

Title	わが国における刑事手続きとコンピュータ犯罪 (三・ 完)
Sub Title	Computer crime and its criminal procedure in Japan (3. end)
Author	安富, 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.11 (1990. 11) ,p.35- 57
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19901128-0035

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(三・完)

安 富 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……………(以上六三巻九号掲載)

第二章 電気通信事業者の提供する役割に係る

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割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割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

コンピュータに係る犯罪の証拠に関しては、公判手続上、その証拠の証拠調べ及び証拠能力が問題となる。

コンピュータに係る犯罪の証拠に関する証拠調べで問題となるのは、電磁的記録の内容を可視性・可読性のある文書にしてそれを証拠とする場合と、電磁的記録の内容を一定のプログラムにしたがってコンピュータ分析またはコンピュータ・シミュレーションした結果を証拠とする場合とにおいて、その文書が証拠書類なのか証拠物中書面の意義が証拠となるものなのかという問題、および、電磁的記録媒体に記録された電磁的記録そのものが証拠として提出された場合にそれをプリントアウトし文書の形態にするのは翻訳か鑑定かという問題がある。

また、コンピュータに係る犯罪の証拠に関する証拠能力の問題は、まず、プリントアウトされた文書と電磁的記録の内容が同一であるか、また、出力された文書は原本といえるのかが問題となるとともに、さらに、その内容が証拠として利用される場合には、被告人の反対尋問を経ない供述証拠として伝聞法則の適用をうけるので、どのような要件のもとに証拠能力を肯定してよいかを検討されなければならない。

二 コンピュータに係る犯罪の証拠の証拠調べ

刑事訴訟法上、証拠調べの方式は、証人、証拠書類、証拠物および証拠物中書面の意義が証拠となる書面について、それぞれ尋問（刑訴法三〇四条、規則一九九条の二・二〇三条）、朗読（同三〇五条、規則二〇三条の二）、展示（同第三〇六条、

展示及び朗読(同第三〇七条、規則二〇三条の二)と、刑事訴訟法および刑事訴訟規則に定められている。⁽¹⁾

問題は、要証事実は何かである。

電磁的記録不正作出・供用罪(刑法一六一条ノ二)、電磁的記録毀棄罪(同二五八条、二五九条)および電子計算機損壊等業務妨害罪(同二三四条ノ二)といったコンピュータに対する加害行為の立証にあつては、損壊されたコンピュータ機器や、窃取された磁気テープ、磁気ディスク等の電磁的記録及びパンチ・カード、バーコード等という証拠物を公判に提出することにより当該犯罪行為を証明することになるであろう。このような証拠物についての証拠調べは、他の犯罪の場合の証拠調べとことさら異なる固有の問題が提起されるわけではないといえよう。⁽²⁾

これに対して、電磁的公正証書原本不実記録・不実記録電磁的公正証書原本供用罪(刑法一五七条)および電子計算機使用詐欺罪(同二四六条ノ二)などコンピュータを悪用する犯罪行為やコンピュータの情報を利用する犯罪にあつては、ソフトウェアの利用状況や侵害の程度、その内容を知るうえで、電磁的記録媒体に記録・保存された電磁的記録そのものの内容や、入出力媒体の内容を公判に提出する必要がある。このようなデータやプログラム等の電磁的記録は、電磁的記録媒体に記録・保存されている状態ではその内容につきそのままの状態では人の知覚をもって認識することができないので、当該コンピュータを使用して可視性・可読性を具備する状態に印字出力しなければ証拠として利用できない。このような証拠は証拠物としての証拠調べで足りるといふのであればともかく、その内容について証拠書類として証拠調べする必要がある場合にはすでに論じた搜索・押収と同様に可視性・可読性のある証拠書類とするための根拠を検討しておく必要があるといえよう。

いずれにせよ、証拠調べは、事実認定者たる裁判所に、その証拠の存在・内容を了知させることを目的とするものであるので、機能論的にその提出される証拠方法ごとに、その目的を達成しうる方法により証拠調べがなされればよいと考えられる。⁽³⁾

そこで、電磁的記録の内容が要証事実の立証にあたって証拠として取り調べられるとき、まず、可視性・可読性を備えた状態に出力した書面を当事者が提出した場合には、人の知覚をもって認識することができる状態に出力された書面について「証拠書類」として、刑訴法三〇五条、刑訴規則二〇三条の二の定めるところにしたがって、「朗読」又は「要旨の告知」の方式により証拠調べすればよいと考える。⁽⁴⁾

しかし、これに対しては、「当事者主義的立場に立てば、同条の『証拠書類』は、当該手続で裁判所または裁判官（ただし、刑訴法二二八条の場合を除く）が作成した書面に限られるとすべきである。そうだとすれば、プリントアウトされた文書は、『証拠物中書面の意義が証拠となるもの』（刑訴法三〇七条）であり、朗読のみならず『示す』ことも必要だとすべきである」との見解もある。⁽⁵⁾ この見解は、証拠書類と証拠物たる書面の区別を、裁判所又は裁判官が作成した書面を証拠書類とし他を証拠物たる書面と解する立場からの主張であるが、証拠書類か否かは、書面の成立によって区別すべきでなく、書面の記載内容だけが証拠となる場合であるか、それとも記載内容の他に書面の存在又は状態が証拠となる場合であるかによって区別すべきであると考える。⁽⁶⁾ したがって、書面の内容が証拠となるという意味での電磁的記録の証拠調べは、法三〇五条によればよいと考える。

ところで、この場合、可視性・可読性を備えた状態に出力した書面を当事者が提出することができず、電磁的記録を蓄積・貯蔵した磁気テープや磁気ディスクなどの電磁的記録媒体そのものが公判に提出された場合、どのような方法の証拠調べをなしうるかが問題となろう。

