

サイバー犯罪に対する捜査―越境アクセスを中心に（一）

鈴木 一 義

はじめに

第一章 東京高裁平成二八年二月七日判決

第二章 東京高裁判決に関する論点

第三章 越境アクセス（以上、本号）

第四章 アメリカ合衆国及びEUの情況
おわりに

はじめに

一 独占禁止法、輸出管理法など自国の経済法などを、自国領域を超えて他国に及ぼすことを域外適用と言う⁽¹⁾。従前、アメリカ合衆国が域外適用に積極的であり、外国が合衆国の国際法違反を唱えたり、対抗立法を発動するなどして、

サイバー犯罪に対する捜査―越境アクセスを中心に（一）（鈴木）

深刻な国家間対立に至っていた時期もあったが、ソフトローによる合意が合意参加国を拘束するメカニズムが機能した結果、合衆国の域外適用に対して主要国が反対し難くなり、情況が変化した⁽³⁾。また、外国公務員贈賄規制の分野においては、合衆国法のみならずイギリス法なども域外的影響の大きい法律であり、国家間の調整メカニズムの一部についてハードローによる合意が形成されていて、解決に向けた萌芽が感じられると評されている⁽⁴⁾。

二 ただ、いずれにせよ、特に競争法違反の罪、経済制裁法違反の罪、外国公務員贈賄罪は、依然相当に広い範囲で合衆国法の適用が及ぶと評されている。また、競争当局の外国企業に対する法執行について、EUや中華人民共和国当局も熱心である。更に、EUで二〇一八年五月に発効した一般データ保護規則(GDPR)も、同様の効果をもたらし得る点もしばしば指摘される⁽⁵⁾ところである。

三 とところで、サイバー犯罪においても、同様に国境を越えて法執行を行って行く必要性は大きいと思われる。グローバルな規模でeメールを用いて詐欺を行ったり、国境を越えて投資詐欺を行ったりする事象は後を絶たないが、これに対応して、国境を越えて海外に保存されているデータ(例えば、違法なハッキングに対するデジタル化された証拠などは海外で保存されていることが多いであろう)に捜査機関がアクセスすることはこれら犯罪の捜査において効率性をもたらし、重要な役割を果たす⁽⁶⁾ところ、かかるデータへのアクセスを拒むような障壁は、除去して行かなければならないこともある。ただ、eメールといったデータは多くの国境・法域を越えて流通することが本質的な特徴であると言えるけれども、国境を越えてデータを移転する事象について適切に対応して行くことは容易ではない⁽⁸⁾。第四章で概観するように、法執行を目的とする国境を越えるデータ移転については、近時、アメリカ合衆国とEUで法規の整備について進展があったが、両エリアでのアプローチには共通性が見られ始めていると共に、差異もある。

このような世界の動向の中で、我が国は如何なる動きを取っているのであろうか、また取るべきであらうか。この点で参考になると思われるのが、東京高裁平成二八年一月七日判決⁽⁹⁾である。本件では、捜査機関が差し押さえたパソコンの内容を複製したパソコンからメールサーバにアクセスし、閲覧・保存したメールの証拠能力が問題となったところ、東京高裁は、当局は捜査活動における他国の主権を侵害することがないよう、サーバコンピュータが外国に存在すると認められる場合には、基本的にリモートアクセスによる複製の処分を行うことは控え、国際捜査共助の方法を取るべきであったとして、当該証拠能力を否定した。本件については、第二章・第三章で触れるように、記録媒体の差押後のリモートアクセスの適法性、国外にあるサーバへのアクセスの適法性といった種々の論点が存しようが、越境アクセスが妥当か否かという点が——立法論とも関連するが——重要な論点と言えよう。本稿では、かかる観点を中心として、サイバー犯罪に対する捜査方法の方向性について検討を加えてみたい。サイバー空間においては、従来であれば記録されたり記憶に止められたりすることがなかった場合も含めて捜査に活用し得る証拠の量が増えていくと同時に、当該証拠は電子データの形で存在しているため、移動・改変・消去が容易となり、捜査にとって有利な状況と不利な状況が同時に発生していると説かれるが、本稿においては不利な状況を如何に打開して行くかについて焦点を当てて行きたいと考える⁽¹¹⁾。

四 本稿では、以上のような問題意識から、まず東京高裁平成二八年一月七日判決の判示内容、関連論点について概観し(第一章第二章)、特に越境アクセスに焦点を当てて検討を行い(第三章)、これに関連するアメリカ合衆国・ヨーロッパの近時の動向を眺める(第四章)。その上で、我が国が越境アクセスを中心とするサイバー犯罪捜査に関して如何なる方向を取るべきかについて若干の考察を行ってみたい(おわりに)。

第一章 東京高裁平成二八年一二月七日判決

一 電磁的記録に係る証拠の収集方法としては、電子計算機（自動的に計算やデータ処理を行う電子装置。パソコン等の他、このような機能を有するものであれば、携帯電話等もこれに該当する）やこれに付属する記録媒体等を差し押さえることが考えられるが、コンピュータ・ネットワークが高度に発達した現代社会においては、電子計算機の利用はネットワークに接続した形態によるものが一般的になっている。かかる状況を背景として、電子計算機で処理すべき電磁的記録を、ネットワークを利用することにより、物理的に離れた様々な場所にある記録媒体に送って保管することが容易になると共に、一般化している。そのため、捜査に際しては必要な電磁的記録が記録されている記録媒体を特定することが困難な場合も多い上に、仮にこれを特定することが出来たとしても、様々な場所にある多数の記録媒体について各々差押を行わなければならないことになる。また、既に触れたように、一旦強制捜査に着手すれば、被疑者に当該捜査を察知され得、証拠となる電磁的記録を瞬時に移転することにより、容易に隠匿され得ること等から、電子計算機やこれに付属する記録媒体等を差し押さえる方法だけでは、捜査目的を遂行出来ないことも多いと考えられた。そこで、平成二三年の刑事訴訟法改正において、差押対象物が電子計算機である場合には、当該電子計算機とネットワークで接続された他の記録媒体に記録されている電磁的記録を当該電子計算機または他の記録媒体に複写（電磁的記録を他の記録媒体にコピーすること）⁽¹²⁾した上、これを差し押さえる処分（リモートアクセス）⁽¹³⁾が導入されるに至った（刑事訴訟法第九十九条第二項・第二一八条第二項）。

このリモートアクセスは、捜査機関が捜索差押の現場で差押の対象とされていたパソコンを起動させた上で、そこから電気通信回線で繋がったサーバ等の記録領域にアクセス出来ることが前提となつて⁽¹⁴⁾いる。

しかし、パソコンにログインするためにはIDやパスワードを入力する必要があることが通常であり、またサーバコンピュータの記録領域にアクセスするためにもIDやパスワードの入力が必要となるが、現場で被処分者から聞き出せない場合に、強制する手段がない以上、捜査機関として処分を実施出来ないことにもなりかねない。リモートアクセスによる複写の処分は電子計算機の差押を行う場合に付加的に認められる処分であり、差押後に行うことは想定されておらず、検証については平成二三年刑訴法改正によってもリモートアクセスを許す規定は設けられなかつた。⁽¹⁵⁾かかる状況で捜査機関が講じた措置（差押済みの電子計算機について検証許可状の発付を受け、リモートアクセスに相当する処分を行った）⁽¹⁶⁾が争われた。東京高裁平成二八年一二月七日判決がこれである。

