

## 論 說

# 搜索・押収令状入手のための被疑者の留置きについて

柳 川 重 規

- 一 はじめに
- 二 職務質問の現場あるいは警察署における被疑者の留置きに関する判例及び裁判例
- 三 搜索令状を入手する間被疑者の行動の自由を一時的に制限する措置の合憲性に関する合衆国最高裁判所の判断
- 四 搜索差押許可状執行までの留置きを強制処分として適正なものとするための要件
- 五 結びに代えて

### 一 はじめに

覚せい剤の自己使用や所持についての捜査は、街頭での職務質問を端緒に開始されることが多いが、職務質問の途中で覚せい剤使用や所持の嫌疑が高まった場合、捜査官はこの種の事案で決定的な証拠となる被疑者の尿や覚せい剤

それ自体を証拠として保全する必要に迫られる。その際、被疑者が警察署への任意同行と尿の任意提出に素直に応じたり、身体・所持品の搜索に同意してくればよいが、そうでない場合は粘り強く説得を行い、それでも応じない場合は、最終的には搜索差押処分により強制的に尿を採取したり、身体・所持品を搜索しなければならなくなる。そして、搜索・押収に關して、我が国では憲法三五条においていわゆる令状主義が採用され、また、刑法法の明文規定では、逮捕に伴う搜索・押収のみが令状要件の例外として規定されており（刑訴法二二〇条）、これが、強制処分法定主義（刑訴法一九七条一項但書）と相俟つて、適法な逮捕行為が付随しない無令状搜索・押収、すなわち緊急搜索・押収は常に違法であるとして一般に解されている。そのため、搜索差押許可状や、強制採尿を行う場合は医師などの専門家の手によることを条件とする搜索差押許可状（いわゆる強制採尿令状）を事前に入手することが絶対的な要件となっている。

とはいえ、令状を入手するまでの間に被疑者が職務質問の現場や任意同行先の警察署の取調室などから退出しようとした場合に、これを強制的に阻止する手立ては現行法上存在しない。あくまで、任意同行のための説得、あるいは取調室からの退出を思い止まらせようと説得するのに必要な限度における物理力の行使が、任意捜査の範囲内で許されるだけであり、結果としてその限度での説得に基づく留置が許されるにすぎないと解されてきたように思われる。そして、この留置も被疑者の意思に反し長時間にわたると任意捜査として許容される限度を超えるとして最高裁及び下級審において違法と判断されることもあった。<sup>1)</sup> 仮に、被疑者の意思に反する長時間におよぶ留置は適法な任意処分とはなりえず常に違法であるということになると、令状入手には現行の実務では数時間を要することが多いので、覚せい剤自己使用・所持を裏付ける決定的な証拠が被疑者の体内あるいは身体・所持品に存在する高度の蓋然性が認められる場合であっても、搜索差押許可状や強制採尿令状を取得するまで被疑者を留め置くことは許されないという

ことになりかねず、そして、被疑者を解放することにより、所持していた覚せい剤を廃棄されたり、あるいは、被疑者の所在を確認できなくなれば、その間に、体内に残留していた覚せい剤も排泄されることになるので、被疑者の逮捕とその後の公判での有罪認定に必要な重要な証拠を獲得する機会をみすみす失うことになってしまう。

このような状況において、高裁の裁判例ではあるが、強制採尿令状請求の準備に着手した時点を境に、それ以前を純粹に任意捜査として行われる段階、それ以降を強制捜査への移行段階に分け、後者の段階においては、令状請求が検討されるほど嫌疑が濃厚になっていることから、令状執行の対象である被疑者の所在確保の必要性が高く、明らかに被疑者の意に反するものであっても、所在確保のために必要な限度に止まる限り、数時間にわたって被疑者を留め置くことが、任意捜査として適法となり得るとするものが現れた。<sup>(2)</sup> これらの裁判例では、令状執行のための被疑者の所在確保の必要性を、留置きの必要性・緊急性を判断する上で考慮に容れることができることを明示的に認め、そして、嫌疑が濃厚になっていることを前提に、被疑者の行動の自由・移動の自由に対する相当に高度の制約も正当化されるとしているのである。

もっとも、なるほど任意捜査の目的には限定がないし、また、嫌疑が濃厚になれば当該処分を行う緊急性・必要性は増し、それに応じて被疑者の権利や自由に加えられる制限もより高度なものが許されるということは、これまでも承認されているように思われるが、<sup>(3)</sup>しかし、被疑者の意思に明らかに反すると思われる場合であっても、留置きを令状執行が可能となるまで数時間にわたって行うことが任意捜査として許されるということには、異論も出されているところである。そのため、こうした留置きの必要性は是認できるとしても、留置きを強制処分として認め具体的な根拠規定を刑事訴訟法に定めるといふ立法的解決が妥当ではないかとの主張もなされているところである。<sup>(4)</sup>

ところで、仮に立法による解決が妥当だとしても、令状執行が可能となるまでの数時間の間、捜索対象である被疑者を職務質問の現場ないし警察署に留め置くことは、その間、個人の行動の自由・移動の自由を制約するわけであるから、こうした個人の重要な権利の制約をいかなる要件の下で許すべきかということが、理論上重要な問題となるはずである。法律で定めさえすればどのような捜査方法も許されるということにはならないのである。この点、比較法的にみると、たとえばアメリカ合衆国では、被疑者を公然と (in a public place) 逮捕する場合は、緊急状況になくとも逮捕の実体要件 (probable cause) 被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由) があれば無令状で逮捕することも合憲とされており、<sup>(5)</sup> そして、被疑者の体液採取のために捜索・押収令状を請求しようとする場合は逮捕の実体要件も存在していると言えるとして、無令状逮捕が可能とされている。<sup>(6)</sup> そのため、我が国におけるような令状入手のための留置きの適否という問題は生じない。ただ、合衆国にはインパウンドメント (impoundment: 現状凍結) の制度があり、これは捜索・押収令状を請求している間、住居などの捜索対象について、人の出入りを禁じたり内部に居る者を監視下に置いたりして、証拠隠滅を防ぐというものである。いわば、令状発付を待つ間、無令状で捜索対象を一時的に押収し、それに伴い人の行動の自由・移動の自由を制限するわけである。<sup>(7)</sup> 我が国で行われている捜索差押許可状執行までの間被疑者を留め置く措置は、この場合は、被疑者の身体 (及び所持品) が捜索対象ということになるのであるが、その捜索対象たる被疑者の身体を一時的に押収して、直接に被疑者の行動の自由・移動の自由を制限する措置であると言いうこともでき、この点でインパウンドメントと理論上の類似性が認められる。

そこで本稿では、以下、職務質問の現場あるいは警察署における被疑者の留置きに関する我が国の判例及び裁判例について検討した後、こうしたインパウンドメントが憲法上許容される根拠に関する合衆国最高裁判所の判断なども

参考にしながら、搜索差押許可執執行までの間被疑者を強制処分として留め置く措置について、その要件を法律で定める際の指針を探ることとする。

(1) 最(二小) 決平成六・九・一六刑集四八巻六号四二〇頁、広島高判平成八・四・一六判時一五八七号一五一頁、東京高判平成二〇・九・二五東京高等裁判所(刑事) 判決時報五九巻一〇一二号八三頁、東京高判平成二三・三・一七東京高等裁判所(刑事) 判決時報六二巻二三三頁など。なお、最高裁平成六年決定が留置きを違法とした理由については、第二章で検討する。

(2) 東京高判平成二一・七・一判例タイムズ一三一四号三〇二頁、東京高判平成二二・一一・八判タ一三七四号二四八頁。

(3) たとえば、いわゆる米子事件(最(三小) 判昭和五三・六・二〇刑集三三巻四号六七〇頁)で、被疑者が所持していたバッグのチャックを開け、中を一瞥するというブライヴァシーへの干渉の度合いが強い措置が所持品検査として適応とされたのは、事件が銀行強盗事件という重大事件で、さらに、被疑者が凶器を所持している虞もあったという点も大きな要因となっているが、被疑者らに犯人として濃厚な嫌疑が存在したことも理由として挙げられている。

(4) 東京高判平成二〇・九・二五東京高等裁判所(刑事) 判決時報五九巻一〇一二号八三頁、大澤裕「強制採尿に至る被疑者の留置き」研修七七〇号三頁、拙稿・判批・刑事法ジャーナル二七号一〇二頁。

(5) *United States v. Watson*, 423 U.S. 411 (1976). この事件については、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 第一巻』一頁(平澤修)(成文堂、一九八二年)参照。

(6) *See, Shmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966); *Missouri v. McNeely*, 133 S.Ct. 1552 (2013). *Shmerber* につづいて、渥美東洋『捜査の原理』五二―五三頁(有斐閣、一九七九年)参照。合衆国憲法第四修正は、搜索・押収令状、逮捕令状を「宣誓若しくは確約によって支えられた相当な理由(probable cause)に基づき、かつ、搜索されるべき場所および逮捕されるべき人または押収されるべき物を特定して記載する」ことを求めている。従って、第四修正上は、①特定の犯罪を疑うに足る相当な理由があり、②その犯罪と関連すると疑うに足る相当な理由のある証拠について、③その証拠が存在すると疑うに足る相当な理由のある領域に限って、搜索・押収することが許されることになる。他方、逮捕の実体要件は、

搜索・押収令状入手のための被疑者の留置きについて(柳川)

被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由である（我が国でいういわゆる「逮捕の必要性」は、その存在が推定されているようであり、独立の明示的な要件とはされていない）。したがって、被疑者の体内に薬物や基準値以上のアルコールが存在すると疑うに足りる相当な理由があれば、搜索・押収と逮捕双方の実体要件を充足することになる。搜索・押収、逮捕の実体要件については、See Comment, Search and Seizure in the Supreme Court: Shadows on the Fourth Amendment, 28 U. Chi. L. Rev. 664, 687 (1961).