電磁的記録は、そのままの状態では可視性・可読性を備えていないので、文字通りの意味での「書面」ということはできない。そこで、このような電磁的記録を見読できる「書面」とする必要があるが、そのための手続について、刑訴法一七七条の翻訳に関する規定を準用し、電磁的記録の内容を出力し「書面」として証拠調べればよいとする見解がある。⁽⁷⁾

すなわち、同条は、「国語でない文字又は符合は、これを翻訳させることができる。」と規定しているが、同条にいう「符合」には「電磁的符号」も含まれると解することによって、電磁的記録を出力し「書面」とすることができるのである。

そして、さらに、この立場は、このような出力するか否かは裁判所の裁量事項であるとして、その取り調べは必ずしも義務的となるものではないとする見解と、⁽⁸⁾とくに重要な証拠であるときには、翻訳が義務的となると解する見解とが主張されている。⁽⁹⁾

外国語で書かれた文書はそれ自体で可視性・可読性を有するものであるが、コンピュータの電磁的記録はそのままの状態では可視性・可読性を備えていないものであるところから、両者はそもそも異なった性質のものといえる。外国語で書かれた文書の翻訳が任意的であるとするのは、裁判所に事実認定のためにその内容を得得することができるようにするとともに、当事者の攻撃・防御を十分に行なわせ、訴訟手続を適正かつ公正に進めるためと考えられる。⁽¹⁰⁾したがって、外国語の文書とその性質が異なるコンピュータの電磁的記録については外国語の文書と同様に考えることはできないと考えれば、同条の準用により、裁判所は電磁的記録の内容を可視性・可読性を有する書面に出力するよう命ずる義務を有していると解することもできよう。しかし、当事者主義訴訟構造においては当事者が積極的に証拠調べに関する役割を果たすべきであって、そうだとすれば、当事者による出力を期待すべきであり、訴訟上重要な意義を有する証拠について、かような電磁的記録を出力した書面が提出されていないことを理由として裁判所に義務違反が生ずることになるとまでいうことはできないのではないだろうか。裁判所に出力を命ずる義務があるときではないえないと考える。⁽¹¹⁾

ところで、電磁的記録は、可視性・可読性をもち認識可能な言語又はこれに代わるべき符合により記録されるものでないの、電磁的記録媒体から電磁的記録を出力するにあたっては、被処分者のコンピュータもしくはそれと同種

のコンピュータを使用して特定のプログラムによる専門的操作を経なければならず、録音テープのように公判廷で容易に再生するといったことはできない。⁽¹²⁾したがって、このような特徴を有する電磁的記録の出力については、翻訳ないし翻訳類似のものと解することには疑問があるとして、むしろ「鑑定ないし鑑定類似のもの」とみて、刑法一六五条以下を適用すべきとの見解もある。⁽¹³⁾

もっとも、翻訳ないし翻訳類似のものと解するとしても、録音テープの場合とは異なり、コンピュータに関する専門的・技術的知識経験を有する者が行なわざるをえないであろうから、刑法一七八条により、鑑定の規定が準用され、これを行なうことになるといえよう。⁽¹⁴⁾

(1) 刑事訴訟法は、厳格な証明の対象となる事実については規定しているが、自由な証明の対象となる事実については規定がない。自由な証明については当事者に証明力を争う機会を与えるために（刑法第三〇八条、証拠の公判廷への提出が必要と考えられるが、事実認定を行なう裁判所が証拠の性質に応じてその内容を「自由」に感得すれば足りるので、特別の手続きは必要ではない。

なお、厳格な証明の対象となる事実であっても、簡易公判手続きによる旨の決定があった事件では「適当と認める方法」証拠調べを行なえばよいし（法第三〇七条の二）、書証または証拠物の取調では同意があれば、「相当と認める方法」でこれを取り調べることができる（規則二二三条の二第四号、東京高決昭和四〇・一一・二判例時報四四〇号二〇頁、東京高判昭和四二・六・二〇高刑集二〇巻三号三八六頁参照）。石井一正『刑事実務証拠法』二〇六頁（一九八八年）。

(2) 廣畑史朗「コンピュータ犯罪と証拠法」警察学論集四一卷四号八八頁（一九八八年）。

(3) 夏井高人「電子記憶媒体に関する若干の考察(3)」判例タイムズ六五五号三四、三五頁（一九八八年）は、民事訴訟における電子記憶媒体の証拠法上の議論を展開されるにあたって、「電子記憶媒体上のデータ等が当該問題となっている要証事実との関連で、どのような論理的証明過程を経て、如何なる証明結果ないし心証結果を得るために、どのような媒体に記録されどのような状態で法廷に頭出されるのかという機能論的な側面から、その提出される証拠方法毎に個別に証拠調べの性質、方法及び証拠評価等を判断するのが最も現実に適合した実用的な議論である」とされる。

(4) 同旨、新保佳宏「コンピュータをめぐる刑事手続法上の諸問題」『コンピュータ犯罪など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)一六〇頁(一九八九年)。また、廣畑・前掲注(2)八五頁参照。

(5) 小田中聰樹「コンピュータ関連犯罪の手続問題」『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)二〇一頁(一九九〇年)。

(6) 最判昭和二七・五・六刑集六卷五号七三六頁も「所論の証拠となった書面が、証拠書類(刑訴三〇五条)であるか又は証拠たる書面(三〇六条三〇七条)であるかの区別は、その書面のみが証拠となるか、又は書面そのものの存在又は状態などが証拠となるかによるのであって、その書面の作成された人、場所又は手続等によるのではない。……従って所論のように、裁判官の面前における供述を記載した書面のみが証拠書類であるとはいえない。」として、捜査過程で作成された一件書類に属するものについてその意義が証拠となるものを「証拠書類」とすることを肯定している。

結局、代替性がない証拠としての存在や状態にその価値がある場合には証拠物たる書面であり、それ以外の代替性がある証拠としての内容だけがその価値を有している場合には証拠書類と考えてよいと思われる。

