留め置きにおける「二分論」の適用の是非について
一札幌高判平成26年12月18日判タ1416号129
頁と東京高判平成22年11月8日判タ1374号248
頁の検討を中心に一

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-03-21 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 河村, 有教, KAWAMURA, Arinori メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.15053/0000000057

Copyright © JAPAN COAST GUARD ACADEMY
2019

【研究ノート】

留め置きにおける「二分論」の適用の是非について

一札幌高判平成 26 年 12 月 18 日判タ 1416 号 129 頁と

東京高判平成 22 年 11 月 8 日判タ 1374 号 248 頁の検討を中心に

河村 有教

目 次

I はじめに

II 留め置きにおける「二分論」の適用と意義

III 「二分論」を適用することの問題点

IV おわりに

I はじめに

覚せい剤取締法 19 条は、同法 19 条①号から⑤号に掲げる場合の外は、何人も覚せい剤を使用してはならないとする。覚せい剤取締法 19 条の規定（使用の禁止）に違反した者は、10 年以下の懲役に処せられる（覚せい剤取締法 41 条の 3 I 項①号）。

警察官職務執行法 2 条 I 項にしたがって、警察官が職務質問を実施した際に、覚せい剤取締法 19 条の覚せい剤の使用の疑いが生じた際には、警察官は、一般に被疑者に任意の採尿を促す。たとえ被疑者が任意の採尿を拒んだ場合でも、覚せい剤使用の嫌疑の存在、証拠（尿）を得ること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、捜索差押令状（強制採尿令状）を請求して強制採尿を行う¹。

東京高判平成 21 年 7 月 1 日判タ 1314 号 302 頁は、平成 20 年 4 月 18 日午後 4 時 39 分に自動車を運転中の X に対して職務質問が開始され、X

¹ 最一小決昭和 55 年 10 月 23 日刑集 34 巻 5 号 300 頁。

が薬物常用者特有の表情をしており、態度に落ち着きがなかったため、同意を得て、車両の検索、所持品検査を実施した。その後、警察官らは警察署への任意同行を求めて、取調室において任意の採尿を求めたが、Xが拒んだことから、強制採尿令状の請求にとりかかり、強制採尿令状の発付を得て、尿を採取したという事案である。争われた点は、午後6時頃から取調室に入れて、6時30分頃尿に対する搜索差押許可状(強制採尿令状)の準備に取りかかり、必要な資料の準備を終えた上で午後8時20分頃警察署を出発し、午後8時45分頃、裁判所に強制採尿令状を請求し、午後9時10分頃発付を受け、午後9時28分頃警察署内でXに強制採尿令状を示し病院に連行するまでの約3時間の取調べ室における留め置きが適法か否かであった。

第一審(東京地判平成21年1月20日判タ1314号311頁)は、警察署に任意同行された後の捜査手続について、「一定の時間内は、被告人が本件取調室に滞留していたことがその意思に反するものであったとはいえない。しかしながら、その後においては、被告人は、専ら退出の意思を明らかにしているというべきであって、既に被告人を同室に留め置く根拠は失われていたと評価すべきである。」とした。そして、「警察官らが、被告人を本件取調室内に留め置いて、退出を阻止する行動を取り続けた行為は、もはや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るほかはない。そして、これに引き続いて行われた採尿手続も、被告人に対する覚せい剤事犯の捜査という同一目的に向けられたものである上、このような違法な留め置きを直接利用して搜索差押許可状(強制採尿令状)の執行をしたものに外ならず、違法性を帯びるといわざるを得ない。」と判示した。もっとも、取調室内に被告人を留め置いた違法の程度は、令状主義の精神を没却するような重大のものとはいえず、これにより収集された鑑定書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は認められないとして、違法収集証拠として排除すべきであるとの弁護人の主張は認められていない。そのため、弁護人及び被告人は控訴した。

控訴審(東京高判平成21年7月1日判タ1314号302頁)は、警察署

到着後の捜査手続（Xに対する留め置き等）の適法性について、「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。」とした。上記の事案では、強制採尿令状請求の準備に警察官が着手した午後8時20分頃以降の前後で、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とを分けるとする。二つの段階に分けた上で、適法性の判断基準は異なるのかについては、東京高判平成21年7月1日判タ1314号302頁は明言していないが、強制採尿令状を請求することと留め置きとの関連性について、「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る。」とする。そうしたことから、「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」と判示している。一般的な留め置きの適法性の判断基準よりも留め置きが長引いたとしても許され得ると裁判所は言いたかったのかもしれない。

