

任意と強制の狭間 ——留め置きにおける「二分論」について——

大久保 隆 志

- 第1 はじめに
- 第2 これまでの裁判例
 - 1 最高裁判例
 - 2 下級審裁判例
 - 3 小括
- 第3 任意捜査としての限界と問題点
 - 1 任意捜査としての限界
 - 2 令状発付後の実効性確保との均衡
 - 3 令状発付前の実効性確保の可能性
- 第4 実効性確保の理論的可能性
 - 1 令状請求段階における捜査の実体
 - 2 強制捜査の観点からの検討
 - 3 実効性確保の理論的根拠
- 第5 おわりに

第1 はじめに

平成21年及び同22年に、東京高裁において、いわゆる「留め置き」を巡って、2つの注目すべき判決がなされた⁽¹⁾。これらは、いわゆる職務質問から留め置きを経て、強制採尿令状の発付とその執行に至るまでの一連の経過の

(1) 東京高判平21・7・1判タ1314号302頁（以下、「21年判決」という。）、東京高判平22・11・8高刑集63巻3号4頁、判タ1374号248頁（以下、「22年判決」という。）。

中で、次第に嫌疑が高まって行くことを踏まえ、令状請求段階に至ったか否かの時点の前後を区別し、その段階以降においては、一層強度の措置を講ずることができるという判断を示した。すなわち、21年判決においては、「純粹に任意捜査として行われている段階と、強制採尿令状の執行に向けて行われた段階（以下、「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の必要があり、両者を一括して判断するのは相当でない」とし、後者の段階においては、「対象者の所在確保の必要性は高く、令状請求によって留め置き必要性・緊急性が当然に失われることにはならない」⁽²⁾として、態様等を具体的に検討した上で、取調室内における本件留め置き（請求準備から令状執行まで約2時間58分）を適法とした。また、22年判決では、強制採尿令状の請求に取りかかったということは、その時点を「分水嶺」として、「強制手続への移行段階」に至ったとした上、「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、「純粹な任意の場合に比し、相当程度強くその場に止まるよう被疑者に求めることも許される」として、自動車内におけ

(2) 21年判決は、覚せい剤の体内残存期間は長く、住居不定でもないから、強制採尿令状を得た後に呼び出して執行すれば足り、必要性も緊急性もないという弁護人の主張に対し、「令状発付後、速やかに執行されなければ、捜査上著しい支障が生じることも予想され得る」という理由で、「所在確保の必要性」が高いとしている。これに対し、強制手続に移行することが可能であり、移行すべきであるのに現場に留め置いて職務質問を続行することは不当であって、この観点からは「職務質問の必要性」を欠くとの見方もあり得る（井田良ほか編『事例研究刑事法Ⅱ刑事訴訟法』(2010年)392頁（眞田寿彦，東京高判平19・9・18判タ1273号338頁参照）。もっとも、尿の任意提出を求めることと令状請求に移行することのいずれを優先すべきかの判断は「非常に難しい問題ではある」との指摘がある（松尾浩也ほか編『実例刑事訴訟法Ⅰ捜査』(2012年)50頁〔森本宏〕ほか、任意提出が不可能と判断されれば、速やかに強制採尿令状の発付を得て「強制採尿を実施するのが相当であろう」とも言われている（田邊泰弘「任意同行・逮捕一検察の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅰ』(2002年)234頁）。この点、「必要に応じて臨機に法に従った強制捜査を検討すべきである」とも指摘されている（千葉勝郎「任意同行・逮捕一裁判の立場から」同書243頁）。

る本件留め置き（請求準備から令状執行まで約3時間21分）を適法とした。

従来から、いわゆる「留め置き」については、有形力行使の態様・程度、嫌疑の程度、留め置きの必要性、緊急性等との相関関係の中でその違法性が判断されてきたが、その上で、一連の留め置き行為全体を総合的に判断して、対象者が警察官の多少の有形力を受けてもすぐに諦めて留め置きを受容したと評価できる場合には適法、そうでない場合には違法とされてきたと言われている⁽³⁾。これに対し、上記2つの裁判例は、従前の裁判例とは異なる新たな視点、判断枠組みを示したものとして注目されるとも評価されており、従来の任意捜査の限界をさらに区分する意味において、「二分論」と称されているようである⁽⁴⁾。

しかしながら、果たしてそのような区別が有益なものかどうか、なお批判もなされている。その批判の要点は、要するに、任意捜査が進むにつれて、嫌疑の高まりは認められるとしても、従来の必要性、緊急性、相当性の判断基準を変更するものではなく、具体的な当て嵌めについての一事例を提供し

(3) 判タ1314号304頁〔匿名解説〕。さらに、高橋省吾「判批」刑事法ジャーナル39号(2014年)132頁、眞田寿彦・前掲注(2)395頁、森本宏・前掲注(2)49頁参照。裁判例として、例えば、広島高松江支判平6・4・18判タ858号283頁(約4時間にわたり留め置いた事案につき、実質上逮捕として違法)、大阪高判平8・4・16判時1587号151頁(約8時間にわたり留め置いた事案につき違法)、東京高判平8・6・28判時1582号138頁(2時間余り職務質問をした後、警察署に同行し、3時間余り留め置いた事案につき違法)など。なお、職務質問における停止に伴う有形力行使の限界についても類似の判断基準が用いられており、その上限は、「何らかの重大な犯罪を行った嫌疑が濃く、しかも緊急性(急迫性)があり、その措置をとる必要性が強い」という事情がある場合と言われている(三井誠『刑事手続法(1)〔新版〕』(1997年)96頁)。さらに、大谷直人「職務質問における『停止』の限界」新聞雅夫ほか『増補令状基本問題(上)』(1996年)67頁、田口守一「職務質問と所持品検査」田口守一ほか編『判例演習刑事訴訟法』(2004年)5頁、江口和伸「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕(2011年)7頁など参照。

(4) 判タ1374号249頁〔匿名解説〕参照。

たに過ぎないというものである。このような批判に加えて、仮に事案の実態に即して「分水嶺」の存在を肯定し、「二分論」を認めるとしても、強制捜査に限りなく近接している「令状請求段階」における留め置き of 適法性を、そもそも任意捜査の範疇において理論的に説明することができるか、仮に説明可能としても、強制捜査の実質を有する捜査活動を任意捜査と言い換えているだけではないかとの疑問も残り、その理論的根拠にはなお検討の余地があるようにも思われる⁽⁵⁾。

そこで、本稿では、これらの批判を踏まえて、いわゆる「二分論」が、従来の判断枠組みとは本質的に異なる性質を有するのではないか、仮に異なるのであれば、どのような理論的根拠に基づくかを明らかにするとともに、そのような枠組みが、本来の任意捜査の枠内において理論的に説明することができるかについて検討を加えようとするものである。

第2 これまでの裁判例

1 最高裁判例

最高裁は、自動車運転中の被告人に対し、職務質問に引き続き尿の任意提出を求めたが応じなかったことから、運転を阻止して「約6時間半以上」もその現場に留め置き、その間に採尿令状を請求した事案について、「任意同行を求めるための説得行為としてはその限度を超え、被告人の移動の自由を長時間にわたり奪った点において、任意捜査として許容される範囲を逸脱したものとして違法」としていた⁽⁶⁾。この事案は、最終的には強制採尿令状を請求したものではあるが、警察官が任意同行にこだわって説得を続けていた

(5) この問題は、立法によって解決を図るべきであるとも言われている（柳川重規「判批」刑事法ジャーナル27号（2011年）102頁）。

ことから、強制捜査に移行するか否かの判断が遅れたものである。すわなち、午前11時10分ごろに職務質問を開始し、午後3時26分ごろ、現場で指揮を執っていた警察官が令状請求のため現場を離れ、午後5時2分ごろに令状が発付され、午後5時43分ごろに令状が執行されたという経過を辿ったものであって、職務質問開始から約4時間15分も経過した後ようやく令状請求段階に至ったもので、その後、令状執行までは約2時間16分であるから⁽⁷⁾、純然たる任意同行のための説得に大半の時間を費やしたという事情が認められる⁽⁸⁾。そうすると、当該留め置きの適法性を判断する考慮要素として、令状請求のためか否かという点を十分に考慮に入れたものとは言えないように思われる⁽⁹⁾。もっとも、この点については、純然たる任意同行のための説得がその許される限度を超えたため、説得のための留め置きが違法となったこと

- (6) 最決平6・9・16刑集48巻6号420頁。この点につき、人身の自由の侵害として、実質的に逮捕ともいえるべく、強制処分ではないかとの批判が強い(酒巻匡「判批」平成6年度重要判例解説ジュリスト1067号(1995年)167頁)が、人身の自由制約についても程度があり得るであろうから、全てが逮捕に当たるとまでは言えないように思われる(中谷雄二郎「判批」ジュリスト1060号(1995年)67頁参照)。さらに、最判昭61・4・25刑集40巻3号215頁参照。
- (7) 第一審判決(福島地会津若松支判平5・7・14)によると、令状発付から令状呈示までの時間は、「令状執行に密着し、その執行のために必要不可欠であった時間」として許されるとされている(刑集48巻6号442頁)。
- (8) 最高裁判所判例解説刑事篇平成6年度153~155頁, 185頁〔中谷雄二郎〕参照。その意味で、令状主義を潜脱しようとする意図があったとは言えないとの評価要素とされている(同185, 187頁)。説得のために移動を制限したとはいえ、未だ拘束とまでは言えない状態であっても、その状態が長時間継続することによって、相当性を逸脱するに至ったものと考えられる(江口和伸・前掲注(3)7頁, 大久保隆志『刑事訴訟法』(2014年)24頁参照)。
- (9) 第一審判決(前掲注(7))は、キーを取り上げてから午後5時2分ごろまでの拘束は、「根拠が見出せない」とする(刑集48巻6号444頁)。なお、キーを取り上げた時刻は明確ではないが、午前11時33分には応援者にキーを引き継いでいるから、職務質問を開始した午前11時10分ごろからそれまでの間である(同438頁参照)。

