

〈論説〉

## 税関検査と刑事手続

大野 正博

- I. はじめに
- II. 最（3小）判平成28年12月9日
  1. 事実の概要
  2. 判旨
- III. 関税法上の税関検査
  1. 税関の位置付け
  2. 関税法上の検査
- IV. 憲法35条における「令状主義」の要件
  1. 憲法35条の保障範囲
  2. 令状主義の意義
  3. 合衆国憲法修正4条の趣旨
- V. 税関職員による無令状での郵便物検査の適否
  1. 郵便検査の必要性
  2. 税関職員による無令状での郵便物検査と憲法35条
    - (1) 行政調査結果の刑事手続への発展
    - (2) 強制の態様・程度とプライバシー等への期待
  3. 証拠の諸容性

## I. はじめに

(1) わが国においては、従来、憲法 35 条における令状主義が、行政手続に適用されるか否かにつき、たとえば、田上博士のように、「憲法 35 条は、裁判官の令状がなければ住居に侵入されないことを保障するが、この保障は犯罪の捜査のためにする場合であって、もし警察権による立入につき裁判官の令状を要するものとするれば、行政を指揮監督する機能を裁判所に与えることになり、権力分立に反する」として、憲法 35 条の行政手続に対する適用を否定する見解も存在する<sup>(1)</sup>。もちろん、それ以前にも、たとえば、法學協會編『註解日本國憲法 上巻』では、「第 33 條以下、刑事手續の規定であるから、本條も亦少なくとも直接には、刑事についての規定と解すべきである。したがって、民事の差押や、行政的な臨検差押には、本條の適用はない」との主張がみられたが、続けて「本條が、司法官憲の判断によって、人權の侵害を防止しようとしている趣旨に鑑みると、民事上の手續ないし行政手續においても性質の許す限り本條の趣旨が尊重されなければならないのは當然であろう。とくに、それが刑事手續に移行する可能性を持った場合には、形式的には行政手續であっても本條の適用があると解しなければならない」と述べられ、行政手續に対し、憲法 35 条の適用を否定するとしても、「直接には」との留保がなされる形でのものであった<sup>(2)</sup>。その後、当該論点につき、最（2小）判昭和 27 年 7 月 11 日、最（大）判昭和 30 年 4 月 27 日と続けて判決が出され、また、合衆国においても、行政目的による住宅への無令状立入検査に対し、合衆国憲法修正 4 条の適用の有無につき、Frank 判決が示されたことから、これらを踏まえ、学説においても、より積極的な見解が現れ始めた。たとえば、河原元最高裁判所調査官は、「アメリカ憲法修正 4 条の下に於いては、この問題は未決定状態であるから、第 35 条についても軽々に之を断定すべきではない」としながらも、「搜索、押収に関する保障の本質が、ホームのプライバシー

の保護に在る以上、行政手続たと刑事手続たとを問わず、凡ての政府の行為に適用される」としたうえで、令状を取得する余裕がない場合には、令状を要しないとし、憲法 35 条の例外を認め得るとした。<sup>(6)</sup> また、田中博士も、「現行憲法は、個人の自由及び財産を保障するために、身体又は家宅及び財産に対する侵害をなすには、司法官憲の令状によらなければならないものとし（33 条・35 条）、行政権の独断によってではなく、司法権の客観的に公正な判断に俟ってはじめて逮捕、住居の侵入・搜索、書類・財産等の押収等の処分をなすことができるものとしている。これらの憲法の規定は、直接には、刑事手続の一環としてなされる強制措置をその対象としているものといえるであろうが、行政上の即時強制がかような憲法上の制約から完全に自由であると解するのは正当とはいえない。憲法の趣旨は、かような強制措置についても当然に尊重されなければならない」が、「行政上の即時強制は、行政上の義務を命ずる暇のない急迫した事態において、行政目的実現のために認められる強制措置であるから、これをなすに当って、いちいち、司法官憲の令状を必要とすることは、恐らく憲法の予想しているところではなく、また、即時強制制度の目的に反し、不可能を強いることを免れない」ため、「憲法も、行政上の即時強制の制度の目的に照らし、合理的な範囲においては、その制約に対する例外を認める趣旨」であると解される。但し、当該措置が、「少なくとも刑事責任の追及と直接関連性をもって行なわれるような場合には」、憲法 33 条・35 条の適用を受けるのが当然であり、「行政上の即時強制の名目をとることによって、憲法の制約を免れるものと解することはできない」と説かれる。<sup>(7)</sup> そうであるならば、笹倉教授が述べられるように、「適用を否定する見解の論拠とされるところと、適用を肯定する見解において憲法 35 条の例外を認めうる論拠とされていたところは、実はかなりの程度共通して」いるといえよう。<sup>(8)</sup> その後、佐藤博士に代表されるように、公法分野において、憲法 35 条は、「その位置・沿革からして、刑事手続に関するものであること

に疑いはないが、行政手続としての住居などの調査に対する適用可能性を排除するものと解すべきではない」との見解が通説となっている。<sup>(9)</sup>

この点につき、刑訴法の観点からも、実態に即した形での見解が主張されてきた。たとえば、平野博士は、「憲法 35 条は、刑事手続または、これに準ずる場合に限って搜索・差押を許しているのであるから、行政手続では、搜索・差押は一切許されない。搜索・差押の程度にいたらない臨検・検査が許されるだけである。憲法 35 条は刑事手続または準刑事手続に限られるから、行政手続では、令状なしに搜索・差押が許されるとする説があるが、これは大へんな誤である」と主張され、また、田宮博士も、「憲法 35 条が行政手続に適用があるかが争われている。しかし、これは問題じたいがおかしい。ポイントは、35 条の『搜索・押収』であるかいかなのである。もしそうであれば、手続のいかんを問わず適用がある。たとえ行政手続上の処分でも、その処分によってえられたものが刑事の断罪の資料として使われることが予定される以上、適用がある」としたうえで、「行政手続で行なわれるのは、通常、搜索・押収ではなくて、たんに臨検・検査にとどまる」ものであり、「憲法 35 条は適用がない。その場合には、搜索・押収に類する強制的処分だから、31 条の合理性の要求がかぶり、実際問題としては、35 条の精神が類推されざるをえなくなろう。このように、35 条の『適用』がないのは、行政手続だからではなく、搜索・押収でないからなのである」と説明される。<sup>(11)</sup>このような当時の刑訴法上のアプローチの背景として、笹倉教授は、「刑訴法学が任意処分と強制処分の区分という問題に直面していたからであろう」と指摘される。<sup>(12)</sup>

その後、合衆国においては、行政搜索に対する合衆国憲法修正 4 条の適用を否定した Frank 判決が、公衆衛生部の検査官による住宅への無令状立入検査を認めていた San Francisco 市条例の合憲性が争われた Camara 判決、<sup>(14)</sup> および消防局職員による商業倉庫に対する定期的な無令状立入検査を認めていた Seattle 市防火条例の合憲性が争われた See 判

<sup>(16)</sup> 決によって変更されることになる。そして、わが国においても、いわゆる「川崎民商事件」最高裁大法廷判決が示されるに至った。<sup>(17)</sup>

(2)「川崎民商事件」事案についてであるが、川崎民主商工会（以下、「川崎民商」という。）は、全国商工団体連合会下部の神奈川県民主商工会川崎支部に属するものであり、昭和23年の設立以来、漸次会員を増加し、東京国税局管内の民商中において最大勢力となり、当該会員が集団で税務署に対し、デモを行ったり、圧力によって要求を貫徹しようとしていた。そのため、国税庁も各国税局に対し、民商会員に対する所得調査の徹底を指示していた。そのようななか、昭和24年頃より川崎市において食肉販売業を妻と2人で営んでいた川崎民商の会員である被告人に対し、川崎民商に対する所得調査の徹底という国税庁および東京国税局の方針を受けた川崎税務署は、昭和38年10月3日、昭和37年分所得確定申告に過少申告の疑いがあるとして税務調査を行おうとしたが、被告人は税務職員の質問検査に抵抗して、これを拒んだ。昭和40年改正前の旧所得税法<sup>(18)</sup>63条は、「収税官吏は、所得税に関する調査について必要があるときは、左に掲げる者に質問し又はその者の事業に関する帳簿書類その他の物件を検査することができる」と規定し、また、旧同法<sup>(19)</sup>70条は、「第63条の規定による帳簿書類その他の物件の検査を拒み、妨げ又は忌避した者」（同条10号）、「第63条の規定による収税官吏の質問に対し答弁をなさない者」（同条12号）は、1年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処するとしていた。これらの規定に基づき、被告人は起訴されたが、第1審（横浜地判昭和41年3月25日刑集26巻9号571頁）、および原審（東京高判昭和43年8月23日刑集26巻9号574頁）は、いずれも罰金1万円としたため、被告人は憲法35条・38条1項違反等を理由として、上告した。これに対し、最高裁大法廷は、上告趣意のうち、憲法35条違反をいう点につき、

「旧所得税法70条10号の規定する検査拒否に対する罰則は、同法

63条所定の収税官吏による当該帳簿等の検査の受忍をその相手方に対して強制する作用を伴うものであるが、同法63条所定の収税官吏の検査は、もっぱら、所得税の公平確実な賦課徴収のために必要な資料を収集することを目的とする手続であって、その性質上、刑事責任の追及を目的とする手続ではない。

また、右検査の結果過少申告の事実が明らかとなり、ひいて所得税遁脱の事実の発覚にもつながるという可能性が考えられないわけではないが、そうであるからといって、右検査が、実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有するものと認めるべきことにはならない。けだし、この場合の検査の範囲は、前記の目的のため必要な所得税に関する事項にかぎられており、また、その検査は、同条各号に列挙されているように、所得税の賦課徴収手続上一定の関係にある者につき、その者の事業に関する帳簿その他の物件のみを対象としているのであって、所得税の遁脱その他の刑事責任の嫌疑を基準に右の範囲が定められているのではないからである。

さらに、この場合の強制の態様は、収税官吏の検査を正当な理由がなく拒む者に対し、同法70条所定の刑罰を加えることによって、間接的心理的に右検査の受忍を強制使用とするものであり、かつ、右の刑罰が行政上の義務違反に対する制裁として必ずしも軽微なものとはいえないにしても、その作用する強制の度合は、それが検査の相手方の自由な意思をいちじるしく拘束して、実質上、直接物理的な強制と同視すべき程度にまで達しているものとは、いまだ認めがたいところである。国家財政の基本となる徴税権の適正な運用を確保し、所得税の公平確実な賦課徴収を図るという公益上の目的を実現するために収税官吏による実効性のある検査制度が欠くべからざるものであることは、何人も否定しがたいものであるところ、その目的、必要性にかんがみれば、右の程度の強制は、実効性

確保の手段として、あながち不均衡、不合理なものとはいえないのである。

憲法 35 条 1 項の規定は、本来、主として刑事責任追及の手續における強制について、それが司法権による事前の抑制の下におかれるべきことを保障した趣旨であるが、当該手續が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手續における一切の強制が当然に右規定による保障の枠外にあると判断することは相当ではない。しかしながら、前に述べた諸点を総合して判断すれば、旧所得税法 70 条 10 号、63 条に規定する検査は、あらかじめ裁判官の発する令状によることをその一般要件としないからといって、これを憲法 35 条の法意に反するものとすることはできず、前記規定を違憲であるとする所論は、理由がない」

と判示した。つまり、① 刑事責任の追及を目的とする手續でないこと、② 刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有するものでないこと、③ 強制の度合が、直接物理的な強制と同視すべき程度にまで達していないこと、④ 公益上の目的を実現するために必要不可欠であり、実効性確保の手段として、あながち不均衡・不合理なものとはいえないことを「総合して判断」すれば、裁判官の発する令状を一般要件としなくとも、憲法 35 条違反ではないとの判断を示したのである。なお、本最高裁大法廷判決は、上掲・最（2小）判昭和 27 年 7 月 11 日、および上掲・最（大）判昭和 30 年 4 月 27 日については、一切言及していないものの、最高裁判例調査官解説によると、憲法 35 条と非刑事手續との関係につき、最高裁として、一般的な判断を示した最初の判例であり、「非刑事手續における強制のなかにも 35 条 1 項違反と評価されるものの理論上あり得べきことがそこで明らかにされた」と評されている<sup>(20)</sup>。

また、「川崎民商事件」最高裁大法廷判決以降、いわゆる「成田新法



事件」最高裁大法廷判決<sup>(21)</sup>において、行政調査と憲法 35 条の関係について、判断が示されている。「成田新法事件」事案であるが、新東京（現行法名：成田）国際空港の建設にあたり、これに反対する近隣の農民、およびこれを支援する過激派集団が激しく抗争を繰り広げたことに伴い、建設が大幅に遅れ、開港予定日直前には、当該過激派集団が空港内に乱入し、機器を破壊する等の事件が発生したため、国会は新空港の安全を確保するため、議員法案により、「新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法（昭和 53 年法律第 42 号）」（以下、「成田新法」という）を昭和 53 年 5 月 13 日に公布し、即日施行した。当時の運輸大臣は、成田新法 3 条 1 項に基づき、同条 3 項に定める規制区域内所在の原告所有の通称「横堀要塞」を「暴力主義的破壊活動等に使用され、又爆発物、火炎びん等の物の製造又は保管の場所の用」に供されるおそれがある（同条 1 項 2 号）と認め、原告等に対し、昭和 54 年以降、毎年 2 月に使用禁止命令処分を行なった。そのため、原告等は、昭和 54 年ないし昭和 58 年、および昭和 60 年に出された処分の取消しを請求するのとともに、国に対し、国家賠償法に基づく慰謝料ならびに損害賠償金の支払を求めた。第 1 審（千葉地判昭和 59 年 2 月 3 日訟月 30 卷 7 号 1208 頁）、および原審（東京高判昭和 60 年 10 月 23 日民集 46 卷 5 号 483 頁）は、いずれも原告の全面敗訴の判断を示したため、原告が上告した。これに対し、最高裁大法廷は、上告趣意のうち、憲法 35 条違反をいう点につき、

「憲法 35 条の規定は、本来、主として刑事手続における強制につき、それが司法権による事前の抑制の下に置かれるべきことを保障した趣旨のものであるが、当該手続が刑事責任追及を目的とするものではないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規定による保障の枠外にあると判断することは相当ではない（最高裁昭和 44 年（あ）第 734 号同 47 年 11 月 22 日大法廷判決・刑集



26 卷 9 号 554 頁)。しかしながら、行政手続は、刑事手続とその性質においておのずから差異があり、また、行政目的に応じて多種多様であるから、行政手続における強制の一種である立入りにすべて裁判官の令状を要すると解するのは相当ではなく、当該立入りが、公共の福祉の維持という行政目的を達成するため欠くべからざるものであるかどうか、刑事責任追及のための資料収集に直接結びつくものであるかどうか、また、強制の程度、態様が直接的なものであるかどうかなどを総合判断して、裁判官の令状の要否を決めるべきである。

本法 3 条 3 項は、運輸大臣は、同条 1 項の禁止命令をした場合において必要があると認めるときは、その職員をして当該工作物に立ち入らせ、又は関係者に質問させることができる旨を規定し、その際に裁判官の令状を要する旨を規定していない。しかし、右立入り等は、同条 1 項に基づく使用禁止命令が既に発せられている工作物についてその命令の履行を確保するために必要な限度においてのみ認められるものであり、その立入りの必要性は高いこと、右立入りには職員の身分証明書の携帯及び提示が要求されていること（同条 4 項）、右立入り等の権限は犯罪捜査のために認められたものと解釈してはならないと規定され（同条 5 項）、刑事責任追及のための資料収集に直接結びつくものではないこと、強制の程度、態様が直接的物理的なものではないこと（9 条 2 項）を総合判断すれば、本法 3 条 1、3 項は、憲法 35 条の法意に反するものとはいえない」

との判断を示したのである。<sup>(22)</sup> 最高裁判例調査官解説は、本最高裁大法廷判決は、「川崎民商事件」最高裁大法廷判決と「同様の見解に立った上で、本法 3 条 3 項所定の職員の当該工作物への立入り又は関係者に対する質問については、その立入りの必要性は高く、その目的、強制の程度、態様等を総合判断すれば、同条 1、3 項は、憲法 35 条の法意に反

するものとはいえない」ものであると評している<sup>(23)</sup>。しかし、松井教授が述べられるように、「川崎民商事件」最高裁大法廷判決同様、「成田新法事件」最高裁大法廷判決も、「憲法 35 条の要求が及ぶのかどうかという問題と、憲法 35 条の要求が及ぶ場合に令状が要求されるかどうかの問題が区別されておらず、不明確さが残される」ことは事実である<sup>(24)</sup>。

このような批判は存在するものの、「川崎民商事件」最高裁大法廷判決、および「成田新法事件」最高裁大法廷判決が示されたことにより、少なくとも刑訴法分野からは、行政手続に対し、令状主義が適用されるか否かの論点に対する積極的なアプローチがなされることは限られており、また、少なくとも、当該論点につき、実務においては、憲法 35 条は、あくまでも刑事手続における保障を定めたものであることを起点とし、複数の要素を「総合して判断」することが定着しているといっても過言ではなからう。

そのようななか、税務職員による無令状での郵便物検査につき、最高裁の判断がなされた。そこで、本稿では、最（3小）判平成 28 年 12 月 9 日（以下、「本判決」という<sup>(25)</sup>）を素材に、令状主義の機能について、若干の検討を試みたいと思う。

- (1) 田上穰治『憲法原論』（春秋社・1951 年）128 頁、同『警察法〔新版〕』（有斐閣・1983 年）116 頁、横井・後掲注（4）2 頁等。また、後掲・最（大）判昭和 30 年 4 月 27 日における斎藤裁判官・小林裁判官・入江裁判官の補足意見も、併せて参照のこと。
- (2) 法學協會編『註解日本國憲法・上卷』（有斐閣・1953 年）626 頁。同様に、稲田正次『憲法提案』（有斐閣・1964 年）157 頁・158 頁は、憲法 35 条の規定は、「刑事手続に関する見なければならぬ」としつつも、「刑事手続に準じて考えられる場合、例えば取税官吏が国税犯則事件を調査するために、臨検、搜索又は押収をする場合の如きは憲法第 35 条の適用があり、裁判官の発する令状を必要とすると考えられる」とし、また、宮澤俊義〔芦部信喜補訂〕『全訂日本國憲法』（日本評論社・1978 年）309 頁も、憲法 35 条は、「もっぱら刑

