

総合的監視に関する予備的考察

——ドイツの議論状況の概観を通じて——

内藤 大海

〔目次〕

序

第一章 ドイツにおける監視型捜査手法

第一節 総合的監視を担う情報取得処分

第二節 密行的情報取得処分——とくに長期的監視について

第三節 非密行的情報取得処分

第二章 監視型捜査において問題となる基本権侵害

第一節 許されざる基本権侵害の限界——私的生活形成の中核領域への介入 (Eingriff privater Lebensgestaltung)

第二節 情報を巡る権利

第一款 関係する諸権利

第二款 情報自己決定権 (Recht auf informationelle Selbstbestimmung)

第三款 中核領域への介入と総合的解明 (Totalausforschung)

包括的監視 (Rundumüberwachung) ないし総合的監視 (Totalüberwachung)

第三節 小括

第三章 総合的監視の種類と補充性原則

第一節 同種処分の累積 (Kumulation gleichartiger Maßnahmen)

第二節 多種の処分の累積 (Kumulation anderer Maßnahmen)

第三節 補充性と比例原則の関係に関する若干の考察

むすびにかえて

序

近年、捜査実務においても、デジタル技術の発展を背景とした、情報の①収集・記録の容易化、②密行化、③大規模性、汎用性は、従来の捜査手法とは比較にならないことが指摘されている¹⁾。また、捜査機関等においても、個

人情報の総合的な集積・分析によって増幅する権利制約、行政警察領域における情報利用を志向した議論はかなり以前から行われている。個人情報総合的に集積され、分析されることになれば、そこから得られる個人情報はそのそれぞれの情報の単純な総量を超える場合もありうる。³さらには、テロ犯罪対策、組織犯罪対策の分野においては、犯罪捜査の過程で取得された情報の行政警察目的での利用も考えられるし、むしろ初めから行政警察目的で捜査活動が利用されるという構図も考えられうる。⁴

このような状況のなか、刑法学会第九三回大会分科会Ⅱでは「監視型捜査とその規律」について議論が行われた。⁵わが国ではこのような議論が始まったばかりであるが、現在のところ、従来の議論のように情報取得時における事前規制だけではなく、情報利用時における事後規制が必要であるという方向での議論が進みつつあるように思われる。このような議論の流れは、取得された情報の価値はその後の利用如何によっていかようにも変わりうるものであり、それに伴う権利制約を情報取得時に定量することは不可能である、したがって、情報の取得時における規制には限界があるという考えを背景とする。たしかに、捜査機関あるいはその他の国家機関によって取得された個人情報⁶の管理については、以前から問題が指摘されていたところであり、情報の事後的再利用の規制という視点自体は評価に値する。反面、当該処分に付随する権利制約に応じた事前規制という従前からの規制のあり方についてはどうであろうか。指摘されているように、情報取得時における規制には困難な側面がある点は否めない。しかし、情報取得時における規制が可能であれば、その方が個人情報保護の観点においては優れていることは間違いない。今一度その方向での検討も試みておくべきであろう。この点、ドイツにおいては、二〇〇〇年前後から、取得情報の集積による総合的監視 (Totalüberwachung) をめぐる議論が行われており、ここから得られる示唆も少なくない。本稿では、情報の集積を基礎とした監視型捜査に対する事前規制のあり方について一つの可能性を模索するに当た

り、その予備的考察としてドイツの議論状況を概観し若干の検討を加えるものである。

なお、本稿ではとくに断りがない限り、基本的にはドイツの事象を意味するものとする（例として、ドイツ基本法、ドイツ刑法は、それぞれ「基本法」、「刑法」とする）。

第一章 ドイツにおける監視型捜査手法

第一節 総合的監視を担う情報取得処分

近年、わが国では、GPS捜査を契機に監視型捜査に対する問題意識が高まりをみせつつあるといえるが、監視型捜査に関する既存の立法例として通信傍受があり、さらに室内での会話傍受の立法化もしばしば議論の俎上に現れている。この点、ドイツでは、GPS監視装置等の技術的手段を用いた行動監視型捜査や、遠隔通信の監視（Telekommunikationsüberwachung ≡ 通信傍受）などの個別の捜査手法について細かな規定が置かれている。本稿は、同一人を対象者として複数の捜査手法が累積的に利用されることで生じる、いわゆる総合的監視ないし総合的解明（Totalausforschung）の問題性に若干の考察を加えるものである。しかし、わが国で監視型の捜査手法に関する個別的な立法例としては、通信傍受（刑法二二二条の二）くらいに止まり、GPS機器を用いた監視措置など多くの処分が検証の一部として理解されている。そして、他人から容貌等を観察されること自体は受忍せざるを得ない公道等の公開の場所において、ビデオカメラ等を用いて録画する処分等は、任意処分として刑法一九七条一項の枠内で適法化される傾向にある。⁸⁾まして、尾行等の人の目による監視活動は、問題とされることすらほばなかったように思われる。他方、ドイツに目を転じてみると、総合的な監視体制が問題とされる以前に、情報取得のための個々

