

搜索差押令状の呈示のない住居等への立入

——最決平成14年10月4日刑集56巻8号507頁——

辻 本 典 央

事実の概要

警察官Pらは、かねてから覚せい剤取締法違反の被疑者として捜査中のXらしき人物がAホテルにチェックインしたとの通報を受け、Xの客室を搜索場所とする搜索差押許可状を得て、同ホテルに赴いた。Pらは、ホテル従業員からXが在室していることを確認したうえで、当初ホテル従業員を装い「シーツ交換に来ました」等と声をかけ、Xにドアを開けさせようとしたが、Xはこれに応じなかった。そこで、Pらは、ホテル支配人に搜索差押許可状が出ていることを説明し、マスターキーを借り受け、これを用いてXの部屋の鍵を開けて入室した。Pは、室内にいたXに対し、「警察や、Xやろ、ガサヤ」と声をかけたところ、Xは、「いったい何や、わしはYや」などと答えて興奮した様子であったことから、複数の警察官らがXの身体を押えるなどして制止した。Xは、なおも暴れる様子を見せたが、Pが搜索差押許可状を呈示し、搜索が開始された。その結果、覚せい剤及び注射器等が発見されたため、Xは現行犯逮捕され、右証拠品は差し押えられた。

第一審（京都地判平成13年7月26日刑集56巻8号513頁以下に掲載）の公判において、Xは、本件捜査官らの搜索差押は、その執行に先立つ令状

の呈示を欠き、証拠収集過程において重大な違法があるとして証拠排除を申し立てたが、裁判所は、Xの主張を退け、原審（大阪高判平成14年1月23日刑集56巻8号518頁以下に掲載）もその判断を支持した。そこで、Xは、原判決を不服として上告したが、最高裁は、以下のように判示して、上告を棄却した。

決定要旨

「搜索差押許可状の呈示に先立って警察官らがホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室した措置は、搜索差押えの実効性を確保するために必要であり、社会通念上相当な態様で行われていると認められるから、刑法222条1項、111条1項に基づく処分として許容される。また、同法222条1項、110条による搜索差押許可状の呈示は、手続の公正を担保するとともに、処分を受ける者の人権に配慮する趣旨に出たものであるから、令状の執行に着手する前の呈示を原則とすべきであるが、前記事情の下においては、警察官らが令状の執行に着手して入室した上その直後に呈示を行うことは、法意にもとるものではなく、搜索差押えの実効性を確保するためにやむを得ないところであって、適法というべきである。」⁽¹⁾

(1) 本件について、以下の評釈が公表されている；伊藤薫・帝塚山法学8号100頁（2003年）、井上宏・警察学論集56巻5号191頁（2003年）、田中開・平成14年重要判例解説178頁（2003年）、永井敏雄・ジュリスト1240号122頁（2003年）、同・法曹時報56巻12号204頁（2004年）、安村勉・法学教室276号94頁（2003年）、大野正博・朝日法学論集31号219頁（2004年）、香川喜八朗・現代刑事法57号78頁（2004年）、山口直也・山梨学院大学法学論集51号537頁（2004年）。さらに、松田龍彦「搜索・押収手続での令状の事前呈示と Knock and Announce（来意告知）法理——日米最高裁判判断の比較と検討——」法学新報111巻1＝2号267頁（2004年）。

研 究

1. 令状の呈示⁽²⁾の意義

搜索差押令状は、その執行に際し、「処分を受ける者にこれを示さなければならぬ」(刑訴法222条1項, 110条)⁽³⁾。この規定は、処分を受ける者の、i 令状の存在を確認する、ii 処分の受忍範囲を確認する、iii 事後の不服申立の可能性を判断する、という利益を保護することを目的とする⁽⁴⁾。したがって、令状の呈示は、単に被処分者に一瞥させるだけでは足りず、その内容を十分了知できる程度に閲覧させなければならない⁽⁵⁾。そして、このような趣旨に鑑みると、令状の呈示は、原則として搜索差押の執行の着手に先立って行われなければならない⁽⁶⁾。

