

違法収集証拠排除法則における 「違法」について（一）

——越境リモートアクセス捜査を素材に——

岩 崎 正

目次

- 一 はじめに
- 二 リモートアクセスと主権侵害
- 三 刑訴法の規定と外国に所在する記録媒体へのリモートアクセス（以上、本号）
- 四 本件各リモートアクセス等に対する法的評価と違法収集証拠排除法則
- 五 捜査による主権侵害と違法収集証拠排除法則
- 六 結びにかえて

一 はじめに

1 本稿の検討対象について

最決令和3年2月1日刑集75巻2号123頁(以下、本決定)で問題となった、越境リモートアクセス捜査、すなわち捜査機関が外国に所在する記録媒体のデータへ国内からインターネットを通じてアクセスしデータの複写等を行う行為は、相手国への主権侵害の可能性が議論されており、その捜査に対する法的評価を検討する必要性が生じる。同時に、当該リモートアクセス捜査から得られた証拠についての証拠能力の有無も争われることになる。本決定は、これらの問題に対して一定の判断基準・考慮要素を示すものである。しかしながら、本決定はその事案の性質上、判示する内容が必

ずしも明確とは言いがたく、その解釈については様々なものが示されている。筆者も、本決定につき判例評釈を公表したが⁽¹⁾、紙幅の関係上それらを十分に吟味できたわけではなく、その後に発表された諸見解も踏まえてあらためて本決定を読み解く必要がある。これに加えて、近時、実務における事例の蓄積もあり⁽²⁾、学説上も違法収集証拠排除法則に関する議論が活発になっている⁽³⁾。その中には、最大判平成 29 年 3 月 15 日刑集 71 巻 3 号 13 頁の判断枠組みを批判的に考察するもの⁽⁴⁾や、同法則に関する有力説を中心にその理論的基礎を問い直そうとするものもある⁽⁵⁾。本稿はこれらの諸見解の当否を検討するものではないが、本決定と関連する限りで違法収集証拠排除法則を考えることによって、それらの議論についても一定の示唆を得られるのではないかと思われる。

そこで、本決定の判断枠組みや射程・意義を検討するとともに、本決定が、主権侵害という国際法上の違法を、①捜査法上どのように評価してい

-
- (1) 拙稿「判批」速報判例解説〔法学セミナー増刊〕29号（2021年）225頁以下。
 - (2) 「特集 もっと違法を主張しよう！」季刊刑事弁護97号（2019年）32頁以下、「特集 続・もっと違法を主張しよう！」季刊刑事弁護108号（2021年）67頁以下等参照。
 - (3) 近時の新たな主張として、小浦美保「違法収集証拠排除論の再考—権利保護の観点から—」岡山大学法学会雑誌68巻第3・4号（2019年）137頁以下、小川佳樹「排除法則について」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）653頁以下、稲谷龍彦「証拠排除法則について」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）679頁以下、金子章「違法収集証拠排除論の法的構造に関する一考察—従来の議論に対する整序の試み—」横浜法学31巻1号（2022年）217頁以下等。
 - (4) 守田智保子「判批」筑波法政73巻（2018年）21頁以下、中川孝博「違法収集証拠排除法則における『重大な違法』」後藤昭ほか編『裁判員時代の刑事証拠法』（日本評論社、2021年）351頁以下、堀田尚徳「刑事裁判におけるGPS情報と違法収集証拠排除法則」法学セミナー805号（2022年）24頁以下等。
 - (5) 「特集 証拠排除法則の総合的再検討」法律時報95巻12号（2023年）4頁以下。

るのか、②証拠法上どのように評価しているのか、という2つの側面から考察することで、これまでの違法収集証拠排除法則の理解との関係についても考えてみたい。

なお、本決定には、刑事手続法だけでなく、刑事実体法、国際法、憲法等に関しても様々な論点に関連し得るが、本稿では主に違法収集証拠排除法則との関係に焦点を当て、その他の刑事手続法上の論点やその実務的な意義・課題については、別の機会に論じることとしたい。そのため、本決定の内容については、上記の本稿の検討対象に関係する限りで紹介するにとどめる。

2 本決定の概要

(1) 事実の概要⁽⁶⁾

本決定がその判断の前提として認定した事実は以下のとおりである。

警察官らは、平成26年9月30日、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その他の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事務所及び付属設備において、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製すべきものの範囲」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

(6) 原審及び第一審における弁護人の主張等について、水谷恭史「越境捜査が実施された事案とその問題点」自由と正義71巻1号（2020年）21頁以下参照。

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（刑訴法 218 条 2 項）を許可した令状であった。

警察官らは、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ビス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。

警察官らは、上記の方針に基づき、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㉗）。

しかし、警察官らは、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、手続㉗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（旨の原判決の判断は不合理であるとはいえない）。

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④）。

手続⑦、④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。

（2） 決定の要旨

法廷意見

「所論は、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、④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旨主張する。

しかしながら、刑法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……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。

その上で、まず、手続㉞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㉞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㉞は、実質的には、司法審査を経て発付された前記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。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㉞について重大な違法があるということとはできない。

……また、前記……の経過によれば、手続㉟についてのY関係者の承諾の効力を否定すべき理由はないとした原判断が不合理であるとはいえず、上記で説示したところにも照らすと、手続㉟について重大な違法があるということとはできない。

以上によれば、警察官が手続㉞、㉟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。」

三浦守裁判官補足意見

「電磁的記録を保管した記録媒体が外国に所在する場合に、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、当該外国の主権との関係で問題が生じ得るが、法廷意見が説示するとおり、その記録媒体がサイバー犯罪に関する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される。

