

法制審議会
刑事法（情報通信技術関係）部会
第11回会議 議事録

- 第1 日 時 令和5年8月4日（金） 自 午後1時28分
至 午後5時01分
- 第2 場 所 法務省大会議室
- 第3 議 題 1 情報通信技術の進展等に対応するための刑事法の整備について
2 その他
- 第4 議 事 (次のとおり)

議 事

- 鷓鴣幹事** ただいまから法制審議会刑事法（情報通信技術関係）部会の第11回会議を開催いたします。
- 酒巻部会長** 本日も御多忙のところ、お集まりいただきありがとうございます。
本日は、池田委員、安田委員、進関係官におかれましては、オンライン形式により出席されています。
審議に入る前に、前回の会議以降、幹事の異動がありましたので、御紹介させていただきます。
まず、保坂和人氏が幹事を退任され、新たに玉本将之氏が幹事となりました。また、榑清隆氏が幹事を退任され、新たに吉田誠氏が幹事となりました。初めて会議に御出席いただいた玉本幹事と吉田幹事に、それぞれ自己紹介をお願いします。
まず、玉本幹事からお願いします。
- 玉本幹事** 法務省刑事局刑事法制管理官の玉本でございます。どうぞよろしくお願いいたします。
- 酒巻部会長** 続きまして、吉田誠幹事、お願いします。
- 吉田（誠）幹事** 内閣法制局参事官の吉田誠と申します。7月14日付けで榑の後任として着任いたしました。よろしくお願いいたします。
- 酒巻部会長** ありがとうございます。
続いて、事務当局から、本日の配布資料について説明をお願いします。
- 鷓鴣幹事** 本日、配布資料15として「取りまとめに向けたたたき台（諮問事項「一」関係）」をお配りしています。配布資料の内容については後ほど御説明します。また、参考資料として、配布資料14「検討のためのたたき台（電磁的記録を提供させる強制処分の創設）改訂版」をお配りしています。
- 酒巻部会長** それでは、審議に入ります。
前回の会議においては、本日参考資料としてお配りしている配布資料14の「検討のためのたたき台（電磁的記録を提供させる強制処分の創設）改訂版」のうち、検討課題の「（6）命令に違反する行為についての罰則」について御意見を伺っている途中で、時間の関係で会議を終了しました。本日は、引き続き、検討課題の「（6）命令に違反する行為についての罰則」について議論を続けたいと思います。
検討課題「（6）」の「①」と「②」は相互に関連しますので、併せて御意見を伺います。御意見のある方は挙手などした上、いずれの点についてのものかを明らかにした上で御発言をお願いします。
- 久保委員** 初めに、この点は申し上げるか逡巡しましたが、事務当局の議題の設定の在り方に対する異議を申し上げざるを得ないことを残念に思います。電磁的記録提供命令につきましては、私の方で発言させていただくことまで部会長に指定していただいた上で前回の会議は終了しました。それにもかかわらず、事務当局において作成された本日の新しい配布資料の中に、既に「第1-3」として原案まで作成されていることについては、私がこれから述べる意見を反映する意向がないことの表れであり、手続的な公正さも、原案を作る担当者としての中立性も欠くものと言わざるを得ません。進行についてはもちろん部

会長に一任させていただいているところではございますが、是非「第1-2」の後、「第1-4」を議論して、「第1-3」の三巡目には入らないという進行を求めます。

その上で、電磁的記録提供命令について改めて意見を申し上げます。この部会の当初から、記録命令付差押えからの変質という問題点を指摘してまいりました。これまでは、協力的な事業者が顧客のプライバシーを尊重しつつ、通信履歴という外形情報を出してよいという態度を見せた限りで、そのような情報が開示されてきたという運用の在り方でした。捜査に必要なデータについて、保管あるいは利用する権限という概念に当てはまる限り、あらゆる電磁的記録提供命令の宛名になる可能性があり、罰則を伴うことになれば、実際に提出される可能性も高まります。例えば、通信事業者が契約で顧客の通信内容を出さないと規定していたとしても、技術的には通信内容を取り出せる場合には、保管している、すなわち実力的な支配があるという概念に当てはまってしまうことを懸念しております。

刑事訴訟法第99条の2の保管の具体例として立法当時、記録媒体の所持者が挙げられていましたが、サーバを保守する企業はこれに当てはまり、サーバ内の全情報が提出の対象になることになってしまうのではないのでしょうか。少なくとも、これほどの議論において確認されたのは、特定が必要というだけであって、サーバ内の全情報が出てくる可能性は排除されておられません。そこまでの大規模なデータプライバシー侵害が可能になるということについて、必要性がこれまでに十分に示されているとは思われませんし、相当性はもちろん備えていません。

ここからは、電磁的記録提供命令につき、一つ目に、罰則に関する前回の指摘に沿って意見を申し上げ、その後、二つ目に、このたたき台改訂版に記載はないものの検討すべき規律について申し上げたいと思います。ただ、いまだ不明確な点が多く、私には理解できない点が多々あることから、途中で質問を挟ませていただくことについても御容赦いただきたいと思います。電磁的記録提供命令につき、事前に私の方で質問したいと思った事項を整理している中でも、既に刑事訴訟法の先生方、特にこの罰則の関係で発言された成瀬幹事には4点、実体法の先生方、特にこの論点について発言された樋口幹事には5点、御意見を伺いたいと思っています。内容によっては、更に増えるかもしれません。できるだけ整理して発言したいと思っておりますが、何分分からないことだらけなものですから、御容赦いただければ幸いです。

まず、罰則について実体法的な観点と手続法的な観点での御意見を頂きましたので、実体法的な観点での御指摘に沿って発言をしたいと思います。前回の会議の中では、一つ目に、被疑者・被告人とそれ以外を分けるという考え方、二つ目に、明確性、その中でも条文の明確性と令状の明確性の二つの明確性が必要であるということ、三つ目に、両罰規定に関する指摘、四つ目に、期待可能性という御指摘がありました。

前回、被疑者・被告人とそれ以外とは状況が違うということを前提に、そもそも対象から外す、あるいは法定刑を変えるという選択肢を指摘していただきました。仮に何らかの制度を作るとすれば、被疑者・被告人を電磁的記録提供命令の対象としないこととすべきだと考えています。外国においても被疑者・被告人を対象としない国はあり、それは我が国にも妥当するような意義があるのではないかと考えています。

この点について質問をさせていただきたいのですが、刑事訴訟法の学者の先生方、これは成瀬幹事に限るものではなく、ほかの刑事訴訟法の先生方も含めてお伺いしたいと思

ます。外国において被疑者・被告人を電磁的記録提供命令の対象としない国や、条文を分けている国、その内容や趣旨について何か御紹介いただける点があれば、お伺いできればと思います。

○酒巻部会長 直ちに全ての国について紹介できるわけではないでしょうが、どなたか応答できる方はいますか。

○成瀬幹事 諸外国の法制度について網羅的に把握してはおりませんが、前回の会議において発言をさせていただくに当たり、幾つかの国の法制度について調査しました。その中で、カナダは、刑事法第487.014条以下において、書類やデータの提出命令（production order）という制度を設けており、そこでは、被疑者が明示的に対象者から除外されていました。もっとも、カナダの連邦最高裁判所の判例によれば、被疑者が既に存在している書類の提出を強制されたとしても、1982年憲法の下で保障されている自己負罪拒否の原理に反するわけではないとされています。よって、カナダ刑事法が提出命令の対象者から被疑者を除外したのは、憲法上の要請によるものではなく、飽くまで立法政策に基づく判断であると思われま。

我が国では、前回の会議で事務当局が示してくださった具体例のように、被疑者・被告人に対して特定のデータの提出を義務付ける必要性が高い場合が現に想定されており、かつ、その場合に罰則の威嚇の下でデータ提供を義務付けても憲法第38条第1項に違反しないと考えられますので、被疑者・被告人を一律に除外することまではしないという立法上の選択もあり得るだろうと考えています。

○酒巻部会長 今のはカナダの実例ですが、ほかに刑事訴訟法研究者の先生で久保委員の質問に応答される方はいますか。では、久保委員、お願いします。

○久保委員 私の方では、なかなか不勉強なもので、手探りで探しているところではあるのですが、例えば、ドイツでは電磁的記録提供命令というものはなく、提出命令という制度では被疑者・被告人が除外されているように読めました。

次に、被疑者・被告人を電磁的記録提供命令の対象とする場合、取り分けパスワードについて被疑者・被告人が提供命令の名宛人になることには大きな問題があると考えています。先ほど成瀬幹事からも指摘がありましたし、前回も御指摘がありましたが、自己負罪拒否特権と期待可能性をクリアできる可能性について言及されていましたが、この点について、私は反対の意見を持っています。

外国においては、パスワードについて別の立法をしている国もあるはずであり、パスワードを電磁的記録提供命令の対象とするのかそうでないのかも、本来であれば区別して議論されなければならないものであると思います。様々な電磁的記録の対象を曖昧なまままとめた規律とすることは、個別の問題点を曖昧なままにするものであり、問題があるものと考えています。仮に自己負罪拒否特権と期待可能性の問題がクリアできるとしても、携帯電話のパスワードを開示させることとクラウド自体を電磁的記録提供命令の対象とする場合とでは問題の状況も異なっているように思いますし、少なくとも、それを被疑者・被告人が拒否したことについて身体刑をもって処罰する罰則を作るような理由はないものと思います。

法定刑について、刑事訴訟法第161条を引き合いに出されていましたが、そもそこの条文は被疑者・被告人は除外されているはずであり、同じ規律において対象とするべき

条文ではありません。また、被疑者・被告人を名宛人とする場合には、被疑事実との関係で不利益な証拠を提出させられないかという点が大きな問題となることとなります。電磁的記録提供命令に応じないことによる罰則と、応じることによる罰則を比較しなければならぬという利益衡量の場面になります。

また、第三者を名宛人とした場合に、そもそもどのような事例が想定されるのかということ、まだよく分からないのですが、事業者側がどのような場合に拒否できるのか、応じる場合の負担はどのようなものであるのか、そして、第三者であるがゆえに、本来のデータ主体の保護はどうなるのかといったことが大きな問題となると考えられます。被疑者・被告人を名宛人とする場合と第三者を名宛人とする場合とでは比較する利益が全く異なるにもかかわらず、同じ条文で対応しようとするのは解釈の混乱を招くことになりかねません。

執行方法につきましても、同じく非協力的な名宛人であるということを前提とすると、被疑者・被告人と第三者とでは、やはり問題となる場面が異なることが想定されます。身体拘束をされている被疑者・被告人に対して執行する場面というのが、現時点では全くイメージができておりません。仮に取調室に呼び、令状を示し、弁護人に相談するいとまを与えることもなく、その場で携帯電話を操作させるようなことがあってはならないと思います。第三者であれば、突然第三者である事業者の下に捜査機関が訪れたとして、その事業者が適切に対応できるとは思えません。そうすると、いずれについても令状を呈示してから具体的に執行するまでには相当程度の時間的な間隔が必要となるということにも配慮が不可欠だと考えます。被疑者・被告人とそれ以外を分けた上でそれぞれの問題点を検討し、被疑者・被告人を対象とするのか、罰則を設けるのかから丁寧に検討するべきだと考えます。

次に、明確性について申し上げたいと思います。前回指摘があったとおり、条文が明確であり、かつ、条文に基づいて出された命令の内容が令状の記載内容自体から明確であるということが必要です。条文の明確性につきましては、記録命令付差押えでは協力的な事業者を前提とした制度であったことから、協力的ではなく、あるいは被疑者・被告人が対象となった場合を具体的に想像すると、改めて条文自体に不明確なところがあると感じています。

1点目に、「保管する者」、2点目に、「利用する権限を有する者」がどのような者であるかが不明確であることについて申し上げます。

移転させる方法による電磁的記録の提供は、これを保管する者に対してのみ命じることができるとする議論が出ておりましたが、それによると、移転ができるのは消去をする権限がある者ということになるのかもしれませんが。記録命令付差押えにおける電磁的記録を保管する者の定義につき、立案担当者の解説では、電磁的記録を保管する者は電磁的記録を自己の実力支配内に置いている者をいうとされていました。そして、例として、電磁的記録が記録されている記録媒体を所持する者などがこれに当たるとなっていたことは先ほども指摘したとおりです。

しかし、記録媒体の占有の有無で判断すると、クラウド事業者はサーバという媒体を占有しているけれども、媒体に保存されたデータの取扱いについては、法令や契約に拘束されているため、媒体内のデータを自由に閲覧、処分することは許されていません。そのた

め、電磁的記録、すなわちデータそのものを実力支配内に置いているとはいえ、電磁的記録を保管する者には当たらないと考えられます。仮に、クラウド事業者がデータの処分権者であるユーザーの同意を得ることなくデータの移転や消去を命じられた場合、個人情報保護法やGDPR遵守との兼ね合いで、命令を受けた事業者が判断困難な立場に立たされるという場面が強く懸念されます。そのように考えますと、電磁的記録を保管する者の意義はいまだ明確とはいえないように思います。クラウド事業者が保管しているサーバ内の当該データが存在するかどうかを確認できる程度の明確性を持つような内容で裁判所が命令を発することが可能なのかという点でも疑問があり、示された具体例としても不適切であるように思っております。

また、別の立案担当者の解説では、他人の電磁的記録に関する解釈に関して、媒体に対する所有と記録に対する支配、管理が分離する場合も多いから、利用実態に鑑み、端的に記録としての効用の帰属の有無とすべきとの指摘もあり、媒体の所有者と記録の支配、管理が分離することへの注意喚起もありましたが、これは今回の電磁的記録提供命令との関係でどう考えるべきかということもよく分かりませんでした。そして、この点について、具体例としては、契約次第ということも記載されておりました。そうすると、データの実力支配の有無も事業者と利用者の契約により左右されることにもなりそうですが、それが構成要件として明確なのか、甚だ疑問があります。例えば、電磁的記録の帰属主体などの表現であれば、不明確な部分は残るものの、保管という概念よりは分かりやすいのかもしれませんが、それが最善な表現だとは思いませんが、罰則を伴うがゆえの明確性が要求される以上は、単に記録命令付差押えの定義がそのまま妥当するというのは不適切であり、条文の性質が変質することに伴う明確性を検討すべきだと考えます。

2点目に、利用する権限を有する者の定義につきましては、契約によってデータを利用する権限を付与された者と考えるのが自然であるように思いますが、その契約内容や利用権限の有無をどのように調査、確認するのか、また、幅広いデータの提供を命じられた場合に、その旨をデータの帰属主体に通知することの可否や是非はどう考えるのかなど、不明な点が多いと考えます。また、利用する権限を有する者であったとしても、本来その利用目的の範囲外では第三者に見せてはならないはずで、捜査機関がデータのプライバシーを無制限に侵害してよいということには当然ならず、どのようにして提供の対象となるデータの範囲を適切に限定するのか、それを裁判所が適切に司法審査することが今の条文の案のままで可能なのかということにも問題があると考えます。

そこで、刑事訴訟法の先生に質問をさせていただければと思います。今申し上げた保管者と利用権限者という概念について、どのように区別をすればよいのでしょうか。つまり、移転は保管者に対してのみ命じられる制度ということですので、利用権限者との区別が厳しく問われることになるように思います。例として適切かどうかは分かりませんが、例えば、AIが自動的にその人の好みを判別するためにSNSにアクセスすることが許容されている約款がある場合に、それは利用権限があるというのか、あるいは保管者というのか。ヤフーのメールサービスは、規約によれば、6か月程度メールサービスを利用しないと削除権限が付与されるという規約になっておりました。そうすると、いつでも自由に削除するだけの権限はないものの、一定の強い権限を持っているようにも見えるので、迷う場面もありそうです。今の例に対する応答ということではないのですが、この保管者と利用権

限者の概念をどのように区別して考えればよいのかについて、何か御教示いただけることがあれば、お願いできればと思います。

○酒巻部会長 今の久保委員の質問のほとんど、分からないというところのほとんどは、現在の記録命令付差押えの条文における電磁的記録を「保管する者」及び「利用する権限を有する者」の意義に関わるものと理解しましたので、まずは配布資料14を作成した事務当局から御説明ないし御意見があれば、お聞きしたいと思います。

○鷓鴣幹事 久保委員からも御指摘があったとおり、配布資料14に記載した「保管する者」、あるいは「利用する権限を有する者」というのは、現行の刑事訴訟法第99条の2の記録命令付差押えにおいて用いられている用語と同一ですので、基本的に同一の意味で用いているものです。久保委員からも御紹介がありましたが、文献には、「保管する者」は、電磁的記録を自己の実力支配内に置いている者をいい、「利用する権限を有する者」は、適法に電磁的記録が記録されている記録媒体にアクセスして当該電磁的記録を利用することができる者をいうとするものがあります。

○吉田(雅)幹事 先ほどの久保委員の話に関連して若干申し上げます。先ほど、利用権限を持っているというだけでは第三者に見せてよいことにはならない、したがって、この命令を受けたとしても、その情報を提供してよいかどうか分からないではないか、あるいは、個人情報保護法との関係でそういった迷い、疑念が生じるのではないかというようなお話がありましたけれども、今回のたたき台の案は、飽くまで裁判所が司法審査をして令状を発付することが前提であり、正にその令状が、第三者に見せてよいことの根拠になります。したがって、令状が発付された場合にそれに応じるかどうかを迷うというのは、趣旨がよく分かりません。

