

＜判例研究＞

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

大阪高判平成 30 年 8 月 30 日

裁判所 HP (http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/980/087980_hanrei.pdf)

大野 正博

【事実の概要】

大阪府警警察官 A は、平成 29 年 6 月 7 日午前 3 時 58 分頃、相勤者と共にパトカーで警ら中、大阪府東大阪市内の交差点の角に立つ被告人を発見し、横を通り過ぎながらよく見ると、被告人が驚いた様子をしてパトカーと反対の方向に歩き出したので、警察官 A は、その様子に直感的に不審を抱き、相勤者と共に被告人への職務質問を開始した。

被告人は、警察官 A からの所持品検査の求めに応じ、ポケット内の物品（懐中電灯、ライター、ローソンカード）や手提げ鞆（本件所持品）を差し出した。それらの中には、違法薬物やその使用用具は含まれていなかったものの、軍手、ドライバー、レンチ、パソコンの LAN

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

ケーブルくらいの太さで先が丸く曲がった細長い鉄製の棒等が入っていた。これを見た警察官Aが、なぜ泥棒が持つような道具を持っているのかと被告人に尋ねたところ、被告人は、これらについて友人から預かっていたと述べるだけで、その用途等については明らかにしなかった。

警察官Aは、被告人の挙動や肌の色等から、覚せい剤使用の嫌疑を抱き、被告人を説得して両肘内側を見分したところ、真新しい注射痕が複数あった。また、警察官Aらが被告人に氏名や生年月日を尋ねたところ、被告人は1度目と2度目で少し違う答えをし、犯歴照会でも該当がなかったため、警察官Aらは、被告人が嘘をついていると考え、さらに疑いを強めた。被告人は、これについて点滴の痕だと述べて、覚せい剤等の使用を否定する一方、警察署への任意同行や尿の任意提出の求めを拒否し、携帯電話機で何者かに連絡をとり、電話の相手に対し、荷物を取りに来てくれとか、ちょっとここに来てくれ等と述べた。同日午前4時24分頃、被告人が呼んだと思われる男性1名（被告人が「甲」だと述べる人物）が現場に現れたが、少し離れた場所から職務質問の様子を見つつ、誰かと電話で話をするのみであった。被告人は、警察官Aに対し、本件所持品を甲に渡すよう求めたが、警察官Aは、すべてが終わってから被告人に返すことしかできないなどと説明した。その後、他の警察官が現場に臨場し、その頃、犯歴照会により、被告人の人定事項や被告人に覚せい剤取締法違反や窃盗等の多数の犯歴があることが判明した。同日午前4時43分頃、警察官Aらの応援要請に基づいて臨場した警察官が、被告人に令状請求手続に移行する旨を告げた。

被告人は、令状の取得には2、3時間かかるだろうから、自宅に帰って寝ると言って歩き出したため、警察官Aに要請で応援臨場していたB等5名の警察官がこれに追従し、そのうちの1名が本件所持品を携行していた。移動中、警察官Bは、被告人に対し、本件所持品について、所持理由が明らかでないことや侵入工具と疑われるものであるため、被告人には返せないし、被告人から預かったものなので、甲に渡すこともで

きない旨を説明した。さらにパトカー数台が赤色灯を点けたまま、歩調に合わせて同じ経路を走行し、交差点ではサイレンを吹鳴させた。

同日午前6時21分頃、被告人は、居住していた本件建物に到着し、正面入口（シャッターにより閉鎖中）横の無施錠のドアから建物内に入った。B等大勢の警察官が、これに続いたことから、被告人が、「捜査権がないのに入ってこれんの。」と尋ねると、警察官Bは、「うん、入れる入れる。」等と答え、そのまま被告人の居室である311号室前まで付いて行った。

被告人は、居室に入ってドアを閉めようとしたが、警察官B等は、居室の外からドアを手や足で押さえ、閉められると何をされるか分からない、預かっている所持品もある等と口々に述べて、ドアを開けたままにするよう求めた。被告人は、今から寝るのでドアを閉めたい、任意のはずだ、説得には応じない、等と怒声をあげて訴えたが、10分間ほどの押し問答の末、自らビニール傘を差し込み、ドアが完全に閉まらない状態にしたうえで就寝した。警察官は、被告人が床に就いた後、ドアの隙間に更に物干し竿様の棒を差し込んで、施錠されないようにしたうえ、居室前で待機した。

同日午前7時頃、警察官等は大阪地方裁判所に被告人の強制採尿を実施するための捜索差押許可状や居室の捜索差押許可状等の発付を請求し、同日午前7時55分頃、これらの令状が発付された。その後、被告人は、令状の呈示を受けて、同日午前8時46分に尿を提出し、覚せい剤成分が検出されたため、緊急逮捕された。

本件建物は6階建ての共同住宅であり、建物の入口で靴を脱ぎ、建物内の廊下や階段を通過して各居室に行くようになっていた。居室のドアの鍵は住人が管理しているが、居室に他人を入れることは禁止されていた。また、共用部分には風呂やトイレのほか談話室もあり、管理人がいる平日午前8時頃から午後6時頃までの間は、住人が他人をそこに上げることができるが、管理人が不在の間は、外部の人間の立入りは禁止さ

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

れていた。

原審の大阪地裁は、① 本件所持品を被告人に返還しなかった点については、「警察官Aらは、本件所持品を返還できない理由について、被告人に説明をしており、被告人も、最終的には警察官Aらの説得に応じて本件所持品を警察官Aらが預かることを消極的にせよ容認していたことが認められる。また、警察官AおよびBは、本件所持品を被告人に返還しなかった理由について、被告人に特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律違反の嫌疑があったことや、武器として使用される可能性があったことを挙げているところ、本件所持品の内容や被告人がこれを所持していた時間帯等に照らせば、被告人に対して窃盗犯の疑いを抱いたことが相応の理由があるし、レンチについては武器として使用される可能性も否定はできない。そうすると、警察官Aらが、被告人に対して理由を告げて説得し、消極的にせよ被告人の了承を得て、本件所持品を職務質問等が完了するまでの間預かっていたことは、職務質問に付随する措置として許容される範囲内であり、違法とはいえない」、② 警察官らの追隨行為については、被告人が職務質問現場から本件建物に移動するまでの間、「被告人に対し、覚せい剤使用の相応に高度の嫌疑があった上に、強制採尿令状の執行に備えてその所在を把握しておく必要があったところ、万一被告人が逃走を図った場合にも確実に対応するため、相応の人員やパトカーを配備するのはやむを得ない措置であり、任意捜査として許容される範囲内というべきであるから、違法とはいえない」、③ 本件建物への立入りについては、「本件建物の共用部分は、完全に建物の内部にあり、住人が利用する風呂やトイレも設置されているなど、住人の居住スペースの延長ともいえる場所であったことが認められる。そのため、本件建物の管理者は、管理人が不在の間は、住人以外の者が本件建物内に立ち入ることを許していなかったのであり、警察官Bらが、本件建物の管理者の承諾を得ることなく、その共用部分に立ち入ることは、仮に被告人から許可を得ていたとしても、本件建物の管理者の

管理権を令状無くして侵害する者ものであり、違法というべきである。付言すると、警察官Bが、被告人から『捜査権がないのに入ってこれなの。』と尋ねられたのに対し、被告人の許可の有無を再確認することなく、『入れる入れる。』などと答えていることに照らすと、被告人から許可を得ていると解釈していたという警察官Bの証言自体、疑わしいと言わざるを得ない、④被告人に自室のドアを閉めさせなかった行為については、「被告人の逃走を防止したり、強制採尿令状が発付された場合の執行に備える必要があるとしても、警察官Bらが管理者の承諾なく本件建物の共用部分に立ち入ったことが、そもそも違法というべきであるから、約10分にわたり、有形力を行使しつつ、被告人と押し問答をしたことで、結果的に、被告人を含む本件建物内の住人らの住居の平穏を害したことは、その違法の程度をより強めるものというべきである」と判断したうえで、本件鑑定書の証拠能力につき、「警察官らが本件建物内に立ち立った時点において、被告人には覚せい剤使用の相応に高度な嫌疑があり、既に強制採尿令状の請求手続に入っていたのであるから、近くその令状の発付が見込まれていたといえるところ、本件建物内の被告人の居室の場所は、少なくとも客観的には確認できていなかった上に、仮に被告人が本件建物内の自室以外のどこかに隠れてしまった場合には、その発見は困難であり、令状を執行し得なくなる可能性もあったとえる。また、被告人が自室のドアに施錠をした場合に付いても、令状(311号室の搜索令状)により強制的に開錠することが可能であるとはいえ、その執行にはかなりの時間を要することになる。そうすると、強制採尿令状の執行のためには、被告人と共に本件建物内に立ち入り、その居室の場所や被告人の所在を把握しておく必要性が高かったことは否定できない。一方、警察官らが被告人を職務質問現場に留め置かずに、本件建物内の自室に戻ることを容認したのは、令状によらず被告人の移動の自由を制約することをなるべく回避しようとしたためと解されるのであって、その点では警察官らに令状主義を潜脱しようとする意図は見

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

られない。また、警察官らは、住人である被告人と共に、無施錠のドアを通して本件建物内に立ち入ったものであり、立ち入った場所も共用部分にとどまっている。警察官Bらは、共用部分であれば、令状無くして立ち入っても問題はないと安易に考えていた節があり、それ自体戒められるべきであるが、管理人が不在の間は、たとえ共用部分であっても、本件建物内への立入りが禁止されていることを明確に認識しながら、あえてこれを無視して本件建物内に立ち入ったとまでは認められない」とし、「本件における警察官らの捜査手続の違法性は、決して軽微とはいえないものの、令状主義の精神を没却するような重大な違法があるとまではいえず、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないといえない」として、懲役2年10月とした。これに対し、被告人側が控訴した。

【判旨】 破棄自判

「原判決が捜査手続の適法性について説示する事項のうち、① 本件所持品の不返還、② 警察官らの追隨行為について述べる部分は概ね正当として是認できるが、③ 本件建物への立入り、④ 自室のドアを閉めさせなかった行為について述べる部分には、検討不十分な点がある。

まず、原判決は、③ 本件建物への立入りに関して、管理者の管理権を侵害したとの点で違法としているが、本件にあっては、違法の内実はそれに止まるものではない。原判決も述べるように、本件建物の共有部分は、住人の住居スペースの延長で、住居に準ずる私的領域としての性質を有する空間と解される。管理人が所在する間は、管理人に住人らとの契約に基づく包括的な管理権限があるといえるから、その承諾を得ることで住人の許可なしに本件建物の共有部分に立ち入ることは許容され得るとしても、管理人不在の間に共用部分に立ち入る行為は、管理権侵害にとどまらず、被告人を含む住人のプライバシーを侵害するもので、