本件においては、手続⑦及び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って、同条約の締約国に所在するか否かが明らかではないが、このような場合、その手続により収集した証拠の証拠能力については、上記の説示をも踏まえ、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、これを判断すべきものと解される。」

二 リモートアクセスと主権侵害

1 国外における捜査活動と刑訴法の適用

国際法上、「国家は他の国の領域内で執行管轄権を行使してはならないとの原則が確立している。これは、領域主権に基づき国家は自国領域内での執行管轄権を独占しており、それによって他国の執行管轄権行使が排除されるという趣旨である（……「領域性原理」と呼ぶ）」とされる⁽⁷⁾。

そして、捜査活動を含む刑事手続は国家主権の行使であるため、原則として自国の領域内に限定される。そのため、「第1に外国の捜査機関の本邦内における捜査活動は認められない、第2に我が国の捜査官も外国において捜査活動を行うべきではないとの方針が確立されてきた」とされ

(7) 竹内真理「サイバー捜査と国家管轄権」ジュリスト 1547号（2020年）74頁。

る⁽⁸⁾。

また、刑訴法の適用範囲との関係では、刑訴法は本来日本国外にも及んでいるが、外国領域内では当該外国の主権による制限を受けており、外国の承認があればその制限が解除されて適用される、と説明する見解（外国主権制限説⁽⁹⁾）と、刑訴法は原則として日本の領域内においてのみ適用があるとしつつも、外国がわが国の捜査官の捜査を承諾した場合には例外的に日本の領域外にも適用があるとする見解（限定説）があるが、前者が支配的であるとされる⁽¹⁰⁾。

-
- (8) 山内由光「刑事手続における国際協力」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』ジュリスト増刊新・法学の争点シリーズ6（2013年）18頁。また、「一般には、たとえ任意捜査であっても、外国官憲による自国における捜査を認めないのが普通である。米国のように、例外的に、任意捜査に限っては、外国官憲による捜査を認める国もあるが、我が国は、外国官憲による国内での捜査を原則として認めていないので、相互主義の観点から、我が国捜査官が直接外国に赴き捜査を行うことは困難であると言わなければならない（警察から外国にいる参考人に電話をかけて、呼び出しを行い、あるいは事情を聞くことも同様であるので注意を要する。）」とされる（丸山嘉代ほか編『任意捜査ハンドブック』（立花書房、2023年）217頁。
- (9) 山本和昭「国際犯罪と刑事手続上の諸問題」警察学論集29巻1号（1976年）121頁、河上和雄「捜査官のための実務刑事手続法」（1978年、東京法令出版）304頁以下、杉山治樹「国外における捜査活動の限界」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法I』（青林書院、1998年）52頁以下等。
- (10) 山内由光「国外における捜査活動」松尾浩也・岩瀬徹『実例刑事訴訟法I』（2012年、青林書院）10頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第11巻』（青林書院、第2版、2017年）678頁。限定説を採用したとされるものとして、東京地判昭36年5月13日下刑集3巻5・6号469頁がある。なお、四方光「国境を越えるインターネット上の捜査に係る憲法問題」小山剛ほか編『日常のなかの〈自由と安全〉』（弘文堂、2020年）256頁、同「判批」法学教室491号（2021年）77頁は、限定説の論拠として、「国家の強制的な法執行措置、すなわち捜査、押収、逮捕、裁判といった具体的行為については厳格な属地的制限が課されており、こうした措置を他国領域内で

2 越境リモートアクセス

それでは、越境リモートアクセスも、外国の主権を侵害し得るものであろうか。

(1) 学説

これについては、外国に所在する参考人に電話を掛けたり、メールを送ったりすることはそれほど問題視されないことを理由に、外国にあるサーバに対するリモートアクセスを主権侵害とすることに疑問を呈されることがあった⁽¹¹⁾。しかし、これは、そのような行為が「それほど問題視されない」というより、以前はそもそも執行管轄権に関する国際法上の議論が深まっていなかったのであり⁽¹²⁾、主権侵害が生じないとするのであれば法的な論理が必要であろう。

そもそも、外国の承諾を得ずに捜査を行ったとしても、相手国の主権の侵害が相手国によって認識され、国際法的に問題とされ違法と評価されない限り、国際法上は相手国が主権の侵害を受けなかったと解すべきであるとする見解がある⁽¹³⁾。これによればわが国の捜査機関が外国にあるサーバに対してリモートアクセスをしたとしても、相手国に認識され国際法上違法と評価されない限り、主権侵害はないことになる。本決定の原判

行うことは、当該国の明確な同意がない限り許されない」（古谷修一「域外法執行措置と国家管轄権」島田征夫等編『変動する国際社会と法』（敬文堂、1996年）346頁）との記述を引用するが、これは国家の領域主権に基づく自国領域内での執行管轄権を述べたものであって、刑法法の適用範囲に関する限定説について言及したものであるかは疑問である。

(11) 山内由光「判批」研修832号（2017年）22頁以下。

(12) 和仁健太郎「サイバー犯罪に対する国家管轄権の行使と国際法」論究ジュリスト37号（2021年）51頁参照。

(13) 河上・前掲註（9）302頁、山内・前掲註（10）16頁等。

決⁽¹⁴⁾も「相手国が捜査機関の行為を認識した上、国際法上違法であるとの評価を示していればともかく、そうではない場合に、そもそも相手国の主権侵害があったといえるのか疑問がある」とする。しかしながら、これに対しては、「領域国がリモートアクセスを自ら感知することは通常想定しえず、知りえない以上、違法であるとの評価を示すこともない。これは極論すれば、領域国の感知しえない方法で行う限り国際法上の主権侵害は生じえないとの結論を導くことにな」ってしまうとの批判がある⁽¹⁵⁾。

