

令和元年6月4日現在

機関番号：17401

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2015～2018

課題番号：15K16944

研究課題名(和文) 捜査機関による情報の集約と総合的監視に関する比較法的検討

研究課題名(英文) A legal comparison on the storage and accumulation of information by the investigation agency and the total surveillance

研究代表者

内藤 大海 (NAITOH, HIROMI)

熊本大学・大学院人文社会科学研究部(法)・准教授

研究者番号：00451394

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,000,000円

研究成果の概要(和文)：行政上の情報収集は行政法によるべきであるが、行政法上の処分実施要件は刑事法と比べて緩やかであり、ドイツでは行政上の情報収集手段が訴追目的で流用されるという事態が生じている。行政法上の情報取得処分の法整備は必要であるが、当該処分によって刑事法上の目的達成が可能となる場合に、訴追目的での乱用を防止するために、ドイツの重点理論を参考にした処分分岐のルールが構築されなければならない。

最高裁をはじめとし、情報プライバシー権、処分の密行性、容易性に起因する濫用危険性が関心を集めている。GPS判決においては情報プライバシー権の位置付けが必ずしも明確ではないが、本研究も基本的には同様の視座に立つ。

研究成果の学術的意義や社会的意義

現代的犯罪に適切に対応するために情報収集は必須である。しかしながら、国家機関における過度の情報集積は個人の私生活の全貌の把握を可能にする危険がある。また、取得情報の保存・利用の如何によっては、その危険性はかなりのレベルで増大する。本研究は、情報収集の必要性を認めつつ、そこに一定程度の規制をかけることで国家による適正な情報収集を保障しようとすることを目指したものである。

研究成果の概要(英文)：The information gathering of administrative police must be based on administrative law. But the requirement of the measure according to administrative law is lighter than that of the measure according to the prosecution. As a result, the measures of the information gathering for the purpose of administrative police are sometimes diverted for the investigation or prosecution. The legalization of measures for the administrative information gathering is required. But based on the focus theory in Germany, it must be clear, in which area of law the condition of the measure must be divided, if the same measure can fulfill the both purposes, so that the reclassification is avoided.

In case-law, the right to the information privacy, the dangerousness due to the stealth and easiness of the information gathering, is interesting. The positioning of the right to information privacy is not necessarily clear, but the research is basically the same position as the GPS judgment of the Supreme Court.

研究分野：刑事訴訟法

キーワード：情報収集

様式 C - 19、F - 19 - 1、Z - 19、CK - 19 (共通)

1. 研究開始当初の背景

報告者は本研究に従事する以前に、2013年度科研費課題研究「刑事手続きにおける情報収集活動の多角的研究」(課題番号:25780051)に従事した。その際、ドイツにおいては個々の情報収集活動以上に、取得された情報の集積により個人の生活のありようが浮き彫りになる危険がより問題視されていることが明らかになった。そこで、本研究は、ドイツで問題とされている「総合的監視(Totalüberwachung)」の問題を中心に、情報収集の有する問題について検討を加えることとした。

2. 研究の目的

犯罪対策のための新たな捜査手法の導入が検討されているが、その多くに取得情報の大規模性、収集の密行性という共通性がみられる。ここで問題となるのは捜査手法の有する個別の権利侵害性問題であるが、本研究は、それらが複合的に利用されることにより実現される総合的監視の問題性について検討を加えるものである。具体的には、わが国に先行して議論が行われているドイツの状況を参考にし、個人情報の総合的な集約・分析によって増幅する権利制約の性質および構造を明確にする。これらの情報は、証拠または捜査情報として利用される(司法警察目的)ばかりではなく、同時に犯罪の未然防止の目的で利用される可能性(行政警察目的)もある。本研究は、利用可能性という観点から、捜査過程における情報集約の規制について検討を加える。

