

「必要な処分」規定の必要性

星 周一郎

目 次

はじめに

- I 刑訴法 111 条の沿革
- II 必要な処分規定の意義に関する議論の嚆矢
- III 搜索・差押えに伴う写真撮影
- IV 強制採尿令状に基づく強制的連行
- V 場所を搜索対象とする令状での物・身体の搜索
- VI 必要な処分規定の「変容」
- VII 今後の議論の展開——むすびに代えて

はじめに

「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る」。刑事訴訟法（以下、「刑訴法」とする）111 条の定めるこの規定は、その文言の明確さに比して、その趣旨が明確であるとはいいがたいものである。搜索・差押え許可状等の令状執行は、「個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害する」¹⁾ことを認めるという裁判所の判断に基づくものであり、搜索場所や対象物の「錠をはずし、封を開くことは、令状に認められた効力の執行にすぎないようにも思われる。仮に、そのような見解を徹底するならば、111 条は何のために規定されているのか、その存在意義がどこに求められるのか、その理解が困難なも

1) 最大判平成 29 年 3 月 15 日（刑集 71 巻 3 号 13 頁）。

のとなる。現に、111 条の解釈をめぐっては、同一事象に関して下級審裁判例の判断が分かれる、といった状況もまみられてきた。

本稿では、この必要な処分を定めた 111 条の規定の意義を改めて確認することにしたい²⁾。その上で、今後の議論の展望について、若干の検討を試みることにする。

I 刑訴法 111 条の沿革

1 大正刑訴法 146 条

現在の刑訴法 111 条の規定は、大正 11（1922）年に制定された、いわゆる大正刑訴法（旧刑訴法）146 条をそのまま引きついだものである。

大正刑訴法 146 条は、「押収又は搜索に付ては鎖鑰又は封緘の開披其の他必要な処分を為すことを得押収物に付亦同じ」と規定していた。この規定を設けた理由について、大正刑訴法の理由書は、「押収及搜索を為すに当りては其の目的を達する為、鎖鑰、封緘の開披其の他種々の処分を必要とすることありて、一々之を列挙すること能はざるを以て著明なるものを例示し、広く必要な処分を為し得べき旨の規定を設けたり。又押収に因り裁判所の手に歸したる物、即ち押収物に付ても同様、必要の処分を要することあるべきを以て末段に規定を設け其の義務を明にす」と説明していた³⁾。

この規定が設けられる以前の、いわゆる明治刑訴法の時代には、法は、搜索の方法について一定の準則を設けることもなく、何らかの制限を定めるものでもないため、捜査機関において、搜索の目的に適應する手段を選択し、強制力を用いて、その手段を実施することができると一般に理解されていた。そして、その具体例として、家屋の搜索について、鍵を開けたり釘付けの部分を離解す

2) なお、検証に関しても「必要な処分」の規定（刑訴法 129 条）があるが、本稿では、検討対象には含めないことにする。

3) 法曹会編『刑事訴訟法案理由書』（1922 年）101 頁。

ることができ、物の搜索について、当該物の占有を一時奪うことができ、また、身体について、必要な限りで、いかなる部分も搜索でき、また必要な範囲では自由を奪うこともできると解するのが、当時の有力説であった⁴⁾。

大正刑訴法 146 条は、この有力説の見解をまさに体现した規定であると位置づけられることになる。もっとも、そこで例示されているような処分は、本体の処分権限に由来するものとして、当然許されているものと解されているものであった。すなわち、同条は、そのことの確認規定でしかなかったわけである⁵⁾。そして、当時の学説においても、この規定の趣旨に関する議論は、ほとんどなされていなかったようである⁶⁾。

2 現行刑訴法の制定に際しての議論

以上のように、111 条は、大正刑訴法 146 条を、ほぼそのまま引き継いだ規定であることは明らかであるが、現行刑訴法の制定過程においても、特段の議論はなされなかったようである⁷⁾。そして、戦後しばらくの学説においても、概して、この問題が意識的に論じられることは、ほとんどなかった⁸⁾。

4) 林頼三郎『刑事訴訟法論〔訂正再版〕』(1917 年)434 頁。

5) 井上正仁「強制採尿令状による採尿場所への強制連行」同『強制捜査と任意捜査〔新版〕』(2014 年)148 頁。

6) 当時の概説書等でも、規定の文言に基づいた一般的説明がなされるのみであるのが通例であった。小山松吉『刑事訴訟法提要上巻』(1925 年)177 頁、宮本英脩『刑事訴訟法大綱』(1936 年)247 頁など。

7) たとえば、現行刑訴法制定時における政府による提案理由書でも、特段の言及はなされていない。法務庁検察局総務課編『改正刑訴法提案理由書——附改正法律案主要改正点』(1948 年)25 頁参照。

8) 井上正治『全訂刑事訴訟法原論』(1952 年)144 頁、小野清一郎『刑事訴訟法概論』(1954 年)128 頁、岸盛一『刑事訴訟法要義〔新版第 5 版〕』(1971 年)143 頁など。平場安治『改訂刑事訴訟法講義』(1954 年)308 頁では、押収物に対する必要な処分に関して、「証拠物・没収物であることを確認し、又それとして利用するにはこの程度の処分は必要であるとの見地から認められたものである」とする見解が示されているが、当時としては、こういった程度の問題意識しか持たれていなかった（なお、

このような大正刑訴法時代からの議論状況を前提とするならば、111 条は、搜索・差押えに関して新たな権限を認めるといった趣旨の規定ではなく、搜索・差押えそのものとはいえない処分を、搜索・差押えに付随して行うことができることを確認する規定にすぎないことになる⁹⁾。そして現行規定制定当時の学説においても、そういった理解を前提に、そこに格別の問題は生じない、という認識であったことが推測される。

