

# 電磁的記録媒体の搜索差押えについて

ドイツ捜査法を踏まえた令状主義以外の視点からの検討

## 目次

### 序章 はじめに

## 第 1 章 問題提起—日本における内容確認ができない場合の電磁的記

## 録媒体の搜索差押えに関する判例及び学説の現状と問題点

### I. はじめに

### II. 内容確認ができない場合の電磁的記録媒体の搜索差押えに関する判例について

#### 1. はじめに一令状主義についての確認

#### 2. 平成 3 年大阪高判（大阪高判平 3・11・6 判タ 796 号 264 頁）

##### （1）事案の概要

##### （2）判決要旨

#### 3. 平成 10 年決定（最決平 10・5・1 刑集 52 巻 4 号 275 頁）

##### （1）事案の概要

##### （2）決定要旨

#### 4. 令和 3 年決定（最決令 3・2・1 刑集 75 巻 2 号 123 頁）

##### （1）事案の概要

##### （2）決定要旨

### 5. 判例の論理の整理

#### （1）平成 3 年大阪高判と平成 10 年決定について

#### （2）平成 10 年決定と令和 3 年決定についてははじめに

### III. 内容確認ができない場合の電磁的記録媒体の搜索差押えに関する学説

#### 1. 平成 3 年大阪高判以前の学説

##### （1）一定の要件の下で差押えを容認する説

##### A. 被処分者の協力がいない場合に全ての差押えを認める説（河上説）

##### B. 総合考慮説（原田説）

##### C. 協力状況と捜査の必要性との比較衡量説（廣畑説）

##### （2）差押えを容認する説への批判

##### （3）この時代の議論の特徴

#### 2. 平成 3 年大阪高判以降、平成 10 年決定以前の学説

##### （1）選別の困難性を理由に全ての差押えを認める説（仲田説）

##### （2）一応の関連性説

##### A. 井上説

- B. 小川説
- C. 両説の位置づけについて
- (3) 平成3年大阪高判を批判する学説（川崎説）
- (4) 「必要な処分」説（酒巻説）
- 3. 平成10年決定以降の学説
  - (1) 関連性変動説
  - (2) 蓋然性説
    - A. 甲斐説
    - B. 石山説
    - C. 佐々木説
    - D. 蓋然性説と平成10年決定の理解
  - (3) 「当面不可分一体」説（堀江説）
    - A. 「当面不可分一体」説の概要
    - B. 自説に対する問題点の指摘
- 4. 学説の対立
  - (1) 蓋然性説への批判
    - C. 第3の批判：平成10年決定が挙げた「情報損壊の危険」という第2の要件はどのように位置づけられることになるのか。
      - A. 第1の批判：「関連情報が記録されている蓋然性」では、「関連性の疎明があった」とはいえないのではないか
      - B. 第2の批判：被疑事実との関連性が「被疑事実と関連する蓋然性」という低い水準で満たされるとなると、不当に差押えの範囲が広がり、一般探索的差押えを禁ずる令状主義の趣旨に反するのではないか
      - C. 第3の批判：平成10年決定が挙げた「情報損壊の危険」という第2の要件はどのように位置づけられることになるのか。
      - D. 蓋然性説の論者からの批判①ないし③への反論
        - a. 批判①に対して
        - b. 批判②及び③に対して—「相当性充足説」（濱田説）
          - aa. 相当性充足説について
          - bb. 批判②及び③への反論—相当性充足説の平成10年決定への当てはめ
        - c. 批判③に対して—石山説
  - (2) 「必要な処分」説への批判
    - A. 批判④：「必要な処分」としての一時的な占有取得というが、それは「差押え」ではないのか
    - B. 批判⑤：被処分者への権利保障の欠如
    - C. 批判⑥：「内容確認のための一時的な占有取得」措置は、「必要な処分」の限界を

超えるのではないか。

(3) 議論状況の整理・検討

A. 蓋然性説の批判❶ないし❷とそれに対する反論の妥当性

- a. 批判❶に対する反論について
- b. 相当性充足説について

B. 「必要な処分」説への批判の妥当性

C. 蓋然性説と「必要な処分」説の共通認識と対立点

- a. 蓋然性説と「必要な処分」説の共通認識の整理
- b. 蓋然性説と「必要な処分」説の対立点の整理
- c. 議論のすれ違い？

IV. 本稿における問題意識

- 1. 本稿の問題意識—令状主義以外の観点からの検討の必要性
- 2. 本稿において行う検討

V. 本稿における検討方法—ドイツ法との比較法研究

## 第2章 ドイツにおける電磁的記録媒体の搜索差押えの手続について

I. はじめに

II. ドイツ刑事訴訟法における搜索差押えの基本的な手続について

1. 裁判官留保について

- (1) 裁判官留保とは
- (2) 裁判官留保の意義
- (3) 「緊急を要する場合」という例外について

2. 差押えについて

(1) ドイツ刑事訴訟法における差押え規定の概観

- A. ドイツ刑事訴訟法 94 条における保全及び差押え規定について
- B. 保全及び差押えによって侵害が生じるとされている権利
- C. 94 条 2 項による差押えについて

(2) 差押えの要件について

A. 差押えの実体的要件

- a. 端緒となる嫌疑の存在
- b. 差押えの対象物
- c. 取調上の意義を有している可能性
- d. 比例原則
  - aa. 目的適合性
  - bb. 必要性

- cc. 相当性
  - B. 差押えの手続的要件
    - a. 裁判官による命令がある場合
      - aa. 命令の形式
      - bb. 命令の手続
      - cc. 命令において明示されるべき事項
    - b. 裁判官による命令がない場合—検察官及びその補助官の緊急的な命令
      - aa. 命令の形式
      - bb. 命令の内容
  - (3) 命令の執行について
3. 捜索について
- (1) ドイツ刑訴法における捜索規定の概観
    - A. 捜索の概念
    - B. 捜索により侵害が生じるとされている権利
  - (2) 捜索の要件について
    - A. 捜索の実体的要件
      - a. 102 条（被疑者についての捜索）の場合
      - b. 103 条（被疑者以外の者についての捜索）の場合
    - B. 捜索の手続的要件
      - a. 裁判官による命令がある場合
        - aa. 捜索命令の審査について
        - bb. 審査されるべき事項
        - cc. 命令の形式
        - dd. 手続関与者〈Verfahrensbeteiligten〉と対象者〈Betroffenen〉への聴聞〈Anhörung〉
      - b. 裁判官による命令がない場合—検察官及びその補助官による緊急的な命令
      - c. 捜索の際の立会い
        - aa. 占有者の立会い権
        - bb. 対象者の弁護人の立会い権
        - cc. 第三者の立会い
        - dd. 2 項による告知〈Bekanntmachung〉
  - (3) 捜索命令の執行について
- III. 電磁的記録媒体の場合の捜索差押えと通覧の手続について
- 1. 94 条 2 項の差押えの枠組みにおける電磁的記録の取扱い
    - (1) データは差押えの直接の対象となるのか
    - (2) データの差押えに関する現在の理解

2. 110 条による通覧規定について

(1) 110 条における「通覧」について

- A. 通覧とは
- B. 「書類〈Papier〉」の概念と電磁的記録媒体
- C. リモートアクセスによる通覧
- D. 通覧の権限
- E. 通覧のための書類の持ち出しとデータの一時的な保全
- F. 持ち出された場合の通覧の期間について

(2) 通覧権限の移行—裁判官から検察官へ

- A. 通覧権限の原初の担い手—裁判官による通覧
- B. 1964 年改正における権限の拡大—検察官への通覧権限の一部付与
- C. 1974 年改正における権限の拡大—検察官への全面的な権限の付与
- D. 2004 年改正における権限の拡大—検察官の補助官への権限付与

(3) 110 条の現代的意義

- A. 110 条の規定が本来有していた意義
- B. 110 条の本来の意義の喪失と現行法規定に残されている意義

IV. 小括

1. 本章のまとめ

- (1) 裁判官留保について
- (2) ドイツにおける搜索差押えについて
- (3) 通覧規定について

2. 次なる問題

## 第3章 ドイツ刑訴法における「開示性」の原則と搜索差押えについて

### て

I. はじめに

- 1. ドイツ捜査法における開示性について—検討の目的
- 2. 検討の方法—95 条 a との比較検討

II. ドイツ刑訴法 95 条 a の立法理由とその概要

1. ドイツ刑訴法 95 条 a の立法理由

- (1) 開示的捜査措置としての差押え
  - A. 開示的捜査措置と秘匿的捜査措置—原則と例外
  - B. 差押えの開示性を具体化する規定
- (2) 差押えが開示的捜査措置であるために生じるとされる問題

2. ドイツ刑訴法 95 条 a（被疑者〈Beschuldigten〉に対する通知の延期：口外禁止）の概要
    - (1) 1 項について
      - A. 被疑者に対する通知の延期に関する要件
      - B. 1 号の要件—「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」
      - C. 2 号の要件—補充性条項
    - (2) 2 項について
    - (3) 3 項について
    - (4) 4 項について
    - (5) 5 項について
    - (6) 6 項について
    - (7) 7 項について
  3. 小括
- Ⅲ. 95 条 a に対する批判
1. 秘匿的捜査措置としての厳格な要件の欠如について
    - (1) 「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」という要件について
    - (2) 裁判官による事前の統制が骨抜きにされてしまう危険について
  2. 補充性条項について
  3. 事後的な法的保護の制限
  4. 証拠使用禁止〈Beweisverwertungsverbot〉について
- Ⅳ. ドイツ捜査法における「開示性」の意義とは
1. ドイツ捜査法における開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の差異について
  2. 開示性の背景にある「公正な裁判」
  3. 開示的捜査措置である差押えに対する法的規律
  4. 開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の両側面を有する 95 条 a
  5. 95 条 a を通じて秘密化される差押えに対する法的規律
  6. 開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の比較検討
    - (1) 開示的捜査措置の手続自体から読み取れる「開示性」
    - (2) 秘匿的捜査措置の法的規律の内容から見る開示性の意義
    - (3) 開示性の意義

## 第 4 章 電磁的記録媒体の通覧に関するドイツにおける議論

- I. はじめに—通覧規定が抱える問題点
  1. これまでの章のおさらい
  2. 現行の通覧規定の抱える問題点—規律密度の不足

## 目次

- (1) 通覧の権利侵害性
- (2) 通覧手続の開示性の欠如
- II. 現場から持ち出された電磁的記録媒体の通覧への対象者の立会いについて
  - 1. 搜索の対象者に通覧の立会い権を認める見解
    - (1) 持ち出された書類の通覧への 106 条の適用
    - (2) 110 条旧 3 項の削除との関係
    - (3) 通覧の権利侵害性の激しさと「開示性」の欠如
    - (4) 比例原則の観点からの要請
  - 2. 比例原則の観点から、個別具体的な事情に基づき被疑者以外の者については立会い  
が認められる場合もあるとする見解
    - (1) 通常法上の〈einfachgesetzlich〉立会い権の根拠の否定
      - A. 旧 3 項後段について
      - B. 刑訴法 106 条について
      - C. その他の規定について
    - (2) 連邦憲法裁判所の判例
      - A. 連邦憲法裁判所の 2005 年判例
      - B. 連邦憲法裁判所の 2009 年判例
    - (3) 通覧において立会いが許容される基準
      - A. 侵害の激しさに対する立会い権の全般的な関連性の無さ〈Keine generelle Relevanz〉
      - B. 法的保護としての効果の低さ
      - C. 偶然の発見物〈Zufallsfunden〉の探索という見かけ上の〈vermeintlich〉危険性
      - D. 決定的な要因としての有益な支持の期待可能性
    - (4) 得られた基準の適用
      - A. 102 条の搜索の場合の被疑者又はその弁護人の通覧への立会い
      - B. 103 条による搜索の場合の被疑者ではない者又はその法的援助者の通覧への立会い
  - 3. 通覧の立会い権に関する議論のまとめ
- III. 現場から持ち出された場合に行われる通覧の期間について
  - 1. 連邦憲法裁判所の判例
  - 2. 連邦通常裁判所の判例
  - 3. 学説からの主張—通覧の期限付けに関する立法の必要性
    - (1) 判例の見解に対する批判
    - (2) 立法論による解決
      - A. 搜索命令を行う捜査判事による事前の期間設定の困難さ
      - B. 98 条 2 項 2 文に関連する 110 条 4 項による管轄を有する裁判官による期限付けの可能性

- C. 一定の期間の法律上での設定
- IV. 通覧の執行について
  - 1. 通覧のために持ち出されたデータの分析/利用〈Auswertung〉の禁止
    - (1) 問題意識—通覧段階にあるデータが分析/利用される現状
    - (2) 通覧対象としてのデータ（電磁的記録媒体）の取扱いに関する特別な規定の創設
  - 2. 検索ワードリスト〈Suchwortlisten〉や検索プログラム〈Suchprogrammen〉の使用について
    - (1) 通覧手続を最小限にするための措置を使用する必要性
    - (2) 検索ワードリストの使用について
- V. データの削除義務について
- VI. 現行の通覧規定に対する議論の整理と検討
  - 1. 議論の整理
  - 2. 整理を踏まえた検討

## 第5章 日本法とドイツ法の比較検討

- I. はじめに
- II. 搜索差押えの枠組みにおけるデータという無体物の取扱いについて
- III. 日本捜査法とドイツ捜査法の制度的特徴の違い—搜索差押えの規定から
  - 1. ドイツ捜査法の制度的特徴—電磁的記録媒体の搜索差押えに対する法的規律から
    - (1) 裁判官留保を通じた司法による統制
    - (2) 開示性の保障を通じた対象者による統制
    - (3) ドイツ捜査法の制度的特徴
      - A. 柔軟な法的規律の在り方
      - B. 開示性の原則の位置づけ
  - 2. 日本における搜索差押えの手続保障について
    - (1) 令状主義による事前の司法統制
    - (2) 令状の呈示、立会い、押収品目録の交付
  - 3. ドイツ捜査法との比較から見る日本の捜査法における制度的特徴
    - (1) 搜索差押えによって保障される手続の違い
    - (2) ドイツ法の議論の参照可能性
- III. ドイツ法との比較検討から得られる日本の学説における議論への示唆
  - 1. 蓋然性説及び相当性充足説について
    - (1) 蓋然性説及び相当性充足説の再確認
    - (2) 蓋然性説及び相当性充足説の問題点とドイツ法から得られる示唆
      - A. 内容確認をすれば直ちに無関係だと判断できた電磁的記録媒体やデータの選別に

## 目次

ついて

B. データの削除やアクセス禁止等の技術的措置の必要性

### 2. 「必要な処分」説について

(1) 「必要な処分」説の再確認

(2) 「必要な処分」説の問題点とドイツ法から得られる示唆

A. 「必要な処分」説の問題点

B. ドイツ法の議論から得られる「必要な処分」説への示唆

a. 一時的な占有取得による選別への立会いについて

b. 通覧の期間設定について

c. 「必要な処分」としての一時的な占有取得中におけるデータの分析や利用の禁止  
と手続の完全な記録化

d. データの削除について

## 終章 終わりに

I. 本稿のまとめ

II. 今後の検討課題

III. 結語

## 序章 はじめに

## 序章

2021年に法務省において「刑事手続における情報通信技術の活用に関する検討会」が発足され、また2023年には「法制審議会―刑事法（情報通信技術関係）部会」が立ち上げられ、刑事手続のIT化が議論されてきた。

その結果として、2025年5月16日に成立した改正刑事訴訟法において、「電磁的記録提供命令」が新たに設けられた。この電磁的記録提供命令によれば、物理的な記録媒体の押収によらずに、データを保全することができるようになるのである。

このような、「刑事手続のIT化」既存の有体物の押収の枠組みを超えた新たな手続が形成されて注目を集めているが、翻って現在の搜索差押えの手続を見てみれば、本論において指摘するように、依然として議論は混乱のさなかにあるように思われる。この混乱を解決することなく無体物を直接的に取り扱う措置を設けることは、危険なことではないのか。

すなわち、従来の議論が前提としてきた「有体物としての搜索差押え」という枠組みに、電磁的記録および電磁的記録媒体という無体物を取り込んだことによって生じた混乱を解消しないまま、電磁的記録やデータを直接対象とする新たな措置を検討してよいのか。さらには、電磁的記録提供命令を創設することに、いかなる危険や負の影響が潜んでいないのか。本研究の根底には、このような素朴な疑問が存在する。

本章で論じる内容は、確かに有体物を前提とする従来型の搜索差押えについてである。しかし、そこで取り扱われる対象は電磁的記録及び電磁的記録媒体である。それゆえ、本稿での検討は、今後さらに多様化するであろうデータを直接的に取扱う措置を議論するにあたって重要な意義を持ちうる。

もっとも、結果を先に示すと、本稿では残念ながら電磁的記録提供命令との関係を論じることがかなわなかった。それでも、本研究が今後の発展につながるとの期待を込めつつ、早速本論へと進むこととする。

第 1 章 問題提起—日本における内容確認ができない場合の電磁的記録媒体の検索差押えに関する判例及び学説の現状と問題点

## I. はじめに

本章では、日本の刑事訴訟法における電磁的記録媒体の搜索差押えについての議論の現状を整理した上で、その問題点を指摘し、本稿で取り組む問題意識を明確にしたい。

結論を先取りすれば、日本の電磁的記録媒体の搜索差押えをめぐる議論は、その中心をもっぱら令状主義の特定性の問題に収斂させてきたという特徴を有する。すなわち、学説からの判例実務への批判も、実務家からの学説への批判も、基本的に令状主義の特定性に反しているあるいは反していないといった論点にこだわって議論が展開されてきた。それゆえ、令状主義の枠外にある観点からの批判的検討は、十分に行われてこなかったと言わざるを得ないだろう。

本稿はこうした令状主義の特定性に偏重した従来の議論の枠組みをいったん相対化し、令状主義以外の視点からの電磁的記録媒体に対する搜索差押えの問題点を、判例実務及び学説の双方に対して提示することを目的とする。その際、ドイツ法における通覧及び現場からの持ち出し、データの一時保全の規定に関する議論や、データアクセスについての比例原則論などを参照し、比較法的観点から日本法の新たな議論の地平を拓くことを試みる。

本章では、以上の検討に先立ち、以後の分析の基礎となる本稿の問題意識をできる限り明確にしておくこととしたい。

## II. 内容確認ができない場合の電磁的記録媒体の搜索差押えに関する判例について

### 1. はじめに一令状主義についての確認

まずは、令状主義の特定性と、それに関する電磁的記録媒体の問題を、非常に簡単にではあるが確認しておきたい。

憲法 35 条によれば、差押えは、「正当な理由」に基づいて発せられ、かつ、「差し押さえるべき物」を明示した令状によらなければならないとされる。これは、一般令状及び一般

探索的狩猟的な搜索差押えを禁止するものであるとされる<sup>1</sup>。

上記の憲法 35 条を受けて、差押えの実施に関しては、2つの要件が導かれるとされる<sup>2</sup>。

第 1 の要件は、当該差押えが「正当な理由」に基づくものであるということである。この「正当な理由」は、搜索差押えの理由と必要性からなるとされる。そして、前者の差押えの理由においては、「差押物が令状発付の基礎とされた被疑事実の存否を証明する手段となりうるものであること」が、換言すれば、差押えの目的物が特定の被疑事実に関連することが要求される<sup>3</sup>。この要求は、刑訴法 99 条 1 項（222 条 1 項）において、「証拠物……と思料するもの」として具体化されている<sup>4</sup>。これは、講学上「被疑事実との関連性」と呼ばれるものである<sup>5</sup>。

第 2 の要件は、当該差押え対象物が令状に記載された「差し押さえるべき物」に当たるということである。憲法 35 条は、差押え対象物を特定して令状に明示することを求めている。その趣旨は、裁判官が事前に「正当な理由」の認められる押収物の範囲を特定することによって、その範囲内に捜査官の搜索差押えの権限を限定する点にあるとされる<sup>6</sup>。このような趣旨から、第 2 の要件は当然の帰結である。他方で、搜索差押えが捜査段階の初期に行われることなどに鑑みれば、「差し押さえるべき物」の特定の程度は、「これを令状に明示すべきものと定めた法の趣旨に反しない限度で、ある程度概括的、抽象的に記載する

---

<sup>1</sup> 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第4巻』（青林書院、第2版、2012年）545頁[池上政幸＝河村博]、井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、新版、2014年）59頁。

<sup>2</sup> 川出敏裕「判批」重判解平成10年度（1999年）181頁。

<sup>3</sup> 川出・前掲注2）181頁。

<sup>4</sup> 川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、第2版、2021年）125頁。

<sup>5</sup> 笹倉宏紀「強制処分の『打率』あるいは『関連性』要件をめぐって」研修869号（2020年）7頁。

<sup>6</sup> 川出・前掲注4）127頁

こともやむを得ないもの」とされる<sup>7</sup>。

電磁的記録媒体の場合は、「本件に関係のあるフロッピーディスク等」のように特定することになるが<sup>8</sup>、文書類の場合と同様に、上記のように特定された「差し押さえるべき物」に当たるかどうか—すなわち、当該対象物が「被疑事実との関連性」を有するかどうか—は、基本的には外形的に判断できるとは限らず、その内容を確認することによってはじめて判断できるということも少なくないと思われる<sup>9</sup>。

しかしながら、文書類とは異なる点として、電磁的記録媒体の場合は、搜索差押えの現場での内容確認が著しく困難あるいは不可能である場合がしばしば生じ得るという。というのも、電磁的記録媒体の場合には、①記録されている情報量の膨大さ、②技術的な困難さ、③削除や書き換えの容易性に基づく罪証隠滅の危険などの理由から、文書類の場合と比べて、現場での内容確認の問題が生じやすい、あるいは先鋭化するからである<sup>10</sup>。

このように、従来の電磁的記録媒体の搜索差押えの議論は、搜索現場に所在し「被疑事実との関連性」を有するデータが記録されていると思われる当該電磁的記録媒体が令状記載の「差し押さえるべき物」に当たるかどうか—言い換えれば、「被疑事実との関連性」が認められるかどうか—の判断において、内容確認ができない場合に当該電磁的記録媒体を保全することができるのか、できるとすればどのような法的根拠に基づくのかということであった。そして上記の議論は、主に後述の判例や「被疑事実との関連性」の概念の理解を中心として、解釈論的な解決が試みられてきた。

---

<sup>7</sup> 新関雅夫ほか『増補 令状基本問題（下）』（一粒社/判例時報社、1996年）236頁[秋山規雄]。

<sup>8</sup> 後述する平成10年決定の事例においては、池田修「判解」最判解刑事篇平成10年度79頁によれば、「組織的犯行であることを明らかにするための……—磁気テープ、光磁気ディスク、フロッピーディスク、パソコン—式」というような記載で特定されていたという。

<sup>9</sup> 川出・前掲注2）181頁。なお、電磁的記録媒体の場合は内容の可読性・可視性を欠くが、このような特徴は内容確認を不要とする理由にはならないとされる。

<sup>10</sup> 堀江慎司「『包括的差押え』について」法学論叢182巻1・2・3号（2017年）182頁以下。

以下では、まず、電磁的記録媒体の搜索差押えに関する判例を確認したい。

## 2. 平成 3 年大阪高判（大阪高判平 3・11・6 判タ 796 号 264 頁）

後述する最高裁判例以前において、電磁的記録媒体の搜索差押えのリーディングケースとされていたのが、大阪高裁平成 3 年 11 月 6 日判決（以下、「平成 3 年大阪高判」とする）である。

### （1）事案の概要<sup>11</sup>

革命的共産主義者同盟（いわゆる「中核派」）の活動家であった被告人は、他の者と共謀の上、警察関係者等の自動車を割り出し、その所有者や使用者等の情報を得るために、偽名などを用いて自動車の登録事項等証明書の交付を受けようと企て、証明書交付請求書を偽造し、行使した。上記の事実により被告人は、有印私文書偽造、同行使罪で起訴された。上記被疑事実についての捜査において、中核派活動拠点が搜索され、搜索現場にあった全てのフロッピーディスク 271 枚が差し押さえられた。そして、そのうちの 6 枚のみが有罪判決の証拠とされた。

上記差押えの際、捜査機関は、フロッピーディスクにおいて一つひとつ記録内容を確認し、個別的に被疑事実との関連性があることを確認しなかった。このような手続で行われた差押えに対して、弁護人は、一般的探索的な差押えであるとして違法を主張した。

### （2）判決要旨

大阪高裁は、上記差押えを違法としなかった原判決を、次のような判示をもって、「結論において正当として是認することができる」とした。

<sup>11</sup> 山田道郎「判批」重判解平成 4 年度（1993 年）192 頁、小津博司「判批」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、第 7 版、1998 年）54 頁を参照している。

「捜査機関による差押は、そのままでは記録内容が可視性・可読性を有しないフロッピーディスクを対象とする場合であっても、被疑事実との関連性の有無を確認しないで一般的探索的に広範囲にこれを行うことは、令状主義の趣旨に照らし、原則的には許されず、搜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被押収者側の協力等により容易である(な)らば、これらは差押対象から除外すべきであると解するのが相当である。しかし、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、搜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時には、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。」

### 3. 平成 10 年決定（最決平 10・5・1 刑集 52 巻 4 号 275 頁）

平成 3 年大阪高判と同様の問題に関して、初めて最高裁の判断が示されたのが、最高裁平成 10 年 5 月 1 日決定（以下、「平成 10 年決定」とする）である。平成 10 年決定は、電磁的記録媒体の搜索差押えのリーディングケースとして、現在も非常に重要な判例と位置付けられている。

#### （1）事案の概要

「埼玉県警察は、オウム真理教の信者である被疑者につき、埼玉県越谷市内の集団生活施設で使用している同被疑者所有の普通貨物自動車が『自動車から排出される窒素酸化物の特定地域における総量の削減等に関する特別措置法』に抵触し、その車種規制により規制対象車両となるため、同法の特定地域である埼玉県越谷市が使用の本拠地であるのに、特定地域外である岐阜県内が使用の本拠地であると偽って岐阜ナンバーにしようとして、使用の本拠地について虚偽の記載をした申請書を提出して、公正証書の原本として用いられる電磁的記録である自動車登録ファイルにその旨不実の記録をさせ、これを備え付けさせ

て公正証書の原本としての用に供したとの嫌疑を抱いた。そこで、同警察は、右電磁的公正証書原本不実記録、同供用被疑事件につき、搜索場所を同施設の建物等とし、……搜索差押許可状の発付を求めた。」

「埼玉県警察は、……右許可状にもとづき、同施設の建物を搜索し、……ノートパソコン 1 台、フロッピーディスク 108 枚を差し押さえた。なお、同警察は、オウム真理教において、コンピュータを起動させる際にそこに記録されている情報を瞬時に消去するソフトが開発されているとの情報を得ており、平成 9 年 11 月に他の支部を搜索した時に押収したパソコンのデータを削除されたこともあったため、本件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、それらを包括的に差し押さえた。」<sup>1</sup>

## (2) 決定要旨

上記差押えに対しては処分の取消し等を求めて準抗告がなされたが、原審<sup>12</sup>は、上記差押えを是認した。それに対して特別抗告がなされた。申立人は、抗告趣意において「フロッピーディスク等の磁気記録媒体を差押え目的物とすることは、一般的探索的な搜索差押えを容認するものであり、明らかに憲法 35 条の趣旨に反する。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もあるから、本件被疑事実とは関連性がなく、しかも、申立人らの任意の協力の申し出を聞き入れずに無差別的に差し押さえたことは、憲法 35 条に違反する」などと主張した<sup>13</sup>。それに対して最高裁は、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、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、差し押さえられていたパソコン、フロッ

<sup>12</sup> 浦和地決 10・2・27 刑集 52 巻 4 号 293 頁。

<sup>13</sup> 池田・前掲注 8) 80 頁以下。

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。」

#### 4. 令和3年決定（最決令3・2・1刑集75巻2号123頁）

最高裁令和3年2月1日決定（以下、「令和3年決定」とする）は、外国の所在する記録媒体に対するリモートアクセス（いわゆる越境捜査）の許容性等についての判断をしたものとしても有名である。他方で、リモートアクセスによる複写の処分が個々の電磁的記録についての個別的な内容確認なしに一括的に行われたことについてもその当否を判断した。

後者の判断が、平成10年決定との関係で非常に重要であると思われる。

##### （1）事案の概要

「本件は、大阪市内に本店を置き、インターネット上の動画の投稿サイト『X動画』及び配信サイト『Xライブ』……を、アメリカ合衆国所在の会社X, INC. ……と共に管理・運営する株式会社Yの代表取締役等であった被告人兩名（及びX社社長のZの一引用者注）①……わいせつ電磁的記録記録媒体陳列、②……公然わいせつ2件からなる事案である。」<sup>1</sup>

本件においては、リモートアクセス（コンピュータを用いてこれと電気通信回線で接続している記録媒体にアクセスすることをいい、刑訴法 99 条 2 項、218 条 2 項に規定されたものか否かを問わない。以下同じ）が捜査において行われた。その際、控訴審の認定によれば、「捜査官らは、リモートアクセスによる電磁的記録の複写を行うに当たり、対象となる記録領域内に保存されている電磁的記録について、本件被疑事実との関連性の有無を個別に確認することなく一括して複写するという手法を用いていた」とされる<sup>14</sup>。

## （2）決定要旨

上告趣意において被告人は、上記リモートアクセス手続に対して、「被疑事実との関連性を問わず、サーバ内データを包括的にダウンロードしており、憲法 35 条の保障する私的領域に侵入されない権利を侵害し、包括的差押えの許される限度を示した最高裁判所判例（平成 10 年決定—引用者注）に反する違法な証拠収集である」と主張した<sup>14</sup>。

「所論は、令状主義の統制の下、被疑事実と関連性の認められる物に限って差押えが許されるのが原則であり、警察官は、被疑事実との関連性を問わず包括的に電磁的記録を取得した違法があるとも主張する。しかし、前記の事実関係に照らすと、前記搜索差押許可状による複写の処分の対象となる電磁的記録には前記被疑事実と関連する情報が記録されている蓋然性が認められるところ、原判決が指摘するような差押えの現場における電磁的記録の内容確認の困難性や確認作業を行う間に情報の毀損等が生ずるおそれ等に照らすと、本件において、同許可状の執行に当たり、個々の電磁的記録について個別に内容を確認することなく複写の処分を行うことは許されると解される。所論は採用することができない。」

<sup>14</sup> 水谷恭史「有体物の物理的占有を前提とする現行刑事訴訟法の証拠収集ルールの限界」

Law and Technology 93 号（2021 年）38 頁。

## 5. 判例の論理の整理

### (1) 平成3年大阪高判と平成10年決定について

以上の判決及び決定の要旨を踏まえて、判例の論理の整理を行いたい。まずは、平成3年大阪高判と平成10年決定の関係についてである。

平成10年決定の調査官解説や、その他の評釈を見る限り、両者は「概ね同じ方向の考えを採っている」と評されている<sup>15</sup>。すなわち、平成3年大阪高判は、①「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る」ること、②「搜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、選別に長時間費やす間に、被押収者側から罪証隠滅をされる」ことの2つを要件として、「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」を認める。平成10年決定も、③「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」こと（以下、「関連情報記録の蓋然性」とする）、④「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」こと（以下、「情報損壊の危険性」とする）というように2つの要件を掲げて、「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」を認めるのである。この際、①と③の要件、②と④の要件がそれぞれ対応しているとされる。

他方で、平成3年大阪高判と平成10年決定において用いられた表現はそれぞれ若干異なっており、その点に着目すれば、両者の位置づけの評価が変わってくるとの指摘がある。すなわち、平成3年大阪高判の、「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（傍点引用者）」という表現を、複数あるうちの

---

<sup>15</sup> 甲斐行夫「判批」研修605号（1998年）19頁。ほかには、安富潔「判批」判時1679号（1999年）245頁、池田・前掲注8）88頁、長沼範良＝山田利行「コンピュータと捜査」法教334号（2008年）54頁以下[山田発言]、平木正洋「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、第9版、2011年）55頁など。

部に関連性があると認められる場合を前提として、②の要件も満たせば、その他の関連性のないものも含めて包括的に差し押さえてもよいという趣旨ではないか、とする指摘がある<sup>16</sup>。それに対して、平成10年決定は、複数あるうち、その一つひとつにおいてそれぞれ「関連情報記録の蓋然性」がある場合に、「情報損壊の危険性」の要件も満たせば、内容確認なしにそれらを差し押さえることができるという趣旨であると解されるという。要するに、平成3年大阪高判が「関連性のないもの」もまとめて差し押さえることが許されるという意味で、「包括的差押え」とも表現されるのに対して、平成10年決定は、「関連情報記録の蓋然性」—これが「被疑事実との関連性が認められる」という意味なのかは判示からは読み取れない—でも差し押さえることができるとする点で、両者は異なって位置付けられるというのである<sup>17</sup>。

上記のような平成3年大阪高判と平成10年決定の表現の違いからそれぞれを異なって位置付けることに対しては、反対的な意見もある。すなわち、平成3年大阪高判の判示は、フロッピーディスク271枚分の6枚のみ証拠採用されたという事実を踏まえ、ある種の結果論として「フロッピーディスクの一部に」という表現を用いたのであって、搜索差押えの時点において上記の結論が推測できたわけではないから、搜索差押えの時点ではフロッピーディスクそれぞれに関連性が認められる蓋然性があったのだ、という指摘である<sup>18</sup>。このような①と③の理解の違いは、学説の議論において一定の意義を有する。学説との関係についての詳細は後述する。

以上をまとめると、平成3年大阪高判と平成10年決定は、若干の議論はあるが基本的に同じ方向を採っていると評価されている。その共通の前提としては、差し押さえようと

---

<sup>16</sup> 柳川重規「判批」現刑1巻5号（1999年）81頁、堀江慎司「判批」岡村久道『サイバー法判例解説』別冊NBL79号（2003年）215頁（堀江①）、長沼＝山田・前掲注18）54頁[長沼発言]、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣、第3版、2021年）147頁。

<sup>17</sup> 堀江・前掲注19）215頁。

<sup>18</sup> 長沼＝山田・前掲注18）54頁[山田発言]。石山宏樹「捜査段階における差押えの関連性について」東京大学法科大学院ローレビュー9巻（2014年）122頁も同旨と思われる。

している記録媒体について被疑事実と関連するデータが記録されている蓋然性が認められること、捜索現場での内容確認/選別することの支障となる事情が存在することの2つの要件があり、両者が満たされれば、差押えをすることができるとするのである。

## (2) 平成10年決定と令和3年決定について

次に、平成10年決定と令和3年決定についてである。両者は電磁的記録媒体の捜索差押えに関する最高裁判例として非常に重要であり、また判示内容にも共通性がみられる点で、両者の関係を論じることには大きな意義が認められるだろう。

前提として、先に見たとおり令和3年決定は、リモートアクセスによる複写の処分が個々の電磁的記録についての個別的な内容確認なしに一括的に行われたということを取り扱った事例である。これに対して、平成10年決定は、フロッピーディスクという電磁的記録媒体について内容確認することを通じて個別的に被疑事実との関連性の有無を確認することなく差し押さえたことが問題となった事例である。すなわち、前者が電磁的記録という無体物に対する複写の処分であり、後者が電磁的記録媒体という有体物の差押えであるという点で、両者は事案を異にする<sup>19</sup>。

この違いは、被疑事実との関連性判断に関して若干の違いを生じさせ得る。第1に、差押えの被疑事実との関連性は、有体物を単位として判断されるということである。刑事訴訟法99条(222条1項)において押収できる物は、有体物に限られているとされ<sup>20</sup>、被疑事実との関連性の判断も、個別の物件がそれぞれ令状記載の「差し押さえるべき物」に当たるかかどうかというような形で、有体物単位で行われるのである。したがって、有体物で

---

<sup>19</sup> 成瀬剛「判批」ジュリ1577号(2022年)165頁。

<sup>20</sup> 中山善房『大コンメンタール刑事訴訟法 第2巻』(青林書院、第3版、2024年)277頁[渡辺咲子=加藤俊治]、井上正仁監『裁判例コンメンタール刑事訴訟法(第1巻)』(立花書房、2015年)424頁[吉田雅之]、河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法(第2巻)』(立花書房、2020年)174頁。

ある電磁的記録媒体内に被疑事実との関連性が認められるデータが部分的にでもあれば、当該電磁的記録媒体は「関連性がある」とされ、差し押さえることができる。逆に、電磁的記録媒体に保存されているデータファイル単位で被疑事実との関連性の確認が行われ、関連性を有するデータと有しないデータを選別した上で前者のみが押収されなければならないといったことまで求められるわけではない<sup>21</sup>。

第2に、リモートアクセスによる電磁的記録の複写の処分の趣旨から生じる被疑事実との関連性判断の内容についてである。刑事訴訟法99条2項（218条2項）は、「差し押さえるべき物が電子計算機であるときは、当該電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であって、当該電子計算機で作成若しくは変更をした電磁的記録又は当該電子計算機で変更もしくは消去をすることができることとされている電磁的記録を保管するために使用されていると認めるに足りる状況にあるものから、その電磁的記録を当該電子計算機又は他の記録媒体に複写した上、当該電子計算機又は当該他の記録媒体を差し押さえることができる」として、リモートアクセスによる複写の処分を規定している。立法者の説明によれば、まず、本規定は、情報技術の発達によりPCなどの情報デバイスに物理的に組み込まれているハードディスク等の記録媒体だけではなく、クラウド（Google Drive、iCloud、ドロップボックスなど）等の電気通信回線で接続している物理的に切り離された記録媒体にも電磁的記録が保存されている現在の状況に鑑み、「電子計算機の差押えに当たり、その範囲をこれと一体的に使用されている記録媒体にまで拡大しようとするもの」とであるとされる<sup>22</sup>。すなわち、当該電子計算機（PC等の情報デバイス）が「差し押さえるべき物」であり、そして、その記憶領域の一部が物理的かつ技術的に分離されているだけ

---

<sup>21</sup> 他方で、そういった被疑事実との関連性のないデータも大量に記録されている記録媒体の場合には、差押えの広義の必要性あるいは相当性が問題となりうる（例えば、東京地平10・2・27判時1637号152頁）。その際には、当該電磁的記録媒体については被疑事実との関連性があるということが前提となっている。

<sup>22</sup> 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(下)』曹時64巻5号（2012年）1091頁。

であって、実質においては当該電子計算機一体として扱われているということが前提となっている<sup>23</sup>。それを踏まえた上で、リモートアクセスによる複写の処分の対象は、「差押え対象物たる電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体に記録されている電磁的記録の全てではなく、『当該電子計算機で作成若しくは変更をした電磁的記録又は当該電子計算機で変更若しくは消去をすることができることとされている電磁的記録』に限られる」とされる<sup>24</sup>。刑事訴訟法 99 条 1 項が差押えの対象物を「証拠物又は没収すべき物と思料するもの」とするため、一般的に被疑事実との関連性があると思料されないものを差し押さえることは許されないが、この規範は、対象物を無体物である「電磁的記録」とするリモートアクセスによる複写の処分の際にも、基本的には同様に妥当するものとされる<sup>25</sup>。しかしながら、リモートアクセスによる複写の処分の対象が、「当該電子計算機で作成若しくは変更をした電磁的記録又は当該電子計算機で変更若しくは削除することができることとされている電磁的記録」に限られており、「このような電磁的記録については、通常、被疑事実との関連性があると思料されるものと考えられるから、個々の電磁的記録について、個別に被疑事実との関連性の有無を判断しなければならないわけではない」と説明されている<sup>26</sup>。したがって、リモートアクセスによる複写の処分の際には、令状によっ

---

<sup>23</sup> 杉山＝吉田・前掲注 25) 1096 頁が、「『当該電子計算機で変更若しくは消去をすることができることとされている電磁的記録媒体』とは、差押対象物たる電子計算機を用いて、……『変更』又は『消去』をする権限が認められている電磁的記録媒体をいう」と説明することからも明らかである。すなわち、ここでなぜ「『変更』又は『消去』をする権限が認められている電磁的記録媒体」とされているのかと言えば、例えばドロップボックスのようなクラウド上のデータは、どのような電子計算機であれログインをすれば技術的には変更や削除が可能であるからであり、あくまでもデータの変更と削除の権限（事実上の権限も含むとされる）が必要なのである。その意味で、当該電子計算機との一体性は、リモートアクセス規定を理解するにおいて非常に重要な前提であると思われる。

<sup>24</sup> 杉山＝吉田・前掲注 25) 1097 頁。

<sup>25</sup> 杉山＝吉田・前掲注 25) 1097 頁。

<sup>26</sup> 杉山＝吉田・前掲注 25) 1097 頁。

て特定されている電磁的記録は、基本的に被疑事実との関連性が認められるということになっているのである<sup>27</sup>。

以上、①対象物が有体物か無体物か、②差押えの際の被疑事実との関連性の判断とリモートアクセスによる複写の処分の場合の被疑事実との関連性の判断の枠組みの違いという 2 点において、平成 10 年決定と令和 3 年決定は前提が異なっている。

それでもなお、令和 3 年決定の判示と平成 10 年決定の判示は、以下のような共通性を有している。すなわち、令和 3 年決定は、⑤「搜索差押許可状による複写の処分の対象となる電磁的記録には、前記被疑事実と関連する情報が記録されている蓋然性が認められる」こと、⑥「差押えの現場における電磁的記録の内容確認の困難性や確認作業を行う間に情報の毀損等が生ずるおそれ等」があったことの 2 つを要件として、「個々の電磁的記録について個別に内容を確認することなく複写の処分を行うことは許される」とした。上記⑤と⑥の要件は、平成 10 年決定の、③「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」ことと、④「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」ことのそれぞれの要件に対応しているように思われる<sup>28</sup>。

上記①②の違いがありながらも、多くの評釈は、令和 3 年決定の⑤⑥と平成 10 年決定における③④との対応関係を肯定している。例えば、令和 3 年決定の調査官解説は、令和 3 年決定の問題状況が「対象となる個々の電磁的記録（媒体）について個別にその内容を

---

<sup>27</sup> 他方で、杉山＝吉田・前掲注 25) 1097 頁は、「差押えの現場において、被疑事実との関連性があると思料される電磁的記録とそれ以外の電磁的記録の区別が容易である場合に、捜査機関が、明らかに被疑事実との関連性がないと思料される電磁的記録の複写を殊更に行うことは許されない」とされている点には注意が必要である。

<sup>28</sup> 岩崎正「判批」速判解 29 号（2021 年）228 頁、川出敏裕「判批」論ジュリ 37 号（2021 年）130 頁、成瀬・前掲注 22) 165 頁、池田公博「判批」大澤裕＝川出敏裕『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、第 11 版、2024 年）57 頁。

確認することなく差押えないし複写の処分をすることが許されるか否か」というものであり、平成10年決定の事案と基本的に同様であるから、平成10年決定を踏まえてこのような判断を示したのだとする<sup>29</sup>。また、リモートアクセスによる複写の処分の際には、捜査の迅速性や捜査機関に不可能を強いることとなるとの理由から、個別の電磁的記録ごとに被疑事実との関連性の判断をしなければならないわけではないと立法者解説においてされていた。したがって、リモートアクセスの複写の処分においては、一括の複写処分が当然に許されるものと考えられることもできたように思われる。しかし、令和3年決定は、あえて⑤⑥の要件を指摘したのであり、それゆえ、令和3年決定は、原則として、リモートアクセスによる複写の処分の対象となる電磁的記録についても、個別の内容確認が必要であると考えているのではないかと指摘されている<sup>30</sup>。このように、令和3年決定が電磁的記録を対象とするリモートアクセスによる複写の処分についても原則的に内容確認を必要としていると思われる点に鑑みれば、電磁的記録媒体の差押えの際に原則として個々の記録媒体の内容確認が必要であるとする平成10年決定と共通する考えを有しているのであり、この共通性をもって、平成10年決定の③④と令和3年決定⑤⑥はそれぞれ対応するものであるといえるのである。

### Ⅲ. 内容確認ができない場合の電磁的記録媒体の搜索差押えに関する学説

上記の最高裁判例にしたがって、実務の動きは固まっているように思われる<sup>31</sup>。他方で、なぜ判例の掲げる要件2つを満たせば差し押さえることができるのか、「被疑事実と

---

<sup>29</sup> 吉戒・前掲注15) 124頁。また、川出・前掲注31) 130頁、成瀬・前掲注22) 165頁も同旨。

<sup>30</sup> 成瀬・前掲注22) 165頁。

<sup>31</sup> 例えば、伊丹俊彦監『搜索・差押えハンドブック』（立花書房、2023年）208頁は、平成3年決定を踏まえて、「内容を確認しなければ被疑事実との関連性の有無を確認できない場合に、内容確認をしないで一括して差押えが許されるためには、①搜索現場に存在する

の関連性」との関係でこの要件 2 つはどのように位置づけられるのか、こういった法的な論理は、最高裁の判示からは直ちには読み取ることができない。学説は、まさにこの判例法理の解釈という側面から議論を発展させていった。

そこで、以下では上記裁判例・判例を時期の区分として、電磁的記録媒体の内容確認ができない場合に差押えについて論じる学説の発展を見ていきたい。

## 1. 平成 3 年大阪高判以前の学説

### (1) 一定の要件の下で差押えを容認する説

当時の学説においては、依然として電磁的記録媒体の搜索差押えの議論は未だ盛んとはいええない。ただし、内容確認ができる場合や協力が得られる場合はよいが、とりわけ被疑者を対象とする場合には、円滑に搜索差押えすることが難しいと考えられており、しかしだからと言って搜索差押えができないとすることは、搜索差押えが許されない聖域を作るに等しく問題があるとされてきた。一応、このような問題意識は持ちつつも、他方で、詳細な理論の提示はないまま、とにかく一定の場合には差押えを容認すべきだとする立場が多くみられる。

#### A. 被処分者の協力がいない場合に全ての差押えを認める説（河上説）

まず、被処分者の協力がいない場合には内容がわからないまま全ての電磁的記録媒体を差し押さえてもよいとする説がある。時代的な背景もあると思われるが、PC の普及率の低さ、それに伴う相対的な専門性の高さ、ソフトウェアの不統一等により、電磁的記録媒体

---

多数の外部メモリ等のどれかは分からないがどれか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る場合であって、②そのような情報が実際に記録されているかを搜索・差押えの現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状況、が必要と解される」とする。その他多くの実務家による文献において、平成 10 年決定の③と④の要件が満たされれば内容確認することなく差押えをすることができるとされている。

に記録されている内容を確認するには、被処分者の協力が必要不可欠であったようである。それゆえ、被処分者の協力がなければ、内容確認により被疑事実との関連性の有無を判断できず、その結果として事実上、差押えが不可能となりうるという問題があった<sup>32</sup>。

この問題を解決するために、「全ての磁気テープをとりあえず差し押さえざるを得ない」ということにし、この結論をある種の間接強制として、全ての差押えを避けるために被処分者に必要な部分のアウトプットを協力させるとするのが、この河上説である<sup>33</sup>。

## B. 総合考慮説（原田説）

次に、差押えの適法性を「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、他の手段の有無、相手方の蒙る被害の程度等を総合して考慮」して決定する説がある<sup>34</sup>。このような考え方の背景として、やはり、被処分者の協力がなければ電磁的記録媒体（ここでは磁気テープ等とされている）から資料をアウトプットすることは難しいということが指摘されている。他方で、電磁的記録媒体には捜査に無関係な資料も大量に含まれていることが多いということや、そのような電磁的記録媒体を差し押さえれば被処分者の営業等への致命的な損害が生じ得ることも指摘されている<sup>35</sup>。当然、そういった損害が直ちに捜査の違法を意味するわけではないが、「無制限に刑事司法の至上性を是認することはできないのであって、内在的な制約があると解すべき」だとする<sup>36</sup>。

以上の事情を踏まえて、内容確認ができないとしても、その他の様々な事情を総合考慮することで差押えの適法性を確保しようとするのが、原田説である。

<sup>32</sup> 河上和雄『搜索・差押 証拠ノート（1）』（立花書房、1979年）86頁以下。

<sup>33</sup> 河上・前掲注35）87頁。

<sup>34</sup> 原田國男「コンピュータ、クレジットカード等を利用した犯罪」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系 第2巻』（日本評論社、1983年）226頁。

<sup>35</sup> 原田・前掲注37）225頁。

<sup>36</sup> 原田・前掲注37）225頁。

### C. 協力状況と捜査の必要性との比較衡量説（廣畑説）

そして、被処分者の協力状況と捜査上の必要性の比較衡量によって、差押えの範囲を決定しようとする説がある。廣畑史朗は、搜索差押えの現場には「差押えの対象物たる本件犯行に供したデータを収納した磁気テープ等」だけではなく、それ以外の本件に無関係な磁気テープ等も多く存在していることを指摘し、この場合に、「本件犯行のように供したと思料される磁気テープ等を差し押さえられるのは当然のことであるが、搜索現場のすべての磁気テープ等を押収することができるかどうかについては論ずべき問題がある」とする<sup>37</sup>。

その上で、上記被処分者の協力がいない場合に全ての差押えを認める河上説について、確かに差し押さえるべき物かどうかの判別ができない場合に、捜査目的の達成のために合理的な理由がある範囲についての全ての磁気テープ等を差し押さえることができるとするのは、1つの考え方であるとする。しかし、「いかなる場合においてもすべて差押えが許されると解するのは行き過ぎである」と指摘し、犯罪捜査規範 140 条を挙げて、関係者への必要以上の迷惑にならないようにすべきだとする<sup>38</sup>。

以上を踏まえて、廣畑は、「搜索、差押えに当たって、被処分者の積極的協力により磁気テープ等の内容を確認、判断し、捜査の目的を達することができる場合はともかく、ラインプリンタの使用も拒否され、このまま放置すれば証拠いん滅のおそれがあるような場合には被処分者の協力状況と捜査上の必要性とを比較衡量して具体的な搜索、差押えの範囲を決めることになろう」とするのである<sup>39</sup>。

---

<sup>37</sup> 廣畑史朗「コンピュータ犯罪と搜索、差押え」警察学論集 41 巻 3 号（1988 年）73 頁。

<sup>38</sup> 廣畑・前掲注 40) 73 頁。

<sup>39</sup> 廣畑・前掲注 40) 73 頁以下。

## (2) 差押えを容認する説への批判

上記のような、内容確認を通じた「差し押さえるべき物」の選別が不可能な場合にも差し押さえることを認める説に対しては、批判があった。

新保佳宏は、上記河上説、廣畑説を挙げた上で、「しかし、いわゆる一般令状（general warrant）を禁止する憲法 35 条の趣旨ならびにそれをうけた刑法 219 条の規定からみて、この見解には疑問が残る」と指摘する<sup>40</sup>。

## (3) この時代の議論の特徴

以上の学説上の議論を踏まえると、特徴の1つとして、「被疑事実との関連性」の問題と差押えの必要性（相当性）の問題が切り分けられずに議論されているということが指摘できよう。差押えを容認する説は、磁気テープ等の内容をアウトプットできない場合を前提としており、これは被疑事実との関連性が確認できない場合ということができる。この場合において、河上説は特に理論的な説明をすることなく、「差し押さえることができなくなる」という捜査の実効性の理由から、全体を差し押さえることができるとせざるを得ないとする。廣畑説は、河上説を批判しつつ差押えの範囲を縮小しようとするが、被疑事実との関連性のない物を差し押さえてもよいとする説明において、被処分者の協力状況と捜査の利益を比較衡量しており、換言すれば、「差し押さえるべき物」に当たらないものを差し押さえてもよいとする例外の創出に他ならず、この点で令状主義違反という批判は妥当であると思われる。

原田説も同様に、捜索現場には被疑事実との関連性のない磁気テープ等が多く存在するという前提で、内容の確認ができない場合には、様々な事情を総合考慮することにより適法に差押えが行われ得ることを指摘するが、そのような総合考慮と被疑事実の関連性のないものを差し押さえてもよいとすることが、どのような論理関係にあるのかは説明されて

---

<sup>40</sup> 中山研一＝神山敏雄『コンピュータ犯罪等に関する刑法一部改正（注釈）』（成文堂、改訂増補版、1989年）156頁[新保佳宏]。

いない。この意味でも、やはり、この時代の議論においては、被疑事実の関連性があるか無いかという問題と差押えの必要性（相当性）の問題の区別はついてなかったといえる。

## 2. 平成 3 年大阪高判以降、平成 10 年決定以前の学説

平成 3 年大阪高判を受けて、電磁的記録媒体の搜索差押えの議論はかなり大きな発展を見せたと思われる。議論の展開は基本的に平成 3 年大阪高判を踏まえた上でこれをどのように評価するかという形になっているからである。現在の議論において中心的な役割を果たしている対立的な 2 つ学説の基礎も、この時代の議論において生じたものと考えられる。

