

論説

捜査段階における差押えの関連性について

——最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁を中心に——

東京大学教授・検事

石山宏樹

I. はじめに

II. 事案の概要等

III. 本決定の要旨

IV. 検討

1 本論点に関する他の裁判例

(1) 大阪高判平成3年11月6日判タ796号
264頁

(2) 最判平成9年3月28日判時1608号43
頁

2 学説

3 検討

(1) 必要な処分説の問題点

(2) 差押物件の「関連性」の意義

(3) 「関連性」(蓋然性)の判断の在り方

(4) 本決定の意義及び射程等

I. はじめに

最決平成10年5月1日刑集52巻4号275頁(以下「本決定」という。)は、捜査官が、搜索差押えの現場で、フロッピーディスク等の内容を確認することなく差し押さえたことを許容したものである。

物件の内容を確認せずに行う差押えについては、従来、可視性・可読性がなく、搜索差押えの現場での内容確認が困難な電磁的記録媒体特有の問題として論じられる傾向があつ

たように思うが、実はそれだけではなく、差押物件が文書類等の場合も含め、捜査段階の差押えの要件である「差押物件と被疑事実との関連性」の意義をどのように考えるべきかという問題にもかかわるものであると思われる。

また、近年、捜査実務において客観証拠をより一層重視する傾向が強まる中で、電磁的記録媒体については、収集・保全・解析の技術(「デジタル・フォレンジック」などと呼ばれる。)が進歩し、証拠保全の見地から対象データの原本(原状)保存の必要性が強く意識されるようになってきたとともに、当該記録媒体に現に記録されているデータ内容の分析のみならず、当該データの作成・更新・最終アクセスの各日時等の分析や削除されたデータの復元なども積極的に行われるようになってきているが、このような捜査技術の変化なども踏まえ、改めて本決定の意義や射程を検討しておくことも実務的には重要であろう。

このようなことから、本決定に係るテーマは、理論と実務を学ぶ法科大学院の学生にとっても興味深い問題であると考え、取り上げることにした次第である。

なお、本稿で述べる筆者の見解は、あくまで一実務家としての個人的見解である。

II. 事案の概要等

オウム真理教の信者が、集団生活施設で使用している自動車の使用の本拠地を偽り、自動車登録ファイルに不実の記録をさせて備え

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捜索差押許可状¹⁾に基づき、捜査官が、同施設において、パソコン1台、フロッピーディスク108枚等を差し押さえたが、その際、捜査官は、上記フロッピーディスク等の中に記録されている情報の内容を確認せずに差押えを行った。それに対し、申立人は、差押処分の取消しを求めて準抗告を申し立てたが、棄却されたため、特別抗告を申し立て、「差し押さえられたフロッピーディスクの中には何も記録されていないものがあり、被疑事実とは関連性がなかった上、申立人らが捜索の現場で任意の協力を申し出たにもかかわらず、捜査官は内容を確認することなく無差別的に差し押さえたものであるから、憲法35条に違反する」旨主張した。

Ⅲ. 本決定の要旨

本決定は、以下のように判示し、特別抗告を棄却した。

「原決定の認定及び記録によれば、……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、捜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。」

Ⅳ. 検討

1 本論点に関する他の裁判例

(1) 大阪高判平成3年11月6日判タ796号264頁

過激派の構成員らが、警察関係者等の自動車を手出しして所有者の氏名、住所等の情報入手するため、偽名を用いて自動車登録事項等証明書等の交付を受けたという有印私文書偽造・同行使被疑事実に関して発付された捜索差押許可状に基づき、捜査官が、過激派の活動拠点を捜索し、その内容を確認せずにフロッピーディスク271枚を差し押さえたことの適否が問題となった事例である。

この事例において、同判決は、「その場に存在するフロッピーディスクの一部に被疑事実に関連する記載が含まれていると疑うに足りる合理的な理由があり、かつ、捜索差押の現場で被疑事実との関連性がないものを選別することが容易でなく、選別に長時間を費やす間に、被押収者側から罪証隠滅をされる虞れがあるようなときには、全部のフロッピーディスクを包括的に差し押さえることもやむを得ない措置として許容されると解すべきである。」などとした。

なお、本決定が、「令状により差し押さえようとする……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」としているのに対し、この判決は、「その場に存在するフロッピーディスクの一部に被疑事実に関連する記載が含まれていると疑うに足りる合理的な理由があり」としていることに着目し、本決定は、差し押さえるフロッピーディスク等全てに証拠物である蓋然性が認められることを前提としたものであるが、この判決は、本決定とは異なり、被疑事実と全く無関係の物（証拠物である蓋然性すら認められない物）も含めて包括的に差し押さえることを許容したものであると理解する見解もある²⁾。

1) 「差し押さえるべき物」として、「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されていた。

しかし、この判決が「その場に存在するフロッピーディスクの一部に被疑事実に関連する記載が含まれていると疑うに足る合理的な理由がある場合」というのも、捜索差押えの時点で具体的にどのフロッピーディスクにそのような記載があるのが特定できず、ひいては被疑事実に関連する記載が含まれていないことが明らかなフロッピーディスクを特定できない以上は、その場に存在するすべてのフロッピーディスクにそのような記載が含まれていると疑うに足る合理的な理由、すなわち証拠物である蓋然性が認められるということになる。

また、この判決も本決定も、それぞれが前提とする事実関係を見ると、いずれも結果的には差し押さえたフロッピーディスクの中に情報が何も記録されていないものなど被疑事実と全く無関係のものが多数含まれていたことが問題とされていたようである。

以上に照らすと、この判決と本決定とは、基本的に同趣旨のものと解すべきであろう³⁾。

(2) 最判平成9年3月28日判時1608号
43頁

国税犯則取締法2条の臨検捜索差押許可状に基づき、国税査察官が、犯則嫌疑者の取引金融機関を捜索し、多数の帳簿書類や伝票等を包括的に差し押さえたことの適否が問題となった事例である。差押対象物件は電磁的記録媒体ではなく、紙媒体の帳簿書類や伝票等

