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

| | |
|---|---|
| Title | 電子情報の捜索・差押えと被処分者の権利保障：韓国の制度に関する議論を中心に |
| Sub Title | Search and seize of electric information and guarantee of those subject to disposition : with a focus on discussions on South Korean institutions |
| Author | 方, 景暉(Bang, Kyeonghwi) |
| Publisher | 慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会 |
| Publication year | 2021 |
| Jtitle | 法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.129, (2021. 6) ,p.67- 96 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | |
| Genre | Departmental Bulletin Paper |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20210615-0067 |

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.

# 電子情報の捜索・差押えと被処分者の権利保障

## ――韓国の制度に関する議論を中心に――

方　景　暉

一　はじめに
二　韓国における電子情報に関する基本概念をめぐる議論状況
㈠　電子証拠とデジタル証拠
㈡　両者を使い分けるべき必要性をめぐる議論状況
三　韓国の捜索・差押えに関する基本概念
㈠　通常捜索・差押え
㈡　電子情報に関する捜索・差押え
㈢　通常捜索・差押えと電子情報に関する捜索・差押えの相違点
四　捜索・差押えの執行における適法性確保手段としての韓国の参与権制度
㈠　問題の所在
㈡　参与権の概念
㈢　通常捜索・差押えにおける参与権
㈣　電子情報に関する捜索・差押えにおける参与権
五　電子情報に関する捜索・差押えの適法な執行のための参与権保障の範囲
㈠　問題の所在
㈡　捜索・差押えの現場における参与権保障
㈢　捜索・差押えの現場以外における参与権保障
六　電子情報に関する捜索・差押えの適法な執行のための参与権保障に伴う問題点
㈠　問題の所在
㈡　捜査機関の立場における問題点
㈢　被差押者など参与人の立場における問題点
七　おわりに

## 一　はじめに

日本刑事訴訟法は、裁判所による捜索・差押えについては、その執行の公正を保障するために被告人と弁護人に立会権を認めている。[2] しかし、捜査機関による捜索・差押えについては、被疑者や弁護人に立会権を認めておらず[3]捜査機関が「必要があるときは、被疑者をこれに立ち会わせることができる」と規定するにとどまる。[4] すなわち、日本では、捜査機関による捜索・差押えが執行される場合、被疑者や弁護人に立会権が保障されておらず、捜査機関が必要と判断する場合のみ、立会権が保障されることとなる。

韓国刑事訴訟法は、日本刑事訴訟法の立会権と類似の参与権[5]を規定し、裁判所による捜索・差押えの執行において被告人と弁護人に参与権を与えている。[6] もっとも、捜査段階での立会いについては、韓国法は日本法とは異なり、被疑者と弁護人の参与の有無を捜査機関が判断するのではなく、刑事訴訟法で明示的に規定している。[7]

韓国の参与権制度の場合、通常捜索・差押え[8]においては、執行の適法性確保と被差押者の権利保障のための手段として特に重要視されておらず、関連する研究文献も見当たらない。しかし、電子情報（電磁的記録）[9][10]に関する捜索・差押えの執行に際し捜査機関の違法行為を防止するための手段として被差押者などに参与権を保障すべきことについては、議論が活発である。韓国大法院（日本最高裁判所に相当）の判例が二〇一一年に初めて、このことに言及した。[11] また同年、韓国では、電子情報の捜索・差押えに関する規定が刑事訴訟法の改正により新設された。[12] そして、二〇一五年には、電子情報の捜索・差押えが執行される際の参与権の保障範囲を提示した判例が大法院で出された。[13] このように、電子情報に関する捜索・差押えにおける参与権保障に関する韓国での議論は、二〇一五年大法院判例（前掲注(13)）をきっかけに活発化したのである。

韓国では、参与権制度は、電子情報に関する捜索・差押えにおいて、捜査機関の執行に関する適法性確保と被差押者の権利保障を同時に達成できる手段と認識されている。現在、日本でも電子情報の捜索・差押えが頻繁に行われていると思われる。したがって、電子情報の捜索・差押えに関連し、韓国で重要視されている、電子情報の捜索・差押えの執行過程における執行の適法性確保手段として被差押者などに保障されるべき参与権制度について調査・検討することは、重要であると思われる。

本稿では、まず、(1)韓国における「電子情報」に関する基本概念をめぐる議論状況を紹介する。次に、(2)韓国の捜索・差押えに関する基本的概念を整理し、(3)捜索・差押えにおける執行の適法性確保のために韓国刑事訴訟法と行政規則などが被差押者などに与えている参与権とはどのようなものかを確認する。次に、(4)電子情報に関する捜索・差押えにおける執行の適法性を確保するために付与される参与権の保障範囲はどこまでなのか、そして、(5)電子情報に関する捜索・差押えにおける執行の適法性を確保するために付与される参与権の保障に伴う問題点には何があるのかについて確認する。

## 二　韓国における電子情報に関する基本概念をめぐる議論状況

電子情報とは、電子的方式、磁気的方式その他の人の知覚によってはその存在及び状態を認識することができない方式で作成された情報を意味する。[14] 韓国では主に電子情報の形態を有する証拠を「電子証拠」または「デジタル証拠」と呼んでいるが、両者の概念的定義には相違点が存在する。

### (一)　電子証拠とデジタル証拠

まず、電子証拠とは、コンピューターシステムまたはそれに類似する装置によって電子的に生成・保存・伝送される、証拠価値があるデジタルデータを意味する。[15] 電子的に情報が保存される方式にはアナログ方式[16][17]とデジタル方式[18]がある。[19][20] これに対し、デジタル証拠については、デジタルの形で保存または伝送される証拠としての価値がある情報を意味する。[21] すなわち、デジタル証拠の場合は、デジタル方式によってのみ情報が保存される。それに対して、電子証拠は、アナログ・デジタルの形で具現されるすべての証拠を包摂できる用語で、デジタル証拠という概念より広い概念としてみることができる。[22]

### (二)　両者を使い分けるべき必要性をめぐる議論状況

韓国では、(1)電子証拠とデジタル証拠という用語を使い分けるべき必要があるか、そして、(2)使い分ける必要があるならば、電子情報の捜索・差押えに関しては、どちらの用語を使うのが適切であるか、という問題については見解が分かれている。

まず、(1)については、電子証拠とデジタル証拠が有する特徴が異なるため、区分する必要があるとする積極説[23]と、たとえ両者は有する特徴が異なるものの、今日、アナログ方式を用いる録音テープやビデオテープが次第になくなっていることに照らすと、電子証拠においてデジタル証拠ではない証拠の占める割合が激減しているので、両者を同じ意味で使用しても概念上の混同の余地が少ないといえるとする消極説[24]が対立している。

次に、(2)については、韓国の場合、法学分野においては、電子証拠という用語が主に使われているので、デジタル証拠という用語よりは電子証拠という用語のほうが既存の有体物証拠に対置される概念として使用するのにより適し

ているとする見解[25]と、今日の電子情報に関連した証拠は、ほとんどデジタル化されたコンピューター関連証拠であるにもかかわらず、コンピューター関連証拠を定義するのにデジタルではなくアナログ証拠まで含めている電子証拠という用語を使うことは不適切な表現なので、デジタル証拠という用語のほうがより適しているとする見解[26][27]に分かれている。

しかし、韓国では、一般的に学位論文、研究論文、研究報告書などその他様々な文献で電子証拠とデジタル証拠という用語が同じ意味を持つ用語として使用されている。したがって、韓国の学界では両者を特に使い分けていないといえる。