(7) 我が国の刑法法一一二条（一二二条準用）は、搜索状、押収状を執行中に、執行場所への人の出入りを禁止、禁止に従わない者を退去させ、また、看守者を付することを認めている。インパウンドメントは、令状請求の準備着手から令状執行の前までの段階で、この措置を行うものである。

## 二 職務質問の現場あるいは警察署における被疑者の留置きに関する判例及び裁判例

搜索差押許可状入手のための強制処分としての留置きを適正なものとする要件について検討する前に、令状入手までの間、職務質問の現場あるいは警察署において被疑者を留め置いた措置の適法性が争われた最高裁判例及び下級審裁判例を取り上げ、それらの意義について検討してみる。

(1) 平成六年九月一六日最高裁決定<sup>(8)</sup>

平成六年九月一六日最高裁第三小法廷決定は、搜索差押許可状入手までの間、被疑者を留め置いた措置に関する最高裁による唯一の判断である。

この事件では、警察は覚せい剤使用の疑いのある被疑者を、被疑者の身体に対する搜索差押許可状<sup>(9)</sup>を執行するまで

約六時間半以上にわたって職務質問の現場に留め置いた。被疑者は任意同行自体には応じたが、自己の車両を自ら運転することに固執し、他の方法による任意同行を頑なに拒否しており、また、被疑者に異常な言動が見られ、さらには、積雪により道路が滑りやすい状況にあった。そこで、交通の危険防止の目的からも、警察は、被疑者運転車両のエンジンキーを取り上げた上、警察車両への乗車を求めて説得を続けた。令状が請求されたのは職務質問開始後四時間以上経過した時点であり、その後約一時間半程度で令状が発付され、さらにその四〇分ほど後に被疑者の身体に対する搜索差押令状が執行された。

最高裁は、職務質問開始時点での被疑者運転車両のエンジンキーを取り上げた行為は、警職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り、さらには、道交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り適法であるとしたが、その後、約六時間半以上も被疑者を職務質問の現場に留め置いた措置は、任意同行を求めるための説得行為としてはその限界を超え、任意捜査として許容される範囲を逸脱し違法であるとした。

このように、最高裁は約六時間半以上にわたった留置きを違法としたのであるが、その判断の意味するところは必ずしも明瞭なわけではない。すなわち、六時間半以上という留置き時間の長さそれ自体が違法判断の理由となったのか、それとも、留置きの間に行われた令状請求手続に不必要な遅滞があり、その結果、留置きが必要以上に長期化した点を捉えて違法としたのか必ずしも判然としないのである。トータルで六時間半以上という留置きの時間は長時間であり、それだけで違法判断を受けるに十分なものであるようにも思えるが、この事件での令状請求は、職務質問を開始してから四時間以上経過した時点で行われており、そしてこの点に関連して最高裁は、留置きの違法の重大性に

ついで判示している部分で「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——留め置いた措置は違法であると言わざるを得ない」と述べている。通常は、より早い段階で強制採尿令状を請求し得るだけの嫌疑があるか否かの判断と、被疑者が任意同行に応じるかそれとも拒否の意思が固いかの判断ができるとすれば、この事件において警察は、令状請求の準備に取り掛かるべき時点を見誤り、いたずらに任意同行を求め続けた、とも言える<sup>(10)</sup>。令状請求をより早い時点で行っていれば、その分留置きの時間は短くて済んだことになり、令状請求に不必要な遅滞があったことにより、捜査上の必要性ということからしても、本来奪わなくてもよい移動の自由を被疑者から奪ったことになるから、その点を中心的理由として最高裁は長時間の留置きを違法と判断したとも言えるのである。したがって、最高裁平成六年決定後も、強制採尿令状入手のための留置きは、現行の実務では必然的に留置き時間が数時間におよぶためこれをもって違法となり常に許されないのか、それとも、強制採尿令状の請求が適切な時点で行われるなどした場合には、たとえ、留置きが数時間にわたったとしても適法となり得る場合があるのか、という問いが残ることになったのである。<sup>(11)</sup>

(2) 平成六年最高裁決定以降の下級審裁判例の動向

次に以下では、搜索差押許可状、強制採尿令状の請求は不必要な遅滞なく行われたが、その後、被疑者の意思に反する留置きが数時間にわたって行われたという事案に関する、平成六年最高裁決定以降の高裁レベルの裁判例を見ていくこととする。高裁の判断には、留置きを違法としたもの適法としたもの双方の判断があり、対立した状態にある。

(i) 留置きを違法としたものには、広島高裁平成八年四月一六日判決(裁判例①)<sup>12</sup>、東京高裁平成二〇年九月二五日判決(裁判例②)<sup>13</sup>、東京高裁平成二三年三月一七日判決(裁判例③)<sup>14</sup>などがある。裁判例①は、警察官が警察署に任意同行した被疑者を、被疑者が所持していたセカンドバッグ等に対し搜索差押許可状を執行して覚せい剤を発見し緊急逮捕するまでの約八時間、被疑者の退出要求に応じず取調室に留め置いたという事案で、広島高裁はこの留置きを任意捜査の域を超え違法であると認定した。裁判例②は、身体検査令状が執行されるまでの約三時間被疑者を職務質問の現場に留め置いたという事案で、東京高裁は、被疑者が任意同行に応じない態度を明確にしていたにもかかわらず、長時間移動の自由を奪った点で、留置き措置は被疑者に対する任意同行を求め、ため、説得行為としての、限度を超え、違法であると判示した。裁判例③は、職務質問の現場に強制採尿令状が執行されるまでの三時間半以上の間被疑者が留め置かれたという事案で、東京高裁は、被疑者が明確に職務質問の継続を拒絶しているにもかかわらず、三時間半以上も職務質問の現場に留め置いた措置は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言わざるを得ないと判示した。

なお、裁判例①では、被疑者が覚せい剤を所持しているという疑いが強く認められること、令状請求への取り掛かりと令状請求に時間を要したことも、共犯者と疑われていた男の取調べを並行して行っており、また深夜であったことなどからやむを得ないと認められること、退去の申し出に対する警察官の対応が説得が中心で、それ以外は肩に手をかけて退去を思い止まらせようとした程度に過ぎず、退去を制圧したものではないこと、さらには、条件付きながら外部との連絡もさせていたことなどの事情があることも認定している。また、裁判例②では、留置きが当初は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であり適法性を有していたこと、被疑者の覚せい剤使用

の嫌疑が濃厚になっていったこと、交通危険防止という面からも被疑者の自動車運転を阻止する必要があることなどの事情を認定している。さらに、裁判例③でも、留置きが当初は適法性を有していたこと、警察官らが被疑者の身体に直接的な有形力行使しておらず、むしろ、被疑者が車両内で喫煙したり、本件現場に現れた知人と会話を交わし、飲み物の差し入れを受け、さらには知人に被疑者の携帯電話を手渡したりするなど、現場を離れること以外は自由に振る舞っていたといえ、被疑者の行動を制約した程度は必要最小限に止まっていたと言えること、職務質問開始から約五〇分後には強制採尿令状を請求することを決断し、速やかに令状請求の手續を取っていることなどの事情を認定している。しかし、これらの事情については、違法の程度を判断する際に考慮するに止まり、適法・違法を認定する際の判断要素とはしていない。

(ii) 一方、留置きを適法としたものには、東京高裁平成二二年七月一日判決（裁判例④<sup>15</sup>）、東京高裁平成二二年一月八日判決（裁判例⑤<sup>16</sup>）、東京高裁平成二五年一月二三日判決（裁判例⑥<sup>17</sup>）、東京高裁平成二五年五月九日判決（裁判例⑦<sup>18</sup>）などがある。裁判例④は、被疑者に任意同行を求め、強制採尿令状を呈示するまで約三時間半の間、被疑者を警察署の取調室に留め置いた措置を適法としたものであり、裁判例⑤は、職務質問の現場に被疑者を職務質問開始から強制採尿令状が呈示されるまでの約四時間、裁判例⑥は同じく約五時間半、裁判例⑦は同じく約三時間半にわたり職務質問の現場に留め置いた措置を適法としたものである。

裁判例④と裁判例⑤は、留置きの任意捜査としての適法性を判断するに当たり、令状請求の準備に取り掛かった時点を境に、その前の段階を「純粹に任意捜査として行われている段階」、その後の段階を「強制手續への移行段階」

に分け、強制手続への移行段階では、被疑者の所在確保の必要性が高く、令状請求によって留置きの必要性・緊急性が当然に失われることはないとする。すなわち、覚せい剤の体内残留期間がせいぜい二週間前後、長く見ても一か月を超えることはなく、その程度の期間であれば警察との関係で所在をくまらずことは可能であるということから、強制採尿令状の請求が検討されるほどに嫌疑が濃厚な被疑者については、令状発付後速やかに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るので、被疑者の所在確保の必要性が高まるとするのである。そして、そのため、強制手続への移行段階では、令状請求が行われていることを被疑者に伝えることを条件に、純粹な任意捜査の段階に比べて、相当程度強くその場に留まるよう求めることが許されるとしている（いわゆる「二分論」）。裁判例⑥と裁判例⑦は、この純粹に任意捜査としての段階と強制手続への移行段階を区別するいわゆる二分論を明示的に採用してはいないが、どちらの裁判例とも、令状請求の準備に取り掛かった後の被疑者の所在確保の必要性が高いことを指摘している。その上で、裁判例④から⑦すべてが、警察官が被疑者の意思や行動を制圧するような強い有形力の行使をしていないこと、留置きの時間が令状の請求・発付・執行に通常要する時間を超えていないこと、被疑者が携帯電話で弁護士を含む外部の者と通話することや、たばこを吸うこと、現場に参集してきた知人と話をすること、飲食物などを知人から受け取ったり自動販売機で購入することなどを許し、留置きによる被疑者の自由の制限が、被疑者の所在確保のため必要最小限度に止まっていることを指摘して、留置きを適法としているのである。

