

# 刑事司法の最適化と情報技術・ビッグデータの活用

—GPS 最高裁判決を超えて—

京都大学大学院法学研究科准教授

稲谷 龍彦

INATANI Tatsuhiko

はじめに—GPS 捜査大法廷判決が刑事司法の未来に投げかけるもの

I GPS 捜査大法廷判決とその限界

II 刑事司法の最適化と刑事司法におけるビッグデータの活用

終わりに

はじめに—GPS 捜査大法廷判決が

刑事司法の未来に投げかけるもの

2017年3月15日に下された、GPS捜査の法的性質に関する大法廷判決<sup>1)</sup>は、まず何よりも、証拠開示制度を駆使した創造的な弁護活動の結実というべきものであった<sup>2)</sup>。と同時に、刑事訴訟法学における通説的見解に類する立場を事実上採用し、権利解釈を基礎として捜査機関統制の必要性を説き、また、強制処分法定主義の意義を強調する点で、通説的見解に基づく議論の一応の到達点とでもいうべきものであった<sup>3)</sup>。

しかし、私見によれば、この記念すべき最高裁判決は、注意深い読みを施した上で生産的な用い方をしない限り、かえって情報技術の発展を刑事司法に活用することを妨げる潜在的危険性を孕むものであるように思われる。とりわけ、刑事司法において今後様々な情報技術やビッグデータを活用していく上で、GPS捜査大法廷判決のロジックは乗り越えられていく必要があると思われる。

本稿は、以上のような問題意識に基づき、まずGPS捜査大法廷判決に内在する問題を指摘する。次に、その問題が、捜査によって生じる権利・利益侵害から国民を保護するという、従来の見解が強調してきた捜査法の解釈指針そのものによって引き起こされていることを指摘する。その上で、捜査法の目的を捜査活動の最適化として再定位することにより、GPS捜査大法廷判決及び通説的見解の限界を乗り越え、情報技術を活用した刑事司法の実現が可能になると主張する。続いて、情報技術の活用及び、それによってもたらされるビッグデータの活用による刑事司法の最適化について素描する。最後に本稿のまとめと残された課題を示し、本稿を終えることとする。

## I GPS 捜査大法廷判決とその限界

### 1 事案の概要と判旨

本判決の事案の概要と判旨については、既に多くの評釈<sup>4)</sup>によって紹介されているところである。それゆえ本稿においては、これらについては争点を明確化する上で必要な部分に絞り、ごく簡単な紹介に止める。

被告人が共犯者と共に自動車で広域を移動して行ったと疑われる連続窃盗事件の全容を解明するため、捜査官らは、民間事業者からGPS端末を

1) 最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁。

2) 本件を担当した弁護人らの弁護活動の詳細については、亀石倫子「GPS捜査大法廷判決に至るまでの弁護活動」自由と正義68巻10号(2017年)8頁、我妻路人=小野俊介=館康祐=西村啓「GPS捜査最高裁判決を導いた弁護活動」法学セミナー752号(2017年)16頁を参照。

3) 笹倉宏紀=山本龍彦=山田哲史=緑大輔=稲谷龍彦「強制・任意・プライバシー」[続]—GPS捜査大法廷判決を

読む、そしてその先へ」法律時報90巻1号(2018年)54頁、56-57頁[笹倉発言]参照。

4) 本判決の代表的な評釈として、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〔第10版〕』(ジュリスト別冊、2017年)64頁、堀江慎司「GPS捜査に関する最高裁大法廷判決についての覚書」論究ジュリスト22号(2017年)138頁、伊藤雅人=石田寿一「判解」ジュリスト1507号(2017年)106頁などがある。

借り受けた上、被告人、共犯被疑者3名のほか、被告人の知人女性も使用する蓋然性のあった自動車やバイクに、被告人らの同意を得ることなく、また、令状を取得することなく、その端末を取り付け、約6か月半の間、各車両のGPS位置情報を断続的に取得しつつ、その追尾を行った（以下、「GPS捜査」という）。一連の捜査の結果、被告人は、本件GPS捜査により犯行が現認されるに至った窃盗事件を含む10件の窃盗等の罪で起訴されたが、弁護人からの本件GPS捜査にかかる違法収集証拠排除の申立てがなされ、本件GPS捜査の適法性が問題となった。第1審大阪地裁は、本件GPS捜査が、対象車両が駐車していたラブホテルの駐車場内のように、プライバシー保護の合理的期待が高い空間に対象が所在する場合にもその位置情報が取得できるため、大きなプライバシー侵害を伴うものであること等を理由として、これが強制処分に該当するものであり、かつ、五官の作用によってGPS端末の位置情報を観察する検証としての性質を有するとして、検証許可状によることなく行われた本件GPS捜査には重大な違法があるとし、関係証拠の排除を行った（大阪地決平成27年6月5日判例タイムズ1424号319頁）。残余証拠によって有罪判決とされた被告人による控訴に対し、控訴審大阪高裁は、本件GPS捜査により取得可能な情報はGPS端末を取付けた車両の位置情報に限られるなど、プライバシー侵害の程度が必ずしも大きくないこと、本件GPS捜査においては、令状発付の実体的要件は満たしていたと考えうることを、本件GPS捜査が強制処分法定主義に反し、令状の有無を問わず適法に実施しえないものと解することも到底できないことなどを理由とし、控訴を棄却した（大阪高判平成28年3月2日判例タイムズ1429号148頁）。

被告人の告上に対し、最高裁は、概要以下のように述べて、GPS捜査が強制処分に該当すること、及びその規律にあたっては強制処分法定主義の観点から、新たな立法によることが望ましい旨判断した<sup>5)</sup>。

「GPS捜査は、対象車両の時々刻々の位置情報を検索し、把握すべく行われるものであるが、その性質上、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する。このような捜査手法は、個人の行動を継続的、網羅的に把握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、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、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴う」ところ、「憲法35条は、『住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利』を規定して」おり、「この規定の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解する」。「そうすると、前記のとおり、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として、刑法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制的処分に当たる〔最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁参照〕」。

