

《WLJ 判例コラム 臨時号》第 227 号

国外サーバへのリモートアクセス

～最二小決令和 3 年 2 月 1 日わいせつ電磁的記録記録媒体陳列、公然わいせつ被告事件¹～

文献番号 2021WLJCC006

東京都立大学 客員教授

前田 雅英

I 判例のポイント

本件は、アメリカのサーバを利用した電磁的記録記録媒体陳列罪、公然わいせつ罪に関する事案で、日本在住の被告人らにも、無修正わいせつ動画を投稿・配信することについて、黙示の意思連絡があったと評価することができるとして、電磁的記録記録媒体陳列、公然わいせつ罪の共謀共同正犯が成立するとした²。ただ、本判例の意義を考える上で特に注目すべきは、リモートアクセスをして記録媒体から電磁的記録を複写するなどして収集した証拠の証拠能力であった。

II リモートアクセスに関する事実の概要

最高裁の認定した事実の概要は以下のとおりである。

ア 警察官は、インターネットサイト「X」の運営管理会社である株式会社Yの業務全般を共同で統括管理するZ及び被告人甲並びにYの代表取締役である被告人乙らが共謀の上、同サイトにおいて公然わいせつ幫助、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律違反の各犯行に及んだことを被疑事実とする搜索差押許可状に基づき、Y事務所及び附属設備において、搜索差押えの執行を開始した。

上記搜索差押許可状は、「差し押さえるべき物」として、「パーソナルコンピュータ」等が記載されているほか、「差し押さえるべき電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であって、その電磁的記録を複写すべきものの範囲」として、「差し押さえるべきパーソナルコンピュータ（中略）からの接続可能なファイル保管用のサーバの記録媒体の記録領域であって、当該パーソナルコンピュータ等の使用者に使用されているもの」、「差し押さえるべきパーソナルコンピュータ（中略）からの接続可能なメールサーバの記録媒体の記録領域であって、当該パーソナルコンピュータ等の使用者のメールアドレスに係る送受信メール、その他の電磁的記録を保管するために使用されているもの」が記載された、リモートアクセスに

よる電磁的記録の複写の処分（刑事訴訟法 218 条 2 項）を許可した令状であった。

イ 警察官は、上記搜索差押えの実施に先立ち、Yではアメリカ合衆国に本社があるA社の提供するメールサーバ等が使用されている疑いがあり、令状に基づきメールサーバ等にアクセスすることは外国の主権を侵害するおそれがあると考えられたことから、日本国外に設置されたメールサーバ等にメール等の電磁的記録が蔵置されている可能性があることが判明した場合には、令状の執行としてのリモートアクセス等を控え、リモートアクセス等を行う場合には、当該パソコンの使用者の承諾を得て行う旨事前に協議していた。

ウ 警察官は、上記イの方針に基づき、被告人兩名を含むYの役員や従業員らに対し、メールサーバ等にリモートアクセスをしてメール等をダウンロードすること等について承諾するよう求め、アカウント及びパスワードの開示を受けるなどしてリモートアクセスを行い、メール等の電磁的記録の複写を行ったパソコンについては、被告人乙から任意提出を受ける手続をとった（「手続⑦」）。

しかし、警察官は、Y関係者に対し、上記リモートアクセス等は任意の承諾を得て行う捜査である旨の明確な説明をしたことはなく、原判決は、手続⑦について、Y関係者は上記搜索差押許可状等の執行による強制処分と誤信して応じた疑いがあるから任意の承諾があったとは認められない旨判断しており、この判断が不合理であるとはいえない。

エ 上記搜索等が開始された同日以降、Y事務所において、メール等を使用者のパソコンに複写する作業等が続いたが、なお相当の時間を要すると見込まれ、終了のめどが立っていない状況において、Yは、警察官に対し、よりYの業務に支障が少ない方法として、警察のパソコンでメールサーバ等にアクセスできるアカウントを付与するなどしてY事務所以外の場所でダウンロード等ができるようにする旨の提案を行った。その範囲や方法等について、Yの幹部と警察官との間で、Yの顧問弁護士も交えて協議が行われ、最終的に被告人乙が同年 10 月 3 日付けで承諾書を作成した。警察官は、これに基づき、Y事務所外の適宜の機器からリモートアクセスを行い、電磁的記録の複写を行った（「手続⑧」）。

