

刑事訴訟法の基本的な仕組みに関する 2、3の問題

古江 頼 隆

- 一 捜索に係る準用規定（222条1項、102条2項）
- 二 差押えに係る準用規定（222条1項、99条1項）
- 三 証拠能力のパラダイム

筆者は、刑事訴訟法の立案者の見解ないし施行当時の研究者の解釈を絶対とする立場に与するものではないが¹⁾、本稿において述べるいくつかの点に共通するのは、刑事訴訟法制定当時は自明のこととされていた理解が、施行後65年余を経る中で変容してしまっただけではないか、そしてそれが果たして法解釈の進化の名の下に肯認することができるのかという疑問であり、危惧でもある。

一 捜索に係る準用規定（222条1項、102条2項）

1 刑事訴訟法222条1項は、捜査機関の行う令状による又は逮捕の伴う無令状の差押え、捜索及び検証について、裁判所の行うそれらに関する多数の規定（総則に定める規定）を準用する。当事者主義を採用する現行法にお

1) 例えば、321条3項の「検証」を強制処分としてのそれとし、任意処分としての実況見分の結果を記載した書面は、321条1項3号の要件を満たさなければならないとの立案者の見解（野木新一＝宮下明義＝横井大三『新刑事訴訟法概説』（立花書房、昭和23年）166頁、横井大三『新刑事訴訟法逐条解説（第3輯）』（法務庁検務局、昭和24年）113頁）は、妥当とは思われず、最高裁昭和35年9月8日判決・刑集14卷11号1437頁のいうように、実況見分調書も3項書面に含まれ、あるいは3項を類推適用すべきであり、立案者の見解に従うべきではない。

いては、公訴提起後に裁判所が差押え、搜索、検証などの強制処分を行うことは稀有の事態であり、これらの総則規定は、むしろ、捜査機関の行うそれらの処分に準用されてこそ実質的に意味があるのに、総則規定を準用する222条1項の解釈については、刑事訴訟法研究者の体系書、概説書はもとより、実務家の参画するコンメンタールの類においてさえも、ごく概括的な解説がなされているにすぎない²⁾。

このような問題意識をベースにしつつ、222条1項の準用する諸規定のうち102条の準用について考えてみたい。

2 逮捕に伴う無令状の搜索(220条1項2号、3項)について、222条1項は、準用する規定として102条2項を掲げる。

これについては、最近、田口守一教授が注目すべき論考(以下「田口論文」という。)を発表しておられる。田口教授は、この論考において、「222条1項で準用される102条2項は裁判官による令状発付の要件を定めたものであると制限的に解釈されるべきである」³⁾とされ、「222条1項で準用されている102条2項の趣旨は、『被疑者以外の者の身体、所持品又は住居その他の場所』についての搜索・差押えについての令状発付要件を定めたものであり、この要件の認定を搜索・差押えを執行している捜査官の判断に委ねた規定でもあるとする通説の見解は、憲法35条の令状主義の要請に反する疑いがある」⁴⁾と結論付けている。要すれば、102条2項は、もっぱら令状による搜索の際の令状裁判官の令状発付の要件を定めた規定であって、そうだとすれば、222条1項は、明文上は、逮捕に伴う無令状の搜索についても102条2項の規定を準用するものの、裁判官の司法審査を要しない逮捕に伴う無令状の搜索(220条1項2号)の場合には、102条2項は準用されず、同項の準用は、218条1項の令状による搜索の場合に限定されるということであろう。通説の見

2) ごく最近刊行された伊丹俊彦=合田悦三編『逐条実務刑事訴訟法』(立花書房、平成30年)459頁(吉川崇)は、比較的詳細な注釈を施している。

3) 田口守一「逮捕に伴う無令状搜索・差押えの許容範囲—福岡高判平成5年3月8日判タ834号275頁—」信州大学法学論集25号(平成27年)47頁

4) 田口・前掲注3)55頁

解が令状主義に反する疑いがあるかどうかはさておき、以下においては、102条2項の要件が令状発付のために要件であって、捜査機関の行う無令状の捜索においてこれを準用することはできないとの所説について検討することとしたい。

田口論文が、井上教授の注目すべき論文である「逮捕に伴う無令状捜索・差押え」⁵⁾(以下「井上論文」という。)を契機としたものであり、確かに、井上論文は、「(102条2項の)要件を充足することは、そもそも、捜索令状発付のために必要とされるものであるのに、それを充足しさえすれば、令状は不要になるというのは、奇妙な論理であろう。個々の事案において当の場所が果たして、そしてそのうちのどの部分まで、この要件を充たすものであるかということ自体、本来、予め令状裁判官による審査・確認を経ることが必要とされ、その確認があって初めて——そして、その確認があった部分に限って——捜索を行うことが許されるはずのものであるのに、逮捕に伴う場合にはそのような令状審査を経る必要がないことにどうしてなるのか。それを正当化し得るような理由は示されていないのである。」⁶⁾とされており、田口教授のいわれるように、井上論文のこの箇所は、102条2項が裁判官の令状審査の際にのみ適用される規定であるとの理解に立つもののように思われなくもない。

しかしながら、そのような理解は、決して井上論文を正解するものではなかろう。井上論文は、逮捕の現場が被疑者以外の者の住居等(以下「第三者の住居等」という。)である場合において、逮捕の場所である第三者の住居等と同一管理権に属する範囲全体について捜索・差押えをすることが許されるとする相当説を批判して、「被疑者が逮捕に至るまでに立ち入り、かつ捜査機関による逮捕行為を契機として身体などに所持していた証拠物を隠すなどし得た範囲」以外の範囲に「その証拠物が所在する蓋然性があるとはいえ

5) 井上正仁「逮捕に伴う無令状捜索・差押え」井上正仁=酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、平成25年)80頁

6) 井上・前掲注5)82頁

ない」ので、「同一の管理権に属するとしても、それらの部分まで搜索することは正当化され得ない」としたうえで、これに対しては、相当説の論者から、第三者の住居等において逮捕した場合に同一管理権の範囲内において搜索が許されるものの、102条2項が準用されるのであるから、結果として実質的に不都合はないとする反論が予想され得るところ、井上論文は、これに対する再反論として、102条2項の要件の存否は、令状による搜索については、個々の事案においてこの要件充足性を裁判官が審査確認すべきものであって、無令状の搜索の場合に、第三者の住居等のうち証拠物の存在する蓋然性が認められる範囲を超えて同一管理権に属する場所全体について無令状で搜索が許されてよいとすることはできないとするものである。その趣旨は、搜索の「正当な理由」（憲法35条1項）は、①特定の犯罪の嫌疑、②当該場所に当該犯罪に関連する証拠が存在する蓋然性、③搜索の必要性からなり、逮捕に伴う無令状の搜索については、これらの要件について令状裁判官の司法審査を不要とする「正当な理由」が求められるところ、①特定の犯罪の嫌疑は、逮捕に伴う搜索である以上、裁判官の司法審査を経る必要はないといつてよいが、②の証拠物存在の蓋然性については、相当説の論者から予想される上記の反論のように、「証拠存在の蓋然性について102条2項の規定が準用されるのだから、個々の事案の具体的事情に照らして第三者の住居等のうち捜査機関が証拠存在の蓋然性があると判断する部分に限って搜索が行われることとなるので、実質的には不都合はない」、換言すれば、証拠物存在の蓋然性についてその判断を捜査機関が現場で行うのであるからよいではないかといつてみたところで、令状裁判官の審査を不要とする理由にはならないことは自明であろう。井上教授は、そのことを称して、「奇妙な論理」と言われたわけである。井上論文が102条2項に言及したのは、このような文脈においてであって、102条2項は裁判官による令状発付だけの要件を定めたものであることを前提とするものではないのである。

そもそも、逮捕に伴う無令状の搜索の範囲は、220条1項2号の規定するところであり（その範囲については、同号の制度趣旨から導くこととなろう

が、相当説はこれを同一管理権に属する範囲の全体と解するのである。) 具体的な事案において、222条1項により102条2項が準用されて、当該搜索は、「押収すべき物の存在を認めるに足る状況」があると認められる箇所に限って許されるとするのが、法の趣旨である。逮捕に伴う無令状の搜索が許される範囲は、220条1項2号の制度趣旨から解釈により導かれるべきものであって、具体的な個別のケースについての規定である102条2項によることなく、220条1項2号の解釈として正当化されなければならないことは、井上教授の言われるとおりであろう。

3 井上論文を収録した『強制捜査と任意捜査〔新版〕』⁷⁾において、この点に関して、井上教授により、次のとおり、加筆がなされており(以下「井上加筆論文」という。)、それによって井上論文の真意がより明らかになったとあってよい。

井上加筆論文は、第三者の住居等に対する搜索の範囲は、逮捕行為着手後完了までの間に被疑者が現にいるか、いたと認められる部分に限られるとされ、「これに加え、刑事訴訟法上の規制として、逮捕に伴う無令状搜索・差押えについても、刑事訴訟法102条2項が準用される(同法222条1項)ため、一般的に前記(1)の条件(筆者注:無令状の搜索が許されるのは、逮捕行為の着手後完了までの間に被疑者が現にいるか、いたと認められる部分に限る)を充たす部分であっても、さらに、『押収すべき物の存在を認めるに足る状況のある場合』にはじめて、かつそのような状況のある範囲に限って、その処分を行うことができることになるようにも見える」⁸⁾が、「(逮捕行為着手後の完了までの間に被疑者が現にいるか、いたと認められる部分に限るとの)条件を満たす場所的範囲である限り、前記102条2項の要件も存する」という推認が働き、通常は、その点を殊更問題とする必要はないものというべきであるように思われる。」⁹⁾とされる。そして、更に、「被疑事実の性質上、

