

外国に所在する記録媒体へリモートアクセスして収集した証拠の証拠能力

【文 献 種 別】 決定／最高裁判所第二小法廷

【裁判年月日】 令和 3 年 2 月 1 日

【事 件 番 号】 平成 30 年（あ）第 1381 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】 棄却

【参 照 法 令】 刑事訴訟法 99 条 2 項・218 条 2 項、サイバー犯罪に関する条約 32 条

【掲 載 誌】 裁時 1761 号 4 頁、裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25571273

大阪経済法科大学准教授 岩崎 正

事実の概要

警察官は、インターネットサイト「X」の運営管理会社 Y（以下、Y）の事務所等において、公然わいせつ帮助等を被疑事実とする搜索差押許可状に基づき搜索差押えの執行を開始した。同許可状は、刑訴法 218 条 2 項のリモートアクセスによる電磁的記録の複写の処分の許可を含む令状である。

警察官は、Y が使用しているメールサービス等のデータサーバが日本国外にある可能性があり、それらにアクセスすることは主権侵害のおそれがあると考えられたことから、令状の執行を控え、当該パソコンの使用者の承諾を得て行う旨事前に協議していた。そこで、警察官は、被告人らを含む Y 関係者に対し、メールサーバ等によりリモートアクセスをしてメール等をダウンロードすること等について承諾するよう求め、アカウント等の開示を受けるなどしてリモートアクセスを行い、メール等の電磁的記録の複写を行ったパソコンについては、被告人から任意提出を受ける手続をとった（手続〔ア〕）。しかし、手続〔ア〕について、Y 関係者は上記許可状等の執行による強制処分と誤信して応じた疑いがあり任意の承諾はなかった。

その後、Y 事務所において、パソコンに複写する作業等が続いたが、終了のめどが立たず、Y から、警察のパソコンでアクセスできるアカウントを付与するなどして Y 事務所以外の場所でダウンロード等ができるようにする旨の提案があり、その範囲や方法等について警察官と Y の幹部及び顧問弁護士との間で協議が行われ、最終的に被告人が承諾書を作成した。警察官は、これに基づき、

Y 事務所外の適宜の機器からリモートアクセスし、電磁的記録の複写を行った（手続〔イ〕）。

手続〔ア〕、〔イ〕の各リモートアクセスの対象である記録媒体は、日本国外にあるか、その蓋然性が否定できないものである。原判決は、手続〔ア〕、〔イ〕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は認められないとしたため、被告人側が上告した。

決定の要旨

「所論は、日本国外に所在するサーバへのリモートアクセスによる電磁的記録の取得行為は、現行刑訴法によっては行うことができず、あくまで国際捜査共助によるべきものであるところ、警察官が、これらの点を認識した上、国際捜査共助を回避し、令状による統制を潜脱する意図の下に手続〔ア〕、〔イ〕を実施した行為は、サーバ存置国の主権を侵害するものであり、重大な違法があるから、各手続によって収集された証拠は違法収集証拠として排除すべきである旨主張する。しかしながら、刑訴法 99 条 2 項、218 条 2 項の文言や、これらの規定がサイバー犯罪に関する条約……を締結するための手続法の整備の一環として制定されたことなどの立法の経緯、同条約 32 条の規定内容等に照らすと、刑訴法が、上記各規定に基づく日本国内にある記録媒体を対象とするリモートアクセス等のみを想定しているとは解されず、電磁的記録を保管した記録媒体が同条約の締約国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意がある場合に、国際捜査共助によることなく同記録媒体へのリモートアク