から、その後の令状請求のために警察官が現場を離れ令状請求がなされて令状が執行されるまでの留め置きについても、それまでの違法状態の延長として「全体を違法としている」のであって、「先行部分の留め置きが適法であった場合に・・・令状請求準備着手後の留め置きが許され得るのかどうか」については、「将来にその判断を委ねた」との評価もある⁽¹⁰⁾。

2 下級審裁判例

(1) 令状請求手続が採られた事例

ア 適法な留め置きとした事例

① 午後11時33分ころ、自動車を停止させて職務質問を開始したが、覚せい剤使用の疑いがあるとして採尿に応じるよう説得を続け、任意同行に応じない場合には強制採尿令状を請求する旨伝えたが、被告人はこれに応じなかったため、午前1時ころ、令状請求のため警察署に戻り、他方、被告人は帰るなどと言いながら立ち去ろうとしたり、タクシーを止めたりしたが、いずれも警察官に阻止されるなどし、その間、令状請求手続が採られ、午前4時38分ころ強制採尿令状の発付を受け、同5時5分ころ現場に戻って被告人に告げたところ、被告人は任意同行に応じ、同5時20分ころ警察署に到着し、同5時55分ころ令状を呈示したところ、被告人は任意に尿を提出したという事案について、「既上記のような嫌疑が存在する中で強制採尿令状請求の準備が開始された状況にあり、強制採尿令状発付後は、速やかに同令状が執行されなければ捜査上著しい支障が生じることが予想され、相当な嫌疑の下で被告人の所在確保の必要性が高まっているといえる」から、被告人に「現

(10) 大澤裕「強制採尿に至る被疑者の留め置き」研修770号（2012年）10頁。なお、中谷雄二郎・前掲注（8）186頁参照。さらに、最決平6・9・16が21年判決と矛盾するものではないとの指摘として、前田雅英『刑事法最新判例分析』（2014年）258頁。

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・・・被告人を本件現場に留めようとした措置に違法な点は認められない」とした裁判例⁽¹¹⁾がある。この事案では、令状請求段階にあることを理由に被告人の所在確保の必要性が高まっていることを認めている点で、「二分論」に近い発想を認めることができるように思われるが、少なくとも、令状請求段階にあることが、捜査の必要性判断の大きな要素として考慮されていることは疑いないように思われる。

② 午後3時50分ころ、自動車を停止させて職務質問を開始し、被告人に尿の任意提出を求めたが拒否され、同4時30分ころ、強制採尿令状を請求するから待つように求めて警察署に戻ったが、その間、応援警察官が被告人車両の前後にパトカーを止め、3、4人の警察官が周囲に待機、遊動しており、被告人は3回くらい「まだか」と尋ねたものの、帰らせてくれと要求することはなかったところ、午後7時51分ころ、発付された令状を被告人に示して病院に同行し、同8時43分ころ強制採尿を行って尿を差し押さえたという事案につき、「強制採尿令状の請求に取りかかった手続にも、何ら違法、不当な点はない」とした上、「後日警察に出頭すると被告人の発言は信用性が乏しく、また、被告人が所在不明となるおそれも高かった」ことに照らすと、「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、令状請求のため現場を離れてから令状執行まで3時間20分程度であって「必要な時間を越えたものとはいえない」こと、その間、被疑者は「強く立ち去る意向を示すことがなかった」こと、身体を押さえるなどの有形力を行使していないこと、3、4名の警察官が少し離れて「遊動し待機していた」こと等に照らし、「このような経緯及び状況によれば、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被告人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

(11) 東京高判平25・1・23 LLI/DB L06820268。高橋省吾・前掲注(3)128頁参照。

のであって、何ら違法、不当な点はない」とした裁判例⁽¹²⁾がある。ここでは、令状請求段階に入ったことが必要性の要素として考慮されているように見えるものの、留め置きの適法性については、職務質問から令状執行までを一体として判断しており、令状請求段階に入ったか否かがさほど決定的要素として評価されているものとは思われない。

イ 違法な留め置きとした事例

③ 午後2時10分ころ、覚せい剤使用の疑いで警察署に任意同行された後、再三にわたって尿の提出を促され、お茶を飲むよう強い口調で説得された被告人が、腹痛を訴え、病院に行かせて欲しい旨を要望したのに対し、言を左右にしてこれに応じなかった上、被告人が便所に行くなど取調室を出るときには、複数の警察官が同行していたところ、警察では、午後4時ころ、尿の任意提出を受けるのは困難であると考え、書類作成を経て、同4時50分ころ強制採尿令状を請求し、同5時50分ころ発付を受けて、被告人を病院に連行し、同6時10分ころ、強制採尿令状の執行に着手したが、被告人が任意に尿を提出するに至り、これを差し押さえたという事案（なお、その後、午後6時30分ころ、被告人を警察署に連れ戻り、同7時20分ころ覚せい剤反応があった旨の電話連絡を受けたので、直ちに逮捕状を請求し、同8時42分ころ逮捕状が執行された。）につき、「被告人が最初に同警察署からの退去の意思表示をした時点以降の被告人の同警察署への留め置きは違法であったものというべきである」とした上、これを「事実上逮捕したのと同様の身柄拘束状態」とした裁判例⁽¹³⁾がある。被告人は、「同警察署の取調室に入室して間もなくから、取調べに当たった警察官らに対し、病院に連れて行くよう要求あるいは要請していた」との認定に照らすと、最初に退去の意思表示をしたのは、概ね午後2時10分ないし15分ころと考えられるので、令状発付を受けて

(12) 東京地判平22・7・7LLI/DB L06530825（前掲22年判決の第一審判決）。

(13) 広島高裁松江支判平6・4・18判タ858号283頁。

これに基づいて病院への連行を開始したのは、概ね午後6時ころと認められ、その間、約3時間45分ないし50分の間の留め置きが違法とされたと考えられ、しかもこれを全体として「事実上逮捕」と評価したのであるから、この事案においては、強制採尿令状請求段階に入ったか否かについては、全く考慮されていないと考えられよう。

④ セカンドバッグに凶器を所持している疑いがあったので、職務質問を行った後、午前零時30分ころ、約500m離れた警察署に同行され、バッグを開披するよう求められた被告人がこれを拒否し、任意だったら帰って欲しいと再三にわたって退去を求めたが、これに応じなかったところ、連行して間もなく事情聴取の過程において、バッグに覚せい剤所持の疑いが生じ、連行から約1時間30分経過した午前2時ころ、覚せい剤所持の疑いで捜索許可状を請求する準備を開始したところ、同3時ころには、椅子から立ち上がって出入口に歩きかけたが警察官に制止されるなどし、同4時ころ、裁判所に令状請求をして、同7時ころ令状が発付され、同7時55分ころ、同バッグを捜索したところ、覚せい剤が発見されて押収され、同8時40分ころ、被告人を緊急逮捕したという事案につき、「被告人の退去の申出に対する捜査官の対応は、説得が中心であって、それ以外には被告人が自ら退去しようとして部屋の出口に向かったときに同室していた捜査官が被告人の肩に手をかけて退去を思い留ませようとした」程度であったとしても、「被告人の再三にわたる退去の申出に応じることなく、約8時間にわたり被告人を広島東警察署に留め置いて右バッグの開披を求めるなどの措置を継続した上で行われたものであるところ、右のように長時間、退去の申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強く、適法な捜査とはいえない」とした裁判例⁽¹⁴⁾がある。この事案では、約8時間の留め置きと認定してこれを違法としているから、同行から緊急逮捕までの時間を想定して

(14) 広島高裁平8・4・16判時1587号151頁。

いと認められ（約8時間10分である）、同行から約1時間30分後には令状請求の手続が開始されたことを適法性判断の考慮要素しているか否かは明らかではないが、おそらく考慮要素としていないのではないと思われる。

⑤ 午前2時30分ころ本件車両を発見して追尾し、停止させて職務質問を開始し、何度も尿の提出を求めたが応じなかった上、警察官を無視するような態度を採っていたところ、同4時30分ころ到着した薬物対策専門の警察官による尿の提出要求も頑なに拒否したことから、同4時35分ころ強制採尿令状請求のために現場を離れて令状請求の準備を進め、他方、被告人がエンジンを掛けるのを阻止したり、自動車のドアを押さえて被告人が車外に出ることを阻止するなどしていたところ、午前7時35分ころ令状の発付を受け、同8時5分ころ現場に戻って令状を呈示し、警察病院に連行したところ、尿を任意提出したという事案で、「午前2時30分ころから被告人に対する職務質問を開始し、強制採尿令状を被告人に呈示した午前8時5分ころまでの約5時間35分にわたり、被告人を本件現場に留め置いている」ところ、その間、「強制採尿令状が発付されるまでは、警察署以外で排尿させないようにする捜査上の必要性があったといえる」が、「ドアに体を寄りかからせたり押ししたりして、被告人を本件車両の外に出られないようにする行為は、被告人の身体に直接有形力を及ぼすものではないにせよ、被告人の移動の自由を完全に奪うものであり、逮捕に近い強度な態様といえる」として、「違法な有形力の行使」である上、「本件車両からの出入りを困難にする状況を作出している」ことに照らすと、「約5時間35分にわたり被告人を本件現場に留め置いた行為」は、「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」とした裁判例⁽¹⁵⁾がある。強制採尿令状が発付されるまでは留め置く必要性があったことを認め、この点に一応の配慮を示しながらも、それ以上に特段の価値を見出すことなく、むしろ移動制限が逮捕に近い状態であったことを重視しており、少なくとも令状請求段階に入ったことを重要な要素として考慮している訳ではない。その意味で、ここでも「二分論」

