

第6章 搜索・押収

A

第1節 総論

A

1. 意義

A

捜査機関が行う搜索・押収については、218条ないし211条で定められているが、裁判所による搜索・押収に関する条文（99条以下）が多量に準用される（222条1項・3項参照）。

リークエ 118～119頁、酒巻 100～102頁

搜索とは、基本的には、差押目的物を発見することを目的として、一定の「場所」、「物」及び人の「人の身体」を対象として行われる探索行為を意味するが、被疑者を逮捕することを目的としてその所在を探索・発見するために行われる場合もある（220条1項1号参照）。いずれの搜索も強制処分であり、逮捕に伴う無令状搜索（220条1項1号・2号、同条3項）の場合を除き、令状主義の下、裁判所が発付した搜索許可状を要する（憲法35条1項、218条）。

押収とは、捜査機関が行う物の占有を取得する処分であり、物の占有を強制的に取得である強制処分としての差押え（218条以下）と、任意処分である遺留物等の領置（221条）に分類される。差押えについては、搜索と同様、強制処分であるため、逮捕に伴う無令状搜索（220条1項1号・2号、同条3項）の場合を除き、令状主義の下、裁判所が発付した搜索許可状を要する（憲法35条1項、218条）。

2. 令状主義

A

（1）条文

リークエ 120頁

憲法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。」（1項）、「搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ。」（2項）として、搜索・差押えに関する令状主義を定めている。この憲法の令状主義の規定を受けて、刑事訴訟法は、裁判官が発付する令状による搜索・差押えの手続について定めている（218条）。搜索・差押えに関する令状を、併せて搜索差押許可状と呼ぶ。

（2）趣旨

酒巻 105頁、リークエ 120頁

搜索・差押えは、一定の場所、物及び人の身体についてのプライバシー権を侵害する強制処分であり、捜査機関の恣意的な権限行使により上記のプライバシー権が不当に侵害される事態を防ぐために、令状主義が定められている。すなわち、令状主義の中核的目的は、捜査機関から独立している裁判所が、公正かつ中立的な立場から、事前に、個々の搜索・差押えについて「正当な理由」の有無を審査した上で、その対象範囲（＝権限行使の具体的範囲）を明示・特定した令状を発付することを通じて、許可された搜索・差押えの対象範囲を捜査機関に明確に認識させることにより、捜査機関の恣意的な権限行使（＝権限濫用）を抑制することにある。

(3) 「正当な理由」

裁判官の令状審査の内容となる「正当な理由」は、次の3点である。

第1に、捜索・差押えのいずれについても、これらが犯罪捜査を目的とするものであることから、捜査対象となる特定の具体的な被疑事実が存在する蓋然性が審査される(219条1項、規則156条1項参照)。

第2に、捜索では、捜索対象である「場所」「物」「人の身体」に差押目的物が存在する蓋然性が審査され(222条1項、102条)、差押えでは差押目的物と被疑事件との関連性が審査される(222条1項、99条1項)。

第3に、捜索・差押えのいずれについても、処分の必要性が審査される。218条1項も、「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」に捜索・差押えを行うことができると定めている。ここでいう「必要」性は、捜査比例の原則を実質的根拠とするものであり、それ故に狭義の必要性のみならず相当性も含む概念であるから、①捜査目的を達成することができるより侵害性の低い代替手段が存在する場合(例えば、任意提出による領置の可能性があるなど)のみならず、②当該捜索・差押えの必要性の程度と被処分者側の法益侵害の程度とが明らかに均衡を欠く場合にも否定される(②では、「被処分者側」の法益侵害として、被処分者のみならず、その関係者の法益侵害まで考慮されることがある)。

酒巻 106~107 頁、リークエ 120~

122 頁

最決 S44.3.18・百 A4

3. 令状の発付、記載、執行に関する規律

A

(1) 令状の請求

リークエ 123 頁

捜索差押許可状は、請求に基づいて、裁判官により発付される。

請求の主体は、「検察官、検察事務官又は司法警察員」に限られる(218条4項)。¹⁾

令状を請求する際には、「差し押さえるべき物」、「捜索…すべき場所、身体若しくは物」、「被疑者…の氏名」、「罪名及び犯罪事実の要旨」などの必要事項を令状の請求書に記載する必要がある(規則155条)、かつ、「被疑者…が罪を犯したと思料されるべき資料」を提供しなければならない(規則156条)。

(2) 令状発付の要件

リークエ 123 頁

令状の請求を受けた裁判官は、捜索・差押えについて「正当な理由」を審査し、「正当な理由」が認められる場合には、後記(3)の必要事項を記載した捜索差押許可状を発付する。

(3) 令状の記載、数

ア. 一般令状の禁止

リークエ 124 頁

憲法35条は、「捜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。」(1項)、「捜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ。」(2項)と定めることにより、「捜索する

¹⁾ 「司法警察職員」は、縦の関係で「司法警察員」と「司法巡査」に分類される(39条3項)。「司法警察員」とは、捜査に関して司法巡査より上級の権限を与えられた司法警察職員であり、責任者として捜査を実行し、その一応の締めくくりにをする役割を持つものに対し、「司法巡査」は、司法警察員を補助し、事実的捜査行為を行うにとどまる(リークエ31頁)。捜索・差押えの実施主体は「司法警察職員」(司法巡査を含む概念である)であるのに対し(218条1項)、捜索差押許可状の請求主体は「司法警察員」であるから司法巡査は含まれない。

場所及び押収する物を明示する令状「各別の令状」を要求している。これを、一般令状の禁止という。

その趣旨は、①捜索・差押えをその都度裁判官の許可にかからしめることにより、捜査機関が捜査権限を濫用して恣意的に証拠物を探索することを防ぐとともに、②裁判官が個別的に捜索・差押えの対象を特定して「正当な理由」の有無を判断しなければならないとすることにより、その判断の実効性を担保するとともに、特定の範囲についてのみ捜索・差押えが許可された旨を捜査機関に明示することを通じて令状執行時の権限逸脱を防止することにある。

この趣旨から、捜索差押許可状は、個々の捜索・差押えの機会ごとに、その対象を個別具体的に明示して発付されなければならない(例えば、1通の令状に複数の捜索場所を記載することは、「格別の令状」という点に違反する。)

酒巻 113 頁

イ. 記載事項

捜索差押許可状には、①「被疑者…の氏名」、②「罪名」、③対象(差押えでは「差し押さえるべき物」、捜索では「捜索すべき場所、身体若しくは物」、④「有効期間」、⑤「有効…期間経過後は差押え、…捜索…に着手することができず令状はこれを返還しなければならない旨」、⑥「発付の年月日」、⑦「その他裁判所の規則で定める事項」を記載し、裁判官が、これに記名押印しなければならない(219条1項)。

なお、逮捕状の場合には、「罪名」のほかに「被疑事実の要旨」まで記載する必要があるが(200条1項)、捜索差押許可状の場合には、「被疑事実の要旨」の記載までは不要である。

(4) 令状の執行

リークエ 127～130 頁

ア. 主体

捜索差押許可状の執行の主体は、「検察官、検察事務官又は司法警察職員」、すなわち捜査機関全般である(218条1項)。

イ. 令状の呈示

捜索差押許可状の執行に際しては、「処分を受ける者」にこれを呈示しなければならない(220条1項、110条)。

その趣旨は、手続の公正を担保するとともに、被処分者に対し予め受忍義務の範囲を了知させることで同人の権利利益を保護することにある。この趣旨から、令状の呈示は令状の執行着手前に行われるのが原則であると解される(令状の事前呈示の原則)。もっとも、令状の事前呈示については、憲法 35 条の令状主義の要請ではないことから、一定の範囲で例外が認められると解されている。

最決 H14.10.4・百 A6

例えば、捜査機関は、覚せい剤取締法違反の被疑事実につき、被疑者甲の立ち回り先と目されていたホテル A の客室 1102 号室を「捜索すべき場所」とする捜索差押許可状の発付を受けた上で、甲の在室時に捜索・差押えを行うこととしたが、捜索・差押え受けることを事前に知った甲が差押目的物である覚せい剤を洗面所に流すなどして証拠隠滅を図るおそれがあ