(7) 原田國男「磁気テープの証拠能力」『実例法学全集・統刑事訴訟法』(平野龍一・松尾浩也編)三三二頁(一九八〇年)、新保・前掲注(4)一五九―一六〇頁、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法』六六九頁(一九八八年)など。

民事訴訟について、竹下守夫「コンピュータの導入と民事訴訟法上の諸問題」『ジュリスト』四八四号三三一、三二頁(一九七一年)、佐上善和「システム契約における証拠と証明」『コンピュータシステムと取引法』一七三、一七四―一七六頁(一九八七年)など参照。

(8) 新保・前掲注(4)一六一頁。

(9) 原田・前掲注(7)三二二頁。

(10) 裁判長みずから翻訳して朗読することもできるとする裁判例がある、大阪高判昭和二三・六・二四高刑集一卷二号八九頁、仙台高判昭和二五・四・一八判特八号一〇二頁。

(11) 佐藤道夫「註釈刑事訴訟法」(第一巻)(青柳文雄他編)三三四頁(一九七六年)は、訴訟上重要な意義を持つ文書について、翻訳文が付されていないことを理由として直ちに不適法として取り扱うことは適切な訴訟指揮とはいえない得ないこともあるが、当事者主義の見地からすれば、当事者による努力を期待すべきで、裁判所に翻訳義務が生じてくるとするのは賛成できないとする。

最二小決昭和三五・三・二は、中国語で記載した上告趣意書は不適法であるとしているが、これは翻訳の義務まで負わないとすることを前提としているとされる、青柳文雄『訂刑事訴訟法通論』(下巻)七二頁(一九七六年)。

反対、鈴木茂嗣『注解刑事訴訟法』上巻（全訂新版）五二四頁（一九八七年）、平野龍一『刑事訴訟法』一六八頁（一九五八年）、原田・前掲注（7）三三二頁。

(12) 録音テープの証拠調について現行法は特に規定を設けているわけではないが、公判廷において録音機にかけて再生する方が通例であろう。横川敏雄『刑事裁判の研究』一六〇頁（一九五三年）、本田正義・桂正昭『伝聞法則の例外』、『法律実務講座刑事編第八巻』一九四〇頁（一九五六年）、栗本一夫『写真・録音テープの証拠能力と証拠調』、『総合判例研究叢書・刑事訴訟法』（3）一七三頁（一九五七年）、横井大三『現場録音テープの証拠能力と証拠調方法』、『刑事裁判例ノート』（2）二五頁（一九七一年）、青柳・前掲注（11）一七一頁、山崎茂・内藤丈夫『証拠としての録音テープ』、『実例法学全集刑事訴訟法（新版）』四〇五頁（一九七七年）、小林充『註釈刑事訴訟法』第三卷（青柳文雄他編著）二三八頁（一九七八年）、龍岡資晃『証拠収集と立証の新展開——フォトコピー・ビデオテープ・録音テープ』、『現代刑罰法大系』5三二四頁（一九八三年）、高田卓爾『注解刑事訴訟法』〔全訂新版〕上巻（平場安治他編）五八四頁（一九八七年）、松尾前掲注（6）五五七頁など。

また、編集の有無や形状が問題とされるものについては、展示をすべきであろう。栗本・前掲注（12）一七三頁、龍岡・前掲注（12）三三四頁、なお、山崎・内藤・前掲注（12）四〇五頁参照。

なお、判例は最小決昭和三五・三・二四刑集一四卷四号四六二頁において、被告人が知らない間に録音された証拠物たる録音テープの証拠調べは公判廷で展示のうえ再生という方法で証拠調べすべきものとしている。仙台高判昭和二七・二・一三刑集五巻二号二二六頁参照。

(13) 小田中・前掲注（5）二〇二頁、なお、小田中教授によれば、この見解は、当事者に立会権のあることが明確化するなどの点で実益があり、アウトプット文書に原本性を認める扱ひとも理論的整合性をもつとされる。

(14) なお、電磁的記録の出力にあたっては、必要なプログラミング資料が入手されなければならないが、裁判所の許可を得てこの資料について閲覧・謄写できると解されるが（刑訴規則第一三四条）、裁判所による差押提出命令の対象となると解しえよう（刑訴法第九九条。原田・前掲注（7）三三三頁参照）。

三 コンピュータにより作成された証拠の証拠能力

1 同一性と原本性の問題

電磁的記録媒体に記録・保存された電磁的記録について、コンピュータにより出力された文書を公判廷に証拠として提出した場合、その証拠能力について、電磁的記録内容と出力された文書内容との同一性および出力された文書の原本性が問題となる。すなわち、電磁的記録は、人の知覚することのできない方式により作出されるもので、データの保存(記憶)方法と利用(証明)方法とが分離されていて、従来の書面ではこれが一元化しているのに対して、保存機能を有する電磁的記録と、利用機能の存するコンピュータにより出力された文書とに二元化されているところから、証拠能力の問題を検討するにあたって、電磁的記録媒体に保存された電磁的記録とコンピュータにより出力された文書との関係をどのように解するかが検討されなければならない。⁽¹⁴⁾

まず、電磁的記録と出力された文書との同一性については、可読的なハードコピーが証拠調べの対象たるデータを正確にプリントアウトしたものであることをどのようにして担保させるかという問題であるといえるが、これについては、電磁的記録を一定のプログラムにしたがって出力した者がその成立の真正を公判廷で証言すれば足りると解する。⁽¹⁶⁾

つぎに、電磁的記録を出力した文書が作成された場合何を原本と解すればよいかの問題がある。

この問題についての見解はいくつかに分けられよう。すなわち、(一)入力されるまえの文書たる原文書を原本と考へ、電磁的記録及びコンピュータにより出力された文書を謄本という見解、(二)電磁的記録が原本であり、コンピュータにより出力された文書は謄本とみる見解、(三)電磁的記録は原本を推認させる資料にすぎず、コンピュータにより出力された文書が原本とみる見解、(四)電磁的記録とされるデータをそのまま再現している場合は、電磁的記録が