一部の学説は平成 3 年大阪高判に反対するが、多くの学説は肯定的に捉えていると見ることができよう。

### (1) 選別の困難性を理由に全ての差押えを認める説（仲田説）

まずは、選別の困難性を理由に「やむを得ない措置」として現場にある全てのフロッピーディスクやハードディスクの差押えを認める説である。

前提として、搜索現場にフロッピーディスク等の様々な電磁的記録媒体が大量にある場合について、それらの中に被疑事実と関連するファイルが収められている可能性があることは間違いないが、他方で被疑事実と無関係のものも含まれている可能性も当然にある。仲田章は、この際の問題は、「被疑事実との関連性の有無の選別が容易か否か」にあるとするのである<sup>41</sup>。

この選別の困難性について、仲田は「おそらく何者をもってしてもこれ（被疑事実との関連性の有無の選別—引用者注）を短期間のうちに成し遂げることは不可能」だと評する。その理由として、内容確認ができるかどうか現場に赴いた捜査官の機器の操作方法等の知識を持ち合わせていなければならないことが挙げられている。この時代も依然として PC

---

<sup>41</sup> 仲田章「磁気ディスクの差押えをめぐる諸問題」研修 542 号（1993 年）122 頁。

の操作等に関して一定の専門性が認められていたと思われる。そのため、システムの起動やその操作は容易ではないと述べられている<sup>42</sup>。さらに、数百枚と言った量のフロッピーディスクを一つひとつ確認すること自体、仮に被処分者の協力があつたとしても、長時間かかるものである点も挙げられている。論者は、そのような長期間の内容確認中に被処分者により罪証隠滅工作をされる危険性は極めて高いとする<sup>43</sup>。

加えて、電磁的記録媒体特有の問題として、一見してなんのデータも保存されていないように見えるものであっても、実は被処分者によってデータが削除されていたものであり、復元ツール等を使用することでそれらのデータを取り戻すことができる可能性があるということが指摘されている。これはすなわち、一見して被疑事実との関連性がないと思われるフロッピーディスクであっても、捜索現場ではできないような詳細な分析を加えれば、被疑事実との関連性のある捜査に非常に重要なデータが発見され得るということである<sup>44</sup>。

上記のような事情に鑑みて、仲田は、捜索現場にフロッピーディスク等の大量の電磁的記録媒体があり、それらの中に被疑事実との関連性があるものもあるが選別が困難である場合には、「やむを得ない措置としてフロッピーディスク及びハードディスクのすべてを差し押さえるのが相当」であるとする。

なお、仲田は、平成 3 年大阪高判の判旨を確認し、その判旨を自身の論文内の設例に当てはめる形で上記のような自身の見解を述べている。その点で、平成 3 年大阪高判を肯定的に捉えていると思われる。

## (2) 一応の関連性説

次に、捜索差押対象物について「一応の関連性あり」と言えれば差し押さえることができるとする説である。本説の特徴として、「被疑事実との関連性の有無の判断」が必ずし

---

<sup>42</sup> 仲田・前掲注 44) 122 頁。

<sup>43</sup> 仲田・前掲注 44) 122 頁以下。

<sup>44</sup> 仲田・前掲注 44) 123 頁

も「電磁的記録媒体の内容の確認」とイコールではないとしている点が指摘できる。以上において挙げてきた学説は、「被疑事実との関連性の有無の判断＝電磁的記録媒体の内容の確認」というような図式を前提として考えていたため、内容確認ができない場合には、「被疑事実の関連性がないけれど、差し押さえるべきとする場合がある」というように、被疑事実との関連性の問題と差押えの必要性の問題とを明確に区別せず論理を展開していたように思われる。

その点、一応の関連性説は、上記の図式を前提とせず、内容確認以外の外部的事情一単にラベル名のような一見して明らかな事情だけではない一から一応被疑事実との関連性があると判断できる場合があるとし、そのような場合にのみ差し押さえることができるのである。

#### A. 井上説

電磁的記録媒体を搜索差押えする場合、令状においては「本件に関係ある……」というような形で特定されることが多く、その際には令状に記載された物に当たるかどうかの判断のため、内容の確認を通じた被疑事実との関連性の確認の必要が生じうる<sup>45</sup>。

その際、刑訴法 222 条 1 項により準用される同法 111 条 1 項の『必要な処分』として、フロッピーディスクをはじめとする電磁的記録媒体の内容をプリントアウトする方法や、ディスプレイに表示させる方法を用いて内容確認することになるが、この時代においても、「あらかじめ捜査機関においてフロッピーディスクに適合するコンピュータ機器やソフトを準備するというのは非現実的であるから、搜索差押現場にあるコンピュータ等を使用すること」になるとされていた<sup>46</sup>。それゆえ、被処分者が協力的な場合はよいが、協力が得られない場合には、捜査機関側で被処分者のコンピュータを操作して電磁的記録媒体の内容を確認することになる。

---

<sup>45</sup> 新関・前掲注 7) 334 頁[井上弘通]。

<sup>46</sup> 新関・前掲注 7) 334 頁以下[井上]。

しかし、捜索現場で捜査機関の者が使い慣れていない他人の機器を操作することは、「たとえ不可能ではないにしても、内容の確認、選別に時間がかかるなど容易でない場合が多いと思われるし、誤操作による破壊のおそれ等をも考慮すると、実際上はそのような措置をとることには慎重を期すべきである」とされる<sup>47</sup>。

以上に鑑みれば、捜索現場では電磁的記録媒体の内容確認ができないという場合が多々生じ得る。井上弘通は、だからと言って、内容確認ができない場合には差押えをすることができないとするのは相当ではないため、内容確認以外の方法で被疑事実との関連性を判断することになるという<sup>48</sup>。「例えば、捜索現場に存在するフロッピーディスクのいずれかの中に証拠足りうるものが存在することが明らかな場合には、被疑事実の内容、それと捜索現場ないしそこに存在する物との関係の濃淡等を総合考慮した上で、明らかに証拠でないものを除いて包括的に差し押さえることもやむを得ないと判断されるときがあるのではないだろうか」とするのである<sup>49</sup>。そして、「明らかに証拠でないもの以外のフロッピーディスクは、その所在場所、状況等からして個々的に見ればいずれについても一応関連性があると疑うに足りる合理的な理由があるといえようから、そのような範囲内であれば一般的、探索的押収には当たらないであろうし、個々のフロッピーディスクにおける被疑事実との関連性を差押え現場では具体的に判断することが不可能である以上、そう考えることにも相応の理由がある（傍点引用者）」とするのである<sup>50</sup>。

また、事後的な内容確認により被疑事実との関連性がないと分かれば直ちに被処分者への還付する必要があるとする。しかしながら、この際、井上は、「被処分者が非協力的な事情の下ではこの限度で捜査の必要とフロッピーディスクの保持者との利益を調整するしかないのではなかろうか」としており、被疑事実との関連性の判断において捜査の必要性

---

<sup>47</sup> 新関・前掲注7) 335 頁[井上]。

<sup>48</sup> 新関・前掲注7) 335 頁[井上]。

<sup>49</sup> 新関・前掲注7) 335 頁以下[井上]。

<sup>50</sup> 新関・前掲注7) 336 頁[井上]。

と被処分者の利益とが衡量されるべきとも読める表現をしている<sup>51</sup>。

最後に、平成3年大阪高判については、「この事案は、その判示内容からも明らかなように特殊な事情に基づくものであり、これを直ちに一般化することは相当でなく、できる限り関連性の明確なフロッピーディスクを選別するよう努める必要があることに留意すべきである」というように評価している<sup>52</sup>。

## B. 小川説

小川新二も、「一応の関連性」という表現を用いて、搜索現場での内容確認ができない際でも電磁的記録媒体の搜索差押えが許されるべき場合があるとする。

小川も、現実の捜査の際には捜査官が電磁的記録媒体の内容の確認を逐一できるわけではないとし、その理由として、被処分者の協力が得られずかつ捜査官にコンピュータの捜査に関する知識が欠けている場合や、電磁的記録媒体に保存されている情報が膨大なために全てを確認することが困難な場合、データの出力のために搜索現場ではすることができない特殊な操作をする必要がある場合などが挙げられている<sup>53</sup>。

このように電磁的記録媒体を搜索差押えの現場でその内容を逐一確認できない場合について、小川は、確かにとりあえずそれら全ての電磁的記録媒体を差し押さえるということ（河上説）は、「一般的・探索的搜索・押収を禁じた令状主義の趣旨から賛成し難いなどの批判も強い」とはするものの、他方で、「直接的な可視性・可読性がなく内容確認が困難な上、キーボード操作で瞬間的に消去等ができ罪証隠滅が容易であるという電磁的情報の特性をも考慮すると、内容確認ができない場合には被処分者が任意提出しない以上証拠保全できず、証拠隠滅を防ぎ得ないという事態は極力避ける必要がある」とする<sup>54</sup>。

---

<sup>51</sup> 新関・前掲注7) 336頁[井上]。

<sup>52</sup> 新関・前掲注7) 337頁[井上]

<sup>53</sup> 平野龍一＝松尾浩也『新実例刑事訴訟法Ⅰ』（青林書院、1998年）260頁[小川新二]。

<sup>54</sup> 平野＝松尾・前掲注56) 260頁以下[小川]。

そして、被疑事実との関連性の有無についての判断は、最終的には電磁的記録媒体の内容確認によるため、内容がわからない場合に直ちにその電磁的記録媒体を差し押さえてもよいとすることには問題があるとしつつ、その一方で、「差し押えが許されるかどうかは搜索差し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、搜索差し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」とする<sup>55</sup>。

上記のような被疑事実との関連性の捉え方を踏まえて、「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け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、当該搜索差し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、捜査機関においても確認に要する機材・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し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（傍点引用者）」とする。

なお、平成 3 年大阪高判については、上記の自説と同様の考え方に基づくものであると評価している<sup>56</sup>。

### C. 両説の位置づけについて

井上説も小川説も「一応の関連性」という表現を用いている点や、内容確認以外の事情から、電磁的記録媒体内に被疑事実との関連性のあるデータが記録されているということを疑う合理的理由がある場合に「一応関連性がある」と判断できるとする点で共通している。そして、両者は同様の理解に基づく見解であると評価する論者もいる<sup>57</sup>。

<sup>55</sup> 平野＝松尾・前掲注 56) 261 頁[小川]。

<sup>56</sup> 平野＝松尾・前掲注 56) 262 頁[小川]。

<sup>57</sup> 濱田毅「搜索差し押に対する相当性による規律」同志社法学 69 巻 7 号（2018 年）1012 頁。

しかし、両者には若干の差異があるように思われる。井上説は、明らかに被疑事実との関連性のないとされる電磁的記録媒体を除いて、「その所在場所、状況等からして、個々的に見ればいずれについても一応関連性があると疑うに足りる合理的な理由があるといえようから」、このような電磁的記録媒体の一括的な差押えは、一般的探索的押収に当たらず、許容されるとする。他方で、上記のような被疑事実との関連性判断枠組みに関して、「被処分者が非協力的な事情の下ではこの限度で捜査の必要とフロッピーディスクの保持者との利益を調整するしかないのではなかろうか」とも述べている。これは、すなわち、被疑事実との関連性の判断の際に捜査の利益と被処分者の利益とを衡量することにより、状況により被疑事実との関連性の有無の判断水準を変動させよう—換言すれば、他の場合と比べて判断水準を緩和しよう—というような発想であると思われる。

これに対して、小川説は、被疑事実との関連性の判断について、「差押えが許されるかどうかは搜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、搜索差押えの現場において可能な合理的判断を指す」としており、様々な事情の衡量の下で被疑事実との関連性の有無の判断水準を適宜変動させるというよりは、電磁的記録媒体独自の判断水準—通常の被疑事実との関連性判断において求められる水準よりも緩和された水準—を打ち立てようとするもののように思われる。

この両者の若干の違いは、平成10年決定以降において主張されるようになる「関連性変動説」と「蓋然性説」にそれぞれ—井上説が前者、小川説が後者へと—つながっていくのではないかと考えられ、この点で、両者の若干の差異は重要であるように思われる。

### (3) 平成3年大阪高判を批判する学説（川崎説）

上記3つの学説は、比較的に平成3年大阪高判を肯定的に捉えている、あるいはその影響を受けている学説であったが、平成3年大阪高判を批判する学説も当然存在する。

川崎英明は、平成3年大阪高判において差し押さえられたフロッピーディスク271枚のうち、6枚のみが証拠として提出された点に注目し、「残りの265枚のフロッピーの情報集

積容量は膨大である」ために、「本件は結果としては一般探索的な差押えであったといわざるをえないであろう」と批判するのである<sup>58</sup>。そして、「(a)のような原則（「そのままで可視性・可読性を有しないフロッピーディスクが対象の場合であっても被疑事実との関連性の有無を確認しないで一般探索的に差押えを行うことは令状主義の趣旨から原則的に許されない」とする原則—引用者注）を立てても、捜査の利益が優先される中で、(b)の基準（「それらの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理由があり、現場での選別が容易でなく、選別の間に罪証隠滅のおそれがあるようなときには全部のフロッピーディスクを差し押さえることも許される」とする基準—引用者注）の下では一般探索的な搜索・差押えが行われる危険性を本質的に排除できない」と指摘する<sup>59</sup>。

#### (4)「必要な処分」説（酒巻説）

上記の川崎説が平成3年大阪高判を真っ向から批判するのに対して、批判はしつつも別の在り方を示す学説がある。それが「必要な処分」説である<sup>60</sup>。

平成3年大阪高判を受けて、「大前提として、文書・書類・帳簿等の差押の場合と同様に、捜査機関が被疑事実との関連性の有無及び令状に特定明示された差押対象物件に該当するか否かを確認しないでフロッピーディスクを一括差押することは、まさに令状主義の禁ずる一般探索的差押として許容されない」とし、その上で、「問題は、適法な差押の実施の前提となる関連性の有無の確認のために、対象物件の所持者・管理者に対し、差押え目的

<sup>58</sup> 村井敏邦 編『現代刑事訴訟法』（三省堂、第2版、1998年）102頁[川崎英明]。

<sup>59</sup> 村井・前掲注61）101頁[川崎]。

<sup>60</sup> 「必要な処分」説をとるものとして、酒巻匡「搜索・押収とそれに伴う処分」刑法雑誌36巻3号（1997年）444頁、笹倉宏紀「判批」ジュリ1191号（2000年）80頁、池田公博「コンピュータ犯罪と捜査」井上正仁＝酒巻匡『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、2013年）96頁、宇藤崇「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、第10版、2017年）48頁など。

物の強制占有取得という令状の本来的目的の実現とは別の法益侵害を被らせることが、どのような根拠で正当化され得るか」であるとする<sup>61</sup>。

電磁的記録媒体の搜索差押えの場合には、文書等の場合と同様に、搜索現場に存在し、被疑事実との関連性を有する記録が含まれている合理的理由のあるもの全てに対して、「必要な処分」としてその内容を可視化・可読化し、閲覧・点検することができる。その理由はまさに、上記のような内容の点検等が電磁的記録媒体を搜索差押えの対象とする「令状の目的達成・実現に必要不可欠」であるからである。それゆえ、上記のような「必要な処分」は、「当該令状の効力内容として許容される」とされる<sup>62</sup>。

では、上記のような電磁的記録媒体の内容の可読化及び閲覧・点検は、必ずしも常に搜索差押え現場で行われなければならないのか。この疑問に対して、酒巻は、「対象物件の性質と搜索・差押に必要な処分じたいの対象者に及ぼす法益侵害の程度・性質により、それが目的達成に必要最低限度の侵害かどうか、比例・権衡原則に反しないかどうかという判断枠組みの下で、その処分・措置の適否は決まることになると考えられる」とし、それゆえ、上記のような「必要な処分」を行うことができるのは搜索差押えの現場に限られるとする理由はないとする<sup>63</sup>。例えば、平成3年大阪高判のような事案—すなわち、「対象の選別が容易でなくかつ罪証湮滅の高度の蓋然性がある場合」—であれば、「必要な処分」としてフロッピーディスクの一括占有取得をした後に選別を行うことも、許されるのではないかとする<sup>64</sup>。

そして、ここで許される「一括の占有取得」の法的性質は「差押え」や「押収」ではなく、あくまでも搜索差押えに「必要な処分」とであると理解しなければならないとされる。

---

<sup>61</sup> 酒巻・前掲注63) 452頁。

<sup>62</sup> 酒巻・前掲注63) 453頁。

<sup>63</sup> 酒巻・前掲注63) 453頁。

<sup>64</sup> 酒巻・前掲注63) 453頁。他方で、酒巻は、差押え対象物件が文書・帳簿類の場合は、電磁的記録媒体と比較すると、現場での閲覧や選別が相対的に容易であるために、「特段の事由がないかぎりその一括取得は比例・権衡の原則に反する可能性がある」とする。

したがって、点検及び選別が終了し、一括取得された対象物について被疑事実との関連性を有しないということが明らかとなったならば、当該対象物を占有する根拠はなくなるため、直ちに返還すべきということになるという<sup>65</sup>。

以上のような現場での内容確認ができない場合における電磁的記録媒体の搜索差押えの在り方を述べた上で、酒巻は、平成 3 年大阪高判について以下のように批判する。すなわち、平成 3 年大阪高判は、「特段の事情がある場合、全部のディスクについて『関連性』があるとみる立場に基づくものと思われるが、なぜ、やむをえない事情があると被疑事実と対象物件との関連性を緩やかに考えることができるのか、説明が困難である」とし、令状執行時点において生じている具体的事情次第で、被疑事実との関連性判断の水準が変動するという考え方には疑問があるとする<sup>66</sup>。

### 3. 平成 10 年決定以降の学説

平成 3 年大阪高判が現れてから、学説の議論はかなり活発になされるようになったことは、以上で確認した通りである。そして、さらにそのタイミングで最高裁が平成 3 年大阪高判と類似する事例において平成 10 年決定をしたため、学説上の議論はあっという間に発展することとなった。

平成 10 年決定が出た以降の学説の議論は、以前の学説の議論を引き継ぎつつも、基本的に平成 10 年決定の内在論理をどのように理解するかという形で展開されている。

#### (1) 関連性変動説

平成 10 年決定の内在論理の 1 つの説明の仕方として、本来は、被疑事実との関連性があるとは認められない水準における「蓋然性」であっても、一定の要件がある場合に限り、その関連性水準を緩和し、差し押さえることが許されるとする説がある。すなわち、

---

<sup>65</sup> 酒巻・前掲注 63) 453 頁。

<sup>66</sup> 酒巻・前掲注 63) 453 頁以下。

平成10年決定は、①「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」ことと、②「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」の要件を挙げているが、関連性変動説は、両要件の位置づけとして、①の「蓋然性」では被疑事実との関連性があるとはいえず、②の要件が同時に満たされることによって始めて、①の水準の「蓋然性」でも差し押えが許される—換言すれば、「被疑事実との関連性」の要件が緩和される—というように平成10年決定の内在論理を理解するのである<sup>67</sup>。

他方で、関連性変動説には決定的な批判がなされている。すなわち、特殊事情を理由に関連性判断を緩和・変動し得るとするのは、どのような法的根拠に基づくのか、そしてそのような関連性判断の緩和は令状主義に反するのではないかという批判である<sup>68</sup>。この点について、笹倉宏紀の批判が非常に詳細かつ的確である。すなわち、『関連性』が、当該

---

<sup>67</sup> 平成10年決定の調査官解説である池田・前掲注8) 89頁は、本決定の内在論理をこの関連性変動説として理解していると思われる。他にも、津村政孝「判批」法教211号(1999年)125頁、檀上博文「判批」捜査研究571号(1999年)54頁、川出・前掲注2) 182頁以下(論理の提示であり、川出本人はこの説を支持する意図ではないと思われる。)、村瀬均「判批」井上正仁編「刑事訴訟法判例百選」(有斐閣、第8版、2005年)55頁、平木・前掲注18) 55頁、川瀬孝史「電磁的記録に対する捜索差し押え上の諸問題」警察学論集74巻9号(2021年)98頁などが同旨と思われる。また、寺崎嘉博「電磁的記録に対する包括的差し押え」廣瀬健二・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集 下巻』(信山社、2003年)252頁は、私見として、平成10年決定の事例において差し押えが認められる論理を次のように説明する。すなわち、『情報が損壊される危険』があることを条件として、明らかに証拠でないFD(フロッピーディスク)などをのぞき、差し押え対象であるFDなどには、原則として証拠との関連性が推認される」、換言すれば、「当該FDなどが被疑事実との関連性を有するか否かの判断基準が緩和される(『蓋然性』があれば足りる)ことになる」、と。

<sup>68</sup> 笹倉・前掲注63) 82頁、堀江・前掲注19) 215頁、宇藤・前掲注63) 49頁、濱田・前掲注60) 1017頁以下、佐々木正輝＝猪俣尚人『捜査法演習』(立花書房、第2版、2018年)489頁[佐々木正輝]、宮木康博「判批」法学教室470号(2019年)18頁など。

物件が被疑事実の証明に役立つという意味での被疑事実との結びつきを意味する以上、その有無は、当該物件がそのような属性・性質を持つか否かによって客観的に決まるはずの事柄であり、そこに、捜索現場における具体的事情に応じた処分の実効性確保の必要性和の比較衡量を容れる余地はない。「しかも、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、令状主義の本来の意義に照らして妥当でない。……捜査の利益を強調することにより、国家権力に対して保護される私生活領域の限界を画する基準自体を変動させ得るものとすれば、捜索・押収の範囲が官憲によって恣意的・裁量的に定められることを禁止するという令状主義の本来的意義……に反することになる。その意味で、差押えの範囲を限界づける関連性の要件は、憲法の令状主義の要請を受けて一般的な形で設定された『固い』基準であって、個別具体的な利益衡量に依拠して変動させ得るものではないと考えるべきである」<sup>69</sup>。

上記のように、なぜ特別な事情がある場合に一令状主義に反するにもかかわらず一関連性要件を緩和してもよいのかということについてなんら理論的な説明をしない（あるいはできない？）関連性変動説は、決定的な欠陥を抱えているといえる。

## (2) 蓋然性説

関連性変動説が、1つの事案における具体的な状況を踏まえて、本件差押えに関する被疑事実との関連性の判断水準を個別的に「蓋然性」があるという程度的水準へと変動、緩和とさせることができるとするのに対して、捜査の一般的なあり方やその実情に鑑みて「被疑事実との関連性」とは、実際的には「被疑事実と関連する蓋然性があること」を意味するとして理解し、それゆえ、もとより「蓋然性がある」という水準で被疑事実との関連性は満たされると考える説がある。これが蓋然性説である<sup>70</sup>。

---

<sup>69</sup> 笹倉・前掲注 63) 82 頁。

<sup>70</sup> 蓋然性説をとるものとして、柳川・前掲注 19) 79 頁、石山・前掲注 21)) 120 頁、太田

関連性変動説と蓋然性説は、混同して理解されることも多いように思われる。確かに、両者は、従来「被疑事実との関連性」として理解されてきた判断水準よりも低い、「被疑事実と関連する蓋然性がある」という判断水準で被疑事実との関連性を肯定する点で、類似性を有する。しかし、先に述べた通り、関連性変動説が事案における個別具体的な事情によって判断水準を「被疑事実との関連性」から「蓋然性」へと変動させることができるのに対して、蓋然性説は、そもそも「被疑事実との関連する蓋然性がある」という水準で「被疑事実との関連性」は肯定されるという前提を立てる。その点で両者は区別されるべきであり、そして、根本的な理論的欠陥を抱える前者にはない理論的な説得力が、後者にはあるといえる<sup>71</sup>。

#### A. 甲斐説

平成10年決定後、最初に蓋然性説の基礎となる見解を示したのは、甲斐行夫である。甲斐は、電磁的記録媒体の搜索差押えの際でも、被疑事実との関連性を一切考慮せずに現場にあるもの全てを差し押さえることができるとするのは妥当ではないが、当該電磁的記録媒体の内容確認を通じて被疑事実との関連性の確認が明らかにならなければ差押えをすることはできないとすることも、「また行き過ぎである」とする。そして、「被疑事実との関

---

茂「いわゆる『包括的差押え』をめぐる諸問題について」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、2014年）435頁、濱田・前掲注60）975頁、佐々木＝猪俣・前掲注71）478頁以下[佐々木正輝]などがある。

<sup>71</sup> 濱田・前掲注60）1013頁は、一応の関連性説（及び関連性変動説）と蓋然性説が混同され、両者をひとまとめにして「関連性の要求水準を緩和変動させているなどの批判を受けている」と指摘し、その上で、蓋然性説について次のように説明する。すなわち「蓋然性説は、決して『関連性』要求水準が特殊な状況のもとで緩和される（切下げられる）とする物ではなく、『関連性』判断の本質が蓋然的判断であることに着目する見解であって、同説の下で関連情報の記録の『蓋然性がある』と判断されたということは、当然『関連性の疎明があった』ことを前提とするものである」と。

連性」について、「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、搜索差押え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いわざるを得ない」とし、刑訴法99条1項の規定に鑑みれば、「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か」とした<sup>72</sup>。

上記の甲斐の主張において重要だと思われるのは、捜査には流動性があり、捜査の時点では客観的に確実な「関連性」があることまで判断することは難しいため、「蓋然性」があると言えればそれで足りるとすべきだとした点である。この点は、以下で見る蓋然性説の論者からも主張されている。

しかしながら、このような甲斐説を蓋然性説として整理するべきかどうかには、留保が必要のように思われる。というのも、甲斐は、「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いわざるを得ない」とし、一応の関連性説からの影響も強く受けているといえるからである。その意味では、甲斐説は、一応の関連性説（とりわけ小川説）と蓋然性説の橋渡しの見解と位置付けるのが妥当かと思われる。

## B. 石山説

石山宏樹は蓋然説について、次のように説明する。すなわち、上記甲斐説を引用しながら

---

<sup>72</sup> 甲斐・前掲注18) 20頁。

ら「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に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」とする<sup>73</sup>。

石山の主張の特徴は、現場での捜査の実情など、検察官としての自身の経験を踏まえて、被疑事実の関連性判断の水準は、被疑事実との関連する蓋然性があるという程度でよく、むしろそのように理解しないと捜査が立ち行かないし、事実として捜査実務では「被疑事実の関連性＝被疑事実に関連する蓋然性」という理解で動いているとする点にある。

まず、搜索差押えは捜査の初期段階に行われることが多いということを指摘する。すなわち、『自白偏重捜査』などの誹りを受けることなく、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……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」という<sup>74</sup>。また、捜査の初期段階であるがゆえに、「そもそも被疑事実の存在自体が蓋然性を有するものにすぎず……、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」とする<sup>75</sup>。

次に、電磁的記録媒体における被疑事実との関連性は、搜索差押えの時点において、その現場で内容確認をすれば直ちに判断できるものではなく、むしろ、関係者の取調べや他

---

<sup>73</sup> 石山・前掲注 21) 123 頁。

<sup>74</sup> 石山・前掲注 21) 125 頁以下。

<sup>75</sup> 石山・前掲注 21) 126 頁。

の証拠の内容との突合を通じて初めて明確になることが多いと指摘されている<sup>76</sup>。このことを敷衍すると次の通りである。すなわち、先に見た通り、捜査の初期段階で行われる搜索差押えの時点では、差し押さえようとする電磁的記録媒体の内容確認をしたところで、その内容が何を意味しているのか分からないといったことや、「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」といったことが多々生じる。しかし、そうであっても、上記のような電磁的記録媒体の内容が被疑事実と関連することは、後の捜査の進展によって明らかになりうるのである。それゆえ、必ずしも搜索差押えの時点において内容確認が行われれば被疑事実との関連性が判断できるわけではないということである。

石山は、以上をまとめる形で次のように述べる。すなわち、「このように犯罪捜査とは、搜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」であるとし、そして、「搜索差押えの現場で、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はない」とする。さらに、「もし仮に、搜索差押えの現場で、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、搜索差押えの時点ですで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、搜索差押えの真相解明機能が著しく損なわれることになるだろう」とする<sup>77</sup>。

このような犯罪捜査の在り方や、搜索差押えの実情を踏まえると、「捜査官としては、事案の全容を解明するためには、搜索差押えの現場で被疑事実と関連することが間違いな

---

<sup>76</sup> 石山・前掲注21) 126頁。

<sup>77</sup> 石山・前掲注21) 127頁。

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（あくまでも「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」とする<sup>78</sup>。

### C. 佐々木説

佐々木正輝は、まず、「被疑事実との関連性」の意味について、被疑事実と「確実に、ないし明白に、関連する」ことをいうものであるのかという問いかけから始める<sup>79</sup>。この点に関して、石山説と同様、関連性の判断材料がほとんど集まっていない捜査の初期段階において行われる搜索差押えの際に、上記のような被疑事実と「確実に、ないし明白に関連する」というレベルで関連性を断定することは「現実問題として到底不可能というほかない」とし、「それなのに、そのような断定をなし得た物、つまり、被疑事件との関連性の存在が確実ないし明白なものだけが差押えの対象となるというのでは、搜索・差押えの実効性は大きく阻害されることとなる」とする<sup>80</sup>。したがって、「このような現実認識を基礎に置く限り、『関係ある（関連する）』とは、『本件の証拠物と思料する』という、『本件の証拠物たり得るとの蓋然的判断』にとどまらざるを得ないものというほかない」とするのである。

このような「本件の証拠物たり得るとの蓋然的判断」をもってなされる「関連性がある/ない」という判断は、単に0か1かという二者択一の問題ではないとし、これは、「関連性があるかもしれない」や、「ないとは言い切れない」というような、その時点の捜査状況や被疑事実の内容等を踏まえた捜査官の心証上でなされる「（関連するであろうとの）

<sup>78</sup> 石山・前掲注21) 127頁。

<sup>79</sup> 佐々木＝猪俣・前掲注71) 488頁。

<sup>80</sup> 佐々木＝猪俣・前掲注71) 488頁。

蓋然的予測」をも含む、「幅をもった概念」であるという。そして、幅を持つ概念であるがゆえに、最低水準もあり得るわけで、それがまさに「(関連する) 蓋然性がある」という場合であるというのである<sup>81</sup>。

佐々木は、自身の説には関連性変動説における決定的な批判は当たらないとして、次のように述べる。すなわち、「私見は、……そのような例外事情の有無にかかわらずなく、『関連性』とは最低限『関連する蓋然性』の意であり、現場の状況その他から、対象物のいずれかに証拠たり得るものが含まれているという合理的疑いが認められる以上、FD 等であるか通常の文書であるかを問わず、一般探索とは一線を画した、一定の範囲内の正当理由のある搜索差押えといえるのではないか、と考えるものである」(傍点ママ)<sup>82</sup>。

#### D. 蓋然性説と平成 10 年決定の理解

以上のように、被疑事実の関連性が認められるためには、被疑事実と関連する蓋然性があれば足りるとする蓋然性説は、平成 10 年決定をどのように理解するのか。

石山は、「本決定(平成 10 年決定—引用者注)は、蓋然性に立ちつつ、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」と述べる。他方で、搜索差押えの現場における「関連性(蓋然性)」の判断について、石山は、主に外部的事情に基づいてなされるとしたが、「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文書類等の内容を確認する必要性が全くない(あるいは常にない)ということまで意味するものではない」とする<sup>83</sup>。

そうすると、現場での電磁的記録媒体の内容確認はどのように位置づけられることにな

<sup>81</sup> 佐々木＝猪俣・前掲注 71) 490 頁以下。

<sup>82</sup> 佐々木＝猪俣・前掲注 71) 492 頁以下。

<sup>83</sup> 石山・前掲注 21) 129 頁。

るのか。このことについて、石山は、まず、被処分者の保護の見地から強制処分の正当性の有無の判断は可能な限り慎重に行われるべきであるとする。しかし、この慎重さというのは、あくまでも捜査官にとって可能な範囲においてという意味である。そのため、捜査官は、外部的事情から被疑事実に関連する蓋然性が認められる当該電磁的記録媒体について、内容確認が容易にできるのであれば、内容確認を行うべきであり、そして、このような内容確認を通じたさらなる「関連性」の明確化、「関連性」判断の精度の向上を尽くす義務を負っている、というのである<sup>84</sup>。逆に、外部的事情から被疑事実に関連する蓋然性が認められる場合に、その内容確認を困難とする事情があれば、内容確認をすることなく、上記「蓋然性」をもって差し押さえることが許されるのである。なぜならば、上記のような事情があるような場合には、内容確認は捜査官の義務として行われる必要が無くなるからである。

このように内容確認の位置づけると、平成10年決定は次のように理解される。すなわち、平成10年決定の挙げる『『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づける一事情として位置付けられるものである」、と<sup>85</sup>。

### (3)「当面不可分一体」説<sup>86</sup>（堀江説）

#### A.「当面不可分一体」説の概要

最後に、平成10年決定のように内容確認のない記録媒体の現場からの持ち出しを差押えと位置付けつつ、関連性変動説の令状主義に反するという根本的な欠陥を乗り越える解釈論的試みがなされている。これが堀江慎司の「当面不可分一体」説である。

<sup>84</sup> 石山・前掲注21) 129頁以下。

<sup>85</sup> 石山・前掲注21) 130頁。

<sup>86</sup> 学説名は、古江・前掲注19) 152頁のネーミングからいただいたものである。

堀江は、まず平成 3 年大阪高判の趣旨<sup>87</sup>について、次のようなものではないかと指摘する。すなわち、「記録媒体が複数あり、そのうち少なくともどれか一つには被疑事実に関連する情報が記録されていることが（内容確認をしなくても＝保管状況その他の外部的事情から）認められることを前提として、ただ、それら複数の媒体のうちどれが関連する情報を記録したものであり、どれがそうでないかを内容を確認せずには選別できないという場合において、捜索現場ではそのような選別のための作業を妨げる特殊事情があるときに、それらの媒体を、当面はいわば不可分一体（傍点ママ）の『物』—物理的には数個だが機能的には一個の物—として『包括的』に差し押さえてよい、というものである」と<sup>88</sup>。そしてこの考え方のポイントとして、第 1 に、被疑事実との関連性を有する対象物が存在することが前提となっていることが指摘されている。この点に関して、被疑事実との関連性の水準を緩和するという発想はないとされる。第 2 に、被疑事実との関連性を有する対象物が、複数の記録媒体のうち、「少なくともどれか一つ」という形で判断されていることが指摘されている。この点に関しては、関連性判断の「単位」を物理的な 1 個という単位ではなく、複数の物の総体を 1 個という単位として考え、総体の一部に関連性のある物が 1 つでも存在するならばその総体全体に関連性が認められるという特徴があるとされる<sup>89</sup>。

このような複数の物を総体として捉え、総体 1 個を単位として被疑事実との関連性判断を行うというあり方に対して、堀江は、狩猟的探索を認めるに等しく憲法 35 条違反の誹りを免れないとする。しかし、憲法 35 条の趣旨に照らすと、「正当な理由」の判断は、「でき

---

<sup>87</sup> 「しかし、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（傍点引用者）」。

<sup>88</sup> 堀江・前掲注 10) 194 頁。

<sup>89</sup> 堀江・前掲注 10) 195 頁。

る限り（傍点ママ）対象を限定して行われなければならない」としつつ、逆に、「物理的に数個と数えられる物だからといって、特殊事情によりそれらを区別（選別）できない場合にまで、個々の関連性判断を要求する—したがって、そのような事情がある場合には、それらの差押えを一切諦めるよう強いる—ことは、現代における犯罪の証拠の存在形態の実際に鑑みるとおよそ受け入れられないであろう」という<sup>90</sup>。

そして、堀江は、平成10年決定も上記のような特殊事情がある場合に限り複数の対象物を当面は一体不可分のものとして包括的に差し押さえる考え方に立っていると解すること自体は妨げられないのではないかとする。すなわち、第1に、平成10年決定における「被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性」は、蓋然性説が説明するように、通常要求される水準の関連性を意味すると理解する。第2に、しかしながら、ここでの蓋然性判断は、複数の記録媒体の総体を単位として行われている点で、通常の場合とは異なるという。第3に、なぜこのような複数の記録媒体の総体を単位として扱うことが許されるのか—換言すれば、なぜ通常の場合と異なってもよいのか—というと、「そうせざるを得ない特殊事情—その存在によりそれ以上の分割ないし選別が不可能又は困難となるような事情—」があるからであるとする<sup>91</sup>。

## B. 自説に対する問題点の指摘

他方で、堀江は「当面不可分一体」説の2つの問題点を自ら提示する。第1に、物理的に1個しか捜索現場にない場合、「被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性」が外部的事情から認められるのであれば、それだけで当該媒体の差押えが許されることになるが、この場合において平成10年決定の「情報損壊の危険性」という特殊事情はどのように位置づけられるのかということである。というのも先に述べた通り、「当面不可分一体」説は、「情報損壊の危険性」という特殊事情は、複数の対象物を総体として捉えその総体を単位

<sup>90</sup> 堀江・前掲注10) 195頁。

<sup>91</sup> 堀江・前掲注10) 195頁以下。

として被疑事実との関連性の判断をしてもよいとするための要件として位置付けられている。それゆえ、対象物が電磁的記録媒体1つ（例えばパソコン1台）—すなわち、すでに物理的に分割することが不可能なもの—の場合には、平成10年決定は射程外と解するほかなさそうに思えるという。そこで堀江は、1つの解決策として、「情報の損壊の危険性」という特殊事情が要求される理由を、例え通常の関連性基準を満たす場合であっても、「その判断をより一層確実なものとするために、原則として内容確認を行うことが要求されると解し、例外的にそれをなしで済ませる条件として」位置付けることを提示する<sup>92</sup>。しかしながら、差押えにおいて通常要求される「被疑事実との関連性」の水準を満たしている以上、「さらに確認すべき義務を法的に根拠づけることは些か難しいように思われる」とする<sup>93</sup>。

第2の問題点として、堀江は、『選別』の最小単位を、物理的一個単位ではなく、記録内容たる情報単位で捉えること」を指摘する。「当面不可分一体」説の場合は、複数の対象物を「総体」として捉えることにより、物理的な単位をある種「放棄する」のであり、それゆえ、「記録媒体の物理的な個数如何にかかわらず、その内容（情報）を確認の上、それを選別することが原則として求められ」ることになる。しかしながら、「このように差押えの対象（の選別）を情報単位で捉えることは、従来、差押えの対象は有体物とされ、情報そのものは対象たりえないと解されてきたことにそぐわない面がある」ということを認める。他方で、堀江は、平成23年刑訴法改正で新設された110条の2（電磁的記録媒体の差押えに代わる処分（電磁的記録の複写や移転等））の規定について、「実質的には情報そのものを（選別の上）差し押さえることを認めたものと見ることもできる」とし、そし

---

<sup>92</sup> 堀江・前掲注10) 197頁以下。

<sup>93</sup> 堀江・前掲注10) 198頁。他方で、堀江・前掲注10) 200頁において、堀江は、この内容確認の法的根拠付けについて、「当該記録媒体（に記録された情報）の証拠としての具体的価値を測り、捜査上それを差し押さえる必要性がどの程度あるかを吟味するため、原則として内容確認を要するという意味で、『捜査比例』の観点から法的に根拠づけることは考えられる」ともする。

て、「同条の定める手段が可能である場合に捜査機関は原則としてそれをとるべき義務があると解するならば、かかる手段とそれに先立つ記録媒体の内容確認の作業を現場では行えない特殊事情が存することを、当該媒体自体を差し押さえるための必要条件として位置付けることが可能となろう」とする<sup>94</sup>。

最後に、堀江は、「当面不可分一体」説に対してなされ得る批判として、被疑事実との関連性の判断水準を直接緩和する考え方ではないにしても、判断対象の単位を拡張して解することを許すのであるから、結局のところ被疑事実との関連性判断の水準を緩和するものであり、関連性変動説と同様ではないかといったことが予想されうるといふ。しかし、このような批判に対しては、関連性変動説のように「正面から関連性の実体的基準を緩和することと、実体的基準は固定しつつ、その判断の単位を変動させることでは、質的な違いがある」といふ。また、1つの記録媒体の中に被疑事実との関連性のあるデータとないデータが混在している場合において、関連性のないデータも同時に差押えてしまうということから差押えはできないという結論は取り得ないだろうとも指摘する。そして、「そうであれば、現場での選別不可能性が複数の媒体間で認められる場合に、関連性のない媒体をも含めて包括的に差し押さえることが、『正当な理由』のない差押えとして許されないとする理由はないように思われる」とする<sup>95</sup>。

このようにして、「当面不可分一体」説の論者である堀江は、自説の問題点は意識しつつも、現行法における解釈の在り方として十分な説得力があることを示すのである。

#### 4. 学説の対立

内容確認ができない場合の電磁的記録媒体の搜索差押えに関する学説上の議論は、現在でも継続しており、主に蓋然性説の論者と「必要な処分」説の論者の間で対立が生じている。

<sup>94</sup> 堀江・前掲注10) 198頁以下。

<sup>95</sup> 堀江・前掲注10) 199頁。

以下では、それぞれの学説に対する批判（とその批判に対する反論）を確認し、現在の議論状況の整理を試みたい。

### （1）蓋然性説への批判

蓋然性説に対しては、主に「必要な処分」説をとる論者から、以下の 3 点の批判がなされている<sup>96</sup>。

A. 第 1 の批判：「関連情報が記録されている蓋然性」では、「関連性の疎明があった」とはいえないのではないか

蓋然性説への第 1 の批判として、平成 10 年決定の調査官解説においてなされた批判的指摘が挙げられる。すなわち、平成 10 年決定において示された第 1 要件（「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」ということ）のみでは、「いまだ関連性の疎明があったとはいえない」という指摘である（以下、「批判①」とする）<sup>97</sup>。

この指摘は、換言すれば、蓋然性説は、搜索の要件である「証拠存在の蓋然性」（刑訴法 222 条 1 項、102 条 2 項）と差押えの要件である「被疑事実との関連性」を混同しているのではないか、すなわち、前者をもって差押えを許容しているのではないか、ということである<sup>98</sup>。

B. 第 2 の批判：被疑事実との関連性が「被疑事実と関連する蓋然性」という低い水準で満たされるとなると、不当に差押えの範囲が広がり、一般探索的差押えを禁ずる令状主

---

<sup>96</sup> ここで挙げる批判は、特に濱田・前掲注 60) 1013 頁以下を参照している。

<sup>97</sup> 池田・前掲注 8) 88 頁。

<sup>98</sup> 笹倉・前掲注 63) 82 頁、池田・前掲注 63) 96 頁、宇藤・前掲注 63) 49 頁、濱田・前掲注 60) 1014 頁。

義の趣旨に反するのではないか

蓋然性説への第2の批判として、「被疑事実との関連性」の要件を「被疑事実と関連する蓋然性」と解することは、不当に差押えの範囲を広げてしまい、一般探索的差押えを禁止する令状主義の趣旨に反するのではないかという批判がある（以下、「批判②」とする）<sup>99</sup>。例えば、平成10年決定の調査官解説においては、第2要件（情報損壊の危険）なしに第1要件（被疑事実に関する情報が記録されている蓋然性）だけで差押えを許容するのは、「関連性の有無の判断を必要とする原則に反することになる」とし<sup>100</sup>、また、酒巻匡も、「捜査機関が被疑事実との関連性の有無及び令状に特定明示された差押対象物件に該当するか否かを確認しないでフロッピーディスクを一括差押することは、まさに令状主義の禁ずる一般探索的差押として許容されない」とする<sup>101</sup>。

### C. 第3の批判：平成10年決定が挙げた「情報損壊の危険」という第2の要件はどのように位置づけられることになるのか。

第3の批判として、平成10年決定の調査官解説には次のような指摘がある。すなわち、平成10年決定における第1要件（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「関連性について疎明があったといえるのであれば、内容を確認せずに差し押さえることができるのであり」、第2要件（情報損壊の危険）に触れる必要はなかったのではないか、という指摘である<sup>102</sup>。換言すれば、蓋然性説は、平成10年決定における第2要件をどのように位置づけるのかということである（以下、「批判③」とする）。

一応、蓋然性説の論者である石山は、かつては、被処分者の権利保護の観点から捜査官には「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

<sup>99</sup> 濱田・前掲注60) 1013頁。

<sup>100</sup> 池田・前掲注8) 89頁。

<sup>101</sup> 酒巻・前掲注63) 452頁。

<sup>102</sup> 池田・前掲注8) 88、濱田・前掲注60) 1014頁、井上・前掲注1)) 408頁。

る」とし、この義務内容を「電磁的記録媒体の内容確認は不要」という範囲まで、ある種、緩和させる条件として第2要件を位置付けていた<sup>103</sup>。また、佐々木は、「現場で内容を確認すれば、押収予定対象物件の全体を広く覆っていた『最低水準における関連性としての蓋然性』の傘の下から、実際には『関連性がない』と認められたものを押収の対象外とする一関連性を更に絞り込む—ことができるのであって、それが在るべき姿であることは当然としなければならない」とする。他方で、石山や佐々木の主張については、「いずれも正当であるが、『蓋然性がある』として関連性が認められても、なお逐一の内容確認・選別を捜査官に義務づける法原理はどこから導かれるのか」との指摘がある<sup>104</sup>。

#### D. 蓋然性説の論者からの批判❶ないし❸への反論

##### a. 批判❶に対して

批判❶に対しては、蓋然性説をとる濱田毅から反論がなされており、「蓋然性説といえども、……対象物件が搜索場所にあることのみをもって『関連情報記録（存在）の蓋然性』を肯定するものではなく、さらに、犯罪の内容・被処分者との関係、差押現場の状況等から当該媒体等に関連情報記録の存在等が合理的に推認されることを意味するのであり、同じ『蓋然性』との語を用いていても『搜索場所等』についての概念である『証拠物存在の蓋然性』とは当然異なり、対象物件が相当程度絞り込まれた状態を指している」とする<sup>105</sup>。

また、批判❶の真の主張内容は、「個々の物件が証拠物に当たる蓋然性と複数の物件の一部に証拠物が含まれている蓋然性とは、後者を直ちに前者に還元できないという意味で内容的に質的な差異があり、単なる程度の問題には解消し得ない」<sup>106</sup>ため、「後者の蓋然

<sup>103</sup> 石山・前掲注21) 130頁。なお、石山宏樹「捜査段階における差押えの関連性（再論）」佐伯仁志ほか編『山口厚先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2023年）688頁以下で、この問題について新たに論じている。その内容は後述の反論で見る。

<sup>104</sup> 濱田・前掲注60) 1019頁。

<sup>105</sup> 濱田・前掲注60) 1014頁。

<sup>106</sup> 笹倉・前掲注63) 82頁。

性のレベルのみでは『関連性の疎明』に至っていない」ということを指摘しているのだろう、とされる<sup>107</sup>。これに対して、濱田は、「確かに、後者（複数の物件の一部に証拠物が含まれている蓋然性—引用者注）だと、論理的には、（前者（個々の物件が証拠物に当たる蓋然性—引用者注）に比し）無関係な者が混入する可能性が高くなり結果的に無関係な物の差押となる余地も増えることになるだろうが、そうだからといって、差押時に蓋然性がないことが判明している物の差押を正面から肯定するものでは決してないのである」（傍点ママ）とする。続けて、『関連性』判断が差押時における蓋然的判断である以上、差押時の合理的判断として、複数の物のいずれかに関連情報存在の蓋然性があるということは、そのときの判断としては全ての物件にその存在の可能性すなわち蓋然性があるということであって、事後的な精査検討の結果、それらの物件の一部のものに関連情報の記録がないことが判明したことが、遡って違法不当と評価されるものではない」とする<sup>108</sup>。

その上で、濱田は、平成10年決定について、被疑事実が宗教団体の組織的背景やその関与がみられる犯行であったことや、搜索場所の施設が被疑者を含む信者等の集団生活で使用する施設であったこと、令状記載の差押目的物について「被疑事実に関係する物件ほか、『組織的犯行であることを明らかにするための、オウム真理教からの指示、命令、通達、連絡及びこれらに関する報告書等の・・・外部記録媒体』等とされているなど、『関連情報』それ自体が広汎なものであったことなど」を挙げて、「その場にあった記録媒体全ての団体本部からの指示、連絡等の情報記録の可能性が認められる上、被処分者らが記録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情報があったこと自体が、警察の捜査余色至知られたくない情報が多数存在していることの可能性を高めている」とし、「これらの事情を総合すれば、さらに内容の逐一の確認・全別がなくとも、その段階で十分に各物件全てに関連情報が記録されている蓋然性を認め得る事案であったと考えられる」

---

<sup>107</sup> 濱田・前掲注60) 1014頁

<sup>108</sup> 濱田・前掲注60) 1015頁。

と評価するのである<sup>109</sup>。

b. 批判②及び③に対して—「相当性充足説」（瀨田説）

aa. 相当性充足説について

批判②及び③に対しての回答として、瀨田は、「相当性充足説」と主張する。その内容は以下のとおりである。

まず、瀨田は、「仮に適式の令状が発布され、捜査機関が、その実施において、差し押さえようとする物が令状記載物件に類型的に該当し、かつ『被疑事実との関連性』があると認めて……令状主義から直接導かれる各要件を充足したとしても、それだけでは不十分である」とし、「最終的に当該差押が適法であったと評価するには、さらに『相当性』の要件をも満たす必要がある」とする<sup>110</sup>。

ここでいう「相当性」という要件について、瀨田は、最決昭 44・3・18 刑集 23 卷 3 号 153 頁（以下、「昭和 44 年決定」とする）において示された差押えの必要性の審査基準<sup>111</sup>を確認し、その上で、昭和 44 年決定の挙げた「差押えの必要性」の判断とは、「狭義の『差押の必要性』（捜査機関側からみた証拠としての確保の必要性）とその対立要素である『差押の弊害』（被処分者の不利益の程度）その他の諸般の事情との比較衡量を経て最終的に決すべきもの」であるとする。そして、昭和 44 年決定は、差押えにおいても相当性（比

<sup>109</sup> 瀨田・前掲注 60) 1015 頁以下。また、石山・前掲注 106) 683 頁以下も同旨。

<sup>110</sup> 瀨田・前掲注 60) 981 頁。

<sup>111</sup> 昭和 44 年決定は、「差押は『証拠物又は没収すべき物と思料するもの』について行われることは、刑訴訟 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っても、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、差押によっ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」とした。

例原則)の規律が及ぶことを宣言したものであるとし、このような相当性の規律は、「準抗告審・令状審査のみならず、捜査機関による令状実施段階にも及ぶということになる」という<sup>112</sup>。

濱田は、この昭和44年決定の判示からは、刑訴法と憲法解釈に関する2つの重要な意義が見いだせるという。第1に、刑訴法218条1項の「(犯罪の捜査をするについて)必要があるとき」という文言は、「捜査機関にとっての必要性」だけでなく、「被処分者の不利益などの比較衡量判断を経た『相当性』をも含み得る、すなわち、(刑訴)法218条の「必要性」とは、『必要かつ相当』を意味する広義の「必要性」であり、「したがって、同条項の『必要性』は、(刑訴)法197条1項本文の『必要性』とともに、(捜査)比例原則の実定法上の根拠となる」、という意義である<sup>113</sup>。第2に、「比例原則は、……通常、捜査機関が当該捜査を実施するとの段階でその裁量の幅を規律するものである」が、「しかし、差押の『相当性』の判断審査権が令状裁判官の権限に含まれるとの解釈を行うことによって、捜査機関の権限行使に対して、現場における行使段階のみならず、その前段階である令状審査の段階でも相当性の観点からも抑止することが可能となる」という意義である。これは、すなわち、「捜査機関による濫用的権限行使の事前抑止という令状審査の機能の拡大」を意味する。このように、濱田は、「相当性(比例原則)」は、憲法35条の「正当な理由」の一内容となっている、言い換えれば、「憲法の令状主義に取り込まれ、令状主義による規律機能を強化している」とするのである<sup>114</sup>。

このような昭和44年決定の示した「差押の必要性(相当性)」の法理を踏まえて、「捜査機関は、差押を実施する際、『令状記載物件との類型的該当性』『被疑事実との関連性』の有無など令状主義からの本来的な要因たる『狭義の必要性』充足の判断に加え(第1段階)、他の必要性(犯罪の態様・軽重、証拠としての価値・重要性、証拠隠滅のおそれ等)を加

<sup>112</sup> 濱田・前掲注60)982頁以下。

<sup>113</sup> 濱田・前掲注60)983頁。

<sup>114</sup> 濱田・前掲注60)983頁以下。

味した上、被処分者の不利益などの諸般の事情を比較衡量し、昭和44年判例の法理（比例原則）からの要件たる『広義の必要性（相当性）』充足の判断（第2段階）を行わなければならないとする<sup>115</sup>。

