

論説

逮捕に伴う捜索・差押えの場所的
限界に関する一考察

伊藤博路

I 問題の所在

刑訴法220条は、憲法35条が「第33条の場合を除いて」としているのを具体化した規定であり、いわゆる「逮捕に伴う捜索・押収」の原則に関するものである¹⁾。同条1項に基づき逮捕する場合に必要があるときは、逮捕の現場で差押え、捜索または検証をすることができる。このような例外が認められる根拠については、学説上2つの考え方がある。第1が、通説とされる緊急処分説である。これは、捜索・差押えは令状なしには行えないのが原則であるから、捜索・差押えを行うべき緊急事態がなければならないと解し、証拠の存在する蓋然性が高いだけでなく、逮捕者の身体を安全を図り、証拠の隠滅や破壊（以下、単に「証拠隠滅」と表記する。）を防ぐために必要な最小限の行為のみが許されるとする説である。第2が、判例が拠っているとされる相当説である。これは、逮捕する場合、逮捕現場に証拠の存在する蓋然性が高いので、これを保全する必要があるため証拠収集の手段として許されるとする。この説は、緊急事態の要件を不要とする。

なお、刑訴法220条の処分が許される根拠として、逮捕という重大な権利侵害が許され、逮捕現場への立入りが適法とされる以上、それに付随して捜索・差押えを認めても、新たな権利侵害の程度が小さいから令状を要しないとする考え方²⁾がある。しかし、逮捕現場が被疑者の住居であれば新たな権利侵害の程度が小さいといえようが³⁾、捜索の場所として被疑者以外の住居が含まれる場合があり、この考え方のみによっては第三者のプライバシー侵害が正当化されることを説明できない⁴⁾。さらに、令状を

- I 問題の所在
- II 最高裁判例の分析
 - 1 最高裁昭和36年6月7日大法廷判決
 - 2 最高裁平成8年1月29日第三小法廷決定
- III 検討
 - 1 逮捕の成功・不成功について
 - 2 逃走経路について
- IV 若干のまとめ

1) 田宮裕『注釈刑事訴訟法』（有斐閣、1980年）245頁。
 2) 鈴木義男「逮捕後になされた令状によらない捜索・差押の適法性（その2・完）」研修339号53頁（1976年）。この説明を疑問とするものとして、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58頁（2005年）参照。
 3) 松尾浩也『刑事訴訟法上[新版]』（弘文堂、1999年）75頁参照。
 4) 刑訴法220条1項2号による捜索・差押えは、場合によっては第三者の住居や所持品についても及びうるのであるから、このような説明では令状が不要であることの根拠として十分でないとする見解として、小林充「逮捕に伴う捜索・差押えに関する問題点」警察研究48巻5号18頁（1977年）参照。

要しない根拠について、人身の拘束に付随する処分であることを強調する見解⁵⁾がある。この立場からは、人身の拘束が成功した場合に限って本条の処分を行うことが許されるから、逮捕に成功することが要件になる。他方、新たな権利侵害の程度が小さいから令状を要しないとする考え方からは、人身を拘束する機会であれば、逮捕の成功・不成功を問わないとの解釈が導かれる。人身の拘束に付随する処分であることを強調する見解は、逮捕の成功を要件とすることから、より厳格な要件を課す緊急処分説に親和性を有する。これに対して、新たな権利侵害の程度が小さいから令状を要しないとする見解は、緊急事態の要件を不要とする方向性を有するため相当説の立場と調和するが、必ずしも緊急事態の要件を否定するものではないから緊急処分説によっても排斥されるものではない。

緊急処分説と相当説の結論が具体的に分かれるのは、時間的・場所的限界についてである。刑訴法220条1項は、「逮捕する場合」に「逮捕の現場」で搜索・差押えを認めているが、時間的限界では、「逮捕する場合」について、いつから搜索・差押えが可能になるのかが、場所的限界では、「逮捕の現場」の範囲が問われることになる。

このうち後者の「逮捕の現場」とは、逮捕に着手しこれを完了するまでの間被疑者が通過した場所をいう⁶⁾。追跡中の場所も当然含まれるとするのが通説であるとされるが⁷⁾、逃走経路の搜索については、追跡中と完了後の搜索がありうる。そして特に、逃走経路が第三者の住居を含む場合に、これに対して逮捕に伴う搜索・

差押えを認めうるかは慎重な考慮を要しよう。第三者に対する権利侵害が新たに引き起こされる可能性があり、新たに令状を得て行うべきであるようにも思われることから、当然に「逮捕の現場」と認められるかは別途検討する必要があるためである。被疑者の住居については、これが搜索の対象となることについては基本的に肯定されるであろうが⁸⁾、第三者の住居が逃走経路となった場合に、その住居が刑訴法220条1項の搜索の対象となるかについてはこれまで必ずしも十分な検討がなされているとはいえないように思われる。本稿は、このような逮捕に伴う搜索・差押えにおける逃走経路に関する問題を検討する。この問題は、場所的限界に関するものであるが、時間的限界の議論とも密接にかかわっている。被逮捕者の逃走は、時間的・場所的な拮据を生じさせるため、両者の点からの検討が不可欠だからである。以下ではまず、時間的・場所的限界に関する最高裁判例の立場とその問題点を確認する。次に、逮捕の成功・不成功という逮捕に関する点に焦点を当てることにより、刑訴法220条1項の処分が許される根拠を分析した後に、逃走経路について検討を加える。そして最後に、若干のまとめを述べる。

Ⅱ 最高裁判例の分析

1 最高裁昭和36年6月7日大法院判決

最高裁(最大判昭36・6・7刑集15巻6号915頁)は、搜索・差押えが緊急逮捕前に行われた点が争点の1つとなった事案⁹⁾で、次のように述べた。すなわち、刑訴法220条の規定する「『逮捕