「GPS捜査は、情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点では刑法上の『検証』と同様の性質を有するものの、対象車両にGPS端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、『検証』では捉えきれない性質を有する」。すなわち、「検証許可状の発付を受け、あるいはそれと併せて搜索許可状の発付を受けて行うとしても、GPS捜査は、GPS端末を取り付けた対象車両の所在の検索を通じて対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴

5) 刑集71巻3号15-18頁参照。なお本判決には、岡部、大谷、池上裁判官による、ごく限られた極めて重大な犯罪捜査のため、対象車両の使用者の行動の継続的、網羅的な把握が不

可欠であるという高度の必要性が存在し、請求・発付すべき令状について、法廷意見に十分配慮することにより、GPS捜査を実施しうる旨の補足意見が付されている。同上18-19頁参照。

うものであって、GPS 端末を取り付けるべき車両及び罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を抑制することができず、裁判官による令状請求の審査を要することとされている趣旨を満たすことができないおそれがある」といえる。「さらに、GPS 捜査は、被疑者らに知られず秘かに行うのでなければ意味がなく、事前の令状呈示を行うことは想定できない。刑訴法上の各種強制の処分については、手続の公正の担保の趣旨から原則として事前の令状呈示が求められており（同法 222 条 1 項、110 条）、他の手段で同趣旨が図られ得るのであれば事前の令状呈示が絶対的な要請であるとは解されないとしても、これに代わる公正の担保の手段が仕組みとして確保されていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る」。

「これらの問題を解消するための手段として、一般的には、実施可能期間の限定、第三者の立会い、事後の通知等様々なものが考えられるところ、捜査の実効性にも配慮しつつどのような手段を選択するかは、刑訴法 197 条 1 項ただし書の趣旨に照らし、第一次的には立法府に委ねられていると解される。仮に法解釈により刑訴法上の強制の処分として許容するのであれば、以上のような問題を解消するため、裁判官が発する令状に様々な条件を付す必要が生じるが、事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの確かな条件の選択が行われない限り是認できないような強制の処分を認めることは、『強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない』と規定する同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえない。それゆえ、「GPS 捜査について、刑訴法 197 条 1 項ただし書の『この法律に特別の定のある場合』に当たるとして同法が規定する令状を発付することには疑義がある。GPS 捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合す

る立法的な措置が講じられることが望ましい」。

## 2 問題点

GPS 捜査大法廷判決は、GPS 捜査について、「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として、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分当たる」としている。学説上通説的な地位を占めている、いわゆる重要権利侵害説によれば、刑訴法 197 条 1 項但書にいう強制処分とは、「法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う」<sup>6)</sup> 処分と解されているところ、本判決はこの通説的見解に近い判断枠組みを採用したものと解されている<sup>7)</sup>。

しかし、本判決が GPS 捜査によって侵害される権利・利益として定位する、「私的領域に侵入されない」権利の具体的内容を整合的に理解することは、直ちには容易ではない<sup>8)</sup>。というのも、私的領域への物理的侵入を伴う個人情報取得も、個人情報の網羅的・継続的取得も、それぞれ別個独立に、しかも異質なプライバシー侵害性を基礎付けるからである。つまり、この 2 つの行為が「合算」されて何らかの閾値を越えるということは、基本的にはあり得ないからである<sup>9)</sup>。しかし仮に、前者が実質的に問題であると解すると、検証と GPS 捜査との違いを詳細に検討し、GPS 捜査に必要な令状・手続の姿について素描している判示部分が必要な理由が説明できなくなる。というのも、こうした厳格な手続は、捜査によって侵害される権利・利益の保護のために必要とされるはずであるが、私的領域への物理的侵入に伴う情報取得を規律するといえるのであれば、検証令状で十分だからである。一方、後者が問題であるとすれば、何故尾行等との区別において前者へ言及したのかの説明できなくなる。仮に後者も前者に加えて独自に権利侵害性を基礎付けているのだと解すると、継続的・網羅的な尾行やゴミの領置<sup>10)</sup>

6) 井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」同「強制捜査と任意捜査〔新版〕」(有斐閣、2014 年) 2 頁、12 頁。

7) 井上・前掲注 4)、堀江・前掲注 4)、伊藤・石田・前掲注 4) 参照。

8) この点を指摘する評釈として、井上・前掲注 4)、堀江・前掲注 4) などがある。

9) 井上・前掲注 4) 参照。

10) 最決平成 20 年 4 月 15 日刑集 62 卷 5 号 1398 頁参照。

といった、従来であれば強制処分とされてこなかった処分との違いを説明する必要が生じることになるが、これらの捜査手法によって取得される個人情報の量や質に鑑みると、これらの捜査手法間の規律密度の区別を、捜査対象者に生じる権利・利益の侵害という観点から説明することは相当困難であるように思われるからである<sup>11)</sup>。要するに、本判決は権利論を通じて捜査機関を統制するという理論枠組みに準拠しているものの、肝心の権利論が曖昧かつ不明確だという問題点を抱えているのである。その上、情報技術の進展がもたらす環境の変化の速度に鑑みた場合、特定の時点における権利論による説明が成功したとしても、別の時点におけるそれが望ましくない結果をもたらす可能性は否定できないため、権利論による捜査機関統制は、この文脈では時的变化への対応力の弱さという、本質的な問題点を抱えているとも考えられるのである<sup>12)</sup>。

本判決がGPS捜査によって侵害される権利・利益の保護手段として、令状に固執している点も理解に苦しむ点である。学説上は、GPS捜査の統制手法として令状以外の方法による統制の合理性を説く有力な見解が存在した<sup>13)</sup>。後に改めて指摘するように、かかる見解の理論的妥当性には疑問も存在するが、少なくともその問題意識は正当であるように思われる。というのも、尾行等との代替手段として使われていることから明らかなように、GPS捜査が高い威力を発揮するのは、主として捜査初期段階であると解されるどころ、GPS捜査を令状によって規制してしまうと、真相の解明及び冤罪の防止という観点からは最も重要な捜査の初期段階において<sup>14)</sup>、捜査機関の情報不足、かえって国民の利益が害される危険性が存在するからである<sup>15)</sup>。つまり、本判決の