事手続に関するものであり、行政手続には直接の適用はないと見るべきである」としながらも、「それぞれの性質に応じて、憲法 35 条が準用されるべきは当然である」とし、さらに佐藤功『憲法〔ポケット註釈全書〕』（有斐閣・1955 年）225 頁も、「本条は刑事手続の規定であるが、本条の趣旨は行政上の臨検・捜索等にも類推適用されるべきである」と解されている。なお、栗本一夫『刑事訴訟法上の諸問題』（立花書房・1952 年）148 頁・149 頁は、憲法 35 条は、「直接には刑事手続そのものに関するものであり、民事上の手続や行政権の行使の場合とかには直接の関係はないとし、ただこれらの場合にも本条の趣旨を推し及ぼして住居の平穩、物品の安全を尊重することが新憲法全体の精神に適合するものというべきであるのが略々通といつてよいであろう」として、一般的に非適用説が通説であると解している。なお、小野清一郎『刑事訴訟法』（有斐閣・1955 年）348 頁、高橋・後掲注（4）128 頁も、併せて参照のこと。

(3) 最（2小）判昭和 27 年 7 月 11 日刑集第 6 卷 7 号 890 頁。

(4) 最（大）判昭和 30 年 4 月 27 日刑集第 9 卷 5 号 924 頁。本判決の解説・評釈として、横井大三「間接国税犯則事件の現行犯について裁判所の許可なく臨検・捜索・押収をなし得るか—憲法 35 条と国税犯則取締法 3 条—」ジュリ 85 号（1955 年）2 頁以下、高橋幹男「国税犯則取締法第 3 条第 1 項の規定は憲法 35 条に違反するか」法曹会編『最高裁判例解説刑事篇〔昭和 30 年度〕』（法曹会・1956 年）127 頁以下、小島和司「国税犯則取締法 3 条 1 項と憲法 35 条」我妻榮編『続判例百選』（有斐閣・1960 年）18 頁・19 頁、高柳信一「行政調査権と住居の不可侵」芦部信喜編『憲法判例百選』（有斐閣・1963 年）86 頁・87 頁、杉村敏正「行政強制と憲法」田中二郎編『行政判例百選Ⅱ〔新版〕』（有斐閣・1970 年）258 頁以下、小松正富「現行犯と令状によらない捜索押収」我妻榮編『刑事訴訟法判例百選〔新版〕』（有斐閣・1971 年）62 頁・63 頁、外間寛「行政調査権と住居の不可侵」小林直樹編『憲法の判例〔第 3 版〕』（有斐閣・1977 年）120 頁以下、広岡隆「行政調査権と住居の不可侵」芦部信喜編『憲法判例百選Ⅰ』（有斐閣・1980 年）156 頁・157 頁、中尾巧「国税犯則取締法 3 条 1 項の合憲性」金子宏＝水野忠恒＝中里実編『租税判例百選〔第 3 版〕』（有斐閣・1992 年）218 頁・219 頁、熊本信夫「行政調査権と住居の不可侵」芦部信喜＝高橋和之＝長谷部恭男『憲法判例百選Ⅱ〔第 4 版〕』（有斐閣・2000 年）258 頁・259 頁、水野忠恒「国犯法上の捜索・押収と憲法」宇賀克也＝交告尚史＝山本隆司編『行政判例百選Ⅰ〔第 6 版〕』（有斐閣・2012 年）218 頁・

- 219 頁, 新井誠「行政調査権と住居の不可侵」長谷部恭男 = 石川健治 = 宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ〔第 6 版〕』(有斐閣・2013 年) 256 頁・257 頁等。
- (5) Frank v. Maryland, 359 U.S. 360 (1959). 本判決の解説・評釈として, 高柳信一『行政法理論の再構成』(岩波書店・1985 年) 341 頁以下等。
- (6) 河原峻一郎『基本的人権の研究』(有斐閣・1957 年) 126 頁。
- (7) 田中二郎『行政法総論』(有斐閣・1957 年) 399 頁・400 頁。なお, 高柳博士も, 同様の点を強調され, 厳密に公益的な見地からやむを得ない限度においては, 令状主義の保障が緩和されることはあり得るとされる(高柳・掲掲注(5) 324 頁)。これに対し, 光藤博士は, 即時強制に対する緊急性を理由とした令状主義の例外を否定されるが, 行政作用の専門性を尊重する必要性は肯定される(光藤景俊「押収・捜索について」甲南法学 1 巻 4 号(1960 年) 214 頁)。
- (8) 笹倉宏紀「行政調査と刑事手続(1)」法学協会雑誌 123 巻 5 号(2006 年) 844 頁。笹倉教授は, 「緊急性や行政作用の専門性を理由とする例外を緩やかに認めようとする見解は, 行政手続に対する広範な適用を主張し, これを認めない見解が適用を否定したのである」と説明され(同・844 頁), さらに「各論者の見解から導かれる具体的帰結という点では, それぞれの見解が, この問題を論ずるに際に想定した具体的事例と結論の対応関係にも留意することが必要であろう」と説かれる(同・845 頁)。
- (9) 佐藤幸治『憲法〔第 3 版〕』(青林書院・1995 年) 583 頁。憲法 35 条と行政手続の関係については, 基本的に「準用」ないし「一般的に及ぶ」と解されている(杉村敏正 = 兼子仁『行政手続・行政訴訟法』(筑摩書房・1973 年) 96 頁, 宮澤俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』(有斐閣・1974 年) 404 頁, 小林直樹『憲法講義・上〔新版〕』(東京大学出版会・1980 年) 484 頁・485 頁, 田中二郎『新版行政法・上巻〔全訂第 2 版〕』(弘文堂・1974 年) 182 頁・183 頁, 橋本公巨『日本国憲法〔改訂版〕』(有斐閣・1988 年) 310 頁以下, 伊藤正己『憲法〔第 3 版〕』(弘文堂・1995 年) 342 頁, 佐藤功『日本国憲法〔全訂第 5 版〕』(学陽書房・1996 年) 256 頁・257 頁, 初宿正典『憲法 2・基本権〔第 2 版〕』(成文堂・2001 年) 343 頁以下, 松井茂記『日本国憲法〔第 3 版〕』(有斐閣・2007 年) 545 頁, 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂・2011 年) 347 頁以下, 樋口陽一 = 山内敏弘 = 辻村みよ子 = 蟻川恒正『新版憲法判例を読みなおす—下級審判決からのアプローチ』(日本評論社・2011 年) 165 頁以下〔辻村みよ子〕, 大石眞『憲法講義Ⅱ〔第 2 版〕』(有斐閣・2012 年) 66 頁以下, 野中俊彦 = 中村睦男 = 高橋和之 = 高見勝利『憲法Ⅰ〔第 5 版〕』(有斐閣・2012 年) 427 頁・

428頁〔高橋和之〕、安西文雄＝巻美矢紀＝宍戸常寿『憲法学読本〔第2版〕』（有斐閣・2014年）198頁〔宍戸常寿〕、戸松秀典『憲法』（弘文堂・2015年）302頁・303頁、大沢秀介＝大林啓吾編著『判例アシスト憲法』（成文堂・2016年）108頁・109頁〔柴山欣央〕、浦部法穂『憲法学教室〔第3版〕』（日本評論社・2016年）310頁以下、渡辺康行＝宍戸常寿＝松本和彦＝工藤達朗『憲法Ⅰ・基本権』（日本評論社・2016年）298頁・299頁〔松本和彦〕、渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』（有斐閣・2017年）241頁、毛利透＝小泉良幸＝浅野博宣＝松本哲治『憲法Ⅱ・人権〔第2版〕』（有斐閣・2017年）339頁以下〔浅野博宣〕、長谷川恭男『憲法〔第7版〕』（新世社・2018年）267頁・268頁、辻村みよ子『憲法〔第6版〕』（日本評論社・2018年）259頁・260頁、芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第7版〕』（岩波書店・2019年）254頁・255頁、渋谷秀樹＝赤坂正浩『憲法Ⅰ人権〔第7版〕』（有斐閣・2019年）38頁〔赤坂正浩〕等。

- (10) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣・1958年）118頁（注6）。
- (11) 田宮裕「強制捜査」佐伯千仞＝團藤重光編『総合判例研究叢書刑事訴訟法（16）』（有斐閣・1965年）315頁・316頁。そのため、田宮博士は、平野博士が述べられる「行政手続では一切捜索・押収は許されない」とする説と「行政手続には憲法35条の適用がない」とする説の間には、前者が、厳密な意味での捜索・押収に適用があると主張するのに対し、後者は、主として、行政法上の臨検・検査を問題にしているに過ぎないことから、「實際上大した差はない」と評している（同・316頁）。なお、田宮裕「行政手続きと憲法35条・38条（いわゆる川崎民商事件）」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集34巻（昭和47年度）』（有斐閣・1985年）123頁では、平野博士の見解が、「令状をもってしても許されないという趣旨ならば、大へん厳格な考え方であるが、問題は、『捜索・押収』の定義にかかるであろう。おそらく一般には、行政手続上の強制処分は刑事上の『捜索・押収』とはちがうことを前提に、このいわば『準捜索・押収』に、35条の令状主義が妥当すると考えるべきかどうかというかたちで問題を立てるのであるから、この説が捜索・押収の程度に至らない『臨検・検査』は許されるとする以上、実質は非適用説に帰着すると思われる」と指摘される。なお、三井誠『刑事手続法(1)〔新版〕』（有斐閣・1997年）74頁も、「特別の行政機関がおこなう調査、たとえば収税官吏がおこなう国税犯則事件の調査や税務署職員等がおこなう税に関する調査は、捜査に類似しているので刑事手続に関する憲法の趣旨をどこまで及ぼすべきかは議論になるもの

の、あくまでも行政手続であって捜査ではない」とされる。これに対し、高田卓爾＝田宮裕編『演習刑事訴訟法』（青林書院新社・1984年）82頁・83頁〔井戸田侃〕は、「一般に捜査といわれていることばも、これを全体としての捜査と個々の捜査行為とに分けて考えなければならない。全体としての捜査手続は個々の捜査行為の連鎖によって進められるのである。そうしてその意味での捜査手続とは、検察官が処罰の理由ないしその必要があるかどうかを決定するために、嫌疑の有無並びに情状その他訴訟条件の有無を明らかにすることを目的として行なわれる一連の手続である。……国税犯則事件などに関する一般行政公務員の調査のための各種の行為（たとえば、国税犯則取締法参照）などについても、それが右目的〔捜査手続は、公訴提起に導くのみならず、起訴するに足りるだけの嫌疑、情状その他訴訟条件事由がないということを明らかにする〕のために行なわれると考えられるべき以上、それは捜査手続に属する」と解される（亀甲内引用者）。

- (12) 笹倉・前掲注（8）848頁。
- (13) Section 503 of the San Francisco Housing Code, §86（3） of the San Francisco Municipal Code.
- (14) *Camara v. Municipal Court of City and County*, 387 U.S. 523 (1967). 本判決の解説・評釈として、塚本重頼「行政上の立入検査と令状の必要性—*Camara v. Municipal Court*」判時553号（1969年）21頁・22頁、園部逸夫＝田中館照橘「*Camara v. Municipal Court of City and County of San Francisco*, 387 U.S. 523 (1967) —行政上の立入り検査には令状を必要とするか」アメリカ法〔1971-I〕111頁以下等。なお、佐藤幸治「『行政調査』とプライバシーの保護—アメリカ法における立入検査の問題を中心として(1)（2・完）」法学論叢97巻3号（1975年）1頁以下、同97巻4号（1975年）1頁以下も、併せて参照のこと。
- (15) *City of Seattle Ordinance*, No. 87870, § 8.1.50 ; § 8.1.140.
- (16) *See v. City of Seattle*, 387 U.S. 541 (1967).
- (17) 最（大）判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁。本判決の解説・評釈として、板倉宏「質問検査権大法廷判決をめぐって」ジュリ526号（1973年）52頁以下、東条伸一郎「得税法上の質問検査権と憲法35条・38条等との関係—いわゆる川崎民商事件判決」ひろば26巻3号（1973年）22頁以下、小高剛「行政手続と憲法35条1項および同38条1項—川崎民商税務検査拒否事件」『昭和47年度重要判例解説』（有斐閣・1973年）6頁以下、北野弘久『質

問検査権の法理』（成文堂・1974年）51頁以下，柴田孝夫「1. 刑事責任の追及を目的としない手続における強制と憲法35条1項，2. 所得税法（昭和40年法律第33号による改正前のもの）63条，70条10号に規定する収税官吏の検査は憲法35条1項に違反するか，3. 刑事手続以外の手続と憲法38条1項，4. 所得税法（昭和40年法律第33号による改正前のもの）63条，70条10号，12号に規定する収税官吏の質問，検査は憲法38条1項に違反するか」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇・昭和47年度』（法曹会・1974年）218頁以下，青柳文雄＝須藤三枝子「1. 刑事責任の追及を目的としない手続における強制と憲法35条1項，2. 所得税法（昭和40年法律第33号による改正前のもの）63条，70条10号に規定する収税官吏の検査は憲法35条1項に違反するか，3. 刑事手続以外の手続と憲法38条1項，4. 所得税法（昭和40年法律第33号による改正前のもの）63条，70条10号，12号に規定する収税官吏の質問・検査は憲法38条1項に違反するか」法学研究48巻6号（1975年）655頁以下，田宮裕「行政手続と憲法35条・38条—いわゆる川崎民商事件」警研48巻11号（1977年）46頁以下，佐藤幸治「行政調査と憲法」雄川一郎編著『行政判例百選Ⅱ』（有斐閣・1979年）261頁・262頁，渡辺良二「違憲の争点を提起しうる当事者適格」芦部信喜編『憲法判例百選Ⅱ』（有斐閣・1980年）318頁・319頁，成田頼明「質問検査権(2)—憲法35条・38条との関係」金子ほか編・前掲注（4）168頁・169頁，中川剛「政手続と令状主義および黙秘権—川崎民商事件」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅱ〔第3版〕』（有斐閣・1994年）248頁・249頁，松井茂記「行政手続と令状主義および自己負罪拒否権（川崎民商事件）—行政上の質問検査に令状が必要か，また自己負罪拒否権の保障はあるか」樋口陽一＝野中俊彦編『憲法の基本判例〔第2版〕』（有斐閣・1996年）160頁以下，石川健治「質問検査権(2)—憲法35条・38条との関係—川崎民商事件」水野忠恒＝中里実＝佐藤英明＝増井良啓編『租税判例百選〔第4版〕』（有斐閣・2005年）208頁・209頁，熊本信夫「行政調査と憲法」塩野宏＝小早川光郎＝宇賀克也『行政法判例百選Ⅰ〔第4版〕』（有斐閣・1999年）232頁・233頁，高橋靖「税務調査と憲法」宇賀克也＝交告尚史＝山本隆司『行政判例百選Ⅰ〔第6版〕』（有斐閣・2012年）220頁・221頁，曾和俊文「税務調査判例の展開と行政調査論—川崎民商事件」論究ジュリスト3号（2012年）47頁以下，松井幸夫「行政手続と令状主義および黙秘権—川崎民商事件」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅱ〔第6版〕』（有斐閣・2013年）258頁・259頁，川又伸彦「行政手続と令状主義および黙秘権」小山



剛＝畑尻剛＝土屋武編『判例から考える憲法』（法学書院・2014年）33頁以下、宍戸常寿「行政手続と令状主義・黙秘権—川崎民商事件」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法〔増補版〕』（信山社・2014年）250頁・251頁、大沢ほか編著・前掲注（9）218頁・219頁〔山田哲史〕、辻雄一郎「税務調査と憲法」宇賀克也＝交告尚史＝山本隆司『行政判例百選Ⅰ〔第7版〕』（有斐閣・2017年）208頁・209頁等。

なお、本稿においては、憲法35条における「令状主義」との関係を中心に検討することとする。

- (18) 現行所得税法234条。但し、平成25年1月1日以降、所得税法における規定が削除され、税務調査については、国税通則法74条の2以下において、規定がなされている。
- (19) 現行所得税法242条。
- (20) 柴田・前掲注（17）224頁・225頁。なお、小高・前掲注（17）も、本判決が、全員一致で、非刑事手続にも、憲法35条等の適用があることを示した画期的な判断であると解されている。なお、本判決の検討点につき、笹倉宏紀「行政調査と刑事手続(2)」法学協会雑誌123巻10号（2006年）2095頁以下参照のこと。
- (21) 最（大）判平成4年7月1日民集46巻5号437頁。本判決の解説・評釈として、一瀬敬一郎「成田治安法による基本的人権侵害の違憲性—行政権の肥大化による憲法の破壊」法セミ449号（1992年）26頁以下、北野弘久「成田治安法違憲訴訟大法廷弁論」法時64巻8号（1992年）2頁以下、大橋亘「『新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法』に基づく供用禁止命令に関する最高裁判決について」警論45巻9号（1992年）96頁以下、永田秀樹「成田新法の合憲性」法セミ455号（1992年）122頁、野中俊彦「『成田新法』訴訟大法廷判決について」ジュリ1009号（1992年）27頁以下、千葉勝美「成田新法に基づく工作物等使用禁止命令取消等請求事件最高裁判決」同33頁以下、飯村敏明「いわゆる成田新法に基づく工作物等使用禁止命令取消等請求事件上告審判決」ひろば45巻12号（1992年）32頁以下、渋谷秀樹「『成田新法』の合憲性—成田新法訴訟最高裁判決」法教148号（1993年）108頁・109頁、寺田熊雄「成田新法違憲訴訟大法廷判決批評—法案審議の経緯をふまえて」法時65巻2号（1993年）6頁以下、熊本信夫「成田新法訴訟上告審判決」『平成4年度重要判例解説』（有斐閣・1993年）51頁以下、田村和之「1.新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法3条1項1号、2号、同条3項と憲

法 21 条 1 項, 22 条 1 項, 29 条 1, 2 項, 31 条, 35 条 2. 運輸大臣が, 新東京国際空港の規制区域内に所在する通称『横堀要塞』につき右緊急措置法 3 条 1 項 1 号又は 2 号の用に供することを禁止した処分が違憲無効とはいえないとされた事例」判評 411 号 (1993 年) 2 頁以下, 北條浩「立法に対する司法判断の問題—『成田新法』に対する最高裁判所の判決を中心として」秋田法学 21 号 (1993 年) 1 頁以下, 渡辺久丸「1. 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59 年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1 項 1 号と憲法 21 条 1 項 2. 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59 年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1 項 1 号と憲法 22 条 1 項 3. 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59 年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1 項 1, 2 号と憲法 29 条 1, 2 項 4. 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59 年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1 項 1, 2 号と憲法 31 条 5. 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59 年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1, 3 項と憲法 35 条」民商 108 卷 4 = 5 号 (1993 年) 712 頁以下, 太田幸夫「新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59 年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1 項 1 号, 2 号, 同条 3 項の合憲性 (積極)」西村宏一=倉田卓次編『平成 4 年度主要民事判例解説』(判例タイムズ社・1993 年) 290 頁・291 頁, 千葉勝美「1. 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59 年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1 項 1 号と憲法 21 条 1 項 2. 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59 年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1 項 1 号と憲法 22 条 1 項 3. 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59 年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1 項 1, 2 号と憲法 29 条 1, 2 項 4. 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59 年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1 項 1, 2 号と憲法 31 条 5. 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59 年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1, 3 項と憲法 35 条」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇 (平成 4 年度)』(法曹会・1995 年) 220 頁以下, 山岸喜久治「成田新法に基づく工作物等使用禁止命令取消等請求事件」宮城学院女子大学研究論文集 81 号 (1995 年) 29 頁以下, 手島孝「行政上の不利益処分と適手統一成田新法事件」芦部ほか編・前掲注 (4) 252 頁・253 頁, 中谷実「新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (成田新法) の合憲性—成田新法訴訟大法廷判決」『判例セレクト '86 ~ '00』(有斐閣・2002 年) 90 頁, 千葉勝美「1. 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59

