

証拠物を収集する処分の実体要件の意義

—イギリスにおける捜索権限の分析を通じて

丸橋昌太郎

I 序論

II イギリスにおける証拠収集に関する処分の実体要件

一 総説

二 令状捜索

三 無令状捜索

四 捜索の規範

III わが国における証拠収集に関する処分の実体要件の意義

一 総説

二 捜索の規範

三 所持品検査の規範

IV 最後に

I 序論

前稿までに、令状主義は、手続要件（司法審査）によって、実体要件を担保するシステムであることを示し、そして、前稿において、わが国の身柄に関する処分の実体要件は、強制と任意とを問わず、捜査の必要（最小限度）性という捜査規範から設定されていることを明らかにした¹⁾。本稿では、

¹⁾丸橋昌太郎「令状主義における司法審査の意義—イギリス捜査法（逮捕・捜索）における令状主義の分析を通じて」都法46巻1号89頁（2005年）[以下、「司法審査」として参照する]、丸橋昌太郎「身柄に関する処分の実体要件の意義—イギリスにおける停止権限及び逮捕権限の分析を通じて」信州大学法学論集10巻41頁（2008年）[以下、「身柄に関する処分」として参照する]。

証拠物を収集する処分の実体要件について同様の検討を加える。

捜索は、逮捕に伴う捜索や捜索現場に居合わせた第三者への捜索など、実質的な基準が問われることが多い。また、職務質問に付随して行われる所持品検査も、事後審査（排除法則）において、その限界が問題となる。ところが、現在、これらの証拠物を収集する処分において、処分範囲を画する基準は、必ずしも明確ではない。実体要件を定立する捜査規範は、後述の通り、正に捜査を行うべき範囲から設定されるものと考えられるから、具体的な処分範囲を画する基準として機能することが期待される。

そこで、本稿は、現行法の背景にある捜査規範を明らかにした上で、逮捕に伴う捜索や、捜索現場に居合わせた第三者への捜索を画する具体的基準を検討したい。また、本稿は、前項と同様に、事後審査である排除法則における審査基準を明らかにしたい。

ところで、証拠の収集に関する処分は、目的物を取得する処分と、目的物を発見するための処分から成る。目的物を取得する処分は、当該目的物に対する物権を制限するものであるのに対して、目的物を発見するための処分は、目的物を取得する処分を前提として、目的物が存在する場所に対するプライバシーを制限するものである。そうすると、両処分の捜査規範は、比較される利益が異なってくることから、両者を区別して検討する必要がある。したがって、本稿は、両者を区別した上で、目的物を取得する処分につき押収、目的物を発見するための処分につき捜索と任意処分の所持品検査を対象とする。

また、本稿も、前稿と同様に、各処分の捜査規範について、イギリス法を参考にして検討を進める。イギリスには、目的や捜索対象に応じて様々な捜索権限が存在する。まずは、イギリスの1984年警察刑事証拠法（Police and Criminal Evidence Act 1984, c60. 以下、PACE とする）²⁾に規定される証拠収集に関する処分の実体要件について検討を加えて、イギリスにおける捜査規範を明らかにしたい。

²⁾同法の制定当初に関する文献については、丸橋・「司法審査」前掲注(1)論文参照。

II イギリスにおける証拠収集に関する処分の実体要件

一 総説 一押収の規範

イギリスにおける差し押さえは、原則として、犯罪に関連性を有する証拠であれば、これを行うことができる³⁾。関連性とは、証拠法における関連性よりも広い意味で用いられている⁴⁾。将来の公判に直接提出されることがなくても、犯罪の解明にとって必要なものはここに含まれる⁵⁾。つまり、押収の実体要件は、広い意味で当該犯罪の解明の必要性から設定されているといえる。このことから、押収の規範は、押収の必要性であると考えられる。

もっとも、犯罪の解明に必要であったとしても、他の優越する利益が存在する場合は、一定の制限が加わることになる。イギリスでは、証拠物のうち秘匿性の高い資料は、特別の規定が設けられている。秘匿性の高い資料は、内容に応じて、「法律上の特権に服する物」(Items Subject to Legal Privilege) (以下、「法的特権物」とする)、「除外資料」(Excluded Material)、「特別資料手続」(Special Procedure Material)に分かれる。

法的特権物とは、法律家とクライアントの相談内容である。相談内容には、会話のほか、会話時に提示された物も含まれる⁶⁾。もっとも、上記内容の資料であっても、犯罪目的で所持されている場合には、法的特権物には、当たらない⁷⁾。特権を犯罪の隠蔽に用いることは、刑事司法の基盤を揺るがすことになりかねない。このような場合は、法的特権物として保護に値しないの

³⁾ PACE, s.19(3). また、捜査官は、原則として各条の搜索目的物であると疑う不審事由、あるいは相当理由がある物を、差し押さえることができる。PACE, ss.1(6), 8(2), 18(2), 19(2)(3), 32(9)(b), 54(3), 55(12). なお、被疑者等の搜索は、別に認められている。PACE, s. 17.

⁴⁾ R. STONE, THE LAW OF ENTRY, SEARCH, AND SEIZURE, at 122は、その上で、同じ意味で用いることが望ましいとする。

⁵⁾ PACE, s.8(1)(b).

⁶⁾ PACE, s.10(1).

⁷⁾ PACE, s.10(2).

は明らかである。ただし、開示要求が許されるのは、別の独立した証拠によって、当該資料が犯罪に関連していることが明らかである場合に限られる⁸⁾。

法的特権物は、一切差し押さえることができない⁹⁾。これは、法律家とクライアントの相談内容の秘匿性を保持することが、当事者主義を基底とする刑事司法を維持する上で、必要不可欠であるからである。

ただし、捜索中に、特定の資料につき、被処分者から法的特権物の主張があった場合すべてに捜索を中止しなければならないのではない。令状の対象かどうかを判断するために、捜索現場において資料の内容を確認することは、判例上、結果的に当該資料が法的特権物であったとしても、認められている¹⁰⁾。

一方、それに加えて、対象物に法的特権物が含まれるか判断するために、捜索現場から対象物を移動することができるかが、*Chesterfield Justices, ex parte Bramley* [2000] QB 576において問題となった。同事案において、警察官は、ある保険金不正請求の被疑事実で起訴されている被告人Bに対して、別の保険金不正請求の被疑事実に関する捜索を行った。警察官は、Bから特権物との主張があったファイルについて、別の証拠物に関するBの主張が虚偽であったことを理由に、内容を確認する目的で警察署に持ち帰った。警察官は、翌日、Bのソリシタの要求に基づき、内容を確認する前に、当該ファイルを返却した。その後、全ファイルを返却したが、ソリシタらは、違

⁸⁾ R (Hallinan Blackburn Gittings & Nott (a firm)) v Crown Court at Middlesex Guildhall [2005] 1 WLR 766 [偽証事件において、独立した証拠に基づき、ソリシタの管理する資料が犯罪目的のものであることが判明したため、PACE, s.9の開示請求を行った。]。なお、法的特権に服さないソリシタの資料は、特別手続資料となる。Norwich Crown Court, ex parte Chethams [1991] COD 271 [逮捕時に被疑者が所持し、逮捕後にソリシタに手渡した共犯者の供述書について、特別手続資料の手続により提出命令を出した裁判所の違法性が争われた。]。

⁹⁾ PACE, s.19(6)。

¹⁰⁾ R v Leeds Magistrates' Court, ex p Dumbleton [1993] Crim LR 866 [ソリシタが保管している偽造文書に関して7条にもとづいて令状を請求した事案につき、特権の有無が争われた。]。

法であったことの宣言を求めて、司法審査を要求した。裁判所は、実際上の損害がないとして請求を棄却した一方で、傍論において、現行法上、法の特権物を確認するために持ち帰る行為も差押えにあたり、不法行為責任を免れない旨、宣言したのである。

しかしながら、膨大な資料を差し押さえる必要がある場合に、現場でしか確認できないのは、明らかに不都合である。この問題を対処するために、2001年刑事司法および警察法（Criminal Justice and Police Act 2001, C16. 以下、CJPA 2001とする）は、差し押さえることができる物かどうか（法の特権物が含まれないかどうか）を確認するために、捜索現場から持ち出すことを認めた。

同条の要件は、特定の場所を適法に捜索中の警察官が、(a)対象物に、捜索目的物が含まれていると信じる相当の理由があること、(b)捜索目的物を差し押さえる権限があること、(c)差し押さえる権限のあるものかどうか、あるいは、差し押さえるべき物が含まれているかどうかを判断できないこと、である¹¹⁾。

(a)~(c)の要件から、同条は、法の特権物を差し押さえる権限を認めたものではなく、捜索目的物が含まれるかどうかを判断する限度において、対象資料を持ち出す権限を認めたものといえる。したがって、当該資料は、法の特権物であると確認された場合、直ちに返還されなければならない¹²⁾。同規定は、法の特権物の濫用を防止するものと位置づけられよう。

除外資料とは、秘匿性が高く、かつ、信用性を有する資料を言う¹³⁾。例えば、事務目的などで得られた個人記録、医療目的で採取された試料、書類あるいは記録によって構成されている報道資料が、これに含まれる¹⁴⁾。特別手続資料とは、法の特権物および除外資料以外で、特に秘匿性のある事務資料

¹¹⁾ CJPA 2001, s50.

¹²⁾ CJPA 2001, s54. 差押え権限のない除外資料や特別手続資料も同様に返還されなければならない。CJPA 2001, s55.

¹³⁾ PACE, s.11(1).

¹⁴⁾ PACE, s.11(1)(a)(b)(c).

や報道資料である¹⁵⁾。これらの資料の秘匿性を保持することは、一定の利益が認められるため、厳格な手続によってアクセスすることが制限されている¹⁶⁾。もっとも、厳格な手続を経てアクセスが許可された物は、他の一般的な証拠物と同様に、特に制限が加わることなく、押収することができる¹⁷⁾。したがって、除外資料と特別手続資料は、発見アクセスに制限を加えることによって、秘匿性を保持する利益を調整するものといえる。

また、PACEに規定される搜索は、犯罪の証拠物の収集を目的とするもののほか、犯罪捜査とは直接関係のない、逃走用具や自傷他害に用いられる虞のある物（以下、逃走用具等とする）の発見を目的とするものがある¹⁸⁾。逃走用具等の発見を目的とする処分は、いずれも身柄拘束下の被疑者に対して行われるものである。発見された逃走用具等は、直ちに差し押さえることができる¹⁹⁾。衣類や身の回り品は、当該人物がこれらの物を逃走用具等として使用すると信じる合理的理由がある場合に限り、差し押さえることができる²⁰⁾。衣類や身の回り品は、身柄拘束下においても、差し押さえられる不利益が大きいため、より厳格に規定されているものと考えられる。また自傷他害に用いられる虞のある物の発見を目的とする処分は、犯罪捜査を目的とする搜索と比べると、逆に、手続が緩やかになっている²¹⁾。手続が緩やかになっているのは、これらの所持が人の生命身体に直接危険をもたらすことにあると考えられる。

以上の押収の制約は、いずれも押収の必要性を上回る利益が存在する場合に認められるものである。したがって、押収の規定の構造は、原則として押

¹⁵⁾ PACE, s.14(1) and (2).

¹⁶⁾ PACE, s.9(1).

¹⁷⁾ PACE, sch.1, para.13.

¹⁸⁾ PACE, ss.32(1)(2), 54(2), 55(1)(a).

¹⁹⁾ PACE, ss.32(8)(9), 54(3), 55(12).

²⁰⁾ PACE, s, 54(4)(a).

