

強制処分にに基づく内視鏡によるマイクロ SD カード採取の適否

【文 献 種 別】 判決／東京高等裁判所
【裁判年月日】 令和 3 年 10 月 29 日
【事 件 番 号】 令和 2 年（う）第 806 号
【事 件 名】 住居侵入、傷害被告事件
【裁 判 結 果】 控訴棄却、確定
【参 照 法 令】 刑事訴訟法 197 条 1 項・198 条 1 項
【掲 載 誌】 判タ 1505 号 85 頁
◆ LEX/DB 文献番号 25594709

南山大学教授 岡田悦典

事実の概要

A は、4 件の住居侵入の事実、及び 1 件の傷害の事実で起訴された。このうち、4 件目の住居侵入（2018 年 10 月 18 日）の事実について、A は、B 方敷地内に侵入し、入浴中の家人に気付かれて逃走し、A を追跡した B の長男を殴るなどして負傷させた。このとき A は現行犯逮捕されたが、その際に、A は、マイクロ SD カードに映像が記録されるように設定されたビデオカメラを所持していた。しかし、マイクロ SD カードが挿入されておらず、現場や逮捕場所の付近を捜索しても、これを発見できなかった。そのため、警察官は、被告人が嘔下したと疑いを持った。

警察官は、未発見のマイクロ SD カードを証拠として確保する必要性が高いと判断し、同月 19 日に、A の体腔内の検査及び体腔内の異物を採取するため、搜索差押許可状、身体検査令状、鑑定処分許可状を請求し、これらの令状の発付を受けた。警察官は、同月 20 日に、A を C 病院に連行し、CT 検査が実施された。すると、A の大腸の下行結腸（肛門から約 50 センチメートルの部位）にマイクロ SD カード様の異物が認められた。警察官は、搜索差押許可状に基づき、A の排せつ物の捜索を行ったが、異物は発見されなかった。

警察官は、同月 21 日に、A に下剤を服用させて異物を排せつさせるため、身体検査令状と鑑定処分許可状の発付を新たに受け、同月 22 日以降、これらに基づき、医師から処方された下剤を A に服用させ、排せつ状況を監視し、排せつ物の捜索を行った。しかし、同月 26 日に至っても、異物は排せつされなかった。同日の CT 検査では、A

の大腸の S 状結腸（肛門から約 25～30 センチメートルの部位）に異物が認められた。しかし、同月 29 日頃に至っても A の排せつ物から異物は発見されなかった。

警察官は、同月 31 日に、搜索差押許可状、鑑定処分許可状の発付を受け、11 月 1 日、病院に A を連行し、下剤、浣腸を施した。CT 検査では盲腸部分に異物が確認された。その後、同月 7 日に同様に搜索差押許可状と鑑定処分許可状の発付を受けて A の排せつ物を捜索したが見つからず、CT 検査では盲腸部分に異物が確認されたものの、A は複数の下剤を服用し続けた。

検察官は同月 8 日に A を起訴し、同月 19 日に同様に搜索差押許可状と鑑定処分許可状の発付を受けて、同月 21 日に CT 検査をしたところ、盲腸の回盲弁付近に異物が確認された。医師はこのままだと炎症を起こす旨報告した。しかし A は、圧痛等を訴えることはなかった。

警察官は、警察内部及び担当検察官と相談の上、内視鏡による異物の強制採取を行うこととし、長期にわたって下剤を服用しても異物が排出されないことや医師の見解を疎明して、同月 26 日に内視鏡を肛門に挿入して異物を取り出すために、搜索差押許可状、鑑定処分許可状、身体検査令状を請求し、同日発付を受けた。搜索差押許可状には条件が付された。警察官は同月 27 日に、A に強制採取を行う旨を告げ、鎮静剤を投与させるとともに排便を確認し、CT 検査を行った。同月 28 日午後 2 時 6 分頃、A が半覚醒状態の下で、医師より肛門から内視鏡挿入が開始された。そして、肛門から 80 センチメートルほど挿入された後、午後 2 時 53 分頃、異物である SD カードが回収

された。

第一審裁判所は、SD カードを採取した強制処分は重大な違法があり、SD カードの証拠能力を排除するとともに、SD カードのデータによって作成された写真撮影報告書、その他の派生証拠を証拠排除する決定を下し（令和元年 10 月 29 日決定）、その後の派生証拠に関する証拠請求を却下した（令和元年 2 月 13 日）。そして、A に対して第一審は 3 つの住居侵入事件につき無罪を言い渡し、10 月 18 日の住居侵入及び傷害につき有罪とし、懲役 1 年 6 月、3 年間の執行猶予を判決した。