### (3) 下級審裁判例についての検討

留置きを違法とした裁判例②は、留置きを被疑者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、違

法であるとしており、留置き全体を任意同行、尿の任意提出を求めるための説得との関係で捉えている。他方で、留置きを適法とした裁判例は、令状請求の準備に取り掛かった後令状執行までの間の被疑者の所在確保の必要を、留置きの必要性判断の際に考慮に入れることを明示的に認めており、この点が結論が分かれた理由であると言えそうである。ところで、留置きは任意捜査として行われているわけであるから、多くの論者が指摘しているように、最高裁昭和五一年三月一六日決定<sup>(19)</sup>が示したところの強制処分に至らない任意処分の基準と、任意捜査の適法性の基準を充たさなければならぬ。すなわち、留置きは「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」に当たらないようなものでなければならず、さらに、「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程度」のものでないことを認定しているので、問題は、任意捜査の適法性の基準である「相当性」を充たしているか否かとなる。

そして、この留置きの相当性判断に際しては、留置きの目的が重要であるとの指摘がある。これは、任意同行や尿の任意提出を説得する目的で留置きが行われている場合は、被疑者の拒絶の意思が明確で翻意する可能性がない段階に至れば、説得のため留置きを継続することは相当性を欠くが、令状請求準備着手後は令状の執行のための被疑者の所在確保が目的となるため、留置きの必要性がより高まり、留置きを継続しても相当性を欠かないといった考えであると思われる。<sup>(20)</sup>とはいえ、なるほど、任意捜査の相当性判断は、その捜査活動を行うべき必要・緊急性を考慮した判断であるから、「任意捜査として採り得る手段・方法の態様・程度には、その捜査活動を行うべき必要性・緊急性の内容が影響を及ぼし得る」<sup>(21)</sup>としても、被疑者の意思に明らかに反する留置きが数時間にわたって行われているのに、

それが「相当」であるとなぜ言えるのか。令状請求の準備に着手してから令状執行までの間現場に滞留するように説得するのに必要な限度でしか留置きは許されず、被疑者が翻意する可能性がないほど拒絶の意思を明確にしている場合には、被疑者を解放しなければ留置きは「相当性」を欠くとの考え方もあり得ようかと思われる。したがって、それでも留置きを続けることが「相当」だと言えるための留置きが必要とされる意義、必要性の内容をより明確にしなければならぬように思われる。

そこで、この点について検討すると、令状請求の準備に着手し、実際に令状が発付されても、直ちに令状が執行できなければ捜査上著しい支障が生ずることも予想される、と言われるが、その意味するところは次のように表現することができると思われる。すなわち、令状請求の準備に着手するということは、捜査機関が被疑者の体内もしくは身体に覚せい剤が存在する高度の蓋然性があると判断したということであり、その判断が正しければ、覚せい剤の捜索差押処分を行う実体要件が整っていることになる。<sup>(23)</sup>そして、令状が発付され執行されるまでに被疑者の留置きを解き、その結果、被疑者の所在が不明となれば、体内に残留している覚せい剤は排泄され、また、所持していた覚せい剤は、捜査機関に知られぬ間に廃棄される虞がある。つまり、証拠隠滅の高度の虞が認められるということである。捜索・差押えの実体要件を充足しているのに、証拠が隠滅されるのを拱手傍観するわけにはいかないので、令状を入手し執行するまでの間証拠隠滅を阻止する措置を講ずる高度の必要性が生じ、それを留置きという措置が担うということである。しかも、加えて言えば、留置きの場合、移動の自由の制限も令状が執行されるまでの時間に限られ、さらには、被疑者に外部との連絡を許すなど、移動の自由の制限の他は、被疑者の自由の制限を所在確保に必要な最小限のものに止めることができる。このように証拠存在の蓋然性の程度、証拠隠滅の虞といった観点から留置

きが必要とされる意義を理解し、さらに自由の制限の最小限性の点を加味すれば、令状請求の準備着手後の留置きは、たとえ被疑者の意思に明らかに反し、説得の限度を超えるものであったとしても、任意捜査として「相当」なものとして認めることができるのではないかと思われる。

(4) 強制処分としての留置きの必要性

このような考え方に立つならば、留置きを適法とした裁判例④から裁判例⑦の判断は、たしかに任意捜査として「相当」なものであったと言うことができるように思われるが、問題は残る。

有形力の行使としては被疑者の意思を制圧しているようには見えなくても、被疑者が退出を繰り返し阻止された場合、被疑者が結局は現場に留まり、滞留要求に従ったように見えても、それは心理的な強制が働き退出の意思を挫かれた結果と評価できる場合もあるかと思われる。また、たとえば、被疑者が自己の車両を警察官らに取り囲まれている状況で、車両を発進させようとして警察官に車両を接触させると公務執行妨害罪で逮捕するなどの実務が行われているようであるが、被疑者の中には、退出を強く求め、退出を阻止しようとする警察官に対し一定程度以上の抵抗を示せば公務執行妨害罪が成立するので、どうやっても退出することはできず、退出を断念せざるを得ないと考える者もいるかもしれない。しかし、このような場合は心理的強制により被疑者の意思が制圧された場合に当たるとはないだろうか。逆に、たとえば裁判例④に見られたように、被疑者が取調室から退出しようとした際に警察官らが背中で押してこれを阻止しようとしたのに対し、仮に被疑者が退出を諦めずに、警察官らを押しつけて退出しようとした場合には、警察官らは任意処分としてどこまでの有形力を行使することができるのだろうか。そのような場合に退

出を阻止するには、被疑者の意思を制圧するような實力を行使しなければならぬ場合もあるかと思う。警察はこれまで留置きのための技能を向上させ、任意捜査の範囲内で留置きを効果的に行う努力を重ねてきてはいるが、被疑者の対応いかによっては、このように被疑者の意思を制圧するような實力を行使したり、あるいは心理的強制を行わなければ、留置きを十全に行うことができない場合があるように思われる。したがって、留置きが要求される場所の捜査上の必要に応えるには、強制処分としての留置きを認める必要があると考える。

また、警察が取った留置きのための措置には、裁判所の間でも任意捜査としての適法・違法の判断が分かれる微妙なものがある。たとえば、被疑者が職務質問の現場から退出しようとタクシーを止め乗車しようとしたのを、警察が職務質問中だからといってタクシーを発車させなかった措置について、平成二三年三月一七日東京高裁判決<sup>(25)</sup>は、留置きを違法とする要因の一つと見ているのに対し、裁判例⑥はこれを適法と見ている。また、この平成二三年東京高裁判決では、被疑者が自己の車両を発進させようとしているのを、警察官が助手席側のステップに足を掛け半身になると説得した行為を、実力行使と同視し得る程度の阻止行為であると認定しているが、この行為の適否も判断が分かれるところではないかと思われる。警察が任意捜査の範囲内に止めつつ効果的な留置きの手段・方法を取ろうと努力すればするほど、こうした裁判所の判断も分かれるような手段・方法が取られることになり、その結果、留置きの違法・適法の判断について予見可能性が失われていくことになる。

さらに、警察署への任意出頭後の留置きに限った問題ではあるが、刑訴法一九八条一項但書は、「被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いて、……出頭後、何時でも退去することができる」と規定している。裁判例④のような留置きは、任意捜査としての「相当性」が認められるとしても、被疑者の意思に明らかに反して留め置くものであ

るから、この規定に抵触するように思われる。一九八条一項但書を取調べ目的での出頭強制、不退去強制を禁じた規定と解釈し、説得の域を超える滞留要求をした以降に取調べをしていなければ一九八条一項但書違反は生じないとの解釈も採り得るかもしれないが、一九八条一項本文の出頭要求は取調べのためだけに限られず、身体検査・鑑定のための出頭を求めることもできるとの見解<sup>27)</sup>もあることから、こうした解釈には異論も出ることと思われる。したがって、被疑者の意思に反する留置きを容認するのであれば、留置きの要件を法律で定め、そして一九八条一項但書についても、その留置きの要件を充足した場合に限って例外を認めるという法改正を行う必要があるように思われる。

以上のような理由から、捜索差押許可状、強制採尿令状の請求準備の時点から令状執行までの間、一定の要件の下に強制処分としての留置きを認める規定を刑事訴訟法上に設ける必要があると考える。そこで、次に、そうした要件を設定する際の指針を、合衆国最高裁判所による住居のインパウンドメントの合憲性に関する判断を手掛かりに検討することとする。

- (8) 最(二小) 決平成六・九・一六刑集四八巻六号四二〇頁。この決定の紹介・解説に、中谷雄二郎・ジュリスト一〇六〇号六六頁、同・最高裁判所判例解説刑事篇平成六年度一五二頁、同・最高裁時の判例〔平成元年(一四年)〕(四)―刑事法編〔ジュリスト臨時増刊一〇六八号〕一八五頁、酒巻匡・平成六年度重要判例解説〔ジュリスト臨時増刊一〇六八号〕一六五頁、清水真・法学新報一〇二巻一号二二七頁、小早川義則・判例評論四四三三三(判例時報一五四六号)一二二頁、長井圓・刑事訴訟法判例百選(第七版)六頁、安村勉・月刊法学教室二五六号一六頁、上田信太郎・刑事訴訟法判例百選(第八版)六頁、大澤裕、原田國男・月刊法学教室三一六号五五頁、小木曾綾・月刊法学教室三六四号六頁、白木功・警察基本判例・実務二〇〇〔別冊判例タイムズ二六〕九五頁、前田雅英・警察学論叢六四巻五号一四五頁、江口和伸・刑事訴訟法判例百選(第九版)六頁などがある。

(9) この事件では、被疑者運転の車両及び被疑者の身体に対する各捜索差押令状といわゆる強制採尿令状の三通の令状が発付されている。

(10) 中谷雄二郎・最高裁判所判例解説刑事篇平成六年度一八六頁は、「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。」とする。

