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 (二)
Sub Title	Computer crime and its criminal procedure in Japan (2)
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.10 (1990. 10) ,p.27- 48
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19901028-0027

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(二)

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　記憶媒体に記録・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……(以上六三巻九号掲載)
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……(以上本号掲載)
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

今日の情報化社会において、コンピュータ・システムとそれを支える情報通信システムとは社会の基盤的役割をはたしている。このような情報通信システムの役割については情報通信政策や情報通信産業の構造とも深くかかわりをもつものであるが、[1] 高度情報化社会における情報通信システムを利用したコンピュータによる情報通信の刑事法的規律をアメリカ合衆国の法状況を参考にここでは検討しておきたい。

（1）堀部政男・永田真三郎「情報ネットワーク時代の法学入門」三九頁以下参照（一九八九年）。

二　情報通信と刑事法的規律

わが国においては、電気通信事業法（昭和五九年法律八六号）において、電気通信事業者は、第一種電気通信事業者と第二種電気通信事業者とに分けて異なる規律を加えている（電気通信事業法第二条五号）。第一種電気通信事業者とは、電気通信回線設備を設置して電気通信役務を提供する事業を営む許可を郵政大臣から受けたものである（同法第二条五号、六条二項、九条）。これに対し、第二種電気通信事業者とは、第一種電気通信事業以外の電気通信事業を営むことについて郵政大臣に届出をした者（一般第二種電気通信事業者）および登録をした者（特別第二種電気通信事業者）をいう（同法第二条五号、六条三項、二一条、二二条一項、二四条一項。ただし九〇条三項）。そして、特別第二種電気通信事業者は、さらに、①　電気通信設備を不特定かつ多数の者の通信の用に供する第二種電気通信事業者であって当該設備の規模か電気通信回線の収容能力を基礎として政令で定める基準を超える規模であるもの、および②　本邦外の場所との間

の通信を行なうための電気通信設備を他人との通信の用に供する第二種電気通信事業者、とに区別される(同法二条五号、二一条三項)。

すなわち、第一種電気通信事業者とは、自分で物理的な電気通信ネットワークを構築して、そのネットワークを運用して電気通信サーヴィスを提供する「回線提供業」としての事業者をいい、第二種電気通信事業者とは、第一種電気通信事業者以外の電気通信事業者をいうが、具体的には、第一種電気通信事業者又は第二種電気通信事業者から電気通信回線の提供を受け、これに端末設備としてのコンピュータなどを接続してサーヴィスを提供する「回線再販業」としての事業者をいうことになる。[2] しかし、これらの第一種電気通信事業者との間において、電気通信事業法上、提供できる電気通信サーヴィスの範囲において差異はない。[3]

このような情報通信サーヴィスを提供する事業者、ことに電気通信事業者の提供する役務を利用してコンピュータによる情報通信が行なわれた場合、それに対する刑事法上の法的規律については、以下に述べるような三つの問題点が指摘できよう。[4] すなわち、第一に、電気通信事業者の提供する電気通信サーヴィスを利用した送信者と受信者との間のコンピュータに係る通信の情報への干渉に対する規律、第二に、第三者たる電気通信事業者の提供する通信システムに結合されたコンピュータ内に貯蔵・保管された情報への干渉に対する規律、第三に、電気通信事業者が、業務上、利用者のサーヴィス利用の事実に関する記録を保管している場合の記録への干渉に対する規律、である。

(2) 電気通信法制研究会『逐条解説電気通信事業法』二八頁以下(一九八七年)。
第二種電気通信事業が社会的に、存立しうる根拠は、電気通信回線の再販部分にあるのではなく、自ら設置するコンピュータなどにより電気通信回線に何らかの付加価値を付する部分にあるので、VANサーヴィスを提供するようなものがそれにあたる。

(3) 逐条解説・前掲注(2)七〇頁。

(4) 渥美東洋「情報犯罪の規律と捜査」『ネットワーク社会と法』(ジュリスト増刊)七七、八一頁以下(一九八八年)参照。

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

電気通信事業者の提供する電気通信サーヴィスを利用した送信者と受信者との間のコンピュータに係る通信の情報への干渉に対する規律について検討しておきたい。

電気通信事業法によれば、「電気通信事業者の取扱中に係る通信」は、発信人が通信を発した時点から受信人がその通信を受ける時点までの間をいい、事業者の管理支配下にある状態のものをいうとされる。(5) このような通信は、通信当事者の手から離れ事業者に託されたものであるので、通信当事者が秘密を保護するための自衛措置を構ずる余地がなく、また、秘密が侵害される危険にさらされやすいことに鑑み、電気通信事業に対する利用者の信頼を保護するためその秘密を侵すことを禁じているとされる。(6)

