

電磁的記録の消去

——電磁的記録提供命令の創設とその問題

清水 拓 磨*

目 次

- I はじめに
 - 1 本稿の目的
 - 2 本稿の問題意識と課題
- II 日本における議論
 - 1 電磁的記録提供命令の創設
 - 2 従来の規律と電磁的記録の消去
- III アメリカにおける議論
 - 1 「押収」概念の当初の理解
 - 2 「押収」概念の変化
- IV 検 討
 - 1 試 論——「押収」概念の再構成
 - 2 電磁的記録提供命令と憲法35条の文言
 - 3 アーキテクチャの必要性？
 - 4 先行研究との比較
- V 結びに代えて

I はじめに

1 本稿の目的

本稿の目的は、捜査機関が電磁的記録提供命令などによって取得した電磁的記録（デジタルデータ）につき、当該記録を保持する必要がなくなった

* しみず・たくま 立命館大学法学部准教授

場合や当該電磁的記録提供命令が取り消された場合に、消去すべきかを明らかにすることにある¹⁾。

2 本稿の問題意識と課題

情報通信技術は、社会のあらゆる場面で活用され、いまや欠かすことのできない社会インフラとなっている²⁾。IT化が急速に進められてきたことは疑いようがない³⁾。これを受けて、近時、司法分野においても、情報通信技術の活用とそのための法制度の在り方が急速に検討されてきた⁴⁾。先行したのは民事訴訟法の議論であり、2022年5月18日に民事訴訟法等の一部を改正する法律が成立した(令和4年法律第48号)。刑事訴訟法の議論はこれに続くかたちで進められ、法務省の刑事手続における情報通信技術の活用に関する検討会は、2022年3月15日に報告書を取りまとめた。法務大臣は、2022年6月27日の法制審議会に「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関する諮問」(諮問第122号)を行い、これを受けて、刑事法(情報通信技術関係)部会が法制審議会に設置された。同部会は2023年12月18日に要綱(骨子)案を取りまとめた。同要綱案は、法制審議会第199回会議において賛成多数で採択され、直ちに法務大臣に答申されることとなった。2025年5月16日、「情報通信技術の進展等に対応するための刑事訴訟法等の一部を改正する法律案」が国会において可決・成立し、同月23日に公布された(令和7年法律第39号)。これは一般に「刑事デジタル法」と呼ばれる⁵⁾。

1) 電磁的記録とは、「電子的方式、磁氣的方式その他の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう」(改正刑訴法40条1項)。

2) 池田公博「刑事手続のIT化」刑法雑誌62巻3号(2023年)545頁、「検察における刑事手続IT化の検討」法律のひろば75巻2号(2022年)2頁参照。

3) 河津博史「刑事手続のIT化：国民の権利利益の保護・実現のための情報通信技術の活用」刑事法ジャーナル73号(2022年)61頁。

4) 鶴嶋昌二「刑事手続における情報通信技術の活用に向けた法整備の在り方の検討状況等」法の支配208号(2023年)136頁。

5) 成瀬剛ほか「鼎談 電磁的記録提供命令の創設」ジュリスト1614号(2025年)2頁〔成瀬

刑事デジタル法の立案過程において最も議論された論点は、電磁的記録提供命令の創設であったといわれる（改正刑訴法102条の2第1項・218条1項）⁶⁾。本制度は、電磁的記録を直接の対象とする強制処分を認めるという点で、社会におけるデジタル化に対応する重要な制度改革であると位置づけられよう⁷⁾。

もっとも、電磁的記録提供命令をめぐっては、自己負罪拒否特権との抵触など、理論上の多くの課題が指摘されている⁸⁾。そのなかでも、とりわけ注目に値するのは、電磁的記録の保管・管理について十分な規制を欠く点にある。たとえば、捜査機関が電磁的記録を保持する必要がなくなったとしても、明文上、当該記録の消去は義務づけられない⁹⁾。電磁的記録提供命

剛発言]。

6) 成瀬ほか・前掲注5）2頁〔成瀬剛発言〕。報道においても注目が高かった。堅場勝司「オンライン接見盛り込まず、弁護士会などから強い反対意見 被疑者・被告人の人権の観点から問題多い刑事手続き IT化」週刊金曜日32巻6号（2024年）30頁以下参照。

7) 川出敏裕「コンピューター犯罪と捜査手続」法曹時報53巻10号（2001年）7-8頁は「立法論としては、その実質に合わせたかたちで、端的にデータ自体を強制処分の対象とし、そのうえで、その具体的な取得方法については、既存の差押えや検証という枠にとらわれることなく、複数の選択肢を規定し、それぞれの事案に合わせて、その中からもっとも適当な方法を選択できるようにするというのがあるべき方向であろう」と指摘していた。稲谷龍彦「刑事手続におけるプライバシー保護 熟議による適正手続の実現を目指して」（弘文堂、2017年）341頁も、「デジタル・データそのものを捜索・差押えの対象とする手続の整備が急がれているように思われる」と指摘していた。

ところで、比較法的にみれば、電磁的記録提供命令に令状を必ず要求すべきかについては議論の余地があるが、改正法は令状を必要とする立場にある。アメリカにおいて、クラウド上に記録された私的なコミュニケーションを獲得するのに令状を必要とすべきとする論文として Ian Walsh, *Revising Reasonableness in the Cloud*, 96 WASH. L. REV. 343, 366 (2021) がある。

8) 中島洋樹「電磁的記録提供命令の創設をめぐる諸問題」ノモス57号（2025年）267頁以下、瀧野貴生「刑事手続 IT 化立法案の問題性格」季刊刑事弁護119巻（2024年）80-81頁、日本弁護士連合会「電磁的記録提供命令の創設を含む刑事訴訟法等の改正に当たり、プライバシーの権利等を保護するための修正を求める意見書」2024年3月14日（<https://www.nichibenren.or.jp/library/pdf/document/opinion/2024/240314.pdf>、2026年1月25日最終閲覧）6-7頁。憲法38条1項の問題を退ける理解として、法制審議会刑事法（情報通信技術関係）部会「第7回会議事録」33頁〔成瀬剛発言〕（2023年2月7日）、同部会「第10回会議事録」44-45頁〔成瀬剛発言〕（2023年5月26日）を参照。

9) 緑大輔「刑事手続における情報通信技術の活用」法律時報97巻12号（2025年）3頁。山

令が取り消された場合も同様である¹⁰⁾。

刑事法(情報通信技術関係)部会の議論のなかで、久保有希子委員(弁護士)は、電磁的記録の消去規定を設ける案を提示していた¹¹⁾。しかし、現行刑訴法の記録についての取扱いと整合しないという理由で、久保委員の提案は退けられている¹²⁾。

そもそも2025年の刑訴法改正は、諮問第122号で挙げられているように、「近年における情報通信技術の進展及び普及の状況等」に対応することを目的としている。それにもかかわらず、一方では時代の変化に対応した電磁的記録提供命令などを導入しながら、他方では従来の取扱いとの整合性をとるという理由で電磁的記録の消去規定を設けないのは、立法の姿勢として一貫しないように思われる。

この点は措くにしても、電磁的記録の消去が義務づけられなければ、長期間にわたる様々な捜査活動を通じて、捜査機関のもとに大量の個人情報

本了宣「刑事手続のIT化に備える」季刊刑事弁護108号(2021年)151頁も参照。

10) 緑・前掲注9)3頁。

11) 法制審議会刑事法(情報通信技術関係)部会「第12回会議事録」4頁〔久保有希子発言〕(2023年9月15日)。「捜査機関の取得するデータ証拠全般について、データの開示、訂正、利用停止を求める手続がありません。利用させない理由がなくなったときに複写や交付という手段はありますが、事件が終結した場合も含めて、必要なくなったときの削除の手段がありません。取得したデータの保管期限や使用自体を規制するルールもありません。データの抹消を請求する方法もありません。電磁的記録の取得に際して、そのデータが膨大であり、取得時に厳密な選別ができないことを理由として、結果的にある程度広めに取得することがやむを得ない場面が存在するとしても、取得後に被疑事実との関連性がないことが判明したデータは速やかに抹消させる枠組みが必要です。そこで、被疑事実との関連性に疑問がある場合には、準抗告により、捜査機関が関連性があることを示すことができないうデータを消去、利用停止させる手続を保障することが重要です」。このほか、同部会「第7回会議事録」28頁〔久保有希子発言〕(2023年2月7日)、同部会「第10回会議事録」40頁〔久保有希子発言〕(2023年5月26日)も参照。この点に関連する久保委員の論考として、久保有希子「刑事手続のIT化」刑事法ジャーナル80号(2024年)26頁以下がある。

