

## 科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 29 年 6 月 19 日現在

機関番号：32689

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2014～2016

課題番号：26380098

研究課題名(和文)高度電子情報化時代の犯罪捜査・立証の在り方

研究課題名(英文)Criminal Investigation and Proof in the Age of Highly Developed Electronic Information

研究代表者

井上 正仁 (INOUE, Masahito)

早稲田大学・法学大学院(法務研究科・法務教育研究センター)・教授(任期付)

研究者番号：30009831

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,600,000円

研究成果の概要(和文)：高度電子情報化時代において巧妙化・大規模化する犯罪に有効に対処するため、捜査や立証の上でも、電子情報技術を応用した手法が活用されるようになってきているが、これらの手法は、他面、対象となる個人のプライバシー等の権利・利益の侵害を伴うことが多いため、これに対する適切な法的規制を図ることが緊要となっている。本研究では、欧米諸国の問題状況をも参考にしつつ、比較法的・理論的分析を駆使することにより、令状主義と強制処分法定主義を基本とする、立法・法解釈・実務運用の全体にわたる包括的な問題解決のための理論枠組を精緻化するとともに、これを特にGPS捜査に適用して、その解決の方向性を明らかにすることができた。

研究成果の概要(英文)：Against sophisticated large-scale crimes in the age of highly developed electronic information, there has been growing reliance on various novel methods of crime investigation and proof applying electronic information technologies. As these methods, on the other hand, often accompany possible infringements of privacy and other interests of those involved, it has become urgent to take appropriate legal regulations over them, either in the form of new legislation, flexible interpretation of existing laws or innovative measures in practice. Making full use of comparative law as well as theoretical analysis, this research has elaborated a comprehensive theoretical framework, based upon the constitutional warrant requirements and principle of legality for compulsory investigative measures, for approaching to the subjects and applied it to, among others, the currently controversial "GPS investigation," to find out its appropriate resolution.

研究分野：刑事訴訟法

キーワード：高度電子情報化 犯罪捜査 立証 プライバシー GPS捜査 令状主義 強制処分法定主義

## 1. 研究開始当初の背景

電子情報技術が高度に発展・普及するに伴い、これを悪用して犯罪も巧妙化・大規模化しており、これに有効に対処するため、捜査や立証の上でも、電子情報技術を応用した手方が利用されるようになってきているが、これらの手法は、他面、対象となる個人等のプライバシーその他の権利・利益の侵害を伴う者であることが少なくないため、これに対する適切な法的規制を図ることが緊要となっている。研究代表者の井上は、これまで、電気通信の傍受や、コンピュータ・システムおよびコンピュータ・ネットワークに係る証拠収集・保全の問題について研究し、一定の成果を公表してきたが、上記のように広範囲かつ大規模で急速に発展・拡大する対象事象の全容を把握し、法解釈や実務運用上の対応のみにとどまらず、新たな立法をも視野に入れた、体系性のある総合的な問題解決の在り方を明らかにするという意味では、なお十分とはいえなかった。

## 2. 研究の目的

本研究は、以上のようなこれまでの研究成果を基礎としつつ、その後の電子情報技術の急速な進展とそれを応用したシステムや機器の普及を踏まえ、欧米諸国における問題状況なども手がかりにして、高度電子情報化時代における有効な捜査・立証手段の活用可能性とそれに対する、立法・法解釈・実務運用の全体にわたる適切な法規制の在り方を検討し、明らかにすることを目的とする。

## 3. 研究の方法

(1) 日本および欧米諸国の関連資料・文献の収集と分析、ならびに、関係機関等からの事情聴取などにより、(a) 電子情報技術を応用した各種システム・機器の普及状況とこれを悪用した犯罪の実態把握、(b) それらの犯罪に対する捜査・立証上の課題と、(c) それに応える新たな手段・方法の使用の実情、および (d) その法的問題点の抽出を行い、その結果を踏まえつつ、(2) 比較法的分析、および、理論的検討の方法により、立法・法解釈・実務運用の全体にわたる適切な問題解決の在り

方を明らかにする、こととした。

(3) 特に、研究期間の後半では、近年、欧米でもわが国でも犯罪捜査上活用されるようになってきている GPS 位置情報検索をはじめとする電子機器による監視の手法について、従来型のプライバシーの観念などでは捉えきれない新たなタイプの権利ないし法的利益の侵害を問題とする向きもあり、その法的規制の在り方に特に強い関心が寄せられるようになってきていることから、これに焦点を当てて集中的な検討を行い、問題解決の在り方を考究することとした。

