

任意捜査における留め置きと現行犯人逮捕に伴う無令状の搜索差押え**【文 献 種 別】** 判決／東京地方裁判所**【裁判年月日】** 令和 2 年 3 月 18 日**【事 件 番 号】** 平成 30 年（特わ）第 3510 号、平成 31 年（特わ）第 810 号**【事 件 名】** 大麻取締法違反（変更後の訴因 大麻取締法違反、麻薬及び向精神薬取締法違反）、
麻薬及び向精神薬取締法違反被告事件**【裁 判 結 果】** 無罪**【参 照 法 令】** 憲法 35 条 1 項、刑事訴訟法 212 条・213 条・220 条・336 条、警察官職務執行法 2 条**【掲 載 誌】** 判例集未登載

◆ LEX/DB 文献番号 25565175

山形大学教授 高倉新喜

事実の概要

平成 30 年 11 月 30 日午後 5 時 40 分頃、外国人である被告人（在留期限が過ぎ、在留特別許可を求める手続中だった）が知人と路上を歩いていたところ、被告人の挙動を不審と感じた c 巡査と a 巡査部長の 2 名の警察官から職務質問を受けた。被告人は素直に対応し、パスポートを示すなどしたので、警察官らは、パスポートに記された在留期限が既に経過していることを確認した。

c 巡査は、所持品検査として被告人のズボンのベルト付近を触ったところ、異物が入っているような感触があったので、被告人にその旨追及した。被告人がそれまでの態度を変え、強く抵抗した。c 巡査は、付近の臭気が大麻の臭いではないかと考えた。

c 巡査と a 巡査部長は、①二人がかりで被告人を相当強く壁に押し付け、更に②抑え込もうとしたが、被告人と警察官らが地面に転倒した。その後、複数の警察官らが応援で現場に臨場して被告人を取り囲み、b 巡査部長が臨場して現場を指揮した。b 巡査部長は、被告人に対し、大麻所持を被疑事実として着衣および所持品を搜索する旨の搜索差押令状の請求をすることを告げた。

同日午後 5 時 55 分頃から午後 7 時 39 分頃までの間、警察官らは、③ 7 名前後で、被告人を、建物の壁に背を付けさせ、被告人と身体が触れることができるほどの距離で取り囲んだが、被告人が前傾姿勢を取って背中を壁から離れた際、被告

人を壁に強く押し戻して激しく当てるなどした。その間、④ c 巡査が被告人のベルトのバックルの下辺りをズボンの上から手でつかみ続けた。その間、被告人は、不法残留の嫌疑につき「アップデートイング」と述べ、妻に携帯電話をかけて警察官らに事情を説明させるなどした。

一方、前述の搜索差押令状については、請求の準備が終わり、同日午後 7 時 20 分頃、裁判所に請求されていたが、その令状の発付前に、照会に対する入国管理局（現出入国在留管理庁）からの回答として、被告人が不法残留の状態にあることが確認されたので、b 巡査部長は、その令状の請求を撤回させ、午後 7 時 39 分頃、被告人を不法残留により現行犯人逮捕した。

b 巡査部長らは、⑤不法残留による現行犯人逮捕に伴い、無令状で被告人の着衣等を搜索したところ、大麻様のもの等が発見された。簡易検査によりそれが大麻であることが確認されたことから、⑥被告人を大麻所持で現行犯人逮捕するとともに、その大麻を差し押さえた。

上記の現行犯人逮捕後、被告人は警察署に連行され、難色を示していたものの結局は尿の任意提出に応じ、被告人の尿は差し押さえられた。

被告人は、大麻と麻薬の所持および麻薬の施用で東京地裁に公訴提起された（不法残留については不起訴処分（起訴猶予））が、同裁判所は、検察官が被告人が所持していたと主張する大麻 1 包（甲第 7 号証）等および被告人の尿の鑑定書（甲第 33 号証）について、いずれも違法収集証拠であり

証拠能力がないと判断して、検察官の証拠調べ請求を却下した（令和2年2月28日付け決定（以下、「同決定」という））。

同決定・本判決の要旨

1 同決定は、②の行為について、「a 巡査部長が被告人を故意に投げ倒した」と認定し、①②の行為が「任意捜査としての職務質問をするために許容された停止等の限度を超えた、違法な行為」とであると判断した。③④の行為については、「〔①②の行為〕の違法と連続して行われたものであるから、違法性を帯びて」おり、このことを措くとしても、「あまりに過度に行動の自由を制限するものであり」、「それ自体、違法」と判断した。