ように権利保護、とりわけプライバシー権保護の観点から令状主義に固執すると、GPS捜査と同様に、捜査の初期段階で威力を発揮する情報技術の果実を享受できない可能性が生じるのである。

さらに、本判決は強制処分法定主義の趣旨に従い、GPS捜査の具体的規律のあり方を決定するのは、第一義的には立法府の役割であるとしているものの、本判決によって権利の保護という観点からGPS捜査令状の素描において示された条件は、相当程度詳細かつ厳格なものであり、事実上立法府の選択肢は相当程度狭まっているといわざるを得ないように思われる。情報技術のいっそうの進展により、今後も様々な捜査手法の法的規律が問題となることが予想され、かつその中には、令状主義のような、情報取得時に注目して捜査活動を規律しようとする従来型の法規制に根本的に馴染まないものも少なくない——例えば監視カメラ画像の人工知能による分析を通じて異常事態を検出するような捜査を、情報取得段階で規制することは現実的ではない——と予想される<sup>16)</sup>ことからすると、権利解釈を通じて具体的規律のあり方を明らかにしようと試みることで結果的に立法の幅を狭めているとも解される本判決の方向性は、望ましいものとはいえないように思われる。

要するに本判決は、保護される権利・利益の不明瞭性・時的变化への対応力の低さという権利論に内在する欠陥、権利保護手段としての令状主義への固執、踏み込んだ権利保護手段解釈による立法裁量の縮減という三つの問題点を抱えており、それらが相まって情報技術の進展と刑事司法とが共進していくことを妨げる危険を秘めているように思われるのである。

11) 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) 71-76頁参照。

12) 稲谷・前掲注11) 49-52頁参照。

13) 笹倉宏紀「捜査法の思考と情報プライバシー権——『監視捜査』統御の試み」法律時報87巻5号(2015年)70頁。

14) 当初の思い込みを補強する方向でのみ情報を解釈しようとする、いわゆる Tunnel Vision と呼ばれる心理現象が、真相解明を妨げ、冤罪を生み出す危険に繋がるということが指摘されている。See Keith A. Findley, *Tunnel Vision* in Brian L. Cutler

ed., *CONVICTION OF THE INNOCENT: LESSONS FROM PSYCHOLOGICAL RESEARCH*, 303 (2012).

15) 稲谷龍彦「情報技術の革新と刑事手続」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』(ジュリスト増刊, 2013年)40頁参照。

16) いわゆる取得時中心主義の問題については、山本龍彦「警察による情報の収集・保存と憲法」警察学論集63巻8号(2010年)111頁、同「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頁などを参照。

### 3 問題の根

もっとも、GPS 捜査大法廷判決の問題の根は、相当程度明瞭である。それは、通説的見解と同様に、捜査法の目的を、捜査によって生じうる権利・利益の侵害から、捜査対象者を保護することに求めたことにある。

というのも、まず権利・利益の侵害からの保護を理論的前提とする以上、GPS 捜査によって侵害される権利・利益とは何かについて——時的变化の問題を考慮に入れると、それが生産的ではないにもかかわらず——言及しなければならないことになる。この点について、学説上はいわゆるモザイク理論——一見すると個人の詳細なプロフィールにつながる情報でも集積すると個人の詳細なプロフィールにつながりうることを問題視する見解——や、萎縮効果論<sup>17)</sup>——捜査機関による情報収集・保存・利用などが監視対象となりうる国民の自由な言論を萎縮させる点を問題視する見解——など、GPS 捜査による被侵害権利・利益を明らかにしようという試みも存在する。しかし、前者についてはそもそも捜査の主たる目的が、被疑者の詳細なプロフィールの作成を通じて適正な刑罰を実現することにあることからすると、規制原理として機能しうる実質的基準を提供できるのにか、そもそも疑問がある<sup>18)</sup>。一方、後者については、捜査機関が存在する以上、個人情報濫用の可能性自体は存在し続けてしまうのではないか、また、そもそも萎縮効果論の対象は国民全体であるため、捜査対象者に生じる権利・利益の侵害を主たる関心としてきた従来の捜査法理論と噛み合わないのではないかという問題が指摘されている<sup>19)</sup>。要するに、この問題について権利論の観点から解決するのは容易ではないのである。また、基本的に従来の見解は権利論の時的变化への対応力の低さをあまり深刻に考えていないように思われる。こうした学説上の問題点が、一見通説的見解の思考枠組みを採用したように思われる、GPS 捜査大法廷判決における、必ずしも生産的

とは言えない、不明瞭な権利論につながっていると考えられるのである。

また、捜査法の解釈・運用によって、権利・利益の侵害から捜査対象者を保護するというロジックを選択することにより、とにかく被侵害権利・利益として同定された権利・利益の侵害範囲が小さくなりさえすれば、それで良いという帰結を避けることが難しくなる。つまり、権利・利益の保護によって生じる社会的損失を考慮に入れることが出来なくなるため、一見して捜査の必要性を後退させすぎた、不合理な捜査機関統制でも肯定されてしまうのである。しかも、そもそも学説においては、どのような手続を用意することが、なぜある権利の保護といえるのかについて、明確な説明は必ずしもなされてこなかった。それどころか、この文脈における権利・利益の保護とはいかなる事態を指すのかすら、そもそも不明瞭なままだったのである<sup>20)</sup>。こうした学説の状況を背景として、GPS 捜査大法廷判決も、厳格な令状によって侵害される権利・利益の範囲を最小化することを自己目的化し、GPS 捜査がもたらす果実を享受出来ないような判示へと導かれていったと考えられるのである。

