

令和 2 年 6 月 8 日現在

機関番号：17401  
研究種目：国際共同研究加速基金（国際共同研究強化）  
研究期間：2017～2019  
課題番号：16KK0082  
研究課題名（和文）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）  
  
研究課題名（英文）The comperering of the gathering of the criminal information between Japan and Germany(Fostering Joint International Research)  
  
研究代表者  
内藤 大海 (Naitoh, Hiromi)  
  
熊本大学・大学院人文社会科学部（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） 3,100,000円  
渡航期間： 12ヶ月

研究成果の概要（和文）： 捜査機関の行う情報収集活動が行政警察活動にも及ぶことがあることは、日独共通であることを確認した。その基礎にあるのは情報収集と情報の保存である。このうち、わが国ではもっぱら情報収集に関する規制ばかりが重視され、保管に関する法的規制は存在しない。他方、ドイツでは情報の保管に関する法的規制が整備されており、活発な議論が行われている。本研究ではとくにDNA型データベース、通信関連情報の予備的保存に焦点を当て比較研究を実施し、ドイツにおける法制が参考になる反面、当地においても問題が指摘されていることを明らかにした。

#### 研究成果の学術的意義や社会的意義

研究期間中、刑事訴訟における情報収集を取り巻く状況は、明確な変化をみせている。本研究では、情報の有する価値に着目し、国家機関による情報保存の問題性を指摘した。学術的な面では、最大判平成29年3月15日に代表される近年の判例の分析を通じて、個人情報取得に関する近年の実務の状況を分析した。また、国際的な面では、ドイツの研究者との学術交流を通じ、協力関係を確固たるものとすることができた。今後も学術協力を通じて、より発展的な研究を実施する予定である。

研究成果の概要（英文）： It was confirmed that the fact that the information gathering activities conducted by the investigative agency could extend to administrative police activities is common to both Japan and Germany. The basis for this consists of gathering and storage of information. Of these, in Japan, the emphasis is placed only on regulations concerning information gathering, and there are no legal regulations regarding storage. On the other hand, in Germany, legal regulations concerning the storage of information are in place, and active discussions are taking place. In this research, we conducted a comparative study focusing on the storage of DNA-databases and the preliminary storage of information concerning the telecommunication, and found that while the legal system in Germany is helpful for Japan, the problems were pointed out there as well.

研究分野： 刑事訴訟法

キーワード： 情報収集 情報保管 情報蓄積 密行的情報収集 おとり捜査 なりすまし捜査

## 1. 研究開始当初の背景

本研究の基課題研究（課題名「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」/課題番号：15K16944）では、個別の事件において捜査上取得される情報が捜査機関等において総合的に集約・分析されることで生じる総合的監視の問題について考察を加えた。このような情報は、当該事件における証拠として利用されるばかりでなく、他事件での捜査情報としての利用、あるいは犯罪の未然防止目的での利用（行政警察目的）の可能性も考えられる。そこで、情報の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した。これに対し、本研究は、わが国において授權規定に乏しい犯罪発生前の予防活動（行政警察活動）については、捜査段階における各種処分がその役割を担ってきたという仮説について検討を加えるとともに、特に目的拘束性という点から取得情報の保管・管理および事後的再利用に関する規制について検討を加えることとした。

## 2. 研究の目的

主な検討課題は次の2点である。まず、DNA型データベースの構築と保管DNA情報の事後における再利用の可否である。犯罪捜査において被疑者等から取得されるDNA型は、当該事件の解明を第一義的な目的とするが、データベースへの登録は将来起こりうる犯罪への対応を念頭に置いたものである。そのため、取得とは異なる権利制約が問題となり、この点について検討を加える。次に、現在ドイツで問題となっているプロバイダ等における通信情報（インターネット等接続情報）の保管義務についても同様の観点から各論的検討を行う。