最決 H14.10.4・百 A6

ったため、ホテルの支配人からマスターキーを借り受け、これを用いて、甲に来意を告げることなく施錠された上記客室のドアをマスターキーで空けて室内に入り、その後直ちに甲に搜索差押許可状を呈示して、搜索・差押えを実施したという事案では、令状の事前呈示の原則に違反するか否か、すなわち同原則の例外の可否が問題となる。また、捜査機関がマスターキーを用いて施錠された上記客室のドアを開けて室内に立ち入ったことについては、搜索・差押えに「必要な処分」(222条1項、111条1項)としての適法性が問題となる。このように、令状の事前呈示の原則に関する論点は、搜索・差押えに「必要な処分」の限界とセットで問題になることが多い。そのことを踏まえて、令状の事前呈示の原則については、本章の第4節(搜索・差押えに「必要な処分」)の箇所でも改めて取り上げる。

ウ. 「必要な処分」、出入禁止措置

搜索差押許可状を執行する際、その目的を達成するために、①「錠をはずし、封を開き、その他必要な処分をすることができ」(222条1項、111条1項)、また、②搜索・差押えの実施中、「何人に対しても、許可を得ないでその場所に入出入りすることを禁止することができる」(222条1項、112条)。

なお、押収物についての「必要な処分」も認められる(111条2項)。

①・②は、搜索・差押えの付随的措置であり、別個の令状を要することなく行える。その理由は次のとおりである。すなわち、①・②は、搜索・差押えという本体的な強制処分に伴う付随的行為として、搜索・差押えを定める刑法の規定と搜索差押許可状の発付審査において包括的に許可されている。したがって、111条1項は、強制処分法定主義との関係では確認規定にとどまり、また、令状主義の例外規定でもないと理解することになる。

①における「錠をはずし、封を開き」とは、「必要な処分」の例示にすぎないから、「錠をはずし、封を開き」に当たらない付随的措置であっても「必要な処分」として許容される。例えば、搜索実施中に被疑者が差押目的物である覚せい剤をトイレに流して隠滅しようとした場合に、捜査機関は証拠隠滅を阻止するために被疑者を取り押さえることができる。もともと、①は、捜査比例の原則の適用により、搜索・差押えの実効性を確保するために必要かつ相当な限度でのみ許容される。

なお、「必要な処分」については、本章の第4節において改めて取り上げる。

エ. 責任者等の立ち会い

搜索差押許可状を執行する際には、その公正さを担保するために、責任者の立ち会いが必要である(222条1項、114条、115条)。

なお、222条1項は当事者の立ち会いに関する113条を準用していないため、被疑者とその弁護人には搜索・差押えの際に立ち会う権利はなく、捜査機関が「差押、搜索…をするについて必要があるときは、被疑者をこれに立ち合わせることができる」にとどまる(222条6項)。

オ. その他

- ・夜間の執行の制限（222条3項、116条、117条）
- ・執行終了後の措置（222条1項、119条、120条、121条～124条）。

第2節. 令状に基づく捜索

A

令状に基づく捜索とは、捜査機関が、裁判所から特定の「場所」「物」「身体」を捜索対象として明示する捜索許可状（憲法 35 条 1 項、218 条 1 項、219 条 1 項）の発付を受けた上で行うものである。通常は、捜索により発見した証拠物をその場で差し押さえるために、差押許可状の発付も受けた上で、令状捜索が行われる。

なお、捜索と差押えについて、一括して一通の捜索差押許可状が作成・発付されるのが通例である。

条解 417 頁

case1：司法警察員 P は、甲を被疑者とする覚せい剤営利目的譲渡被疑事件に関し、捜索すべき場所を甲方、差し押さえるべき物を「本件に関連する覚せい剤、注射器、計量器等」とする捜索差押許可状の発付を受け、甲方における捜索を行い、甲方の机の上に置かれている覚せい剤 10g を発見し、差し押さえた。

case2：case1 において、司法警察員 P は、甲方の床に置かれていたキャリーケースの中を捜索するとともに、甲が携帯していたハンドバッグの中を捜索した。

case3：case1 において、司法警察員 P は、甲方にいた甲の友人乙について、その不自然な挙動などから、甲方にあった覚せい剤をズボンの右ポケットに入れて隠匿したことが疑われたため、乙のズボンの右ポケット内を捜索した。

1. 令状捜索の要件

A

令状捜索の要件のうち、主要なものは、①捜索許可状の有効性、②許可状記載の捜索対象（「場所」「物」「身体」）に実際の捜索対象が含まれること、③実際の捜索対象に差押目的物が存在する蓋然性が認められることの3つである。

①・②を満たせば、実際の捜索対象に捜索許可状の効力が及ぶが、捜索が差押目的物の発見を目的としていることから、捜索が適法といえるためには③まで満たす必要がある。

被疑者の場所・物・身体を対象とする捜索では③の蓋然性が推定される（222 条 1 項、102 条 2 項）のに対し、第三者の場所・物・身体を対象とする捜索では、③の蓋然性が推定されないため、③の蓋然性が積極的に認められることが要求される（222 条 1 項、102 条 2 項）である。このように、第三者の場所・物・身体を対象とする捜索では、③の蓋然性が積極的に認められることまで要求されるという意味で、令状捜索の要件が加重される。

なお、④捜査比例の原則の現れである捜索の必要性（218 条 1 項でいう「必要」という文言に対応する要件）も要件であるが、これは積極要件ではなく、明らかに捜索の必要性がないと認められる場合に捜査の適法性が否定されるという意味における消極要件である。

答案では、①→②→③→④という流れで検討し、③では捜索対象に着目した蓋然性の推定の有無（222 条 1 項、102 条 1 項・2 項）にも言及する。

2. 令状において捜索対象が特定されていること (①)

令状捜索については、まずは、捜索許可状の有効性レベルの問題として、令状において捜索対象(「場所、身体若しくは物」)が特定されていることが要求される(憲法 35 条 1 項、刑訴法 219 条 1 項)。

[論点 1] 「捜索すべき場所、身体若しくは物」の特定

例えば、捜索対象を「〇〇に所在する者の身体および所持品」とする捜索許可状では、「捜索すべき場所、身体若しくは物」の特定(憲法 35 条 1 項、刑訴法 219 条 1 項)を満たさないのではないかが問題となる。

捜索対象の特定(憲法 35 条 1 項、刑訴法 219 条 1 項)が要請される趣旨は、令状裁判官による差押目的物存在の蓋然性の判断を确实ならしめることにある。

そうすると、捜索対象は蓋然性判断ができるように特定されなければならず、上記記載は特定に欠けるのが通常である。

もっとも、「〇〇に所在する者の身体及び所持品」という記載であっても、その場所にいるすべての者の身体・所持品について差押目的物が存在する蓋然性が認められる場合には、蓋然性判断が可能となるから、特定性が認められると解する。

[判例 1] 「東京都豊島区〇〇町〇丁目〇号乙社第一ビル並びに同社内」に所在する者の身体及び所持品」という記載

事案：氏名不詳の被疑者による銃刀法違反事件について発付された、捜索の対象を「東京都豊島区〇〇町〇丁目〇号乙社第一ビル並びに同社内」に所在する者の身体及び所持品」とする捜索差押許可状について、捜索対象の特定性が問題となった。

上記令状記載のうち、「東京都豊島区〇〇町〇丁目〇号乙社第一ビル」という部分は、1つの管理権の及ぶ場所を、番地表示により他の場所と区別して記載しているから、特定性に欠けることはない。

これに対し、「同社内」に所在する者の身体及び所持品」という部分については、特定された乙社第一ビルにいる者が誰であるか、またどのような所持品を有しているのかが明示されていないため、特定性が問題となる。