年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1 項 1 号と憲法 21 条 1 項 2. 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59 年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1 項 1 号と憲法 22 条 1 項 3. 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59 年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1 項 1, 2 号と憲法 29 条 1, 2 項 4. 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59 年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1 項 1, 2 号と憲法 31 条 5. 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法 (昭和 59 年法律第 87 号による改正前のもの) 3 条 1, 3 項と憲法 35 条」ジュリスト編集室編『最高裁 時の判例 (平成元年～平成 14 年) I 公法編 (憲法・行政法ほか)』(有斐閣・2003 年) 148 頁以下, 井上典之『憲法判例に聞く一ロースクール・憲法講義』(日本評論社・2008 年) 264 頁以下, 笹田栄司=井上典之=大沢秀介=工藤達朗『ケースで考える憲法入門』(有斐閣・2006 年) 243 頁以下 [大沢秀介], 橋本直樹「行政調査の一考察— 間接強制調査における実力行使の可否に関する考察」日本大学大学院法学研究年報 42 号 (2012 年) 37 頁以下, 木佐茂男「工作物使用禁止命令と事前手続」宇賀ほか編・前掲注 (4) 250 頁・251 頁, 宮地基「行政上の不利益処分と適正手続—成田新法事件」長谷部・前掲注 (4) 250 頁・251 頁, 岡田順太「成田新法事件」川崎政司=小山剛編『判例から学ぶ憲法・行政法 [第 4 版]』(法学書院・2014 年) 130 頁以下, 大沢ほか編著・前掲注 (9) 220 頁・221 頁 [山田哲史], 宇那木正寛「工作物使用禁止命令と事前手続」宇賀ほか編・前掲注 (17) 234 頁・235 頁等。

- (22) なお, 上告理由第 1 点の (5) につき, 園部逸夫判事により, 下記の意見が付されている。「私は, 行政庁の処分のうち, 少なくとも, 不利益処分 (名宛人を特定して, これに義務を課し, 又はその権利利益を制限する処分) については, 法律上, 原則として, 弁明, 聴聞等何らかの適正な事前手続の規定を置くことが, 必要であると考え。このように行政手続を法律上整備すること, すなわち, 行政手続法ないし行政手続上行を定めることの憲法上の根拠については, 従来, 意見が分かれるとことであるが, 上告理由は, これを憲法 31 条に求めている。確かに, 判例及び学説の双方にわたって, 憲法 31 条の法意の比較法的検討をめぐる議論が, 我が国の行政手続法理の発展に寄与してきたことは, 高く評価すべきことである。しかしながら, 我が国を含め現代における各国の行政法理論及び行政法制度の発展状況を見ると, いわゆる法治主義の原理 (手続的法治国の原理), 法の適正な手続又は過程 (デュー・プロセス・オブ・ロー) の理念その他行政手続に関する法の一般原則に照らして, 適

正な行政手続の整備が行政法の重要な基盤であることは、もはや自明の理とされるに至っている。したがって、我が国でも、憲法上の個々の条文とはかわりなく、既に多数の行政法令に行政手続に関する規定が置かれており、また、現在、行政手続に関する基本法の制定に向けて努力が重ねられているところである。もとより、個別の行政庁の処分趣旨・目的に照らし、形而上の処分に準じた手続によるべきものと解される場合において、適正な手続に関する規定の根拠を、憲法 31 条又はその精神に求めることができることはいうまでもない。ところで、一般に、行政庁の処分は、刑事上の処分と異なり、その目的、種類及び内容が多種多様であるから、不利益処分の場合でも、個別的な法令について、具体的にどのような事前手続が適正であるかを、裁判所が一義的に判断することは困難というべきであり、この点は、立法当局の合理的な立法政策上の判断にゆだねるほかはないといわざるを得ない。行政手続に関する基本法の制定により、適正な事前手続についての的確な一般的準則を明示することは、この意味においても重要なのである。もっとも、不利益処分を定めた法令に事前手続に関する規定が全く置かれていないか、あるいは事前手続に関する何らかの規定が置かれていても、実質的には全く置かれていないのと同様な状態にある場合は、行政手続に関する基本法が制定されていない今日の状況の下では、さきに述べた行政手続に関する法の一般原則に照らして、右の法令の妥当性を判断しなければならない事態に至ることもあろう。しかし、そのような場合においても、当該法令の立法趣旨から見て、右の法令に事前手続を置いていないこと等が、右の一般原則に著しく反すると認められない場合は、立法政策上の合理的な判断によるものとしてこれを是認すべきものと考え」として、立法政策上の判断を強調される。

- (23) 千葉・前掲注 (21) 259 頁。なお、本判決の検討点につき、笹倉・前掲注 (20) 2102 頁・2013 頁参照のこと。
- (24) 松井茂記「行政手続と令状主義および自己不罪拒否権—行政上の質問検査に令状は必要か、また自己不罪拒否権の保障はあるか—」樋口陽一＝野中俊彦編『憲法の基本判例〔第 2 版〕』（有斐閣・1996 年）162 頁。
- (25) 最（3 小）判平成 28 年 12 月 9 日刑集 70 卷 8 号 806 頁。本判決の解説・評釈として、前田雅英「税関の検査によって得られた証拠と令状主義」捜査法研究 66 卷 2 号（2017 年）2 頁以下、清水真「刑事訴訟法理論と税関検査・関税犯則調査の交錯」明治大学法科大学院論集 19 号（2017 年）127 頁以下、笹田栄司「裁判官の令状なしに行われた税関検査の合憲性」法教 439 号（2017

年) 121 頁, 高倉新喜「憲法 35 条の令状主義と無令状で無承諾の行政手続」法セミ 748 号 (2018 年) 122 頁, 洲見光男「郵便物の輸出入の簡易手続として税関職員が無令状で行った検査等について, 関税法 (平成 24 年法律第 30 号による改正前のもの) 76 条, 関税法 (平成 23 年法律第 7 号による改正前のもの) 105 条 1 項 1 号, 3 号によって許容されていると解することが憲法 35 条の法意に反しないとされた事例」刑ジャ 52 号 (2017 年) 128 頁以下, 河村有教「税関職員が無令状で行った検査等について, 関税法上許容される郵便物の輸出入の簡易手続であるとして憲法 35 条の法意に反しないとされた事例」海保大研究報告法文学系 62 巻 1 号 (2017 年) 17 頁以下, 岸野薫「税関職員による無令状での郵便物検査と憲法 35 条」新・判例解説編集委員会編『新・判例解説 Watch (速報判例解説) vol. 21』(日本評論社・2017 年) 13 頁以下, 緑大輔「関税法に基づく税関職員による郵便物の輸出入の簡易手続として行われる無令状検査等が憲法 35 条の法意に反しないとされた事例」同 199 頁以下, 中島徹「税関職員による無令状での郵便物検査と憲法 35 条」『平成 29 年度重要判例解説』(有斐閣・2018 年) 28 頁・29 頁, 笹倉宏紀「令状主義の意義と機能に関する若干の考察—最高裁平成 28 年 12 月 9 日第三小法廷判決を素材に—」刑ジャ 56 号 (2018 年) 39 頁以下等。

## Ⅱ. 最 (3 小) 判平成 28 年 12 月 9 日

### 1. 事実の概要

東京税関東京外郵出張所で郵便物の検査等を担当していた税関職員が, 平成 24 年 8 月 21 日, 郵便事業株式会社 (現在: 日本郵便株式会社) 東京国際支店内にある EMS・小包郵便課検査場において, イラン国内から東京都内に滞在する外国人に宛てて発送された郵便物 (以下, 「本件郵便物」という。) につき, 品名が分からなかったことなどから, 輸入禁制品の有無等を確認するため, 本件郵便物の外装箱を開披し, ビニール袋の中にプラスチック製ボトル 2 本が入っているのを目視により, 確認した。

同職員は, 両ボトルにつき, TDS 検査を行なったところ, 両ボトル

から覚せい剤反応があったため、同出張所の審理官<sup>(28)</sup>に本件郵便物を引き継いだ。同審理官は、本件郵便物を同出張所の鑑定室に持ち込み、外装箱から両ボトルを取り出して、ボトルの外蓋、内蓋を開け、中に入っていた白色だ円形固形物を取り出して重量を量り、その様子を写真撮影するなどした後、上記固形物の破砕片からごく微量を取り出し、麻薬試薬と覚せい剤試薬を用いて、仮鑑定を実施した。その結果、陽性反応を示したため、同税関調査部を通じ、同税関業務部分析部門に鑑定を依頼した。同調査部職員は、上記固形物の破片微量を持ち帰った。同審理官は、本件郵便物を同出張所内の鑑定室に保管していたが、上記鑑定の結果、覚せい剤であるとの連絡を受けて、同税関調査部に対し、摘発事件として通報した。

当該通報を受け、同税関調査部の審議官<sup>(29)</sup>は、同月24日、差押許可状を郵便事業株式会社職員に提示して、本件郵便物を差押えた。

第1審（東京地判平成26年3月18日刑集70巻8号831頁）は、被告人は、氏名不詳等と共謀のうえ、営利の目的で、みだりに平成24年8月15日（現地日時）、イラン・イスラム共和国内において、覚せい剤約2012.23g（平成26年押収第38号符号1ないし4はその鑑定残量）を、航空小包郵便に隠し入れて東京都中野区の外国人宛てに発送し、同郵便物を、同月19日、関西国際空港に到着させたうえ、同空港関係作業員に航空機の外に搬出させて、覚せい剤を日本国に輸入するとともに、同月20日、東京都江東区新砂3丁目5番地14号郵便事業株式会社東京国際支店に到着させ、同月21日、同支店EMS・小包郵便検査場において、東京税関関東東京外郵出張所職員の検査を受けさせて、関税法上の輸入してはならない貨物である覚せい剤を輸入しようとしたが、同出張所職員に発見されたため、これを遂げなかったとの事実を認定したうえで、覚せい剤の営利目的輸入の共同正犯および関税法上の輸入してはならない貨物の輸入未遂の共同正犯が成立するとして有罪を言い渡した（懲役12年、および罰金600万円）。これに対し、弁護人は、これら

の証拠は、令状主義の精神を没却する重大な違法を帯びる捜査により獲得された証拠であるから、証拠として採用したことは違法である等主張し、控訴した。

原審（東京高判平成27年2月6日刑集70巻8号852頁）は、第1審の判断は、概ね正当として是認することができるとし、控訴を棄却した。

弁護人は、本件郵便物に対して行なわれた各検査（以下、「本件郵便物検査」という。）は、本件郵便物を破壊し、その内容物を消費する行為であり、プライバシー権、および財産権を侵害するものであるところ、捜査を目的として、本件郵便物の発送人、または名宛人の同意なく、裁判官の発する令状もなく行なわれたもので、関税法上許容されていない検査であって、憲法35条が許容しない強制処分に当たるから、本件郵便物検査によって取得された証拠である本件郵便物内の覚せい剤、およびその鑑定書等の証拠能力は否定されるべきであるのに、これらの証拠能力を認めた第1審判決、およびこれを是認した原判決の判断は、関税法、刑事法の解釈を誤り、憲法35条に違反する等と主張し、上告した。

## 2. 判旨

本判決は、上告趣意のうち、税関検査の憲法35条違反の点については、以下の判断を示し、その余の主張については、刑事法405条の上告理由に当たらないなどとして、全員一致で上告を棄却した。

「平成24年法律第30号による改正前の関税法76条は、郵便物の輸出入の簡易手続を定めるものであるが、同条1項ただし書において、税関長は、簡易手続の対象となる郵便物中にある信書以外の物について、税関職員に必要な検査をさせるものとする定め、同条3項において、郵便事業株式会社（現行法では日本郵便株式会社）は、当該郵便物を税関長に提示しなければならないと定めている。そして、平成23年法律第



7号による改正前の関税法105条1項は、税関職員は、同法等の規定により職務を執行するため必要があるときは、その必要と認められる範囲内において、郵便物を含む外国貨物等について検査すること（同項1号）及び郵便物の輸出入の簡易手続における検査に際して見本を採取すること（同項3号）ができると定めている。

これらの規定（以下、『本件各規定』という。）は、関税の公平確実な賦課徴収及び税関事務の適正円滑な処理という行政上の目的を、大量の郵便物について簡易、迅速に実現するための規定であると解される。そのためには、税関職員において、郵便物を開披し、その内容物を特定するためなどに必要とされる検査を適時に行なうことが不可欠であって、本件各規定に基づく検査等の権限を税関職員が行使するに際して、裁判官の発する令状を要するものとはされておらず、また、郵便物の発送人又は名宛人の承諾も必要とされていないことは、関税法の文言上明らかである。」

「ところで、憲法35条の規定は、主として刑事手続における強制につき、司法権による事前抑制の下に置かれるべきことを保障した趣旨のものであるが、当該刑事手続が刑事責任追及を目的とするものではないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に同規定による保障の枠外にあると判断することは相当でない。

しかしながら、本件各規定による検査等は、前記のような行政上の目的を達成するための手続で、刑事責任の追及を直接の目的とする手続ではなく、そのための資料の取得収集に直接結び付く作用を一般的に有するものでもない。また、国際郵便物に対する税関検査は国際社会で広く行なわれており、国内郵便物の場合とは異なり、発送人及び名宛人の有する国際郵便物の内容物に対するプライバシー等への期待がもともと低い上に、郵便物の提示を直接義務付けられているのは、検査を行なう時点で郵便物を占有している郵便事業株式会社であって、発送人または名宛人の占有状態を直接的物理的に排除するものではないから、その権利

が制約される程度は相対的に低いといえる。また、税関検査の目的には高い公益性が認められ、大量の国際郵便物につき適正迅速に検査を行なって輸出又は輸入の可否を審査する必要があるところ、その内容物の検査において、発送人又は名宛人の承諾を得なくとも、具体的な状況の下で、上記目的の実効性の確保のために必要かつ相当と認められる限度での検査方法が許容されることは不合理とはいえない。前記認定事実によれば、税関職員らは、輸入禁制品の有無等を確認するため、本件郵便物を開披し、その内容物を目視するなどしたが、輸入禁制品である疑いが更に強まったことから、内容物を特定するため、必要最小限度の見本を採取して、これを鑑定に付すなどしたものと認められ、本件郵便物検査は、前記のような行政上の目的を達成するために必要かつ相当な限度での検査であったといえる。このような事実関係の下では、裁判官の発する令状を得ずに、郵便物の発送人又は名宛人の承諾を得ることなく、本件郵便物検査を行なうことは、本件各規定により許容されていると解される。このように解しても、憲法 35 条の法意に反しないことは、当裁判所の判例（最高裁昭和 44 年（あ）第 734 号同 47 年 11 月 22 日大法廷判決・刑集 26 卷 9 号 554 頁、最高裁昭和 61 年（行ツ）第 11 号平成 4 年 7 月 1 日大法廷判決・民集 46 卷 5 号 437 頁）の趣旨に照らして明らかである。」

「そして、前記認定事実によれば、本件郵便物検査が、犯則事件の調査あるいは捜査のための手段として行われたものでないことも明らかであるから、これによって得られた証拠である本件郵便物内の覚せい剤及びその鑑定書等の証拠能力を認めた第 1 審判決及びこれを是認した原判決の判断は正当であり、所論は理由がない。」

- (26) 「国際スピード郵便 (EMS : Express Mail Service)」とは、世界 120 以上の国や地域に 30kg までの書類や荷物を送れる国際郵便で最速のサービスを行う (<https://www.post.japanpost.jp/int/ems/>)。

- (27) 「不正薬物・爆発物探知装置（TDS：Trace Detection System）」とは、貨物の表面等に付着している微粒子を拭取り材（ワイブ）で拭取り、採取した物質を質量分析技術で解析することにより、不正薬物・爆発物の痕跡の有無を確認することができる装置を用いた検査手法をいい、分析に係る専門知識がなくとも簡単、かつ短時間・高感度で、また、貨物等を開封することなく探知が可能であり、精度も高く社会悪物品の水際取締りに有用であることから、特に平成25年度以降、増配備がなされている（[https://www.mof.go.jp/budget/topics/budget\\_execution\\_audit/fy2015/sy2706/10.pdf](https://www.mof.go.jp/budget/topics/budget_execution_audit/fy2015/sy2706/10.pdf)）。
- (28) 笹倉教授によると、本件が通常の経過をたどったとするならば、「審理官」ではなく、税関の業務部に所属し、行政調査を担当する「審査官」である可能性があるとのことである（笹倉・前掲注（25）41頁注（10））。なお、第1審においては、「財務事務官」との表現が用いられている。
- (29) 笹倉教授によると、税関には、「審議官」は存在せず、「これは、税関の調査部に属し犯則調査を掌握する『審理官』の誤記であると推測される」とのことである（同）。

### Ⅲ. 関税法上の税関検査

#### 1. 税関の位置付け

財務省設置法1条は、「この法律は、財務省の設置並びに任務及びこれを達成するため必要となる明確な範囲の掌握事務を定めるとともに、その掌握する行政事務を能率的に遂行するため必要な組織を定めることを目的」とし、同法3条において、「財務省は、健全な財政の確保、適正かつ公平な課税の実現、税関業務の適正な運営、国庫の適正な管理、通貨に対する信頼の維持及び外国為替の安定の確保並びに造幣事業及び印刷事業の健全な運営を図ることを任務とする」と規定していることから、税関は財務省の内部組織として位置付けられている。そして、同法16条1項において、「税関及び沖縄地区税関は、財務省の掌握事務のうち、第4条第23号から第28号まで、第65号及び第67号に掲げる事務並びに次に掲げる事務を分掌する」こととし、同条2項では、「前項に

定める事務のほか、次に掲げる事務をつかさどる」としている。つまり、① 税関、とん税、および特別とん税並びに税関行政に関する制度（外国との関税、および税関行政に関する協定を含む）の企画、および立案に関すること（同法4条23号）、② 関税、とん税、および特別とん税、ならびに地方税第2章第3節に規定する地方消費税の貨物割の賦課、および徴収に関すること（同条24号）、③ 関税に関する法令の規定による輸出入貨物、船舶、航空機、および旅客の取締りに関すること（同条25号）、④ 保税制度の運営に関すること（同条26号）、⑤ 通関業の監督、および通関士に関すること（同条27号）、⑥ 製造たばこの特定販売業、塩特定販売業、および特殊用塩特定販売業を営む者の監督に関すること（同法16条1項1号）、⑦ 掌握事務に関する外国為替の取引の管理、および調整に関すること（同条項2号）、⑧ 金の輸出入の規制に関すること（同条項3号）、⑨ 輸出入貨物に対し、内国税を賦課、および徴収すること（同条項4号）、⑩ 外国為替、および外国貿易法により、貨物の輸出、または輸入の取締りを行うこと（同条2項1号）、⑪ 輸出入取引法により、貨物の輸入の取締りを行うこと（同条項2号）を分掌するのである。なお、これらの事務については、同法同条3項により、「経済産業大臣の指揮監督を受けるもの」としている。

