

合理的な例外の可能性について

大久保 正 人

はじめに

I 刑事手続の理念と令状主義の原則

(1) 刑事手続の理念

- 1 対立利益の調整
- 2 適正手続の内容

(2) 令状主義の適用範囲

- 1 強制処分と任意処分
- 2 承諾の法的性質

II 合理的な例外の可能性

(1) 令状主義の内容

- 1 形式要件（令状手続）
- 2 実質要件（正当な理由）

(2) 新しい例外

- 1 解釈による場合
- 2 立法による場合

(3) 小括

- 1 刑事手続の理念と令状主義の原則
- 2 令状主義の内容と新しい例外の可能性
- 3 現行法の解釈と立法の必要性

おわりに

キーワード：令状主義の原則，令状主義の例外，合理的な例外

は じ め に

日本国憲法は、刑事手続に関して、世界でも稀な多数かつ詳細な権利を規定している。⁽¹⁾我が国は、戦前・戦中を通して、「法律の留保」の名の下に国民の自由を制約してきた歴史を有することから、⁽²⁾戦後、GHQの影響下で制定された日本国憲法は、刑事手続に関する規定の豊富さでいえば、母法であるアメリカ合衆国憲法をも凌ぐものとなった。⁽³⁾

その中でも「住居等の不可侵」は、「人の家は、人の城」という法諺が訓示するように、市民が自由を謳歌するのに必要不可欠な権利であると考⁽⁴⁾えられている。しかし、捜査段階においては、「治安の維持（真実発見）」を期待される捜査機関が、公判を維持するに足る証拠を収集しようと熱心になるあまり、時として市民の権利を侵害してしまう傾向がみられる。したがって、「真実発見」と「人権保障」の合理的な調和を図るためには、何らかの方法で「人権保障」を実質的に保障していくことが重要となる。

日本国憲法第35条は、「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」の保障を規定し、それを担保する手段として、アメリカ合衆国憲法修正第4条と同様に「令状主義の原則」を掲げている。もっとも、同じく「令状主義の原則」を規定し、捜査機関による一般的・探索的な搜索・押収を抑制している両国ではあるが、その適用に際しては、必ずしも統一的に理解されているとは言い難い状況に遭遇する。

本稿においては、まず、刑事手続を支配する法の理念を明らかにすることを通して、憲法第35条の位置づけや役割を確認する。次に、現行法が規定する「令状主義の例外法理・法則」を、形式的側面（令状手続が免除される根拠）と実質的側面（憲法の理念に適合する基準）とに分解して考察することを通して、令状主義の内容（要件）を明確にする。そして、我が国の法体系の下において、「解釈」あるいは「立法」によって、新しく「令状主義の例外法理・法則」を確立する余地はあるのか、その可能性を模索する。

I 刑事手続の理念と令状主義の原則

アメリカ合衆国憲法修正第4条を承継した日本国憲法第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」と規定し、「令状主義の原則」を掲げている。

憲法の人権規定は、それぞれ特定の「法益」を保護することを目的として規定されており、第35条についても、中立かつ公正な裁判官による令状（事前の司法審査）を要求することを通して、「住居等の不可侵」を実現しようとしている。もっとも、ある法執行行為が当該法益を侵害する性質を有しないのであれば、令状を要求する必要性が認められないのであり（令状主義の不適用）、それを厳密に分析するならば、令状を要求することが不可能ないし困難な状況（令状主義の例外）とは議論の段階を異にするものといえる。⁽⁶⁾したがって、まずは「法益」の内容と「侵害」の性質を明らかにすることを通して、令状主義の適用範囲を明確にすることが必要となる。

また、刑事手続に関する諸規定のうち、憲法第31条と第32条以下の規定の関係について、前者を総則規定、後者を各則規定と解する通説的な立場によるならば、憲法第31条は、第32条以下（本稿においては第35条）の規定を解釈する際の指針を示しているのと同時に、第32条以下で保障しえない事態を救済する「最後の砦」としての機能を果たしているものとされる。⁽⁷⁾したがって、憲法第31条の趣旨を詳細に分析し、そこで謳われる刑事手続の「理念」を明確にすることは、「令状主義の適用範囲」や「令状主義の内容（要件）」を知るのに際しても重要な役割を担うことになる。

ここでは、はたして憲法第35条が、「令状主義の原則」を通して、どのような「法益」を、どのような「侵害」から保障しようとしているのか、刑事手続の「理念」という観点から明確にすることを試みる。

(1) 刑事手続の理念

令状主義の原則は、刑事手続の「理念」を実現するための手段の1つに数えられているが、ここに刑事手続の「理念」とは、どのような内容を有し、どのような機能を果たしているのであろうか。

1 対立利益の調整

日本国憲法第31条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と規定し、刑罰権の発動を、とりわけ手続面で制約している。⁽⁸⁾「手続の法定」が立憲主義国家において重要であることに争いは少ないが、それは一方で「法定の手続さえ踏めば人を処罰しうる」ことを意味するものと解され、他方で「法定の手続によらなければ人を処罰しえない」ことを意味するものと解されている。⁽⁹⁾このような解釈の相違は、1つの事象を表と裏から述べるものであり、あるいは「禪問答」に過ぎないとも思われよう。しかし、それらが特定の概念との結びつきで語られるとき、それは単なる解釈の相違を離れて、一国の刑事手続の「理念」そのものに影響を及ぼすことになる。⁽¹⁰⁾

そもそも日本国憲法第31条は、その文言や制定過程に鑑みて、アメリカ合衆国憲法修正第5条及び第14条を承継した規定であると考えられている。⁽¹¹⁾そして、それらは「デュー・プロセス (due process)」の理念を具体化する規定であると理解されている。したがって、第31条の「内容」を考察するのに際しては、アメリカ合衆国における「デュー・プロセス」に関する議論が参考になるものと思われる。

アメリカ合衆国において、「デュー・プロセス」は、正義が支配する「適正な法定の手続」を遵守することを通して、刑罰権の発動を制限し、無辜の不処罰を実現しようという理念であると考えられている。⁽¹²⁾そのような「デュー・プロセス (適正手続)」の理念は、アメリカ合衆国憲法の根幹を司る原理として政府を拘束し、生命・身体・自由・財産に影響を及ぼ

す一定の法執行行為から市民の権利（自由）を保護している。また、デュー・プロセスの理念を前提として、①無罪の推定、②告知と聴聞、③証拠裁判主義などの「刑事手続の基本原則」が確立されている⁽¹³⁾。

それでは、我が国の刑事手続を支配する統一的な「理念」は、いったいどのように理解されているのであろうか。我が国の刑事手続の理念については、従来、「実体的真実発見主義（あるいは必罰主義）」と「適正手続主義」の対立構造の下に論じられる傾向が強かった⁽¹⁴⁾。そして、刑事手続は、前者の立場からは、刑法（実体法）の実現のために、犯人の処罰を確保する「判決へのベルトコンベア」であると主張され、後者の立場からは、刑法を抑制し、無辜の不処罰を保障する「判決への障害物競走」であると主張されていた⁽¹⁵⁾。もっとも、近年においては、このような2つの側面が、いずれも甲乙つけ難いほどの重要性を有することが認識され、「真実の発見」と「手続的正義」が、2つながらに貫徹されなければならないという見解が有力となっている⁽¹⁶⁾。このような見解の下、我が国においては、「実体的真実発見主義」と「適正手続主義」の対立構造はそのままに、それらを折衷的に理解しようとする見解が多くみられる。そして、そのような見解をあえて大別するならば、そこには2つの方向性を読みとることができる。その1つは、我が国の刑事手続が、実体的真実を探究する「精密司法」であることを前提として、その弊害を是正する手段として、「適正手続」の理念を注入していこうというものであり⁽¹⁷⁾、もう1つは、一般論として、我が国の全ての刑事手続が「適正手続」の理念の下に解釈されなければならないことを前提として、個別的・具体的な解釈において、対立利益の調整をはかっていこうというものである⁽¹⁸⁾。これらの見解は、わが国の刑事手続の根源に「実体的真実発見主義」と「適正手続主義」の対立構造を据えている点においては共通性を有するものの、その理論の展開に際しては、相当な差異が生じることが指摘されている⁽¹⁹⁾。

このように、多くの論者によって対置され、検討されている「実体的真実発見主義」と「適正手続主義」ではあるが、少し視点を変えて考察するならば、それらが本当に対立する概念であるのかについて疑問が生じてく

る。そして、アメリカ合衆国の議論を参考にするのであれば、次のような見解によっても、十分に説得力のある結論を得られるように思われる。すなわち、「デュー・プロセス（適正手続）」とは、「真実発見」の要請と「人権保障」の要請とを合理的に調整した上に成り立つ上位概念を意味し、ここで「実体的真実発見主義」と対置させられるべきは「人権尊重主義」であるという解釈である。⁽²⁰⁾それによると、「デュー・プロセス」は、「真実発見」と「人権保障」という対立する利益の間に位置して、その均衡を保つ「天秤」としての機能を果たすものとされる。⁽²¹⁾

現代の刑事手続においては、「真実発見」の要請と「人権保障」の要請とをバランスよく調和させることが最も重要な課題であるとされている。この点について、アメリカ合衆国最高裁は、「憲法が規定する人権保障の枠内において真実の追求に従事する」と述べることを通して、その合理的な調和の重要性を訴えている。そして、アメリカ合衆国憲法修正第5条及び第14条は、手続を法定してその遵守を要求すると同時に、それが遵守されない場合には処罰目的が達成されなくてもやむを得ないという、「人権保障」に最大限の配慮を示した「デュー・プロセス」の理念を掲げる規定であると理解されている。⁽²³⁾

このような観点から我が国の法体系をみるならば、①日本国憲法が詳細な刑事手続上の権利を規定していること、②それが「法律の留保」による制約を受けないこと、③憲法の理念を受けた刑事訴訟法第1条が、「公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする」旨を規定していること等、そこには、デュー・プロセスの思想を読み取ることができる。それらに鑑みるならば、我が国の刑事手続を支配する統一的な「理念」についても、「デュー・プロセス」を模範とした「適正手続」にあるものと考えるのが自然であり、そのような「適正手続」の理念は、刑事手続の様々な側面において、対立する利益を合理的に調和させる指針となっている。⁽²⁴⁾

2 適正手続の内容

我が国の刑事手続は、アメリカ合衆国と同様に、人権保障に主眼を置いた「適正手続」の理念を基礎としており、そのような「理念」の下において、憲法第35条は「令状主義の原則」を規定している。もっとも、適正手続の理念が、「真実発見」と「人権保障」という対立利益を調整する「均衡法理」であることを前提とするならば、実際に第32条以下（各則規定）の実質を解釈するのには、その合理的な「均衡点」をどこに置くのか、あるいは、それにどの程度の幅を待たせることが可能なかが問題となる⁽²⁵⁾。そして、それは令状主義の実質を理解するのにも、重大な影響を及ぼすことになる。

