

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

渡 辺 直 行

- 第1 はじめに
- 第2 捜索の範囲
- 第3 差押対象物以外の物の写真撮影
- 第4 強制採尿
- 第5 おわりに

第1 はじめに

1 憲法33条、35条は、強制処分について、国民の基本権侵害が最も起りやすい逮捕と住居・書類・所持品について、令状主義を明定している（なお、本稿で検討する捜索・差押等についてのそれは35条の定めるところである）。また、強制処分法定主義は、刑訴法197条1項但書の定めるところであり、強制処分については、「…この法律に特別の定のある場合でなければ、これをすることができない」としている。

令状主義の根底にある理念は、周知の通り司法的抑制であり、その具体的顕現としては、先ずもって形式面から、令状記載内容の特定性と明確性が要求されることになる。そして、その実質的内容は、公平な第三者である裁判官の司法的審査たる令状審査の中にあると言える。したがって、令状主義というものは、司法的審査の視点から、具体的にはその審査をする裁判官の視点から捉えていくことが重要になってくる。そしてその審査は、個人の身体・自由・プライバシーなどについての権利保障ということを前提とし、かつそれを主眼としたうえで、それらの権利と捜査の必要性等との比較衡量によって行われる。

2 ところで、令状主義は、自由主義の視点から、それも自由主義原理から導き出される権力分立の考え方を、さらに司法権優越の視点からも捉えることによって具体化された原則と言えるのであって、それは国民の基本権保障を確固たるものにしようとするための原則なのである。だからこそ、それは、憲法の直接的保障の下に置かれているのだとも言える。

そして、強制処分法定主義は、国民主権（民主主義）の視点から、国民の代表によって構成される国会が定める法律によってのみ、国民の基本権が侵害される場合があることを許容するとの原則である。

つまり、捜査機関の行う強制処分は、包括的には、民主主義的原理に基づき強制処分法定主義によって立法的抑制（制約）のもとに置かれ、かつ、個別・具体的には、自由主義的原理に立脚するところの令状主義によって司法的抑制（制約）の下に置かれている、とすることができる。

3 以上のような視点を基本に据えて、搜索の範囲、差押対象物以外の物の写真撮影、強制採尿に関するいくつかの問題点を取り上げ、それらについて、あらためて検討を試みることにする。

第2 搜索の範囲

1 搜索の範囲と場所の概念

ここでは、場所に対する搜索令状によってどこまでの搜索が許されるのかについて、場所というものの存在構造と令状主義を実質的・現実的に捉えたとの視点から検討していくことにする。

(1) ここで、まず認識しておかなければならないことは、法が搜索の対象を身体、物、場所（法222条1項、102条）と表示して、それらを区別して定め、令状記載事項としても、搜索対象を、場所、身体、物の三つに区分して定めている（法219条1項。なお、107条1項参照）ということである。そして、令状主義における令状記載の特定性・明確性からして、これらの規定は、上記三種の搜索対象の明示・特定を要求しているものと解されている。ところが、それにもかかわらず、「物」については、それらが、もともとそ

の表示された場所内に存在している場合については、基本的に、その場所に対する捜索令状（一般には、差押えと一括して、捜索差押許可状として発付される場合が多い）によって捜索できるとされてきた（通説）。

場所を明示・特定しているだけの令状によって、その場所内に存在する物についてまで捜索できると解される理由としては、先ず、場所とそこにある物とは、同一の管理権の下にあるからだと説明し得る。しかし、このような考え方に対しては、場所と物とは、それぞれについて別のプライバシーの利益が認められる以上、管理権で説明するのは、必ずしも適切でないとの批判が可能となる。

次に、場所と物とでは別のプライバシーの利益が認められるのが原則であるものの、この場合には、プライバシーの利益の包摂関係があるからである、などと説明される¹⁾。しかし、場所、物それぞれに別個独立のプライバシーの利益が認められるとしながら（このことは、それぞれのプライバシーの利益に質的違いがあることを意味している筈である）、この場合はプライバシーの利益の包摂関係があるとするには、論理的に分かりにくいところがあるように思われる（また、後述の通り、場所内にある第三者の物が例外的に捜索できる理由をプライバシーの利益の包摂関係で説明するのは、基本的に困難であろう）。

(2) この点について検討するにあたっては、そもそも、「場所」とは何かということ（場所の概念）を考える必要がある。場所とは、先ず、他と区分された特定の位置や区画を示す機能を有する概念として外延的に捉えることができるとともに²⁾、内包としての一定の区画を意味する空間的概念として捉えることができる。

1) 原田和往「捜索の範囲」『判例演習刑事訴訟法』〔2004年、成文堂〕61頁参照。
なお、井上正仁「場所に対する捜索令状と人の身体・所持品の捜索」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集下巻』〔1998年、有斐閣〕169頁は、「プライバシーや生活その他の活動に係る権利・利益といったものの総体」の包摂関係とする。

2) 田宮 裕『刑事訴訟法〔新版〕』〔1996年、有斐閣〕106頁は、「外延は管理権の同一性で画される」という表現をしている。

そこで、例えば、搜索差押許可状の「搜索すべき場所、身体又は物」の欄に、「A県B市C町1番2号甲野ビル101号室乙野次郎方居室」などと「場所」の表示のみがなされた令状が発付された場合の、当該令状を発付した裁判官の搜索対象についての司法的審査の内容を、どのように解したらよいかを考えてみる必要がある。まずは、他と区分して（上例の他の号室や、その他の住居等と区別して）、位置、区画を特定表示し、その表示された「場所」についてのプライバシー等の利益の侵害を許容し（これは場所というものの外延から捉えており、この場合は、いわば包括的であり、ある種、観念的である）、そのうえで、その特定表示された空間内に現に存在している各個の物についてのプライバシー等の利益の侵害を許容している（これは場所の内包についてのものであり、これこそが現実的、具体的である）と解するのが合理的であろう。つまり、「場所」についてのプライバシーと言っても、具体的・現実的なそれは、後者のもの、つまりその場所内にある物についてのプライバシーなのであって（搜索により発見しようとする対象物が、むき出しで置いてある場合も、タンス等の中に入っている場合も同様であろう）、「場所」の搜索といった場合、結局その場所内にある具体的な物についての搜索でなければ、現実的な意味をなさないのである（そもそも、当該空間の空虚な部分を搜索するなどということは意味をなさない。ただ、被侵害利益としては、当該場所の平穏といった目に見えない利益も考えることができる）。

