

| | |
|------------------|---|
| Title | 安富潔君学位請求論文審査報告 |
| Sub Title | |
| Author | |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 1993 |
| Jtitle | 法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.66, No.4 (1993. 4) ,p.155- 167 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 特別記事 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19930428-0155 |

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.

特別記事

安富潔君学位請求論文審査報告

安富潔君が博士（法学）学位を請求するために提出した論文は、『刑事手続とコンピュータ犯罪』である。

I 本論文の構成と概要

一 本論文の構成

本論文の構成を掲げると以下のとおりである。

序章

第一部 英米における刑事手続とコンピュータ犯罪

第一章 アメリカ合衆国におけるコンピュータに係る犯罪

の捜索・押収

第一節 問題の所在

第二節 コンピュータに係る犯罪の証拠とアメリカ合衆

国憲法第四修正

第三節 コンピュータにより作成された電磁的記録の捜

索・押収

第二章 アメリカ合衆国におけるコンピュータにより作成

された証拠

第一節 問題の所在

第二節 コンピュータにより作成された証拠の「真正」

第三節 コンピュータにより作成された証拠と最良証拠

の法則

第四節 コンピュータにより作成された証拠と伝聞法則

第三章 イギリスにおけるコンピュータにより作成された

書面と証拠能力

第一節 問題の所在

第二節 コンピュータにより作成された書面と「一九八

四年警察・刑事証拠法」

第三節 「一九八四年警察・刑事証拠法」制定前の状況

第四節 「一九八四年警察・刑事証拠法」制定後の状況

第五節 小括

第二部 わが国における刑事手続とコンピュータ犯罪

第一章 わが国におけるコンピュータに係る犯罪と強制処

分

第一節 問題の所在

第二節 わが国におけるコンピュータに係る犯罪と捜

索・押収

第三節 わが国におけるコンピュータに係る犯罪と検

証・鑑定嘱託

第四節 立法的対応の必要性

第五節 小括

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

第一節 問題の所在

第二節 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

第三節 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

第四節 小括

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

第一節 問題の所在

第二節 コンピュータに係る犯罪の証拠と証拠調べ

第三節 コンピュータにより作成された証拠の証拠能力

第四節 小括

終章

以上の構成について若干敷衍すると次のとおりである。

(一) 本論文の第一部は、「英米における刑事手続とコンピュータ犯罪」と題され、その第一章では「アメリカ合衆国におけるコンピュータ犯罪に係る捜索・押収」が、第二章では、「アメリカ合衆国におけるコンピュータにより作成された証拠」が、

その第三章では、「イギリスにおけるコンピュータにより作成された書面の証拠能力」が扱われる。

第一章で扱う法のドキュメントは、いうまでもなく、アメリカ合衆国憲法、とりわけ、その第四修正のいわゆる「ブライヴァンシー」をめぐる判例の展開と、一九六八年の Title III of the Omnibus Crime Control and Safe Street Act—the Federal Wiretap Law にはじまり、現在それを改正した Electronic Communications Privacy Act of 1986 であり、第二章の扱う法形式は、電磁的記録とコンピュータにより処理される証拠を扱っている連邦刑事訴訟規則及び連邦証拠規則である。そして、第三章の扱うイングランドとウェイルズの法形式は、主として、Police and Criminal Evidence Act 1984 と Criminal Evidence Act 1965 以来のコンピュータにより作成された証拠をめぐる一九七二年の刑事法改訂委員会の報告書である。

(二) 本書の第二部は、「わが国における刑事手続とコンピュータ犯罪」と題され、現行法の解釈について著者の見解を示すものである。

二 本論文の概要

1 第一部

(一) 第一部第一章で扱う米国でのコンピュータに関係する犯罪についての証拠・資料の捜索・押収では、合衆国憲法第四修正の捜索・押収についての法理の展開、とりわけテレコミュニケーション

