

搜索差押え執行中の無立会いおよび令状不呈示の違法と証拠排除

【文献種別】 決定／長野地方裁判所松本支部

【裁判年月日】 令和5年9月21日

【事件番号】 令和4年（わ）第40号、同第45号、同第60号、同第77号、令和5年（わ）第6号、同第10号

【事件名】 窃盗、窃盗未遂被告事件

【裁判結果】 検察官請求証拠の一部採用、検察官請求証拠の一部却下

【参照法令】 憲法35条、刑事訴訟法218条1項・222条1項・110条・114条2項

【掲載誌】 判例集未登載

◆ LEX/DB 文献番号 25620511

山形大学教授 高倉新喜

事実の概要

令和4年3月末から4月中旬にかけてM市とG市等にまたがり、複数の被害者に対するキャッシュカードのすり替え盗とそれらのカードを使用した現金の払出盗の各窃盗、窃盗未遂事件（以下、「本件」という）が発生した。M署の警察官は、同年4月下旬からこれら各事実について順次被告人を逮捕・勾留していき、被告人は本件について起訴された。そして、後述各搜索差押え当時、被告人はM署に勾留中であった。

M署の警察官は、本件の一部について、M市内の被告人方を搜索場所とする搜索差押許可状2通の発付を受け、同年5月9日にこれらを執行し、証拠品を押収した（甲第10号証および第11号証はその搜索差押調書謄本であり、甲第34号証および第35号証はその押収した衣服と防犯カメラ映像に映る人物の着衣との同一性に関する鑑定嘱託書謄本および鑑定書である）。同警察官は、その執行に際し、M市役所の職員を立ち合わせ、同人に対して令状を呈示したが、被告人は立ち会わず、被告人に対する令状の呈示もしなかった。同年5月11日、被告人の取調べをしていたM署の警察官が、同月9日に被告人方の搜索を実施した旨を伝えたのに対して、被告人は、令状を確認する機会是与えられないのか、搜索に被告人を立ち合わせられなかった理由は何なのか、等の抗議をした。

M署の警察官は、同年5月23日、本件の別の一部について、被告人方を搜索場所とする搜索

差押許可状2通の発付を受け、これらを執行し、証拠品を押収した（甲第25号証および第26号証はその搜索差押調書謄本であり、甲第47号証および第48号証はその押収した衣服と防犯カメラ映像に映る人物の着衣との同一性に関する鑑定嘱託書謄本および鑑定書である）。同警察官は、その執行に際しても、前記市役所職員を立ち合わせ、同人に対して令状を呈示したが、被告人は立ち会わず、被告人に対する令状の呈示もしなかった。また、5月11日の被告人の抗議の中で指摘された事項について改めて検討する機会が与えられているにもかかわらず、誤った説明に終始して被告人の言葉をやり過ぎしていた。

弁護人は、これらの押収手続の結果得られた各証拠は証拠能力を欠くと主張した。

決定の要旨

主文1 検察官請求の甲第10号証、同第11号証、同第34号証および同第35号証を採用する。

主文2 検察官請求の甲第25号証、同第26号証、同第47号証、同第48号証（および他の証拠）の各証拠調べの請求をいずれも却下する。

1 被告人に対して令状を呈示しなかったことについて

「〔搜索差押えの〕当時被告人は〔M〕署に勾留中であったのであるから、〔M〕市内に所在する被告人方の搜索に際して事前に令状を呈示する

ことには何の支障もなかったというべきであり、……本件各搜索差押えは、事前に搜索差押許可状を被告人に呈示していない点において、刑訴法 222 条 1 項、110 条に違反した違法があると認められる。」

2 被告人を立ち会わせなかったことについて

「人の住居等における差押状又は搜索状の執行が、必然的に住居等の不可侵という重要な法益を侵害することに鑑み、原則として住居主又はこれに代わるべき者の立会を必要とした刑訴法 114 条 2 項の趣旨に加え、捜査機関が、その捜査中の事件について、被疑者方を搜索するに当たり、当該事件について勾留中の被疑者を護送してこれに立ち会わせることは一般的にも行われているという捜査の実情にも鑑みると、単に住居主である被疑者が勾留中であり、搜索差押手続に立ち会わせるには現場への護送が必要であるということのみをもって、刑訴法 114 条 2 項のいう『立ち会わせることができないとき』に当たると解することは相当ではない……したがって、本件各搜索差押えは、住居主である被告人又はこれに代わるべき者を立ち会わせることができない事情がないのに、これらの者を立ち会わせなかった点において、刑訴法 222 条 1 項、114 条 2 項に違反した違法があると認められる。」