(3) すなわち、裁判官によって「場所」に対する搜索令状（前述の通り、現実には搜索差押許可状として一括して発付されることが多い）が発付されたということは³⁾、まずは、当該場所を特定することによって、プライバシー等

3) なお、酒巻匡「甲の居住する場所に対する搜索差押許可状によってそこに同居する乙がその場で携帯していたボストンバッグについて搜索することの適否」ジュリスト1147号129頁参照。そこでは、「場所に対する搜索が令状により許可されている場合、それは、令状裁判官がその場所の管理権者・居住権者等の当該場所に対するプライバシーの利益を侵害・制約する『正当な理由』（憲35条）を認めたことを意味する」と論じられているが、これは、令状裁判官の視点を重視していると思われ、賛同できる。また、原田前掲論文61頁は、プライバシーの利益の包摂関係を前提と

の利益が侵害許容される当該場所とそれ以外の場所との区分がなされている（外延的画定・限定）ということであり（『外延は管理権の同一性で画される』（前掲注2））とするように、ここでは当該場所の管理権等（一般には、その中にプライバシー等の利益を含む）が、当該場所の外延を画しており、裁判官による司法的審査によって、包括的・観念的に、その区分された区画・範囲の中のプライバシー等の利益に対する侵害許容がなされている）、そのことはまた、まさに搜索対象たる物の存在する空間を示していることにもなる（内包が与えられることによって場所という概念が定義付けられる）。そして次に、その「場所」が特定・表示されているということは、裁判官によって、その空間としての場所内にある具体的な個々の物についての現実の搜索も許容されている、つまり、それらについての個別のプライバシー等の利益に対しても裁判官の司法的審査によって侵害許容がなされている（なお、公平な第三者機関たる裁判官が考慮の対象とするのは、国民の基本権と捜査の必要性との比較衡量でなければならないのであって、その判断の一資料として、プライバシーの利益の包摂関係についても考慮が払われるであろうが、必ずしも、上記包摂関係を前提として場所に対する搜索令状を発付しているとは限らない）、と考えることができる（この意味で、前記の裁判官の司法的審査による『侵害許容』そのものについては、ある種の包摂関係を考えることも可能だろう）。

(4) 結局のところ、場所についてのプライバシーの利益と当該場所内にある物についてのプライバシーの利益との間に包摂関係があるからと限定してしまうのではなくて（プライバシーの利益の包摂関係がある場合もあるだろうが）、場所というものの前述した存在構造（存在論的構造）を前提として、裁判官が「場所」に対する令状発付についての審査をして搜索令状を発付したということは、包括的に当該場所のプライバシー等の利益の侵害についての司法的審査がなされ、その結果、それについての侵害許容がなされ、そのことは、場所というものの存在構造から概念必然的に、合わ

↘ したうえではあるが、「場所を対象とする搜索令状についての令状係裁判官の審査が、令状には記載されていない物についても及んでいると評価でき」としている。

せてその場所内に存在する各個の物についてのプライバシー等の利益の侵害にも及んでおり、現に侵害許容がなされた（司法的審査がなされた）とするのである。

したがって、結論的には、通説と同様、場所に対する搜索令状によってする搜索の場合には、原則的に、その場所内に存在する物についても搜索することができるかと解すべきであるが、その理由については、プライバシーの包摂関係ということに限定せず、まずは、場所というものの存在構造（外延と内包に分けて考える）にあり、合わせて、令状主義の理念の具体的適用（プライバシー等の利益に対する裁判官による司法的審査の結果としての侵害許容）にあると考える。すなわち、場所というものの存在構造とそれを前提とした令状主義の具体的適用の結果、場所に対する搜索令状によって、当該場所内にある個別の物についても搜索が許されることになるかと考えるのである。

2 第三者の物と、人の携帯品・着衣について

以上のように考えると、場所に対する搜索令状で搜索できる範囲について具体的に検討すべき問題点としては、次の二点が重要になってくる。

第1は、当該令状記載の場所にもともとは存在していなかった物が、たまたま、外から来た第三者によって持ち込まれ、その場所内に置かれてあったような場合に、当該場所に対する搜索令状でその物を搜索することができるのか、という問題である。

第2は、人の身体に対する搜索は身体を搜索対象とする令状が必要とされることからして、その場所内にいる人（当該場所に通常居住している者と、外部から来てその場に居合わせた第三者とを含む）の携帯品や着衣に対してまでも場所に対する搜索令状で搜索できるのか、という問題である。

(1) 第1の問題については、第三者の物であっても、その場所内にある以

上、その場所内にある他の物と同様に、その場所の管理権者の管理下にあるといった言い方はできるであろう。しかし、第三者の物⁴⁾である以上、もとよりプライバシー等の利益は別個なのであって、その点から考えれば、当該場所と同一の管理下にあるというだけで、第三者の物が当該場所に対する搜索対象に含まれると解すべきではないだろう。

そもそも、憲法35条が、搜索を受けない権利を保障しているのは、各個人ごとのプライバシー等の利益を保護しているからであるとするべきであり、そうであれば、そこまでは、裁判官による司法的審査としてのプライバシー等の利益に対する侵害許容も及んでいないのであり、その第三者によって持ち込まれた物をその第三者自身が携帯している場合は勿論、そこに置いてあったとしても（更には言えば、その第三者がその場所に居なかったとしても）、このような第三者の物についてまで、場所に対する搜索対象の中に含まれると解するのは、原則的には、正当でないと思われる。

ただ、①第三者がその場所の居住者等にその使用等を許しているところから、それら居住者等の支配下にあると認められる物に対する場合や、②その場所にいる者が、そこにある当該第三者の物の中に、当該場所内にあった物を隠匿したと認められるような場合（当該被搜索者や当該事件のいずれとも全く無関係な場所等に物を投げ入れたような場合は事情を異にする）などについては、例外的に搜索し得る場合があると思われる。

このような例外的に搜索できる場合の理由を、このような場合は第三者の物についてもプライバシーの利益の包摂関係が認められるからと捉えるのでは、妥当性を欠くことになると思われる。この点からしても、このような場合は、例外的に搜索できる第三者の物も、場所の存在構造から当該場所内の物に含まれるとしたうえで、かつ、裁判官の司法的審査における捜査の必要性などとの比較衡量判断の中ではこのような場合も想定されているのであり、このような場合の第三者の物に対しては、プライバシー