このような電気通信事業者の提供する電気通信サーヴィスを利用した送信者と受信者との間の「通信」については、「通信の秘密」が保障されると解される。

アメリカ合衆国では、すでにみたように、アメリカ合衆国最高裁判所において、Katz v. United States 判決で有線電気通信の送信者と受信者との間には、住居内での会話と同様に、他からの干渉を受けない状況が認められるとの見解が示され、ここにアメリカ合衆国憲法修正四条の保障に係る「通信の秘密」がプライヴァシーの保障の関心から認められることとなったのである。(7) この基本的な考え方は、一九六八年の総合犯罪規制及び安全市街地法（Title III of the Omunibus Crime Control and Safe Street Act of 1968）において有線電気通信のプライヴァシーの保護および有線電気通信を利用した会話の傍受の許可条件について規定されることとなったが、その後、一九八六年の電子通信プライヴァシー法（The Electronic Communications Privacy Act of 1986）で、口頭通信に加え、有線通信、電子通信が保護

されることとなった。ここに見られる「通信の秘密」の保障の関心は、一定空間又はそれと同一の機能を保障する送信者と受信者との間の有線通信、口頭通信、電子通信に供される情報を外部から監視・干渉されることに対して保障しようとするものといってよい。[8]

このような送信者と受信者との間の「一定の空間」に対する「通信」の秘密やプライヴァシーの保障は、電気通信事業者の提供する電気通信設備を利用する当事者以外の第三者による不合理な傍受、干渉を受けないことの保障であり、情報通信サーヴィスを提供する事業者である電気通信事業者も「通信」の当事者ではないので通信内容を傍受することはできない。また、捜査機関、その他の法執行機関も「通信」や通信内容を傍受したり、干渉することは憲法の要求する要件を充足しない限り許されないと解される。[9] このように解することは、アメリカ合衆国憲法修正四条の立場であるとアメリカ合衆国最高裁判所が解していることはすでに論じたところであるが、[10] わが国憲法第三五条がアメリカ合衆国憲法修正四条の影響を受けたものとすれば、[11] 憲法の解釈として同様の見解をとることも許されよう。もっとも、わが国においては、憲法二一条二項が通信内容のプライヴァシーを保障しているといえるが、捜査機関やその他法執行機関による通信内容への干渉についての規律は憲法第三五条によると解される。[12] したがって、捜査機関は、憲法三条の求める「正当な理由」および「捜索場所および押収対象物の特定・明示」という実体要件と、原則としてその存在が司法官憲により事前に審査された「令状」によるべきという手続要件とが具備した場合に、このような憲法上保護された領域、すなわちプライヴァシーへの干渉が許されると解される。[13]

(5) 逐条解説・前掲注(2)二二頁。
(6) 逐条解説・前掲注(2)二二頁。
(7) 第一章第一節参照。
(8) Electronic Communications Privacy Act of 1986, Pub. L. No 99-508, 10) Stat 1848, Legislative History of Act. Senate Report No 99-541 100 Stat 3555-57 (1986). 渥美・前掲注(4)八二頁。

なお、アメリカ合衆国では通信法（42 U.S.C. 705）では、無線通信についても「通信の秘密」を保障している。

(9) 渥美・前掲注(4)八二頁。

(10) 第一章第一節参照。

(11) 第一章第二節参照。

(12) わが国においては、通信に関して、電気通信事業法で、検閲を禁止し（同法第三条）、事業者の取扱中に係る通信の秘密を保障し（同法第四条）、秘密侵害罪（同法第一〇四条）を定め、有線電気通信法も、有線電気通信の秘密を保障し（同法第九条）、秘密侵害罪（同法第一四条）を定め、電波法が、特定の相手に対しておこなわれる無線通信の漏泄、窃用を禁止し（同法第五九条）、無線局の取扱中に係る無線通信の秘密侵害・窃用罪（同法第一〇九条）を規定している。

(13) なお、渥美・前掲注(4)八三頁は、送信者と受信者との「通信の秘密」の保護という関心からすれば、有線電気通信による「通信」の場合のほかに、郵便事業における「通信」の秘密の保護がある。この場合には、いずれも通信内容の保障とはいえ、郵便の場合は、郵便事業当局または事業者に保管された情報を捜索・押収することになるので、通常の捜索・押収の要件よりも緩やかでよいとされる（刑訴法第一〇〇、二二二条は被告（被疑）事件との関連性が要件とされているにとどまる）。

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

次に、第三者たる電気通信事業者の提供する通信システムに結合されたコンピュータ内に貯蔵・保管された情報への干渉に対してどのような規律が加えられるべきかを検討しておきたい。

電子メイルのようなコンピュータ内で貯蔵・保管されている情報内容が印字出力された通信文の保管、あるいは電気通信事業者など情報通信サーヴィスを提供する事業者のコンピュータ内に遠隔の端末から送信された情報の貯蔵・保管について、情報を保管する受託者に対する寄託者の信頼を保障し、受託者の支配する空間ではなく、寄託者の支配する空間に置かれた寄託者の情報内容を保護しようとするものである。[14]