3 違法の重大性および排除相当性について

(1) 主文 1 について

「本件各搜索差押えは、住居等の不可侵という重要な法益に対する侵害を伴うものであるから、被告人に対しては、法の定めるとおり、事前の令状の呈示により、その裁判の内容を了知させ、不服申立ての機会を与えたとともに、令状執行に立ち会わせて、その執行手続の公正さを自ら監視する機会を与えるべきであったのであり、その違法の程度は軽視できるものではない。もっとも、……本件各搜索差押えは、裁判官による事前の司法審査を経て発付された令状の範囲内で執行されたものであるし、市役所職員に令状を呈示し、同人の立会の下に執行されたものであり、これらの手続により、憲法及び法の所期する令状主義の趣旨が一定程度満たされている……これらの点も考慮すると、本件各搜索差押えの客観的な違法性のみを見れば、その違法の程度は、直ちに令状主義

の精神を没却するような重大なものではないと見る余地もある。……〔この搜索に参与した主任の警察官ら〕の認識は、上記のとおり〔令状の呈示が必要なことを知らなかったというものではなく、立会人に呈示すれば足りると思っていた〕と認めるのが相当というべきである。したがって、〔M〕署の 1 度目の〔5 月 9 日の〕搜索差押えについて、同署の警察官に、令状主義の諸規定を潜脱する意図があったとは認められず、前述の客観的な違法の程度と併せ見ても、その搜索差押手続には、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ない。」

(2) 主文 2 について

「〔M〕署の 2 度目〔5 月 23 日〕以降の搜索差押えについては、1 度目の搜索差押えとは同列に論じられない事情がある。……たとえそれが過失によるものであるとしても、その態度〔5 月 11 日の被告人の抗議の中で指摘された事項について改めて検討する機会が与えられているにもかかわらず、誤った説明に終始して被告人の言葉をやり過ごし、1 度目と同様の違法な手続を繰り返していること〕は、法の遵守が求められる警察官のあるべき態度からは大きく逸脱しているといわざるを得ないのであり、令状主義の諸規定を潜脱する意図がある場合に引けを取らない程度の重大な過失があるというべきである。したがって、〔M〕署の 2 度目以降の搜索差押えについては、その主観的な違法の程度と客観的な違法の程度とを併せ見ると、もはや令状主義の精神を没却するような重大な違法があるといわざるを得ず、将来における違法捜査の抑制の見地からも、これにより得られた証拠の証拠能力を認めることは相当ではないと認められる。」

なお、この決定に対して弁護士と検察官それぞれから異議申立てがあったが、長野地松本支判令 6・1・11 は、いずれの異議申立ても棄却した。その後、長野地松本支判令 6・7・8 は、本件について被告人に懲役 3 年の有罪判決を下した。

判例の解説

一 決定の要旨 1 (被告人に対して令状を呈示しなかったこと) について

捜査機関が搜索差押許可状により搜索差押えを行うときには、処分を受ける者にこれを呈示しな

ければならない(刑訴法 222 条 1 項・110 条)。呈示を要求する趣旨は、捜索差押許可状の執行を受ける者に対して、その内容を了知させることにより、手続の明確性と公正を担保し、処分を受ける者の不服申立てなどを確保してその利益を保護するためである¹⁾。

「処分を受ける者」とは、差押物件・捜索場所等の現実の支配者であり²⁾、「M市内の被告人方」について「処分を受ける者」は被告人である。被告人が不在の場合は、処分を受ける者に代わりうると認められる者がいればその者に、その者もいないときには、刑訴法 114 条による立会人に呈示するのが妥当であろう³⁾。

もっとも、本決定は、〔M〕署に勾留中の被告人に〔M〕市内に所在する被告人方の捜索に際して事前に令状を呈示することには何の支障もなかった⁴⁾のであるから、被告人が不在の場合に該当するとはいえず、警察官は執行前に被告人に呈示すべきであると判断した。