の措置に関しても個別の規定が存在する。そのため、まずこの点を確認する必要がある。

また、本稿の対象とする総合的監視ないし総合的解明という現象は、情報の「取得」、「蓄積・保管」、「処理・加工」、「事後的利用」という過程を通じて実現されるものである。そのため、総合的監視・解明の検討に入る前に、それぞれの各段階においてどのような処分が存在するのかについても確認する必要がある。そして、それらの処分は大別すると、密行的なものとは必ずしも密行的とはいえないものとは分類することができるが、前者については遠隔通信の秘密など個別の規定が数多く存在する。なかでも、総合的監視ないし情報取得処分の累積という問題との関係では、長期的監視 (längerfristige Observation) について規定する刑訴法一六三条 f の存在は注目値する。以下、この点を中心に、密行型情報取得処分を概観しておくことにする。

第二節 密行的情報取得処分——とくに長期的監視について

プシユケ (Puschke) は、累積的監視 (kumulative Überwachung) については、個別の処分を概観することで、その統制可能性を推論し、問題を理解することが促進されるが、その際、捜査手法の密行性は重要な意義を有すると指摘する。そして、その理由として、密行型の処分は、対象者が認識することがないため、同人による回避可能性がないまま効果的な情報取得が行われるためであるという^⑨。そのため、一般的にみて、このような処分は典型的に侵害強度の高い処分とされる。

密行型処分の例としては、遠隔通信の監視 (刑訴法二〇〇条 a、一〇〇条 b)、技術的手段の利用 (二〇〇条 f 一項)、会話傍受 (刑訴法一〇〇条 f 二項、一〇〇条 c)、遠隔通信接続情報の取得 (刑訴法一〇〇条 g、一〇〇条 h)、IMSI-Catcher^⑩の利用 (刑訴法一〇〇条 i)、潜入捜査官の投入 (一一〇条 a 以下) 等が挙げられる。しかし、

注目すべきは、被疑者等に対して行われる監視が技術的手段を伴わない場合であっても、比較的長期に及ぶときは、捜査に関する一般規定（刑訴法一六〇条、一六三条）ではなく、一六三条fによらなければならない点である（長期的監視¹¹）。もちろん、特別の技術的措置を用いない短期的監視（kurzfristige Observation）については、侵害強度が低いため一般的捜査権限について規定した刑訴法一六一條、一六三条をその根拠とすることが可能である。しかし、計画的な監視処分が「通じて二四時間を超える」場合、あるいは断続的に「二日以上にわたって実施される」場合（その都度の時間は関係ない¹⁴）は、原則として裁判官留保に服することになる（刑訴法一六三条f）。具体的には、重大犯罪が存在することについて事実に関する十分な手掛りがあり、他の捜査手法では事実の解明あるいは所在地の捜査は「ほとんど見込みがない、あるいは本質的に困難である」場合であることが前提条件となる。被疑者以外の人物が対象となる場合、同人が犯人と想定される者と関係がある場合など、さらに加重された条件下においてのみ許容されることになる（同一項）。監視期間は最長で三ヶ月の期限が付され、一定の条件を満たせば延長も可能である（同三項）。

長期的監視については、連邦刑事法や各州の警察法の中にも予防警察上の根拠が補充的に存在する¹⁶。本条の立法化はこれまでの判例を承認するものであり、かなり以前から存在した明文化の要求を満たすものであった¹⁸。立法者は、個別事例における長期的監視が対象者の情報自己決定権（Recht auf informationelle Selbstbestimmung）への重大な侵害に結びつく可能性があり、そのためその侵害強度が検察官の命令では正当化されえないレベルに達している点を出発点としたものと分析されるが、当時の立法資料によれば、とくに技術的手段の利用による捜査手法の累積の問題が意識されている²⁰。なお、長期的監視も、結果的に侵害強度を高める特定の処分が併存する場合は、それに対応した授權根拠に対する前提条件が付加的に課されることになる²¹。

管見の限りでは、刑訴法一六三条fにいう（長期的）「監視」の様態が具体的にどのようなものであるのかについての説明は見当たらない。むしろ、キントホイザー（Kindhäuser）によれば、刑訴法一六三条fが問題とするのはあくまでも監視期間であり、監視措置の性質による違いは問題とならず、そのため、本条による監視それ自体は、刑訴法一〇〇条h一項二号の技術的手段を伴うか否かは重要ではない、とされる⁽²²⁾。したがって、長期的監視を構成する具体的「監視」とは、一時的、短期的にみれば、それ自体としては個別的な裁判官留保（Richervorbehalt）に服さず、捜査に関する一般権限（刑訴法一六一条、一六三条）により比例原則の下で正当化される監視・観察と同様のものであると理解されよう。その意味で、長期的監視は、後述する広義の累積（不真正累積／unechte Kumulation）の一類型と位置付けることもできる⁽²⁴⁾。

