

共同住宅への立入り等の先行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して、尿鑑定書等を証拠排除した事例

【文献種別】 判決／大阪高等裁判所

【裁判年月日】 平成30年8月30日

【事件番号】 平成30年（う）第361号

【事件名】 覚せい剤取締法違反被告事件

【裁判結果】 破棄自判（無罪）

【参照法令】 憲法35条、刑事訴訟法197条1項・317条

【掲載誌】 裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25561266

事実の概要

警察官Aらは、午前3時58分頃、路上で被告人Xの職務質問を開始し、ポケット内の物品や手提げカバン（本件所持品）を検査した。また、Xの両肘内側に真新しい注射痕が複数発見されたが、Xは覚せい剤等の使用を否定し、任意同行や尿の任意提出を拒否した。Xは男性甲に本件所持品を渡すよう求めたが、Aは応じなかった。午前4時43分頃、応援臨場した警察官が、Xに令状請求手続に移行する旨を告げた。Xが令状取得には時間がかかるから自宅に帰って寝ると言って歩き出したため、Bら5名の警察官が追従し、うち1名が本件所持品を携行した。パトカー数台が赤色灯を点けて並走し、交差点ではサイレンを吹鳴させた。

午前6時21分頃、Xは、その居住する建物に到着し、正面入口（閉鎖）横の無施錠のドアから建物内に入った。Bら大勢の警察官が続いたことから、Xが「捜査権がないのに入ってこれんの。」と尋ねると、Bらは、「うん、入れる入れる。」などと答え、そのままXの居室である311号室前まで付いて行った（6階建て共同住宅。建物入口で靴を脱ぎ、建物内の廊下や階段を通して各居室に行く。居室ドア鍵は住人の管理だが、居室へは他人の入室禁止。共用部分に風呂・トイレ・談話室があり、管理人がいる平日午前8時頃～午後6時頃は住人は他人を上げられるが、管理人不在時は外部の者は立入禁止。）。

Xは、居室に入ってドアを閉めようとしたが、Bらは、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、などと口々に述べてドアを開けたままにするよう求めた。X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、などと怒声を上げて訴えたが、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上で就寝した。警察官は、X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上、居室前で待機した。

午前7時頃、警察官らは強制採尿のための捜査差押許可状等の発付を請求し、午前7時55分頃発付された。Xは令状を呈示されて午前8時46分に尿を提出し、覚せい剤成分が検出された。

原審は、建物への立入り等を違法としたが、令状執行のために被告人の所在把握の必要性があることや令状主義潜脱の意図がないこと等を理由に、違法が重大ではないとして、尿鑑定書等の証拠能力を肯定し、有罪判決を言い渡した。

被告人側は、有罪の前提とされた尿鑑定書等は違法収集証拠であって証拠能力を欠くなどとして、控訴を申し立てた。

判決の要旨

破棄自判。無罪。

1 捜査手続の適法性

原判決の説示事項のうち、①本件所持品の不返還と②警察官らの追従行為を適法とした部分は「概ね正当として是認できる」が、③本件建物への立入りと④自室のドアを閉めさせなかった行為

については「検討不十分な点がある」とした。

(1) 本件建物への立入り (3)

「本件建物の共用部分は、住人の居住スペースの延長で、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」。本件では、「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ふもので、……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」である。

(2) 自室のドアを閉めさせなかった行為 (4)

「ドアの内側は被告人の住居であり、「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る」。ドアを閉めさせない説得は、「合理的な限度」であれば許容される。本件では、「明確かつ強固に説得を拒む意思を表明」後も、約10分間の「押し問答」を続け、ドアを手足で押さえる「有形力行使」とともに、本件所持品の状態を終始確認してもらう等の「詭弁」を繰り返したことは、「説得の域を超えている」。被告人が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こまれたからで、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」。

ドアを閉めさせない「必要性・緊急性」はない。「逃走に及ぶことを懸念すべき具体的事情」もない。「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」。

「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」ており、「住居そのものへの侵入と比肩するほどの違法性がある」。

2 尿鑑定書等の証拠能力

「一連の捜査手続の違法性の程度」は、「令状主義の精神を没却するような重大なものである」。

「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」。「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、……令状なくしては許されない強制処分にあつたことを正当化する事由に

な」らない。警察官らが「疑義を呈されながら……何ら再考の姿勢を示すことなく違法な行為を継続し」、「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のドアを閉めさせず、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」ことにより、「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」。令状主義潜脱の「意図」がなくても、「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」である。「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を許容することは、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く、「その証拠能力を否定すべきである」。

「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係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ない」。

