

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

【文 献 種 別】 判決／大阪高等裁判所
【裁判年月日】 平成 30 年 9 月 11 日
【事 件 番 号】 平成 29 年（う）第 635 号
【事 件 名】 わいせつ電磁的記録記録媒体陳列、公然わいせつ被告事件
【裁 判 結 果】 控訴棄却（上告中）
【参 照 法 令】 刑事訴訟法 1 条・218 条
【掲 載 誌】 裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25449705

事実の概要

1 捜査機関は、わいせつ電磁的記録媒体陳列、公然わいせつ被告事件につき、搜索差押許可状（リモートアクセス令状）に基づいて、被告人と共犯者らが共謀の上管理するサーバに対して、役員や従業員らから任意の承諾を得て、その承諾に基づいて、リモートアクセスして米国に本社があるグーグル社の提供する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、承諾に基づいて電磁的記録をダウンロードしたコンピュータ（以下 PC という）本体の提出を受けてデータを収集し、また、被処分者の承諾を得て PC 上に管理画面等を表示させてその画面を検証許可状に基づいて検証し写真撮影する等して証拠を収集した。

2 被告人と役員らは捜査段階で顧問弁護士と相談の上、警察官らに対して上記メールサーバ等に警察側の PC を使ってアクセスできる別アカウントを付与し、警察署で押収対象データをダウンロードしてもらうこととし、被告人らもこれを承諾していた。公判段階で弁護人はこれらのデータ取得を違法捜査として争った。一審裁判所は、海外サーバに蔵置された電磁的記録を利用する権限のある者の承諾に基づいて我が国の警察官が国外にリモートアクセスしても、サーバ設置国の主権を侵害するものとはいえないし、必ずしもサーバ設置国の捜査共助を要請しなければならないものともいえず、本件のリモートアクセスは強制処分該当しないとした。

3 そして、電磁的記録を PC にダウンロードした上で提出を受けてデータを収集したことや、PC のモニタに管理画面等を表示させるなどして

その画面上の表示を検証許可状に基づいて検証して写真撮影したことが、いずれも任意の承諾によるものであったことから、証拠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として被告人を有罪とした（京都地判平 29・3・24 裁判所ウェブサイト）。

判決の要旨

1 控訴審は、海外サーバへのリモートアクセスや、データをダウンロードさせた上での PC の提出、そして検証前のデータの表示について、強制力のある要請であるかのような誤信を防ぐ措置が不十分であったとして、被処分者である会社役員ならびに従業員による任意の承諾はなかった疑いが少なからずあり、一審の事実認定は不合理であるとした。しかしながら、顧問弁護士がリモートアクセス等及び承諾書作成を拒否することができないことを前提とした助言をしていた可能性が否定できないという事情等を踏まえ、「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、……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まではいえず……原審の訴訟手続には、その結論において法令違反はない」として、排除法則の適用はないと結論づけた。

2 控訴審はまた、被疑事実との関連性のない包括的・概括的差押えが本件でなされ最決平 10・5・1（刑集 52 巻 4 号 275 頁）の趣旨に反したとの弁護側の主張に関し、本件証拠である電磁的記録が被疑事実との関連性の有無について個別に確認することなく一括して複写するという手法が用いられていたことを前提に、関連性の有無を

逐一確認することは捜査の迅速性要請に反すること、現実的でない過大な負担が発生する結果となることから個別の関連性判断の必要性が常に要求されるわけではないとした。その上で、本件においても相当広範囲のデータが被疑事実との関連性を有していたと認められる以上、個別確認をしては相当長時間を要し、その場で直ちに収集の要否を判断することは困難で、確認作業中のデータ毀損の可能性があることを理由として、包括的差押えが許容されると判断した。

3 捜査機関がリモートアクセスを実施したサーバが米国もしくは日本国以外の海外にあった可能性が高かったところ、控訴審は、刑訴法 218 条 2 項に定めるリモートアクセス令状による海外サーバからのデータ差押えが当該サーバ所在国の主権を侵害するか否かについては、サイバー犯罪条約 32 条もどのような場合にこのような処分が許されないかを明示しておらず国際的な統一見解があるわけではないとした上で、海外リモートアクセス等の処分を行った場合は、強制捜査であれ任意捜査であれ相手国の主権を侵害する国際法上の違法を発生させると解する余地があるとした。そして、その違法が刑訴法上も違法となる可能性が否定できないとした。