(11) 大澤・前掲注(4)九—一〇頁は「平成六年判例は、約六時間以上に及んだ長時間の留置きのうち、直接には、……令状請求準備着手前の部分を違法としたことにな(り)、…令状請求準備着手後の留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準備着手後の部分も違法な留め置きに付け加えてさらにその状態を延長するものである以上、違法評価を免れない。平成六年判例が結論として「約六時間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できる。しかし、先行部分の留置きが適法であったとした場合に、当該事案における程度の令状請求準備着手後の留置きが許され得るのかどうかについては、平成六年判例は、許される可能性を残しつつ、将来にその判断を委ねたものといえる。」と平成六年決定を分析している。こうした平成六年決定の解釈も可能かとは思いますが、平成六年決定は、判文からすると、あくまで留置きを六時間半以上の長時間にわたった時点で違法としているので、本文で述べたような解釈の方が少なくともより判文に適合した解釈ではないかと思われる。

(12) 広島高判平成八・四・一六判時一五八七号一五一頁。

警察署に任意同行した当初、警察は被告人がセカンドバッグに兇器を隠しているのではないかと疑っていたが、留置きの途中からその疑いは消え、覚せい剤所持の疑いが強く持たれるようになった。被告人は求めに応じ警察署まで同行したものの、取調室に入ると退去を申し出、午前三時頃と午前四時頃には椅子から立ち上がり退出しようとしたが、その都度、警察官に肩に手をかけられて制止された。また、午前五時半頃には、警察に居ることは話さないという条件付きではあるが、母親に電話で連絡することが許されている。警察が捜索差押許可状発付請求の準備に入ったのは、被告人を警察署に同行してから約一時間半後の午前二時頃であり、午前四時頃同許可状の発付が請求された。午前七時頃同許可状が発付され、午前七

時五五分頃捜索が実施され、覚せい剤が発見されたことにより、午前八時四〇分頃被告人は緊急逮捕された。

このような事案で、広島高裁は、約八時間という長時間、退去の申し出に応じることなく被告人を留め置くことは任意捜査の域を超える疑いが極めて高く適法な捜査とは言えない、と判示した。

(13) 東京高判平成二〇・九・二五東京高等裁判所(刑事)判決時報五九卷一―二二号八三頁。

午前五時一五分頃、警察官らが、被告人らに職務質問を開始し、最寄り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ため、警察官らは強制採尿手続に移行する必要があると判断し、職務質問開始から約三〇分後の午前五時四七分頃、令状請求の準備に取り掛かった。被告人車両の前方と後方にはパトカーが停車し、警察官数名が被告人車両を取り囲むように立っていた。警察官らはその後も任意同行を求め説得し続けたが、被告人は応じなかった。午前六時四〇分ないし四五分頃、令状請求のため他の警察官らが警察署を出発し、午前八時頃、被告人らの身体検査令状及び尿の強制採尿令状の発付を受けた。午前八時一四分頃、これらの令状の発付を受けた警察官らが現場に到着し、被告人らを警察署へ連行した。

このような事案において東京高裁は、被告人に対する本件現場への留置きについて、当初は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であり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、交通危険防止という面からも被疑者の自動車運転を阻止する必要性があったことを認めたが、これらの事情を考慮しても、被告人が任意同行に応じない態度を明確にしていたこと、被告人を本件現場に留め置いてから被疑者に対する身体検査令状が執行されるまでの間に三時間経過していることに照らして、本件の留置き措置は、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ていると判示した。

この判決の紹介・解説に、白取祐司・刑事法ジャーナル一七号一〇四頁がある。

(14) 東京高判平成二三・三・一七東京高等裁判所(刑事)判決時報六二卷二三頁。

午前一時五五分頃、警察官らが職務質問を開始し、被告人に対する覚せい剤事犯の嫌疑が濃厚になったことから、警察官は被告人車両のエンジンキーを抜き取り職務質問を継続し、職務質問開始から約五〇分後の午前二時四五分頃に強制採尿令状請求の手続を取った。午前三時一五分頃、被告人はエンジンキーの返却を求め、これを拒否されると渋々ながら納得した

が、午前四時一五分頃には「いい加減にしてくれ」と明確に職務質問の継続を拒絶して二度目のエンジンキーの返却を要求した。警察官らはこれに応じず、結局、エンジンキーを抜いて取り上げてから約三時間半以上も被告人を本件現場に留め置いた。強制採尿令状が発付され、被告人は救急車で搬送された病院で、強制採尿令状を呈示されると、自ら尿を提出した。

以上のような事案において、東京高裁は、本件の事情の下では被告人車両のエンジンキーを警察官が抜き取った行為は、職務質問を行うために停止させる行為として必要かつ相当なものであり、また、被告人車両の近くに立っていた警察官に対する危険を防止する観点からも必要なものであり、エンジンキーの返却が一回目に拒否された時点では、渋々ながらも返却拒否を納得したものと認められるので、この時点まで被告人を現場に留め置いた行為は適法であるとしたが、二度目に返却を拒否された際には、明確に職務質問の継続を拒絶しており、また、エンジンキーを抜き取ってから約三時間半以上も被告人を本件現場に留め置いていることからしても、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言わざるを得ない、と判示した。

(15) 東京高判平成二一・七・一判例タイムズ一三一四号三〇二頁。

午後四時三九分頃、警邏中の警察官が被告人に対し職務質問を開始した。車両の運転席側ドアポケット内にスタンガンが発見されたことから、軽犯罪法違反の疑いで警察署への任意同行を求め、被告人は結局同行に応じた。午後六時頃警察署の取調室に入り、被告人は警察官らから尿の任意提出を求められたが、これに応じず、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。警察官らは午後六時三〇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掛かり、午後八時四五分頃同令状を請求し、午後九時一〇分頃その発付を受け、午後九時二八分頃同令状を被告人に示し、強制採尿のため病院に連行した。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三時間半、取調室の出入り口のドアは開放されていたが、警察官が一、二名常時その付近に待機しており、被告人が多数回退出の意思を表明し、退出しようとする行動を取ると、その都度被告人の前に立ち塞がったり、背中や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た。被告人は、外部と携帯電話で通話することが許されており、弁護士からは電話で、公務執行妨害罪で検挙されないよう注意すべきこと、退出する際には携帯電話でその状況を撮影すべきことなどの助言を得ていた。外部との通話は五〇回以上、合計時間は八〇分に及んだ。被告人は長女と妻を警察署に呼び寄せ、希望する飲物や筆記用具を取調室内に持ち込ませるなどした。

以上のような事案において東京高裁は、留置きの適法性について大要以下のように判示した。留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、留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に向けて行われた段階（強制手続への移行段階）とからなっていることに留意する必要がある。被告人が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三〇分程度であり、被告人の言動からすると、留置きはその意思に反するものではなかったと言え、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うかがわれないので、この間の留置き行為に違法な点はない。

次に、強制手続への移行段階について検討すると、覚せい剤の体内残留期間はせいぜい二週間前後であり、被告人に有利に見ても一か月を超えては無いと考えるから、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らすことは可能と見られるので、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と言えるから、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、強制採尿令状請求の準備に着手してから強制採尿令状が執行されるまでの留置き時間は約二時間五八分であるが、強制採尿令状を請求するためには、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、令状請求手続が開始されてから令状執行までには相当程度の時間を必要とすることがあり得ることからすると、この二時間五八分という留置き時間は特に著しく長いとは見られない。また、この間の留置きの態様も、警察官が行使した有形力は受動的なものに止まり、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おらず、さらに、長女や妻との面会や飲食物その他の必要とされる物品の授受、携帯電話での外部との通信を認めるなど、場所的・行動的自由が制約されている以外の点では被告人の自由が相当程度確保されており、留置きは対象者の所在確保のために必要最小限度のものに止まっている。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置きも、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。

なお、最後に、強制手続への移行段階における留置きであることを明確にする趣旨で、令状請求の準備に着手したら、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、そうした手続が行われていないことで本件の判断が左右されることにはならない、ということが付言されている。

この判決の紹介・解説に、正木裕史・法学セミナー五五巻六号一二四頁、前田雅英・警察学論集六四巻五号一四五頁、坂田正史・捜査研究六〇巻一〇号六〇頁、松本英俊・速報判例解説（八）〔法学セミナー増刊〕二二五頁、大澤裕・前掲注（４）

などがある。

(16) 東京高判平成二二・一一・八判タ一三七四号二四八頁。

この事件では、職務質問が開始された午後三時五〇分頃から強制採尿令状が被告人に呈示された午後七時五一分までの間、約四時間にわたり警察官らは被告人を職務質問の現場に留め置いている。途中、職務質問開始から約四〇分経過した午後四時三〇分の時点で、警察官らは被告人から任意で尿の提出を受けることを断念し、被告人に強制採尿令状を請求する、旨告げた上、同令状の請求手続に取り掛かかり、午後七時頃令状請求をし、午後七時三五分頃令状が発付されている。また、この間の留置きの態様も、駐車している被告人車両のすぐそばにいる被告人を約四〜五メートル距離を置いて取り巻いたり、被告人が同車両に乗り込んだ後は、一〜二メートル離れた同車両の周囲に位置し、さらには同車両の二・五メートル〜一〇メートルの距離に警察車両を駐車させ、被告人からの「まだか」などとの問い掛けに対して、「待ってる」と答えるなどして留め置いたというものであった。さらに、被告人に対し警察官らが行使した有形力の程度は、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のものであり、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したり煙草を吸ったりしながら待機していた。

このような事案において、東京高裁は大要以下のように判示した。警察官らが強制採尿令状の請求手続に取り掛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。

本件で純粹に任意捜査として行われている段階の留置きは、警察官らの求めに応じて被告人が任意に職務質問の現場に留まったものと見るべきである。

次に、強制手続への移行段階について検討すると、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、強制採尿令状の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留まるよう被疑者に求めることも許されると解される。そして、本件では強制採尿令状の請求準備行為から同令状執行まで約三時間二一分かかっているが、手続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。

捜索・押収令状入手のための被疑者の留置きについて（柳川）

またこの間の留置きの様態も、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、被告人の所在確保のために必要な最小限度のものに止まっていると評価できる。