他方で、濱田は、上記第1段階の必要性判断（被疑事実との関連性の有無の判断）について、「さほど高度の規律機能は期待できない」といい、その理由として、次の3点を挙げる。第1に、「被疑事実」の広汎性である。「被疑事実との関連性」にいう「被疑事実」とは、「犯罪事実（公訴提起の際に起訴状に記載される「罪となるべき事実」（法256条3項））そのものだけでなく、間接事実、情状事実も含まれる」とされる。なぜならば、刑罰権の存否や量刑について判断するという刑事訴訟の目的に鑑みれば、「刑罰権の直接の要証事実たる犯罪事実のみならず、その存否認定の根拠となる間接事実、及び刑罰権の量に係る情状事実の各立証に役立つ資料も証拠としての取調べの対象となりうるからである」<sup>116</sup>。したがって、「犯罪」に直接関連しない広汎なもの（情報）について、被疑事実との関連性が認められうるのである<sup>117</sup>。第2に、「証拠価値」の多種多様性である。「証拠」というものは、公判において検察官が有罪立証のために証拠調べ請求をする「実質証拠」だけに限られない。他の蓋然性説の論者も指摘していたように、搜索差押えは捜査の初期段階に行われるため、「争点が絞り込まれ立証対象が特定されている公判段階」と比べて、「はるかに多種多様な証拠を収集確保する必要がある」<sup>118</sup>。すなわち、ここでいう「被疑事実との関連性」があるとして差し押さえられるべき証拠物の「証拠価値」とは、「積極方向での直接証拠としての価値だけでなく、消極方向での証拠価値も当然含まれるべきであるし、

<sup>115</sup> 濱田・前掲注60) 985頁。

<sup>116</sup> 濱田・前掲注60) 986頁以下。

<sup>117</sup> 濱田・前掲注60) 987頁では、組織的背景を有する犯罪の場合を例として、「当該『犯罪』そのものに関する情報ではなくとも、例えば、組織本部・上層部からの人事・資金等に関する指示連絡等の組織性を立証するのに役立つ情報が記録されておれば、『被疑事実との関連性』を肯定できよう」という。

<sup>118</sup> 濱田・前掲注60) 987頁以下。

また間接証拠、あるいは補助証拠としての価値など多種多様なものが想定される」というのである<sup>119</sup>。第3に、「被疑事実の関連性」判断は予測可能性も含んだ蓋然的判断とならざるを得ないということである。これについても、すでに他の蓋然性説の論者が指摘していた通りであるが、搜索差押えが行われる時点においては、捜査機関は、事件の全容を全く把握できておらず、被疑事実の内容や性質に鑑みて将来いかなる点が争点になりうるかなどを予測し、自身の職業的経験や知見も踏まえて、対象物が将来証拠物となる可能性を判断するのである<sup>120</sup>。その意味で、「差押時の『被疑事実との関連性』判断は、あくまでその時点における『蓋然性』の判断にすぎない」とされる。すなわち、差押え後に行われる他の証拠との突合等による分析—いわゆる「物読み」作業—を通じて、初めて「関連性」は明らかになるのであり、逆に言えば、「搜索差押えの現場では関連性の判断が困難」と言われるのは、搜索差押えの現場では、上記のような「物読み」ができないからであるといえる、というのである<sup>121</sup>。

濱田は、上記の3つの理由で第1段階である狭義の必要性（被疑事実との関連性の有無）の要件は、実際問題として「さほど高い『ハードル』ではな」と言い、むしろ第2段階の広義の必要性（相当性）要件が、「被処分者の権利利益を保護する方向での補完的機能を果たしている」とするのである<sup>122</sup>。

このように、搜索差押えの現場の捜査官が行わなければならない判断として、比較的要求水準の低い「被疑事実との関連性判断」（第1段階）と、様々な事情を踏まえた広い利益衡量の下で判断することになる「相当性判断」（第2段階）があるとし、さらにその両者ともに令状主義の規律機能であると位置づけるのが、濱田の主張する相当性充足説である。

---

<sup>119</sup> 濱田・前掲注60) 988頁。

<sup>120</sup> 濱田・前掲注60) 989頁。

<sup>121</sup> 濱田・前掲注60) 990頁。

<sup>122</sup> 濱田・前掲注60) 990頁以下。

## bb. 批判②及び③への反論—相当性充足説の平成 10 年決定への当てはめ

濱田は、批判②及び③に対して、相当性充足説の平成 10 年決定の当てはめも交えながら反論を行う。

昭和 44 年決定の法理を踏まえれば、捜査官は、差押えをするにあたって、被疑事実との関連性の要件を充足するものかの判断（第 1 段階）と「相当性」要件を充足するものかの判断（第 2 段階）の判断をする必要があることになる。このことは、第 1 段階の被疑事実との関連性要件が満たされたとしても、直ちに差押えが許されるわけではなく、第 2 段階の「事案の態様・軽重、証拠としての価値・重要性、証拠隠滅のおそれ等」といった他の必要性和被処分者の不利益などの諸般の事情との比較衡量により判断される相当性要件が満たされていない、ということを意味する。すなわち、「被疑事実との関連性」判断の水準が蓋然性説のように「関連情報記録の蓋然性」であるとしても、「決して『それだけで差押が許容される』わけではないのである」という意味である<sup>123</sup>。

したがって、蓋然性説によれば「被疑事実との関連性」を低い水準で認めることとなり、逐一の内容確認や選別のない包括的な差押えが容認されることになるため不当であるとす批判②は、「昭和 44 年判例法理の第 2 段階の目の要請を考慮に入れておらず、当を得ないものと言えよう」とし、さらに上記のような批判②は、「逐一の内容確認・選別の要請が『関連性』要件からのみ導かれるものとの誤った思い込みに由来するのではないか」と反論するのである<sup>124</sup>。

そして、平成 10 年決定への相当性充足説の当てはめを行う。まず、捜査官は、第 1 段階の必要性判断と第 2 段階の必要性判断のために、原則として、逐一の内容確認と選別をすることが求められる。しかしながら、第 1 段階である「被疑事実との関連性」要件の判断は、一先に見た通り、①「被疑事実」の広汎性、②「証拠価値」の多種多様性、③事後的

---

<sup>123</sup> 濱田・前掲注 60) 1020 頁。

<sup>124</sup> 濱田・前掲注 60) 1020 頁。

な分析精査によって「関連性」は明らかになるということを理由として—「蓋然的判断であることから（蓋然性説）、犯罪の内容、被処分者との関係等を考慮し、現場の状況等の外形的事情のみから〈1〉『関連情報記録の蓋然性』（関連性の疎明）ありとの判断に至ることもある（第1段階）」とする<sup>125</sup>。

他方で、上記のように第1段階の必要性が認められる場合であっても、被処分者の大きな不利益（当該情報や媒体の喪失、情報の流出、財産的価値や業務遂行への支障）が生じうることに鑑みれば、「やはり原則通り、第2段階の「相当性」要件の判断をするために、内容を確認して（対象物件が複数ならば個別的に逐一確認して）、当該物件の関連性が認められるかどうかの絞り込みを行うとともに、関連性の程度（証拠としての価値・重要性）もまた判断することが義務付けられ、かかる確認・選別作業により関連性がないと判明したものはもちろん、前記被処分者の不利益の大きさと明らかに均衡を失する程度に関連性が乏しいものである物件は、明らかに差押の必要性（相当性）がないので差押えすることは許されない（第2段階）」、ということになるという<sup>126</sup>。

ただ、この第2段階の相当性の判断は、あくまでも第1段階の被疑事実との関連性（狭義の差押えの必要性）が認められた上でのものであるとされる。すなわち、相当性判断は、「より広い意味での捜査の必要性と被処分者の不利益との比較衡量判断であるため、逐一の内容確認・選別を困難ならしめる〈2〉『情報損壊の危険性』という特別の事情がある場合には、かかる確認・選別なしに差し押さえることもやむを得ない」といえる。

濱田は、平成10年決定から、上記のような論理を読み取ることができるのではないかと主張するのである。

このように解した場合、平成10年決定が挙げた「情報損壊の危険」という第2の要件はどのように位置づけられることになるのか批判③に対しては、次のように回答をする。すなわち、「『情報損壊の危険性』は、（『関連性』要件の有無に関する事情ではなく）当該事

---

<sup>125</sup> 濱田・前掲注60) 1020頁。

<sup>126</sup> 濱田・前掲注60) 1020頁以下。

案において逐一の内容確認・選別をしないままでの差押であっても『相当性』要件充足を肯定するために必要な事情として指摘ないし要求されたと理解することができる」と。この際、確かに「情報損壊の危険性」という特別な事情により、逐一の内容確認をしなくてもよいという形で「相当性」要件が変動（緩和）しているといえるが、そもそも相当性要件は、様々な事情や利益と不利益を衡量することによってなされる判断であるため、「被疑事実との関連性」要件とは異なり、変動して当然なのである<sup>127</sup>。

濱田の唱える蓋然性説を前提とした相当性充足説は、このようにして蓋然性説への批判に反論するのである<sup>128</sup>。

### c. 批判③に対して一石山説

批判③に対しては、蓋然性説をとる石山も反論を行っている。

石山によれば、前提として、捜査段階においては、情報収集が進むにつれて徐々に被疑事実の全容が明らかになっていくのであり、捜査の序盤、中盤、終盤でも収集された情報量や事件全体の解明度は全く異なるという。このことに鑑みれば、搜索差押えにおける「被疑事実との関連性」の判断の内容も、捜査の序盤で行われるのか、終盤に行われるのかで大きく異なり得るという。すなわち、搜索差押えが捜査の序盤に行われるならば、他の証拠や事件の全容がほとんど不明なので、「被疑事実に関連する蓋然性」といった程度

<sup>127</sup> 濱田・前掲注 60) 1021 頁以下。

<sup>128</sup> なお、中園江里人「電磁的記録媒体の差押え」近畿大学法科大学院論集 14 号（2018 年）82 頁も、「㉑（関連情報記録の蓋然性——引用者注）は差押え対象物該当性に関する判示（『処分対象者が「〇〇が記録されている蓋然性のある電磁的記録媒体」が差押対象であることを認識したうえで、ある媒体の記録内容を損壊しようとしている』という事情を含め、令状執行時までの全事情を基礎として、当該媒体に〇〇が記録されている蓋然性が認められれば、当該記録媒体は差押対象物に当たる旨の判示）として、㉒（原則として内容確認が必要であること——引用者注）㉓（情報損壊の危険性——引用者注）は差押えの必要性に関する判示として、それぞれ理解するのが適切である」としており、濱田説と同旨の理解をしていると思われる。

の低い関連性を有する対象物でも捜査の進展の役に立つかもしれないという理由で、捜査機関はそのような対象物を積極的に差し押さえるべきだということになる。他方で、捜査がある程度進んだ後であれば、事件の全容もある程度明らかになっており、どのようなものが事件に関連するといえるのかを捜査機関も十分に理解しているため、捜査機関は「被疑事実と関連する蓋然性」を超えたかなり高い精度で、対象物を絞り込んで差し押さえるべきだということになる。このような意味で、「捜査段階における差押えの関連性の有無についての判断」は、「当該物件の関連性に係る情報収集の状況によって変動し得るのである」のだと、石山はいう<sup>129</sup>。

そして、「そうだとすると、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が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るのであれば、それを行い、関連性の有無について判断を尽くす」義務があり、「この義務は、差押えの関連性の疎明義務に内在する物として位置付けられる」という<sup>130</sup>。

石山は、本決定も以上のような考え方を前提とし、本件事案においては、「情報損壊の危険があり、搜索差押えの現場で当該記録媒体に記録されている情報の内容を確認することが不可能（ないし著しく困難）であったため、捜査官が当該パソコンやフロッピーディスクについて外部的事情のみに基づいて『被疑事実に関連する蓋然性』が認められると判断したことを『関連性』の疎明として許容したものと解するのである」という。

## (2)「必要な処分」説への批判

ここまで、蓋然性説に対する批判とそれに対する反論を見てきたが、「必要な処分」説に対しても、かなり強い批判がなされている。ここでは大きく3点に分けて確認したい。

### A. 批判④：「必要な処分」としての一時的な占有取得というが、それは「差押え」では

<sup>129</sup> 石山・前掲注106) 689頁。

<sup>130</sup> 石山・前掲注106) 689頁。

## ないのか

「必要な処分」説への第1の批判として、捜索現場を離れて対象物を持ち出す処分を「必要な処分」として許容できるとするが、そのような被処分者から一時的に占有を取得する行為はまさに差押えではないかという批判である（以下、「批判④」とする）<sup>131</sup>。

例えば、蓋然性説を主張する佐々木は、内容確認のために警察署に持ち帰るという占有取得処分は、『差押え』そのものであるというほかはない」とし、また石山も、「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」と批判する。

上記批判④に対しては、「必要な処分」説の論者から説明がなされている。笹倉宏紀は、「ある処分の性格は、その外形的・物理的な側面だけから判断されるべきものではなく、当該処分の目的・効果も考慮されるべきである」とし、「確かに、捜査機関により目的物の占有が取得されてしまうという点で、本件のような措置（内容確認をすることなく差し押さえたこと—引用者注）は、外形的・物理的には、差押えと同じように見えるかもしれないが、処分の効果を考えてみると、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（返還には別途『還付』の手続が必要である）、本件のような措置においては、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・暫定的なものに過ぎず、『差押え』とは質的に異なる」とする<sup>132</sup>。

しかしながら、このような説明に対しても批判がなされており、石山は、まず、「必要な処分」説の論者は、「内容確認のために現場から持ち出し、被処分者から占有を取得する」措置を一時的・暫定的なものとするが、実際の事件においては捜査の流動性などを理由として、内容を確認すれば直ちに被疑事実との関連性が判断できるとするのは現実的で

<sup>131</sup> 寺崎・前掲注70) 256頁、石山・前掲注21) 124頁以下、佐々木＝猪俣・前掲注71) 490頁など

<sup>132</sup> 笹倉・前掲注63) 83頁。川出・前掲注2) 183頁も同旨。

はないのであり、誤った理解を前提としているのではないかと指摘する<sup>133</sup>。それに加えて、通常の捜査においては、被疑事実に係る証拠、重要な情状に係る証拠、直接証拠、間接証拠、補助証拠といったように、証拠収集の範囲が非常に広範囲にわたることにも鑑みれば、押収すべき物件は極めて多くなり、このような観点からも、個々の被疑事実との関連性の判断には非常に多くの時間がかかるという<sup>134</sup>。

このように、石山は、内容確認には非常に長い時間を要するという実情があるにもかかわらず、「内容確認のために現場から持ち出し、被処分者から占有を取得する」措置を、「なお一時的・暫定的な占有取得にすぎず、『差押え』にあたらないとするのは困難ではないだろうか」というように、「必要な処分」説を批判するのである<sup>135</sup>。

#### B. 批判⑤：被処分者への権利保障の欠如

「必要な処分」説への第2の批判は、「内容確認のための一時的な占有取得」措置を受ける者への権利保障が欠如していることである（以下、「批判⑤」とする）<sup>136</sup>。「必要な処分」説は、「内容確認のための一時的な占有取得」措置をいまだ「差押え」ではないと位置付けるため、差押えについて設けられている様々な権利保障規定が適用されないということになるのである。

このような批判を、「必要な処分」説の論者も十分に見越している。例えば、酒巻匡は、「一括取得がやむを得ない事由があり得る場合には、あらかじめ令状裁判官がディスクの記録内容点検後差押対象物以外は直ちに返還すべきこと、相手方の権利保護の為、押収品目録に準じて取得したディスクの目録を交付することなど、適当と認める条件を付すこと

<sup>133</sup> 石山・前掲注21) 125頁。

<sup>134</sup> 石山・前掲注21) 125頁。ここで石山がいうには、押収された物の選別は、事件によっては数十日かかることもあるようである。

<sup>135</sup> 石山・前掲注21) 125頁。

<sup>136</sup> 川出・前掲注2) 183頁、寺崎・前掲注70) 256頁、石山・前掲注21) 124頁以下、佐々木＝猪俣・前掲注71) 490頁、堀江・前掲注10) 187頁以下。

も可能と解すべき」とし、「なお、このように考えた場合でも、ディスクの一括占有取得は『押収に関する処分』として準抗告の対象になり得ると解される」とする<sup>137</sup>。

しかしながら、このような説明に対してもそれぞれに批判がある。

第1に、「必要な処分」としての「内容確認のための一時的な占有取得」措置に対する準抗告を認めることに對してである。堀江慎司は、まず、この準抗告を認めるというのが、「押収に関する」あらゆる「必要な処分」對して準抗告を認めるという趣旨であるならば、結論として妥当ではないという。また、「内容確認のための一時的な占有取得」措置のみに準抗告を常に認めるという趣旨であるならば、「権利制約が比較的短期間で終了することが見込まれる処分（逮捕、搜索等）については準抗告の対象に含めない現行法規律のあり方と整合するかが問題である」と指摘する<sup>138</sup>。

第2に、「内容確認のための一時的な占有取得」措置の場合には令状裁判官による条件付けにより目録交付が保障されとすることに對してである。堀江は、まず、搜索差押えのために「必要な処分」としての「内容確認のための一時的な占有取得」措置を、「押収目録との関係で（刑訴法）120条の『押収した』に含めることは文理上困難であろう」と指摘する。そして、令状裁判官による条件付けを法的根拠にして目録の交付を義務づけるにしても、そもそも令状による条件付けに関する根拠規定が存在しないため、強制処分法定主義に違反するのではないかという疑問が生じる。仮に条件付けが強制処分法定主義に反しないという考え方をするにしても、「目録交付の条件付加を、現場からの持ち出しを認めるために不可欠のものとするのであれば、やはり法の予定しない強制処分（正確には、法の予定しない付随処分を伴う強制処分）を認めるものとの誹りを免れない」と指摘するのである。他方で、目録交付の条件付けが裁判官の裁量によるものであり、不可欠のものではないとするならば、その場合は被処分者の権利保護が十分に果たされるのか疑問があ

---

<sup>137</sup> 酒巻・前掲注63) 455頁、笹倉・前掲注63) 83頁。

<sup>138</sup> 堀江・前掲注10) 187頁。

とする<sup>139</sup>。

C. 批判⑥：「内容確認のための一時的な占有取得」措置は、「必要な処分」の限界を超えるのではないか。

「必要な処分」説への第3の批判として、「内容確認のための一時的な占有取得」措置は、そもそも搜索差押えのために「必要な処分」として行うことができる限界を超えるのではないか、との指摘がある（以下、「批判⑥」とする）<sup>140</sup>。

堀江慎司は、「本体的処分の目的実現に必要不可欠な一定行為が『必要な処分』……として許されることは疑いないが、その限界として、かかる行為が、目的達成のための必要性の程度と侵害される法益の程度との間で均衡が取れているという意味での比例性を充足することのみならず、本体的処分に『付随』するものにとどまることが要求されるべきである」という。それゆえ、「内容確認のための一時的な占有取得」措置が差押えと同質の法益を侵害するためになんらの限界なく行われるということは許されない。さらに言えば、「内容確認のための一時的な占有取得」措置は差押えに先行して行われるが、これはすなわち、「本体処分そのものと位置付けられるべき行為が、本体的処分を行うための要件が未だ整わない段階で、本体的処分の準備行為という名目で行われることになってしまう」危険をはらんでいるということである<sup>141</sup>。

このように、「差押えのための差押え」を認めることにつながりかねないということが、「必要な処分」説の批判として指摘されている<sup>142</sup>。

<sup>139</sup> 堀江・前掲注10) 188頁。

<sup>140</sup> 堀江・前掲注10) 189頁以下。

<sup>141</sup> 堀江・前掲注10) 189頁。

<sup>142</sup> 堀江・前掲注10) 189頁。また、寺崎・前掲注70) 256頁も、「『必要な処分』説は、『必要な処分』の中に実質的な差押えを読み込み（「差押えのための差押え」を認め）、他方で、実質的な差押えを『必要な処分』だと解して、被処分者の権利保障を顧みない結果を導くものと評することができる」とする。

また、「必要な処分」としての「内容確認のための一時的な占有取得」措置を限界づけるにしても、その限界付けは、非常に難しい問題である。なぜならば、批判④でも見た通り、内容確認の期間を一義的に設定することは困難であり、場合によっては非常に長期間を要することが想定されるからである<sup>143</sup>。

以上を踏まえて、堀江は、「むしろ現場からの持ち出しは常に一結果として短期間で終わる場合もふくめて一『差押え』に該当するというべきではないか」とするのである<sup>144</sup>。

### (3) 議論状況の整理・検討

それでは、上記の学説の整理・検討に入る。ここでは、まず、有力説としてそれぞれの意見が対立している蓋然性説と「必要な処分」説について、それぞれに対する批判及びそれへの反論を含めて検討をしたい。

検討の後に、両者の共通認識や対立点といった議論状況の整理を行い、本稿の問題意識につなげたい。

#### A. 蓋然性説の批判①ないし③とそれに対する反論の妥当性

##### a. 批判①に対する反論について

まずは、蓋然性説への批判とそれに対する反論の妥当性についてである。

批判①に関しては、特に、蓋然性説が搜索の要件である「証拠存在の蓋然性」と差押えの要件である「被疑事実との関連性」を混同しているのではないかという指摘が重要であるように思われる。確かに、先に見た通り蓋然性説の論者は、搜索場所にある電磁的記録媒体であれば直ちに「被疑事実との関連性」が認められるというわけではないとし、他の様々な外的事情を考慮して判断する点で、平成10年決定が示した「関連情報記録の蓋然性」

<sup>143</sup> 堀江・前掲注10) 189頁以下。

<sup>144</sup> 堀江・前掲注10) 190頁。

は、「証拠存在の蓋然性」とは異なる「蓋然性」だという。しかし、「関連情報記録の蓋然性」が単なる「被疑事実に関連する情報が含まれているあらゆる可能性」をも内包する概念として理解されるのであれば、捜索現場に所在する電磁的記録媒体については、おおよそ例外なく「関連情報記録の蓋然性」が認められるという結論になるのではないか。例えば、仲田章が指摘するように、電磁的記録媒体については、一見して何らのデータも保存されていないように見える場合でも、データの復元や暗号の解読というような技術的手段を用いることで「関連情報記録を発見できる可能性」がある<sup>145</sup>。このような「可能性」であれば、いつどのような事件であっても、おおよそ現場に所在する電磁的記録媒体に対して見出すことができるのであり、それゆえ、あくまでもこの「関連情報記録を発見できる可能性」は、「証拠存在の蓋然性」に過ぎないといえるはずである。そのため、外部的事実のみをもって「関連情報記録の蓋然性」と上記のような「関連情報記録を発見できる可能性」とを明確に切り分けられるということを、蓋然性説の論者は説明すべきであるように思われる。

この「証拠存在の蓋然性」と「関連情報記録の蓋然性」の関係については、逆を考えてみるといっそう蓋然性説の考え方の不明さがはつきりすると思われる。すなわち、逆に捜索現場にあり、捜索対象であるにもかかわらず、「関連情報記録の蓋然性」のない電磁的記録媒体というものをそもそも観念することはできるのか。すなわち、捜索現場の電磁的記録媒体について「証拠存在の蓋然性」はあるが、「関連情報記録の蓋然性」はいまだない、というような事態が生じ得るのか。ないというならば、やはり捜索要件の「蓋然性」と差押えの要件の「蓋然性」を混同していると言わざるを得ないように思われる。他方、あるというならば、そのような電磁的記録媒体の内容確認が困難である場合、当然「関連情報記録の蓋然性」がないため差し押さえることはできず、かつ内容確認はできないので、捜査機関は捜索すべき物について全く手出しができないままになってしまう。もちろん、

---

<sup>145</sup> 仲田・前掲注44) 123頁。

このような場合は平成10年決定の射程外であるとし、ここでは「必要な処分」説のように、一時的な占有取得が認められるとする考え方もあるだろう。しかしながら、それでは「必要な処分」説への批判がそのまま当てはまることになるどころか、むしろ、「関連情報記録の蓋然性」よりも低い閾値で「必要な処分」としての一時的な占有取得を認めることになるため、比例原則の観点から、はるかに問題があるといえるかもしれない。

そして、平成10年決定のいう「関連情報記録の蓋然性」があれば、「被疑事実との関連性」が認められるとすること自体、そもそも疑わしいように思われる。すなわち、電磁的記録媒体の差押えの場合には、「被疑事実との関連性」の判断において、「当該電磁的記録媒体の中に事件に係る情報が記録されている蓋然性」（以下、「関連情報が記録されている蓋然性」とする）と「当該電磁的記録媒体に記録されている情報が事件と関連する蓋然性」（以下、「記録情報が関連性を有する蓋然性」とする）の2つの蓋然性が問題となると思われる<sup>146</sup>。両者は日本語的にも明らかに意味が異なるし、実質においても意味が異なると思われる。

この2つの蓋然性の違いについて、蓋然性説の論者は両者を無意識的に区別しているが、無意識的であるがゆえに、部分的に混同してしまっているのではないかと思われる<sup>147</sup>。例えば、石山は、平成10年決定の「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」という説示について、この「関連情報記録の蓋然性」があることにより「被疑事実との関連性」は認められるとする。他方で、蓋然性説の根拠として捜査の流動性を引き合いに出し、捜査

---

<sup>146</sup> 中園・前掲注131) 70頁以下。

<sup>147</sup> 笹倉・前掲注5) 10頁以下も、「差押えの際に問題となる蓋然性には2種のものがある」とし、「(i)証拠物という概念それ自体に含まれる蓋然性」と「(ii)現場に所在する個々の物件が、そのように蓋然性を含む観念である証拠物に該当する蓋然性」を挙げる。その上で、蓋然性説の問題は、「この2つを区別せずに『蓋然性』の問題として一括して考えてしまうところに」あったのだと指摘する。

の初期段階で行われる搜索差押えの時点では客観的な「関連性」を判断することは困難あるいはほとんど不可能であるため、「被疑事実と関連する蓋然性」があれば「被疑事実との関連性」を認めてもよいとする。しかしながら、平成 10 年決定のいう「関連情報記録の蓋然性」は、文字通り、先に指摘した 2 つの蓋然性のうちの前者の「関連情報が記録されている蓋然性」のことであるのに対し、捜査の流動性という蓋然性説の根拠付けは、後者の「記録情報が関連性を有する蓋然性」の判断に関するものである。そうすると、平成 10 年決定が「記録情報が関連性を有する蓋然性」を明示的には判断していないので、蓋然性説に基づいて本決定を説明できるとする根拠がそもそも無くなるように思われるのである。むしろ、蓋然性説が「個別的に確認したところで『関連性』なんてよくわからないのだからとりあえず差し押さえてもいい」というような論証をしていると誤解されかねないように思われる。

なお、上記に対しては、「関連情報が記録されている蓋然性」があるのだから、当然、前提として当該記録媒体上の「記録情報が関連性を有する蓋然性」も認められているのだという批判が考えられる。しかし、このように考えると、先に指摘したように「関連情報が記録されている蓋然性/あらゆる可能性」は搜索現場にある記録媒体おおよそ全てに認められる一だからこそその「搜索現場」なのである一のであるから、結局、「証拠存在の蓋然性」と「被疑事実との関連性」の明確な切り分けができないように思われる。

このように考えたとき、やはり、平成 10 年決定における「関連情報記録の蓋然性」だけでは、「証拠存在の蓋然性」があるだけで、「関連性の疎明があった」とはいえないのではないかという批判①は妥当であり、それに対して蓋然性説は未だ有効な反論をしていないように思われる。

また、「個々の物件が証拠物に当たる蓋然性と複数の物件の一部に証拠物が含まれている蓋然性」とでは、後者を直ちに前者に還元できないという意味で内容的に質的な差異があ

り、単なる程度の問題には解消し得ない」<sup>148</sup>ため、「後者の蓋然性のレベルのみでは『関連性の疎明』に至っていない」との批判も同様に妥当であると思われる。確かに、「複数の物件の一部に証拠物が含まれている蓋然性」というが、蓋然性説の論者の主張―捜査差押えが捜査の初期段階に行われるという主張など―を考慮すれば、どの物件がその「証拠物に当たる蓋然性」のある「一部」の物件であり、その物件がいくつあるのかということが、実際の現場ではほとんど明らかではないはずであり、ましてや、内容確認をしたところで、「関連性」が必ずしも明確になるわけではないという事情も踏まえれば、「個々の物件が証拠物に当たる蓋然性」と「複数の物件の一部に証拠物が含まれている蓋然性」の両者の区別をつけることにどこまで意義があるのか理解しにくいようにも思われる。しかしながら、これも結局のところ、「関連情報が記録されている蓋然性」と「記録情報が関連性を有する蓋然性」の区別を付けられていないことにより生じている混乱のように思われる。すなわち、「複数の物件の一部に証拠物が含まれている蓋然性」にとどまっている場合には、物件の一つひとつに認められる蓋然性は、基本的に「関連情報が記録されている蓋然性」だけであり、「記録情報が関連性を有する蓋然性」は含まれない。なぜならば、物件一つひとつについてどのようなデータ（情報）が記録されているかは依然として把握されていないため、個々の記録媒体上の「記録情報が関連性を有する蓋然性」は未だ判断され得ないからである。逆に、「個々の物件が証拠物に当たる蓋然性」は、その言葉の通り、当該物件一つひとつについて「関連情報が記録されている蓋然性」が認められ、かつ個々の記録媒体上の「記録情報が関連性を有する蓋然性」も認められる。このように考えられるため、やはり、複数の物件の一部に証拠物が含まれている蓋然性のレベルのみでは『関連性の疎明』に至っていないとの批判は妥当であると思われる。

以上のように蓋然性説の論者による批判❶に対する反論の妥当性には、基本的に疑問があるように思われる。

---

<sup>148</sup> 笹倉・前掲注63) 82頁。

## b. 相当性充足説について

次に、濱田毅の主張する、相当性充足説についての妥当性を見ていきたい。結論から言えば、平成 10 年決定の読み方として、最も妥当なものであると思われる一方で、令状主義との関係における妥当性には疑問がある。

相当性充足説は、捜査機関が差押え執行段階においてすべき判断として、第 1 段階の「狭義の差押えの必要性」、すなわち、令状記載の「差し押さえるべきもの」の該当性および被疑事実との関連性についての判断、第 2 段階の「広義の差押えの必要性」、すなわち捜査の必要性と被処分者の不利益の比較衡量による「相当性」の判断の 2 つがあるとする。

相当性充足説の巧みな点は、第 1 に、令状主義による法的規律の一内容として、第 1 段階の被疑事実との関連性判断の必要性だけでなく、第 2 段階の「相当性」の判断の必要性も含まれているとすることにある。これにより、蓋然性説をとることで生じる差押えが不当に広範囲において行われることになるという批判②を回避する。すなわち、確かに「関連情報記録の蓋然性」という低い水準で被疑事実との関連性が認められるが、それだけで差押えが許されるわけではなく、第 2 段階の相当性判断が不当に広い差押えを違法として許さないのである。さらに、相当性の判断は、捜査機関の利益と被処分者の利益との比較衡量によりなされるため、事情によって判断水準は変動し得る、という。この点が、相当性充足説の第 2 の巧みな点である。すなわち、平成 10 年決定の「情報損壊の危険性」要件のような個別事情を、第 1 段階の被疑事実との関連性判断ではなく、第 2 段階の相当性判断における衡量事情として位置付ける。これにより、関連性変動説のような被疑事実との関連性判断の判断水準の変動という問題を生じさせない。確かに第 2 段階の相当性判断の判断水準は変動するかもしれないが、相当性判断は比較衡量であるため、そもそも変動し得るものである。このようにして、批判③も回避するのである。

しかしながら、相当性充足説にも疑問はあるように思われる。すなわち、確かに、先に指摘した通り、被疑事実との関連性の判断という第 1 段階と相当性判断という第 2 段階と

いう判断枠組みによって、蓋然性説に対する批判②を回避する。しかし、電磁的記録媒体を差押え対象とする場合、そもそも本当に第 2 段階の相当性判断は有効に機能するといえるのだろうか。濱田は、相当性（比例原則）による規律について、「衡量事情として、捜査側の必要性のみならず、被処分者・第三者側の様々な事情を取り込むことができるのであって、そうすれば、必ずしも利益衡量論は捜査側にとって都合の良い結論ばかりが導かれるとは限らない」とし、相当性による規律は、「被処分者の権利利益の擁護にとって独自の意義を持つ」という。しかし、濱田が第 1 段階の被疑事実との関連性判断の水準に関して蓋然性説のいう「関連情報記録の蓋然性」でもよいとする理由に挙げられている事情一すなわち、「被疑事実」の広汎性、「証拠価値」の多種多様性、「関連性」確認のために事後的な分析精査が必要であること、そして、さもないとすれば捜査は立ち行かないという捜査実務の実情一に鑑みれば、よほどのことがない限り、第 2 段階の相当性判断は被処分者の方に傾かないのではないかとと思われる。

この点に関連して、例えば、令和 3 年決定においては 7TB という桁違いな情報量が差し押さえられたというが<sup>149</sup>、このような莫大なデータ量は、一方で、被処分者の不利益としての衡量事情とされるだろう。その一方で、莫大なデータ量は、逆に、重要なデータが埋もれていないか一つずつ精査する必要性があったり、現場での選別が不可能であったりというように、捜査機関の利益も同時に根拠づけるように思われる。実際に、令和 3 年決定においては、言わずもがな他の事情もあったにせよ、結論として 7TB のデータ量の差押えは許容されている。また、ロック機能や暗号化のような情報セキュリティ技術が今後ますます向上することに鑑みれば、被処分者にとってそれほど厳重に保護されるべきデータであるという意味で、被処分者の不利益としての衡量事情となる一方で、現場でのセキュリティの突破やその後の選別作業の困難性といった捜査の必要性を根拠づける衡量事情ともなりうる。さらに、電磁的記録媒体の場合には、蓋然性説の批判①への反論の妥当性の所

---

<sup>149</sup> 水谷・前掲注 17) 41 頁。

で見た通り、「捜査に必要な電磁的記録が保存されている可能性」をいくらでも根拠づけることができるのであり、ましてや「蓋然性レベルの関連性しかないものであっても差押えができるとしなければ、捜査は立ち行かない」という実情が強く主張されているのである。以上を踏まえれば、結局いかなる時でも電磁的記録媒体の差押えが問題となっている場合には、常に捜査機関の利益が優先してしまうのではないかと懸念が残るように思われる。この意味で、電磁的記録媒体の場合には、本当に相当性による規律が正しく機能するのか、疑問がある。

#### B. 「必要な処分」説への批判の妥当性

次に、「必要な処分」説への批判であるが、結論から言えば、現行法規定を前提とする限り、選別のための一時的な占有取得措置をあえて「必要な処分」と位置付ける意味は、一理論的な理由を除けば一特に無いように思われる。

それはまさに「差押え」ではないのかという批判④に対して、「必要な処分」説の論者が「ある処分の性格は、その外形的・物理的な側面だけから判断されるべきものではなく、当該処分の目的・効果も考慮されるべきである」とするのは、確かに正当であると思われる。しかし、批判⑤（被処分者への権利保障の欠如）を考慮すれば、あえて「必要な処分」と位置付ける意味は無いように思われる。また「必要な処分」と位置付けることは理論的な整合性の側面から重要というのであれば、例えば準抗告を可能とすることについて、堀江慎司が指摘する通り、逮捕や搜索といった処分について準抗告を認めない現行法の規律のあり方と整合するのかという指摘が妥当するように思われる<sup>150</sup>。

また、目録の交付についても、令状裁判官による条件付けにより解決しようとするが、これについても堀江の指摘する通り、仮に条件付けが必要不可欠であるとするならば、強制処分法定主義に抵触する疑いがあるし、条件付けが必要不可欠でないならば、結局被処

---

<sup>150</sup> 堀江・前掲注10) 187頁。

分者への権利保障の欠如が問題となるだろう<sup>151</sup>。

さらに、「必要な処分」としての選別のための一時的な占有取得措置の限界付けの問題を指摘する批判<sup>⑥</sup>も、妥当なものであろう。「必要な処分」説の論者は、あくまでも「一時的」であることを強調するが、果たして「一時的」と言えなくなる限界はどこにあるのか。差押えにおいて予定されている被処分者への確実な権利保護を制限してまで求めるべきなのか、疑問があるように思われる。

### C. 蓋然性説と「必要な処分」説の共通認識と対立点

蓋然性説と「必要な処分」説の論者は、互いに批判と反論を行っており、議論の進展を見せている反面、議論のすれ違いもあり、若干行き詰っている感も否めない。そのため、ここでは、そのような両者のすれ違いや共通認識を整理することで、議論の行き詰りの理由を明らかにしたい。

#### a. 蓋然性説と「必要な処分」説の共通認識の整理

蓋然性説の論者は、「必要な処分」説の論者が、「被疑事実との関連性」概念を誤解していると指摘する。

これまで見てきたように、蓋然性説の論者は、捜査には流動性があり、捜査の初期段階で行われる搜索差押えの時点では他に事件の情報などほとんどなく、むしろ搜索差押えを通じてそういった事件に関する情報を集めていくのだから、事後的に客観的に一そして、ある種の「神の視点」的に一見して「関連性がある」といえるほどの高度な「関連性」として、あるいは公判段階における「証拠の関連性」と同様のレベルのものとして、「被疑事実との関連性」を理解するようなことは間違っているという<sup>152</sup>。

<sup>151</sup> 堀江・前掲注10) 188頁。

<sup>152</sup> 石山・前掲注21) 123頁以下、太田・前掲注73) 453頁以下。

しかし、このような指摘に対して、「必要な処分」説の論者は、「学説（「必要な処分」説—引用者注）の『誤読』である」といい、否定する。すなわち、そもそも、公判における「証拠の関連性」というものですら、「公訴事実（あるいは刑の量定）に有意な事情の推認に役立つ見込み・蓋然性」であり、「ましてや、一応の到達目標が起訴状や冒頭陳述において明示される公判と異なり、捜査においては、解明すべき事実自体が流動的、浮動的であるのだから、関連性が見込み・蓋然性を含むものであることはなおさらであって、そのことは、論者の指摘を待つまでもなく」、「必要な処分」説も当然の前提としているという<sup>153</sup>。

すなわち、「被疑事実の関連性」を「蓋然性」と理解するか「関連性」と理解するかということに、蓋然性説と「必要な処分」説の対立はなく、むしろその点について、両者は共通認識を持っているといえる。

また、蓋然性説が外部的事情のみで「被疑事実との関連性」を判断できる場合もあるとすることについて、「必要な処分」説もその点を理解している。例えば、「必要な処分」説の論者である笹倉宏紀は、「被疑者が日常的に携帯して使用しているスマートフォンには、犯罪事実そのものに関する情報が記録されているとは限らないとしても、被疑者の行動や通信履歴等の情報が存在するであろうことの推定（見込み）が一般的に作用するといっ

てよい。そして、それらの行動や通信履歴の精査、他の証拠との突合によって犯罪事実の解明につながる見込みがあるのであれば、それは「証拠物」とであると評価してよい」とする<sup>154</sup>。

このように、内容確認が「被疑事実との関連性」の判断において必要不可欠なものとはしていない点でも、両者は共通認識を持っているといえる。

---

<sup>153</sup> 笹倉・前掲注5) 9頁。

<sup>154</sup> 笹倉・前掲注5) 14頁。

**b. 蓋然性説と「必要な処分」説の対立点の整理**

では、両者の対立点はどこにあるのか。それは、やはり、蓋然性説への批判①に対する反論の妥当性で見た、搜索の要件としての「証拠存在の蓋然性」と差押えの要件としての「被疑事実との関連性」の区別に関する理解にあると考えられる。

蓋然性説は、「被疑事実との関連性」の判断水準について「被疑事実と関連する蓋然性」があればそれでよいとするが、その蓋然性の内容として、平成 10 年決定における「関連情報記録の蓋然性」でよいとする。しかし、この「関連情報記録の蓋然性」はあくまでも搜索の要件である「証拠存在の蓋然性」を根拠づけるだけであり、差押えの要件である「被疑事実との関連性」が満たされるというのは問題があるのではないかということは、先に指摘した通りである。

この点に関する「必要な処分」説の論者の見解を確認しておきたい。笹倉宏紀は、「必要な処分」説は、「次の 2 つのごく当たり前のことに忠実に解釈を構成しようとしているに過ぎない」という。すなわち、「第 1 に、刑訴訟が搜索と差押えとをそれぞれ独立の強制処分として規定し、それぞれについて対象・要件を定めていることである。そしていずれにおいても蓋然性が要件とされているが、その中身は……異なる。第 2 に、差押えは有体物を対象とする以上、その正当性（要件の充足）は個々の物件ごとに認定（疎明）されるべきであることである」。「平成 10 年決定のいう『蓋然性』は、現場所在の複数の記録媒体の集合体の中に関連する情報（証拠物）を含む物が 1 個又は複数含まれていることを意味するにすぎない。したがって、それは、その集合体を対象として『搜索』を行い選別作業を行うことの『正当な理由』にはなり得るとしても、それらすべてを『証拠』として『差押え』の対象とすることに正当化事由にはならない。もしそれを認めれば、搜索と差押えの区別が消滅してしまう。差押えにおいて認められる『蓋然性』は、当該証拠物それ自体が被疑事実の証明に資する見込みがあることであって、判例のいう『蓋然性』をもってそれ

に代替することはできない」<sup>155</sup>と。

以上のように、搜索を正当化する「蓋然性」と差押えを正当化する「蓋然性」の区別に関して、蓋然性説と「必要な処分」説は対立しているのである。

### c. 議論のすれ違い？

上記のような対立点を有する両者の議論は、しかしながら現在、すれ違いが生じており、生産的な議論が行われているのかよくわからない状態に陥っているように思われる。その原因について考えると、第 1 に、電磁的記録媒体（あるいは電磁的記録）という特殊なものについて、無理に他の有体物に置き換えて例えようとすることにあると思われる。例えば、「必要な処分」説の論者は、搜索の要件としての「証拠存在の蓋然性」と差押えの要件としての「被疑事実と関連する蓋然性」の区別を人の身体を押収である「逮捕」に置き換えて説明しようとする<sup>156</sup>。この笹倉の説明に対して行われた石山による反論の内容は、「逮捕に置き換えてなされた説明は間違っているから、『必要な処分』説の論者は自説を誤解しているのだ」というようなものであり<sup>157</sup>、結局「逮捕へ置き換えた説明」は、「搜索の要件としての『証拠存在の蓋然性』と差押えの要件としての『被疑事実と関連する蓋然性』の区別がついていないのではないか」という蓋然性説への根本的な疑問を阻害するノイズとなってしまっているように思われる。

他方で、蓋然性説の論者である石山も、殺人事件において凶器と思われるナイフが 3 本（3 本とも形状等から凶器の可能性が認められる）見つかった場合という例を用いて、蓋然性説をとらなければ 3 本とも差し押さえられないという結論に至るかのよう説明し、蓋然性説の正当性を主張する<sup>158</sup>。しかしながら、上記のナイフの例を考えてみると電磁的

---

<sup>155</sup> 笹倉・前掲注 5) 11 頁。

<sup>156</sup> 笹倉・前掲注 5) 10 頁。

<sup>157</sup> 石山・前掲注 106) 684 頁以下。

<sup>158</sup> 石山・前掲注 21) 127 頁。

記録媒体の場合とは状況がかなり異なっていることが明らかになる。まずは、電磁的記録媒体でいう「記録情報が関連性を有する蓋然性」の問題についてである。上記のナイフの例は、殺人に用いられた凶器が「ナイフ」であり、かつその刃渡りなどの形状についてもかなり特定されていることが前提となっている。これを電磁的記録媒体の場合に逆に置き換え直すと、差し押さえられるべきとされる電磁的記録媒体の内容について「共犯者とやり取りしているメール」といったようにかなり具体的に特定されているものとなるべきであり、決して「被疑事実に関連と思料されるもの」というような抽象的かつ包括的なレベルの特定ではない。次に、電磁的記録媒体でいう「関連情報が記録されている蓋然性」についてである。上記のナイフの例は、刃渡りなどの形状がかなり特定されていることが前提となっているため、「その形状に一致する 3 本」まで絞り込まれているのである。これを電磁的記録媒体の例に逆に置き換え直すと、ラベル情報や関係者の供述から「この 3 本のうちのどれかに入っている」という外部情報から具体的な「3 本」というレベルまで絞り込んでいる状態となっているのである。それゆえ、電磁的記録媒体の差押えにおける「関連情報の記録の蓋然性」を直接上記のナイフの例に無理やり置き換えるならば、「切創痕/刺突痕—しかも、痕の形状は問わない—を付けられるあらゆるもの（ハサミやドライバー、ガラスなど）」を片っ端から差し押さええているに等しいと思われる。これが打撲痕だった場合は、バットやハンマーだけでなく、椅子や机、大型の本などを片っ端に差し押さえることができる、という説明になろう。

ここで指摘したいのは、上記の「逮捕」の例やナイフの例が適切かどうか、ナイフの例から逆に電磁的記録媒体に置き換えた場合の筆者自身の説明が適切であるかどうかではない。電磁的記録媒体の問題を他の物に置き換えて説明することの不毛さである。電磁的記録及び電磁的記録媒体の特殊性を他の有体物に落とし込むことは難しいのであり—だからこその「特殊性」なのである—、そのような例をし続ける限り、この議論は不毛な形で継続するのだと思われる。

第 2 に、そもそも搜索を正当化する「蓋然性」と差押えを正当化する「蓋然性」を、電

磁的記録媒体の場合に、現実において厳密に区別し観念することができるのかという点である。確かに「必要な処分」説の論者は蓋然性説の「蓋然性」の理解の批判はするが、他方で、ではどのような蓋然性があれば、差押えを正当化する「被疑事実との関連する蓋然性」があるといえるのかを示してこなかった<sup>159</sup>。この点に関して、中園江里人は、「(証拠物と) 思料するもの」とは、比喩的な表現ではあるが、『一定の内容が記録されている可能性』と『当該記録内容の資料としての有用性の可能性』の積が一定以上（この限界は、事案の内容や嫌疑の程度、(予想される) 記録内容等によって異なると考えられる）である場合」とし<sup>160</sup>、笹倉も「説明の仕方は異なるけれども、実質において愚見と同じことを言っているものと考えることができる」とする<sup>161</sup>。そして、それに対して蓋然性説の論者から特に反論がないことからして、蓋然性説の論者も異論がないのだと思われる<sup>162</sup>。そうすると、結局のところ、「必要な処分」説の考える「被疑事実との関連性」判断はどのような内容であり、かつそれを現場の捜査官が観念することができるのか、依然としていまだよくわからないままなのである。

この点に関連して、「必要な処分」説が電磁的記録媒体の内容確認をどのように位置づけているのかが必ずしも明確でない点も問題であるように思われる。少なくとも平成10年決定のいう「蓋然性」については、「現場所在の複数の記録媒体の集合体の中に関連する情報（証拠物）を含む物が1個または複数個含まれていることを意味するにすぎない」とし、内容確認を通じて「被疑事実との関連性」を判断するべきであったというのであるが

---

<sup>159</sup> 笹倉・前掲注5) 11頁。

<sup>160</sup> 中園・前掲注131) 72頁。

<sup>161</sup> 笹倉・前掲注5) 14頁。

<sup>162</sup> 石山・前掲注106) 678頁において、「筆者が知り得たものとして」という形で、中園・前掲注72)の論文が挙げられており、そこで挙げられていた他の文献については本文において反論や批判、妥当性などの言及があったものの、中園の論文のみ言及がなされていないため、特に異論がなかったのだらうと推測する。

<sup>163</sup>、他方で、被疑者が日常使用するスマートフォンについては、「犯罪事実そのものに関する情報が記録されているとは限らないとしても、被疑者の行動や通信の履歴等の情報が存在するであろうことの推定（見込み）が一般的に作用する」（傍点引用者）とし、内容確認なく差し押さえることができるというのであろう<sup>164</sup>。しかしながら、それではなぜ平成 10 年決定の 108 枚のフロッピーディスクについては、外部的事情（宗教団体の組織的犯罪であることや、搜索場所が被疑者を含む信者等が集団で生活する施設であったということなど<sup>165</sup>）から、「犯罪事実そのものに関する情報が記録されているとは限らないとしても、被疑者の行動や通信の履歴等の情報が存在するであろうことの推定（見込み）が一般的に作用する」といえず、内容確認を要するのか。「解明度」（尽証度）の上昇が理由だとして説明するのかもしれないが、例えば、相当性充足説（濱田説）は、蓋然性説をとりながらも、内容確認による「解明度」の上昇の問題について、「広義の差押えの必要性（相当性）」と位置付けることで回答している。この相当性充足説に対してどのように答えるのかにより、「必要な処分」説が内容確認をどのように位置づけているのかは明らかになると思われるが、いまだ「必要な処分」説の論者からの回答はない。

以上の 2 点を理由として、蓋然性説と「必要な処分」説の議論はすれ違っているように思われるのである。

#### IV. 本稿における問題意識

以上のように、電磁的記録媒体の差押えの解釈論は、ある種、学者による「理念」と実務家による「経験」による水掛け論に近い様相を呈しており、行き詰っている感が否めない状態にある。

しかしながら、ここまで丁寧に学説 1 つずつを確認し、それぞれの問題を整理してきた

---

<sup>163</sup> 笹倉・前掲注 5) 11 頁。

<sup>164</sup> 笹倉・前掲注 5) 14 頁。

<sup>165</sup> 濱田・前掲注 60) 1015 頁以下。

からこと、解決すべき課題はかなり明らかになってきたと思われる。

以下では、この議論が向かうべき方向性を検討し、本稿が何を示そうとしているのか、本稿の問題意識を明確にしたい。

## 1. 本稿の問題意識—令状主義以外の観点からの検討の必要性

先のⅢ. 4. (3) で蓋然性説（及び相当性充足説）並びに「必要な処分」説のそれぞれに対してなされている批判の妥当性について確認した。そのうえで、ある種の「理論家」と「実務家」の根本的な思想の違いがあるといえるように思われる。

上記に関して笹倉は、次のようなことを述べている<sup>166</sup>。

「強制処分を実行するためには、それが重要な権利利益の実質的侵害を伴う以上、そのような処分によって被疑事実の解明に資する証拠が得られ、捜査が進展する見込みがなければならぬ。……そもそも刑事手続は、疑いに基づき事実を解明していく営みであるから、その過程で誤認が生じることは（好ましくはないけれども）必然である。したがって、証拠の概念も（結果的に無意味である場合も含めて）広めに設定される<sup>167</sup>し、確率・打率の低さそれ自体が、強制処分の正当性を直ちに失わせることにはならない。むしろ、だからこそ、刑訴法は、手続を分節してそれぞれの段階ごとにそれにふさわしい『確からしさ』を具備することを求め、その段階に従い、与えられた条件の下で、それを逐一確認するという手順が踏まれることを要求すると同時に、その手順が守られている限り、結果的に誤っていた処分であってもその正当性を承認するという決断をしていると見るべきである。

犯罪捜査、より広く刑事司法という営みは、手続の進行途中で誤りを犯すことをあえて許すことによって成立している。憲法が刑事手続上の基本権を数多く規定し、それを受け

<sup>166</sup> 笹倉・前掲注5) 21頁以下。

て刑訴法が厳格かつ詳細な手続的規律を用意しているのも、誤認に基づく強烈的な権利侵害を許容しなければ制度が成り立たないという『過酷な現実』が存在するからに他ならない。

しかし、そうであればこそ、刑訴法が、対立利益の権衡を考えた上で組み立てた手順を踏むことが大切である。最終的な確率・成功率に変わりがないからと言って、段階の区別を曖昧にすることは許されない。電磁的記録媒体をめぐる議論の真の対立点は、関連性が蓋然性の観念を含むものであるか否かにあるのではなく、手順を踏むことの意義をどこまで尊重するか之争いであり、そこに、客観的な数字とは異なる意味における『確からしさ』に対する意識の違いが現れることになるのである。

上記における笹倉の「確からしさ」の重要性に対する指摘は、至極全うなものであるし、電磁的記録媒体の搜索差押えの議論において最重要視されるべきと言っても過言ではないだろう。しかし、この指摘は令状主義の特定性の議論を突き詰めていくことや、現行法の規定における搜索段階と差押え段階という手順を正しく踏むことによって、この「確からしさ」は、本当に得られるものなのだろうか。

例えば、仮に蓋然性説が令状主義に反するため、実務が「必要な処分」説に基づいて運用されることとなったとする。捜査機関は認識として手続的に搜索段階と差押え段階を分けて、搜索のために一時的に占有を取得し、搜索としての被疑事実との関連性判断を行い、関連性がないと分かったものを返還したとする。これは、法学者や実務家にとっては刑事訴訟法において重要な「確からしさ」が保障されている捜査だといえるかもしれない。しかしながら、市民である搜索差押えの対象者から見ればどうだろうか。占有の剥奪が刑事訴訟上「搜索」として分類されるものであろうが、「差押え」と分類されるものであろうが、変わりはない。ましてや、「必要な処分」説が批判されている通り、差押えにおいて保障されている規定の明文上での適用を欠いている。そこに「確からしさ」が本当にあるといえるのか。

もちろん、これは、蓋然性説を取れば解決されるというものではない。蓋然性説の場合

には、これも批判されているのを確認した通り、そもそも令状主義という刑事訴訟法上の「確からしさ」さえ保障されているのかどうか疑問があるからである。

以上を踏まえて電磁的記録媒体の搜索差押えの現行法の手続を見たとき、やはり令状主義に偏重した現在の議論状況が健全な状態にあるとは言えないのではないか。蓋然性説にしても必要な処分説にしても、抱えている問題の解決は令状主義の議論の先にはないのではないか。

