

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 5 月 22 日現在

機関番号：10101

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2012～2014

課題番号：24730050

研究課題名(和文) ネットワークにおける証拠収集に対する法的規律

研究課題名(英文) Privacy, warrant requirement and computer networks.

研究代表者

緑 大輔 (MIDORI, Daisuke)

北海道大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号：50389053

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,100,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、伝統的な有体物に対する強制処分の研究から出発して、ネットワーク等に蓄積されるデジタルデータの証拠収集の制御方法について研究したものである。伝統的な捜索差押え等の対物的強制処分においては、令状主義の効力範囲が第三者に及ぶか否かが、裁判例において第三者のプライバシーへのアクセスの可能性も考慮され、判断されてきた。しかし、デジタルデータについては、コストを要せずに大量に情報を収集できる。とりわけ、監視型捜査のように情報を蓄積して活用する捜査手法において、この特徴は顕著である。そのため、これまでの令状審査を中心とした令状主義だけでは十分に統制できず、立法を含めた異なる制御方法が必要となる。

研究成果の概要(英文)：This research explores how warrant requirement governs law enforcement investigations of digital data. Warrant requirement is relatively well-established for investigations involving physical evidence. But it is necessary to reconsider the premise that an individual has no reasonable expectation of privacy in information voluntarily disclosed to third parties. Digital tracking, such as GPS monitoring, generates a precise, comprehensive record of a person's public movements with low cost. Moreover, People reveal a great deal of information about themselves to third parties in the course of carrying out mundane tasks. Warrant requirement is not sufficient because of difficulty in judicial review. It is necessary to make laws to regulate law enforcement investigation of digital data, especially GPS monitoring.

研究分野：社会科学

キーワード：令状主義 強制処分法定主義 妨害排除措置 対物的強制処分 デジタル証拠 監視型捜査 ネットワーク プライバシー

1. 研究開始当初の背景

2011年に「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」(以下、「2011年改正」)が施行され、サイバー空間上の証拠保全について新たな法制度が設けられた。本研究は、2011年改正と有体物に対する伝統的な強制処分を素材として、対物的強制処分の法的規律を包括的・統一的に分析する基盤の構築を意図した。本研究の着想は、以下の3点に起因していた。

(1) 令状主義の保護範囲

これまで、有体物を想定した伝統的な対物的強制処分における令状主義下の権利・利益の保護範囲について、研究を進めてきた。しかし、2011年改正で新たに對物的強制処分が設けられたため、これまでの研究で得たプライバシー・財物の保護範囲の知見がサイバー空間でどこまで及ぶのか、検討する必要があると感じた。先行研究の主たる関心対象は、デジタル証拠に対する捜査機関の執行態様にある。しかし、そもそも強制処分から保護されるべきデジタルデータの範囲は2011年改正でも不明確である。検索押収への当該サイト運営者による承諾の可否・効果、権利・利益の要保護性(アーキテクチャとプライバシーの関係)等を分析した研究は乏しく、研究の必要があると考えた。

(2) 強制処分法定主義の規律密度

強制処分は法律の明文規定で統御すべきだとする「強制処分法定主義」の下では、処分の執行方法をどこまで具体的細目的に定めるべきなのか、という問題意識を抱いてきた。しかし、強制処分法定主義の射程として、どのような場合にどこまで細目的に執行手続を定めるべきなのか、強制採尿や通信傍受と対比すると、その議論は必ずしも明確ではない。強制処分法定主義の射程、特に執行方法の法定の具体性(仮に規律の密度と呼ぶ)について検討する必要性を痛感していた。この点について、通信傍受・強制採尿について各々先行研究があるが、包括的な規律の密度に関する研究は乏しかった。そのような中で、2011年改正が、デジタル証拠の保全手続として、電磁的記録の差押え、プロバイダーへの「保全要請」処分、遠隔から電磁的記録を差し押さえるいわゆる「遠隔差押え(リモート・アクセス)」が導入され、比較的詳細に執行方法が明文化されたため、執行方法について明文規定を欠く強制採尿とのバランスを考えるに、この点を研究する必要があると感じた。

(3) 実体刑法が手続法解釈に及ぼす影響

2011年改正が実体法たる刑法の改正とともに刑事訴訟法の改正も行っている。このことは、サイバー空間の對物的強制処分においても、実体法の改正を強く意識して制度が設計されたことを示唆する。そこで、実体法規

定のあり方(コンピュータウイルスの作成や提供をした場合を「不正指令電磁的記録に関する罪」として犯罪化したこと等)が手続法解釈にどのように影響するのか、刑法理論と刑事訴訟法理論の立法上の相互作用について研究を行う必要性を見出した。