もっとも、覚せい剤等の薬物犯罪(とりわけ所持罪)では、被処分者が

(2) 法文は「呈示」であるが、「提示」と表す裁判例・文献もあり、本稿でこれらを引用する際は夫々原文のまま表示する。

(3) 令状の呈示は、憲法(令状主義)の要請であるかという問題について、これを否定するのが従来の通説であった(井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』73頁(1997年, 有斐閣), 平場他『注解刑事訴訟法・全訂新版』[高田卓爾]364頁(1987年, 青林書院新社), 松尾監『条解刑事訴訟法・第三版』188頁(2003年, 弘文堂))が、近時はこれを肯定する見解も有力である(三井誠『刑事手続法(1)・新版』42頁(1997年, 有斐閣), 後藤昭『捜査法の論理』6頁(2001年, 岩波書店))。電話傍受の適法性が問題となった札幌高判平成9年5月15日(刑集53巻9号1481頁に掲載)は、令状の事前呈示は令状主義の要請ではない、と判示するにとどまる。

(4) 後藤・前掲注(3)『捜査法の論理』6頁。

(5) この点について、従来から、被処分者は令状の筆写・複製等を求める権利を有するか、という点が問題となっている(後藤・前掲注(3)『捜査法の論理』3頁)。

(6) 警察庁は、以前、事前呈示を絶対的であると理解していた(佐々木真郎「令状呈示前の執行」別冊判例タイムズ10号55頁(1985年))。

令状呈示により捜査官の来意を知ると差押の目的物をトイレ等に流し捨てるなど、罪状立証の上で決定的な証拠が容易に隠滅される危険が生じる。それゆえ、令状の事前呈示原則により保護されるべき利益と、捜査の実効性確保の要請との調整を如何に図るべきかが、裁判例及び学説上問題となっていた⁽⁷⁾。本決定は、このような問題に対して、最高裁として初めて判断を下したものである。

2. 事前呈示の例外の具体例

本決定の位置づけ及び評価に先立ち、これまでの下級審裁判例において令状の事前呈示に対する例外が問題となった事例を概観しておく。

①東京地決昭和44年6月6日刑月1巻6号709頁 本件では、破壊活動防止法違反を理由とする搜索差押に際し、令状呈示に先立つ、搜索場所(中核派事務所)にいた多数の者に対し静止を命じ着衣等から物を出させた警察官の行為の適法性が問題となった。裁判所は、次のように述べ、警察官の行為を適法とした。すなわち、「ゆう長な搜索のやり方では、なんらかの妨害的な行為や証拠隠滅的な工作がなされるような状況にあったと思われる点、P捜査官は立ち入りに際し、それが令状による搜索・差し押えのためであることを客観的にも明白な方法で示している点などを考えると、警察官らが室内に立ち入るのに先立ち、令状を適式に提示すること(それには、立ち会い人の選定、相手方による内容の熟読などのため、ある程度時間を要する)は、本件の具体的状況の下では必ずしも要求されない[。]……これら令状提示前の数分間に行われた警察官の行為は、搜索行為というよりは、むしろその準備的な行為という色彩が強く、本来の目的で

(7) この問題を詳しく検討したものとして、松代剛枝「搜索差押令状執行に伴う家宅立入—所謂「来訪来意告知(knock and announcement)要請」について」法学62巻6号271頁(1998年)。

ある搜索行為そのものは令状提示後に行われているのは明らかであって、本件搜索・差し押さえの処分は、令状に基づいて行われた、適法なものである」[傍点辻本，以下同じ]。

②東京高判昭和58年3月29日刑月15巻3号247頁 本件では、覚せい剤取締法違反の嫌疑に基づき、被疑者宅を搜索場所とする搜索差押に際し、警察官が偽名を用いて被疑者に開錠させた後、あらためて「警察の者だけ」と告げて玄関内に入り令状を呈示しようとしたところ、被疑者があわてて奥の方へ駆け戻ったため、罪証隠滅をおそれた警察官らの令状の呈示を行うことなく後を追ひ、室内に立ち入った行為が問題となった。裁判所は、次のように述べ、警察官の行為を適法とした。すなわち、「司法警察職員は右令状の効果として搜索場所に立ち入ることができるものであり、令状を呈示するにしろ立会を求めるにしろ相手方にそれなりの受忍的協力的態度に出ることを期待しているものであり、また司法警察職員は搜索差押の開始前といえども証拠隠滅等の行為が行われるのを黙視しなければならない道理はなく、緊急の場合搜索差押の実効を確保するために必要な措置をとることができる」と解されるので、処分を受ける者らの行動など状況によっては、搜索場所に立入る前や立入った直後に令状を呈示することができなくてもやむをえない場合があり、令状を呈示し立会人の立会を求める以前でも証拠の隠滅を防止する等のため必要な処置をとっても直ちに違法となるものではない」[なお、立入に際し偽名を用いて開錠させた行為は、直接の争点とはならなかった]。