7) 井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』(有斐閣、平成26年)

8) 井上・前掲注7) 365頁ないし366頁

9) 井上・前掲注7) 366頁

そもそも犯罪時に犯行現場で確保され、あるいはそこに残されたもの以外に証拠が存在するとは考えられないような場合には、102条2項の要件——あるいは、そもそも無令状での搜索・差押えが正当化される理由——を欠き、搜索・差押えは許されないことになる」¹⁰⁾とされるのである。

逮捕に伴う無令状の搜索(220条1項2号)の範囲については、緊急処分説もまた、逮捕の現場には一般的・典型的にみて証拠物が存在する蓋然性が存することを当然の前提として、証拠の破壊・隠滅のおそれが抽象的に存する場所として、被逮捕者の身体及びその直接の支配下にある場所に限定するものであるが、搜索の実施に際してその場所に現実に証拠物が存する蓋然性があるかどうかは、これとは別個の問題なのであるから、緊急処分説に立ったとしても、222条1項の準用する102条2項が適用されて、現実に証拠物存在の蓋然性が認められなければ、直接の支配下にある場所であっても搜索することは許されないのである。田口論文のいうように、緊急処分説ならば102条2項の準用は問題にならないとはいえないのである。井上論文もそのことを当然の前提とするものである¹¹⁾。

4 222条1項の文言解釈からも、「102条2項の規定が準用されるのは、218条1項、219条の規定する令状による搜索について令状裁判官の令状発付の要件としてだけであって、逮捕に伴う無令状の搜索の実施はもとより、捜査機関が行う令状による搜索の実施についても、102条2項の規定は準用されない」との解釈は、採り得ない。

222条1項は、「第99条第1項、第100条、第102条から第105条まで、第110条から第112条まで、第114条、第115条及び第118条から第124条までの規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第218条、第220条及び前条の規定によつてする押収又は搜索について、第110条、第111条の2、第112条、第114条、第118条、第129条、第131条及び第137条から第140条までの規定は、検

10) 井上・前掲注7) 366頁ないし367頁

11) 白取祐司教授も、井上正仁=大澤裕=川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選 [第10版]』53頁において、緊急処分説による場合であっても、限定的であるとはいえ、102条2項の適用場面があり得るとする。

察官、検察事務官又は司法警察職員が第218条又は第220条の規定によつてする検証についてこれを準用する。」と規定し、総則に定める裁判所が行う差押え、搜索及び検証に関する諸規定を、検察官、検察事務官又は司法警察職員が行う令状の発付を受けて行う押収、搜索及び検証について、並びに逮捕に伴う無令状の押収、搜索及び検証について準用することとしている。

この準用規定は、旧刑事訴訟法（以下「旧法」という。）174条（押収、搜索）及び183条（検証）に相当する規定である¹²⁾。旧法では、押収、搜索は、裁判所や予審判事の権限に属するのが本則であったが、いわゆる要急事件に限っては、検事及び司法警察官も押収及び搜索ができることとして（170条1項、2項）、検事・司法警察官に押収・搜索の権限を付与したが、同条には、押収、搜索の対象やその実施方法など詳細について定めることなく、裁判所や予審判事が行うそれらと同様のものとすれば足ることから、裁判所・予審判事が行う押収、搜索の規定を検事又は司法警察官が行うそれらの処分準用することとしたものである（174条）。検証についても同様である（旧法180条1項及び2項、183条）。このように、現行法222条1項は、令状による差押え、搜索及び検証並びに現行犯逮捕に伴う差押え、搜索及び検証について、旧法174条と183条の2箇条を統合して引き継ぐものであり、さらに、現行法において新たに設けられた逮捕に伴う無令状の差押え、搜索及び検証に関して、裁判所が行う差押え、搜索及び検証についての規定を準用する旨を追加したに過ぎない。しかしながら、旧法では、それらの強制処分の権限主体としての「裁判所」、「予審判事」を「検事又は司法警察官」あるいは「司法警察吏」と読み替えて準用すれば事足りたのであるが、現行法においては、令状によるそれらの処分については、単に処分の主体を読み替えて準用すれば足るのではなく、令状裁判官の許可の要件について、裁判所、裁判官に係る総則規定を準用するだけで十分なのかどうかについても立案に当たって検討しなければならなかったはずである。

12) 宮下明義『新刑事訴訟法逐条解説（第2輯）』（法務庁検務局、昭和24年）102頁、最高裁判所事務総局編『刑事訴訟法・刑事訴訟規則・旧刑事訴訟法対照条文』（昭和33年）187頁参照

ところが、現行法は、裁判所が行う差押え、捜索などの強制処分については、強制処分それ自体の実体要件を定めたのに（99条、102条など。令状については106条、107条）、捜査機関が行う捜査段階の差押え、捜索などの強制処分については、令状の発付は捜査機関の請求に基づくこと（218条3項）、令状の記載事項や方式の詳細（219条）について定めただけで、令状の請求を受けた裁判官の抛るべき実体要件についての定めは、218条にも、どこにも存しないのである。

現行法の立案の参画した横井大三検事も、「第222条は直接には捜査機関が差押、捜索又は検証を行う場合の要件を定めたにすぎないから、それだけで直ちに捜査機関に対し裁判官が令状を発付する場合の要件が明らかになるのではない」¹³⁾として、そのことを自認しているのである。

捜査段階の差押え、捜索及び検証について、旧法255条1項の強制処分、あるいは現行法207条1項の勾留と同様に、総則に規定する裁判所を主体とする強制処分と同じく裁判官を主体とする強制処分として構成して立法していれば、旧法255条2項の規定や現行法207条1項の規定と同様に、218条1項の次に、「前項の規定による差押え、捜索又は検証の請求を受けた裁判官は、その処分に関し裁判所又は裁判長と同一の権限を有する」旨の一項を設ければ足りたであろう。しかし、現行法が、旧法のおよそ知らない許可状制度を採用したことから、立案者は、このような、「同一の権限を有する」旨の規定を置かなかつたのである。

現行法に、令状の請求を受けた裁判官が抛るべき実体要件に関する規定が存しないことについて、横井検事は、「この場合の令状というのは、裁判官が捜査機関の差押、捜索又は検証を行うことを許可する許可状たる性質を持つものであるから、差押、捜索又は検証を許可するという以上、刑訴総則のこれらの処分に関する要件が令状発付の要件として考えられるべきであろうと思われる。」¹⁴⁾とされた。これは、令状裁判官の許可は、捜査機関の差押え、

13) 横井大三「犯罪捜査に関する裁判官の権限（2・完）」警察研究21巻3号17頁ないし18頁（昭和25年3月）

搜索及び検証の要件充足の有無を判断するものであるから、これらの総則規定は、捜査機関の実施の要件であると同時に令状発付の要件でもあるということである。立案当時からこのような理解であったのかどうか必ずしも定かでないが、このような聊か無理のある解釈によるよりも、同じく許可状の性質を有する逮捕状発付の実体要件を定めた199条2項に倣って、「前項の規定による差押え、搜索又は検証の令状の請求を受けた裁判官は、差押えにつき第99条第1項、第100条、搜索につき第102条の規定に準じて、令状を発する」といった類の規定を設けるべきではなかったか。

しかしながら、刑事訴訟法にそのような規定が設けられていない以上、横井検事の言われるように、捜査段階における令状裁判官の令状発付要件は、222条1項が準用する総則規定に拠るものと解するほかはなからう。そのように考えるならば、「102条は、現に搜索をなすに当たっての要件であるとともに、搜索許可状発付の要件でもある」¹⁵⁾との通説の解釈は、立案者の意図や条文の構造に沿う正しい理解というべきである¹⁶⁾。

そうすると、田口教授の所説、すなわち、102条2項は、令状裁判官による令状発付の要件として捜査段階に準用されているだけであって、捜査機関の搜索の実施については、それが令状によるものであれ、逮捕に伴う無令状のものであれ、102条2項が準用されることはなく、令状発付の要件である

14) 横井・前掲注13) 18頁。同21頁は、「搜索については、・・・搜索の対象となる場所は、大きく被疑者の身体、物又は住所その他の場所と被疑者以外の者の身体、物又は住所その他の場所とにわかれ、後者については押収すべき物の存在を認めるに足りる状況のあることが条件となっている（第102条）。従つて搜索令状の請求を受けた裁判官は、捜査機関の提供する資料に基づきような状況があるかどうかを検討して、令状を発するかどうかをきめることになる（規則第156条第3項）」とされる。

15) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第4版補正版〕』（弘文堂、平成28年）426頁。河上和雄＝中山善房＝古田佑紀＝原田國男＝河村博＝渡辺咲子編『大コメンタール刑事訴訟法〔第2版〕第4巻』（青林書院、平成24年）592頁（池上政幸＝河村博）も同様である。

