慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	わが国における刑事手続きとコンピュータ犯罪 (一)
Sub Title	Computer crime and its criminal procedure in Japan (1)
Author	安冨, 潔(Yasutomi, Kiyoshi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1990
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.63, No.9 (1990. 9) ,p.1- 27
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19900928-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

わが国における刑事手続とコンピュータ犯罪(一)

安　冨　潔

第一章　わが国におけるコンピュータに係る犯罪の捜索・押収
一　はじめに
二　現行法解釈における問題点
1　令状主義と捜索場所・押収対象物の特定・明示
2　捜索・差押の範囲、第三者に対する捜索・差押
3　執行における補助者の立会い
4　記録媒体に記録・保存された電磁的記録の可視化・可読化
三　立法的対応の必要性
四　おわりに……(以上本号掲載)
第二章　電気通信事業者の提供する役務に係る
情報通信と捜索・押収
一　はじめに
二　情報通信と刑事法的規律
三　電気通信事業者の提供する役務を利用した
情報通信に対する保護
1　コンピュータに係る通信への干渉に対する規律
2　通信システムに結合されたコンピュータに
蓄積された情報への干渉に対する規律
3　通信システムの利用事実に関する記録への
干渉に対する規律
四　電気通信事業者の提供する役務を利用した情報通信における
電磁的記録へのアクセスに対する保護
五　おわりに……(以上六三巻一〇号掲載)
第三章　わが国におけるコンピュータにより作成された証拠の問題
一　はじめに
二　コンピュータに係る犯罪の証拠調べ
三　コンピュータにより作成された証拠の証拠能力
四　おわりに……(以上六三巻一一号掲載)

第一章　わが国におけるコンピュータに係る犯罪の捜索・押収

一　はじめに

今日の技術革新によるコンピュータ（電子計算機）の発展・普及に伴い、コンピュータ・システムの高機能化、汎用性の増大により、コンピュータは高度情報化社会の基盤的役割を果たすようになった。そしてまた、通信ネットワークとの結合により、国際的なレベルでの情報の移動が行なわれるようになってきている。そのような状況にあって、コンピュータ・システムへの社会的依存度がより一層高まっているにもかかわらず、コンピュータ・システムへの犯罪などの脅威はいまだ解消されるまでにいたっていない。むしろ、従来の技術的対策では対処できないという事態を生じ、憂慮すべき社会問題を惹起しているといえる。こうしたコンピュータ・システムにおける脆弱性に対して、技術的安全対策だけでは決して十分であるとはいえない。わが国においても、昭和六二年の「刑法等の一部を改正する法律」において、電子情報処理組織において用いられる電磁的記録について、その不正作出及び供用並びに毀棄を処罰すること、電子情報処理組織による大量迅速な情報処理によって行なわれる業務を妨害する行為を処罰すること、債権、債務の決済等が電磁的記録を用いて自動的に行なわれる事務処理の形態を利用して財産上の不法の利益を得る行為を処罰することを趣旨とする改正が行なわれたが、[1]その後も、ハッキングやコンピュータ・ウィルスなどコンピュータ・システムの完全性を阻害する不正な行為もあとをたたない。

ところで、「コンピュータ犯罪」という場合、コンピュータに関連した不正行為や悪用をさす多様な内容を持つものとして、種々の定義が与えられている。すなわち、コンピュータに関連した不正行為には、コンピュータを手段として現行法で処罰の対象とされている犯罪構成要件を実現する形態のものから、コンピュータの利用により新しく実

現可能となった不正行為の形態まで含まれるからである。そこで、「広くコンピュータに関連した反社会的行為[2]」とか、「コンピュータを利用した反社会的行為及びコンピュータの存在によって現われた反社会的行為[3]」などと定義されてきたが、警察庁では今回の刑法一部改正を契機として「コンピュータ・システムの機能を阻害し、又はこれを不正に使用する犯罪[4]」と定義することとしてる。

ここでは、広く、コンピュータを利用しまたはこれと関連した反社会的行為としてコンピュータに係る犯罪をとらえ、問題点の整理をしておくこととする。

さて、コンピュータを利用しまたはこれと関連した犯罪の刑事手続上の問題点を検討していくにあたって、従来の伝統的な犯罪の場合と比べると、次のような特殊性があることに考慮を払っておかなければならないであろう。すなわち、①対象が「有体物」ではなく「情報」であること、②電磁的記録媒体に記録・保存された電磁的記録はその存在及び状態を人の知覚をもって認識することができないもので可視性・可続性がなく[5]、③入力されたデータがプログラムにより既存のデータとともに処理・加工されて作り出されるなどその作出過程が他の文書とは異なるうえ、その処理・加工が容易であり犯罪の証跡が残りにくくまた証拠破壊のおそれも高いこと、④コンピュータ・システムの利用やそれに関連する高度な技術や専門的知識を利用した知能犯罪であること、などである。

このように、コンピュータに係る犯罪については、今回の刑法改正で犯罪構成要件が定められた犯罪だけでなく、その他の犯罪にコンピュータが関連する場合に、コンピュータに記録・保存された犯罪の証拠を発見し、収集するにあたって、これまでの捜査とは異なった手続上の問題が解決されなければならないし、またコンピュータにより作成された証拠を公判で事実認定に供するにあたってもいくつかの証拠法上の問題が解決されなければならないであろう。

本稿は、このようなコンピュータを利用しまたはこれと関連した犯罪に関する刑事手続上の問題点について、わが国での捜査手続及び証拠法についてあらためて検討しようとするものである[6]。

(1) 法制審議会での審議の過程では、①コンピュータにより処理・保存される情報の不正入手又は漏示の処罰、及び②コンピュータの無権限利用の処罰の当否も検討されたが、前者については、保護すべき情報の範囲、保護の程度等について検討を要する問題が少なくないこと、また、後者についても、どのような行為を処罰すべきかについて検討が必要なことが指摘され、これらについてはさらに種々の観点から検討を行なうべきとして、今回の改正からは除かれている。米澤慶二編『刑法等一部改正法の解説』一四～一五頁（一九八八年）参照。

(2) 板倉宏「コンピュータ犯罪と刑事法」ジュリスト七〇七号一四四頁（一九八〇年）。的場純男「コンピュータ犯罪に関する刑事法上の問題点」ジュリスト八四六号七頁（一九八五年）、加藤敏幸「入門コンピュータ犯罪」『コンピュータ犯罪等に関する刑法一部改正（注釈）』〔改訂増補版〕（中山研一＝神山敏雄編）一〇頁（一九八九年）など。

(3) 金井浄「コンピュータ犯罪の特質」警察学論集三五巻六号六〇頁（一九八二年）。

(4) 警察庁『警察白書』（平成元年版）一〇四頁（一九八九年）。

このように「コンピュータ・システムの機能を阻害し、又はコンピュータ・システムを不正に使用する犯罪」ととらえた場合に、さらに、前者について、「コンピュータの本体又は付帯設備の損壊等」、「磁気テープ、フロッピーディスク、磁気ディスク又は光ディスクの損壊等」及び「データ又はプログラムの改ざん、消去」に、また後者について、「ハードウェアの不正使用」、「データ又はプログラムの不正入手」及び「データ又はプログラムの改ざん、消去」とに類型化して、これを整理されている。