最後に、権利・利益の具体的内容とその保護の有り様とが、憲法解釈論から導出されており、かつ法解釈に関する司法権の優位によってそれが正しいものとして制度的に通用させられる以上、立法府の選択は狭まらざるをえなくなるといえる。つまり、捜査法による権利・利益の保護というロジックを選択することにより、権利の擁護者たる裁判所が、保護されるべき権利・利益の解釈を通じて捜査機関の具体的統制のあり方についても、踏み込んだ判断を行うことができるようになってしまい、柔軟な立法政策の可能性を封じ込めてしまうのである<sup>21)</sup>。

### 4 まとめ

GPS 捜査大法廷判決についての以上の分析を

17) 笹倉宏紀「捜査法の体系と情報プライバシー」刑法雑誌 55 卷 3 号 (2016 年) 423 頁参照。

18) 稲谷・前掲注 11) 72 頁、笹倉ほか・前掲注 3) 66 頁 [笹倉発言] 等参照。

19) 稲谷・前掲注 11) 72-76 頁参照。

20) 稲谷・前掲注 11) 36-43 頁参照。

21) 稲谷・前掲注 11) 47-62 頁参照。

要約すると、以下ようになる。

第1に、GPS 捜査大法廷判決の判旨は、保護されるべき権利・利益の不明瞭性と環境の時の変化への脆弱性という権利論の限界・権利保護手段としての令状主義への固執・権利解釈を通じた捜査機関統制が示されることによる立法政策の制限という問題を抱えており、情報技術の進展と共進する刑事司法の実現を困難にする危険性を秘めている。

第2に、GPS 捜査大法廷判決の問題は、捜査法の目的を権利・利益の保護に見出す通説的見解の思考枠組みに由来している。というのも、かかる思考枠組みに依拠するからこそ侵害される権利・法益の同定や時の変化への対応に苦しみ、侵害される権利・法益の最小化を自己目的化でき、裁判所の権利解釈を通じた捜査機関統制が肯定されることになるからである。

以上の分析が示すのは、情報技術と刑事司法との共進を目指す場合、GPS 捜査大法廷判決は、その基礎としている思考枠組みそのもののレベルから、根本的に乗り越えられ、より生産的な方向性へと読み替えられていく必要があるということである。

## II 刑事司法の最適化と刑事司法におけるビッグデータの活用

### 1 「捜査活動の最適化」論の可能性

それでは、通説的見解の思考枠組みに立脚するGPS 捜査大法廷判決の限界を乗り越え、その生産的な読みを明らかにするためには、捜査法の目的を何に見出すべきなのだろうか。

この問題を解決するために、まず従来の見解が権利・利益の「保護」という言葉を用いて、実際には何を行おうとしていたのかについて、明らかにしようと思う。そもそもの出発点を把握することが出来なければ、どのような対処も論じようがないからである。

端的にいえば、従来の通説的見解は、捜査によ

って国民に生じうる権利・法益侵害のコントロール——より正確にはその「最小化」——を権利・利益の「保護」としてきたように思われる<sup>22)</sup>。

このことを、従来の通説的見解の言説の分析を通じて、典型的な捜査活動の規制手段たる令状主義によって、捜査活動からの国民の権利・法益がどのように「保護」されているのかを確認することで明らかにしよう。従来の通説的見解は、令状主義による保護について、例えば「当の場所に差押目的物が所在するという蓋然性（正当な理由）があると認められるときに、その限りにおいて、対象者のプライバシー等の権利の侵害が正当化されるのであり、その目的達成に不必要あるいは不相当な権利侵害まで正当化されるわけではない<sup>23)</sup>」と述べている。ここには、権利・利益の侵害範囲を、その侵害についての正当な理由の存在する範囲に厳格に限定することによって、捜査活動によって侵害・制約される権利・法益の範囲を最小化しようという姿勢が表れているのである。

しかしながら、捜査法を国民の権利・法益を「保護」するための法として理解することは適切ではないように思われる。そもそも、捜査法によって「保護」される権利・法益は、基本的に捜査によって実現される社会的利益を絶対的に後退させてまで貫徹させるような性質のものではなく<sup>24)</sup>、むしろ、捜査によって実現される社会的利益との関係で衡量されうる対象としての性質を持っている。それゆえ、この文脈における権利・利益は、より大きな社会的利益をもたらさうる捜査活動との関係では、その制約が功利主義的な観点から正当化されうる性質のものなのである。従来の通説的見解も、権利・法益の侵害・制約を捜査の必要性の観点から正当化する以上、少なくとも暗黙の内に、功利主義的な発想を基礎として捜査の可否を判定し、望ましい捜査機関統制のあり方について論じてきたということが出来るだろう。しかし、功利主義的な基礎に基づいて捜査機関統制を行うのであれば、捜査法の目的は、捜査によって侵害・制約される権利・法益の最小化ではな

22) 稲谷・前掲注11) 66-68頁。

23) 井上正仁「令状主義の意義」同・前掲注6) 58頁、66-67頁。

24) もちろん例外はありうる。例えば、井上・前掲注6) 12-13頁参照。

く、むしろ、捜査によって実現される社会的利益の最大化に置かれなければ論理一貫しないはずである。従来の通説的見解は、権利・法益の保護が社会的利益の実現と直結すると考えているように思われるが、現在においては、少なくとも法の実現に要する費用——ここでは権利・法益の保護に要する費用——をも考慮に入れた費用便益分析が、社会的利益の最大化との関係では必要不可欠であることが明らかにされている<sup>25)</sup>以上、そのままの形では維持できないと思われる。そして、捜査法の目的を、捜査活動による社会的利益の最大化に置くとするれば、捜査が希少資源を費消して行われるものである以上、捜査活動の最適化<sup>26)</sup>を導くような捜査機関統制の具現化こそが、捜査法の解釈・立法の指針とされるべきであるということになるだろう<sup>27)</sup>。