判例の解説

一 はじめに

本判決¹⁾は、共同住宅への立入り等の先行する捜査手続は強制処分にあたり、一連の捜査手続に重大な違法があるとして、尿鑑定書等を証拠排除した上で、他に本件公訴事実を的確に認定しうる証拠はないとして、無罪を言い渡した。

本件では、①本件所持品の不返還、②警察官らの追隨行為、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の適否が争われた。このうち証拠排除に結びつく重大な違法があるとされたのは③④であるため、本稿では、③④の捜査

手続の適否と強制処分性の有無、そして、本件尿鑑定書等の証拠能力の有無について検討する。

二 捜査手続の適否——強制処分性の有無

1 捜査手続が強制捜査として行われる場合、強制処分法定主義（197条1項但書）から、刑事訴訟法に定められた手続に従う必要がある。他方で、捜査手続が任意捜査として行われる場合、その手続が法定されていない、または、法定されていても強制処分ほど厳密には定められておらず（争いはあるが、被疑者の出頭要求・取調べに関する198条等を参照²⁾）、いわゆる比例原則（197条1項本文、196条、警職法1条も参照）に従う。判例は、取調室からの退出に対する抑制措置としての有形力の行使につき、「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度」³⁾と述べ、また、公道上とパチンコ店内でのビデオ撮影につき、「捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって」⁴⁾と述べており、「緊急性」の位置づけには争いがあるものの、具体的状況を前提にして「必要性」と「相当性」の観点から任意捜査の限界を判断する（本判決は、必要性と並んで緊急性を指摘する）。

他方で、ある捜査手続が任意捜査の限界を超えた場合、それがそのまま強制処分と扱われるかについて、判例は必ずしも明確ではない。むしろ、判例は「令状主義の精神を没却するような重大な違法」⁵⁾を証拠排除の要件の一つとしており、仮にこの「令状主義の精神を没却する」が単なる例示でないならば、対応する強制処分や令状が存在しない取調べの場合、任意捜査の限界を超えた捜査手続は、令状主義を前提とする強制処分とは重ならないことにもなりうる⁶⁾。

いずれにしても、判例は、強制処分を「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」ものと定義する⁷⁾。

2 本件では、③建物への立入りと④自室のドアを閉めさせなかった行為が問題とされているが、これらは、憲法上は住居の不可侵とプライバシーの保障に関わる。住居の不可侵もプライバシーと結びつきうるが、最大判平29・3・15（刑集71巻3号13頁）は、憲法13条ではなく憲法35条を根拠として挙げ、憲法35条の保障対象には、『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」とする。

③について、本判決は、共用部分の管理権侵害に加えて、「共用部分は、住人の居住スペースの延長で、住居に準ずる私的領域としての性質を有する空間」としており、最大判平29・3・15を前提にして、共用部分が「住居」であることを暗に否定しながらも、「住居に準ずる私的領域」に該当するとし⁸⁾、別の箇所でも憲法35条を指摘する。そして、「住居に準ずる私的領域」に該当する理由を、具体的事情を踏まえつつ「被告人を含む住人のプライバシーを侵害すること」に求める。したがって、本判決を前提にすると、共同住宅の共用部分であっても、その態様等によって、憲法35条の保障が及ばないことが想定される（例えば、アパートの公道から見える立入り可能な外廊下）。

④について、本判決は、「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」であり、住居への「侵入」と比肩するほどの違法性があるとする。その主たる理由は、自室が「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」である「住居」である点、そして、「押し問答」・「有形力行使」・「詭弁」等が合理的な限度を超えた説得で、ドアを閉じるのを「断念せざるを得ない状況に追いこ」んでおり、「意思の制圧」に当たる点である。

④の類似判例として、最一小決平15・5・26（刑集57巻5号620頁）がある。当該判例は、無銭宿泊や薬物使用の疑いのある者に対して職務質問を継続しうる状況を確保するため、ホテル客室内のドアを押し開け、内玄関と客室の境の敷居上辺りに足を踏み入れた行為を、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とした。しかし、当該判例は、職務質問を継続するため、ドアが閉められる際にそれを阻止したものであるのに対して、本件は、令状の執行を容易にするため、ドアを閉められない状態を約1時間半継続させており、その目的（必要性の一要素）と時間（相当性の一要素）に大きな違いがある。本件では、その目的も時間も否定的に評価され、本件捜査手続の違法性を基礎づけている。

三 尿鑑定書等の証拠能力

1 最一小判昭53・9・7（刑集32巻6号1672頁）は、違法収集証拠排除法則を採用し、排除の要件

として、「令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、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」こと（「違法の重大性」と「排除相当性」）を提示した。

