

必要な処分

——令状執行中の捜査官による架電制止行為の適法性を中心として——

大 野 正 博

I 有効な弁護を受けることができるための弁護論と必要な処分

(1) 憲法三四条は、「何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない」と規定し、身柄拘束中の被疑者・被告人の弁護人依頼権を保障したが、刑法三〇条一項は、「被告人又は被疑者は、何時でも弁護人を選任することができる」として、身柄拘束の有無に関わらず、被疑者・被告人は、弁護人依頼権を有することを規定している。⁽¹⁾しかし、より重要なことは、単に弁護人を依頼する権利が保障されるだけでなく、弁護人から有効な弁護を受けることを保障する点にあるといえよう。⁽²⁾

この点につき、最高裁も、「安藤・齋藤事件」において、「単に被疑者が弁護人を選任することを官憲が妨害してはならないというにとどまるものではなく、被疑者に対し、弁護人を選任した上で、弁護人に相談し、その助言を受けるなど弁護人から援助を受ける機会を持つことを実質的に保障しているものと解すべきである」とし、⁽³⁾これまでの代理的機能・保護的機能のみならず、さらに援助的機能の保障についても要求していることが窺える。

(2) ところで、搜索・差押えの際、被処分者等による妨害行為がなされることは、実務において、必ずしも少ないことではな

いと思われる。近年、強制探尿令状の執行中に、捜査官が外部者と連絡を取ろうとした被告人の携帯電話機を強制的に取り上げ、また、被告人の返却要求を拒む行為の適法性が争われた事案に対し、刑訴法一一一条一項における「必要な処分」に該当せず、違法であるとの判断が福岡高裁において示された(以下、「本判決」という⁽⁴⁾)。そこで、本稿においては、刑訴法一一一条一項における「必要な処分」の意義を確認しながら、令状執行中に外部者に対する架電制止措置の適否につき、検討を加えることとする。

Ⅱ 令状執行中に外部者に対し、電話機等を使用して連絡を制限することの適否に関する判例

1 福岡高判平成二四年五月一六日

(1) 事実関係

裁判所の認定した事実関係は、概略、以下の通りである。平成二二年四月二三日の朝、A警察官、B警察官のほか、福岡県E警察署(以下、「E警察署」という)のF巡査部長等、一二、三名の警察官(以下、「警察官等」と総称する)は、被告人を被疑者とする覚せい剤取締法違反(所持・使用)の被疑事実(以下、「別件」という)で発付された捜索・差押えの場所等を、それぞれ、①被告人の着衣、および所持品、②被告人車両、③被告人方とし、差し押さえるべき物を覚せい剤等、注射器等、別件と関係のあるメモ・携帯電話機(充電器・付属記録媒体を含む)・電磁的記録媒体等とする捜索差押令状三通を執行するために、被告人方のあるマンション(以下、「本件マンション」という)に赴いた。そして、被告人が本件マンションの一階出入口から出てきたときに警察官等は声をかけ、同マンション一階駐車場に停めていた捜査用車両(三列シート)まで被告人を同行して乗車させた後、A警察官が被告人に対し、被告人の着衣、および所持品に対する捜索差押令状を呈示し、午前九時三〇分頃から午前九時三七分頃までの間、捜査用車両において、被告人の着衣、および所持品に対する捜索を実施したが、押収した物はなかった。その際、B警察官は、被告人に、「覚せい剤してないか。持ってないか」と聞いたところ、被告人が、「何も持たん」、「してない」と言ったため、「腕を

ちよつと確認させてくれ」と言った。被告人は、自ら上着を脱いで、両腕を前に出した。被告人の左腕の肘の内側に若干赤い腫れ、ピンク色の盛り上がりが見られたため、B警察官が、「注射の跡やない」と聞いたところ、被告人は、「違う」と答えたので、写真を撮らせてくれと話し、F警察官が午前九時三十分頃から、捜査用車両二列目シートに座っていた被告人の両腕の写真撮影を行った。その後、被告人車両に対する捜索を実施するため、被告人も含め、一〇メートルくらい離れた場所に停めてあった被告人車両に対し、捜索差押令状を呈示した後、被告人車両の捜索を開始したが、捜索中、被告人が身体を拘束されたことはないし、被告人から弁護士に連絡を取りたいという申し出もなかった。さらに、被告人方の捜索を実施するため、被告人も含め、本件マンションのエレベータに乗って被告人方に向かった。被告人に立会を求めた際、妻を立会人にしてくれという申し出も、被告人自身が立ち会うことに文句や不満を言ったこともない。被告人方に対する捜索差押令状は、A警察官が被告人方の玄関前で呈示した。被告人方の玄関に入って奥の部屋に通じる廊下で、B警察官が、再度被告人に、「覚せい剤をしていないか」と聞くと、「していない」と言うので、「していないのを証明するために、尿を出してくれんやろうか」と話したら、被告人は少し声を荒げて、早口でまくし立てるような感じで、「いや、任意じゃ出さなくさ。令状持ってこな」と言い、そわそわと廊下を行ったり来たりしていた。B警察官が、もう一度、「してないんやろ。それなら出してくれんかな」と言ったが、被告人は聞き入れなかった。そこで、B警察官は、工藤會関係者は、令状を持って行かないと尿を出さないことが多く、被告人も工藤會L組組員だと思っていたため、説得しても無駄だと判断し、E警察署に連絡を入れ、G警察官に強制採尿を行うための令状請求の準備をするように指示した。B警察官が、被告人の妻に対し、「家の中で覚せい剤を見たことないか」等と事情聴取を始めたところ、被告人は、少し態度を変え、声を荒げ、早口で、「女房は関係なからうが」と言って、少し詰め寄るような、食ってかかるような感じになった。さらに、被告人は、携帯電話機を取り出して、ボタンを押して発信するような動作をしたため、「捜索中やけん、ほかの者に連絡はできんもんな。せんでくれ」と言ったら、被告人は、「分かりました」と言ったが、直ぐに、「弁護士なら良いやろ。弁護士に連絡させてくれ」と言って連絡する素振りをしたため、「外部は駄目、弁護士などと言いよるけど、そっちが連絡するのが本当に弁護士なのか、こっちは分かるか