さて、ここでは、電気通信事業者の支配するコンピュータの記憶装置に記憶・保管されている情報にも「通信の秘

密」の保障が及ぶか否か、また、そのように貯蔵・保管された情報に対する捜索・押収の要件をどのように考えるかが問題とされよう。

(1) 現行の電気通信事業法は第四条において

「電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密は、侵してはならない。」(第一項)

「電気通信事業に従事する者は、在職中電気通信事業者の取扱中に係る通信に関して知り得た他人の秘密は守らなければならない。その職を退いた後においても、同様とする。」(第二項)

として「通信の秘密」保護を規定するとともに、第一〇四条において、

「電気通信事業者の取扱中に係る通信(第九十条第二項に規定する通信を含む。)の秘密を侵した者は、一年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。」(第一項)

「電気通信事業に従事する者が前項の行為をしたときは、二年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。」(第二項)

として、第四条に定める「通信の秘密」保護に違反した場合の処罰を規定している。

このように電気通信事業法は、電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密の保護を規定するとともに、電気通信事業に従事する者は、その業務の取り扱いに際し、利用者の通信の秘密を容易に知りうる立場にあるので、在職中の取扱中に係る通信に関して知り得た他人の秘密は在職中はいうまでもなく退職後も守らなければならないこととして、通信の秘密保護へ配慮している。ここに、通信の秘密保護における「電気通信事業者の取扱中に係る」というのは、電気通信事業者が支配管理しているという意味に解されるが、それは「通信の秘密」が対象となっているものであるので、現在行なわれている通信そのものだけではなく、通信終了後、一定期間電気通信事業者に保管される通信関係書類を含むと解されようが、[15] 電話を利用する通話の一方当事者が自己の端末設備において聴取しうる相手方当事者の送信内容については当事者の支配下にあるものとして「電気通信事業者の取扱中に係る」通信とはいえないと考えら

れる。

さて、ここで電気通信事業者が提供する通信システムと結合したコンピュータ内に貯蔵・保管された情報について通信の秘密保護が及ぶかが問題とされるが、このような貯蔵・保管された情報について「電気通信事業者の取扱中に係る」通信といえるかがその問題である。

この問題については、「電気通信事業者の取扱中に係る」通信の秘密保護は、電気通信事業者が提供するコンピュータ・サービスも事業者の取扱中に係るものであるから、コンピュータに貯蔵・保管された情報にも及ぶと解する立場[16]と、貯蔵・保管された情報は通信が終了した後コンピュータに保管されたもので、通信そのものではなく、通信サーヴィスの提供業務とはいえないので、「電気通信事業者の取扱中に係る」通信の秘密保護は及ばないと解する立場とがある[17]。

たしかに電気通信事業者によるコンピュータ・サーヴィスの提供とはいえ、貯蔵・保管された情報は通信の結果たる情報である。したがって、事業者が提供する通信システムと結合したコンピュータに貯蔵・保管された情報の秘密を「電気通信事業者の取扱中に係る」通信の秘密保護に違反する侵害とみることはできないように考える。なお、電子メイルについては、印字出力された通信文が受信人に配達されるまでは通信業務に含まれるといえるので、郵便物に関する秘密を準用することができよう[18]。しかし、事業者が提供する通信システムに結合されたコンピュータに一定期間保管される情報を保管する業務は本来の通信サーヴィスの提供業務とは性質が異なるものであり、電気通信事業者の提供する通信業務の必須の要素ではない[19]。

このように電気通信事業者の提供する通信システムと結合したコンピュータ・システムに保管されている情報の保障が問題となっている場合、通信システムそのものの保護としての通信の秘密の保障とは異なった規律に服すると解される。

(2) さて、自己の支配する空間内でのプライヴァシーの保障は、かならずしも第三者の支配する空間に保管されている自己の情報に及ぶものではない。第三者の支配空間に貯蔵・保管されている情報は、保管されている書類・文書とほぼ同様に特定・明示できるのに対し、送信者と受信者との間を流れている情報は、その通信内容の捜索・押収を正当とする理由との関連性・必要性の点で特定・明示することは、その性質上むずかしい。したがって、通信ネットワークの端末に結合されているコンピュータ内に貯蔵・保管されている情報の法執行機関による押収には、通常の押収によることを要せず、犯罪と無関係なことが明らかな場合以外には差押ができるとみて、「被告事件・被疑事件との関連性」が示されれば足りることになると解されてよいであろう(刑訴法第一〇〇、二二二条)[20]。

(14) 渥美・前掲注(4)八二頁。

(15) 「電気通信事業法」に改正される前の「公衆電気通信法」について、河上和雄「公衆電気通信法」『注釈特別刑法第六巻』(交通法・通信法Ⅱ)三四七頁(一九八二年)参照。