2 本判決は、違法の重大性について、令状主義潜脱の「意図」を否定する一方で、「住居についてのプライバシーの重要性」と「警察官らの無配慮な態度」等から、「令状主義の精神を没却する重大なもの」と評価した。これに対して、最二小判昭 61・4・25（刑集 40 巻 3 号 215 頁）は、寝室への承諾なき立入りにつき、「意図」がないこと等を考慮して、違法は重大ではないとする。

3 次に問題となるのは、本件が、採尿手続（令状に基づく強制採尿ではなく、強制採尿令状を呈示して尿を提出させた）自体に起因する違法がなく、先行する一連の捜査手続に違法がある点である。

この点について⁹⁾、判例は、一定の要件の下に尿鑑定書の証拠排除の可能性を認める。最二小判昭 61・4・25（前出）は、「同一目的」「直接利用」という指標を提示し、先行する違法な立入り・任意同行・留め置きとの関係で留め置き中の任意採尿も違法性を帯びる（違法性承継論）とする（ただし、違法は重大でないとして、証拠排除は認めず）。また、最二小判平 15・2・14（刑集 57 巻 2 号 121 頁）は、違法逮捕当日に任意採尿された尿とその鑑定書（第一）について、〈違法逮捕〉と「密接な関連」を有するとして証拠排除を認めるが、これを疎明資料として発付された捜査差押令状により押収された覚せい剤とその鑑定書（第二）について、〈鑑定書（第一）〉との関連性が密接ではなく、その「収集手続」に重大な違法はないとする（後半部分は違法性承継論と評価されている）。

学説には、A 説：捜査過程を分析的にとらえつつ、A 1 説：先行手続から後行手続への違法性の承継の問題とする「違法性承継論」、A 2 説：違法手続と証拠との因果関係を問題とする手法¹⁰⁾、B 説：手続を一体的にとらえる手法¹¹⁾等がある。

本判決は、上記の重大な違法の「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」ことを指摘して、尿は上記の違法行為を「直接利用」して得られ、違法行為は尿の押収という「同一」目的であるとする。これは、A 1 説（違法性承継論）のようにも見えるが、判示に「一

連の捜査手続の違法性の程度」や「このような違法な手続により押収された尿の鑑定」と表現されていることを考慮すると、B 説のように採尿手続自体と先行手続を一体的な手続ととらえてその違法を問題としているというべきである。

4 違法捜査の抑制の見地について、本判決は、上記の違法が警察官らの「確信的な侵害行為」によって生じたことを指摘する。今後は、本判決の意図どおり、同様の「確信」が改められ、憲法 35 条の住居の不可侵の保障に十分配慮した捜査手続がとられるべきである。

●——注

- 1) 本判決の解説等として、石田倫識・法セ 767 号（2018 年）128 頁、白井美果・警論 71 巻 12 号（2018 年）177 頁以下。なお、事案は異なる（東京地決平 23・3・15 判時 2114 号 140 頁）が、拙稿「採尿手続をめぐる一連の捜査過程の違法を理由に尿鑑定書等の証拠能力を否定した事例」新・判例解説 Watch（法セ増刊）11 号（2012 年）157 頁以下も参照。
- 2) その他に、捜査関係事項照会（197 条 2 項）、電磁的記録に関する協力要請（222 条 1 項、111 条の 2）・保全要請（197 条 3 項以下）、領置（221 条）、第三者の出頭要求・取調べ（223 条）、捜査・公判協力型協議・合意（350 条の 2 以下）等がある。
- 3) 最三小決昭 51・3・16 刑集 30 巻 2 号 187 頁。
- 4) 最二小決平 20・4・15 刑集 62 巻 5 号 1398 頁。
- 5) 最一小判昭 53・9・7 刑集 32 巻 6 号 1672 頁。
- 6) なお、任意取調べの限界につき、最二小決昭 59・2・29 刑集 38 巻 3 号 479 頁、最三小決平元・7・4 刑集 43 巻 7 号 581 頁等を参照。
- 7) 最大判平 29・3・15 刑集 71 巻 3 号 13 頁。なお、前掲注 3）最三小決昭 51・3・16 も参照。
- 8) なお、犯罪捜査規範 108 条は、人の住居に限定せず、人の看守する建造物等も含めて任意の搜索を禁止する。
- 9) 近時の判例・学説につき、特に、小川佳樹「排除法則について」酒巻匡ほか編著『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019 年）653 頁以下、井上和治「違法性の承継論と毒樹の果実論」酒巻ほか編著・前出 699 頁以下を参照。
- 10) 川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集（下）』（有斐閣、1998 年）515 頁以下。
- 11) 石井一正「違法の承継について」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』（成文堂、2007 年）143 頁。最二小判昭 61・4・25 刑集 40 巻 3 号 215 頁の島谷六郎裁判官反対意見も参照。