²¹⁾ 例えば、薬物検査に必要な試料を収集するための陰部搜索は、同意を必要要件とする（PACE, s.55(1)(b)）が、凶器等の発見を目的とする陰部搜索は、同意を必要としない（PACE, s.55(1)(a)）。

取の必要性によって実体要件を定立した上で、刑事司法の目的に照らして、犯罪を解明する利益を上回る他の利益が存在する場合には、例外的に、押収の禁止あるいはアクセスの制限という形で調整を図っている。

それでは、目的物を発見するための規範（搜索の規範）は、どのように考えていくべきであろうか。本稿では、各搜索類型の実体要件を次の分類によって整理した上で、搜索の規範を検討したい。

- ①犯罪が発生したこと（犯罪の発生）
- ②被処分者に犯罪の嫌疑があること（犯罪の嫌疑）
- ③証拠物が存在する蓋然性があること（蓋然性）
- ④他に手段がないこと（補充性）
- ⑤その他

なお、PACE には、令状搜索と、無令状搜索がある²²⁾。以下、令状搜索は、場所²³⁾に対して行う搜索と、秘匿資料に関する搜索に分けて、無令状搜索は、場所に対して行う搜索と、人、身体に対する搜索に分けて検討する。

二 令状搜索

(1) 場所に対する令状搜索

場所に対する搜索令状は、特定の場所に対して許可を行う特定場所令状（specific premises warrant）と、特定の人物が管理する場所すべてに対して許可を行う非特定場所令状（all premises warrant）がある²⁴⁾。非特定場所令状は、特定の人物が管理する場所のすべてを搜索する必要があるものの、

²²⁾概要については、丸橋・「司法審査」前掲注(1)論文。

²³⁾「住居」には、一般的な住居の他、(a)車両、船舶、航空機、ホバークラフト、(b) Mineral Workings (Offshore Installations) Act 1971, s.1に規定される沖合施設、(c) Energy Act 2004, part 2, chapter 2に規定される再生可能エネルギー施設、(d)テントあるいは移動可能な建物なども含まれる。PACE 1984, s.23.

²⁴⁾ PACE, s.8(1A).

当該人物が管理する場所のすべてを特定できない場合に、利用される。

特定された場所に対する令状の実体要件は、(a)正式起訴犯罪が起きたこと (①犯罪の発生)、(b)特定の場所に、当該犯罪捜査にとって実体的な価値が有り、当該犯罪の公判において証拠として許容性を有すると思料される資料があること (③蓋然性)、(c)当該場所の管理者・占有者と適切にコミュニケーションを取ることができないこと (④補充性)²⁵⁾、を信じる相当の理由があることである²⁶⁾。また、対象資料は、法律上の特権、除外資料、特別資料手続を構成しないものでなければならない²⁷⁾。

非特定場所令状の実体要件は、特定場所令状の要件に加えて、(a')特定の人物が管理、または占有するすべての場所を捜索する必要性がある相当の理由があること、(b')特定の人物が管理、または占有する場所が合理的に特定できないこと (④補充性)、が求められる²⁸⁾。

特定の場所に存在する物は、原則として管理者や占有者に属するものであるから、目的物を所持していることが疑われる人物が管理、占有する場所であれば、目的物が存在する蓋然性が高い²⁹⁾。このような状況を類型化したのが、(a')の要件であると考えられる。(a')の要件にいう捜索の必要性とは、すべての場所に目的物が存在することに相当の理由が認められる場合のことである。確かに、当該場所の管理者・占有者は、当該場所に証拠物が存在す

²⁵⁾具体的には、次のいずれかが認められることが求められる。すなわち、(a)住居への立ち入りを認める権利を有する者とコミュニケーションを取ることが実行可能でないこと、(b)証拠にアクセスを認める権利を有する者とコミュニケーションを取ることが実行可能でないこと、(c)住居への立ち入りが令状なしでは認められないこと、(d)住居に到着した警察官が住居に直ちに入ることができなければ、捜索の目的が妨害され、あるいは、深刻な障害となる蓋然性があることである。PACE, s.8(3)。ただし、他の手段がないことは、令状発付の要件ではない。

²⁶⁾ PACE, s.8(1)(4)。

²⁷⁾ PACE, s.8(1)(d)。ただし、前述のとおり、捜索目的物にあたるかどうかかわからない場合は、内容を確認するために、包括して差し押さえることができる。CJPA 2001, s50。

²⁸⁾ PACE, s.8(1B)。

²⁹⁾後述するとおり、逮捕された被疑者の管理する住居は、無令状で捜索を行うことができる。PACE, s.18。

る蓋然性を判断する重要な要素であるから、一定の場合に、特定の人物が管理する場所すべてに証拠物が存在する蓋然性が認められる場合も十分考えられる。特定の人物が管理・占有できる場所には限りがあるから、令状の有効要件である特定性の要件は満たしているといえよう。したがって、(a')の要件は、③証拠物が存在する蓋然性を要求したものといえよう。

(b')の要件は、特定できない場合に限り、非特定令状を認めるという趣旨であるから、④補充性と位置づけられる。(b')の要件は、特定できれば、特定場所令状で行うべきことは明らかであるので、前提要件として求められるものといえよう³⁰⁾。

なお、マジストレイトは、必要であると認める場合には、いずれの形式の令状についても、複数回の立ち入りと捜索を許可することができる³¹⁾。警察官は、2回目以降の立ち入りをする場合、捜査に関与していない幹部警察官（警部以上）の事前許可書を受けなければならない³²⁾。これも二回目以降の立ち入りの必要性を組織内規律によって担保しようとするものである。

(2) 秘匿資料に対する令状捜索

秘匿資料のうち、除外資料および特別手続資料は、特別の手続によって提出命令を発することができる。特別手続は、第1アクセス要件群と、第2アクセス要件群に分けて規定されている。第1アクセス要件群は、特別手続資料についてのみ適用される。第2アクセス要件群は、特別資料手続および除外資料に適用される。

第一アクセス要件群の実体要件は、(a)正式起訴犯罪が起きたこと（①犯罪の発生）、(b)特定の場所に、当該犯罪捜査にとって実体的な価値が有り、当

³⁰⁾なお、非特定住居令状に基づいて、申請時に特定されていない住居を捜索する場合には、捜査に関与していない幹部警察官（警部以上）の事前許可書が必要となっている（PACE, s.16(3A)）。組織内規律によって、実体要件の存在を確保しようとするものといえよう。

³¹⁾ PACE, s.8(1C).治安判事は、立ち入り回数を、無制限か、最大回数を示して許可する。PACE, s.8(1D).

³²⁾ PACE, s.16(3B).

該犯罪の公判において証拠として許容性を有すると思料される特別手続資料があること (③蓋然性), (c)他の手段によることが困難であること (④補充性), (d)捜索をすることが公益にかなっていること (⑤その他), である³³⁾。

(a)および(b)の要件は, 特定場所令状³⁴⁾と異なる。特定場所令状と異なる点は, (c)および(d)である。

(c)で要求される④補充性は, 特定場所令状においては, 当該場所の占有者・管理者と適切にコミュニケーションを取ることができないことが要求された。特別手続は, より厳格に補充性が要求されているといえよう。

第1アクセス要件群は, (d)の公益テストを要件として求めている。通常, 捜査の要件は, 公益テストを行った上で, 定められる。したがって, 実体要件を充足していれば, 原則として公益性が認められるはずである。にもかかわらず, あえて公益テストを要件として要求するのは, 秘匿資料へのアクセスを認める公益性の判断が個別的事情によるところが大きく, 公益テストを一般化しえない性質を有するからである。したがって, 公益テストの要件は, 他の検索類型においても一般的に要求されているのであって, 第1アクセス要件群において特別に要求されているものではない。そうすると, 第1アクセス要件群と特定場所手続の実体要件の本質的な違いは, 補充性が厳格な点にあるといえよう。

第2アクセス要件群の実体要件は, (a')特定の場所に, 当該犯罪捜査にとって実体的な価値が有り, 当該犯罪の公判において証拠として許容性を有すると思料される特別手続資料があること (③蓋然性), (b')PACE 9条(2)によって, PACE 以前に存在した秘匿資料の検索権限に関する制定法が廃止されていなければ, 当該資料に関する捜索が令状によって行うことができたこと (⑤その他), (c')令状を発付することが相当であること (⑤その他),

³³⁾ PACE, sch.1, para.2.

³⁴⁾ なお, 特別手続における住居は, 一般の捜索と同様に, 特定住居に加えて, 特定の人物によって管理・占有されているすべての住居も含まれる。PACE, sch.1, para.2(a)(ii). 特別手続においても, 両住居の違いは一般手続と同じであるため, 以下では特定住居令状と比較する。

である³⁵⁾。

(b')(c')の趣旨は、1984年以前に存在した、秘匿資料に関する治安判事の令状発付権限を、巡回裁判官等に限定しようとするものである³⁶⁾。具体的内容は、PACE以前に存在した制定法によることになる³⁷⁾。したがって、特別手続と、特定場所令状との違いは、令状の発付主体にあるということになるろう。

³⁵⁾ PACE, sch.1, para.3.

³⁶⁾ DENIS CLARK, BAVEN AND LIDSTONE'S THE INVESTIGATION OF CRIME : A GUIDE TO THE LAW OF CRIMINAL INVESTIGATION (3rd ed, 2004), at 203; MICHAEL ZANDER, THE POLICE AND CRIMINAL EVIDENCE ACT 1984 (5th ed 2005), at 50.

³⁷⁾ PACE以前に存在した制定法は、Sir Cyril Philips, the Royal Commission on Criminal Procedure (Cmnd; 8092), Appendix 5によると、次のとおりである。Betting, Gaming and Duties Act 1963, Ch. 2, s.51; Biological Weapons Act 1974, Ch. 6, s.4; Children Act 1975, Ch. 72, s.30(4); Children Act 1975, Ch. 72, s.42(4); Children and Young Persons Act 1933, Ch. 12, s.40; Children and Young Persons Act 1969, Ch. 54, s.32; Children and Young Persons (Harmful Publications) Act 1955, Ch. 28, s.3; Coinage Offences Act 1936, Ch. 16, s.11(3); Companies Act 1967, Ch. 81, s.110; Criminal Damage Act 1971, s.6(1); Cruelty to Animals Act 1876, s.13; Customs and Excise Act 1952, s.296(3); Emergency Laws (Reenactments and Repeals) Act 1964, Sch1, para 2; Exchange Control Act 1947, Fifth Schedule, Part1, para 2; Firearms Act 1968, s.46; Forgery Act 1913, s.16; Gaming Act 1968, s.43(4)(5); Hop (Prevention of Frauds) Act 1866, s.10; Immigration Act 1971, Sch2, para 17; Incitement to Disaffection Act 1934, s.2; Licensing Act 1964, s.54, 85, 187; Lotteries and Amusements Act 1976, s.19; Mental Health Act 1959, s.135(1); Mental Health Act 1959, s.135(2); Misuse of Drugs Act 1971, s.23(3); Obscene Publications Act 1959, s.3; Offences Against the Person Act 1861, s.65; Official Secrets Act 1911, s.9(1); Pawnbrokers Act 1872, s.36; Prevention of Fraud (Investments) Act 1958, s.14(8); Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1976, Sch.3, Part II, para 4; Protection of Birds Act 1954, s.6; Protection of Depositors Act 1963, s.19; Public Order Act 1936, s.2(5); Public Stores Act 1875(Theft Act 1968, Sch.2, Part III), s.12; Scrap Metal Dealers Act 1964, s.6(3); Sexual Offences Act 1956, s.42; Sexual Offences Act 1956, s.43; Theatres Act 1968, s.15(1); Theft Act 1968, s.26(1); Vagrancy Act 1824, s.13. R. STONE, supra note 4, at 139は、同要件が充足することはあり得ないとする。これは、PACE以前に、存在した搜索権限をどのように理解するかによるものである。なお、9条(2)は、PACE以降に制定された法律には適用されないので、PACE以降に制定される立法は、秘匿資料に関する搜索権限を別に定めることが求められる。