であるが、捜索差押えの現場でその内容を確認することなく差し押さえたことが問題とされたものである。

この事例において、同判決は、「右各店における強制調査に際しては、……調査に当たる査察官に対して暴行が加えられるなどの激しい妨害行為が繰り返され、負傷をした査察官までであったというのであり、右のような異常な状況の下では、伝票綴り、簿冊等の精査を尽くして各犯則嫌疑者に帰属する仮名預金を解明する手掛りとなり得る文書等を十分に選別することは到底不可能であったといわざるを得ない。そして、査察官らは、東京国税局に持ち帰った本件差押物件について、直ちに選別作業を行い、差し支えない限り速やかに本件差押物件を上告人に還付することとし、現に差押えの翌日には300余点を上告人に還付するなど、上告人側の事情に配慮を示していることをも考慮するならば、本件差押物件の中には、原審が右各犯則嫌疑者の犯則事件との関連性を肯定することが困難であると判断した数点の物件の外にも、相当の時間をかけて平穏な状況の下で犯則事実との関連性ないし差押えの必要性を吟味して差押物件の選別を行うことができたならば、右の関連性ないし必要性がないという判断をすることが可能な物件が含まれていたことを否定することができないとしても、本件差押物件の差押えに違法があったということとはできない。」などとした⁴⁾。

2) 例えば、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』95-96頁、100頁（有斐閣、2011）。

3) 本決定についての判例評釈である池田修「判解」最判解刑事篇平成10年度78頁、95頁（1998）も「本決定は、捜索現場に所在する多数のFD等のいずれか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ある場合を念頭に置いているものと考えることができよう。」としている。

4) 一審判決（東京地判昭和58年7月20日判時1091号30頁）は、「調査の途中段階においては、ある物件がどの程度の関連性を有するかが明確でないことが多く、調査の進展につれ、他の証拠との照合により、関連性の有無が次第に明らかになることは否定できない。また、差押えの現場において、個々の物件につき、その物のどこに潜んでいるかも知れない関連性の有無を的確に判断することは相当困難であり、差押後の詳細な点検によって関連性が明らかになる場合の多いことも否定できない。したがって、差押えの時点において、関連性の有無についての正確、厳密な識別を要求することは、不可能を強いるものであり、差押時点における関連性の有無の判断は、ある程度の蓋然的判断で足り、当該物件に関連性を有する可能性が認められれば、その差押えが許されるものと解すべきである」と判示し、二審判決（東京高判平成4年3月30日判タ805号68頁）は、「本件犯則事実のように、金融機関である控訴人の協力を得て、多数の仮名預金口座を設定するなどして計画的に所得を隠蔽したという疑いのもとに行なわれた複雑、大規模な調査においては、差押えの現場において、差押対照〔ママ〕物件の一つについてその内容を検討し、証拠資料としての価値を判断することは不可能というべきであるから、犯則事実を証明するに足る物件であるか否かの判断は、対象物件が文書であるときは、その具体的記載内容はもとより、本来備えている内容、性質、標題、形式等により、収税官吏が同種事件の調査等によって蓄積して有する専門的知識、経験等に基づく合理的な判断によって、犯則事実と差押対象物件との関連性の有無を判断するこ

2 学説

本論点に関する学説あるいは実務家の見解をみると、かつては、処分の相手方の協力が無い場合、内容が分からない以上、すべての磁気テープ類をとりあえず差し押さえざるを得ないなどとして、フロッピーディスク等の内容を確認することなく差し押さえることを全面的に肯定する見解や、逆に、一般探索的差押え禁止の趣旨から全面的に否定する見解もあったようであるが、現在は、一定の場合には、搜索差押えの現場で内容を確認することなくフロッピーディスク等の電磁的記録媒体を差し押さえることも許されるとした上で、その結論を導くための具体的要件や理論構成について議論されている状況にあるといえよう。

その議論の方向性については大きく二つに分かれており、①捜査段階における差押えは、対象物件が被疑事実と関連する蓋然性が認められれば許容されるという理解を前提に、本決定の結論を肯定する見解と、②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たことについて、(①の見解の論者も、差押え後、内容を確認して被疑事実と全く無関係であることが判明すれば、速やかに還付すべきとしていることからすると)その実質は、内容を確認して差し押さえるべき物件(被疑事実と関連性を有する物件)を選別するための外部への一時的な持ち出しにすぎないのであるから、「差押え」ではなく、「搜索の一過程」ないし「搜索差押えに必要な処分(刑事訴訟法 222 条 1 項, 111 条 1 項)」として位置付けるべきとする見解である。

①の見解は、主として実務家によるものであり、「そもそも、捜査は流動的なものであり、事案の内容を解明するために捜査を進め

てゆくものであるから、搜索差押の時点ですべてが解明されていることを前提とした議論をすることは無理があると言わざるを得ない。刑事訴訟法 99 条 1 項が『裁判所は、証拠物又は没収すべき物と料するものを差し押さえることができる。』と規定しているところからすれば、差し押さえようとする物が令状記載の『差し押さえるべき物』に該当し、かつ被疑事実と関連性を有することが、搜索差押の時点で客観的に確実であることまで要求されているわけではなく、その蓋然性があればよいと解すべきではないと思われる。……電磁的記録媒体について、当該被疑事実の内容、その犯行の過程で電磁的記録媒体が使用された可能性、当該電磁的記録媒体の保管者や保管場所等の周囲の状況等を考慮し、当該電磁的記録媒体に関連情報が記録されている蓋然性があれば、一応、被疑事実と関連性があると考えられ、搜索現場における個別の記録媒体の関連性の選別の有無に長時間を要したり、技術的困難性や証拠隠滅の危険性等のため、その選別が困難である場合は、包括的に差し押さえることもやむを得ない措置であると言わざるを得ない。」などとするのである⁵⁾。