## 4. 研究成果

(1) 研究期間初年度の基礎的研究の成果は、下記 5〔図書〕の項に挙げた井上『強制捜査と任意捜査(新版)』、特に、その第 1 章「強制処分と任意処分の区別」、 「令状主義の意義」、 「通信・会話の傍受」、 「住居内会話の傍受」、 VII「コンピュータ・ネットワークと証拠の収集・保全」の各論稿に反映させた。いずれも、既発表の旧稿に、最新の問題状況・議論の展開を受けた本研究による作業の成果を活かして、かなり大幅な加筆を行ったものであり、旧稿に示していた知見やそれを基にした見解を実質的に改善ないし発展させることができた。

(2) 研究期間後半の GPS 捜査等に焦点を当てた研究のさしあたりの成果として、平成 29 年 3 月 15 日に出された同捜査の適法性についての最高裁判所大法廷判決に対する評釈論文を執筆した(下記 5〔雑誌論文〕の項に挙げた「GPS 捜査」)。その中心部分の概要は以下の通りである。

### 《3 GPS 捜査の強制処分性

(1) 最高裁は、全員一致の判断として、(ア) GPS 捜査が強制処分に当たることを確言し、さらに踏み込んで、(イ) 現行法の解釈・運用では無理があり、立法により対処すべきことを強く説き勧める、という対応を示した。下級審の判断が大きく分かれ、そのため捜査実務の方も一種の閉塞状況に陥っている観があったことから、司法府として統一した明確な判断を速やかに示すことにより、混乱を解消するとともに、捜査機関の側で、ごく最近、検証令状を得て GPS 捜査を実施する動きが見られるようになったと伝えられることもあって、その適法性が訴訟上また争われ、新たな混乱を生じさせるのを未然に防止しようとする最高裁の決然たる意思を表すものといえる。

問題は、その判断内容が正当なものであり、

かつ、類似の捜査手法の取扱いなど関連問題をも含め、今後の解釈・運用、さらには立法に、どのような指針や示唆を与えるものなのかである。

(2)まず、(7)の点から見ていくと、刑訴法 197 条 1 項但書にいう強制処分に当たるか否かを判別する基準として、判例 A- は、実質的に、(i)「個人の意思の制圧」と(ii)「身体、住居、財産等の制約」という 2 つの要件を提示していた。このうち(ii)の要件については、少なくとも憲法上保障された重要な権利・利益を実質的に侵害するような場合がこれに当たることに異論はなく、(i)の要件についても、文字どおり相手方の反対意思を現実的に制圧することまで必要とするものか、それとも、合理的に推認される当事者の意思ないし黙示の意思に反する場合もそれに当たるのかという点で学説上争いがあったものの、そのような反対意思の現実の制圧を伴わない電話検証や梱包物の X 線検査なども強制処分に当たることは、A-、A- の判例が認めるところであった。

本判決も 事案が異なるため「参照」という形ではあるものの、上記 A- を援用して

基本的にその判断枠組により、しかも、「合理的に推認される個人の意思に反〔する〕」場合も上記(i)の要件を充たすという解釈に立つことを明らかに前提にしつつ、GPS 捜査は「個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するもの」だとして、その強制処分性を認めている。

(3)その判断において実質的に重要なのは、そこにいう「憲法の保障する重要な法的利益」の侵害を伴うか否かということであるが、本判決は、この点で、憲法 35 条の保障に立ち返って立論し、「住居、書類及び所持品について」という規定の文言に形式的にとらわれず、その保障対象には「これらに準ずる私的領域」に「侵入」されることのない権利も含まれるとの実質的解釈を示したうえで、GPS 捜査が

その権利を侵害するものかを検討するというアプローチを取った。

このような憲法 35 条の射程についての実質的解釈は、プライバシーや通信・情報といった無形の価値ないし法益に対する非物理的な侵害との関係で、これまでも、通信傍受における対象の特定性をめぐる議論などの前提とされていた(C- 13 頁以下参照)し、A-、A- の判例などでも暗に含意されていたといえるが、最高裁としてこれを探ることを正面から明言したことは、憲法 35 条の令状主義保障をめぐる今後の議論の展開に少なからぬ意味を持つことになると思われる。

