

# 無令状搜索押収と適法性判断 (3・完)

——憲法35条による権利保障——

## 緑 大 輔

- I 問題の所在
- II わが国の問題状況の概観
- III 合衆国憲法修正4条における保障利益と解釈準則
  - 1. 合衆国憲法修正4条の保障利益 (以上, 第28巻1号)
  - 2. 修正4条の解釈準則
  - 3. 実体的権利と適法性判断基準 (以上, 第28巻2号)
- IV 憲法35条の保障利益と解釈準則
  - 1. 憲法35条をめぐる憲法学説と刑事訴訟法学説
    - (1) 憲法と刑事訴訟法の間
    - (2) 「二重の権利保障」
  - 2. 無令状搜索押収における適法性判断
    - (1) 解釈準則と権利保障
    - (2) 一律判断アプローチと総合考慮アプローチ, 憲法35条文言の機能
  - 3. 憲法上の価値と刑事訴訟法の解釈
- V 結 び (以上, 本号)

### VI 憲法35条の保障利益と解釈準則

本章では、日本国憲法35条の保障する利益と、その解釈基準について検討する。本来なら、日本の判例が35条の保障する利益をどのように考えてきているのか、検討する必要がある。しかし、日本の判例は明示的に35条の文言以上に踏み込んで、どのような権利を保障しているのか言及することはない。無令状搜索押収にかかわる個々の裁判例の分析をして、析出するという作業が必要である。そこで、判例の分析については、刑事訴訟法の解釈論とともに機会を改めて検討・評価することとし、ここではひとまず、憲法35条の保障利益をめぐる日本の学説について検討する。

## 1. 憲法35条をめぐる憲法学説と刑事訴訟法学説

### (1) 憲法と刑事訴訟法の間

憲法学においては、通常捜索差押えについて詳細な検討を加えた杉原泰雄の研究<sup>1)</sup> など一部を除いて、行政調査の規制方法を模索する文脈で憲法35条の保障内容を検討するアプローチが中心であった。そのため、刑事訴訟法の解釈（ましてや無令状捜索押収）に直接結合した形で憲法35条について検討することは、稀である。唯一の例外として、「第三十三条の場合を除いては」という文言が、現行犯のみを意味するのか、通常逮捕も意味するのか、緊急逮捕を含むのか、という限りで刑事訴訟法220条の合憲性について触れているにとどまる。

そのような状況を踏まえて、まずは憲法学説が憲法35条の保障する利益として、どのような利益を想定しているか、確認する必要がある。

**実体的権利保障説** まず、憲法35条が、何かしらの実体的な権利を保障していると見る学説は多い。例えば、最も代表的な憲法の教科書の一つは、「住居は人の私生活の中心」とした上で、憲法35条の保障する利益について、「通信の秘密と並んで私生活の自由ないし広義のプライバシーの権利の一つを構成するものと解することもできる」と説明している<sup>2)</sup>。ここでいう「広義のプライバシーの権利」とは、個人の私的領域に他者を無断で立ち入らせないという意味のようである<sup>3)</sup>。また別の最近の教科書は、より端的に「私的な空間を保有することは、人として生きるための必須の条件」とした上で、「35条の主要な目的はプライバシーの保護にある」と言い切っている<sup>4)</sup>。これらの見解に共通しているのは、憲法35条を実体的権利である「プ

1) 杉原泰雄『基本的人権と刑事手続』（学陽書房、1980年）。

2) 芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法』（第三版、岩波書店、2002年）227頁。

3) 同前117-118頁。

4) 長谷部恭男『憲法』（第三版、新世社、2004年）263頁。また、35条は、憲法21条2項の「通信の秘密」と並んで、プライバシーの特定態様を保障したものととして説明されている（憲法13条はプライバシーの一般的保障を定めたものと位置づけられる）。高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（有斐閣、2005年）234頁。

ライバシー権」を保障するものとして位置付けている点にある。

この見方を少し広げて、必ずしも純粹に「私的」な空間に限らず、事務所や大学の研究室なども含まれるべきとして<sup>5)</sup>、「およそ人が私生活の保護について合理的な期待を抱く場所」を憲法35条が保障しているという見解もある<sup>6)</sup>。この見解も、実質的には「プライバシー権」保障を目的とした実体的権利保障規定として憲法35条を読むことに、先の芦部・長谷部説と大差はないであろう<sup>7)</sup>。しかも、「およそ人が私生活の保護について合理的な期待を抱く場所」という保障範囲の画定方法は、合衆国のカツツ判決ハーラン判事補足意見で見られた「プライバシーの合理的期待」論と極めて近いように見える<sup>8)</sup>。

このように憲法35条の保障する利益を「プライバシー権」あるいは「私生活の不可侵」という自由権としてとらえる見方は憲法学上少なくない。もっとも、35条が刑事手続のみに適用されるのか、行政手続にも適用されるのか、というような論点になると、35条が刑事手続上の「人身の自由」の一種としてとらえるべきか否かが問題となりうるが<sup>9)</sup>、差し当たって本

5) 杉原・前掲注(1) 184頁参照。

6) 佐藤幸治『憲法』（第三版，青林書院，1995年）581頁，辻村みよ子『憲法』（第二版，日本評論社，2004年）299頁。

7) 但し，佐藤幸治説は必ずしも「大差はない」とは言えないかも知れない。佐藤は「適正手続」の要求は憲法13条の「個人の尊厳」から導かれるとし，13条の中にも「個人は，一定の個人的事柄について，公権力から干渉されることなく，自ら決定することができる権利」という妨害排除請求権のような要素が含まれるとする。そのため，実は35条でプライバシー権を保障していると理解しているのか，明らかではない面もある。実際，前掲注(7) 581頁以下の憲法35条に関する説明の部分では，「プライバシー」の語は一度も使われていない。佐藤幸治が憲法35条について，手続と実体をどのように位置付けているのか，その構造は必ずしも明らかではない。

8) もっとも，実際にどのような場合に「合理的」と判断されるのか，憲法学説上は示されていないため，合衆国の「プライバシーの合理的期待」論と同視してよいと断言はできない。

9) 行政調査については，しばしば憲法13条の問題としてとらえられている。ここでは，ドイツの影響を受けて，憲法13条から「手続的法治国原理」という概念を導き，それにより行政調査の手続の適正性を担保しようとする。早坂禧子「行政

稿では刑事手続のみを問題の対象としているので、この争いは重要ではない。

ただ、この実体的権利説の問題は、「実体的な自由権を保障したものと解するにもかかわらず、その具体的な権利内容や保障の解除条件を全く示さない」点にある<sup>10)</sup>。憲法35条の定める手続と、保障しているとされる権利との関係が不明確なままであるため、この見解から無令状搜索押収の規範を一義的に導くことは難しい。

**手続的権利保障説** これに対して、独特な見解を示しているのが奥平康弘説である。奥平説は、憲法31条以下が、そもそも実体的権利を保障する規定だとは理解しない。もっぱら手続的保障の請求権を認めたものとして理解するのである。奥平説は、憲法35条を含めた31条以下の条項を、次のように説明している。やや長くなるが、以下に引用する<sup>11)</sup>。

「逮捕されない自由などが人間に具わっていることを当然とし、それを剥奪する場合の令状主義という手続、したがって**一定の制度の確立を**、憲法三三条および三五条は主要目的としているのではあるまいか。…憲法三一条以下は、こうした自由（引用者注：逮捕拘禁からの自由）への剥奪を見込んだうえで、つまり侵害権力の存在を前提としたうえで、それが正当化され是認されるための手続的要件を定めた。国家のほうからすれば、この手続的要件を踏まえなければ、市民の身近へは一步も近づけず、また、市民の側からすれば、この手続的要件を欠いた権力侵害に対しては、断固として排除を請求できる、という構造に

、調査——強制の視点を中心として——」公法研究58号（1996年）194頁以下参照。このような見解からすれば、憲法35条は刑事手続に特化した条項として位置付けられることになる。もっとも、最高裁の判決は行政調査についても、憲法35条が適用されることを否定していない。例えば、最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁（川崎民事事件）参照。

10) 大石眞「住居の不可侵」高橋和之ほか編『憲法の争点』（第3版、有斐閣、1999年）142頁以下、142-143頁。

11) 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993年）298-300頁。

なる。憲法三一条以下の権利の本質を、手続的な請求権と見ることは、当然のことながら、自由のありように考察の重点を置くのではなくて、手続的制度的な保障のありように全注意を集中させることになる。」（強調部は引用者による）

奥平説によれば、令状主義を定めた手続的保障規定自体が、「自由を侵害しうる例外を正当化する手続条件を特記」することで、「原則としての自由を確保」することを目的としているという。つまり、憲法31条以下では、「手続要件をはめ込むことによって例外が定められているのだとすれば、もうこれ以上さらに例外の例外ということはあり得ない」。31条以下を自由権の規定として位置付けると、大抵の自由権がそうであるように、「公共の福祉」や「内在的制約」という限界に服するという議論をもたらしてしまうことに、強い危惧を抱いているのである。

この奥平説は、厳格に捜査機関の捜査権限を規制するための解釈上の戦略としては、非常に魅力的ではある。奥平説の論理からすれば、憲法で明文化された権限以外には、捜査機関が市民の権利を制約する権限を持つことはない。捜査機関が市民の権利を制約する権限は、憲法文言がすべてということになる。確かに、憲法上の明文がある逮捕などの身体拘束や、令状に基づく搜索押収に対しては、捜査機関を拘束する目的において、極めて有効な解釈である。実体的な利益衡量の余地を封殺し、手続を厳格にルール化する点では戦略的に魅力がある。これは、先に見たスタントの発想に通底する議論であるといえよう<sup>12)</sup>。

