

## 論説

# 逮捕に伴う捜索・差押えと逮捕後の移動

## —比較法的観点からの一考察—

2006年3月修了

村上 祐亮

## I. はじめに

## 1 問題の所在

本稿は、逮捕に伴う無令状捜索・差押えの許容範囲をめぐる問題について、逮捕後の被逮捕者の移動という新しい視角から検討を加えることによって、何がしかの示唆を導き出そうとするものである。まずは、逮捕に伴う無令状捜索・差押えをめぐる議論の状況を簡単に確認した上で、問題の所在を明らかにしたいと思う。

## 2 根拠論を巡る混乱

逮捕に伴う捜索・差押えは憲法35条の定める令状主義の唯一の例外である<sup>1)</sup>。したがって、憲法35条を受けた刑事訴訟法220条の解釈は、とりもなおさず日本法における無令状捜索・差押えの許容範囲を画定する重要な問題であると言える。それだけに、逮捕に伴う無令状捜索・

差押えが、いかなる条件の下で、そしていかなる範囲で許されるか、という問題については、これまでも数多くの議論がなされてきた。無論、この問題を解決するには、まず、憲法が逮捕に伴う無令状捜索・差押えを許容した趣旨に立ち返って考えることが必要である。ところが、そもそも何故に逮捕に伴う無令状捜索・差押えが許されるのか、という出発点において学説は未だ一致を見ていないために、議論に混乱が見られるのである。

我が国における逮捕に伴う無令状捜索・差押えの根拠論として有力なものには、大別して4つの考え方がある。まず、逮捕現場においては証拠の存在する蓋然性が典型的に高い（加えて、犯罪の嫌疑の存在は逮捕行為によって客観的に確認されている）ため、実質的に令状発付の要件が満たされており、あえて裁判官の審査を経て令状を取ってくる必要がないからだと説明する見解がある（相当説ないし合理説<sup>2)</sup>）。そして、これと対立するものとしてよく挙げら

1) 日本国憲法35条は、逮捕の場合を除き、捜索・差押えに令状を要求する。緊急捜索・差押えの議論は措くとして少なくとも従来の判例・通説の下では、逮捕に伴う捜索・差押えは憲法35条の定める令状主義の唯一の例外とされてきた。緊急捜索・差押えについては、220条1項2号の準用によりこれを認めようとする見解として、渥美東洋『刑事訴訟法（新版補訂）』（有斐閣、2001）97頁がある。また、現行法の下でプレイン・ビュー法理を採用する余地を認めるものとして、田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣、1996）105頁がある。但し、通説は反対であり、本稿でも、さしあたり、それを前提に論を進める。井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点（第3版）』（有斐閣、2002）51頁、村井敏邦『現代刑事訴訟法』（三省堂、1990）104頁、三井誠『刑事手続法（1）（新版）』（有斐閣、1997）56頁、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958）117頁、松尾浩也『刑事訴訟法・上（新版）』（弘文堂、1999）76頁、田口守一『刑事訴訟法（第3版）』（弘文堂、2001）78頁、平良木登規男『捜査法（第2版）』（成文堂、2000）247頁等参照。

2) 判例・実務のとりどころと言われる（例えば、田宮裕編著『刑事訴訟法I—捜査、公訴の現代的展開—』（有斐閣、1975）349頁）。最大判昭和36年6月7日刑集15巻6号915頁は、「逮捕の現場での捜索・差押は、当該逮捕の原由た

れるのが、逮捕の際に被逮捕者の抵抗を抑えて逮捕者の生命・身体の安全を確保し、また被逮捕者による逃亡・証拠隠滅を防止する緊急の必要性から、その限度で無令状捜索・差押えが許されるとする見解である（限定説ないし緊急処分説<sup>3)</sup>。これら2説が代表的なものと言える。第3説は、逮捕の場合には既に身体の自由という重大な法益に対する侵害が許容されている以上、その後に捜索・差押えによるプライバシーの制約があったとしても、それは前者に包摂されうる比較的軽微な権利の制約にすぎず、必要な限度で許容されるものとして正当化を試みる見解（「大は小を兼ねる」の論理）であり<sup>4)</sup>、第4説は、逮捕行為により逮捕現場の平穩等のプライバシーは既に合法的に開かれているため、同じ場所で引き続き捜索・差押えが行われたとしても、それによって新たなプライバシーの侵害が生じることはほとんどないとする見解である<sup>5)</sup>。これら4つの考え方は、それぞれ無令状捜索・差押えを許容する根拠をそれなりに説明するものではあるが、具体的事案に照らしてみるときには、それぞれ限界を有すると言わ

ざるを得ない。この点を裁判例に照らして考えてみたい。

本稿の論題である逮捕後の移動との関係で最も重要な裁判例は、東京高判昭和44年6月20日高刑集22巻3号352頁である。そこで、各根拠論の限界を探る上でも、さしあたり、この判決を素材に検討することが本稿との関係では有益である。事案は、捜査官がホテル5階の待合所で外国人宿泊客2名のうちの1人を大麻所持の現行犯で逮捕した後、被逮捕者から所持品を携行したい旨の申し出を受けて、ホテル7階にある客室に付き添って入り、そのまま無令状で室内を捜索した結果、洗面所にあった洗面用具入れバッグから大麻たばこ7本を発見し、これを差し押さえた、というものである。本判決は、無令状捜索・差押えの趣旨として証拠物存在の蓋然性とともな逮捕者の身体の安全を確保し証拠の散逸・破壊を防止する緊急の必要性を挙げて、本件捜索・差押えは、右趣旨の認められる時間的・場所的且つ合理的な範囲を超えるものではないとして、これを適法とした<sup>6)</sup>。

この事案において、前掲4説のうち、証拠物

---

る被疑事件に関する証拠物件を収集保全するためになされ、且つその目的の範囲内」で認められるものとする。後に触れる東京高判昭和44年6月20日高刑集22巻3号352頁も相当説的な根拠を挙げる。学説としては、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）等参照。

3) 通説と言われる。平野・前掲注1)116頁、三井・前掲注1)52頁、松尾・前掲注1)75頁（但し、捜索については第3説に近い考え方を採る）、安富潔「令状によらない捜索・差押え」警察学論集45巻8号180頁（1992）、高田卓爾『刑事訴訟法（2訂版）』（青林書院新社、1984）344頁、佐藤文哉「令状によらない捜索・差押え（1）」熊谷弘ほか編『捜査法大系Ⅲ』（日本評論社、1972）14頁、白取祐司『刑事訴訟法（第2版）』（日本評論社、2001）131頁、田口・前掲注1)82頁、光藤景皎『口述刑事訴訟法・上（第2版）』（成文堂、2000）153頁、堤和通「逮捕に伴う捜索・押収」現代刑事法No.49-5巻5号27頁（2003）等参照。判例では、前掲注2)東京高判昭和44年6月20日や大阪高判昭和49年11月5日判タ329号290頁が、相当説的な論拠とともにではあるが、緊急処分説的な論拠を並列して挙げている。

4) 例えば、前掲注2)最大判昭和36年6月7日は、「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うことが考慮されたによるもの」と述べている。なお、厳密に言えば、この見解にも二通りあるようである。一つは、身体の拘束に付随する処分であることに着目する見解（平場安治ほか『注解刑事訴訟法（中）（全訂新版）』（青林書院新社、1982）143頁〔高田卓爾〕、青柳文雄『刑事訴訟法通論（上）（5訂版）』（立花書房、1976）372頁等）であり、今ひとつは、身体の拘束という重大な処分すら適法にできる場合であることに着目する見解（伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法（3）（新版）』（立花書房、1996）214頁、鈴木義男「逮捕後になされた令状によらない捜索・差押えの適法性（その2・完）」研修339号53頁（1976）等）である。前者によれば、逮捕行為が成功したことが220条を適用する前提として必要となってくる点で、相違が生じる。なお、安富・前掲注3)183頁や平良木・前掲注1)242頁、三井・前掲注1)52頁は、この見解を相当説の一つとして位置づけている。

5) 東京高判平成5年4月28日高刑集46巻2号44頁参照。学説としては、渥美・前掲注1)93頁。

6) 本判決については、加藤晶「逮捕現場と捜索・差押え場所」河上和雄ほか『警察実務判例解説（捜索・差押え篇）』（別冊判例タイムズ10号）（判例タイムズ社、1988）99頁、辻脇葉子「逮捕に伴う捜索・差押え（1）」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選（第7版）』（有斐閣、1998）56頁、今崎幸彦「逮捕に伴う捜索・差押え（1）」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選（第8版）』（有斐閣、2005）58頁等参照。

存在の蓋然性から実質的に令状要件が充足されていることを根拠とする相当説によれば、無令状捜索・差押えの範囲は令状による場合のそれと同一範囲となるべきところ<sup>7)</sup>、本件では人の出入りが自由なホテル5階の待合所と被逮捕者が宿泊していた7階の客室内とが同一の管理権に属するとは言い難いので<sup>8)</sup>、本件のような捜索・差押えを認めることは困難である<sup>9)</sup>。ただ、この点は本件捜索・差押えが広範に失することによる当然の結果にすぎないとも言え、かかる広範な捜索・差押えを正当化できないこと自体に相当説の問題があるわけではない。相当説へのより根本的な疑問は、たしかに逮捕現場には証拠物が存在する一定の蓋然性は典型的に認められるとしても、それは、逮捕現場（それと同一の管理権に属する場所的範囲を含む）の全体に渡って広く捜索することについて、事前の司法審査を全く不要にするまでの高度の蓋然性が典型的に認められると考えてよいのか<sup>10)</sup>、という点にある。逮捕の現場は、被疑者の自宅から公道まで、様々であり得、そうした逮捕現場の多様性を前提に考えると、逮捕現場における証拠物存在の典型的な蓋然性は事前の司法審査を常に不要とする程度にまで高度であるとは言えないのではないかと。理論としては（捜査官の行為規範としても）、逮捕現場の場所的特性に応じて、捜索・差押えの許容範囲をある程度柔軟に調整できる装置を組み込んで考えるべきであり、そうした調整の余地を残さずに、同一管理権の範囲に渡って一律に捜索・差押えを許

容するというのは、大雑把にすぎるように思われる。

また、大は小を兼ねるという第3説からは、逮捕場所と捜索場所が別個の管理権に属していたとしても逮捕という大なる法益侵害が許される以上、被逮捕者の支配下にある場所の全てについてプライバシーという小なる法益侵害は許容されることになるので、本件捜索・差押えを説明することが一応はできそうである。しかし、この見解には、そもそも身体的自由という法益にプライバシーという法益が完全に包摂されると見ることができるのかどうか（身体の捜索ならばまだしも、場所の捜索となると身体的自由よりも重大なプライバシーの侵害がありうるのではないかと）に少なからぬ疑問が存するし、しかも本件では客室にはもう1人宿泊客がいたのであり（当時は不在であったが）、その第三者のプライバシーまで被逮捕者の身体の自由に包摂されるべきいわれはないのである<sup>11)</sup>。逮捕行為によって現場のプライバシーが開かれたと見る第4説は、異質の法益に大小関係を認めるという難点こそ免れているが、逮捕行為により既に一旦は場所の平穏等が侵害されたとはいえ、それに引き続く綿密な捜索が新たなプライバシー侵害を生まないとは考え難い点で、やはり採りにくいであろう。現に、論者も、逮捕の現場で新たなプライバシー侵害を伴う捜索行為を行うためには、押収物存在の高度の蓋然性を前提に、証拠破壊の危険が認められる必要があるとしているのであり<sup>12)</sup>、やはりプライバシー

7) 小林・前掲注 2)24頁。

8) 大野一太郎「逮捕に伴う捜索・差押(1)」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第6版)』(有斐閣,1992)55頁。

9) 小林充・前掲注 2)25頁は、洗面所、待合室等の共用部分については別に解し、本判決を正当化するが、令状による捜索・差押えと平行に考えるという相当説の出発点と果たして整合する考え方なのか、疑問を拭えない。

10) もちろん、同一管理権に属する場所的範囲の捜索・差押えといっても、別途102条によって証拠物存在の具体的な蓋然性が要求される。しかし、102条の要求する蓋然性が否定されるのは、1項の場合（推定が働いている場合）はもちろん、2項の場合でも、およそ蓋然性の認め難いような例外的な場合にとどまるのではないかと。実際問題として、現に証拠物が差し押さえられて公判に提出されたことを前提にして考えると、事後的に見て蓋然性が否定される場合というのは相当限定されよう。それ故に、220条の解釈として、無令状捜索・差押えをどの範囲で許容するのが実際には決定的な意義を有するものと思われるのである。後掲注(43)も参照。

11) 松本時夫「令状によらない捜索・差押え」判例タイムズ296号391頁(1962)、河上和雄『捜索・差押』(立花書房,1979)151頁参照。第三者の住居内の捜索が問題となった事例として福岡高判平成5年3月8日判タ834号275頁参照。また、第三者の身体についても（より厳格な要件の下においてではあるが）逮捕に伴う無令状捜索・差押えが認められている（函館地決昭和55年1月9日刑月12巻1=2号50頁参照）。

が開かれたという説明だけでは十分でなく、実質的に緊急捜索・差押えを認めるに至ってしまう点で妥当でないように思われる。

最後に、緊急処分説からは、被疑者による抵抗、逃亡、証拠破壊の危険が典型的に認められる範囲、すなわち、被逮捕者の身体およびその直接の支配下（分かりやすく言えば手の届く範囲）については捜索・差押えができることになるが、本件では逮捕はあくまで5階待合所で行われており、無令状捜索・差押えができるのも当該待合所における被逮捕者の直接支配下のみであり、7階の被逮捕者の客室について、その全体に渡ってくまなく捜索を行うことは、（少なくとも従来我が国で説かれてきた緊急処分説を前提とする限り）到底許容されるものではない<sup>13)</sup>。ただ、これは、前述のとおり、本件捜索・差押えが広範に過ぎることによる当然の結果にすぎないとも言え、むしろ逆に、少なくとも従来の緊急処分説からは逮捕に伴う無令状捜索・差押えの許容範囲が必要以上に制限されすぎないかということが問題となることが多かった<sup>14)</sup>。

### 3 本稿のアプローチ

以上のように、論理的に導き出される捜索・差押えの場所的・時間的限界を具体的に見てい

くと、各説それぞれに一長一短があり、どの説も逮捕に伴う捜索・差押えの許容範囲を合理的に画することには成功していないと言わざるを得ない。したがって、逮捕に伴う捜索・差押えの研究における究極の課題は、無令状捜索・差押えの許容範囲を論理的に、かつ合理的に画することができるような根拠論を探求することにあると言えるが、この難題に正面から挑むことについては、他日を期したい。本小論では、さしあたり、既存の根拠論、中でも緊急処分説を出発点としながら、具体的場合において微調整を施していくことで、無令状捜索・差押えの許容範囲を合理的に限界付けることはできないか、その可能性を探ってみたいと思う。ここで、既存の根拠論の中でも緊急処分説を出発点として選んだのは、同説が後述する逮捕に伴う無令状捜索・差押えの法理の沿革に最も忠実な理解であるだけでなく、現時点では理論的に見て最も無理のない説明であり、さらに逮捕現場の場所的特性等の具体的事情を（「直接支配下」の解釈を通して）柔軟に考慮できるという強みをも有しているからである。したがって、本稿では、基本的にこの見解を支持した上で、それをさらに精緻化することを提唱したいと思う。既存の根拠論から出発したとしても、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが問題となる典型的状況<sup>15)</sup>は多種多様であるから、そうした類型ごとに、

12) 渥美・前掲注 1)95 頁。

13) ただし、共犯者による証拠隠滅のおそれが相当高度であると認められるような場合には、緊急処分説からも本件類似の捜索・差押えが許容されることがあり得よう（いずれにしても、本件では難しいだろうが）。その可能性を示唆するものとして川出敏裕「逮捕に伴う差押え・捜索・検証」法学教室 197 号 37 頁（1997）、安富・前掲注 3)193 頁、渥美・前掲注 1)95 頁、辻脇・前掲注 6)57 頁がある。ただ、これは、典型的な危険から許容される逮捕に伴う無令状捜索・差押えの問題というよりは、むしろ、アメリカ法における証拠破壊防止の緊急性の例外の問題として捉え、個別具体的な第三者による証拠破壊の蓋然性等を要求した方が判断の安定性に資するのではないか。さらに、第三者や共犯者による証拠破壊の具体的危険を加味して直接支配下の範囲を具体的に画そうとすると、被逮捕者の存在とは無関係に「直接支配下」の範囲が別個独立に成立しうる点で「直接支配下」という概念・沿革から離れることになるし、被疑者については具体的な証拠隠滅行為等の危険を問わないとされていることと平仄がとれるのかという点に疑問が残る。この点は、後に扱う（注 46）参照）。さしあたり、堤和通・前掲注 3)28-29 頁、渥美東洋「逮捕現場での無令状の捜索・差押え」河上和雄ほか『警察実務判例解説（捜索・差押え篇）』（別冊判例タイムズ 10 号）（判例タイムズ社、1988）95 頁等参照。

