

強制採尿令状の効力

——住居への立入可否を中心に——

濱 田 毅

- 一 はじめに——問題の所在
- 二 「強制採尿令状による住居への立入可否」に関する学説
- 三 平成29年札幌地裁判決・同高裁判決の判示内容
- 四 付随的効力説のさらなる検討
- 五 「強制採尿令状による住居への立入可否」問題への具体的適用

一 はじめに——問題の所在

刑訴法は、強制処分の実施に当たり、実施者に対し、その本来的目的達成のため必要な限りで、強制力を用いてでもその目的を実現する権能を付与している¹⁾。また、このような目的実現に向けた実力を伴う推進力（強制力。かつては「自力執行力」とも呼ばれた²⁾。）は、被処分者以外の第三者（例え

1) 古田佑紀「強制処分における実力行使の範囲」捜査研究34巻5号（通巻399号）20頁（昭和60年5月）

2) 古田・前掲注（1）20頁は、強制処分につき「妨害を受けることなく、必要な処分を自力執行できることにある」とする。かつて、業務妨害罪（刑法233条、234条）の「業務」の意義（公務を含むか）に関する限定積極説の論者から、権力的公務を「業務」から除く理由として、かかる公務には「自力執行力が与えられているから」との説明がなされることもあった（昭和41年度最高裁判所判例解説刑事篇225頁〔船田三雄〕。なお、刑訴法の解釈論について、（逮捕に關し）「自力執行力を有する権力的公務の性格を有する。」と述べるものとして、木藤繁夫「逮捕の際の犯人以外の第三者に対する有形力の行使」警察学論集36巻1号180頁〔昭和58年1月〕。しかし、この「自力執行力」との語は、分かりやすい表現ではなく、また対象が必要以上に限定される印象を与えるなどの理由から、定着しなかったようである（平成12年度最高裁判所判例解説刑事篇36頁〔朝山芳史〕）。

ば、妨害者等) に対しても及ぼすこともできる。強制処分が、このような目的達成・実現に向けた、妨害排除効を含む強制力を有していることの故に、法的効果の面で任意処分と区別されることになる。すなわち、その強制力が捜査機関に濫用されないように、刑訴法は、捜査目的での強制処分につき、憲法31条(手続法定主義)を受け、処分ごとの要件・手続を個別に規定するとともに、このような個別的な根拠規定を持たない強制処分を認めないこととし(強制処分法定主義、法197条1項但書)、さらに、憲法33条、35条の令状主義を受け、強制処分を原則として令状主義の統制(司法による事前審査等)に置いている(法199条、218条等)。加えて、強制処分は、対象者の権利、利益を侵害又は制約するものであるから、警察権、捜査権等の国家権力発動に関する一般原則たる比例原則による規律も受ける³⁾。

強制処分の内容は、その本来的目的(逮捕ならば「対象者を身柄拘束して所定場所に引致すること」、捜索ならば「対象発見のための探索を行うこと」、差押ならば「物につき被処分者の占有を排除してこれを移転し保持すること」)との関係で、これを直接実現する本体的処分と、目的達成のため間接的に必要とされる付随的処分からなる⁴⁾。前述の、第三者に対して妨害排除効を及ぼす措置は、かかる付随的処分の一種であるが、付随的処分は、第三者だけでなく被処分者本人にも向けられる。このように被処分者に対し実施される付随的処分の典型例の一つが、判例法理で認められた「強制採尿令状による被処分者の強制連行」である。

対象者の身体に対しカテーテル挿入による尿採取方法を直接強制すること、いわゆる強制採尿については、最決昭和55年10月23日刑集34巻5号300頁(以下「昭和55年判例」ともいう。)が、厳格な要件(「捜査上真にやむを得ないと認められる場合」に、「最終的手段として」)の下で、「強制採尿は

3) 比例原則は、任意処分だけでなく、強制処分にも妥当する。香城敏磨「刑事訴訟法の構造」177頁(信山社・平成17年6月)参照。

4) 香城・前掲注(3)216頁は、強制処分のために必要な処分につき「強制処分を行うことに必然的に伴うもの」と「強制処分の目的を達成するために付随するもの」とに区分して論じている。

医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない」旨の条件を記載した捜索差押許可状（実務上「強制採尿令状」と呼ばれる。）により行くと判示し、以後、実務もこれに従って運用されるようになった。

ところが、昭和55年判例の事案は被処分者が逮捕留置中の被疑者であったところ、その後、身柄不拘束の被疑者に対し強制採尿令状を実施するに当たり、同人を医療機関など採尿に適した場所（以下単に「採尿場所」ともいう。）に強制的に連行できるかが問題として顕在し、下級審裁判例は、函館地決昭和59年9月14判時1144号160頁、判タ537号259頁（勾留の裁判に対する準抗告決定）を皮切りに、かかる強制連行を容認するものが続いた⁵⁾。

そして、覚せい剤使用が疑われる対象者を現場で約6時間半以上留め置いたことの適法性が問題となった、いわゆる会津若松事件において、原々審・福島地裁会津若松支判平成5年7月14日刑集48巻6号434頁、原審・仙台高判平成6年1月20日刑集48巻6号446頁も、同様に前記連行を容認したところ、上告審である最高裁（最決平成6年9月16日刑集48巻6号420頁。以下「平成6年判例」ともいう。）は、後述するとおり、強制採尿令状の効力として、被処分者の採尿場所への強制的な連行を認めた。

このように最高裁によって強制採尿令状の効力が明確化されたことによる実務に対する影響は大きく、同令状発付（あるいはそれを見越して）により、被処分者が無用に任意同行を拒否するのを止め、さらには現場や警察署での自然排尿に応じる例も多くみられるようになった。

ところが、強制採尿令状による連行を肯定する立場を前提としても、同令状の実施に当たり、被疑者又は第三者の住居にまで立ち入ることができるかが、派生問題として議論されることもあり、後述のとおり、これを否定する見解と例外的に一部許容する見解が説かれていたところ、近時、下級審裁判例（札幌地判平成29年4月28日）において、強制採尿令状実施前から第三者

5) 函館地決昭和60年1月22日判時1144号157頁（証拠決定〔前記函館地決と同一の事案。ただし裁判体は異なる。〕）、東京高判平成2年8月29日判時1374号136頁、東京高判平成3年3月12日判時1385号129頁、広島高裁松江支判平成6年4月18日判タ858号283頁

の住居内に居た被疑者に対し、警察官が、令状の呈示等のため同住居内に立ち入り、同人の抵抗を排して連行したとの事案において、抽象論として連行開始後の立入りにつきその許容の余地を肯定しつつ、当該事案ではそれと異なることを理由に前記立入りを違法とする判断が示され、控訴審（札幌高判平成29年9月7日）においてもその判断が維持された⁶⁾。

本稿は、このような「強制採尿令状による住居への立入可否」問題を中心に、強制採尿令状のもつ効力（妨害排除効を含む強制力）が、付随的処分である被処分者の強制連行の場面でどのように働くのかを考察するものである。併せて、この考察の結果を、今後、覚せい剤捜査現場で問題となることも予想される、「いわゆる『奪還者』が現場からの逃走用に被疑者に提供する車両への立入可否」の問題にも応用してみたい。

二 「強制採尿令状による住居への立入可否」に関する学説

1 平成6年判例

「強制採尿令状による住居への立入可否」の問題を検討する前に、出発点となる平成6年判例の判旨から再確認することとする。

昭和55年判例以降、強制採尿令状によって被疑者を採尿場所に強制的に連行できるか、との問題については、学説上、（同判例を前提としても）否定する見解もあったが⁷⁾、前記のとおりの下級審裁判例のほか、実務家を中心

6) いずれも公刊物未登載。なお、これらの判決は、渡邊雅則「第三者方居室にいる被疑者を採尿場所に強制連行するために採尿令状に基づき同居室内に立ち入ることの適法性及び採尿令状により被疑者を採尿場所に連行する際に許容される有形力の行使の程度が問題とされた事例」研修834号97頁（誌友会・平成29年12月）、内田雅人「いわゆる強制採尿令状によって第三者の住居に立ち入ったことが違法とされた事例」捜査研究67巻2号（通巻806号）38頁（平成30年2月）に紹介されている。

7) 菅原憲夫「捜索差押令状による採尿場所への強制連行－河上和雄氏の本誌539号所載の『時評』に対して」判タ542号86頁（昭和60年2月）（前掲函館2決定の事件担当弁護士によるもの。なお、函館地検検事であった岡田検事も、前掲函館地決昭和60年の判示から一般的に強制連行できると解することに疑問を呈示し、同事件にあっては被疑者の緊急逮捕による対応も考えられ

にこれを肯定する見解も説かれていた。そして、肯定説の内部においても、その論理として、法222条1項が準用する111条1項の「必要な処分」に根拠を求める見解（必要な処分説⁸⁾）、強制採尿令状の効力として認める見解（令状効力説⁹⁾。「令状内在説」「付随的効力説」とも呼ばれる。）があったところである。

このような状況のなかで、最高裁は、この問題に実務上決着をつけるべく、前記平成6年判例において、「身柄を拘束されていない被疑者を採尿場所へ

たとしている〔岡田正男「在宅被疑者が強制採尿のための任意同行を拒否した場合の方策」捜査研究35巻1号（通巻408号）51頁、53頁（昭和60年1月）〕¹⁰⁾、立石二六「搜索差押許可状に基づき、強制連行した在宅被疑者の尿の鑑定結果の証拠能力（積極）」判時1157号241頁〔判例評論319号71頁〕（昭和60年9月）、浅田和茂「強制採尿のための在宅被疑者の連行」ジュリスト862号179頁（昭和61年6月）、田口守一「一 いわゆる強制採尿令状による採尿場所への連行の可否・・・」判時1406号192頁・判例評論397号62頁（平成4年3月）、酒巻匡「強制採尿」松尾浩也＝井上正仁編「刑事訴訟法判例百選〔第6版〕」63頁（平成4年11月）

- 8) 必要な処分説に立つものは、裁判例として、前掲函館地決昭和60年、前掲東京高判平成2年、前掲福島地裁会津若松支判平成5年があり、学説として、馬場俊行「在宅被疑者に対する強制採尿令状（搜索差押許可状）による同被疑者の採尿場所への強制連行について」警察学論集37巻12号156頁（昭和59年12月）、中神正義「在宅の被疑者を対象として発布された強制採尿令状（搜索差押許可状）に基づいて同被疑者を採尿場所まで連行することの可否」研修444号83頁（誌友会・昭和60年6月）、中山隆夫「強制採尿」佐々木史朗ら編「別冊判例タイムズ9 警察関係基本判例解説100」129頁（昭和60年11月）、柳俊夫「搜索・差押え－検察の立場から」三井誠ら編「刑事手続 上」295頁（筑摩書房・昭和63年6月）、田代裕昭「搜索差押令状による身柄の連行」河上和雄ら編「別冊判例タイムズ10 警察実務判例解説（搜索・差押え篇）」91頁（昭和63年9月）、藤原藤一「鑑定の際の強制処分の限界」河上和雄編「刑事裁判実務体系」11巻581頁（青林書院・平成3年2月）、岩橋義明「いわゆる強制採尿令状に基づく採尿場所への連行の可否（積極）」研修513号35頁（誌友会・平成3年3月）があった。
- 9) 令状効力説に立つものは、裁判例として、前掲函館地決昭和59年、前掲東京高判平成3年、前掲仙台高判平成6年があり（前掲広島高裁松江支判平成6年は結論のみであるが、令状効力説を採るものと思料される〔大野^②・後掲注（13）234頁、中島・後掲注（57）213頁〕¹¹⁾）、学説としては、河上和雄「搜索差押令状による被疑者の連行」判タ539号137頁（昭和60年1月）（＝河上^①という¹²⁾）、同「強制採尿許可状による採尿場所への強制的連行の可否（積極）」判時1391号242頁・判例評論392号64頁（平成3年10月）（＝河上^②という¹³⁾）、古田・前掲注（1）22頁、渡辺咲子「血液・尿等に対する搜索・差押令状の執行」河上和雄編「刑事裁判実務体系」11巻308頁（青林書院・平成3年2月）、伊藤敏朗「搜索差押の付随的強制処分」法務総合研究所編「刑事法セミナーⅣ 刑事訴訟法（上）〔捜査〕」207頁（信山社・平成4年4月）、安富潔「体液の採取（2）－強制採尿・強制採血」警察学論集45巻12号141頁（平成4年12月）があった。なお、令状効力説・必要な処分説の双方を挙げるものとして、佐藤文哉「強制採尿」平野龍一＝松尾浩也＝田宮裕＝井上正仁編「刑事訴訟法判例百選〔第5版〕」58頁（昭和61年9月）。

任意に同行することが事実上不可能であると認められる場合には、①強制採尿令状の効力として、採尿に適する最寄りの場所まで被疑者を連行することができ、その際、②必要最小限度の有形力を行使することができるものと解するのが相当である。」と判示して肯定説を採用する旨宣明した上、その理由として「けだし、そのように解しないと、③強制採尿令状の目的を達することができないだけでなく、④このような場合に右令状を発付する裁判官は、連行の当否を含めて審査し、右令状を発付したものとみられるからである。」の二点を挙げた（丸番号筆者）。

平成6年判例の①及び③の判示文言から、同判例は、令状効力説を採用したものと解され（調査官もこのような理解を示した〔平成6年度最高裁判所判例解説刑事篇169頁（中谷雄二郎）〕。）、同判例以後、令状効力説を前提に肯定説が展開されるようになった¹⁰⁾。しかも、それまで否定説の立場であると紹介されることもあった井上正仁教授が、令状効力説を表明されたことなどもあり^{11) 12)}、もはや令状効力説が判例理論として定着したといえる（他方

-
- 10) 辻裕教「いわゆる強制採尿令状により被採尿者を採尿場所まで連行することができるか（積極）」研修558号21頁（誌友会・平成6年12月）、多和田隆史「いわゆる強制採尿令状により被採尿者を採尿場所まで連行できるとされた事例」警察公論50巻3号80頁（平成7年3月）、清水真「いわゆる強制採尿令状により採尿場所まで連行することの適否（積極）・・・」法学新報102巻1号237頁（中央大学法学会・平成7年9月）、「いわゆる強制採尿令状に基づく強制連行」法曹会編「例題解説刑事訴訟法（6）」15頁（法曹会・平成9年8月）、原田國男「採尿令状による連行」松尾浩也＝井上正仁編「刑事訴訟法判例百選〔第7版〕」66頁（平成10年8月）、安村勉「採尿令状による連行」井上正仁編「刑事訴訟法判例百選〔第8版〕」69頁（平成17年3月）、大澤裕＝原田國男「強制採尿と強制採尿令状による採尿場所への連行」法学教室316号62頁〔原田発言〕（平成19年1月）、平塚浩司「採尿令状による連行」長沼範良ら編「別冊判例タイムズ26 警察基本判例・実務200」192頁（平成22年2月）、松田岳士「採尿令状による連行」井上正仁＝大澤裕＝川出敏裕編「刑事訴訟法判例百選〔第9版〕」69頁（平成23年3月）、石田倫識「採尿令状による連行」井上正仁＝大澤裕＝川出敏裕編「刑事訴訟法判例百選〔第10版〕」61頁（平成29年4月）、洲見光男・椎橋隆幸ほか著「ポイントレクチャー刑事訴訟法」186頁（有斐閣・平成30年12月）など。
- 11) 井上正仁「強制採尿令状による採取場所への強制連行」内藤謙ほか編「『刑事法学の課題と展望』香川達夫博士古稀祝賀」438頁以下（成文堂・平成8年10月）。なお、井上正仁・「強制捜査と任意捜査〔新版〕」140頁以下（有斐閣・平成26年12月）に再収録。以後、前記井上論稿を引用する際は、後者による。
- 12) ただし、井上教授は、強制採尿を肯定する昭和55年判例に対する批判的態度は維持されてい

で、平成6年判例登場後も、なお、連行問題につき否定説を維持する見解ない判例に批判的な見解は少なくないことに留意を要する¹³⁾。

もっとも、平成6年判例が、肯定説の結論を導く上で、令状裁判官が連行の当否を審査したことを挙げたこと（前記判示④）の位置付けについて、令状効力説内部でも異なる理解もある。

すなわち、一方では、令状効力説とは、当該令状目的達成のために必要な限りでの一定の措置は付随的処分を含め法によって当然に許容されているとの理解を前提にしていることから、「必要な処分」を規定する刑法111条につき搜索差押の付随的処分として典型的な措置を列挙した上でそれらをなし得るとした確認的規定に過ぎないと位置付け¹⁴⁾、それ故に、強制的な連行の根拠につき、「必要な処分」の規定に求めるか、令状の効力に求めるかは、本質的な差はないとする¹⁵⁾。