## 三　韓国の捜索・差押えに関する基本概念[28]

### ㈠　通常捜索・差押え

日本刑事訴訟法の差押えと同じ意味で一般に使われている韓国刑事訴訟法上の用語は「押収」であり、押留・領置・提出命令を含む概念である。[29]厳密には、日本刑事訴訟法の差押えと正確に同一の意味を持つ用語は「押留[30]」であるが、韓国刑事訴訟法ではこの用語を使っていない。また、韓国の学界でも押留と押収を厳格に区別して使用しておらず、一般的に刑事法上の押収は押留を意味する。[31][32]

### ㈡　電子情報に関する捜索・差押え

韓国では、電子（またはデジタル）証拠の捜索・差押えとは、一般的に電子情報を有体物形態の証拠として獲得す

るための対物的強制処分という意味で使われている。[33] 電子情報そのものは有体物とは言えない。[34] そのため、韓国では、無形の電子情報が捜索・差押えの対象となり得るのかについて議論があった。[35] これに関連して二〇一一年に、電子情報を電磁的記録媒体[36]など有体物の形で差し押さえるが、差押えの範囲と方法を明示しなければならないという内容の改正法律案[37]が韓国国会で採択された。そして、同年七月一八日の改正を通じて電子情報の捜索・差押えに関する規定が刑事訴訟法に新設された。新設された規定によると、捜査機関は、電磁的記録媒体に保存された電子情報の範囲を定めて出力または複製して提出を受けた後、それを差し押さえなければならない。[38] ただし、範囲を定めて出力または複製する方法が不可能であり、または差押えの目的を達成するに著しく困難であると認められるときは、電磁的記録媒体それ自体を差し押さえることができる。[39][40] すなわち、韓国刑事訴訟法は、電子情報に関する捜索・差押えの対象は、原則として電磁的記録媒体から差し押さえしようとする範囲を定めて出力または複製したものであり、電磁的記録媒体原本の差押えを例外として認めるのである。

しかし、電子情報の差押えに関する原則と例外について、本規定が改正される前に改正法律案が提示された時点から、反対する見解が学界と実務界で多く示されてきた。[41] まず、学界からは、電磁的記録媒体原本の差押えを原則とし、複製や出力の方式を例外としたり、または具体的な状況に沿って二つの方式のいずれか一つの方式を捜査機関が選択できるように原則と例外なく全部許容して規定することが望ましいとする見解が示された。[42] そして、実務界でも学界の立場と同様に電磁的記録媒体原本の差押えを原則とし、ただ、必要であるときには複製や出力・印刷などをすることができるように規定するのが適切であるという見解が示された。[43] また、実務界では、電磁的記録媒体原本の差押えのための条件である「範囲を定めて出力または複製する方法が不可能であり、または差押えの目的を達成することが著しく困難であると認めるときは」という部分について、捜査機関が恣意的に判断しないように事前的審査基準を設けることが重要であると指摘された。[44] しかし、電子情報の捜索・差押えにおける原則と例外に関する学界と実務界か

らのこのような指摘は、二〇一一年の改正には反映されなかったため、本規定が新設された後も引き続き批判が提起された。[45][46]

### ㈢　通常捜索・差押えと電子情報に関する捜索・差押えの相違点

通常捜索・差押えは、一般的に執行現場で対象物を捜索した後、現場で直ちに差し押さえることで終了する。しかし、電子情報の場合には、非可視性・非可読性・保存された情報の大量性などの特性により、差し押さえようとする電子情報の範囲を執行現場で正確に特定することが容易ではない。このため、一般的に電子情報に関する捜索・差押えの執行は二段階の手続によって行われる。[47] 具体的には、まず、執行現場で犯罪と関連があると疑われる電磁的記録媒体を捜索して差し押さえたり、または当該記録媒体をコピーまたはイメージング[48]を通じて複製本を製作し、外部に搬出する第一段階の捜索と、令状に記載された範囲の情報を探し出す第二段階の捜索の過程で行われるのである。[49] これらの二段階の手続を経て、最終的に被疑事実に関連する情報（以下「関係情報」）を出力または複製し、差し押さえることによって電子情報に関する捜索・差押えが終了する。勿論、執行現場で差し押さえようとする電子情報の範囲を正確に特定し、関係情報のみを完全に出力または複製して差し押さえた場合には、これらの二段階の手続は求められない。

## 四　捜索・差押えの執行における適法性確保手段としての韓国の参与権制度

### (一)　問題の所在

捜索・差押えが執行される際、被差押者や弁護人の立場では、当該執行が適法に行われているか直接見て確認する必要があると判断することもできる。特に、電子情報に関する捜索・差押えの場合、前述のように電子情報が持つ固有の特性により、捜索・差押えの執行において差し押さえようとする電子情報を証拠として取得するためには、様々な困難が生じうる。これに関連し、韓国大法院も電子情報を一般的な有体物とは異なり、より慎重に取り扱う必要性を認識しているように思われる。[50]

もっとも、捜査機関は、捜査の便宜を理由として、電子情報に関する無分別な捜索・差押えを試みる恐れがある。また、執行過程において令状に記載された被疑事実に関係のない情報（以下「無関係情報」）も収集した上で、別件証拠として違法に使用する恐れもある。勿論、このような違法行為によって収集された証拠は、後に公判で違法収集証拠と明らかになれば、証拠能力が認められないが、これは、あくまでも事後的方策にとどまる。また、前述のように電子情報に関する捜索・差押えの執行には段階性が存在する。したがって、収集した電子情報に関して、執行の各段階において被差押者や弁護人が執行過程を最初から最後まで見て確認することにより、当該電子情報に関する証拠の完全性[51]・同一性が立証されなければならない。

したがって、捜索・差押え、特に電子情報に関する捜索・差押えにおいては、捜査機関の違法行為を防止することができる事前的、そして収集した電子情報に関する証拠の完全性・同一性などの維持のための効果的な方策が必要で

ある。このような問題に対処するための解決策として、韓国では被差押者などに関する参与権制度が重要視されている。特に、韓国大法院は、電子情報の特性を考慮した上で、参与権制度を捜査機関の適法な捜索・差押えのための効果的な手段と認識し、参与権の必要性と重要性についても強調している。[52][53]

### (二) 参与権の概念

韓国の刑事訴訟法上、捜索・差押えへの参与権とは、被差押者など事件当事者が捜査機関の担当者とともに捜査現場にいながら処分の執行を見ることにとどまらず、捜査機関の処分に協力するとともに、捜査機関の不当な行為に関して異議を申し立てるなど、自分に発生しうる権利の侵害などに積極的に意思表示できる権利であると定義される。[54]そして、電子情報の捜索・差押えにおける参与権とは、捜査機関の無分別または包括的な捜索・差押え、被疑事実と関係のない電子情報に関する任意の複製を防ぐなどの措置を取るための権利であるといえる。[55]被差押者は捜索・差押えの執行過程でどのような物が差し押さえられるのか現場で直接確認することを通じて財産権に関する不当な侵害などの捜査機関による違法行為を防ぐことができる。[56]ただし、異議を申し立てたりしたその瞬間から直ちに当該捜査が中断されるなどの法的効果はないので、参与権行使の効果には一定の限界があるとみるのが妥当である。

### (三) 通常捜索・差押えにおける参与権

韓国刑事訴訟法には、捜査機関が捜索・差押えを執行する際、「被疑者と弁護人は令状執行に参与することができる」と明示されている。[57]被差押者の地位における参与は、執行を受ける当事者を保護し、令状執行手続の適正性を確保することにその目的がある。[58]捜査機関が捜索・差押えを執行するためには、原則として事前に被疑者などに執行日時、場所などを通知しなければならない。[59]ただし、被疑者や弁護人が参与しないという意思を明示し、または「急速