III 判旨

弁護士は、日本国外に所在するサーバへのリモートアクセスによる電磁的記録の取得行為は、現行刑訴法によっては行うことができず、あくまで国際捜査共助によるべきものであるところ、警察官が、これらの点を認識した上、国際捜査共助を回避し、令状による統制を潜脱する意図の下に手続⑦、⑧を実施した行為は、サーバ存置国の主権を侵害するものであり、重大な違法があるから、各手続によって収集された証拠は違法収集証拠として排除すべきである等と争って上告した。

これに対し最高裁は、「手続⑦、⑧の各リモートアクセスの対象である記録媒体は、日本国外にあるか、その蓋然性が否定できないものである。なお、上記各リモートアクセス等について、外

国から反対の意思が表明されていたような事情はうかがわれない。」と認定した上で、以下のよう
に判示した。

「刑訴法 99 条 2 項、218 条 2 項の文言や、これらの規定がサイバー犯罪に関する条約（平
成 24 年条約第 7 号）を締結するための手続法の整備の一環として制定されたことなどの立法の
経緯、同条約 32 条の規定内容等に照らすと、刑訴法が、上記各規定に基づく日本国内にある記
録媒体を対象とするリモートアクセス等のみを想定しているとは解されず、電磁的記録を保管し
た記録媒体が同条約の締約国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任
意の同意がある場合に、国際捜査共助によることなく同記録媒体へのリモートアクセス及び同記
録の複写を行うことは許されると解すべきである（下線は最高裁による一筆者注）。

その上で、まず、手続⑦により収集された証拠の証拠能力について検討すると、手続⑦は、Y
関係者の任意の承諾に基づくものとは認められないから、任意捜査として適法であるとはいえず、
上記条約 32 条が規定する場合に該当するともいえない。しかし、原判決が説示するとおり、手
続⑦は、実質的には、司法審査を経て発付された前記捜索差押許可状に基づく手続ということが
でき、警察官は、同許可状の執行と同様の手続により、同許可状において差押え等の対象とされ
ていた証拠を収集したものであって、同許可状が許可する処分の範囲を超えた証拠の収集等を行
ったものとは認められない。また、本件の事実関係の下においては、警察官が、国際捜査共助に
よらずに Y 関係者の任意の承諾を得てリモートアクセス等を行うという方針を採ったこと自体が
不相当であるということとはできず、警察官が任意の承諾に基づく捜査である旨の明確な説明を欠
いたこと以外に Y 関係者の承諾を強要するような言動をしたとか、警察官に令状主義に関する諸
規定を潜脱する意図があったとも認められない。以上によれば、手続⑦について重大な違法があ
るということとはできない。

なお、所論は、令状主義の統制の下、被疑事実と関連性の認められる物に限って差押えが許さ
れるのが原則であり、警察官は、被疑事実との関連性を問わず包括的に電磁的記録を取得した違
法があるとも主張する。しかし、前記の事実関係に照らすと、前記捜索差押許可状による複写の
処分の対象となる電磁的記録には前記被疑事実と関連する情報が記録されている蓋然性が認めら
れるところ、原判決が指摘するような差押えの現場における電磁的記録の内容確認の困難性や確
認作業を行う間に情報の毀損等が生ずるおそれ等に照らすと、本件において、同許可状の執行に
当たり、個々の電磁的記録について個別に内容を確認することなく複写の処分を行うことは許さ
れると解される。……

以上によれば、警察官が手続⑦、⑧により収集した証拠の証拠能力は、いずれも肯定するこ
とができ、これと同旨の原判決の結論は正当である（下線は最高裁による一筆者注）。

IV コメント

- 1 最近では、クラウドや海外のサーバに電磁的記録を保管し、これをダウンロードするといっ

た利用が著しく増加した。これまでのように「記録媒体を差し押さえる」という方法では、犯罪の証拠は十分に収集できないことになった。刑事訴訟法も、平成 23 年 6 月には、従来の記録媒体の差し押えに加えて、①コンピュータに接続されている記録媒体から複製して差し押さえることを認め、②新たな強制処分として記録命令付差し押えを創設し、③電磁的記録物の差し押えの執行方法として、特定の情報にとどめる代替的方法を認め、④電磁的記録物の差し押えの執行を受ける者等に協力を要請できるものとし、⑤通信履歴の保全要請ができるものと改正された。