14) 例えば、被逮捕者が逮捕の現場から警察署へ連行された後には、いかに証拠物存在の蓋然性が高い場合であっても、捜索・差押えは一切許されなくなる、という問題がある（小林・前掲注 2)18 頁）。しかし、これは後に述べる逮捕後の移動の法理を採ってもなお残る問題であり、本稿では取り扱わない。

15) 例えば、捜索がなされるのが逮捕行為前か、逮捕行為と並行してか、逮捕行為後か、あるいは、警察署への連行後か、という時間的要素によって判断の仕方に違いが出てきうるし、また、身体・所持品を捜索する場合と場所を捜索する場合とはその許容範囲を画する上での考慮事項は変わってくる。また、第三者の身体・所持品や住居を捜索する場合には、

根拠論から論理的に導き出される合理的な線引きがどの辺りにあるかを、もう少しきめ細かく見ていく余地は十分にあるように思われる。問題類型ごとに合理的な範囲を微調整していくことにより、現実の問題状況に即した形で、より良い調和点を見出すことができようし、またそうした考察は、ひいては根拠論を再構成する上でも重要なヒントを与えてくれるように思われる<sup>16)</sup>。そして、かかるアプローチは、まさにチャイメル判決(1969)<sup>17)</sup>以降のアメリカの判例法理が歩んできた途でもある<sup>18)</sup>。我が国では、従来、このようなアプローチによる議論は必ずしも盛んではなかった。それは、主に、素材となる判例の数自体に限られていること、憲法35条が同33条の場合のみを例外とする点で一見硬い規定になっていること、刑事訴訟法220条1項2号の「逮捕の現場」等の要件が硬直的に解釈されてきたこと<sup>19)</sup>、等によるものと推測される。このような従来の解釈が本当に合理的なものであったのかを再検討するた

めには、日本を遥かに上回る膨大な数の判例の集積を有し、かつ日本国憲法(刑事手続関係)および我が国刑事訴訟法の範とされたアメリカ法に手がかりを求めることで、何がしかの示唆を得ることができないかと思われる。

もつとも、逮捕に伴う無令状捜索・差押え(search and seizure incident to arrest)を巡るアメリカの問題状況は複雑であり、そこには多様な問題類型が存在する<sup>20)</sup>。そこで、本稿では、先に見た東京高裁判決にヒントを得て逮捕後の移動(post-arrest movements)に伴う捜索・差押え範囲の拡大という問題を扱うこととした<sup>21)</sup>。後述するように、逮捕に伴う無令状捜索・差押えは、その沿革からして被逮捕者の身体については当然にできることを出発点として場所についても被逮捕者の直接支配下についてはできるということになっている。ここで扱うのは、そうした直接支配下の場所が逮捕後の被逮捕者の移動に伴って拡大あるいは移動しないか、という問題である。この点は、我が国では従来あ

捜索の範囲はより限定的なものとされよう。さらには、被逮捕者の逃亡・抵抗・証拠破壊のおそれの有無・程度や第三者による証拠破壊のおそれの有無・程度等も個別の事案によって様々であり、一つの根拠論をとったとしても、状況によっては、合理的と考えられる捜索範囲も変化することになると考えるのが自然であろう。

16) 田宮裕=多田辰也『セミナー刑事手続法(捜査編)』(啓正社, 1990) 163頁も、相当説と限定説の違いは相対的なものであり、場所的・時間的限界の問題は、あくまで具体的事案に即して論じられる必要がある、とする点において、類似の視点を打ち出すものと言えよう。

17) *Chimel v. California*, 395 U.S. 752, 89 S. Ct. 2034, 23 L.Ed.2d 685 (1969). 代表的な邦語の評釈としては、田宮裕「逮捕に伴う捜索・押収」判例タイムズ248号26頁(1970)、香城敏磨「*Chimel v. California*, 395 U.S. 752 (1969)」アメリカ法1970号278頁(1970)、佐藤文哉「刑事司法に関する米連邦最高裁判例の動向—ウォーレン・コートからバーガー・コートへ—」判例タイムズ270号7頁(1972)、東条喜代子「アメリカにおける適法な逮捕に伴う令状によらない家屋の捜索の合憲性について」産大法学8巻1号100頁(1974)等がある。

18) アメリカでは、我が国でいう緊急処分説に近い考え方を打ち出したチャイメル判決以降、これを前提として各問題類型に応じて捜索範囲(及びその判断基準)を具体化する裁判例が、下級審を中心に積み上げられ、今日に至っている。この点は、一つの理論から演繹的に結論を導こうとするよりも、まず個別の事案に即した合理的解決を積み上げていって、その後から理論化されてくるといって、英米法の伝統的思考方法が典型的に現れているものとも言えるかもしれない。

19) 例えば、前掲注3)大阪高判昭和49年11月5日は、「法220条1項2号が、逮捕の現場と規定しているのは、無令状による捜索、差押えを場所的に限定し、令状主義の例外を厳格に制限しようとしたものと解すべき」であるとしている。

20) 例えば、身体への捜索、場所への捜索、逮捕後の場所的移動、共犯者の捜索、安全巡回捜索、証拠破壊の緊急性、自動車の例外、プレイン・ビュー法理等が挙げられる。こうした問題類型を整理・概観したものとしては、さしあたり、WAYNE R. LAFAYE, JEROLD H. ISRAEL AND NANCY J. KING, *CRIMINAL PROCEDURE* 195 (3d ed. 2000)を参照。

21) 我が国において、この問題類型に該当する例としては、前掲注2)東京高判昭和44年6月20日のほかに、東京高判昭和53年5月31日刑月10巻4=5号883頁(山荘に宿泊していた赤軍派集団全員を庭に連行してその一部を逮捕した後、同集団が使用した山荘の部屋全部を捜索したことが適法と判断された事例)や厳密には逮捕後の移動ではないが逮捕要件が備わった後に移動した上で、逮捕と捜索が行われた事例に関する前掲注11)福岡高判平成5年3月8日(職務質問の続行のために、第三者の住居内に移動した後に、被疑者を逮捕し、その後室内の捜索を行ったことが第三者の法益を重視する観点から違法と判断された事例)等がある。

まり議論されてこなかった論点であるが、既に、我が国でも被逮捕者の場所的移動の後に被逮捕者の身体・所持品の捜索が認められないか、が議論されている<sup>22)</sup>。これは、いわば捜索対象としての被逮捕者の身体・所持品自体の移動の問題である。本稿が扱う問題は、被逮捕者の直接支配下にある場所が移動しないかであり<sup>23)</sup>、その意味では、移動後の身体・所持品の捜索と比べると、そのさらに先のステップに位置づけられる問題であると言うことができよう。

## Ⅱ. アメリカにおける 逮捕に伴う無令状捜索・差押え

### 1 チャイメル判決の準則

ここで、逮捕後の移動による捜索・差押え範

囲の拡大を論ずる前提として、それに必要な限度で、アメリカの判例法理が逮捕に伴う無令状捜索・差押え一般につきどのような理解に立っているかを確認しておきたい。合衆国憲法第4修正<sup>24)</sup>は、不合理な捜索・押収 (*unreasonable searches and seizures*) を受けない権利を保障する<sup>25)</sup>。そこでは、プライバシーという重大な権利侵害を伴う捜索・差押えには原則として裁判官の発する令状が必要であると一般的に解されているが、一定の状況の下では無令状捜索・差押えも「不合理」ではないとして、広く例外が認められるに至っている<sup>26)</sup>。そうした例外の一つとして古くから認められてきたのが逮捕に伴う無令状捜索・差押えである。アメリカでは、チャイメル判決が本法理に関するリーディングケースとなっており<sup>27)</sup>、この判決を前提に、膨大な数の判例が逮捕に伴う無令状捜索・

22) 例えば、最三決平成8年1月29日刑集50巻1号1頁およびその当否を巡って河村博「逮捕に伴う捜索・差押え(2)」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第7版)』(有斐閣、1998)58頁、長井圓「逮捕に伴う捜索・差押え(2)」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第8版)』(有斐閣、2005)60頁、小栗健一「和光大学内ゲバ事件上告審決定」法律のひろば49巻7号54頁(1996)、小黒和明「逮捕に伴う捜索・差押—逮捕の現場の意義」研修603号61頁(1998)、池田公博「準現行犯逮捕及び逮捕に伴う差押えの適法性」ジュリスト1169号134頁(1999)、清水真「判批」判例評論458号238頁(1997)、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100頁(1996)、福井厚「準現行犯逮捕の適法性/刑訴法220条1項2号にいう『逮捕の現場』」ジュリスト臨時増刊1113号(平成8年度重要判例解説)169頁(1997)、木口信之「判解」法曹時報50巻11号222頁(1998)等参照。なお、下級審判例としては、東京高判昭和47年10月13日刑月4巻5号1651頁、前掲注3)大阪高判昭和49年11月5日、大阪高判昭和50年7月15日判時798号102頁、東京高判昭和53年11月15日高刑集31巻3号265頁等がある。

23) もちろん、厳密には、被逮捕者の直接支配下にある場所が移動する場合においては、同時に捜索対象としての被逮捕者の身体・所持品自体も移動することになるが、本稿で検討するのは専ら場所の移動の方である。

24) 合衆国憲法第4修正は以下のように規定する。“The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” なお、本条は、第14修正を経て州の行為にも適用される。

25) 第4修正の読み方や歴史的沿革については、井上正仁「令状主義の形成過程」司法研修所論集1997巻5号200頁(1997)、林正人「ブレイン・ビュー法理(1)」京都大学法学論叢143巻3号60頁(1999)等参照。See also, Note, *Police Practices and the Threatened Destruction of Tangible Evidence*, 84 HARV. L. REV. 1465, 1469-1472 (1971); Ira D. Wincott, *Comment on Constitutional Law — Fourth Amendment — Plain View Exception to the Warrant Requirement — Exigent Circumstances — Washington v. Chrisman*, 29 N.Y. LAW SCHOOL L. REV. 125 (1984).

26) 逮捕に伴う捜索・差押えの他にも、承諾捜索 (*consent search*)、緊急事態下における無令状捜索・差押え (*exigent circumstances*)、自動車の捜索 (*automobile exception*)、ブレイン・ビュー法理 (*plain view doctrine*)、停止と身体捜検 (*stop and frisk*)、等がある。このように、第4修正の令状原則が形骸化している現実を受けて、同条の解釈を再構成しようとするものとして、Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment First Principles*, 107 HARV. L. REV. 757 (1994) がある。

27) もちろん、本判決以前からも、逮捕に伴う無令状捜索・差押えは判例法上認められており(むしろより広範に認められていた)、その要件・許容範囲には紆余曲折があったが、そうした歴史的経緯についてはここでは立ち入らない。チャイメル判決に至るまでの歴史的経緯については、同判決自身がその判決理由中で丁寧な解説を加えているほか、さしあたり Note, *Scope Limitations for Searches Incident to Arrest*, 78 YALE L. J. 433 (1969), Note, *Searches of the Person Incident to Lawful Arrest*, 69 COLUM. L. REV. 866 (1969), WAYNE. R. LAFAYE, *SEARCH AND SEIZURE: A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT* Vol.3 64-73, 299-303 (3d ed. 1996) 等参照。

差押えの法理をさらに発展させて今日に至っている。チャイメル判決は、我が国で言う緊急処分説に近い考え方を採ったものと言うことができるが<sup>28)</sup>、その判旨が定立した準則の内容がいかなるものか、そして後の下級審判決がその準則をいかに解釈・適用しているか、を概観しておきたい。

被疑者をその住居内で令状により逮捕した後、搜索令状はなかったものの、逮捕に基づく適法な搜索である旨を告げて被疑者の妻を立ち合わせながら屋根裏やガレージ、作業場を含む家屋全体をくまなく搜索して数多くの証拠物を差し押さえた事案につき、連邦最高裁は、広範な無令状搜索・差押えを許容したハリス判決(1947)<sup>29)</sup>やラビノビッツ判決(1950)<sup>30)</sup>を変更して、本件搜索・差押えを適法と判断した。注目すべきは、「逮捕の際に、被逮捕者が抵抗や逃亡に利用するおそれのある武器を取り除くために、逮捕者が被逮捕者の身体を搜索することは合理的である。さもなければ、逮捕者の安全が脅かされ、ひいては逮捕自体が妨害されるからである。さらに、証拠の隠滅・破壊を防ぐために被逮捕者が所持する証拠物を発見すべく、その身体を搜索し差押えを行うことも全く合理的なことである。そして、被逮捕者が武器や証拠を手に取るために手を伸ばせる場所的範囲についても、当然に同様のことが言える。被逮捕者の目の前にある机の上や引き出しの中にある銃は被逮捕者の被服内に隠された銃と同程度の危険性を有する。したがって、被逮捕者

の身体およびその直接の支配下にある場所(被逮捕者が武器や証拠物を求めて手を伸ばせる範囲の場所)を搜索することは十分に正当化することができる。」という判示である。判旨のこの部分は、たまたま被疑者が居室内で逮捕されれば、それだけで直ちに居室全体の搜索が正当化されると考えたハリス判決、ラビノビッツ判決の準則を、正面から覆し、逮捕に伴う無令状搜索・差押えの許容範囲を相当厳格に限定した点で極めて重要な意義を有する<sup>31)</sup>。もっとも、本判決は、逮捕に伴う無令状搜索・差押えの議論の全てを再構成して解決したものではなく、むしろその出発点(a beginning of such a reformation)を示したに過ぎない<sup>32)</sup>。本判決は、次第に下級審判決にも受け入れられてゆき、チャイメル準則は徐々に確立されていくことになったが<sup>33)</sup>、それは、同時に、残された未解決の問題を発見し解決していくプロセスでもあった。

## 2 「直接支配下」の範囲

無令状搜索・差押えの許容範囲を画する概念として、チャイメル判決は「直接支配下(immediate control)」という表現を用いているが、この「直接支配下」の範囲は、無令状搜索・差押えの趣旨が典型的に妥当する範囲、すなわち「被逮捕者が武器や証拠物を手に取ることのできる範囲」<sup>34)</sup>ということになる。ただ、これが具体的にどこまでの範囲を指すかは、個別の

28) 田宮・前掲注 17) 参照。

29) *Harris v. United States*, 331 U.S. 145, 67 S.Ct. 1098, 91 L.Ed. 1399 (1947).

30) *United States v. Rabinowitz*, 339 U.S. 56, 70 S.Ct. 430, 94 L.Ed. 653 (1950).