三 無令状捜索

(1) 場所に対する無令状捜索

逮捕に伴う捜索は、逮捕後の捜索と、逮捕に基づく捜索がある。逮捕後の捜索は、被疑者が逮捕された後に、被疑者が管理・占有する場所を対象に行われるものである³⁸⁾。逮捕に基づく捜索は、被疑者が逮捕された場合に、逮捕時に被疑者がいた場所、あるいは、直前までいた場所を対象に行われるものである³⁹⁾。

逮捕の主たる実体要件は、(a)犯罪が起こったこと (①犯罪の発生)、(b)被疑者が当該犯罪を行ったこと (②犯罪の嫌疑)、を疑う不審事由があることである。したがって、逮捕の要件は、少なくとも①犯罪の発生、②犯罪の嫌疑の実体要件を担保するものといえる。

逮捕後の捜索の実体要件は、(a')正式起訴犯罪による逮捕が行われたこと (①犯罪の発生②犯罪の嫌疑)、(b')当該犯罪 (その他、関連性・類似性のある犯罪も含む) に関連する証拠物が当該場所に存在することを疑う不審事由があること (③蓋然性)、である⁴⁰⁾。

これに対して、逮捕に基づく捜索の実体要件は、(a'')正式起訴犯罪による逮捕が行われたこと (①犯罪の発生②犯罪の嫌疑)、とされるだけで、逮捕後の捜索の実体要件とは異なり、明示的に③蓋然性が要求されていない⁴¹⁾。もっとも、逮捕に基づく具体的な捜索の範囲は、(6)項において、証拠物が存在する蓋然性が合理的に認められる場所に限られている。逮捕時、あるいは、逮捕直後にいた場所に限られる⁴²⁾のは、このような状況を一般的に担保しよ

³⁸⁾ PACE, s.18.

³⁹⁾ PACE, s.32.

⁴⁰⁾ PACE, s.18(1).

⁴¹⁾ PACE, s.32(2)(b).

⁴²⁾ 逮捕後に何時間か経った後に、それらを捜索する目的で当該場所に帰ってくることは許されない。Badham [1987] Crim LR 202. R (Hewitson) v Chief Constable of Dorset Police (2004) The Times, 6 January 2004は、2時間10分後に戻ってきて捜索を実施した事案において、直後とは言えないと判示している。

うとするものと考えられる⁴³⁾。したがって、③蓋然性は、被疑者が逮捕直後にいた場所という状況に潜在化しているといえる。

(2) 人、身体に対する無令状捜索

PACEに規定される身体に対する捜索は、法禁物の捜索、逮捕に基づく捜索、警察署における捜索がある。

所持を禁止する犯罪類型は、端緒をつかみにくい。そこで、PACEは、一定の場合、公共のスペースにおいて、法禁物を発見する目的で、人・車両に対する捜索を行うことを認めている⁴⁴⁾。

法禁物に対する捜索の実体要件は、法禁物を発見することを疑う不審事由があること（③蓋然性）、である⁴⁵⁾。法禁物における③の要件は、所持自体が犯罪であるので、②犯罪の嫌疑と同一ということになろう。

また、警察官は、警察署以外で被疑者を逮捕した場合に、当該犯罪に関連した証拠物等について、被疑者を捜索することができる⁴⁶⁾。公共の場における本条の捜索は、衣服の上からの捜索に限られる。警察官は、上着と手袋を除き、衣服を脱ぐように求めることはできない⁴⁷⁾。

逮捕に基づく捜索の実体要件は、(a)逮捕されていること（①犯罪の発生②犯罪の嫌疑）、(b)本条によって捜索が許されている目的物を、身体に隠していると信じる相当の理由があること（③蓋然性）、である⁴⁸⁾。(a)の逮捕は、場所に対する捜索とは異なり、正式起訴犯罪に限られない。

留置管理官は、警察に留置されている者（以下、対象者とする）の所持品

⁴³⁾個別的には、証拠物が存在する蓋然性の高い他の住居はありうところである。しかし、一般的に認めうるものでなければ、捜索権限を基礎づける要件としては不十分である。

⁴⁴⁾ PACE, s.1(3).

⁴⁵⁾ PACE, s.1.

⁴⁶⁾ PACE, s. 32(2)(a). 「ある犯罪 (an offence)」とされているので、逮捕された犯罪に限らず、捜索することができる。Blackstone's Criminal Practice 2008 (Peter Murphy et al. eds), at 1202. ただし、目的物は、犯罪に関連した「証拠物 (evidence)」に限定されている。Churchill [1989] Crim LR 226 [強盗の使用している車のカギは、いかなる犯罪の証拠物にもならないとして、差し押さえることができないとされた。].

⁴⁷⁾ PACE, s.32(4).

⁴⁸⁾ PACE, s.32(5).

すべてを調査しなければならない⁴⁹⁾。留置管理官は、この目的を達成するために対象者を捜索することができる⁵⁰⁾。本条の捜索は、対象者と同姓の警察官によって行われなければならない⁵¹⁾。留置管理官は、調査した所持品の中で、犯罪に関連していると合理的に思う物があれば、差し押さえることができる⁵²⁾。

本条の捜索の実体要件は、所持品を調べる目的を達成するのに必要があると思量されること、である⁵³⁾。所持品を調べる目的を達成するのに必要があるとは、具体的に③蓋然性があることといえよう。本条は、「思量する」だけで足り、「合理的理由」は、要求されていない。また、本条の捜索も、警察で留置されていることから、逮捕の実体要件が既に充足されている（①犯罪の発生②犯罪の嫌疑）。

本条の捜索は、必要に応じて、衣服を脱がして身体検査（陰部を除く）をすることができる⁵⁴⁾。身体検査は、個人の尊厳とプライバシーの侵害に関連するので、さらに厳格な正当化事由（considerable justification）が求められるとされる⁵⁵⁾。

陰部に対する犯罪捜査目的の捜索（以下、陰部捜索とする）は、A級薬物⁵⁶⁾の捜索についてのみ、実施することができる⁵⁷⁾。犯罪の関連物一般については、実施することができない。また捜索は、病院等の医療用施設におい

⁴⁹⁾ PACE, s.54(1), Code C, para 4.1.

⁵⁰⁾ PACE, s.54(6).

⁵¹⁾ PACE, s.54(8), (9).

⁵²⁾ PACE, s.54(3); Code C, para. 4.2

⁵³⁾ PACE, s.54(6).

⁵⁴⁾ Code C, annex A, para. 10.

⁵⁵⁾ Lindley v Rutter [1981] QB 128 [被告人（女性）は、飲酒による治安素乱罪（disorderly behaviour）によって逮捕され、警察官（女性）によって逃走防止のための措置として下着を脱がされそうになったことに対して、暴行を加えたという事案において、治安素乱罪に加えて、公務執行妨害罪でも起訴され有罪となり、適法な職務執行中ではないとして控訴した。裁判所は、控訴を受け入れて、公務執行妨害罪の点は無罪とした。].

⁵⁶⁾ A級薬物とは、Misuse of Drugs Act 1971, s.2(1)によって指定されている薬物をいう。PACE, s.55(1f).

て、適切な有資格者⁵⁸⁾が行わなければならない。

陰部捜索の実体要件は、(a')被疑者が、逮捕される前に、一定の犯罪の意図⁵⁹⁾をもって当該薬物を所持していると認められること (①犯罪の発生②犯罪の嫌疑)、(b') A級薬物を身体内に隠していること (③蓋然性)、(c')陰部捜索を実施しなければ目的物を発見することができないこと (④補充性)、(d')書面による有効な同意があること (⑤その他)、である⁶⁰⁾。実体要件は、(d')を除き、相当の理由をもって幹部警察官によって判断される⁶¹⁾。

(a')は、薬物犯罪が成立する要件であり、他の捜索類型における犯罪発生要件に相当するものである。(b')は、他の捜索類型における目的物が存在する蓋然性に相当する。

また、陰部捜索が個人の尊厳に深くかかわる問題であることから、(c')の補充性、(d')の同意が求められている。同意が得られない場合は、一切実施することができない⁶²⁾。ただし、被疑者が正当な理由なく同意を拒否したことは、その後の刑事裁判等において、不利益に推認されることが認められている⁶³⁾。これは、個人の尊厳と、適正な処罰を調整する合理的な方法といえ

⁵⁷⁾ PACE, s.55(1)(b). 犯罪捜査以外では、凶器や逃走用具等の捜索を実施することができる。PACE, s.55(1)(a).

⁵⁸⁾ 具体的に、適切な有資格者とは、(a)指定医師 (a registered medical practitioner) (b) 指定看護師 (a registered nurse) である。PACE, s.55(1f).

⁵⁹⁾ 一定の犯罪の意図とは、違法薬物を他者に譲渡する目的で所持する犯罪 (Misuse of Drugs Act 1971, s.5(3)), あるいは、禁輸や輸出制限を避ける意図をもって輸出する犯罪 (Customs and Excise Management Act 1979, s.68(2)) を行う意図のことを意味する。PACE, s.55(1f).

⁶⁰⁾ PACE, s.55(1)(b), (2), (3A).

⁶¹⁾ PACE, s.55(1)(b), (2).

⁶²⁾ 自傷他害に使用される虞のある物の捜索を目的とする場合には、同意は要求されていない。PACE, s.55(3A)

⁶³⁾ PACE, s.55(13A). 不利益に推認される具体的な裁判は、(a) the court, in determining whether there is a case to answer; (b) a judge, in deciding whether to grant an application made by the accused under paragraph 2 of Schedule 3 to the Crime and Disorder Act 1998 (applications for dismissal); and (c) the court or jury, in determining whether that person is guilty of the offence charged である。

よう。

四 搜索の規範

表1のとおり，搜索の実体要件において，①犯罪の発生と，③証拠物が存在する蓋然性は，すべての搜索類型に共通して要求されている。搜索は，いまでもなく犯罪の証拠物を発見することを目的とするものである。このような目的に照らすと，①犯罪の発生と，③証拠物が存在する蓋然性は，いずれも搜索の必要性を生じさせる要素である。そうすると，イギリスにおける搜索の実体要件も，搜索の必要性から設定されているものと考えられる。したがって，イギリスにおける搜索は，身柄に関する処分と同様に，捜査の必要性という規範によって規律されているといえよう⁶⁴⁾。

表1 各搜索類型の実体要件

	①犯罪の発生	②犯罪の嫌疑	③蓋然性	④補充性	⑤その他
特定場所令状	○		○	○	
非特定場所令状	●		○	○	
第1アクセス要件群	○		○	○	公益性
第2アクセス要件群			○		※1
逮捕後の場所の搜索	●	●	○		
逮捕に基づく場所の搜索	●	●	●		
法禁物の搜索	●	●	○		
逮捕に基づく場所の搜索	●	●	○		
警察署における身体の搜索	●	●	●		必要性
陰部搜索	●	○	○	○	同意

○明示的要件 ●黙示的要件

※1 PACE 以前に存在した搜索令状を発付することが相当であること

これに対して，②被処分者に対する犯罪の嫌疑は，逮捕に付随して存在が

⁶⁴⁾逮捕に基づく搜索は，必要性を類型化するにあたって，搜索の状況に同規範を盛り込んだものと考えられる。

確認されるにとどまる。また、逮捕に基づく捜索は、場所の管理・占有権者について、被疑者と嫌疑なき第三者を区別していない。さらに、被疑者に対する逮捕後の捜索であっても、犯罪の嫌疑が黙示的に存在することを除けば、犯罪の嫌疑がない第三者と同様に、実体要件として③証拠物が存在する蓋然性が要求されている。このことから、犯罪の嫌疑は、被処分者のプライバシーの制約を直接的に正当化するものとして位置付けられておらず、捜索の規範を直接基礎づける要素ではないといえよう。