イシヨーン・電話についての法理を示したキャッツ Katz v. Uni-

ted States を中心に、「電話会話の二点間の領域」を第四修正に例示されている「家屋」「所持品」と同様に「憲法上保護された領域」と解し、そう解する基礎にある、この領域で保護される「プライバシー権」の保障の法理の展開を描写している。そのうえで、「憲法上保護された領域」は、プライバシーへの客観的期待が認められる領域と理解し、ここでは、その領域に干渉する「止むをえない国家の利益と必要性」に支えられた正当化事由が存在し、その存在を事前に確認し、国家による個人の憲法上保護された領域への干渉を、独立した第三者機関が承認するという手続を要件とするものと解するキャッツでのハーラン裁判官の補足意見で示された基準が、現在、米国で支配的となっているという事実上の、当の個人のもつ現実の期待を主観的期待と呼び、それとその現実の当の個人の期待が社会的に「もつともなもの」と認められる客観的期待とを区別し、主観的期待にとどまる活動・所在の領域は、第四修正の例示する「家屋」「所持品」と同様には扱われないことを示す。主観的期待があるにとどまる領域は、しかし、個人の自由領域であることには違いがないので、第四修正の保障も受けず、一部の憲法上の保障を受けないものとは理解されてはいないことを描写し、主観的期待にとどまる領域への干渉は、「止むをえない国家の利益や必要」という実体要件を伴わなくても、「干渉を要する」と思料される程度」の事由があれば、正当化されるとみられて

きていることを描写している。

そして、この原則・法理が、コンピュータで処理されている流通中の情報とコンピュータに貯蔵・蓄積・保存されている情報にどのように妥当すると扱われているかが、第三節で問題にされている。自分でコントロールでき、第三者の干渉を許さない領域での情報の交換と情報の蓄積の分野について、先述した「止むをえない国家の利益」という正当化事由の存在と、その第三者による事前承認という、実体および手続の双方の要件を備えることが求められていることを、第四修正を連邦刑訴規則四一条の解釈判例を通して整理し、描いている。

そして、情報を化体する有体物が存在しない流通中の情報、それに、コンピュータに内蔵・蓄積されている情報を「明示」「個別化」して入手するうえで工夫がどのようにして行われるかに関心を寄せている。この明示・特定の工夫を欠けば、有体物で明示・特定されないコンピュータに関係する情報の安全保障は大きく脅かされ、探索的・一般探索に道を開くからである。

つぎに、「止むをえない国家の利益」ほど高い程度の正当化事由を要求されず、同時に、第三者の事前審査・承認という、いわゆる「令状主義」が要求されない領域には、とりわけ「タイムシェアリング・システム」の場合を挙げて説明している。これこそ、まさに情報内容について、他から干渉を受けない客観的期待はないが、主観的期待があるにとどまる場合の典型で

ある。

(二) 第一部の第二章では、コンピュータで作成された証拠を扱っている。これには、コンピュータに蓄積、貯蔵されている情報をそのままの状態で見えるものにして証拠に用いる場合と、蓄積情報を処理して、一定の専門的推論を示して、それを証拠にする、コンピュータ・シミュレーション技法を用いて作成した証拠の双方が含まれる。

ここでの関心の第一は、原本性と真正性に向けられる。出力印字され、目で読むことができるようにした情報の真正・原本性の問題である。入手の真正、処理の真正、出力の真正が証明されれば、出力印字された文書を原本とみる立場が連邦証拠規則(九〇一条b項九号、一〇〇一条三項等)でその解釈判例を通して支配的となっていることが紹介されている。ついで、電子工学的手法で処理された情報も、性質上は、伝聞証拠と定義され、そのうえで、それが業務記録(連邦証拠規則八〇三条六号)公務記録(同八〇三条八号)として扱われ、シミュレーションされた情報による推論については、鑑定人供述(同七〇二、七〇三条)と扱われてきている裁判例を紹介している。

第一部第三章は、イングランドとウェイルズに妥当する *Polylic and Criminal Evidence Act 1984* の制定経過(注)の法律によって、コンピュータにより作成された証拠が、伝聞証拠として扱われ(同六九条)、信用性の情況的保障を具体的に要求していた過去の判例の積み重ねを基礎に、刑事法改訂委員会が