16) これに対して、平場安治＝中武靖夫＝高田卓爾＝鈴木茂嗣『注解刑事訴訟法（中）〔全訂新版〕』（青林書院新社、昭和57年）150頁（高田）は、「102条は、搜索令状発付の要件であるとともに、現に搜索をなすにあつての要件でもある」とするが、その順序に特段の意味を持たせるものではないのかもしれない（小野清一郎＝栗本一夫＝横川敏雄＝横井大三『刑事訴訟法（上）〔新版〕（ポケット註釈全書）』（有斐閣、昭和61年）509頁（横井）も参照）。

との解釈は、現行法の解釈としては採り得ないものと思われる。

田口教授の上述の見解は、102条2項を搜索の対象を拡張することを定める規定と理解することを前提とするもののように思われる。同教授は、その概説書¹⁷⁾において、「問題となるのは、被疑者宅に対する搜索差押許可状で搜索中に、被疑者以外の第三者の管理下にある物などについて搜索の必要が生じた場合にも、102条2項の適用があるか、である。」と問題設定をし、「通説は、102条2項の規定は、令状発付の場合だけでなく、現に搜索をなすにあたっての要件でもあるとしている（例えば、条解426頁。）」とされた上、「しかし、被疑者以外の第三者の物に対する搜索差押え要件の有無の判断が、令状を執行中の執行機関に全面的に委ねられ、この場合も令状によらない搜索差押えが許容されるかは、なお開かれた問題であると思われる。少なくとも、被疑者の管理権が及ばないことが明らかな場合には、原則にかえて令状裁判官の判断を求めるべきではなからうか。また例えば、被疑者宅に対する搜索差押令状で搜索中に、被疑者が差押物を隣家に投げ込んだ場合に、隣家への立入りの承諾が得られないときも、やはり102条の問題となる。」とされている。この記述を素直に読む限り、田口教授は、「102条2項が現に搜索をなすに当たっての要件であるとともに令状発付の要件でもある」との通説の意味を、令状により許可された搜索場所の範囲外にある第三者の管理に属する場所や物に対してまでも、捜査機関が102条2項の要件があると認めれば搜索できるとするのが通説の理解であると誤解されているように窺われる。第三者の排他的支配下にある場所や物については、それが搜索令状に記載されていない以上、令状裁判官による搜索許可を受けていないのであるから、捜査機関の102条2項の要件判断により搜索の対象になることなどおよそあり得ないのであって（これが許されるとすれば、令状主義などなきに等しい）、隣家への投げ入れ事例は、102条2項の問題ですらないのである。

最後に、田口教授が、102条2項の要件の認定を搜索・差押えを執行している捜査官の判断に委ねた規定でもあるとする見解は憲法35条の令状主義の

17) 田口守一『刑事訴訟法〔第7版〕』（成文堂、平成29年）92頁

要請に反する疑いがあるとされる点に言及したい。これまでみてきたように、令状裁判官の許可のない場所までも、捜査機関の判断で102条2項の規定を用いて捜索できるとすれば、それが令状主義を相容れないことに異論はない。令状による捜索、逮捕に伴う無令状の捜索のいずれの場合においても、令状の記載する捜索場所であれ、また被逮捕者の直接の支配下であれ（緊急処分説によるとき）、捜査機関は、捜索の実施段階において、102条2項の要件の有無を判断し、当該場所に「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況」が認められないときは、いかに令状記載の場所であろうと（令状による捜索）また被逮捕者の直接の支配下にある場所であろうと（無令状捜索）、当該場所を捜索することは許されないのである。田口教授が、令状記載の捜索の場合についてこの結論を認めないとすると、かえって被処分者の権利を侵害し、その利益に反することになるのではなかろうか。

二 差押えに係る準用規定（222条1項、99条1項）

1 220条1項2号及び3項に定める逮捕に伴う無令状の差押えにより差し押さえることのできる物は、逮捕の理由となった被疑事実に関連する物に限られる。そのこと自体については、特段、異論は見受けられない¹⁸⁾。

その理由については、大多数の文献において¹⁹⁾、逮捕に伴う差押えを無令状で許す法の趣旨・根拠を挙げるだけで、明文の根拠を示すものはほとんど見受けられない。

たとえば、川出敏裕教授²⁰⁾は、相当説と緊急処分説の「いずれの考え方

18) 河上ほか編・前掲注15)『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕第4巻〕573頁（池上＝河村）など通説。東京高裁昭和46年3月8日判決・高刑集24巻1号183頁も、「刑事訴訟法第220条第1項第2号で逮捕に付随して令状なしに捜索し、差し押さえることのできるものは右犯罪の証拠物等に限られる」とする。

19) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』（青林書院、平成2年）90頁、横川敏雄『刑事訴訟』（成文堂、平成3年）138頁など

20) 川出敏裕「逮捕に伴う差押え・捜索・検証」法学教室197号（平成9年）36頁

に立っても、その根拠からして、搜索・差押えの対象物が、逮捕の理由とされた被疑事実に関する証拠に限定されることには争いが無い。」(無令状による搜索・差押えの根拠とは、「逮捕現場には証拠の存在する蓋然性が一般的に高い」ことを意味する。)とされており²¹⁾、酒巻匡教授も、「差押えについては、令状に基づく場合と異なり対象物件に関する事前の明示・特定がなく、また、明文による限定はないが、逮捕被疑事実に関連する証拠物等が存在する蓋然性に立脚した法の趣旨から当然に、差押えの対象物は逮捕被疑事実と関連する証拠物及び没収すべき物と思料されるものに限られる。」²²⁾とされるのである²³⁾。

2 しかしながら、酒巻教授が、「逮捕に伴う無令状の搜索・差押え処分の実行に関しては、令状による場合と同様に多くの総則規定が準用されている(法222条1項)。」²⁴⁾と指摘されるとおり、222条1項は、「第99条第1項、第100条、第102条・・・の規定は、検察官、検察事務官又は司法警察職員が第218条、第220条及び前条の規定によつてする押収又は搜索について、・・・これを準用する。」と定め、220条1項2号による差押えについては99条1項を、同じく搜索については102条1項及び2項をそれぞれ準用することとしていることは言を俟たない。これによれば、逮捕に伴う差押えの目的物は、99条1項の「証拠物又は没収すべき物と思料するもの」であることは、明文上明らかであり、「証拠物」とは、被疑事実、この場合には逮捕に係る被疑事実に関連する物を意味することは明らかというべきであろう。

酒巻教授は、上記のように、「明文による限定はない」とされるが、220条

21) 川出敏裕『判例講座刑事訴訟法 [捜査・証拠編]』(立花書房、平成28年)152頁は、「(逮捕の理由とされた被疑事実)以外の被疑事実に関する証拠物については、それが逮捕現場に存在する蓋然性が類型的に高いとはいえないからである。」という。

22) 酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、平成27年)126頁

23) 五十嵐義治「令状によらない搜索・差押」河上和雄編『刑事裁判実務大系11犯罪捜査』(青林書院、平成3年)330頁も「逮捕に伴う搜索・差押の許される物的範囲については、明文の規定はないが、これが許容される趣旨から、(一)逮捕の原因たる被疑事実に関係する物件(証拠物及び没収すべき物)、(二)逮捕者に危険を及ぼす可能性のある凶器等、に限られ、他の犯罪事実に関する物件の搜索・差押を行うことは許されないことは当然である」という。

24) 酒巻・前掲注22)125頁

1項2号自体に差押えの対象物について明示していないのはそのとおりだとしても、222条1項により99条1項が準用されているのであるから、差し押えるべき物について「明文による限定はない」とはいえないのではなからうか。令状による差押え・捜索に関する規定である218条1項前段もまた、「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、裁判官の発する令状により、差押え、記録命令付差押え、捜索又は検証をすることができる。」と規定するだけで、令状に記載すべき差押え対象物について、何ら規定するところではない(219条1項も、令状には「差し押えるべき物」を記載しなければならない旨定めるだけで、何が差し押えるべき物なのかについては、何ら明らかにするところではない)。そうだとすると、220条1項2号が差押えの対象を限定していないというのであれば、令状による差押えに関する218条1項もまた、差押えの対象を明文により限定していないといわざるを得ないはずである。学説は、令状による差押え・捜索(218条1項)に関しては、99条1項や102条2項など裁判所の行う差押え・捜索に関する諸規定が準用されることを当然の前提にしているのではなからうか²⁵⁾。そうでないとすると、令状による差押えの場合に、酒巻教授が220条1項2号についていう「逮捕被疑事実に関連する証拠物等が存在する蓋然性に立脚した法の趣旨」に対応する法の趣旨はいったい何を意味することになるのであろうか。

3 差押えの対象物について99条1項の規定する「証拠物」の文言は、裁判所の行う差押えに関しては、被告事件の証拠となるべきものを意味することはいうまでもないところであり²⁶⁾、これが捜査段階に準用されるのであるから、218条1項の場合は令状発付の根拠となった被疑事実の証拠となるべ

25) 立案者は、これらの規定の準用を当然の前提としていたことにつき、宮下・前掲注12) 92頁、93頁参照

26) 旧法140条1項(現行法99条1項に相当)の差押えの対象としての「証拠物」につき、矢追秀作『刑事訴訟法要義』(松華堂書店、昭和2年)267頁は、「証拠物トハ被告事件ノ証拠トナルヘキモノニシテ他ノ犯罪ノ証拠物ニ非サルハ論ヲ俟タス」という。140条の規定は、174条により、検事又は司法警察官の行う押収・捜索(170条)の場合に準用されている。