(17) この判決の紹介・解説に、豊崎七絵・判例セレクト二〇一一(二)〔月刊法学教室三七八号別冊付録〕三八頁がある。

東京高判平成二五・一・二三公刊物未登載(この事件の事実と判旨は、高橋省吾・判批、刑事法ジャーナル三九号一二八頁を参照した)。

警察官らは、午後一時三〇分頃、被告人らに対し職務質問を開始し、被告人らに尿の任意提出に応じるよう説得したが、被告人らがこれを拒否し続けたので、警察官らは、職務質問を開始してから約一時間二七分経過した後、強制採尿令状を請求する準備に取り掛かった。午前四時三八分頃、被告人らに対する強制採尿令状が発付され、現場に戻った警察官が強制採尿令状を持ってきた旨被告人らに伝えると、被告人は警察署への任意同行に応じた。午前五時五五分頃被告人らに強制採尿令状が呈示され、これを受けて被告人は尿を任意提出した。強制採尿令状請求の準備に取り掛かってから、被告人らが任意同行に応じるまでの間、被告人は職務質問の現場から退出しようとしたが、警察官が追いかけて被告人の胸の前に腕を出して戻るように言い、それでもさらに進もうとする被告人を、胸の前に出した腕に力を入れて制止したり、反転して歩き続ける被告人を追従し、両腕を被告人の前に出して後ずさりしながら、戻るように説得した。さらに、被告人がタクシード帰るといって歩道から車道に飛び出シタクシーを停車させたにもかかわらず、警察官がタクシー運転手に働き掛けて発車させ乗車させなかった。職務質問の現場では、被告人は、集まった仲間と自由に話をしたり、飲物等を受け取ったり、コンビニ内のトイレに行くなどした。

以上のような事案において、東京高裁は、大要以下のような理由から、本件の留置きを適法と判示した。まず、本件の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、態様及び限度か否かによって判断されるという判断枠組みを示した後、個々の捜査手続について検討した。

被告人ら三名に対して職務質問を行い、被告人らに対して説得を尽くした上、現場に集まった被告人の仲間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、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。

その後の、強制採尿令状の発付までの時間、警察署で被告人に同令状を呈示するまでの時間も、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言えない。そして、この間の留置きの状態について見ると、本件現場では被告人らが連絡を受けて集まって来た仲間と自由に話をしたり、飲食物を受け取るなどしており、また、現場を離れようとした被告人を警察官らが現場に戻そうとしたことは認められるものの、行使された有形力の程度を考えると、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ので、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。また、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言えるから、被告人が現場を離れたいとの意向を示していたとしても、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。タクシーの運転手に働き掛けてこれを出発させた行為も、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内のものと考えられ、警察官の有形力の行使もその具体的態様に照らし違法なものとは言えないから、実質的逮捕の状態になっていたとは言えないとした。

(18) 東京高判平成二五・五・九東京高裁判事裁判速報三四九二号(この事件の事実と判旨は、吉田雅之「最新判例解説第一九回」捜査研究七五五号二三頁を参照した)。

午後三時三五分頃、警察官ら路上で被告人に対し職務質問を開始し、覚せい剤使用の疑いを抱いて所持品や腕を見せるよう求めた。被告人がこれに応じず立ち去ろうとしたので、警察官らは被告人の前に立ちはだかだったが、被告人が前進を続けたため後ずさりし、約二〇メートル先の信用金庫支店前路上に至った。その後も警察官らは、被告人に対し所持品や腕を見せるよう求め続けたが、被告人はこれに応じなかったため、午後四時一〇分頃、警察官の一人が被告人の身体に対する捜索差押許可状と強制採尿令状を請求する旨を被告人に告げ、その準備に取り掛かった。その後、午後七時頃に令状が執行されるまでの間、七名ないし一〇名程度の警察官が信用金庫支店の壁を背にした被告人を囲む形で、被告人に所持品検査や尿の提出に応じるよう求め続けたが、被告人はこれを拒否した。一方で、被告人はその間、たばこを吸い、警察官と共に一〇メー

トル程度移動して自動販売機でジュースを買ったり、携帯電話でアルバイト先の知人と話をしたほか、弁護士にも数回電話を架け、警察官に携帯電話を渡して、弁護士と話をさせた。午後五時五〇分頃警察官らは令状を請求し、午後六時四五分頃、強制採尿令状と被告人の身体に対する搜索差押許可状が発付され、午後七時頃、被告人に対し搜索差押許可状が呈示され所持品検査が行われた。さらに、七時一分頃、強制採尿令状が被告人に呈示されると、被告人は警察署で尿を出すなどと述べ、パトカーに乗車して移動し、警察署で尿を提出した。

このような事案において、東京高裁は、大要以下のように判示して本件の留置きを適法とした。警察官が令状請求の準備を始めてから令状の発付を受けこれを持参するまでにある程度の時間を要するのはやむを得ないところであり、令状の執行を円滑に行うには令状が到達するまでの間、対象者の所在を確保する必要性が高い。違法薬物事犯の任意捜査中、その嫌疑が相当に高まった状況において、警察官が対象者に対し令状による強制捜査に移行する旨を告げた上で、令状が到着するまでの間立ち去らないよう強く求めることは、その時間と態様において相当なものである限り許容される。本件では、覚せい剤使用の嫌疑が相当高いとして令状による捜査に切り換えたものであり、警察官らは令状が到達するのを待つために被告人を囲んで説得を続けていたが、被告人の意思や行動を制圧するような強い有形力の行使はしておらず、被告人を本件路上に留め置いた時間は応援の警察官が到着した時点から起算して三時間一五分程度であり、著しく長いとは言えない。また、この間、被告人に対して自動販売機で飲料を買ったり、自分の携帯電話で弁護士や知人と複数回通話をしたりするなどの自由な行動も許している。以上によれば、令状の到達を待つ間の警察官らの措置は、令状による捜査を円滑に実施するために必要最小限のものであると評価でき、任意捜査として許容される範囲を逸脱したものとは言えない。

(19) 最決昭和五一・三・一六刑集三〇巻二号一八七頁。

(20) 大澤・前掲注(4)一〇―一頁は「被疑者の説得を目的とする純粹任意」段階の留置きには、説得が許される限度という独自の限界が存在する」「平成二二年決定は、……令状による強制手続への移行を選択した以上、説得を留置きの目的とはできないが、それに代わって、迅速・円滑な令状執行のための「対象者の所在確保」が新たな目的となり、その観点から留置きの必要性を基礎付けうるとしたものである。」と述べている。

また、吉田・前掲注(18)三一頁は、「被疑者の拒絶意思が明確であって、これを翻意する可能性がないと判断されるような場合には、もとより事案に応じた判断が必要となるものの、その説得のための留置きは相応に限定されることとならざる

を得ないように思われる」「強制採尿令状の請求準備開始後の留置きは、令状の執行に向けた準備としての被疑者の所在確保という意味を持つこととなり、被疑者の留置きもそのような目的との関係で判断されることになる。強制採尿令状発付後においては、……その執行のために被疑者の所在を確保しておく必要が極めて高いといえる。他方、強制採尿令状の請求後発付前においては、……単に採尿に応じるよう説得している段階と比較した場合には、その場に留め置く必要性は高いであろう」と述べている。

(21) 吉田・前掲注(18)三二頁。

(22) 裁判例⑤と裁判例⑦は、令状請求の準備に着手した以降は、「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」とか「令状が到着するまでの間立ち去らないよう強く求めることは、その時間と態様において相当なものである限り許容される」としており、被疑者に対し、説得の限度を超えた滞留要求も(被疑者の意思を制圧するような方法に拠らない限り)許容されると考えているようである。また、裁判例⑥は、「被告人が現場を離れたいとの意向を示していたとしても、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なく……」と述べており、「説得」という表現を用いているが、被疑者の拒絶の意思が明確になったとしても、被疑者を解放しなければならないとは考えていないようである。

(23) 我が国の刑事訴訟法は搜索・差押えの実体要件として、「犯罪の捜査をするに必要があるとき」であること(二一八条)、「被疑者若しくは被告人の氏名、罪名差し押さえるべき物……搜索すべき場所、身体若しくは物」を令状に記載できる程度に特定すること(二一九条)をもとめるだけであるが、しかし、これには憲法三五条の要件も重ねて適用されるので、「正当な理由」に基づき、搜索場所と押収対象物を明示・特定することが求められる。したがって、結局、搜索・差押えの実体要件は、合衆国憲法と同様「①特定の犯罪を疑うに足りる相当な理由があり、②その犯罪と関連すると疑うに足りる相当な理由のある証拠について、③その証拠が存在すると疑うに足りる相当な理由のある領域に限られる」というものになる。したがってまた、強制採尿や身体への覚せい剤の搜索・差押えの実体要件は、つまるところ、本文で述べたように「被疑者の体内もしくは身体に覚せい剤が存在する高度の蓋然性(≡存在すると疑うに足りる相当な理由)」ということになる。

(24) 東京高判平成一九・九・一八判タ二二七三号三三八頁では、被疑者が職務質問の現場から退出しようとして、自身が運転する車両を発進させた際、車両の周りを取り囲んでいた警察官の肘にドアミラーを接触させたとして、公務執行妨害罪の現行犯で逮捕されている。もっとも、一審、二審とも、警察官の職務の適法性、公務執行妨害罪に該当する暴行の有無、いず

れの面からも疑問があり、公務執行妨害罪は成立しないと判示している。

この判決の紹介・解説に浦城知子・季刊刑事弁護五四号七二頁、中島宏・季刊刑事弁護五四号一六六頁、指宿信・速報判例解説(二二)〔法学セミナー増刊〕二四一頁、大野正博・刑事法ジャーナル一六号九八頁、那須彰・平成二〇年度重要判例解説〔ジュリスト臨時増刊一三七六号〕二一六頁、岡本洋一・ジュリスコンサルタス一九号二七六号二九二頁、岡本有教・海保大研究報告五四卷一号一五一頁などがある。