検討を重ねて *Criminal Justice Act 1988* に結実した伝聞例外を定めた要件(同法二三及び二四条)を紹介している。

2 第二部

(一) 本論文の第二部は、「わが国における刑事手続とコンピュータ犯罪」と題されて、わが国でのコンピュータにかかわる捜索・押収とコンピュータにより作成された証拠の許容性に關する、現行法下での解釈が、英米法諸国での先例や立法を参考にしつつ、比較法的手法で検討され、著者の解釈が展開されている。

憲法三五条とその成立に決定的に影響を及ぼしたアメリカ合衆国憲法第四修正に照らして解釈すると、記録媒体たる有体物のみならず、コンピュータを流通又はそこに内蔵・蓄積されている無体記録、無体情報も、憲法三五条の保護の下に入ると解する立場から、第二部では、捜索場所と押収対象物の明示・特定という実体要件と令状要件の双方について解釈し、一般探索的捜索押収を禁圧する立場に立ち、そのうえでコンピュータ・システムの概要を把握して、捜査に当たって必要情報の捜索と押収に限定される手法が用意され、用いられていれば、その活動は、憲法および刑事訴訟法の要件を充足しているとみてよいとの正当な立場が採られている。そして、無体情報も証拠「物」として、刑事法の捜索・押収の対象となると解してよい(同法九九条一項参照)との立場が採られている。情報を刑事手続で利用するには、最終的には一般人が目で見、耳で聴くことので

きるものにして入手することを要するが、そのための補助者等の協力は、法の認める「必要な処分」(同法二二二条一項、一条参照)に当たると解し、必要な処分を通して現行法上も、最終的に可読な状態での情報入手が可能になるとの当然の解釈を展開している。

また、コンピュータ犯罪の捜査では、コンピュータの処理や保存情報の状況の検証や鑑定処分を要する場合が多い。このとき、具体的なコンピュータ・システムに通じている第三者の協力を必要とする。また、目で読むことのできる状態にアウトプットするに当たって、被処分者の協力を要するが、それらも、すべて「必要な処分」として被処分者又は第三者の専門家に求めざるを得ない。この協力を欠くときは、捜索・押収に多大の出費が嵩んだり、コンピュータ・システムの作動を一定期間内停止させたりすることも行わざるをえなくなる。これへの立法対応として、著者は、協力義務とその義務違反の場合の罰則を定め、さらには、英国の Police and Criminal Evidence Act 1984 の一九条と二〇条の定める裁判官の関与する手続による、義務的な電磁記録の出力を立法論として提案している。

このほかに、コンピュータ・システムの利用に当たって、バックアップ・システムを義務化するなど、コンピュータの安全保障についての一般的なルールの設定を、法律の形式を通して講ずることは、今や必要であるかもしれない。

さて、プライバシーへの主観的期待にとどまる領域への捜

索・押収の典型的な場合として、自己の情報に第三者の管理にかかるコンピュータ・システムに保管されている場合を挙げ、そこでの捜索・押収は、通常の客観的期待のある領域の捜索・押収とは要件が異なることを示唆している。このことは適切な指摘だと思われる。ただ、具体的処理として、刑法一〇二条二項と一〇五条の反対解釈によるとの提案は、なお一考を要すると思う。

(二) 第二部の第二章は、電気通信事業者提供のサービスによる情報通信とその捜索・押収を扱っている。

その第一は、電子的方法によるコミュニケーションであり、電話傍受の場合と同様に、基本的には憲法三五条の保護領域にあり、わが国では、「通信の秘密」の一側面の通信の自由の保護として、憲法二一条二項の保護を考えに入れなくてはならないと適切に述べている。その二は、電気通信事業者のサービスを利用した事実、コミュニケーション終了後に、その内容が事業者のコンピュータに保管される「電子メール」のような場合の扱いである。これについては、主観的期待にとどまる場合であること、又は、「事業者の取扱」を離れたものとして、客観的期待が認められる通信中の通信内容の保護とは区別して考えられている。