③大阪高判平成5年10月7日判時1497号134頁 本件では、覚せい剤取締法違反の嫌疑に基づき、被疑者が実質的借主であるマンションの一室を搜索場所とする捜査に際し、被疑者が拳銃を所持しているとの情報があったこと、及び捜査官の来意を知ると覚せい剤が直ちに投棄されることが予想されたことから、被疑者が在室していることを確認の上、合鍵で扉を開

け、鎖錠を切断の上、被疑者が裸のまま寝ていた室内にいきなり立ち入った捜査官の行為が問題となった。裁判所は、次のように述べ、捜査官の行為を適法であるとした。すなわち、本件事情の下では、本件捜査官の行為は、「搜索差押の執行についての必要な処分として許される。……必ずしも搜索差押の開始に先立って搜索差押許可状を被告人に呈示しなかったからといって、それが違法不当であるとは思われない」。

④大阪高判平成6年4月20日高刑集47巻1号1頁 本件では、覚せい剤取締法違反の嫌疑に基づく搜索差押に際し、捜査官の、被処分者に来意を秘匿するため宅急便の配達を装って開錠させ、室内に立ち入ってから令状を呈示した、という行為が問題となった。裁判所は、次のように述べ、捜査官の行為を適法であるとした。すなわち、本件事情の下では、「法は、搜索を受ける者が受忍的協力的態度をとらず、令状を提示できる状況にない場合においては、捜査官に対し令状提示を義務付けている法意に照らし、社会通念上相当な手段方法により、令状を提示することができる状況を作成することを認めていると解され、かつ、執行を円滑、適正に行うために、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」いる〔なお、裁判所は、右判断の法的根拠として、111条を援用した〕。

⑤東京高判平成8年3月6日高刑集49巻1号43頁 この事件は、覚せい剤取締法違反の嫌疑に基づく搜索差押に際し、捜査官の、来意を告げずにいきなり合鍵で被疑者方居室のドアを開錠して室内に立ち入ってから、はじめて令状を呈示した、という行為が問題となった。裁判所は、次のように述べ、捜査官の行為を適法とした。すなわち、右経緯を経て行われた本件搜索差押令状の執行手続は、搜索差押の実効性を確保するために必要であり、その手段も社会通念上相当な範囲内にあるから、「令状執行に必要な処分として許容される」〔なお、裁判所は、右判断の法的見解は222条1

項, 110条, 111条1項, 114条2項に反しない, と判示している]。

⑥大阪高判平成7年11月1日判時1554号54頁 本件(国賠請求事件)では, 覚せい剤取締法違反の嫌疑に基づく搜索差押に際し, 捜査官の, ドアをロックし警察官であることを告げたにもかかわらず, 被処分者がドアを開けようとしなかったため, ドアのガラス部分の一部を破り, 手を差し入れて開錠した, という行為が問題となった。裁判所は, 次のように述べ, 捜査官の行為を適法とした。すなわち, 「本件のように薬物犯罪容疑で搜索を受ける者は, その対象物件である薬物を撒き散らして捨てたり, 洗面所等で流すなど極く短時間で容易に隠滅することができるから, この種の犯罪においては, 証拠隠滅の危険性が極めて大きく, また搜索を受ける者が素直に搜索に応じない場合が少なくないのも顕著な事実であることを考慮すれば, 本件においてある程度の緊急性が認められたことは明らかであり, その際, 捜査官Pらがガラスの一部損壊以外に適当な手段を持ち合わせていたことを認めるに足る証拠もなく, また, Pらにおいて殊更性急に事を運んだことを窺わせるような証拠もない。また, そのガラスの破壊方法, 程度等も相当性を超えるものではなく, 加えて, 前記認定のとおり, Pらは入室後速やかに一審原告に対して搜索差押令状を示しているのであるから, これら一連の事態の推移の下でみると, Pらのなした本件ガラスの損壊行為は, 当時の事情に照らして概ね適切にして妥当なものといえ, これをもって, 必要やむをえない限度を免脱した違法なものといえることができない」。