かつて我が国の学説においては、「適正手続」の内容（均衡点）をオープンに捉え、その解釈を司法に委ねる「柔軟いデュー・プロセス」論を唱える見解と、「適正手続」の内容（均衡点）を明確化し、それによって立法及び司法を拘束する「固いデュー・プロセス」論を唱える見解との間で、第32条以下の位置づけや、デュー・プロセスの担い手をめぐって論争がくりひろげられていた。まず、憲法第32条以下の内容は、第31条の解釈を通して決定され、その個別的・具体的な内容（均衡点）は、裁判所によって決定されるとするのが「柔軟いデュー・プロセス」論である。それに対して、「適正手続」の理念に反する法実態が存在する場合、その違憲性を憲法論として明確化し、かつ裁判所と国会に対して、それぞれ違憲判決と法整備を義務づけるべきとするのが「固いデュー・プロセス」論である。このような立場の違いは、適正手続（総則規定）と令状主義（各則規定）の関係を理解するのには、次のような問題として現れてくる。すなわち、令状主義（各則規定）の実質的側面を解釈するのには、そこに適正手続（総則規定）の趣旨を持ち込むことを通して、令状主義の実質要件を緩和（排除）することができるのかという問題である。

この点、総則規定（適正手続）が有する「利益衡量機能」に鑑みるならば、各則規定（令状主義）の実質的側面（実質要件）を解釈するのには、⁽²⁶⁾「いわゆる文明の水準、犯罪現象の実態、実体刑法の運用などの社

会学的な要素」を考慮に入れたうえで、社会的現実との関係において、そのバランスを個別的・具体的に判断する方が合理的であるという考え方も成り立つかもしれない。

しかし、第35条（第32条以下）の規定は、それ自体において「法律で定める手続」の内容を知るのに十分な明確性を有している⁽²⁷⁾。また、各則規定は、基本的人権の「内在的な制約」というかたちをとることを通して、刑事手続において「権利の侵害」が許容される場合の方法を「限定的に規定（自主規制）」しているものと解することによって、はじめてその独自の存在意義を見いだすことができる⁽²⁸⁾。したがって、憲法の条項が、特定の方法を禁止し、又は、特定の方法以外を禁止している場合については、憲法（立法者）自身がすでに「公共の福祉」と「個人の自由」との間の利益衡量を行い、一切の事情を考慮に入れた上で、適正手続が保障される「最低限度の基準」を示していると解すべきであることから、当該規定の文言よりも大きい自由の制約を認めることは、法の趣旨に反し、許されないもの⁽³⁰⁾と考えられる。このように、憲法第31条と第35条は、前者は「適正手続」を掲げる総則規定、後者は「令状主義の原則」を掲げる各則規定の関係にあるものの、前者は、第35条の規定では保障しえない状況を救済する「最後の手段」として機能するものと解される⁽³¹⁾。

以上の点に鑑みるならば、令状主義の実質的側面（正当な理由）を認定するのに際して、そこで考慮に入れられる要素については、社会的現実との関係から柔軟に解する余地があるとしても、「正当な理由」という実質要件それ自体は、最低限度の人権保障を具体化する基準であることから、それを緩和（排除）することは、「適正手続」の理念に反するものと考えられる⁽³²⁾。

（2）令状主義の適用範囲

憲法第35条は、「適正手続」を実現するために、令状による法執行行為が原則とされることを宣言しているが（令状主義の原則）、それは、どの

ような「法益」を、どのような「侵害」から保護しようとしているのだろうか。

この点について、母法であるアメリカ合衆国憲法修正第4条（第4修正）においては、保護法益が「個人のプライバシー」であることを前提としたうえで、そのような「プライバシーに対する合理的な期待」を侵害する法執行行為こそが「搜索」に該当し、令状主義の原則に服するものと理解されている⁽³³⁾。

日本国憲法第35条についても、それが第4修正を承継したものであることに鑑みれば、主として「個人のプライバシー」を保護する規定であることに争いは少ない⁽³⁴⁾。ところが、令状主義の原則が、どのような「侵害」から「個人のプライバシー」を保護しようとしているのかを定義しようとする場合、我が国の法体系に特有の難しい問題が生じてくる。なぜなら、我が国においては、強制処分法定主義の下、法執行行為を「強制処分（強制捜査）」と「任意処分（任意捜査）」とに区別したうえで、「強制処分」に該当する法執行行為のみが「令状主義の原則」に服するものとされているからである⁽³⁵⁾。

それでは、法執行行為の性質によって区別される「強制処分」と「任意処分」は、令状主義の原則との関係において、どのように位置づけられるのであろうか。

1 強制処分と任意処分

刑事訴訟法第197条1項但書は、「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、これをすることができない」旨を規定している（強制処分法定主義）。一般には、「強制の処分（強制処分）」を用いた捜査方法が「強制捜査」であり、任意の手段を用いた捜査方法が「任意捜査」であると⁽³⁶⁾考えられるが、我が国の刑事訴訟法の解釈においては、明文にある「強制の処分」との対意の観点から、通常の「任意」の語彙とは離れて、「強制処分」に該当しない法執行行為を「任意処分（任意捜査）」と総称している⁽³⁷⁾。そして、「強制処分」は、対象者の意に反して、その重要な権

利(法益)の侵害を伴う可能性が高いことから、実務の運用上、「捜査はなるべく任意捜査の方法によって行われなければならない」ものとされて⁽³⁸⁾いる。

このように、我が国の刑事訴訟法は、法執行行為の性質に応じて、「強制処分」と「任意処分」とに区別しているが、法は、どのような法執行行為を「強制の処分」とするのかについては言及していない。また、「強制処分」については、その性質上、令状主義の原則が適用され、事前の司法審査に服するのに対して、「任意捜査」については、権利(法益)の侵害が認められない(あるいは受認限度内である)ことを理由として、令状主義の原則が適用されず、比較的緩やかな条件の下に許容されている。したがって、令状主義の適用範囲を明確にするのに際しても、まずは第35条の保護法益との関係において、「強制処分」の性質を明らかにすることが重要となる⁽³⁹⁾。

かつての学説は、「物理力の行使の有無」や「法的義務付けの有無」という基準を用いて、強制処分と任意処分を区別してきた⁽⁴⁰⁾。しかし、科学技術の発達とともに科学的な捜査方法が開発された現代社会においては、「物理力の行使」や「法的義務付け」を伴うことなく個人の権利(法益)を侵害する可能性が大きくなっている。このような状況を、「任意捜査」の問題として、厳格な法的規制によらずに放置するのであれば、個人の権利(法益)が十分に保護されなくなってしまうことから、学説においては、個人の権利(法益)を侵害する捜査方法は、すべて「強制処分」とする見解が現れ、多くの支持を集めるようになった⁽⁴¹⁾。この見解によるならば、任意捜査に際して何らかの実力を行使し、それが対象者の権利(法益)を制約する場合、それは令状主義に反する違法な強制捜査を構成することになるであろう⁽⁴²⁾。しかし、実務においては、おおよそ何らかの権利(法益)の制約がある場合に、それを直ちに「強制処分」として取り扱うことが、必ずしも適切とはいえない場合もある。なぜなら、当該法執行行為をどのように区別するのは別にして、それが「犯罪の捜査」として行われる(対象者との駆け引きを必要とする)ものである以上、現実問題として、何ら

かの「有形力」を行使せざるを得ない状況に陥ることが容易に想像しうるからである。そこで、最近の学説においては、「強制処分」が令状主義の厳格な要件に服することに鑑みて、そのような厳格な要件によって保護する必要があるほど重要な権利（法益）に対する実質的な侵害（制約）を伴う処分に限って、それを「強制処分」と解する立場が有力になっている⁽⁴⁴⁾。

「強制処分」と「任意処分」の区別について、最高裁昭和51年3月16日決定は、「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するもの」ではないと述べ、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」こそを「強制処分」として位置づけている⁽⁴⁵⁾。すなわち、判例によるならば、①個人の意思を制圧し、②身体、財産等に制約を加えて、③強制的に捜査目的を実現する行為など、④特別の根拠規定がなければ許容することが相当ではない手段が「強制処分」と定義される。判例による「強制処分」の定義については、同義反復的な部分を含んでいて、あまり洗練されたものとはいえないとの批判もあるが⁽⁴⁶⁾、学説の多くは、少なくとも、①意思の制圧の有無と、②身体、住居、財産等の重要な権利ないし利益の制約の有無の2点については、「強制処分」と「任意処分」を区別する実質的な基準として機能するものと理解している⁽⁴⁷⁾。

もっとも、ある法執行行為を「強制処分」と「任意処分」とに区別しようとする場合、その区別に困難を伴う「中間領域」が生じる可能性があるのと同時に、そのような中間領域に属する法執行行為を振り分けるのに際しては、「強制処分」と「任意処分」の相関関係に起因する複雑な問題に直面することになる（すなわち、「強制処分」に該当しない法執行行為を「任意処分」に位置づけることはできても、「任意処分」に伴って有形力を行使した場合に、それを直ちに違法な「強制処分」と解する関係にはない）。

判例の基準によると、当該法執行行為の「法益侵害性」は、対象とされる権利（法益）と法執行行為の態様との相関関係によって判断されることから、そこでは、裁判所による「実質的な価値判断」を伴うことが避けら

れない。そして、実際に中間領域に属する法執行行為の「適法性」が問題となる場合、裁判所は、能率的・効果的な法執行の必要性（真実発見）と法益侵害を必要最小限度に食い止める必要性（人権保障）との間の利益衡量を行う必要に迫られるが、そのような価値判断に際しては、違法と判断することによる実務への影響を回避するために、当該法執行行為を「強制処分とまではいえない有形力の行使」と認定し、それを「任意捜査」に位置づけることを通して、当該事例の解決を試みる（実務の現状を追認する）⁽⁴⁸⁾傾向がみられる。その意味において、客観的には「強制処分」として厳格な要件に服すべき法執行行為が、裁判所による価値判断を通して「任意捜査」に位置づけられ、緩やかな基準（必要性・緊急性・相当性）下に許容されているという「現実」を否定することができない（強制処分に該当しないとされ、任意捜査に位置づけられる法執行行為の中にも、強制的な要素を伴う形態が存在する⁽⁴⁹⁾）。