翻ってわが国に目を転じた場合、科学技術的手段を利用しない尾行等の監視行為は一般に任意処分と理解され、刑訴法一九七条の任意処分の枠組みのなかで相当性判断が行われる。おそらく、わが国における従来の議論においては、GPS等を用いない権利侵害性の比較的低い監視・観察処分が、その量的変化の如何によっては強制処分性を帯びる可能性もあるという問題意識は示されてこなかったといつてよい。もちろん、尾行や張込みのような処分にまで令状主義のコントロールを及ぼすという考え方には、とくに捜査実務からの抵抗が大きかろう。また、ドイツにおける裁判官留保とわが国の令状主義との違いにも注意すべきである。ただ、総合的監視という問題現象を巡るドイツの議論について考察を加える前提として、一般的な監視・観察処分にも一定の外部的コントロールを及ぼす規定が存在することはやはり注目に値する。

第三節 非密行的情報取得処分

一般論としては、密行型の情報収集活動は、非密行型のそれと比較して高い侵害強度を有するといつてよい。しかし、コンピュータ等の情報保存ないし情報処理システムの発展により、以前では考えられない膨大な量の情報の保存・利用が可能となった。また、その他の領域においても、例えばヒトゲノムの解明技術の発展などに代表されるように、人格関連情報を取り巻く状況は大きく変化した。そのため、非密行型の情報収集であっても、対象者の生活の有り様を浮き彫りにし、その結果、人格の中核領域にまで及ぶ侵害を生じさせる可能性もある⁽²⁵⁾。

その代表例としては、DNA鑑定(刑法八一条a以下)、検問所の設置(刑法一一一条)、機械的な情報調整および情報分析のための措置であるラスタ―捜査(Rasterfahndung)(刑法九八条a、九八条b)などが挙げられる。その他、伝統的な捜査手法の代表例である搜索(刑法一〇二条、一〇三条)および押収(刑法九四条以下)も、他の捜査手法と相互に組み合わせることにより内面的な人格領域に関する情報が取得される危険性が指摘されている⁽²⁶⁾。思うに、総合的監視ないし総合的解明という現象に関するドイツの議論は、情報の取得行為のみを対象とするのではなく、その後の「蓄積・保管」、「処理・加工」、「事後的利用」という過程を通じて、生活形成の中核領域(Kernbereich der Lebensgestaltung)が詳らかにされることを問題視するものである。そのため、押収等によって得られた一次資料ないし情報であっても、DNA鑑定やラスタ―捜査のような科学技術的知見ないし解析手段を通じた新たな情報取得の端緒となる可能性も十分にありうる。この点、とくにわが国における状況を念頭に置いたとき、取得した一次資料の事後的な解析行為のことまでは、ほとんど意識されてこなかったように思われる。事実、わが国において、例えばDNA鑑定のための生体サンプルの取得等について強制処分性が問題となることはあっても、それとは独立した鑑定処分自体、あるいはこれによる新たな情報取得それ自体についてはさほど論じられてこ

なかった。⁽²⁷⁾ この点、ドイツでは、遺留物の取得、対象サンプル取得のための身体への侵襲行為とは別に、DNA鑑定自体についてその実施要件が規定されており、情報漏洩および目的外利用が厳格に制限されている（刑訴法八一条e以下）⁽²⁸⁾。

DNA鑑定やラスター捜査にみられるように、ドイツにおいては、一次資料から新たに取得される派生的情報についても、その取得によって対象者の人格の中核領域が脅かされる場合が問題とされる。そして、そのような危険性がある上記の各分析行為は、基本的に裁判官留保の下で制限的に許容性を認められている。このような背景には、いわゆる「国勢調査判決（Volkszählungsurteil）」⁽²⁹⁾を契機とした情報自己決定権を巡る一連の議論の蓄積がある。⁽³⁰⁾ 以下、次章では、情報自己決定権を中心とした基本権に対する侵害についてみていくこととする。

第二章 監視型捜査において問題となる基本権侵害⁽³¹⁾

第一節 許されざる基本権侵害の限界——私的生活形成の中核領域への介入

(Eingriff privater Lebensgestaltung)

ドイツでは、個人の人格情報の取得は、基本法二条一項で直接規定された一般的人格権（allgemeine Persönlichkeitsrecht）の保護の關係上問題となりうる⁽³²⁾ことが議論の出発点とされている。これに関しては、後述する国勢調査判決⁽³³⁾（一九八三年）により、情報自己決定権という概念が確立し、さらに二〇〇八年のいわゆるオンライン捜索（Online-Durchsuchung）判決⁽³⁴⁾により、情報技術システムに対する信頼の保障および不可侵性に対する権利（Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme）が承認されたこと

が大き。総合的監視を巡る議論の基礎には、情報に関するこれら諸権利の存在がある。

このように、ドイツでは、かつては問題とされてこなかったような情報に関する権利が、ここ約三〇年の間に意識されるようになり、新たな権利として確立した地位を築いてきたといえる。これらのいわば「新しい」権利は、当初から伝統的な基本権原理の枠内でそれ単体としての意義について論じられてきたわけではない。むしろ、伝統的な理解では捉えきれない、同一対象者に対して様々な情報取得処分が用いられることにより生じる累積的な負担 (kumulative Belastung)⁽³⁴⁾との関係で問題視されていたといえよう。⁽³⁵⁾