セス及び同記録の複写を行うことは許されると解すべきである。……手続〔ア〕により収集された証拠の証拠能力について検討すると、手続〔ア〕は、Y関係者の任意の承諾に基づくものとは認められないから、任意捜査として適法であるとはいえず、上記条約32条が規定する場合に該当するともいえない。しかし、原判決が説示するとおり、手続〔ア〕は、実質的には、司法審査を経て発付された前記搜索差押許可状に基づく手続ということができ、警察官は、同許可状の執行と同様の手続により、同許可状において差押え等の対象とされていた証拠を収集したものであって、同許可状が許可する処分の範囲を超えた証拠の収集等を行ったものとは認められない。また、本件の事実関係の下においては、警察官が、国際捜査共助によらずにY関係者の任意の承諾を得てリモートアクセス等を行うという方針を採ったこと自体が不当であるということはできず、警察官が任意の承諾に基づく捜査である旨の明確な説明を欠いたこと以外にY関係者の承諾を強要するような言動をしたとか、警察官に令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとも認められない。以上によれば、手続〔ア〕について重大な違法があるということはできない。」「……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。」「前記……の経過によれば、手続〔イ〕についてのY関係者の承諾の効力を否定すべき理由はないとした原判決が不合理であるとはいえず、上記で説示したところにも照らすと、手続〔イ〕について重大な違法があるということはできない。」

三浦守裁判官の補足意見がある。

判例の解説

一 問題の所在

本件は、警察官がリモートアクセスをして日本国外にある蓋然性が否定できない記録媒体から電

磁的記録を複写するなどして収集した証拠の証拠能力が争われた事案である。そこで、リモートアクセスが外国の主権を侵害し得るものかどうか、刑訴法の規定に基づく日本国外に所在する記録媒体へのリモートアクセス等が許されるか、本件各リモートアクセス等による手続がどのように評価され、それに基づき収集された証拠の証拠能力はどのように判断されるか、という点が問題となる。また、本件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を包括的に取得することが許されるのかも問題となる。

二 リモートアクセスと主権侵害

捜査活動を含む刑事手続は国家主権の行使であるため、原則として自国の領域内に限定される¹⁾。そこで、捜査機関が外国に所在する記録媒体のデータへ国内からインターネットを通じてアクセスしデータの複写等を行う行為も、外国の主権を侵害するものかどうか問題となる。この場合、主権侵害が生じることに疑問を呈する見解²⁾もあるが、国内でなされた捜査行為が外国の領域に何らかの効果を及ぼす以上は主権侵害が問題となり得るとされる³⁾。

本決定は、直接的な言及はないものの、補足意見が「電磁的記録を保管した記録媒体が外国に所在する場合に、同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複写を行うことは、当該外国の主権との関係で問題が生じ得る」とするように、主権侵害が生じ得ることを前提としていると解されよう。しかしながら、本件で対象となったデータは、外国に所在する蓋然性があるとしてもいずれの国に所在するか判明していない。そのような場合にも主権侵害が生じるかは議論の余地がある⁴⁾。

三 刑訴法の規定と外国に所在する記録媒体へのリモートアクセス

外国に所在する記録媒体にリモートアクセス等を行うことで主権侵害が生じ得るのであれば、それを現行刑訴法99条2項、218条2項に基づき実施することは許されるのか、これらの条項はそのような実施形態を想定しているのかが問題となる。これについて、本決定は、同条項の文言やその立法経緯、サイバー犯罪条約32条の規定内容等に照らし、刑訴法が国内にある記録媒体を対象とするリモートアクセス等のみを想定していると

は解されず、記録媒体が同条約の締約国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意がある場合に、国際捜査共助によることなく同記録媒体へのリモートアクセス等を行うことは許されるとした。

わが国も加盟するサイバー犯罪条約 32 条 b は、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かつ任意の同意が得られる場合に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・データにアクセス等することは他の締約国の許可なく行い得るとする。また、同条約の注釈書によれば⁵⁾、他の締約国の許可なくアクセス可能な状況を同条が規定する場合に限定する趣旨ではないとされる。そのような理解のもとに、刑訴法 99 条 2 項、218 条 2 項が同条約を締結するための手続法の整備のために設けられたことに加え、これらの条文上からは対象となる記録媒体を国内に所在するものに限定する趣旨は読み取れないことから、上記判示の場合に、捜査共助を要請することなく外国に所在する記録媒体にリモートアクセス等を実施することは許されることになろう⁶⁾。これに対して、同条項によるリモートアクセスの対象となる記録媒体が国外にあることが判明した場合において、「同条約第 32 条によりアクセス等を行うことが許されている場合に該当しないときは、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、この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」とされている⁷⁾。