4) 第三者の排他的支配の下にあると認められる物、とするのは前掲注1)井上170頁。

等の利益に対する侵害許容が及んでいるという視点から捉えていくのが、現実的であろう。

特に②の場合は、後述の(2)(ロ)(b)で挙げた、本来、搜索が許容されている物であれば、追跡して搜索できるとの考え方とパラレルに捉え得るのであって、それはまさに、司法的審査の結果、裁判官が第三者へのプライバシー等の利益に対する侵害をも許容している場合と解し得るであろう(なお、①の場合も、もともと第三者の物である以上、プライバシーの包摂関係を基本に据えることは難しいだろう)。

(2) 第2の問題については、基本的には、当該携帯品や着衣が、身体の一部とみなされるか否か、つまり、身体と一体のものとして評価し得るか否かによって判断すべきであると思われる。

なぜならば、当該物が人の身体と一体であると評価し得るような状況下にある場合は、人の身体そのものと同視して、人格の尊厳や人身の自由(身体の安全・自由など)といった、「場所」より高度な、別個の被侵害利益ないし権利を考えなければならないからである。

そうであれば、この問題については、通常その場所に居住している者と、外部から来てその場に居合わせた者とを、区別して論ずる必要はない(両者を区別して論ずる見解⁵⁾もあるが、そのような見解には賛成できない)。

(イ) そこで先ず、携帯品に関する判断がなされた判例を見ていくことにする。最高裁は、平成6年9月8日決定において、場所に対する搜索差押許可状により、当該場所に居住する下記被告人(下記Aの内縁の夫)の携帯品(ポストンバッグ)を搜索することができるかについて、次のように判示した。

すなわち、「警察官は、被告人の内妻であったAに対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、同女及び被告人が居住するマンションの居室を搜索場所とする搜索差押許可状の発付を受け、……右許可状に基づき右

5) 小野清一郎ほか『ポケット注釈全書刑事訴訟法(上)[新版]』[1986年、有斐閣] 258頁など。

渡辺：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

居室の捜索を実施したが、その際、同室に居た被告人が携帯するボストンバッグの中を捜索したというのであって、右のような事実関係の下においては、前記捜索差押許可状に基づき被告人が携帯する右ボストンバッグについても捜索できるものと解するのが相当である⁶⁾とした。

思うに、上記判例の事案では、当該ボストンバッグは、もともと当該場所内に存在していたものであり、当該場所の中で、同居人が携帯していた状態で差押えられているのであってみれば、それについてのプライバシー等の利益を別個に考慮しなくてもよい事案だったのであり、それに対しては、当然に、裁判官の司法的審査によるプライバシー等の利益に対する侵害許容が及んでいたと言える⁷⁾。さらに、携帯品の場合は、着衣などと違い、身体の一部と同一視するほどの一体性があるものとみなすことにも無理がある。

したがって、この判例の結論は妥当であったと評し得るであろう⁸⁾。

(ロ) 着衣についての捜索

なお、上記判例の事案は、あくまで捜索場所内にいる人が「携帯していた物」についてのものであり、着衣や身体についての判断はなされていないと解すべきである⁹⁾。

そこで、あらためて、身体とも比べながら、着衣について考えてみる。

(a) 衣類については、それが室内に置かれているだけの場合は、その場所内の物として扱われるものの、それが一旦身に付けられた状態

6) 最決平成6・9・8刑集48巻6号263頁。

7) なお、もともと、その場所内に存在していた物の場合であれば、たまたま、そこに居合わせた第三者が手に持っていたとしても、現に誰が所持していたかは重要ではなく、同様の理由により捜索できる。なお、前掲注3)130頁は、「居住者でない第三者の携帯品であってもそれが捜索場所にもとから存在した物件で、捜索場所の管理権者・居住者の支配・管理下にある物であったとすれば、当該場所に対する捜索令状でこれを捜索できないとする理由はない」とする。

8) なお、本判例の評釈としては、前掲注3)128頁以下、前掲注1)原田57頁以下各参照。

9) 前掲注1)原田64頁参照。

になると、つまり、着衣となると、身体の一部と同視すべきことになり、身体に対するのと同様、身体を搜索対象とする令状がない限り搜索することはできない。

それというのも、人格の尊厳と言ひ人身の自由と言った場合の人は、人が社会的存在である以上、衣服を身に着けた平常の状態が前提となっているのであって、着衣は身体の一部とすべきだからである（もっとも、搜索の最中ないし直前に、搜索場所で衣服を身に着けたような場合については、前述の携帯品の場合と同様に考える余地があるだろう）。

また、例えば、身体搜索の場合、現実搜索の対象となるのは、一般に、「着衣の内側、身体の外表にも及ぶ」¹⁰⁾と言われたりするが、このような見解も、搜索の場合、着衣は基本的に身体と一体のものとして扱われるべきことが前提になっているからであると解される。

なお、身体に対する搜索は身体の外表に及ぶ場合もあるが、基本的には、着衣の上からに止まるべきであって（但し、頭髪の中は、基本的に、許されるであろう）、それを超える場合、つまり、検証で対象とされるような、体腔部分を搜索したり、全裸にして搜索する場合などは、搜索令状のほかに身体検査令状（法218条1項後段、同条4項）が必要である（但し、口腔内は搜索令状だけで搜索できる場合もあるだろう）とすべきである¹¹⁾。

- (b) ところで、着衣についてであっても、一定の場合には例外的に搜索が許される場合もある。この点の理由付けについては学説も分れるが、上述したように、身体との一体性という視点からして、着衣をもって、その場所内の「物」に該当すると考えることはできない。そこで、「場所に対する令状により搜索することが本来的に許容され

10) 田口守一『刑事訴訟法〔第4版補正版〕』（2006年、弘文堂）95頁。

11) なお、身体の搜索について、伊藤栄樹ほか『新版注釈刑事訴訟法第3巻』（1996年、立花書房）204頁〔伊藤栄樹・河上和雄補正〕参照。

ていた物について、どこまで追跡して搜索することができるかという観点¹²⁾から考えていくのが妥当であると思われる。

このような観点に立って考えれば、そこに居る者が「搜索の最中又はその直前にその場にあった目的物件を身体ないし着衣に隠置したと認められ、又は、そのように疑うに足りる合理的な理由がある場合」¹³⁾に限って許されるとすべきである。

第3 差押対象物以外の物の写真撮影

搜索を行っている際に、別罪の証拠が発見される場合がある。そのような場合、当該物件が令状記載の物件に含まれていなければ、搜索も差押えもできないとするのが通説である。