のような発想は認められないように思われる。

⑥ 午前5時15分ころ、自動車を停止させて職務質問を開始したが、被告人は任意同行と尿の提出を拒否したので、同5時47分ころ、令状請求の準備のために現場を離れ、その後は、応援警察官が被告人の説得を続け、エンジンキーを抜き取るなどしてその場で説得していたところ、午前6時40分ころ令状請求のために警察署を出発し、同8時ころ身体検査令状及び強制採尿令状の発付を受けて、同8時14分ころ被告人に身体検査令状を示したが、車外に出ようとしなかったことから、さらに説得してパトカーに乗せて警察署に同行し、午前9時10分ころ、同署で強制採尿令状を示したが、尿の任意提出に応じなかったため、付近の病院に連行し、同9時52分ころ医師によって強制採尿が行われたという事案について、「被告人が自車に閉じこもった行為は任意同行に応じない態度を示すものといえること、午前6時36分ころから39分ころにかけて自車を動かしたりクラクションを鳴らしたりした行為はその態度を一層明らかにしたものとみえること、被告人を本件現場に留め置いてから被告人に対する身体検査令状の執行が開始されるまでの間に約3時間経過していることに照らすと、その留め置き措置は、被告人に対する任意同行を求めるための説得行為としての限度を超え、被告人の移動の自由を長時間にわたって奪った点において、任意捜査として許容される範囲を逸

(15) 東京地判平22・8・6判タ1366号248頁。これに対し、その控訴審である東京高判平24・1・30判タ1404号360頁は、原判決の職務質問開始時刻には誤りがあるとして、これを午前3時50分ころと認定し直し、「それから40分余りが経過した午前4時35分ころには、戸塚警察署組織犯罪対策課の薬物対策専務員である警察官HとD警察官らが、被告人の尿の搜索差押許可状を請求するために現場を離れて疎明資料の作成等の準備に取りかかっているのであって、この間、F警察官らによって被告人に対して任意採尿に応じるよう説得が継続され、3時間後の午前7時35分ころには令状が発付され、午前8時5分ころに執行されたというのであるから、殊更長時間にわたって被告人に対する違法な留め置きが継続されたとはいえず」として、重大な違法があるとした原判決を破棄した。

脱したものとわざるを得ない。」とした裁判例⁽¹⁶⁾がある。この裁判例も、令状請求段階にあることそれ自体を適法性の考慮要素とはしていないように見えるが、しかし、同時に、「覚せい剤使用の嫌疑が濃厚な被告人らにつき、警察官が令状請求の手续をとり、その発付を受けるまでの間、自動車による自由な移動をも容認せざるを得ないとすれば、令状の発付を受けてもその意義が失われてしまう事態も頻発するであろう。本件のような留め置きについては、裁判所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、令状請求手续をとる間における一時的な身柄確保を可能ならしめるような立法措置を講ずることの方が望ましい」とも判示しており、留め置きの実務上の必要性については十分な理解を示している点に留意しておきたい。

なお、この点で、「警察においては、強制採尿令状請求に向けて署員が分担して手続を進めていた経緯からも、ことさら令状主義を潜脱する意図は無かった」と認定した裁判例⁽¹⁷⁾、「中断はしたものの甲署において強制採尿の手続の準備を進めていたこと・・・などの事情に照らせば、・・・令状主義を潜脱する意図があったとも認められない。」とした裁判例⁽¹⁸⁾があり、少なくとも違法の重大性を判断する際の判断要素としての「令状主義を潜脱する意図」⁽¹⁹⁾の有無については、令状請求段階であったか否かが考慮されていると言える⁽²⁰⁾。

(16) 東京高判平20・9・25東高刑時報59巻1～12号83頁。

(17) 札幌高判平13・2・20高検速報平13年235頁。

(18) 仙台高判平20・1・31高検速報平20年293頁。

(19) 違法の重大性を判断する要素の1つとされているが（川出敏裕「いわゆる『毒樹の果实論』の意義と妥当範囲」松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻（1998年）531頁など。さらに、宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（2012年）388頁参照）、主観的要素を考慮することには反対も有力である（上口裕『刑事訴訟法』〔第3版〕（2012年）497頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅱ』（2013年）158頁、福井厚『刑事訴訟法講義〔第5版〕』（2012年）355頁など）。

(20) この点につき、松本英俊「判批」法セミ増刊速報判例解説Vol.8（2011年）228頁参照。

⑦ その他、逮捕状請求に関する事案であるが、自動車の窓を叩き割るなどの器物損壊等の関係者として、午前零時30分ころに任意同行を求められ、午前1時5分ころ警察署に到着した後、異議なく取調べに応じた被疑者に対し、警察では、午前3時ころ通常逮捕の方針を固めたところ、その後、複数回にわたり、「帰らせろ」などと言いながら取調室出入口に向かって歩き出すこともあったものの、警察官が立ち塞がってこれを阻止し、午前9時ころ逮捕状の請求を行ったが、ようやく午後2時過ぎに逮捕状が発付され、午後2時33分に執行されたという事案につき、「任意同行から午後2時33分の逮捕まで約13時間30分、被告人が帰宅を訴えた当日午前4時8分ころ以降に限っても10時間余りという長時間に及んでいる」ところ、「逮捕状請求の方針を固めた午前3時以降請求までに約6時間を要しており、いかにも長すぎる」として、「遅くとも被告人が明確に退出の意思を表明した午前4時8分ころ以降、被告人を取調室内に留め置いた行為は、既に別件での逮捕状請求の準備段階に入っていたことを考慮しても、任意捜査として許容される限度を超えた違法な身体拘束であったと認められる。」とした裁判例がある⁽²¹⁾。ここでは、強制捜査の準備段階に入ったことが、留め置きを許容する方向に作用する要素として考慮に入れられているようではあるが、逮捕方針を固めた時点から実際の請求までの時間が長過ぎると評価していることを踏まえれば、仮に速やかな準備が採られていたとすればその限度で留め置きを認める余地はあり得たかもしれない。しかし、それ以上に具体的なことは不明である。

ウ その他の裁判例

その他、午後4時25分ころ職務質問を受けた後、パトカーに乗せられて同4時30分過ぎに警察署に連行され、尿を提出するよう何度も説得されたがいずれも拒否したところ、午後5時30分ころから強制採尿令状を請求する資料作成等が始められ、同7時13分ころ裁判所に向けて出発し、同8時ころ令状

(21) 松山地判平22・7・23判タ1388号375頁。なお、柳川重規・前掲注(5)98頁参照。

発付を受けて警察署に戻って令状が示されたところ、同8時20分ころ自ら尿を提出したので差し押さえたという事案について、「西成署に連行する際に採った諸措置は、・・・職務質問の方法として許される限度を著しく越え、逮捕行為にも比すべきもので、その違法性は重大である」として、その後の令状を示した採尿も「違法な連行に引き続き、かつ、これを直接利用してなされたもので、その違法性も重大である」とした裁判例⁽²²⁾があるが、この事案では、当初の連行を違法としたため、連行後約4時間にわたる留め置きについては特に判断を示していない。

なお、病院で強制採尿令状の執行を受けて採尿された後、警察署に同行され、取調室において退去を要求したのに、その後、逮捕状が執行されるまで約4時間30分にわたって取調室に留め置いた事案につき、「令状がないのに被告人を事実上逮捕したのと同様の状態に置いたものといわざるを得ない」として違法としたが、「強制採尿を終えて警察署に戻ると逮捕状請求の準備を開始し、疎明資料が整うと直ちに逮捕状請求を行っている」ことをも踏まえ、「令状主義を潜脱する意図」があったとは言えないとして、重大な違法ではないとした裁判例⁽²³⁾がある。

(2) 令状請求手続を断念した事例

これに対し、令状請求を検討したが結局断念して留め置きを続けたという事案として、次のような事案がある。

⑧ 警察官数人で取り囲んで腕に手を掛け引き止めるなどして警察署に同行した後、午後1時40分ころから取調べを始め、同意を得て所持品検査等を実施したが、覚せい剤等を発見できなかったところ、腕の注射痕について

(22) 大阪高判平4・1・31高刑集45巻1号1頁。なお、那須彰「判批」判タ920号(1996年)18頁参照。

(23) 東京高判平16・11・29東高刑時報55巻1～12号104頁（さらに、緊急逮捕も可能であったこと、強度の有形力行使がなったことも考慮されている。）。

被告人が説明できなかったことから覚せい剤使用の容疑を深めたものの、強制採尿令状を請求するには資料不足と考え、午後2時10分ころから尿の提出を求めたが、被告人はこれを拒否して帰宅を求めたので、さらに説得を続けていたところ、同4時20分ころ、姉に連絡して弁護士を呼ぶよう依頼し、弁護士の到着を待つ気配を示したが、同5時40分ころ尿意を告げたので便所に連れて行ったところ、5ccほど排尿したものの検査には足りなかったため、再度排尿を求め、ようやく同6時20分ころ15ccを排尿して書類に署名したという事案につき、「被告人は、尿の提出を頑強に拒否し、帰してくれるように要求していたのだから、所持品検査等が終了した後は、令状請求の意思もなく、また、令状請求するに必要な資料もない以上、一定時間説得後は帰すべきであり、午後2時10分すぎころからは、違法な状態になっていたものというべきである。」として、約4時間10分の留め置きを重大な違法とした裁判例⁽²⁴⁾がある。この裁判例は、令状請求の意思も資料もなかったことを重視して被告人を帰すべきであったとしており、逆に言うと、令状請求の意思と資料をもって請求手続が採られたとすれば、留め置きを適法とする可能性があったかもしれないし、少なくとも重大な違法とは評価しなかったように思われる。

⑨ 午前1時55分ころ、警ら中、蛇行運転ともとれる動きをした被告人らの自動車止め、職務質問して車内を見せるよう求めて質問を継続中に、午前3時15分ころ、担当捜査官に強制採尿令状請求の可能性を検討させたが、被告人らに薬物事案の兆候が認められず、令状請求は困難であると判断した後も、なお所持品検査に応じるよう説得を継続した事案について、被告人ら

(24) 福岡高判平6・10・5判タ833号296頁。なお、第一審（大分地判平6・3・28判タ833号299頁）は、午後3時以降の留め置きを違法としたが、退去要求に応じなかったがそれ以上強制を加えていないこと、弁護士や姉への連絡を要求するなど精神的余裕があったこと、姉への連絡を機に尿提出に至ったことなどから、重大な違法ではないとした。