この見解は、捜査の流動的性質や、差し押さえるべき物件の「関連性」の有無の判断が搜索差押えの現場で行われるものであることなどに照らすと、ある物件が「関連性」があるというためには、当該物件が被疑事実と関連すること(被疑事実の証明に役立つものであること)が(事後的)客観的に、あるいは確実に認められるまでの必要はなく、被疑事実に関連する蓋然性があれば足りるとする理解を前提に、一定の場合に電磁的記録媒体等の内容を確認することなく差し押さえることを容認するものであるといえよう⁶⁾(以下「蓋然性説」という)。

とによってなされるほかないものというべきであり、結局、証明するに足る可能性のある物件であるか否かの判断は、犯則事実との関連性を有する可能性がある程度の蓋然性をもって存在するか否かの判断によってなされる[ママ]べきものと解するのが相当である。」と判示した。この最高裁判決は、一審、二審判決と判示内容に若干の相違はあるものの、本件事実関係の下で差押え時に必要とされる関連性の有無の判断は、一審、二審判決と同様に「蓋然性」を基準とすれば足りると解しているように思われる。なお、以上につき、高部道彦「判批」警察学論集 52 巻 4 号 186 頁, 189-191 頁 (1999) 参照。

5) 甲斐行夫「判批」研修 605 号 13 頁, 20 頁 (1998)。

6) 小川新二「磁気のディスクと搜索差押え」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法 [I] 捜査』251 頁,

本決定やIV 1 記載の各裁判例も、基本的には蓋然性説に立つものと思われる⁷⁾。

他方、②の見解は、フロッピーディスク等を差し押さえるに当たり、「関連性」の有無を判断するためには、文書等を差し押さえる場合と同様、原則としてその内容を確認することが必要であり、その結果被疑事実と関連する情報が記録されていると判断された物のみが差押えの対象になるという理解を前提とし、蓋然性説に対しては、「情報損壊の危険があるなどの特別な事情がある場合には関連性は通常の場合より低いものでよとするのも便宜的な解釈に過ぎる」⁸⁾、「内容の確認をしない差押えを許すことは、事実上、被疑事実との関連性がない可能性のある物件の差押え処分をも認めることになり、不合理である」⁹⁾、あるいは、「捜査の利益の強調により関連性要件の緩和を認めることは、令状主義の本来的意義に照らし妥当でない」¹⁰⁾などと批判する。

その上で、問題の核心は、差押えの前提として通常必要とされる現場における内容確認が困難である点に存するとし、本件のような措置（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たこと）は、その内

容確認を可能にするための手段にはかならないので、この点をより直截に捉えるならば、「差押え」ではなく、「捜索に必要な処分」として位置付けるのがより素直であるなどとするのである¹¹⁾（以下これらの学説を「必要な処分説」という。）。

3 検討

(1) 必要な処分説の問題点

必要な処分説の問題点としては、被押収者の外部での選別作業への立会権、必要な処分として行われる物件の外部への持ち出しに対する不服申立権及び持ち出した物件に係る目録の交付などを認めることは現行法上困難であり、被押収者の権利保障の面でかえって大きな問題があるという点が先ず挙げられよう。

また、そもそも、物件の占有を強制的に奪っておきながら、それが「差押え」ではないとなぜ言えるのであろうか。

この点につき、必要な処分説の論者は、差押えにおいては、いったん占有が取得されれば、当該事件の終結まで占有が奪われたままであることが予定されているのに対し、捜索

261 頁（青林書院、1998）は、「差押えが許されるかどうかは捜索差押えの現場で判断すべき事柄であるから、その判断は客観的な事後的判断ではなく、捜索差押えの現場において可能な合理的判断を指すというべきである。このような観点からすれば、電磁的記録媒体と犯罪との関連性は、必ずしも媒体に記録された情報内容を確認しなれば判断できないものではなく、犯罪の内容、被処分者と当該犯罪の関係、当該捜索差押現場の状況等に照らして、当該犯罪の証拠が当該媒体に記録されていると疑うに足る合理的理由がある場合には、一応関連性ありと推認し得るのであり、捜査機関において確認に要する機材・技術・時間や罪証隠滅の危険等を考慮して現実的に可能と認められる確認手段を尽くしても関連性のないことが確認できない場合には、関連性のあるものとして差押えが許容されると解するのが、電磁的情報の特質に沿う考え方ではないかと思われる。」とし、前田巖「捜索差押許可状執行時における『差し押さえるべき物』に当たるか否かの判断」高麗邦彦＝芦澤政治編『令状に関する理論と実務Ⅱ』別冊判タ 35 号 97 頁，98 頁（2013）は、「捜索の現場で、差押物件の一つずつについて、その物のどこに潜んでいるかも知れない関連性の有無についての適確な判断をすることに、實際上相当の困難が伴うであろうことも明らかである。したがって、正確・厳密な識別まで要求されると解するべきではなく、執行の現場の状況から判断できる限りにおいて、関連性があると一応認められる程度の疎明が必要であると同時に、差押え当時の状況からみてそのような疎明があったと認められる限り、事後的な検討の結果、関連性のないことが判明したとしても、その差押えが違法になるものではないと理解するのが相当である」などとしている。これらの見解も表現は違うが、同趣旨と思われる。

7) 池田・前掲注 3)88 頁，95 頁も「本来は、差し押さえるべき物について被疑事実との関連性の有無を判断するのが原則であるが、その判断に当たっては、関連性があると一応認められる程度の疎明で足りるとされている」、「特定の 1 枚の FD 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あると認められる場合は、一般的には、関連性があるという疎明があるといつてよいであろう。」などとする。