きもの、220条1項2号の場合は逮捕に係る被疑事実の証拠となるべきものを意味するものと解することとなる。

新法制定当時の文献では、立案を担当した宮下明義検事²⁷⁾は、222条1項の解説において、「令状によらない差押えについての準用規定」として、「第99条第1項、第100条、第103条から第105条まで、第111条、第112条、第114条、第118条、第120条から第124条まで。」とされており、また団藤重光博士²⁸⁾も、「捜査機関の行う押収・捜索については—218条（令状による差押・捜索）・220条（令状によらない差押・捜索）・221条（領置）のいずれによるを問わず一次の規定が準用される（1項本文前段）」として、99条・100条、102条などを掲げており、いずれの見解も、逮捕に伴う無令状の差押えについては、99条1項が準用されるとしていたのである。また、中武靖夫教授²⁹⁾、平場安治教授³⁰⁾、伊藤栄樹・大堀誠一検事³¹⁾、柏木千秋教授³²⁾、時代は下がるが、小林充判事³³⁾もまた、同様である。

それにもかかわらず、今日の多くの体系書や概説書、文献において、この明文による準用関係に言及しないのは、一体なぜなのであろうか³⁴⁾。

27) 宮下・前掲注12) 104頁

28) 団藤重光『条解刑事訴訟法（上）』（弘文堂、昭和25年）422頁

29) 瀧川幸辰＝平場安治＝中武靖夫『法律学体系コンメンタール篇10刑事訴訟法』（日本評論社、昭和25年）296頁（中武）は、「令状によらない差押（220条）についての準用規定」として「第99条第1項・第100条・第103条ないし第105条・第111条・第112条・第114条・第118条・第120条ないし第124条。」とする。

30) 平場安治『改訂刑事訴訟法』（有斐閣、昭和30年）360頁

31) 伊藤栄樹＝大堀誠一『刑事訴訟法』（立花書房、昭和44年）106頁

32) 柏木千秋『刑事訴訟法』（有斐閣、昭和45年）69頁

33) 小林充『刑事訴訟法〔第2版〕』（現代法律出版、平成15年）92頁。ただし、小林判事は、新関雅夫ほか『増補令状基本問題（下）』（判例時報社、平成8年）282頁においては、「証拠保全の目的でなされる逮捕の現場での捜索・差押えは、当該逮捕の原因となった被疑事実に関するものについてのみ許される。逮捕の現場において存在する蓋然性が強いということから令状なしの捜索・差押えにつき合理性があると言えるのは、右の被疑事実に関連する物件に限られるからである。」として、99条1項に言及していない。

34) これに対し、洲見光男教授は、「逮捕に伴う捜索・差押えも、当の逮捕の基礎となっている被疑事実に関する『証拠物又は没収すべき物と思料するもの』（刑訴222①・220・99①）についてしか許されない。」（寺崎嘉博編著『刑事訴訟法講義』（八千代出版、平成19年）62頁）と

この点については、単なる憶測の域を出ないが、次のような事情によるのではなからうか。すなわち、学説上の通説としての緊急処分説は、差押え目的物として、被疑事実に関連する証拠物のほか、凶器や逃走のための道具を挙げるのが一般であった。しかし、凶器や逃走のための道具が99条1項の「証拠物又は没収すべき物と料するもの」に当たらないことは明らかであることから、緊急処分説の論者は、敢えて222条1項による99条1項の準用に言及しなかったのではないだろうか。松尾浩也教授が、「差押えの対象としては、一逮捕の根拠となった被疑事実に関する一『証拠物』および『没収すべき物』のほか、凶器、逃走用具等を加えてよいと考えられる」³⁵⁾とされるのは、その間の事情を物語るもののように思われるのである。今日では、緊急処分説の論者であっても、凶器や逃走のための道具については、例えば、川出教授が、「本条（筆者注・220条1項2号）によるというよりは、逮捕に対する妨害を排除するための措置として、そもそも逮捕の効力により行うことができると考えるのが妥当であろう」³⁶⁾とされ、酒巻教授も同様の見解にたっており、この有力な見解によるときは、もはや99条1項の準用に言及しない理由はないというべきではなからうか。

それゆえ、逮捕に伴う無令状の差押えの対象は、222条1項により99条1項が準用されるが故に（明文の規定が存する。）、「証拠物又は没収すべきものと料する物」であるというべきである。そして、多くの論者が無令状の差押えの許される根拠を理由として挙げるのは、222条1項が99条1項を準用するその実質的な理由付けとしての意味を有するにすぎないというべきで

される（洲見教授分担執筆に係る椎橋隆幸編『ブリッジブック刑事裁判法』（信山社、平成19年）92頁、椎橋隆幸＝安村勉＝洲見光男＝加藤克佳『ポイントレクチャー刑事訴訟法』（有斐閣、平成30年）180頁にも同様の記述が見受けられる。）。

35) 松尾浩也『刑事訴訟法上（新版）』（弘文堂、平成11年）75頁

36) 川出・前掲注19) 36頁。酒巻・前掲注22) 126頁も、「逮捕者その他の第三者または被逮捕者の生命・身体の安全を確保するため、逮捕行為に対する抵抗を制圧する措置の一環として、被逮捕者の身体を捜索し所持する凶器を強制的に奪取・確保することができる解される。これは、法220条に基づく捜索・差押え処分ではなくむしろ適法な逮捕の目的達成のため許容されている措置と位置付けられよう。」「逮捕行為を完遂し妨害を排除するため、被逮捕者から逃走用具を奪取・確保する措置についても同様である。」という。

はなかろうか。

4 これに関連して、捜査段階における令状による又は逮捕に伴う無令状の差押えの対象物について、渡辺咲子教授が、「捜査段階における押収においては、『没収すべき物』は、常に『証拠物』であって、これを特に明示する意義はほとんど認められない（『没収すべき物』に『証拠物』としての価値がさほど認められないという状況が生ずるのは、検察官における立証方法の選択、被告人側の対応等公判における立証経過によるのである）。」³⁷⁾とされ、また、植村立郎元判事は、公判段階においてさえも、「裁判段階で証拠物に該当しない『没収すべき物』は想定するのが困難であって、筆者は、純粋に没収すべき物として、証拠請求があつて押収したといった経験はない。そうであるから、捜査段階では、『没収すべき物』は、通常、当該被疑事件の立証に資するものであつて、証拠物に該当することになる。」³⁸⁾とされているので、この点について、更に検討を加えておきたい。

(1) 99条1項は、差押えの目的物として、「証拠物又は没収すべき物と思量するもの」と規定するが、捜査段階における差押えに限っては、渡辺教授のいわれるように、「没収すべき物」は常に「証拠物」に当たるとするならば、同教授が、222条1項により準用されるのは、99条1項中の「証拠物と思量するもの」だけであつて、「没収すべき物と思量するもの」の箇所は準用されないと法解釈までも主張するものであるのかどうかは必ずしも定かでないものの、その行き着くところは、222条1項が99条1項を準用するものの、それが令状によるものであれ、逮捕に伴う無令状の場合であれ、差押えの対象は、「証拠物」だけであつて、「没収すべき物」は捜査段階における差押えの対象とはなり得ないとの結論を採らざるを得ないように思われる。

この点については、平野教授は、捜査段階の押収について、「裁判所の押収についての規定が準用される（222条）。」とされた上、「差押の客体は、証

37) 河上和雄=中山善房=古田佑紀=原田國男=河村博=渡辺咲子編『大コンメンタル刑事訴訟法〔第2版〕第2巻』（青林書院、平成22年）254頁（渡辺）

38) 植村立郎『骨太刑事訴訟法講義』（法曹会、平成29年）132頁

抛物と思料されるものである(99条1項)。・・・なお、没収すべき物と思料されるものも、押収できる(99条1項)。』とされ³⁹⁾、田宮教授も、令状による場合も逮捕に伴う場合も、「差押え・・・の対象は、証抛物・・・または没収すべき物である(99条1項)」⁴⁰⁾とされる。最近の概説書においても、堀江教授は、令状による差押えに関して、「刑訴法は、・・・差押えの対象を『証抛物又は没収すべき物と思料するもの』と定めている(222条1項、99条1項)」⁴¹⁾とされており、捜査段階における差押えの対象物は、「証抛物と思料するもの」のみならず「没収すべき物と思料するもの」をも含むとするのが、定説のように思われる。

(2) 現行法の立案過程をみると、立案を担当した横井大三検事は、捜査段階であっても、「証抛物」のみならず、「没収すべき物」もまた捜査段階における差押えの対象と理解していたようである。横井検事は、現行法施行間もない昭和25年の論考において、「没収すべきということは、単に没収し得る、とういうのではなく、それよりも一歩進んだ場合を指すものと解せられる。そして、没収すべき物という規定は、裁判所の場合には、比較的はっきりする。何とならば、裁判所は没収するかどうかの最後の決定権を持っているからである。捜査の段階では、その事件が起訴されるかどうかわからないので、厳格に言えばまず没収し得る物ということはいえても、没収すべき物という判断はできない。結局、裁判官は、起訴されたならば没収し得る物と思料されれば、令状を発すべきものであろう。」⁴²⁾とする。そうすると、立案担当者は、222条1項により捜査段階に準用されるのは、ひとり99条1項の「証抛物・・・と思料するもの」だけでなく、「没収すべき物と思料するもの」も含まれると考えていたことは明らかである。

39) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、昭和33年)111頁。平野龍一『刑事訴訟法概説』(有斐閣、昭和43年)73頁も「証抛物と思料される物および没収すべき物と思料される物である(99条1項)。』とされる。

40) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(有斐閣、平成8年)101頁

41) 宇藤崇=松田岳士=堀江慎司『刑事訴訟法〔第2版〕』(有斐閣、平成30年)120頁(堀江)

42) 横井・前掲注13)18頁ないし19頁

(3) 現行法99条1項が「没収すべき物と思料するもの」を裁判所による差押えの対象としたのは、旧法の規定に由来する。旧々刑事訴訟法（明治刑事訴訟法。以下「旧々法」という。）では、106条において、「予審判事ハ臨検、搜索ニ因リ発見シタル物件其事実ヲ証明スルニ足ル可シト思料シタルトキハ之ヲ差押ヘテ認印ヲ為シ目録ヲ作ル可シ」とされ、差押対象物を「事実ヲ証明スルニ足ル可シト思料シタル（物件）」と規定していたため、証拠物としてではなく単に没収を必要とするだけの物として差し押さえることができるかどうかについて争いがあった。豊島直道検事は、「差押トハ裁判所カ訴訟ニ於テ或物件ヲ保全シ若クハ没収ノ執行ヲ為サシカ為メ他人ノ所持内ヨリ強制力ヲ以テ証拠物件及ビ没収物件ヲ裁判所ノ所持ニ帰セシムル為メ発スル命令ヲ謂フ」⁴³⁾、「差押ノ目的ハ証拠物又ハ没収物件ヲ保全スルニアレハ原則トシテ此性質ヲ有スル各種ノ物件ハ差押フルコトヲ得ヘシ」⁴⁴⁾として、旧々法106条に明示されていなくても没収物件を差し押さえることができるとの見解を主張した。これに対し、富田山壽教授は、「我現行法上没収物件（Einziehungsstück）ハ没収物件トシテ之ヲ差押フルコトヲ得ス只没収物件ハ多クノ場合ニ於テ同時ニ証拠物件タルヲ以テ証拠物件トシテ之ヲ差押ヘ得可キノミ」とし、豊島検事の見解に対しては、「没収物件モ亦没収物件トシテ差押ノ目的物タリ得ルカ如ク説明スル者アレトモ（・・・）非ナリ是レ一個ノ立法論タルニ過キス」として、これを否定した⁴⁵⁾。清水孝蔵検事も、「差押ハ没収物件ニ対シテモ之ヲ行フ可キヤニ付テハ議論アリ然レトモ没収物件ハ広義ノ証拠物件ニ包含セラル可シ即チ没収サレル可キ物件ノ多少ヲ知ルコトハ其犯罪ノ方法、範囲、程度ヲ知ルニ必要ナレハナリ故ニ斯ク広義ニ証拠物件ノ意味ヲ解スレハ没収物件トシテ特ニ之ヲ区別スル必要ナシ」⁴⁶⁾とされ、没収物件を没収物件としてではなく証拠物件として押収すべきものとされた。付言すれば、治罪法においても、160条において、「予審判事ハ臨検ノ場

43) 豊島直道『修正刑事訴訟法新論〔第3版〕』（日本大学、明治43年）348頁

44) 豊島・前掲注43) 351頁

45) 富田山壽『最近刑事訴訟法要論上巻〔第3版〕』（有斐閣書房、明治44年）629頁

46) 清水孝蔵『刑事訴訟法論綱』（巖松堂書店、明治43年）264頁

所ニ於テ発見シタル物件其出所及ヒ模様ニ因リ被告人ノ人違ナキヲ又ハ犯罪ノ模様ヲ知ルニ足ル可シト思料シタル時ハ之ヲ差押テ認印ヲ為シ目録ヲ作ル可シ」と定められ、「犯罪ノ模様ヲ知ルニ足ル可シト思料シタル」物件のみを差押えの対象とし、没収物件の文言は見当たらない。

ところが、旧法では、治罪法や旧々法とは異なって、140条1項において、「裁判所ハ・・・証拠物又ハ没収スヘキ物ト思料スルモノアルトキハ之ヲ差押フヘシ」と規定され⁴⁷⁾、これが169条により予審判事の行う押収・搜索に準用され、また、255条2項により強制処分請求に対する裁判官の権限に準用されるものとされ、さらには、174条1項において、「第140条・・・ノ規定ハ・・・検事又ハ司法警察官ノ為ス押収又ハ搜索ニ付之ヲ準用ス」とされたのである。旧法が旧々法や治罪法には明示的には定められていなかった没収物件を差押え対象物に付け加えたのは、筆者の推測するところ、豊島直道・富田山壽論争の影響もあろうが、むしろ、治罪法や旧々法が、証拠物だけを差押え目的物とするフランス法の強い影響の下に制定された⁴⁸⁾のに対して、旧法は、証拠物のほか没収物件をも差押えの対象とするドイツ法の強い影響を受け、これに倣って、「没収スヘキ物」を付加したのではなからうか⁴⁹⁾。ドイツ刑事訴訟法においては、証拠の押収と没収及び追徴対象の押収

47) 日本法政学会編『刑事訴訟法案理由書（第45回帝国議会提出）』（大正11年）97頁

48) フランスでは、治罪法以降、差押えの対象物を証拠物件に限定しており、現在の刑事訴訟法88条3項も、「予審判事は、事実の発見に役立つすべての物件を押収し、又は押収させることを得」とする。我が国の治罪法に影響を与えたボアソナード起草の刑事訴訟法典草案は、175条（証拠物件の押収）において、「移動させることができる物で且つその出所またはその状態により犯人が人違いでないこと、犯罪のなんらかの状況を明らかにできる物が犯罪の場所にあるときは、予審裁判官は、証拠物件としてそれらの物を押収し、簡潔に記述し、書記に引き渡さなければならない。」とされていた（中村義孝「ボアソナード刑事訴訟法典草案」立命館法学324号260頁（平成21年））。

49) 阿部文次郎『新訳独逸六法』（厳松堂書店、明治44年）23頁は、当時のドイツ刑事訴訟法94条を、「証拠方法トシテ審理ニ必要ナル物件又ハ没収スヘキ物件ハ之ヲ押収シ又ハ其他ノ方法ニヨリ之ヲ保管スヘシ」と訳出し、司法省調査課編『独逸国ニ於ケル裁判所ノ組織及ヒ刑事手続ニ関スル法令』（司法資料第55号、大正13年）103頁は、94条を、「審問ノ為メ証拠方法トシテノ価値アル物件又ハ没収ス可キ物件ハ之ヲ領置シ又ハ他ノ方法ニ於テ保全ス可キモノトス」と訳出している。訳文が異なるだけで、正文それぞれに違いはないように思われる。なお、現

とは、目的によって区別され、前者は証拠の喪失を回避して刑事手続の実施を保全することを目的とするが、後者は判決において科される可能性のある法律効果を保全することを目的とするものである⁵⁰⁾。

筆者の推測のように、旧法が当時のドイツ法と同じく、証拠物と没収対象物とで差押えの目的を異にするとの理解の下に立案され、制定されたかどうかは、立案当時の資料も見当たらず、また帝国議会司法委員会などにおける政府委員の説明や答弁中に、この点に触れるものはないので、今日ではもはや知る由もない。

現行法99条1項、222条1項は、上に述べたように、旧法の140条1項、174条1項の規定を引き継ぐものであるが、現行法の立案過程においても、また第2回国会における改正法案審議の過程においても、「没収物」が捜査段階の差押えの対象となるかどうか、換言すると、222条1項の準用するのは99条1項の「証拠物」に限るのかどうかについて検討された形跡は存しない。

(4) 旧法下の概説書においては、冒頭のあげた渡辺咲子教授と同旨の見解が、実務経験者などから主張されていた。樫田忠美元大審院検事（当時中央大学教授）は、その著『改正刑事訴訟法』⁵¹⁾において、「旧法第106条ハ事実ヲ証明スルニ足ルベキ物件ヲ差押フルコトヲ得ル旨ヲ規定スルニ止マリシヲ以テ単ニ没収スベキ物ニ付テハ之レヲ押収シ得ベキヤ否ヤ疑議アリシヲ以テ新法ハ積極的ニ明文ヲ設ケタリ然レドモ没収スベキ物ハ証拠物タルコトヲ通常トスレバ實際ニ於テハ実益ナキ議論ナリト謂ハザル可ラザルナリ」とされ、また、板倉松太郎大審院判事・中尾芳助大審院判事は、『刑事訴訟法指帰』⁵²⁾において、「押収ハ証拠物又ハ没収スベキ物ノ差押ナリトハ法文ニ規定（第140条）スル所ニシテ形式上右ノ如ク証拠物ト没収物トヲ区別スルハ

行のドイツ刑事訴訟法においては、94条が証拠物、111条bが没収すべき物について定める。

50) ヴェルナー・ポイルケ『ドイツ刑事訴訟法(4)』近畿大学法学63巻1号150頁（加藤克佳＝辻本典史訳）

51) 樫田忠美『改正刑事訴訟法』（南郊社、大正11年）112頁

52) 板倉松太郎＝中尾芳助『刑事訴訟法指帰』（清水書店、大正15年）311頁

毫モ不可ナルモノナキモ實質的觀察ニ於テハ没収スヘキ物亦一ノ証拠物ニ外ナラス」とされ、平井彦三郎大審院検事も、『刑事訴訟法要綱』⁵³⁾において、「証拠物ハ没収物以外ニ多々アルモ、没収物ハ殆ト同時ニ証拠物タルモノト謂フコトヲ得ヘシ」とする⁵⁴⁾。