2. 研究の目的

本研究は、以下の点を明らかにすることを目的とした。

(1) サイバー空間における令状主義の保護範囲の理論的解明

令状主義によって保護すべきプライバシーの範囲、そしてサイバー空間の法的統御のあり方についての議論は、同じく令状主義を採用しているアメリカ合衆国に理論面での蓄積がある。そこで、アメリカの令状主義の議論およびその成果を明らかにしつつ、日本の文脈に適用可能か考察する。この過程で、伝統的な令状主義の保護範囲に関する議論を再検討し、プライバシーの保護範囲を明らかにすることを目指した。例えば、Google社が運営するGmailやドキュメント等のような、クラウド・コンピューティングの利用が活発化する現況を受けて、2011年改正後の保護のあり方をアーキテクチャ(サイバー空間の利用環境)とプライバシーの関係を意識しつつ分析することを目的とした。

(2) 強制処分法定主義の規律密度についての理論的解明

2011年改正が對物的強制処分の執行について新たに詳細な規定を設けたことを導きの糸として、任意処分たる行政警察活動領域の執行に関する規定の多さと具体性(例、警察官職務執行法)、司法警察活動領域における任意捜査に関する規定の少なさと抽象性(例、刑事訴訟法197条1項本文)、そして強制処分の執行に関わる規定の多さと具体性について、包括的に説明を与え、刑事手続立法のあり方について比例原則の観点からの理論的枠組みを検討することとした。わが国の刑事法領域では先行業績が乏しいが、裁量の統制という観点から議論の蓄積がある、公法領域(警察行政法)の比例原則に関する知見を踏まえて研究することを計画した。その上で、強制処分たる通信傍受・強制採尿・2011年改正の規律のあり方を統合的に説明する理論を研究することにした。なお、立法への規律にかかわる違憲審査基準等との関係については、憲法学の研究の蓄積も必要であるため、今回の研究対象から除外した。

(3) 実体刑法が訴訟法の立法・解釈に与える影響の理論的解明

2011年改正の立法過程を精査するとともに、上記(1)(2)で得られた知見を元に、2011年改正を素材として、実体法の規定がど

のような場合にどのような影響を訴訟法に与えるのか、そしてその当否をどのように評価すべきかを考察することにした。具体的には、(a)実体刑法が法益侵害の危険性が認められる行為を早期に処罰する、いわゆる処罰の「早期化」が捜査機関の証拠収集活動にどのような影響を及ぼすのか、(b)そしてその影響の結果、訴訟法の基本原則を掘り崩す可能性があるとき、実体法の立法のあり方に問題はないのか、2011年改正を考察する。その結果、訴訟法的な観点から、実体法の立法や解釈の当否をも吟味することを目指した。

本研究は、サイバー空間における対物的強制処分という切り口を通じて、①強制処分にかかわる2つの基本原理、すなわち令状主義と強制処分法定主義の保護範囲を明確にする点と、②刑法と訴訟法を架橋し、刑法からみた訴訟法改正の当否、訴訟法からみた刑法改正の当否を分析する理論枠組みの基礎を構築する点にある。

3. 研究の方法

研究の方法は文献研究が中心となった。

平成24年度は、サイバー空間の分析に必要な機器の整備及びサイバー空間における権利論等に関する文献の収集を行いつつ、刑事訴訟法上の令状主義・強制処分法定主義の基礎理論を考察することとした。

しかし、平成25年度から、通信傍受法の改正にかかわって、傍受の執行の適正性を担保する手段が立法論として議論の課題となった。このことは、強制処分の執行方法をどのように規律するか、どこまで明文規定を通じて立法府が制御するかにもかかわるため、本研究の方法として、審議の過程を分析する必要性が高まった。

また、アメリカ合衆国では、*United States v. Jones* 事件において、GPS監視装置を監視対象者の自動車に装着させて動静を監視することの適否が連邦最高裁判所において検討されるに至り、サイバー空間におけるデジタルデータについて令状主義による保護範囲が重要な問題となった。そのため、アメリカの判例分析を重点的に行う必要性が高まった。

科学技術を研究対象としていることから、このような事態の変化に対応すべく、研究目的のうち、令状主義の保護範囲と、強制処分法定主義の下での規律密度を特に重点的に研究する方針とし、平成25年度および平成26年度はこれらの研究に従事した。

