

逮捕に伴う無令状捜索・差押えの許容範囲

—福岡高判平成5年3月8日判タ834号275頁—

田 口 守 一

1 はじめに

憲法35条は令状主義を定め、「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、捜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、且つ捜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、これを受けて刑訴法220条1項は、「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、第199条の規定により被疑者を逮捕する場合又は現行犯人を逮捕する場合において必要があるときは、左の処分をすることができる。第210条の規定により被疑者を逮捕する場合において必要があるときも、同様である。」と規定し、同項2号は「逮捕の現場で差押、捜索又は検証をすること。」とし、同条3項は「第1項の処分をするには、令状は、これを必要としない。」と規定して、令状主義の例外としていわゆる逮捕に伴う無令状捜索・差押えを定めている。

この刑訴法の定める逮捕に伴う無令状捜索・差押えの規定についてこれまで問題とされてきたのは、無令状捜索・差押えの要件を定めた「逮捕する場合」という捜索・差押えの「時間的限界」および「逮捕の現場」という捜索・差押えの「場所的限界」についてである。これらの捜索・差押えの時間的・場所的限界については、令状主義の例外を認める根拠を如何に考えるかにより、その限界に広狭の違いが生ずる。この点については、今日でも捜査法における重要な論点の一つとなっている。

ところで、このうち、「逮捕の現場」が被疑者以外の第三者に属する場所であった場合に、無令状捜索・差押えの許容範囲をどのように考えるべきかについては、必ずしも明らかにされてこなかった。ここには2つの問題が潜

んでいる。1つは、220条1項の逮捕に伴う無捜索・差押えについては、222条1項により102条2項が準用されている。準用される102条2項は「被疑者以外の者の身体、物又は住居その他の場所については、押収すべき物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。」と規定している。そこで、被疑者以外の第三者に属する場所で捜索を行う場合には、102条2項が適用されると理解されてきた。しかし、逮捕に伴う無令状捜索・差押えの根拠を如何に理解するかによって、この102条2項の適用問題にも影響が出てくる。もう1つの問題は、そもそも、第三者に属する空間において被疑者が逮捕された場合について、「逮捕の現場」という捜索・差押えの場所的限界をどのように考えるべきか、改めて考えてみる必要がある。それは、上述の102条2項の適用問題にも影響を及ぼすことになる。

これらの問題点について、ここで取り上げる福岡高裁の平成5年3月8日の裁判例（以下、「福岡高判」という場合がある。）は、第三者の住居における被疑者の逮捕に伴う無令状捜索・差押えについて、222条1項・102条2項の適用を問題とすることなく、220条1項の解釈論だけで問題を処理し、当該捜索を違法と判断したが、この福岡高判については、多くの判例評釈の見解は批判的である¹。しかし、私見によれば、福岡高判の結論にはやはり疑問があるものの、そのアプローチには妥当と思われる要素もあり、また、この判例に関する判例評釈の見解にも問題が含まれているように思われる。そこで、以下、改めて福岡高裁の裁判例について考えてみることにしたい。

2 事実関係

裁判所の認定した事実関係は、概略、以下の通りである。

¹ 井上宏「第三者の住居が逮捕現場である場合における逮捕に伴う捜索・差押えの範囲」研修547号（1994年）27頁以下、渡邊一弘「逮捕に伴う捜索・差押えの範囲」別冊ジュリスト148号『刑事訴訟法判例百選〔第7版〕』（1998年）60頁以下、笹倉宏紀「逮捕に伴う捜索・差押えの範囲」別冊ジュリスト174号『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕』（2005年）62頁以下、三好幹夫「逮捕に伴う捜索・差押え(2)―捜索・差押えの範囲」別冊ジュリスト203号『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』（2011年）60頁以下など。

(1) 被告人は、かねてより福岡市内において、国分一家ないし国分総業の名称を掲げて暴力団として活動していたものであるが、平成2年3月ころ、五代目山口組内伊豆組東会の若頭になるとともに、同会国分総業の総長として、肩書住居地のメゾンドM405号（以下「被告人方」という）に事務所を構えていた。

(2) 被告人は、平成元年8月前刑での服役を終えて出所後、既に内妻と一緒に被告人方で生活していたK子を知ったが、同女の身の上に同情し、以後父親代わりとしてその面倒をみるようになった。その後、K子は〇〇鳥飼104号室に引っ越すことになり、平成2年6月2日及び3日に、Tに手伝ってもらってタンスや冷蔵庫等の家財道具を同室に運び込んだ上、荷物の整理等を行ったが、同月3日の夜は被告人方に泊まった。

(3) 6月4日午前10時45分ころ、福岡県西警察署に、「メゾンドM405号の甲は、覚せい剤5キログラム・を仕入れ、本日中に全部客に売り捌く予定である。覚せい剤は甲のベンツ・車両番号****のトランクに隠している」旨の確度の高い情報を提供する匿名電話があったことから、A警部補らは、同県警察本部保安課のB巡查部長らの応援を得て、合計9名の警察官らが3台の捜査用自動車に分乗して、午前11時50分ころからメゾンドMの駐車場の張込みを実施した。

(4) 午後2時ころ、被告人が運転する外国製普通乗用自動車（車両番号****、以下「ベンツ」という）がメゾンドMの駐車場に到着し、助手席に乗っていたMが降車して被告人方に入った。しばらくしてK子が被告人方から出てきてベンツの助手席に乗り込み、すぐに同車が発進したので、A警部補らは捜査用自動車でものを追尾した。

(5) 午後2時12分ころ、ベンツは〇〇鳥飼の北側通路東側出入口付近に後ろから進入して停車し、被告人及びK子が同車後部トランク等から荷物を取り出して同女方に運び込んだ。一方、ベンツを追尾していた警察官のうち、C巡查は、捜査用自動車から下りて〇〇鳥飼の北側通路南東角に行き、電柱に身を隠して被告人らの様子を窺ったところ、被告人がベンツの後部トラン

クを開け、手に荷物を持ってK子方に入って行くのを現認した。他方、B 捜査部長らは、〇〇鳥飼の東側の道路を挟んだ場所にある駐車場に捜査用自動車 を止めて、被告人らの動静を監視するとともに、付近で聞込みを実施し、 最近若い女性が〇〇鳥飼104号室に引っ越してきたことを確認した。また、 D 捜査部長は、〇〇鳥飼の南側道路から、K子方6 畳和室の中に、被告人が 白色半袖シャツ姿で立っているのを現認した。

(6) そこで、A 警部補らは、被告人が前記匿名電話のとおり大量の覚せい 剤をK子方に運び込んだものと判断し、被告人がK子方から覚せい剤らしい ものを持ち出した時に職務質問を実施する方針を立てて張込みを継続してい たところ、K子が、午後2時20分ころ、午後2時30分ころおよび午後3時20 分ころの3回、同女方から外に出て来て、ベンツの後部トランクから布切れ 様の物を取り出したり、近くの公衆電話から電話するなどしたのを現認した。 その後、A 警部補らは、午後3時30分ころから、捜査方針を「近張り」に変 え、〇〇鳥飼の北側通路東側出入口付近及び西側出入口付近にそれぞれ捜査 用自動車各1台を移動させた上、更に張込みを継続した。そのころ、同県警 察本部保安課特捜班長のE 警部が張込み中の警察官らに合流した。

(7) 午後3時40分ころ、被告人がペーパーバッグおよび携帯電話機を抱え るようにしてK子方から出て来てベンツの運転席ドアを開けようとしたので、 同車近くで張込みをしていたB 捜査部長ら5名の警察官が被告人のところに 駆けつけ、同捜査部長が、被告人に対する職務質問を実施するため、警察手 帳を示しながら声をかけたところ、被告人は、突然路上に携帯電話機を投げ 捨て、ペーパーバッグを右脇に抱えて右通路を西方に向かって全力で走り出 した。そこで、同捜査部長及びF 捜査の2名が被告人の後を追いかけるとと もに、D 捜査部長らは、被告人に続いてK子方から出てきた同女を呼び止め職 務質問を実施した。

(8) 一方、〇〇鳥飼の北側通路西側出入口付近で張込みをしていたA 警部 補は、逃走してくる被告人を認め、幅約2.3メートルの道路の中央付近に両 手を広げて立ち、「止まれ」と大声を出して被告人に停止を求めたところ、