らんやろうが。弁護士が来たところで、自宅のガサに入るわけにはいかんよ」と説明したところ、被告人も携帯電話機を扱うのを止めた。被告人がD弁護士とか、特定の弁護士の名前を挙げたことはなかった。その後、被告人方に対する捜索が本格的に始まったが、B警察官は、午前一〇時頃、強制採尿令状の請求をするためにE警察署に戻った。一方、A警察官は、被告人に証拠隠滅行為がないかどうか、その動静を監視していたところ、被告人が一回、誰かに「電話したい」と言い出したので、A警察官が、「捜索中でもあるし、連絡はできない」と言ったところ、被告人も「分かりました」と言った。

B警察官は、本件強制採尿令状の発付を受けてから、まだ捜索が続いていた被告人方に戻り、被告人に対して、本件強制採尿令状を呈示したところ、被告人は、「令状が出たなら仕方ないですね」と言ったが、弁護士立会なら尿を出すと聞いたことはない。捜査用車両では、被告人とA警察官が三列目シートに座り、運転席にK警察官が、助手席にB警察官が、二列目シートにF警察官と福岡県警察北九州市警察部M警部補（以下、「M警察官」という）がそれぞれ乗り込んで、C病院に向かった。途中、被告人が携帯電話機を出して連絡しそうになったことから、A警察官が、「強制採尿の令状執行中だからできないよ」と注意したら、被告人も一旦は引っ込めた。しかし、また、被告人が携帯電話機を出して、ダイヤルしそうな感じだったので、A警察官は、「携帯電話をここに貸しなさい」と言って、被告人から携帯電話機を預かった。捜査用車両がC病院に到着後、B警察官は受付手続をするために、A警察官は福岡県警察本部に連絡するために、それぞれ捜査用車両から降りたが、その際、F警察官が、A警察官から被告人の携帯電話機を受け取り、被告人の右横に座った。すると、被告人が、F警察官のベストのポケットに入っている自身の携帯電話機を見つけ、F警察官に対して、興奮した様子で、「携帯を返せ」、「返さんか、こら」と言って詰め寄り、これを拒むF警察官と引つ張り合いになった。このとき、被告人は弁護士に連絡するから、携帯電話機を返せとは言っていないかった。そこへ戻ってきたA警察官が、被告人に対し、「強制採尿に着手しているから、連絡できない」旨説明し、また、B警察官も、捜査用車両の左側スライドアを開けて首を中に入れ、被告人に対し、「捜索中は、連絡はできないのやけん。早く車から降りてくれ。今からおしっこ採るけん」と言った。すると、被告人は、「出らん」、「お前誰に言いよつとや」と言って動こうとしなかった。このとき、救急車が到着したも

の捜査用車両が邪魔になって救急入口に入れなかったため、B警察官は、「救急車が来て病院に迷惑がかかるやろうが、はよ降りらんか。もう任意じゃなくて令状見せとるつたい。出とるつたい」と言ったが、それでも被告人が降りようとしなかったため、B警察官とM警察官が被告人の両腕を掴んで引つ張り、A警察官が被告人の腰辺りを持って、被告人を捜査用車両から降ろし、診察室の前の廊下の椅子まで連行した。そして、五分ないし一〇分間そこで待機した後、診察室の中に入った。診察室でI医師が来るのを待つ間、被告人が、「携帯電話を返してくれ」と言ったので、A警察官が、「連絡はできないよ。電池を外したらいいよ」と言って、F警察官に指示して携帯電話機を被告人に返却させた。すると、被告人は、自身で携帯電話機の電池を外して、横にいたN警察官に渡そうとしたので、被告人が持つておくようにと言ったら、被告人は携帯電話機と電池をポケットに入れた。I医師が診察室に來たので、本件強制採尿令状を呈示し、ベッドに移動させて強制採尿を実施した。警察官等は、午後一時一六分頃、採尿容器に入つた被告人の尿を差し押さえた後、尿中覚せい剤予試験試薬「インスタント・ビュー」（以下、「インスタント・ビュー」という）を用いて被告人の尿を検査したところ、陽性反応が出たため、午後一時三一分頃、被告人を覚せい剤取締法違反（使用）の被疑事実（以下、「本件」という）で緊急逮捕し、被告人から携帯電話機を差し押さえた。

原審（福岡地裁小倉支判平成二三年三月八日公刊物未登載）は、「本件捜査を担当した警察官らは、搜索差押えの執行中に、『必要な処分』として、被疑者に対し携帯電話で外部の者と連絡をとらせないことができるとの見解に基づいて、上記の行為に及んだものと認められる。しかし、被告人が、暴力団関係者であり、暴力団関係者が搜索の現場に多数押しかけて捜査の妨害をしたり、証拠を隠滅したりするおそれがあったとしても、警察官らにおいて、被告人がそのような者と連絡しようとしているか確かめることとせず、弁護士が搜索場所に立ち入れないからといって、一樣に被告人が携帯電話で外部の者と連絡を取ってはいけないとした措置は、相当ではない。そして、被告人の携帯電話には、被告人がこれまで弁護士として依頼したことのあるD弁護士の法律事務所電話番号が登録されており、被告人がD弁護士と連絡を取ろうとしていた事実是否定できない」。それにも関わらず、「被告人が所持していた携帯電話機を警察官に引き渡させ、被告人が返還を求めているのに、そのまま返還することを拒み、電池を外さ

