

内視鏡を用いて大腸内の異物を強制採取する処分の許容性**【文献種別】** 判決／千葉地方裁判所**【裁判年月日】** 令和2年3月31日**【事件番号】** 平成30年(わ)第1801号、平成31年(わ)第102号、令和2年(わ)第197号**【事件名】** 住居侵入、傷害被告事件**【裁判結果】** 一部有罪、一部無罪**【参照法令】** 憲法13条・31条・35条、刑事訴訟法218条・225条**【掲載誌】** 判タ1479号241頁

◆ LEX/DB 文献番号 25568414

立命館大学教授 **瀧野貴生****事実の概要**

被告人は、平成30年10月18日、住宅敷地内に侵入したところ、入浴中の女性に気付かれて逃走し、被告人を追跡してきた家人を殴るなどして負傷させる住居侵入、傷害事件の嫌疑で現行犯逮捕された。その際、被告人は、マイクロSDカードが挿入されていないビデオカメラを所持していたため、警察官は、被告人がマイクロSDカード(以下、「本件異物」という)を嚥下したことおよび、同カードに盗撮画像が保存されている可能性を疑った。

そこで警察官は、被告人の体腔内の検査および体腔内の異物の採取をするため、同年10月20日、同月22日、同年11月1日、同月7日にそれぞれ、搜索差押許可状、身体検査令状あるいは鑑定処分許可状(医師をして医学的に相当な方法によることを条件とするもの)の発付を受け、被告人を病院に連行したうえで、医師から処方された下剤を被告人に服用させ、あるいは浣腸を実施して排せつ状況を監視し、排せつ物についての搜索を行ったが、いずれの回も、排せつ物から本件異物は発見されなかった。

検察官は、平成30年11月8日、本件異物を採取しないまま、被告人を起訴した。起訴後も警察官は引き続き、搜索差押許可状および鑑定処分許可状の発付を受け、同令状に基づきE医師は同月19日に被告人のCT検査を行った結果、異物が腸内をほとんど移動していないことが分かった。そこで、E医師は、肛門から内視鏡を挿入して本件異物を取り出すことを警察官に示唆した。ただし、

医療上、緊急的に摘出する必要を示すまでの事情はうかがえなかった。

警察官は、E医師の示唆を受け、内視鏡を肛門に挿入して本件異物を取り出すため、搜索差押令状、鑑定処分許可状および身体検査令状(医師をして医学的に相当な方法によることを条件とするもの)の発付を受け、同年11月28日、E医師が、被告人に鎮静剤を投与したうえで、内視鏡の管を肛門から80センチメートルほど挿入し、およそ40分間かけて、本件異物を鉗子で引き出して回収した。

弁護人は、内視鏡を挿入して腸内からマイクロSDカードを取り出した捜査は許されない強制処分であるとして、同カードおよび同カード内のデータに基づいて収集した証拠について違法収集証拠として排除すべきであると主張したのに対し、裁判所は、本件異物の強制採取に重大違法があることを認め、本件異物関係証拠の証拠調べ請求を却下した(令和元年10月29日付決定。以下、「本決定」という)。

判決・決定の要旨

本決定は、本件異物の強制採取の法的問題点と許容性の判断方法について、以下のように判示した。「内視鏡による異物の強制採取は、対象者の身体に対する大きな負担や侵襲行為を伴うものである。すなわち、あらかじめ下剤を服用させるなどして胃腸等の内容物を空にするという前処置による身体的負担も相当大きい。加えて、体内から排せつ物などが漏出するのを防ぐために通常は閉

じている肛門に、本来とは逆方向に直径1センチメートルを超える太さの管を挿入し、その管を屈曲させながらS状結腸、下行結腸、横行結腸、上行結腸など相当の長さにとわり、数十分間かけて挿入するものであり、腸管等を損傷すれば重大な危険が生じ得るものである（以下「内視鏡による手技のリスク」という。）。尿道にカテーテルを挿入する強制採尿に比して体内への侵襲やリスクの程度は相当大きい。……。同決定〔強制採尿に関する最決昭55・10・23〕は『屈辱感等の精神的打撃は、検証の方法としての身体検査においても同程度の場合がありうる』と判示するが、後者は体表から観察可能な肛門や膣内の検証を想定していると解されるので、やはり前提とする身体侵襲の程度は、内視鏡による異物の強制採取の方がはるかに大きい。かなりの太さ・長さの管を長時間にとわり肛門に入れられた状態が続く点で、屈辱感等の精神的打撃も大きい。」