8) 井上正仁『強制捜査と任意捜査』274-276 頁（有斐閣、2006）。

9) 酒巻匡「令状による捜索・差押え(2)」法教 294 号 104 頁，110 頁（2005）。

10) 笹倉宏紀「判批」ジュリ 1191 号 80 頁，82 頁（2000）。

11) 笹倉・前掲注 10)83 頁。

の一過程ないし搜索差押えに必要な処分として外部に持ち出すことについては、無関係な物件が選別排除され返還されることが予定されているという意味で、その占有取得は一時的・暫定的なものにすぎず、「差押え」とは質的に異なるなどと説明する¹²⁾。

しかし、差し押さえた物件についても、その後の捜査の進捗等に伴い、被疑事実と無関係であることが判明した場合は、その時点で押収を継続すべき理由を欠くことになるため、当該事件捜査終結前であっても、速やかに還付(返還)する必要があるのであって(刑事訴訟法222条1項, 123条1項)、いったん占有が取得されれば、事件捜査終結まで占有が奪われたままであることが当然に予定されているわけではない。

他方、差し押さえるべき物件の選別のために外部に持ち出すことについて、論者が主張するように、令状に「速やかに内容確認を実施して無関係の物件を直ちに返還すべきこと」などの条件を付したとしても、捜査機関が内容確認作業を終えるまでは物件の占有は奪われたままの状態になるのであって、被押収者には、一定時間内に無関係な物件が確実に返還される制度的保障はないのである。

必要な処分説の論者は、搜索差押えの現場から外部の警察署等に物件を運び出して、その内容を確認さえすれば、被疑事実との関連性の有無を直ちに判断することができるという前提で考えているようであるところ、後でも述べるように、このような前提自体、捜査の流動性等の実情に照らし、現実的でないとやむを得ない。仮にこの点は措くとしても、証拠収集の範囲は、被疑事実に係る証拠のみならず、重要な情状事実に係る証拠、また、これら事実を直接証明する証拠(直接証拠)のみならず、これら事実を推認させる間

接事実に係る証拠(間接証拠)、他の証拠の証明力に関する事実に係る証拠(補助証拠)など広範囲に及ぶのである。そのため、事件によっては、押収すべき物件が極めて多数になることがあり(例えば、会社犯罪などでは、被疑者が勤務する会社事務所や取引先会社の事務所、被疑者ほか関係者の自宅など数十か所を搜索し、一つの場所の搜索における押収物が数百以上に及ぶことも稀ではない)、特に押収物の中に大容量の電磁的記録媒体などが含まれている場合には、それら一つ一つに記録された膨大なデータの確認作業だけでもかなりの長時間を要するのである。複数の捜査官が手分けして可及的速やかに内容の確認作業を行ったとしても、作業を終えてその時点で被疑事実と無関係であると判断できた物件を被押収者に返還するだけでも相当な長期間(事件によっては数十日)を要することもあろう。

このように、内容確認作業のために長期間物件の占有を強制的に奪う状態になる場合があるにもかかわらず、なお一時的・暫定的な占有取得にすぎず、「差押え」に当たらないとするのは困難ではないだろうか。

(2) 差押物件の「関連性」の意義

ここで、必要な処分説が前提としていると思われる「差押えには、差押物件と被疑事実との関連性が必要であり、搜索差押えの現場で書類や電磁的記録媒体等の内容を確認すれば、被疑事実との関連性の有無を直ちに判断できる。」という考え方の当否について検討するとともに、そもそも差押物件の「関連性」の意義をどのように考えるべきかについて論じることとしたい¹³⁾。

搜索差押えは、捜査の初期段階に行われることが多い。

「自白偏重捜査」などの誹りを受けること

12) 笹倉・前掲注10)83頁。

13) 必要な処分説の論者が、差押物件の「関連性」の意義をどのように考えているかについては、論者によっても若干異なるようでもあり、必ずしも明確ではないが、概ね、「当該物件が被疑事実の証明に役立つものであると(事後的)客観的に認められること」あるいは、「確実に(または、相当高度の蓋然性をもって)認められること」と理解しているようであり、捜査官が、ある物件について、被疑事実の証明(あるいは解明)に役立つ可能性はあるが、他方で全く無関係のもの可能性もあると認識している場合には、「関連性」は認められないとするように思われる。しかし、搜索については、証拠物が存在する蓋然性(可能性)がある場所を対象に行うことを認めつつ、なぜ、差押えの対象物件については、証拠物である蓋然性(可能性)ではならず、それ以上の客観性や確実性を必要とするのであろうか。

なく、事案の真相を解明するためには、早期に搜索差押えを実施して十分な証拠物を確保し、その分析作業(捜査実務において、「物(ぶつ)読み」などと呼ばれる。)を行うことなどにより、先ずは客観的事実関係(証拠物等の客観証拠によって認定される動かない事実)を固めていくのが捜査の常道だからである。

ところで、証拠物については、例えば犯人が自己の犯行を記した日記などであれば、その内容を読みさえすれば容易に被疑事実と関連性を有することが分かるであろうが、このように分かりやすい証拠物というのはむしろ少ないのであって、内容を見ただけでは、それが何を意味しているのか分からないメモや走り書き等の類も沢山ある。

また、搜索差押えの時点では、被疑事実の存在自体が蓋然性を有するものにすぎず(刑事訴訟規則156条1項参照)¹⁴⁾、流動性に富むものである上(捜査の進展に伴い、犯行の日時・場所、犯行態様及び共犯関係などが変化することはよくあることである。)、捜査官も、被疑事実に係る事案の全容や詳細を十分に把握(解明)できていない場合がほとんどであり、そうであるからこそ、搜索差押えによって十分な証拠物を押収する必要があるとも言える。