本稿においてはこのような問題意識の下、電磁的記録媒体の搜索差押えについて、令状主義以外の視点からの検討を加えたい。

## 2. 本稿において行う検討

以上の問題意識の下で、本稿においては蓋然性説及び相当性充足説と必要な処分説の両説に検討を加えたい。

第1に、蓋然性説及び相当性充足説に対しては、主に比例原則の実効性の確保という視点から検討を加えたい。相当充足性説に対しては、批判の妥当性の検討をした際に、相当性の規律が現場において本当に機能するのかという点を指摘した。その問題点の本質は、比例原則という事後的に確認される制限が差押え後に十分に機能するのか疑わしい点にある。例えば、データ量が莫大で搜索現場での選別が不可能であるために内容確認をしない差押えの相当性が認められる場合、差押えの直後に準抗告すれば、当該差押えはその時点では適法ということになるだろう。しかし、上記の場合、蓋然性説の論者も認めている通り、内容を閲覧すれば直ちに無関係だと分かるデータが混在しているのであり、従来のような「現時点では証拠に当たるかどうか分からない物」と同様の取り扱いを受けるべきではないということは明らかである。それゆえ、差し押さえられた電磁的記録媒体内のデータの選別の期間やそのデータの利用において一種の特別な形で比例原則の保障が政策的に求められるべきではないかと思われるのである。蓋然性説に関しては、このような検討を行いたい。

第 2 に、「必要な処分」説については、一時的な占有取得を捜索のためのものとして位置づけるにあたって必要となる手続保障とはどのようなものであるのかということである。すなわち、一時的な占有取得により本来捜索において保障されるべき手続が失われ、差押えにおいて保障される手続だけが取られるのでは、それはもはや「捜索のための一時的な占有取得」という名を借りた「差押え」を行っているのと変わらない。それゆえ、捜索のための一時的な占有取得はどのような手続で行われるべきなのかを検討したい。

それぞれの学説において上記のような検討を行えば、手続上の「確からしき」をある程度与えることができるはずである。

## V. 本稿における検討方法—ドイツ法との比較法研究

上記の検討は、ドイツ法との比較法研究の方法で行う。ドイツ刑訴法は様々な面で日本刑訴法とその前提を大きく異にするが、以下の理由で本稿の問題意識に対して重要な意義を有すると思われるのである。

その理由は、第 1 に、ドイツ刑訴法は制度として令状主義を有しておらず、まさに電磁的記録媒体の捜索差押えにおいて、令状主義以外の視点からの議論を豊富に有しているからである。本来であれば制度上の大きな違いとして比較法研究の障害となりうるが、本稿の問題意識との関係では、むしろ非常に重要な点である。

第 2 に、ドイツ刑訴法 110 条が、まさに「必要な処分」説による証拠選別手続をそのまま立法したような規定であるからである。ドイツ刑訴法 110 条は、書類及び電磁的記録媒体の通覧を規定している。のちに詳しく見るが、通覧とはデータ等の内容の閲覧を通じてその証拠関連性を判断し、差し押さえるべき物を選別する措置である。そして、通覧措置を行うために、捜索現場から書類や電磁的記録媒体を持ち出すことをドイツ刑訴法 110 条は認めている。この 110 条に関する問題点や議論は、とりわけ「必要な処分」説の検討において重要な役割を果たすと思われる。

それでは次章から、早速ドイツ刑訴法について見ていきたい。

## 第2章 ドイツにおける電磁的記録媒体の捜索差押えの手続について

## 第2章

### I. はじめに

本章から第4章にかけて、ドイツ法における議論を見ていく。

いうまでもなく、ドイツ刑事訴訟法における搜索差押えの手続は、日本刑事訴訟法における手続と異なっている部分が多くある。本章では、まず一般的な搜索差押えの手続について確認したい。それから、電磁的記録媒体—厳密には「書類」も含む—に固有の手続である通覧について見ていく。

### II. ドイツ刑訴法における搜索差押えの基本的な手続について

ドイツ刑訴法 94 条から 98 条（なお、特に断りがない限り、本章で挙げる条文は全てドイツ刑訴法のものとする）には差押えに関する手続が、102 条から 110 条には搜索に関する手続が規定されている。

ここでは、まず両者に関連する裁判官留保について確認した後に、差押え、搜索の順で基本的な手続を見ていきたい。

#### 1. 裁判官留保について

##### (1) 裁判官留保とは

98 条や 105 条を見れば、搜索や差押えは原則として、裁判官の命令が必要であるとされており、「差し迫った危険がある場合〈bei Gefahr im Verzug〉」では例外的に、検察官とその補助官にも命令権限が認められている。このような、「国家機関の一定の活動について、原則として事前の裁判官の審査、命令を要求する仕組み」を裁判官留保〈Richtervorbehalt〉という<sup>1</sup>。

---

<sup>1</sup> 山田哲史「続・権利ドグマーティクの可能性(2)：ドイツにおける裁判官留保」岡山法学会雑誌 70 巻 1 号（2020 年）155 頁。同頁において、山田によれば、裁判官留保の定義は厳密には定まっていないという。例えば、「裁判官、裁判所による裁判権の独占（基本法 92 条）を広い意味での裁判官留保と呼ぶ場合もある」。ほかにも、事前の審査、命令だけ

## 第2章

搜索に関しては、住居の不可侵に関する基本法13条2項以下に裁判官留保の規定が存在している。これは講学上、「(狭義の) 憲法上の裁判官留保」と呼ばれる<sup>2</sup>。これに対して、差押えに関しては、憲法上に裁判官留保の規定は存在しない。しかし、刑事訴訟法上に裁判官留保の規定がある。これは、「法律上（あるいは通常法上 〈einfachgesetzlich〉）の裁判官留保」と呼ばれる<sup>3</sup>。

### (2) 裁判官留保の意義

邦語文献における先行研究において、裁判官留保の意義や根拠論について、次のようにまとめられている。すなわち、「基本権侵害が問題となる場面で、法律の留保、法律の優位の両原則を基礎としつつ、その適法性を特に確保する手段として用意されたのが裁判官留保である。なぜそのような特別な適法性確保の手続が要求されるかと言えば、主観的な権利の侵害が重大であったり、それに加えて、侵害の重大性にも拘らず、性質上通常の事前の聴聞など手続保障が確保できない……ためということになる。そして、なぜ、ほかの機関ではなく、『裁判官』の判断が要求されるのかと言えば、国家機関の中でもとりわけ独立・中立な機関として基本法上設計された機関に委ねるのが適合的だからである」と<sup>4</sup>。

ドイツ刑訴法コンメンタール上においても、搜索差押えにおける裁判官留保についておおむね同旨の説明がなされている。すなわち、裁判官留保の趣旨は、独立かつ中立な機関〈Instanz〉を通じた予防的な統制〈Vorbeugenden Kontrolle〉により、事後的な法的保護だけでは不十分な基本権侵害を可能な限り広く補うことにあるとされる<sup>5</sup>。

---

でなく、事後的な裁判所の承認〈Bestätigung〉等を要求する場合も含めて裁判官留保と呼ぶ場合もあるという。

<sup>2</sup> 山田・前掲注1) 154頁。

<sup>3</sup> 山田・前掲注1) 154頁。

<sup>4</sup> 山田・前掲注1) 140頁。

<sup>5</sup> *Christian Jäger/Wolfgang Wohlers*, in SK-StPO, 6. Aufl. 2023, § 105 Rn. 16; *Michael*

## 第2章

また、連邦憲法裁判所の判例は、裁判官の留保における裁判官の義務を次のように述べている。すなわち、裁判官の義務は、可能かつ合理的な範囲で〈im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren〉搜索決定を適切に定式化すること〈geeignete Formulierung〉を通じて、基本権への侵害が測定可能かつ統制可能なものに留まること―簡潔に言えば、その授權〈Ermächtigung〉が法治国家の最低限の要件〈Mindestanforderungen〉を満たすこと―を確保することである、と<sup>6</sup>。

### (3)「緊急を要する場合」という例外について

基本法 13 条 2 項は、差し迫った危険がある場合には、法律で定めるほかの国家機関も搜索の命令をすることができるとする。これを受けて、105 条 1 項は、差し迫った危険がある場合〈bei Gefahr im Verzug〉には、検察官及びその補助官も搜索を命令することができる<sup>7</sup>とされる。また、差押えに関する 98 条 1 項も、同様である。

この「差し迫った危険」とはどのように理解されているのか。これは、裁判官の審査を待つという時間的な遅滞により、搜索や差押えの成果が得られなくなる可能性が、単なる推測に基づくのではなく、個別具体的な事実により基礎づけられ、容易に推測できる形で存在する場合に認められるという<sup>7</sup>。したがって、仮定的な考慮や犯罪捜査上の経験則

---

*Tsambikakis*, in LR-StPO, 27. Aufl. 2016, § 105 Rn. 1; *Knut Amelung*, in AK-StPO, 1992, § 105 Rn. 2; *Björn Gercke*, in HK-StPO, 7. Aufl. 2023, § 105 Rn. 23.

<sup>6</sup> BVerfGE 42, 212 (220).

<sup>7</sup> BVerfGE 51, 97 (111); *Wohlers/Tobias Singelnstein*, SK-StPO (Fn. 5) § 98 Rn. 33, *Jäger/Wohlers*, § 105 Rn. 33; *Eva Menges*, LR-StPO (Fn. 5) § 98 Rn. 34 ff., *Tsambikakis*, § 105 Rn. 83; *Amelung*, AK-StPO (Fn. 5) § 98 Rn. 5, § 105 Rn. 5; *Michael Greven*, KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 98 Rn. 13, *Simon Henrichs/Karin Weingast*, § 105 Rn. 1; *Ralf Eschelbach*, SSW-StPO, 6. Aufl. 2025, § 98 Rn. 13; *Jörn Hauschild*, MüKo-StPO, 2. Aufl. 2023, § 98 Rn. 9, § 105 Rn. 8; *Tido Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 5. Aufl. 2022,

## 第2章

〈Alltagstheorien〉に依拠した個別事案に関わらない一般的推測 (fallunabhängige Vermutung) では、差し迫った危険は認められない<sup>8</sup>。

なお、差し迫った危険があったかどうかを事後的に裁判官が審査することができるように、捜査官は、差し迫った危険が存在したと考える根拠となった認識や推測を捜査記録において書面化しなければならないとされる。この記録化により、対象者の事後的な法的救済の効果が保障されることとなり、基本法 19 条 4 条に由来する包括的な法的保護が保障されることとなるという<sup>9</sup>。

## 2. 差押えについて

ドイツ刑訴法における差押え規定の基本的な条文として、94 条と 98 条が挙げられよう。

94 条 2 項において差押えが、98 条において差押えの手続が規定されている。

94 条 (証明を目的とする物の保全と差押え)<sup>10</sup>

- 1 項 証拠方法として取調上意義を有する可能性のある物は、これを領置し、又はその他の方法で保全することができる。
- 2 項 前項の物を人が所持しており、それが任意に提出されないときは、差押えを必要とする。

98 条 (差押えの実施)<sup>11</sup>

- 1 項 差押えを命ずる権限は、裁判所に属する。緊急を要する場合には、検察官及びその補助官 (裁判所構成法第 152 条) にもこの権限が認められる。
- 2 項 裁判所の命令なしに物の差押えをした公務員は、差押えに際し処分を受ける者若しくは成年の親族が立ち会っていなかったとき、又は処分を受ける者若しくは処分を受ける者が不在の場合に、これに代わる成年の親族が差押えに対し明示的に異議を申し立てたときは、3 日以内に裁判所の承認を求めなければならない (1 文)。処分を受ける者は、いつでも、裁判所の裁判を求めることができる (2 文)。(……) 処分を受ける者に対しては、その権利について教示しなければならない (5 文)。

---

Rn. 539.

<sup>8</sup> Jäger/Wohlers, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 34; Tsambikakis, LR-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 85; Hauschild, MüKo-StPO (Fn. 7), § 105 Rn. 9; Gercke, HK-StPO (Fn. 5), Rn. 49.

<sup>9</sup> Jäger/Wohlers, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 41.

<sup>10</sup> 法務省刑事局「ドイツ刑事訴訟法」(2018 年) 41 頁。

<sup>11</sup> 法務省刑事局・前掲注 10) 43 頁。

## 第2章

以下ではこの2つの条文を中心として、ドイツ刑訴法における差押えについて簡単に確認したい。

### (1) ドイツ刑事訴訟法における差押え規定の概観

#### A. ドイツ刑訴法 94 条における保全及び差押え規定について

ドイツ刑訴法において証拠〈Beweismittel〉として手続に必要な対象物を調達する手段は、①94条1項による領置、②同条2項による差押え〈Beschlagnahme〉、③95条による引渡要求〈Herausgebeverlangen〉の3つがある<sup>12</sup>。そして、保全〈Sicherstellung〉は、①②の措置の上位概念としての役割を果たしている<sup>13</sup>。

保全は、証拠となる潜在性を有する〈potenziell〉対象物〈Gegenstände〉を確保するために行われるが、このような潜在的な証拠対象物を保全する義務が、捜査機関には課されている。この捜査機関の負っている証拠保全義務は、152条2項の起訴法定主義に由来するものとされている。したがって、証拠物を保全すべきかどうかについて、捜査機関には裁量がないという。換言すれば、対象物が証拠として取調上意義を有する可能性を有するならば、刑事訴追機関は、比例原則に反しない限りで、その対象物を保全することを義務付けられるのである<sup>14</sup>。

94条に規定されている保全は、開示的措置〈offene Maßnahme〉<sup>15</sup>として位置づけられて

---

<sup>12</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 1; Menges, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 1; Gercke, HK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 2; Hauschild, MüKo-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 1,

<sup>13</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 7; Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 68. Aufl. 2025, § 94 Rn. 11.

<sup>14</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 9; Menges, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 50; Greven, KK-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 12; Meyer-Goßner/Schmitt StPO (Fn. 13), § 94 Rn. 6; Gercke, HK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 35; Hauschild, MüKo-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 14.

<sup>15</sup> なお、この「開示的（捜査）措置」については次章で検討を加える。

## 第2章

いる<sup>16</sup>。そのため当該措置が行われた際には、33条、35条、98条2項により、そのことが措置の対象者に知らされなければならないとされる<sup>17</sup>。

### B. 保全及び差押えによって侵害が生じるとされている権利

証拠となる可能性がある対象物の保全は、基本法上保護される地位 (Positionen) への侵害 (Eingriff) を生じさせる<sup>18</sup>。まずは、基本法14条による所有に対する基本権侵害が挙げられる。差押えがなされた対象物の種類にもよるが、他にも、基本法1条1項に関連する2条1項に由来する情報自己決定権 (das Recht auf informationelle Selbstbestimmung) 並びに私生活領域 (Intimsphäre) や秘密領域への侵害、基本法5条1項の出版の自由への侵害、基本法10条の信書の秘密への侵害、基本法12条の職業の自由への侵害、基本法13条の住居の不可侵への侵害が考えられる<sup>19</sup>。

94条以下の搜索差押え規定は、法律の留保原則により必要とされる上記のような基本権侵害に対する法律上の授權 (Ermächtigung) を含んでいるとされる<sup>20</sup>。

### C. 94条2項による差押えについて

94条2項は差押えについて規定しており、その命令や手続については98条に、命令の執行については36条2項に規定がある。この差押えは、処分対象者から潜在的な証拠物の事実上の処分権を強制的に剥奪し、国家の支配下に置く処分である<sup>21</sup>。差押えをする場合、証拠物が保管者 (Gewahrsamsinhaber) から任意に引き渡されないという前提が常に必要

---

<sup>16</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 7.

<sup>17</sup> BVerfGE 124, 43 (71); Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 8.

<sup>18</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 2; Gercke, HK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 4; Eschelbach, SSW-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 1; Hauschild, MüKo-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 2.

<sup>19</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 2.

<sup>20</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 2.

<sup>21</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 15.

## 第2章

であるとされる<sup>22</sup>。なお、支配的な見解によれば、保管者が引き渡す準備をしている場合にも差押えが許容されるというのが<sup>23</sup>、その場合には差押えの必要性を欠いているため、通常比例原則に反するだろうという批判もある<sup>24</sup>。

### (2) 差押えの要件について

次に、ドイツ刑訴法における差押えの要件について確認する。ここでは実体的要件と手続的要件の2つに分けて見ていく。

#### A. 差押えの実体的要件

差押えの実体的要件として、ここでは4点について確認したい。

##### a. 端緒となる嫌疑の存在

第1に、端緒となる嫌疑〈Anfangsverdacht〉の存在である。差押えは、刑事手続の枠組みの中で行われなければならないとされる。94条における取調〈Untersuchung〉とは、刑訴法に基づき国家の刑事訴追機関によって行われるあらゆる刑事訴追活動を意味するとされる。したがって、刑事手続は、捜査の開始から法的拘束力のある終結〈rechtskräftigen Abschluss〉<sup>25</sup>までのすべての段階を含んでおり、差押えは上記の手続

---

<sup>22</sup> Gercke, HK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 42; Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 15.

<sup>23</sup> BGH NJW 1956, 1805 (1806); Menges, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 41 f.; Meyer-Goßner/Schmitt StPO (Fn. 13), § 94 Rn. 13; Gercke, HK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 37, 43; Park (Fn. 7), Rn. 475.

<sup>24</sup> Amelung, AK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 24; Eschelbach, SSW-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 34.

<sup>25</sup> これは、本案判決〈Sachurteil〉や打切判決〈Einstellungsurteil〉による終結だけでなく、206条a（訴訟障害による打切り）、206条b（法律の変更を理由とする手続の打切り）の裁判所による打切決定を通じた終結の場合、他にも公判手続の開始の却下〈Ablehnung〉、検察官の捜査の打切判断の場合であるとされる〔Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 20.〕。

## 第2章

の枠組みの中で行われなければならないのである<sup>26</sup>。

逆に言えば、差押えをするには刑事手続が開始している必要があり、これを換言すれば、捜査手続の開始のために必要な端緒となる嫌疑が存在していなければならないのである。

この際の嫌疑の程度は高いものは求められず、訴追可能な犯罪が行われたということを示す事実上の根拠があれば、それで充分である<sup>27</sup>。それゆえ当然、捜査手続の開始のために必要な事実上の根拠となるような対象物を目的として行われる「あてのない〈ins Blaue〉」差押えは許されない<sup>28</sup>。そして、法的拘束力のある終結をもって、94条の措置の権限も終了する<sup>29</sup>。

### b. 差押えの対象物

第2に、差押えの対象物についてである。94条の規定の意味における対象物は、有体物〈Körperliche Gegenstände〉、政府記録〈Behördenakten〉、デジタルデータであるとされている。ここでは、有体物とデジタルデータについてみてみたい。

まず、有体物についてである。94条が想定する対象物は、原則としてすべての有体物を含むとされる。例えば、動産、データ記録媒体〈Datenträger〉、人体から切り離された自然的構成要素〈natürliche Bestandteil〉（髪の毛、血液、尿など）が挙げられる<sup>30</sup>。

次にデジタルデータについてである。近年、データが重要な意義及び価値を有していることは、ドイツにおける刑事手続においても例外ではない。ただし、データは有体物と同一視できない特殊性を有しているため、実務上の課題だけではなく様々な法的問題をもも

---

<sup>26</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 17.

<sup>27</sup> Eschelbach, SSW-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 20; Gercke, HK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 31.

<sup>28</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 18.

<sup>29</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 20.

<sup>30</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 20; Menges, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 15; Amelung, AK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 4; Greven, KK-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 5; Meyer-Goßner/Schmitt StPO (Fn. 13), § 94 Rn. 4; Gercke, HK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 13.

たらずとされる<sup>31</sup>。詳細については後述するが、判例や支配的な見解によれば、「対象物〈Gegenstand〉」の概念は非常に広く理解され、有体物だけでなく無体物、すなわちデータもそれに含まれるとされている<sup>32</sup>。そして、この見解は、「取調上意義を有する可能性のあるデータは保全することができる」とする 110 条 3 項にも合致するという。また他の見解によったとしても、データのコピーは、データ媒体を差押えする権限における「縮小的〈Minus〉」処分としていずれにしても許容されるという<sup>33</sup>。

### c. 取調上の意義を有している可能性

第 3 に、当該対象物に証拠物として取調上意義を有している可能性があるということである。94 条における「取調上意義を有する可能性」は、対象物がなんらかの形で手続に関連する認識状況〈Erkenntnisstand〉の進展に寄与する可能性がある、と事前的な観点から<sup>34</sup>真摯に推測されうる場合に認められるとされる（これは、いわゆる潜在的な証拠意義〈potenzielle Beweisbedeutung〉と呼ばれるものである）<sup>35</sup>。また、証拠意義は、対象物が更なる手続の進展のみに意義を有する場合にも認められるとされる<sup>36</sup>。例えば、逃亡中

---

<sup>31</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 25.

<sup>32</sup> BVerfGE 124, 43 (60 f.); Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 27; Hauschild, MüKo-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 13; Park (Fn. 7), Rn. 875.

<sup>33</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 27; vgl. BVerfGE 113, 29 (50 ff.); Menges, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 28; Meyer-Goßner/Schmitt StPO (Fn. 13), § 94 Rn. 16a; Gercke, HK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 22; Eschelbach, SSW-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 15. また、池田公博「ドイツにおけるサイバー犯罪の捜査」刑ジャ 51 号（2017 年）43 頁も参照。

<sup>34</sup> Menges, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 23, 30; Hauschild, MüKo-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 21.

<sup>35</sup> BVerfGE 113, 29 (51); Menges, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 30; Amelung, AK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 6; Meyer-Goßner/Schmitt StPO (Fn. 13), § 94 Rn. 6; Eschelbach, SSW-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 16; Gercke, HK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 28; Park (Fn. 7), Rn. 498.

<sup>36</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 36.

## 第2章

の被疑者の居所の捜査に対して意義を有する場合<sup>37</sup>や、削除された記録の復元のために書面〈Schriftstücke〉が必要とされる場合<sup>38</sup>、指紋鑑定又は筆跡鑑定〈daktyloskopischer oder schriftvergleichender Untersuchung〉の客体としての役割を果たすというように、文書が更なる捜査に関するきっかけ/根拠〈Anhaltspunkte〉となりうる場合<sup>39</sup>である。他方で、証拠隠滅を防ぐという意図は差押えの理由とならないとされる<sup>40</sup>。

### d. 比例原則

第4に、比例性〈Verhältnismäßigkeit〉を有していることである。その中身は、①目的適合性〈Geeignetheit〉、②必要性〈Erforderlichkeit〉、③相当性〈Angemessenheit〉からなるとされる。

#### aa. 目的適合性

①の潜在的な証拠物の入手についての目的適合性は、比較的広い措置の目標設定に基づき、かつ、証拠意義の独自のメルクマールを考慮すると、通常はほとんど否定されることはないとされる。この目的適合性が否定される場合の例としては、当該証拠が使用されようとしている手続がすでに完了できる状態にある〈einstellungsreif〉場合が挙げられる

---

<sup>37</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 36; Menges, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 29; Meyer-Goßner/Schmitt StPO (Fn. 13), § 94 Rn. 8; Gercke, HK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 33.

<sup>38</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 36; Menges, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 29; Meyer-Goßner/Schmitt StPO (Fn. 13), § 94 Rn. 8.

<sup>39</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 36; Menges, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 30.

<sup>40</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 36; Menges, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 1; Gercke, HK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 2.

## 第2章

という<sup>41</sup>。

### bb. 必要性

②の差押えの必要性は、より緩やかな権利侵害でありながら同様の効果を得られる措置が存在する場合には欠けているとされる。差押えよりも緩やかな措置としては、情報提供〈Auskunft〉、引渡要求〈Herausgabeverlangen〉があるとされる。この2つについては、通常、措置の対象者が銀行のような信頼できる公共機関であり、かつ、当該機関が具体的な手続において無関係な第三者として位置づけられる場合に限って行われる<sup>42</sup>。そして、引渡要求の際には、オリジナルの書面〈Originalschriftstück〉を保全する必要がある場合もあり得る。その場合には、刑事訴追機関は当該書面のコピーを作成して対象者に交付するか、対象者自身がコピーを作成できるようにするという義務を負っているとされる<sup>43</sup>。この際、証拠隠滅行為〈Verdunkelungshandlungen〉を防ぐという目的で対象者が情報にアクセスできないようにするために、コピーの作成を拒否するということは正当でないとされる。なぜならば、証拠隠滅を防ぐというのは本来予定されている差押えの目的ではないからであり、このような目的は、現行法の枠組みにおいてはもっぱら勾留によってのみ行われるべきであるとされる<sup>44</sup>。これとは逆に、対象物の写真や複写でも証明の確保〈Sicherung des Beseises〉のために十分である場合、原則としてオリジナルの書面は対象者の手元に残したまま、それに代わって複写物〈Ablichtungen〉が保全されるべきであるという<sup>45</sup>。

---

<sup>41</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 40.

<sup>42</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 41.

<sup>43</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 43.

<sup>44</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 43; Menges, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 1.

<sup>45</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 43; Menges, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn.

そして、この原則は、データ及び電磁的記録媒体の差押えにも妥当するとされる。すなわち、データ自体だけが証明の目的で必要とされる場合、通常はデータをコピーするだけで十分である。したがって、オリジナルの電磁的記録媒体の差押えは不要であり、ましてや IT システム全体の保全をする必要もない<sup>46</sup>。それゆえ対象者は、自ら必要なデータを印刷したものやコピーを刑事訴追機関に引き渡すことで、電磁的記録媒体の差押えを避けることができる<sup>47</sup>。また、データのミラーリングは、現場での長時間のデータの選別よりも緩やかな措置として位置づけられる。そして、オリジナルの電磁的記録媒体の差押えがなされた場合であっても、コピーを行えば継続的な差押えは不要のため、それはコピー後すぐに返還されるべきであるとされる<sup>48</sup>。

また、差押えの必要性の観点から、データの保全の範囲は制限されるのであり、必ずしもデータ全体のコピーが許されるわけではない。データの範囲については、時間的、個人関連的、そして内容的な観点から絞り込まなければならないという<sup>49</sup>。他方で、例えば隠されたファイルが存在するためにデータ全体を把握する必要がある場合などには、データ全体の保全をすることができるとされる<sup>50</sup>。もちろん、データ全体を保全する場合でも、手続関連性のないデータや利用が許されないデータへのアクセスを行わないという配慮が

---

28; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 94 Rn. 18; *Eschelbach*, SSW-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 39; *Amelung*, AK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 28; *Greven*, KK-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 13; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 50.

<sup>46</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 46.

<sup>47</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 46.

<sup>48</sup> LG Lübeck, Beschl. V. 03.02.2022 – 6 Qs 61/21; *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 46.

<sup>49</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 48. なお、この絞り込みは 110 条の一時的な保全の場合にも妥当するとされる。

<sup>50</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 49.

## 第2章

なされなければならない<sup>51</sup>。さもなければ場合によっては、意図的でかつ違法な「偶然の発見物〈Zufallsfunden〉」を目的とした探索にあたるという。さらに、オリジナルのデータの状態を保全の時点で記録化する〈dokumentieren〉ことが重要である場合、この記録化は適切な措置を通じて確保されるべきであるという<sup>52</sup>。

### cc. 相当性

③の差押えの相当性の判断においては、一方で犯罪非難〈Tatvorwurf〉の重さ並びに犯罪嫌疑の濃さ及び問題となっている対象物の証拠意義と発見の疑いの程度が、もう一方で、差押えにより侵害される対象者の利益が比較考量されるという<sup>53</sup>。相当性が否定される例としては、ある特定の証拠がすでに他の証拠に基づいて証明されうる場合が挙げられる<sup>54</sup>。

### B. 差押えの手続的要件

差押えの手続要件は、刑訴法 98 条に規定されている。1 項によれば、原則として、差押えの命令権限は裁判所（すなわち、捜査判事）にある。他方で、差し迫った危険がある場合〈bei Gefahr im Verzug〉には、例外的に検察官及びその補助官〈Ermittlungspersonen〉も差押えの命令をすることができる。そして 98 条 2 項によれば、差し迫った危険がある場合の例外的な命令権限が行使された場合の手続や対象者への法的保護が規定されている。

---

<sup>51</sup> Vgl. BVerfGE 113, 29 (53 ff.); *Wohlers/Singelnstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 49.

<sup>52</sup> *Wohlers/Singelnstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 49.

<sup>53</sup> BVerfGE 124, 43 (66 f.); *Wohlers/Singelnstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 50; *Menges*, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 54 ff

<sup>54</sup> *Wohlers/Singelnstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 52.

## 第2章

### a. 裁判官による命令がある場合

#### aa. 命令の形式

まずは、裁判官による命令についてである。第1に、命令の形式についてである。命令の形式については条文上で規定されていないが、裁判官による差押え命令は、原則として書面で作成される決定によって発付され、当該決定が執行機関へ通知されるという<sup>55</sup>。一部では、裁判官の命令は緊急の場合には口頭でもよく、その際には事後的に命令が記録化されるべきであるという見解も主張されている<sup>56</sup>。しかしながら、それに対しては、裁判官の関与によってもたらされる命令の統制機能や制限機能が空洞化する〈*leer laufen*〉という批判がなされている<sup>57</sup>。したがって、仮に裁判官の事前の関与が時間的な理由から困難である場合には、裁判官によらない検察官らによる緊急的な命令が発付され、その後に裁判官による事後的な統制がなされるべきである、とする見解も主張されている<sup>58</sup>。

#### bb. 命令の手続

第2に、命令の手続についてである。33条2項<sup>59</sup>によれば、裁判官による命令が発付される前には、検察官の意見を聴かなければならないとされる。これに対して、33条3項<sup>60</sup>

---

<sup>55</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 13; *Menges*, LR-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 15; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 7), § 98 Rn. 16.

<sup>56</sup> *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 98 Rn. 8; *Park* (Fn. 7), Rn. 510.

<sup>57</sup> *Eschelbach*, SSW-StPO (Fn. 7), § 98 Rn. 17.

<sup>58</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 13.

<sup>59</sup> 33条2項は、「公判手続外における裁判は、検察官の書面又は口頭による意見表明がなされた後に行われる」と規定する〔法務省刑事局・前掲注10) 14頁〕。

<sup>60</sup> 33条3項は、「前項の裁判において、訴訟関係人の陳述を聴いていない事実又は証拠調べの結果をその不利益に使用しようとするときは、その前にその者の陳述を聴かなければならない」と規定する〔法務省刑事局・前掲注10) 14頁〕。

により措置の対象者への事前の法的聴聞も行われなければならないが、このような法的聴聞は措置の目的を危険にさらすため、通常は行われないとされる（33条4項<sup>61)</sup> <sup>62)</sup>。対象者と被疑者/被告人〈Beschuldigten〉は、その執行の進行において命令があったことを知らされていない場合などには、35条2項<sup>63)</sup>により命令について即座に通知されるべきであるとされる<sup>64)</sup>。

### cc. 命令において明示されるべき事項

第3に、命令において明示されるべき事項についてである。裁判官が命令をする際には、34条<sup>65)</sup>に基づき、一定の内容上の最低限度の要件〈gewissen inhaltlichen Mindestanforderungen〉を満たす理由が必要となる。この最低限度の要件を満たすためには、①法的かつ事実的な観点からの犯罪非難〈Tatvorwurf〉の具体化、②差し押さえるべき対象物の表示、③証拠物の意義や差し押えの執行方法などの記載が必要であるとされる<sup>66)</sup>。特に、②差し押さえるべき対象物の表示〈Bezeichnung〉についてであるが、差し押さえ

---

<sup>61)</sup> 33条4項は、「勾留、差し押えその他の処分を命ずる場合であって、事前の聴聞が処分の目的を害するおそれがあるときは、前項の規定を適用しない。訴訟関係人の聴聞について特別の定めがあるときは、前項の規定にかかわらず、その定めによる」と規定する〔法務省刑事局・前掲注10) 14頁〕。

<sup>62)</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 14; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 7), § 98 Rn. 16; *Amelung*, AK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 9; *Park* (Fn. 7), Rn. 515.

<sup>63)</sup> 35条2項は、「その他の裁判は、送達により告知する。裁判の告知により期間が進行する場合でなければ、無方式の通知で足りる」と規定する〔法務省刑事局・前掲注10) 15頁〕。

<sup>64)</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 14. なお、これは95条aの適用を受けているというような一部の例外的場合には行われない。

<sup>65)</sup> 34条は、「上訴を許す裁判又は請求を棄却する裁判には、理由を付さなければならない」と規定する〔法務省刑事局・前掲注10) 15頁〕。

<sup>66)</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 16 ff.

## 第2章

るべき対象物は、差押えの対象者にも差押えを執行する公務員にも措置の範囲に関して疑いが生じないレベルで詳細に特定されるべきであるとされる<sup>67</sup>。

### b. 裁判官による命令がない場合—検察官及びその補助官の緊急的な命令

次に、検察官及びその補助官により命令がなされた場合についてである。98条2項は、1項において例外として位置づけられている検察官及びその補助官により差押えの命令がなされた場合の手続を規定している。2項1文によれば、差押えの対象者もしくは成年の親族が立ち会っていない場合、又は、差押えの対象者もしくは対象者に代わって捜索に立ち会っている成年の親族が明示的に異議を申し立てた場合には、差押えを行った捜査官は3日以内に裁判所の承認を求めなければならないとされる。また2項5文は、差押えの対象者に自身の有する権利を教示しなければならないと規定している。

#### aa. 命令の形式

第1に、命令の形式についてである。差押え命令は、検察官及びその補助官により書面で又は口頭で（あるいは電話で〈fern-mündlich〉）なされる<sup>68</sup>。そして差押え命令と差し迫った危険の存在についての認識〈Erkenntnisse〉は、少なくとも事後的に記録において書面化されるべきであるとされる<sup>69</sup>。

---

<sup>67</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 17; Menges, LR-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 18; Amelung, AK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 14; Meyer-Goßner/Schmitt StPO (Fn. 13), § 98 Rn. 9; Gercke, HK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 13; Park (Fn. 7), Rn. 523 f.

<sup>68</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 35; Hauschild, MüKo-StPO (Fn. 7), § 98 Rn. 17, 20; Eschelbach, SSW-StPO (Fn. 7), § 98 Rn. 14.

<sup>69</sup> BVerfGE 103, 142 (160); BVerfG NJW 2015, 2787 (2790); Wohlers/Singelstein, SK-StPO

### bb. 命令の内容

第 2 に、命令の内容についてである。原則として、裁判官による命令の場合と同様の要請が妥当する。もっとも、その際、緊急の必要性や、場合によっては書面形式を欠くことから、要件が一定程度緩和される場合もあり得るとされる<sup>70</sup>。

### (3) 命令の執行について

裁判官の命令の執行は、検察官にその責任があり（36 条 2 項）、検察官は、自身の補助官を使用することも、その他の警察官に委託することもできる<sup>71</sup>。裁判官からの命令であっても、検察官は、捜査手続の主宰者として、その執行を放棄することもできる<sup>72</sup>。

命令の執行についてである。検察官が差押えを命令した場合、検察官はこの差押えを自ら行うことも、この差押えについて補助官を動かす〈bedienen〉ことも、その他の警察職員に委任することもできるとされる（161 条）。補助官により命令された場合は、補助官自身が命令を遂行するだろうとされる<sup>73</sup>。

## 3. 捜索について

次に捜索についてである。捜索に関しては、102 条に被疑者についての捜索が、103 条に

---

(Fn. 5), § 98 Rn. 35; *Menges*, LR-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 38; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 98 Rn. 8; *Eschelbach*, SSW-StPO (Fn. 7), § 98 Rn. 14; *Greven*, KK-StPO (Fn. 7), § 98 Rn. 13a; *Amelung*, AK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 17.

<sup>70</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 36.

<sup>71</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 20.

<sup>72</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 20; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 17.

<sup>73</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 98 Rn. 37.

## 第2章

被疑者以外の者についての搜索が、105 条に搜索の手續に関する規定がそれぞれ置かれている。また、106 条においては搜索への立会い、107 条において搜索終了についての書面による通知が規定されている。

|                                                                                                                                                                                                                                                     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 102 条（被疑者についての搜索） <sup>74</sup><br>正犯若しくは共犯又はデータの蔵匿、犯人庇護、刑の免脱若しくは盗品等蔵匿について嫌疑を受けている者は、その逮捕を目的とするとき、又は証拠を発見する見込みがあるときは、住居その他の場所又は身体若しくは所有物につき搜索をすることができる。                                                                                             |
| 103 条（被疑者以外の者についての搜索） <sup>75</sup><br>1 項 前条に掲げる者以外の者については、被疑者の逮捕、犯人の証跡の追及又は特定の物の差押えを目的とし、かつ、被疑者、証跡又は物が、搜索しようとする場所に所在すると認めるに足る事実があるときに限り、搜索を許すものとする〔1 文〕。                                                                                          |
| 105 条（搜索の実施） <sup>76</sup><br>1 項 搜索を命ずる権限は、裁判官に属し、緊急を要する場合は、検察官及びその補助官（裁判所構成法 152 条）にもこの権限が認められる〔1 文〕。<br>2 項 住居、事務所又は圍繞地の搜索を裁判官又は検察官の立会いなしに行う場合には、できる限り、搜索を行う対象が所在する地方公共団体の職員 1 名又は市民 2 名を立ち合わせなければならない〔1 文〕。この場合の市民は、警察官又は検察官の補助官であってはならない〔2 文〕。 |
| 106 条（占有者による搜索への立会い） <sup>77</sup><br>1 項 搜索を実施する場所又は物の占有者は、搜索に立ち会うことができる〔1 文〕。占有者が不在の時は、できる限り、その代理人、成年の親族、同居人又は隣人を立ち会わせるものとする〔2 文〕。<br>2 項 第 103 条第 1 項の場合には、占有者又はその不在時においてこれに代わる立会人に、搜索の開始に先立って、搜索の目的を告知しなければならない〔1 文〕。                           |
| 107 条（搜索の証明書；押収目録） <sup>78</sup><br>搜索を受けた者の請求があるときは、搜索の終了後、搜索の理由（第 102 条、第 103 条）及び第 102 条の場合においては犯罪行為を示して、書面による通知をしなければならない〔第 1 文〕。                                                                                                               |

以下では 102 条、105 条を中心としつつも、適宜その他の条文も参照しながら、ドイツの搜索規定について確認していきたい。

<sup>74</sup> 法務省刑事局・前掲注 10) 71 頁。

<sup>75</sup> 法務省刑事局・前掲注 10) 71 頁。

<sup>76</sup> 法務省刑事局・前掲注 10) 72 頁。

<sup>77</sup> 法務省刑事局・前掲注 10) 72 頁以下。

<sup>78</sup> 法務省刑事局・前掲注 10) 73 頁。

### (1) ドイツ刑事訴訟法における捜索規定の概観

#### A. 捜索の概念

まず、ドイツ刑事訴訟法において捜索の概念は、「国家機関が、人又は物に対して、あるいは事実関係を解明するために、その住居の持ち主〈Inhaber〉が自発的に明らかにしたり提出したりしようとししないものを発見する目的で行う、目標的かつ目的探索〈das ziel- und zweckgerichtete Suchen〉」と理解されている<sup>79</sup>。そして、捜索は、まさに105条2項、106条、107条が示している通り、その手続を公開のもとに行う〈offen legen〉ことを前提としている。また、捜査官が現場で常に立ち会って行うものであるともされている<sup>80</sup>。

#### B. 捜索により侵害が生じるとされている権利

次に、捜索により侵害される権利についてである。住居及び企業や事務所の捜索の際には、ドイツ基本法13条1項によって保護される住居基本権（住居の不可侵〈Unverletzlichkeit der Wohnung〉）が深刻な侵害を受ける<sup>81</sup>。さらに、人や物の捜索の際には、一般的人格権〈allgemeine Persönlichkeitsrecht〉が侵害されるという<sup>82</sup>。このような基本権侵害に鑑みて、捜索は、法律上の授權が必要不可欠であるとされる<sup>83</sup>。

---

<sup>79</sup> BVerfGE 51, 97 (106 f.); *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 2; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 1; *Amelung*, AK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 21.

<sup>80</sup> Vgl. BVerfG NJW 2006, 976 (981); *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 2. ; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 1; *Henrichs/Weingast*, KK-StPO (Fn. 7), § 102 Rn. 1.

<sup>81</sup> BVerfGE 51, 97 (107); BVerfGE 96, 27 (40); *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 2.

<sup>82</sup> BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 12. April 2005 - 2 BvR 1027/02 - Rn. 80, [http://www.bverfg.de/e/rs20050412\\_2bvr102702.html](http://www.bverfg.de/e/rs20050412_2bvr102702.html).

<sup>83</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 3.

## (2) 搜索の要件について

次に、搜索の要件についてである。差押えの際と同様に、実体的要件と手続的要件に分けて確認したい。

### A. 搜索の実体的要件

搜索の実体的要件については、被疑者についての搜索について規定する 102 条と被疑者以外の者についての搜索について規定する 103 条とで若干異なる。そのため、それぞれについて簡単にみていく。

#### a. 102 条（被疑者についての搜索）の場合

まずは、102 条についての搜索の場合である。第 1 に、対象者が被疑者であるということである。そのためには、いずれかの犯罪に関する端緒となる嫌疑〈Anfangsverdacht〉が対象者に対して存在していなければならない<sup>84</sup>。それゆえ、この端緒となる嫌疑を裏付ける事実の発見のために搜索が行われるということは許されない<sup>85</sup>。この嫌疑は、具体的な事実上の根拠に基づいていなければならない、少なくとも対象者の犯人性〈Täterschaft〉に関する一定の蓋然性が根拠づけられなければならないとされる。したがって、あいまいな根拠や単なる推測では足りないという<sup>86</sup>。

---

<sup>84</sup> Jäger/Wohlers, SK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 24; Tsambikakis, LR-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 5, 12.

<sup>85</sup> BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 3. Juli 2006 - 2 BvR 2030/04 - Rn. 18 f., [http://www.bverfg.de/e/rk20060703\\_2bvr203004.html](http://www.bverfg.de/e/rk20060703_2bvr203004.html); Jäger/Wohlers, SK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 24.

<sup>86</sup> BVerfGE 117, 244 (263 ff.); Jäger/Wohlers, SK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 25; Tsambikakis, LR-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 12; Gercke, HK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 2 f.; Hauschild, MüKo-

## 第2章

第2に、比例原則が満たされている必要があるとされる。すなわち、捜索はその目的達成のために適合的で〈geeignet〉かつ必要で〈erforderlich〉なければならない、そして、捜索の作用〈Auswirkungen〉がその目的に照らして過度であってはならないという<sup>87</sup>。例えば、捜索が差押え禁止にあたる物の発見を目的としている場合が挙げられる<sup>88</sup>。また、捜索とは別の方法でかつより侵害強度が少なくその目的を達成できる可能性が存在する場合には、その捜索の必要性はないものとみなされるという<sup>89</sup>。

### b. 103条（被疑者以外の者についての捜索）の場合

103条は、被疑者以外の者に対する捜索について規定している。103条の捜索の場合には、102条の捜索の場合よりも、相対的に厳格な要件が設定されている。その理由としては、犯罪嫌疑の解明において被疑者には自身に存在する犯罪嫌疑に基づき、犯罪嫌疑がない者よりも大きな犠牲が要求され得るからであるとされている<sup>90</sup>。その具体的な現れが、対象物の発見を裏付ける事実の必要性である。

102条の捜索は、捜索場所で証拠物が発見されるということが確立された犯罪捜査上の経験〈gesicherter kriminalistische Erfahrung〉に基づき推測される場合には、行うこ

---

StPO (Fn. 7), § 102 Rn. 8; *Anke Hadamitzky*, SSW-StPO (Fn. 7), § 102 Rn. 1.

<sup>87</sup> BVerfGE 20, 162 (186 f.); BVerfGE 42, 212 (220); BVerfGE 96, 44 (51); *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 30; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 59; *Amelung*, AK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 29; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 102 Rn. 15 ff.; *Henrichs/Weingast*, KK-StPO (Fn. 7), § 102 Rn. 12 ff.; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 25 ff.

<sup>88</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 31.

<sup>89</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 32.

<sup>90</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 103 Rn. 1c.

とができるとされる<sup>91</sup>。他方で、103条の場合には、十分に個別化された証拠物が搜索されるという場合にのみ、行うことができるとされる<sup>92</sup>。それゆえ、何らかの証拠物が発見されるだろうという見込みや<sup>93</sup>、単なる犯罪捜査上の経験による推測があるだけでは、103条の搜索を行うことはできない<sup>94</sup>。特定の事実に根拠により正当化される搜索の成果の見込みが必要であるとされる<sup>95</sup>。ほかにも、探索すべき物を類型的に〈gattungsmäßig〉特定することや<sup>96</sup>、搜索目的についての具体的な記載も必要とされる<sup>97</sup>。そして、102条と比べてより厳格な比例性が要請されるという<sup>98</sup>。

### B. 搜索の手続的要件

基本法 13 条 2 項は、「搜索は、裁判官のみが、急迫の危険がある場合には法律で定める

---

<sup>91</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 22; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 102 Rn. 2; *Amelung*, AK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 28; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 102 Rn. 3; *Park* (Fn. 7), Rn. 47.

<sup>92</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 103 Rn. 9.

<sup>93</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 103 Rn. 9; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 7), § 103 Rn. 9.

<sup>94</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 103 Rn. 15; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 103 Rn. 14.

<sup>95</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 103 Rn. 15.

<sup>96</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 103 Rn. 10; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 7), § 103 Rn. 9.

<sup>97</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 103 Rn. 10a.

<sup>98</sup> BVerfG NJW 2007, 1804 (1805); vgl. auch *Henrichs/Weingast*, KK-StPO (Fn. 7), § 103 Rn. 12; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 103 Rn. 1a; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 103 Rn. 17; *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 103 Rn. 16.

## 第2章

ほかの国家機関も、命ずることができ、かつ法律の定める形式によってのみ行うことができる」とする。それに従い、105 条 1 項は搜索の命令権限を原則として裁判官に認めている。そして緊急の場合には、例外的に検察官及びその補助官に命令権限を与えるのである。また、同条 2 項によれば、住居等の搜索を裁判官又は検察官の立会いなしに行う場合には、地方公共団体の職員 1 人あるいは市民 2 人の立会いを可能な限りで求める。106 条 1 項によれば、搜索の対象者は、搜索に立ち会うことができるとされる。

### a. 裁判官による命令がある場合

#### aa. 搜索命令の審査について

まずは、裁判官による命令がある場合である。第 1 に、搜索命令における審査についてである。捜査判事は、命令を出すにあたって、搜索の実施に関する法律上の要件が存在するのかどうか、そして比例原則が守られているかどうかを審査するという<sup>99</sup>。その審査の際、捜査判事は事実上、検察官の申し立てた範囲に拘束されるという一すなわち、「訴えを超えて審査せず」の原則〈Grundsatz des ne ultra petita〉が妥当するとされる<sup>100</sup>。それゆえ、捜査判事は、例えば請求されていない空間に対して自ら搜索を命令することはできない。また、捜査判事は、検察官により提出される捜査記録〈Ermittlungsakten〉に基づいて判断を行う<sup>101</sup>。

#### bb. 審査されるべき事項

第 2 に、命令の際に審査されるべき事項である。裁判官は、裁判官留保の意味と目的を

---

<sup>99</sup> BVerfGE 57, 346 (356); *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 25; *Amelung*, AK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 11; *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 14.

<sup>100</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 14.

<sup>101</sup> *Henrichs/Weingast*, KK-StPO (Fn. 7), § 105 Rn. 1.

## 第2章

実現するために、搜索命令を出すにあたって命令要件の有無を自身の責任で審査し、その搜索の枠組み、制限目的を明確に決定しなければならないとされる<sup>102</sup>。

裁判官は命令において、①命令の日付、②被疑者の表示、③犯罪嫌疑の十分な具体化、④搜索目的の表示と搜索範囲の限定、犯罪嫌疑の十分な実質的根拠づけ〈Substantiierung〉と発見の推測〈Auffindungsvermutung〉、⑥執行の在り方の決定というような内容を備えていなければならないとされる<sup>103</sup>。

### cc. 命令の形式

第3に、命令の形式についてである。搜索命令が発付される際の形式は、法律上で特定されていない。支配的な見解によれば、裁判官の命令は可能な限り書面で発付されるべきとされる他方で、口頭（あるいは電話口）で命令をすることもできるとされる<sup>104</sup>。そして口頭での命令の際には、事後的に命令が書面上で記録化されることで十分であるというのである<sup>105</sup>。

---

<sup>102</sup> BVerfGE 57, 346 (355); BVerfGE 103, 142 (151); *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 17; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 23; *Park* (Fn. 7), Rn. 75. 他方で、*Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 17によれば、ドイツにおける裁判官実務は、検察官のあらかじめ作成した申立てに依拠しており、ここで示したような基準と整合させるのは困難であると指摘する。

<sup>103</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 17.

<sup>104</sup> BVerfGE 20, 162 (227); BVerfGE 103, 142 (154); *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 28; *Henrichs/Weingast*, KK-StPO (Fn. 7), § 105 Rn. 3; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 105 Rn. 3; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 7), § 105 Rn. 15; *Hadamitzky*, SSW-StPO (Fn. 7), § 105 Rn. 5.

<sup>105</sup> *Amelung*, AK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 13; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 105

これに対して、裁判官による命令は常に書面上の決定で発付されなければならないという見解もある<sup>106</sup>。なぜならば、書面で発付されなければ、命令は形式的な意味しか持たず、捜索に関して執行機関を拘束する枠組みを設けるという命令の機能の実効性が失われるからであるという<sup>107</sup>。

### dd. 手続関与者〈Verfahrensbeteiligten〉と対象者〈Betroffenen〉への聴聞〈Anhörung〉

裁判官の命令は、検察官への聴聞の後に行われる。対象者への事前の聴聞は、確かに原則として求められるが、通常は措置の成果を危険にさらすという理由で行われないという(33条4項)<sup>108</sup>。

### b. 裁判官による命令がない場合—検察官及びその補助官による緊急的な命令

1項1文によれば、検察官は、差し迫った危険がある場合には捜索を命令する権限を有する。103条1項2文の場合を除けば、検察官の補助官も捜索を命令することができる。

捜索命令の形式については、法律上に規定がない。それゆえ、裁判官によらない命令は、

---

Rn. 3.

<sup>106</sup> *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 33; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 43.

<sup>107</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 29; *Park* (Fn. 7), Rn. 70.

<sup>108</sup> BVerfGE 49, 329 (342); BVerfGE 57, 346 (359 f.); *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 30; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 38; *Amelung*, AK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 10; *Henrichs/Weingast*, KK-StPO (Fn. 7), § 105 Rn. 5; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 105 Rn. 4; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 22; *Hadamitzky*, SSW-StPO (Fn. 7), § 105 Rn. 15.

原則として（電話上の）口頭で発付され、そして特定の状況においては、推断的行為〈konkludentes Handeln〉を通じて発付されることすらあるという<sup>109</sup>。他方で、検察官らによる命令も、可能な限り書面で発付されるべきであるともされる<sup>110</sup>。

### c. 搜索の際の立会い

106 条 1 項によれば、搜索する場所又は物の占有者は搜索に立ち会うことができるという。1 項 1 文は、搜索される空間又は対象物の占有者〈Inhaber〉に、搜索への立会い権を与える。1 項 2 文は、搜索が持ち主の立会いなく行われた場合、可能な限り代理人等を立ち会わせるべきとする。

この規定は、搜索の開示性〈Offenheit〉の原則の表れ〈Ausdruck〉であるとされる<sup>111</sup>。一般的に、このように対象者への措置の開示は、対象者に侵害の監視〈Beobachtung〉と統制の可能性を与えることを通じて、対象者の保護の役割を果たすとされる<sup>112</sup>。

#### aa. 占有者の立会い権

1 項 1 文によれば、搜索される空間又は対象物の占有者は、搜索に立ち会うことができる。住居の搜索に対する立会いという限りでは、1 項 1 文は、搜索の間に対象者が自身の住居に留まり、それをもって搜索に立ち会うという、住居占有者〈Wohnungsinhaber〉の

---

<sup>109</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 42.

<sup>110</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 42; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 79; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 62.

<sup>111</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 1; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 1.

<sup>112</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 1.