たとえ、場所に対する搜索差押令状により、その場所内にある物を搜索・差押えできるとしても、それは、あくまで、当該被疑事件に係るものであることが前提となっている以上（事件単位の原則）、別罪についての証拠を搜索・差押えすることはできないからである（ただし、その物が、法禁物である場合については、別個の理論構成により差押えが可能となる場合があるが、ここでは特に論じない）。

1 差押対象物以外の物の写真撮影の是非

そこで、差押対象物以外の物を写真撮影することが許されるか、ということが問題とされる。通説は、このような写真撮影は、令状主義に反することになり、許されないとしている。

(1)ところで、搜索・差押えの執行現場においては、しばしば写真撮影が行われている。しかし、これについては、実務上、当該差押対象物について、その搜索・差押手続の適法性を担保するためにその執行状況を明らか

12) 前掲注1)原田64頁。なお、新関雅夫・佐々木史朗ほか『増補令状基本問題・下』[1996年、一粒社]232頁〔島田仁郎〕参照。

13) 前掲注12)新関・佐々木ほか232頁～233頁〔島田仁郎〕。

にする目的で行われ、あるいは、当該証拠物の発見状態を発見場所とともに撮影することによって、当該証拠物の存在状況をも明らかにし、当該証拠物の証拠価値を保存するために行われているものとされる¹⁴⁾。

ただ、この場合も、写真撮影自体が、基本的に、検証の性質を有するとされているところからすれば、本来的には、別途、検証令状が必要とされなければならない筈である。しかし、このような写真撮影について、実務上は、捜索・差押えに付随する処分として許されるとされている¹⁵⁾のである。

思うに、このような当該差押対象物たる証拠物についての写真撮影である限りは、プライバシー侵害の程度も、もともとの捜索・差押えによって侵害せざるを得ないことになる範囲内のもの（これは、裁判官の令状発付についての司法的審査において当然予測している範囲内のプライバシー侵害ということになる）とも言えるので、写真撮影することによるプライバシー侵害が軽微なものに止まる限り、写真撮影の必要性が大きいところなどからして、あえて違法とするまでのことはないであろう¹⁶⁾。

(2) しかし、捜索・差押対象物以外のものとなると、上記と同様に解するわけにはいかない。本来、写真撮影は、基本的に、検証の性質を有するのであるし（ただし、後掲平成2年最高裁決定での補足意見も指摘するように、検証に際して行われる写真撮影は、厳密に言えば、『検証の結果をフィルムに収録する行為』である）、このような形態の捜索・差押対象物以外の物についての写真撮影は、前述のような当該捜索・差押えに付随した処分とも言えないのであって、検証令状なしに行うことは許されない。

したがって、令状主義からして、検証令状なしに行う捜索・差押対象物以

14) 例えば、東京地決平成元・3・1判時1321号160頁など。

15) なお、学説においても、例えば、三井 誠『刑事手続法(1)[新版]』〔1997年、有斐閣〕48頁は、「捜索・差押えをうける者にとってプライバシー侵害は、捜索・差押えの実施に不可避免的に伴うからその範囲内であるかぎり受忍限度内にあるといえる」としている。

16) なお、前掲注15)48頁参照。

外の物に対する写真撮影は、違法とせざるを得ない。後掲平成2年最高裁決定における補足意見でも、この点について、「捜索差押許可状に明記されている物件以外の物を撮影した場合には、捜索差押手続に付随した検証行為とはいえないので、本来は検証許可状を必要とするものであり、その令状なしに写真撮影したことは違法な検証行為といわざるを得ない」としている¹⁷⁾。

2 違法な写真撮影と準抗告

ここで、次に問題となるのは、このような違法な写真撮影を行ったことに対し、準抗告の申立ができるか、ということである。

(1) この点については、違法な写真撮影処分の取消しを求める準抗告については、これを認めるが、ネガ等の申立人への提出等を求めることは不適法であるとする裁判例¹⁸⁾ などもある。

ところで、最高裁は、平成2年6月27日決定において、次のような判断を示した。すなわち、捜索差押許可状記載の『差し押えるべき物』に該当しない印鑑、ポケット・ティッシュペーパー、電動ひげそり機、洋服ダンス内の背広について写真を撮影したというのであるが、右の写真撮影は、それ自体としては検証としての性質を有すると解されるから、刑法第430条2項の準抗告の対象となる『押収に関する処分』には当たらないというべきである。したがって、その撮影によって得られたネガ及び写真の廃棄又は申立人への引渡を求める準抗告を申立てることは不適法であると解するのが相当である¹⁹⁾とした。

つまり、この判例は、ネガ等の廃棄又は申立人への引渡を求める準抗告を否定しただけでなく、そもそも、写真撮影は、それ自体としては検証の性質を有するのであるから、準抗告の対象となる「押収に関する処分」に当たらないとして、写真撮影それ自体に対する準抗告申立の可否について、

17) なお、東京高判平成5・4・14判タ859号160頁参照。

18) 大津地決昭和60・7・3 刑裁月報17巻7・8号721頁。

19) 最決平成2・6・27刑集44巻4号385頁。

これを消極に解したのである。

この点についての学説は、継続的な権利侵害があることなどから実質的に押収処分と変わらない場合には準抗告を認めるべきであるとするもの²⁰⁾が有力である。

(2) ところで、検証とは、五感の作用により場所、物、人の身体の存在・状態等を認識・感得する処分であるところ、写真撮影は、前述の通り、基本的に検証の性質を有しているものの、上掲平成2年最高裁決定での補足意見も指摘しているように、それ自体は、厳密に言えば検証（五感の作用により認識すること）の結果をフィルム（デジタルカメラであれば、カメラそのもの）に収録する行為であると言える。そして、その機能面に注目すれば、収録されたフィルムは、やがて、現像されプリントされて、いつでも見ることのできる状態で保存される（デジタルカメラであれば、コンピューターに移し、情報としてディスク等の中に保存される。そして、それをコンピューターシステムのディスプレイ上に表示したり、プリントアウト等を行うことによって、いつでも見ることができる）。

これは、結果において、撮影対象物を差押えたのと実質的効果に差異がないことになる。特に、その対象が、文章としての内容を有するものであるような場合（例えば、報告文書や日記帳あるいはメモ書きなどの文書）は、当該文書が差押えられて、それを読むことが可能になると、いささかの差異もないことになる²¹⁾。