情報を巡る権利侵害との関係で問題となるのは、あくまでも基本法一条一項の人間の尊厳の保障と結びついた同二条一項の一般的人格権ないし人格の自由な発展に関する権利の保障である。そして、判例は、そのような基本権の中核領域が脅かされる一つの場面として総合的監視を挙げる。例えば、連邦通常裁判所第三刑事部二〇〇一年一月二四日判決は、GPS技術の投入について以下のように述べる。すなわち、ある監視措置が、個別的にみればそれ自体としてはたしかに適法である他の監視措置と併存することにより、包括的な人格プロフィールの作成という結果を生じさせる人格の包括的な監視 (unfassende Überwachung) が達成される場合、対象者に対する侵害の総体・総量 (Gesamtheit) は同人の一般的人格権、なかでも情報自己決定権を違法に侵害し、その結果比例原則違反が生じる、と⁽³⁶⁾。

つまり、判例の見解によれば、基本権の中核領域は、短期的、一回的処分のみならず、複数の監視措置の累積による総合的監視あるいは包括的監視によっても侵害される場合があることになる。いずれの侵害類型においても、重要なのは最終的に私的生活形成の中核領域への介入ないし侵害が存在するか否かという点になる。⁽³⁷⁾

第二節 情報を巡る権利

第一款 関係する諸権利

上述したように、短期的、一回的処分でも私的生活の中核領域への介入が生じることはありうる。その場合、その処分自体の侵害強度が、完全に保護された中核領域に直接的に介入するほどのレベルに至っているか否かが問題となる。従来、捜査に伴う基本権侵害が許されるか否かは、この枠組みで理解されてきた。例えば、黙秘権侵害などはその好例ということができよう。では、とくに総合的監視との関係で問題となる権利には、具体的にどのようなものがあるか。以下で確認することにしよう。

この点に関して、プシユケは、信書 (Brief)、郵便物 (Post) および電信電話 (Fernmelde) の秘密 (基本法一〇条) および住居の不可侵 (同一三条) を個別的に取り上げ、そのうえで一般的人格権について詳細な分析を加える³⁸⁾。もちろん、監視型捜査においてとくに問題となるのは、監視のため複数の処分が束 (Bündel) になることにより、個々の処分と比べて上昇する監視の強度および拡張である。そして、先にみたように、そのような総合的監視の下で人格の中核領域に対する介入が生じる状況、換言すれば、生活形成に関わるあらゆる情報が取得されることで当該対象者の人格情報が詳らかにされてしまうような状況こそが問題となる。したがって、最終的に検討すべきは、情報自己決定権を中心とする一般的人格権ないし人格の自由な発展に関する権利ということになる。そこで、本稿もプシユケの立論を参考に、以下で個別的な諸権利を概観したのち、それらを制約する処分が結合した場合に生じる一般的人格権侵害について、検討することにする。

基本法一〇条一項は、信書、郵便物および電信電話の秘密の不可侵性を保障し、同二項は、この保障に対する制約が許されるのは法律の根拠がある場合にのみ許されることを規定する (第一文)。その具体的な保護内容である

が、情報の内容のみならず、伝達の外部的情報、すなわち信書の頻度および出所なども対象となる。⁽¹⁰⁾ そして、情報伝達の方法は物理的であるかどうかは重要ではなく、形式は問われない。⁽¹¹⁾ 同様に、伝達される情報の内容が重要なのではなく、その限りにおいて、保護領域を確定するに当たっては人格関連情報であるかその他の情報であるかの差異は問題とならない。⁽¹²⁾ もちろん、ここで保護されるのは、公開されていない個人的なコミュニケーションのみである。Eメールやインターネット上の情報交換は、それが閉じられたグループ内でなされている限り、基本法一〇条によって保護される。捜査機関による活動領域においては、とくに郵便物の押収（刑訴法九九条）および遠隔通信の監視（刑訴法一〇〇条 a、一〇〇条 b、一〇〇条 g、一〇〇条 h）の場合に、基本法一〇条が問題となる。⁽¹³⁾

次に、基本法一三条の保障する住居の不可侵と、これを侵害する危険性のある情報収集処分についてみておこう。同条は、「基礎的な生活空間 (elementarer Lebensraum)」としての住居の内密性 (Privatheit) を保護する。刑事訴訟機関による人格関連情報の取得のための処分のうち基本法一三条の侵害に該当するものとしては、主として捜索（刑訴法一〇二条以下）、聴覚的住居監視 (akustische Wohnraumüberwachung)（刑訴法一〇〇条 c）ならびに潜入捜査官による住居への立入り（刑訴法一〇〇条 b 二条二項と結びついた同一一〇〇条 a）がある。⁽¹⁴⁾ 住居権は一般に一般的人格権に優先する権利として認められているが、住居権の問題にとどまらず、他の情報取得行為との結合がある場合は、その優位性は相対的なものになる。⁽¹⁵⁾ したがって、冒頭に述べたように、やはり最終的には情報自己決定権を中心とする一般的人格権に対する侵害の如何が問題となる。