12) 法制審議会刑事法(情報通信技術関係)部会「第12回会議事録」5頁〔鶴鶴昌二発言〕。このような理解に対する批判として、久保有希子ほか「緊急座談会 刑事手続きIT化はどこに向かうのか」季刊刑事弁護117号(2024年)80頁〔田岡直博発言〕を参照。

が収集・蓄積されることになり、それらが将来の犯罪捜査において解析・再利用（流用）されることにより、プライバシーにかかわる深刻な懸念を生じさせるおそれがある¹³⁾。

以上のような問題意識のもと、本稿では、電磁的記録の消去について検討を行う。具体的には、まず電磁的記録提供命令の概要を確認したのち、電磁的記録の保管に関する規律を概観する。次に、日本では電磁的記録の消去につき十分に議論されてこなかったことを踏まえ、比較法的検討を行う。デジタルデータの消去につき、戦後以降日本の刑法法学に多大な影響を与えてきたアメリカでは、近時、憲法上の「押収」概念を拡張するかたちで対応する動きがみられる。そこで本稿では、このようなアメリカにおける動向を分析し、そこから得られる示唆を踏まえううえで、電磁的記録の消去につき検討したい。

II 日本における議論

1 電磁的記録提供命令の創設

これまで電磁的記録を直接の対象とする強制処分は存在しなかった¹⁴⁾。捜査機関が電磁的記録を強制的に取得する方法としては、当該電磁的記録が記録されている記録媒体を差し押さえる方法や記録命令付差押えといった方法しかなかったのである。しかし、記録命令付差押えでは、義務違反に対する罰則が設けられておらず、被処分者が協力的でない場合には、電磁

13) 情報法の大家である Daniel Solove は、情報の保持やデータベース化がもたらす様々な問題を指摘する。DANIEL J. SOLOVE, THE DIGITAL PERSON 41, 96-98, 107-108, 176-179 (2004)。SOLOVE の著書で明示的に次の点が並べられているわけではないが、プライバシーの専門家である山本龍彦の整理を借りるなら、次の3点が重要である。第1に、人々を徐々に弱体化させるという免疫機能の低下にも似ている問題である。Id. at 41, 96-98, 107-108。第2に、言論や結社の自由などへの萎縮効果である。Id. at 176-177。第3に、データベースを保持するものと情報を保持されるものとの力の不均衡の問題である。Id. at 178-179。山本龍彦『プライバシーの権利を考える』（信山社、2017年）76-77頁を参照。

14) 田中康郎監修『令状実務詳解説〔補訂版〕』（立花書房、2023年）872頁〔川瀬孝史〕。

的記録の獲得が困難であった¹⁵⁾。また、通常の記録媒体の差押えも記録命令付差押えも、有体物である記録媒体を対面で差し押さえる必要があるため、捜査機関・被処分者の双方に人的・物的負担が生じていた¹⁶⁾。以上のような現行法上の課題を解決するため、2025年の法改正によって、電磁的記録提供命令が創設された。これにより、日本において初めてデータを直接の対象とする強制処分が認められることとなった¹⁷⁾。また、提供命令に正当な理由なく違反した者には、刑罰が科されることになっており、被処分者が協力的でない場合への対処がなされた¹⁸⁾。

電磁的記録提供命令には2つの方法がある¹⁹⁾。第1に、電磁的記録を記録媒体に記録させまたは移転させて当該記録媒体を提供させる方法である。第2に、電気通信回線(オンライン)を通じて電磁的記録を当該命令をする

15) 田中監修・前掲注14) 875頁〔川瀬孝史〕、成瀬ほか・前掲注5) 4頁〔成瀬剛発言〕。

16) 三井誠ほか編『新基本法コンメンタル刑事訴訟法〔第4版〕』(日本評論社、2025年) 15頁〔栗木傑〕、小倉健太郎「情報通信技術の進展等に対応するための刑事訴訟法等の一部を改正する法律の概要」法律のひろば78巻5号(2025年)59頁、田中惇也「『情報通信技術の進展等に対応するための刑事訴訟法等の一部を改正する法律』について」捜査研究74巻8号(2025年)9頁、小倉健太郎「『情報通信技術の進展等に対応するための刑事訴訟法等の一部を改正する法律』の概要」有斐閣 Online ロージャーナル(2025年)(YOLJ-L2508009) ¶36頁、成瀬ほか・前掲注5) 4頁〔成瀬剛発言〕、四方光「電磁的記録による令状の発付・執行等に関する規定の整備及び電磁的記録を提供させる強制処分の創設」刑事法ジャーナル80号(2024年)19頁、加藤俊治「刑事手続のIT化——『刑事手続における情報通信技術の活用に関する検討会』取りまとめ報告書を踏まえて〔検察官の立場から〕——」刑事法ジャーナル73号(2022年)57頁、山田徹「『刑事手続における情報通信技術の活用に関する検討会』取りまとめ報告書」の解説 刑事手続におけるIT活用と企業対応』ビジネス法務22巻10号(2022年)106頁。

17) 鷓鴣昌二「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関する諮問第122号に係る法制審議会答申(要綱(骨子))の概要」刑事法ジャーナル80号(2024年)9頁参照。

18) 淵野・前掲注8) 79頁参照。

19) 電磁的記録提供命令の対象になる者は、「電磁的記録を保管する者」(改正刑訴法102条の2第1項1号)と「電磁的記録を利用する権限を有する者」(同2号)である。この文言は、今回の改正で廃止された記録命令付差押えの文言を引き継ぐものとなっている。記録命令付差押えにおいて「電磁的記録を保管する者」とは、「電磁的記録を自己の実力支配内に置いている者」を意味すると解されてきた。松尾浩也監修『条解 刑事訴訟法〔第5版増補版〕』(弘文堂、2024年)219頁を参照。

者の管理に係る記録媒体に記録させまたは移転させる方法である²⁰⁾。いずれの方法においても、「記録」と「移転」という文言が用いられている。このうち「移転」は、命令を受ける者に元の記録媒体から電磁的記録を消去することまで求めるものである²¹⁾。そこで、たとえば電磁的記録提供命令によって、電磁的記録を記録媒体に移転させて当該記録媒体を提供させ、その後、当該記録媒体の留置の必要がなくなると、原状回復として、電磁的記録提供命令を受けた者に対して当該電磁的記録の利用を許す必要が出てくる。そのために設けられたのが改正刑訴法123条3項2号である。この場合、電磁的記録提供命令を受けた者に対して、当該記録媒体を交付し、または当該電磁的記録の複写を許さなければならないことになっている。また、オンラインを通じて電磁的記録を当該命令をする者の管理に係る記録媒体に移転させ、その後、移転させた当該電磁的記録について、電磁的記録提供命令を受けた者に保管させないこととする理由がなくなったときも、原状回復として、電磁的記録提供命令を受けた者に対して当該電磁的記録の利用を許す必要が出てくる。そこで設けられたのが改正刑訴法123条の2であり、この場合、被告事件の終結を待たないで、決定で、電磁的記録提供命令を受けた者に対し、当該電磁的記録の複写を許さなければならないことになっている。

他方、捜査機関が電磁的記録を保持する必要がなくなった場合や電磁的記録提供命令が取り消された場合に、当該記録の消去を義務づける規定は

20) この必要なデータをオンラインで提供させる方法は、記録命令付差押えの実施方法から、物理的な記録媒体の差押えを除いたものであって、既に存在していた処分の一部を取り出すものという説明がなされている。池田公博「刑事手続のIT化——『刑事手続における情報通信技術の活用に関する検討会』取りまとめ報告書を踏まえて——」刑事法ジャーナル73号（2022年）39頁。

