HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑事判例研究
Author(s)	堀田, 尚徳
Citation	北大法学論集, 69(1), 100[105]-78[127]
Issue Date	2018-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/70616
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol69no1_04.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

刑　事　判　例　研　究

堀　田　尚　徳

職務質問の対象者及び臨場した弁護士が、職務質問・留め置きに応ない旨を明示していたにもかかわらず、捜査機関がこれに応じずに対象者に対して有形力等を行使したところ、かかる有形力等の行使が任意捜査の限界を超える違法なものとされた事例

東京高裁平成27年10月８日第２刑事部判決
（平成27年（う）第1068号　覚せい剤取締法違反被告事件）
判タ1424号168頁

第１　はじめに

本件は、職務質問の際の留め置きの適法性及びそれに続いて行われた採尿手続等によって得られた尿の鑑定書等の証拠能力の有無について取り扱ったものである。本判決の判示事項は、主に次の３点である。

第１、に職務質問の対象者（途中から捜査に移行したため、以下では「被疑者」で統一する。）が、捜査協力を明確に拒否した上で職務質問の現場から立ち去る旨の言動を取っていたことに加え、その現場に臨場した弁護士が、これ以上の職務質問・留め置きに応じられない旨を明確に述べて被疑者と共に帰る意思を明示していたにもかかわらず、警察官がこれらの言動に応じず、被疑者の移動を阻止するために有形力等を行使したという事案について、かかる有形力の行使等の中には任意捜査の限界を超える違法なものが含まれていたと判断した点である。

第２に、第１の捜査過程における採尿手続・鑑定手続等には令状主義の精神を没却するような重大な違法があるとまではいえないとして、上記手続等に

よって得られた被疑者の尿の鑑定書・押収された覚せい剤等について、違法収集証拠排除法則の適用を否定し、証拠能力を肯定した点である。

第３に、第１の捜査過程における違法について、軽微なものと見ることはできず、量刑上相応の考慮をするべきであると判断し、被告人を懲役３年４月（実刑）に処した点である。

特に第１の判示事項について、本判決は、職務質問の際の留め置き（有形力行使を含む）の適法性を判断するに際して、職務質問の現場に臨場した弁護士が、これ以上の職務質問・留め置きに応じられない旨を明確に述べて被疑者と共に帰る意思を明示したこと（以下、「本件特殊事情」という。）を重視すると共に、警察官の個々の行為態様ごとに検討を行い、いわゆる二分論を採用しなかった。職務質問の際の留め置きの適法性については、最決平成６年９月16日刑集48巻６号420頁以降、多数の裁判例が蓄積されている。しかし、その適法性に関する判断枠組みについては、裁判例の傾向が未だに固まっていないように思われる。本判決は、職務質問の際の留め置きの適法性に関する判断枠組みの一例を示したものとして、取り上げる意義があると考えられる[1]。

以下では、まず本件の事案の概要・判旨を紹介した上で（第２）、任意捜査の限界を超えているか否かに関する判断枠組みにおける本件特殊事情の位置付け（第３）、警察官の行為態様ごとに適法性を判断する手法と最高裁判例との整合性（第４）、二分論に対する本判決の態度（第５）、二分論以外に対象者の留め置きを正当化する方策の有無（第６）について検討し、最後に本判決の意義・射程、残された課題を述べる（第７・第８）。

第２　事案の概要・判旨

１　事案の概要（職務質問・留め置きの経緯）

（１）職務質問開始後からディスカウントエチゴヤ前付近

平成26年６月17日（以下、日付は全て同じ）午後７時７分頃、警察官K_1らは、埼玉県川口市内の西川口駅西口付近にて、覚せい剤使用の特徴が見られたＡに対する職務質問を開始した。ＡがK_1らの脇をすり抜けようとする、車道を横断する等したため、K_1らは、Ａの肩に手をかける、両手を広げて立ちはだかる、

[1] 判示事項第２及び第３についての研究は、他日を期したい。また、判旨中のフォント変更等は、本論文執筆者によるものである。

Aの身体等に手をかけてAを元いた側に押し返す等した(以下、「**行為 i** 」という。)。

この間に、警察官K_2は、強制手続を取ることとし、午後７時22分頃、川口警察署に向かった。

（２）ディスカウントエチゴヤ前付近からローソン西川口店前

午後７時25分頃、K_1ら及びAは、ディスカウントエチゴヤ前付近からローソン西川口店前に向けて移動を開始した。午後９時27分頃、弁護士Bがローソン西川口店前に臨場し、自己の身分を明らかにした上でAと話し合った。その結果、B はK_1に対して、任意なのでこのまま行かせてほしいと述べ、Aと共にその場を立ち去ろうとした。K_1らは、Bらに対して裁判所に令状請求中であることを伝えてその場に止まるように求めたが、BはAと共に帰る旨を明確に告げた。そこで、K_1はBに対して、行き先を告げてタクシーを利用するよう述べ、Bはこれを了承した。

この間に、警察官K_2は、Aの着衣、所持品及び尿に対する捜索差押許可状の発付を請求するため、午後７時35分頃から、職務質問時の状況を記載した捜査報告書を作成し、午後８時30分ないし40分頃、上記捜索差押許可状の発付を請求する準備を終え、午後９時２分頃、覚せい剤取締法違反の嫌疑に基づき、さいたま簡易裁判所裁判官に上記捜索差押許可状の発付を請求した。

（３）ローソン西川口店前から西川口駅前ロータリー

午後９時46分頃、Bは、ローソン西川口店前から西川口駅前ロータリーに向かってAと共に移動を開始した。移動の際には、警察官３、４人がA及びBを囲むようにし、少なくとも20人近い警察官が２人に追従した。そして、移動の間に、警察官がAを掴んだため、Aは「痛い」という声を発した。また、警察官が後方からAの身体に何らかの外力を加えた(以下、「**行為 ii** 」という。)ため、Aが前方に転倒して四つん這いになったことがあった。