(16) 電気通信総合研究所『電気通信事業におけるプライヴァシーの保護に関する研究』二〇九~二一八頁(一九八一年)。

(17) 渥美・前掲注(4)八四頁。

(18) 渥美・前掲注(4)八四頁。

(19) また、渥美・前掲注(4)八四頁は、もしこのコンピュータ・サーヴィスを通信業務というならば、電気通信事業者でないコンピュータ・サーヴィス提供業者が電気通信事業者の提供する通信サーヴィス・ネットワークの端末にコンピュータ・システムを結合して、コンピュータ・サーヴィスを提供する場合も、通信業務だといわなければならないが、このように解することは全く無理であるとされる。

(20) 渥美・前掲注(4)八二~八三頁、河上・前掲注(11)三五〇頁。

3 利用事実に関する業務上の記録への干渉に対する規律

電気通信事業者が、業務上、利用者のサーヴィス利用の事実に関する記録を保管している場合の記録への干渉に対

する規律をいかに考えるかを最後に検討しておきたい。

情報通信サーヴィスを提供する事業者がそのサーヴィスの利用に対する対価を請求するためなど、そのサーヴィス提供のための業務に関する通信記録を保管している場合に、その保管されている情報をいかに保障するかという問題がある。

ここでの情報に対する保障の関心は第一次的には事業者の利益であり、通信サーヴィスを利用する者の利益は第二次的なものとなる。[21] すなわち、このような情報は、発信者と受信者との間の通信の内容をプライヴァシーの保障から傍受するのとは異なって、通信が行なわれた事実そのものの記録であり、通信内容と同一の保護を与えるのとは別のものと考えることができよう。

わが国の電気通信事業法においては、「通信の秘密」の範囲について、通信内容にとどまらず、通信当事者の住所、氏名、発信場所など通信の構成要素や通信回数など通信の存在の事実の有無を含むものであると解されている。[22] すなわち、これらの通信の構成要素は、それによって通信の内容を探知される可能性があるし、また、通信の存在の事実を通じて個人のプライヴァシーが探知される可能性があるからとされる。[23]

しかし、すでに論じたように、アメリカ合衆国においては、判例でこのような記録にはアメリカ合衆国憲法修正四条の保護は及ばないと判示してきている。[24] その理由とするところは、発信者が受信者に身許を開示さない利益は憲法上の保障には値しないこと、通信内容の秘密さえ保障すれば通信の円滑な展開には十分であること、発信者と受信者との電話番号が結び付いた事実は、その間での通信がなされた事実を必ずしも示すとはかぎらず、電話番号の解明が情報内容の傍受と同一の厳格な要件で規律されると、通信システムを用いて秘密裡に行なわれる犯罪について、通信内容を傍受する令状を入手するに必要な証拠や情報を獲得することが不可能か著しく困難となることなどによる。したがって、このような場合には、その電話番号について通信の当事者の主観的プライヴァシーの期待は認めうるが、

その期待を社会共同体が合理的なものと認めるプライヴァシーの客観的な期待まであるとはいえないということになろう。[25]

このように、通信の存在に関する情報を法執行機関が求める場合には、通常の捜索・押収の要件を緩和し、「犯罪との関連性」で足りるとすると解してよいと考えられるのである。[26]

(21) 渥美・前掲注(4)八二頁。

(22) 逐条解説・前掲注(2)二三頁。

(23) 逐条解説・前掲注(2)二三頁。

(24) Smith v. Maryland, 442 U.S. 735, 99 S. Ct. 2577, 61 L. Ed. 2d 220 (1979); see, United States v. New York Telephone Co., 434 U.S. 159, 98 S. Ct. 364, 54 L. Ed. 2d 376 (1977).

なお、一九八六年の電子通信プライヴァシー法は、

第三一二二条　ペンレジスター又は捕捉逆探知装置のための命令の申請

(a) 申請――(1)検察官は、本章に基づくペンレジスター又は捕捉逆探知装置の設備及び使用を許可し又は承認する第三一二三条の命令又はこの命令の延長を、宣誓又はこれと同等な確認を付した書面により、管轄権を有する裁判所に申請することができる。

(2) 州の捜査機関又は法執行機関は、州法で禁止されている場合を除き、本章に基づくペン・レジスター又は捕捉逆探知装置の設置及び使用を許可し又は承認する命令又はこの命令の延長を、宣誓又はこれと同等な確認を付した書面により、その州の管轄権のある裁判所に申請することができる。

(b) 申請の内容――申請には、下記の事項を記載しなければならない。

(1) 申請を行う検察官又は州の法執行官もしくは捜査官の氏名等及び捜査を行う法執行機関名

(2) 入手できる見込みの情報が、当該機関が遂行中の犯罪捜査に直接関連するものであることについての証明

と規定し、プライヴァシーの保護の観点から、捜査機関と申請人の身分を明かにし、犯罪との関連性を証明すれば、通常の捜索・押収令状によらないペン・レジスターの設置を認めることとしている。

(25) 渥美・前掲注(4)八四頁。

なお、わが国の裁判例には、公衆電気通信法第五条一項に関してではあるが、「通信の秘密」に通話内容だけでなく、送信者と受信者の通信の事実をもこれにあたると解するものがある、大阪高判昭和四二年一二月二五日判例時報五一四号八二頁。