判決の要旨

控訴審は、当該強制処分を以下の理由づけによって違法、証拠排除に至るとした（控訴棄却）。

1 「内視鏡による異物の強制採取は、強制採尿よりも相当強度の身体への侵襲であると認められることなどに照らすと、これを強制処分として行うことができる場合があるとしても、身体への侵襲の程度等を十分踏まえた上で、昭和 55 年決定の諸事情に照らして、当該事案の具体的な状況の下で、犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められる場合」（高度の捜査上の必要性）がなければ許されない。「本件各令状の請求に当たっては、高度の捜査上の必要性の判断のために検討が必要な重要事項について必要な疎明がされておらず、担当裁判官において、これを踏まえた検討を行っておらず、本件各令状は、実質的な審査を欠き、高度の捜査上の必要性が認められないのに発付されたものと認められる」。

2 「内視鏡による異物の強制採取については、偶発症として生命に関わる重篤な事態が発生し得るものである上、対象者の同意がない場合のリスクを適切に見定めることは困難であって、鎮静剤を用いて対象者を半覚醒状態にすることを考慮しても、対象者の同意を得て、通常の医療行為として実施する場合と同視することはできない…」。「内視鏡による異物の強制採取について、強制採尿と対比して、屈辱感等の精神的打撃が大きい…」。

3 「…内視鏡による異物の強制採取は、強制採尿に比して身体への侵襲の度合いが相当強く、「…内視鏡による異物の強制採取については、これを強制処分として行うことができる場合がある

としても、高度の捜査上の必要性…が肯定できなければ許されない…。…内視鏡による異物の強制採取は、強制採尿とは質的に異なる身体への強度の侵襲とみるべきであるから、その具体的な基準はひとまず措くとしても、高度の捜査上の必要性は、程度としては強制採尿の場合よりも高度のものが求められるというべきである。」「…本件強制処分について、昭和 55 年決定の諸事情に即して検討しても、強制採尿よりも侵襲の度合いが強い内視鏡による異物の強制採取を許容できる程の高度の捜査上の必要性を認めることはできない」。

4 「担当裁判官において、令状の発付に当たり、検討が必要な重要事項を検討していないと認められる場合は、実質的な令状審査を経ていないと評価される…」。「…まず内視鏡による異物の強制採取が許容できるか否かが問題となるところ、昭和 55 年決定が、強制採尿が身体上ないし健康上格別の障害をもたらす危険性や、仮に障害が起きた場合の障害の程度のほか、強制採尿が被疑者に与える精神的打撃の程度を検討して、強制採尿が捜査手続上の強制処分として絶対に許されないとすべき理由はないとしていることに照らすと、内視鏡による異物の強制採取についても、少なくとも、これによる偶発症の発生のリスク、起こり得る偶発症の程度、そのほかの身体への侵襲の内容及び程度、更には精神的打撃の程度等を検討することが必要である…。また、このような検討を経て、仮に強制処分として実施する余地が否定されないと判断するとしても、昭和 55 年決定を踏まえた、その余の高度の捜査上の必要性に関する検討を要する…。…内視鏡による異物の強制採取は、強制採尿とは質的に異なる身体への侵襲を伴うものであり、その前例がなかったことに照らせば、内視鏡による異物の強制採取に係る令状審査に当たっては、相当慎重な検討を要する…。そうすると、実務における蓄積のある強制採尿令状の請求の場合には、裁判官には職務上明らかな事実であるとして、特段の疎明が必要とされない事項についても、内視鏡による異物の強制採取が問題となる本件各令状の請求に当たっては、その重要性によっては具体的な資料に基づく疎明と、これに基づく検討が必要な重要事項になる…。…本件強制採取において…鎮静剤の投与を含む前処置や、異物を採取する手技の具体的内容については、身体的な侵襲の内容及び程度、これに伴う精