税関には、① 総務部、② 監視部、③ 業務部、④ 調査部が置かれており（財務省組織例85条1項<sup>(31)</sup>）、このうち、④ 調査部は、財務省組織規則266条1項に基づき、(a) 輸入された貨物に係る関税、内国消費税、および貨物割の課税標準の調査、ならびに関税、内国消費税、および貨物割に関する調査に関すること、(b) 輸出された貨物に関する調査、および検査に関すること、(c) 関税に関する法令、内国消費税、および貨物割に関する犯則事件の調査、および処分、ならびに情報に関すること、(d) 関税、とん税、および特別とん税、内国消費税、ならびに貨物割の賦課、および徴収、ならびに関税に関する法令の規定による輸出入貨物、船舶、航空機、および旅客の取締りに関する情報に関すること、

(e) 税関統計に関することを司り、このうち、「内国消費税に関するものについては、税関長は、国税庁長官の指揮を受けるもの」としている(同条2項)。

なお、財務省関税局『関税レポート2018 世界最先端の税関を目指して (Goal: Customs at Leading Edge of the World)<sup>(32)</sup>』では、「『世界との協調』を大切に、税関の使命を果たします」とし、「財務省関税局・税関は、水際における法執行を通じた国民生活の安全・安心の確保、関税・消費税等の適正かつ公平な徴収、税関手続の迅速化などの貿易の円滑化、更には世界貿易の健全な発展に向けた取組みなど、様々な課題に日々取り組んでいます。日常生活の安全・安心の確保につながる水際取締りは、私どもの重要な使命です。覚醒剤・大麻などの不正薬物や銃砲等の社会悪物品・テロ関連物資をはじめとして、知的財産侵害物品、偽造クレジットカード、盗難自動車等の輸出入に対する水際での取締りをより一層強化しています」と記載し、税関の使命を明らかにしている。

## 2. 関税法上の検査

関税法は、「関税の確定、納付、徴収及び還付並びに貨物の輸出及び輸入についての税関手続の適正な処理を図るため必要な事項」を定めたものである(同法1条)。そして、同法67条は、「貨物を輸出し、又は輸入しようとする者は、政令で定めるところにより、当該貨物の品名並びに数量及び価格(輸入貨物(特例申告貨物を除く。))については、課税標準となるべき数量及び価格)その他必要な事項を税関長に申告し、貨物につき必要な検査を経て、その許可を受けなければならない」と規定していることから、貨物を輸出入しようとする者に対しては、「必要な検査」を経て、「許可を受ける」ことが義務付けられている。また、郵便物等の輸出入についても、同法76条は、「郵便物(その価格(輸入されるものについては、課税標準となるべき価格)が20万円を超える

もの（寄贈物品であるものその他の政令で定めるものを除く。）及び第3項の政令で定める場合に係るものを除く。以下この項、第94条及び第114条の2第14号において同じ。）については、第67条から第69条まで（輸出又は輸入の許可・輸出申告又は輸入申告の手續・輸出申告の特例・輸出の許可の取消し、特例輸出貨物の亡失等の届出・承認の要件・規則等に関する改善措置・帳簿の備付け等・輸出申告の特例の適用を受ける必要がなくなつた旨の届出・承認の失効・承認の取消し・許可の承継についての規定の準用・製造者の認定・規則等に関する改善措置・認定製造者の認定を受けている必要がなくなつた旨の届出・認定の失効・認定の取消し・許可の承継についての規定の準用・輸入申告の特例・輸出申告又は輸入申告に際しての提出書類・貨物の検査に係る権限の委任・貨物の検査場所）及び第70条から第73条まで（証明又は確認・原産地を偽つた表示等がされている貨物の輸入・関税等の納付と輸入の許可・輸入の許可前における貨物の引取り）の規定は適用せず、前条中『仮に陸揚げされた貨物（外国為替及び外国貿易法第48条第1項（輸出の許可等）の規定による許可を受けなければならないものを除く。第108条の4第1項及び第2項並びに第111条第1項第1号において同じ。）を除く』とあるのは、『外国為替及び外国貿易法第48条第1項（輸出の許可等）の規定による許可を受けなければならないものに限る』と読み替えて、同条の規定を適用する。ただし、税関長は、輸出され、又は輸入される郵便物中にある信書以外の物について、政令で定めるところにより、税関職員に必要な検査をさせるものとする」とし、信書を除く輸出入される郵便物につき、税関職員に必要な検査をさせることを規定している<sup>(33)</sup>。税関職員に対し、同法105条1項は、「税関職員は、この法律（第11章（犯則事件の調査及び処分）を除く。）又は関税率法その他関税に関する法律で政令で定めるものの規定により職務を執行するため必要があるときは、その必要と認められる範囲内において、次に掲げる行為をすることができる」とし、同条項3号において、

「第 43 条の 4（外国貨物を置くことの承認等の際の検査）（第 61 条の 4（保税蔵置場についての規定の準用）及び第 62 条の 15（保税蔵置場、保税工場及び保税展示場についての規定の準用）において準用する場合を含む。）、第 61 条第 3 項（保税工場外における保税作業）（第 62 条の 7（保税蔵置場及び保税工場についての規定の準用）及び第 62 条の 15 において準用する場合を含む。）、第 62 条の 3 第 2 項（保税展示場に入れる外国貨物に係る手続）、第 63 条第 2 項（保税運送）、第 67 条（輸出又は輸入の許可）（第 75 条において準用する場合を含む。）、第 67 条の 4 第 3 項（輸出の許可の取消し）又は第 76 条第 1 項ただし書（郵便物の輸出入の簡易手続）に規定する検査に際し、見本を採取し、又は提供させること」<sup>(34)</sup>が許されている。

(31) これら以外についての税関の内部組織については、財務省令で定めるとしてある（財務省組織例 85 条 2 項）。なお、税関の機構につき、<http://www.customs.go.jp/zeikan/z-kikou.htm> 参照のこと。

(32) <http://www.customs.go.jp/zeikan/pamphlet/report/index.htm> 参照のこと。なお、TOPICS として、覚せい剤の押収量が 2 年連続で 1 トンを超えていることの有効策として、商業貨物、および国際郵便において、一度の押収量として過去最高となる事犯を摘発したことが示されている。

(33) 関税法 76 条 2 項は、「税関職員は、前項ただし書の検査をするに際しては、信書の秘密を侵してはならない」と規定するのは、憲法 21 条 2 項が「検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない」と規定しているためである。

(34) なお、犯則事件の調査につき、関税法 119 条 1 項は、「税関職員は、犯則事件を調査するため必要があるときは、犯則嫌疑者若しくは参考人（以下この項及び第 121 条第 1 項（臨検、搜索又は差押え等）において『犯則嫌疑者等』という。）に対して出頭を求め、犯則嫌疑者等に対して質問し、犯則嫌疑者等が所持し、若しくは置き去った物件を検査し、又は犯則嫌疑者等が任意に提出し、若しくは置き去った物件を領置することができる」としている。また、同法 121 条は、「税関職員は、犯則事件を調査するため必要があるときは、その所属官署の所在地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所の裁判官があらかじめ



発する許可状により、臨検、犯則被疑者の身体、物件若しくは住居その他の場所の搜索、証拠物若しくは没収すべき物件と思料するものの差押え又は記録命令付差押え（電磁的記録を保管する者その他の電磁的記録を利用する権限を有する者に命じて必要な電磁的記録を記録媒体に記録させ、又は印刷させた上、当該記録媒体を差し押さえることをいう。以下同じ。）をすることができる。ただし、参考人の身体、物件又は住居その他の場所については、差し押さえるべき物件の存在を認めるに足りる状況のある場合に限り、搜索をすることができる」（同条1項）、「差し押さえるべき物件が電子計算機であるときは、当該電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であって、当該電子計算機で作成若しくは変更をした電磁的記録又は当該電子計算機で変更若しくは消去をすることができることとされている電磁的記録を保管するために使用されていると認めるに足りる状況にあるものから、その電磁的記録を当該電子計算機又は他の記録媒体に複写した上、当該電子計算機又は当該他の記録媒体を差し押さえることができる」（同条2項）、「前2項の場合において、急速を要するときは、税関職員は、臨検すべき物件若しくは場所、搜索すべき身体、物件若しくは場所、差し押さえるべき物件又は電磁的記録を記録させ、若しくは印刷させるべき者の所在地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所の裁判官があらかじめ発する許可状により、前2項の処分をすることができる」（同条3項）、「税関職員は、第1項又は前項の許可状（第136条（鑑定等の嘱託）を除き、以下「許可状」という。）を請求する場合においては、犯則事件が存在すると認められる資料を提供しなければならない」（同条4項）、「前項の請求があった場合においては、地方裁判所又は簡易裁判所の裁判官は、犯則嫌疑者の氏名（法人については、名称）、罪名並びに臨検すべき物件若しくは場所、搜索すべき身体、物件若しくは場所、差し押さえるべき物件又は記録させ、若しくは印刷させるべき電磁的記録及びこれを記録させ、若しくは印刷させるべき者並びに請求者の官職氏名、有効期間、その期間経過後は執行に着手することができずこれを返還しなければならない旨、交付の年月日及び裁判所名を記載し、自己の記名押印した許可状を税関職員に交付しなければならない」（同条5項）、「第2項の場合においては、許可状に、前項に規定する事項のほか、差し押さえるべき電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であって、その電磁的記録を複写すべきものの範囲を記載しなければならない」（同条6項）、「税関職員は、許可状を他の税関職員に交付して、臨検、搜索、差押え又は記録命令付差押えをすることができる」（同条7項）と規定している。また、同

法 124 条は、「税関職員は、現に犯則を行い、又は現に犯則を行い終わった者がある場合において、その証拠となると認められるものを集取するため必要であって、かつ、急速を要し、許可状の交付を受けることができないときは、その犯則の現場日において第 121 条 1 項（臨検、搜索又は差押え等）の臨検、搜索又は差押えをすることができる」（同条 1 項）、「税関職員は、現に犯則に供した物件若しくは犯則により得た物件を所持し、又は顕著な犯則の跡があつて犯則を行ってから間がないと明らかに認められる者がある場合において、その証拠となると認められるものを集取するため必要であって、かつ、急速を要し、許可状の交付を受けることができないときは、その者の所持する物件に対して第 121 条第 1 項の臨検、搜索又は差押えをすることができる」（同条 2 項）とし、現行犯事件に対する規定もなしている。なお、電磁的記録に係る記録媒体の差押えに代わる処分として、同法 125 条は、「差し押さえるべき物件が電磁的記録に係る記録媒体であるときは、税関職員は、その差押えに代えて次に掲げる処分をすることができる。1 差し押さえるべき記録媒体に記録された電磁的記録を他の記録媒体に複写し、印刷し、又は移転した上、当該他の記録を差し押さえること 2 差押えを受ける者に差し押さえるべき記録媒体に記録された電磁的記録を他の記録媒体に複写させ、印刷させ、又は移転させた上、当該他の記録媒体を差し押さえること」を認め、臨検、搜索又は差押え等の際しての必要な処分として、同法 126 条は、「税関職員は、臨検、搜索、差押え又は記録命令付差押えをするため必要があるときは、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」（同条 1 項）、「前項の処分は、領置物件、差押物件又は記録命令付差押物件についても、することができる」（同条 2 項）とし、「臨検すべき物件又は差し押さえるべき物件が電磁的記録に係る記録媒体であるときは、税関職員は、臨検又は搜索若しくは差押えを受ける者に対し、電子計算機の操作その他の必要な協力を求めることができる」（同法 127 条）としている。もちろん、「臨検、搜索、差押え又は記録命令付差押えの許可状は、これらの処分を受ける者に提示しなければならない」（同法 128 条）など、刑事手続類似的性格（quasi criminal proceeding）を有する（須藤 聡「関税法における犯則調査と適正手続（含 講評）」税関研修所論集 30 号（2001 年）192 頁、池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義〔第 6 版〕』（東京大学出版会・2018 年）68 頁注（1））。そして、税関職員は、調査を終えた後は、当該調査結果を税関長に報告しなければならない、また、① 犯則被疑者の居所が明らかでない場合、② 犯則被疑者が逃走する虞がある場合、③ 証拠となる

と認められるものを隠滅する虞がある場合には、直ちに検察官に告発しなければならぬとされている（同法145条）。

## IV. 憲法35条における「令状主義」の要件

### 1. 憲法35条の保障範囲

本件事案における郵便物検査行為は、「本件郵便物を破壊し、その内容を消費する行為であり、プライバシー権及び財産権を侵害するものであるところ、捜査を目的として、本件郵便物の発送人又は名宛人の同意なく、裁判官の発する令状もなく行われたもので、関税法上許容されていない検査であって、憲法35条が許容しない強制処分に当るから、本件郵便検査によって取得された証拠である本件郵便物内の覚せい剤及びその鑑定書等の証拠能力は否定されるべきであるのに、これらの証拠能力を認めた第1審判決及びこれを是認した原判決の判断は、関税法、刑事法の解釈を誤り、憲法35条に違反する<sup>(35)</sup>」ものであるとの上告趣意に対し、最高裁は、「このような事実関係の下では、裁判官の発する令状を得ず、郵便物の発送人又は名宛人の承諾を得ることなく、本件郵便物検査を行うことは、本件各規定により許容されていると解される。このように解しても、憲法35条の法意に反しないことは、当裁判所の判例（最高裁昭和44年（あ）第734号同47年11月22日大法廷判決・刑集26巻9号554頁、最高裁昭和61年（行ツ）第11号平成4年7月1日大法廷判決・民集46巻5号437頁）の趣旨に徴して明らかである」<sup>(36)</sup>との判断を示した。

つまり、本判決は、「川崎民商事件」最高裁大法廷判決、および「成田新法事件」最高裁大法廷判決を引用し、「憲法35条の法意に反しない」との表現を用いていることから、「強制の内容・性質に応じて修正ないし変更させた後の憲法35条1項に違反するか否か」を問題として<sup>(37)</sup>いること、あるいは、直截な「『適用』ではなくせいぜい『準用』」を問<sup>(38)</sup>

題とする趣旨であることを意味するのであろう。

本判決は、「憲法 35 条の規定は、主として刑事手続における強制につき、司法権による事前抑制の下に置かれるべきことを保障した趣旨のものであるが、当該刑事手続が刑事責任追及を目的とするものではないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に同規定による保障の枠外にあると判断することは相当でない」と解している<sup>(39)</sup>のである。そうであるならば、如何なる要件を充足すれば、憲法 35 条の法意に反しないと解することができるのか、仔細に検討する必要がある。

この点につき、「川崎民商事件」最高裁大法廷判決は、上述のように、① 刑事責任の追及を目的とする手続でないこと、② 刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有するものでないこと、③ 強制の度合が、直接物理的な強制と同視すべき程度にまで達していないこと、④ 公益上の目的を実現するために必要不可欠であり、実効性確保の手段として、あながち不均衡・不合理なものとはいえないことを「総合して判断」すれば、裁判官の発する令状を一般要件としなくとも、憲法 35 条に反するものではないと判示しており、また、「成田新報事件」最高裁大法廷判決は、「川崎民商事件」最高裁大法廷判決と同様の見解に立った判断を示している。そのため、本判決も、① 刑事責任の追及を直接の目的とする手続でないこと、② 刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結び付く作用を一般的に有するものでないこと、③ 国際郵便物に対する税関検査は国際社会で広く行われており、国内郵便物の場合とは異なり、発送人及び名宛人の有する国際郵便物の内容物に対するプライバシー等への期待がもともと低い上に、郵便物の提示を直接義務付けられているのは、検査を行う時点で郵便物を占有している郵便事業株式会社であって、発送人又は名宛人の占有状態を直接的物理的に排除するものでないこと、④ 税関検査の目的には高い公益性が認められ、大量の国際郵便につき適正迅速に検査を行って輸出又は輸入の可否を審査する必要があるところ、その内容物の検査におい

て、発送人又は名宛人の承諾を得なくとも、具体的な状況の下で、目的の実効性確保のために必要かつ相当と認められる限度での検査方法が許容されるのは不合理とはいえないことを挙げ、行政上の目的を達成するために必要かつ相当な限度での検査であったと評価している。

## 2. 令状主義の意義

(1) 憲法 35 条 1 項は、「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、第 33 条の場合を除いては、正当な理由に基づいて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない」とし、同条 2 項は、「搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ」と規定する。当該規定は、「不合理な搜索および逮捕または押収に対し、身体、家屋、書類および所有物の安全を保障されるという人民の権利は、これを犯してはならない。令状は、宣誓または確約によって裏付けられた相当な理由に基づいてのみ発せられ、かつ搜索されるべき場所および逮捕されるべき人または押収されるべき物件を特定して示したものでなければならない<sup>(40)</sup>」と規定する合衆国憲法修正 4 条に倣<sup>(41)</sup>て設けられたものである。井上教授によると、合衆国憲法修正 4 条において、一般探索的な搜索・押収が許容されないのは、「(i) 必ずしも十分な根拠のないまま、(ii) 搜索場所や目的物も特定しないで、搜索・押収を行うことを許すことにより、執行にあたる官憲の意のままに、あらゆる場所が搜索され、あらゆる物が持ち去られることを可能にするから」であり、「令状による場合も、(iii) その令状は、処分を行おうとする行政機関—ないしは、行政機関と司法機関の未分化の機関—が自ら発するもの」であり、「処分を恣意的なものにし、根拠の薄弱な搜索・押収を執行させる原因となった」ためであり、このような弊害につき、(i)については、「相当な理由」の存在を、(ii)については、「搜索場所・目的物の特定」を令状の基本要件として掲げ、(iii)については、Johnson 判決等によ<sup>(42)</sup>

り、「令状は処分を行おうとする機関とは独立の司法機関が予め要件の存否を審査したうえで発するものでなければならないという趣旨だと解釈される」こと<sup>(43)</sup>によって、解決が図られたとされる。