ともかく、上記の裁判例から、任意捜査の留め置きにおいて、警察官による強制採尿令状の請求がなされる場合には、その前後に区分して、純粋に任意捜査として留め置きが行われている段階と強制採尿令状の執行に向けて留め置きが行われた段階とを分けて、留め置きの適法性の判断基準を変えようというのが「二分論」である。留め置きにおける「二分論」とは、警察官らによって覚せい剤の使用が疑われる被疑者に対して、強制採尿令状の請求に取りかかった時点分水嶺として、その時点を「強制手続への移行段階に至ったと見るべきもの」で、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て、被疑者に強制採尿令状請求が行われていることを伝えた上で、純粋な任意捜査の場合と比

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が許されるとする見解である²。「二分論」とよばれる上記の見解は、警察官、海上保安官、検察官ら捜査実務家によって支持されているが³、「二分論」は留め置きにおいても、強制採尿令状の請求がなされた事案に適用されるものである。そういう意味では、留め置きにおける一般的な適法性の判断基準ではなく、特殊な事案における適法性の判断基準である。

本稿では、札幌高判平成26年12月18日判タ1416号129頁と東京高判平成22年11月8日判タ1374号248頁の2つの裁判例を中心に、留め置きにおける「二分論」の適用が適切かどうか、裁判所における「二分論」の適用の是非について検討したい。

II 留め置きにおける「二分論」の適用と意義

留め置きにおける「二分論」を明確に打ち出したのは、東京高判平成22年11月8日判タ1374号248頁である。事案は、以下のとおりである。警察官Pらは、平成22年2月5日午後3時48分頃、走行中の普通乗用自動車を運転するXが、Pらの顔を見て顔を背けたこと、X車両に傷があったことなどから、不審事由があると認め、午後3時50分頃、X車を停止させて、Xに対して職務質問を行った。Pらは、Xの運転免許証の提示を求め、犯罪歴等の照会を行った。その結果、麻薬及び向精神薬取締法違反の前歴があることがわかった。そこで、Pらは、Xを降車させ、腕の注射痕の有無を確認したところ、左腕肘内側に真新しい注射痕2個を発見した。そのため、PはXに尿の任意提出を求めたが、Xは拒んだ。午後4時30分頃、PはXの言動、態度、前歴等から、強制採尿令状の請求をすることに決め、午後4時30分頃、Xに対して強制採尿令状を請求するから待

² 東京高判平成22年11月8日判タ1374号248頁。

³ 細谷芳明「覚せい剤使用事犯における『留め置き』をめぐる問題～二分論への批判に対し、実務上その有用性について～（第1回）～「同（第18回）『捜査研究』第800号（2017年8月）～第820号（2019年3月）を参照されたい。

学説においても、「二分論」に対して好意的なものもある。「純粹任意段階」と「強制移行段階」は、それぞれと対応しており、両者の区別は、留め置きの適法性について、より実質に即したきめ細やかな判断を可能とするものとも思われるとして、「二分論」について一定の有用性を認めるものに、大澤裕「強制採尿に至る被疑者の留め置き」『研修』第770号（2012年8月）3-18頁がある。

つように言って、令状請求のため警察署に戻った。午後5時前頃、「彼女のところに行きたい」等と言って自車の運転席に乗り込んだので、他の警察官が、Xが車両を発信して移動することはできるものの、そのために切り返しをする間に近寄って説得ができるようにするために、X車両の前約2.5メートルの位置にパトカーを駐車させた。Xは、自車の運転席で携帯電話で話をしたり、たばこを吸ったりしていたが、「まだか」などと尋ねたことがあったが、警察官が「待ってろよ」と答えると、それ以上、帰らせてくれとか、行かせてくれと求めることはなかった。午後7時51分頃、東京簡易裁判所の裁判官が発付した搜索差押許可状（強制採尿令状）をXに示し、Xを東京警察病院に同行し、医師に依頼して、午後8時43分頃、カテーテルを用いてXの尿を採取してもらい、警察官Qが、これを差押えた。Xに対する職務質問の開始から搜索差押許可状（強制採尿令状）がXに提示されるまでに約4時間が経過していた。

弁護人は、上記の事案において、警察官が、帰ろうとするXの車を取り囲むなどした上で、Xを違法に4時間以上留め置き、結果として強制採尿令状が発付され、尿が押収されたものであるから、このような強制採尿手続には令状主義を潜脱する重大な違法があり、その尿の鑑定書及び鑑定を行った証人Wの証言のうちXの尿から検出された覚せい剤の濃度、検出状況に関する部分は、将来における違法捜査を抑制する観点からも、証拠から排除されなければならないと主張した。

第一審の東京地判平成22年7月7日判タ1374号253頁は、「規制薬物を使用した場合に尿からこれが検出される期間は限られている」こと、「Xの説明内容や挙動からすると、後日警察に出頭するとのXの発言は信用性が乏しく、また、Xが所在不明となるおそれも高かったといえる（現に、Xは千葉県にある実母らが住む実家を住居地として供述しているが、実際には友人宅や自動車内で寝泊りし、実家には時折帰るだけであったと供述している）ことから、「警察官らが、強制採尿令状の請求に際し、Xに令状の発付まで待機するよう求めることは、強制にわたらない限り、適法かつ相当である」として、Xを職務質問が行われた場所に長時間留め置く必要性、緊急性及び留め置きの手段の相当性を肯定した。結論として、「警察官

