

# 特定の場所に対する搜索令状の効力について

2020 年度青雲懸賞論文：法学部門

## I.はじめに

(1) 憲法 35 条 1 項は、捜査機関が「住居、書類及び所持品」に対する「侵入、捜索及び押収」を行うための要件として「正当な理由」を要求する。この「正当な理由」の有無は、捜査機関とは中立、公正な第三者たる「司法官憲」、すなわち裁判官の事前審査によって判断される。そして、裁判官が「正当な理由」があると認めて令状を発付した場合に限り、捜査機関は上記の「侵入、捜索及び押収」を行うことができる。これを令状主義と呼ぶ<sup>1</sup>。このように令状主義の趣旨は「正当な理由」なき「侵入、捜索及び押収」が行われるのを防止する点にあるため、特に捜索が行われる際、捜索対象は裁判官によって認定された「正当な理由」の存する範囲に限定されなければならない<sup>2</sup>。そこで、刑事訴訟法（以下、法名がないものは「刑事訴訟法」を指す。）219 条 1 項はどの範囲に「正当な理由」が存在するのかを客観化するため、「捜索すべき場所、身体及び物」を捜索令状において特定・明示することを求めている。捜査機関は、令状に記載された領域だけを捜索することができる。

(2) ところで、この捜索の範囲をめぐって、特定の「捜索すべき場所」だけが記載された捜索令状によって、その場所に居合わせた「人の身体」、つまり、対象者の身体やその者の着衣、ポケットなどを捜索することができるかどうかがこれまで重要な論点の 1 つとして議論されてきた<sup>3</sup>。この点については、そのような身体の捜索を許容する見解も一部ある<sup>4</sup>ものの、現在では、多くの見解が別個の令状に依らない限りこれを許容していない<sup>5</sup>。その理由としては、人の身体の捜索によって制約される権利・利益の、その場所やそこに置か

---

<sup>1</sup> 宇藤崇ほか『刑事訴訟法〔第 2 版〕』（有斐閣、2018 年）120 頁〔堀江慎司〕参照。

<sup>2</sup> 宇藤ほか・前掲注 1 書 48 頁〔松田岳士〕。

<sup>3</sup> この点に関する判例として東京高判平成 6 年 5 月 11 日判タ 861 号 299 頁（以下、「平成 6 年判決」と呼ぶ）。

<sup>4</sup> 河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法 第 1 卷〔第 3 版〕』（立花書房、2011 年）405 頁〔?〕など。松田岳士「演習」法教 466 号（2019 年）119 頁も、捜索場所と「同じ個人の固有領域内」における身体の捜索が許される可能性を指摘する。ここでの「固有領域」の意義につき、同「判批」季刊刑事弁護 91 号 100 頁以下も参照。

<sup>5</sup> 宇藤ほか・前掲注 1 書 132 頁〔堀江慎司〕、井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014 年）313-318 頁、加藤克佳「演習」法教 427 号（2016 年）142 頁、川出敏裕『判例講座刑事訴訟法』（立花書房、2016 年）133 頁、酒巻匡『刑事訴訟法〔第 2 版〕』（有斐閣、2020 年）116 頁、洲見光男「演習」法教 482 号（2020 年）132 頁、白取祐司『刑事訴訟法〔第 9 版〕』（日本評論社、2017 年）136 頁、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法〔第 2 版〕』（有斐閣、2015 年）110 頁など。

れた物の捜索によって制約されるそれと比較した上での特殊性に注目するものが多い。それらの見解は、身体と場所とでは、捜索により制約・侵害される権利・利益の性質の差異があるとする点にその特徴を見出すことができよう。

(3) もっとも、そのような制約・侵害される個人の権利・利益の質的差異に注目するアプローチを採ることに対しては、なお、慎重な議論が必要であるように思われる。なぜなら、捜索に対する規定の中に、そうした領域ごとに認められる権利・利益の異質性それ自体に着目し、あるいは配慮するようなものは憲法にも刑事訴訟法その他関係法令にも一見して存在せず、むしろ、それらは文言上、捜索対象である場所・物・人の身体を並列的に規定しているにとどまることから、法はそれら 3 つの領域の有する権利・利益それぞれの質的差異をそもそも認めていないと読むこともできるからである。少なくとも、条文の文言自体から身体が特別視されるべきという帰結は、必ずしも論理的には導かれまいであろう。また、このアプローチを前提とした場合、次のような不都合が生ずる。例えば、A を対象者とする A 方の捜索が行われるに際して、捜索開始前に A が証拠物を隠匿する場合に、A 方内にある机の引き出しの中に隠匿すれば捜査機関の捜索を免れないであろうが、自身の着衣の中に隠匿すれば捜索を免れることになる。このように、どこに証拠物を隠したかという偶然の事情によって捜索の可否が変化するのは、妥当であるとはいえない<sup>6</sup>。そうであるとすれば、身体を別異に扱うとすべき実質的理由が示されるべきであるのにもかかわらず、そのような理由を巡る議論はほとんど展開されてこなかったように思われる。