5) 高田卓爾「判批」刑事訴訟法判例百選[第3版](1976年)70頁。

6) 松尾浩也監『条解刑事訴訟法[第3版増補版]』(弘文堂、2006年)376頁。

7) 前注。

8) なお、東京高判昭44・6・20高刑集22巻3号352頁は、逮捕後に被逮捕者が同宿人と宿泊していたホテルの部屋を自己の住居であるとして案内した場合に、その場所で捜査・差押えを行っても違法ではないとした。しかし、同宿人のプライバシーが保護されなければならないため、このような場合にまで刑訴法220条1項による搜索が認められるかは疑問が残る。

9) 麻薬取締官らは、麻薬所持の現行犯で逮捕したAの自白に基づき、Aに麻薬を譲渡した疑いでXを緊急逮捕するためX宅に赴いたが、Xは不在であった。しかし、麻薬取締官らは、留守居をしていたXの娘B子の承諾を得て、同住居内を搜索し、タンス等から麻薬やAの所持していた麻薬の包紙に相応する雑誌等を発見したので、これを差し押さえ、さらに搜索続行中に帰宅したXを緊急逮捕した、という事案。

する場合において』と『逮捕の現場』の意義であるが、前者は、単なる時点よりも幅のある逮捕する際をいうのであり、後者は、場所的同一性を意味するにとどまるものと解するを相当とし、なお、前者の場合は、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」である。そして、「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つても、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するのを妨げるものではない」として、逮捕の着手を不要とする立場を採った。

被疑者の帰宅20分前になされた搜索・差押えを、「逮捕する場合」と規定されていることを解釈上の根拠に、時間的に接着しているから適法であるとし、他方、証拠の存在の蓋然性については、逮捕の先後で影響を受けず、この先後関係は厳格に捉える必要はないとしたのである。しかし、本件搜索・差押えを違法とする6名の裁判官の意見が付されており、学説上も強い批判がなされた。すなわち、逮捕に伴う処分である以上、着手により緊急性が生じるのであ

るから、原則として逮捕に着手する必要がある、被疑者不在の場合の、逮捕に先行した搜索・差押えは許されないというのである。

解釈上の根拠とされる「逮捕する場合」の意義については、刑訴法220条1項1号は被疑者の搜索が逮捕に先行することを当然に規定しているにもかかわらず、この点を無視して、形式的に2号の搜索・差押えに当てはめることは疑問があるとの見解¹⁰⁾がある。しかも、逮捕に先行する搜索を認めることは、令状主義の潜脱を招くおそれ大きい¹¹⁾。

さらに、逮捕行為さえ開始されない時点での搜索・差押えを認めるのは一種の緊急搜索ないし緊急差押えを認めることとなり許されないと批判される¹²⁾。現行法上は、逮捕に伴う搜索・差押えが無令状でできる以外、緊急逮捕のような規定はなく、無令状の搜索・差押えはできないと解されている¹³⁾。他方、アメリカ法を参考にしながら、プレイン・ビューの法理(Plain View Doctrine¹⁴⁾)の範囲内で差押えを認めようとする説¹⁵⁾があるが、令状主義や、強制処分法定主義から疑問であるとする批判が多い。

また、逮捕の着手を不要とすると、被疑者が不在のままでの搜索・差押えが可能となるため、帰宅しなかった場合にその適法性が問題と

10) 高田・前掲注5) 72頁。

11) 松本一郎『事例式演習教室刑事訴訟法』(勁草書房、1987年) 27頁。

12) 高田・前掲注5) 71頁。

13) なお、合衆国憲法修正4条は、「不合理な搜索・差押え」を禁止する条項と、令状の発付要件を規定する条項により構成され、令状によらなければ搜索・差押えはできないことは明示されていない。このため、無令状による搜索・差押えであっても「不合理」でなければ認められることになる。

14) これは、連邦最高裁で認められた憲法修正4条の例外(Harris v. U.S., 390 U.S. 234 (1968))とされるもので、警察官の視野に入った対象物について、警察官がその現場にいることが適法であり、その対象物が直ちに識別可能であるとき、押収して証拠提出できるという原則である。この法理は、警察官が逃亡する被疑者を継続追跡している場合にも適用される。ロランドV. デル＝カーメン著(佐伯千仞監訳)『アメリカ刑事手続法概説』(第一法規、1994年) 257-258、266頁参照。

このようにプレイン・ビューの法理によって、押収の範囲が比較的広く認められることになる。連邦最高裁の判理理論からは、緊急処分説を採りつつ、プレイン・ビューの法理を認めることは傾聴に値する見解であると思われる。しかし、令状主義や強制処分法定主義から、現行法の解釈としては、これを認めることは困難であろう。酒巻匡「いわゆる「緊急差押」について——「プレイン・ビュー (plain view)」法理の検討」——」松尾浩也＝芝原邦爾編『刑事法学の現代的状況』(有斐閣、1994年) 431頁は、プレイン・ビューの法理の形成と展開について検討したうえで、この法理は立法論として検討すべき事柄であるとされる。

15) 田宮裕『刑事訴訟法[新版]』(有斐閣、1996年) 105頁。さらに、刑訴法220条1項2号を準用して押収のみならず搜索も認める説(渥美東洋『全訂刑事訴訟法[第2版]』(有斐閣、2009年) 130頁)もある。