(2) わが国においても、敗戦直後、『幕僚長に対する覚え書き〔案件〕私的グループによる憲法改正草案に対する所見 (MEMORANDUM FOR CHIEF. SUBJECT : Comments on Constitutional Revision Proposed by Private Group.)』によると、「日本では、個人の権利の最も重大な侵害は、種々の警察機関、とくに特別高等警察および憲兵隊の何ら制限されていない行動並びに検察官（検事）の行為を通じて行われた。あらゆる態様の侵害が、警察および検事により、一般の法律の実施に際し、とりわけ思想統制法の実施に際して、行われた (The most serious abuses of individual right in Japan have been through the uncontrolled actions of the various police agencies, particularly the Higher Secret Police and the Kempei-Tai and the conduct of the procurators (Kenji). All manner of abuses have been practiced by the police and procurators in the enforcement of general law, but primarily in the enforcement of the thought control law.)。……日本の警察は、際限なく市民の家庭に対して搜索および押収を行ったことで悪名が高い。したがって、不当な搜索および押収を禁止する規定が設けられなければならない (Japanese police are notorious for their interminable searches and seizure in the homes of citizens, and provision against unreasonable searches and seizures should be required.)」<sup>(44)</sup>点が意識されていたことから、『レポート・日本の憲法についての準備的研究と提案 (REPORT OF PRELIMINARY STUDIES AND RECOMMENDATIONS OF JAPANESE CONSTITUTION)』における附属文章 A「権利章典 (BILL OF RIGHTS)」では、「権限のある裁判所の発した令状なしに、逮捕され、あるいは私宅の搜索を受けることがないこと。逮捕については、現行犯を追跡する場合、搜索につい

では、逮捕の際になされる場合を除く（No person shall be arrested, except in case of hot pursuit, nor any private dwelling searched, except at the time of arrest, without a warrant issued by a court of competent jurisdiction.）」との記載がみられた。<sup>(45)</sup>しかし、1946年2月2日の『最高司令官のための覚え書き〔案件〕憲法改正（松本案）（MEMORANDUM FOR THE SUPREME COMMANDER：SUBJECT：Constitutional Reform（Matsumoto draft.）』における付属文書A「憲法問題調査委員会試案（THE TENTATIVE PLAN OF THE CONSTITUTIONAL PROBLEM INVESTIGATION COMMITTEE）」からも明らかのように、その23条においては、「現状《日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシ》（[Unchanged] No Japanese subject shall be arrested [,] detained, tried or punished, unless according to law.）」とし、また、25条も、「日本臣民は其の住所を侵さることなく公安を保持するため必要なる制限は法律の定むる所に依る（No Japanese subject shall have his residence invaded and the restriction necessary to maintain public peace shall be under the provisions of law.）」<sup>(46)</sup>として、大日本帝国憲法における規定と実質的に異なることのない規定であることが、毎日新聞のスクープで明らかになった。<sup>(47)</sup>

これを契機として、Douglas MacArthurは、日本側の保守的な改正案に満足できず、総司令部が自ら、「日本における自由で民主主義的な政治とポツダム宣言の諸条項の実施との基礎」となるべき憲法改正案を起草し、日本政府に提示することを決意するに至り、急遽、民生局行政部内に起草委員会を設けることになった。『民政局長のための覚え書き〔人権の章についての小委員会〕（MEMORANDUM FOR THE CHIEF, GOVERNMENT SECTION.）』において、逮捕については、「何人も、現行犯として逮捕される場合を除き、裁判所の一員で権限を有する者により発せられ、かつ、訴追のなされる可能性のある犯罪を明示した令状



によらなければ、逮捕されない (No person, [save those arrested in the act of lawbreaking,] shall be apprehended except upon warrant issued by a competent officer of a court of law specifying the offence upon which the person may be charged.)」とされ、捜索・押収については、「何人も、その身体、住居、書類および所持品について《不合理な》捜索および拘置または押収を受けることがないという権利は、侵害されることはない。また、令状は、〔犯罪成立の〕蓋然性の認められるような理由に基づき、かつ捜索する場所および拘置または押収される人または物を明示してでなければ、発せられない (The right of the people to be secure in their persons, homes, papers, and effects against [unreasonable] search and seizures shall be not be [violated, nor shall any warrant be] issued [except upon] probable cause, and particularly describing, the place to be searched and the person or things to be seized.)」との規定が考えられた。<sup>(48)</sup> その後の『憲法改正〔案〕〔マッカーサー草案〕(Draft) [as submitted to the Japanese Government by the General Headquarters, SCAP, on February 13, 1946]』30条は、「何人も、現行犯として逮捕される場合を除き、裁判所の一員で権限を有する者により発せられ、かつ理由となっている犯罪を明示する令状によらなければ逮捕されない (No person shall be apprehended except upon warrant issued by a competent officer of a court of law specifying the offence upon which the person is charged, unless he is apprehended while committing a crime.)」とし、33条は、1項で「何人も、その身体、住居、書類および所持品について、侵入、捜索および拘置または押収を受けることがないという権利は、〔犯罪成立の〕蓋然性の認められるような理由に基づいて発せられ、かつ捜索する場所および拘置または押収される人または物を特定した裁判所の令状によるものでなければ、侵されない (The right of the people to be secure in their persons, homes, papers, and effects against entries,

searches and seizure shall not be impaired except upon judicial warrant issued only for probable cause, and particularly describing the place to be searched and the person or things to be seized.)」とし、2項で「搜索または拘置もしくは押収は、裁判所の一員で権限を有する者により、その〔搜索または拘置もしくは押収の〕ために各別に発せられた令状により、行わなければならない (Each search or seizure shall be made upon separate warrant issued for the purpose by a competent officer of a court of law.)」とされたことにより、令状主義の原則が明定化され、搜索・押収については、まったくの例外が認められないこととなった。<sup>(49)</sup>その後、緊急の場合を例外とする要望を日本側は示したものの受け入れられず、『憲法改正草案要綱』も、基本的には、『マッカーサー草案』規定を受け入れる形となったが、『憲法改正草案』において、「第30条(現33条)の場合を除いては」との文言が挿入されることになり、現在の憲法35条の規定となったのである。<sup>(50)</sup>

(3) なお、憲法35条は、「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、第33条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない」と規定していることに照らすのであれば、その適用範囲は、「有体物を対象とする刑法上の搜索・差押えなど」に限られるものではないことになろう。<sup>(51)</sup>井上教授は、「『住居、書類及び所持品』の範囲においてすら、その所有や利用といった物権的権利の保護から個人のプライバシーという無形の権利ないし価値の保護に移ったと一般に理解されるようになってい」るとし、そうであるならば、「少なくともそのようなプライバシー保護の必要が認められる場所や空間である限り、そこにおけるプライバシーを侵害するような処分には同条の規制が及ぶとするのが、むしろ素直な考え方」であると指摘される。<sup>(52)</sup>

そのうえで、令状主義の保障は、① 正当な理由の存在、② 対象の特

定、③ 裁判官による事前の審査と令状の発付の3要素が要求されることを指摘される<sup>(53)</sup>。このうち、① 正当な理由とは、「目的物（証拠物または没収すべき物と思量されるもの）が存在すること」であり、「令状主義の保障が、何らかの犯罪の証拠があるかもしれないという一般的な根拠も十分でない—嫌疑に基づいて涉猟的な搜索・差押えがなされることを防ごうとするとあるとすると、先ず、一定の根拠に基づく特定の具体的な犯罪の嫌疑（被疑事実）が存在することが必要とされ、その特定の被疑事実に関連するものに限って差押えの目的物となし得る」のであって、「そして、そのような目的物が搜索場所に所在する蓋然性があること」である<sup>(53)</sup>と解される。

### 3. 合衆国憲法修正4条の趣旨

以上のように、憲法35条は、基本的には合衆国憲法修正4条に基づく規定であることは明らかである。合衆国憲法修正4条の沿革、および本来の趣旨については、井上教授によって、William J. Cuddihy, *The Fourth Amendment: Origins and Original Meaning*, 602-1791に拠り、「イギリスにおける問題の発展」から「合衆国憲法修正4条の採択等につき、」<sup>(54)</sup>詳細な分析がなされている。それによると、「合衆国憲法は、直接的には、一般令状を禁止することを目的とするものであった。同条が前段で『不合理な搜索・押収（拘束）を受けない権利』を保障するのも、第1次的には、その禁止の理由を明示しようとしたものにほかならなかった。一般令状による搜索・押収ないし身柄拘束は不合理なものであるから許されない、というものである。一般令状による搜索・押収や身柄拘束が不合理であるのは、必ずしも十分な根拠がないまま、搜索場所や目的物・対象者を特定しないで、搜索・押収や身柄拘束を許可することにより、執行にあたる官憲の意のままに、あらゆる場所が搜索され、あらゆる物や人が持ち去られたり、連れ去られたりすることを可能にしたからであった。それ故に、このような弊を除去するために設けら

れた修正4条は、『相当な理由』の存在と搜索場所・押収目的物（身柄拘束対象者）の特定を基本的な要件としたのである」と説明される<sup>(55)</sup>。そして、「修正4条の前段が、『合理性』に言及するのも、……『合理的』であれば許されるということと言おうとしたものというよりは、むしろ、一般令状による場合以外であっても、『不合理な搜索・押収（拘束）』は許されないことを示そうとするところに、本来の趣旨があったというべきであろう」と解される<sup>(56)</sup>。

なお、合衆国憲法修正4条は、「『不合理な搜索・押収』を禁止する前段の規定に続けて、後段で、令状は搜索場所および押収目的物を『特定表示（particularly describe）』したものでなければならぬ旨明記しているものであり、その前段の規定と後段の規定との関係については、一令状によるのがあくまで原則なのか、それとも、それは搜索・押収が『合理的』だといえる場合の例示に過ぎないのかをめぐり一意見が分かれるものの、少なくとも令状による場合につき、搜索場所・押収目的物の特定性が不可欠の要件であるという点では、異論を見ないのである」と井上教授は指摘される<sup>(57)</sup>。また、合衆国憲法修正4条の基本的趣旨に照らし、「1つの搜索・押収ごとに令状が必要とされるのは何故かを考えてみると、それは、『相当な理由』の存否は場所や機会が変われば異なり得るので、その都度その存在を裁判官により確認させ、そのような確認があった範囲に限って処分を許そうとするものといえる。わが憲法35条2項が搜索・押収につき『各別の令状』によることを必要とするのも、同趣旨であろう」と指摘される<sup>(58)</sup>。

(35) 前掲・最（3小）判平成28年12月9日刑集70巻8号810頁。

(36) 同812頁。

(37) 千葉・前掲注（21）264頁注（13）。

(38) 同255頁。

(39) 前掲・最（3小）判平成28年12月9日刑集70巻8号811頁。

- (40) 初宿正典＝辻村みよ子編『新解説世界憲法集〔第4版〕』（三省堂・2017年）86頁。
- (41) 井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣・2014年）59頁。なお、令状主義の形成過程に関する詳細につき、同33頁以下参照のこと。
- (42) Johnson v United States, 333 U.S. 10 (1948)；Aguilar v. Texas, 378 U.S. 108 (1964).
- (43) 井上・前掲注(41) 60頁。
- (44) 高柳賢三＝大友一郎＝田中英夫編著『日本国憲法制定の過程 I 原文と翻訳一連合国総司令部側の記録による一』（有斐閣・1972年）29頁。
- (45) 高柳ほか編著・前掲注(44) 9頁。
- (46) 大日本帝国憲法25条は、「日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵入セラルル、コトナシ」と規定されていた。
- (47) 毎日新聞昭和21年2月1日付第1面は、「憲法改正・調査会の試案一立憲君主主義を確立・国民に勤労の権利義務」との見出しの下、「松本国務相を委員長とする憲法調査委員会は、昨年11月第1回会合を行ってから小委員会、委員会、総会を開くことを甘余会、各委員から甲案、乙案の憲法改正試案を提出、活潑なる議論を展開、去月16日の委員会で漸く草案を脱稿、2日の総会で可決されるが、政府は憲法改正案をマッカーサー司令部極東委員会に提出すべくこれが決定を急ぐこととなり、30日の臨時閣議に緊急付議、松本国務相から逐次説明を行ひ各大臣から活潑なる意見の開陳があり、更に31日にも臨時閣議を開き付議を行った。しかして松本国務相の起草した憲法改正草案は調査委員会案を骨幹とし、これに修正甲、乙両案を作成したものであるが、次の一試案は、調査委員会の主流をなすもので、試案から政府案の全貌がうかがわれ、特に重大なる意義がある」との記事が示された。この点につき、田中英夫『憲法制定過程覚え書き』（有斐閣・1979年）39頁以下等参照のこと。なお、併せて、日本国憲法の制定過程につき、入江俊郎『日本国憲法成立の経緯』（憲法調査会事務局・1960年）、佐藤達夫〔佐藤功補訂〕『日本国憲法成立史・第1巻』（有斐閣・1962年）～同『日本国憲法成立史・第4巻』（有斐閣・1994年）、筒井若水＝佐藤幸治＝坂野潤治＝長尾龍一編著『法律学教材 日本憲法史』（東京大学出版会・1976年）、大石義雄『日本憲法史と日本国憲法』（嵯峨野書院・1985年）、犬丸秀雄監修『日本国憲法制定の経緯一連合国総司令部の憲法文書による』（第一法規出版・1989年）、芦部信喜＝高橋和之＝高見勝利＝日比野勤編著『日本国憲法制定資料全集(1)憲法問題調査委員会関係資

料等』（信山社・1997年）～同『日本国憲法制定資料全集20—帝国議会議事録  
総索引』（信山社・2018年）、長尾龍一『思想としての日本憲法史』（信山社・  
1997年）、大石眞『憲法史と憲法解釈』（信山社・2000年）、同『日本憲法史  
〔第2版〕』（有斐閣・2005年）、庄司克弘『日本国憲法の制定過程—大友一郎  
講義録』（千倉書房・2017年）等参照。

- (48) 高柳ほか編著・前掲注(44) 229頁以下。なお、搜索・押収については、  
2項として、「搜索または拘置もしくは押収は、裁判所の一員で権限を有する  
者により、その〔搜索または拘置もしくは押収の〕ために各別に発せられた令  
状により、行われなければならない（Each search or seizure shall be made  
upon separate warrant issued for the purpose by a competent officer of a  
court of law.）」旨の規定が付加されていた。
- (49) 高柳ほか編著・前掲注(44) 278頁以下。なお、1946年2月26日の臨時  
閣議において配布された外務省仮訳によると、30条は、「何人モ裁判所ノ当該  
官吏カ発給シ訴追ノ理由タル犯罪ヲ明示セル逮捕状ニ依ルニアラスシテ逮捕セ  
ラルルコト無カルヘシ但シ犯罪ノ実行中ニ逮捕セラルル場合ハ此ノ限ニ在ラ  
ス」とされ、33条1項は、「人民カ其ノ身体、家庭、書類及所持品ニ対シ侵  
入、搜索及押収ヨリ保障セラルル権利ハ相当ノ理由ニ基キテノミ発給セラレ殊  
ニ搜索セラルヘキ場所及拘禁又ハ押収セラルヘキ人又ハ物ヲ表示セル司法逮捕  
状ニ依ルニアラスシテ害セラルルコト無カルヘシ」、2項は「各搜索又ハ拘禁  
若ハ押収ハ裁判所ノ当該官吏ノ発給セル各別ノ逮捕状ニ依リ行ハルヘシ」とさ  
れていた。
- (50) なお、「身体の拘置」は、逮捕を指すものであることから、『憲法改定案』  
作成過程において削られている（入江・前掲注(47) 275頁）。
- (51) 井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（有斐閣・1997年）14頁。
- (52) 井上・前掲注(51) 14頁、同・前掲注(41) 62頁、酒巻匡『刑事訴訟法』  
（有斐閣・2015年）105頁。なお、小田中聰樹「盗聴立法の違憲性—事務局参  
考試案の検討」小田中聰樹＝村井敏邦＝川崎英明＝白取祐司『盗聴立法批判—  
おびやかされる市民の自由』（日本評論社・1997年）74頁・75頁は、「そもそ  
も憲法が令状主義を採用したのは、人身の自由やプライバシーなどの基本的人  
権を制限・侵害する強制処分権の発動を裁判官の令状審査（裁判）に委ねると  
ともに、その発動条件を被処分者の基本的人権のレベルに引き上げて強く保障  
するためである。このように令状主義が基本的人権レベルの憲法原則とされた  
とことにより、令状は、国家機関内部の強制処分権限行使の単なる書面主義的

- な許可形式ではなく、被処分者に対し強制処分権限行使の正当理由（理由と必要）と内容（態様、対象）とを明示する裁判としての本質をもつこととなったのである」と主張される。
- (53) 井上・前掲注（41）63頁。このうち、③ 裁判官による事前の審査と令状発付については、例外があり得るものの、① 正当な理由の存在、② 対象の特定については、その例外の場合にも、「実質的に妥当する必須の要件であると説明される。酒巻・前掲注（52）106頁・107頁も、併せて参照のこと。
- (53) 井上・前掲注（41）63頁・64頁。
- (54) 井上・前掲注（41）38頁以下。なお、井上・前掲注（51）23頁以下も併せて、参照のこと。
- (55) 同・53頁。さらに、井上教授は、「これに加えて、多くの場合、処分を行おうとする行政機関ないしは行政機能と司法機能とが未分化の機関が自らその令状を発したことは、処分を恣意的なものとし、根拠の薄弱な搜索・押収を横行させる原因となった。その点の反省から、修正4条は、規定の上には必ずしも明示していないものの、令状は処分を行おうとする機関とは独立の司法機関が予め要件の存否を審査したうえ発するものでなければならない、という趣旨だと解されることになる」と続ける（同・53頁・54頁）。
- (56) 同・55頁。なお、「一般論として『令状優先』の立場を維持しつつ、その例外として、あるいは、より直截に、当該処分により達成される法執行上の利益とそれにより侵害される対象者の権利・利益等を比較衡量し、前者が後者を上回ることなどから、『合理的』なものといえることを理由に、無令状の搜索・押収や身柄拘束が肯認される場合が次々と拡大され、『例外が原則をほとんど呑み込んでしまっている』とすらいわれる様相を呈するに至っている」が、「歴史的経緯に照らすと、それらが、果たして、そしてどこまで、修正4条本来の趣旨に適合するものであるかは疑わしい」と指摘される（同・56頁）。
- (57) 井上・前掲注（51）15頁。
- (58) 井上・前掲注（51）53頁・54頁、酒巻・前掲注（52）105頁、川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房・2016年）124頁。なお、大澤裕「搜索場所・押収目的物の特定」刑雑36巻3号（1997年）435頁も、併せて参照のこと。これに対する見解として、川崎英明「盗聴立法の憲法的問題点」小田中ほか・前掲注（52）95頁。川崎教授の見解に対し、井上教授は、「合衆国憲法修正4条の規定中には対応する文言は含まれていないけれど、同旨の要請は、その修正4条の保障の主要な要素を成すものと解されてきてお



り、わが憲法の規定も、これを承けたものであることは異論をみない。そうだとすれば、……『各別の令状の令状』の要請も、同様に修正4条の規定では明示的には言及されていないものの、実質上その保障の趣旨から導かれる帰結を、わが憲法が明文の形で規定したものとみることは、必ずしも不自然なことではないと思われる」と反論される（井上・前掲注（51）72頁注（164））。