神的打撃の程度等を評価する前提として、具体的な疎明資料に基づく検討が必要な重要事項であった…。また…高度の捜査上の必要性も、具体的な疎明資料に基づく検討が必要な重要事項に当たる…。その際、強制採尿の場合には、覚醒剤使用という事案の性質上、尿の鑑定書が決定的な証拠となることが明らかであるのに対し、本件強制処分においては、本件SDカードに保存されている可能性が想定される映像データの重要性が一義的に明らかとはいえず、本件対象事件に係る被疑事実について、本件各令状請求の時点までに収集されている他の証拠を併せた具体的な検討が必要であった…」。

判例の解説

一 問題の所在

本事案は、証拠上重要と捜査機関が判断しているマイクロSDカードをAが体内に飲み込んだと推測され、その異物を、強制処分によって、強制的に採取することができるのか、その是非が問われた裁判例である。過去に、強制採尿令状を創出させて、尿による強制採尿を許容した最決昭55・10・23¹⁾がある。しかしその後、体内の異物を強制採取することについては、これまで現実にはほとんど論じられてこなかった。そのような事案であるだけに、第一審においてもこの論点が扱われているものの²⁾、控訴審の論理と結論は、新たに注目されるものといえる。

二 嚥下物に対する強制処分の可能性

一般的に、人の身体に対する捜査は、体液をめぐってこれまで論じられてきた。刑事訴訟法では、体液に対する強制処分に関する規定は、個別には置かれておらず、解釈に委ねられてきた（なお、刑事訴訟法218条3項によって、身体拘束を受けている被疑者には、指紋、足型の採取と身体及び体重を測定することができる）。もちろん、身体に対する捜索と身に着けている物に対する差押えは予定されており（法219条1項）、身体検査と称する検証も予定されている（法218条1項、219条1項）。また、鑑定を身体に対して行うことも、予定されている（法168条1項、225条1項）。したがって、身体の外部的検査に対するものが捜索、そして身体内部に近づいていくほど、専門的知見が必要である

から鑑定としての身体検査に、中間的なものが、検証としての身体検査に相当するというのが、現行法の体系といえる。

通常、嚥下物に対する捜査については、例えば薬物を嚥下したような場合には「生命・身体に重大な影響が生じるため」、強制処分によって、実務上具体的には捜索差押許可状と鑑定処分許可状を併用されてきたとされる³⁾。ただし、その場合でも条件を付した上で、レントゲン検査、下剤（吐剤）の使用が想定されている⁴⁾。しかし、あくまでもこの程度のものであって、古くから、鑑定において、外科手術とみなされる処分は許されないと解されている⁵⁾。なお、いずれにせよ、捜索差押許可状と鑑定処分許可状との併用が一般的に説かれるのは、鑑定処分許可状のみだとすると条文上間接強制のみが捜査においては予定されているからである。すなわち、捜査段階の鑑定受託者の権限を規定する法225条1項は168条6項を準用するものの、139条の直接強制の規定を準用しておらず、また、裁判官による直接強制を規定する法172条を準用する規定も、鑑定受託者についてはない。したがって、172条の類推適用を認める説もかつてはあったものの、鑑定処分許可状のみだと直接強制ができないと今日では解されている。それゆえ、併用説が実務上通用している。

三 本判決の意義

このような中で、本判例は、検察側の主張に呼応したものではあるとはいえ、最決昭55・10・23との対比を意識しつつ、判例の解釈論を展開したものとして興味深いものがある。最高裁昭和55年決定は、強制採尿を認める基準として、①被疑事件の重大性、②嫌疑の存在、③当該証拠の重要性とその取得の必要性、④適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、⑤犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められる場合、最終的手段として、適切な法律上の手続を経て行うこととした。

このうち、本判例の特徴として、第1に、⑤の要件につき、さらに「高度の捜査上の必要性」として、このことは特に強制採尿よりも高度のものが求められると解釈した点を挙げることができる。また、第2に、令状審査の段階で、強制採尿とは異なり、強制採尿の場合には必要とされなかったことも重要事項だとして、偶発性の発生リスク、起こり得る偶発性の程度、身体侵襲の内容・

程度、精神的打撃の程度等を疎明すべきであると解釈した点を挙げることができる。つまり、強制採尿の許容要件よりも高い基準を設定し、かつ令状審査にも疎明の内容にリスク評価を加え、疎明不足に基づく違法判断をして、安易な強制処分を抑制させようとしたところに意義があるといえよう⁶⁾。そして、第一審の証拠決定及び判決における判断を概ね踏襲しているが、特に上記第1の解釈を明瞭にしたことに特徴がある。