二 本件は、インターネットの闇サイトにおける偽造事件に関わるものであるが、被告人が有印公文書である国立大学の学生証二通、危険物取扱者免状一通、自動車運転免許証二通、有印私文書である私立大学の卒業証明書二通をそれぞれ偽造し、更に共犯者らと共謀の上、建造物損壊三件及び非現住建造物等放火一件の犯行に及んだものである。偽造関係事件は自動車運転免許証、卒業証明書等を作成・販売等する旨掲載するインターネットサイト（本サイト）を閲覧した者が、本サイトの注文者連絡先に記載されたメールアドレス（以下「本メールアドレス」）に宛てて、偽造文書の作成を依頼し、その依頼を受けた人物が本件各文書を偽造したものであり、放火関係事件は、本サイトのスタッフ募集記事を閲覧した者がそれぞれ本メールアドレス宛てに仕事の応募をしたところ、Fを名乗る人物から本件各建物への放火等を指示され、これに応じて放火関係事件の各犯行の実行に及んだものである。

神奈川県警の警察官は、刑事訴訟法第二一八条第二項のリモートアクセスによる複写の処分が許可された捜索差押許可状（本件公訴事実とは別件である、携帯電話通信事業者による契約者等の本人確認等及び携帯音声通信役務の不正な利用の防止に関する法律違反、偽造有印公文書行使幫助を被疑事実とする）に基づき、当時の被告人方を捜索し、本件パソコンを差し押さえたが、その際、本件パソコンにログインするパスワードが判明していなかったため、リモートアクセスによる複写の処分をしなかった。警察官らは、差し押さえた本件パソコンを解析したところ、犯行の痕跡や本メールアドレスのアカウントのアクセス履歴が認められたことから、本件パソコンからインターネットに接続し、メールサーバにアクセスすること等を企図し、そのために必要な令状について検討し、リモートアクセスによる複写の処分が許可された差押許可状を再度請求することも考えたが、本件パソコンが既に差押済みであったため適切ではないと考え、メールサーバにアクセスしてログイン状況等の保全をすることは、本件パソコンを操作した結果を検証するものであり、メールサーバへのアクセスも検証のために必要な処分であるとして許容されると判断し、検証許可状を請求するとの結論に至った。この基に、警察官は、本件パソコンを検証すべき物とする検証許可状の発付を受け、本件パソコンの内容を複製したパソコンからインターネットに接続し、本件パソコンからのアクセス履歴が認められたメールアドレスのメールサーバにアクセスし、メールの送受信履歴及び内容をダウンロードして保存した。警察官はこのようなりモートアクセスは、前記の通り、検証のために必要な処分（刑事訴訟法第二二二条、第二一九条）として許容されると考えていた。⁽¹⁷⁾

三 第一審（横浜地方裁判所平成二八年三月一七日判決）は、本件検証は「検証すべき物」として本件パソコンが記載されているに過ぎない検証許可状に基づく検証における必要な処分としてリモートアクセスを行ったものであるが、捜

査機関が検証許可状に基づいてパソコンの状態を検証する権限を有することとなったとしても、当該パソコンからインターネットに接続し、メールサーバにアクセスすることが当然に認められるものでないことは、刑事訴訟法の規定の趣旨（リモートアクセスによる複製の処分は、電子計算機を差し押さえるに当たり、当該電子計算機に接続されたサーバ内に記録されている、当該電子計算機から作成・変更・消去が可能なデータを当該電子計算機等に複製した上で、同電子計算機を差し押さえる処分であり、あくまでも電子計算機の差押に伴う処分として行うことが認められているもので、当該複製処分は電子計算機の差押に先立って行われるものであつて、差押の終了後に行うことは想定されていない）からしても明らかである。そして、メールサーバ上のメール送受信履歴及び内容は、メールサーバの管理者等以外の他人に閲覧されることを予定しないものであり、捜査機関がそれを閲覧した上、内容を保存するという本件検証は、メールサーバの管理者等の第三者の権利・利益を侵害する強制処分に他ならず、捜査機関がこのような強制処分を必要な司法審査を経ずに行つたということは、現行刑事訴訟法の基本的な枠組みに反する違法なものであるとした。更に、サーバコンピュータが他国に存在している場合にこれにアクセスすることは、その国の主権に対する侵害が問題となり得るものであり、捜査機関としては、サーバコンピュータが外国に存在すると認められる場合には、基本的にリモートアクセスによる複製の処分を行うことは差し控え、国際捜査共助を要請する方法によることが望ましく、本件においても、サーバコンピュータが外国にある可能性が高く、捜査機関もそのことを認識していたのであるから、当該処分を行うことは基本的に避けるべきであつたなどと指摘し、本件検証には、令状主義の精神を没却するような重大な違法があるとした（本件検証は前記の通り現行刑事訴訟法の基本的枠組みに反して第三者の権利・利益を司法審査を経ずに侵害した点で違法性が大きい上、当該違法捜査を行つた捜査機関の姿勢においても、主権侵害など様々な問題があり得るにもかかわらず、これらの点に適切な配慮をすることなく、

捜査の目的を優先させて検証におけるリモートアクセスという法が許容しない捜査方法を断行しているから、捜査機関に令状主義を潜脱する意図迄はなく、また、本件検証を実行したことは関連法規等に関する理解不足に起因する面があったとしても、令状主義に関する法令を遵守する姿勢が欠けていたことは否定出来ない。従って、本件検証の違法性の程度は重大なものであり、令状主義の精神を没却するとの評価を免れないと述べた。その上で、本件検証の経過及び内容を記載した検証調査書や本件検証の結果得られたデータ等を纏めた各捜査報告書は、本件検証の結果そのものと言えること等から、令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これらを証拠として許容することは重大な違法を含む本件検証自体を結果として是認することにもなり、将来の違法捜査抑制の見地から相当でない⁽¹⁸⁾と認められるから証拠能力を否定して証拠排除したが、弁護人が排除を求める書証・証言などその余の証拠については、個々に本件検証との関連性等を検討した結果、本件検証結果と関連性を有するものはあるものいづれも本件検証と密接に関連すると迄は言えず、これらの証拠の重要性等の諸般の事情をも考慮すると証拠排除を行うべきものではないとした。そして、証拠排除されなかった証拠に基づいて、前記各事件について、被告人の犯人性を肯定して、被告人を懲役八年とする有罪判決を言い渡した。

これに対して、弁護人が、違法収集証拠に関する訴訟手続の法令違反（原審は本件検証の直接の結果である検証調査書の証拠能力を否定しているが、本件検証がなければ捜査機関は共犯者に辿り着くことが出来なかつたのであるから、本件検証とこれらの者に関する全証拠は強固な関連性があると言え、これらの証拠も証拠能力がなく、被告人の犯罪事実については犯罪の証明がないことになり無罪とすべきであるのに、これらの証拠に証拠能力を認めた原審の訴訟手続には、判決に影響を及ぼすことが明らかかな法令違反がある）、事実誤認（本件偽造事件は大規模組織による犯罪であり、被告人はその組織により犯人に仕立て上げら

れたもので、被告人が本件各犯行の犯人であることを推認させるだけの事実はなく、本件に関係する人物として被告人の顔を見たとの証人五名の証言は、供述の核心部分に重大な欠陥があるなど信用出来ないから、被告人は本件偽造事件の犯人であると認定出来ず、本件偽造事件の犯人と同一人とされている本件放火等事件の犯人であるとも認定出来ないのに、被告人が本件各犯行の犯人であるとした原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認がある）等を主張して控訴した。

四 東京高等裁判所は、前記のような違法収集証拠に関する原判決の判断は概ね適切なものであって、原審の訴訟手続に法令違反はなく、また、被告人の犯人性を肯定して原判決を認定した原判決に事実誤認はないとして、控訴を棄却した。