近時は、外国居住者の権利侵害に着目して主権侵害を否定する見解もある。外国の主権への配慮は実質的に外国居住者の権利を侵害しているか否かにより判断すべきであり、サーバ管理者が電気通信事業者でデータの内容に対して権限を有しない場合には令状により被疑者のID・パスワードを用いてデータへアクセスする限り実質的に電気通信事業者の権利侵害はないことから外国の主権への侵害もないとする見解である⁽¹⁶⁾。これに対しては、「越境捜査が問題とされるのは、国家の主権の行使であるとされる捜査行為を他国の主権が及ぶ地域内で行うこと、あるいは、捜査行為によって他国の領域内に一定の効果を及ぼすことが、いわば主権の衝突をもたらす点にあるから、その際に実質的な権利侵害があったか否かは重要ではな

(14) 大阪高判平成 30 年 9 月 11 日高検速報（平 30）号 344 頁。

(15) 竹内・前掲註（7）75 頁。川出敏裕「判批」論究ジュリスト 37 号（2021 年）127 頁参照。また、「相手国に所在する被処分者の所持品の差押えなど、相手国の認識にかかわらず、主権侵害が明らかに認められるべきものもあることからすると、相手国の認識を主権侵害の要件とするような解釈には疑問があるし、……捜査機関に対して相手国への発覚を免れるインセンティブを与えかねず、賛同しがたい」とするものとして、新宅孝昭「リモートアクセスに関する諸問題」警察学論集第 76 巻 4 号（2023 年）114 頁。

(16) 四方光「判批」刑事法ジャーナル 58 号（2018 年）149 頁以下。北嶋良藏「越境リモートアクセスについて」警察学論集 75 巻 11 号（2022 年）133 頁以下。

い」との批判がある⁽¹⁷⁾。

さらには、「現実空間における人や物の越境については、旅券・査証や通関手続による制御がなされている。これは主権に基づくものと解されるが、その制御が私人の意向によって左右されることはない。そうであればコンピュータ端末の使用者である私人の有効な同意によって越境リモートアクセスが可能となるのであれば、そこに主権の問題は存在しないと解するのが自然ではなかろうか」という主張もある⁽¹⁸⁾。たしかに、サイバー犯罪条約 32 条 b によれば、「コンピュータ・システムを通じて当該データを自国に開示する正当な権限を有する者の合法的なかつ任意の同意が得られる場合」は、他の締約国の許可なくアクセスが可能となる。そのため、同条約の締約国間であれば、コンピュータ端末の使用者である私人の有効な同意によって越境リモートアクセスが可能となり、主権侵害はないことになる。しかしながら、このような場合に、主権侵害とならないのは、私人の同意があることが直接の理由ではなく、締約国の間で 32 条所定の場合に許可なくアクセスできることを合意したからである。同条は、「公に利用可能な蔵置されたコンピュータ・データにアクセスすること」（同条 a）と同様に、「コンピュータ・システムを通じて当該データを自国に開示する正当な権限を有する者の合法的なかつ任意の同意が得られる場合」（同条 b）は、ある締約国が自国に保存されているコンピュータ・データに一

(17) 川出敏裕「コンピュータ・ネットワークと越境捜査」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019 年）427 頁。新宅・前掲註（15）114 頁以下も参照。

(18) 星周一郎「判批」刑事法ジャーナル 69 号（2021 年）270 頁、同「サイバー空間の犯罪捜査と国境・覚書き」警察学論集 73 巻 4 号（2020 年）84 頁以下も同旨。また、人や物が越境移動するという場合、出入国管理や税関による通関などの管理があり、これは国家主権に基づく管理であるといえ、そうであるがゆえに捜査権の限界も一般的に承認されているとして、サイバー空間に関しては通常そのような管理を受けることはなく、国境という概念を持ち出すことに疑問を呈している（同 83 頁）。

方的にアクセスしたとしても当該国はそれを許容するであろうと考えられたことから規定されたものと解される。そうであれば、この規定は国家による越境リモートアクセスの制御を私人の意向にかからしめるものではなく、国家がどのような行為を他国領域内で行ってはならないと認識しているのか⁽¹⁹⁾についての一つの考慮要素として私人の同意の有無が問題となっているに過ぎない。したがって、サイバー空間の特殊性によって主権や国境の概念も変容してゆく可能性もあり傾聴に値する見解であるが⁽²⁰⁾、私人の同意によって越境リモートアクセスが可能となる場合があるからといって、主権侵害の問題が存在しなくなるというのは、疑問が残る。

本論点に関して主権侵害を否定する諸見解は、「この問題の解決は、最も根本的には、一国の統治権ないし主権というものをどう捉えるかに懸かっている」とした上で、「統治権ないし主権というものを、ずっと具体的・実質的な権利や利益を護るという必要に根ざした権能だと捉えるときには、自国の領土や財産に対する何らの物理的侵入や侵害も、またその国民ないし住民の権利や利益に対する何らの侵害も、全く伴わないような外国の捜査機関の活動にストップをかける力は持たない」という「具体的な権利や利益の保護ということを中心に考えていくのが正しい方向」とする基本思想⁽²¹⁾と共通している部分が多いように思われる。しかしながら、ここまでの議論を見る限り、「一国の統治権ないし主権というものをどう捉えるか」という観点を持ち出して結論付けることにも様々な課題が生じ得