## 3. 研究の方法

前述の研究目的2点を達成するため、まず、わが国における立法状況の確認およびこれに関する議論状況の調査に当たった。なお、研究開始以前より、これらの点についてはわが国における法整備が遅れていること、ドイツないしヨーロッパにおいて立法活動およびこれをめぐる議論が活発化していたことについては、すでに概要を掴んでいた。そこで、本研究課題において国際共同研究を実施する必要性が生じ、DNA型データベースの構築と保管DNA情報の事後的再利用に関するドイツの法制、これに関する議論状況の調査と、将来のデータ取得を可能にするためのプロバイダ等における通信関連データの予備的保存に関する欧州連合における法状況および判例の状況ないし学説における議論状況の調査に当たった。具体的には、2018年3月までにわが国の状況について文献調査を行い概要をつかんだうえで、2018年4月から2019年3月までのドイツ滞在期間中はドイツないし欧州の状況調査のため文献調査にあたるとともに、帰国後に実施するシンポジウムの開催を念頭に置きつつ、共同研究者らと研究の具体的な内容（特に比較対象とするテーマの範囲の限定）について議論を重ねた。2019年3月に帰国した後は、ドイツ側の研究者と連絡を取りつつ、両国の法状況の具体的な比較箇所を限定するなどの作業に従事するとともに、2019年10月に本研究の成果報告の場としてシンポジウムを開催した。

## 4. 研究成果

本研究の実施期間中（2017年4月～2020年3月）に公表した研究成果は、下記の5に示したとおりである。

本研究の目的は、情報取得および保存・管理一般について、取得時に生じる権利制約と保管・管理時に生じる権利制約の双方に着目し、取得時に生じる権利制約だけでなく、取得後の権利制約にも着目した運用を考察する。また、問題となる情報取得のうち、特に密行的に行われるものについては、近年問題性が意識されてきており、密行的情報収集についてもこの文脈のなかで検討を加えた。さらに、情報収集の目的が将来犯罪への対応をも含む点、行政警察と司法警察との関係性をどう理解すべきかが問題となる。

前記3で述べたように、本研究では、このような問題意識を出発点としつつ日独比較を通じた考察を実施したが、その際、各論的に取り扱ったテーマは、DNA型鑑定とデータベースの運用および通信関連情報の予備的保存であった。まず、これら各論的テーマについて得られた成果からみておこう。

### （1）DNA型データベースの構築と保管DNA情報の事後的再利用

DNAの採取・利用を巡っては、取得時中心主義に対しては、試料の採取、鑑定、利用、保管、事後の利用（多目的利用）という各過程において権利侵害があると考えられるべきであるとの批判が有力に主張されている。このような議論を前提に、DNA型情報の利用について、強制採取（強制処分）したものを鑑定し、証拠利用する場合、領置等の任意的手段で取得された資料を鑑定し証拠利用する場合、既存の試料（サンプル）を利用して鑑定がなされ証拠利用される場合、既存の鑑定結果を利用する場合（データベースの利用）があると分析した。このうち、シンポジウムで特に日独の比較の対象としたのは、である。というのも、わが国では2005年以降、DNA型データベースの本格運用が開始されているが、現状、DNAの採取・利用に関しては、の類型における試料の強制取得のみが裁判官の審査に服すのみであり、とりわけ利用のみに着目した場合規制は存在しないのに対し、ドイツにおいてはの類型についても立法および司法によるコントロールが行われており、参考になるためである。

わが国における状況については、先行研究を手掛かりに、鑑定の対象が非コード化領域に限定されるべきこと、被疑者試料については鑑定後遅滞なく廃棄されるべきことを明らかにした。

このうち後者の点について、通説は被疑者資料に限定せず一般に試料の廃棄を主張するが、再鑑定の際の担保という点から、遺留試料および変死体等試料については保管の必要があるため、廃棄扶養説に立つべきであるとした。また、<sup>10</sup>の類型を念頭に置くと、DNA データベースは事前配慮 (Vorsorge) 型の活動であるため、比例原則が空転化する危険性がある。ドイツではこの点を意識して、再犯の危険性 (die Annahme der Wiederholungsgefahr) を加重要件として相当性判断が行われていることは、すでにわが国においても紹介されているところである。また、何よりも指摘されるべきは、わが国においては DNA データベースの運用は、DNA 型データベース取扱規則に基づき行われているものの、法律上の根拠は存在しない点である。そこで、先行研究によって指摘されている点について、ドイツの状況を参考にすべく共同研究を実施した。