しかし、相手国が捜査機関の行為を認識していない場合には主権侵害が起きるかどうか疑問とし、「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」とする当事者適格否認の法理を持ち出して、海外サーバからのデータ収集による証拠排除の主張を退け、一審判決を支持した。

判例の解説

一 承諾捜索について

捜索差押えに関して我が国においては住居等に対する捜索差押えを任意処分で実施することは一般的に禁じられており（住居等に対する承諾捜索の禁止。犯罪捜査規範 108 条参照）¹⁾、電磁的記録の同意承諾に基づく捜索差押えについても同様と考えられよう。

本判決が一審の事実認定を誤りとした上で、被処分者による真摯な同意があったと認められないと断定したのは承諾による捜索が許容される場合があることを前提にしていたように読めるが、学

説上、多数説は承諾捜索禁止の立場を取っている²⁾。

判例としては、所持品検査について捜索に至らない程度であれば強制に渡らない範囲で許容される場合があるとした最高裁判例があるが（最三小判昭 53・6・20 刑集 32 巻 4 号 670 頁）、自動車に対する場合について「しょうがない」という趣旨で被疑者が対応した事案で任意の承諾があったとは認められないとしたケース（最三小決平 7・5・30 刑集 49 巻 5 号 703 頁）がある。いうまでもなく、住居のように高度なプライバシーが期待される領域にあってはこれを放棄することは我が国の憲法・法制度上は認めることは許されない。その理由として、「真に本人の有効な同意があったかどうかの認定は、実際問題としては必ずしも容易なことではな」く、「同意が得られる状況も、可視性が低く、後に紛糾の種となり易いもの」とされている³⁾。

二 包括的差押えについて

本判決が依拠する 10 年決定は、事件の事実関係として、「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」こと（蓋然性）、第二に、「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」（危険性）を指摘し、フロッピーディスク等の包括的差押えが許容される要件として係る蓋然性が肯定されて「記録された情報を損壊される危険があるときは」、そうした差押えが許容されるとした。同決定がデータの損壊危険性の判断を肯定した背景として、“コンピュータソフトの開発によるデータの消失”という危険性に関する具体的事情が認定されている。

第一要件である蓋然性要件に関わって、関連性の確認が難しいデータ量が膨大で長時間を有する場合には、これを包括的に差し押さえ、その後関連性のない記憶媒体については直ちに還付すれば良いという考え方もある⁴⁾。しかし、捜査機関の持ち帰りは事実上の差押えと見るべきである⁵⁾。また、包括的に占有取得された電磁的記録媒体全てを被疑事実に関連する証拠物と見るのは「関連性の枠が緩やかに過ぎる」というべきであろう⁶⁾。

最高裁判例解説も、蓋然性要件 ①と危険性要件 ②の双方が解釈上要求されるとする。すなわち、「内容を確認しなければ関連性の有無を

判断できない場合に、……②のような支障がない場合に、①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から、考え難い」とする⁷⁾。

また、10年決定と本件事案では差し押さえられたデータ量が決定的に異なっており（前者はせいぜいメガ単位である一方、本件ではテラ単位のデータが差し押さえられている）、リモートアクセス時代のデータ差押えの規範として10年決定が適当かどうかは今後再検討が必要であろう。

三 域外データ取得に関する欧米の動向⁸⁾

2018年2月、米国議会で捜査機関が域外サーバに蔵置されているデータを強制的に取得する手続を定めた通称CLOUD（Clarifying Lawful Overseas Use of Data）Act、クラウド法が提案可決された。この法律は、米国を本拠とする企業が世界のどこにデータを蔵置していても米国市民が捜査の対象となっている場合には関連するデータの提出を求める令状の発付を認める。企業側がこの令状を受け取った場合には、データが蔵置されている国のプライバシー法規に抵触しない限り、命令に応じなければならないとされる⁹⁾。また、合衆国政府は、特定の国と二国間協定を締結することにより、外国政府もしくは裁判所からの適法な命令があれば、合衆国内の企業に対して当該命令に応じてデータを提出するよう義務付けることができる。この協定は行政によって締結できるが5年毎に議会の審査を受けることとされている¹⁰⁾。