21) 法制審議会刑事法（情報通信技術関係）部会「第10回会議事録」37頁〔鶴嶋昌二発言（2023年5月26日）〕。

設けられなかった²²⁾。これは、現行刑訴法と整合性をとるためである²³⁾。そこで以下では、現行刑訴法が記録をどのように取り扱っているのかにつき概観したい。

2 従来の規律と電磁的記録の消去

従来、刑訴法は、証拠の保管・管理についてどのように規律してきたのか。次の3つの特徴を指摘しなければならない。

第1に、憲法研究者の山本龍彦が鋭く指摘するように、「取得時中心主義」がとられていることである²⁴⁾。すなわち、「警察の情報実務には、情報の収集・取得、それに引き続く情報の保存・集積、さらには利用・連結・解析などが含まれるところ、これまでの実務・裁判例・刑訴法学説は、もっぱら情報取得時のインパクトに着目し、かかる情報取得の法的正当性に焦点をあててきたのではないか、それによって、警察による情報の保存・集積や利用・解析といった問題が議論の後景に退き、そこに、法的統制の及ばない、ある種の『聖域』が形成されてきたのではないか²⁵⁾。

第2に、第1の点とおそらくかかわって、現行刑訴法はほとんど証拠の保管・管理につき明文規定をもたないことである²⁶⁾。諸外国には捜査機関に憲法上の証拠保存義務を課す国もみられるが²⁷⁾、日本の現行刑訴法には、

22) 小山善士=内藤俊介「情報通信技術の進展等に対応するための刑事訴訟法等の改正に関する国会論議」立法と調査478号(2025年)68頁、緑・前掲注9)3頁。

23) 法制審議会刑事法(情報通信技術関係)部会「第12回会議議事録」5頁〔鶴嶋昌二発言〕。

24) 山本龍彦「監視捜査における情報取得行為の意味」法律時報87巻5号(2015年)60頁。取得時中心主義の詳細は、山本・前掲注13)67頁以下を参照。See William J. Stuntz, *O.J. Simpson, Bill Clinton, and the Transsubstantive Fourth Amendment*, 114 HARV. L. REV. 842, 857 (2001).

25) 山本・前掲注24)60頁。刑訴法の観点から、デジタルデータの取得後の規制が十分でないことを問題視する見解として、高村紳「捜査におけるデジタル情報収集に対する法的規制」中央学院法学論叢36巻1号(2022年)98頁を参照。

26) 斎藤司「捜査段階における証拠へのアクセス」指宿誠ほか編『シリーズ刑事司法を考える〔第2巻〕捜査と弁護』(岩波新書、2017年)290頁。

27) 詳細は、清水拓磨「捜査機関の証拠保存義務——アメリカ法・カナダ法との比較——」

証拠を適正に保管しなければならないといった規定は存在しないのである²⁸⁾。たしかに通達レベルでは、証拠の保管・管理について詳細なルールが存在する²⁹⁾。また証拠法の議論として、鑑定試料の全量費消を理由とする証拠排除も検討されてきた³⁰⁾。しかし、法律の明文上、あるいは憲法上の十分な規律が存在しない。

第3に、従来の刑訴法は、基本的に有体物を念頭に置いた制度体系を採用している³¹⁾。おそらくそれが原因で、記録の消去を命じる明文規定をもたない。

たとえば、捜査機関が日記帳を差し押えた場合、当該日記帳という有体物の証拠価値を毀損しないようにするため、日記帳をコピーしたり、写真撮影したりすることがあると思われる³²⁾。その後、被処分者からの不服申立てにより（刑訴法430条1項〔検察官または検察事務官がした処分〕、同2項〔司法警察職員のした処分〕）、当該差し押処分が取り消されたとしても、被処分者に返却されるのは日記帳だけであり³³⁾、日記帳のコピーや写真は捜査機関

立命館法学420・421号（2025年）485頁以下を参照。

28) 山本了宣「警察の証拠管理」季刊刑事弁護91号（2017年）162頁。

29) 現状の紹介としては、斎藤司「証拠の保管・管理の在り方」法律時報92巻3号（2020年）12頁以下、山本・前掲注28）162頁以下が詳しい。

30) 裁判例としては、東京高判平8年5月9日高刑集49巻1号189-190頁〔足利事件控訴審判決〕。東京高判平11年3月1日刑集54巻8号848頁〔角川コカイン密輸入事件控訴審判決〕、福岡高判平13年10月10日高刑法速報集223頁〔飯塚事件控訴審判決〕を参照。学界における議論としては、司法研修所編『科学的証拠とこれを用いた裁判の在り方』（法曹会、2013年）53頁、佐藤博史「DNA鑑定のための血液採取、DNA鑑定の証拠能力・証明力」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書林、1998年）184頁、徳永光「証拠の保存と適正管理」季刊刑事弁護75号（2013年）57頁以下を参照。

31) 緑・前掲注9）1頁は、現状、「現実の社会における有体物の体系が、無体物たるデジタル・データをも重視した2本立ての体系へと変化している」ことを指摘する。

32) 成瀬ほか・前掲注5）77頁〔成瀬剛発言〕。

33) ただし、押収が取り消された場合の押収物の取り扱いを定める明文規定はない。この場合に、押収物が被押収者に返還されるのは、押収が取り消された場合、捜査機関において押収した物件を留置する権限が失われるからである。池田公博「証拠を保全する処分の取消し等と事後措置」研修920号（2025年）5-6頁。

の手元に残ることになる³⁴⁾。

還付との関係も重要である。押収の効力は、通常、被告事件の終結まで持続する³⁵⁾。そのため事件が終結したときは、押収物を還付しなければならない³⁶⁾。しかし、事件終結前でも、刑訴法123条1項は、「押収物で留置の必要がないものは、被告事件の終結を待たないで、決定でこれを還付しなければならない」と定める（この規定は捜査機関のした押収に刑訴法222条1項により準用される）。その目的は、「原状を回復すること」にある³⁷⁾。ここでいう原状回復は、「その文言上は、およそ処分がなされなかった状態への回復の意味を持ちうるから、押収物の占有の移転にとどまらず、押収物に記録された電磁的記録であって『必要な処分』（刑訴法111条1項）として複製等されたものについても、捜査機関のもとに残らない扱いとすることを含むものと考え」することもできなくはないが、実務上、原状回復は、押収により失われた押収物の占有にとどまると理解されている³⁸⁾。そのため、捜査機関が電磁的記録媒体を押収し、その媒体に記録された電磁的記録を他の記録媒体に複製した後に、押収された記録媒体を還付したとしても、複製された電磁的記録の消去は義務づけられない³⁹⁾。

このように記録の消去という発想は、刑訴法体系の中には基本的に組み込まれてこなかった。そして、現行刑訴法のこうした構造は、2025年の刑訴法改正においても維持されている。すなわち、電磁的記録の消去に関する明文規定は設けられていない⁴⁰⁾。たとえば、電磁的記録提供命令が取り消された場合にも、捜査機関の手元にある電磁的記録の消去は義務づけら