これに対し、平成6年判例の調査官は、令状効力説と必要な処分説との間

る（井上・前掲注（11）151頁）。

- 13) 小早川義則「いわゆる強制採尿令状により採尿場所まで連行することの適否（積極）・・・」判例時報1546号224頁・判例評論443号78頁（平成8年1月）、大野正博「体液の強制採取－その動向と展望」吉田壽夫ら編・愛知学院大学法学部同窓会「法学論集」2巻149頁（平成8年11月）（＝大野①という。）、同「『強制採尿令状』による採尿場所への連行の適否」吉田壽夫ら編・愛知学院大学法学部同窓会「法学論集」2巻227頁（平成8年11月）（＝大野②という。）、三井誠「刑事手続法(1)〔新版〕」65頁、189頁（有斐閣・平成9年6月）、松代剛枝「搜索差押状執行に伴う『必要な処分』の変容」ジュリスト1148号100頁（平成11年1月）。同「監視型捜査手続の分析」197頁〔日本評論社・平成30年3月〕にて再収録）、上口裕「刑事訴訟法〔第4版〕」178頁（成文堂・平成27年2月）、高田昭正「基礎から学ぶ刑事訴訟法演習」186頁（現代人文社・平成27年10月）、葛野尋之ら編「判例学習・刑事訴訟法〔第2版〕」60頁〔葛野尋之〕（法律文化社・平成27年11月）、白取祐司「刑事訴訟法〔第9版〕」167頁（日本評論社・平成29年3月）、田口守一「刑事訴訟法〔第7版〕」103頁（弘文堂・平成29年4月）、酒巻匡「強制採尿令状による採尿場所への連行の適否・・・」ジュリスト1068号167頁（平成7年6月）（＝酒巻①という。）、同「搜索・押収とそれに伴う処分」刑法雑誌36巻3号91頁（平成9年4月）（＝酒巻②という。）、同「令状による搜索・差押え(2)」法学教室294号107頁（平成17年3月）（＝酒巻③という。）、同「刑事訴訟法」151頁（有斐閣・平成27年11月）（＝酒巻④という。）。
- 14) 香城・前掲注（3）215頁など。なお、酒巻④・前掲注（13）115頁も参照。
- 15) 辻・前掲注（10）23頁、多和田・前掲注（10）81頁、井上・前掲注（11）150頁、川出敏裕「強制処分の効力について」井上正仁＝酒巻匡編「三井誠先生古稀祝賀論文集」522頁（有斐閣・平成24年1月）（＝川出①という。）、同「判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠編〕」186頁（立花書房・平成28年4月）（＝川出②という。）、など。なお、酒巻②・前掲注（13）88頁参照

には、事前審査の要否において実質的な差異があるとした上で¹⁶⁾ (これは、強制連行を法111条の「必要な処分」の一環と位置付けてしまうと、連行を許容するために不可欠の手續である連行の当否に関する具体的な令状審査ができなくなるとの趣旨であろうか。)、 「令状を発付する裁判官が連行の当否を含めて審査したとみられること」を肯定説のもう一つの積極的な根拠として挙げる¹⁷⁾。

しかし、「令状の効力」に加え、「令状裁判官による司法審査」を根拠として強調すると、「強制的な連行」という措置 (それ自体でみれば強制処分にはかならない) については、そのまま強制採尿令状を発付しただけでは認められないものの、裁判官の司法審査により特別に授權されて許容される、との論理につながりかねず、そうだとすると、現行法上、かかる授權を根拠付ける規定がない以上、かかる論理は刑訴法197条1項但書の強制処分法定主義との衝突の危険を孕む¹⁸⁾。

確かに、一般の付随的処分については、裁判官が本体的処分を許可 (令状発付) するに当たり併せて包括的に許可したものと解され、裁判官が個別的・明示的に審査・許可したのではなくとも、実施の際、捜査官はそれを行うことが許されるのに対し¹⁹⁾、採尿場所への強制連行については付随的処分ではあるものの、平成6年判例は、その連行許容の前提として、令状裁判官に対し事案に即しての具体的な司法審査を特に義務付けたものと解される²⁰⁾。こ

16) 平成6年度最高裁判所判例解説刑事篇178頁 (中谷雄二郎)

17) 中谷・前掲注 (16) 172頁

18) 香城・前掲注 (3) 222頁、大澤=原田・前掲注 (10) 63頁 (大澤発言)、川出①・前掲注 (15) 522頁、井上・前掲注 (11) 141頁。したがって、連行を許可する旨を令状に明記することにより連行が可能となる旨の見解 (条件記載説・令状記載説。小林充「採尿に必要な令状」新聞雅夫ほか著「新版令状基本問題」612頁 [一粒社・昭和61年2月]、高木俊夫=大淵敏和「違法収集証拠の証拠能力をめぐる諸問題—裁判例を中心として—」司法研究報告書第39輯1号169頁 [法曹会・昭和63年9月] 参照) が、令状の効力としては認められない権限が司法審査を経ることにより新たに発生するとの論理に基づくものであれば支持できない。

19) 川出①・前掲注 (15) 522頁、堀江慎司・宇藤崇ほか著「刑事訴訟法〔第2版〕」129頁 (有斐閣・平成30年2月)

20) 中谷・前掲注 (16) 171頁、大澤=原田・前掲注 (10) 66頁 (原田発言)、安村・前掲注 (10) 69頁

れは、前記連行が、強制採尿という処分の本来的属性であり、かつ昭和55年判例が実施に当たっての不可欠の条件とした「医師をして医学的に相当と認められる方法」による採尿を実現するための措置として、令状審査時においてもその具体的必要性が当然予想される特殊な処分である²¹⁾上(その意味で、法111条にいう「必要な処分」や「第三者からの妨害排除措置」などの他の一般的な付随的処分が、事前には抽象的必要性しか想定できず、実際に必要となるかどうかは実施の際における状況次第であることと異なる。)、人身・行動の自由という重要法益に対する制約であることにかんがみてのことと思料される。

したがって、当該令状により当然許容されているとの見解(令状効力説)に立ちつつも、令状裁判官は、具体的事案において連行の当否を審査しなければならず、審査の結果、場合によっては、本体的な処分である強制採尿自体は許容するものの、付随的処分である連行については、例えば、被疑者の病状から連行に耐えられないこと、あるいは指定病院が不当に遠隔地であることなどの理由で、これを許容しないこともあり得る²²⁾。その意味で、連行の可否につき司法審査に付されていることはそのとおりであるが、特に連行を不可とすることを令状に明示しない限り、「連行できる」との明示がなくとも、令状の効力により当然に連行が許容されることになる²³⁾。したがって、

21) 強制採尿は採尿行為自体とそれに適した場所が不可分に結びついているとの特異性があり(平塚・前掲注(10)192頁)、それ故に、具体的必要性が当然予想されるとの強制連行の付随的処分としての特殊性が導かれる。もちろん、実際は、被疑者が令状呈示後には翻意してその場での自然排尿に応じ連行に至らないこともあるが、法的には、かかる事態は強制採尿の本来的目的との関係では「予定」されたものではない。

22) 大澤=原田・前掲注(10)62頁(原田発言)、安村・前掲注(10)69頁

23) 洲見・前掲注(10)187頁。それ故に、平成6年判例が、令状に「連行することを許可する旨を記載することもできる」(傍点筆者)旨判示したことの趣旨は、令状における「連行許可」の記載が通常の場合には確認的なものであることを意味するものであると解される(香城・前掲注(3)222頁、大澤=原田・前掲注(10)66頁[大澤発言])。これに対し、かかる令状審査が行われなかったとの特別な事情がある場合(例えば、被疑者が既に採尿に適した病院に入院中であり、捜査官も連行まで求めていない事案)においては、仮に、実施の際、事情変更により連行の必要性が生じたとしても、平成6年判例が連行許可の前提と位置付けた令状裁判官による具体的審査を経ていない以上、当初の令状の付随的効力として連行することはできず、

採尿場所への連行の許容性は、令状の効力本体から導かれるものであり、これが本質的理由であって、かかる具体的な令状審査を経たこと（裁判官が連行を不許可としなかったこと）が許容の理由となり得てもあくまでそれは補強的なものに位置付けられよう²⁴⁾。

他方で、同様に、法111条の「必要な処分」に該当する措置であっても、令状審査において具体的に想定される措置があれば、それに対しても令状裁判官がその当否を審査してこれを不許可とすることは可能と解されるのであり²⁵⁾、結局は、連行の許容性に関し「令状効力説」か「必要な処分説」のいずれに立つかによって差異はないということになる。

留意すべきことは、強制連行において具体的な令状審査を経たことが付随的処分としての許容の一理由（補強的理由）となるのは、前述のとおり強制連行の特殊性（本来的目的達成のため連行の具体的な必要性が事前に予想されること）によるものであって、付随的処分には、第三者からの妨害を排除する措置など、令状審査時にはその必要性が具体的には予想できないものであっても強制処分の効力として許容されるものがあることを考慮すると、その

改めて連行の当否に関する令状審査が伴った令状発付が必要となる。すなわち、「連行許可」の記載がないことは、令状審査がなかったことを推認させる事情（いわば間接事実）とはなり得ても（中谷・前掲注（16）175頁、大澤＝原田・前掲注（10）66頁〔原田発言〕、石田・前掲注（10）61頁）、直接、連行不許可の法的効果をもたらすものではなく、あくまで連行許容のという法的効果の要件事実は＜連行の当否に関する事前の「具体的な司法審査」の存在＞であることに留意を要する。

- 24) 井上・前掲注（11）147頁。つまり、令状裁判官には連行についてもその授權権限が付与されているものの、平成6年判例は、前記のとおり強制連行の付随的処分としての特殊性及びその法益侵害の重大性から、令状裁判官に対し当該事案に即して消極・減縮方向でのその権限行使をすべきかどうかの具体的な審査を義務付けたものに過ぎず（川出②・前掲注（15）184頁。石田・前掲注（10）61頁は「司法審査の在り方に関し、司法部が自らに一定の制約を課したものの」と表現する。）、かかる具体的な審査が連行許容の前提要件とはいえ同審査から新たに連行権限の積極的な授權が行われるわけではない（大澤＝原田・前掲注（10）62頁、63頁〔原田発言〕もかかる趣旨と理解される。）。
 25) 例えば、捜査官が、壁に設置された家具の差押えを請求してきた際、事案や証拠価値の軽微性に照らし、壁を損壊してまでの差押えは相当性を欠くとあらかじめ判断される場合には、裁判官は、「壁の損壊」（一般には法111条「必要な処分」に該当する）は許容しないで、その損壊の伴わない態様での差押えのみ許容する令状（付記条件によりその旨の明示が可能である。）を発付できよう。

許容性に関し前記裁判官の具体的審査を経たことを付随的処分一般に妥当する共通的理由とするのは適切ではない、ということである²⁶⁾。

なお、以上述べた、令状効力説の論理、すなわち「本来的目的達成・実現のために必要な限りでの措置は付随的処分を含め法により許容されている」ことは、強制処分一般に妥当するものであって²⁷⁾、したがって、令状による処分に限られず、現行犯逮捕（法212条、213条）、逮捕に伴う無令状搜索差押（法220条1項、3項）等にも認められることから、今後、かかる見解の名称としては、「令状効力説」（又は「令状内在説」）ではなく「（強制処分に伴う）付随的効力説」を用いることとする。

2 付随的効力説と「住居への立入可否」

前記のとおり、肯定説・否定説が厳しく対立した「強制採尿令状による連行可否」問題とは異なり、「同令状による住居への立入可否」、すなわち強制採尿令状の実施として被疑者（被処分者）を連行するに当たり、被疑者あるいは第三者の住居にその管理者の承諾なく立ち入ることができるか、との問題は、従来はほとんど顕在化せず、あまり議論されてこなかった。

これは、令状実施に当たり住居に立ち入る事例が多くないという実際上の理由による。昭和55年判例が強制採尿をあくまで「最終的手段」と位置付けたこと、また強制採尿は発付手続のみならず医師の手配など時間と手間がかかることの実上の理由もあることなどから、警察官においても、職務質問等を端緒に相手が覚せい剤使用罪の嫌疑が浮上したとしても、いきなり強制採尿令状の請求に及ぶのではなく、まず被疑者に対し自然排尿の方法によって尿を任意提出することを説得し、それでも任意提出を拒んだ場合に同令状の請求手続に入るのが通例であるところ、かかる説得活動は、（職務質問開始場所から移動はあり得るも）公道等で行われることが多いと思われる。警察

26) したがって、後述のとおり、「住居への立入可否」問題についても、「令状裁判官が、強制採尿令状の発付に当たり、採尿場所への連行の当否は審査しても、住居の立入りまで予想して審査していないこと」などの事情は、消極説を導く理由としては失当ということになる。

27) 川出①・前掲注（15）524頁

官としては、説得活動を継続する際、被疑者の逃走を防ぐべく、追跡、留め置きなどを行ってその所在を確保しつつ、令状請求、発付、実施まで至るよう努めている²⁸⁾。したがって、令状実施の際に被疑者が住居内にいるとの事態はあまり想定されないし、また連行開始後は複数の警察官によって被疑者の動向を注意しつつこれを行うことから、被疑者が独力で警察官の包囲網を脱して逃走し住居に逃げ込むこともかなり難しいであろう。

しかし、今回の札幌地裁・高裁判決の事案がそうであったように令状呈示前から被疑者が住居内に居て警察官の説得にかかわらず外に出て来ないとの例もないわけではない。現に、連行の可否が問題となった、公刊物掲載の最初の裁判例である前記函館地決昭和59年及び同昭和60年の事案もまた、実は、任意同行を断固拒否する被疑者について、その経営する店舗内に承諾なく警察官が立ち入って令状呈示を行った上で、店舗内から被疑者を連行したというものであった²⁹⁾。もちろん、この事案では連行の当否それ自体から激しく争われたため、両地裁決定のいずれも、本件店舗内への立入りの適法性に関する判示はない。当時、両裁判例につき数多くの評釈が公刊されたものの³⁰⁾、いずれにもこの店舗への立入りの適否に関する言及はなく、ただ、う

28) そこで、警察官の留め置き行為等が行き過ぎたのではないかととして、その適法性が争われる例も多い。いわゆる留め置き二分論に関する裁判例（東京高判平成21年7月1日東高時報60巻1=12号94頁、判タ1314号302頁、東京高判平成22年11月8日高刑集63巻3号4頁、判タ1374号248頁）参照。

29) より詳細に紹介すると、警察官らは、強制採尿令状の発付を受け、被疑者経営の店舗に赴き、店外に出てきた被疑者に令状呈示の上同行を求めたが、用事があるといって店内に引き返した被疑者が興奮した様子で任意同行を拒否したことから一旦署に引き上げ、その約2時間以上経過した後再び被疑者の店舗に赴いたものの、同店入口が施錠されていたため暫く車両で待機していたところ、被疑者の姉が同店に現れたので、警察官らは、被疑者が開けた同店入口から姉に引き続いて店内に入って、ようやく被疑者に二度目の令状呈示に至っている。被疑者は、弁護士に相談した上逮捕状が出ていない限り同行には応じないとの拒否の態度が一貫しており、どうい、前記店舗内への立入りについても被疑者の承諾があったとは認められない事案であった（前掲注（5）の同決定昭和60年摘示の事案・判時1144号157頁以下参照）。

30) 肯定説につき、馬場・前掲注（8）150頁以下、河上①・前掲注（9）135頁以下、古田・前掲注（1）17頁以下、中神・前掲注（8）73頁以下、田代・前掲注（8）89頁以下、否定説につき、菅原・前掲注（7）86頁以下（なお岡田・前掲注（7）46頁以下）、立石・前掲注（7）238頁以下、浅田・前掲注（7）177頁以下

ち馬場検事が、一般論として、強制採尿令状により「被採取者たる被疑者の身柄確保のために他人の居宅等を搜索することはできない。」と述べていたのみである³¹⁾（「他人」ではない被疑者宅・店舗への立入りの可否については不明である。）。

(1) 立入りを否定する見解（消極説）

ところが、平成6年判例の後、判例理論である付随的効力説に立ちつつ、その見解を敷衍する中で、記述量はさほど豊富ではないものの、この「住居への立入可否」問題にも言及されるようになったところ、いずれも、付随的効力説の帰結として消極の結論が示されている³²⁾。

例えば、井上教授は、被疑者の住居内での立てこもりや住居内への逃げ込みの場合を挙げた上、「強制採尿を是が非でも実施するためには、その住居内に立ち入ることが必要となるが、如何に必要であるからといって、強制採尿令状のみでそのような住居内への強制的立入りまで認めることができるものかは疑問」であるとし、その理由として、「強制採尿令状により侵害することが本来許されている人の身体の安全や自由とは別個の、住居の不可侵権やプライバシーといった権利・利益を侵害すること」を挙げ、それ故に、前記「住居への立入り」を、性質上、本体の処分とは一体のものとして許容される付随的処分として正当化できないとの結論を導く³³⁾。

31) 馬場・前掲注(8)157頁

32) このような立入消極説については、井上・前掲注(11)148頁、大澤=原田・前掲注(10)61頁(原田発言)、川出①・前掲注(15)531頁、川出②・前掲注(15)187頁、石田・前掲注(10)61頁、洲見・前掲注(10)187頁。なお、平成6年判例に批判的な立場である酒巻教授も、仮に同判例の立場を前提としても消極説が導かれるとする(酒巻②・前掲注(13)92頁、酒巻④・前掲注(13)152頁、153頁)。もっとも、清水・前掲注(10)236頁は、付随的効力説の論理を述べた後、「ことに、被疑者が第三者の住居・店舗内にいた場合には、強制採尿への妨害を排除しつつ、その第三者への不利益を必要最小限度にとどめるためにも、被疑者の身柄を強制採尿処分を実施するのに適した場所へ移転する措置を認める必要がある。」とし、第三者方にある被疑者について同所からの強制的連行を肯定する見解を述べているが、あくまで第三者(住居主)の不利益回避を主眼としていることから、第三者の意思に反する態様での立入・連行まで認める見解であると位置付けるのは差し控える。

33) 井上・前掲注(11)148頁

このように、強制採尿令状により許容される強制連行と「住居への立入」措置とを比較して、法益侵害の異質性（あるいは別個性）に着目し、それ故に両処分が別個のものであるとし（一体性の否定）、立入措置を付随的処分の埒外として令状の効力が及ばないとする論理は、他の消極説（後記の例外的許容説も含めて）も採用しているところである³⁴⁾。