要旨：「本件被疑事件は、いわゆる中核派所属の多数の者による組織的、計画的かつ密行的犯行であるところ、一件記録によれば、本件捜索の場所である乙社第一ビルは、いずれも全体として中核派の活動拠点となっているものであり、しかも、右ビルへの出入りに際しては、監視役の厳重なチェックが必要であって、中核派に所属しない者が容易に入ることのできない状況にあったことが認められ、右事実よりすれば、右ビル内の全域並びにそのビル内に居合わせた者全員の身体及び所持品に本件被疑事実に関係する証拠品が隠匿所持されている蓋然性が高い状況にあったと認められる。このような本件の特殊な状況に鑑みると、捜索の対象を前記のごとく定めた本件各令状は、その場所及び対象の特定においてかけるところはないというべきである。」。

B

B

東京地決 H2.4.10

事例演習 103 頁

事例演習 104 頁、判例講座 I 120 頁

B

東京地決 H2.4.10

3. 捜索対象に令状の効力が及んでいること (2)

令状の効力が及ぶのは、令状により明示された「場所、身体若しくは物」に限られる。

したがって、捜索対象に令状の効力が及んでいるとうためには、実際に捜索された場所・身体・物が令状記載の「場所、身体若しくは物」に含まれていることが必要である。

論文試験では、「場所」に対する捜索許可状に基づいて捜索場所にある物（携帯品を含む）や捜索場所に居合わせた者の身体（着衣等）を捜索することの可否が問題となることが多い。

A

[論点 2] 管理権を異にする同一空間内における捜索の可否

令状主義（憲法 35 条 1 項、刑訴法 218 条以下）が一般令状を禁止していることから、令状裁判官は管理権単位で特定した場所ごとに「正当な理由」（憲法 35 条 1 項）の判断を行う。

そこで、捜索令状では、「捜索すべき場所」については、①空間的に他の場所と区別できる記載のほか、②場所に対する管理権ごとに特定するための記載が必要であると解する。

そうすると、空間的に同一範囲内にある場所であっても、「捜索すべき場所」として記載された場所に対する管理権とは別個独立の管理権が帰属している部分には、捜索令状の効力は及ばないから、令状捜索ができない。

A

リークエ 124 頁

判例講座 I 117 頁

[論点 3] 「場所」に対する捜索差押許可状に基づき捜索場所にある物を捜索することの可否

場所に対する捜索差押許可状に基づき捜索できる範囲は、許可状で明示された「捜索すべき場所」（憲法 35 条 1 項、刑訴法 219 条 1 項）に限られる。では、捜索場所にある物も「捜索すべき場所」に含まれるか。

本来であれば、被疑者宅を「捜索すべき場所」とする捜索差押許可状に基づいて捜索することができるのは被疑者宅という場所に限られ（例えば、被疑者宅内で机上や床に差押目的物が存在しているかを探索する）、被疑者宅内にあるかばんなどの中身を捜索することはできず、そのためにはかばんを「捜索すべき…物」とする捜索差押許可状を要するはずである。

もっとも、一定の範囲内で、被疑者宅を「捜索すべき場所」とする捜索差押許可状に基づいて被疑者宅内にあるかばんなどの中身を捜索することが許容されないだろうか。こうした文脈で、「場所」に対する捜索差押許可状に基づき捜索場所にある物を捜索することの可否が問題となる。

A

判例講座 128～131 頁

確かに、222 条 1 項・102 条は捜索対象として「場所」と「物」を区別して規定しているから、「場所」に対する捜索差押許可状の効力は当然に「物」に及ぶものではない。

しかし、「場所」に対する捜索によって侵害される「場所」の管理権者のプライバシー等の権利利益は、捜索場所に付属する物に帰属する利益を包摂し

百 21 [9 版] 解説 [宇藤崇]

ているといえる。¹⁾

そこで、捜索場所にある物のうち、「場所」の管理権者の管理下にあるものには、「場所」に付随する物として「場所」に対する捜索差押許可状の効力が及ぶと解する。

そして、物が捜索場所に置かれているか人により所持されているかで物についてのプライバシー等の権利利益に変化があるとはいえないから、着衣中にある物を除く携帯品についても上記と同様に解することができる。

〔論点 4〕「場所」に対する捜索差押許可状に基づき捜索場所に居合わせた者（被処分者、被疑者、第三者）の身体を捜索することの可否

例えば、被疑者宅を「捜索すべき場所」とする捜索差押許可状に基づき、被疑者宅内に居合わせた者（被疑者、同居人、友人など）の身体（ズボンのポケットなど）を捜索することができるか。特に、その場に居合わせた者が「捜索すべき場所」である被疑者宅内にある差押目的物を身体に隠滅したと疑われる場合に問題となる。

222 条 1 項・102 条が捜索対象として「場所」と「人の身体」を区別しているのは、「人の身体」には、「場所」に帰属する利益とは別個の保護すべき身体にまつわる人格的法益が帰属しているため、これを「場所」に包摂させることはできないからである。

そうすると、人の身体には「場所」に対する捜索差押許可状の効力が及ばない。

もっとも、①捜索場所に居合わせた者がその場所にあった差押目的物を身体に隠匿したと認めるに足りる客観的な状況が存在する場合には、当人にはその身体を捜索により身体にまつわる法益を侵害されることを受忍すべき事情があるといえ、身体にまつわる利益は「場所」に帰属する利益から独立させて保護するに値しないから、②合理的にみて必要かつ相当な範囲内で、捜索の実効性確保のために「必要な処分」（222 条 1 項・111 条 1 項）としてその者の身体を捜索できると解する。^{2) 3)}

事例演習 111 頁、判例講座 I 134 頁、
百 21 [9 版] 解説

1) すなわち、捜索差押許可状に特定の「場所」のみが記載される場合であっても、「器」としての「場所」のみが対象となっているのではなく、「場所」の管理権者の管理下にある「物」についても、器の中味として含まれているのである（百 21 [9 版] 解説：宇藤崇）。

2) 学説の多くは、①の客観的な状況が存在する場合には、「必要な処分」（222 条 1 項、111 条 1 項）として、妨害行為を排除して原状に回復するために、合理的にみて必要かつ相当な範囲内において、捜索場所から捜索対象物あるいは差押目的物を持ち出したものを追跡し、制止し、その身体を捜索するなどの処分をすることができるとして、「必要な処分」を根拠としている（事例演習 111 頁、判例講座 I 134 頁、百 [9 版] 21 解説）。これに対し、平成 29 年出題の趣旨では、「場所に対する捜索差押許可状の効力は、人の身体には及ばない以上、捜索すべき場所に居合わせた者の身体について捜索を実施することは当然には許されないものの、例外的にそれが許される場合があるか否か、許される場合があるとしていかなる場合にどのような理由で許されると解すべきかについての自説を各自が展開し、本設問に現れた具体的事実を的確に指摘、評価して、本件捜索の適法性を論じることが求められる。」とされている。

3) 「場所」に対する捜索差押許可状に基づき捜索場所に居合わせた者の身体を捜索することについては、①捜索・差押えに「必要な処分」として許容されるとする見解と、②捜索そのものとして許容されるとする見解とがある。学説の多くは、①の見解である。

もっとも、例えば、司法警察員 P は、被疑者甲のズボンの右ポケットの中に入っているものを出すように求めたが、甲がこれを拒絶して右手をズボンの右ポケットの中に入れたままであったことから、甲の右腕をつかんで引っ張り、右ポケットから甲の右手を引き抜いたが、甲が右手に何も持っていなかったことか

【判例】 被疑者の同居人の携帯品の捜索

事案：警察官は、X の内妻であった Y に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、Y 及び X が居住するマンションの居室を捜索場所とする捜索差押許可状の発付を受け、同許可状に基づき同居室の捜索を実施したところ、X に対して、再三にわたり、右手に持っているボストンバッグを任意提出するよう求めたが、X がこれを拒否して同ボストンバッグを抱え込んだため、抵抗する X の身体を制圧し、強制的に同ボストンバッグを取り上げて捜索し、その中から発見された覚せい剤を差し押さえた。