II 必要な処分規定の意義に関する議論の嚆矢

1 必要な処分の許容性をめぐる初期の議論

しかしながら、戦後ほどなく、現実の実務的な対処への必要性から、111 条の規定の意義をめぐる議論が、いくつか生ずるようになる。その 1 つが、「錠をはずす」「封を開く」等の必要な処分にあたるとしても、無制限に行うことはできず、限界が認められるはずであるとする方向での議論である¹⁰⁾。

東京地判昭和 29 年 4 月 24 日（下民集 5 巻 4 号 530 頁）は、222 条の準用する 111 条の定める処分をするにあたっては、「搜索を受ける者に最も損害の少ない方法を選ぶべきは当然である」とする。そして、そのためには、搜索を受ける者において鍵を渡す等損害を回避するに足る協力をする必要とする場合が多いが、そのような協力が得られないときは、捜査機関は実力を以て搜索の目的を達するに必要な処分をするほかなく、「搜索の認められる公益上の理由、権利行使の範囲、立会人の態度、被害を生ぜしめた原因及び方法、その被害程度等を彼是考察して」適法な処分であるか否かを決すべきであるとした。

差押許可状の執行に関して、同書 305 頁では、特段のコメントは示されていない。

9) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法第 2 巻〔第 2 版〕』（2010 年）394 頁〔渡辺咲子〕。

10) 比較的初期の論稿として、涌井紀夫「搜索・差押許可状の執行方法」判例タイムズ 296 号（1973 年）406 頁など。

また、東京地判昭和 44 年 12 月 16 日 (下民集 20 卷 11=12 号 913 頁)は、「法の認める強制処分であっても、その強制力の行使の方法は無制限のものではなく、その処分の目的を達するために必要な最少限度に限られるべきことは、財産権を保障する憲法の原則に照して疑いのないところである」としたうえで、前記処分をするにあたり、「施錠された物件があった場合にはまず鍵の提供を受けてこれを開錠するなど執行を受ける者の最も損害の少い方法によってこれなすべきである。鍵の保管者がこの提供を拒否し、または鍵の提供をまっぴがしては執行の目的を達し得ないような緊急の事情がある場合は格別、このような合理的な理由が認められない限り、これを破壊して執行することは許されない」として、鍵の提供を求める時間的余裕は十分にあり、また鍵の提供を受けさえすれば錠を破壊するより執行が容易であったにもかかわらず、金庫の錠などを破壊した行為は、111 条 1 項の要件を逸脱した違法な行為であるとして、損害賠償責任を認めた。

これらは、要するに、いわゆる捜査比例の原則の観点から、111 条の意義を論じたものといえる。搜索にとって必要性さえ認められれば、いかなる法益侵害の手段もとるわけではないことは、当然のことではある。それゆえ、ここで論じられている問題は、必要な処分に関する規定にとって固有のものであるとはいえない。

2 必要な処分の適用範囲をめぐる議論

(1) 必要な処分の許される範囲という視点

これとは別に、昭和 40 年代以降、必要な処分規定の意義や射程 (適用範囲) について検討を迫る議論が登場することとなる。

たとえば、東京高判昭和 45 年 10 月 21 日 (高刑集 23 卷 4 号 749 頁)は、捜索差押許可状に基づき押収したフィルムを現像したことの適否に関連して、必要な処分の意義を「押収の目的を達するため合理的に必要な範囲内の処分を指すものであって、必ずしもその態様を問わないもの」とする。その上で、犯行

を証明する重要な証拠物として証明の用に供するためには、「本件の場合未現像のままでは意味がなく、そのフィルムがいかなる対象を写したものであるかが明らかにされることによって初めて証拠としての効用を発揮する」との認識のもと、「司法警察員として、果たして右が真に本件犯行と関係ある証拠物であるかどうかを確かめ、かつ裁判所において直ちに証拠として使用しうる状態に置くために、本件フィルムを現像して、その影像を明かにしたことは、当該押収物の性質上、これに対する『必要な処分』であった」とし、撮影済みのフィルムを現像することについて、新たに検証許可状による必要はないとした。

(2) 「必要な処分」か「付随する処分」か

ただし、この判断に関しては、同判決もいうように、当該事案では、押収した未現像フィルムについては、それ自体に証拠価値があるわけではなく、現像した映像に意味があるものである。そういった場合には、111条にいう「必要な処分」ではなく、むしろ差押許可状の効力またはそれに付随する処分として構成することが、より自然なのではないかという疑問も生じうる。

その後、必要な処分の法的意義とその適用範囲をめぐる、いくつかの議論が生ずるようになる。以下で、主として捜索に伴う処分の意義をめぐる議論のいくつかについて、概観することにした。

Ⅲ 捜索・差押えに伴う写真撮影

1 捜索・差押えに伴う写真撮影の意義

捜査機関が捜索差押え許可状に基づき、人の住居等で捜索差押えをする際に、当該執行の現場において写真を撮影することは、実務上広く行われているとされている¹¹⁾。こういった撮影が許容されるか否かについては、これまで多くの

11) 大谷直人「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇平成2年度』（1994年）87頁など。

議論がなされてきた。

この問題に対する一連の下級審裁判例の嚆矢となった公刊物登載の事案と思われるのが、岐阜地決昭和 54 年 3 月 2 日 (体系警察判例要録補巻 85 頁)である。これは、搜索差押許可状の執行の際、令状の提示の状況から始まって搜索の対象となる室内等および搜索の状況、押収物の形状・状態を撮影したという事案に関して、「搜索、差押の際の写真撮影は、当該令状の執行の状況及び当時の押収物の形状、状態等を明らかにするという限度において、搜索差押の付随処分として許されると解するのが相当である」との見解を示した¹²⁾。