(3) 以上の検討からすれば、撮影対象が、物の外観のみに係る場合などはともかくとして（上掲平成2年最決の場合は、外観に係るところが多いとも言い

20) 白取祐司『刑事訴訟法〔第4版〕』〔2007年、日本評論社〕128頁、光藤景皎『刑事訴訟法I』〔2007年、成文堂〕170頁、福井 厚『刑事訴訟法講義〔第3版〕』〔2007年、法律文化社〕138頁、前掲注10)89頁、後藤 昭『捜査法の論理』〔2001年、岩波書店〕27頁など。

21) つまり、当該文書について押収の処分をしたのと変わらないことになる。前掲注10)89頁は、メモや日記帳の内容を撮影する場合は、実質的に当該物件の押収に等しいとする。

得るが、外観のみに係るとまでは断定できないであろう）、対象物の内容（特に文章など）をも撮影したような場合は、そのような写真撮影をもって基本的に検証としての性質を有しているとしたうえで、次に、前記有力説がそれぞれ指摘するように、そのような場合の実質的機能面に着目して²²⁾、それを差押えそのものと同様の機能を有する（占有を取得したと同様の効果を有する）ものと評価し（ここでは、この機能面こそが重要である）、それらの点から、違法な「押収に関する処分」と同一視できるものと考えらるべきである。

(4) すなわち、前述のとおり、検証令状なしに捜索・差押対象物以外の物を写真撮影することは、令状主義に反し、違法であって許されないのであり、また、その実質的機能が差押え（押収）をしたのと変わらない場合があるのだから、それが違法であるということと、上記のような場合の実質的機能との双方に着目すれば、そのような場合は、まさに「違法な」「押収に関する処分」がなされたのと同一視できる場合に当たると思われるのである。そうであれば、前述のような場合の違法な写真撮影に対しては、準抗告が認められて然るべきであろう。

なお、この問題は、本来的には、検証処分そのものに対しても準抗告ができることを明確にするための立法措置を講じることによって解決されるべきであると思われる²³⁾。

第4 強制採尿

1 強制採尿の問題点

覚せい剤の自己使用罪を立件し、自己使用の事実を証明しようとする場合には、被疑者の尿中に覚せい剤成分が残留していたことをもって証拠資

22) この点特に、前掲注20)後藤27頁は、「検証であっても実質的に押収の代替手段としての意味を持ち、押収と同様に処分後も重要な権利制約が継続すると認められる場合に限っては、押収と同様な不服申立の可能性を認めなければならないはずである」としている。

23) なお、検証に対する準抗告を認める立法措置をとるべきことを示唆するものとして、前掲注20)後藤27頁、前掲注15)48頁各参照。

料とするのが一般である。そこで、覚せい剤自己使用の嫌疑のある場合には、まずは尿の任意提出を求めることになるが、被疑者が頑として尿の任意提出に応じない場合も少なくない。そこで、捜査実務では、被疑者の尿道にカテーテル（導尿管）を挿入して膀胱に至らせ、そこに貯留されている尿を強制的に採取する方法が採られるようになった。

そこで、そもそも、このような強制採尿自体が許容されるのかということと、仮にそのような強制採尿が許容されるとして、そのような身体に直接侵襲していく形態の強制処分の令状をどのように考えるかということが、強制採尿の適否の問題と併行して、問題とされてきた²⁴⁾。なお、後掲昭和55年最高裁決定が、その適法性を認め、そこにおいて強制採尿のための令状を創出したことからしても、この点の検討は重要である。

上記のような強制採尿は、その必要性から、現実の実務においては行われており、これを適法とする学説もある。しかし、多くの学説は、その説くところにニュアンスの差があるものの、基本的には違法とする立場に立っている²⁵⁾と言える。その理由とするところは様々であるが、要するに、その方法が著しく人格の尊厳を侵すものであるということと、そのための令状について定めた規定もなく、現行法の中に適法根拠を見出すことは困難なのであって、強制処分法定主義に反するということである（だから、多くの学説は、その令状をどのようにするかについては、いわば予備的に考えてきたとも言えるのである）。

さらに、強制採尿をするための施設に、身柄を拘束されていない被疑者を強制連行することが許されるか否かも問題とされる。

24) 基本的には違法とする立場に立つ学説も、実務の現実からか、令状の形式をどうするかなどについても論じているものが多い。

25) 前掲注20)白取149頁、前掲注20)光藤167頁、前掲注15)63頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法〔補正版〕』〔2007年、成文堂〕92頁など。なお、前掲注10)99～100頁は、「基本的には否定説が妥当と考える」としたうえで、令状の形式については、後記併用説についても一定の評価を与えている。

2 強制採尿の適否と令状

(1) 強制採尿について、これまで、下級審の裁判例では、違法とするものと、適法とするもののが対立していた²⁶⁾が、最高裁は、昭和55年10月23日決定において、捜査機関が、身体検査令状及び鑑定処分許可状の発付を得て、鑑定受託者たる医師に採尿を依頼し、同医師が、先ず、自然排尿の機会を与えた後、数人の警察官によって身体を押しさえつけられている被疑者の尿道にゴム製導尿管（カテーテル）を挿入して採尿した事案について、次のように判示した。

すなわち、「強制力を用いてその身体から尿を採取することは、身体に対する侵入行為であるとともに屈辱感等の精神的打撃を与える行為であるが、……カテーテルを尿道に挿入して尿を採取する方法は、……医師等これに習熟した技能者によって適切に行われる限り、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、仮に障害を起こすことがあっても軽微なものにすぎないと考えられるし、また、右強制採尿が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のであるから、被疑者に対する右のような方法による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く、被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性とその取得の必要性、適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、犯罪の捜査上真にやむをえないと認められる場合には、最終的手段として、適切な法律上の手続を経てこれを行うことも許されてしかるべきであり、ただ、その実施にあたっては、被疑者の身体の安全とその人格の保護のため十分な配慮が施されるべきものと解するのが相当である」と述べて、適切な法律上の手続を経て行えば許容されるとした。

そして、適切な法律上の手続については、「体内に存在する尿を犯罪の証

26) 違法とするものとして、後掲注27)掲記の昭和55年最決の原審である名古屋高判昭和54・2・14判時939号128頁。適法とするものとして、東京高判昭和54・2・21判時939号128頁。

抛物として強制的に採取する行為は搜索・差押の性質を有するものとみるべきであるから、捜査機関がこれを実施するには搜索差押令状を必要とするとして解すべきである。ただし、右行為は人権の侵害にわたるおそれがある点では、一般の搜索・差押と異なり、検証の方法としての身体検査と共通の性質を有しているため、身体検査令状に関する刑訴法218条5項が右搜索差押令状に準用されるべきであって、令状の記載要件として、強制採尿は医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない旨の条件の記載が不可欠である」と判示したのである。