(5) コンピュータに用いられる電磁的記録は、今回の刑法改正において「電子的方法、磁気的方法其他他人ノ知覚ヲ以テ認識スルコト能ワザル方法ニ依リ作ラルル記録ニシテ電子計算機ニ依ル情報処理ノ用ニ供セラルルモノヲ謂フ」（刑法七条）と定義されたが、それは、二進数ビット符号を用いて表示された人間の意識内容が電磁的に記録されたもので、人の知覚によっては記録の存在及び状態を認識することができないという意味で可視性・可読性がなく、データの保存（記憶）機能はあってもデータの利用機能を有しているとはいえず、社会的に重要な事項についての証明作用という点では文書と同様の機能を果たしているとはいえ、それ自体で客観的・固定的な意味を有するものとして独立して社会的機能を発揮するものではなく、それを使用することが予定されている一定のシステムおよび特定のプログラムを用いてラインプリンタなどにより印字出力などされてはじめて本来の証明作用を発揮するものである。

(6) コンピュータ犯罪と刑事手続に関する主たる文献については、一九八八年までのものは、安冨潔「刑事手続きとコンピュータ」法曹時報四〇巻一一号三頁注（3）（一九八八年）にあげておいたが、その後のものとして、岩田研二郎＝小田中聰樹

＝石川元也「コンピュータ関連犯罪の手続き問題」『コンピュータ犯罪と現代刑法』(日本弁護士連合会刑法改正対策委員会編)一八九頁(一九九〇年)、安冨潔「イギリスにおけるコンピュータにより作成された証拠の証拠能力」法学研究六二巻一二号一八五頁(一九八九年)、新保佳宏「コンピュータをめぐる刑事手続上の諸問題」『コンピュータ犯罪等に関する刑法一部改正(注釈)』〔改訂増補版〕(中山研一＝神山敏雄編)一四五頁(一九八九年)、がある。

なお、金融情報との関連で論じたものに、安冨潔「『金融情報に関する国際間の法律上の脆弱性』国際研究会」金融情報システム七八号一四頁(一九九〇年)、同「『金融情報に関する国際間の法律上の脆弱性』国際研究会に参加して」金融情報システム七九号一七頁(一九九〇年)、同「金融情報に関する国際間の法律上の脆弱性を考える」銀行時評二四巻九号四六頁(一九九〇年)がある。

二　現行法解釈における問題点

コンピュータ・システムを利用し又はこれと関連する犯罪の捜査も、その他の犯罪の捜査と基本的には異なるところはないといってよいであろう。

しかし、いわゆるコンピュータ犯罪の場合には、その証拠の性質が、前述のとおり、他の犯罪とは異なるので、その特徴を考慮にいれて問題点を検討しなければならない。すなわち、コンピュータ・システムを利用し又はこれと関連する犯罪捜査においても、コンピュータ処理するための入力の原始伝票や、入力媒体としての紙カード、紙テープ、原始帳票など、および出力された印字帳票、紙テープ、紙カードなどの「可視性・可読性」を備えた証拠が対象となる場合には、従来の捜査と同様であり、格別困難な問題は生じないが、コンピュータ処理されたデータやコンピュータ処理のためのプログラム等が磁気テープ、磁気ディスク、磁気ドラム等の電磁的記録媒体やコンピュータに記録・保存されている場合、それ自体は通常人の五感の作用では可視性・可読性を欠く記録であって、その内容が本来の社

会的効用を発揮するためには一定の装置を介して出力されたときであるので、その内容を見読できるようにすることが捜査機関にとっての課題となるし、また、ファイル全体には膨大な量の情報が蓄積され情報処理の用に供されているうえ、それらのファイルに蓄積されている電磁的記録は容易に消去することが可能であるので、対象となる証拠を特定し、収集・保全するということも検討されなければならない。

このような特徴を有するコンピュータに係る犯罪の証拠の収集にあたって、関係者の協力が得られ、その所有者、所持者もしくは保管者から捜査機関に対して必要な証拠が任意に提出されたような場合には、任意捜査として、その証拠を領置することができるが（刑訴法二二一条）、そうでない場合には、捜査機関は必要な証拠を強制捜査により収集することになる。(7)

強制捜査による証拠収集の場合、わが国では、いうまでもなく憲法が保障する「令状主義」（憲法三五条）および刑事訴訟法の要求する「強制処分法定主義」（刑訴法一九七条一項但書）の規律を受けることになる。

(7) 例えば、賭博犯罪などにコンピュータが利用されているような場合には、不意を要する捜索によらざるをえないので、関係者に任意協力を得ることはできないであろうし、内部の者による横領・背任・詐欺、または贈収賄などの犯罪の場合には、被害を受けた関係者の協力を得て、必要な証拠書類の任意提出を受けることが可能であることもあろう。
渥美東洋「コンピュータと刑事手続き上の問題点」刑法雑誌二八巻四号六二頁、七五頁（一九八八年）参照。
なお、科学的捜査の限界について、井上正仁「科学捜査とその限界—盗聴を中心にして」書研所報三五号一頁（一九八九年）
（この論文は若干の加筆・修正をして法学教室一一四号一六頁（一九九〇年）に再録されている）。

1　令状主義と捜索場所・押収対象物の特定・明示

憲法第三五条第一項は、「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、捜索及び押収を受けることのない権利は、第三十三条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ捜索する場所及び押収する物を明示する

令状がなければ、侵されない」と規定し、同条第二項は、「捜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行う。」と規定する。

これは、いわゆる「令状主義」の原則を定めたものである。

この憲法の保障する「令状主義」は、アメリカ合衆国憲法修正四条に由来するものと解されている。[8]

アメリカ合衆国憲法修正四条は、国による不合理な捜索・押収を受けない国民の権利を保障しており、個人の「憲法上保護された領域」たるプライヴァシーへの干渉は、具体的な「公共の利益」があるときに限るとして、「相当な理由」・「捜索すべき場所および押収すべき身体または物の特定」を要件とする「令状」によることを原則としているのである。

このようなアメリカ合衆国憲法修正四条を前提にわが国憲法第三五条を解すれば、同条は一般的・探索的捜索・押収を許す「一般令状(general warrant)」の禁止を目的としており、「正当な理由」に基づき、「捜索場所および押収対象物を明示する」司法官憲の発する各別の令状によらなければ、個人のプライバシーは侵害されてはならないとするものと解される。[9] すなわち、憲法第三五条による捜索・押収は、①罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由たる「正当な理由」の存在、および、②その犯罪を立証しうる蓋然性の高い証拠または没収対象物への押収の特定、ならびに③その押収対象物が存在する蓋然性が高い場所への捜索の限定という捜索・押収を合理的なものとする「実体要件」と、その「実体要件」が存在していることを中立・公平な第三者たる司法官憲が原則として事前に審査するという令状要件を正当化する「手続要件」とが充足していることが要求されるのである。[10]

そして、現行法では、この憲法上の「令状主義」の要請を承けて、刑訴法第二一九条が、捜索、差押等の令状には、「被疑者・・・の氏名、罪名、差し押えるべき物、捜索すべき場所、身体若しくは物・・・を記載し」なければならないと規定している。