(4) そこで、本稿では、捜索を規律する令状主義の趣旨やその機能に遡りつつ、捜索令状に記載される「捜索すべき場所」がいかなる意義を有するかを明らかにした上で、場所に対する捜索令状の捜索可能な範囲について論ずることにした。

## II. 令状主義における「正当な理由」について

(1) 令状主義の趣旨については、見解の相違があるものの<sup>7</sup>、上記のとおり「正当な理由」

---

<sup>6</sup> 問題となる状況は異なるものの、最判平成 6 年 9 月 8 日刑集 48 卷 6 号 263 頁は、その場に居合わせた被疑者が所持していたポストンバッグを警察官が強制的に取り上げて捜索した事案において、その捜索を適法とした。その理由は判文からは明らかでないが、同判例を支持する学説は、その理由として物を捜索時に手に持っているか否かは偶然の事情にすぎず、そうした偶然の事情によって捜索の可否が決まるのが妥当でないことを挙げるものがある（宇藤ほか・前掲注 1 書 131 頁、井上・前掲注 5 書 327 頁など）。

<sup>7</sup> 宇藤ほか・前掲注 1 書 48 頁〔松田岳士〕は、令状主義の趣旨として「対象者の人身の自由や住居の平穩・プライバシー等の実体的権利・利益の不当な侵害を防止するため」とする説明と「処分が、合理的な根拠もなく特定の個人や場所を狙い撃ちにし、何か犯罪に関する情報や資料がないかを渉猟的に探索すること……に利用されることを防止するため」とする説明の 2 つがあり得るとした上で「いずれの説明を採るかによって、令状主義の射程範囲……にも差異が生じ得る」とする。

のない「侵入、捜索及び押収」が行われることを防止する点に令状主義の目的があることは一般的に前提とされている。そのうち、特に捜索の「正当な理由」は、特定の被疑事実が存在することを前提に、㉞その被疑事実に関連する物件が捜索対象となる場所に存在する蓋然性があること㉟捜索の必要性があることを要素とすると考えられている<sup>8</sup>。そこでまず、なぜこれらが要素となるのであろうかを検討する。そして、その理由を考えるにあたっては、令状主義の沿革を見ていくことが重要であろう。

(2) わが国の令状主義（憲法 33 条、35 条）は、アメリカ合衆国憲法第四修正を受継したものである<sup>9</sup>。同法は、コモン・ローにおけるいわゆる「城の法理」に由来するとされている<sup>10</sup>。この「城の法理」は、個人の身体、住居、書類及び所持品を国家から侵害されない権利が認められた領域と捉えており<sup>11</sup>、つまり、令状主義は、証拠収集といった捜査権限行使のために、身体、住居、所持品等の領域を侵されない権利が制約されることを許容する原則なのであり、このことから、令状主義は身体、住居、所持品等に係る排他的支配権と捜査権限の相剋を、令状裁判官に委ねている規定だと考えることができる。ここで注目すべきは、「城の法理」が、個人の排他的支配権という観点からは、身体、住居、書類及び所持品等の間に権利・利益の質的差異を認めていないという点である。そのため、わが国の令状主義を議論するにあたって、まずはこの点に立ち返るべきである。なお、この点については、捜索が「管理権」を侵害することを指摘する見解が多いが<sup>12</sup>、そこにいう「管理権」とは、まさに、身体、住居、所持品等に係る排他的支配権を指すということができよう。