（４）西川口駅前ロータリーからタクシー停止場所

午後９時50分頃、A及びBは西川口駅前ロータリーにおいてタクシー(以下、「本件タクシー」という。)に乗車し、本件タクシーは発車した。午後10時10分頃、パトカーで本件タクシーに追従していたK_1は、本件タクシーが首都高速入り口に進むレーンに近付いたことから、高速道路上で令状執行の為に車を止めるとなると危険であると考え、本件タクシーに停止を求めた（以下、「**行為 iii** 」という。)。本件タクシーが、K_1の求めに応じて停止したところ、パトカー計３台が本件タクシーの前方及び両脇に停車し、本件タクシーを囲んだ（以下、「**行**

為iv」という。)。K_1はA及びBに対して一般道を走行するよう説得し、A及びBが応じたことから、午後10時15分頃、本件タクシーの前方に停車していたパトカーが移動し、本件タクシーの進行が可能となった。

この間、午後９時56分頃、警察官K_2は、前記捜索差押許可状の発付を受け、午後10時15分頃、本件タクシーの停車場所に到着した。

（５）覚せい剤の発見・採尿手続

その後、前記停止場所付近において、捜索差押許可状に基づきAに対する捜索・差押えが実施された結果、覚せい剤が発見され差し押さえられた（Aを現行犯逮捕)。また、その後の採尿手続により得られた尿を鑑定した結果、覚せい剤の成分が検出されたため、その旨の鑑定書が作成された。Aは覚せい剤取締法違反により起訴された。

以上の経緯を整理したのが、以下の表である（なお、日付はいずれも平成26年６月17日であり、被疑者を「A」、弁護人を「B」、警察官を「K」と記載する)。

K_1らによる留め置きの態様等	令状関係
職務質問開始（PM7:07頃）後➡ディスカウントエチゴヤ前付近	
・Aの肩に手をかける、両手を広げて立ちはだかる、Aの身体等に手をかけてAを元いた側に押し返す等した【行為ⅰ】。	・強制手続を取る旨を決定し、K_2が警察署へ向かう（PM7:22頃)。
ディスカウントエチゴヤ前付近➡ローソン西川口店前（移動開始はPM7:25頃）	
・Bがローソン前に臨場（PM9:27頃)。Aと共に帰る旨をK_1に明確に伝える。	・令状請求関係書類作成開始（PM7:35頃） ・令状請求準備終了（PM8:30 ～ PM8:40頃） ・令状請求（PM9:02頃）
ローソン西川口店前➡西川口駅前ロータリー（移動開始はPM9:46頃）	
・Aを掴む、後方からAの身体に何らかの外力を加える等した【行為ⅱ】。	
西川口駅前ロータリー➡タクシー停止場所（タクシー発車はPM9:50頃）	
・首都高入口に近付いた本件タクシー（AB乗車）に停止を求めた【行為ⅲ】。 ・停車した本件タクシーの前方及び両脇をパトカー３台で囲んだ【行為ⅳ】（PM10:10頃） ・説得を受け、ABは一般道の走行に応じる。これに伴い、タクシー前方のパトカーが移動（PM10:15頃)。	・令状**発付**（PM9:56頃） ・令状を携帯したK_2が現場到着(PM10:15頃)。 ・捜索の結果、覚せい剤が発見され現行犯逮捕。 ・採尿手続の結果、覚せい剤成分が検出されたため、尿の鑑定書作成。
覚せい剤取締法違反により起訴。	

2　原審

さいたま地判平成27年４月30日（平成26年（わ）第891号、平成26年（わ）第1274号公刊物等未登載）は、罪となるべき事実として、

被告人は

「法定の除外事由がないのに、平成26年６月上旬から同月17日までの間に、日本国内のいずれかの場所において、覚せい剤を自己の身体に摂取し、もって覚せい剤を使用し」

「みだりに、同日、東京都板橋区の路上において、覚せい剤約6.134g を所持し」たことを認定[2]し、前記行為ⅰ・ⅱについては、職務質問において許容される限度内の行為である等として違法とはいえない、前記行為ⅲ・ⅳについては、捜索差押許可状の執行のために必要な行為として許容される範囲内のものである等として違法とはいえないと判示した。その上で、尿の鑑定書等の証拠能力を肯定して、被告人を懲役４年（実刑）に処した。

被告人側は、警察官の行為が任意捜査の限界を超えていた違法なものであり、それに引き続いて為された採尿手続等も違法であるから、被告人の尿の鑑定書等はいずれも違法収集証拠として証拠能力を否定されるべきである等と主張して控訴した。この控訴に対して出されたのが、本判決である。

3　判旨（破棄自判、確定。懲役３年４月　実刑）[3]

（1）行為ⅰ～ⅳの適法性

【行為ⅰ】

「職務質問を継続するため、被告人の肩に手をかけたり、両手を広げて立ちはだかるなどした行為は、**職務質問を行うために停止を求める措置として許される**ものであり、被告人とぶつかった際、その身体に手をかけて被告人を元いた側に押し返すなどした行為も、**その延長上にある相当な有形力の行使**といえる」。

【行為ⅱ】

[2] 原審は、他にも罪となるべき事実を認定していたが、本研究とは直接関係しないため省略する。

[3] 本判決に対する評釈として、石田倫識「判批」法学セミナー743号（2016年）124頁、加藤和輝「判批」KEISATSU KORON72巻３号（2017年）84頁以下、麻妻和人「判批」刑事法ジャーナル51号（2017年）103頁以下がある。

「警察官らは、・・・被告人に対する捜索差押許可状の請求中であったことから、令状が発付された場合の執行のしやすさを念頭において、被告人をその場にとどまらせようとしていたものである。したがって、この時点においては、**被告人は、職務質問の対象から、覚せい剤取締法違反被疑事件の任意捜査の対象に移行していた**というべきである。