34) 成瀬・前掲注5) 77頁〔成瀬剛発言〕を参照。

35) 田中監修・前掲注14) 833頁〔金子大作〕。

36) 堀籠幸男「押収物の還付」熊谷弘ほか編『捜査法大系Ⅲ捜索・押収』（日本評論社、1972年）165頁。

37) 最決平成2年4月20日刑集44巻3号283頁。

38) 池田・前掲注33) 5頁。

39) 法制審議会刑事法（情報通信技術関係）部会「第7回会議議事録」28頁（池田公博発言）（2023年2月7日）。

40) 緑・前掲注9) 3頁。

れない⁴¹⁾。また、必要のなくなった電磁的記録の消去を義務づける規定も設けられなかった⁴²⁾。

しかし、このような現行法の規制の在り方が正しいかは必ずしも明らかではない。たしかに、現行刑訴法は記録の消去を命じる規定をもっていない。もっとも、刑事手続に関連する法を広く見渡した場合、これには明確な例外があるといえる。通信傍受法における傍受記録の消去命令である⁴³⁾。通信傍受法は、通信の傍受または再生に関する処分の取消しを認めており（犯罪捜査のための通信傍受に関する法律33条）、一定の場合には、「検察官又は司法警察員に対し、その保管する傍受記録……及びその複製等のうち当該傍受又は再生の処分に係る通信及びこれと同一の通話の機会に行われた通信の記録並びに当該傍受の処分に係る一時的保存をされた暗号化信号の消去を命じなければならない」とする（同33条3項本文）。このような消去命令が認められた理由は、一般的な説明によると、「検察官等に当該傍受又は再生に係る通信の記録を保持させないのが適当であること」に求められる⁴⁴⁾。この趣旨は、まさに池田公博が的確に指摘するように、通信の傍受記録に限って妥当するものではなく、電磁的記録を含めその他の記録についても同様に妥当するように思われる⁴⁵⁾。

また、行政法研究者の横田明美が指摘するように、「電磁的記録提供命令が取り消されたのであれば、それを最初からなかったことにしなければならないというのが、行政法において、取消しは遡及効をもつ、という一般論から導かれる結論」である⁴⁶⁾。「今回の制度はまさにデータが処分の直接の対象となっている以上、『処分が取り消されたので、取得したデータを消

41) 成瀬ほか・前掲注5) 77頁〔成瀬剛発言〕。

42) 緑・前掲注9) 3頁。

43) この点の指摘として、池田・前掲注33) 10-11頁、中島・前掲注8) 266頁を参照。

44) 加藤俊治監修『捜査のための通信傍受法ハンドブック～逐条解説から捜査実務資料まで～』（立花書房、2024年）212頁。

45) 池田・前掲注33) 10-11頁を参照。

46) 成瀬ほか・前掲注5) 78頁〔横田明美発言〕。

しました』という自己宣言ぐらいまではせめてさせないと、処分を取り消したことになるのではないかと思います」われる⁴⁷⁾。

以上にみたように、日本においても、電磁的記録の消去が議論され始めている。しかし、これまで押収の対象が有体物に限定されるなど、有体物体系を基本的にとってきたこともあり、電磁的記録の消去について十分な議論があるとは言い難い。そこで以下では、電磁的記録の消去について議論があるアメリカの状況を紹介したい。

Ⅲ アメリカにおける議論

日本の電磁的記録提供命令と関連するアメリカの連邦法としては、通信保存法 (the Stored Communications Act) が存在する⁴⁸⁾。電磁的記録提供命令の導入が議論された法制審議会刑事法 (情報通信技術関係) 部会でも、アメリカの通信保存法が紹介された⁴⁹⁾。そこで本稿でもこの法律について検討すべきであるように思われるかもしれない。しかし、通信保存法はその明文上データの消去について包括的な規制を有しない⁵⁰⁾。

むしろ、アメリカにおいてデータの消去に関わる議論がみられるのは、ア

47) 成瀬(ほか・前掲注5) 78頁 [横田明美発言]。このほか中島・前掲注8) 265頁も参照。

48) 18 U.S.C. §§2701-2713 (2018)。通信保存法の解説として、Orin S. Kerr, *A User's Guide to the Stored Communication Act, and a Legislator's Guide to Amending it*, 72 GEO. WASH. L. REV. 1208 (2004) や当該 Kerr 論文をもとに書かれた ORIN S. KERR, *COMPUTER CRIME LAW* 712-758 (5th ed. 2022) が重要である。

49) 法制審議会刑事法 (情報通信技術関係) 部会「第10回会議議事録」38頁 [成瀬剛発言] (2023年5月26日) を参照。

50) See Aviv S. Halpern, *Secret Searches: The SCA's Standing Conundrum*, 117 MICH. L. REV. 1697, 1708 (2019)。なお、排除法則の定めがなく、これを設ける立法提言がなされてきた。See Orin S. Kerr, *Lifting the "Fog" of Internet Surveillance: How A Suppression Remedy Would Change Computer Crime Law*, 54 HASTINGS L.J. 805, 837-40 (2003); Paul Ohm, *Probable Cause: The Diminishing Importance of Justification Standards*, 94 MINN. L. REV. 1514, 1554 (2010)。

アメリカ合衆国憲法修正4条の「押収」概念のところである⁵¹⁾。アメリカにおいては、データの複製やその複製データを将来の犯罪捜査のために保持し続けることが修正4条の「押収」に該当するかが議論されてきた⁵²⁾。初期の裁判例は「押収」には該当しないという理解をとっていた⁵³⁾。しかし、近時の裁判例には「押収」に該当するとして修正4条違反を認めるものも登場している⁵⁴⁾。そこで以下では、押収概念の変遷を確認することを通して、データ消去についての示唆を得ることにしたい。

もしかすると、電磁的記録提供命令を扱う本稿において、データの複製やその保持に関する議論を紹介することに疑問をもつ者もいるかもしれない。そこで紹介する意義について、もう少し丁寧に説明する必要があるだろう。

電磁的記録の消去について、本稿では2025年改正によって導入された電磁的記録提供命令に焦点を当てている。しかし、これまでに紹介した日本の議論からも明らかな通り、これは電磁的記録提供命令に特有の問題とはいえない。たとえば、捜査機関が電磁的記録媒体を押収し、あるいは任意提出をうけてこれを領置し、その媒体から電磁的記録を捜査機関が管理する記録媒体に複製した場合、複製された電磁的記録についても不要になれば消去が必要ではないかという問題が存在するはずである。このようなデータの複製やその保持について法的規律を及ぼそうとするのが、次にみるアメリカの議論である。

51) U.S. CONST. amend. IV.

52) なお、「押収」ではなく「搜索」に該当するかというかたちで議論すべきと指摘する見解もあるが（Note, *Digital Duplications and the Fourth Amendment*, 129 HARV. L. REV. 1046 (2016) [hereinafter Note 2016] 参照）、紙幅の都合上、ここでは「押収」に関する議論を紹介することにしたい。

53) *Id.* at 1048.

54) *United States v. Ganius*, 755 F.3d 125, 137 (2d Cir. 2014). なお、*United States v. Ganius* 判決の日本での紹介として、松代剛枝「電磁的記録の取得 アメリカ法を中心に」石田倫識ほか編『刑事法学と刑事弁護の協働と展望』（現代人文社、2020年）404頁がある。

1 「押収」概念の当初の理解

アメリカ合衆国憲法修正 4 条は、規定内容に違いがあるものの、令状主義について定めた日本国憲法35条の母法ともいべき規定である⁵⁵⁾。具体的には次のように規定する。

「身体、住居、書類、所有物について、不合理な搜索、押収（拘束）を受けることのない人民の権利は、侵してはならない。いかなる令状も、宣誓または確約によって支持される相当な理由に基づき、かつ、搜索されるべき場所および押収（拘束）されるべき人または物を特定表示するものでなければ、発せられてはならない」⁵⁶⁾。

修正 4 条が規律するのは、文言上明らかな通り、「搜索」および「押収」であり、その意義が問題になる⁵⁷⁾。本稿では、「押収」に焦点を当てて議論を進めたい。

連邦最高裁 *United States v. Jacobsen* 判決（1984年）によると、「押収」とは、「個人の財産に対する現実に占有しうる権利」⁵⁸⁾ への何らかの意味のあ

55) 井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014年）58-59頁参照。松尾浩也「令状、令状主義、および令状主義の精神について説明せよ」法学教室173号（1995年）147頁や笹倉宏紀「令状主義（下）——捜査法の『制度論的転回』（2）」法学セミナー848号（2026年）140頁が指摘するように、修正 4 条はその前段で「不合理な搜索・押収」を禁止し、接続詞の and を置いて、後段で令状の発付要件を定めており、令状なしの逮捕や搜索・押収を広く認めている。そのため、比較的厳格に令状を要求する日本国憲法35条とまったく同じ内容ではない。

56) U.S. CONST. amend. IV. 井上・前掲注55) 58-59頁の訳を掲載した。

57) See ORIN KERR, THE DIGITAL FOURTH AMENDMENT: PRIVACY AND POLICING IN OUR ONLINE WORLD 13 (2025) [hereinafter Kerr 2025].