それ相応の法的根拠がなければ許されないはずである。本件にあっては、警察官らは、まだ裁判所への令状請求にも至っていない時点で本件建物の立ち入っており、その態様も被告人や住人らに断りもなく、大勢で次々に入るといふもので、後記のとおり、正当性も認めがたい以上、建造物侵入に問われかねない行為といえる。

また、原判決は、被告人に自室のドアを閉めさせなかった行為について、結果的に、被告人を含む本件建物内の住人らの平穩を害したことで、本件建物への立入りに関する違法の程度をより強めるとのみ述べるが、そうした評価はいかにも皮相で、本件においてはそれに止まらない違法があるというべきである。すなわち、ドアの内側は被告人の住居であって、そこは個人のプライバシーが強く保護されなければならない領域であり、居住者が自らの意思によりドアの開閉や施錠を決定すべきことは、その保護の要請からの当然の帰結である。ドアを開けておくよう説得することは、合理的な限度であればもとより許容されるところであるが、本件では、被告人が明確かつ強固に説得を拒む意思を表明した後も、警察官らは約10分間にわたって押し問答を続け、しかも、ドアを手足で押えたとの有形力行使とともに、警察官らが預かっている本件所持品について、これを返すわけにはいかないが、その状態を被告人に終始確認してもらわなければならないなどといった、およそ詭弁というほかない発言を繰り返してまでドアを開けさせることに固執しており、これらは説得の域を超えている。被告人が最終的には自ら傘をドアに差し入れたのは、警察官らによってドアを閉めることを断念せざるを得ない状況に追い込まれたからで、承諾があったなどとは到底いえず、警察官らの行為は、被告人の意思を制圧するものであったと評価できる。

しかも、当時、被告人にドアを閉めさせないことについて、必要性・緊急性があったともいえない。この点、検察官は、被告人が逃走を図る可能性があり、その場合には負傷するおそれがあった、ドアが施錠されると令状執行に多大な支障が生じた、などとして、高度の必要性・緊急

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

性があったという。しかしながら、被告人は、渋々とはいえ、自身の住居が明らかになることを当然に分かりながら、本件建物までの警察官らによる追従を受け入れて、移動の間に逃走を図ったり、衝動的な行為に出たりする素振りをみせておらず、ドアを閉める理由についても就寝するためと述べていたのであるから、逃走に及ぶことを懸念すべき具体的な事情は認められない。そもそも逃走に備えるのであれば本件建物の周辺に待機等することで足りるはずである。令状執行の支障の点については、令状が発付されれば、その執行に必要な処分として開錠ができると解されるから、その手間を省くために施錠させないというのは、捜査側の都合を過度に優先させるものであって、必要性・緊急性を基礎づけるものではない。

このように④については、何らの必要性・緊急性も認められないのに、被告人の意思を制圧して住居についてのプライバシーを侵害したものに他ならないから、原判決が説示するように平穩を害したことで③の違法の程度をより強めるのみならず、住居そのものへの侵害と比肩するほどの違法性があるというべきである。

以上を前提に、一連の捜査手続の違法性の程度等について検討すると、それは、令状主義の精神を没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ない。

本件では、本件建物への立入りや自室のドアを閉めさせなかった行為は、強制処分にあたるものと解され、既に強制採尿令状の請求準備に入っており、近く令状発付が見込まれていたことは、強制処分に当たらない程度の留め置き等を正当化する根拠になり得るとしても、そのことは、およそ令状なくしては許されない強制処分に及ぶことを正当化する事由になるはずはない。しかも、警察官らは、被告人から疑義を呈されながら「入れる入れる。」などと軽く受け流すだけで何らの再考の姿勢を示すことなく違法な行為を継続し、のみならず、必要性・緊急性も認められないのに、単に令状の執行を容易にするため、被告人の意思を制

圧して自室ドアを閉めさせず、令状が発付されるまでの1時間半ほどにわたって本件建物内に留まり、被告人方居室内の様子をうかがっていたもので、これによって被告人の住居についてのプライバシーが大きく侵害されたといえる。警察官らが意図的に令状主義を潜脱しようとしたとまではいえなくても、住居についてのプライバシーの重要性や、警察官らの無配慮な態度等に照らすと、その違法の程度は令状主義の精神を没却する重大なものといわれてもやむを得ない。そして、このような行為の後に請求をして発付された強制採尿令状を居室内の被告人に示し、これを受けて被告人が排出した尿を押収したものであるから、被告人の尿は、上記のような違法な行為を直接利用して得られたものというべきで、違法行為が尿の押収を目的としたことも明らかである。このような違法な手続により押収された尿の鑑定に関する本件鑑定書等の証拠の許容することは、その違法が警察官らの確信的な侵害行為によってもたらされたものであることをも考慮すると、将来における同様の捜査を抑制するとの見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力を否定すべきである。

これに対して、検察官は、答弁において、本件建物への立入り及び居室のドアを閉めさせなかった行為のいずれについても任意捜査として許容される範囲であり、仮に違法であるとしても、既に警察官らは令状請求の準備に入っていたから、強制採尿令状の執行に備えるための必要性や緊急性は高度である一方、被告人を含む居住者の利益が害された程度は大きくないから、令状主義の精神を没却するような重大な違法は認められない、と主張する。

しかし、被告人の居室がその住居であることはもとより、本件建物の共用部分についても、原判決が指摘するとおり、居住スペースの延長ともいえる場所であったと解されるから、その住人や管理者の許可なく立ち入るためには令状が必要であることは明白で、これを任意捜査として許容できるとはおおよそ解し得ない。そして、被告人の居室のドアを閉め

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

させなかった点についても、被告人の意思を制圧して住居についてのプライバシーを侵害したのであるから、やはり任意捜査として許容できるものではない。本件においては、令状の執行に備えるために、本件建物に深く立ち入り、被告人方居室のドアに隙間を空けさせ、長時間にわたり様子をうかがう必要性及び緊急性がなかったことは、前述のとおりである。憲法 35 条で住居の不可侵が保障されているにもかかわらず、警察官らがこの点への配慮を欠き、令状なく、確信的にこの保障と密接に関係する利益を侵害した本件の違法の程度は大きく、令状主義の精神にもとり、将来の違法捜査の抑制の見地からもこれを放置できるものではない」として、本件鑑定書の証拠能力を否定し、無罪とした。

【研究】

1. 任意処分と強制処分の区別

刑訴法 197 条 1 項は、「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。但し、強制の処分は、この法律に特別の規定のある場合でなければ、これを行うことができない」と規定し、当該フレームに基づいて、個々の捜査手法が適法であるか否かの判断をなすにあたっては、まずは、当該手法が任意捜査であるか強制捜査であるかを決定しなければならない。但し、その区別の基準を具体的に定めた規定が刑訴法上なされているわけではないことから、その判断は、解釈によらざるを得ない。従来、学説においては、当該基準を有形力の行使、あるいは法的義務付けの有無や質・程度に求める見解が一般的であったが、その後、「有形力行使を強調すると、たとえば無形的な権利・利益侵害が強制処分からはずれがちになる」との問題意識⁽²⁾より、新しい強制処分説⁽³⁾、重要な権利・利益制約説⁽⁴⁾、実質的権利・利益侵害説等⁽⁵⁾が主張されるに至っている。

この点に関し、判例は、いわゆる「岐阜呼気検査事件」最高裁決定⁽⁶⁾に

おいて、「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定が存在しなければ許容することが相当でない手段を意味するものであって、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当ではなく、必要性、緊急性などをも考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解するべきである」との判断を示しており、当該判例は、強制処分と任意処分の区別に関するリーディング・ケースとして位置付けられている。しかし、その後、科学的捜査の発展により、被処分者が自らの権利・利益が制約されていることを不知の間に執行する捜査手法に関する適否が争われるようになった。いわゆる「旭川覚せい剤事件」最高裁決定⁽⁷⁾では、「電話傍受は、通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分であるが、一定の要件の下では、捜査の手段として憲法上全く許されないものではないと解すべきであって、このことは所論も認めるところである。そして、重大な犯罪に係る被疑事件について、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる十分な理由があり、かつ、当該電話により被疑事実に関連する通話の行われる蓋然性があるとともに、電話傍受以外の方法によってはその罪に関する重要かつ必要な証拠を得ることが著しく困難であるなどの事情が存する場合において、電話傍受により侵害される利益の内容、程度を慎重に考慮した上で、なお電話傍受を行なうことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められるときは、法律の定める手続に従ってこれを行なうことも憲法上許されると解するのが相当である」とし、また、いわゆる「大阪宅配便エックス線事件」最高裁決定⁽⁸⁾においても、「本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にあ

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

る荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される。そして、本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行なった本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない」との判断を示した。さらに、いわゆる「GPS 捜査」最高裁大法廷判決⁽⁹⁾では、「GPS 捜査は、対照車両の時々刻々の位置情報を検索し、把握すべく行なわれるものであるが、その性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする。このような捜査手法は、個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得るものであり、また、そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘して装着することによって行なう点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきである。憲法 35 条は、『住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利』を規定しているところ、この規定の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘して装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法である GPS 捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害する

ものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分当たる（最高裁昭和50年（あ）第146号同51年3月16日第3小法廷決定・刑集30巻2号187頁参照）とともに、一般的には、現行犯逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行なうことのできない処分と解すべきである」とし、憲法35条における保護対象は、「住居、書類及び所持品」に限らず、これらに準ずる私的領域も含まれると解し、さらに「GPS捜査は、情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点では刑訴法上の『検証』と同様の性質を有するものの、対象車両にGPS端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行なう点において、『検証』では捉えきれない性質を有することも否定し難い」等の問題も有するため、当該問題を解消するための手段として、「一般的には、実施可能期間の限定、第三者の立会い、事後の通知等様々なものが考えられるところ、捜査の実効性にも配慮しつつどのような手段を選択するかは、刑訴法197条1項ただし書の趣旨に照らし、第一次的には立法府に委ねられていると解される。仮に法解釈により刑訴法上の強制の処分として許容するのであれば、以上のような問題を解消するため、裁判官が発する令状に様々な条件を付す必要が生じるが、事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの確かな条件の選択が行なわれない限り是認できないような強制の処分を認めることは、『強制的処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない』と規定する同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえない」ため、「GPS捜査について、刑訴法197条1項ただし書の『この法律に特別の定のある場合』に当るとして同法が規定する令状の発付をすることには疑義がある。GPS捜査が今後広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して、憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい」と判示している。このような実

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

状に対し、近年では、「捜査活動の最適化という捜査法の本来あるべき目的に立ち返り、この目的を達成する上で必要とされる熟議民主主義を保護・促進するという観点から、裁判所において展開されるべき法解釈論のあり方を根本的に問い直す必要がある。すなわち、熟議から漸次的・継続的に法形成を行なうことが、刑事手続における適正なプライバシー保護の実現に必要不可欠である」との見解も示されている⁽¹⁰⁾。