(26) 渥美・前掲注(4)八四頁。なお、通信内容の傍受にあたっては事後の通知を通信の当事者にすべきこととなろうが、この場合には事業者への照会、捜索・押収によることとなるので通信の当事者への捜索・押収の通知は不要と解される。

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

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法執行機関がアクセスするという場合、個人の情報がコンピュータに蓄積されている場合と電子掲示板（Computer bulletin board system）のように多くの人に情報を伝達する目的で情報がコンピュータに蓄積されているような場合とがある。

法執行機関が電気通信事業者の提供する役務を利用して電磁的記録にアクセスするにあたって、個人の情報がコンピュータに蓄積されている場合、その情報を蓄積している電磁的記録にプライヴァシーの合理的期待があるといえるかがここでは問題とされなければならないであろう。

もし電気通信事業者の提供する役務を利用して電磁的記録に法執行機関がアクセスするにあたって、その電磁的記録にプライヴァシーの合理的期待が認められないとすると、そもそも「捜索」にあたるとはいえず、令状によらないで電磁的記録へのアクセスができることになるとアメリカ合衆国では解されている。(27)

電気通信事業者の提供する役務を利用して電磁的記録に法執行機関がアクセスするにあたって、パスワードやその他の何らかのセキュリティーのための保護策が講じられている場合には、例えば、自己の住居に鍵をかけて不当な侵入を阻止しようとしている場合と同様に考えられるので、プライヴァシーの期待をコンピュータ・システムの利用者

は表明しているといってよい。また、このような場合には、その電磁的記録は公衆に開示されるべきものではなく、電気通信事業者の提供する設備を利用する者は定められた方法でのみ電磁的記録にアクセスできるのであるから、個人のプライヴァシー期待は合理的であるというべきである。

プライヴァシーの期待が合理的であるといえるか否かは、法執行機関がプライヴァシーへの不当な干渉をするおそれがあるという理由でプライヴァシーの期待を不合理なものとするわけにはいかないし、また、電気通信事業者の提供する役務を利用して電磁的記録に法執行機関がアクセスしたという理由によって、「合理的」な捜索活動といえるものが「不合理」な捜索活動になるというものでもないであろう。[28] この問題は、個人の表明するプライヴァシーの現実的な期待（プライヴァシーの主観的期待）を社会共同体が合理的なものと認めてよいかという基準で判断されるべきである。

さて、電子掲示板のように多くの利用者に情報提供を目的としている場合、電気通信事業者の提供する役務を利用してアクセスすることのできる電磁的記録に対して憲法三五条の保護が与えられないということになるであろうか。[29]

個人の電磁的記録の場合とは異なり、電子掲示板の場合には、情報を広く利用者に伝えることを目的とし、また、その情報は多くの人に共同利用されるものであるので、コンピュータ・システムの利用者に対して憲法三五条の保障するプライヴァシーの保護の程度は縮減されることになるといってよいであろう。[30]

しかし、電子掲示板のシステムは、共同利用者に開かれているとはいえ、パスワードやユーザーの同一性確認によってその利用が制限されているものであって、利用が認められている者以外の何人でも自由にアクセスできるわけではない。このようにアクセスが制限されている場合には、システムの利用者はプライヴァシーの期待を表明しているとみてよいであろうし、そのプライヴァシーの期待は縮減されたものとはいえ合理的なものとみてよいであろう。共同利用者が電気通信事業者の提供する役務を利用して電子掲示板に蓄積されている電磁的記録である情報内容にアク

セスすることができるからといって、プライヴァシーの期待が合理的ではないとはいえないであろう。[31] また、その情報は共同利用者への「通信（communication）」として広く伝えられることを予定としているからといってプライヴァシーの期待がないともいえないであろう。[32] Katz v. United States 判決で示されたように、「通信」に対する利用者のプライヴァシーの期待は合理的なものというべきである。[33] そして、このようなプライヴァシーの合理的期待が認められる場合には、「通信の秘密」が保障されると解される。[34]

このようにして複数の者が電気通信事業者の提供する役務を利用してアクセスすることのでる電磁的記録は、その記録についてシステムの利用者のプライヴァシーの期待を否定することにはならないと考える。[35]

次に、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コンピュータの電磁的記録へのアクセスについて「開示」の例外が適用されるであろうか。

相手を間違えて情報を開示したような場合、あるいは相手が開示することはないと信じて情報を開示したのにその相手が開示してしまったような場合であっても、すでにみたように、開示の危険を引き受けたことになる。[36]

電子掲示板は情報を交換するものであるので、情報の提供者はその情報へアクセスするすべての利用者との通信を求めている。[37] 情報提供者はその目的に適った情報の利用がなされることを他の共同利用者に期待している。したがって、そのシステムに情報を提供した者には情報の開示に関する法理があてはまるといってよいであろうし、そのシステムにアクセスした者によって情報が法執行機関に知らされる危険を引き受けていると考えてよいであろう。[38]