被告人は、同警部補の手前約3メートル付近で右脇に抱えていたペーパーバッグを右通路西側正面にある三洋電気福岡共同住宅の敷地内に向かって高く放り投げた後、同警部補に衝突し、転倒した。そこで、被告人に追いついたB巡査部長が被告人の右腕を抱えるようにして立たせ、A警部補が被告人の左側に立った上、右共同住宅敷地内から被告人の投げ捨てたペーパーバッグを拾って来たF巡査が、右バッグを被告人に示してその中身を尋ねたが、被告人はこれに答えなかった。

(9) その後、A警部補が被告人を促し、B巡査部長と被告人を両側から挟むようにして、〇〇鳥飼104号室前の踊り場に赴いた。そして、E警部がK子に対し、話を聞くために同女方に入っていかどうかを尋ねたところ、同女がこれを承諾したので、被告人らとともにK子方に入った。その後、同女方台所入口付近において、E警部が、被告人に対し、前記ペーパーバッグの中身について再度質問したが、被告人が知らないというので、更に右バッグの中身を確認してもいいかと尋ねたところ、被告人は、「勝手にしない。しょんのかたい。もう往生した」と言った。そこで、F巡査が被告人の承諾があったものと判断して、ペーパーバッグの中から新聞紙包みを取り出し、更にそれを開披してポリ袋入りの覚せい剤一袋を取り出した上、「覚せい剤ではないか」などと質問したが、被告人は黙っていた。他方、E警部が、K子に対し、「他に覚せい剤を隠していないか。あったら出さない」と告げると、被告人は急に大声で「K子見せんでいいぞ」などと怒鳴ったが、K子が「いいですよ。室内を捜して下さい」と答えたので、警察官らが手分けして同女方を捜索したところ、午後3時47分ころ、C巡査が、台所流し台の下に新聞紙に包まれているポリ袋入り覚せい剤2袋が並べて置いてあるのを発見した。そこで、午後3時55分、E警部らは、被告人およびK子を本件覚せい剤の営利目的による共同所持の現行犯人として逮捕した。

(10) 被告人は、ペーパーバッグの中から発見された覚せい剤1キログラムと台所流し台の下から発見された覚せい剤2キログラムの合計3キログラムの覚せい剤の所持で起訴された。第一審福岡地裁判決は²、「被告人が投棄し

た覚せい剤1袋をK方において一部開披し、警察官らにおいて、覚せい剤であると確認した後、室内を捜索し、台所流し台下から覚せい剤2袋を発見し、その後被告人を現行犯逮捕しているのであるが、警察官において被告人が投棄した覚せい剤を開披した段階で右覚せい剤1袋所持の現行犯逮捕の要件を具備していたものと解される。してみると、その後の覚せい剤2袋の発見手続は、現行犯逮捕現場における捜索差押として許容されるから、K女の家宅捜索についての承諾の有無を論ずるまでもなく、その押収手続に違法な点は存しない。」として、被告人を有罪とした。これに対して、控訴審の福岡高裁は、以下の理由から原判決を破棄して、K女方の家宅捜索を違法としたが、覚せい剤の証拠能力は肯定して有罪を維持した。

3 判決要旨

①「『逮捕の現場』は、逮捕した場所との同一性を意味する概念ではあるが、被疑者を逮捕した場所でありさえすれば、常に逮捕に伴う捜索等が許されると解することはできない。すなわち、住居に対する捜索等が生活の平穏やプライバシー等の侵害を伴うものである以上、逮捕に伴う捜索等においても、当然この点に関する配慮が必要であると考えられ、本件のように、職務質問を継続する必要から、被疑者以外の者の住居内に、その居住者の承諾を得た上で場所を移動し、同所で職務質問を実施した後被疑者を逮捕したような場合には、逮捕に基づき捜索できる場所も自ずと限定されると解さざるを得ないのであって、K子方に対する捜索を逮捕に基づく捜索として正当化することはできないというべきである。」

②「E警部らによるK子方の捜索が、同女の承諾に基づく捜索として適法なものといえるかどうかについて検討するに、関係証拠によれば、E警部らは、被告人が所持していたペーパーバッグの中から約1キログラムの覚せい剤を発見したものの、事前の情報においては、被告人の所持する覚せい剤の

² 井上宏・前注(12)9頁。

量は5キログラムということであったことから、被告人が更にK子方に残りの覚せい剤を隠置しているのではないかとの疑いを持ち、K子に対し『他に覚せい剤を隠していないか。あったら出しなさい』と告げたところ、同女から『いいですよ。室内を捜して下さい』との返事を得たので、同女の承諾があったものとして同女方を捜索したことが認められる。ところで、承諾に基づく住居等に対する捜索については、犯罪捜査規範108条が、人の住居等を捜索する必要があるときは、住居主等の任意の承諾が得られると認められる場合においても、捜索許可状の発付を受けて捜索をしなければならない旨規定しているが、住居等の捜索が生活の平穏やプライバシー等を侵害する性質のものであることからすれば、捜索によって法益を侵害される者が完全な自由意思に基づき住居等に対する捜索を承諾したと認められる場合には、これを違法視する必要はないと考えられる。しかし、住居等に対する捜索は法益侵害の程度が高いことからすれば、完全な自由意思による承諾があったかどうかを判断するに当たっては、より慎重な態度が必要であると考えられる。そこで、この点を本件についてみると、確かにK子方に対する捜索は、E警部からの申し出に対し、同女が『いいですよ。室内を捜して下さい』と返事したことを受けて行われたものではあるが、同女は当時20歳前の女性であったこと、また、同女がE警部から捜索への承諾を求められる直前には、それまで父親代わりとしてK子の面倒を見てくれていた被告人が、数名の警察官らに連れられてK子方に来ていた上、被告人が持っていたペーパーバッグの中から覚せい剤も発見されていたこと、しかも、当時被告人と一緒に同女方に入って来た警察官の人数は決して少ない数ではなかった上、その最高責任者であるE警部から、『他に覚せい剤を隠していないか。あったら出しなさい』と告げられた上で、K子方に対する捜索についての承諾を求められていたことを併せ考えると、K子が同警部の申し出を拒むことは事実上困難な状況にあったと考えざるを得ない。そうすると、K子としては、同女方にまだ覚せい剤が隠されているのではないかとの警察官らの疑いを晴らす必要があったことや、被告人が『K子見せんでいいぞ』と怒鳴ってK子が捜索を承諾

するのを制止したにもかかわらず、同女が『いいですよ』等と返事していることを考慮に入れても、同女の承諾が完全な自由意思による承諾であったと認めるのは困難であって、E警部らによるK子方の捜索が同女の承諾に基づく適法な捜索であったということとはできない。」

③「更に、K子方に対して捜索がなされるに至った経過からすれば、同女方の捜索は、被告人が投げ捨てたペーパーバッグの中から発見された覚せい剤所持の被疑事実に関連する証拠の収集という観点から行われたものではなく、被告人が既に発見された覚せい剤以外にもK子方に覚せい剤を隠置しているのではないかとの疑いから、専らその発見を目的として実施されていることが明らかである。そして、右二つの覚せい剤の所持が刑法的には一罪を構成するとしても、訴訟法的には別個の事実として考えるべきであって、一方の覚せい剤所持の被疑事実に基づく捜索を利用して、専ら他方の被疑事実の証拠の発見を目的とすることは、令状主義に反し許されないと解すべきである。そうすると、原判決のようにK子方に対する捜索を現行犯逮捕に伴う捜索として正当化することもできないといわざるを得ない。」

④しかし、「違法に収集された証拠であっても、当然にその証拠能力が否定されるわけではなく、証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑訴法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合に、初めてその証拠能力が否定されるものと解される（最高裁昭和53年9月7日第1小法廷判決・刑集32巻6号1672頁参照）。これを本件についてみると、E警部らによるK子方の捜索については、それがK子の完全な自由意思に基づく承諾によるとはいえないとしても、外形的には一応同女の承諾を得た上で実施されたものであること、同警部らは、K子から承諾を得るに当たって有形力を行使したり、脅迫的な言動に及んでいるわけではないこと、しかも、同警部らが事前に得ていた情報は、被告人による大量の覚せい剤所持という重大な犯罪に関するものである上、K子方の捜索が実施される直前には、既に被告人が持ち出した