は、「当初より、帰らせてほしい旨繰り返し要求していたものであり、被告人らの所持品検査を拒否し立ち去りを求める意思は明確であって、それ以上警察官らが説得を続けたとしても被告人らが任意に所持品検査に応じる見込みはなく、被告人らを留め置き職務質問を継続する必要は乏しかった」ところ、午前3時15分ころ、令状請求が困難であると判断した時点では、「令状請求に耐えられるような」嫌疑もなかったのであるから、「強制捜査が困難と判断されたこの段階では、それ以上、被告人らを留め置く理由も必要性もなかったものと思われる」とした裁判例⁽²⁵⁾もある。この裁判例も、令状請求を断念した事案ではあるが、逆に言うと、仮に令状請求をしていたとすれば、それだけの嫌疑が高まっていたのであろうから、その間の留め置きの必要性を認めることになっていた可能性もあったのかもしれない。

⑩ 強制採尿令状を得る用意がないまま尿の任意提出を受けた事案として、警察署に任意同行された後、一旦尿の任意提出に応じる態度を示したので、警察官が便所に同行したが、実際には便器に排泄してしまったので、再度の提出を求めたところ、帰宅を申し出た事案につき、「当時その用意もないまま被告人に対し強制採尿の方法をとるかのごとく言及した」のも「不当な心理的強制」であって、「遅くとも右の帰宅の申出をした時点においては、その帰宅の意思と共にはや採尿に応じたくないという意思を、外部的にも明確にしていたことが認められる」から、「Aらがその後あえて肩を押さえるなどして被告人を椅子に座らせ、約1時間近くにわたり前記警察署に留め置いたのは、任意の取調べの域を超え、実力をもって被告人の行動の自由を

(25) 東京高判平19・9・18判タ1273号338頁。この裁判例の判断手法は、移動の自由の制限の必要性を「犯罪の嫌疑の程度」と対比させつつ、できるだけ「具体的かつ厳格に」見極める姿勢が見られると評価されている（那須彰「判批」平成20年度重要判例解説ジュリスト1376号（2009年）218頁）。なお、この事案の違法性は、「長時間の留め置き」にこそあるとも言われている（門野博「刑事裁判ノート—裁判員裁判への架け橋として（10）」判タ1342号（2011年）50頁）。

違法に侵害したものとわざるを得ず」とした裁判例⁽²⁶⁾がある。実力行使の程度が軽微であるのに違法としたのは、「不当な心理的強制」の要素が大きかったように思われるが、そうだとすれば、仮に強制採尿手続をとる準備を行っていたとすれば、任意捜査の限界内とされていたのかもしれない。

なお、その他、強制採尿令状を請求する準備として医師の了解を得るなどした上、書類作成を行っていたものの、その途中で被告人が任意同行に応ずる旨の言動があったとの連絡があったため準備作業を中止したという事案⁽²⁷⁾があるが、請求を断念した事案ではなく、この点が違法性評価に影響を及ぼした形跡は窺えないように思われる。

3 小括

以上のように、これまでの裁判例に照らすと、令状請求段階に至ったか否かを考慮したかに見える裁判例もないわけではない。例えば、当該捜査の必要性を強める積極的要素の一つとして考慮したもの（①，⑦）、単に令状執行までの間被告人を留め置く捜査上の必要性があることを認めるにとどめたもの（⑤）、さらにはその必要性を認めて立法的措置に言及したもの（⑥）がある一方、令状請求を断念したのであればそれ以上留め置く必要がなかったとする消極的要素として考慮したものもある（⑧，⑨）。しかし、その考

(26) 大阪地判平1・1・27判タ719号219頁。これを肯定した大阪高判平1・7・11判タ1332号146頁。なお、大阪高判の評釈として、河上和雄「判批」判タ719号（1990年）61頁。

(27) 仙台高判平20・1・31高検速報平20年293頁。「午前7時2分過ぎに被告人に対し任意同行を求めてから、既に約3時間40分経過していたことにかんがみると、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、その限度を超えたものであり、被告人の移動の自由を相当な時間にわたって奪った点において、任意捜査として許容される範囲を逸脱したものととして違法といわざるを得ない。」としているが（ただし、重大な違法ではない）、令状請求の点については言及していない。

慮の具体的な程度は必ずしも明確とは言えず、少なくともこれを「分水嶺」とするような発想は、これまで殆ど認められなかったように思われる。その意味において、21年判決及び22年判決は、そのような議論を自覚的に展開した点において、画期的と評価することができよう。しかしながら、その理論的根拠は必ずしも明確とは言えないように思われる。確かに、事例に沿って具体的に検討してみれば、予め令状執行の実効性を確保するために被告人を留め置くことが必要であることは十分に理解できるものの、このような議論を正当化するための理論的根拠が明快に語られているとは思われない。確かに、そこでは任意捜査の限界として許容するという方向性が示されているとはいえ、そして、必要性判断の客観化が目指されているとはいえ、必ずしも成功しているとは言えないように思われる⁽²⁸⁾。

そこで、まず、この点から検討してみよう。

第3 任意捜査としての限界と問題点

1 任意捜査としての限界

これまでの一般的な考え方によると、捜査は強制捜査と任意捜査とに分けられ、任意捜査であっても対象者に対する法益侵害ないしそのおそれがあるので、必要性・緊急性を踏まえて相当な限度において許容されるとされてきた⁽²⁹⁾。したがって、いかに令状請求段階に至ろうとも、そしてその後発付されるであろう令状の実効性を予め確保しておく必要性がいかに強かろうとも、令状が発付されない限り任意捜査の範疇にとどまるのであるから、任意捜査の限界を判断する基準に従ってその適法性が判断されることとなる。その意味において、理論的には、通常の任意捜査の限界の場合と全く変わりは

(28) 白取祐司「判批」平成23年度重要判例解説ジュリスト1440号（2012年）180頁参照。

ない。仮に、令状請求段階に至ることによって必要性の程度が高まるとすれば、それに応じてある程度強度の権利侵害を許容する可能性が高まると言えようが、さりとて、そのために特別な判断基準が設けられるわけではない。

そこで、「二分論」に基づいて対象者の留め置きを認めることは、「極限まで強制に接着する留め置きを合理化しうる」ものだと批判⁽³⁰⁾がなされている。このような批判は、明らかに任意捜査の限界基準に従って、許容限度が緩和されることを批判するのである。しかしながら、理論的には、緩和が直ちに不当ということにはならないように思われる。そもそも、任意捜査の枠内において、ある程度意に反する移動の自由制限を適法とする余地を認めるのであれば⁽³¹⁾、必要性・緊急性の高まりに伴って自由制限の程度が強まるのは比例原則⁽³²⁾に照らして当然であるから、仮に「二分論」を用いないとしても、「強制に接着する」留め置きを肯定することは可能であったはずである。

- (29) 田口守一『刑事訴訟法〔第6版〕』(2012年) 46頁, 松尾浩也『刑事訴訟法上〔新版〕』(1999年) 36頁, 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(1996年) 73, 65頁, 光藤景皎『刑事訴訟法I』(2007年) 27頁, 井上正仁『強制捜査と任意捜査』(2006年) 7頁など。この点につき、「社会通念上相当」という評価基準は、「客観的ないし量的な言語化が困難で不明瞭」であり、「判断過程を曖昧化するおそれ」があり、妥当ではないとして、被侵害利益を「個別具体的かつ明瞭に析出し」た上、これと当該捜査手段を用いる必要性の程度との「合理的権衡」によって判断すべきとの主張が有力である(酒巻匡「捜査手続(2) 総説(続)・捜査の端緒」法教357号(2010年) 73頁)。さらに、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(2)」法教284号(2004年) 66頁, 同「刑事手続における任意手段の規制について」法学論叢162巻1~6号(2008年) 91頁以下, 川出敏裕「任意捜査の限界」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集下巻(2006年) 32頁参照。なお, 比較衡量によって任意捜査の相当性を判断することの妥当性につき, 堀田周吾「任意捜査の相当性判断に関する一考察」法学会雑誌47巻1号(2006年) 21頁以下。
- (30) 豊崎七恵「判批」法教378号(2012年) 別冊判例セレクト2011 II 38頁。その意味で, 198条1項但し書の「明文規定を無に帰する」と批判される(正木祐史「判批」法セミ666号(2010年) 124頁)。強制処分法定主義の理想はさらに後退してしまうとの批判(白取祐司・前掲注(28) 179頁)も同様であろう。

「二分論」は、あくまで強制未満の限界を堅持した上で⁽³³⁾、その境界の線引き方法をより具体的に提示するに過ぎない。確かに、「二分論」を用いれば、境界線が強制の方に限りなく接近する可能性は高まるかもしれないが⁽³⁴⁾、それだけであれば、それは必要性が高まったということを言い換えただけであるから、直ちに「二分論」が不当という訳ではないように思われる。そうだとすれば、結局のところ、具体的事案に応じて個別的に区別せざるを得ないのであるから、「二分論」ゆえに「強制に接着する留め置きを合理化しうる」という訳ではないであろう⁽³⁵⁾。

また、令状請求段階に至れば嫌疑は高まるであろうが、それは個別事案によるのであって、常にそうとは言えないし⁽³⁶⁾、また、その嫌疑は捜査機関の

- (31) リーディングケースとされる最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁も、取調べ中に立ち去ろうとした者の手を掴んで意に反する移動制限をしたことを適法とした事案であるが、制止行為が「説得のためにとられた抑制の措置」であり、その程度も「さほど強いものではない」ことが重視されたものと言われている（最高裁判所判例解説刑事篇昭和51年度77頁〔香城敏磨〕、大澤裕「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕（2011年）5頁、朝岡智幸「判批」判タ339号（1976年）130頁、中林英二「判批」警察実務判例解説（任意同行・逮捕篇）〔別冊判タ11号〕（1990年）29頁、小木曾綾「判批」警察基本判例・実務200〔別冊判タ26号〕（2010年）74頁など）。もっとも、このような措置は、本件の事情を考慮に入れても「なお疑問が残る」との批判が強い（光藤景皎「判批」昭和51年度重要判例解説ジュリスト642号（1977年）178頁など）。
- (32) 比例原則につき、須藤陽子「比例原則」法教237号（2000年）18頁、高木光「比例原則」法教145号（1992年）33頁、宮田三郎「行政上の比例原則」法学教室第2期7号（1975年）152頁など。
- (33) 職務質問に伴う有形力行使の限界についてであるが、「逮捕未満、純粋な任意を超える」と言われる（寺崎嘉博『刑事訴訟法〔第3版〕』（2013年）93頁）。もっとも、逮捕に密着する程度の有形力行使を認めるとすれば疑問も残る。
- (34) 松本英俊・前掲注（20）227頁参照。
- (35) 21年判決についても、捜査の違法判断における「総合判断方式」に従ったと評価されている（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）154頁、同・前掲注（10）255頁）。
- (36) 大澤裕・前掲注（10）8頁。