(3) ところで、「捜索」とは、一定の空間的領域において特定の犯罪の証拠を発見することを目的とする処分である。そして、捜索は、公道上といった公共空間だけでなく、人の住居内などの個人の排他的支配権の及ぶ領域において行われることもある。後者の場合、捜索が許される空間的領域は、過度に広範となることを防止するため、個人の排他支配領域のうち、特に証拠が存在する蓋然性が認められる範囲に限定されることになるであろう。そのために、捜索の「正当な理由」の一要素として、当該場所に証拠存在の蓋然性が認められることが要求されていると考えられる。

(4) 他方で、個別、具体的な事案によっては、捜索場所のうち、証拠存在の蓋然性がなく捜索する必要性に乏しかったり、あるいは、その領域を捜索することが不相当といえる場合<sup>13</sup>もあろう。そうした場合にまで、捜査機関に捜索権限を与えるのは妥当とはいえない。

---

<sup>8</sup> 宇藤ほか・前掲注 1 書 120 頁〔堀江慎司〕、安井哲章「捜索差押えの対象の特定」法教 460 号（2019 年）18 頁参照。

<sup>9</sup> 井上正仁「令状主義の意義」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点（新・法律学の争点シリーズ 6）』（有斐閣、2013 年）74 頁。

<sup>10</sup> 渥美東洋『全訂刑事訴訟法〔第二版〕』（有斐閣、2009 年）25 頁、50 頁。

<sup>11</sup> 渥美・前掲注 9 書 25 頁、松田岳士「刑事法学における学問共同体の課題」法時 89 号 8 号 86-88 頁。

<sup>12</sup> 安井・前掲注 7 論文 18 頁、島田仁郎『増補令状基本問題下』（判例時報社、1996 年）204 頁など。

<sup>13</sup> 例えば、強制採尿を捜索・差押えとして捉えるならば、体内の尿の捜索が被処分者に対して「屈辱感等の精神的打撃を与え」たり「肉体的な不快感ないし抵抗感を与える」ことがあるため、「被疑事件の重大

そういった事情が令状裁判官にとって明らかであった場合、搜索可能な範囲を限定や、令状請求そのものを却下も許されてよい。その意味で、搜索の必要性（かつ相当性）審査も令状主義の一内容を形成する<sup>14</sup>。

### Ⅲ. 「搜索すべき場所」の概念について

#### 1 問題の所在

(1) 上述のとおり、「正当な理由」が認められた領域が搜索の対象範囲となる。ここで問題となり得るのが、219条1項（や102条）は、文言上、「場所」「人の身体」「物」の令状への特定・明示を求めていることから、これらと搜索対象となる範囲がいかなる関係にあるのかという点である。この点については、法が、これらに別個独立の権利を認めているとする見解<sup>15</sup>や、これを批判し、法に掲げられた領域すべてが搜索の対象となり得ることを規定しているにすぎないとする見解<sup>16</sup>などがあるが、いずれにせよ、搜索「場所」という概念に、そこに置かれた「物」が含まれるものの、そこに居合わせた「人の身体」は一律に含まれないとする結論に多くの見解が与し、そして、この結論を支える根拠としては、上述のとおり、搜索に伴い侵害される「人の身体」に係る権利・利益の異質性が挙げられることが多い。もっとも、かかる異質性が、搜索の要件である「正当な理由」とどのような関係にあるのかは必ずしも明確でない。そうであるとすれば、搜索の「正当な理由」が、搜索により侵害される権利・利益をどのように考慮しているのかが明らかにされなければならないであろう。搜索の「正当な理由」は上述の3つの要素（犯罪の嫌疑、証拠存在の蓋然性、搜索の必要性）から構成されているところ、これらのうち、搜索により侵害される権利・利益が考慮されるのは、搜索の必要性を判断する段階であると考えられる。

(2) ところが、従来の学説は、かかる必要性の判断としてではなく、「搜索すべき場所」に記載されていない領域の搜索の可否を論ずるに際して、そうした権利・利益の問題を論

---

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ない場合は、当該強制採尿は不相当と評価されることになろう（最決昭和55年10月23日刑集34巻5号300頁）。

<sup>14</sup> 松尾浩也監修・松本時夫編集代表『条解刑事訴訟法〔第4版〕』（弘文堂、2009年）212頁。なお、最決昭和44年3月18日刑集23巻3号153頁は、差押えの必要性につき、「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ない理由はない」と判示する。