らは、職務質問の開始後、強制採尿令状の執行まで、強制にわたることなく任意にXを職務質問の現場に待機させたと評価することができるのであって、何ら違法、不当な点はない」とする。

それに対して、弁護人は、Xの尿の鑑定書等は、Xに対する違法な身柄拘束を利用して請求、発付された強制採尿令状の執行の結果として形成されたものであり、違法収集証拠として排除すべきであるのに、これらに証拠能力を認めて、事実認定の用に供した第一審の判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反があるとして、控訴した。

控訴審の東京高等裁判所は、訴訟手続の法令違反の主張に対して、次のように判示した。「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提示された午後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。ところで、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、P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、捜索差押許可状(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⁴。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。」

その上で、「純粋に任意捜査として行われている段階」についても何ら違法、不当な点はないし、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も、「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

⁴ 「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」、二つの段階を一括して判断するのは相当でないとした裁判例に、東京高判平成21年7月1日判タ1314号302頁がある。

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。」として、「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く、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。」とした。

任意での採尿を求めるため職務質問の途中に、警察署への同行を求め採尿に応じるまで留め置いたり、職務質問の現場に留め置いたりすることが一般的である。最終的に、任意での採尿に被疑者が応じない場合には、強制採尿令状により強制的に尿が採られる。「二分論」は、職務質問から採尿（強制採尿）までの捜査過程において、「純粋に任意捜査として行われている段階」と強制採尿令状の請求準備に着手して以降の「強制手続への移行段階」とを二つに分けた上で、前者は説得行為の適法性を問題とするのに対して、後者は捜査機関による退出阻止の行為の適法性が問題とする⁵。そして、後者の「強制手続への移行段階」後の留め置きについての適法性の判断は、令状請求がなされていることを条件として、被疑者の所在確保の点から、「相当程度強くその場にとどまるよう被疑者に求めることが許される」とする⁶。

東京高判平成 22 年 11 月 8 日判タ 1374 号 248 頁は、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見るべきもので、「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**」とした。判示において、どう性質的に異なるのかについては、「午後 4 時 30 分頃以降強制採尿令状の執行までの段階」においては、「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」とする。留め置きにおける「二分論」の適用を是とする捜査実務家らの見解も、「被疑者の所在確保の必要性」が高いことが手続きにおい

⁵ 細谷芳明「覚せい剤使用事犯における『留め置き』をめぐる問題～二分論への批判に対し、実務上その有用性について～（第1回）」『捜査研究』第800号（2017年8月）26頁。

⁶ 細谷・前掲注5）26頁。

て「純粹に任意捜査として行われている段階」と強制採尿令状の請求準備に着手して以降の「強制手続への移行段階」とを二つに区分する理由であると解している⁷。令状請求準備着手の前後で生じる変化について、学説の中にも、迅速・円滑な令状執行のための「対象者の所在確保」が強制採尿令状の請求準備に着手して以降の「強制手続への移行段階」での留め置きの目的であり、その目的から留め置きの必要性が高くなるとするものもある⁸。

先にも述べたとおり、「二分論」においては、「純粹に任意捜査として行われている段階」においては、留め置くための説得行為の時間的限界が問題となり、強制採尿令状の請求準備に着手して以降の「強制手続への移行段階」においては、被疑者が退出行為に出た際における捜査機関による退出阻止行為（留め置きの態様）の適否が問題となる⁹。こうした「二分論」を裁判所が適用する意義は、とりわけ強制採尿令状の請求準備に着手して以降の「強制手続への移行段階」において、対象者の意に反することが明らかでも、一定限度の有形力を伴う留め置き行為も適法とされ、また留め置きの態様において相当と認められる限度という一般の適法性判断の要素と比べて、極めて明快な判断基準であると捜査実務家は評する¹⁰。要は、「二分論」を採らない場合の留め置きの適法性の判断においては、任意捜査の適法性の一般的判断と同じく、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ものか否かによる。このことは、事後的に判断される限り、留め置きの相当性の判断基準が不明確となり、違法・不当な留め置きを事前に認識することが容易ではないという批判につながっている。

⁷ 細谷・前掲注5) 21－22頁。

⁸ 大澤裕「強制採尿に至る被疑者の留め置き」『研修』第770号（2012年8月）10頁。最三小決平成6年9月16日刑集48巻6号420頁の事案は、少なくとも、令状請求準備着手前のある時点で、説得が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が失われていたとする。大澤・同注8) 9頁。