なる。被疑者が帰宅しなければ先行した搜索・差押えが違法であることは明らかであるから、被疑者が「たまたま帰宅すれば適法」、「そうでなければ違法」というのは法解釈として妥当性を欠くとの批判がある¹⁶⁾。被疑者の帰宅という事実を高度に見込んで、しかも成功した場合にのみ合法と構成することは許されとの見解¹⁷⁾や、搜索・差押えの着手と緊急逮捕の実施を客観的にみて、両者の時間的接着性と場所的同一性という明確な基準によって適法・違法を決することは、きわめて常識的なことであるとの見解¹⁸⁾があるが、偶然の事情に影響を受ける理論構成に妥当性が認められるかは疑問であろう¹⁹⁾。時間的接着性の基準を前提とするとしても、被疑者不在の際に搜索・差押えを開始した場合を「逮捕する場合」に含めることは正当ではないように思われる²⁰⁾。被疑者が不在であることを承知のうえで、その帰宅を見込んでなされた先行的な搜索・差押えは逮捕に付随する処分とはいえず、違法というべきである。

この点に関しては、着手は必ずしも必要でないとし、被疑者が現場に存在し、かつ少なくとも逮捕の直前直後であることを要するとの見解がある²¹⁾。緊急処分説を厳格に貫徹すればこれを否定することになる。しかし、逮捕の着手があるか否かは微妙な場合もありうることで、そのような場合に証拠隠滅の危険に一切対処できないとするのは妥当とはいえないことから、逮捕の着手が明確でない場合であっても逮捕と搜索・差押えが同時並行的に行われていると評価できるのであれば、これを肯定してもよいように思われる²²⁾。

2 最高裁平成8年1月29日第三小法廷決定

逮捕行為自体が完了しても、それに引き続いて逮捕に付随する処分として「逮捕の現場」で搜索・差押えをすることは許される。そこで時間的および場所的な幅が生まれることになる。最高裁昭和36年6月7日大法廷判決は、「逮捕の現場」の意義について、「場所的同一性を意味するにとどまるもの」と判示した。

その後、逮捕の完了後における「逮捕の現場」の意義が争点となった事案で、最高裁（最決平8・1・29刑集50巻1号1頁）は、逮捕現場から約3キロメートル離れた警察署に連行して実施した搜索・差押えの適法性に関して、逮捕場所が道幅の狭い道路であり、車両が通る危険性もあったこと、警察官らは逮捕場所近くの駐在所でいったん被告人らの所持品の差押えに着手し、これを取り上げようとしたが、被告人らの抵抗を受け、さらに実力で差押えを実施しようとするなど、不測の事態を来すことなど、混乱を招くおそれがあるとしてやむなく中止し、その後手配によって来た警察車両に被告人らを乗せて上記警察署に連行し、その後間もなく逮捕の時点からは約1時間後に差押えを実施したと説示したうえで、「逮捕の現場」における搜索・差押えと同視することができるとした。

これに対しては、被逮捕者を場所的に移動しても「現場性」は変更せずに継続しているとみる見解²³⁾がある。しかし、刑訴法220条1項2号にいう「逮捕の現場」以外での搜索・差押えが許されるという趣旨であれば、強制処分法定主義に反するおそれがあるといわざるをえない²⁴⁾。「同視」できるという表現が用いら

16) 光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』（成文堂、2007年）154頁。

17) 田宮裕「強制捜査」佐伯千巳＝団藤重光編『総合判例研究叢書刑事訴訟法（16）』（有斐閣、1965年）287頁。なお、玉井篤雄「逮捕に伴う搜索・差押」警察研究47巻6号53頁（1976年）も参照。

18) 河上和雄『搜索・差押』（立花書房、1979年）120頁。

19) 本判決の少数意見（横田喜三郎裁判官）参照。

20) 松尾浩也「判批」『刑事判例評釈集第23巻』（有斐閣、1979年）70頁参照。

21) この見解を含め、「逮捕する場合」の意義について、藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法第3巻』（青林書院、1996年）557-559頁[池上政幸]参照。

22) 佐藤文哉「令状によらない搜索・差押（1）」熊谷弘ほか編『捜査法大系Ⅲ』（日本評論社、1972年）15頁参照。

23) この見解は、対象とされているのは場所との相関関係に重要性のない被疑者の身体であるから、いわばその同一性

れていることから、搜索・差押えの実施された場所が「逮捕の現場」とは必ずしもいえないことを意味する²⁵⁾。他方、逮捕現場で直ちに搜索・差押えを実施することが適当でない場合があることは事実で、多少離れた所に連行した後に身体に対する搜索・差押えを実施することも許されるべきであるから、この場合については、ある程度緩やかな解釈が許されると考えるのが实际的であろう²⁶⁾。

この事案は、搜索の着手の場所が逮捕場所近くの駐在所であったことから少なくとも「逮捕の現場」で搜索の着手があったといえる場合であり、この点が「逮捕の現場」性を肯定する要素となりえたとみることにもできる²⁷⁾。この搜索の着手により、実質的な搜索場所までの場所的隔たりの点は、1つの線で繋がりを持つものと評価することもできるのではなかろうか。この点に着目すれば、逮捕の着手から完了までを1つの線として捉え、その間にある逃走経路についても1つの過程としてみるべきだということもいえそうである。本件で最高裁は、逮捕場所と搜索場所との隔たりという問題点を解消するための論理として、逮捕の現場と同視できるという考え方を用いている。しかし、これは両者間の場所的隔たりのみが問題となるのであり、両者間にある空間的場所の問題とは関係がない。本件では、搜索場所が逮捕場所といえるかという点が問題となるからである。逃走経路の問題とは、このような中間的部分を具体的な搜索・差押えの場所として問題とするのではないという点で異なる²⁸⁾。したがって、逃走経