以上を整理すると, ①事件では, 立入に際してともかくも警察官による搜索という来意が告知されている(来意告知型)。また, ②⑥事件も, ともかく立入に先立って令状を呈示しようとし, または現に警察官であることを告げていることから, ①事件と同じ類型である。これに対し, ③④⑤事件, 及び本決定は, 立入に際しておよそ来意は告知されていない(来意

不告知型)。

他方、①②事件は、令状の呈示なく立ち入ることの根拠として、搜索差押にとって必要な準備的行為という点が強調されているが、③④⑤事件では「必要な処分」という表現が用いられている。もっとも、強制処分法定主義及び適正手続保障の観点から、右二つの観点は、いわば実質と形式の関係にあるといえよう。本決定は、この点を明らかにしたものであり(⑥事件も、実質的衡量の観点から同じ趣旨といえよう)、それゆえ、本決定の検討に際して、その両面から検討する必要がある。

3. 具体的検討

(1) 形式的要件(「必要な処分」)

刑訴法222条1項、111条1項は、搜索差押の執行に際し、開錠、開封、その他「必要な処分」をすることができる、と定める⁽⁸⁾。但し、具体的状況において「必要な処分」としていかなる行為をなしうるかは、被処分者の対応との相関において決せられる。例えば、相手方にその任意で開錠を求めることが期待できる場合、それにもかかわらず錠を破壊することは許されない。したがって、「必要な処分」として許容されるには、当該処分の必要性と、手段としての相当性を満たさなければならない。本決定も、「警察官らがホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室した措置」について、「搜索差押えの実効性を確保するために必要であり、社会通念上相当な態様で行われていると認められる」と認定しており、この点については妥当な判断である。

(8) 具体的には、①搜索差押の現場における立会者や管理者に対する協力要請、②夜間執行の際の電気、エレベーターの利用など、相手方の施設の利用、③錠の破壊、④自動車の停止、⑤強制採尿場所への連行、⑥コンピュータ情報の搜索差押に必要な処分などをなしうる(藤永他編『大コンメンタール刑事訴訟法第二巻』[渡辺咲子] 361頁(1994年、青林書院))。

これに対して、「必要な処分」とは、「物の発見または取得に必要な各種の処分」を意味し、本件の「開錠」のような、「証拠隠滅を防止するために必要な措置」を予定しているものではない、とする見解がある⁽⁹⁾。しかし、この「必要な処分」は、搜索差押の実効性を担保するための措置であり、その搜索差押自体が証拠物の保全、すなわち証拠隠滅を防止するために行われる処分であることから⁽¹⁰⁾、このような見解はとりえないと思われる。

もっとも、この「必要な処分」は、搜索差押に付随して行われる強制処分としての性質を有する。それゆえ、「必要な処分」をなしうる時期は、搜索差押自体に対する規律によって決せられるべきものである。したがって、本件のような令状呈示前の「開錠」の許容性は、令状事前呈示原則との関係において検討されなければならない⁽¹¹⁾。

(2) 実質的要件（「令状の事前呈示原則」の例外許容の可否）

前述のとおり、搜索差押に際し、令状は、原則としてその執行に先立って呈示されなければならない。例外的に、執行に着手した後の令状呈示でも許されるかという点は、令状呈示によって保護されるべき利益と、捜査の実効性確保との衡量により決せられるべき問題である。