原本でありコンピュータにより出力された文書は謄本と解し、コンピュータに記録・保存されたデータに基づき各種のデータ処理を経てコンピュータにより出力された場合には、出力された文書が原本とみる見解⁽¹⁷⁾である。

第一説は、「原本」を作成者が一定の内容を表示するため確定的なものとして最初に作成した「文書」という伝統的な意味での「文書」概念に立脚して「原本」を解する立場にたつものである。これに対しては、情報源の多様化に伴い、原本性も相対化しているとの見地から、コンピュータにより出力された文書が証拠として提出された場合、「原文書たる文書までさかのぼった正確性の立証を要求することは、かえって情報処理の集中化・能率化の要請に逆行するおそれもある。すなわち、原文書を文書として保管するのは、それが膨大なために効率的でなく、コンピュータ化して、原文書を廃棄した方が望ましいのであり、これに反して原文書を法律上の原本とし、それから派生するものを全てその謄本ととらえ、原本との同一性の立証を要求するのは妥当でない⁽¹⁸⁾」との批判がある。

また、第二説は、電磁的記録は人の意思・観念をコンピュータにより記録・保存しているものであり、それ自体、可視性・可読性を備えたものではなく、その意味内容を知るためには一定のプログラムによって当該コンピュータにより出力された文書が必要とするものであり、したがって表現された思想を問題とする限り、電磁的記録自体で独立の証拠価値を有するものではなく、コンピュータにより出力された文書は電磁的記録の内容を再現しているがゆえに証拠としての意味をもつにすぎないとの立場に立つものである⁽¹⁹⁾。電磁的記録とコンピュータにより出力された文書の関係という従来の証拠法ではそのままではまらない問題を、伝統的な理解にたつて実定法上の根拠を与えようとするものである点ですぐれたものといえよう⁽²⁰⁾。たしかに、原本を提出しえない場合には、謄本が原本と相違しないことを認めうる限り、謄本が原本を正確に反映することから原本と同様の証明効果がえられると考えられるので、当事者に異議がないときは謄本自体に独立して証拠能力を認めてよいであろう⁽²¹⁾。しかし、コンピュータにより出力された文書は電磁的記録媒体に記録・保存された人の意思・観念を一定のプログラムにしたがって可視性・可読性

を備えた形態に作出したものであり、原本と同一の文字・符号により全てを完全に転写したものと比べてよく、その内容が原本と同一である旨の認証・証明を付した書面という謄本の意義にてらしてみると疑問がな⁽²²⁾くはない。

さらに、第三説は、コンピュータにより出力された文書の利用面における文書としての独立性に着目し、電磁的記録媒体に記録・保存された電磁的記録自体は、原本を推認させる資料にとどまり、コンピュータにより出力された文書を独立して原本と認めようとするものである。⁽²³⁾ すなわち、「コンピュータ・システムに保存されている情報が公判で証拠として用いられる場合には可読状態、しかも文書の形式でなければならぬので、しかも、可読的形態で情報が利用されることを考えてプリントアウト装置が設備してあるとの前提に立てば、プリント・アウトされた文書を原本とみる⁽²⁴⁾」ということになる。

アメリカ合衆国連邦証拠規則第一〇〇一条第三号は、「文書又は記録の『原本(original)』とは、文書若しくは記録自体又は作成し若しくは発布した者が文書若しくは記録の原本としての効果を有するように意図していたもので、原本と同一の内容のものをいう。……データがコンピュータ又は同種の記憶装置に蓄積されている場合は、可視性・可読性を有するように作出したプリント・アウトまたはその他のアウトプットであって、データの内容を正確に反映している⁽²⁵⁾と認められるものは『原本』である。」と規定し、この立場をとっている。

第四説は、コンピュータにより作成される証拠の種類に応じて原本性を検討するものである。⁽²⁶⁾ すなわち、「アウトプットされた文書には、原文書とされる電磁的記録物のデータをそのまま再現している⁽²⁷⁾と見られるものほかに、電磁的記録物に記録されたデータに基づき、各種のデータ処理を経てプリント・アウトされた別個独立の文書とみるべきものがある。むしろ前者の場合でも、プログラミングによって記録されたデータをいわば編集してプリント・アウトしているのであるが、この場合には、商業帳簿のように電磁的に保存されることが予定されており、電磁的記録物に入力される原情報の内容と電磁的記録物から出力される文書との内容が実質的に同一であることが保存という機能

から見て要請されるのに対して、後者の場合には、集積されたデータ内容をそのまま再現することは重要でなく、このままの情報に基づきデータ処理をし、より高次の内容を持った文書としてプリント・アウトすることに意義がある。したがって、この場合には、電磁的記録物に記録されたデータは保存されずに、順次消去されることもある。このように、後者のタイプのプリント・アウトされた文書は、電磁的記録物とは別個の文書であり、これが原本であって、……データ処理のプロセスの正確性の保障が要求されることになる。これに対して、前者の場合には、電磁的記録物を原本としてとらえ、そこから出力したものは、謄本として……プリント・アウトされた文書については電磁的記録物から正確に出力されたことの立証を要すると解する」とされる²⁶⁾。

いわゆる「原本性」の問題は、アメリカ合衆国ではいわゆる「最良証拠の法則」(Best evidence rule)の問題として論じられてきた。現代社会の情報源の多様化、情報量の膨大化に伴い、アメリカ合衆国連邦証拠規則第一〇〇一条第三号にみられるように、最良証拠の法則も機能的に変化してきているといつてよいであろう。そこで、公正証書などの原本として利用されるような公電磁的記録については、とくに法がその証明機能を保護しようとしているのであり、このような電磁的記録については、電磁的記録を原本としコンピュータにより出力された文書を謄本と解する立場も考えられよう。しかし、電子ファイルについて考える限り、記録形態は異なるもののそこに記録されている意思・觀念の内容は同じであるといつてよく、そうだとすればもはや原本・謄本の意義を喪失しているといつてよいであろう。また、一般に、電磁的記録についてはフェイル・セーフの目的でバックアップ・コピーを作成しているのが通常であるろうし、電磁的記録媒体に記録・保存されている電磁的記録について、その内容が要証事実との関連で証拠とされる場合には、このような電磁的記録についての証拠としての利用機能からすると、電磁的記録自体には直接的な可視性・可読性が備わっていないので、コンピュータにより一定のプログラムにしたがって出力されてはじめて見読可能な状態での文書が作成され、それによつてのみ、その内容を了知しうることになるのであるから、コンピュータにより出