即ち、東京高裁は、本件検証について、本件パソコンの内容を複製したパソコンからインターネットに接続してメールサーバにアクセスし、メール等を閲覧・保存したものであるが、本件検証許可状に基づいて行うことが出来ない強制処分を行ったもので、しかもそのサーバが外国にある可能性があったのであるから、捜査機関としては国際捜査共同等の捜査方法を取るべきであったとも言え、そうすると本件パソコンに対する検証許可状の発付は得ており、被告人に対する権利侵害の点については司法審査を得ていること、本件パソコンを差し押さえた本件搜索差押許可状には、本件検証で閲覧・保存したメール等についてリモートアクセスによる複写の処分が許可されていたこと等を考慮しても、本件検証の違法性の程度は重大なものと見え、このこと等からすると本件検証結果である検証調査及び捜査報告書について証拠能力を否定した原判決の判断は正当であると述べた。そして、危険取扱者免状の偽造に関する証拠については、被告人方から押収されたプリンタのインクリボンの使用痕の内容に基づいて捜査を行えば、本件検証がなくても、その使用痕の顔写真などを示すなどして、偽造免状に氏名を記載された者から事情聴取をすることによって、

その知人が本件免状の偽造の依頼者であると特定することが充分に可能であったと言えるから、本件検証と前記証拠とは関連性があるものの、その関連性は密接なものではないと言え、加えて、警察は本件検証を行うに当たり、本件パソコンに対する検証許可状の発付を得ていること、本件搜索差押許可状には、本件検証で保存していたメール等についてリモートアクセスによる複写の処分が許可されていたこと等も踏まえると、前記証拠の証拠能力をも否定しないと将来の違法捜査の抑止の観点から意味がないと迄は考えられないから、前記証拠の証拠能力を肯定した原判決の判断は支持出来るとした。また、自動車運転免許証の偽造に関する証拠については、本件検証がなくても、顔写真の画像データが転写された者の氏名等に基づいて捜査を行えば、当該人物を特定し、その住居を突き止めることが充分に可能であったと言えるから、本件検証と前記証拠とは関連性があるものの、その関連性は密接なものではないと言える等の事情から、前記証拠の証拠能力をも否定しないと将来の違法捜査の抑止の観点から意味がないと迄は考えられないため、前記証拠の証拠能力を肯定した原判決の判断も支持出来ると述べ、更に、非現住建造物放火等に関する証拠についても、本件検証がなくても、本件放火等事件に関して共犯者らを取り調べ、同人らの各原審証言と同様の供述を得ることが出来たものと言え、本件検証と共犯者らの各原審証言との関連性はかなり希薄であり、これらの証拠の証拠能力を認めた原判決の判断も正当であると論じた。これらのもとに、本件検証と密接な関連性がない証拠について、証拠能力を認めた原判決の判断に誤りはなく、原審の訴訟手続に法令違反はないと判示した。

加えて、原判決の判断は、その主要な説示に経験則等に照らして不合理なところはなく、原審記録を検討しても原判決に事実の誤認はないと判示した。⁽¹⁹⁾

第二章 東京高裁判決に関する論点

一 (1) 本判決は、差押後のパソコンに対する検証許可状に基づくリモートアクセスを違法とし、また、データサーバが海外に存在する蓋然性がある場合のリモートアクセスの違法性を示唆したものであって、本判決以降、実務上リモートアクセスは実質的に実施出来ないものとなった結果、あらゆる犯罪にメールが使用される今日において、メールを証拠として必要とする事件の捜査実務に多大な影響を与えたと評される。⁽²¹⁾

(2) そして、本判決に関する論点は、①検証許可状に基づくリモートアクセスの可否、②メールサーバが海外にある場合のリモートアクセスの可否に大きく分けることが出来る。⁽²²⁾

二 (1) まず、本件で捜査機関側が試みたように検証許可状を得てリモートアクセスを行うことが可能かが問題となる。この点については、リモートアクセスが遠隔地にあるサーバ等の記録領域の電磁的記録を情報通信技術を用いて可視化して認識・保全する行為であるから、その性質に照らせば検証の形式によることは素直な構成であり、またクラウドの普及によりクライアント端末には重要なデータが何等保存されていない事態(刑事訴訟法第二八条第二項立案時の、機能的一体性ゆえに証拠となるデータの存在する蓋然性が共通して認められるという想定が成り立たない事態)も増えつつある点に鑑み、端的にデータを獲得することを認める構成の方が現実在即しているとも言えようが、本件で発付された令状には「検証すべき物」として差押済みのパソコンだけが記載されていたため、パソコンの検証は許されるにせよ、「検証すべき物」としてメールサーバが特定・明示されていない以上、サーバへのリモートアクセスを、パソコンの検証

に「必要な処分」(刑事訴訟法第二二二条第一項・第二二九条)として行うことは許されないという見解が有力である。⁽²³⁾

これに対して、刑事訴訟法第一〇七条第二項・第二一九条第二項は、データサーバそのものの特定ではなく、被疑者のパソコンからの接続経路乃至接続権限によって複写の対象とする記録媒体の領域を特定するものと解する余地があり、そうであるとすれば、リモートアクセスの本質は、ID・パスワード等の接続経路乃至接続権限によって特定されるデータサーバの領域の複写を許すことにあると考えられるから、データの複写が被疑者のパソコンの差押の前後のいずれであるかは本質的要素ではないと捉える見解もある。⁽²⁴⁾

(2) 次に、「検証すべき物」としてアクセス先のサーバが明示されていた場合が問題となる。⁽²⁵⁾ この点、現場に所在するパソコン等のクライアント端末が「差し押さえるべき物」に該当しなければならず、且つリモートアクセスは当該端末の差押に先立って行われることを要するという要件を外せば、リモートアクセスを密行的に行い得る上、技術的な制約をクリアし得る可能性も高まるから、リモートアクセスがより容易になり、捜査の必要性と第三者の権利・利益の保護の調和という観点から対立利益の権衡を失するため、立法者が利害得失の計算の結果として敢えてそれらの要件を満たす形態のリモートアクセスだけを許すことにし、それを前提に要件・効果・手続・救済手段を法定したのであれば、これ以外の方法によるリモートアクセスは許されないと解する見解も成り立つと論じられる。⁽²⁶⁾

これに対しては、立法過程において、リモートアクセスを刑事訴訟法第九九条第二項・第二二八条第二項に限定するとする明示的な議論はなされておらず、刑法法の条文にもかかる禁止は規定されていないのであり、リモートアクセスをパソコンの差押時に限る趣旨で規定されたものではないと捉えた上で、差押後のリモートアクセスにおいては、差し押さえられたパソコンの解析を通じて被疑者が使用し、被疑事実との関連性も明らかになっているのであるから、

対象となるデータサーバが明記された検証許可状が司法審査の上で発出される以上、通常の検証と異なるところがな
いと述べ、データサーバが明らかとなっている差押後のリモートアクセスでは、通常の検証許可状によって行うこと
が出来ると解すべきであるとする見解も有力に主張されている。⁽²⁷⁾

第三章 越境アクセス

一 (1) 第二章 一 (2)で指摘した第二の論点になるが、メールサーバが海外にある場合のリモートアクセスの可否が問
題になる。被疑者のオンライン上の行動に関するデータにアクセスすることは、現代の捜査活動の極めて重要な構成
要素と言えようが、インターネット上の通信は海外の回線を経由することが通常であるから、越境アクセスの問題の
検討が不可避になると言えよう。⁽²⁸⁾

(2) この点、平成二三年刑事訴訟法改正段階において、クラウド・サービス等の端末から外部への常時接続が普及
している技術・利用者環境を前提とすれば、我が国国外にあるサーバへの捜索差押が容易に発生しかねない事態が予
想され、かかる場合についての限界設定が必要という問題意識が生じた。サイバー犯罪条約第三二条においてもリモ
ートアクセスが規定されていたけれども同意承諾のない越境的捜索に関する定めはなかったところ、リモートアクセ
スが越境捜索として許容されるか明確にされない儘、刑事訴訟法改正が行われた。⁽²⁹⁾

二 この点、本判決では、捜査機関が被処分者のコンピュータを差し押さえた後、検証許可状を得た上で海外サーバ
にアクセスして記録を取得した点に関し、サーバが海外に存すると認められる限りは、基本的にリモートアクセスに