58) ここでは possessory interests を「現実に占有しうる権利」を訳している。この訳は田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）650頁および小山貞夫編著『英米法律語辞典』（研究社、2011年）848頁にならった。これに対して、ジョシュア・ドレスラー＝アラン・C・ミカエル（指宿信監訳）『アメリカ捜査法』（レクススネクシス・ジャパン株式会社、2014年）148頁以下〔松代剛枝訳〕は「占有利益」と訳す。現実に占有しうる権利は、property law（財産法・物権法）の原則にしたがって定義される。ANDREW E. TASLITZ ET AL., CONSTITUTIONAL CRIMINAL PROCEDURE 187 (6th ed. 2021).

る干渉」を意味する⁵⁹⁾。たとえば、警官が被処分者から携帯電話を取り上げれば、これは携帯電話の「押収」にあたる⁶⁰⁾。これに対して、データの複製は修正4条の「押収」に該当しないと考えられてきた⁶¹⁾。というのも、仮にデータのオーナーがオリジナルデータを保持するのであれば、データの複製があるとしても、現実占有する権利への意味のある干渉にはならないからである⁶²⁾。

デジタルデータの複製についての判例ではないが、複製をめぐる議論において必ずといってよいほど取り上げられるので、製造番号の記録が修正4条の「押収」には該当しないとした連邦最高裁 *Arizona v. Hicks* 判決（1987年）は確認する必要がある⁶³⁾。この事案において、警官は銃を撃った人物や凶器を突き止めるためアパートメントの無令状捜索を実施した⁶⁴⁾。捜索の結果、盗品と思われる高価な2組のステレオ機器が見つかった⁶⁵⁾。そこで、盗品データベースと照合するため製造番号（シリアルナンバー）を記録した⁶⁶⁾。この記録が修正4条の「押収」に該当するかが問題になったが、

59) *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109, 113 (1984); *See also Maryland v. Macon*, 472 U.S. 463, 469 (1985); *Pepper v. Vill. of Oak Park*, 430 F.3d 805, 809 (7th Cir 2005); *Fleming v. City of Bridgeport* 935 A.2d 126, 141 (Conn. 2007). 日本における *Jacobsen* 判決の紹介として、前島充祐「*United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984) 私人が包装物を検査した後の政府の検査は、独立した捜索ではない。適法に入手したコカインの無令状の現場での化学検査 (field chemical test) は、合衆国憲法第四修正の捜索ではない、とした事例」比較法雑誌21巻1号 (1987年) 143頁以下、洲見光男「私人による捜索が行われた物件に対する無令状捜索の適否とその範囲 *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984)」鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 [第3巻]』(成文堂、1989年) 42頁以下、大野正博「プライバシーの合理的期待——近時の科学的捜査に関する判例を題材として——」朝日法学論集36号 (2009年) 59-60頁がある。

60) Note 2016, *supra* note 52, at 1051.

61) *Id.* at 1048.

62) *Id.*

63) *Arizona v. Hicks*, 480 U.S. 321, 324 (1987). *Arizona v. Hick* 判決の日本語での紹介として、ドレスラー=ミカエル (指宿監訳)・前掲注58) 335頁以下 [徳永光訳] がある。

64) *Arizona v. Hicks*, 480 U.S. at 323.

65) *Id.* at 323.

66) *Id.* at 323-324.

連邦最高裁は単なる製造番号の記録は「押収」には当たらないとした⁶⁷⁾。というのも、警官が製造番号を記録したとしても、製造番号やステレオ機器に対する現実に占有しうる権利への意味のある干渉にはならないからである⁶⁸⁾。

Arizona v. Hicks 判決を引用して、デジタルファイルの複製が「押収」には当たらないとした裁判例として、*United States v. Gorshkov* 判決 (2001 年) がある⁶⁹⁾。連邦捜査局 (FBI) の捜査官は、その身分を秘して被告人からユーザー名およびパスワードを入手した⁷⁰⁾。共犯者がロシアのコンピューター内の情報を削除するおそれがあったことから、令状を取得することなく、捜査官は当該パスワードを用いて遠隔でデジタルファイルを複製した⁷¹⁾。裁判所は結論として本件複製は「押収」には該当しないと⁷²⁾。その理由としては、複製によって現実に占有しうる権利に全く影響が生じないことを挙げる⁷³⁾。

2 「押収」概念の変化

以上のような「押収」概念も、情報通信技術の急速な発展と普及を受けて、変化がみられるようになる。21世紀に入ると、学界では、政府によるデータの複製 (イメージング) が修正 4 条の「押収」に該当するかが積極的に議論されるようになった⁷⁴⁾。これを肯定する見解の議論は多岐にわたるが、重要だと思われる点を筆者なりに言葉を補って再構成すると、次のよ

67) *Id.* at 324.

68) *Id.*

69) *United States v. Gorshkov*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 26306, *8 (W.D. Wash. May 23 2001).

70) *Id.* at *2.

71) *Id.* at *2-3.

72) *Id.* at *8.

73) *Id.* at *3.

74) See Susan W. Brenner & Barbara A. Frederiksen, *Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues*, 8 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 39 (2002); Orin S. Kerr, *Searches and Seizures in a Digital World*, 119 HARV. L. REV. 531 (2005); Paul Ohm, *The Fourth Amendment Right to Delete*, 119 HARV. L. REV. F. 10, 17 (2005).

うな議論であったと整理できる⁷⁵⁾。

75) 以下の記述は、主として、2005年に公表された Paul Ohm の論文を参照した。Ohm, *supra* note 74. Ohm が Orin Kerr の 2005 年論文に応答するかたちで議論を展開する以上、Kerr 論文についても触れておく必要があるだろう。

2005年に発表した論文において Orin Kerr は、既存の「押収」の定義が有体性に関する概念とリンクしており、複製は元データの移転・消去を伴わないので、既存の定義では複製が「押収」に該当すると理解するのは困難であるとした（ただし、「押収」ではなく、「捜索」概念に着目することで、修正 4 条の規制をかけることを提案していた）。Kerr, *supra* note 74, at 548, 557-565. しかし、2010年に発表した論文において Kerr は、単なる複製が修正 4 条の「押収」には当たらないとした自身の理解は間違いであったとして、これを撤回した。Orin S. Kerr, *Fourth Amendment Seizures of Computer Data*, 119 YALE L. J. 700, 704 (2010). Kerr によれば、2005年に発表した「私が以前に示したアプローチは、政府による証拠収集を規制するうえで、データへのアクセスが重要であることを認識していなかった」という。Id. at 704. また、「以前の私のアプローチは、複製行為を押収と位置づけることで生じるようにみえる過度に広範な結果を回避するための中間的な解決策がありうることを理解していなかった」という。Id. at 704.

2010年論文で Kerr が注目するのは、押収権限が「固定する権限 (the power to freeze)」であるという点である。すなわち、押収権限とは、犯罪状況を保持し証拠を支配する権限を意味する。そして、データの複製は、将来の利用のためにそのデータを固定する点で、有体物を取得することと同様の効果をもつ。すなわち、それは政府の支配下に置かれる証拠の量を増やすことになる。そのため、データの複製は通常、修正 4 条の押収に該当する。Id. at 709.

もっとも、すべての複製行為が「押収」に該当するとは理解しない。Id. at 713. そもそも、Kerr が 2005 年論文においてデータの複製が「押収」に当たらないとしたのは、前述の Hicks 判決などで、情報を書き留める行為などが「押収」には当たらないとされ、これとデータの複製を区別するのは難しいと考えたことによる。Id. at 714. しかし、2010年論文では、区別可能であることを論じた。Id. at 714. まず、捜査官が観察した結果を、記憶を補助するために、写真撮影や情報の書留によって保存する場合、これは既に収集された情報を保つ手段にすぎず、政府の証拠収集権限を拡大することにはならない。これに対して、人の観察を伴わないデータの複製は、犯罪状況を固定するものであり、このような固定権限は、政府に対して、証拠を収集し、それを被疑者に不利なかたちで用いる機会を与えるものである。Id. at 715-16. このように Kerr は、「記憶を補助するための複製」と「固定としての複製」を区別し、前者は押収には該当しないが、後者は、犯罪状況を固定し、政府の支配下に置かれる情報の量を増やすので、押収に該当するという。Id. at 716-17.