さらに、本件強制採尿が、身体検査令状と鑑定処分許可状とを併用して行われた点については、「身体検査令状と鑑定処分許可状の両者を取得している場合には、医師により適当な方法で採尿が実施されている以上、法の実質的な要請は充分満たされており、この点の不一致は技術的な形式的不備であって、本件採尿検査の適法性をそこなうものではない」とした²⁷⁾。

そして、その後の実務では、上記判例が示した条件の記載された搜索差押令状のことを、強制採尿令状と呼び、それによって強制採尿が行われている。

(2) 判例は、強制採尿のために、搜索差押令状に上記のような一定の条件の記載された「強制採尿令状」と呼ばれるものを新たに創出したのであるが、これまで、強制採尿についての令状を何に求めるかについては、第1に、検証としての身体検査令状説、第2に、鑑定処分許可状説、第3に、上記第1の身体検査令状と第2の鑑定処分許可状との併用説、の三つの考え方が提示されてきた。

第1の身体検査令状説は、刑訴法222条の準用する同法139条によって、検証としての身体検査の場合には直接強制ができることを、主たる根拠とする。さらに、検証としての身体検査においても鑑定におけるのと同程

27) 最決昭和55・10・23刑集34巻5号300頁。本判例の評釈として、大野正博「強制採尿」『判例演習刑事訴訟法』〔2004年、成文堂〕89頁以下参照。

渡辺：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

度のことを行えるとの考え方²⁸⁾が、その根底にあるものと思われる。しかし、検証の概念からして（検証の概念からすれば、検証としての身体検査の場合は、身体の外表・体腔部の観察・認識が限度となる）、身体への侵襲までは認められないと批判される。

第2の鑑定処分許可状説は、検証としての身体検査は、あくまでも五感の作用によって身体（身体の体表及び体腔部が限度）を外部から観察して認識するにとどまるものとされるところ、強制採尿は、強制的に身体内部に侵襲するものであることから検証にはなじまないし、何らかの身体損傷が生じる可能性もあるので、専門家の特別な医学的知識と技術をもってすべきであるとして、鑑定処分（鑑定処分としての身体検査）に含ませるのである。この考え方は、鑑定受託者による場合の鑑定処分では、間接強制はできるが、直接強制によることができないので、その点が批判される²⁹⁾。

第3の併用説には、いずれの令状を基本に据えるかの違いから二つの立場がある。すなわち、その一は、鑑定処分許可状を基本とするが、鑑定受託者による鑑定処分では直接強制ができないので、直接強制をするにあたって身体検査令状にもよるとする。その二は、身体検査令状を基本とし、身体に侵襲するにあたって医師等の専門家の特別な知識と技術を必要とするところから鑑定処分許可状を併用すべしとする。そして、上掲の昭和55年最高裁決定が出るまでの実務においては、上記二つの立場のいずれに立つかはともかくとして、併用説にしたがって実施するのが一般であった。

なお、近時の併用説の中には、鑑定をもって検証の特別形態であると理解し、そうであるが故に、検証における直接強制は鑑定にも及ぶとする考

28) 例えば、伊藤栄樹ほか『新版注釈刑事訴訟法第2巻』〔1997年、立花書房〕281頁〔亀山継夫〕など。

29) なお、この説は、鑑定受託者による処分等について定めた法225条が法172条を準用していないにもかかわらず、法172条の準用ないし類推適用を認め、その結果、法172条2項によって、第10章の中で定められている法139条により直接強制を認めようとするのであるが、法225条が準用していない条文を準用ないし類推適用したうえで、法139条により直接強制ができるとすることには無理がある。

え方³⁰⁾がある。

(3) ここで、上掲昭和55年最高裁決定の採った、いわゆる強制採尿令状(上記の条件の記載された搜索差押令状)によるとの判例理論と、併用説について検討していくことにする。

(イ) 先ず、判例のいわゆる強制採尿令状によるとの考え方から検討していく。

判例が強制採尿を搜索・差押と位置づけ、前記のいわゆる強制採尿令状を創出したことについては、強制処分法定主義からして、疑問と言わざるを得ない。すなわち、搜索・差押の対象は、あくまで「物」であり、人の生体内(膀胱内)に貯留されている尿を「物」として捉えるなどということは、本来、搜索・差押という強制処分の予測していないところだからである(そもそも、人の生命活動の過程において体内に貯留され、未だ排出されていないものと外界に存在する「物」とは、本質的に価値を異にする)、そして、そのように刑訴法の予測していない新たな類型の令状を創出したことは(それが国民の権利・利益を侵害する方向のものだけに、なおさら)、判例の法創造機能の限度を超えているのではないかとの疑問が生じる³¹⁾。

また、判例の理論は、強制採尿手続によって生じる被採取者の権利侵害について、身体的な面に主として着目し、精神的な面を軽視しているきらいがある。カテーテルによる強制採尿行為そのものの現実面を直視し、その処分としての特異性(屈辱感を与え、かつ羞恥心を害しているというの、他の強制処分の内容と比較して重大と言わざるを得ない)が、いかに、

30) 前掲注10)100頁、前掲注27)大野96頁。詳細は井上正仁「刑事手続における体液の強制採取」『法学協会百周年記念論文集第2巻』〔1983年、有斐閣〕706頁以下、同『強制捜査と任意捜査』〔2006年、有斐閣〕87頁以下。なお、裁判所の命令で行う鑑定の場合は、法文上もともと直接強制ができるのだから、このような考え方は、理念上の問題はともかくとして、法文上直接強制のできない鑑定受託者による鑑定の場合にこそ現実的意味がある。

31) このような判例による新たな令状の創出に批判的なものとして、前掲注25)寺崎94頁、高田昭正「強制採尿」『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕』67頁各参照。

渡辺：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

人格の尊厳を侵すものであるかということをご重視すべきである（なお、この点は、次に検討する併用説をとっても解決はされない）。

(ロ) 次に、検証としての身体検査令状と鑑定処分許可状とを併用するとの、いわゆる併用説について検討してみる。

(a) そこでまず、検証と鑑定受託者による場合の鑑定処分の性質、要件などについて、少しく考えてみる。

検証としての身体検査に直接強制が認められるのは、もともと検証が五感の作用により場所、物、身体が存在・形状等を認識し感得するにすぎない処分であり、それは、身体に対する場合であっても、外表を基本とし、それ以上については、せいぜい外部からの視認等の可能な体腔部が限界とされるところからして、観察し認識するために通常考えられる方法を越えた著しい権利侵害などは起こらない筈であると想定されたからであろう（この点は捜査機関が行う場合も裁判所が行う場合も、基本的には変わらないであろう）。