このような「現実」に批判的な論者は、より客観的な基準の必要性を訴えている。そして、客観的に権利（法益）の侵害が認められる法執行行為は、その侵害の程度を問わずに、すべて「強制処分」としたうえで、そこに令状主義の原則の厳格な要件を課していく方が、「適正手続」の趣旨により忠実であると主張している（そのように解したとしても、一般的・類型的に権利侵害性が認められない行為を排除することは可能である⁽⁵⁰⁾）。

2 承諾の法的性質

「強制処分」の隙間を埋める役割を担う「任意処分」については、その多様かつ非類型的な性格を考慮に入れ、強制処分のような厳格な法律要件が規定されていない。しかし、そもそも「捜査活動」は、その性質上、対象者の権利（法益）に何らかの影響を及ぼすものである以上、たとえ「任意の捜査」といっても無制約ではありえないのであり、それが刑事手続を支配する「適正手続」の理念に服することは当然である⁽⁵¹⁾。この点について、最高裁昭和51年3月16日決定は、任意処分とはいえ、何らかの法益侵害ないしそのおそれを伴う場合があることを指摘し、「必要性、緊急性なども

考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度」において許容されると述べ、「任意捜査の限界」を設定している。⁽⁵²⁾

最高裁昭和51年3月16日決定は、「強制処分」と「任意処分」を区別する実質的な基準として、「意思の制圧の有無」と「身体、住居、財産等の重要な権利ないし利益の制約の有無」という2点を重視しているが、この判例の基準によるならば、客観的には強制処分に該当する程度の「法益侵害性」を伴う法執行行為が行われたものの、実際には対象者の意思が制圧されていなかった（例えば、対象者が「承諾」を与えていた）場合、そのような対象者に関する事情は、「強制処分」と「任意処分」の区別に際して、どのように評価されるのであろうか。判例の基準を適用するのに際して、「重要な権利（法益）の侵害を伴うかどうか」については一般的・典型的に判断される事項であるのに対して、「対象者の意思に反するかどうか」については個別的・具体的に判断される事項であることから、その適用関係が問題となる。以下、「承諾に基づく捜索」を例として、その法的な位置づけを確認する。⁽⁵³⁾

我が国の学説の多くは、対象者による「承諾」を一種の権利放棄と捉え、承諾に基づく法執行行為を「任意捜査」の問題として考察している。⁽⁵⁴⁾ もともと、承諾に基づく法執行行為の「可能性」そのものは肯定しつつも、とりわけ承諾に基づく「捜索」については、一般的に「強制」の要素が介入する危険性が高いことや、旧刑事訴訟法の経験上、完全な意味での権利放棄の承諾とはなりえないことなどへの懸念から、それを消極的に解する見解も根強い。⁽⁵⁵⁾ しかし、真に任意の承諾が得られる場合については、それに伴う格別の弊害が少ないのと同時に、円滑な捜査の遂行を期待できることから、それを一律に許されないとするのでは「対立利益の均衡」を失することになる。⁽⁵⁶⁾ そこで、承諾に基づく捜索は、それが「強制にわたらない限りにおいて、任意捜査として認められる」と解するのが、我が国の学説における一般的な認識となっている。⁽⁵⁷⁾

アメリカ合衆国においても、「同意に基づく捜索（consent search）」の法的性質については、見解が分かれるところである。そこでは、「同意」

の存在を、当該法執行行為の合理性を判断する1つの要素に過ぎないものと考えるアメリカ合衆国最高裁の立場（合理性説）と、「同意」の存在を、対象者による権利の放棄と位置づける反対意見の立場（権利放棄説）との対立がみられる。⁽⁵⁸⁾この点、有効な同意の存在を「搜索」の合理性を推認する1つの要素として考察するアメリカ合衆国最高裁の立場（令状主義の例外として考察）を我が国の法制度に当てはめるのであれば、その法律構成としては、「強制処分」の場合に親和性を有することになる。それに対して、有効な同意の存在を「権利放棄」と捉え、同意に基づく法執行行為は法益の侵害を伴わないことから、令状主義の適用がないと考える反対意見の立場（令状主義の適用外として考察）を我が国の法制度に当てはめるのであれば、その法律構成としては、「任意捜査」の場合に親和性を有することになる。

承諾に基づく搜索が「任意捜査」として許容されるとしても、「承諾」の有無を除いては、「強制処分」として行われる「搜索」と、何ら客観的な法執行行為の態様（法益侵害性）に差異がみられないことには注意を要する。⁽⁵⁹⁾現実問題として、承諾に基づく搜索は、その任意性を疑うに足る数多くの問題を抱えている。威圧的な捜査官の前での承諾を「任意」の問題として捉えること自体が適切であるのかという根本的な問題はさておくとしても、例えば、⁽⁶⁰⁾①承諾者が真に承諾の内容や効果を認識していたのかについては多くの場合に不明瞭であることや、②事後的に当該承諾が「不任意」であった事実を証明するのが極めて困難であること等、難しい問題が残される。⁽⁶¹⁾このような「承諾に基づく搜索」に内包される問題点を重要視し、それを「任意処分」として肯定する立場からも、その「任意性」を担保する何らかの手段（適正かつ厳格な要件）を講じる必要性が主張されている。⁽⁶²⁾

この点、犯罪捜査規範第108条及び第110条は、たとえ「任意の承諾」を得られる場合であっても、住居の搜索や女子の身体検査については、それを令状によらずに行うことを禁止している。犯罪捜査規範は、捜査の運用について規定した内部規範に過ぎないことから、そのような法執行行為が

必ずしも許されないというわけではない。しかし、犯罪捜査規範があえて規定を置いている趣旨は、一般的に任意の承諾を得がたい状況を類型化し、そのような法執行行為を回避し、捜査の適法性を担保することにある。そのような趣旨を踏まえて、少なくとも「承諾に基づく住居の搜索」については、生来的な強制処分的性格を有し、その「任意性」に疑いがつきまとうことから、当該法執行行為を「任意捜査」として行うことは許されないと解する見解が有力になっている⁽⁶³⁾。

また、住居以外の「承諾に基づく搜索」一般についても、その本質において「強制的な要素」を排除し得ないことから、承諾に基づく搜索は、すべて「不任意（違法）」であると「推定」すべきであるとする見解もある。それによると、訴追側が、当該承諾の「任意性」を積極的に証明（反証）した場合に限って、はじめて適法でありうるものとされる⁽⁶⁴⁾。

さらに、「承諾者の認識」が不明瞭であることや、「不任意性」を証明するのが困難であることなどの問題に鑑みれば、承諾に基づく搜索が許される状況や手続を法定することも検討に値するであろう。確かに、刑事訴訟法第197条1項但書は、「強制処分」の法定にしか言及していない。しかし、それは「任意処分」の法定を否定するものではなく、むしろ強制処分法定主義の趣旨に鑑みれば、「任意処分」といっても「強制的な要素」を含む行為に対しては、その明白性・形式性・確実性を担保し、捜査機関の裁量権（裁判所による法創造）を厳しく制限していくことが求められよう。したがって、「強制的な要素」を排除しえない「承諾に基づく搜索」については、対象者への「警告」の方法を含めて、その手続を明示すると同時に、統一的な様式（書式）を採用するなどして、できる限り捜査官の裁量が働く領域を制限していく努力が必要になるものと考えられる。

このように、我が国においては、「承諾」に基づく法執行行為を「任意捜査」として許容する立場が一般的であるが、「適正手続」の理念の下、なお慎重に考慮すべき点が少なくないように思われる。

II 合理的な例外の可能性

我が国においては、法執行行為を「強制処分」と「任意処分」とに区別したうえで、「強制処分」に該当する法執行行為に対して「令状主義の原則」を適用していることをみてきたが、そのような「令状主義の原則」は、形式的な側面と実質的な側面から成り立っている⁽⁶⁵⁾。すなわち、ある法執行行為を行うのに際して、それが憲法の理念に適合するための基準を示すのが「正当な理由（実質要件）」であり⁽⁶⁶⁾、そのような基準を充足しているのかどうかは、「令状手続（形式要件）」を通して、中立かつ公正な裁判官によって判断されている⁽⁶⁷⁾。

もっとも、憲法第35条が予定する法執行行為は、第33条の場合を除いて、裁判官が、令状手続を通して「正当な理由」を認定していることが前提とされることから、令状主義の内容として、その「形式的側面」と「実質的側面」とが区別され、別個に論じられる機会は少ない。そこで、令状主義の内容（とりわけ「形式要件」と「実質要件」の関係）を知るためには、第33条の場合にあたる法執行行為（すなわち、逮捕に伴う搜索・差押え）を題材としたうえで、それを、①令状手続が免除される根拠（形式的側面・形式要件）と、②憲法の理念に適合する基準（実質的側面・実質要件）とに区別して論じることが有意義であるものと考えられる。

(1) 令状主義の内容

アメリカ合衆国憲法修正第4条は、「令状主義の原則」を宣言する規定であるが（第2文・令状条項）、それは同時に、「合理性」の観点から対立利益のバランスを調整することが可能な「均衡法理」であることを明言している（第1文・合理性条項）⁽⁶⁸⁾。したがって、個別的・具体的な事例において、「真実発見」の要請と「人権保障」の要請とが抵触する場合には、実質的側面から対立利益のバランスを再調整し、その実質要件を緩和（排

除) することを通して、合理的な結論を導くことが可能とされている。

我が国においても、憲法第35条それ自体が「第33条の場合を除いては」と規定しているように、一定の状況については、令状主義の原則に対する「例外」が認められており、それを受けた刑事訴訟法第220条1項2号は、「逮捕する場合」において必要があるとき、その「逮捕の現場」で、令状によらない搜索・差押えを行うことを認めている。それでは、そのような搜索・差押えは、いかなる理由で令状主義の「例外」とされているのであろうか。

「逮捕に伴う搜索・差押え」が令状主義の例外とされる理由について、我が国の学説は、大きく2つの視点から考察している。その1つは、逮捕現場における証拠の毀棄・隠匿を防止し、被逮捕者の逃亡を阻止し、逮捕者の安全を確保するために認められるとする見解（緊急処分説・限定説）⁽⁶⁹⁾であり、もう1つは、逮捕現場には証拠が存在する蓋然性が高いので、令状を請求すれば許される範囲において、合理的な証拠収集手段として認められるとする見解（相当説・合理説）⁽⁷⁰⁾である。もっとも、「令状を必要としないのは、証拠の存在する蓋然性が強いだけでなく、逮捕者の身体の安全性をはかる必要があり、また証拠の破壊を防ぐ必要がある」と述べられるように、現在においては、両者を加味して理解する立場が有力になりつつあるように思われる。⁽⁷¹⁾