特に、刑事訴訟法 218 条 2 項は、検察官、司法警察職員等による差し押えについて、コンピュータを差し押さえる場合には、当該コンピュータに接続している記録媒体のうち、当該コンピュータで作成・変更した電磁的記録又は変更・消去できるとされている電磁的記録を保管するために使用されていると認めるに足りる状況にあるものから、当該コンピュータを操作して、必要な電磁的記録をそのコンピュータ又は他の記録媒体に複製した上、当該コンピュータ又は記録媒体を差し押さえることができることとした（池田修・前田雅英『刑事訴訟法講義〔第 6 版〕』（東京大学出版会、2018 年）181 頁以下参照）。

コンピュータで作成・変更した電磁的記録を「保管するために使用されていると認められる状況にある」というのは、差し押さえるべきコンピュータの使用状況等から、保管するために使用されている蓋然性が認められるということである。

2 さらに刑事訴訟法 99 条の 2 により、「電磁的記録を保管する者その他電磁的記録を利用する権限を有する者に命じて必要な電磁的記録を記録媒体に記録させ、又は印刷させた上、当該記録媒体を差し押さえること」と定義された記録命令付差し押えが創設された。その場合に発付される**記録命令付差し押許可状**には、差し押さえるべき物のほか、記録させ又は印刷させるべき電磁的記録及びこれを記録させ又は印刷させるべき者を記載しなければならない（刑事訴訟法 219 条 1 項）。

そして、記録媒体の差し押え等に当たっては、コンピュータ・システムの構成等について最も知識を有すると思われる被処分者の協力を得ることが必要であり、また、被処分者の中には、記録媒体に記録されている電磁的記録について権限を有する者との関係で、これを開示しない義務を有する者もあることなどから、捜索・差し押えを実施する者が被処分者に協力を求め、また、被処分者もこれに協力することができる法的根拠を明確にしておくことが必要と考えられる。

そこで、「差し押さえるべき物が電磁的記録に係る記録媒体であるときは、差し押え又は捜索状の執行をする者は、処分を受ける者に対し、電子計算機の操作その他の必要な協力を求めることができる。」とする刑事訴訟法 111 条の 2 が新設されている。

3 最高裁は、本件手続⑦は、任意の承諾に基づくものではなく、任意捜査として適法であると

はいえないが、実質的には、司法審査を経て発付された搜索差押許可状に基づく手続ということができ、警察官は、同許可状の執行と同様の手続により、同許可状において差押え等の対象とされていた証拠を収集したものであって、同許可状が許可する処分の範囲を超えた証拠の収集等を行ったものとは認められないとした。

弁護側は、警察官は、被疑事実との関連性を問わず包括的に電磁的記録を取得した違法があるとも主張したが、最高裁は、複写の処分の対象となる電磁的記録には被疑事実と関連する情報が記録されている**蓋然性**が認められ、差押えの現場における電磁的記録の内容確認の困難性や確認作業を行う間に情報の毀損等が生ずるおそれ等に照らすと、許可状の執行に当たり、個々の電磁的記録について個別に内容を確認することなく複写の処分を行うことは許されるとしたのである（最二小決平成 10 年 5 月 1 日刑集 52-4-275、[WestlawJapan 文献番号 1998WLJPCA05010001](#) 参照）。

4 リモートアクセスの適法性に関しては、東京高判平成 28 年 12 月 7 日（高刑集 69-2-5、[WestlawJapan 文献番号 2016WLJPCA12076005](#) 参照）が、非常に制限的な判示を行っていた。重要な搜索差押許可状に基づき差し押さえたパソコンについて、差押えの数日後に検証許可状に基づき、パソコンからアクセス履歴が認められたメールアカウントのメールサーバにアクセスして、メールの送受信履歴や内容をダウンロードした措置の適法性に関し、「そのサーバが外国にある可能性があったのであるから、捜査機関としては、**国際捜査共助等の捜査方法を取るべきであった**」とし、当該メールサーバへのリモートアクセスが「本件検証許可状に基づいて行うことができない強制処分を行ったものである」として、違法捜査としたのである。さらに、本件検証の違法の程度は重大であり、その結果である検証調書および捜査報告書について証拠能力を否定した（なお、大阪高判平成 30 年 9 月 11 日高検速報平 30-344、[WestlawJapan 文献番号 2018WLJPCA09119002](#) 参照）。