要旨：「警察官は、X の内妻であった Y に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、Y 及び X が居住するマンションの居室を捜索場所とする捜索差押許可状の発付を受け、…右許可状に基づき右居室の捜索を実施したが、その際、同室に居た X が携帯するボストンバッグの中を捜索したというのであって、右のような事実関係の下においては、前記捜索差押許可状に基づき X が携帯する右ボストンバッグについても捜索できるものと解するのが相当である…。」

B

最決 H6.9.8・百 19

【論点 5】 捜索実行中に捜索場所に搬入された物を捜索することの可否

捜索実行中（捜索差押許可状呈示後）に捜索場所に搬入された物について、捜索差押許可状の効力が及ぶか。

例えば、司法警察員 P は、被疑者甲の自宅（以下「甲方」という。）を「捜索すべき場所」とする捜索差押許可状に基づいて、甲方の捜索を開始したところ、捜索実施中、甲方に、伝票に依頼主を乙、受取人を甲と記載された荷物（以下「本件荷物」という。）が配達され、甲が玄関で受取伝票に署名してこれを受け取り、床の上に置いたため、本件荷物を開封したという事案では、①まず初めに、「捜索すべき場所」を甲方とする捜索差押許可状に基づき甲方内の物を捜索することの可否（[論点 3]）を論じることになる。本件荷物が甲方の管理権者である甲の管理下にあるとして、[論点 3] をクリアした場合には、②次に、捜索実行中に被疑者宅に搬入された本件荷物を捜索することの可否（[論点 5]）を論じることになる。

A

最決 H19.2.8・百 20

219 条 1 項が令状に有効期間を要求していることからすれば、令状裁判官は、令状呈示時点に限らず、有効期間内における捜索場所の捜索についての正当な理由を審査していると解される。

また、捜索場所に付属している物については、これに対する権利・利益が捜索場所に対する管理権に包摂され、捜索場所と一体をなしていると解されるから、令状審査を経ているといえる。

そこで、捜索場所に捜索実行中に届いた物は、捜索差押許可状の有効期間内に捜索場所の管理権者によって捜索場所内で受領された物であれば、「捜索

ら、更に甲のズボンの右ポケットに手を差し入れ、そこから覚せい剤を取り出し、差し押さえたという事案では、(ア) 身体捜索の可否とは別に、(イ) P が「甲の右腕をつかんで引っ張り、右ポケットから甲の右手を引き抜いたが、甲が右手に何も持っていなかったことから、更に甲のズボンの右ポケットに手を差し入れ…た」ことの可否について「必要な処分」の限界を論じることになる。この場合、仮に (ア) 身体捜索を捜索・差押えに「必要な処分」として構成すると、(イ) 付随的措置については「必要な処分」に当たる (ア) に「必要な処分」という位置づけになってしまう。そこで、この場合には、②の見解に立ち、(ア) 身体捜索を捜索そのものとして許容されると理論構成した上で、(イ) 付随的措置については捜索に「必要な処分」として理論構成をするべきである。

すべき場所」に含まれ得ると解する（判例）。⁴⁾

【判例】 捜索実施中に捜索場所である被疑者宅に配達され、その場で被疑者が受領した荷物を捜索することの可否

事案：要旨を参照。

要旨：「警察官が、被告人に対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき、捜索場所を被告人方居室等、差し押さえるべき物を覚せい剤等とする捜索差押許可状に基づき、被告人立会いの下に上記居室を捜索中、宅配便の配達員によって被告人あてに配達され、被告人が受領した荷物について、警察官において、これを開封したところ、中から覚せい剤が発見されたため、被告人を覚せい剤所持罪で現行犯逮捕し、逮捕の現場で上記覚せい剤を差し押さえたというのである。所論は、上記許可状の効力は令状呈示後に搬入された物品には及ばない旨主張するが、警察官は、このような荷物についても上記許可状に基づき捜索できるものと解するのが相当である…。」

B

最決 H19.2.8・百 20

4. 差押目的物が存在する蓋然性（③）

A

(1) 捜索は差押目的物の発見を目的とするものであるから、捜索対象である「場所、身体若しくは物」に差押目的物が存在する蓋然性が認められることが必要とされる。

被疑者以外の第三者の場所・物・身体については、差押目的物が存在する蓋然性が積極的に認められる必要がある（222条1項・102条2項）。

これに対し、被疑者の場所・身体・物については、上記蓋然性が推定されており（222条1項・102条1項）、差押目的物が明らかに存在しないような場合に、上記推定がやぶれて捜索の「必要」性が否定されるにとどまる。

(2) 222条1項・102条でいう「の」は、管理権ではなく、現実の支配・管理を意味する。

条解 213 頁

(3) 「場所」の中で「物」を対象として捜索する場合には、「場所」ではなく「物」について102条を準用する。これに対し、「場所」の中である「物」を探している段階では、「物」を対象とする捜索に至っていないから、「場所」について102条を準用する。

5. 捜索の必要性（④）

B

218条1項は、「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」に捜索・差押えを行うことができると定めており、これは捜査比例の原則の現れである。

酒巻 107 頁、リークエ 121～122 頁

そこで、ここでいう「必要」性とは、狭義の必要性のみならず相当性も含む概念であると解する。

⁴⁾ 本決定は、「捜索場所を被告人居室等…とする捜索差押許可状に基づき、被告人立会いの下に上記居室を捜索中、宅配便によって被告人あてに配達され、被告人が受領した荷物について、…上記許可状に基づく捜索できるものと解するのが相当である」と述べており、ここでは、被告人立会い中の捜索中に本件荷物を被告人自ら受領したことに着目し、被告人自らの意思により本件荷物の占有が被告人に移転することで、本件荷物に対するプライバシー権・管理権が被告人の私的領域内である被告人居室等という「場所」に対するプライバシー権・管理権に包摂されるに至ったと考えられていると思われる（百 20 解説）。

したがって、①捜査目的を達成することができるより侵害性の低い代替手段が存在する場合のみならず、②当該捜索の必要性の程度と被処分者側の法益侵害の程度とが明らかに均衡を欠く場合にも否定される（②では、「被処分者側」の法益侵害として、被処分者のみならず、その関係者の法益侵害まで考慮されることがある。）。

なお、前記3を満たせば捜索の必要性が認められるのが通常であるから、試験対策上は、捜索の必要性の存否が疑われる場合に限って言及すれば足りると考えられる。

6. 強制採尿

例えば、覚せい剤等の違法薬物の自己使用の事案においては、尿から覚せい剤等の成分が検出されれば、それが覚せい剤等の自己使用の決定的証拠となる一方で、他の方法により自己使用を立証することは困難であるため、被疑者の尿を採取する必要性は極めて高い。そして、被疑者が排尿を拒む場合に、その抵抗を排して強制的にカテーテルを尿道に挿入して尿を採取する方法による強制採尿が行われることがある。

例えば、司法警察員Pらは、公道上において、覚せい剤使用の疑いがある甲に対して、尿の任意提出を求めたところ、甲がこれに応じなかったため、採尿に適した場所（例えば、警察署）に強制連行した上で、カテーテル挿入による強制採尿を実施したという場合には、①カテーテル挿入による強制採尿の可否、②強制採尿に要する令状の種類、③強制採尿のために被疑者を特定の場所に強制連行することの可否が問題となる。

〔論点6〕強制採尿に関する諸問題

（論証1）カテーテル挿入による強制採尿の可否

カテーテル挿入による強制採尿は、相手方の意思を制圧して、その身体の安全や人格に制約を加えて強制的に採尿という捜査目的を実現する行為だから、「強製の処分」（197条1項但書）に当たる。

このような強制採尿は、身体に対する強制的な侵入行為であり、屈辱感等の精神的打撃を伴うとともに、身体・健康上の障害をもたらす危険もある。

そこで、強制採尿は、①被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性とその取得の必要性、適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、犯罪捜査上真にやむを得ないと認められる場合に限り、②最終的手段として、③適切な法律上の手続を経て行うことが許されるのであり、④その実施にあたっては、被疑者の身体の安全とその人格保護のため十分な配慮が施される必要があると解する（判例）。