また④補充性は、いずれも保護されるべきプライバシーの質・程度が高いといえる捜索類型に要求されている。例えば、特定場所令状は、逮捕されている被疑者が管理・占有する場所は無令状捜索が可能であるため、逮捕されている被疑者以外の第三者を対象とするものである。また第1アクセス要件群は、秘匿性の高い資料を目的物とする捜索であり、陰部捜索は、個人の尊厳にかかわる部分への捜索である。第三者の利益や公益性のある利益、被疑者であっても個人の尊厳に係る利益は、補充的に行われるべきである。したがって、④補充性の要件は、プライバシーの質・程度が高い類型についての調整を図るものと位置づけられる。

ところで、イギリスでは、各捜索類型の具体的な捜索範囲も、令状、無令状を問わず、目的物を発見するのに必要かどうか、すなわち捜索の必要性で画されている⁶⁵⁾。これは、捜索の規範が実体面において捜索すべき範囲から設定されていることを表すものである。捜索の規範は、一般的類型的な捜索の範囲を画する実体要件の設定だけではなく、具体的な捜索の範囲を画する基準としても機能するものといえる。

ただ、具体的な捜索の範囲を画する基準としての捜索の必要性についていえば、①犯罪の発生は、捜索の一般的な必要性を生じさせる要素であって、具体的に当該場所に対する捜索の必要性を生じさせるものではない。具体的な場所に対する捜索の必要性は、目的物に実体的価値があることと、当該場所に目的物が存在する蓋然性があることから生じる。このうち目的物の実体

⁶⁵⁾ PACE, ss.16(8), 18(3), 32(3), 54(1).

的価値は、押収の必要性である。そうすると、具体的な搜索の必要性は、③証拠物が存在する蓋然性から生じるといえる。したがって、具体的な搜索の範囲は、③証拠物が存在する蓋然性によって画されていくことになる。

なお、イギリスでは、特定の場所にいる人に対する搜索は、場所に対する令状で実施することはできない⁶⁶⁾。これは、特定の場所に対する令状が、搜索場所にいる人が証拠物を所持している蓋然性を担保するものではないことにあると考えられる。搜索場所にいる人物に搜索を行う必要性が生じた場合は、当該人物を待たせおくために合理的かつ必要な手段を講ずることが認められている⁶⁷⁾ので、待たせた上で、別の手続によって実施することになる。この点は、わが国においても、参考になろう。

III わが国における証拠収集に関する処分の実体要件の意義

一 総説

わが国においても、証拠の収集に関する処分の捜査規範は、目的物を取得する処分（押収）と、目的物を発見するための処分（搜索・所持品検査）に

⁶⁶⁾ *Hepburn v Chief Constable of Thames Valley* (2002) *The Times*, 19 December 2002 [警察官が搜索令状執行中に居合わせ、逃走を試みた者を取り押さえ、身体検査を実施し大麻を発見した事案につき、民事上、不当な暴行および拘禁があったとして争われた。同判決では、法が明確に自由を制限する国家権力を与えない限り、市民の自由は、不可侵であるとして、警察官の不法行為を認めた。もっとも同事案では、警察官は、初期の段階において対象者に対して全く嫌疑を抱いていなかった事情があることに注意を要する。]；*DPP v Meaden* [2004] 1 WLR 945 [原審は、警察官が、特定住居令状に基づく搜索中に、当該住居を管理する被告人を搜索し、バスルームに入れて拘束したことについて、違法と判断した。これを不服として、検察側が上訴した事案である。裁判所は、搜索に付随する合理的かつ必要な実力として、上訴を受け入れた。]。逮捕に基づく搜索は、合理的理由があれば行うことができる。PACE, S.32(5)。

⁶⁷⁾ *Connor v Chief Constable of Merseyside* [2006] EWCA Civ 1549 [警察官らが搜索の際に銃撃を受ける虞があったため、搜索場所にいた控訴人らに、手錠をかけたか、パトカーの中に拘束した事案につき、その適法性が争われた。裁判所は、明文の規定がなければ警察官の実力は認められないとの論旨には理由がないとして、控訴人の主張を退けた]。

分けて考える必要がある。

捜査機関に認められる押収は、差押えと領置である。領置も、厳密には捜査と全く無関係な物であれば許されないと解すべきであるから、規範は、差押えと同様に考えるべきである⁶⁸⁾。ただ、領置は、被処分者が所有権を放棄していることから、問題となる余地が少ない。そこで、本稿では、差押えの規範について検討する。

差押えの実体要件は、対象物が「証拠物又は没収すべき物と思量するもの」であり、かつ、差押えの必要性があれば行うことができるとされている（法222条1項・99条1項）。

証拠物とは、犯罪と関連性を有する有体物である。関連性を有するべき犯罪は、令状の記載事項に「罪名及び犯罪事実の要旨」が求められていること（法155条I④）、令状請求の際に、「被疑者又は被告人が罪を犯したと思量されるべき資料」を提出しなければならないことから、これらによって特定されるものでなければならない⁶⁹⁾。ただ、特定の犯罪といえども、犯罪に関連する事実は、罪体に関する事実に加えて、情状に関する事実まで含まれる⁷⁰⁾。また証拠は、これらを直接証明する直接証拠のみならず、間接的に証明する間接証拠まで含まれると解されているため、極めて広範に及ぶ⁷¹⁾。

⁶⁸⁾寺崎義博『刑事訴訟法（補訂版）』（2007年）111頁は、領置を任意処分とする。確かに、憲法35条の押収に当たらないという意味では、領置を任意処分として解しておくことが妥当であろう。

⁶⁹⁾小林充「判批」刑訴法判例百選（3版）68頁（1976年）、新関雅夫ほか『増補令状基本問題下』（1996年）〔秋山規雄〕254-255頁。

⁷⁰⁾新関・前掲注69書〔島田二郎〕212頁。

⁷¹⁾なお、没収すべき物も、必要的没収（刑法197条の5など）のみならず、任意的没収（刑法19条）の対象となるものを含む。松尾浩也『条解刑事訴訟法〔新版〕』（1996年）164頁。任意的没収の対象物は、1 犯罪行為を組成した物、2 犯罪行為の用に供し、又は供しようとした物、3 犯罪行為によって生じ、若しくはこれによって得た物又は犯罪行為の報酬として得た物、4 前号に掲げる物の対価として得た物である（法19条I）。ただ、没収するべき物が犯人以外の者に属する場合は、原則として没収することができない（法19条II）ことから、被疑者以外に対して行う捜査は、原則として証拠物に限られるといえよう。

確かに、差押えの必要性は、「証拠物又は没収すべき物」であれば、原則として認められることが多い⁷²⁾。しかし、上記のとおり、差押えの対象となる「証拠物」は、かなり幅広い。関連性の対象事実や程度は、証拠の価値や重要性として評価されるべき事柄であるから、差押えの必要性も、証拠物によって相当の差があるといわなければならない⁷³⁾。また、差押えの必要性は、関連性以外の要因によって否定される場合も考えられるところである。例えば、最決昭和44年3月18日刑集23巻3号153頁は、必要性が否定される要素として、「犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が隠滅毀損されるおそれの有無、差押によって受ける被差押者の不利益の程度その他諸般の事情」を指摘している。

問題は、必要性の判断構造である。やはり、捜査の流動性に鑑みると、差押えの必要性は、原則として、「証拠物又は没収すべき物」によって判断されるべきである。そして、「証拠物又は没収すべき物」によって認められた必要性は、例外的に、昭和44年決定が示した関連性の程度（証拠の価値、重要性）、犯罪の態様、軽重、証拠の隠滅毀損の危険性の有無、被差押え者の不利益の程度等によって、阻却される場合があると考えべきである。昭和44年決定の構造は、このような観点から理解できよう。

なお、刑訴法は、一定の物について、押収の制限を加えている。例えば、公務員（衆議院及び参議院議員、国務大臣を含む）であった者が所持する物は、国の重大な利益を害する場合には、差し押さえることができない（法103、104条）。また、医師や弁護士などの他人の秘密を扱う一定の職にある者は、自分が所持する他人の秘密の押収を拒否することができる（法105条）。これらは、典型的に差押えの利益を上回る利益が存在するため、イギリスにおける秘匿資料と同様に、法律上、制限をかけたものと理解されるべきであ

⁷²⁾松尾・前掲注(7)書163頁。最決昭和44年3月18日刑集23巻3号153頁も、「差押物が証拠物または没収すべき物と思料されるものである場合においては、差押の必要性が認められることが多い」とする。

⁷³⁾新関・前掲注(69)書〔島田二郎〕212頁。

ろう⁷⁴⁾。

以上検討してきたとおり、実体要件の一つである「証拠物又は没収すべき物」であること、すなわち特定の犯罪事実との関連性の有無や程度は、差押えの必要性を判断する要素として位置づけられる。このことから、差押えの実体要件についても、差押えの必要性を類型化したものから設定されているといえる。そうすると、わが国でも、差押えの規範は、差押えの必要性に求めることができる。

搜索は、押収の必要性がある場合に限り、認められる。したがって、搜索の規範は、押収の規範を前提として認められるものである。次節では、以上を前提として、わが国における搜索の規範を検討する。

二 搜索の規範

1 令状搜索

わが国の刑事訴訟法は、憲法35条を受けて、被疑者・被告人の住居等を搜索できる場合を、明確に「必要のあるとき」と定めている（法102条1項、222条⁷⁵⁾。

そして、規則は、令状請求の際に、搜索の必要性を判断する資料として、被疑者に対する搜索については「被疑者又は被告人が罪を犯したと思料されるべき資料」の提出（規則156条1項）を求めている。また被疑者以外の者に対する搜索の実体要件は、さらに「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」が要求され（法102条2項）、これを受けて、規則は、令状請求の際には、「差し押さえるべき物の存在を認めるに足りる状況があることを認めるべき資料」の提出を求めている（規則156条3項）。

「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」の疎明は、実務上、必ずし

⁷⁴⁾押収拒否権は、行使しないこともでき、また、被告人のためのみにする権利の濫用と認められる場合には、行使できない。

⁷⁵⁾憲法35条の「正当な理由」は、搜索の必要性として具体化されたのである。小野清一郎ほか『刑事訴訟法（上）[新版]（ポケット註釈全書）』（1986年）247頁、松尾・前掲注(7)書171頁。

も直接的、具体的なものでなければならないというわけではなく、一般的な蓋然性によって認められる場合がありうるとされている⁷⁶⁾。被疑者・被告人に対する捜索について「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」が求められていないのは、被疑者・被告人についてはそのような状況が一般的に認められることから、特に明示的に求めていないと解される⁷⁷⁾。そうすると、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」は、被疑者・被告人についても、隠れた要件として要求されているものといえよう。

ところで、現在、捜索についても、証拠物が存在する蓋然性および犯罪の嫌疑と、捜索の必要性を並列的な実体要件としてあげる学説が多い⁷⁸⁾。

捜索の目的は、証拠物を発見することであることから、証拠物が存在する蓋然性は、正に捜索の必要性を生じさせる要素である。証拠物が存在する蓋然性は、「必要のあるとき」を判断する資料として求められていることから、捜索の必要性を判断する具体的要素と位置づけるべきである。