ペーパーバッグの中から約1キログラムの覚せい剤が発見されており、更にK子方に覚せい剤が隠匿されている可能性が相当高かったこと、また、本件の経過からすれば、同警部らに令状主義に関する諸規定を潜脱する意図はなかったことが認められ、これら諸般の状況からすれば、K子方の搜索の違法はいまだ重大なものとはいえず、右手続により得られた証拠を被告人の罪証に供することが違法捜査抑制の見地から相当でないとも認められないから、K子方の搜索によって発見された覚せい剤等について、その証拠能力を肯認することができると考えられる。」(丸付き数字は引用者が挿入)

4 研究

(1) 無令状搜索・差押えの根拠と102条2項要件の要否

1) 判旨①～④のうち、中核問題は判旨①である。判旨①は、「被疑者以外の者の住居内(において)被疑者を逮捕したような場合には、逮捕に基づき搜索できる場所も自ずと限定されると解さざるを得ないのであって、K子方に対する搜索を逮捕に基づく搜索として正当化することはできない」として、本件第三者宅における搜索を否定した。

ここには2つの問題がある。第1は、そもそも220条1項は「逮捕の現場」における搜索・差押えを許容しているのであるから、判旨といえども「逮捕の現場」における搜索を一切否定したものではないのは当然である。第三者宅での逮捕における「逮捕の現場」の場所的限界の解釈として「逮捕に基づき搜索できる場所も自ずと限定される」との基準からみて、本件「K子方の台所流し台」の搜索を「逮捕に基づく搜索として正当化することはできない」としたものと理解すべきであろう。そうすると、判旨の判断は、第三者宅において被疑者の逮捕が行われた場合における「逮捕の現場」の理解として、そして、本件事案における「逮捕の現場」の理解として妥当であったかが問われなければならない。

第2の問題は、以上の「逮捕の現場」に関する問題に立ち入る前に、220条1項の搜索・差押えについては、222条1項により102条2項が準用されて

いることから、同項にいう「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」の検討が必要であり、かつ、本件ではそのような状況の認定が可能であったにもかかわらず本件判旨がこの点の検討をしなかったことは不当ではないか、という問題である。これまでの本件判例に関する判例評釈においては、この第2の問題が主な論点とされてきた。したがって、以下では、まずこの第2の問題から検討してみることにしよう。

2) 逮捕に伴う無令状捜索・差押えが許容される根拠については、これまで2つの考え方があるとされてきた³。第1説は、逮捕を完遂させるために被逮捕者の抵抗を抑圧し、逃亡を防止するためと、同時に、現場の証拠の破壊を防止するために緊急の必要性から認められるとするいわゆる緊急処分説と呼ばれる考え方であり、学界の多数説といってよい⁴。第2説は、逮捕の現場には証拠の存在する確率が高いので、合理的な証拠収集手段として認められるとするいわゆる相当説と呼ばれる考え方であり、捜査実務はこの相当説に近い考え方とされてきた⁵。これを簡潔に表現すれば、相当説は、逮捕現場における証拠存在の蓋然性を根拠とし、緊急処分説は、それに加えて証拠破壊の防止と緊急の必要性を根拠とするものということができよう。

この問題に関する明確な判例は未だないようである。下級審の裁判例では、例えば、東京高判昭和44年6月20日は、無令状の捜索差押えを許容する趣旨として、「逮捕の場所には、被疑事実と関連する証拠物が存在する蓋然性が極めて強く、その捜索差押が適法な逮捕に随伴するものである限り、捜索差押令状が発布〔付〕される要件を殆ど充足しているばかりでなく、逮捕者らの身体の安全を図り、証拠の散逸や破壊を防ぐ急速の必要があるからである。」として、両説を総合する表現を用いている⁶。最高裁の判例としては、

³ 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（1996年、有斐閣）109頁、小林充「逮捕に伴う無令状捜索・差押えの許される限界」新関雅夫他『増補令状基本問題（下）』（1997年、一粒社）275頁以下、276頁等参照。

⁴ 平野龍一『刑事訴訟法』（1958年、有斐閣）118頁等。

⁵ 渡邊・前注(1)61頁、三好・前注(1)61頁、酒巻匡「逮捕に伴う令状を必要としない強制処分」法教297号（2005年）57頁等。

最大判昭和36年6月7日が、憲法35条が搜索、押収について令状主義の例外を認めているのは、「令状によることなくその逮捕に関連して必要な搜索、押収等の強制処分を行うことを認めても、人権の保障上格別の弊害もなく、且つ、捜査の便宜にも適うことが考慮されたによるものと解され」とし、「逮捕する場合には」は、単なる時点よりも幅のある逮捕をする際をいうのであり、「逮捕の現場」は、場所的同一性を意味するにとどまるとし⁷、最判昭和53年6月20日は、昭和36年判例を引用するなどして⁸、判例上は証拠保全の必要性を重視する考え方が定着しているとされている。このような判例の考え方からすれば、「逮捕の現場」は、令状による搜索の場合に許容される場所的範囲と同じく、当該場所の同一管理権の範囲ということになるろう。

3) 相当説の立場からは、222条1項で準用されている102条2項は、逮捕に伴う無令状搜索・差押えの限界設定につき重要な役割を担うことになる。

a) 102条2項が準用されている点に関する通説の理解は、「102条は、現に搜索をなすにあたっての要件であるとともに、搜索差押許可状発付の要件でもある。」¹⁰というものである。したがって、この立場からは、搜索活動執行中に第三者（被疑者以外の者）の「身体、物又は住居その他の場所」の搜

⁶ 東京高判昭和44・6・20高刑集22巻3号352頁。これは、5階待合室で被疑者を逮捕して7階客室の搜索を認めた事例であり、具体的適用場面では相当説を根拠とするものといえよう。なお、旅館の庭で被疑者を逮捕した場合に、その者が宿泊していた部屋の搜索を認めた東京高判昭和53・5・31刑月10巻4＝5号883頁も相当説に近いものといえよう。その他、東京高判平成5・4・28高刑集46巻2号44頁〔和光大内ゲバ事件の控訴審〕、大阪高判昭和49・11・5判タ329号290頁等参照。

⁷ 最大判昭和36・6・7刑集15巻6号915頁〔被疑者不在搜索事件〕。

⁸ 最判昭和53・6・20刑集32巻4号670頁〔米子銀行強盗事件〕。

⁹ 井上（宏）・前注(1)32頁等。

¹⁰ 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第4版〕』（2009年、弘文堂）426頁。その他、小野清一郎他著『刑事訴訟法（上）〔新版〕』（ポケット註釈全書）（1986年、有斐閣）509頁、平場安治他著『注解刑事訴訟法中巻〔全訂新版〕』（1982年、青林書院新社）150頁〔高田卓爾〕、河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕』第4巻（2012年、青林書院）592頁〔池上政幸=河村博〕も同旨。

索が問題となった場合の捜索を可能とする要件として「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況のある場合」の認定基準が問題となる。この点については、「全く事件に関係のない第三者の場合は、具体的な証拠物の存在の蓋然性が必要であろうが、共犯者はもちろん、それ以外であっても当該犯罪に共通の背景を有する者、場所に対する捜索（例えば、暴力団を背景とした暴力団員による犯罪の場合に、当該暴力団事務所や同一暴力団に属している者に対する捜索）については、結局、犯罪との結びつきが疑われるということだけで足りる場合もあろう。」¹¹とされている。この認定基準の判断は、「現に捜索をなすにあたっての要件」であることから、捜索活動を執行している捜査機関の判断に委ねられていることになる。

こうして、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況がある」限り、同一管理権の及ぶ範囲、例えば、逮捕が家屋の一室で行われればその家屋全体に及ぶとされ、「被疑者以外の者の利益は、この『状況』に読み込まれている」¹²とされ、また、「第三者方については、被逮捕者と第三者との関係等によっては証拠物の存在が認め難い場合があり得、この場合には、逮捕に伴う捜索差押の許容範囲が被逮捕者の直接的支配下に限定されることになろうが、証拠物の存在を認めるに足りる状況があれば、その必要性の範囲内で、その住居全体にまで及び得るものと思われる。」¹³との理解が示されてきた。