また、これまでも議論に出ていることですが、この制度が導入されると、サーバに保管されている全てのデータが提出の対象となるという趣旨の懸念が示されていましたが、これも前回までに議論されているとおりで、令状において提供の対象となる電磁的記録の範囲を特定することを前提に検討しているものですので、全てのデータが提出の対象となるという危惧の前提自体が理解に苦しむところです。

それから、罰則の構成要件の明確性との関連でお話がありましたけれども、構成要件は、裁判所の発した令状に基づく電磁的記録提供命令に違反するということです。保管者その他利用権限を有する者に当たるかどうかというのは、令状発付の段階で問題となるものであり、構成要件そのものではないということを前提に、もし自分が該当するのかどうかについて疑念がある場合には、不服申立てをすることによって、司法プロセスの中で解決されるということが前提となります。それでもなお、その命令に反するということがなれば、それは構成要件上は命令に違反したということになり得るのだろうと思います。

○久保委員 鷓鴣幹事のおっしゃったことにつきましては、従前と同じように、やはり記録命令付差押えと同じであるという回答であったと理解しました。ただ、この点について、実体法の先生にお伺いしたいのですが、構成要件の明確性という観点を考えたときに、これまでの罰則を伴わず、かつ協力的な事業者を対象とした制度における条文の在り方と、全く同じと考えてよいのか、あるいは罰則を伴うことによる質の違いということを考慮すべき、あるいは考慮しなければならないという問題意識があるのかについて、もし何か御意見を頂けることがあれば、お願いいたします。

○吉田（雅）幹事 研究者の委員の方がお答えになるにしても、前提がよく分からないので確認をさせていただきたいのですが、先ほど申し上げたとおり、構成要件としては命令に違反するということです。それが構成要件です。他方で、現行法上存在している記録命令付差押えについては罰則がありません。この両者を比較して何について研究者の先生に御意見を伺いたいのか、説明していただけますか。

○酒巻部会長 私もよく分かりません。実体法の構成要件の話とは違うでしょう。命令違反に罰則を付ける話と、命令の前提になっている刑事手続法の実体要件とは別の事柄なので、疑問に思っている点について御説明をお願いします。

○久保委員 まず、令状の名宛人として適切かということが、実際に令状を示された事業者、あるいは被疑者・被告人の方で判断しなければならないということになります。自分が電磁的記録提供命令の名宛人であるか、利用する権限を有する者あるいは保管する者に当たるのかということが当然、検討の対象になります。その上で、令状の問題につきましては、もちろん保管する者に該当するのかといった点も問題にはなりますが、求められている電磁的記録が何なのかといった点が大きな問題となってきます。

司法審査の場面で大きな問題となってくるのは、電磁的記録提供命令の対象であるデータの被疑事実との関連性や特定性といった点ですが、繰り返しになりますが、令状の中でももちろん保管する者あるいは利用する権限を有する者に当たるのかということも問題になりますが、まずはその令状を出す前提として、その名宛人となる保管する者や利用する権限を有する者に自分が当たるのかということ判断する上で、これまでは協力事業者を対象としていた以上、自分が利用する権限を有する者ではないという争い方や、そういった条文自体に該当しないという争い方自体が裁判例で問題となってきたということはないものと思われま。ただ、今後、非協力的な事業者を対象として令状を発付するというのを考えれば、元々保管する者、利用する権限を有する者という、これまで争いになっていなかった点から問題となる可能性がございます。自分は利用する権限を有する者ではないという争い方をすることも当然想定されるわけですが、前提として、その判断材料としての、利用権限を有する者が何なのか、保管する者が何なのかということがいまだ不明確ではないか、というのが私の問題意識になります。

○吉田（雅）幹事 やはり議論を混同されていると思うのですが、保管者その他利用する権限を有する者の意味するところについては、まず裁判所が令状を発するに当たって解釈を行うのだらうと思います。その上で、捜査段階であれば捜査機関から提出される疎明資料に基づいて自分の解釈したところに具体的に当てはめをして、要件を満たすと判断すれば、令状を発するということになるのだらうと思います。その令状を捜査機関が持って行って被処分者に示したときに、その被処分者が、自分は保管者に当たらないからこの命令は違法であると考えるのであれば、抗告や準抗告で対処し得ることになります。

一方で、罰則の構成要件は、先ほど申し上げたとおり、飽くまで命令に違反した者ということであり、保管者に当たるかどうかが直接構成要件の解釈に影響してくるわけではありませんので、両者がどういうふうに関連するのかということのをこれ以上議論しても、余り意味があるとは思えません。

○酒巻部会長 私も意味が無いと思います。

○久保委員 では、令状の点についての問題をこれから申し上げようと思っていたところで

すので、引き続き令状について申し上げたいと思います。

○酒巻部会長 令状についての不服申立ては、既に議論が終わっているのではないですか。

○久保委員 令状の明確性の問題です。

○酒巻部会長 それは罰則の話ではなく、既に議論が済んだ事項ではないですか。

○久保委員 いえ、前回、罰則に関する議論として、樋口幹事から条文の明確性と令状の明確性が必要であるという御指摘があり、その後、私の方では発言の機会がない状態で次回に持ち越しとなっております。そのため、この令状の明確性の問題につきましても、本日意見を申し上げる予定としておりましたので、その点について意見を申し上げる機会を頂ければと思います。

○酒巻部会長 どうぞ。

○久保委員 令状の記載に反する、換言すると、先ほども指摘があったように、命令によって義務履行しなかったという違反の行為があれば罰則ということになるものだと思いますので、個別の行為ごとに、令状の内容がどのようなものであり、自身に与えられた義務がどのようなものなのかということとその都度、名宛人の方では判断しなければならないということになります。このような表現が適切かどうかは分かりませんが、言わば、その義務が令状で決められ、それに違反したら罰則ということになる以上は、正に令状の記載自体が構成要件そのものになるというよいようには思います。

○酒巻部会長 ただいまの発言は先ほどと同じ問題に係ることであって、私には議論の蒸し返しをしているとしか思えないのですが。

○久保委員 令状を示された者にとって、どのような形で明確になるのかという点については、意見を申し上げたいと思います。

○酒巻部会長 それは、令状の対象者についての事柄であって、罰則の話とは関係ないのではないですか。

○久保委員 対象者もそうですし、先ほど吉田幹事において、司法審査の対象となるという御発言もありましたので、その司法審査の在り方にも関わってくるものと思います。

○酒巻部会長 それでは、より簡潔に述べていただけませんか。

○久保委員 では、この令状の点について1点申し上げます。令状につきましては、1通ずつ令状を発付するたびに、その裁判官において、令状が明確といえるのか、違反に罰則を科すことが妥当なのかという慎重な判断が必要となりますので、どのような令状として発付すべきなのかということは、あらかじめ方針として共有しておくべきだと考えています。そうでなければ、罰則を恐れて必要以上に多くの電磁的記録を提供することになり、また、不履行の認識もないままに刑罰を受けるということにもなりかねません。令状が明確でなければならないということは重要であり、その前提として、司法審査の場においてどのような審査がなされるのかということについても認識を共有しておく必要があります。

事務当局に質問をさせていただきたいのですが、前回このような制度が適用される場面として事例を御紹介いただきました。これは、従前私の方で、どのような立法事実があるのか、どのような場面で適用対象となるのかということについて事例を挙げていただいたのだと認識しております。鷗鷗幹事から紹介いただいた事例について質問をさせていただきたいと思います。

一つ目に、やはりクラウド領域に保存されていたとしても、携帯電話端末内のメモリの

ローカル保存をされていたとしても、状況は変わらず、挙げていただいた例は、携帯電話のパスコードを罰則をもって強制的に解除させたいと言っているようにも思われました。クラウド領域につきましては、データが保存されているクラウドサーバは日本国内に設置されているとは限らないということも踏まえ、被疑者・被告人に対し、クラウド領域内のデータについて無制限に提出を命ずることは相当ではないと考えています。その上で、改めて、これまでの手法では入手できず捜査に支障を来していたような電磁的記録があるのかどうか、そして、新しい強制処分を創設しなければ捜査に支障があるという例として、それ以外にどのようなものが考えられるのかについて、もし追加で教えていただければ、お願いしたいと思います。

鷓鴣幹事が挙げていただいた例につきましては、結局のところどのような令状の記載事項になるのかということがイメージできず、その結果、令状の司法審査がどのようなものになるのかということが不明確であるという意見を申し上げておりますので、鷓鴣幹事の挙げた例の場合、どのような令状記載事項となるのかについて、もし何か教えていただければ、お願いできればと思います。

○鷓鴣幹事 捜査の実情においてどのような電磁的記録について入手困難であるのかといった点については、以前の会議において吉田幹事から説明がありましたとおり、捜査の秘密にもわたることですので、お答えすることは困難ですが、御質問は、提供命令に罰則による強制が必要となるような場面についてのものでしょうかと思われますので、非協力的な事業者がデータを保管している想定事例を挙げるとすれば、例えば、事案によるとは思いますけれども、事業者が自ら管理するサーバ上で管理、運営されているサイトに違法な画像、動画、海賊版の映画、漫画、音楽データなどがアップロードされていて、そのサーバに事件の証拠として必要なデータが保存されていることが他の証拠から推認されるものの、事業者が提出を拒否していて、データが保存されているサーバの物理的所在も不明であるという状況が考えられ、この必要なデータを差押え等によって入手することができない場合には、罰則を背景にした提供命令を用いることが考えられます。

今の想定事例における令状の記載事項については、実際に命令の対象者がどのような情報を持っていて、その事件の捜査や公判でどのような証拠の提供をどのような範囲で命ずるかが、令状発付の段階で判明している事情等により、それに応じた特定がなされた上で令状に記載されることとなるかと考えられます。

○久保委員 今、事例を挙げていただいて、よく分からなかったのですが、今の事例の場合、恐らくそのサイトにアクセスした結果、違法な動画がアップロードされているということが分かると思いますので、証拠としては、その動画そのものは正にそのサイトから押収できるようにも思っております、そのサーバの所在が分からないということが被疑事実の立証の上でどのように必要となるのか、あるいは、どうしてそれがこれまで押収できず問題になったのかということについて、よく分からなかったもので、教えていただければと思います。

○鷓鴣幹事 事件の証拠として必要なデータが保存されているサーバの物理的所在が不明ということも挙げたのは、物理的にサーバを、要するに物体を差し押さえるという手法が用い得ない事情として挙げたものですので、そのように理解していただければと思います。

○久保委員 引き続き両罰規定の問題点について簡単に申し上げたいと思います。両罰規定

について、法人が名宛人となった場合に、自然人のみが処罰の対象となることが不適切だということは、私としても異論はありません。この自然人が過酷な状況に追い込まれるようなことは避けなければなりません。例えば、外国法人が命令に従わない意向である場合に、日本在住の従業員が名宛人とされた場合、会社に逆らえば会社を解雇になり、警察に反発すれば罰則を受ける、などということになってはいけないように思います。その上で、法人が対象となることを想定するのであれば、外国法人も対象となることを想定した上での議論は避けて通れないはずだと思います。

日本の捜査過程の問題点につきましては、GDPRと捜査機関データ保護指令の問題があります。警察が収集した情報は個人情報保護法の対象外とされており、警察による個人情報の管理について独立した機関による審査、監督がなされている事実はなく、十分に認定は根拠事実を欠いているのではないかと批判もされているものと認識しております。

電磁的記録提供命令が創設されても、この点の手当てがなされないのであれば、GDPRに違反するおそれがあるとして、外国法人が日本へのデータ移転を拒むとしても、それを一概に処罰に値する不合理な対応だということはできないはずだと思います。国際的な動きに合わせて捜査手法を変容させるのであれば、情報の保護の面においても国際的な観点から保障されることが必要だと考えます。外国事業者にとって、現在の日本の制度のままでは、命令を下されること自体がGDPR違反になるリスクを負い、その利益衡量の面において過酷な状況になる可能性があります。アメリカで制定されたクラウドアクトにおいても、このGDPRとの関係性は問題になったものと認識しています。様々な面で国際社会からの批判を受けている点において、捜査機関の利便性を高めるという方向での国際社会からの批判を受け止めるだけでなく、権利保障の点でも国際社会からの批判を意識した改正がなされるべきだと考えます。

期待可能性の点についても申し上げます。樋口幹事が指摘された、データについてだけは特別に被疑者・被告人に提供を義務付け、その履行を強く期待するほかないという要請が現に存在するのかどうかにつきましては、十分な説明がなされているとは考えられません。期待可能性の点で、自らを訴追させるための証拠提出に罰則をもって協力させることは不当です。クラウドなどには過去の情報も多数含まれますので、問題となっている犯罪はもちろん余罪に関する証拠が含まれている場合も想定されることです。自身の犯罪に関する証拠隠滅行為が不可罰であるということとの整合性もないものと思われます。公務執行妨害の行為態様の拡張という指摘もありましたが、過度に捜査機関の権限を拡大しようとするということは、やはり捜査機関の裁量を大きくし、公務執行妨害の行為態様の拡張の点でも指摘させていただいたように、捜査機関の裁量を不当に大きくするものであり、問題があるものと考えます。

実体法の点については、以上のとおり申し上げましたが、手続法の観点で、成瀬幹事からは自己負罪拒否特権の問題について言及がありましたので、この自己負罪拒否特権の問題とプライバシー保護の問題についても申し上げたいと思います。成瀬幹事の御意見は、本日の御意見を踏まえても、憲法第38条の問題がおよそ生じないということではなく、制度や運用の在り方によっては問題が生じ得ることを前提に、クリアできる制度や運用の在り方に関する理論構成があり得るかという観点での御発言だと理解しています。現在はSNSやウェブメールに個人の行動履歴が蓄積され、それをスマホなどの小型端末として

人々が身に付けておりますので、スマホには膨大な情報が収集、保存されて集約されており、情報を結合して個人の私生活の状況を過去に遡ってまで再現できる状況となっております。プライバシー保護の観点から、スマホ端末についてセキュリティ措置が講じられている理由は、第三者がスマホ内の情報を知り得ないようにするという高度のセキュリティが必要だという観点で、パスワードなどが設置されているものと思われま

す。仮に今回の電磁的記録提供命令が、スマホ端末の所持者に対してその端末内のデータの提出を幅広く命じるためのものとして活用されるようなことがあれば、端末所持者の内心にあるパスコードの開示を強制するのと実質的には何ら変わらないことになり、やはり憲法第38条の問題に抵触することは考えられると思います。どのようなことを前提にすれば憲法第38条の問題に抵触しないのか、あるいはどのような令状とすれば憲法第35条の問題に抵触しないのかということ、前提を確認した上で法制度の在り方について検討がなされるべきだと考えます。

もちろん今、成瀬幹事の発言については、私なりに、憲法第38条の問題が常に生じないということではなく、場面や制度の在り方によっては問題が生じ得るということが前提になっている御発言だと理解しましたので、もし間違っているのであれば、後で御指摘いただければと思っています。

前回議論のありました罰則について、意見を申し上げたいことはここまでとなります。ただ、先ほど申し上げたように、たたき台にそもそも指摘されていない点についても申し上げたいことがございますので、罰則についてはここまでとさせていただきます。

○酒巻部会長 樋口幹事、何か発言することがありますか。

○樋口幹事 1点、これまでの議論で私が見落としとしていまして、久保委員と吉田幹事の議論を伺っていて気が付いたのですが、公務執行妨害については公務の適法性が問題とされ、この公務の適法性に係る判断の中で刑事訴訟法上の法適合性も争点化されることとなりますので、今回の電磁的記録提供命令に関して、根拠になる令状の適法性の要件というものを設定するのであれば、久保委員がおっしゃるように、電磁的記録提供命令違反罪の裁判の中で、実体法的な犯罪の成否の判断のその先に、刑事訴訟法の論点が出てくるという構造になるかと思えます。吉田幹事の御発言を聞いていますと、不服申立てで争えるということですので、令状の適法性要件というのは作らない、公務執行妨害罪の適法性要件のようなものを作らないという発想になるのかなと思いましたが、少し整理しておく必要があるのではないかと思います。

○成瀬幹事 久保委員の御発言のうち、パスコード解除の問題に絞って、私の意見を申し上げます。

まず、久保委員から、パスコード解除については別建てで立法している国があるという御指摘がございました。これはおっしゃるとおりでして、例えば、イギリスは、2000年に制定された捜査権限規制法（RIPA）の第49条以下において、暗号解除に特化した法制度を設けています。

もっとも、当部会におけるこれまでの議論が、パスコード解除の問題を曖昧にしてきたという御批判は当たらないと考えています。なぜなら、電磁的記録を提供させる方法について、当初の「複写」という文言から「記録」という文言に変更して、暗号化されている電磁的記録を復号した上で提供させる方法も認めるべきかという問題を明示的に論点とし