しかし、奥平説に依拠すると、いくつか問題が生じる。まず、沿革上の問題がある。「住居の不可侵」という実体的な権利は、1789年の人権宣言にも見出される権利である。しかし、現行憲法では、「住居の不可侵」の権利に該当する規定は憲法35条において他に存在しない。そのため、奥平説に

---

12) 本稿、修道法学28巻1号（2005年）413頁参照。

よれば、「住居の不可侵」の権利は、実体的権利としては明文の根拠を欠くことになってしまう。果たして憲法はそのような想定をしていたと言えるのか<sup>13)</sup>。実体的権利としての根拠を喪失した場合、住居の不可侵を通常搜索押収の場面以外では、主張することが理論的に困難になりうる。

さらに、31条以下の手続条項一般への奥平説についての批判であるが、仮に奥平説の主張どおりだとすれば、31条以下は文理解釈以上の解釈適用を施される可能性が封じられることになる。そうすると、文理上は明らかに刑事手続を念頭においていると思われる31条以下の条項（特に38条など）を、行政調査など非刑事手続に対して類推適用することが困難になる<sup>14)</sup>。

また、刑事手続にとっても重大な問題が生じる。それは、奥平説が文理解釈に強い基礎を置くがゆえに生じる問題である。実は、憲法35条自体が、明文で「第三十三条の場合を除いては」令状主義を採用するという規定方式をとっている。ということは、奥平説の論理を推し進めると、「第三十三条の場合」には、手続的権利の保障が解除される。そして、その場合、どのように手続を規制すればよいのかが、規範として出てこないのである。憲法35条が実体的権利保障を含まず、奥平説の言うとおりの「自由のありように考察の重点を置くのではな」とすれば、無令状搜索押収に対して、一体どのような憲法上の規制原理が出てくるのかが、全く不明になってし

13) 大石眞「憲法35条解釈の再構成」法学論叢136巻4=5=6号（1995年）165頁以下、172頁。

14) 棟居快行「適正手続と憲法」樋口陽一編『講座憲法学4』（日本評論社、1994年）229頁以下、235頁。同時に棟居は、奥平説を「政教分離原則が信教の自由の制度的保障であるとされる場合の制度的保障説に類似した考え方である」とし、「手続保障は実体的自由権を確保するための制度的保障に過ぎず、目的である当該自由が確保されるならば、手続保障は限定的に捉えてもよい、という論法には対抗しづらいであろう」と評する。しかし、この指摘は、奥平説がわざわざ自由の確保から切り離して、31条以下を「手続的請求権」と呼んでいることを軽んじているように思われる。奥平説は、むしろ「当該自由が確保」されたか否かに関わりなく、手続的な権利の保障が求められるという点に主眼があるのではないか。この部分において、棟居の指摘は奥平説の問題意識と噛み合っていないように思われる。

まう。この点において、奥平説は構造的に無令状搜索押収に対する弱さを持っており、思われる。

奥平説が無令状搜索押収に対する規範を導く論理として、他に残しているのは、憲法13条のプライバシー権、憲法29条の財産権という実体的権利保障規定を持ち出して、利益衡量を行うという方法である。しかしその場合、刑事手続という、刑罰が科されるか否かという人身の自由にも関わらう文脈が、13条や29条においてどれほど考慮されるのか、疑わしい<sup>15)</sup>。ましてや、29条に至っては「公共の福祉」による制限を認めうることを明文上認めており、奥平説が本来否定しようとしていたはずの、「搜索押収を受けない自由」の「公共の福祉」による制約が、文言上真正面から認められることになってしまう。しかも、29条は2項で、財産権の内容自体を、「公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」としており、刑事手続の場合は、刑訴法によって財産権保障の内容を比較的制約的に規定することになりかねない。つまり、憲法の明文以外にも、財産権制約の根拠を刑訴法で新たに設けることが可能となる。これが奥平説の目指していた方向と本当に合致するのか、疑わしい。さらに従来の憲法学では少なくとも、29条を人身の自由の文脈で語ることは稀であり、専ら「経済的自由権」の一環としてのみ議論されている。その背景には、29条が補償の要否とセットで財産権を規定しており、主に公用収用などを想定した条文のように読める点があるだろう。

仮に実体的権利保障を憲法35条が含んでいないとすれば、憲法21条で保

15) 少なくとも、しばしば憲法学上、個人の財産権を含む経済的自由権については、いわゆる「二重の基準」の採用によって精神的自由権よりも緩やかな合憲性判定基準を採用することが妨げられない旨が説明されている。例えば、芦部・前掲注(2) 100頁以下、長谷部恭男「それでも基準は二重である！」同『比較不能な価値の迷路』（東大出版会、2000年）99頁以下所収。この考え方が前提とされる場合、29条の財産権については厳格な基準を採用しにくい。これに対し、本稿は35条に別途財産権が実体的権利として保障されると理解することで、搜索押収の文脈における財産権の保障を「二重の基準」論から切り離す。奥平説が、財産権保障の根拠を29条などに求めるとすれば、「二重の基準」論との関係でも問題が生じうる。

障される表現の自由と、憲法35条の搜索押収を受けない権利を同一平面上に並べることで（つまり搜索押収を受けない権利を実体的権利保障としても位置づけることで）、合憲性判定基準を他の自由権と比較して導くことはできない。そうすると、無令状搜索押収の合憲性を29条及び13条に基づいて判定する基準ことになるだろうが、上記の批判が妥当することになる。

つまり、無令状搜索押収においては、常に実体的権利としての自由権の「ありよう」を問題とせざるを得ず、無令状搜索押収への法的統制を憲法35条において行う方が、最もその権利制約性を除去できるのである<sup>16)</sup>。

以上のように、奥平説のような手続的権利保障論によって、無令状搜索押収への規範を導くことは困難である。

刑事訴訟法学説における「手続的保障」論 しかしながら、この奥平説は、刑訴法学者から比較的好意的に受け止められている節がある。例えば、憲法35条の説明をする際に、次のような形で言及される。以下は、盗聴について論じる文脈でのものである。

「これらの規定（引用者注：憲法21条2項，13条）がプライバシー権を実体的に保障するものであるのに対し、憲法31条の適正手続の保障は、そのことを前提としつつ、主として刑事手続において、プライバシー権を含む個人の人權を手続的に保護しようとするものであり、憲法35条の令状主義は、その適正手続の保障をさらに特化させたものと

16) もっとも、奥平説は、逮捕時の無令状搜索押収の法的統制を、憲法33条自体に委ねていると解している可能性もある。その場合、逮捕の完遂に必要な限りでのみ、無令状搜索押収が可能だという帰結を導くことになろう。なぜならば、憲法33条は証拠収集についての規律を一切含んでおらず、専ら逮捕行為について授權するのみだからである。このような理解に立つ場合、現行刑事訴訟法220条の解釈として、被疑事実に関する証拠物の収集を許容する理解は違憲と判断されることになろう。しかし、そうだとすると、逮捕完遂のための所持品検査を許容している警察官職務執行法2条4項とは別に、刑事訴訟法220条が設けられている意味が問題となるだろう。



位置付けることができる」<sup>17)</sup>

この考え方は、35条＝手続的保障、13条21条＝実体的権利としてのプライバシー権保障、という認識が色濃く示されており、先の奥平説に極めて近い説明の方法であるように読める。この論者の見解では、少なくとも憲法35条の保障内容を手続そのものと解する限りで、奥平説に対して、否定的なスタンスを取っているとは考えにくい。

さらに積極的に奥平説を用いていると思われる見解もある。同じく盗聴について論じる文脈でのものである。

「憲法三五条は単に権利侵害の許容条件を定めた規定にとどまらず、何よりも刑事手続における人権規定として存在している。人権規定であるという意味は、「一方では、国家権力を手続的に拘束し、他方では市民に対して手続的保障の請求権を与えている」ところにある。…さらに、憲法三五条が搜索・差押を受ける市民の「手続的保障の請求権」をも保障する規定であることからすれば、処分を受ける市民には「手続的保障」が守られているかどうかを監視し、統制する権利が保障されなければならない。」<sup>18)</sup>

ここでも奥平説が引用されている。興味深いのは、上記2つの引用（井上正仁説、川崎英明説）は、盗聴に対してまったく異なる見解を持っている。前者は盗聴が憲法35条に反しないという立場であり、後者は憲法35条に反するという立場である。しかし、双方の論者が奥平説もしくはそれに近い憲法35条理解を示し、自らの見解を導く基礎としている。このような奇異な現象がなぜ生じたのか。

井上説が手続的権利保障説を引用した目的は、どのようなものだったか。

17) 井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（有斐閣、1997年）12頁。

18) 小田中聰樹ほか『盗聴立法批判』（日本評論社、1997年）92頁 [川崎英明執筆]。

それは、盗聴の合憲性を論じる際には、13条、21条2項、31条、35条のいずれの問題になるかを検討する際、結局のところ手続の問題として35条が直接の問題とならざるを得ないという論旨においてである。つまり、井上論文にとって、35条が純粹に手続的権利保障のみなのか、実体的権利保障も含んでいるものなのかは、ここでの主要な関心事ではない。「盗聴の合憲性は、35条でこそ問題になりうる」ということの論証のために「手続的保障」概念が用いられている。