31) ただし、時間的に可能である限り令状をとってくることを要求したトルピアノ判決(*Trupiano v. United States*, 334 U.S. 699, 68 S.Ct. 1229, 92 L.Ed. 1663 (1948))に回帰したわけでもない。この点については、*Note, The Supreme Court, 1968 Term*, 83 HARV. L. REV. 161, 162 (1969) 参照。なお、我が国では、チャイメル判決は緊急処分説を採ったものとして紹介されるのが一般的である。例えば、田宮・前掲注 1) 109 頁参照。

32) 本判決の抱える内在的な問題点を鋭く指摘したものとして *Note, The Supreme Court, 1968 Term*, 83 HARV. L. REV. 161 (1969) がある。

33) チャイメル判決が直ちに下級審の歓迎を受けたわけではなかった点については、LAFAYE, *supra* note 27, at 303 を参照。

34) これは、チャイメル判決自身が示した定義である。被逮捕者の手の届かない範囲にある物について搜索・差押えを行っても、被逮捕者の抵抗・逃亡・証拠破壊を防止することに役立たず、かかる権利侵害を正当化する根拠に欠けることになる。

事案の具体的事情によって微妙に変わってくる<sup>35)</sup>。被逮捕者が現にどの範囲まで手を伸ばすことができるかは、個別の事案における様々な要素によって、変わってくるからである。この点が、チャイメル準則の適用に関する第1の問題である。直接支配下の範囲を画定する際の判断要素として、多くの下級審判決では、被逮捕者が手錠等の何らかの物理的拘束下に置かれているかどうか、捜査官と被逮捕者が捜索場所に対してどのような位置関係にあるか、捜索の対象となった容器や閉鎖的空間の内部を見ることがどの程度容易か、被逮捕者ならびにその関係者の人数と捜査官の人数の比、などが考慮されている<sup>36)</sup>。

### 3 具体的危険の要否

では、そのように具体的に決定された直接支配下の範囲を捜索することは、常に適法となるのか。第2の問題は、被逮捕者が実際に武器を取ろうとしたり証拠物を破壊しようとする行動に出る具体的なおそれの高低によって、捜索・差押えの可否に影響が出てくるか、である。例えば、被逮捕者が証拠破壊行動に出

たり抵抗したりするおそれがほとんど存在しないような場合にも、直接支配下の捜索は合理的といえるか。この点については、被逮捕者が押収すべき物を所持している蓋然性が必ずしも高くはなかった場合における身体捜索の可否について判断したロビンソン判決(1973)<sup>37)</sup>が、個別具体的事情の考慮は不要としている。その後、この問題を直接支配下にある場所の捜索との関係で論じた連邦最高裁の判決は出ていないが、現場の状況について捜査官が短時間のうちに下した判断を裁判所が全面的に審査し直すことは避けるべきであるとするロビンソン判決の論理は、場所の捜索についても妥当するものであることから、おそらく、場所の捜索においても具体的なおそれの程度は問わずに、類型的・抽象的な危険から原則として被逮捕者の身体・所持品とともにその直接支配下にある場所の捜索は許容されることになろう<sup>38)</sup>。そして、仮に、証拠物が存在するおそれが十分にあるが、当該証拠物の性質等からその隠滅が容易でないような場合であっても、右ロビンソン判決の論理からは、やはり直接支配下にある限り捜索できるということになる<sup>39)</sup>。いずれにしても、少なくとも直接支配下の範囲内にある場所

35) See e.g., *People v. Williams*, 57 Ill. 2d 239, 311 N.E.2d 681 (Ill. 1974). 他にも、後に扱う *State v. Robalewski*, 418 A.2d 817 (R.I. 1980) や *United States v. Griffith*, 537 F.2d 900 (7th Cir. 1976) は、チャイメル準則を適用する前提として、「逮捕に伴う捜索・差押えの許容範囲を決定するには、多くは各事案の個別具体的事情によって左右される」ことを確認している。

36) これら4つの要素を抽出するもととなった諸々の下級審判決については、LAFAVE, *supra* note 27, at 306-307 を参照。それとは別に、後に本稿で扱う判例の中から例を挙げれば、*United States v. Mason*, 523 F.2d 1122 (D.C.Cir. 1975) は、被逮捕者から約1mの距離にあるクローゼットがその直接支配下に入るか否かの判断に当たり、被逮捕者が身体の背面ではなく前面で手錠をかけられていたこと(及び捜査官がその手錠を外すつもりであったこと)を考慮している。また、*State v. Robalewski*, 418 A.2d 817 (R.I. 1980) は、被疑者と捜索の対象物との正確な距離が明らかでないことや、手錠こそかけられなかったものの現場には複数の捜査官が所在していたことを、直接支配下の範囲を制限的に解する理由として挙げている。

37) *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218, 94 S. Ct. 467, 38 L.Ed.2d 427 (1973).

38) ただ、場所と身体の法益としての質的相違を強調していけば、捜索の許容範囲に差異を設ける解釈論も十分に成り立ちうる。つまり、場所の捜索には具体的なおそれが必要であると解するのである。場所についてはLAFAVE がその旨の指摘を行っている(LAFAVE, *supra* note 27, at 309)。我が国でも令状による捜索の場合には、盛んに論じられている(井上正仁「場所に対する捜索令状と人の身体・所持品の捜索」芝原邦璽＝西田典之＝井上正仁編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集・下巻』(有斐閣, 1998) 121頁参照)。ただし、逮捕に伴う無令状捜索・差押えにおいては、令状による捜索とは違って、出発点が被疑者の身体であることに注意すべきである。いわば議論の流れが逆になる。この点で、注目すべきものとして、前掲注11) 函館地決昭和55年1月9日がある。これは、被疑者の身体、その付近の場所を越えてさらに第三者の身体・所持品を捜索できるかを扱ったものであり、そこでは証拠物存在の具体的蓋然性が要求されている点が示唆に富む(栗野友介「逮捕に伴う捜索の現場に居る人の身体に対する捜索」河上和雄ほか『警察実務判例解説(捜索・差押え篇)』(別冊判例タイムズ10号)(判例タイムズ社, 1988) 118頁, 羽山忠弘「違法に差し押さえられた証拠物として証拠能力を否定すべき場合に該当の有無」警察公論36巻12号132頁(1981)参照)。

39) 例えば、*Commonwealth v. Cohen*, 359 Mass. 140, 268 N.E. 2d 357 (1971) は、マリファナが封印された封筒の中に入っ

については<sup>40)</sup>、抵抗や証拠隠滅の類型的な危険から、個別事情によらずに (routinely ないし as a matter of routine)<sup>41)</sup>、搜索・差押えをすることができる点と解されている点が重要である。そして、この点は、日本法における逮捕に伴う無令状搜索・差押えにおいても基本的に変わるところはないように思われる。我が国では、少なくとも、憲法 35 条の要求する「正当な理由」としての証拠物存在の蓋然性は、逮捕に伴う搜索・差押えの場合にも当然に要求されると解されているが<sup>42)</sup>、少なくとも被疑者の身体・住居等についてはその存在が推定されるわけであるし(法 102 条 1 項)、無令状搜索・差押えの根拠たる被逮捕者の逃亡・抵抗・証拠隠滅の

具体的危険が認められることは必ずしも要求されていないように思われる<sup>43)</sup>。この点は、我が国における従来の議論では必ずしも厳密に論じられてこなかった。事実、法 220 条の搜索・差押えの要件として、個別具体的な危険(緊急性)を要求する学説も見受けられる<sup>44)</sup>。しかし、これはむしろアメリカ法で言う個々の緊急性(exigent circumstances)に基づく緊急搜索・差押えの問題であり、逮捕に伴う搜索・差押えの法理はあくまで類型的な危険(“presumed” “danger”<sup>45)</sup>)の存在から当然に一定の範囲内で許容される点にその主要な意義が存し、また歴史的にもそのように解されてきたのである<sup>46)</sup>。これと異なる解釈は、日本法の解釈としても妥

ていたからと言って、直ちにそれが直接支配下の範囲外にあるということにはならず、なお証拠破壊の危険を肯定することができる、と判示している。

40) 搜索・差押えの対象物がそもそも直接支配下の範囲内にあるかどうか、すなわち直接支配下の範囲を画する際には、個別の事案における具体的な事情を加味して判断されていることは既に見たとおりであり、このような形で、緊急性については類型的な危険で足りると解したこととの関係でバランスがとられているものと思われる。

41) 前者はチャイメル判決の表現であり、後者は後に見るクリスマン判決(Washington v. Chrisman, 455 U.S. 1, 102 S. Ct. 812, 70 L.Ed.2d 778 (1982))の表現である。このクリスマン判決も、およそ逮捕には逮捕者に対する危険と被逮捕者の逃亡のおそれが類型的に認められるとして、個別事情を問わずに、被逮捕者に付き添う権限を認めている。そして、このような個別の事情を問わない類型的な危険を重視する考え方は、最近の連邦最高裁判決(Thornton v. United States, 124 S. Ct. 2127, 158 L. Ed. 2d 905 (2004))においても確認され、そこでは、自動車内の者を逮捕した場合と既に自動車の外に居る者を逮捕した場合とを区別せずに、自動車内の無令状搜索を適法としている。

42) 刑事訴訟法 222 条は 102 条を準用している。小林・前掲注 2)24 頁参照。また、この点については、前掲注 2) 東京高判昭和 44 年 6 月 20 日の第 1 審判決である横浜地判昭和 43 年 12 月 12 日判時 575 号 85 頁も参照。

43) 本文でも述べたように、証拠物存在の蓋然性の点については、法 102 条 1 項が被疑者の身体、住居等についてはその存在を推定しており、とりわけ逮捕が先行する場合には、被逮捕者の身体についてはもちろん、その住居についても同項の推定が破れることは稀であろう。とすれば、結論的には、ロビンソン判決下のアメリカ法に近い帰結がもたらされると言える。いずれにしても、逮捕に伴う搜索・差押えに固有の趣旨(逃亡・抵抗・証拠破壊の危険)の具体的な状況下における高低が問われないのは、日本法においても同じであると思われる。この点については、現に前掲注 21) 東京高判昭和 53 年 5 月 31 日が、「刑訴法 220 条が、被疑者を逮捕する場合に必要なときは、令状によらないで搜索差押え等ができるものとしたのは、このような場合には別の令状によらなくても、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ためであって、右規定の文言からみても、所論の如き緊急性が要件とされているものとは解されない」と判示している点が参考になる。ただ、この判決は、根拠論につき、いわゆる相当説を採ったものと見れなくもないので、一概に緊急処分説を前提に類型的危険で足りるとした判決として位置づけることができるかには留保を要する(もっとも、本判決は、当該搜索が証拠の発見だけを目的としたものではなく、逮捕者の安全確保のために、兇器類の有無を確認する趣旨・目的をも含んでいたことは否定しがたい、とも述べており、緊急処分説的な根拠論を採ったものと見る余地も十分にあるように思われることから引用することとした)。

44) 渥美・前掲注 1)92 頁以下及び 95 頁以下、渥美東洋「逮捕現場での無令状の搜索・差押え」河上和雄ほか『警察実務判例解説(搜索・差押え篇)』(別冊判例タイムズ 10 号)(判例タイムズ社、1988)95 頁、堤和通・前掲注 3)28-29 頁等。

45) クリスマン判決の表現。但し、この部分自体は、逮捕後の移動に付き添う捜査官の権限について判示したものであることに注意を要する。

46) 前掲注 44) の論者は、220 条がそうした緊急搜索・差押えの一類型を許容した規定にほかならないと説明することになると思われるが、逮捕に伴う場合のみを取り出して規定する理論的根拠に欠けるのみならず、それでは逮捕に伴う搜索・差押え自体が緊急性の例外の中に完全に包摂されてしまい、逮捕に伴う搜索・差押えの法理が有する独自の意義が失われてしまう。こうした解釈は、古くから逮捕に伴う搜索・差押えを認めてきた英米法の伝統を引き継いで規定された憲

当でないように思われる<sup>47)</sup>。そして、直接支配下を越えた範囲にわたって捜索・差押えを行うには、より高度の具体的緊急性が認められることが必要となるのである<sup>48)</sup>。この緊急性の例外は、もはや逮捕に伴う捜索・差押え固有の問題ではなく、むしろ緊急捜索・差押えとして括るべき問題領域であって<sup>49)</sup>、逮捕に伴う捜索・差押えを扱う本稿では、この問題には直接には踏み込まない。

#### 4 直接支配下の移動

以上が基本となるべきチャイメル判決の内容とその後の展開の概要であるが、では、こうして無令状捜索・差押えの対象となることが認められた被逮捕者の「直接支配下」にある場所は、逮捕された時点のそれとして固定されるのか、あるいは逮捕後のやむを得ない合理的な移動に伴い直接支配下の範囲も移動するのか。これが、本稿で扱うメインテーマである。この点は、我が国においては、ほとんど議論されてこなかった論点であるが、冒頭で示した東京高判昭和44年6月20日の事案では、実はこの論点が問題となっていたと理解することができるのであり、逮捕後に移動した先で行われた捜索を直接支配下そのものの捜索として説明するの

は、(それこそアメリカ法の下における緊急性の例外を認めるか、緊急処分説から第三者の証拠隠滅の危険等を相当緩やかに認めるかしない限り)およそ不可能であろう。右判決は相当説・緊急処分説のいずれを基礎としているのか明らかではないが、事例判決という形でかくも広範な捜索・差押えを認めてしまった。しかし、ここでは、当初の逮捕時における直接支配下の範囲がどこまで及ぶかが問題となっているのではなく、その直接支配下の範囲が逮捕後の場所的移動に伴って移動<sup>50)</sup>しているケースと捉える方が自然なようにも思われる。そのように考えなければ、当初の直接支配下の範囲を相当広範囲にわたるものとして設定しなければならず、不当に捜索範囲を拡大するという副作用をもたらしてしまう<sup>51)</sup>。もちろん、逮捕後の移動の問題として捉えたからと言って、本件において捜査官が被逮捕者の客室をくまなく捜索したことを正当化するのは依然困難ではあるが、将来同種の事案が現れたときには、捜索の範囲が合理的なものにとどまる限り(やむを得ない移動の後であり、かつ移動先での被逮捕者の身体・所持品や直接支配下の場所にとどまる限り)、移動後の捜索を正当化する理論的基礎を適切に提供することができるのであり、またそれは実務上必要なことでもあると思われる<sup>52)</sup>。そこ

---

法35条を直接受けた法220条の解釈として、妥当なものと言えるか疑問がある。

47) 繰り返しになるが、220条はあくまで類型的危険で足りる点にメリットがある。この点が個別具体的必要性に基づく「必要な処分」(法111条1項)と違うところであり、法220条は、事前に想定される類型的な必要性を根拠に処分を行えとしたものと解して初めてその本来の意義を有するに至るのである。

48) チャイメル判決は、定型的(routinely)に捜索できるのは被逮捕者の身体及びその直接支配下の場所に限られ、その範囲外の場所を捜索するには、例外を認めるだけの特殊事情(well-recognized exceptions)がない限り令状を必要とする、と判示している。ここに言う確立した例外(well-recognized exceptions)の典型が、まさに緊急性の例外であると解される。こうした緊急性の例外については、さしあたり、林正人『『緊急性』と令状によらない捜索・押収(1)(2・完) —アメリカ合衆国判例を中心として—』京都大学法学論叢145巻5号37頁(1999)、147巻4号82頁(2000)参照。

49) Note, *The Supreme Court, 1968 Term*, 83 HARV. L. REV. 161, 165 (1969) および LAFAYE, *supra* note 27, at 303 もこの点を正當に指摘する。これとは異なる整理をしているとも解されるものとして、緑大輔「合衆国での逮捕に伴う無令状捜索—チャイメル判決以降—」一橋論叢128巻1号75頁(2002)。

50) 移動前には捜索できなかった範囲が捜索できるようになるという意味では捜索範囲は「拡大」するのであるが、それは当初の直接支配下が例外的に伸びていくのではなく、直接支配下そのものが「移動」すると捉えた方が問題の本質を捉える上で適切であるように思われる。

51) このような解釈は、ホテルの待合所から階上の宿泊室までもを含むような広範囲にわたる領域が被逮捕者の直接支配下にあると説明することになるので、それは場合によっては従来の相当説よりもさらに広範な捜索を認めることになってしまいかねない。つまり逮捕後の移動が合理的と言えるような事情がない場合においても、類型的な危険を根拠にして同程度に広範な捜索が認められかねない点で妥当でない。

で、逮捕後の移動の問題について、既に判例の蓄積を有するアメリカの問題状況を俯瞰しながら、同法理の具体的な中身について分析することとする。

### Ⅲ. 逮捕後の移動に伴う 捜索範囲の移動・拡大

#### 1 逮捕後の移動の法理

本稿でいう「逮捕後の移動」とは、逮捕後出発前に、被逮捕者が身の回り品を持参したい場合や衣服の着用ないし着替えをしたい場合等、何らかの合理的な理由がある場合に、被逮捕者が一定の範囲内で移動することを言うものとして定義する。逮捕後の移動が行われる状況としては、多様なものがありうるが、その代表的な例を挙げると、被逮捕者をして警察署へ向かうのにふさわしい服に着替えさせる場合（裸の被逮捕者に服を着せる場合を含む）<sup>53)</sup>、被逮捕者に靴を履かせる場合<sup>54)</sup>、被逮捕者が警察署への携行を希望する身の回り品を取りに戻らせる場合<sup>55)</sup>、逆に被逮捕者が逮捕時に所持してい

た物を住居等に置いて行きたい場合<sup>56)</sup>、等がある。要するに、被逮捕者の身支度のために、一定の範囲を移動することが捜査実務上認められているということである。アメリカの判例では、こうした逮捕後の移動は逮捕の完遂に必要な合理的処分と考えられており、もちろん、捜査官は移動中も被逮捕者に付き添うことが認められ、そうした移動中に捜査官の目に入った証拠はもちろん<sup>57)</sup>、移動先で被逮捕者の直接支配下を捜索した結果発見された証拠についても、証拠能力が肯定されることになる<sup>58)</sup>。移動先での無令状捜索が許容される論理は、被逮捕者の移動によって、その直接支配下の場所が移動する、というものであり、まさにチャイメル判決の準則がここでも応用されているのである。それでは、この問題について判断した諸判例を見ていくことによって、本法理の厳密な理論構造を読み解いてみたい。

まず、リーディングケースとして挙げられるのが連邦控訴裁判所のジアカロン判決(1971)<sup>59)</sup>である。恐喝の共謀の被疑事実により逮捕状を取った捜査官達は、逮捕に伴う無令状捜索・差押えをも行う意図を有しながら<sup>60)</sup>、

52) 後述するように、アメリカでは合理的な目的から逮捕後に一定の範囲を移動することは当然許容されるものと考えられており、そうした事情は我が国の実務においても基本的に変わらないはずである。

53) See e.g., *Giacalone v. Lucas*, 445 F.2d 1238 (6th Cir. 1971); *Walker v. United States*, 318 A.2d 290 (D.C. App. 1974); *United States v. Griffith*, 537 F.2d 900 (7th Cir. 1976); *United States v. Titus*, 445 F.2d 577 (2d Cir. 1971); *State v. Bruzzese*, 94 N.J. 210, 463 A.2d 320 (1983); *State v. Griffin*, 336 N.W.2d 519 (Minn. 1983); *United States v. Whitten*, 706 F.2d 1000 (9th Cir. 1983); *United States v. Ford*, 22 F.3d 374 (1st Cir. 1994); *United States v. Ortiz-Villa*, 111 F.3d 139 (9th Cir. 1997); *United States v. Di Stefano*, 555 F.2d 1094 (2d Cir. 1977); *United States v. Mulligan*, 488 F.2d 732 (9th Cir. 1973); *United States v. Carlson*, 198 Mont. 113, 644 P.2d 498 (Mont. 1982); *United States v. Anthon*, 648 F.2d 669 (10th Cir. 1981); *United States v. Gwinn*, 219 F.3d 326, 333 (4th Cir. 2000).