<sup>15</sup> 三井誠『刑事手続法(1)〔新版〕』（有斐閣、1997年）45頁、豊崎七絵「判批」法セ628号（2006年）119頁など。

<sup>16</sup> 井上・前掲注5書112-113頁、313-314頁。

じていたように思われる。これは、搜索可能な範囲を記載する令状裁判官が、どの範囲まで「正当な理由」の判断を行っていたかという、「正当な理由」の内容以前の令状裁判官の審査の方法を問題とした上で、「人の身体」は「場所」や「物」とは別個独立に保護すべきであることから、「場所」の審査にあたって「人の身体」は審査の対象外である、という考えを基礎にしているといえる。実際、論者の中には、搜索場所にある物は、その場所と「併せて……搜索する正当な理由を判断しているとみられる」<sup>17</sup>一方、身体は「当該場所と併せて正当な理由の審査がなされているとみることはできない」<sup>18</sup>とするものがあり、これは、令状裁判官の審査の方法自体を問題としていると読むことができる。それでは、そのような「人の身体」を特別に保護する理由はあるのであろうか。

(3) これまで、「人の身体」を別個独立に保護すべき理由として、「人の身体」が「場所」や「物」よりも保護の必要性が大きいとする見解<sup>19</sup>や、身体には「別個保護すべき固有の法益（身体の安全や名誉・羞恥感情等の人格的利益）が想定される」とする見解<sup>20</sup>が主張されてきた。

しかし、このように身体のみを他の領域と別個に保護すべきといえるかは疑問である。まず、そこでいう「名誉・羞恥感情」といった不利益は、搜索対象が身体である場合にだけでなく他の領域を搜索する場合にも生ずるものといえよう。そもそも、「名誉・羞恥感情」は被処分者が他者からの詮索を望まない領域すべてで問題となるような利益であり、身体だけに当てはまるような問題ではなく、これは、「身体の安全」にも同様のことがいえるであろう<sup>21</sup>。そうであるとすれば、「人の身体」の保護の必要性が「場所」や「物」のそれよりも大きいとまでは必ずしもいえず、搜索に伴い生ずる身体に係る不利益が異質だということもできないのではないか<sup>22</sup>。

---

<sup>17</sup> 酒巻・前掲注5書115頁。

<sup>18</sup> 酒巻・前掲注5書116頁。

<sup>19</sup> 三井。前掲注13書45頁。

<sup>20</sup> 酒巻・前掲注5書116頁。同旨の見解として川出・前掲注5書133頁、加藤・前掲注5論文142頁など。

<sup>21</sup> この点について、川出・前掲注5書133頁は、身体の搜索で生じる不利益として「人身の自由」を挙げている。しかし、そもそも人身の自由とは、奴隷的拘束や逮捕に代表されるような身体拘束からの解放を念頭においていたように思われ、そうであるとすれば、身体の搜索は、そもそも身体拘束を目的とする処分でないばかりか、身体拘束に至る程度の態様で行われるものと必ずしもいえないであろう。

<sup>22</sup> なお、近時では、令状主義の保護法益をプライバシーと捉える見解が一般化しつつあることに加え、実務においても、最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁は憲法35条の保護法益について「住居、書類及び所持品」に限らずこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利が含まれる」と判示し、学説上、この判示部分の「中核」を「プライバシーの侵害」とするものがある（例えば、井上正仁「判批」『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』（有斐閣、2017年）67頁）。その当否はさておき、このように実務上も令状主義の保護法益をプライバシーとする考え方が有力化しつつあるといえよう。もっとも、プライバシーに関する議論において、プライバシーの要保護性を考えるにあたり、「人の身体」に係る利益が特に重視されているようには思われない。そうであるとすれば、プライバシーという観点に立つても

このように考えられる限り、「人の身体」を他の領域とは別個独立に保護すべき理由はないこととなる。

(4) そうであるとすれば、結局、権利・利益の問題は、搜索の必要性の判断をする上で考慮されることとなる。もっとも、上述のとおり、身体が他の領域よりも要保護性が大きいであるとか、身体の搜索に伴う不利益が異質であるとは必ずしもいえないことから、少なくとも、一律に（あるいは、類型的に）搜索の必要性が否定されるわけではないであろう。