他方、川崎論文においては、令状の呈示が令状主義の本質を為すことを論証する手段として、奥平説が引用されている。市民が手続的保障の「請求権」を持つという論理が、令状呈示の不可欠性を導くのに馴染む論理であり、そこからは盗聴が憲法35条違反であることを導きやすい。

このように、井上論文における「憲法35条＝『手続的保障』純化」の発想と、川崎論文における「憲法35条＝手続的権利」の発想は、盗聴という問題に憲法35条でどのように対応すべきかという文脈で語られている。そして、35条を「手続」の保障に純化することが、令状主義、無令状搜索押収の構造全体に対してどのような理論的影響を及ぼすかは、必ずしも念頭に置かれていないのではなからうか。つまり、両者とも「盗聴」という限られた問題への関心のために手続に35条の保障を特化させてしまっているのである。

それがゆえに、先に指摘したような「憲法35条＝手続的権利保障」説の問題点が十分に認識されていない、という状況が生じているように思われる<sup>19)</sup>。

19) 田宮裕は、憲法35条をもともと手続的権利に純化した規定としてとらえていなかった可能性もある。例えば、憲法35条・令状主義を「証拠収集という捜査の必要性と保護されるべき私生活圏、すなわちプライバシーの間に、妥当な調整をはかるために本規定は置かれた」と評している（傍点引用者）。35条自体によって、プライバシーという実体的権利と捜査の「調整」を凶るのだとすれば、その前提として35条においてもプライバシー権という実体的権利保障が含まれているものと認識していた可能性がある。田宮裕『刑事訴訟法』（新版、有斐閣、1996年）100頁。

また、別の理由も考えられる。憲法31条以下の他の刑事手続に関わる規定を見てみると、その中には実体的権利の読み込みが困難な条文が存在している。例えば、憲法37条で保障されている「公平な裁判所」や証人審問権、弁護人依頼権のような諸権利は、14条～29条のような実体的権利を含んでいるとは考えにくい。むしろ、純粋に手続的な権利として理解する方がわかりやすいかもしれない。憲法38条1項の自己負罪拒否特権について次のような説明が為されているのも、31条以下に合憲性判定基準が従来存在してこなかった理由を表現しているものと思われる<sup>20)</sup>。

「…自己負罪拒否特権が果たしてそのような外在的な利益との衡量を容れる余地がある権利なのかは疑問である。そもそも自己負罪拒否特権の保障自体が、公共の福祉という国家の側の利益と個人の利益との衡量を行った上で、国家の有する利益に憲法自身が一定の譲歩を迫ったものである。だとすれば、そこにさらに公益上の必要性という国家側の利益を持ち込んで、憲法自身が行った衡量の結果を覆すことが許されるかは疑問であろう」

この指摘は、自己負罪拒否特権の制約が許されないことの説明として、適切なものであろう。そして、このような理解に立つ場合、他の31条以下の条文と35条の位置付けを同等に理解するなら、手続的保障として理解する方が整った体系と考えられた可能性もある。

しかし、31条以下のすべての条項は一律に手続的保障のみに純化され、利益の衡量を行うことが一切認められないのだろうか。31条以下のどの条文においても、利益の衡量が一切認められないという発想が、35条の無令状搜索押収においては、むしろ問題を生じさせるのではなかろうか<sup>21)</sup>。無

20) 笹倉宏紀「自己負罪拒否特権」法学教室265号（2002年）103頁以下、104頁。

21) もっとも、無令状搜索押収に限らず、通常搜索押収においても、価値衡量が要請される場面は存在する。例えば、判例においても報道機関の取材結果に対する押収については、「報道のための取材の自由」と「公正な裁判の実現」「適正迅速

令状搜索押収における諸問題の解決を目指す本稿においては、先に指摘したように、「自由のありよう」に考察を及ぼさない「手続的権利保障」の説明は、無令状搜索押収のように憲法上明記された手続が存在しない場合に、深刻な問題を生じるのである。

(2) 「二重の権利保障」

「二重の権利保障」説では、憲法35条の保障する利益をどのようにとらえることが適切なのであろうか。

この点で示唆的なのが、大石眞説である。この見解は、フランス人権宣言において「住居の不可侵」が認められた経緯、憲法35条の制定経緯を確認した上で、「住居の不可侵」性が、もともと刑罰権行使に関わる刑事手続のみを念頭に置いたものではなく、一般的な行政警察活動や税務調査等の非刑事手続にも及ぶという一般原理を導く。その上で、憲法35条が、かような歴史的要請を踏まえて「住居の不可侵」性を制定している以上、①「住居の自由」という「実体的権利」を内包するとともに、②その保障を解除する典型的な局面である刑事手続について令状主義を定めることにより、手続的保障を明示した規定であると主張する<sup>22)</sup>。

つまり、大石説は、憲法35条を「住居の自由」という実体的権利と、「手続的保障」を二重に保障した規定として理解するのである。このように実体的権利を憲法35条に含めることにはメリットがある。それは、奥平説への批判で述べたことと重なるが、憲法21条で保障される表現の自由などと、憲法35条の搜索押収を受けない権利を同一平面上に並べることで（つまり搜索押収を受けない権利を実体的権利保障としても位置づけることで）、合憲性判定基準を他の自由権と比較して導くことが可能になる。つまり、

↘ な搜索」の間の価値の衡量がなされている（最大判昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁）。このような衡量をすること自体は、表現・取材の自由の価値の高さを搜索押収判断に組み込むためにも必要なことであろう。酒巻匡「令状による搜索・差押え（1）」法学教室293号（2005）81頁以下、83頁参照。

22) 大石・前掲注（13）189頁。

憲法35条においても、合憲性判定基準を他の自由権と比較して導くことが可能になるという点にある。そして、無令状搜索押収における自由権のありようを検討することが可能となる<sup>23)</sup>。

そして、同時に手続的保障を保障している。この点を奥平説的に「手続的権利」という権利としての位置づけを与えるとするれば、搜索押収の執行方法などについて何らかの規範を与えうる。手続執行時の有形力行使の限界、令状の呈示の要求などは、この手続的権利から導くことも考えられよう<sup>24)</sup>。

23) 鴨良弼は憲法38条1項の自己負罪拒否特権も、「プライバシー」という実体的権利を保障した条文として理解している。鴨良弼『刑事訴訟法の基本理念』（九州大学出版会、1985年）83頁以下。鴨の見解の場合、38条1項が実体的権利保障と手続的権利保障という二重の保障を承認していると理解している可能性もある。そうであるとすれば、38条1項は35条と異なり、手続的権利保障を解除することを想定した文言を欠く点から、自己負罪拒否特権の制約は認められない（絶対的な保障が与えられる）という説明になりうる。私見では、ここで実体的権利保障も想定するメリットとして、自己負罪拒否特権の及ぶ「範囲」の議論を為しうる点にある。35条が物・会話一般についてのプライバシーを保障し、38条が被疑者被告人らの「供述」についてのプライバシーを保障するという、保障対象の相違を説明しやすくなる。

24) 他の理解として、実体的権利を憲法31条にすべて充填し、憲法35条は純粹に手続的保障として理解する見解もある。この見解は、合衆国で適正手続を定める修正14条が、プライバシー権や財産権のような実体的な権利を保障しているとされている点を重視し、日本でも同様に憲法31条がプライバシー権を保障しているものと理解すべきと主張する。いわゆる合衆国の「実体的デュープロセス」論の全面的な導入である（罪刑法定主義において主張される「実体刑法の適正性」という意味での「実体的デュープロセス」とは異なる。その違いについては、田宮裕『変革のなかの刑事法』（有斐閣、2000年）58頁以下を参照のこと）。新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』（成文堂、2000年）96頁以下。しかし、合衆国の修正14条が「いかなる州も法の適正な手続によらないで、人の生命、自由、財産を奪ってはならない」という一般的な自由権を保障する趣旨の文言を採用しているのに対し、日本国憲法31条は「何人も、法律の手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」という刑罰に特化した文言になっている（「その他の刑罰」という表現から、「生命若しくは自由」の剥奪も刑罰の一種として想定されているはずである）。それにもかかわらず、合衆国の修正14条と全く同じようにプライバシー権などの実体的権利を憲法31条に充填してしまうのは、問題がある。第一に、文言上の乖離が大きく、第二に、憲法31

他方で、大石説において不明確な点もある。それは、大石説が「実体的権利」の内容として示している「住居の不可侵」「住居の自由」という言葉の意味である。「住居の自由」とは、いかなる権利概念であるのか、不明確である。また、「住居の自由」という権利は、35条がその文言において、「住居」と同時に保障している「書類、所持品」に対して、どのような保障を与えるのか、やはり不明確である。

この点、憲法35条の保障利益は、端的に「財産権」と「プライバシー権」という実体的権利の問題として理解すべきであろう<sup>25)</sup>。この「財産権」「プライバシー権」を実体的権利として理解する方が、搜索押収の様々な場面における解釈上の問題を解決するには明確で用いやすいであろう。無論、明確な解釈基準として機能させるには、「財産権」「プライバシー権」の内容が明らかになることが前提となる。

大石説にいう「住居の自由」の内容も、実質的には「財産権」「プライバシー権」の要素を含んでいるのかも知れないが、そうであるなら「財産権」「プライバシー権」として構成する方が、その権利内容についての議論の蓄積がある分、手続法上使いやすいであろう。もう少し丁寧に言えば、「住居」は、その中に含まれる財物の管理処分や、自分の情報が詰まっている私的な空間であり、その意味では「財産権」「プライバシー権」双方の性質を併有するものと考えられる。そのため、「財産権」「プライバシー権」の問題として考える方が、保障の内容はより具体的に検討できると思われる。