て設定し、さらには、事務当局から暗号化されている電磁的記録の提供が問題となる具体例もお示しいただいた上で、議論を重ねてきたからです。

また、久保委員は、携帯電話のパスコードを開示させるという表現も用いられましたが、電磁的記録提供命令は、事務当局が示してくださった具体例にも表れているように、飽くまで特定の文書や画像のデータを提供させることを目的とするものです。それらのデータが暗号化されている場合には、復号した上で提供することが求められますが、これは被疑者側でパスコードを解除することが事実上義務付けられるにとどまり、パスコード自体を捜査機関に提供することが求められているわけではありません。

その上で、携帯電話のパスコード自体を提供命令の対象とすることがあり得るかという点についても考えてみたのですが、携帯電話のパスコードは被疑者や被告人の頭の中に記憶されているだけという場合も多いと思われるので、当該パスコードが電磁的記録として既にこの世の中に存在しているということを、捜査機関がどのように把握するのかという点が問題になります。仮に、捜査機関がこの点を事前に把握できないのであれば、既に存在する電磁的記録の提供を義務付けるという本制度の枠組みには適合しないように思われます。

○酒巻部会長 ほかに検討課題「(6)」について、御意見はありますか。

○久保委員 先ほど申し上げたように、たたき台の中にそもそも反映されていない規律として、こういう点も要綱案に入れるべきではないかということについて意見があります。

○酒巻部会長 その点については、この先、私から説明し、私の意見を述べますので、それをよく聴いておいてください。その上でなお御発言があれば、承ります。

ほかに、検討課題「(6)」について御意見等ありますか。

それでは、これで配布資料14「検討のためのたたき台（電磁的記録を提供させる強制処分の創設）改訂版」に基づく議論はひとまず終えることとしますが、明記されていない点に関するものも含めて、ほかに全体について御意見はありますか。

それでは、この後の議論の進め方についてですが、前回会議の最後に申し上げたように、今年に入ってから、本日を含め5回の会議で、諮問事項「一」から「三」までについて、「検討のためのたたき台」に基づく具体的な議論を一通り終えたこととなります。

御議論いただいた「考えられる制度の枠組み」の中には、具体的な制度の在り方やその採否について、委員の皆様においてほぼ異論のないものもある一方で、なお議論すべき点を残すものも見られますが、全体としては議論は着々と進んできており、取りまとめに向けた議論を始めていく段階に差し掛かっているというのが私の判断です。

そこで、部会長の責任において事務当局に指示をして、これまでに皆様から頂いた御意見を整理して、当部会としての取りまとめに向けた議論のたたき台となる資料を、まずは諮問事項「一」について作ってもらいました。その中には、本日、「検討のためのたたき台」に基づく議論を行った「第1-3 電磁的記録を提供させる強制処分の創設」もありますが、これも、そのような趣旨で私の責任で作ってもらったものですので、先ほど会議冒頭に久保委員から、進行方法、特に「第1-3」について議論を後に回すべきというような趣旨の御意見もありましたけれども、それは私としては受け入れられません。議論は順番に、この先もこの資料に沿って進めるというのが私の意見です。

以上がたたき台作成に係る私からの説明です。それでは、まずは事務当局から、この資

料の位置付けや構成などについて御説明をお願いします。

- 鷓鴣幹事** 配布資料15「取りまとめに向けたたたき台（諮問事項「一」関係）」の位置付けや構成などについて御説明します。なお、以下の説明では、この資料を単に「たたき台」と呼んで御説明します。

「たたき台」は、「訴訟に関する書類の電子化」、「令状の電子的方法による発付・執行に関する規定の整備」、「電磁的記録を提供させる強制処分の創設」、「電磁的方法による証拠開示等」の4項目について、当部会における取りまとめに向けた御議論の「たたき台」になるよう、諮問事項「一」についてのこれまでの御議論を踏まえて作成したものです。この資料は飽くまで「たたき台」であり、当部会の御議論の対象を制約したり、方向性を定めようとする趣旨のものではありません。

「たたき台」の「第1-1」から「第1-4」の各項目には、取りまとめに向けた御議論に資するよう、これまでの御議論を踏まえて、枠内に諮問事項「一」に関する法整備の在り方を整理して記載し、その上で検討課題を掲げています。もっとも、この検討課題についても、飽くまで現時点で考えられる主なものとして列記したものであり、ここに掲げられていない事項についての検討は行わないという趣旨のものではありませんので、枠内の記載の当否や要否も含め、たたき台に明記されていない事項についても御議論いただければと思います。

- 酒巻部会長** ただ今の説明内容のうち資料の位置付け、構成など、資料の全体に関わる事項について、もし御質問があればお伺いします。よろしいですか。それでは、本日のこの後の議論はこの資料に基づいて行いたいと思いますが、資料の位置付け、構成は、何度も言いますが、たたき台ですから、そういうものとしてお受け取りいただいて議論をしていただければと思います。以上の点についてよろしいですか。

（異議なし）

それでは、配布資料15に沿って順番に議論を進めていきたいと思います。諮問事項は「一」から「三」までであるので、その全体について取りまとめに向けた議論を計画的に進めるために、本日の審議では、資料15の「第1-1」から「第1-4」までの各テーマについて、順に議論を進めていきたいと思います。皆様には、充実した御議論と併せて進行への御協力を切に願っております。

まず「第1-1 訴訟に関する書類の電子化」について議論を行います。先立ちまして、「第1-1」に記載された内容について事務局から説明をお願いします。

- 鷓鴣幹事** それでは、配布資料15の1ページから5ページまでを御覧ください。

「第1-1 訴訟に関する書類の電子化」は、「検討のためのたたき台」の「書類の電磁的方法による作成及びオンラインによる発受に関する規定の整備」、「電子的方法により作成、管理される書類等のオンラインによる閲覧・謄写」、「電子的方法により作成、管理される証拠書類等に関する公判廷における取調べの方式」、「映像、音声の送受信又は対面による取調べの際の供述調書の電子的方法による作成等に関する規律」の項目でそれぞれ検討されてきた制度や規律を一つの項目の下に取りまとめ、議論のたたき台となる規律の案を枠内に記載したものです。

枠内の「1」には、「電磁的方法による公判調書の作成等」に関する規律を、「2」には、「電磁的記録をもって作成された訴訟に関する書類等の閲覧・謄写等」に関する規律

を記載しており、そのうち「(1)」には、「終結前の事件の訴訟に関する書類等の閲覧・謄写」についての規律を、「(2)」には、「終結後の事件の訴訟記録の閲覧」についての規律を、それぞれ記載しています。

「3」には、「申立て等及びその記録の電子化」に関する規律を記載しており、そのうち「(1)」には、「電子情報処理組織による申立て等」についての規律を、「(2)」には、「書面による申立て等の電磁的方法による記録」についての規律を、それぞれ記載しています。

「4」には、「電磁的記録の送達」に関する規律を、「5」には、「公判廷における電磁的記録の取調べ等」に関する規律を記載しており、そのうち「(1)」には、「証人の尋問及び供述並びにその状況の録音・録画による記録」についての規律を、「(2)」には、「証拠となる電磁的記録の取調べの方式等」についての規律を、「(3)」には、「書面に記載された事項等の電磁的方法による記録等」についての規律を、それぞれ記載しています。

「6」には、「供述の内容を記録した電磁的記録等の作成及び取扱い」に関する規律を記載しており、「(1)」には、「被疑者の供述を録取する調書の電磁的方法による作成」についての規律を、「(2)」には、「供述を録取した電磁的記録の取扱い」についての規律を、「(3)」には、「被告人以外の者の供述を記録・録取した電磁的記録等の証拠能力」についての規律を、それぞれ記載し、「7」には、「電磁的記録の送致」に関する規律を記載しています。

続いて、5ページの「検討課題」を御覧ください。

まず「(1)」として、枠内の「2(1)」の「ア(イ)」に関して、電磁的記録の複製の許可について、いかなる場合に許可をし、又はしないものとするかなどの点が、また「(2)」として、枠内の「2(1)」の「イ」に関して、電気通信回線を通じてする訴訟に関する書類等の閲覧・謄写の許可について、いかなる場合に許可をし、又はしないものとするかなどの点が、それぞれ検討課題となります。

また、「(3)」として、刑事訴訟法第241条第1項の規定による告訴又は告発について、電磁的記録を提出する方法によってもすることができるものとするかなどの点が、「(4)」として、枠内の「3(1)」に関して、「3(1)オ」のほか、同「エ」を適用しないものとするべき場合はあるか、あるとした場合それはどのような場合かなどの点が、それぞれ検討課題となります。

また、「(5)」として、枠内の「5(1)」に関して、証人尋問をビデオリンク方式により実施することができる場合を追加する場合に、刑事訴訟法第157条の6第1項、第2項第1号から第3号までの場合と同様に、その証人の尋問及び供述並びにその状況を調書の一部としてファイルに記録することができるものとするべき場合はあるか、などの点が検討課題となります。

「(6)」は、「その他」です。

○酒巻部会長 「第1-1」についての説明でしたが、これに関して御質問等がありますか。

説明についての質問はないということで、今後の議論の進め方としては、まず、資料の5ページに掲げられた検討課題について順次検討して、それから検討課題の「(6)その他」について議論したいと思います。

それでは、検討課題についての議論に入ります。検討課題の「（１）電磁的記録をもって作成された訴訟に関する書類等の複写の許可」と検討課題の「（２）電気通信回線を通じてする訴訟に関する書類等の閲覧・謄写の許可」は、相互に関連しますので、併せて御意見を伺うのが合理的だと思います。そこで、まず検討課題の「（１）」と「（２）」についての御意見がある方は挙手をお願いします。

○向井委員 検討課題の「（１）」の裁判所における電磁的記録の複写及び検討課題「（２）」の電気通信回線を利用した閲覧・謄写について、併せて意見を述べたいと思います。

当部会第８回会議におきまして、裁判長の許可の可否につきまして必要性、相当性を慎重に検討する必要がある旨、述べたところです。なお、現時点において特定の結論を持ち合わせているわけではありませんが、裁判所としましては、事件の性質のほか、複写やオンラインによる閲覧・謄写の対象となる訴訟に関する書類等の内容、性質によっては、これらの行為を制限する必要がある場面も存在するものと考えております。ただ、仮に裁判長の許可を要件とすることによってこうした場面に対処とした場合に、現在の規律案及びこれまでの議論を踏まえましても、どのような場合に不許可とするのかなど、具体的な運用イメージが明らかではないように思います。

これまで、ほかの委員、幹事の皆様からは、流出した場合に名誉、プライバシーの関係で取り返しの付かない甚大な被害、回復困難な被害が発生してしまう証拠、具体的には性犯罪の被害状況を撮影・録音した動画や音声などといった証拠について、オンラインによる閲覧・謄写の対象とすべきでない旨の御意見が述べられているところです。ただ、そのような証拠については一律不許可としてよいのか、あるいは不許可とする場合がそのような場合に限定されるのかなどを、枠内の規律案から読み取ることができないように思います。

刑事手続のデジタル化後はオンラインによる閲覧・謄写が原則的に用いられるようになることが想定される中で、裁判長の許否の判断が適正、迅速に行われる必要があると思われれます。検討課題「（１）」、「（２）」として取り上げられているように、その判断の在り方や運用の具体的なイメージを含め、当部会において更に議論をしていただくことはもちろんですが、さらに、法律上、判断の指標を規定することも視野に入れて御検討いただきたいと考えております。

○近藤幹事 「１」で提案されている規律案では、公判調書や公判前整理手続調書について電磁的記録のみをもって作成するものとされているようであります。しかしながら、システム障害等により調書を電磁的記録をもって作成できない事態が生じる可能性は否定できないところです。実務的にも、証人尋問調書等を含む公判調書が作成されないままに手続を進行させることに懸念が示されることもありまして、迅速な刑事裁判の実現に支障が生じることも想定されます。また、裁判所が作成する主な書類としては、調書のほか判決書や令状を含む裁判書があります。配布資料１５では、令状については、電磁的記録だけでなく書面でも作成することが想定されているようであります。本規律案に挙げられておりませんが、判決書を含む令状以外の裁判書についても、システム障害等により電磁的記録のみをもって作成することが困難となったときに対応できるようにしておかなければ、裁判の執行の場面で支障が生じる可能性が否定できないように思われます。そうしますと、

裁判所が作成する調書や令状以外の裁判書についても、例外的に書面で作成することを可能とすることも含めて、システム障害等が生じた場合の対応を検討していく必要があると認識しています。

○酒巻部会長 今のたたき台だと、電磁的記録をもって作成することが原則、それだけになっているけれども、例外的に書面で作成する場合も条文にした方がよいという趣旨ですか。

○近藤幹事 条文にすることも含めてという趣旨です。

○酒巻部会長 事務当局、何かありますか。

○鷓鴣幹事 取りまとめに向けたたたき台の「1」の規律の在り方に関して、システム障害などが発生した場合の対応の在り方を考慮に入れる必要があるだろうという御指摘は、十分理解するところです。その上で、そのような場合への対応の在り方として、条文として何か措置をするのか、それともそれ以外の対応をするのかといったことも含めた検討が必要と思われまます。また、現行法において、特に災害等を想定したような規定というのは見受けられないところですが、そのことによって実務上特に支障が生じているということが認識されていないこともありますので、そういったこととの関係も含めて検討する必要があるというのが今の印象です。

○酒巻部会長 向井委員の御意見について、事務当局から何か応答することはありますか。

○鷓鴣幹事 取りまとめに向けたたたき台の「2（1）」の「ア（イ）」の裁判長の許可の判断の在り方に関して、この記載の趣旨について、少し御説明をさせていただければと思います。これは、訴訟に関する書類等が電磁的記録である場合には、紙媒体が謄写されるなどする場合とは異なる情報流出のリスクがあり、当該電磁的記録に係る関係者の名誉やプライバシー等に回復困難な損害が生じかねないという懸念があるため、そのようなリスクや弊害が懸念される場合には、裁判長がその複写を許可しないことができるようにする趣旨のものです。

この点について、当部会の第8回会議において成瀬幹事から御指摘があったように、刑事訴訟法第40条第1項が弁護人に訴訟に関する書類等の閲覧・謄写の権利を認めている趣旨は、弁護人が公判廷における防御活動のため、裁判所が保管する訴訟に関する書類を点検して、その証明力等を十分に吟味することができるようにすることにあるとされていますが、「2（1）」の「ア（イ）」の仕組みが設けられた場合においても、この一つ上の「（ア）」によれば、弁護人は、裁判所において「電磁的記録の内容が表示されたものを閲覧」することはできますし、「これが出力された書面を得る」こともできることとされています。そうであるとすると、通常はそれらを通じて訴訟に関する書類の証明力等を十分に吟味することは可能と考えられます。

こうしたことなどに鑑みますと、弁護人から電磁的記録の複写の求めがあったときは、裁判所は、弁護人が当該電磁的記録の内容が表示されたものを閲覧することや、これが出力された書面を得ることによっても、その証明力等を吟味することは可能であるということをも前提としつつ、当該事件の性質や当該電磁的記録の内容等を踏まえ、弁護人にこれを複写させた場合における情報流出のリスクや関係者の名誉、プライバシー等に与える影響の程度と、当該電磁的記録の複写物を得ることによる弁護人の防御活動上の利便等を勘案して許可をするかどうかを判断するという枠組みになろうかと考えているところです。

○酒巻部会長 今の事務当局の説明に対して、御意見や御質問はありますか。

○向井委員 鶴鶴幹事が今おっしゃったようなところをきちんと法文上也分かるようにしていただければと思います。

○久保委員 検討課題の「(1)」に関して、先ほどの向井委員の御発言については、私としても強く賛同するところです。取り分け終結前の訴訟記録の閲覧・謄写に裁判長の許可を必要とするということにつき、弁護人について許可を必要とすることは不要だと考えます。毎回許可を待って、何時間あるいは数日経なければ訴訟記録を入手できないということになれば、弁護活動への弊害は尋常なものではありません。情報アクセスの改善や障壁の除去というIT化の基本的な利益や目標とも反するものと考えます。オンラインによる謄写は情報技術の進展に見合った制度にし、三者の利便性を高め裁判の迅速に資するものにするべきものです。検察官についてはこの点、何ら規定がなされていないようにこのたたき台からは思われますが、検察官については許可を必要とせず、弁護人についてのみ複写に許可を必要とする理由もよく分かりません。もちろん検察官について複写に許可を必要とせよという趣旨ではなく、検察官と対等な関係である弁護人についても許可は不要とするべきという趣旨になります。

仮に許可制というものを検討するとすれば、原則許可とし、規則において許可しないものとするものを列挙するといった限定列挙の方法が考えられると思います。裁判所において許可するか否かの判断が画一的かつ迅速に行えるような制度とするべきですし、例えば控訴審において、弁護人の申請を待ってからするのではなく、控訴を申し立てられれば、検察官が、あらかじめ訴訟記録のうちオンラインによる謄写の対象外とするものを早々に検討し、申立てをしておいた上で、弁護人が申請をすれば速やかに控訴審の訴訟記録を謄写できるといった制度であるべきだと考えます。