を要する場合」[60]には、前記の通知を省略することができる。[61]

### (四)　電子情報に関する捜索・差押えにおける参与権

韓国刑事訴訟法は、捜索・差押えに関する規定を通常の場合と電子情報の場合に分けて規定しているが、捜索・差押えの執行における参与に関しては、電子情報の場合につき別途改めて規定しているわけではない。これについて、判例は、刑事訴訟法一二一条、二一九条によって参与権を保障すべきであると判示した。[62]刑事訴訟法には関連規定がないが、行政規則である大検察庁の「デジタル証拠の収集・分析及び管理規定（以下「規定」と呼ぶ）」と、警察庁（日本の警察庁に相当）[63]の「デジタル証拠の収集及び処理等に関する規則（以下「規則」と呼ぶ）」では電子情報に関する捜索・差押えの執行における被差押者などに関する参与権保障を規定している。両者は、電子情報に関する捜索・差押えの現場及び現場以外の場所での参与権を保障しなければならないと規定している。[64]参与権保障に関して、内容に関する若干の相違点があるものの、大検察庁規定の場合、現場以外の場所からイメージングなどを通じて電子情報を差し押さえたり、または電子情報の分析が必要となるとき（一二条一項）、そして、規則の場合は、電磁的記録媒体の原本または複製本を外部に持ち出すとき（一七条一項）の参与権保障を明示している。[65]また、裁判所は捜索差押許可状を発付する際、「法院令状別紙」[66]の「注意事項」[67]の項目で、電子情報を差し押さえる場合は、捜索・差押えの全過程にわたって被差押者などに参与権を保障しなければならないと明示している。なお、前述の規定・規則・法院令状別紙は、いずれも二〇一五年の大法院判例（前掲注13）が登場した後、新たに定められた条文または内容であり、その前には参与権保障に関して直接的に規定している条文や内容が、当該規定と規則や令状別紙[68]にはなかった。また、二〇一一年に電子情報の捜索・差押えに関して、韓国刑事訴訟法が改正されて以後、二〇一五年の大法院判例（前掲注（13））が出る前までの期間に、電子情報の捜索・差押えにおける参与権保障に関して、刑事訴訟法の改正に向け

た実質的な動きはなかったし、現在までもそうであると考えられる。

前述した大検察庁規定と警察庁規則及び裁判所の令状別紙は、共通して電子情報の捜索・差押えが執行される際には、被差押者などに関する参与が保障されなければならないということを明示している。この三つに明示された参与権を保障しない場合、収集された証拠には証拠能力が認められない。そして、被差押者などへの参与権保障の目的に関連して、前述した捜査機関の規定・規則、そして、裁判所の令状別紙とを比べると、前者が完全性確保に重点を置いていることに対して、後者は完全性確保よりは捜索・差押えの手続的適切性と公正性の確保に重点を置いているといえる。[69] しかし、この三つには、電子情報に関する捜索・差押えが執行される際に、執行過程で被差押者などが具体的にどのように参与できるのか、また執行段階において参与できる範囲はどこまでなのかなどについては記載されていない。[70]

## 五　電子情報に関する捜索・差押えの適法な執行のための参与権保障の範囲

### ㈠　問題の所在

捜査機関が事件の解決のために必要となる電子情報を捜索・差押えの現場で正確に特定し、差し押さえることができない場合には、まず、⑴当該電子情報が保存されている電磁的記録媒体を捜索して発見し、現場から運び出した後、⑵捜査機関の事務室などで続いてその電磁的記録媒体に保存されている電子情報の内容を確認するという二段階の手続が必要である点を上で述べた。また、電子情報に関する捜索・差押えの執行において、被差押者などに関して参与

権を保障するとき、上位法である刑事訴訟法には直接的な関連規定がない。そして、行政規則にも参与権保障のための具体的な手続や方式に関する明示がないので、立法が不十分であることも述べた。このため、韓国の実務の現場では、電子情報に関する捜索・差押えを実際に行う際、参与権を具体的にどのように、そして、どのような過程まで保障すべきかなどの問題が発生している。この原因は、二〇一一年の刑事訴訟法改正で立法者が電子情報の捜索・差押えについて、執行方式に関して有体物を捜索・差押えの対象としている現行刑事訴訟法の法理に包摂することのみに焦点を当てたためであると考えられる。そのため、実際の実務で行われる電子情報に関する捜索・差押えに関する執行の段階性に基づく参与権の保障範囲の設定については、同改正に当たっては念頭に置いていなかったと推測される。結果的には、これらの理由が参与権保障を強調した大法院判例とあいまって、電子情報に関する捜索・差押えの執行における参与権保障などの実務上の問題がもたらされたと考えられる。

このような問題は、通常捜索・差押えの執行では表面化しなかった。しかし、電子情報に関する捜索・差押えの執行については、このような問題点などが顕在化し、韓国では、その執行過程での参与の保障について難点があると意識されることとなり、議論が活発化したのである。本章では、韓国での議論を中心として電子情報に関する適法な捜索・差押えの執行のために被差押者などに参与権を保障する際、その保障されるべき範囲をどのように設定すべきか確認することとしたい。この場合、以下に見るように、執行現場以外で参与権を保障しなければならないかが、主な問題となる。

### ㈡　捜索・差押えの現場における参与権保障

捜索・差押えの現場にある電磁的記録媒体を発見した後、現場で関係情報のみを正確に選別し、出力または複製して差し押さえる場合には、その過程で被差押者や弁護人に参与権を保障することが比較的容易である。まず、被差押

者やその他の参与人は、捜索・差押えが執行される前に捜査機関が提示する令状を確認する。[71] 次に、執行現場において、捜査機関が当該記録媒体から関係情報のみを選別し、出力または複製した後、最終的に差し押さえるまでの全過程に参与する。参与している間、捜査機関が無分別または包括的な差押えなど疑わしい行為を試みようとするときは、異議の申し立てなどを通じて事前に防止することができるので、被差押者への不当な権利侵害を防ぐことができる。また、この過程での参与権保障は、捜査機関が出力または複製を通じて獲得する電子情報の封印[72]などによる完全性・同一性の立証を確認するために必要である。したがって、参与権保障を通じて捜査機関の当該電子情報の捜索・差押えの執行に関する適法性も確保することができる。[73]

### ㈢　捜索・差押えの現場以外における参与権保障

前述のように韓国刑事訴訟法は、捜査機関が電子情報に関する捜索・差押えを執行する際、捜索・差押えの現場で差し押さえようとする電子情報の範囲を特定し出力もしくは複製することが不可能であったり、または差押えの目的を達成することが著しく困難であると認められるときは、電磁的記録媒体それ自体を差し押さえることができると規定している（一〇六条三項、二一九条）。このような場合には、電磁的記録媒体の原本や複製本を執行現場から運び出した後、捜査機関の事務室などで関係情報を見つける作業が続けて行われなければならない。

ところで、当該記録媒体の原本または複製本を執行現場から運び出し、現場以外の場所まで持ち込んだ後、そこから関係情報を見つけ、出力または複製して最終的に差し押さえるまでの執行過程は複雑である。電磁的記録媒体の原本や複製本に関する搬出・探索・出力（または複製）・差押えという様々な過程を順次に経て最終的に捜索・差押えの執行が終了する。そのため、このような様々な過程ごとに、捜査機関は被差押者などに参与権を保障すべきかが問題になりうる。以下では、前述した様々な過程のうち、「探索・出力（または複製）・差押え」という三つの過程を一つ