**実体的権利の内容—二元的権利保障** では、「財産権」「プライバシー権」のような実体的権利も憲法35条に含まれるとして、実体的権利の内容は「財産権」と「プライバシー権」のいずれかに限られるのか、それとも双方なのか。

- ↘ 条以下の諸条項について、一般条項たる憲法31条を通じて、利益衡量の対象とされるべきではない条項についても利益衡量を行う道を切り拓いてしまうおそれがあるからである。

25) なお、合衆国憲法修正4条の保障利益をめぐる、前掲注(12)434頁参照。

この点、憲法35条でも保障対象になりうる利益が、そもそも「場所ではなく人」というように二者択一の関係にあるのか、検討する必要がある。例えば、先に見たとおり、「プライバシーの合理的期待」の内容を画定する際に、財産権を判断要素として考慮するという形で、実質的にはプライバシー権保障に一元化するような理解もありうる場所ではある。しかし、この考え方は妥当なのだろうか。むしろ、「場所と人」双方を保障するという論理も本来はありえたのではないか。

この問題に関する議論を見ると、「場所」を保障の対象から除外することの論理的必然性は、実は示されていないように思われる。例えば、修正4条が「場所ではなく人」と保障対象に言及したのは、修正4条が財産権を保障しているという財産権理論では盗聴事案の救済及び令状による司法的コントロールが、理論的に困難であったからだった。しかし、それ自体は、「場所」を保障から除外する説明にはなっていない。

プライバシー権の保障が強調されるに至った背景は、盗聴事案のように、財産権からでは保障を導けない場合が存在したからということにとどまるものと解すべきである<sup>26)</sup>。しかも、憲法35条は修正4条と異なり、搜索、押収のみならず「侵入」からも保護することを宣言している。これは、搜

26) これに対して、渥美東洋は35条の保障する利益をプライバシー権に純化しているように思われる。渥美は住居への適法な立入りによってプライバシーが「公共に」「開かれる」ので、その空間内では他罪証拠であっても押収を可能とする。渥美東洋『刑事訴訟法』（新版補訂、有斐閣、2001年）59頁、特に65頁以下。ここでの論理構成が、「緊急事態だから財産権が制約されて押収できる」という論法になっていない点には注意を要する。というのも、適法な住居への立入りによってプライバシーの要保護性が失われたことだけで押収が許されており、なぜ他罪の証拠物の押収という「財産権」を制約する処分まで正当化できるのか、説明が与えられていない。このような渥美の説明方法は、財産権が35条では保護されていないという論理を採用していない限り、導きにくいものであるように思われる。もっとも、このような「財産権」を前提としない発想は他の論者にも見られる。例えば、奥平康弘ほか『盗聴法の総合的研究』（日本評論社、2001年）91頁【川崎英明執筆】は、「憲法35条は沿革的には有体物に化体されたプライバシーの権利の保護規定として生成した」（下線引用者）と述べている。

索行為とは別に、単なる立入り行為をも規制の対象としているように読める（そう読まなければ、「搜索」とは別異の文言を用いる意味がない）。この「侵入」文言は、修正4条以上に、明確に憲法35条が物理的空間としての「場所」も保障していることを意味しているように読める。即ち、仮に人の目に触れるような個人の田畑・庭など、プライバシーの利益があまりないように見える場であっても、そこへの立入りは日常用語法的には「侵入」であろう。このような立入りからも保護を与えようとしていた、つまりプライバシーに尽きない利益として、財産を管理する権限の保障を念頭に置いていたことを示すのではないか。

そもそも、搜索押収によって起きている現象を観察すると、搜索押収によって、実際のところ被処分者が制約されている利益の内実はプライバシー権（自己の情報コントロール）だけではない。押収された財物を使用収益する権利、つまり財産権も制約されているはずである<sup>27)</sup>。そうであるとすれば、憲法35条が令状によって実質的に保障している利益は、プライバシー権と財産権の両者と考えるのが自然である。

よって、憲法35条が保障する実体的権利とは、財産権、プライバシー権の双方にあると理解すべきである（二元的保障）。しかし、このように説明すると、「財産権は29条で、プライバシー権は13条で、それぞれ保障されているはず」という反論がありうる<sup>28)</sup>。しかし、先に確認した合衆国のグリズウォルド判決の論理を見ると、この反論も私見に対してアキレス腱と

27) 杉原泰雄「住居侵入・搜索・押収に対する保障」芦部信喜編『憲法Ⅲ』（有斐閣、1981年）157頁以下所収、157頁。

28) 渡辺修は「感想」としながら、35条の保障する実体的権利の内容について、財産権に限られるとした上で、プライバシー権は13条に保障が委ねられているとする。渡辺修「修正4条とプロパティ概念、プライバシー概念」神戸学院法学14巻2号（1983年）207頁以下、229頁。これは憲法学の多数説がプライバシー権保障を13条に委ねていることを受けてのことであろう。しかしながら、後述するように、13条で保障する形にすると、刑事手続と言う文脈における保障の特殊性（要保護性の高さ）を、どこまで解釈として取り入れることが可能なのか、不明確な部分があるように思われる。



なるものではないことがわかる<sup>29)</sup>。グリズウォルド判決は、憲法条項の「多様な保障がプライバシーの領域を形成している」とし、修正条項を個別的に列挙し、その中で特に修正4条を「プライバシーへの権利を創出する create 規定」と呼んでいた。つまり、特定の権利が、単一の条項によってのみ保障される必然性はない。むしろ、様々な文脈によって保障の程度や保障方法が異なりうる場合は、特定の権利が複数の条項に分属していてもおかしくはない<sup>30)</sup>。

むしろ、刑事手続という刑罰制裁をもたらしうる場面においては、財産権・プライバシー権という実体的権利の要保護性が通常よりも高くなると考えて、憲法は35条を設けているのではあるまいか。実際、特に15世紀から17世紀にかけてイングランドでは、一般令状による搜索押収が政治的弾圧や徴税の一手段として用いられた。また、搜索押収によって権利が制約される中で、「思想の自由、表現の自由、宗教の自由が、どうして存在し得ようか？」という疑問も提示されるところである。すなわち、多数の論者が価値の高さを認める精神的自由よりも、さらに論理的に先行して保障されるべき権利を規定するものとして、憲法35条を位置付けられうるのである。

搜索押収という文脈で財産権やプライバシー権が制約される場合、憲法29条に基づく財産の公用収容などとは異なり、その制約は刑罰権の発動のための資料という形で、被疑者・被告人にとっては、人身の自由への深刻な危機をもたらす。そして、その人身の自由が不当に制約されることは、他のあらゆる自由権——表現の自由や信教の自由、経済活動の自由など

29) *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965).

30) 杉原泰雄は憲法35条について、「13条におけるプライバシー権、29条の財産権、書類については19条の思想・信条の自由…」によって「保障されている住居、書類、所持品などの不可侵を再確認しかつ刑事手続におけるその侵害について一定の手続的保障を定めようとするもの」と説明している。「再確認」の意味が憲法35条において実体的権利を保障する意味なのかどうかは明瞭ではないが、「住居の自由」と異なり保障しようとする利益が明確であるように思われる。杉原泰雄「住居侵入・搜索・押収に対する保障」芦部信喜編『憲法Ⅲ』（有斐閣、1981年）157頁。

——を行使できなくなることを意味する。従って、搜索押収という文脈における財産権・プライバシー権は、人身の自由保障に密接に関連している。

そのため、通常の財産権・プライバシー権とは別に、刑事手続においては、さらに独自の保護が必要とされる。同時に、個人が生存を保持するためには、プライバシー権のみならず財産権も保障されている必要があるのは当然のことであり、財産権・プライバシー権双方が憲法35条においても保障される必要があることが、ここからも導ける。

ここに、一般条項たる憲法13条や、「公共の福祉」による利益衡量を広く認めうる29条とは別個に、憲法35条が実体的権利としての財産権、プライバシー権を「創設 create」して保障する意味がある。

以上から、憲法35条は、手続執行に際しての有形力行使を限界付け、令状の呈示を請求できる手続的権利と、財産権・プライバシー権を二元的に保障している実体的権利の双方を、二重に保障しているものとして解すべきなのである。

## 2. 無令状搜索押収における適法性判断

以上のように、憲法35条において実体的権利としての財産権及びプライバシー権と、手続的権利としての令状システムが要求されているとすれば、その下での無令状搜索押収の解釈準則・適法性判断基準としてどのようなものが求められるのであろうか。この点が次の検討課題となってくる。

### (1) 解釈準則と権利保障

少なくとも、これまで日本においては、無令状搜索押収の着手・執行について解釈するための規範的な枠組みは十分に展開されてきたとは言いがたい。任意処分と強制処分の区別に関わる問題では、それなりに執行形式・形態について具体的な議論が展開されているものの、強制処分の執行形式・形態については、立会いなどの各手続条項の存在意義を説くに止まっている場合が多いように思われる。

そのためか、近時の教科書の中には、搜索押収の執行の在り方について、「（搜索差押時の「必要な処分」について）執行の目的を達成するのに必要であり、かつ社会的に相当と認められる手段」であれば良いという説明も為されることがある<sup>31)</sup>。