(5) 裁判例を見ておこう。最高裁昭和44年3月18日第三小法廷決定・刑集23卷3号153頁（国学院大学映研フィルム事件）は、「差押は『証拠物または没収すべき物と思料するもの』について行なわれることは、刑訴法222条1項により準用される同法99条1項に規定するところであ（る）」と判示するが、当該事案では、「没収すべき物」ではなく「証拠物」であるフィルムの差押えの必要性が問題となった事案であるから、没収物については、条文をそのまま引用したに過ぎないとみるべきであろう。

次に、地高裁の裁判例をみるに、いずれもいわゆる成田事件横堀要塞に係る裁判例であるが、千葉地裁昭和53年5月8日決定・判タ362号193頁（準抗告審決定。特別抗告審は最高裁昭和53年7月26日決定・裁判集刑事211号875頁）、東京地裁平成3年1月21日判決・判タ758号140頁（横堀要塞鉄塔撤去国家賠償訴訟）、その控訴審である東京高裁平成11年4月8日判決・判時1682号58頁がある。

上の千葉地裁決定（準抗告審）の事案は、司法警察員の行った令状に基づく横堀要塞本体の差押えの適否が争点となったものであるが、この点について、検察官は、「本件建物証拠物として証拠価値が大きく、かつ没収すべき物にも該当して、これを差し押さえておく必要性は十分にある」旨の意見を述べたのに対して、千葉地裁は、「本件建物は証拠として重要性をもつものか疑わしいばかりか、公判段階での証拠調を予定して差押により現状を保全しておくほどの必要性のある証拠物であるとはどうも思われぬ。」として、証拠物としての差押えの必要性を否定し、さらに、没収物としての差押

53) 平井彦三郎『刑事訴訟法要綱』（松華堂書店、昭和7年）255頁

54) 佐々波與佐次郎『日本検察法論中巻』（有斐閣、昭和17年）206頁も、「刑法第19条所定の没収すべき物は多くの場合夫自体直接又は間接に証拠たり得るものである。」という。

えについては、「本件建物が刑法19条1項2号所定の犯行供用物件に当たるとされる余地がないとはいえないが、同条2項本文の要件を充すような事実関係があるとはうかがわれず、検察官の右主張は容易に受け容れがたい。」と判示している。これに対して、東京地裁判決（国家賠償訴訟）の事案は、横堀要塞の鉄塔の2回にわたる差押えの適否について、被告千葉県及び同国が「（本件鉄塔の）差押えは、その対象物たる鉄塔、要塞本体上部部分が犯罪組成物件として証拠物あるいは没収すべきものに該当することは明らかであり、・・・明らかに必要性がないと認められる場合には該当しない。」として争ったのに対して、「このような場合、右鉄塔部分等が犯罪組成物件として没収の対象となることは明らかであり、証拠物としても、その存在・形状・状態そのものが事実認定及び量刑に及ぼす影響は大きく、重大な証拠価値を有し、裁判所が直接感得する必要性が小さかったということとはできない。」などとして、「（本件）鉄塔差押えは、明らかにその必要性が認められない場合には該当しないといわざるを得ない。」と判断し、その控訴審である上記東京高裁平成11年4月8日判決も、横堀要塞本体の差押えについて、「横堀要塞は、犯罪行為の供用物件であって、『没収すべき物と思量するもの』に該当する上、その証拠価値は大きい。・・・要塞の差押えの必要がなかったということとはできない。」と判示し、さらに、「第一審原告は、本件横堀要塞が犯罪供用物件に該当するとしても、第一審原告の所有する物であって、本件犯行（・・・横堀要塞等に対する捜索差押えの執行に際して行われた兇器準備集合・公務執行妨害・火炎びんの使用等の処罰に関する法律違反及び殺人未遂の各犯行）の犯人らの所有する物ではないから、刑法19条1項2号、2項本文によっては没収することができず、したがって、『没収すべき物』に当たらないと主張する。しかしながら、差押えの対象物としての『没収すべき物と思量するもの』とは、当該事件の判決において没収の言渡しのなされる可能性のある物であって、必ずしも没収しうる物と同じではない。そして、・・・、横堀要塞は、本件犯行の犯人らとその支援者らが、設計及び工事の監督を担当するとともに、その労力を提供して建築した建物であり、そ

の建築資金も犯人らが所属する中核派や第四インター等の団体が全国に呼びかけて集めたものであって、第一審原告の同盟員である本件犯行の犯人らがこれを占拠使用していた・・・ことが認められる。そうとすれば、横堀要塞は、本件犯行の犯人らが事実上これを支配し実質的に所有していたと認められるから、千葉県警察が、これを『没収すべき物』と判断して差し押さえたことに何らの違法もない。」と判示している。

このように、捜査段階における差押えの対象には、「証拠物と史料するもの」のほかに、「没収すべき物と史料するもの」が含まれると理解するのが裁判例の大勢であるといつてよいように思われる。

思うに、千葉地裁の判示するように証拠価値あるいは証拠として保全する必要性が低い物であっても、仮にこれが必要的没収の対象であれば、いかに捜査段階とはいえ、否、刑事手続の初期においてこそ、将来における没収の裁判の執行に備えてこれ保全しておく必要性が高く、そのことは程度の差はあれ任意的没収についても同様ではなからうか。そうだとすると、捜査段階における差押えについては、没収物は差押えの対象とならないとする渡辺教授の見解は相当ではなく、裁判例の大勢・多数説に与すべきものと考ええる。

(6) このような理解に立って、令状による差押えの実務について考えてみると、仮に差押許可状に記載された物が「没収すべき物と史料するもの」に当たることを前提に令状裁判官が令状を発付したとしても、令状に記載された「差し押さえるべき物」が「証拠物」なのか、それとも「没収すべき物」なのかは、令状の発付を受けて差押えを実施する捜査機関にとって、判定が困難であるが、この点に問題はないであろうか。また上記東京高裁平成11年判決でも問題とされたように、没収物件に当たるかどうかは、刑法19条の要件を充足するかどうかにより決まるところ、差押えの現場で、当該物が没収要件を充足するかどうかを判定することは容易でないのではないかと。とりわけ、刑法19条1項の要件充足は判断できるとしても、2項該当性、すなわち、「犯人以外の者に属しない物」に当たるかどうか、また、「犯人以外の者に属する物であっても、犯罪の後にその者が情を知って取得したものである」か

どうかの判断を捜査機関が差押えの現場でこれを行うことは、困難ではないか。

前者の問題については、令状裁判官が証拠物に当たる物として「差し押さえるべき物」の欄に記載して令状を発付した場合であっても、そのことが令状において明示されていない以上は、捜査機関は、「没収すべき物と料するもの」を差し押さえることは、許されてよからう。勾留の裁判において、60条1項2号要件に当たると判断して勾留状を発付した場合において、2号要件の充足は判断の誤りであるが、3号要件は充足するとき、勾留の裁判にはなんらの瑕疵がないのと同様である。

後者の問題については、上記東京高裁平成11年判決の「差押えの対象物としての『没収すべき物と料するもの』とは、当該事件の判決において没収の言渡しのなされる可能性のある物であって、必ずしも没収しうる物と同じではない」との判示は、差押えが、所有権を剥奪して国庫に帰属される処分である没収とは異なり、所持者から単に占有を奪うにすぎない処分であってみれば、適切な解釈である。そうだとすると、差押えに当たって、差し押さえようとする物の占有者は、特段の事情のない限り、所有者であると推認して、これを没収すべき物として差し押さえることも許されてよいように思われる。

三 証拠能力のパラダイム

1 法学部や法科大学院における定期試験において、自白法則、伝聞法則など証拠能力の有無を問う出題に対する学生の場合には、「証拠能力を認めるためには、①自然的関連性があること、②法律的関連性があること、③証拠禁止に当たらないこと、の三つが必要であり、まず自然的関連性については……。次に法律的関連性については……」とするものが散見されるが、このような論述は、自然的関連性、法律的関連性、証拠禁止が、明文あるいは不文の証拠能力制限の基礎にある実質的な根拠の分類に過ぎず、もとより

相互に排他的なものではあり得ないことを看過するものであり、笹倉教授のいわれるように、「ひとつの証拠法則に自然的関連性、法律的関連性（と証拠禁止）という複数の観点が混在しても、何ら不思議ではない」⁵⁵⁾ のに、これらをそれぞれ独立の証拠能力の要件とする点において、決定的な誤りを犯すものというべきである。緑大輔准教授が、『『観点』にすぎない議論をあたかも証拠能力の『要件』のように扱うもので奇異なもの』⁵⁶⁾ とされるのも同じ趣旨であり、筆者も、学生のこのような答案を見るにつけ、同様の思いを強く抱いていた⁵⁷⁾。ここで論じようとするのは、笹倉教授、緑准教授の指摘とは異なる視点から、学生の答案によく見られる上記論述が適切を欠くことを論じるものである。