そこで、警察官のとった行動が任意捜査として許されるかが問題となるところ、･･･被告人が明確に捜査への協力を拒否し、その場から立ち去る言動を取っていたことに加え、法律専門家である弁護士が、警察官に対して、令状がない以上、その場にとどまる理由がない旨明確に述べ、被告人と共に帰る意思を明示し、被告人と共にタクシーに乗るために、ローソン前から駅前ロータリーに向かって移動を始めたのである。警察官が、**任意捜査の一環として、令状が到着するまでその場にとどまるように要請**することや**移動する被告人を追尾**することは、もとより**許される**が、**強制的にその場にとどまらせることができない**ことは明らかである。そして、本件においては、・・・弁護士は、弁護士としての立場において、これ以上、この場にとどまることはできないと述べて、その**要請を明確に断り**、現に移動を開始することにより**態度でも拒否の姿勢を示した**のである。また、・・・弁護士は、警察官が被告人を押したり、つかんだりした際などに、やめるように警察官に述べている。弁護士がこのような態度を明確に示しているにもかかわらず、警察官が、それを**無視する形で、移動を阻止するべく**、被告人をつかむなど、被告人に『痛い』と言わしめるほどの有形力を行使し、さらには、後方から**被告人を転倒させるほどの有形力を行使**することは、もはや**任意捜査の限界を超える違法なもの**といわざるを得ない」。

【行為ⅲ】

「本件のように**すでに捜索差押許可状が発付**されている場合、**その執行を見据えて**一般道を走行するように要請するため、走行中の本件タクシーに停止を求めることは、**任意捜査の範疇に属するものとして許される**というべきである」。

【行為ⅳ】

「しかしながら、この時点では捜索差押許可状が発付されていたとはいえ、本件停止場所にいた警察官は当該捜索差押許可状を所持していなかったのである。しかも、・・・弁護士は、警察官に対し、令状を持ってくるように再三述べていたところ、本件停止場所でも令状がないことから、このような進路妨害が違法である旨抗議した上、本件タクシーの運転手に発進するよう依頼してい

る。本件タクシーの運転手は、1mも空いてないから行けないですよなどと･･･弁護士に述べており、パトカーによる封鎖のため、**本件タクシーの発進を断念せざるを得ない状況**に追い込まれている・・・。パトカーで三方から挟み込んで本件タクシーを動けない状況にしたのは、**捜索差押許可状の円滑な執行の必要性を考慮しても、任意捜査の限界を超えたものといわざるを得ない**」。

（2）被告人の尿の鑑定書等の証拠能力

ローソン前から駅前ロータリーに至るまでの間については、警察官に「**令状主義を潜脱する意図はうかがわれない**」ことに加えて、「**被告人に対する有形力の行使といっても、その力の強さや程度は、大きいものであったとまではいえない**」。タクシーの進路封鎖についても「令状執行の必要性が高かったという事情があり、**警察官に令状主義を潜脱しようとする意図があったとは認められない**」。よって、被告人の尿の鑑定書等の証拠能力を肯定することができる。

（3）捜査過程の違法と量刑

「被告人に対する有形力の行使及びパトカーによる本件タクシーの進路封鎖が違法であることはすでに認定・説示したとおりである。**この違法は**、令状主義の精神を没却する重大な違法とまでは認められないものの、弁護士のいる下で、同弁護士から違法行為をやめるように言われているにもかかわらず、その要請を無視する形で行われたという点で、**軽微なものと見ることはできず**、本件発覚の端緒に関わる違法であり、このような違法を甘受せざるを得なかった被告人に対しては、**量刑上、相応の配慮をするべき**である」。

第3　任意捜査の限界を超えているか否かに関する判断枠組みにおける本件特殊事情の位置付け

1　問題の所在

本件の事案において、警察官は、被疑者と共にローソンに到着した時点で既に令状請求準備を開始している。そのため、遅くともこの段階から実体は捜査と同じことになる[4]。このような場合、警察官職務執行法と刑事訴訟法とが重畳

[4] 渡辺修『職務質問の研究』（成文堂、1985年）335頁等。本判決も、「この時点においては、被告人は、職務質問の対象から、覚せい剤取締法違反被疑事件の任意捜査の対象に移行していたというべきである」と判示している。ここでの「この時点」がどの時点を指すのかは曖昧であるが、警察官が令状請求準備に

的に適用され[5]、刑事訴訟法がより厳格な法的規律を定めている場合には、同法に基づき警察官の活動の適法性が判断されることになる。

任意捜査の限界を超えているか否かに関する判断枠組みについては、最決昭和51年３月16日刑集30巻２号187頁（以下、「最高裁昭和51年決定」という）において既に示されている。そのため、本判決も、最高裁昭和51年決定自体を判決書において明示的に引用していないものの、上記判断枠組みに沿った判断を行ったものと思われる。もっとも、本件特殊事情を上記判断枠組みの中でどのように位置付けるべきなのかについては、検討を要する。

２　最高裁昭和51年決定が示した判断枠組み

最高裁昭和51年決定の事案は、物損事故を起こした被告人（当時は被疑者）を警察官が警察署に任意同行した際、外見上酒を飲んでいる様子であったことから呼気検査に応じるよう説得していたところ、被告人が急に退室しようとしたため、これを防ごうと被告人の左斜め前に立ち両手でその左手首を掴んだ行為の適法性が争われたというものである。この事案に対して最高裁は、「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つて、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、強制手段にあたらない有形力の行使であつても、**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」。本件の警察官の行為は、「呼気検査に応じるよう被告人を説得するた

入ったのは午後７時22分頃であるから、少なくとも同時刻以降は捜査段階に移行したと考えられる。行為ｉについては、捜査段階に移行前の純粋な行政警察活動としての職務質問に際して行われたものと見ることができるが、本研究では検討を省略する。