ところで、鑑定処分は、特別の知識・経験を有する医師等の専門家によってなされることから、身体への侵襲をも認めるものであるところ（検証と比べ、権利侵害性の質的程度が高くなる可能性が高い）、ここでの鑑定受託者による場合の鑑定処分は、①当事者主義の下における対立当事者たる捜査機関の行う処分として行われ（実施にあたっては、医師等専門家の手によって行われはするが）、かつ、②身体への侵襲を伴う処分が行われる（検証では身体へ侵襲は認められない）ということになる。

つまり、この二つの点に着目して、そうであるからこそ、本人の自由意思の尊重が、より重要になってくるのであり、その点から、直接強制はできないとされたのだと解すべきであろう³²⁾。そうであ

32) 法172条、139条により、裁判所の命じた鑑定人の請求によって裁判官が行う場合は直接強制が可能であることと対比すべし。なお、前掲注28)423頁〔龜山〕は、裁判官が行う場合でも、裁判官が、直接自分で行わなければならないわけではな

れば、上記二つの強制処分（検証としての身体検査と鑑定受託者による鑑定処分としての身体検査）の要件は、それぞれの中で、被侵害利益と捜査の必要性との利益衡量に配慮して定められていると考えることができる。

(b) このように考えると、併用説にも、以下に述べるようなところからして、疑問がある。なお、併用説の立場から、鑑定を検証の特別形態であると理解し、検証における直接強制は鑑定受託者による鑑定の場合にも及ぶと構成したうえで、身体検査令状と鑑定処分許可状との併用を認める前記の見解は、現行法の沿革なども考え、捜査の必要性と被侵害利益との調整に配慮しつつ、総合的視点に立って、立法の隙間を埋めていこうとする考慮に基づく理論構成であるとも評価し得るが、結果的には実務の現状を追認することになる解釈と言わざるを得ないだろう。なぜならば、この理論の実際の適用を考えてみれば、それは、これら二つの処分についてそれぞれ別個に定められている要件を、両者に共通の要件とし、いわば相互乗り入れさせている点において、従来の併用説と変わりがないからである。したがって、この見解も、基本的なところで従来の併用説と同様の疑問がある。

(c) 併用説に対する疑問は次のように集約できる。つまり、(a)で前述したところからも分かるように、これら二つの処分は、それぞれ、その性質（特にその権利侵害の程度や目的）に違いがあるところから、その要件にも違いがあるのであって（さらに、あらためて、検証の場合は、裁判所が行う場合も捜査機関が行う場合も直接強制ができるのに、鑑定処分については、鑑定人が裁判官に請求して行う場合は直接強制ができるが鑑定受託者が行う場合は直接強制ができないとされている理由を再考すべきである）、被処分者側の権利の視点から考えると、それぞれの処分に

、いのであって、「鑑定人を立ち合わせたうえ、裁判官の直接の監督の下に鑑定人をして身体を検査を行わしめることができ」、その方が相当であるとする。

ついでに要件は、各個別々に検討されることこそが重要なのである。

したがって、捜査側の必要があるにしても、それぞれの手続要件を両者に共通の手続要件とすることには基本的な疑問があるということである。そしてそれは、本来的には避けるべきことであると思われる。

(ハ) 以上の検討からすれば、判例理論による強制採尿は、実務運用がこれにしたがっている現実では認めざるを得ないが、強制処分法定主義からして基本的に疑問がある。

また、前記のような、鑑定を検証の特別形態であると理解する立場からの併用説の考え方についても、前述の通り、実際の適用において、従来の併用説に対するのと同様の疑問がある。

結局、併用説については、現在のところ、上記判例の創出した強制採尿令状による方式との比較の上に立って考えれば、止むを得ざる方法として、これを認め得る余地もあるが（特に、前記の、鑑定をもって検証の特別形態であるとの理解に基づく考え方）、上記のような問題点があり、それは、あくまでも、現状における立法の隙間を埋めるための必要性から生み出された一つの妥協的方策として捉えていくべきである（なお、実際には判例のとり方で実務が運用されているが、これも必要性から生み出された暫定的・妥協的方式であると認識しておく必要がある）。

したがって、この問題は、やはり、立法的に解決されるのが本筋である。但し、新立法によっても、それが判例のいう強制採尿令状を追認するだけのものでは、強制処分法定主義に反するとの問題は解決するにしても、人格の尊厳を侵すとの問題までが解決されるかは疑問である。新立法にあたっては、覚せい剤事犯の捜査方法全般をも含めた広い視野に立った方策が検討されるべきであろう。

3 強制採尿のための施設等への強制連行の可否

(1) ここで問題となるのは、逮捕・勾留されていない被疑者が、採尿する

ための設備を備えた施設に任意に同行を求められ、これを拒否した場合に、当該被疑者を強制的にその場所まで連行することができるか否かということである。

この点については、積極、消極の両説があるが、積極説は、①搜索差押における「必要な処分」(法222条1項で準用される法111条所定の「必要な処分」として)として許容されるとする説(必要処分説)、②強制採尿令状そのものの効力として許容されるとする説(令状内在説)、③強制採尿令状に強制連行できる旨の条件が記載されていれば許容されるとする説(令状記載説)の三つに分かれる。

(2) 最高裁は、平成6年9月16日決定で、「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」と判示した³³⁾。

したがって、判例は上記②の令状内在説の立場に立っていることになる³⁴⁾。しかし、この判例には学説から多くの批判が加えられている³⁵⁾。

(3) 思うに、上記判例の立場については、搜索差押令状(前述の通り、この場合は強制採尿令状と呼ばれる)と逮捕状との性質の違いに遡って考えると、基本的なところで疑問が生じる。

33) 最決平成6・9・16刑集48巻6号420頁。

34) なお、下級審の裁判例は、①の必要処分説に立つものと、②の令状内在説に立つものとに分かれていた。必要処分説に立つものとして東京高判平成2・8・29判時1374号136頁、令状内在説に立つものとして東京高判平成3・3・12判時1385号129頁がある。