主観的嫌疑にとどまるから、直ちに所在確保の必要性を正当化することにはならない⁽³⁷⁾とも批判される。しかしながら、捜査機関は令状発付の蓋然性の高い具体的な行動を執っており、客観的に明白な判断基準となっていることは、留意されて良いであろう。そもそも捜査機関は、被疑者の態度や行動、被疑者の置かれた環境や条件等を資料として、総合的に嫌疑の有無及び程度を判断するのであるから、その前提とされた嫌疑が単なる捜査機関の主観によるわけではない⁽³⁸⁾。資料の評価において捜査機関の主観が作用することはあり得るとしても、その前提とされた嫌疑が、直ちに捜査機関の主観によるわけではない。

これらの批判の前提は（そしてまた批判を受ける「二分論」の前提も）、令状請求段階における捜査機関の活動はあくまで任意捜査であって、その枠内において許される限界を検討するということである。したがって、令状請求以前における通常の任意捜査の限界についての判断基準に従って、その当て嵌めの問題として主張されているのであるから、判断の方法に質的变化はないと言って良い。すなわち、令状請求段階に至ると、嫌疑が量的に増加し、一般には有形力行使の必要性・緊急性が高まることから、比例原則との関係で許容される対象者に対する法益侵害も量的に増加すると考えられるのである。仮にこのように考えるのであれば、「二分論」は、下位基準としては目新しいものの、適法性判断の手法としては、新規性があるものとは言えないであろう。

(37) 豊崎七恵・前掲注(30)38頁。しかも、本来は必要性の考慮要素の一つに過ぎなかった「嫌疑」を一方的に重視し、他方で対象者の被る不利益を評価対象としない点で「手法として適切でない」とも批判される(同頁)。

(38) これに対し、松本英俊・前掲注(20)参照(令状請求の準備段階についての判断も「主観的意図」による部分が大きいと批判する。)。さらに、白取祐司・前掲注(28)179頁参照(嫌疑の高まりを令状請求という「可視的な指標」で示そうとする意図自体は評価できるが、必ずしも成功していないとする。)

しかしながら、21年判決の事案の経過を素直にみれば、当初は、嫌疑解明の目的で質問等を繰り返していたものであるが、令状請求を始める段階に至った場合には、少なくとも令状を請求するに足りる程度の嫌疑は既に解明されたのであるから、もはや単なる嫌疑解明の目的ではなく、将来発付されるであろう令状の執行を確保する目的に転化していると考えられる。すなわち、留め置き目的は、「分水嶺」を機に、職務質問ないし取調べの実効性を確保するためではなく、将来発付見込みの令状執行の実効性を確保するためへと変化するのである⁽³⁹⁾。この時点において目的が大きく変更しているのであるから、捜査の性質が質的に変化していると言わざるを得ないように思われる。その意味において、単に捜査の必要性・緊急性が高まったという量的変化があったというにとどまらず、そもそも質的に変化を遂げたものと考えられることができる。したがって、このような観点からは、それ以前の段階における捜査の性質が質的に変化したと言って良いであろう。

それでは、このような捜査の質的变化は、その後発付されるであろう令状の実効性を確保する必要性に対してどのような影響を及ぼすのであろうか。

2 令状発付後の実効性確保との均衡

そこで、令状執行の実効性確保という観点を踏まえ、令状発付後の実効性確保とのバランスを検討する前提として、仮にその後令状が発付されたとすれば、その実効性を確保するためにはどうすれば良いかについて、予め検討しておきたい。

例えば、搜索差押えについてみると、その後、令状が発付された場合には、当該令状の執行の準備行為として、「必要な処分」（刑訴法222条1項、111条1項）を用いる余地もあり得よう⁽⁴⁰⁾。令状発付の瞬間からは搜索差押許可状

(39) この点につき、大澤裕・前掲注(10)11頁。

が「存在」しているのであるから、その執行を確実に実現する必要がある。したがって、それ以降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」として、搜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考えられる。例えば、搜索すべき場所に赴いて、これからその場所に立ち入ろうとする際に、玄関ドアを破壊したり、合鍵を用いたりすることが典型的な場合として想定されているが⁴¹⁾、それ以前であっても、例えば、既に搜索予定場所において待機していた捜査官が、令状が発付された後、裁判所構内において令状交付を受けた捜査官から電話連絡を受け、手元に令状が届くまでの間にその執行準備として執行予定場所から物を搬出することを制限するというようなことも、場合によっては「必要な処分」として可能となる余地があり得るかもしれない。そうだとすれば、令状発付の時点を基準に、その前であれば一切の保全行為ができず、他方、その後であれば、必要かつ相当である限りあらゆる保全行為が許されるというのは、余りにバランスを失するようと思われる。

(40) 最決平14・10・4 刑集56巻8号507頁（搜索差押えの「実効性を確保するために必要」であるから、「必要な処分」として許容されるとする。）。さらに、大阪高判平6・4・20高刑集47巻1号1頁参照（「法は、・・・執行に接着した時点において、執行に必要不可欠な事前の行為をすることを許容しており」とする。）。なお、刑訴法111条1項の「必要な処分」は、強制処分の「本来的目的の達成・実効性確保に必要な限度」で「付随的処分」を「注意的に明らかにした」もので、「新たな処分権限が創設されたものではない」と言われる（酒巻匡「令状による搜索・差押え（2）」法教294号（2005年）106頁）。

(41) 例えば、大阪高判平5・10・7判時1497号134頁、東京高判平8・3・6高刑集49巻1号43頁など。さらに、最決平14・10・14刑集56巻8号507頁参照。ただし、東京高判平15・5・28（Westlaw Japan 2003WLJPCA08286006）は、ベランダ側掃き出し窓のガラスを割り錠を外して入った事案につき、そこまでの緊急性がなかったとして違法とした（ただし、重大な違法ではない。）。また、身体搜索につき、抵抗を排除するため、「ある程度の実力を行使したこと」は違法ではないが、「傷害を負わせるまでの実力」を加えたことは違法であるとした裁判例もある（名古屋地判平14・3・22判タ1138号89頁〔損害賠償事件〕）。

もつとも、捜索差押許可状には、逮捕状のような緊急執行の規定（刑訴法201条2項、73条3項）が存在しない。そうだとすれば、手元に令状がない限り、「必要な処分」もできないのではないかとの疑問も生じよう。しかし、緊急執行は、令状が手元にないため、その場において呈示ができない場合であっても執行ができるという執行に関する特別規定であって、特別な執行方法を規定したものである⁽⁴²⁾。逮捕状のような緊急執行の規定がないことは、令状が手元にないと（したがって、呈示がなければ）執行ができないというだけであって、執行の準備行為もできないということを意味する訳ではない。「必要な処分」は、令状の執行それ自体ではないから、必ずしも手元に令状があることを不可欠の前提とする必然性はないように思われる。したがって、少なくとも令状が存在している場合には、その執行の準備として必要である限り（必要性の判断が厳格になる可能性はあるとしても）、なお、現場において令状執行に必要な措置を講ずる余地はあり得るように思われる。

そこで、次の問題は、令状が発付される以前には、一切そのような保全行為ができないか否かである。この点、発付の前後で保全行為の可否を決するのは、余りに形式的に過ぎるように思われるが、さりとて、必要性だけを理由に、未だ存在しない令状の執行の保全行為ができるとするには大いに疑問が残る。

3 令状発付前の実効性確保の可能性

ところで、発付が見込まれる（将来の）令状の執行確保と、既に発付された令状の執行確保との違いはどうみるべきであろうか。確かに、発付がない以上、令状は「不存在」であって、その執行の保全はあり得ないと考えるこ

(42) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法』〔第4版〕（2009年）166頁、小野清一郎ほか『刑事訴訟法（上）〔新版〕』（1986年）182頁参照。

ともできよう。しかし、発付の見込みが極めて高く、ほぼ間違いなく発付されるという状況に至った場合に、これをそのまま見過ごし、指を加えて執行不能を待つというのも合理的とは思われない⁽⁴³⁾。

この点で参考になる余地があるのは、緊急逮捕に先立つ搜索差押えがなされた場合に、これを適法とした最大判昭36・6・7刑集15巻6号915頁である。これは、ヘロイン所持容疑でAを現行犯逮捕したところ、Xから入手した旨供述したので、Aを連行の上、Xを緊急逮捕すべくX方に赴いたところ、Xが外出中であったため、X方の搜索差押えを先行させ、その後帰宅したXを逮捕したという事案である。最高裁は、刑訴法220条1項の「逮捕する場合」とは、「逮捕着手時の前後関係は、これを問わない」として、本件搜索差押えを適法としたのである。このように、逮捕に伴う搜索差押えの場合に、逮捕の前後を問わないとすれば、ほぼ間違いなく令状が発付されると想定される場合に、事前にその執行を確保する保全行為も「必要な処分」とみる余地があり得て良いと言えるかもしれない。搜索差押え時点においては存在しない緊急逮捕に伴う搜索差押えを認めるのであれば、存在しない令状の執行について「必要な処分」を想定することもあり得ない訳ではないように思われる。もとより、その後に令状が発付されることが不可欠であって⁽⁴⁴⁾、仮に

