

博士論文論文（要約）

主論文題名：電磁的記録を対象にする捜査上の捜索・差押えに関する研究

—日本と韓国の制度及び議論を中心に—

氏名 方景暉

序章

本研究の主要なテーマは、捜査上の電磁的記録に関する捜索・差押えであり、原則として日本と韓国の制度及び議論を中心に論じる。今日の捜査の進行において電磁的記録が有する証拠としての意味については特に強調する必要はないであろう。そして、電磁的記録の発見及び確保のための捜査上の捜索・差押えの重要性も一層高まっていると言える。しかるに、一般的に電磁的記録には保存されている情報量が膨大であり、当該情報が捜索・差押えの過程で捜査機関の意図にかかわらず無分別に露呈する場合、被処分者のプライバシー権に関する侵害の程度は非常に大きい。そのため、捜査上の電磁的記録に関する捜索・差押えに対しては、場合によって様々な非難が生じる恐れがあると考えられる。

現在、日韓の学界及び実務では、捜査上の電磁的記録に関する捜索・差押えに関連して、例えば、捜索・差押えの執行において生じ得る権利侵害の問題、より効果的な執行のための新たな制度の導入可否、執行の適法性確保のための手段の必要性など、多様な争点に関する議論が行われている。しかし、これに対して、現在、日韓の間で、相手国の制度及びこれに関する議論の紹介や検討又は比較研究が相互に活発に行われているとは言い難い。

本研究は、上述の考えを理由として捜査上の電磁的記録に関する捜索・差押えに関しては、日韓の制度と議論を中心に研究も行われる必要があるのではないかという問題意識から始まった。ある特定の法的制度又は争点を論じるに当たっては、その制度又は争点に係る法律が当該議論を展開するための根本的な要素となろう。現在、捜査上の電磁的記録の捜索・差押えに関連し、日韓で重要なものとして扱われている議論の内容や関連する制度 などについては、共通点だけでなく相違点も存在する。日韓刑事訴訟法の体系が類似していることを考慮すると、日韓は、電磁的記録に関する捜索・差押えに係る制度及び特定の法的争点に関して、相手国で行われている議論

が自国の制度を改善したり、又は議論を発展させたりするのに、有用であるという関係にある。

それにもかかわらず、前述のように現在の日本と韓国においては、捜査上の電磁的記録に関する捜索・差押えに関する両国の制度及び関連する議論に関して比較した文献や研究の動きは少ない。しかし、だからといって日本と韓国の間において相手国の制度及び議論に関する研究の必要性それ自体が全くないとは考えられない。むしろ自国と類似する相手国の刑事訴訟法体系、及びそれらに基づき、行われている議論を参考にすれば、自国の制度及び議論の発展に資するものとする。特に、相手国の制度及び議論に関する自国での研究の蓄積がなされていないときは、より当該研究を行う必要がある。これらの理由から、捜査上の電磁的記録に関する捜索・差押えに関して日本と韓国の制度及び議論を中心に進める本研究については、その必要性が十分に存在すると考える。

第1章 電磁的記録とデジタルフォレンジックの基本概念

本研究で捜査上の電磁的記録の捜索・差押えに関して日韓の制度及び議論を中心に論じるためには、それに先立って捜索・差押えの対象物となる電磁的記録というのは何かについて説明する必要がある。日本と韓国は、いずれも、現行刑事訴訟法上の電磁的記録については、電磁的記録媒体（以下「記録媒体」という。）に保存して当該記録媒体の原本又は複製本を差し押さえたり、又は印刷したものを差し押さえたりするなどの方法によるよう規定している。すなわち、日韓刑事訴訟法は、電磁的記録という無形の存在それ自体を捜索・差押えの対象物と規定してはいない。これは、両国刑事訴訟法が物理的な空間で人間の感覚で認識できる有体物を捜索・差押えの対象に規定しているためと解される。