2019年10月のシンポジウムでは、ドイツの状況について、カーステン・ゲーデ氏 (Karsten Gaede / Bucerus Law School) が、「将来の刑事手続きのための DNA 個人特定型情報の取得および保存」と題する報告を行なった。まず、ドイツにおいては、刑事訴追のための事前配慮 (Strafverfolgungsvorsorge) としての明示的な規定は、DNA 型情報の取得と保存が最初であったが、医学的、科学技術的な可能性は今後も急速に高まるため、刑事訴追期間はさらに広範な応用領域をすぐに獲得していくことが指摘された。そして、DNA 型情報の取得と保存は、情報取得と保存に関する問題の先駆けでもあり、いわばテストケースであるとして、ドイツ刑法 81 条 g の概要について触れるとともに、DNA 関連の訴追のための事前配慮の実体要件および形式要件について概説した後、<sup>11</sup> 訴追のための事前配慮の全体的な関係について、規定の正当性について検討が加えられた。そして、<sup>12</sup> の点について、批判的視点から見解が述べられた。その概要は次の通りである。

ドイツにおいては情報自己決定権の保護の観点から、国家機関が取得した情報の利用については目的拘束性が要求される。しかし、法は利用目的を広範に認めており、データが一度保存されると、健康に関するセンシティブ情報を軽微犯罪のために利用することもあり得ることが指摘された。さらに問題となるのは、DNA 型データベースに登録されるのは、有罪判決を受けた者のみならず、嫌疑をかけられた人物もこれに含まれる。この点、後者については嫌疑が自らの行為に帰責できない場合でも、取得とは別個の基本権の侵害にさらされることになることも強調された。連邦刑事庁法は、嫌疑の払拭により手続きが終了した場合にのみ DNA 型情報の保存および利用が禁じられることとされており、この点は強く批判された。さらに対象犯罪のうち性犯罪については対象が広く比例性を失うこと、再犯危険性に関する予測は曖昧で恣意的なものになりがちであることなどといった問題点が指摘された。

前述の通り、わが国では国家公安委員会の定めた DNA 型データベース取扱規則による運用が行われているが、このなかでは試料取得、型データの保存、試料廃棄等に関する要件が定められていない。そのため、立法および司法によるコントロールの下で DNA 型の管理・利用が行われているドイツの法制は非常に参考になるものと思われる。しかしながら、とくに将来犯罪との関係でなされる取得 DNA 型のデータベースへの保管は、再犯危険性を根拠にしてなされるものの (それ自体としてはわが国の運用よりは先進的であるが) その判断方法については問題が指摘されているところであり、立法的解決を目指す上で参考にすべきである。

## (2) 通信関連情報の予備的保存

DNA 型データベースと比べ、通信関連情報の予備的保存については、わが国における議論はさほど活発でない。刑法 197 条 3 項は、検察、警察などの捜査機関は、差押えまたは記録命令付差押えをするために必要があるときは、通信事業者に対し、「その業務上記録している電気通信の送信元、送信先、通信日時その他の通信履歴の電磁的記録のうち必要なものを特定」し、一定期間消去しないよう求めることができる旨規定する。その運用を巡っては、判例上とくに問題化した形跡はみられない。これに対し、ドイツでは保全要請が余りにも広範であり、比例原則との関係で問題が指摘されていた。この保全要請にかかる議論は、欧州指令に基づくものであったが、欧州司法裁判所でも同様の問題が認められ現在停止中である。そのため、以下で述べるドイツの状況は、かつての欧州指令の内容である。