路の問題と、逮捕後身体、所持品の搜索・差押えのために場所を移動した場所的範囲の問題とは、分けて考えるべきことになる。

なお、職務質問開始後、質問を継続する必要があったことから被疑者以外の住居内にその居住者の承諾を得たうえで移動し、同所で質問を実施した後に被疑者を現行犯逮捕した事案において、その際に同所で行われた搜索は、刑訴法220条1項にいう現行犯逮捕に伴う搜索として正当化することはできないとした裁判例（福岡高判平5・3・8判タ834号275頁）がある。この事案では職務質問のために被疑者を第三者の住居に移動させたというのであるから、その場所で被疑者が逮捕されたとしても第三者の住居内を刑訴法220条1項により搜索することは許されないと結論は妥当なものである。もっともこの判決が、被疑者以外の住居内を一切搜索できないとの立場を採ったものだとする、刑訴法222条1項により準用される同法102条2項の適用を含め搜索の可能性自体について検討が求められる²⁹⁾。この点は後述するように、被疑者以外の住居についても搜索が認められる余地がある。

Ⅲ 検討

1 逮捕の成功・不成功について

まず、相当説は、最高裁昭和36年6月7日大法院判決のように逮捕の着手を要しないとするのであるから、そもそも逮捕の成功・不成功については問題とならない。他方、緊急処分説の立

に変更はなく、場所の移動はあっても現場性に変更はないともいえることを理由とする。田宮裕＝多田辰也『セミナー刑事手続法捜査編』（啓正社、1990年）172頁。

24) 大澤裕「判批」法学教室192号101頁（1996年）参照。

25) 本件調査官解説によれば、逮捕後に被疑者を連行した最寄りの場所が、逮捕の現場自体と評価できるか否かを必ずしも問題とするまでもなく、逮捕の現場における搜索・差押えの許容範囲にあるため適法とする趣旨であろうとされる。木口信之・最高裁判例解説刑事篇平成8年度33頁。

26) 河上和雄編『刑事裁判実務大系第11巻』（青林書院、1991年）328頁[五十嵐善治]参照。

27) もっとも、本決定ではこの点は重視されなかったようである。木口・前掲注25) 35頁。

28) もちろん、身体に対する搜索・差押えであるという点で本稿の検討対象とはその目的も異なる。他方、場所の適用範囲の問題という点で、参考となる部分もあろう。

29) 笹倉宏紀「判批」刑事訴訟法判例百選[第8版]（2005年）62頁参照。

場からは、逮捕の着手を要するとするので、その後逮捕が成功することまで要するか、逮捕自体は不成功に終わっても搜索・差押えが許されるかについては見解が分かれる。逮捕の成功・不成功は証拠存在の蓋然性に影響しないことに着目すると、逮捕に失敗して被疑者が逮捕に着手した場所から逃走した後は、現場での搜索・差押えができることになろう³⁰⁾。

しかし、逮捕の成功を要するとする主張として次のものがある³¹⁾。すなわち、刑訴法220条1項1号の場合は被疑者の搜索が目的であるから、逮捕の前に搜索が行われることになるが、2号の場合は被疑者の搜索が目的とされない。そして、「逮捕した場合」ではなく「逮捕する場合」という文言が用いられていることから、逮捕の成功・不成功を問わないとの解釈は可能である。しかし、この問題は、いかなる理由から憲法35条1項が33条を令状主義の例外としたのかという点の検討が不可欠であり、母法であるアメリカ法が重要な解釈指針となりうる。アメリカでは、人身拘束が行われるときは付随的に被拘束者の支配内にある場所・物について強制力の行使を認めてよいとされているが、その理由は、人身拘束という重大な法益侵害に対して付随的な処分にすぎないという点と人身拘束を行うにあたって拘束者の安全を図るために必要だという点にあるとされてきた。このような点を条文解釈の指針とするならば、現に逮捕という法益侵害があった場合、換言すれば逮捕に成功した場合にはじめて刑訴法220条1項2号に基づく強制処分が可能となるという帰結となろう。すなわち、逮捕行為と並行的に搜索・差押えを行えると解することはできるが、結局逮捕に成功しなかったときはその搜索・差押えは許されないものとなる。他方、搜索・差押えの許

される場所的範囲については、逮捕の成功・不成功を問わないとする立場と同様に、被逮捕者が現場に存在することは必要ではなく、逮捕に着手した場所のみならず追跡中の場所も含むと解してよい、という主張である。

この見解は、逮捕に成功した場合に搜索・差押えが可能となり、不成功の場合には、仮に逮捕の着手があったとしても違法となるとする³²⁾。逮捕行為と並行的に搜索・差押えを実施することを認めるので、着手後であれば逃走経路を含め搜索・差押えは可能であるが、逮捕が不成功であった場合には、すでに搜索・差押えが実施されたとしても事後的に違法の評価を受けるということになる。

憲法35条の趣旨から、処分の付随性と逮捕者の安全に着目するのであれば、逃走経路について、逃走中の被疑者を警察官が追跡している場合、被疑者が証拠物を落としたという現実的な可能性があるときに、その物に対して逮捕行為に並行するものとして搜索・差押えを実施するということは考えられなくはない。しかし、逮捕者の安全という点からは、逮捕場所で搜索・差押えを実施することは認められるが、この点から逮捕完了後に逃走経路について搜索・差押えの必要性が認められる場合というのは考えにくい。処分の付随性という点からも、被逮捕者のいない場所における搜索・差押えは否定的に解されるように思われる。処分の付随性という観点からは、捜査の必要性や真実発見の要請などを根拠に、限定的に搜索・差押えを肯定していくという方向はありえよう。このように考える場合、逮捕者の安全という観点が、どのように影響するかが1つの問題となるが、この点は逮捕に伴い当然に考慮されるべき要素といえる³³⁾。そうすると付随的な処分であるという点