勿論、電磁的記録は、モニターなどの画面に内容を具現化して視覚で認識でき、また出力した印刷物を通じて視覚及び触覚でも認識することができる。しかし、このような過程を経なければ、記録媒体に保存されている電磁的記録それ自体は、人間が当該電磁的記録の存在及び電磁的記録の内容を全く把握できない。したがって、電磁的記録は、紙、金属など肉眼で容易に認識及び区別できる一般的な有体物とは異なる特性を有する。そして、電磁的記録のこれらの特性のため、捜査機関が犯罪を捜査するにおいて色々な困難が生じかねないし、実際にもそのような場合が実務上頻繁に発

生している。これらの点に基づき、電磁的記録というのは何かについて概観する必要がある。

そして、捜査機関が電磁的記録を有罪の立証のための証拠として使用するためには一定の技術が必要である。これをいわゆる「デジタルフォレンジック」と言い、本研究で電磁的記録の検索・差押えについて論じるためには、前述した電磁的記録だけでなくデジタルフォレンジックとは何かに関しても併せて確認する必要がある。

これを通じて基本的であるが、同時に最も核心的な用語と言える電磁的記録及びデジタルフォレンジックの基本的な概念に関して明確に理解できると考える。

なお、電磁的記録とデジタルフォレンジックは、日本又は韓国だけで存在したり、又は使用されていたりする固有の存在や技術ではない。したがって、本章では、両者を説明するために、特に日本や韓国の議論を区別せず、両国の文献を適切に引用しながら関連した内容を展開することとしたい。

第2章 日本刑事訴訟法における捜査機関による検索・差押え

本章では、捜査機関による検索・差押えの体系について、日本刑事訴訟法の関連条文に基づき、検討することとしたい。本章では、まず検索・差押えに関する基本概念について整理した上で、一般的な有体物を対象として行う、いわゆる通常検索・差押えに関して日本刑事訴訟法上の関連条項に基づき、令状による検索・差押え及び令状によらない検索・差押えに関する内容を概観する。次に、平成 23 年に行われた刑事訴訟法の一部改正により導入された、電磁的記録に関する検索・差押えに関して、関連条項を基にその内容を説明する。日本刑事訴訟法上の電磁的記録に関する検索・差押えについては、基本的に電磁的記録それ自体ではなく、当該電磁的記録が保存されている記録媒体を対象に執行するように規律されている。これに基づき、日本刑事訴訟法にはリモートアクセス、記録命令付差押え、協力要請、保全要請、電磁的記録の没収など多様な制度が詳細に規定されており、これらに関して順に詳しく見ることとしたい。

本章の意義は、後述する現行の日韓刑事訴訟法が内包している問題点及び電磁的記録に関する検索・差押えにおける特徴的な争点、そして、捜査上の電磁的記録に関する検索・差押えにおける日韓に対する提言、具体的には改善策や新たな方策について論じるための基本的な背景知識を紹介及び説明を為す点にある。

第3章 韓国刑事訴訟法における捜査機関による搜索・差押え

本章では、捜査上の電磁的記録の搜索・差押えに関する韓国刑事訴訟法の体系について関連条文を基に概括的に議論することとしたい。韓国刑事訴訟法の体系は概ね日本刑事訴訟法と類似しているが、相違点も存在し、特に電磁的記録に関する搜索・差押えに関しては様々な相違点が存在する。本章では、前章の日本刑事訴訟法に続いて、韓国刑事訴訟法に規定されている捜査機関による搜索・差押えの体系を説明する。また日本との相違点も概観することとしたい。このことを通じて電磁的記録に関する搜索・差押えに関して日韓の制度及び議論を中心に関連した争点を論じるための基本的な理論的基盤を設けることとしたい。

また現在、日本には、韓国刑事訴訟法上の捜査機関による搜索・差押えに関して包括的に説明する文献は、筆者の調査範囲では存在しない。このような理由から、韓国刑事訴訟法上の捜査機関による搜索・差押えの体系に関して、日本の学界にとって有意義な内容を提供することも本章の目的の1つである。