の過程で捉え、(1)搬出と(2)探索・出力（または複製）・差押えの二段階に分け、各段階で参与権を保障すべきかについて確認する。

### 1　電磁的記録媒体の搬出段階での参与権保障

まず、(二)で言及した、現場における参与権保障が同様に行われなければならない。ただし、この場合には、参与による完全性・同一性の立証対象が関係情報だけでなく電磁的記録媒体の原本または複製本になるという相違点が存在する。また、この場合には、運び出して他の場所で封印を解除する過程においても被差押者などの参与が行われなければならない。そして、もし複製本ではなく原本を運び出したら、当該場所で複製本を製作した後、被差押者に原本を返還しなければならない。勿論、複製本の製作から原本の返還までの過程でも電子情報の完全性・同一性を確保するために参与が行われなければならない。[74]

### 2　関係情報の探索及び出力（または複製）後の差押えの段階での参与権保障

電子情報に関する捜索・差押えの執行に関連して執行現場以外における参与権保障については、関係情報の探索及び出力（または複製）後の差押えの段階で参与権を保障すべきかが主な問題となっている。

#### (1)　学説[75]

まず、第一説は、捜査機関が執行現場で電磁的記録媒体を封印して運び出した後、現場以外の場所で開封し、封印を解除する行為は、電子情報に関する捜索・差押えの執行過程の一部分に該当するという。[76] そのため、関係情報の探索と出力（または複製）及び最終的な差押えまで行われたときに当該捜索・差押えの執行が終了する。[77] したがって、第一説による場合、捜索・差押えの現場で電磁的記録媒体を運び出した後、現場以外の場所で関係情報の探索と出力

（または複製）及び差し押さえる全過程において被差押者などに参与権を保障しなければならない。[78] 最初の現場における原本や複製本の差押えは、関係情報であると推測される電子情報を具体的な探索及び確認なしに差し押さえるものであるのに対して、搬出後の差押えは、探索と出力（または複製）を経て明確に関係情報であると判断された電子情報のみを最終的に差し押さえるものであるので、両者は差押えにおいて具体的な内容が異なるため、いずれも参与権が保障されなければならない。[79]

これに対して第二説は、刑事訴訟法上の捜索・差押えの対象は有体物であるので、執行現場で電磁的記録媒体の原本または複製本を差し押さえたら、当該捜索・差押えの執行は終了したとみなすべきであるという。[80] そのため、捜査機関は捜索・差押えの執行現場でのみ被差押者などに参与権を保障することで十分である。したがって、第二説による場合、差し押さえた電磁的記録媒体に関する現場以外の場所での関係情報に関する探索と出力（または複製）及び差押えの段階では、参与権を保障する必要がないことになる。[81]

### (2) 判　例

大法院は、「捜査機関が電磁的記録媒体の原本を捜査機関の事務室などに持ち出した後、令状に記載された犯罪容疑と関係のある電子情報を探索し、当該電子情報を文書で印刷したりまたはファイルをコピーしたりする過程」も全体的に押収・捜索令状執行の一環に含まれなければならないとした。[82][83] また、このような一連の過程では、被差押者や弁護人に参与の機会を保障しなければならず、このような措置をとらなければ違法な処分となると判示した。[84][85] すなわち、韓国の判例は、第一説の立場をとるといえる。

## 六　電子情報に関する捜索・差押えの適法な執行のための参与権保障に伴う問題点

### (一)　問題の所在

前章では、韓国刑事訴訟法が電子情報に関する捜索・差押えの適法な執行のために被差押者などに付与する参与権の具体的な保障範囲に関する規定をもたないため、保障範囲について学説が対立していることを確認した。また、大法院は、前述のように捜索・差押えの現場での捜索段階から現場からの搬出および探索・出力（または複製）・差押えの段階までの全過程において一律に参与権が保障されなければならないと判示した。[86] 大法院のこのような態度は比較法的にもその類例が見当たらないという指摘[87]が韓国で提起されたほど、韓国に特有のものであるといえる。

ところで、大法院の判示のように前述した全過程で被差押者などに参与権を保障するとすれば、実務上、実際の執行過程では様々な問題が発生しうるという指摘が主に実務家から提起された。[88][89] 一般的に捜査機関が差し押さえようとする、電子情報が保存されている電磁的記録媒体には大量の関係・無関係情報が混在し、関係情報のみを選別するにはかなりの時間がかかる。また、電子情報の捜索・差押えに関して、大法院の判示のように、前述した全過程での参与権を保障すれば、捜索・差押えが終わるまでかかる時間はさらに長くなる可能性が高くなる。捜査はできるだけ迅速に行われなければならないが、捜索・差押えが迅速に行われない場合、被疑者が証拠を隠滅したり逃走したりする恐れもある。すなわち、参与権保障がむしろ捜査上発生しうる問題の原因になり得る。

本章では、大法院が要求しているように、電子情報の捜索・差押えに関する執行の全過程で被差押者などに参与権を徹底的に保障する場合、捜査機関だけでなく被差押者などの参与人の立場からも実務上どのような問題が発生し得

るのかに関して、韓国で議論されている内容について確認することとしたい。

### (二) 捜査機関の立場における問題点

#### 1 捜査の保安性維持の困難

電子情報の捜索・差押えの執行の全過程で、被差押者などに参与権を保障する場合、それによって捜査機関に発生しうる最も深刻な問題は、捜査の保安性を維持することが困難になるという点である。もし被差押者が参与の意思を示した場合、捜索・差押えの執行現場以外の場所で探索・出力（または複製）・差押えの全過程が終わるまで、被差押者は引き続き捜査機関の事務室などにいることになる。問題は、こうなると捜査機関の立場から見る場合、差し押さえられる電子情報が何かに関して被差押者にさらされる結果を生むことである。そのため、参与人が今後進められる捜査の状況を見て判断した後、場合によっては逃走する結果を招きかねない。[90] それだけでなく、前述した全過程の間、捜査機関の事務室にある関連捜査の資料、他の捜査担当者との対話や通話内容などを見聞きすることができる可能性も存在する。[91] このような状況の発生により、結果的には捜査の保安性を維持することが困難になりかねない。

#### 2 捜査の迅速性の低下

捜査機関による捜索・差押えの執行が始まれば、被差押者は捜査の妨害または前述のように逃走を試みる可能性がある。そのため、捜査はできるだけ迅速に行われなければならない。しかし、電子情報に関する捜索・差押えが執行される際、被差押者が参与する場合、被差押者に保障される参与権が、場合によってはむしろ権利濫用の手段になりうる。まず、被差押者は参与の意思を明確に表示しないこともありうる。また、参与の意思を表示した後、参与日程などに関して捜査機関と事前に協議したとしても、意図的に突然、予告なく日程の取り消しまたは変更を要求するこ

ともありうる。[92] このような場合、前述の刑事訴訟法（一二二条の但し書き、二一九条）により、被差押者側が参与しない限り、捜査機関は原則として電子情報に関する捜索・差押えを全く執行することができなくなる。[93] すなわち、大法院の立場にしたがって、電子情報に関する捜索・差押えの全過程で被差押者などへ参与権を徹底的に保障することになれば、必然的に捜索・差押えの執行に要する時間は長くならざるを得ない。結局、これは、捜査の迅速性を低下させ、また捜査の効率性確保にも否定的な影響を及ぼす結果をもたらすといえる。