4. 研究成果

(1) 令状主義の保護範囲

捜査を行う際の要件とされる「必要性」の意味を分析した。捜査機関が殊更に強制処分を行う必要性を作出することで、不必要な権利制約を行う事態を回避するために、「必要

性」を判断する際には当該捜査行為に至る経緯にも着目すべきであり、分析の際には時間幅を広げる必要がありうることを提案した(論文⑩)。また、令状主義や強制処分法定主義といった刑事訴訟法上の基本原則・諸概念を分析した現時点での成果を、学習者向けに咀嚼して著す作業を行った(図書④)。

強制処分法定主義の規律密度にかかわる内容としては、2011年改正によってデジタル証拠の収集・保全のための条項が数多く設けられた背景を分析し、それが「強制処分法定主義」の要請というよりは、プロバイダ事業者が個人情報を探査機関に開示することについて民事法上の免責を明確にする趣旨によることを確認するとともに、当該強制処分を執行する際に生じるだろう諸論点について整理し、デジタルデータの証拠収集に関する研究の前提作業を行うとともに、その概要を報告した(学会報告②)。

(2) 令状主義の効力範囲と強制処分の執行

刑事訴訟法上の基本原則(令状主義、強制処分法定主義)の研究を行うとともに、対物的強制処分の規律のあり方について、新しい捜査手法を例として、公法等関連領域との関係をも視野に入れて分析した。

第一に、対物的強制処分において裁判官が発付する令状の効力範囲を検討した。そこでは、被処分者とは異なるプライバシーの主体(第三者)が現場に居合わせた場合で、当該第三者が搜索差押令状の効力を帯びている差押対象物を隠匿した蓋然性がある場合には、搜索差押令状の追及効が当該第三者の所持品・身体にも及びうるという論理を検討した。その上で、刑訴法112条(出入禁止措置)が、現場に居合わせた者の負担の受忍を想定した条項であり、それが追及効の範囲を限界付ける機能をも有する旨を主張した。これは、サイバー空間における第三者の位置付けやその要保護性を検討する基礎たりうる(論文⑤)。第二に、強制処分法定主義に関して、対物的強制処分を執行する際の「必要な処分」として許される措置の限界を検討した(論文⑦)。

また、法制審議会で議論の対象となっている、通信傍受・会話傍受の立法動向について分析を加えた。通信傍受については、サイバー技術を用いて捜査手法を更に効率化する提案がなされており、それが捜査手法に対する法的な規律の密度にかかわることを指摘した。そして、より記述的な執行態様にかかわる明文規定を設けることを提案した(論文⑥)。

(3) 監視型捜査への研究の展開

本研究では、デジタル情報を帯びた証拠の収集に対する法的規律の在り方について分析を行ってきた。その過程で、デジタル証拠の特性が、コストを要さずに膨大な情報量を容易に収集できる点にあることを見出した。

そして、その特性がもっとも凝縮して現れる捜査の態様が、GPS 位置情報の収集と、ネットワークにあるクラウドにそれら情報が蓄積されることを通じて対象者の動静を網羅的に把握する、いわゆる「監視型捜査」にあると考えた。

そこで、デジタル証拠収集の法的規律の素材として、監視型捜査に焦点を当てて研究を実施した。アメリカ連邦最高裁は、**United States v. Jones** 判決において、令状主義による規律を要求したが、そこでは立法による制禦が望ましいとされつつも、暫定的に裁判官が令状主義を通じて制禦するという考え方が示されていた。その実質的な含意は、令状により収集・蓄積される情報量の上限を設定することによって、規律を行おうという戦略である（学会発表①）。しかしながら、個々の裁判官が、予めルールを設定されていない状況の下で、令状審査によって人の動静の監視の可否を判定することは容易とはいえず、プライバシーの要保護性の判断も困難を伴う（論文③）。

他方で、強制処分法定主義における規律対象と規律の密度について研究を行い、重要な権利利益の制約を伴わない場合であっても、強制処分に付随する措置や政策的に利益を保護し、捜査機関の権限の濫用を防ぐために、明文規定を設ける必要がある場合もあるとの考えを採った。また、強制処分法定主義について、熟議民主主義の観点からルール設定にかかわる統治機構の役割分担の問題だとする立場も現れた。そのような見解を整理・分析した上で（論文②）、日本では強制処分として位置づけて法定を要求するか、「法の支配」理念の下で政策的に情報プライバシーの保護のために法定を要求するかのいずれかの論理を通じて、デジタル情報を用いた監視型捜査に対する明文規定やその他の制禦技術を活用したルールの設定が必要であると考えた（論文①および論文⑥参照）。