しかし、先に見たとおり、憲法35条が実体的権利と手続的権利の双方に対して高度な保障を与えているのだとすれば、一定の規範が、無令状搜索押収における執行形式・形態にもたらされるのではないか。

### 「明白なルール」志向？

(ア) 「明白なルール」の行為規範性 強制処分について、一般的に妥当する解釈準則を導出するために、精力的に合衆国の議論を検討しているものに、洲見光男説がある。洲見説は、合衆国の判例を俯瞰した上で、その傾向を以下のようにまとめる<sup>32)</sup>。

「いずれの場合も、一定の政府の活動が合理的であるかどうかの判断にあたって、犯罪の重大性、手段の『必要最小限度』性、証拠としての必要性などは原則として考慮されない。…連邦最高裁による『比例』アプローチの限定的採用を支えているのは、①嫌疑を個人の権利・自由の制約事由と捉えるスタンスと、②どういう場合にどういう権利・自由の制約が許されるのかをできるだけルール化し、適用の容易な『明白なルール』を提示することへのコミットである」（強調部は引用者による）<sup>33)</sup>

31) 田口守一『刑事訴訟法』（第四版，弘文堂，2005年）90頁。また，松尾浩也監修『条解刑事訴訟法』（第3版増補版，2006年，弘文堂）190頁。

32) 洲見光男「修正四条による裁量統制手法」小早川義則ほか編『光藤景皎先生古稀祝賀論文集・上巻』（成文堂，2001年）179頁以下，201頁。

33) なお，合衆国の判例に対して同じ認識を示すものとして，鈴木義男「挙動不審停止者の要件としての合理的な嫌疑——アメリカ合衆国最高裁判所の最近の二判決から——」廣瀬健二ほか編『田宮裕博士追悼論文集・上巻』（信山社，2001年）1頁以下，18頁。

洲見説は、合衆国の判例における「明白なルール」志向を、捜査機関による恣意的な権限行使の抑止のために有効という認識を抱いている<sup>34)</sup>。そのため、日本の判例の問題点は、「嫌疑の捉え方と判断基準の不明確性」にあると指摘し、「最高裁の考慮事項について、そのいずれに重点を置くべきか、それらをいかに総合して評価すべきかは、個々の具体的事例における判断に委ねられている結果、そんな場合にどの程度の権利制約が許されるのかの判断は明確性を欠き、恣意性を排除しえない」と指摘する。

その上で、合衆国判例の「明白なルール」志向は、判例の「行為規範性」を重視した帰結であり、日本においても判例が一定の行為規範性が承認されている以上、「英米法化」の「補充・変換」の必要性が検討されるべきだという<sup>35)</sup>。

洲見説において見出せるのは、合衆国判例の「明白なルール」志向への強い憧憬である。日本の判例についても、確かに「事実上の拘束力」を認める見解が一般的であり、判例の行為規範性は否定できない。それにもかかわらず、日本の判例の判断基準が不明確である点は、指摘としては一理ある。

(イ) 問題点の存在 しかしながら、洲見説の議論の中では、連邦最高裁が採用する「明白なルール」準則への批判が充分に取り込まれていないように思われる。つまり、ルール化を徹底することによる「代償」についての意識があまり強くはない<sup>36)</sup>。また連邦最高裁の採用する「明白なルール」に対して、「合理的な限界付けが必要」としつつ<sup>37)</sup>、その枠組み

34) 他に、洲見光男「修正4条の適用判断と「明白な準則」——「搜索」該当性判断を中心として——」三原憲三先生古稀祝賀論文集編集委員会編『三原憲三先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2002年）695頁以下参照。

35) 以上、洲見・前掲注（32）202-203頁。

36) 無論、脚注で文献を示していることから、洲見論文が批判の存在を認識していることは、うかがわれる。

37) 洲見・前掲注（32）197頁。

は不明なままである。

しかも、そもそも具体的事案毎の **Case-by-case** アプローチを排除した形で、「明白なルール」の「合理的な限界付け」は可能だろうか。「明白なルール」を徹底していくことは妥当であろうか。

「明白なルール」志向を徹底させていくと、実際に合衆国の判例で顕在化しているように、権利保障と「明白なルール」提示との間に緊張関係が生じた場合に、後者が優位に立つことになる。つまり、権利保障がルール形成の前に、形骸化する可能性が存在する。例えば、自動車内を搜索する際、被疑者以外の同乗者のプライバシー権を考慮して、搜索への着手の可否を手の届く範囲ごとに検討すべきか、自動車全体を搜索範囲として一律に承認すべきか。このような場合、連邦最高裁型の「明白なルール」志向においては、個別の権利保障の実質化を志向する前者よりも、後者の方が捜査官にとって現場判断の必要が少なく利便性が高い<sup>38)</sup>ため、後者の方を採用する可能性が高い<sup>38)</sup>。

もし憲法35条が実体的権利の保障を目的として設けられているのであれば、明確なルールを形成するために、被処分者の実体的権利保障が犠牲になることは、正当化できない。「明白なルール」を徹底して追求すべきものとして理解する場合、財産権やプライバシー権といった実体的権利保障を個々の被処分者から救済することを、憲法35条の第一義的な目的ととらえていない可能性が生じてくる。もっとも、憲法35条が実体的権利を保障していないとすれば、つまり手続的権利保障のみだとしたら、「ルールによる捜査官の規制のみを想定している」と考えることも可能であるかもしれない。手続的権利保障の主眼は、捜査機関による権限濫用の防止にあったからである。しかし手続的権利保障のみと考えることの問題点は、奥平説への評価の中で既に述べたところである。

38) このような「緊張関係」の問題は、逮捕に伴う無令状搜索押収や、いわゆる「自動車例外」など様々な場面の中で観察できる。逮捕に伴う無令状搜索押収について、緑大輔「合衆国での逮捕に伴う無令状搜索—チャイメル判決以降—」一橋論叢128巻1号（2002年）75頁以下参照。

逆に、「明白なルール」を権利保障に資するように非常に厳格に設定すれば、上記の問題点は解消できるという反論があるかもしれない。しかし、例えば逮捕に伴う無令状搜索押収の場面において、無令状搜索の範囲を「被疑者の手の届く範囲」という形で一律に厳格な設定をしても、第三者による証拠破壊の可能性や、逮捕執行者への襲撃の可能性など、個別事情の考慮をまったく捨象することが適切だとは考えにくい。

このように権利保障のための厳格な「明白なルール」を設定するとしても、結局のところ、個別具体的事情を考慮する方向にある程度シフトせざるをえない。すなわち、具体的事案毎の **Case-by-case** での判断（総合考慮アプローチ）を前提とし、**補充的に**事案の特性を考慮要素としないう一律判断アプローチを用いるのが、妥当であると考えられる<sup>39)</sup>。

上記のように、実体的権利保障のためには、「明白なルール」志向の貫徹が困難である以上、どのような適法性判断基準を立てるべきかが問題となる。

### 必要最小限基準

(ア) **必要最小限基準** では、実体的権利保障のために、どのような適法性判断の枠組みを採用すべきだろうか。個別具体的な衡量を行うための基準、そして「明白なルール」が有用な場面もあるとすれば、その用い方を規定する基準は、いかなるものが考えられるのか。

このことを考えるとき、一つ奇妙なことに気がつく。憲法学では、通常、実体的権利の制約に際しては、いわゆる合憲性判定基準が設定され、理論化されてきた。他方で、憲法31条以下の部分については合憲性判定基準がない。その説明として象徴的なものが、先に見た奥平説であり、それを受けた刑訴学説であろう。

39) ラフェイヴは「明白なルール」を設定する要件として、①個別具体的判断の適用結果と「明白なルール」の適用結果が近似していること、②設定された「明白なルール」が容易に侵害行為をもたらさないこと、③個別具体的判断が機能しないことを求めている。本稿の修道法学28巻2号（2006年）457頁参照。

しかし、35条の場合は、実体的権利の保障を含む以上、35条で保障された手続的権利の保障が解除される場面においては、利益の衡量をせざるを得ない。この問題について、有益な示唆をもたらしうるのは、先に見た合衆国の議論である。

先に、合衆国の議論の中で、修正4条の保障する実体的権利の価値の高さを主張し、「必要最小限度の基準」を主張する見解をみた。そこでは、実体的権利たる「プライバシーの合理的な期待」が、思想良心の自由・表現の自由と同等の実体的価値を有するという考え方である（もし手続的権利保障でしかないとすれば、そもそも実体的権利たる表現の自由などと合憲性判定基準を比較すること自体が困難である）。搜索押収を受けない権利は、実体的権利の保障を前提とすることで、表現の自由と同等の厳格な基準の導入が可能となる。これによって、細かい衡量基準を設定し、確実な権利保障を目指すべきではないか。

もともと、「必要最小限度の基準」は、立法府・行政府の採った行為（立法）の目的や手段につき、合憲性の推定を排して、裁判所が立ち入った審査を行う点に特徴があった。もし、表現の自由の領域で用いられている LRA 基準が、「侵害されているとの主張にかかる権利・自由が高い価値を有することを前提としている」ため、この基準の採用には当該自由の「優越的地位が確立されている必要がある」のだとしても<sup>40)</sup>、搜索押収を受けない権利が LRA 基準を用いるだけの価値は備えているのではあるまいか。