(19) 和仁・前掲註(12) 52頁参照。

(20) 中野目善則「判批」ジュリスト臨時増刊1570号(2022年)149頁も「国境により隔てられ、国境管理が行われている従来の空間で妥当してきた主権侵害に関する議論を、全地球が一体的サイバー空間として機能し、国境という障壁が消失するか薄れ、クラウドの利用が一般化し、瞬時に犯罪に関するデータが移動されたり廃棄・消去されたりする危険が高い状況で、同様に展開すべきなのかには疑問が残る」とする。

(21) 井上正仁『強制捜査と任意捜査』(有斐閣、新版、2014年)418頁以下。

る。そうすると、『他国領域内で行使してはならない執行管轄権とはどういう行為か』という問題について、原理からの演繹のみによって答えを出すことには限界があり、最終的には帰納的に、つまり、諸国が何を『他国領域内で行ってはならない行為』と認識しているかという観点から答えを出すしかない⁽²²⁾という指摘が正鵠を射るものと思われる。そして、結局のところ、少なくとも現時点では、「サイバー空間における執行管轄権行使について国家実行の集積は未だ十分ではなく、今後の国家実行を注視する必要がある」⁽²³⁾状況にあることになろう⁽²⁴⁾。

（2）裁判例

本決定以前の裁判例としては次のようなものがある。東高判平成 28 年 12 月 7 日高刑事集 69 卷 2 号 5 頁は、「本件検証は、本件パソコンの内容を複製したパソコンからインターネットに接続してメールサーバにアクセスし、メール等を閲覧、保存したものであるが、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。しかも、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もいえる。そうすると、……本件検証の違法の程度は重大なものといえ、……証拠能力を否定した原判決の判断は正当である」とした。他方、東高判平成 31 年 1 月 15 日高検速報（令

(22) 和仁・前掲註（12）52 頁。

(23) 同上。横溝大「インターネットを通じた域外的証拠収集（下）」法曹時報 74 卷 9 号（2022 年）10 頁参照。

(24) サイバー空間における主権についての国際法上の議論につき黒崎将広「サイバー空間における主権」森肇志・岩月直樹編『サブテキスト国際法』（日本評論社、2020 年）44 頁以下等参照。サイバー犯罪条約の現状と課題をまとめたものとして同「サイバー犯罪条約—デジタル化社会の分権的領域秩序とデータの所在地消失」法学教室 520 号（2024 年）35 頁以下参照。

元)号95頁は、「一般に、サーバーが外国にある可能性がある場合のリモートアクセスの可否については、サイバー犯罪条約上規定がなく、国際的合意が得られていないと解される。上記の場合にリモートアクセスを行うためには、国際捜査共助を要請するのが望ましいとしても、これを行わずにリモートアクセスを行ったことにより、外交上の問題を生じ得ることはともかく、わが国の刑法の解釈上、捜査の違法性の判断に直ちに影響を及ぼすものではないというべきである。したがって、本件閲覧捜査が国際捜査共助の要請なく行われたことは、その証拠能力を判断するに当たって考慮すべき事項とはいえない」とするものもある。また、本決定の原判決は、「我が国の捜査機関が、国際捜査共助の枠組み等により相手国の同意ないし承認を得ることなく、海外リモートアクセス等の処分を行った場合には、強制捜査であれ、任意捜査であれ、その対象となった記録媒体が所在する相手国の主権を侵害するという国際法上の違法を発生させると解する余地がある」としていた。

(3) 本決定

越境リモートアクセスにより主権侵害が生じ得るかにつき、法廷意見には、直接的な言及はない。そこで、本決定につき、越境リモートアクセスの可否について「国際社会でまさに議論の渦中にある論点に判断を下すことは避け」⁽²⁵⁾た、ないし「海外リモートアクセスが国際法上の違法（主権侵害）を構成するかという問題は、令和3年最決によっても、依然未解決（open question）のみままであり、その決着をみていないと考えるのが妥当である」⁽²⁶⁾との評価がある。

⁽²⁵⁾ 星〔判批〕・前掲註(18)270頁。

⁽²⁶⁾ 嶋拓哉「Online Service Providerを巡る国際的な法規律一抵触法の視点からの考察」北大法学論集73巻1号29頁。

また、本決定について、(i) 電磁的記録を保管した記録媒体がサイバー犯罪条約の締約国に所在し、(ii) 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、という2要件を満たさない手続^㉗及び^㉘について「2つの読み方が考えられる」が、その1つとして「適法・違法の判断を回避したという読み方」が可能であるとする見解もある。すなわち、法廷意見が「当該外国の主権との関係で問題が生じ得る旨、明言してはいない」だけでなく、本決定が手続^㉗につき「警察官が、……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当であるということとはでき」ないと評価していることが、上記「2要件を満たさない時でも、越境リモートアクセスが許される場合があることを示唆している」ことなど⁽²⁷⁾から、「現時点において、越境リモートアクセスを確実に実施できる場合を明確化する目的で判示されたものであり、それ以外の場合に適法に実施できるかについては今後の議論に委ねている」と考えるものである⁽²⁸⁾。この見解の眼目は、「この読み方によれば、今後の議論次第で、手続^㉗、^㉘は、実は国際法及び刑法上適切であった

⁽²⁷⁾ また、本決定が手続^㉗について、①「任意捜査として適法であるとはいえず」、②「上記条約32条が規定する場合に該当するともいえない」としている点については、①は被処分者の承諾が無効であるため、任意捜査としては適法でないことを確認したに過ぎず、強制捜査としても違法であると述べるものではなく、②は単に条約32条の要件を満たさないことを確認したに過ぎないと読む余地もあるとする（成瀬剛「判批」ジュリスト1577号（2022年）163頁）。