韓国刑事訴訟法上の搜索・差押えに関する全般的な体系は、日本刑事訴訟法が規定している内容と概ね類似している。そして、捜査機関による電磁的記録の搜索・差押えに関連して韓国刑事訴訟法と日本刑事訴訟法を比較すると、それぞれの法には一長一短がある。日韓刑事訴訟法に関する比較法的検討を通じて、自国の刑事訴訟法の改善のために互いの関連規定を反映したり、又は参考にしたりする方策について模索できれば、そのような一連の過程は学問的に有意義であると考えられる。

第4章 捜査上の電磁的記録に関する搜索・差押えにおける日韓刑事訴訟法上の問題点

本章は、電磁的記録に関する捜査上の搜索・差押えにおける現行の日韓刑事訴訟法が内包している問題点について論じることを基本的な目的とする。第2章と第3章で述べたように、まず日本刑事訴訟法には、平成23年の改正により様々な制度が導入された後、これらに関する条項が新設された。これに対して、韓国刑事訴訟法には、2011年の改正により電磁的記録に関する搜索・差押えに関連して記録媒体の差押えによる差押えの方法に関する条項のみ新設された。電磁的記録に関する搜索・差押えに関連して上述した内容に限って考えると、韓国の捜査機関に与えられている刑事訴訟法上捜査のために取りうる手段は、日本の捜査機関に与えられたそれに比して、かなり少ない。日韓刑事訴訟法上の搜索・差押えは対物的強制処分に該当し、捜査機関は

強制処分法定主義を遵守しなければならないのが日韓の共通要素である。これに照らすと、韓国の場合、電磁的記録に関する搜索・差押えにおける刑事訴訟法上の根拠が著しく不足していることが根本的な問題点に該当すると理解できる。そして、これがどのような困難を引き起こすかについても言及する必要があると考える。

これに対して、日本刑事訴訟法は、上述のように韓国に比べて電磁的記録に関する搜索・差押えにおける様々な関連条項を規定している。そのため、日本の捜査機関が現行刑事訴訟法に基づいて適法に取れる手段が多様であるというのは韓国に比べて明らかに長所であると言える。ただ、現行刑事訴訟法に規定されているこれらの関連条項は、実務上の適用においては実効性の点で一定の限界を内包している部分もあると考える。そのため、捜査機関による搜索・差押えにおいて、当該条項の適用による効果的な対処が困難な場合もあると理解できる。その他、日本刑事訴訟法に関連しては、電磁的記録に関する搜索・差押えにおける被処分者の権利保障が現行法により適切に行われると言えるかに関する疑問が生じることから、これに関しても言及する必要があると考える。

本章では、上述した内容を基に捜査上の電磁的記録に関する搜索・差押えにおける現行の日韓刑事訴訟法が内包している問題点について論じることとしたい。そして、これらの問題点によって実際の捜査に際し生じ得る困難さについても言及することとしたい。本章で取り上げる、捜査上の電磁的記録に関する搜索・差押えにおける日韓刑事訴訟法上の問題点は、日韓の捜査機関が捜査の進行に関連し、自国で実際に発生しうる様々な状況に対処するのに否定的な影響を及ぼしかねないと考える。捜査機関が対物的強制処分を行うのに最も基本的な成文法的根拠になるのが自国の刑事訴訟法であるためである。これに照らすと、本章で論じる内容は、後述の第 5 章で行われる議論を展開するために、必要に応じて現行の日韓刑事訴訟法に係る内容を言及する際、当該議論の理解を助けるための背景知識となり得ると考えられる。

第 5 章 捜査上の電磁的記録に関する搜索・差押えにおける日韓の特徴的な争点

本章の目的は、前述した内容を理由として現時点で日韓の制度及び議論を踏まえつつ、特に重点的に扱う必要性が高いと判断されるいくつかの争点を選択して集中的に論じることにある。現在、電磁的記録を対象にする捜査上の搜索・差押えに関する議論は、日韓両国で活発に行われており、そこで論じられる争点も多様である。しかし、

電磁的記録に関する捜査上の捜索・差押えに関して日韓の制度及び議論を中心として行われる研究の意味及び成果を高めるためには、両国の制度と議論の特色についてより明確に把握できる争点について重点的に扱うことが良いと考える。仮に、ある争点について日韓で共通して活発に議論されているとしても、当該争点に関して両国で行われる議論の内容に特別な違いがないように理解されるならば、それは、比較法的研究の側面においても事実上重要な意味がないと言えるからである。