（論証2）強制採尿令状

強制採尿は尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する行為であり、捜索・差押えの性質を有するから、捜索差押許可状によるべきである。

A

A

最決 S55.10.23・百 27

最決 S55.10.23・百 27

ただし、強制採尿は身体への侵襲を伴い人権侵害のおそれがある点で検証としての身体検査と共通の性質を有するから、218条6項を上記捜索差押許可状に準用し、令状の記載要件として、強制採尿は医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない旨の条件の記載が不可欠であると解すべきである。⁵⁾

もっとも、この令状の記載要件の趣旨は強制採尿が医師により医学的に相当な方法で行われることを担保するところにあるから、医師により医学的に相当と認められる方法により強制採尿が行われた場合には、令状の記載要件の不備は強制採尿の適法性を損なわせないと解する(判例)。⁶⁾

(論証3) 強制採尿令状による採尿場所への強制連行の可否

①被疑者を採尿場所へ任意に同行することが事実上不可能である場合には、強制採尿令状の効力として、②採尿に適する最寄りの場所まで被疑者を連行することができ、③その際、必要最小限度の有形力の行使が許されると解する(判例)。

なぜならば、裁判官はこのような連行の当否も含めて審査して令状を発付していると思われるからである。

このように、連行の許容の根拠は事前の司法審査が及んでいることにあるのだから、裁判官が連行の当否について審査していない場合には、強制採尿令状の効力は連行に及ばない(判例)。⁷⁾

最決 H6.9.16・百 28

〔判例1〕カテーテル挿入による強制採尿の可否

事案：警察官は、覚せい剤取締法違反の被疑事実に基づき、身体検査令状及び鑑定処分許可状の発付を受けた上で、被疑者であるXに対し、受託鑑定者である医師をして、自然排尿の機会を与えた上で、警察署の医務室のベッド上において、カテーテル挿入による強制採尿を実施した。

要旨：①「尿を任意に提出しない被疑者に対し、強制力を用いてその身体から尿を採取することは、身体に対する侵入行為であるとともに屈辱感等の精神的打撃を与える行為であるが、右採尿につき通常用いられるカテーテルを尿道に挿入して尿を採取する方法は、被採取者に対しある程度の肉体的不快感ないし抵抗感を与えるとはいえ、医師等これに習熟した技能者によつて適切に行われる限り、身体上な

B

最決 S55.10.23・百 27

⁵⁾ 身体検査令状に関する218条6項は、その規定する条件の付加が強制処分の範囲・程度を減縮させる方向に作用する点において、身体検査令状以外の検証許可状にもその準用を肯定し得る(最決 H11.12.16・百 31)。

⁶⁾ 強制採尿令状の種類については、①身体検査令状説(218条1項後段)、②鑑定に必要な処分としての身体検査として行うべきだとする鑑定処分許可状説(225条、168条1項)、③身体検査令状と鑑定処分許可状を併用するべきだとする併用説もある。①については、カテーテルによる身体内部への侵入は身体検査の限界を超えといった批判があり、②については、間接強制はできるが直接強制ができないといった批判があり、③については、本来いずれの令状によつてもなし得ないことが、両者を併用することでなし得るとするのはあまりに便宜的な解釈であり妥当でないといった批判がある(リークエ 157～158頁)。

⁷⁾ 最高裁平成6年決定を前提としても、被疑者が自宅等に立て籠っている場合に、強制採尿令状の効力として、強制的に被疑者宅等に立ち入ることは許されない。被疑者宅への立ち入りによる権利侵害と強制採尿による権利侵害とは全く異なるものであり、前者が後者に包摂されているとはいえないからである。したがって、この場合に、強制採尿及びそのための連行のために、強制的に被疑者宅等に立ち入るには、被疑者宅等を「捜索すべき場所」とする被疑者を捜索するための捜索許可状を別途要する(百28解説・7)。

いし健康上格別の障害をもたらす危険性は比較的乏しく、仮に障害を起こすことがあつても軽微なものにすぎないと考えられるし、また、右強制採尿が被疑者に与える屈辱感等の精神的打撃は、検証の方法としての身体検査においても同程度の場合がありうるのであるから、被疑者に対する右のような方法による強制採尿が捜査手続上の強制処分として絶対に許されないとすべき理由はなく、被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性とその取得の必要性、適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、犯罪の捜査上真にやむをえないと認められる場合には、最終的手段として、適切な法律上の手続を経てこれを行うことも許されてしかるべきであり、ただ、その実施にあたっては、被疑者の身体の安全とその人格の保護のため十分な配慮が施されるべきものと解するのが相当である。」

②「そこで、右の適切な法律上の手続について考えるのに、体内に存在する尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する行為は搜索・差押の性質を有するものとみるべきであるから、捜査機関がこれを実施するには搜索差押令状を必要とすると解すべきである。ただし、右行為は人権の侵害にわたるおそれがある点では、一般の搜索・差押と異なり、検証の方法としての身体検査と共通の性質を有しているので、身体検査令状に関する刑訴法 218 条 5 項が右搜索差押令状に準用されるべきであつて、令状の記載要件として、強制採尿は医師をして医学的に相当と認められる方法により行わせなければならない旨の条件の記載が不可欠であると解さなければならない。」

③「これを本件についてみるのに、覚せい剤取締法 41 条の 2 第 1 項 3 号、19 条に該当する覚せい剤自己使用の罪は 10 年以下の懲役刑に処せられる相当重大な犯罪であること、X には覚せい剤の自己使用の嫌疑が認められたこと、X は犯行を徹底的に否認していたため証拠として X の尿を取得する必要性があつたこと、X は逮捕後尿の任意提出を頑強に拒み続けていたこと、捜査機関は、従来の捜査実務の例に従い、強制採尿のため、裁判官から身体検査令状及び鑑定処分許可状の発付を受けたこと、X は逮捕後 33 時間経過してもなお尿の任意提出を拒み、他に強制採尿に代わる適当な手段は存在しなかつたこと、捜査機関はやむなく右身体検査令状及び鑑定処分許可状に基づき、医師に採尿を囑託し、同医師により適切な医学上の配慮の下に合理的かつ安全な方法によつて採尿が実施されたこと、右医師による採尿に対し X が激しく抵抗したので数人の警察官が X の身体を押えつけたが、右有形力の行使は採尿を安全に実施するにつき必要最小限度のものであつたことが認められ、本件強制採尿の過程は、令状の種類及び形式の点については問題があるけれども、それ以外の点では、法の要求する前記の要件をすべて充足していることが明らかである。

令状の種類及び形式の点では、本来は前記の適切な条件を付した搜索差押令状が用いられるべきであるが、本件のように従来の実務の大勢に従い、身体検査令状と鑑定処分許可状の両者を取得している場合には、医師により適当な方法で採尿が実施されている以上、法の実質的な要請は十分充たされており、この点の不一致は技術的な形式的不備であつて、本件採尿検査の適法性をそこなうものではない。」

[判例 2] 強制採尿令状に基づき被疑者を採尿に適する最寄りの場所まで強制連行することの可否

B

最決 H6.9.16・百 28

事案：警察官 P らは、覚せい剤自己使用の嫌疑に基づき、国道上で、X が運転する車両を停止させ、X に対する職務質問を開始したところ、覚せい剤自己使用の嫌疑が強くなるとともに、X が任意同行を頑なに拒否し続けたことから、X について、他の警察官をして強制採尿令状を請求し、発付された同令状を現場に持って来させたうえで、同令状に基づき、両腕を制圧して X を警察車両に乗車させ、付近の総合病院まで強制連行し、同病院において、X をベッドに寝かせ、医師をしてカテーテル挿入による強制採尿を行った。