⁽²⁸⁾ 成瀬・前掲註（27）163頁以下（ただし、手続^㉗及び^㉘を「違法と判示した読み方」の可能性にも言及している。）。これに賛同するものとして石井由梨佳「国際法学の観点から—越境リモートアクセス捜査の評価」指宿信・板倉陽一郎編『越境するデータと法』（法律文化社、2023年）183頁。斎藤司「刑事訴訟法学の観点から—令和3年最高裁決定の論理を検討する」指宿信・板倉陽一郎編『越境するデータと法』（法律文化社、2023年）196頁も、「このような理解は十分あり得るように思われる」とする。

と遡って評価される可能性がある」⁽²⁹⁾ことであろう。

しかしながら、補足意見が「電磁的記録を保管した記録媒体が外国に所在する場合に、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、当該外国の主権との関係で問題が生じ得る」とするように、本決定は主権侵害が生じ得ることを前提としていると解されよう⁽³⁰⁾。調査官解説でも、本決定が「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」と判示したことを踏まえ⁽³¹⁾、「手続㉗がY関係者の任意の承諾に基づくものとは認められないことから、任意捜査として適法であるとはいえないことのみならず、サイバー犯罪条約32条が規定する場合に該当するともいえないことを指摘している事に加え、三浦裁判官の補足意見が、電磁的記録を保管した記録媒体が外国に所在する場合に、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、当該外国の主権との関係で問題が生じ得る旨述べていることを併せ読むと、本決定は、我が国の捜査機関が外国に所在する記録媒体へのリモートアクセス及び電磁的記録の複写を行うことについては、当該外国の主権との関係で問題が生じ得るものであり、国際捜査共助によらず、

(29) 成瀬・前掲註(27)164頁。「手続㉗、㉘における被処分者の権利侵害は搜索差押許可状ないし任意の承諾によって正当化され得るものであり、外国の主権侵害の有無、すなわち、国際法上の適法性に問題が絞られていたところ、国際法の規律内容は不明確で流動的な状況にあったという本件事案の特殊性に鑑みると、手続㉗、㉘の適法・違法の判断をしていないという「読み方にも一理あるように思われる」とする(同上)。

(30) 拙稿・前掲註(1)226頁。

(31) 川出・前掲註(15)126頁は、この判示は「外国に所在するサーバへのリモートアクセスは主権侵害となりうるものであるが、サイバー犯罪条約32条に該当する場合には、それが正当化されるという理解を前提としたもの」であるとする。

当該外国の同意やサイバー犯罪条約等に基づかない場合には、主権侵害となる可能性があるという考え方を前提としているものと理解することが可能である」〔傍点筆者〕とされている⁽³²⁾。また、手続⑦、④について、「重大な違法があるということはできない」と判示するのであれば、「最高裁が手続⑦、④により収集された証拠の証拠能力についてわざわざ職権で取り上げて判示した以上、各手続を違法と評価していると読む方が、先例と整合的であり」⁽³³⁾、本決定が上記の考え方を前提としているとする方が、文言上も素直な解釈であると思われる。ただし、後述するように、「本決定も、手続⑦、④の各リモートアクセスが外国主権の侵害となるか否かについて説示していない」し、「本決定は、『重大な違法』の有無を命題として判断を示しており、それに至らない違法の有無については説示していない」とされる⁽³⁴⁾。

なお、本決定が判断を回避したとする見解は、手続⑦について「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当である」とはいえないとした点に言及していた。これは、あくまで同手続により収集された証拠の証拠能力の検討にあたり「重大な違法」の有無を判断するに際しての評価である。すなわち、「本件において、警察官は、相応の根拠をもってサーバの所在地がアメリカ合衆国であると考えていたことに照らして、警察官が主権侵害の問題を回避するべく上記方針を採ったことをもって、所論のように警察官は国際捜査共助を回避する『潜脱的意図』で Y 関係者に承諾を迫ったとか、法規範軽視の態度の表れであるなどと評価することはできないことをいう趣旨であり、そのため、「一般的に、正当な権限を有

(32) 吉戒純一「判解」最高裁判所判例解説刑事篇〔令和3年度〕（法曹会、2024年）55頁。

(33) 成瀬・前掲註（27）163頁。

(34) 吉戒・前掲註（32）56頁、62頁。

する者の合法的かつ任意の承諾がある場合には、越境リモートアクセスは主権侵害とはならないということまで説示したものではない」といえよう⁽³⁵⁾。この点については後に詳述する。

三 刑訴法の規定と外国に所在する記録媒体へのリモートアクセス

1 刑訴法の規定についての本決定の趣旨

外国に所在する記録媒体にリモートアクセス等を行うことで主権侵害が生じ得るのであれば、それを現行刑訴法 99 条 2 項、218 条 2 項に基づき実施することは許されるのか、これらの条項はそのような実施形態を想定しているのかも問題となる。仮にこれが許されないのであれば、これらの条項に基づいて越境リモートアクセスが実施された場合、それは強制処分法定主義に反し、違法な捜査活動となり得るからである。ただし、本決定は、上記の点を検討しているものの、強制処分法定主義に反するか否かという観点からではなく、単にこれらの条項が、外国に所在する記録媒体にリモートアクセス等を行うことを想定して規定されたものか、そのような実施形態を許容するものかという観点から判断しているように解される。

これについて、本決定は、同条項の文言やその立法経緯、サイバー犯罪条約 32 条の規定内容等に照らし、刑訴法が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、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等を行うことは許されるとした。