さらに、この理は、逮捕の現場においてその場に居合わせた被疑者以外の者の身体につき捜索・差押えをなす場合にも妥当することになり、この場合には、「被疑者以外の者の身体についていえば、それにつき押収すべき物の存在を認めるに足りる状況がなければならぬのである（法222条、102条2項）。そして、右の者が逮捕の現場に居合わせたとしても、そのことから直ちに右の状況が出てくるとはいえず、逮捕の現場がいかなる場所か（個人の

¹¹ 河上和雄他編『大コンメンタール刑訴法〔第2版〕』第2巻（2010年、青林書院）311頁（渡辺咲子）。

¹² 渡邊・前注(1)61頁。

¹³ 井上（宏）・前注(1)33頁。

住居等閉鎖的な場所か、公共の建物等開放的な場所か)、逮捕の現場と当該第三者との関係(その場所の居住者か、偶々通り合わせた者か)、その者と被疑者との関係、逮捕現場におけるその者の挙動等を考慮して右の状況の存否が決せられるべきであろう。』¹⁴とされ、そのような具体的状況を勘案することで、逮捕現場における第三者の身体搜索も可能と理解されてきた。

そして、下級審の裁判例として、逮捕現場における第三者の身体搜索を適法としたものもあった。すなわち、函館地決昭和55年1月9日は、逮捕状の出ているCにつき令状逮捕をして身体搜索を行った結果、覚せい剤等が発見されたので、さらに同人を現行犯逮捕した上で、同室していた被告人に対する搜索を行った事案につき、「本件は、客観的には、Cの現行犯逮捕(覚せい剤所持)に伴う搜索場所に居合わせた第三者(被告人)の身体に対する強制搜索である。右の如き強制搜索が被告人に対する令状なしに許されるのは、刑法218条、222条、102条2項の趣旨にかんがみ、押収すべき物(Cの逮捕事実と関連しているものでなければならぬことはもちろんである。)を被告人が所持していると認めるに足りる状況が、客観的に存在している場合に限られる。この点を本件についてみると、(1)搜索の場所は、被告人名で投宿しているホテルの一室であり、被告人とC以外には他の同室者はいなかったこと、(2)Fら捜査官が次のように認定したこと即ち、被告人が覚せい剤を広く取扱っている暴力団E会の幹部であり、Cも同様覚せい剤を取扱っているHの組員であって、両名がH幹部の葬儀に出席後右一室に投宿していると認定したことには、相当の根拠があること、(3)C逮捕後に被告人の搜索に着手しようとした際、被告人はふとんから外に出ず体を丸めて両手を前に組み、腹の辺りに何か隠しているが如き挙動に出ていること、証拠により認められる右の事実を総合すると、被告人は、Cと共謀してか、あるいは、Cとの間に譲受関係のある覚せい剤を所持していると認めるに足りる状況は十分存在していたというべきである(なお、結果的にCとの関係が否定されても、

¹⁴ 小林・前注(3)281頁。

右の「状況の存在」自体に影響を及ぼすものではない。)。したがって、Fらの被告人の身体に対する捜索は、Cの現行犯逮捕に伴う捜索として適法である。』¹⁵とした。

b) 以上の通説的理解については、以下の2点を指摘することができよう。第1は、適法な捜索の現場において—それが、逮捕に伴う無令状捜索であれ、また、令状による捜索の場合であれ—、第三者の住居または物（以下、「第三者の空間」ということがある）の捜索が必要となった場合、通説的理解の下においても、常に102条2項の要件の存在が問題となるわけではない、という点である。このことは、捜索の現場に居合わせた第三者が被疑者の同居人であった場合に、その第三者の携帯バッグの捜索を許容した最決平成6年9月8日の判例からも窺うことができる。すなわち、同判例は、「被告人の内妻であったN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捜索場所とする捜索差押許可状の発付を受け、平成3年1月23日、右許可状に基づき右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ポ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ポ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。』¹⁶として、同居人の携帯物に対する捜索を令状の効力として許容しており、102条2項の適用を問題としていない¹⁷。被疑者の管理権が同居人の携帯物に及んでいる場合には、第三者である同居人の携帯物につき「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」の根拠を別途求める必要はな

¹⁵ 函館地決昭和55・1・9刑月12巻1=2号50頁。なお、決定要旨中のローマ字の小文字は大文字に直した。本決定については、粟野友介「逮捕に伴う捜索の現場に居る人の身体に対する捜索」別冊判例タイムズ10号河上和雄他編『警察実務判例解説（捜索・差押え篇）』（1988年）118頁以下参照。

¹⁶ 最1決平成6・9・8刑集48巻6号263頁〔同居人携帯バッグ捜索事件〕。

¹⁷ ここでは、本文の叙述は、同居人に対する捜索行為を令状の効力として理解し（いわゆる「令状の効力」説）、捜索のための「必要な処分」と理解する見解（いわゆる「必要な処分」説）には立脚していない。この点については、後述注(2)参照。

いものとされている。被疑者の管理権の及んでいる場合は初めから「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」が備わっている場合が多いからであろう。こうして、第三者の空間に対する搜索であっても常に102条2項の要件の検討が問題となるわけではないことをまず指摘しておかなければならない。

つぎに、第2点として、相当説の下で捜査機関が第三者の住居等について102条2項の要件を認定して搜索を実施することは、逮捕に伴う無令状搜索・差押えという令状主義の例外を拡張するばかりでなく、一種の緊急搜索差押えを認めるに等しいことになることを指摘しておかなければならない。この場合、上述したように、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況のある場合」の認定は、第三者による隠匿行為等を必要とせず一隠匿行為があれば被疑者の住居等に対する搜索の一環として搜索可能である一、「犯罪との結びつきが疑われる」という程度で足りるのであれば、例えば、「身分関係」（同じ暴力団の一員である、親子関係があるなど）からこの「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」を認定することができることになろう。もっとも、相当説からすれば、もともと、第三者宅で被疑者を逮捕した場合の「逮捕の現場」は、その場所すなわち「第三者の管理権の及ぶ範囲」であるとされるので、102条2項により「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」のある場合に限って第三者の空間の搜索を認めることの意義は、102条2項による搜索範囲の限定機能にある、ということになろう。しかし、そもそも、第三者宅で被疑者を逮捕した場合に搜索を可能とする場所的範囲が「第三者の管理権の及ぶ範囲」という前提がなぜに成立しうるのかの問題が残っていることに注意しなければならない。

4) これに対して緊急処分説から「逮捕の現場」を考えた場合には、102条2項との関係はどのようなことになるのであろうか。この点につき重要な分析を加えられた川出敏裕教授は、緊急処分説からの搜索可能範囲につき、「緊急処分説によれば、被逮捕者が証拠を湮滅することが可能な範囲、従って、その身体およびその手の届く範囲内にある場所・物ということになる。その具体的な範囲は、それが逮捕の際の被逮捕者の移動可能性に左右される

ため、被逮捕者の拘束の態様・程度、被逮捕者と捜査官との位置関係といった事情を考慮して、個々の事例ごとに決定せざるをえないが、問題は、その移動可能性をどの程度具体的に考えるかである。それをある程度抽象的に考えれば、例えば、逮捕現場となった部屋全体が捜索の対象となる、という考え方も成り立ちうるであろう。¹⁸とされた。ここで注目すべきことは、緊急処分説による捜索範囲の画定について、相当説とは異なり、102条2項の限定を直接問題とされていないことである。これは、緊急処分説から考えられる「逮捕の現場」の範囲は、102条2項の限定よりさらに厳格な限定となることから、102条2項の限定をつねに問題とする必要がないためであると思われる。なお、移動可能性を抽象的に考えれば捜索範囲が拡大しうるとの指摘から明らかなように、緊急処分説に立脚しても、証拠隠滅の可能性の基準をどのように考えるかが重要な課題となることとなる。この点については、本件事案に即して後に触れることにする。