力された文書を原本と解することが妥当といえよう。

なお、すでに論じたように、この立場によれば、電磁的記録の内容を正確にコンピュータにより出力しているとの立証が必要とされることになるのはいうまでもない(同一性の証明)。

2 伝聞法則の問題

コンピュータにより一定のプログラムにしたがって処理された電磁的記録は、犯罪行為それ自体を示す情報と犯罪行為を立証する証拠とに分けられる⁽²⁷⁾。

このような電磁的記録を当該コンピュータにより可視性・可読性のある状態に作出して入手した証拠について、伝聞法則のもとでは、両者は区別され、前者は、いわゆるレス・ジュステーとして立証すべき犯罪行為そのものとして、伝聞法則の適用を受けないが、後者は、反対尋問を経ない供述として(刑訴法三三〇条)、「公判期日における供述に代えて書面を証拠」とするときには、伝聞法則の適用を受けることになる⁽²⁸⁾。

コンピュータにより作成された証拠が伝聞法則の適用をうける場合、その証拠能力が認められるためには、刑訴法第三二一条以下の書面に該当するか否かの検討がなされなければならない⁽²⁹⁾。

刑訴法第三二一条は被告人以外の者が作成した供述書又は供述録取書の証拠能力を規定するが、コンピュータにより作成された書面について、第三二一条第一項第三号書面として証拠能力が認められるかが問題となること⁽³⁰⁾がある。

本号で証拠能力をもちうるのは、供述不能の場合であり、犯罪事実の存否の証明に欠くことができないという場合である。コンピュータにより作出された証拠の場合、電磁的記録に署名・押印することは物理的に不可能であるから、本号で証拠能力を認める場合、署名・押印を欠くという点で問題が残ることになるが、供述者の署名・押印によって担保されるのと同程度に録取における信用性を担保する外部的情況が存する場合には、例外的に署名・押印を欠くと

しても、証拠能力を認めてよい場合がある⁽³¹⁾。コンピュータ・システムにおいて電磁的記録に入力した者による正確性の保障が証明されれば署名・押印を欠くとしても証拠能力を認めてよいと考える⁽³²⁾。

さらに、刑訴法第三二二条は、被告人の供述書・供述録取書の証拠能力について規定する。被告人自身が電磁的記録を入力したような場合がこれにあたると考えられる⁽³³⁾。したがって、不利益事実の承認、又は特に信用すべき情況の下になされたものであるとき、その任意性を要件として証拠能力が認められることがあろう⁽³⁴⁾。

しかし、通常は、コンピュータにより作出された文書の証拠能力は、刑訴法第三二三条各号の書面として、その証拠能力が認められるか否か問題となると考えられる。

同条は、アメリカ合衆国における業務の通常の過程で作成された文書および公務所の記録に関する法則にならったものであるが、⁽³⁵⁾ いずれも、反対尋問による吟味の機会を与えなくても類型的な信用性の情況的保障の著しく高度な場であるので、証拠能力が認められるものである。

同条において、コンピュータにより作出された文書の証拠能力が認められるのは、公務員がその職務上作成する証明文書としてのコンピュータにより作成された書面や、業務の通常の過程でコンピュータにより業務目的の円滑な遂行のため正確に作成されたものといえる書面やそれに準じることのできる書面がそれである。

コンピュータへの入力段階でデータ・情報を体験した者は、入力した段階で体験した取引や事実についての関心を失うのが一般であるから、その者に対して反対尋問することは膨大な時間を必要とし、しかも反対尋問の効果は十分であるとは言えないので、「入力した情報の体験と入力との同時性、入力後の情報の保管と安全体制の十分さ、入力から出力に至るまでの情報処理手続の誤りを管理する体制が、コンピュータ処理されて出力された情報の正確性と信頼性を支えていると通常受けとられているという事情⁽³⁶⁾」に着目して、公務所が運用するコンピュータ・システムから入手された証拠は刑訴法第三二三条第一号で、業務の通常の過程でコンピュータが用いられている場合には、同条第二

号の要件を充足すれば、犯罪事実を立証する証拠として許容されるとの見解がある⁽³⁷⁾。そして、この立場からは、「公務上公務員が証明できる書面の場合には、コンピュータ・システムの運用管理体制が情報の正確性を担保することの証明は、おそらく不要だと解してよいと思われるが、公務以外の業務にあっては、コンピュータ・システムの運用管理体制が普及している社会の一般的水準のものであることが、何らかの方法で示される必要があるように思われる」とされる。しかし、この点については、刑法法第三二三条の趣旨およびこの趣旨に沿ってこれまで同条二・三号により認められてきた書面の種類から見れば、その水準は一般的水準よりも相当に高度なものでなければならぬと考えられるとして、この立場に疑問を差しはさむ見解もある⁽³⁹⁾。

公務員がその職務上の義務に基づいて作成する場合には、義務遂行上の誠実性および正確性から信用性のある書面を作成すると考えられるし、また、虚偽の作成をすれば職責違背の制裁があるので虚偽記載をすることはないというべきであろう。さらにもし誤りがあれば発見される機会が多いという公示性をも備えていることも正確性を保障するであろう。

また、業務の通常の過程で作成された書面は、日常的な業務活動で作成される書面での記載は習慣的なもので正確性を担保するし、業務の円滑な遂行の目的から業務の状態や経過を正確に記録しておくという期待が認められるうえ、また誤りがある場合その誤りを発見するよう組織的な保障も考えられるので、信用性を認めうる書面といえる。