(三) 第二部第三章は、「わが国におけるコンピュータにより作成された証拠」を扱う。

その第三節では原本性が扱われる。情報の記憶・保存は目に

見えない状態で行われているが、犯罪証拠に用いるには、目に見える状態にならなくてはならないとの特徴から、まず、保存情報と出力情報の同一性が立証されなくてはならず、それは、刑訴法三二二条三項又は四項の証人又は鑑定人の真正証言により充足される(米連邦証拠規則九〇一条b項九号参照)と解釈している。また、公証の必要なコンピュータ保存情報は、電磁記録(目に見えないもの)を原本、出力・印字されたものを謄本と解し、他方それ以外の電磁記録は、証拠書類としてはじめて証拠となるので、出力された書面を原本と解するとの立場がとられている(ちなみに、米連邦証拠規則一〇〇一条三号は、プリント・アウトされた文書を原本とすると明定する)。

そして、最後に、コンピュータにより作成された証拠は、伝聞証拠であり、現行刑訴法三二三条各号に当たれば許容性を与えられると解釈し、保管・処理・出力の同一性と正確性を要件に許容性が与えられるという。

たしかに、業務の通常の過程で作成された情報を記憶・保存する場合は、三二三条各号で扱われればよいとの見解は正しいと思うが、それ以外に、コンピュータに入力されている情報も通常の伝聞・書面による証拠と同じ要件で許容性を肯定してよいとする見解が妥当だと思う。その場合、真正の立証の点で、通常の文書とは若干異なった方策、例えば英国の *Police and Criminal Evidence Act 1984* 六九条一項なども立法化されると問題が扱いやすくなるといえよう。つまり、情報出力による

書面作成に当たり、その作成方法、コンピュータの作動・使用状況等に関し、そのコンピュータ・オペレーションに責任のある者の署名した証明書の提出がそれである。

II 本論文の評価

(一) 本論文は、コンピュータを流通する情報とコンピュータに保存され、記憶・貯蔵されている情報の搜索・押収と、そのようにして搜索・押収されたか、任意な手段で入手した、そのような情報の証拠法上の扱いについて、纏まった体系的見解を示した、わが国の先駆的作業である。

たしかに、今まで、本論文が引用する若干の論文が、主として実務家によって著されてきているが、それは、問題の一部を搜索・押収や証拠法上のテーマにかかわるものとして扱ってきたのにとどまり、本論文のように、同一の視点で、体系的な纏まりをもって、コンピュータ流通・処理・保存情報を犯罪捜査と犯罪の公判での立証の関心から扱ったものではない。

ここに、まず、本論文の学界および実務での貢献を見出すことができる、と思う。

(二) しかも、本論文がコンピュータを流通し、そこで処理され、保存・貯蔵されている情報の搜索・押収に当たり、憲法三五条にいう、いわゆる「憲法上保護される」領域とのかかわりで問題を扱う態度は、原理上適切なものと評価できる。そして、証拠法上の扱いについて、コンピュータから入手した情報を

「伝聞証拠」とみて扱う態度も、当然とはいうものの適切なものである。

(三) 第一部と第二部の前半では、コンピュータにかかわる「情報」の入手、つまり搜索・押収が扱われている。ここでの本論文の結論は、コンピュータを流通し、そこに保存されている情報内容は、プライバシーへの客観的期待が認められるので、米国では合衆国憲法第四修正の要件（相当理由という実体要件および中立者による実体要件具備の承認と呼ばれる令状要件）を充足したときにかぎって、その情報の搜索・押収は「合理的なもの」となる、とする米国の支配的な判例と見解を支持するものである。

同時に、米国憲法の流れを汲むわが憲法に照らして、プライバシーへの客観的期待が認められるコンピュータ流通・保存情報については、三五条の示す、正当事由ならびに搜索場所および押収対象物の明示の要求、つまり実体要件に加えて、令状要件を充足していれば、その情報の搜索・押収は合憲・有効であるというのが本論文の帰結となっている。

「プライバシーへの客観的期待」という概念を用いて、憲法三五条の適用範囲を確定するというハーラン裁判官のキャッツでの補足意見に始まり、現在では英米および欧州での支配的な見地に立つ本論文は、説得的でもあり、また着実しかも普遍性をもつといつてよい。

(一) とところで、前世紀の後半に始まったテレコミュニケーション

ョン・システムを用いた情報伝達（通信、コミュニケーションと呼ばれる）の法的保護にまで遡って検討すると、このような現在では当然であり、普遍性をもつとみてよい本論文の立つような立場が、自然に展開されるのを見て、或種の感慨を覚えるのも事実である。