5) さて、最近において、相当説と緊急処分説に関するいわゆる「二分論的アプローチ」を提言され、重要な問題提起をされたのは井上正仁教授である¹⁹。井上教授によれば、逮捕に伴う無令状捜索・差押えの正当化根拠については、相当説、附随処分説あるいは緊急処分説が唱えられているが、逮捕にも現行犯逮捕以外の逮捕形態もあり、また、逮捕の現場にしても、被疑者宅が現場の場合もあれば、被疑者以外の者の住居が逮捕現場である場合もある。これらの様々な場合の無令状捜索・差押えの正当化根拠を一つの考え方で一律に理由づけをするとともに、そもそも問題があるとされ、「(捜索)対象が被疑者の身体・携帯品や住居等の場合とそれ以外の者の住居等の場合との別なく等しく妥当するものというよりは、主として一あるいは、専ら一そのいずれか一方に妥当するものである」から、「両者の差異を踏まえ、それ

¹⁸ 川出敏裕「逮捕に伴う差押え・捜索・検証」法教197号(1997年)36頁以下、37頁。

¹⁹ 井上正仁「逮捕に伴う無令状捜索・差押え」『刑事訴訟法の争点』(2013年、有斐閣)80頁以下。なお、本稿末尾の【追記】参照。

²⁰ 井上・前注(19)85頁。

それに応じた正当化根拠を考えてみるべきではないか²⁰とされた。

とくに、被疑者が被疑者以外の者の住居で逮捕された場合にも相当説から同一管理権の範囲での搜索を認める考え方について、「逮捕の現場が、被疑者以外の者の住居等の場合ともなると、被疑者が逮捕に至るまでに立ち入り、かつ捜査機関による逮捕行為を契機として身体等に所持していた証拠物を隠すなどし得た範囲以外の部分にその証拠物が所在する蓋然性があるとはいえないのであるから、同一の管理権の範囲に属するとしても、それらの部分まで搜索することは正当化され得ないはずである。」²¹とされた点に注目すべきである。さらに、次のように論じられた。この疑問に対して、102条2項が準用されているから、不都合はないという見方があるかもしれないが、「しかし、その要件を充足することは、そもそも、搜索令状発付のために必要とされるものであるのに、それを充足しさえすれば、令状は不要になるというのは、奇妙な論理であろう。個々の事案において当の場所が果たして、そしてそのうちのどの部分まで、この要件を充たすものであるかということ自体、本来、予め令状裁判官による審査・確認を経ることが必要とされ、その確認があつて初めて—そして、その確認があつた部分に限って—搜索を行うことが許されるはずのものであるのに、逮捕に伴う場合にそのような令状審査を経る必要がないことにどうしてなるのか。それを正当化し得るような理由は示されていないのである。」²²と。これは正鵠を得た指摘といわなければならない。

このような考え方からすれば、次のような整理が可能となろう。①被疑者を逮捕して、「被疑者」の身体、物、住居を搜索する場合には、相当説で考えてよい。したがって、被疑者自身の住居が対象であるときは、被疑者の管理権の及ぶ範囲で搜索してよい。この場合に緊急処分説の範囲に絞る理由はないし、実務の理解も得られない。これに対して、②被疑者を逮捕して、「被疑者以外の者」の住居を搜索する場合には、緊急処分説で考えるべきで

²¹ 井上・前注(1981頁以下

²² 井上・前注(1982頁

ある。この場合に、被疑者以外の者の管理権の範囲まで広げる理由はない。被疑者による証拠破壊の可能範囲で限定すべきである、と。

この基本構造からは、以下の2点を指摘することができよう。第1に、逮捕の現場に居合わせた被疑者以外の者の身体や携帯品について、102条2項の適用は否定されることとなる。井上教授は、「令状による捜索・差押えの場合ですら、その場所とは区別してより手厚く保護すべき格別の権利・利益があることを前提として、特に刑訴法102条2項の要件を充たすと裁判官が認め、令状にその者の身体等を指定して許可したときを除いて、これを捜索することはできないと考えられているのであるから、逮捕に伴う場合の捜索の範囲を最も広く解する相当説的な考え方によっても、その身体等を無令状で捜索することは正当化され得ないはずである。これに対しては、被疑者以外の者の住居等と同様、その身体や携帯品についても、実質的に102条2項の要件を充たす場合には無令状で捜索・差押えを行うことも正当化され得るという見方もある（函館地決昭和55・1・9……は、そのような趣旨か）。しかし、……その論理は奇妙であるばかりか、実質的には、前記要件の充足を理由として権限の拡張を認めるのに等しい。それでよしとすると、捜索・差押えの対象となし得るか否かは、個々の事案における捜査官の判断に委ねられることになり、令状主義の趣旨に反するきらいがある」とされたが、これは、102条2項の適用には重大な疑問があることを指摘されたものといえよう。また、第2点として、井上教授は、逮捕の現場に居合わせた被疑者以外の者の身体・携帯物につき、常に裁判官の令状が必要とされるわけではなく、「その者の言動その他その場の具体的状況に照らし、被疑者が所持していたか当該場所にあった証拠物をその第三者が身体または携帯品の中に隠匿・所持しているという相当程度の疑いがあるときは、令状による捜索・差押えの場合……と同様に、逮捕に伴う被疑者の身体等ないし当該場所の無令状捜索・差押えの一環あるいはこれに伴う必要な処分として、同人の身体や携帯品を点検し、発見された証拠物を差し押さえることができるものと解されるが²³、それは別論である。』²⁴とされたが、当然の指摘である。

6) さて、以上の考え方の課題は、222条1項により準用されている102条2項の解釈論である。笹倉教授は、かつて、この準用規定につき「これが刑訴法の本来予定する規律である」²⁵と評されたことがあるが、新たなアプローチでは、このような「法規実証主義的ないし表面的解釈」よりも「根本にある〔無令状捜索・差押えの〕正当化根拠に遡った検討」²⁶が重視されている。

この問題に関連して、現行法の成立過程には興味深い経緯が見られる²⁷。すなわち、現行法の立法過程で、『刑事訴訟法改正案第三次案』（昭和21年10月）では、「第281条（新） 検事又は司法警察官吏は、逮捕状によって被疑者を逮捕する場合、及び現行犯人を逮捕する場合には、第277条の規定〔令状による捜索・差押え・検証規定（引用者注）〕にかかわらず、許可状なく

²³ 井上教授は「同人の身体や携帯品を点検し、発見された証拠物を差し押さえることができる」として、注意深く「捜索」ではなく「点検」とされているが、これは、いわゆる「令状の効力」説ではなく、「必要な処分」説に立脚されるためである（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」同『強制捜査と任意捜査』（2006年、有斐閣）293頁以下、336頁以下参照）。しかし、私見によれば、この「点検」も捜索の一環として行われる行為であり、「点検」によって発見された物を、「捜索」して、差押えするわけではない。また、捜索行為なくして直接差押えをするわけでもない。第三者が隠匿・所持した物については、被疑者に対する捜索の一環として一令状による場合には、令状の効力として一捜索が可能といえよう。田口守一「演習刑事訴訟法」法教346号（2009年）133頁参照。

²⁴ 井上・前注(1)985頁。なお、酒巻教授も、「逮捕の現場」の文言にそこに存在する「人の身体」も含まれると解することには疑問があるとされ、その場に居合わせた者が証拠物を隠匿所持した場合に無令状捜索に必要な附随的措置としてその人物に有形力を加えることが可能となるとされるので（酒巻・前注(5)61頁参照）、この点では井上教授とほぼ同様の結論となると思われる。ただ、逮捕の現場に居合わせた第三者の「所持品」については、法102条2項の制約の下で、捜索が許されると解されるので（酒巻・前注(5)62頁参照）、その点で井上説とは異なることとなろう。

²⁵ 笹倉・前注(1)62頁。

²⁶ 井上・前注(1)981頁。

²⁷ 井上・前注(1)980頁。なお、同「令状主義の意義」井上正仁他編『刑事訴訟法の争点』（2013年、有斐閣）74頁以下、同「場所に対する捜索令状と人の身体・所持品の捜索」同『強制捜査と任意捜査』（2006年、有斐閣）293頁以下も参照。