この点、民事訴訟法においては、電磁的訴訟記録の謄写について裁判長の許可は不要とされています。民事訴訟の中には、被害者が損害賠償請求をし、被害者が刑事事件の訴訟記録を手に入れ、謄写したものをそのまま民事裁判で証拠として用いるということは当然にあります。この点において刑事と民事を区別する理由はないものと考えます。例外的に性的な動画のようなセンシティブな証拠に限定をし、検察官が個別の証拠について申立てをすれば、裁判長が許可の判断をするという法文にすることも考えられるのではないかと思います。

この点、先ほど事務当局からは成瀬幹事の御発言についても言及がありましたが、成瀬幹事も、一律に裁判長の許可を要するものとするのはやや行きすぎであると第8回会議では言及されていたように思います。向井委員、それから私の方でも同様の意見を申し上げましたし、成瀬幹事も含めて、一律裁判長の許可制にするということは行きすぎではないか、慎重であるべきではないかという意見がたたき台には適切に反映されていないものと考えています。このオンラインによる謄写につきましては、障害当事者である弁護士の皆さんへのヒアリングにおいても発言があったかと思います。オンラインでの謄写を迅速にし、それが視覚障害者などの利便に資するものであるべきであるといった意見もあったかと思うので、そうした意見も踏まえた別の案も含めて提示を頂くということをお願いしたいと思います。

また、これは事務当局への質問ということになるのですが、このオンラインによる閲覧・謄写について、弁護人がいないときの被告人に関する規律のうち、「内容が表示され

たもの」という表現がありますが、これはどういう御趣旨になるのでしょうか。

○**鷓鴣幹事** 最後の点ですが、取りまとめに向けたたたき台の「2（1）ウ」の「その内容が表示されたもの」の「その」が指すのは公判調書ですので、公判調書の内容が表示されたものの閲覧ということになります。この公判調書は、たたき台の「1」により電磁的に作成されますので、その電磁的記録の内容が表示されたものが見られるようにするという趣旨のことを記載しているものです。

併せて、先ほど、裁判長の許可を要するものの対象について、例えば一律ではなく一定の種類の絞るべきではないかといった御意見を頂きましたので、それについても趣旨を御説明します。御指摘のように許可を不要とする類型としては、例えば、流出した場合の被害が特に大きいとか、そういった類型が考えられますが、実際にそうした類型を一義的かつ明確な文言によって漏れがないように定めるとするのはなかなか困難であると考えています。また、そのような許可を不要とする類型を設けたとしても、そのような類型に当たるかどうかは裁判長の実質的な判断の対象とならざるを得ませんので、結局そうした類型を設ける意義は乏しいとも考えられます。更に申し上げますと、現行の刑事訴訟法第40条第1項ただし書は、謄写の許可を要する証拠物を限定していないところですが、それでも当該許可は問題なく適切に運用されているとすれば、たたき台の「2（1）ウ」について御指摘のような類型を設けなかったとしても、不都合が生じないのではないかと考えたところです。

○**久保委員** また別の質問になるのですが、これも民事訴訟法の改正との関係も含めて、どういうふうに読めばいいのかがよく分からなかったので、事務局に質問です。損害賠償命令については特別法がありまして、その中では民事訴訟法を準用するものとしなないものが条文で明記されており、訴訟記録の閲覧に関する同法第91条などを含む同法第5章は、原則として準用されることとされていますが、仮に刑事訴訟法をたたき台の「2」のように改正した場合には、刑事手続では裁判長の許可が必要とされつつ、引き続き行われる損害賠償命令の手続においてはその許可の対象外になるのではないかという気もして、その平仄を合わせるために今後、検討が別途なされるということなのか、どのように読めばよいのか教えていただければという質問になります。

○**鷓鴣幹事** 今回たたき台は、刑事訴訟法に関するものでして、刑事手続の後に引き続いて行われることが予定されるいわゆる損害賠償命令手続について言及するものではありません。損害賠償命令の手続は飽くまで刑事とは違う手続ですので、そちらはそちらで別途検討することになると思います。その結果として、同じ記録が用いられる手続における連続性の観点からの検討は当然必要になってくるとは思います。

○**酒巻部会長** この件について先々どうするのかは、事務局や関係部署において法制的に検討するのでしょうか。今の段階ではこの程度とします。論点を挙げてくださり、ありがとうございました。

○**久保委員** 分かりました。単純に読み方がよく分からないという点での質問だったのですが、仮に全く同じ記録が、一方では許可が必要となり一方では不要というのは、それもまた不整合だと思います。結論としては許可は不要だと思いますが、その点については、今後、どのような形になるのか教えていただければと思っています。

○**酒巻部会長** 検討課題の「（1）」、「（2）」について、ほかに御意見はありますか。

それでは、次に検討課題の「(3) 電磁的方法による告訴・告発」についての御意見を伺いたいと思います。御意見のある方はどうぞ。

○池田委員 検討課題「(3)の電磁的方法による告訴・告発」について意見を述べます。

刑事訴訟法第241条第1項は、告訴又は告発について、書面又は口頭で、検察官又は司法警察員にこれをしななければならないと規定し、同条第2項では、口頭による告訴・告発を受けた検察官又は司法警察員に調書の作成を義務付けています。つまり、いずれの方法によって告訴・告発がなされずとも、その内容を記した書面ないし調書が存在することになります。これは手続の明確性、確実性を確保しようとしたものとされています。それは、告訴・告発が親告罪等において訴訟条件とされること、検察官は告訴・告発があった事件について起訴又は不起訴の判断をしたことや不起訴の理由を速やかに告訴人・告発人に通知しなければならないこととされていることなどの規律があることに鑑みて、それらの規律の起点となる告訴又は告発の存否や内容が明確であることを担保すべく、一定の方式を求めたものと理解されます。

以上を踏まえますと、告訴・告発について書面等を要求することの具体的な意義は、告訴・告発の意思表示がいつ、誰によって、いかなる犯罪事実についてなされたのか、その事実について犯人の処罰を求める告訴人・告発人の意思は明確に表示されているかなどの点が確実に記録として残ることを確保し、後の手続において疑義が生じることをできる限り防止することにあるものと考えられます。

そうであるとしますと、電磁的記録を用いる場合であっても、先ほど述べた事柄が確実に記録されて告訴・告発を受理する検察官や司法警察員の手元に残るのであれば、同条の趣旨を満たすものと考えられます。また、告訴・告発を紙媒体での提出以外に、先ほど述べた趣旨を満たす電磁的記録を提出する方法により行い得るとする選択肢を設けることは、告訴・告発をしようとする者の利便に資するだけでなく、提出を受ける捜査機関においても、その管理や保管、送付等が容易となり、事務負担の軽減につながり得ることから、妥当であるといえるように思います。

○吉澤委員 私もオンラインで行うことについて賛成します。まず、現在、社会においてはオンライン化が相当普及していきまして、裁判手続に先立ち、行政手続であったり税務手続であったりといった日常生活で行う重要な手続においても、様々な手続をオンラインで行うことが常態となっております。

告訴・告発につきましては、実務では管轄警察署に対して行うことが多いのですが、被害者の支援を行う中で被害者の所在地と管轄警察署が離れているということは多々あります。そういった場合においてオンラインで告訴・告発を行うことができるというのは、その被害者にとっても、また代理人に付く弁護士にとっても、非常に簡便であってとても助かります。また、告訴・告発を書面で行う際は郵送で行うこともあると聞いていますが、その郵送も現在なかなか時間が掛かりまして、タイムラグがありますので、被害申告という非常にやはりタイムラグが気になる状態においては、オンラインで行うということが非常に助かりますし、実務でも必要だと考えています。

○久保委員 告訴・告発につきましては、私自身、被害者の代理人として告訴をしに行くと、書面を提出しようとしても、そのコピーだけ受領し、原本を受理しないという扱いを受けることは多々あります。警察署において告訴が受理してもらえないということから、検察

庁で直告の相談をしたこともあります。そういう面では、受理されるべき告訴が受理されるようになるのであれば、それは適切だというのは私も賛同いたします。ただ、容易になるということは濫用ということの裏返しでもありますので、虚偽告訴のような不当な告訴については適切に処罰の対象とし、本人確認を徹底するなど、濫用させない手続とすることもまた必要だと思います。

告訴状・告発状を紙で作成する場合に受理がなされない理由としては、不当な告訴・告発を防ぐという、そういった趣旨もあるのではないかと推察しているところですが、その結果、本来は受理されるべきものが受理されていないのではないかと思う場面があることは否定できません。濫用させない手続とし、虚偽告訴についてはきちんと立件して処罰の対象とすることで、告訴・告発全体の適切さが高まり、本来受理されるべき告訴が受理され、不当な告訴が未然に防止できるということを期待します。

○吉田（雅）幹事 少し留保を付したいと思うのですが、電磁的方法による告訴・告発を可能にするというのは、本来受理されるべき告訴・告発がより受理されるようにするというように、実態を変えることを意図するものではなくて、飽くまで新たな方法を選択肢として認めるにとどまりますので、現在、例えば、告訴・告発を受理するに当たって形式的な要件を満たしているかどうかを確認する必要があるということで、一旦受理には至らないで書類だけ預かるというような運用がなされているのだとすると、それを換えようとする趣旨ではないということは御理解いただきたいと思います。

○酒巻部会長 告訴・告発を受ける捜査機関の方で、何か御意見はありますか。

○佐久間委員 現在、刑事訴訟法第241条第1項に基づき、検察官又は司法警察員に提出される告訴状や告発状については、裁判所に提出され得る書類であることから、刑事訴訟規則第60条などの規定により、作成日の記載や作成者の署名押印が必要とされています。このような規定は一般に、裁判所に提出される書類の成立と内容の真正を担保するためのものであると理解されており、そうであるとすれば、刑事訴訟法に電磁的記録の裁判所への提出に関する規定が設けられたときは、刑事訴訟規則に作成日や作成者等を明らかにし、その署名押印に代わる措置をとる旨の同様の規定が定められることになると考えています。

たたき台の検討課題「(3)」には、告訴又は告発について、電磁的記録を提出する方法によってもすることができるものとするかという点が掲げられていますが、仮にそのような方法での提出を許容する規定を設けるとしても、現行の刑事訴訟規則が書面についての作成日の記載や作成者の署名押印を求める趣旨は、告訴・告発を、例えば電磁的記録を提出する方法によりする場合にも妥当するものでありますから、これについても、先ほど申し上げた新たな規則により、作成の年月日や作成者の氏名が記録され、そのものによって署名押印に代わる措置がとられることが要求されることとなるものと理解しています。

○酒巻部会長 電磁的記録による告訴・告発について、ほかに御意見等ありますか。よろしいですか。

それでは、次に、検討課題の「(4) 申立て等及びその記録の電子化」について御意見のある方は挙手をお願いします。

○佐久間委員 取りまとめに向けたたたき台の「3(1)エ」によれば、刑事訴訟法第256条第1項の公訴の提起は、オンラインですることが義務付けられることとなり、また、これと同時にする略式命令の請求も、検察官が裁判所に対してする請求でありますから、

オンラインですることが義務付けられることとなります。検討課題の「(4)」には、「3(1)オ」のほか、同「エ」を適用しないものとすべき場合はあるか、が掲げられていますが、「3(1)エ」の義務付けの対象やその例外については、義務付けによる実務への影響や、それへの対応の在り方等もよく検討した上で、必要に応じて、円滑、迅速な実務運用が阻害されることのないよう配慮することも求められていると考えています。

例えば、略式手続については現在、実務上の工夫として、大量処理が要請される道路交通法違反事件であって争いのないものを効率的に処理し、命令の告知、執行等を確実なものとするなどの観点から、いわゆる赤切符による三者即日処理方式が行われていますが、公訴の提起、略式命令の請求を例外なくオンラインで行うことを義務付けるとすると、紙媒体の赤切符のままでは運用できなくなり、別の工夫が必要となります。

「3(1)エ」の義務付けの対象やその例外をどのようなものとするかについては、そうした事案の性質に応じた事件の効率的処理を可能とするための実務上の工夫が妨げられることがないかといった観点からの検討も必要であろうと思います。

○久保委員 どこで申し上げるのが適切かというところではあるのですが、申立て等に関する意見として、これは事務当局への質問になりますが、申立て以外の書面の提出がどうなるのかという質問になるのですけれども、私はこれまでの部会で、弁護人選任届の提出についてもオンライン化できるようにしていただきたいということを申し上げました。恐らく、規則事項だからということで規律案に載っていないのではないかとは思ったのですが、そのような趣旨でよいのかということ質問させていただければと思います。

○鷓鴣幹事 まず、回答する前提として、たたき台の「3(1)ア」の趣旨を少し御説明させていただきますと、訴訟に関して裁判所に提出される書類などから成る訴訟記録ができる限り電磁的記録によって作成されるようにするという観点から、裁判所に対してする申述のうち、現行の刑事訴訟法上、「書面で」などと方式が限定されているものについて、これをオンラインによってすることができるようにするというものですので、そのような方式の限定がないものについては、法律上は、特段の規定がなくても書面以外の方法をとることができると考えられることから、たたき台には記載しておりません。その上で、久保委員の御質問の弁護人選任届等については、公訴提起前であれば検察官又は司法警察員に対して、公訴提起後であれば裁判所に対して、弁護人と連署した書面を差し出す旨の規定は、現行法上は刑事訴訟規則に定められているところでして、このような現行制度上規則事項とされているものについては、特に法律に規定すべき理由がない限り、これを電磁的記録によることについて規律を設けるとしても、法律には規定しないということになると考えております。

○久保委員 そうしましたら、今の回答を前提として一言申し上げたいのは、連署に代わる措置の在り方についても、刑事訴訟規則の制定に際して規定していただき、弁護人選任届を柔軟にオンラインで提出できるようにする方向で検討いただきたいということです。

○酒巻部会長 「(4)」についてはほかに御意見がないようですので、次に検討課題の「(5)証人の尋問及び供述並びにその状況の録音・録画による記録」についての御意見を承りたいと思います。

○近藤幹事 ビデオリンクで行われた尋問の供述等をファイルに記録して調書の一部とすることを可能とすることについては、異論はありません。もともと、最高裁判所においては

関係機関とも協議をしつつ、いかなるシステムを開発すべきかの検討を進めているところですが、その中で関係機関からも、膨大なデータ量となる可能性がある証人尋問の録画データ等について、その容量の問題などから、システムに全て取り込んで記録とすることが困難な場合が生じないかという懸念が示されています。ファイルに記録するという方式のみを規定することで実務の運用上問題はないのかについては、検討を要する点になると考えています。

○成瀬幹事 たたき台の「5（1）」は、現行の刑事訴訟法第157条の6第3項及び第4項と同趣旨のものであり、同条第1項又は第2項第1号から第3号までの規定に基づきビデオリンク方式により証人尋問を行う場合に、同条第3項と同様の要件の下で、証人の尋問及び供述並びにその状況を録音及び録画を同時に行う方法により、調書の一部としてファイルに記録することができるものとして理解しています。

このファイルに記録する方式のみを規定することで足りるのかという点が近藤幹事の御指摘であったと思いますが、私は、その下の「（注）」に記載され、検討課題の「（5）」にも記載されている事柄、すなわち、仮に、今後の議論によって、ビデオリンク方式により証人尋問を行うことができる場合を追加することになった場合に、その追加する各類型について、現行の刑事訴訟法第157条の6第1項及び同条第2項第1号から第3号までの規定による場合と同様に、たたき台の「5（1）」の適用対象とするか否かという点について検討しておく必要があると考えています。

そもそも、刑事訴訟法第157条の6第3項の趣旨は、証言をすることにより大きな心理的・精神的負担を負うような証人が、ビデオリンク方式による証人尋問を実施した後、別事件の公判等で同一の事実について繰り返し証言を求められることにより負う更なる心理的・精神的負担を軽減しようとするところにあると考えられます。そして、同条第2項第4号が同条第3項の適用対象から除かれているのは、同号は証人が遠隔地に居住することに伴う出頭の困難性に着目したものであり、同条第3項の趣旨が妥当しないためであると思われます。

もとより、証人尋問をビデオリンク方式により行うことができる場合としてどのような場合を追加するかということ自体は、次回以降の部会で慎重に議論すべき事柄ですが、そこでの議論を踏まえて、一定の類型を追加するという結論になった場合に、各類型をたたき台の「5（1）」の適用対象とするか否かについては、今申し上げた刑事訴訟法第157条の6第3項の趣旨や、同項が同条第1項及び同条第2項第1号から第3号までの規定によるビデオリンク方式の証人尋問を対象とする一方で、同項第4号の規定によるものをその対象から除外している趣旨に照らして検討すべきでしょう。

ここで、第8回会議で配布された配布資料12を御覧いただきますと、10ページから11ページに掛けて、ビデオリンク方式の証人尋問に関する規律案が記載されています。このうち、例えば「イ」の類型、すなわち、専門家証人が証言をすべき期日に出頭することが著しく困難である場合については、ビデオリンク方式による証人尋問を実施した後、別事件の公判等で同一の事実について繰り返し証言を求められることにより負う更なる心理的・精神的負担を軽減する必要があるとは言いがたいように思われます。他方で、「ウ」の類型、すなわち、証人が同一構内に出頭するときはその疾病等の症状を著しく悪化させるおそれがある場合については、証人は同一構内への出頭により症状が著しく悪化するよ