### 3 「搜索すべき場所」の概念

(1) こうして、搜索によって侵害される権利・利益に注目することによっては、「人の身体」を別異に扱う理由を見出すことができないことが明らかとなった。このことは、そもそも従来から、「場所」にそこに置かれた「物」を含むことに異論はなかったが、一歩進んで、「場所」に、その管理権者の「身体」を含み得る余地が生まれることを意味する。そこで、改めて、「搜索すべき場所」がいかなる概念であるのについての私見を論じたい。

(2) 搜索の目的は証拠の発見にあるところ、場合によっては、搜索の対象が家屋などの個人の管轄下にある領域に及ぶ場合がある。ここでいう管理権は、上述のとおり、被処分者の身体・住居・所持品等の領域に係る領域に係る排他的支配権の意味で理解されるべきであるが、そのような個人の領域に立ち入って搜索をするには、令状主義に則り、搜索の「正当な理由」がなければならない。ここで特に重視すべきなのは、「正当な理由」のうちの、証拠存在の蓋然性である。証拠存在の蓋然性が認められることで、はじめて被処分者の有する管理権の侵害が正当化されるのであることから、搜索の許容範囲を証拠存在の蓋然性が認められる範囲を限定することが、同時に、管理権の不当な侵害からの保護にもなる。管理権の保護は、証拠存在の蓋然性判断によって全うされるのである。その意味で、証拠存在の蓋然性と被処分者の管理権は表裏一体の関係にあるということができよう<sup>23</sup>。

(3) ところで、証拠存在の蓋然性が認められる範囲は、どこかの空間的な広がりであり、そのような空間を画する概念が「場所」なのである。空間は無限の広がりを持つため、ある空間と別の空間を分ける基準が必要であり、それに最も適した基準が敷地や家などの場所といえるからである<sup>24</sup>。このように、「場所」は空間的な広がりそれ自体を指すのであり、それは、証拠存在の蓋然性が認められる範囲、すなわち、被処分者の身体・住居・所持品等の領域なのである。そのため、一定の場所に対する令状で、そこに置かれている物や被

---

身体を場所と別個に保護すべきといえるかは疑問である。

<sup>23</sup> 本稿とは論ずる問題関心が異なるものの、古江・前掲注5書190頁は、訴因の特定に関し、訴因の機能たる審判対象の画定と防御範囲の明示を「コインの表と裏の関係」に喩える。この喩えを借りるならば、筆者は、証拠存在の蓋然性と被処分者の管理権を「コインの表と裏の関係」と考えていることになる。

<sup>24</sup> 搜索場所は、行政区画上の所番地等で特定することとなる。安井・前掲注7論文18頁。

処分者の身体など、その空間の一部分を構成する領域の搜索をすることが許される<sup>25</sup>。他方で、もちろん、被処分者以外の者の管理権下の領域は、搜索の「正当な理由」の判断における審査の対象でない以上、搜索が許されることにはならない。

(4) 上記のような表裏一体の関係は、いわゆる逮捕に伴う無令状搜索・差押えを許容する220条1項2号の解釈論からもうかがわれる。同号が無令状搜索・差押えを認める趣旨をめぐっては、周知のように争いがある<sup>26</sup>ものの、逮捕の現場に逮捕に係る被疑事実の証拠が存在する蓋然性が高いことを前提として、無令状搜索の可能な範囲、すなわち、「逮捕の現場」に被処分者（被逮捕者）の身体が含まれることに争いはほとんどない<sup>27</sup>。逮捕事実に関する証拠存在の蓋然性が認められる範囲が無令状搜索を行うことができる範囲と対応しているのである。この議論は、「逮捕の現場」の文言解釈を念頭に行われているが、これも、「逮捕の現場」という場所と被逮捕者の身体を区別することなく、同一の空間的領域として一体的に捉えているといえることができる。

(5) なお、このように場所の概念を定めるとしても、「人の身体」と「物」が不要になるわけではない。なぜなら、「正当な理由」の審査がされる結果、場合によっては、搜索対象となる者の身体や物にのみ証拠存在の蓋然性が認められることもあり得るからである。例えば、令状審査の際、搜索場所に管理権者以外の者の私物が存在し、そこに証拠があるといえるのであれば、その者の管理権下にある「物」を令状に記載することとなろう<sup>28</sup>。

#### IV.おわりに

(1) 以上のように、本稿は、令状主義の趣旨・目的を手がかりに、これまでさほど議論がなされていなかった「管理権」の内実を検討対象の中心に据えた上で、一定の場所に対する搜索令状の効力について論ずるものである。