30) 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60頁（2005年）参照。

31) 平場安治ほか『注解刑事訴訟法中巻[全訂新版]』（青林書院新社、1982年）142-143頁[高田卓爾]。

32) 共通の問題意識から、憲法および刑訴法が逮捕に付随する搜索・差押えをいわば緊急行為として是認したという制度趣旨、また、逮捕の着手があったかどうかは、実際問題としてはきわめて微妙であるため、捜査官の恣意的な判断とその濫用をもたらす危険性が大きいことを理由に、適法な逮捕が現実になされたことを要件とすべきとする見解（松本・前掲注11）27頁）がある。

が、緊急処分説に固有の解釈指針ということになる。逮捕者の安全という点も、搜索・差押えの範囲を限定する方向で働きうるため、解釈指針の1つとなることは否定できないであろうが、決定的要素とはいえないように思われる。なお、相当説においては、証拠存在の蓋然性のみを根拠とするため、逮捕者の安全の点は搜索・差押えとは関係がなく、これを限定する要素とはならない。憲法35条の趣旨からは、逃走中の者を追跡中であれば、搜索・差押えの実施を認める余地は否定されないかもしれないが、逮捕の完了後に事後的に搜索・差押えを実施することは認められないことになるのではなかろうか。このように逃走経路については、追跡中であるか否かによっても、判断が分かれうることになる。少なくとも、逮捕後については否定されようし、追跡中である場合についても、憲法35条の趣旨から否定的に解する方がその趣旨に適うともいえる。

逮捕の成功・不成功にかかわらず搜索・差押えを適法とする立場を採りつつ、逮捕行為の着手から完了（直後）までを搜索差押えの範囲の対象とし、逃走経路も含むとの解釈は理論的に一貫するもののように思われる。逮捕の成功・不成功という事後的な事情によって影響を受けず、着手から完了までを範囲とすることは判断基準として明確ではある。しかし、逃走経路も含むとの結論が上記憲法35条の趣旨に適合するかは検討を要する。

他方、逮捕の不成功の場合には搜索・差押えは違法となるとの立場を採るのであれば、逃走経路についての搜索・差押えを認めるとの結論は、憲法35条の趣旨に反するのではないかという疑問が生じうる。逮捕の成功を前提とすると、被疑者が逃走した時点で、搜索・差押えは認められなくなると考えられるからである。さらに、

人身の拘束に付随する処分という点について、逮捕の着手によって処分の付随性を認めることができないか、あるいは成功すれば適法であった逃走経路についての搜索・差押えが、不成功の場合には違法になるが、このような判断基準が搜索・差押えの可否を決定づけるものとして妥当なのかということが問われよう。

2 逃走経路について

(1) 逮捕の現場の範囲

場所的限界について、緊急処分説からは、搜索の場所は、被疑者の身体または被疑者の直接支配下にあると認められる場所に限られようし、相当説に立つ場合、令状を請求すれば許容されうる範囲で許されることになり、その範囲は、「同一管理権の及ぶ範囲」とされる³⁴⁾。すなわち、相当説では、逮捕に伴ってある程度緩やかな証拠収集が許されることになろう。

「逮捕の現場」については、逮捕の着手から完了までに被疑者が通過した場所がその範囲となるが、一連の過程についてそれぞれ検討する。

第1に、逮捕が完了した場所が「逮捕の現場」に当たることには異論はない。もっとも逮捕後には、被疑者による証拠隠滅の危険はなくなるため、緊急処分説からは、搜索・差押えが厳しく制限されとも考えられる。しかし、逮捕に伴う搜索・差押えは本来的に逮捕後の搜索を予定しているであろうから、これが許されないと考えるべきではなく、その時間的範囲を厳格に解しすぎるのは妥当ではない。場所的範囲についても、被逮捕者の移動可能性をある程度抽象的に考えれば、逮捕場所となった部屋全体が搜索の対象となると解することも可能であろう³⁵⁾。さらに、逮捕後に搜索・差押えの場所を移動した場合が問題となるが、前述のように別途検討

33) この点につき、小林充「逮捕に伴う搜索・差押えに関する問題点」警察研究48巻5号17頁（1977年）、田宮＝多田・前掲注23）161-163頁、川出敏裕「逮捕に伴う差押え・搜索・検証」法学教室197号36頁（1997年）参照。

34) もっとも、逃走経路に第三者の住居が含まれる場合には、被疑者の住居とは別の考慮を要する。

35) 川出・前掲注33）37頁。なお、池田公博「身柄拘束に伴い無令状で搜索を行い得る範囲」研修721号10頁（2008年）参照。

を要する。

第2に、例えば被疑者の住居において、逮捕の着手後被疑者が逃走した場合には、逮捕の着手があることを理由に逮捕に伴う搜索・差押えも認められると考えるのであれば、着手の時点から逮捕の現場性が認められることになる³⁶⁾。逮捕の着手については一般に時間的限界の問題として論じられてきたが、場所的限界について別異に解すべき理由はなく、同様に解するのが理論的でもある。しかし、緊急処分説からは、搜索・差押えは逮捕の着手の段階で可能となり、その場所において搜索・差押えが可能となると解せられるが、さらにそこに被逮捕者が存在することが前提となるかは別個の問題となりうる。逮捕に着手した後に被疑者が逃走した場合、緊急処分説を前提としつつ逮捕行為があればよく逮捕そのものの成功・不成功を問わないとする立場からは、被逮捕者が現場に存在することは必要ではないとの結論が導かれる。

第3に、問題となるのが逃走経路である。これについては、「逮捕の現場」には、追跡中の場所が含まれるかという形で議論がある。刑法220条1項2号にいう逮捕の現場の意義については、逮捕の着手と完了が同一の場所であるときには問題はないが、これに隔たりがある場合、具体的には逃走した場合にその逃走経路において搜索・差押えが認められるかが問題となる。その隔たりが被疑者の住居の範囲内に収まる場合には、両説の間に広狭の差はあるものの住居が「逮捕の現場」と認められる点には変わりがない。しかし、逃走経路が第三者の住居にも及ぶとき、特に複数の住居を通過した場合に、無令状の搜索差押えが認められるかは、第三者のプライバシーとの関係で、特別な考慮を要する。