もっとも、捜査活動を最適化するための法として捜査法を捉えたとしても、従来の通説的見解が有していた、捜査法を通じた権利・法益の「保護」への問題意識が完全に否定されるわけではない。というのも、例えば令状主義による権利・法益の「保護」を主張するにあたり、従来の通説的見解は、一般令状を利用した政府による捜査権限濫用という歴史的経験を重視していたと考えられるが<sup>28)</sup>、そのような問題は、捜査活動の最適化を妨げる悪質なエージェンシー・スラック<sup>29)</sup>として、捜査活動の最適化を目指す場合にも重要な意味を持つからである<sup>30)</sup>。

すなわち、エージェンシー・スラックとは、プリンシパル（本人）の利益が、エージェント（代理人）の行動に依存している場合において、エージェントがプリンシパルの利益ではなく、自身の利益を優先した行動を選択することにより、希少資源が浪費され、また本人の利益が適切に実現され

ないことにより、効率的な資源の配置が実現されないという状況を指しているが、令状主義の形成過程において歴史的に重要な意味を持った、一般令状による捜索・押収という事態は、国民の利益を最大化すべき責務を負った国家が、自らの利益を追求するためにその権力を行使し、国民の利益が害されたという意味で、正に典型的なエージェンシー・スラックが生じた状況であると理解できるのである<sup>31)</sup>。

このようなエージェンシー・スラックを抑止するためには、エージェントの真意を把握するために、その行動をプリンシパルが監視することが重要な意味を持つとされている。というのも、エージェンシー問題（エージェンシー・スラックによって社会的費用が生じるという問題）が起きる原因は、「エージェントとプリンシパルの目的がそれぞれ異なり、エージェントによる報告や行動が、プリンシパルの目標に沿って進められているのか、あるいは自己利益を追求する不正行為なのかを、プリンシパルが容易には判断できない」<sup>32)</sup>からである。もっとも、エージェントの真意が容易には知り得ない以上、このような監視行為には大きな費用が伴うことになる。そのため、エージェンシー・スラックを抑止するための監視行為も、それによって得られる社会的便益と社会的費用とが均衡する点までしか、功利主義的観点からは正当化されないことになる。つまり、エージェントの不正な行為によって生じる費用と、エージェントの不正な行為を防ぐために要する費用とをバランスし、エージェンシー問題によって生じうる社会的費用（エージェンシー・コスト）を合理的なレベルまで低減することが、捜査活動の最適化による社会的利益の最大化のために必要なのである。捜査法の目的は、各種の規定を通じてこのバランスを

25) See Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76-2 J. OF POLIT. ECON. 169 (1968).

26) ここでの最適化は、捜査活動によって産出される社会的利益が最大化するように希少資源が配置されている状態を指している。それゆえ、経済学における、いわゆる最適数量に基づく資源配置とほぼ同義ということになる。最適数量については、ポール・クルーグマン＝ロビン・ウェルス著（大山道広ほか訳）『クルーグマン ミクロ経済学〔第2版〕』（東洋経済新報社、2017年）327-330頁参照。

27) 稲谷・前掲注11) 36-43頁参照。

28) 井上・前掲注23)における記述は、井上正仁「令状主義の形成過程」同・前掲注6) 33頁における令状主義の機能についての歴史的考察を前提としている。

29) 稲谷・前掲注11) 113-116頁参照。

30) 稲谷・前掲注11) 274-276頁参照。

31) 稲谷・前掲注11) 110-117頁参照。

32) ポール・ミルグロム＝ジョン・ロバーツ著（奥野正寛ほか訳）『組織の経済学』（NTT出版、1997年）184-185頁。

適切に行い、捜査活動によって得られる社会的利益を最大化することに求められなければならないのである。

このように捜査法の目的を捜査活動の最適化、とりわけエージェンシー問題の合理的な解決を通じたそれに見いだすことにより、GPS 捜査大法廷判決が陥っていた問題に対する解決策が得られることになる。

まず、強制処分該当性に関して分析する。捜査活動の最適化という観点から捜査法を捉える場合、どの国家機関が捜査活動を最適化するかという問題は、極めて重要なものになる。というのも、捜査活動の最適化のためには、ある捜査手法の実施を捜査機関の裁量に任せられた場合に得られる社会的便益とその結果生じるエージェンシー問題の社会的費用やエージェンシー問題が生じうる蓋然性の高さ等を考慮した費用便益計算に加えて、そのエージェンシー問題を解決するために特定の監視手法を採用することによって得られる便益と費用とについての費用便益計算を最低でも行わなければならないため、大量の情報収集・分析に基づく緻密な利益衡量が必要とされることになるからである。しかも、この場面における費用便益計算に利用されるスケールは、各国民の価値観によって大きく左右されることになる。例えばゴミ袋を開披し、その内容物を領置する捜査手法について感じるプライバシー侵害の程度には、国民間によってその認識に差が出る可能性があるだろう。そうすると、捜査機関の最適化を行う機関として適当なのは、限られた時間内に、限られた情報をもとに、限られた人員で、限られた方法でのみ捜査機関を統制できる裁判所ではなく、じっくりと時間をかけて大量の情報を収集・分析し、様々な価値観を反映させながら、多様な法的規制を具現化できる政治部門、とりわけ憲法 31 条に手続法定原則を持つ我が国においては、国会ということになるだろう。しかし、捜査機関によるエージェンシー・スラックの中には、この国会における議論の過程

や国民一般の意見の形成過程——民主主義的熟議——そのものを危うくするようなもの、典型的には政府の「敵を」狙い撃つための、一般令状による搜索・押収のようなものが含まれている。そうすると、そのような健全な民主主義に重大な悪影響を及ぼすエージェンシー・スラックが生じうるということが否定できず、かつその蓋然性も相当程度高い捜査手法については、これを強制処分として取り扱い、適切な立法がなされるまでその実施を許さないことが望ましいという帰結が得られることになる。