なお、上記任意処分と強制処分の区別の基準に基づき、強制処分に該当する場合には、一定の例外を除き、無令状でこれを行なうことは許容されないことになるが、とはいえ、任意処分であれば、無条件で捜査機関の裁量により、実施が可能となるわけではない。つまり、現実の捜査において、何らの法益の侵害、あるいはそのおそれのない捜査手法は殆ど存在しないことから、被処分者の完全に自由な意思に基づく同意・承諾を得たうえで任意処分が実施されることはむしろ稀であり、任意処分とは強制処分ではないという以上のものを指すわけではない。いわゆる「岐阜呼気検査事件」最高裁決定で示されたように、法解釈によって、その実質に応じた合理的な規制を講じることが必要であり、「任意処分にも、それに伴う法益侵害の性質・程度と当該処分の必要性・緊急性との較量により導かれる『相当性』の限度がある」ものと解すべきである⁽¹¹⁾。つまり、一方においては、犯罪の重大性・嫌疑の高度性に基づき、捜査の必要性の程度を、他方においては、被処分者が制約される権利・利益の性質と制約の程度等を総合的に比較衡量し、適法性判断を示すことを意味するのである。

この点を前提として、以下では、所持品の不返還と追隨行為、共同住宅内部への立入り行為、居室ドアを閉めさせない行為、鑑定書等の証拠能力につき、順次、大阪高判平成30年8月30日（以下、「本判決」という）の検討を加えることにする⁽¹²⁾。

2. 所持品の不返還と追隨行為

(1) 所持品の不返還

警職法2条1項は、「警察官は、異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由のある者又は既に行われた犯罪について、若しくは犯罪が行われようとしていることについて知っている者と認められる者を停止させて質問することができる」と規定する。本件事案においては、警察官Aは、交差点の角に立つ被告人の横を通り過ぎながらよく見た際に、被告人が驚いた様子をしてパトカーと反対の方向に歩き出した様子に直感的に不審を抱き、相勤者と共に被告人への職務質問を開始したものである。被告人は、警察官Aらからの所持品検査の求めに応じ、自ら差し出した物品中には違法薬物やその使用道具は含まれていなかったものの、窃盗に使用するような道具を所持していたことから、その理由を尋ねたところ、用途等については明らかにしなかった。また、警察官Aは、被告人の挙動や肌の色等から、覚せい剤使用の嫌疑を抱き、被告人を説得して両肘内側を見分したところ、真新しい注射痕が存在し、氏名等の質問についても、嘘の返答をする等を行なった。さらに、被告人は、警察署への任意同行や尿の任意提出の求めに対しても拒否したことから、警察官Aは、すべてが終わってから被告人に返すことしかできないなどと説明した。なお、その後、警察官が現場に臨場し、その頃、犯歴照会により、被告人の人定事項や被告人に覚せい剤取締法違反や窃盗等の多数の犯歴があることが判明している。

警職法1条2項は、「この法律に規定する手段は、前項の目的のため必要な最小の限度において用いるべきものであって、いやしくもその濫用にわたるようなことがあってはならない」と規定していることから、職務質問においても比例原則による規律が及ぶものと解される。また、警職法2条3項は、「刑事訴訟に関する法律の規定によらない限り、身柄を拘束され、又はその意に反して警察署、派出所若しくは駐在所に連

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

行され、若しくは答弁を強要されることはない」ことを明らかにしている。⁽¹³⁾ 本件事案においては、警察官Aらは被告人から本件所持品の返還を要求されているものの、警察官Aらが被告人に対し、特殊開錠用具の所持の禁止等に関する法律違反の嫌疑が存在したこと、所持品を所持していた時間帯等に照らし、窃盗犯の疑いを抱いたことにつき、相応の理由が存在し、また、レンチ等については凶器として使用する可能性も否定できず、警察官Aらが被告人に対して、理由を告げたくて説得をし、これに対して、被告人も消極的であるにせよ、了承を得て、預かっていたことは、上記規定に照らして検討した場合、職務質問に付随する措置として許容される範囲内であると解されよう。

(2) 追隨行為

警察官Aらの応援要請に基づいて臨場した警察官が、被告人に令状請求手続に移行する旨を告げたことにより、被告人は、令状の取得には2、3時間かかるだろうから、自宅に帰って寝ると言って歩き出したため、警察官Aに要請で応援臨場していたB等5名の警察官がこれに追隨し、そのうちの1名が本件所持品を携行していたものであるが、引き続き、本件所持品を職務質問等が完了するまでの間、預かっていたことに問題はなからう。

また、移動中、パトカー数台が赤色灯を点けたまま、歩調に合わせて同じ経路を走行し、交差点ではサイレンを鳴らす行為につき、被告人は恥ずかしいから止めて欲しい旨の要望を何度か行っており、弁護人もこのような警察官らの追隨行為は、必要性がなく、被告人の名誉を害する行為であると主張するが、被告人に対し、覚せい剤の自己使用につき、高度の嫌疑が存在したうえ、強制採尿令状の執行に備えて、被告人の所在を把握しておく必要性も存在し、また被告人が逃走を図った場合にも、確実性を期するため、相応の人員やパトカーを配備することはやむを得ない措置といわざるを得ない。また、交差点内においても、安全性の確保からサイレンを鳴らす行為も、警職法4条1項が、「警察官

は、人の生命若しくは身体に危険を及ぼし、又は財産に重大な損害を及ぼす虞のある天災、事変、工作物の損壊、交通事故、危険物の爆発、狂犬、奔馬の類等の出現、極端な雑踏等危険な事態がある場合においては、その場に居合わせた者、その事物の管理者その他関係者に必要な警告を発し、及び特に急を要する場合においては、危害を受ける虞のある者に対し、その場の危害を避けしめるために必要な限度でこれを引き留め、若しくは避難させ、又はその場に居合わせた者、その事物の管理者その他関係者に対し、危険防止のため通常必要と認められる措置をとることを命じ、又は自らその措置をとることができる」と規定していることに照らし、是認される範囲の行為であるといえよう。よって、被告人が本件建物に到着するまでの間、警察官らが追隨した行為は、任意処分⁽¹⁴⁾として許容される範囲内の行為であったと評価できる。

3. 共同住宅内部への立入り行為

警察官Bは、本件建物への移動中に、被告人から、「令状が出るまで家の前で待っていたらいい」と言われたことにより、本件建物がマンションやホテルと同様のものと考え、エントランスや廊下等の共用部分は立ち入っても問題がないと誤信しており、また、検察官も、本件建物の共用部分に入るための勝手口が通常、無施錠であって誰でも入ることが可能となっており、さらに、共用部分には談話室が設けられていることから、不特定多数の者が共用部分に入ることを想定していると主張する。

しかし、仮に共同住宅における共用部分につき、任意処分として立ち入る場合であったとしても、一般的に建物の管理者より同意・承諾を得ることは要求されるであろう。もちろん、本件事案においては、被告人が居住していた本件建物に到着したのが、午前6時21分頃と早朝であり、管理人が不在であったことから、その同意・承諾を得ることは困難であったかもしれない。

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

また、「後に令状に基づき強制採尿を行なうために、対象者の所在を確認しておくことが必要であるところ、特に、対象者の部屋番号が分からず、建物内で別室等に隠れるなどすれば、令状執行が事実上困難となること」が予想されるかもしれないことから、共同住宅における共用部分への立入りの必要性が高いとも考えられ得る。このように捜査機関が捉える背景には、東京高判平成21年7月1日や東京高判平成22年11月8日に代表されるような、留め置き⁽¹⁵⁾の相当性⁽¹⁶⁾に関し、強制採尿令状請求準備着手前の段階（いわゆる「純粹に任意処分として留め置き段階」）と強制採尿令状請求準備着手後の段階（いわゆる「強制処分への移行段階」）に区別して検討する、いわゆる「留め置き二分論」⁽¹⁸⁾の考え方が存在するように思われる。もちろん、その後の判例において、いわゆる「留め置き二分論」における判断枠組につき、「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、……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り、所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あるとは考えられない」とする札幌高判平成26年12月18日や明確⁽¹⁹⁾にいわゆる「留め置き二分論」の判断枠組を採用することなく、留め置きの適否を判断している東京高判平成27年10月8日等も存在する。⁽²⁰⁾

いわゆる「留め置き二分論」については、別途、後日詳細に検討するが、上記いずれの判例においても、強制採尿令状請求準備着手前後において、留め置きに対する目的が変化することを否定はしていないことから、その前後において許容される有形力の行使の程度等が問題とされるのであろう。刑法197条1項は、上述のように、「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。但し、強制的処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことがで

きない」と規定していることから、捜査手法としては、任意処分と強制処分のいずれかしか存在せず、その中間領域を設定することは、現行法上不可能である。また、上掲東京高判平成22年11月8日が述べる「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としなければならない」との意味合いは不明確ではあるが、大阪地判平成29年3月24日⁽²²⁾が、強制採尿令状の執行確保のために被告人を留め置く必要性が相当高かったといえる場合であっても、強制処分にわたらない限りでしか許容されないと判示していることに照らして考えるならば、少なくとも、強制採尿令状請求準備着手前後において、捜査機関における処分の性質が異なるものであると捉えることは妥当であるまい。

なお、この点につき、柳川教授は、強制採尿令状請求準備に着手すれば、「被疑者の所在確保は、証拠隠滅の防止という意味を持つ」ことから、強制採尿令状の「実体要件が備わり令状発付請求の準備に取り掛かった後の留め置きは、証拠隠滅がなされる危険性が高い状況において令状執行までの間証拠隠滅を防止することができる」とし、任意採尿に応じるよう説得するための留め置きの必要性よりも一般的に高いと主張される⁽²⁴⁾。但し、強制採尿令状が実際に発付されれば、留め置きの必要性も典型的に高まると解されるが、柳川教授が、単に強制採尿令状請求準備の着手により、典型的に留め置きの必要性が高まると解するのであれば、妥当な解釈とはいえない。いわゆる「留め置き二分論」を採用する判例が、強制採尿令状請求手続への着手および強制採尿令状の発付を被疑者に告げることを要求する理由は、以上のような解釈に立てば、「手続状況の変化を明確にし、被告人にそのことを認識させるため」に重要であるからに他ならないことになる⁽²⁵⁾。このような理解によるのであれば、強制採尿令状請求に着手すれば、被疑者の所在確保という説得とは別の新たな目的に基づいて、被疑者を留め置くことを継続することは不

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

可能ではないことになるが、それは、あくまでも任意処分としての範疇⁽²⁶⁾においてのみ許容されるものであることに変わりはない。よって、「いくら捜査の必要性が高いとしても、無令状で強制処分を行なうことは許容されず、捜査の必要性、緊急性があるからといって、ある強制処分について、任意処分としてとらえることができるわけではない」ことはいうまでもないことから、「本件のように共同住宅の共用部分に立ち入る際に、管理者の承諾が認められる状況になれば、管理権の侵害ととらえられる」との結論は、当然ということになる⁽²⁷⁾。