このような問題は、集合住宅等の場合を考えてみると十分に起こりうるであろう。

続いて、逃走経路についてどのように考え方が分かれうるのかを検討する。

(2) 理論的分析

第1に、搜索の場所は、被疑者の身体および被疑者の直接支配下にあると認められる場所に限られるとされる見解で、これによれば逃走経路は含まれないことになろう³⁷⁾。

第2に、追跡後逮捕した場合に、時間的・場所的にあまりに隔たっているなら追跡の途中の搜索は許されないとする見解³⁸⁾がある。憲法35条が33条を例外とする趣旨が、逮捕という大きな人権侵害がされた場合においては、自由権よりも小さい所有権、プライバシー権の侵害も令状なしに認めようとするものであることから、適用要件に一定の絞りが必要とされるとする。この説は、例えば着手後、複数の住居等を経てかなり離れた場所まで移動した場合、その経路すべてが「逮捕の現場」に当たるとするならば、違憲の疑いがあるとする趣旨と思われる。すなわち、複数の住居を経て逃走した場合、そのすべてを「逮捕の現場」とみて、逮捕に伴う搜索・差押えが可能とする結論が、第三者のプライバシー侵害の観点から妥当であるか疑問が残るという問題意識を提示するものといえる。もっともこの説からも、時間的・場所的隔たりが大きいとはいえない場合には、逃走経路の搜索は認められることになろう。この説に対しては、特に逃走中の場所を除くべきであるとする理由に乏しいとの批判がある³⁹⁾。また、どの程度であればかなり離れた場所といえるのかは曖昧な部分を残している。

36) もっとも、学説上異論がある。被疑者が逃走した場合には、任意捜査によるか改めて令状を得てする他はないとする。青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論上巻』（立花書房、1976年）372頁。

37) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）116頁。また同頁では、そのような状態の存する時間内に限るべきである、とも述べられている。搜索に対して極めて制限的な立場を採るものといえる。

38) 青柳・前掲注36) 372頁。

39) 藤永ほか編・前掲注21) 560頁[池上]。

第3に、逃走経路も含むとの立場であるが、これが多数説といってよいように思われる。しかし、逃走経路を含むとすれば、緊急処分説における「逮捕の現場」の定義について上記第1の見解を採用することはできないことになるのではなかろうか。この見解のいうところの被疑者の身体および被疑者の直接支配下にあると認められる場所とは、アメリカ法の考え方を参考にすれば「手の届く範囲⁴⁰⁾」ということになるからである。したがって、この見解が緊急処分説の説明として一般的なものであるとすれば⁴¹⁾、緊急処分説に立つ場合、逃走経路は含まれないとの帰結が導かれよう。

しかし、この点は議論が錯綜しているように思われる。ある見解によれば、刑法220条は逮捕される者の直接の支配内にある場所・物に対して付随的に強制力の行使を認めようとするものであるから、「逮捕の現場」もその趣旨に従って解釈する必要があり、逮捕の場所そのものおよびこれと直接接続するきわめて限られた範囲内の空間を指すものとしつつ、逮捕に着手した場所や追跡中の場所も含むと解してよいとされる⁴²⁾。上記第1の見解が、被疑者の直接支配下にあると認められる場所に限られるとするのに対して、この見解は、「逮捕の現場」が逮捕の場所に直接接続する範囲を含むとの解釈⁴³⁾に与する。しかし、被疑者の直接支配下にあると認められる場所と、逮捕の場所に直接接続する場所との間には、その範囲の広狭に質的な違いがあるのではなかろうか。さらに、逃走経路が広範囲にわたる場合には、そのすべてが捜索の対象範囲となりうるのではないかという問題もある。逮捕の着手から完了までを捜索の対象と考

える場合、時間的接着性・場所的同一性の基準は、その間に含まれる逃走経路自体に対する範囲を制約するものとはならない。もっとも、被疑者の直接支配下にあると認められる場所に限られるとする第1の見解によると、被疑者を追跡中でありかつ被疑者の手の届く範囲である場所については「逮捕の現場」に含まれると考えることはできようが、これは極めて限られた状況ということになるから実際的な問題として硬直的にすぎるきらいがあろう。さらにこの見解は、被疑者による証拠隠滅を前提としていると考えられるが⁴⁴⁾、被疑者の証拠隠滅の危険を時間的・場所的範囲において抽象的に捉えているのかもしれない。また、この点を必ずしも前提とはしていない見解も見受けられるし⁴⁵⁾、そうでなければ、逃走経路の捜索を認める余地は出てこないであろう。そして、このような抽象的な思考が認められるとすると、緊急処分説の具体的帰結は相当説のそれと接近することになる。緊急事態を要件とするか否かが両説を分ける指標とされるが、緊急処分説にいう証拠隠滅の防止と相当説にいう証拠収集の必要性とは、証拠の確保という点で同一目的を有するから、両説は質的には異なるとはいえないのかもしれない。緊急処分説にいう逮捕者の安全という観点は相当説の根拠とは重なりようがないであろうが、この点は逮捕に伴い当然に考慮されるべき要素といえるから、緊急処分説にとって決定的要素ではない。また、議論が錯綜している理由の1つとして、アメリカでの議論の影響を強く受けていたことが挙げられよう。アメリカでは緊急処分説の考え方を採るとしても、プレイン・ビューの法理などが認められるため、結論