更に、監視型捜査をはじめとした、捜査機関によるデジタルデータの収集については、本研究の後継というべき研究計画をたてた上で基盤研究（C）を獲得し、研究内容を深める予定である。

5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕（計 11 件）

- ① 緑大輔（肖萍訳）「日本偵査程序中的強制処分法定主義」国家検察学院学報 2014 年 2 期（2014 年）167 頁-176 頁 査読無
- ② 緑大輔「強制処分法定主義」法学教室 411 号（2014 年）14 頁-17 頁 査読無
- ③ 緑大輔「United States v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012) ——GPS 監視装置による自動

車の追跡の合憲性」アメリカ法 2013-2 号（2014 年）356 頁-361 頁 査読無

- ④ 緑大輔「判例回顧と展望 2013——刑事訴訟法」法律時報 86 巻 7 号（2014 年）223 頁-236 頁 査読無
- ⑤ 緑大輔「強制処分の効力範囲」井上正仁ほか編『ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ 6 刑事訴訟法の争点』（2013 年）88 頁-89 頁 査読無
- ⑥ 緑大輔「物的証拠収集の新たな手段——「通信・会話傍受等」をめぐって」法律時報 85 巻 8 号（2013 年）24 頁-29 頁 査読無
- ⑦ 緑大輔「強制採尿令状執行中に捜査官らが、外部に架電しようとした被告人の携帯電話機を強制力を用いて取り上げ、被告人からの返却要求を拒んだ行為が『必要な処分』に当たらず違法とされた事例——福岡高裁平成 24 年 5 月 16 日判決」刑事法ジャーナル 36 号（2013 年）124 頁-130 頁 査読無
- ⑧ 緑大輔「判例回顧と展望 2012——刑事訴訟法」法律時報 85 巻 6 号（2013 年）210 頁-225 頁 査読無
- ⑨ 緑大輔「刑事訴訟法入門：刑事訴訟法学・事始め——ある学生への手紙」法学セミナー 699 号（2013 年）37 頁-41 頁 査読無
- ⑩ 緑大輔「判例回顧と展望 2011——刑事訴訟法」法律時報 84 巻 7 号（2012 年）209 頁-221 頁 査読無
- ⑪ 緑大輔「捜査機関による緊急性・必要性の作出と令状主義——刑事訴訟法 220 条 1 項の場合」法律時報 84 巻 4 号（2012 年）104 頁-109 頁 査読無

〔学会発表〕（計 2 件）

- ① 笹倉宏紀・山本龍彦・緑大輔「ワークショップ・監視型捜査の法的規律」日本刑法学会第 92 回大会、2014 年 5 月 18 日、同志社大学今出川キャンパス、京都市
- ② 緑大輔「サイバー関係法に関する解釈上の論点——刑事訴訟法の見地から」刑事立法研究会、2012 年 7 月 14 日、大阪市立大学杉本キャンパス、大阪市

〔図書〕（計 4 件）

- ① 後藤昭・白取祐司編、角田雄彦、公文孝佳、緑大輔『プロブレム・メソッド刑事訴訟法 30 講』（日本評論社、2014 年）総

頁数 470 頁 (担当部分「逮捕・勾留(1) (基本原則)」25 頁-36 頁、「捜索・差押え(2) (逮捕に伴う無令状の捜索・差押え)」103 頁-138 頁、「訴因の変更 (可能性と必要性)」189 頁-206 頁、「証拠の関連性」263 頁-282 頁、「伝聞例外(2) (実況見分調書)」313 頁-324 頁)

- ② ジョシュア・ドレスラーほか著・指宿信監訳、松代剛枝、辻本典央、徳永光、瀧野貴生、岡田悦典、稲田隆司、緑大輔、高倉新喜、松本英俊訳『アメリカ捜査法』(レクシスネクシス・ジャパン、2014 年) 総頁数 961 頁 (担当部分「取調べに対する規律: Miranda v. Arizona」653 頁-734 頁)
- ③ 福井厚編著、緑大輔・松代剛枝・村田和宏・豊崎七絵『ベーシックマスター刑事訴訟法』(法律文化社、第 2 版、2013 年) 総頁数 314 頁 (対物的強制処分等執筆 40 頁-84 頁)
- ④ 緑大輔『刑事訴訟法入門』(日本評論社、2012 年) 1 頁-326 頁

[産業財産権]

○出願状況 (計 0 件)

○取得状況 (計 0 件)

[その他]

ホームページ等 なし

6. 研究組織

(1)研究代表者

緑 大輔 (MIDORI, Daisuke)

北海道大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号: 50389053

(2)研究分担者 なし

(3)連携研究者 なし