「以上を踏まえ、昭和55年決定の趣旨にも鑑みると、本件異物の強制採取の令状審査に当たっては、本件で実施される内視鏡による異物の強制採取の具体的手技の内容やこれによる偶発症等の危険性、被告人の身体への侵襲の程度、これに伴う精神的負担を踏まえて、当該強制処分がそもそも許されるかを検討し、その上で、最高裁指摘の諸事情に照らして、捜査上真にやむを得ないと認められるかを慎重に判断すべきである。」

そのうえで本決定は、本件事案における令状審査の過程について以下のように認定した。「本件異物の強制採取に係る令状請求を担当した警察官は、……令状請求に当たり、その手技のリスクなどについて裁判官にこれを伝えていない。そして、強制採尿がカテーテルにより実施されることは実務上共通した理解ができており、（強制）採血も日常的な健康診断の機会などにおいて実施されるありふれた手技であり、その内容も裁判官にとって明らかであるのと異なり、大腸の内視鏡検査は、社会生活において通常経験する機会は多くなく、内視鏡による手技のリスクについての共通の理解も醸成されているとはいえないから、この点に関する請求者の疎明がなければ、裁判官が令状審査に当たって、検討する前提事情が欠けている」。

以上を踏まえて、本決定は、「本件異物の強制採取に係る本件各令状は、強制処分として許容できるかに関する疎明資料を欠いていてその実質的

な審査を欠き、かつ、最高裁指摘の諸事情に照らして犯罪捜査上真にやむを得ないとは認められないまま発付されたものと認められる」ので、本件異物の強制採取には重大違法があると評価し、本件異物関連証拠を排除した。

その結果、本判決は、証拠が排除された公訴事実については犯罪の証明がないとして被告人に対して無罪を言い渡した（証拠排除されなかった公訴事実については有罪）。

判例の解説

一 許容性

体内に存在する証拠物を収集する捜査手法として、実務上、頻繁に使われているものに強制採尿がある。周知のとおり、強制採尿について、判例は、「身体上ないし健康上格別の障害をもたらす危険性は比較的乏しく」、「被疑者に与える屈辱感等の精神的打撃は、検証の方法としての身体検査においても同程度の場合がありうる」¹⁾という理由付けをして、憲法上、許容されると判断した（以下、「強制採尿判例」という）。類似する捜査態様について判例がお墨付きを与えている場合、爾後の裁判官が、体内に所在する証拠物を取り出す点で共通の性質を有しているから、判例の論理を応用できるとの思考に陥る可能性は、現実には相当ありうる。現に、本件の令状審査を行った裁判官は、「医師をして医学的に相当な方法によること」を条件として、令状を発付している。しかしながら、本決定は、「昭和55年決定は、強制採尿の特質に照らして許されると判示したにすぎないとみるべきであって、強制採尿と異なる方法での体腔内の異物捜索をすることの可否が問題となる場合には、個々の手法が持つ身体の安全等に対し及ぼす影響、屈辱感、精神的打撃等の程度などをも踏まえ慎重な検討を要するべきである」と判示し、強制採尿判例に安易に乗っかることを諒としなかった。本決定の判断は極めて正当である。なぜなら、本決定が正しく事実認定しているように、本事案の捜査手法は、肛門を強制的に露出させ、肛門から腸内に相当程度長く、カテーテルよりも太い管を挿入するもので挿入時間も相当に長時間にわたるという点で、強制採尿とは異質の屈辱感や精神的打撃を対象者に与える可能性が高い行為であるとともに、下剤による前処理の点も含めて、身体

的負担も強制採尿のレベルを超える可能性が少なくないからである。

もともと強制採尿に対しても、捜査手法として導入された当初から、人間の尊厳を冒す手法であって憲法上許されないとする主張も強く、判例が許容性を宣言した後も、学説上、最高裁の判断の妥当性に疑問が根強く出されている²⁾。つまり、強制採尿について仮に判例の判断を受け入れるとしても、合憲と違憲との境界線上に位置していることは否定しがたい。そうだとすると、強制採尿以上に、身体的にも精神的にも打撃が大きいことが強く懸念される内視鏡による肛門および腸内への侵襲は、判例を前提としても、人間の尊厳を冒す行為として憲法上、許容されないという判断に至ることは十分ありうる。強制採尿判例を安易に流用してよい事案ではないのである。