40) 田宮裕編『刑事訴訟法 I』(有斐閣、1975年) 352頁[田宮裕]参照。

41) 例えば、田宮裕『刑事訴訟法[新版]』(有斐閣、1996年) 111頁もこれを援用する。

42) 平場ほか・前掲注31) 145頁[高田]。

43) 小野清一郎ほか『刑事訴訟法(上)[新版][ポケット註釈全書]』(有斐閣、1986年) 504-505頁参照。

44) 従来の緊急処分説は、証拠隠滅の主体を被逮捕者に限定することを前提としてきたと指摘するものとして、川出・前掲注33) 37頁参照。

45) 例えば、佐藤・前掲注22) 17頁では、第1の見解を支持しつつ、被疑事実の性質、共犯者の有無、被疑者の自室か否かなどにより多少の幅はありえようと述べられており、これは共犯者による証拠隠滅の危険を考慮する趣旨のものであろう。また、第三者による証拠隠滅の蓋然性がある場合、緊急処分説によっても、被疑者の証拠隠滅の危険

としては比較的広い範囲で押収が認められることになる。他方、わが国ではこのような法理は認められていない。具体的事案の解決において妥当な結論を導くうえで、緊急処分説を厳格に貫くことの難しさはこの点にも関係するものと思われる⁴⁶⁾。

この点を一先ず措くとして、緊急処分説は、逮捕行為を完遂するために必要な緊急的措置、すなわち逮捕者の安全を図り、証拠隠滅を防ぐ最小限の行為のみが許されるとする。そうであれば、逮捕完了後に行う第三者の住居の搜索については、まず、逃走経路の搜索が逮捕行為を完遂するために必要な緊急的措置とはいえないだろう。また、証拠隠滅を防ぐ最小限の行為に当たるかについても、一般に第三者の証拠隠滅の可能性は高いといえず、これを認めることはできない。したがって、逃走経路の搜索・差押えは、否定的に解されよう。

なお、相当説に立つ場合、相当説にいう同一管理権とは、令状に記載の場所を指す。この場所は被疑者の住居の場合が多いであろうが、これに限られない。第三者の住居の場合には、被疑者以外の住居であるため、刑訴法222条1項により準用される同法102条2項により「押収すべき物の存在を認めるに足る状況のある」逃走経路について搜索が認められることになる。同条項は、第三者のプライバシー等人権への配慮から、特に証拠存在の蓋然性のある場合に限定する趣旨であるから、搜索の許される範囲は上記の意味での逃走経路のみに限られ、例えば被疑者が立ち入ることがなかった部屋等の住居の中を搜索すること⁴⁷⁾は認められない。

Ⅳ 若干のまとめ

最後に、これまで検討してきた問題点を整理する。

第1に、緊急処分説と相当説とが対立しているが、緊急処分説は、緊急事態の要件を求めることにより、令状主義の例外としての正当性を説明することを容易にする。もっとも、憲法35条が33条の場合を例外としていることから、直ちに緊急事態の要件を同条の趣旨に読み込むことが不可欠となる訳ではない。そして現実には、証拠保全が不十分になるため、捜査実務上この立場を厳格に貫くことには困難を伴う。そこで、緊急処分説に立つ場合であっても、時間的限界に一定の幅を認め、場所的限界にある程度の抽象的思考方法が許されることとなろう。その範囲については広狭ありうるが、このことによって緊急処分説は相当説に接近することとなる。とりわけ、緊急処分説の立場からはこれを肯定することが困難となる逃走経路の搜索・差押えが許されるとの立場が通説となっていることは、緊急処分説にいう証拠隠滅の防止と相当説にいう証拠収集の必要性とは証拠の確保を目的とする点で共通するため、具体的事案の解決において両説は同様の結論を導くものであることを示している。これは、鋭く対立するように思われる両説が、具体的帰結においては必ずしも大きく異なるものではないことを示唆する。結局のところ、いずれの説に立つかという議論は、緊急処分説を徹底するのでない限り、あまり実益がないということになるのではなかろうか。

第2に、逮捕の成功・不成功は問わないと解

に限定する必要はないと指摘するものとして、上口裕ほか『基礎演習刑事訴訟法』（有斐閣、1996年）41頁[上口裕]。

46) もっとも、アメリカでの議論も、逮捕に伴う搜索・押収が認められる理由やその範囲などについては、従来から不確定な部分を多く含んでいることには注意が必要である。田宮裕「逮捕に伴う搜索・押収」判タ248号26頁（1970年）[同『捜査の構造』（有斐閣、1971年）215頁所収]参照。

47) このことは、搜索・差押えが必要かつ相当な限度を超えてはならないという搜索・差押えの必要性・相当性の点からも当然である。例えば、家屋内の一室に逃げ込んだ犯人を逮捕した場合において、犯人が時間的に他の部屋に入り込み証拠を隠匿する余地がないと認められるときは、他の部屋に対する搜索・差押えは許されない。新聞雅夫ほか『増補令状基本問題下』（一粒社、1997年）280頁[小林充]参照。

すべきである。緊急処分説を徹底すれば、逃走により逮捕が不成功となった場合、搜索は認められないということになるようにも思われる。しかし、逮捕の着手によって緊急事態が生じ、同時並行的に搜索が認められると考える以上、仮に逮捕が不成功に終わったという事後的な事情によって、搜索の可否が影響を受けるのは適当ではない。事後的な事情によって違法となる理論構成が否定されるわけではないが、逮捕の成功・不成功によって着手後には適法とされる搜索を違法と評価する理由に乏しいように思われる。他方、逮捕の着手後であっても、逃走後の経路や逮捕場所の搜索の可否については別途検討を要する。