要旨：「身柄を拘束されていない被疑者を採尿場所へ任意に同行することが事実上不可能であると認められる場合には、強制採尿令状の効力として、採尿に適する最寄りの場所まで被疑者を連行することができ、その際、必要最小限度の有形力を行使することができるものと解するのが相当である。ただし、そのように解しないと、強制採尿令状の目的を達することができないだけでなく、このような場合に右令状を発付する裁判官は、連行の当否を含めて審査し、右令状を発付したものとみられるからである。その場合、右令状に、被疑者を採尿に適する最寄りの場所まで連行することを許可する旨を記載することができることはもとより、被疑者の所在場所が特定しているため、そこから最も近い特定の採尿場所を指定して、そこまで連行することを許可する旨を記載することができることも、明らかである。

本件において、X を任意に採尿に適する場所まで同行することが事実上不可能であったことは、前記のとおりであり、連行のために必要限度を超えて被疑者を拘束したり有形力を加えたものとはみられない。また、前記病院における強制採尿手続にも、違法と目すべき点は見当たらない。

したがって、本件強制採尿手続自体に違法はないというべきである。」

第3節 令状に基づく差押え

A

令状に基づく差押えとは、捜査機関が、裁判所から「差し押さえるべき物」を明示する差押許可状（憲法 35 条 1 項、218 条 1 項、219 条 1 項）の発付を受けた上で行うものである。通常は、差押えの前提として、差押目的物を発見するために捜索を行うことになるから、捜索許可状の発付も受けた上で、捜索→差押えという流れで令状に基づく差押えが行われる。

なお、捜索と差押えについて、一括して一通の捜索差押許可状が作成・発付されるのが通例である。

1. 令状に基づく差押えの要件

A

令状に基づく差押えの要件のうち、主たるものは、①令状の有効性（憲法 35 条 1 項、刑訴法 219 条 1 項）、②当該物が令状記載の「差し押さえるべき物」に該当すること、③別件差押えに当たらないこと、④差押えの必要性（218 条 1 項）である。

③は、明文上の要件ではなく、解釈により導かれる要件であるから、別件差押えが問題となる事案でない限り、言及しなくてよい。

④は、令状捜索の場合と同様、積極要件ではなく、消極要件にとどまる。もっとも、差押えの場合、捜査機関が証拠物の占有を強制的に取得するため、捜索の場合に比べて、差押えの必要性と法益侵害の均衡（「必要」性の要件である相当性）が問題となりやすい。

case1：司法警察員 P は、甲を被疑者とする覚せい剤営利目的譲渡被疑事件に関し、捜索すべき場所を甲方、差し押さえるべき物を「本件に関連する覚せい剤、注射器、計量器等」とする捜索差押許可状の発付を受け、甲方における捜索を行い、甲方の机の上に置かれている覚せい剤 10g を発見し、差し押さえた。

2. 令状の有効性（①）

B

令状の有効性レベルの問題として、「罪名」として法令名だけでなく適用法条（具体的罰条）まで記載する必要性や、「差し押さえるべき物」の特定性（例えば、概括的記載における特定性）が問題となる。

[論点 1] 「罪名」の記載

B

捜索差押許可状には「罪名」の記載が必要である（219 条 1 項、規則 155 条 1 項 4 号）。問題は、「罪名」として、適用法条（具体的罰条）まで記載する必要があるかである。¹⁾

最大決 S33.7.29・百 A5

刑法犯の場合には、捜索差押許可状における「罪名」として窃盗、強盗、殺人というように具体的罰条まで記載されるのが通例である一方で、覚せい剤取締法違反等の特別法違反の場合には、単に「覚せい剤取締法違反」とだけ記載

¹⁾ 理論上、[論点 1] は捜索許可状でも問題になるが、差押許可状との関係で問題になることのほうが多い。

し、具体的罰条まで記載しないのが通例である。そこで、後者の場合に、「罪名」として具体的罰条まで記載することの要否が問題となる。

確かに、令状発付が具体的な被疑事実を基礎としてなされなければならないことから、「罪名」の記載として犯罪の一般的名称又は具体的罰条の記載まで必要であると解する余地もある。

しかし、具体的罰条の記載は憲法 35 条の要請ではないから、具体的罰条まで記載することの要否は刑訴法に委ねられている。

そして、刑事訴訟法は、捜査の秘密の保持や被疑者その他の関係者の名誉・プライバシーに配慮するために、敢えて「罪名」という文言を用いることにより、具体的罰条の記載までは要求しない趣旨であると解される。

そこで、「罪名」としての具体的罰条の記載は不要と解する（判例）。

もっとも、具体的罰条の記載には差押目的物が概括的に記載されている場合に「本件」の内容を具体的にするという重要な意味があるから、「罪名」として具体的罰条が記載されていないことにより、概括的記載における「本件」の具体的内容が明らかにならず、差押目的物の特定性（憲法 35 条 1 項、刑訴法 219 条 1 項）を欠くに至ることがある。

リークエ 125 頁

判例講座 I 122～123 頁

判例講座 I 122 頁

〔論点 2〕「差し押さえるべき物」の概括的記載

差押許可状の効力は、「差し押さえるべき物」（憲法 35 条 1 項、刑訴法 219 条 1 項）として明示された物についてのみ及ぶ。そして、「差し押さえるべき物」に該当するためには、①令状に明記された物件に該当することに加え、②被疑事件との関連性（憲法 35 条、刑訴法 222 条 1 項・99 条 1 項）が必要とされる。したがって、捜索場所で発見されたある物が被疑事件との関連性（②）を有していたとしても、差押許可状で明記された物件に該当しない（①）のであれば、その物には「差し押さえるべき物」として差押許可状の効力が及ばないから、捜査機関はその物を差し押さえることができない。こうした事態を避けるために、捜査機関は、差押許可状の請求書において、「差し押さえるべき物」として「金銭出納簿、預金通帳、日記、手帳、メモその他本件に関係ありと思料される一切の文書及び物件」という概括的記載をした上で裁判所に差押許可状の請求をし（218 条 1 項、規則 155 条 1 号）、そのような概括的記載のなされた差押許可状の発付を受けるのである。

もっとも、このような「差し押さえるべき物」の概括的記載については、差押許可状における「差し押さえるべき物」の特定性（憲法 35 条 1 項、刑訴法 219 条 1 項）を満たさないのではないか。

差押目的物の特定性（憲法 35 条 1 項、刑訴法 219 条 1 項）の趣旨は、関連性判断の確実性を担保するとともに、捜査機関に対して許可された差押権限の範囲を明らかにすることで捜査機関の差押権限の濫用を抑制することにある。この趣旨からすれば、差押目的物はできるだけ特定して記載されるのが望ましい。

もっとも、令状発付時点では捜索対象内にいかなる物が存在するかが必ずしも明確ではないため、概括的記載をする必要性を無視することもできない。

B

最大決 S33.7.29・百 A5

判例講座 I 121 頁

判例講座 I 121 頁、リークエ 125 頁

そこで、概括的記載も、①「本件に関係あり」という被疑事件との関連性による限定があり、かつ、②具体的例示を伴っているものであれば、「差し押さえるべき物」の特定性が認められると解する（判例）。

3. 当該物が令状記載の「差し押さえるべき物」に該当すること（②）

A

令状の有効性（憲法 35 条 1 項、刑訴法 219 条 1 項）が認められ、当該物が令状記載の「差し押さえるべき物」に該当するのであれば、当該物に対して有効な令状の効力が及ぶことになる。

したがって、別件差押えや差押えの必要性を欠くといった例外的事情がない限り、差押えは適法である。

〔論点 3〕 令状記載の「差し押さえるべき物」への該当性

A

1. 差押許可状の効力は、「差し押さえるべき物」（憲法 35 条 1 項、刑訴法 219 条 1 項）として明示された物についてのみ及ぶ。

「差し押さえるべき物」に該当するためには、①令状に明記された物件に該当することに加え、②被疑事件との関連性（憲法 35 条、刑訴法 222 条 1 項・99 条 1 項）が必要とされる。