54) See e.g., *United States v. Mason*, 523 F.2d 1122 (D.C. Cir. 1975); *State v. Williams*, 268 Mont. 428, 887 P.2d 1171 (1994); *State v. Griffin*, 336 N.W.2d 519 (Minn. 1983); *State v. Risinger*, 297 Ark. 405, 762 S.W.2d 787 (1989); *Lyons v. State*, 787 P.2d 460 (Okla. Crim. App. 1989); *United States v. Butler*, 980 F.2d 619 (10th Cir. 1992); *United States v. Gwinn*, 219 F.3d 326, 333 (4th Cir. 2000); *United States v. Debus*, 289 F.3d 1072 (8th Cir. 2002).

55) See e.g., *Washington v. Chrisman*, 455 U.S. 1, 102 S. Ct. 812, 70 L.Ed.2d 778 (1982); *United States v. Berkowitz*, 927 F.2d 1376 (7th Cir. 1991); *United States v. Hill*, 730 F.2d 1163 (8th Cir. 1984); *State v. Roberts*, 31 Wash.App. 375, 642 P.2d 762 (1982); *United States v. Debus*, 289 F.3d 1072 (8th Cir. 2002).

56) *Yeager v. State*, 742 P.2d 575 (Okla. Crim. App. 1987).

57) プレイン・ビュー法理による差押えが認められる。

58) See, *LAFAVE*, *supra* note 27, at 314.

59) *Giacalone v. Lucas*, 445 F.2d 1238 (6th Cir. 1971).

60) 本件事案は、チャイメル判決が出る以前のものであり、実務もチャイメル判決以前のルールを前提に動いていたものと考えられる。そのため、本判決も、少なくともチャイメル判決以前は、捜査官が捜索を行う意図を併有していても、その故に直ちに逮捕が違法となるものではないとしている。よって、チャイメル判決以降は、このような逮捕は違法と判断される可能性があるだろう。

午前6時に被疑者の住居へ赴いたところ、パジャマ姿でスリッパを履いて玄関から出てきた被疑者を逮捕し、その身体を捜索すると共に逮捕状を読み始めた。その際、被疑者はもう出発したい旨を申し出たが、捜査官の一人は令状の読み上げとミランダ告知をしやすい場所に移動しようと持ちかけ、被疑者にも着替えを勧めた上で、玄関からダイニング・ルームへと移動した。そこで、令状の読み上げとミランダ告知が終わると、被逮捕者は再度出発の意向を示したが、捜査官はあくまで着替えを勧めて、さらに被疑者および他の捜査官を連れて上の階にある寝室へと移動した。そして、被逮捕者が箆笥の中にある服を取りたいという希望を述べた後、捜査官がその箆笥を捜索したところ、中から、こん棒 (blackjack や slapjack と呼ばれる武器の一種) と拳銃5丁が発見され、差し押さえられた。原審 (ミシガン州最高裁)<sup>61)</sup> は、これを逮捕に伴う合理的な捜索として適法と判断し、本判決はその結論を是認した。本判決は、本件逮捕後の移動は被逮捕者の自発的意思およびその同意の下に行われたものであり、適法な逮捕直後に被逮捕者が逮捕令状の内容を理解した上で任意に着替えのために寝室へ移動することに同意した以上は、逮捕者は、逮捕に伴う処分として (incident to that arrest)、被逮捕者が注意を向け、かつ武器や証拠物を求めて手を伸ばせる範囲内の場所を捜索することができる、とした。本判決は、この結論をチャイメル判決の準則の適用例として位置づけている。

もう一つ、連邦控訴裁判所の判決としてメイソン判決 (1975) がある<sup>62)</sup>。FBI 捜査官は、被疑者のガールフレンドの部屋に赴いたが、中から反応がないので、そのまま室内に突入して、

被疑者が奥の寝室から出てきたところを令状により逮捕し被疑者の後ろに手錠をかけた。その時、被疑者は靴を履いておらず、靴を履きたい旨の自発的申し出があったため、捜査官は被疑者を連れて奥の寝室に戻り、靴を履かせてやったところ、今度は被疑者がトイレに行きたいと申し出たため、捜査官はトイレまで付き添い、一旦手錠を外して今度は被疑者の前に手錠をかけ直した。さらに、被疑者は寝室のクローゼット内にあるジャケットを着ていきたいと希望したため、捜査官は被疑者を再び寝室に戻し、クローゼットを開けたところ、男物の洋服が30から40着ほどハンガーにかけてあったのに加えて、中身が一杯で半開き状態のスーツケースが発見された。捜査官は、被疑者が目当てのジャケットを探す際に、中身が不明のスーツケースに手を触れることのないように、そのスーツケースを移動させようとしたが、その際、半開きになった部分に金属様の物体の感触を受け、その結果、セーターに包まれた拳銃を発見するに至った。さらに、その後、被疑者を寝室から出してダイニング・ルームのテーブルに座らせる過程で、テーブルの上に置いてあった盗難車の鍵を発見するに至った。この捜索・差押えにつき、被告人側は、本件銃と鍵の差押えはチャイメル判決の下では許容されない違法なものであるとして証拠排除を申し立てたが、本判決はそれを斥けた。被逮捕者がクローゼットから3～4フィート (約1メートル) の距離に近づいた時点で、スーツケースが被逮捕者の直接支配下の範囲内に入ったと言え (he brought within his immediate control the area where the gun was concealed in the suitcase)<sup>63)</sup>、スーツケース内の捜索及び拳銃の差押えは逮捕に伴うものとし

61) 383 Mich. 786 (1970).

62) United States v. Mason, 523 F.2d 1122 (D.C.Cir. 1975).

63) その判断においては、本判決は、被逮捕者が手錠をかけられていたものの、それは被逮捕者の背面ではなく前面にかけられていたので、武器を手取る程度の身体的自由は残されていたこと、クローゼット内には服の他には当該スーツケースしかなく、その中に武器を隠すのは自然且つ容易であるから捜査官としても相当程度の疑いを持って然るべきであること、いずれにしても捜査官は一旦被逮捕者の手錠を外すつもりであったこと、等を考慮要素として挙げている点は、参考になる。これらの要素の評価については、反対意見により批判が加えられているが、多数意見による再反論の方がより説得的であるように思われる。

て適法であると判示した（同時にテーブルの上にあった鍵の差押えはプレイン・ビュー法理によって適法となると判断している<sup>64)</sup>）。

これら2つの連邦控訴裁判決から、住居内で逮捕が行われた場合において、引き続き同一住居内で被逮捕者が移動したときには、捜査官がそれに付き添い、かつ、移動先で逮捕に伴う無令状捜索・差押えやプレイン・ビューによる差押えを実施することが許容されていることが分かる。これは、逮捕に伴う捜索・差押えに関する限り、直接支配下の範囲をより具体的に判断する一つのパターン、すなわち逮捕後の移動によって直接支配下の範囲は時々刻々と変化ないし移動しうると考えることができるということを示したものとして理解できる。

以上2つの連邦控訴裁判決は、あくまで住居内で逮捕が行われた場合における住居内での場所的移動に関するものであったが、これに対して屋外で逮捕が行われた後に、住居内に立ち入ることも判例によって認められている。この点を明確に判示したのが、連邦最高裁のクリスマン判決（1982）である<sup>65)</sup>。1月のある夜、警察官は未成年の大学生（Overdahl）が酒瓶を手に学生寮から出てくるところを発見したので、同学生を停止させてIDの呈示を求めた（判決は、この時点で逮捕行為があったものと見ている）。そこで、被逮捕者は、IDは寮の部屋にあると言って警察官の同行を承諾した。警察官は11階にある被逮捕者の部屋まで付き添って行くと、玄関ドアの側柱にもたれながら、被逮

捕者とルームメイト（Chrisman）の様子を監視していた。すると、警察官は、6～8フィート（約1.8～2.4メートル）の距離にある机の上に何かの種とパイプが置いてあるのを発見し、自身の訓練と経験から、それらがマリファナの種と吸引パイプであるとの確信を抱いた。そこで、警察官は、その部屋の中に立ち入り、種とパイプを調べた上で差し押さえた。本判決は、緊急性の不存在を理由に差押えを違法とした原判決（ワシントン州最高裁）<sup>66)</sup>を破棄して、本件差押えを適法なものと判断した。最も重要な判示は、逮捕者は文字通り被逮捕者の手の届く範囲に（at Overdahl's elbow）常時付き添う権限を有し、それは修正4条の趣旨に何ら反するものではない、とした点である。そして、原審が緊急性（*exigent circumstances*）なしには本件のような部屋への立ち入りを正当化することはできないと考えたのに対して、本判決は、ロビンソン判決を引きつつ、逮捕に伴う類型的な危険を根拠とすることで足り、そのような個別具体的緊急性は必要ないとした。およそ逮捕行為には逮捕者に対する危険が常に付きまとうものと推定されなければならないし<sup>67)</sup>、また被逮捕者が適切な監視下に置かれなければ逃亡しようとするおそれがあることも明らかであるから<sup>68)</sup>、こうした類型的な危険の存在のみから、逮捕者の被逮捕者に付き添う権限を正当化することができる、すなわち、捜査官は、個別事情を問わず（*as a matter of routine*）、逮捕に引き続き被逮捕者の動向を監視下に置くことができ、

64) 本件鍵は、クローゼット内の銃と異なり、テーブルの上に置いてあり、また、一見して犯罪の証拠物であることが明らかであるから、何らの捜索を要せず、プレイン・ビュー法理によって端的にその差押えを正当化することができるので、あえて逮捕に伴う捜索・差押えの法理を用いるまでもなかったと言える。なお、プレイン・ビュー法理については、さしあたり、Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443, 91 S. Ct. 2022, 29 L. Ed. 2d 564 (1971); Horton v. California, 496 U.S. 128, 110 S. Ct. 2301, 110 L. Ed. 2d 112 (1990), 林正人「プレイン・ビュー法理（1）（2・完）」京都大学法学論叢 143 巻 3 号 60 頁（1999）、145 巻 1 号 28 頁（2000）等参照。

65) Washington v. Chrisman, 455 U.S. 1, 102 S. Ct. 812, 70 L. Ed. 2d 778 (1982).

66) 94 Wash. 2d 711, 619 P. 2d 971 (1980).

67) 本判決のこの部分は、自動車の捜索についての最近の連邦最高裁判決 Thornton v. United States, 124 S. Ct. 2127, 158 L. Ed. 2d 905 (2004) においても、繰り返し強調されているところであり、クリスマン判決の法理ないしその論拠が今日でも生きていることを示している。

68) 判旨は、別の箇所では、証拠が隠滅される類型的危険も挙げており、これら3つの根拠は、まさにチャイメル判決が指摘した逮捕に伴う捜索・差押えの根拠そのものにほかならない。

このことは第4修正の趣旨に何ら反するものではない、としたのである<sup>69)</sup>。

ただし、この判決の射程をいかに理解するかについては、注意を要する。すなわち、本判決の登場によって、これまで多数の下級審判決によって認められてきた被逮捕者を常時監視下に置く捜査官の権限が住居の敷居をまたいで認められることが確認されたことは間違いないが、さらに、逮捕に伴う無令状捜索・差押えの対象となりうる被逮捕者の直接支配下にある場所的範囲が、住居の敷居をまたいで、その内部に移動することまでもが認められたことになるのかどうかである。本件に即して言えば、マリファナパイプ等の差押え自体は、プレイン・ビュー法理によって正当化されているが、これをどう理解するかということである。

直接支配下の拡大についてまで射程が及んでいると理解するならば、判旨がプレイン・ビュー法理を援用したのは、逮捕者が適法に部屋に立ち込んだ結果（正確に言うとは適法にドアの側柱まで付き添って部屋の内部を監視した結果）、マリファナの種とパイプという法禁物そのものを机の上に発見したため、何らの捜索を要さず、また、当該法禁物が被逮捕者の直接支配下にあるかどうかを問わず、その差押えを正当化することができたことによるものにすぎないと

考えることになる（もし、本件で、警察官が、必要があると判断したならば、部屋の内部に立ち込んで被逮捕者の身体およびその直接支配下を捜索しその結果発見された物を差し押さえるという行動に出たであろうし、またそれは当然に許容されることになる<sup>70)</sup>）。その意味で、本判決は、傍論ながら、前掲ジアカロン判決やメイソン判決の延長線上に、逮捕後の移動に伴い直接支配下の範囲が寮の部屋内部にまで移動することを認めたものとして理解される<sup>71)</sup>。

これに対して、本判決は、あくまで逮捕後の移動とそれに伴う捜査官の付き添いについては、住居の敷居をまたいで認められることを判示したにとどまり、その結果として捜査官のプレイン・ビューに入る領域がその限りで拡大することはあっても<sup>72)</sup>、逮捕に伴う無令状捜索・差押えの許容範囲まで拡大することは未だ認めていない（オープンにしたまま）と理解することもできる。クリスマン判決の事案の下では、逮捕に伴う無令状捜索・差押えが認められるかどうかは傍論にすぎない問題であるし、また実際問題として本判決はこの問題について何ら明示的には論及していないことからすれば傍論としての位置づけさえ与えることはできないかもしれない。とすれば、理論的な説明はひとまず措くとしても<sup>73)</sup>、逮捕に伴う無令状捜索・差

69) なお、反対意見は、被逮捕者に付き添うためには住居への立ち入りも常に正当化されるというルールは採用できないとする。本意見は、住居に認められる高度のプライバシーの利益を重視して、原審のように、個別の緊急性が認められない限り住居への立ち入りまでは認められないとするものである。

70) 現に、メイソン判決では、スーツケースの捜索の結果発見された拳銃の差押えは、逮捕に伴う差押えとして正当化されており、プレイン・ビューに入った盗難車の鍵とは区別して扱われている。

71) LAFAVE, *supra* note 27, at 318 は、あえてこの旨を明示するものではないが、本判決を、逮捕場所とは異なる管理権に属する住居への立ち入りまでも認められた判例として、ジアカロン判決やメイソン判決の延長線上に位置づけて紹介していることから、LaFave は、直接支配下自体が移動するという点でも違いがないと見ているのかもしれない。

72) See e.g., *State v. Griffin*, 336 N.W.2d 519 (Minn. 1983); *State v. Risinger*, 297 Ark. 405, 762 S.W.2d 787 (1989); *Lyons v. State*, 787 P.2d 460 (Okla. Crim. App. 1989). これらは、クリスマン判決をプレイン・ビュー法理と逮捕後の移動、双方の論点につき、先例として引用している。ただ、厳密に言えば、クリスマン判決は、直接には、逮捕後に合理的理由により被逮捕者を移動させることができる範囲を住居内にまで拡大した点に意味があるのであって、その結果として、捜査官が適法に住居内にまで立ち入ることができるようになり、プレイン・ビュー法理を適用する前提要件が満たされることになるという関係にある。その意味では、クリスマン判決は、第一義的には、逮捕後の移動に関する先例として位置づけることが適切であると思われる。