このような論述が研究者の概説書に現れるようになったのは、筆者の知る限りでは平成8年ころからではなかろうかと思われる。例えば、田口教授は、『刑事訴訟法』の初版⁵⁸⁾において、「証拠の許容性（証拠能力）は、①自然的関連性があり、②法律的関連性もあり、かつ③証拠禁止にあたらないときに肯定される（平野193頁参照。）」とされた。この箇所は、同書の最新版⁵⁹⁾においても、何ら異なるところはない。また、ここ10年の間に上梓された、比較的若い研究者の概説書においても、同様の記述が散見されることは後に述べるとおりである。

初学者が、これらの概説書の字面だけを形式的に読むならば、証拠能力は、自然的関連性、法律的関連性があり、証拠禁止に当たらないことの3つの要件をすべて充たした場合に初めて肯定されると誤解するのも、けだしやむを得ない。

2 現行法制制定当時の文献には、そのような記述は見当たらない。むしろ逆に、多くの文献においては、証拠は原則として証拠能力を有するが、自白

55) 笹倉宏紀「証拠の関連性」法学教室364号（平成23年）30頁

56) 緑大輔『刑事訴訟法入門〔第2版〕』（日本評論社、平成29年）289頁

57) 拙著『事例演習刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、平成27年）6頁

58) 田口守一『刑事訴訟法』（成文堂、平成8年）272頁

59) 田口・前掲注17)『刑事訴訟法〔第7版〕』390頁

法則、伝聞法則などにより例外的に証拠能力が制限される、とされているのである。

現行法の立案者の一人であった横井大三検事⁶⁰⁾は、320条の解説において、「新法も旧法と同じように、法律によつて特に制限せられていない限り、すべての資料は裁判官の判断によつて証拠として用い得るという建前を執つてゐる。従つて、前条と本条（筆者注・319条と320条）とによつて証拠とすることを制限又は禁止されない資料は証拠となるわけである。英米法のように証拠となるものを列挙することは証拠法を極めて複雑とするだけであつて好ましくないし、それは現在のわれわれにとつて不可能なことでもある。従つて、本条と前条とによつて何が証拠能力を否定されているかを知ること、次条以下の例外規定を知る上でどうしても欠くことのできない条件である。」とされているのである。同じく立案者であった野木新一、宮下明義、横井大三の三検事による共同執筆の文献においても⁶¹⁾、「こゝで注意しなければならないことが二つある。その一つは、改正法でも、英米法のように証拠になるものを一一列挙するのではなく、すべての資料は一応みな証拠能力があるという旧法以来の考え方を前提として、320条により公判期日における供述に代えて書面を証拠とすることを禁じ、321条乃至323条によつて特殊なものにつき一定の条件の下に証拠能力を復活させるという方法を採用していることである。これは規定を簡単にして、然もその意図するところを明確に現わそうとするためと、英米法の複雑な証拠法の一部を援用しているにすぎないためである。その二は、当事者間に異議のある場合にのみ320条以下の制限があることである。」とされているのである。

これらによれば、現行法の立案に中核的な役割を果たした司法省刑事局（後に法務庁検務局に改組）の立案担当者らが、証拠能力に関して、「英米法のように証拠となるものを列挙することは証拠法を極めて複雑とするだけであつて好ましくないし、それは現在のわれわれにとつて不可能なことでもある」

60) 横井・前掲注1)『新刑事訴訟法逐条解説（第3輯）』101頁

61) 野木ほか・前掲注1)『新刑事訴訟法概説』159頁

と考えて、「旧法と同じように、法律によつて特に制限せられていない限り、すべての資料は裁判官の判断によつて証拠として用い得るという建前を執」つて、現行法の証拠能力に関する規定を立案をしたことは、毫末の疑いもない。

自白法則を規定する319条1項が「証拠とすることができない」と、伝聞法則を定める320条1項が「証拠とすることはできない」と、いずれも否定形で構成されている⁶²⁾のは、そのような理由によるものなのである。

旧々法では、地方裁判所であれ区裁判所であれ、証拠能力に何らの制限も設けられず、被告人や被害者等の供述録取書（いわゆる聴取書など）についてさえもその証拠能力が認められていたのであり、旧法も、基本的には、旧々法の建前を引き継ぎ、ただ、直接審理主義の観点から、いわゆる聴取書などの一定の書面の証拠能力に制限を加え、343条1項により、「被告人其ノ他ノ者ノ供述ヲ録取シタル書類ニシテ法令ニ依リ作成シタル訊問調査ニ非サルモノ」（いわゆる聴取書など）の証拠能力を原則として否定したのである^{63) 64)}。旧法においても、343条1項に当たらない限り、証拠はすべて証拠能力を肯定されていたのである。

現行法の立案担当者は、このような旧々法、旧法の法政策⁶⁵⁾を基本的に現行法の証拠能力の法構造に引き継ぎ、ただ、自白法則や伝聞法則などの英米法系の証拠能力制限を取り入れて、旧法よりも一層その制限を拡大したにすぎないのである。

なるほど、旧々法や旧法の採用した「いやしくも何らかの証明力をもつも

62) 小野清一郎＝栗本一夫＝横川敏雄＝横井大三『ポケット註釈全書刑事訴訟法（下）〔新版〕』（有斐閣、昭和61年）849頁（栗本一夫）は、「証拠能力は現行法はこれを制限する方から規定して（いる）」という。

63) 日本法政学会編・前掲注47)『刑事訴訟法案理由書（第45回帝国議会提出）』182頁

64) 宮本英脩『刑事訴訟法大綱』（松華堂書店、昭和11年）295頁によれば、証拠能力の制限は、明文規定のある343条の場合だけでなく、「漠然タル世上ノ風聞ヲ記載シタル書類、司法警察官吏ガ自己ノ意見又ハ判断ニ基ク事実上ノ観察ヲ記載シタル捜査報告書又ハ素行調査ノ如キモ法律上証拠力ヲ有セザルコト判例ナリ」とされている。

65) 日本法政学会編・前掲注47)『刑事訴訟法案理由書（第45回帝国議会提出）』181頁（345条の項）

のはすべて証拠とすることを許し形式的な証拠能力の制限を設けないという「建前」は、実体的真実主義と自由心証主義の結合の結果であり、証拠法の終局の目標としての実体的真実主義を前提とすれば、すべての証拠について証拠能力を肯定することこそが論理的であって、これが「大陸法の伝統」ではある⁶⁶⁾。

これに対して、現行法の証拠法は英米法的な要素を色濃く反映している。しかし、現行法には、大陸法の伝統もなお残存しており⁶⁷⁾、英米法的な証拠法則を取り入れたからといって、論理必然的に証拠は原則として証拠能力を有しないこととすべきことにはならない。証拠は、原則として証拠能力を有しないが、例外的にこれこれの場合には証拠能力を有すると定めるのではなく、逆に、原則として証拠能力を有するが、英米法由来のいくつかの証拠能力制限があるとする立法政策が、アメリカ法を継受したとしても、許されないものではなかろう。

現行法における証拠能力規定に関するこのような理解は、ひとり立案担当者だけではない。栗本一夫判事は、昭和31年公刊の論考⁶⁸⁾において、「現行法の証拠能力についての規定の仕方は、証拠能力を否定する場合を明示する形をとる（例えば、法319条1項・320条1項）。従つて、その証拠能力を否定する規定のない以上その証拠は証拠能力が是認されていることとなる。但し、他の理由（例えば、仮に違法に押収された物の証拠能力が否定されれば、それは一例である）により証拠能力が是認されなくなる場合があることはもちろんである。」とされているのである。

研究者の論文に目を移してみても、GHQ側との折衝が行われた刑事訴訟法改正協議会に委員として出席した齊藤金作教授は、昭和26年刊行の概説書⁶⁹⁾において、「新法は、如何なる資料にも証拠能力がある、という建前を

66) 高田卓爾「刑事訴訟法〔二訂版〕」（青林書院新社、昭和59年）212頁

67) 大陸法と英米法の混血法ともいわれる（浦辺衛『刑事実務上の諸問題』（一粒社、昭和36年）165頁など）。

68) 栗本一夫「伝聞法則」団藤重光編集『法律実務講座刑事編第八巻』（有斐閣、昭和31年）1850頁

とつてゐる。それは、明治刑訴・大正刑訴と同じように、法律によつてとくに制限されない限り、すべての資料は裁判官の判断によつて証拠とすることができるという建前をとつてゐる。しかし、全く制限がないというのではない。…今次の新法は、さらに、一歩進め、自白の証拠能力に関する法則(319条)と伝聞の証拠能力に関する法則(320条以下)とを規定することになつた。」として、同様の見解を述べてゐる。田中和夫教授も、昭和27年刊行の証拠法に関するモノグラフ⁷⁰⁾において、「新刑事訴訟法も、その根本原理としては、いやしくも何等かの証拠価値ある資料に対しては制限規定がない限り証拠能力を認めるといふ、旧刑事訴訟法と同一の建前を採つてゐる。そして第320条は、その例外的な制限規定である。従つて、ある資料を証拠とすることができるかどうかを考えるには、先ず第320条その他の制限規定に該当するかどうかを調べ、若しそれらのいずれにも該当しない場合には、当然に証拠能力をもつのである。」とされている。また、平場安治助教授(当時)は、昭和25年刊行のコンメンタール⁷¹⁾において、「証拠能力を制限されているものには、次のものがある。(a)任意性のない自白(319条1項)、(b)伝聞証拠すなわち公判期日外における供述を内容とする供述又は文書(320条)。」とされるのも、その趣旨を表わすものであろう⁷²⁾。