第二款 情報自己決定権 (Recht auf informationelle Selbstbestimmung)

前述の通り、連邦通常裁判所は、いわゆる「国勢調査判決」⁽¹⁶⁾ で情報自己決定権の存在を承認し、何人も人格関連

情報の利用について自ら決定する権利を有することを認めた。具体的には、行政官庁に自己情報を提供する場合も、それがいかなる目的に供されるのかを知ったうえで、当該情報を提供するか否かを決定することができる⁴⁷⁾。そして、権利侵害の認定にとつて重要なのは取得される情報と最も内心的な生活領域との近接性ではなく、当該情報の利用可能性であるとする。さらに、機械的な情報処理が行われる可能性を考慮すれば、原則的に「重要でない情報」というものは存在しないと⁴⁸⁾する。つまり、一見瑣末に思われる情報であっても、当該情報の価値は取得された他の情報との関係で上昇することもあり、したがって、まさに情報取得の累積こそが問題となるのである⁴⁹⁾。これら一見重要でなさそうな情報は、たしかにそれ自体は決定的なものとはいえないが、捜査機関による情報利用の構造における各情報の事後的結合が意義を有することになるからである⁵⁰⁾。そのため、情報の利用可能性が重要であるという先の命題を前提にすれば、監視型捜査によって取得されうる人格関連情報のすべてに対して保護の射程が及ぶことになる⁵¹⁾。

なお、プシケは、情報処理が機械的、自動的に行われるか、手動により行われるかにより区別することは適切でないとも指摘する。たしかに、人格関連情報の放棄ないし利用の容認に関する情報自己決定権が今日特別な保護価値を有する背景には、機械的な情報処理の存在がある。しかし、機械化、自動化それ自体が情報自己決定権に対する侵害を生じさせるのではなく、それによって生じる無限定な利用可能性が侵害を生じさせる⁵²⁾という。具体的には、プシケは、機械的なデータ処理に特別の危険性を認めながらも、この点から保護領域を限定することの矛盾点は次の点にあるとする。すなわち、手作業で処理することも可能な情報をコンピュータで処理した場合、形式的な分類によれば保護対象との関係で問題となるのに対し、これに相当する情報処理であっても機械によらない場合は問題とならないことになる。そのため、例えば、具体的な刑事訴追の場面で、人員や専門的能力を有する者を相

当数投入することにより、保護領域への侵害認定を回避することができてしまう、と。⁽⁵³⁾やはり、取得情報が機械的に処理されるかどうかということは、取得情報の利用可能性の拡大という点で重要な意義を有するが、利用可能性の拡大に寄与するのは何も機械的情報処理だけに限定されることはないだろう。

なお、残る問題として考えられるのは、権利放棄による当該情報の保護領域からの除外可能性である。たしかに、人格関連情報について利害関係を有する人物が、その情報を捜査機関に自ら提供することで有効なプライバシー放棄が認められる場合、情報自己決定権侵害は観念しえず、当該情報を保護の対象から除外することも可能である。しかし、この場合、同意ないし権利放棄の認定は厳格に行われなければならない。プシケは、同意により基本権侵害が除外されるのは、関係人自身があらゆる利用可能性を含む情報内容について同意しており、それゆえにいわば保護の対象たる権利行使および基本権の放棄が前提となるべき場合のみであるとする。したがって、同意者は、情報の取得目的、処理および利用について情報提供を受けていなければならないという。この点、興味深いのは、いわゆる当事者録音に関して連邦通常裁判所は発話者による権利放棄を認め、この点に非侵害性を根拠づける立論を行うのに対し、プシケはこれを否定する点である。すなわち、このような場合でも、第三者への情報漏洩を知らない発話者の同意は、必要な情報に基づいて行われているわけではないため、盗聴に関する包括的な同意には至っていないというのである。⁽⁵⁶⁾

さらに、現代的な情報処理技術の存在は、公開の情報の取得および利用等に対する一般的同意を否定することにも繋がる。というのは、情報相互の網羅的結合によって、その最終的な利用可能性を認識することはほぼ不可能だからである。したがって、この点からも重要でない情報というものは存在しないことになり、結論としては、一般的人格権から生じる情報自己決定権の保護領域は、人格に関連するあらゆる情報に及ぶことになる。⁽⁵⁶⁾

第三款 中核領域への介入と総合的解明 (Totalaufklärung)

包括的監視 (Rundumüberwachung) なご総合的監視 (Totalüberwachung)