(43) この点につき、前田雅英・前掲注(10)255頁。

(44) 上記最判も、搜索差押えが適法となるためには、「これと時間的に接着して逮捕がなされる限り」としている。この点については、「被疑者が間もなく帰宅したという偶然の事実」に左右されるのは、「あきらかに不合理」とする横田喜三郎裁判官による反対の意見が付されているほか、5裁判官が反対の意見を述べている。なお、最高裁判所判例解説刑事篇昭和36年度146頁〔栗田正〕も、反対意見に近いように見える。さらに、伊達秋雄「緊急逮捕前の搜索差押に関する最高裁判決について」ジュリスト231号(1961年)7頁、鴨良弼「判批」憲法判例百選(1963年)94頁、高田卓爾「判批」刑事訴訟法判例百選〔第3版〕(1976年)71頁、阪村幸男「判批」憲法判例百選I(1980年)165頁、新関雅夫ほか『増補令状基本問題下』(1996年)278頁〔小林充〕なども反対ないし反対に近い。なお、渥美東洋「判批」警察実務判例解説(搜索・差押え篇)別冊判タ10号(1988年)97頁参照。

発付されなければ、その時点で違法となるのは、上記最判の場合と同様と考えることができようか。

もっとも、執行前の「必要な処分」を認めるからといって、さらに遡って発付前の「必要な処分」まで認めるかどうかは問題であろう。「不存在」の令状を前提とする余地はないと考えられるからである。刑訴法111条1項は、あくまで令状が「存在」する場合の強制処分の一環であって、任意捜査に転用する余地はないというべきであろう⁽⁴⁵⁾。

そうだとすれば、あくまで任意捜査の範疇において、必要な措置として検討するほかに思われるが、果たしてそうであろうか。この点を明らかにするためには、何よりもまず、令状請求段階における捜査の実体を明らかにしておく必要がある。

第4 実効性確保の理論的可能性

1 令状請求段階における捜査の実体

令状請求段階における捜査の実体を明らかにする前提として、そもそも令状請求段階とは、どの時点を言うのか見ておこう。最も早い段階とすれば、例えば、自動車運転者を職務質問中に、車内の所持品の任意検査に応じないため、捜索令状を得る必要から、その疎明資料として、自動車の外観のみならず、車内の状況、運転者の容ぼう等を撮影するような場合が想定されよう。

(45) 「必要な処分」が、令状審査に際して「併せて許可したとみることができる処分」（酒巻匡「令状による捜索・差押え（2）」法教294号（2005年）106頁）だとすれば、令状が存在しない限りこれを認める余地はないであろうが、そもそも創設規定ではなく確認規定だとすれば、本来的に（ないし潜在的に）強制処分たる捜査に付随するのであるから、任意捜査に転用する余地はないとしても、少なくとも捜査機関の権限であることは認められて良いであろう。

このような活動は、任意捜査として問題がないのであろうか。特に、車内の細部にわたる撮影、運転者の容貌の近接撮影などは、居宅内の撮影に近いものであって、強制捜査と解する余地もあり得るように思われる⁽⁴⁶⁾。もとより、令状請求の資料とするためであるから、いわば強制捜査の準備としての撮影である。したがって、質問継続のための有形力行使のような場合とは局面が全く異なっている。すなわち、捜査の必要性の内容が全く異質なものとなっているのである。その意味において、捜査としては、単なる任意捜査とは異なった段階に立ち入っており、これを適法とするには、これまでの任意捜査の限界に従って検討するだけでは不十分であるように思われる。何故なら、仮に強制捜査の準備であるとすれば、そもそも強制を想定しない任意捜査の範疇に収まりきれない実体を有しているからである。もとより捜査であるから比例原則が機能することは当然だとしても、のちに想定される強制捜査の準備として、これを確実にを行うための措置なのであるから、この場合には、やはり強制との関係を踏まえて検討する必要があるのではあるまいか。

それでは、同じく強制捜査としても、逮捕状の請求段階において、被疑者を取調室に滞在させて退去を妨害するような場合はどうであろうか。確かに、自由な退去を認めていては、その後逮捕状が発付されたとしても、被疑者所在不明となってこれを執行することはできなくなる。その意味で、逮捕状の実効性が確保されない。実効性を担保するためには、少なくとも被疑者の所在を明確にしていつでも執行できる状態を確保する必要があり、そのためには、令状が発付された場合には直ちにその執行が可能な場所に被疑者を留め置くことが必要である。しかし、これを任意捜査の限界で検討した場合、許容される余地はかなり小さくなるであろう。被疑者は、そもそも「何時でも

(46) 井上正仁・前掲注(29)12頁、同「強制捜査と任意捜査の区別」井上正仁ほか編『新・法律学の争点シリーズ6刑事訴訟法の争点』(2013年)56頁。写真撮影につき、最大判昭44・12・24刑集23巻12号1625頁、最判平21・9・28刑集63巻7号868頁参照。

退去することができる」（刑訴法198条1項但し書）はずであるから、帰りたいという被疑者をその場にとどまるように説得することはできたとしても、せいぜい手を掴んで引き止める程度が限界であるように思われる⁽⁴⁷⁾。したがって、任意捜査の限界で検討する限り、これを超えて取り押さえ、あるいは長時間にわたって留め置くことは、困難であると言うほかあるまい。

ところで、強制捜査以外の捜査が任意捜査であって、捜査には任意と強制の二種類しかあり得ないとすれば、任意捜査の限界として説明することが困難である以上、端的に違法とする以外にはないようにも思われる。果たしてそうであろうか⁽⁴⁸⁾。

そこで、任意捜査以外の観点から検討する余地がないかどうか、改めて考えてみようと思う。

2 強制捜査の観点からの検討

(1) 令状執行の実効性確保の実質的意味

任意捜査の限界を拡大することが困難ないし相当でないとするれば、いっそう強制捜査を想定し、その観点から実効性を確保する試み、例えば、「必要な処分」の応用を検討する余地はあり得ないであろうか。確かに、令状発付前であって令状が存在しないから、そもそも令状の執行という概念を想定す

(47) この点につき、リーディングケースとされる最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁参照（なお、同決定の第一審判決（岐阜地判昭49・4・6刑集30巻2号202頁）は、「強制力の行使」として違法と評価している）。さらに、同様の基準に従うと言われる職務質問に伴う有形力行使の限界につき、酒巻匡ほか『演習刑事訴訟法』（2005年）47頁〔長沼範良〕参照。

(48) 一般には、留め置きの必要性それ自体によって長時間の留め置きを適法とすることは困難であると言われている（高橋省吾・前掲注（3）138頁）。もっとも、任意捜査か強制捜査かという「形式的枠組み論」を過度に重視することに対しては批判がある（前田雅英・前掲注（35）155頁）。

ることができないようにも思われるし、少なくとも、「執行について・・・必要な処分」(刑訴法222条1項, 111条1項)を認めることは困難であるように思われる。

しかしながら、客観的要件として、令状発付が可能な実体が備わっており、間近な時点において発付されることが確実に想定できる場合には、形式的な発付それ自体の有無に関わらず、事前に一定程度の何らかの必要な措置を講ずることを認める余地はないのであろうか。もちろん、令状主義は令状審査それ自体に意味があるから、これを経っていない段階において強制捜査に直接伴う措置を講ずる余地はあり得ないであろう。また、令状が存在する場合に初めてその執行を想定することが可能であると言うのは全くその通りである。しかし、翻ってみれば、現実に令状が発付された場合であっても、それは執行の許可であるにとどまるから、実際にいつ執行されるのかは全く未定であって、最終的に執行に至らない可能性も十分にあり得る。そもそも執行するか否か、いつ執行するかは、全て捜査機関の裁量に委ねられている⁽⁴⁹⁾。その意味では、令状が発付された場合における執行の確保も、結局のところ、将来執行するかもしれない際に執行を可能とする状態を予め確保するものともみることができる。そうすると、令状発付の実体要件が備わっているが未だ発付に至っていない場合にも、その後の執行可能性は極めて高いのであるから、将来執行する際に執行を可能とする状態を予め確保するという意味においては、質的に全く異なることまでは言えないようにも思われる⁽⁵⁰⁾。

このように見てくると、執行というレベルにおける両者の相違は、要するに執行蓋然性の高さの「量的」相違であって、必ずしも「質的」相違と言わなければならない必然性がある訳ではないようにも思われる。しかし、執行

(49) 例えば、福岡高判平25・4・26LLI / DB 06820306参照(「裁判所から発付された捜索差押許可状に基づき、その有効期間内のいつの時点で捜索差押えを行うかは、警察官が捜査や準備の状況等を踏まえて判断すべき事柄であり」とする。)

は令状が存在して初めて想定可能な概念ではないか、したがって、令状がそもそも存在しない令状発付前においては、その執行もおよそ想定できないのではないか、そうだとすれば、両者の差は明らかに質的相違ではないか、との疑問を払拭することができないようにも思われる。

そこで次に、令状発付の実質的意味と執行の準備との関係について検討しておこう。

(2) 令状発付の実質的意味と実効性確保との関係

ア 令状発付の実質的意味

令状発付の実質的意味としてここで検討すべきことは、発付がない場合には、そもそも執行という概念が想定できないのではないかという点である。確かに、現実に令状が存在しないのにその執行を想定する余地はないとも考えられる。しかしながら、具体的な令状の請求段階に至った以上、令状内容については明確に特定できるのであるから、単に抽象的な令状執行を想像する場合とは全く異なっている。特定内容の令状が具体的に請求されている以上、そのような令状の執行も具体的に想定することができる。令状が発付されていないという意味では、確かに不存在であるが、請求対象となった特定の令状の内容を明確に認識することができる状態にはなっているのである。もとより、請求される令状の内容と発付される令状の内容とが完全に一致するか否かは、あくまで予測の領域にとどまるが、請求が却下されない限り、両者が殆ど一致することは確実に予測可能である。したがって、将来発付さ

(50) この点、将来犯罪においても捜査があり得ることにつき、犯罪発生 of 蓋然性を論じると類似していると言えるかもしれない（東京高判昭63・4・1 東高刑時報39巻1～4号8頁参照。さらに、宇藤崇ほか・前掲注（19）33頁、上口裕・前掲注（19）56頁、田口守一・前掲注（29）109頁など参照。）。しかし、将来犯罪が発生する蓋然性よりも、既に発生している犯罪について捜索差押許可状が発付される蓋然性の方が遙かに高いのではあるまいか。