## 第2章

当然の権利を規定しているに過ぎないとされる<sup>113</sup>。同時に、原則としてこの立会い権は、住居占有者が立会いを同意した場合には、搜索の対象となる空間に滞在するすべての者にも認められるという<sup>114</sup>。

複数の人間の共同保管のもとにある空間や物が搜索の対象となっている場合、それらすべての者が、立会い権を与えられる<sup>115</sup>。例えば、住居の場合は実際上の支配〈Gewahrsam〉が重要であり、貸借契約は重要でない。それゆえ、この場合は借主〈Mieter〉だけが占有者として問題となる<sup>116</sup>。

また、占有者が搜索の開始時に立ち会っていなかったとしても、占有者を待ったり、連れてくる義務は、106条からは生じない。占有者の搜索時の不在は、1項2文にある通り、可能な限り占有者の利益を代理する者を立ち会わせるという義務を基礎づけるだけである。他方で、比例原則の観点から、代理人の立会いに代わって占有者を連れてくるというのが要請される場合もある<sup>117</sup>。例えば、占有者の私的領域の保護—すなわち、第三者が立ち会うことにより生じる占有者のプライバシー侵害など—が問題となっている場合<sup>118</sup>や、占有者と容易に連絡を取ることができる場合<sup>119</sup>があるとされる。

---

<sup>113</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 1.

<sup>114</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 1.

<sup>115</sup> BVerfG NJW 2009, 2431 (2437); *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 5.

<sup>116</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 5.

<sup>117</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 8; *Hadamitzky*, SSW-StPO (Fn. 7), § 106 Rn. 3; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 3.

<sup>118</sup> *Hadamitzky*, SSW-StPO (Fn. 7), § 106 Rn. 3; *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 8.

<sup>119</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 8; *Park* (Fn. 7), Rn. 177.

### bb. 対象者の弁護人の立会い権

なお、搜索場所の占有者は、自身の弁護人の立会いを認めることはできるが、106 条から占有者の弁護人の立会い権が生じるわけではない。それゆえ、102 条による搜索の際に、被疑者は住居権に基づき自身の弁護人の立会いを許可することはできるが、弁護人の立会い権が存在するわけではない。したがって、捜査機関に弁護人の到着を待つ義務はない。しかしながら、それでも配慮義務（Fürsorgepflicht）の原則や手続の公正性が、次のことを肯定する。すなわち、弁護人が相当な時間内に到着することができ、それを伝えた場合には、弁護人の到着をまかななければならないということを<sup>120</sup>。

### cc. 第三者の立会い

1 項 2 項は、占有者が不在の場合にその代理人又は成年の親族、同居人、隣人が立ち会うことができるとする。この第三者の立会いは対象者の利益を保護するために行われるとされるため、占有者が立会いを放棄した際には、第三者の立会い権は生じない<sup>121</sup>。

第三者の立会いは、「可能な限り」行われるべきであるとされる。例えば、その者が立会うことで搜索が妨害されるというような現実的な（naheliegend）可能性が存在する場合には、立会いは不可能であるとされる<sup>122</sup>。それゆえ、対象者に搜索が行われているという事実を知られたくないという捜査戦術上の理由から立会いを行わないということは許されない<sup>123</sup>。

---

<sup>120</sup> Jäger/Wohlers, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 10.

<sup>121</sup> Jäger/Wohlers, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 13.

<sup>122</sup> Jäger/Wohlers, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 14.

<sup>123</sup> Jäger/Wohlers, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 14.

dd. 2項による告知〈Bekanntmachung〉

2項1文によれば、103条1項の搜索の場合には、対象者あるいは対象者の代わりに立ち会っている代理人に搜索の目的を告知し〈bekanntgeben〉しなければならない。しかしながら、法治国家原則〈Rechtsstaatsprinzip〉を踏まえれば、106条2項1文の文言を超えて、102条の搜索の場合にも上記告知をしなければならないとされる<sup>124</sup>。

このような場合にのみ、対象者は、搜索を統制し、その行き過ぎ〈Ausuferungen〉を未然に防ぐことができるという<sup>125</sup>。他方で、搜索の目的を危険にさらす場合には、事前の告知は行われ<sup>126</sup>ない。また、対象者も代理人も立ち会っていない場合には、職権で可及的速やかに、そして事後的に告知は行われるべきである。その事後的告知をもって、対象者は事後的な法的保護の可能性を使用することができるという<sup>127</sup>。

書面での搜索命令が存在する場合、搜索の目的が危険にさらされない限り、対象者には謄本〈Ausfertigung〉が交付されるべきであるとされる<sup>128</sup>。搜索が口頭で命令される場合には、告知は対象者に口頭で行われるべきであり、そしてこのプロセス〈Vorgang〉は記録化されるべきであるとされる<sup>129</sup>。

---

<sup>124</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 25; *Park* (Fn. 7), Rn. 187.

<sup>125</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 25.

<sup>126</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 25; *Henrichs/Weingast*, KK-StPO (Fn. 7), § 106 Rn. 4; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 106 Rn. 5.

<sup>127</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 25.

<sup>128</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 26; *Hadamitzky*, SSW-StPO (Fn. 7), § 106 Rn. 14.

<sup>129</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 106 Rn. 26.

### (3) 搜索命令の執行について

36 条 2 項<sup>130</sup>によれば、捜査判事の搜索命令の執行は検察官の職務であるとされる。それゆえ、裁判官の命令の執行は検察官が行う。この際、捜査判事も執行に立ち会うことはできるが、措置の執行の責任は検察官にあり<sup>131</sup>、命令を執行するかどうかの判断も検察官が行うことができる<sup>132</sup>。

検察官が搜索を命令した場合、検察官は、これを自ら行うか、これについて自身の補助官を動員する又はその他の警察官に委任することができる<sup>133</sup>。検察官の補助官が命令する場合は、通常、自身の命令を自ら実行するとされる<sup>134</sup>。

## Ⅲ. 電磁的記録媒体の場合の搜索差押えと通覧の手続について

ここまでは、搜索差押えの基本的な手続についてみてきた。以下では、本稿の問題意識である電磁的記録媒体の搜索差押えについてみていきたい。ここでは大きく、①電磁的記録という無体物の差押えと、②110 条の通覧規定について確認する。

第 1 に、電磁的記録、すなわちデータという無体物に対する差押えについてである。先に見た通り、94 条の枠組みの中でデータそれ自体を差し押さえるということは、ドイツの学説において一般的に肯定されている。その根拠としては、連邦憲法裁判所の判例の存在

---

<sup>130</sup> 36 条 2 項は、「執行を必要とする裁判は、検察官に交付し、検察官が所要の措置をとる。ただし、法廷の秩序に関する裁判については、この限りでない」と規定する〔法務省刑事局・前掲注 10) 16 頁〕。

<sup>131</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 43; *Amelung*, AK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 27; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 63.

<sup>132</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 43; *Amelung*, AK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 18; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 64; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 105 Rn. 8; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 110.

<sup>133</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 45; *Hadamitzky*, SSW-StPO (Fn. 7), § 105 Rn. 24.

<sup>134</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 105 Rn. 45.

が大きいと思われる。そこで、まずはドイツ刑訴法がデータという無体物を94条の枠組みの中で直接の差押え対象とする論理について確認する。

第2に、110条の通覧規定についてである。ドイツ刑訴法110条は、書類及び電磁的記録媒体の通覧について規定する。通覧とは、文書やデータファイルの内容を閲覧して証拠の関連性のあるものを選別する措置である。通覧は、電磁的記録及び電磁的記録媒体の搜索差押えをするにあたっておおよそ必要不可欠な処分である。この通覧について規定する110条の、とりわけ電磁的記録媒体を対象とする場合における理解についてここでは確認したい。

### 1. 94条2項の差押えの枠組みにおける電磁的記録の取扱い

#### (1) データは差押えの直接の対象となるのか

ドイツ刑訴法94条2項の枠組みにおいて、電磁的記録、すなわちデータを差し押さえることができるのかどうかは、かつて議論されたという。

従来から、電磁的記録媒体が差押え可能な対象物であるということは疑われなかったとされる<sup>135</sup>。したがって、その電磁的記録媒体の差押え自体を通じて、捜査機関はデータへのアクセスが可能であった<sup>136</sup>。このようなデータへのアクセスを目的として電磁的記録媒体自体を差し押さえるということは問題とはならない。というのも、文書〈Urkunde〉や録音記録〈Tonaufzeichnung〉のような古典的な証拠も、それ自体に証拠価値があるので

---

<sup>135</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 26; *Menges*, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 27; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 94 Rn. 16a; *Greven*, KK-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 4; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 17, 19; *Park* (Fn. 7), Rn. 876.

<sup>136</sup> BVerfGE 113, 29 (50); *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 26; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 94 Rn. 16a; *Park* (Fn. 7), Rn. 876.

はなく、その中に化体している情報に証拠価値があるからである<sup>137</sup>。

他方で、議論となるのは、デジタルデータそれ自体の保全可能性〈Sicherstellungsfähigkeit〉である。データは、「保管〈Verwahrung〉」をすることができる有体物〈körperlichen Gegenstände〉(94条1項)でも、誰かが「所持〈Gewahrsam〉」することができる有体物〈95条1項、99条1項〉でもない<sup>138</sup>。そのオリジナルの電磁的記録媒体からデータがコピーされた場合には、そこに有体的な占有〈körperliche Inbesitznahme〉はなく、むしろ物理的には、当該データの化体する新たな記録媒体が刑事訴追機関の手元において作成されるのである。このような形式はデータそれ自体を差し押さえることを意味しているのであり、まさにこのような「データの差押え」は94条の枠組みにおいて許されるのか。このことが問題となっていたのである<sup>139</sup>。

### (2) データの差押えに関する現在の理解

結論から言えば、現在の判例と学説は、94条2項の枠組みにおいてデータ自体の差押えをできると理解している。

支配的なのは、差押えの対象物の概念を非常に広く理解し、デジタルデータをはじめとする無体物もその対象物の概念に含まれるとする見解である<sup>140</sup>。この見解は、連邦憲法裁判所の判例に依拠するものである。例えば、プロバイダーのもとにあるEメールの差押えについて述べた2009年の連邦憲法裁判所の判例は、次のように述べてEメールという無体物の差押えを認める。すなわち、「刑法94条以下による介入権限〈Eingriffsbefugnisse〉は、確かに本来は有体物を対象として設計されたものである。

---

<sup>137</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 26.

<sup>138</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 27.

<sup>139</sup> Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 27.

<sup>140</sup> BVerfGE 113, 29; BVerfGE 124, 43; Hauschild, MüKo-StPO (Fn. 7), § 94 Rn. 13; Meyer-Gößner/Schmitt StPO (Fn. 13), § 94 Rn. 3, 4; Park (Fn. 7), Rn. 875.

## 第2章

しかしながら、94 条の文言は、無体物も介入〈Zugriff〉の『対象物〈Gegenstand〉』として理解することを許容する……。刑訴法 94 条は、原則として、証拠物として取調上意義を有するすべての対象物を含む。より詳細な法律上での制限はあらゆる事案の多様性を理由として〈wegen der Vielgestaltigkeit möglicher Sachverhalte〉要請されない。手続関連性の具体化は、憲法上、捜査判事がそれぞれの搜索決定又は差押え決定において行うべきである<sup>141</sup>」と。また、110 条 4 項がデータそれ自体の保全を規定している点で、法体系的にも整合的な解釈であるといえる。

他方で、データのような無体物は差押えの直接の対象とはならないとしたうえで、データを他の記録媒体にコピーしてその記録媒体を差し押さえるという方法は電磁的記録媒体を差し押さえる権限の中で許容される「縮小的〈Minus〉」処分として位置づけられるとする見解もある<sup>142</sup>。ただ、いずれにしても現行の 94 条の規定でデータを取り扱うこと自体は許容されるのである。

### 2. 110 条による通覧規定について

#### 110 条（書類及び電磁的記録媒体の通覧）

- 1 項 検察官及びその命令を受けた補助官（裁判所構成法第 152 条）は、搜索を受けた者に属する書類を通覧することができる。
- 2 項 前条のほか、検察官以外の公務員は発見した書類について、占有者が承諾したときに限り、これを通覧することができる。承諾がないときは、通覧を要すると資料した書類は、これを封筒に入れ、占有者の面前で官印により封緘し、検察官に引き渡されなければならない。
- 3 項 1 項及び 2 項に従い、搜索を受けた者に属する電磁的記録媒体の通覧もすることができる。この通覧は、空間的に離れた場所にある媒体についても、これに対するアクセスが可能であり、かつさもなければ探索の対象であるデータを喪失するおそれがある場合には、行うことができる。取調上意義を有する可能性があるデータは、保全することができる。
- 4 項 通覧するために書類が持ち出される又はデータが一時的に保全される場合には、95 条 a 及び 98 条 2 項の規定を準用する。

ドイツ刑訴法 110 条は、書類及び電磁的記録媒体の通覧〈Durchsicht〉について規定し

<sup>141</sup> BVerfGE 124, 43 (60 f.).

<sup>142</sup> Menges, LR-StPO (Fn. 5), § 94 Rn. 11, 14, 28. 池田・前掲注 33) 43 頁も参照。

ている。通覧は、書類が証拠物となり得るのかどうか又は搜索命令及び差押え命令に挙げられている書類に当たるかどうかということを審査するために、その内容を閲覧するという処分である<sup>143</sup>。

以下では、まず、その目的や規定内容について確認し、それから 110 条の改正の歴史を簡単に見ていきたい。そのうえで、本規定が現行法においてどのような意義を有しているのかを確認したい。

### (1) 110 条における「通覧」について

#### A. 通覧とは

差押えがなされた情報に対しては、永続的でかつ深い分析がなされることになる。さらに、そのような分析は情報自己決定権に深刻な侵害を与える。それゆえ、手続関連性がありかつ利用可能な情報だけが差押えされるべきであるとされる。通覧の目的の 1 つは、このような侵害の強い差押えが広い範囲の情報に及び、そしてその侵害が無限定に継続することを防ぐ、あるいは減少させるところにあるとされる<sup>144</sup>。したがって、通覧は、情報内容を閲覧し、その上で当該情報（あるいは書類や電磁的記録媒体のような情報媒体）が差し押さえるべき物であるか、占有者に返還するべきかを判断する一言い換えれば、手続関連性を有する物とそうでない物とを選別する一処分なのである<sup>145</sup>。このように差し押さえるべき物を探索するという性質を有する点で、通覧は「搜索の一部」とであるとされている

---

<sup>143</sup> *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 1.

<sup>144</sup> *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 1.

<sup>145</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 1; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 16; *Amelung*, AK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 9; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 110 Rn. 2.

## B. 「書類〈Papier〉」の概念と電磁的記録媒体

110 条の規定によれば、搜索の対象者の書類が通覧の対象となる。この際に重要なのは、所有関係ではなく、所持関係〈Gewahrsamsverhältnisse〉であるとされる<sup>147</sup>。

この通覧の対象となる「書類」の概念であるが、これは人格領域の保護という本規定の保護目的に鑑み、人間の思想の表出〈menschliche Gedankenerklärungen〉又はその他情報を化体あるいは蔵置するすべての対象物を含む概念であると理解されている<sup>148</sup>。したがって、110 条のいう「書類」は、単に紙面上でそのような思想の表現がなされているかどうか—つまり、日記帳や手帳、帳簿など—に限定されず、コンピュータやスマートフォンのような電磁的記録媒体も当然に含むものとされてきたのである。しかしながら、このよ

---

<sup>146</sup> BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 30. November

2021 - 2 BvR 2038/18 - Rn. 46, [http://www.bverfg.de/e/rk20211130\\_2bvr203818](http://www.bverfg.de/e/rk20211130_2bvr203818); *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 28; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 21; *Hadamitzky*, SSW-StPO (Fn. 7), § 110 Rn. 5; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 7), § 110 Rn. 1; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 9.

<sup>147</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 7; *Henrichs/Weingast*, KK-StPO (Fn. 7), § 110 Rn. 3; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 110 Rn. 1; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 6.

<sup>148</sup> BGH NStZ 2003, 670 (671); *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 8; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 5 ff.; *Amelung*, AK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 8; *Henrichs/Weingast*, KK-StPO (Fn. 7), § 110 Rn. 2; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 110 Rn. 1; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 7; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 7), § 110 Rn. 6.

## 第 2 章

うな理解を明確にするために、2021 年の改正において 3 項 1 文が新たに設けられ、電磁的記録媒体の通覧が明文化されることとなった<sup>149</sup>。

### C. リモートアクセスによる通覧

3 項 2 文によれば、空間的に離れた記録媒体についても、搜索現場にある通覧の対象となっている電磁的記録媒体からアクセス可能であり、かつデータの喪失のおそれがある場合には、通覧を行うことができる。これは、いわゆるリモートアクセスについての規定であり、2008 年に立法されたものである<sup>150</sup>。空間的に離れた場所にある記録媒体へアクセスし、通覧を行うことは、もはや「書類」の概念を超えており、またサイバー犯罪条約の要請にもかんがみて、リモートアクセスの規定の立法が必要とされたのである。

また、3 項 3 文により、リモートアクセスを通じた通覧により、取調上意義を有するデータが発見された場合には、このデータを保全することができる。

### D. 通覧の権限

1 項によれば、通覧の権限は、まず検察官に与えられている。また、検察官は、通覧について自身の補助官（裁判所構成法 152 条）に委任することができる。この委任は事前に電話等で補助官に命令される形で十分であり、通覧に検察官が立ち会う必要はないとされる<sup>151</sup>。

他方で、2 項によれば、その他の職員及び検察官から命令を受けていない補助官は、書類の占有者が承諾した場合に限り、通覧の権限を与えられる。承諾がない場合には、通覧

---

<sup>149</sup> BT-Drs. 19/27654 S. 74; BGBl. 2021. I 2099.

<sup>150</sup> BGBl. 2007 I, S. 3198-3211.

<sup>151</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 14; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 10; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 110 Rn. 3; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 7), § 110 Rn. 2.

が必要な書類は封筒に入れて、官印にて封緘され、検察官に引き渡されることになる（2 項 2 文）。

### E. 通覧のための書類の持ち出しとデータの一時的な保全

通覧の権限を有する者が捜索を行っている場合、この者は、原則として現場で書類を通覧すべきであり、差し押さえるべき物を選別すべきである<sup>152</sup>。そして、例えば書類の量が膨大で通覧が不可能の場合などには、これらの書類を通覧のために持ち出すことができるとされる<sup>153</sup>。従来までは明文にて規定されていなかったが、2021 年の刑訴法改正<sup>154</sup>において新たに設けられた 4 項は、通覧のために書類及び電磁的記録媒体が捜索の現場から持ち出された場合について規定しており、110 条において通覧のための持ち出しが可能であることが明確にされた<sup>155</sup>。

この際、持ち出すべきであるか現場で通覧を行うべきかは、比例原則を踏まえて考えるべきであるとされる。例えば企業の資料の通覧の際には、現場での長時間の通覧は企業活動を著しく阻害するため、対象となっている PC やハードディスクのような電磁的記録媒体を持ち出したのちに通覧する方がよいという場合もある。また、オリジナルの電磁的記録媒体を持ち出すのではなくデータのコピーをとって持ち出すなど、より対象者に負担のない手段が取られるべきであるとされる<sup>156</sup>。

そして、4 項によれば、通覧対象の持ち出し及びデータの一時的保全があった場合には、98 条 2 項及び 95 条 a の準用がある。このうち、98 条 2 項は、裁判官の命令によらない差

---

<sup>152</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 16.

<sup>153</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 16; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 21; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 7), § 110 Rn. 8.

<sup>154</sup> BGBl. 2021. I 2099.

<sup>155</sup> BT-Drs. 19/27654 S. 74.

<sup>156</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 16; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 21.

押えに対しての手續規定の一部である。通覧のための持ち出しやデータの一時的保全が、この裁判官によらない差押えと形式的に非常に類似しており、それゆえ同様の保護が与えられるべきだとして、2008 年の刑訴法改正<sup>157</sup>において新たに設けられた<sup>158</sup>。このような書類の持ち出しに対する 98 条 2 項の準用は一般に認められていたが、それにもかかわらず、条文構造上は、あたかもデータの一時的保全にのみ 98 条 2 項が準用されるかのような体裁となっていた。そこで 2021 年改正では、書類等の持ち出しにも当該規定が準用されることを明確化することを目的の一つとして、110 条 4 項が新設されたのである<sup>159</sup>。

### F. 持ち出された場合の通覧の期間について

通覧のための書類や電磁的記録媒体が持ち出された場合、検察官又はその他の通覧の権限を与えられている者は、保全された書類を遅滞なく通覧しなければならない<sup>160</sup>。この際、固定的な期間付けは存在しない。通覧の期間は、個別具体的な事情に鑑みて、比例原則に基づき判断されるという<sup>161</sup>。

#### (2) 通覧権限の移行—裁判官から検察官へ

以上では、現行の通覧規定についての基本的な部分を確認した。それらを踏まえたうえで、ここでは、特に通覧の権限の改正の経緯について確認し、次の 110 条の現代的意義につなげたい。

---

<sup>157</sup> BGBl. I, 2007 S. 3198-3211.

<sup>158</sup> BT-Drs. 16/6979, S. 45.

<sup>159</sup> BT-Drs. 19/27654 S. 74.

<sup>160</sup> BGH NStZ 2003, 670 (671); *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 24; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 22; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 11; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 7), § 110 Rn. 10; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 13), § 110 Rn. 2b; *Henrichs/Weingast*, KK-StPO (Fn. 7), § 110 Rn. 9a.

<sup>161</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 24; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 22; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 7), § 110 Rn. 10.

### A. 通覧権限の原初の担い手—裁判官による通覧

ドイツ帝国刑訴法 110 条<sup>162</sup>

- 1 項 搜索の対象者の書類の通覧は、裁判官のみがその権限を有する。
- 2 項 その他の職員は、占有者がその職員に通覧を許可する場合に限り、発見された書類の通覧の権限を有する。そうでなければ、その職員は、通覧を要すると思料した書類を封筒に入れ、占有者の面前で官印により封緘し、裁判官に引き渡さなければならない。
- 3 項 書類の占有者又はその代理人は、自身の印鑑 (Siegel) を押すことができる。また、その後に封印を解いて書類の通覧が命令される場合、可能な限り、その占有者又はその代理人をその手続に立ち会わせるよう求めなければならない。
- 4 項 裁判官は、可罰的な行為 (strafbaren Handlung) に関連する書類を検察官に通知しなければならない。

現行のドイツ刑訴法 110 条の起源となる規定は、ドイツ帝国刑訴法 110 条である。ドイツ帝国刑訴法 110 条は、厳格な手続保障を規定していた。すなわち、通覧の権限を裁判官に限定していたのである。ドイツ帝国刑訴法 4 項によれば、裁判官の通覧により手続関連性があるとされる部分だけが、捜査官にとって利用可能とされたのである。このように裁判官という中立の立場にある者だけが内容を閲覧できるということを通じて、人格領域の保護—すなわち、対象者が自身の秘密を捜査機関により暴かれないという利益の保護—という通覧規定の目的を果たしていたのである<sup>163</sup>。

### B. 1964 年改正における権限の拡大—検察官への通覧権限の一部付与

ドイツ刑訴法 110 条の権限の第 1 の拡大は、1968 年 5 月 24 日の秩序違反法施行法 (Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten :EGOWiG) (以下、「1968 年改正」と呼ぶ)<sup>164</sup>においてなされた。1968 年改正において、110 条における通覧権限は、

---

<sup>162</sup> Vgl. Catherine Anna Hasslinger, Die entwicklung der strafprozessualen Durchsuchung, 2021 S. 318.

<sup>163</sup> Jäger/Wohlers, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 4; Tsambikakis, LR-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 2; Amelung, AK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 2; Tido Park, Das Datendilemma des § 110 StPO, FS Ignor, 2023, S. 758.

<sup>164</sup> BGBl. I, 1968 S. 503.

## 第2章

部分的に検察官に与えられることとなった。すなわち、法律上の保管義務が存在している企業の書類については、検察官も通覧をすることができるとされたのである。

改正の理由は、裁判官の排他的な通覧権限は、もはや時宜にそぐわないとみなされたことにあった。すなわち、従来の 110 条 1 項は、簡単な単式簿記 (einfachen und übersichtlichen Buchführung) を念頭に置いていたために、裁判官による通覧のための負担はそれほど過大なものではなかった。しかし、近年の大企業の帳簿や通信 (Korrespondenz) の多さに鑑みれば、裁判官の負担についての前提はもはや成り立たない、とされたのである<sup>165</sup>。このような理由で、通覧権限の一部が検察官に与えられることとなったのである。

### C. 1974 年改正における権限の拡大—検察官への全面的な権限の付与

通覧権限の第 2 の拡大は、1974 年 12 月 9 日の第 1 回刑事手続法改正についての法律 (Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts: 1. StVRG) (以下、「1974 年改正」と呼ぶ) においてなされた<sup>166</sup>。1974 年改正において、検察官の通覧権限の制限は廃止され、全面的に検察官に与えられることになったのである。

その理由は、通覧の際に当該書類が検察官の通覧権限を有する法律上の保管義務のある書類かそれとも権限を有さない私的な書類かを一見して判断及び区別することが難しく、その結果、特に経済刑法上の重大犯罪の訴追が著しく困難となっているからだとされた。そしてこの困難の解消のためには、検察官に完全な通覧の権限を与えることが適当であるとされたのである<sup>167</sup>。

この際、規定の法的保護機能の低下が問題視されたが、搜索差押え自体には、引き続き裁判官留保が妥当しており、かつ、検察官は客観性及び公正性を義務付けられた中立な刑

---

<sup>165</sup> BT-Drs. V/2600 und V/2601. S. 17; vgl. Park (Fn. 163), S. 759.

<sup>166</sup> BGBl. I, 1974 S. 3393.

<sup>167</sup> BT-Drs VI/3478, S. 71; vgl. Park (Fn. 163), S. 759.

事司法機関であることを理由にこの問題は一蹴された<sup>168</sup>。

### D. 2004 年改正における権限の拡大—検察官の補助官への権限付与

通覧権限の最終的な拡大は、2004 年 8 月 24 日の第 1 回司法の現代化のための法律〈Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz: 1. JuMoG〉（以下、「2004 年改正」と呼ぶ）においてなされた<sup>169</sup>。2004 年改正により、検察官が通覧の権限を自身の補助官に委任することができるようになった。

その理由としては、データ上の資料も取り扱われるようになった現代のオフィステクノロジーの発展に鑑みれば、検察官だけが通覧を行うことにも限界があり、検察官の補助官にまで権限を拡大することが手続の迅速化に大いに資するとされたからである。他方で、検察官の指揮権限という原則を維持するために、検察官の命令が必要だとされることとなった<sup>170</sup>。

### (3) 110 条の現代的意義

以上のように通覧権限は裁判官から検察官へと与えられることとなった。このことを踏まえて、改めて現在における 110 条の意義についてみてみたい。

結論から言えば、110 条の規定はその内容がかなり空虚なものとなっている。その理由が、まさに権限が裁判官から検察官に移り、その結果として人格領域の保護の機能が失われてしまったことにあると思われる。

### A. 110 条の規定が本来有していた意義

先にもすでに述べたが、110 条の規定の本来の意義及び機能は、対象者の人格領域

---

<sup>168</sup> BT-Drs VI/3478, S. 71; vgl. *Park* (Fn. 163), S. 759 f.

<sup>169</sup> BGBl. I, 2004 S. 2198.

<sup>170</sup> BT-Drs. 15/1508, S. 24.

〈Persönlichkeitssphäre〉の保護にあったとされる<sup>171</sup>。すなわち、捜索の際に発見される書類については、対象者の非常に個人的で内密的な内容〈sehr persönlichen, intimen Gehalt〉を含んでいることがしばしば想定されるのである。そのような内容は強く保護されるべきであり、過剰な侵害を抑制する観点も踏まえれば、捜査手続に関連しない限りは捜査官に知られるべきではないとされる。それゆえ、立法者は、中立的な立場にある裁判官のみに通覧及びそれを通じた差し押さえるべき物の選別の権限を与えたのだという<sup>172</sup>。

同時に、差押え禁止の実効性を確保する目的もあったとされる<sup>173</sup>。すなわち、裁判官に独占的に通覧権限を与えるということは、捜査機関が差押え禁止や利用禁止に当たる書面の認識を獲得することを不可能とする。すなわち、捜査機関が差押え禁止に当たる書面に触れること絶対的にありえないので、そのような書面から得られる認識を間接的や無意識的に使用することを完全に防ぐことができるのである<sup>174</sup>。

### B. 110条の本来の意義の喪失と現行法規定に残されている意義

しかしながら、上記のような110条の本来の意義は、通覧権限の拡張に関する改正を経て、完全に失われてしまったと理解されている<sup>175</sup>。対象者が自身の秘密的な内容を含んだ書類や電磁的記録媒体を捜査官に閲覧されないという本来の機能は、通覧権限が裁判官から検察官及びその命令を受けた補助官に移ったことでいうまでもなく喪失している。また、当然、差押え禁止の実効性の確保という機能も喪失している。

---

<sup>171</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 4; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 2; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 1; *Tido Park*, Der Anwendungsbereich des § 110 StPO bei Durchsuchungen in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, wistra 2000, 453.

<sup>172</sup> *Park* (Fn. 163), S. 758.

<sup>173</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 5; *Park* (Fn. 163), S. 758.

<sup>174</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 5; *Park* (Fn. 163), S. 758.

<sup>175</sup> *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 4, 5; *Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 2; *Park* (Fn. 163), S. 758.

このように 110 条は、法改正によるその実質的な内容を骨抜きにされてしまった。そのうえで現行法規定は、どのような意義を有しているのか。現行法規定の意義は、通覧が行われている間も搜索が継続し、手続関連性を有しない対象物が差し押さえられるということとを回避するという意義だけであるという<sup>176</sup>。

## IV. 小括

### 1. 本章のまとめ

ここで、本章における内容を簡単にまとめたい。

#### (1) 裁判官留保について

まず、ドイツの搜索差押えにおいて特徴的な制度として「裁判官留保」があることを確認した。裁判官留保は、中立的な立場にある裁判官が、搜索や差押えのような基本権侵害が伴う措置の正当性を審査する制度である。

この審査は原則として事前に行うことが求められるが、搜索差押えについては、「差し迫った危険がある場合」という例外が認められている。このような例外的場合であっても、搜索差押えの規定においては、98 条 2 項による事後的な裁判官による審査を通じて、補足的な法的救済が達成されるような設計となっているのである。

#### (2) ドイツにおける搜索差押えについて

次に、ドイツの搜索差押えの基本的な手続について確認した。ここでは特に、①命令の形式、②無体物としてのデータの差押えについて、改めてまとめておきたい。

第 1 に、搜索差押えにおける命令の形式についてである。裁判官による命令の形式について、刑事訴訟法に規定は何ら存在しない。しかし、だからと言って自由な形式で命令が

---

<sup>176</sup> Jäger/Wohlers, SK-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 6; Tsambikakis, LR-StPO (Fn. 5), § 110 Rn. 2; Park (Fn. 163), S. 762.

## 第2章

なされるというわけではないようである。搜索においても差押えにおいても、命令は原則として書面でなされるとされ、口頭での命令も可能とあるとする見解に対しては、命令の本質的な部分である手続の統制や制限という機能の実効性が失われるのではないかという批判がなされているほどである。また、命令において明示されるべき事項についても、34条に基づき、最低限の基準を満たす必要があるとされる。その結果、搜索においては搜索の行われる範囲が、差押えにおいては差し押さえるべき物の特定がなされることとなる。また、このような命令の形式は、基本的に検察官らの緊急的な命令の際にも妥当するとされる。

第2に、ドイツ刑訴法においては、無体物であるデータを差押えの対象として取り扱っている点である。かつては、データが差押えの対象となるのか、データの複写物やコピーした電磁的記録媒体は差し押さえられるのかといった議論があったが、現在では、94条の規定に基づくデータの差押えは、判例によっても学説によっても認められているのである。

### (3) 通覧規定について

最後に通覧についてである。書類や電磁的記録媒体は、その物自体ではなく、そこに記載及び記録されている情報こそが証拠としての価値がある。それゆえ、搜索差押えの際には、その情報を閲覧し、証拠関連性の有無を判断する必要がある。まさにこの情報の閲覧を通じた証拠の選別措置が110条の規定する通覧である。

この通覧規定は、対象者の秘密や人格領域の保護—すなわち、捜査に無関係な対象者の情報を捜査機関に見せない—という意義を本来は有していた。しかしながら、裁判官から検察官への漸次的な権限移動がなされた結果、現代においては、上記の本来的な意義はほとんど失われてしまったと評価されている。

## 2. 次なる問題

このように110条は本来的な意義が骨抜きにされてしまい、現在では単に手続関連性の

## 第2章

ないものを差し押さえることを回避するという意義が残っているだけだとされている。

他方で、ドイツの学説においては、通覧という措置の侵害性や濫用の危険性に鑑みて、新たに 110 条の規定の意義を再度問い直す議論が行われている。

この議論を見ていくにあたって一つ、重要であると思われるドイツ捜査法における原則がある。それが「開示性 (Offenheit)」の原則である。次の第 3 章では、この原則について見ていきたい。

### 第3章 ドイツ刑訴法における「開示性」の原則と搜索差押えについて

## I. はじめに

### 1. ドイツ捜査法における開示性について—検討の目的

この章では、ドイツ捜査法における「開示性 (Offenheit)」の原則について、開示性がある意義について検討する。この開示性をもって設計されている措置を開示的捜査措置 (offene Ermittlungsmaßnahme) という。そして、ドイツ捜査法では、搜索と差押えの規定は、開示的捜査措置として設計されているとされる<sup>1</sup>。後述するが、具体的には、ドイツ刑訴法 33 条 (なお、特に断りがない限り、本章で挙げる条文は全てドイツ刑訴法のものとする)、35 条、98 条 2 項、5 項が差押えの開示性を<sup>2</sup>、105 条 2 項、106 条、107 条が搜索の開示性を<sup>3</sup>、それぞれ保障するものであるとされる。本章の目的は、端的に言えば、この開示性がドイツ捜査法においてどのような意義を有しているのか、捜査措置をどのように規律するのかを検討し、110 条との関係でどのような問題が生じているのかを取り扱う次章へとつなげることである。

次章で見る通り、開示性の原則は、持ち出された電磁的記録媒体の通覧への立会いや通覧の執行についての議論において重要な役割を有していると思われる。このような通覧の議論をより深く理解するために、ドイツ刑訴法がこの開示性の原則をどのようにとらえ、どういうものであると位置づけてきたのかを、本章で確認したい。

---

<sup>1</sup> Wohlers/Singelstein, in SK-StPO, 6. Aufl. 2023, § 94 Rn. 8, § 98 Rn. 22, Jäger/ Wohlers § 106 Rn 1; Menges, in LR-StPO, 27. Aufl. 2016, § 98 Rn. 21, Tsambikakis § 102 Rn. 1; Gercke, in HK-StPO, 7. Aufl. 2023, § 102 Rn. 5; Hauschild, MüKo-StPO, 2. Aufl. 2023, § 98 Rn. 21, § 102 Rn. 2; Eschelbach, SSW-StPO, 6. Aufl. 2025, § 94 Rn. 1; Greven, KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 94 Rn. 4a, Henrichs/ Weingast § 102 Rn. 1; Meyer-Gößner/Schmitt StPO, 68. Aufl. 2025, § 95a Rn. 11, § 102 Rn. 1.

<sup>2</sup> BVerfGE 124, 43 (71 f.); Wohlers/Singelstein, SK-StPO (Fn. 1), § 94 Rn. 8.

<sup>3</sup> BGH, Beschl. v. 31 Januar 2007 – StB 18/06, Rn. 5 f., <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=38779&link=ed=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>; Tsambikakis, LR-StPO (Fn. 1), § 102 Rn. 1.

## 2. 検討の方法—95 条 a との比較検討

開示性の意義を検討するにあたっては、ドイツ刑訴法 95 条 a においてなされている議論を参照する。

2021 年 6 月 25 日に立法された 95 条 a は、ドイツ捜査法の在り方を大きく変える可能性のあるものとして注目され、大きな議論を呼んだ。この 95 条 a は、開示的捜査措置として設計されている差押え（及び搜索）を部分的に秘匿的捜査措置〈verdeckte Ermittlungsmaßnahme〉へと変容させる—換言すれば、その開示性を奪う—ものであるといわれている。

本章では、この 95 条 a によって秘匿性を帯びた差押えに対する法的規律と、98 条の下で開示的に行われる差押えに対する法的規律との比較から、開示性の原則の意義を検討する。なぜならば、両者はいずれも「差押え」という同一類型の措置であるため、その法的規律の相違は専ら開示性の有無から現れたものだといえるからである。

敷衍すると、95 条 a の差押えの手続は、開示的捜査措置として設計されている 98 条による差押えの手続から開示性を取り去り、その代替として別個の法的規律を組み込んだものであるといえる。実際、後述するように、この点は 95 条 a の立法理由においても意識されている。そうだとすれば、両者の法的規律の相違を手掛かりに、「開示性が何を保障しているのか」—すなわち、開示性の本質—を析出できるはずである。それゆえ、本章では、開示性の意義を検討する方法として、95 条 a の下で行われる差押えの手続と 98 条の下で行われる差押えの手続を比較するのである。

以下では、まず 95 条 a の立法がなされることとなった理由を見たうえで、95 条 a の概要を確認する。それから 95 条 a に対する学説からの批判を見てから、それらを踏まえて開示性の意義を検討する。

## Ⅱ. ドイツ刑訴法 95 条 a の立法理由とその概要

### 1. ドイツ刑訴法 95 条 a の立法理由

#### (1) 開示的捜査措置としての差押え

##### A. 開示的捜査措置と秘匿的捜査措置—原則と例外

95 条 a が新設されるに至った理由の確認に入る前に、ドイツ刑訴法における「開示的捜査措置」と「秘匿的捜査措置」についての整理を行いたい。

まず、開示的捜査措置とは、当該措置の実施が対象者に「開かれている」措置のことである。敷衍すれば、開示的捜査措置は、対象者の知らないうちに措置が行われることがないように、措置の実施の前に対象者へ通知をすることや、場合によっては事前の聴聞の機会を与えることなどが手続上求められる設計となっている<sup>4</sup>。先に述べた通り、搜索と差押えは、まさに開示的捜査措置として手続きが設計されているとされる。これに対して、秘匿的捜査措置とは、対象者に知らされないまま秘密裏に行われる措置のことである。さらに言えば、対象者に知られずに、秘密裏に行うことに意味のある措置であるともいえる。例としては、電気通信の傍受（100 条 a）や屋内音声の傍受（100 条 c）が挙げられる。

ドイツの捜査法は、法治国家原則や欧州人権条約の 6 条の「公正な裁判」の要請を背景として、捜査手続が原則上「開示的な（offen）」手続になるように設計されたとされる<sup>5</sup>。そのため、上記の原則や要請に反する秘匿的捜査措置は、あくまでも例外的な手法として位置づけられているのである。秘匿的捜査措置は、当該措置が「開示される」ことによって保障されるはずの対象者の権利を侵害する点で開示的捜査措置よりも侵害強度が高く、したがって、そのことを考慮して手続を設計しなければならないとされているのである<sup>6</sup>。

<sup>4</sup> Vgl. BVerfGE 124, 43 (71 f.); *Wohlers/Singelnstein*, SK-StPO (Fn. 1), § 94 Rn. 8.

<sup>5</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 61 f.

<sup>6</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 62.

## B. 差押えの開示性を具体化する規定

以上を踏まえて、ドイツ刑訴法における差押えの規定を確認したい。先に述べた通り、差押えは、その実施を対象者〈Betroffene〉<sup>7</sup>に知らせなければならない開示的捜査措置を原則な類型として規定されている。この開示性を手続において具体化する規定として、以下の3点を挙げることができる。

第1に、35条2項である。35条自体は、基本法103条に由来する法的聴聞請求権〈Anspruchs auf rechtliches Gehör〉の保障を目的とするものであるとされる<sup>8</sup>。この法的聴聞請求権とは、一般的に「裁判所の判断〈Entscheidung〉がなされる前に、判断の基礎となっている事実に対して、事實的及び法的観点から意見を述べる機会を与えられる権利」であるとされる<sup>9</sup>。この規定によれば、差押えの命令は、対象者に決定の謄本を送達することを通じて、対象者に告知される<sup>10</sup>。これにより、対象者が差押えに立ち会わない場

---

<sup>7</sup> 98条2項で言われる「対象者」は、同項1文と2文とで意味が異なるとされる。前者のいう対象者は、「差押えを通じて自身の所持〈Gewahrsam〉に介入された〈eingegriffen wurde〉又は所有権や占有権を侵害される〈berührt werden〉すべての者」であるとされ、後者のいう対象者は、「差押えにより自身の法的に保護される利益を侵害されるすべての者」であるとされる〔*Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 40, 45; *Menges*, LR-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 47, 49; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 14, 31〕。また、第三者の権利のみを侵害し、被疑者の権利や利益を直接的又は間接的に侵害しない捜査行為の場合には、被疑者自身は「対象者」とはなりえないという〔*Menges*, LR-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 49〕。

<sup>8</sup> *Gralmann-Scheerer*, in LR-StPO, 27. Aufl. 2016, § 35 Rn. 1.

<sup>9</sup> *Gralmann-Scheerer*, LR-StPO (Fn. 8), § 33 Rn. 1; *Valerius*, MüKo-StPO (Fn. 1), § 33 Rn. 1.

<sup>10</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 1), § 94 Rn. 14; *Menges*, LR-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 21; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 1), § 35 Rn. 12, § 98 Rn. 10; *Hauschild*, MüKo-

合でも、差押えの実施を知ることができる<sup>11</sup>。他方で、この告知は、差押えの直前まで延期されることが許されており、差押えの実行後まで延期することは原則として許されない<sup>12</sup>。このように、35条2項に基づく告知を受けることによって、措置の対象者は、その後の訴訟上の対応—とりわけ法的救済を受けるかどうか—を検討する機会を与えられるのである<sup>13</sup>。

第2に、98条2項1文とそれに関連する33条3項である。98条2項1文によれば、検察官やその補助官が自身の緊急的な権限により差押えを命令した場合において、差押え対象者もその成年の親族も立ち会っていなかったときには、職権で裁判所の承認を求めなければならない<sup>14</sup>。また、対象者あるいはその代わりに立ち会っている成年の親族が明示的に差押えに対して異議を申し立てるときにも、裁判官の承認を求めなければならない<sup>15</sup>。そしてこの裁判官の承認の申立ては、差押えが行われた時から3日以内に行われなければならないとされ、命令の時点ではない<sup>16</sup>—なお、これは裁判官の承認自体が3日以内に行われなければならないという意味ではない<sup>17</sup>。裁判所の承認がなされる前には、33条3項により、措置の対象者に対して法的聴聞の機会を与えなければならないとされる<sup>18</sup>。33条

---

StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 21.

<sup>11</sup> *Menges*, LR-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 21.

<sup>12</sup> *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 10; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 21. なお、後に見る95条aが、その例外としての通知の延期を規定する。

<sup>13</sup> *Gralmann-Scheerer*, LR-StPO (Fn. 8), § 35 Rn. 1; *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 14.

<sup>14</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 39.

<sup>15</sup> なおこの際、異議申し立てが差押えの執行前に表明されたか、執行後に表明されたかは問題とならない (*Amelung*, in AK-StPO, 1992, § 98 Rn. 24; *Menges*, LR-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 44; *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 39; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 12. 13.).

<sup>16</sup> *Menges*, LR-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 44; *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 41.

<sup>17</sup> *Menges*, LR-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 44.

<sup>18</sup> *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 17.

も、35条と同様に、基本法103条1項において保障されている法的聴聞請求権を確保するための規定であるという<sup>19</sup>。このように、裁判官の承認の前に法的聴聞の機会が保障されていることで、対象者は差押えに対して自らの意見を述べる機会を与えられ、その際に適切な権利回復を行うことが可能となっているのである。

第3に、98条2項2文である。この規定によれば、裁判官の命令によらない差押えに対して、対象者はいつでも裁判所の裁判（判断）を求めることができる。それどころか、2項2文の適用は、差押えだけにとどまらず、その他の検察官やその補助官による命令を通じた措置の全般に及ぶとされる。すなわち、裁判官の命令によらない搜索、通覧のための持ち出しやデータの一時的保全、そして、搜索や通覧、差押えの執行の態様〈Art und Weise〉<sup>20</sup>に対しても、この98条2項2文を通じて裁判所の裁判を求めることができるとされる<sup>21</sup>。いわば、98条2項2文は、他に法的救済が利用できないすべての状況に対して設けられている、包括的な補充的救済手段であるとされているのである<sup>22</sup>。また、この法的救済は、命令された措置が終了していたとしても、申立人が正当な利益を有している限り、裁判所の判断を求めることができるとされる<sup>23</sup>。このような2項2文に基づく申立権

---

<sup>19</sup> *Gralmann-Scheerer*, LR-StPO (Fn. 8), § 33 Rn. 1; *Valerius*, MüKo-StPO (Fn. 1), § 33 Rn. 1; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 1), § 33 Rn. 1.

<sup>20</sup> 執行の態様においては、その命令が裁判官によるものかそうでないかは問われないという〔*Wohlers/Singelnstein*, SK-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 44.〕。

<sup>21</sup> *Wohlers/Singelnstein*, SK-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 44; *Eschelbach*, SSW-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 33; *Menges*, LR-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 50; *Tido Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 5. Aufl. 2022, Rn. 351.

<sup>22</sup> *Wohlers/Singelnstein*, SK-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 44; *Menges*, LR-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 50; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 23.

<sup>23</sup> *Gercke*, HK-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 23 f.; *Wohlers/Singelnstein*, SK-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 47.

は、98 条 2 項 5 文により教示される。この教示を行う義務は差押えを実行する機関にあるとされる<sup>24</sup>。またこの教示は、口頭又は書面の交付によって行われるという<sup>25</sup>。

このように、98 条 2 項 2 文及び同項 5 文は、先に確認した 35 条 2 項や 98 条 2 項 1 とそれに関連する 33 条 3 項の規定ではカバーしきれない部分を補充するような形で機能し、対象者に手続を開くのである。

## (2) 差押えが開示的捜査措置であるために生じるとされる問題

以上で確認したように、差押えは開示的捜査措置として設計されている。それゆえ、差押えが行われた際には、35 条 2 項をはじめとする規定を通じて対象者に通知される。他方で、この対象者への通知それ自体が犯罪捜査を困難にさせる場合がある。この通知により生じる弊害ともいえる状況が、まさに 95 条 a の立法理由とされた。

立法理由では、まず、通知を行うことによって生じうる弊害を具体化するために、被疑者の物やデータを保管する第三者に対して差押えが行われた場合が挙げられている。立法者が典型事例として念頭に置いているのは、プロバイダーに記録されている E メールやチャット、SNS のユーザーアカウントの内容及びクラウドに記録されているデータなどを差し押さえるような場合である<sup>26</sup>。このような場合にも、当然、当該差押えの間接的な対象となっている被疑者に対しても通知がなされることになる。

しかしながら、実務では、多くの捜査手法が同時に進行することも少なくない。とりわけ、児童ポルノや薬物などの法禁物のインターネット上での売買やサイバー犯罪に対する捜査においては、通信傍受やオンライン検索といった秘匿的捜査措置がすでに行われていることも多くある。その際に、通常、捜査の初期段階で行われることが望ましいはずの第

<sup>24</sup> Menges, LR-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 40.

<sup>25</sup> Menges, LR-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 40.

<sup>26</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 61.

三者を通じた証拠物（Eメールやチャットなど）の差押えがなされ、そしてその通知がなされれば、同時進行する秘匿的捜査措置は、通知により暴露され、捜査の実効性を奪われる危険がある、とされる<sup>27</sup>。

また、確かに、捜査手続が対象者に対して開かれていることは、ドイツ捜査法における原則であり、非常に重要であるが、他方で、原則上の手続の対象者への「開示性」が、捜査それ自体を完全に無に帰すことは許されないとされる<sup>28</sup>。

以上を理由として、第三者に対して行われた差押えに伴う被疑者への通知の延期を規定する95条aが立法されることとなった。

## 2. ドイツ刑訴法95条a（被疑者〈Beschuldigten〉に対する通知の延期：口外禁止）の概要

### (1) 1項について

以下では、95条aの各項の概要について、連邦議会文書〈Bundestag-Drucksache〉から見ていきたい。95条a第1項は、被疑者に対する通知の延期が許容される要件を規定している。

- 1項 被疑者以外の者が保管している対象物の差押えを裁判所が命令又は承認する際、
- 以下の場合には、通知により捜査の目的〈Untersuchungszweck〉を危険にさらすおそれがある限りで、当該差押えに関する被疑者への通知を延期することができる。
- すなわち、
- 1号 被疑者が、個別の事案においても重要な意義を有する犯罪、特に100条a第2項に掲げられた犯罪を正犯又は共犯として実行し、未遂が可罰的であるときに、その実行に着手し、又は犯罪行為によってその予備をしたことの嫌疑が、特定の

<sup>27</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 61.

<sup>28</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 61 f.

事実によって根拠付けられ、かつ、

2号 事案の解明又は被疑者の居所の捜査が、他の方法では本質的に困難であるか、見込みのないものである場合である。

#### A. 被疑者に対する通知の延期に関する要件

1 項柱書で規定されている通知の延期の要件について、立法理由では、以下のような説明がなされている。第1に、延期することができるのは、被疑者に対する通知のみである。例えば、被疑者Bと第三者Dが共同で利用しており、かつ保管者Iが保管している物を対象とする差押えが命令されたとする。この場合に95条a第1項により通知の延期が認められるのは、被疑者であるBに対してのみであり、IはもちろんDに対しても、遅滞なく通知がなされなければならない<sup>29</sup>。

第2に、通知の延期は、無体物が差し押さえられる場合に限らず、有体物への差押えの際にも行われるとされる。ドイツ捜査法における差押え規定（94条2項）は、有体物だけでなく無体物も直接の差押え対象として含むと理解されている<sup>30</sup>。立法者の想定する典型事例として、プロバイダーなどに蔵置されているデータを差し押さえる場合が挙げられていたが、それにも関わらず、本規定は、電磁的記録の差押えの場合に限らず、有体物の差押えの場合にも適用される。その理由は、有体物と無体物を厳密に区分することの困難さを回避し、そして、差押えに内在する有体物と無体物の証拠の本質的な平等の取り扱いを維持するためだとされている<sup>31</sup>。

第3に、通知の延期がなされるのは、35条2項による被疑者への差押え命令の通知が捜査の目的〈Untersuchungszweck〉を危険にさらす場合に限られる。その理由は、依然とし

<sup>29</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 63.

<sup>30</sup> 第2章II. 2. (2) A. b. 参照。

<sup>31</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 63.

て比例原則が考慮されるからと説明されている<sup>32</sup>。また、本規定の例外的性格を強調するためとも言われている<sup>33</sup>。ここでいう捜査の目的への危険とは、101条5項における文言をそのまま持ち出したものであり、その意味もそれに準ずるとされる。すなわち、捜査の目的への危険は、秘匿的捜査措置により証拠関連性のある情報 (beweiserhebliche Erkenntnisse) が獲得されるという正当な期待が存在する限り、生ずることになるとされる<sup>34</sup>。

#### B. 1号の要件―「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」

1号は、通知の延期の対象となる犯罪を「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」と規定している。ここでは、軽微な犯罪の際に差押えの開示性を害することは許されないということが表れている。

「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」という概念は、従来の判例や実務においてすでに形成されているとされており、法的平穩 (Rechtsfrieden) を甚だしく害する犯罪や、市民の法的安全の感情を害するような犯罪、重罪として規定されている犯罪、軽罪であっても刑の上限が高く規定されている犯罪と説明されている<sup>35</sup>。

また、ここでは、電気通信監視に関する規定である100条a第2項の犯罪行為カタログも、「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」を判断するための指針として有用だと指摘されている。その理由は、現在のドイツにおける法的状況にあるとされる。すなわち、連邦通常裁判所の判例<sup>36</sup>によれば、プロバイダーに中間的又は終局的に蔵置される E

<sup>32</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 63.

<sup>33</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 63.

<sup>34</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 63.

<sup>35</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 63 f.

<sup>36</sup> BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2020 – 5 StR 229/19, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=113469&pos=0&anz=1>

メールへの秘密的なアクセスは、100 条 a の適用領域に含まれるとされる。そして、上記のような秘密的なアクセスを、例えばクラウド上に蔵置されているデータといった、電気通信概念に含まれない部分にまで拡張するのが、95 条 a であるからだという<sup>37</sup>。

他方で、「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」は、100 条 a のカタログ犯罪行為と完全に一致するわけではないとされている。なぜならば、前述のように、有体物の差押えの場合にも 95 条 a は適用されるためである。それゆえ、電気通信傍受に関する 100 条 a のカタログ犯罪行為に制限されず、より柔軟な適用可能性が与えられるべきだとし、このような化が選択された<sup>38</sup>。

さらに、契機となる行為〈Anlasstat〉が、個別具体的な場合においても重要な意義を有していなければならないとされる。すなわち、確かに抽象的に見れば犯罪は重要な意義を有しているが、個別具体的な事案における十分な重要性が欠けており、秘密的介入が正当化されないというような場合には、比例原則の観点から、95 条 a の適用は認められないのである<sup>39</sup>。

## C. 2 号の要件—補充性条項

2 項は補充性条項である。ここで重要なのは、個別の審査において「本当に差押えは直ちに行われなければならないのか」ということが判断されることであるとされる。すなわち、「差し当たりほかの捜査措置を代替し、捜査目的に対する危険がなくなった後に差押えをするということができないか」といったことが、個別の審査において検討されなければならないとされる<sup>40</sup>。

---

<sup>37</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 64.