四 本件各リモートアクセス等に対する 法的評価と違法収集証拠排除法則

Y 関係者の有効な承諾があるとされた手続〔イ〕と異なり、手続〔ア〕は Y 関係者の任意の承諾に基づくものとは認められない。このような手続がどのように評価され、それに基づき収集された証拠の証拠能力が認められるかが問題となる。

手続〔ア〕を捜査法上いかに評価すべきかに際し、主権侵害という国際法上の違法と、任意の承諾もなく実質的に本件搜索差押許可状に基づく強制捜査を行ったという刑訴法上の違法がどのような関係であるのかについては明確ではない。この点、原判決は、「相手国の主権を侵害しており、

国際法上の違法があるといえる場合には、この違法が当該捜査手続に刑訴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」としていた。本決定も、同様の考えに依拠している可能性もあるが⁸⁾、本決定は、手続〔ア〕について、①「任意捜査として適法であるとはいえず」、②「上記条約 32 条が規定する場合に該当するともいえない」とすることから、「Y 関係者の任意の承諾に基づくものとは認められない」ことで、①刑訴法上の違法と②国際法上の違法という 2 つの異なる性質が併存することを認める趣旨であるようにも解される。

当該捜査手続が違法であるとしても、それが証拠法上の観点からどのように評価されるかは別個に考える必要がある⁹⁾。本決定は、手続〔ア〕につき、実質的に搜索差押許可状に基づく手続ということができること、警察官は同許可状が許可する処分の範囲を超えた証拠の収集等を行ったものとは認められないこと、警察官が国際捜査共助によらずに Y 関係者の任意の承諾を得てリモートアクセス等を行うという方針を採ったこと自体が不相当であるということとはできず、警察官が任意の承諾に基づく捜査である旨の明確な説明を欠いたこと以外に Y 関係者の承諾を強要するような言動をしたとか、警察官に令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとも認められないとして、「重大な違法」は認められないとした。

上記判示における「警察官が、国際捜査共助によらずに」とする点は、国際法上の違法につき言及したものとも解される。そして、証拠法上の観点、すなわち「違法の重大性」の判断においては、判例は「違法行為によって実際に侵害された権利・利益というよりも、むしろ、捜査官が違法行為を行ったことに対する『非難可能性』を重視して」と解されるが¹⁰⁾、本決定も、警察官が適法に令状を取得しその範囲内で実施したこと、国際法違反の可能性に配慮して上記方針を採ったこと等に照らせば、警察官の帰責性ないし非難可能性は大きいものではないことから、「重大な違法」はないとしたものと解される。

五 リモートアクセスによる電磁的記録の 包括的な取得

搜索差押許可状による刑訴法 99 条 2 項、218 条 2 項に基づくリモートアクセスにより複写の

対象となる電磁的記録も、被疑事実と関連するものでなければならない。もっとも、その処分の対象となるのは「(差し押さえるべき)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」に限定されており、このような電磁的記録は、通常、被疑事実と関連性があると考えられ、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される¹¹⁾。

本決定も、本件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し、差押えの現場における内容確認の困難性や情報の毀損等が生ずるおそれ等に照らすと、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する。