また Kerr は、通常のコンピューターの利用でも、データの複製を頻繁に行うことになるため、このような複製が「押収」には該当しないことを説明する必要があるとし、修正 4 条の押収に当たるのは、政府が送信または利用の本来の範囲を逸脱して個人のプライベートなデータを複製する場合に限られるとする。Id. at 720-22.

その後、Kerr は、2015年に公表した論文において、デジタル証拠の令状執行に対する規

修正 4 条の「押収 (seizure)」という言葉は、財産 (property) のみならず人 (people) との関係でも用いられるが⁷⁶⁾、財産を対象にする場合、基本的にはそれは、有体物の占有を強制的に取得する行為、すなわち占有奪取を意味するものとして理解されてきた⁷⁷⁾。そして、有体物の占有奪取と同様の悪影響がデータの複製でも生じるのであれば、それは修正 4 条の「押収」の問題として捉えることができるはずである⁷⁸⁾。そこで占有奪取による悪影響とは何かを考える必要があるが、その悪影響の 1 つとして、所有者が自分の財産の状態を変更したり、破壊したり、その他の方法で扱ったりできなくなることを挙げるのが許されよう⁷⁹⁾。ここではまさに財産を支配・管理 (コントロール) する能力こそが問題なのであるが⁸⁰⁾、このような悪影響は、データの複製によっても生じる。そのため、データの複製を修正 4 条の押収の問題として捉えることができる。

近時、裁判例の理解にも変化がみられるようになった。たとえば、*United States v. Jefferson* 判決 (2008年) では、当初の令状の許容範囲を超えて、捜査官が個別の物件について高解像度で撮影した行為や押収も写真撮影もさ

制の在り方を検討している。Orin S. Kerr, *Executing Warrants for Digital Evidence: The Case for Use Restrictions on Nonresponsive Data*, 48 TEX. TECH L. REV. 1 (2015). Kerr によると、デジタル証拠の令状執行は二段階からなる。第 1 に、物理的搜索段階において、捜査官は搜索対象となる物理的な空間に入ってコンピューターなどの電磁的記録媒体を押収する。第 2 に、電子的搜索段階において、捜査官は押収した記録媒体に記録されているデータを複製し、その複製データについてフォレンジック・ソフトウェアを用いて令状に記載された証拠を検索する。*Id.* at 6. Kerr は、様々な規制の在り方とその問題を検討したのち、結論として令状記載のないファイルの利用制限 (a use restriction) をかけるべきと主張する (ongoing seizure approach)。*Id.* at 5, 17-18. このアプローチによると、令状対象外のファイルを利用することは、当該ファイルに対する継続的な押収を憲法上不合理のものとするため、修正 4 条に違反する。*Id.* at 24.

76) JOSHUA DRESSLER ET AL., UNDERSTANDING CRIMINAL PROCEDURE, VOLUME 1, INVESTIGATION 117 (8th ed. 2021).

77) 田中編・前掲注58) 763頁参照。田中編・同上675頁によると、「刑事法上の Property の概念は、一般にわが国の『財物』の概念より広く、無体物や債権なども含まれる」。

78) See Ohm, *supra* note 74, at 14.

79) *Id.*

80) *Id.*

れなかった文書の内容についてメモを取った行為が修正4条の「押収」に該当するかが問題になった⁸¹⁾。裁判所は、「修正4条が保護するのは、情報が記録された媒体それ自体に対する現実に占有しうる権利だけでなく、情報それ自体に対する現実に占有しうる権利である」としたうえで（傍点は筆者によるものである⁸²⁾、結論として、その文書に含まれる情報の「押収」(a seizure of the information) に該当するとした⁸³⁾。

United States v. Metter 判決（2012年）では、捜査機関がハードドライブを押収しその複製を作成したのち、ハードドライブについては返却したものの、その複製については捜索令状の範囲外にある証拠が含まれるかを審査するために15カ月を超える期間にわたって保持した⁸⁴⁾。このことが修正4条の「押収」に該当するかが問題になった⁸⁵⁾。まず裁判所は、「電子的文書の複製は、電子的文書の原本と同一の情報をすべて有している」ことを指摘する⁸⁶⁾。そのうえで、「電子的文書の原本を政府が保持することについて、その所有者または管理者がプライバシー上の懸念を有するのであれば、当該記録の複製文書を政府が保持し続けることについても、同一のプライバシー上の懸念が生じることになる」とし、結論として不合理な押収に該当すると判示した⁸⁷⁾。

第2巡回区控訴裁判所 *United States v. Ganius* 判決（2014年）では、データに対する排他的支配の観点から「押収」概念が再構成された⁸⁸⁾。この事案において、もともとの被疑者は会計士ではなく、その顧客であった⁸⁹⁾。捜査官らは顧客の被疑事実（窃盗など）を調べるため、その会計士のコンピュー

81) *United States v. Jefferson*, 571 F. Supp. 2d 696, 701 (E.D. Va. 2008).

82) *Id.* at 702.

83) *Id.* at 704.

84) *United States v. Metter*, 860 F. Supp. 2d 205, 212 (E.D.N.Y. 2012).

85) *Id.* at 212.

86) *Id.*

87) *Id.*

88) *United States v. Ganius*, 755 F. 3d 125 (2d Cir. 2014).

89) *Id.* at 128.

ターなどを検索する令状を取得した⁹⁰⁾。搜索の結果、会計士が所有する 3 台のコンピューターを発見したが、コンピューター本体の押収はせず、その代わりにコンピューター・ハードドライブの複製を行った⁹¹⁾。その中には、会計士自身の財務記録などの私的なファイルが含まれていた⁹²⁾。約 2 年半後、捜査官らは全く別の犯罪である会計士による脱税 (tax evasion) に関する証拠を搜索するため、同様のファイルを搜索する別の令状を取得した⁹³⁾。このような事案で被告人となった会計士は、政府が将来の犯罪捜査のために 2 年半を超える期間ファイルを保持していたことは、会計士が当該ファイルの原本を保持していたとしても、不合理な押収に該当するとして争った⁹⁴⁾。

第 2 巡回区控訴裁判所は、政府が会計士の PC 記録を 2 年半にわたって保持したことによって、会計士は当該ファイルの排他的支配 (exclusive control) を不合理に長期間奪われたことを指摘する⁹⁵⁾。そして結論として、これは会計士のファイルに対する現実に占有しうる権利への意味のある干渉にあたり、修正 4 条の「押収」に該当するとした⁹⁶⁾。ここでは、「現実に占有しうる権利」のなかには、当該ファイルに対する排他的支配が含まれるという理解がとられているように読める⁹⁷⁾。第 2 巡回区控訴裁判所が、このように解したのは、仮に政府が被告人のファイルを無制限に保持し、後に相当な理由が整った段階で搜索令状を取得して搜索することを認めれば、特定の電子データに対する搜索令状が本質的には一般令状と化してしまうという懸念があったからである⁹⁸⁾。第 2 巡回区控訴裁判所は、当該押収は

90) *Id.*

91) *Id.*

92) *Id.*

93) *Id.* at 130.

94) *Id.* 130-31.

95) *Id.* at 137.