第3に、逃走経路についての搜索は、追跡中であればその経路については搜索が認められるが、逮捕完了後に行われる場合には、緊急事態の要件を欠くことになるため、原則として令状が必要である。緊急処分説からは、逮捕後は被疑者による逃走経路での証拠隠滅は認められないからである。しかし、証拠隠滅の防止という目的に着目すれば、被疑者以外の者による危険を含めることは否定されないであろう。そこで、搜索の可否については、証拠物存在の蓋然性を前提としたうえで⁴⁸⁾、搜索対象となる場所および被疑者以外の第三者の性質による証拠隠滅のおそれとの調整関係によることになる⁴⁹⁾。なお、被疑者が逃走し逮捕が不成功となった場合には、証拠隠滅防止の観点からは、被疑者が帰来して証拠を隠滅するおそれを考慮することも、認められるということになろう⁵⁰⁾。

まず、住居か、公園のような公共の場所かによって分けられよう。公共の場所については、プライバシーの侵害がない、あるいは一般的に

低いと考えてよい場合には令状を要しないということになる。公共の建物等は、開放的な空間と考えれば、プライバシー保護の必要性は高くはないともいえるが、開放性が低い場所もあるから、個別具体的な判断に委ねられよう。しかし、住居については、プライバシー保護の観点から、無令状の搜索・差押えを認めるためには厳しい要件判断が求められるべきである。この点は、第三者の性質によって分けて考える必要があるだろう。証拠隠滅の主体が被逮捕者に限定されるのであれば、逮捕完了後にはその危険がないのであるから、搜索の対象とはならないということになる。しかし、証拠隠滅の主体は被疑者に限られないはずであり、例えば、家族や共犯者による証拠隠滅の危険を考慮することは許されよう⁵¹⁾。そこで、証拠隠滅防止の観点から、家族や共犯者など被疑者と特別な関係にあって捜査に協力的でないと考えられる者に対しては、搜索・差押えをすぐに実施すべき必要が認められる場合もあろう。また、事情を知らず捜査に協力的と考えられる者であっても、児童がいるなどして証拠が破壊される危険が高いといえる場合がありうる。しかし、このような場合にまで証拠隠滅の危険を認めるとすれば、令状主義の例外であるはずの処分が緩やかに認められることが危惧される。具体的な解決策としては、捜査官を監視者として現場において、証拠を保全することに配慮しつつ、その間に令状請求することが考えられる。もっとも、そのような場合であっても強制処分としての性質を有する立入り禁止等の措置を講ずることまで現行法上肯定されているのかは疑問がある⁵²⁾。逃走経路が複数の住居にわたる場合には、少なくとも捜査に協力的と考えられる者の住居を事後的

48) なお、無令状の搜索・差押えの執行に際して、証拠存在の蓋然性の判断は捜査機関に委ねられることになる。一般的には、第三者の住居を通過したというだけでは、証拠物存在の蓋然性を肯定することはできないであろう。逮捕の現場であるから、証拠存在の蓋然性が高いとの説明は難しいからである。

49) 他方、被疑者の住居が逃走経路となっていたときには、相当説からは、証拠存在の蓋然性が肯定される限り、新たな権利侵害が少ないという点から、逮捕に伴う搜索は許されよう。

50) 上口ほか・前掲注45) 42頁[上口]。

51) 川出・前掲注33) 37頁参照。

52) 酒巻・前掲注30) 57頁参照。なお、刑法222条1項により準用される同法112条は令状執行中の措置であるため、

に搜索するときであっても、すべて令状を得て行うべきである⁵³⁾。もっともこのような場合には、時間的接着性が否定され、逮捕に伴う搜索・差押えが認められないこともありうる。さらに、逮捕後の逃走経路は、もはや逮捕に伴う搜索・差押えが許される場所ではなくなったとの理論構成⁵⁴⁾についても一考の余地があろう。さらに、集合住宅等の供用部分については、開放性が高くプライバシー保護の程度が低い場所もあるが、そうでない場所もあろうから、それぞれの実態に応じた判断に委ねざるを得ない。

なお、関連する問題として、被疑者が逃走し、証拠物を第三者の住居に投げ込んだ場合にはどのように解すべきであろうか。この場合、第三者住居は「逮捕の現場」ではないのではないかということが問題となる⁵⁵⁾。この点に関して、

被疑者の住居に対する搜索差押令状により搜索中に、被疑者が差押物を隣家に投げ込んだような場合には、刑法222条1項により準用される同法111条の「必要な処分」として隣家への立入りが可能となり、その範囲を超える場合には同法102条の問題となるとの見解⁵⁶⁾がある。それが逃走経路であった場合にも、証拠物の存在の蓋然性の点からは、同様に解する余地はあるかもしれない。しかし、逃走中の被疑者を警察官が追跡して証拠物が投げ込まれるのを目撃したような場合は別として、例外規定の厳格な適用と、第三者のプライバシー侵害を考慮して、原則として令状によるべきであろう。

令状を得ていない時点では、これらの措置を直ちにはなしえないだろう。

53) なお、令状によらない搜索・差押えとして承諾による搜索があるが、これをすべて否定することはできないにせよ、被処分者の意思決定の自由を実質的に確保するという観点からは、一般的にこれを認めるべきではない。例外的な場合としては、被害者等による承諾がありえよう。新関雅夫ほか『増補令状基本問題下』（一粒社、1997年）284、286頁[村瀬均]参照。

54) このように考えると、逮捕場所と逃走経路とが別の住居のような場合には、相当説に立っても、現場性は否定されることになる。逮捕後には、搜索の許される範囲は逮捕場所の同一管理性の範囲となるからである。

55) 上口裕『刑事訴訟法』（成文堂、2009年）148頁参照。

56) 田口守一『刑事訴訟法[第5版]』（弘文堂、2009年）88頁。