さて、公務員の作成にかかるコンピュータにより作成された書面や業務の通常の過程で作成された書面については、情報がコンピュータに正確に入力されることを保障し、入力された段階で直接その情報やデータを保持していた者はその関心を失うことが一般で個々の事項につき記憶しているを期待できない場合であり、また、コンピュータ処理された記録や入力されるべき情報についてそれに関係した者を反対尋問することは、多くの時間を要し、反対尋問の効果も充分なものとはいえないことも少なくないといえる場合であろう。そして、コンピュータにより出力された情報

は、コンピュータ・システムのセキュリティーにより、その正確性と信頼性を保障するものであることから、刑訴法第三二三条各号の要件を充足する場合には、証拠能力を認めてよいといえよう。

したがって、公務員の作成する証明文書がコンピュータによるものである場合には、同条第一号により、また、業務の通常の過程でコンピュータにより作成された書面は同条第二号により、証拠能力が認められると解されよう。公務員がその職務上コンピュータにより作成する書面は、すでに述べたように、誠実な公務遂行義務に基づく適正な公務の遂行の推定が働くとしてよいと考えられるので、公務員の作成にかかることが証明されれば、とくに信用性を欠くと認められる状況がない限りコンピュータ・システムの運用に関する具体的な正確性の証明は必要でないと考える⁽⁴¹⁾。他方、業務の通常の過程でコンピュータにより作成された書面は、業務活動が正確性を前提としてなされ、継続的記載による正確性の保障や、組織的な正確性の吟味がなされることにより、伝聞法則の例外とされると解されるが、この場合、刑事訴訟法第三二一条第四項によるものではないので、作成者が作成の真正を証言する必要はないが、コンピュータ・システムの運用に関して、そのシステムにより結果が出力されたこと及びその正確性の証明がなされる必要があると考える⁽⁴³⁾。

なお、この場合に、コンピュータに記録・保存されている情報が膨大なものになるとときには、その要約を証拠として提出することも、適切なコンピュータ処理によるものが示されれば、刑訴法第三二三条により証拠として許容されてよいと考えるが、この場合、裁判所は原本又は写しを公判廷に提出するよう当事者に求めることができ、また、相手方当事者はそれにつき調査又は謄写できるとすべきであらう⁽⁴⁵⁾。

さらに、訴訟を意識して、コンピュータ分析やコンピュータ・シミュレーション等により、要証事実を立証する推論の基礎となる書面をコンピュータを使用して作成した場合、その推論結果は、証拠法上どのように扱われるかも問題となる⁽⁴⁶⁾。

コンピュータにより作成されたこのような推論結果を鑑定意見の形成に使用する場合には、鑑定人が鑑定意見又は推論の形成にあたって合理的信頼を置きうるようなデータであれば利用することができる⁽⁴⁷⁾と考えられるので、刑事法第三二一条第四項により、証拠能力が認められるとしてよいであろう⁽⁴⁸⁾。

また、鑑定人として選任されていなくても、専門的技術を体得した者によるコンピュータ分析やコンピュータ・シミュレーションの結果を示した書面又は図式は、一種の鑑定に類するものとして刑事法第三二一条第四項を準用するか、信頼性の高い業務による証明結果とみて同法第三二三条第三号によるとみてよいといえよう⁽⁴⁹⁾。

(14) 原田・前掲注(7)三三〇頁、同「コンピュータ、クレンジット・カード等を利用した犯罪」『現代刑罰法大系2』二二三、二三一頁(一九八三年)、廣畑・前掲注(2)八三頁以下、新保・前掲注(4)一六〇頁以下、小田中・前掲注(5)二〇二頁以下参照。

電磁的記録の文書性については議論がある。電磁的記録は、人の思想・意思・觀念の表示を内容とするコンピュータ特有の言語によって表示された者で、それ自体は人の知覚をもつて認識できない方式により作成される記録とはいえず、コンピュータにより出力されれば、可視性・可読性を具備した文書として再生され、この再現された文書として再生され、この再現された文書と電磁的記録とは一体不可分の関連を有するものであるが、可視性・可読性を要素とする伝統的な「文書」概念からすると疑問がある。すなわち、従来、「文書」とは「文字又はそれに代わるべき可読的符号を用い、ある程度永続すべき状態において、物体上に記載されたい意思又は社会生活上重要な事項について証拠となりうべきもの」をいうと定義されてきた。昭和六二年の刑法等の一部改正(法律第五二号)において、電磁的記録には可視性・可読性がないことなどから、これを文書とみることに疑問があるとして、一定の電磁的記録について、「文書」と同様の刑法的保護を与えることとして、刑法上は立法的解決が図られた。もつとも刑事訴訟法上、証拠としての「文書」とみてよいかは問題は残されているといつてよい。証拠としての機能から決定されることになろう。

(15) 米澤慶治「コンピュータと刑事法」判例タイムズ五五九号五五頁(一九八五年)、新保・前掲注(4)一六〇頁。

(16) 新保・前掲注(4)一六一頁、板倉宏「情報化時代のコンピュータと法」ジュリスト七〇七号一四八頁(一九八〇年)参照。

なお、小田中・前掲注（5）二〇三頁によれば、この同一性は、電磁的記録の保管状況、出力コンピュータの機械的正確性（規格適合性、運転機能の正確性）、プログラムの信頼性、印字の正確性、プリントアウトにあつた者の専門的技術性、中立的な専門家的第三者の立会の有無等について、鑑定人の尋問その他の方法による吟味を通じて慎重に認定されなければならないとされる。