せて誰とも連絡できないようにさせた行為は、捜査官の説得の域を明らかに超えるものであり、被告人のいわば弁護士依頼権を侵害するものである。検察官は、被告人がF警察官に携帯電話機の返還を強く求めるようになったのは、採尿を遅らせるための方便に過ぎないというが、必ずしもそのようにはいえない。捜査官としては、これまでの捜査経験や知識から、そのような行為が違法でないという認識を有していたとしても、捜査段階における被疑者の立場に立つ者にとって、資格を有する弁護士に依頼して適切な助言や指導を受けることは、基本的に重要な権利である。捜査官の上記行為は、被告人のそのような権利を侵害した、被疑者という立場に置かれた人の権利に配慮しない重大な違法行為と評価せざるを得ない。被告人は、このような違法な状態のまま意に反して強制採尿を実施され、これに基づいて被告人の尿の鑑定が実施され、鑑定書が作成されたのであるから、違法状態をそのまま利用して鑑定書が作成されたとみることができる。さらに、今後の被疑者の上記権利を蔑ろにした違法捜査抑止の見地からも、手続全体を違法評価すべきである。以上から、本件鑑定書は、違法収集証拠として、証拠能力を否定し、証拠から排除するのが相当である」として、被告人に無罪を言渡したため、事実認定、および訴訟手続に関する法令違反を理由として、検察官が控訴した。

(2) 判旨

これに対し、福岡高裁は、原判決を破棄し、以下のように判示した。

〔搜索差押令状執行中の携帯電話機使用に対する抑止行為の適法性〕

「刑事訴訟法二二二条一項によつて捜査手続に準用される同法一一一条一項は、『差押状、記録命令付差押状又は搜索状の執行については、錠をはずし、封を開き、その他必要な処分をすることができ』と定めて、各令状の執行を担当する捜査官に対し、各令状を円滑に執行し、その目的を達成することができるよう『必要な処分』をする権限を認めているところ、その具体的な内容については、警察比例の原則に照らしても、各令状の執行目的を達成するために必要であり、かつ、その方法も社会的に相当なものでなければならず、強制力を行使して被処分者に不利益を与える場合には必要最小限の方法によらなけ

ればならないと解するのが相当である。これを本件についてみると、…関係証拠によれば、工藤會関係者は捜査官に対して極めて敵対的であつて、捜査官が住居等に対する搜索差押許可状を所持している場合であつても、直ぐには住居等への立入りを認めなかつたり、他の組員が押しかけてきて捜査官に立会いを要求したり、屋外で大声を出して捜査官を挑発したりするなどの妨害行為を繰り返していることが認められる上、工藤會本部事務所は被告人方から自動車を利用すれば直ぐに到着することができることも照らすと、被告人が工藤會の組員であると認識していたB警察官及びA警察官が、被告人に対して、携帯電話機で外部の者と通話することを許せば工藤會関係者が被告人方に押しかけてきて搜索を妨害する行為に出る可能性がある」と判断したことは相当の理由があるから、被告人の携帯電話機による通話を制限する必要があつたことを認めることができる。なお、この点に関して、弁護人は、仮に工藤會関係者が押しかけてきても、警察官らは刑事訴訟法二二二条一項によつて準用される同法一一二条により、立入りを制限することができるから、被告人の通話を制限する必要はなかつた旨主張するが、被告人方に対する搜索に従事していた警察官は一二、三名であつて、多人数の工藤會関係者が押しかけてきたときは対応できないだけでなく、仮に少数者であつても、それに対応する警察官が必要となるため、やはり円滑な搜索の実施が妨げられると考えられることにも照らすと、B警察官及びA警察官においては、被告人の携帯電話機による外部の者との通話を制限する必要があつたと認めることができる（これに対し、本件の場合、被告人が外部の者と通話したことで、直ちに罪証隠滅の可能性が高まるとまでは認められない）。しかも、B警察官及びA警察官は、被告人に対して強制力を加えたものではなく、あくまでも説得を試みたに過ぎないことにも照らすと、B警察官及びA警察官の行為は、搜索の目的を達するために必要であり、かつ、その方法も社会的に相当なものであつたと認められるから、刑事訴訟法一一一条一項の『必要な処分』として許されるといえる。さらに、被告人が『弁護士なら良いだろう。弁護士に連絡させてくれ』と言つたときに、B警察官が被告人の通話を制止した行為についてみると、このとき、被告人は、特定の弁護士の名前を出してはいなかつたこと、しかも、B警察官から、『弁護士と言ひよるけど、そつちが連絡するのが本當に弁護士なのか、こつちは分からんやろうが。弁護士が来たところで、自宅のガ

サに入れるわけにはいかんよ』と説明されただけで、それ以上、弁護士に連絡させてほしいとの申し出はしていなかったことからすれば、被告人が真実弁護士に連絡を取ろうとしていたのか疑わしいだけでなく、刑事訴訟法一一二条に基づいて上記のような説明をして説得行為に及んだB警察官の行為が不適切であったともいえない。しかも、被告人はB警察官の説得を受けて、それ以上携帯電話機で弁護士に連絡しようとして試みてはいなかったことにも照らすと、このときに被告人の弁護人依頼権が侵害されたこととみることはできない」。

〔強制採尿令状執行中の携帯電話機使用に対する抑止行為の適法性〕

「上述したとおり、工藤會関係者においては捜査機関による捜索差押許可状等の執行を妨害しようとする行動に出ることがよくあること、しかも、被告人をC病院に搬送している捜査用車両に乗り込んでいる警察官は五名しかいなかったこと、被告人方からC病院まで、工藤會本部事務所からC病院までは、自動車を利用すれば直ぐに到着できる位置にあること、そのため多数の工藤會関係者が押しかけてくれば被告人を奪還される恐れがなかったとはいえないだけでなく、工藤會関係者が押しかけてきても、本件強制採尿令状によつてはC病院への立入りを制限することはできないため、同令状の円滑な執行が妨害される危険性は高かったことにも照らすと、被告人が捜査用車両内において携帯電話機で外部の者と連絡をとることを制止する必要性は、被告人方に対する捜索のときよりも大きかったといえる。しかしながら、このとき、A警察官がとつた方法についてみると、A警察官は、被告人に『携帯電話をこっちに貸しなさい』と言ったら、被告人が『分かりました』と言って携帯電話を差し出したので預かり、その後C病院に着くまでの間、被告人から携帯電話機を返してくれと言われたことはなかった旨供述して、被告人から携帯電話を預かったのはあくまでも被告人の任意の意思に基づくものであったと主張しているもの、他方においては、B警察官は、捜査用車両でC病院に向かっているとき、被告人が電話させてくれと言ってA警察官がこれを制止している声が聞こえ、さらにA警察官が『預かってくけん』と言ったとき被告人の『返してくれ』と言うのが聞こえたので、A警察官が被告人から携帯電話機を取り上げたのだなと思つた旨供述していることにも照らすと、A警察官が強制力

