

逮捕に伴う無令状捜索・差押えについての試論

清水 拓 磨*

目 次

- I はじめに
- II 証拠存在の蓋然性
- III 「押収する物」の明示
- IV 私見への想定される批判
- V 刑事訴訟法220条の構造
- VI 結びに代えて

I はじめに

憲法35条1項によると、捜索・差押えを行うには原則として令状が必要となる。しかし、憲法35条1項自体がその例外を定めており、憲法「第三十三条の場合」、すなわち逮捕が行われる場合には、令状が不要であることを規定している。この憲法の規定を受けて、刑事訴訟法220条1項および3項は、「逮捕する場合」において必要があるとき、無令状により、「逮捕の現場」で捜索や差押えをすることを認める。

無令状による捜索・差押えが認められる理由につき、「逮捕する場合」や「逮捕の現場」の解釈にかかわり、二つの学説が対立している¹⁾。相当説(合

* しみず・たくま 立命館大学法学部准教授

1) 田宮裕編著『刑事訴訟法I』(有斐閣、1975年)348-349頁〔田宮裕〕、川出敏裕「逮捕に伴う差押え、捜索・検証(220 I・III)」法学教室197号(1997年)36頁、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(2008年)4頁。

理説)²⁾と緊急処分説(限定説)³⁾である。しかし、いずれの学説にも疑問がないわけではない。

第一の疑問は、先行研究が指摘するように、逮捕の現場に被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が高いという想定が果たして妥当かである⁴⁾。

相当説は、逮捕に伴う捜索・差押えが無令状で実施できる理由として、逮捕現場には被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が高いことを挙げる⁵⁾。たしかに、現行犯逮捕の場合には、そのような説明ができるのかもしれない⁶⁾。しかし、刑訴法220条1項柱書は現行犯逮捕だけでなく通常逮捕や緊急逮捕の場合にも無令状捜索を認める。そうすると、逮捕状を発付されている被疑者がこれまで全く面識のなかった第三者の住居に入り、そこで逮捕された場合にも、相当説の理解によると、その第三者の住居に証拠物が存在する蓋然性が高いと評価することになるが⁷⁾、本当に高いといえるか疑問が残る⁸⁾。また一般的・類型的にみて、被疑者の身体や所持品の中に

2) 香城敏磨「Chimel v. California, 395 U.S. 752 (1969)」アメリカ法1970年2号(1971年)282頁、小林充「逮捕に伴う捜索・差押に関する問題点」警察研究48巻5号(1977年)18頁以下、辻本典央『刑事訴訟法〔第2版〕』(成文堂、2024年)110-114頁、池田修=前田雅英『刑事訴訟法講義〔第7版〕』(東京大学出版会、2022年)185-187頁。

3) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年)116頁。緊急処分説に立つ見解として、白取祐司『刑事訴訟法〔第10版〕』(日本評論社、2021年)156頁、上口裕『刑事訴訟法〔第5版〕』(成文堂、2021年)140-141頁、福島至『基本講義 刑事訴訟法』(新世社、2020年)93頁、高田昭正『基礎から学ぶ刑事訴訟法演習』(現代人文社、2015年)163頁、田口守一『刑事訴訟法〔第7版〕』(弘文堂、2017年)93頁がある。

4) 堀江慎司「令状主義」法学教室268号(2003年)18頁、池田公博「無令状捜索における証拠存在の蓋然性の意義」研修825号(2017年)3-4頁、池田・前掲注1)6頁を参照。

5) 例えば、香城・前掲注2)282頁、小林・前掲注2)18頁以下、辻本・前掲注2)111頁を参照。

6) 後述の通り、逮捕に伴う無令状捜索の許容範囲を最も限定的に捉える見解は、現行犯逮捕の場合に限って無令状捜索の実施を認める。管見の限り、現行犯逮捕の場合に無令状捜索を否定する見解は存在しない。

7) 小林・前掲注2)18頁、池田・前掲注4)4頁を参照。

8) 池田・前掲注4)4頁、酒巻匡「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)58頁を参照。

証拠物が存在する蓋然性は高いとされてきた⁹⁾。しかし、犯罪の実行から通常逮捕まで数カ月や数年を要することもあるのに、なぜその間、被疑者がその身体や所持品の中に証拠物を所持して行動する蓋然性が高いと想定できるのかは必ずしも明らかではない。

緊急処分説でも、逮捕に伴う捜索・差押えに令状を必要としない理由の一つとして、「証拠物の存在する蓋然性が強い」ことが挙げられている¹⁰⁾。より正確には、令状主義の規制を解除する理由の一つとして、逮捕現場には逮捕の理由となった被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が高いことを前提に、証拠隠滅の防止を図る必要があることが挙げられている¹¹⁾。しかし、仮に逮捕現場には証拠物が存在する蓋然性が高いと想定できないのであれば、緊急処分説も成り立たないと評価せざるを得ない。

第二の疑問は、逮捕の現場で逮捕の理由となった被疑事実に関連する証拠物が発見された場合に、なぜこれを差し押えることができるのかという点にある。相当説でも緊急処分説でも、逮捕の理由となった被疑事実に関連する証拠物を差し押さえることができる点に争いはなく¹²⁾、従来、この点はあまり疑問視されてこなかった¹³⁾。しかし、令状による差押えと比較してみると、証拠物を無令状で差し押さえることができる理由は必ずしも

9) 酒巻・前掲注8) 62頁。

10) 平野・前掲注3) 116頁。

11) 平野・前掲注3) 116頁を参照。

12) 川出・前掲注1) 36頁を参照。

13) ただし、小林・前掲注2) 28頁以下はある。小林・同上28頁は、「令状による差押において、その対象は、当該令状上に罪名によって表示される特定の被疑事実に關するものであることを必要とするほか、当該令状に『差押えるべき物』として明示されたものに限って行われなければならない。逮捕に伴う差押においてはこのような限定はないと解さざるをえないが、それだけに被疑事実に關するものであることがある程度明確である物、すなわち、当該犯罪に關し刑法一九条一項の没収の要件を備えている物のほかは、当該犯罪と被疑者との結びつきを顕著に推測させる物等に限って差押をなすべきであろう」と指摘する。このほか、金子大作「逮捕に伴う無令状捜索差押えの許される範囲」田中康郎監修『令状実務詳細〔補訂版〕』（立花書房、2023年）699頁も参照。なお、本稿がこのような問題意識をもったのは、緑大輔「逮捕に伴う対物的強制処分」同『刑事捜査法の研究』（日本評論社、2022年）144頁を読んだのである。