さらに、消極説が指摘するもう一つの理由として、逮捕の場合との違い、すなわち、現行法上、逮捕の場合には被処分者（被疑者）探索の目的で住居等を別の令状なくして捜索できるとする明文の規定（法220条1項1号、3項）があるのに対し、身体を捜索場所とする捜索許可状の実施の際にはそのような規定がないことも挙げられる³⁵⁾。

かかる消極説が、その根拠として「法益侵害の異質性・別個性」「法220条1項1号等に相当する規定の欠如」に求めるならば、立入先の住居の属性の違いで異なる結論が導かれることはなく、無関係の第三者宅はもちろんのこと、立入先が被疑者宅であっても同様にその立入りが否定されるべきことになる³⁶⁾。

(2) 連行後において例外的に許容する見解（例外的許容説）

ところが、このような付随的効力説・消極説を基調としつつ、実施後には例外的に住居への立入りを許容する見解も説かれている。

34) 酒巻②・前掲注(13) 92頁、酒巻④・前掲注(13) 152頁、川出①・前掲注(15) 531頁、川出②・前掲注(15) 187頁、大善文男「いわゆる強制採尿令状で、被疑者あるいは第三者の住居に立ち入ることができるか」高麗邦彦ら編「別冊判例タイムズ35 令状に関する理論と実務Ⅱ」115頁（平成25年1月）、行方美和「強制採尿に関する論点」法学セミナー717号120頁（日本評論社・平成26年10月）、石田・前掲注(10) 61頁。

35) 酒巻②・前掲注(13) 92頁、川出①・前掲注(15) 532頁、川出②・前掲注(15) 187頁

36) 大澤＝原田・前掲注(10) 61頁は、単に「他人の家」とするが、井上・前掲注(11) 148頁は、「被疑者宅」を例に挙げて論じており、また、川出②・前掲注(15) 187頁も、「自宅又は第三者の住居内」としており、被疑者宅も同様に扱っている。なお、洲見・前掲注(10) 187頁は、「第三者の住居」について消極的結論を述べるが、前記井上説、川出説を引用しているので、これらと同旨と思われる。さらに、酒巻④・前掲注(13) 152頁は、「憲法35条が保障する住居等の私的領域内に現在する被疑者について」として論じており、やはり第三者宅・被疑者宅を区別していない。

すなわち、村瀬判事は、「増補 令状基本問題 下」（一粒社・平成8年6月）登載の論稿において、「強制採尿令状の効力により被疑者を強制連行できるのは、令状を呈示し、任意同行の説得を尽くす手続をした場所から」と指摘した上で、令状呈示前に被疑者が第三者宅に逃げ込みその第三者が立ち入りを承諾しない場合には令状の効力により「強制的にその居宅内に立ち入り、被疑者を捜索するということまではできない」との消極説を述べつつ、「なお、令状を呈示し、任意同行の要請を経て、適法な強制連行を開始した後、その途中で被疑者が第三者の居宅内に逃走した場合には、これを追跡し被疑者を取り押さえるためだけであるならば、その居宅内に立ち入ることも強制連行の内容として許容されるのではないかと考える。」（傍点筆者）とした³⁷⁾。

ここでは、「第三者の居宅への立入り」のみが取り上げられている。

その後、大善判事は、前記「令状基本問題」の新版ともいえる、高麗邦彦ら編「別冊判例タイムズ35 令状に関する理論と実務Ⅱ」（平成25年1月）登載の論稿において、「いわゆる強制採尿令状で、被疑者あるいは第三者の住居に立ち入ることができるか」との表題で真っ正面からこの問題を取り上げた。

同論稿では、まず、第三者宅への立入りにつき、前記村瀬判事、馬場検事の論稿を引用し、消極説に立つことを述べ、次いで、被疑者宅への立入りも取り上げ、これに関しては、井上教授の前記論稿（ただし旧版）を引用してやはり消極の結論となると述べた上で、「ただし、強制連行を開始した後、被疑者が自己又は第三者の住居内に逃走した場合には、被疑者を追跡して取り押さえて強制連行を継続するために、捜査官がその居宅内に立ち入ることは、強制連行の範囲内の行為として許容されると解せられる。」（傍点筆者）とした³⁸⁾（行方判事の見解も同旨である³⁹⁾）。

37) 村瀬均「在宅の被疑者に対する尿採取のための捜索差押許可状に基づき、被疑者を採取場所に引致することができるか 採取場所を特定した令状の場合はどうか」新関雅夫ほか著「増補令状基本問題 下」323頁、324頁（一粒社・平成8年6月）

38) 大善・前掲注(34)115頁

39) 行方・前掲注(34)120頁、121頁

これらの裁判実務家の見解はいずれも、付随的効力説からの消極説に立脚しつつ、連行開始後にあっては一定の場合（逃げ込みとの事情）には例外的に住居への立入りも許容するものである（以下、かかる見解を、本稿では、「例外的許容説」と呼称する。）。しかし、このように例外的な許容性を基礎付ける理論的根拠は示されていない⁴⁰⁾。

ところが、本稿の主題の素材となった札幌地判平成29年4月28日及びその控訴審・札幌高判平成29年9月7日は、いずれもこれらの裁判実務家による見解（例外的許容説）を採用していると思料されるところであり、次に両判決（以下、単に前者を「札幌地裁判決」、後者を「札幌高裁判決」ともいう。）の各判示内容を取り上げる。

三 平成29年札幌地裁判決・同高裁判決の判示内容

1 事実関係

各判決が認定する事実関係に特に違いはないと思われ、一括して紹介する（他の争点もあるが、強制採尿令状の実施関連の箇所のみ取り上げる。）。

【事案の概要】

- (1) 本件は、被告人甲（強制採尿令状の被疑者〔令状請求の基礎となった被疑事実の被疑者〕、被処分者でもある。）に対する覚せい剤自己使用事件であり、その採尿に至る経緯は次のとおり。
- (2) 平成27年7月18日早朝、屋外で陰部を露出する不審な男がいる旨の110番通報を受け、所轄警察署警察官A及び同Bが臨場し、付近公園で、

40) もっとも、あくまで「居宅に立ち入って被疑者の搜索を許容する」とまでは述べず、例外的な場合には「追跡・身柄の取り押さえのためだけの立入り」を「強制連行の内容」「強制連行の範囲内の行為」として許容すると述べているので、「居宅での被疑者の搜索」とは異なる限定的な「住居への立入り」という処分を観念し、これに限って付随的処分である「強制連行」に含まれるとの論理を採用しているのではないかとも思えるが、いずれにせよ理由付けが示されていない以上、推測の域を出ない。

通報に係る人物と特徴の合致する被疑者甲を発見し、Aが、甲に職務質問した後、甲の案内で交際相手乙女方居室を訪ね、在室の乙に対し甲との面識の有無を確認する間に、甲が午前6時50分頃同居室内に入った(なお、甲と乙は、平成26年頃に知り合い、本件当時には乙が甲方に宿泊することがあったが、本件乙方居室について、甲が訪れたのは本件の機会が2回目であり、乙の留守中に甲が滞在したことはなかった。)

前記通報により、さらに警察官C及び同Dが臨場し、A及びBと合流したが、乙が出勤のため外出し、そこで、警察官らは、前記公園で甲の事情聴取を開始したものの、雨が降り出したため、甲が乙に電話をかけて、乙方内で事情聴取を実施することの乙の承諾を得たことから、警察官らは、同日午前7時15分頃以降に、甲とともに乙方に立ち入り、公然わいせつの嫌疑で事情聴取を行った。

- (3) 他方で、警察官らは、通報者への確認の結果、前記不審者が甲であると判明したこと、さらには、甲についての犯罪歴照会結果、甲の表情、及びその挙動などから、覚せい剤使用の嫌疑を抱き、同日7時35分頃、甲に対し、尿の任意提出を求め、さらに覚せい剤予試験の機材を持って臨場した警察官Eも乙方に来訪し、立入りに異議を唱える甲に対し職務質問を試みつつ、警察署への同行の上での尿提出への協力を求めるなどしたが、甲から同行を拒否された。
- (4) 警察官Eは、F警部補に電話で状況を報告したところ、Fからの指示を受け、同日午前10時25分ころ、強制採尿令状請求の準備を取ることとし準備を進める一方、同日午前11時頃、甲に令状請求準備に取りかかったことを伝えた。甲は、乙に電話をかけた上、乙と話をするため警察官Cらに退出を求めたほか、警察官が長時間にわたり乙方に滞在していることに怒りを覚えていた乙からも同様の申入れを受けたことから、警察官全員が、玄関扉の外に移動したものの、一部の警察官は、①罪証隠滅や自傷行為等を懸念して扉に身体や足を挟み込む行為に出て、甲から繰り返し扉を完全に閉めるよう要請されても、同行為を継続した。

- (5) 前記報告を受けた警察官 F は、同日正午頃、裁判所に赴き、甲につき強制採尿令状を請求し、同日午後1時頃同令状の発付を受けた後、乙方に赴き、②乙方に入った上、午後1時12分頃、玄関で、近くにいた甲に強制採尿令状を呈示した。しかし、F は、③甲が居室奥に移動したため、警察官3名と共に居室内に踏み込んだ上、午後1時27分頃、居間に居た甲に再度の呈示を行うなどした。同日午後1時33分以降、甲が居間の床に寝そべるなどして同行を強く拒んだため、警察官 F、B 及び D は、④採尿場所に定められた病院に連行すべく、甲の身体を押さえつけて手足を持ち上げた上、付近に乗り付けていた警察車両に運び入れた。その際、⑤抵抗した甲が玄関の壁面に足や腰を使って踏ん張るなどしたため、その部分の壁面の部材が打ち破られるなどした。
- (6) 甲は、同日午後2時38分頃、採尿場所である病院で警察官 E から改めて令状を示されたのに対し、自ら排尿することを申し立て、排尿コップに排尿し、これを警察官に渡した（同尿については、鑑定の結果、覚せい剤成分が検出された。）。

甲は、採尿後乙方に送り届けられて解放されたが、同月23日、本件覚せい剤使用罪の嫌疑で通常逮捕され、後に、覚せい剤使用事実で起訴された。

2 札幌地裁判決

弁護人は、警察官 F が、強制採尿令状を呈示するため本件居室に立ち入り、以降滞在したことについて、権限なく本件居室に立ち入ったことは住居の不可侵性を保障する憲法の規定に違反する旨の主張などを行い、甲の尿の鑑定書につき違法収集証拠として排除を申し立て、同人の無罪を主張した。

札幌地裁判決は、同主張を斥け、本件尿の鑑定書につき証拠能力を認めて、甲に対し、懲役3年6月の有罪判決を言い渡したが、以下のとおり、警察官の行為に違法があったと判断している。

まず、前記(2)における経緯や午前11時頃の電話内容等から、その頃以降の

乙方への立入りは乙の承諾の範囲を超えており、警察官らもそのことは認識していたと認められることから、任意処分の範囲を逸脱した違法な措置とし、まず、玄関扉への身体や足のはさみ込み行為（前記傍線①）のほか、令状呈示のための警察官Fの玄関への立入行為（前記傍線②）及びそれ以降の乙方への滞在もまた違法であるとした。

次に、居室内への立入行為（前記傍線③）につき、検察官が、警察官において玄関先で強制採尿令状を呈示して執行に着手し、その後甲が居室内に逃げ込んだのであるから、甲を室内に追跡することは、同令状の効力によって許されると主張したことに対し、本判決は、「一般的には、警察官による強制採尿令状の呈示後任意同行の求めを経て、最寄りの採尿場所への適法な強制連行が開始された後、その途中で被疑者が逃走して第三者の居宅に逃げ込んだため、これを追跡して取り押さえるためにその居室内に立ち入る緊急の必要があったなどの特殊な状況があれば、令状を得ることなく第三者の居宅内に立ち入ることも許されないわけではないと解される」と述べて、本稿でいう例外的許容説を採用した上で、ア. <令状呈示のためにFが玄関内に立ち上がったこと自体、権限なく行われた違法なものであって、立ち入るまでに任意同行の要請もなく、連行も開始されていなかったこと>、イ. <甲が乙方に居続けていたのであるから、強制採尿令状の呈示・執行のために立ち入る必要があることは令状請求時から優に想定され、立入りのための令状を併せ請求することは十分に可能であったこと>を理由に、本件は、強制採尿令状の効力に基づいて第三者の居宅に立ち入ることが許される場合に当たらないとして、前記検察官の主張を排斥した。

また、検察官が、本件立入りにつき、刑訴法222条、111条が定める「必要な処分」に当たり許される旨の主張をもしたことに対し、同判決は、ウ. <被告人の身体的自由とは全く別に第三者の住居管理権やプライバシー権を少なからず侵害すること>、エ. <令状を得ないで立ち入るべき必要性、緊急性はなかったこと>を挙げて、その検察官の主張も排斥した。

もっとも、本判決は、一連の経緯から乙の住居管理権やプライバシー権が

侵害された程度は必ずしも大きいものではないこと、甲が覚せい剤使用の嫌疑に関連する物を密かに処分する可能性も視野に入れるべき状況にあったことなどを挙げて、警察官らの立入り等による違法は、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し、また前記傍線④の警察官らの連行の際の有形力行使の点について、必要最小限度の範囲を超えた違法があるものの、重大なものではないと判示して、本件尿の鑑定書の証拠能力を認めている。

3 札幌高裁判決

原判決に対し、被告人側が控訴したが、本判決は以下のとおり判示してその控訴を棄却した。

本判決は、原判決と同様に、午前11時頃以降の警察官による乙方への立入りや滞在について、居住者である乙の管理権や私生活上の権利を権限なく侵害するものとして違法とした（したがって、前記傍線①の行為は違法）。

また、本判決は、警察官Fらが、午後1時頃に強制採尿令状が発付されたことにより本件居室への立入りが許されるものと判断して、午後1時12分ころ本件居室内に立ち入った上、滞在を続けたものと認められるとした上で、「一般に、任意の同行に応じない被疑者に対し採尿令状による連行が許容され、本件採尿令状でも同様の事態が想定されていたとはいえ、オ. <逮捕状の場合（刑訴法220条1項及び3項）と異なり、採尿令状に基づいて住居を含む第三者の管理する場所に立ち入ること>は、カ. <当該令状に関して履踐された司法審査の範囲を超え、審査に当たり想定されたものと異なる権利や利益を制約する事態を招くこと>となるから、原則的に許容されないと解するのが相当である」（オ. カ. <>の記号は筆者が付した。）との一般論を述べた上で、正当な立入権限のないFらが甲の退室を待つことなく、午後1時12分以降に本件居室に立ち入って引き続き滞在した行為（前記傍線②の呈示のための玄関への立入り、傍線③の甲追跡のための居室内への立入り）も違法であるとした。

もっとも、本判決も、違法の重大性は否定しており、その際、Fらの居室

内への立入りなどに関し、「仮に被告人が連行に着手された状況で本件居室内に逃げ込んだ場合であれば、警察官が居室内に立ち入って身柄を確保することも許容されたと考えられる」と判示して、例外的許容説に立ちつつその論理をもって違法の重大性否定の一理由としている。

なお、連行の際の有形力行使（傍線④）、乙方玄関付近壁面の損壊（傍線⑤）に関し、本判決は、（許容範囲を超えているとの原判断と異なり）連行に際して被疑者の抵抗が激しい場合にはその程度に応じて必要な範囲で両手足をつかみ警察車両に運び入れる行為に及んだとしても許容されるとし、警察官Fらの行為が居室への立入りが違法という評価を免れない点を除けば、許容される手段と態様であったと判示している（なお、上告棄却により確定）。

4 両判決の理論についての検討と疑問

両判決は、警察官が強制採尿令状の呈示実施のため、被処分者・被疑者ではない第三者の乙方に立ち入った行為の適法性を判断するに当たり、いずれも、本稿でいう例外的許容説、つまり消極説を基調としつつ連行後には一定の例外を許容する見解を前提にしていると思われる。すなわち、まず、消極説の理由として、①「本体処分や連行との被侵害法益の異質性」（地裁判決ウ・部分及び高裁判決カ・部分）、②「搜索差押にあっては逮捕の場合における法220条1項及び3項に相当する規定が欠如すること」（高裁判決オ・部分）を指摘した上、立入りが許容される場合を、連行開始後に被疑者が第三者の居宅に逃げ込む事態が生じたために居室内に立ち入って身柄を確保するなどの例外的場合（札幌地裁判決は「緊急の必要があったなどという特殊な状況」と表現している。）を挙げて、本件事例は、連行開始前から甲が居室内にいたことから、かかる例外的場合に当たらないとし（地裁判決ア・部分）、違法と判示している。

確かに、連行中に被疑者が逃げ出した場合に公道等から住居等に入っただけで追跡を断念せよというのは余りにも非現実的であるし、他方、本事例では、事前に強制採尿令状とともに乙方に対する搜索許可状の請求も可能であ

ったことなどから、結論として、かかる許可状なしに警察官が居室奥まで立ち入ったことは違法と評価せざるを得ないとの点は、実務感覚としては共有できる面がある。

しかしながら、立入りの可否の分水嶺を連行の開始時点（正確には、令状実施着手時点というべきであろう⁴¹⁾）に置くことは合理的であろうか。例えば、それまで公道に居た被疑者が、発付された令状を持参してきた警察官の姿を見るや、付近の自宅に逃げ込んだ場合はどうか。追跡する緊急の必要性の程度は、令状実施着手後とほとんど変わらないはずである。