もっとも本判例は、内視鏡による異物に対する強制処分の道を、完全に閉ざす議論を立てているわけではない。確かに可能性をゼロと断ずることは、法律論としては適切とはいえないのかもしれない。しかし、實際上、体内に飲み込んでしまったものを、強制的に外科手術、あるいは内視鏡の使用というそれに匹敵する処置を施すことは、最高裁昭和55年決定の基準からして、そもそも現実に想定することは難しいものと思われる。なぜなら、強制採尿の場合は、その是非について議論がある中で、尿道へのカテーテルを使用した侵襲という程度のものを、当該薬物犯罪の立証にとって取り得る重要な手段であるからという、極限的な場合についての判断であったと理解できるからである。したがって、判例は言及してはいるものの、本事案は強制採尿とはそもそも異質の事案であることは、強調されてしかるべきものであろう。

四 今後の課題

今後、マイクロSDカードのような媒体はより小型化し、簡単に体内に嚥下する事案が発生することは容易に想像できる。一方、最高裁は、憲法35条の規定する保障対象を「住居、書類及び所持品」に限らず、これに準ずる「私的領域に『侵入』されることのない権利」も含まれると解釈したばかりである⁷⁾。この権利は、人の位置情報だけではなく、生体に対する捜査に一層当てはまる重要な権利であるといえよう。生体に対する捜査には、最高裁の法理に即して厳密に検討すべき時期が到来している。

本事案では、マイクロSDカードの捜索に当たって、複数回、捜索差押許可状と身体検査令状、鑑定処分許可状の3つの令状を請求するとともに、場合によっては身体検査令状と鑑定処分許可状の併用を請求したり、捜索差押許可状と鑑定処分許可状の併用を請求したりと、繰り返し併用請求を

している。加えて内視鏡使用については、3つ令状を請求するに至っている。控訴審が令状請求の疎明の在り方について言及しているのは、安易な請求を戒めている意味合いもあろう。

しかし、そもそも捜索・差押え・検証・鑑定と強制処分を体系的に現行法は整えている。さらに、最高裁は併用説を採用せずに、あくまでも例外として条件付きの捜索差押許可状という強制採尿令状を創出させたという、判例の登場を40年ほど前に私たちは見たのである。しかし現行法では、令状の便宜的な併用自体が、法によって明確に許容されているわけではない⁸⁾。本判例はこの点について言及されていないが、事案は強制処分法定主義違反の疑いの強いものといえる。したがって、このような併用が許容されるべきか否かも、明瞭に論じられるべきであったと思われる。

●—注

- 1) 最決昭55・10・23刑集34巻5号300頁。
- 2) 千葉地判令2・3・31判タ1479号241頁。判例評釈として、黒澤睦「判批」法教489号(2021年)171頁、渕野貴生「判批」新・判例解説Watch29号(法セ増刊)(2021年)229頁、水野智幸「判批」刑ジャ69号(2021年)250頁がある。
- 3) 松尾浩也＝岩瀬徹編『事例刑事訴訟法Ⅰ—捜査—』(青林書院、2012年)250頁[丸山嘉代]。
- 4) 具体的には「レントゲン検査機器又は下剤(吐剤)の使用による体腔内の検査、異物の採取については、医師をして医学的に相当と認められる方法で行わせること」(捜索差押許可状)、「下剤(吐剤)の使用については、医学的に相当と認められる方法によること」(鑑定処分許可状)とされるという。松尾＝岩瀬編・前掲注3)250～251頁[丸山]。
- 5) 門馬良夫「身体検査の限界」判タ296号(1973年)409頁。松本一郎『事例式演習教室・刑事訴訟法』(勁草書房、1987年)34頁は「切開手術その他の外科的方法によることは許されない」とする。古くは、花井忠「身体の捜索と検査(2・完)」法学新報44巻9号(1934年)78頁は、ドイツの学説を引用しながら、「手術は許されない」と説明している。
- 6) この点について、緑大輔「令状請求時の違法と、その重大性の関係」刑弁108号(2021年)117～118頁参照。
- 7) 最大判平29・3・15刑集71巻3号13頁。
- 8) 最決昭55・10・23刑集34巻5号300頁は、強制採尿につき、身体検査令状と鑑定処分許可状の併用につき、そのあてはめで、「令状の種類及び形式の点については問題があるけれども」、要件を充足しているとしているのみである。