では、同一対象者に対して捜査機関による監視措置が累積的に命じられ、そのことで一般的人格権に由来する情報自己決定権が侵害され、もって基本権の中核領域が脅かされることには具体的にはいかなる場合だろうか。前款でみてきたように、情報自己決定権との関係ではあらゆる個人情報問題とされており、その意味で価値の乏しい情報というものは存在しない。その背景には、各情報の結合による利用可能性の上昇があった。しかし、本稿が問題とする情報の集積は、刑事訴追の場面におけるそれである点に注意を払う必要がある。すなわち、刑事手続における情報取得は、他領域における同様の情報処理とは異なり、**事案処理・真相解明を目的とするものであり**、この点に刑事手続の独自性がある。もちろん、捜査の中立性（**刑法一六〇条二項**⁽⁵⁷⁾）という理念を前提とすれば、捜査機関の収集する情報はもっぱら有罪方向に偏ったものであつてはならない。しかし、事案の解明という捜査の目的は、情報自己決定権と相反する⁽⁵⁸⁾。刑法一六〇条二項の意味における捜査の中立性という法的基準が、制限されたものとしか理解されず、被疑者の有罪立証に供される不利益証拠獲得だけが片面的に重視されるとすれば、この評価はなお一層妥当することになる⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾。捜査機関による情報取得の侵害性質について検討を加えるに当たっては、このことが前提となることに留意する必要がある。

したがって、基本的に捜査の過程で行われるあらゆる情報収集が、抽象的ではあるにせよ何らかの形で情報自己決定権を脅かす可能性を有することになる。具体的には、ある情報取得が基本権保護の領域に及ぼす影響が間接的なものにとどまる場合は、当該処分侵害性質の確認は事案に即した検討によるしかない。そのため、判断基準は抽象的なものにならざるをえず、その際、情報の性質および規模・量、情報処理の性質、取得情報の利用可能性

が具体的な評価の視点として挙げられる。⁽⁶¹⁾しかし、やはりその際にも、取得情報の濫用可能性が重要であり、その関係では情報取得処分が何を指したのかポイントとなつてきそうである。⁽⁶²⁾前述の通り、ここでは刑事訴追の枠内で行われる人格関連情報の取得は、すべて情報自己決定権を侵害することに繋がる可能性があるということが前提になる。⁽⁶³⁾捜査において行われる国家的措置は、多くの場合、広範な捜査任務（刑訴法一六〇条、一六三条）を根拠にして、強制的あるいは密行的に幅広い情報取得を狙つたものであり、そのため取得情報の利用可能性とその濫用可能性は多種多様である。⁽⁶⁴⁾

通常、情報保持者、すなわち監視対象者の情報自己決定権侵害が問題となりやすいのは、当該情報が同人からみて①重要であり、②それが大量に収集・取得され、さらに③事後に詳細な分析に掛けられることで、実際関係、移動・運動履歴等のプロフィールが作成され、結果的に生活形成の全貌が丸裸にされてしまうような場合であろう。そうすると、右①～③の各要素は、監視型捜査の侵害性質を評価する際に重要な視点となつてくるように思われる。監視対象者の立場に立てば、不利益性の極めて高い情報、とくに自己負罪情報（前記①）を不知のままに提供することはそれだけで情報自己決定権を侵害されることに繋がる可能性がある。そもそも、この点を強調すれば、総合的監視（Totalüberwachung）ないし総合的解明（Totalaufschung）という概念を持ち出すまでもなく、基本権に対する中核領域に対する侵害が認められやすくなる。他方、大量の情報が取得され（前記②）、そしてそれが詳細に解析されれば（前記③）、個々の情報から直接的には明らかにならなかった不利益情報、自己負罪情報が明らかになる危険性は上昇することになる。総合的監視ないし総合的解明という概念は、まさにこのような問題意識を出発点とするものである。しかし、プッシュケは、これら①～③の要素は、生活形成の中核領域への介入・侵害を認定するための一要素に過ぎないという。⁽⁶⁵⁾同時に、とくに強制的な（imperativ）捜査手法、そして同様に、密行的な捜査

手法については、基本的に侵害性質が認められるとする⁽⁶⁷⁾。そうすると、敢えて総合的監視あるいは情報取得処分の累積 (Kumulation) といった概念を持ち出すまでもなく、たんに人格関連情報の収集・取得活動はそれ自体情報自己決定権を侵害すると言いつつしまえばいいように考えられる。この点をどう理解すべきか。

プシケは、授権根拠の枠内における比例性の幅広い検討のみ基づいてなされ、そして侵害性を認定する際に問題となる、取得情報と受命処分をも考慮に入れた個別事案の検討がなされなければならないという。そして、このような全体評価を考慮しないと情報自己決定権は空虚なものになる危険があり、国勢調査判決⁽⁶⁸⁾もこのような趣旨で理解する必要がある。そうすると、特定の情報が社会環境に既知のものとなっている可能性があり、しかもそのことを対象者自身が概観できることが保障されなままになっていく点に、直ちに危険性を見いだすことができる。とする。その限りにおいて、自己情報の利用可能性をコントロールできないこと、あるいは自己情報が利用されることについて不知であることが基礎となつて、情報が利用・濫用される特段の可能性があれば、国家机关による目的的な情報収集の侵害性は十分に認定可能である⁽⁶⁹⁾。反対に、この要件を満たさない国家行為は、侵害性が認められにくくなる。具体的には、強制の性質を伴わない公然の処分と、同意または許可を受けた処分がこれに該当する。この同意に関しては、前述の通り明確性、および同意内容の広汎な射程範囲が要求される⁽⁷⁰⁾。