二 決定の要旨 2 (被告人を立ち会わせなかったこと) について

捜査機関が人の住居等で捜索差押許可状を執行するときは、住居主等またはこれらの者に代わるべき者をこれに立ち会わせなければならず、「これらの者を立ち会わせることができないとき」は、隣人・地方公共団体の職員を立ち会わせなければならない(刑訴法 222 条 1 項・114 条 2 項)。その趣旨は、執行を受ける者の権利保護(押収拒絶権行使・不服申立て等の確保)を図り、かつ、その手続の公正を担保するためである(114 条 2 項前段)⁴⁾。隣人・地方公共団体の職員の立会いを求める趣旨は、執行手続の公正さの監視という点に加えて、一定の地縁の関係に立つ者に執行を受ける者本人の利益をも代替して保護させることである(114 条 2 項後段)⁵⁾。

「これらの者を立ち会わせることができないとき」には、立会人が不在の場合や立会いを拒否された場合を含むが⁶⁾、本件では被告人が立会いを拒否しておらず、また、勾留中の被疑者を護送して立ち会わせることが一般的である「捜査の実情」からすれば、不在であるともいえない(刑訴法 222 条 6 項も参照)。本決定は、前述の 114 条 2 項の趣旨に加えて「捜査の実情」を根拠にこの文言の該当性を否定した。この文言に該当しない以上、

原則どおり 114 条 2 項前段の趣旨に従って住居主である被告人を立ち会わせるべきであった。

三 決定の要旨 3 (違法の重大性および排除相当性) について

このように被告人方の捜索差押えの執行のときに被告人を立ち会わせず、被告人に対する令状の呈示もしなかったことが違法(以下、「無立会いおよび令状不呈示の違法」という)とされた上で問題になるのは、これらの捜索差押えで収集・獲得された証拠を違法収集証拠排除法則によって排除できるか否かである。

違法収集証拠排除法則(以下、「排除法則」という)とは、捜査機関が違法に証拠を収集・獲得したことを理由に、当該証拠の証拠能力を否定する(当該証拠を排除する)証拠法則である。この証拠法則を法解釈上採用しようと初めて判断した最高裁判例は、最判昭 53・9・7 刑集 32 卷 6 号 1672 頁(以下、「昭和 53 年判決」という)である。現在の裁判実務は、昭和 53 年判決で示された法解釈を基点として運用されており、本決定もこれに従っている。

刑訴法には、排除法則に関する明文規定が存在しない。排除法則を採用すべき理由については、①憲法 31 条・33 条・35 条の要求する適正手続の帰結として憲法上の法規範として導かれるべきだとの理解(法規範説)、②司法機関への国民の信頼を確保すべきだという司法の廉潔性の観点から政策的に導かれるべきだとの理解(司法の廉潔性説)、③捜査機関の将来の違法行為を抑止すべきだという抑止効の観点から政策的に導かれるべきだとの理解(抑止効説)がある⁷⁾。これらは互いに排斥しあうものではない。法規範説は、憲法規範として排除法則を捉えており、憲法違反等を伴う捜査行為があれば、その違法を理由として一律に証拠能力を否定する(絶対的排除説)。これに対して、司法の廉潔性説や抑止効説は、司法府の信頼の維持・確保や、将来の違法捜査を抑制するといった政策的な目的を達成するために必要な限りで証拠排除すべきだと考えるため、証拠排除は政策的な利益衡量の下で行われるべきだとする。具体的には、一見明白に重大な違法の場合には排除され、その他の場合には、手続違反の程度、手続違反がなされた状況、捜査機関の法規定潜脱の意図の有無等の諸要素を総合衡量し、証拠排除の要

否や相当性を決すべきだとする(相対的排除説)⁸⁾。昭和53年判決は、法規範説からではなく、司法の廉潔性説と抑止効説が志向する政策的根拠と刑事訴訟法1条から排除法則を導いており、相対的排除説に近いとされる。