うな重い疾病等を有する者であることからすると、ビデオリンク方式による証人尋問を実施した後、別事件の公判等で同一の事実について繰り返し証言を求められることには相当の負担があるように思われ、その負担を軽減するために「5（1）」の適用対象とすることも考えられるように思います。

このように、ビデオリンク方式により証人尋問を実施できる類型を追加することとなった場合に、各類型を「5（1）」の適用対象とするか否かについては、今申し上げたような観点から検討する必要があると考えています。

○酒巻部会長 「（5）」について、ほかに御意見はありますか。

○久保委員 今回の成瀬幹事の御発言の御趣旨が、本来対面で尋問ができる者の主尋問について録音・録画で代替をさせるような、いわゆる主尋問代替の範囲を拡張させるような趣旨での御発言なのであれば、それについては反対ということは申し上げておきたいと思えます。

○成瀬幹事 先ほどは、たたき台の枠組みに従って、刑事訴訟法第157条の6第3項及び第4項と同趣旨の規律である「5（1）」の適用対象とするかという形で発言しましたが、これらの規定に基づいて、証人の尋問及び供述並びにその状況を記録媒体に記録した場合、その記録媒体を含む調書は、刑事訴訟法第321条の2により、訴訟関係人に対して反対尋問の機会を与えることを条件に、証人の主尋問に代替する証拠として用いることができるとされています。このような証拠法上の効果があることも踏まえて、たたき台の「5（1）」の適用対象とするか否かを検討する必要があるというのが、先ほどの発言の趣旨です。

○酒巻部会長 ほかに、「（5）」について御意見はありますか。

それでは、検討課題の「（6）その他」の議論に入ります。この検討課題では、たたき台には記載されていないことも含め、その内容全体について、事務当局に対する御質問や御意見等をお願いします。

○久保委員 ここに書いていない点も含めて、幾つか指摘させていただきたいと思えます。

まず、刑事施設にいる被告人が申立てをする場合に、刑事施設の長又はその代理者が代書する旨の規定というのも必要になるのではないかと思います。

次に、署名押印に代わる措置により供述調書の内容が変更できない状態になるということも必要だと考えます。これまでも発言したように、録音・録画が最善だとは思いますが、いずれにしても内容が変更できないようにするための規則が何らか規定できるのであれば、そのような規則が必要ではないかと思います。いずれにせよ、何らかの形できちんと事後的な検証ができるということが最も重要だと考えます。

枠内の「5」に関しては、作成の真正が問題になるとときにはプロパティ情報の表示で確認ができるようにしておくということが必要だと考えます。

いろいろ列挙して恐縮ですが、先ほどの検討課題「（4）」にむしろ関わる問題になるのかもしれませんが、これまでも刑事訴訟における原則オンライン提出の例外については、民事訴訟とは別の考慮が必要であるということは申し上げてきました。その例外事由の緩和に加えて、少なくとも裁判所や検察庁、警察署、拘留所、法テラスなどに何らか書類を提出する場面において、その場に端末が備え付けられるのであれば、利便性の点でもかなり促進されるのではないかと思いますので、仮にオンラインによる申立て等を義務付

ける範囲をかなり広めにとるとしても、端末の設置といったことが必要になってくるのではないかと思います。

それから、枠内の「6」に関わるものになりますが、被疑者の署名押印に代わる措置により調書の記載内容が確定され、差し替え、改ざんなどができないこと及び、それが事後的に検証可能であるということが必要だと思います。身体を拘束されている被疑者が電子署名を付すということは不可能ではないかということを前提にすると、先ほども少し申し上げましたが、やはり録音・録画ということはきちんと今後検討していくべきではないかということは、繰り返し申し上げておきたいと思います。

「7」の電磁的記録の送致についてなのですが、書類や証拠がオンライン上で作成されるようになれば、それを検察庁に送致するに際し、全て検察庁にのみ記録は移動し、警察署にその写しが残るようなことがあってはならないと考えています。書類等が電子データになったとしても、これはこれまでの紙の場合と同様のはずであり、押収した電磁的記録は全て検察庁に引き継がれるべきであり、警察署において保管し、今後のデータベースとして利用されるようなことがあってはならないと考えますし、そのような規律が必要だと考えます。

また、現在も記録の送致に関し、証拠の一覧表の中で、警察署に保管されていることを理由に一覧表に記載されなかったり、証拠開示の際に警察署に保管されていることを理由に、最初は開示しないといったことは実際のところ見られますが、本来はそのような送致漏れがあってはいけないはずであり、電磁的記録になった場合に、これが更にルーズになることがないように、記録は全て送致され、その上で、その保管や消去などの在り方について規定がなされるべきだと思います。

枠内の「8 その他所要の規定の整備」に関わるようになりますが、書類の提出等についてオンラインによることを義務付ける、あるいは原則オンラインによることとした上で、とはいえ書類の間違った形でのアップロード、つまり、別の書類をアップロードしてしまうといった場面も想定できるのではないかと思います。その場合に正式な受理となり、直ちに間違っアップロードしたことに気づき削除しようとしたとしても、受理されているので削除できないということになると、かえって別の書類を提出してしまったことによるプライバシー侵害の範囲が拡大されることとなりますので、もしこの点について速やかに提出した相手方、すなわち検察官や裁判所に見えないようにする、あるいは直ちに削除できるようにするという点について、法律や規則で手当てが必要になる問題なのであれば、そういったことについても今後検討していただきたいと思っております。

○吉田（雅）幹事 今の久保委員の御発言のうち枠内の「7」に関しての御発言についてですが、証拠を送致したものの一覧表に載っていなかったりして、それが検察庁で把握されていないというような御指摘だったのでしょうか。いずれにしても、この「7」の規律は、送致の在り方を実質的に変えるというものではなくて、電磁的記録の形で作られる書類はそれを送ることとするというだけのものです。例えば、現在の運用において、事件を一旦送致した後に警察で補充捜査を行って、それが警察で押収中であって検察庁に送られる前の状態のときには、検察庁としてはどういう証拠物があるかは必ずしも把握できるわけはありませんし、そのリストがあるわけでもないわけですけれども、この「7」は、そうした点に変更を加えようとする趣旨のものではないということです。それから、押収した

電磁的記録がデータベース等に使われないようにすべきというお話もありましたけれども、これも現在と変わるものではなく、飽くまで送致の在り方として、電磁的記録で収集されたものはそれを送るというだけの規律でありますので、収集した証拠、情報の活用の仕方については、この「7」は言及していないということです。

○酒巻部会長 ほかに、検討課題の「(6)」について、御意見等がありますか。

○向井委員 電磁的記録の送達について、1点申し上げたいと思います。その後また別途、一つございます。

まず、枠内の「4」のところについて申し上げます。電磁的記録の送達につきまして、改正後の民事訴訟法第1編第5章第4節第3款の規定を準用するものとする点について、異論はありません。もっとも、当部会第7回会議でも申し上げましたとおり、送達を受ける者によっては、民事訴訟法や今後定められる民事訴訟規則の規定をそのまま適用することが相当でない場合もあり得るよう思われ、そのような場合については刑事訴訟規則に規定を設けるなどして手当てするという点にならうかと考えております。

さらに、在宅又は保釈中の被告人に対する取扱いについて、もう少し申し上げます。当部会第7回会議において、身柄拘束を受けていない被告人、いわゆる在宅、保釈中の被告人について、電子情報処理組織による送達を適用するかについては、慎重な検討が必要であると申し上げたところです。この電子情報処理組織による送達は、システムの利用の届出をした者に対してのみ適用され、被告人については届出が義務付けられるわけでもなく、自ら進んでシステム利用を望んだ被告人についてこの規定を適用しても問題はないという見方もあり得ると思われ。ただ、当部会第7回会議において述べましたように、特に起訴状などについては、その送達は確実かつ迅速に行われる必要があり、場面によっては手続の進行等に大きな影響を与える可能性もございます。在宅、保釈中の被告人について、システム利用のための事前登録作業を行うといった積極的な被告人側の行為が介在するにしても、民事訴訟法の規定をそのまま準用することが適切なのかということについては議論が必要ではないかと考えております。取り分け民事訴訟法第109条の3第1項第3号では、届出先への通知から1週間が経過したときに送達の効力が生じるとされている点が特に気になる点です。

続きまして、規律案の「5(3)書面に記載された事項等の電磁的方法による記録等」に関して、意見を申し上げます。

この「(3)イ」についてですが、刑事訴訟法第310条の証拠の提出の場面においても、申立て等の場合と同様に、検察官や弁護士である弁護人につきましては、電子情報処理組織を使用して当該証拠に係る電磁的記録を提出することを義務付ける規律や、紙での提出を一定の場合に限定する規律が検討されるべきだと考えております。検察官や弁護人において収集、作成した証拠が書面や記録媒体であったとしても、その作成等に争いがなく、電子化を困難とする事情がないときには、電磁的記録の形態で証拠調べを請求し、それを裁判所に提出するということがデジタル化後においては相当でありまして、また、公判での取調べ後に電磁的記録の形態で提出いただくということは考えられるかと思えます。デジタル化後であっても、本来主張立証すべき立場にある当事者が事件記録となるべき証拠を提出し、判断機関である裁判所としては、それを判断資料とするのが原則であることは変わらないはずでありまして、当事者において電子化をすることが可能であるものにつ

いては、それを紙で提出しながら裁判所が電子化を行うという法制には合理的な理由がないように思われます。

実務的に考えましても、検察官や弁護人において電磁的記録をもって提出することが困難な場合など、紙での提出がやむを得ない場合があることは否定しませんが、そのような証拠については裁判所においても電子化することは困難なのではないかと考えます。仮に検察官や弁護人について証拠に関して電磁的記録の形態での提出が義務付けられない場合には、検察官や弁護人が紙で提出した証拠については、裁判所においても紙で管理するという規律も検討されるべきと考えております。

○酒巻部会長 今の御意見について、事務当局から何かありますか。

○鷓鴣幹事 御指摘の「(3)イ」の記載の趣旨を御説明させていただきたいと思います。

今の向井委員の御発言の御趣旨は、証拠方法として、まず電磁的な記録を原則とすべきではないかという点と、仮に証拠が書面で提出されたとしても、その電子化は当事者においてすべきではないかという2点と承りました。

1点目ですけれども、公訴事実の証明のため、あるいは反証のために裁判所に対してどのような証拠の取調べを請求するかというのは、検察官、被告人、弁護人が自ら選択すべきものであると理解しております。それらの当事者が、証明を要する事実との関係で、電磁的記録を取り調べるよりも書類や証拠物などの物体を取り調べるのが適切であると判断する場合であっても、電磁的記録の取調べを請求しなければならないものとするのは、その立証活動を不当に制約するおそれがあり、適切ではないという考えです。

頂いた御意見のうちのもう1点、その上で、提出されたものについて当事者と裁判所のどちらが記録化するかということについてですが、刑事訴訟法第310条が取調べ済みの証拠を裁判所に提出させて、その保管の下に置くこととしているのは、公判手続の更新や上訴審の審理などのために必要であることなどによるものとされています。そうしたことから、公判期日において裁判所が取り調べた証拠書類等が適切な形で正しく電磁的記録化されることについては、中立的な立場で手続を主催する裁判所の責任において行うべきものと考えられることから、取りまとめに向けたたたき台の「5(3)イ」は、裁判所の書記官がこれを記録することとするのが適切と考えて、このようなものとしたものです。

○酒巻部会長 ほかに、検討課題の「(6)」について御意見等がありますか。よろしいですか。

それでは、今から10分間、休憩を取りたいと思います。

(休 憩)

○酒巻部会長 時間になりましたので、会議を再開します。

引き続き、「第1-2 令状の電子的方法による発付・執行に関する規定の整備」についての議論に入りたいと思います。先立ちまして、「第1-2」に記載された内容について、事務当局から説明をお願いします。

○鷓鴣幹事 配布資料15の6ページから9ページまでを御覧ください。「第1-2 令状の電子的方法による発付・執行に関する規定の整備」の枠内には、令状等の種別ごとに、

電子的方法による発付・執行等に関する規律を記載しています。枠内の「1」には、「召喚状、勾引状、勾留状及び鑑定留置状の電子的方法による発付・執行」に関する規律を、「2」には、「差押状、記録命令付差押状及び捜索状の電子的方法による発付・執行」に関する規律を、「3」には、「刑事訴訟法第119条の証明書等の電子的方法による交付」に関する規律を、「4」には、「刑事訴訟法第168条第2項の許可状の電子的方法による発付・執行」に関する規律を、それぞれ記載しています。

続いて、「5」には、「逮捕状の電子的方法による発付・執行」に関する規律を、「6」には、「検察官等がする差押え等に係る令状の電子的方法による発付・執行」に関する規律を、「7」には、「刑事訴訟法第225条第3項の許可状の電子的方法による発付・執行」に関する規律を、「8」には、「収容状の電子的方法による発付・執行」に関する規律を、それぞれ記載しています。

この「第1-2」には、特に議論すべき検討課題を記載しておりませんが、枠内の記載の当否、要否も含め、御議論いただければと思います。

○酒巻部会長 今説明があったとおり、ここは検討課題は特に書いていないのですが、どのような点についてでも結構ですので、たたき台の枠に記載のある内容について、順不同で、作成した事務当局に対する御質問や御意見等を頂ければと思います。

○向井委員 事務当局に確認したい点を1点申し上げます。

電子令状の発付につきまして、以前の部会では、捜査機関が求めるときに限って電子令状の発付を可能として、原則として紙の令状を発付することが想定されているようにも読める規律案が提案されておりました。今回の規律案では、その点に関する言及はされておらず、従前の規律案は撤回されたものと認識しておりますが、そのような認識で誤りがないかどうか、事務当局に確認させていただければと思います。

○鷓鴣幹事 検討のためのたたき台の枠内にありました御指摘の規律案については、飽くまで紙媒体の令状の発付が原則であると読めるような書きぶりとなっているといった御指摘や、事務処理の効率化の観点から、刑事手続全体について紙媒体よりも電子データをなるべく広く用いることが望ましいという考え方と整合しないのではないかとといった御意見を頂きました。

また、仮に捜査機関において必要なシステムが整備されておらず電子令状が発付されても執行が困難となるなどの場合が想定されるとしても、そうした事情が令状を請求する際に裁判官にもきちんと伝えられて、それを踏まえて令状の形式が適切に選択されるようにする仕組みを設ければ足りるとも考えられ、例えば、刑事訴訟規則に、紙媒体をもって発付を受ける必要があるときは、その旨及びその理由を令状請求書に記載すべきことを規定するといった方法も考えられると思われましたので、法改正事項を掲げるものとしている取りまとめに向けたたたき台では、記載ぶりを改めたものです。

○酒巻部会長 ほかに御質問、御意見はありますか。

○久保委員 事務当局への質問を2点させてください。

1点目は、電子令状の発付の数に関する規律がないのは、複製の数の制限を設けない趣旨なのかということです。2点目は、以前も発言させていただいた令状の写しの交付の規律に関する記載がないのは、どのような御趣旨かについても御回答いただければと思います。

○鷓鴣幹事 事務当局からお答えいたします。

まず、第1点目、通数の規律を設けるかどうかという点についてですが、これまでの御議論におきまして、逮捕状の複数発付に関係して、紙媒体で作成された令状には裁判官にしかできない押印がなされて、それが成立の真正を担保しているとされているところ、電子令状の場合には、その作成の真正は記名押印に代わる技術的措置によって担保され、その措置の内容によって、令状を発付した裁判官以外の者が複製したとしても同様に真正性の担保がなされるのであれば、そのような措置が講じられている場合には、裁判所、裁判官が発付した電子令状そのものと、捜査官がこれを複製したり印刷したりしたものと区別する実益はないだろうという御意見があったことを踏まえまして、御指摘のような規律を設けることはしておりません。

それからもう1点、写しの交付についてですが、その点についてはこれまでも久保委員から御意見を頂いているところであり、その御趣旨は、呈示されたものが真正なものであるかどうかを事後的に確認することができるようにするということと、現在、紙媒体の令状の写しを交付しなければならないものとはされていないことを踏まえても、情報通信技術を活用すべきという観点からすると、そのようなことを制度化すべきではないかというものであったと理解しております。

他方で、これまでの会議において、まず、最初の点、真正性について確認できるようにすべきではないかとの御意見に対しては、そもそも被処分者にとって、令状の写しの交付を受けたとしても、紙媒体の令状であれ電子令状であれ、それによっては、示された令状が真正のものであるかどうかの判断には役に立たないのではないかと、といった御指摘があり、また、紙媒体の令状が示された際に、そこにある裁判官の記名押印が見えることによって令状が真正なものらしいことを一応確認できる、という側面が令状の呈示にあるとしても、このたたき台にも盛り込んでいますが、電子令状にもそれと同様の措置を設けることとすれば、被処分者としては、同じ程度に真正らしさを確認できるのではないかと、といった御意見もありました。