[5] 三井誠『刑事手続法（１）〔新版〕』（有斐閣、1997年）94頁、川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室259号（2002年）73頁以下、76頁、酒巻匡「行政警察活動と捜査（１）」法学教室285号（2004年）47頁以下、48頁。

めに行われたものであり、その程度もさほど強いものではないというのであるから、これをもつて性質上当然に逮捕その他の強制手段に当たるものと判断することはできない。また、右の行為は、**酒酔い運転の罪の疑いが濃厚**な被告人をその同意を得て警察署に任意同行して、被告人の父を呼び呼気検査に応じるよう説得をつづけるうちに、被告人の母が警察署に来ればこれに応じる旨を述べたのでその連絡を被告人の父に依頼して母の来署を待つていたところ、被告人が急に退室しようとしたため、さらに**説得のためにとられた抑制の措置**であつて、その**程度もさほど強いものではない**というのであるから、これをもつて**捜査活動として許容される範囲を超えた不相当な行為ということはできず**、公務の適法性を否定することができない」と判示し、警察官による上記行為は強制処分には当たらず、任意捜査としての限界も超えていないとした。このように、最高裁昭和51年決定は、第１に、ある捜査が強制処分に該当するか否かについての判断枠組みを示した。そして第２に、当該捜査が強制処分に該当しない場合であっても（すなわち、任意捜査に該当する場合であっても）、任意捜査の限界を超えている場合には違法となる余地があることを前提に、任意捜査の限界を超えているか否かに関する判断枠組みを示した。

第１の判断枠組みについて、有力な見解は、相手方の明示または黙示の意思に反し、法定の厳格な要件･手続によって保護する必要のあるほど重要な権利･利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う場合に強制処分となると分析している[6]。本判決は、行為ⅱ～ⅳが強制処分に該当するか否かについて明示的に検討していないが、本件の事情からすれば、強制処分といえるほどの権利侵害は存在しないという判断によるものと思われる。

第２の判断枠組みについて、有力な見解は、用いられた手段の**必要性、緊急性**のほか、生じている犯罪の**嫌疑の程度**、その**重大性**も併せ考慮要因とされるべきであり、これらの要因と**対象者の被った法益侵害の質・程度**が、**具体的状況のもとで権衡**しているか、により任意捜査の限界を超えたか否かを判断するものと分析している[7]。そこで、以下ではこの見解に沿って、本件特殊事情を上記第２の判断枠組みの中でどのように位置づけるべきなのかについて検討する。

---

[6] 井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」同『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014年）２頁以下、10～12頁。

[7] 酒巻・前掲注（５）50～51頁。

3　本判決の検討

（1）任意捜査の限界を超えているか否かに関する判断枠組みにおける本件特殊事情の位置付け

本判決も指摘するとおり、職務質問の対象者は、行為 ii が為される以前から「明確に捜査への協力を拒否し、その場から立ち去る言動を取っていた」。これは、対象者自身がこれ以上職務質問の現場に止まらない旨の明確な意思を表明したことに加えて、その意思に基づいた現実の行動（移動）を取ったことを意味する。そして、対象者による上記意思表明やその意思に基づいた現実の行動（移動）が増えるほど、警察官の説得によって対象者が翻意する可能性は減少し、このような被告人に対して警察官がその行動（移動）を阻止すればするほど、行動（移動）の自由に対する侵害の程度は高くなってゆくと言い得る。さらに、臨場した弁護士がこれ以上職務質問・留め置きに応じられない旨を明示した場合、対象者は、法律の専門家である弁護士が述べたという点を踏まえて更に拒絶の意思を強くし、警察官の説得により翻意する可能性はほぼ無くなったと評価できる[8]。このような対象者に対して、警察官がその行動（移動）を阻止することを認めれば、それは、対象者の行動（移動）の自由を完全に否定するのに等しくなり、対象者の行動（移動）の自由に対する侵害の程度が極めて高いといえる。このように考えると、本判決は、本件特殊事情を、対象者の法益に対する侵害の程度を高める事情の１つとして考慮したものといえる[9]。

（2）本件特殊事情が存在しなかった場合

仮に、本件特殊事情が存在しなかった場合、本判決の結論は左右されたのであろうか。換言すれば、本件特殊事情の存在が、本判決の結論を導く上で必須のものであったか否かという問題である。

職務質問の際の留め置きの適法性が争われた同種の裁判例に照らすと、本件において、本判決が判示した程度の被告人の言動では、即座に任意捜査の限界

[8] 判例タイムズ1424号匿名解説169頁は、本判決について、本件特殊事情が存在する場合、「被疑者が説得を受けても翻意の可能性が全くないことが客観的に明らかになったとの前提に立ち、任意捜査としての留め置きの適法性の根拠がなくなるとの立場を明らかにしたもの」と述べる。

[9] 本判決が本件特殊事情を、権利侵害の程度を高める一事情として考慮した旨を指摘するものとして、石田・前掲注（3）124頁、麻妻・前掲注（3）107頁。

を超えたものと結論付けることができない可能性があった[10]。本判決はこの点を考慮し、行為ⅱや行為ⅳの適法性判断において、本件特殊事情を強調したものと考えられる。このように考えると、本件特殊事情の存在は、本判決の結論を導く上で必須のものであったといえる。

第４　警察官の行為態様ごとに適法性を判断する手法と最高裁判例との整合性

１　問題の所在

本判決は、職務質問に伴う一連の留め置きのうち、令状請求準備開始（着手）前段階の行為（行為ⅰ）を適法と判断したものの、令状請求準備開始（着手）後の行為（行為ⅱ）を違法と判断した。先行する部分（本件の行為ⅱ）が違法とされたならば、それに引き続く部分（本件の行為ⅲ・ⅳ）も違法な留め置き状態を延長するものとして違法評価を受けるはずである[11]。しかし、本判決は、行為ⅱを違法と判断した後、行為ⅲ・ⅳの適法性を別途検討している。このように、本判決が、先行する部分の違法状態を引き継いで判断する手法を採用せず、行為態様ごとに適法性を判断する手法を採用したことは、従来の判例と整合するのであろうか。