3 ところが、はじめに述べたとおり、田口教授は、平成8年刊行の概説書⁷³⁾において、「証拠の許容性(証拠能力)は、①自然的関連性があり、②法律的関連性もあり、かつ③証拠禁止にあたらないときに肯定される(平野193頁参照)。」とされたことから、あたかも、これらが証拠能力を肯定する

69) 齊藤金作『刑事訴訟法学』(有斐閣、昭和26年)123頁。なお、齊藤金作『刑事訴訟法(合本)』(有斐閣、昭和36年)190頁も参照。

70) 田中和夫『証拠法』(有斐閣、昭和27年)110頁

71) 瀧川ほか・前掲注29)『法律学体系コンメンタール篇10刑事訴訟法』437頁(平場)。平場・前掲注30)『改訂刑事訴訟法』176頁が、「証拠能力の制限は、…関連性・証拠排除・証拠禁止の三者となる」というのも同旨であろう。

72) 伊達秋雄『刑事訴訟法講話』(日本評論社、昭和34年)218頁も、「現行刑訴は、この英米法の考え方を多分にとり入れて、旧法に比して、証拠能力を大幅に制限したのである。」として、刑訴法の規定を証拠能力制限ととらえる。柏木・前掲注32)213頁も同様である。

73) 田口・前掲注58)『刑事訴訟法』272頁

ための積極要件のように誤解されることとなったようである。

最近の概説書においても、「証拠能力とは・・・をいい、(i) 自然的関連性(証拠の性質上少なくともある程度の証明力があること)、(ii) 法律的関連性(伝聞法則や悪性格立証禁止の原則などに従い、裁判所に予断・偏見をいだかせない証拠であること)、かつ、(iii) 証拠禁止にあたらないこと(証拠収集手続が適正であること)が要件である。」⁷⁴⁾とか、「(証拠能力は)一般的には、自然的関連性および法律的関連性があること、証拠禁止にあたらないことが求められる。」⁷⁵⁾とされ、あるいは「証拠能力は、①自然的関連性があり、②法律的関連性があり、③証拠禁止に当たらない場合に肯定される。」⁷⁶⁾とするものが散見される^{77) 78)}。

4 これらの論者は、このような理解が平野教授の法律学全集『刑事訴訟法』の192頁から193頁までの記述に由来すると考えているように思われる。

しかしながら、平野教授の見解をこのように要約することは、聊か無理がある。平野教授は、昭和33年刊行の法律学全集『刑事訴訟法』⁷⁹⁾において、「法廷における証明の持つ特殊な性質のために、法廷で用いられる証拠には、特殊な制限が加えられる。その制限の理由として、およそ次の三つのもが考えられる。」として、自然的関連性、法律的関連性、証拠禁止の三つを挙げたうえ、「わが法の個々の規定を解釈する場合には、右の三つの異なった観点がある」とされているのであって、平野教授は、証拠能力の明文又は不文の制限事由の基礎にある考え方として、この三つの観点を掲げているのであ

74) 寺崎編著・前掲注34)『刑事訴訟法講義』193頁

75) 山本正樹ほか『プリメール刑事訴訟法』(法律文化社、平成19年)187頁

76) 亀井源太郎ほか『プロセス講義刑事訴訟法』(信山社、平成28年)232頁

77) 川端博『刑事訴訟法講義』(成文堂、平成24年)343頁も、「証拠能力(証拠の許容性)は、(1)自然的関連性があり、②法律的関連性もあり、かつ、③証拠禁止に当たらない場合に認められる」という。伊丹ほか編・前掲注2)843頁も、同様である。また、椎橋ほか・前掲注34)『ポイントレクチャー刑事訴訟法』320頁、330頁も参照。

78) これに対して、広瀬健二『コンパクト刑事訴訟法』(新世社、平成27年)191頁は、理由付けはされていないものの、「証拠能力には自然的関連性、法的関連性があり証拠禁止でないことが必要」などという説明は不適切である。」という。

79) 平野・前掲注39)『刑事訴訟法』192頁

る。そのことは、平野教授が、法律学全集の数年前に刊行した法律学講座双書を見れば、おのずから明らかであろう。平野教授は、同双書⁸⁰⁾において、「凡そ実質的証拠はすべて証拠能力を持つのが原則である。しかし種々の理由から、証拠能力が制限される。この制限はこれを次の三種に分けるのが便利である。」とされているのである⁸¹⁾。緑准教授が、平野教授の法律学全集の記述について、「この三つの観点（筆者注・自然的関連性、法律的関連性、証拠禁止）から証拠としての使用が制限される場合があることを主張した嚆矢というべき文献⁸²⁾と評されているのも、そのような意味において的確な指摘というべきである。

今日でも、小林充判事、白取祐司教授の概説書^{83) 84)}においては、自然的関連性、法律的関連性、証拠禁止は、証拠能力の制限事由を解釈するための観点として捉えられているのである^{85) 86)}。堀江慎司教授⁸⁷⁾が、「証拠能力は様々な観点から規律される。まず・・・①自然的関連性を欠くとして証拠能力を否定される。次に・・・②法律的関連性を欠くとして証拠能力を否定される。

80) 平野龍一『刑事訴訟法（法律学講座双書）』（弘文堂、昭和29年）58頁

81) 平野・前掲注39)『刑事訴訟法概説』155頁は、関連性のない証拠を排斥する趣旨として、自然的関連性、法律的関連性を上げ、また、証拠禁止として、証拠を排除するというが、その趣旨は、本稿で問題とする点に関しては、必ずしも明らかでない。

82) 緑・前掲注56) 284頁

83) 小林・前掲注33)『刑事訴訟法〔第2版〕』240頁は、「証拠能力を制限する法理」という。

84) 白取祐司『刑事訴訟法〔第9版〕』（日本評論社、平成29年）338頁は、「証拠能力が制約される理由として、①自然的関連性の欠如、②法律的関連性の欠如、③証拠禁止があげられる（平野・192—193頁）」とする。

85) 松尾浩也編『刑事訴訟法Ⅱ』（有斐閣、平成4年）255頁（松本時夫）は、証拠能力について、「類型的にみた場合、次の四つの事由が考えられる。これらの事由は、もとより各別に排他的に考えられるべきものではなく、具体的な適用にあたっては、同時に二つ以上の事由の存在が考えられる場合もある。」とするのであるから、証拠能力の制限として理解していることは明らかであろう。また、田宮・前掲注40) 285頁も同様の趣旨と思われる。小林秀之『証拠法〔第2版〕』（弘文堂、平成7年）19頁も、同様である。

86) 寺崎嘉博『刑事訴訟法〔第3版〕』（成文堂、平成25年）374頁が、「自白法則、伝聞法則、違法収集証拠の排除法則に反する証拠、関連性のない証拠には、証拠能力が認められない」とされるのも同様の趣旨であろう。

87) 宇藤ほか・前掲注41)『刑事訴訟法〔第2版〕』350頁（堀江）

さらに、こうした事実認定に資するか否か、事実認定に誤りを生じさせるか否かという観点とは異なる考慮により、証拠能力が否定される場合があり、これを一般に③証拠禁止という。」とされるのも、同様の理解によるものであろう。

5 このようにいうと、これらを制限事由としようが証拠能力の積極要件としようが、実質的には差異がないとの反論が、あるいはあり得るかもしれない。

しかしながら、原則として証拠能力を認めて一定の場合に制限するというアプローチと、原則として証拠能力を否定し、一定の場合にのみ証拠能力を肯定するというアプローチとの間には、著しい隔絶どころが、正反対の思考法であることは自明であろう。

前者によるときは、問題となる特定の制限事由に当たらない限り証拠能力を認めてよいのに対し、後者によれば、証拠能力要件をすべて充足しない限り証拠能力を認めることはできないのであるから、証拠能力要件を逐一検討することが求められることとなろう。もっとも、後者による場合であっても、米国法のように、裁判所の証拠の許容性判断を主張適格 (standing) に懸らしめて、当事者の異議の申立てを前提とする法制のもとでは、実質的にみればさしたる相違はないかもしれないが、例えば、違法収集証拠排除法則についてみると、我が国においては、その理論的根拠の一つが司法の無瑕性・廉潔性にある以上、裁判所は、違法収集証拠として排除すべきかどうかについて、当事者の主張を待たずに判断すべきものとされているところであって、我が国刑事訴訟法の下では、いずれの立場であれ違いはないと言いはない。

結びに代えて

森田章先生には、筆者が同志社大学大学院司法研究科に奉職後2年を経た2011年4月より森田章研究科長の執行部の一員として、教務主任の重責にご

指名いただいたことから親しくその警咳に接する機会を得た。筆者は、実務家としての30年余にわたる経験はあっても、東京の法科大学院においてわずか5年間教育に従事しただけで、しかも古都京都の伝統ある大学において右往左往するばかりで、教務主任としての責めを十分に果たしたとはいえないが、生粋の大学人であられる森田章先生から、折に触れて、大学の運営のこと、教育者のあるべき姿、研究・教育の心構えなど、実に多くのことをご教示いただいた。厚く御礼を申し上げる次第である。

森田章先生の今後のなお一層のご健勝とご活躍をお祈り申し上げます。

(引用文中の傍点は、いずれも筆者によるものである。)