封建体制下での諸侯、寺院、自由自治体の国王からの自由と独立、それが発展して、個人主義、自由主義体制の下での個人の国家、共同体、社会からの自由と独立の典型とされた不合理な搜索・押収からの自由は、長く、財産権と身体の自由に基づいていた。事実、アメリカ革命の産物であるアメリカ合衆国憲法第四修正での外部からの不合理な干渉からの個人の自由・安全保障を示す用語は、「身体、家屋および所持品」であり、日本国憲法三五条でのそれは、「家屋、書類および所持品」である。そのため、これらの用語の示す概念の射程に入らないテレコミュニケーション・メディアによる意思連絡や情報伝達は、長く、「憲法上保護された領域」でのものではないとして、憲法の保護を受けないでいたのである。一九二〇年代のウィークスで世界で初めて、アメリカ合衆国裁判所は、有線二点間の電話会話を第四修正の「憲法上保護された領域」つまり、「家屋」などでの会話と同様の領域での意思伝達だと解して、憲法上の自由の保障の下に置くという判断を示し、そのような法を形成したのである。一九六〇年代には、キャッツでこの憲法法理は、アメリカ全土に、第一四修正の適正手続条項を経由して及ぶ

「法」となった。この法理の下で、広く社会でのコミュニケーション・メディアとして公共化された電話網を用いた広域の組織的・企業の犯罪計画による情報伝達に直面して、法執行機関がワイヤ・タッピング等のいわゆる「傍受」技術を用いた犯罪情報の入手、捜索・押収活動を規律する具体的方策、つまり「原則」的処理が大方の関心の的となった。法執行機関の実務が先行し、個々の事例で裁判所の判断を受け、最後に一九六〇年代に入り、米国をはじめとする西洋諸国は、「傍受」を体系的に扱う議会による「傍受立法」に及んだ。

この傍受立法の妥当性は、当然ながら憲法原理、更にそれに基づく近代の自由の原理とりわけ、事柄の性質上、いわゆる「プライバシーの原理」に照らして検討されると同時に、議会の政策選択の合理性という見地からも検討された。バーガーでニューヨーク州傍受立法の吟味が合衆国最高裁判所によって行われたのも、大方の合意をみて、合憲と解してよい立場で、合衆国議会は、一九六八年に the Omnibus Crime Control and Safe Street Act の第三部 (Title III) を制定した。この法律では、電話と口頭のコミュニケーションしか対象にし、保護していなかったもので、その後の電子工学の進歩に合わせて、広く、「電子工学的方法、光学的方法によるコミュニケーション」を対象とする Electronic Communications Privacy Act が一九八六年に制定されることになっている。

つまり、有線二点間の情報伝達と、コンピュータに保存され

ている情報は、第四修正上の「憲法上保護された領域」での情報伝達、保存だと解されることになった。そして、元来、財産権と身体の自由に基づいて、その自由の安全保障をはかる目的で定められた第四修正の文言に示されている原則を財産権や身体の自由とは若干離れた状況にある無体情報の自由保障という異なった状況に当てはめるうえでの原則の修正（原理はそこでは依然として維持されている）について努力と検討が重ねられた。その結果、有体物への干渉に比べて、いわゆる明示性若干劣る無体情報の入手、捜索・押収に配慮した、特別の要件が考案されることになった。

この歴史を省みると、コンピュータを流通し、そこに保存される情報を、米国で言えば、第四修正の、わが国でいえば憲法三五条の「憲法上保護された領域」にある自由な活動に当たることが、「プライバシーへの客観的期待」という概念を用いたレトリックで示されることになっていることに十分留意し、それに気付くべきである、ということになる。

国家や社会、そして世間から干渉を受けない自由は、一定の領域にかぎられ、一定の条件下でのみ認められる。社会性 *Socialite, Sociability* の概念に基づく「社会契約論」に由来する近代憲法の下では、当然のことだが、自由は放縱ではない。社会や世間からの干渉や関心を持たないように求めることが、無理な条件の下で、最大の自由を個人に保障することはできない。ここから、身体、家屋、所持品、書類という概念にかかる個人