本章では、現時点で日本と韓国で議論が行われるべき必要性が高く、かつ実際にも活発に議論されている争点を取り扱うこととする。これにより、第 4 章で指摘した、電磁的記録に関する捜査上の捜索・差押えにおける日韓刑事訴訟法上の問題点が本章で扱う争点を論じるにいかなる影響を及ぼすかについても見ることができる。そして、これらの争点に関して日本と韓国で議論されている内容を調査し、比較法的研究の側面で日韓に何を示唆することができるかについても見ることにしたい。

日韓で共通して議論されている争点であるとしても、当該争点に関する制度的背景や議論の蓄積状況および議論の必要性及び重要性の程度については違いが生じ得る。本章は、本章の目的に関する節以外に、前述の特にそれらの点が見えると思われる 3 つの争点に関する節からなる。この 3 つの争点は、それぞれ①日韓で共通して活発に議論が進められているが、学説及び判例において相違点が存在する争点、②現在、日本では相対的に議論が行われていないのに対し、韓国では重要な争点として扱われて活発に議論されている争点、③現在、韓国では法的制度が不在であり、かつ議論の蓄積が比較的少ないのに対し、日本では既に法的制度が存在するだけでなく、また重要な争点と認識されて議論が活発に行われていることから、先行研究も比較的充分に行われたと言える争点である。

その他にも本章で論じた 3 つの争点を扱うに当たっては、第 4 章で指摘した日韓刑事訴訟法上の問題点を合わせて考慮すると、日本については、被処分者の権利保障、韓国については、新たな手段の導入に向けた法的根拠の確保のための方策が必要である。まず日本の場合、現行刑事訴訟法は、捜査機関による捜索・差押えにおける被疑者や弁護人の立会権を認めていない。しかるに、電磁的記録に関する捜索・差押えにおいては、一般に関係情報・無関係情報が大量に混在している記録媒体を対象にして差押えが行われる。現行刑事訴訟法上の立会権が被処分者に認められていないとしても、自分の私生活に関する内容が保存されている記録媒体を対象に捜査機関が探

索・選別などに関する作業を行う場面を原則として被処分者が直接見て確認することができないのが望ましいかについては疑問が残る。むしろ捜査機関による搜索・差押えが行われる場面を被処分者が直接見て確認できるならば、捜査機関の当該処分に関する透明性と適法性が被処分者によって直接立証されることができる。本章で論じる、3つの争点については、共通して捜査上の搜索・差押えの対象となる記録媒体に係る情報・無関係情報が混在している可能性がある。そして、このため、上述の問題点を理由として、被処分者の権利保障に関する改善策が必要であると考えられる。したがって、日本においては、本章で論じる3つの争点が実際の捜査現場で取り上げられる際、被処分者の権利保障のための方策についても新たに模索することが求められると考えられる。

次に韓国の場合、電磁的記録に関する搜索・差押えに関連して現行刑事訴訟法が規定している手段が不十分である。まず、関連性の判断については、包括的な差押えが問題となりかねず、記録命令付差押えや協力要請制度などの手段による対処が期待できる日本とは異なり、韓国はこれに対処する手段が見当たらない。そして、別件証拠については、記録命令付差押えや保全要請制度による対処が考慮できる日本と異なり、本章で述べる3つの方策（新たな搜索差押許可状、任意提出による領置、逮捕に伴う無令状の搜索・差押え）のほかに取れる手段が見当たらない。次に越境リモートアクセスについても、日本と異なり刑事訴訟法上の関連条項が存在しない。そのため、実務上許されてはいるものの、強制処分法定主義を遵守しない問題が引き続き残る。したがって、韓国においては、本章で論じる3つの争点が実際の捜査現場で取り上げられる際、捜査機関が考慮できる手段及びそれに関する成文法的根拠の確保が早急に行われる必要があると考えられる。