して、人の住居又は人が看守する邸宅、建造物若しくは船舶の中に入り犯人の捜索をなし、その犯罪に関する証拠物又は没収すべきものと思料するものについて差押又は捜索をなし、又はその現場の検証をなすことができる。但し差押及び捜索は、犯人以外の者の所持又は保管に属するものについては、これをなすことができない。」との「但書き」の付いた条文が提案されていた²⁸。ところが、この但書き部分は、その後、「刑事訴訟法改正案第四次案」(昭和21年12月)では、「現場で押収又は捜索をすること。但し、犯人の所有、所持又は保管に属しない物については、この限りでない。」(第281条1項2号)と改められ²⁹、さらに、「刑事訴訟法改正案第五次案」(昭和22年2月)では、「逮捕の現場で押収、捜索又は検証をすること。」(第293条1項2号)とされ³⁰、これが現行法となったという経緯がある。この経緯は極めて注目すべきであり、当初の逮捕に伴う無令状捜索・差押え規定の起案者が「犯人以外の者」に対する無令状捜索・差押えが当然には許されないとする問題意識を持っていたことを示している。当初の「但書き」の変遷と削除に至った事情は不明であるが³¹、同法案282条で準用されていた同法案143条の規定—現行刑事訴訟法第102条2項と同一文言すなわち「被告人以外の者の身体、物又は住居その他の場所については、押収すべき物の存在を認めるに足りる状況がある場合に限って、捜索をなすことができる。」の規定—は、そもそ

²⁸ 引用は、井上正仁他編著『刑事訴訟法制定資料全集・昭和刑事訴訟法編(6)』(2013年、信山社)250頁による。

²⁹ 井上他・前注(28)346頁。

³⁰ 井上他・前注(28)447頁。

³¹ この点については、同法案282条では、同法案143条の規定が同法案第281条の規定によってなす捜索及び捜索についてこれを準用する、として現行刑事訴訟法222条1項と同じ準用規定が設けられていた。このことから、上記同法案281条の但書きと同法案143条2項の規定との整合性を保つ必要から、まず、「第四次案」において、「但し、犯人の所有、所持又は保管に属しない物については、この限りでない。」との但書きに修正して、「犯人以外の者」との表現を削除し、ついで、「第五次案」において、「第四次案」の修正された但書きはいわば当然のこととして、この但書きも削除となったのではなからうか。その結果、令状主義の要請よりも捜査の必要が重視される構造となったように思われる。

も、大正刑事訴訟法143条の条文をそのまま引き継いだものであり、予審判事あるいは要急事件に関する検察官の権限に関する法制度を背景としたものであり、令状主義の考え方とは無縁の規定であった。これに対して、令状主義の下で司法警察職員による搜索・差押えが搜索・差押えの基本形態となった現行法制度において、旧法の法制度を背景に持つ条文を如何に解釈すべきかは一個の問題である。捜査の必要を背景とする法文の文言自体を重視すべきか、新たに導入された令状主義の観点からの目的論的な解釈を加えるべきかである。この点、憲法の令状主義に立ち帰った刑事訴訟法の解釈が重要であることは確かなことであることからすれば、222条1項で準用された102条2項について、その適用範囲を制限的に解釈することこそ取り組むべき課題ではなかろうか。

こうして、逮捕に伴う無令状搜索・差押えの場所的範囲については、逮捕の現場が被疑者の住居等である場合には、被疑者の同一管理権の及ぶ範囲で搜索が可能となるが（相当説）、その範囲に存在する被疑者以外の者の身体・物については、それが被疑者の管理権に包摂される場合でなければ、たとえ証拠存在の蓋然性があっても搜索することは許されないことになる³²。222条1項で準用される102条2項は裁判官による令状発付の要件を定めたものであると制限的に解釈されるべきであるから、そのような場合には裁判官の令状を求めることになる。また、逮捕の現場が被疑者以外の第三者の住居等である場合には、証拠存在の蓋然性および被疑者による証拠破壊の危険性と緊急性が認められる範囲での搜索が許容されることになるが（緊急処分説）、この搜索範囲の限定は、102条2項にいう「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」による限定よりも厳しいものであるから、102条2項が捜査機関の搜索現場に準用されても限定機能は働かないことになる。また、こ

³² もっとも、被疑者の住居で被疑者を逮捕した場合の「逮捕の現場」を緊急処分説から考えた場合、被疑者の管理権の及ぶ範囲での証拠存在の蓋然性（相当説の基準）だけでなく、その範囲での証拠破壊・隠匿の危険性（緊急処分説の基準）も認められる余地があり、両説における「逮捕の現場」の範囲に、実は、それ程大きな違いは生じないといえよう。なお、後述注⑦本文参照。

の場合も、その場に居合わせた第三者の身体・物については、それが被疑者の管理権あるいは事実的支配に包摂される場合以外は、たとえ証拠存在の蓋然性があっても捜索することは許されないことになり、同じく裁判官の令状を求めることになる。

なお、222条1項では、218条の令状による捜索・差押えについても、同じく102条が準用されている。しかし、220条1項における102条2項の準用範囲を制限的に解するとすれば、その理は同様に218条の令状による捜索・差押えについても妥当すべきである。したがって、令状による「捜索すべき場所」に第三者が存在していたとしても、その第三者（例えば同居人）の物が捜索場所の同一管理権に包摂されないかぎり、たとえ第三者の物につき「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」がある場合であっても、当該捜索差押許可状によって捜索することはできない。この場合も102条2項は裁判官による令状発付の要件を定めたものと解するべきこととなる。

7) 以上を前提として、本件福岡高判の判旨①を検討してみよう。まず、逮捕に伴う無令状捜索・差押えの根拠に関する相当説からすれば、被疑者以外の住居において逮捕された場合でも、被疑者以外の者（K子）の管理権に属する物のうち、102条2項の「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」の存在は十分に認められたのであるから、本件捜索は適法になされたものとなり、当然、判旨①の結論には疑問があることになる³³。

この点、緊急処分説の論者からも、102条2項の適用を当然の前提とした検討がなされている³⁴。例えば、酒巻教授も、無令状捜索・差押えの根拠については緊急処分説に立脚されつつ、被疑者が第三者の住居内で逮捕された場合については、「(法102条2項の) 制約は、一令状による捜索の場合とは異なり、これを事前に裁判官が審査する機会はなく、逮捕に伴う捜索を現に実施する捜査機関の第一次的判断に委ねられることになるもの—当然ながら無令状捜索の実施についても及ぶことになる。」とし、「第三者の管理支配

³³ 渡邊・前注(1)61頁, 井上(宏)・前注(1)33頁など。

³⁴ 例えば、酒巻・前注(5)55頁以下, 笹倉・前注(1)62頁など。

する場所であっても、適法に無令状捜索が実施できるはずである。』³⁵とされた。したがって、この立場からも福岡高判の判旨①は「解釈論としては疑問」ということになる。もっとも、この場合、緊急処分説の立場から、102条2項の適用については「厳格な運用」を指摘されているが、緊急処分説から限定的な範囲とされる「逮捕の現場」との関係は明らかではない。

なお、同じく緊急処分説から福岡高判を批判された笹倉教授は、判旨が102条2項を問題としなかった点に関して、「本判決は、現場の捜査官に102条2項の要件について判断させることが適切でないと考えたのかもしれない。被疑者の住居とは異なり、第三者の住居の場合、証拠物存在の蓋然性について一般的な推定は働かない（102条1項・2項対照）、102条2項は、証拠物の存在について明白性を要求していないから、証拠物存在の蓋然性が低くなる傾向にある本件のような事例において要件具備の判断を現場の捜査官に委ねれば、過誤や恣意の入り込む余地が大きくなろう。住居の捜索が『生活の平穏やプライバシー』と言う重要な利益の侵害を伴う処分であることに鑑みれば、過誤や恣意の介入するおそれのある場合を一律に排除するという解釈も、あながち不当とはいえない。」とする含みのある論評を加えつつ、しかし、捜索の可能性自体を排除するのは行き過ぎであるとされた³⁶。102条2項の準用を所与の前提とする以上は、このような評価となるのも当然といえようか。