の行動を憲法上、最大の自由保障の対象にするとの原則が採用されたこととなる。この原理的視点から、有線二点間は、コミュニケーションに用いられれば、家屋と同様に「憲法上保護された領域」に入り、自己の保管にかかるコンピュータに保存・保管・貯蔵されている情報は、書類、所持品と同様に「憲法上保護された領域」に属するという帰結にいたるのである。そして、憲法で現に用いられている概念、つまり身体、家屋、書類、所持品でない領域でありながら、「憲法上保護された領域」と概念できるための一種のレトリックに「他から干渉を受けない客観的期待」つまり、当の個人が他人からの干渉を受けないと自分が希望していると同時に、その希望・期待が、世間の目からみても「もっともなもの」だとみられるとの概念が用意されるのである。

ついで、「憲法上保護される領域」には含まれないが、つまり、それへの干渉には、正当事由と令状要件を具備することまでは求められないが、一定の保障を受ける場合とまったく保障を受けない場合が考えられることになる。前者が、「プライバシー・シューへの主観的期待」のある場合であり、後者は、主観的期待も認められない場合である。

(2) 社会や世間つまり不特定多数人に個人の或る活動がすでに知られているが、なお、その活動に社会や世間は干渉をせず放置しておいて貰えるとの期待を認めることができる場合をプライバシー・シューへの主観的期待があるという。特定の相手方に

自己の活動が知られているが、その活動は第三者には知られないような条件下である場合は、その相手方から社会や世間にその活動が伝えられる危険を個人は負うべきだとする立場によれば、プライバシー・シューへの主観的期待しかない場合だととらえられる。相手方はその活動を他に伝えないと期待が、もっともだとみるべきだとの立場によれば、この場合もプライバシー・シューへの客観的期待のある場合だとされるか、客観的期待と主観的期待の中間の場合だとみられることになる。

それはともかく、プライバシー・シューへの期待が主観的のものとどまる場合、例えば、タイムシェアリングや架電事実やコンピュータ利用の事実、又は電話やコンピュータによるコミュニケーションにあっての端末番号が他に知られないとの期待を扱う場合に、法律による特別の定めのある場合にかぎって、客観的期待の場合とは異った程度の自由の安全保障が認められるかについては、まだまだ考慮・検討の余地が残されている。

公共の場所、例えば、街頭での活動・行動の写真撮影や道路を利用した物の運搬の監視に帰結するコントロール・デリヴァリとの共通の問題がそこには見出される。

本論文は、合衆国最高裁判所の架電事実、架電した電話の端末番号について、憲法上の自由の保障を認めなかったスミスとニューヨークテレフォンを引いて、この裁判所の立場に同意している。他方 Electronic Communications Privacy Act of 1986 の採る、不審事由の存在を確認する一種の令状要件に依る立場

も紹介し、法律によれば、第四修正の要件にはいたらぬ程度の要件を定めた主観的期待への自由の保障が妥当であることも主張している。

アメリカ合衆国最高裁判所は、「憲法上保障された領域」内にはないプライバシーの保障を第四修正、第五修正、第一修正の保障の「ベヌンブラ」の内に入るとして、一定の自由保障を肯定したことがある(グリズウォルド)。わが国では、街頭活動の写真撮影を受けない自由を三五条ほどの強い要件は求めずに、一三条の幸福追求権の保障の程度にとどめて保障しようとしている。つまり、正当事由が認められるとき、つまり刑事に關していえば、「犯罪を行うことを疑うにたりの相当の理由」があつて犯罪捜査を実施する必要がある、その犯罪の捜査に必要な資料だけにかぎって入手するとの要求が認められるとき、に限定した干渉にとどまらず、「公共の利益の要求」という正当化事由があれば、中立者による事前承認、つまり令状要件を問わずに街頭での個人の活動について、その公共の利益を実現するのに關係があり、過度のものにわたらないかぎり写真を撮るといふ干渉は許される、というのが、おそらく最高裁判所の真意だと思われる。

そうであれば、一般人に知られず、特定人又は特定の公共機関には知られているが、なお、法執行機関の知るところとなつていない個人の活動への法執行機関の干渉は、どのような要件と手続によつて許され、それは「自由の原理」に適合するの