このような、捜索すべき場所または差し押えるべき物を明示すべきものとするのは、被疑者の氏名や罪名などといった令状の他の記載と相まって、具体的な場合における執行機関の強制権限の範囲を明確にし、これにより、処分を受ける者に対して捜査機関の処分に関する受忍義務の範囲を明らかにするとともに（刑訴法二二二条、一一〇条）、執行機関の権限の範囲外の処分に対して、法令の定めるところに従って、不服申立を可能とすることにより（刑訴法四三〇条）、執行機関がその権限を濫用して他人の管理権・支配権・住居権や財産権を害することのないようにしようとする趣旨によるものであると解される。(11)

したがって、令状における「捜索すべき場所」や「差し押えるべき物」の記載は、できるだけ個々具体的に記載されているのが望ましいが、捜査の初期の段階においては、それらの具体的内容が捜査機関に判明していない場合もあろうし、また、現場に臨んではじめて差し押えるべき物の具体的な品名、数量、形状等が判明する場合も多いのであるから、令状における記載は、ある程度概括的なものであっても、一般的・探索的な捜索・押収にならない程度に「捜索すべき場所」や「差し押えるべき物」が特定されていれば足りると解される。(12)

さて、コンピュータ・システムを利用し又はこれと関連した犯罪の場合においても、他の犯罪の捜索・押収と同様、捜索する場所及び押収する物の特定・明示にあたっては、一般的・探索的捜索・押収の禁止という「令状主義」の趣旨からなされるべきことになる。したがって、対象となっているコンピュータ・システム全体の概要を把握したうえ、捜索・押収に必要な場所・目的物を特定すべきである。ことに被処分者が単独でコンピュータを使用している場合は格別な問題はないが、タイム・シェアリング・システムなどにより共同利用しているコンピュータでは、一個のファイルに複数の作成名義の電磁的記録が蓄積されているが、このような場合には、当該事件とは関係のない第三者の権利や利益を損なわないように配慮する必要がある。

また、コンピュータや記録媒体に記録・保存された膨大な量の電磁的記録のなかから必要な証拠を特定することに

はかなりの困難さを伴うといえよう。したがって、ときとしてコンピュータ・システムの運用と管理に通じている者や内部のシステム監査が行なわれていた場合にはその監査人の協力を求めることが必要となってくることがあろう。[13]

そして、コンピュータに係る犯罪の捜索にあたっては、コンピュータ室だけでなく、入力データの基礎となる原始伝票やデータ・ファイル、プログラム、ドキュメンテーションなどがそれぞれ保管されている場所も対象となるし、また、その押収にあたっては、コンピュータ・システムに関する説明文書や入力媒体、記録媒体、出力媒体の他、データ処理が権限のある者により正当に行なわれているかを知るための内部の規則やコンピュータの操作記録であるオペレーション・ログなども押収の対象となろう。令状請求手続では、記録媒体の種類及び名称、必要な電子ファイルの名称及び特徴、ファイル処理のためのプログラムの名称及び特徴、必要なオペレーティング・システムの名称、適用ハードウェアの形式までを特定する必要があると考える。[14]

(8) 法学協会『注解日本国憲法（上巻）』六二二頁（一九五三年）など。

(9) Katz v. United States, 389 U.S. 347, 88 S. Ct. 507, 19 L. Ed. 2d 576 (1967). 法廷意見は、憲法修正四条は「人」のプライヴァシーを保障するものであるとし、ハーラン裁判官の補足意見では、個人は他から干渉されないとの主観的期待とその期待が社会から合理的と認められる客観的期待を備えたときに、人が正当に期待するプライヴァシーが認められ、憲法修正四条の保護を受けるものとの、見解が示された。

わが国で同様なプライバシーの保障の観点から同様な分析を展開されるのが渥美東洋教授である。渥美東洋『刑事訴訟法』(新版) 五九～八一頁（一九九〇年）、同『捜査の原理』二一頁以下（一九七九年）、同「捜索・押収におけるプライヴァシーの概念」『岩田誠先生傘寿祝賀記念論文集』一八五頁以下（一九八二年）などがある。

(10) 渥美・前掲注(9)六〇頁、椎橋隆幸「令状記載物以外の物に対する差押え」警察実務判例解説（捜索・差押え篇）〔別冊判例タイムズ No.10〕七五、七六頁（一九八八年）。

(11) 東京地判昭和三三・六・一二・一審刑集一巻追録二三六七頁、秋山規雄「捜索・差押許可状における目的物の特定」『新版令状基本問題』五三一頁（一九八六年）、伊藤栄樹『三訂刑事訴訟法の実際問題』二三六頁（一九八四年）、新倉修『捜索場

所の特定」法律時報五八巻九号六四頁（一九八六年）、福井厚「差押物の特定」法律時報五八巻一〇号九六頁（一九八六年）、など。

(12) 最大決昭和三三・七・二九刑集一二巻一二号二七七六頁。青柳文雄『五訂刑事訴訟法通論』（上巻）四〇八頁（一九七六年）、秋山規雄・前掲注(11)五三三頁、渥美・前掲注(9)六二頁、伊藤・前掲注(11)二三六頁、奥村誠「捜索・差押許可状における物件の特定方法」判例タイムズ二九六号三九四～三九七頁（一九七三年）、佐藤道夫『註釈刑事訴訟法』第一巻（青柳文雄他編著）四〇〇頁（一九七六年）、高田卓爾『注解刑事訴訟法』〔全訂新版〕上巻（平場安治他編著）三五六頁（一九八七年）、田宮裕『強制捜査』（総合判例研究叢書・刑事訴訟法(16)二六〇頁（一九六五年）、松尾浩也『刑事訴訟法』（補正第二版）上六八頁（一九八七年）など。これを疑問とするもの、熊本典道「捜索令状・差押令状の記載」『捜査法大系Ⅲ』五一頁（一九七二年）。

また、場所の捜索にあっては、対象となる場所の地理的位置、建物等の物理的構造及び管理の態様を基準としてできるだけ特定することになろう（松尾・前掲『刑事訴訟法』六八頁）。また、差押物の特定性の判断は差押立会人を基準とするのではなく、当該令状の記載自体から判断すべきである。東京高判昭和四七・六・二九判例時報六八二号九二頁参照。

なお、渥美・前掲注(7)七五頁は、コンピュータに記録・保存された情報量が膨大なことにてらし、通常の捜索・押収の場合に比し、明示性、特定性の要件を若干緩和することが妥当とされる。

(13) 渥美・前掲注(7)七四頁参照。なお、渥美教授は、関係者の協力が得られない場合、捜査を断念せざるをえない場合も生ずるとして、関係者の協力を法的に義務づける立法上の必要性を説かれる。同様に、新保・前掲注(6)一五四頁は、証拠不提出罪のようなものを設けて、それにより協力を強制する方法を提案される。自己負罪拒否特権との関係での検討がなされなければならない。

(14) 民事訴訟での検証における証拠調べの際の検証の目的物の特定について、夏井高人「電子記憶媒体に関する若干の考察(4)」判例タイムズ六五七号三六頁注(86)参照（一九八八年）。