73) 一つのあり得る説明としては、本件事案のように、公道から寮の部屋に立ち入る場合には、管理権の異なる領域を横断的に移動していることから、同一住居内で移動したような場合とは同列に論じることができないという理解がある。この理解によれば、後にⅢ. 4 で見るヒル判決が逮捕後の住居への立ち入りに伴う捜索・差押えを逮捕に伴う捜索・差押えの問題として処理しているのは、被疑者の畑とその中に位置する住居とは同一の管理権に属することによるものと説明

押えの範囲を拡大したものと読むことには無理があるように思われる。本判決を引用する下級審判決のほとんどがプレイン・ビュー法理を援用するにとどまり、逮捕に伴う無令状捜索・差押えを援用していないことから<sup>74)</sup>、下級審判決の大勢も、クリスマン判決の射程を限定的に理解していることが窺われる。いずれにしろ、本判決には、後に詳しく見るように、様々な問題がありうるどころだが<sup>75)</sup>、概ね下級審判決には受け入れられており、既に判例として確立していると言える。

以上により、逮捕者は被逮捕者の身支度等何らかの合理的な理由により被逮捕者を移動させ、これに付き添うことができ、また移動した先でも無令状捜索・差押えを行うことができるのであるが、捜索・差押えについては、(逮捕

の場所とは異なる管理権に属するような<sup>76)</sup>住居の敷居をまたいでまでは認められないという形での歯止め<sup>77)</sup>がかかっている、と整理することができよう。

## 2 逮捕後の移動・付き添いの法的根拠

以上が逮捕後の移動の法理に関する代表的判例であるが、ここまで見てくると、一つの疑問に直面する。すなわち、逮捕後の移動は、捜査官が適法に立ち入ることのできる場所的範囲を、時には住居の敷居をまたいで、拡張するものであるが<sup>78)</sup>、そうした移動に伴う新たなプライバシーの侵害は、いかなる根拠によって正当化されるのか。逮捕後、被逮捕者に服を着せたり靴を履かせたりするために移動すること自

することができる。クリスマン判決の事案においては、住居(学生寮)への立ち入りによって逮捕の物理的現場(キャンパス・公道)を管理する者とは異なる法益主体の権利・利益を制約することになるため、捜査官の付き添いは一定の範囲で認められたとしても、直接支配下の無令状捜索・差押えまでは当然には認められないと解することになる。そうした場合になお移動先で捜索・差押えを行うためには、逮捕に伴う捜索・差押えに要求された証拠隠滅等の典型的・抽象的危険が存するのみでは足りず、具体的危険・緊急性が必要となると解することが整合的と言えようか(これは注(38)で紹介した、被疑者の身体やその付近の場所を越えてさらに第三者の身体・所持品を捜索できるか、という問題において出てきた発想と共通するものがある)。いずれにしろ、クリスマン判決の射程外の問題であると位置付けることが穏当であろう。

74) See e.g., *State v. Williams*, 268 Mont. 428, 887 P.2d 1171 (1994)[逮捕後、靴と身分証明書を取りにモーターの部屋に立ち入った事案]; *State v. Roberts*, 31 Wash.App. 375, 642 P.2d 762 (1982)[アパートの階段で被疑者を逮捕してから、身の回り品を携行したい旨の自発的申し出を受けて、部屋の中に立ち入った事案]; *Yeager v. State*, 742 P.2d 575 (Okla.Crim.App. 1987)[玄関での逮捕後、所持品をベッドに置いていきたい旨の自発的申し出を受けて、被逮捕者の住居内に立ち入った事案]; *United States v. Berkowitz*, 927 F.2d 1376 (7th Cir. 1991)[住居内での逮捕後、被逮捕者の自発的申し出を受けて、その仕事場へ鍵を取りに行くために立ち入った事案]; *State v. Bruzzese*, 94 N.J. 210, 463 A.2d 320 (1983)[住居内の1階で被疑者を逮捕後、靴と上着を取りたい旨の自発的申し出を受けて、2階の寝室に立ち入った事案]; *United States v. Hill* 730 F.2d 1163 (8th Cir. 1984)[屋外での逮捕後、身の回り品を取りたい旨の申し出を受けて、住居内に立ち入った事案]; *State v. Griffin*, 336 N.W.2d 519 (Minn. 1983)[玄関での逮捕後、コートと靴を取るために住居内に立ち入った事案]; *State v. Risinger*, 297 Ark. 405, 762 S.W.2d 787 (1989)[玄関での逮捕後、靴を履きたい旨の自発的申し出を受けて、居間の中に立ち入った事案]; *Lyons v. State*, 787 P.2d 460 (Okla. Crim. App. 1989)[玄関での逮捕後、靴を履きたい旨の自発的申し出を受けて、居間の中に立ち入った事案]; *United States v. Whitten*, 706 F.2d 1000 (9th Cir. 1983)[ホテルの玄関での逮捕後、捜査官が室内に立ち入った後に、被逮捕者から服を着たい旨の申し出があった事案]; *United States v. Ford*, 22 F.3d 374 (1st Cir. 1994)[コントロールド・デリバリーにより郵便物を受け取った被疑者を逮捕後、服を着替えさせるために麻薬取締官が住居内に立ち入った事案]; *United States v. Ortiz-Villa*, 111 F.3d 139 (9th Cir. 1997)[住居1階での逮捕後、被逮捕者のために服を取りに2階に向かったガールフレンドに付き添って2階の別室に立ち入った事案]; *United States v. Butler*, 980 F.2d 619 (10th Cir. 1992)[トレーラーハウスに暮らしていた男を屋外で逮捕後、靴を履かせるために屋内に戻った事案]; *United States v. Debus*, 289 F.3d 1072 (8th Cir 2002)[玄関での逮捕後、靴や鍵、財布等を取るために住居内に立ち入った事案]。

75) 本判決の評釈としては、さしあたり、*Ira D. Wincott, supra note 25* 参照。

76) これは、あくまで前掲注(73)のような理解に立った場合に出てくる要件であり、クリスマン判決の射程には入っていないことに注意を要する。

77) このような管理権ないし法益主体の異同に着目した観点からの場所的な限界付けの他に、物理的な観点から一定程度の場所的・時間的接近性を要求することも理論としては十分に考えられる。そうした考え方を採ったと解しうるものとして前掲ジアカローン判決がある。後掲Ⅲ. 2における解説部分を参照。

78) その結果、プレイン・ビューに入る空間の範囲も拡大することになる。

体は合理的であったとしても、それをいかに法的に根拠付けるかが必ずしも明らかになっていないのである。この点は、アメリカにおいても必ずしも明示的に議論されていないようにも見受けられるが<sup>79)</sup>、この点をはっきりさせておかなければ、逮捕後の移動の法理は、法的に基礎付け得ない単なる便宜論に終わってしまう。その意味で、逮捕後の移動の法理に理論的基礎を提供することは不可欠の作業であり、また、それは、逮捕後の移動について判断した諸々の裁判例を分析することにより、可能となるように思われる。

逮捕後の移動に伴う付き添いないし立ち入りを法的に根拠付けるには、それ自体を逮捕に伴う無令状捜索の効力として構成するか、あるいは、逮捕に付随する処分すなわち逮捕の効力として構成するか、の2通りが考えられる。結論を先に示せば、後者がアメリカの諸判例と整合的であると思われる。

まず、クリスマン判決が参考になる。既に見たとおりだが、同判決は、ロビンソン判決を引いた上で、およそ逮捕には、逮捕者に対する危険や被疑者の逃亡・証拠破壊のおそれ<sup>80)</sup>が伴うものと典型的に推定されるため、逮捕者は常時被逮捕者に付き添いこれを監視することができる<sup>81)</sup>と判示した。この点において、逮捕後に被逮捕者を常時監視下に置く必要性は、逮捕に伴う捜索・差押えの必要性とオーバーラップすることになる。とすれば、これをあえて逮捕の効力（逮捕に伴う移動監視ともいべき別の法理）と構成するか、逮捕に伴う捜索の一類型と

構成するかは重要ではなく、端的に修正4条の禁止する不合理な捜索には該当しないと言えれば足りるとも考えられよう<sup>81)</sup>。

しかし、これでは、逮捕後の付き添いが合理的なものとして修正4条に反しないとしても、移動先でも、逮捕に伴う捜索・差押えとして、被逮捕者の直接支配下の捜索が許容されていることをどう説明するのかに窮する。この点を説明するには、やはり、逮捕後の移動が、あくまで逮捕の延長ないし逮捕に付随する処分として認められているものと構成するほかはないと思われる<sup>82)</sup>。すなわち、既に被疑者を適法に逮捕した以上、警察署へ連行する前に必要な身支度のために被逮捕者を移動させ、捜査官がそれに付き添うことは、逮捕の完遂 (the integrity of the arrest) に不可欠な処分として、逮捕自体が想定し許容する法益侵害の範囲内に属するものと言え（その結果として捜査官が付き添って監視する権限が認められる）<sup>83)</sup>、さらにそうした移動の間も抵抗・逃亡・証拠破壊の典型的危険は常につきまとう以上<sup>84)</sup>、移動先において被逮捕者の直接支配下を捜索することも逮捕に伴う無令状捜索・差押えの法理に既に織り込み済みのことであると解することができる（その結果として移動先での無令状捜索・差押えが認められる）。

現に、クリスマン判決も、「捜査官が被疑者 (Overdahl) を適法に逮捕した、その故に、被逮捕者が ID を取りに部屋に戻るところに付き添うことができる」としている（繰り返しになるが、同判決は、必ずしも逮捕に伴う無令状捜索・

79) See e.g., LAFAYE, *supra* note 27, §6.4 (a).

80) 証拠破壊のおそれは、前二者とは少し離れた箇所（当てはめの部分）で指摘されている。

81) クリスマン判決も、結論的には、「かかる捜査官の監視権限は、何ら修正4条の趣旨に矛盾するものではない」としている。

82) 逮捕後の付き添いは、逮捕に伴う無令状捜索・差押えと同様に、典型的危険に基づく合理的な処分として憲法上許されるのであるが、付き添いは逮捕に伴う捜索・差押えの対象たる直接支配下の範囲の拡大を基礎付ける点で、基となる逮捕に準じる、あるいは逮捕の延長としての意味を付与されており、その意味で、逮捕後の付き添いは、逮捕の効力として認められていると解すべきではなかろうか。

83) クリスマン判決が、捜査官の監視権限を “the arresting officer’s authority to maintain custody over the arrested person” という表現で一般化し、その正当化根拠として “the integrity of the arrest” を挙げている点からも、これを逮捕の効力として位置づけているものと解される。

84) 同時に、付随処分たる移動の最中は、逮捕の効力が持続していると説明することもできよう。

差押えまで認めたものではないことには注意を要する)<sup>85)</sup>。また、ジアカロン判決が、移動先で行われた直接支配下の搜索を正当化するに際し、その一般論の部分では搜索はあくまで逮捕に伴うもの (incident to that arrest) として許されることを強調し、また、具体的な当てはめにおいても、「先行する逮捕が適法に行われたこと、逮捕後の移動の意思決定が逮捕と時間的・場所的に近接した範囲内でなされ、かつ連行前に着替える合理的な理由が存したこと」を指摘しているのは、まさに逮捕とその後の移動との間に存すべき密接な関連性を重視したものと理解することができる (この判決は逮捕行為との時間的・場所的接着性が尽きた段階からは、もはや逮捕の効力は断絶し、それ以降の移動を逮捕の効力ないし逮捕の付随処分として根拠付けることはできなくなると解しているようにも思われる)。そして、クリスマン判決の翌年には、住居への立ち入りを逮捕に伴う搜索として根拠付けることはできないことを端的に判示した連邦控訴裁判判決も現れるに至っている<sup>86)</sup>。さらには、最近の下級審判決の中には、屋外で逮捕しても、そのみでは、住居内に令状なしに立ち入って搜索することは認められないが<sup>87)</sup>、逮捕者が被逮捕者に服や身の回り品を取らせるために屋内に付き添う場合は、逮捕に伴う搜索・差押えとは別の一つの独立した例外として、「服を着させるための例外」(clothing exception) を構成する旨を判示するものが出てきている (クリスマン判決と同様、立ち入り後の無令状搜索・差押えの可否について判断したものではない)<sup>88)</sup>。例えば、被逮捕者が上半身裸で靴も

履いていなかった事案に関する連邦控訴裁判所のグウィン判決 (2000)<sup>89)</sup> は、「逮捕者は、被逮捕者の安全を確保するために合理的措置をとることができ、被逮捕者が一部しか服を着ていない状態自体が、捜査官が一時的に被逮捕者の住居に (被逮捕者が負傷する危険を軽減するために合理的に必要と考えられる) 服を取りに戻ることが正当化する緊急性を、構成する」と判示している。ここでも、捜査官の立ち入りは、あくまで逮捕の完遂に必要な処分 (the process of completing his tasks incident to Gwinn's arrest before leaving the site) として捉えられている。

以上見てきたところからすれば、逮捕後の移動の法理とは、捜査官が被疑者を逮捕した後、連行の前に、逮捕の完遂に向けた合理的な理由により被逮捕者を移動させる必要が生じた場合には、捜査官は被逮捕者に付き添うことができ、移動後も、必要な場合には<sup>90)</sup>、被疑者の身体および直接支配下を搜索することができる、というものであることが分かる<sup>91)</sup>。しかし、これだけでは、同法理の内容は未だ抽象的なものにとどまる。実際、その具体的な適用に当たっては、様々な解釈問題が生起している。そこで、それらの解釈問題のうち、主要なものを検討することで、逮捕後の移動の法理についてさらに理解を深めることとする。

### 3 付き添いについての同意の要否

逮捕後の移動の事案では、不意に逮捕された被逮捕者が自発的に身支度を申し出るケースが多く見られるが、その場合には、捜査官の付き

85) See also, Lyons v. State, 787 P.2d 460 (Okla. Crim. App. 1989).

86) United States v. Whitten, 706 F.2d 1000 (9th Cir. 1983).

87) See e.g., Chimel v. California, 395 U.S. 752, 89 S. Ct. 2034, 23 L.Ed.2d 685 (1969); Vale v. Louisiana, 399 U.S. 30, 35, 26 L.Ed.2d 409, 90 S. Ct. 1969 (1970).

88) See e.g., United States v. Brown, 951 F.2d 999, 1005 (9th Cir. 1991); United States v. Butler, 980 F.2d 619 (10th Cir. 1992); United States v. Gwinn, 219 F.3d 326, 333 (4th Cir. 2000); United States v. Debus, 289 F.3d 1072 (8th Cir. 2002).

89) United States v. Gwinn, 219 F.3d 326, 333 (4th Cir. 2000).