２　従来の判例

（１）最決平成６年９月16日刑集48巻６号420頁

事案は、警察官が自動車運転中の対象者を停止させて職務質問を開始したところ、覚せい剤使用の嫌疑が生じたことから任意同行・尿の提出を求めたが拒否されたため、自動車の運転キーを取り上げる等して運転を阻止した上で約６時間半以上（令状請求準備開始（着手）前の留め置き時間は約４時間20分）その場に留め置き、その後強制採尿令状により強制採尿を行ったというものである。この事案に対して最高裁は、「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、・・・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

[10] 例えば、後記の札幌高判平成26年12月18日判タ1416号129頁の事案参照。

[11] 令状請求準備開始（着手）前と後に関する文脈であるが、同旨を述べるものとして、大澤裕「強制採尿に至る被疑者の留め置き」研修770号（2012年）３頁以下、９頁。

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」。「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」と判示した。

（2）検討

最高裁平成６年決定については、強制採尿令状を請求して強制捜査に移行するか否かについての警察官による見極めが遅れた結果、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したとする見方がある[12]。この見方によれば、最高裁平成６年決定は令状請求準備開始（着手）前の留め置きを違法と判断し、その違法状態を引き継いだ結果、令状請求準備開始（着手）後の留め置きも含めた意味での「約６時間半以上も被告人を本件現場に留め置いた措置」全体を違法と判断したことになる[13]。そのため、令状請求準備開始（着手）前の留め置きが適法である事例についてどのように考えるかは、最高裁平成６年決定の射程外である。本判決は、令状請求準備着手前段階（本件の行為ⅰ）を適法と判断したものであるから、職務質問開始から捜索差押許可状執行までの一連の留め置きの適法性を判断するに際して、先行する部分（本件の行為ⅱ）の違法状態を引き継いで判断する手法を採用せず、行為態様ごとに適法性を判断する手法を採用したとしても、最高裁平成６年決定と整合しないとはいえない。

第５　二分論に対する本判決の態度

１　問題の所在

二分論とは、職務質問に伴う留め置きの適法性判断に際し、“純粋に任意捜査として行われている段階”と“強制採尿令状請求の準備を開始した後の令状の発付・執行に至る段階（「強制手続への移行段階」）”とを分けて、後者の段階では前者の段階に比べて「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」とする考え方（後記２の関連裁判例②③参照）をいう。

この考え方の背後には、特に覚せい剤に代表される薬物の所持・使用が疑われる対象者に対する長時間の留め置きを正当化する方策が必要である、という

[12] 中谷雄二郎「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成６年度』186頁。

[13] 大澤・前掲注（11）９頁～ 10頁。

捜査現場からの要請が存在する。すなわち、職務質問の結果、覚せい剤の所持・使用の嫌疑が高まったものの、対象者が所持品検査や尿の任意提出に応じない場合、所持が疑われる対象者には着衣や所持品の捜索・差押えのために、使用が疑われる対象者には強制採尿のために、捜索差押許可状の発付請求が為されることになる。ところが、強制採尿の場合には医師の協力を得る必要がある[14]等の事情により、令状発付までには通常数時間かかる。その間に、対象者を解放した結果、対象者が所在不明になってしまえば、令状の発付を得たとしても執行不可能となってしまう。このような事態を避けるために、長時間の留め置きを正当化する方策が必要となるのである。

---

[14] 最決昭和55年10月23日刑集34巻５号300頁は、「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、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、その実施にあたつては、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捜索・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捜索差押令状を必要とすると解すべきである。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、一般の捜索・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訴法218条５項〔現６項－本論文執筆者注〕が右捜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ない。」と判示した。

それでは、本判決は、二分論を採用したのであろうか。以下では、裁判例における二分論の形成過程を概観した上で（２）、二分論に対して慎重な態度を示す裁判例を概観し（３）、本判決が二分論に対してどのような態度を取っているのかを検討する（４）。

２　裁判例における二分論の形成過程

（１）東京高判平成20年９月25日東高刑59巻１～12号83頁[15]【関連裁判例①】

事案は、警察官が自動車運転中の対象者を停止させて職務質問を開始したところ、覚せい剤使用の嫌疑を深めたため、警察署への任意同行と尿の提出を求めたが拒否されたことから、強制採尿令状による強制採尿が行われたというものである（令状請求準備から令状執行まで約４時間が経過）。

この事案に対して東京高裁は、傍論ではあるが「付言すると・・・、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**ように思われる」と判示した。この判示から、裁判所が後の二分論につながり得るような問題意識を有していたことが窺える。

（２）東京高判平成21年７月１日判タ1314号302頁[16]【関連裁判例②】

事案は、警察官が覚せい剤使用の嫌疑のある対象者を職務質問の現場から警察署に任意同行し尿の任意提出を求めたところ、これを拒否されたため、強制

---

[15] 本判決に対する評釈として、白取祐司「判批」刑事法ジャーナル17号（2009年）104頁以下［白取祐司『刑事訴訟法の理論と実務』（日本評論社、2012年）90頁以下所収］、細谷芳明「判批」捜査研究775号（臨増・判例から学ぶ捜査手続の実務　特別編①）（2015年）82頁以下がある。

[16] 本判決に対する評釈として、正木祐史「判批」法学セミナー666号（2010年）124頁、松本英俊「判批」『速報判例解説８巻』（日本評論社、2011年）225頁以下、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（2011年）145頁以下、坂田正史「判批」捜査研究725号（2011年）60頁以下、細谷芳明「判批」捜査研究775号（臨増・判例から学ぶ捜査手続の実務　特別編①）（2015年）20頁以下がある。

採尿令状による強制採尿が行われたというものである（令状請求準備から令状執行まで３時間近くが経過）。

この事案に対して東京高裁は、「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、**純粋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り、両者を一括して判断するのは相当でない」。「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」。「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」と判示した。この判示により、警察署での留め置きの事案において二分論が妥当することが明らかとなった。