⁹ 細谷芳明「覚せい剤使用事犯における『留め置き』をめぐる問題～二分論への批判に対し、実務上その有用性について～（第2回）」『捜査研究』第801号（2017年9月）104頁。

¹⁰ 細谷・前掲注9) 106頁。

東京高判平成 22 年 11 月 8 日判タ 1374 号 248 頁では、捜査機関による強制採尿令状の請求の判断に誤りが無いことを前提とする。判示の中でも「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。」とする。しかしながら、捜査機関において強制採尿令状の請求の判断に誤りはないと断言することは難しいだろう。

例えば、東京高判平成 28 年 6 月 24 日東京高等裁判所（刑事）判決時報 67 巻 1～12 号 60 頁は、「被告人に対する覚せい剤使用の嫌疑を抱き、その嫌疑が濃厚になっていった経緯は、強制採尿令状の請求を受けた裁判官が令状を発付するに足りる嫌疑があるかどうか判断する上で重要な事実であるのに、その経緯について意図的に事実と異なる記載した本件捜査報告書を強制採尿令状請求の疎明資料として裁判所に提出した行為は、令状主義に関する裁判官の判断をゆがめるものであり、そのような疎明資料を提出して強制採尿令状を得た捜査手続には、令状主義の精神を没却する重大な違法があるといえる。」として、意図的に虚偽の記載をした捜査報告書を疎明資料として、裁判所に対し強制採尿令状を請求した点にふれている。

また、京都地判平成 27 年 12 月 4 日 LEX/DB25545235 においても、強制採尿令状請求の疎明資料に虚偽の記載をしたという点をあげている。これらの裁判例からわかることは、「二分論」が裁判所に適用された場合には、捜査機関による適正な法執行が歪められるおそれがあることである。

Ⅲ 「二分論」を適用することの問題点

他方で、「二分論」を適用せず、「二分論」そのものを問題とする裁判例もある。札幌高判平成 26 年 12 月 18 日判タ 1416 号 129 頁は、検察官の「二分論」にもとづく控訴趣意に対して、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もいないから、「二分論」のような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として、「二分論」のような判断枠組みによって留め置きの適法性を判断すべきでないとした。以下では、札幌高判平成26年12月18日判タ1416号129頁の裁判例を中心に「二分論」を適用することの問題点について検討したい。

札幌高判平成26年12月18日判タ1416号129頁の事案は、以下のとおりである。平成25年5月7日午前2時過ぎ頃、パトカーで警ら中の警察官らは、素行不良者が使用するような自動車の運転席に女性1名でいるとしてXに対し職務質問を実施した。Xは、食事帰りに友人がコンビニエンスストアのトイレに行っているなどと答え、運転免許証の提示にこたえ、店舗から出てきたYも氏名を告げるなどした。警察官らは、不審な点を特に見出さなかったため、5、6分程度で職務質問を打ち切ってその場を離れた。しかし、犯歴照会を行った結果、Xが平成24年10月に覚せい剤取締法違反の罪で検挙されたことを知った警察官らは、検挙歴に加えて、職務質問に対して多弁であり、運転免許証を探すのに時間がかかったことから、覚せい剤使用の可能性を疑い、再度職務質問することを決めた。午前2時20分頃、X車両を発見すると、運転席のXに停止を求めた。これを受けて、Xは付近の現場にX車両を止めて、再び職務質問を開始した。Xの同意を得て、2個のバック内を検索したところ、1個のバッグ内側ポケットの中にティッシュペーパーの塊2個を発見した。警察官が「これ、何？」と尋ねると、Xは警察官の手から取り戻して背後に隠したが、警察官が「出しなさい」というと、それらをしぶしぶ投げるようにして警察官に渡した。警察官がそれらを開いてみると、一方の塊には血液様の物が付着しており、もう一方の塊には注射器の空の外装袋が1つ入っていた。警察官は、血液様の物が赤茶色に近い色であったため、血液が付着してからさほど時間が経っていないと判断した。覚せい剤の使用を否定するXに対して、警察官は、Xに尿を採取させてほしいと告げるなどして説得を始めたが、「やってないと言ってるでしょ」などと答えてそれに応じなかった。午前3時頃、応援要請により他の警察官らが留め置きの現場へ到着した。

職務質問及び所持品検査の結果やXの犯歴等から、強制採尿を実施する必要があると判断し、3時10分頃、強制採尿令状の請求準備を行うため、一部の警察官らは××警察署に向かった。その後、Xは引き続きパトカー内に留め置かれ、その状態は、強制採尿令状が執行される午前7時18分頃まで続いた。午前7時18分頃、Xに対する強制採尿を許可する捜索差押許可状（強制採尿令状）が執行され、Xは別の捜査用車両で××病院に連行された。強制採尿令状にもとづき、午前11時55分頃、医師が、医療用カテーテルの挿管によりXの膀胱内から尿を採取し、そのうち鑑定用の約20ミリリットル及び予試験用の若干量を警察官が差押えた。午後0時19分、Xは××病院において、覚せい剤自己使用の被疑事実により緊急逮捕された。