つまり、強制処分該当性は、ある捜査手法のエージェンシー問題によって、健全な民主主義の存立そのものに危険が及ぶか否かによって判断されるべきなのである<sup>33)</sup>。このような判断枠組みによる場合、権利解釈を通じて些か不毛な混乱に陥っていた従来の見解とは異なり、GPS 捜査と尾行等の従来型の監視手法との差は明白に示されることになる。GPS 捜査は、従来型の監視手法であれば対象者の詳細なプロフィールを作成するために必要とされる大量の資源を必要とせず、組織に負担をかけないため、その目的や必要性についての十分な吟味がされないままに、濫用的に、あるいは誤った判断に基づいて実施される蓋然性が相当程度高いからである<sup>34)</sup>。捜査法の目的を捜査活動の最適化に設定することにより、権利・利益論を経由せずに、従来の見解が実質的に問題視していた事象を取り扱うことができるため、GPS 捜査大法廷判決が陥った不明瞭な権利論や、権利論を用いることによって生じる時期的変化への脆さといった問題を解決することになるのである。

次に、捜査活動の最適化という観点から捜査法を解釈・立法する場合、どのような捜査機関統制が望ましいと言えるのかについての分析も、従来の通説の見解に比して明晰かつ緻密に行うことができる。従来の通説の見解によれば、権利・利益の「保護」の必要性は指摘できても、何をもって権利・利益を「保護」しているといえるのかにつ

33) 稲谷・前掲注 11) 281-284 頁。

34) 稲谷・前掲注 15) 参照。なお、稲谷・前掲注 11) 333-339 頁においては、裁判所の解釈主体としての能力という観点から、憲法 35 条の文言を手掛かりに、類推による理由づけに

基づいてこれを強制処分とする議論を行っており、そちらの方が厳密には望ましいと考えるが、本稿では議論を簡略化するために、本文のように理由づけるに止める。



いての明確な基準は存在せず、それが大法廷判決による令状主義への固執に繋がっている可能性があることは、既に指摘した通りである。しかし、捜査活動の最適化という分析枠組みの下では、捜査機関の情報処理過程のどの段階で、どのような権限濫用（ないし判断の誤り）の危険が、どの程度、なぜ発生するのかに着目し、都度有効な対策を講じることを目指すことになるため、従来の見解よりも明確かつ緻密に分析を行うことが出来るのである。この問題に関しては、既に触れたように、捜査法の目的について従来の通説的見解と同様に解する見解の中にも GPS 捜査の統制に当たって、令状ではなく、組織法やアーキテクチャの活用を説くものも存在した<sup>35)</sup>。しかし、この見解が権利・利益の保護を捜査法の目的と解する限り、このような柔軟な解決は難しいように思われる。というのも、憲法 35 条が令状主義を通じて、刑事手続との関係で実体的に重要なプライバシーを保障していると解すると、重要なプライバシーの侵害が生じている場合には、憲法上令状主義による「保護」が必要とされているとも解されるからである。これに対して、捜査活動の最適化という観点から捜査法を解釈する場合には、令状主義は特定の捜査についての最適化の一例に過ぎないと解されることになる。それに伴い、GPS 捜査の望ましい法的統制のあり方を考える場合には、統制手段間での費用便益分析が問題となるに過ぎないから、令状主義によるよりも社会的費用が低く、かつ令状主義と同様ないしそれ以上の社会的便益が期待できる統制手法が存在する場合には、問題なくその統制手法を採用できるという理論上のメリットが存在するのである<sup>36)</sup>。したがって、捜査法の最適化という観点から捜査機関統制を捉えることにより、情報技術の発展がもたらしうる果実を十分に享受できる刑事司法が実現する道が開かれることになるのである。

最後に、捜査活動の最適化という観点から捜査法を捉えることにより、裁判所の守備範囲が明白になるため、立法府に様々な捜査機関統制を立法するよう促すことになるというメリットが存在す

る。既に見たように、権利・利益の保護という観点から捜査法を解釈・運用する従来の見解によると、権利・利益の擁護者としての地位を有する裁判所が過度に捜査機関統制に介入するという問題が生じうる。しかし、捜査活動の最適化という解釈指針に立脚する場合には、制度的に限界のある裁判所は慎重な判断によって、可能な限り立法府に最終的決断の余地を残す必要が生じることになる。その結果として、GPS 捜査大法廷判決とは異なり、裁判所はエージェンシー・コストの高い捜査手法を発見した場合には、それを強制の処分とだけ判断すれば良く、その最終的決断を立法府に投げる事が出来るようになるため、立法府の裁量をそれだけ拡張し、科学技術の発展と共進する刑事司法制度の実現に寄与することが出来るのである<sup>37)</sup>。

## 2 GPS 捜査大法廷判決の生産的な読み

では、以上の立論を前提として、GPS 捜査大法廷判決をより生産的に読み込む方法はないだろうか。問題解決の手掛かりは 2 つあるように思われる。

1 つ目は、GPS 捜査大法廷判決における強制処分該当性判断についての判示部分を、実体的な権利・利益の侵害を問題としたものと読まないというものである。そもそも GPS 捜査大法廷判決が言及する昭和 51 年決定においては、「特別の根拠規定を必要とする」処分であることが、強制処分該当性を判断するに当たって本質的に重要な部分とされていた。通説的見解は、権利侵害部分を重視してこの判示を読むために、特別の根拠規定の必要性については、強制処分を定義する上でトロージーであり、無意味だと解していた。しかし、捜査活動の最適化という観点からは、深刻なエージェンシー問題が存在することそのものによって、特別の根拠規定の必要性が基礎付けられるため、むしろ権利侵害に関する部分は単なる例示にとどまることとなる。その上で、本判決が問題にしている権利をプライバシー権のような実体的権利ではなく、特定の捜査手法について令状主義