### ㈢　被差押者など参与人の立場における問題点

#### 1　時間的・空間的・経済的限界による実質的な参与の低い可能性

電子情報に関する捜索・差押えの執行は、最終的にいつ終了するか、事前に正確に予想することができない。そのため、もし執行現場以外の場所で探索・出力（または複製）・差押えが行われる場合、参与人は、短くても数日、長くて数週間から数か月以上当該過程が執行される場所に行って参与しなければならない。これは現実的に日常生活においてかなり困難である。そして、たとえ当該過程が執行される期間中にすべて参与しても、前述した過程における探索過程で最初から最後まで捜査機関の探索行為を見守ることは事実上不可能である。[94] また、弁護人の選任を通じて参与権を行使することは経済的に負担となり、弁護人も探索・出力（または複製）の過程に一日も欠かさず参与することは現実的に不可能である。[95] こうした問題点が存在するため、被差押者が電子情報の捜索・差押えの執行過程で参与権を実質的に行使することができる可能性は事実上低くならざるを得ない。

判例もこのような問題点を認識していたと思われる。大法院は「記録媒体原本の押収時点から出力に至る時点まで一月近く経過することもあるが、その期間、他の特別な措置を取らない状況で中断なく継続的に被疑者や弁護人の監視状態に置かない限り、捜査機関の任意複製・出力の可能性はそのまま残る。このような長期間、被疑者や弁護人の

中断なき監視を求めるのは非常に非現実的とみられる」と判示した。[96] しかし、判例は、問題点の認識にとどまり、具体的な解決策を提示していなかったため、依然としてこの問題は残存する。

### 2　参与権保障による具体的な実益の発生の不確実性

韓国大法院は、電子情報の捜索・差押えの執行過程での被差押者などに関する参与権保障が、無分別な捜索・差押えなど捜査機関の違法行為を防ぐための重要な手段とみているものと考えられる。もっとも、実際に被差押者が執行過程に参与したとき、実質的に行使できる権利は、無関係情報に関する捜査機関の意図的な探索の試みなど、疑わしい行為に関して異議を申し立てることまたは執行の円滑な進行のために適切な意見を提示することなどに過ぎないだろう。[97] 勿論、捜索・差押えは対物的強制処分に該当するので、捜査機関が違法行為をしない限り、被差押者に、本人が不利であるからといっていつでも当該処分の執行を防ぐことができる権利はない。また、被差押者が異議を申し立てたりまたは意見を提示したりしたとしてその瞬間から直ちに当該捜査が中断されるなどの法的効果が発することでもない。そのことから、参与人には、事実上、参与権の行使による実質的な利益がないという結論が導き出される。したがって、電子情報の捜索・差押えに関する執行の全過程で、被差押者などに参与権を保障しても、参与人の立場では、具体的にどのような実益が生じるのかについて疑問があり得る。ただし、このような理由も、参与権を保障する必要がないということを意味するわけではない点については留意する必要がある。

## 七　おわりに

現在、韓国学界では、電子情報に関する捜索・差押えについては、電子情報の特性を考慮する必要があり、また、

電子情報に関する捜索・差押えにおける執行の適法性を確保するために参与権保障が重要であるという共通認識が形成されている。そして、韓国大法院もこのような認識を共有していると思われる。しかし、現行の韓国刑事訴訟法には、電子情報の特性を反映した、適法な捜索・差押えの執行のための方策などが十分に規定されていない。そのため、韓国大法院は、被差押者などに与えられる参与権制度を解決策として提示し、また電子情報の捜索・差押えに関する執行の全過程での参与権保障を強調した。

しかし、大法院が提示した基準は、実際の実務とは距離があると指摘されたし、またこの基準に伴う場合は、電子情報に関する捜索・差押えの執行過程で、実務上様々な問題が実際に発生する可能性が高い。このような昨今の状況を理由に、現在、韓国では、電子情報に関する捜索・差押えの執行における適法性確保のための参与権保障について引き続き議論されている。現在、韓国では、電子情報の捜索・差押えにおける参与権について、現行法の解釈によってそれを保障するよりも、立法を通じた法的根拠の新設によって保障すべきという見解が支配的であると考えられる。

本稿で紹介した、電子情報に関する捜索・差押えの適法な執行のための参与権保障に伴う問題点に関連して、韓国では、第三者参与制度の導入[98]、参与権保障のための電子情報の探索・選別過程に関する映像録画制度の導入[99]、参与権に関する適法な制限事由の模索及び具体化[100]、電子情報の捜索・差押えにおける参与権の保障範囲の法制化[101]など多様な改善策が提示されている。しかし、現在、韓国では、このような改善策が依然として学界と実務界での学術的議論においてのみ取り上げられており、刑事訴訟法の改正に向けた立法の段階までは議論の話題に上がらずにいるのが実情である。

現在、電子情報に関する捜索・差押えの執行における参与権保障に関する議論が活発に行われている韓国に対して、日本ではこれに関する議論があまり見当たらない[102]。日本刑事訴訟法は、捜査機関による捜索・差押えに際し被疑者・弁護人の立会権を認めていない。したがって、日本では、捜査機関による捜索・差押えの執行においては、被疑者と

弁護人の立会権保障に関する問題が発生しないため、これに関する議論もなされる必要がないという韓国人研究者の分析[10]もある。しかし、捜査機関による電子情報の捜索・差押えの執行において適法性確保のために被差押者などに与えられる参与権保障が問題となる理由は、単に参与権保障に関する捜査機関への準用規定の存在ではなく、捜査機関による電子情報の捜索・差押えの執行に関連する韓国刑事訴訟法の立法的不備と電子情報固有の特性、そして、関連する大法院判例の限界などが複合的に作用し、問題の所在を形成したと把握すべきである。

捜索・差押えの執行における適法性確保のための参与権保障が日韓で持つ意味と重要性は異なる。ただし、日本でも電子情報に関する捜索・差押えの執行過程において、捜査機関による違法行為が発生しうると思われる。したがって、被差押者に関する不当な権利侵害を防ぐための方策を模索する必要があるとき、韓国の参与権に関して議論されている内容を参考にすることに意味があるだろうと思われる。

（1）後藤昭＝白取祐司『新・コンメンタール刑事訴訟法』［第三版］（日本評論社、二〇一八年）二五六頁。
（2）日本刑事訴訟法一一三条。
（3）捜査機関への押収・捜索・検証などに関する規定の準用について規定している日本刑事訴訟法二二二条に一一三条は含まれていない。
（4）松尾浩也監『条解刑事訴訟法』［第四版増補版］（弘文堂、二〇一六年）四二七頁。
（5）日本刑事訴訟法では「立会い」という用語を使っているのに対して、韓国刑事訴訟法では「参与」という用語が使われている。ただし、両者の事実的な相違点はないと思われる。
（6）韓国刑事訴訟法一二一条（裁判所の令状執行と当事者の参与）、二一九条（捜査機関への準用規定）。
（7）韓国刑事訴訟法二一九条は、捜索差押許可状の執行過程に事件当事者が参与できると規定した同法一二一条を捜査機関への準用規定である同条に含めている。
（8）本稿では、有体物、すなわち、物に関する捜索・差押えを「通常捜索・差押え」と呼ぶ。韓国においての通常捜索・差押

えと電子情報に関する捜索・差押えについては後述する。

（9）日本刑法七条の二において、電磁的記録とは、「電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるもの」と定義されている。

（10）日本では「電磁的記録」という用語が主に使われているのに対して、韓国ではこの用語はあまり使われていない。本稿では、韓国の制度に関する議論を中心としているので、「電子情報」という用語を使う。電子情報の概念については後述する。