このようなことから、搜索差押えの現場で、捜査官が、書類や電磁的記録媒体の内容を確認したとしても、それだけでは、その物件が被疑事実に関連するものなのか(被疑事実の証明に役立つものなのか)明確には判断できない場合が多々あるのであり、その後、その物件に基づいて関係者を取り調べ、その物件の内容の意味するところについて真実の供述を得ること、あるいは、他の証拠の内容と突き合せて検討することなどによっ

て、初めてその物件と被疑事実との関連性の有無が明確になることもある。

例えば、筆者が検察官として捜査実務に従事する中で実際に経験した例であるが、ある贈賄事件で会社事務所を搜索した際に押収したメモ書き(事件とは全く無関係な文書の裏に、手書きで無造作に数字や計算式を書き連ねたもの)が、その後、当該会社関係者からの供述を得たことによって、贈賄資金の捻出方法を記載したものであることが判明したということがあった。

また、別の談合・贈賄事件で、ある会社幹部(社内で「業務担当」などと呼ばれ、専ら談合等に従事していた者)の手帳を押収したところ、その手帳には、日程欄のところどころに、「130」とか「540」などといった数字が書かれているだけで、他には不自然なほど記載がなかった。ところが、その会社幹部を何度か取り調べた結果、同人から「談合の違法性を十分認識していたがゆえに、手帳にはその証拠となるようなことは一切書かないようにしていたが、仕事で社外に出掛けた時に立替払いした交通費を後日会社に請求して清算する必要があり、そのためにその日掛かった交通費の金額だけは書くようにしていた。」などの供述を得るに至り、この手帳が、同幹部の談合に対する違法性の認識等を裏付ける証拠であったことが判明した。そして、その手帳に記載された交通費の金額から、同幹部がその日どこに行ったのかを推認することが可能となり、別途会社から押収した交通費の清算に関する書類などと突き合せて検討するとともに、同幹部から更なる供述を得るなどして、社外で行われた贈賄に関する合会の日時・場所が特定できたこともあった。

さらに、ある会社犯罪で、共犯者の一人を取り調べたところ、ホテルの会議室で行われ

14) 刑事訴訟規則156条1項は、搜索差押許可状を請求するには、「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。」としているところ、搜索差押許可状を請求するに際して必要とされる犯罪の嫌疑(被疑事実)の存在については、いわゆる疎明で足りると解されており、その程度については、通常逮捕の場合よりも低いものでよいとされている。その理由について、法曹会編『刑事訴訟規則逐条説明 第2編第1章・第2章 捜査・公訴』63頁(法曹会、1993)は、逮捕に関する法199条が「罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」と規定しているのに対し、規則156条1項が「罪を犯したと思料される」と表現を異にして規定していること、一般的には搜索、差押等の方が逮捕よりも法益侵害の程度が低いものと考えられること、実際にも、搜索、差押えは逮捕に先行して行われ、その結果得られた証拠が逮捕の疎明資料となることが多いことなどを挙げている。

た重要な謀議の存在を自白したため、同人から押収していた手帳を再度精査したところ、該当日の欄に、その謀議が行われたホテル名がローマ字イニシャルで記載されていた痕跡（鉛筆で書いたものを消した痕。筆圧痕）があるのが分かり、同人の自白が裏付けられたということもあった。

このように犯罪捜査とは、捜索差押えによって入手した証拠物を分析し、その分析結果に基づいて関係者を取り調べ、その取調べによって得た供述や他の証拠資料との突合せなどによって、入手した証拠物の内容の意味するところが明確となり、その結果新たな事実が判明する、といったことを繰り返すことによって、徐々に事案の全容を解明していくものなのである。捜索差押えの現場で、文書や電磁的記録媒体の内容を確認さえすれば、直ちに被疑事実との関連性の有無が明確に判断できるはずだという前提は、こうした捜査実務の現状に照らすと現実的でないと言わざるを得ない。

もし仮に、捜索差押えの現場で、被疑事実との関連性が明確に（あるいは確実に）認められるものしか差し押さえることが許されないとすると、捜索差押えの時点で既に判明している事実に関する物件しか差し押さえることができないということになり、捜索差押えの真相解明機能が著しく損なわれることになろう。

したがって、捜査官としては、事案の全容を解明するためには、捜索差押えの現場で被疑事実と関連することが間違いないと判断で

きる物件だけでなく、被疑事実と関連する蓋然性があると判断される物件、すなわち、被疑事実の証明に役立つ可能性があると判断される物件や被疑事実に係る事案の全容の解明に役立つ可能性があると判断される物件（あくまで「可能性」であるので、結果的に被疑事実と無関係のものである可能性もある。）についても差し押さえる必要があるのである。

例えば、刃物を使用した殺人事件で、被疑者宅を捜索したところ、3本の包丁が発見されたとしよう。被害者の遺体の状況等から凶器の刃物は1本と推定される場合、この3本の包丁のうち少なくとも2本は、被疑事実とは無関係であると考えられるが、それでも捜査官としては、この3本の包丁の刃の長さや形状等からいずれも凶器である可能性が認められる限りは、3本とも押収せざるを得ないであろう。その上で、これら3本の包丁について血痕の付着の有無やその血液型及びDNA型の鑑定等をしていない限り、凶器を特定することができないからである。

以上のことからすれば、差押えの要件である「関連性」とは、蓋然性説がいうとおり、「被疑事実と関連する蓋然性（可能性）」として理解すべきなのである¹⁵⁾¹⁶⁾。

刑事訴訟法99条1項が、「証拠物……を差し押えることができる」ではなく、「証拠物……と思料するものを差し押えることができる」としていることからそのように解釈されるであろう¹⁷⁾。