(25) 東京高判平成二三・三・一七東京高等裁判所(刑事)判決時報六二卷二七頁。

(26) 正木・前掲注(15)、拙稿・前掲注(4)。

(27) 河上和雄・中山善房・古田佑紀・原田國男・河村博・渡辺咲子『大コンメンタール 刑事訴訟法 第二版』一六七頁(河村博)〔青林書院、二〇一二年〕、松尾浩也他『条解 刑事訴訟法 第四版』一七六頁(弘文堂、二〇一〇年)。

### 三 搜索令状を入手する間被疑者の行動の自由を一時的に制限する措置の合憲性に関する合衆国最高裁判所の判断

合衆国では、住居や車両に対するインパウンドメントが実務上広く行われおり、州裁判所や連邦下級裁判所では、インパウンドメントの合憲性・適法性に関する判断が数多く示されている。<sup>(28)</sup>しかし、合衆国最高裁判所がその合憲性について判断したのは、Segura v. McArthur<sup>(29)</sup>の二件だけであり、しかも、Seguraは複数意見としての判断<sup>(30)</sup>であるので、法廷意見が形成されたのはMcArthurのみである。

以下においては、McArthurの事実の概要と判旨を紹介し、その判示の意義について若干の検討を加える。

(1) McArthur の事実の概要と判旨

McArthur は、被告人の住居に対する搜索令状を入手する間、住居の外に居た被告人を警察官の付き添いがなければ住居に立ち入ることができないようにした措置の合憲性が争われた事例である。

事案の概要は以下の通りである。被告人の妻から、夫と住んでいる移動式住居 (Trailer home) から身の回りの荷物を安全に持ち出したいので同行してほしいと頼まれ、警察官二名が被告人の妻と一緒にその移動式住居に赴いた。被告人の妻が荷物をまとめ住居から出てくると、夫が住居内で薬物を所持しており、ソファの下に隠すのを見たと言うので、警察官らは被告人に住居内の搜索の同意を求めたが、これを拒否されたため、住居の搜索令状発付申請手続きに移り、そして、住居の出入り口の外に出てきていた被告人に対して、一人で住居内に戻ることはできない旨を告げた。搜索令状が執行されるまでの間、被告人は、電話を架けたり煙草を取りに行くなどするため、一、二度住居内に入ったが、その都度、警察官が出入り口で被告人の行動を監視した。被告人の行動の自由を制限してから約二時間で搜索令状が執行され、令状搜索の結果、被疑者の住居内からマリファナとマリファナ吸引パイプが発見された。

このような事案において法廷意見は、まず、被告人を令状入手までの間一人で住居に立ち入らせないようにした措置は、住居を押収した結果もたらされたものであると捉え、しかも、この押収は約二時間に止まり一時的なものであるが、憲法上の押収であるとして、無令状でこの押収が許されるかという問題関心から検討を加えた。次に、搜索・押収が無令状で行われた場合の合憲性を判断する上でしばしば用いられる搜索・押収の「合理性」<sup>(33)</sup>を分析指針とすることを確認した上で、この「合理性」の有無は合衆国憲法第四修正案が保護するプライバシーシーに関わる利益と法執行

に関わる利益との衡量により決まるとした。そして、この衡量を行う上で、この事件では、①住居内に犯罪の証拠が存在すると疑うに足りる相当な理由 (probable cause) が備わっていたこと、②搜索令状入手までの間に証拠が隠滅される虞がある<sup>(34)</sup>ためその防止措置を講じる必要があったこと、③そのために選択された方法が、直ちに住居内を搜索したり被告人を逮捕するのではなく、令状入手までの限られた間、一時的に住居を押収し被告人一人での住居への立入りを禁ずるという、より制約の度合いの低い方法であったこと、④実際に住居を押収していた時間も令状入手に通常必要と考えられる時間内であったことを指摘し、令状執行までの間、住居を押収し被告人の住居への立入りを制限した警察の措置は、第四修正上「合理的」なものであり合憲であると判示した。

なお、補足意見は、被告人が住居の中に居るか外に居るかで緊急性の程度に差が生じ、被告人が住居の中に入れば、搜索令状が入手される前に被告人が証拠を隠滅すると疑うに足りる相当な理由が認められ、無令状で住居内を搜索することができることになるが、法は令状による搜索を強く優先させようとしており、そして、令状入手のための公正な機会を保障しなければ、警察に令状を入手する誘因を与えることはできないので、被告人が一人で住居の中に入ること禁止した措置は合憲である、とした。

## (2) McArthur の意義

McArthur では、被疑事実が被告人の住居内での薬物の所持であったことから、住居の搜索を行う実体要件があれば、逮捕の実体要件も備わっている<sup>(35)</sup>と言えるので、被告人が住居の外に居る時に無令状で逮捕することが可能であったとも言える事案であった。逮捕が可能であるならば、一人で住居に立ち入ることを一時的に禁ずるといふより制限

の度合いの低い方法を取ることは当然に許され、その点でこの事件は当然に合憲性が認められる事案であったとの見方もできるかと思う<sup>(36)</sup>。ただ、法廷意見は直截にそのように説明することはせず、あくまで第四修正が保護するプライバシーに関わる利益と法執行に関わる利益との衡量を行って結論を導き出している。これは他事案でのインパウンドメントの合憲性を判断する上でも通用する判断枠組みであると言える。そこでMcArthurによるこのプライバシーに関わる利益と法執行に関わる利益との衡量を支える基本的な考え方について検討してみることとする。

プライバシーに関わる利益という点では、住居という最もプライバシーの保護を厚くすべき領域に、実体要件 (probable cause) に基づかない捜索が行われるのを可能な限り防止するために、住居による捜索は令状に基づいて行うべきだという要請がある。他方で、法執行に関わる利益という点では、捜索の実体要件が備わっている場合には、捜索対象たる証拠の隠滅を防止する必要があると高く、やむを得ない場合には緊急捜索を行ってでも証拠の保全を図るべきであるとの要請がある。そして、このような後者の要請の背景には、捜索の実体要件と令状要件に関する次のような理解があるように思われる。すなわち、そもそも捜索 (押収、逮捕も含め) の実体要件は、「個人のプライバシーの権利の保障」と「法執行上の必要」との調整を行った結果、憲法が採用した要件であり、本来であれば、この実体要件が備わっていれば、捜索・押収、逮捕を行うことが正当化されるはずである。しかし、捜索・押収、逮捕には、実施時点では実体要件が欠けているのに、後から判明した事情によって、さも実施時点でも実体要件が備わっていたと取り繕う危険 (後知恵の危険: hindsight judgment) と、捜査機関が熱心さのあまり実体要件の認定を緩やかに行ってしまふ危険があるため、事前の第三者による実体要件に関する審査を伴わなければ、実体要件が実際上は意味をなさなくなる。そこで、個人のプライバシーや行動の自由に対して強度の干渉が行われる場合には実体要件の事前審査を

義務付け、実体要件を欠く搜索・押収、逮捕が行われないようにするために令状要件が課されている、という理解である。<sup>(38)</sup>

このように令状要件の性格を手段的なものと理解する立場からすると、搜索の実体要件は整っているが、令状を入手するまでに証拠が隠滅される虞があるという場合に、それでも令状が必要であるから証拠隠滅を甘受しなければならないというのは、absurd（ばかげたこと）だと言われるのである。<sup>(39)</sup>とはいっても、緊急搜索以外の、しかも緊急搜索よりも個人の権利や自由に対する侵害の危険が相対的に低いと思われる方法により証拠隠滅に対処でき、それにより搜索は令状審査を経て行うことができるのであれば、その方が望ましいのは当然である。<sup>(40)</sup>この点、住居のインパウンドメントは、住居の占有権を一時的に制約し、またそれに伴って個人の移動の自由を一時的に制約することはあるが、住居内のプライバシーにはほとんど干渉しないので、個人の権利や自由に対する侵害の危険は、緊急搜索により実体要件を欠く搜索が行われ個人のプライバシーが不当に侵害される危険よりも低いと言える。以上のような考慮が、McArthur におけるプライバシーに関わる利益と法執行に関わる利益との衡量を背景で支えているように思われる。

(28) See, LaFave, Search and Seizure vol. 3, § 6.5(c) pp. 555-575 (West, 2012).

(29) Segura v. United States, 468 U.S. 796 (1984). この事件については、渥美東洋編『米国刑事判例の動向 第四巻』七一五頁（中野目善則）（中央大学出版部、二〇一二年）、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 第三巻』六二二頁（原田保）（成文堂、一九八九年）参照。

(30) Illinois v. McArthur, 531 U.S. 326 (2001). この事件については、米国刑事法研究会（代表 渥美東洋）・アメリカ刑事法の調査研究（九五）比較法雑誌三七巻一五二七頁（檀上弘文）参照。

(31) Segura は、法執行官が緊急状況にないのに無令状で住居に立ち入り、中の居住者を逮捕したのち、住居の搜索令状が発行され執行されるまで一九時間住居内に留まっていたという事案で、令状搜索により発見された証拠の排除が争点となった事例である。法廷意見を執筆したバーガー首席裁判官は、独立入手限法理を適用して証拠の許容性を認めたが、住居内の滞留については立ち入りと切り離し、インパウンドメントとして正当化しようとした。しかし、この部分の説明にはオコナー裁判官のみが加わるに止まり、複数意見となった。なお、仮に、法執行官がインパウンドメントの一種である住居の外側から住居を封鎖する措置を取った場合には、その封鎖措置は合憲であることを反対意見を含め裁判官全員一致で認めているようである (See Segura v. United States, 468 U.S. 796, at 814, and at 824n. 15 (Stevens, J. dissenting))。しかし、合憲とする理論構成は示されていない。