まず、搜索押収を受けない権利の価値の高さについて、被疑者・被告人の利益としての立論がありえよう。搜索押収、身体拘束が濫用される社会においては、民主主義自体の基盤が崩壊するという認識、つまり搜索押収、身体拘束からの自由が他の自由権に対して論理的に先行して保障される必要がある。財産の公用収容などとは異なり、搜索押収という

---

40) 戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣、2000年）、313頁。

文脈で財産権やプライバシー権が制約される場合、その制約は刑罰権の発動という人身の自由への危機をもたらす。そして、その人身の自由が不当に制約されることは、他のあらゆる自由権—表現の自由や信教の自由、経済活動の自由など—を行使できなくなることを意味する。従って、搜索押収という文脈における財産権・プライバシー権は、他の自由権に先んじて保障される必要があると思われる<sup>41)</sup>。

第二に、搜索押収の対象者として、被疑者・被告人以外の第三者も挙げられる。この第三者にとっても、搜索押収を受けない権利は、やはり価値が高いものだと構成すべきである。なぜならば、憲法35条の下で為されるプライバシー権・財産権の制約については、補償がなされる旨の規定も制度も存在しないからである。通常、公用収容の形で財産権等の権利が制限される場合、憲法29条は「正当な補償」を要求している。しかし、刑事手続の俎上に乗る場合には、そのような補償がなされないのだとすれば、やはり権利制限は必要最小限になされるべきである。即ち、公用収容の場面と権利制限の態様が異なるがゆえに、保障の程度もそれに応じて刑事手続では厳格に判断されるべきだということである。

もっとも、合衆国で展開されていた議論は、実体的権利及び手続的権利を被処分者自らが放棄している場合と、緊急事態によって実体的権利及び手続的権利が制約される場合とで区別をしていなかった。この点では、理論的な厳密さを欠いていたように思われる。実体的権利、手続的権利が存在している状態か否かは、解釈基準に対して違いを与えるはずであり、この点も意識して基準を立てるべきである。

(イ) 緊急事態における基準 まず、緊急事態における無令状搜索押収においては、手続的権利及び実体的権利が存在しつつも、制約されるという状態になる。そうすると、両権利について、制約を正当化する事由の

41) ここでの主張は、搜索押収を受けない自由に政治的価値があるという意味のみを指すわけではない。他の諸々の自由権が、搜索押収を受けない権利を前提としなければ存立し得ないという、論理における先行的な優位性を意味する。



有無を判定する必要が生じるはずである。

そのため、まず目的審査においては、無令状搜索押収を行うことについて、「やむにやまれぬ政府の利益」が存在することが必要となろう。無令状搜索押収を行うことについて、犯罪立証・訴追のために当該証拠物がどうしても必要となる利益、緊急に人々の生命を守る利益が存在する旨の立証は、政府が負う。憲法35条の文言でいうところの「正当な理由」、つまり「搜索押収の必要性」や一定の犯罪の「嫌疑の存在」の立証が、令状請求者・捜査機関に求められる。

さらに、35条において手続的権利が保障される以上、本来は令状に基づく搜索押収が期待されている。そのため、「やむにやまれぬ政府の利益」の存否の判断に際しては、搜索差押令状の取得が時間的に困難であったか否かという「令状取得可能性」が考慮されるべきである（もっとも、「第三十三条の場合」には手続的保障は解除されうが、その意味については別稿で検討する）。

なお、無令状搜索押収の必要性判断に際しては、犯罪の重大性を考慮することも認められるべきである。合衆国の議論で見たとおり、例えば、飲酒運転を追跡し、そのまま運転者の住居寝室へ無令状搜索で立ち入り、同運転者を逮捕することは、犯罪の軽微さに鑑みて無令状搜索が必要なのか疑わしい。これに対して、強盗（殺人）の被疑者を犯罪後に追呼し、無令状で逃げ込んだ先の住居寝室へ逮捕のための無令状搜索に着手することは、犯罪の重大性（被侵害利益の大きさ）に鑑みて、「やむにやまれぬ政府の利益」が認められるべきだろう。

次に、手段審査においては、もっとも侵害性のない手段 **The Least Intrusive Means** の行使であるか否かが審査されるべきである。目的審査が法執行の目的・動機の適正性審査であるのに対し、この手段審査においては、法目的を達成するための、より制限的でない他の選ぶる手段を採用できたことを被処分者が指摘し、捜査側がそれを覆せない場合は、違法の判断が下されるべきであろう。

そして、目的達成のために採用された手段として、目的との間に実質的具体的な関連性がある旨を立証することを、法執行機関たる捜査機関は求められることになる。例えば、犯罪の逃亡に用いられた自動車を探査するのに、机の引き出しを捜すような行為は、関連性を欠くために違法と判断される<sup>42)</sup>。

以上のことは、訴訟法上の事実について、憲法35条の権利侵害が争われる事案においては、「疑わしきは被告人の利益に」原則とは別の論理で、検察官に捜索押収の適法性についての立証責任が課されるということの意味する。刑事訴訟法319条が自白の任意性について、明文で検察官に立証責任を課しているが、対物強制処分についても同様に、検察官がその収集過程の適法性について証明することを合憲性判定基準の導入により根拠付けられることになる<sup>43)</sup>。

(ウ) 捜索押収への同意がある場合の基準 これに対して、捜索押収が為されることについて、被処分者が同意を与えている場合、同意が与えられた範囲において、実体的権利及び手続的権利が放棄ないし制約されていることになる<sup>44)</sup>。

42) このような目的審査の段階で、捜索押収をどのような目的で行おうとしているのかも問題とされよう。例えば、無令状捜索押収を、本件たる被疑事実のために行うのではなく、別件の捜査のために利用するような場合などは、審査自体を歪ませるため、この目的審査をパスできないものと考えられよう。「目的外流用」の概念を用いてこの点を論じるものとして、島伸一「強制処分の「目的外流用」」河上和雄先生古稀祝賀論文集刊行会『河上和雄先生古稀祝賀論文集』（青林書院、2003年）393頁以下。

43) もっとも、一般的には証拠の提出者が、証拠能力の証明責任を負うとされているところであり（例えば、石井一正『刑事実務証拠法』（第三版、判例タイムズ社、2003年）455頁以下など）、現状においても、捜査機関が収集した証拠は通常は検察官が提出する以上、証拠能力の証明は事実上検察官が負うことになっているといえよう。

44) ここで「放棄」と「制約」という言葉を用いているが、これらの使い分けは「有体物」においては一定の意味を持つ。私の意図する意味は次の通りである。まず、「放棄」という場合は、被処分者は証拠物に対する権利を完全に捜査機関に譲渡し、自らの当該証拠物に対する管理処分権を将来にわたって求めない旨を意味

そうすると問題は、同意が適切な方法で、適切な範囲について与えられたかを判定する基準が問題となる。搜索押収を受けない自由、つまり財産権及びプライバシー権は、憲法35条においては刑事手続という独特な文脈の中で、価値が高いものとして保障されていることは前述の通りである。そうであるならば、その権利の放棄や制約を捜査機関が求める場合においては、一定の手続が要求されるはずである。ここでもやはり、緊急事態における場合と同じように、必要最小限基準を用いることが求められる。

この場合、同意に基づく搜索押収のためには、目的審査において、「やむにやまれぬ政府の利益」として「搜索押収の必要性」「嫌疑の存在」が求められるべきである。もっとも、緊急事態によって手続的権利の制約を強制するわけではないため（同意によって手続的権利の保障を放棄しているため）、「令状取得可能性」の考慮は求められないことになろう。つまり、手続的権利が放棄される以上、論理的には令状取得可能性を手続的権利保障のために考慮することはできない。また、手続的権利の放棄が適正に為されたか否かは、手段審査において検証されるべき問題である。

その手段審査としては、同意を採る手段及び搜索押収が、権利制約を「必要最小限」にするものであるか否かが審査されることになる。その必要最小限性を検討する際には、実体的権利の性質も考慮されることになろう。また、目的と手段の間の実質的関連性も当然求められよう。同意の範囲を超えて、目的外に為される搜索押収は関連性を欠き違法と判断されるべきである。

（エ）前提としての権利の要保護性判断 上記二つの類型は、当該被処分者の有する利益が、プライバシー権や財産権として保護に値するものとする。民法上の所有権移転への同意に近い。これに対し、「制約」という場合は、被処分者は当該証拠物に対する所有権はなお有しているが、裁判のために捜査機関に当該証拠物の占有を委ねた場合を念頭に置いている。この場合、裁判終了後には当該証拠物が還付されることが期待される。

して存在する場合に用いられる基準である。これに加えて、上記判断の前段階として、そもそも当該被処分者の有する利益がプライバシー権や財産権として存在するか否か、つまりプライバシー権や財産権としての要保護性が存在するか否かの判断が求められる。この要保護性判断も、「明白なルール」によって定型的に判断されるべきではない。例えばいわゆる「自動車例外」の事案で、公道で走る「自動車」たることただその事実だけで、プライバシーの要保護性が存在しない、というような判例が合衆国では登場している<sup>45)</sup>。しかし、権利の要保護性があるか否かは、具体的事案に応じて、当該被処分者が権利保護を期待しうる状況にあったか否かを総合的に考慮して判断すべき問題である。