これに対して、犯罪の嫌疑は、直接、捜索の必要性を生じさせるものではない。わが国においても捜索は、必要性があれば、犯罪の嫌疑がない第三者に対しても行いうるのであるから、犯罪の嫌疑は、直接、捜索を正当化する要素とはなっていない。犯罪の嫌疑は、捜索の対象となる犯罪を特定する要素として位置づけるべきである。

以上検討してきたとおり、わが国における令状捜索の実体要件は、捜索の必要性を類型化したものから定立されている。したがって、令状捜索の規範も、また捜索の必要性に求めることができよう。

⁷⁶⁾法曹会『刑事訴訟規則逐条説明(捜査・公訴)』(1989年)64頁。第三者方の捜索の要件に関する一般的な検討を加えたものとして、新関・前掲注(69)書215頁[大谷直人]。

⁷⁷⁾小野・前掲注(75)書247頁(法律上の推定とする)、新関・前掲注(69)書215頁[大谷直人](実務上、異論がないとする)、田宮裕『刑事訴訟法[新版]』(1996年)103頁等。

⁷⁸⁾枚挙にいとまがないが、例えば、渥美東洋『刑事訴訟法[全訂]』(2006年)、池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義[第2版]』(2006年)、田口守一『刑事訴訟法[第4版補正版]』(2006年)、白取祐司『刑事訴訟法[第三版]』(2004年)、松尾浩也『刑事訴訟法上[新版]』(1999年)、三井誠『刑事手続法1』(1997年)、田宮・前掲注(7)書等。

2 無令状搜索

逮捕の現場において無令状で搜索・差し押さえをするための実体要件は、(a)逮捕する場合であること、(b)必要があることである（法220条）。

逮捕に伴う搜索も、(b)必要がある場合に認められるという点は、令状搜索と同じである。問題は、なぜ(a)逮捕する場合に、令状が不要となるか、である。この点は、学説において、緊急処分説と、相当説（合理説。以下、相当説とする。）の対立で整理されることが多い⁷⁹⁾。

刑事手続において問題となるのは逮捕事実と関連する証拠の搜索であるから⁸⁰⁾、両説を証拠物の搜索との関係で整理すると、緊急処分説は、搜索の目的を証拠物の破壊・隠滅の防止に置き、逮捕の際は搜索の令状を取る時間的余裕がない（緊急性が高い）ことを根拠に、事前審査の例外を基礎づけようとするものである⁸¹⁾。これに対して、相当説は、搜索の目的を関連する証拠物の発見収集に置き、逮捕の現場は証拠物が存在する蓋然性が状況的に担保されていることを根拠に、事前審査の例外を基礎づける⁸²⁾。

証拠物の破壊・隠滅の危険性は、証拠物が存在する蓋然性を前提とするものであるから、両説の違いは、無令状を認める根拠として、証拠物の破壊・隠滅に対処する緊急性を要求するかどうかである⁸³⁾。

この点について、わが国の判例は、緊急性を、逮捕に伴う搜索が許容され

⁷⁹⁾両説の対立を詳細に検討した近年の論文として、長井圓「逮捕に伴う搜索・差押・検証の法的限界—緊急限定説と合理的相当説との対立の非有用性について—」中央ロージャーナル5巻2号85頁（2008年）。

⁸⁰⁾新関・前掲注(69)書275頁 [小林充]。逮捕事実とは関係のない凶器等の搜索は、安全な逮捕を実施する目的でなされるものであるから、逮捕の効力として考えるべきである。川出敏裕「⑥逮捕に伴う差押え・搜索・検証 [220 I III]」法学教室197号36頁（1997年）、寺崎・前掲注(68)書118頁。

⁸¹⁾平野龍一『刑事訴訟法』（1958年）、鴨良弼『刑事訴訟法講義』（1969年）等。

⁸²⁾小林充「逮捕に伴う搜索・差押に関する問題点」警察研究48巻5号187頁、田宮裕『刑事訴訟法 I』（1975年）。なお、渥美教授は、「新たなプライバシーへの干渉がない」ことを逮捕に伴う搜索が許される根拠とされる。渥美東洋『刑事訴訟における自由と正義』（1994年）170頁。ただ、同教授は、「新たなプライバシーへの干渉」を正当化する根拠を、実体要件の具備と緊急性に求めるので、単純に分類できない。

る根拠としていない。逮捕前の搜索が問題となった最判昭和36年6月7日刑集15巻6号915頁は、「搜索、押収につき令状主義の例外を認めているのは、この場合には、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なうことを認めても、人権の保障上格別の弊害もなく、且つ、捜査上の便益にも適なうことが考慮されたによるものと解される」として、事前審査の例外を、緊急性ではなく、司法審査の必要性がないことを根拠としている。また、東京高判昭和53年5月31日刑事裁判月報10巻4・5号883頁も、「[搜索令状を取得することができない] 緊急性が要件として要求されているとは解されない」として、緊急性を根拠とすることを否定している⁸⁴⁾。

確かに、緊急性は、事前審査の例外を基礎づける要素である⁸⁵⁾。しかし、事前審査の例外は、緊急性がない限り、認められないわけではない。イギリスにおける逮捕に関連する搜索は、2章で検討した通り、緊急性を根拠とすることなく、無令状を根拠によることが認められている。またわが国においても、現行犯逮捕は、状況的に実体要件（犯人の明白性）が担保されていることを根拠に、無令状であることが認められている⁸⁶⁾。

問題は、逮捕する状況が、実体要件を担保していると言いうかである。この点について、例えば、現行犯逮捕などは、逮捕する状況に一般的に証拠

⁸³⁾川出・前掲注(80)論文。小木曾綾「無令状の搜索押収」中央ロージャーナル3巻2号3頁(2006年)15頁以下は、相当説も証拠破壊の危険性が要求されるとした上で、両説の違いを、証拠を破壊する主体が被疑者に限られるか、第三者まで含むかという点に求める。しかし、後述の通り、相当説が時間軸において処分範囲を限定するのは、緊急性を要求しているのではなく、実体要件の状況的担保を保証しようとするものと考えられる。

⁸⁴⁾なお、東京高判昭和44年6月20日高刑集22巻3号352頁は、「刑事訴訟法第220条第1項第②号が被疑者を逮捕する場合、その現場なら、令状によらないで、搜索差押をすることができるとしているのは、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、その搜索差押が適法な逮捕に随伴するものである限り、搜索押収令状が発付される要件を殆んど充足している」ことに加えて、「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」も根拠にあげる。これは、同条が行政目的の搜索を否定しない趣旨と解するべきであろう。

⁸⁵⁾丸橋・「身柄に関する処分」前掲注(1)論文。

⁸⁶⁾丸橋・「身柄に関する処分」前掲注(1)論文69頁参照。

物が存在する蓋然性があるとはいえないとする見解もある⁸⁷⁾。しかしながら、証拠物の破壊・隠滅の危険性を根拠とする場合においても、そのような緊急性がない場合には、捜索を行い得ないのと同様に、状況的担保を根拠としたとしても、具体的状況において、捜索の必要性（証拠物が存在する蓋然性）がなければ、捜索は行い得ない。その意味では、司法審査の例外性を基礎づける状況は、法制度として容認できる程度に、一般的に認められるのであれば足りるというべきである。イギリスにおける逮捕に基づく捜索も、前述のとおり、逮捕直後の状況を根拠として、司法審査の例外性を基礎づけているものと考えられる。わが国においても、犯罪類型によっては、逮捕の現場に、関連する証拠物が存在する蓋然性が極めて高く認められるものもある。例えば、覚せい剤の取引現場は、多くの証拠物が存在する蓋然性が推認される。したがって、わが国の解釈においても、司法審査の例外性を基礎づける状況を一般的に認めることは十分可能であるように思われる。むしろ、緊急処分説が基礎とする、証拠物の破壊・隠滅の危険性を一般的に認めることの方が難しい⁸⁸⁾。また、仮に、緊急性を根拠に事前審査の例外を認めるのであれば、緊急逮捕と同様に、事後審査を要求することが筋である。やはり、無令状捜索を認める根拠は、事後にも令状を要しない現行犯逮捕と同じく、実体要件の状況的担保があるとみる相当説が妥当である⁸⁹⁾。

以上のように逮捕に伴う捜索を正当化する根拠が実体要件の状況的担保だとすると、逮捕に伴う捜索の実体要件は、令状逮捕と同様に、状況によって担保されている証拠物が存在する蓋然性ということになる。証拠物が存在する蓋然性は、前述のとおり、捜索の必要性を生じさせるものであるから、逮

⁸⁷⁾酒巻匡「刑事手続法の諸問題(12)逮捕に伴う令状を必要としない強制処分」法学教室297号(2005年)59頁等。

⁸⁸⁾渥美・前掲注(78)書120頁は、証拠物が存在する蓋然性から「証拠破壊の危険」を一般的に導いている。もちろん証拠破壊の危険性は、証拠物が存在しなければ発生しないが、証拠物の存在から一般的に破壊の危険性があるとは言えないように思われる。

⁸⁹⁾同様に、法220条1項2号を理解する見解として、長井・前掲注(79)論文、小林・前掲注(80)論文等。なお、令状請求の不可能性を根拠とする見解として、池田公博「身柄拘束に伴い無令状で捜索を行い得る範囲」研修721号3頁(2008年)等。

捕に伴う捜索の実体要件も、捜索の必要性から設定されているといえる。そうすると、逮捕に伴う捜索と令状捜索は、実体要件の担保方法が異なるだけで、捜索規範および捜索規範から定立される実体要件については同じであるといえよう。

三 所持品検査の規範

職務質問に付随する所持品検査の実体要件は、最高裁決定昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁において示された任意処分の実体要件と基本的に同一である⁹⁰⁾。すなわち、最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁は、職務質問に付随する所持品検査について、「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などを考慮し、具体的状況のもとで相当」である場合に、認められることを示した。

所持品検査は、任意処分であるから、同判例も指摘するように、相手方の承諾を得て行うのが原則である。もちろん承諾は、明示のものに限らず、黙示的に認められれば良い⁹¹⁾。しかし、同意がなければ、所持品検査が一切許されないわけではない。同判例は、承諾がなくても、強制にわたらない限り、所持品検査が許される場合があることを認めている。

ただ、その後の事例をみると、被処分者の明示の拒否がある場合には、必要性、緊急性が高度に認められたとしても、許容されないことが多い⁹²⁾。これは、拒否がある場合には、被処分者の抵抗がある場合多く、抵抗を排して

⁹⁰⁾昭和51年判例の実体要件の分析については丸橋・「身柄に関する処分」前掲注(1)論文。

⁹¹⁾東京高判平成12年6月12日東京高等裁判所(刑事)判決時報51巻1～12号64頁,東京地判昭和62年6月26日判例時報1263号51頁。

⁹²⁾東京高判平成13年1月25日東京高等裁判所(刑事)判決時報52巻1～12号2頁,東京高判平成9年3月27日高等裁判所刑事裁判速報集(平9)号70頁,東京地決平成12年4月28日判例タイムズ1047号293頁,東京地判平成9年4月30日判例タイムズ962号282頁。なお、最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁は、このような場合であっても、「人の生命、身体又は財産に危害を及ぼす危険物を所持し、かつ、具体的状況からして、急迫した状況にあるため全法律秩序からみて許容されると考えられる特別の事情のある場合」には、許容される場合があることを示している。