第一審の札幌地判平成26年8月25日判タ1416号137頁は、留め置き の適法性について、「午前3時10分から午前7時18分までの間における本件留め置きは、被告人の意思に関わらずその行動等の自由を強く制約するものとして、実質的な逮捕に当たるといふべきである」として、令状主義の精神を没却する重大な違法があるとした。「実質的な逮捕に当たる」という理由としては、午前3時10分頃以降の本件留め置きは、被告人が自らの意思によりパトカーから外に出ることは極めて困難であったと認められることがあげられている。具体的には、(ア)被告人の水が飲みたいという要望が拒否されていること、(イ)携帯電話機の使用について、通話自体を禁止するような言動があったとはいえないものの、パトカー内という狭い空間に複数の警察官と同乗している状況にあり、通話の自由や秘密に対する制約は小さくないこと。実際にも、被告人は、携帯電話機の使用が許されていないものかと思ったのであり、弁護士に電話を掛けるように装って友人に電話をかけており、このような状況において、かかる制約の大きさを軽減させるような配慮がなされた形跡はないこと、(ウ)パトカー内に留まる名目がないことから、被告人の自由が相当程度制約されていたことが認められ、通常人の意思に反し、被告人の自由が相当程度制約されていたことが認められるとした。

留め置き の適法性についての検察官の控訴趣意には、「二分論」をもとに、

「強制手続への移行段階では、捜査機関において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ている状況にあり、令状の発付を受けた後、所定の時間内に強制採尿を行う医師の下に被疑者を連行する必要もあるため、被疑者の所在確保の必要性が非常に高まっており、相当な程度にわたり強く被疑者を留め置くことも許されると解されることを前提に、本件でも、××巡査部長らが採尿令状の請求準備を開始した後は、採尿令状の発付に向けて被告人の所在を確保するため、被告人を留め置く必要性、緊急性が一層高まっていた」旨指摘して、本件留め置きが適法であるとする。

それに対して、先にも述べたとおり、控訴審の札幌高判平成26年12月18日判タ1416号129頁は、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もいないから、「二分論」のような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として、「二分論」のような判断枠組みによって留め置きの適法性を判断することを否定した。「二分論」の目的でもある所在の確保の必要性という点については、「被告人が本件警察車両からの降車を申し出た理由が、『外の空気を吸わせて欲しい』などというものであり、本件現場から立ち去る意思を明示したことがなかったことなどを考慮すると、本件警察車両からの降車を許すことにより、直ちに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」とする。また、被告人が覚せい剤を投棄するなどの罪証隠滅行為に及ぶおそれがあったことは否定できないが、被告人の降車を許しても、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と認められるとする。

第一審との違いは、控訴審においては、強制採尿令状の発付と執行を待つ間に、被告人を本現場に留め置いた警察官らにおいて、令状主義を潜脱する意図があったものとは認められず、本件留め置きの違法性の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するほどに重大なものではないというべきで

あるとした点である。

しかしながら、Ⅱでも述べたとおり、「二分論」が裁判所によって適用されるにおいての問題点は、捜査機関による適正な法執行が歪められるおそれがあることである。東京高判平成29年6月28日判時2402号105頁は、「二分論」を裁判所が適用される事例が増えてきたことによって捜査機関が令状請求に値する事情がないにも関わらず、容易に強制採尿令状の請求手続きに移行することに対して警鐘を鳴らすべく、強制手続への移行段階において強制採尿令状請求の請求が適正な手続きに従って行われているかどうか事後的に厳格に判断しようとする裁判所の姿勢のあらわれであると解されよう。

さいごに、東京高判平成29年6月28日判時2402号105頁の事案を検討したい。P 巡査部長と Q 巡査は、パトカーで警ら中、午前10時40分頃、軽トラックがエンジンをかけた状態で停められ、X がごみ集積所をのぞき込んでいるのを認めた。P 巡査部長らは、資源ごみ窃盗や自転車盗の疑いを頂き、パトカーを X 車両のすぐ後方に停めて降車し X に対し職務質問を開始した。X は落ち着いた態度で質問に答え、運転免許証も提示した。その間、Q 巡査は荷台の自転車について車体番号から盗難の有無を照会したが、盗難の届出はなかった。Q 巡査が、X の前歴照会をしたところ、平成19年に大麻取締法違反、平成21年及び26年に覚せい剤取締法違反の犯歴を含む4件の犯歴が判明した。P 巡査部長らは、薬物犯罪の嫌疑を頂き、X に対し、持っている物と車内の物を見せてもらいたいとして所持品検査を求めたが、X は興奮し、大きな声で拒否した。そこで、P 巡査部長らは、さらに薬物犯罪の嫌疑を強く頂き、X に対し、覚せい剤取締法違反及び大麻取締法違反の犯歴があるので、所持品及び車内を確認させて欲しい旨説明したが、X は拒否した。P 巡査部長らは、さらに、X に対し、腕の確認を求めたり、採尿のため警察署への同行を求めたりしたが、X は拒否した。