## V. 税関職員による無令状での郵便物検査の適否

以下では、判旨に従って、順次、検討を加えていくことにする。

### 1. 郵便検査の必要性

本判決は、「平成24年法律第30号による改正前の関税法76条は、郵便物の輸出入の簡易手続を定めるものであるが、同条1項ただし書において、税関長は、簡易手続の対象となる郵便物中にある信書以外の物について、税関職員に必要な検査をさせるものとすると定め、同条3項において、郵便事業株式会社（現行法では日本郵便株式会社）は、当該郵便物を税関長に提示しなければならないと定めている。そして、平成23年法律第7号による改正前の関税法105条1項は、税関職員は、同法等の規定により職務を執行するため必要があるときは、その必要と認められる範囲内において、郵便物を含む外国貨物等について検査すること（同項1号）及び郵便物の輸出入の簡易手続における検査に際して見本を採取すること（同項3号）ができる」と定めている。これらの規定（以下、『本件各規定』という。）は、関税の公平確実な賦課徴収及び税関事務の適正円滑な処理という行政上の目的を、大量の郵便物について簡易、迅速に実現するための規定であると解される。そのためには、税関職員において、郵便物を開披し、その内容物を特定するためなどに必要とされる検査を適時に行なうことが不可欠であって、本件各規定に基づく検査等の権限を税関職員が行使するに際して、裁判官の発する令状

を要するものとはされておらず、また、郵便物の発送人又は名宛人の承諾も必要とされていないことは、関税法の文言上明らかである」として  
いる。

つまり、Ⅲ. 関税法上の税関検査で述べたように、税関の使命は、「水際における法執行を通じた国民生活の安全・安心の確保」であり、「日常生活の安全・安心の確保につながる水際取締り」が重要であることを示していることからすれば、税関検査の目的は、「高い公益性」に裏付けられたものであって、当該行政上の目的の実効性を確保するためには、大量の国際郵便に対し、適正・迅速に輸出入の可否を審査する必要性が存在するため、その内容物の検査については、「具体的な状況の下」でありさえすれば、その都度、発送人・名宛人の承諾なしに、「必要かつ相当と認められる限度」において、無令状での郵便検査がなされることは、当然のことであると最高裁は考えたのであろう。<sup>(59)</sup>

## 2. 税関職員による無令状での郵便物検査と憲法 35 条

### (1) 行政調査結果の刑事手続への発展

但し、無令状による郵便物検査の必要性が認められたとしても、これが許容されるか否かは、改めて検討しなければならない。本判決は、「憲法 35 条の規定は、主として刑事手続における強制につき、司法権による事前抑制の下に置かれるべきことを保障した趣旨のものであるが、当該刑事手続が刑事責任追及を目的とするものではないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に同規定による保障の枠外にあると判断することは相当でない」としたうえで、まずは、「本件各規定による検査等は、前記のような行政上の目的を達成するための手続で、刑事責任の追及を直接の目的とする手続ではなく、そのための資料の取得収集に直接結び付く作用を一般的に有するものでもない」と判示している。これは、「川崎民商事件」最高裁大法廷判決、あるいは、「成田新法事件」最高裁大法廷判決において示された、① 刑事責任の追及を目

的とする手続でないこと、② 刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有するものでないことの要件に従ったものである。この点については、すでに税関に対する輸入申告をめぐる問題<sup>(60)</sup>に対し、最高裁は同様の判断を示している<sup>(61)</sup>。また、最高裁は、税務調査中に犯則事件が探知された場合に、これが端緒となって収税官吏による犯則事件としての調査に移行することも禁ずる趣旨のものとは解し得ず、このように解しても憲法 38 条 1 項に違反するものではない、あるいは、「法人税法（平成 13 年法律第 129 号による改正前のもの）156 条によると、同法 153 条ないし 155 条に規定する質問又は検査の権限は、犯罪の証拠資料を取得収集し、保全するためなど、犯則事件の調査あるいは捜査のための手段として行使することは許されないと解するのが相当である」としながらも、「上記質問又は検査の権限の行使に当って、取得収集される証拠資料が後に犯則事件の証拠として利用されることが想定できたとしても、そのことによって直ちに、上記質問又は検査の権限が犯則事件の調査あるいは捜査のための手段として行使されたことにはならないというべきである」としている<sup>(62)</sup><sup>(63)</sup>。

なお、本判決事案と「川崎民商事件」事案、および、「成田新法事件」事案との違いは、刑事手続に発展している点である。同様に行政手続から刑事手続に発展するケースとしては、呼気検査が考えられよう。道交法 67 条 3 項は、「車両等に乗車し、又は乗車しようとしている者が第 65 条第 1 項の規定に違反して車両等を運転するおそれがあると認められるときは、警察官は、次項の規定による措置に関し、その者が身体に保有しているアルコールの程度について調査するため、政令で定めるところにより、その者の呼気の検査をすることができる」とし、これを踏まえ、同条 4 項は、「前 3 項の場合において、当該車両等の運転者が第 64 条第 1 項、第 65 条第 1 項、第 66 条、第 71 条の 4 第 3 項から第 6 項まで又は第 85 条第 5 項から第 7 項（第 2 号を除く。）までの規定に違反して車両等を運転するおそれがあるときは、警察官は、その者が正常な

運転ができる状態になるまで車両等の運転をしてはならない旨を指示する等道路における交通の危険を防止するため必要な応急の措置をとることができる」と規定していることから、酒気帯び運転の虞がある場合には、応急措置の一環として、運転の継続を阻止できるものの、これは刑事責任を追及することを目的とするものではない。但し、同法 65 条 1 項・同法 117 条の 2 の 2 第 3 号・道交令 44 条の 3 に該当する場合には、道交法 117 条の 2 第 1 号に基づき、5 年以下の懲役又は 100 万円以下の罰金に処せられることから、呼気検査の結果は、刑事手続における証拠として用いられる。これに対し、最高裁は、「憲法 31 条 1 項は、刑事上責任を問われるおそれのある事項について供述を強要されないことを保障したものと解すべきところ、右検査は、酒気を帯びて車両等を運転することの防止を目的として運転者から呼気を採取してアルコール保有の程度を調査するものであって、その供述を得ようとするものではないから、右検査を拒んだ者を処罰する右道路交通法の規定は、憲法 38 条 1 項に意反するものではない」として、呼気検査を合憲としたのである。<sup>(64)</sup> そのため、本判決が、「本件郵便物検査が、犯則事件の調査あるいは捜査のための手段として行われたものでないことも明らか」であるとしているのは、TDS 検査により、両ボトルから覚せい剤反応があったからであり、仮鑑定を実施し、その結果、陽性反応を示したため、緊急鑑定を行なったことも、上記呼気検査と同程度のものであって、同様の流れで対応可能と捉えたのかもしれない。この点につき、緑教授は、「対象物の分別ができなければ、行政上の処分を行なうべきか否かの判断ができない」ため、「行政目的で税関検査により、不審事由が発見され、嫌疑の有無や嫌疑内容を具体化するための更に確認を行うことが、行政検査のスキームの中で織込み済み」であるとの解釈をなし得るのであり、「本件検査の全過程を『行政上の目的を達成するために必要かつ相当な限度での検査』だと最高裁が評価していることは、このような理解を示唆する」と主張される。<sup>(65)</sup> 確かに、一般的には、郵便物検査が犯則

事件の一環としての側面を併有する場合であっても、行政目的として許容される範囲内であれば、無令状による郵便物検査を肯定することは、理論上、不可能ではなかろう。そのため、本判決も、「行政上の目的を達成するために必要かつ相当な限度での検査であった」と判示していると思われる。但し、本判決における無令状の郵便物検査は、「行政上の目的を達成するための手続で、刑事責任の追及を直接の目的とする手続ではなく、そのための資料の取得収集に直接結び付く作用を一般的に有するものでもない」と断言できるかについては、まったく疑問がない訳ではない。事実、この点につき、第1審では、「仮鑑定の結果、刑事事件と連続性を有する犯則事件の具体的な嫌疑がある状況に至っていることからすれば、関税法 105 条に基づく行政目的の検査にとどまらない犯則事件の調査（捜査）の一環としての側面を有することを否定することはできず、本来この段階で裁判官の令状に基づき本件郵便物を差し押さえ、鑑定処分<sup>(66)</sup>の許可を得て白色楕円形固形物等の鑑定を実施することが適切であったと思われる」としている。つまり、TDS 検査の段階において、両ボトルから覚せい剤反応があった段階で、犯則事件の調査に移行する、あるいは、捜査機関に対し、得られた情報提供し、捜査に移行することも可能であったように思われるからである。これに対し、原審では、「仮鑑定の結果、麻薬試薬も覚醒剤試薬も陽性を示したという段階では……、輸入禁制品に当るかどうかの確信までは至っていなかったものであるから、緊急鑑定の依頼も見本の採取に付随する行為とみるべきである」と解している<sup>(67)</sup>。本判決において、この点については、特段言及はしていないが、緑教授は、原審の判断から、上記の推測を行なったと思われるが、本判決事案に対しては、より厳格な判断をなし得たケースかもしれない<sup>(68)</sup>。なお、前掲・最（2小）決平成 16 年 1 月 20 日との整合性についてであるが、本判決は同様の表現を用いつつ、これを引用していない点につき、笹倉教授は、「法理が厳格に過ぎる」ためであると推測される<sup>(69)</sup>。

(2) 強制の態様・程度とプライバシー等への期待

(1) 次に、強制の態様・程度についてであるが、「川崎民商事件」最高裁大法廷判決は、「強制の態様は、収税官吏の検査を正当な理由がなく拒むものに対し、同法70条所定の刑罰を加えることによって、間接的心理的に右検査の受忍を強制しようとするものであり、かつ、右の刑罰が行政上の義務違反に対する制裁として必ずしも軽微なものとはいえないにしても、その作用する強制の度合は、それが検査の相手方の自由な意思をいちじるしく拘束して、実質上、直接的物理的な強制と同視すべき程度にまで達しているものとは、いまだ認めがたいところ」であり、「国家財政の基本となる徴税権の適正な運用を確保し、所得税の公平確実な賦課徴収をはかるという公益上の目的を実現するために収税官吏による実効性のある検査制度が欠くべからざるものであることは、何人も否定しがたいものであるところ、その目的、必要性にかんがみれば、右の程度の強制は、実効性確保の手段として、あながち不均衡、不合理なものとはいえないのである」とし、同様に、「成田新法事件」最高裁大法廷判決も、「強制の程度、態様が直接的物理的なものではないこと」を考慮要因としている。つまり、質問検査権の必要性の有無・程度と強制の態様・程度の衡量を行い、判断を示したものと解される。本判決も、「国際郵便物に対する税関検査は国際社会で広く行なわれており、国内郵便物の場合とは異なり、発送人及び名宛人の有する国際郵便物の内容物に対するプライバシー等への期待がもともと低い上に、郵便物の提示を直接義務付けられているのは、検査を行なう時点で郵便物を占有している郵便事業株式会社であって、発送人又は名宛人の占有状態を直接的物理的に排除するものではないから、その権利が制約される程度は相対的に低いといえる」とし、続けて、「税関検査の目的には高い公益性が認められ、大量の国際郵便物につき適正迅速に検査を行なって輸出又は輸入の可否を審査する必要があるところ、その内容物の検査において、発送人又は名宛人の承諾を得なくとも、具体的な情況の下で、上記

目的の実効性の確保のために必要かつ相当と認められる限度での検査方法が許容されることは不合理とはいえない」としていることから、同様の要因を用いて、判断していることがわかる<sup>(70)</sup>。

「川崎民商事件」最高裁大法廷判決のこの点に対する解釈につき、曾和教授は、「憲法 35 条の保障の趣旨が住居の不可侵、私人のプライバシー保護にあるとするならば、侵害目的が刑事目的か行政目的かの区別は重要ではないはず」であり、「刑事上の捜索において令状が必要とされるのは、真実発見とプライバシー保護の調整（一方では真実発見のためには相手方の抵抗を実力で排除しても証拠を収集する必要がある、他方で捜査権が濫用されることによって侵害されるプライバシー利益を保護する必要がある）システムとして裁判所の関与が望ましいことが歴史的に確認されてきた」ため、「行政上の立入検査においても実力で強制立入権の場合には、調査の必要とプライバシー保護との調整として憲法上令状システムが原則として求められる」との考えに基づき、「一般の税務調査では、反面調査や推計課税の方法が認められているので、相手方の抵抗を実力で排除してまでも情報を収集しなければならない必要性は高くない。それが、間接強制調査にとどまっている理由であろうし、本件で令状が不要とされた決定的要素ではないか」と解される<sup>(71)</sup>。但し、当該解釈は、川出教授が指摘されるように、「対象者が処分を拒否できることが前提であって、それが事実上できないという場合には妥当しないことになる」<sup>(72)</sup>ことから、本判決に対しては、曾和教授の見解は該当しないことになろう。

そのため、笹倉教授が指摘されるように、「憲法 35 条は実力行使あるいはそれに匹敵する心理的圧迫を受けない利益を保護している」ものであり、「プライバシーの期待が減少し憲法 35 条の保護を受け得る水準を下回っているとしても実力行使からの保護を受ける利益は依然として残るところ、本件では後者の利益もないことを確認したもの」と理解する方が、いわゆる「岐阜呼気検査事件」最高裁決定に代表されるように<sup>(73)</sup>



従来の判例とも整合性がとれると思われる。<sup>(74)</sup>

(2) 続けて、本判決は、「前記認定事実によれば、税関職員らは、輸入禁制品の有無等を確認するため、本件郵便物を開披し、その内容物を目視するなどしたが、輸入禁制品である疑いが更に強まったことから、内容物を特定するため、必要最小限度の見本を採取して、これを鑑定に付すなどしたものと認められ、本件郵便物検査は、前記のような行政上の目的を達成するために必要かつ相当な限度での検査であった」と述べている。本件郵便検査が、上記の「行政上の目的を達成するため必要かつ相当な限度での検査」であったとするならば、犯罪捜査の場合とは、異なった視点で憲法 35 条における「令状主義」を捉えなければならないことになる。

刑訴法 189 条 2 項は、「司法警察職員は、犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする」と規定していることから、捜査の対象は、基本的には、犯罪者、および思料された犯罪に対し、関連のある証拠や情報等を有する者に限定されるということになる<sup>(75)</sup>。そのうえで、刑訴法 197 条項は、「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。但し、強制の処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければ、これを行うことができない」と規定していることから、任意処分を原則とし、目的を達成するために、必要な捜査を行うことができるが、強制処分については、刑訴法に特別の規定がある場合に限り、これを用いることが許されるとし（強制処分法定主義）、さらに捜査上の強制処分は、予め裁判官の発付する令状に基づいて、これを行わなければならないものと一般的に解されている（令状主義<sup>(76)</sup>）。これは、Ⅳ. 憲法 35 条における「令状主義」の要件において検討してきた内容、つまり井上教授が述べられるように、令状主義の保障につき、「一定の根拠に基づく特定の具体的な犯罪の嫌疑（被疑事実）が存在」しなければならず、また、「その特定の被疑事実に関連するもの」に限定して許容されるのであり、「そのような目的物が搜索場所に所在

する蓋然性」が存在しなければならいとして、捜索・押収すべき「正当な理由」が要求されるのは、捜査機関に対し、「何らかの犯罪の証拠があるかもしれないという一般的な根拠も十分でない—嫌疑に基づいて涉猟的な捜索・差押えがなされる」可能性が否定できないためであり、これを防ごうとするために他ならないためである。<sup>(77)</sup>

これに対し、関税法の目的は、「関税の確定、納付、徴収及び還付並びに貨物の輸出及び輸入についての税関手続の適正な処理を図る」ことであるため、税関職員による郵便物検査等の関税法上の検査は、仮に全数検査を許容するとしても、その対象は、輸出入貨物に限定されることから、「行政上の目的を達成するために必要かつ相当な限度での検査」であるならば、その対象は、そもそも、一般的・涉猟的になる可能性は、低いと言わざるを得ないことになる。<sup>(78)</sup>もちろん、犯則事件の調査については、上述のとおり、仮に税関が調査の主体であったとしても、関税法 121 条 1 項は、「税関職員は、犯則事件を調査するため必要があるときは、その所属官署の所在地を管轄する地方裁判所又は簡易裁判所の裁判官があらかじめ発する許可状により、臨検、犯則嫌疑者等の身体、物件若しくは住居その他の場所の捜索、証拠物若しくは没収すべき物件と思料するものの差押え又は記録命令付差押え（電磁的記録を保管する者その他電磁的記録を利用する権限を有する者に命じて必要な電磁的記録を記録媒体に記録させ、又は印刷させた上、当該記録媒体を差し押さえることをいう。）をすることができる。ただし、参考人の身体、物件又は住居その他の場所については、差し押さえるべき物件の存在を認めるに足りる状況のある場合に限り、捜索をすることができる」と規定し、刑事訴訟法における捜索・差押えとほぼ同様の規律がなされている点は注意しなければならない。

なお、上述のように行政捜索に対する *Camara* 判決も、「合衆国憲法修正 4 条における基本的な目的は、官憲による恣意的な侵害から個人のプライバシーと安全を保護することにある」としたうえで、<sup>(79)</sup>「犯罪の

嫌疑をかけられている場合にのみ、……、同条による十分な保護を受けるとすることは、確かに奇異である<sup>(80)</sup>とし、行政捜索に対し、合衆国憲法修正4条の適用を肯定しているものの、行政上の立ち入り検査に要する令状は、特定の住宅が条例に違反することの「相当な理由」に基づいて発付される必要はなく、対象の住居に対して、時の経過・建物の性質・当該地域の衛生状況等を考慮して決定される「地域的な検査を行う合理的な立法上、ないしは行政上の基準が充足される場合に」発付される令状で足りるとして<sup>(81)</sup>いる。当該「相当な理由」基準を緩和し得るのは、① 検査のための立ち入り、裁判所、および公衆によって承認されてきた長い歴史があること、② 住居に対する危険の除去や減少に対する強い公益の要求が、他の代替手段によって、満足な程度の結果が得られるか疑問であること、③ 当該検査は、その性質上、特定の個人を狙いとしたものでも、犯罪の証拠の発見を目的としているものでもないため、住民の有するプライバシーに対する侵害が比較的限定されたものであること、の3点を衡量の際に考慮することに基づくものであつた<sup>(82)</sup>。

(3) 笹倉教授は、さらに踏み込み、「特定性の要件内容」についても、「当の行為によって何を明らかにしようとしているのかという、そもそもその授權の趣旨、そしてその授權を裏付ける実態法との関係で、変動する」と述べられる。つまり、「税関検査のようにそもそも全権調査が許されている場合に、対象の絞り込みを問題としても意味がな〔く〕」、刑法における「捜索・差押えと同程度の絞り込みをあえてせずとも、憲法35条の禁忌する一般的、涉獵的捜索・押収に当たらないという意味で、『特定』されているとあってよいのだと考えられる<sup>(83)</sup>」とする。