2　捜索・差押の範囲、第三者に対する捜索・差押

(1)　捜索・差押の範囲

捜索・差押の対象となる目的物は、証拠物または没収すべき物と思料するものである（刑訴法九九条一項、二二二条）。コンピュータにより情報処理され、記録・保存された電磁的記録は、コンピュータ特有の言語（ランゲージ）を用いて記録されたもので、それ自体としては可視性・可読性を有せず、一定のシステムおよびプログラムにより出力されてはじめて証拠としての機能を発揮するものである。したがって、このような電磁的記録の捜索・差押で対象となるのは、磁気テープ・磁気ディスク・磁気ドラムなどの記録媒体ではなく、「無体情報」としての「電磁的記録」それ自体であると解すべきである。[15] そうすると、本来、物理的に管理可能な「有体物」を捜索・差押の客体として規定されたと思われる刑訴法第九九条第一項にてらし、[16] 電磁的記録を捜索・差押の対象とすることができるかが問題となる。

わが国の憲法第三五条は、「住居、書類及び所持品」についての「侵入、捜索及び押収を受けることのない権利」を保障しているが、この基本権保障規定はコモン・ロー以来の伝統を継受し、アメリカ合衆国憲法修正四条において示されている個人のプライヴァシーを保護するものと解しうるとすれば、住居などに対する物理的な支配権や利用権といったものを保護しているのではなく、可視性・可読性のない無体情報もプライヴァシーの保護の対象となるとすることができよう。[17]

これに対して、刑訴法第九九条第一項との関連では、「無体情報」としての電磁的記録も、記録媒体に記録されたり、一定の用紙に印字出力（プリントアウト）されたりして、物理的に管理可能な形態で有体物に化体するものであるところから、これらを一体的にとらえて、有体物の捜索・差押とみることができると解することもできよう。[18]

ところで、捜索・差押の範囲は、一般に、被疑事実との関連性の有無および程度、捜索・差押の必要性から判断される。[19]

しかし、コンピュータ・システムを利用し又はこれと関連する犯罪の捜索・差押にあって、捜索場所にある磁気テープ、磁気ディスク、磁気ドラム等の記録媒体については、そこに記録・保存されてる電磁的記録を内容的に見読できる可視性・可読性を具備していないので、そのままでは電磁的記録の内容を知覚できないし、たとえ内容を表示したラベルが貼付されていたとしても、それが差押の対象となるものであるのか否か判然としないことも多い。したがって、すくなくともCRTディスプレイ装置などによって出力し、その内容を確認しなければならないであろう。[20] しかし、コンピュータはそれぞれ特有のランゲージを使用して処理するものであるので、捜査機関が自ら出力することができない場合も多いであろうし、そうした場合、出力のための被処分者もしくは関係者の協力を得ることができず、電磁的記録内容を知覚することができない場合もでてこよう。このような場合、消去・変更が容易な電磁的記録の性格を考慮すると、罪証隠滅のおそれがあると認められるときには、捜査機関にとって関連あると判断される記録媒体をすべて差し押える必要が生じることもあろう。このような差押えがおよそ許されないとまではいえないと考えるが、オンライン化され、ネットワーク化されている今日のコンピュータ・システムにおいて、被処分者の業務に対する重大な影響を考えると、このような場合には、証拠保全の必要という観点からは、当該電磁的記録を転写した記録媒体を差し押えるべきではないかと考える。[21]

ことに、多量の情報を記録・保存している電子ファイルには、捜索・差押の対象とは無関係の情報も多く含まれているのが通常で、必要な情報のみを出力することが容易ではないことも予想される。そしてそのような場合に、ファイル全体を差し押えざるをえないこともあろうが、このような場合にも、憲法第三五条の要求する一般令状の禁止の趣旨に照らし、その記録媒体の保管されている周囲の状況などから差押対象物として令状に記載された目的物との関連性を具体的・個別的に判断してできるだけ限定するべきと考える。[22] 憲法第三五条の要求する「正当な理由」を示す「被疑事実」と関係があるとは認められない物の押収が許されないのはいうまでもない。[23]

また、電磁的記録は、事故などに備えバック・アップとして、複数の記録媒体に同一内容の電磁的記録が貯蔵・保存されているのが普通であろうが、そのような場合、捜査目的達成のため、捜索・押収活動の対象となっている電磁的記録を貯蔵しているすべての記録媒体を差し押えることも許されないわけではないとする見解もあるが[24]、令状に記載された目的物との関連性の程度を考慮することなしに、無差別的にすべての記録媒体を差し押えるということは令状主義の趣旨から許されないと解する[25]。

(2) 第三者に対する捜索・差押

ところで、コンピュータ機器類の所有・占有・管理が、被疑者や被害者に係るのではなくその他の第三者に係る場合、それらのコンピュータ機器類に対する捜索・差押が許されるかも問題である。

第三者の所有・管理・占有する物の差押について、現行法は直接規定を設けていない。そこで、刑訴法第二二二条第一項が準用する第一〇二条第二項は、被疑者、被告人以外の第三者の物又は住居その他の場所について、押収すべき物の存在を認めるに足りる状況のある場合に限り、捜索することを認めており、また、刑訴法第二二二条第一項が準用する第一〇五条は、業務上の秘密について押収拒絶権を認めていることから、同条を反対解釈して、第三者に対する差押は許されるとする見解がある[26]。

また、令状による捜索・差押の許可は、当該場所について、当該物件を、その場所の管理者の意思いかんにかかわらず、捜索し、差し押えることの権限を捜査機関に与えるものであるから、その権限の範囲内で、差押可能な物か否かの判断が、当該場所にある令状記載の対象物と一見して異なる物でない対象物、その物の中に対象物が入っていないことが明らかな物以外については必要であり、かつ、可能であるので、第三者の所有・管理・占有する物について内容を検討することができ、そのうえで第三者の所有・管理・占有する物であってもその物件が令状記載の物件である場合には差し押えることも許されるとする見解もある[27]。

判例においても、第三者の所有に属する物が、その第三者の犯罪に係る証拠物であっても、同時にそれが令状発布に係る事件の証拠物と思料される物である限り、その令状により適法に差押えできることを認めている。すなわち、最三小判昭和三一年四月二四日刑集一〇巻四号六〇八頁は、被疑者Kに対する捜索差押許可状による捜索差押えに際し、K方同居人である被告人Dの覚せい剤不法所持の事実がたまたま発覚し、上記捜索差押許可状によりD所有の覚せい剤が押収されるとともに、Dは現行犯逮捕された事例において、弁護人から、Dが所有する覚せい剤の捜索差押えを行なうには、憲法三五条、刑訴法第一〇七条の規定上、Dに対する覚せい剤取締法違反被疑事件について発せられた捜索差押許可状に基づくことが必要であるにもかかわらず、Kに対する覚せい剤取締法違反被疑事件について発せられた捜索差押許可状に基づいて、D所有の覚せい剤の押収がなされたのは違法であると主張された上告趣意に対し、「所論捜索差押は、被疑者Kに対する覚せい剤取締法違反被疑事件につき令状掲記の捜索差押の場所において、捜索差押の目的たる物につきなされたことが記録に存する捜索差押調書により明らかである。のみならず、記録特に現行犯人逮捕手続書によれば、本件の捜索差押の執行に際したまたま被告人について覚せい剤不法所持の事実が発覚したため、被告人に対し現行犯人として逮捕手続が行なわれたのであるから、刑訴二二〇条に基く押収と考えることもできる。結局双方の関係から見て本件手続きを違法とするに足りない。」[28]と判示している。