リークエ 132～133 頁

例えば、令状で「差し押さえるべき物」として「本件に関連する通帳、帳簿、メモ」と記載されている場合、①当該物が令状記載の「通帳、帳簿、メモ」という品目に該当すること、②当該物が「本件に関連する」といえること（＝物と被疑事件との関連性）が必要となる。

2. ②における「関連」性は、当該被疑事件の直接証拠や間接証拠のみならず、当該被疑事件の情状に関する証拠（情状証拠）や背景事情に関する証拠（背景証拠）についても認められうる。

もともと、令状における「本件に関連する」という記載が、常に情状証拠や背景証拠まで意味しているとは限らず、「本件に関連する」という記載がどの範囲の証拠を意味しているのか（どのような内容・程度の関連性を意味しているのか）を、解釈により明らかにするべき場合がある。

〔判例〕 恐喝の背景事情や情状に関する証拠

B

事案：捜査機関は、暴力団 O 連合 O 組の若頭であり A 及び同組と親交のある B が、そのことを背景として V を恐喝したという被疑事実の捜査として、「差し押さえるべき物」として「本件に関係ある、1. 暴力団を標章する状・バッジ・メモ等、2. 拳銃・ハترون紙包みの現金、3. 銃砲刀剣類等」と記載した差押許可状に基づき、O 連合名入り腕章、ハッピー及び組員名簿のほか、賭博メモ 196 枚（＝同組合員である X らが賭博場を開帳した際の寺師や胴師の名前・張客の名前・寺銭その他の計算等についての記録のあるメモ）を差し押さえた。

最判 S51.11.18・百 21

要旨：「右搜索差押許可状には、前記恐喝被疑事件に関係のある「暴力団を標章する状、バッジ、メモ等」が、差し押さえるべき物のひとつとして記載されている。この記載物件は、右恐喝被疑事件が暴力団である O 連合 O 組に所属し又はこれと親交のある被疑者らによりその事実を背景として行われたというものであることを考慮す

るときは、O組の性格、被疑者らとO組との関係、事件の組織的背景などを解明するために必要な証拠として掲げられたものであることが、十分に認められる。そして、本件メモ写しの原物であるメモには、O組の組員らによる常習的な賭博場開張の様子が克明に記録されており、これにより被疑者であるAと同組との関係を知りうるばかりでなく、O組の組織内容と暴力団の性格を知ることができ、右被疑事件の証拠となるものであると認められる。してみれば、右メモは前記許可状記載の差押の目的物にあたりと解するのが、相当である。」

〔論点4〕電磁的記録媒体についてその記録内容を確認せずに差押えること

差押許可状の効力は、「差し押さえるべき物」（憲法35条1項、刑事訴訟法219条1項）として明示された物についてのみ及ぶ。そして、差押対象物は「証拠物…と思量するもの」に限られる（222条1項・99条1項本文）から、「差し押さえるべき物」に該当するためには、①令状に明記された物件に該当することに加え、②差押えに先立ち被疑事件と関連性があると判断できる物であることを要する。

電磁的記録媒体については、可視性・可読性がなく、その外観からは被疑事実との関連性を判断し難いため、その記録内容を確認せずに差押えを行った場合、被疑事件との関連性があると判断できない物を差し押さえたのではないかという形で、②の充足性が問題となる。

例えば、捜査機関が「差し押さえるべき物」として「本件に関連するフロッピーディスク、パソコン…」と記載されている捜索差押許可状に基づいて、捜索を実施したところ、被疑者がフロッピーディスクやパソコンに記録されている情報を瞬時に消去するコンピュータソフトを開発しているとの情報を事前に得ていたことから、捜索現場でフロッピーディスクやパソコンの中に被疑事実に関する情報が記録されているのかを確認したのでは上記ソフトにより情報が損壊される危険があると考え、捜索現場で内容を確認することなくフロッピーディスク及びパソコンを差し押さえたという事案（最高裁平成10年決定の事案）などで問題となる。^{2) 3) 4)}

差押えに関する「正当な理由」（憲法35条1項）は規範的な要件であるから、「正当な理由」を基礎づける関連性の程度は令状執行の際の具体的状況によって変動し得る（関連性変動説）。

そこで、①その場で関連性を判断することの支障となる事情がある場合に

2) 直接の可視性・可読性のある物や、発見状況等から被疑事件との関連性が明らかである電磁的記録媒体であれば、内容の確認をするまでもなく当然に関連性が認められるから、〔論点4〕を論じる実益はない（後者につき、平成25年司法試験・採点実感）。

3) 従来は、捜索・差押えを受ける相手方に、データのアウトプットに協力する義務を課すことができなかったが、平成23年の刑訴法改正により、電磁的記録に係る記録媒体が差押目的物である場合には、捜査機関が、捜索・差押えの実施にあたって、処分を受ける者に対して、コンピュータの操作その他の必要な協力を求めることができることとなった（221条1項・111条の2）。

4) この問題は、包括的差押えの可否として論じられることが少なくないが、内容を確認せずに差押えが可能かということは1個の記録媒体についても全く同様に問題となることであるから、問題の核心は、包括的差押えが認められるか否かではなく、その数を問わず、電磁的記録媒体につき、その内容を確認しないで差押えをすることが許されるかという点にある（判例講座I143頁）。

A

最決 H10.5.1・百 22

事例演習 116 頁

は、要求される関連性の程度が緩和され、②電磁的記録媒体の中に被疑事実に関連する情報が記録されている蓋然性が認められれば、記録内容を確認することなくこれらを差し押さえることが許されると解する（判例）。

なお、最高裁平成10年決定は、②の蓋然性と情報損壊の危険がある場合にこのような差押えを許容しているが、情報損壊の危険は被押収者らが情報を瞬時に消去するソフトを開発しているとの事前情報があったという当該事案を前提とした例示にすぎないから、情報損壊の危険がない場合に差押えを認めることは判例の趣旨に抵触するものではない。⁵⁾

〔判例〕フロッピーディスク、パソコンの差押え

事案：論点4の事案を参照

要旨：「本件は、自動車登録ファイルに自動車の使用の本拠地について不実の記録をさせ、これを備付けさせたという電磁的公正証書原本不実記録、同供用被疑事実に関して発付された搜索差押許可状に基づき、司法警察職員が申立人からパソコン1台、フロッピーディスク合計108枚等を差し押さえた処分等の取消しが求められている事案である。原決定の認定及び記録によれば、右許可状には、差し押さえるべき物を「組織的犯行であることを明らかにするための磁気記録テープ、光磁気ディスク、フロッピーディスク、パソコン一式」等とする旨の記載があるところ、差し押さえられたパソコン、フロッピーディスク等は、本件の組織的背景及び組織的関与を裏付ける情報が記録されている蓋然性が高いと認められた上、申立人らが記録された情報を瞬時に消去するコンピュータソフトを開発しているとの情報もあったことから、搜索差押えの現場で内容を確認することなく差し押さえられたものである。

令状により差し押さえようとするパソコン、フロッピーディスク等の中に被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性が認められる場合において、そのような情報が実際に記録されているかをその場で確認していたのでは記録された情報を損壊される危険があるときは、内容を確認することなしに右パソコン、フロッピーディスク等を差し押さえることが許されるものと解される。したがって、前記のような事実関係の認められる本件において、差押え処分を是認した原決定は正当である。」

〔論点5〕関連性の判断基準時

差押目的物に該当するための要件の1つである被疑事件との関連性が認められるためには、事後的にみて当該物が実際に被疑事件を立証し得る証拠に当たることを要するのか、それとも、差押え時を基準として当該物が被疑事件を立