よる複製処分は控え、国際捜査共助を原則とすることが望ましいと述べ、海外サーバに対する無承諾のリモートアクセスの適法性を消極的に解し、国際捜査共助を原則とする方向性を示したという意義を認めることが可能と見えよう。⁽³⁰⁾そして、インターネットにより取得出来るデータが海外サーバに蔵置されていることが通常である以上、サーバが海外にある蓋然性があると捜査が違法になるといふことになると、実質的には大半のメール捜査が出来なくなることになり、本判決後、リモートアクセスは実務上ほぼ行われていないようであるとも指摘されている。⁽³¹⁾

三(1) そして、学説上も、データサーバが海外にある蓋然性がある場合には、リモートアクセスは外国の主権を侵害する可能性があり、許されないとする見解がある。⁽³²⁾

(2) 一方、これに対しては、①外国主権の侵害という国際法上の問題は外交上の問題乃至国家責任の問題であり、国内刑事訴訟法上の違法の問題とは別問題であるから、少なくとも外国主権の侵害という国際法違反の違法を、被処分者の権利侵害に対する事後的な是正措置である違法証拠排除法則の枠内に取り込むことには疑問がある、⁽³³⁾②本件のような外国サーバに対するリモートアクセスは、裁判所が指摘したように、その国の主権に対する侵害が問題となり得るに過ぎず、その国の主権が侵害されたと認められる訳ではない(その国の主権が侵害されたのかを判断出来るのは当該国のみであり、我が国裁判所が認定出来るものでなく、相手国の主権の侵害が相手国によって認識され、国際法的にそれが問題とされて違法と評価されない限り、国際法上は相手国が主権侵害を受けなかったと解すべきである)、⁽³⁴⁾③外国への国家主権の配慮は基本的に司法審査の対象ではなく、仮に裁判所が外国主権に配慮するとしても、相互主義の観点から均衡の取れる範囲内とすべきで、実質的に侵害することにはならない外国の主権を慮って自国の重要な部分を放棄するに等しい法解釈をすることは、余りに均衡を欠いた結論である(サーバ事業者が電気通信事業者でデータの内容に対しては権限を有

しない場合は、当該ユーザーである被疑者が契約によって権限を与えられているID・パスワードを用いてメールの内容を検証する場合には、権利を制約されるのは当該ユーザーのみであって、独立で公正な裁判所の発する令状により被疑者のID・パスワードを用いて検証がなされる限りにおいて、電気通信事業者は実質的には権利の制約を受けるものではないと解することが出来るのではないか、電気通信事業者のメール内容に対する管理権、ましてや単にデータを蔵置するだけのデータサーバの管理者の管理権は、不法侵入者に対する場合は格別、契約により権限を得たユーザーとの関係においては弱いものである⁽³⁵⁾等の反論が主張されている。

(3) かかる反論に親和的な裁判例も存する。大阪高判平成三〇年九月一日がそれである⁽³⁶⁾。被告人らはわいせつ電磁的記録に係る記録媒体陳列及び公然わいせつで有罪とされた(懲役二年六月「執行猶予四年」、罰金二五〇万円)が、弁護人らが、検察官請求証拠のうちメール等の電磁的記録に関する証拠には収集過程に令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないから、違法収集証拠として証拠排除されるべきであると主張した。

これについて、第一審(京都地判平成二九年三月二四日)は、大要、「弁護人が証拠排除を求める証拠は、いずれも、適法に発付された捜索差押許可状に基づいて差し押さえたパソコン等の解析結果や、インターネットサイト管理・運営会社の役員や従業員らの任意の承諾に基づきリモートアクセスしてメールサーバ等からメール等の電磁的記録をダウンロードして収集したもの、任意の承諾に基づき電磁的記録をダウンロードしたパソコン自体の提出を受けて収集したもの、任意の承諾を得て管理画面等を表示するなどしてその画面上の表示を検証許可状に基づき検証して写真撮影したものであって、その収集過程に令状主義の精神を没却するような重大な違法は認められない。また、弁護人は、

サーバ設置国の主権を侵害し、かつ、サーバ管理者の権利・利益を侵害する重大な違法があるなどとも主張するが、本件の事実関係においては、サーバ設置国の主権を侵害する重大な違法があるとも、サーバ管理者の権利・利益を侵害する重大な違法があるとも認められない。その他の弁護人の主張を踏まえても、違法収集証拠として証拠排除する理由はないから、いずれの証拠についても証拠排除しない。」と判示した。

これに対して、被告人が控訴したところ、大阪高等裁判所は、「原審が、C事務所において強制捜査が実施された際に同所で行われたリモートアクセス等(手続②、③)や、これにより電磁的記録を複写したパソコンの任意提出(手続②)について、C関係者の任意の承諾があったと認定した点は、是認することができない。しかしながら、これらの手続について任意の承諾がなかったことを前提としても、本件各証拠中、大多数の証拠の収集手続に、少なくとも令状主義の精神を没却するような重大な違法があるとはいえず、上記各証拠を採用して被告人らの罪証に供した原審の訴訟手続には、その結論において法令違反はない。」と判示した上で、大要、以下のように詳細に理由を述べた。

第一に、本件搜索差押許可状の執行による記録媒体の差押(手続①)の違法性について、電磁的記録に係る記録媒体の差押における差押の対象は、記録媒体に保存されている個々の電磁的記録ではなく、記録媒体そのものであるから、保存されている情報の中に被疑事実と関連性のある情報が含まれている以上、他に被疑事実と関連性のない情報が保存されていたとしても、当該記録媒体と被疑事実との関連性が否定されるものではないと述べた。第二に、C事務所で行われたリモートアクセス等及びパソコンの任意提出について任意の承諾があったか否かに関して(手続②、③関係)、捜査官が行う搜索等の捜査について、C事務所で行われたリモートアクセス等や、これにより電磁的記録を複写したパソコンの任意提出について、Cの役員や従業員らの任意の承諾があったとは認定できないとした。第三

に、リモートアクセス等による電磁的記録の収集が、違法な不特定・包括的・網羅的押収であるとの所論について（手続②、④関係）、リモートアクセスにより複写することができると電磁的記録は、被疑事実との関連性が認められ差押対象物とされた当該電子計算機で、作成若しくは変更をした電磁的記録又は変更若しくは消去することが出来ることとされている電磁的記録であるから、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上、差押の現場において、これらの電磁的記録について、関連性の有無を逐一確認するよう求めることは、捜査における迅速性の要請に反するばかりか、捜査機関に現実的でない過大な負担を課す結果となるため、個々の電磁的記録について、個別に関連性の有無を判断しなければならない訳ではなく、本件においては、リモートアクセス等が許容される範囲については、リモートアクセス令状の発付に当たって一定の司法審査を経ているところ、手続②、④において行われたリモートアクセス等は、いずれも、本件搜索差押許可状が許可する範囲内の記録領域を対象として行われていることも勘案すると、本件において、捜査官らが、リモートアクセス先の記録領域内の電磁的記録について、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採ったこと自体に取り立てて問題があったとは言えない。よって、手続②、④は、不特定・包括的・網羅的押収である点において違法であると言いうことは出来ない。と述べた。第四に、海外リモートアクセス捜査の違法性に関して（手続②、③、④関係）、我が国の捜査機関が、刑法第二二八条第二項のリモートアクセス令状に基づいて、外国に存在するサーバ等の記録媒体に対し海外リモートアクセス等の処分を行うことが、当該他国の主権を侵害するか否かについては、国際的に統一された見解がある訳ではなく、また、サイバー犯罪条約第二条も、どのような場合にこのような処分が許されないこととなるかを明示的に規定している訳ではないが、我が国の捜査機関が、国際捜査共助の枠組み等により相手国の同意乃至承認を得ることな