憲法35条が実体的権利も保障している意義は、この点にも求められる。もし憲法35条が手続的権利しか保障せず、実体的権利の保障は「公共の福祉」に基づいて「法律に基づき」決められるとすれば、上記のように権利の要保護性を定型的に決定するという選択も立法政策上ありうるかも知れない。例えば、捜査機関の権限行使に関する予見可能性を、捜査官、被処分者らに与えるという立法目的で権利の要保護性判断を定型化・類型化するということもありうる。しかし、憲法35条は実体的権利の価値の高さを承認し、その権利制約性を最小限に抑えようとしているものと理解するならば、かような選択はできない。つまり、予見可能性の前に、個々人の権利保障が劣後するという選択肢は封殺されることになる。常に具体的事案における個々人の権利制約の正当性を問うのが、この「必要最小限基準」の戦略的な目的であると言える。つまり、予見可能性と権利制約の正当性が緊張関係に陥った際に、後者が前者に優位するというのが、この基準を採用することの含意でもある。

---

45) この点の詳細については、別の機会に検討する。

(2) 一律判断アプローチと総合考慮アプローチ，憲法35条文言の機能

以上のように，憲法35条の保障する利益と結合する形で解釈基準を提示することができる。しかし，ここにいう「必要最小限」性を具体的にはどのように判断すべきなのか。目的審査，つまり「正当な理由」の有無の審査においては，個別の事案によって，捜査機関に搜索押収を行うだけの利益が存在したか否かを審査しなければならないことは明らかであろう（ここで「殺人罪なら一律に搜索押収の必要性あり」というような議論は出てこないであろう）<sup>46)</sup>。従って，問題はむしろ，手段審査において「必要最小限」性をいかに判断するか，という点にある。

「必要最小限」を担保する適法性判断基準 この問題について，憲法35条が実体的権利保障（財産権・プライバシー権保障）も含むととらえ，刑事手続の文脈においてはその保障が高度になる趣旨であるとするれば，搜索押収が必要最小限の権利制約となるように，アプローチを使い分ける必要があるだろう。

先に見たとおり，具体的な事案の特性を問わず，捜査機関へのルールの提示を重視して一律に適用される，合衆国判例のような「明白なルール」志向は，必ずしも実体的権利保障に資するとは限らない<sup>47)</sup>。むしろ，事案の個別具体的な事情を考慮した上で，実体的権利の保障が担保されているか否かを判断する形での総合考慮アプローチが適用されるべきである。こ

46) 合衆国においても，「相当な理由 **probable cause**」の判断については総合的に事情を考慮する判断手法を採用している。山田道朗「搜索・逮捕のための『相当な理由』——二分肢テストと全体情況アプローチ」法律論叢60巻4＝5号（1988年）247頁以下。

47) 本稿においては，以後（ここまでも幾度か用いている），「一律判断アプローチ」と『「明白なルール」志向』という用語を本文中で用いるが，その意味は原則として以下の通りである。両者とも具体的な事案の個別的な事情を考慮しない基準であるが，「明白なルール」志向は合衆国判例のように，実体的権利の保障とは切断された形で用いられる基準を指す。他方で，「一律判断アプローチ」は実体的権利の保障と結合された形で用いられる基準を指す。

ここでは、他に権利制約をより少なくする手段があったか否かが適法性の判断基準となる。

しかし他方で、一律に適用される解釈準則（一律判断アプローチ）の方が、権利保障に資する場面もありうる。例えば、身体拘束下の被疑者に対して合衆国で行われる自己負罪拒否特権・弁護人選任権の告知（ミランダ告知）は<sup>48)</sup>、事案の性質に関わらず、原則として一律に適用されるルールである。ミランダ告知のように、被処分者に対して、その者の有する権利の内容及びその放棄の影響を告知することは、事案毎にその要否を判断するよりも、一律に告知が為される方が権利保障に資するであろう。また、①総合考慮アプローチの適用結果と一律判断アプローチの適用結果が近似している場合で、②設定された一律判断アプローチが容易に実体的権利への侵害行為をもたらさず、③総合考慮アプローチが機能しない場合には、一律判断アプローチが活用される場合もありうるだろう。例えば、逮捕に伴う無令状搜索押収の場面において、「被疑者の手の届く範囲」については一律に搜索押収の着手が認められるのは、上記①～③が満たされる例と考えられる<sup>49)</sup>。もっとも、無令状搜索押収における権利告知以外の場面で、上記①～③がすべて満たされることはかなり稀であろう。

以上の適用される解釈基準をまとめると、以下のように言える。

一律判断アプローチが有効となる場面は、基本的に被処分者に対する権利付与及び権利存在を確認する場面である。つまり、個別事情によらずに一律に告知を行う方が、被処分者によっては権利保障に資する場面においては、一律判断アプローチが適用されるべきである。その場合、告知が行われなければ、一律に違法ということになる。

他方で、総合考慮アプローチは次のような場面において有効ではないか。それは、事前に権利制約行為を類型化して権利保障の制度を構築することが困難であり、事後的に救済する方が、権利保障に資する場面である。基

48) See, *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436 (1966).

49) この点は別の機会に改めて検討する。

本的に、緊急事態の場合が多い無令状搜索押収においては、権利制約行為を事前に類型化することはかなり困難である。従って、一律判断アプローチよりも、事案の個別具体的な事情を考慮して適法性を判断する総合考慮アプローチの方が、原則的に適用されることになるであろう<sup>50)</sup>。

ありうる批判 (ア)基準の不明確性? このように、総合考慮アプローチを重視することに対しては、批判がありうる。それは、現場の捜査官が、搜索押収に際してその対応に窮するのではないか、という問題である。

しかしながら、総合考慮アプローチは、まったく基準を示していないわけではない。先に示したとおり、「必要最小限」性を手段については求めているのである。何が「必要最小限」であるかについて、現場の捜査官はプロフェッショナルとして職務に従事している以上、責任をもってその判断を為すべきである。また、「必要最小限」性のほかにも、一定のルールは形成される。例えば、無令状搜索の着手は「搜索押収令状を獲得する時間的余裕がない場合に限る」と言った規範は、総合考慮アプローチにおいてももたらされるルールである。また、一定のルールは判

50) 渥美東洋は私見と同様に、実体的権利と手続的権利の並存を想定し(彼は「実体要件」「手続要件」と呼ぶ)、その上で「実体要件」に関して総合考慮アプローチを採用しているように理解できる。渥美東洋『全訂刑事訴訟法』(有斐閣、2006年)87頁以下。しかしながら、渥美説は、プライバシーの実体的権利としての価値について、十分な評価を与えていない。むしろ渥美説は、プライバシーの利益がその性質において多様であることを、そのまま価値の高低の多段階性に結びつけ、比較衡量を細かく行うことを志向する。それがゆえに、総合考慮アプローチに際して、権利制約の最小限性は必ずしも重視されない。この点で私見と相違がある(自動車例外・逮捕時搜索・同意告知の要否などでは相違が顕在化する)。なお、渥美説と同様に、プライバシーの利益の多様性をそのまま価値の多様性に結びつけ、必ずしも手段の必要最小限性を求めない見解として、田口守一「搜索・差押えにおけるプライバシー保護」現代刑事法5巻5号(2003年)16頁以下、18頁。もっとも田口説は同時に、立法論としつつ、プライバシー制約回避のために間接強制的制度を設けることで、搜索押収の侵害性を除去する見解も採用している。

例を通じて集積が行われる場面もあろう<sup>51)</sup>。

そもそも「明白なルール」志向自体が、現場の捜査官にとって用いやすいルールを形成していると言ってよいのであろうか。合衆国における議論に見られたように、細かいカテゴリーカルなルールが形成されれば、むしろ捜査官には大変な負担となる。よほどルールが単純化されない限り、現場での捜査官が「明白なルール」を運用することは困難なのではないか<sup>52)</sup>。この点ではむしろ、総合考慮アプローチにおいて、搜索押収で行使される手段について適法性の判断基準の大枠が与えられている方が、細かい「明白なルール」よりも利用しやすいように思われる。

(イ)「必要最小限」の徹底の不合理性？ また、総合考慮アプローチそのものではなく、手段に対して「必要最小限」性を求めることの不合理さが問題となる可能性もある。例えば、搜索押収を被処分者の同意を得て行う場合、共有物については共同で所有している者全員の同意が必要となるのだろうか。権利制約の必要最小限性を担保するためには、全員の同意が存在する方が望ましいはずである。

しかし、この点については、以下のように考えられる。

憲法35条は、搜索押収を受けない権利が保障される対象として、「住居、所持品及び書類」を挙げている。ここで「所持品」という文言を用いていることに注意する必要がある。「所有物」ではなく、「所持品」という文言なのである。

もし、同意による場合に、令状手続の保障が解除されることが意味されるのであれば、同意がある場合に「所持品」は押収できることになる。これは、所持品について、その所持者(＝必ずしも所有者とは限らない)が同意に基づいて提出することを許容しうることを、憲法35条自体が想

51) 総合考慮アプローチにおいては、田宮裕が、捜検について触れたテリー判決について述べたように、細かいルールは「具体的法則化は今後の判例の集積をまつわけであるが、司法的コントロールの第一歩としては、そうするよりほかはない」面も確かに存在する。田宮裕『捜査の構造』(有斐閣, 1971年) 99頁。

52) 本稿, 修道法学28巻2号(2006年) 452頁参照。



定していることを意味するのではないか。つまり、共有物である場合、所有権を有する全員の同意ではなく、そのときの所持者の同意のみで足りることを意味するのではないか（財物について、必ずしも所有者全員の同意を得る必要がないことを憲法35条が想定しているとすれば、プライバシーについても同様に、権利制約の範囲が明確な場合には、必ずしも常に共有者全員の同意を得る必要はないことになるだろう）<sup>53)</sup>。いわば、憲法文言自体が、実体的権利の保障の程度を規定している側面もあると言える。