「逮捕に伴う搜索・差押え」の立法趣旨について、最高裁は、「人権の保障上格別の弊害もなく、かつ捜査上の便益にも適うことが考慮されたに
よるもの」と概括的な説明をするにとどまるが、⁽⁷²⁾下級審の中には、「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、その搜索差押が逮捕という重大な法益侵害に随伴する処分であることおよび被疑事実が外部的に明白であることのほか、逮捕者の身体の安全をはかり、また被疑者による証拠の散逸や破壊を防止するための緊急の措置として認められたものと解される」とするもの、「逮捕者の身体の安全をはかり、被疑者による証拠の隠匿や破壊を防止するための緊急の措置として認められたものと解される」とするもの等、逮捕現場における「証拠保全」

と「安全確保」の必要性を強調するものが多くみられる。⁽⁷³⁾

ところで、前述の「緊急処分説」と「相当説」は、本当の意味で対立する見解なのであろうか。令状主義の要件を「例外」という視点から整理し直すのであれば、「令状手続（形式要件）」は、当該法執行行為の状況が、令状を要求することが不可能ないし困難な場合（緊急事態）に該当するの
 か否かをはかるものとして、「正当な理由（実質要件）」は、そのような令状によらない法執行行為が、憲法の理念に適合するの
 か否かをはかる基準として、それぞれ独自の機能を有していることがわかる。そして、「様々な危険を防止すべき緊急の必要性」を述べる緊急処分説は「形式要件」について、「証拠が存在する蓋然性」を述べる相当説は「実質要件」について考察しているとすれば、そこには、とりたてて対立する要素は見当たらない。すなわち、「逮捕に伴う捜索・差押え」に令状が要求されない「根拠」について述べるのが緊急処分説であり、「逮捕に伴う令状によらない捜索・差押え」が憲法の理念に適合する「基準」について述べるのが相当説であるとするならば、むしろ両者が相俟って、はじめて「形式的側面」と「実質的側面」がひとつになった法理論を構成するようになる。⁽⁷⁴⁾

1 形式要件（令状手続）

最高裁昭和36年6月7日判決は、「逮捕に伴う捜索・差押え」の適法性が問題とされた事例において、「令状によることなくその逮捕に関連して必要な捜索、押収等の強制処分を行うことを認めても、人権保障上格別の弊害もなく、且つ、捜査上の便益にも適う」と述べている。⁽⁷⁵⁾この一文については、「逮捕に伴う捜索・差押え」が令状主義の例外とされる根拠を述べていると解する見解もあるが、この判例そのものは、「人権保障の必要性」と「能率的・効果的な法執行の必要性」という対立利益のバランスが重要であるという適正手続の理念を示唆しているに過ぎないものと考えられる。その意味において、対立利益の均衡を「令状手続」を免除しうる根拠と解する見解に対しては、令状主義の原則の形式的側面（令状手続）と

実質的側面（正当な理由）とを「混同」するものとの批判が可能であろう。

この点、アメリカ合衆国最高裁は、令状を要求することが不可能ないし困難な「緊急事態」について、令状手続を免除している⁽⁷⁶⁾。そして、ここに令状を要求することが不可能ないし困難な「緊急事態」とは、様々な危険を防止する（令状によらない法執行行為を行う）「緊急の必要性」が認められる状況を意味するものとされ、そのような「緊急の必要性」を基礎づける危険として、①被疑者が逃亡する危険、②証拠が毀棄・隠匿される危険、③人の生命・身体に対する重大な危険が挙げられている⁽⁷⁷⁾。

最高裁昭和36年6月7日判決は、逮捕現場には証拠の存在する蓋然性が高いことを前提として、その観点から「人権保障」と「真実発見」の調和を図ろうとするものである。しかし、そのようなバランスの問題は、憲法の理念に適合するための基準である実質要件（正当な理由）に関連するものであり、形式要件である「令状手続」が免除される根拠とは関連性が薄いものと考えられる。なぜなら、令状主義の原則を採用する法制度の下において、「令状を要求することが可能かどうか」という問題は、当該法執行行為の「相当性」の判断に立ち入る前提として、一般的・典型的に認定されるべき先決事項といえるからである⁽⁷⁸⁾。

この点について、東京高裁昭和44年6月20日判決は、「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」と述べ、形式要件である「令状手続」が免除される根拠として「緊急の必要性」を挙げ⁽⁷⁹⁾ており、適切な方向性を示すものといえる。

2 実質要件（正当な理由）

「緊急の必要性」が認められることを理由として、令状手続（形式要件）が免除される場合であっても、当該法執行行為は、「令状を請求すれば発付されるであろう」実質を伴うものでなければならぬ⁽⁸⁰⁾。なぜなら、憲法第35条は、「適正手続」を掲げる総則規定（第31条）の要請を受けて、手続が適正であるための最低限度の基準を設定する各則規定であると解されるところ、たとえ令状手続（形式要件）が免除される場合であっても、少

なくとも「正当な理由」(実質要件)を要求することを通して、対立利益のバランスを維持する必要があるものと考えられるからである。⁽⁸¹⁾また、ここで「正当な理由」の緩和(排除)を認めるのであれば、令状によらない法執行行為の実質要件が、令状手続を履践する場合よりも緩やかになり、論理矛盾が生じる虞れがある。

この点、アメリカ合衆国憲法修正第4条(第4修正)は、「相当な理由」という客観的な基準を設定し、対立利益の調整を図っている。⁽⁸²⁾その一方で、「人権保障」の要請と「真実発見」の要請とが合理的に調和する「均衡点」は、必ずしも全ての状況で一致するとは考えられていない(個別的・具体的にバランスを調整する方が、より合理的であるということも考えられる)。そこで、アメリカ合衆国最高裁は、一定の状況においては、「相当な理由」を排除し、一定の状況においては、より緩やかな均衡基準(合理的な疑い)⁽⁸³⁾を適用することを通して、そのバランスの調整に努めている。

それに対して、憲法第35条は「合理性条項」を規定していない。そのことは、我が国の令状主義の原則が「合理的な例外」を留保していないことを意味している(すなわち、個々の事例において対立利益の均衡を再調整し、実質要件の緩和(排除)を通して合理的な結論を導くことを予定していない)。なぜなら、各則規定の実質要件(正当な理由)は、手続が適正であるための最低限度の基準を設定することを通して、人権保障を担保するものであるところ、その基準を緩和(排除)の方向で「下方修正」することは、適正手続の理念に反し、許されないものといわざるを得ないからである。このように、「合理的な例外」を留保しない憲法の趣旨に鑑みれば、令状手続を要求することが不可能ないし困難なことを理由として「令状手続」が免除される場合であっても、当該法執行行為が憲法の理念に適合する「適正」なものであるためには、令状を請求すれば発付されるに足る実質、すなわち「正当な理由」を伴うものでなければならないと解するのが自然である。したがって、令状によらない法執行行為が適法であるためには、「正当な理由」の基準か、それ以上に厳格な基準を充足している必要があるものと考えられる。⁽⁸⁴⁾

このことを前提にして、最高裁昭和51年3月16日決定をみるならば、判旨は、一般論として「人権保障」と「真実発見」の衡量に言及しているものの、その具体的な均衡基準については、既存のもの（正当な理由）を意味するのか、あるいはその緩和（排除）を意図するのかを明確にしていない。それが前者を意味するのであれば、原則的な実質基準が維持されることになり、その他の場合と整合的に解釈することができる。しかし、それが後者を意味するのであれば、令状によらない法執行行為の実質要件が、令状手続を履践する場合よりも緩やかになってしまう。

この点について、東京高裁昭和44年6月20日判決は、「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ど充足している」と述べている。⁽⁸⁵⁾「蓋然性が極めて強く」という一節については様々な解釈が可能であり、「能率的・効果的な法執行の必要性」が優越すること（「実質要件」の緩和又は排除）を述べるものと受け取れないこともないが、「搜索押収令状が発付される要件を殆ど充足している」という一節と併せて読むのであれば、逮捕に伴う搜索・差押えについては、一般的・類型的に「正当な理由」を充足している旨を述べたものと解することも可能であろう。

（2）新しい例外

憲法第35条の掲げる「令状主義の原則」は、「第33条の場合」を留保しており、それを受けて刑事訴訟法第220条は、「逮捕に伴う令状によらない搜索・差押え」を規定している。それでは、第35条が唯一「第33条の場合」にのみ言及しているという事実は、「令状主義の原則」に対する例外を「第33条の場合」に限定し、それ以外の例外を一切認めないことを意味しているのであろうか。

以下、第1に、令状主義の原則を掲げるとともに、「適正手続」の理念を受けて「強制処分法定主義」を規定する我が国の法制度の下において、

新たに「例外法理・法則」を確立しようとする場合、それを現行法の「解釈」の範囲内で行うことが可能であるのか、国会と裁判所が果たすべき役割の観点から考察する。第2に、「立法」によって新しく「例外法理・法則」を規定する場合であっても、「合理的な例外」を留保しない令状主義の原則の下、どのような点に留意しなければならないのであろうか、形式的側面と実質的側面から検討する。

1 解釈による場合

現行法は、「被疑者の逮捕に伴う場合」を除いて、令状によらない捜索・差押えを認めていない。それにもかかわらず、現行法の「解釈」を通して、令状によらない捜索・差押えを許容することは可能なのであろうか。

例えば、「緊急事態における令状によらない捜索・押収」について、ある論者は、「逮捕に伴う捜索・押収」が令状主義の例外とされていることに依拠して、当該規定（刑事訴訟法第220条1項2号）を準用し、そこに「緊急逮捕」を規定する法第210条の要件を課すことを通して、これを許容することも可能であるという見解を示している。この見解は、法に規定のない令状によらない法執行行為であっても、それが「合理的」である場合については、現行法の「解釈」として許容しうる可能性を示唆するものであるが、⁽⁸⁷⁾このような立場は、「合理的な例外」を留保しない令状主義を規定する憲法第35条と、「適正手続」の理念を受けて「強制処分法定主義」を規定する刑事訴訟法第197条1項但書の趣旨の下において、どのように理解されるべきなのであろうか。

この点、合理性条項を規定し、「合理的な例外」を許容するアメリカ合衆国憲法修正第4条の下においては、裁判所が個別的・具体的に対立利益を衡量し、それが「合理的」と認められるのであれば、判例法として、令状主義の例外法理・法則を確立することも可能であると考えられている。⁽⁸⁸⁾それでは、「合理的な例外」を留保しない我が国において、法に規定のない法執行行為（強制処分）が行われた場合、当該法執行行為が合理的とされるのであれば、それを、現行法の「解釈」として許容することができる

のであろうか。憲法第35条が「令状主義の原則」を規定しているだけでなく、適正手続の要請を受けた刑事訴訟法第197条1項但書が「強制処分法定主義」を規定していることから、そのような「解釈」の可否が問題となる。