く、海外リモートアクセス等の処分を行った場合には、強制捜査であれ、任意捜査であれ、その対象となった記録媒体が所在する相手国の主権を侵害するという国際法上の違法を発生させると解する余地がある。そして、相手国の主権を侵害しており、国際法上の違法があると言える場合には、この違法が当該捜査手続に刑事法上も違法の瑕疵を帯びさせることになると考えられる。しかしながら、外国の主権に対する侵害があつたとしても、実質的に我が国の刑事法に準拠した捜査が行われている限り、関係者の権利、利益が侵害されることは考えられないのであり、本件においては、リモートアクセス等は、実質的に司法審査を経た本件搜索差押許可状に基づいて行われていると評価することが出来るのであるから、被告人らに、このような違法性を主張し得る当事者適格があるかどうかも疑問である。しかも、違法収集証拠として証拠能力が否定されるのは、捜査手続に令状主義の精神を没却するような重大な違法があつて、これを証拠として許容することが将来における違法な捜査の抑制の見地から相当でないと認められる場合に限られるから、上記主権侵害から生じた違法は、それだけで直ちに当該捜査手続によって得られた証拠の証拠能力を否定すべき理由とはなり得ない」と述べ、また、サイバー犯罪条約第三二条bの趣旨については、捜査機関は、被処分者の適法且つ任意の同意がある場合、相手国との捜査共助によらなくとも、適法な海外リモートアクセスを実施することが出来ると見る余地が十分にあると論じた。そして、海外リモートアクセスによるサーバ等の記録媒体の管理者の権利侵害は、海外リモートアクセス等の処分による相手国の主権侵害から生じた違法に付随するものであるから、違法収集証拠の証拠能力については、当該主権侵害から生じた違法と同様に考えることが出来る」と解した。その上で、本件においては、手続②の段階における被処分者の承諾は錯誤によるものであると認めるのが相当であるから、これと前提を異にする原決定の判断をその儘採用することは出来ず、サイバー犯罪条約第三二条b但書の要件との関係で

も、被処分者によるリモートアクセス等への任意の同意があったとすることは出来ないと考えられるけれども、当該リモートアクセス等は、実質的には、我が国の刑法に則って発付された本件各令状に基づいて実施された強制捜査の一環として行われたと見られるのであるから、喩えサーバ所在国の主権侵害や海外のサーバ管理者の権利侵害があったとしても、そのことによる捜査機関によるリモートアクセス等の違法は、証拠能力を失わせる程の重大な違法には当たらないと論じた。第五に、手続②の違法性について、手続②は、捜査官らが承諾書や任意提出書を徴求するといった任意捜査の前提となる手続が採られていることを考慮しても、被処分者の承諾に基づく任意捜査と見る余地はないと言わなければならないと捉えつつ、捜査官らが、主観的には、本件搜索差押許可状の執行としてではなく任意捜査としてリモートアクセス等を行っている積りであったけれども、手続②は、実質的には本件搜索差押許可状に基づく強制捜査を行ったものと見ることが出来るから、手続②は、捜査官らにおいて捜査の法的性質に関する捜査官らの主観と客観の齟齬をもたらし、その間の事情が被処分者に正しく伝わっていなかったという点で、多少なりとも違法性を帯びる捜査であったことは否定出来ないとした。しかし、違法な不特定・包括的・網羅的押収であるとの主張には理由がなく、仮に海外リモートアクセスに伴う主権侵害やサーバ管理者の権利侵害があるとしても、証拠能力を失わせる程の重大な違法には当たらず、また、捜査官らにリモートアクセス等についての承諾を強要する意図があったとか、捜査官らが、承諾を求めるに際し、強要に亘るような言動をしたとは考えられないのであり、実質的に見ると、捜査の法的性質に関する捜査官らの主観と客観の齟齬をもたらし、その間の事情が被処分者に正しく伝わっていなかったことにより、C側に、手続②が本件搜索差押許可状の執行として行われた場合を超える権利、利益の侵害が生じているとは認められず、また、捜査官らに、被疑事実との関連性の制約上、令状によっては本来収集出来ない範囲

の電磁的記録を取得する意図があったとも考えられないと捉えた。そして、捜査官らは、アクセス権限者の承諾があれば、海外リモートアクセス捜査も許容されるという理解の下、海外リモートアクセス捜査の問題を解決するための一つの正当な方策として、任意捜査を選択しようとしたものと見ることが出来るのであり、捜査共助の手續を不当な手段で回避しようとしたものとは考えられず、加えて、本件においては、被告人らが、その顧問弁護士らの助言も得ながら強制捜査への対応に当たっていたこと、捜査官らは、そのような状況の下、任意の承諾が得られたことを明確にする趣旨で、主立った幹部職員等からリモートアクセス等についての承諾書を徴求するなどの措置を順次講じながら手續を進めていたこと、捜査官らが、顧問弁護士らから、承諾書の差し入れについて疑義を呈されるなどした形跡はないことなど、当時、捜査機側としては、リモートアクセス等について、被処分者から任意の承諾が得られたと考えてもやむを得ないと言える事情があったと認定し、以上の事情に鑑みると、手続②に、令状主義の精神を没却するような重大な違法があったと言うことは出来ないと述べた。第六に、手続③（捜査官らが、C事務所においてC関係者の承諾を得て同所所在のパソコンからリモートアクセスをし、アクセス先のサーバの記録領域に蔵置されていた電磁的記録を当該パソコンの画面に表示させた上、その表示画面を検証許可状による検証として写真撮影したもの）の違法性について、本件検証許可状には、検証すべき物としてパソコン等の電磁的記録媒体のみが記載されており、検証許可状についても同様であったと推認されること、電磁的記録媒体自体を対象とする検証については、その前提としてリモートアクセス等を行うことを許容する規定はないし、また、前述の通り被処分者の任意の承諾があったとも認められない以上、手続③については、全体として、これを適法な検証と見ることは困難であるけれども、海外リモートアクセスに伴う主権侵害やサーバ管理者の権利侵害の点を考慮しても猶、リモートアクセス等の瑕疵が重大であると迄は言えない。ま

た、手続③に伴う画面の表示は、顧問弁護士らが居合わせるC事務所内で、錯誤に基づく疑いがあることから任意の承諾があったとは言えないものの、捜査官らが当該パソコンを使用しているC関係者自身の承諾を得て、当該使用者自身にパスワードを入力して貰うなどし、その立ち会いの下で行われていて、表示する画面の範囲が被処分者側に明確であったということ指摘することが出来、捜査官らに、殊更令状主義を潜脱する意図があったとも認められない。

以上の事情に鑑みると、手続③のDライブ管理画面の「エージェント売上」ページの一部、D動画管理画面の「コンテツ数」、コミュニケーション「乙」のチャット履歴といった電磁的記録については、令状主義の精神を没却するような重大な違法があると迄言うことは出来ないが、手続③のうち「ジンジ・ソウムマニュアル」内のファイルといった電磁的記録については、後日、別の検証許可状によって検証が行われたものであり、本件検証許可状による検証とは異なり、検証の対象とされたパソコンを差押対象物とするリモートアクセス令状が同時に発付されていたという事情は見当たらず、かかる相違点を看過することは出来ず、捜査官らに令状主義を潜脱する意図があったとは認められないことを考慮しても、違法性の程度は重大であり、令状主義の精神を没却するものと言うべきであると述べた。第七に、手続④（捜査官らが、C事務所や被告人B方等の搜索等を実施した際に被告人らを含むCの役員や従業員らから承諾を得て、C事務所外の適宜の機器からリモートアクセスをし、アクセス先のサーバの記録領域に蔵置されている電磁的記録を複製して収集したもの）の違法性について、C事務所所で五日間に亘って捜査が続き、メール等を使用者のパソコンにダウンロードする作業等が行われていたが、猶相当の時間が必要であると見込まれ、終了の見通しが明らかでない情況下で、C側が、この儘C事務所での捜査が進行される場合との利害得失を検討した上で、より業務に支障が少ない方法として、捜査機関側に提案し、手続②の終了を条件に、手続④の方法が採られることになったのであり、被告人らC関係者は、

