された、最高裁昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定と最高裁平成六年九月一六日第三小法廷決定について、様々な論者の見解を紹介し、検討を加えてきた。しかしながら、私には、やはり最高裁昭和五五年一〇月二三日第一小法廷決定が、いわゆる「強制採尿令状」と呼ばれている法律にない令状を創出した点は、強制処分法定主義に反すると思われる。

この点について、寺崎教授は、「考えるに、裁判官が令状によって、法定された強制処分の内容を超える権限を捜査機関に特別に与えることは、強制処分法定主義に反する。」⁽³⁹⁾とし、その解決方法としては「立法措置が必要である。」⁽⁴⁰⁾と明言する。

そもそも、強制処分法定主義の趣旨は、国民が選挙を通じて、捜査機関を立法府によりコントロールする点にある。具体的には、ある日突然、犯罪の嫌疑をかけられ、強制処分の被処分者になり得る可能性のある国民が、(選

挙権を有する国民に限られるもの)自ら直接、選挙を通じて代表者を国会へ選出し、国民から委任を受けた国會議員である代表者が、立法院たる国会において、捜査機関が捜査においてどのような処分を、どの程度であれば強制できるかについて、法律という形式で定めるという点に、強制処分法定主義の本質がある。そして、現行刑事訴訟法も、そのような仕組みを予定しているのである(刑訴法一九七条但書)。それにもかかわらず、国民から何の委任も受けておらず、最大でも一五人の裁判官でしか構成されていない最高裁判所が、法律に定めのない強制処分やそれを根拠づける令状を創出することは、前述の強制処分法定主義が予定する、国民が選挙を通じて、捜査機関を立法院によりコントロールするという趣旨を完全に無視することになると思われる。確かに、法律の改正には時間を要し、捜査実務の現場では、日々新たな問題が生じて、現行の法律では解決できない問題も存在することからすれば、最高裁判所の判例によって解決することが必要となることもあるかもしれない。しかしながら、だからといって、現行刑事訴訟法の根本原則ともいえる、強制処分法定主義という原則は、簡単に無視してよいような原則であるとは絶対に思われない。

このように考えると、私見の結論としては、前述の寺崎教授が明言するように、強制採尿も強制採尿令状による強制連行も、強制処分法定主義に反し、その解決は立法措置によってなされるべきであると思われる。

(1) 松尾浩也『刑事訴訟法 上』(新版、一九九九年)八〇頁。松尾教授は「覚せい剤事犯は、昭和二〇年代の濫用期の後、しばらく鎮静していたが、昭和四〇年代半ばから増加傾向を示し、現在まで事態は好転の兆しがない。そのため覚せい剤取締法違反の罪は、刑事司法に対して年々大きな負荷を与えており、とくに捜査の局面では、自己使用罪の証拠としての尿の取得が問題となる。体内における覚せい剤の検出は、自己使用についての決定的な証拠であり、被疑者に対して尿の任意提出を求めるのが

- 通常であるが、拒否される場合もあり、実務は昭和五二年頃から、医師による強制採尿の実施に踏み切った。」と言う。
- (2) 寺崎嘉博『刑事訴訟法』第2版』(二〇〇八年) 一〇〇頁。
 - (3) 最高裁判所刑事判例集三四卷五号三〇〇頁。
 - (4) 井上教授は「この決定は、それまで学説および下級審の判例上、見解が両極に分かれ、実務の運用にも混乱がみられた問題について、明確な解答を示したという点で、それ自体極めて大きな意義を有するものであったが、それだけにとどまらず、そこに示された考え方は、従来の法解釈に重大な変更を迫り、関連問題の解決一般にも実質的な影響を及ぼす可能性を蔵するものであったように思われる。」と言う(井上正仁『強制捜査と任意捜査』(二〇〇六年) 四五頁)。
 - (5) 最高裁判所刑事判例集四八卷六号四二〇頁。
 - (6) 上口裕『刑事訴訟法』第3版』(二〇一二年) 一七三頁。
 - (7) 寺崎・前注(2)・一〇四頁の《表3》参照。なお、この《表3》は、従来の学説の違いを非常に明快に整理している。
 - (8) 青柳文雄『五訂 刑事訴訟法通論 上巻』(一九七六年) 四一〇頁注3など。
 - (9) 平野龍一『刑事訴訟法』(一九五八年) 一一三頁など。
 - (10) 団藤重光『條解 刑事訴訟法 上』(一九五〇年) 二〇五頁など。
 - (11) 田宮裕『刑事訴訟法』新版』(一九九六年) 一一六頁。
 - (12) 寺崎・前注(2)・一〇〇頁。
 - (13) なお否定説について、上口・前注(5)・一七四頁は「人間の尊厳を理由とする否定説が多数説である」とする。
 - (14) 小野清一郎ほか『ポケット註釈全書』刑事訴訟法(上)』三四四頁。
 - (15) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第二版 第四卷』(二〇一二年) 六二四頁〜六二五頁。
 - (16) 寺崎・前注(2)・一〇七頁。
 - (17) 井上・前注(4)・九七頁〜九八頁。
 - (18) 寺崎・前注(2)・一〇一頁〜一〇二頁・注5)。
 - (19) 井上・前注(4)・七六頁。この点については、井上教授自身も「このように、体液の採取の法的性格およびそれに要する令状の種類については、いずれの解釈にも多かれ少なかれ難点があり、一般に併用説に立つといわれた実務の取扱いも、必ずしも

確固とした理論的基礎を持つものではなかった」と言う。

(20) 前注(3) 参照。

(21) 田宮・前注(11)・一一八頁。田宮博士は、「私見によれば、鑑定処分としての身体検査と位置づけ、直接強制の手段を立法により用意するのが、もっともふさわしい解決方法だと思う(なぜなら採尿問題の本質は、尿の占有の移転などにあるのではなく、身体内部への侵襲行為の適否こそが問題のポイントであり、令状の種類はこの観点から導き出されるべきものだからである)。」と言う。

(22) 井上・前注(4)・六八頁〜六九頁。

(23) 井上・前注(4)・七一頁〜七三頁参照。

(24) 井上・前注(4)・七八頁。

(25) 寺崎・前注(2)・一〇二頁。

(26) 田宮・前注(11)・一一八頁。田宮博士も、本決定に対して、「強制処分法定主義から問題を含むことになる。」とするが、「しかし、ここでの問題はよくいわれるように、本来的には立法化が要求されるとして、強制採尿令状の明文化が必要だというのではなく、鑑定処分に直接強制の根拠法規が必要だということだけのことであるというのが私見の帰結である。」と言う。

(27) 田宮・前注(11)・一一八頁。

(28) 寺崎・前注(2)・一〇三頁。

(29) 最高裁判所刑事判例集四八卷六号四二〇頁。

(30) 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」』六頁〜七頁。

(31) 三井誠『刑事手続法(1)「新版」』(二〇〇五年) 六五頁。

(32) 田口守一『刑事訴訟法「第6版」』(二〇二二年) 一〇二頁。

(33) 田宮・前注(11)・一一九頁。

(34) 寺崎・前注(2)・一〇三頁。

(35) 渡辺咲子『判例講義 刑事訴訟法』(二〇〇九年) 一七六頁。

(36) 井上・前注(4)・一〇七頁〜一一一頁。

47 捜査手続における強制採尿について

(40)	(39)	(38)	(37)
寺崎・前注	寺崎・前注	井上・前注	井上・前注
(2)	(2)	(4)	(4)
・一〇〇頁。	・一〇三頁。	・一一八頁。	・一一四頁。