(4)(a) 問題は、本件 GPS 捜査の場合、何がそこにいう「私的領域」であり、如何なる行為ないし作用がこれを侵害するものと判定されたのかである。特に、これまで一般に任意処分として許されるものとされてきた尾行や公道等公共の場所で行動する人の撮影(A-)などと比べて、それらの点で有意の差があるといえるかがキー・ポイントとなるが、本判決は、GPS 捜査が、(i)( )「性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能に」し、( )「個人の行動を継続的、網羅的に把獲することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得るものであり」、また、(ii)「そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う」点において、それらの従来型の手法とは異なり、(iii)「公権力による私的領域への侵入を伴うもの」であるという。そして、(iv)そのように「個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法」であるから、強制処分に当たるとするのである。

この文面だけでは、何が(iii)および(iv)

にいう「私的領域」なのか、一見明白とはいえないが、仮にそれが機器を装着される「個人の所持品」（本件ではXらの自動車等）を従って、「侵入」というのも機器の「装着」を意味するとすると、前記(3)のように、わざわざ、憲法35条の保障対象は「所持品」などに限らず、これに準ずる「私的領域」をも含むとの解釈を示す必要はなかったはずであるし、何よりも、上記(i)は無用の説示であったことになってしまおう。実質的に考えても、事柄の本質は(i)のプライバシー侵害の方にあることは明らかなのに、専ら所持品への機器の装着を「私的領域」への「侵入」と捉えるものだとすると、前出のアメリカ判例B- などと同様、事柄の軽重を見間違えるものとの謗りを免れまい。本判決が、そのような考え方に立つとは思えない。

(b) そうだとすると、(iii)および(iv)でいう「私的領域」とは、実質的には、(i)にいう「プライバシー」を意味するものと考えられるが、その(i)についても、上記( )の文面だけからすると、「個人の行動を継続的、網羅的に把握すること一般が、憲法35条で保障される「私的領域」への「侵入」に当たるとされているように見えなくはない。しかし、それに先行して、( )で特に「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて・・・所在や移動状況を逐一把握する」のを可能にする捜査手法であることが指摘されており、( )はあくまでこれを受けたものであることからすれば、その全体を通じて、むしろ、「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」（以下、「プライバシー強保護空間」という）に関わる位置情報の取得による当該プライバシーの侵害という点を中核としつつ、事柄の性質上、取得しようとする時点ではそのような情報か否かを区別することができず、従って、そうであるおそれが常にある位置情報を逐一取得して、対象者の行動を継続的、網羅的に把握

することを、プライバシーの侵害として問題視するものと理解すべきであるように思われる。

この点で、アメリカ由来のモザイク理論説は、取得されるのが専ら対象者が公道上に所在する場合の位置情報であっても、長期間にわたり、電子機器により効率的に相当量の情報を取得するのは、対象者のプライバシーの重大な侵害となるとするが、これに対しては、当のアメリカでも、捜査官による監視や尾行等を積み重ねるという手法によっても相当程度あるいは、対象者が誰と会ったり、何をしたかといった点まで直接認知できるそれらの手法による方が、むしろより一層

対象者らの私事を暴露し得るのであるから、それと質的な差異があるとはいえず、逆に、そのような捜査の常道ともいべき手法まで問題だとするのなら、妥当でないとか、位置情報の取得がどれくらいの期間続けられ、どれくらいの量に達すれば「モザイク」と成り、その考え方の適用を受けるのかが不明確なため、實際上適用困難だ、といった批判も強い(C- 参照)。少なくともわが国で、そのような見方が広く共有されるに至っているとはいえないから、本判決も、公権力による個人情報の大量取得に伴う危険を視野に入れつつも、プライバシー強保護空間に係るプライバシーの侵害という点に核心を置く捉え方をすることにより、従来型の手法との差別化を図り、GPS 捜査の強制処分性を導いたのかもしれない。

(c) ただ、そのような理解に立つ場合も、なお疑問として残るのは、その(i)に加えて、上記(ii)および(iv)で「そのような〔プライバシー〕侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって」行われるということも特記されているのは何故か、である。

その理由として一つ考えられるのは、例えば、本件のようなGPS 捜査で取得されるの

はほとんど対象者が公道上などに所在する際の位置情報であることなどから、(i)の要素のみではなお憲法の保障する重要な権利の侵害とまではいえず、(ii)の要素を加えて初めてそういえる、というものであるが、(ii)による法益侵害と(i)のプライバシー侵害とは別個のものなのに、それらを合算すれば「重要な権利の侵害」といえる程度に達するとするのは、余りに粗雑過ぎよう。また、特に(ii)のような方法・態様で行われるが故に、(i)のプライバシー侵害が他の方法・態様による場合に比して格段に大きなものとなるとも思えないから、本判決が上記のような考え方によっているとは考え難い。