捜査機関と同様に、手続④を承諾に基づく任意捜査と認識していたと見られるから、C側に手続を任意捜査に切り替えることの可否の判断に影響を及ぼすような重要な点における錯誤はなかったと認められ、承諾の効力を否定すべき理由はないと言わねばならない。そうすると、実質的に本件捜査差押許可状に基づく強制捜査であった手続②を任意捜査に切り替えた手続④において、捜査機関がリモートアクセス等に使用したパソコン等が捜査機関のものであって、差押の対象となつたものではなく、いわゆるオンライン捜査が行われたことについても、手続④に違法があることの理由にはならず、更に、手続④を選択するに当たり、捜査官らに令状主義を潜脱する意図があつたとは認められず、C側が手続④についてした承諾は、重要な点における錯誤によるものではないから、サイバー犯罪条約第三二条bの趣旨に照らすと、仮に主権侵害等の違法が生じたとしても、それが証拠能力に関わる重大な違法をもたらすと評価することは出来ない。従つて、手続④についても、少なくとも証拠能力が否定される理由となる令状主義の精神を没却するような重大な違法はないと言わねばならないと論じた。そして、以上を踏まえて、大要、「本件各証拠中、『ジンジ・ソウムマニユアル』内のファイルの表示画面を検証として写真撮影したものを除く各証拠の収集手続には、いずれも、令状主義の精神を没却するような重大な違法があるとは認められないから、上記各証拠を採用した原審の訴訟手続には、その結論において違法があるとは言えない。他方、『ジンジ・ソウムマニユアル』内のファイルの表示画面を検証として写真撮影したものを証拠として採用した原審の訴訟手続は違法であるが、この法令違反は判決に影響を及ぼすことが明らかであるとは言えない。証拠採用に関する訴訟手続の法令違反をいう論旨は、理由がない。」と判示した。

本判決については、当事者適格否認の法理や証拠排除の根拠について異論が提起されて⁽³⁷⁾おり、捜査機関の主観的意

図に疑義を呈する見解もあるが、リモートアクセス先のサーバ所在国の主権を侵害するかどうかという論点について、捜査に関して被処分者による任意の承諾があったとは認定出来ないとした場合であっても、大要「当該リモートアクセス等は、実質的には、我が国の刑法に則って発付された本件各令状に基づいて実施された強制捜査の一環として行われたと見られるのであるから、喩えサーバ所在国の主権侵害や海外のサーバ管理者の権利侵害があったとしても、そのことによる捜査機関によるリモートアクセス等の違法は、証拠能力を失わせる程の重大な違法には当たらない」旨述べており、これが証拠排除すべき違法の重大性を判断するに当たつての主要なメルクマールとなつている点が、(2)で触れた反対説の主張に照らしても、意味を持つと言えよう。即ち、我が国の刑事訴訟法に則って発付された令状に基づいて実施された強制捜査の一環として行われたと解される場合には、サーバ所在国の主権侵害や海外のサーバ管理者の権利侵害があったとしても、証拠能力を失わせる程の重大な違法には該当しないという点を明らかにしており、反対説の主張に親和的乃至これらを踏まえたものと評することが可能であろう。

(4) そして、前記(2)の反対説の背景にある有力な事情として、サイバー犯罪に関する国際捜査共助の依頼受理件数が主要国で膨大なものとなつており、諸外国は外国からの共助依頼に容易に応じることが出来ない情況に陥つていくという点が指摘されている。⁽³⁹⁾ ここにおいては国際捜査共助が十分に機能しない中でこれをどのように打開して行くべきかが、次に検討すべき問題となる。第四章では同様の経験を経たアメリカ合衆国などにおける情況を眺めてみた。

- (1) 久保田隆「最近の事例から見た『域外適用』論の再検証」『国際商取引学会年報』第一七号(平成二七年) 一頁。
- (2) ソフトロー領域の増大が、国際刑事法の議論、越境犯罪の国際的規制にも妥当すると捉える見解として、石井由梨佳「越境犯罪の国際的規制」(平成二九年 有斐閣) 四二―四頁。
- (3) また、一九九〇年代に入ると、アメリカ合衆国とEU(欧州連合) 競争法の域外適用に関して、域外における証拠収集の方法は、その実質において相違がない状況になっていたため、少なくとも現実の場面においては、一方の法執行に対して他方が抗議をしたり、自国領域内の私人に対して当該当局への情報開示等をしないことを義務付けたりする契機は減少していったとされる。石井由梨佳・前掲書「越境犯罪の国際的規制」一五―九頁。
- (4) 久保田隆・前掲「最近の事例から見た『域外適用』論の再検証」二頁以下。
- (5) 石井由梨佳「越境犯罪の国際的規制」と日本国内の諸実践」『書齋の窓』第六五九号(平成三〇年) 五八頁など。ヨーロッパは世界の個人データ保護法制をリードして来たと言われるが、これは単にEUにおける法制度が厳格な水準を維持していることを意味しているだけでなく、その水準を他国に迄一定の形で押し付けることを含むと説かれる。宮下紘「EU一般データ保護規則」(平成三〇年 勁草書房) 三七九―八〇頁など参照。
- (6) See e.g. Chris Cook, "Cross-Border Data Access and Active Cyber Defense: Assessing Legislative Options for a New International Cybersecurity Rulebook" 29 Stan. L. & Pol'y Rev 205 - 208 - 9 (2018) ; ANNA - MARIA OSTUA, MARK ZOEFTEKOUW, "THE NOTIFICATION REQUIREMENT IN TRANSBORDER REMOTE SEARCH AND SEIZURE: DOMESTIC AND INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVES" IMasaryk University Journal of Law and Technology 103 - 104 (2017).
- (7) そもそも、サイバー犯罪を立証するための有力な証拠となる電子データは記録媒体と物理的に結合していないため、当初の記録媒体から離れてその所在場所が変動し、加えて、コンピュータ・ネットワークの拡大とクラウド(クラウドとは複数のサーバの保存領域を活用してデータの保存を行うもので、情報システム停止等のリスクを回避出来るという機能を有するが「寅澤一之」「サイバー空間に対する法制の課題」『立法と調査』第三六九号「平成二七年」一四五―一六頁など)、特定のサーバにデータを蔵置する従来のストレージ・サービスの概念を大きく変えており、法執行の現場では、データの蔵置場所が特定されていない、或いは域外に所在すると考えられるクラウドサーバにデータが保存されている場合の差押方法について混

乱が生じることとなる。指宿信「越境するデータ、越境する捜索―域外データ取得をめぐる執行方式に関する欧米の立法動向」『Law & Technology』第八二号「平成三一年」四五六頁の普及によって、電子データがサイバー空間に存在することが一般的になって来ており、しかも、電子データは様々な技術的手段によってアクセスを困難にすることが可能になる。更に、既に触れた通り、サイバー空間は国境のない世界であるという特徴を有している（川出敏裕「サイバー犯罪の捜査」『警察学論集』第七一卷第九号「平成三〇年」一五八―一九頁など）ため、これらの事情によって捜査権の行使が難しくなる側面がある。See e.g. Susan W. Brenner, "Law, Dissonance, and Remote Computer Searches," *NORTH CAROLINA JOURNAL OF LAW & TECHNOLOGY* 43, 45- (2012).

(8) 反面で、データ保存技術などの急速な発達によって、個人情報情報は政府の侵襲から原則として保護されるという従前からの規範は揺らいで来ているとも指摘されるところである。アメリカ合衆国の議論として、See e.g. Teresa Nesbitt Cosby, "THE EXPECTATION OF PRIVACY: AN UNREASONABLE STANDARD IN AN ERA OF RAPID INNOVATIONS IN TECHNOLOGY," 12 *Charleston L. Rev.* 337-338, 349- (2018). 以下からは、後出のようにクラウド法などは、対象者のプライバシーを保護しようとする方向とは逆行するものになる。See e.g. Sarah Aitchison "PRIVACY IN THE CLOUD: THE FOURTH AMENDMENT FOG," 93 *Wash. L. Rev.* 1019-1049 (2018).