その後、X は車両に戻ると、運転席ドアを開けて運転席に乗り込み、運転席ドアを閉めた。その後、X はギアを入れたが、Q 巡査は開いていた運転席ドアの窓から手を差し入れてエンジンを切り、エンジンキーを抜き取った上、運転席ドアを開けて、X 車両の車体ドアの間に体を入れた。P 巡

査部長は、助手席のドアを開け、X車両の車体と助手席ドアの間に体を入れた。Xがエンジンキーを返すよう求めたところ、Q 巡査は、これをXに返したが、Xが再度エンジンキーを差し込もうとすると、Q 巡査は、エンジンキーの差込口を手で塞いだ。Xは、薬物犯罪に対する職務質問開始後、早い段階で、トイレに行きたいから自宅に帰りたい旨訴えたが、Q 巡査はこれに応じなかった。Q 巡査は、Xがダッシュボードの整理をしている間等以外は、X車両のエンジンキーの差込口を手で押さえていた。P 巡査部長らも、その後も、Xに対し、再三尿の任意提出等を求めたが、交通整理として何人かの警察官の応援を求めた後、薬物銃器対策係に応援を求めた。

午前11時40分頃、薬物銃器対策係長R 警部補ほか1名が現場に臨場し、R 警部補は、Xに対し、腕の確認や尿の任意提出を求めたが、Xはこれを拒否した。R 警部補は、午前11時44分頃、Xに対し、強制採尿令状の請求手続きに入る旨告げた。R 警部補は、Xの体内にある尿を差し押さえるべき物とする捜索差押許可状（強制採尿令状）等の請求を行うために、さいたま地方裁判所越谷支部に向かい、午後2時33分頃、同支部において同請求が受理された。その後、R 警部補は、同支部裁判官により発付された捜索差押許可状（強制採尿令状）を携行し、本件現場に向かい、午後3時46分頃、同令状をXに呈示した。Xが採尿に応じる旨述べたため、R 警部補は、Xを警察署に同行し、午後4時20分頃から午後4時33分頃までの間、同署において、Xから尿の任意提出を受け、尿中覚せい剤予試験を実施した結果、覚せい剤の陽性反応を呈したため、Xを緊急逮捕した。

弁護人は、覚せい剤使用の証拠は、証拠収集手続（薬物の前歴等が判明して以降の本件職務質問、留め置き、令状請求）に令状主義を潜脱するような重大な違法があったことから、違法収集証拠として排除されるべきであると主張した。

その点について、第一審裁判所（さいたま地裁越谷支部判平成29年2月21日判時2402号111頁）は、「被告人が軽トラックでその場を立ち去ることを阻止し、その後、5時間余りにわたって被告人をその場に留め置いた措置は、覚せい剤使用又は所持の嫌疑が濃厚になっており、職務質問を継続する必要性が認められることを考慮したとしてもなお、被告人に対

する所持品検査や尿の提出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。」とした¹¹。

弁護人は、職務質問は、警職法2条I項の要件を欠く違法なものである上、本件強制採尿令状は、令状発付の判断に重大な影響を及ぼすような虚偽ないし誇大な記載のある本件報告書に基づき発付された違法なものであり、本件鑑定書等は違法収集証拠としてその証拠能力が否定されるべきであると控訴した。

控訴審（東京高判平成29年6月28日判時2402号105頁）は、「P巡査部長らにおいて、被告人に薬物使用を疑わせるような具体的な身体的特徴を見出すことはできず、被告人に対する薬物使用の嫌疑は具体性の乏しいものにとどまり、かつ、被告人が所持品検査や尿の提出については、当初から一貫して明確に拒否していることからすれば、合理的な時間内に任意の協力が得られない以上、職務質問を打ち切り、被告人の留め置きを解消せざるを得ない状況にあったと認められる。そして、職務質問開始から約1時間経過した午前11時40分頃、R警部補が臨場し、午前11時44分には令状請求に入る旨被告人に告げているが、その段階で、客観的には、強制採尿に関する搜索差押許可状の請求に必要な覚せい剤使用の嫌疑を基礎づける事情が認められないのは前記のとおりであり、本件においては、令状を呈示するまで、約5時間留め置いているのであるから、被告人に対する嫌疑の程度と留め置いた時間を比較考慮すると、このような長時間被告人を留め置いたことは違法といわざるを得ない。」とした。