（17） 廣畑・前掲注（2）八九頁参照。なお、民事訴訟について、夏井・前掲注（3）六五五号三四頁参照。

（18） 原田・前掲注（7）三二〇頁。なお、廣畑・前掲注（2）八九頁参照。

（19） 原田・前掲注（7）三一九頁参照。

廣畑・前掲注（2）八九頁は、「電磁的記録物のように従来の証拠法では十分把握できないものであつても、立法論は格別、既存の実定法上の根拠をもって当面は解釈せざるをえない」との前掲にたつて、「電磁的記録自体とそれからプリントアウトされた文書は、別個独立の二個の証拠方法ではなく、電磁的記録を原本、プリントアウトされた文書をその一種の謄本と解すことができる。なぜなら、後者は、そこに表現された人の思想を問題にする限り、それ自体で独立の証拠価値を持つものではなく、前者の内容を再現しているが故に証拠としての意味があるに過ぎないからである」とされる。

（20） 原田・前掲注（7）三一九頁参照。

（21） 長谷川成二「証拠調の手続」法律実務講座刑事編第六卷一三五八頁（一九五五年）、白井滋夫「謄本（抄本）」証拠法大系 I 一〇〇頁（一九七〇年）など。

アメリカ合衆国連邦証拠規則第一〇〇三条は「謄本 (Duplicate) は、(1) 原本 (original) の真正に関する相当な疑問が提起された場合、又は(2) 謄本を原本に代わる証拠とすることが公正となるような状況がある場合を除いては、原本と同様証拠として許容される」と規定している。

（22） 本田正義Ⅱ桂正昭「伝聞法則の例外」法律実務講座刑事編第八卷一九五三頁（一九五五年）、白井・前掲注（21）一〇〇頁など参照。

（23） 原田・前掲注（7）三二〇頁は「電磁的記録物の場合、データの保存（記憶）とデータの利用方法が分離されており、従来の書面ではこれが一元化しているのに対して、保存機能を有する電磁的記録物と利用機能を有するプリント・アウトされた文書とに二元化されている。利用面における文書の独立性は、謄本の場合よりも強いといえよう。したがって、データの内容が正確にアウト・プットされていると認められる限りプリント・アウトされた文書を原本として扱うことも十分可能である」とされる。

なお、この場合、印字出力結果などの作成者は、特定のプログラムを用いて出力した者であり、当該印字出力結果などは、一種の報告文書たる性格を有し、そのもととなる電磁的記録の存在及び内容を推認させる方向での証拠的意義を有するといってもよい。夏井・前掲注(3) 六五五号三八頁。

小田中・前掲注(3) 二〇三―二〇四頁も「電磁的記録それ自体には、可視性・可読性がなく、したがってそれ自体を証拠とする可能性がないこと(このことはプリントアウトされた文書の利用面における文書の独立性と相即不離の関係にある)からみて、電磁的記録それ自体に、本来的に証拠価値を帯有すべき原本性を認めることには問題がある。一方、同一性について…: 慎重な吟味を行なうことを条件とするならば、プリントアウトされた文書そのものに原本性を認めても弊害がなく、しかも証拠法上簡明な取扱いが可能になる」とされる。

(24) 渥美東洋「コンピュータと刑事手続上の問題点」刑法雑誌二八卷四号八一頁(一九八八年)。なお、渥美教授はここで、従来、電信・電報又は原本として扱われてきて不合理だと解されてきていないということ为例として挙げておられる。

(25) 原田・前掲注(7) 三二二頁。

(26) 原田・前掲注(7) 三二二頁。なお、原田判事によれば、「何を原本とすべきかは、単なる法解釈によって解決される問題ではなく、その保存データのもつ社会的意義及び機能、アクセスの難易、データ保存の正確性等種々の要因を勘案して決すべきで、重要文書についてはこれを立法的に明確にすることも必要であろう」とされる(同三二二頁)。

(27) 渥美・前掲注(24) 七九頁。

(28) 渥美・前掲注(24) 七九頁。

なお、渥美教授によれば、「コンピュータを操作して記録された情報は、それが正確に保存され、外部からの改ざん、消去等の不当操作がなされないように安全のための措置がなされていないと、容易にその正確性が害される。そこで、搜索・押収に従事した者が、被告人らが運用していたコンピュータ・システムに搜索・押収当時保存、蓄積されていた情報を抽出すべく適切なコンピュータ操作によってその情報が入手された旨の供述を必要とするであろう。この点では、検証調書に関する刑事訴訟法第三二一条三項の検証調書に関する規定が適用又は準用される」と解すべきとされる(同七九頁)。

(29) 新保・前掲注(4) 一六一頁。

(30) 新保・前掲注(4) 一六二頁。

(31) 松尾・前掲注(7) 六四一頁。

(32) 新保・前掲注(4) 一六二頁。

- (33) 新保・前掲注(4) 一六二頁。なお、廣畑・前掲注(2) 八六頁は、電磁的記録からプリントアウトされた文書が、法三二一条及び三二二条の各書面に当たる場合は通常考えられないとして、法三二三条各号に該当するかどうかが論点となるとい
- 5。
- (34) 新保・前掲注(4) 一六二頁。
- (35) 青柳・前掲注(11) 三九六頁、江家義男『刑事証拠法の基礎理論』一一六頁(一九五一年)。
- (36) 渥美・前掲注(24) 七九頁。
- (37) 渥美・前掲注(24) 八〇頁、新保・前掲注(4) 一六二頁、廣畑・前掲注(2) 八六頁。なお、小田中・前掲注(5) 二〇五頁参照。
- (38) 渥美・前掲注(24) 八〇頁。
- (39) 小田中・前掲注(5) 二〇五頁。
- (40) McCormick, McCormick's Evidence § 315 at 888; 5 WIGMORE, EVIDENCE §§ 1630-1684 at 735 (CHADBOURN REV. 1974); Wallace, Official Written Statements, 46 IOWA L. REV. 256 (1961); Dutton, The Official Records Exception to the Hearsay Rule in California, 6 SANTA CLARA LAW J 1 (1965)
- なお、小田中前掲注(5) 二〇五頁は、刑法法第三二三条第一号については、「適正な公務の遂行の推定」を認めているが、それ以外の書面については、たとえそれが公務員がコンピュータにより作成したものであっても、右の推定が働くことを認めていられないと思われる。
- (41) 渥美・前掲注(24) 八〇頁、なお、新保・前掲注(4) 一六二頁、廣畑・前掲注(2) 八七頁。
- (42) 青柳・前掲書注(11) 三九三頁、三九七頁、西原春夫『註釈刑事訴訟法』第三卷(青柳文雄他編著) 三七五頁(一九七八年)、松尾・前掲注(7) 六七〇頁など。
- McCORMICK, supra note (40) § 306 p. 872; 5 WIGMORE, supra note (40) §§ 1517-1561; MORGAN, et al., THE LAW OF EVIDENCE, SOME PROPOSALS FOR ITS REFORM, ch. 5 (1927); Laughlin, Business Entries and the Like, 46 IOWA L. REV. 276 (1961); Note, Revised Business Entry Statutes: Theory and Practice, 48 COLUM. L. REV. 920 (1948)
- (43) 渥美・前掲注(24) 八〇頁、松尾・前掲注(7) 六六九頁。
- (44) 渥美・前掲注(24) 八〇頁。
- (45) アメリカ合衆国連邦証拠規則第一〇〇六条は、