わが国も加盟するサイバー犯罪条約 32 条 b は、コンピュータ・システムを通じて当該データを自国に開示する正当な権限を有する者の合法的な

(35) 吉戒・前掲註 (32) 61 頁。

かつ任意の同意が得られる場合に自国の領域内にあるコンピュータ・システムを通じて、他の締約国に所在する蔵置されたコンピュータ・データにアクセス等することは他の締約国の許可なく行い得るとする。また、同条約の注釈書によれば⁽³⁶⁾、他の締約国の許可なくアクセス可能な状況を同条約が規定する場合に限定する趣旨ではないとされる。そのような理解のもとに、刑訴法 99 条 2 項、218 条 2 項が同条約を締結するための手続法の整備のために設けられたことに加え⁽³⁷⁾、これらの条文上からは対象となる記録媒体を国内に所在するものに限定する趣旨は読み取れないことから、上記判示の「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、捜査共助を要請することなく外国に所在する記録媒体にリモートアクセス等を実施することは許されることになろう⁽³⁸⁾。

(36) Explanatory Report to the Convention on Cybercrime 293. その邦訳として、杉山 徳明・吉田雅之「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律について（下）」法曹時報 64 巻 5 号（2012 年）106 頁参照。

(37) 石井・前掲註（28）181 頁は、刑訴法 99 条 2 項及び 218 条 2 項は、リモートアクセス手続の整備を義務付けるサイバー犯罪条約 19 条の履行を確保するものであるが、これらの条項では、同「条約 19 条 2 項が明記する『搜索等の対象となるデータが自国の領域内にあると信じるに足りる理由がある』という要件は設けなかった」とする（これに賛同するものとして成瀬・前掲註（27）162 頁）。これに対して、丸橋透「情報法（e-evidence 施策とサイバー犯罪に関する条約）からの検討」Law & Technology 93 号（2021 年）59 頁は「刑訴法 99 条 2 項および 218 条 2 項は、条約 19 条 2 項の『搜索の拡張』を担保したものと考えられるので、拡張した先のデータが国内にある場合に限定した立法と解すべきである。条約 19 条でカバーされない越境アクセスにも適用され得るとする立法意思があったとすると、その点を明らかにするのが当然だからである」とする。

(38) 川出・前掲註（17）430 頁参照。なお、吉戒・前掲註（32）54 頁は、「第 1 審証拠決定は、リモートアクセス先のサーバがサイバー犯罪条約の締約国にあるか否かを区

2 刑訴法の規定と越境リモートアクセス

それでは、「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」に該当しないときにも、国外にリモートアクセスを行うことを刑訴法 218 条 2 項は禁じていない（同項違反にはならない）のであろうか。仮に、上記の場合に該当しない越境リモートアクセスを刑訴法が一切許さないのであれば、捜査機関としてはリモートアクセスはできず、捜査共助等をするしかないことになる。

とくに、本件で対象となったデータは、外国に所在する蓋然性があるとしてもいずれの国に所在するか判明していない。クラウドサービスのようにデータ所在地が分散、移動して確定困難な場合にも主権侵害が生じるか、という問題にも関連して議論がある。

立法担当者は、同条項によるリモートアクセスの対象となる記録媒体が国外にあることが判明した場合において、サイバー犯罪条約 32 条により「アクセス等を行うことが許されている場合に該当しないときは、当該他国の主権との関係で問題を生じる可能性もあることから、この処分を行うことは差し控え、当該他国の同意を取り付けるか、捜査共助を要請することが望ましい」と表現する⁽³⁹⁾。これに関して、法案成立当時には「記録媒

別することなく、正当な権限を有する者の合法的かつ任意の承諾に基づく場合には、警察官が日本国外に設置されたサーバにリモートアクセス等をして、サーバ設置国の主権を侵害せず、必ずしも捜査共助を要請しなければならないわけでもない旨説示していたが……、本決定は、記録媒体が同条約の締約国以外の外国にある場合に、上記承諾に基づく同記録媒体に対する越境リモートアクセスが正当化されるか否かについて説示したのではなく、この点は、今後の判断に委ねられている」とする。

⁽³⁹⁾ 杉山・吉田・前掲註 (36) 101 頁。これについて、四方・前掲註 (10) 257 頁は「越境リモートアクセスに否定的な立場をとったように見えるが、越境リモートアクセスを行うことができる場合があることを否定していないように見える」とする。他方、

体が日本国外に所在する場合には、技術的には処分を実施しうるが、他国の主権の及ぶ場所に所在する記録媒体には日本国の捜査権限を行使することになるから、処分の実施に当たり国際捜査共助の枠組みによる必要があり、今回の立法も、そのための手続を省略する効果を持つものではない」との評価もあった⁽⁴⁰⁾。

学説上は、前述のような越境リモートアクセスによる主権侵害自体を否定する見解もあるが、他方で、「サイバー犯罪条約 32 条に該当しない、強制処分としてのリモートアクセスはサーバ所在国の主権を侵害する可能性があるし、同条に該当するリモートアクセスであっても、条約の非締約国との関係では、やはり主権侵害が生じる可能性がある。それゆえ、そのような場合に、……リモートアクセスについてその国の同意を求めるか、国際捜査共助の手続に則ってデータを提供してもらうべきことになる。ただし、同意を得るにしろ、国際捜査共助の手続をとるにしろ、データがどこに蔵置されているかを捜査機関が認識していることが前提となる。しかし、

第 177 回国会衆議院法務委員会議録 14 号 10 頁（江田五月発言）をもとに、「日本の立案担当者は、領域性原理を厳格に捉える傾向があり、リモートアクセスに関してもそれが反映されているように思われる」との評価もある（竹内・前掲註（7）74 頁）。