（11）大法院二〇一一年五月二六日宣告二〇〇九모一一九〇決定。

（12）改正を通じて新設された規定に関しては後述する。

（13）大法院二〇一五年七月一六日宣告二〇一一모一八三九全員合意体決定。

（14）이주원『형사소송법』제二판（법문사、二〇二〇年）一四四頁。

（15）탁희성「전자증거에 관한 연구：압수・수색과 증거능력을 중심으로」이화여자대학교 석사학위논문（二〇〇四年）九頁。

（16）アナログ（Analog または Analogue）とは、あらゆる数値を連続的な方法で表すことを意味する。この方式を通じて機器に保存すれば、連続的な数値が繋がって一つの情報になる。例えば、ビデオテープや録音テープなどがある（박세영「형사절차상 디지털 증거의 압수수색에 관한 연구」한양대학교 석사학위논문（二〇一七年）五二頁）。日本でも、物質・システムなどの状態を、連続的に変化する物理量によって表現するもの、すなわち、連続的な物理量と定義しているので、韓国での定義とほぼ同一であると思われる（高橋郁夫「デジタル証拠実務のための技術と法（第一回）一般的な証拠との違い」ビジネス法務一六巻八号（二〇一六年）一〇九頁、中村隆敏ほか「デジタル表現技術とメディアアートの関連性に関する一考察」佐賀大学文化教育学部研究論文集一五巻二号（二〇一一年）六五頁）。

（17）しかし、アナログ方式には、同種の機器や媒体から離れると互換が困難であるだけでなく、他の媒体にコピーまたは移動されると電子的または物理的に量的・質的な損失が必ず発生するため、原本と複製本を同一のデータとして取り扱うことができないという短所がある。양근원「형사절차상 디지털 증거의 수집과 증거능력에 관한 연구」경희대학교 박사학위논문（二〇〇六年）一九頁。

（18）デジタル（Digital）とは、情報の表記及び保存や伝達の形が0と1の組み合わせである二進数方式を意味する。データをデジタル方式で保存する場合、データに保存されている数値が同じであれば、当該データを保存している媒体や機器の形に

かかわらず同じ価値を持つデータとして取り扱われる（정병준「디지털 증거의 수집과 증거능력에 관한 연구」조선대학교 박사학위논문（二〇一二年）六頁）。日本では、アナログに対比する概念で、連続した物理量を連続していない数値に置き換えたものと定義しているので、意味しているのは韓国での定義と実質的に同一であると思われる（高橋郁夫（前掲注・(16)）一〇九頁、中村ほか（前掲注・(16)）六五頁）。

(19) 서주연「전자증거의 수집과 증거능력에 관한 연구」경상대학교 박사학위논문（二〇一〇年）一〇頁。

(20) デジタル情報は、それを保存している記録媒体と関係なく、独自の証拠収集の対象としてみることができる。それに対して、アナログ情報は、相対的に情報と記録媒体の結合された程度が高く、このような媒体依存的な特性により、記録媒体とともに有体物として取り扱われる可能性が存在するという点でデジタル情報とは相違点がある。강철하「디지털 증거 압수・수색에 관한 개선방안」성균관대학교 박사학위논문（二〇一二年）一二頁。

(21) 韓国大検察庁（日本最高検察庁に相当）例規「デジタル証拠の収集分析及び管理規定」三条一項。

(22) 서주연（前掲注・(19)）一〇頁。

(23) 김한기「디지털 증거의 압수 수색과 증거능력에 관한 연구」건국대학교 박사학위논문（二〇一二年）一三頁以下。

(24) 이숙연「형사소송에서의 디지털 증거의 취급과 증거능력」고려대학교 박사학위논문（二〇一一年）一〇頁。

(25) 서주연（前掲注・(19)）一三頁。

(26) 이상재「형사절차상 디지털 증거 수집에 관한 연구」경상대학교 박사학위논문（二〇二〇年）九頁。

(27) ただし、この見解によると、すべてのデジタル証拠がコンピューター関連証拠ではないので、コンピューター関連証拠はデジタル証拠の一つの類型に分類することが望ましいという。이상재（前掲注・(26)）九頁。

(28) 韓国では、電子情報の捜索・差押えの執行過程で保障されるべき参与権に関する議論は、捜査機関による執行の場合を中心として行われている。したがって、本稿で述べる韓国の捜索・差押えは、特別な言及がない限り捜査機関による捜索・差押えだけを意味するものとして扱う。

(29) 이주원（前掲注・(14)）一四四頁。

(30) 占有の取得過程で強制力を行使することで「狭義の押収」といえる。이주원（前掲注・(14)）一四四頁。

(31) 조성훈『역외 전자정보 압수・수색 연구』（박영사、二〇二〇年）四九頁。

(32) したがって、以下では、特別な言及がない限り、韓国刑事訴訟法の「押収・捜索」を便宜上日本刑事訴訟法と同じく「捜

索・差押え」と表記する。

(33) 韓国では、「電子情報の捜索・差押え」、「電子証拠の捜索・差押え」、「デジタル証拠の捜索・差押え」という表現が使われており、一般的にすべて同じ意味で用いられている。

(34) 大法院も「刑事訴訟法上の押収・捜索の対象となる有体物または物と見なすことはできない」と判示し、同一の判断を下した。大法院二〇〇二年七月一二日宣告二〇〇二도七四五判決。

(35) 韓国国会でも、この問題に関し、二〇一一年に行われた刑事訴訟法改正のために、複数の国会議員が発議した一部の改正法律案には、電子情報そのものを差押えの対象物として明文化しようという内容が盛り込まれていたが、改正に最終的には反映されなかった。そのため、改正後も、電子情報を捜索・差押えの対象として明文化すべきであるとの主張が実務界を中心に提起された。代表的には조광훈「형사소송법 제106조의 쟁점과 개정안 검토」법조 통권 제六九四호（二〇一四年）二三二頁。

(36) 韓国では、一般的に同一の意味の「情報貯蔵媒体」という用語を使っている。

(37) 刑事訴訟法一部改正法律案（議案番号：12487、提案年月日：二〇一一年六月三〇日）。

(38) 韓国刑事訴訟法一〇六条三項（裁判所による電子情報の捜索・差押え）、二一九条（捜査機関への準用規定）。

(39) 韓国刑事訴訟法（前掲注・(38)）。

(40) 電磁的記録媒体自体の捜索・差押えを許すのは、記録媒体それ自体が犯罪と関連性があることに基づくものではなく、犯罪に関連する電子情報が保存されていることに基づくものであるからとする見解がある。강동우「디지털증거 수집에 관한 형사소송법 개정안에 대한 검토」경상대학교 법학연구 제一八권 제三호（二〇一〇年）一七〇頁。

(41) 二〇一〇年に韓国国会で開催された公聴会でも、これに関して学界と実務界で集中的に批判が提起された。詳細な内容については第二九四回国会（定期会）司法制度改革特別委員会会議録第七号参照。

(42) 노명선「디지털 증거 수집의 문제점과 개선방안」사법제도개혁특별위원회『디지털 증거 수집의 문제점과 개선방안에 대한 공청회』（二〇一〇年）一〇頁。

(43) 이완규「디지털 증거 압수수색 개정안 관련 의견」사법제도개혁특별위원회『디지털 증거 수집의 문제점과 개선방안에 대한 공청회』（二〇一〇年）六二頁。