なお、蓋然性説に対しては、「差押えの正

15) 蓋然性説は、必要な処分説が批判するように、捜索差押えの現場で物件の内容を確認することができない特別な事情がある場合に、例外的に「関連性」の要件を緩和して、「蓋然性（可能性）」があれば差押えを許容するとしているのではなく、本来、差押物件の「関連性」は、「被疑事実と関連する蓋然性（可能性）」を意味すると解するのである。なお、この点について、佐々木正輝＝猪俣尚人『捜査法演習 理論と実務の架橋のための15講』364-369頁（立花書房、2008）参照。

16) その意味で、捜査段階における差押物件の「関連性」と、公判立証段階における証拠の「関連性」とは必ずしも一致しないのである。3本の包丁の例で言えば、差押物件の「関連性」については、3本の包丁すべてに認められるが、公判立証段階における証拠の「関連性」については、付着血痕等の鑑定等により凶器と特定された包丁だけにしか認められないということになろう。要証事実が公訴事実という形で当初から与えられている公判立証段階と、これから証拠によって解明していかなければならない捜査段階とは、「関連性」の意義も自ずと異なるものと考えられる。

17) なお、この点に関連して、郵便物等の押収に係る刑事訴訟法100条1項、2項の意義が問題となるが、同条1項、2項に該当する郵便物等は、99条1項の「証拠物と思料するもの」にも該当する場合が多いと考えられるので、99条1項の特則としてよりは、むしろ、102条の特則として意味があり、通信事務取扱者に託された郵便物等を差し押さえる場合に、通信の秘密に対する広範な侵害を防止するため、差押対象となる郵便物等の選別は、

当理由である関連性の要件を弛緩させることによって、一般探索的な差押えが行われることになり、令状主義の趣旨に照らして妥当でない。」などの批判が考えられよう。しかし、「関連性」を「被疑事実に関連する蓋然性」と理解したとしても、ある物件を差し押さえるためには、その物件がまずは令状記載の差押物件の種類（「手帳」、「会計帳簿」、「パソコン」、「フロッピーディスク」といった物件の種類）に該当することが必要であり¹⁸⁾、その上で更に被疑事実に関連する蓋然性の有無について、後記のとおり、外部的事情から合理的に判断される必要があるので、一般探索的な差押えが行われることにはならないと考えられる¹⁹⁾²⁰⁾。

(3) 「関連性」(蓋然性)の判断の在り方

それでは、「関連性」の意義を「被疑事実と関連する蓋然性」と解した場合、その有無の判断はどのように行われるべきか。

必要な処分説の論者は、前記(前掲注13)参照)の「関連性」の意義についての理解を前提に、捜索差押えの現場で、文書類や電磁的記録媒体の「関連性」の有無を判断するためには、その内容を確認することが(基本的には)必要不可欠であるという前提で議論しているように思われるが、捜査の流動性などから、捜索差押えの現場での内容確認が「関連性」の有無を判断する上で必ずしも決め手にならない場合が多いことはこれまで述べた

とおりであり、むしろ、主として、被疑事実の内容、当該物件の性質並びに当該物件の保管者、保管場所及び保管状況等の外部的事情によって判断されることになる。

例えば、贈収賄事件であれば、贈賄側の会社の会計帳簿類は、その具体的記載内容にかかわらず、「関連性」が認められる場合が多いであろう。贈賄のための金銭の支出は、帳簿に記載されない裏金(簿外現金)によって行われることが多く、当該金銭支出そのものが帳簿に記載されていることは滅多にないが、当該賄賂の原資となった裏金の捻出方法(売上除外や経費の水増しなどの帳簿操作)を解明し、賄賂(裏金)の授受を裏付けるなどのために帳簿が役立つ可能性があり、そのような観点でその記載内容を分析する必要があるからである。

また、被疑者本人が使用していた携帯電話機(一般的に、知人とのメールのやり取りや通話の受発信履歴などが記録されていることが多い。)や手帳などは、被疑者の行動や交友関係などを解明するのに役立つ可能性があるものであるから、多くの犯罪事実について「関連性」が認められるであろう。

さらに、会社犯罪などで、会社事務所内の被疑者が使用する机の中に保管されていたノートやUSBメモリ、同机上にあるパソコン等には、被疑者が当該犯罪事実に関する情報などを記載(記録)している可能性があり、

通信事務取扱者(郵便局の職員等)の協力によることとし、通信事務取扱者に託された郵便物等に対する捜索は許さないとする趣旨と解される。以上につき、稗田雅洋「郵便局内の郵便物等に対する捜索差押の可否」前掲注6)別冊判タ35号139頁、139-140頁参照。

18) 裁判官の令状審査の力点も、まさに当該被疑事実についてどのような種類の物件を差し押さえるべき物件として許容するかにあると思われる。

19) 「差押え」よりも人権制約の程度が大きいとされる「逮捕」の正当理由をなす「被疑事実」の存在についても、その蓋然性がある(罪を犯したことを疑うに足る相当な理由がある)ものにすぎないのである。にもかかわらず、「差押え」の「関連性」については、蓋然性ではならず、それ以上の客観性や確実性を必要とする方がむしろ合理性を欠くと言わざるを得ないのではなからうか。

20) 川出敏裕「判批」重判平成10年度(ジュリ臨増1157号)181頁、182-183頁(1999)は、令状の記載が「本件に関係する情報が記録されている蓋然性のあるフロッピーディスク」ではなく、「本件に関係ある情報が記録されたフロッピーディスク」となっている場合には、事件とは無関係の情報しか含んでいない可能性のあるフロッピーディスクまで令状記載物件に含まれるとするのは無理があると。しかし、そもそも「関連性」=関連する蓋然性と考える以上、それを前提に裁判官も令状を発付するのであるから、仮に「本件に関係ある情報が記録されたフロッピーディスク」と記載されていても、その意味するところは、「本件に関係ある情報が記録されている蓋然性のあるフロッピーディスク」と解するべきであり、事件とは無関係な情報しか含んでいない可能性のあるフロッピーディスクであっても、一方で本件に関係ある情報が記録されている蓋然性(可能性)も認められるのであれば、令状記載物件に当たると考えるべきではなからうか。なお、実務上、捜索差押許可状の差押物件の記載については、「本件に関係あると史料されるフロッピーディスク」などとすることもある。