本章で取り上げる3つの争点については、現在、日韓両国において共通して重要なものと扱われている争点もあり、また日本又は韓国でまだ活発に扱われていない争点もある。しかし、電磁的記録に関する搜索・差押えにおいては、日本にも、また韓国にも実務上同一の問題点が発生する可能性がある。したがって、本章で取り上げた3つの争点に関しては、今後、日韓で共通して重要なものと扱われるべき必要性が十分に存在する。

第6章 捜査上の電磁的記録に関する捜索・差押えにおける日韓への提言

前述した第4章、第5章を通じて日本と韓国については、電磁的記録に関する捜査上の捜索・差押えに関連し、各国における法的制度が不在であったり又は特定の争点に関して学界及び実務で行われている議論の程度が充分でなかったりすることが明らかになった。本章では、第4章、第5章で言及した内容を踏まえ、電磁的記録に関する捜査上の捜索・差押えにおける日本と韓国に提言できる点を示すこととしたい。具体的には、第4章、第5章で取り上げた日韓刑事訴訟法上の問題点及び争点に対処するために改善策や新たな方策を提案することとしたい。

まず、日本についてであるが、何よりも電磁的記録に関する捜査上の捜索・差押えにおける被処分者の権利をより効果的に保障できる方策を模索する必要性があると思われる。現行刑事訴訟法は、捜査上の捜索・差押えにおいては、被疑者や弁護人の立会いを許容していない。捜査機関は、必要があるときは、被疑者を立ち会わせることができることとなっているのみである（222条6項）。このため、電磁的記録に関する捜索・差押えに当たっては、捜査機関が被疑事実の関係情報を探索・選別した後、それを差し押さえる過程においても、捜査機関が立会いを認めない限り、被処分者は、原則として捜索・差押えに立ち会って当該過程を直接見て確認することができない。これについて被処分者の立場から考えると、電磁的記録に関する捜索・差押えにおいて、無関係情報の露呈又は無令状の捜索・差押えによるプライバシーの侵害などを防止するためには、被処分者にも捜索・差押えが行われる過程を直接見て確認する必要があるのではないかと考えられる。

第5章で取り上げた3つの争点については、共通して捜査機関が電磁的記録に関する捜索・差押えを行う過程で捜査機関の意図があったか否かにかかわらず、無関係情報に関する露呈又は当該無関係情報に関する捜索・差押えが発生する恐れがある。勿論、捜査機関は、捜索・差押えを執行した後、被処分者に押収目録（電磁的記録を含む）を交付する。しかし、例えば、捜査機関が意図的に無関係情報を取得したとしても、このような事実についてまで被処分者に押収目録の交付に際し通知する可能性は事実上存在しない。したがって、被処分者としては、押収目録の交付以外にもプライバシーなど自身の権利を保障するための他の方策が必要である。

これらの問題に関する新たな方策として、韓国の制度及び関係する議論が参照可能である。現在、韓国では、電磁的記録に関する捜査上の捜索・差押えにおける被処分

者の権利保障が非常に強調されている。すなわち、まず①「参与権」という制度が電磁的記録に関する捜索・差押えにおける被処分者の権利保障のための最も効果的な方策として位置づけられている。韓国の実務では、被処分者が参与を拒否するなどの例外的な事由がない限り、電磁的記録に関する捜索・差押えの執行に参与権が保障されなければ、事実上当該執行の適法性及び当該執行により取得した証拠の証拠能力が否定される。捜査上の捜索・差押えにおける韓国の参与権は、日本の立会権と類似の制度であるが、電磁的記録に関する捜査上の捜索・差押えにおいて両者が自国で持つ意味の程度はかなり異なる。これらの点に照らすと、韓国刑事訴訟法と類似の体系を持っている日本にとって、韓国の参与権制度には参照価値があると考ええる。