⑤⑥の行為については、不法残留の現行犯人逮捕の明白性と必要性を認めたものの、「警察官らが不法残留による現行犯人逮捕に伴い、被告人が隠匿していた大麻を捜索し、大麻所持による現行犯人逮捕をしてこれを差し押さえた行為は、違法」と判断した。主な理由は、「逮捕に伴う捜索差押えは、その逮捕の被疑事実に関する証拠物の発見、収集か、凶器等の発見、保全などに必要な範囲で行わなければならない、この範囲を超え、余罪の証拠の発見、収集などのために行うことは許されない（……）。……本件では、……警察官らは、不法残留による逮捕の機会を利用し、不法残留に係る逮捕、捜査のために必要な範囲を超えて、専ら余罪である大麻所持の嫌疑を裏付ける証拠の発見、収集を意図してしたもの認められる」ということであった。また、b 巡査部長が令状の請求を撤回させて⑤⑥の行為に及んだことについては、「警察官らの令状を取得することを軽視する主観的態度が現れている」と指摘している。

同決定は、大麻1包（甲第7号証）等については、「警察官らによる一連の違法は令状主義の精神を没却するような重大なものというべきである。また、このように種々の違法が重ねられたこと、……暴行とも評価し得る行為が繰り返されたことに照らし、一連の違法捜査により取得された本件大麻〔等〕について、これら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」と判断した。

同決定は、被告人の尿の鑑定書（甲第33号証）については、「被告人の尿の押収手続は、先行す

る現行犯人逮捕までの重大な違法と強い因果関係のある捜査といえるから、重大な違法を帯びるといふべきであり、その尿の鑑定書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」と判断した。

2 検察官は論告において、同決定について10点の主張をしたが、本判決は、いずれの主張も退け、「被告人を有罪にするに足りる証拠はない」として無罪判決を下し、次のように判示した。

「当裁判所は、警察官らが令状によらず、法的根拠がなく、被告人を制圧し、過度に自由を制限して留め置き、結局は、令状請求を撤回して、無令状で違法な捜索をしたことなど、暴行とも評価し得る行為が繰り返され、種々の違法が重ねられたことに照らし、令状主義の精神を没却するような重大な違法があると判断した。」

判例の解説

一 c 巡査と a 巡査部長の職務質問

職務質問（警職法2条1項）¹⁾は、犯罪の嫌疑の発生を要件とせず、犯罪の予防等（同1条1項）を目的とした行政警察活動の一つであるが、その過程で対象者について犯罪の嫌疑が生じれば、その職務質問は当該犯罪に対する捜査活動としての性質を帯びる。その職務質問と当該犯罪に対する捜査活動は密接に関連し一連の手続として連続性をもつ。本件のc 巡査とa 巡査部長の職務質問は、付近の臭気が大麻の臭いではないかと思われたことから、大麻所持の嫌疑が生じ、それに対する任意捜査に発展した。

二 ①②の行為と③④の行為

1 問題の所在

本件のように職務質問により大麻所持の嫌疑が濃くなれば、その捜索差押え、さらには採尿も必要になる。c 巡査とa 巡査部長が大麻と疑われる物の任意提出を求めても被告人が拒否し続けるならば、捜索差押令状の発付を求めることになるが、発付までにはそれなりの時間がかかり、その間に被告人の行動を自由にすれば、被告人がその物を隠滅するかもしれない。被告人が立ち去ろうとすれば、①②の行為（後述する「純粋に任意捜査として行われている段階」）と③④の行為（後述する「令

状の執行に向けて行われた段階」(強制手続への移行段階))により被告人をその場に留め置く措置をとらざるを得ないが²⁾、果たしてこのような有形力の行使が任意捜査として許容されるのか。