むしろ、(ii)についての上記(b)のような解釈を前提とし、これと結びつけて考えてみると、そこにいう「プライバシーの侵害」を可能とする機器を対象者の所持品に秘かに装着することにより、そのことを知らない対象者がその所持品とともに移動などする際のプライバシー強保護空間に関わるものであるおそれが常にある位置情報を、当該機器が機能している限り何時でも、捜査機関が意のままに取得することのできる状態を作り出すことそれ自体が、既に、性質上「私的領域」への「侵入」を伴う処分の着手にほかならない、ということではないかと思われる。上記(iv)は、まさに、そのような趣旨を表すものと解すべきであり、少なくとも筆者には、そう解して初めて諒解可能となる。

そして、そう解するときには、前出の二分説が言うように尾行の補助手段としてなされるところとしても、そのような状態が作出される以上、強制処分であることに変わりはないことになるう。

#### 4 現行の強制処分としての実施可能性(省略)

#### 5 本判決からの暫定的推論

(1)本判決の前記判示は、あくまで、本件のようなGPS捜査について述べたもので、その直接の射程はこれに限られることはいうまでもないが、以上のような筆者の理解が正しいとすれば、関連する問題との関係で、さしあたり以下の推論が可能であるように思われる。(a)まず、前記3(4)(b)で確認したところからすると、電子機器等を用いた継続的、系統的または広範囲の監視・情報取得方法であっても、性質上、専ら公道上その他不特定多数の人にかかれた場所における人・車両等の所在や移動状況をモニターし、あるいはそれらに関する情報を取得するのみで、プライバシー強保護空間に関わる情報を取得する可能性がおよそないものは、強制処分に該当しないことになるう。

(b)他方、前記3(4)(c)で述べたように、位置情報取得の強制処分性が肯定される実質的根拠は、対象車両等へのGPS端末の取付けということ自体の法益侵害性にあるのではなく、プライバシー強保護空間に関わるものである可能性が常にある位置情報を捜査機関が逐一取得してそのプライバシーを侵害することが可能な状態にするという点にこそあるのだから、例えば、元々GPS機能が装備された携帯電話や自動車、あるいは所有者等の承諾を得てGPS端末を仕込んだ物品等を、察知されないような形で対象者に渡して、同様の状態にするのも、その時点から強制処分となるとするのが、論理的な帰結であるように思われる。

さらに、対象者が使用している携帯電話や自動車に元々GPS機能が装備されているのを奇貨として、捜査機関が電気通信事業者等を介し、位置情報を一定期間継続的に取得するというようなことが仮にあるとすると、その場合も、プライバシー侵害の質・程度という点で異なるものではないから、その着手時以降は同様に扱われるべきものと考えられる。

(中略)

(d)電気通信事業者の許で保存されている基

地情報や位置登録情報などの事後的取得についても、理論上検討を要する問題がないわけではないが、後日に譲りたい。

(2) 今後の立法にあたっては、GPS 捜査のみに限定せず類似の捜査手法をも視野に入れ、以上の諸点を含む関連する論点につき幅広く検討したうえ、諸外国の立法例や通信傍受法の規定などをも参考にしつつ、今後の技術的発展にも耐え得る適切な制度・手続を整備することが望まれる。

(3) 以上に加え、本研究による成果は、いくつかの論文にまとめ、法律雑誌上等で3 公刊するなど、順次公表することを考えている。

#### 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計1 件)

井上正仁, GPS 捜査, 井上正仁 = 大澤裕 = 川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選』(別冊ジュリスト 232 号, 有斐閣) 査読無 2017, 64-69

〔学会発表〕(計0 件)

〔図書〕(計1 件)

井上正仁, 有斐閣, 強制捜査と任意捜査(新版), 2014, 490

〔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

#### 6. 研究組織

(1) 研究代表者

井上正仁 (INOUE, Masahito)

早稲田大学・法学大学院(法務研究科)・教授

研究者番号: 30009831

(2) 研究分担者

( )

研究者番号:

(3) 連携研究者

( )

研究者番号:

(4) 研究協力者

( )