わが国における保全要請は、任意処分として規定されているが、差押えまたは記録命令付差押えをするために必要があるときに行うものとされており、一定の嫌疑を根拠に実施されることになる。したがって、最決昭和 51 年 3 月 16 日の示した任意捜査にかかる相当性判断の枠内でその適否が決められることになる。他方、ドイツにおいて当初予定されていた保全要請は、裁判官留保 (Richtervorbehalt) に服さないという点はわが国と共通する。しかし、予備的データ保存義務の範囲には限定がなく、無条件で実施される。すなわち、ドイツにおいては一定期間、通信関連の全データを保存することがプロバイダ等の通信事業者に要請されることになる。次に、わが国では保全を要請されたデータの消去に関する規定はなく、保存期間経過後の消去は通信事業者に委ねられているものと想定されるのに対し、ドイツにおいては期間経過後の消去義務が規定されている。また、目的についてみた場合、わが国では (少なくとも直接的には) 刑事訴追目的に限定されるのに対し、ドイツでは危険防除を目的とする保存要請も対象となる。このように、ドイツとわが国では保全要請に関する処分に違いがあり、一概に比較の対象とすることはできない。しかし、通信関連データの予備的保全要請は欧州では喫緊の問題として活発な議論の遡上にあり、データ保存の範囲や消去の義務等については今後わが国における議論にも参考になる点があると考え、考察を加えることとした。

前述のシンポジウムでは通信関連情報の予備的保存を第2のテーマとし、イェンス・プシュケ氏 (Jens Puschke / マールブルク大学) からドイツにおける問題状況、欧州指令停止後の代替案等について報告を受けた。その際、以下の点について検討を加えるよう依頼した。すなわち、無差別的データ保存に伴う特別の問題性、予備的なデータ保存と捜査機関による実際のデータ取得との間における権利制約に関する違い等である。

まず、ドイツにおける制度については、さしあたっては具体的な刑事手続においては未だ必要とされない、あるいはもはや必要とされないデータではあるものの、将来の刑事手続を見すえた事前の備えのためだけに集められるデータの保存も拡大されている。しかし、欧州司法裁判所が、保存義務が絶対的に必要なものに限定される必要性を明確にし、それを超えた欧州指令の措置は正当化できないことを明らかにした。この点、連邦憲法裁判所は、理由なしに行われるデータ保全是、警察等によるデータ照会の時点で高いハードルがある場合にのみ法的に支持しうるものとなるとするが、欧州司法裁判所が、保全の時点ですでに切迫した治安状況が存在する場合にのみ適法であるとするのと見解を異にする。プシュケ氏は情報自己決定権を認めたいわゆる国勢調査判決にも触れつつ、欧州司法裁判所の見解を妥当とし、例えばデータの安全性 (第三者への流出) やデータ利用の透明性のための規定では、全データを保全することは正当化されないとする。比例原則の観点から、保存が理由なしに行われることに伴い生じる権利制約は正当化されず、データ保全に関する義務の範囲と強度が考慮されることで、保存目的が十分に限定的な効果を発揮することができるとする。

次に、欧州指令は全データの理由なしの保全を求めるものであったが、これに対する欧州司法裁判所による代替案について触れる。すなわち、Quick-Freeze 手続きである。この手続きはドイツ法においては採用されていないが、刑事訴追の範囲においては、特定の犯罪行為の挙行に関する嫌疑がある場合にのみ、データの長期保存が行われる。つまり、この手続きにおいては、予備的保存の段階でも犯罪嫌疑を根拠にした処分が行われ、実際の利用の際には裁判官の判断を受けることになるため、わが国の保全要請と一定程度類似する。プシュケ氏は、電気通信データの保存義務を放棄しないのであれば、この手続きは法治国家的視点からみて唯一実施可能な手段であるとする。しかし、他方でドイツの法状況をみると、刑訴法 100 条 g により、電気通信法 96 条によって取得された通信データに密行的にアクセスすることができるなど、通信に関するデータの取得を可能にする多くの処分が存在する。そのため、通信データを理由なく保存するという電気通信事業者の義務が存在しなかったとしても、基本権に深く介入し、効果的な刑事訴追という利益を大幅に考慮した規定は存在することにも付言する。プシュケ氏は、総合的監視 (Totalüberwachung) についても強い問題関心を有しており、そのため、1つの措置だけを問題としてみるだけでなく、このような他の処分との関係で効果的な刑事訴追の利益と基本権介入の問題を捉えるべきことを主張した。