しかし、すでに述べてきたように、緊急処分説から「逮捕の現場」を考えると、証拠物存在の蓋然性のみならず証拠破壊・隠匿の可能性および緊急性の要件から場所的限界を画するのであるから、たとえ第三者の空間に証拠物存在の蓋然性が認められたとしても、そのような要件が認められないかぎり、そのような空間への侵入は認められないこととなる。この緊急処分説の観点か

³⁵ 酒巻・前注(5)59頁。

³⁶ 笹倉・前注(1)62頁以下。三好判事も、福岡高判の判旨①について、「その問題意識は共感できないわけではない」としつつ、実務的には「違和感を覚える」との含みのあるコメントを加えておられる（三好・前注(1)61頁）。

らするかぎり、102条2項の適用問題に立ち入らなかつた判旨は、その限りで正当であつたということになる。笹倉教授が「あながち不当とはいえない」とされ、三好判事が「問題意識は共感できないわけではない」とされたのは、実は、正鶴を得たコメントであつたわけである。

(2) 無令状捜索・差押えにおける「逮捕の現場」

1) ところで、本件原審は、控訴審とは違って、102条2項を適用せず、220条1項の「逮捕の現場」に含まれるとして本件捜索を適法としたが、「逮捕の現場」が第三者宅であつたことから、なぜに「第三者宅の台所」が「逮捕の現場」に包摂されるかの理論的基礎は明らかでなかつた。仮に、「逮捕の現場」を相当説で理解し、「第三者の管理権の及ぶ範囲」で捜索が可能であると理解した場合には、準用されている102条2項の限定規定との関係から「第三者宅の台所」がなぜに捜索対象となり得るかを説明する必要があつた。さらに、「逮捕の現場」を緊急処分説から考えたとしても、同様に、「台所」の捜索可能性を検討することが必要であつた。いずれにせよ、本件捜索を220条1項により適法と判断した結論は正当であつたが、その理由づけが十分でなかつた。

2) そこで、緊急処分説から、本件事案における「逮捕の現場」を改めて検討してみると、被疑者はK子宅の「台所入口」で逮捕されているが、この場合の「逮捕の現場」に「台所流し台の下」が含まれないかは、検討に値する論点である。なぜなら、判旨は、本件捜索を正当化できないとしつつ、「台所流し台下」から発見された覚せい剤について被告人の「所持」状態を認定しているからである。被告人の所持品であれば、その場所が第三者宅であっても、逮捕に伴う捜索の対象となりうることは自明であらう。

この観点から、判旨が、被告人が覚せい剤を「所持」していたと認定した理由を見てみると、まず、覚せい剤の「認識」に関して、本件覚せい剤は、約1キログラムずつに分けられて二重のポリ袋に入れられた上、それぞれ新聞紙に包まれており、その外観は、全て同一であつたが、被告人は、右新聞紙

包みのうちの1個を手にとった上、ペーパーバッグに入れてK子方から持ち出しており、更に、被告人は、警察官から職務質問を受けて逃走を図った際、携帯電話はその場に投げ捨てたものの、右バッグについては、そのまま抱えて走り出しただけでなく、A警部補から進路を塞がれるや、高さ約2メートルの塀越しに三洋電気福岡共同住宅の敷地内を狙って投げ込んでいることを併せ考えると、被告人は、右新聞紙包みの中身が覚せい剤であることは十分認識していたものと推認することができる、としていた。

判旨は、この事実認定を前提として、さらに覚せい剤の「所持」について、覚せい剤取締法14条1項にいう「所持」とは、人が物を保管する実力支配関係を内容とする行為をいい、それは物を物理的に把持している場合のほか、物の存在を認識して管理し得る状態にあれば足りるとの判例を引用した上、被告人は本件覚せい剤が入れている3個の新聞紙包みの中からわざわざ1個を持ち出していることを併せ考えると、被告人は、K子方台所の流し台の下に置かれていた2個の新聞紙包みに入れられていた覚せい剤2袋に対しても、それらを管理し得る状態にあって実力支配関係を有していたものと評価することができるから、右覚せい剤も被告人の所持にかかるものと認めることができる、としている。なお、判旨は指摘していないが、被告人がK子に対して、「K子見せんでいいぞ」と怒鳴った事実は、隠匿された台所流し台下の覚せい剤に対する被告人の事実上の支配関係を十分に推認させる事実であるように思われる。

このような判旨の事実認定を前提とすれば、被告人は台所流し台下の覚せい剤を所持していたのであるから、緊急処分説からしても、逮捕に伴って捜索しうる範囲内の物となろう。相当説からは、「K子の管理権の及ぶ住居」が問題となり、その上で102条2項の要件を判断することになるが、そのような理論構成による必要もないように思われる。こうして、仮に、判旨が102条2項不適用の立場を取ることの根拠が緊急処分説にあるとしても、本件は緊急処分説からも捜索可能な事案であったということができよう。

3) なお、本件事案について、緊急処分説からしても捜索が可能であると

した場合には、改めて、緊急処分説における「逮捕の現場」の限界を検討しておく必要が生ずる。この点に関して川出教授は、緊急処分説の課題として示唆に富む分析を示され、「家族や共犯者といった、被逮捕者以外の第三者による証拠湮滅の危険をどのように考慮するか。……仮に、第三者による証拠湮滅の危険までを考慮できるとすれば、具体的事情によっては、緊急処分説に立っても、捜索・差押えの時間的・場所的限界が、かなりの程度拡張される可能性がある。……ただし、その場合でも、できるかぎり事前の司法審査を介在させるという緊急処分説の前提からすれば、あまりに抽象的な証拠湮滅の可能性を根拠に無令状の捜索・差押えを行うことは認められないであろう」³⁷とされた。本件事案に即して考えると、あくまで「台所入口」で逮捕された被疑者が、「台所流し台下」にある証拠物を隠匿・所持する危険性を認定することで、その範囲まで「逮捕の現場」性を認め得る事案であったのであって、その場に居た被疑者以外の者（K子）による証拠隠滅・所持の危険性を判断基準としたものと理解すべきではないであろう。事案によっては、緊急処分説からも、第三者による証拠隠滅の危険を考慮しうるケースもあり得ると考えられるが、それもあくまで具体的な危険がある場合であって、危険を抽象的に考えることは緊急処分説とは整合しないであろう。

なお、この問題点に関して、井上教授は、緊急処分説を基本にしつつ、第三者による証拠隠滅の危険も考えて、捜索対象を住居全体に拡がりうるとする見解が有力になりつつあるが、「個別の事案の具体的状況に照らして証拠隠滅等の危険が認められるか否かにより、無令状捜索・差押えの許される範囲を画そうとする考え方にも難がある。」³⁸とされたのも、令状主義の視点から同様の危惧を指摘されたものと思われる。もっとも、同時に、この問題意識から、証拠隠滅の危険判断を「一律」に行うべきことを指摘しておられるが、そもそも危険性判断はその程度に差はあるにしても、個別判断の性質を持つことは否定できず、個別事案ごとに証拠隠滅の危険の程度・範囲を判断

³⁷ 川出・前注(18)37頁。

³⁸ 井上・前注(19)84頁。

することは避けられないと思われる。その限りで現場捜査官の判断に依存せざるを得ない側面を持っている。逮捕理由となった犯罪の罪種、被逮捕者の態度、第三者の存在の有無、その他現場の状況などによって、可能な限り具体的な証拠隠滅の危険を判断することになろう。むろん、その判断の妥当性は事後点検の対象となり得る。

(3) 関連問題

最後に、本件判旨の全体構造を理解しておくために、判旨②、判旨③および判旨④にも簡単に言及しておこう。

1) 判旨②は、いわゆる承諾捜索について、「捜索によって法益を侵害される者が完全な自由意思に基づき住居等に対する捜索を承諾したと認められる場合には、これを違法視する必要はないと考えられる。しかし、住居等に対する捜索は法益侵害の程度が高いことからすれば、完全な自由意思による承諾があったかどうかを判断するに当たっては、より慎重な態度が必要であると考えられる。」との基本的視点から本件事案を検討し、結論的に、「完全な自由意思による承諾であったと認めるのは困難であって、E警部らによるK子方の捜索が同女の承諾に基づく適法な捜索であったということはできない。」とした。