強制処分法定主義について、学説の中には、以下のように解するものもある。すなわち、そもそも強制処分法定主義は、個々の規定において令状によるべき旨を明示することによって強制処分を令状主義の下に置き、個人の権利を実質的に保障する趣旨の規定であって、強制処分を法に規定された既成のものに限定し、いわゆる「新しい強制処分」を排斥する趣旨の規定ではないというものである。この見解によると、「適正手続」の理念を具体化する「令状主義の原則」の趣旨に基づいた厳格な要件を課すのであれば、現行法の解釈によっても「新しい強制処分」を採用することが可能であるとされる（新しい強制処分説⁽⁸⁹⁾）。

しかし、既存の強制処分は刑事訴訟法によって規制されるが、「新しい強制処分」については、刑事訴訟法の規制を受けるのではなく、直接、令状主義の趣旨（あるいは適正手続の理念）によって規制されるというこの見解に対しては、以下のような問題点が指摘されている。

第1に、明文にある「強制処分法定主義」の規定をどのように解釈するのかという問題である。新しい強制処分説によると、刑事訴訟法が規定する「強制処分法定主義」の位置づけが曖昧になる（存在意義を説明できない）ことから、論者は、それを旧法の名残であると捉えたうえで、既存の「強制処分」について当然の理を確認する規定であると述べ、当該規定に特別（重要）な意義を与えていない。そして、新しい強制処分を含めた「捜査」全体が、令状主義の趣旨（適正手続の理念）に支配されるという法律構成をとっている⁽⁹¹⁾。

それに対して、多数説は、明文にある「強制処分法定主義」の存在意義を解釈の上でも重要視し、その統一的な適用の必要性を指摘している⁽⁹²⁾。それによると、対象者の権利（法益）を制約する「強制処分」は、当然に「強制処分法定主義」の支配に服する（立法によらなければならない）も

のとされる。したがって、197条1項但書は、単なる確認規定ではなく、「行政権の行使」を立法の側面から抑制する機能を有するものであることから、「強制処分」に該当する法執行行為は、令状による場合（原則）であっても令状によらない場合（例外）であっても、すべて法に根拠が求められなければならないことを意味するものと理解される。

第2に、裁判所の役割（機能）に関する問題である。「新しい強制処分」説の展開は、社会状況に応じて柔軟な対応を可能にするという点において注目に値するが、それは反面、裁判所（官）が、「適正手続」の理念だけに依拠して、当該法執行行為が許容される条件を導き出すことに他ならない。それは、裁判官による自由な法解釈（あるいは法創造）を意味するが、裁判所（官）に対してかくも広範かつ強大な「権限」を与えることが、我が国の法体系に合致するものであるのかについては、より詳細に検討されなければならないであろう。⁽⁹³⁾

確かに、一国の法制度は、「立法」と「解釈」のバランスの上に成り立っており、法制度がある程度の実質化をとまなうことは、事実上やむをえないと考えられている。⁽⁹⁴⁾ 実質論の展開は、ある意味において、法制度の「理念」と「現実」との溝を埋める役割を果たしており、⁽⁹⁵⁾ 法律の背後にある趣旨（目的）を探究するを通して「適正手続」の理念を貫徹するという意味においては、「解釈」による実質化も、必ずしも不当であるとはいえない。⁽⁹⁶⁾ しかし、このような裁判所による法形成を一般化することについては、深刻な問題が潜んでいる。本来、国民の権利（法益）の制約につながる法執行行為の問題は、その可否・要件を含めて、国民の代表からなる「国会」を中心に議論されるべき事項である。ところが、それが直接「裁判所」に持ち込まれる場合、実務への配慮から「現状」が追認され、結果として、被疑者・被告人に不利な判断（法解釈・法運用）が導かれやすいことが指摘されている。⁽⁹⁷⁾

そもそも「適正手続」の保障は、単に法律の定めがあるだけでは不十分で、さらにそれが適正なものでなければならないという趣旨であって、手続さえ適正であるならば、法律の定めがなくてもよいという趣旨ではな

⁽⁹⁸⁾い。また、刑事手続というのは、生来的に人権を侵害する性質を有するものである以上、その確実性・明白性・形式性が担保されていなければならない。⁽⁹⁹⁾その意味において、法の「解釈・運用」による安易な解決は、手続の対象となる者に不利に働く可能性が高いことから、対象者の権利を擁護する緊急の必要性が認められる場合を除いて、国民が十分な議論を尽くしたうえで、「立法」による解決を選択する方が、より「適正手続」の理念に適合するように思われる。⁽¹⁰⁰⁾

このように、国会を「国権の最高機関」かつ「唯一の立法機関」として位置づける憲法第41条、主権者たる国民による手続の法定を要請する憲法第31条、そして、「適正手続」の理念を受けて「強制処分法定主義」を規定する刑事訴訟法の趣旨に鑑みれば、我が国の法制度は、法律で規定する強制処分以外の「解釈による強制処分」を許さない、真の意味での「強制処分法定主義」⁽¹⁰¹⁾を要請しているものと解される。したがって、「新しい例外法理・法則」の確立に際しては、刑事司法制度全体のバランスを考慮に入れた上で、積極的に議論を展開し、国会による「立法」こそをその中心に据えるべきであると考えられる。⁽¹⁰²⁾

2 立法による場合

合理性条項を規定せず、合理的な例外を留保しない憲法第35条の趣旨に鑑みれば、たとえ「立法」によって新しい例外を確立する場合であっても、令状主義の「形式的側面」と「実質的側面」の両面において、慎重な配慮が必要になってくる。

① 形式的側面（令状手続の免除）

例えば、捜査機関が、適法な搜索・差押えの過程において、令状に記載されていない証拠物、別罪に関する証拠物、あるいは禁制品を発見した場合、そのような証拠物を令状によらずに差し押さえることは可能であろうか。

このような状況に対して、現行刑事訴訟法が規定している手段としては、

①発見された証拠物の所有者等に任意提出を求めて領置すること、②発見された物が禁制品である場合は、その所有者等を逮捕し、逮捕に伴う差押えを行うこと、③新たに発見された証拠物に対する差押許可状を請求し、それに基づいて差押えを行うことが考えられる。しかし、それぞれの方法が、それぞれに難点を有しており、効果的な手法とは言い難い。⁽¹⁰³⁾

この点、アメリカ合衆国の判例においては、適法な法執行の過程にある捜査官が、新たなプライバシーの侵害を伴うことなく現認した証拠物等は、それが押収対象物であることに「相当な理由」が認められる限りにおいて、令状によらずに押収することができるものとされている（ブレイン・ビュー法理⁽¹⁰⁴⁾）。そして、適法な法執行行為の過程において、対象物の「プライバシー」が開披されていると考えられる（アメリカ合衆国においてブレイン・ビュー法理の適用が問題とされる）状況は、我が国でも頻繁に生じている。そのような状況に対して、現行法で可能とされる手段が効果的ではないという現状に鑑みれば⁽¹⁰⁵⁾、「ブレイン・ビュー法理」を参考にして、より現実的な法規定を整備する方向性を探ることも必要であるように思われる。

アメリカ合衆国における「ブレイン・ビュー法理」は、先行する適法な法執行行為によって、プライバシーが開披されている状況を前提としている。そして、プライバシーが開披された範囲内で「現認」した証拠物については、プライバシーの利益が認められないことから、それを令状によらずに押収したとしても、必ずしも「人権侵害」にはあたらないという論理を基礎にしている。したがって、当該法理が予定する状況は、令状を要求することが不可能ないし困難な場面というよりは、むしろ、令状による保護が必要とされない場面である。その意味において、「緊急性」を理由とする令状によらない法執行行為とは、その例外たる根拠を異にしており、現認した証拠物を「押収」する要件として、個別的・具体的な「緊急の必要性」は要求されていない。

しかし、日本国憲法第35条の規定は、合理性条項を規定する第4修正とは異なり、「第33条の場合を除いて」は、その例外を一切認めていないと

も読める。したがって、たとえプライバシーが開披された状況であっても、それに続く法執行行為の適法性は、法の趣旨を熟考したうえで、より厳格に認定していく必要性が認められよう。この点、確かにプレイン・ヴェューに基づく「差押え」が問題とされる状況は、通常の「差押え」の状況と比較して、①差し押さえることができる対象物が、捜査官の現認しうる範囲に限定されており、②それらに対するプライバシーの利益も減退しているという特徴を有する。しかし、我が国において搜索・差押えの適法性が問題とされる場合、「搜索」から保護されるのは「個人のプライバシー」という法益であり、「差押え」から保護されるのは「個人の支配権」という法益であるというように、その保護法益を区別して考察する傾向が強い。それによると、たとえ適法に「個人のプライバシー」が開披されている状況であっても、「差押え」によって侵害される「個人の支配権」という問題は未だ残されていることになる。その点を重視するのであれば、たとえプライバシーが開披されている状況であっても、当該法執行行為を行う「緊急の必要性」が認められない場合については、あえて「個人の支配権」の侵害を伴う行為を許容する必然性を見いだすことはできないであろう。したがって、我が国において、プレイン・ヴェューの状態における令状によらない「差押え」が許容されるためには、「個人の支配権」という法益が、「個人のプライバシー」の開披に伴って侵害されることがないように、その要件として、「緊急の必要性」を検討する必要があるように思われる。⁽¹⁰⁶⁾

このように、令状主義の「新しい例外」を確立するのに際しては、その「形式的側面」の問題として、令状手続が免除されるのは、令状を要求することが不可能ないし困難な「緊急事態」であり、令状によらない搜索・差押えを行う「緊急の必要性」が認められる場合に限られるという点が確認されなければならない。

② 実質的側面（正当な理由）

例えば、麻薬の売買の現場で被疑者を逮捕することが不可能であり、それに伴う搜索・差押えができない場合、その現場を放置し、被疑者らによ

る証拠の毀棄・隠匿を甘受しなければならないのであろうか。麻薬の売買を疑わせる「正当な理由」があり、かつ、特定の場所（例えば、譲渡行為がなされた場所）に証拠となる麻薬が存在する蓋然性が高いことが譲受人の供述等によって合理的に認定できるという状況において、そのような証拠物を令状によらずに捜索し、差押えることの可否が問題となる。⁽¹⁰⁷⁾