35) 例えば、『強制採尿令状』を創出しただけでなく、ひとつの令状に他の強制処分の内容をも盛込んだ点で、二重に疑問(前掲注25)寺崎95頁)であるとされ、あるいは、「強制採尿令状が判例の法創造の産物であるのに、目的達成のために、その効力として強制連行を認めることは、さらに歩を進めた実質的立法と判断するほかない」(前掲注27)大野98頁)といった批判がある。

というのも、弾劾的捜査観の下においては、捜索差押令状などのように証拠物等の収集を目的としている令状は、捜査機関がもともと有している証拠収集の権限を顕在化させたものである（つまり、文字どおり許可状である³⁶⁾）のに対し、逮捕状のような身柄を拘束するための令状は、許可状と捉えるべきではなく（学説は許可状説と命令状説があり、実務では許可状と捉えられているが）、裁判官の命令状と捉えるべきなのであって³⁷⁾、両者は令状としての性質を異にするからである。すなわち、許可状たる捜索差押令状の効力は、あくまで、捜査機関がもともと有している証拠収集権限についてのものであり、裁判官の命令状たる逮捕状があって初めて可能となる被疑者の身柄拘束にまで及んでいる筈もないからである。

したがって、上記判例の立場には賛成できないのであって、証拠収集のための捜索差押令状たる強制採尿令状の効力として強制連行という一種の身柄拘束を認めることはできないと解すべきである。そもそも「人の身体を拘束し、連行するためには逮捕要件が具備していることが基本であり、捜索差押令状あるいは身体検査令状により逮捕と同程度の自由拘束が可能とすることには疑問が残る」³⁸⁾と言われるが、前述したように、令状としての性質の異なる上記のような許可状によって、実質的な身柄の拘束を許すべきではない。この点についても、強制採尿そのものとともに立法的解決が検討されるべきであろう。

36) 因みに、行政法学でいう許可について、原田尚彦『行政法要論〔全訂第6版〕』〔2005年、学陽書房〕167・168頁参照。同書によれば、許可とは国民の自由に課された一般的禁止を解除する行政行為をいうが、それは、本来各人の有している自由を回復する行為とされているのである。このことは許可状の基本的性質を考える場合にも参考になる。この点に関しては、検証としての身体検査令状も鑑定処分許可状も、共に許可状たる性質を有するのであるから、捜索差押令状と同様である。

37) 平野龍一『刑事訴訟法』〔1958、有斐閣〕84頁。なお、拙著『論点中心 刑事訴訟法講義〔第2版〕』〔2005年、成文堂〕32～33頁参照。

38) 前掲注10)101頁。

第5 おわりに

1 本稿においては、先ず、搜索の範囲の問題の一つとして、「場所」に対する搜索令状によって、何ゆえ当該場所内にある「物」についてまで搜索が許されるのかについて検討し、この問題を、場所というものの存在構造と令状主義の理念の具体的適用をどのように捉えるかという視点から考えてみた。

次に差押に関する問題の一つとして、差押対象物以外の物に対する違法な写真撮影とこれに対する準抗告申立の是非について検討し、その点については、令状主義の根本的理念が国民の基本権を保障するための司法的抑制にある以上、違法な写真撮影が行われ、当該写真撮影の実質的機能が押収と同様の効果の生ずるものであるならば、「違法な押収に関する処分」と同様に扱い、準抗告が認められて然るべきであることを論じた。

また、強制採尿については、判例の創出した強制採尿令状が、基本的に強制処分法定主義に反することを論じたうえで、検証としての身体検査令状と鑑定処分許可状の併用によって強制採尿が許されるとの、いわゆる併用説についても検討を加えた。そしてそこでは、検証と鑑定受託者による鑑定処分との、それぞれにおける目的や権利侵害の程度の違いなどを目を向け、それぞれの処分の要件は別個・独立に考えるべきであるとの視点から、併用説の考え方に対しても基本的な疑問を提示し、強制採尿についての立法的解決の必要性についても考えてみた。さらに、強制採尿をするために、身柄拘束のされていない被疑者を強制連行することが許されるのかについては、これを認める判例・学説について、証拠収集のための令状と身柄拘束のための令状との本質的違いなどの視点から、批判的に検討を試みた。

2 以上述べてきたところは、いずれも、令状主義と強制処分法定主義が、立憲主義的憲法下の法制度であるという根本的認識を基本に据えて、令状主義も強制処分法定主義も、ともに国民の基本権保障のために、国家の機関である捜査機関の権能に制約を課する原理であるという基本的理解を前

提にして、論じたものである。

なお、ここで注意しておくべきことは、令状主義の規定は、国民の視点から、自由権として憲法の中に位置付けられており、その基本となる司法的抑制という理念それ自体は、憲法の直接的保障として導き出されるということである。そこで、現実的に個別・具体的な捜査手続を考える場合には、令状主義の理念こそが重要であり、それも、その実質的内容をなす裁判官の司法的審査の視点に注目しておく必要があるということである。

3 さらに、強制処分法定主義を考える場合には、自由主義と民主主義のそれぞれの内容からも考えていく必要がある。すなわち、自由主義と民主主義は、国家・国民にとっての、ともに必須の原理でありながら、両者は相互に相反発する本質をも有しているため、近代国家は、常に両者の調整を図りながら国民の権利保障を実効性あるものとしてきたといえる。

この点を、前記の判例による新たな令状の創出ということにあてはめて考えると、それも一種の司法（判例）による法創造であるが、そもそも、司法（判例）による法創造が認められるのは、原則的に、国民の基本権に関する司法的救済としての具体的妥当性を持つ場合に限定されてのことであり、国民の権利・利益を侵害する方向での司法による（具体的には、判例による）法創造は、基本的に認められるべきではないと思われる。

なぜならば、権力分立制の中で、次第に司法権の優越という考え方に正当性が認められるようになったのは、違憲立法審査権に象徴されるように、あくまでも、国民の基本権を侵害するような法律が立法された場合の国民の基本権保障の、まさに砦として位置付けられるからであり、司法権が（判例によって）、国民の基本権を侵害する方向での法創造をするなどということは、本来想定されていないからである（なお、国民の権利・利益に多少の制約を課すことがあっても、最終的に国民のより大きな利益を保障することに資するような止むを得ざる事由からの必要性がある場合については、例外的に認められる場合も想定し得るけれども）。

したがって、司法権がその優越性を発揮しなくてもよい場面にあっては、

当然のことながら、あくまでも立法府による立法こそが原則とされなければならない。先に第4の2で述べた判例による強制採尿令状の創出が批判されるべき理由などは、このような基本的理解から導き出されるものと考えるのである。