35) 笹倉・前掲注 13) 参照。

36) 稲谷・前掲注 11) 75-76 頁、296-299 頁参照。

37) 稲谷・前掲注 11) 280-300 頁参照。

による最適化を要求する手続的な権利だと解することにより、プライバシー権侵害=令状主義という接続を断ち切ることが出来るのである。

2番目に重要なのは、「私的領域への侵入」の成立に「プライバシー侵害」が要求されている点である。捜査活動の最適化という観点から、従来の見解におけるプライバシー権の機能を考察すると、それは要するに情報の収集・分析・利用にかかるエージェンシー・コストを低減することを求める法的地位であったということが出来る。換言すれば、捜査機関の情報・収集・分析に関わるエージェンシー・コストを、例えば組織法やアーキテクチャなどを用いて、合理的なレベルまで低減することが出来れば、例え文言上は憲法35条が規律しようとする捜査手法に該当するとしても、令状によって規律する必要がないという結論を導くことが出来るのである。

以上の2つの読みを施すことにより、GPS捜査大法廷判決の下でも、捜査活動の最適化という観点から、情報技術の発展と共進する刑事司法の姿を描くことが出来るだろう<sup>38)</sup>。

### 3 捜査活動の最適化と情報技術・ビッグデータの活用

捜査活動の最適化を捜査法の解釈・立法の指針とし、またGPS捜査大法廷判決をその観点から読み込むことにより、従来の通説の見解の問題点を乗り越え、情報技術をより柔軟かつ積極的に活用していく可能性が示されたわけであるが、それでは情報技術の活用による捜査活動の最適化とは、具体的にはどのように行われるべきなのであろうか。

ここで鍵となるのは、そもそもエージェンシー問題が何に起因していたかという点である。というのも、捜査活動の最適化にあたって結局問題となるのは、どれだけ合理的にエージェンシー問題を解決できるかという点だからである。既に触れたように、エージェンシー問題の原因は、基本的には捜査機関の意図や判断の正しさを国民が覚知

出来ないという情報の非対称性と、捜査機関と国民との動機のズレに起因していた。そうすると、情報技術を利用して、伝統的な捜査機関統制手法である令状主義のような方法よりも、より費用対効果に優れた解決をこれらの問題に示すことが出来れば、それは情報技術の利活用が進んだ捜査機関統制であるということが出来るだろう。

まず情報の非対称性の解消という観点から注目されるのは、今後モノのインターネット、いわゆるIoTを利用することにより、各捜査官の行動記録等を緻密に記録・分析できる可能性が開かれるという点である。すなわち、ちょうどGPS捜査が対象者の行動を低い費用で網羅的・継続的に監視出来たのと同様に、国民の側も捜査官の行動を網羅的・継続的に監視出来る可能性が生じているのである。

もちろん、捜査機関と国民の間に存在する動機・目的のギャップに鑑みると、単に捜査機関の行動を網羅的・継続的に記録するだけでは、行動記録の改竄のような問題に適切に対処することは難しい。しかし、この点については、近時いわゆるブロック・チェーン<sup>39)</sup>に代表される改竄困難な記録保存技術が登場したことにより、状況は大きく変わりつつあると考えられる。

こうして、IoTとブロック・チェーンの利用により、捜査機関のビッグデータが姿を表すわけであるが、このようなビッグデータを人工知能に分析させることにより、情報の非対称性が大幅に低下し、従来よりも徹底した、しかも費用の低い捜査機関統制を行うことが可能になる可能性が開かれると思われる。

次に、捜査機関と国民との動機の不一致の問題であるが、この点についても情報技術の活用によって解決される道が開かれるかもしれない。例えば、現状証拠が捜査機関によってどのように保管されているかについての透明性は、GPS捜査大法廷判決において、弁護人が証拠開示制度を駆使したことによって初めて、GPS捜査の実施状況等にかかる証拠が姿を表した<sup>40)</sup>ことに表象され

38) 稲谷・前掲注11) 284-286頁参照。

39) ブロック・チェーン技術については、ドン・タブスコット=アレックス・タブスコット著(高橋璃子訳)『ブロック

チェーン・レボリューション』(ダイヤモンド社、2016年)などを参照。

るように、さほど高いようには思われない。しかし、仮に証拠について、捜査機関の活動に関するビッグデータと対応する形で、完全にデータベース化し、登録された証拠以外法廷に出すことができないというシステムを導入したとしよう。その上で、有罪・無罪、起訴・不起訴等を問わず、刑事手続の行末に決定的な影響を与える証拠を収集した警察官個人の報酬が増額されていくようなシステムを用意したとしよう。このようなシステムの下では、警察官個人個人について、有罪判決の獲得ではなく、真実発見のために有益な証拠を探し出すことにインセンティブが与えられることになる。つまり、捜査機関と国民のインセンティブとが一致する方向に向かうことになるのである。

もちろん、こうした情報の非対称性やインセンティブの不一致を解消するためのシステムを設計する場合にも、民主主義的な意思決定は重要な意味を持つことになる。例えば、捜査機関の監視をどの程度人間に任せ、どの程度システムに任せるとするのか、そしてそもそも誰がどのような形で、これらのシステムを運用するのか、という問題や、逸脱行動の過度のスクリーニングは、捜査官の創発性をかえって押さえ込んでしまわないかといった問題を解決するに当たっては、大量の情報を基に、熟議を通じて解決されていくべき、国民の価値観の対立が生じうるからである。

しかし、そのような問題の解決に向けた熟議を行うに当たっても、情報技術やビッグデータの活用は重要な意味を持つことになる。どのようなモニタリング・システムの下で、どの程度エージェンシー・コストが生じているのか、過剰な統制が生じているのか等を把握できるようになれば、単に権利の保護を叫び合うよりも、熟議はいっそう生産的な方向に向かうと考えられるからである。情報技術の発展やビッグデータを活用し、民主主義的熟議に基づいて捜査機関のモニタリングシステムを構築していくことは、今後捜査活動を最適化していく上で、益々重要性を増していくものと考えられるのである<sup>41)</sup>。