以上のことから、本判決は、「裁判官の発する令状を得ずに、郵便物の発送人又は名宛人の承諾を得ることなく、本件郵便物検査を行なうことは、本件各規定により許容されている」との結論に至ったのであろう。

(4) なお、本判決は、上記のように、「川崎民商事件」最高裁大法廷判決、および「成田新法事件」最高裁大法廷判決同様、「発送人又は名宛人の占有状態を直接的物理的に排除するものではない」と併せて、これらの最高裁大法廷判決と対象が異なることから、「国際郵便物に対する税関検査は国際社会で広く行なわれており、国内郵便物の場合とは異なり、発送人及び名宛人の有する国際郵便物の内容物に対するプライバシー等への期待がもともと低い」ことも理由として、「その権利が制約される程度は相対的に低いといえる」との判断を示している。<sup>(84)</sup>

この点につき、国内郵便物に対する判例は存在しないものの、宅配便荷物に対し、エックス線検査を実施することの適法性が争われたいわゆる「大阪宅配便エックス線検査事件」最高裁決定は、<sup>(85)</sup>「本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される。そして、本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない」としている。つまり、本件エックス線検査は、「荷送人らの合理的に推認される意思に反するものであって、その意思を制圧するのと同等に解されるものであり、また、……、これによるプライバシー侵害の程度も大きく、その侵害の程度は、開披検査による直接見聞に順ずる程度に至ることやこれを上回ることも考えられることからすれば、強制処分に」該当すると解したのである。<sup>(86)</sup>

そうであるならば、本判決は、「国内郵便物の場合とは異なり」、「国

際郵便物に対する税関検査は国際社会で広く行なわれて」いることから、「国際郵便」については、一般的に被処分者の郵便物に対するプライバシー等への期待は、減少していると解することができる。しかし、逆に「国内郵便」に対しては、「大阪宅配便エックス線検査事件」最高裁決定に照らすのであれば、プライバシー等に対する期待は減少していないようにも読むことも可能である。この場合、両判例の整合性は、如何に解釈すべきであろうか。仮に、国内外を区別の基準であるとするならば、「国内郵便」であったとしても、空輸の場合には、航空機の安全運行に資さなければならないことから、「航空機による爆発物等の輸送基準等を定める告示」（昭和58年運輸省告示第572号）等に基づき、航空機による輸送には制限がかけられているため、当該郵便物等は、航空保安検査の対象となり、発送人・名宛人の承諾を得ることなく、無令状での郵便物等の検査を実施することは不可能ではないとの結論を導くことも不可能ではなからう。しかし、「大阪宅配便エックス線検査事件」決定は、郵便物を対象とした判例ではないものの、空輸であるか否かを基準として判断したものであるとは考え難いし、またそのような区別の基準設定は妥当な結論ではあるまい。<sup>(87)</sup>

このように解するのであれば、本判決が対象としたのは、あくまでも「国際郵便」に対する「税関検査」との関係に限定してなされた判断であると解するべきものであろう。そのため、如何なる荷物についても、空輸・陸送を問わず、捜査機関に対しては、発送人・名宛人のプライバシー等への期待が低いとはいえないことから、無令状で検査を行なうことが無条件で許されることにはならないと考えるべきである。

なお、洲見教授が指摘されるように、「プライバシー等への期待が低い」という意味が、「税関検査によって内容物を見られる『可能性』があるため、内容物を開披されないということへの100%の期待は認められないということであれば、どの程度の可能性がそうした評価を許すのか」、また、「必要かつ相当な限度（範囲）」につき、「内容物を見られな

いことへの期待が失われているということであれば、そうした限度（範囲）の税関調査の合憲性が先取りされているのではないか」という点については、さらなる検討が必要であろう<sup>(88)</sup>。

### 3. 証拠の許容性

本判決は、「本件郵便物検査が、犯則事件の調査あるいは捜査のための手段として行われたものでないことも明らかであるから、これによって得られた証拠である本件郵便物内の覚せい剤及びその鑑定書等の証拠能力を認めた第1審判決及びこれを是認した原判決の判断は正当である」と判示している。これは、郵便検査、およびこれにより派生した手続によって得られた証拠資料が刑事裁判において用いられることを確認したものであると解されよう。

(59) 最（1小）判昭和54年5月10日刑集33巻4号275頁における戸田弘裁判官は、補足意見として、「関税法67条は、貨物を輸入しようとするかぎり、かならず税関長の輸入許可手続、すなわち通関手続を経なければならないこととしている。このように一切の貨物につき輸入しようとするばどうしても通関手続という関門を通らなければならないとしているのは、財政的には関税徴収の利便である」とし、併せて、「ひろく社会生活、国民生活の安全と利益の為貨物が国内に流入する直前の段階で必要な規制を行うことを目的とするのであって、もとより十分な合理性をもつ制度であるといわなければならない（278頁）としている。なお、この点を指摘するものとして、笹倉・前掲注（25）45頁注（21）。本判決の解説・評釈として、田宮裕「輸入禁止品たる覚せい剤の輸入につき、無許可輸入罪、関税は脱罪の成立を認めることと憲法38条1項」判評254号（1980年）47頁以下、丸山雅夫「許可を受けないで覚せい剤を輸入した者に対し関税法111条の罪の成立を認めることと憲法38条1項」警研51巻9号（1980年）66頁以下、大石眞「許可を受けないで覚せい剤を輸入した者に対し関税法111条の罪の成立を認めることと憲法38条1項」國學院法學19巻1号（1981年）107頁以下、佐藤文哉「許可を受けないで覚せい剤を輸入した者に対し関税法111条の罪の成立を認めることと憲法38条1項」法

曹会編『最高裁判例解説刑事篇〔昭和54年度〕』（法曹会・1983年）95頁以下等。

- (60) 但し、「川崎民商事件」最高裁大法廷判決は、「取税官吏の検査は、もっぱら、所得税の公平確実な賦課徴収のために必要な資料を収集することを目的とする手続であって、その性質上、刑事責任の追及を目的とする手続ではない」と判示していたのに対し、本判決は、「本件各規定による検査等は、前記のような行政上の目的を達成するための手続で、刑事責任の追及を直接の目的とする手続ではなく、そのための資料の取得収集に直接結び付く作用を一般的に有するものでもない」との表現を用いている。この点につき、洲見・前掲注(25)131頁は、その「趣旨は明らかでないが、手続が複数の目的を併有することがあるという実態に即して、刑事責任の追及を『直接の目的』とするものでない限り、行政手続性は変容を受けないことを示そうとしたものではないかと思われる」と解する。
- (61) 前掲・最(2小)判昭和54年5月10日、最(3小)判昭和54年5月29日刑集33巻4号301頁。本判決の解説・評釈として、上垣猛「関税法上の輸入申告義務と憲法38条1項」ひろば32巻8号(1979年)43頁以下、田宮・前掲注(59)47頁以下、丸山雅夫「覚せい剤について不正の行為により関税を免れた者に対し関税法110条の罪の成立を認めることと憲法38条1項―覚せい剤について不正の行為により関税を免れた者と関税法110条1項1号」警研51巻10号(1980年)59頁以下、「許可を受けないで覚せい剤を輸入した者に対し関税法111条の罪の成立を認めることと憲法38条1項」法時51巻10号(1980年)159頁以下、佐藤文哉「1.覚せい剤について不正の行為により関税を免れた者に対し関税法110条の罪の成立を認めることと憲法38条1項 2.覚せい剤について不正の行為により関税を免れた者と関税法110条1項1号」法曹会編・前掲注(59)124頁以下等。
- (62) 最(2小)判昭和51年7月9日刑集201号137頁。
- (63) 最(2小)決平成16年1月20日刑集58巻1号26頁。本決定の解説・評釈として、小平武史「質問検査権で取得収集される証拠資料が後に犯則事件の証拠として利用されることが想定できる場合と法人税法156条」月刊税務事例(2004年)8頁以下、「法人税法(平成13年法律第129号による改正前のもの)153条ないし155条に規定する質問又は検査権限の行使により取得収集される証拠資料が後に犯則事件の証拠として利用されることが想定できる場合と同法156条」法時76巻10号(2004年)111頁以下、石村耕治「課税処分のための



調査結果の犯則調査への流用の適否と証拠能力」白鷗法學 24 号（2004 年）105 頁以下，川出敏裕「税法上の質問検査権限と犯則事件の証拠」『平成 16 年度重要判例解説』（有斐閣・2005 年）199 頁以下，笹倉宏紀「法人税法 153 条ないし 155 条に規定する質問又は検査の権限の行使により取得収集される証拠資料が後に犯則事件の証拠として利用されることが想定できる場合と同法 156 条」ジュリ 1304 号（2005 年）188 頁以下，山本未来「行政調査で取得収集された情報の目的外利用 税務調査と犯則調査における資料の相互利用への法的統制—最高裁（第 2 小法廷）平成 16 年 1 月 20 日決定を契機として—」明治学院大学法科大学院ローレビュー 2 巻 3 号（2006 年）75 頁以下，山口雅高「法人税法（平成 13 年法律第 129 号による改正前のもの）153 条ないし 155 条に規定する質問又は検査の権限の行使により取得収集される証拠資料が後に犯則事件の証拠として利用されることが想定できる場合と同法 156 条」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成 16 年度）』（法曹会・2007 年）35 頁以下，太郎良留美「質問調査権の行使により取得収集される証拠資料の犯則調査への流用の適否」法学 71 巻 6 号（2008 年）162 頁以下，川又伸彦「行政手続と令状主義および黙秘権」受験新報 736 号（2012 年）4 頁以下，笹倉宏紀「質問検査で取得収集した証拠資料の犯則事件での利用」中里実＝佐藤英明＝増井良敬＝澁谷雅弘編『租税判例百選〔第 6 版〕』（有斐閣・2016 年）234 頁・235 頁，増井良啓「税務調査と国税犯則調査」宇賀ほか編・前掲注（17）212 頁・213 頁等。

- (64) 最（1 小）判平成 9 年 1 月 30 日刑集 51 巻 1 号 335 頁。本判決の解説・評釈として，中村英「呼気検査拒否罪と憲法 38 条 1 項」法教 203 号（1997 年）102 頁・103 頁，辻裕教「呼気検査を拒んだ者を処罰する道路交通法 120 条 1 項 11 号は，憲法 38 条 1 項に違反するか（消極）」研修 598 号（1998 年）29 頁以下，清水真「呼気検査を拒んだ者を処罰する道路交通法 120 条 1 項 1 号と憲法 38 条 1 項」判評 470 号（1997 年）52 頁以下，平沢秀人「交通事犯」研修 593 号（1997 年）53 頁以下，小泉良幸「呼気検察と自己負罪拒否特権」平成 9 年度重判解（1998 年）18 頁・19 頁，小早川義則「呼気検査」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第 7 版〕』（有斐閣・1998 年）68 頁・69 頁，田村泰俊「行政目的を担保する目的で呼気検査拒否罪を定めた道路交通法 120 条 1 項 11 号は憲法 38 条 1 項に違反するものではないとされた事例」法學新報 104 巻 12 号（1998 年）213 頁以下，佐々木史朗＝津田薫「呼気検査を拒んだ者を処罰する道路交通法 120 条 1 項 1 号と憲法 38 条 1 項」判タ 977 号（1998 年）40 頁以下，長沼範良「呼気検査拒否罪と黙秘権」ジュリ 1141 号（1998

年) 186 頁以下, 三好幹夫「呼気検査を拒んだ者を処罰する道路交通法 120 条 1 項 11 号と憲法 38 条 1 項」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成 9 年度)』(法曹会・2000 年) 42 頁以下, 「呼気検査は呼気を採取してアルコール保有の程度を調査するもので, その供述を得ようとするものではないから, 呼気検査拒否罪の規定は, 憲法 38 条第 1 項に違反しないとされた事例」実務判例研究改編『捜査研究臨時創刊号 判例から学ぶ捜査手続の実務 捜索・差押え, 違法収集証拠排除法則編』(東京法令出版・2004 年) 226 頁・227 頁, 中野目善則「呼気検査」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第 8 版〕』(有斐閣・2005 年) 70 頁・71 頁, 上村善一郎「呼気検査」長沼範良=櫻井正史=金山薫=岡田雄一=辻裕教=北村滋編『警察基本判例・実務 200』(判例タイムズ社・2010 年) 282 頁・283 頁, 今井宗雄「呼気検査拒否の処罰の合憲性」同 481 頁・482 頁, 「(Appendix 7) 呼気検査」井上正仁=大澤裕=川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第 9 版〕』(有斐閣・2011 年) 225 頁, 江原伸一『実務に役立つ最新判例 77 選—交通警察—』(東京法令出版・2013 年) 130 頁・131 頁, 前田雅英「届出義務と黙秘権」警論 66 卷 4 号(2013 年) 132 頁以下等。なお, 大野正博「呼気検査拒否罪の成否」田中淳子編『愛知学院大学法学部同窓会「法学論集」第 5 巻』(成文堂・2016 年) 65 頁以下も, 併せて参照のこと。

(65) 緑・前掲注(25) 201 頁。

(66) 前掲・最(3小)判平成 28 年 12 月 9 日刑集 70 卷 8 号 851 頁(「証拠等関係カード」に記載された証拠決定)。

(67) 同・856 頁。

(68) 笹倉・前掲注(25) 52 頁は, 「行政目的は維持されたまま刑事責任追及と目的が付け加わり, 両者が併存するに至ったと見るのが正確」であり, 原審の評価と第 1 審の評価は, 両立するというべきであると指摘される。

(69) 同(なお, 笹倉教授は, 「そしてまた, 本件は, 刑事責任追及を目的としていたとしてもなお令状を不要とする可能性を示唆するものである点で, 『刑事手続における強制』の規律についても示唆を与えるものであるといえよう」と付言される)。併せて, 笹倉・前掲注(63) 235 頁も参照のこと。

(70) この点につき, 前田・前掲注(25) 9 頁は, 比例原則を適用していると解している。

(71) 曾和俊文「税務調査判例の展開と行政調査論 川崎民商事件」論ジュリ 3 号(2012 年) 50 頁。併せて, 同「行政調査論再考(1)」三重大学法経論叢 4 卷 2 号(1987 年) 51 頁以下, 同「質問検査権をめぐる紛争と法」芝池義一=田

中治＝岡村忠生編『租税行政と権利保護』（ミネルヴァ書房・1995年）109頁以下も、併せて参照のこと。なお、川出教授も、「捜査機関がその主体である強制処分における令状主義の趣旨は、捜査機関によって現実に権利侵害が行われる前に、中立な裁判官による審査を介在させることにある。間接強制の場合には、対象者が、捜査機関による処分が違法であると考えた場合には、それを拒否することができ、そうすれば権利侵害はなされないわけであるから、そのような処分についてまで令状主義が当然に適用されなければならない理由はないであろう」と解される（川出敏裕「コンピュータ犯罪と捜査手続き」曹時53巻10号（2001年）2762頁・2763頁）。

(72) 川出・前掲注(71) 2763頁。なお、緑教授は、本判決が、発送人・名宛人の意思決定を何ら介在させていない点における特殊性から、「『直接的物理的』ではないとされる場合が、本判決において広げられた」と評価される（緑・前掲注(20) 202頁）。

(73) 最（3小）決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。本決定の解説・評釈として、朝岡智幸「1. 任意捜査において許容される有形力の行使の限度 2. 任意捜査において許容される限度内の有形力の行使と認められた事例」判タ339号（1976年）126頁以下、光藤景岐「任意捜査において許容される有形力の行使の限界」『昭和51年度重要判例解説』（有斐閣・1977年）176頁以下、香城敏磨「1. 任意捜査において許容される有形力の行使の限度 2. 任意捜査において許容される限度内の有形力の行使と認められた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和51年度）』（法曹会・1980年）64頁以下、田宮裕「任意捜査において許容される有形力の行使の限度」警研51巻6号（1980年）73頁以下、村上健「任意捜査の限界」佐々木史朗＝河上和雄＝田宮裕編『施行30年の総検討 刑事訴訟法の理論と実務〔別冊判例タイムズ No.7〕』（判例タイムズ社・1980年）274頁以下、加藤昌「任意捜査において許容される有形力行使の限界」57頁以下、佐々木史朗＝田宮裕＝河上和雄＝加藤昌編『警察関係基本判例解説100〔別冊判例タイムズ No.9〕』（判例タイムズ社・1985年）、高田卓爾「任意捜査における有形力の行使」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〕』（有斐閣・1986年）12頁・13頁、中林英二「任意捜査において許容される有形力行使の限度」河上和雄＝渥美東洋＝中山善房＝垣見隆編『警察実務判例解説（任意同行・逮捕篇）〔別冊判例タイムズ No.11〕』（判例タイムズ社・1990年）26頁以下、松尾浩也「任意捜査における有形力の行使」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第6版〕』

(有斐閣・1992年) 6頁・7頁, 井上正仁「強制処分と任意処分の限界」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕』(有斐閣・2005年) 4頁・5頁, 小木曾綾「任意捜査における有形力の行使」長沼範良=櫻井正史=金山薫=岡田雄一=辻裕教=北村滋編著『警察基本判例・実務200〔別冊判例タイムズ No.26〕』(判例タイムズ社・2010年) 72頁以下, 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〕』(有斐閣・2017年) 4頁・5頁等。その後の行政警察上の作用である職務質問に付随する所持品検査に関するいわゆる「米子銀行強盗事件」最高裁判決(最(3小)判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁)も、「職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であって、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当ではなく、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合があると解すべきである。もっとも、所持品検査には種々の対応のものがあるので、その許容限度を一般的に定めることは困難であるが、所持品についての捜索及び押収を受けることには権利は憲法35条の保障するところであり、捜索に至らない程度の行為であってもこれを受ける者の権利を害するものであるから、状況のいかんを問わず常にかかる行為が許容されるものと解すべきでないことはもちろんであって、かかる行為は、限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、これによって害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡を考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるものと解すべきである」との判断も、同様の基準のものであると解されよう。本判決の解説・評釈として、木藤繁夫「職務質問に伴う所持品検査の限界」ひろば31巻9号(1978年)47頁以下, 岡部泰昌「所持品検査の適法性—昭和53年6月20日最高裁第3小法廷判決を契機に」ジュリ679号(1978年)37頁以下, 渥美東洋「所持品検査の基準と違法収集証拠「排除法則」の適用の基準について—最高裁判所の2つの判決を契機に(上)～(下)」判タ373号(1979年)14頁以下, 同374号(1979年)16頁以下, 同375号(1979年)23頁以下, 萩原昌三郎「所持品検査の法的根拠とその許容限度」374号(1979年)59頁以下, 山中俊夫「職務質問と所持品検査の限界」判評241号(1979年)37頁以下, 広岡隆「職務質問と所持品検査—明治公園爆弾事件および米子銀行強盗事件(1部)上告審判決」『昭和53年度重要判例解説』(有斐閣・1979年)38頁以