本決定は、疎明資料を欠く状態で令状を発付したのは実質的な令状審査を欠いているという点と本件異物が証拠として必要不可欠とはいえないので必要性を欠くという点を理由に本件証拠収集を違法と結論づけ、内視鏡による異物の強制採取がそもそも憲法上、許容されるかという点には踏み込まなかった。しかし、強制採尿判例を流用することを踏みとどまった慎重な態度自体が、本件捜査手法の合憲性に対して、本決定が、相当強い疑念を有していることを窺わせる証左といえよう。それゆえ、本決定について、合憲性を前提とした判断と読み解くことは、厳に慎むべきである。

と同時に、本件で令状を発付した令状裁判官の判断は、強制採尿判例自体の問題点を改めて浮き彫りにさせたといえる。もともと検証としての身体検査は、体腔の検査にわたることがありうるといっても、それは侵害の上限を示したものに過ぎない。身体検査が常態として体腔の検査を含むわけではない。一方、強制採尿は、行為の態様として、体内への侵襲を必然的に伴う。そもそも、常態事例を正当化するために、想定上の上限事例と比較するのが適切な判断方法といえるか、疑問がある。しかも、尿道・膀胱への侵入は体腔にとどまらないから、精神的打撃が同程度と評価することが適切かという点にも疑問がある³⁾。実際、判例は、「同程度の場合がありうる」としか述べていない。刑訴法で許されている捜査手法の上限を少しはみ出すだけだからという理由で許容したとたんに、強制採尿レベルの侵襲が常態になり、今度は、強制

採尿が基準点となって、そこから少しはみ出すだけだからという理由で、内視鏡による異物の強制採取が許容される。このような論法を許していると、開腹手術をして取り出すこともいずれ許容されかねない。その結果、刑訴法が当初に予定していた許容限界をはるかに超えて、無限に弛緩していくことになる。強制採尿判例は、このような危うさを本質的にはらんでいることを直視すべきである。

二 令状の種類と強制処分法定主義

仮に、内視鏡による異物の強制採取が憲法上、許容されるという前提に立ったとしても、現行法のもとで、実施可能かどうかは別途問題となる。

この点、強制採尿においても、同じ論点をめぐって種々議論が交わされた。もともと、一般には、刑訴法は、身体に対する検査を捜索としての身体捜索、検証としての身体検査、鑑定としての身体検査に区分しているという理解に基づき、身体捜索は、差し押さえるべき物の捜索の一環であるから、着衣のまま外部から行うものに限られ、検証としての身体検査は、容貌、体格、痕跡などを観察・認識するためのものであるから、許される限界は、全裸にして体表ないし体腔を調べるところまでであり、鑑定としての身体検査は、特別の知識経験に基づく専門家が行うこと、また鑑定の概念が資料の検査を含むことから、体内に侵入し、体液等を採用することもできると体系化して各区分の限界が論じられてきた。そして、「その区別と体系化の趣旨は、さまざまな対物的強制処分について、その方法（権利侵害の態様）に注目してそれぞれ裁判官の特別な司法的統制に服させること⁴⁾にあったのだから、上記区分に基づいて、強制採尿に適した令状があるかどうかを検討することには、十分すぎるほど根拠があったといえる。実際に、学説は、以上の理解を前提に、主として、行為の性質に照らして鑑定処分許可状によるべきだが、囑託鑑定においては直接強制が許されないので、現行法上、強制採尿を正当化できる令状は存在しないという見解⁵⁾と鑑定処分許可状と検証としての身体検査令状を併用することで、処分の性質に適合した令状審査を担保しつつ、身体検査令状で直接強制を根拠づけることができると解するもの⁶⁾との間で論争を繰り返してきた。また、強制採尿判例が捜索差押令状説で正当化した

後も、判例の解決方法を批判する論調は消えていない。

本件では、搜索差押令状、身体検査令状、鑑定処分許可状の3令状を併用するという方法が選択されたが、強制採尿をめぐる提起され続けてきた問題点は、内視鏡による異物の強制採取においても解消されていないといえよう。