(9) 高刑集六九卷三二五頁、『判例時報』一三六七号一〇七頁。

(10) 笹倉宏紀「サイバー空間の捜査」『法学教室』第四四六号（平成二九年）三一頁。

(11) 筆者がサイバー犯罪に対する捜査手法について検討を加えた論攷として、鈴木一義「サイバー犯罪に対する捜査手法について（一）」（三・完）『法学新報』第一二二巻第七・八号（平成二八年）、第一二二巻第一・二二二号（平成二八年）、第一二二巻第一・二二二号（平成二八年）参照。ここでは、サイバー犯罪に対応するための捜査手法としての隠捜査・潜入捜査などについて検討を加えたが、本稿では、サイバー犯罪を立証するための有力な証拠となる電子データの取得の問題に焦点を当てる。

(12) 差押対象物たる電子計算機で作成したメールを保管しているために使用されているメールサーバ、差押対象物たる電子計算機で作成・変更した文書ファイルを保管するために使用されているリモートストレージサーバ、差押対象物たる電子計算機で作成・変更した文書ファイルを保管するために使用されている、社内LANでアクセス可能なファイルサーバ等が想定

されている。

- (13) 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)「法曹時報」第六四巻第五号(平成二四年)九五頁以下。

- (14) 猶、差押対象物である電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体が外国に所在する場合、裁判所や捜査機関が当該記録媒体に直接アクセスして電磁的記録を複写することが、当該他国の主権侵害になるか否かについては国際的に統一した見解がある訳ではなく、刑事訴訟法第九九条第二項または第二一八条第二項の処分により、外国領域内にある記録媒体から電磁的記録を複写した上で差し押さえることが可能か否かについては一概に述べることは困難であるけれども、一般的には、電磁的記録を複写すべき記録媒体が他国の領域内にあるか判明した場合において、サイバー犯罪条約第三二条(蔵置されたコンピュータ・データに対する国境を越えるアクセス)「当該アクセスが同意に基づく場合又は当該データが公に利用可能な場合」…締約国は、他の締約国の許可なしに、次のことを行うことができる。a 公に利用可能な蔵置されたコンピュータ・データにアクセスすること。「当該データが地理的に所在する場所の如何を問わない」。b 自国の領域内にあるコンピュータ・システムを通じて、他の締約国に所在する蔵置されたコンピュータ・データにアクセスし又はこれを受領すること。但し、コンピュータ・システムを通じて当該データを自国に開示する正当な権限を有する者の合法的な且つ任意の同意が得られる場合に限る。」によりアクセスをすることが許される場合に該当しない時は、当該他国の主権との関係で問題を生じる可能性もあることから、当該処分を行うことは差し控え、当該他国の同意を取り付けるか、捜査共助を要請することが望ましいのではないかと考えられるとされていた。杉山徳明・吉田雅之・前掲「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)「一〇〇—頁。
- (15) 笹倉宏紀・前掲「サイバー空間の捜査」三四頁は、改正法は、パソコン等を差し押さえたところ、そこに証拠となる情報が記録されておらず差押が空振りになる事態を避けること、現場にあるパソコン等及びそれとネットワークで繋がっているサーバは、物理的には別の場所に存在しても機能的には一体であることから、電子計算機の差押に当たり、その範囲をこれと一体的に使用されている記録媒体に迄拡大することが出来るとの発想によったのであるが、立案時は兎も角、その後の状況を前提とすると、これは些か現実離れした議論であり、捜索の現場でパスワード等を割り出す解析作業を行うことは非現実的である旨、指摘する。

(16) 川出敏裕・前掲「サイバー犯罪の捜査」二六五頁、『判例時報』第二三六七号一〇八頁「コメント」など。

(17) 指宿・前掲「越境するデータ、越境する捜索―域外データ取得をめぐる執行方式に関する欧米の立法動向」四七―八頁、五七頁は、本件横浜地判・東京高判や後出・京都地判や大阪高判に見られる我が国で問題とされる事例では、データ蔵置国の承諾なく直接法執行を実施してデータを取得する直接執行方式が求められており、一方、後出第四章のクラウド法やヨーロッパの新提案においては、データ蔵置のサービスを提供しているプロバイダに対してデータの保全・提出を命じるプロバイダ協力方式が採られていると分類する。

(18) 捜査機関が重大な違法が認められる捜査から派生する証拠を取得した場合、当該証拠の証拠能力は、当該違法な捜査と因果関係があるというだけで否定されるべきではなく、違法な捜査とその証拠との関連性の程度を検討した結果、その関連性が密接なものであることから、その証拠の収集についても令状主義を没却する重大な違法があることに帰し、当該証拠の証拠能力を否定しないと将来の違法捜査の抑止から意味がないと考えられるものについて証拠能力を否定するのが相当である旨、述べている。

(19) 本判決に対しては上告がなされている。

(20) 既に触れたように平成二三年刑事訴訟法改正においてリモートアクセスに関する刑事訴訟法第二一八条第二項が新設されたが、文言に素直に従えば、現場に所在するパソコン等のクライアント端末が「差し押さえるべき物」に該当しなければならず、且つリモートアクセスは当該端末の差押に先立って行われることを要し、差押終了後に行われることは想定されていなかったところ、現実には、クライアント端末が暗号化されていたり、パスワードや生体認証機能を用いてロックされたりすることが間々あるが、差押に先立って現場でロック解除や復号等の作業を済ませることが可能とは限らないし、また、データ量や回線の状態によってはダウンロードに長時間を要することも考えられるけれども、その際処分が継続するものとして現場を封鎖することも実際ではないという事情が存していた。笹倉宏紀「差押え済みのパソコンを『検証すべき物』とする検証許可状によりリモートアクセスをすることの可否」『ジュリスト』第一五一八号（平成三〇年）一八二頁。

(21) 四方光「押収済みのパソコンから検証許可状に基づき海外メールサーバにリモートアクセスを行った捜査に重大な違法があるとして証拠排除した事例」『刑事法ジャーナル』第五八号（平成三〇年）一四四頁。

(22) 四方・前掲「押収済みのパソコンから検証許可状に基づき海外メールサーバにリモートアクセスを行った捜査に重大な違

法があるとして証拠排除した事例」一四四頁、笹倉・前掲「差押え済みのパソコンを『検証すべき物』とする検証許可状によりリモートアクセスをすることの可否」一八二―三頁など。

- (23) 笹倉・前掲「差押え済みのパソコンを『検証すべき物』とする検証許可状によりリモートアクセスをすることの可否」一八三頁、川出敏裕・前掲「サイバー犯罪の捜査」一七〇頁「検証の対象物はあくまで差し押さえたコンピュータであるから、当該コンピュータ内の記録の内容の他、当該コンピュータのインターネットへの接続状況の認識迄は検証として行うことが出来るとしても、接続先のサーバの記録領域におけるデータの記録状況及びその内容を認識し、それを複製して保存するのはそのサーバに対する検証に他ならず、差し押さえたコンピュータに対する検証の枠内には収まりきらないとする」。笹倉・前掲「サイバー空間の捜査」三四―七頁は、この場合、捜査官の採り得る選択肢として、①改めてリモートアクセスを許す差押許可状を取得する、②サーバを対象とする、検証としてのリモートアクセスを実施する、③サーバの管理者に対する記録命令付差押による各アプローチを掲げる。猶、山内由光「検証許可状に基づき押収済みのパソコンから海外メールサーバに接続した捜査に重大な違法があるとして証拠が排除された事例」『研修』第八三三号（平成二九年）一九―二〇頁以下、川出・前掲「サイバー犯罪の捜査」一七一―三頁、宇藤崇「差し押さえたパソコンに対する検証許可状によりサーバにアクセスし、メール等を閲覧・保存することの適否」『法学教室』第四四五号（平成二九年）一五二頁をも参照。