(44) 백강진「바람직한 디지털 증거의 수집방안」사법제도개혁특별위원회『디지털 증거 수집의 문제점과 개선방안에 대

한 공청회』（二〇一〇年）七五頁。

(45) 学界では、同改正法が電子情報自体に対する差押えよりも記録媒体の差押えを規定しているので、依然として有体物に限定された思考から抜け出せずにいるという限界があると指摘された。また、記録媒体と分離して存在することができる特性を持つ電子情報に関して同改正法が採択した媒体依存的な捜索・差押えの方式は、依然として立法的な欠陥を内包していると批判された。탁희성 외『2011년도 형법·형사소송법 및 형사특별법 제·개정안 분석과 입법정책 개선방안』（한국형사정책연구원、二〇一一年）二一一—二一二頁。

(46) 実務界では、本規定の原則と例外がむしろ捜査の現実と乖離があり、かつ、電子情報の捜索・差押えには通常長時間を要するので、証拠の複製や出力が記録媒体原本の押収よりも被差押者の業務に支障を与えるため、複製や出力よりは記録媒体原本の差押えを原則としたほうが適すると指摘された。조광훈（前掲注・(35)）二二四頁、조석영「디지털 증거 압수·수색 제도의 제반 문제점」『압수수색 및 범죄수익환수의 글로벌 기준에 관한 국제 심포지움 자료집』（한국 법무부 형사법제과、二〇一一年）九頁。

(47) 조성훈（前掲注・(31)）五〇頁。

(48) 電子記録媒体の原本と完全に同一な写本の電子ファイルをつくる過程を意味する。（탁희성＝이상진『디지털 증거분석도구에 의한 증거수집절차 및 증거능력확보방안』（한국형사정책연구원、二〇〇六年）六二頁）。すなわち、イメージングとは、電子記録媒体に保存されているすべての電子情報を単一の電子ファイルの形で圧縮して作成、保存することである。

(49) これを電子情報に関する捜索・差押えの「段階性」と呼ぶ。이혜수「디지털증거 확정까지의 참여권 보장 방안에 대한 연구」고려대학교 석사학위논문（二〇一四年）二四頁以下。

(50) 大法院は、「電子情報に関する押収・捜索において令状主義の精神を生かすためには、電子情報の特性に照らしてより細心の接近が必要であり、捜査機関が見つけようとする物がその物の外的特性から区別されたり、文書の写本の存在が有限である既存の一般的な物に対する押収・捜索に関する制限理論だけでは個人や企業の情報のほとんどを含んでいる電子情報に対する不当な押収・捜索から憲法が保障する国民の人権を保護し、きちんと守ることができない」と判示した。大法院二〇一五年全員合意体決定（前掲注・(13)）での大法官（日本の最高裁判所判事に相当）이인복、이상훈、김소영の補充意見。

(51) 韓国では、同様の意味を有する「無欠性」という用語が主に使われている。

(52) 大法院は、「記録媒体は、保存された情報量が膨大であるので、どれが関係情報であり、どれが無関係情報であるかを区

別することが容易ではないため、関係情報を選別するためには一定の部分に限り情報の内容を調べるしかない。こうした局面で、捜査機関の押収・捜索に被疑者または弁護人、責任者などの参与を保障する刑事訴訟法の関連規定が、令状による適法な押収・捜索を事前に実効性があるように確保するための重要な制度的手段として作用しうる」と判示した。大法院二〇一五年全員合意体決定（前掲注・(13)）での大法官이인복、이상훈、김소영の補充意見。

(53) このような判示を通じて、大法院は、従来その重要性が認識されなかった当事者の参与権に注目し、これを電子情報に対する捜索・差押えの過程で令状主義と適正手続原則に関する遵守のための核心的制度の位置づけに格上げしたという評価がある。조성훈「디지털 미란다 원칙 - 전자정보에 대한 압수・수색과 당사자의 참여권」사법 통권 제三六호（二〇一六年）七〇頁。

(54) 이진국「전자정보의 압수수색에서 피압수수색 당사자의 참여권에 관한 일고」아주법학 제一一권 제四호（二〇一八年）三三一頁。

(55) 이주원（前掲注・(14)）一六三頁。

(56) 이완규「디지털 증거 압수 절차상 피압수자 참여 방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수 방법」형사법의 신동향 제四八호（二〇一五年）一〇六頁。

(57) 韓国刑事訴訟法一二一条（裁判所の令状執行と当事者の参与）、二一九条（捜査機関への準用規定）。

(58) 백형구 등『주석 형사소송법（Ⅰ）』（한국사법행정학회、二〇〇九年）五三三頁、강석한「전자정보 압수수색에서의 참여권 보장을 위한 기술적 조치 연구 - 임채 암호기술을 이용하여」서울대학교 석사학위논문（二〇一七年）八頁。

(59) 韓国刑事訴訟法一二二条、二一九条。

(60) ここでの「急速を要する場合」に関して大法院は「押収・捜索令状の執行事実を前もって知らせれば、証拠物を隠匿する恐れなどがあり、押収・捜索の実効をあげることが難しい場合と解釈することが正しいので（以下省略）」と判示した。大法院二〇一二年一〇月一一日宣告二〇一二도七四五五判決。

(61) 韓国刑事訴訟法一二二条の但し書き、二一九条。

(62) 大法院二〇一五年全員合意体決定（前掲注・(13)）。

(63) 警察庁（Korean National Police Agency）は、韓国の最高警察機関である。公式名称は「最高警察庁」や「大警察庁」などではなく「警察庁」である。韓国では、警察庁の長を「警察庁長官」ではなく「警察庁長」と呼ぶ。

(64) 規定の場合は、それぞれ一七条と二二条が、規則の場合はそれぞれ一三条と一七条がそのように規定する。

(65) 「現場以外の場所からイメージングなどを通じて電子情報を差し押さえたり、または電子情報の分析が必要となるとき」の参与権保障に関する内容は大検察庁規定にのみ、そして、「電磁的記録媒体の原本または複製本を外部に持ち出すとき」の参与権保障に関する内容は警察庁規則にのみある。

(66) 韓国刑事訴訟法では、裁判所と同一の意味を持つ「法院」という用語を使っている。

(67) 別紙名は「押収対象及び方法の制限」である。

(68) 二〇一五年の大法院判例（前掲注・(13)）が出る前は、大検察庁規定と警察庁規則のいずれも電子情報の捜索・差押えを執行する際、ハッシュ値（Hash value）の生成・確認後、被差押者側の署名・捺印を受けるために被差押者などを参与させなければならないと規定していた。すなわち、参与が権利保障手段ではなく、特定の手続の執行のための手段に過ぎなかった。しかし、前述した大法院判例（前掲注・(13)）が登場した後、当該規定と規則は、改正を通じて電子情報の捜索・差押えにおいては、被差押者などに「参与の機会を保障しなければならない（規定）」または「参与権を保障しなければならない（規則）」という文章が明示的に含まれた、参与権に関する詳細な内容を規定している条項を新設した。

(69) 이인곤「형사절차상 디지털 압수・수색에 대한 문제점과 개선방안」한국경찰연구 제一五권 제四호（二〇一六年）一九一頁。

(70) この三つが持つ限界に関する詳細な内容については이규봉「디지털증거의 압수수색과 당사자 참여의 실제와 쟁점」범죄수사학연구 제五권 제二호（二〇一九年）一六五頁参照。

(71) 韓国刑事訴訟法は、捜査機関が捜索・差押えを執行する前に、処分を受ける者に必ず令状を提示することを義務付けている（一一八条、二一九条）。

(72) 原本の同一性と完全性を維持するために捜査機関か講ずる措置である。電子証拠の場合、物理的な措置には、差し押さえなければならない電子記録媒体を被差押者の参与の下に特定の封筒や箱などに入れた後、その外側に署名することがある。そして、技術的な措置として、差し押さえなければならない電子情報に特定なハッシュ値を付与することがある。ハッシュ値が付与される当該電子情報は、以後、捜査機関が任意に改ざんしたとき、当該ハッシュ値が変わるため、同一性を喪失する。