<sup>38</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 64.

<sup>39</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 64.

<sup>40</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 64.

**(2) 2項について**

2項 1項による被疑者への通知の延期は、裁判所のみが命じることができる。延期には6か月までの期限が付される。命令の前提条件が継続している場合、3か月を超えない範囲で、その都度、裁判所による命令の延長が許される。

2項では、通知の延期についての命令権限が規定されている。通知の延期は、裁判所のみが命令することができる。検察官は、通知の延期の正当化され得る状況が差押え命令の申立て時点ですでに存在する場合には、差押えとその通知の延期の申立てをまとめてすることができるとされる<sup>41</sup>。

そして、裁判所の命令によらない緊急的な差押えの際に通知の延期が必要な場合、検察官は、3日以内に裁判所に当該延期の命令を申し立てなければならないとされる<sup>42</sup>。

また、2項は、通知の延期の期間についても規定しており、1度目の命令では最長6か月が許容される。延期期間の延長については、最大3か月ごとに行うことが許されている<sup>43</sup>。

**(3) 3項について**

3項 被疑者以外の者が保管している対象物に対する裁判所によらない差押えから3日以内に、当該差押えの裁判所による承認及び1項による被疑者への通知の延期が申し立てられたときは、98条2項5文による当該差押えに係る被疑者への教示を行わないことができる。98条2項による手続においては、裁判所による被疑者・被告人の事前の聴聞（33条3項）を要しない。

3項では、通知の延期が申し立てられた場合には、裁判所の命令によらない差押えにお

---

<sup>41</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 65.

<sup>42</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 65.

<sup>43</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 65.

いて、本来、行われなければならない被疑者への教示をしなくてもよいということ、さらに、裁判所の当該差押えの承認の前に行われるべき事前の聴聞を要しないということが規定されている。

被疑者以外の者を直接の対象とする差押えであっても、被疑者の権利が間接的に侵害される場合には、98 条 2 項 5 文により、被疑者に対しても 98 条 2 項 2 文による申立権を教示しなければならないとされている<sup>44</sup>。また、98 条 2 項 1 文によれば、裁判所の命令によらない差押えが行われた際に対象者が立ち会わない場合などには、当該差押えを行った職員は、3 日以内に裁判所の承認を申し立てなければならないとされる。そしてこの裁判所の承認の際には、33 条 3 項により、対象者となる被疑者にも法的聴聞が保障されなければならないとされている<sup>45</sup>。

しかしながら、上記の教示や裁判所の承認の前に行われる法的聴聞が行われれば、当然、被疑者は措置の認識を得ることになり、差押えの通知の延期が行われる意味がなくなってしまう。そのような事態を防ぐために、本規定は設けられたとされる<sup>46</sup>。

#### (4) 4 項について

4 項 1 項により延期された被疑者への通知は、捜査の目的への危険なくこれが可能となり次第、速やかに行われる。通知の際、被疑者には、5 項による事後的な法的保護の可能性とそのために予め定められた期間が指示される。

4 項は、捜査の目的が危険にさらされなくなった場合には可及的速やかに被疑者へ通知

<sup>44</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 65. ここでは、第 1 に、差押えの対象者にはいつでも裁判所に対して当該差押えに関する裁判〈Entscheidung〉を求めることができる権利があること、第 2 に、どの裁判所に申立てができるのかということが、教示されなければならないとされる。*Park* (Fn. 21), Rn. 557.

<sup>45</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 65.

<sup>46</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 65.

をしなければならない旨を規定している。これは、裁判所により命令された通知の延期期間が満了する前にもすることができるとされる<sup>47</sup>。この通知をもって、被疑者は、次の5項による法的保護〈Rechtsschutz〉の可能性とそれに関する妥当な期間を指示される。

#### (5) 5項について

5項 被疑者は、当該処分の命令について管轄を有する裁判所に対し、1項による延期の終了後も、4項による通知から2週間以内に、当該差押え、その方法及び態様、並びに通知の延期の適法性について審査〈Überprüfung〉を申し立てることができる。これに関する裁判所の決定に対して即時抗告を申し立てることができる。公訴が提起され、被告人が通知された場合、事件を取り扱う裁判所が、当該手続に関する終局裁判の中で、申立てについて決定する。

5項は、当該差押えやその方法及び態様、並びに通知の延期に対する事後的な法的保護について規定している。連邦憲法裁判所の判例を踏まえると、秘匿的捜査措置を法治国家のもとで形成するにおいては、事後的な法的保護は、必要不可欠な要素であるとされている<sup>48</sup>。また、本項は、101条7項の規定を参照して作られたとされる。それゆえ、101条7項に妥当する原則は、本規定にも妥当するとされる<sup>49</sup>。

#### (6) 6項について

6項 1項による被疑者への通知の延期が命じられる際、これと共に、個別の事案におけるすべての事情を評価し、かつ関与者の利益を考量した上で、措置の対象者に対し、延期の期間中、差押え及びそれに先行する103条及び110条による捜索又は95

<sup>47</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 65.

<sup>48</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 65.

<sup>49</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 65.

条による引渡し命令について、被疑者又は第三者への口外禁止を命じることができる。3項により教示が行われず、裁判所による差押えの承認と被疑者への通知の延期が申し立てられている場合に、遅延の危険があるときは、検察官又はその捜査員（裁判所構成法 152 条）も、1文による命令を行えるという前提で、2項が準用される。検察官又はその捜査員がそのような命令をした場合、裁判所の承認が3日以内に申し立てられなければならない。

6項では、通知の延期が命じられる際には、差押え等の措置の対象者に、被疑者や第三者へ当該措置の口外禁止（*Offenbarungsverbot*）を命じることができる旨が規定される。この口外禁止は、被疑者への通知の延期の実効性の確保のために必要であるとされる。それゆえ、口外禁止の命令は、当然、通知の延期がされ得る場合に限定される<sup>50</sup>。

口外禁止の命令は、個人ごとに審査されるべきであり、別個の裁判上で命令されるべきとされる<sup>51</sup>。

また、口外禁止が命令されたとしても、例えば差し押さえた物の返還を被疑者が求めてきた場合など、実際上の理由から被命令者がそれを守ることができないことも生じうる。このような命令に従うことが困難である特別な場合にまで口外禁止が求められることはないとされる<sup>52</sup>。

口外禁止の命令権限は、原則として裁判所にある。その期限は、2項に従うとされる。ただ、通知の延期の命令権限とは異なり、緊急的な命令権限が検察官とその捜査員にも与えられている。これは、裁判所の命令のない差押えと裁判所の口外禁止の命令の間に生じる規定の間隙を埋めるためであるとされる<sup>53</sup>。すなわち、裁判所の命令のない差押えが行われた際に、それと合わせて緊急的に口外禁止の命令を出すことができなければ、裁判所

---

<sup>50</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 65 f.

<sup>51</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 66.

<sup>52</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 66.

<sup>53</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 66.

からの口外禁止の命令が出されるまでにタイムラグが生じ、その間に差押えの直接の対象者が被疑者へ知らせることができるので、その後の通知の延期命令も口外禁止命令も無意味になってしまうのである。上記のような事態に対応するために、検察官とその捜査員にも緊急的な命令権限が与えられるべきであるとされる。

他方で、口外禁止が課された者は、命令に対する迅速な法的保護の可能性が与えられなければならない。そのために必要な行為、特に弁護士に当該措置や命令について伝える行為は、口外禁止の射程外とされる<sup>54</sup>。

### (7) 7項について

7項 6項の口外禁止に対する違反があった場合、95条2項が準用される。

7項は、口外禁止の強制的な実現のために、秩序的措置を規定している。7項の準用する95条2項は、証拠物の引渡を拒絶する者に70条の定める秩序罰及び強制的手段を用いることを規定している。すなわち、7項は間接強制により、口外禁止の実現を確保しようとするのである。なお、ここで課される秩序的措置は、間接強制による予防的機能だけにとどまらず、制裁的機能も備えているとされる。それゆえ、予防的機能がもはや達成され得ない場合にも、口外禁止は維持され続けるとされる<sup>55</sup>。

## 3. 小括

ここまで、95条aの立法理由について概観してきた。以下ではこれを整理しながら、必要な範囲でドイツの差押えの体系の確認も行う。

第1に、95条aの立法理由の背景には、開示的捜査措置として手続が規定された差押えと、それと同時に進行する被疑者に対して秘匿的に行われる捜査措置との不整合があっ

<sup>54</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 66.

<sup>55</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 66.

た。すなわち、対象者に対して開かれた手続で行われる差押えは、被疑者ではない者の保管する物の差押えが行われる際にも、当該差押えの間接的な対象者である被疑者に開示されなければならない。その開示性を表す手続として、当該差押えの通知や、法的保護を受けるための申立権などが規定されている。他方で、上記のような第三者への差押えがなされている場合には、通信傍受などの被疑者に秘匿されて行われる捜査措置が同時進行していることも多いとされる。そのため、問題となるのは、開示的捜査措置である差押えが通知された結果、秘匿的捜査措置が行われていることが被疑者に気づかれ、捜査の成果が無に帰す、あるいはその実効性が失われてしまう危険があるということである。それゆえ、ある一定要件を満たす限りで、被疑者への差押えなどの通知を延期する旨の95条aが設けられる必要があった。

第2に、95条aの規定内容である。これは、①被疑者に当該差押えが知られること—通知に限らず、教示や事前の法的聴聞も含めて—を延期する規定（1項ないし5項）と、②当該差押えの直接の対象者に対して口外禁止を命令する規定（6項及び7項）の2つに大きく分けることができる。①に関して、立法者は、すでに現行刑訴法にある秘匿的捜査措置の規定を参照し起草することで、より厳格な要件の下で通知の延期を可能とした。例えば、通知の延期ができる要件を、「捜査の目的を危険にさらす場合」や、「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」である場合など、差押えが開示的に行われる際よりも厳格に規定した点や、通知の延期の命令権限を裁判所のみに限定した点が挙げられる。②に関しては、通知の延期の実効性の確保のために、措置の直接の対象者に対する口外禁止に対して間接強制を必要とするとしたが、その他方で、被疑者ではない者の利益や法的保護も十分考慮し、規定されることとなった。

95条aは、以上のような経緯や理由で2021年6月25日に制定、2021年7月1日から施行されている<sup>56</sup>。

---

<sup>56</sup> BGBl. 2021 I, S. 2100.

### Ⅲ. 95 条 a に対する批判

95 条 a に対しては、立法当初から多くの批判がなされている。以下ではそれについて見ていきたい。

#### 1. 秘匿的捜査措置としての厳格な要件の欠如について

まず、立法理由において慎重に検討されていたように思われる秘匿的捜査措置に匹敵するような通知の延期に対する厳格な要件について、いまだその厳格さが不十分であると批判されている。

95 条 a の立法により、ドイツ捜査法における差押えは、直接の対象者に対しては開示的な捜査措置であり、被疑者に対しては秘匿的な捜査措置という、二面的なもの

〈Zwitter〉へと変質したことになる。しかしながら、秘匿的捜査措置の一般的な侵害の激しさ〈Eingriffsintensität〉に鑑みれば、これには問題があると指摘される<sup>57</sup>。

95 条 a により被疑者に対して差押えが秘匿されること―「秘密的差押え」が可能となること―に対しては、特に 100 条 a（電気通信監視）との関係が論じられる。なぜならば、プロバイダーに中間的に又は終局的に蔵置されている E メール―いわゆる「休止状態の〈Ruhende〉」E メール―へのアクセスについて、次のような判例があるからである。すなわち、一方で、2008 年の連邦憲法裁判所の判例によれば、94 条以下の措置（差押え、引渡し命令など）は、上記のような E メールに対しても可能であるとされる<sup>58</sup>。他方で、2020 年の連邦通常裁判所の判例によれば、上記のようなすでに通信の完了した E メールを

---

<sup>57</sup> Nico Gallus/Lukas Zeyher, § 95a StPO als „Rettungsanker“ für die heimliche Beschlagnahme vom E-Mails beim Provider?, NStZ 2022, 464.

<sup>58</sup> BVerfGE 124, 43 (58 ff.).

対象とする場合でも、100 条 a 第 1 項における電気通信が問題となるという<sup>59</sup>。それゆえ、100 条 a の規定に基づいて上記のような E メールに秘密的アクセスを行い、その内容を記録できるというのである<sup>60</sup>。

以上のような法的状況から、上記のようなプロバイダーに蔵置される E メールを差し押さえ、それについての通知を延期する際には、100 条 a と同様の基本権侵害が生じうることが指摘できる。それゆえに、95 条 a においては、少なくとも 100 条 a と同等あるいはそれ以上の厳格な要件が求められるはずであるが、「柔軟な適用可能性」という立法理由からもわかる通り、100 条 a よりも緩やかな要件設定がなされたのである。以下では、100 条 a との関係も踏まえた 95 条 a に対する批判を具体的にみていきたい。

#### (1) 「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」という要件について

1 項 1 号の「個別の事情においても重要な意義を有する犯罪」という要件は、立法理由で確認した通り、ある程度柔軟な適用を可能とすることを意図して、このような文言が選択されている<sup>61</sup>。言い換えれば、100 条 a 第 2 項のように対象となる犯罪行為が完全にカATALOG化されていない。この点について、規範の特定性 (Normenbestimmtheit) 及び明確性 (Normenklarheit) 原則に違反するのではないかと指摘されている<sup>62</sup>。

先に述べた通り、95 条 a は、例えば休止状態の通信データへのアクセスが可能となる点で、基本法 10 条 1 項 (電気通信の秘密) に由来する基本権を侵害しうるので、規範の特定性と明確性という法治国家上の要請に適合する法律上の根拠が必要不可欠とされる<sup>63</sup>。

<sup>59</sup> BGH NStZ 2021, 355 (357).

<sup>60</sup> BGH NStZ 2021, 355 (357).

<sup>61</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 64.

<sup>62</sup> *Gallus/Zeyher* (Fn. 57), 464; *Irine Vassilaki*, Heimliche Beschlagnahme von digital gespeicherten Informationen, MMR 2022, 103 f.

<sup>63</sup> BVerfGE 110, 33 (53).

この要請を受けて、当該捜査措置の対象となる市民がそれに備えることができるということ、すなわち、規範の内容の明確性と規範適用の結果の予見可能性が確保されなければならないという<sup>64</sup>。この明確性と予見可能性は、秘匿的捜査措置の規定においてとりわけ重要であるとされる。なぜならば、秘匿的捜査措置の秘密性を考慮すれば、対象者や第三者は、どのようなきっかけ〈Anlass〉があり、どのような要件の下であれば、自身の行動〈Verhalten〉が差押えの通知の延期のリスクと結びつくのかということを知ることができなければならないからである<sup>65</sup>。

さらに、規範の特定性と明白性は、捜査機関の行動やその内容、目的などを制限する役割をも果たすといわれている<sup>66</sup>。すなわち、法律による執行権〈Exekutive〉に対する制限的機能は、国家の適法な行為を確保し、それを通じて市民の自由を国家による権限濫用から保護する。この点も、秘匿的捜査措置の場合にはとりわけ重要である。なぜならば、対象者は措置が行われていることを知らないがゆえに、当該措置に伴う基本権侵害に対する防御を自ら行うことができないからである<sup>67</sup>。

したがって、上記のような意義を有する特定性及び明確性原則を、「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」という定式化が満たすかということには疑問があるとされる<sup>68</sup>。

## (2) 裁判官による事前の統制が骨抜きにされてしまう危険について

ドイツ刑訴法では、裁判官留保とは、「中立的な判断者又は監視人〈unparteiisches Schiedsrichter oder Wächter〉」としての裁判官が捜査の適法性を事前に審査すること

---

<sup>64</sup> Vassilaki (Fn. 62), 103.

<sup>65</sup> Vassilaki (Fn. 62), 103.

<sup>66</sup> Vassilaki (Fn. 62), 103.

<sup>67</sup> Vassilaki (Fn. 62), 103.

<sup>68</sup> Vassilaki (Fn. 62), 104.

で、基本権侵害を予防するというものであるとされる<sup>69</sup>。現行ドイツ刑訴法に規定されている秘匿的捜査措置は、その侵害の激しさに鑑みて、原則として裁判官留保による事前の統制を受け（100条e第1項、2項など）、その際には、当該措置の秘密性を考慮したより厳格な審査がなされることとなる<sup>70</sup>。

しかしながら、差押えの規定構造上の問題により、95条aの裁判官留保を通じた秘密的差押えの事前統制が骨抜きにされる危険が指摘されている。

第1に、95条aによって開示的捜査措置である差押えが秘匿的捜査措置へと性質を変えるのは、あくまでも95条aの適用時点からであり、94条の差押えの命令の時点では95条aによる裁判官を通じた事前統制は必ずしもなされない<sup>71</sup>。すなわち、94条の差押え命令に関する裁判官の審査の時点では、秘密的捜査措置の際になされるより厳格な審査はなされず、単なる犯罪の初期嫌疑だけが決定的な審査基準となるのである。しかし、上記のような開示的捜査措置としての差押えに対する審査の内容では、「秘密的差押え」に対する審査の内容として不十分であり、規範の明確性の原則に違反すると指摘されている<sup>72</sup>。

第2に、上記の指摘の通り立法者は94条による差押えの時点において95条aの要件が不要であるとするが、そのために差押えの実施自体によって95条a第1項1号における「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」に関する証拠が獲得されるリスクが指摘されている<sup>73</sup>。このリスクは、秘匿的捜査措置に対する裁判官留保を通じた事前の統制が95条aによる秘密的差押えの場合には欠けていることをまさに示している。

したがって、95条aで規定されている裁判官留保を通じた事前の統制は、ほとんどその役割を果たすことができないと批判されている。

---

<sup>69</sup> *Mark A. Zöller*, Heimliche und verdeckte Ermittlungsmaßnahmen im Strafverfahren, ZStW 124 (2), 2012, 428 f. また、第2章II. 1. も参照。

<sup>70</sup> *Hiéremente*, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm.1.

<sup>71</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 65.

<sup>72</sup> *Hiéremente*, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm.1.

<sup>73</sup> *Hiéremente*, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm.1.

## 2. 補充性条項について

1 項 2 号に規定されている補充性条項が、実務ではしばしば機能しえないのではないかとすることが指摘されている。

前提として、ここでの補充性は、他の秘匿的捜査措置と通知の延期との関係ではなく、秘匿的捜査措置と差押えとの関係で判断されなければならない。なぜならば、秘匿的捜査措置が同時進行している際に差押えが行われた場合には、常に「捜査目的に対する危険」が生じるということになってしまうからである。それゆえ、95 条 a 第 1 項 2 号の補充性条項は、実質的には、「差押え自体が今すぐ行われるべきか、それとも『捜査目的に対する危険』が無くなるまで少し待ってから、開示的捜査措置として行われるべきか」というような、差押え自体についての補充性を規定しているというべきであるとされる<sup>74</sup>。もちろんこのことは、立法者も当然の前提としていた<sup>75</sup>。

しかしながら、問題となるのは、この補充性を満たすかどうかの判断が捜査機関自身によっても行われうるということである。ドイツ刑訴法の搜索差押えは、緊急の場合においては、検察官やその捜査員によっても命令されうる。すなわち、立法者の想定に従うと、この場合の補充性の判断は緊急時の裁判官の命令によらない差押えを行う時点で、そして、捜査機関によりなされることになる。しかし、捜査機関がこのような補充性要件の判断主体としてふさわしいかどうかには疑問があるとされる<sup>76</sup>。

---

<sup>74</sup> *Eva Kiel*, Strafprozessuale Dogmatik zwischen Effizienz und Norm: Eine Untersuchung der Befugnisnormen zum Einsatz verdeckter Ermittlungsmaßnahmen am Beispiel der §§ 95a, 163g StPO, ZStW 134 (3), 2022, 767.

<sup>75</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 64.

<sup>76</sup> *Vassilaki* (Fn. 62), 104.

### 3. 事後的な法的保護の制限

98 条 2 項によれば、裁判官の命令によらない差押えの際にはいつでも裁判所の裁判を求めることができるとされる。

しかしながら、95 条 a 第 5 項では、裁判所への審査の申立期間が 2 週間以内と期限づけられている。それゆえ、開示的捜査措置として差押えが行われる場合と比較して法的保護が不当に制限されることとなっているのである<sup>77</sup>。

### 4. 証拠使用禁止〈Beweisverwertungsverbot〉について

ドイツにおける証拠使用禁止とは、「既に収集された証拠を判決に向けた心証形成において考慮できないものとする」ことである<sup>78</sup>。そして、立法された 95 条 a は証拠使用禁止について何ら規定していないため、差押えの通知の延期に関する手続違反の際に獲得された証拠が証拠使用禁止に当たるかどうかは、従属的証拠使用禁止の問題と整理される<sup>79</sup>。

しかしながら、従属的証拠使用禁止は例外として位置づけられており、判例はこれを極めて限定的に理解しているとされる<sup>80</sup>。

差押えの通知に関する手続違反と証拠使用禁止の関係については、実際に、95 条 a の立法以前の連邦通常裁判所の判例がある<sup>81</sup>。この判例では、プロバイダーのメールサーバーに蔵置されるデータの差押えの際に対象者に通知されなかった違法があったが、差押え自体が適法であったことや犯罪行為の重要性にも鑑みて、証拠使用禁止は認められなかった

<sup>77</sup> Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 6. Aufl. 2025, § 95a, Rn. 16.

<sup>78</sup> 川島享祐「違法収集証拠排除法則の比較法的考察—裁判官による事前審査の位置づけという観点から」法時 95 巻 12 号（2023 年）43 頁。

<sup>79</sup> 川島・前掲注 78) 43 頁；Hiéremente, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm.1.

<sup>80</sup> Hiéremente, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm.1. ドイツにおける従属的証拠使用禁止についての判例の論理を検討している邦語文献として、川島・前掲注 78) 43 頁以下。

<sup>81</sup> BGH NStZ 2015, 704.

<sup>82</sup>。

これらを踏まえて、95 条 a に関する手続違反があった場合に事後的な法的保護を申し立てたとしても、証拠使用禁止が考慮されず、5 項による事後的な法的保護がほとんどその意義を有しないのではないかという批判がなされている<sup>83</sup>。

他方で、膨大なデータが差し押さえられた場合には個人のプロファイリングが容易になされてしまう危険や、同時進行の他の秘匿的捜査措置との重畳的な侵害の重さにも鑑みて、証拠使用禁止を考慮しなければならないとの指摘がある<sup>84</sup>。

また、延期の期間が長ければ長いほど被疑者の手続的負担が増すことに鑑みて、証拠使用禁止を適用する可能性も指摘されている<sup>85</sup>。

#### IV. ドイツ捜査法における「開示性」の意義とは

##### 1. ドイツ捜査法における開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の差異について

以上を踏まえて、まずは、表面的な開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の法的規律の差異について見てみる。

ここまで見てきた 95 条 a の立法理由とそれに対する批判を見れば、秘匿的捜査措置としての差押えの手続の方が、開示的捜査措置としての差押えの手続よりいっそう具体的な規律が求められているということがわかる。言い換えれば、捜査措置が開示的に行われているか秘匿的に行われているかで求められる規律の水準（具体性）—いわゆる「規律密度」—が異なるのである。

それではなぜ両者の求められる規律密度は異なるのか。その理由は措置の実施を対象者

---

<sup>82</sup> BGH NStZ 2015, 704 (705).

<sup>83</sup> *Vassilaki* (Fn.62), 105; *Hiéremente*, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm.1.

<sup>84</sup> *Eschelbach*, SSW-StPO (Fn. 1), § 95a Rn. 18.

<sup>85</sup> *Kiel* (Fn. 74), 750 f.

に認知させるという開示性の意義に直結しているものと思われる。

そこで、以下では開示的捜査措置としての差押えと秘匿的捜査措置としての差押えに対するそれぞれの法的規律の具体的な内容を比較する方法で、開示性について検討を試みる。なぜならば、両者の違いはまさに開示性の有無だけにあるからである。したがって、両者の比較は純粋に開示性の内容や意義を浮かび上がらせるだろう。

## 2. 開示性の背景にある「公正な裁判」

95 条 a の立法理由では、原則として捜査は開示的に行われるべきであるとされ、その背景には欧州人権条約 6 条の「公正な裁判」という考え方があることが指摘されていた<sup>86</sup>。

そもそも欧州人権条約 6 条の「公正な裁判」は、ドイツにおいてどのようなものと理解されているのだろうか。まずはその点を確認したい。

欧州人権条約 6 条の規定する被疑者・被告人の「公正な裁判を請求する権利」は、ドイツ基本法上に明文で規定されているわけではない。しかしながら、先行研究によれば、連邦憲法裁判所の判例でこの権利は承認されているという。先行研究は、ドイツにおける

「公正な裁判を請求する権利」とは、被疑者・被告人が「自己の権利を守るために、手続の進行及び結果に対して影響を及ぼす機会が与えられなければならない」ということを保障するものであり、その具体的内容として、「機会均等という意味での武器対等」、「無罪推定」を内容とするものであると整理する<sup>87</sup>。

上記のような内容とされる「公正な裁判」を背景とする捜査措置の開示性は、ドイツ捜査法においてどのような意義を有しており、そしてどのようなものとして表れているのだろうか。

---

<sup>86</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 61 f.

<sup>87</sup> 斎藤司『公正な刑事手続と証拠開示請求権』（法律文化社、2015 年）271 頁以下。

### 3. 開示的捜査措置である差押えに対する法的規律

開示的捜査措置として設計されている差押えは、次のような法的規律のもとにある。第1に、裁判所を通じた措置の統制である。98条1項によれば、差押えの命令権限は、原則として裁判所にある。すなわち、差押えは裁判所による事前の統制の下で行われるのである。確かに同項では、例外として、緊急時の検察官及びその補助官の命令権限も認められているが、その際には裁判所の承認を申し立てなければならないとされる（98条2項1文）。また、98条2項2文によれば、検察官やその補助官による命令により差押えがなされた場合には、対象者はいつでもそれに対する裁判所の判断を求めることができる。このような形で、事前的な統制が行われない場合であっても、それを補うように裁判所の事後的な統制が用意されているのである。

第2に、措置の対象者に手続への関与の機会を与えるということである。33条3項によれば、裁判所による差押え命令の前<sup>88</sup>や、98条2項の緊急的に検察官又はその補助官による差押え命令がなされた場合の裁判所の承認の前には、差押えの対象者に法的聴聞の機会を保障しなければならないとされる。この法的聴聞の際に、差押え対象者は当該差押えがどのような事実に基づいて行われるのかを知ることができ、そしてその事実に対して自身の意見を述べるのであり得るのである<sup>89</sup>。また、裁判所の差押え命令があった場合には、35条2項による送達による告知によって、対象者は差押えを知らされることになる。さらに、裁判官ではなく、緊急的な権限により検察官やその補助官が差押えを命令した場合には、98条2項5文により、対象者は、差押えを行った機関から、自身の権利（98条2項2文）について教示される<sup>90</sup>。また、107条2文によれば、差押えの対象者による請求があれ

---

<sup>88</sup> なお、33条4項によれば、事前の聴聞が処分を害するおそれがあるときには、33条3項の規定を適用しないとされている。そして、通常、事前の聴聞は行われないという〔*Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 14; *Amelung*, AK-StPO (Fn. 15), § 98 Rn. 9; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 16〕。

<sup>89</sup> *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 1), § 33 Rn. 1.

<sup>90</sup> *Wohlers/Singelstein*, SK-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 38; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 1),

ば、差し押さえた物の目録が交付されなければならないとされる。98条2項5文による教示は、この107条2文による押収目録において記載されるべきであるとされるのである

<sup>91</sup>。このような様々な形で、対象者の差押えの手續に参与する機会は保障されているのである。

#### 4. 開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の両側面を有する95条a

95条aにより被疑者に対する通知が延期される場合の差押えの法的規律についてであるが、内容の確認に入る前に注意すべき点がある。それは、95条aが適用された差押えは、完全な秘匿的捜査措置となるのではなく、あくまでも被疑者・被告人との関係で秘匿的捜査措置となるだけであるという点である。それゆえ、95条aに対する法的規律と秘匿的捜査措置に対する法的規律を直ちに同一視することはできないのである。

このような不完全な秘匿的捜査措置としての95条aの性格を、立法者も、95条aの規定を批判する論者たちも前提としていることである<sup>92</sup>。例えば、95条a第1項1号は対象犯罪を限定する規定を置いており、これに対する批判がなされているのは確認した通りである。しかし、この批判は、95条aの措置が本来完全な秘匿的捜査措置とは言い難いにも関わらず、完全な秘匿的捜査措置に対して設けられるものと同様の限定を課していること

---

§ 98 Rn. 22; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 11; *Menges*, LR-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 40.

<sup>91</sup> *Wohlers/Singelnstein*, SK-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 38; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 22; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 11; *Menges*, LR-StPO (Fn. 1), § 98 Rn. 40.

<sup>92</sup> 実際、立法者は、95条aの立法理由において被疑者ではない者に対しては差押えの開示的になるよう設計されていることを明確に述べている (BT-Drs.19/27654, S. 62)。また、95条aに対して批判的な論者も95条aについて「差押えの措置は曖昧なもの〈janusköpfig〉となってしまった」〔*Vassilaki* (Fn. 62), 103〕や、「開示的措置と秘匿的措置の両側面を有するもの〈Zwitter〉」〔*Gallus/Zeyher* (Fn. 57), 464〕と表現することからも明らかである。

自体に向けられたものではない。むしろ、限定の具体化が不十分であり、規範の明確性及び特定性の要請を満たしていないとの批判である。

すなわち、上記の批判は、規律密度の不十分さを指摘するものであって、法的規律の在り方それ自体を根本的に否定するものではないのである。また、立法理由を見ればわかる通り、95条aの規定は、100条aをはじめとする秘匿的捜査措置に関する規定を参照し作成されたものである。さらに言えば、措置の目的や侵害される基本権に応じて求められる規律密度が異なることは、当然のことだろう。

したがって、95条aが開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の両側面を有する措置であることは、開示的捜査措置としての差押えとの比較を通じた開示性の検討を妨げないといえよう。

## 5. 95条aを通じて秘密化される差押えに対する法的規律

95条aによる秘密的な差押えは、次のように法的に規律されている。第1に、裁判所を通じた事前的な統制である。95条aでは、通知の延期についての命令権限が裁判所に限定されており、例外は設けられていない。確かに、規定の構造上の問題により差押えの実施時点で必ずしも通知の延期に関する要件が満たされていなくてもよいために、95条aによる裁判所による事前の統制が実質的な意義を有さないかもしれないという懸念は、すでに指摘されている通りである<sup>93</sup>。しかし、通知の延期がなされるまで差押えが開示的に行われるので、一その適否はともかくとして一差押えの秘密化に対する裁判所による事前的な統制が図られていると言えよう。

第2に、厳格な要件の設定である。95条a第1項では、「捜査目的を危険にさらす場合」という要件が規定されている。また、同項1号では、「個別の事案においても重要な意義を有する犯罪」という定式化で適用対象事案を限定している。そして、同項2号は、

---

<sup>93</sup> *Hiéremence*, jurisPR-StrafR 3/2021 Anm.1.

補充性条項を規定している。このような厳格な要件を設定することで、95条aは適用対象を事前にフィルタリングしているのである。

第3に、裁判所による継続的な審査である。95条a第2項では、通知の延期について6か月までの期限を付すことができるとされる。そして、通知の延期の期間をさらに延長するためには、裁判所の審査を要するとされる。また、延期は3か月ごとになされ、その都度裁判所の命令が必要となる。これによって通知の延期措置は、裁判所の事前の統制を受けるだけでなく、継続的な統制のもとに置かれることになるのである。

第4に、可及的速やかに行われる事後的な法的保護である。95条a第4項には、捜査の目的への危険がなくなり次第速やかに被疑者への通知が行われることが規定されている。また、併せて同条5項に規定されている法的保護やそれを受けるための期間について教示を受けることが規定されている。これによって、秘匿的捜査措置に伴う権利侵害を速やかに回復する機会が被疑者に与えられることになる。また、裁判所の決定に対しては即時抗告も認められている。

## 6. 開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の比較検討

### (1) 開示的捜査措置の手続自体から読み取れる「開示性」

以上を踏まえて、開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の比較検討に入る。

最初に、開示的捜査措置における開示性は、規定においてどのように表れているのかを考えたい。開示性とは、単純に言えば、「開示的捜査措置にあつて、秘匿的捜査措置にならないもの」であるため、まずは両者の法的規律の内容の比較を通じて、それぞれの共通する部分と異なっている部分を明確にしたい。両者は、一前者において例外があるにせよ一裁判官による事前の統制を受ける点で共通している。他方で、その他の法的規律の内容は全く異なっている。

したがって、この異なっている部分に注目したい。開示的捜査措置の2つ目の法的規律

について見てみると、そこでは措置の対象者に対する手続への関与する機会が保障されている。具体的には、通知や法的聴聞の機会を得ることで措置について知ることができるということや、措置について知った上でいつでも裁判所の裁判を求めることができるということ、法的聴聞の際にどのような事実に基づき措置が行われるのかを知り、その事実に対して意見を述べるができることが保障されている。この「措置の対象者に手続関与の機会を与えること」は、まさに開示性そのものを表していると言えよう。なぜならば、開示性の背後にあるとされる欧州人権条約6条の「公正な裁判を請求する権利」一すなわち、被疑者・被告人が「事故の権利を守るために、手続の進行及び結果に対して影響を及ぼす機会が与えられなければならない」ということを保障するものと類似性を有するからである。

## (2) 秘匿的捜査措置の法的規律の内容から見る開示性の意義

秘匿的捜査措置の法的規律との違いという視点からも「開示性」について検討したい。開示的捜査措置には存在しない秘匿的捜査措置の独自の法的規律は、①厳格な要件設定による適用対象のフィルタリング、②裁判所による継続的な統制、③可及的速やかに行われる事後的な法的保護の3点である。それゆえ、上記3点は、秘匿的捜査措置において失われる開示性の代替として、求められる法的規律であると言えよう。

それでは、この3点と、開示性の表れである「措置の対象者に対する手続関与の機会の保障」を比較し、開示性の意義を抽出してみよう。まずは、①厳格な要件設定による適用対象のフィルタリングについてである、なぜ開示性が失われると厳格な要件設定による適用対象のフィルタリングが必要となるのか。その理由は、開示性の背景にある「公正な裁判」の一部が侵害される点で、侵害強度が増大するからである。その結果、比例原則の観点から、開示的捜査措置よりも適用対象を絞らなければならないのだと思われる。また、厳格な要件を設定することは、裁判所による審査もより厳格にさせる。その意味では、厳

格な要件の設定は、捜査機関の権限濫用を抑制する効果も有するといえるだろう。

次に、②裁判所による継続的な統制についてである。なぜ開示性が失われると継続的な裁判所による統制が必要となるのか。その理由は、開示性が「措置の対象者に対する手続関与の機会を保障する」ことにより、対象者に対して、措置の開始前および実施の経過において捜査機関による権限逸脱や濫用を指摘し得る機会を与える点にある。この開示性が失われることによって、上記のような捜査機関の権限逸脱・濫用を指摘する機会を、対象者は奪われることになる。したがって、上記のような対象者への機会の保障に代わる手段として、裁判所の統制は事前だけでなく、措置の継続中にもなされる必要が生じるのである。

最後に、③可及的速やかに行われる事後的な法的保護についてである。これについては理解が容易であろう。すなわち、開示性によって本来保障されるべき権利や利益が奪われている状況を最小限にとどめるために必要なのである。

### (3) 開示性の意義

以上の比較検討から、ドイツ捜査法における開示性とは、次のようにまとめられる。すなわち、開示性は、欧州人権条約6条の「公正な裁判」を背景として、「手続関与の機会の保障」を措置の対象者にもたらすものであるといえる。そしてこのような機会は、「捜査機関の権限の逸脱や濫用をいつでも指摘できる状況」を対象者に与える。したがって、開示性は、上記のような措置の対象者による捜査機関への監視及び点検を通じて、当該措置を規律するものであるといえよう。

換言すれば、開示性の本質は、単に対象者に「措置が行われる、あるいは行われている」という事実認識を与える点にあるわけではない。むしろ、その執行状況を自ら監視及び点検し、ひいては捜査機関による権限行使を実質的に統制し得る形で、対象者に手続に関与する機会を与えるということこそが、開示性の本質を構成するのである。その意味

で、対象者が措置の実施を知らされるということは、開示性を保障するにあたっての当然の前提に過ぎないのである。

## 第4章 電磁的記録媒体の通覧に関するドイツにおける議論

### I. はじめに—通覧規定が抱える問題点

#### 1. これまでの章のおさらい

本章では、第2章と第3章を踏まえて、電磁的記録媒体の通覧に関する問題とそれを解決するために行われている議論を見ていきたい。簡単に第2章と第3章の内容についてさらっておきたい。

第2章では、ドイツにおける搜索差押えの基本的な規定を確認したうえで、書類及び電磁的記録媒体の通覧を規定する110条についても確認した。その際には、現行の通覧規定が本来の意義を失い、その実質的な意義をほとんど喪失してしまったというように評価されていることを確認した。

そして第3章では、開示性の意義について、通常の開示的捜査措置として行われる差押えの手続と95条aにより秘密性を帯びた差押えの手続の比較を通じて検討を加えた。その結果、欧州人権条約6条の「公正な裁判」を背景とする開示性は、当該措置の手続に与する機会を対象者にもたらし、これによって対象者に「捜査機関の権限逸脱や濫用をいつでも指摘できる状況」を与えるものであると確認した。そこから、開示性は、措置の対象者による捜査機関の監視及び点検をさせることで、措置を法的に規律するという機能を有していることも確認した。

上記を踏まえると、現行の通覧規定には、次のような問題が指摘できよう。

#### 2. 現行の通覧規定の抱える問題点—規律密度の不足

##### (1) 通覧の権利侵害性

第1に、範囲の制限の困難さから生じる通覧の激しい権利侵害性についてである。

当然の前提として、通覧は、書類や電磁的記録媒体上に記載・記録されている情報を証拠関連性の有無に基づいて選別する—すなわち差し押さえるべき情報を搜索し、差し押さ

## 第4章

える一措置である以上、搜索差押え命令に基づく内容的な制限を受ける<sup>1</sup>。それにもかかわらず、通覧のために電磁的記録媒体やデータ全体を搜索現場から持ち出すことは、迅速な選別が不可能である場合には許容されるとされる<sup>2</sup>。

連邦憲法裁判所は、次のように述べている。すなわち、「刑事法上の捜査手法は、確かにデータ収集やデータ量に関して広く定義されている。しかし、それぞれの侵害の根拠は、捜査目的上に厳しく制限されている。刑事訴訟上の捜査措置は、問題となっている犯罪に関し、その後の判断の準備のためにこれが必要である限りにおいて許容される。その他の生活事実 (Lebenssachverhalte) や関係性に侵害権限 (Eingriffsermächtigung) は及ばない。……このような目的外の捜査は、法律上の根拠を欠く。それゆえ、刑事上の捜査の際には、犯人性の判断や行為の法的効果の評価に対して意義を有しない事実や個人関係を追及することは許されない。これに応じて、483 条によれば、データ収集に引き続くデータ処理も、刑事手続きの目的に制限される」と<sup>3</sup>。

そして、連邦憲法裁判所は、上記のような目的への制限を電磁的記録媒体の差押えに関しても行い、通覧が差押えの範囲を制限するための措置として存在していることを述べた。すなわち、「110 条の目的は、合理的な範囲内で (im Rahmen des Vertretbaren)、手続関連性を有し利用可能な情報だけを永続的でかつ深刻な侵害 (これはすなわち、「差押え」である：引用者注) に付すということである。一方で、潜在的な証拠関連性と利用可能性の確認のために行われる、一時的な保全に基づく通覧の手続は、永続的でかつ包括的な国家によるアクセスとそれに結び付く濫用の危険 (Missbrauchsgefahren) の回避を目的とする。その一方で、手続の終結まで終局的に作用する差押えが電磁的記録媒体やそこ

---

<sup>1</sup> BVerfG NJW 2003, 2669 (2670 f.); *Kristina Peters*, Anwesenheitsrechte bei der Durchsicht gemäß § 110 StPO: Bekämpfung der Risiken und Nebenwirkungen einer übermächtigen Ermittlungsmaßnahme, NZWiSt 2017, 467.

<sup>2</sup> BVerfG NJW 2005, 1917 (1922); BVerfG NJW 2009, 2431 (2436).

<sup>3</sup> BVerfG NJW 2005, 1917 (1920).

に蔵置されるすべてのデータになされる場合には、国家によるアクセスは時間的に永続化し (perpetuieren)、それをもってその侵害は著しく激化させられるだろう」と<sup>4</sup>。

他方で、連邦憲法裁判所は、通覧の枠組みにおいては、搜索決定において認められている範囲をしばしば超えて一場合によってはデータの全体が一持ち出されてしまうこと自体を認めている<sup>5</sup>。すなわち、通覧は、まさにどのデータが証拠関連性を有し、利用可能なかを判断するために行われるのであるから、搜索決定で定められている目的の範囲を超えてデータ全体を保全したり、すべての電磁的記録媒体を持ち出すということがしばしば生じる。したがって、裁判官の命令における搜索の目的設定による制限は、通覧の手續においては「実質的に無意味に (praktisch gegenstandlos)」なると指摘される<sup>6</sup>。

このように、通覧が現実にはほとんど無限定的に行われざるを得ないという構造的問題は、対象者に重大な権利侵害をもたらす。すなわち、データ全体に対する通覧は、本来その目的から厳格に制限されるべき捜査の範囲を超え、包括的なデータのアクセスを必然的に生じさせる。その結果、対象者のデータは事実上、全面的に把握されてしまう。それに加えて、この過程では、捜査に無関係の、極めて高度に人格的な情報 (höchstpersönliche Gegenstände) までもが通覧される危険が伴う<sup>7</sup>。

しかしながら、連邦憲法裁判所の有している理解においては、上記のような危険性を考慮して通覧が法的規律をもって制限されなければならないという発想そのものが生じえないのではないかという指摘がある。すなわち、連邦憲法裁判所は、通覧における侵害の重点をデータの閲覧 (Offenlegung) ではなく、データの剥奪 (Datenentzug) においているというのである。そして、それゆえ、差押えと比較すれば、通覧の侵害はあくまでも「一時的な (vorübergehend)」性質に過ぎず、差押えよりもより穏やかな措置と位置付けられ

---

<sup>4</sup> BVerfG NJW 2005, 1917 (1921).

<sup>5</sup> BVerfG NJW 2003, 2669 (2670 f.).

<sup>6</sup> Peters (Fn. 1), 467; BVerfG NJW 2003, 2669 (2671).

<sup>7</sup> Peters (Fn. 1), 467.

るのである<sup>8</sup>。

したがって、現行の通覧の実務においては、被疑者や被疑者と接触のある者、そして完全に捜査とは無関係の第三者を徹底的に調査することが、110条による通覧を通じて可能となっていると批判されている<sup>9</sup>。

### (2) 通覧手続の開示性の欠如

第2に、通覧が有している「秘密性」とそこから生じる権限濫用の危険性についてである。

本稿で繰り返し述べている通り、搜索や差押えは開示的捜査措置として手続が設計されている。そして、通覧は搜索差押えの手続の一部であることから、当然に開示的捜査措置として手続が行われ、実際に110条4項において98条2項の準用が規定されている。また、110条による通覧が開示的捜査措置として行われることは、110条に関する法改正の議論において立法者によっても確認されている<sup>10</sup>。

しかしながら、通覧に関しては、特にデータ全体が捜査現場から持ち出された場合には、秘匿的捜査措置に非常に接近するといわれている<sup>11</sup>。

確かに、通覧のために現場で発見された電磁的記録媒体やデータが持ち出された場合であっても、対象者は、どのようなデータが持ち出されたのか、並びに、それらに対して捜査機関がアクセスしているということ自体は、110条4項が98条2項を準用しているがゆえに、知ることができるし、それをもって適切な方法で法的に防御することもできる<sup>12</sup>。

---

<sup>8</sup> Peters (Fn. 1), 467 f.

<sup>9</sup> Peters (Fn. 1), 468; Momme Buchholz, Das Anwesenheitsrecht bei der Durchsicht von Datenbeständen nach § 110 Abs. 1 StPO, NZWiSt 2021, 371.

<sup>10</sup> BT-Drs. 16/5846, S. 64; BT-Drs. 19/27654 S. 73 ff.

<sup>11</sup> Peters (Fn. 1), 469.

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2009, 2431 (2436); Peters (Fn. 1), 469.

## 第4章

しかし、通覧のために現場で発見されたすべての電磁的記録媒体及びデータの包括的な持ち出しがなされた場合には、たとえそれらのデータにアクセスが行われるということを知ったとしても、どのようなデータにどのくらいアクセスしたのか、そしてそのアクセスは通覧の権限を逸脱していないか、偶然の発見物を目的としたアクセスという形で通覧権限が濫用されていないか、そういったことを対象者は知ることができないのである。ましてや、先に確認した通り、現行の通覧規定は、通覧の際のアクセス権限について内容的な制限も時間的な制限も設けていない。このような状況にある通覧規定は、まさに先に確認した開示性を欠いているといえるのではないか。すなわち、持ち出しがなされた際の通覧の場合には、対象者は通覧の実施に関与する機会を与えられず、それゆえに捜査機関の権限の逸脱・濫用が生じたとしてもそれを指摘できる状況にはない。それゆえに開示性による捜査機関への監視・点検という規律も働かない。このように言えるのではないかということである<sup>13</sup>。

このような開示性の保障を全うできない通覧規定の在り方は、デジタルデバイスの普及した情報化社会においてはいっそう問題があるとされる。すなわち、現代社会においては私生活の領域が広範にデジタル化していることから、対象者のデジタルデバイス又は当該デバイス上のデータを通覧目的で包括的に一時保全し持ち出した場合、捜査に無関係でかつ非常にプライベートなデータが大量に含まれることは避けることができない。その結果、これら極めてプライベートな情報が捜査機関のアクセスや閲覧にさらされることになる。この際、確かに通覧やアクセスの「有無〈ob〉」を対象者は認識することはできる。しかし、通覧やアクセスが実際に行われた範囲や、どの程度行われたのか—例えば、どの

---

<sup>13</sup> Peters (Fn. 1), 469. Peters は、開示的捜査措置の本質が、「対象者が法的制限の遵守〈Beachtung〉を迫体験する〈nachvollziehen〉ことができ、それが違法である場合には当該措置を阻止することができる」ことにあるとした連邦憲法裁判所の判示〔BVerfG NJW 2006, 976 (981), BVerfG NJW 2009, 2431 (2435).〕を挙げた上で、持ち出しがあった際の通覧の場合には、この開示的捜査措置の本質が欠けているのではないかと指摘する。

データに何度アクセスが行われたのか、またそのアクセスは捜査の目的に必要な限度であったのかなど一を、対象者は認識することができない。これでは結局、秘匿的捜査措置の場合と同様に、対象者は適切な法的救済を受けられないままになってしまうというのである<sup>14</sup>。

以上のように現行の通覧規定は、開示的捜査措置としての設計の不十分さが問題視されているのである。

### 3. 問題解決のための学説からの主張—規律密度の充足

このように強い権利侵害性を有しながら開示性の本質的な部分を欠いている現行の通覧規定は、第2章で確認した通り、裁判官留保を通じた規律も失っている。その他の法的規律も110条に規定されていないため、現在の通覧及びそのための持ち出しと一時保全を法的に規律するものは、比例原則による事後的な統制のみである。しかしながら、このような通覧規定は、通覧の侵害強度に鑑みれば、それに見合った規律密度を有していないのではないかとされる。それゆえ、この現状を変えるべく、学説からは、①通覧への立会い、②通覧の期間の限定、③通覧の執行方法についての規定、④通覧後のデータの削除義務の4つの視点からの主張がなされている。以下ではそれぞれ順にみていきたい。

## Ⅱ. 現場から持ち出された電磁的記録媒体の通覧への対象者の立会いについて

ドイツ刑訴法110条に基づいて書類及び電磁的記録媒体の通覧が捜索の現場で行われる際には、106条に基づき、対象者は通覧に立ち会うことができる。

他方で、実際の捜索や通覧においては、通覧すべき情報量の多さなどを理由として、通覧は捜索現場で行われないという。すなわち、対象となっている書類等を持ち出した上

---

<sup>14</sup> *Peters* (Fn. 1), 469.

## 第4章

で、一典型的には警察署〈Dienststelle〉などで<sup>15</sup>—通覧が行われるという<sup>16</sup>。しかし、この持ち出された書類等が通覧される場合について、書類の占有者をはじめとする通覧措置の対象者が、この通覧に立ち会うことができるのかどうかについては、110条に規定されていない。それゆえ、この際、通覧の対象者は立会いができるのかどうか、できるとすればそれはどのような根拠に基づくのか、といったことが議論されている。

この議論は、通覧手続の開示性の問題と深く関連するものであるといえる。なぜならば、そもそも106条は搜索手続についての開示性を保障する規定の一つとされているからである<sup>17</sup>。そして通覧は「搜索の一部」として理解されている<sup>18</sup>。したがって、通覧の際に106条が適用されるのかどうかという問題は、通覧自体の手続の開示性を取り扱った問題と言えるのである。

以下では、連邦憲法裁判所の立場も踏まえながら、学説の議論を確認したい。学説は大きく2つの立場に分かれていると思われる。すなわち、①106条の直接の適用が認められるため、搜索（102条、103条を問わない）の対象者は原則として「立会い権」が認めら

---

<sup>15</sup> *Felix Doege*, Das Anwesenheitsrecht des Betroffenen und seines Rechtsbeistands bei der Durchsicht gem. § 110 StPO – zugleich eine Besprechung von LG Kiel Besch. 18.6.2021 – 3 Qs 14/21, BeckRS 2021, 18281 –, NStZ 2022, 466 (466), *Buchholz* (Fn. 9), 370.

<sup>16</sup> 第2章 III. 参照。

<sup>17</sup> *Jäger/Wohlers*, in SK-StPO, 6. Aufl. 2023, § 106 Rn 1; *Tsambikakis*, in LR-StPO, 27. Aufl. 2016, § 102 Rn. 1; *Hauschild*, MüKo-StPO, 2. Aufl. 2023, § 106 Rn. 1; *Tido Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 5. Aufl. Rn. 175.

<sup>18</sup> BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 30. November

2021 - 2 BvR 2038/18 - Rn. 46, [http://www.bverfg.de/e/](http://www.bverfg.de/e/rk20211130_2bvr203818.html)

[rk20211130\\_2bvr203818.html](http://www.bverfg.de/e/rk20211130_2bvr203818.html); *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 17), § 110 Rn. 28;

*Tsambikakis*, LR-StPO (Fn. 17), § 110 Rn. 21; *Gercke*, in HK-StPO, 7. Aufl. 2023, § 110

Rn. 11; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO, 68. Aufl. 2025, § 110 Rn. 10; *Hadamitzky*, SSW-

StPO, 6. Aufl. 2025, § 110 Rn. 5; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 17), § 110 Rn. 1.

れるとする見解と、②比例原則の観点から、個別具体的な事情に基づき被疑者以外の者については立会いが認められる場合もあるとする見解である。

### 1. 搜索の対象者に通覧の立会い権を認める見解

まずは、持ち出された書類や電磁的記録媒体の通覧の際の立会い権を認める見解についてである。対象者に持ち出された書類等の通覧に対しての立会い権が認められるべきであるとする理由は、大きく4つ挙げられている。

#### (1) 持ち出された書類の通覧への106条の適用

第1に、110条は搜索の一部であるため、当然、106条に基づく立会い権が通覧の場合にも生じるという根拠づけである<sup>19</sup>。すなわち、搜索の現場であつてもなくても、対象者が搜索及び通覧に立ち会うことにより得られる、捜査活動の監視や統制という利益は変わらないという主張である<sup>20</sup>。

またこれは、次のような視点からも主張される。すなわち、書類や電磁的記録媒体の持ち出しは、基本的に比例原則の観点から許容されるのである。仮に通覧が106条の適用を受けないとすれば、通覧の実効性の確保という捜査機関の事情で持ち出されるような場合に、106条による対象者の立会い権が事実上奪われてしまうことになる。しかしながら、そのような理解は106条それ自体の空洞化を招き、許されないだろうというのである<sup>21</sup>。

---

<sup>19</sup> Jäger/Wohlers, SK-StPO (Fn. 17), § 110 Rn. 25; Hadamitzky, SSW-StPO (Fn. 18),

§ 110 Rn. 17; Peters (Fn. 1), 470.