さらに、本件令状請求行為について、「確かに、覚せい剤の前歴のある者が腕の提示や尿の提出を拒むということは、覚せい剤使用を疑う一つの事情といえなくはない。しかし、これは嫌疑の有無、程度としては未だ抽象的なものに過ぎないのであり、その他に覚せい剤使用を疑わせる具体的な事情が認められない限り、強制採尿令状を発付するに足る嫌疑があるとは

¹¹ 当該事案においては、「警察官らの措置に違法はあるが、その程度は重大なものではないから、被告人の尿の鑑定書を違法収集証拠として証拠排除する必要はない。」とする。

いえないというべきである。」とした。「そして、本件の場合、被告人の覚せい剤使用を疑う事情としては、覚せい剤の前歴のほか、被告人が腕の提示や尿の提出及び所持品検査を頑なに拒んでいるといった事情しかないのであるから、本件記載のごとき被告人の身体的特徴や挙動といった覚せい剤の薬理作用をうかがわせる事実は、令状発付の判断をするにおいて極めて重要なものとなる事情である。ところが、R 警部補は、このような重要な事実について、意図的に本件報告書に事実と異なる本件記載をし、これを本件令状請求の疎明資料として提出しているのであるから、このような行為は、令状請求に関する担当裁判官の判断を大きくゆがめるものである。」とした。結論として、「他に覚せい剤使用の嫌疑を基礎づける明白な事情が存するなど特段の事情のない本件においては、そのような疎明資料を提出して強制採尿令状の発付を得た捜査手続には、令状主義の精神を没却する重大な違法があるというべきである。」とした。

R 警部補と Q 巡査は、警察署に戻り、令状請求の際の疎明資料として添付するための報告書等の作成に取りかかったが、Q 巡査は、「覚せい剤取締法違反の疑いのある者に対する職務質問の実施とその状況について」と題する捜査報告書を作成し、X に対し、所持品の確認を求めた際、X が突然怒号し、騒ぎ立てる等した旨記載をした。また、R 警部補は、「強制捜査（搜索差押、強制採尿）の必要性について」と題する捜査報告書を作成し、X は「落ち着きがなく、感情の起伏が激しく周囲を異常に警戒する、目の焦点が合わず瞳孔が開いている、頬がやせけている等の身体的特徴を有し、覚せい剤の薬理作用の影響下にあるものと認められた。」旨記載するとともに、尿の任意提出の求めに対し、X は大声を出して拒否した旨記載した。

控訴審は、「本件報告書の記載の他に被告人の覚せい剤使用の嫌疑を具体的に示す的確な証拠はなく、本件令状請求行為については、令状主義の精神を没却するほどの重大な違法があり、令状請求をする旨被告人を告げた午前 11 時 44 分頃から 4 時間 2 分後の午後 3 時 46 分頃までの間、その違法な令状請求に基づく令状の執行のために、P 巡査部長らにおいて、被告人を留め置き続けていたと認められる。そして被告人の留め置きにより、

搜索差押許可状を被告人に呈示することが可能となったというべきである。」「そうすると、被告人を留め置きつつ、本件強制採尿令状の発付を受けて被告人の尿を押収した一連の手續過程には、令状主義の精神を没却する重大な違法があり、そのような違法捜査に基づき採取された尿と密接に関連する証拠の証拠能力を認めることは、将来の違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるから、本件尿の鑑定書の証拠能力は否定すべきである。」とした。

被疑者の身体的特徴や挙動といった覚せい剤の薬理作用をうかがわせる事実は、令状発付の判断をするにおいて極めて重要なものとなる事情である。しかし、当該事案においては、それにもかかわらず、このような重要な事実について、意図的に捜査報告書に事実と異なる記載をし、令状請求の疎明資料として提出している。判示の中で、「このような行為は、令状請求に関する担当裁判官の判断を大きくゆがめるものである」とする。「二分論」を裁判所が適用することによって、「強制手続への移行段階」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が許される」と解されるようになれば、こうした問題は深刻化するようにも思われる。「二分論」の適用から生じ得る問題に対応するために、強制採尿令状請求においては、判示にもあげられている通り、捜査報告書の記載の他に被告人の覚せい剤使用の嫌疑を具体的に示す的確な証拠が厳しく求められていくようになるとも思われる。

その他、近時、比較的早期に令状請求手続に入ることを対象者に伝えるようになっているようであり、「二分論」がそうした実際の捜査実務に影響しているかもしれないと問題視されている¹²。

IV おわりに

最三小平成6年9月16日刑集48巻6号420頁は、覚せい剤使用の疑いのあるXの職務質問を開始したところ、Xに覚せい剤取締り法違反の前科があったこと、また、目をキョロキョロさせ、落ち着いたくない態度で、