(40) 池田公博「電磁的記録を含む証拠の収集・保全に向けた手続の整備」ジュリスト 1431 号（2011 年）82 頁。これを「サーバが国外にある蓋然性がある場合には、リモートアクセスは当該国の主権を侵害するおそれがある許容されないとする消極説」と評するものがある（星周一郎「サイバー犯罪捜査の変容」警察政策 23 卷（2021 年）21 頁、四方・前掲註（10）257 頁）が、池田公博「コンピュータ犯罪と捜査」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』ジュリスト増刊新・法律学の争点シリーズ 6（2013 年）97 頁では、「接続先から記録の複写等を行うに際し、接続先の記録媒体が外国に所在する場合には（ホームページの閲覧等公に利用可能なデータへのアクセスはこれに当たらない。サイバー犯罪条約 32 条を参照）、当該国の主権の及ぶ領域内で我が国の主権を行使することとなるから、国際捜査共助の枠組みによる必要が生じる」としている。

サーバを管理するプロバイダがそれを明らかにしないため、あるいは明らかにできないために、それが判明しない場合もある。……そうした場合には、……捜査機関には、外国の同意を求めたり、国際捜査共助を要請したりする国際法上の義務はなく、その裏返しとして、刑訴法上の捜査権限も制約されないから、直ちにリモートアクセスを行うことが認められるべきであろう」⁽⁴¹⁾とする見解が示されている⁽⁴²⁾。

それでは、この点について本決定はどのような態度を採っているのだろうか。上記のように、本件で対象となったデータは、外国に所在する蓋然性があるとしてもいずれの国に所在するか判明していないが、そのような場合にリモートアクセスが許されるかについての判断が明確に示されているわけではない。

この点についても、様々な評価がなされている。本決定が「本手続が実質的にはリモートアクセス令状に基づく手続だと認められるということ、

(41) 川出・前掲註(15) 132頁以下。川出・前掲註(17) 429頁、同「ネットワーク犯罪と越境捜査」法の支配202号(2021年)131頁以下等。また、外国主権制限説を前提に、外国所在の事実は捜査権限行使の正当性を阻却する事情であり、その具体的な疑いが生じない限りは捜査権限があると推定されるので、単に本邦外のどこかにサーバが所在する疑いがあるというだけでは、捜査の適法性の推定は覆らないと解して、「本邦当局によるリモートアクセスがサーバ所在国の主権侵害を伴うと判断されるのは、サーバが特定の外国に所在することが判明し、かつ、当該外国が承認を要するとの立場をとっているにもかかわらず、当該所在国の承認があることの証明に検察官が成功しない場合であることになる」とする見解もある(笹倉宏紀「クラウド捜査」芝原邦爾ほか編著『経済刑法—実務と理論』(商事法務、2017年)570頁以下)。

(42) これに対して、「サーバ所在国が不明であることを理由に国境を越えたりリモートアクセスを行うことができるとするのも、結局のところ捜査の必要性というやや抽象的な理由によるもので、法律上十分な根拠に基づくものとははいえず、強制処分法定主義と抵触する可能性が否定しきれない」との指摘もある(新宅・前掲註(15) 115頁以下)。

国際捜査共助によらず権原者の同意を得てアクセスをしようとしたことを不合理とは言えないということを指摘している」ことが、「この決定の論理を読み解く糸口」だとするものがある。越境リモートアクセスが国際社会において議論されていることから「外交上の問題で結論を先取りすることを避けながら、リモートアクセス令状を取得の上、さらに被疑者の同意を得てリモートアクセスを実施する場合には、少なくとも証拠排除すべき違法捜査とはならないことを示したもの」であり、「補足意見も併せて考えると、このような手法によって越境リモートアクセスを行う捜査事例について、是認しうる場合があると判断したものと理解することも可能」〔傍点筆者〕とする⁽⁴³⁾。また、補足意見が「その手続により収集した証拠の証拠能力については、上記の説示をも踏まえ、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、これを判断すべきものと解される」〔傍点筆者〕とすることから、本決定を「データの所在国が判然としない場合には、そもそも国際捜査共助手続をとることもできないことも併せ考えるならば、そういった場合にも、リモートアクセス捜査令状を取得したうえで、捜査対象者の同意を得て行うのであれば、越境リモートアクセス捜査が許される場合があることを示したものと捉えることもできよう」とする見解もある⁽⁴⁴⁾。

これらの見解は、（補足意見を含めて）本決定における、収集された証拠の証拠能力の検討にあたり「重大な違法」の有無を判断するに際しての評価をその根拠に挙げる。これに対して、前述のように、それらは「一般的に、正当な権限を有する者の合法的かつ任意の承諾がある場合には、越境リモートアクセスは主権侵害とはならないということまで説示したもの

(43) 四方〔判批〕・前掲註(10) 79頁。

(44) 星〔判批〕・前掲註(18) 271頁。

ではない」⁽⁴⁵⁾とされる。そもそも、捜査法上の違法評価と、証拠法上の違法評価（違法収集証拠排除法則における重大な違法の有無の判断）が異なることは当然に生じ得るのであり、後者が「重大な違法」と評価されないからといって、必ずしも前者が捜査法上（国際法上も）適法になるわけではない。そうであれば、証拠能力（重大な違法）の判断において、「権限を有する者の任意の承諾」等が考慮されることをもって、データの所在国が判然としない場合に、リモートアクセス捜査令状を得たうえで正当な権限を有する者の合法的かつ任意の承諾があれば、越境リモートアクセス捜査が許され得ることを、本決定が示したとまで解することができるかについては疑問である。