<sup>20</sup> Buchholz (Fn. 9), 371; Peters (Fn. 1), 470.

<sup>21</sup> Buchholz (Fn. 9), 371.

## (2) 110条旧3項の削除との関係

第2に、2004年改正<sup>22</sup>による110条3項の削除についてである。2004年改正では、通覧権限の拡大も行われたが、同時にそれまで妥当していた3項の規定が削除された（以下、2004年改正で削除された110条3項のことを「旧3項」とする）。

旧3項は、「書類の占有者又はその代理人は、自ら封印をすること〈Beidrückung seines Siegels〉ができる。また、その者は、それに続いて書類の開封〈Entsiegelung〉並びに通覧が命令される場合には、可能な限り、立ち会うこと〈Teilnahme〉が求められる」と規定していた。2004年改正によって旧3項は削除されることとなったが、しかしながら、3項後段の「通覧の立会いを求めること」に関係する部分の削除の理由は、立法資料において何ら言及されなかったのである。すなわち、立法資料によれば、「この規定の廃止により、書類の占有者又はその代理人が自ら封印をすることはできなくなる。もっとも、搜索で発見された書類を封筒に入れて自ら封印を行うことには実務上ほとんど意義がなかったため、このような可能性は明文で規定する必要はないと判断された」とされただけであった<sup>23</sup>。

これに対しては、一方で編纂上の誤り〈Redaktionsversehen〉だという指摘がある。すなわち、旧3項に由来する「通覧への立会い権」が削除されたのは編纂上の誤りであるため、依然として106条1項に基づき、対象者に通覧に立ち会う機会が与えられなければならない、という理解である<sup>24</sup>。もう一方で、これは編纂上の誤りではなく、まさに捜査機関を名宛人とした「通覧への立会いを求める義務〈Aufforderungspflicht〉」が削除されただけであるという指摘もある。すなわち、旧3項の削除は立会い権自体の削除を意味しないという理解である<sup>25</sup>。上記の2つの理解は若干論理が異なるものの、いずれにして

---

<sup>22</sup> BGBl. I, 2004 S. 2198.

<sup>23</sup> BT-Drs. 15/3482, S. 21.

<sup>24</sup> Park (Fn. 17), Rn. 275.

<sup>25</sup> Buchholz (Fn. 9), 371 f.

も、旧3項の削除は通覧の場合における立会い権の否定には何ら関連性を持たないとする。したがって、106条1項に由来する搜索への立会い権が通覧の場合にも現在も妥当し続けているという理解は共通している<sup>26</sup>。

旧3項に対するこのような理解は、立会い権それ自体を肯定する根拠というよりは、次に見る立会い権がないとみる見解への反論である。

### (3) 通覧の権利侵害性の激しさと「開示性」の欠如

第3に、最初に確認した、通覧の権利侵害性の激しさと開示性を部分的に欠いていることを理由として、現在の規定の規律密度では不十分であるとして立会い権を認めるべきだとする主張もある<sup>27</sup>。

はじめに見たように、通覧は、搜索命令において事前に明示された捜査の目的を通じて対象を制限するということが難しく、また、本来有しているべきである開示性もその本質的な部分が欠如している。このような通覧規定の問題を解決する方法として、立会い権がもっとも効果的であろうと主張するのである<sup>28</sup>。

このような事情を踏まえると、通覧は106条の適用を受け、それに基づく立会い権は認められるべきであるとされるのである。

### (4) 比例原則の観点からの要請

最後に、立会い権は、比例原則の観点からも根拠づけられるという主張である。

通覧は、本来、比例原則の観点から迅速かつ最小限の範囲で行われるべきである。対象者の立会いがデータの選別を迅速に行い、かつ無関係なデータへのアクセスの回避を実現

---

<sup>26</sup> Vgl. Jäger/Wohlers, SK-StPO (Fn. 17), § 110 Rn. 25.

<sup>27</sup> Buchholz (Fn. 9), 371; Peters (Fn. 1), 470.

<sup>28</sup> Peters (Fn. 1), 470.

するのであれば、一とりわけ包括的な通覧が行われるような場合には一常に立会いが認められなければならないだろうとする<sup>29</sup>。

## 2. 比例原則の観点から、個別具体的な事情に基づき被疑者以外の者については立会いが認められる場合もあるとする見解

これに対して、通覧の際の立会い権は認められないとする見解がある。この見解によれば、通覧の際の立会い自体は比例原則の観点から、個別具体的な事情に基づき認められる場合はあるが、通覧の対象者の権利としての立会いは認められていないというのである。以下では、ドイツの検察官である *Doege* の主張をもとにこの見解を見ていきたい。

### (1) 通常法上の〈*einfachgesetzlich*〉立会い権の根拠の否定

#### A. 旧3項後段について

*Doege* は、旧3項後段の削除は、通覧に関する立会い権に関してなんらかの根拠とはならないという。先に見たように、旧3項は、通覧の立会い権に関する根拠を含んでいたが、2004年改正を通じて削除された。

旧3項の削除には、編纂上の誤りや、立会いを求める義務が削除されただけであるといった理解があることは確認した。他方で、2004年から現在に至るまで110条の改正は何度か行われたが、立会い権に関する規定の修正がなされなかったという事実もある。そういった様々な事情を踏まえれば、現時点で旧3項の削除の意義を明確に評価することは難しいとする。したがって、旧3項の削除それ自体が通覧の立会い権の議論に何らかの意義を有するということとはできないとするのである<sup>30</sup>。

---

<sup>29</sup> *Peters* (Fn. 1), 470 f.; *Andre-M. Szesny*, *Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO*, *Wj* 2012, 232.

<sup>30</sup> *Doege* (Fn. 15), 468.

### B. 刑訴法 106 条について

次に搜索における立会いについて規定する 106 条の適用についてである。すなわち、通覧は、搜索の一部であるため、106 条の適用を受けるという論証についてである。

*Doege* によれば、このような論証は、106 条が住居の不可侵についての基本権に由来していることに鑑みれば不適當であるという。すなわち、通覧のために書類や電磁的記録媒体が持ち出された場合には、もはや基本権 13 条が保護する住居の不可侵への侵害は生じておらず、そのような状況にまで 106 条の適用を拡張することには説得力がないのではないかと指摘するのである<sup>31</sup>。

また、そもそも 106 条による立会い権は、実務運用上の留保

〈Praktikabilitätsvorbehalt〉のもとにあるとされる。すなわち、106 条の立会い権は、あくまでも対象者の権利として形成されるだけで、捜査機関がその立会いを作り出す又は対象者を待つ義務を負うわけではない。そして、対象者が立ち会わない場合に、それが可能な限りにおいて、代理人が呼び出されるに過ぎないのである（106 条 1 項 2 文）。このような 106 条の立会い権の制限に鑑みれば、データ等が持ち出された場合に行われる通覧に対する立会い権を保護することは、ほとんどありえないのではないかというのである<sup>32</sup>。

さらに、106 条が代理人の立会い権を保障するとはましてやありえないという。なぜならば、106 条 1 項 2 文にある通り、代理人の立会いは、対象者の立会いがない場合に認められる従属的な立会い権に過ぎないからである<sup>33</sup>。対象者ですら、データ等の持ち出しがあった場合の立会い権は認められないのであるから、代理人の立会い権はなおさら認められないであろうというのである。

---

<sup>31</sup> *Doege* (Fn. 15), 468.

<sup>32</sup> *Doege* (Fn. 15), 468.

<sup>33</sup> *Doege* (Fn. 15), 468 f.

### C. その他の規定について

その他にも、被疑者の尋問の際の弁護人の立会い権を規定する 163 条 a 第 4 項（168 条 c を準用）や、弁護人の記録閲覧権を規定する 147 条 1 項をもって立会い権を根拠づける試みもあるとする。しかしながら、前者は性質が完全に異なる捜査措置における立会い権であり、解釈上困難であるという<sup>34</sup>。また、後者については、通覧のために持ち出された書類は、147 条 1 項における弁護人の記録閲覧権の対象とはならないとされているため、この規定を立会い権の根拠とすることもできないとされる<sup>35</sup>。

### (2) 連邦憲法裁判所の判例

以上のように、*Doege* は、通常法上の立会い権の根拠をすべて否定した次に、2 つの判例における立会い権への理解を確認する。結論から言えば、連邦憲法裁判所の判例は、対象者には憲法上の立会い権は認められず、比例原則の観点から立会いが認められる場合があるとするのである。

#### A. 連邦憲法裁判所の 2005 年判例

第 1 に、連邦憲法裁判所の 2005 年 4 月 12 日の判例である<sup>36</sup>。本件事案では、税刑法上の捜査手続において弁護士と税理士が被疑者とされ、当該被疑者が職場とする弁護士事務所及び税理士事務所が搜索された。搜索の際には、弁護士事務所及び税理士事務所にあるデータ全体のコピーが作成された。このような差押えとして評価される保全を承認する州裁判所の決定に対して、憲法上の抗告がなされたのである。

このような事案に対して、連邦憲法裁判所は自ら立会いについての考え方を提示したの

---

<sup>34</sup> *Doege* (Fn. 15), 469.

<sup>35</sup> *Doege* (Fn. 15), 468.

<sup>36</sup> BVerfG NJW 2005, 1917.

## 第4章

である。すなわち、「侵害の比例性を確保するために、個別事案においては、それぞれのデータの占有者〈Inhaber〉を保全されたデータの手続関連性の審査に関与させることが要請され得る。とりわけ被疑者ではない共同経営者〈Sozien〉がデータの構造やそれぞれのデータの関連性について行う、具体的で、合理的で〈nachvollziehbar〉かつ検証可能な〈überprüfbar〉指示〈Angaben〉は、実質的にデータの分類を容易にし、そして保全されるべきデータの量を減らしうる」と<sup>37</sup>。

このように連邦憲法裁判所の2005年判例は、比例原則の観点から、被疑者ではない者の通覧への立会いが認められる場合があることを示唆した。なお、本件事案において立会いが認められるべきであったかどうかは判断されていない。

### B. 連邦憲法裁判所の2009年判例

第2に、連邦憲法裁判所の2009年6月16日の判例である<sup>38</sup>。本件事案では、証人のEメールボックス〈E-Mail-Postfach〉の差押えが基礎となった。差押えの際には、特に被疑者との通信と詳細に限定された業務上の文脈のメールが差し押さえられることとなった。

連邦最高裁判所は、判示において2005年判例を参照し、同様に比例原則の観点から立会いが認められる場合があることに言及したうえで、次のことを付け加えた。すなわち、「もっとも、あらゆる場合において保全されたEメールの選別〈Sichtung〉に関与〈Teilnahme〉をすることは、憲法上求められていない。通覧の場合に関与が求められるかどうかは、効果的な刑事訴追とデータアクセスの激しさを衡量〈Berücksichtigung〉したうえで、それぞれの個別事案において判断されるべきである」と<sup>39</sup>。

そのうえで、地方裁判所が本件において抗告人の立会い権を否定したことは、憲法上問

---

<sup>37</sup> BVerfG NJW 2005, 1917 (1922).

<sup>38</sup> BVerfG NJW 2009, 2431.

<sup>39</sup> BVerfG NJW 2009, 2431 (2437).

題とならないとした。そのうえで、「いずれにしても、抗告人の主張からは、比例性を確保するために本件において保全されたEメールの手続関連性の審査に抗告人自身を関与させるということが憲法上必要とされ得たとは、読み取ることはできない」とした<sup>40</sup>。

### (3) 通覧において立会いが許容される基準

以上の連邦憲法裁判所の立場を踏まえて、*Doege*は通覧の際の立会いが認められる基準を検討する。

はじめに、*Doege*は、立会い権の目的の趣旨は搜索と差押えの間にある接続的な手続段階としての通覧の制度〈Institut〉の保護目的に照らして考慮されなければならないという。すなわち、通覧は、侵害の振れ幅〈Streubreite des Eingriffes〉を最小化する目的を有するため、そのような通覧規定の趣旨にそって立会いがその役割を果たせるかが重要であるとされる<sup>41</sup>。

そこで、論者は4つの視点から立会いの必要性を検討する。

#### A. 侵害の激しさに対する立会い権の全般的な関連性の無さ〈Keine generelle Relevanz〉

まず、*Doege*は、通覧への立会いは侵害の激しさに関連性を有しないという。換言すれば、対象者が立ち会っているからといって通覧に伴う侵害の程度は軽くないというのである。これは、主に開示的捜査措置と秘匿的捜査措置の侵害強度の違いという観点からの話であるという。

すなわち、秘匿的捜査措置が特別な侵害の激しさを有している理由は、対象者が措置の実施を認識しておらず、そのために適切に自身の行動〈Verhalten〉を取ることができ

---

<sup>40</sup> BVerfG NJW 2009, 2431 (2439).

<sup>41</sup> *Doege* (Fn. 15), 470.

ず、そしてそれゆえ、対抗する〈Abwehr〉のために法的救済〈Rechtsbehelf〉を取ること  
もできないからである<sup>42</sup>。すなわち、開示的であるか秘匿的であるかの境界線は、対象者  
の立会いがあるかどうかが決定的なのではなく、措置に対する認識を有しているかどうか  
にあるのだという<sup>43</sup>。実際、その他の非秘密的措置〈nicht-heimlichen  
Ermittlungsmaßnahmen〉も常に被疑者の立会いが行われるわけではない（106条1項）。立  
会いがないまま捜索が行われたとしても侵害の激しさは変わらない。対象者の立ち会って  
いない場合にも差押えが行われ得ることは98条2項1文からも明らかである。この意味  
で、立会いは捜査の侵害の激しさに何ら関連性を有しないとするのである<sup>44</sup>。

### B. 法的保護としての効果の低さ

次に、*Doege*は、開示的であることによってなされる捜査機関の監視と統制は、立会い  
以外の様々な方法によっても可能であるという。

例えば、通覧の場合であっても、対象者は、通覧されるデータの範囲とその内容を認識  
することができ、そして持ち出しがある際には98条2項2文によっていつでも裁判所の  
決定を申し立てることができる。また98条2項2文は、捜査機関の通覧の執行態様につ  
いても及ぶ。そして通覧後にデータが差し押さえられる際には、裁判官により差押えの命  
令がなされなければならない、その際には33条3項による法的聴聞が保障されなければな  
らない。

したがって、通覧の際の立会いを対象者に与えない場合には、直ちに対象者が適切な法  
的保護を受けられないとは言えないのではないか。むしろ、逆に、立会い権がすでに存在  
している法的保護の可能性に対してどのような追加的利益〈Mehrgewinn〉を与えるのかが

---

<sup>42</sup> BVerfGE 115, 166 (195).

<sup>43</sup> *Doege* (Fn. 15), 470.

<sup>44</sup> *Doege* (Fn. 15), 470.

問題となるという<sup>45</sup>。

#### C. 偶然の発見物〈Zufallsfunden〉の探索という見かけ上の〈vermeintlich〉危険性

立会い権は、一般的に偶然の発見物の探索を防ぐことができるとされる。しかしながら、*Doege* は、この偶然の発見物の探索に対する不信感〈Misstrauen〉は、非常に大雑把に言われていることに加え、IT 上での手続関連性のあるデータの探索の困難さの無理解から生じているものではないかと指摘する<sup>46</sup>。

確かに、通覧は、搜索命令において具体化された範囲に制限されるべきであるが、他方で、捜査官は、差押え対象物が存在する可能性がある場所を隅から隅まで探すことが許されているのであり、通覧においても同様に、そこに証拠関連性のある情報があるのではないかと推測する限り、書類の全体を閲覧することが許されるのである。通覧の対象がデータや記録媒体場合には、隠しデータや内容の隠蔽などの多様な可能性があるために、いっそうくまなく探索がなされるという<sup>47</sup>。

したがって、仮に対象者の立会いがなされていたとして、捜査官が開こうとしているファイルに無関係のデータが保存されていることを主張したとしても、捜査官がそれを聞き入れる義務はなく、おそらくそのファイルは閲覧されることになるだろう。そのように考えたとき、結局、立会い権によって得られる法的保護は、98 条 2 項によって予定されている法的救済を超えるものではないのではないかと。ましてや 98 条 2 項 2 文による申立てには執行停止〈aufsschiebende Wirkung〉がない以上、なおさらである、とされる<sup>48</sup>。

---

<sup>45</sup> *Doege* (Fn. 15), 470.

<sup>46</sup> *Doege* (Fn. 15), 470.

<sup>47</sup> *Doege* (Fn. 15), 471.

<sup>48</sup> *Doege* (Fn. 15), 471.

**D. 決定的な要因としての有益な支持の期待可能性**

以上の検討により、*Doege* は、対象者の法的保護という側面からは立会いの必要性は見出されないとする。そして、*Doege* は、対象者の立会いが侵害範囲を制限することに寄与する場合、すなわち手続関連性のあるデータとないデータの選別を促進するという場合だけに、立会いの必要性が根拠づけられるとする<sup>49</sup>。

このとき重要なのは、立会いをするものが通覧対象のデータ構造を熟知しており、データの選別に有益な指示を出すことができるかどうかであるという<sup>50</sup>。

**(4) 得られた基準の適用**

**A. 102 条の搜索の場合の被疑者又はその弁護人の通覧への立会い**

以上の通り、*Doege* が見出した通覧における立会いの必要性の根拠は、選別手続の促進である。それゆえ、被疑者やその弁護人の場合には、通常立会いは根拠づけられないということになるだろうと *Doege* はいう。なぜならば、選別に関する被疑者の指示は、一般的にその信憑性（*Glaubhaftigkeit*）が問題となり、被疑者が「このデータは手続に無関係なため閲覧する必要はない」と主張したところで、捜査官はその主張を鵜呑みにはしないだろうからとされる<sup>51</sup>。

また、被疑者の弁護人も立会いの必要性は根拠づけられないだろうという。なぜならば、弁護人は通覧対象のデータ構造やデータの内容を熟知していないからである。

**B. 103 条による搜索の場合の被疑者ではない者又はその法的援助者の通覧への立会い**

*Doege* は、103 条の搜索後に行われる通覧の際にも、対象者の立会い権は、通常生じな

---

<sup>49</sup> *Doege* (Fn. 15), 471.

<sup>50</sup> *Doege* (Fn. 15), 471.

<sup>51</sup> *Doege* (Fn. 15), 471.

いという。連邦憲法裁判所の判例から、憲法上の一般的な立会い権が認められていないことも明らかにされた<sup>52</sup>。むしろ、被疑者ではない者の立会いは、効果的な刑事訴追とデータアクセスによる侵害の激しさを衡量したうえで判断されるものである<sup>53</sup>。

このような対象者の立会いの可否を考える場合には、対象者の立会いが手続上の遅滞を招き得るという現実的な問題も考えるべきであるとされる。すなわち、捜査機関もかなりシビアな時間制限の中で、かつ限られた人的資源をもって通覧をより効率的に行っているという<sup>54</sup>。このような中で対象者の立会いという手続を入れ込むと、手続の遅滞を招き得る。これは、手続の迅速な終了という被疑者の利益や迅速性の要請

〈Beschleunigungsgebot〉にも反する。

このように、手続の効率性〈Verfahrenseffektivität〉は、立会いを否定する重要な理由となり得るのである。しかしながら、立ち会っているデータの分類に寄与し、その選別プロセスを促進しうる場合には、立会いによる手続の遅滞の問題は補われる。したがって、このような場合にのみ、被疑者ではない者の立会いは認められるのだという<sup>55</sup>。

### 3. 通覧の立会い権に関する議論のまとめ

通覧の立会い権についての議論を簡単にまとめたい。

まずは、両者の相違点について2つを確認したい。第1に、どちらの見解も通覧の立会いが認められうること自体は否定しない。ただ、前者の立会い権を認める見解は、106条の適用をもって立会い権が原則として認められるという立場をとっている<sup>56</sup>。それに対し

---

<sup>52</sup> BVerfG NJW 2009, 2431 (2437).

<sup>53</sup> Doege (Fn. 15), 472.

<sup>54</sup> Doege (Fn. 15), 472.

<sup>55</sup> Doege (Fn. 15), 472.

<sup>56</sup> 他方で、著しい手続の遅滞を生じさせる危険がある場合には、例外的に立会い権が認められないこともあるという〔Buchholz (Fn. 9), 372.〕。

## 第4章

て、後者の比例原則の観点から立会いが認められる場合もあるとする見解は、例外的に立会いが認められる場合があるとし、対象者の「権利」としての立会いは認められないという立場をとっている。

第2に、開示性の理解についてである。前者は開示性をまさに第3章で確認したような「捜査機関の権限逸脱や濫用をいつでも指摘できる状況を対象者に与える」というものと理解し、それを具体化したものとしての立会いを想定している。それに対して、後者は、開示性を単に「措置の実施について知らされること」と理解しているだけであり、立会いがあったとしても捜査機関への統制や監視にはつながらないと理解している。

他方で、後者の見解が、通覧への立会いが必ずしも対象者の法的保護においてベストの選択肢ではないと指摘している部分については、前者の主張から回答は得られない。本議論を検討するにあたっては、この点が重要であると思われる。

### Ⅲ. 現場から持ち出された場合に行われる通覧の期間について

次に、通覧の期間に関する議論を見ていきたい。

110条においては、通覧が行われる期間についての定めはない。それに関しては、次のような指摘がある。すなわち、通覧規定の創設時には、期間について規定する必要がなかった。なぜならば、通常、選別すべき資料〈Unterlage〉の量が限定的であり、迅速な通覧がいわば当然のこととして成り立っていたからである。しかしながら、時が進むにつれて選別すべき資料の量が増大し、また電磁的記録媒体や電子データの利用によって状況が根本的に変わったとされる。その結果として、現代では、一時的に保全された資料やデータの通覧は、数か月、場合によっては数年かかることもあるという<sup>57</sup>。

他方で、実務においては、企業の資料がトラックで検察庁に運ばれ、何か月も何年も審

---

<sup>57</sup> Tido Park, Aktuelle Fragen zu Durchsuchung und Beschlagnahme in Wirtschaftsstrafsachen, NStZ 2023, 649.

査されずに放置されているというケースも報告されているという<sup>58</sup>。このようなケースが差押えを目的とする暫定的な処分としての通覧の趣旨に対応していないことは明らかであると指摘されている<sup>59</sup>。

以下では、まず判例において通覧の期間についての考え方を確認したうえで、それに対する問題意識を有している学説の主張を見ていきたい。

### 1. 連邦憲法裁判所の判例

まずは、連邦憲法裁判所による通覧の期間に関する理解を確認したい。連邦憲法裁判所は、2002年1月30日の判例<sup>60</sup>において、通覧に対する時間的制限を比例原則から導く。

すなわち、第1に、どの範囲で内容の通覧を行い、どのように通覧を形成し、いつ通覧を終了するのかは、検察官の裁量のもとにあるとする。そして、裁判所は、検察官の判断についての審査をするのである。またこの際、通覧の対象者は98条2項による申立てを行うことができるとされた<sup>61</sup>。

第2に、搜索命令の時間的な妥当性についての原則は通覧段階においては適用がないという。すなわち、過去の判例において、基本法13条2項の裁判官留保の観点から、搜索命令は6か月を超えると正当性を失うという原則を示した<sup>62</sup>。しかし、対象物が持ち出された際の通覧の場合には、もはや基本法13条の保護する住居の不可侵への侵害は発生しておらず、むしろ物の占有の剝奪（Sachentzug）の継続の制限の侵害にとどまる。それゆえ、基本法13条2項の裁判官留保の正当性という理由から生じる搜索の時間的制限は、

---

<sup>58</sup> LR/*Menges* § 110 Rn. 22.

<sup>59</sup> *Park* (Fn 57), 649 f.

<sup>60</sup> BVerfG NJW 2002, 1410.

<sup>61</sup> BVerfG NJW 2002, 1410 (1411).

<sup>62</sup> BVerfGE 96, 44 (51 ff.).

## 第4章

通覧には適用されないとされる<sup>63</sup>。

第3に、通覧の期間の妥当性については、比例原則に基づいて個別具体的に判断され得ることを認めた。すなわち、連邦憲法裁判所は、専門裁判所（Fachgerichte）が、本件の通覧について、その措置が長期間に及んだ理由、対象者の基本権侵害の程度、根拠となる犯罪嫌疑（Tatvorwürfe）の重大さを比較衡量した上で比例原則は守られていると結論付けたことについて、この判断を許容したのである。

### 2. 連邦通常裁判所の判例

それに加えて、通覧の期間に関する連邦通常裁判所の判例がある<sup>64</sup>。事例は以下の通りである<sup>65</sup>。

本件の被疑者は、外国のテロ組織の構成員の嫌疑（ドイツ刑法 129 条 a 第 1 項 1 号、129 条 b 第 1 項）で捜査されており、2020 年 10 月 27 日に BGH の捜査判事によりなされた搜索決定をもとに、搜索を受けた。その際、スマートフォン 2 台、ノートパソコン 1 台、USB スティック 1 本が発見され、110 条により一時保全され、現場から持ち出された。この際、搜索に立ち会っていた被疑者は、上記に対して異議を申し立てなかった。

2020 年 10 月 29 日に、弁護人から上記通覧のための一時保全に対する「異議申立て」が州刑事局に対して行われた。本来であれば、検察官は 98 条 2 項に基づき、3 日以内に裁判所の承認を申し立てなければならないはずであった。しかし、それに対しては、同年 11 月 5 日に連邦刑事総長（Generalbundesanwalt）が弁護人に通覧の必要性がある旨を伝えるだけで終わった。

2021 年 2 月 4 日にはおおよその通覧が終わり、手続関連性のないスマートフォン 1

<sup>63</sup> BVerfG NJW 2002, 1410 (1411).

<sup>64</sup> BGH NStZ 2021, 623.

<sup>65</sup> BGH NStZ 2021, 623 (623).

台、ノートパソコン、USB が返還された。しかし、連邦刑事総長は、スマートフォン 1 台について、そのデータ量の膨大さを理由にさらなる通覧が必要であるとし、連邦通常裁判所の捜査判事に承認の申立てを行った。

2021 年 4 月 14 日に、BGH の捜査判事は、通覧のための当該スマートフォンの一時保全を承認したが、一時保全の期間について 2021 年 5 月 21 日までと期限付けた。その理由は、第 1 に、連邦刑事総長の通覧のための一時保全の承認の申立てが、本来行われるべき時点から数か月も遅れていたからである。本来であれば、2020 年 10 月 29 日の弁護人の異議申立てから 3 日以内に承認の申立てを行うべきであったのである。第 2 に、通覧のための一時保全について審査するために連邦刑事総長から提出された資料が不十分な者であったからである。

上記のような杜撰な手続に鑑みれば、無期限の当該スマートフォンの一時保全を承認することは比例原則に反するであろうとして、期限付けを行ったのであった。

この期限付けに対して、連邦刑事総長は抗告した。

この抗告を受けて、連邦通常裁判所の第 3 刑事部は、捜査判事による通覧の期限付けの判断を取り消した。その理由は次の通りである<sup>66</sup>。

まず、連邦通常裁判所は、法律上、裁判所が一時保全を伴う通覧を時間的に制限することはできないとする。対象物の一時保全を伴う通覧に対して、裁判所は、判断の時点において通覧手続の進行が適法であるかどうかの判断をすることができるだけである。すなわち、いまだ終了していない通覧に対して、その必要性や妥当な内容的及び時間的範囲を独自に予測評価することは、裁判官には許されていないという。

そのうえで、110 条による通覧に関して、どの範囲において通覧が必要であるか、個別の場合においてどのように形成されるべきであり、そしていつ終了されるべきかという判断は、むしろ検察官の裁量であるという。それゆえ、捜査判事を通じた法的統制は、判断

---

<sup>66</sup> BGH NStZ 2021, 623 (624 f.).

## 第4章

の時点において、検察官が自身に与えられている捜査裁量の限界を超えたかどうかに限定されるのだという。このような限定を超えて、裁判所が通覧の終了すべき期間のような予測的な評価を行うことは、検察官の裁量の余地を侵害することになるというのである。

また、一方で、通覧の内容的及び時間的範囲について事前に特定することはできないとする。なぜならば、通覧措置の性質上、措置の進展に伴い内容的及び時間的な通覧の必要性が徐々に明らかになっていくからである。他方で、新たな認識〈Erkenntnisse〉—例えば、データの復号化に思いがけず成功した場合や、パスワードを入手できた場合など—が通覧に必要な時間を著しく短縮することもあり得る。したがって、裁判官が独自の予測評価に基づいて通覧を期限付けることは、むしろ対象者の不利益を招くこともあるとするのである。

このようにして、通覧の期限を捜査判事が事前に設定することを全面的に否定したのであった。

### 3. 学説からの主張—通覧の期限付けに関する立法の必要性

#### (1) 判例の見解に対する批判

以上のように、判例においては通覧の期間については、①法律上、通覧の期間の設定は検察官の裁量により判断されるものであり、②裁判官は検察官の裁量が比例原則に反していないかどうかを事後的に審査することができるだけである。それゆえ、③裁判官が自身の予測的な評価に基づいて通覧の期間を設定することは許されていない。

このような判例の理解に対しては、学説からの批判がある。すなわち、通覧の期間に対する制限として比例原則は有用な基準を示さないのではないかという批判である。そのように考える理由としては、一方で、比例原則は捜査機関に十分に明確な準則〈Vorgaben〉をもたらさないし、他方で、具体的な手続状況において対象者に十分に信頼のおける保護

を与えないからであるとされている<sup>67</sup>。

### (2) 立法論による解決

このように判例による比例原則に基づく通覧の期間の事後的な審査という在り方を批判する論者は、立法を通じて裁判官が通覧の期間を命令できるようにする枠組みを提案している。以下では、どのような立法が提案されているのかを見ていく。

#### A. 搜索命令を行う捜査判事による事前の期間設定の困難さ

*Park* は、まず、搜索差押えの命令を行う捜査判事がその命令の際に事前に通覧の期間を設定することは不適當であるとする。なぜならば、搜索命令の時点では、搜索で発見されるデータがどのくらいの量になるのかについて、十分に信頼できる形での予測ができないからであるという。それゆえ、当然、そのデータの通覧にどのくらいの時間が必要なのか、信頼できる形では予測できないだろうとする<sup>68</sup>。

#### B. 98 条 2 項 2 文に関連する 110 条 4 項による管轄を有する裁判官による期限付けの可能性

*Park* は、98 条 2 項 2 文（裁判官による承認の申立て）に関連する 110 条 4 項により管轄を有する裁判官に、通覧のための持ち出しへの時間的制限の設定を義務付けることが理にかなっていると主張する。なぜならば、検察官が通覧の持ち出し等の承認の申立てを行う時点で、通覧すべき資料やデータの量は明らかになっているからだという。また、場合

---

<sup>67</sup> *Park* (Fn. 57), 650. ここでは、「数年後に、連邦憲法裁判所が当該通覧は不当に長く継続したと認定したところで、いったい誰の役に立つのか」との指摘がある。

<sup>68</sup> *Tido Park*, Das Datendilemma des § 110 StPO, FS Ignor, 2023, S. 768.

## 第4章

によっては、検察官は時間的必要性を納得させる〈plausibilisieren〉責任を有することになるが、そのような要求は、過大ではないだろうというのである<sup>69</sup>。

このような理解は、通覧の期間は検察官の裁量のもとにあるとした連邦憲法裁判所の2021年判例の考え方と対立するものである。*Park*は、連邦憲法裁判所の判例についても次のように批判する。第1に、裁判官による検察官の裁量への侵害を理由に裁判官による通覧の期間の設定を認めないというのであれば、他の場合における裁判官留保においても、同様の問題が生じうるという<sup>70</sup>。第2に、中立な裁判官の中立性による適切な制限を求める対象者の利益が見失われてしまう恐れがあるという<sup>71</sup>。第3に、法律上に通覧の期間が規定されていないとしても、裁判官による予測的な通覧の期限付けが許されないというわけではないだろうという。むしろ、例えば証拠申請の地位についての事実裁判官の期限設定のように、その他の場合において判例が法律によって規定されていない裁判官による時間的期限付けを正当であると認めているという事情に鑑みれば、通覧の期限付けのみ否定されることは整合性がないのではないかと批判されている<sup>72</sup>。

また、*Hiéramente*と*Wagner*も、連邦通常裁判所の判例には説得的でない部分があるという。それは、判例において期限設定を排斥しようとする理由として、そのような期限付けは当該事件で必要とされる捜査の範囲について捜査判事自身の評価を必然的に含んでしまうということを挙げたことにあるという<sup>73</sup>。すなわち、通覧の手続は、原則として法律によって規定されているが、それに付け加えて、裁判所による審査の核心は、まさに連邦通常裁判所も認めている通り、捜査判事が選別手続の相当性に関して評価を行うということにあるという。このことを踏まえれば、透明性の観点からも、また手続による実効的な

---

<sup>69</sup> *Park* (Fn. 68), S. 769.

<sup>70</sup> *Park* (Fn. 68), S. 769.

<sup>71</sup> *Park* (Fn. 68), S. 769.

<sup>72</sup> *Park* (Fn. 68), S. 769.

<sup>73</sup> *Mayeul Hiéramente/ Sebastian Wagner*, Die illegale Durchsicht beschlagnahmter Papiere und Speichermedien nach den §§ 102, 103 110 StPO und ihre Folgen, StV-S 2023, 174.

基本権保護の観点からも、捜査判事が必要な通覧の期間に関して予測評価を示すことを禁止するべきではないのだとする<sup>74</sup>。むしろ、個別の場合においては、時間的な基準〈Vorgaben〉を通じて明白に差し迫っている基本権侵害を防止することが求められることすらあるのだと *Hiéramente* と *Wagner* は指摘している<sup>75</sup>。

### C. 一定的な期間の法律上での設定

最後に、勾留の期間に関する 121 条の規定を参照して、法律上であらかじめ一定の期間を設定する方法が考えられるとする。このような方法には、2 つの方向性の議論が存在する

一方は、個別具体的な事情を考慮することで事例ごとに応じた期間が設定されるべき通覧には、このような固定的な法律上の規定は不適當であるという指摘である<sup>76</sup>。

他方で、*Park* は、121 条のような固定的な法律上の期間設定の在り方を参照することに意義を見出す<sup>77</sup>。

121 条は、勾留に関して 6 か月の固定的な期間とそれ以降の継続について規定している。この「6 か月」という期間をそのまま通覧の期間においても適用するのは、明らかに長すぎるという。なぜならば、通覧の際には、資料の評価/分析〈Auswertung〉は問題とならず、単に当該対象物が差し押さえるべきかどうかの判断をするだけでよいからだとい

---

<sup>74</sup> *Hiéramente/Wagner* (Fn. 73) 174.

<sup>75</sup> *Hiéramente/Wagner* (Fn. 73) 174.

<sup>76</sup> *Hiéramente/Wagner* (Fn. 73) 174; *Malte Cordes/Tilman Reichling*, Grenzen der Durchsicht von Papieren und elektronischen Speichermedien gemäß § 110 StPO und Rechtsfolgen von Verstößen, NStZ 2022, 714; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 18), § 110 Rn. 8a.

<sup>77</sup> *Park* (Fn. 68), S. 770.

う<sup>78</sup>。

そのうえで、*Park*は、通覧の期間を法律上で規定する場合には、最大6週間の期間付けで、4週間ごとの延長が可能な形がよいだろうとする。そして、期間の延長をする際には、検察官がなぜ設定された時間内に通覧を終了させることができないのかということを説明できなければならないのだという<sup>79</sup>。この説明の際、単に通覧すべきデータ量が膨大であるというだけでは足りないという。追加的な事情として、データファイルがパスワードで保護されており通覧ができない場合や、通覧のために特別なソフトウェアが必要となる場合であるとされる。そして、延長が必要となる場合には、捜査官は、通覧手続の時間的制限を守るためにどのようなことを行ったのか、できる限りを尽くしたのかを記録化することが求められるという<sup>80</sup>。

## IV. 通覧の執行について

通覧は、手続内容についても規定が設けられるべきであると主張がなされている。ここでは、通覧の段階においてデータがどのように位置づけられるべきかと、通覧の際の検索ワードの利用についてという2つの方向性から、その主張を確認したい。

### 1. 通覧のために持ち出されたデータの分析/利用〈Auswertung〉の禁止

#### (1) 問題意識—通覧段階にあるデータが分析/利用される現状

通覧は、検索の一部であり、それゆえ、通覧のために持ち出された対象物は、差し押さえられた物として、すなわち証拠物として取り扱われてはならないとされる。言い換えれ

---

<sup>78</sup> *Park* (Fn. 68), S. 770.

<sup>79</sup> *Park* (Fn. 57), 650; *Park* (Fn. 68), S. 770.

<sup>80</sup> *Park* (Fn. 68), S. 770 f.

## 第4章

ば、通覧の際になされるデータの閲覧は、差し押さえるべき物とそうでないものを選別するレベルにおいて行われるべきであり、差し押え後に行われる証拠の分析や捜査への利用がこの通覧段階において行われることは、許されないのである<sup>81</sup>。

このことは2022年の連邦憲法裁判所の判例においても確認されている<sup>82</sup>。この事例においては、通覧のための一時的保全が5年以上にわたって行われた。連邦憲法裁判所は、このような通覧の手続態様に対して、比例原則の観点から著しい疑念があり、110条の趣旨に合致しないものだろうとした。それに加えて、本件通覧手続においては、証拠が分析されていたことが見て取れるとした。しかしながら、上記の証拠の分析は、98条による裁判官の差し押え命令後に初めて行うことが許されるのであり、本件のように通覧の段階で行われることは違法であった。このように、連邦憲法裁判所も通覧段階におけるデータの分析を否定しているのである。

このように、通覧のための一時的な保全は差し押えを意味せず、あくまでも差し押さえるべき物の選別のための手段だという考えを首尾一貫させると次のような結論が導かれる。すなわち、捜索の過程で発見された資料は、通覧の段階においてもいまだ客観的にも内容的にも捜査資料（Ermittlungsakte）に入れることが許されず、また、他の捜査行為（例えば、証人や被疑者の尋問）において利用することも決して許されない、という結論が<sup>83</sup>。しかしながら、少なくとも上記の連邦憲法裁判所の判例においては上記の首尾一貫した結論は表れていない。

確かに、先に見た通覧の期間に関する主張は、通覧段階においてデータを証拠物として

---

<sup>81</sup> *Stefan Glock*, Unterlagen, deren richterliche Beschlagnahme noch nicht angeordnet oder bestätigt wurde, dürfen seitens der Ermittlungsbehörden nicht verwendet werden, NStZ 2019, 249; *Cordes/Reichling* (Fn. 76), 713; *Hiéramente/Wagner* (Fn. 73) 173; *Park* (Fn. 57), 653.

<sup>82</sup> BVerfG BeckRS 2022, 34717.

<sup>83</sup> *Hiéramente/Wagner* (Fn. 73) 173; *Glock* (Fn. 81), 249.

取り扱い分析利用することはできないということを強調する目的をも有していた<sup>84</sup>。しかしながら、それはあくまでも間接的な手段であり、上記の問題を直接的に解決することにはつながらない可能性もある。そこで、通覧段階におけるデータの利用分析を直接的に防止する手段について次のようなことが提案されている。

## (2) 通覧対象としてのデータ（電磁的記録媒体）の取扱いに関する特別な規定の創設

*Park* は、捜査機関による通覧権限<sup>85</sup>の濫用を防止するために、大きく2つの方法を挙げている。第1に、110条2項2文による書類の封印と同じ方法で一時的に保全されたデータ（及び電磁的記録媒体）を保全する方法である。このようなデータの封印は、①データの変更を防ぐこと、②許されない時期尚早な分析利用からデータを保護することを目的とする<sup>86</sup>。

第2に、データの閲覧等に関する記録作成義務を職員に課すことである。ここでは、100条a第5項3文並びに同条6項の規定の準用が提案されている。100条a第5項3文は、「複写されたデータは、改変、無権限の消去および無権限の閲覧を許さない技術水準により保護されなければならない」とし、同条6項は、「技術的手段の使用に際して、以下の事項を調書に記録するものとする」として、①技術的手段の名称及び使用された日時、②情報技術システムを特定する事項及びこれに施された改変、③獲得された情報の確認を可能にする事項、④処分を実施した組織単位を挙げている<sup>87</sup>。上記の規定は、すなわち、コピーされたデータを変更、権限の無い削除や権限のない閲覧から保護する義務並びにそれに関連する一定の記録作成義務を捜査機関に課すのである<sup>88</sup>。

---

<sup>84</sup> *Park* (Fn. 68), S. 769.

<sup>85</sup> *Hiéramente/ Wagner* (Fn. 73) 175.

<sup>86</sup> *Park* (Fn. 57), 653; *Park* (Fn. 68), S. 771.

<sup>87</sup> 法務省刑事局「ドイツ刑事訴訟法」（2018年）50頁以下。

<sup>88</sup> *Park* (Fn. 57), 653.

これら2つによって、差押え後の証拠物に対してのみ許されるデータの利用分析を通覧の段階に行うという権利濫用を有効に防止できるのだという。

また、*Hiéramente* と *Wagner* は、原則として潜在的な証拠関連性の審査を通覧の対象物ひとつずつに行い、その都度差押えか還付かを行うべきだという。逆に言えば、すべての通覧が終わるまでその全体を保全し続けることは必要性がなく、許容されない。というのも、すでに証拠関連性がないと判断されているものは、他の通覧が終わっていないとしても保全する正当性を失っているからである。それゆえ、個別の対象物ごとではなく全体をまとめて判断するようなあり方は比例原則に反するとされる。

## 2. 検索ワードリスト〈Suchwortlisten〉や検索プログラム〈Suchprogrammen〉の使用について

### (1) 通覧手続を最小限にするための措置を使用する必要性

通覧の手続をどのように行うかについては、通覧の期間と同様に、検察官の裁量のもとにあるとされている<sup>89</sup>。

他方で、比例原則及び欧州人権条約6条1項に由来する迅速性の要請

〈Beschleunigungsgebot〉の観点から、権利侵害を最小限にしつつ、可能な限り早く通覧を終了させることが求められる<sup>90</sup>。それゆえ、捜査機関は、すべての使用可能な措置を検討すべきであり、その措置が通覧の迅速な終結のために必要であれば、講じられるべきである。逆を言えば、手続の迅速化に資する措置があつたにもかかわらず、その措置を講じなかったことでより長い期間にわたって通覧が行われたという場合には、比例原則に反することになるというのである<sup>91</sup>。

---

<sup>89</sup> BVerfG NJW 2002, 1410 (1411).

<sup>90</sup> Cordes/Reichling (Fn. 76), 714; Szesny (Fn. 29), 232.

<sup>91</sup> *Hiéramente/Wagner* (Fn. 73) 175.

連邦憲法裁判所も、先に見た 2009 年 6 月 16 日の判例において、E メール通覧の手續において検索ワードリストや、検索プログラムの使用可能性について明確に言及している<sup>92</sup>。そして、実務においては、特にデータの持ち出しがあった際の通覧の場合には、この検索ワードリストや検索プログラムが大きな役割を果たしているという<sup>93</sup>。

他方で、通覧の際にどのような検索ワードを使用することが許されるのか、そして使用された検索ワードのリストは被疑者にどの程度開示されなければならないのか、そして、対象者や被疑者はそのリストに対してどのように影響を与えることができるのか、といったことが完全には明らかになっていないと指摘されている<sup>94</sup>。

### (2) 検索ワードリストの使用について

*Park* は、検索ワードリストの使用の際には、許容されない探究 (Ausforschung) 又は同様に許されない偶然の発見物を目的とする探索を避けるために、そして捜査活動の統制を可能とするために、次のことが要求されなければならないだろうという。すなわち、捜査官は、探索を捜査決定上の対象物に追体験可能なように制限し、使用した検索ワードを記録において文書化しなければならないというのである<sup>95</sup>。そしてこの際、使用された検索ワードは、捜査の目的を危険にさらさない限りで、被疑者に対しても開示されなければならないとする。また、被疑者は、独自の検索ワードを捜査官の検索ワードリストに追加する権利を与えられなければならないという。このような被疑者の権利は、160 条 2 項に由来する捜査官の客観義務からだけではなく、公正な裁判の原則や、それに由来する武器対等性 (Waffengleichheit) から生じるという<sup>96</sup>。

---

<sup>92</sup> BVerfG NJW 2009, 2431 (2436).

<sup>93</sup> *Park* (Fn. 57), 651.

<sup>94</sup> *Park* (Fn. 57), 651.

<sup>95</sup> *Park* (Fn. 57), 652.

<sup>96</sup> *Park* (Fn. 57), 652. なお、なぜこの際に持ち出された書類が「被疑者」に対して開示さ

*Park*は、検索ワードリストに関して、上記のような内容を含む規定を刑訴法上に明確に設けることが必要だというのである<sup>97</sup>。

### V. データの削除義務について

最後に、対象者の削除義務について簡単に見ておきたい。通覧の結果、持ち出された電磁的記録媒体が証拠関連性を有していないと分かった場合には、対象者に還付されなければならない<sup>98</sup>。そして、対象者の占有する有体物自体の持ち出しがなく、データが紙媒体への複写や電磁的記録媒体へのコピーの形で一時的に保全された場合には、そのような代替品（Surrogate）を対象者の同意なく公的に保管することは許されない。それゆえ、このような代替品は破棄されなければならない<sup>99</sup>。また、電子的に複製されたデータについては、少なくとももはや差押えの対象ではなくなった部分は、削除されなければならない

---

なければならないのか。それは、通覧の際に持ち出された書類やデータについては、証拠閲覧権（147条1項）が及ばないと理解されている〔*Hiéramente/ Wagner* (Fn. 73) 175.〕からであると思われる。すなわち、第三者の検索を通じて持ち出し並びに一時的に保全されたデータの通覧の場合、どのようなデータが一時的に保全され、通覧されるのか、直接の対象者は知らないということは当然生じうる。その際、当該データに被疑者自身にとって有利なデータが含まれている可能性があるが、捜査機関が使用する検索ワードだけでは、被疑者に有利なデータを完全に拾うことはできない。その結果、仮に被疑者が検索ワードリストに影響を与えることができなければ、被疑者に有利なデータは証拠物として差し押さえられることなく、「証拠関連性のないデータ」として削除される。そして、弁護人が147条1項による証拠の閲覧をすることができないのである。このような通覧のために持ち出されたデータの取扱いの問題が、この権利の背景にあると思われる。

<sup>97</sup> *Park* (Fn. 57), 652; vgl. Dominik Brodowski, *Durchsuchung, Durchsicht und Beschlagnahme bei informationstechnischen Systemen*, JZ 2024, 754.

<sup>98</sup> *Menges*, LR-StPO (Fn. 17), § 98 Rn. 63.

<sup>99</sup> *Menges*, LR-StPO (Fn. 17), § 98 Rn. 63; *Cordes/ Reichling* (Fn. 76), 716; *Park* (Fn. 57), 655.

## 第4章

とされる<sup>100</sup>。

上記のような一次資料〈Primärquellen〉が削除されるべきであることには争いがないとされるが、二次資料〈Sekundärquellen〉<sup>101</sup>においても削除義務があるのかには議論があるという<sup>102</sup>。

*Park*は、一次資料を削除するだけで一次資料から得られる認識を削除しない場合には、情報自己決定権（基本法2条1項、1条1項）への継続的な侵害が生じることに鑑みて、原則として二次資料にも削除義務が生じるだろうとする<sup>103</sup>。

## VI. 現行の通覧規定に対する議論の整理と検討

### 1. 議論の整理

本章では、現行の通覧規定における問題について学説からどのような解決策が提案されているかを確認した。

まずは、通覧規定が抱えている問題として、通覧の侵害の激しさとそれに伴っていない規律密度の不足について確認した。とりわけ、現行規定において行われる通覧の在り方では、開示性の「対象者が捜査機関を監視し点検することができる状況を与える」という本質的な部分が失われてしまっている。

これに対して、学説は、①通覧への立会い、②通覧の期間の設定（**①**持ち出しの承認をする捜査判事により個別事例ごとに決定される形式、**②**一定の期間を法律上で定め、期間

---

<sup>100</sup> *Menges*, LR-StPO (Fn. 17), § 98 Rn. 63.

<sup>101</sup> これは、刑事訴追において獲得された認識のメモ書き〈verschriftlichen Erkenntnisse〉を意味するとされる〔*Cordes/Reichling* (Fn. 76), 716; *Park* (Fn. 57), 655.〕。すなわち、電磁的記録媒体上のデータを閲覧して捜査官が取ったメモや書留のことを指すものと思われる。

<sup>102</sup> *Cordes/Reichling* (Fn. 76), 716; *Park* (Fn. 57), 655.

<sup>103</sup> *Park* (Fn. 57), 655; vgl. *Cordes/Reichling* (Fn. 76), 716 f.