さらに、手続適正の観点からも、現在の刑事訴訟法上、被処分者に令状の写しを交付しなければならないものとはされておらず、そのことが被処分者の権利利益の保護に欠けるものであるとか、事後的な不服申立ての要否等の判断に支障を来しかねないものであるとは考えられていないことからすれば、電子令状に異なるルールが必要となる理由はないといった御意見があったものと理解しております。取りまとめに向けたたたき台においては、こうした御意見を踏まえまして、写しについて交付するという規律は設けていないものです。

○久保委員 では、今の回答を踏まえて意見を申し上げたいと思います。

令状の写しの交付につきまして、1点目に、令状の写しの交付は障害者のヒアリングにおきましても強い要望があったところかと思えます。

2点目に、今、最後の方に御発言を引用されていたのは佐久間委員の御回答だと思われませんが、被処分者の権利利益の保護に欠けるとか不服申立ての要否の判断に支障があるとは考えられていないという、その主体は、捜査機関がそのように考えている趣旨だと思われれます。この点、日本弁護士連合会におきましては2016年11月15日付けで、刑事手続における書面の交付義務等に関する意見書を発出しておりまして、その中には正に不

服申立てのために不可欠であるといった指摘があります。つきましては、被処分者の権利利益の保護に欠けるとか事後的な不服申立ての要否等の判断に支障を来しかねないというのは、単なる見解の相違であり、そのような考え方がとられていないということは誤りであると考えます。

3点目に、令状の呈示が電子的に行えるようになったことに伴い、あたかもいつでもプリントアウトし、複数の令状が存在することが許容されるように受け止めました。電子データはやはり改ざんが容易であり、何が交付されたのかということを事後的に検証できることは不可欠であるように思います。取り分け深刻な問題を生じるのは電磁的記録提供命令の問題ではないかと思えます。

具体的に支障が生じる場面を想像してみましたが、例えば、プリントアウトした令状の命令の対象となるデータの部分を包括的な記載に差し替えた写しを作成し、名宛て人に対し包括的な差押えを強制するというようなことも考えられます。もちろんゼロから偽造するといったことも考えられるように思います。後から真正な令状により包括的な提供をさせたかのような外観を作るということは、うがった見方かもしれませんが、想定できるように思います。

そのような行為が容易である一方で、証拠開示において事後的に令状の元データを開示されたとしても、実際にその場面において示された令状との同一性を検証することは不可能です。対象者は写しがないければ文言を正確に再現することは難しく、また、客観的な証拠を提出できない結果、違う令状が示されたのだという主張がそのまま認定されないといったことも考えられますし、そもそもそれ自体が争点化しやすくなるものと思います。仮に真実はそのような行為をしていなかったとしても、手元に写しがない以上そのような疑いを生じさせるという点において、電磁的記録提供命令の令状全てにつき問題になり得る争点だと思われまます。

これに付随しまして、視覚障害者に対し、読み上げた内容を覚えさせて、その違反行為に対し罰則を与えるというのも、それもまた理不尽なように思います。また、電磁的記録提供命令の事前の不服申立てというものを実質的に機能させるためにも、令状の写しの交付は不可欠であるように思います。命令から履行までに期間の定めが必要ではないかといったことは先ほども述べましたが、その間に事前の不服申立てをするか否かを判断することになるように思います。その際、義務履行として何を求められているのか写しによってチェックできなければ、不服申立ては機能しないように思います。勾留の準抗告に際しては勾留状謄本の交付が受けられますので、同じように令状の謄本の交付ができるような規律が設けられることが適切ではないかと思えます。

そもそもデータになると急に写しを自由に作れるとすれば、それ自体はおかしいように思います。逆に言えば、それを許容するとすると、写しを交付するということもまた容易になります。常に対象者に呈示するものと、交付するものの2通の写しを持参すればよいということになりますので、複数の発行を簡単にするのであれば写しの交付も簡単になるのであり、これまでの議論とは前提が異なってくるように思います。

また、電磁的記録提供命令についてですが、遠隔地にいる協力者の事業者のところに記録媒体を持参するのは大変だということが元々の議論の前提であるところ、遠隔地の事業者がオンライン上で令状を呈示することも想定されているものと思うということは、以前

も申し上げたとおりです。遠隔地にいる事業者に令状を電子的に呈示することをも想定するのであれば、スクリーンショットを撮ることは容易であり、もはやそのような場面とそれ以外とを区別する理由はないと思われま。したがって、権利制約を受けている被疑者・被告人、あるいは事業者の立場においても、令状の写しの交付を求める利益があるのであれば、これまでの制度を前提としても、今回の部会でのこれまでの議論を前提としても、令状の写しを交付しない理由はないものと考えます。

○酒巻部会長 今の御意見について事務当局から何か発言がありますか。

○吉田（雅）幹事 今の御意見の趣旨が全体としてよく分からなかったのですが、御意見は、捜査機関が裁判所によって発付された令状の一部を変造し得ることを問題視しているもののように聞こえましたが、それについては、現行法の下でも当然犯罪になるか、あるいは、諮問事項の「三」において、新たに法整備すべきかどうかの検討がされている罰則によって対処するかどうかという議論の対象になってくるのだらうと思います。全体的に、証拠が電磁的記録として押収されることに固有の問題というよりも、現行法制を論難するもののように聞こえましたが、現行法制は一定の合理性をもって動いているわけですので、今回電磁的記録提供命令が新設されるからといって、全ての強制処分、令状について写しの交付をすべきだというのは議論として少し乱暴だらうと思います。当然、搜索差押えは事件と関係のない人に対しても行われるわけでありまして、そういう人に対して令状の写しを交付すべきなのかどうかということも含めて考えなければいけない問題だらうと思います。そのような意味で、今回の電磁的記録提供命令の導入を機に令状の写しの交付をすることとすべきという議論は、適切ではないと思っております。

○酒巻部会長 既に何度も議論されたことであるように思いますが、ほかに、令状の電子的方法による発付・執行について、御意見、御質問はありますか。

○向井委員 「第1-2」の「1（3）」にあります記名押印に代わる措置の具体的内容について、若干意見を申し上げさせていただきます。

電子令状における裁判官等の記名押印に代わる措置につきましては、これまでの部会において、作成の真正を担保するための記名押印に代わる技術上の措置をとった上で、これに加えて、処分を受ける者が電子令状の外観から、それが真正らしいことを一応確認できる表示上の措置をとるべきであるとして、現在の紙の令状に記載されたものと同様の措置をとれば足りるという御指摘や、裁判官の記名に加えて裁判官の印影らしき赤い印が表示されるようにするといった提案が委員、幹事の皆様からなされております。

もともと、部会第7回でも申し上げましたとおり、処分を受ける者が電子令状の外観からそれが真正なものらしいことを一応確認できる表示上の措置をとることができれば足りると思われま。これを前提とした上で、とり得る技術的措置の内容を踏まえてその具体的内容を決すべきであり、これまでの部会で提案されてきた具体的方法以外の方法も含めて検討させていただくことにならうかと考えております。

一例として挙げられております裁判官の印影らしき赤い印の具体的内容としましても、例えば、いわゆる電子印鑑のようなものを想定するのか、印影の画像データが電子令状に表示されるようにすれば足りるのかなど、様々なレベルのものがあるように思われ、また、外観上の真正らしさの程度と技術的検討とを切り離してその内容を決定していくということは難しいであらうと考えております。

○酒巻部会長 ほかに御意見等がありますか。よろしいですね。

それでは、「第1-3 電磁的記録を提供させる強制処分の創設」に進みたいと思います。

先立ちまして、「第1-3」に記載された内容について、事務局から説明をお願いします。

○鷓鴣幹事 配布資料15の10ページから12ページまでを御覧ください。

「第1-3 電磁的記録を提供させる強制処分の創設」には、この項目に関する当部会での前回会議までの御議論を踏まえ、枠内に規律案を記載し、検討すべき課題を末尾に記載しています。

まず、枠内の「1」には、「裁判所による電磁的記録提供命令」に関する規律を、「2」には、「捜査機関による電磁的記録提供命令」に関する規律を、それぞれ記載しており、11ページの「2」の「(3)」から「(5)」までには、電磁的記録提供命令をする場合において、必要があるときは、裁判官の許可を受けて、電磁的記録の保管者等に対して、みだりに電磁的記録提供命令を受けたこと等を漏らさないように命ずることができるものとする、「秘密保持命令」に関する規律を記載しています。

また、「3」には、「電磁的記録提供命令の拒絶事由」に関する規律を、「4」には、「移転させた電磁的記録の原状回復」に関する規律を、「5」には、「不服申立て」に関する規律を、「6」には、「電磁的記録提供命令に違反した場合の罰則」を、それぞれ記載しています。

続いて、12ページの「検討課題」を御覧ください。まず、「(1) 捜査機関による電磁的記録提供命令」に関しては、被処分者に対し、記録媒体に記録させ又は移転させて当該記録媒体を提出させる方法による場合に、記録媒体は被処分者が選択するものとするか、捜査機関が記録媒体を指定するものとする場合、指定することができる範囲について司法審査を経るものとするかを要するか、「2(3)」の秘密保持命令をすることができるものとするか、などの点が、検討課題となります。

また、「(2) 命令に違反する行為についての罰則」に関しては、「1(1)」又は「2(1)」の電磁的記録提供命令を受けた者がこれに違反した場合について、刑事罰を設けるか、法定刑はどのようなものとするか、両罰規定を設けるかを、検討課題として記載しており、これに加えて、「2(3)」の秘密保持命令を受けた者がこれに違反した場合について、刑事罰を設けるか、法定刑はどのようなものとするか、両罰規定を設けるかを、新たな検討課題として記載しています。

「(3)」は「その他」です。

○酒巻部会長 ただいまの説明について、御質問等がありますか。

それでは、この項目についての議論の進め方ですが、これには検討課題が付いていますので、「第1-1」と同様に、まずは配布資料の12ページに掲げられた検討課題について順次議論をした上で、それ以外の検討すべき点については検討課題の「(3) その他」において議論することとしたいと思います。

まず、検討課題の「(1) 捜査機関による電磁的記録提供命令」の「①」について、御意見を伺います。御意見のある方は手を挙げて、御発言をお願いいたします。

○成瀬幹事 まず、検討課題の「(1) ①」に関して、事務局に質問させていただきたい

と思います。取りまとめに向けたたたき台の「1（1）」と「2（1）」では、電磁的記録の保管者等に命じてこれを提供させる方法として、電気通信回線を通じて裁判所又は捜査機関が指定する記録媒体に記録させ又は移転させる方法と、記録媒体に記録させ又は移転させて当該記録媒体を提出させる方法の二つが記載されています。このうち、前者の方法では、裁判所又は捜査機関が記録媒体を指定することが明記されているのに対して、後者の方法では、そのような記録媒体の選択に関する記載がありません。このように書き分けられた趣旨について御説明いただければと思います。

○鷓鴣幹事 御指摘の点について事務当局からお答えいたします。

御指摘の二つの方法ですが、まず前者の電気通信回線を通じて提供させる、すなわちオンラインによって提供させる方法については、電気通信回線を通じて電磁的記録を記録、移転させる先の記録媒体は捜査機関が用意することを想定しています。そのため、捜査機関が当該記録媒体を指定し、そこに記録することを保管者等に命じることができるものとしています。

これに対して、後者の記録媒体を提出させる方法につきましては、保管者等が記録媒体に電磁的記録を記録、移転させ、当該記録媒体を提出させることができるものとするものですが、こちらについては、御指摘のとおり、捜査機関が指定するものとは記載していません。これは、記録媒体を提出させる方法による場合には、提出させる記録媒体を捜査機関において指定せず、その選択を被処分者に委ねたとしても、一般に利用されている記録媒体に記録されて提出され、捜査機関は提出された電磁的記録を利用できる、それによって目的が達成できるのが通常と考えられることによるものです。

電磁的記録提供命令については、非協力的な者に対してすることも想定しておりますので、その場合、仮にそのような被処分者に記録媒体の選択を委ねるとすると、提供を命じられた電磁的記録を特殊な記録媒体に意図的に記録し、捜査機関による利用を妨害するなどの行為が行われることも考えられるように思われますが、そのようなおそれがあるときは、捜査機関が記録媒体を用意して、前者の方法、すなわち、電気通信回線を通じてそこに記録、移転させるという方法によることとすれば、妨害行為は回避可能なのではないかと考えられます。そこで、取りまとめに向けたたたき台では、記録媒体を提出させる方法による場合については、提出させる記録媒体は捜査機関が指定するものとはしておりません。

他方、オンラインにより提供させる方法をとることについて、妨害行為の回避がどのように可能であるとしても、その場合、妨害が行われることが分かった段階で、改めて、前者の方法によって電磁的記録を提供させる旨の令状発付を受けることが必要となりますので、手段として迂遠ではないかという点も問題となり得ます。そういった問題を回避する観点からは、記録媒体を提出させる方法について、捜査機関が記録媒体を指定するものとするとも考えられるところですが、その場合には、記録媒体について捜査機関の選択によって被処分者に生じる財産的な権利利益の制約の程度が変わり得るという考え方もできることから、その点、すなわち指定することができる記録媒体の範囲などについて、あらかじめ司法審査を経るものとするかということも検討課題となり得るように思われました。そのような観点から、検討課題の「（1）①」というものを掲げて、御議論頂こうと考えた次第です。

○成瀬幹事 今の御説明を踏まえて、もう1点、確認させていただきたいのですが、現行刑事訴訟法に存在する記録命令付差押えにおいては、被処分者が記録媒体を選択するものとされているのでしょうか。

○鷓鴣幹事 御指摘の記録命令付差押えについて規定している刑事訴訟法第99条の2は、必要な電磁的記録を記録媒体に記録させた上、当該記録媒体を差し押さえると規定をしているところです。この記録命令付差押えについては、協力的な者を被処分者とするを想定したものであることから、被処分者が記録媒体を選択する可能性があることを想定したものと考えられます。

○成瀬幹事 丁寧に御説明くださり、ありがとうございました。最初の質問では裁判所による場合と捜査機関による場合の二つを挙げましたが、事務当局の問題意識を踏まえ、以下では、捜査機関による電磁的記録提供命令に絞って、私の意見を申し上げます。

まず、オンラインにより提供させる方法による場合には、捜査機関がどのような記録媒体を選択したとしても、被処分者が行うべき行為は、電気通信回線を通じて当該記録媒体を対象となる電磁的記録を記録・移転することであって、どのような記録媒体が選択されるかによって、被処分者の権利利益の制約の程度が変化することは基本的にないと考えられます。よって、裁判官がオンラインにより提供させる方法が適切であると判断して、その旨の令状を発付したのであれば、被処分者の権利利益の制約は正当化されると思います。

次に、記録媒体を提出させる方法による場合においても、現在のたたき台の案のように記録媒体の選択を被処分者に委ねるものとするのであれば、現行の記録命令付差押えと同じ状況であって、裁判官が記録媒体を提出させる方法が適切であると判断して、その旨の令状を発付したのであれば、被処分者の権利利益の制約は、記録媒体の占有の一時的喪失という部分も含めて正当化されると思います。

これに対して、記録媒体を提出させる方法による場合に、捜査機関が提出させる記録媒体を指定できるものとするときには、現行の記録命令付差押えを超えて、捜査機関に新たな命令権限が付与されることになり、捜査機関がどのような記録媒体を選択するかによって、被処分者の財産権の侵害の程度が左右されることにもなり得ます。それゆえ、被処分者の権利利益の保護を重視するのであれば、捜査機関が指定可能な記録媒体の範囲について、付随的に司法審査を求めるという考え方も、一応、成り立ち得るように思います。

いずれの仕組みとするかについては、更に検討する必要があると考えています。

○久保委員 今の司法審査における記録媒体の選択の点について、付随して意見を申し上げますが、非協力的な事業者がその記録媒体を準備することまで求められるとした場合の費用負担については無視されるべきではないと思います。例えば、アメリカにおいては同様の制度において国が費用の負担をしているというような規律もあるように聞いています。命じられた事業主にとっては、単に記録媒体の実費にとどまらず、それに対応する人件費も含めた膨大な費用が掛かる可能性があります。1件であればその負担は限られていたとしても、それを繰り返し命じられる可能性のある事業者における財産的な不利益は無視されるべきではないと思います。日本においては、これまで協力的な事業主を対象に、その善意に基づいて履行していただいていたということだと思いますが、非協力的な事業者に実費及び人件費の費用負担を課すということは、それ自体大きな不利益であり、この点については今後検討がなされるべきではないかと思います。

○酒巻部会長 ほかに御意見ありますか、よろしいですか。

○吉田（雅）幹事 強制処分を行う際に被処分者に生じる経済的な負担について、国費で賄うべきかどうかというのは、この電磁的記録提供命令に限った話ではなくて、例えば差押えを行う場合にも、差押えの現場では一定の人員を割いて場所を提供して捜査機関に対応しなければいけないということはありません。その場合も国費で負担するという事にはなっていないわけです。

電磁的記録提供命令について、再三、膨大な量にわたるという表現が出てまいりますが、繰り返し申し上げますけれども、飽くまで令状で提供の対象となる電磁的記録を特定することが前提ですので、膨大であるということを経験的に議論されること自体、ミスリーディングだと思いますけれども、いずれにしても、他の強制処分についても、経済的負担に対する対応というのは同じように妥当な話でありまして、その点については、現行法制上何ら規定を設けていないということですので、ここについてだけ設けるのは法制的におかしいと考えています。