その後の裁判例においても、同旨の見解がみられるところである。

京都地決昭和四六年四月三〇日刑裁月報三巻四号六一七頁も捜査段階における裁判官の捜索差押許可の裁判およびその裁判にもとづく司法警察員の差押処分に対する捜索場所または差押物の所有者または保管者と目される者からの不服申し立てがなされた事件で、「差押は、被疑者以外の第三者の物についても捜査の必要上これをなしうるものと解せられる。」[29]としたうえ、「その場合に、第三者の所有者または保管者として当然に保有する利益は、被疑者のそれより重く保護されなければならず、しかも、その物を差し押えることによって、第三者の右のような利益と衝突する

ことも免れ難いのであるから、それらの利益を具さに較量し、第三者の物を被疑事実の証拠として差し押えることにつき必要性が十分認められるのでなければ、その差押処分は許容されないものと解すべきである。[30]」と述べている。

(15) 新保・前掲注(6)一四七頁、なお柳俊夫「捜索・差押え」『刑事手続』上（三井誠＝中山善房＝河上和雄＝田邨正義編）三〇六頁（一九八八年）は、無体情報それ自体は差押えの対象とならないが、情報が書類や帳簿等の有体物に化体した場合には、それらの書類等を差押えることができることから、情報がコンピュータの磁気ディスク等に記録されている場合も同様にそれらを差押えることになるとされる。

(16) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法』（増補補正版）一五九頁参照。

(17) 渥美・前掲注(9)五九頁以下、井上・前掲注(7)法学教室一一四頁。

なお、わが国においても、盗聴について、住居に対する物理的な支配や利用の阻害という関心ではなく、個人のプライヴァシーに対する侵害の危険という関心から問題解決を図ろうとするのが共通の認識であるとすれば（井上・前掲注(7)法学教室一一四頁）、すくなくとも、憲法三五条の問題としては、無体情報について規律の対象とされるといってよいように思われる。

(18) 村井敏邦『現代刑事訴訟法』（川崎英明担当）八二頁は、「これらの情報は磁気テープからプリントアウトすれば有体物に転化するから、実質的に観察して、これら情報を有体物と一体のものとみて『証拠物』にあたると解する余地もなくはない。しかし、磁気テープに記録された『情報』はそれ自体はたんなる符合であって何ら意味をもっておらず、プリントアウトの過程で人為的操作が加えられてはじめて『情報』としての意味ある形をとる。・・・したがって磁気テープ内の『情報』とプリントアウトされて有体物に転化した『情報』とは一体のものとして扱うことはできない」として、磁気テープ内の情報は「証拠物」にあたらないとされる。新保・前掲注(6)一四八頁参照。

(19) 捜索・差押の範囲については、河上和雄「捜索・差押の範囲」刑事訴訟法の理論と実務（別冊判例タイムズ№7）二八五頁（一九八〇年）等参照。

関連性については、島田仁郎「差押の許される証拠物と被疑事実との関連性の程度」『新版令状基本問題』五四八頁（一九八六年）。

必要性については、最三小決昭和四四・三・一八刑集二三巻三号一五三頁が、令状発付の要件であるとし、その判断要素として「犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が証拠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」を考慮するとしている。光藤景皎「国学院大学映画フィルム押収事件」昭和

四四年度重要判例解説（ジュリスト四五六号）一三三頁（一九七〇年）、親崎定雄「捜索・押収の必要性の判断」『捜査法大系Ⅲ』三〇頁（一九七二年）。

また、関連性、必要性が認められたとしても、他の犯罪の捜査のためになされるのであれば、いわゆる別件捜索・差押として許されないといえよう。最一小判昭和五一・一一・一八判例時報八三七号一〇四頁参照。川崎英明「差押の範囲」法律時報五八巻一一号九六頁（一九八六年）参照。

(20) 記録媒体に記録・保存されている電磁的記録の見読可能な出力に関しては4で論じることとする。

(21) 廣畑史郎「コンピュータ犯罪と捜索・差押え」警察学論集四一巻三号六五、七三頁（一九八八年）も、すべての電磁的記録を差押えることも違法ではないとされる。なお、河上和雄『捜索・差押』八七頁（一九七九年）は、むしろ積極的に、証拠隠滅防止のため、すべての磁気テープ等を差し押えることが必要とされるが、しかし電磁的記録の内容が見読できず特定し得ないからすべてを差し押えることができるということにはならないので、やはり対象が特定できない以上差押えは許されないといえよう。

なお、岩田・前掲注(6)一九九頁は、このような捜査の指針を与えるのみでは、捜査官の捜査権限濫用をチェックできないと批判される。

ところで、この場合、記録媒体への転写に関する真正の証明が必要となることはいうまでもない。

(22) 東京地決昭和四三・一一・二九判例時報五三八号二〇頁は、生フィルムの差押について、フィルムの内容が外から全く分からないため、関連性についての疎明がないとして差押を取り消している。秋山規雄「令状に記載された物以外の物件を差し押えたのではないかが問題となった事例」『新版令状基本問題』五五九頁（一九八六年）。

(23) 大阪高判昭和四九・三・二九高刑集二七巻一号八四頁。

(24) 同旨、廣畑・前掲注(21)七四頁。

(25) 秋山・前掲注(22)五五九～五六〇頁。

(26) 廣畑・前掲注(21)六七頁。

(27) 河上・前掲注(21)七八頁。

(28) 最三小判昭和三一・四・二四刑集一〇巻四号六〇八、六一一頁。人見信男「第三者所有物に対する執行」警察実務判例解説（捜索・差押え篇）〔別冊判例タイムズNo.10〕五八頁（一九八八年）参照。

(29)(30) 京都地決昭和四六・四・三〇刑裁月報三巻四号六一七、六二〇頁。

3　執行における補助者の立会い

捜索・差押の執行にあたる司法警察職員が捜索・差押に必要なコンピュータに関する知識・技能を有していない場合、コンピュータに関する専門的知識・技能を有する第三者たる専門家を補助者として捜索・差押の執行に立ち会わせる必要があろう。

現行法は、一定の例外を除いて（刑訴法二一三条、二二三条一項、二二五条一項）、強制捜査の主体を、原則として、司法警察職員、検察官、検察事務官としているので（刑訴法一九七条一項、一八九条二項、一九一条）、捜査機関ではない私人が強制捜査の補助者となることは例外といえよう。

さて、刑訴法第二二二条第一項が準用する第一一一条第一項は、捜索・差押の執行について、「必要な処分」をすることができる旨規定しているが、強制捜査の補助者をして、捜査目的達成のため、「必要な処分」をなさしめることができると考える。[31] もちろん「必要な処分」は、無制約にいかなる行為であっても許されるわけではなく、執行の目的を達するため必要かつ相当な範囲に限られる。そこで、必要な補助者を捜索場所へ立ち入らせる行為は、捜索・差押行為の一部としてその権限に含まれると考えられ、また、捜索すべき場所、差押すべき物を探させる行為は、社会的に相当な範囲で行なわれるかぎり、それに附随する「必要な処分」と解してよいであろう。[32] したがって、捜索・差押の執行にあたって、システムエンジニア、プログラマー、オペレーターなどの専門家を補助者として協力を求めることができると解される。[33]