（３）東京高判平成22年11月８日高刑集63巻３号４頁（判タ1374号248頁）[17]【関連裁判例③】

事案は、警察官が自動車運転中の対象者を停止させて職務質問を開始したところ、薬物使用の嫌疑を強めたため尿の提出を求めたところ拒否されたことから、強制採尿令状による強制採尿が行われたというものである（令状請求準備から令状執行まで３時間21分が経過）。

---

[17] 本判決に対する評釈として、豊崎七絵「判批」判例セレクト2011－Ⅱ法学教室378号（2012年）別冊付録38頁、白取祐司「判批」『平成23年度重要判例解説』（有斐閣、2012年）179頁以下、前田雅英「判批」捜査研究764号（2014年）35頁以下、篠原亘「判批」法学新報121巻５＝６号（2014年）409頁以下、細谷芳明「判批」捜査研究775号（臨増・判例から学ぶ捜査手続の実務　特別編①）（2015年）40頁以下がある。

この事案に対して東京高裁は、「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」。警察官が強制採尿令状請求の手続に取りかかった段階「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」と判示した。

この判示により、二分論がより詳細に示され、かつ、二分論が警察署での留め置き（前記【関連裁判例②】の事案）のみならず、職務質問を開始した現場での留め置きにも妥当することが示された。

3　二分論に慎重な態度を示す裁判例

（1）札幌高判平成26年12月18日判タ1416号129頁[18]【関連裁判例④】

事案は、警察官が自動車運転中の対象者を停止させて警察車両で職務質問及び所持品検査を行ったところ、覚せい剤使用の嫌疑が生じたため、尿の提出を求めたが拒否されたことから、強制採尿令状による強制採尿が行われたというものである（令状請求準備から令状執行まで約4時間が経過）。

この事案に対して札幌高裁は、「本件現場における職務質問が適法に開始されたことが明らかである」ことに加えて、一定の限度で捜査に協力する姿勢を示していた「被告人の対応から見て、少なくとも当初は、本件警察車両内に任意にとどまっていたものと認められる」。また、「採尿令状請求の準備が開始された後、それと並行して、・・・被告人に対して任意採尿に向けた説得を続け

[18] 本判決に対する評釈として、溝端寛幸「判批」研修803号（2015年）17頁以下、前田雅英「判批」捜査研究782号（2016年）10頁以下がある。

るなどしたことが直ちに不当であるとはいえない。しかし、A警部補らは、被告人が、午前３時30分頃及び午前６時頃の２回にわたり、本件警察車両から降車しようとした際、有形力を行使してその行動を制止し、結果として、被告人が本件警察車両から降車する意思を明示した午前３時30分頃から本件採尿令状が執行された午前７時18分頃まで約３時間50分にわたり、上記２回の有形力の行使を交えつつ、被告人を本件警察車両内に留め置いたものであり、このようなA警部補らの措置は、長時間にわたり被告人の移動の自由を過度に制約したものとして、**任意捜査の範囲を逸脱した違法なものであった**と評価せざるを得ない」。「**犯罪の嫌疑の程度は、採尿令状の請求準備を開始するか否かという警察官の判断により直ちに左右されるものでない**上、本件において、その段階で、嫌疑を深めるべき新たな証拠や事実が発見されていないから、・・・**警察官の判断時点を境界として、許容される留め置きの程度に有意な違いが生じるものと解することは、必ずしも説得力のある立論ではない**というべきであ」る。また、「本件警察車両からの降車を許すことにより、被告人の所在確保が困難になる状況にあったとはいえない」こと、「被告人の降車を許したとしても、警察官が、被告人から離れることなく、その動静を厳重に監視することなどにより、罪証隠滅行為を防ぐことは可能であった」ことから、「被告人の所在確保や罪証隠滅行為の防止の必要性を勘案しても、有形力を行使して、本件警察車両からの降車を許さなかった措置を正当化することはできない」と判示し、二分論に準拠せずに留め置きの適法性を判断した。

（２）東京高判平成27年３月４日判時2286号138頁[19]【関連裁判例⑤】

事案は、警察官が自転車で走行中の対象者を停止させて職務質問を開始し所持品の提示を求めたところ、薬物犯罪の疑いが生じたことから、捜索差押許可状を執行し覚せい剤等を差し押さえたというものである（令状請求準備から令状執行まで約３時間40分が経過）。

この事案に対して東京高裁は、まず「任意捜査における･･･有形力の行使は、捜索や逮捕にわたるような、相手方の意思を制圧するものであってはならず、また、侵害される法益の種類、程度、捜査目的を実現するためにその法益を侵害することの必要性、緊急性、犯罪の嫌疑の程度、重要性なども考慮して、具

[19] 本判決に対する評釈として、德永国大「判批」KEISATSU KORON70巻12号（2015年）84頁以下、岡本梢「判批」創価法学47巻２号（2017年）107頁以下がある。