明らかではない。

令状により差押えをする場合、憲法35条1項は令状に「押収する物を明示する」ことを要求している。これを受けて刑法219条1項は令状には「差し押さるべき物」を「記載し」なければならないと定める¹⁴⁾。これらの規定からわかる通り、令状による差押えの場合には、被疑事実に関連する証拠物が発見されたとしても、令状にその証拠物が記載されていなければ差し押さえることはできない¹⁵⁾。それにもかかわらず、逮捕に伴う無令状差押えの場合には、逮捕の理由となった被疑事実に関連する証拠物が発見されればこれを差し押さえることができる¹⁶⁾。つまり、令状を得た場合よりも令状を得ない場合の方が差押え対象の範囲が広がる。このような奇妙な帰結は、相当説でも緊急処分説でも変わらないであろう。しかし、そのような帰結になる理由は存在するのだろうか。

以上の二つの疑問は、まったく関連しないように思われるかもしれない。しかし、本稿ではこれら二つの疑問が重なり合うことを明らかにし、刑法220条1項・3項の規定の意味を明らかにしたい。

II 証拠存在の蓋然性

1 検討の順序

田宮裕の整理によると、逮捕に伴う捜索・差押えが無令状で実施できる理由をめぐり、相当説と緊急処分説が対立している¹⁷⁾。このような田宮の整理は、現在でも基本的には維持されているものと思われる¹⁸⁾。相当説に

14) 宇藤崇ほか『刑事訴訟法〔第3版〕』（有斐閣、2024年）127頁〔堀江慎司〕。

15) 酒巻匡『刑事訴訟法〔第3版〕』（有斐閣、2024年）132頁。

16) 川出・前掲注1）36頁を参照。

17) 田宮・前掲注1）348-349頁。なお、逮捕に伴う捜索・押収についてのアメリカ法の田宮による紹介として、田宮裕「逮捕に伴う捜索・押収について」判例タイムズ21巻9号（1970年）26頁以下がある。

18) 田野尻猛「逮捕に伴う捜索・差押え（1）」別冊ジュリスト60巻1号（2024年）58頁、高

よっても緊急処分説によっても、逮捕の現場には逮捕の理由となった被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が高いことが前提にされるが¹⁹⁾、「逮捕の現場」の解釈にかかわって、その意味は異なる。そこで本稿では、証拠存在の蓋然性が高いといえるかという問題を相当説、緊急処分説の順に検討する。また近時、井上正仁によって二分論的アプローチも主張されているので、この見解についても検討したい²⁰⁾。次に、現行犯逮捕の場合とそれ以外の逮捕の場合に分ける堀江慎司のアプローチについても検討を行う²¹⁾。最後に、緊急処分説を読み直す緑大輔の見解²²⁾を参考にしつつも、批判的に検討し、逮捕に伴う捜索が無令状で実施できる理由につき考えたい。

2 相当説

相当説と一言でいっても、論者によって理論構成は若干異なる。しかし相当説が、逮捕に伴う捜索・差押えが無令状で実施できる理由につき、逮捕現場には逮捕の理由となった被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が高いことを挙げる点は争いがないであろう²³⁾。たとえば小林充は、「逮捕の現場における捜索・差押につき令状を必要としないのは、逮捕の現場

倉新喜「任意捜査における留め置きと現行犯人逮捕に伴う無令状の捜索差押え」新・判例解説 Watch28号（2021年）227頁、加藤克佳「逮捕に伴う捜索・差押え（1）」別冊ジュリスト232号（2017年）50頁、白取祐司「逮捕に伴う捜索・差押え（2）」別冊ジュリスト232号（2017年）53頁、堤和通「逮捕に伴う捜索・押収」現代刑事法5巻5号（2003年）24頁、川出・前掲注1）36頁、大澤裕「逮捕に伴う被逮捕者の所持品等の差押えの適法性」法学教室192号（1996年）100頁、酒巻・前掲注8）58頁を参照。

19) 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（2005年）62頁、川出・前掲注1）36頁、酒巻・前掲注8）58頁、滝谷英幸「現行犯逮捕に伴う被疑者の着衣等に対する捜索の適法性」法学セミナー65巻11号（2020年）133頁。

20) 井上正仁「逮捕に伴う無令状捜索・差押え」同『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014年）331頁以下。なお初出は、井上正仁「逮捕に伴う無令状捜索・差押え」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、2013年）80頁以下であるが、大幅に加筆されている。

21) 堀江慎司「刑事訴訟法二二〇条一項二号による無令状捜索の空間的範囲」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）398頁以下。

22) 緑・前掲注13）151頁。

23) 香城・前掲注2）282頁、小林・前掲注2）18頁以下、辻本・前掲注2）111頁を参照。

においては証拠が存在する蓋然性が強いから、裁判官の搜索・差押令状の発付をまつまでもないからである」と説明する²⁴⁾。しかし、証拠存在の蓋然性が高いと断言できるかは必ずしも明らかではない²⁵⁾。