(31)　例えば、私人たる錠前屋が「錠をはずし」たりすることがあげられる。河上和雄『実務刑事手続法』二四九頁（一九七八年）。

(32)　廣畑・前掲注(21)六九頁、平田勝雅「刑訴法一一一条一項の必要な処分の意義」判例タイムズ二九六号四一七頁（一九七三年）、佐藤・前掲注(12)四一二頁は、警察比例の原則のように、目的達成のため必要最小限度において、その処分が許されるべきであり、その手段、方法も目的にてらし社会通念上妥当なものとして許容されるものでなければならないとする。同旨、

高田・前掲注(12)三六四～三六五頁、松尾・前掲注(16)一七七頁。

(33) アメリカ合衆国においても、下級裁判所の裁判例において、専門家の立会等の協力を認めたものがある。Forro Precision, Inc. v. International Bussiness Machines Corp., 673 F. 2d. 1045 (9th Cir. 1982), cert. denied 471 U.S. 1130 (1985) は、ファイルの捜索に専門家の立会を認めており、People v. Superior Court of Santa Clara County, 104 Cal. App. 3d 1001 (1980) は、専門的知識を有しない捜査官にかわって捜索・差押の目的かどうかを専門家が判断できるとしている。また、People v. Noble, 635 P. 2d 203 (Colo. 1981) は、令状に専門家の立会を条件とすることを明示した事例である。

4 記録媒体に記録・保存された電磁的記録内容の可視化・可読化

記憶媒体に記録・保存された電磁的記録は、見読可能性を有してそれ自体で独立して証拠としての機能を発揮しうる通常の文書と異なり、記録と媒体との一体性あるいは固着性に乏しく、そのままでは証拠として利用できる可視性・可読性をもたないので、証拠として用いるためには、その内容を見読することができるようにする必要がある。

刑訴法第二二二条第一項は第一一一条第一項を準用するが、それによると第一一一条第一項は、「錠をはずし、封を開き、その他必要な処分をすることができる」とされ、捜査機関は、捜索・差押の執行自体、およびその前提となる執行のため不可欠な行為で、執行の目的を達成するために必要かつ社会的にも相当と認められる処分をなしうることとされている。[34] また、刑訴法二二二条第一項は第一一一条第二項をも準用しているので、差押によるものであろうと、任意提出によるものであろうと、押収物については、検証すべきかどうか、証拠となりうるかどうか、留置の必要があるかどうか（一二三条参照）等をたしかめるためにも、第一項の場合と同様に「必要な処分」をすることができると解される。[35]

この「必要な処分」は、捜査のためという公益上の要請のもとには私権の制限もやむを得ないという趣旨に基づくものであり、必要な処分であるならばどのようなものでも可能であると解することはできないのであって、執行の目

的を達するため必要であり、かつ社会的にも相当と認められる処分に限られるというべきである。したがって、その処分が限度を逸脱したと認められる場合には、処分は不当または違法となり、その程度の著しい場合には、捜索・差押処分そのものが違法となることも考えられる。[36]

さて、コンピュータには、それぞれの機械に特有のランゲージがあって、同機種の機械であっても、ランゲージが異なれば、証拠となる電磁的記録を当該記録媒体から出力することはできないとされる。[37] そこで、たとえ捜査機関が磁気テープ・磁気ディスクなどの記録媒体を差し押えても独自に出力することは事実上不可能ということになるので、差押現場での当該情報処理されたコンピュータを使用して出力することが必要となる。

このように、捜査機関が、捜索・差押の執行にあたって、当該コンピュータを使用して電磁的記録を出力する必要がある場合、被処分者のコンピュータを使用することが許されるか否かの検討がなされなければならない。[38]

学説では、捜査機関は、被処分者のコンピュータを使用して電磁的記録を出力することができるとするものの、その法的根拠について、刑訴法第一一一条第一項にいう「必要な処分」としてこれを肯定する見解[39]と、刑訴法第一一一条第一項にいう「必要な処分」には含まれず別個の司法審査を必要とする見解[40]とにわかれている。

前者の立場は、「捜索・差押の目的を達する上で、被差押人側のコンピュータによるアウトプットを、刑訴一一一条にいう必要な処分として行なうことができると解さざるを得ず、また、その様に解することが妥当」[41]とか、「捜査上必要なデータをラインプリンタでアウトプットさせて印字することは、関係者に必要以上の迷惑をかけたり、また、原状回復不能となるものではないから、刑訴法第一一一条第一項にいう『必要な処分』の範囲内にあるものと解される」[42]とか主張されている。

これに対して、後者の見解は、「被処分者」には被疑者・被害者のほかに、当該事件とは無関係の第三者までも含まれうるので、被処分者を被疑者・被害者とその他の第三者とにわけて検討し、その他の第三者の場合には、刑訴法

第一一一条第一項にいう「必要な処分」を根拠にこれをすることはできず、捜査機関がその必要性を疎明したうえで、別個の司法審査を受けなければならないとし、被疑者・被害者の場合には、原則として事前の司法審査を経なければならないが、その他の第三者の場合ほど厳格でなくてよく、場合によっては、捜査機関の合目的的判断で「必要な処分」を根拠に許されることもあろう[43]、とされる。この見解では、その他の第三者の所有に係るコンピュータを使用するアウトプットを「必要な処分」に求めるのは、「捜査の公益性」を重視する見解であるとして[44]、否定する。

捜査機関が、被処分者のコンピュータを使用して、電磁的記録を出力するにあたって、当該事件と関係のない第三者に対して配慮すべき場合があることは、例えば、被疑者がシングル・ユーザーであるコンピュータの場合とは異なり、ネットワーク化されたタイム・シェアリング・システムのような場合には、事件と無関係の第三者にまで営業などに致命的なまたは多大な損失を与える場合もありうるので、十分に考慮すべきであると考えられる[45]。しかし、被処分者のコンピュータを用いた捜査機関による電磁的記録の出力について、その法的根拠を刑訴法第一一一条第一項にいう「必要な処分」に求めるのは「捜査の公益性ないし真実解明の必要性」を重視することになり、したがって事前の司法審査を要求すべきだとすることになるのかは、傾聴に値する見解とはいえ、検討を要しよう。捜索・押収に事前の司法審査を要求する憲法三五条は、「捜索する場所および押収する物」について明示することを求めているが、捜索・押収の執行「方法」についてまで司法審査を要求してはいないし、これを受けた刑訴法でも同様であろう（刑訴法二一八条一項、二一九条一項、刑訴規一五五条一項参照）。また、第三者の所有に係る証拠物の差押えも許されるが[46]、その執行について「必要な処分」を行ないうると解されるので、捜査機関が被処分者のコンピュータを使用して電磁的記録を出力する法的根拠としては、刑訴法第一一一条第一項にいう「必要な処分」に含まれると解してよいと考える。

それでは、捜査機関は、電磁的記録の出力にあたって、被処分者ないし当該コンピュータに精通している者に対して、その出力を強制しまたは義務づけることが許されるであろうか。