○久保委員 これも先ほど来御指摘いただいていることではあるのですが、そもそも現行法の問題点も含めて指摘をし、それを修正するべきところがあれば修正するというのが部会の目的だと思いますので、現行法において整合しないものがあるのであれば、それも含めて検討がなされるべきというのが本来の在り方だと思います。

その上で、国費で賄うべきかどうかという点について、ほかの制度で賄われていないという点について、そもそもこの電磁的記録提供命令については海外の法制も参照したような御意見があるわけですが、例えばイギリスも含めたヨーロッパなどでは、提出命令やブロッキング命令について費用請求できるという立法や判例があるようにも聞いております。そういった、どういう侵害利益があり、それに対して外国においてどのような手当てをしているのかということも含めて検討して初めて、制度全体の適正さというものが担保されるものと思います。

現在の捜査関係事項照会につきましても、重ねて照会をされるような事業者においては専門の部署が設けられ、24時間体制で対応を強いられているという話も聞いたことがあります。今回の制度によって、非協力的な事業者についてもそういった人件費などが強いられるということは、それはやはり無視されるべきではないと思います。

○酒巻部会長 検討課題の「(1)①」について、ほかに御意見はありますか。

次に、検討課題の「(1)②」、これは秘密保持命令に関することですが、これについての御意見を承りたいと思います。御意見のある方は挙手をお願いいたします。

○池田委員 検討課題の「(1)②」について、意見を申し上げます。

秘密保持命令の制度を設けることについては、部会第10回会議において成瀬幹事から御意見があったところでございますけれども、私からもその必要性和、また相当性について意見を述べたいと思います。

成瀬幹事の御意見の要旨は、例えば、通信事業者等が、その保有する顧客の通信に関する情報を第三者に提供したときは、当該顧客にその旨を通知するという義務を負っている場合に、捜査機関から電磁的記録提供命令を受けたことや、提供を命じられた電磁的記録を提供したことが、そうした義務の履行として顧客である被疑者等に通知されれば、その者に対して罪証隠滅行為等を行う契機を与え、捜査の目的を果たせなくなるおそれがある

ことに鑑みて、同命令を受けた者に対し、秘密を漏らさないことを命じて、そうした事態を防ぐことができるようにするというものでした。私としても、そのような観点から秘密保持命令の制度を設ける必要があるという意見については理解できるところです。

他方で、秘密保持命令は、命令を受けた者に対し、電磁的記録提供命令を受けたこと等を漏らしてはならない義務を負わせることにより、その限りで行動の自由に制約が生じ、その意味において対象者の権利利益を制約することとなるものといえます。したがって、そのような命令を恣意的に行うことは許されないと考えられるところですが、たたき台の「2（3）」は、この命令について裁判官の許可を要するものとし、また、「5（3）」にあるように、これに基づき捜査機関が発する命令に不服がある場合には準抗告をすることができるものとしています。このような規律を設けることによって、命令を受けた者の権利利益の制約にも適切な配慮がなされているといえますので、手続の相当性に欠けるところはないものと考えられます。

以上に述べたところから、たたき台の「2（3）」から「（5）」までは、制度として適切に設計されたものであるといえるように思います。

○酒巻部会長 ほかに御意見はありますか。

○久保委員 事務当局への質問になるのですが、この秘密保持命令につきましては、被疑者や被告人も対象にしているという趣旨なのでしょうか。

○鷓鴣幹事 たたき台に記載しているとおおり、秘密保持命令の対象者は「（1）」の者ということになりますので、「2（1）」に記載されている証拠電磁的記録を保管する者その他証拠電磁的記録を利用する権限を有する者ということになりますが、その者が、何らかの事件について被疑者・被告人の立場にあるということはあるのではないかとはいいます。

○久保委員 そうしましたら、それに引き続いて、成瀬幹事に伺いたいのですが、この秘密保持命令について言及されたのは成瀬幹事だったのですが、元々想定されていたものとしても、被疑者・被告人を対象にして秘密保持命令を出すということで発言されていたという御趣旨なのでしょうか。つまり、アメリカ法などがどうなっているかも含めて、何か教えていただけることがあれば、教えていただければと思います。

○成瀬幹事 前回の会議で御紹介したアメリカの連邦法（Stored Communications Act）における秘密保持命令の対象者は、「電子通信サービス又はリモートコンピューティングサービスのプロバイダ」と規定されており、基本的に被疑者・被告人は想定されていないと思います。前回の会議において、私が秘密保持命令について提案させていただいた際も、同法に倣って通信事業者等の第三者を念頭に置いていました。

もっとも、アメリカの法制度と全て同じにしななければならないわけではありませんので、我が国の秘密保持命令の対象者に被疑者・被告人を含めるか否かは、我が国の実情に即して検討する必要があります。その際には、被疑者・被告人に対して秘密保持を命じる必要性・合理性が認められる事案がどの程度あるかを慎重に検討することが求められます。

○久保委員 そうすると、仮に、被疑者・被告人をも対象とするということを前提に置き、それ自体は適切ではないと私としては考えますが、仮にそのような制度を検討するとすれば、少なくとも被疑者・被告人というのは当然に弁護人には相談したいと思われ、それは当然許容されるということが前提となると思います。これは、この「みだりに」の解釈の問題になるのではないかとお考えですが、「みだりに」という趣旨として、どのよう

な場合であれば話してもよく、どのような場合であれば駄目なのかという点について、これは実体法の先生にお伺いするのが適切かもしれませんが、どのように考えればよいのでしょうか。

○酒巻部会長 前提として、「みだりに」という文言を書いたのは事務当局ですので、事務当局から説明をお願いします。

○鷓鴣幹事 「みだりに」という語について、参照したのは刑事訴訟法第197条第5項の秘密保全要請といわれているものの規定にある「みだりに」漏らしてはならないという言葉です。久保委員は実体法について御関心があられるようではありますが、飽くまでこれは刑事訴訟法の規定による刑事訴訟手続上の秘密保持命令という制度による命令の効果として設定されたものであり、その上で、その違反について実体法上の犯罪の成否が問題になるということになるかと思っておりますので、その両面で御検討いただければと思います。

○酒巻部会長 その上で、実体法御専門の諸先生から何か御意見はありますか。

○樋口幹事 今、鷓鴣幹事から説明いただいたように、刑事訴訟法上の制度であると同時に、命令を受けた後には、「みだりに」というものが実体法上の犯罪成立要件になるかなということかと思っております。罰則の内容に入ってしまうのですが、構わないでしょうか。

○酒巻部会長 それは後の罰則のところでも議論しましょう。

○久保委員 その点については、後ほどまたお話しただけという前提で、また少し別の点について申し上げたいと思います。

秘密保持命令について、仮にこのような制度を設けるとすれば、やはり期間の限定が必要ではないかと思われまます。この点について、永続的に秘密を守らないといけなくすると、それ自体が当然、負担でもありますし、事後的な不服申立てに際し、事業者が本来のユーザーに通知するといったことも想定されるように思います。この期間の制限についてはどのように考えればよいのかについて、何か想定されていることがあれば、事務当局あるいは成瀬幹事も含めた刑事訴訟法の先生にお伺いできればと思います。

○小木曾委員 その点については、第10回会議に久保委員から御指摘があり、その際に、成瀬幹事から、アメリカ合衆国の連邦法で、条文では適切な期間としか定められていないが、基本的には1年以内とすることなどが司法省のマニュアルで定められていることなどが紹介されたと記憶しています。

秘密保持命令は必要な限度で効力を有するものとすべきであるということは、もっともなことであると思っております。そうでなければならぬと思っておりますが、それをどのように定めるかということになりますと、幾つか選択肢があろうかと思っております。一つは、命令の期間をあらかじめ定めておくということです。ただ、この命令は物の搜索差押えと同様に、捜査の初期段階から用いられることが想定されるのではないかと思いますので、そうすると、その命令に伴って秘密保持命令が発せられるとしますと、その段階で将来の捜査の進捗を見通してあらかじめその期間を定めるというのは、なかなか難しいかもしれません。

ですから、期間をあらかじめ定めるということについては十分検討が必要であると思っておりますが、もし期間をあらかじめ定めるということであれば、捜査の状況等に応じてその長さを延長又は短縮できるようにする、そのような工夫も選択肢となるように思います。また、効力を必要な期間に限定するという関心に応える方法としては、期間を定めずに秘密保持命令を発した上で、その必要がなくなったときには命令を取り消さなければならない

ものとするという考え方もあり得るように思います。この場合には、命令の期間はあらかじめ定めないわけですが、たたき台にもありますように、命令の取消しがされないことについて不服がある場合には不服申立てをすることができることとすれば、弊害が生ずることはないという考え方もできると思いますので、そのような選択肢を踏まえて更に検討すればよいのではないかと考えます。

○久保委員 今の小木曾委員の意見に付随して、意見を申し上げます。

今、小木曾委員からは、不服申立てをする、命令の取消しを求めることが考えられるという御指摘がありました。ただ、その都度、命令の取消しを求め、その際に捜査が終了していないことを理由に認められず、また後日申立てをするということになれば、それ自体が大きな負担となりかねません。まずは、命令の効力がなくなった場合には速やかに、対象となっていた者に対し、その旨が通知されることが必要になると思います。現在、捜査が終了したことは当然に被疑者に対して通知されるものではありません、まして被疑者自身ではない第三者に対しては、捜査が終了したということは通知されませんので、この点について通知がなされ、命令がいつ終わるのかということが明示されることが必要だと思います。

○酒巻部会長 ほかに、秘密保持命令について御意見等がありますか。

続きまして、検討課題の「(2) 命令に違反する行為についての罰則」の「①」について御意見を伺います。

○樋口幹事 休憩前にかかなり多岐にわたる議論がありましたが、気付いた点を簡単にまとめて意見を述べたいと思います。

まず、久保委員の御関心として、立法事実が必要な部分、例えばクラウドであるとかパスワードの問題であるとかということがありましたけれども、具体的な立法事実ごとに分けて規定すべきだという問題意識は諮問事項「三」のところでもお示しいただいたかのように記憶しております。ですが、刑罰法規を作る際には、本当に必要な部分に個別的に特別法などを立法する場合もある一方、刑法や刑事訴訟法といった基本法に関しましては、より抽象化して、この場合には、データの入手が困難になったという近時の情報技術の進展を踏まえて、データを入手するための新たな手段を設定するという、そのような抽象化がなされた上で、一つ一つの具体例はあるわけですが、立法のときはそのような形で抽象化し、そして、それを正当化できるような要件もまた抽象的に定めるということがあるわけですから、刑罰を新設する際に、本当に必要な局面に個別化した刑罰法規を作る以外の選択肢が用意されるべきことは当然であるといえるかと思えます。まず、これが1点目でございます。

それから、2点目に、電磁的記録提供命令に関して、特に令状を念頭に置きますと、犯罪の成立は、令状が適法なものである場合に限るということが本当に必要なのかと、適法、違法を問わずに、令状があり、令状記載事項を守っていなければ犯罪になるという考え方をとるかどうかも問題となり得るように思います。

この点に関して、公務執行妨害罪を少し引き合いに出しましたが、我が国ではドイツ法の影響を受けて、明文にないものの、公務は適法な公務に限るということが判例になっており、それに異論はないところかと思えますけれども、フランスでは伝統的に令状の適法、違法は問わないということが判例になっておりまして、政策的な選択肢としまして、保護

対象になる刑事司法の作用に関して、あえて適法、違法を問わないという選択肢が上がってくる余地もあるであろうと思われます。もちろん、違法な公務であると主張させないということはかなり強い制度ですので、吉田幹事がおっしゃられたように、不服申立て手続との関係をどう考えるか、この点に関して整理しておくことが有用であると考えます。

そして、仮に適法な令状に基づいた場合にのみ義務違反を処罰するということでしたら、久保委員から指摘がありましたように、刑事訴訟法上の令状発付の適法、違法がそのまま提供違反罪、命令違反罪に関して刑事裁判の実体法の場合で争点化されるということになるのであろうと思います。

それから、最後に、刑罰法規の新設ということですので、既に存在する刑事訴訟法第99条の2を踏まえれば、犯罪成立要件に関しても当てはめができるということではございますが、先ほど申し上げたように、かなり抽象的な条文です。事務当局の方から、ここまで、クラウドの問題であるとか、スマートフォンの問題であるとか、本日、サーバ管理でわいせつ画像や著作権侵害のデータがあるなどといった具体例を挙げていただきましたが、刑罰を新設するものですので、具体例に関して、どういう令状が出て、どういう義務違反になるのかということに関して、本日でなくてよいと思いますので、一つ挙げていただければ、罰則の新設という観点からいたしますと、非常に刑罰法規の適正の確認という意味で有用かなと考えます。

○酒巻部会長 私から少し質問させていただきます。2番目の公務執行妨害との関係で述べられたことは、もし外形として令状が存在すればというフランス方式を採る、そういう条文にすると、それは公務執行妨害罪のこれまでの伝統的な、適法な公務を保護するという法解釈に全面的に影響するのでしょうか、それともそこは区別するのでしょうか。

○樋口幹事 簡潔にお答えさせていただきますと、そもそもボアソナードは違法でもよいと主張していきまして、公務執行妨害罪自体、それほど自明のものではないのですが、フランス、スイスの公務執行妨害罪は適法を問わないのですけれども、不服申立て制度の充実度合いということが強調されているところです。我が国では、この電磁的記録提供命令は非常に充実した不服申立て制度、事前の不服申立て制度がございます。それに対して公務執行妨害罪は、かなり広範にいろいろな局面に及ぶということがございますので、公務執行妨害罪に関してはこれまでどおり適法性要件にするという形で、矛盾せずに説明することは選択肢でありますし、一方で、酒巻部会長の懸念のとおり、本制度に関しても適法な令状に限定すべきであるということは、もちろん検討すべき問題かと思えます。

○酒巻部会長 ありがとうございます。ほかに、何か御意見等がありますか。

○樋口幹事 秘密保持命令についても意見を申し上げてよい段階に入っているのでしょうか。

○酒巻部会長 秘密保持命令についても御意見をお願いします。

○樋口幹事 秘密保持命令に関して罰則を設けるという部分に関して、実体法の見地から考えさせていただきたいと思えます。

電磁的記録提供命令を受けたことや提供したことを第三者に漏らす、取り分け被疑者に漏らす行為は、罪証隠滅のおそれをもたらす行為でして、性質としては犯人隠避罪に共通するものがあるように思います。犯人隠避罪の隠避行為の定義は、官権の発見逮捕を免れしむべき一切の行為を包含すると理解されていますので、事案によっては電磁的記録提供命令を受けたことを漏らす行為が犯人隠避を構成することはあり得るでしょうが、しかし、

常に該当するということがいえないでしょう。

そうしますと、秘密保持命令に罰則を新設するという事は、犯人隠避罪のような司法妨害罪と共通する性質を持ちつつも、罰則の付いた電磁的記録提供命令の実効性を担保するという見地から、隠避に該当するかを問わずに秘密の漏示を類型的に禁圧する形式犯の性質を持つと整理されることとなります。

この条文について、刑罰法規の適正の見地から、まず、罰則の目的について考えてみます。電磁的記録提供命令は、非協力事業主をも名宛人にして提供させるべき電磁的記録を知らせることが想定されており、かつ、提供まで合理的期間を付与することとなるものです。そうしますと、その間に、被疑者にいかなる捜査活動が進行しているかが伝わってしまうおそれが認められるでしょう。データの権利主体への通知を行う方針を採用している事業主が存在するなら、なおさらです。犯人隠避罪に該当するかは事案次第であることに鑑みますと、形式犯の形で一律に秘密保持を要請する必要性が認められると思います。

電磁的記録提供命令は、サーバの所在不明やパスワードによるデータ取得の困難性などを立法事実として、電磁的記録の提出に限って間接強制形態の強制処分を新設する結果、証拠と思料されるデータが何かについて非協力的な者に伝達され、捜査の進展状況が推知されるのは従来なかった状況でして、電磁的記録提供命令の実効性担保のために秘密保持命令を付加するという選択肢を設けることには合理的な理由があるように思われます。ただ、既に成瀬幹事が御指摘のように、被疑者・被告人を名宛人に含めるについては、なお検討を要するのかもしれない。

秘密保持命令に罰則を新設する必要性、合理性が認められるとして、制度の内容が適正なものか、明確なものかも更に課題になるかと思えます。たたき台の「2（3）」には、秘密保持命令の実体要件として、「必要があるとき」という文言が選ばれているかと思うのですが、この点について刑事訴訟法の観点から具体化していただければ実体法的な正当性が基礎付けられると思うのですが、この点、事務局の方にお考えはございますでしょうか。

○**鷓鴣幹事** たたき台の「2（3）」にある、「必要があるとき」という文言は、ほかの刑事訴訟法の強制処分の規定にあるものと同様の趣旨ですので、この場面に即して考えますと、捜査機関から電磁的記録提供命令を受けたことや、提供を命じられた証拠電磁的記録を提供したことを漏らされると、第三者に捜査の進捗状況等を知られることとなり、その後の捜査に影響を及ぼすおそれがあるという状況があるため、これらを漏らさないことを命ずる必要性がある場合というのが、具体的には想定される場所です。