たしかに、現行犯人を逮捕する場合を考えると、被疑者が犯行を行う過程にあり、あるいは行い終わった直後であることが明らかであるから、一般的・類型的にみて、証拠存在の蓋然性が高いといえるかもしれない²⁶⁾。実際、先行研究が紹介する通り、現行憲法の制定過程の当初において無令状処分が検討されたのは、現行犯逮捕を念頭に置いてのことだった²⁷⁾。しかし、無令状の搜索・差押えが認められるのは現行犯の場合に限られないと理解されるに至り、現行の刑訴法はそのような理解に基づいて制定された²⁸⁾。現行の刑訴法によると、現行犯逮捕の場合だけでなく、通常逮捕や緊急逮捕の場合にも無令状搜索・差押えが実施できることになっている(刑訴法220条1項柱書)。しかし、通常逮捕や緊急逮捕の現場に、逮捕の理由とされた被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が高いと断言できるかは疑わしい。例えば、相当説の理解によると、逮捕状を発付されている被疑者がこれまで全く面識のなかった第三者の住居に入り、そこで逮捕された場合にも、その第三者の住居には証拠物が存在する蓋然性が高いと説明することになると思われるが、このような説明ができるとは到底思えない²⁹⁾。

3 緊急処分説

(1) 平野龍一の緊急処分説

以上のような逮捕の現場には逮捕の理由となった被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が高いとはいえないという問題は、緊急処分説にも

24) 小林・前掲注2) 18頁。

25) 池田・前掲注4) 3頁を参照。

26) 井上・前掲注20) 338-339頁を参照。

27) 池田・前掲注1) 7頁以下、井上・前掲注20) 334-335頁を参照。

28) 池田・前掲注4) 4頁。

29) 池田・前掲注4) 4頁を参照。

妥当するものと思われる³⁰⁾。というのも、緊急処分説も逮捕に伴う捜索・差押えが「令状を必要としない」理由の一つとして、「証拠の存在する蓋然性が強い」ことを挙げるからである³¹⁾。

平野龍一は、アメリカの Rabinowitz 判決³²⁾の反対意見に影響を受けて³³⁾、後に緊急処分説と呼ばれる学説を展開した³⁴⁾。当該論者によると、逮捕に伴う捜索・差押えが令状を不要とするのは、「証拠の存在する蓋然性が強いだけでなく、逮捕者の身体のはかる必要があり、また、証拠の破壊を防ぐ必要があるからである」³⁵⁾。このような根拠から、「逮捕の現場」を「被疑者の身体およびその直接の支配下にある場所」に限定し、「逮捕する場合」を「右のような状態の存する時間内に限るべきである」とする³⁶⁾。

以上の通り、緊急処分説においても、証拠物が存在する蓋然性が高いことが令状を不要とする一つの根拠にされていることから、相当説に与えられた批判が妥当するようと思われる。このような理解に対しては、緊急処分説は「逮捕の現場」を「被疑者の身体および直接の支配下にある場所」と解釈し³⁷⁾、捜索・差押えが許される空間的範囲は相当説の場合よりも限られるから、その範囲でなら証拠物が存在する蓋然性が高いといえるのではないかという疑問が生まれるかもしれない。たしかに、本稿が証拠存在の蓋然性が典型的に高いとはいえない例として最初に挙げたのは、逮捕状を発付されている被疑者がこれまで全く面識のなかった第三者の住居に入り、そこで逮捕された場面であるから、その例と比較すると、証拠存在の可能性は「被疑者の身体および直接の支配下にある場所」の方が高いかも

30) 池田・前掲注4) 3頁を参照。

31) 平野・前掲注3) 116頁。

32) Rabinowitz v. United States, 339 U.S. 56 (1950).

33) 平野龍一「証拠排除による捜索の抑制」同『捜査と人権』（有斐閣、1981年）117-118頁。

34) 平野・前掲注3) 116頁。

35) 平野・前掲注3) 116頁。

36) 平野・前掲注3) 116頁。

37) 平野・前掲注3) 116頁。

しれない。しかし、緊急処分説も現行犯逮捕の場合だけでなく、通常逮捕の場合にも無令状捜索を認めることを明示的に否定しない³⁸⁾。通常逮捕の場合に「被疑者の身体および直接の支配下にある場所」に証拠存在の蓋然性が高いといえるかは必ずしも明らかではないだろう。というのも、犯罪の実行から通常逮捕まで数カ月から数年を要することもあるのに、その間、被疑者がその身体や直接の支配が及ぶ所に証拠物を入れて行動する蓋然性が高いと想定することはあまりに現実的でないように思われるからである。緊急処分説が、令状主義の規制を解除する理由の一つとして証拠存在の蓋然性を挙げていた点は誤りであったと評価せざるを得ないように思われる³⁹⁾。

(2) 緊急処分説を修正する見解

このような論理は、緊急処分説を修正する近時の見解にも妥当する。従来、緊急処分説は、証拠隠滅の主体を被逮捕者に限定してきたが、「緊急処分説のそもそもの出発点が、逮捕の際の証拠湮滅の防止ということにあるのなら、その主体を被逮捕者のみに限定する論理必然性はないはずである」として、「第三者による証拠湮滅の危険」まで考慮する見解が現れている⁴⁰⁾。しかし、この見解が第三者によるものも含めた証拠隠滅の防止を理由とする無令状捜索を認めるのは、逮捕現場には逮捕の理由となった被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が高いことを前提にするから、これまで論じてきた批判がこの見解にも妥当するものと思われる。

4 二分論的アプローチ

近時、「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

38) 平野・前掲注3) 116-118頁を参照。

39) ただ、平野・前掲注3) 117頁は、「逮捕に伴う捜索・差押が、逮捕者の保護と証拠破壊の防止を根拠としている」と指摘することを踏まえると、本稿の指摘は誤解に基づく可能性もある。

40) 川出・前掲注1) 37頁。酒巻・前掲注8) 60頁、伊藤博路「逮捕に伴う捜索・差押えの場所的限界に関する一考察」名城ロースクール・レビュー13号(2009年)11頁も参照。

等の場合」を分け、後者について証拠存在の蓋然性が認められるのは比較的狭い範囲に限られるとする二分論的アプローチが主張されている⁴¹⁾。紙幅の関係上、本稿が特に問題視する部分に絞って二分論的アプローチを取り上げると、この見解を主張する井上正仁は、「被疑者の身体・携帯品や住居等についてみると、……そこに証拠物等が所在する蓋然性が一般に推認される」と指摘する⁴²⁾。