かが問われなくてはならない。この問いに対し、「不審事由」を要件とし、その事由の解明に關連ある範圍で過度にわたらない干渉を許し、この干渉を合理的にする実体要件の存在を中立者の事前の審査にゆだねることが、憲法一三条と三五条の双方の要求を背景事情にして、憲法上の要求と理解することもできよう。また、このような要求は、法律が選択することを許される立法政策に由来するものとするのも一考に値する。この点については、より十分な議論と実務の結果とその影響への評価にまたなくてはならないだろう。

ともかく、このような思索の結果、架電番号、端末番号や架電事実を電気通信事業者の協力を義務づけるなどして、捜査するに当り、アメリカ合衆国最高裁判所は、憲法上の拘束を法執行機関は受けないと判断し、アメリカ連邦議会は立法政策上、不審事由という実体要件の裁判官による事前審査の要求を選択しているのであろう。

本論文は、端的に、コンピュータを流通し、又はそこに保存されている情報の内容について、「憲法上保護された領域」内の自由活動かその成果だと解し、そこでは憲法三五条の要件の充足を求め、コンピュータ利用の事実、利用端末番号の調査には、憲法三五条の要求は妥当しないと結論づけている。この区分の規準はプライバシーへの客観的期待か主観的期待か、さらにはその期待の欠如であるとする。

この結論は、多くの、主として英米での裁判所や立法提案、

現実の立法、それに向けられた多くの評論、研究等の周到な吟味を経由したものであり、普遍性をもち、合理的であるといつてよい。この点に関する本論文の価値も、またそこに認められよう。

ただ、叙上のような自由の原理や憲法の基本原理をめぐった、「まわり道」も、このような問題を扱うときには必要があるように考えられる。

(3) つぎに、わが国の特殊事情ではあるが、刑法一九七条一項但書「但し、強制の処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければ、これを行うことができない。」との、いわゆる強制処分法定主義とのかかわりがある。本論文が、コンピュータに保存・蓄積されている情報の搜索・押収を、端的に「物」に対する搜索・押収と解している（刑法九九条参照）のは、正しいといえる。というのは、それらの情報は可読状態ではないが、方法を用いれば最終的に可読状態になる状態で、リール、テープ等の「物」に定着させられているからである。しかも、犯罪の証拠が有体物の場合であれ、その有体物に体化された情報こそが推論根拠として用いられることに照らすと、有体物、つまり「物」に定着している情報の入手を端的に「物」の搜索・押収と解することができるからである。

このかぎりでは、いわゆる法定主義に抵触する問題は生じない。だが、コンピュータを流通中の情報は、いまだ有体物に定着させられる以前の状態にあるので、その傍受、インターセプ

トを物の差押えと解して、刑法の搜索・押収の要件と手続によりうるので、強制処分法定主義に一切抵触しないと言い切れるか否かは議論が分かれるであろう。この点についての、説得的な説明があればと望まれないでもない。

(四) 本論文の第一部と第二部の後半は、コンピュータから入手した物に定着した情報の証拠法上の処理を扱っている。

この情報を「伝聞証拠」として扱うのが本論文の結論であり、この結論も正しい。本論文も指摘するように、最終的に可読的になった「文書」には、反対尋問ができないので、伝聞証拠だと定義してよいからである。

そして、本論文は、可読状態になる以前の電磁的記録と可読状態にアウトプットされ印字された状態のいずれの形態が、証拠として「原本」と見られるか、そして、証拠の「真正」さはどうのようにして確認されるかを、解釈論として検討している。

まず、真正については、保存情報と出力情報の同一性立証が真正立証であることを適切に指摘したのち、その立証は、刑法三二一条三項又は四項の検証調査又は鑑定書に準じて、証人又は鑑定人の真正証言によるべきだと本論文はいう。コンピュータに保存されているものが、そのまま印字され、アウトプットされたことが示されることを要するので、この解釈も妥当である。つぎに、原本性の問題について、米連邦証拠規則の立場に依って、一般の電磁記録は、証拠書類の形式をとって法廷でははじめて証拠になるとの理由で出力された書面を原本と解し