他方で、2018年4月には、欧州理事会が新指令を発出し、「欧州データ保全命令（European Preservation Order：EPO）」ならびに「欧州データ提出命令（European Production Order：EPRO）」を創設、捜査対象となっているデータを保有するプロバイダに対して通常で10日以内、緊急の場合には6時間以内のデータの提出を義務付けるという官民協力を前提とするスキームを発表した。

更に、サイバー犯罪条約改訂に関わり、2018年7月、欧州評議会では、上記米国クラウド法の施行と欧州新指令の発出を踏まえて、プロバイダに対する提出命令とは別に捜査機関の緊急相互共助の方向性が模索されることが明らかにされた¹¹⁾。

四 違法捜査と管轄権問題

我が国の捜査権限が自国内を超えて及ばないという国際公法並びに全刑事法における原則を前提にすれば、コンピュータネットワークによってボーダーレス社会が生まれたからといって、直ちに他国に所在するリモート記録媒体に我が国の捜査機関がアクセスしたり、公衆送信されていないデータを閲覧したりダウンロードすることは禁じられるべきだというのがこれまでの定説であった¹²⁾。

すなわち、海外サーバに蔵置されたデータを取得するためには、司法共助に基づく第三国の捜査機関を通じてか、あるいは相手国の承諾の上で必要なデータを収集するかのいずれかに依るというものである。従って、我が国のリモートアクセスを許容する法改正の際も司法共助に依るべきとされていたところである¹³⁾。

これに対して、近時、リモートアクセスが相手方の主権を侵害するからといって国際法上の問題と捜査行為自体の違法性とは別の問題であるとし、違法収集証拠排除法則の適用に当たって考慮することに否定的な見解も見られる¹⁴⁾。しかしながら、これらの主張は前項で紹介したような欧米の近時の立法動向やサイバー犯罪条約の改訂作業を踏まえていない点で問題であろう。

五 当事者適格否認の法理について

本判決は、違法収集証拠排除法則の適否に関わり、検察側も主張していなかった当事者適格否認の法理を提示した。すなわち、被疑者被告人以外の第三者の権利を侵害した場合の排除法則不適用という考え方である。現在まで最高裁がこの点について明示的な判断を示したことがないため判例法理は存在しないが、違法収集証拠排除法則の根拠については司法の廉潔性と将来の違法排除に求められており当事者の権利侵害救済を根拠としていない以上、消極と解するのが多数説である¹⁵⁾。

六 証拠禁止の根拠について

本判決は重大違法が認められないとしたが、最高裁は重大違法を要件とする排除法則とは別の枠組みで証拠の使用禁止の判断を示したことがある。例えば、最判平7・2・22（刑集49巻2号1頁）では、捜査段階で適法に収集された（すなわち被疑者不特定段階で海外において刑事免責制度を利用して供述を得た）証拠が、のちに公判段階で（被

疑者が特定された段階で) 刑事免責制度を採用していない我が国においてはその証拠使用が禁じられるとした。また、最判平 7・6・20 (刑集 49 巻 6 号 741 頁) では、強制送還された証人の供述調書を証拠採用することが許容されたとした事案において、「当該外国人の検察官面前調書を証拠請求することが手続的正義の観点から公正さを欠くと認められるときは、これを事実認定の証拠とすることが許容されないこともあり得る」との判断を示し、正義の観点から証拠禁止がありうるとした。

とすれば、本判決が指摘するようにたとえ被告人に対する違法捜査の不利益が存在していない場合であっても、当該捜査における被疑者被告人に対する重大な違法の有無から論じるのではなく、手続全体の正当性や手続的正義の観点から証拠の利用が禁じられる¹⁶⁾と考えることも十分検討できたケースであろう。