(2) 本稿における筆者の主張を簡潔にまとめると次のようになる。すなわち、搜索によ

---

<sup>25</sup> このように考えられる限り、強制採尿などの身体への侵襲を伴う手段も、その性質が搜索差押えであることを前提にすれば、令状主義との関係では、適法に行い得るであろう。

<sup>26</sup> 詳細につき、井上正仁「逮捕に伴う無令状搜索・差押え」注8論文80頁以下参照。なお、この点に関する最近の議論として、堀江慎司「刑事訴訟法二二〇条一項二号による無令状搜索の空間的範囲」井上正仁古稀『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）385頁以下も参照。

<sup>27</sup> 条文の文言上「逮捕の現場で」と規定するだけなので、直ちに「逮捕の現場」が無令状搜索の場所的範囲になるわけではないが、一般にこの文言部分が無令状搜索の場所的限界を画するものとされている（古江・前掲注5書129頁、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」法教192号（1996年）101頁、川出敏裕「逮捕に伴う差押え・搜索・検証〔220 I・III〕」法教197号（1997年）36頁など）。

<sup>28</sup> ただし、ここでは別途、「各別の令状」（憲法35条2項）の意義が問題となり得る。



り侵害される管理権とは、その管理権を享有する管理権者の支配領域全体を指すものであり、その侵害は証拠存在の蓋然性が認められる限り正当化される。ただし、個別の事情によっては、侵害される権利・利益に着目し、令状主義の要求する「正当な理由」の一要素である搜索の必要性判断で考慮される<sup>29</sup>。従来の見解は、侵害される権利・利益の性質にまず着目した上、身体に関する不利益だけを特別な保護に値するとして、身体を管理権の及ぶ領域から一律に取り除いていた。しかし、搜索に伴い侵害される権利・利益の性質は、その対象や具体的態様によって様々に想定されるのであって、身体の搜索により侵害される不利益だけが特別に扱われるべき理由は存在しない。そして、条文上の「場所」とは、その場所の中に広がる空間的領域を指し、それはその場所と一体の空間を構成する管理権者の身体をも含む概念である。そのため、一定の場所に対する搜索令状で、その場所の管理権者の身体を搜索することができる。

(3) 今後の課題としては、管理権者以外の者の身体を搜索することの可否である。平成6年判決では、まさにこの点も問題となっていた。捜査が適正に行われるためには、誰が対象者とされ、対象者のどの領域が捜査の対象範囲となるかを慎重に吟味しなければならない。また、「搜索すべき場所」の概念を再構成した結果、令状審査のあり方に影響が生じる可能性が予想される。なぜなら実務においても、搜索場所に身体が含まれることを疑問視する見解が少なくないからである<sup>30</sup>。

本稿での検討を契機として、上記の課題についても考察を深めていきたい。

(法学部法学科4年生 はっとりよし たつ 服部宜立)

---

<sup>29</sup> なお、「正当な理由」の内容である搜索の必要性判断とは別に、実際に行われた具体的な行為それ自体の適法性も問題となり得る。なぜなら、捜査は一定の目的を達するのに「必要な」(197条1項本文) 限度、つまり、捜査上の利益と、捜査の実行により生ずる不利益が合理的権衡を保っていなければならないとする捜査比例の原則が及んでいるからである(捜査比例の原則が強制処分を含めた捜査一般に妥当する規律であることにつき、香城敏彦『刑事訴訟法の構造』(信山社、2005年)177頁)。つまり、侵害される権利・利益の問題は、「正当な理由」のうち捜査の必要性と、この捜査比例の原則との関係で考慮されることとなる。この点、問題関心に相違があるものの、松田岳士『刑事手続の基本問題』(成文堂、2010年)241頁も、「捜査機関が、一定の捜査目的の実現のために一定内容の処分を行う」場合に侵害される「権利・利益」の問題は「実体的には比例原則の、手続的には令状主義の問題として扱えば足り」とする。

<sup>30</sup> 島田・注12書231頁、平木正洋「場所に対する搜索差押許可状の執行の際その場所に居合わせた者に対する搜索の可否」高麗邦彦=芦澤政治編『令状に関する理論と実務2(別冊判例タイムズ35号)』(判例タイムズ社、2013年)90-91頁、柴田和也「身体に関する令状実務について(覚書)」判例タイムズ1476号(2020年)11頁以下など。