「裁判所において取り調べるのが不都合なほど分量が多い文書、記録又は写真の内容は、図式、要約又は計算の形で提出することができる。原本又は写しは、適切な時期および場所において、相手方当事者が調査し若しくは謄写し、又はその双方を行なうために提供されなければならない。裁判所はそれらを公判廷に提出するよう命じることができる。」と規定する。

(46) 渥美・前掲注(24) 八〇頁。

(47) アメリカ合衆国連邦証拠規則第七〇三条は、

「鑑定人は、公判準備手続において、又はその前に、鑑定人が知覚し、又は知り得た特定の事件に関する事実又は情報に基づいて、意見又は推論を形成することができる。主題について意見又は推論を形成するにあたり、特定の分野において鑑定人が合理的信頼を置きうるような事実又は情報であれば、鑑定人はその事実又は情報が証拠として許容しえないものであっても、これを基礎として用いることができる。」

と規定する。

(48) 渥美・前掲注(24) 八〇頁。

(49) 渥美・前掲注(24) 八〇頁。なお、渥美教授は、「その基礎資料を用いたプログラム等に関しては、コンピュータ分析やシミュレーションへの過剰な程の過信を抑制することなども考慮して、前もって相手方に通知(開示)することを特別の要件とすべきであるように思われる」とされる。

小田中・前掲注(5) 二〇六頁は、法三二一条四項準用については賛成されるが、「プログラム開示のみならず、シミュレーションを行なった者を尋問する必要があるから」三二三条三項にあたることに疑問がある、とされる。

四 おわりに

これまで、コンピュータに係る犯罪の諸問題を検討してきたが、最後に、コンピュータを利用した「情報」の移動に係る犯罪の抑止に関する国際協力について若干付言しておきたい。

一般に、「犯罪」とされる行為に対する規律は各国に委ねられている。しかし、それぞれの国家がその国内法を一定の範囲で具体的に適用し行使する権能を有している（国家管轄権）とはいえ、「情報」に関する国際的なネットワークの利用に係る犯罪は、それが競合して適用されるべき性質のものであり、単に抵触法規範や各国の自己抑制又は国際礼让に準拠するだけでは十分ではなく、国際法による調整基準を整えておく必要があるであろう。すなわち、国内法の域外適用のための決定準則が検討されなければならないように思われる。

アメリカ合衆国、ドイツ連邦共和国およびヨーロッパ共同体では、外国人による域外における行為であっても、国内の秩序に対しておよそ「直接、実質的で予見可能な影響」(direct, substantial and foreseeable effect) を与えるものと認められる限り、これに国内法の域外適用を行なう立場をとっている。もともと、このような立場に対しては、その認定が主観的になるばかりでなく、この「影響」を犯罪の実行された場所が自国領域であることを基準に管轄権を決定する立場（属地主義）と結びつけうるのか疑問があり、かなりの批判がなされるところではある。⁽⁵⁰⁾

それぞれの国で異なった法体系のもとで多様な法規が定められ、コンピュータに係る不正な活動についての規律の仕方は異なっている。そして、このような不正な活動についてこれを補捉するためには複数の国家間の調整を必要とするが、そうした対応がまだ十分になされているとはいえない。まさに法的脆弱性がみられるところである。

このような国際的な性質を有する不正な活動に対しては、その解決のための国際的な協力が必要とされるのはいうまでもない。

そのための法的手段として、まず二国間又は多国間の犯罪人引き渡し条約その他裁判上の共助に関する条約を締結することが必要となってくる。しかし、このような条約を締結するには「相互主義」の保障および「二重の犯罪性の原則」が前提となるうえ、国内法の整備も合わせ行なわなければならないことから、なお残された問題は山積しているといわなければならないであろう。⁽⁵¹⁾

今後、こうした問題については、その性質にてらし、国際的な機関である国連国際商取引委員会やヨーロッパ評議会、国際電気通信連合、および経済協力開発機構などの国際機関が問題解決のために積極的な役割を果すことが重要となってこよう。

もっとも、法的制裁を予定した基準の設けることにより、不正な活動を抑止しようとすることは、それ自体でもかなりの効果を挙げることが期待されるが、必ずしも十分であるとはいえない。むしろ法的規律にかわる予防的な代替手段についても検討しておくことが求められよう。その意味で、システムの安全対策が重要であることはいささかも変わらない。

しかし、より根本的には、こうした「情報犯罪」が極めて反社会的な活動であり多大の損失を社会に与えるものであるということを人々が熟知する必要があるのではないだろうか。

(50) 山本草二『国際法』一九三頁(一九八五年)。

(51) 山本・前掲注(50)四六四～四六五頁。