まず、現行犯逮捕以外の逮捕の場合に、被疑者がその身体や携帯品の中に証拠物を所持して行動している蓋然性が高いといえるかが問題になる。これについては「刑事訴訟法102条1項が被疑者の身体や住居等の捜索については……『押収すべき物の存在を認めるに足る状況』のあることを積極的な要件としていないのは、一般に、そこには証拠物等が所在する蓋然性のあることが推認されるためである」とすると、被疑者の身体が移動しても、その推認は存続するはずであるから、そのような意味で、前記の想定（筆者注：常に被疑者がその身体や携帯品中に証拠物を所持して行動しているという想定）が一応成り立つと考えることはできよう⁴³⁾。また、「前記102条1項の規定の趣旨からすると、被疑者の住居など被疑者が日常的に使用したり管理したりする場所についても、被疑者の身体等についてと同様、証拠物が所在する蓋然性が一般的であると推認されるはずである」と指摘する⁴⁴⁾。

この見解にも疑問がないわけではない。これまで、「被逮捕者の身体・所持品には、逮捕被疑事実に関連する証拠が存在する蓋然性が高度に認められるとってよい⁴⁵⁾」という評価がなされる傾向が強かったと思われる。しかし、犯罪の実行から通常逮捕まで、数カ月、数年を要することもあるの

41) 井上・前掲注20) 358頁以下。

42) 井上・前掲注20) 359頁。

43) 井上・前掲注20) 342頁。

44) 井上・前掲注20) 343頁。

45) 酒巻・前掲注8) 62頁。

に、その期間、被疑者がその身体や所持品の中に犯罪に関連する証拠物を所持して行動する蓋然性が高いと想定するのはあまりに現実的ではないように思われる。

当該論者が注目するのは、刑訴法102条である。刑訴法102条は、その2項で「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のある場合に限り、捜索することができる」としている。これに対して、その1項は、「被告人の身体、物又は住居その他の場所」の捜索には「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」のあることを積極的な要件としていない。この条文構造から、被告人の身体や住居などには証拠存在の蓋然性が高いという判断があるという読み方もできなくない⁴⁶⁾。しかし、前述の通り、犯罪の実行から通常逮捕まで数年を要することもあるのに、その間、被疑者がその身体や着衣などに証拠を所持して行動していると評価するには明らかに無理がある⁴⁷⁾。このような考えからすると、刑訴法102条1項・2項は、「被告人」の身体や住居などと比較して、「被告人以外の者」の身体や住居などには「押収すべき物」が存在する可能性が相対的には低いという考えに基づくものであり、「被告人」の身体や住居などに押収すべき物が存在する蓋然性が高いとまで評価を示すものではないように思われる。つまり、刑訴法102条2項は、

46) 後藤昭=白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法〔第3版〕』（日本評論社、2018年）235頁〔高倉新喜〕は、「本条1項（筆者注：刑訴法102条1項）の場合は、押収すべき物の存在する蓋然性が高いので、『必要がある』ことのみで憲35条にいう『正当な理由』があるものと法律上推定され、捜索が許される」と指摘する。また、三好一幸『令状審査の理論と実務』（司法協会、2024年）116頁は「被疑者方と第三者方で捜索の要件を異にしているのは、被疑者の住居等においては、差し押さえるべき物が存在する蓋然性が高いと推定されるから、捜査の必要がある限り捜索をすることができるが（法102条1項）、被疑者以外の第三者の住居等においては、そのような推定は働かないので、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要件として、第三者の権利を保護する必要があるからである」と指摘する。

47) 「身体の捜索は、身体そのもののほか、着衣の捜索を含む」という。後藤=白取編・前掲注46) 236頁〔高倉新喜〕。松尾浩也監修『条解 刑事訴訟法〔第5版増補版〕』（弘文堂、2024年）226頁も参照。

あくまで注意的に、被告人以外の者の身体や住居などについては、「押収すべき物の存在を認めるに足る状況のある場所に限り、捜索することができる」と規定したのではないか。

当該論者は、「このような解釈は、あくまで、当該住居等に証拠物が所在する蓋然性が一般的に推認されることを前提としているから、被疑者の住居等であっても、事案の性質上、そのような推認が働かないような場合や部分については、当然、無令状で捜索等を行うことは許されない」と指摘する⁴⁸⁾。ここから窺えるように、あくまで証拠存在の蓋然性が認められるのは一般の話であって、本稿が問題にするような証拠存在の蓋然性が高いとはいえないケースでは無令状捜索・差押えは許されないのであるから、当該論者のように理解しても問題ないのではないかという疑問もなくはない。しかし、これまでに論じてきたように、そのような一般的な推認が成り立つかが疑問であるだけでなく、当該論者のように解すると、個別の事案における証拠存在の蓋然性の判断が裁判官ではなく、逮捕を行う捜査官に委ねられることになり、令状主義が裁判官の審査・判断を経させることに重要な意味を見出してきたことを踏まえると、看過できない⁴⁹⁾。

5 現行犯逮捕とそれ以外の逮捕を分けるアプローチ

(1) 現行犯逮捕の場合にのみ無令状捜索差押えを認める見解

以上の問題は、無令状捜索が現行犯逮捕以外の場合にも認められるというところから生じる。すなわち、通常逮捕や緊急逮捕の現場には、逮捕の理由となった被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が高いとは断言できないという点が問題であった。そこで、逮捕に伴う無令状捜索はそもそも現行犯逮捕の場合に限って認められるという理解もありうるかもしれない。しかし、このような理解は、少なくとも現行刑法の解釈論として