学説は、現行法のもとでは、捜査機関は、それらの者に対して、電磁的記録の出力を強制しまたは義務づけることは許されないとする結論で異論をみない。

しかし、このような場合、「内容がわからぬ以上、すべての磁気テープ類をとりあえず差し押えざるを得ないということになるし、この場合、被差押人側としても、それを避けるために必要部分のアウトプットに協力せざるを得ないということで事実上解決される」[47]であろうとする見解もあるが、すでに述べたように一般的・探索的捜索・押収を禁ずるという令状主義の趣旨からして賛成できない。[48]もちろん、「差押自体が適法である場合、差押をひかえて、それを背景に相手方にアウトプットを協力するように働きかけることは、不当な強制にわたらない限り許される」[49]が、任意処分として協力が引き出される限りでは妥当するが、協力を得られない場合、捜査の実効性を確保できない。立法的解決を必要とする問題といえよう。[50]

なお、記録媒体に記録された内容は、個人の秘密や企業上の秘密に属するものが含まれているが、それについて業務上の秘密を理由に押収を拒否しうるかも問題となる。

刑訴法二二二条第一項により準用される第一〇五条は、第一〇三条同様、実体的真実の発見という訴訟法的利益と業務上の秘密の保護という超訴訟法的利益の調和を図る規定とされ、個人の秘密に関するものを扱う機会の多い業務者に押収拒絶権を与えることによって、社会生活上不可欠なその種の業務およびこれに秘密を託する者の信頼を保護しようとするものであると解される。[51]

ところで、周知のとおり、通説・判例は、第一〇五条は限定列挙と解している。したがって、このような見解にたてばコンピュータ情報処理者は含まれず、これらの者は業務上の秘密を理由に押収を拒否しえないこととなる。[52]

(34) 佐藤・前掲注(12)四一一～四一三頁、高田・前掲注(12)三六四～三六五頁、松尾・前掲注(16)一七七頁、平田・前掲注(32)四一七頁、河上・前掲注(21)七九～八八頁など。

(35) この押収物の検証については、刑訴法第一二九条により「必要な処分」をすることができる旨規定されているので、第一一一条第二項にいう「必要な処分」は、検証による場合以外の場合についての規定と解される。

(36) 佐藤・前掲注(12)四一二頁、高田・前掲注(12)三六四頁、松尾・前掲注(16)一七七頁、平田・前掲注(32)四一七頁、河上・前掲注(34)八一頁など。

なお、「必要な処分」の相当性判断は、当該捜索・差押の認められる公益上の理由、必要性・緊急性、執行者の意図、立会人の態度、目的物の価値、損害及び現状回復の難易、処分の原因及び方法等を総合して具体的事案に即し決定されるべきである。丸谷定弘「捜索・差押令状の執行方法」『捜査法大系Ⅲ』六七頁（一九七二年）。

対象となる犯罪が極めて重大であり、捜索・差押の代替手段がなく、システム自体が大規模でないときに、強制的な手段を用いることもできることもあろうが、原則的にはこのような捜索・差押は許されないと考える。同旨、渥美・前掲注(7)七三頁。

(37) 各和吉四郎「コンピュータ犯罪と捜査」警察学論集二八巻三号五一、六八頁（一九七五年）参照。

なお、渥美・前掲注(1)七六頁では、捜査全体を不意打のものにしないと、犯人が誰か判明しない場合には、コンピュータの不当操作により、罪証隠滅が容易に図られることになるので、このような場合、コンピュータを稼動させながら、各種マニュアル類を捜索・押収するとともに、重要な部署を監視しながら、必要な情報を適切なプログラムを用いて出力させたり、そのバックアップ・コピーを作成したり、さらにはテープやディスクの複製を行なうなどを可能にする捜索・押収令状を条件を附けて発することも現行法上可能とされる。

(38) 電磁的記録媒体に記録された電磁的記録はそのままでは通常人の知覚できないものであり、捜査機関は、差押令状などにより適法に差押えた磁気テープなどに記録された電磁的記録の内容を、別個の令状を必要とすることなく出力することができると解される。捜査機関には、差押状の発布により、電磁的記録を出力する権限が刑訴法一一一条一項の「必要な処分」の内容として承認されているとすべきである。新保・前掲注(6)一四九頁。

なお、岩田・前掲注(6)一九六頁は、「消去・変更の容易な磁気テープなどの電磁的記録のアウトプットを捜査官の手に無制限に任せていいのか、疑問である」とされる。

(39) 西原春夫「コンピュータの導入と刑事法上の諸問題」ジュリスト四八四号三五、四〇頁（一九七一年）、原国國男「コンピュータ、クレジット・カード等を利用した犯罪」『現代刑罰法体系2』二二三、二二五頁（一九八三年）、河上・前掲注(21)八六頁、丸谷定弘「捜索・差押令状の執行方法」『捜査法大系Ⅲ』五八、六五頁（一九七二年）、廣畑・前掲注(21)六五、七一頁、松尾・前掲注(16)一七七頁、柳・前掲注(15)三〇六頁など。

なお、東京高判昭和四五・一〇・二一高刑集二三巻四号七四九頁は、押収した撮影済フィルムの現像につき、フィルムの用法に従って一種の加工を施し、既存の画像を現す作業にすぎないから別に裁判官の検証令状又は鑑定処分許可状を得る必要はなく、刑訴法一一一条の必要な処分としてなしうるとしている（この判決の解説として、樋口建史「捜索・差押えと必要な処分―フィルムの現像」警察実務判例解説（捜索・差押え篇）〔別冊判例タイムズ№10〕六一頁（一九八八年）参照）。その他、佐々木史朗「押収したフィルムの現像と令状の要否」『新版令状基本問題』六二九頁（一九八六年）。

(40) 新保・前掲注(6)一五〇～一五二頁。

なお、岩田弁護士は、新保氏の見解は、令状主義を徹底させ、できる限り司法審査をくぐらせるという方向性においては評価すべきであるが、捜索・差押の令状実務の実情をみるとき、捜査官の権限の拡大を防ぐには不十分であると思われるとされる（前掲注(6)一九七頁）。

(41) 河上・前掲注(21)八六頁。

(42) 廣畑・前掲注(21)七一頁。

(43) 新保・前掲注(6)一五一～一五二頁。

(44) 新保・前掲注(6)一五一頁。

(45) 原田國男判事は、この場合でも、無制限な刑事司法の至上性を是認することはできず、内在的制約があると解すべきとされ、被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性と取調べの必要性、他の手段の有無、相手方の蒙る被害の程度などを基準に判断すべきとされる（前掲注(39)二二六頁）。安富・前掲注(6)二六頁、同「コンピュータ犯罪の証拠と捜査」法とコンピュータ六号三〇頁（一九八八年）参照。

岩田・前掲注(6)一九九頁は、差押を受ける側の権利として、無関係情報へのアクセスに対する拒絶権を認め、その拒絶方法を具体的に保障する必要があるとして、たとえば、当該犯罪に関係ある情報の記録部分をアウトプットした文書やその部分を転写した磁気ディスクを提出し、その作成の真正を保障する措置を講じたときには、原本の磁気ディスクへの差押は拒絶できることとしなければならないし、このことを磁気ディスクの差押令状の記載事項とすることも考えられる、とされる。