## 第4章

延長のたびに裁判所の判断を求める形式)、③通覧の執行 (①データの分析利用の禁止、②検索ワードリスト)、④データの削除という4つの方向から解決策を提案している。

これらを整理すると、①通覧への立会いと、③-②検索ワードリストは、開示性を直接保障するものであろう。また、②-②通覧の期間の設定については、例えば一定の期間を法律上で定め、期間延長のたびに裁判所の判断を求める形式で行われることとなれば、延長についての裁判所の判断のたびに対象者は通覧の進捗や通覧がどのように行われているのか、なぜいまだに通覧が継続しているのかについて知ることができるため、開示性を間接的に保障することにつながるといえる。また、③-①データの分析利用の禁止も、手続を記録化し、事後的な審査の実効性を高めるという点では、間接的に開示性の保障につながるものだといえる。

そして、②-①持ち出しの承認をする捜査判事により個別事例ごとに決定される形式で行われる期間設定は、比例原則の実効性を具体化したものであるといえる。しかしながら、①通覧の立会いも、②-②一定期間を法律上で定め、期間延長のたびに裁判所の判断を求める形式で行われる期間設定も、③-②検索ワードリストも、基本的に比例原則の実効性を具体化する作用を有している。それは、そもそも開示性の本質が「対象者の捜査機関の権限逸脱及び濫用に対する監視」であるため、必然的であると言えよう。

他方で、③-①データの分析利用の禁止と、④データの削除義務については、搜索、通覧、差押えの制度上、至極当然のことを明確にするために規定することが求められている。すなわち、通覧段階におけるデータは、単に証拠関連性の有無を確認するために通覧することができるだけであり、差押え後に行われるような利用や分析は当然許されない。逆に言えば、捜査に関係があるのか無関係であるのかわからない状態のデータを捜査に利用していいというのであれば、搜索や通覧という処分そのものが不要であるはずである。また、データの削除義務についても、捜査に無関係であると分かったデータそれ自体はもちろん、そこから得られた情報やその情報をもとにして考察した結果も当然削除されてしるべきである。これらは、制度上ごく当たり前のことを要求しているに過ぎないのであ

る。

### 2. 整理を踏まえた検討

以上の整理を踏まえて、ここでは開示性の保障と通覧への立会いについて、他の議論との関係も交えながら検討を行いたい。以下の検討で行うことは立会い権について、通覧についても106条の適用があり、対象者には通覧の立会い権が認められるとする見解（以下、「見解①」とする）と、比例原則を根拠として効率的な迅速な選別に寄与する場合にのみ通覧への立会いが認められるとする見解（以下、「見解②」とする）のどちらが正しいのかを判断することではない。通覧において開示性の本質的な部分を保障するために立会い権が絶対的に必要であるのか、ということを検討したい。

まず、通覧において立会いが認められれば開示性が実効性をもって保障されることは疑いの余地がないと思われる。見解②において、通覧に立会いが認められたとしても対象者本人の法的保護には綱らがないというが、それに対しては疑わしい。例えば、*Doege*は

「通覧においては措置の実施自体は知ることができるのであり、98条2項が妥当するのであるから、すでに開示性が保障されている」とするが、措置を知るだけでは開示性の本質的な部分を保障していることにならないという見解①における指摘が妥当である。また、立会いが偶然の発見物の探索に対する抑止になるという主張に対して、*Doege*は「捜査官は、持ち出されている書類や電磁的記録媒体のすべての情報に対してアクセスし閲覧する権限を正当に認められているのであるから、立会人が当該情報の関連性がないことを主張しても、捜査官は情報へのアクセスや閲覧をやめなければならないわけではない」と指摘している。確かに一度目のアクセス及び閲覧についてはその通りであろう。しかし、例えばアクセスが2度目、3度目と複数回なされる場合や、閲覧の時間が不自然に長い場合、立会人はその理由を尋ね、複数のアクセスや明らかに不必要な時間にわたる閲覧をやめるように指摘することができるだろう。このような指摘は、正当な理由をもってアクセス及

## 第4章

び閲覧している捜査官にとっては、立会人にその理由を説明できるであろうから何ら問題がないし、逆に権限濫用をもくろむ捜査官に対してはその理由を説明できないため、非常に効果的に作用するようと思われるのである。そして、この立会人の指摘に対して捜査官が説明することなく通覧を続けたという事実は、立会人の身をもって証明できるのであり、98条2項2文を通じた法的保護の実効性の確保にもつながろう。

他方で、*Doege* のいう、他の制度で十分に開示性は保障され得るのであり、立会い権を認めたところで現状にどのような追加的利益を与えるのかという主張には、一定の説得力があるように思える。すなわち、現行の通覧規定で開示性が十分に保障されているのかどうかは疑問であるが、上記で主張されていた立会い以外の方法を組み合わせることで、立会い権を認めた場合と同等の法的保護を対象者に与えることができるのではないか。

例えば、立会いについては手続の遅滞の危険が伴いうることは、見解①も見解②も共通認識として持ち合わせている<sup>104</sup>。また、*Doege* の主張によれば、捜査機関も限られた人的資源と時間的制約の中で効率的に通覧を行うため、少なくとも立会人と一緒に一つひとつのデータを見ていくといったような形式で通覧が行われることはないだろう。そうすると、複数人の検察官や補助官が手分けをして通覧を行っているのに対して、対象者とその代理人がどこまでその作業を監視することができるのかには多少の疑問も付きまとうのである。

このような立会いへの問題点も踏まえれば、例えば通覧の期間制限と検索ワードリストの使用を組み合わせれば、被疑者/被告人を対象者とする通覧の場合であれば、立会いが認められた場合に匹敵するような法的保護をもたらさうのではないか。また、データの取扱いに関する特別な規定を組み合わせればさらに対象者の法的保護は強固となるだろう。それに加えて、現行規定はもともと98条2項による裁判所の裁判をいつでも申し立てる権利や、通覧終了後の裁判所による差押え命令前に行われる33条3項の事前の聴聞

---

<sup>104</sup> 見解①の論者も、立会いが著しい手続の遅滞を生じさせるおそれがある場合には、立会い権が制限されると述べている〔*Buchholz* (Fn. 9), 372.〕。

## 第4章

を保障しているのである。このように、立会い権が認められなかったとしても、他の手続保障と組み合わせることで、開示性の本質的な部分である「その執行状況を自ら監視及び点検し、ひいては捜査機関による権限行使を実質的に統制し得る形で、対象者に手続に関与する機会を与えること」は、十分に補充され得るように思われるのである。

ドイツ刑訴法が開示性の保障において立会い権を絶対的なものとしていないということは、98条2項1文が「差押えに際し処分を受ける者若しくは成年の親族が立ち会っていないとき」を要件として定めていることや、106条が「占有者が不在の時は、できる限り、その代理人、成年の親族、同居人又は隣人を立ち会わせるものとする」ということから明らかなのである。

したがって、開示性の保障において立会い権が必要条件となるわけではないのである。ただ、現行の通覧規定において開示性が十分に保障されていると言えない事実は変わりがないので、個別の場合においてそれをどのようにそれを埋め合わせるのかという課題は、立法による手立てがない限りは残り続けるといえるだろう。

## 第 5 章 日本法とドイツ法の比較検討

## I. はじめに

本章では、第1章で確認した日本法に関する問題意識と、第2章から第4章にかけて行ったドイツ法の議論を踏まえて、比較検討を行いたい。

まずは、比較検討に入る前の準備として、日本法とドイツ法の前提の違いを確認しておきたい。いうまでもなく、日本の刑事訴訟法とドイツの刑事訴訟法では異なっているため、どの点が異なっているのか、その違いは比較検討においてどのように影響しうるのかを見ておきたい。

そのうえで、日本法とドイツ法の電磁的記録媒体の搜索差押えの議論の比較検討を行う。

## II. 搜索差押えの枠組みにおけるデータという無体物の取扱いについて

はじめに、搜索差押えの枠組みにおけるデータの取扱いの違いについて確認しておきたい。

日本刑事訴訟法における搜索差押えの枠組みでは、無体物であるデータを直接の差押えの対象とすることはできないとされる<sup>1</sup>。しかしながら、データは、それを化体する有体物である電磁的記録媒体を通じて差押えされるのである。また、場合によっては、搜索によって発見された記録媒体それ自体の差押えに変えて、そこに記録されているデータを他の記録媒体に複写・印刷・移転して、この記録媒体を差し押さえるという方法も取ることができる（日本刑事訴訟法 222 条 1 項、110 条の 2）。

これに対して、ドイツ刑事訴訟法における搜索差押えの枠組みでは、無体物であるデータを

---

<sup>1</sup> 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、第3版、2024年）115頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（有斐閣、第3版、2024年）、白取祐司『刑事訴訟法』（日本評論社、第10版、2021年）140頁以下、福島至『刑事訴訟法』（新世社、2020年）88頁、上口裕『刑事訴訟法』（成文堂、第5版、2021年）122頁。

直接の差押えの対象とすることができるとされる<sup>2</sup>。

このようなデータを直接の差押え対象物とするかどうかの日本法とドイツ法の前提の違いは、以下における日本法とドイツ法の比較検討において大きな影響をもたらさないと考える。なぜならば、例えばドイツ法の学説においては、現行法規定の差押え対象物にデータを含まないとしながら、捜索現場で発見された差押え対象としての電磁的記録媒体に変えて「縮小的」処分として当該データをコピーした他の記録媒体を差し押さえることができるとする見解が存在することや、そもそも「データ自体は差押え対象となるか」の議論の出発点がまさに、捜索現場で発見された電磁的記録媒体のデータをコピーした他の記録媒体を差し押さえる法的な根拠は何かであったことに鑑みれば、データが差押えの直接の対象となるかならないかは、その執行方法においてなんら違いをもたらさないとと思われるからである。

また、差押えの直接の対象物にデータが含まれるかどうか次第で、求められる特定性のレベルが異なる可能性についても、ドイツ法との比較検討においては大きな問題をもたらさないとと思われる。

なぜならば、有体物を前提とする枠組みを有する日本においても、被疑事実との関連性があると思料されないものを差し押さえてはならないという規範は、リモートアクセスの複写処分を通じた「電磁的記録」の取得においても同様に妥当するとしているからである。すなわち、日本においても、被疑事実との関連性があるとして、110 条の 2 を準用する 222 条 1 項に基づく印刷や複写、移転の処分が行われた場合において、当該処分を受けたデータの一部が捜査に無関係であると分かった場合には、適切な原状回復措置が求めら

---

<sup>2</sup> BVerfGE 113, 29; BVerfGE 124, 43; *Hauschild*, MüKo-StPO, 2. Aufl. 2023, § 94 Rn. 13;

*Tido Park*, Aktuelle Fragen zu Durchsuchung und Beschlagnahme in

Wirtschaftsstrafsachen, NStZ 2023, Rn. 875.

れるのである（日本刑訴法 123 条 3 項）<sup>3</sup>。

このような意味で、電磁的記録を直接の対象とするか否かという前提の違いは、今回はそれほど大きな問題を有さないように思われる。

### Ⅲ. 日本捜査法とドイツ捜査法の制度的特徴の違い—搜索差押えの規定から

ここでは、まずドイツの捜査法の制度的特徴を整理し、日本の捜査法における手続と比較する、日本の捜査法の制度的特徴を浮かび上がらせたい。そのうえで、両者の違いを整理し、最後の検討につなげたい。

#### 1. ドイツ捜査法の制度的特徴—電磁的記録媒体の搜索差押えに対する法的規律から

まずは、ドイツ法の特徴から見ていきたい。第2章から第4章まででドイツ捜査法における電磁的記録媒体の搜索差押えについて見てきたが、その特徴は大きく2つに分けて整理できるであろう。

##### (1) 裁判官留保を通じた司法による統制

第1に裁判官留保を通じた司法による統制である。第2章のⅡ. 1. で見たように、裁判官留保は、独立かつ中立な機関を通じた予防的な統制を通じて、対象者を基本権侵害から保護する目的があるとされている<sup>4</sup>。そして、基本法上や刑事訴訟法上においては、審査の

---

<sup>3</sup> なおこの際、当該電磁的記録を削除せずに捜査機関が保管し続けることについて、現行法上は妨げがないものと理解される〔池田公博「証拠を保全する処分の取消し等と事後措置」研修 920 号（2025 年）3 頁以下〕。

<sup>4</sup> *Jäger/Wohlers*, in SK-StPO, 6. Aufl. 2023, § 105 Rn. 16; *Tsambikakis*, in LR-StPO, 27. Aufl. 2016, § 105 Rn. 1; *Amelung*, in AK-StPO, 1992, § 105 Rn. 2; *Gercke*, in HK-StPO, 7. Aufl. 2023, § 105 Rn. 23.

内容等について何ら規定は存在しないが、この裁判官留保は、単に裁判官の事前の審査という形式を担保することだけを意味しない。連邦憲法裁判所によれば、裁判官留保には、可能かつ合理的な範囲で搜索決定を適切に定式化し、基本権への侵害が測定可能かつ統制可能なものに留まることを確保するという実質的な意義があるとされる<sup>5</sup>。そして、この裁判官留保の実質的な意義の実効性を確保するために、搜索や差押えの命令は、一その形式について何ら規定を有さないにも関わらず一原則として書面で作成される決定によって発付されるという<sup>6</sup>。また、決定についての書面には、裁判官留保の実質的な意義に基づき、差し押さえるべき物の特定や搜索場所の範囲の限定も記載されることとなるとされる<sup>7</sup>。

このような裁判官留保にも例外があり、それが「差し迫った危険がある場合 (bei Gefahr im Verzug)」である。この場合には、検察官とその補助官が命令をすることができるのである。確かにこの例外的場合には事前の裁判官による統制は及ばないが、しかし、事後的な裁判官による審査が用意されており (98 条 2 項)、またその審査の実効性を確保するために捜査機関は、「差し迫った危険」があった当時の状況等について記録化しておかなければならないとされるのである<sup>8</sup>。

---

<sup>5</sup> BVerfGE 42, 212 (220).

<sup>6</sup> *Wohlers/Singelnstein*, SK-StPO (Fn. 4), § 98 Rn. 13; *Menges*, LR-StPO (Fn. 4), § 98 Rn. 15; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 2), § 98 Rn. 16; BVerfGE 20, 162 (227); BVerfGE 103, 142 (154); *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 4), § 105 Rn. 28; *Henrichs/Weingast*, KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 105 Rn. 3; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO, 68. Aufl. 2025, § 105 Rn. 3; *Hauschild*, MüKo-StPO (Fn. 2), § 105 Rn. 15; *Hadamitzky*, SSW-StPO, 6. Aufl. 2025, § 105 Rn. 5.

<sup>7</sup> *Wohlers/Singelnstein*, SK-StPO (Fn. 4), § 98 Rn. 17; *Amelung*, in AK-StPO, 1992, § 98 Rn. 14; *Menges*, LR-StPO (Fn. 4), § 98 Rn. 18; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO (Fn. 6), § 98 Rn. 9; *Gercke*, HK-StPO (Fn. 4), § 98 Rn. 13; *Park* (Fn. 2), Rn. 523 f.; *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 4), § 105 Rn. 17.

<sup>8</sup> BVerfGE 103, 142 (160); BVerfG NJW 2015, 2787 (2790); *Wohlers/Singelnstein*, SK-

上記のように事前的事後的を含めた柔軟な形での司法的統制が、ドイツ捜査法には存在している。

## (2) 開示性の保障を通じた対象者による統制

第2に、開示性の保障を通じた対象者による捜査機関の権限行使に対する監視や点検による統制である。第3章において確認した通りであるが、ドイツ刑訴法において搜索差押えは開示的捜査措置として設計されている。そして、開示性の意義は、その執行状況を自ら監視及び点検し、ひいては捜査機関による権限行使を実質的に統制し得る形で、対象者に手続に関与する機会を与えるということにこそあるということを確認した。

そのような開示性を与える規定として33条3項（事前の法的聴聞）、35条2項（裁判の告知）、98条2項2文（随時の裁判所の裁判の申立て）、98条2項5文（対象者への権利の教示）、106条（搜索の際の立会い）、107条（押収目録の交付）などが、搜索差押えに対して規定されている。

## (3) ドイツ捜査法の制度的特徴

### A. 柔軟な法的規律の在り方

以上を踏まえると、ドイツ捜査法における法的規律の在り方は、非常に柔軟性を有したものであるとまとめられよう。

すなわち、裁判官留保を通じた司法による統制は、原則として捜査措置の事前に行われ

---

StPO (Fn. 4), § 98 Rn. 35; *Menges*, LR-StPO (Fn. 4), § 98 Rn. 38; *Meyer-Gößner/Schmitt* StPO (Fn. 6), § 98 Rn. 8; *Eschelbach*, SSW-StPO (Fn. 6), § 98 Rn. 14; *Greven*, KK-StPO (Fn. 6), § 98 Rn. 13a; *Amelung*, AK-StPO (Fn. 7), § 98 Rn. 17.; *Jäger/Wohlers*, SK-StPO (Fn. 4), § 105 Rn. 41.

ることとなっているが、他方で例外的に事後的に行うことが許容される。そして開示性の保障を通じた対象者による統制は、裁判官留保を通じた統制が強く働いているとき、すなわち、措置の事前に行われる場合には、かなり緩やかとなる。例えば、差押えが裁判官の命令によるものの場合には、98 条 2 項の適用はないのである。また、33 条 3 項による事前の聴聞も 33 条 4 項により行われないとされる。それに対して、司法による統制が事後的に行われる例外的な場合には、開示性の保障を通じた対象者による統制が強く前に出てくるのである。

また、差押えが部分的に秘密化される 95 条 a の適用との関係を見てもいっそう明らかになる。すなわち、開示性を部分的に失った差押えに対する法的規律について、裁判官留保を通じた司法による統制を強めただけではなく、対象犯罪の特定という要件も付加するといったことを通じて、開示性により保障されていた部分を補ったのである。

これは次のように言うことができるだろう。すなわち、ドイツ捜査法は、それぞれの捜査手法に伴う基本権侵害からそれぞれに求められる規律密度を導き、様々な統制方法の中からその規律密度を満たす最適な組み合わせを選択するという柔軟性を備えている、と。

## B. 開示性の原則の位置づけ

このように考えたとき、一つ疑問として浮かぶのが、統制の方法において開示性の原則はどのように位置づけられるのかということである。すなわち、対象者への開示性の保障が欧州人権条約 6 条の「公正な裁判」及びこれに由来する「公正な裁判を請求する権利」を捜査法上で具体化したものであるというならば、憲法上で絶対的に保障されるべきだということになろう。しかしながら、通信傍受やオンライン搜索、屋内音声の傍受のような秘匿的捜査措置が規定されていることや、ましてや開示的捜査措置として設計されている 94 条 2 項の差押えを部分的に秘匿化する 95 条 a が立法されたことに鑑みれば、開示性が憲法上絶対的に保障されているものではないのは明らかである。

ではなぜ開示性は捜査手続において憲法上の絶対的な保障を受けないのか。それは、あ

くまでも欧州人権条約6条を背景としているだけで、それから直接由来するものではないからだと思われる。公正な裁判原則についての先行研究においては、「人権条約6条の規定は、被疑者・被告人をその対象とするものであり、それ以外の第三者、例えば被害者等に対して刑事訴追に関する権利を認めるものではない。……6条の対象はあくまでも刑事訴追の対象となっている被疑者・被告人等に限定される」とある<sup>9</sup>。また、他の先行研究においても、連邦憲法裁判所が憲法上の権利であると認めた公正な裁判を請求する権利は、刑事訴追を受ける被疑者・被告人に対して認められる旨が紹介されている<sup>10</sup>。すなわちこれは、被疑者・被告人に限らず措置の影響を受ける者を広く対象者とする搜索差押えにおいて保障されている開示性が、「公正な裁判を請求する権利」と直接的には関連しないということを示している。それゆえ、開示性は憲法上絶対的に保障されるわけではないのだと思われる。

だからこそ開示性は、刑事訴追の実効性と基本権の保護という比例原則の枠組みの中で前者の利益を大きく損なう危険性がある場合にまで絶対的に保障されるものではないとされるのであろう<sup>11</sup>。

## 2. 日本における搜索差押えの手続保障について

次に日本について見ていきたい。日本の搜索差押えにおいては、①令状主義による事前の司法審査（憲法35条、刑訴法218条）、②処分対象者への令状の呈示（222条1項、110条）、③住居主等の立会い（222条1項、114条）、④押収品目録の交付（222条1項、120条）、⑤押収品の還付等（222条、123条）、⑥押収に対する準抗告（430条）が規定されている。

<sup>9</sup> 水野陽一『公正な裁判原則の研究』（成文堂、2019年）44頁。

<sup>10</sup> 斎藤司『公正な刑事手続と証拠開示請求権』（法律文化社、2015年）271頁以下。

<sup>11</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 61 f.

### (1) 令状主義による事前の司法統制

まずは、①について、令状主義の趣旨は、次のように説明されている。すなわち、「対象となる人や場所・目的物について、逮捕や搜索・押収をおこなう根拠—正当な理由—が存在すること……を予め裁判官に確認させ……、当の人や場所・目的物を令状の上に命じさせて、その範囲でのみ逮捕や搜索・押収を行うことを捜査機関に許すこと……により、捜査機関の恣意ないし裁量の濫用・逸脱などによる不当な権利侵害の余地を封じるところにある」と<sup>12</sup>。このように令状主義は、捜査機関による権限の濫用や対象者の権利侵害に対して、非常に厳格な事前の統制をもたらしている。

このような令状主義は、搜索差押えの手續において、憲法 35 条により絶対的に保障されている。すなわち、憲法 35 条は、「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」を保障しており、この基本権が裁判官により「正当な理由に基づいて」発される「搜索する場所及び押収する物を明示する令状」なく侵害されることは許されないと定めるのである。したがって、そのような基本権の侵害が必ず生じる搜索差押えにおいては、絶対的に令状主義による厳格な事前的統制がなされることが保障されているのである<sup>13</sup>。

### (2) 令状の呈示、立会い、押収品目録の交付

次に、②③④についてである。これらは、手續の公正性の担保や、事後的な不服申立ての実効性の確保を中核的な意義とするとされる。

---

<sup>12</sup> 井上正仁『強制捜査と任意捜査（新版）』（有斐閣、2014 年）61 頁。また、酒巻・前掲注 1) 117 頁、宇藤・前掲注 1) 123 頁、斎藤司『刑事訴訟法の思考プロセス』（日本評論社、2019 年）84 頁。

<sup>13</sup> 酒巻・前掲注 1) 117 頁。

②処分対象者への令状の呈示は、「差押状、記録命令付差押状又は搜索状の執行を受ける者に対して、裁判の内容を了知させることにより、手続の明確性と公正を担保し、処分を受ける者の不服申立てなどを確保してその利益を保護するための規定である」とされる<sup>14</sup>。

この令状の呈示は、通説によれば、憲法 31 条の告知と聴聞から要請されるものであり、憲法 35 条の令状主義の直接の要請ではないとされる<sup>15</sup>。

③搜索差押えにおける立会いは、「執行を受ける者の権利保護（押収拒絶権行使・不服申立て等の確保）を図り、かつ、手続の公正を担保しようとするものである」とされる<sup>16</sup>。

④押収目録の交付も、不服申立ての実効性の確保や、押収の公正さの担保にあるとされている<sup>17</sup>。また、押収目録を交付する相手は誰かについては、所有者・所持者・保管者のうち「直接に押収を受けた者を指す」とされる<sup>18</sup>。

### 3. ドイツ捜査法との比較から見る日本の捜査法における制度的特徴

以上のドイツ捜査法における搜索差押えの手続制度的特徴を通じて、日本の搜索差押えの制度的特徴を浮き上がらせたい。

---

<sup>14</sup> 中山善房ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第 2 巻』（青林書院、第 3 版、2024 年）382 頁[渡辺咲子＝加藤俊治]。

<sup>15</sup> 井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（有斐閣、1997 年）73 頁以下、酒巻・前掲注 1）117 頁以下、宇藤・前掲注 1）123 頁、斎藤・前掲注 13）81 頁。なお、斎藤・前掲注 12）81 頁以下では、令状の呈示が憲法 35 条から要請されるものである有力説についても紹介されている。

<sup>16</sup> 中山・前掲注 14）465 頁[渡辺＝加藤]。

<sup>17</sup> 中山・前掲注 14）493 頁[渡辺＝加藤]。

<sup>18</sup> 中山・前掲注 14）495 頁[渡辺＝加藤]。

### (1) 搜索差押えによって保障される手続の違い

ドイツ捜査法における搜索差押えの手続保障も日本捜査法における搜索差押えの手続保障も、ともに司法による統制と対象者の関与を保障しているという大きな視点で見たときには、類似性を有しているといえるだろう。しかし、その中身は大きく異なっている。

まず司法による統制においては、確かに、日本の令状主義とドイツの裁判官留保は、その意義や審査の内容、捜査機関の権限の制限に対する実効性の点では基本的には同様の効果を有していると言えよう<sup>19</sup>。

他方で、日本捜査法が令状主義という厳格かつ絶対的な事前的統制を保障しているのに対して、ドイツ捜査法の裁判官留保は、例外を有しており、事後的な審査をも可能としている。この点で両者は決定的に異なっている。ましてや、ドイツの裁判官留保は、裁判官による命令という原則と捜査機関による緊急命令という例外が、実務上では逆転しているということも指摘されている<sup>20</sup>。

それに対して、後者の対象者の手続への関与という視点では、ドイツ捜査法はかなり保障が手厚いと言えよう。本稿において見てきた開示性の保障が大きな役割を果たしているからである。すなわち、ドイツにおいてはドイツ刑訴法 35 条 2 項により、搜索差押えの直接の対象者以外の、間接的に措置の影響を受ける者にも送達による告知がなされるし、裁判官の命令の前には 33 条 3 項による事前聴聞の機会が保障されているし（なお、同条 4 項により行われなことがほとんどであるが）、98 条 2 項により法的聴聞の機会や、いつでも裁判所に裁判を申し立てる権利、そのような権利を有することについて教示を受けることが保障されているのである。それに対して、日本の搜索差押えの手続においては、令

---

<sup>19</sup> 山田哲史「続・権利ドグマーティクの可能性（2）：ドイツにおける裁判官留保」岡山大学法学会雑誌 70 巻 1 号（2020 年）155 頁も同様の理解を示している。

<sup>20</sup> 山田哲史「続・権利ドグマーティクの可能性（3・完）：ドイツにおける裁判官留保の展開と限界」岡山大学法学会雑誌 70 巻 2 号（2020 年）107 頁。

状の呈示は、処分を受ける者にのみなされるし<sup>21</sup>、そして押収目録の交付は、「直接に押収を受けた者」にされればよいとされる<sup>22</sup>だけで、措置の対象者の権利保障や手続への関与の仕組みは、ドイツと比較するとかなり弱いように見受けられる。

もっとも、これはドイツの方が搜索差押えの手続保障において優れており、日本が劣っているということを意味しない。むしろ、柔軟性を有する手続保障を設けているドイツ法と、令状主義という厳格かつ絶対的な事前的統制を中軸に据えている日本法との特徴の違いを意味しているのである。ドイツの方が優れているというわけではないということは、例えば原則とされている事前の裁判官の命令がなされた場合には、開示性の保障のレベルはかなり緩やかなものとなり、日本の手続において保障されているレベルとそれほど大きな差がなくなるのである。

以上をまとめると、次のようになろう。すなわち、ドイツは、捜査の実効性の利益と対象者の権利の保護という利益衡量の下で、類型ごとにもっともよい統制の在り方を調整し組み合わせる柔軟な法的規律モデルを有している。それに対して、日本は、令状主義という司法による事前的統制を絶対的なものとして中核に添えて、どのような状況でも常に変わらない安定した保護を対象者に与えるいわば固定的な法的規律モデルを有していると。

またあえてそれぞれの問題点を挙げると、前者に関しては、裁判官による事前の審査がなされない場合には、対象者は自身で捜査権限への統制や自身の権利保護についての最適な行動をとらなければならない。それが対象者にとっての大きな負担を意味することは明らかである。後者に関しては、令状主義という絶対的な保障がうまく機能しない場合に、途端に対象者の手続保障が不十分になる点である。

---

<sup>21</sup> 中山・前掲注 14) 495 頁[渡辺＝加藤]、平場安治ほか『注解 刑事訴訟法 上巻〔改訂増補〕』（青林書院、1977 年）348 頁[高田卓爾]、青柳文雄ほか『註釈 刑事訴訟法 第 1 巻』（立花書房、増補版、1976 年）410 頁[佐藤道夫]。

<sup>22</sup> 中山・前掲注 14) 495 頁[渡辺＝加藤]、平場・前掲注 21) 367 頁[高田]、青柳・前掲注 21) 432 頁[増井清彦]。

## (2) ドイツ法の議論の参照可能性

以上では、ドイツ捜査法と日本捜査法における手続保障モデルが大きく異なっていることを確認した。このような違いは、日本の電磁的記録媒体の搜索差押えの議論に対するドイツ法との比較検討及び参照の可能性を損なうのか。これはすなわち、令状主義という事前の統制を相対化し、他の保障によって埋め合わせするというドイツのような柔軟性を有しない日本の手続保障モデルにおいて、ドイツ法の議論は何らかの価値を有するのかという問いである。

この問題に対しては、日本において通信傍受法の規定の存在が重要な役割を果たすかもしれない。すなわち、通信傍受法は、情報の取得を目的とする処分であるが、通信傍受においても犯罪関連通信の選別において、事実上の限界がうまく作用しないとされる<sup>23</sup>。このような状況に対して、通信傍受法は、スポット傍受という方法を取ることを義務づける（通信傍受法 14 条）。それによって、事実上の制約要因が不足している状態を補充し、「最小化」を試みているとされる<sup>24</sup>。また、通信傍受法 20 条を通じた方法は、「譬えて言うなら、『差押え（全通話の一時保存）→搜索（スポット再生・傍受）→差押え（傍受記録の作成）』という手順を踏むものであって、単純な『搜索→差押え』構成からすでに離脱しているのである」と指摘されている<sup>25</sup>。

したがって、このような法的規律の在り方は、通信傍受と同様に情報の取得を目的とする電磁的記録媒体の搜索差押えにおいても、妥当するのではないかとと思われるのである。この理屈が妥当するのではないかとと思われるのである。

これらを踏まえると、両者の手続保障モデルの差異に鑑みてなお、ドイツ法の議論を日

---

<sup>23</sup> 笹倉宏紀「強制処分の『打率』あるいは『関連性』要件をめぐって」研修 869 号（2020 年）21 頁。

<sup>24</sup> 笹倉・前掲注 23）21 頁。

<sup>25</sup> 笹倉・前掲注 23）21 頁。

本法の議論へと参照する価値は認められるだろう。

### Ⅲ. ドイツ法との比較検討から得られる日本の学説における議論への示唆

最後に、ドイツ法における電磁的記録媒体の搜索差押え及び通覧の議論を踏まえて、日本の学説である蓋然性説及び相当性充足説、並びに「必要な処分」説について検討を加えたい。

#### 1. 蓋然性説及び相当性充足説について

##### (1) 蓋然性説及び相当性充足説の再確認

まずは、蓋然性説と相当性充足説を改めて確認する。蓋然性説は、搜索差押えの枠組みにおける被疑事実との関連性の程度について「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」と理解する学説である<sup>26</sup>。また、この「被疑事実に関連する蓋然性」のレベルについては、平成 10 年決定<sup>27</sup>における「(当該記録媒体の中に) 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」(以下、「関連情報記録の蓋然性」とする) という程度で被疑事実との関連性は肯定されるのだと理解するのである。

また、平成 10 年決定を整合的に理解するために、蓋然性説を部分的に補足するのが相当性充足説である。相当性充足説は、令状主義における差押えの必要性判断は 2 段階に分かれているとし、被疑事実との関連性の有無についての判断である第 1 段階の必要性判断と、様々な事情を踏まえた広い利益衡量の下での判断である第 2 段階の相当性判断が行わ

---

<sup>26</sup> 石山宏樹「捜査段階における差押えの関連性について」東京大学法科大学院ローレビュー 9 巻 (2014 年) 122 頁

<sup>27</sup> 最決平 10・5・1 刑集 52 巻 4 号 275 頁。

れるという<sup>28</sup>。そして、第1段階の「被疑事実との関連性」に基づく必要性判断は、「さほど高度の規律機能は期待できない」とし<sup>29</sup>、むしろ、第2段階の相当性判断が「被処分者の権利利益を保護する方向での補完的機能を果たしている」とするのである<sup>30</sup>。

このような2段階の差押えの必要性判断の枠組みをもって、相当性充足説は、平成10年決定を次のように説明する。すなわち、平成10年決定における「関連情報記録の蓋然性」は、第1段階の「被疑事実との関連性」に基づく必要性要件を満たすが、それだけでは第2段階の相当性要件を満たさない。しかし、平成10年決定においては、「関連情報記録の蓋然性」に加えて、「情報損壊の危険性」も認められており、これにより第2段階の相当性要件が満たされることになった。このように説明するのである。

## (2) 蓋然性説及び相当性充足説の問題点とドイツ法から得られる示唆

次に蓋然性説及び相当性充足説の問題点についても再び確認する。蓋然性説及び相当充足性説は、令状主義の視点からの3つの批判がなされ、それに対する反論も行われていた<sup>31</sup>。その反論も踏まえたうえで検討を行った結果、蓋然性説及び相当性充足説には、仮に令状主義の問題をクリアしていたとしても、次のような問題がまだ残っているように思われる。

### A. 内容確認をすれば直ちに無関係だと判断できた電磁的記録媒体やデータの選別について

第1に、内容確認をすれば無関係の電磁的記録媒体の還付や削除についてである。平成

<sup>28</sup> 濱田毅「搜索差押に対する相当性による規律」同志社法学 69 巻 7 号（2018 年）985 頁。

<sup>29</sup> 濱田・前掲注 28）986 頁。

<sup>30</sup> 濱田・前掲注 28）992 頁。

<sup>31</sup> 第1章Ⅲ.4.（1）以下を参照。

10年決定における事例に即していえば、現場でのフロッピーディスクの確認に対して、「情報損壊の危険性」が伴っていたのである。逆に言えば、差押えがなされ現場から持ち出された時点でこの「情報損壊の危険性」は失われるはずである。そうなれば、相当性充足説における第2段階の相当性要件における利益衡量の天秤は途端に被処分者の方に傾くはずであり、現場で閲覧すれば直ちに関連性がないと判断できたはずの一部のフロッピーディスクについては、差押えを行った当日に還付されるべきで、占有取得がたった数日に渡ることも許されないはずではないだろうか。現場での内容確認がなされないまま差し押さえた場合には、その中の一部については、このような内容を閲覧すれば直ちに被疑事実との関連性がない物が混ざり得ることは必然的に生じるはずである。そうであれば、そのような電磁的記録媒体やデータが直ちに選別され、還付等される制度設計が求められるはずである。

これについては、ドイツにおける通覧の期間設定に関する議論が有用であると思われる。確かに、通覧は搜索の一部と理解され、それゆえに持ち出しや一時保全は、あくまでも暫定的な処分となるのである。つまり、通覧はいまだ差押えではないということを根拠として選別の期間設定が問題となるわけである。しかし、第1に、通覧のための持ち出しの必要性においてなされる利益衡量と相当性充足説の相当性の枠組みにおいてなされる利益衡量は類似している。第2に、相当性充足説に基づいて行われる処分が「差押え」であるとしても、上記で求められるのは「本来であれば搜索の現場で内容確認を通じた選別により無関係であることが分かったはずの電磁的記録媒体やデータ」の選別である。すなわち、まさにドイツにおける通覧において求められている選別のレベルと同様なのである。この2点を踏まえれば、ドイツ法における通覧の期間設定の議論を参照し、検討を加えることは誤りではないだろう。

ここでは、ドイツにおける裁判官による個別事例ごとの期限付けの可能性を参照したい。なぜならば、相当性充足説のもとで行われるのは、なんらかの事情があり第2段階の相当性要件が満たされた差押えである。すなわち、「どのような事情があったのか」、そし

て「その事情に基づけばどのくらいの期間で『本来であれば現場で行うことができたはずの内容確認』が終わらせられるのか」、これらが個別具体的に判断されるべきであるからである。通覧の期間において議論されていた法律上での一定期間の設定は「どのような事情があったのか」の審査が行われないのである。

ドイツにおける個別事例ごとの裁判官による期限付けは、98条2項1文の「3日以内の裁判所への承認の申立て」の枠組みにおいて判断されることとなっていた。この「3日以内の裁判所への承認の申立て」は、「差押えに際し処分を受ける者若しくは成年の親族が立ち会っていなかったとき、又は処分を受ける者若しくは処分を受ける者が不在の場合に、これに代わる成年の親族が差押えに対し明示的に異議を申し立てたとき」にしなければならないとされている。

このことを踏まえれば、搜索差押えの処分を受ける者が、捜査機関の相当性要件についての説明—例えば、「搜索現場では情報損壊の危険があるため、内容を確認することなくこれらを差し押さえる」といったような—を聞き、それに対して異議申立てをする場合には、捜査機関は裁判所に直ちに相当性要件に対する自身らの判断についての適法性を申し立てることが求められる、というフォーマットが考えられる1つの案である。その適法性判断に伴って、裁判官は、「本来であれば搜索現場で行われていた程度の内容確認」をいつまでに終わらせるべきかも示すということになる。

このような手続規定を設ければ、捜査機関による恣意的な相当性判断や、無関係なデータ等の比例性を欠いた差押えを防ぐことができるはずである。なお、この司法審査は令状主義から生じているものではなく、手続の公正性の担保やあるいは比例原則の確保という観点から政策的に求められるものであるため、令状主義における特定性の問題について裁判官が判断することは必ずしも求められない。そのため、上記の審査内容の提案はあくまでも一つの例に過ぎないのであり、立法の過程で様々なあり方が模索されるべきであると考ええる。

## B. データの削除やアクセス禁止等の技術的措置の必要性

第 2 に、データの削除義務やアクセス禁止等の技術的措置の必要性についてである。現行の刑事訴訟法においては、押収物の留置に関してその必要がなくなった場合には原状回復として還付を規定している（日本刑事訴訟法 123 条 1 項）。それに対して、電磁的記録の場合には、移転の処分があったときには原状回復として複写（同条 3 項）が規定されているものの、それ以外について特段の定めがないとされる。そのうえで、「いずれにしても、捜査機関が押収に伴い入手した電磁的記録は、入手をもたらす押収の適否を問わず、押収物が返還されることがあっても、消去されないままその保管が継続することについて、現行法上妨げがないものと理解される」との指摘がある<sup>32</sup>。

このような問題は、確かにもはや蓋然性説や相当性充足説に限った話ではないが、これらの学説に基づいた差押えの際には捜査に無関係なデータをより多く含まれる危険性があることに鑑みれば、よりデータの削除についての規定の必要性が求められるように思われる。なお、この際に削除されるべきデータは、ドイツでの議論において指摘されていたように一次資料に限られるべきではなく、二次資料も併せて削除されるべきである。

また、場合によっては、技術的な問題により、無関係なデータの一部を削除するという措置がとれない場合もある。そのような場合には、捜査機関が当該データにアクセスができない状態を技術的手段を用いて作り出すといったことが考えられよう。

## 2. 「必要な処分」説について

### (1) 「必要な処分」説の再確認

次に、「必要な処分」説についてである。ここでもまずはいったん簡単に確認しておきたい。「必要な処分」説は、搜索差押えの一環として行われる電磁的記録媒体の内容確認

---

<sup>32</sup> 池田・前掲注 3) 3 頁以下。

をするために一時的に当該電磁的記録媒体の占有を取得することは、搜索差押えのために「必要な処分」として許されるというのである。

すなわち、「対象物件の性質と搜索・差押に必要な処分じたいの対象者に及ぼす法益侵害の程度・性質により、それが目的達成に必要最低限度の侵害かどうか、比例・権衡原則に反しないかどうかという判断枠組みの下で、その処分・措置の適否は決まることになると考えられる」ため、搜索差押えのための内容確認が必ずしも搜索の現場で行われなければならないわけではないというのである<sup>33</sup>。

## (2)「必要な処分」説の問題点とドイツ法から得られる示唆

### A.「必要な処分」説の問題点

「必要な処分」説は、大きく 2 つの点で批判がなされていた。第 1 に、搜索場所から持ち出し、占有を取得するのであれば、それが一時的であったとしても「差押え」というのではないかという批判である。これについては、「ある処分の性格は、その外形的・物理的な側面だけから判断されるべきものではなく、当該処分の目的・効果も考慮されるべきである」という形で反論がなされている。これに対しては、内容確認を通じた選別にはもはや「一時的」とは言えないような非常に長い時間（数十日）がかかり得るとの指摘がなされていた<sup>34</sup>。

ここで指摘されている「必要な処分」を通じた一時的な占有取得は差押えに当たるのかという問題の本質は、どのくらい占有取得が続けば「差押え」に当たるのかという時間の問題ではない。これはドイツにおける通覧が数か月から場合によっては数年に及ぶこともあるにもかかわらず<sup>35</sup>、「搜索の一部」として理解され続けていることから明らかだとい

<sup>33</sup> 酒巻匡「搜索・押収とそれに伴う処分」刑法雑誌 36 巻 3 号（1997 年）453 頁。

<sup>34</sup> 石山・前掲注 26) 125 頁。

<sup>35</sup> *Park* (Fn. 2), 649.

えるだろう。

内容閲覧のために行われる一時的な占有取得が「必要な処分」として行われることの本質的な問題は、差し押さえられたことによって許されるデータの分析や利用が一時的な占有取得の段階で行われないかどうかである。例えば、捜索現場で発見されただけの物を他の捜査に利用することは物理的にありえないだろうし、データについてさらに詳細に分析し、他の証拠と突合する必要があると思料されるのであれば、そのデータがどのような意味を持っているのか不明であっても「差し押さえるべき物」に当たるといえるだろうし、差し押えを行ってからそういったデータ分析は行われることになる。一時的な占有取得は、あくまでも上記のような「他の捜査への利用」や「データの分析」が必要だと思料されるデータであるかどうかを選別するための措置として位置づけられなければならないのである。

このような「被疑事実との関連性を判断するだけの処分」、「差し押さえるべき物を選別するための処分」としてあり続けている限り、どのくらいの期間がかかろうがそれは「捜索」であって「差し押え」ではないといえるはずである。

これを踏まえて「必要な処分」説の第2の批判についてである。第2の批判は、手続の公正性の担保や権利保障の手段の欠如である。例えば持ち出された場合には立会いはどうなるのか、押収目録の交付と準抗告もなくなるがどのように考えるのかといった問題である。このような批判は、第1の批判の本質的な部分と相まって非常に重大な問題性を見せている。ただ、この問題はドイツにおける現行の通覧の批判と議論とまさに重なり合うところであり、問題解決のために大いに参考になろう。以下ではドイツの議論を参照しながら、「必要な処分」説への示唆を見ていきたい。

## B. ドイツ法の議論から得られる「必要な処分」説への示唆

以下では、立会い権、通覧の期間、「必要な処分」中におけるデータの分析や利用の禁止と選別手続の記録化、データの削除義務の順で見ていきたい

**a. 一時的な占有取得による選別への立会いについて**

まずは、「必要な処分」としての一時的な占有取得による選別への立会いの可能性についてである。手続の公正性の担保や権限濫用の抑制、そして一時的な占有取得が「差押え」にならないための保障として、対象者の立会いは非常に有効な手段の一つであると思われる。

確かに、第4章のVI.2.で検討したように、ドイツにおいては他の開示性の保障の手段があるため、対象者の立会いという方法は利益よりも手続遅滞の不利益の方が大きいということになりかねない。しかし、日本においては、ドイツのような豊富な開示性保障の規定は存在しないのである。それゆえ、今後、差し押さえるべき物の選別のための一時的な占有取得が立法化される場合には、手続保障の方法の1つとして検討されるべきであろう。

**b. 通覧の期間設定について**

次に通覧の期間設定についてであるが、先に見た蓋然性説及び相当性充足説の場合とは異なり、むしろ法律上の一定の期間付けを設けて、必要な場合には捜査機関に裁判所に対して延長の申立てをさせるという形式の方がよいかもしれないと考える。

その理由としては、第1に、必要な場合の延長の申立てという形で、定期的に捜査機関に対する司法の統制が入ることで、権限の超過や濫用を防ぐことができるだろうからである。

第2に、この一時的な占有取得が「差押え」ではないということに由来する。すなわち、先にみた蓋然性説及び相当性充足説の場合は、すでに「差押え」として理解されていたので、少なくとも第1段階の「被疑事実との関連性」の必要性要件が満たされていなければならない。それゆえ、捜索現場にある全ての電磁的記録媒体をなんの検討もなく片っ

端から差し押さえるということは許されない。しかしながら、「必要な処分」としての一時的な占有取得は「差し押え」ではないので、搜索の権限に基づきそれらの電磁的記録媒体を閲覧する権限を有する以上、上記のような片っ端から一時的な占有取得をするということ否定することが難しい。そうすると個別事案ごとの裁判官による審査の内容は単に一時的な占有取得の期間設定だけになる。

このように考えたとき、個別事案ごとの裁判官による審査よりも法律上の一定の期間付けを設けて、適宜延長を申し立てる形式の方がよいように思われるのである。

なお、ドイツの議論では、6週間の法律上の期間付けと4週間ごとの延長という形が提案されていたが、どのくらいの期間にするかについては、実務家の話も聞きつつ日本の状態に即した期限にするとよいだろう。

#### c. 「必要な処分」としての一時的な占有取得中におけるデータの分析や利用の禁止と手続の完全な記録化

そして、データの分析や利用の禁止と手続の記録化についてである。

前述した通り、「必要な処分」として一時的な占有取得をされた電磁的記録媒体やそこに蔵置されているデータは、いまだ差し押さえられた物、すなわち証拠物として思料される物ではないのである。それゆえ、差し押さえられた物として扱われてはならないし、捜査に利用されることは許されないのである。一時的な占有取得はあくまでも被疑事実との関連性を判断するため、差し押さえるべき物と手続に無関係な物を選別するためだけに行われなければならないのである。

このような搜索としての一時的な占有取得を徹底する方法としては、手続の完全な記録化というものが考えられよう。ドイツにおいては、事後的な保護を実効的にするために手続の記録化が義務付けられている<sup>36</sup>。これを参考として、例えば誰がどのようなデータに

---

<sup>36</sup> Jäger/Wohlers, SK-StPO (Fn. 4), § 105 Rn. 41.

どのくらいの時間にわたってアクセス・閲覧したのか、その目的は何か、そのアクセス・閲覧は何度目かこういったことを細かく記録化するのである。この際、特に複数回アクセスを行う場合に特に詳細な理由付けを求めることが重要であると思われる。初回のアクセスや閲覧においては、強い理由付けは特に不要であると思われるが、捜査が進み判明している事実からどういうデータなのか把握しているにもかかわらず、差し押さえることなく一時的な占有取得という機会を利用して、データの分析や捜査への利用をしていることがうかがわれるのであれば、それは違法であると判断されることになる。

こういった判断を事後的に行うことは、記録化がなされないままではすることはできないだろう。搜索差押えの対象者による事後的な法的保護の機会を保障するために、このような記録化は必要不可欠であると思われる。

#### d. データの削除について

最後にデータの削除についてである。これについては、先に見た蓋然性説及び相当性充足説の場合と同様である。むしろ、「必要な処分」としての一時的な占有取得の場合には差し押さえられてすらいらないのであるからましてや、といえるだろう。

一時的な占有取得を通じた選別により被疑事実との関連性を有しないと判断されたデータは速やかに削除されるべきである。

終章

## 終章 おわりに

## Ⅰ. 本稿のまとめ

本稿では、日本における電磁的記録媒体の搜索差押えをめぐる理論状況を検討し、その限界を明らかにしたうえで、令状主義を有しないドイツ法の議論を比較・参照することで、日本法における学説上の議論の別の視点からの検討の可能性を探った。以下では、各章の議論を総合し、本稿が提示した成果を整理する。

第 1 章では、日本の電磁的記録媒体の搜索差押えの議論が令状主義に過度に依拠している点を問題として提示した。蓋然性説・相当性充足説、さらには「必要な処分」説が、いずれも令状主義以外の観点から十分に検討されていないことを指摘した。そのうえで、本稿では、あえて令状主義の存在しないドイツ法を比較法研究の対象国として取り上げ、学説の抱える令状主義以外の視点からの問題点を検討する枠組みを示した。

第 2 章では、ドイツ刑事訴訟法における搜索差押えの基本的な手続規定を確認した。ここではとりわけ、①裁判官留保という捜査活動に対する法的統制の制度、②データという無体物を直接差押えの対象とできること、③通覧という情報媒体の内容を閲覧し差し押さえるべき物を選別するための、搜索と差押えの中間に位置する措置について、詳細に確認した。これら 3 点は、ドイツにおける電磁的記録媒体の搜索差押えに関する議論を確認するにあたって、非常に重要な特徴であった。

第 3 章では、第 2 章において確認したドイツ刑訴法の基本的な手続における重要な 3 つの特徴に加えて、重要であると思われる「開示性」という特徴について詳細な検討を加えた。この開示性の検討は、94 条 2 項及び 98 条において行われる開示的捜査措置としての差押えの手続と 2021 年に新たに立法された差押えを部分的に秘密化する規定である 95 条 a の下で行われる手続との比較を通じて行った。その検討を通じて、開示性とは、欧州人権条約 6 条の「公正な裁判」を背景として、「手続関与の機会の保障」を措置の対象者にもたらしものであるということが明らかになった。そして、このような機会は、「捜査機関の権限の逸脱や濫用をいつでも指摘できる状況」を対象者に与える。したがって、開示性は、上記のような措置の対象者による捜査機関への監視点検を通じて、当該措置を規律するものであ

るということも明らかになった。

第4章では、第2章における基本的な手続の確認と第3章における開示性の検討を踏まえて、ドイツにおける電磁的記録媒体の通覧において提起されている問題について確認して整理し、そして検討を加えた。ドイツでは通覧規定に関して、その権利侵害性の高さや開示性の欠如という問題が指摘されていた。それに加えて、そのような問題があるにもかかわらず、手続保障が不足しているということが批判されていた。これに対して学説からは、不足している手続保障を補うための立法の必要性が唱えられていたのである。そこで挙げられていた立法案は、大きく4つに分けられる。すなわち、①通覧への立会い、②通覧期間の限定、③通覧の執行方法についての規定、④通覧後のデータの削除義務である。それぞれの立法に関する主張を整理したうえで、最後に、開示性の観点からの手続保障としての立会い権について検討を加えた。その結果、第1に、ドイツ法においては、立会い権が保障されなくても他の立法手当により開示性が保障され得る余地があるということ、第2に、すでに様々な規定をもって開示性のある程度備えているドイツ法において、さらに立会い権の保障までも加えることは、それにより得られる利益よりもかえって不利益の方が大きくなる可能性があることを指摘した。

第5章では、ここまで見てきたドイツ法の議論を参照し、日本の電磁的記録媒体の搜索差押えの議論との比較検討を行った。前提として、ドイツ法と日本法の法制度は当然全く異なっているのであり、単純な比較や参照を直ちにすることは適切でない。そこで、まずは、差押えの枠組みでデータという無体物を扱うドイツと、あくまでも有体物を前提とする日本の枠組みの違いについて検討した。このような枠組みの違いがあっても、その手続の在り方や実際の運用に鑑みれば、比較・参照可能であるということが確認された。また、ドイツ法と日本法の統制モデルが異なってもなお、比較・参照が可能であることも検討した。すなわち、ドイツ法においては、特定の捜査措置を統制する際、比例原則（訴追の実効性と対象者の権利利益の保護）の観点から最適化を図るべく、様々な統制手段を組み合わせで調整するという、柔軟な手続統制モデルが取られている。それに対して、日本法は、令状主義

を絶対的な中核として常に安定した権利保護を被処分者に与える堅硬な手続統制モデルであるといえることが明らかになった。そのうえで、電磁的記録媒体の搜索差押えのような令状主義による規制が効きにくいとされる情報の取得の措置について、ドイツのような柔軟な手続統制モデルを参照できるのかどうかを検討した。それについては、日本法にはすでに「情報の取得」という側面を持つ通信傍受法が、いわばドイツのような柔軟な手続統制モデルのように、令状主義の不足する部分を他の方法で埋め合わせるというスタイルをとっており、同じように「情報の取得」を目的とする電磁的記録媒体の搜索差押えにおいても妥当するのではないか。このように考えたとき、手続統制モデルが異なっていたとしても、ドイツ法の議論は、日本の電磁的記録媒体の搜索差押えについての議論に限っては参照可能であるだろうと思われたのである。

それらを踏まえて、日本の電磁的記録媒体の搜索差押えの議論において対立している蓋然性説及び相当性充足説と、「必要な処分」説について、ドイツ法の議論を参照しながら検討を行った。蓋然性説及び相当性充足説については、「本来現場で内容確認が行われていれば選別できたはずの明らかに捜査に無関係なデータや電磁的記録媒体」の即時的な選別のための期間設定について、ドイツ法の議論を参照し、手続整備の必要性を指摘した。「必要な処分」説については、内容確認のために行われる一時的な占有取得は「差押え」とであると評価されはならないのであり、このことが絶対的に保障されなければならない点、そしてそれに必要な手続の公正を担保する手段について、ドイツ法の議論を参照した。とりわけ「必要な処分」説については、通覧と手続構造が類似しているので、蓋然性説及び相当性充足説よりも参照価値が高いものであった。一時的な占有取得の間に行われる内容確認への被処分者による立会いや、通覧の期間設定、差押え後に初めて許容されるようになるデータの利用や分析の禁止を実効的なものとするための徹底した手続の記録化について設ければ、「必要な処分」説においても「差押え」だと非難されることなく一時的な占有取得を行うことができるだろう。

総じて、本稿は、日本の電磁的記録媒体の搜索差押えにおいて、令状主義の議論のみでは

統制し得ない領域に対して、ドイツとの比較法研究を通じて新たな手続統制の方向性を提示したものであるといえる。

## II. 今後の検討課題

さて、以上で本稿の内容を簡単にまとめたが、電磁的記録媒体の搜索差押えに関する議論はまだまだ尽きることではない。課題はまだいくらかでも残っており、本来検討に加えるべきだったこと、考えるべきもの、考慮に入れるべきものと挙げればきりが無い。そのため、以下には4つ今後差し当たり取り組むべき課題を挙げておきたい。

第1に、通信傍受法との関係である。本稿では非常に簡単に、電磁的記録媒体の搜索差押えと通信傍受法は同じ情報の取得を目的とするものであり、同様の枠組みを形成することが可能であるとしたが、本来それでは論証として足りないであろう。より詳細に通信傍受法との関係を論じ、通信傍受法を参照するとどのような規定を立法すべきなのかを検討するべきだと思われる。

第2に、電磁的記録提供命令との関係についてである。検討の中核は電磁的記録媒体の搜索差押えであったが、先に述べたようにこの措置の目的を「情報の取得」として考えるのであれば、同じ目的を有する電磁的記録提供命令についても本稿の議論の射程が及ぶ余地があるだろう。

第3に、データの内容閲覧や利用に伴って生じる権利侵害性の考慮である。本稿では全く触れることができなかったが、ドイツにおいてはデータの通覧や差押え後の利用それ自体を通じて、IT基本権や情報自己決定権への侵害が生じているとされ、非常に大きな議論がなされている<sup>1</sup>。日本で言われる情報プライバシーや情報自己決定権とどのような関係にあ

---

<sup>1</sup> Mohamad El-Ghazi, Beschlagnahme und Auswertung von Handys, Laptops & Co. – Sind beim offenen Zugriff auf Datenträger die Persönlichkeitsrechte angemessen geschützt?, Gutachten C zum 74. Deutschen Juristentag Stuttgart 2024.

るのか、憲法上の議論を踏まえた検討を行う必要がある。

第4、データの保全や管理についてである。第5章で見たように、例えば内容の閲覧を通じて捜査に無関係であることが分かり、差押えの状態であり続ける必要がなくなった物については還付の規定があるが、その際に取得されたデータの削除を義務づけるような規定はないとされる。そうすると捜索差押えを通じて獲得されたデータは捜査機関の手元に残り続ける可能性がある。これが非常に大きな権限濫用の危険をはらんでいることは言うまでもないだろう。

### III. 結語

本稿で行った検討を通じて得られた成果をそれぞれの学説において実現することができれば、蓋然性説及び相当性充足説も、「必要な処分」説も、手続上の「確からしさ」をある程度まとうことができるはずである。確かに令状主義の問題を度外視している以上、これは、現在議論されている問題の根本解決にはつながらないかもしれない。しかしながら、令状主義の議論に偏重し、進展の見えない電磁的記録媒体の捜索差押えの論争を変える何かになるかもしれない。

先に述べた通り、本研究はいまだ検討すべき課題を多く抱えている。仮に他の研究者や実務家の目に留まり、検討の対象となった場合には、理論面と実務面の両側面から次々と批判や問題点が指摘されることになるだろう。

しかし、それによって日本の捜査法はまた一つ歩みを進め、より良い制度へと変わるようになるはずである。そうであるならば、研究者冥利に尽きるというものだろう。