証拠排除の判断枠組みについて昭和53年判決は、憲法31条が保障する「法の適正な手続」および憲法35条に言及しつつ、「証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑事訴訟法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法〔以下、これを「重大違法要件」という〕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と認められる場合〔以下、これを「排除相当性要件」という〕においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである」と説示する。これは、司法廉潔性説から重大違法要件が、抑制効説から排除相当性要件が導かれると理解される⁹⁾。重大違法要件と排除相当性要件の双方が充たされなければ排除法則は適用されないという理解(重畳説)が有力である。司法の廉潔性説と抑止効説が志向する政策的根拠を前提としながら、重大違法要件が設けられることで、排除の必要性が認められる場合が一定程度明確化・類型化できるようにされている。少なくともこれまでのところ、実質的には重大違法要件が、証拠排除の重要なポイントになっており¹⁰⁾、その重大違法要件の重要な判断要素は、強制処分に至っていたか否かと、捜査機関の令状主義を潜脱する意図である¹¹⁾。

本決定でも、実質的には重大違法要件が、証拠排除の重要なポイントになっており、捜査機関の令状主義を潜脱する意図が重要な判断要素になっている。本件は、令状執行時に無立会いおよび令状不呈示の違法が存在するものの、令状が既に発付されており、権利利益の制約が正当化されているから、証拠排除が認められにくい傾向がある¹²⁾。そのため、1度目(5月9日)の搜索差押えについては、捜査機関の被告人の抗議に対する不誠実な態度があったとしても、捜査機関の令状主義を潜脱する意図が認められず、無立会いおよび令状不呈示の違法が重大違法要件を充たさないと判断され、主文1の結論になった。ところが、2度目(5月23日)以降の搜索差押えについては、前述の不誠実な態度が改善されなかった

ことが問題視され、無立会いおよび令状不呈示の違法が重大違法要件と排除相当性要件を充たすと判断され、主文2の結論になった。

主文1と主文2の結論を分けたのは、「主観的な違法の程度」、すなわち捜査機関の令状主義を潜脱する意図についての判断である。本決定は、「令状主義の諸規定を潜脱する意図があった」場合だけではなく、「令状主義の諸規定を潜脱する意図がある場合に引けを取らない程度の重大な過失がある」場合にも排除法則を及ぼした。

●—注

- 1) 中山善房ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(第三版)第2巻』(青林書院、2024年)420頁〔渡辺咲子=加藤俊治〕。
- 2) 同上421頁。
- 3) 松本時夫ほか編著『条解刑事訴訟法(第5版増補版)』(弘文堂、2024年)239~240頁。
- 4) 中山ほか編・前掲注1)465頁〔渡辺=加藤〕。
- 5) 松本ほか編著・前掲注3)249頁。
- 6) 中山ほか編・前掲注1)472頁〔渡辺=加藤〕。
- 7) 吉開多一ほか『基本刑事訴訟法II』(日本評論社、2021年)219頁〔緑大輔〕、齋藤司『刑事訴訟法の思考プロセス』(日本評論社、2019年)370頁・372~373頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法(第2版)』(有斐閣、2018年)418~420頁〔堀江慎司〕、酒巻匡『刑事訴訟法(第3版)』(有斐閣、2024年)550頁、池田公博=笹倉宏紀『刑事訴訟法』(有斐閣、2022年)250~251頁〔池田〕等参照。最近の論稿として、齋藤司「違法収集証拠排除法則の法的性質について」法時95巻12号(2023年)33頁参照。
- 8) 最近の論稿として、稲谷龍彦「企画趣旨——なぜ今証拠排除法則を問うのか」法時95巻12号(2023年)4頁参照。
- 9) 酒巻・前掲注7)547頁・550頁、齋藤・前掲注7)377~378頁参照。最近の論稿として、南迫葉月「司法の廉潔性概念について」法時95巻12号(2023年)19頁参照。
- 10) 排除相当性要件については、少なくとも重大違法要件とは別個に機能させられてはいない。吉開ほか・前掲注7)225~226頁〔緑〕、川出敏裕「判批」刑事訴訟法判例百選〔第11版〕(2024年)207頁参照。
- 11) 吉開ほか・前掲注7)221頁・225頁〔緑〕、齋藤・前掲注7)380~381頁、酒巻・前掲注7)549~550頁参照。最近の論稿として、川島健治「裁判例にあらわれた違法収集証拠排除法則の適用に影響を及ぼす捜査官の主観的態度」関東学院33巻3=4号(2024年)39頁参照。
- 12) 緑大輔「違法収集証拠排除法則の論拠と機能」法時95巻12号(2023年)16頁参照。