90) 「合理的な理由」、「移動させる必要」、「必要な場合」を強調した理由は、III. 4で明らかにする。

91) さらに、United States v. Ortiz-Villa, 111 F.3d 139 (9th Cir. 1997) は、クリスマン判決の射程について、被逮捕者自身が服を取るのに付き添う場合のみならず、第三者が被逮捕者のために服を取ってやるのに付き添う場合にも及ぶものと判示した。

添いについても任意の承諾がなされることが多く、立ち入りによって制約されるプライバシーの利益は予め放棄されていると言いきやすい。しかし、真に任意の承諾があったかどうかの認定が困難な場合や被逮捕者が移動に対して反対の意思を明示しているような場合はどうか。その場合には、捜査官は被逮捕者を移動させてそれに付き添うことができなくなるのか。この点については、アメリカでも議論が分かれている。

たとえば、前掲ジアカロン判決の事案では、被逮捕者が2度にわたって出発の意思を表明したにもかかわらず、捜査官はあくまで着替えることを勧めた点が問題となる。この点につき、マックリー反対意見は、被逮捕者が出発の意思を表示したのは、自己の住居についてのプライバシーをこれ以上侵害されたくないという希望の表明にほかならないし、また、そもそも他の8名の捜査官を指揮する武装警官が出した「提案」に被逮捕者が黙従したからといってこれを自発的なものと見ることは難しいとして、本件捜索を逮捕後の移動に伴うものとして正当化することはできないとする（但し、同意意見は、移動の当否以前の問題として、そもそも、本件逮捕自体が専ら捜索を目的とされたものであるからその後の捜索も違法となるし、また仮にそうは言えなくとも、逮捕に伴う捜索・差押えの範囲として広範にすぎるので違法であるとした<sup>92)</sup>。この批判は、法廷意見が被逮捕者の同

意を不可欠の要件と見ているとすればその限りで、意義を有することになるが、果たしてそうであろうか。確かに、法廷意見は、「適法な逮捕直後に被逮捕者が逮捕令状を読んだ上で任意に着替えのために寝室へ移動することに同意した場合には」直接支配下の捜索が許される、としていることから、被逮捕者の同意を不可欠の要件と見ていると解する余地もないではない。現に、判決は、本件において寝室への移動が被逮捕者の同意に基づくものであったことを認定しており、またそれを一つの重要な判断要素としている。しかし、法廷意見は、被逮捕者の同意の存在については、捜索に至る前段階の移動が合理的なものであったことを言うための論拠の一つとして触れているにすぎない、と解することもできる。では、解釈の決め手はどこにあるか。既に見た逮捕後の付き添いの趣旨ないし論理的基礎に立ち返って考える必要がある。

確かに、逮捕後の移動によって捜査官が立ち入った場所については一定程度の新たなプライバシー侵害が生じることは否定できない<sup>93)</sup>、逮捕後の移動によって無令状捜索・差押えの対象となりうる範囲が拡大する点では潜在的な権利侵害の範囲が拡大するとも言える。よって、その限りでは<sup>94)</sup>、被逮捕者の同意を要すると考えることには理由がある。しかし、被疑者を適法に逮捕した以上、連行前に合理的理由により被逮捕者を移動させそれに付き添うことは、

92) 本反対意見は、同意の要否の他に、捜索・差押えの適法性の判断は、捜索過程を全体として観察した上で行うべきであるという、興味深い説示を行っている。すなわち、本件では、被疑者が2階にある3～4の別の寝室にも連れて行かれたのに続いて、キッチン、居間、施錠された地下室にまで誘導された上で、捜索が行われているが、法廷意見はこれらの捜索のうち最初の寝室の捜索だけを取り出して、少なくともこの捜索は、被逮捕者が着替えるために寝室に行く必要があった以上、許容されると判断したことになる（法廷意見は、被告人が証拠排除を申し立てて争っている証拠物以外の物に係るその他の捜索の適法性は、これを判断する必要はない、と言い切って、判決理由を締め括っている）。本反対意見は、このように、寝室の捜索だけを取り出して独立のものとして適法性判断を行うことはできず、本件で行われた一連の捜索は、一般探索的捜索にほかならず、違法と判断したのである。この問題は、逮捕後の移動中の捜索に固有の論点ではないため、これ以上は踏み込まないこととするが、捜索・差押えの適法性判断一般あるいは違法収集証拠排除法則について、重要な示唆を与えるように思われる。

93) もちろん、被逮捕者が警察署へ向けて出発するための準備に必要な限りで住居内を一定の範囲だけ移動することが、身体・場所についてのプライバシーを正面から侵害する捜索・差押えと同等の権利侵害を直ちに意味するわけではない。本文中で「一定程度の」と述べたのは、そのためである。

94) しかし、あくまで「その限りで」であって、被処分者の任意の承諾がある場合には、そもそも法益の侵害が存在しないから、捜査官の付き添いが認められるのは自明の理であり、これでは、逮捕後の移動の法理が有する独自の意義は失われ、移動先における直接支配下の捜索を正当化することも難しくなる。

逮捕自体が想定し許容する法益侵害の範囲内に属するものであり、移動先の直接支配下を捜索することも逮捕に伴う無令状捜索・差押えの法理に既に織り込み済みのことであると解されることは既に見たとおりである。逮捕後の移動については、着替えや身の回り品の携行など、客観的に合理的な理由が存在する限り、必ずしも被逮捕者の任意の承諾がなくとも、既に適法な逮捕が先行している以上、その逮捕を完遂するために必要な限度で、捜査官が被逮捕者とともに住居内を移動することは、修正4条の趣旨に反するものではないと解される<sup>95)</sup>。法廷意見はまさに、この点を明確にしたものと解することができるのである<sup>96)</sup>。事実、バーコウイツ連邦控訴裁判決(1991)<sup>97)</sup>は、逮捕後の移動による住居への立ち入りを適法としたクリスマン判決を引用して、適法に被疑者を逮捕した捜査官は、被疑者を監視するために住居内部にまでわたって被疑者に付き添うことができ、そこでプレイン・ビューに入った証拠物を差し押さえることができるのであって、この捜査権限は、被疑者の同意の有無如何に関わらず認められる

ものであると明確に判示している<sup>98)</sup>。

#### 4 不必要な移動・捜索のおそれ

では、被逮捕者の同意の有無を問わず、合理的な目的がある場合には、捜査官が被逮捕者に付き添うことができるとしよう。そうすると、また新たな疑問がわいてくる。被逮捕者の同意の有無を問わないとすると、捜査官はもっともらしい理由(“pretextual” “reasons”<sup>99)</sup>)を創り上げて、被逮捕者を思うままに誘導することによって、逮捕に伴う捜索・差押えの対象となる被逮捕者の直接支配下の範囲(ないしプレイン・ビューに入る場所的範囲)を恣意的に拡大することができてしまうことにはならないか。そもそも逮捕後の移動が逮捕の目的を完遂するための準備的行為として認められる根拠は、服の着替えや身の回り品の持参といった何らかの合理的目的が存在し、その目的実現のために移動が必要となる点にあるとすれば、それに必要な範囲を超えて被逮捕者の権利を制約することは認められないはずである。逮捕後の移

95) このようなことを認めると、捜査官が、被逮捕者の意思に反して、逮捕後の移動、ひいては逮捕そのものを、専ら捜索の手段として恣意的に利用することを許してしまうのではないかと、という批判がありうる。しかし、その点については、次にⅢ. 4及び5で述べるように、別途対応策を用意しておけば足りるのであり、逮捕後の移動そのものの前提として被逮捕者の同意を要求するという硬直的な解釈をとる必要はないように思われる。

96) LAFAVE, *supra* note 27, at 316 は、ジアカローン判決の法廷意見自体は一応被逮捕者の同意を要求したものと解した上で、それに反対するという形をとってはいるが、結論的には、私見と同旨のことを述べている。ただ、本文で既に述べたように、法廷意見そのものの解釈としても、必ずしも同意を不可欠の要件とするものではないと読むことは十分可能なことのように思われる。

97) *United States v. Berkowitz*, 927 F.2d 1376 (7th Cir. 1991).

98) もちろん、反対の下級審判決もある。See e.g., *United States v. Anthon*, 648 F.2d 669 (10th Cir. 1981)[捜査官が水着姿で逮捕された被疑者を着替えと身の回り品の携行のためにホテルの部屋へ連れ戻して室内に立ち上がったことについて、被逮捕者の自発的申し出(specific request or consent)がないことを決め手として、修正4条に反する捜索であると判断した事例]; *United States v. Whitten*, 706 F.2d 1000 (9th Cir. 1983)[ホテルの客室のドアを開けた被疑者を逮捕した直後に、そのまま室内に立ち上がったことを、同意の不存在を決め手として違法と判断した事例]。しかし、本文に述べたような私見からは、これらの判決は妥当でないし、クリスマン連邦最高裁判決とも整合しないであろう。ただ、前掲アンソン判決を下した第10巡回区連邦控訴裁判所は、後に、*United States v. Butler*, 980 F.2d 619 (10th Cir. 1992)において、トレイラーハウスで生活していた被疑者を屋外で逮捕した後、被疑者が靴を履いておらず、しかも現場の地面には割れたガラスが散乱していたことから、靴を取りに、屋内へ移動したことを、被逮捕者の同意がないにもかかわらず、適法と判断している。同判決は、靴を取りに行くことには被逮捕者の身体の安全を確保するという要請からくる正当な理由があり、捜索の口実として主張されたものではない点から、アンソン判決の事案とは区別(distinguish)している。よって、同裁判所も、真に合理的な理由が存在する場合には、被逮捕者の同意を要しないという考え方を採ったことになる。ただ、アンソン判決の事案においても、逮捕時に水着姿であった被疑者を着替えさせるために部屋まで移動させることには、十分に合理的な理由が存するといふべきであり、実質的には判例変更があったと見るべきではなかろうか。

99) *United States v. Gwinn*, 219 F.3d 326, 333 (4th Cir. 2000).

動に合理的目的（身支度の目的）が全く存在しない場合はもちろん、目的が存在してもその目的を達成するのに必ずしも移動が必要でない場合には、移動および付き添いを逮捕の付随処分として認める根拠に欠け、よって直接支配下で移動することもないはずである。そこで、真に身支度の合理的理由（a substantial need for the clothing<sup>100)</sup>）およびその目的達成のために移動を必要とする事情（“the government’s response” “limited strictly to meeting that need<sup>101)</sup>）が客観的に存在したかどうかを慎重に見極める必要が出てくる。同じことは、移動後の捜索についても言える。移動は必要であった（あるいは移動は不要としてなされなかった）場合でも、身支度の目的を達成する上で、逮捕の完遂に必要なない捜索を行うことはできない（直接支配下の範囲外を捜索したことになる）。換言すれば、捜査官は、身支度の目的ひいては逮捕の完遂に必要なないことを行って直接支配下の範囲を拡大させることはできないのである。

この点は、既に、メイソン判決の多数意見が、一般論として、「もちろん、チャイメル判決は、逮捕者が被逮捕者を好きなどころへ誘導して、それぞれの場所で被逮捕者の存在（presence）を利用して無令状捜索を行うことを認めるものではない」と判示し、一定の警告を発していた（もっとも、事案の解決としては、被逮捕者の自発的申し出があった点を重視して、当該事案では、捜査官による意図的な誘導はなかったとした）。また、ブリュージュズ判決（1983）も<sup>102)</sup>、一般論として、「クリスマン判決の法理を我が州法として採用するとしても、捜査官は、あくまで客観的に合理的な態様でのみ被逮捕者の移動に付き添うことができる点に留意すべきであ

る。…逮捕者・被逮捕者の安全という要請からくる正当な理由なしには、被逮捕者を移動させることはできない。」と述べている（ただ、これも、事案の解決としては、意図的な誘導はなかったとした）。

では、実際に、意図的な誘導を理由に捜索を違法とした裁判例を見てみよう。ヒル連邦控訴裁判決（1984）<sup>103)</sup>が参考になる。マリファナ栽培の被疑事実につき、171 エーカーの畑を対象とする捜索令状をとった捜査官達は、午後6時50分に当該畑に到着、畑内にある住居から出てきたフレイザー（畑および住居の所有者）に捜索令状を呈示した。フレイザー曰くテッド（ヒル）という者が住居内にいるとのことなので、捜査官A(Casteel)は、その名を屋外から呼んだが、その際、ガラス戸越しに本棚の上に置かれた銃を発見し、直ちに住居内に立ち入り、キッチンで料理中のヒルを発見した。その後、別の捜査官B(Castleberry)も応援のために住居内に立ち入り、彼らは、はさみ、カットされたマリファナ様の物、銃等の武器を居間の中で発見した<sup>104)</sup>。捜査官らは、ヒルを連れて屋外へ出、畑の捜索を開始すると共に、他の捜査官には、居間で見つかった法禁物、証拠、武器等を差し押さえておくように指示した。そして、捜索開始から約2時間経過後、捜査官は、ヒルとフレイザーを逮捕した。そして、一行が発発しようという時、捜査官C(Richardson)は、ヒルに何か持って行きたい物はないかと聞き、ヒルがいくつか身の回り品を持参したい旨を申し出、一行が住居内に戻ることについてフレイザーも同意した（但し、この点に関する1審の事実認定は覆される）。捜査官Cは、ヒルの後に続いて居間を通り抜けて寝室へ入ったが、その際、

100) *Ibid.*

101) *Ibid.*

102) *State v. Bruzzese*, 94 N.J. 210, 463 A.2d 320 (1983).

103) *United States v. Hill*, 730 F.2d 1163 (8th Cir. 1984).

104) 本判決は、この最初の居間への立ち入りについては、逮捕についての安全巡回捜索の法理（protective sweep）を捜索令状の執行にも適用して、これを正当化し、居間における証拠物等の差押えはプレイン・ビュー法理によって正当化している。なお、安全巡回捜索の法理は *Maryland v. Buie*, 494 U.S. 325, 110 S. Ct. 1093, 108 L. Ed. 2d 276 (1990) 以来認められているものであるが、詳しくは、LAFAVE, *supra* note 27, at 323 参照。

部屋の中央にマリファナの入った箱が見つかった。ヒルはその箱への関与を否定したが、その付近にあったスーツケースは自己所有のものと認めた。そして、ヒルとスーツケースの間には約5フィート(約1.5メートル)の距離があったところ、捜査官Cはそのスーツケースを開け、秤、ビニール袋にシールを貼る機械、「マリファナ栽培ガイド」なる本が隠されているのを発見した。捜査官Cは、その他にも多数の証拠物を発見、差押え、結局、ヒル自身は何も取らないまま住居を後にした。この事案につき、第8巡回区連邦控訴裁判所は、本件スーツケースの搜索と証拠物の差押えを違法と判断して、原判決の有罪認定を覆した。本判決は、ヒルが証拠物であふれかえっている寝室に戻ることを自ら希望したとは考えがたいこと、しかも結局ヒルは何一つとして身の回り品を取っていないのであり捜査官が身の回り品を取ってくるために住居内に戻ったと称する点には疑問が残ること、を指摘して、原審が信用性を肯定した捜査官の供述には矛盾があるとした。そして、本件では無令状搜索を基礎付ける緊急状態(exigent circumstance)は認められないので、問題は本件搜索が逮捕に伴う直接支配下の搜索として正当化されるかであり、結論として、本件搜索は不合理なものとして修正4条に違反する、と判断した。本判決は、クリスマン判決の法理を承認しつつも、捜査官が被逮捕者とその所有物の付近へと恣意的に誘導して証拠物が存する領域を被逮捕者の直接支配下の範囲内に入れることによって、当該領域の搜索を可能にするようなことが許容されるわけではない(“We question, however, whether law enforcement officers should be allowed to maneuver an arrestee close to personal belongings in order to search all items thus brought within the arrestee’s immediate control.”)として、本件事案をクリスマン判決の下におけるそれと

は区別(distinguish)したのである<sup>105)</sup>。本件では、ヒルが服を着ていなかったり靴を履いていなかったりしたわけではなく、単に捜査官が何か携行したい物はないかとヒルに尋ねた事実が認定されているにすぎず、住居内に戻るべき合理的目的が果たして、そしてどの程度存在したかが疑われるし、また結局ヒルは何もとらないままに、包括的な搜索と多数の証拠物の差押えだけがなされていることから、捜査官が専ら搜索を目的として被逮捕者を意図的に誘導したことが強く推認される事案であったために、裁判所は、捜査官による恣意的誘導を認めたものと解される。なお、判旨は、その法的構成を明示していないが、本件のように逮捕後の移動を行う合理的目的が客観的に存在しないと強く疑われる場合には、実際に行われた移動は必要のない権利侵害であり、もはや逮捕の完遂に必要な付随処分とは言えないので、違法となり、その結果、直接支配下の範囲も移動しないことになると理解すればよいと思われる。

さらに、捜査官が被逮捕者の意向を一切確認することなく、独断により上着等を取りに移動した場合には、移動の必要性がより強く疑われることになる。かかる場合につき搜索・差押えを違法とした判決としては、ロベイルウスキ判決(1980)<sup>106)</sup>がある。賃貸住宅内のキッチンで被疑者を逮捕した捜査官は、その場にいた被疑者以外の数名の人物に対して、先ほどまで被疑者はどこにいたのかを尋ねたところ、ある子供が居間にあるソファの上のジャケットを指示したので、捜査官はそのソファまで歩いていき、ジャケットを調べた結果、そのポケットから銃を発見して差し押さえた。原審は、当該ジャケットは被逮捕者の直接支配下にあったと言えるとして、その搜索を逮捕に伴う適法なものとして判断した。これに対して、本判決は、端的に、ジャケットが被逮捕者の直接支配下にあったとは言

105) なお、判旨は、仮に、本件で捜査官による意図的な誘導がなかったとしても(移動自体は合理的なものとして認められたとしても)、本件スーツケースはヒルの直接支配下にあったとは言えないとして、いずれにしろチャイメル判決という逮捕に伴う無令状搜索・差押えとして本件搜索を正当化することはできないと結論づけている。

106) State v. Robalewski, 418 A.2d 817 (R.I. 1980).