その後も、搜索・差押えに伴う写真撮影の許容性が争われる事案が相次ぐ¹³⁾。ただし、そこで争われた写真撮影の意義に関しては、必ずしも一様ではなく、いくつかの類型がある。概していうと、①「証拠価値保全のための撮影」、すなわち、証拠物の証拠価値をそのまま保全するために、証拠物をその発見された場所、発見された状態とともに撮影する類型、②「搜索差押え手続の適法性担保のための撮影」、すなわち、搜索差押え手続の適法性を証拠づける目的でその執行状況を撮影する類型、そして、③「証拠の内容等を確保するための撮影」、すなわち、書類や図面等についてその内容等を確保する目的とする撮影、のいずれか、またはそれらの複数を同時に達成するためになされるものがあるといえる¹⁴⁾。

12) 本稿では、馬場義宣「判批」警察学論集 42 巻 12 号 (1989 年)149 頁での引用に依った。

13) 名古屋地決昭和 54 年 3 月 30 日 (判タ 389 号 157 頁)、大阪地決昭和 56 年 8 月 10 日 (判例集未登載)、東京地判平成元年 3 月 1 日 (判時 1321 号 160 頁)、東京地決平成 2 年 1 月 11 日 (刑集 44 巻 4 号 392 頁) [最決平成 2 年 6 月 27 日・刑集 44 巻 4 号 385 頁の原審]、高松高判平成 12 年 3 月 31 日 (判時 1726 号 130 頁) など。

14) この趣旨をもっとも端的に表しているのが、大津地決昭和 60 年 7 月 3 日 (刑月 17 巻 7=8 号 721 頁) である。

2 令状執行における「必要な処分」か「付随する処分」か

このような搜索差押えに伴う写真撮影の適法性の根拠をどこに求めるかについて、学説は分かれている。

一方では、これを、111条の「必要な処分」として許されとする見解もある。論者は、搜索差押えの際の撮影について、証拠物それ自体であればともかく、状態や場所の撮影となれば、性質上写真撮影の被写体が拡がるおそれがあることを根拠に、222条1項の準用する同条の「必要な処分」にあてはめて考える方が妥当である¹⁵⁾などとしつつ、発見状況により証拠価値が左右されるような場合には、「その発見された状況等を写真で記録する必要性はある」¹⁶⁾と主張する¹⁷⁾。

だが、これまでの下級審裁判例には、具体的な事案との関係で、当該写真撮影を適法としたものと違法としたものがあるが、その結論のいかんを問わず、また、撮影の趣旨のいかんを問わず、その根拠を明示したものは¹⁸⁾、当該写真撮影を、すべて「搜索差押に付随するもの」としている。

たしかに、111条が、「錠をはずす」「封を開く」ことを必要な処分の例として示していることを前提にするならば、同条の趣旨を、「搜索・差押えを行いうる状況を作成するための処分および留置すべき物かどうかを確認するための処分」と解するのが自然であろう。そうであれば、必要な処分説が主張する、搜索差押え手続の適法性を証明する必要性や証拠物の発見状況等を写真で記録する必要があるという意味での必要性は、条文の定める「必要な」の理解としては適切とはいえず、一連の下級審裁判例の示す令状に付随する処分説が適切

15) 三井誠『刑事手続法 (1) [新版]』(1997年)48頁。

16) 後藤昭「搜索差押えの際の写真撮影」同『捜査法の論理』(2001年)20頁。

17) その他、必要な処分説に立つ見解として、安富潔『刑事訴訟法〔第2版〕』(2013年)170頁、上口裕『刑事訴訟法〔第4版〕』(2015年)163頁。

18) 前掲大津地裁昭和60年判決は、この点を明示していない。

であるといえよう¹⁹⁾。

なるほど、必要な処分説が強調するように、写真撮影については、差押え対象物以外の範囲を撮影することにつながりかねないところがあるようにも思われる。ただし、そういった撮影が持つ問題性は、令状審査により裁判官が承認した法益侵害の程度を超える点にあると考えられ、それは、令状に付随して認められる効力の範囲を超えることを意味していると理解することもできよう。そうであれば、写真撮影は令状執行に付随する処分と位置づけたうえで、その拡大の防止は、裁判官による令状審査・発付の趣旨に求めるとする理解に、より合理性が認められると考えることができる²⁰⁾。

Ⅳ 強制採尿令状に基づく強制的連行

1 最決平成 6 年 9 月 16 日

続いて、111 条の定める「必要な処分」に基づく令状執行であるか否かが問題とされた別の主要な類型の 1 つとして、強制採尿令状に基づく採尿に適した場所への連行について取り上げることにした。

この問題を考えるにあたってのリーディング・ケースとされるのが、最決平成 6 年 9 月 16 日 (刑集 48 巻 6 号 420 頁・以下、「最高裁平成 6 年決定①」とする)である。これは、「身柄を拘束されていない被疑者を採尿場所へ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、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、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」

19) 河上ほか編・前掲註(9)書 375 頁〔渡辺〕。

20) なお、最決平成 2 年 6 月 27 日 (刑集 44 巻 4 号 385 頁)は、搜索差押手続の適法性を担保するためその執行状況を写真撮影することは搜索差押えに付随する処分であるとした原決定の判示について、直接の判断を示していない。大谷・前掲注 (11) 論文 97 頁。

として、令状の効力（付随する処分）として連行が認められるとした。その根拠として同決定は、「けだし、そのように解しないと、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、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」としていた。

2 令状執行における「必要な処分」か「付随する処分」か

(1) 従前の下級新判断と最高裁平成6年決定

強制採尿令状に基づく採尿場所への強制的連行については、強制採尿令状に対する批判論とも相まって、そもそも認められないとする否定説も有力である²¹⁾。だが、本稿の関心との関係で、以下では、肯定説に関して、その根拠をどのように法的に構成すべきかを検討することにした。