(46) 最判昭和三一・四・二四刑集一〇巻四号六〇八頁参照。

(47) 河上・前掲注(21)八七頁。

(48) 安富・前掲注(6)二六頁。岩田・前掲注(6)一九八頁。

(49) 原田・前掲注(39)二二六頁。

(50) 柳・前掲注(15)三〇七頁は、「アウトプット命令」のような制度の立法化を主張される。岩田・前掲注(6)一九七頁参照。
(51) 松尾・前掲注(16)一七〇頁、藤永幸治『註訳刑事訴訟法』（青柳文雄他編著）第一巻三八八頁（一九七六年）。
(52) 最決昭和四四・一一・二六刑集二三巻一一号一四九〇頁。廣畑・前掲注(21)七四頁、新保・前掲注(6)一五四頁。
なお、近時、公認会計士、税理士、土地家屋調査士、レントゲン技師、各種コンサルタント、コンピュータ関連情報処理者など、一〇五条に列挙する以外に他人の秘密に関する業種が増加しており、今後、こうした業種の者の扱いが検討されねばなるまい（松尾・前掲注(16)一七〇頁参照）。

三　立法的対応の必要性

以上みてきたように、わが国におけるコンピュータに係る犯罪の証拠の捜索・押収にあたっては、令状主義の要請から捜索場所・押収対象物の特定・明示の問題をはじめ、捜索・押収の範囲、第三者に対する捜索・押収、執行における補助者の協力の問題など検討すべき課題はいくつかあるが、もっとも重要な問題は、記録媒体に記録された電磁的記録を証拠として利用するための可視性・可読性を備えた状態にするための方策であるといえよう。

この問題に関して、イギリスにおいては、「一九八四年イギリス警察・刑事証拠法(The Police and Criminal Evidence Act 1984)」での立法的解決が参考となろう。

同条第一九条四項は、

「警察官(constable)は、コンピュータに収録された情報でその家宅等からアクセスできるものについて、

a　それが、

i　当該警察官において現に捜査中の犯罪若しくはその他の犯罪に関する証拠、又は、

ii　犯罪遂行の結果として得られたものであり、かつ、

b　その隠匿、逸失、改変又は隠滅を防ぐために差し押えることが必要であると信ずる合理的な理由があるときは、領置及び閲読の可能な形態で、これを提出することを命ずることができる。」

と規定し、さらに、同法第二〇条第一項は、

「本条の規定の適用のある法規により、法定の権限を行使して家宅等に立ち入った警察官に付与される差押えの権限は、コンピュータに収録された情報でその家宅等からアクセスできるものについて、領置及び閲読の可能な形態で、これを提出することを命ずる権限を含むと解する。」

とし、また、同条第二項は、

「本条の規定の適用のある法規は、次のとおりとする。

a　この法律により前に制定された法律の規定

b　第八条及び第一八条

c　附則第一第一八条

d　この法律により後に制定される法律の規定」

と規定する。

そして、同法の運用にあたっての実務規範である「警察官による家宅の捜索及び警察官が身体及び家宅で発見した財産の押収に関する実務規範」第六条第五項（Code of Practice for the Searching of Premises by Police Officers and the Seizure of Property found by Police Officers on Persons or Premises）において、

「警察官は、コンピュータが証拠に用いることのできる情報を貯蔵していると思料する場合には、当該情報を、領置し、かつ、見読できる（visible and legible）形態で、提出するように求めることができる。」

と規定を設けている。(53)

以上のとおり、イギリスにおいては、証拠となる電磁的記録を含む磁気テープ・磁気ディスク等の記録媒体をその所有者・占有者・保管者らから提出されても、そのままでは電磁的記録の内容を知覚できず証拠として利用できないので、その受領を拒否し、証拠となる必要な「情報」について、当該コンピュータの使用者らから可視性・可読性のある形態での提出を求める権限を警察に認め、差押えの実効性が担保されている。(54)

この問題は、立法論としてなお検討を要するが、証拠としての利用からすれば、被処分者の協力を義務づけ、可視性・可読性のある証拠として出力するためには、弾劾主義・当事者主義訴訟構造をとる現行法の立場からすれば、裁判官の関与する手続として構成してゆく方策が考えられてよいのではないだろうか。そうすることで、膨大な情報を貯蔵する磁気ファイルの必要な部分に限定した出力が可能になり、すべて電磁的記録を捜索・押収するようなあまり合理的とはいえない結論を回避できるように思われる。

(53) 「一九八四年イギリス警察・刑事証拠法」については、三井誠・井上正仁教授らによる翻訳がある、法務大臣官房司法法制調査部編『イギリス警察・刑事証拠法　イギリス犯罪訴追法』（一九八八年）があるほか、土屋正三「イギリスの新『警察及び刑事証拠法』略説（一）～（九）」警察研究五六巻一一号三頁、一二号一五頁（一九八五年）、五七巻二号一九頁（一九八六年）、五八巻一号一九頁、三号二五頁、四号一七頁、五号一九頁、六号二三頁、七号三一頁（一九八七年）がある。

なお、同法の改革の動向について、三井誠「イギリス刑事司法の改革(1)―一九八四年イギリス警察・刑事証拠法及び一九八五年イギリス犯罪訴追法の中心に―改革の概要―連載開始にあたって」ジュリスト九三七号六三頁（一九八九年）。

「実務規範」については、渥美東洋「イギリスの警察および刑事証拠法の『実務規範』（二）警察官による家宅の捜索及び警察官が身体及び家宅で発見した財産の押収に関する実務規範」判例タイムズ五九六号二二頁（一九八六年）参照。

MICHAEL ZANDER, THE POLICE AND CRIMINAL EVIDENCE ACT 1984, p. 28 (1985); GREG POWELL & CHRIS MAGRATH, POLICE AND CRIMINAL EVIDENCE ACT 1984, A PRACTICAL GUIDE p. 42 (1985); L. H. Leigh, THE POLICE AND CRIMINAL EVIDENCE ACT 1984, (1) Search, Entry and Seizure, Crim. L. R. 535 (1985).

なお、河村博「イギリスにおけるコンピュータ関連刑事立法―証拠・捜査手続法改正について―」ジュリスト八四六号四九

頁（一九八五年）、米澤慶治「コンピュータと刑事法」判例タイムズ五五九号五六頁（一九八五年）参照。

(54) 岩田・前掲注(6)一九八頁は、現行法での捜査段階における関係者の作為義務は、裁判官による公判前の証人尋問以外には原則として認めておらず、これは、代替性のない供述という特質によるものであるが、コンピュータからのアウトプットには本来法則性があり、したがって代替性をもつので、供述の場合と性格を異にするとして、アウトプット命令を認めるとしても、証人尋問同様裁判官を主体とする手続にすべきと提案される。

四　おわりに

捜査機関がコンピュータを利用した「犯罪」の立証に必要な証拠を収集するにあたっては、関係諸機関相互間の犯罪情報の交換の必要性、警察およびその他の機関における相互協力関係の確立、情報犯罪の専門家の養成の必要性、犯罪活動に対する電子的監視・秘聴などの実施のための電気通信事業者との協力の必要性、複数の国家管轄権に係る犯罪に対する国際協力の必要性（法律上の共助）、捜査機関の権限の強化の必要性など多岐にわたる問題点の検討が求められよう。

可視性・可読性を有しない「無体情報」としての電磁的記録を差し押えるといっても、有体物たる記録媒体に化体した状態でなければ事実上なしえないとすれば、可視性・可読性のある形態への出力のための法的根拠が検討されなければならないといえよう。

現行法解釈において、被処分者の協力義務を課しえないとすれば、前述したように、例えば裁判官の関与する手続といった何らかの立法的対応が図られるべきではないかと考える。