を用いて被告人から携帯電話機を取り上げた可能性も否定することができない。……そうすると、A警察官が強制力を用いて被告人から携帯電話機を取り上げた行為はもはや説得の域を超えているといわざるを得ないこと、また、それはいわば差押えにも匹敵する行為であること、しかも、刑事訴訟法一一一条一項において許される『必要な処分』は強制力を用いて被処分者に不利益を与える場合には必要最小限の方法によらなければならないと解されることからすれば、A警察官としては、被告人から強制力を用いて携帯電話機を取り上げてその占有を取得するのではなく、まず、被告人が工藤會関係者と思われる人物に連絡しようとしている様子が窺われるときには、携帯電話機のボタン操作を止めさせるために被告人の行為を制止したり、携帯電話機を被告人が容易に操作できない場所に置くように指示したり、場合によっては被告人に代わって携帯電話機の電源を切るなどの行為に出るべきであったということができるから、A警察官が直ぐに強制力を用いて被告人から携帯電話機を取り上げた行為が同上の『必要な処分』に当たると認めることはできず、違法といわざるを得ない。そして、捜査用車両内で、F警察官が、隣に座っていた被告人から、携帯電話機を返還するように要求されたのに、これを拒否して引つ張り合いをした行為、さらに、これを知ったA警察官及びB警察官が、被告人に対して、本件強制採尿令状を執行中であることを告げて、携帯電話機の返却を要求する被告人を制止した行為は、正に被告人の意思に反して強制的に携帯電話機に対する占有を保持し続けようとしたものであるから、もはや刑事訴訟法一一一条一項の『必要な処分』には当たらないことが明らかであって、違法といふべきである。なお、これに対して、診察室内において、A警察官が、被告人に対して、『連絡はできないよ。電池を外したらいいよ』と言ってF警察官に指示して被告人に携帯電話機を返させた行為は、何らの強制力を行使したものではないから、刑事訴訟法一一一条一項の『必要な処分』に当たると解することができる。ところで、……被告人が、A警察官から携帯電話機を取り上げられたときやF警察官に携帯電話機の返却を要求したときに、真実D弁護士ほかの弁護士に連絡する意図を有していたと認めるには疑問が残るといわざるを得ない。また、仮に、このとき被告人がD弁護士ほかの弁護士に連絡するために、A警察官から携帯電話機を取り上げられたことに抗議し、あるいはF警察官に対して携帯電話機の返却を要求していたとして

も、被告人はその旨をA警察官やF警察官に伝えていなかったことに加え、A警察官及びF警察官は、被告人が、B警察官に対して弁護士に連絡したいとの申し出をしていたとの報告は受けていなかったこと、しかも、被告人は、その後弁護士に連絡させてくれとの申し出を全くしていなかったことにも照らすと、A警察官、F警察官及びB警察官において、被告人が弁護士の連絡しようとしていることを知る由もないから、警察官らの上記各行為が、故意に、被告人の弁護士依頼権を侵害したとみることができる。

〔本件鑑定書の証拠能力について〕

「以上のとおり、警察官らの行為のうち、A警察官が被告人から携帯電話機を取り上げた行為、F警察官、A警察官及びB警察官が被告人からの携帯電話機の返却要求を拒んだ行為は、違法であるといわざるを得ないが、警察官らが被告人の携帯電話機を保管していたのは、捜査用車両内でA警察官が被告人から携帯電話機を取り上げた後、捜査用車両がC病院に到着し、診察室内で被告人に携帯電話機が返却されるまでの間であり、その時間は、……多く見積もっても四〇分程度であること、しかも、A警察官らの行為は、被告人が携帯電話機で外部の者に連絡をして工藤會関係者を呼び寄せて本件強制採尿令状の円滑な執行を妨害するのを防止する必要に出たものであったこと、ただ、その手段がやや行き過ぎたに過ぎなかったことにも照らすと、その違法の程度が重大であるとはいえないだけでなく、A警察官らに令状主義を没却する意思があったともいえない。そうすると、本件鑑定書を違法収集証拠として、その証拠能力を否定した一審判決には、本件鑑定書の証拠能力についての判断を誤った訴訟手続の法令違反があり、それが判決に影響を及ぼすことは明らかであるから、検察官の主張には理由があり、一審判決は破棄を免れない。」

2 被疑者以外の者に対し、電話機等を使用して外部者との連絡を制限することの適否に関する判例

たとえば、捜索・差押えの執行中に立会人である被処分者の妻が架電し、捜索について話し始めたため、捜査官が電話のフック

を押して電話を切った措置に対し、東京地判平成八年一月二日（以下、「平成八年判決」という⁵⁾）は、刑訴法二二一条一項は、「搜索差押を物理的に可能にするための処分について規定しているが、右の『必要な処分』はこのように目的に限定されると解する必要はなく、搜索差押の円滑な執行のために必要な処分を行うことも同条によって可能と解される」とし、「右規定も必要ならばいかなる処分もなし得ることを認めたものとは到底いえないのであって、執行の目的を達するため必要であり、かつ社会的にも相当と認められるような態様・程度の処分に限られるというべきである」とし、本件立会人に対する行為は、法律上の根拠なしに強制的な不利益処分を行ったものであり、違法であると判断した。