(73) 김광호「참여권 보장을 위한 전자정보 압수수색 집행 방안에 관한 연구」서울대학교 석사학위논문（二〇一六年）三

五頁。

(74) 김광호（前掲注・(73)）三七頁。

(75) 大きく二つの見解に分けられ、便宜上「第一説」と「第二説」で表記する。

(76) これと関連して捜索・差押えの執行現場で電磁的記録媒体の原本または複製本の差押えを「第一差押え」、当該記録媒体を運び出した後、現場以外の場所で関係情報のみを選別し、最終的に差し押さえることを「第二差押え」と表現する論者がいる。노수환「디지털 증거의 압수・수색 절차상 당사자의 참여권 및 별건 관련성 없는 증거의 압수 요건」법조 형사판례분석 통권七一八号（二〇一六年）六五五頁。

(77) 박경규「전자정보의 수색・압수에서 피압수자등의 참여권」형사법의 신동향 제六五号（二〇一九年）二九九頁。

(78) 장승일「전자정보에 대한 압수・수색의 적정성에 대한 연구」인문사회21 제七권 제四号（二〇一六年）一〇八七頁。

(79) もちろん、この際にも無関係情報であることが確実な電子情報は差し押さえることができない。

(80) 조광훈（前掲注・(35)）二一八頁。

(81) 전승수「디지털 정보에 대한 압수수색영장의 집행－대법원 2011. 5. 26. 자 2009 모 1190 결정－」법조 제六一권 제七号（二〇一二年）二七二頁。

(82) これに関連して大法院は、「捜査機関が押収・捜索令状を執行するにあたっては（中間省略）嫌疑事実に関する情報はもとより、それと関係のない多様で膨大な内容の私生活情報が入っている記録媒体に対する押収・捜索令状を執行するにあたって、その令状が明示的に規定した例外的な事情が認められ、当該電子情報が保存された記録媒体自体を捜査機関の事務室などに移し、これを閲覧またはコピーすることになる場合にも、その過程全体を通じて被捜索・捜索当事者やその弁護人の継続的な参与権保障などの適切な措置がなされるときのみ、その執行手続は適法なものになる」と判示した。大法院二〇一一年決定（前掲注・(11)）。

(83) 本判例（前掲注・(11)）は、捜査機関が捜索差押許可状を執行する際に膨大な電子情報が保存された記録媒体自体を現場から搬出し、捜査機関の事務室に持ち帰り、そこから他の記録媒体にコピーしたことについて、被告人側が準抗告を提起したが原審で棄却された後、再抗告した事案である。本判例でも、大法院は、被告人側が提起した再抗告を棄却した。この判例は、参与権保障が核心的な争点ではなかったが、電子情報の捜索・差押えにおいて参与権保障の必要性を最初に言及した韓国大法院判例である。

(84) これと関連して大法院は、「(本文において言及した) 措置が取られていなければ、被押収者側が参与しないという意思を明示的に表示したり、または手続違反行為が行われた過程の性質と内容などに照らし、被押収者側に手続参与を保障した趣旨が実質的に侵害されたと見ることができないほどに当たるなどの特別な事情がない限り、当該押収・捜索が適法であると評価することはできず、また、たとえ捜査機関が記録媒体または複製本において嫌疑事実と関連がある電子情報のみを複製・出力したとしても異なることではない」と判示した。大法院二〇一五年全員合意体決定 (前掲注・(13))。

(85) 本判例 (前掲注・(13)) は、捜査機関が最初の捜索差押許可状を通じて関係情報と無関係情報が混在している記録媒体を捜査機関の事務室に搬出し、被告人側の参与の下、他の記録媒体に複製した後、被告人側の参与なしに複製本で関係情報を探索している途中、偶然に別件情報を発見し、それに関する新たな捜索差押許可状を受けて別件情報を取得すると、これについて被告人側が準抗告を提起し、原審で引用された後、捜査機関が再抗告した事案である。本判例で、大法院は、捜査機関が提起した再抗告を棄却し、原審の判断を維持した。この判例は、関係情報の探索・選別過程においても参与権が保障されなければならないと最初に言及した韓国大法院判例であるし、特に、参与権保障なしに行われた捜索・差押えは全体的に違法な処分となると判示したので、参与権保障の重要性を強調したといえる。

(86) 大法院二〇一五年全員合意体決定 (前掲注・(13))。

(87) 박건욱「수사기관에서의 전자정보 탐색 과정을 압수수색 일환으로 보는 판례 입장에 대한 비판적 검토」형사법의 신동향 제五〇호 (二〇一六年) 二一八頁。

(88) 박건욱 (前掲注・(87))、이완규「디지털 증거 압수수색과 관련성 개념의 해석」법조 제六八六권 (二〇一三年) 等。

(89) このような指摘が学界で提起されなかったわけではない。関連する文献には、이순옥「디지털 증거의 압수・수색 절차에 관한 판례 연구 - 대법원 2015. 7. 16. 자 2011 모 1839 전원합의체 결정을 중심으로 -」중앙법학 제一九집 제二호 (二〇一七年) がある。

(90) 이완규 (前掲注・(88)) 一四七頁。

(91) 박건욱 (前掲注・(87)) 二一三頁以下。

(92) 박건욱 (前掲注・(87)) 二一三頁。

(93) 박건욱 (前掲注・(87)) 二一二頁。

(94) 최형석「디지털 증거 탐색 과정에서의 피압수자 참여 문제와 실질적 대안」고려대학교 석사학위논문 (二〇一七年) 二

八頁。

(95) 최형석（前掲注・(94)）二八頁。

(96) 大法院二〇一五年全員合意体決定（前掲注・(13)）での大法官김창석の補充意見。

(97) 이완규（前掲注・(56)）一一〇頁。

(98) 김무석「디지털포렌식에서의 참여권 보장 방안」치안정책연구 제三二권 제三호 치안정책연구（二〇一八年）二九七頁、류현지「디지털 증거의 압수・수색시 전문가 참여 제도에 관한 연구」고려대학교 석사학위논문（二〇一五年）三二頁。

(99) 최형석＝이상진「디지털 증거탐색 과정에서의 피압수자 참여 문제와 컴퓨터 영상 녹화 제도에 관한 연구」디지털포렌식연구 제一一권 제二호（二〇一七年）七五頁。

(100) 조광훈「전자정보의 압수・수색절차에서 관련성・동일성・참여권－대법원 2018.2.8 선고 2017도13253 판결에서 제기된 쟁점을 중심으로－」법제 二〇一八年六月（二〇一八年）三一頁、전명길「디지털증거의 압수・수색에 있어서 참여권에 관한 연구」인문사회21 제八권 제二호（二〇一七年）六五七頁以下。

(101) 조광훈「정보저장매체 등의 압수・수색에서 참여권」저스티스 통권 제一五一호（二〇一五年）二九五頁。

(102) ただし、一般な捜索・差押えにおける立会いに関する文献として、福島直之「捜索差押えの際の立会人」別冊判例タイムズ三五号（二〇一五年）がある。

(103) 박용철「디지털 증거 중 카카오톡 대화의 압수・수색영장 집행에 대한 참여권」비교형사법연구 제二〇권 제四호（二〇一九年）二九頁。

**方　景暉**（バン　ギョンフィ）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　高麗大学一般大学院法学科修士課程
所属学会　日本刑法学会
専攻領域　公法（刑事訴訟法）