下、小野慶二「職務質問に付随する所持品検査の適法性」警研 50 卷 9 号（1979 年）89 頁以下、虫明満「所持品検査と違法収集証拠の排除—昨年—の二つの最高裁判決を素材として」名古屋大学法政論集 80 号（1979 年）328 頁以下、渡辺修「職務質問に附随して行う所持品検査の許容限度」同志社法學 31 卷 3 号（1979 年）71 頁以下、岡次郎「1. 職務質問に附随して行う所持品検査の許容限度 2. 職務質問に附随して行う所持品検査において許容される限度内の行為と認められた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和 53 年度）』（法曹会・1982 年）198 頁以下、垣花豊順「職務質問に伴う所持品検査」佐々木ほか編・前掲注（73）264 頁以下、深山健男「所持品検査」佐々木ほか編・前掲注（73）31 頁以下、平川宗信「所持品検査—米子銀行強盗事件」平野ほか・前掲注（73）24 頁・25 頁、平井孝「職務質問に伴う所持品検査」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選 I（第 2 版）』（有斐閣・1988 年）214 頁・215 頁、宮本和夫「所持品検査」河上和雄＝渥美東洋＝中山善房＝古川定昭編『警察実務判例解説（捜索・差押え篇）〔別冊判例タイムズ No.10〕』（判例タイムズ社・1988 年）133 頁以下、加藤晶「職務質問と所持品検査」河上ほか編・前掲注（73）12 頁以下、池田修「所持品検査—米子銀行強盗事件」松尾ほか編・前掲注（73）10 頁・11 頁、浅田和茂「所持品検査—米子銀行強盗事件」松尾ほか編・前掲注（64）10 頁・11 頁、西野牧子「所持品検査—米子銀行強盗事件」長沼ほか編・前掲注（73）97 頁・98 頁、渡邊一弘「所持品検査—米子銀行強盗事件」井上編・前掲注（73）10 頁・11 頁、笹倉宏紀「所持品検査—米子銀行強盗事件」井上ほか編・前掲注（64）10 頁・11 頁、長沼範良「所持品検査—米子銀行強盗事件」井上ほか編・前掲注（73）10 頁・11 頁、笹倉宏紀「警職法上の職務質問に伴う所持品検査」宇賀ほか編・前掲注（17）214 頁・215 頁等。

- (74) 笹倉・前掲注（25）48 頁。なお、笹倉教授は、「川崎民商判決が、間接強制の評価のために用いた『強制の度合いが検査の相手方の自由な意思をいちじるしく拘束』するか否かという指標と、昭和 51 年決定が有形力行使の評価のために用いた『個人の意思を制圧』するか否かという指標とは、その実質において符合しており、ここに統一的な理解が可能となる」としながらも、「昭和 51 年決定にいう意思の制圧の要件を『合理的に推認される個人の意思に反』すること（GPS 捜査大法廷判決）と読み替えることの適否が問われることになるかもしれない」とし、これまで「刑法学が（強制処分法定主義や）令状主義の射程を論ずる際に間接強制の規律をほとんど度外視してきたことについて反省を迫るものであるように思われる」と警鐘を鳴らされる（同）。

- (75) なお、刑訴法 191 条 1 項は、「検察官は、必要と認めるときは、自ら犯罪を捜査することができる」と規定する。
- (76) 「もともと、強制処分法定主義は強制処分の適法性の担保を立法府に求めるものであるのに対して、令状主義はその担保を司法部に求めるという違いがある。現行法は、強制処分をいわば二重に規制して、慎重を期しているのである」（田口守一『刑事訴訟法〔第7版〕』（弘文堂・2017年）41頁。また、斎藤教授が述べられるように、「強制処分については、捜査機関による現場の裁量や判断も重視する事後規制型ではなく、事前に定められた法定の要件や手続、さらには裁判官の事前審査による事前規制型の規律」の採用である（斎藤司「令状主義の趣旨からスタートする思考プロセス（搜索・差押え編）」法セミ739号（2016年）110頁。なお、後藤明「強制処分法定主義と令状主義」法教245号（2001年）10頁は、強制処分であっても、憲法33条・憲法35条に掲げられた処分以外は、令状主義の対象とならないとするが、「それらの概念の外延自体必ずしも自明のものではないし、令状主義保障の趣旨からみて、それによる規制の理由・必要がないものは別として、その理由・必要が実質的に認められるものについては、形式的にはそれらの概念に当てはまらなくても、その規制が及ぶと考えるべきであろう」と井上教授は述べられる（井上・前掲注（41）2頁注（1））。
- (77) 井上・前掲注（41）61頁は、「令状主義の保障の趣旨は、対象となる人や場所・目的物について、逮捕や搜索・押収を行う根拠—「正当な理由」—が存在すること（①）を予め裁判官に確認させ（③）、当の人や場所・目的物を令状の上に明示させて、その範囲でのみ逮捕や搜索・押収を行うことを捜査機関に許すこと（②）により、捜査機関の恣意ないし裁量の濫用・逸脱などによる不当な権利侵害の余地を封じるというところにあるといえる」と解される。なお、同66頁・68頁も、併せて参照のこと。
- (78) 笹倉・前掲注（25）45頁・46頁は、「犯罪捜査においては、『具体的な犯罪の疑い』の存在が公権力によるプライバシー侵害を正当化する『根拠』であるが、税関検査では、その対象が『国境を越えて輸入される貨物』であることが、公権力によるプライバシー侵害を許容する『根拠』である」とし、「搜索・押収に『根拠』を要求するのは、一般的、涉猟的な搜索・押収を防止するため」であることから、「そのような要請から離れてアプリアリに『根拠』を要求することに意味は」なく、「他の要因による抑制が作用することによって一般的、猟的な搜索・押収が防止できる場合には、『正当な理由』による限



定機能を強く発揮させずともよいであろう」(許容性の理論)との指摘は、適切であろう。

(79) *Camara v. Municipal Court of City and County*, *supra* note 14, at 528.

(80) *Id.*, at 530.

(81) *Id.*, at 538.

(82) *Id.*, at 537. なお、*Camara* 判決は、「相当な理由」要件を緩和しただけでなく、令状取得の際に伴う負担が、「搜索の背後にある政府の目的の達成を妨げる」場合には、令状主義の例外を認めうることも示唆している (*Id.*, at 533.)。

(83) 笹倉・前掲注 (25) 46 頁・47 頁。なお、亀甲内引用者。

(84) 「プライバシー等」との文言を使っている判例として、いわゆる「瑞穂町ラブホテル覚せい剤所持事件」最高裁決定(最(1小)決平成15年5月26日刑集59巻5号670頁)等が存在する。この点につき、笹倉・前掲注(25)53頁は、本判決における「『等』が何を指すかは定かではない」と指摘している。本決定の解説・評釈として、「1. 警察官がホテル客室に赴き宿泊客に対し職務質問を行なった際ドアが閉められるのを防止した措置が適法とされた事例 2. 警察官がホテル客室において宿泊客を制圧しながら所持品検査を行なって発見した覚せい剤について証拠能力が肯定された事例」法時法時75巻11号(2003年)116頁・117頁、瀧野貴生「職務質問のためのホテル客室への立ち入りおよび所持品検査の可否」法セミ589号(2004年)127頁、中村功一「立ち入りを伴う職務質問・所持品検査により発見した覚せい剤の証拠能力」警公59巻2号(2004年)78頁以下、「ホテル客室の宿泊客に対し職務質問を行なった際、ドアが閉められるのを防止した措置が適法とされ、また、暴れる宿泊客を制止しながら、所持品検査により発見された覚せい剤について証拠能力が肯定された事例」実務判例研究会編著『判例から学ぶ捜査手続の実務I 搜索・差押え、違法収集証拠排除法則編』(東京法令出版・2004年)141頁以下、上田信太郎「職務質問のためのホテル客室への立ち入りと室内での所持品検査の適法性」受験新報637号(2004年)16頁・17頁、笠井治「警察官がホテル客室で宿泊客に職務質問を行った際ドアが閉められるのを防止した措置を適法とし、客室において宿泊客を制圧しながら所持品検査を行って発見した覚せい剤の証拠能力を肯定した事例」現代刑事法61号(2004年)82頁以下、Wセミナー判例対策研究会「職務質問のためのホテル客室内への立ち入りおよび室内での所持品検査の可否」Article222号(2004年)71頁・72頁、清水真「警察官がホテル客室に赴き宿泊客に対し職務質問を行った際ドアが閉められるのを



防止した措置が適法とされた事例 2. 警察官がホテル客室において宿泊客を制圧しながら所持品検査を行って発見した覚醒剤について証拠能力が肯定された事例」判評 550 号（2004 年）44 頁以下、香川喜八郎「覚せい剤取り締まり法違反被告事件」法学新報 111 卷 3 号 = 4 号（2004 年）423 頁以下、高部道彦「ホテル客室での職務質問と所持品検査」『平成 15 年度重要判例解説』（有斐閣・2004 年 6 月）191 頁以下、大野正博「警察官がホテル客室で宿泊客に職務質問を行った際ドアが閉められるのを防止した措置が適法とされるとともに、ホテル客室において宿泊客を制圧しながら所持品検査を行って発見した覚せい剤の証拠能力が肯定された事例」朝日法学論集 32 号（2005 年）71 頁以下、大澤裕 = 辻裕教「ホテルの客室における職務質問とそれに付随する所持品検査」法教 308 号（2006 年）76 頁以下、永井敏雄「1. 警察官がホテル客室に赴き宿泊客に対し職務質問を行った際ドアが閉められるのを防止した措置が適法とされた事例 2. 警察官がホテル客室において宿泊客を制圧しながら所持品検査を行って発見した覚せい剤について証拠能力が肯定された事例」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇（平成 15 年度）』（法曹会・2006 年）314 頁以下、佐藤隆之「ホテルの客室における職務質問とそれに付随する所持品検査」ジュリ 1328 号（2007 年）152 頁以下、緑大輔「職務質問のためのホテル客室内への立入りと同室内での所持品検査の適法性」法時 79 卷 13 号（2007 年）380 頁以下、前田雅英「所持品検査の限界」警論 64 卷 10 号（2011 年）162 頁以下、細谷芳明『判例から学ぶ捜査手続の実務 特別編② 違法収集証拠排除法則の一考察～平成 15 年最高裁判決以後の証拠排除裁判例の類型別考察と捜査実務（現場）への教訓～』（東京法令出版・2016 年）67 頁以下、宮木康博「職務質問のための措置」井上ほか編・前掲注（73）8 頁・9 頁、江藤隆之「ホテル客室内における無令状の捜査」桃山法学 28 号（2018 年）71 頁以下等。また、いわゆる「京都カード強取強盗殺人事件」最高裁決定（最（2小）決平成 20 年 4 月 15 日刑集 62 卷 5 号 1398 頁）は、同様のニュアンスとして、「期待があるとしても、捜査の必要がある場合には、刑訴法 221 条により、これを遺留物として領置することができるというべきである」との表現を用いている。本決定の解説・評釈として、豊崎七恵「捜査としてのビデオ撮影」法セミ 643 号（2008 年）124 頁、山口直也「公道上のゴミ袋を遺留物として領置することの可否」受験新報 690 号（2008 年）33 頁・34 頁、杉山貴史「1. 警察官が、犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、公道を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内にお

いて被告人の容ぼう等を撮影した行為につき、いずれも適法なものと認められた事例 2. 被告人がごみ集積所に出したごみ袋から、警察官が証拠品を領置した行為につき、適法なものと認められた事例」警公 63 卷 8 号（2008 年）106 頁以下、緑大輔「捜査機関が公道上およびパチンコ店内において被告人の容ぼう等をビデオ撮影した活動および公道上のごみ集積所に排出されたごみの捜査機関による領置が適法と判断された事例」速報判例解説編集委員会編『速報判例解説 vol.3』（日本評論社・2008 年）213 頁以下、堤良行「捜査機関が公道上及びパチンコ店内において被告人の容ぼう等をビデオ撮影した捜査活動が適法とされた事例、捜査機関は不要物として公道上のごみ集積所に排出されたごみを刑法 221 条により領置することができる」とされた事例」捜研 57 卷 11 号（2008 年）24 頁以下、笹倉香奈「捜査機関のビデオ撮影とごみの領置の適法性」法時 81 卷 4 号（2009 年）121 頁以下、宇藤崇「被疑者の容ぼう等のビデオ撮影が適法とされた事例」『平成 20 年度重要判例解説』（有斐閣・2009 年）208 頁以下、菅原暁「捜査機関が公道上及びパチンコ店内にいる被告人の容ぼう、体型等をビデオ撮影した捜査活動が適法とされた事例」研修 731 号（2009 年）17 頁以下、大野正博「ごみに対する『遺留物』としての領置の適法性」憲法論叢 16 号（2009 年）153 頁以下、前川勤「捜査の目的とする写真・ビデオ撮影の適法性について」東北法学 36 号（2010 年）39 頁以下、松代剛枝「捜査としての公道上の人のビデオ撮影・ごみの領置」関西大学法学論集 59 卷 6 号（2010 年）1413 頁以下、伊藤博路「公道上のごみ集積所に排出されたごみの領置を適法とした事例」名城ロースクール・レビュー 18 号（2010 年）235 頁以下、同「捜査における写真撮影、ビデオ録画の適否に関する一考察」名城法学 60 号・別冊（2010 年）758 頁以下、酒巻匡「ビデオ撮影」井上ほか編・前掲注（64）20 頁・21 頁、「公道上・パチンコ店内でのビデオ撮影及び公道上のごみ集積所に排出されたごみを領置することが適法とされた事例」実務判例研究会編著『判例から学ぶ捜査手続の実務Ⅳ 現行犯（準現行犯）逮捕・最新重要判例・国家賠償請求事件編』（東京法令出版・2011 年）29 頁以下、清水晴生「撮影捜査の性質と要件」白鷗法学 18 卷 1 号（2011 年）209 頁以下、鹿野伸二「1. 捜査機関が公道上及びパチンコ店内にいる被告人の容ぼう、体型等をビデオ撮影した捜査活動が適法とされた事例 2. 捜査機関が公道上のごみ集積所に不要物として排出されたごみを領置することの可否」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇（平成 20 年度）』（法曹会・2012 年）289 頁以下、洲見光男「写真・ビデオ撮影」井上ほか編・前掲注（73）18 頁・19 頁等。なお、大野正

博「プライバシーの合理的期待—近時の科学的捜査に関する判例を題材として—」朝日法学論集 36 号（2009 年）55 頁以下も、併せて参照のこと。

- (85) 最（3 小）決平成 21 年 9 月 28 日刑集 63 卷 7 号 868 頁。なお、本決定の解説・評釈として、正木祐史「配達途中の荷物のエックス線検査」法セミ 660 号（2009 年）128 頁、前田雅英「強制捜査と違法収集証拠排除」警論 62 卷 12 号（2009 年）171 頁以下、野呂裕子「捜査機関が捜査の目的で宅配便荷物にエックス線を照射して内容物の射影を観察する行為は、検証としての性質を有する強制処分に当たり、検証許可状によることなく行ったエックス線検査は違法であるとした事例」研修 739 号（2010 年）109 頁以下、緑大輔「宅配便業者が運送中の荷物に対し、捜査機関が荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状によらずにエックス線を照射して内容物の射影を観察した行為を違法とした事例」速報判例解説編集委員会編『速報判例解説 Vol. 6』（日本評論社・2010 年）209 頁以下、小玉大輔「捜査機関が荷送人・荷受人の承諾を得ることなく実施した宅配便荷物のエックス線検査を違法であるとしつつ、当該検査により得られた証拠の証拠能力を肯定した事例」警公 65 卷 4 号（2010 年）89 頁以下、笹倉宏紀「宅配便荷物のエックス線検査と検証許可状の要否」『平成 21 年度重要判例解説』（2010 年）208 頁以下、坂口拓也「無令状により実施された宅配荷物のエックス線検査が違法であるが、同エックス線検査と関連して押収された覚せい剤の証拠能力については肯定された事例」研修 748 号（2010 年）15 頁以下、葛野尋之「宅配便荷物のエックス線検査の適法性」法時 83 卷 2 号（2011 年）122 頁以下、井上正仁「梱包内容のエックス線検査」井上ほか編・前掲注（64）70 頁・71 頁、大野正博「宅配便業者が、運送中の宅配便荷物に対し、荷送人・荷受人の承諾を得ず、かつ検証許可状を得ることなく行ったエックス線検査が違法とされた事例」朝日法学論集 40 号（2011 年）193 頁以下、「宅配便業者の運送過程下にある荷物について、荷送人や荷受人の承諾を得ずに、捜査機関が検証許可状によることなくエックス線検査を行なうことは適法か」法時 83 卷 3 号（2011 年）132 頁・133 頁、赤松亨太「宅配業者の運送過程下にある荷物について、荷送人や荷受人の承諾を得ずに、捜査機関が検証許可状によることなくエックス線検査を行うことは違法であるとされた事例」捜研 717 号（2011 年）30 頁以下、清水晴生「撮影捜査の性質と要件」白鳩法學 18 卷 1 号（2011 年）209 頁以下、関口和徳「宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、荷送人や荷受人の承諾を得ずに、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察する行為は、検証としての

性質を有する強制処分に当たり、検証許可状によらずにこれを行うことは違法である、とされた事例」北大法学論集 61 卷 6 号（2011 年）151 頁以下、大場史朗「捜査過程におけるエックス線検査—強制処分法定主義と令状の司法審査」久留米大学法学 65 号（2011 年）81 頁以下、増田啓祐「宅配便業者の運送過程下にある荷物について、荷送人や荷受人の承諾を得ずに、捜査機関が検証許可状によることなくエックス線検査を行うことは適法か」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇（平成 21 年度）』（法曹会・2013 年）371 頁以下、池田公博「宅配便内容物のエックス線検査の適法性」法学教室編集室編『判例セレクト 2009-2013 [II]』（有斐閣・2015 年）190 頁、安村勉「梱包内容のエックス線検査」井上ほか編・前掲注（73）62 頁・63 頁、阿部純子「憲法上の実体的利益とそのプロセス保障について—X 線検査訴訟と再婚禁止期間訴訟を題材にして」大東法学 27 卷 2 号（2018 年）1 頁以下等。

(86) 増田・前掲注（85）391 頁。

(87) 笹倉教授は、空輸・陸送間で区別を認めないのだとすれば、「プライバシーの期待の有無ないしその程度は事実の問題としてではなく、規範的に区別されている」と考えなければならず、そうであるならば、「国内で陸送される宅配便と税関検査に付されることが予期されるべき国際郵便物とを区別することもまたできないはずであろう」とされる（笹倉・前掲注（25）54 頁・55 頁）。

(88) 洲見・前掲注（25）133 頁。