法執行機関が、コンピュータ・システムの利用者の同意を得てパスワードを用いるか、あるいは、システムの利用者からパスワードを教えてもらうかした場合には、「開示」の例外の法理が適用されるといえる。

しかし、そうでない場合、「通信」の傍受と解すべきであろう。電子掲示板の場合、情報の提供者の相手方となるのは電子掲示板を共同利用している不特定多数の第三者であるという理由で、情報について任意に「開示」している

とはいえないであろう。電子掲示板に記録が貯蔵・保存されているということから、法執行機関による記録への探知活動を「開示」の例外の法理により認めることはできない。[39]

また、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コンピュータへのアクセスに「同意」の例外が適用されるであろうか。

コンピュータ・システムの利用者が法執行機関の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通信への捜索に有効な同意を与える権限を有しているかが問題となる。

有効な同意が与えられるためには、政府は同意が権限を有する者によって、[40]任意になされたものであることを証明しなければならないとされる。[41]

同意が任意であるか否かは、同意を与えた者の活動を含め「全体事情を総合して判断される」というのが裁判例であるが、[42]この場合、同意を撤回する権利があることを知っているかは関係ない。[43]

情報提供者であるコンピュータ・システムの利用者の知らないうちに法執行機関が電気通信事業者の提供する役務を利用して電磁的記録へアクセスしても、同意がなされたとはいえないであろう。法執行機関が正しいパスワードを使って被処分者の知らない間に同人の電磁的記録を捜索したという場合、その捜索活動に対して同意したとみることはできない。すなわち、自己の家のドアを開けることのできる鍵を法執行機関が所持しているからといって、それで自己の家の捜索に同意したことにはならないであろう。捜索権限がないのにあるように見せかけて捜査機関が同意を求め捜索したような場合には、同意は無効であるというべきである。また、違法に入手したパスワードを使って捜査機関が捜索活動を行なった場合には、そもそも電磁的記録への正当なアクセス権限はないのであって、たとえ同意があってもその活動を有効ということはできない。[44]

一般に、共同利用の権限を有している第三者は、捜索に同意を与えることができる。

したがって、電子掲示板へのアクセス権限を有している共同利用者は、法執行機関の捜索に同意を与えることができることになる。しかし、このアクセス権限は無限定なものではなく、その電子掲示板のある特定のファイルにメッセージを残し、またそこから情報を読むことが許されていないような場合には、アクセスできないといえよう。[45] 共同利用者のアクセスに一定の制限が設けられているということは、法執行機関の捜索活動の範囲が制限されることになる。ある記録にだけアクセスできるユーザーは他の記録の捜索に同意を与えることはできないのである。

(27) Note, Warrant Requirement for Searches of Computerized Information, 67 B.U.L. Rev. 197, 207 (1987).

(28) Cf. Smith v. Maryland, 442 U.S. 735, 750 (1979) (Marshall, J., dissenting).

(29) Note, supra note (27) at 207.

(30) Id., at 208.

(31) See, id., at 208.

(32) Id., at 208.

(33) United States v. Karo, 468 U.S. 105, 726. 104 S. Ct. 3296, 82 L. Ed. 2d 530 (1984) (O'Connor, J., concurring); see Katz v. United States, 389 U.S. at 353.

(34) 連邦通信法第七〇五条は、「通信の秘密」保護のため、

(a) 合衆国法典第一八編第一一九章で認められた場合を除き、有線または無線による州際または国際通信を送信若しくは受信し、又は送信を補助し若しくは受信を補助する者は、以下に定める場合に、その通信の存在、内容、実質、趣旨、結果又は意味を漏泄し又は公表してはならない。

(1) 通信の当事者、その代理人又は弁護人以外の者

(2) 通信を伝達するために雇用され、又は送達することを認められた者

(3) 通信が伝達される通信センターの正当な会計係員又は配分係員

(4) 自己の勤務する船舶の船長

(5) 管轄権を有する裁判所が発した召喚令状に応じる場合

(6) 他の権限を有する機関の要求があった場合

とし、有線通信のみならず無線通信における通信の秘密を保障している。

また、一九八六年の電子通信プライヴァシー法においては、「通信の秘密」保護のため、①電話及び電子通信の傍受の禁止(第二五一一条)、②電気通信事業者などの業務上の目的による通信傍受や容易に知得できる通信の傍受に関する違法性阻却(第二五一一条(2)(a)〜(g))、③電話傍受、電子通信トランザクション、番号検索など秘密保護の対象により異なった保護を与えること、④通信傍受の一般的禁止を徹底するための傍受装置の製造販売禁止(第二五一二条)、⑤罰則について、通信事業者及び従業員の守秘義務違反を特に定めず、違反者の動機や態様により段階を設けることとしている。