96) *Id.*

97) *See id.*

98) *Id.* at 139; *See Note, Fourth Amendment – Search and Seizure and Evidence Retention –*

不合理な押収に当たるとし、証拠排除を認めた⁹⁹⁾。

Ganias 事件は、その後、大法廷に付されることになった¹⁰⁰⁾。そこでは、修正 4 条の「押収」に該当するかに答えることなく、違法収集証拠排除法則の善意の例外に当たるとして、問題が処理されてしまった¹⁰¹⁾。その後もこの点は確定していない¹⁰²⁾。

一般論として、政府が個人の財産を押収したとしても、それを無期限保持することはできない¹⁰³⁾。裁判所はこの原則をコンピューターファイルにも適用してきたが、政府によるデータの保持が具体的にどの程度まで制限されるのかは、いまのところ、明らかではない¹⁰⁴⁾。

以上にみたように、アメリカにおいて「押収」は、「個人の財産に対する現実に占有しうる権利への何らかの意味のある干渉」と定義される¹⁰⁵⁾。ここで「現実に占有しうる権利」は、当初、有体物を現実に占有しうる権利

Second Circuit Creates a Potential Right to Deletion of Imaged Hard Drives, 128 HARV. L. REV. 743, 747 (2014).

99) Ganias, 755 F.3d at 137-141. デジタルデバイスには、大量のセンシティブな記録が保存されていることを踏まえ、特定の捜査のための令状によって取得されたデータの保持および利用について明確な制限を設定する必要があることを指摘する見解として、Alan Butler, *Get a Warrant: The Supreme Court's New Course for Digital Privacy Rights after Riley v. California*, 10 DUKE J. CONST. L. & PUB. POL'Y 83, 113 (2014) がある。これに対して Ganias 判決への批判として、Stephen Moccia, *Bits, Bytes, and Constitutional Rights: Navigating Digital Data and the Fourth Amendment*, 46 FORDHAM URB. L.J. 162, 188-198 (2019) がある。データの消去を問題視する Moccia による批判は多岐にわたるが、一例を挙げれば、政府がデータの押収の翌日に Ganias を捜査対象に含めると決定していたとすれば、この場合、一日間のデータの保持などが不合理と評価されるのかという疑問を投げかけている。 *Id.* at 189.

100) United States v. Ganias, 791 F.3d 290 (2d. Cir. 2015).

101) United States v. Ganias, 824 F.3d 199, 225-26 (2d. Cir. 2016) (en banc). その後に行われた裁量上訴は認められなかった。Ganias v. United States, 580 U.S. 1019 (2016).

102) KERR 2025, *supra* note 57, at 222 n.54; See also Larry Wszalek, *Smart Collection When Using a Search Warrant to Seize Voluminous Electronic Evidence: Have a Strategy and a Plan*, 68 DEP'T OF JUST. J. FED. L. & PRAC. 97, 103 (2020).

103) Will Ervin et al., *Computer Crimes*, 61 AM. CRIM. L. REV. 441, 468 (2024).

104) *Id.* at 469.

105) United States v. Jacobsen, 466 U.S. at 113.

と理解されていたが、データに対する排他的支配をも含むと理解する裁判例が現れたことは注目に値する¹⁰⁶⁾。このような理解は、押収概念を捉え直すことによって、修正4条を情報取得時の規制としてだけでなく、情報取得後の規制としても位置づけることを可能にするだろう¹⁰⁷⁾。

IV 検 討

1 試 論——「押収」概念の再構成

アメリカにおける「押収」概念の変化に関する議論は、日本でも示唆に富むものと思われる。日本と同様、アメリカにおいても、財産を対象にする「押収」とは有体物の占有奪取を意味すると理解されてきた。しかし、このように解すると、捜査機関がデータを複製したり、将来の犯罪捜査のためにその複製データを長期間保持したりしたとしても、元のデータは対象者の手元に残されていることから、有体物の占有奪取はなく、修正4条の問題として規制できなくなるおそれが生じる。このような問題が生じる原因は、データが有体物とは異なりその利用について競合性がないこと¹⁰⁸⁾、すなわち複数の者が同時に利用しても内容に変化がなく、他者の利用を妨げないことにある。そこでアメリカでは近時、「押収」で問題となる「現実に占有しうる権利」につき、有体物を念頭に置いた物理的な占有概念から、データの排他的支配をも含む概念へと拡張する動きがある。日本においても、2025年改正の際にまさに指摘されたように、近年における情報通信技術の進展及び普及の状況がみられることを踏まえれば、電磁的記録、すな

106) Ganas, 755 F.3d at 137.

107) Kelsey Joy Smith, *Constitutional Right to Deletion: The Latest Battle in the War of Technology v. Privacy*, *The*, 42 NEW ENG. J. ON CRIM. & CIV. CONFINEMENT 121, 134 (2016) は、Ganas 判決を踏まえて、21世紀においては3種類の「押収 (seizure)」が存在することを指摘する。第1に、身体拘束である。第2に、有体物の押収である。第3に、デジタルな押収である。

108) 笹倉宏紀「捜査法の体系と情報プライバシー」刑法雑誌55巻3号(2016年)425頁。

わちデータの排他的支配に対する意味のある干渉についても——日本の刑訴法学の用法により親和的な表現を用いれば、データの排他的支配権を実質的に制約する処分についても¹⁰⁹⁾——、憲法35条の「押収」に当たると解する余地はあるだろう。仮にこのように解することが許されるとすれば、捜査機関が電磁的記録を保持する必要がなくなった場合や電磁的記録提供命令が取り消された場合に引き続き電磁的記録を保持し続けることは、データの排他的支配権に対する実質的な制約になるとして、憲法35条の「押収」に該当すると解することが可能になるように思われる¹¹⁰⁾。そして、さらなる令状審査を経ずに、そのような保持を続けることは憲法35条に反し、許されないことになるだろう。

2 電磁的記録提供命令と憲法35条の文言

以上のような理解が、アメリカで確立していると指摘するつもりは全くない¹¹¹⁾。日本においても憲法35条の「押収」が占有の利益を実質的に制約

109) 井上・前掲注55) 7頁以下は、刑訴法197条1項但し書が定める「強制的処分」を相手方の意思に反して重要な権利・利益を実質的に制約する処分と捉えている。

110) ただし *Ganias* 判決では、令状対象外のファイルの保持が問題になっていたことには注意しなければならない。特定性の観点から *Ganias* 判決をみる論文として、Bihter Ozedirne, *Fourth Amendment Particularity in the Cloud*, 33 BERKELEY TECH. L.J. 1223, 1229-1230 (2018) を参照。本稿は、データの排他的支配に着目するという点で *Ganias* 判決から示唆を得ているが、令状対象のデータについても規制を及ぼそうとする点で、*Ganias* 判決から逸脱している可能性がある。

111) データの複製が修正4条の「押収」に当たるかという論点は、18 U.S.C. §2703 (f) により、政府がインターネットプライバイダーに対して Facebook アカウントなどのアカウントの複製を作らせることが「押収」に当たるかというかたちでも問題になるが、Orin Kerr の理解によると、アメリカ合衆国司法省は、「複製は押収には当たらない」と理解しているという。KERR 2025, *supra* note 57, at 83-86. この問題については、Orin S. Kerr, *The Fourth Amendment Limits of Internet Content Preservation*, 65 ST. LOUIS U. L. J. 753 (2021) で詳しく論じている。Kerr は、このような複製についても、利用者の私的なコミュニケーションを支配する権利に対する干渉になるため、修正4条の「押収」に該当すると理解する。Id. at 757. しかし Kerr は、ログイン記録などの non-content 記録にはこの論理は妥当しないとす。Id. at 778.