前掲最高裁平成6年決定①が下されるまで、強制連行の根拠については、下級審の判断も分かれていた。一方では、111条の「必要な処分」として許容されるとする高裁判例として、東京高判平成2年8月29日（判時1374号136頁）があった²²⁾。同判決は、「自発的に採尿場所まで赴こうとしない被疑者を……採尿場所まで同行することは、刑訴法222条1項で準用される同法111条所定の搜索差押許可状を執行するにあたって『必要な処分』として許されるものと解するのが相当である」としている。もっとも、同判決は、そのように解することのできる前提として、強制採尿令状は、「被疑者が……医学的な見地及び人権保護の見地から相当と認められない場所に現在する場合には、これに適合した一定の物的設備を備えた採尿場所まで被採取者である被疑者を同行することを当然の前提として発付されている」としていたことに留意が必要であ

21) 浅田和茂「判批」『昭和60年重要判例解説』ジュリスト862号（1986年）179頁、光藤景皎『刑事訴訟法I』（2007年）168頁など。

22) なお、必要な処分説に立つ地裁決定として、函館地決昭和60年1月22日（判時1144号157頁）があった。

る。

これに対して、東京高判平成 3 年 3 月 12 日 (判時 1385 号 129 頁) は、強制採尿は、それに適した場所において、採尿に関する専門的な知識、経験を有する者によって行われるべきものであるから、採尿対象者が採尿場所に任意に赴こうとしないならば、「その者をその意に反してもその者を採尿場所まで連行しなければ採尿の目的を迅速、適正に達成することが困難であるから、本件搜索差押許可状が強制的な採尿を許すものである以上、執行に際し必要があれば採尿対象者を採尿に適した場所まで強制的に連行することを許す趣旨をも当然に含むもの」であるとして、令状の効力 (付随する処分) として許容されるとする見解を示していた²³⁾。

このような状況のもと、先に見たように、最高裁平成 6 年決定①は令状の効力 (付随する処分) として強制連行が認められるとする判断を示したわけである。これにより、付随する処分説が判例として確立したといえる²⁴⁾。

(2) 「必要な処分」規定の変容？

この最高裁平成 6 年決定①は、前述したように、付随する処分説の根拠を、①強制採尿令状の目的達成の必要性と、②令状発付の裁判官は、連行の可否を含めて審査をし、令状を発付したとみられることを挙げている。担当調査官解説によれば、この趣旨は、次のように敷衍できるとされる。⑦被疑者が採尿場所への任意同行に応じない場合、強制採尿実施に伴う付随的処分として、採尿場所まで強制的に連行できないとすれば、令状の目的が不可能となるが、強制採尿令状を是認した最決昭和 55 年 10 月 23 日 (刑集 34 卷 5 号 300 頁) が、このような事態を容認していたとは考えられない、④刑訴法は、強制処分の付随的処分を、111 条や 112 条 (出入り禁止等) に限定したのではなく、通常予想される必要かつ相当な付随的処分について、強制処分を確実に実施するため

23) なお、付随する処分説に立つ地裁決定として、函館地決昭和 59 年 9 月 14 日 (判時 1144 号 160 頁) があった。

24) 池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義〔第 6 版〕』(2018 年)195 頁。

の令状の付随的効力として許容していると解される、㊦もつとも、強制的な連行は、状況によっては人身の自由に対する重大な侵害となりうるから、令状発付時の裁判官による事前審査が必要となる、㊧「錠をはずし、封を開き」という 111 条の例示との対比をすれば、身柄の連行や拘束をこの「必要な処分」に含ませることには無理があるほか、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ため、強制的な連行の根拠とはなりえない²⁵⁾。

以上の調査官解説のなかで興味深いのが、㊧の理解である。すでにみたように、必要な処分規定は、本体の処分権限に由来するものとして、当然許されている処分を確認的に明らかにするものであるというのが、立法当時の理解であった²⁶⁾。そうである以上、必要な処分として例示されている処分等についても、令状発付の際に、裁判官による事前審査が及ぶことは当然の前提であったはずである²⁷⁾。ところが、㊧の理解によれば、令状の事前審査が及ばない処分を定めたものが、111 条の規定であることになる。調査官解説では、「(一部の論者は) 刑法 111 条 1 項も、『令状に当然に内在する令状の目的実現のために必要な処分を行うことができる』ということを明示したものにすぎないから、令状効力説と必要な処分説との間に実質的な差異があるわけではないとするが、事前審査の要否において実質的な差異があるというべき」であるとしているのである²⁸⁾。

この調査官解説の見解によるならば、111 条の規定の趣旨は、立法当時におけるそれとは変容していることになる。

25) 中谷雄二郎「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇平成 6 年度』（1996 年）169 頁以下。

26) 前掲 44 頁。

27) 河上ほか編・前掲注(9)書 394 頁〔渡辺〕、辻裕教「判批」研修 558 号（1994 年）22 頁、多和田隆史「判批」警察公論 50 巻 3 号（1995 年）81 頁など。

28) 中谷・前掲注(25)論文 178 頁注（13）。

V 場所を搜索対象とする令状での物・身体の搜索

以上の問題を考える前に、さらにもう 1 つ、関連する問題について言及することにした。刑訴法 219 条は、搜索差押許可状について、搜索対象を「場所」、「身体」および「物」に分けている。そして、搜索の対象を「場所」とする搜索差押許可状により、その場にある物や居合わせた人の身体を搜索できるかが、以前から争われてきた。

1 物に対する搜索

まず、場所を搜索対象とする搜索差押許可状の執行に際して、その場に居合わせた人の所持品を搜索できるか、という論点については、最決平成 6 年 9 月 8 日 (刑集 48 卷 6 号 263 頁) が、リーディングケースとなっている。事案は、X の内妻である A に対する覚せい剤取締法違反の被疑事実に基づき、X と A とが居住するマンションの居室を搜索差押許可状に基づき、同居室を搜索した際、同室に居た X が携帯していたボストンバッグを搜索したというものである。このボストンバッグの搜索の適法性について、最高裁は、本件のような「事実関係の下においては、前記搜索差押許可状に基づき X が携帯する右ボストンバッグについても搜索できるものと解するのが相当である」とし、「場所」を搜索対象とする搜索差押許可状の効力として、搜索場所の居住者がその場で携帯する物に対する搜索ができるとの判断を示した。