48) 井上・前提注20) 359頁。

49) このような発想をもつように至ったのは、堀江・前掲注21) 406頁を読んだことである。

は成り立たないだろう⁵⁰⁾。というのも、刑訴法220条1項柱書は、現行犯逮捕だけでなく通常逮捕や緊急逮捕の場合にも無令状捜索・差押えを認めているからである。他方、憲法論として考えると、評価が分かれる。憲法35条1項は「第三十三条の場合を除いては」捜索・差押えに令状が必要である旨を規定している。この「第三十三条の場合」が現行犯逮捕の場合のみを指すのか⁵¹⁾、それとも現行刑訴法のように令状による逮捕の場合を含むのか⁵²⁾、憲法学では理解が分かれている。憲法33条は「何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない」と規定し、逮捕には令状が必要であるという令状主義を定め、現行犯逮捕はその令状主義の例外であることを示している。このような条文の構造からすると、憲法35条1項は現行犯逮捕に限らず通常逮捕を含めた「逮捕する場合」を定めていると解するほかないように思われる⁵³⁾。

(2) 現行犯逮捕とそれ以外の逮捕とで無令状捜索の許容範囲が異なるとする見解

では、無令状捜索が現行犯逮捕の場合に限らず、通常逮捕や緊急逮捕の場合にも認められるとして、これらの二つの場合で、無令状捜索の許容範囲が異なるという説明はできないだろうか⁵⁴⁾。このような見解を主張する堀江慎司は、証拠存在の蓋然性および証拠の破壊隠滅の危険性の観点からは、現行犯逮捕の場合とそれ以外の場合とで無令状捜索の具体的な許容範

50) 堀江・前掲注21) 400頁。

51) 松井茂記『日本国憲法〔第4版〕〕(有斐閣、2022年) 506頁、辻村みよ子『憲法〔第7版〕〕(日本評論社、2021年) 264頁。

52) 芦部信喜『憲法〔第8版〕〕(岩波書店、2024年) 270頁。

53) 堀江・前掲注21) 400頁、木下智史=只野雅人編『新・コンメンタール憲法〔第2版〕〕(日本評論社、2019年) 399頁〔倉田原志〕参照。

54) 堀江・前掲注21) 400-401頁。

囲を分けて検討すべきであるとする⁵⁵⁾。

まず、通常逮捕や緊急逮捕を含めた「逮捕の場合に特有の証拠存在の蓋然性の高さは認められないものの、前記①の範囲（筆者注：被疑者の身体や携帯品、逮捕の着手後完了までの間に被疑者が現に所在する・した場所）では、逮捕を契機として、被疑者により証拠の破壊隠滅が行われようとする強い危険性が一般的・典型的に認められるため、令状審査を経させることが適当でないということを理由に、無令状搜索を正当化する……。これは、もし証拠が存在するとすればそれを破壊隠滅しようとする可能性が（逮捕の場合には特に）高いため、そのような可能性に備えて無令状搜索を認めるものといってよい」とする⁵⁶⁾。「ただし、令状審査の必要性が大きいにもかかわらず、令状審査を経させることが適当でないというだけでこれを省略することは疑問に思われる。従って、令状審査の必要性が（無い・乏しいとまではいえなくとも）『大きくない』といえる程度には、証拠存在の蓋然性が一般的に推認されることが前提とされるべきであろう……。この点、①の範囲においては、令状審査の必要性がそれほど大きくないということを肯定しうる。なぜなら、一〇二条一項の趣旨に照らし、被疑者の身体・携帯品については証拠存在の蓋然性が一般的に推認されるし、また、かかる一般的推認を前提に、被疑者以外の者の住居等での逮捕の場合も含め、逮捕の着手後完了までの間に被疑者が所在する・した部屋等についても、逮捕を契機とした被疑者による隠匿行為により証拠が存在することになる蓋然性が推認されるからである」⁵⁷⁾。

現行犯逮捕については、次のように指摘する。「現行犯逮捕は、犯罪が行われている間又はその終了直後に着手されるべきものであるから、その逮捕の現場は、通常は犯行現場に属する場所でもあり、そして現行犯の犯行現場においては、当該犯罪に関連する証拠が存在する極めて高度の蓋然性

55) 堀江・前掲注21) 400頁。

56) 堀江・前掲注21) 398頁。

57) 堀江・前掲注21) 398-399頁。

が類型的に認められる。加えて、そのような現行犯の場合に特有の、証拠存在の極めて高度の蓋然性が存するがゆえに、被疑者がそうした証拠を破壊隠匿しようとする強い危険性もまた、現行犯の場合に特有の事情として存在するといえよう。そのような極めて高度の蓋然性、強い危険性が認められる空間的範囲は、被疑者の身体・携帯品のほか、『犯行現場』と評価しうる領域全体に及ぶといつてよいであろう。他の種類の逮捕の場合に無令状捜索が許容される前記①の範囲、即ち逮捕の着手後完了までの間に被疑者が現に所在する・した場所には必ずしも限定されず、逮捕の着手よりも前に被疑者がいて犯行を行っていたと認められる場所や、被疑者の現実的所在とは別に被疑者による犯罪が現に行われている・いたと認められる場所等も含まれる⁵⁸⁾。

以上のような理論構成も、無令状捜索・差押えを認めた憲法35条1項と刑訴法220条1項・3項が現行犯逮捕とそれ以外の逮捕の場合とを分けていない点を踏まれば、条文解釈として無理があるように思われる。もっとも、このような批判は、当該論者も「刑訴法は無論、逮捕の種類を区別せず無令状捜索差押えを許容している」点を指摘していることを踏まえると、皮相的なものになるかもしれない⁵⁹⁾。より本質的な疑問は、通常逮捕や緊急逮捕の場合に、逮捕現場に証拠物が存在する蓋然性が高いとは評価できないにもかかわらず無令状捜索が認められるとする理由が十分に示されているとは思われない点にある。当該論者のような結論が得られるのは、当該論者自身が指摘するように、令状審査の必要性和緊急性ゆえの令状審査を経ることの不適当性とを「相対的・比較衡量的に考慮する」ことを認めるからだと思われるが⁶⁰⁾、このような衡量が許される理由・根拠は必ずしも明らかではない。