これを押収して記載内容の意味などを分析する（削除痕跡の精査なども含む。）必要性が高いため、「関連性」が認められる場合が多いであろう。他方、会社事務所内にあるUSBメモリやパソコン等であっても、その保管者が当該犯罪事実と全く関係のない者（被疑者と異なる部署で勤務する者等）である場合には、特段の事情がない限り、「関連性」が認められず、押収対象にならないことが多いであろう。

このように、搜索差押えの現場における「関連性」（被疑事実と関連する蓋然性）の有無の判断は、物件の記載内容よりは、むしろ主として前記のような外部的事情に基づいて行われることが多く、捜査官は、捜査経験等によって蓄積した知識（犯罪の種類ごとに、その解明のためには、どのような証拠物を確保し、いかなる観点で精査する必要があるかなどについての知識）も踏まえて判断しているのが実情であると言えよう。

なお、差押物件の「関連性」は、差押えの「正当理由」の内容をなすものであるから、「関連性」の有無についての捜査官の判断が恣意的なものであってはならず、前記のような外部的事情（客観的事実）等に基づいて合理的に推認されたものでなければならぬことは当然である。

(4) 本決定の意義及び射程等

筆者は、本決定についても、蓋然性説に立って理解すべきものと考えられる。

それに対しては、本決定が蓋然性説に立っているのであれば、本件差押えを許容するためには、差し押さえた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たことだけで十分なはずであるのに、本決定は、更に「その場で確認していたのでは記録された情報が損壊される危険があるとき」でなければならぬかのように判示しており、蓋然性だけで差押えを認

める考え方には立っていないのではないかと、いう反論が考えられよう。

これについては、筆者は、本決定は、蓋然性説に立ちつつ、当該事案において、捜査官が当該フロッピーディスク等の内容を確認することなく、外部的事情のみに基づいて「関連性（被疑事実と関連する蓋然性）」があると判断して差し押さえたことの合理性の有無を問題にしたのだと考える。

この点に関連して、筆者は、先ほど、搜索差押えの現場における捜査官の「関連性」（蓋然性）の判断は、主として外部的事情に基づいて行われると述べたが、このことは、捜査官が、搜索差押えの現場で「関連性」の有無を判断するために、差押対象物件である書類等の内容を確認する必要性が全くない（あるいは常でない）ということまで意味するものではない。

対象物件の中には、その場で内容を確認することによって、被疑事実との関連性の有無（や程度）がより明確になるものもあろう。

ある物件について、外部的事情に基づく判断からは、被疑事実と関連する蓋然性が一応認められたが、その場で同物件の内容を確認することが容易な状況にあり、かつ内容を確認さえすれば、実は被疑事実と全く関連しないものであることが直ちに判断できたはずだという場合に、捜査官が内容を確認することなく外部的事情のみに基づいて、「関連性」ありと判断して当該物件を差し押さえたとする、その判断は、当該差押えを正当なもの（「関連性」が認められるもの）とするだけの合理性を有しないということになる²¹⁾。

つまり、捜査官が、ある物件を差し押さえるに当たり、関連性の有無についての選別をどこまで尽くすべき義務があるかの問題なのである。

被処分者の権利保護の見地からは、強制処分の正当理由の有無の判断は、（あくまで搜

21) また、ある物件について、外部的事情に基づく判断からは、（被疑事実と関連する蓋然性のみならず）差押えの必要性も一応認められたが、その場で同物件の内容を確認することが容易な状況にあり、かつ内容を確認さえすれば、被疑事実との関連性はあるもののその程度は低く、差押えの必要性は認められないことが直ちに判断できたはずだという場合に、捜査官が内容を確認することなく外部的事情のみに基づいて、「差押えの必要性」ありと判断して当該物件を差し押さえたときも、その判断は、当該差押えを正当なもの（差押えの必要性が認められるもの）とするだけの合理性を有しないということになる。

索差押えの現場での判断として可能な範囲においてではあるものの)できる限り慎重に行われるべきなのであり、そのためには、捜査官としては、外部的事情から被疑事実に関連する蓋然性(及び差押えの必要性)が一応認められる物件であっても、その場で同物件の内容確認を行うことが容易な状況にあり、かつ、内容確認を行うことによって、関連性の有無(や程度)を直ちに判断すること(押収物を絞り込むこと)が可能であると見込まれる場合には、そのような確認を行い、関連性の有無(及び差押えの必要性の有無)についての判断を尽くすべき義務があると考えられる。

以上のような理解に立って、本決定を見ると、本決定の事案は、捜査官が差し押さえたフロッピーディスク 108 枚の中に情報が何も記録されていないものが多数含まれていたことが問題とされたものである。情報が何も記録されていないフロッピーディスクは、言わば空っぽの容器と同じであり、捜査官が搜索差押えの現場で、その内容を確認さえすれば、被疑事実と全く関連しないものであることが直ちに分かったはずだという前提があつて、これらフロッピーディスクの内容確認を行うことが容易な状況だったのが問題とされたものと思われる。

その結果、本件においては、捜査官がその場でフロッピーディスク等の内容を確認していたのでは、記録されている情報が損壊される危険があり、内容を確認することが不可能(ないし著しく困難)な状況にあつたと認められたため、外部的事情のみに基づいて「関連性」(蓋然性)ありと判断したことについての合理性を認め、差押えを適法としたものと解される。