この点、刑事訴訟法第210条は、①犯罪の重大性、②犯罪の嫌疑の充分性、③緊急性が認められる場合について、事後的に裁判官による令状を請求することを条件として、被疑者を「緊急逮捕」することを許容していることから、「緊急捜索・差押え」の立法化を検討するのに際しても、この規定の存在が参考になる。まず、令状主義の「形式的側面」についてみると、令状手続の免除が許容されるためには、令状を要求することが不可能ないし困難な「緊急事態」であり、様々な危険を防止すべき「緊急の必要性」が認められることが必要となるが、そのような「緊急の必要性」が認められる状況それ自体は、「逮捕」の場合と「捜索・差押え」の場合とで、特段の差異があるとは考えられない。したがって、一般的・類型的に「緊急の必要性」が認められる状況については、令状主義の形式要件（令状手続）を免除したとしても、適正手続の理念に反するとはいえないであろう。そこで次に、そのような法執行行為が、「令状を請求していれば発付されていた」であろう実質を伴うものであるのかどうか、令状主義の「実質的側面」が問題となる。

学説においては、立法による場合であっても、とりわけ「緊急捜索」を規定することは、憲法の趣旨に合致しないという見解が根強い⁽¹⁰⁸⁾。なぜなら、特定の目標を対象とする「逮捕」や「差押え」と比較して、「捜索」は、未見の目的物を探索する行為であり、探索の範囲が目的物を求めて拡張していく性格を有するだけでなく、継続性のある処分である逮捕や差押えとは異なり、捜索は即時的な処分であることから、ひとたび権利が侵害されると、それを事後的に回復することが困難となるからである。そのような「捜索」の性質に鑑みるならば、たとえ「緊急の必要性」が認められる状況であっても、対象とされる犯罪や法執行行為を行う状況が「限定」され

ていないのであれば、一般的・探索的な「搜索」と、それに基づく「差押え」に繋がる危険性を否定することができないことから、そこに令状を要求すれば発付されるであろう「正当な理由」を一般的・類型的に認めることは困難であるといえる。そのような理由から、学説においては、刑事訴訟法を改正してまで一般的な「緊急搜索・差押え」を規定することには慎重であるべきと考える見解が多数を占めている。

このように、令状主義の「新しい例外」を確立するのに際しては、その「実質的側面」の問題として、当該法執行行為の態様が、一般的・類型的に「正当な理由」の基準を充足するものであることが必要とされる。

もっとも、学説の中には、「合理的な例外」を留保しない令状主義の趣旨を踏まえつつも、判例による「法創造」に対する懸念という観点から、対象となる犯罪を限定したうえで（例えば、薬物事犯）、厳格な要件の下に「取調べのための停止」と「緊急搜索・差押え」の立法化を提案する見解もある⁽¹⁰⁹⁾。この見解は、対象となる犯罪を「薬物事犯」に限定するとともに、その適用場面をいわゆる「職務質問（取調べのための停止）」の状況に限定している。また、未見の目的物を求めて拡張してゆく性質を有する「搜索」が許される範囲を被疑者の身体にとどめ、被疑者の住居や第三者に帰属する場所等のプライバシーの保護に配慮している点において、一般的な「緊急搜索・差押え」よりも許容しやすいものといえよう。

このように、対象となる犯罪や適用場面を「限定」したうえで、①犯罪の重大性、②嫌疑の充分性、③証拠の不可欠性等を判断の基礎として、当該法執行行為に「正当な理由」を要求するのであれば、緊急事態における令状によらない搜索・差押えを法律で規定したとしても、必ずしも「適正手続」の理念に反するとまではいえないように思われる。⁽¹¹¹⁾

(3) 小括

本稿においては、主として、以下の3点について考察した。

1 刑事手続の理念と令状主義の原則

まず、刑事手続の「理念」という観点から、憲法第35条の位置づけを確認した。アメリカ合衆国憲法修正第4条(第4修正)は、令状主義の原則を宣言している(第2文・令状条項)が、それは同時に、「合理性」の観点から対立利益のバランスを調整することが可能な「均衡法理」であることを明言している(第1文・合理性条項)。したがって、個別的・具体的な事例において、「真実発見」の要請と「人権保障」の要請とが抵触する場合は、対立利益のバランスを再調整し、その実質要件の緩和(排除)を通して、合理的な結論を導くことが可能とされている。

それに対して、日本国憲法第35条には「合理性条項」が規定されていない。実体的な「真実」を追求することを通して社会的正義を実現しようとする傾向が強い我が国の刑事手続においては、国家権力を背景とする捜査機関(訴追側)によって、被疑者・被告人の「人権」が危険に晒される可能性を排除することができない。そのような手続において最も重要であるのは、「適正手続」の内容(均衡点)を明確にすることを通して、被疑者・被告人に対する人権侵害を「必要最低限度」に食い止めることである。その点に鑑みるならば、憲法第35条は、「正当な理由」という基準を設定することを通して、「適正手続」の内容(均衡点)を「最低限度」の範囲で具現していると考えることによって、はじめて独自の存在意義を発揮することになるものと思われる。

このように、合理性条項の有無という憲法第35条と第4修正との最大の相違点を重視する観点から、合理性条項を規定していない憲法第35条は、最低限度の基準(すなわち、実質要件である「正当な理由」)の緩和(排除)を否定し、厳格な基準を維持することを通して「人権保障」を担保するものであると位置づけた。

2 令状主義の内容と新しい例外の可能性

次に、既存の例外である「逮捕に伴う搜索・差押え」を、形式的側面と実質的側面とに区別して分析することを通して、我が国の令状主義の内容

(要件)を明確にした。そして、既存の例外とは別に「新しい例外法理・法則」を確立しようとする場合、「第33条の場合を除いて」その例外を認めていないとも読める憲法第35条の「文言」との関係において、どのように理論上の整合性を保つのかについて検討した。

この点、令状主義の原則には形式的側面と実質的側面とが存在する。すなわち、ある法執行行為を行うのに際して、それが「適正手続」の理念に適合するかどうかの基準を示しているのが「正当な理由(実質要件)」であり、そのような基準を充足しているのかどうかは、「令状手続(形式要件)」を通して、中立かつ公正な裁判官によって判断されている。そのことを前提にして憲法の「文言」を再考察するならば、憲法第35条が「第33条の場合」を令状主義の例外としているのは、「逮捕する場合」の「逮捕の現場」においては、令状によらない捜索・差押えを行う「緊急の必要性」が存在する蓋然性が極めて高いことから、一般的・類型的に「正当な理由」が充足されるという趣旨であると考えられる。したがって、「第33条の場合」の捜索・差押えについては、「正当な理由」の存在が前提とされることから、あらためて令状手続を通じた実質要件の吟味を経なくても、「適正手続」の要請を充足しているものと考えられる。

それに対して、「第33条の場合」以外については、明文上、いっさい令状によらない法執行行為が許されないようにも読める。しかし、令状主義の原則は、捜査機関が令状を請求することが「可能」な場合を念頭に置いていられるところ、緊急事態に対処すべき「緊急の必要性」が認められる状況にまで令状手続を強いるのであれば、他方で、市民や社会を様々な危険に晒すことにも繋がりがかねない。したがって、憲法が「第33条の場合」と規定しているのは、令状によらない法執行行為を行うことができる状況を「逮捕」の場面に限定する趣旨ではなく、令状を要求することが不可能ないし困難な「緊急事態」であり、令状によらない法執行行為を行う「緊急の必要性」が一般的・類型的に認められる状況を例示しているものと解しても、必ずしも不合理とはいえないであろう。

このような点に鑑みて、「第33条の場合」に匹敵するほどの「緊急の必

要件」が一般的・類型的に認められる状況においては、令状手続（形式要件）を免除することが可能であり、当該法執行行為に「正当な理由」が認められることを条件とするのであれば、新しく令状によらない法執行行為（例外法理・法則）を確立したとしても、「適正手続の理念」に反するものではないという見解を示した。

3 現行法の解釈と立法の必要性

最後に、新しい例外法理・法則を確立すること自体は許容されるとしても、その方法として、現行法の「解釈」によることができるのか、「立法」によるべきなのかを吟味した。

この点については、国会を「国権の最高機関」かつ「唯一の立法機関」として位置づける憲法第41条、主権者たる国民による手続の法定を要請する憲法第31条、そして、「適正手続」の理念を受けて「強制処分法定主義」を規定する刑事訴訟法第197条1項但書の趣旨に鑑みて、新しい例外法理・法則を現行法の「解釈」によって確立することには慎重であるべきと考えた。

したがって、逮捕の場合（第33条の場合）に匹敵するほどの「緊急の必要性」が認められる状況については、そのような状況を厳格かつ明確に「定義」し、一般的・探索的な搜索・差押えに繋がる危険を防止するための「条件」を課すのであれば、法律で新しく「令状によらない法執行行為（例外法理・法則）」を規定することも、理論上、不可能ではないという結論に至った。

お わ り に

現在、我が国においては、「取調べの可視化」や「弁護人の取調立会権」といった「人権保障」の要請から導かれる手続の法制化に向けた議論が活発である（2010年7月現在）。一方で、社会的関係が希薄化し、犯罪が多様化・巧妙化している現代において、犯罪の捜査は、以前にも増して困難

を極めている。そのような「現実」の下において「人権保障」を標榜する法律が制定されるのであれば、その反動として、能率的・効果的な捜査方法の必要性が叫ばれ、現行法に規定のない新しい捜査方法（令状主義の例外法理・法則）の導入が検討される可能性が高い。その意味において、今の段階から憲法や刑事訴訟法の現代的な解釈論を展開し、その「可否」や「要件」を議論しておくことも、非常に重要かつ有意義であるように思われる。

個々の捜査方法（例外法理・法則）の可否・要件については、それぞれの論文に譲るとして、本稿はこれで閉じることにしたい。

注

- (1) 高橋和之「憲法学からみた刑事訴訟法」ジュリスト増刊『刑事訴訟法の争点（新版）』（1991年）10頁。日本国憲法の制定過程については、キョウコ・イノウエ・古関彰一・五十嵐雅子『マッカーサーの日本国憲法』（1991年）、樋口陽一・佐藤幸治・仲村睦男・浦部法穂『注解法律学全集憲法Ⅱ』（1997年）、浦部法穂「刑罰権と人権」山内敏弘・阿部照哉・江橋崇・中村睦男・浦部法穂・樋口陽一編『現代憲法講座・下』（1985年）、阿部照哉・池田政章・初宿正典・戸松秀典編『有斐閣双書憲法（3）』第3版（1995年）、小川光夫編『制定秘話から学ぶ日本国憲法』（2000年）等参照。
- (2) 浦部法穂・前掲(注1)227頁。
- (3) 杉原泰雄「『人身の自由』と刑事手続」法律時報45巻2号（1973年）11頁、安念潤司「憲法問題としての『手続上の権利』」ジュリスト884号（1987年）246頁。
- (4) 杉原泰雄・前掲(注3)8頁。
- (5) 杉原泰雄・前掲(注3)8頁、高橋和之・前掲(注1)10頁。
- (6) あたかも、刑事訴訟法第321条以下の伝聞例外の中に、伝聞の概念には一応該当するが、伝聞法則の趣旨からして証拠能力を否定する必要のない伝聞不適用の場合が含まれると考えられているのと同様である。伝聞例外と不適用につき、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』〔改訂版〕（1990年）205頁、高田卓編『基本法コンメンタール刑事訴訟法』〔第3版〕（1993年）275頁等参照。
- (7) 杉原泰雄「憲法と刑事訴訟法 若干の補論として」法律時報45巻14号