体的状況のもとで相当と認められる限度内のものでなければならない」との規範を定立した。その上で、i「覚せい剤取締法違反という**重大事犯**」であること、ii「被告人には、覚せい剤を所持している疑いがあるものの、**その程度は、蓋然性という高度のものではない**」こと、iii証拠「隠滅後であれば、捜索差押許可状の**発付を受けても実効性がない**」ことを挙げて、留め置きの必要性を肯定した。他方で、iv「被告人が再三、そこから出たいとの明確な意思表示をして立ち去る行動に及んでいるにもかかわらず、・・・典型的な有形力の行使も用いつつ、被告人を警察官による囲いから出られないようにしている」ことは「**被告人の移動の自由、ときに身体の自由という重要な法益を侵害**したものであ」ること、v「それは被告人の動きに対応した**受動的、一時的なものではな**」かった**こと、vi「あらかじめ立ち去りを防止しようとして、約三時間四〇分・・・という**短いとはいえない時間**」移動を制限したことを挙げ、「手段の相当性を欠き、**全体として違法**というべきである。さらに、違法な本件留め置きの結果を利用して行われた本件の捜索差押も違法性を帯びることになる」と結論付けた。そして、検察官は、「令状請求の準備開始後、令状執行までの間は被疑者の所在を確保する必要性が高いとして、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た東京高裁平成二二年一一月八日判決を援用する（類似の裁判例として東京高裁平成二五年五月九日判決も援用）。当裁判所も、令状執行のための留め置きの必要性は肯認するものである。しかし、**それを踏まえても、本件で執られた手段は許される範囲を超えているというべきである**」と判示した。本判決は、関連裁判例④と比べて二分論を採用しない旨を明示していないものの、令状請求準備開始後の段階であることを理由として対象者への強度の留め置きを肯定する、という手法を用いていないことから、二分論に基づいて判断をしていないといえる。

4　検討

（1）二分論を基礎付ける理論

ア　嫌疑の程度が異なる

関連裁判例②③の判示によれば、「純粋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」とでは、嫌疑の濃さ（程度）が異なり、それが、留め置きの際に捜査機関が行い得る行為の強さと結び付くと考えている、と読むことができそうである。任意捜査の限界を超えているか否かに関する判断枠組みに引き付けて述べるならば、強制手続への移

行段階（関連裁判例③ならば、「強制採尿令状の請求に取りかかった」段階以降）に至ると、嫌疑の程度が高まり、留め置きの必要性（緊急性）が高まることから、対象者に対して許容される法益侵害の程度も増加する、ということになろう。

イ　留め置き目的の違い[20]

関連裁判例②③は、「対象者の所在確保の必要性」が高い（関連裁判例②）、「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」（関連裁判例③）と判示している。これらの判示からは、純粋に任意捜査として行われている段階の留め置きの目的は対象者の説得であるのに対して、強制手続への移行段階の留め置きの目的は対象者の所在確保であるというように、留め置きの目的が区別されることが窺える。

（2）二分論に対する批判[21]

二分論に対しては、捜査官の主観的な嫌疑しかない状況で、対象者の所在確保の必要性を肯定するのは妥当でない、令状請求段階では、実際に令状が発付されるか否かが不明であるため、将来の令状発付・執行を見込んで所在確保の必要性を肯定する（そして、それに伴い対象者の不利益が充分に考慮されなくなる）のは妥当でない、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うるため、強制処分該当性判断の枠組みによる歯止めが充分にきかない危険がある[22]等の批判が為されている。これらの批判は、いずれも二分論が有する危険性を指摘するものであり、正当と考える。

（3）本判決における二分論の採否

本判決について、二分論を採用しなかったと分析する見解は、次のように述べる。「本件では『強制手続への移行段階』における有形力行使の適法性が問われていたにもかかわらず、本判決の説示からは、より強度の留め置きを許容する含意が窺われないことに照らすと、本判決は二分論には依拠しないものと解

[20] 大澤・前掲注（11）10頁。

[21] 豊崎・前掲注（17）38頁等。

[22] 白取・前掲注（17）180頁が「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」と述べるのも同旨と考えられる。

される」[23]。

これに対して、二分論に配慮した判断を行ったと分析する見解は、次のように述べる。「警察官らは、その時点で、被告人に対する捜索差押許可状の請求中であったことから、令状が発付された場合の執行のしやすさを念頭において、被告人をその場にとどまらせようとしていたものである」等と認定していることから、「二分論を否定するのではなく、その考え方にも配慮した判断を行っているものとみることができよう」[24]。

本判決の事案において、行為 ii の時点で令状請求準備は既に開始されていたが、本判決の判示上、「純粋に任意捜査として行われている段階」と比べて、対象者に対しその場に止まることを強く求めることを許容する旨の指摘は無い（判決書ではそもそも「純粋に任意捜査として行われている段階」という表現は出てこない）。このような判示から考えると、本判決は、関連裁判例③のような「強制採尿令状の請求に取りかかった」時点を「分水嶺として、強制手続への移行段階に至った」とする意味での二分論は採用していないといえる。また、警察官が令状の発付を請求する準備を開始した点を、留め置きの必要性（緊急性）を高める考慮要素にもしていない。

もっとも、本判決は行為 iii に関する部分で「すでに捜索差押許可状が発付されている場合」と敢えて判示して、行為 iii・iv の適法性を別途検討している。この判示は、令状発付時点を分水嶺とした新たな二分論を採用したものであろうか。行為 iii・iv の判示の特徴は、以下の３つに要約できる。第１に、任意捜査の限界を超えているか否かに関する判断枠組みにおける“必要性”は、「捜索差押許可状の円滑な執行の必要性」であること、第２に、「純粋に任意捜査として行われている段階」と比べて、対象者に対してその場に止まることを強く求めることを許容する旨の指摘は無いこと、第３に、「本件タクシーの発進を断念せざるを得ない状況に追い込まれている」と判示して、対象者の被る不利益の程度を考慮していることである。これら３つの特徴からすると、本判決は、令状発付により同じ任意捜査でも“必要性”に質的な変化が生じたことを肯定するものの、二分論に対する批判で述べられていたような、“必要性”に対する質的な変化が対象者に対する不利益を充分に考慮しない方向に働くという点

[23] 石田・前掲注（３）124頁。同旨、麻妻・前掲注（３）108頁。
[24] 加藤・前掲注（３）91 ～ 92頁。

を回避している。そうすると、令状発付時点を分水嶺とした、安易に利益侵害を正当化する方向での二分論は採用していないといえる。また、行為iii・ivが為された時点においても、行為iiで判示されたような「強制的にその場にとどまらせることができない」状態が維持されているといえるから、令状が発付された点を留め置きの必要性（緊急性）を高める考慮要素にもしていない。