したがって、本決定の論理からすると、「情報損壊の危険」というのは、捜査官がその場でフロッピーディスク等の内容を確認せず、外部的事情のみに基づいて「関連性」ありと

判断したことについての合理性を基礎付ける一事情として位置付けられるものであるから、その他の事情による場合(フロッピーディスク等が大量にあり内容確認に長時間を要する場合や、内容確認に技術的な困難を伴う場合など)であっても、内容確認を行うことが容易でないときは、本決定と同様に、内容を確認することなく差し押さえることが許容されるという結論になるものと考えられる。

ところで、本稿の冒頭でも述べたように、近年の捜査実務においては、電磁的記録媒体について、対象データの原本(原状)保存の必要性が強く意識されるようになってともに²²⁾、捜査技術の進歩により、データの作成・更新・最終アクセスの各日時等の分析や削除されたデータの復元なども積極的に進められるようになってきている。

対象データの原本(原状)保存が必要なのは、例えば、ハードディスクやUSBメモリなどの電磁的記録媒体については、その記録データを読み出すために、Windows等の通常のオペレーティングシステム(OS)を介してアクセスしただけで、当該データの最終アクセス日時などの付加情報が書き換えられてしまう可能性があるところ、仮に、捜査官が、押収対象物であるパソコン(ハードディスク)やUSBメモリに記録されているデータの内容を確認するために不用意にアクセスして当該データの最終アクセス日時などが書き換えられてしまうと、その後のデータは、当該アクセス前のデータとの同一性が失われてしまうため、公判で、被告人側から「捜査機関によるデータの改ざん」や「原本性消失により信用性なし」等の主張がなされた場合に、これを排斥する証拠がないという事態に陥りかねないからである。

また、あるデータへの最終アクセス日時等の付加情報自体が立証上重要な意味を持つ場合もあるところ²³⁾、不用意なアクセスに

22) 大徳達也「捜査官のためのデジタル・フォレンジック入門 第6回 証拠保全の基礎知識」捜査研究 749号 44頁, 44-50頁(2013)。

23) 例えば、被疑者によるあるデータへのアクセスという事実によって、当該データの記録内容についての被疑者の認識(知情)を立証しようとする場合に、アクセス日時が犯行前か犯行後かによって、立証上全く意味が異なることもある。

よって、このような証拠が失われることになってしまうからである。

そのため、捜査機関は、押収した電磁的記録媒体の内容を分析するに当たり、その完全複製（物理コピーやイメージファイル）等を作成し、押収した電磁的記録媒体については原本として封印保管した上で、当該複製等を基に削除データの復元を行ったり、記録された情報内容の詳細な分析を行ったりするようになってきている²⁴⁾。

このようなことからすると、捜査官が搜索差押えの現場で電磁的記録媒体の内容を不用意に確認することは、対象データの原本性を損なわしめる危険があり、証拠保全の見地からは有害である上²⁵⁾、その内容をディスプレイに表示するなどして確認したところでは被疑事実に関連するデータが何も記録されていないように見えたとしても、削除データが存在し、これを復元できる可能性があるため、当該電磁的記録媒体を関連性がないものとして直ちに差押対象から外すことができず、差押対象物件を絞り込む上でも意味がない場合も多々あろう。

さらに、本決定で問題になったのは、フロッピーディスク等の差押えであったが、それとは比べものにならない大容量の電磁的記録媒体も増え、記録された膨大な情報を搜索差押えの現場で短時間のうちに確認することが、ますます困難な状況になってきてい

る²⁶⁾。

以上のような捜査技術等の変化も踏まえると、電磁的記録媒体について、外部的事情に基づき被疑事実と関連する蓋然性が認められる場合は、（それら電磁的記録媒体の個数や記録されたデータの量、記録データの原本保存に留意しつつ内容を確認するのに要する機材・技術・時間等の具体的事情にもよるが）内容を確認せずに差し押さえることが許容されるケースが、より一層増加すると思われる²⁷⁾。

今後の裁判所の判断が注目されるところである。

（いしやま・ひろき）

24) 平成23年6月17日、第177回国会において、「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」が可決成立し、電磁的記録に係る記録媒体の差押えの執行方法の整備が行われ、電磁的記録に係る記録媒体の差押えに代えて、電磁的記録を他の記録媒体に複写、印刷又は移転して当該他の記録媒体を差し押さえることなどが可能であることが明確にされたが（刑事訴訟法110条の2）、このような執行方法が原則的な在り方となるものではないことについては、杉山徳明＝吉田雅之『情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律』について警察学論集64巻10号1頁（2011）を参照。同19頁は、「紙媒体の文書の場合と同様、電磁的記録についても、その真実性や関連性は、記録されている情報それ自体だけでなく、それが記録されている状態を含めた全体から判断されるべきものであって、記録媒体が原本であることが重要である場合も少なくない上、データの削除痕跡も含めて分析する必要があるなど、記録媒体自体に証拠価値が認められる場合も多く、第110条の2の処分を原則とするのは適当でないと考えられる。」などと述べている。

25) 本決定のいう「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」に類する状況にあるといえる。

26) 一般的に、搜索差押えに要する時間が長くなればなるほど、被処分者の負担（例えば、搜索場所が会社事務所の場合、同事務所における業務を阻害するなど）は増加し、罪証隠滅のリスク（捜査員の目の届かないところで証拠の廃棄や隠匿が行われるなど）も高まるため、搜索差押えは可能な限り短時間で終えることが望ましい。

27) このように内容を確認することなく電磁的記録媒体を押収したとしても、その後の捜査の進展等により被疑事実と関連しないものであることが明らかになった時点で速やかに還付し、あるいは、直ちに還付できない電磁的記録媒体であっても被押収者の業務等に必要な記録データを他の記録媒体に複写して交付するなどの方策を講じることによって、被押収者の不利益を最小限に止めることは可能であると思われる。