Ⅲ 捜査官による架電制止措置と弁護権

(1) 刑訴法上、搜索・差押えの実施と被処分者の弁護権との関係につき、直接的な規定は存在しない。しかしながら、搜索・差押令状執行中は、何人に対しても、許可を得ないでその場所に入入りすることを禁止することができ、これに従わない者に対しては、退去、または、執行が終わるまでの間、看守者を付することが規定されており（刑訴法二二一条）、同時に刑訴法二二二条は、刑訴法二二三条を準用していないことに照らすのであれば、捜査官は、搜索・差押えの実施を優先するとの解釈は、必ずしも不可能ではない。また、「安藤・斎藤事件」判決も、身柄拘束中の被疑者の弁護権は、憲法三四条に由来するものであるものの、「これが刑罰権ないし捜査権に絶対的に優先するような性質のものということはできない。……接見交通権の行使と捜査権の行使との間に合理的な調整を図らなければならない」ことから、「弁護人から援助を受ける機会を持つことを保障するという趣旨が実質的に損なわれない限りにおいて、法律に右の調整の規定を設けることを否定するものではない」との判断を示していることからも、捜査官は、搜索・差押令状執行後に、可及的速やかに弁護士との連絡ができるように調整を行えば足りるとの結論を導くこともあり得よう。しかし、刑訴法二二二条が、刑訴法二二三条を準用していなくとも、刑訴法二二三条六項において、捜査官は当

事者を立ち合わせることは不可能ではなく、また、「安藤・斎藤事件」判決も、必ず国家の権能が優先すると解するべき判例ではなく、さらに、「第二内田事件」判決に照らして考えるのであれば、原則としては、弁護士依頼権を優先して調整すべきであると思われる⁽⁸⁾。特に、身柄拘束を受けていない被処分者は、拘束を受けている場合以上に、保障されなければならない。

(2) なお、本判決は、原判決と異なり、被処分者が連絡をとろうとしていた相手方が、弁護士であったかは疑わしく、外部の者であることを前提として事実認定を行っているため、弁護士依頼権の侵害はなかったとの判断を示している。しかし、仮に被処分者が真に弁護士との連絡を求め、捜査官に対し、これを申立てていたとの事実認定が行われていれば、本判決も弁護士依頼権の侵害に当たるとの判断を示していたかもしれない⁽⁹⁾。

IV 「必要な処分」の意義と被処分者に対する架電制止措置

1 刑訴法一一一条一項における「必要な処分」規定の沿革と意義

本判決においては、捜査官による架電制止措置につき、刑訴法一一一条一項における「必要な処分」として、適法であるか否かにつき、判断を示している。

刑訴法一一一条一項における「必要な処分」とは、旧刑訴法一四六条において、初めて刑訴法上規定された概念であり、同条は、「押収又ハ搜索ニ付テハ鎖鑰又ハ封緘ノ開披其ノ他必要ナル處分ヲ爲スコトヲ得押収物ニ付又同シ」との規定がなされ、当該条文が実質的な変更なく、現行法に引き継がれているものと解されている⁽¹⁰⁾。強制処分法定主義（刑訴法一九七条一項但書）により、強制処分を実施するためには、刑訴法上、特別の定めが必要である。当該強制処分を実施する際には、法律上、定められた直接の内容のみならず、当該処分を実現するために、一定の措置を用いることが要求される場合もあり得る。当該措置の類型としては、一般的に、

① 本体たる強制処分を実施するために積極的に必要とされる措置と、② 強制処分に対する妨害を排除するための措置の二つに区分

することが可能である。⁽¹¹⁾ なお、①は、(a) 本体たる強制処分に必然的に伴う措置と、(b) 事案によって必要とされる措置にさらに分けられる。また、②も (a) 現実的な妨害を排除するためになされる措置と、(b) 妨害のおそれがある場合に、事前にそれを予防するための措置に分けられるが、この点につき、川出教授は、「刑訴法一一一条に規定された必要な処分は、同条によって創設された権限ではなく、同条は、本条たる搜索・差押えの中に含まれている権限を確認的に明示したものであることから、いずれの場合においても、当該措置が強制処分権限の中に含まれると解される。⁽¹²⁾ 平成八年判決および本判決のいずれも、川出教授が主張されるように、刑訴法一一一条一項を確認規定と解しているか否かは必ずしも定かではないが、少なくとも、上記②妨害排除措置についても、刑訴法一一一条一項の問題として、判断を示していることについては意義があらう。

このように考える前提として、刑訴法一一一条一項における「錠をはずし、封を開き」とは、その例示であり、⁽¹³⁾ 「執行について」とは、令状の執行行為自体よりも広い概念で、執行を円滑・適正に行うために必要な行為を指す⁽¹⁴⁾との解釈が存在するためであらう。⁽¹⁵⁾

2 捜査官による架電制止措置の適法性

(1) 本判決は、搜索差押令状執行中の架電制止措置につき、必要性および相当性を肯定し、当該架電制止措置を適法としているが、強制尿採令状執行中の架電制止措置については、必要性は肯定するものの、相当性については、これを否定し、違法と判断している。この点につき、前者については、刑訴法一二条により、令状の効力として、第三者の立入りを制限できるのに対し、後者については、当該効力が存在せず、妨害を排除することができないため、架電制止措置の必要性が高度であるとして、判断枠組の差異から、結論が異なるとの解釈を示す見解が存在する。⁽¹⁶⁾ しかし、「江南警察署尿採事件」⁽¹⁷⁾ 決定では、「体内に存在する尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する行為は搜索・差押の性質を有するものとみるべきであるから、捜査官がこれを実施するには搜索差押令状を必要とすると解すべきである。ただし、右行為は人権の侵害にわたるおそれがある点では、一般の搜索・差押と異なり、検証の方法としての身体検査と共通の性質を有しているので、身体検査令状に関する刑訴法二一八条五項が右搜索差押令状に準用

されるべきであつて、令状の記載要件として、強制採尿は医師をして医学的に相当と認められる方法により行わなければならない旨の条件の記載が不可欠であると解さなければならぬ」と判示していることから、強制採尿令状を刑訴法一一二条における捜索差押令状と異なるものと解する必要は存在せず、何人に対しても、病院への立入りを禁止することは可能である。よつて、本判決の趣旨は、工藤會関係者による妨害行動が頻繁にあること、被告人が工藤會関係者であること、警察官の人数、工藤會本部事務所からC病院までの距離等から、事実上の問題として、「本件強制採尿令状によつてはC病院への立入りを制限することはできない」と読むべきものであろう。⁽¹⁸⁾