B

最決 H10.5.1・百 22

B

平成 25 年司法試験・採点実感

⁵⁾ ①の場合としては、⑦電磁的記録媒体が大量に存在するため、又は電磁的記録媒体に大量の情報が含まれ得るため、全内容を確認するのに長時間を要し、被処分者にも著しい不利益が生じる場合、④内容確認をしている間に被処分者等が情報を損壊・消去する等の（高度）の危険がある場合、⑧電磁的記録媒体に特殊なプロテクトがかけられているなど、技術的にその場で内容を確認することが不可能又は困難である場合が考えられ、本決定は⑧の場合についての判断を示したものであり、⑦・⑧の場合にも内容確認を経ない差し押さえが許容されるのか明らかでない（リークエ 136～137 頁）。これについて、百 22 解説〔宇藤崇〕では、「技術的な理由から搜索の目的を遂げることが不可能または著しく困難な場合や、およそ搜索現場にあって搜索対象者の協力を受けることが十分に期待できないような場合などについては、本決定の射程外ではあるが、特段の妨げはないと解される。」と説明されているため、⑦・⑧の場合にも内容確認を経ない差し押さえが許容されると解してよい。

証し得る証拠に当たると合理的に判断できることで足りるのか。仮に後者の理解に立つのであれば、差押え時において当該物が被疑事件に関連する証拠物であると合理的に判断された場合には、その後に当該物が被疑事件に関連する証拠物ではないことが判明したとしても（例えば、携帯電話を差し押さえ、警察署でその中身を精査したところ、被疑事件に関連する情報が記録されてないことが判明したときであっても）、被疑事件との関連性は否定されない。⁶⁾

この論点は、[論点 4] との組み合わせで問題になることもある。

例えば、[論点 4] の事案において、その場で関連性を判断することの支障となる事情があり、かつ、フロッピーディスク及びパソコン（以下「フロッピーディスク等」という。）の中に被疑事実に関連する情報が記録されている蓋然性が認められたため、捜索現場で記録内容を確認することなくフロッピーディスク等を差し押さえ、警察署において情報を消去するコンピュータソフトの存在を確認し、これを解除した上でフロッピーディスク等の内容を確認したところ、そこには被疑事件に関する情報が記録されていなかったため、フロッピーディスク等を被処分者に還付した（222 条 1 項、123 条 1 項）という場合には、[論点 4] を論じた後に、さらに [論点 5] も問題となる。

「差し押さえるべき物」に該当するためには、①令状に明記された品目に該当することに加え、②被疑事件との関連性が必要とされる。

そして、②の関連性は、差押え時の事情から判断される。

そうすると、差押え時において当該物と被疑事件の関連性があると判断された場合、その後に関連性の不存在が明らかになっても、関連性を欠くとして差押えが違法になることはない。

4. 別件差押え (③)

差し押さえた物が令状記載の「差し押さえるべき物」に当たらない場合は、令状の効力が及んでいない物を差し押さえていることを理由として差押えが違法になるのであって、これは別件差押えではない。

別件差押えは、前記 1・2 を満たす場合に、初めて問題となる。例えば、差し押さえられた物が令状記載の「差し押さえるべき物」に当たるものの、被疑事件との関連性が弱い一方で別罪との関連性が強いという場合に問題になる。⁷⁾

[論点 6] 別件差押え

1. 憲法 35 条 1 項・刑訴法 219 条 1 項が「差し押さえるべき物」の明示を要求した趣旨からすれば、捜査機関が専ら別罪の証拠に利用する目的で差押許可状に明示された物を差し押さえることも禁止される（判例）。

⁶⁾ 後者の理解に立った場合、差押え後に当該物が被疑事件に関連する証拠物でないことが判明したときであっても、差押えの適法性は否定されないが、「留置する必要がない」ことが判明した以上、事件の終結を待たないで、これを被処分者に還付する必要がある（222 条 1 項、123 条 1 項）。

⁷⁾ 理論上は、別件捜索の禁止されるため、別件捜索も問題となり得るが、別件差押えに比べて別件捜索が問題となるケースは稀であろう。

A

A

最判 S51.11.18・百 21

2. 当てはめでは、①当該物と被疑事件の関連性の程度、②当該物と別罪の関連性の程度、③被疑事件との関連性を有する他の証拠物とともに当該物が差し押さえられているかが問題となる（③では、他の証拠物と別罪の関連性の有無・程度／被疑事件との関連性の程度も考慮する。）。

例えば、①当該物が被疑事件との関連性が弱い一方で、②別罪との関連性が強いのであれば、「専ら別罪の証拠に利用する目的」が窺われる。しかも、③被疑事件との関連性を有する他の証拠物を差し押さえることなく、当該物だけ差し押さえたというのであれば、「専ら別罪の証拠に利用する目的」があると認定できる。

これに対し、①・②は上記と同じでも、③当該物が被疑事件との関連性を有する他の証拠物とともに差し押さえられているのであれば、他の証拠と別罪の関連性の存否・程度、他の証拠と被疑事件との関連性の程度によっては、「専ら別罪の証拠に利用する目的」が否定される。

[判例]

事案：…略…

要点：「憲法 35 条 1 項及びこれを受けた刑訴法 218 条 1 項、219 条 1 項は、差押は差し押えるべき物を明示した令状によらなければならない旨を定めているが、その趣旨からすると、令状に明示されていない物の差押が禁止されるばかりでなく、捜査機関が専ら別罪の証拠に利用する目的で差押許可状に明示された物を差し押えることも禁止されるものというべきである。そこで、さらに、この点から本件メモの差押の適法性を検討すると、それは、別罪である賭博被疑事件の直接の証拠となるものではあるが、前記のとおり、同時に恐喝被疑事件の証拠となりうるものであり、O 連合名入りの腕章・ハッピー、組員名簿等とともに差し押えられているから、同被疑事件に関係のある「暴力団を標章する状、バッチ、メモ等」の一部として差し押えられたものと推認することができ、記録を調査しても、捜査機関が専ら別罪である賭博被疑事件の証拠に利用する目的でこれを差し押えたとみるべき証拠は、存在しない。以上の次第であって、右メモの差押には、原判決の指摘するような違法はない…。」

A

最判 S51.11.18・百 21

5. 差押えの必要性 (④)

218 条 1 項は、「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」に捜索・差押えを行うことができると定めており、これは捜査比例の原則の現れである。

そこで、ここでいう「必要」性とは、狭義の必要性のみならず相当性も含む概念であると解する (判例)。

したがって、①捜査目的を達成することができるより侵害性の低い代替手段が存在する場合のみならず、②当該差押えの必要性の程度と被処分者側の法益侵害の程度とが明らかに均衡を欠く場合にも否定される (②では、「被処分者側」の法益侵害として、被処分者のみならず、その関係者の法益侵害まで考慮されることがある)。

なお、物と被疑事件との関連性が認められ、前記 2 を満たす場合には、差押

B

酒巻 107 頁、リークエ 121~122 頁

最決 S44.3.18・百 A4

えの必要性が認められるのが通常であるから、試験対策上は、差押えの必要性の存否が疑われる場合に限って言及すれば足りると考えられる。

[判例] 差押えの必要性

事案：捜査機関による差押えについて、その必要性を欠いていたとして、準抗告が申立てされた。

要旨：「刑訴法 218 条 1 項によると、検察官もしくは検察事務官または司法警察職員は「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」に差押をすることができるのであるから、検察官等のした差押に関する処分に対して、同法 430 条の規定により不服の申立を受けた裁判所は、差押の必要性の有無についても審査することができるものと解するのが相当である。そして、差押は「証拠物または没収すべき物と思料するもの」について行なわれることは、刑訴法 222 条 1 項により準用される同法 99 条 1 項に規定するところであり、差押物が証拠物または没収すべき物と思料されるものである場合においては、差押の必要性が認められることが多いであろう。しかし、差押物が右のようなものである場合であつても、犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が隠滅毀損されるおそれの有無、差押によつて受ける被差押者の不利益の程度その他諸般の事情に照らし明らかに差押の必要がないと認められるときにまで、差押を是認しなければならぬ理由はない。したがつて、原裁判所が差押の必要性について審査できることを前提として差押処分の当否を判断したことは何ら違法でない。」

B

最決 S44.3.18・百 A4