行う態様が、強制的な搜索と評価される場合が多いからと考えられる⁹³⁾。逆に、黙示の承諾が認められたとしても、態様において搜索と評価されるよう場合は、任意捜査として許されない⁹⁴⁾ことに鑑みると、被処分者の拒否の態度は、警察官の態様が「強制にわたっていないか」を判断する一要素と位置づけられる。したがって、相手方が明示的に拒否の態度を示している場合は、その拒否の態度を制圧しない限度において、例えば、何かを隠しながらポケットに突込んである被処分者に対して、ポケットから出すように促すために被処分者の手を引っ張る⁹⁵⁾、あるいは、施錠されていないチャックを開披し内部を一べつする⁹⁶⁾程度しかできないということになろう。これは、所持品検査を任意捜査として位置づける限界である。

一方、被処分者の諾否の態度が明らかではない場合における所持品検査の適法性は、より実質的に必要性、緊急性によって判断される。

緊急性に関して、大阪高判平成11年3月5日判例タイムズ1064号297頁は、車内のポシェットについて所持品検査をする必要性を高度に認めながらも、警察官が同ポシェットを被処分者の承諾なく車外に持ち出した行為について、意向を確認する暇がないほどの緊急性があったとは認められないとして、違法性を認めている。その他の裁判例は、緊急性が認められる事情として、事件の重大性や証拠隠滅の危険性が挙げるものが多い⁹⁷⁾。

前述のとおり、所持品検査は、承諾を得て行うことが原則である。所持品検査の必要性が高度に認められる場合であっても、被処分者の諾否が明らか

⁹³⁾大阪地判平成2年11月9日判例タイムズ759号268頁は、黙示の承諾を認めつつ、態様において搜索に類するとして、任意捜査として許されないとした。逆に、米子銀行事件は、被処分者が明示的に拒否をしていたものの、警察官らの態様が「施錠されていないチャックを開披し内部を一べつしたにすぎない」ことから、許容されたものといえよう。「意思に反する」と「意思を制圧する」を区別する見解として、川出敏裕「任意捜査の限界」小林=佐藤古稀下巻23頁（2006年）。

⁹⁴⁾大阪地判平成2年11月9日判例タイムズ759号268頁。

⁹⁵⁾東京高判昭和58年7月19日刑事裁判月報15巻7・8号347頁。

⁹⁶⁾最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁（米子銀行事件）。

⁹⁷⁾最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁。

ではない場合には、原則として、被処分者の意向を確認しなければならない。したがって、所持品検査においても、緊急性は、承諾を得ない、あるいは意向を確認しないで所持品検査を行う手続の例外性を基礎づける要素として位置づけられる。そうすると、所持品検査においても、実体要件を定立する規範は、所持品検査の必要性に求められる。

所持品検査の必要性は、犯罪の嫌疑や証拠物を所持している疑いがある場合に認められることが多い。例えば、前述の米子銀行事件は、被処分者らが、銀行強盗犯人の嫌疑が濃厚であったことと、兇器を所持している疑いもあったことを、所持品検査の必要性を認める事情として挙げている⁹⁸⁾。また、最決平成7年5月30日⁹⁹⁾は、承諾なく自動車内を調べたことを違法性としながらも、覚せい剤所持または使用の嫌疑があったことを、覚せい剤の存在する可能性の高い自動車内を調べる必要性を認める事情として挙げている¹⁰⁰⁾。

ただ、犯罪の嫌疑は、捜索と同様に、それだけで所持品検査の必要性を基礎づけるものではない。例えば、飲酒運転の嫌疑から、直接的に自動車内の検査の必要性は生じない。犯罪の嫌疑が所持品検査の必要性を認める事情として挙げられることが多いのは、とりわけ覚せい剤などの所持自体が犯罪となる事案において、犯罪の嫌疑から、証拠物を所持している疑いが認められる場合が多いことに求められる¹⁰¹⁾。したがって、犯罪の嫌疑が、具体的ではなく、何らかの罪を犯しているという程度にとどまる場合には、具体的な

⁹⁸⁾なお、これらの事情は、緊急性を認める事情としても掲げられている。緊急性は、緊急配備中の凶悪事件の犯人である疑いがあることから認められるものといえよう。

⁹⁹⁾判例タイムズ884号130頁・判例時報1537号178頁。

¹⁰⁰⁾その他、多くの事例が覚せい剤の嫌疑があることを、必要性を認める事情として挙げている。所持品検査を適法と認めた事例において、覚せい剤の所持または使用の嫌疑から明示的に所持品検査の必要性を認めたものとして、例えば、東京高判平成8年12月25日東京高等裁判所(刑事)判決時報47巻1～12号150頁、大阪高判昭和62年11月4日判例時報1262号139頁、東京高判昭和61年1月29日判例時報1184号153頁などがある。

¹⁰¹⁾最決平成15年5月26日刑集57巻5号620頁は、被告人に対する覚せい剤事犯(使用及び所持)の嫌疑から、覚せい剤がその場に存在する蓋然性が高いこと、および、直ちに保全策を講じなければ、これが散逸するおそれも高いことを推認して、所持品検査の適法性を導いている。

目的物の存在を推認できないため、所持品検査の必要性は生じない¹⁰²⁾。そうすると、所持品検査の必要性も、最終的には証拠物が存在する蓋然性によって判断されることになる。犯罪の嫌疑は、それを推知する資料の一つとして位置づけられる¹⁰³⁾。

以上の通り、任意処分である所持品検査の実体要件を定立する捜査規範も、所持品検査の必要性に求めることができる。そうすると、所持品検査の捜査規範も、強制処分である搜索の搜索規範と同一である。両者は、捜査規範から設定される実体要件の担保方法に違いがあるにすぎず、連続性をもった捜査といえよう。

IV 最後に

1 証拠を収集する処分の規範と必要性アプローチの妥当性

以上、検討してきた通り、わが国における証拠を収集する処分である押収、搜索、所持品検査の実体要件は、いずれも各処分の必要性を類型化したものから設定されている。つまり、いずれの捜査類型も、捜査の必要性という規範によって規律されているといえることができる。そして、各捜査類型の違いは、手続面における実体要件の担保方法にある。そうすると、証拠を収集する処分は、身柄に関する処分と同様に、強制捜査と任意捜査が直線的に、連続性をもった構造を有しているといえよう。

具体的に、押収の必要性は、「証拠物」（犯罪との関連性を有する物）又は「没収すべき物」、搜索の必要性は、「証拠物が存在する蓋然性」によって判

¹⁰²⁾例えば、東京高判平成19年9月18日判例タイムズ1273号338頁、東京高判平成8年7月8日東京高等裁判所（刑事）判決時報47巻1～12号84頁、大阪高判平成2年2月6日判例タイムズ741号238頁、東京地判平成4年9月11日判例時報1460号158頁、東京地判平成4年9月3日判例時報1453号173頁、大阪地判昭和63年3月9日判例タイムズ671号260頁などである。

¹⁰³⁾したがって、犯罪の嫌疑が認められたとしても、疑われる犯罪と関連する証拠物が存在する蓋然性のない場所については、検査することができないという。

断される。また任意処分である所持品検査も、「証拠物が存在する蓋然性」によって必要性を判断されている。

この点は、様々な捜索の種類があるイギリスにおいても、すべての捜査類型に共通して同様の構造を有している。すなわち、イギリスにおける押収の実体要件は「犯罪との関連性」(証拠物)、捜索は「犯罪の発生」¹⁰⁴⁾と「証拠物が存在する蓋然性」が要求されている。いずれも各処分の必要性を判断する要素であるといえよう。

問題は、これらの要素以外の事情により、(1)積極的に必要性を認めることができるか、逆に(2)消極的に必要性を阻却することができるか、という点である。

まず(1)の点は、事実的にも法的にもできないというべきである。各捜査類型の必要性は、各捜査類型の具体的目的に照らして設定されているため、各処分の必要性は、事実上、法定された要素しか考えられない。また、仮に、法律上規定されていない事情により、必要性を認めることができたとしても、強制処分法定主義の観点から、法定されていない要件によって強制処分を認めることはできない¹⁰⁵⁾。したがって、その他の事情により、積極的に必要性を認めることはできないというべきである。

これに対して、(2)の点は、3章で検討したとおり、例えば、関連性の程度や非処分者の不利益の程度などの事情によって、事実上、必要性が否定される場合が考えられる。処分の実体要件は、あくまで典型的に設定されているので、具体的判断において必要性がないと認められる場合には、阻却的に処分が否定されるべきである。昭和44年判決は、このような観点から理解できる¹⁰⁶⁾。

ところで、2章でみたとおり、イギリスでは、実体要件を定立している捜

¹⁰⁴⁾なお、「犯罪の発生」は、わが国においても、「特定の犯罪」として要求されている。

¹⁰⁵⁾強制処分法定主義の中核的意義は、「処分の内容、要件、手続が一般的な法規範として定立されていなければならない」とするところにある。酒巻匡「刑事手続法の諸問題(1)捜査に対する法的規律の構造(1)」法学教室283号(2004年)61頁。

索の規範が、具体的な搜索の範囲を画する基準として機能している。わが国においても、搜索の規範は、実体面において搜索を行うべき範囲から設定されているから、具体的な搜索の範囲は、手続面において担保された搜索の規範、すなわち搜索の必要性によって画されるべきである。

具体的な搜索の範囲について、多くの見解は、いかなる権利に着目するかの差はあれども、主として搜索によって侵害される権利を軸に、搜索の範囲の限界を論じてきた。

しかし、個別の権利・利益が搜索の範囲を画する基準になりえるかは疑問があるように思われる。

まず、搜索の範囲を画する基準は、裁判時ではなく、搜索執行時に機能するものでなければならないところ、捜査の現場において、個別の権利・利益の性質や帰属主体等を判断することは困難であるといわざるをえない。三井教授は、実際上の違法となる場合を、「合理的に判断できるのに、それが怠られた」場合として、実際上の基準を合理的判断の可能性に求める¹⁰⁷⁾。しかし、個別の権利を基準としながらも、なぜ合理的判断の可能性がなければ、侵害が正当化されるのかについては明らかではない。合理的判断の可能性という基準が有効なものとして機能するためには、具体的判断基準の提示が求められよう。また、近年では、個別の権利・利益に着目する見解の中に、憲法35条に実体的権利を観念して、「侵害される権利」(プライバシーの保護)と「政府の利益」(捜査の必要性)を、直接的に、合憲性審査の枠組みにおいて比較衡量する見解も主張されている¹⁰⁸⁾。この見解によれば、捜査官は、搜索現場において個々の権利の性質、帰属主体を確定した上で、比較衡量を

¹⁰⁶⁾報道の自由などの憲法上の価値衡量が要請される場合であっても、同様の枠組みで判断されることになる。具体的な判断枠組みとして、報道の自由は、阻却の事情の一つとして考慮されることになる。最決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁、最決平成2年7月9日刑集44巻5号421頁。また、場所と人の身体とで異なるプライバシーの質もここで考慮される要素にすぎない。

¹⁰⁷⁾三井・前掲注(78)書45頁。

¹⁰⁸⁾緑大輔「無令状搜索押収と適法性判断(3)完：憲法35条による権利保障」修道法学29巻1号89頁(2007年)。

することが求められることになる。同説は、この判断の困難性を認めつつ、それはプロフェッショナルたる捜査官の職責とする¹⁰⁹⁾。しかしながら、検察官は別としても、警察官をはじめとする多くの捜査官は、捜査の専門家であって、法律の専門家ではない。現場の捜査官に、比較衡量を含めた、個々の法的判断を求めるのは、過度の要求のように思われる。