第６　二分論以外に対象者の留め置きを正当化する方策の有無

１　問題の所在

本判決は、行為ivの時点で既に令状は発付されていたものの、「本件停止場所にいた警察官は当該捜索差押許可状を携帯していなかった」点を指摘している。この判示からは、本判決が、行為ivを適法とするためには捜索差押許可状を携帯していることが必要であると考えていることが窺われる。それでは、本件のように令状が既に発付されているものの現場にはまだ届いていないような場合、対象者の留め置きを正当化する方策は考えられるか。

２　令状の効力構成

第１の考え方は、「強制採尿令状が発付された後、令状が到着するまでの必要不可欠な時間身柄を拘束すること」は、「令状執行のため当然に予定したものとして許され」る、とするものである[25]。

３　「必要な処分」構成

第２の考え方は、令状発付後の執行を確保するための措置は、執行の準備行為ないし「必要な処分」（刑訴法222条１項・同法111条１項）として、捜索差押えの実効性を確保する活動を行うことができる、とするものである[26]。「必要な処分」（刑訴法222条１項・同法111条１項）を認めた規定は、旧刑訴法146条「押

[25] 仙台高判平成６年１月20日刑集48巻６号446頁以下、451頁。他に、「令状が発布〔原文ママ〕された後、その令状を執行するため、令状執行に要する相当の時間、被疑者を強制的に連行したり、留め置くことが令状執行に必然的に伴う強制として許される場合もある」「（なお、同許されるためには、少なくとも、被疑者に対し、同令状が発布〔原文ママ〕されていることを述べ、説明することが必要であると解する。）」とした札幌地浦川支判平成12年２月18日無罪事例集６集135頁（LEX/DB 文献番号25420549）等。

[26] 大久保隆志「任意と強制の狭間―留め置きにおける『二分論』について―」広島法科大学院論集11号（2015年）153頁以下、175頁。

収又ハ捜索ニ付テハ鎖鑰（さやく）又ハ封緘ノ開披其ノ他必要ナル處分ヲ爲スコトヲ得押収物ニ付亦同シ」に由来する。同条の趣旨は、立案担当者によれば、押収・捜索を為す際の目的を達成するため、鎖鑰・封緘の開披その他種々の処分が必要となるところ、かかる処分を１つ１つ列挙することは出来ないことから、著名な例を示して広く必要な処分を行える旨の規定を設けたが、その方法は公の秩序善良な風俗に反せず、かつ事態に適応して妥当であると認められる範囲に限られなければならない、というものである[27]。この規定が、大きな変更無く現行刑訴法111条１項となったことを考えると、同条項は、強制処分の本来の目的を達成するために必要かつ相当な処分を行える旨を規定したものであるといえる[28]。このように考えると、強制採尿令状発付後は、執行確保のために留め置くことが必要かつ相当な処分といえるか否かが検討されなければならない。

４　両構成が乗り越えなければならない問題

令状の効力構成に対しては、強制採尿令状に緊急執行を許す規定（逮捕状による逮捕の場合につき、刑訴法201条２項・同法73条３項）はないことから、令状の効力として身柄確保が許されるのは、令状を呈示して執行を開始した時点以降というべきである、との疑問が出されている[29]。これは、留め置きの現場に令状が無い場合、「必要な処分」もできないのではないか、という疑問が生じる点で「必要な処分」構成にも当てはまる問題である。また、強制採尿令状に緊急執行を許す規定が存在しないのは、逮捕状による逮捕の場合以外は、緊急執行を認めないのが法の趣旨ではないかとも思われる。さらに、身体拘束が捜索・差押えの概念の範囲内に含まれるのか、という問題もある。これらの問題点からすると、立法による解決が望ましいという見方に合理性があるように思える[30]。

第７　本判決の意義・射程

---

[27] 林頼三郎『刑事訴訟法要義総則下巻』（中央大学、1923年）27頁。

[28] 「必要な処分」（刑訴法111条１項）の沿革をふまえた検討を行ったものとして、酒巻匡「捜索･押収とそれに伴う処分」刑法雑誌36巻３号（1997年）86頁以下等。

[29] 大澤・前掲注（11）15頁（注２）、中谷・前掲注（12）181頁。

[30] 東京高裁平成20年判決【関連裁判例①】、白取・前掲注（15）110頁、大澤・前掲注（11）15頁、柳川「判批」刑事法ジャーナル27号（2011年）102頁。

1　意義

本判決の意義は次の３点である。

第１に、本件特殊事情を、任意捜査の限界を超えているか否かに関する判断枠組みにおける対象者の法益に対する侵害の程度を高める事情の１つとして考慮することを明らかにした点である。

第２に、令状発付後には捜査の目的（任意捜査の限界を超えているか否かに関する判断枠組みにおける“必要性”）に質的な変化が生じたことをふまえ、一連の留め置きの適法性を判断するに際して、先行する部分の違法状態を引き継いで判断する手法を採用せず、警察官の行為態様ごとに適法性を判断する手法を採用した点である。

第３に、職務質問に伴う留め置きの適法性判断に際し、二分論を採用しなかった点である。

2　射程

本判決の射程は、令状請求準備開始前の留め置きが適法であり、かつ、対象者及び弁護士の拒絶意思が明確になった事例に対して及ぶ。

第８　残された課題

「第５　二分論に対する本判決の態度」の「１　問題の所在」で述べたとおり、特に覚せい剤の所持・使用が疑われる対象者に対しては、長時間の留め置きを正当化する方策が必要である、という捜査現場からの要請が存在する。しかし、令状の発付を請求する準備を開始した時点を分水嶺とする二分論は、対象者の移動の自由に対する強度の制約を容易に肯定しかねない点等を考えると、採用し得ない。令状が既に発付されているものの現場にはまだ届いていない場合に、対象者の留め置きを正当化する方策は考えられるか、仮に立法による解決が望ましいのであれば、その内容はどのようなものになるのか、について検討することが、残された課題である。