(1973年)124頁, 佐藤功『ポケット註釈全書憲法』(1955年)206頁以下, 有倉遼吉=小林孝輔編『基本法コンメンタール憲法』〔第3版〕(1986年)。

- (8) 高橋和之・前掲(注1)10頁, 杉原泰雄・前掲(注3)25頁。
- (9) 田宮裕『刑事訴訟法』[新版](1996年)3頁。
- (10) 田宮裕・前掲(注9)3頁, 田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』(1972年)16頁。
- (11) 田宮裕・前掲(注10)1頁, 阿部照哉等編・前掲(注1)103頁, 渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法I人権』(2000年)24頁。
- (12) 浦部法穂, 前掲(注1)224頁。
- (13) このような「デュー・プロセス」の理念については, 従来, 手続の側面を支配するものであり, 実体の側面(刑罰権発動の根拠)にまで関心を持つものではないと考えられていた。ところが, 時代の経過とともに, アメリカ合衆国においては, 裁判所の違憲立法審査権を媒介として, 判例上, 修正第5条及び第14条の「デュー・プロセス」条項が, 実体的な法律の内容の適正さも要求するものと解釈され, 右条項にいう「自由」も, 身体の自由のみならず契約の自由なども含むよう拡張して解釈されることになった。そのため, 19世紀以後1930年代半ばまで, 経済的自由の規制立法を違憲無効とする万能規定として, 自由放任主義の憲法上の支えとなってきた。このようなデュー・プロセス条項に特定の経済政策を読み込むような傾向そのものは, 1930年代後半以降影を潜めたが, 「デュー・プロセス」は, 「手続」のみならず「実体(権利・自由の内容~その発生, 変更, 消滅の要件)」にも深く関わる理念として理解され続けている。そして, 「デュー・プロセス」条項の下において, 刑事手続上の重要な原則(例えば, 黙秘権, 弁護人依頼権, 接見交通権, 違法収集証拠排除法則等)が確立されてきており, 今日においては, 刑罰による人権の制限ばかりでなく, その他の方法による人権の制限についても, その理念が追求されるようになってきている。アメリカ合衆国における「デュー・プロセス」の意義については, 阿部照哉『比較憲法入門』(1994年), 浦部法穂・前掲(注1), 田宮裕・前掲(注10)等参照。
- (14) 松尾浩也『刑事訴訟の原理』(1974年)349頁, 田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』(1972年)145頁等。
- (15) 田宮裕・前掲(注9)5頁。
- (16) 田宮裕・前掲(注9)7頁。
- (17) 松尾浩也『刑事訴訟法・上』(補正第2版)(1978年)12頁以下参照。

- (18) 田宮裕・前掲(注9)14頁。
- (19) 小田中聰樹「刑訴法の理論状況の一分析」『吉川経夫先生古稀祝賀論文集 刑事法学の歴史と課題』(1994年)354頁以下参照。
- (20) 鈴木茂嗣『刑事訴訟の基本構造』(1979年)7頁, 鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』(1988年)1頁以下。
- (21) 同上。
- (22) Oregon v. Haas, 420 U.S. 714, at 722 (1975)。
- (23) 田宮裕・前掲(注10)16, 29頁, 田宮裕・前掲(注9)4頁, 浦部法穂・前掲(注1)239頁。
- (24) 田宮裕・前掲(注9)5頁。適正手続の内容については, 市川正人「刑事手続と憲法31条」樋口陽一編『講座憲法学(4)』(1984年), 阿部照哉等編・前掲(注1), 浦部法穂・前掲(注1), 渋谷秀樹・赤坂正浩・前掲(注11), 佐藤幸治『憲法』〔第3版〕(1995年), 大野盛直「刑事手続に関する憲法上の原則」『憲法講座Ⅱ』(1963年)等参照。
- (25) 高橋和之・前掲(注1)10頁。
- (26) 田宮裕・前掲(注10)208頁, 田宮裕「最近のデュー・プロセス論争」研修340号(1976年)8頁, 松尾浩也「憲法と刑事訴訟法——ひとつの覚え書」法律時報45巻6号(1973年)122頁。杉原泰雄・前掲(注3)23頁。
- (27) 杉原泰雄・前掲(注3)23頁。
- (28) このような「片面的構成」については, 田宮裕・前掲(注10)はしがき参照。
- (29) 杉原泰雄・前掲(注3)23頁, 鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造・上』(1996年)8頁。
- (30) 杉原泰雄・前掲(注3)25頁。
- (31) 杉原泰雄・前掲(注3)23頁。
- (32) 杉原泰雄・前掲(注3)23頁, 鈴木茂嗣・前掲(注29)8頁。
- (33) Katz v. United States, 389 U.S. 347, at 357 (1967); United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109, 113 (1984)。
- (34) 渥美東洋「搜索・押収におけるプライバシーの概念」石川才顕『刑事手続と人権』(1986年)102頁以下参照。
- (35) ある論者によると, 捜査は, ①無令状でなされれば違法な強制処分となる捜査, ②任意処分にあたるが, 具体的状況の下での利益衡量の結果, 相当と認められず違法となる捜査, および, ③任意処分にあたり, かつ具体的状況の下で相当と認められる適法な捜査という3つの類型に分類される。洲見光男「任意捜査と権利制約の限界」刑法雑誌39巻2号

(2000年) 242頁参照。また、ある論者によると、捜査は、①「強制処分」としてしか行えない分野（承諾に基づく留置等）、②対象者の同意があるならば「任意処分」として行えるが、同意がなければ「強制処分」しか行えない分野（承諾に基づく検証・捜索・押収等）、③同意がなければ「任意処分」も「強制処分」も行えない分野（取調べ等）、④同意がなくても「任意処分」として行うことができるのと同時に、「強制処分」として行うことも可能な分野（任意処分に付随する有形力の行使等）、⑤同意がなくても一定の法益侵害を伴う「任意処分」を行うことが可能な分野（尾行・張込み・情報収集等）という5つの類型に分類される。川上和雄「任意捜査の限界」三井誠他編『刑事手続・上』（1988年）90頁参照。

- (36) 井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」ジュリスト増刊『刑事訴訟法の争点 [第3版]』（2002年）46頁，三井誠『刑事手続法（1）』〔新版〕（1997年）79頁。
- (37) 田宮裕・前掲(注9)65頁。この点について、任意捜査の語を用いているが、強制処分に基つかない捜査は、非強制捜査とする方がより正確であるとする見解もある。三井誠・前掲(注36)79頁。
- (38) 犯罪捜査規範第99条参照。井上正仁・前掲(注36)46頁。
- (39) 洲見光男「任意捜査と権利制約の限界」刑法雑誌39巻2号（2000年）241頁，井上正仁・前掲(注36)46頁。
- (40) 団藤重光『条解刑事訴訟法』（1950年）361頁，平野龍一『刑事訴訟法』（1958年）82頁，高田卓爾『刑事訴訟法』（2訂版）（1984年）143頁。
- (41) 田宮裕編『刑事訴訟法I』（1975年）129，130頁，井上正仁・前掲(注36)46頁，三井誠・前掲(注36)81頁。
- (42) 川上和雄・前掲(注35)93頁。
- (43) 井上正仁「任意捜査における有形力の行使」別冊ジュリスト148号『刑事訴訟法判例百選』〔第7版〕（1998年）4頁。
- (44) 井上正仁・前掲(注43)4頁，三井誠・前掲(注36)81頁。
- (45) 最高裁昭和51年3月16日決定（刑集30巻2号187頁，判例時報809号29頁，判例タイムズ335号33頁）。
- (46) 後藤昭「強制処分法定主義と令状主義」法学教室245号（2001年）12頁。
- (47) 井上正仁・前掲(注36)47頁，三井誠・前掲(注36)82頁。
- (48) 高田卓爾・鈴木茂嗣編・前掲(注6)32頁，井上正仁・前掲(注43)4頁，最高裁昭和59年2月29日決定（刑集38巻3号79頁）参照。

- (49) 川上和雄・前掲(注35)93頁。
- (50) 後藤昭・前掲(注46)12頁等参照。
- (51) 田宮裕・前掲(注9)65頁。
- (52) 最高裁昭和51年3月16日決定(刑集30卷2号187頁,判例時報809号29頁,判例タイムズ335号33頁)。
- (53) そもそも我が国の刑事訴訟法が予定する「搜索」は,強制処分として行われるそれを意味するのであり,承諾に基づいて行われる法執行行為を「任意捜査」とするのであれば,それは,少なくとも刑事訴訟法の文言上,「搜索」にはあたらないことになる(但し,ここでは,便宜上「搜索」と呼ぶ)。三井誠・前掲(注36)79頁参照。
- (54) 三井誠・前掲(注36)81頁。
- (55) 平場安治「任意捜査と強制捜査の限界」団藤重光編『刑事訴訟法』(1966年)131,132頁,平場安治『刑事訴訟法講義』(1955年)344頁等参照。
- (56) 佐藤文哉「令状によらない搜索・差押(1)」熊谷弘他編『捜査法大系Ⅲ(搜索・押収)』(1972年)10,11頁,柳俊夫「搜索・差押え」・三井誠他編『刑事手続・上』(1988年)302頁。
- (57) 三井誠・前掲(注36)50頁,井上正仁・前掲(注36)47頁,田宮裕・前掲(注9)66頁等参照。
- (58) アメリカ合衆国における「同意に基づく搜索」については,東條喜代子「アメリカにおける承諾搜索」産大法学13巻4号(1980年)92頁,緑大輔「合衆国における同意搜索の問題」修道法学27巻1号(2004年)1頁参照。
- (59) 洲見光男・前掲(注39)241頁。
- (60) 田宮裕・前掲(注9)65頁。
- (61) 佐藤文哉・前掲(注56)10,11頁,堀籠幸男「搜索・差押え(コメント)」三井誠他編『刑事手続・上』(1988年)311頁。搜索・差押許可状の発付を受けた捜査官が,令状発付の事実を告げた上で承諾を求め,任意の搜索・差押えを行うという,令状主義の潜脱ともいえる行為に利用される危険性も否定できないとの指摘もある。安富潔『演習講義刑事訴訟法』[第2版](2001年)84頁。
- (62) この点,憲法第35条の保護法益の問題を「個人」という側面から捉えるのであれば,その権利(法益)を「援用・放棄」することについても,当該個人の自由であるように思われる。しかし,第35条は,令状主義の原則を規定し,裁判所による事前の「司法審査」を要求することを通し