第二五一一条　有線、口頭又は電子通信の開示の禁止

(1)本章に定める場合を除き、以下の行為を行なった者は、第(4)項により刑罰を科され又は第(5)項により民事訴訟の対象となるものとする。

(a)　有線、口頭又は電子通信を意図的に傍受し若しくは傍受しようとし、又は他人に傍受させ若しくは傍受させようとした者

(b)　以下の場合において、口頭通信を傍受するために、電子的、機械的その他の装置を意図的に使用し若しくは使用しようとし又は他人に使用させ若しくは使用させようとした者

(i)　その装置が、有線通信に使用される線条、ケーブルその他の回線に設置されている場合、又はこれらの回線を通じて信号を伝達する場合

(ii)　その装置が、無線により通信を伝達する場合、又は無線による通信を妨害するものである場合

……

(c)　その情報が、本項に違反して有線、口頭又は電子通信を傍受することによって得られたものであることを知りながら、又は知っていると認められるにもかかわらず、有線、口頭又は電子通信の内容を、意図的に開示し又は開示しようとした者

(d)　その情報が、本項に違反して有線、口頭又は電子通信を傍受することによって得られたものであることを知りながら、又は知っていると認められるにもかかわらず、有線、口頭又は電子通信の内容を、意図的に使用し又は使用しようとした者

(2)　(a)(i)有線又は電子通信役務の提供者であって、その設備を有線通信の伝達に使用させる者の交換手、役員、職員又は代理人がその役務の提供又はその役務の提供者の権利もしくは資産の保護に必然的に付帯する活動に従事している際

に、通常の業務過程においてその通信を傍受し、開示し又は使用することは違法ではない。但し、電気通信役務を提供する者は、機械品質又は役務品質管理以外の目的で、役務監査又は無差別聴取を行ってはならない。

(ii) 他の法律にかかわりなく、有線又は電子通信役務の提供者、その役員、職員、代理人、地主、家主、管理人その他の者は、要求者から情報、施設、技術援助の提供が認められる期間を明示し、要求する情報、施設又は技術援助を明示した以下に定める(A)又は(B)の書類の提出を受けた時は、法律によって有線、口頭又は電子通信の傍受を認められた者に、情報、施設もしくは技術援助を提供しなければならない。

(A) 裁判官による署名がなされた裁判所命令

(B) 第二五一八条(B)項に定める者又は合衆国司法長官の文書による証明で、法律によって命令又は裁判所命令を必要としない旨を示し、その要件を充足しており、指定した援助を必要とする旨を記載した証明書

有線、口頭又は電子通信役務の提供者、その役員、職員、代理人、地主、家主、管理人その他指定された者は、法的手続において義務づけられている場合を除き、本項による命令又は証明書を受けて行う傍受もしくは監視の存在又はその傍受もしくは監視のための装置の存在を開示してはならない。法的手続によって開示を義務づけられている場合においても、司法長官、州の検察官に事前に通知して開示することができる。

……

(c) 適法に行為する者が自らその通信の当事者である場合又はその通信の一方の当事者から傍受について事前に同意を受けている場合、この者が有線、口頭又は電子通信を傍受することは、違法ではない。

(d) 適法に行為しているのではない者が、自らその通信の当事者である場合又はその通信の一方の当事者から傍受について事前に同意を受けている場合は、その傍受が憲法、連邦法もしくは州法に違反する犯罪又は不法行為を犯す目的をもって行われた場合を除いて、その者が有線、口頭又は電子通信を傍受することは、違法ではない。

……

(g) 以下の行為は、違法でないものとする。

(i) 電子通信に一般公衆が容易にアクセスできるように構成された電子通信システムを用いて行われた電子通信を傍受し、又はこれにアクセスすること

(ii) 以下により発信された無線通信を傍受すること

(I) 一般公衆の使用のための局又は遭難中の船舶、航空機、車両又は個人に関連する局

(II) 政府、司法、民間防衛、私設陸上移動無線又は公衆の安全通信のシステム（警察及び消防のものを含む）であって、公衆が容易にアクセスできるもの

(III) アマチュア、市民バンド又は一般移動無線役務に割当てられた周波数の中で運用される局

(iv) 妨害の原因を確認するのに必要な限度において、適法に運用されている局又は電子装置に有害な妨害を与えている有線又は電子通信を傍受すること、又は

(v) システムの提供又は使用に従事する者が監視する同一の周波数を共同使用するシステムによって行われる無線通信がスクランブル化又は符号化されていない場合において、その無線通信を他の利用者が傍受すること

(h) 本章において、下記の行為は違法ではない。

(i) ペン・レジスター又は捕捉逆探知装置を使用すること。

(ii) 有線又は電子通信役務の提供者が、自らもしくは有線もしくは電子通信を完了させるための役務を提供する他の提供者又はその役務の利用者を、その役務の不正使用、不法使用又は悪用から守るために、有線又は電子通信が発信されたこと又は完了したことを記録すること。