えないとした。その理由としては、被疑者とジャケットの間の距離が不明であることや現場には複数の捜査官が所在したこともさることながら、何より、捜査官による恣意的誘導の可能性が高いことを指摘した点が重要である。すなわち、判旨は、逮捕後の移動が被逮捕者の自発的申し出によって行われた場合には、移動中の被逮捕者が行動可能な範囲内の場所（直接支配下の範囲）を捜索することが許されるという一般論を確認したうえで、しかし、「逮捕後の移動が捜査官のイニシアティブによって開始された場合には、捜査官が逮捕に伴う捜索・差押えの許容範囲を不当に拡大しようとしている可能性が高く」、かかる場合には直接支配下の範囲の拡大を許すべきでないとの結論を採ったのである<sup>107)</sup>。本件では、被逮捕者はジャケットに向かって移動を開始していなかったものと思われるが、仮に被逮捕者がジャケットを着て行きたい旨を申し出る等、被逮捕者のジャケットへの接近が見込まれる場合であったとすれば、捜査官は、事前に、安全確保のためにジャケットの前まで移動しそれを捜索することが認められたであろう。問題はその見込みが客観的にあったかである。本件では、被逮捕者が服を着ていなかった等の事情がないにもかかわらず、被逮捕者の意思を顧みることなく、捜査官が独りで勝手に居間に入ってジャケットを調べており、まさに必要のない移動・捜索が行われている<sup>108)</sup>。捜査官が被逮捕者の移動の見込みを勝手に作出して直接支配下の範囲を拡大することはできないということである。

では、捜査官が捜索を意図して被逮捕者を誘導した場合でも、事後的に見れば逮捕後の移動の必要性を認めることができるときには、その

移動は適法と考えてよいだろうか。この点につき、グリフィン判決(1983)<sup>109)</sup>に触れておきたい。同判決は、被逮捕者のためにコートと靴を取ってやる意思が住居への立ち入りの後にはじめて生じた場合であっても、クリスマン判決によって当該立ち入りを適法とした。その理由は、遅かれ早かれ被逮捕者にコートと靴を取ってやる必要があることには変わらないので(時は12月で雪が積もっていた)、結局いずれかの時点で室内に立ち入ったはずであると認められるからである、とされている。この判決に対しては、捜査官が、逮捕を捜索目的に利用した場合でも、事後的にもっともらしい理由付けを創出して捜索を正当化する可能性を与え、ひいては見込み的移動を誘発するおそれがあるという批判があるかもしれない。しかし、客観的には、逮捕後の移動に必要性が存在する以上、その移動は逮捕の完遂に必要な処分とすることができ、たまたま捜査官がその事実を認識していなかった(あるいは認識するのが遅れた)からといって、移動という処分が直ちに違法になると考えるのは判断の安定性を害する点でかえって妥当でないと思われる<sup>110)</sup>。

## 5 必要性判断に関する捜査官の裁量

このように、必要のない移動や捜索を行うことはできないとすると、現場の捜査官としても、これから行おうとする移動や捜索が本当に必要なものなのか、他の手段で代替できないか、を慎重に判断することを要求されることになりそうである。被逮捕者が身支度をやる際には、捜査官は、そもそも被逮捕者を移動させるかどうか、移動させるとしてどのルートを通ってどこ

107) なお、州政府は、逮捕に伴う無令状捜索・差押えによって正当化することが認められないとしても、ブレイン・ビュー法理によって正当化されると主張したところ、裁判所は、ジャケットのポケット内にあった銃がブレイン・ビューに入るまでの捜索が正当化されない以上、ブレイン・ビューは適用されないとしたが、これは当然のことである。

108) 州政府は、本件捜索は、被逮捕者がジャケットを携行したいと望むであろうことを見越した上で行われたものであると主張したが、本判決は、これを「疑わしい推論」として排斥した。

109) *State v. Griffin*, 336 N.W.2d 519 (Minn. 1983).

110) 但し、この論点について直接取り上げた(邦語文献はもとより)アメリカの文献は、管見の限り、存在しないので、論点自体の重要性と私見の妥当性については留保をつけておきたい。

まで移動させるか、被逮捕者に服を取ることを認めるかあるいは捜査官が自ら服を取ってやるか、被逮捕者の手錠を外してその場で着用させるか等、数ある選択肢の中からどの措置をとるかを決定しなければならない。身支度の目的を必要最小限の手段によって満たすことを厳密に要求するとすれば、捜査官が実際に行った移動や搜索等の多くは結局その必要性がなかった（他の手段で足りた）ということにもなりそうだが、果たしてそれでよいか、ということが問題となる。

ここでも、前掲メイソン判決が参考になる。同判決は、捜査官がクローゼットの搜索を不要ならしめるような代替手段（例えば、捜査官自身が拳銃を構える、被逮捕者を部屋の隅に押しやった上でジャケットを捜査官がとってやる、あるいは、屋外に出てから着用させる<sup>111)</sup>）をとることができたことは明らかであると認めつつも、しかし、代替手段が存在したからと言って、直ちに実際に採られた措置が不合理なものと評価されるわけではないと判示した。

さらに、争点としては顕在化していないが、服を取るための代替手段の存否を問題にしようと思えばできた事案の例として、タイタス判決（1971）を見てみよう<sup>112)</sup>。銀行強盗の被疑事実で逮捕された被疑者が共犯者について自白したことを手がかりに、その共犯者の逮捕に向かった捜査官は、12月末の午前1時30分頃に、被疑者がいると思われるそのガールフレンドの部屋に到着し、来意を告げた上で、その内部に入った。すると、捜査官は、暗い部屋の

中で裸の被疑者がかがみながら銃を捜査官に対して構えているのを発見したので、直ちに銃を下ろさせ、一人の捜査官が被疑者を壁に押し付けるとともに<sup>113)</sup>、もう一人の捜査官に被疑者に着せる服を取ってくるよう仕向けた。この指示を受けた捜査官は、服を探す過程で、銀行強盗の目撃証言と一致する種類のジャケットを2着発見しこれを差し押さえた。ここでは、被逮捕者に服のありかを指示させるなど、より権利侵害の少ない代替手段が考えられるので、捜査官が自ら服を探す必要はないようにも思える。ところが、その点については判断されておらず、やはり代替手段の存在は搜索の適法性判断の上で必ずしも重要視されていないことがうかがえる<sup>114)</sup>。

これらの判決において、身支度の合理的必要を達成する上での代替手段の存在は、直ちに移動後の搜索の違法を導くものではないと解されているのは一体いかなる理由によるのであろうか。その理由を直接に明示した判決はないようであるが、推測するに、果たして、そしてどのような代替手段を採り得たかということは、裁判所が事後的に慎重な検討を加えた場合にこそ正確な判断が可能となるだろうが、現場で生命・身体に危険に晒されつつ逮捕行為に当たっている捜査官に、ごく短時間のうちに逮捕現場周辺の状況を的確に把握した上で、いかなる代替手段がありうるかの判断を下すよう要求するのは、あまりにも酷であり搜索の実効性に支障をきたしかねない、という考慮が背後にあったからではなかろうか<sup>115)</sup>。現場で逮捕行為に当たって

111) 判旨は明示していないが、おそらくは、室内でジャケットを着用することを認めると、必然的に手錠を外すこととなり、被逮捕者が室内にある武器や証拠を求めて手を伸ばせる範囲が広がる（その分だけ搜索対象としての直接支配下に入る範囲が広がる）ことから、そうした危険を生じさせない屋外での着用を代替手段の一つとして挙げたものと解される。

112) *United States v. Titus*, 445 F.2d 577 (2d Cir. 1971).

113) よって、本件では、被逮捕者は移動していない。が、身支度に必要な代替手段の存否が問題となっている点は、変わらない。

114) もっとも、本件では、12月末の午前1時半過ぎに逮捕された裸の被疑者に服を着せることは不可欠の要請であるので、服を着るか否かの意思を被疑者に確認するまでもないと言えるし（この点で前掲ロバイルウスギ判決とは区別される）、また、被疑者が捜査官に対して銃を構えていたのであり、その危険性に鑑みると、被疑者を壁に押さえつけている間に、もう一人の捜査官が被疑者に着せるための服を急いで取ってくることは十分合理的である（すなわち代替手段がなかった）と言うこともできよう。

115) *LAFAVE, supra note 27*, at 317 は、代替手段の存否の判断が容易ではない理由として、捜査官が特定の手段をその他

いる捜査官は、断片的な情報を頼りに、次にいかなる行動を採るかを瞬時に決定しなければならない（しかも、被逮捕者を無事に警察署へ連行するまでの一連の行為の中で、次から次へと休みなく無数の意思決定を下していくことが要求される）ことに鑑みると、身支度の目的を満たすために現場でいかなる措置を採るべきかの判断ないし意思決定は、捜査官としての経験と勘に裏打ちされた合理的裁量に委ねられるべき部分が大きいと言える。そうだとすれば、裁判所は、事後的に収集された事実を総合して代替手段の存否につき厳密な検討を加えた結果を、現場の捜査官の裁量判断に代置して、実際に採られた措置の適否を決することは控えるべきということになる<sup>116)</sup>。よって、捜査官としては、現場の状況に鑑みて、合理的な裁量を行使して特定の措置を必要と判断しこれを行った以上、その必要性に関する判断は、裁判においても尊重されるべきものである。

もっとも、このように捜査官に一定の合理的裁量を認めることができると解すると、裁量の逸脱・濫用があった場合はどうなるのか、が次に問題となる。この点につき、参考になると思われるのが、グリフィス連邦控訴裁判決（1976）である<sup>117)</sup>。事案は薬物事犯のおとり捜査であるが、捜査官は、被疑者の宿泊していたモーテルの一室で、情報提供者による紹介を受けて、薬物取引について合意し、その日の夜に同じ場所で再度会う約束を取り付けた。その際、捜査官は、部屋の中に武器や証拠物が入っていると思しきスーツケース等を目にしたが、その場では被疑者を逮捕することなく、同日中に再び会うという了解の下に一旦部屋を後にし

た。それから約一時間後、逮捕令状も捜索令状も取ることなく、捜査官はその人数を増員した上で、再びモーテルに現れ、フロントで受け取ったマスターキーを使って被疑者の客室に無断で立ち入った。そして、ちょうど下着姿でバスルームから出てきたところの被疑者をそのまま逮捕した。その際、捜査官は、被疑者に服を着るよう指示し、手錠をかけることなく、服を着るために室内を動くことを許した。そして、捜査官はベッドの上に置いてあった口の開いた紙袋の中を覗いて白い錠剤を発見、またバスルームの捜索によって5,410ドル分の硬貨をタオルの中から発見、さらに、ベッドの上に置いてあったスーツケースを開けて白い錠剤の入った2つ目の紙袋を発見するに至った。本件の控訴審では、捜索の違法性は争われず、専ら前提となる逮捕行為の違法性が争われたが、本判決は逮捕の適法性を前提とした上で、それに伴う捜索を違法とした。本判決は、端的に、紙袋とスーツケースの捜索は、直接支配下の範囲外にある物を捜索したものとして違法とした。そこでは、チャイメル判決は被逮捕者を思うままに誘導して好きな場所を捜索することを許すものではないとした前記メイソン判決の判示を引用した上で、本件でも同様に、捜査官が被逮捕者のために服を取ってやることをせずに、あえて手錠を外して自由に室内を動き回らせたことは、被逮捕者の当初の直接支配下の範囲外にある場所を捜索するための口実を自ら創出したものにほかならない（すなわち、捜査官が恣意的に直接支配下の拡大を図ったもの）として、捜索範囲の拡大を認めなかったのである<sup>118)</sup>。ここでは、まさに、手錠を外して被逮捕者が自由に移動で

---

の手段よりも優先させる判断を行った背景には様々な要素が作用している可能性があること、また、一方の手段が他方の手段よりも本来的により制限的でないというように一概に言えるとは限らないこと、を挙げている。

116) 代替手段の存否を、裁量の問題として説明するのは、あくまで筆者の試論にすぎない。アメリカにおいて、一般的にそのような説明がなされているわけではないようであるが、その実質は変わらないものと思われる（LAFAVE, *supra* note 27, at 317 参照）。アメリカにおける議論を、日本法の伝統的タームで理解し直すとする、それはまさに裁量判断に対する司法審査の問題として捉えることが適切ではないかと思われたのである。

117) *United States v. Griffith*, 537 F.2d 900 (7th Cir. 1976).

118) 本判決は、この部分に引き続いて、捜査官は被逮捕者が欲しがらる服を代わりに取って手渡してやることもできたはずであり、あるいは、現場に看守者を置いてその間に捜索令状を取ってくることもできたはずであるとしており、具体的に考えられる代替手段を列挙している点が特徴的である。

きる状況を作り出すという身支度の目的（逮捕の完遂）に必要なないことが行われていることが明らかであり、許されない裁量の逸脱・濫用が認められたものと説明することができる<sup>119)</sup>。このように、裁量の逸脱・濫用が認められるのは、捜査官が、より制限的でない代替手段が存在することが明らかであるにもかかわらず、あえてその事実を無視して、より広範な搜索を基礎付けるべく必要なない行為をした場合、すなわち、実際に採られた措置の不必要性（代替手段の存在）が顕著なあまり、それを必要と判断したことが裁量の行使として著しく不合理であると認められる場合ということになる。Ⅲ．4で検討した不必要な移動・搜索の例は、まさに、かかる意味での裁量の逸脱・濫用があり、裁判所が実際に採られた措置の不必要性を認定できる場合として、位置づけることができるのである。

#### Ⅳ．我が国における解釈論

では、以上の考察から、日本法の解釈にあたって、いかなる示唆を導くことができるだろうか。まず、確認しておかなければならないことは、以上見てきたアメリカの判例においては、専ら合衆国憲法第4修正の解釈として、無令状搜索・差押えが合理的なものとしていかなる範囲まで許容されるか、が論じられていた点である<sup>120)</sup>（但し、合衆国憲法のみならず、州憲

法における同様の規定も問題となりうる<sup>121)</sup>）。これに対して、日本法においては、令状主義につき逮捕の場合の例外を定めた憲法35条を受けて、それを具体化した法律上の規定として刑事訴訟法220条が用意されており、我が国における無令状搜索・差押えをめぐる諸問題は、専らこの法220条の解釈問題として議論されてきた。問題は、従来の議論においては、220条の法文（「逮捕する場合」、「必要があるとき」、「逮捕の現場」等）が硬直的に理解されるくらいがあったために<sup>122)</sup>、現実の搜索の上で、様々な不都合が生じ、それが訴訟においても争われてきた点である。刑事訴訟法は、それ自体としても、「個人の基本的な人権の尊重」のみならず「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」をも目的として掲げているのであり（法1条）、また、何よりも、刑事訴訟法は憲法31条以下による適正手続の保障を受けて規定されたものであるから、その解釈においても憲法の趣旨に立ち返って、憲法上合理的と考えられるラインに沿って解釈・運用されるべきことになる。もちろん、我が国刑事訴訟法は強制処分法定主義を採用しているから（法197条1項但書）、国会が、刑事訴訟法220条の制定という形で、あえて憲法上許容される範囲よりもさらに狭い範囲でしか無令状搜索・差押えを認めないという意思決定を行うことはもとより可能であり<sup>123)</sup>、それが憲法35条に反するわけではない。むしろ、

119) ただし、本判決は、裁量という枠組みを用いておらず、ましてやその逸脱・濫用という表現は用いていない。ここで裁量の逸脱・濫用というのは、専ら説明の概念として用いていることは、前述した通りである。

120) もちろん、多くの州には、刑事手続について定める制定法が存在するが、それらは無令状搜索・差押えの要件を具体化するようなものではなく、無令状搜索・差押えの適否は結局第4修正の解釈として争われることになる。

121) See e.g., *State v. Carlson*, 198 Mont. 113; 644 P.2d 498. 因みに、この事件で問題となったモンタナ州憲法第2編第10条は、次のように定める。The right of individual privacy is essential to the well-being of a free society and shall not be infringed without the showing of a compelling state interest.