(32) 合衆国最高裁判所は、「身体、住居、書類、所持品」という合衆国憲法第四修正に列挙された憲法上保護された領域及びそれに匹敵する領域に対して干渉が加えられた場合、それがいかに程度の低い干渉であっても、これを憲法上の搜索・押収と見る立場に立っている。我が国で言えば職務質問のための停止、所持品検査を憲法上の（身体の）押収、搜索と判断した Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968) が、このような立場に立った最初の判例と思われる。

こうした個人の権利や自由に対する干渉の度合いの低いものであっても、合衆国憲法の規律の及ぶ対象に据えることで、合衆国最高裁判所（当時のウォレンコート）は、全米に共通に適用できる法執行の最低限の基準を示そうとしたのではないかと推測される。その背景にあるのは、全米の法執行機関が階層性を採らず、当時、四万以上の独立の組織単位が存在しており、連邦制を採る合衆国においては全米の法執行機関を統括できる行政機関もなく、連邦議会にもその権限はなく、全米に共通する法執行基準の提供は、合衆国最高裁判所が合衆国憲法の解釈を通じてこれを行う場合に限られていたという事情のようである。アレン教授は、合衆国最高裁判所が Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961) で排除法則を全米に適用した理由をこのような観点から説明したが (See, Allen, *Judicial Quest for Penal Justice: The Warren Court and Criminal Case*, U.I.L.F. 518 (1975))、この説明は職務質問のための停止と送検 (stop and frisk) を Terry で第四修正の規制の対象とした理由としても妥当するものと思われる。

(33) 合衆国憲法第四修正は、その第一文で、不合理な搜索・押収を受けない権利が人民にあることを保障し、第二文では、令状の発付を原則として禁止し、例外的に相当な理由 (probable cause) によって支えられ、搜索場所、押収対象たる人・物

搜索・押収令状入手のための被疑者の留置きについて (柳川)

を特定した令状に限って発付が許されると規定することにより、一般令状 (general warrant) の禁止を謳っている。それが後に合衆国最高裁判所の憲法解釈により、無令状搜索・押収が原則として不合理な搜索・押収に当たるとされ、我が国で言うところの令状主義を第四修正が採っていると考えられるようになる。そして、無令状での搜索・押収が例外的に第四修正上許容されるか否かを判断する際には、この第一文の「不合理な搜索・押収の禁止」が第四修正の究極の狙いであるとして、搜索・押収の「合理性」で判断しようとしているのである。

- (34) 法廷意見はこの証拠隠滅の虞を “good reason to fear that, unless restrained, McArthur would destroy the drugs before they could return with warrant” と表現している (Illinois v. McArthur, 531 U.S. 326, 332 (2001)) (強調筆者)。補足意見によれば、緊急状況にも程度があり、この事件では、被告人が住居の外に居たので、直ちに搜索を実施しなければ証拠が隠滅されるといふほど切迫した状況にはないが、被告人は住居に戻ろうとしていたわけであるから、いずれ住居に入ることになり、住居に入った時点で証拠隠滅の危険は切迫したものとなる。そうすると、インパウンドを開始した時点でも証拠隠滅の危険は、緊急搜索が認められるほど切迫したものではないが、一定の高い蓋然性で認められ、何らの証拠隠滅防止措置も取らなければ証拠が隠滅される蓋然性が高く、その意味で緊急状況にあった事案であると言える。

- (35) 合衆国憲法第四修正では、押収の対象として人の身体 (persons) と物 (things) が並んで規定されている。そして、逮捕は人の身体の押収に含まれて、その一部を構成するとされ、逮捕と物の (一時的ではない) 完全な押収は、probable cause という同じ嫌疑の程度が要件になると考えられている。被疑者の住居を搜索・押収できる要件があれば被疑者を逮捕できるということが一般的に言えるわけではないのは当然であるが、住居内での薬物所持が被疑事実である場合には、住居内に薬物が存在すると疑うに足りる相当な理由 (probable cause) があれば、住居の搜索・押収と逮捕双方の要件が充足することになる。

- (36) See, LaFare, *supra* note (28) pp. 562-572.

- (37) See, *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160 (1949), and also, Note, *Police Practices and The Threatened Destruction of Tangible Evidence*, 84 Harv. L. Rev. 1465 (1971).

- (38) 渥美東洋『刑事訴訟における自由と正義』一八八頁、六五頁(有斐閣、一九九四年)参照。なお、令状要件の目的が後知恵の危険の防止にあることを述べている合衆国最高裁判所の判例には、たとえば、*Beck v. Ohio*, 379 U.S. 89 (1964); *Katz v.*

United States, 389 U.S. 347, (1967) があり、捜査機関が熱心さのあまり実体要件の認定を緩やかにしてしまふ危険への対処を令状要件の目的として挙げるものには、たとえば、Johnson v. United States, 333 U.S. 10 (1948); Aguilar v. Texas, 378 U.S. 108 (1964); United States v. Ventresca, 380 U.S. 102 (1965) がある。

ちなみに、Stunz, Warrants and Fourth Amendment Remedies, 77 Val.L.Rev. 881 (1991) は、要件充足の有無については、これを事後的に審査するのが法制度の通常であり方であるのに、第四修正が事後審査に加えて事前の令状審査を要件としている理由について、排除法則を権利侵害に対する主要な救済策 (remedy) としている合衆国においては、①排除聴聞手続 (suppression hearing) における事後審査の段階ではすでに証拠が発見されているので、実体要件を審査する裁判官にバイアスがかかり、要件を緩やかに認定してしまう危険が生じるので、それを防止すること、②排除聴聞手続において警察官が逮捕、捜索・押収時に認識していた事情を偽証する危険があり、それを防止すること、にあると考えられるとしている。②の理由は、伝統的には後知恵の危険の防止と呼ばれてきたものと思われる。そして、令状要件の例外を拡充し、また、実体要件の認定に際して公式化された基準を排し事情の総合説を用いるなどしている近時の合衆国最高裁判所の立場は、①の理由を令状要件の根拠に据えているものと思われると主張している。

(39) 渥美東洋『全訂 刑事訴訟法第二版』九五頁(有斐閣、二〇〇九年)。

(40) See, Note, supra note (37). もっとも、インパウンドメントが緊急捜索よりも常に個人の権利・自由に対する制約が低いとは、必ずしも言えず、数時間、住居をインパウンドされ、その間住居の利用が制限され、しかもその後には捜索を受けるよりも、直ちに捜索を行って証拠存在の有無を確認した方が、対象者の権利制約の度合いが低いと言える場合もありそうである。See, LaFave, supra note (28), pp. 574-575.

#### 四 捜索差押許可状執行までの留置きを強制処分として適正なものとするための要件

(1) 捜索・差押え令状の請求準備に取り掛かり、その執行までの間被疑者を職務質問の現場や任意同行先の警察署

捜索・押収令状入手のための被疑者の留置きについて(柳川)

の取調室などに留め置く措置は、被疑者の行動の自由・移動の自由を制限するものではあるが、現在の我が国における実務によれば制限の時間は通常は三時間から四時間程度に止まる<sup>(41)</sup>。刑法上の逮捕が二日間から三日間被疑者の行動の自由を完全に制約できることに比べれば、これによる自由の制限は一時的なものである<sup>(42)</sup>。合衆国では、職務質問のための停止・所持品検査 (stop and frisk) も憲法上の (身体の) 押収、搜索と捉えられてきたため、インパウンドメントによる一時的な住居の押収、それに伴う人の行動の自由の制限も憲法上の押収に当たるとの前提で議論がなされていた。憲法上の逮捕、搜索・押収であれば、probable cause (相当な理由) 及び原則として事前の令状発付が要件となるなど厳格な制約が加えられるはずであるが、合衆国では、合憲性判断の究極の基準が搜索・押収の「合理性」にあることを理由に、reasonable suspicion (合理的嫌疑＝不審事由) に基づく権利の制約と令状要件の例外を認めてきており、これにより、個人のプライバシー及び行動の自由の保障と法執行上の必要との調整を図っているのである。

これに対し我が国では、職務質問のための停止、所持品検査は任意処分であるとの前提で議論がなされてきたし、留置き自体も任意処分の範疇の中でその適法性の問題として扱われてきた。これは、我が国では留置きを憲法三三条の逮捕、憲法三五条の押収には含ませないという前提で議論がされてきたということである。憲法三三条、三五条には、逮捕、搜索・押収の適否を判断する究極の基準を「合理性」に求めることができるような条文上の手掛かりもなく、法執行上の必要性に應えるために憲法三五条の「正当な理由」に不審事由から相当な理由まで広く包含させる解釈や、令状要件の例外を広く認める解釈を採用することは困難である。他方で、職務質問のための停止や所持品検査に対し相当な理由という実体要件と令状要件を課せば、法執行上の必要性に対し全く配慮をしないことになる。そも

そも、逮捕と捜索・押収の実体要件は、上述したように「個人のプライバシーの権利や行動の自由の保障」と「法執行上の必要」との調整を憲法、刑事訴訟法が図った結果定められた要件、すなわち、これら二つの相反する要請を調整する基準であり、そして、令状要件は、個人のプライバシーや行動の自由に対して強度の干渉が行われる場合に、その正当化根拠である実体要件を欠いた干渉が行われないよう保障する手段である。さらに、個人の自由や権利に対する制約が大きければ大きいほど、厳格な要件が必要となり、逆に、制約の程度が小さければより緩やかな要件で足りるという考え方（均衡性の原理）は、一般に承認されているところであると思われる。そうすると、憲法が相当な理由と令状要件を課しているのは逮捕と完全な捜索・押収という強度の干渉に対してであると解するのが妥当であり、職務質問のための停止や所持品検査に対し憲法の規律が直接的には及ばないとしてきたこれまでの一般的な解釈は妥当であるし、同様に、逮捕に至らない一時的な行動・移動の自由の制限である留置きにも、直接的には憲法の規律が及ばないということが妥当であると思われる。