そこで、多くの学説は、権利・利益を抽象的にとらえた上で、実質的な基準を提示する判断枠組みを検討してきた。例えば、渥美教授は、個々の権利・利益を包摂するプライバシー概念を観念しつつ、プライバシーの開放性に実質的な判断基準を求める¹¹⁰⁾。また、井上教授は、「正当な理由」があると判断された、権利・利益の総体を観念した上で、具体的権利・利益がこの総体に包摂されるか否かに判断基準を求める¹¹¹⁾。両説ともに、捜索現場における具体的な判断の困難性を回避し、捜索の範囲を明確にする基準を示している点では優れたものである。ただ、ここで示される抽象的、包括的な権利・利益という概念は、実は、正当理由や実体要件のある範囲を画する手掛かりとして機能しているに過ぎないことに注意しなければならない。例えば、渥美説によると、開放されていない新たなプライバシーへの干渉は、「正当理由」、「令状要件に例外を認める合理的根拠」の存在を理由に許容されるとされる¹¹²⁾。また井上説の権利・利益の総体の範囲も、結局は、実体要件の存在について司法審査されたかどうかから検討せざるを得ない。そうすると、実質的に捜索の範囲を画しているものは、抽象的な権利・利益ではなく、正当理由や実体要件である。

もちろん、捜査処分は、国民の権利や利益に制約を加えて行うものであるから、捜査を行うべき範囲は、究極的には、制約される権利・利益と、捜査の必要の調整問題であることに異論はない。問題は、この比較衡量を誰が

¹⁰⁹⁾ 緑・前掲注(108)書119頁以下。

¹¹⁰⁾ 渥美・前傾注(2)書。

¹¹¹⁾ 井上正仁『強制捜査と任意捜査』(2006年) 335頁。

¹¹²⁾ 渥美・前傾注(2)書170頁。

つどのように判断するか、という枠組みである。権利・利益の側から捜査の範囲を画する見解のより根源的な問題点は、この比較衡量の第一次的な判断主体を捜査官に置く点にある。やはり捜査官に実質的な比較衡量をさせる枠組みは、捜査のコントロールという観点から妥当とは言い難い。捜査の範囲を画する基準は、比較衡量を経た規範による判断枠組みが求められているというべきである。つまり、立法の段階において比較衡量をすることが求められているのである。

もつとも、捜査の必要性によって捜査範囲を限界付ける本稿のアプローチは、プライバシーを軽視しすぎではないかという批判もありうるところである。

これについては、まず、現行法は、III章で検討したとおり、搜索・押収について、必要性があれば、権利帰属者にかかわらず、実施しうるものとして規定している。被疑者以外の第三者の利益が侵害されることは、押収の必要性のところで考慮される一要素にすぎないのである¹¹³⁾。つまり、現行法は、捜査の必要性と、プライバシー等の権利利益を比較衡量した結果、必要性のある範囲について、または、ついでのみ捜査を行うことを認めたものと考えられるのである¹¹⁴⁾。

この点は、イギリスにおいても、捜査の必要性によって搜索の範囲を画しており、犯罪の嫌疑や権利・利益等の被処分者側の事情によって直接搜索の範囲を限界づけていない。このことから、わが国の規定が不当にプライバシーを軽視する規定とはいえないであろう。

また、対立する二つの利益の調整問題において、一方の利益の制約範囲（保護範囲）を一定の規範によって明確にすることによって、他方の利益の保護範囲（制約範囲）を明確にすることは、これまでも行われてきたこと

¹¹³⁾ 緑・前掲注(108)書105頁以下は、保障される実体的権利が刑罰権の発動と結びつくものとして、憲法35条の独自保障を説明する。しかしながら、憲法35条が刑罰権の発動を受けない客体についても同様に保障していることに鑑みると、疑問である。

¹¹⁴⁾ なお、アメリカ合衆国においても、修正4条は、衡量された結果制定されたと解釈されている。Zucher v. Stanford Daily, 436 U.S. 547 (1978).

である。例えば、名誉と表現の自由の調整問題において、刑法は、230条において、原則としてすべての名誉毀損行為を制約する形で、名誉と表現の自由の調整を図っている¹¹⁵⁾。そもそも比較できない2つの価値・利益について、比較衡量の一般的基準を定立することは困難であるといわざるを得ない¹¹⁶⁾。そうすると、比較できない2つの価値・利益の調整について、一方の利益の制約範囲を明確にすることによって行う方法は、むしろ技術的に優れているといえる。したがって、捜査の必要性を明確にすることによって、「国民の自由な領域」を保護することは、方法論としても妥当性を有するものといえよう¹¹⁷⁾。

確かに、抽象的な必要性という概念では、広がりすぎる危険性を秘めている。ただ、捜査の必要性を認める要件も、強制処分法定主義により、法律によって定められなければならない。捜査の必要性を類型化し、具体的に要件を定めることで、捜査の範囲を限界付けることは、十分可能である¹¹⁸⁾。

また、捜査の必要性は、プライバシーのような法的判断ではなく、いわば捜査の専門的判断であるから、現場の捜査官にとっても判断しやすく、事後にならなければ結論が出ないということはない。むしろ抽象的なプライバシー概念を軸に現場の捜査官に判断させるアプローチは、プライバシー概念が複雑化しすぎて個々の捜査官に適切な判断ができず、かえって捜査の範囲が

¹¹⁵⁾ 事実の証明規定（刑法230条の2）は、さらに表現の自由の保護範囲を積極的に明示することによって、より実質的な調整点を探ろうとするものである。いずれにせよ、名誉と表現の自由の調整は、刑法を制定するレベルにおいて行われており、原則としては適用のレベルにおいて比較衡量する構造をとっていない（もっとも、判例は、相当の根拠に基づいて事実を公表したが裁判で真実性の証明に失敗した場合の処理について、例外的に適用のレベルで実質的な比較衡量を行うことを認めている）。

¹¹⁶⁾ 田口守一「搜索・差押えにおけるプライバシー保護」現代刑事法5巻5号16頁（2003年）18頁。同論文は、ここに比較衡量論の限界を指摘する。同19頁

¹¹⁷⁾ このように理解すると、従来、主観的にとらえられてきたプライバシー概念は、「捜査の必要性がある範囲」外の領域と定義されることになり、客観化される。

¹¹⁸⁾ むしろ、実質的な権利・利益の制約がないということで、全くの理由がない捜査を認めることの方が、不当に広がる危険性を秘めている。いくら任意（制約の同意）という形を取ったとしても、無差別な捜査を認めるべきではない。

拡大する危険性を秘めているとさえいる。したがって、捜査の必要性によって捜査の限界を画するアプローチは、捜査実務の点でも優れているといえよう。

現在、プライバシー概念による捜査範囲の明確化に疑問が呈されている¹¹⁹⁾。その背景には、現代社会は、権利・利益が複雑になっていることがあげられる。目覚ましい発展を遂げているインターネット社会は、今後、さらに権利・利益の複雑化を加速することが予想される。このような社会状況に対応する捜査法は、いかなる範囲に捜査権力を介入させるべきか、という観点から、構築していくべきである。今後は、新しい分野に対する捜査の必要性を類型化・具体化していく作業が求められよう。

以上、三稿にわたって令状主義を検討してきたが、令状主義は、捜査規範（捜査の必要性）によって実体要件を設定し、手続要件によって実体要件を担保するシステムであることを明らかにした。つまり、令状主義は、捜査規範を実現するシステムといえることができる。

最後に、冒頭で掲げた問題点について、項を改めて具体的な帰結を検討したい。

2 具体的帰結

(1) 居合わせた人に対する捜査

居合わせた人に対する捜査は、場所に対する捜査によって、当該場所にいる人の「身体」に捜査できるかという問題である。

刑事訴訟法は、捜査の対象として「身体」「物」「場所」を区別している（法102条、221条1項）。「身体」「物」「場所」を区別する理由については、(a)保護されるべき権利の内容や権利の帰属主体の違いから理解する見解¹²⁰⁾、

¹¹⁹⁾田口・前掲注（116）論文。

¹²⁰⁾高田昭正「搜索場所に居る者の所持品検査」法時59巻2号91頁（1987年）、新関・前掲注(69)書231頁以下〔島田二郎〕、川出敏裕「令状による捜査(1)―範囲」刑事訴訟法百選〔7版〕（200年）。

(b)特定性の問題として理解する見解¹²¹⁾、(c)プライバシーの合理的期待の程度から説明する見解¹²²⁾に分かれる。

(c)は、保護されるべき権利内容から説明するという点では(a)と同じである。しかし、搜索の規範を基礎づける実体要件は、前述のとおり、犯罪の発生と押収する物が存在する蓋然性であって、権利の帰属主体によってこれが変わることはない。もちろん、第三者には、押収物の存在する蓋然性が法律上推定されていないので、別にその要件を認める状況が必要である。また帰属主体が第三者であれば、第三者が被る不利益を考慮した上で、押収の必要性を判断しなければならないのは当然である。ただ、法は、押収の必要のある証拠物が存在する蓋然性が認められれば、権利の帰属主体にかかわらず、搜索を認めている。「身体」「物」「場所」の区別は、特定性の問題、すなわち、必要性を審査する単位として位置づけるべきである。

そして、権利・利益の質・量は、前述の通り、阻却的に考慮される事情である。したがって、権利・利益の質・量の違いは、審査する単位において、要求される必要性の程度の問題に解消される。そうすると、審査される単位に通常包摂される権利・利益への搜索は、具体的に、必要性がある限り、すなわち、証拠物が存在する蓋然性がある限り、許されるというべきである。

ただ、身体に対する搜索は、身体の体腔内から、全裸の外表、衣類のポケット、所持するバックまで含まれる。このうち、身体の体腔内の搜索は、身体の安全という利益も加わり、医師等による適切な手段が求められるため、原則として、通常の場合に対する搜索令状のみでは許されない。最決昭和55年10月23日刑集34巻5号300頁は、カテーテルによる採尿を搜索令状によって認めた上で、原則として医師の手によることを要求している。イギリスにおける陰部の搜索も、II章で検討した通り、被処分者の同意がなくてはできないなど極めて厳格に規定されている。ただ、同意がない場合には、それを

¹²¹⁾井上・前掲注(111)書293頁以下。

¹²²⁾渥美・前掲注(78)書86頁以下、光藤景皎『口述刑事訴訟法(上)[第二版]』(2000年)176頁、小木曾・前掲注(83)論文。

不利益に推認できることになっているため、同意の要求は、搜索の必要性より個人の尊厳や身体を優先させたものではない。搜索の必要性は、別の形（不利益推認）で充足されるように設計されている。

全裸の外表面の搜索も、個人の尊厳とも密接に関連し、場所に対する搜索とは異なる利益が認められる。ただ、異なる利益が存在するからといって、独立の単位において審査されなければならないわけではない。イギリスにおいても、衣類を脱がす搜索については厳格な正当化事由（considerable justification）が要求されているものの、独立の権限が要求されるとは解されていない。確かに、わが国における全裸の外表面の搜索は、わが国の検証や鑑定において身体検査が厳格に規定されている（法131-142, 168, 172条）ことに鑑みると、通常の場合に対する搜索と比べて、高度の必要性が要求されるというべきである。ただ、対象者の身体が審査される単位に包摂され、かつ、具体的に高度な必要性がある場合には、搜索することが許される場合があると考えられる。東京地決八王子支部昭和62年10月3日判タ705号267頁は、被疑者着用のエプロンの紐をほどき、トレーナーを脱がせたうえ、自発的に脱がなければ強制してでも脱がせるとの趣旨を告げて被疑者自身をしてズボンと下着を脱がせた事案について、結論として違法としつつ、「被疑者居室を搜索場所とする搜索差押許可状の執行をする際に、その場に居合せた被疑者の態度、着衣の態様等に照らしてその身体に対する搜索が、許される場合がある」ことを示唆している。もっとも、許される場合があるとしても、場所に対する搜索令状によって下着を脱がせることは、下着の中に隠していることが明白であり、証拠隠滅をはかる虞があるなど、他の手段がない場合に限られるというべきであろう。