翻って考察するに、本件建物は、「6階建ての共同住宅であり、建物の入り口で靴を脱ぎ、建物内の廊下や階段を通して各居室に行くようになって」おり、「居室のドアの鍵は住人が管理しているが、居室に他人を入れることは禁止されて」いて、「共用部分には風呂やトイレのほか談話室もあり、管理人がいる平日午前8時頃から午後6時頃までの間は住人が他人をそこに上げることができるが、管理人が不在の間は外部の人間の立入りは禁止されて」いるものであった。そのため、本判決は、本件建物の共有部分⁽²⁸⁾が、住人の住居スペースの延長にあるものであり、住居に準ずる私的領域としての性質を有する空間であると解したのであって、石田教授が述べられるように、本件建物の特殊性としての性質を有していた点が重視されて判断がなされたものであろう。つまり、本判決は、「類型的に強制処分に該当すると判断したわけではなく、本件における具体的な事実関係を前提に強制処分該当性を認めたと過ぎない⁽²⁹⁾」のである。

そもそも憲法35条は、合衆国憲法修正⁽³⁰⁾4条の規定に倣って規定されたものであり、合衆国憲法修正4条は、イギリスにおいて、「15世紀末以降、宗教的異端者の摘発や政府に対する反対者の弾圧、各種の徴税や社会統制のため、搜索場所や目的物を全く特定しない一般令状によるなどして、疑わしいと思われる者の住居等に官憲が実力で立ち入って網羅的な搜索を行い、文書や物件を押収、関係者を検束するといった」法執

行に対する批判的な考え方を受け継ぐものである⁽³¹⁾。これに基づき、捜索は、「当該場所についての管理権（住居権）の侵害という実質を有するから、捜索令状の個数は管理権の数を基準」とするとの考え方が採用されており⁽³²⁾、「マンションの一室の管理権は同室の居住者にあるのに対し、共用部分の管理権は、部分的に重なり合うけれども完全には重なり合わない」ため、「両者とも捜索の対象とするについては、それぞれを捜索の場所とする個別の捜索令状を発するというのがオーソドックスな方法であろう」と解される⁽³³⁾。このような解釈に照らすのであれば、本件事案における共同住宅共用部分は、管理者の管理権限に属するのみならず、被告人を含めた居住者の管理権限が重疊的に属することになるため、警察官らの共同住宅内部への立入りは、住居人らのプライバシー権を侵害する行為と評価せざるを得ない。よって、本判決は、「管理人が所在する間は、管理人に住人らとの契約に基づく包括的な管理権があるといえるから、その承諾を得ることで住人の許可なしに本件建物の共用部分に立ち入ることは許容され得るとしても、管理人不在の間に共用部分に立ち入る行為は、管理権侵害にとどまらず、被告人を含む住人のプライバシーを侵害するものであって、それ相応の法的根拠がなければ許されないはずである」と解したのであり、「本件にあっては、警察官らは、まだ裁判所への令状請求にも至っていない時点で本件建物に立ち入っており、その態様も被告人や住人らに断りもなく、大勢で次々に入るといえるもので、……正当性も認めがたい以上、建造物侵入に問われかねない行為といえる」とし⁽³⁴⁾、憲法 35 条に抵触するだけでなく、行為態様の側面においても、また制約される法益が重要である点からも、強制処分に該当し、警察官らの共同住宅内部へ無令状立ち入りは違法であると判断したのである⁽³⁵⁾。なお、上記のとおり、本判決は、「本件にあっては、警察官らは、まだ裁判所への令状請求にも至っていない時点で本件建物に立ち入っており」として、令状請求手続に移行する旨を告げているのみの段階であることに触れているが、この段階で許容される警察官

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

の行為は、後の令状執行に備えて、本件事案でなされたような被処分者の所在を確保するための追隨行為や現場での留め置きをなす等、一定の範囲での任意処分を行なうことに対する正当化事由になり得る可能性があるのみで、決して強制処分と位置付けられるような建物への立入り行為等が許容される根拠となり得るものではないし、また、仮に令状請求後であったとしても、当該立入り行為等が可能となるわけではない。そのため、白井参事官は、「この判決を踏まえると、難しい問題ではあるが」としたうえで、本件事案においては、共同住宅内に被告人が入る時点で、被告人に入らぬよう説得し、仮に被告人が、これを聞き入れず、共同住居内に入ってしまった場合には、「それ以上の制止行為や共同住宅内への侵入行為」は行わず、被告人の「居室番号を聞き出すなどして、強制採尿のための令状に合わせて、当該居室に対する捜索令状を取得することが考えられる」と述べられるが、この様に処理すべきが妥当であろう。⁽³⁶⁾

4. 居室ドアを閉めさせない行為

本件事案において、被告人が居室に入ってドアを閉めようとした際、警察官Bらは、居室の外からドアを手足で押さえ、「閉められると何をされるかわからない」、「預かっている所持品もある」などと述べてドアを開けたままにするよう求めたのに対し、被告人は、「今から寝るのでドアを閉めたい」、「任意のはずだ」、「説得には応じない」などと怒声をあげ、両者は10分ほど押し問答をした結果、被告人は自らのビニールが差を差し込み、ドアが完全に閉まらない状態にしたうえで就寝したが、警察官らは、被告人が床に就いた後に、ドアの隙間にさらに物干し竿様の棒を差し込んで施錠されないようにし、居室前で待機している。当該行為につき、警察官Bは、被告人の部屋のドアを閉めさせなかった理由につき、逃走や自殺のおそれが存在したこと、本件所持品を預かっていたこと、強制採尿令状が発付された際に速やかに執行する必要性が

あったことを挙げているが、原判決は、「結果的に、被告人を含む本件建物内の住人らの住居の平穩を害したことは、その違法の程度をより強めるべきものというべきである」と判示した。これに対し、本判決は、「そうした評価はいかにも皮相で、本件においてはそれに止まらない違法があるというべきである」としている。つまり、ドアの内側は、被告人の住居であって、共同住宅における共用部分にも増して、個人のプライバシーがより厳格に保護されなければならない領域であり、ドアの開閉、および施錠の有無については、憲法 35 条の趣旨から、本判決の判断は、当然の要請の帰結であるといえよう。⁽³⁷⁾もちろん、警察官らが、合理的範囲内においてドアを開けておくよう説得することは許容されるが、少なくとも本件事案において、被告人はこれを明確、かつ強固に否定しているにも関わらず、警察官らはドアを手足で押えるなどの有形力行使している。また、本件所持品につき、警察官らは、「これを返すわけにはいかないが、その状態を被告人に終始確認してもらわなければならない」との発言を繰り返しているが、これは、強制採尿令状発付の際に、速やかに執行したいとする警察官らの都合を過度に優先させた考え方に基づくものに他ならない。本件事案においては、10 分ほどの押し問答の末、最終的には被告人が自ら傘を差し入れ、ドアを開いておくことを承諾しているとも捉えられるような状況には至っているものの、それは、本判決が述べるように、被告人は、「警察官らによってドアを閉めることを断念せざるを得ない状況に追い込まれた」のであって、「承諾があったなどとは到底いえず、警察官らの行為は、被告人の意思を制圧するものであったと評価できる」と解することが妥当であろう。

さらに、検察官が、被告人には、逃走を図る可能性が存在し、その際に負傷するおそれが認められることから、ドアを閉めさせないことに対する高度の必要性・緊急性を主張したため、本判決では、その適否について、さらに検討が加えられている。この点につき、被告人は、本件建

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

物に到着するまでの間、逃走を図ったり、衝動的な行為に出たりする素振りを見せておらず、ドアを閉める理由についても、殊更に就寝のためであることを明確に述べており、さらに、上記のとおり、真に同意・承諾をしているとはいえないとしても、自ら傘を差し入れてドアを開いた状態にしているのであるから、逃走等に及ぶことを懸念する具体的事情が存在していたとは認められない。また、強制採尿令状により、尿検査を行なうことが主たる目的であるならば、証拠隠滅等の防止措置を講じる必要性は、必ずしも高いとはいえないため⁽³⁸⁾、これらの状況に照らすのであれば、本件建物の周辺で待機すれば足りるものといえよう。仮に令状執行時に施錠がなされていたのであれば、強制採尿令状に伴う必要な処分として開錠することは不可能ではないことから、上記のとおり、捜査側の「手間を省くため」に施錠をさせないとの過度の都合の優先によるものであり、必要性・緊急性を基礎づけるものではないと評価したものと考えられる。

以上のことから、本判決においては、居室ドアを閉めさせない行為については、何らの必要性・緊急性もなく、「被告人の意思を制圧して住居についてのプライバシーを侵害したものに他ならない」ため、被告人を含む本件建物内の住人らの平穏を害したことで違法の程度をより強めただけでなく、「住居そのものへの侵入と比肩するほどの違法性がある」と判示したと解される。

5. 鑑定書等の証拠能力

原判決においては、本件の捜査活動には「違法」というべき点があるものの、令状主義の精神を没却する程の重大な違法はなく、被告人の尿の鑑定書等の証拠能力は否定されないとの判断を示した。

これに対し、本判決は、被告人の居室のみならず、本件建物の共有部分についても、居住スペースの延長ともいえる場所であると解し、住人や管理者の許可なく立ち入るためには令状が必要であることは明白であ

ることから、任意処分として許容できるとはおよそ解し得ないとし、被告人に居室ドアを閉めさせなかった点についても、被告人の意思を制圧して住居についてのプライバシー権を侵害していることから、同様に任意処分として許容できるものではないことから、憲法 35 条において住居の不可侵が保障されているにも関わらず、警察官らがこの点への配慮を欠き、無令状で確信的に当該保障と密接に関係する利益を侵害した本件の違法の程度は大きく、令状主義の精神にもとり、将来の違法捜査の抑制の見地からもこれを放置できるものではないと判示した。

本判決は、令状主義を潜脱する意図を否定している。しかし、この点につき、白井参事官は、「警察官の側に令状主義を潜脱する意図が認められない場合でも、制約される権利の重大性や、警察官が適切な配慮をしなかったということをとらえて、違法の程度が重いものとなり得るとの判断が示された」と評するが、⁽³⁹⁾正鵠を射ているであろう。

続けて、本判決は、「このような行為の後に請求をして発付された強制採尿令状を居室内の被告人に示し、これを受けて被告人が排出した尿を押収したものであるから、被告人の尿は、上記のような違法な行為を直接利用して得られたものというべきで、違法行為が尿の押収を目的としたことも明らかである」として、証拠能力を否定している。

6. さいごに

以上により、本判決は、共同住宅への立入り等に先行する捜査手続が強制処分に該当するとしたうえで、これら一連の捜査手続には、重大な違法があるとして、尿鑑定書等を証拠排除し、他に本件公訴事実を的確に認定し得る証拠はないとして、無罪とした。なお、本判決は、「このような違法な手続により押収された尿の鑑定に関する本件鑑定書等の証拠の許容することは、その違法が警察官らの確信的な侵害行為によってもたらされたものであることをも考慮すると、将来における同様の捜査を抑制するとの見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