3. 研究の方法

まず、本研究を開始する以前に従事していた上記課題研究(課題番号25780051)の成果を基礎に、捜査における情報収集手段と行政領域におけるそれとを個別的に整理・検討する。そして、捜査を通じて獲得される情報の多くは、そのまま不特定の犯罪(未発生犯罪も含む)の解明に役立てられるという仮説を確認する。当初の予定では、2016年度以降は、訴追と予防という犯罪対策の2側面は個別独立に存在するものではなく、訴追に向けた捜査も個別具体的な対象事件の背後に、組織の全貌解明あるいは撲滅という大きな目的を有しているという仮説を前提に、総合的監視を基礎としたテロおよび犯罪対策について検討を加えることとした。その際、情報収集活動の目的が、(1)個別具体的な犯罪の訴追または(2)予防または鎮圧、(3)一般抽象的な犯罪の訴追または(4)予防という4類型に分類することに着目し、相互関係から問題状況を明らかにすることを旨とした。

4. 研究成果

本研究の実施期間中(2015年4月~2019年3月)に公表した研究成果(主として論考)の詳細は下記の5に示した通りである。このうち、「通信傍受(盗聴)」季刊刑事弁護82号、「通信傍受法の拡大」刑法雑誌55巻1号については、従前の課題研究(課題番号:25780051)の実施期間中に得られた知見を基に執筆したものであるが、とくに取調べの可視化に向けた刑訴法改正の議論の際に、それとのバスターで効果的な情報収集活動の拡充を志向する議論が展開されていることを端的に示すものといえる。犯罪対策との関連で情報戦略が重要視されているこのような情報を踏まえ、密行的情報収集と取得情報を基礎とした捜査対象者の行動・生活の在りようを浮き彫りにする総合的監視の問題に焦点を当て、検討を加えた。

(1) 密行的捜査手法について

研究期間中、最高裁は大法廷でいわゆるGPSを用いた監視捜査に対する画期的ともいえるべき判断を下した(最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁)。大法廷は最終的には憲法35条の保障する領域プライバシー権に対する侵害を問題視し、GPS監視捜査を強制処分にあたるとし、かつ新たな捜査手法として立法によることが望ましいとの判断を示した。しかし、同時に大法廷は、情報プライバシー権の侵害可能性について触れつつ、処分の密行性、継続性・網羅性という性質に触れている点も看過できない。本研究では大法廷判決を直接的に取り扱った検討を行ってはいないが、おとり捜査・なりすまし捜査に関する判例分析を通じて、下級審においても密行的捜査手法に関する新たな傾向がうかがえることを指摘した。GPS判決において、大法廷はGPS監視捜査が密行的に起因するその濫用危険性を前提に、様々な類型が考えられるGPS捜査の全体について、一律に権利侵害性が高いことを認め強制処分とした。他方、鹿児島地裁加治木支判平成29年3月24日では、おとり捜査と類似するなりすまし捜査が問題となったが、捜査官らはその存在を捜査書類上明らかにせず、また公判廷においても同事実を否認する内容の証言をするなどしていた。鹿児島地裁加治木支部は、このような態度に本件捜査の適法性に関する司法審査を潜脱しようとする意図を認め、違法は重大であるとした。鹿児島地裁加治木支部は、組織的な隠蔽工作の存在を根拠にあらゆる類型のなりすまし捜査を一律に違法となると判断したのではなく、証拠排除の重大違法の根拠として認定したものである。しかし、捜査機関側の隠蔽の態度を詳細に認定し、評価した点は注目し値しよう。下級審判例においては、他にも東京高判平成28年8月23日で、DNA型検査の実施という真の目的を秘してお茶を提供し、紙コップから唾液を取得するという手法が強制処分とされている。原審では、目的を秘したこのような唾液採取行為は、身体に傷害を負わせるようなものでも、強制力を用いたものでもないとして、相当性判断が認められる場合は令状によらずとも実施可能であるとしている。すなわち、この程度の行為であれば任意処分としていたわけであるが、このよ

うな原審の態度は、これまでの判例においても確認されるところであった。しかし、東京高裁はそのような従前の判例とは異なる見解を示したわけである。同様に佐賀地裁唐津支決平成 28 年 6 月 8 日も、目的を秘して足跡を採取した行為を強制処分と断じたが、このような処分は従来任意処分として実施されていたものであり、密行的情報収集処分に対する判例の見解に変化がみられることが明らかになった。目下、「捜査における欺罔・不告知と捜査の密行性」について論考をまとめている（未公開）。