#### 4 刑事司法の最適化と情報技術・ビッグデータの活用

情報技術やビッグデータの活用は、捜査活動のみならず、様々な形で刑事司法の最適化への道を開きうる。

例えば、ある種の情報技術の活用は、既存の犯罪を実行不能にするという形で、刑事司法の最適化に寄与しうる。完全自動運転車だけが公道を走るようになれば、いわゆる自動車運転関係の処罰法は不要になるかもしれない。また、個人情報と連結され、使用状況が追跡可能な電子通貨や電子資産のやりとりが、暗号技術等によって保護・記録されることになれば、そもそも現金の窃盗や強盗、あるいは脱税や賄賂、資金洗浄などの罪も実行困難ないし不可能になるかもしれない。さらに、私人間での情報の非対称性が原因となりうる犯罪類型——例えば投資詐欺など——については、徹底的な個人情報の管理を通じて、そうした犯罪の発生を未然に防ぐことで、刑事司法の最適化に寄与することになるかもしれない。もちろん、公道上における行動の完全な記録と、人工知能によるその分析を用いた監視も、強力な犯罪予防を通じて刑事司法の最適化に寄与しうるだろう。さらに、ビッグデータを通じた量刑指標の精緻化により、最適な刑の執行のあり方が判明すれば、出口部分でも刑事司法は最適化されるかもしれない。

しかし、上記の粗い可能性の素描によっても、ここでの最適化が何を意味するのかを決するにあたり、民主主義的な熟議が必要不可欠であることは疑いないように思われる。というのも、上記の例が示すのは——人工知能の学習上生じるバイアスのような問題を措くとする——、いわゆる刑事法の完全執行であるために、刑事法によって生じうるノーマライゼーションの悪夢を際立たせることになる<sup>42)</sup>からである。つまり、所与のものとされた正しさが、完全に実現してしまうことにより、我々の創造性や自律的生のあり方を問う機会が、かえって失われてしまう危険性が生じてしまうのである。なぜなら我々の創造性は、常に秩

40) 亀石・前掲注2) 参照。

41) 稲谷・前掲注11) 341-343頁参照。

42) この問題については、稲谷龍彦「技術の道徳化と刑事

法規制」松尾陽編『アーキテクチャと法』（弘文堂、2017年）

93頁、106-108頁参照。

序を攪乱し、正しさの有りように挑戦するという形で発現するし、我々の自律的生は、現在をよりよく生きるための規範を我々1人1人が探し求めることによって初めて、その充実した可能性が開かれるからである。換言すれば、ここでの最適化を考える際には必ず、犯罪や逸脱を全く許さないという意味での、「不寛容」が持っている社会的費用<sup>43)</sup>を考慮に入れ、我々の社会のあり方を決めていかなければならないのである。

情報技術やビッグデータの活用は、確かに刑事司法のコストを大幅に下げ、刑罰(ないしその代替処分)という生産物を社会に遍く浸透させていく可能性を秘めている。しかし、フォーコーが描き出したように<sup>44)</sup>、そもそも何を犯罪(あるいは逸脱)とし、何を刑罰(あるいは教育)とするのかを決定する本質的な要素が存在するわけではなく、これらは我々の認識のあり方や生き方、そして社会の構成の仕方と相互に依存しながら存在しているに過ぎないのである。そうであるとすれば、ビッグデータの無批判な活用を通じた刑事司法の最適化は、それと気付かないうちに、既存の知=権力関係=主体という我々の「現実」を構成する三角形を固定化・増幅化することで、我々から創造性を奪っていくというリスクを伴っていることに自覚的であればならないのである。

それゆえ、刑事司法におけるビッグデータの活用は、常にその活用がもたらしうるリスクを考慮に入れ、既存の刑事司法制度の正しさに対する批判的反省を継続的に加えることによって、はじめてその果実を享受できる種類のものであることを、我々は明確に意識しておかなければならないだろう。情報技術やビッグデータを活用した刑事司法の最適化にあたっては、現在よりもさらに民主主義的熟議を通じて刑事司法を意識的に構成していくこと、そしてそのために民主主義的熟議自体を可能にし続けるための努力を怠らないことが、重要な意味を持つことになるのである。

## 5 まとめ

以上の分析を通じて明らかになったことは、以下のように要約できる。

第1に、権利・利益の保護という観点から捜査法を捉えるのではなく、捜査活動の最適化という観点から捜査法を捉えることにより、情報技術の発展と共進しうる刑事司法を実現する可能性が開かれること。

そして、第2に、情報技術やビッグデータを活用して捜査活動を最適化するにあたって、あるいは、より広く刑事司法を最適化するにあたって、様々な価値観の対立の止揚や、我々の生きる社会の根本的姿の決定に関わるような判断が必要とされるため、民主主義的熟議を通じた適正手続の実現という憲法の理念が、情報技術のいっそうの進展により、これまで以上に重要な意味を持ち始めているということである。

## 終わりに

本稿は、GPS捜査大法廷判決を機に、今後益々その適切な規律と活用とが問題となることが予想される、情報技術やビッグデータについて、刑事司法を最適化するという観点から簡単に試論したものである。情報技術やビッグデータの利活用が進むことにより、いっそう民主主義的熟議が必要になるにもかかわらず、これらの利活用によってかえって熟議の基盤が失われつつあるとも指摘される今日、刑事司法のあり方を反省的に考察し、より積極的な政策提言を発信していく必要性は益々高まっているように思われる。より詳細な各論については、今後の課題としたい。

43) こうした社会的費用の中には、山本龍彦が描き出した「超個人化」による悪夢の一部も含まれることになるだろう。山本龍彦「個人化される環境——『超個人主義』の逆説?」松

尾編・前掲注42) 65頁参照。

44) ミシェル・フォーコー著(田村仮訳)『監獄の誕生——監視と処罰』(新潮社、1977年)参照。