他方で、そもそも、消極説からすれば、令状実施着手前には立ち入ることができなかつたはずの住居になぜ着手後ならば立ち入ることができるのか、との疑問が当然浮上する。前記のとおり、例外的許容説においては、まったく理論的根拠が示されていないし、本件両判決においても同様である。前記のとおり、平成6年判例自体にもなお批判的見解が有力に説かれている上、そもそも昭和55年判例からして反対する見解が根強いことにかんがみると、ここで例外的・限定的にせよ住居への立入りを令状の効力として許容する見解に立つことは、判例によって創設された「強制連行を含めた強制採尿令状」⁴²⁾にさらに「住居等への強制的立入り」をも含めるという、「強制処分法定主義に三重に違背する令状の創出」⁴³⁾との厳しい批判⁴³⁾を覚悟しなければ

41) 仮に、純然たる任意同行を開始したに過ぎないならば、その開始を分岐点にして令状の効力に関する違いを導くことはできない。しかし、連行に当たり、つとに「まず・・・任意同行を求めべき」などと説かれるのは（馬場・前掲注（8）156頁。渡辺・前掲注（9）309頁同旨）、比例原則の下、必要最小限度の制約に留めるべきことから、物理的拘束（手錠をかけるなど）を差し控えるはもとより（佐藤・前掲注（9）58頁、渡辺・前掲注（9）309頁、中谷・前掲注（16）180頁など）、無用な事実上の拘束状態も避けるべきだからであろう。もっとも、外観上「任意同行」に見えても、同行開始の時点で被疑者には連行に応じる受忍義務が生じており、強制連行開始にはかならない（逃げ出せば、直ちに事実上の身柄拘束も可能である。）。したがって、手続の明確性のためにも、捜査官は、被疑者の場所的移動を始める前に、強制採尿令状の呈示を行うのが適切である。

42) この用語は、大野②・前掲注（13）229頁による。

43) 酒巻④・前掲注（13）152頁、153頁は、平成6年判例の立場を前提としても、「住居等への立入り・・・を、連行と同様に強制採尿令状の効力と説明することは、到底不可能である。賢明な最高裁判所がこのような立入り・・・を令状の効力として許容するとは思われない。」とま

ばならない。例外的許容説が、実務に強い影響力をもつ文献「増補令状基本問題」⁴⁴⁾ 掲載の論稿等において複数の裁判実務家が説いている見解とはいえ、論拠が薄弱のままでは⁴⁴⁾ 学説・実務の支持を集めるのは困難であり、さらにその理論面での考察が必要である。

令状実施着手を境に何が変わるかという点、着手後は令状による強制力が発動するに至ること、及び、(身柄確保の必要性は同じでも) 着手後は改めて別途の住居立入りのための令状請求をする暇がないという点での緊急性が生ずることであろう(この後者の、身柄確保の緊急的必要性の有無の点は、札幌地裁判決イ、及びエ、でも指摘されている)。

確かに、一般の「場所」に対する搜索許可状であっても、令状実施着手以前⁴⁵⁾ は、被処分者らにおいて搜索場所に入出入りする行為や所在物品(仮にそれが差押目的物たる証拠品であっても)の持ち出し行為などを自由に行い得るものの、着手により強制力が発動するに至れば、令状の効力の下でそれらの行為を阻止できる権能が捜査官には与えられる。しかし、あくまでかかる事象を阻止できる範囲は、搜索許可状の効力の及ぶ「搜索場所等(令状で明示される搜索の範囲)」に限られ、前記強制力が発動したからといって、それだけで令状の効力を及ぶ範囲自体を拡張することはできないはずである。強制採尿令状の強制力発動により直ちに令状の効力が拡張されて住居に及ぶというのでは説明不足というほかはない。

また、緊急的必要性の発生との事情についても同様である。例えば、緊急差押えの規定を欠く現行法上においては、搜索中に、令状に明示されていな

で断じている。

- 44) 法務省刑事局付検事も、かかる裁判実務家の見解を紹介するに当たり「(立入許容の)理由
は明らかではない」と指摘している(内田・前掲注(6)43頁)。また、洲見・前掲注(10)
187頁も、立入消極説を述べた上、(かかる裁判実務家の見解を念頭に置いたものと思われるが)
「このことは令状の呈示の先後で異なる」と明記している。
- 45) 令状呈示前に、捜査官において、一定の強制的措置・現場保存的措置を講じ得ることは別論
である(最決平成14年10月4日刑集56巻8号507頁〔マスターキーで開錠してのホテル室内へ
の立入り〕、大阪高判平成5年10月7日判時1497号134頁〔クリッパーで錠錠を切断しての室内
への立入り〕、大阪高判平成6年4月20日高刑集47巻1号1頁〔偽計手段を用いての室内への
立入り〕参照)。

い証拠品（例えば別事実の証拠）を発見し、如何にこれを確保する緊急の必要性が高くとも、強制処分としてこれを確保することはできない⁴⁶⁾。さらに、場所に対する搜索差押許可状を実施中、その場に居合わせた者がその身体に差押目的物（証拠物）を所持しているとの疑いがあっても、通説の見解が、証拠隠滅防止の緊急的必要性から直ちにその身体の搜索を許容するとの論理を採用せず、あくまで搜索の際搜索場所にあった物（搜索の対象物）を隠匿するという妨害行為の排除との形で限定的に身体の探索ないし搜索を許容するという構成を採る（この点は後述する。）のも、かかる緊急的必要性の事情のみで搜索場所（範囲）の拡張をすることはできないとの考えがある⁴⁷⁾と解される。

以上のとおり、着手後の強制力の発動、緊急的必要性の発生との事情については、いずれも、着手前に強制採尿令状の効力が及んでいないはずの住居に対し着手後にはその効力範囲を拡張して及ぶという立論についての直接的な理論的な説明としては不十分である。そもそも、消極説からすれば、これらの事情は、その理論的根拠である、住居への立入りについての①「本体処分や連行との法益侵害の異質性・別個性」、②搜索差押の場合の「法220条1項1号等に相当する規定の欠如」の問題点を何ら解消するものではない以上、例外的許容説については、消極説を基調とするものではなく、もはやその一部否定ないし根拠なき変容であるとの評価となろう⁴⁸⁾。

46) 酒巻④・前掲注(13) 109頁

47) 川出②・前掲注(15) 134頁

48) 札幌地裁・高裁両判決及び例外的許容説が採用するところの見解、すなわち強制採尿令状の実施着手後の「被疑者連行中における住居への逃げ込みの場合」には住居への立入りを例外的に許容するとの見解は、米国憲法の修正4条における「緊急追跡法理 (Hot Pursuit)」を想起させるものである。

米国最高裁判例において、憲法修正4条の解釈として、重罪 (felony) の被疑者の逮捕が「公に開かれた場所 (in a Public Place)」で行われる場合には「相当な理由 (probable cause)」がある限り令状なしに行うことができるのに対し (United States v. Watson, 423 U.S. 411 (1976))、住居で行われる場合には令状が必要とされているところ (Payton v. New York, 445 U.S. 573 (1980))、後者の Payton 判決による「令状要求原則 (the Warrant-Requirement Rule)」の例外として、捜査官が重罪の被疑者を「公に開かれた場所」で逮捕する際、被疑者が自宅に逃げ込んだとしても、これを追跡してその自宅に立ち入ることが許されるとする「緊急追跡法理 (Hot

そこで、強制採尿令状による住居への立入りにつき、これを許容する余地を見出すならば、平成6年判例の判例理論たる付随的効力説の根本に立ち返って検討する必要がある。

四 付随的効力説のさらなる検討

1 付随的効力説及び同説から導かれる付随的処分の許容要件

付随的効力説については、平成6年判例が登場する前から、例えば古田検事が同見解を展開することにより強制採尿令状による連行の適法性を説くなどしていたが⁴⁹⁾、ここでは、同判例の調査官によるものを引用すると、「刑事訴訟法は、強制処分の付随的処分を、明文の定める範囲（例えば、111条の必要な処分、112条の出入禁止等）に限定したのではなく、・・・強制処分の実施に当たって通常予想される必要かつ相当な付随的処分については、強制処分を確実に実施するための令状の付随的効力として許容しているものと解

Pursuit)」が認められている（United States v. Santana, 427 U.S. 38 (1976), Minnesota v. Olson, 495 U.S. 91 (1990)）。以上につき、Joshua Dressler=Alan C. Michaels=Ric. Simmons, 「Understanding Criminal Procedure Volume1: Investigation 7th edition」(2017 Carolina Academic Press) (151-155) 参照。なお、日本語文献として、前記文献の第4版の日本語訳である指宿信監訳「アメリカ捜査法」211頁～217頁（訳：辻本典典担当）(LexisNexis・平成26年5月) 参照。また、Payton 判決につき、渥美東洋編「米国刑事判例の動向IV」128頁（香川喜八朗）(中央大学出版会・平成24年11月)、Olson 判決につき、椎橋隆幸編「米国刑事判例の動向VI」518頁（安井哲章）(中央大学出版会・平成30年3月) を各参照。

この「緊急追跡法理 (Hot Pursuit)」は、令状要求原則の緊急例外法理の一種であるものの、あくまで人の逮捕に関するものである（修正4条の下では、人の抑留も物の押収と同じく「seizure」である）。したがって、我が国の憲法35条（搜索差押）の令状主義の下での議論に直ちに導入できるかは慎重に検討する必要がある（我が国でも、既に、逮捕においては、被疑者捜索のための住居等への無令状立入り、逮捕着手前には法220条1項1号、3項により、逮捕着手後には〔後記のとおり〕解釈により逮捕の付随的効力として、それぞれ許容されている）。また、米国憲法修正4条の令状条項には、判例上、多くの「緊急例外法理」が認められているのに対し、そもそも本文中で述べたとおり、我が国においては憲法35条の令状主義の例外として、憲法33条の場合を除く一般的な緊急例外が憲法あるいは刑事訴訟法上認められていないとの違いも軽視できない。

49) 古田・前掲注(1)19頁、20頁、22頁

される」との見解であり、それ故に、強制採尿を実施するに当たり被疑者を採尿場所まで連行することは、「まさに通常予想される必要な付随的処分とすることができ」とするのである⁵⁰⁾。

このように付随的処分の要素として、まず、当該強制処分の本来的内容に照らし「通常予想（又は「想定」）される必要な処分」が挙げられる⁵¹⁾。しかし、「予想」ないし「想定」との語が、令状裁判官の視点に立ち、付随的処分一般についても、令状審査時点でその必要性が「通常予想・想定される」ことから本体的処分の許容（令状発付）と併せ許容して授權しているとの論理を述べる趣旨であれば、それは適切ではない。前記のとおり、令状審査時に「当然予想」というのは「採尿場所への連行」という処分には言い得ても、付随的処分一般には妥当しないからである。したがって、正確には、法が、当該強制処分を創設する際、目的実現のため必要な付随的措置も当然予定し、それも当該処分に盛り込んだ上で当該根拠規定を置いたと解される、ということであり⁵²⁾、その意味では、付随的処分とは、法が当該強制処分の「執行過程の一部として予定」しているもの、「性質上、本体処分に付随して行われることが想定」（いずれも傍点筆者）されるものといえよう⁵³⁾（それ故に、令状によらない強制処分にも付随的処分は認められる。）。

この付随的処分は、被処分者（本体的処分の対象者）のみに向けられるのではなく、そうでない第三者にも及び得ることは、例えば、搜索場所等への出入禁止を定める法112条の存在（同条1項に「何人に対しても」と明記されている。）から明らかである。また、裁判例（赤軍派大菩薩峠事件・東京

50) 中谷・前掲注(16) 170頁

51) 同じく「通常予想」とするのは、大善・前掲注(34) 115頁。古田・前掲注(1) 20頁、辻・前掲注(10) 21頁は「一般に予想」、村瀬・前掲注(37)・319頁は「一般的に想定」であるが、いずれも同趣旨と理解される。

52) 酒巻②・前掲注(13) 90頁も、付随的処分につき「その処分を定めている実定法により論理的・合理的に許容されている」とする。

53) 前者につき、香城・前掲注(3) 221頁、後者につき、井上・前掲注(11) 148頁。敢えて「予想」という語を用いるなら、「立法者」が「立法時」に本体処分と一体的に実施されることを（抽象的・包括的にはであるが）「予想」して許容した処分というべきであろう。

高判昭和53年5月31日刑裁月報10巻4 = 5号883頁)は、山荘に集結して武闘訓練中の過激派多数名のうちの1名に対する逮捕状の執行に当たり、山荘に警察官が踏み込み、過激派全員を寝ていたままの姿で同荘の外に連行し、周囲を警察官が取り囲んで全員に両手を首の後ろに挙げさせ、その間に逮捕状を執行したことの適法性を認めるに当たり、「たしかに、通常逮捕状を執行するに際し、同逮捕状の効力として、被疑者以外の者すなわち第三者の身柄拘束が許されることを法律上直接明示した規定は見当らない。しかし、第三者によつて被疑者に対する逮捕状の執行が妨害されるおそれがあり、とくに、逮捕状の執行に従事する捜査官の生命・身体に危害が加えられるおそれがあつて、右の捜査官において右のおそれがあると判断するについて相当な理由がある場合には、緊急やむを得ない措置として、逮捕状の執行に必要なかつ最少の限度において、相当と認める方法により一時的に右の第三者の自由を制限することができる」と解するのが相当である。けだし、刑事訴訟法が逮捕状の執行という強制措置を認めている以上、これに対する妨害の予防ないし排除のために、右の程度の緊急措置は刑事訴訟法ないし警察官等の職務執行に関する法によつて当然に予定し、是認されているものと解すべきであり、このように解する以上、かかる強制手段の対象から第三者を除外すべきいわけではないからである。」(傍点筆者)と判示している⁵⁴⁾。

留意すべきは、以上のような第三者に対する措置が許容されるのは、必ずしもそれ自体で評価した場合未だ強制処分に至っていない任意処分であつたからとは限らない。例えば、被疑者を逮捕する際、その仲間が有形力に訴えて妨害してきた場合、他の警察官らが同人を羽交ひ締めにして身動きを取れなくし、被疑者を連行するまで同仲間の身柄拘束状態を維持した場合、もは

54) 同様に、抽象論として、逮捕における第三者への有形力行使を許容する趣旨を述べたものとして、岡山地判昭和54年10月19日判タ410号155頁(警察官が、デモ本隊の指揮者を道交法違反で現行犯逮捕しようとした際、デモ隊の旗持ち隊に対して有形力を加えて規制した行為の適否が問題となったもの)、最決昭和59年2月13日刑集38巻3号295頁(傷害等の犯人を現行犯逮捕するため、その者が逃げ込んだ集団〔大使館への抗議行動を終えて立ち去ろうとしていた〕を停止させるなどした行為の適否が問題となったもの)参照。

や単体で評価すれば実質逮捕に至っているというほかはないが、やはり逮捕の附随的処分として当然適法とされるべきものである⁵⁵⁾。

では、このような付随的処分の限界ないし適法性要件はどのように捉えるべきか。

「強制処分の実施に当たって通常予想される必要かつ相当な付随的処分」とのフレーズには、当該措置が付随的処分として許容されるためには、第一に、本体的処分との関係での必要性等（付随性）が認められること、第二に、相当性を備えていることの、二つの要件を満たすことが示されている。

後者の相当性の要件は、単に、係争の措置が、本体的処分実現のために必要というだけでなく、当該措置が必要最小限度のものでなければならない、というものであり、強制処分（及びその付随的処分）にも比例原則の規律が及ぶことを示す要件である⁵⁶⁾。例えば、強制採尿令状の実施に当たり、連行先の採尿場所は最寄りでなければならない、通常は、連行するに際して被疑者に手錠をかけるなどの過剰な物理的拘束は許されないし、採尿後は、抑留状態を無用に続けてはならず速やかに被疑者を解放することが求められるなどと説かれる⁵⁷⁾。これらの限定・限界は、強制採尿令状による連行という付随的処分についても、必要最小限度の制約であるべきであり、無用・過剰の法益侵害を伴ってはならないとする比例原則の現れと位置付けられる。

問題は、前者の付随性の要件である。

この要件には、係争の措置が、強制処分の目的実現に向けて必要不可欠なものであるとの必要性が構成要素となっていることは明白である。ところが、

55) 木藤・前掲注(2) 179頁も、同一の行為について犯人に対しては強制処分、第三者に対しては任意処分という両面性を有すると評価するのは妥当ではないとする（相澤恵一「逮捕の際の有形力の行使」河上和雄編『刑事裁判実務体系』11巻398頁〔青林書院・平成3年2月〕同旨）。前掲東京高判昭和53年も、他の過激派全員をほとんど寝ていたままの姿で同荘の外に連行した行為などについて、「任意手段とみられない」としている（刑裁月報10巻4＝5号901頁）。

56) 川出①・前掲注(15) 529頁

57) 佐藤・前掲注(9) 58頁、渡辺・前掲注(9) 309頁、中谷・前掲注(16) 180頁。なお、この点は、中島宏「いわゆる『強制採尿令状』による採尿場所への連行の可否」立教大学大学院法学研究15号216頁以下（平成8年3月）が詳しい。