また、本決定が、「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」とし、本件について捜索差押「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」と判示していることから、「本決定が、サイバー犯罪条約 32 条に該当しない場合でも、刑訴法が国外サーバ等にリモートアクセスする権限を許容している、さらには、常に捜査共助による必要はないと考えているとの理解が可能である」とする見解がある⁽⁴⁶⁾。同見解の旨趣を必ずしも正確に理解できたわけではないが、前者の判示部分は被告人側の主張、すなわち「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ない、とする主張に応えたものに過ぎない。後者の判示部分は、手続[㊦]が「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ない」とする点について、本件捜索差押「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

(45) 吉戒・前掲註 (32) 61 頁。

(46) 齊藤・前掲註 (28) 191 頁。

とは認められない」ことから、「実質的には、司法審査を経て発付された……捜索差押許可状に基づく手続」と評価しているものであり、令状の範囲内で実施すれば「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」に該当しないときであっても、「刑訴法が国外サーバ等にリモートアクセスする権限を許容している」ことを示したものでないと思われる。

これとは逆に、「本決定によれば、サイバー犯罪条約 32 条の掲げる要件をみたさない場合には、リモートアクセスを実施することは許されず、サーバからのデータの取得は、国際捜査共助の手段をとりえない以上、現行法の下においては、データの取得自体が許されないことを意味しよう」とする見解がある⁽⁴⁷⁾。その論拠は必ずしも明確に示されていないが、同見解に直前で引用されている本決定の「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」という部分に基づく主張であろうか。前述のとおり、この部分は、その前の段落が「所論は」で始まることから明らかであるように、被告人側の「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ない」とする主張を否定し、

(47) 関口和徳「判批」季刊刑事弁護 109号（2022年）145頁。本決定は「本件弁護人の主張する見解は否定したものの、立法担当者解説の立場を一步進めて、現行法の下において越境リモートアクセスを実施するには、サイバー犯罪条約 32 条の掲げる要件をみたす必要があることを示したものと評価しうる」とする（同）。

越境リモートアクセスが刑訴法上許される場合として、上記の場合を示したものであり、それ以外についてリモートアクセスを実施することが許されないとはまでしたのではない。たしかに本決定は、越境リモートアクセスが、当該外国の同意やサイバー犯罪条約等に基づかない場合には、主権侵害となる可能性があるという考え方を前提とし、後述するように、主権侵害があったとされる場合には、国際法上だけでなく、国内法（刑訴法）上も違法と評価され得るという論理構成であると解される。しかしながら、本決定は、「**⑦**、**④**の各リモートアクセスが外国主権の侵害となるか否かについては説示していない」し、「『**重大な違法**』の有無を命題として判断を示しており、それに至らない違法の有無については説示していない」⁽⁴⁸⁾とされる⁽⁴⁹⁾。そうであれば、少なくとも、本決定が「サイバー犯罪条約 32 条の掲げる要件をみたさない場合には、リモートアクセスを実施すること」は刑訴法上禁じられていると判断したとまではいえないであろう。

以上のように、結局のところ、本決定は「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

(48) 吉戒・前掲註 (32) 56 頁、62 頁。

(49) 竹内真理「判批」ジュリスト臨時増刊 1570 号 (2022 年) 249 頁は、「本件ではサーバの所在地が不明な状況であったことが窺われる。もっとも本決定は、本件リモートアクセスが、サイバー犯罪条約 32 条の類型に該当しないことを確認した上で、捜査の違法性を前提とした違法の重大性の判断を行っているのだから、国際法上の違法性判断が介在していた可能性は払拭できない。他方で、違法の重大性判断においては、もっぱら違法収集証拠排除法則の適用において考慮されるべき捜査官の主観が考慮されるのにとどまり、それと国際法上の違法性の関係は明らかではない。そうするとやはり、条約に拠らないリモートアクセスが果たして主権侵害に当たるのか、主権侵害に当たらないとすればそれはどのような場合かを明確にする必要がなお残されている」とする。

合法的かつ任意の同意がある場合」に該当しないときに、国外にリモートアクセスを行うことが許容される場合があるのかについては、判断をしていないことになろう⁽⁵⁰⁾。つまり、「条約 32 条 b の要件を満たす任意捜査の範疇であれば、捜査機関が締約国に所在するサーバへのリモートアクセスが許され、主権侵害の問題が生じないことを示唆したに留ま」り、「データへのアクセス権限を保有する者の意に反して行う強制処分として、捜査機関が国外サーバにアクセスし、蔵置されているデータを閲覧・複写する越境リモートアクセスが許されるか否かという根本的な命題については、意図的に判断を避けたとみるべき」⁽⁵¹⁾であろう⁽⁵²⁾。

(50) 吉戒・前掲註 (32) 54 頁参照。さらに、「学説上は、データの所在地が判明しない場合には、国際捜査共助の要請等の手続を採ることを要求するのは不可能を強いるものであって妥当ではないから、直ちにリモートアクセスを行うことが認められるべきであるとする見解が有力ではあるが、本決定は、このような見解の当否についても判断したものではない」とする（同 62 頁）。

(51) 水谷恭史「刑事弁護実務の観点から—データ証拠の収集行為を統制し得ない現行刑訴法の限界」指宿信・板倉陽一郎編『越境するデータと法』（法律文化社、2023 年）165 頁。

(52) 大橋充直「サイバー（ハイテク）犯罪の捜査 第 106 回」捜査研究 No. 848（2021 年）63 頁も、今後に残された問題として、「本件最高裁判例の射程外である、①海外サーバがサイバー犯罪条約の締約国以外の国に所在している場合、②リモートアクセス等の開示権限者が合法かつ任意の同意を拒んだ場合等は、どのように捜査を進めると適切に証拠能力を有する証拠がリモートアクセスで採証できるのか、を検討する必要がある」とする。