もちろん、情報の取得目的、利用目的が、当該情報収集行為の侵害性質を評価するうえで重要なファクターとなるとした場合、偶然的知覚 (Zufallskenntnis) は情報取得処分とはいえないため、右で論じてきた意味での侵害には該当しない⁽⁷¹⁾。例としては、刑事訴追機関が要求していないにもかかわらず、第三者から別人に関する情報提供が行われるような場合が考えられるが、このような第三者の自発的行為は不可避的であるからである。しかし、偶然的知覚を通じて取得された情報のその後の利用如何については、少なくとも先の理解を前提とする限り、情報自

己決定権の侵害が問題となる場合もある。⁽⁷²⁾ というのは、情報自己決定権との関係では、国家机关による人格関連情報の取得のみが問題となるわけではなく、将来にわたる情報蓄積、その継続——すなわち不消去——、その他のあらゆる利用が問題となるからである。⁽⁷³⁾

第三節 小括

以上、プシユケの立論を軸に、監視型捜査において問題となる権利侵害について概観した。その立論によれば、捜査機関による情報収集活動の領域内においては、一般的人格権（基本法二条）の内容をなす情報自己決定権の侵害は、ほぼすべての場面において問題となる。というのは、情報収集活動の権利侵害性は、取得される情報の重要性、大規模性および事後の詳細な分析よりも、むしろ取得された情報の利用可能性によって決せられることになるためである。また、とくに刑事訴追の領域内で捜査機関が収集する情報というのは、事案の解明という目的を有し、往々にして対象者に負担となる (belastend) ものばかりである。さらに、それが強制的または密行的に行われる場合、対象者は自己情報の利用可能性を支配することができない、あるいはそもそもそのような利用可能性を知らないれば、そのことで情報が利用・濫用される可能性が生じる。したがって、強制性・密行性という要素は、情報収集の権利制約性を評価するうえで決定的な要素となるのである。このような実情に鑑みれば、刑事手続の枠内、とりわけ監視型捜査において行われる情報取得自体が、そもそも情報自己決定権に対する制約を伴う危険性を帯びたものであるということができる。

このように、プシユケは、取得情報の利用可能性の存在から、情報自己決定権の侵害性を論拠づけるが、利用可能性が侵害性の基礎となる論拠は明確にされていないように思われる。この点、自己情報がどのように利用される

かをコントロールする権利が、情報自己決定権の一内容として理解されれば、監視対象者の不知のまま情報を取得する行為は侵害性を帯びてくることになる。同様に、価値が乏しいと考える情報を提供をする場合も、その解析等、その後の利用可能性の如何を十分に認識しえないような複雑な構造の下では、最終的な利用可能性をも含む全体を見通したうえでの権利放棄は想定しにくくなっている。その意味で、プシユケの立論を、抽象的なレベルであれ情報の利用可能性が存在するときに、この点に侵害性を論拠づけるものとして理解することは可能であろう。⁽⁷⁴⁾

わが国でも、監視型捜査の規制について自己情報コントロール権を基礎にした分析・検討が試みられているが、議論の軸足は情報取得の事前規制よりも、むしろ事後的な規制におかれているように思われる。⁽⁷⁵⁾ 他方、ドイツでは、連邦通常裁判所第三刑事部二〇〇一年一月二四日判決⁽⁷⁶⁾およびこれを受けた連邦憲法裁判所二〇〇五年四月一二日判決⁽⁷⁷⁾などにおいて、情報収集処分が累積的に用いられる場合、ある処分を命じるに当たっては当該処分のみならず先行する処分の存在を考慮して、比例原則の枠内でお相当性が維持されているかが問題となるとされている。プシユケは、情報の事後的利用可能性を見越した事前規制を要求するものとして連邦通常裁判所判決を理解したものと思われるが、わが国における規制のあり方を検討するうえで一考に値しよう。

ただ、注意しなければならないことは、対象となる情報の価値・重要性、その規模・量、および事後の分析といった各要素が、権利侵害性を判断する際の全体評価の枠内において全く意味を持たないというわけではないことである。プシユケは、むしろ、処分の累積によって初めて生じる、絶対的保護対象たる私的人格形成の中核領域に対する侵害の有無を判断する際には、絶対的保護領域と侵害との近接性がポイントになるとし、以下の三つのメルクマー⁽⁷⁸⁾を掲げる。すなわち、①中核領域に由来する情報の直接的取得（情報の性質）、仮に収集されたのが直接的な情報ではなかった場合であっても、②情報の累積が中核領域への逆推論が可能レベルの濃度に達していること（情