- (24) 四方・前掲「押収済みのパソコンから検証許可状に基づき海外メールサーバにリモートアクセスを行った捜査に重大な違法があるとして証拠排除した事例」一四五―六頁「本件警察官は、このように考えて、疎明資料にデータサーバにリモートアクセスを行うことを明らかにして改めて本件検証許可状を得て本件検証を行うことは令状主義を没却しないと考えたのではないか、そうすると仮に本件検証が違法であるとしても、証拠能力迄否定しなければならぬ程違法性の程度が重いと評価すべきものであったかについては疑問が残ると述べる」。

- (25) 本判決は、当該事実関係を前提に、本件検証許可状に基づく強制処分について判断したものであって、押収したパソコンに関し、インターネットに接続してメールサーバにアクセスし、送受信メールをダウンロードする行為一般について検証許可状によって行うことが出来ないかについては別途検討の余地があると指摘されていた。『警察公論』第七三巻第八号（平成三〇年）別冊『警察実務重要裁判例 平成三〇年版』一七八頁など。

- (26) 笹倉・前掲「差押え済みのパソコンを『検証すべき物』とする検証許可状によりリモートアクセスをすることの可否」一

八三頁（本見解を支持するとはしていない）。

(27) 四方・前掲「押収済みのパソコンから検証許可状に基づき海外メールサーバにリモートアクセスを行った捜査に重大な違法があるとして証拠排除した事例」一四六―七頁。

(28) 三で触れるように外国主権侵害の可能性の問題も存すると同時に、国によって令状発付要件などが異なるため、不協和が生じるところ問題点もある。See e.g. Susan W. Brenner, "Law, Dissonance, and Remote Computer Searches", *supra* at 61, 80.

(29) 指宿信「押収済みパソコンを用いて検収許可状に基づき海外メールサーバにアクセスした捜査に重大な違法があるとして証拠を排除した事例」『新・判例解説 Watch 刑事訴訟法 No. 106』（平成二八年）（法学セミナー増刊『新・判例解説 Watch』二〇一七年四月）『平成二九年』二二五頁以下に所収）二頁。

(30) 指宿・前掲「押収済みパソコンを用いて検収許可状に基づき海外メールサーバにアクセスした捜査に重大な違法があるとして証拠を排除した事例」二二三頁。

(31) 四方・前掲「押収済みのパソコンから検証許可状に基づき海外メールサーバにリモートアクセスを行った捜査に重大な違法があるとして証拠排除した事例」一四八頁。

(32) 池田公博「電磁的記録を含む証拠の収集・保全に向けた手続の整備」『ジュリスト』第一四三二号（平成二三年）八二頁「記録媒体が日本国外に所在する場合には、他国の主権の及ぶ場所に所在する記録媒体に日本国の捜査権限を行使することになることから、処分の実施に当たり国際捜査共助の枠組みによる必要があると述べる」など。

(33) 笹倉・前掲「差押え済みのパソコンを『検証すべき物』とする検証許可状によりリモートアクセスをすることの可否」一八三頁。川出・前掲「サイバー犯罪の捜査」一七四頁、笹倉宏紀「クラウド捜査」芝原邦爾・古田佑紀・佐伯仁志編著『経済刑法―実務と理論』（平成二九年 商事法務）五七二頁をも参照。

(34) 山内由光・前掲「検証許可状に基づき押収済みのパソコンから海外メールサーバに接続した捜査に重大な違法があるとして証拠が排除された事例」二二―二頁「同二二―五頁は、外国サーバに対するリモートアクセスが当該国に対する主権侵害であるとする確立した国際法は何等存在しない筈であり、当該国の了解を得なくても許される越境アクセスがあるのではないとする」。川出・前掲「サイバー犯罪の捜査」一七四頁も、他国の捜査機関が、サーバへのアクセス権限がある者の同意を得た上でアクセスを行う場合（サイバー犯罪条約第三二条が認める場合）と、法令に従い、そのアクセス権限を適式に

取得してアクセスを行う場合とでは、外国の捜査機関が自国の領域内に及ぶ捜査を行っているという観点からは本質的な差はなく、サイバー犯罪条約においてサーバへのアクセス権限がある者の同意を得てアクセスを行う方法が適法なものとして認められている以上、少なくともその締約国においては、法令に従ってアクセス権限を適式に取得してアクセスを行う方法についても、主権を侵害するものではないという立場を取ることも充分考えられると述べる。この点の議論情況については、王志安「越境コンピュータ捜索の法的地位」『駒沢法学』第三卷第三号（平成一六年）七一九（二二四—六）頁をも参照。

因みに、捜査機関がサーバへのアクセス権限がある者の同意を得た上でリモートアクセスを行ったとされる例として、後出（3）京都地判平成二九年三月二四日（裁判所ウェブサイト）があり、当該措置を適法としている。但し、控訴審である大阪高判平成三〇年九月一日（裁判所ウェブサイト）は、関係者の任意の承諾があったとは言えないとしつつ、大多数の証拠の収集手続に、少なくとも令状主義の精神を没却するような重大な違法があると迄は言えないとした。

(35) 四方・前掲「押取済みのパソコンから検証許可状に基づき海外メールサーバにリモートアクセスを行った捜査に重大な違法があるとして証拠排除した事例」一四八—一五〇頁。

(36) 裁判所ウェブサイト。弁護士上告。

(37) 指宿信「海外サーバからの電磁的記録媒体の差押え等の適法性が争われた事例」『KCCローライブラリー新・判例解説 Watch 第一一七号（平成三〇年）三—四頁。猶、捜索差押許可状によるリモートアクセスにおいて、複写する電磁的記録が損壊される危険性が認められない場合であっても、捜索・差押の現場において、当該電磁的記録と被疑事実との関連性を逐一確認することに相当長時間を要する等の事情がある場合には、当該内容を確認することなくリモートアクセスによる複写が認められるとした点に意義を認める見解として、栗田理史「リモートアクセスにより、メールサーバ等に保存されていたメールアドレス等を複写するに当たり、対象となるデータについて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ことが違法ではない」とされた事例』『研修』第八四九号（平成三二年）三三三頁。

(38) 指宿・前掲「海外サーバからの電磁的記録媒体の差押え等の適法性が争われた事例」四頁。中島宏「電磁的記録媒体の差押え等の適法性」『法学セミナー』第七六八号（平成三一年）一三〇頁は、リモートアクセスはアクセス先が他国の場合、主権侵害の可能性があり、これを回避するため、承諾を得て任意捜査の体裁を整えたのに対し、大阪高判が承諾の任意性を厳格に判断した点は妥当であり、更に錯誤に基づく承諾に乗じたとすれば令状主義の潜脱とすべきであろう（ただ、顧問弁護

士の同席など特異な事情があり、捜査官が承諾が任意であると誤信したと認める一定の理由がある」と述べる。

(39) 四方・前掲「押収済みのパソコンから検証許可状に基づき海外メールサーバにリモートアクセスを行った捜査に重大な違法があるとして証拠排除した事例」一四八頁。また、クラウド上のデータを取得するため、捜査機関がどの国に捜査共助を要請すべきなのが不明確となつて来ている点について、山内・前掲「検証許可状に基づき押収済みのパソコンから海外メールサーバに接続した捜査に重大な違法があるとして証拠が排除された事例」二四頁。猶、川出・前掲「サイバー犯罪の捜査」一七二頁は、データの所在地や経由地が分かっている場合であっても、例えば、誰でもアクセス出来るサイトに捜査機関がアクセスし、データを取得するのに、個別に外国の承認を得たり捜査共助を要請したりしなければならないことに合理性があるかは疑問であると述べる。

(日本比較法研究所嘱託研究所員)