一方、衣類のポケットや人が所持するバックに対する搜索は、一般にプライバシーの期待が高いとはいえるが、身体を安全や個人の尊厳を害するものではなく、場所に対するプライバシーの期待と質的に異なるところはない。したがって、搜索場所にいる人の所持品は、令状裁判官が審査するにあたり、場所の単位として含めうるほど一般的に当該場所に存在する蓋然性が高く、

かつ、捜索時において、具体的に証拠物が存在する蓋然性が高いといえる場合には、捜索の範囲に含まれるというべきである¹²³⁾。

最決平成6年9月8日刑集48巻6号263頁は、被告人の内縁の妻に対する捜索令状によって、被告人が所持していたポストンバックを捜索した事案につき、適法性を認めている。本件ポストンバックは、場所に存在する物と同一視できることから、具体的に証拠物が存在する蓋然性が認められる本件においては正当といえよう¹²⁴⁾。

函館地決昭和55年1月9日刑月12巻1・2号50頁¹²⁵⁾は、覚せい剤被疑事件において、Xに対する通常逮捕および覚醒剤所持の現行犯逮捕に伴う捜索の中、ホテル同室にいたYの着衣およびふとんを捜索したという事案につき、「強制捜索が許されるのは、刑訴法218条、222条、102条2項の趣旨にかんがみ、押収すべき物をY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」とした上で、XとYの共謀関係、あるいは、譲受関係のある覚醒剤所持を認めるに足りる状況は十分に存在していたとして、捜索の適法性を認めた。また、東京地判昭和63年11月25日判時1311号157頁¹²⁶⁾は、覚せい剤被疑事件において、捜査官が、捜索中に、被告人の落ち着きのない態度等から不審を抱き、手に握っている物を呈示するように説得したが、被告人がこれを拒否したので、被告人の右手指を小指から順次一本づつはがすようにして手を開けて、覚せい剤を発見したという事案につき、「被告人が差し押さえるべき目的物を所持していると疑うに足りる十分な状況があり、かつ、その物を確保する必要性及び緊急性があったことは明らかであるので、警察官が被告人の指を無理に開いた行為は、右許可状に基づき、被告人の身体に対する捜索として行われた強制処分として適法であった」とした。

¹²³⁾池田＝前田・前掲注(7)書144頁。

¹²⁴⁾小川正持・最判解刑事編平成6年度115頁。

¹²⁵⁾本件評釈として、栗野友介「判批」警察実務判例解説〔捜索・差押え篇〕118頁(1988年)、羽山忠弘「判批」警察公論36巻12号132頁(1981年)。

¹²⁶⁾本件評釈として、小山雅亀「判批」刑事訴訟法判例百選<第6版>50頁(1992年)。

いずれの事例も、対象者が一般的に当該「場所」に含められる場合であり、かつ、具体的に、証拠物が存在する蓋然性がある場合に、搜索を認めたものといえよう。

(2) 逮捕に伴う搜索

逮捕に伴う搜索が許される根拠については、3章で検討してきた。本項では、具体的帰結として、同章で示した、逮捕に伴う搜索の正当化根拠を実体要件の状況的担保と理解する立場から、逮捕に伴う搜索の範囲を検討したい¹²⁷⁾。

逮捕に伴う搜索の範囲は、法220条の「逮捕する場合」と、「逮捕の現場」という文言の解釈によって画されてきた。

前述の理解からは、「逮捕する場合」とは、時間軸において「状況」を限定し、実体要件が存在する一般性を基礎づけようとするものである。もちろん、状況的担保の考え方を徹底すれば、搜索は、逮捕以降継続的に、あるいは、逮捕に失敗した場合においても行いうる、ということになる¹²⁸⁾。実際に、イギリスのように、逮捕以降、必要がある場合に、無令状で被疑者宅を搜索できるという規定の方法も立法政策としては、ありうるところである。しかし、わが国は、時間軸においてこれを限定したのである。

最判昭和36年6月7日刑集15巻6号915頁は、緊急逮捕着手前に搜索を開始したことについて、「『逮捕する場合において』と……は、単なる時点よりも幅のある逮捕する際をいうのであり、……[こ]の場合は、逮捕との時間的接着を必要とするけれども、逮捕着手時の前後関係は、これを問わないものと解すべきであって、このことは、同条I項①号の規定の趣旨からも窺うことができるのである。従って、例えば、緊急逮捕のため被疑者方に赴いたところ、被疑者がたまたま他出不在であっても、帰宅次第緊急逮捕する態勢の下に搜索、差押がなされ、且つ、これと時間的に接着して逮捕がなされる限り、その搜索、差押は、なお、緊急逮捕する場合その現場でなされた」と

¹²⁷⁾同様の立場からの検討として、小林・前掲注(82)論文。

¹²⁸⁾酒巻・前掲注(87)論文60頁。

いいうるとした。確かに、前述の趣旨からは、「逮捕する場合」は、時間的接着性を要求するものであって、必ずしも直後のものに限られない。そうでなくても、もともと逮捕自体が、時間軸においても幅のある概念であって、①逮捕行為の準備から、②身柄の物理的拘束、③身柄の引致までも含むものである¹²⁹⁾。判例のいう「逮捕着手」を②を意味するのであれば、逮捕着手前の捜索も許される場合があるように思われる。ただ、広い意味で逮捕に着手したといえるほど逮捕の準備態勢が整っていなければ、手続面によって実体要件が担保されているとは言い得ない。物理的に身柄を確保する前の段階において、「逮捕する場合」と評価できるのは、少なくとも逮捕の準備態勢が整っており、身柄を確保する直前という場合に限られよう¹³⁰⁾。

一方、実体要件の状況的担保の立場から、「逮捕の現場」は、逮捕から証拠物の存在を一般的に推察することができる場所的空間を表すものとなる。逮捕という概念が時間軸において幅があることに伴って、逮捕の現場も、相当幅広くなりうる¹³¹⁾。もっとも、「逮捕の現場」概念に含まれたとしても、具体的に証拠物が存在する蓋然性がなければ、捜索を行い得ないのであるから、「逮捕の現場」概念は、空間面において捜索を限界づけるものとして位置づけられる。

東京高判昭和44年6月20日高刑集22巻3号352頁は、ホテル5階待合室で被疑者を大麻取締法違反で現行犯逮捕して、同人が同ホテル7階の自室に行きたいと申し出たので同行し当該客室を捜索したという事案について、「刑

¹²⁹⁾長井圓「逮捕に伴う捜索・差押え(2)」刑事訴訟法判例百選<第8版>(2005年)。逮捕後の時間的接着性については、身柄の確保を完了させるための一連の行動と捉える見解がある。青柳文雄『刑事訴訟法通論(上)』(1976年)371頁、亀山継夫「逮捕に伴う捜索・差押え(1)」刑事訴訟法判例百選<第5版>52頁・53頁。ただ、この問題は、時間的接着性というよりも、逮捕の場所の問題であろう。

¹³⁰⁾状況的担保の立場から、着手時には、被疑者が現在することが必要とする見解として、渡邊一弘「逮捕に伴う捜索・差押えの範囲」刑事訴訟法判例百選<第7版>60頁(1998年)61頁。

¹³¹⁾新関・前掲注(9)書279頁以下[小林充]は、実体要件の状況的担保という立場から、逮捕の着手手から完了までの各行為が行われた場所は広く含めてよいとする。

事訴訟法第220条第I項第②号が被疑者を逮捕する場合、その現場なら、令状によらないで、搜索差押をすることができるとしているのは、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、その搜索差押が適法な逮捕に随伴するものである限り、搜索押収令状が発付される要件を殆ん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。したがって、同号にいう『逮捕の現場』の意味は……右の如き理由の認められる時間的・場所的且つ合理的な範囲に限られる」とした。

同判例は、証拠の散逸や破壊の危険性も根拠の一つとしてあげているが、仮に、証拠の散逸や破壊の危険性がなく、令状を請求させるとしたら、同ホテル7階客室に対する搜索令状は、結局、ホテル5階で逮捕した事実と、本件客室が被逮捕者の宿泊場所であったことを疎明資料として請求することになると考えられるので、わざわざ本件客室に対する搜索令状を請求させる実益はない。やはり逮捕に伴う搜索は、逮捕事実から、証拠物が存在する蓋然性が、一般的に担保されている場所的空間（逮捕の現場）のうち、具体的に証拠物が存在する蓋然性がある範囲において実施することができる考えるべきである。本件客室は、本件逮捕事実から一般的に証拠物が存在する蓋然性を推察できる場所的空間に含まれるといえ、かつ、具体的にも証拠物の存在が推察できる状況にあったのであるから、本件搜索は適法といえよう。

(3) 排除法則における所持品検査の評価

前稿でも示したとおり、排除法則を令状主義における事後的な司法審査と位置づけるのであれば、排除法則における審査は、実体要件の瑕疵と手続要件の瑕疵では評価が異なる。

まず、実体要件は、捜査規範を基礎づける実体要件と、手続の例外性を基礎づける実体要件に分かれる。具体的に、所持品検査の捜査規範を基礎づける実体要件は、証拠物が存在する蓋然性である。捜査規範を基礎づける実体要件の瑕疵を許容することは、正に不必要な捜査を許すことであるから、令

状主義制度趣旨を没却するものといえよう。また緊急性などの手続の例外を基礎づける実体要件の瑕疵は、手続要件の瑕疵に準じて評価されることになる。

東京高判平成19年9月18日判例タイムズ1273号338頁は、飲酒運転の疑いで停止させた被告人に対して、飲酒運転の嫌疑が解消された後に、薬物所持の疑いで引き続き、所持品検査を要求した事案において、具体的な必要性がない中で継続して要求したとして、その後に獲得された大麻の証拠能力を否定している。また、東京地判平成4年9月11日判例時報1460号158頁は、薬物所持の具体的な嫌疑がない中で、長時間にわたり、明示の承諾がない所持品検査を実施し、覚せい剤を発見したことについて、特に細かく理由を示すことなく、令状主義の精神を没却する重大な違法と評価して、覚せい剤の証拠能力を否定している。いずれも具体的な必要性に欠ける事案であり、このような所持品検査を許せば、不必要な所持品検査を許容することになり、令状主義の精神を没却するものといえよう。

次に、手続要件の瑕疵は、前稿でも示したとおり、強制処分法定主義と、令状主義の観点から問題となる。強制処分法定主義の観点からは、新たな手続要件を作出する評価は許されない。例えば、緊急逮捕の要件が整っていれば、承諾を得ずに、所持品検査を実施してよいといった評価は許されない。また令状主義の観点からは、令状主義が制度として実体要件を担保していることに鑑みると、これを許すと制度として実体要件を担保しえなくなるような手続違反は、重大な違法として評価されるべきである。ここでは、とりわけ制度に携わる捜査官の意図が重要となる。所持品検査において違法とされつつ、証拠能力を認めた事例の多くは、捜査官に脱法意図がないことを理由に挙げる¹³²⁾。やはり、捜査官の脱法意図を許容すれば、捜査官による事実

¹³²⁾捜査官に脱法意図がなかったことを、証拠能力を認める理由の一つとして掲げた事例として、例えば、最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁、東京高判平成13年1月25日東京高等裁判所（刑事）判決時報52巻1～12号2頁平成12年6月12日、大阪高判平成11年3月5日判例タイムズ1064号297頁、東京地判平成9年4月30日判例タイムズ962号282頁、東京高判平成9年3月27日高等裁判所刑事裁判速報集平成9年70頁などがある。

認定を必要とする令状主義制度の基盤が崩れる。その意味では、単なる手続的瑕疵として許容できる前提要件として、捜査官に脱法意図がないことが求められよう。