¹² 東京高判平成29年6月28日についての匿名解説『判例時報』第2402号（2019年6月）107頁。

素直に質問に応ぜず、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りしたため、覚せい剤使用の嫌疑が増して、Xの運転車両の窓から警察官が腕を差し入れ、エンジンを引き抜いて取り上げた事案である。また、Xに対して警察署への任意同行を求めたものの、X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ため、Xの運転車両及びXの身体に対する各差押許可状ならびに強制採尿令状の発付がなされるまでの約6時間の留め置きが問題となった事案である。最高裁は、「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、(中略)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。」と判示した。留め置きの説得の手段、方法としては、警察官職務執行法1条Ⅱ項の比例原則に照らしても、必要最小限度とは言えず、その限度を超えており、また、被告人の移動の自由を長時間にわたって奪ったことにより、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であるとしたものである。

留め置きについて、強制採尿令状請求の前後で区分して、「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」に分けて、後者については、「純粋な任意捜査として留め置きが行われている段階」は任意捜査の適法性の一般的な判断基準が用いられるのに対して、「強制採尿令状の執行に向けて留め置きが行われている段階」は「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が許される」解する「二分論」について、Ⅱ、Ⅲにおいても述べたとおり、捜査機関による適正な法執行が歪められるおそれが生ずるという問題があげられる。「二分論」が適用されることになれば、裁判官が令状発付の判断をする上で極めて重要なものとなる事情について、捜査機関が、被疑者に対して覚せい剤使用を疑う事情として、被疑者の身体的特徴や挙動といった覚せい剤の薬理作用について事実とは異なる記載をし、令状請求の疎明資料を提出したり、なんらの身体的特徴や挙動といった覚せい剤の薬理作用が認め

られないにも関わらず（強制採尿に関する令状の請求に必要な覚せい剤使用の嫌疑を基礎づける事情が認められないにも関わらず）、覚せい剤の前歴や被疑者が腕の提示や所持品検査、尿の提出に頑なに拒んでいることだけで安易に強制採尿令状の請求に取りかかるようになったりするという問題が生じてくる。

ただ、留め置きという手続においても、手続きを切り取って、単に強制採尿令状請求前後で区分するという意味の「二分論」であれば、裁判所における留め置きの適法性を判断する上でも問題はないと思われる。例えば、Ⅲであげた東京高判平成29年6月28日判時2402号105頁の第一審であるさいたま地裁越谷支部判平成29年2月21日判時2402号111頁の判示においては、留め置きという一つの手続きで適法性を判断しているものではなく、「職務質問開始から1時間程度で強制採尿令状請求に取りかかっている段階」と「強制採尿令状請求手続」を分けて、それぞれの適法性について判断している¹³。職務質問の開始から強制採尿令状を請求して令状を呈示するまでの留め置きにおいては、場合によっては手続きを分けて、それぞれの手続きの適法性の判断を行っても支障はないようにも思われる¹⁴。控訴審の東京高判平成29年6月28日判時2402号105頁は、留め置きを総じて「令状を呈示するまで約5時間留め留め置いているのであるから、被告人に対する嫌疑の程度と留め置いた時間を比較考量すると、このような長時間被告人を留め置いたことは違法といわざるを得ない」としている。しかし、嫌疑の程度と留め置いた時間との比較考慮から、留め置きの違法性を判断することは決して容易ではない。重要な点は、「覚せい剤使

13 「職務質問開始から一時間程度で令状請求の準備に取りかかっていることに照らせば、警察官らにおいて、当初から長時間の留め置きをする意図があったものとは認められない。以上によれば、本件留め置き行為の違法性の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するほどの重大なものではない。」とする一方で、令状請求手続の違法性について、「被告人の身体的特徴に関する警察官の供述は信用できないことから、警察官が作成した捜査報告書中、被告人の身体的特徴に関する記載部分も事実と認めることはできない。したがって、令状発付の判断資料となる捜査報告書中に事実ではない記載をしたものとして違法というべきである。」とする（東京高判平成29年6月28日判時2402号114頁）。留め置きの適法性と留め置きという一つの手続きでまとめてその適法性を判断しているわけではないことが特徴的である。

14 但し、「二分論」のように、任意捜査における留め置きの手続きそれぞれで適法性の判断基準を異にして適用するのは問題である。任意捜査としての留め置きの適法性の判断基準は、一律の規準によるべきである。

留め置きにおける「二分論」の適用の是非について
一札幌高判平成26年12月18日判タ1416号129頁と
112-東京高判平成22年11月8日判タ1374号248頁の検討を中心に一

用の嫌疑を基礎づける明白な事情が存するなど特段の事情のない本件においては、そのような疎明資料を提出して強制採尿令状の発付を得た捜査手続には、令状主義の精神を没却する重大な違法がある」としたことであろう。