58) 堀江・前掲注21) 400-401頁。

59) 堀江・前掲注21) 388頁。

60) 堀江・前掲注21) 399頁。緑・前掲注13) 145頁の注15は、このような「方向性は妥当なものだと考える」と指摘する。

6 緊急処分説を修正する見解から得られる示唆と試論

以上の検討から得られる示唆は、逮捕に伴う捜索が無令状で実施できる理由として、逮捕の現場には被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が高いことを挙げるのが許されないというものである⁶¹⁾。では、どのような理由によって無令状捜索は正当化されるのだろうか。

近時、緊急処分説を読み直し、刑訴法「220条は、逮捕のための『必要な処分』を法定した」と解する見解が登場していることは注目に値する⁶²⁾。この見解を主張する緑大輔は、「刑訴法220条1項が、『逮捕する場合』に『必要があるとき』に強制処分を執行することを許容している点」に着目し、「逮捕する場面において、何のために『必要』な処分をとりうるのか、その目的を文言上限定していない」ことから、「220条を逮捕のために必要な処分としても読み取ること」ができるとする⁶³⁾。

このように理解すると、逮捕に伴う捜索・差押えが無令状で認められるのは、逮捕の執行を確保するためと説明することになろう。ところが、緑説にも疑問がないわけではない。というのも、緑は証拠保全を目的とした捜

61) 堀江慎司は、逮捕現場には逮捕の理由とされた被疑事実に関連する証拠が存在する蓋然性が高いという点に疑問を呈するが、「逮捕の場合に特有の証拠存在の蓋然性の高さを基礎づける事情が認められない以上、……、証拠の発見・保全を目的とした無令状捜索は許されない」という考えを「極端な結論」と断じている。堀江・前掲注21) 398頁。堀江の理解からすると、本稿のような理解は「極端な結論」と批判されるだろう。

62) 緑・前掲注13) 151頁。当該著者によるアメリカ合衆国の修正4条の詳細な紹介と分析として、緑大輔「無令状捜索押収と適法性判断(1)～(3・完)」修道法学28巻1号(2005年)452頁以下、28巻2号(2006年)458頁以下、29巻1号(2006年)244頁以下がある。当該論稿は、アメリカ法との比較を踏まえ、日本国憲法35条が手続的権利と実体的権利を保障していると解したうえで、実体的権利としてプライバシー権と財産権の双方があることを明らかにし(緑・同上29巻1号229頁)、捜索・押収という文脈で問題になるプライバシー権・財産権が人身の自由保障と密接に関連しており(緑・同上227頁)、その「捜索押収を受けない自由の価値の高さ・保障の必要性の高さから、解釈基準として必要最小限度基準」を導き出す(緑・同上208頁)。そしてこの最小限度基準は、「目的審査において『やむにやまれぬ政府の利益』を、手段審査においては『必要最小限の手段』を、そして目的と手段との間に実質的な関連性を求める」という(緑・同上208頁)。

63) 緑・前掲注13) 150頁。

索・差押えも認めるからである⁶⁴⁾。当該論者がこのように理解するのは、「現行法の逮捕・勾留には罪証隠滅を防止するために行われる処分という性質があるにもかかわらず(刑訴規則147条の3、刑訴法207条1項、同60条)、逮捕を機会に証拠が隠滅されてしまうとすれば、まさに逮捕・勾留の目的を完遂できずに失敗してしまうことになるからである⁶⁵⁾。しかし、証拠保全のための搜索は、やはり逮捕現場には証拠物が存在する蓋然性が高いことを前提にせざるを得ないのではないだろうか。前述の通り、通常逮捕や緊急逮捕の現場にその蓋然性が高いとは断言できないであろう。

以上の議論をまとめておこう。逮捕に伴う搜索・差押えが無令状で実施できる理由は、逮捕現場には逮捕の理由となった被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が高いことにあるわけではない。そうではなく、逮捕執行を確保するために、無令状で搜索・差押えが認められるのである。

ここで本稿における理解を鮮明にするために、緊急処分説の提唱者となった平野龍一の見解と比較しておきたい。既に引用したように、平野によると、逮捕に伴う搜索・差押えが令状を不要とする理由は、「証拠の存在する蓋然性が強いだけでなく、逮捕者の身体の安全をはかる必要があり、また、証拠の破壊を防ぐ必要があるからである⁶⁶⁾。この平野説では、逮捕に伴う搜索・差押えが無令状でできる理由として、次の二つの点が挙げられている。一つは、「逮捕者の身体の安全をはかる」という逮捕執行の確保の点である。もう一つは、逮捕現場には被疑事実に関連する証拠物が高いことを前提に、証拠破壊を防ぐという点である⁶⁷⁾。一見すると、① 証拠存在の蓋然性の高さ、② 逮捕執行の確保、③ 証拠破壊の防止という三つの点が並立的に挙げられているようにも理解できるが、証拠物が存在する蓋然性が高くないにもかかわらず、証拠破壊を防止するために搜索をする必要が

64) 緑・前掲注13) 150頁。

65) 緑・前掲注13) 146頁。

66) 平野・前掲注3) 116頁。

67) この点の整理にあたっては、緑・前掲注13) 146頁も参照。

あるとはいえないはずだから、①は③の前提ということになる。また②は①を論理的な前提としないから、令状が不要とされる理由は、②逮捕執行の確保と、①証拠存在の蓋然性の高さを前提とした③証拠破壊の防止に整理できる。そして、本稿がこれまでに論じてきたように、一般的・類型的にみて、通常逮捕や緊急逮捕の現場に証拠物が存在する蓋然性が高いとはいえないとすれば、①だけでなく、それを前提にする③証拠破壊の防止も令状主義を解除する理由として挙げることは許されない。そこで残った②逮捕執行の確保が令状主義の規制を解除する理由になるわけである。

Ⅲ 「押収する物」の明示

ところで、逮捕に伴う無令状搜索の結果、逮捕の理由とされた被疑事実に関連する証拠物が発見されたとする。相当説でも緊急処分説でも、この証拠物を差し押さえることができることに大きな争いはないものと思われる⁶⁸⁾。しかし、令状による差押えと比較してみたとき、このような差押えが許される理由が存在するかは必ずしも明らかではない。