この問題を検討するうえで、裁判例及び学説において、そもそも令状の

(9) 宮城啓子「判例評釈」平成6年重要判例解説172頁（1995年）。

(10) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法・改訂版』86頁（1990年、青林書院）。

(11) 石塚敬一「判例評釈」立教大学大学院法学研究17号49頁（1995年）は、令状呈示前の「必要な処分」がどこまで認められるかという問題は、「令状の事前呈示の原則とその例外という形での法110条の課題として、議論を詰めてゆく必要があるのではないだろうか。」と述べているが、本稿とその趣旨を同じくするものとする。また、宮城・前掲注(9)「判例評釈」172頁も、「身分の告知前になしうる行為については、…緊急の場合令状呈示前にどのような行為がなしうるかという、110条の問題として考察すべきものとする」と述べており、実質的論拠は本稿と共通であるといえよう。

呈示が不要とされる場合があることに注意しなければならない。令状の事前呈示がなされないということは、その時点において令状の呈示が不要とされる理由が存在していなければならず、この限りで、問題はパラレルだからである。

令状の呈示が不要とされる場合として、以下の二つの類型があるとされている。すなわち、第一に、被処分者が令状呈示の利益を放棄したといえる場合、第二に、被処分者が不在の場合である。前者は、令状の呈示が被処分者の利益であることから、後者は、刑訴法222条1項、114条2項後段が被処分者の不在を予定した規定であることから、それぞれ導かれる⁽¹²⁾。

第一類型の具体例として、東京地判昭和50年5月29日判時805号84頁が挙げられる。この事件は、被処分者が、捜査官の令状呈示に対し、もっぱら搜索差押の執行に抵抗するばかりで、令状を見ようとしなかったものであるが、裁判所は、「令状が既に発付されている旨を告知された本件のような状況のもとにおいては、原告〔被処分者〕としてはむしろ進んで令状を閲読して搜索差押手続が令状の記載に従い適法に進められるか否かを確認することに注意を向けるべきであるところ、原告は同被告〔捜査官〕が本件搜索差押の内容を了知せしめるため本件令状を見るように差し示したにもかかわらず、なおも搜索差押自体に抗議することのみに急で、令状の閲読は自ら拒絶する態度をとったものであるから、原告が本件搜索差押前において本件令状を読みえなかったとしても、それは読もうとしなかった原告の態度によるものというべく、このことを目して、違法な手続として被告にその責を問うことは許されないものというべきである。」と判示し、結果的に令状が呈示されることなく行われた一連の捜査手続を適法とした。他方、大阪高判平成7年1月25日高刑集48巻1号1頁は、搜索差押許可状

(12) 三井・前掲注(3)『刑事手続法(1)』43頁。

の呈示を困難とする事情がないのに、処分を受ける者に呈示しないで執行した搜索差押を違法としている。

第二類型の具体例として、東京高判昭和40年10月29日判時430号32頁が挙げられる。裁判所は、「搜索令状又は差押令状を執行するには、執行着手前に右令状を処分を受ける者に示すことを要し、右の処分を受ける者とは、搜索すべき場所又は差押えるべき物件の直接の支配者を指称し、処分を受ける者が不在のときは、令状を示すことが不可能であるから示さないで執行しても違法ではない」と判示し、この類型に際して令状呈示を不要とした。また、名古屋高判昭和26年9月10日高刑集4巻13号1780頁は、被処分者が不在のため、警察官が立会のうえ搜索差押の執行が開始されたが、その途中で被処分者が帰宅した場合、同人に改めて令状を呈示しなくても違法ではない、と判示している。

このように、裁判例及び学説上、令状の呈示を不要とする類型が認められているが⁽¹³⁾、それぞれの趣旨は、前述のとおり事前呈示を不要とする場合にも妥当すると思われる。では、本件のような令状呈示前の開錠は、いずれの類型にあてはまるか。まず、第一類型にはあたらないと思われる。なぜなら、この類型は、少なくとも捜査官が被処分者に搜索差押目的での来意を告知することが前提になるが（来意告知型）、本件のような開錠（来意不告知型）は、この来意告知要件を満たさない。では、第二類型に該当するか。確かに、被処分者が在室している本件を不在と同視することは、無理があるようにも思われる。しかし、問題の本質は、令状呈示の利益と捜査の実効性の衡量にある以上、被処分者の在室を無視しても許されるほどの許容性が求められるといえ、本件は、この類型に該当する、或いは少