（２）総合的監視

前述の通り、大法廷は最終的には憲法 35 条の領域プライバシー権侵害を問題として強制処分性を認めており、本判決がいわゆるモザイク理論を採用したものと断じるにはなお慎重さを要する。ただし、大法廷判決は、情報取得の継続性・網羅性に着目しており、いわゆる情報プライバシー権に関する関心がうかがえる。本研究は比較法の対象としてドイツ法に示唆を見出すものであるが、彼の地の議論状況を見ると、判例において総合的監視状況が問題として取り上げられ、学説においても判例の解釈をめぐって議論が精緻化されている。総合的監視論は、アメリカにおけるモザイク理論と同一ではないものの、個々の情報の集積によって個人の生活の全貌が浮かび上がるという点は両者に共通する。「総合的関心に関する予備的考察」熊本法学 136 号 157-193 頁では、ドイツにおける議論状況を整理し、紹介した。その際、ドイツにおいてはわが国における尾行・張込みに相当する科学技術的補助機器の使用を伴わない一般的な監視行為までも刑法上規定されており（163 条 f）、法律の留保原則（Gesetzesvorbehalt）によりあらゆる個人情報の取得が法律の統制下に置かれていることを指摘した。そのため、強制処分についてのみ個別の根拠規定を必要とするわが国の法制との違いがあるため、ドイツの議論をそのままわが国において展開することは不可能であるが、もっぱら情報の取得のみに着目して捜査手法を規律しようとしてきた従来の議論に一石を投じるものである。ただし、拙稿は取得情報の事後規制を必要としつつも、むしろ取得後の利用如何による権利制約の拡大の可能性（私的生活の全貌の把握）に鑑み、その可能性に繋がりうる情報の取得に規制をかけるべきであるとの結論を提示した。

（３）行政警察と司法警察

研究計画時点では、わが国では捜査によって得られた情報は、捜査対象となった事件の解明のために用いられるばかりでなく、その後保存されるなどして一般抽象的に他の事件の捜査に用いられるばかりでなく、場合によっては行政警察目的でも用いられているのではないかと仮説に立ち、そのような状況は適切とはいえず、行政警察のための処分は行政法によって規律されるべきであるとの見解を有していた。その点、行政法上の情報収集処分について警察法上様々な規律を有するドイツ法の調査は、本研究にとって示唆的であると思われた。しかしながら、近年、ドイツにおいては偽装検問所をめぐり、行政警察上の強制処分を利用して刑事訴追目的を達成するという手法に批判の目が集まっており、判例上も争いがある。従前の主張のように、仮にわが国において行政法による情報取得の規律を明文化したとしても、ドイツと同様の警察権の流用の問題が生じる危険性があり得るため、この点から調査を行うこととした。

偽装検問とは、例えば被疑者が自動車で薬物を密輸していると疑われる場合に、裁判官の命令が必要な刑法上の捜索ではなく、裁判官留保を伴わない州の警察法上の権限を根拠にその目的を達成する処分をいう。この場合、車両を捜索し、その結果薬物が発見された場合にこれを差し押さえることによって、ドイツ国内への薬物の流入・蔓延を防止するという危険防除の目的が達成されることになる。しかし、これらの処分は同時に刑事訴追のための証拠保全にも繋がる。このように一個の処分が行政警察、司法警察の両方の目的を同時に達成する場合、ドイツでは当該処分は二重機能処分（doppelfunktionale Maßnahme）と呼ばれ、いずれの根拠によるべきかが問題とされている。従来、このような場合には刑法法によるべきであるとする見解と、その力点が行政警察、司法警察のいずれにあるのかによって決すべきであるという重点理論（Schwerpunkttheorie）とが存在し、それぞれ支持を集めていた。しかしながら、連邦通常裁判所第 2 刑事部 2017 年 4 月 26 日判決は、明確な理由を述べないまま現場の警察に根拠とすべき法律に関する選択権を大幅に認めた。もちろん、学説はこれに批判的なものが大勢を占めているといえ、わが国における行政法上の情報取得処分の規律を検討する場合に、刑法法の規律とどちらを根拠とすべきかについて明確にする必要があり、目下、ドイツの議論を参考に論考を執筆中である。