七 まとめ

本判決は、捜査機関が承諾を得られたと誤信して海外リモートアクセスを行ったことを根拠に違法の重大性を否定したが、本件被疑事実が性表現物に関わっていたところ、サーバ蔵置国との双罰性要件を満たさないことから、司法共助を得られないとして捜査機関は敢えて越境捜査を行った疑いがある。本判決は、捜査官らがサイバー犯罪条約 32 条の解釈として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に基づいて正当な方策として任意捜査を選択しようとしたと解したが、双罰性要件を満たさず司法共助が得られないことから海外リモートアクセスの方法を試みたと解する方が本件事案に即した見方というべきであり、かかる主観的意図が推認できるのであれば、むしろ違法の重大性は肯定されるべき事案だったといえよう¹⁷⁾。

●—注

- 1) 近年のものとして例えば、村瀬均「承諾による捜査は許されるか」『増補 令状基本問題・下』(一粒社、2002 年) 283 頁、末弘陽一「承諾による捜査の違法性」別冊判タ 35 号 (2013 年) 76 頁等参照。
- 2) 堀籠幸男「コメント 1」三井ほか編『刑事手続 上』(筑摩書房、1988 年) 308 頁、311 頁、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(有斐閣、1996 年) 66 頁、上口裕『刑事訴訟法〔第 3 版〕』(成文堂、2012 年) 66 頁、白取祐司『刑事訴訟法〔第 9 版〕』(日本評論社、2017 年) 95 頁等参照。

- 3) 井上正仁『強制捜査と任意捜査』(有斐閣、2006 年) 9 頁参照。「なるべく強制処分として法定の手続きに従って行うのが良策だといえよう」とする。
- 4) 笹倉宏紀「フロッピーディスク等につき内容を確認せずに差し押さえることが許されるとされた事例」ジュリ 1191 号 (2000 年) 82 頁、上口・前掲注 2) 159 頁参照。
- 5) 田口守一『刑事訴訟法〔第 7 版〕』(成文堂、2017 年) 114 頁参照。
- 6) 酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、2015 年) 120 頁参照。
- 7) 池田修「フロッピーディスク等につき内容を確認せずに差し押さえることが許されるとされた事例」曹時 53 巻 2 号 (2001 年) 258 頁、269 頁。
- 8) 詳細については、指宿信「越境するデータ、越境する捜査——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 and Technology 82 号 (2018 年) 45 頁参照。
- 9) CLOUD Act Section 103(a).
- 10) Id. Section 104-105.
- 11) <https://rm.coe.int/t-cy-2018-23-protoprov-draft-public-text-v1/16808c498f> (2018 年 12 月 17 日閲覧)
- 12) 井上正仁「コンピュータ・ネットワークと犯罪捜査 (2・完)」法教 245 号 (2001 年) 49 頁、55 頁、川出敏裕「コンピュータ犯罪と捜査手続」曹時 53 巻 10 号 (2001 年) 1 頁、10 頁、井上正仁・池田公博「コンピュータ犯罪と捜査」『刑事訴訟法の争点〔3 版〕』(有斐閣、2002 年) 等。
- 13) 平成 23 年 5 月 27 日衆議院法務委員会、平成 23 年 6 月 9 日参議院法務委員会における江田法務大臣答弁。
- 14) 笹倉宏紀「コンピュータ、ネットワークに関連する経済犯罪」芝原ほか編『経済刑法——実務と理論』(商事法務、2017 年) 551 頁、山内由光「判例研究：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 832 号 (2018 年) 13 頁、川出敏裕「刑事手続法の論点 第 5 回 サイバー犯罪の捜査」警論 71 巻 9 号 (2018 年) 157 頁など。
- 15) 例えば、秋吉淳一郎「違法収集証拠」『ジュリ増刊 刑事訴訟法の争点』(有斐閣、2013 年) 183 頁、笠井治「違法収集証拠と申立 (主張) 適格」平野・松尾編『新実例刑法Ⅲ』(青林書院、1998 年) 109 頁、石井一正『刑事実務証拠法〔第 5 版〕』(判例タイムズ社、2011 年) 127 頁等。
- 16) 中谷雄二郎「違法収集証拠の排除——裁判の立場から」三井ほか編『刑事手続の新展開 (下)』(成文堂、2017 年) 395 頁、同「手続の公正と証拠の許容性」『刑事裁判の理論と実務 中山義房判事退官記念論文集』(成文堂、1998 年) 211 頁参照。
- 17) 本判決の批評として、中島宏・法セ 2019 年 1 月号 130 頁参照。捜査機関が「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」と評する。