2 任意捜査の適法性の判断枠組み

任意捜査の適法性の判断枠組みとは、任意捜査における有形力の行使の限界が問題となった最決昭51・3・16(刑集30巻2号187頁。以下、「昭和51年決定」という)で示された判断枠組みであるが、これは、任意捜査一般に通じるものと解されている³⁾。すなわち、第1段階として、「警察官の行為が強制処分にあたるか否か」を検討し、逮捕等の強制処分に当たらないことが確認されると、第2段階として、「警察官の行為が任意捜査として許容されるか否か」を具体的な経緯を踏まえた上で検討することになる。昭和51年決定は、任意捜査として許容される有形力の行使は、必要性、緊急性などを考慮して、具体的状況のもとで相当と認められる限度で許容されることを判示している⁴⁾。第1段階で①②の行為と③④の行為を見ると、職務質問から現場に留め置かれた時間が約2時間で携帯電話による妻との通話もできていたから、他の事例⁵⁾と比較すれば、実質的な逮捕で無令状の強制処分だとするのは難しいであろう⁶⁾。第2段階でこれらの行為を見ると、留め置きの必要性・緊急性と被告人の制約される権利・利益を検討し、具体的状況のもとで両者の権衡が保たれていて相当であるか否かを総合的に判断することになるが、このような総合的な判断だけでは、これらの行為が任意捜査として許容されるか否かを一概には決めるににくい。そこで登場するのが(昭和51年決定の判断枠組みの中に位置づけられる)二分論による判断枠組みである。

3 二分論による判断枠組み

二分論とは、東京高判平21・7・1(判タ1314号302頁)と東京高判平22・11・8(判タ1374号248頁)で示された判断枠組みであるが、「留め置き」を「純粋に任意捜査として行われている段階」と「令状の執行に向けて行われた段階」(強制手続への移行段階)に分け⁷⁾、それぞれの段階で適法性を判断するが、後者の強制手続への移行段階では、令状の執行のために対象者の所在確保の必要性が高まっていることから、前者の段階よ

りも強度の有形力の行使を認めるものである⁸⁾。そして、「強制手続への移行段階における留め置きであることを明確にする趣旨で、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」を求める⁹⁾。かかる告知は、「純粋に任意捜査として行われている段階」では許容されない権利侵害を正当化するための手続的保障を要求したものと解せられる¹⁰⁾。

b 巡査部長が、被告人に対し、大麻所持を被疑事実として着衣および所持品を搜索する旨の搜索差押令状の請求をすることを告知していることは、この運用の実践である。

もっとも、かかる告知をしたからといって、当然に有形力行使の範囲・程度が拡大することが許されるわけではない¹¹⁾。対象者の所在確保の必要のすべてに、任意処分としての留め置きで応えることには無理があり、「強制手続への移行段階」というラベルを得た留め置きが、現実のニーズに応えるため、「任意処分」の枠を超え、「準強制処分」に姿を変えてしまう危険がある¹²⁾。同決定も本判決も、「強制手続への移行段階」での③④の行為だけでなく、「純粋に任意捜査として行われている段階」での①②の行為をも「暴行とも評価し得る行為」と判断した。これらの行為における有形力の行使は、いくら大麻所持の嫌疑が濃くなり所在確保の必要性・緊急性が高まっても相当とはいえず、任意捜査として許容されるものではない。同決定と本判決は、告知さえあれば、当然に有形力行使の範囲・程度が拡大するという単純化に歯止めをかけた意義がある。

三 ⑤⑥の現行犯人逮捕に伴う無令状の搜索差押え

憲法35条1項は令状主義の要請を定める一方、憲法33条の適法な逮捕の場合は令状主義の要請は及ばないとする。これを受けて、刑訴法220条1項2号、3項は、捜査機関が、対象者を「逮捕する場合において必要があるとき」は、「逮捕の現場」で、無令状で搜索差押えをすることができると規定している。対象者の身体や所持品についても、220条1項2号の対象になることについて争いはない。

このような逮捕に伴う無令状の搜索差押えが正当化される根拠については、相当説(合理説)と緊急処分説(限定説)が対立しているが、従来の

捜査・裁判実務は、基本的に相当説の考え方に立って運用されてきたといわれている¹³⁾。

もっとも、いずれの説を採用にせよ、刑訴法220条1項2号の搜索差押えにより収集保全することができるのは、当該逮捕の原因となった被疑事実に関連するものに限られ、逮捕の原因となった被疑事実とは別の事実に関する証拠の発見、収集を目的とする搜索差押えは許されないことについて争いは見られない¹⁴⁾。