この判断は、あくまでも搜索場所に居た者がその場所の居住者であり、また、その者の携帯する物がもともと搜索場所にあったものと推認されるという事実関係を前提にしたものであり、その射程範囲については、慎重な検討を要する。だが、少なくとも、上記判例の事実関係を前提にする限り、令状の効力として搜索が可能であるとする理解については、学説においても、一般的に承認され

ているといつてよい²⁹⁾。

2 人の身体に対する搜索

これに対して、場所を搜索対象とする搜索差押許可状の執行に際して、その場に居合わせた人の身体を搜索できるか、という問題になると、見解は大きく分かれる。学説では、身体の搜索は不可能であるとする否定説などもあるが³⁰⁾、多くの見解は、限定的な範囲でそれを肯定する。

もっとも、限定的肯定説のなかでも、「限定的な範囲」をどのように設定するかについて、見解の相違がみられる。だがそれ以上に、本稿の関心との関係でいえば、身体に対する搜索が認められるとする場合の法的根拠の設定に関する見解の対立が興味深いものとなる。東京高判平成6年5月11日（判タ861号299頁）は、「場所に対する搜索差押許可状の効力は、当該搜索すべき場所に現在する者が当該差し押さえるべき物をその着衣・身体に隠匿所持していると疑うに足りる相当な理由があり、許可状の目的とする差押を有効に実現するためにはその者の着衣・身体を搜索する必要が認められる具体的な状況の下においては、その者の着衣・身体にも及ぶものと解するのが相当である」としており、一定程度の状況の存在が前提となるとしつつも、場所に対する令状の効力が、人の着衣・身体にも及ぶとの判断を示している³¹⁾。

しかし、人の身体が「場所」に含まれるとする見解は、条文解釈としてやや無理があることは否定できない。そういった点を捉えつつ、搜索場所にいる人の身体や、そこに偶然居合わせたにすぎない第三者の所持品について、別個の令状なしには、およそ搜索が許されないとするのは不合理であるとの認識から、

29) 小川正持「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇平成6年度』（1996年）113頁。

30) 酒巻匡『刑事訴訟法』（2015年）113頁、白取祐司『刑事訴訟法〔第9版〕』（2017年）136頁など。

31) これに先立つ東京高判昭和63年11月25日（判時1311号157頁）も、同様の見解を示している。

111 条にいう「必要な処分」として許容されとする見解も有力である。その際、論者は、「法が一定の強制処分を認めている以上は、それに付随して、その目的を達成する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、法は許容していると考えられる」とし、111 条の必要な処分の規定は、これを確認したものであるとする³²⁾。

VI 必要な処分規定の「変容」

1 令状執行手段の多様化

以上において、必要な処分規定にかかわる従前の議論について、そのいくつかを概観してきた。必ずしも網羅的ではなく、十全なものともいえないが、それでもここまで検討した範囲においてすらも、111 条に関する議論において、同条の位置づけが立法当初と比較して変容しており、また、それにとどまらず、曖昧化していることがわかる。

本稿の冒頭でも確認したように、111 条の「必要な処分」規定は、大正刑訴法 146 条を受け継いだものである。そして、大正刑訴法の制定時、同規定については、搜索令状の執行の際、搜索の目的に適応する手段を選択し、強制力を用いて、その手段を実施することができるとする理解を確認的に明らかにしたものであるとされ、その例示も、本体の処分権限に由来するものとして、当然許されているものと解されているものを規定したにすぎなかった。そして、現行法制定当初も、その点に関して特段の関心が抱かれることもなかった。

しかしながら、現在では、搜索差押許可状の執行に際して、その方法・手段がさらに多様化し、どこまでの措置が許容されるのかに関して、立法当初とはその様相をかなり異にする状況になっている。それゆえ、いかなる手段がどの

32) 川出敏裕「令状による搜索 (1)」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第 7 版〕』(1998 年) 49 頁。

範囲まで令状執行に際して許容されるのかについて、制定当時と比較して、はるかに精緻な検討が必要とされるようになってきたのである。

2 令状の本来的効力と付随する処分と必要な処分

以上に関連する従来の議論を改めて分析すると、令状執行においてどのような措置が許容されるのかについては、無意識的なものであったかもしれないが、以下の3つの「レイヤー」が想定されてきたように思われる。①令状の効力そのものとして行われる本来的処分、②令状に付随するものとして行われる付随的処分、そして③111条に基づく必要な処分として行われる処分である。

こういった理解それ自体には、一定の合理性を認めることもできよう。だが、これら相互の関係をいかに解するかに関しては、やや錯綜した形で議論が展開されてきているといわざるを得ないように思われる。

たとえば、場所を対象とする搜索許可状で人の身体を搜索することが可能であるか、とする論点をめぐる議論においては、それぞれの見解の相互において、3つの処分の相互関係に関する理解がかみ合っていないようにも思われる。人の身体の搜索を適法とした東京高裁平成6年判決は、事実関係に依拠した判断としてではあるが、その場に居合わせた人の身体が「場所」に含まれうることを根拠としており、①令状の効力そのものとして搜索が許容されるとする判断を示している。しかしながら、これを批判する有力説は、法が一定の強制処分を認めている以上、その目的を達成するために必要不可欠な最小限度の強制力は、②付随するものとして許容されるとしつつ、それを③111条の「必要な処分」として位置づけているわけである。

また、これもすでにみたように、強制採尿令状に基づく強制連行の可否に関して、最高裁平成6年決定①の調査官解説によるならば、必要な処分説によるならば、令状発付の際の裁判官の審査が及ばないことになりかねないとするのが、付随する処分（令状の効力）説の根拠の一つとしてあげられていた。