(2) では、結論の差異は、如何なる点にあるのであろうか。捜索差押令状執行中の架電制止措置については、工藤會関係者と捜査官が極めて敵対的關係にあり、過去にも、令状執行の際に妨害行為が繰り返されており、また、工藤會本部事務所と被告人方が極めて近く、多人数の工藤會関係者が押しかけてきた場合には対応できないだけでなく、少人数であつても、円滑な捜索の実施が妨げられることから「必要性」が認められ、「相当性」については、被告人に対して強制力を加えたものではなく、あくまでも説得を試みたに過ぎないことを理由に肯定し、これを適法と判断している。これに対し、強制採尿令状執行中の架電制止措置については、同様に、妨害しようとする行動に出ることがよくあること、被告人を病院に運搬する捜査用車両に乗り込んでいる警察官の数が五名しかいなかったこと、工藤會本部事務所と病院が極めて近く、多数の工藤會関係者が押しかけてくれば、被告人を奪還される恐れがなかったとはいえないだけでなく、工藤會関係者に押しかけられた場合、病院への立入りを制限することはできないことから、円滑な執行が妨害される危険性は高かったことを理由として、「必要性」については、被告人方に対する捜索のときよりも大きく、これが肯定されるとした。しかし、「相当性」については、被告人が、工藤會関係者と思われる人物に連絡しようとしている様子が窺われるときには、携帯電話機のボタン操作を制止させる、あるいは、携帯電話機を被告人が容易に操作できない場所に置くように指示する、さらには、被告人に代わつて携帯電話機の電源を切る等の行為を選択すべきであつたにも関わらず、強制力を用いて被告人から携帯電話機を取り上げた行為は、もはや説得の域を超え、差押えにも匹敵する行為である。また、被告人の意

思に反して、強制的に携帯電話機の占有を保持し続けているが、刑法二二一条一項において許される「必要な処分」は、強制力を用いて、被処分者に不利益を与える場合には、必要最小限度の方法によらなければならないと解されることがからずれば、「相当性」は否定され、違法であるとした。

(3) 個々の「必要な処分」が許容される要件であるが、従来、刑法二二一条一項における「必要な処分」については、「執行の目的達成のため、必要かつ妥当で、方法も社会的に相当なものでなければならぬ」⁽¹⁹⁾、「……相手に損害をあたえるものは、やむを得ない場合に、必要最小限度の方法によるべきである」と解されてきた。本判決も、当該理解に即した枠組で判断を示しており、妥当であると評価できよう。

まず、「必要性」についてであるが、正木教授は、当該判断につき、「円滑な令状執行を害される危険が明白に現在していることを要し、それを基礎づけるに十分な具体的事実が認定されなければならない。……法二二一条による対処等も可能であることを踏まえれば、その事前行為たる架電行為を制約できるかについては、より慎重でなければならぬ」と指摘され、また、緑准教授も、「刑法二二一条は、もともとそのような場面を想定して設けられている以上、本判決は押しかけてくる関係者が少なくとも二二一条が機能しないという特殊事情を、示すべきだったように思われる」と疑問を呈せられる。確かに、強制探尿令状については、五名で執行しており、また、場所が病院であったことから、これを肯定し得るが、搜索差押令状については、二二、三名で執行がなされており、抽象的に「円滑な執行が妨害される危険性は高かった」との表現にとどまらず、本件事情に即した形で、その蓋然性に関し、より具体的な事情を示すべきであったように思われる。

次に、「相当性」についてであるが、本判決が強制探尿令状執行中の架電制止措置につき、違法と判断した理由は、「捜査比例の原則」下では、その「必要性」に応じた手法が選択されなければならないためではなからうか。つまり、「ある措置の許容性が、それを行う必要性と、それによって侵害される権利・利益の内容を比較衡量して」、⁽²²⁾これが社会通念上、相当といえなかつたからである。では、如何なる点を指して、相当でないと評価したかであるが、それは、携帯電話機を取り上げた行為が、いわば差押えに

も匹敵する行為であり、強制力を用いて捜査官が占有を取得した点にあるといえる。但し、平成八年判決も、同様に違法と判断しているものの、占有を取得しているわけではなく、フックを押すことにより、通話を遮った点に着目し、強制力を用いたことを理由としている。いずれの行為も、物理的な強制力の行使である点では共通しているものの、むしろこの点を検討するうえにおいて重要な点は、外部との連絡を強制的に遮断することの適否にあるのではなからうか。そのように考えるのであれば、本判決が、被告人が携帯電話機を返却することを申し出た際に、電池を外させて携帯電話機を返却した行為についても、外部との連絡が事実上不可能になるのであるから、「何らの強制力を行使したものではない」との判断を示した点については、疑問が生じることになる。特に、被告人の携帯電話機には、被告人がこれまで弁護士として依頼したことのある弁護士の電話番号が登録されていたのであり、弁護士依頼権の重要性に鑑みるのであれば、これを捜査官が確認して、当該電話番号に電話を架けさせる、あるいは、⁽²³⁾現在では、被処分者が指定する弁護士事務所の番号を検索することは容易にできるのであるから、捜査官がこれを確認し、架電することも不可能ではあるまい。なお、架電制止措置の必要性が認められ、かつ、被処分者が捜査官の指示に従わず、架電したのであれば、少なくとも平成八年判決事案のように具体的に搜索状況についての通話がなされた時点において、架電制止措置を講じることも方法としてはあり得たのではなからうか。⁽²⁴⁾

なお、捜査官による強制処分実施の際の妨害排除措置については、原則として、本件処分に伴ってなされるものであり、①当該措置が、それ自体として重大な権利侵害を伴う場合、②妨害排除措置が、実質的に強制処分として評価され、かつ、妨害行為とは無関係な第三者の権利を侵害する場合には、例外的に当該妨害排除措置は許されないとの見解が存在するが、これによるならば、本件架電制止措置が違法であるとの理由は、①に該当するためということにならう。