本件でいえば、現行犯人逮捕の原因となった被疑事実である不法残留に関連するものについて、現行犯人逮捕に伴う無令状の搜索差押えが許されることになる。ところが、⑤⑥の行為は、現行犯人逮捕の原因となった不法残留とは別の大麻所持に関する証拠（大麻）を無令状で搜索差押えしたものである（同決定と本判決からは、これが現行犯人逮捕を利用した別件搜索差押えであることまでは読み取れない）。

確かに、大麻は法禁物であり所持罪の現行犯人逮捕をできるから、不法残留の現行犯人逮捕に伴う無令状の搜索差押えの過程で大麻が発見されれば、警察官らの事前の意図にかかわらず、大麻の搜索差押えが可能といえるかもしれない¹⁵⁾。しかし、本件では、b 巡査部長が令状の請求を撤回させて⑤⑥の行為に及んでおり、令状主義を軽視して潜脱したかのような疑いがもたれる。本判決があえて「警察官らが……令状請求を撤回して、無令状で違法な搜索をした」と判示しているのは、その疑いの表れであろう。しかも、不法残留の現行犯人逮捕の必要性はさほど高くはなかった¹⁶⁾。無令状の搜索差押えは、状況の判断、行為の選択、実行にあたって裁量権の合理性の枠を超え権利濫用に走るおそれが多分にある¹⁷⁾。同決定と本判決は、無令状の搜索差押えといえども憲法35条の令状主義との関係で規律されなければならないことを改めて示した意義がある。

●—注

- 1) 中川正浩「職務質問の行政法的性格についての考察試論」川上拓一編著『刑事手続法の理論と実務』（成文堂、2020年）21頁以下参照。
- 2) このような留め置き立法化については、柳川重規「強制採尿のための留め置きに関する立法論」刑ジャ62号（2019年）76頁以下参照。
- 3) 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』」前掲注1）『刑事手続法の理論と実務』

- 9 頁、石田倫識「留め置き二分論に対する批判的考察」刑ジャ62号（2019年）73頁参照。
- 4) 井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」同『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014年）7頁参照。
- 5) 富山地決昭54・7・26判時946号137頁、広島高松江支判平6・4・18判タ858号283頁等。
- 6) ただし、「逮捕」と同一視できる対象者の意思を制圧し身体・行動の自由を剥奪する有形力の行使があった場合や、有形力を行使しなくとも長時間対象者の移動の自由を侵害・制約する状態にあったと認められる場合は、「身柄拘束」に当たり違法である。酒巻匡『刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2020年）43頁、下津・前掲注3）11頁参照。
- 7) なお、「留め置き」の問題について判断を示した最決平6・9・16刑集48巻6号420頁は、「留め置き」の適法性を判断する上で、令状請求までの段階とそれ以降の段階を分けて考察することを意識していたと考えられる。下津・前掲注3）3～4頁参照。
- 8) これら2つの裁判例以降の裁判例については、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）63～68頁参照。
- 9) 下津・前掲注3）6～7頁、18頁参照。
- 10) 川出敏裕「採尿のための留め置き」同『刑事手続法の論点』（立花書房、2019年）72頁参照。
- 11) 下津・前掲注3）8～9頁、13～14頁参照。なお、神戸地姫路支判令2・6・26（裁判所ウェブサイト）に関する田中優企「判批」法教482号（2020年）142頁も参照。
- 12) 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）157～158頁参照。白取祐司「職務質問に伴う現場への留め置き」重判解平成23年度（ジュリ1440号）（2012年）180頁も同旨。
- 13) 井上「逮捕に伴う無令状搜索・差押え」前掲注4）『強制捜査と任意捜査〔新版〕』341頁、最大判昭36・6・7刑集15巻6号915頁参照。
- 14) 栗原保「逮捕に伴う搜索・差押え」前掲注1）『刑事手続法の理論と実務』130頁、斎藤司『刑事訴訟法の思考プロセス』（日本評論社、2019年）109～110頁、121頁、酒巻・前掲注6）128頁参照。
- 15) 酒巻・前掲注6）129頁参照。
- 16) 滝谷英幸「判批」法セ790号（2020年）133頁参照。
- 17) 鴨良弼『刑事訴訟法の基本理念』（九州大学出版会、1985年）42～43頁参照。