3 必要な処分の意義の変容？

そこで、現在では、「必要な処分」の意義について、「令状が当然予定する以外のものであって、令状執行の実効性を確保するため必要かつ社会通念上相当と認められる利益侵害的行為」とする見解も有力である³³⁾。この見解は、「令状執行の実効性を確保するため」であることを実質的根拠とする点において、本条文の理解として、たしかに適切なものである。

だが、ある搜索手段が「令状が当然予定する以外のもの」と当然に述べるものか否かについては、疑問の余地がある。強制処分の意義に関する判例の見解、すなわち、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」³⁴⁾、ないしは「個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制的処分」³⁵⁾をいうとする見解を前提とするならば、「鍵をはずす」「封を開く」という例示は、執行に際して「令状が当然予定するもの」と理解した方が、より自然なはずである。繰り返しになるが、このような理解こそが、現行規定の立法時に、本来の処分権限に由来し、当然許されるものと解される手段を定めた確認規定であると考えられていた³⁶⁾ことと合致するのである。

以上を要するに、必要な処分の意義については、(a) 本来の処分権限に属する処分をいうとする本来的処分説が、立法当初の見解であったものの、その後、(b) それを令状の目的達成のために合理的な必要な範囲の付随処分であるとする付随的処分説³⁷⁾、さらには、(c) 令状が当然予定する以外のものとする、実効

33) 上口裕『刑事訴訟法〔第4版〕』(2015年)158頁。

34) 最決昭和51年3月16日(刑集30巻2号187頁)。

35) 最大判平成29年3月15日(刑集71巻3号13頁)。

36) 前掲44頁。

37) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(1996年)107頁など。

性確保のための非本来的処分説³⁸⁾などが主張されるようになっているわけである。

4 必要な処分規定の位置づけを規定する背景事情

繰り返しになるが、111 条は、その前身規定たる大正刑訴法 146 条をそのまま引き継いだものであり、大正刑訴法が制定された大正 11 (1922) 年以降、ほぼ 100 年近くにわたり、実質的な改正を経ることなく現在に至っていることになる。しかしながら、それにもかかわらず、学説においてのみならず、判例においても同条項の実質的な意義が変容してきているように思われるのである。

その原因は、どこに求められるのであろうか。

これも繰り返し述べているように、111 条が確認規定であるならば、それ自体は、必ずしも重要な意義を有しないものである。現実には、立法当初は、令状執行に必要な処分は様々であるとされてはいたものの、例示された「錠をはずす」「封を開く」以外に重要なものはそれほど多くはなかったようにも思われる。

ところが、科学技術の進展や薬物事犯への対応など、昭和 23 (1948) 年に制定された現行法が想定しなかった事態が次々と生じてくるようになる。そして、それに対応するべく、新たに必要となった令状の執行形態を、刑訴法としてにどのように理解すべきなのか、すなわち、そのような新たな執行形態を是認するのか、是認するとすれば、いかなる法的性質を有するものとして構成すべきかについて、新たな議論が求められることとなった。必要な処分規定の法的意義をめぐる議論の登場とその「混迷」は、そういった新たな事態が生じたことへの対応の必要性が生じたことの 1 つの帰結である、とする理解も可能であろう。

38) 前述 48 頁。

5 必要な処分規定に関する近時の判例の見解

(1) 概 説

以上の議論を展開するに際して、多様化した執行の方法・手段に関する法的性質論については、111 条が、「その他必要な処分」という、いわばバスケット条項的要素を定めていることから、それに該当するか否かという観点が着目されることになるのは、理の当然であるといえよう。

たしかに、新たに生じてきた執行方法等は、本稿で先に検討したものも含め、多様である。しかし、そのような手段の中には、例示されている①「錠をはずす」「封を開く」になお類似する措置もみられるものの、②このような例示的措置にはそぐわないものも一定数見られるようになっている。

以上の 2 つの類型に関して、近時の判例を概観することにしてしよう。

(2) 「錠をはずす」「封を開く」に近接・類似する措置

まず、①「錠をはずす」「封を開く」という例示措置に近接する措置に関して、令状の効力または付随的処分として理解すべきとした典型例として、捜索に着手した後、捜索場所に配達された物に対する捜索の許容性が問題となった最決平成 19 年 2 月 8 日 (刑集 61 卷 1 号 1 頁) の判断を挙げることができよう。最高裁は、令状呈示後に搬入された荷物についても、当該「〔本件〕許可状に基づき捜査できるものと解するのが相当である」とした。もっとも、この事案では、原審は、①当該荷物に差押え対象物が入っている蓋然性が高いこと、②捜索差押えの範囲が許可状を呈示した時点で捜索場所に所在する物に限定されとする明文上の根拠がないこと、③執行の途中に被疑者が捜索場所で所持・管理するに至った物について捜索・差押えを行っても、新たな居住権・管理権の侵害は生じず、令状主義潜脱の問題が生じないことを理由に、④警察官らが本件荷物を開封する行為は、当該捜索差押許可状の執行についての必要な処分として適法であるとした。しかし、この最高裁決定の調査官解説は、原審の④の判断について、「本件のような場合には、開封行為だけでなく、それに引き

続いて中身を確認する行為（搜索行為）が観念されるのであり、搜索できるとなれば、その執行に不可欠な『封を開』いたりする行為（必要な処分）ができるのは当然と理解される」として、当該決定は、「このような荷物についても〔本件〕許可状に基づき搜索できる」と判示したものであるとしている³⁹⁾。