れる令状の内容については、少なくとも認識対象としては存在しており、具体的な執行方法についても特定している。その意味において、令状請求段階にある以上、仮に令状発付が未了であったとしても、なお執行を想定することは可能であるように思われる。そうだとすれば、その限りにおいて保護対象となる資格はあると考える余地があり得るように思われる。

しかしながら、発付という司法判断は、法が想定する強制捜査を許すか否かの判断であるから、仮に発付しないと判断された場合には、その執行はおよそ想定することができなくなるとも言える。そうすると、仮にそれまでに準備行為として留め置き等の措置が講じられていたとすれば、およそ意味がなくなる。そうだとすれば、発付の有無によって、それまでの留め置き等の保護措置は、遡って一切違法となるのであろうか。そのような理解も十分にあり得る。もっとも、一旦発付しないという判断がなされたとしても、更に資料を整えて再度の請求を行い、その結果、令状発付に至る可能性は十分にあり得るのであるから⁽⁵¹⁾、発付しないという判断が永続的に続くものでもない。そうだとすれば、発付しないという判断が一旦なされたからと言って、令状発付を目指して行われたそれまでの全ての措置が直ちに違法となる訳ではないとみる余地もあり得よう⁽⁵²⁾。

イ 実効性確保との関係

それでは、令状発付を目指して行われたそれまでの準備活動ないし措置は、

(51) 再度の請求が認められる代わりに、却下の裁判に対する不服申立は認められないとされている(松尾浩也監修・前掲注(42)415頁)。

(52) 移行段階における適法性判断に、令状発付の有無を考慮する必要がないとすれば、適法か否かは捜査官の決断に左右されることになり、問題は重大であるとの批判がある(松本英俊・前掲注(20)228頁)が、仮に捜査官の決断にかかっていると仮定しても、その判断は事後に裁判所によって客観的に精査されることになるので(任意捜査の許容限度の逸脱については、「事前の法的統制・制禦は存在しない」[酒巻匡「刑事手続法を学ぶ・捜査手続(1)総説」法教356号(2010年)67頁])、必ずしも不当であるとは思われない。

一体どのような本質を有するのであろうか。この点を検討するためには、令状の法的性質に遡る必要がある。後に検討するように、令状が命令状ではなく許可状であることを前提とするならば、そもそも令状の執行レベルの前提確保として検討してきた内容は、将来発付されるであろう令状の執行を確保するための準備行為という側面を有してはいるものの、必ずしもそれが本質ではないとも考えられる。確かに、将来発付されるであろう令状の中身に沿った強制捜査の実現のために必要な準備ではあるが、令状発付によって初めて創設されたものではない。それはもともと捜査機関が有している強制捜査権限を現実に発動するための準備活動なのである。その意味において、それは強制捜査令状の請求段階に対応した執行準備であって、令状発付段階に対応した執行準備を論じている訳ではない。そうだとすれば、仮にその後令状が発付されなかったとしても、それまでの執行準備としての留め置きが直ちに違法となる言われはないと考えることも可能であるように思われる。

以上のように考えることができるとすれば、強制捜査の準備ないし保全行為の保護は、最終的には令状の発付とその執行の保護を目指すとはいえ、そしてその側面があることは否定できないが、「令状」それ自体に依拠しそこから派生するものではなく、むしろ、それ以前の強制捜査権限発動準備行為それ自体に依拠しそこから派生するものと考えることができる。その意味において、これまでの検討は、形式的には、強制捜査の「令状」の執行の保全がなされるかどうかを問題としているように見えながら、実質的には、強制捜査に向けて動き出した「胎動」それ自体の保全がなされるかどうかを問題としていたのである。そうだとすれば、令状が発付され存在する場合と未だ請求段階にある場合との差が、仮に質的相違であったとしても、そのことは必ずしも後者の保護を否定する決定的な理由となる訳ではないと思われる。

3 実効性確保の理論的根拠

(1) 強制捜査権限の在り方

以上のように見てくると、将来行われることが予定されている強制捜査にその根拠を求める可能性として、令状執行の実効性ではなく、端的に、後に予定される強制捜査の実効性を確保するためという理由付けもあり得ない訳ではないように思われる。しかし、仮にそのような構成があり得るとすれば、それは、強制捜査の捜査権限が本来どこにあるかという点に関わってくると思われるので、この点について検討しておく必要がある。なぜなら、仮に強制捜査が司法官憲、すなわち裁判官の独自の権限であると仮定すれば、司法官憲が令状発動に動かない限り、強制捜査はおよそあり得ないというべきであって、捜査機関が令状請求に動いたからといって、それ故に何らかの波及効果を認める余地はないと考えられるからである。これに対し、仮に強制捜査が捜査機関自体の独自の権限であると仮定すれば、司法官憲は、捜査機関の権限発動を外からチェックするに過ぎないのであるから、令状発付も捜査機関に新たな権限を付与するわけではなく、本来捜査機関が保有している自らの権限が濫用されないよう制御する機能を有しているに過ぎないことになる。仮にそうだとすれば、捜査機関が令状請求に動いたことをもって、強制捜査発動への第一歩が踏み出されたと評価することが可能となる余地も生じ得るように思われる。捜査機関が「動いたこと」が、強制捜査の「胎動」として、法的保護に値する実体を有するとすれば、それ相応の法的効果を認める余地はあり得て良いようにも思われる。

そこで、強制捜査の権限の所在について、必要な限度で検討しておくことにする。この点、先行研究によると、旧刑事訴訟法において、強制捜査は予審判事の権限に属していたとされているところ⁽⁵³⁾、現行刑訴法の制定に伴い、その権限の多くは、裁判所の令状審査の制約に服するとはいえ、実質的には検察官に委譲されたものと理解されている⁽⁵⁴⁾。したがって、現行刑訴法によれば、強制捜査の権限は、本来的に捜査機関に帰属しており、その濫用を防止するために司法官憲によって令状審査が行われるという構造を基本とする

と言って良い。確かに、逮捕状は命令状であるという弾劾的捜査観が有力に主張された時期もあったが⁽⁵⁵⁾、実務は一貫して許可状説を堅持しており、実際の逮捕状の記載も、「逮捕することを許可する。」とされている⁽⁵⁶⁾。同様に、搜索差押許可状においても「搜索及び差押えをすることを許可する。」と記載されている。したがって、捜査機関の判断によって、その必要がなければ執行することを要しないのであって、搜索差押えの権限は本来的に捜査機関が保有していると考えられる⁽⁵⁷⁾。

仮にこのような理解に立つとすれば、捜査機関が令状請求へと第一歩を踏み出したことは、強制捜査の「胎動」として何らかの保護に値するという理解は、十分にあり得るのではあるまいか。もっとも、何らかの保護に値する

(53) もっとも、実務の状況は、いわゆる大正刑訴法制定（大正11年）以前においても、「糾問主義的予審刑事司法」から「糾問主義的検察官司法」へと移行し、定着しつつあったと言われており（斉藤司「刑事証拠開示問題の歴史的構造—治罪法から昭和刑事訴訟法制定過程に関する分析（4）」龍谷法学44巻1号（2011年）20頁）、その後もこの傾向が強化されたと言われており（同30頁）、昭和9年ころには、予審が検察官の補助機関として機能しているに過ぎないとの指摘もなされていた（同46頁）。

(54) 田宮裕『刑事手続とその運用』（1990年）4頁、さらに294頁、同『変革の中の刑事法』（2000年）125頁、松尾浩也『刑事訴訟法講演集』（2004年）274頁（現行刑訴法制定当初における実務の運用も、かつての「検察権の強化」を受容した形で定着しそうになっていたと言われる。）。さらに、田宮裕『日本の刑事訴追』（1998年）36頁、井上正仁・前掲注（29）17頁参照。

(55) 弾劾的捜査観に立ち、強制捜査の権限は裁判官に属するという立場も有力に主張されたが（平野龍一『刑事訴訟法』（1958年）83頁以下）、裁判官が自ら乗り出して命令するのは却って職権主義的であるとの批判もなされ（松尾浩也＝田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』（1966年）40頁〔田宮裕〕）、少なくとも実務的に受け容れられることはなかったと言われている（例えば、松尾浩也『刑事訴訟法講演集』（2004年）283頁〔「弾劾的捜査」が説かれたころは、「精密司法」の「体質」自体の改革が考えられていたが、昭和40年代を過ぎ50年代になると「それはほとんど消え去って」いたと言われる。〕）。

(56) 松尾浩也監修・前掲注（42）382頁、小野清一郎ほか・前掲注（42）447頁参照。

(57) 松尾浩也監修・前掲注（42）415頁参照。

としても、果たしてどのような保護に値するのであろうか。この点、そもそも強制捜査それ自体に対する保護ではなく、将来の（しかし確実に想定される）強制捜査の実効性を確保し保全する限度における保護に過ぎない。したがって、比喩的に言えば、強制捜査に入った段階において認められる必要な保護よりは小さいが、いわゆる任意捜査の限界よりは大きいものと考えることができよう。要するに、強制捜査それ自体には至らないが、任意捜査の限界を超えた侵害をもたらす程度のものであれば、なお実効性確保のための行為として保護に値すると言って良いように思われる。そこで求められる必要な保護は、将来の強制捜査の実行のために必要な限度における保護であるから、強制には至らないまでもなお将来の強制捜査を遂行するに足りる程度の保護でなければ、必要な保護とは言えない。それ故、例えば強制採尿を想定すれば、令状が発付されてその場に届くまで立ち去りを制約し、ある程度の有形力をもってその場に留め置か、少なくともその所在を明確にし、強制採尿令状が発付され届けられた場合には、速やかにこれを執行し得る状態を確保しておくことが認められることになろう。その場合、令状請求時点において所在する場所から一切移動させないことまで要求するのは過剰な要求であろうから⁽⁵⁸⁾、ある程度の場所的移動は許容しても、捜査機関による一定の監視下に収まり、令状が届けられた場合には遅滞なく執行ができる程度の場所的制約ということになるように思われる。