前記のとおり、付随的効力説の論者が説く「通常予想されるもの」との語には、単なる必要性では足りないとの趣旨が看取できる。これは、強制処分実施上の必要性だけでは具体的事案により相当な広がりを持ち得るため、付随性を認めるには十分条件とはいえないことによる⁵⁸⁾。しかし、「通常予想」や「本来的想定」それ自体は、一般的基準ないし普遍的要件とはなり得ない。(既に述べたことの繰り返しではあるものの) 川出教授が的確に指摘されるとおり、付随的処分には、本体処分の執行のため積極的に必要とされる措置と、強制処分に対する妨害行為を排除するための措置があるところ、後者の措置については、妨害行為の多種多様性にかんがみ必要とされる措置の具体的内容を事前に予測ないし想定することはできないからである⁵⁹⁾。

そこで、付随性の要件に関し、強制処分実現に向けての必要性に加え、何らかの本体的処分との関係性を示す事情、例えば、「当該強制処分との論理的ないし合理的関連性」⁶⁰⁾、「本体の処分と一体のもの」⁶¹⁾、を挙げる見解もある。しかし、これとて、具体的基準とはなり難いことから、結局は、権利・利益を侵害される側の視点も加味して、「当の処分が本来予定していたものとは別個の法益を侵害する場合」⁶²⁾、当該令状により「侵害することが本来許されている・・(権利)・・とは全く別個の」権利・利益を侵害する場合⁶³⁾には、許容される付随的処分から除外するという、消極的要件の形で基準を設定している。

留意すべきは、かかる消極的要件の充足の有無に当たって、被侵害法益の異質性は重要な指標ではあるものの、決定的な基準とはなり得ないというこ

58) 原田判事も、必要性ばかり強調すると「歯止めがない議論に発展するおそれがある」との懸念を示される(大澤=原田・前掲注(10)61頁〔原田発言〕)。

59) 川出①・前掲注(15)531頁は、「強制処分に対する妨害行為を排除するための措置については、その内容が妨害行為に対応して決まるものであって・・・必要とされる措置の具体的内容を事前に予測することはできない」と指摘する。

60) 酒巻②・前掲注(13)90頁

61) 井上・前掲注(11)148頁

62) 酒巻②・前掲注(13)92頁。なお、同頁には「別個・異質の法益を侵害」との表現もある。

63) 井上・前掲注(11)148頁

とである⁶⁴⁾。例えば、そもそも前記のとおり、妨害排除措置など第三者（本来の強制処分の対象者以外の者）に対しても付随的処分をなし得ることにかんがみれば、付随的処分には本来的処分が侵害を予定していた（被処分者の）権利・自由とは異質で新たな（第三者の）法益についての侵害行為をも包含せざるを得ず⁶⁵⁾、かかる権利・利益の異質性を分水嶺とすることは不適切であることは明らかである。したがって、例えば、強制採尿令状による採尿場所への連行否定説が、連行の被侵害法益（身体・移動の自由）が本体的処分（強制採尿）のそれ（身体のプライバシー、尿の占有）と異なることを理由として挙げるならば、それは適切ではない。

むしろ、連行否定説が説くところの、「強制連行という身体・移動の自由拘束を別個固有の法益侵害に当たらないと説明するのは相当に困難」⁶⁶⁾（傍点筆者）との指摘については、強制処分の付随的効力の限界を画するのは、被侵害法益が本体的処分の予定するそれと異質かどうかではなく、法がその法益については別の固有の強制処分による侵害を予定しているかどうか、換言すれば別個の令状等により保護されるべきものとする趣旨か否かである、との意味で理解されねばならない。つまり「当該強制処分が本来予定していたものとは別個・異質の法益を侵害する場合には附随する処分とはいえない」というのも、むしろ力点は、被侵害「法益の異質性」ではなく、令状保護の観点からみた法益「侵害の別個性」の方であったといえよう。

その意味で、川出教授が、当該措置が本体処分に付随して行われていることが本来想定されていたか否かの基準に関し、「その措置が、その実質にお

64) この点も、川出教授が、従前から指摘されていたことである（川出①・前掲注（15）531頁）。

65) また、通常の法111条1項の「必要な処分」に該当し得る措置でも、搜索差押の本体的処分とは異質な被侵害法益を対象とするものがある（例えば、住居に対する搜索差押本体の被侵害法益は、搜索対象の管理権・プライバシー、差押対象の占有・プライバシーであるのに対し、住居立入りのための鍵・窓ガラスの損壊措置のそれは所有権である。）。

66) 酒巻③・前掲注（13）107頁。逆に、連行肯定説からは、連行が強制採尿という強制処分に「実質的に包含されこれに付随するものとして新たな法益侵害というに足りない処分」（傍点筆者）なので改めて別の令状を要することなく行うことができると説明される（池上政幸＝河村博・河上和雄ら編「大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕」4巻547頁（青林書院・平成24年4月）。

なお、「新たな法益侵害」より「別個の法益侵害」の方が意味を握みやすい表現と思われる。

いて刑訴法が想定する強制処分にあたり、かつ、その強制処分が、本体たる強制処分とは独立の処分として行われることが予定されているものである場合には」(傍点筆者)、付随的処分は該当しなくなる、と指摘していた⁶⁷⁾のは正当であろう(ここでは、付随的処分許容の消極的要件として「強制処分」と「その侵害に当たっては別の独立の強制処分が予定されている法益であること[換言すれば、別の令状等で独立して保護しようとする法益であること]」の二つの指標が示されている。))。

この付随性の要件のさらなる考究に当たり、「強制採尿令状による住居の立入可否」と同じく、「搜索差押許可状の効力の及ぶ範囲」という範疇の問題に属し、かつ付随的効力説の適用により解決されている、「場所に対する搜索許可状によりその場に居合わせた人の身体を搜索できるか」の問題と比較検討しつつ考察を進めたい。

2 場所に対する搜索許可状の効力範囲

「場所に対する搜索許可状」の実施に当たり、被処分者、同居の家族、さらには偶然居合わせた人物のそれぞれの身体を搜索できるかとの問題については、種々の見解が唱えられてきたが⁶⁸⁾、現在の通説的見解は、まず、場所に対する令状のみでは、その場に居合わせた者の身体の搜索はできないことを原則論とする。すなわち、「場所に対する搜索許可状」は、令状に明示された場所に係る管理権に服する空間・物の侵害、あるいは「定常的にそこを使用する人のプライバシー等の権利・利益の総体」⁶⁹⁾の侵害を容認するも

67) 川出①・前掲注(15)531頁、532頁。酒巻教授が、付随的処分許容性の消極的要件として「法が別の固有の本来の効力を内容とする強制処分として一般的に法定している場合」を挙げているのも(酒巻②・前掲注(13)90頁)同旨と思料される。もっとも、川出教授は、前記のとおり、付随的処分につき、強制処分執行のため積極的に必要とされる措置と妨害を排除するための措置に区分しているところ、ここで述べた消極的要件につき、前者の措置のみに関するものとして挙げているが、後者の措置にも妥当する一般的・共通的なものと考えらるべきであろう。

68) 詳細は、島田仁郎「場所に対する搜索令状の執行の際、その場に居合わせた者に対しどの程度の搜索を実施することができるか」新関雅夫ほか著「増補 令状基本問題(下)」231頁以下(一粒社、平成8年6月)参照。

69) 井上正仁「場所に対する搜索令状と人の身体・所持品の搜索」「強制捜査と任意捜査(新版)」

のであるが、人の身体には場所に対する法益とは別個固有の保護すべき重要な法益（身体の安全や名誉・羞恥感情等の人格的利益）が認められること⁷⁰⁾、あるいは、人の身体は常に当人の排他的支配に置かれるとともに（住居等に比べ）より内密な領域を成すものであることから、（別の令状により）独自の保護を受けるべきこと⁷¹⁾が理由とされる。

このような論理の下では、たまたま搜索場面に居合わせた第三者の身体だけでなく、被処分者の同居の家族、さらには差押目的物（証拠品）を携帯している可能性が典型的に認められる被疑者・被処分者であってもその身体の搜索はできないことになる。

しかし、通説的見解は、かかる原則論を承認しつつ、付随的効力説に立ち、例外的に許容できる場合があるとする。

すなわち、刑訴法により一定の強制処分が認められている以上、それに付随してその目的達成のために必要不可欠な最小限度の強制力を行使することも、同様に許容されていること⁷²⁾から、その者が「その場にあった物」つまり搜索の対象物を隠匿して妨害行為を行ったと疑うに足りる合理的理由がある場合には、その付随的効力がその妨害者の身体に対しても及び、「妨害排除・原状回復の措置ができる」⁷³⁾、あるいは「搜索ないし点検」⁷⁴⁾ができる、とする。

ところが、このように「人の身体」の「搜索ないし点検」につき一定の例外的許容の余地を認める見解も、妨害者が搜索目的物を、隣人の庭に投げ込んだり、その物を携帯したまま無関係の者の住居等に逃げ込んだ場合には、

317頁〔有斐閣・平成26年12月〕〔初出：芝原邦爾ほか編「松尾浩也先生古稀祝賀論文集（下）」169頁（有斐閣・平成10年6月）〕

70) 酒巻③・前掲注(13)108頁、酒巻④・前掲注(13)113頁。川出①・前掲注(15)525頁、川出②・前掲注(15)133頁同旨。

71) 井上・前掲注(69)318頁

72) 川出②・前掲注(15)134頁。酒巻④・前掲注(13)115頁、井上・前掲注(69)320頁同旨。

73) 酒巻③・前掲注(13)106頁、109頁、酒巻④・前掲注(13)116頁

74) 井上・前掲注(69)321頁。同様に「搜索」までできるとするのは、島田・前掲注(68)233頁、川出①・前掲注(15)526頁、川出②・前掲注(15)134頁。

付随的処分として強制的にその住居等に立ち入ることはできないとする⁷⁵⁾ (そこで、これらの見解は、前記のとおり、類似問題である、「強制採尿令状による住居への立入可否」についても、消極説を採ることとなる。)。このような場合に、第三者の庭や住居に立ち入る行為が、「当初の令状により侵害が許可されていた場所とはおよそ別個独立の法益を侵害する行為である」⁷⁶⁾、「全く別個の権利・利益を新たに侵害する」⁷⁷⁾ からと説明される。しかしながら、「人の身体」の侵害もまた当初の令状が本来的に予定していた「場所」に係る利益の侵害と「別個独立」のものであったはずであり(それ故に、かかる侵害を許容するには、原則として「当該対象者の身体」を搜索対象とする別の令状が必要であった。)、⁷⁸⁾「第三者の庭・住居」を「人の身体」と区別する理由が示されているとはいえない。両者の法益の質の違い(重要性の違い)もまた理由足り得ない⁷⁸⁾。

違いを挙げるとすると、後記でも詳論するように、被侵害法益が「妨害者自身の法益」か否かであろう。すなわち、隣人等は無関係な第三者であるのに対し、後者は妨害者自身の身体ということに区別的取扱の実質的根拠を求めることになる。では、投げ込んだ先や逃げ込んだ先が妨害者自身(あるいは同人と意を通じた仲間)の庭・住居なら立入りが可能なのであろうか⁷⁹⁾。もし、ここで許容との結論を採用すると、その理由をどのように説明するのであろうか。また、かかる結論は、「強制採尿令状による住居

75) 酒巻②・前掲注(13)93頁、酒巻③・前掲注(13)106頁、酒巻④・前掲注(13)116頁、井上・前掲注(69)326頁、古江頼隆「事例演習刑事訴訟法〔第2版〕」112頁(有斐閣・平成27年3月)

76) 酒巻②・前掲注(13)93頁、94頁

77) 井上・前掲注(69)326頁、古江・前掲注(75)112頁

78) 仮に、住居の利益の方が人の身体のそれに比べ重要だとの評価があり得ても、その差は相対的なものに過ぎないからである。むしろ、反対に、人の身体の利益の方が、住居に係るそれに比べ、より重要との指摘すらある(井上・前掲注(69)318頁、鳥田・前掲注(68)231頁、232頁、三井・前掲注(13)45頁〔ただし「場所」と比較して〕)。

79) 本稿の主題からは離れるが、井上正仁ら編「ケースブック刑事訴訟法〔第5版〕」148頁(有斐閣・平成30年3月)の「Q45」において、類似の問題が設けられている。高度ではあるが、学生の思考力を問う良問であり、かかる教材を用いる法科大学院の刑法教育における質の高さを示す一例といえる。

への立入可否」問題における消極説においては、立入先の住居の権利主体の属性（令状執行に抵抗する被疑者本人の住居か無関係の第三者のそれか）にはかかわりがないとする結論と平仄が採れないことにならないか、などの疑問が次々と生ずる。

この難問について、川出教授は、別の説明を用意している。すなわち、強制処分⁸⁰⁾の権限として、妨害行為自体を排除する措置は含まれるものの、妨害行為の結果生じた状態を解消するための措置は当然には認められないとの一般論を定立し（傍点筆者）、妨害者が着衣内に搜索場所にあった差押目的物を隠匿した場合は、隠匿行為が継続しているが故にそれを排除するために身体の搜索はできるが、目的物が隣家の庭に投げ込まれた場合やそれを持って逃げた被疑者が他人の住居に立ち入った場合には、妨害行為の結果生じた状態を解消するための措置であるからできない、とする⁸⁰⁾。「付随性」の要件であることから、付随的処分としての妨害排除措置には妨害行為との同時性を要求するとの趣旨とも思える。巧みな説明ではあるが、しかし、かかる妨害排除の権限の中には妨害行為が開始される前の予防的措置をも含み得るのに⁸¹⁾、妨害効果が残存しかつ搜索実施中であつても妨害行為終了後にはかかる権限が失われるのは納得できるものではない⁸²⁾。また、何をもって「妨害行為の終了」と捉えるのか必ずしも明確ではないとの問題もある。もし、妨害者が、目的物を自分の着衣のポケットではなく、隣家の庭の人目の付かない物置の陰に隠した場合ならどうか。（私見であれば）この場合も妨害行為

80) 川出①・前掲注(15) 527頁、534頁

81) 川出①・前掲注(15) 520頁、526頁、527頁

82) 確かに、隣家に対象物を投げ込むという妨害行為後、現場から妨害者本人が居なくなり新たな妨害のおそれがなくなれば、隣家に立ち入るためには改めて令状請求をすべきとも思える。しかし、それは、隣家に対する令状請求する時間的余裕が生じ、当初の令状の効力により妨害排除・回復措置を実施する緊急の必要性が失われるからであつて、妨害行為が終了したからではない。もし、着衣のポケットに対象物を隠匿したまま妨害者が現場を脱して所在不明になれば（妨害行為は継続しているが）、妨害者の身体を搜索するには、改めて令状を取らねばならないことは同じである。やはり、妨害行為の継続・終了で、別の令状を要するかが決まるわけではないといえよう。

が継続しているとの評価になると思えるが、果たしてそれ故に隣家の庭に立ち入ることができる、との結論になるのであろうか⁸³⁾。

そこで、(住居等への立入問題についての消極説の代表的論者ではあるが)酒巻教授の論稿にある二点に着目したい。同教授は、まず、場所に対する捜索許可状によりその場所に居合わせた人の身体の捜索の可否問題について、隠匿による妨害者の身体については例外的措置が可能と説く際に、併せて「妨害者が自らの責めにより被った法益侵害について不服や異議を主張できるとする理由は認め難い」(傍点筆者)と指摘したこと⁸⁴⁾に解決の手掛かりとなるのではないか。長沼教授も、妨害者に帰責事由があることでかかる妨害排除措置を正当化できるとしていた⁸⁵⁾。このようなケースにおいて、妨害者の帰責性に着目するのは慧眼である。

しかし、帰責事由の有無を、付随的処分の許容性に関する第二の要件である相当性(比例原則)判断の考慮事情として取り込むのは容易ではあるが、問題は、令状の効力の及ぶ範囲(付随性の要件充足の有無)を画する基準となし得るかどうかである。むしろ、後述するとおり、「自らの身体」を使って妨害したことを「別の令状等で独立して保護すべき利益かどうか」の判断要素に取り込むべきではなからうか。

次に、二点目として、酒巻教授の論稿において、他の学説が、結論として、「妨害者の身体の捜索もできる」とするのに対し、「妨害排除や原状回復措置の過程で、対象者の・・身体等に隠匿された差押え対象物件の探索が行われ

83) 結局、「第三者の庭・住居の立入」を否定する結論を導くには、本文でも述べるとおり、川出教授が挙げる、もう一つの理由である、「本来無関係な権利・利益を巻き込んだ状況が生じていること」(川出①・前掲注(15)527頁、534頁)、つまり妨害者以外の第三者の法益を侵害していることという被害者の帰責事由の不存在に求めざるを得なくなる。現に、洲見・前掲注(10)164頁は、「隣人の部屋のベランダ」への差押目的物の投げ込んだ事例につき、居住者の同意なく立ち入ることにつき、「帰責事由の認められない第三者の権利・利益を侵害するの

で許されない」(傍点筆者)とする。

84) 酒巻④・前掲注(13)116頁

85) 長沼範良=甲斐行夫「捜索の範囲」法学教室314号63頁(長沼発言)(平成18年11月)。また、島田・前掲注(68)233頁も、妨害者につき「本人としては、その身体や着衣の捜索を受けることによって利益を侵害されてもやむを得ない事情もある。」(傍点筆者)とする。

ることがあり得る⁸⁶⁾(傍点筆者)とし、慎重に「搜索」という言葉が回避されていることにも注目される。もし、ここでいう「探索」が対象者の重要法益に対する実質的侵害の有無の観点から「搜索に至らない程度の身体の探索的行為」を意味するならば、「隣家の庭・住居」についても「搜索に至らない程度の立入」というものが観念できるのではないか。そうだとすると、当該措置における重要法益の「実質的侵害」の有無を、先の川出教授が挙げたところの、付随的処分の消極的要件のもう一つの要素である「強制処分」の該当性判断に持ち込み得るのではなからうか。