（４）情報の予備的保存

欧州では、通信関連データの予備的保存措置に関する欧州指令（Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006.）が出され、EU 各国において国内法の整備が進められた。この欧州指令は、嫌疑の有無等に関係なく、通信事業者が利用者全員の通信関連情報を一律に一定期間保存することの義務付けを国内法で整備するよう命じるものである。総合的監視は、情報の大規模取得のみならず、取得情報の保存、分析によって実現される。その意味で、通信関連データの予備的保存制度は総合的監視との関係でも重要な意味を有する。わが国では、2011 年の刑法改正により 197 条 3 項が新設され、通信履歴の保全要請が規定されることとなった。この処分は、同時に新設された記録命令付差押えが実施されることが予想されながら、すぐに令状が得られないときに、プロバイダ等の電気通信事業者に対し、通信履歴等保存する義務を課す処分である。証拠保全の目的で実施されるものであるが、差押えのための仮的、一時的、補助的な処分である。したがって、一定の嫌疑を前提に特定の

情報についてのみ実施される保全処分という点で、欧州における通信関連データの保全処分とは異なる。わが国では、具体的必要性が生じる前の段階でのこのような情報保全処分の正当性は、わが国ではまだ喫緊の問題とはなっていない。しかしながら、ドイツにおける議論は犯罪捜査のみならず、テロ対策等の予防警察における情報戦略をも巻き込んだ議論となっており、組織犯罪対策、テロ対策が叫ばれるわが国においてもその概要を紹介しておくことは有益であるように思われ、論考を取りまとめ、現在校正中（石川正興先生古稀祝賀論文集掲載予定）である。なお、本研究を基課題研究とする国際共同研究「捜査法領域における犯罪関連情報の収集に関する日独比較（国際共同研究強化）」（課題番号：16KK0082）において重点的に比較検討を実施しており、今年度開催予定の日独比較シンポでその成果を公表する予定である。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計6件)

- ・【単著】「通信傍受法の拡大」刑法雑誌 55 巻 1 号 (2015 年 11 月) 106-120 頁
- ・【単著】「総合的監視に関する予備的考察」熊本法学 136 号 (2016 年 3 月) 157-193 頁
- ・【単著】「おとり捜査の違法の帰結に関するドイツ判例の動き」熊本法学 139 号 (2016 年 3 月) 53-84 頁
- ・【共著】「『総合的監視』の検討」犯罪と刑罰 27 号 (2018 年 3 月) / 執筆担当「犯罪対策と情報収集 情報データベースの構築と警察介入の早期化」101-109 頁
- ・【単著】「おとり捜査の判例分析(特集 もっと違法を主張しよう!)」季刊刑事弁護 97 号(2019 年) 84-89 頁
- ・【単著】「なりすまし捜査の適法性と証拠能力」速報判例解説 Vol.23, 201-204 頁 (同じものを TKC 新・判例 Watch / 2018 年 10 月にも掲載)

〔学会発表〕(計0件)

〔図書〕(計0件)

〔産業財産権〕

出願状況(計0件)

名称：
発明者：
権利者：
種類：
番号：
出願年：
国内外の別：

取得状況(計0件)

名称：
発明者：
権利者：
種類：
番号：
取得年：
国内外の別：

〔その他〕

ホームページ等

6. 研究組織

(1)研究分担者

研究分担者氏名：

ローマ字氏名：

所属研究機関名：

部局名：

職名：

研究者番号(8桁)：

(2)研究協力者
研究協力者氏名：
ローマ字氏名：

科研費による研究は、研究者の自覚と責任において実施するものです。そのため、研究の実施や研究成果の公表等については、国の要請等に基づくものではなく、その研究成果に関する見解や責任は、研究者個人に帰属されます。