これに対して、例示措置に関連性の高い措置を、111 条の必要な処分により適法と解しうると判断したものとして、最決平成 14 年 10 月 4 日（刑集 56 巻 8 号 507 頁）がある。これは、覚せい剤取締法違反の事実での搜索差押許可状に基づき、当該事案の被疑者の宿泊するホテルにおいて、支配人から借りたマスターキーを使って宿泊室のドアを開けて入室してから、搜索差押許可状を呈示したという事実について、差押対象物件の破棄隠匿のおそれがあった等の事実関係を前提とした上で、「搜索差押許可状の呈示に先立って警察官らがホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室した措置は、搜索差押えの実効性を確保するために必要であり、社会通念上相当な態様で行われていると認められるから、刑法 222 条 1 項、111 条 1 項に基づく処分として許容される」とした。本件は、令状の呈示（110 条）に先だってマスターキーを使ってドアを開けた措置の当否も問題となっているが、担当調査官解説では、「本件で問題となっているマスターキーでドアを開ける行為は、まさに〔刑法 111 条の規定する〕『錠をはずす』措置に該当する」としたうえで、抽象的には、捜査のための必要性、被搜索者のプライバシー、関係者の財産権などの各種の要請・利益をどう調整するかという観点から、事案ごとに被疑事実の内容や差押対象物件の重要性、破棄隠匿のおそれ、開扉措置によって生ずる不利益の内容、被搜索者の協力態様など具体的な事案における諸般の事情を総合考慮して、「必要な処分」として許容されるか否かが決定されるとしている⁴⁰⁾。

39) 入江猛「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇平成 19 年度』（2011 年）8 頁以下。

40) 永井敏雄「判批」『最高裁判所判例解説刑事篇平成 14 年度』（2005 年）209 頁以下。本件に先立つ大阪高判平成 5 年 10 月 7 日（判時 1497 号 134 頁）も同様の判断を示している。さらに、東京高判平成 15 年 8 月 28 日（判例集未登載・永井・前掲論文 216 頁）も参照。

(3) 「錠をはずす」「封を開く」とは性質上異なる措置

以上の判断を前提にするならば、判例には、令状執行に伴う手段が 111 条の規定する例示的な措置と必ずしも同質的ではない場合、当該手段を令状の処分、または令状執行に付随する処分として位置づける傾向が認められるといえよう。

上述した論点との関連でみると、最高裁平成 6 年決定①が、強制採尿令状に基づく強制的な連行を「必要な処分」として位置づける見解を退けた理由の一つとして、当該措置は前掲⑩類型に該当するものであるとした判断は、その典型例である⁴¹⁾。また、搜索差押えに伴う写真撮影に関して、下級審裁判例では、それを搜索差押えに付随する処分として写真撮影が許されるとの解釈が定着しているといつてよい⁴²⁾。さらに、「場所」を対象とした搜索差押許可状で、人の身体を搜索できるか、という論点についても、東京高裁平成 6 年 5 月 11 日判決は、一定程度以上の状況の存在を前提としつつも、場所に対する令状の効力が、人の身体・着衣に及びうとする判断を示している。

(4) 必要な処分規定の解釈上の隘路

⑩類型と①類型の相違について、「例示」の存在にその根拠を求めるのであれば、相応に理解することはできる。⑩類型は、例示的措置とは異なるから、111 条の想定する手段ではないとする一方、令状の執行そのものではないとしても、現実には、その執行を認める必要性があることなどから、裁判官による令状審査が及んでいる範囲を実質的に理解した上で、令状本体の処分、または令状執行に付随する処分として構成するというのは、1 つの見解である。

他方で、①に該当する類型において、最高裁平成 19 年決定と最高裁平成 14 年決定との差は、一見するとわかりにくいようにも思われる。だが、最高裁平成 19 年決定の事案は、令状呈示後とはいえ、搜索対象たる場所の管理権下に

41) 前述 51 頁。

42) 大谷・前掲注 (11) 論文 97 頁。

おかれた物の開披は、当該場所の搜索そのものとして行われるものであるのに対し、最高裁平成14年決定は、110条で求められる令状呈示前の開扉であり、令状の執行そのものとはいえないという面がある。それゆえ、111条の例示的措置である「錠をはずす」にあたるものとして、同条の必要な処分として位置づけたものと理解することが、一応はできよう。

また、111条の「例示」にどれだけの限定的意義を認めるのかと、111条に基づく処分に事前の司法審査が予定されているのか否か、という2つの観点から、対立する見解を整理することもできる。先にみた判例の見解は、例示的措置に限定的意義を認め、また、本体の令状本体の処分と必要な処分との間で、事前審査の要否において実質的な差異があると解するならば、十分な合理性が認められるといえよう⁴³⁾。これに対して、例示に強い限定的意味を認めず、また、必要な処分であっても、本体の処分の権限に由来するものであるから、裁判官は包括的な形で、必要な処分という点も含めて授權ないし許可していると理解するならば、令状「本体の処分の内容として許されるとするのか、『必要な処分』として許されるのかを、特に区別する実質的な意味はそれほどない」とする理解にも至りうる⁴⁴⁾。

Ⅶ 今後の議論の展開——むすびに代えて

1 必要な処分規定の機能

本稿では、刑法111条の定める搜索・差押えに関する「必要な処分」について、若干の検討を加えてきた。

そこで明らかとなったのは、当初は、同条が令状本体の処分権限に由来する、当然に許されている処分の「確認規定」であったのが、犯罪状況の変化や技術

43) 中谷・前掲注(25)論文170頁および179頁注(13)。

44) 井上・前掲注(5)論文149頁以下、河上ほか編・前掲注(9)書394頁〔渡辺〕、辻・前掲注(27)論文22頁など。

的な進展により、立法当初は想定されていなかった令状執行の態様が生じてきて、それを、「その他必要な処分」として位置づけるべきかどうか、という議論が必要とされる状況が生じてきたという事実である。だが、「その他必要な処分」の解釈の仕方によっては、本体の処分を有効に完遂するのに必要である限り、どのような処分でも許されることになりかねない⁴⁵⁾とする「警戒感」から、判例は、「例示」に強い限定的意味を認め、また、類型的に裁判官による審査が予定されない例外的な措置を認めるという趣旨で、111 条を理解してきたということができようか。