を否定すべきである」としていることから、今後、このような「確信的な侵害行為」が、捜査実務においてなされぬよう、捜査機関は、本判決の意義を十分に認識する必要があるだろう。

- (1) 團藤重光『條解刑事訴訟法（上）』（弘文堂・1950年）361頁、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣・1958年）82頁等。
- (2) 三井誠『刑事手続法（1）〔改訂版〕』（有斐閣・1997年）81頁。
- (3) 田宮裕編著『刑事訴訟法Ⅰ』（有斐閣・1975年）129頁・130頁〔田宮裕〕、同『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣・1996年）71頁以下等。
- (4) 井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣・2014年）2頁以下、大澤裕「強制捜査と任意捜査」法教439号（2017年）58頁以下、田口守一『刑事訴訟法〔第7版〕』（弘文堂・2017年）44頁、酒巻匡『刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣・2020年）30頁等。なお、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刊行会編『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集・下巻』（判例タイムズ社・2006年）23頁以下、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣・2015年）15頁以下、川出敏裕『判例講座刑事訴訟法（捜査・証拠篇）』（立花書房・2016年）5頁以下等も、併せて参照のこと。
- (5) 三井・前掲注（2）81頁。
- (6) 最（3小）決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。本決定の解説・評釈として、朝岡智幸「1. 任意捜査において許容される有形力の行使の限度 2. 任意捜査において許容される限度内の有形力の行使と認められた事例」判タ339号（1976年）126頁以下、光藤景皎「任意捜査において許容される有形力の行使の限界」『昭和51年度重要判例解説』（有斐閣・1977年）176頁以下、香城敏磨「1. 任意捜査において許容される有形力の行使の限度 2. 任意捜査において許容される限度内の有形力の行使と認められた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和51年度）』（法曹会・1980年）64頁以下、田宮裕「任意捜査において許容される有形力の行使の限度」警研51巻6号（1980年）73頁以下、村上健「任意捜査の限界」佐々木史朗＝河上和雄＝田宮裕編『施行30年の総検討 刑事訴訟法の理論と実務〔別冊判例タイムズNo.7〕』（判例タイムズ社・1980年）274頁以下、加藤昌「任意捜査において許容される有形力行使の限界」佐々木史朗＝田宮裕＝河上和雄＝加藤昌篇『警察関係基本判例解説100

〔別冊判例タイムズ No.9〕(判例タイムズ社・1985年) 57頁以下, 高田卓爾「任意捜査における有形力の行使」平野龍一=松尾浩也=田宮裕=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第5版〕』(有斐閣・1986年) 12頁・13頁, 中林英二「任意捜査において許容される有形力行使の限度」河上和雄=渥美東洋=中山善房=垣見隆編『警察実務判例解説(任意同行・逮捕篇)〔別冊判例タイムズ No.11〕』(判例タイムズ社・1990年) 26頁以下, 松尾浩也「任意捜査における有形力の行使」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第6版〕』(有斐閣・1992年) 6頁・7頁, 井上正仁「強制処分と任意処分の限界」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕』(有斐閣・2005年) 4頁・5頁, 小木曾綾「任意捜査における有形力の行使」長沼範良=櫻井正史=金山薫=岡田雄一=辻裕教=北村滋編著『警察基本判例・実務200〔別冊判例タイムズ No.26〕』(判例タイムズ社・2010年) 72頁以下, 大澤裕「強制処分と任意処分の限界」井上正仁=大澤裕=川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』(有斐閣・2017年) 4頁・5頁等。

- (7) 最(3小) 決平成11年12月16日刑集53巻9号1327頁。本決定の解説・評釈として, 水谷規男「検証許可状による盗聴」法セミ544号(2000年)111頁, 三浦守「検証許可状による電話の傍受が合憲とされた事例」研修623号(2000年)11頁以下, 小早川義則「検証令状による電話傍受の適否」『平成11年度重要判例解説』(有斐閣・2000年)183頁・184頁, 只野雅人「検証許可状による電話傍受と憲法21条2項・35条」法セミ546号(2000年)114頁, 平良木登規男「通信傍受—最高裁判所平成11.12.16決定を中心に—」警論53巻8号(2000年)153頁以下, 田口守一「検証許可状による電話傍受の合憲性・合法性」現刑25号(2001年)80頁以下, 長沼範良「電話検証」法教256号(2001年)22頁以下, 立山紘毅「検証許可状に基づく電話盗聴の合憲性」法学教室編集室編『判例セレクト'86~'00』(有斐閣・2002年)178頁, 池田修=飯田喜信「平成11年法律第138号による刑訴法222条の2の追加前において検証許可状により電話傍受を行うことの適否」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成11年度)』(法曹会・2002年)220頁以下, 後藤昭「通信傍受法以前の検証令状による電話傍受の適法性」ジュリ1256号(2003年)195頁以下, 椎橋隆幸「電話検証」井上編・前掲注(6)72頁・73頁, 平松毅「電話の傍受と通信の秘密」高橋和之=長谷部恭男=石川健治編『憲法判例百選I〔第5版〕』(有斐閣・2007年)134頁・135頁, 堀江慎司「電話検証」長沼ほか編・前掲注(6)290頁以下, 安村勉「電話検証」井上正仁=大澤裕=川出敏裕編

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』（有斐閣・2011年）72頁・73頁，立山紘毅「電話の傍受と通信の秘密」長谷部恭男＝石川健治＝穴戸常寿編『憲法判例百選I〔第6版〕』（有斐閣・2013年）136頁・137頁，清水真「電話検証」井上ほか編・前掲注（6）70頁・71頁，指宿信「覚せい剤取引と検証令状による電話傍受―通信傍受法施行前の事案」長谷部恭男＝山口いつ子＝穴戸常寿編『メディア判例百選〔第2版〕』（有斐閣・2018年）218頁・219頁等。

- (8) 最（3小）決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁。本決定の解説・評釈として，正木祐史「配達途中の荷物のエックス線検査」法セミ660号（2009年）128頁，前田雅英「強制捜査と違法収集証拠排除」警論62巻12号（2009年）171頁以下，野呂裕子「捜査機関が捜査の目的で宅配便荷物にエックス線を照射して内容物の射影を観察する行為は，検証としての性質を有する強制処分に当たり，検証許可状によることなく行ったエックス線検査は違法であるとした事例」研修739号（2010年）427頁以下，緑大輔「宅配便業者が運送中の荷物に対し，捜査機関が荷送人・荷受人の承諾を得ず，かつ検証許可状によらずにエックス線を照射して内容物の射影を観察した行為を違法とした事例」速報判例解説編集委員会編『速報判例解説 vol.6』（日本評論社・2010年）209頁以下，小玉大輔「捜査機関が荷送人・荷受人の承諾を得ることなく実施した宅配便荷物のエックス線検査を違法であるとしつつ，当該検査により得られた証拠の証拠能力を肯定した事例」警公65巻4号（2010年）89頁以下，笹倉宏紀「宅配便荷物のエックス線検査と検証許可状の要否」『平成21年度重要判例解説』（有斐閣・2010年）208頁以下，坂口拓也「無令状により実施された宅配荷物のエックス線検査が違法であるが，同エックス線検査と関連して押収された覚せい剤の証拠能力については肯定された事例」研修748号（2010年）15頁以下，葛野尋之「宅配便荷物のエックス線検査の適法性」法時83巻2号（2011年）122頁以下，井上正仁「梱包内容のエックス線検査」井上ほか編・前掲注（7）70頁・71頁，大野正博「宅配便業者が，運送中の宅配便荷物に対し，荷送人・荷受人の承諾を得ず，かつ検証許可状を得ることもなく行ったエックス線検査が違法とされた事例」朝日法学論集40号（2011年）193頁以下，「宅配便業者の運送過程下にある荷物について，荷送人や荷受人の承諾を得ずに，捜査機関が検証許可状によることなくエックス線検査を行なうことは適法か」法時83巻3号（2011年）132頁・133頁，赤松亨太「宅配業者の運送過程下にある荷物について，荷送人や荷受人の承諾を得ずに，捜査機関が検証許可状によることなくエックス線検査を行うことは違法であるとされ

た事例」捜研 717 号（2011 年）30 頁以下，清水晴生「撮影捜査の性質と要件」白鷗法學 18 卷 1 号（2011 年）209 頁以下，関口和徳「宅配便業者の運送過程下にある荷物について，捜査機関が，荷送人や荷受人の承諾を得ずに，これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察する行為は，検証としての性質を有する強制処分に当たり，検証許可状によらずにこれを行うことは違法である，とされた事例」北大法学論集 61 卷 6 号（2011 年）151 頁以下，大場史朗「捜査過程におけるエックス線検査 一強制処分法定主義と令状の司法審査」久留米大学法学 65 号（2011 年）81 頁以下，増田啓祐「宅配便業者の運送過程下にある荷物について，荷送人や荷受人の承諾を得ずに，捜査機関が検証許可状によることなくエックス線検査を行うことは適法か」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇（平成 21 年度）』（法曹会・2013 年）371 頁以下，池田公博「宅配便内容物のエックス線検査の適法性」法学教室編集室編『判例セレクト 2009-2013 [II]』（有斐閣・2013 年）190 頁，安村勉「梱包内容のエックス線検査」井上ほか編・前掲注（6）62 頁・63 頁，阿部純子「憲法上の実体的利益とそのプロセス保障について 一X 線検査訴訟と再婚禁止期間訴訟を題材にして」大東法学 27 卷 2 号（2018 年）1 頁以下等。

- (9) 最（大）判平成 29 年 3 月 15 日刑集 71 卷 3 号 13 頁。本判決の解説・評釈として，井上正仁「GPS 捜査」井上ほか編・前掲注（6）（2017 年）64 頁以下，宇藤崇「捜査のために GPS を使用することの適否について」法教 440 号（2017 年）152 頁，伊藤雅人 = 石田寿一「車両に使用者らの承諾なく秘かに GPS 端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続上の捜査である GPS 捜査は令状がなければ行うことができない強制的処分か」ジュリ 1507 号（2017 年）106 頁以下，笹田栄司「GPS 捜査と憲法 35 条」法教 442 号（2017 年）123 頁，後藤昭「法定主義の復活？ 一最大判平成 29 年 3 月 15 日を読み解く」法時 89 卷 6 号（2017 年）4 頁以下，石田倫識「GPS 捜査の適法性」法セミ 749 号（2017 年）98 頁，平江徳子「GPS（全地球測位システム）を用いた捜査」福岡大学法學論叢 62 卷 1 号（2017 年）279 頁以下，前田雅英「いわゆる GPS 捜査の合憲性」捜研 798 号（2017 年）28 頁以下，尾崎愛美「GPS 捜査の適法性に関する最高裁大法廷判決を受けて（上）（下）」同 43 頁以下・同 800 号（2017 年）2 頁以下，堀口悟郎「GPS 捜査とプライバシー」法セミ 750 号（2017 年）104 頁，松田岳士「令状なしの GPS 捜査が違法とされた事例 一窃盗，建造物侵入，傷害被告事件」季刊刑事弁護 91 号（2017 年）99 頁以下，堀江慎司「GPS 捜査に関する最高裁大法廷判決についての覚書」論ジュリ 22