て「個人の権利（法益）」を保障することを意図している。したがって、令状主義の適用についても、それを個人的な事情（援用・放棄）に関わらずのではなく、客観的な法益侵害性が認められる法執行行為はすべて「強制処分」としたうえで、令状によらない「搜索」の問題として検討するという見解も傾聴に値する。

- (63) 三井誠・前掲(注36)51頁。
- (64) 当該法執行行為に「違法性」が推定されるということは、訴追側が、その違法性を「反証」しなければならないことを意味する。したがって、訴追側が「任意の承諾」の存在を積極的に「立証」することに成功した場合に限って、当該法執行行為によって収集した証拠に「証拠能力」が認められることになる（逆に言えば、被告側は、承諾の「不任意性」を立証する責任から開放される）。
- (65) 渥美東洋『刑事訴訟法』〔第2版〕（2009年）87頁以下、椎橋隆幸「令状記載物以外の物に対する差押え」別冊判例タイムズ10号（年）76頁。
- (66) 搜索・押収に関する令状主義の実質について、憲法第35条は「犯罪を捜査するについて必要があるとき」、刑事訴訟法218条1項は「必要があるとき」と述べ、また、刑事訴訟規則156条1項は「被疑者・被告人が罪を犯したと思量されるべき資料の提出」を要求しているが、一般には「押収すべき物であること又は押収すべき物の存在を認めるに足りる事情が存すること」であると理解されている。樋口陽一等・前掲(注1)321頁参照。すなわち、「特定犯罪の存在、及びその犯罪と搜索目的物（押収対象物）との関連性（すなわち、押収の場合には、当該押収対象物が当該特定犯罪に関連すること、加えて搜索も行う場合には、かかる関連性のある対象物（搜索目的物）が搜索対象たる特定の空間的領域に存在することが、相当な程度の蓋然性で認められる場合）」に「正当な理由」が肯定される。
- (67) 渥美東洋・前掲(注65)87頁以下参照。
- (68) アメリカ合衆国憲法修正第4条は、「不合理な搜索・押収に対して、身体、住居、書類、及び所有物の安全を保障される人民の権利は、これを侵害してはならない。令状はすべて、宣誓もしくは確約によって支持される相当な理由に基づくもので、かつ搜索する場所及び逮捕・押収する人又は物が明示されているものでない限り、これを発付してはならない」と規定している。
- (69) 平野龍一『刑事訴訟法』（1958年）116頁等。
- (70) 佐藤文哉・前掲(注56)7頁等。

- (71) 三井誠・前掲(注36)48頁。東京高裁昭和44年6月20日判決(高刑集22巻3号352頁, 判例時報575号85頁)。
- (72) 最高裁昭和36年6月7日判決(刑集15巻6号915頁)。
- (73) 大阪高裁昭和49年11月5日判決(判例タイムズ329号108頁)。本判決について、渥美東洋「逮捕の現場での無令状の搜索・差押え」『警察実務判例解説(搜索・差押え編)』別冊判例タイムズ10号(1988年)95頁参照。大阪地裁昭和47年4月27日決定(判例時報670号101頁)。
- (74) 安富潔「令状によらない搜索・差押」警察学論集45巻8号(1992年)185頁。
- (75) 最高裁昭和36年6月7日判決(刑集15巻6号915頁)。
- (76) アメリカ合衆国における、令状を要求することが不可能ないし困難な場合と令状による保護が必要とされない場合の議論については、Wayne R. LaFave, “Being Frank About the Fourth: On Allen’s “Process of ‘Factualization’ in the Search and Seizure Cases”, 85 Mich. L. Rev. 427, at 459 (1986) 参照。
- (77) *Welsh v. Wisconsin*, 466 U.S. 740, at 747-48, 753 (1984); *Minnesota v. Olson*, 495 U.S. 91, at 100 (1990). *Welsh* 判決については、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究・第3巻』(1989年)1頁(萩原滋執筆)参照。
- (78) 逆にいえば、令状手続が必要かつ可能な法執行行為が行われた場合については、それが実際に「令状手続」を通じたものであろうとなかろうと、「真実発見」と「人権保障」のバランスが、実質要件の問題として(「正当な理由」の基準を通して)考慮されることになる。*Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, at 9 (1968); *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, at 361 (Harlan, J., Concurring) (1967).
- (79) 東京高裁昭和44年6月20日判決(高刑集22巻3号352頁, 判例時報575号85頁), 安富潔・前掲(注74)185頁。
- (80) 高柳信一「行政手続と人権保障」憲法講座2巻(1963年)264頁。
- (81) 東京高裁昭和44年6月20日判決(高刑集22巻3号352頁, 判例時報575号85頁)。加藤晶「逮捕現場と搜索・差押場所」『警察実務判例解説(搜索・差押え編)』別冊判例タイムズ10号(1988年)99頁。
- (82) Stephen A. Saltzburg, Daniel J. Capra, Catherine Hancock, *Basic Criminal Procedure*, at 127 (4th. ed. 2005); LaFave, *supra* note (76), at 441, 安富潔・前掲(注74)185頁, 渥美東洋『刑事訴訟法』[新版](1990年)64頁以下参照。
- (83) LaFave, *supra* note (4), at 441-42; *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, at 21, 30

- (1968). Terry 判決については、アメリカ法2号(1969年)246頁(松尾浩也執筆)、阪村幸男『英米判例百選I公法』(1978年)170頁参照。
- (84) 安富潔・前掲(注74)185頁, 渥美東洋・前掲(注65)87頁以下参照。
- (85) 東京高裁昭和44年6月20日判決(高刑集22巻3号352頁, 判例時報575号85頁)。
- (86) 令状要件を除いて憲法の搜索・押収の要件は具備しており, それを具備しているからこそ, 令状入手の時間的余裕の欠如が令状要件を免除する正当理由とされていることと相俟って, 合理的な例外とされている。渥美東洋・前掲(注65)102頁。
- (87) もっとも, 立法的解決が望ましいとしている。渥美東洋『刑事訴訟法』[新版](1990年)95頁以下・前掲(注65)95頁。
- (88) 安富潔・前掲(注74)185頁, 渥美東洋・前掲(注65)87頁以下, 杉原泰雄・前掲(注3)25頁。
- (89) 田宮裕・前掲(注9)71, 120頁。
- (90) 同上。
- (91) 田宮裕・前掲(注9)72, 73頁, 渥美東洋・前掲(注65)106, 107頁。このような考え方に批判的なものとして, 小田中聰樹「刑訴法の理論状況の一分析(覚書)」吉川経夫先生古稀祝賀論文集『刑事法学の歴史と課題』(1994年)359頁以下参照。
- (92) 三井誠・前掲(注36)80頁, 白取祐司『刑事訴訟法』(1999年)78, 79頁。
- (93) 村井敏邦「令状主義は誰のもの?」法学セミナー435号(1991年)104頁, 井上正仁・前掲(注36)51頁。
- (94) 愛知正博「実質論の視角を問い返す必要性」ジュリスト1148号(1999年)82頁, 亀山継夫「刑事訴訟法における判例と立法の役割」ジュリスト増刊『刑事訴訟法の争点(新版)』(1991年)24頁。
- (95) 井上正仁・前掲(注36)51頁, 愛知正博・前掲(注93)82頁。
- (96) 愛知正博・前掲(注94)82頁。
- (97) 亀山継夫・前掲(注94)24頁。
- (98) 村井敏邦・前掲(注93)104頁。
- (99) 同上。
- (100) 井上正仁・前掲(注36)51頁, 小田中聰樹・前掲(注91)359頁。
- (101) 村井敏邦・前掲(注93)104頁は, 「従来, 強制処分法定主義は, ともすれば令状主義と混同されるきらいがあったが, 両者は密接に関連はするものの, それぞれに独自の意義を持つ別個の存在であることを改めて

- 確認する必要があるとされる」と述べている。井上正仁・前掲(注36)51頁, 三井誠・前掲(注36)80頁, 白取祐司・前掲(注92)78, 79頁。
- (102) それに対して, 裁判所による消極的立法効果を肯定するものとして, 荒木信治『刑事訴訟法読本』(1996年)45, 46頁, 椎橋隆幸「電話傍受の適法性について」法学新報103巻7号(1997年)36頁注44, 等。判例の法源性を肯定するものとして, 洲見光男「修正4条による裁量統制手法」光藤景皎先生古稀祝賀論文集上巻(2001年)202頁。
- (103) ①については, 所有者等が任意提出する可能性はほとんどない, ②については, 所有者等が現場に存在しない場合には機能しない, ③については, あまりにも能率的・効果的な法執行の利益を害するという問題が指摘されている。安富潔・前掲(注74)148頁以下参照。
- (104) プレイン・ビュー法理については, 酒巻匡「いわゆる緊急差押について」内藤謙先生古稀祝賀論集『刑事法学の現代的状況』(1994年)431頁以下, 香川喜八朗「プレインビュー法理の展開」高岡法学4巻1号(1992年)29頁以下, 椎橋隆幸「令状記載物以外の物に対する差押え」別冊判例タイムズ10号(1988年)76頁等参照。
- (105) もっとも, 香川喜八朗・前掲(注103)52頁によると, 最高裁昭和51年11月18日判決(判例時報873号104頁)は, 実質的にはプレインビュー法理を採用しているとされる。また, 田宮裕・前掲(注9)105頁によると, 最高裁昭和30年4月27日判決(刑集9巻5号924頁)は, 当該事案の限度でプレイン・ビュー法理を採用しているとされる。
- (106) また, 緊急逮捕の規定(刑事訴訟法第210条)との整合性の見地から, 裁判官による事後的な審査を要件とする等の制限を課すことも検討に値するであろう。
- (107) 渥美東洋・前掲(注65)102頁。
- (108) 大澤裕「刑事手続における情報通信技術の利用」ジュリスト1148号(1999年)227頁。
- (109) 渡辺修『捜索と防御』(1995年)58頁以下, 「取調のための停止権・緊急捜索差押権」法律時報61巻10号(1998年)21頁以下参照。
- (110) 事後に令状手続を踏むことを形式的な要件として課すことも考えられる。
- (111) この見解そのものは, 刑事訴訟法の改正を提案しているが, その対象となる犯罪を薬物事犯に限定するのであれば, むしろ薬物事犯に対応する特別法の改正を検討すべきであろう。