そこで、以上の二つの視点を踏まえて付随的効力説を再構成し、前記「身体の搜索」と「住居への立入」問題を統一的に説明できる、一般理論を構築できないか検討してみたい。

3 付随的効力説の再構成——「要保護性の低下」及び「実質的侵害の有無」との視点

(1) 付随的処分の許容性要件①—要保護性の低下について

前記のとおり、ある措置が、当該強制処分の付随的処分として適法視されるためには、第一に、付随性の要件、第二に、相当性の要件をそれぞれ充足する必要があり、後者の要件は、比例原則の適用であるのに対し、前者の付随性の要件は、当該強制処分のもつ付随的効力の範囲(令状による強制処分の場合には「令状の効力の及ぶ範囲」)を画する基準でもあった。

この付随性については、当該強制処分の目的実現のため必要であること(必要性)が必須の前提要件となっている。確かに、刑事訴訟法は、窮極的な法の目的である国家刑罰権実現のため捜査・公判維持の手段として一定の強制処分を設けた以上、実施者に対し、処分の本来的目的実現に向かう強い推進力(強制力)を付与している。対象者の抵抗や妨害者の存在により目的達成できないことは法の趣旨を貫徹できない不正義の事態だからである。もっとも、それ故に、この推進力は無限の広がりを持ちかねず、「必要性」の要件のみでは、

86) 酒巻④・前掲注(13)116頁

刑訴法のもう一つの目的・理念である個人の人権保障が危殆しかねない。そこで、刑訴法が、令状主義・強制処分法定主義という基本原理から種々の規定を設けていることに照らし、同法が「別の令状（又は特別の根拠規定）で独立して保護しようとする重要な権利利益」を「実質的侵害する」場合には、もはや付随的処分として許容されないとの規範が導かれる（この基準には、先に挙げた「（令状保護の観点からみた）法益侵害の別個性」及び「強制処分性」の双方の要素が盛り込まれている。）。つまり、前記強制処分のもつ推進力が如何に強力であっても、刑訴法が他の法益につき「別の令状等で独立して保護に値するものとしていること」（以下簡潔に「要保護性」ともいう。）が、前記推進力を遮断しないし弱め、その影響力から当該（本体となる強制処分からみれば別個固有の）権利利益を守るものといえよう。

例えば、搜索差押の実施に際し、被処分者が差押目的物を嚙下した場合、確かに明白な妨害行為であり、下剤の投与などの措置によりその物を体外に排出することが差押目的達成のため必要不可欠ではある。しかし、法が鑑定処分許可状（法225条1項、168条1項）を設けた趣旨から、「身体の安全、人の健康」という法益を侵害する危険のある処分については司法審査を経て医師等の専門家によって行わせなければならない、との法規範が導かれること⁸⁷⁾にかんがみ、かかる状況（妨害行為の存在と排除措置の必要性）にあっても、それらの法益は「別の令状（ここでは鑑定処分許可状）で独立して保護しようとする（保護に値する）重要な権利利益である」以上、当該措置（下剤投与）は、搜索差押許可状の効力としてその付随的処分としてはなし得ず（つまり「要保護性」との消極的要件を充足し）、別の令状（鑑定処分許可状）が必要ということになる⁸⁸⁾。

87) 本来の「鑑定」の意味（専門的知見に基づく報告）とは異なるが、むしろ「鑑定」とはより広く刑事手続上専門家の知識や技術を利用するためのもの（鈴木茂嗣「刑事訴訟法の基本問題」93頁〔成文堂・昭和63年6月〕）と位置付けることにより、かかる規範を導くことができる。

88) 川出①・前掲注（15）533頁も、かかる場合の下剤投与の措置につき、「独立した司法審査を必要とするだけの重大な権利侵害を伴う措置」（傍点筆者）としている。また、場所に対する搜索許可状の効力が対象物の隠匿妨害者の身体に及び得るにしても、着衣のまま外部から行う程度の行為に止められるべきと説かれるのは（島田・前掲注（68）234、酒巻④・前掲注（13）

前記「場所に対する搜索許可状によるその場に居合わせた者の身体の搜索の可否」を巡る三つのケースの結論の違いも、このような要保護性の概念を用いることにより説明が容易となる。

すなわち、搜索場所に居合わせた者（被処分者、被疑者、同居の家族、たまたま居合わせた第三者であるかを問わない。）の身体については、身体に係わる利益（身体の自由・プライバシー、名誉感情等）が全体として「場所に対する搜索許可状」とは「別の令状等で独立して保護に値する重要な権利利益」に該当するので、単に目的物確保の必要性との事情だけでは、同許可状の効力が及ぶとはいえず、付随的処分としてその身体を搜索することは原則としてできない。仮に、従前から被疑事実と関連する証拠品を身体・着衣内に携帯していた場合でも同様である。搜索に関係してこれを妨害するために証拠品を携帯したのではない以上、要保護性を低下させる事情も認められないからである。

ところが、妨害者が、搜索実施の際、その場所にあった搜索目的物を身体内に隠匿した場合、本来別の令状で独立して保護されるべきはずの身体という領域内に、場所の搜索許可状の効力が及んでいる目的物を自ら持ち込んだ以上、身体の利益（人身の自由・プライバシー等）の要保護性が大幅に低下するとの評価を受けざるを得ず、身体の探索ないし搜索を受忍すべきことになる。これは、令状の効力が及ぶべき「場所が拡張」したとの見方は妥当ではない。そうではなく、いわば同許可状の持つ強力な推進力の潮流のなかに、（本来独立して保護されるはずであった）「身体」を曝した以上、その推進力の影響を遮断できず、従前のような別の令状による保護をもはや主張できなくなった、ということに過ぎない（なお、身体に係る利益について要保護性が全て失われるわけではない。上記事態でも「身体の安全・健康」や「性的

117頁）、刑訴法が身体を対象とする場合には一般の検証許可状とは別に身体検査令状を設けていること（法218条1項第2文）、及び、身柄拘束中の被疑者に対する付随的処分としての身体検査等につき「被疑者を裸にしない限り」との限界を設けていること（法218条3項）などにかんがみ、「捜査のために裸にされることはないとの権利」が個人の尊厳の観点から「別の令状（身体検査令状）によって独立して保護されるべき重要な権利」であるとの考慮があると思われる。

羞恥心（裸にされない権利）」という法益がなお独立して保護されるべきことは変わらない。)

そして、前記有力説が採用するところである、＜目的物の投げ込み・携帯しての逃げ込みにかかわらず「無関係の第三者の庭・住居」に対しては強制的立入りを許容できない＞との結論も、妨害に関与していない第三者たる住居主がもつ住居に対する法益につきその要保護性が低下するいわれもない以上、やはり付随的処分の消極的要件を満たし同処分としては許容されないと説明することが可能である（もっとも、後記のとおり、一律にかかる結論を採ることは筆者には異論がある。)

このような私見における、要保護性に関する判断枠組みに関し、留意していただきたい点が二点ある。

まず、一点目として「要保護性の低下」とは「権利の重要性の低下（低い性質の権利への変容）」あるいは「権利侵害の程度の軽減」を意味するものではないという点である。先の妨害者が「強制処分の推進力の潮流に身体を曝した」との比喩的表現から、妨害者の判断による身体の利益の放棄ないしその侵害の受忍があったとみているわけではない。もし、そうならば、「重要な権利利益の侵害がない」として、むしろ「強制処分」該当性の否定との評価になるはずである⁸⁹⁾。しかし、第三者からの逮捕行為の妨害を阻止すべく、警察官数名でその妨害者を羽交い締めにして身動きとれなくさせる行為

89) 被撮影者が、街頭で公然と行動している場合、自ら自分の行動を他人の目に曝しているので、住居の中にいる場合などと比較してプライバシーを正当な期待ないし主張できないとされるが（井上正仁「強制捜査と任意捜査」[新版]14頁〔有斐閣・平成26年12月〕）、これは、街頭と住居内とでは、そもそも、被侵害法益が、承諾なくみだりに容ぼう等を撮影されない自由（最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁参照）のみか、さらに「住居の平穩」ないしは「私的領域に侵入されることのない権利」（憲法35条。最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁参照）をも包含する重要な権利まで含むかという、まさしく権利自体の重要性・性質の違いが基礎となっている。これに対し、本文の「要保護性」の概念は、「侵害される権利利益自体の重要性」と同義ではなく、ある強制処分との関係で「別の令状等で独立して保護されるべき（あるいはどの程度保護されるべき）権利利益なのか」という評価概念である（つまり、要保護性の低下とは、「別の令状等で独立して保護されるべき」「重要な権利利益」のうち後者の「重要な権利利益」該当性ではなく前者の「別の令状等で独立して保護されるべき」との点に係わるものである。)

は、それ単体で評価すれば、身体的自由という重要な法益を実質的に侵害する強制処分にはかならない。繰り返しになるが、妨害状況にかんがみ、その身体的自由・権利が別の令状（逮捕状等）で独立して保護すべきものとは評価できなくなったことを意味するに過ぎない。

二点目は、「要保護性」と「帰責性」との関係である。確かに、ある強制処分に対し、第三者が妨害行為（又は本人が抵抗行為）に出たということは、一面ではその者の帰責性の高さを意味し、他方で、前記のとおりその権利・利益の「要保護性」が大幅に低下する。しかし、例えば、捜索の妨害者が隙をみて善意の（妨害の意図のない）第三者のポケットや鞆に対象物を隠匿したとする。当該第三者には帰責事由はない（したがって、その着衣や所持品にかかる法益の要保護性が大幅に低下することもなく、直ちに別の令状によって独立して保護されるべきものではなくなったとも言い難い）。しかし、隠匿を現認した警察官から、引き留められて質問を受けたり場合によっては所持品検査を受けることもやむことを得ないであろう。その意味で、捜索の付随的効力の影響力が帰責事由のない第三者にも及ぶ（第三者の身体・所持品に対する権利の要保護性が若干なりとも低下する）と言わざるを得ない（先の赤軍派大菩薩峠事件・東京高判昭和53年において、被逮捕者以外の者らに対する措置が正当化されたのは、その者らが「同じ過激派に属したという帰責事由があるから」というわけではないであろう）。このように、「帰責性」だけが「要保護性」の低下をもたらすものではないことに留意を要する⁹⁰⁾。

90) かつて「場所に対する捜索許可状によりその場に居合わせた者の身体の捜索の可否」問題に関し、甲斐検事が、長沼教授との対談で、捜索の範囲を検討するに際し、「対象物の追求」と「妨害の排除」との二つの考え方を提示していたこと（長沼＝甲斐・前掲注（85）63頁〔甲斐発言〕）が改めて注目される。その上で、甲斐検事は、前者の考え方に親和的な態度を表明され（長沼＝甲斐・前掲注（85）63頁〔甲斐発言〕）、妨害者が第三者のバッグに目的物を忍ばせたケースについても、第三者が善意の故に捜索の範囲外とすることには躊躇を覚えるとされる（長沼＝甲斐・前掲注（85）60頁〔甲斐発言〕）。これに対し、長沼教授は、前記のとおり、むしろ妨害排除的な考え方（帰責事由に着目）を重視されていた（長沼＝甲斐・前掲注（85）63頁〔長沼発言〕）。私見は、捜索の効力が及ぶ範囲に関しては、「妨害の排除」（帰責性）の観点ではなく、強制処分が対象（物・者）に対して有する、目的達成のための推進力がどこまで、またどの程度及ぶのかとの視点（甲斐検事の指摘する「対象物の追求」との考え方と同様と思われる）

2 付随的処分の許容性要件②——「実質的侵害の有無」の判断（「強制処分」該当性判断）

次に、強制処分目的達成のために間接に必要となる措置が、それ自体で評価すれば強制処分に至っていない場合には、強制処分法定主義による規制や令状主義の統制に置かれるわけではないので、目的達成のため必要である限り、付随的処分として一応の許容の余地を認めた上で、最終的な適法性は、比例原則の適用に委ねることができる。

この付随的処分の許容性（付随性）に関する消極的要件の一要素としての「強制処分」該当性については、法197条1項但書に関する解釈論をそのまま妥当させてよいであろう。ここでは最高裁昭和51年決定（最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁）の判例理論として、もはや通説といっても過言ではない、いわゆる重要利益侵害説を前提に論を進める。同説は、およそ何らかの権利や利益の制約があれば直ちに強制処分となるのではなく、法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う場合にはじめて、強制処分となるものである⁹¹⁾（もちろん、「相手方の明示または黙示の意思に反すること」も要件となる⁹²⁾）。その理由は、現行刑訴法が強制処分に関して設けた要件・手続の厳格さや、原則として令状主義の統制に置かれるとの法的効果の重さにかんがみてのことである⁹³⁾。

同説は、基準として「重要な権利・利益」の「実質的侵害」を挙げること

が基礎とされるべきと考えるものである。

なお、同じく、この「対象物の追求ないし追跡」の観点を重視する見解として、原田和往「捜索の範囲」田口守一ら編「判例演習刑事訴訟法」64頁、65頁（成文堂・平成16年9月）、渡辺直行「令状主義・強制処分法定主義と捜索・差押・強制採尿に関する若干の考察」修道法学30巻2号・通巻59号88頁、89頁（平成20年2月）参照。

91) 井上・前掲注(89)12頁

92) 井上・前掲注(89)11頁

93) 井上・前掲注(89)12頁、大澤裕「強制処分と任意処分の限界」井上正仁＝大澤裕＝川出敏裕編「刑事訴訟法判例百選〔第10版〕」5頁（平成29年4月）

で侵害される権利・利益の「質」と侵害の「程度」の双方⁹⁴⁾を指標とするものと解される。

ところで、判例における「強制処分」該当性の判断はかなり厳格で、強制処分として認められる範囲は相当限定されたものと評価されている⁹⁵⁾。

判例における「強制処分」該当性判断の問題はそれ自体重要かつ大きな問題であるので、ここでは簡潔に述べるに止めるが、まず、平成6年判例自体、自動車のエンジンキーを取り上げるなどして運転を阻止した上、任意同行を求めて約6時間半以上にわたり職務質問の現場に留め置いたことにつき、違法と判断しつつも、その違法は、具体的状況の下で任意捜査として相当と認められる限度を逸脱したに過ぎず、前記昭和51年決定の基準に照らし、「強制の処分」に当たらないとの判断であったと解されている⁹⁶⁾。

また、行政警察活動の分野に関するものではあるが、周知のとおり、判例(最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁)は、警職法上の職務質問に伴う所持品検査の適法性に関し、所持人の承諾のない所持品検査であっても、「捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り」許容される場合があるとして、対象者が携行中の所持品であるポーリングバッグの施錠されていないチャックを開披し内部を一瞥した行為を適法であるとした。次いで、判例(最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁)は、同じく職務質問に伴う所持品検査の適法性に関し、先の基準を適用した上で、警察官が、対象者のポケット等の外から触ったところ、その上衣左側内ポケットに「刃物ではないが何か堅い物」が存在することを把握し、同ポケット内にその承諾なく手を入れて取り出した行為につき、「プライバシー侵害の程度の高い行為」であるとしつつも、捜索とまでは断定せず「その態様において捜索に類するもの」との評価に留めたことなども、前記強制処分判断の厳格性の例として挙げら

94) 井上・前掲注(89)12頁の注19)参照

95) 酒巻匡「刑事手続における任意手段の規律について」法学論叢162巻1=6号94頁(平成20年3月)

96) 中谷・前掲注(16)186頁

れよう⁹⁷⁾。

これらの判例で問題となった対象者の権利・利益は、人身の自由・行動の自由、あるいは着衣・所持品のプライバシーであり、憲法33条、35条が保障する重要な権利・利益であることは明らかであり、かつその自由・利益が何らかの意味で制約されていることも否定できないものの、強制処分性が否定されたとの見方もあり得るのは、その侵害の程度が「実質的侵害」に至っていないと評価されたと解し得る。かねてから、強制処分法定主義と令状主義の保障範囲の関係については難しい問題があるとされるものの、少なくとも、憲法33条、35条が保障する権利・利益の侵害又は制約に関しては、刑事訴訟法がこれらを原則令状要求によって保護しようとしていることにかんがみ、それらの権利・自由が典型的な強制処分である逮捕、搜索、差押等に匹敵する^{98) 99)}と評価されるほどの「実質的侵害」に至って強制処分と判断されるとの思考過程があるといつてよいと思われる¹⁰⁰⁾。

97) 金谷利廣「所持品検査の限界」新関雅夫ら著「増補 令状基本問題（下）」298頁（一粒社・平成8年6月）も、「最高裁判例のいう搜索の概念は相当狭いものであろうと解される」旨指摘する。また、下級審裁判例において、留め置き of 適法性が争われた事例で、二分論に立つもの（前掲注（28）の東京高判平成21年及び同22年）も、相当時間における行動の自由の制約があっても「強制処分」に該当するものとはみていない。

98) 「逮捕等に匹敵」とは、権利・利益の侵害が当該強制処分の想定する下限に達した段階で肯定でき、上限も含めて「匹敵」といえなければならない、というわけではない。例えば、逮捕（広義）は、最大48時間の身柄拘束が可能であるが、留め置きによる行動の自由の制約が48時間に達しなければ「逮捕に匹敵」と評価できないわけではない。