する処分として理解されてきたことを踏まえれば¹¹²⁾、データの排他的支配権を実質的に制約する処分を憲法35条の「押収」と捉えることはあまりに突飛であり、受け入れがたいと思われるかもしれない。しかし改めて考えてみると、これは筆者の理解というよりは、電磁的記録提供命令を導入した2025年改正刑訴法の理解とも捉えることができるように思われる。

まず、電磁的記録提供命令が新たな強制処分であることに争いはない¹¹³⁾。そして、電磁的記録提供命令には裁判官が発付する令状が必要とされている。この令状の要求が、政策的なものではなく、憲法35条によるものであることも否定し難いであろう。

文言上、憲法35条1項が令状を要求するのは、「侵入、搜索及び押収」である。では、新たな強制処分である電磁的記録提供命令は、「侵入」、「搜索」、「押収」のいずれに当たるのだろうか¹¹⁴⁾。おそらくもっとも素直な答えは、憲法35条の「押収」に当たるといえるものだろう。そうすると、憲法35条の「押収」には、有体物の占有権を実質的に制約する処分だけでなく、電磁的記録、すなわちデータの排他的支配権を実質的に制約する処分も含まれると理解することができるように思われる。

112) 木下智史=只野雅人編『新・コンメンタール憲法 [第2版]』(日本評論社、2019年) 399頁〔倉田原志〕は、「『押収』とは、物の占有を強制的に取得することである」と説明する。また、後藤昭『捜査法の論理』(岩波書店、2001年) 26頁は、押収を「捜査機関が物の占有を取得・継続する処分」と捉えている。

113) 鷓鴣・前掲注17) 9頁。

114) たしかに川出敏裕『強制処分』の概念とその規律——現状と今後の課題』刑法雑誌58巻3号(2020年374頁が指摘するように、「侵害の対象及び態様が憲法35条に列举された処分に準じるものでない処分は、一律に強制処分とはならない」わけではない。そのため、このような問いを立てること自体が不当であるという見方もあるかもしれない。しかし、憲法35条1項の規律が文言上明らかに「侵入」、「搜索」、「押収」に及ぶ以上、まずは、新たな強制処分である電磁的記録提供命令が「侵入」、「搜索」、「押収」のいずれかに該当するかを問うことは許されてよいはずである。

3 アーキテクチャの必要性？

本稿の提案は、将来の犯罪捜査のための電磁的記録の保持に対しても憲法35条の令状主義の規律を及ぼそうとするものである。このような理解が、実際には難しいかもしれないが、仮に実務で受け入れられれば、違法収集証拠排除法則の適用によって規律が意味のあるものになるだろう¹¹⁵⁾。しかし、情報法の大家である Daniel Solove が鋭く指摘するように、濫用があるとしても公訴提起がない場合には、排除法則を適用することができず、その意味で排除法則だけでは保護として十分ではない可能性がある¹¹⁶⁾。準抗告により対応することも考えられるが、捜査機関が電磁的記録を実際に保持しているかが外部から明らかでない場合、規制としての実効性には疑問が残る。そうすると、何らかの別のアーキテクチャが必要かもしれない¹¹⁷⁾。考えられる一つの案は、Solove が指摘するように、一定期間経過後にデー

115) なお、酒巻匡「特集・刑事手続における法と実務 はじめに——特集の狙い」法学教室 280号（2004年）5頁は、「実務」という言葉の意味内容が「必ずしも明瞭ではない」ことを指摘するが、ここでは裁判実務を意味している。

116) Solove, *supra* note 13, at 210, 219. ただし、Solove は令状主義を無意味なものとして捉えているわけではない。Id. at 192-193, 218-219.むしろ情報の取得段階の規制としては積極的に評価している。Id. at 219. Solove が指摘したいのは、令状主義「だけ」では不十分であるという点にある。Id.

117) Id. at 210-222. Solove によると、アーキテクチャという用語は、通常、建物や都市といった空間の設計を指す概念として用いられる。しかしここでのアーキテクチャは、コンピュータ・コードによっても構築されうるより広い意味で用いられている。Id. at 97-98. Solove がここで参考にしているのは、憲法研究者の Lawrence Lessig などの議論である。松尾陽「アーキテクチャによる規制作用の性質とその意義」法哲学年報2007（2008年）242頁が紹介するように、Lessig が想定するアーキテクチャとは、法規制、社会規範、市場と並ぶ、「人々の行動を制約する要素」である「レギュレーター」の一種である。松尾・同上 245頁によると、Lessig 「自身はアーキテクチャに確定した定義を与えて」いないが、その例の一つとして「ドアに鍵をつけること」を挙げている。Lessig によるアーキテクチャの説明として、たとえば Lawrence Lessig, *The New Chicago School*, 27 J. LEGAL STUD. 661, 663 (1998) を参照。法学領域においてアーキテクチャの確固たる定義が存在しないことを指摘する論文として、横大道聡「憲法のアーキテクチャ——憲法を制度設計する」松尾陽編『アーキテクチャと法——法学のアーキテクチャルな転回?』（弘文堂、2017年）199頁がある。

夕を司法部門へ移管し、保管・管理を委ねることだろう¹¹⁸⁾。これは立法論になるが、捜査機関ではない別の機関に証拠の保管・管理を委ねることは考えられてもよいように思われる¹¹⁹⁾。

4 先行研究との比較

先行研究においても、電磁的記録の消去を求める提案は既になされていた。そこで、これら先行研究と本稿との違いについて簡単に指摘しておきたい。

第1に、通信傍受法33条3項の趣旨は、通信の傍受記録に限って妥当するものではなく、電磁的記録を含めその他の記録についても同様に妥当することを示唆する見解がある¹²⁰⁾。筆者も、このような立法論的解決はありうると考える。しかし、本稿が目指したのは、立法論的解決ではなく、解釈論的解決である。具体的には、憲法35条の「押収」概念に着目し、令状主義を情報の取得時規制としてだけでなく、情報の取得後規制としても評価し直す提案をした¹²¹⁾。

第2に、行政法における取消しの遡及効に着目して、電磁的記録の消去を求める見解がある¹²²⁾。筆者に行政法の知見はないが、このような提案は説得力のあるものだと考える。しかし、取消しの遡及効のみに着目すると、捜査機関が電磁的記録を保持する必要がなくなった場合に当該記録の消去が必要になる理由を説明することができない。そこで本稿では、データの排他的支配という観点に着目し、この点も同時に解決する解釈論を展開した。

118) SOLOVE, *supra* note 13, at 222.

119) 筆者と同様の問題意識であるかは明らかではないが、指宿信「新たなデジタル証拠の取得方法の提案をめぐって」指宿信ほか編『日韓刑事法研究Ⅰ——日韓刑事法研究会記録集——』（信山社、2025年）315頁は「強制処分後のプライバシー保護のための独立した監督・報告の欠如」を問題視している。

120) 池田・前掲注33) 10-11頁。

121) ただし、証拠の保管・管理を捜査機関以外の機関に委ねることを示した点は立法論になっている。解釈論的解決には限界があり、究極的には立法論的な解決が必要になるだろう。

122) 成瀬ほか・前掲注5) 78頁〔横田明美発言〕。

V 結びに代えて

本稿では、捜査機関が電磁的記録を保持する必要がなくなった場合や電磁的記録提供命令が取り消された場合に、当該記録を消去すべきかを検討した。そして結論として、消去すべきという立場にたったが、先行研究が指摘するように、こうした記録の消去が必要であるという理解は有体物である電磁的記録媒体が保全され、電磁的記録が複写された場合にも妥当するはずである¹²³⁾。

本稿では十分に取り組みなかった課題もある。電磁的記録を保持する必要がなくなったか否かの判断を捜査機関に委ねてよいかである¹²⁴⁾。この点は、押収物の還付で問題となる「留置の必要がない」かの判断も同様である（刑訴法222条1項、同法123条1項）。廃棄の判断も同様であろう¹²⁵⁾。捜査機関の判断によって被告人に有利な証拠が失われれば、被告人は検察の主張・立証に対する弾劾の機会を失うおそれがある¹²⁶⁾。押収物の還付や廃棄、電磁的記録の消去の判断をどの機関に委ねるべきかについては、今後の課題としたい。

* 本研究は JSPS 科研費 JP23K12388 の助成を受けたものである。

123) 池田公博「情報通信技術の進展等に対応するための刑事訴訟法等の一部を改正する法律」法学教室543号（2025年）56頁。

124) 川出敏裕ほか「刑事手続のIT化とその課題」有斐閣 Online ロージャーナル（2025年）（YOLJ-L2508008）¶184〔久保有希子発言〕を参照。

125) 山本・前掲注28）166-167頁参照。

126) 捜査機関の判断によって、被告人に有利な証拠が失われれば、検察の主張・立証に対する徹底的な弾劾の機会を失い、公正な裁判を期待できないように思われる。この観点から、アメリカ法・カナダ法との比較を踏まえ捜査機関の証拠保存義務を扱った論文として、清水・前掲注27）485頁以下を参照。