ている。ただ、不動産登記記録等、公証を要するコンピュータ保存情報は、可読できない状態で電磁記録を原本と解すべきだという。そして、印字・出力された文書を謄本だと解している。文書偽造・変造の刑事責任を問ううえでは、電磁記録を原本と定め、そう解するほうが、問題を少なくするのは確かであるが、証拠法上も同様の結論によるべき理由はどこにあるのだろうか。

ここで、伝聞法則についての「メモの理論」や最良証拠の理論に言及されると、この点の論理の運びが、一層明瞭になったように思われる。缶詰の形で、記憶が新鮮な段階で定着している証拠を原本とし、最良証拠とするのがメモの理論であり、且つ又、法廷に喚起された記憶も、結局記憶が喚起されずに終わったため、「記録された過去の記憶」も、まったく同一の要件で証拠として許容するのが、メモの理論の結論であるからである。

本論文は、コンピュータ作成の証拠は、刑法法三二三条各号つまり、公務の通常過程又は業務の通常過程で作成された文書として公判での証拠として許容されるという。たしかに、これに当たる場合が、コンピュータ作成文書の大部分であろうから、この解釈も妥当といえると思う。

ただ、コンピュータ作成証拠をすべて、業務の通常過程で作成されたものとして扱ってしまえば足りるという誤解を人々に与えるとは妥当ではないだろう。また、業務の通常過程で作成さ

れたとは認められない。例えば、一回限りの情報がコンピュータに入力され保存されている場合も、それを証拠にできないとするのも考えものである。そこで、刑法法三二一条一項三号に当たる場合も想定し、信用性の情況保障を他の文書による伝聞と同様に理解してもよいようにも考えられる。

(五) 最後に、コンピュータを流通し、そこに保存されている情報を検索・押収し、公判で証拠に採る必要性が高まっている背景事情について若干の言及をしておこう。情報がコンピュータ化されるのが、現下の社会での現実、常態であるといってしまうまでもだが、犯罪が組織化、企業化され、犯罪情報が人の目に映らない形で保存されているところに、現在、われわれが重大な関心を抱く、重大な社会的影響をもった犯罪の特徴があることが、主な背景事情である。

企業の経済犯罪、企業犯罪一般、租税通脱犯罪、組織犯罪等は、まさに企業型の犯罪、継続的組織的な犯罪である。その活動は、外観上は合法的のようで、その暗部で犯罪とかかわっている。これらの犯罪の摘発、解明と公判での立証には、今ではコンピュータ流通中の情報を入力したり、コンピュータに保存されている情報を入力することが欠かせないのである。このような事情も、すでに判明ずみのことなので、蛇足になるだろう。

III 結 論

今日、コンピュータを流通し、そこに保存されている情報を

犯罪捜査・公判立証のために入手する必要は高まっており、また、コンピュータで作成された証拠を公判で利用できなくては、犯罪の立証が困難な犯罪も目についてきている。

この関心から、主として英米諸国の判例、立法提案、さらには実際の立法例を周到に検討して、情報の入手については、憲法三五条を中心に、自由の一形態であるプライバシー権の理論に基づき、情報の証拠としての利用については、伝聞法則、就中「メモの理論」に基づいて、体系的に問題を浮き彫りにして立法論も重ねつつ、現実のわが憲法及び刑事訴訟法の解釈の方向を示した本論文の学界及び実務に与える貢献は大きいものと推測できる。このテーマに長く古くからかわって来ている者にとっては、途中で述べたように、この問題の性質上、「回り道」があることも示してみたが、これは一種の蛇足であろうか。

わが国では、本問題を体系的に扱った論文が極めて少ないなか、実務的関心を忘れずに体系的に問題を吟味、検討した努力と力量は十分に評価できるので、博士（法学）（慶應義塾大学）の学位に相当するものと判断する次第である。

平成四年十一月六日

| | | | |
|----|-------------|------|-------|
| 主査 | 慶應義塾大学法学部教授 | 法学博士 | 宮澤 浩一 |
| 副査 | 慶應義塾大学法学部教授 | 法学博士 | 加藤 久雄 |
| 副査 | 中央大学法学部教授 | 法学博士 | 渥美 東洋 |