(3) (a)公衆に電子役務を提供する者又は機関は、次の場合にはその通信の内容を開示することができる。

(i) 第二五一一条(2)(a)又は第二五一七条により認められている場合

(ii) その通信の発信者、受信者又は意図された受信者から適法な同意を得た時

(iii) その通信を伝達するために雇用されもしくは権限を与えられた者又はそのための施設の所有者に対してする場合

(iv) 役務提供者が偶然に知ったものであって、犯罪に関係すると思料されるものを、司法機関に対して開示する場合」

と規定している。

(35) 例えば、何人かの客を自宅に招待した個人について、そのうちの誰かが法執行機関にその家に関する情報を知らせるであろうという危険を引き受けているといえないかぎり、自宅に関するプライヴァシーの期待を合理的でないとすることはできないであろう。See, United States v. Karo, 468 U.S. at 716 n. 4.; note, supra note (27) at 208.

(36) Hoffa v. United States, 385 U.S. 293, 302-03, 87 S. Ct. 408, 17 L. Ed. 2d 374 (1966); cf Lewis v. United States, 385 U.S. 206, 208-09, 212, 87 S. Ct. 424, 17 L. Ed. 2d 312 (1966).

(37) Note, supra note (27) at 209.

(38) Id., at 209.

(39) Id., at 209.

また、一九八六年の電子通信プライヴァシー法の第二七〇一条は、蓄積された情報への違法なアクセスについて、

(a) 本条(c)項に規定する場合を除き、

(1) 電子通信が提供される施設に許可なくして意図的にアクセスし、又は

(2) その施設へのアクセスを許可された範囲を超えて有線又は電子通信がそのシステムに電子的に蓄積されている間に有線又は電子通信を入手し、変更し、又はそれらへの許可されたアクセスを妨げた者は、本条(b)項の規定により処罰されるものとする。

(c) 以下の行為には、本条(a)項は適用しない。

(1) 有線又は電子通信を提供する者又は機関

(2) その利用者の通信役務又はその利用者にあてた通信役務の利用者」

とし、さらに

第二七〇二条は内容の開示について、

(a) 本条(b)項に規定する場合を除き、

(1) 公衆に電子通信役務を提供する者又は機関は、その役務により電子的に蓄積されている通信の内容をいかなる者にも機関にも、故意に漏洩してはならない。

(2) 公衆に遠隔計算役務を提供する者又は機関は以下に定める場合にその役務により、伝達され又は保管される通信の内容をいかなる者にも機関にも、故意に漏泄してはならない。

(A) その役務の加入者又は顧客のためにその加入者又は顧客から電子伝送によって受信した者（又はその加入者又は顧客からの電子伝送によって受信した通信の電子計算機により情報処理して作成されたもの）、及び

(B) その提供者が、蓄積又は電子計算機の情報処理以外の役務を提供するためには、それらの通信の内容にアクセスすることを認められていない場合には、もっぱらその加入者又は顧客に蓄積又は電子計算機の情報処理の役務を提供するため

(b) 個人又は機関は、次の場合には、通信の内容を漏泄できる。

(1) その通信の当事者若しくは意図された受信者又はこれらの者の代理人に対してなされる場合

(2) ……

(3) その通信の発信者若しくは意図された受信者又は遠隔計算役務の場合は加入者の適法な同意を得てする場合
(4) その通信を受信者に送信する事業に雇用されている者、この事業を許可されている者又はその施設がその通信を受信者に送信するために使われている者に対してする場合
(5) 役務の提供又はその役務の提供者の権利又は資産を保護するために必然的に付帯して必要な場合
(6) その内容が以下に該たる場合に、法執行機関に対してする場合
(A) 役務提供者が、偶然に知り得たものであって、
(B) 犯罪に関係すると見られるもの」

と規定する。

(40) United States v. Matlock, 415 U.S. 164, 171, 94 S. Ct. 988, 39 L. Ed. 2d 242 (1974).
(41) Bumper v. North Carolina, 391 U.S. 543, 548, 88 S. Ct. 1788, 20 L. Ed. 2d 797 (1968).
(42) Schneckloth v. Bustamonte, 412 U.S 218, 227, 93 S. Ct. 2041, 36 L. Ed. 2d 854 (1973).
(43) Id., at 227.
(44) Note, supra note (27) at 210.
(45) Id., at 210.

五　おわりに

電気通信事業者の提供する役務に係る情報通信についての法的規律を、プライヴァシーの保護という憲法的視点で検討してきた。

コンピュータによる情報通信における「通信」には外部から干渉されることのない保障が「通信の秘密」に加えてプライヴァシーの保護という観点から認められると解される。

そこで、このような情報通信における電磁的記録へのアクセスは、その情報が相手方へ任意に開示されている場合

あるいはプライヴァシーの期待を表明しうる者が同意している場合を除いては、いわゆる「捜索・押収」の法理が妥当し、捜査機関には憲法三五条の求める要件を充足することが必要であろう。