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

号（2017年）138頁以下，山本龍彦「GPS捜査違法判決というアポリア？」同148頁以下，池田公博「車両位置情報の把握に向けたGPS端末装の強制処分該当性」法教444号（2017年）72頁以下，植村一郎＝太田茂＝指宿信＝清水真＝小木曾綾「GPS捜査の課題と展望—最高裁平成29年3月15日大法廷判決を契機として—」刑ジャ53号（2017年）26頁以下，宇藤崇「GPS捜査大法廷判決について」同59頁以下，角田正紀「GPS捜査大法廷判決について」同66頁以下，中島宏「GPS捜査最高裁判決の意義と射程」法セミ752号（2017年）10頁以下，我妻路人＝小野俊介＝館康祐＝西村啓「GPS最高裁判決を導いた弁護活動」同16頁以下，大野正博「いわゆる『現代型捜査』の発展と法の変遷」同22頁以下，山田哲史「GPS捜査と憲法」同28頁以下，辻本典史「監視捜査に対する法規制の未来—GPS捜査の立法課題」同33頁以下，福本博之「GPS捜査等に関する判例の動向」CHUKYO LAWYER 27巻1号（2017年）31頁以下，大江一平「GPS捜査が憲法35条の保障する権利を侵害する強制処分とされた事例」新・判例解説編集委員会編『新・判例解説 Watch vol.21』（日本評論社・2017年）33頁以下，亀石倫子「GPS捜査大法廷判決に至るまでの弁護活動」自由と正義68巻10号（2017年）8以下，斎藤司「GPS捜査大法廷判決の論理とその影響」同15頁以下，尾崎愛美「位置情報取得捜査に関する法的規律の現状と課題」同22頁以下，渡邊英敬「GPS捜査をめぐる問題点—近時の下級審の裁判例の概観と最高裁大法廷平成29年3月15日判決の若干の検討」警論70巻11号（2017年）70頁以下，伊藤博路「車両に秘かにGPS端末を取り付けて位置情報を検索し把握するGPS捜査の法的性質」名城ロースクール・レビュー40号（2017年）209頁以下，實原隆志「『刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨』の予備的考察」福岡大學法學論叢62巻3号（2017年）559頁以下，中曾久雄「GPS捜査とプライバシー権」愛媛大学教育学部紀要64号（2017年）241頁以下，笹倉宏紀＝山本龍彦＝山田哲史＝緑大輔＝稲谷龍彦「強制・任意・プライバシー（続）—GPS捜査大法廷判決を読む，そしてその先へ」法時90巻1号（2018年）54頁以下，河村博「いわゆるGPS捜査と強制処分法定主義について」同志社法學396号Ⅱ（2018年）869頁以下，正木祐史「GPS捜査大法廷判決と立法問題」犯罪と刑罰27号（2018年）155頁以下，守田智保子「GPS捜査によって得られた証拠の証拠能力」筑波法政73号（2018年）21頁以下，伊藤徳子「GPS捜査とプライバシー概念」大学院研究年報（法学研究科篇）47号（2018年）113頁以下，松田岳士「強制処分概念をめぐる最近の議論について」阪大法學67巻

6号(2018年)1097頁以下,立山紘毅「裁判例検討・GPS捜査の違法性とプライバシー侵害—最大判2017年3月15日・刑集71巻3号13頁を機縁として」山口経済学雑誌66巻5号(2018年)543頁以下,河村有教「GPS捜査による権利侵害と強制処分性について—平成29年3月15日最高裁大法廷判決の検討を中心に—」海保大研究報告〔法文学系〕62巻2号(2018年)61頁以下,稲谷龍彦「刑事司法の最適化と情報技術・ビッグデータの活用—GPS最高裁判決を超えて」情報法制研究3号(2018年)3頁以下,駒村圭吾「GPS捜査とプライバシー」『平成29年度重要判例解説』(有斐閣・2018年)26頁・27頁,稲谷龍彦「GPS捜査の法的性質」同179頁以下,指宿信「GPS捜査と個人のプライバシー—平成29年最高最大法廷判決まで・その意味・その後—」法とコンピュータ36号(2018年)3頁以下,亀石倫子=小野俊介=小林賢介=館康祐=西村啓=我妻路人「無令状でのGPS端末を使用した捜査が違法であるとして証拠排除された事例」刑弁情報29巻1号(2018年)82頁以下,三島聡「GPS捜査は強制処分であり,立法による対応が望ましいとされた事例」新・判例解説編集委員会編『新・判例解説 Watch vol.23』(日本評論社・2018年)209頁以下,大沢秀介「現代の行政国家と警察」警論71巻8号(2018年)5頁以下,椎橋隆幸「GPS捜査—平成29年3月15日最高裁大法廷判決の意義と射程(前)(後)」研修843号(2018年)3頁以下・同851号(2019年)3頁以下,伊藤博路「GPS捜査の強制処分性の本質について—最高裁大法廷平成29年3月15日判決を契機として」名城ロースクール・レビュー43号(2018年)1頁以下,吉崎暢洋「GPS捜査と憲法35条」常葉法学5巻1号(2018年)105頁以下,笹倉宏紀「GPS捜査」長谷部ほか編・前掲注(7)220頁・221頁,柳川重規「位置情報の取得」刑ジャ59号(2019年)37頁以下,指宿信「GPS捜査事件最高裁大法廷判決を振り返る—法理論と法実務のクロスオーバー」成城大学法学会編『変動する社会と法・政治・文化』(信山社・2019年)127頁以下,柳川重規「位置情報の取得」刑ジャ59号(2019年)37頁以下,早瀬勝明「GPS捜査違法判決」論ジュリ29号(2019年)73頁以下,檀上弘文「科学的捜査の行方—GPS捜査に関する最高裁判決を契機として—」法学新報125巻11=12号(2019年)563頁以下,柳川重規「位置情報とプライバシー」同605頁以下,伊藤雅人=石田寿一「車両に使用者らの承諾なく秘かにGPS端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続上の捜査であるGPS捜査は令状がなければ行うことができない強制的処分か」曹時71巻6号(2019年)1244頁以下,古田佑紀「科学的な探知技術の高

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

度化と強制処分 —最高裁平成 29 年 3 月 15 日判決の考察— 神奈川法学 52 巻 1 号 (2019 年) 25 頁以下, 洲見光男「強制処分法定主義, 強制処分 (最大判平成 29・3・15) 法教 470 号 (2019 年) 10 頁以下, 亀石倫子「刑事弁護が社会を変える —GPS 捜査違法事件を中心に—」沖繩法政研究 22 号 (2020 年) 99 頁以下, 國井恒志「刑事裁判例に現れた GPS 捜査」川上拓一編著『刑事手続法の理論と実務』(成文堂・2020 年) 141 頁以下等。その他, 本判決を含め, GPS 捜査につき, 網羅的に検討しているものとして, 指宿信編著『GPS 捜査とプライバシー保護 —位置情報取得捜査に対する規制を考える』(現代人文社・2018 年), 川出敏裕『刑事手続法の論点』(立花書房・2019 年) 1 頁以下等。また, 實原隆志『「GPS 捜査」の憲法上の問題 —比較対象としてのアメリカ国内の議論—』福岡大學法學論叢 63 巻 1 号 (2018 年) 1 頁以下も併せて参照のこと。なお, 当該最高裁大法廷判決により, いわゆる「意思制圧説」が主張するところの, 「意思を制圧し」は, 「意思に反する」と同義ではないとの解釈については, さらなる検証が必要となったといえよう。

- (10) 稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護 —熟議による適正手続の実現を目指して』(弘文堂・2017 年) 93 頁・94 頁。
- (11) 井上・前掲注 (4) 7 頁。なお, 任意処分適法性判断基準に関する各種見解に対する批判的検討として, 稲谷・前掲注 (10) 80 頁以下。
- (12) 大阪高判平成 30 年 8 月 30 日裁判所 HP (http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/980/087980_hanrei.pdf)。本判決の解説・評釈として, 石田倫識「共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が強制処分とされた事例」法セミ 767 号 (2018 年) 128 頁, 白井美果「覚せい剤取締法違反事件における尿の押取に至る間の警察官の行為について, 任意捜査として許容されず, 令状主義を没却する重大な違法があると判断された事例」警論 71 巻 12 号 (2018 年) 177 頁以下, 江藤隆之「留め置き二分論と 2 つの無罪判決」桃山法学 31 号 (2019 年) 87 頁以下, 黒澤陸「共同住宅への立入り等の選考する捜査手続は強制処分に当たり, 一連の捜査手続に重大な違法があると, 尿鑑鑑定書等を証拠排除した事例」新・判例解説編集委員会編『新・判例解説 Watch vol. 25』(日本評論社・2019 年) 195 頁以下等。
- (13) なお, 戦前における行政警察規則 (明治 8 年 3 月 7 日太政官達 29 号) 24 条は, 「怪キ者ヲ見認ルトキハ取糺シテ様子ニ依リ持区内出張所ニ連行或ハ警部ニ密報シ差図ヲ受クヘシ」と規定されていたことから, 強制的色彩の強い不審問がなされていた。

(14) なお、尿の簡易検査で陰性反応が出たのを受けて、警察署を退出した被告人を約1時間40分にわたり追尾するなどして監視し続けた行為につき、「数人の警察官らが、本件駐車場を出て周囲を徘徊する被告人を追尾したり、一定の距離を置いて取り巻いたりして監視し続けた措置は、被告人の身体に有形力を行使していないことはもとより、被告人の行く手を遮ったり、周囲を取り囲んだりして移動を制限することもしておらず、被告人も自由に徘徊しながら途中で電話をかけるなどしていること、その時間が約30分に止まっていることに加え、被告人に対する覚せい剤所持の嫌疑が強く、既に搜索差押許可状の請求手続が進行中であり、その執行の際に立会いを求めるため被告人の所在を確保する要請が高かったことなどに照らすと、なお任意捜査の範囲内にあるものとして許される」と判示したものとして、東京高判平成23年3月17日東高刑時報62巻27頁がある。