令状による差押えの対象は、令状に「差し押さえるべき物」として記載された物件に文面上該当し、被疑事実に関連する証拠物または没収すべき物である⁶⁹⁾。ここで注意すべきなのは、「被疑事実との関連性がいかに明瞭であっても、令状に記載されている物件に該当しないものを差押えるのは違法である」とされる点にある⁷⁰⁾。このように解するのは、憲法35条1項

68) 川出・前掲注1) 36頁を参照。

69) 酒巻・前掲注15) 132頁。

70) 酒巻・前掲注15) 132頁。宇藤ほか・前掲注14) 135頁〔堀江慎司〕も参照。なお従来、搜索の過程でたまたま他事件の証拠が発見された場合にこれを差押えることができるかが議論されてきたが、本稿の主題から逸れることになるので、この点には立ち入らない。酒巻匡「いわゆる『緊急押収』について」松尾浩也＝芝原邦爾編『刑事法学の現代的状況 内藤謙先生古稀祝賀』（有斐閣、1994年）431頁以下、加藤康榮「無令状搜索差押えの許容範囲」日本法学76巻4号（2011年）1263頁以下、洲見光男「自動車に対する無令状搜索・差押の適法性」判例タイムズ802号（1993年）58頁の注61を参照。

が、令状に「押収する物の明示」を求めることの当然の帰結である⁷¹⁾。ところが、逮捕に伴う無令状差押えの場合、逮捕の理由となった被疑事実との関連性が要求されるとしても、令状による差押えに妥当するような「押収する物」の明示（刑訴法の「差し押さえるべき物」の明示）による規律は存在しない。その結果、令状による差押えよりも、無令状による差押えの方が差押え対象の範囲が広くなるという奇妙な事態が生じる。このような帰結を正当化するのは難しいのではないだろうか。

このような理解に対しては、搜索・差押え令状の記載事項に関する最高裁決定を踏まえて、次のような反論が想定される。すなわち最高裁は、「本件に関係ありと思料せられる一切の文書及び物件」という記載が「具体的な例示に附加されたものであつて」、「被疑事件に関係があり、且つ右例示の物件に準じられるような……文書、物件を指すことが明らかである」場合には許されるとしたことから⁷²⁾、令状による差押えの場合にも、「押収する物」の明示機能は骨抜きにされており、逮捕に伴う無令状差押えの方が差押えの対象が広いとはいえないという反論があるかもしれない。しかし、仮にそうだとすれば、当該最高裁決定が令状主義から問題であるというだけであろう。また、仮にこの最高裁決定を前提にしても、令状に記載された「差し押さえるべき物」以外の証拠物の差押えが許されるわけではなく、無令状差押えの場合にはその規律が及ばないという問題は残る。

以上の批判に対しては、逮捕現場では証拠物が破壊・隠匿されるおそれが高く、令状審査を経る時間的余裕がないことから、証拠保全のために差押えが許されるという応答があるのかもしれない。たしかに、搜索の結果、逮

71) 憲法35条1項が「搜索する場所及び押収する物を明示する」ことを要求しているのは、一般令状を認めない趣旨である。長谷部恭男編『注解日本国憲法(3)』(有斐閣、2020年)363-364頁〔川岸令和〕。

72) 最大決昭和33年7月29日刑集12巻12号2776頁。

捕の理由となった被疑事実に関連する証拠物が発見されれば、その証拠物が破壊・隠匿されるおそれは存在する。また、その破壊・隠匿を防ぐ必要はあるのかもしれない。しかし、令状による捜索・差押えの場合にも類似の危険・必要はあるといえるのではないだろうか。それにもかかわらず、令状による差押えの場合であれば、令状に記載された「押収する物」以外の証拠物は、仮に被疑事実に関連するとしても、差し押さえることはできないはずである。

IV 私見への想定される批判

以上のように理解した場合、憲法35条1項および刑訴法220条1項・3項を根拠にする無令状差押えの対象になるのは、従来の相当説や緊急処分説の理解とは異なり、逮捕の理由となった被疑事実に関連する証拠物等ではなく、凶器や逃走のための道具ということになる。しかし、これらは憲法35条1項および刑訴法220条1項・3項によるというよりは、逮捕に対する妨害を排除するための措置として、逮捕の効力により行えると理解すべきではないかという批判がなされるだろう⁷³⁾。たしかに、このような疑問は、強制採尿に適する最寄りの場所まで被疑者を連行することを強制採尿「令状の効力」として認めた最高裁決定⁷⁴⁾を踏まえると当然に生じるものと思われる。しかし改めて考えてみると、逮捕によって害される権利・利益が身体・行動の自由であるのに対して、凶器や逃走具の剥奪によって害されるのが剥奪された財物の占有の利益であることからすれば、逮捕が認められるからといって、その逮捕の効力として、対象物の剥奪が認められると直ちに解することは到底できない。しかし、被疑者を逮捕する場合に、凶

73) 川出・前掲注1) 36頁、酒巻・前掲注8) 59頁、上口・前掲注3) 140頁を参照。このほか、小林・前掲注2) 17頁、長井圓「逮捕に伴う捜索・差押・検証の法的限界」中央ロー・ジャーナル5巻2号(2008年)120-121頁も参照。

74) 最決平成6年9月16日刑集48巻6号420頁。

器や逃走具を所持しているかを確認するための捜索を実施できず、それらを発見しても差し押さえることができないとした場合、憲法33条が予定する逮捕の執行確保を図ることができなくなるおそれが生じる。そこで、憲法35条1項は「第三十三条の場合」、すなわち「逮捕する場合」に、無令状で凶器や逃走具の捜索・差押えを実施することを認めたのではないか。