122) 例えば、前掲注3)大阪高判昭和49年11月5日は、逮捕の現場につき「通常被疑者を逮捕した場所と直接接続する限られた範囲の空間を意味するもの」としている。学説では、小野清一郎ほか『ポケット注釈全書 刑事訴訟法（改訂版）』（有斐閣、1966）412頁は、「現場といわれる以上逮捕の場所と直接連続する極めて限られた範囲内の空間をいう」とする。また、高田・前掲注4)144頁は、「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さす」とし、田宮裕編著『ホーンブック 刑事訴訟法（改訂新版）』（北樹出版、1994）106頁は、「現実に逮捕したその現場で、と解すべき」とする。

123) 例えば、仮にブレイン・ビュー法理や緊急搜索・差押えの導入が一定要件の下では合憲であると解し得たとしても、現行法上、強制処分法定主義との関係から、これらを正当化することはできない（井上・前掲注1)51頁）。

問題は、法 220 条自体の解釈として、同条が、果たして、そしていかなる程度、憲法上合理的な許容範囲に制限を加えているものと解することができるのか、ということである。憲法 35 条を受けた法 220 条は、前述したように憲法 35 条の趣旨に沿った形で解釈するというのが基本的な姿勢となるのであり、それを前提した上で、なお 220 条は立法者の意思決定の結果として、あえて無令状捜索・差押えを憲法上合理的なラインよりも限定的にのみ認めることにしたものと読むことができるのかどうか、あるいは読むべきかどうかということである<sup>124)</sup>。このことが、220 条に言う「逮捕する場合」、「必要があるとき」、「逮捕の現場」等、それぞれの要件を解釈するに当たって、常に再検討されなければならない。

そのような観点から見ると、現行法の「逮捕の現場」という要件は、もう少し、柔軟に解釈することができ、またそうすべきではないか、と思われるのである。前述したように、捜査実務上、被疑者を逮捕した直後に、合理的な理由により、被疑者を移動させる（移動させる以上は捜査官がそれに付き添う）必要性は、洋の東西を問わず存在するはずであるし<sup>125)</sup>、現に問題ともなっているのである（前掲東京高判昭和 44 年 6 月 20 日等）。とすれば、本稿における分析に関する限り、少なくとも逮捕直後の合理的目的による移動を逮捕の効力として認め

ることを前提にすれば、その移動先における被逮捕者の直接支配下の捜索・差押えについても、これを許容することができるように現場要件を解釈すべきということになる。ここでは、あくまで試論の域を出るものではないが、そうした解釈の可能性の一つとしてさしあたり考えられるものを提示してみたい。

まず、逮捕に伴う捜索・差押えが被逮捕者の身体についてできることは、沿革的に見ても、当然の前提であり、これが出発点となる<sup>126)</sup>。そこでは、無令状捜索・差押えの根拠たる証拠破壊・抵抗・逃亡のおそれ等は被逮捕者の身体については当然かつ一律に認められるということが前提となっており、このことは、被逮捕者が逮捕後に移動したとしても、やはり変わらず妥当する<sup>127)</sup>。したがって、被逮捕者の身体・所持品を捜索対象とする場合には、従来からも指摘のあったように、やはり「現場」要件はストレートには利いてこないと解すべきであり、現行法の解釈としても可能な限りかかる方向での解釈の可能性を模索すべきである。そこで、「現場」要件は、被逮捕者の身体・所持品を捜索する場合には、特段の意味を有しない（現場要件は専ら場所を捜索する場合を念頭に置いた文言である）と解するか、あるいは身体捜索の場合には専ら場所的・時間的接着性を要求したものにすぎないとしてその意味を希薄化して読むことが考えられる。その結果、逮捕後の移動

124) 私見と同様の視点を提示するものとして、鈴木義男「逮捕後になされた令状によらない捜索・差押えの適法性（その 2・完）」研修 339 号 56 頁（1976）は、「逮捕に伴う捜索・差押えとして憲法の認めるところを刑事訴訟法によって限定することの実質的な理由が明らかでない以上、両者を統一的に理解」すべきであるとする。

125) 日本では何故か逮捕に伴う捜索・差押えの適法性が争われることは少ないが、実際には、逮捕に伴う捜索・差押えは、最も頻繁に行われる強制処分の部類に属するはずであり、逮捕後の合理的な理由に基づく移動も日常的に行われているものと推測される。アメリカでは弁護側がとにかく証拠排除を目指して捜索・差押えの適法性を果敢に争っていく傾向があるのに対して、日本では対照的な状況となっていること理由は、法社会学的には興味深い現象の一つと言える。本来ならば、日本においても、より積極的に捜索・差押えの適法性を争っていいはずであるが、その主張が通る見込みが必ずしも高くないことと、相当説による実務自体がそれほど問題視されていないという現状などが背景にはあるのかもしれないが、所詮憶測の域を出ない。

126) See e.g., *Chimel v. California*, 395 U.S. 752, 89 S. Ct. 2034, 23 L.Ed.2d 685 (1969); *United States v. Robinson*, 414 U.S. 218, 94 S. Ct. 467, 38 L.Ed.2d 427 (1973); *Gustafson v. Florida*, 414 U.S. 260, 94 S. Ct. 488, 38 L.Ed.2d 456 (1973). そして、この点については、日本法においても、変わることはないものと考えられる。

127) 現に、アメリカ法においては、*United States v. Edwards*, 415 U.S. 800, 94 S. Ct. 1234, 39 L. Ed. 2d 771 (1974) 以来、連行後の被逮捕者の身体捜索が許されている。See e.g., *LAFAVE, supra* note 27, §5.3 (Search of the Person During Post-Arrest Detention).

があった場合にも、被逮捕者の身体・所持品を捜索することが許容されることになる。

これに対して、場所が捜索対象となる場合には、「現場」要件がストレートにかかってくるので、捜索範囲の限界は「現場」の解釈いかんによることになる。従来のような硬直的な解釈を離れて、この「現場」要件をもう少し柔軟に解釈できないかが最大の問題であり、そのためには、「逮捕」の拡大解釈<sup>128)</sup>、「現場」の拡大解釈<sup>129)</sup>、「逮捕の現場」と同視する論法<sup>130)</sup>等が考えられる<sup>131)</sup>。

しかし、「逮捕」は逮捕行為そのものを意味するというのが通常の文理解釈の帰結であるし、従来もそのことを前提に議論がなされてきたことから、逮捕後の移動を正当化するためだけに、かかる基本概念に手をつけることは少なくとも最善の選択肢ではなかろう。他方、「逮捕の現場」と同視するという論法は、「同視する」という以上、やはり厳密には「逮捕の現場」とは言えないということを前提にしていると言わざるを得ないから、解釈の限界を超えるというべきである<sup>132)</sup>。よって、基本的には、

「現場」要件を合理的に解釈する途を選ぶべきであろう。すなわち、「逮捕」は身体拘束行為としての逮捕行為それ自体を意味する形式的概念として位置付けるのが自然だとしても、無令状捜索・差押えの範囲を画する概念として掲げられた「現場」は、憲法上合理的と認められる捜索・差押えを法律によって制限するための形式的概念ではなく<sup>133)</sup>、捜索範囲の限界を画するための実質的概念にはほかならないと解するならば、それは、まさに逮捕に伴う捜索・差押えが許される趣旨・根拠が妥当する合理的範囲を指すものということになる。そして、逮捕後の移動が逮捕の効力として認められ、移動先での被逮捕者の直接支配下の捜索・差押えが逮捕に伴う無令状捜索・差押えとして合理的であると考えられる以上、それをも含むものとして概念規定されるべきである。したがって、逮捕の「現場」とは、逮捕に伴う捜索・差押えの趣旨が妥当する被逮捕者の直接支配下(immediate control)の範囲にある場所を指し、そして、その直接支配下の範囲は、身体拘束行為としての逮捕行為を行った地点を起点として<sup>134)</sup>、逮捕

128) (身体・所持品の捜索について) 青柳・前掲注 4) 375 頁, 亀山継夫「逮捕に伴う捜索・差押(1)」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選(第5版)』(有斐閣, 1986) 53 頁。

129) (身体・所持品の捜索について) 移動先の場所をも「現場」に含める見解として, 小栗・前掲注 22) 60 頁, 相澤恵一「実務刑事判例評釈」警察公論 51 巻 1 号 118 頁(1996), 捜索対象たる被逮捕者の身体・所持品を「現場」に含めるものとして, 清水・前掲注 22) 242 頁。

130) (身体・所持品の捜索について) 田宮・前掲注 1) 111 頁。前掲注 22) 最決平成 8 年 1 月 29 日も, 同様の論理を採っている。なお, 身体・所持品の捜索については, 本文で述べたような 220 条の柔軟な解釈のほかに, 令状による場合と平行に考えて 220 条 1 項 2 号の捜索・差押えそのものの効力として一定の場所的移動が許容されるとする見解もある。木口信之「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成 8 年度)』33 頁, 大澤・前掲注 22) 101 頁, 池田・前掲注 22) 139 頁等。

131) ここで言う「拡大解釈」とは, あくまで従来の硬直的解釈に比べて「拡大」的であることを意味している。その意味で, 「拡大」とは言っても, 相対的なものであり, 「柔軟解釈」とでも言った方が分かりやすいかもしれない。ここでのポイントは, かかる「柔軟解釈」こそが, 本来あるべき「現場」等の要件の解釈なのであり, 従来の硬直的解釈が「現場」等の意味を不当に制限しすぎていたきらいがあるという点にある。

132) また, このように解すると, 「逮捕」と「現場」のそれぞれが持つ固有の意味が捨象され, 「逮捕の現場」という一つの要件についての総合的判断を許すこととなり, 結果的に要件該当性の判断を曖昧ならしめるおそれがあるのではないか。

133) そもそも, 形式的概念としての「現場」それ自体には, 捜索の許容範囲を画するための規範的基準が内在していない。例えば, 結論は異なるものの, 団藤重光編『法律実務講座(刑事編)第3巻』(有斐閣, 1954) 630 頁〔出射義男〕は, 「具体的事情によって必ずしも物理的な意味での逮捕現場に限局すべきではない。」としている。河上・前掲注 11) 155 頁は, 「もともと, 逮捕という事実行為が人間を相手にするため, 一定の場所的拡がりをも有するばかりか, 捜索, 差押えも人の行動を前提とする関係で当然場所的な拡がりが必要とする」と述べる。また, 東京高判昭和 47 年 10 月 13 日刑刑 4 巻 5 号 1651 頁は, 「逮捕の現場は, 逮捕の際の具体的実情等を考慮に入れることを許さない完全な地点を指称するわけではなく, 令状なしの差押を許容する趣旨によって自ら限定される, ある程度の幅のある場所的範囲をいう」とする。

134) 「逮捕の」という文言は, 本文に述べたような一定の広がりを持ちうる「現場」要件の起点を設定する点において意味を持つ概念である。そして, このような解釈は, 日米の判例が, 逮捕に伴う捜索・差押えを, 被逮捕者の身体を出発

後の被逮捕者の移動に伴って、移動しうるものと解すべきではないか、と思うのである。

なお、このように、「現場」を、逮捕地点を起点に一定の広がりを持ちうる実質的概念として捉えた場合、捜査官が被逮捕者を自由に移動させて事実上ありとあらゆる場所を捜索できることになりかねないとの批判が想定できる。しかし、移動先での捜索・差押えが許されるのは、あくまで被逮捕者の身体およびその直接支配下のみである点に注意を要するし、また、私見のような立場を採った場合でも、逮捕後の移動によって捜索対象としての直接支配下の移動が認められるのは、あくまで逮捕後の移動が合理的な理由に基づく必要なものとして正当化される限りにおいてであることに留意すべきである。そもそも逮捕後の移動に合理的理由がなく、捜査官による恣意的誘導がなされたような場合には<sup>135)</sup>、逮捕後の移動自体が不合理なのでありこれを逮捕の効力としては正当化できないから、その場合には直接支配下の移動も認められない。さらに、クリスマン判決からヒントを得て異なる管理権に属する住居の敷居をまたぐことはできないという形で場所的限定を加えたり、あるいはジアカロン判決のように場所的・時間的接着性を要求したりすることで、直接支配下の移動・拡大に対して一定の歯止めをかけることも十分に可能である。したがって、逮捕後の合理的な移動に伴い捜索対象としての直接支配下の範囲が移動する余地を認めたからと言って、決して捜索範囲が無制限に拡大することにはならないように思われる。さらに言えば、日本法の下では、プレイン・ビュー法理が認められていないことから、逮捕後の移動の法

理を認めたとしても、その実際的意味ないし機能は、アメリカ法の下におけるよりも、限定的なものにとどまるであろうことにも留意が必要である<sup>136)</sup>。

## V. 結語

最後に、以上の議論を前提として、もう一度東京高判昭和44年6月20日の事案を検討してみよう。本件では、被逮捕者が自ら所持品を携行したいとの申し出をしていることから、ホテル待合所での逮捕に引き続いて被逮捕者の客室へと移動したこと自体は合理的な理由に基づくものとして正当化できるであろう。そうである以上、移動後、客室内にて、必要があるときは、被逮捕者の身体およびその直接支配下にある場所を捜索することも許容されることになる。しかし、クリスマン判決が公道から寮の部屋に移動した後の無令状捜索・差押えを許容したのかどうか定かでないことにも鑑み、異なる管理権に属する場所についてまで横断的に直接支配下の範囲が移動することは認められていない（ないし認められるべきでない）と解するならば、ホテル待合所とは異なる管理権に属するというべき被疑者の客室内を捜索することはやはり認められないということになる。また、そのように解さなくとも、本件では、捜査官が同室内全体を隅々まで捜索しており、明らかに直接支配下の範囲を超える捜索が行われていることから、いずれにしる違法評価を免れない事案であったと言える<sup>137)</sup>。このように見てくると、本件捜索を適法とした本判決には、実質的に意味のある理由付けがなされていない点で<sup>138)</sup>、

点として認めてきた沿革にも沿うように思われる。

135) 前掲注 11) 福岡高判平成5年3月8日参照。

136) 本稿Ⅲで見てきた逮捕後の移動に関する諸々の裁判例においても、その多くが最終的な差押えをプレイン・ビュー法理によって正当化している。ただ、だからと言って、日本法の下で、逮捕後の移動を議論することの実益が失われることにはならない。なぜなら、これらの判例の中には、プレイン・ビューが差押えを正当化する最も簡明な法律構成であるからそれをういたにすぎないケースが少なくないと思われるからである。現に、一部の証拠物の押収をプレイン・ビューによって認めると同時に、それ以外の証拠物の押収を逮捕に伴う差押えによるものとして正当化する判例もある。日本法の下でも、逮捕後の移動は、逮捕に伴う捜索・差押えとの関係で一定の実際的意味を持つてくるものと思われる。

137) アメリカ法の枠組みの下であれば、さらに緊急性の例外として正当化できないかが問題となりうるが、この点については、前掲注 13) 参照。

相当の論理の飛躍があるといわざるを得ない。ただ、本判決は、同時に、その意図せざる形で、直接支配下の範囲を固定的・抽象的に捉えることの限界を露呈させ、逮捕後の移動という論点に目を向けさせる事例を提供した点では、重要な意義を有するようと思われる。

日本法における無令状捜索・差押えについては、未だ十分に議論が進んでいるとは言えず、今後の判例の集積と研究の深化に待つところが大きい。本稿で取り扱った逮捕後の移動に関する分析は未だ不完全な部分が多く、同領域における研究の必要性も少なくないと言えるが、それ以外にも逮捕に伴う無令状捜索・差押えには議論すべき論点が多くある。例えば、第三者の住居・身体等に対する無令状捜索の可否・要件、共犯者の捜索 (search for potential accomplices)、安全巡回捜索 (protective sweep)、ひいては緊急性の例外 (exigent circumstances) 等、我が国では未開拓の問題領域が色々とあり、これらを無令状捜索・差押えの根拠論との関係で整合的に理論化し合理的解決を目指すことが必要となってくる。その際に重要になるのは、法文上の「現場」等の要件について硬直的に解釈することによって、こうした諸論点について合理的解決を図るための芽を摘んでしまわぬように注意すべき点ではないかと思われる。

(むらかみ・ゆうすけ)

---

138) 判旨の一般論部分は、「『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」とする点で、基本的に正しいものを有すると思われる。しかし、結論を正当化するだけの論理は示されていないように思われる。判旨は、差し押さえられた大麻たばこが共犯者との共同所持に係るものである疑いがあること、逮捕場所との時間的・場所的隔たりが大きくないこと、被逮捕者自ら捜査官を部屋に案内していること、捜索差押後1～2時間後に共犯者も緊急逮捕されていること、大麻取締法事案の検挙が困難で罪質もよくないこと、等を考慮要素として挙げているが、そうした考慮要素を用いると、いかなる論理で本件捜索・差押えを正当化することができるに至るのかが明らかにされていないのである。