(15) 白井・前掲注(12)187頁。

(16) 東京高判平成21年7月1日東高刑時報60巻94頁。本判決の解説・評釈として、正木祐史「取調室留め置きの適否」法セミ666号(2010年)124頁、松本英俊「任意同行後、強制採尿令状の執行まで取調室に留め置かれた事例」速報判例解説編集委員会編『速報判例解説 vol.6』(日本評論社・2011年)225頁以下、前田雅英「令状執行の為の留め置き行為の適法性」警論64巻5号(2011年)145頁以下、坂田正史「覚せい剤使用の事案において、警察官が、強制採尿令状の発付を得て執行するため、被疑者を取調室から退去しようとするのを繰り返し阻止するなどして留め置いた行為等が任意捜査として許容される範囲を逸脱したものとは見られないとされた事例」捜研725号(2011年)60頁以下、大澤裕「強制採尿に至る被疑者の留め置き」研修770号(2012年)3頁以下、辻昌文「覚せい剤自己使用の事案で、強制採尿に至る経緯における手続の違法(違法な留め置き・弁護人選任権の侵害)を主張された事例」研修788号(2014年)71頁以下、細谷芳明『判例から学ぶ捜査手続の実務・特別編①強制採尿を前提としてなされる「留置き」の適否をめぐる裁判例と捜査実務(現場)への提言〔捜査研究臨時増刊号No.775〕』(東京法令出版・2015年)20頁以下、高橋省吾「職務質問に伴う被疑者の『留め置き』の適法性」山梨学院ロー・ジャーナル10号(2015年)38頁以下、細谷芳明「覚せい剤使用事犯における『留置き』をめぐる問題(第6回)～二分論への批判に対し、実務上その有用性について～」捜研806号(2018年)46頁以下、金子章「被疑者の留め置きについて—その適法性判断のあり方に焦点をあてて—」横

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

浜法学 27 卷 2 号 (2018 年) 27 頁以下等。

- (17) 東京高判平成 22 年 11 月 8 日高刑集 63 卷 3 号 4 頁。本判決の解説・評釈として、白取祐司「職務質問に伴う現場への留め置き」『平成 23 年度重要判例解説』(有斐閣・2012 年) 179 頁・180 頁、大澤・前掲注 (16) 3 頁以下、辻・前掲注 (16) 76 頁以下、篠原亘「警察官が強制採尿令状の請求手続に取りかかった後被疑者を職務質問の現場に留め置いた措置は違法不当とはいえないとされた事例」法学新報 121 卷 5・6 号 (2014 年) 409 頁以下、前田雅英「任意捜査と強制捜査を区別する意味」捜研 764 号 (2014 年) 35 頁以下、豊崎七絵「令状請求手続進行中の被疑者の留め置き」法学教室編集室編『判例セレクト 2009-2013 [II]』(有斐閣・2015 年) 210 頁、細谷・前掲注 (16) 40 頁以下、高橋・前掲注 (16) 43 頁以下、細谷芳明「覚せい剤使用事犯における『留置き』をめぐる問題 (第 7 回) 二分論への批判に対し、実務上その有用性について」捜研 807 号 (2018 年) 86 頁以下等。

なお、同様の判断手法を採用した判例として、東京高判平成 25 年 1 月 23 日東高判時報 64 卷 30 頁、東京高判平成 26 年 5 月 16 日高刑速平成 26 年 59 頁 (3523 号)、東京高判平成 27 年 4 月 30 日高刑速平成 27 年 101 頁 (3547 号) 等がある。平成 25 年判決の解説・評釈として、高橋吾省「警察官が、覚せい剤使用の嫌疑が認められた被疑者を、職務質問開始から強制採尿令状の発付を受けて本件現場に戻るまでに約 5 時間 32 分、その後警察署に任意同行した被疑者に同令状を呈示するまで約 6 時間 22 分留め置いた措置について、警察官による有形力行使の程度、強制採尿令状請求の準備が開始された状況等からすると、違法な点は認められないとされた事例」刑ジャ 39 号 (2014 年) 128 頁以下、細谷・前掲注 (16) 93 頁以下、高橋・前掲注 (16) 46 頁以下、細谷芳明「覚せい剤使用事犯における『留置き』をめぐる問題 (第 10 回) 二分論への批判に対し、実務上その有用性について」捜研 811 号 (2018 年) 101 頁以下等、平成 27 年判決の解説・評釈として、細谷芳明「覚せい剤使用事犯における『留置き』をめぐる問題 (第 11 回) 二分論への批判に対し、実務上その有用性について」捜研 812 号 (2018 年) 72 頁以下等。

- (18) いわゆる「留め置き二分論」を近時、検討したものとして、大澤・前掲注 (16) 3 頁以下、吉田純平「覚せい剤使用事案における強制採尿に至るまでの留め置きの適法性が問題となった事例」捜研 759 号 (2014 年) 36 頁以下、安東章「違法収集証拠について」警論 67 卷 7 号 (2014 年) 143 頁以下、柳川重規「捜索・押収令状入手のための被疑者の留置きについて」法学新報 121 卷 5

= 6号(2014年)1頁以下, 大久保隆志「任意と強制の狭間 —留め置きにおける『二分論』について—」広島法科大学院論集11号(2015年)153頁以下, 高橋・前掲注(16)27頁以下, 安東章「違法収集証拠排除法則の展開(覚せい剤事犯における被疑者の留め置きを中心として)」高嶋智光編集代表『新時代における刑事実務』(立花書房・2017年)148頁以下, 植村一郎郎「判例と捜査手法の適正化」山口厚=佐伯仁志=今井猛嘉=橋爪隆編『西田典之先生献呈論文集』(有斐閣・2017年)537頁以下, 粟田知穂「近時裁判例の傾向から見た職務質問の在り方について(上)(下)」警論69巻12号(2016年)104頁以下・同70巻1号(2017年)111頁以下, 小川佳樹「職務質問のための停止・留め置き」井上ほか編・前掲注(6)6頁・7頁, 石山宏樹「強制捜査と任意捜査 —検察の立場から—」三井誠=渡邊一弘=岡慎一=植村一郎郎編『刑事手続の新展開・上巻』(成文堂・2017年)244頁以下, 柳川重規「職務質問のための留め置き」法教446号(2017年)10頁以下, 小川佳樹「被疑者の『留め置き』について」研修839号(2018年)3頁以下, 金子・前掲注(16)27頁以下, 川出・前掲注(9)56頁以下, 松本芳希「強制採尿のための留め置きに関する裁判例の検討」刑ジャ62号(2019年)59頁以下, 石田倫識「留め置き二分論に対する批判的考察」同69頁以下, 柳川重規「強制採尿のための留め置きに関する立法論」同76頁以下, 下津健司「任意捜査の限界 —覚せい剤使用事案における『留め置き』—」川上編著・前掲注(9)1頁以下等。

(19) 札幌高判平成26年12月18日高刑速 平成26年205頁(182号)。本判決の解説・評釈として, 溝端寛幸「覚せい剤の自己使用及び所持事件について, 尿鑑定書等が違法収集証拠であり証拠能力を欠くとして証拠調べ請求を却下した原審の訴訟手続には法令違反があるとして差し戻した事例」研修803号(2015年)17頁以下, 前田雅英「『留め置き二分論』の合理性」捜研782号(2016年)10頁以下, 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(第14回)二分論への批判に対し, 実務上その有用性について」捜研816号(2018年)85頁以下, 同「覚せい剤使用事犯における『留め置き』をめぐる問題(第15回)二分論への批判に対し, 実務上その有用性について」捜研817号(2018年)96頁以下等。

(20) 東京高判平成27年10月8日判タ1424号168頁。本判決の解説・評釈として, 石田倫識「有形力行使と任意捜査の限界」法セミ743(2016年)124頁, 加藤和輝「職務質問の現場に臨場した弁護士が職務質問に応じない旨明示しているのに, これを無視する形で被告人を留め置くために行われた警察官に

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

よる有形力の行使が、任意捜査の限界を超える違法なものであると認定された事例」警公 72 卷 3 号（2017 年）84 頁以下、麻妻和人「臨場した弁護士が、職務質問に応じない旨を明確に示しているのに、これを無視する形で行われた被疑者に対する有形力の行使が任意捜査の限界を超える違法なものとした事例」刑ジャ 51 号（2017 年）103 頁以下、堀田尚徳「職務質問の対象者及び臨場した弁護士が、職務質問・留め置きに応じない旨を明示していたにもかかわらず、捜査機関がこれに応じずに対象者に対して有形力等を行行使したところ、かかる有形力等の行使が任意捜査の限界を超える違法なものとした事例」北大法学論集 69 卷 1 号（2018 年）78 頁以下等。

- (21) 任意採尿のための留め置きについては、その前提が説得であることから、大澤教授が述べられるように、「令状請求準備着手前のある時点で、説得がその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」が失われれば、それ以上の留め置きは許容されないことになろうが（大澤・前掲注（16）9 頁）、留め置きの目的が、被疑者の所在確保に変われば、新たな留め置きの必要性が発生したと解することができることから、留め置きの継続が可能となる場合もあり得よう（川出・前掲注（9）70 頁・71 頁）。
- (22) たとえば、従来、「実力」という新たな範疇を概念に導入すべきであるとの主張もみられたが（出射義夫『検察・裁判・弁護』（有斐閣・1973 年）144 頁以下）、肯定されるには至らなかった（頃安健司「任意捜査と自由の制限」石原一彦＝佐々木史朗＝西原春夫＝松尾浩也編『現代刑罰法大系・第 5 卷』（日本評論社・1983 年）139 頁・140 頁）。
- (23) 大阪地判平成 29 年 3 月 24 日判時 2364 号 126 頁。本判決の解説・評釈として、細谷芳明「覚せい剤使用事犯における『留置き』をめぐる問題（第 12 回）二分論への批判に対し、実務上その有用性について」捜研 814 号（2018 年）104 頁以下、同「覚せい剤使用事犯における『留置き』をめぐる問題（第 13 回）二分論への批判に対し、実務上その有用性について」捜研 815 号（2018 年）14 頁以下、岩下雅充「強制採尿のための令状が執行されるまでの間に被告人の留置きのためになされた有形力の行使を逮捕行為というほかないものとして違法と評価したうえで、その後には得られた尿の鑑定書等の証拠能力を否定した事例」刑ジャ 59 号（2019 年）110 頁以下、小浦美保「覚せい剤使用の嫌疑による強制採尿令状の請求準備着手から同令状執行までの間、執行確保の目的で動向監視中の被告人を一定の場所に留め置くために逮捕行為に相当する有形力を行行使した警察官の措置を違法とし、違法な留め置きの後に得られた尿の

鑑定書等の証拠能力を否定した事例」判時 2386 号（2019 年）172 頁以下，秋田真志＝月田紗緒里「動画が違法認定の決め手となって無罪となった事例」季刊刑事弁護 97 号（2019 年）69 頁以下等。