5 これに対して本件決定は、「電磁的記録を保管した記録媒体が同条約の締約国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意がある場合に、国際捜査共助によることなく同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複写を行うことは許される」と断じたのである。この判断の捜査機関に与える影響は、非常に大きなものがある。三浦裁判官の補足意見にあるように、権限を有する者の任意の承諾の有無、その他当該手続に関して認められる諸般の事情を考慮して判断すべきであるが、一律に国際捜査共助によらねばならないということとの差は著しい。

サイバー世界の特殊性を踏まえて、合理的な刑事介入を拡大するために締結されたサイバー犯罪に関する条約（平成 24 年条約第 7 号）を踏まえている日本の刑事訴訟法のリモートアクセスの規定が、国内の記録媒体のみを対象として想定しているとは解されないといえよう。

(掲載日 2021年3月1日)

¹ 本件決定の詳細は、最二小決令和3年2月1日 [WestlawJapan 文献番号 2021WLJPCA02019001](#) を参照。

² 被告人等が、無修正わいせつ動画が投稿・配信される蓋然性があることを認識した上で、利益を上げる目的で、弁護士からの指摘や、公然わいせつ被疑事件について捜査照会を受けていたにもかかわらず、無修正わいせつ動画を放置していたと認定された。

最高裁は、「Bは、過去に何度も投稿した動画が削除されることはなく、視聴者の反応を楽しむ等の欲求を満たすために、第1審判決判示第1の無修正わいせつ動画の投稿(わいせつ電磁的記録記録媒体陳列の犯行)に及んだ。

Cは、Xライブアダルトは視聴者がコンスタントに入り稼ぎやすいこと、前記ア(ウ)の料金設定の仕組みがあることなどを理由にエージェント登録し、利益を得る目的で、有料設定で、Dと共謀の上、第1審判決判示第2の無修正わいせつ動画の配信(公然わいせつの犯行)に及んだ。Eは、他のサイトでは制限されている無修正わいせつ動画を配信しているXライブアダルトの存在を知り、エージェント登録し、利益を得る目的で、有料設定で、パフォーマーと共謀の上、第1審判決判示第3の無修正わいせつ動画の配信(公然わいせつの犯行)に及んだ」とした上で、このような「事実関係によれば、被告人兩名及びZは、本件各サイトに無修正わいせつ動画が投稿・配信される蓋然性があることを認識した上で、投稿・配信された動画が無修正わいせつ動画であったとしても、これを利用して利益を上げる目的で、本件各サイトにおいて不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供するという意図を有しており、前記のような本件各サイトの仕組みや内容、運営状況等を通じて動画の投稿・配信を勧誘することにより、被告人兩名及びZの上記意図は本件各投稿者らに示されていたといえる。他方、本件各投稿者らは、上記の働きかけを受け、不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供するという意図に基づき、本件各サイトのシステムに従って前記投稿又は配信を行ったものであり、本件各投稿者らの上記意図も、本件各サイトの管理・運営を行う被告人兩名及びZに対し表明されていたことができる。そうすると、被告人兩名及びZと本件各投稿者らの間には、無修正わいせつ動画を投稿・配信することについて、黙示の意思連絡があったと評価することができる。

そして、本件わいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪及び公然わいせつ罪は、本件各投稿者らが無修正わいせつ動画を本件各サイトに投稿又は配信することによって初めて成立するものであり、他方、本件各投稿者らも、被告人兩名及びZによる上記勧誘及び本件各サイトの管理・運営行為がなければ、無修正わいせつ動画を不特定多数の者が認識できる状態に置くことがなかったことは明らかである。加えて、被告人兩名及びZは、本件公然わいせつの各犯行については、より多くの視聴料を獲得することについて、C、D及びEらとその意図を共有していたことも認められる。

以上の事情によれば、被告人兩名について、Z及び本件各投稿者らとの共謀を認め、わいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪及び公然わいせつ罪の各共同正犯が成立するとした原判断は正当である」と判示した。