99) 任意捜査に相当するものであっても、政策的に新しい特別規定を設けて規制することはあり得るが、それによって「典型的な強制処分である逮捕、搜索、差押等に匹敵する」との基準が動くものではない。例えば、GPS 捜査につき、最高裁判例（最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁）を受け、仮に、同捜査を規制する新しい根拠規定（例えば「GPS 捜査令状」等）が設けられ、従来の基準からすれば任意処分に相当する部分を含めて GPS 端末の秘匿装着を伴う捜査手段全体を包括する、新しい「強制処分」として立法されたとしても、従来からの「尾行捜査」における任意処分・強制処分の区別ラインが動くべきものではない。

100) 香城・前掲注（3）153頁も、憲法の令状主義の対象と法律上の強制処分との関係に関する論述であるが、「逮捕又は侵入・搜索・押収のいずれにも達しない程度の行為は、憲法上、必ずしも常に特別の根拠規定を要するものとは考えられていない」と指摘する。また、米国憲法の規定振りに比し、令状主義をより厳格な形で規定するわが憲法の下では「搜索」への該当性基準がある程度高くなるのは止むを得ないところがあるかもしれないとの指摘もある（井上正仁「宅配梱包物のエックス線検査」「強制捜査と任意捜査〔新版〕」433頁〔有斐閣・平成26年12月〕）。

そもそも、令状主義の統制に置かれるという法的効果の重さ等を考慮して、前記重要利益侵害説の判断枠組みが導かれるならば、基準の要素である「実質的侵害」についても、令状主義に統制の対象である逮捕、搜索、差押等との比定において判断することも合理的といえよう。当然、このような見解に対しては、学説から異論もあり得ようが¹⁰¹⁾、判例・下級審裁判例の分析からこのような見方も可能であり、また、理論的根拠を見出す余地があるならば、前記のような考え方を採ることしたい。

そうだとすると、必ずしも対象者の承諾がなくとも、さらにはその意思に反したものであったとしても、「逮捕に至らない程度の留め置き行為」があり得ると同様に、「搜索に至らない程度の身体の探索的行為」「搜索又は強制に至っていない限定的な住居等への立入り」というものを観念することもできよう¹⁰²⁾。

もっとも、注意すべき点がある。このような行為が「法益侵害の程度」を考慮して強制処分に当たらないと判断されても、具体的状況の下で緊急的必要性が欠如するなどとして比例原則により違法とされることがあり、かかる場合には、捜査官としては、同じ程度の処分を実現しようと思えば、結局は、疎明資料を整えて、逮捕状、搜索許可状等の発付を得るほかはない。一時的な留め置き令状、限定的な立入許可状なるものは存在しないからである。しかし、だからといって、このような行為が、(令状なしにはできない故に)遑って令状主義の統制を受けるべき逮捕行為、搜索行為に匹敵するものであ

101) そもそも、前記平成6年判例の処理に対しても、同決定が説示するとおり、法律上の根拠なしに人の「移動の自由を長時間にわたり奪った」という人身の自由の侵害・制約があったとするならば、それがなぜ、憲法33条違反・違法な「強制処分」と評価されないのか、との批判がなされている(酒巻①・前掲注(13)167頁)。また、法益侵害の程度・その重要性に関する最高裁の一連の判断が整合的に行なわれているかとの疑問も指摘されている(笹倉宏紀「宅配便内容物のエックス線検査と検証許可状の要否」ジュリスト1398号209頁(平成12年4月)、井上・前掲注(100)433頁、洲見・前掲注(10)192頁)。

102) 例外的許容説が述べるところの、強制採尿令状による連行開始後、被疑者が居宅内に逃走した場合、「追跡・身柄の取り押さえのためだけの立入り」を例外的に許容するとの趣旨が、その立入りが未だ「搜索又は強制に至っていない」ことを理由に許容するものであれば理論的根拠を見出すことができ、私見においても支持できる。

ったとみなされるわけではないし、また、令状なしに行った場合の違法の程度が、(形式的には令状主義違反ではあるものの)直ちに令状主義の精神を没却するほどの重大な違法との評価を受けることにはならない、ということに留意を要する。

そこで、いよいよ「強制採尿令状による住居への立入可否」問題に、前記で述べた「要保護性」「実質的侵害」との視点を加味した付随的効力説を適用してみたい¹⁰³⁾。

五 「強制採尿令状による住居への立入可否」問題への具体的適用

本件札幌地裁判決・同高裁判決(及び前記例外的許容説)が、前提とするように、被疑者の連行を開始した(令状実施に着手した)かどうかで事例を

103) 本論に入る前に、この見解を、前提問題である、強制採尿令状の付随的効力として採尿場所への強制連行が許されるのかの問題にも適用しておく。連行否定説が指摘する問題点は、①強制連行は、人の身体・行動の自由を剥奪・侵害するので、本体的処分(尿の搜索・差押えの処分)とは別個固有の法益侵害であること(酒卷④・前掲注(13)151頁)、②強制連行は「逮捕」にはかならないところ、搜索許可状は嫌疑等の逮捕の実体的要件が緩和されていることにかんがみ、強制採尿令状が「逮捕」を予定したものとはいえない(菅原・前掲注(7)88頁、浅田・前掲注(7)179頁)との点であった。しかし、私見においては、前記①②の点は分けることなく、連行が採尿令状の付随的処分として許容されるかどうかは、それが、「別の令状(逮捕状等)で独立して保護されるべき重要な権利・利益を実質的に侵害するもの」との消極的要件を充足しないとイえるかどうか、を問うことになる。

従来、前記①②の批判に対し、肯定説からは、「採尿場所に連れていくのに必要ながざりで身体を自由を奪う処分は、刑法にいう逮捕に該当しない」(川出②・前掲注(15)185頁)との説明がなされる。私見において、この(強制連行が)「刑法にいう逮捕に該当しない」ことを敷衍すると、<1> 通常、手錠等の拘束具も用いられることなく、「最寄りの」採尿場所への一時的な移動・拘束であるので、被疑者の意に反したものであっても、その身体・行動の自由について逮捕に匹敵するほどの「実質的侵害」に至っていないこと、<2> 被疑者が抵抗したり逃げ出したりすれば、実質逮捕に相当するよう有形力・強制力が行使されることもあるが、被疑者の抵抗等の状況にかんがみその身体に係る利益の「要保護性」が低下し、「別の令状(逮捕状等)で独立して保護するに値する」重要な権利利益ではなくなったといえること、<3> そうであっても、逮捕状・勾留状等の法規定にかんがみ、施設収容を伴う、あるいは長時間の身柄拘束を伴う処分は、それらの別の令状によらなければならないとの限界はあるものの、採尿令状による連行はそこまでの身柄拘束に至るものではないこと、の3点を意味することになる。

分けて検討する。

1 連行開始後の立入り

(1) 被疑者・妨害者方への立入り

まず、被疑者に強制採尿令状を呈示の上、適法に連行を開始した後、被疑者が逃走し、自宅に逃げ込んだケースから検討する。

このケースの場合は、捜査官は、被疑者を追跡して被疑者宅に強制的に立ち入り、また同敷地（庭等の圍繞地）だけでなく家屋内に立ち入って同人を捜索することができる と解する。理由は以下のとおり。

令状呈示した後は、捜査官は、同令状の付随的効力により、必要に応じ被疑者を採尿場所に連行するとの強制力を行使することが許されるが、被疑者側からみれば、連行に応じるとの受忍義務を負うということの意味する¹⁰⁴⁾。本来、住居は、強制採尿令状の本来的目的との関係で効力の範囲外であり、かつ、その住居の平穩・プライバシー等の利益は他の令状等により保護されるべき重要な権利であることは間違いない。しかしながら、法益享有者である被疑者自ら、前記受忍義務を負う自己の身体を住居の領域に持ち込んだ以上、もはや従前のような要保護性のある権利とは主張できず、強制採尿令状の付随的効力の影響を受けざるを得ないのであって、したがって、捜査官は、被疑者の身柄確保の必要性がある限り、被疑者住居内（室内であっても）に追跡して立ち入ることが許容され、さらに、しばしその行方を見失った場合には探索的な行為（単体でみれば捜索と評価を受ける行為）も可能というべきである。

もちろん、住居にかかる付随的効力が及ぶとしても、比例原則による規律を受けるので、その立ち入り・捜索は必要かつ相当なものでなければならない。もっとも、このようなケースの場合、被疑者が居宅に逃げ込むことまで事前に想定できなかったことから、かかる予想外の事態を受け、追跡のための立入りを行う緊急的必要性があると認められるので、残る問題は、有形力

104) 古田・前掲注(1)19頁参照

行使や探索が必要最小限度のものであったかどうかなどが、適法性判断にとって重要となると思われる。

以上ことは、逃げ込んだ先の住居が、連行の妨害者居宅であっても同様に妥当し、したがって、妨害者宅の敷地や室内に必要かつ相当な範囲での立ち入りないし搜索が可能といえる。

例えば、被疑者の仲間が、被疑者が連行されるのを知るや、その身柄を奪って自宅に連れて帰ったり、あるいは連行から逃走している被疑者に対し、自宅に匿うために同人を招き入れたりした場合である。住居は、本来強制採尿令状の効力の範囲外であったとはいえ、このような状況では、要保護性が欠けることは、被疑者自宅の場合と変わりがないといえよう。

確かに、第三者の居宅が逃走経路に近く存在することはかなり偶然のことと思われ、第三者がこのような態様で強制採尿令状の実施を妨害しようとする事態が実際の程度発生するか疑問もあり、実益に乏しい議論であるかのようにも思える。しかしながら、強制採尿令状の実施から免れようとする被疑者に対し、「住居」ではなく「自動車」を提供する者ならば決して希有な存在ではない。

覚せい剤捜査現場においては、職務質問を端緒とし、「尿の任意提出の懲遷」「現場での留め置き」「強制採尿令状請求」「同実施」へと段階的に進む例が多いところ、被疑者も、これに種々の対抗策をとること、例えば、弁護士に連絡し臨場してもらい弁護士とともに現場から離れること¹⁰⁵⁾、あるいは急病と称して救急車を呼び病院に搬送してもらうこと¹⁰⁶⁾のほか、いわゆる「奪還者」と称される仲間達が被疑者と意を通じて、警察官の留め置きや追跡に立ちはだかったり、あるいは、自動車で現場に乗り付けて被疑者を乗せて逃走を図ろうとする例¹⁰⁷⁾もある。

105) 東京高判平成27年10月8日判タ1424号168頁。この事案では、職務質問を受けた被疑者が、臨場した弁護士とともにタクシーで現場を離れている（それを警察官らが追跡している。）。

106) 大阪地判平成29年3月24日判時2364号126頁

107) 前記注(106)大阪地判平成29年。この事案では、搬送された病院に、奪還者（「奪還者」とは検察官の主張による。判決によると「被疑者の仲間」で「被疑者の逃走を助けようとしてい

逃走する被疑者が、自分の車両に逃げ込んだ場合、もし、身柄と車両の管理権が同一との見解に立つ¹⁰⁸⁾のであれば、車両に対する令状がなくとも、強制採尿令状の付随的効力として、同車両の発進・走行を阻止した上で、強制的に同車内に立ち入り被疑者を連行できると解される。

これに対し、当該車両が、第三者の管理権に服するものであれば、一般的には、その車両に対し捜索を行ったりその他強制力を及ぼすには別の令状を要すると言わざるを得ない（もっとも、事前に車両を特定してこれに対する令状を別途用意しておくことはほとんど不可能であろう。）¹⁰⁹⁾。

しかしながら、奪還者が、強制採尿令状による連行から逃げようとしている被疑者に自分の運転する車両に招き入れた場合には、かかる車両の管理権はもはや別の令状で保護されるべき重要な権利とはいえないので（要保護性に欠け）、強制採尿令状の付随的効力により、車両の発進・走行阻止のみな

ると思われる者」と表現されている。)のものと思われる車両2台が登場し、被疑者はこれらの車両に乗り込もうとしていた。

- 108) 一般には、自動車は「独立した場所的空間」として「場所に対する捜索許可状」の効力が及ばないのではないかが議論され、及ぶとする積極説（小林充「自動車を捜索場所とする捜索処分」平野龍一ら編「実例法学全集 続刑事訴訟法」60頁（青林書院・昭和55年2月）（＝小林①という。）、同「自動車に対する捜索令状の発付及びその執行に当たっての留意すべき点」新関雅夫ほか著「増補 令状基本問題（下）」228頁〔一粒社・平成8年6月〕（＝小林②という。))と及ばないとする消極説（岐阜地判昭和59年3月26日1116号114頁）が対立している。前者の見解に立てば、少なくとも被疑者が乗車する同人管理の自動車については身柄と同一の管理権に服するとの結論になると思われる。
- 109) 東京高判平成20年9月25日東高時報刑事59巻1＝12号83頁は、尿の提出を拒み自らに立て籠もっている被疑者に対し、身体検査令状と強制採尿令状が発付され、警察官は、車両の窓ガラスに貼り付けるようにして令状呈示したものの、被疑者が車外に出ようとしなかったことから、ガラスクラッシャーでその窓ガラスを割りドアを開けたとの事案であるが、判決では、現場における留め置き適法性に焦点が当てられ、かかる車両に対する措置の適否に関する判示はない。しかし、住居立入問題に関し消極説に立つ石田准教授は、同判決につき「仮に住居と自動車とを同視しうるとすれば、上記両令状の効力として、このような処分まで許容されるのかは、検討の余地もあろう。」旨、本稿と問題意識を同じくする重要な指摘をされている（石田・前掲注（10）61頁）。もっとも、同事案は、被疑者車両であるので、「被疑者の身体」と管理権を同じくするものとの見解に立つのであれば、立て籠もりと令状呈示の前後関係を問わず、令状の強制力を車両に及ぼすことは可能と考えられる。ところが、第三者の車両に立て籠もる場合は、このような管理権の同一性による処理はできないことは本文で述べたとおりである。

らず、被疑者連行のための車両への強制的な立入りも可能と解される¹¹⁰⁾ ¹¹¹⁾。

(2) 無関係の第三者方への立入り

次に、被疑者が、被疑者とも事件とも関係のない全くの第三者方に逃げ込んだ場合はどうか¹¹²⁾。

一般に、消極説では、当然のように警察官が追跡して立ち入ることは違法とされている。しかし、現実の事例を想定すると違法視されないことが通常であろう。被疑者が、令状実施から逃れるため、付近の見知らぬ居宅に逃げ込めば、それ自体、刑法上、住居侵入・建造物侵入行為（刑法130条）であり、現認した警察官は、直ちに現行犯逮捕（法212条）に着手し、後記のとおり、逮捕の効力として第三者の居宅に立ち入ることができる（さらに、令状なくして被疑者の捜索もできる〔法220条1項1号、3項〕。）。また、所定の要件があれば、警職法5条、6条1項に基づき居宅に立ち入ることもできよう（ただし、両規定とも要件がかなり厳格である。）。また、このような逮捕権や警職法上の権限行使として構成せずとも、通常、住居主にとっては、見知らぬ

110) 前記注(105)東京高判平成27年では、警察官が、強制採尿令状が現場に到着する前に、被疑者と弁護士が乗車中のタクシーにつきパトカー3台で取り囲むなどして発進を阻止した行為が任意捜査の限界を超えているとして違法とされている。また、前記注(106)大阪地判平成29年では、警察官が、強制採尿令状が現場に到着する前に、被疑者が奪還者と思われる車両に乗り込むのを阻止すべく被疑者に対し有形力を行使したこと、被疑者が乗った車両に警察官も乗り込んだ行為などが違法とされている。しかし、後者の大阪地判平成29年の事例で、仮に、少なくとも、強制採尿令状の実施段階に入っていたのであれば、本文に述べたとおりの見解によって、第三者（奪還者）の車両に対する警察官の乗り込み行為についても適法と評価する余地はあったであろう。

111) 実務上、このような奪還者を犯人隠避罪（刑法103条）で検挙するとの対抗策もあり得よう。しかし、だからといって、実体法上の犯罪の成否とは別に、手続法の問題として、令状（強制処分）の効力問題を考察する意義が減じることにはならない。古田・前掲注(1)19頁も、逮捕に対する第三者による妨害を排除できるかとの点につき、妨害者を公務執行妨害罪で逮捕等することにより対応できるのではないかとの考えに対し、刑訴法上妨害が排除できるかどうかとは関係がないと指摘している。

112) 第三者が事件とは関係がなくとも被疑者方で同居する者である場合には、前記「(1)被疑者方への立入り」のケースとなる。同一の家屋に複数の者が同居する場合、令状により、あるいは逮捕に伴う無令状捜索として、うち一人の者を被処分者とする捜索が正当化される場合には他の者の管理権・プライバシー等が併せて侵害されるのもやむを得ないことと同じである。

人物である被疑者が立ち入ってくれば警察官に退去させてもらいたいと思うであろうから、住居主の推定的承諾があったとの考えにより警察官の立入りを正当化することもできる。

ところが、第三者が、被疑者と一定の関係のある者であり、被疑者の立入りは承諾（あるいは推定的に承諾）しても、警察官の立入りは承諾しない、あるいは、その立入りが住居主の合理的に推認される意思に反している場合もあろう（本件札幌地裁・高裁判決の住居主乙女がまさしくそうであった。）。

この場合、住居主は、自宅への被疑者の逃げ込みを積極的に援助したわけではない以上、先の妨害者のように、その住居に関する権利につき要保護性が大幅に低下したとみるべき事情はない。もちろん、被疑者の立入りが住居主の意思に反したともいえない以上、被疑者の行為を犯罪と捉えて前記のような被疑者の逮捕及びそれに伴う搜索（法220条1項1号、3項）もできない。