○**樋口幹事** 「必要があるとき」という文言は様々な場面で使われていますので、この場面でどのように解釈されるのかということが具体的に示されたことで、実体法上の正当性も確認されているのではないかと考えます。

それと、先ほど、「みだりに」という文言に関して意見を求められたので、少し考えてみますと、「みだりに」という包括的な言葉を用いるということですので、その趣旨の確認は必要になるかと思えます。「みだりに」という要件によって、秘密保持命令を受けている者が秘密を漏示することを許容する局面として考えられそうなのは、典型的には、提供を命じられたデータの事務処理作業を進めるために法人内で命令を受けたことについて情報を共有するような場合が考えられるかと思えます。この場合は、そもそも電磁的記録

提供命令の目的を達成するための手段として、命令を受けたことを伝達するわけですから、制度目的に照らして、「みだりに」には該当しないと考えるべきでしょう。また、不服申立て制度が設けられていることに鑑みますと、不服申立てに必要な範囲で法人外部の弁護士に相談するといったことも妨げられないのではないかとと思われるところです。

このように、電磁的記録提供命令及び秘密保持命令の制度設計それ自体から類型的に「みだりに」に該当しなくなる場合以外に、秘密保持命令を受けた者が自らの正当な利益を守るという目的のために命令を受けたことを漏らすことが相当といえる限りでの違法性阻却はあり得るかと思えます。法秩序全体の精神に照らした違法性阻却は判例上認められており、今回の場合に、「みだりに」という包括的な文言によって対応することに憲法問題は生じないだろうと思えます。

久保委員から御指摘のあった刑事弁護のために相談することも、その一環になるかと思えます。ただ、包括条項で対応する場合に、そうはいつでも漏らしてよいのかちゅうちょするという萎縮効果が生じるのではないかという御懸念が、もしかしたら久保委員におありかもしれませんが、秘密保持命令に関しては、不服申立て手続を通じて、「みだりに」に該当しないことを明らかにするということが仮に可能になるのであれば、萎縮効果の回避の理由になるのではないかと、などと思うところです。

すみません、「みだりに」に関して久保委員の御質問に答えたので、少し寄り道になってしまったのですが、法定刑や両罰規定についても簡単に言及させていただいてもよろしいですか。

○酒巻部会長 両罰規定や法定刑についても、まとめてお願いします。

○樋口幹事 まず、法定刑について言及しますと、電磁的記録提供命令に付随する命令という性質に相応するものにするのが自然というのが一つの考え方かと思われま。一方、形式犯とはいえ犯人隠避につながる性質を持ち、不作為形態の電磁的記録提供命令違反罪とは異なり、秘密の漏示という積極挙動が行われることに鑑みますと、電磁的記録提供命令に付随する命令という性質にとどまるものではないという見立ても可能かと思えます。これら両面を勘案しながら法定刑を考えていく必要があるかと思えます。

最後に、両罰規定なのですけれども、電磁的記録提供命令について法人を名宛人にして従業員に提出義務を拡張するという構造にするのであれば、電磁的記録提供命令の実効性を担保するための秘密保持命令も同様の制度設計にすべきかと考えます。法人の業務に関連する形で、法人が秘密保持命令を受けたことを知った従業員に秘密を保持する義務が生じることになりますので、秘密保持が要請される主体が多数に上るという事態も想定されますが、電磁的記録提供命令の実効性を担保するためには必要ですし、刑罰法規の適正を害するようにも思われません。

○酒巻部会長 命令違反についての罰則について、ほかに御意見はありますか。

○久保委員 今回の樋口幹事の回答に関して質問をさせていただきたいのですが、まず、いろいろと御説明を頂きまして、その中で言及された内容として、1点目に、命令違反のそういう罪の成否に関して、電磁的記録提供命令の発付の違法性自体を争う余地があるという趣旨でよろしいのでしょうか、という点が1点目になります。

2点目に、例えば、命令で求められているデータの範囲が不明確で、提出の必要はないと考えた場合に、それをもって義務違反と主張された場合に、これは実体法上どういう問

題なのか、つまり、故意を阻却されるような場合ですとか、あるいは会社としての正当な利益を守るために拒否をするといった場面においては違法性阻却などの問題も生じるように思いますが、この場面では故意の阻却や違法性阻却の問題などが考えられると、そういう理解でよいということでしょうか、という点についてお伺いできればと思います。

○樋口幹事 まず、1点目の令状の違法性を争えるのかは、正しくそれ自体、この部会で議論ができていなかったことですので、これから議論していく必要があります、争えないという制度設計をあえて選択することも可能であれば、一方で公務執行妨害罪同様に争えるという選択肢もあるというのが、現時点での整理にとどまることはお許しください。

2点目は、なかなか難しい問題かなと思います。

仮に令状の違法性を争えないという制度にしますと、客観的構成要件が、令状が出て、守っていないということだけになりますので、命令の内容が不明確で提出の必要がないという誤信をした場合、この場合は、令状を違法と誤信していたり、あるいは、令状を違法とまでは誤信していなくても、義務違反は自分がないという誤信かと思うのですが、そういったことは、およそ争う余地がなくなる、そういう意味では、令状の適法、違法を問わない制度設計をすると、故意論にも跳ね返って、電磁的記録提供命令に関して非常に実効性が高まるという方向に行く一方、そこまですることには批判が生じるかもしれません。

一方で、令状の適法性要件を要求しますと、公務執行妨害の適法性要件に関して、故意に関して法律の錯誤か事実の錯誤かという形で激しい議論があるところまでございまして、それと同じような問題が生じるのではないかと思います。ただ、整理としては、法律の錯誤、事実の錯誤をめぐる複雑な議論を裁判所に委ねるというよりは、この場で、適法性要件を要求するけれども、その趣旨は何かということをはっきりと、例えば今、久保委員が、データの範囲が不明確で提出の必要がないと思って放置しており、不服申立てさえしないという人に関して、客観的には適法性を要求するにしても、そのような誤信まで本当に保護に値するののかと考え、法律の錯誤として扱い、故意があるものとするという形で、やはり客観的な適法性の要件同様、故意論に関して、どこまで電磁的記録提供命令の実効性を確保するのか、あるいは罰則の新設ですので、慎重さも期して故意の阻却をある程度広く認めてもいいのではないかと、故意論一般というよりは、この条文の趣旨に鑑みて故意の阻却の範囲を考えておくということは今後、有用になるのかなというふうに、今考えたばかりですけれども、これでお答えになっているでしょうか。

○久保委員 更に質問をさせていただきたい事項が出てきたのですが、秘密保持命令について罰則を伴うこととした場合に、先ほどの秘密保持命令の期間の問題も関わってくるかと思うのですが、当初から命令が下される期間が明確になっていない場合に、それは明確性の点では問題とならないのかということが1点目です。もう1点は、「みだりに」の解釈の問題につき、先ほど刑事弁護の観点で、相談をするということは「みだりに」には該当しないだろうという趣旨の御発言を頂きましたが、例えば、自分の会社の社員が被疑者になった事件において電磁的記録提供命令が出た場合に、当該従業員の懲戒処分の判断をするために速やかに話をしたい、つまり、それ自体についての不服申立てをするためではなく、社内において懲戒処分の成否を判断するための調査を速やかに開始したいといった場合も民事的にはあり得るのではないかと思います。そういった場合も「みだり

に」には該当しないといったように、幅広く「みだりに」には該当しない場合が想定されるという理解でよろしいのでしょうかというのが2点目になります。

○酒巻部会長 事務当局から何か発言がありますか。

○吉田（雅）幹事 まず、期間の定めがない場合に明確性に影響するかという点ですが、これは影響しないと思います。命令の中身自体は明らかですので、期間の定めがないことによって命令の明確性が欠けるということにはならないだろうと思います。

それから、「みだりに」に関してですけれども、その前提として、例えば、電磁的記録提供命令が法人を名宛人として法人に対してなされたという場合、その従業員は法人としての義務を履行するために動くということになります。それに付随して秘密保持命令が出されるということは、法人を名宛人とするということでありますが、そうすると、みだりに漏らす相手というのは法人の外にいる人というような整理になるのではないかという気もいたしまして、つまり、法人の内部で従業員同士でその命令の履行のために情報共有がなされるという場合には、それは漏らしたということにそもそもならないという整理になるのではないかという気もいたします。

そうだとすると、法人の内部で、例えば調査を行うというような場合にも、基本的には秘密保持されるべき主体の中にとどまっているということになるので、「みだりに」の解釈にかかわらず、それは漏らしたことにはならないという整理になるのかなと現時点では考えています。

○久保委員 恐らく私の申し上げた例が正しく伝わっていなかったのではないかと思います。私が今申し上げた趣旨としては、通常の人に従業員がいて、その従業員が社外の犯罪行為に関して、会社内のデータにつき電磁的記録提供命令、例えばメールですとかクラウドですとか、そういったものについて明らかにしてほしいという電磁的記録提供命令が出た場合に、会社としてはそれ自体には異論はないものの、自社の従業員が当然、犯罪に関わった可能性があるということは、令状の被疑者の氏名の記載を見れば分かるわけですので、そのような場合には通常、捜査の終結を待つというのではなく、速やかに懲戒処分のための調査を開始したいと考えるのが通常ですし、私も実務上そのような相談を受けるのが通常でもあります。

そのような場合、データでない証拠については、そのような秘密保持命令という制限はないにもかかわらず、データになると突然、みだりに漏らしてはいけないという制限が掛かり、当該従業員に対して調査ができないということになると、犯罪に関わったかもしれない被疑者である自社の従業員に対し、懲戒処分の調査をすることもできないまま警察からの連絡を待つということになりかねないのではないかと感じておきまして、単純に電磁的記録提供命令の不服申立ての成否を争うといった観点での調査だけではなく、広く会社の利益のために話をするといったことは、「みだりに」の解釈の点で問題になるのではないのでしょうかと、そういう趣旨の質問になります。

○吉田（雅）幹事 設例が今一つ理解できていないのですが、まず、その場合の秘密保持命令の名宛人は法人であるということでしょうか。

○久保委員 そうですね、当然、その法人が自社のデータを明らかにするように求められたときに、場合によっては被疑者であるその法人の従業員には電磁的記録提供命令が出たよということと言わないでほしいと、そういう趣旨も含めた秘密保持命令が出るということ

も想定されるのではないかという前提で想定しておりまして、しかしながら、法人としては懲戒処分の成否のためにその従業員に速やかにその話をしたいという場面が想定されるのではないのでしょうかという、どちらかという民事的な話にはなりますが、単純にこの刑事の手続の観点だけで「みだりに」の解釈がされるというのは適切ではないのではないのでしょうか、そういう問題意識になります。

○吉田（雅）幹事 重ねての確認ですが、このたたき台では、電磁的記録提供命令の名宛人と秘密保持命令の名宛人は同じであることが前提となっており、例えば、法人に対して電磁的記録提供命令を発する場合には、秘密保持命令の名宛人も法人ということになって、その場合には特段何か問題になるようなことはないような気もするのですが、久保委員がおっしゃっているのは、法人の従業員に対して電磁的記録提供命令が出されて、同時に秘密保持命令も出され、その従業員がほかの人に言うてはいけないという義務を負うという場合に、法人がその従業員から何か事情聴取をしたいと考えるということですか。

○久保委員 そうですね。

○吉田（雅）幹事 その場合、法人はなぜ電磁的記録提供命令が特定の個人に対して発出されたことを知ることになるのですか。

○久保委員 それは、どの事件に関するものか、当然そのデータを特定する際に、この従業員のメールについて、そのデータを欲しいとか、そういった形になるのではないかと想像しておりまして、そうすると、名前が挙がった自社の従業員が被疑者となっているのではないかということは合理的に少なくとも推測できるはずでして、法人としては通常、自社の従業員が何らかの被疑者となっている場合には速やかに調査をしたいと考えるのが自然だと思いますが、それについて制限を掛けられるということは法人にとっても支障が生じるのではないかというものです。

○吉田（雅）幹事 その場合、秘密保持命令を受けているのは、例えば従業員Aという人であるとして、法人がそのAという人から懲戒処分等に向けて事情聴取を行いたいと考えるきっかけというのは、例えば別の従業員Bとかいう人が何かを察知して、法人としてAという人から事情聴取を行うかどうかの意思決定に影響を及ぼすということですか。どういう機序でその法人が聴くことになるのかが、よく分からないのですけれども。

○久保委員 長くなって恐縮なのですが、私の方で今、想定しておりますのは、例えば典型的なものとして、ある会社の営業秘密を持ち出して他社に移籍したという場合に、営業秘密の持ち出しをしたのではないかということで、現在その転職先の会社においてその秘密を保持しているのではないかというような、例えばそういった不正競争防止法違反のような事例を考えたときに、通常、就業規則においては、犯罪に関わっていないですか、そういった不正競争防止法違反のようなものに関わっていないということが就業規則の中に定められておりますので、仮に自社の従業員においてそういった問題に関わっているとなれば、転職先の法人の方では、疑われている従業員に対して内部調査を実施するというのが通常の流れになるのではないかと思います。その場合に、転職先の会社のデータを出してほしいと言われた場合に、問題となっている従業員である被疑者とされている者のメールを出してほしいという命令が下れば、その名宛人となっている法人としては、自社の従業員である人物が何らかの犯罪の被疑者になっているであろうということを当然察知し、その従業員に速やかに調査を開始し、通常は自宅待機命令を出すという運用になっている

会社が多いものと思います。

そのようなときに、法人が名宛人となっておりますので、法人としては法務部などが実質的にはその従業員に事情を聴きたいという流れになるのが通常ですので、その場合に、この従業員は被疑者となっている以上、その秘密保持命令の想定しているものからすると、正に被疑者である従業員に対して漏らしてはいけないという立て付けになっているように思いますが、その場合に、自社の利益のためには速やかにこの被疑者である従業員に話を聴きたいということは考えられるのではないのでしょうかという問題意識です。

○吉田（雅）幹事 今のケースで、メール等があるということでデータを提供せよという命令を受けるのは、転職先の法人という設定ではないのですか。

○久保委員 そういう設定です。

○吉田（雅）幹事 そうであるとする、秘密保持命令はその法人に対して発せられるのであって、従業員に対して発するものではないのですが。

○久保委員 なので、法人が内部調査のために被疑者である従業員に話すということは、みだりに漏らしたことにはならないのではないのでしょうかという趣旨です。

○吉田（雅）幹事 その調査をする場合に、調査対象である従業員に対し、「このような電磁的記録提供命令が来たのだけれども」と言う必要はどこにあるのでしょうか。

○久保委員 通常その会社からすると、「このような警察からの連絡があったのだけれども何か心当たりはあるか」という質問をするのが、最初のスタートラインになるのではないかと思います。漠然と、何か悪いことをしたのかというような質問の仕方にはせず、このような疑いを持たれているのではないかということになるとと思いますし、例えば、現状、電磁的記録提供命令以外の場面においてその会社に搜索差押えが入った場合には、搜索差押えの事実を直ちに被疑者である従業員自身が知らないときに、その会社は、搜索差押えが入ったという事実を従業員に告げて内部調査をするのが通常だと思いますので、その場合に、データのときだけなぜ従業員への調査ができないのかということが理解できないという趣旨です。

○吉田（雅）幹事 少し考えてみたいと思いますが、その場面で会社が調査対象である従業員に伝えると、正にあなたは捜査の対象になっているということを察知させることになりしますので、この秘密保持命令の趣旨と抵触してくるような気がするのですけれども、そういう場合に「みだりに」ではないという整理になり得るのかどうか、それは具体的な事情を踏まえなければ判断できませんけれども、そこは検討する必要があるかなと思います。

○久保委員 ありがとうございます。

○酒巻部会長 時間が迫っておりますので、本日は以上にしたと思います。これで罰則についての議論は終えることと致します。「(3)」の「その他」は次回に回しますが、これはたたき台に記載されている事項全体について、事務当局に対する御質問や御意見等があればお願いするという項目ですので、次回は「(3)」の「その他」から議論を再開したいと思います。

その先は、「第1-4」の議論に入り、更に諮問事項「二」に関する議論についても、本日と同様に資料を事務当局に準備していただき、その資料に沿って進めていきたいと思っております。

今後の会議の日程につきまして、事務当局から御説明をお願いいたします。

- 鷓鴣幹事** 次回、第12回会議は、令和5年9月15日金曜日の午後1時30分からを予定しております。本日と同様、T e a m sによる参加も可能です。詳細につきましては別途、御案内を申し上げます。
- 酒巻部会長** 今日の議事につきましては、特に公開に適さない内容に当たるものはなかったと思いますので、発言者名を明らかにした議事録を作成して公開することとさせていただきたいと思います。また、配布資料につきましても公開することにしたいと思いますが、そのような扱いでよろしいでしょうか。
- (異議なし)
- 酒巻部会長** それでは、そのようにさせていただきます。
本日はこれにて閉会といたします。皆さま、どうもありがとうございました。

- 了 -