3 違法収集証拠の排除法則との関係

本判決は、捜査官による携帯電話機の占有取得・返還拒否が違法であると判断しつつも、その時間は四〇分程度であり、本件強

制採尿令状を円滑に執行するために妨害排除措置を講じる必要性が高く、また、その手段が「やや行き過ぎたに過ぎなかった」ことに照らし、当該違法の程度が重大とはいえず、捜査官に令状主義を没却する意思があったとはいえないことに照らして、証拠排除を否定する判断を示している。つまり、本判決においては、強制採尿行為自体の違法ではなく、これに先行してなされた「必要な処分」としての架電制止措置の違法が認定されたものであることから、鑑定書を違法収集証拠として、その証拠能力が否定されないと判断は妥当⁽²⁵⁾であろう。

やこいこ

現時点において、令状執行中の捜査官による架電制止行為の適法性については、最高裁による判断は示されていない。今後、強制処分を実施する際に、当該強制処分内容と直接には異なるものの、その措置を行う必要がある、かつ、それが、実質的に強制処分としての性質を有する場合の一形態として、上記行為の適法性判断が示されることが待たれる。

- (1) なお、刑事弁護の歴史につき、椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』（信山社・一九九三年）三頁以下参照のこと。
- (2) 田口守一『刑事訴訟法（第六版）』（弘文堂・二〇二二年）一三七頁。
- (3) 最（三小）判平成二二年二月二二日民集五三卷三三五―一四頁。
- (4) 福岡高判平成二四年五月一六日裁判所ウェブサイトに、本判決の解説・評釈として、瓜生めぐみ「搜索差押許可状の執行中に携帯電話で外部の者と連絡をとることを制限した警察官の行為につき、弁護人選任権を侵害する重大な違法であるから手続全体を違法として被告人を無罪とした一審判決を破棄し、令状の目的を達するために必要であり、かつ、その方法が社会的に相当であれば、刑事訴訟法一一一条一項の『必要な処分』として認められる旨判示した上、強制採尿令状の執行中に、警察官が被告人の携帯電話を取り上げ、返却しなかった行為は、違法であるが、その違法の程度が重大ではないとして被告人の尿の鑑定書の証拠能力を認め、有罪判決を言い渡した事例」研修七六九号（二〇二二年）八五頁以下、石渡聖名雄「搜索差押許可状の執行中に、警察官が被搜索者による携帯電話機での外部者への連絡を制限した行為について、令状の目的を達成するために必要であり、かつ、その方法が社会的に相当なものであれば、刑事訴訟法第一一一一条第一項の『必要な処分』と

- して認められるとされた事例」捜研七七三七号（二〇一二年）二六頁以下、正木祐史「令状執行中の架電制止行為の適法性」法セミ六九三号（二〇一二年）一四四頁、緑大輔「強制採尿令状執行中に捜査官らが、外部の者と連絡を取ろうとした被告人の携帯電話を強制力を用いて取り上げ、被告人からの返却要求を拒んだ行為が『必要な処分』に当たらず違法とされた事例」刑ジャ三六号（二〇一三年）一四四頁以下、田中優企「捜索差押許可状及び強制採尿令状の執行中に、被疑者による携帯電話機での外部者への連絡を制止した警察官の行為の適法性が争われた事例」法学新報二二一巻五〇六号（二〇一四年）四三九頁以下等。なお、亀井源太郎「ロースクール演習刑事訴訟法（第二版）」（法学書院・二〇一四年）九六頁・九七頁も、併せて参照のこと。
- (5) 東京地判平成八年一月二二日判タ九六五〇一〇六頁。但し、東京高判平成二年六月二二日判例集未登載は、立会人等による電話の発信を捜査官が制限した行為につき、刑訴法一二条の禁止処分として可能であると解するのが相当であり、違法ではない（石渡・前掲注（4）三六頁注（4））との判断を示しており、また、東京地判平成二四年一月二六日文献番号二〇一二WJPCA一二六八〇〇四も、刑訴法一一一条一項、一二二条の法理に照らして許容されるべきであると解している。
- (6) 伊藤栄樹ほか編『注釈刑事訴訟法・第三卷（新版）』（立花書房・一九九六年）二二三頁（伊藤栄樹「河上和雄補正」、河上和雄ほか編『大コメンタール刑事訴訟法（第二版）』（青林書院・二〇一〇年）五八七頁（池上政幸「河上博」）。なお、田口・前掲注（2）九二頁は、特に、弁護人は立会いを申し出るべきであり、弁護人が立会権者の代理人として立ち会うことも可能であることを指摘する。
- (7) 最（三小）判平成二二年六月一三日民集五四卷五号一六三五頁。
- (8) なお、東京地判平成二二年一〇月二九日判例集未登載（LEXDB二五四三二五五）も、職務質問、所持品検査実施の際の捜査官による被処分者の架電制止措置が弁護人依頼権の侵害に当たるとして、その後に任意提出された尿の鑑定書等の証拠能力を否定している。本判決の解説・評釈として、小早川義則「職務質問時の弁護士への電話連絡を警察官が妨害した行為を憲法三四条の弁護権侵害に当たるとしてその後に任意提出された尿の鑑定書等の証拠能力を否定して無罪を言い渡した事例」刑ジャ二四号（二〇一〇年）一一六頁以下等。
- (9) 正木教授は、「通信・コミュニケーションの自由の意義に照らし、捜索差押・強制採尿によって制約されるべき権利内容と対比すれば、架電行為を一般的に禁止することは許されないというべきであろう」と主張する（正木・前掲注（4）一四四頁）。
- (10) 刑訴法一一一条一項における『必要な処分』規定の沿革につき、大野正博「捜索・押収に伴う『必要な処分』の意義」朝日法学論集三三三号（二〇〇六年）七頁以下。なお、酒巻匡「捜索・押収とそれに伴う処分」刑雑三六卷三三三号（一九九七年）四四六頁・四四七頁、松代剛枝「捜索差押状執行に伴う『必要な処分』の変容」ジュリ一四八号（一九九七年）一〇〇頁・一〇一頁、河上和雄ほか編『大コメンタール刑事訴訟法（第二版）』（青林書院・二〇一〇年）三九三頁（渡辺咲子）、井上正仁「強制捜査と任意捜査（新版）」（有斐閣・二〇一四年）一四八頁等。
- (11) 香城敏磨「強制処分と必要な処分」西原春夫ほか編『佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践（第一法規出版・二〇〇三年）六九八頁以下、大澤裕「原田國男「強制採尿と強制採尿令状による強制採尿場所への連行」法教三二六号（二〇〇七年）六二頁以下（大澤裕発言・