なお、フロッピーディスク等の差押えについて最決平 10・5・1 (刑集 52 巻 4 号 275 頁) が、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、データが損壊される危険がある場合に内容を確認せずに電磁的記録媒体を差し押さえることが許されるとしていたが、これは内容を確認せず差し押さえることが許される一例を示したものとされる¹²⁾。本件はリモートアクセスによる電磁的記録の複写という違いはあるが、本決定も上記平成 10 年決定と同様に、包括的な電磁的記録の複写を認める場合に考慮すべき事情を示したものと解される¹³⁾。

六 おわりに——本決定の意義

国外の電磁的記録へのリモートアクセスにつき生じ得る外国の主権侵害と刑訴法上の証拠能力の判断に関して、事案は異なるものの高裁の判断が分かれていたが¹⁴⁾、本決定は一定の判断要素を提供する。しかしながら、いかなる場合に捜査機関等によるリモートアクセスが外国の主権侵害を生じさせるかについては議論が残されている。また、判示からは明確ではないため、違法収集証拠排除法則の根拠論の観点から、国際法上の違法もその「違法」に含められるのかどうかを検討されるべきであろう¹⁵⁾。欧州評議会のサイバー犯罪条約委員会の動向も注視する必要があるが、本決定は捜査実務だけでなく今後の立法論にも影響を及ぼすものであるといえよう。

——注

- 1) 山内由光「刑事手続における国際協力」ジュリ増刊・刑事訴訟法の争点 (2013 年) 18 頁。
- 2) 山内由光「判批」研修 832 号 (2017 年) 22 頁以下等。
- 3) 川出敏裕「コンピュータ・ネットワークと越境捜査」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2019 年) 427 頁。
- 4) 笹倉宏紀「クラウド捜査」芝原邦爾ほか編著『経済刑法——実務と理論』(商事法務、2017 年) 570 頁以下、川出・前掲注 3) 429 頁参照。
- 5) Explanatory Report to the Convention on Cybercrime 293。
- 6) 川出・前掲注 3) 430 頁。
- 7) 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) 101 頁。
- 8) 川出・前掲注 3) 430 頁は、憲法 98 条 2 項が国の機関に対して確立された国際法規を遵守すべき義務を課していることからすれば、外国の主権を侵害する捜査行為については、そのかぎりでの刑訴法上認められた権限が制限されることになるからその制限を逸脱した捜査は刑訴法上も違法と評価されるとする。
- 9) この点につき、笹倉・前掲注 4) 551 頁は、外国の主権侵害という国際法上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収集証拠排除法則の枠内に取り込むべきでないとする。
- 10) 松田岳士「違法収集証拠の証拠能力」法教 389 号 (2013 年) 33 頁。
- 11) 杉山＝吉田・前掲注 7) 103 頁。
- 12) 池田修「判解」最判解刑事篇平成 10 年度 (2001 年) 89 頁。
- 13) 中島宏「判批」法セ 768 号 (2019 年) 130 頁は、関連しない記録の取得を最小化するために記録命令付差押えを活用すべきであり、原判決がその選択を捜査機関の完全な裁量に委ねている点は妥当でないとする。
- 14) 東京高判平 28・12・7 高刑集 69 巻 2 号 5 頁、東京高判平 31・1・15 高検速報 (令元) 号 95 頁。
- 15) 同法則の理論的根拠につき、判例は司法の無瑕性論ないし違法捜査抑止論に求めるものと解されるが、前者の観点からすれば、主権侵害による違法が考慮され得るが、それだけでは証拠排除を基礎づけるような重大な違法を認めることは困難であろう (川出・前掲注 3) 430 頁。ただし、データの所在国が明確に反対の意思を表明している場合にあって捜査を行ったような場合には認められる余地があるとする。)。後者の観点からは、外交関係による抑制も働くことから証拠能力を否定しなければ将来の違法捜査が抑制できないというものではないという指摘もあるが (杉山治樹「国外における捜査活動の限界」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法 I』(青林書院、1998 年) 59 頁)、そもそもわが国の裁判所が、捜査機関による国際法違反の抑制も考える必要があるかについても検討する必要があるであろう。