(24) 柳川・前掲注（18）14 頁。

(25) 植松・前掲注（18）554 頁。

(26) なお，東京高判平成 20 年 9 月 25 日東高刑時報 59 卷 1～12 号 83 頁は，「覚せい剤使用の嫌疑が濃厚な被告人らにつき，警察官が令状請求の手続をとり，その発付を受けるまでの間，自動車による自由な移動をも容認せざるを得ないとすれば，令状の発付を受けてもその意義が失われてしまう事態も頻発するであろう。本件のような留め置きについては，裁判所の違法宣言の積み重ねにより，その抑止を期待するよりは，令状請求手続をとる間における一時的な身柄確保を可能ならしめるような立法措置を講ずることの方が望ましいように思われる」と判示する。本判決の解説・評釈として，白取祐司『刑事訴訟法の理論と実務』（日本評論社・2012 年）90 頁以下，細谷・前掲注（16）82 頁以下，高橋・前掲注（16）35 頁以下，細谷芳明「覚せい剤使用事犯における『留置き』をめぐる問題（第 8 回）二分論への批判に対し，実務上その有用性について」捜研 808 号（2018 年）36 頁以下，同「覚せい剤使用事犯における『留置き』をめぐる問題（第 18 回）二分論への批判に対し，実務上その有用性について」捜研 820 号（2019 年）74 頁以下等。この点につき，学説においては，立法による解決につき，積極的な見解として，大澤・前掲注（16）15 頁，柳川重規「警察署での長時間にわたる違法な留め置き，無令状での身体検査，被告人の腕に注射痕がない事実を殊更に隠しての強制採尿令状の請求といった強制採尿に至る一連の捜査過程に，令状主義の精神を没却する重大な違法がある」として，強制採尿の結果得られた尿鑑定書の証拠能力が否定された事例」刑ジャ 27 号（2011 年）102 頁，同・前掲注（18）16 頁，同・前掲注（18）15 頁等が挙げられる。これに対し，白取教授は，逮捕・勾引・勾留に関し，令状の緊急執行（刑訴法 73 条 3 項・201 条 2 項）が認められていることに照らし，捜索・差押に関しても立法化をすれば，令状主義の要件を充足することにより，理論上は執行が可能となるとしながらも，東京高判平成 20 年 9 月 25 日判決における「『一時的な身柄確保』が，戦前の行政検束のような立法を想定しているとしたら，現行法上，刑事訴訟法の制定の経緯からしても，これまで形成されてきた強制・任意処分の体系を大きくゆがめることになるという観点からも，賛成できない」と解する（白取・同 99 頁・100 頁）。なお，小川教授

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

は、「捜査機関が無令状で —あるいは、事前に令状発付を得ることなく— 被疑者の身体を数時間程度拘束するのに『相当な理由』よりも高度の嫌疑である『充分な理由』を要求している現行法（緊急逮捕〔刑法210条1項〕）との整合性をどのように説明するかが問題となるように思われる」と疑問を提起（小川・前掲注（18）12頁）、これを踏まえ、川出教授は、「部分的な解決にとどまるが、まずは、捜索差押許可状について緊急執行の規定を設けることを検討すべきであると思われる」と指摘されるなど（川出・前掲注（9）75頁）、学説においては、現時点において、見解の一致はみられない。そのため、「立法論には具体的な立法内容の提言を伴うことが不可欠」であるとの指摘がなされている（植村・前掲注（18）556頁）。

(27) 白井・前掲注（12）187頁。

(28) 前掲・最（大）判平成29年3月15日では、私的領域とは、「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」と解される。

(29) 石田・前掲注（12）128頁。もちろん、石田教授も、「仮にこのような特殊事情が存在しなかったとすれば、強制処分とは評価されなかった可能性もある」としつつ、「他方で、その場合にも管理権侵害が生じていることに変わりはなく、かつ、それが建造物侵入という犯罪を構成しうるものであることに鑑みるならば、なお強制処分と解する余地もあろう」と指摘される（同）。なお、濱田毅「強制採尿令状の効力 —住居への立入可否を中心に—」同志社法学404号（2019年）364頁・365頁も、「例えば、施錠されていない門扉を開けて、玄関までの通路、庭などの屋外に居て姿を見失っていない被疑者を追いかけて身柄確保する程度の行為（あるいは、集合住宅の共用部分に逃走する被疑者に続いて立ち入る程度の行為）であれば、『捜索』『強制』とまではいえないと思われる」と解され、集合住宅の共用部分について一律にそのような評価が妥当するとまではいえないが、本判決で問題となった建物は、「共同住宅とはいえ風呂やトイレまで共用部分にあり、共用部分が実質的には居住者の住居と認められる場所であったとの特徴を有していたことにも留意を要する」（同364頁注（113））と指摘される。

(30) 合衆国憲法修正4条は、「不合理な捜索および逮捕または押収に対し、身体、家屋、書類および所有物の安全を保障されるという人民の権利は、これを侵してはならない。令状は、宣誓または確約によって裏付けられた相当な理由に基づいてのみ発せられ、かつ捜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件を特定して示したものでなければならない」（初宿正

- 典＝辻村みよ子編『新解説世界憲法集〔第4版〕』（三省堂・2017年）86頁〔野坂泰司〕と規定される。
- (31) 井上・前掲注（4）59頁。
- (32) 小林充「マンションの一角を捜索場所とする捜索令状により、廊下、階段、エレベーター、共同駐車場等についてまで捜索することができるか 右部分に立ち入ることはどうか」新関雅夫＝佐々木史朗ほか『増補 令状基本問題・下』（一粒社・1997年）219頁、小松本卓「捜索差押許可状における捜索場所の特定方法」高麗邦彦＝芦澤政治編『令状に関する理論と実務Ⅱ（別冊判例タイムズ35）』（判例タイムズ社・2013年）93頁等。
- (33) 小林・前掲注（32）220頁、小松・前掲注（32）93頁。もっとも、複数の場所に対し、1通の捜索令状の請求により行なうことが、まったく否定されるわけではない（東京高判昭和47年10月13日刑刑4巻10号1651頁は、「本件捜索差押許可状のように2ヵ所以上の捜索すべき場所が一通に記載されているとはいっても、それらの複数の場所が明確に特定されていて、裁判官がその各場所について捜索を行うことを許容することを明示しているもしているものであれば、押収すべき物の特定が各場所毎に十分になされている等）のことがあって、国民の権利が不当に侵害されるおそれがないと認められる限りは、実質的には、これをもって直ちに憲法35条の規定の趣旨に反する無効な許可状とまではいうことができないであろう」としている）。本判決の解説・評釈として、伊藤栄樹「準現行犯、逮捕に伴う差押え、1通の令状による2か所以上の捜索、差押えるべき物の明示、戸別訪問罪の成否、戸別訪問罪・法定外文書頒布罪・事前運動罪の罪数」警論26巻8号（1973年）166頁以下、熊本典道「憲法35条の意義—逮捕に伴う無令状差押の許容範囲・憲法35条2項の意義・捜索差押令状における場所および目的物の特定等—」『昭和48年度重要判例解説』（有斐閣・1974年）158頁以下等。
- (34) 住居侵入罪の包括的研究として、関哲夫『住居侵入罪の研究』（成文堂・1997年）、同『続・住居侵入罪の研究』（成文堂・2001年）、同『続々・住居侵入罪の研究』（成文堂・2012年）。
- (35) 白井・前掲注（12）188頁。
- (36) 白井・前掲注（12）188頁。
- (37) なお、ホテルの責任者から、料金不払や薬物使用の疑いがある宿泊客を退去させて欲しい旨の要請を受け、警察官が客室に赴き、職務質問を行なった際に、宿泊客が料金の支払につき、何らの納得し得る説明をせず、制服姿の警察

警察官の共同住宅への立入りや居室ドアを閉めさせない行為が任意捜査として許容されず、令状主義の精神を没却する重大な違法があると判断された事例

官に気付くと、いったん開けたドアを急に閉めて押え付けるなどの事情下においては、警察官がドアを押し開けて、その敷居上辺りに足を踏み入れて、ドアが閉められるのを防止した行為につき、ホテル客室の性質に照らし、宿泊客の意思に反して、同室の内部に立ち入ることは、原則として許容されないものの、本件事案の事情においては、警職法2条1項に基づく職務質問に付随するものとして、適法な措置であったと判断する判例が存在する（いわゆる「瑞穂町ラブホテル覚せい剤所持事件」最高裁決定（最（1小）決平成15年5月26日刑集57巻5号620頁））。本決定の解説・評釈として、渕野貴生「職務質問のためのホテル客室への立ち入りおよび所持品検査の可否」法セミ589号（2004年）127頁、中村功一「立入りを伴う職務質問・所持品検査により発見した覚せい剤の証拠能力」警公59巻2号（2004年）78頁以下、上田信太郎「職務質問のためのホテル客室への立ち入りと室内での所持品検査の適法性」受験新報637号（2004年）16頁・17頁、笠井治「警察官がホテル客室で宿泊客に職務質問を行った際ドアが閉められるのを防止した措置を適法とし、客室において宿泊客を制圧しながら所持品検査を行って発見した覚せい剤の証拠能力を肯定した事例」現刑61号（2004年）82頁以下、高部道彦「ホテル客室での職務質問と所持品検査」『平成15年度重要判例解説』（有斐閣・2004年）191頁以下、Wセミナー判例対策研究会「職務質問のためのホテル客室内への立ち入りおよび室内での所持品検査の可否」Article222号（2004年）71頁・72頁、清水真「1.警察官がホテル客室に赴き宿泊客に対し職務質問を行った際ドアが閉められるのを防止した措置が適法とされた事例 2.警察官がホテル客室において宿泊客を制圧しながら所持品検査を行って発見した覚せい剤について証拠能力が肯定された事例」判評550号（2004年）44頁以下、香川喜八朗「覚せい剤取り締まり法違反被告事件」法學新報111巻3＝4号（2004年）423頁以下、大野正博「警察官がホテル客室で宿泊客に職務質問を行った際ドアが閉められるのを防止した措置が適法とされるとともに、ホテル客室において宿泊客を制圧しながら所持品検査を行って発見した覚せい剤の証拠能力が肯定された事例」朝日法学論集32号（2005年）71頁以下、永井敏雄「1.警察官がホテル客室に赴き宿泊客に対し職務質問を行った際ドアが閉められるのを防止した措置が適法とされた事例 2.警察官がホテル客室において宿泊客を制圧しながら所持品検査を行って発見した覚せい剤について証拠能力が肯定された事例」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇（平成15年度）』（法曹会・2006年）314頁以下、大澤裕＝辻裕教「ホテルの客室における職務質問とそれに付

随する所持品検査」法教 308 号（2006 年）76 頁以下，佐藤隆之「ホテルの客室における職務質問とそれに付随する所持品検査」ジュリ 1328 号（2007 年）152 頁以下，緑大輔「職務質問のためのホテル客室内への立入りと同室内での所持品検査の適法性」法時 79 卷 13 号（2007 年）380 頁以下，宮木康博「職務質問のための措置」井上ほか・前掲注（6）8 頁・9 頁，江藤隆之「ホテル客室内における無令状の捜査 —最決平成 15 年 5 月 26 日—」桃山法学 28 号（2018 年）71 頁以下等。

- (38) 白井・前掲注（12）189 頁が述べるように，証拠保全のための処分を行なうのであれば，別途，搜索差押許可状によるべきであろう。
- (39) 白井・前掲注（12）190 頁。