承諾捜索については、被害者的立場にある者が積極的に捜索を承諾する場合もあり、「相手方が当該捜索の行われる意味を十分に理解し、これを拒絶できる立場にあることを知ったうえで、自らの自由な意思に基づき真意から承諾を与えたときは、その承諾に基づく捜索もできると解すべきである」が、住居に対する捜索については、「家宅捜索であっても、住居主の真意からの承諾がある場合に、捜索を違法とする理由は理論上ないと考えられるが、このような家宅捜索によって被る不利益は多大であることを考えると、相手方が被害者である場合など、家宅捜索を承諾するだけの特段の積極的事情が明らかでない限り、この場合の承諾捜索は否定されるべきである。」³⁹⁾との考え方が一般的見解といえよう。判旨も同様の視点から検討を加えており、本件

について承諾捜索を否定したのも妥当な判断と思われる。

2) 判旨③は、いわゆる別件捜索に関する問題を指摘し、「一方の覚せい剤所持の被疑事実に基づく捜索を利用して、専ら他方の被疑事実の証拠の発見を目的とすることは、令状主義に反し許されないと解すべきである」とした。これは、これまでの判例が、(令状による捜索の対象物件についてであるが)「令状に明示されていない物の差押が禁止されるばかりでなく、捜査機関が専ら別罪の証拠に利用する目的で差押許可状に明示された物を差し押さえることも禁止される。」(最判昭和51・11・18判時837号104頁)としてきたことを受けて、本件も「専ら別罪の証拠に利用する目的」で捜索がなされたものと判断したと思われる。

しかし、論者の指摘するように、「流し台の下にあった覚せい剤約2キログラムは、この意味で〔被告人の覚せい剤約1キログラムの所持事実に関連する事実という意味で(筆者注)〕明らかに被疑事実に関連する証拠物である。……本件捜索は、別の被疑事実の証拠を得るためになされたものではない。〕⁴⁰というべきであるし、また、「残余の覚せい剤の存在は、本件第1の覚せい剤所持との関係においても、その薬物性の認識、営利目的や常習性の存否等の罪体についての極めて重要な証拠であることは疑いがなく、そのような場合の関連性については、実務上は比較的緩やかに許容される傾向にあり、これを肯定するのがむしろ通例である」⁴¹といえよう。要するに、「台所流し台下の覚せい剤2包み」は、「ペーパーバッグの中の覚せい剤1包み」という「当該逮捕の原由たる被疑事実に関する証拠物件」(最大判昭和36・6・7刑集15巻6号915頁)であることは明らかであるから、手続法上の罪数論として個別行為基準説を取ると否とに関わりなく、「台所流し台下の覚せい剤2包み」の捜索は許容されるというべきである。これを「別件捜索」

³⁹ 村瀬均「承諾による捜索は許されるか」新関雅夫他『増補令状基本問題(下)』283頁以下。

⁴⁰ 渡邊・前注(1)61頁。

⁴¹ 三好・前注(1)61頁。

と判断したのは適当ではなかったと言わざるを得ない。

3) 判旨③は、違法収集証拠の排除法則の適用につき、①完全な自由意思に基づくとはいえないにしても、K子の外形的な承諾があったこと、②承諾を得るに有形力や脅迫的言動を用いていないこと、③K子方に覚せい剤が隠匿されている可能性が相当に高かったこと、④捜査官に令状主義を潜脱する意図はなかったと認められるといった「諸般の状況からすれば、K子方の捜索の違法はいまだ重大なものとはいえず、右手続により得られた証拠を被告人の罪証に供することが違法捜査抑制の見地から相当でないとも認められない」として覚せい剤の証拠能力を肯認した。事例判断ではあるが、判旨①で、逮捕に伴う捜索・差押えを「正当化することはできない」とした判断は、まさに令状主義に反する違法認定のはずである。この違法が事実上の承諾の存在と捜査の必要性との比較衡量から重大ではないと判断することが妥当であったのか、問題を含むように思われる。もともと、本件捜索は適法と見るべきものであることから、やや理由づけに無理があったように思われる。

5 まとめ

以上をまとめてみると、以下のようなこととなる。

(1) 本件福岡高判については、220条1項2号の逮捕に伴う無令状捜索・差押えの執行につき、222条1項で準用される102条2項を適用しなかった点は、無令状捜索・差押えの根拠に関する緊急処分説からは適切な判断であったと解する余地がある。

(2) 無令状捜索・差押えの根拠に関する相当説が実務上採用されているが、被疑者が第三者宅で逮捕された場合に、「逮捕の現場」を「第三者の同一管理権の及ぶ範囲」とすることが正当化できるか、疑問が残る。

(3) 222条1項で準用されている102条2項の趣旨は、「被疑者以外の者の身体、物又は住居その他の場所」についての捜索・差押えについての令状発付要件を定めたものであり、この要件の認定を捜索・差押えを執行している捜査官の判断に委ねた規定でもあるとする通説の見解は、憲法35条の令状主

義の要請に反する疑いがある。

(4) 捜索・差押えの現場で「被疑者以外の者の身体、物又は住居その他の場所」の捜索が問題となる場合に、被疑者の住居等に対する捜索・差押えが一定条件の下で被疑者以外の者の空間を包摂することもあり得る。その場合は、被疑者の住居等に対する捜索の一環として、被疑者以外の者の空間を捜索することができる。本件福岡高判の事案でも、被疑者以外の者の住居に存する物が、被疑者の物に対する捜索の範囲に包摂される可能性があった。

(5) 被疑者以外の者の住居において被疑者を逮捕した場合における、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが許容される場所的範囲について、以上のように解することにより、捜索・差押えを執行する捜査現場の要請と令状主義の要請とをよりよく調和させることが可能となるように思われる。

【追記】

本稿校正中に、井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（2014年12月、有斐閣）が出版され、本稿注(19)で引用した同「逮捕に伴う無令状捜索・差押え」『刑事訴訟法の争点』（2013年、有斐閣）80頁以下が、加筆と詳細な注を伴って同書331頁以下に収録された。とくに、本稿が検討対象とした福岡高判平成5年判決についての論評も加筆された（367頁以下）。

井上教授は、その加筆部分において、「刑事訴訟法の規制として、逮捕に伴う無令状捜索・差押えについても、刑事訴訟法102条2項が準用される（同法222条1項）」（365頁）ことを前提としつつ、そこでの「押収すべき物」には「逮捕に関係なく、これに先立って被疑者が運び込んだ物」は含まれない（370頁）、とされた。その趣旨は必ずしも明らかではないが、通説に従って102条2項を適用して「押収すべき物」の要件を検討するとしても、本件事案で捜索対象とされたのは、逮捕前に隠匿された覚せい剤であるから「押収すべき物」には該当しないことを指摘されたもののように思われる。つまり、「刑事訴訟法の規制」に従って102条2項の準用を認めるとしても、その適用範囲は解釈により限定されるという周到な論理とも考えられる。

しかし、本件事案に限っていえば、問題点は、逮捕前の隠匿行為にあるのではなく、逮捕時点における被疑者による証拠破壊・隠匿等の危険性の有無である。逮捕時点において被疑者の「直接的な支配下」にある物について証拠破壊・隠匿の危険があれば、緊急にこれを阻止し、証拠を保全する必要がある。この点、本件事案では、被告人は、逮捕時に「K子見せんでもいいぞ。」と証拠隠滅等を指示する発言をしているのである。のみならず、裁判所は、K子宅の覚せい剤につき、被告人が「管理し得る状態にあつて実力支配関係を有していた。」とすら認定している。これは、まさに逮捕現場での被告人による証拠隠滅行為等の危険性を認めることができることを意味し、逮捕とは関係のない証拠存在の蓋然性を推認するものではない。また、102条2項の適用を認めつつ、その「押収すべき物」の要件を、証拠存在の蓋然性からではなく、証拠隠匿・破壊の可能性から限定しようとするアプローチは、まさに緊急処分説的な限定方法であつて、それが102条2項の適用を認めるという前提と調和しうるかとの疑問も残る。いずれにせよ、本稿において井上教授の『刑事訴訟法の争点』掲載論文を井上説として引用した本稿の叙述を修正する必要はないものと解しておく。