以上のような理解に対して、無令状差押の場合にも刑訴法222条1項本文は同法99条1項を準用しており、それによると差押えの対象は「証拠物又は没収すべき物と思料するもの」であるから、そもそも被疑事実と直接に関連しない凶器や逃走具は差押えの対象にならないのではないかという疑問が生じる⁷⁵⁾。まず確認する必要があるのは、凶器や逃走具の剥奪が許される点に争いはないことである⁷⁶⁾。実際の争点は、これを「逮捕の効力」として認めるのか⁷⁷⁾、刑訴法220条1項・3項の差押えとして認めるか⁷⁸⁾という点にあるにすぎない。そして仮に後者のように差押えであると理解しないと、先行研究によって指摘されるように、条文上は準抗告の対象から外れることになり、「占有が現に剥奪されたにもかかわらず、被処分者に不服申立て手段が何ら与えられないことに」なってしまう⁷⁹⁾。

そうだとすると、本稿のような理解に対しては、刑訴法222条1項本文は同法220条1項2号による捜索・差押えについて、同法99条1項を準用しているから、「証拠物……と思料するもの」の差押えは許されるのではないかという疑問は残るだろう。この点で本稿が条文解釈としての無理をしているのは認める。しかし、形式的には準用されるようにみえるが、実際には準用がないという理解は不可能ではない。例えば、刑訴法222条1項本文は無令状捜索・差押えの場合にも令状の呈示を要求する同法110条を準用して

75) これは緊急処分説に向けられてきた批判である。小林・前掲注2) 17頁、緑・前掲注13) 142頁を参照。

76) 川出・前掲注1) 36頁、酒巻・前掲注8) 59頁、小林・前掲注2) 17頁などを参照。

77) 川出・前掲注1) 36頁、酒巻・前掲注8) 59頁。

78) 緑・前掲注13) 150頁、高田・前掲注3) 160頁を参照。

79) 緑・前掲注13) 150頁、高田・前掲注3) 160頁を参照。

いる。しかし、逮捕に伴う無令状搜索・差押えにおいては、搜索差押令状が発付されておらず、令状の呈示は不可能であるから、同法110条が準用される余地はないだろう⁸⁰⁾。これと同じ発想で、同法99条1項も考えればよいと思われる。

もっとも、このように解すると、関連性の縛りがなくなり、他事件の証拠物の差し押さえがなされる危険が生じるのではないかと思われるかもしれない。しかし、逮捕執行を確保するという令状を不要とする根拠から考えれば、そのような他事件の証拠物を差し押さえる必要は考えられないから、そのような差押えは許されないといえる。

V 刑訴法220条の構造

本稿のような理解は、刑訴法220条の条文構造と適合的であるように思われる。

第一に、刑訴法220条1項1号と2号についてである。同1号によると、逮捕する場合において必要があるとき、「人の住居又は看守する邸宅、建造物若しくは船舶内に入り被疑者の搜索をすること」ができる。つまり、逮捕執行の確保のため、被疑者の搜索を認めている。これと同じく、本稿の理解によると、同2号は、逮捕執行の確保のため、凶器や逃走具の搜索・差押えを認めている。このように1号・2号は、逮捕執行を確保するという同じ目的・根拠をもつことになる。

第二に、刑訴法220条4項前段についてである。緊急処分説を修正する近時の見解の中には、220条1項の趣旨として逮捕執行の確保の観点を排する理解がある⁸¹⁾。しかし、逮捕執行の確保の観点を排してしまうと、刑訴法220条4項前段が同条1項2号を準用していることを説明するのが難しくな

80) 玉井篤雄「逮捕に伴う搜索・差押」警察研究47巻6号（1976年）51頁。

81) 川出・前掲注1）36頁、酒巻・前掲注8）59頁を参照。

るように思われる⁸²⁾。

刑訴法220条4項前段は、同条1項2号を勾引状や勾留状を執行する場合に準用している。この「勾引」の中に証人に対する勾引(刑訴法152条、同153条)が含まれるかは争いがあるが⁸³⁾、文理上は含むと解する方が自然である。というのも、同項後段が「被疑者に対して発せられた勾引状又は勾留状を執行する場合」と規定しているのに対して、同項前段は単に「勾引状又は勾留状を執行する場合」と規定し、「被疑者に対して発せられた」という文言を挿入していないからである。しかし、証人の勾引現場に証拠物が存在する蓋然性が高いとはいえず、それを前提にした証拠破壊・隠滅を防ぐ必要も考えられない。そのため、逮捕執行の確保の観点を排してしまうと、220条4項前段が証人に対する勾引状を執行する場合にも無令状搜索・差押えを認めた理由を説明できなくなる。これに対して、本稿のように220条1項・3項は逮捕執行を確保するための規定と理解すると、身体拘束の執行確保が趣旨なわけだから、刑訴法220条4項前段は勾引執行を確保するために無令状搜索・差押えを認めたと理解することができる。

VI 結びに代えて

最後に、本稿の結論をまとめよう。憲法35条1項および刑訴法220条1項・3項が逮捕に伴う搜索・差押えを無令状で実施できるとする理由は、逮捕現場には逮捕の理由となった被疑事実に関連する証拠物が存在する蓋然性が高いという点にあるのではなく、また証拠物を保全する緊急の必要があるという点にもなく、逮捕の執行を確保することにある。このように理解する結果、証拠物の発見を目的とした搜索を実施することは許されないことになる。また、逮捕執行の確保に必要な搜索の結果、逮捕の理由となっ

82) この点については、田淵浩二『基礎刑事訴訟法〔第2版〕』(日本評論社、2024年)96-97頁から示唆を得た。ただし、田淵が本稿と同じ理解をしているという趣旨ではない。

83) 後藤=白取・前掲注46)563頁〔多田辰也〕。

た被疑事実に関連する証拠物が発見されたとしても、その証拠物を差し押さえることが逮捕執行の確保に必要といえない限り、差し押さえることは許されないと解する。解釈論としていうと、以上のような帰結になるのは、刑訴法220条1項柱書の「逮捕する場合において必要があるとき」という要件を満たさないからである。

なお、「逮捕する場合」や「逮捕の現場」の解釈論については別稿を期したい。