このように、「必要最小限」性は、憲法文言上の限界を踏まえた上で考慮されるべきである。

(ウ)憲法35条文言の絶対性 このことは同時に、実体的権利の制約が「必要最小限」でさえあれば、無令状搜索押収はどのような類型のものも行うわけではないことを意味する。「必要最小限」性の考慮が、上記のように憲法文言に大きく依拠した形で認められているということは、憲法文言の絶対性が憲法35条においては存在することを意味する。つまり、搜索押収としては、憲法文言以外の行為は無令状では為しえない。この限りにおいて、奥平説が刑事手続について、憲法31条以下では既に憲法上利益衡量が為されており、「手続要件をはめ込むことによって（権利制約が認められる）例外が定められているのだとすれば、もうこれ以上に例外の例外ということはありません」という指摘はあてはまる。

53) もっとも、正当な所持者であるか否かは別途考慮する必要がある。まったくの無権原の者が同意することは、権原ある者もリスクとして想定していないはずである。無権原の者が勝手に所持品を国に渡すことは、権原ある者の権利を完全に無視することになってしまい、実体的権利保障がまったく為されないことになる。より丁寧に述べるなら、憲法35条は「所持品」が押収されないことを「権利」として保障しているにも関わらず、何ら権原のない所持者の同意という判断が、権利を本来有すべき者の判断に優越することは、実質的には本来当該物に対して権利を有する者に対して権利を保障しないことになる。条文内で矛盾を生じさせるのではないか。この点については、緑大輔「合衆国における同意搜索の問題」修道法学27巻1号（2004年）14頁以下参照。

このように憲法の文言が35条においては絶対的な意味を持つ以上、類推解釈によって「第三十三条の場合」を広げることは認められない。即ち「第三十三条の場合」を例示列举としてとらえることは認められない。これが憲法35条において「手続的権利」が保障されている含意である。従って、刑訴法の解釈によることは勿論、立法によって無令状搜索押収の範囲を拡大することは認められない。

憲法35条が実体的権利を保障するために、令状主義が解除される場合を「第三十三条の場合」しか認めていない文言の意味は、「所持品」という文言によって「必要最小限」性が緩和されるのと同様に、絶対的な意味として理解されるべきなのである。即ち、明文で定められているもの以外の類型の無令状搜索押収は、憲法上認められない、ということである<sup>54)</sup>。

### 3. 憲法上の価値と刑訴法の解釈

以上、日本における憲法35条の保障する利益をめぐる議論を検討した上で、本稿では35条が財産権とプライバシー権という実体的権利も手続的権利と同時に保障している旨を主張した。そして、財産権もプライバシー権も、それぞれ29条や13条という別の条項が存在するにも関わらず、35条においても保障されることの意味を、刑事手続という文脈における特別な保護の必要性に求めた。それは、合衆国連邦最高裁の判事、フランクファーターの言葉から得られた説明であった。

その上で、実体的権利の保障が高度に必要とされる場合、下位規範への

54) この論理を徹底する場合、憲法35条においては緊急搜索押収の立法の合憲性、憲法33条においては緊急逮捕（刑事訴訟法210条）の合憲性が問題となりうるところである。この点、憲法33条、憲法35条とも事前の令状発付を明文では要求していないため、事後的に司法官憲による令状発付がなされるのであれば、文言上は抵触しないという帰結を導きうる。もっとも、そのことが緊急搜索押収・緊急逮捕の双方を直ちに正当化するわけではない。その必要性、権利侵害の程度なども考慮して実質的に合憲性を判断することが必要となる。詳細は機会を改めて検討したい。

解釈準則としては「明白なルール」志向の採用は困難であり、「必要最小限度」の基準を採用すべきであることを主張した。そこでは、同意の場合と緊急事態の場合に分けて、基準において考慮される事項が異なることを示した（権利が放棄されているか否かで異なる）。また、「必要最小限」性の意味を解釈する際には、一律判断アプローチと総合考慮アプローチを使い分ける必要があり、前者は権利付与・権利存在確認の際に、後者は権利制約行為の類型化が困難な場合における救済の際に、用いるべきだとした。さらに、「必要最小限」性は、憲法35条の文言によって拘束されることを、財物の共有の事例と「第三十三条の場合を除いては」の意味を挙げて説明した。

あとは、上記の無令状搜索押収における規範を、刑訴法解釈に実際に用いることが必要である。上記の基準は、実際に刑訴法解釈において、どのように用いられるのであろうか（その際に、強制処分法定主義と令状主義の関係も問題になりうる）。また、ここまで「プライバシー権」「財産権」という権利概念を用いてきたが、それらは一体どのような性質を有するのであろうか。今後の検討課題である。

## V 結 び

本稿では、憲法35条が保障することを意図している利益の内容を検討し、そこから無令状搜索押収の解釈準則を導き出すことが目標であった。この目標に対して、いかなる答えが導き出せたのであろうか。

まず、合衆国憲法の修正4条制定経緯、判例、学説について検討してきた。

合衆国憲法修正4条は、その制定経緯において純粋に手続的な定め方も現実的なオプションとしてあり得たものの、敢えて実体的な「権利」性を重視した規定を採用していた。そこから、沿革的にも修正4条は実体的権利保障を念頭に置いていたのではないかと、という指摘をした。その後の判例も、修正4条の保障する実体的な利益がいかなるものなのかを模索する

ものであった。当初は財産権として形成された判例も、1960年代にプライバシー権を含めて理解するようになり、グリズウォルド判決では明確に修正4条がプライバシーを「創設 create」しているという見方を示していた。これは、修正4条が単なる手続条項ではなく、権利創設的な規定であることを明確に示すものであり、しかもそこにはプライバシーが含まれることを示している。カッツ判決では、さらに修正4条が「場所ではなく人」を保障しているものとし、ハーラン判事補足意見は、法廷意見が修正4条の保障する利益として挙げたプライバシーを、「プライバシーの合理的期待」として定式化した。その後、「プライバシーの合理的期待」をめぐることは、財産権概念をどのように用いるかで判事の間にも違いがあることを示した。

その後、上記のような実体的権利の保障のための解釈基準が判例によって提示されていくかと思われたが、現実には実体的権利の保障から乖離する形で解釈基準が提示されていくことになった。それが「明白なルール」基準である。

「明白なルール」志向は、当初の提唱者が実体的な権利を保障するために提示したという意図を離れて、判例において捜査官の執行の効率化のために用いられ、適法性判断の過度な定型化をもたらし、権利保障を充分に行えないという問題を発生させるようになった。これに対する批判として、事案の個別具体的な特性を考慮して、被処分者の権利保障を確実に行う発想から、必要最小限基準を用いる見解が主張された。

次いで、上記のような合衆国の流れを踏まえて、日本における議論を検討した。日本では、憲法35条について、実体的権利保障として位置付ける見解、手続的権利保障として位置付ける見解、双方の権利を二重に保障しているとする見解があった。また、刑訴法の学説では、奥平説に親和性を持つ見解が示されていることを示した。しかし、上記見解の中で、本稿では二重に権利を保障しているものとして理解する大石説の発想が、無令状捜索押収における憲法規範を導ける点で優れている旨を示した。

その上で、合衆国の議論から得た示唆から、憲法の保障する実体的な利

益は、「財産権」と「プライバシー権」双方にあると主張した。同時に、「搜索押収を受けない自由」の価値の高さ・保障の必要性の高さから、解釈基準としては必要最小限基準を示した。

この基準は、目的審査において「やむにやまれぬ政府の利益」を、手段審査においては「必要最小限の手段」を、そして目的と手段の間に実質的な関連性を求める。そして、その証明責任は検察官が負うべきこととなる。実体的権利及び手続的権利が存在したままである緊急事態の場合には、「やむにやまれぬ政府の利益」の審査に際して搜索差押令状の取得可能性が問題とされるのに対し、実体的権利及び手続的権利が放棄されている同意搜索押収の場合には、搜索差押令状の取得可能性が問題とされない。また「必要最小限の手段」であるか否かを判定する基準として、「一律判断アプローチ」と「総合考慮アプローチ」を示した。

一律判断アプローチが有効となる場面は、基本的に被処分者に対する権利付与及び権利存在を確認する場面である。つまり、個別事情によらずに一律に告知を行う方が、被処分者によっては権利保障に資する場面においては、一律判断アプローチが適用されるべき旨を主張した。他方で、総合考慮アプローチは、事前に権利制約行為を類型化して権利保障の制度を構築することが困難であり、事後的に救済する方が、権利保障に資する場面で有効である。

基本的に、緊急事態の場合が多い無令状搜索押収においては、権利制約行為を事前に類型化することはかなり困難である。従って、一律判断アプローチよりも、事案の個別具体的な事情を考慮して適法性を判断する総合考慮アプローチの方が、原則的に適用されることになることを主張した。

また、「憲法文言の絶対性」ゆえに（これは憲法35条の手続的権利保障の性質から導かれる）、必要最小限性の緩和は、憲法文言によって行われ、同時に無令状搜索押収の手段も憲法文言に制約される旨を主張した。

本稿は、まだ、憲法35条の下での適法性判断のあり方の大枠を提示したにとどまる。実際、各所において各論的な検討は見送らざるを得なかった。

ここに示したような適法性判断基準を，判例を踏まえて各論的に刑事訴訟法の各条項の解釈において具体的に適用するのが，今後の課題である。