三 条件付令状発付の可否

さらに、仮に判例が強制採尿において「条件付令状」という手法を用いたことを認めるとしても、本件で同様の手法が認められるという結論にはならないように思われる。問題点は2つある。

第1に、本件でも付された「医学的に相当な」という文言の条件では、そこに含まれる内容についての令状裁判官の認識と執行に当たる警察官や医療者の認識とが一致しない可能性があるという点である。

強制採尿においては、採尿の具体的方法がカテーテルを尿道に挿入して膀胱から尿を取り出すという方式の一択であることが、医療側にも裁判官側にも共通認識として共有されている。したがって、そこで付される「医学的に相当な方法」がカテーテルの挿入以外の方法を意味するとはだれも考えていない。つまり、裁判官の審査内容と実際の執行内容とが齟齬することは皆無であるといえる。

ところが、腸内に所在する異物の採取は、実際の捜査で稀にしか遭遇しない事例であり、内視鏡による採取という方法は、一般的に認知されていないばかりか、方法として一択なのかどうかも分からない。現に、本件では、当初は、下剤の服用や下剤の浣腸などの方法を身体検査令状や鑑定処分許可状の発付を受けて試みており、それらの方法による採取に失敗したことから、内視鏡による採取に移行している。そうすると、本件の場合、令状審査の際に具体的な手技を詳細に説明しておかないとリスク評価を適切に行えないという本決定が指摘する問題にとどまらず、そもそも、裁判官が許可した内容についての認識と現場の捜査官や医療者が許可されたと認識する内容とが齟齬し、裁判官が許可した範囲を超えた手技を用いてしまう危険性を否定できない。本件では、令状裁判官は、内視鏡を使うことまでは認識して令状を発付したようだが、仮に、内視鏡による採取に手

間取ったときに、医療者が令状によって許可されていると誤解して、裁判官が想定していた許容時間を大幅を超えて採取の試みを継続したり、警察官の説得に押されるなどして、外科手術に切り替えても「医学的に相当な方法」に含まれていると誤解してしまう可能性を否定できないのである。

許可条件を細分化していけば、裁判官と現場の執行者との認識の不一致を防ぐことは可能ではあろう。しかし、そうすると、それぞれの事案で令状はオーダーメイド化せざるを得ない。これが第2の問題点である。代替手段として吐剤を用いるのか、下剤を用いるのか、何度失敗したことを内視鏡許可の条件にするのか、内視鏡挿入の上限時間をどのくらいに設定するのか等を令状裁判官が疎明資料に基づいて個別に設定する必要が出てくる。異物が体内のどの位置に存在するかによっても付される条件は変わりうる。このような令状の出し方は、「事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官により、多様な選択肢の中からの確な条件の選択が行われない限り是認できないような強制的処分を認めること」は、強制処分法定主義の趣旨に反する旨、判示する最高裁GPS捜査大法廷判決⁷⁾に抵触するものといわなければならない。

●—注

- 1) 最決昭55・10・23刑集34巻5号300頁。
- 2) 井上正仁『強制捜査と任意捜査(新版)』(有斐閣、2014年)104頁以下、小田中聡樹『ゼミナール刑事訴訟法(下)一演習編』(有斐閣、1988年)94頁、小早川義則『強制採尿の違憲性』(成文堂、2019年)11頁以下、高田昭正「判批」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕(2005年)67頁、島伸一「判批」刑事訴訟法判例百選〔第7版〕(1998年)65頁、大野正博「強制採尿」田口守一＝寺崎嘉博編『判例演習刑事訴訟法』(成文堂、2004年)93頁以下。
- 3) 鈴木茂嗣「採尿検査とプライバシー」法セ347号(1983年)103頁以下。
- 4) 高田・前掲注2)67頁。
- 5) 川崎英明「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕(2011年)67頁、松倉治代「判批」葛野尋之＝中川孝博＝瀨野貴生編『判例学習・刑事訴訟法〔第3版〕』(法律文化社、2021年)82頁。
- 6) 井上・前掲注2)131頁、酒巻匡「捜査手続(7)検証・鑑定・体液の採取」法教364号(2011年)80頁以下、安富潔「体液の採取(1)―強制採尿・強制採血」警論45巻11号(1992年)150頁。
- 7) 最大判平29・3・15刑集71巻3号13頁。