- 原田國男発言、川出敏裕「強制処分の効力について」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣・二〇二二年）五二〇頁以下、酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣・二〇一五年）一一五頁・一一六頁等。
- (12) 川出・前掲注(11)五二二頁以下。なお、酒巻・前掲注(10)四四六頁・四四七頁、佐々木正輝ほか『捜査法演習―理論と実務の架橋のための一五講』（立花書房・二〇〇八年）二八〇頁・二八一頁、井上・前掲注(10)一四八頁等。当該見解によるとしても、「必要な処分」は、捜査・差押えに付随する措置であるため、「本来別途令状が必要と解される処分」は、許されないことにならう（酒巻・前掲注(11)一一六頁）。
- (13) 團藤重光『案解刑事訴訟法・上』（弘文堂・一九五〇年）二一八頁、田宮裕『注釈刑事訴訟法』（有斐閣・一九八〇年）一三三頁、河上ほか・前掲注(10)三九七頁（渡辺咲子）、三井誠ほか編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法（第二版）』（日本評論社・二〇一四年）一四五頁（橋本晋）等。
- (14) 丸山定弘「捜索・差押令状の執行方法」熊谷ほか編『捜査法大系Ⅲ』（日本評論社・一九七二年）六六頁、青柳文雄ほか編『注釈刑事訴訟法・第一巻（増補版）』（立花書房・一九七八年）四一一頁（佐藤道夫）、平場安治ほか『注釈刑事訴訟法・上巻（全訂新版）』（青林書院新社・一九八七年）三六四頁（高田卓爾）、伊藤栄樹ほか編『注釈刑事訴訟法・第二巻（新版）』（立花書房・一九九七年）二〇一頁（佐藤道夫）、松尾浩也監修『案解刑事訴訟法（第4版）』（弘文堂・二〇〇九年）二二五頁、河上ほか編・前掲注(10)三九七頁、後藤昭ほか編『新・コンメンタール刑事訴訟法（第二版）』（日本評論社・二〇一五年）二四二頁（高倉新喜）等。
- (15) なお、「会津若松採尿事件」決定（最（三小）決平成六年九月一六日刑集四八巻六号四二〇頁）に対する調査官解説（法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇（平成六年度）』（法曹会・一九九六年）一七〇頁）が、刑訴法一一一条一項の例示との対比において、「身柄の連行や拘束を右必要な処分に含ませることには無理があるばかりでなく、処分の必要性ないし相当性の判断について、事前の司法審査が予定されていないことから、採尿場所への身柄の連行等の根拠とはなり難い」との見解と平成八年判決および本判決との整合性につき、緑・前掲注(4)一二七頁・一二八頁。
- (16) 瓜生・前掲注(4)九二頁。強制採尿が「人の身体」に対する捜索であることに着目し、立入り制限が不可能であるとの解釈も成り立たないわけではなからうが、かなり無理があると評価せざるを得ない。
- (17) 最（一小）決昭和五五年一〇月三日刑集三四巻五号三〇〇頁。本判決の解説・評釈として、大野正博『現代型捜査とその規制』（成文堂・二〇〇一年）二六三頁等。
- (18) 緑・前掲注(4)二二八頁・二二九頁も、同旨と思われる。
- (19) 河上ほか編・前掲注(10)三九八頁（渡辺咲子）、亀甲内引用者。なお、田宮・前掲注(13)一三三頁、平場ほか編・前掲注(14)三六四頁（高田卓爾）、伊藤ほか編・前掲注(14)二〇一頁（佐藤道夫）、緑大輔『刑事訴訟法入門』（日本評論社・二〇一二年）八三頁、亀井・前掲注(4)九七頁注(33)等。

- (20) 正木・前掲注(4)一四四頁。
- (21) 緑・前掲注(4)二二八頁注(15)。
- (22) 川出・前掲注(1)五二九頁。なお、五十嵐義治「搜索・差押と必要な処分」河上和雄編『刑事裁判実務大系(1)』犯罪捜査(青林書院・一九九一年)三三九頁。
- (23) なお、伊丹俊彦『Q & A 実例 搜索 差押えの実際(第二版)』(立花書房・二〇一三年)一〇五頁は、「搜索・差押えの実施中に外部から掛かってくる電話については、なるべく執行者が応答し、処分を受ける者には応答させない措置を採ることが考えられよう。もともと、会社の事務所で多数の電話機が設置されていて執行者が全部応答することが不可能な場合、あるいは執行者が電話の接受をしたのでは取引先が不審に思うなどして事後の会社の信用等が著しく害されるおそれがある場合には、立会人らの責任者に応答させることが考えられよう。一方、関係者が外部へ電話を掛けることについては、業務上緊急を要するものなどについては、会社者の利益を不当に制限しないよう、その用件を限定し、執行者立会いの下で行わせる方法も考えられよう」との指摘は、参考にならう。
- (24) 緑・前掲注(4)二二九頁。なお、河上ほか編・前掲注(10)四〇九頁(渡辺咲子)が、刑訴法一二二条一項につき、「出入禁止措置の目的は、搜索活動の妨害排除、差押対象物の隠匿・破棄・搬出の防止にあるから、電話の使用を本状の出入禁止に準じて当然に禁止することができる」と解すべきではない」と指摘していることから明らかのように、当該目的を達することが可能であれば良いのであるから、架電により搜索の執行に対する妨害が明らかであり、かつ、その阻止が物理的に不可能な場合に限り、例外的に架電制止措置が許容されることにならう。
- (25) 「大阪天王寺覚せい剤事件」(最(一)小)判昭和五三年九月七日刑集三三卷六号一六七二頁、「大津覚せい剤事件」(最(二)小)判平成一五年二月一四日刑集五七卷二号二二一頁。なお、川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実』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・下巻」(有斐閣・一九九八年)五二三頁以下も、併せて参照のこと。

(朝日大学法学部教授)