しかしながら、「類型的に裁判官による審査が予定されない例外的な措置」として、たとえば、令状呈示前の開扉等を例外的に「必要な処分」として認めるのが 111 条の趣旨である旨の解釈論を採用した場合、それは、立法当時の、令状本体の処分権限に由来する、当然に許されている処分の「確認規定」というのとは大きく異なった理解をすることになる。そのような状況が生じているのは、繰り返しになるが、刑事法の規定が 100 年近くにわたり文言上の変化がない一方で、令状執行を取り巻く背景事情が大きく変化し、その変化が、もともと中途半端な位置づけであったところも否めない 111 条の解釈に、立法者が意図しなかった形で投影されるようになったということの反映であるようにも思われる。

もちろん、立法者意思は「絶対」ではなく、立法が沈黙しているなか、解決が求められる問題状況が大きく変化したのであれば、その新たな状況を当該条文の解釈論に織り込むことそれ自体は、当然に許容されるであろう。その意味で、先に確認した判例の理解は、やや据わりの悪さは否定できないものの、解釈論としても十分に成立するものであろう。そして、その解釈が解決の求められる現実の問題の多くを解決するものであるならば、あえて、条文と判例の解釈論との間に認められる均衡状況を揺るがす必要はないともいえる。

45) 井上・前掲注 (5) 論文 148 頁。

2 サイバー空間・情報の搜索差押え・検証

だが、周知のように、デジタル技術・コンピュータ技術の進展、それに伴うインターネットを前提にした社会において、証拠収集のあり方、さらには令状執行のあり方についても大きな変容が迫られており、現在の立法状況や解釈論では、十全な対応ができないという状況が次第に拡がってきているように思われる。

その一例として、検証許可状によるリモートアクセスの可否が問題となった東京高判平成 28 年 12 月 7 日（高刑集 69 巻 2 号 5 頁・判時 2367 号 107 頁）を挙げることができる。搜索差押許可状に基づいて被告人方を搜索して、パソコンを押収したところ、当該搜索差押許可状には、刑訴法 218 条 2 項に基づき、いわゆるリモートアクセスによる複製の処分が許可されていたが、当該搜索・差押え時点では、当該パソコンにログインするパスワードが判明していなかったためリモートアクセスによる複製の処分ができなかった。ところが、後日、被告人のメールアドレスや、そのメール内容を蔵置するメールサーバにアクセスするための ID・パスワードを把握したため、警察官は、改めて当該パソコンに対する検証許可状の発付を受けた上で、検証のための必要な処分（刑訴法 222 条の準用する同法 129 条）で、メールサーバへのアクセスが許容されると考えて、メールサーバにアクセスし、メールをダウンロードして保存するという検証を行ったところ、東京高裁は、「本件検証は、本件パソコンの内容を複製したパソコンからインターネットに接続してメールサーバにアクセスし、メール等を閲覧、保存したものであるが、本件検証許可状に基づいて行うことができない強制処分を行ったものである」とし、また、本件では当該メールサーバが日本国外に存する蓋然性が高いという事情もあったことから、本件検証を違法とし、その違法の程度は重大であり、本件検証の結果である検証調書および捜査報告書の証拠能力を否定した原判決を是認したものである。

たしかに、平成 23（2011）年の改正刑事訴訟法により、差押えるべき物が電子計算機であるときには、当該電子計算機とネットワークで接続された他の

記録媒体に記録されている電磁的記録にリモートアクセスして、これを当該電子計算機等に複写した上で、これを差押えることが可能となった (218 条 2 項)。ただし、これは、電子計算機を差押える際の処分として認められたものであり、検証の際にリモートアクセスが可能であるとする規定はない。そこで、捜査官は、これを検証の「必要な処分」として行うことができると考えたわけであるが、東京高裁はそういった見解を否定したのである。

なるほど、警察官のこの判断は、前述した「本体の処分を有効に完遂するのに必要である限り、どのような処分でも許されることになりかねない」とする懸念が現実化したものであると捉えることもできる。だが他方で、搜索の結果、発見された被告人の管理する本件パソコンを差押える際に、ID とパスワードを把握し、メールサーバにアクセスすることができていれば、当該メールサーバに記録されていたデータも、本件パソコンと同時に押収することができていたことになる。この相違に、合理的な根拠を求めることができるかについては、疑問の余地もある⁴⁶⁾。

また、本件で問題となった、国境を跨いだリモートアクセスが可能であるのか、といった問題についても、今後慎重な検討が必要な問題であるといえる⁴⁷⁾。

これらの問題を解決するためにも、令状執行のあり方、あるいは「必要な処分」の規定を維持するのであれば、それにどういった内容を織り込むかについて、解釈論のみならず、立法論も視野に入れた議論を展開していく必要があるように思われる。

ただ、これらの問題点については、別に論ずる機会を得ることを約して、一旦擱筆することにする。

46) 本件を検討した論稿として、山内由光「判批」研修 832 号 (2017 年)13 頁、宇藤崇「判批」法学教室 445 号 (2017 年)152 頁、笹倉宏紀「判批」『平成 29 年度重要判例解説』(2018 年)183 頁、川出敏裕「サイバー犯罪の捜査」警論 71 巻 9 号 (2018 年)171 頁、指宿信「判批」『新判例解説 Watch』20 号 (2017 年)227 頁、四方光「判批」刑事法ジャーナル 58 号 (2018 年)143 頁などがある。

47) なお、この問題に関しては、大阪高判平成 30 年 9 月 11 日 (裁判所ウェブサイト)、東京高判平成 31 年 1 月 15 日 (LLJ/DB:L0742003) も参照。