### (3) 密行的捜査手法への特別の配慮

上記(1)(2)で取り上げた処分は、必ずしも密行的に実施される情報取得を前提とするものではないが、データの取得および保存が秘密裏に実施されることによる権利制約の増大については、すでに指摘されるどころである。これに関しては、最大判平成 29 年 3 月 15 日のいわゆる GPS 判決が、密行性に起因する濫用の危険性を根拠に、GPS 捜査を一律に強制処分としたことが窺われるところ、時期を前後して、下級審でも密行的情報取得に関する態度に変化の兆しがみられる。東京高判平成 28 年 8 月 23 日では、DNA 鑑定のための唾液採取という真の目的を告げずに被告人にお茶を提供しコップを回収した行為について、推定的意思に反することを正面から認定した。かつての下級審裁判例が、真意を秘匿して行う尿の採取について、動機の錯誤をさほど問題とせず、これを任意処分として許容してきたのとは対照的である。さらに、鹿児島地加治木支判平成 28 年 3 月 24 日は、おとり捜査に類似するなりすまし捜査について、捜査官らが安易になりすまし捜査を実施し、かつその事実を隠蔽しようとしたことを指摘して違法の重大性を認めている。拙稿「捜査における欺罔・不告知と捜査の密行性」では、GPS 捜査判決を念頭においた上で、これらの裁判例にも触れつつ、動機の錯誤がある場合でも同意は有効とはみなされないこと、密行的捜査手法のうち特に捜査の存在それ自体が密行的なものについては濫用の危険から特に慎重な評価が求められることを述べた。

### (4) 将来犯罪に対する対応

その他、行政警察、司法警察の横断領域に関する問題については、基課題研究と並行して調査を行った。特に情報の保存については、ドイツにおいては予防警察を目的とした処分が認められていることを明らかにした。しかし、行政警察のための処分に関する立法にはむしろ警戒的、批判的な目が向けられている。とくに、このことが明確になるのが偽装検問所 (die legendierte Kontrolle) の問題である。これに関する概要は、すでに基課題研究に関する実施状況報告で述べたとおりである。その後、拙稿「行政調査の刑事目的利用 ― ドイツにおける偽装検問をめぐる議論を手掛かりにして ― 」『刑事法学と刑事弁護の協働と展望 (仮)』(現代人文社、2019 年) を執筆後、現在校正中である。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計3件（うち査読付論文 1件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 内藤大海	4. 巻 97
2. 論文標題 おとり捜査の判例分析（特集 もっと違法を主張しよう！）	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 季刊刑事弁護	6. 最初と最後の頁 84-89
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 内藤大海	4. 巻 23
2. 論文標題 判批・鹿児島地加治木支判平成29年3月24日	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 新・判例Watch	6. 最初と最後の頁 201-204
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 内藤大海	4. 巻 148
2. 論文標題 捜査における欺罔・不告知と捜査の密行性	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 熊本法学	6. 最初と最後の頁 133-176
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計1件（うち招待講演 0件 / うち国際学会 0件）

1. 発表者名 内藤大海、Karsten GAEDE、Jens PUSCHKE、野澤充
2. 発表標題 日独における将来の刑事手続のための情報保管の許容性
3. 学会等名 刑法学会九州部会
4. 発表年 2019年

〔図書〕 計1件

1. 著者名 吉開 多一、小西 暁和	4. 発行年 2019年
2. 出版社 成文堂	5. 総ページ数 564
3. 書名 刑事政策の新たな潮流 / うち「ドイツにおける通信関連情報の予備的保存について」(pp. 115-131) 執筆	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
主たる渡航先の主たる海外共同研究者	ゲーデ カーステン  (GAEDE Karsten)	ブツェリウス・ロースクール・法学部・教授	
その他の研究協力者	プシュケ イェンス  (PUSCHKE Jens)	マールブルク大学・法学部・教授	
その他の研究協力者	野澤 充  (NOZAWA Mitsuru)	九州大学・大学院法学研究院・教授	
その他の研究協力者	土井 和重  (DOI Kazushige)	北九州市立大学・法学部・准教授	