しかし、管理者の意思に反した「立入り」が即「搜索」というわけではない。その立入りが、それ自体としてみたとき、強制処分（「搜索」又は「強制」）に至っているかどうかは、立入りを拒む管理者の意思の程度、立入形態、場所の状況、探索の程度、強制力の有無等を考慮し、その管理権・プライバシーが搜索等に匹敵するほど「実質的に侵害」されているかによる。例えば、施錠されていない門扉を開けて、玄関までの通路、庭などの屋外に居て姿を見失っていない被疑者を追いかけ身柄確保する程度の行為（あるいは、集合住宅の共用部分に逃走する被疑者に続いて立ち入る程度の行為）¹¹³⁾ であれ

113) これに対し、大阪高判平成30年8月30日（LEX / DB25561266）は、強制採尿令状の請求手続移行後・同令状発付前の段階で、被疑者居住のマンションに無施錠の入口ドアから被疑者に続いてその共用部分に、被疑者や管理人の承諾なく警察官らが立ち入った事例において、共用部分につき「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」と評価し、同部分への立入りは令状なくしては許されない強制処分であると判示している。しかし、集合住宅の共用部分について一律にそのような評価が妥当するとまではいえないであろう。本文中で述べた事情に加え、当該共用部分につき、入口の門扉・施錠の有無、管理人の有無、住人の数、住人の利用形態等をも考慮すべきである。この裁判例で問題となった建物は、共同住宅とはいえ風呂やトイレまで共用部分にあり、共用部分が実質的には居住者の住居と認められる場所であったとの特徴を有していたこと（白井美香「覚せい剤取締法違反事件における尿の押収に至る間の警察官の行為について、任意捜査として許容されず、令状主義を没却する重

ば、「搜索」「強制」とまではいえないと思われる（これに対し、鍵を開錠して〔あるいは窓を損壊して〕屋内に立ち入ること、あるいは居室内をくまなく探索することは、「搜索」に当たり、原則どおり、別の令状を要しよう。）。

このように管理者の承諾がなくとも、警察官の当該立入りが、搜索に至らない限定的なものである限り、管理者の承諾がなく（、かつ前記のような要保護性の大幅な低下との事情がなく）とも、強制採尿令状の付随的処分として許容できる余地があり、最終的に適法となるかどうかは、比例原則の適用による。権利侵害の程度に関する前記事情のほか、立入方法の相当性、余分・過剰な法益侵害の有無、財産的損害の有無等の必要最小限度性に関する事情も相当性の考慮事情とされよう。

2 連行開始前の立入り

以上に対し、被疑者が、強制採尿令状呈示前から被疑者宅や第三者宅（本件札幌地裁・高裁のケースである。）に居た場合、連行後の逃げ込みと異なる点は、まず、その居宅への在所は、（被疑者宅であっても）令状実施の妨害と評価されるものでない所以要保護性が大幅に低下するとの事情がない、ということである（場所に対する搜索許可状の実施の際、被処分者等が、搜索開始以前から着衣内に証拠品を携帯していても搜索の妨害とはいえないことと同じである。）。

しかし、警察官が、令状呈示のために敷地・玄関土間あるいは集合住宅の共用部分に平穏な態様で立ち入ることは、それ自体強制処分に匹敵するとまでいえないので、強制採尿令状の付随的処分として許容できる余地がある。もっとも、比例原則の適用を受けるので、原則として、まずはインターホンや呼びかけにより居住者（集合住宅ならば管理人）の承諾を求めるべきであり、これに被疑者が答えず、また正当な理由無く拒んだ場合（あるいは集合住宅の管理人が不在の場合）に限って、前記平穏で限定的な立入りが許され

大な違法があると判断された事例〔大阪高等裁判所平成30年8月30日判決・裁判所ウェブサイト〕警察学論集71巻12号188頁〔平成30年12月〕にも留意を要する。

ることになろう。

これに対し、住居主等の承諾なく、鍵を開錠する、あるいは室内まで上がることは、「捜索」に至るとの評価もありえようし（このような場合には、別の令状を要する。）、比例原則の下でも相当性を欠くといえよう。被疑者が、その自宅ないし第三者方に在所していることが予想される場合には、強制採尿令状と併せて、立入りのための令状¹¹⁴⁾も請求しておくことが可能であり、令状請求の暇が無い連行中の逃げ込みのケースと異なり、そもそも住居に立ち入ることの緊急的必要性がなかったというほかはないからである。

被疑者が、居宅玄関前におり、令状を持参してきた警察官が近づいてくるのを見るや居室内に逃げ込んだ場合はどうか。令状の効力は、呈示前に一切生じないわけではなく、令状呈示に先立って捜索差押の実効性確保のための一定の措置が認められること¹¹⁵⁾にかんがみ、周りに居た他の警察官がかかる逃げ込みを制止することができよう。また、連行後の逃げ込みと同様に実質的に要保護性が低下するとはいえるので、追跡して被疑者方に立ち入ることも許容される余地がある。もっとも、そもそも被疑者が自宅付近に居り、住居への逃げ込みも予想されたのであれば、あらかじめ被疑者方に対する令状も取得できたはずとの理由で、立入りの緊急的必要性がないと評価され、

114) 被疑者探索のための限定的な立入許可状というものには存在しないが、被疑者が当該住居に存在する蓋然性を疎明した上で、強制採尿令状と併せて、当該住居を捜索場所とする捜索許可状を別途取得することになろう（内田・前掲注（6）44頁）。取得すべき令状については、「私的駐車場に駐車中の自動車」を捜索する場合において、その駐車場への立入権限をどのように捜査官に付与するのか、という問題における議論が参考となる（小林②・前掲注（108）230頁、虎井寧夫「令状審査・事実認定・量刑－刑事裁判官の思索と実践」78頁〔日本評論社・平成25年9月〕参照）。第三者の住居への立入りが予想される場合には、法益享有者が異なるので、前記のとおり捜索許可状の別途取得が適切であるが、被疑者が自宅に居ると予想される場合には、法益享有者が同一であるので、強制採尿令状1本で、すなわち、「捜索すべき場所、身体又は物」欄を「〇〇市〇〇区・番・号被疑者方に所在する被疑者の身体」とする令状（「差し押さえるべき物」欄には当然「被疑者の尿」となる。）によることも考えられよう。

115) 前掲注（45）の最決平成14年10月4日刑集56巻8号507頁など。その意味で、令状呈示ではなく、令状が発付されていることが、程度問題があるにせよ、その効力が及ぶことの源泉となっているといえる（植村立郎「判例と捜査手法の適正化」山口厚ら編「西田典之先生献呈論文集」553頁〔有斐閣・平成29年3月〕参照）。

比例原則の下で相当性を欠くことになる。

3 本件札幌地裁・高裁判決の事案への適用

では、本件札幌地裁・高裁判決の事案に、以上述べた見解を適用し、改めてその判断の可否を検討する。

強制採尿令状の付随的処分の限界という本稿のテーマにかんがみ、同令状発付以後のこと、すなわち、警察官Fが令状呈示のため、被疑者甲が在所している乙の居宅玄関に立ち入った行為（前記傍線②）、令状呈示を受けた甲が室内に逃げ込んだため、それを警察官らが追跡し居間まで上がり込んだ行為（前記傍線③）、連行の際に、有形力を行使し、被疑者の抵抗もあって、乙居宅の壁等に損壊を与えたこと（前記傍線④⑤）、につき検討する。

まず、②の令状呈示のための立入行為にあっては、確かに住居主乙の承諾はない。しかし、その立入態様（鍵を無断で開錠したわけではないこと）、立入先が玄関付近にとどまっていることなどから、平穏かつ限定的な立入りであり、令状の付随的処分として許容できると解される。乙の承諾を求めるならば、甲に会って乙に電話をかけてもらうほかはないことを考えると、乙の承諾徴求の手順がなかったことはさほど問題ではないのではないかと。したがって、②の立入行為まで、本件札幌地裁・高裁判決が違法としたのは賛成できない。

しかし、③の居間までの立入行為については、違法とされたことはやむを得ないであろう。令状呈示により発動した強制採尿令状の効力を受ける被疑者甲が家屋内に逃げ込んだ以上、その領域内にもその影響力が一定程度及ぶとはいっても、乙が自ら招いたものではなくその住居に関する権利につき要保護性の大幅な低下もない上（したがって、別の令状を要する。）、比例原則との関係でも、そもそも本件では事前の立入りに関する令状請求が可能であった以上、緊急的必要性に乏しく、屋内への立ち入りによる住居に係るプライバシー侵害の程度も高いことを考慮すれば、相当性を欠くと言わざるを得ないからである。

④の甲に対し有形力を行使した行為について、本件札幌地裁判決・高裁判決がともに、比例原則の下で必要最小限度の措置であったかどうかとの観点でその違法性の有無を判断したこと自体には異論はない（もっとも、地裁判決は、許容限度を超えていると判断し、高裁判決は、許容の範囲内としており、判断結果は分かれている。）。ただし、両判決とも、⑤の乙方居宅の損壊についてどのように位置付けているのか必ずしも明瞭ではない。私見では、一定限度で警察官による乙方への滞在が適法視できる余地がある以上、乙の財産権も要保護性が（大幅ではないにせよ）若干低下し令状の効力による影響を受けることから、損壊（財産的損害）が生じたことが即違法と評価されるものではないが、少なくとも、比例原則の適用において、違法方向で働く事情の一つとして考慮されるべきであったと考える¹¹⁶⁾。

4 従来の消極説、例外的許容説の検討

以上の述べたとおり、「強制採尿令状による住居への立入可否」問題については、判例理論である付随的効力説を前提としつつ、裁判実務家から連行後においては例外的に許容できるとの見解（例外的許容説）が提唱され、(傍論においてではあるが) 同見解を採用する本件札幌地裁・高裁判決も登場した。しかし、その理論的根拠が不明との批判もあったところ、付随的効力説の下、当該措置が「別の令状等で独立して保護しようとする重要な法益の実質的侵害」があったかどうかを付随的処分の消極的要件とするとの整理を行うことにより、強制採尿令状による住居の立入・捜索につき、全面的ではないにせよ、限定的に許容できる見解（許容の余地を認めるとの点で例外的許

116) 違法の程度について付言する。仮に、本件札幌地裁・高裁判決の立場（③の居間までの立入行為だけでなく、②の玄関の立入行為以後の滞在が違法）を前提とすると、当該立入を適法に実施するためには乙方を対象とする別の令状が必要であったというべきであるので、かかる違法は形式的には令状主義違反である。しかし、強制採尿令状の効力の及ぶ被疑者甲の身体が乙の住居内にある以上、その令状の影響力が及び住居に関する乙の権利の要保護性が若干なりとも低下することは否定できないことから、法規からの逸脱や法益侵害の程度の観点からも令状主義の精神を没却するような重大な違法ではなかったと解される。したがって、違法の重大性を否定した両判決の判断は支持できる。

容説と軌を一にするが、従来の消極説の部分的修正にとどまらないとの点で異なるので、ここでは例外的許容説と区別し「限定積極説」と呼称する。)が導かれることを論じてきた。

ここで消極説の論拠を改めて検討するに、まず、第一の論拠であったところの、「強制採尿令状により許容される強制連行と住居への立入措置とを比較して法益侵害が異質・別個であること」であるが、かかる「権利・利益の異質性」そのものは決定的な事情ではないこと、加えて、「侵害の別個性」も不変の堅い事情ではなく、別の令状で保護されるべき法益も状況によってはその要保護性の大幅な低下が認められるべきことから、これらの法益侵害の「異質性・別個性」から一律に許容の余地を否定するのは妥当ではないことは、既に論じてきたとおりである。

では、もう一つの論拠であるところの、捜索という処分には、逮捕におけるような「法220条1項1号、3項」(被疑者発見のための捜索)に相当する規定が欠如するとの点はどうか。

これが消極説の論拠となることの論理構造は、おそらく、逮捕において、対象者である被疑者が住居等にいる場合にはその所在探索・発見のために捜索が必要であることから、逮捕着手にとって必要な処分ではあるものの、重要な権利である住居に係る管理権・プライバシーを実質的に侵害することにかんがみ、一般的な付随的効力として行うことができず、そこで、刑訴法は、法220条1項1号、3項を設けて、逮捕者たる捜査官に特別に権限を付与したと解するのであろう。つまり、法111条の「必要な処分」が確認規定であることと異なり、法220条1項1号、3項は権限創設規定であると解することになる¹¹⁷⁾。これを住居主側からみれば、住居に関して捜索を受けない権利は、逮捕の付随的効力との関係でも、別の令状によって独立して保護されるべき重要な権利であり、法は、逮捕着手のための住居の捜索を逮捕の付随的処分とはみていないと解される。かかる法の趣旨にかんがみれば、強制採尿令状(捜索差押許可状)の実施との関係でも、同様に、住居に対する捜索

117) 香城・前掲注(3)218頁、219頁

は別の令状を要する、そうでなければ、法的根拠もなく法220条1項1号、3項に相当する行為を許容するものであり、強制処分法定主義に反することとなる、というものではないか¹¹⁸⁾。

しかし、そもそも、通説は、法220条1項1号、3項の解釈論として、逮捕着手後、逃走した被疑者を追跡して人の住居等に立ち入る行為は、同号の「搜索」としてではなく、逮捕の効力としてできると解している¹¹⁹⁾。すなわち、法220条1項1号、3項とは別に、強制処分（逮捕）の効力として住居への立入権限を容認しているのである。そうであれば、強制採尿令状の実施中、逃走した被疑者を追跡して住居に立ち入ることも、同令状の効力として可能と解することにつき、法220条1項1号、3項の存在が障害となるはずがない。

あるいは、法220条1項1号、3項の欠如に着目する見解は、そもそも同条項が憲法35条1項の「第33条の場合を除いては」との文言を受けた規定であって、憲法35条が定める令状主義の例外として、無令状による住居等の搜索権限については逮捕等の身柄拘束処分のみ認められているとの立論を前提としているのかもしれない。

しかし、問題の所在は、適法な令状（又は強制処分）の存在を前提にその令状等の付随的効力の範囲はどこまで及ぶのかにあるのであって、「(第33条の場合を除いては)」の文言が、かかる付随的効力による住居等の搜索を逮捕等以外の処分については一切否定する趣旨であるとまでは解されない。例えば、身体に対する搜索を受けない権利も、場所に対する搜索許可状とは別個に保護されるべきことは、現在の学説も、ほぼ異論もなく承認しているところであり、にもかかわらず、現在の通説的見解は、付随的効力説の下、(私見のように要保護性との概念を用いるかどうかはともかく) 妨害排除のため

118) 川出①・前掲注(15) 532頁が説明する、強制採尿令状による住居の立入りを消極とする見解の論理も、同趣旨と思われる。また、石田・前掲注(10) 61頁も、消極説に立たなければ、強制採尿令状は、刑訴法220条1項1号等をも準用する万能令状たる法的性質を帯びることになる旨指摘する。

119) 伊藤栄樹＝河上和雄・伊藤栄樹ら編「新版注刑刑事訴訟法」3巻215頁(立花書房・平成8年7月)、池上＝河村・前掲注(66) 573頁、多田辰也・後藤昭ら編「新・コンメンタール刑事訴訟法(第3版)」560頁(日本評論社・平成30年7月)

の特別な事情があるときには、別の令状無くしての実施も許容している（したがって、また、憲法35条に反するとは解されてはいない）。つまり、専門家の手によらないで身体内への侵襲を受けない権利は鑑定処分許可状の存在規定から絶対のものと言い得ても、身体について搜索を受けない権利は、必ずしもそうではないということになる。そうであれば、住居について搜索を受けない権利もまた同様に解することは可能であろう。結局、搜索差押に、法220条1項1号、3項に相当する規定がないことは、逮捕の場合と異なり、強制採尿令状により、その付随的効力として、処分着手前に被疑者探索のため一般的に住居の搜索ができるとまではいえないことを意味するに過ぎず、処分着手後において、前記のような特別な事情（妨害排除等）があるときまで、令状ないし強制処分の付随的効力として住居への立入り等を否定する論拠とはならないというべきである。

加えて、消極説の理由として、新たに、強制採尿令状の実施に当たり第三者の住居に立ち入ることにつき、強制連行そのものに比して類型的な必要性があるとは言い難く、それ故に令状裁判官の審査の対象となっていないことも指摘されている¹²⁰⁾。しかしながら、「第三者による逮捕行為の妨害を排除する措置」や「妨害者（隠匿者）の身体に対する搜索」もまた異例な事態でありそのような類型的必要性など想定し難く、令状裁判官が具体的にその当否を審査しているわけではない。しかし、そもそも（逮捕・搜索を問わず）具体的な措置までは令状審査の対象となっていない種々の妨害排除措置がなお付随的処分として許容され得ることは繰り返し述べたところであり、このような具体的な審査の欠如が住居への立入りについて消極説を導く論拠足り得ないこともまた明白である¹²¹⁾。

以上述べたとおり、「強制採尿令状による住居への立入」問題につき、消

120) 内田・前掲注(6)43頁。また、本件札幌高裁判決の判示(カ、の理由)部分も同旨。

121) 採尿場所への強制連行においてはその特殊性(具体的な必要性が当然予想されること)から具体的な審査が義務付けられることの議論を、そのまま住居への立入りなど他の一般的な付随的処分に妥当させるのは適切ではないことも既に述べたとおりである。

極説の論拠を考慮したとしても、なお付随的効力説・限定積極説を採用できるというべきであり、かかる見解によって、「住居への立入」事案だけでなく、奪還者が被疑者の逃走のため「車両」を提供する事案にあっても、捜査機関において適切な対応措置を採り得ることの理論的根拠を示すことができよう。