(13) 白取祐司「捜査官の欺罔による「承諾」と手続の適正」『内田文昭先生古希祝賀論文集』493頁（2002年、青林書院）は、令状呈示の「ノーティス機能」を強調し、事前呈示原則を貫徹すべきである、と主張する。

なくともこの文脈で検討することを許されるものであるといえよう。

では、この第二類型により正当化されるためには、いかなる要件を満たさなければならないか。被処分者の不在という類型について、三井誠は、i 緊急に執行すべき必要性、ii 立会人に対する令状の呈示を挙げている⁽¹⁴⁾。i は捜査の必要性の観点、ii は被処分者の利益保護及び捜査の公正性担保(犯罪捜査規範141条2項参照)という観点から、それぞれ求められるものと思われる。そして、例えば、松代剛枝も、令状の事前呈示原則の許容性の検討において、三井が示した右二つの要件を援用している⁽¹⁵⁾。もっとも、松代は、本件のような捜査の「秘かに立ち入るという行為の性質上」、ii の要件を「完全には充たし難いことを考慮」して、i の要件をより厳格に判断すべき、と主張する。しかし、松代の見解は、i の要件を厳格に判断すべきという点は支持できるが、これによってiiの要件をそもそも放棄するものだとすると、疑問である。なぜなら、「秘かに立ち入る」必要性というものは、捜査の必要性、つまりiの要件の問題であって、iを厳格に解せばiiは不要となるという関係ではないと思われるからである。令状を呈示せずに秘かに立ち入るためには、その捜査の公正さと、被処分者の利益擁護が、客観的な手段によって担保されていなければならない。そのためには、たとえば、被処分者の代わりに第三者に事前に令状を呈示するということが考えられる。この方法によれば、捜査の実効性が妨げられることもないであろう。

では、捜査官は、搜索場所に秘かに立ち入る場合、被処分者の代わりに誰に対して令状を呈示すべきか。これは、三井が指摘した、被処分者不在の場合の要件iiの観点に即して検討すべきであろう。すなわち、刑訴法114条2項は、搜索差押に際して「住居主若しくは看守者又はこれらの者に

(14) 三井・前掲注(3)『刑事手続法(1)』43頁。

(15) 松代・前掲注(7)「搜索差押令状執行に伴う家宅立入」300頁。

代わるべき者」の、またこれらの者が不在等により立会不可能な場合は「隣人又は地方公共団体の職員」の立会を要求し、犯罪捜査規範141条2項も、これら第三者に対する令状の呈示を要求している。したがって、搜索場所に秘かに立ち入るに際しても、少なくとも現行法上は、「隣人又は地方公共団体の職員」の立会と、彼らに対する令状の呈示が要求されているといえよう。本件では、捜査官はホテル支配人に対し搜索差押許可状が発付されていることを説明しているが、これが「隣人」に対する呈示といえるものと評価できるならば、要件iiも充たされていたといえよう（これに対し、③④⑤事件はこの要件を満たしていない）。もっとも、電話傍受に関してNTT職員等への令状の呈示及びその立会（犯罪捜査のための通信傍受に関する法律9条、12条）について批判があるように⁽⁶⁾、「隣人」への令状呈示、立会で被処分者の利益擁護及び捜査の公正性の担保が図れるかは疑問であり、立法論としては、弁護士、とりわけ、間もなく導入が予定される「公設弁護士」の活用等を検討することが有益であると思われる。

4. まとめ

近時、覚せい剤事件の深刻化及びその密行性に対処するため、捜査当局による本件のような様々な「工夫」が行われているが、これによって刑訴法上様々な問題が生じている⁽⁷⁾。このように、覚せい剤事件は、捜査法、さらには刑事訴訟法全体の理論に大きな影響を与えており、いずれ機会を改めて詳細に検討してみたい。

(6) 奥平・小田中監『盗聴法の総合的研究——「通信傍受法」と市民的自由——』[水谷規男] 230頁（2001年、日本評論社）。

(7) 最決平成15年5月26日刑集57巻5号620頁では、職務質問に際してのホテル客室への「立入」が問題となった。また、最判平成15年2月14日刑集57巻2号121頁では、違法な逮捕手続に引き続き実施された尿検査の鑑定書等が、最高裁判例では初めて、違法収集証拠として排除された。