(2) さて、そうすると、前述したMcArthurは一時的な住居の押収を憲法上の押収と見て、この一時的な押収が令状要件を欠いても合憲と言える根拠があるか否かを検討したものであったので、我が国で強制処分としての留置きを考える上では、McArthurの判示は、これが憲法問題ではないということから、無関係であるようにも思われる。しかし、そこで押収が「合理的」なものとの結論付けられたのは、プライバシーに関わる利益と法執行に関わる利益との衡量の結果であった。移動の自由・行動の自由を制限する強制処分との適正さを担保するための要件を検討する上では、我が国の憲法三三三条、三五条や刑事訴訟法の逮捕、捜索・押収に関する規定が依って立っているところの「個人

のプライバシーの権利や行動の自由の保障と法執行上の必要との調整」という基本原理に即して考える必要があると思われるので、McArthur で示された二つの対立する利益の衡量の仕方は、強制処分としての留置きの要件を設定する場合にも妥当するものと思われる。

さて、McArthur の判示の背景にあったのは、上述したように、住居というプライバシーが最も厚く保護されるべき領域については、令状による搜索の原則を維持しつつ、しかも、搜索の実体要件が整っているにもかかわらず、証拠隠滅を甘受しなければならないといったばかげた事態を回避するため、個人の自由や権利に対する侵害の危険が相対的に低いと思われる方法により証拠隠滅に対処するのは、正当だという考え方である。そして、強制採尿令状、搜索差押許可状執行までの間被疑者を留め置く措置は、強制採尿や身体に対する搜索など、個人のプライバシーに対する侵襲の度合いが著しい処分を無令状で行うことなく、同時に、証拠隠滅を防止するために、被疑者の移動の自由を一時的に制限するという、個人の自由や権利に対する侵害の危険が相対的に低い方法であると言える。

次に、McArthur の判示は要するに、① 搜索対象たる住居を搜索する搜索の実体要件 (probable cause) があり、② 令状入手の間に証拠が隠滅される虞があって、証拠隠滅防止策を講ずる必要がある、③ その防止策として、令状入手に必要とされる合理的な時間、④ 証拠隠滅の防止に必要な最小限度の自由の制限を被疑者に加えることは第四修正に違反しないというものであった。これを搜索差押許可状入手のための留置きに当てはめると、留置きは被疑者を留め置かなければ被疑者の所在が一時的に不明となり、その間に証拠たる尿が体外に排泄されるため、あるいは所持していると疑われる覚せい剤等の薬物を廃棄する虞があるために行われているわけであるから、②の点は当然の前提とされている。したがって、(i) 令状請求の準備に取り掛かり強制処分としての留置きを開始した時点で、被疑者の体内

あるいは身体に覚せい剤が存在すると疑うに足りる相当な理由があり、(ii)留置きの時間が令状入手に通常必要とされる合理的な時間内に止まっており、(iii)被疑者の移動の自由以外の自由に対する制限が証拠隠滅防止のための必要最小限度の制約に止まる限り、その留置きは適正なものであると行うことができる。なお、高裁の一部の裁判例で言われていた、令状請求の準備に着手したことを被疑者に告げるという措置は、この事実を被疑者が知ることにより無用な抵抗を抑えることも考えられ、また、どの時点で強制処分としての留置きを開始したかが外部的にも明らかになる<sup>(43)</sup>ので、この点も要件に加えるのが妥当である。したがって、(iv)強制処分としての留置きが開始されたことを被疑者に告知すること、という要件が加わる。

そうするとこれらの要件は、先に検討した、留置きを適法とした高裁の裁判例の判示にある「強制採尿令状の請求が検討されるほどに嫌疑が濃厚になっている」という部分を、「強制処分としての留置きを開始した時点で、被疑者の体内あるいは身体に覚せい剤が存在すると疑うに足りる相当な理由が存在すること」を意味していると解釈すれば、これらの裁判例が示した要件とほとんど同じ要件であるということになる。

ちなみに、捜査機関が令状請求の準備に着手したからと言って、必ずしも、「被疑者の体内あるいは身体に覚せい剤が存在すると疑うに足りる相当な理由があること」という要件が充足されるわけではないのは、この要件が捜査機関の主観的判断ではなく客観的な判断により認定されなければならない以上、当然である。令状請求の準備に着手しても令状請求がされなかったり、あるいは令状請求がされても令状が発付されなかったり、さらには、令状が発付されても後の公判でこの要件を充足していないことが判明すれば強制処分としての留置きは違法となる。

ところでまた、留置き開始後直ちに搜索差押許可状、強制採尿令状の請求準備に取り掛かるので、留置き後、可能

な限り速やかに搜索・差押えの実体要件についての裁判官による審査が行われることになる。この審査は、搜索・差押えの実体要件に関する事前審査であるが、強制処分としての留置きの要件の一つに対する事後審査の意味も持つことにもなるので、要件認定に関するいわゆる「後知恵の危険」は相当程度除去される。

(3) このような強制処分としての留置きを適正なものとするための要件の意義を、刑訴法上の逮捕の要件と比較しながら、さらに検討してみよう。

被疑者の体内あるいは身体における覚せい剤の搜索・差押えのための実体要件としては、被疑者の体内あるいは身体に覚せい剤が存在すると疑うに足りる相当な理由が要求されると解されるが、そして、この要件が備わっていれば、覚せい剤の自己使用の場合、通常逮捕の実体要件（相当理由、必要性）も備わっていると言いうことができると思われる。留置きをせず退去を許せば所在不明となる虞があるので、証拠隠滅の虞、逃亡の虞があり「必要性」は認められる。次に相当理由については、我が国では、逮捕と搜索・押収に必要な嫌疑の程度に差を設ける見解<sup>(4)</sup>があるが、体液の採取や身体に対する搜索・差押えという身体への重大な侵襲について、逮捕よりも緩やかな要件でこれを行うことができるとするのは疑問である。また、逮捕を規律する憲法三三条、搜索・押収を規律する三五条とも合衆国憲法第四修正に由来するものであるが、ここでは、場所や物に対する押収と人の身体に対する押収についてともに probable cause を要件としており、嫌疑の程度に区別を設けていない。したがって、嫌疑の程度を区別する見解は、逮捕と搜索・押収に関する規定の歴史的解釈からしても妥当ではない。そこで、憲法三五条の「正当な理由」は、特定の具体的な犯罪が行われたと疑うに足りる相当な理由を意味し、したがって、覚せい剤の自己使用及び所持の事犯では、被

疑者の体内あるいは身体に対する搜索・差押えの実体要件があれば、通常逮捕の実体要件もあると仮定できるものと思われる。

ところで、前述したように、個人の自由や権利に対する制約の大きさとそれを許す要件の厳格さが対応関係に立つという均衡性の原理は、一般に承認されているのではないかと思われるが、搜索差押許可状執行までの間の強制的な留置きは、刑法上の逮捕に至らない程度の移動の自由の制限に当たるので、逮捕との比較で言えば、相当理由よりも低い嫌疑の程度で行えるはずである。それを、相当理由が備わった場合にのみ許そうというのであるから、強制的な留置きによる移動の自由の制限は、被疑者の体内あるいは身体に覚せい剤が存在すると疑うに足りる相当な理由を要件とする限り、逮捕との比較においても、強制処分としての正当性が認められるものと思われる。

(41) さらに、合衆国で行われているように、将来電話等を利用した令状発付請求手続きが可能となれば、留置きが必要な時間はさらに短縮される。See, *Missouri v. McNeely*, 133 S.Ct. 1552 (2013).

(42) 最高裁判平成六年決定の留置きを実質的な逮捕に当たるとする見解もあるが(小早川義則・判例評論四四三号七九頁(判例時報一五四六号二二五頁)、酒巻匡「行政警察活動と捜査(二)」月刊法学教室二八五号五一頁)、移動の自由が制限される時、移動の自由以外の自由が制限されることの有無、程度の点で両者は異なるので、留置きは刑法上の逮捕に至らない移動の自由の制限と見るのが妥当であると思われる。

(43) 吉田・前掲注(18)三七頁。

(44) 逮捕、搜索・押収の嫌疑の程度に関する我が国の議論状況に関しては、多田辰也「刑事手続きにおける嫌疑」立教法学七九号八七頁(二〇一〇年)参照。

## 五 結びに代えて

本稿では、強制採尿令状・搜索差押許可状入手までの間、被疑者を職務質問の現場あるいは任意出頭先の警察署の取調室に留め置く措置の適法性について判断した最高裁判例及び高裁の裁判例を検討し、留置きを任意捜査として相当とした裁判例を一応妥当としたものの、そうした判断の限界を指摘し、立法により強制処分としての留置き（逮捕に至らない身柄の拘束）を認めるべきであると主張した。そして、強制処分としての留置きの要件として、(i) 令状請求の準備に取り掛かり強制的な留置きを開始した時点で、被疑者の体内あるいは身体に覚せい剤が存在すると疑うに足りる相当な理由があること、(ii) 留置きの時間が令状入手に通常必要とされる合理的な時間内に止まっていること、(iii) 被疑者の移動の自由以外の自由に対する制限が証拠隠滅防止のための必要最小限度の制約に止まっていること、(iv) 強制処分としての留置きが開始されたことを被疑者に告知すること、を要件とすることを提案した。もとより、この要件は網羅的なものではなく、強制処分としての留置きを適正なものとする指針程度のものである。

我が国では、厳格な強制処分法定主義による制約の中で、証拠隠滅の防止など重大な捜査上の必要に対処するために、捜査機関は、職務質問や所持品検査、そしてこの留置きなどの領域で様々な効果的手法を開発し、また裁判所も、任意処分の解釈を巧みに発展させることで、こうした必要に答えようとしてきた<sup>(45)</sup>。しかし、現在、その限界も見えてきたように思われる。立法と法解釈、そして実際の法運用がダイナミックに連動し、個人の権利・自由の保障と捜査の必要とが真に調和した法形成がなされるよう期待されるところである。

(45) 椎橋隆幸「見え難い留め置きの適法性の限界」季刊社会安全七九号一頁。

(本学教授)

捜索・押収令状入手のための被疑者の留置きについて (柳川)