次に、②韓国では、他の方策として「専門家参与人制度」の導入に関する議論が行われている。捜査機関は、電磁的記録に関する捜索・差押えを行う際、必要に応じて様々な技術や道具を使用することができる。この場合、例えば、被疑者や弁護人が捜索・差押えの過程を直接見て確認するとしても、デジタルフォレンジックなどに関する専門的知識の不在により捜査機関が正確にどのような行為をしているかを認知できないこともあり得る。そして、この過程で捜査機関の違法な行為が発生するという恐れが存在する。現在、韓国では、被処分者に生じ得るこれらの限界に対処するための新たな方策として、電磁的記録の捜索・差押え及びデジタルフォレンジックなどに関する知識を持つ専門家を参与させる、いわゆる「専門家参与人制度」の導入に関する議論が行われている。これに対して、日本では、専門家立会人制度に係る議論は見当たらない。したがって、被処分者の権利保障のための新たな方策を模索する一環として、本制度の導入に関連し、韓国で行われている議論についても参考にする意味があると考ええる。

次に、韓国についてであるが、電磁的記録に関する捜査上の捜索・差押えに関連して、韓国が抱えている最も大きな問題点は、刑事訴訟法上の関連条項が著しく不十分であるという点である。第4章で指摘したように、韓国の実務では、電磁的記録の捜索・差押えに関連する法的根拠が不足しており、これに対処するために主に大法院判例又は執行方式に関して裁判所が令状に記載する方法に依存している傾向が高い。これは、結果的に強制処分法定主義が無意味になるという深刻な問題を惹き起こす。韓国のこうした状況に関する改善策を模索するにおいて、日本刑事訴訟法が規定している電磁的記録の捜索・差押えのための様々な制度が、韓国に対し示唆する意味は非常

に大きい。日本刑事訴訟法は、韓国刑事訴訟法と類似の体系を持っているので、日本ではない国の既に存在する刑事訴訟法上の制度又は導入のために議論中の制度に比べ、韓国への導入にとって立法に際しての困難は相対的に小さいと考える。特にリモートアクセス、保全要請のように既に日本刑事訴訟法に規定されている制度については、現在、韓国でも導入に係る議論が行われており、立法の動きもあった。そのため、現行の日本刑事訴訟法上の電磁的記録の検索・差押えに関する様々な制度は、韓国に提案できる効果的な新たな方策と言える。ただ、前述した日本刑事訴訟法上の関連条項にも改善が必要であると思われる点が存在する。したがって、韓国においては、前述した現行の日本刑事訴訟法上の関連条項の改善策となり得る点を明らかにし、導入のための立法が行われるべきと考える。そして、これらの点については、今後、日本でも刑事訴訟法の改正が行われる際、参考になり得るだろう。

終章

以上、本稿では、日本と韓国の制度及び議論を中心として、電磁的記録を対象にする捜査上の検索・差押えに関する研究を行った。現在、電磁的記録に関する検索・差押えについては、日韓いずれにおいても重要な問題として扱われており、関連する様々な議論が両国で活発に行われている。しかし、日本と韓国は、これらの問題に関する相手国の制度及び議論を十分に研究しているとまでは言い難い。本稿は、このような状況に一石を投ずるものとして、日韓の比較研究の側面においても一定の価値を有するであろう。

現在、日韓では、捜査上の電磁的記録に関する検索・差押えに関して自国の学界と実務で議論が活発に行われている。これに対して、両国の研究上の相互交流は多くはないと考える。しかし、本稿で述べたように、日韓刑事訴訟法上の検索・差押えは類似の体系で構成されているため、両国においては、自国で重要に扱われている争点に関する相手国の議論状況について考察したり、又は自国にまだ存在していない相手国の新たな制度への導入に向かて検討したりする必要があるとき、相互比較研究を進めるのにも第3国に比べて相対的に容易であるというメリットがあると考えられる。

本稿では、この問題意識から、日韓の制度及び議論を中心にして研究を進めた。勿論、本稿で電磁的記録に関する検索・差押えに関連し、日韓で重要に扱われている全ての争点について詳しく扱ったわけではない。しかし、本稿を通じて行われた研究

は、今後、日韓で電磁的記録に関する搜索・差押えにおける両国の制度及び議論についてより多様で詳細な研究が行われるための架け橋の役割としての意味があれば幸いである。