(2) 令状請求段階における捜査の保護

(58) 既に令状が発付された場合には、執行に「必要な処分」として対象者に対する場所的拘束もある程度可能となる余地があり得るかもしれないが、令状請求の段階においては、捜査比例の原則に照らしても、そこまで肯定することはバランスを欠くように思われる。結局のところ、比例原則に従うのであるから、発付が予定されている強制採尿令状が速やかに執行できる状態を確保すれば足り、それ以上の拘束は過剰な制約になるというべきであろう。

ア 保護の範囲

以上を踏まえて、令状請求段階の捜査の保護範囲を検討してみよう。

そもそも、強制捜査の実現を全体として実質的に考えてみれば、捜査機関がその裁量によって強制捜査という捜査方法を選択した以上、その判断が著しく不合理であればともかく、そうでない限り、強制捜査実現に向けて自ら妨害を排除しながら捜査を促進し、やがて最終的には身柄の拘束あるいは対象物の強制的占有移転へと至るのであって、その途上において必要な限度で、比例原則に従いつつ妨害が排除されていくことになる。捜査機関が、単に強制捜査の意思を固めたのみならず、それが令状請求という形で外部に明確に表明されそれが現実的行為の段階に至った以上、その段階に相応しい保護が与えられるべきであり、現実には令状が発付されその執行段階に至れば、またそれに相応しい保護が与えられるべきであろう⁽⁵⁹⁾。後者は、「必要な処分」として明文化されており（222条1項、111条1項）、前者は明文化されていないが、量的な程度の差はあれ、実質的に同質と評価できるのであれば、その類推として何らかの措置が認められて然るべきであろう。したがって、仮に、令状請求がなされ、かつ令状が確実に発付されるであろうと想定されるような状況であったとすれば、そのような段階における捜査はそれなりに保護されるべきであり、発付という形式的な基準のみに従って、それ以降の準備行為は適法だがそれ以前の準備行為は違法であると単純に割り切ることは、却って比例原則に反することになるように思われる。その意味で、確実に発付される蓋然性が高度である場合には、発付されたことを前提とした執行が保全され得ることとの均衡を踏まえて、発付後に予定される執行を予め保全しておくことに合理性が認められて良いであろう。令状の執行の保護と

(59) 強制に至らない任意処分の範囲であれば、「令状発付に備えること」が、令状未発付であるからといって、「およそ許されないこととなるべき理由は見出し難い」と言われている（大澤裕・前掲注（10）11頁）。

いう観点ではなく、強制捜査の「胎動」の保護という観点に立つ限り、令状発付前の保護を否定しなければならない理論的必然性は存在しないように思われる。むしろ、発付の前後で画然と区別しなければならないとすることは、その段階に相応しい「捜査権」⁽⁶⁰⁾の発動を否定するものであって、捜査比例の原則と整合しないように思われる。

イ 保護の理論的根拠

しかしながら、これに対しては、仮にそのような捜査権の発動を認めるとしても、令状発付がない以上、任意捜査の枠内で処理すべきであり、これを超えて強制捜査を持ち出すことは単なる立法論であるとの批判があり得よう。例えば、民事事件における保全についても、権利についての本案訴訟を別に行うことを前提とした仮の保全措置が法律によって認められているにとどまり、法理論上当然に保全措置が認められる訳ではない。刑事事件においても、執行措置の保全を正面から認めるのであれば、立法措置が不可欠ではないかとも考えられる⁽⁶¹⁾。

確かに、立法措置を講ずれば良いであろうが、そうでなければ一切の保全が認められないのであろうか⁽⁶²⁾。令状が発付された後には「必要な処分」な

(60) 憲法は、「捜査権の行使」が国家の権能であることを「当然の前提」とするとされている（最大判平11・3・24民集53巻3号514頁）。さらに、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造（1）」法教283号（2004年）59頁、加藤克佳「接見交通」田口守一ほか編『判例演習刑事訴訟法』（2004年）130頁、同「被疑者と弁護人の接見交通」井上正仁ほか編『新・法律学の争点シリーズ6 刑事訴訟法の争点』（2013年）105頁参照。もっとも、この点については、「憲法上の権利」に対する「内在的制約」と評価されている（最高裁判所判例解説民事篇平成11年度279頁〔大坪丘〕）。同様の評価として、大澤裕＝岡慎一「逮捕直後の初回の接見と接見指定」法教320号（2007年）124頁〔大澤裕〕、田中開＝成瀬剛「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕（2011年）78頁。さらに、田中開「接見交通」法教264号（2002年）73頁参照。

(61) 立法により解決を図るのが「妥当」との見解（柳川重規・前掲注（5）102頁）がある。なお、東京高判平20・9・25東高刑時報59巻1～12号83頁も、「立法措置を講ずることの方が望ましい」旨を付言している。

いし準備行為として、当然に保全の措置を講ずることができるのであれば、その前段階においても、それよりは小さいが、しかし何らかの保全の措置を講ずることはあって良いのではないか。このような措置を従来の任意捜査の限界の枠内で検討する限り、結局のところ違法とせざるを得ない場合が多いことは、これまで検討してきたとおりである。だからこそ、任意捜査以外の捜査手法に活路を見出し、捜査機関による強制処分の「胎動」に根拠を求める可能性を検討してきたのである。確かに、刑事法の明文に規定してある強制捜査を実際に実行するには令状審査を経る必要があることは疑いない。令状審査を経て強制捜査を実行するのであれば、これに付随して「必要な処分」を行うことも当然に許される。しかし、強制捜査の権限が本来的に捜査機関に帰属することを前提にするのであれば、強制捜査に向けて捜査機関の具体的な活動が開始され、取り分け、その活動が令状請求行為という形で明確になった以上、そのような正当な捜査機関の行動、すなわち「胎動」は、令状発付に至る以前においても、国家機関の正当な「捜査権」の発動として、その「胎動」に相応しい最低限度必要な法的保護が認められる余地があり得て良いのではあるまいか。その意味において、捜査機関が令状発付に向けて強制捜査権限を発動する段階に至ったのであれば、未だ令状審査を経ない段階であっても、相応の保全ないし準備行為、したがって、対象者に対する相応の侵害行為をなし得ると解しても、「胎動」に対応する限度であれば、捜査比例の原則には反しないのではあるまいか。任意捜査であれば一定の範囲の保護が認められるが、令状発付以前とはいえ強制捜査の保全ないし準備活動については一切の保護が許されないとするのは、明らかに均衡を失っている

(62) 21年判決は、「令状請求の準備手続に着手したら、その旨を対象者に告げる運用が早急に確立されるのが望まれる」とするが、そのような運用の確立が「絶対に必要」との見解（前田雅英・前掲注（35）155頁，同・前掲注（10）255頁）もある。もっとも、どの段階で「着手」したのかの見極めが難しい場合もあるとの指摘もなされている（坂田正史「判批」捜査研究725号（2011年）69頁）。

ように思われる。もとより、「胎動」にどとまるのであるから、令状が発付された後の令状執行を確保する行為よりは侵害の程度が低いと考えられるし、未だ令状が発付されていないのであるから、捜査比例の原則からみても、発付された場合と全く同様に評価することが相当でないことは言うまでもない。しかしながら、仮にそうだとした場合、ある程度の移動制限など一定程度の留め置きを含む「相当の措置」を講ずる限度においては、これを認める余地があつて良いのではあるまいか⁽⁶³⁾。

このような見方は単なる立法論に過ぎないとの批判があることは十分に承知しているが、刑事訴訟法111条1項の「必要な処分」が確認規定であることを踏まえれば、強制捜査の「胎動」を根拠に、これに相応しい措置の保護（「捜査権」の保護）を認めることが、解釈論として全く不可能であるとは思われない。もとより、その前提となる捜査構造論を含め、なお慎重な検討が必要であるから、最終的な結論は留保しておきたいが、一定程度の「相当の措置」を講ずることを認める余地はあり得るように思われる。

第5 おわりに

いわゆる「二分論」が、さらに実務に浸透するか否かは全く不明であるが、実務家が一概に不都合だと感じている部分を切り出して、これを理論的に説明しようとしたことは疑いがないように思われる。その意味で、実務感覚としては多くの実務家に支持されるのではあるまいか。しかしながら、この点については、従来の任意捜査の限界という問題を設定する限り、そして、これまで任意捜査の限界に関して積み上げられてきた裁判例に従う限り、どのように説明を施したとしても、長時間にわたって留め置くことを適法とする

(63) 21年判決及び22年判決について、任意処分の枠を超えた「準強制処分」に姿を変える危険を示唆しているとの批判がなされている（大澤裕・前掲注（10）14頁）。

ことは容易ではないように思われる。

そこで、本稿においては、任意捜査の限界という従来の枠組みによらない方法として、強制処分 viewpoints を踏まえて説明する方法を模索してきたところである。確かに、法定主義によって厳格に規制された強制処分について、その発現が明確になる令状発付以前の段階において、強制捜査権の「胎動」を理由に、対象者に対する一定程度の権利制限を認めることは、なお躊躇されるところではある。しかしながら、令状発付を目指すための捜査機関の積極的活動が目に見える状態に至ったのであるから、捜査機関が本来有する権限である強制捜査権がその実現に向けて動き出したことは疑いがない。任意捜査による対象者の権利制限が認められ、これとの利益衡量の下に任意捜査権が相応に保護されるのであれば、強制捜査権についても、少なくとも同様に、むしろそれ以上に保護されて然るべきであると思われるが、どうであろうか。もとより、令状発付前であるから、強制捜査それ自体を直接実現するために必要な措置を全面的に認めてこれを保護することはできないが、少なくともそれに至らない程度の保護であれば、肯定可能なのではあるまいか。そして、このような理解に立つことができれば、従来の任意捜査の限界を不当に緩和することなく、同時にそれを若干超える程度の措置を正面から認めることができるのであるから、この点において大きなメリットがあるように思われる。

もとより、本稿は、単に方向性を示したに過ぎず、未だ試論の域を出ないし、また、保護の限界は具体的事案によるので一概には言えない。したがって、その理論的深化を図るとともに、判断の実用に耐え得る類型化ないし低位基準を定立することが、本稿に残された課題である。これらを踏まえ、さらに検討を深めたい。

(以上)