報の規模)、さらに③特定の情報の断片を網羅的に結合することにより同様の効果が生じること(情報利用および情報処理の可能性)である。このうち、総合的解明ととくに関係性を有するのは、右②および③のメルクマールである。⁽⁷⁸⁾では、利用可能性を基礎におく立論はどのように理解すべきか。やはり、これらの三つの要素はそれぞれ、価値の低いものとは思われない。ただし、これらを個別的に評価することにより、権利侵害性が過小に評価されることは妥当ではない。したがって、あくまでも権利侵害性の論拠としては「利用可能性」の有無が重要であるが、その実態を判断するうえでみるべき重要な評価の視点がこれら三つの要素と理解すべきように思われる。

第三章 総合的監視の類型と補充性原則

第一節 同種処分の累積 (Kumulation gleichartiger Maßnahmen)

総合的監視ないし総合的解明の基礎には、情報収集処分の累積が存在するが、これは二つに大別される。まず、同一対象者に対する同一手続のなかで、複数の同種処分が命令・実施される場合が考えられる。例えば、同一対象者の利用する多数の電話接続に対する監視命令や、同様に住居と店舗それぞれに対する搜索などである。また、同一対象者に対する同一手続のなかで同種処分が連続的あるいは相前後的に命じられる場合もある。これは同種処分の累積と呼ばれ、次節で取り上げる多種の処分の累積と区別される。なお、同種処分の累積と類似した状況として、不真正累積 (unechte Kumulation) というものがある。これは、ある処分が元来の時間的限界を超えて長期化した場合をいうが、その適法性に対する評価・判断は単一の規定による。⁽⁷⁹⁾したがって、不真正累積は、殊更総合的監視という問題概念の枠内で論じる必要性は乏しい。

というのは、同種処分の累積の場合、先の例でいうと「通信」または「住居」といった同質の権利ないし保護領域に対する侵害が問題となり、処分対象の射程範囲の広汎化による基本権の中核領域に対する侵害の危険性が増すことになるためである。その意味で、不真正累積（単一処分の延長）の場合と同様に、基本的には同質の処分の量的な増加が問題となる。⁽⁸⁰⁾しかし、一個の処分の長期化と同種処分の数的増加は、情報量の大規模性を通じた性質の変化に繋がりの危険性もないわけではなく、その分だけ侵害・介入が生活形成の中核の最深部に達する蓋然性が高まることになる。ただ、集中的に実施されるからといって、あらゆる処分が生活領域への介入に関する質的変化を必然的に伴うわけではない。例えば、潜入捜査によって取得された情報の利用（刑法一六一条、検察官による証人および鑑定人の尋問（一六一条a）、被疑者の尋問（一六三条a））などは、結合したとしてもそのことで侵害性質の質的な変更はなく、侵害性判断の基準が変わることはほとんどないといっていだろう。同様に、短期間に繰り返される盗聴の場合も、情報の性質の変化はほとんど見込まれない。⁽⁸¹⁾むしろ、絶対的保護領域への介入・侵害の有無を評価する際には、対象者に特有の生活状況をも算入すべきである。その意味で、例えば、コミュニケーションの対象が誰であるかといった点などは、重要な要素となろう。とくに、非常に近い関係の人物との交際状況の監視においては、私的な情報が問題となる可能性が高まるため影響は顕著である。そして、通信に対する監視においては、通話内容のみが監視対象となるだけでなく、被疑者の関係するすべての接続が監視され、加えて情報仲介者と目される人物、あるいは被疑者が接続していると目される人物がすべて監視下におかれるとき、私的な情報交換の大部分がこの処分により強度に侵害されることになる。

第二節 多種の処分の累積 (Kumulation anderer Maßnahmen)

次に、異なる目的を有する多種の処分の累積がある場合であるが、この場合も同種処分の累積と同様、量的な観点においても、私的生活の中核領域に対する介入・侵害の危険は上昇する。しかし、それ以上に、異なる監視措置の結合、およびそれに伴う異なる基本権侵害により、許されざる総合的監視の性質を帯びることにも繋がらうる、対象者の包括的な人格プロフィール (umfassendes Persönlichkeitsprofil) の形成が実現される⁽⁸²⁾ことが問題になる。というのは、たんに異なる証拠収集手段によって生活領域に由来する情報が獲得されるだけでなく、最終的に、監視対象者の生活の現実 (Lebenswirklichkeit) がその全体について捕捉されてしまう場合に、このことはなお一層妥当⁽⁸³⁾する。前掲連邦通常裁判所二〇〇一年判決は、まさにこのことを指摘しており、このことで、個々の処分の単純な合計 (総量) を超えた、質的に独自の侵害性質が根拠づけられうるのであると指摘する⁽⁸⁴⁾。

これについてゲルケ (Gercke) は、「判断者による総合的監視の吟味は、様々な捜査手法が用いられる場合に、まさに大きな意義を有することになる⁽⁸⁵⁾」と指摘しており、単に量的な意味での基本権侵害の危険の上昇でなく、質的な意味での変化がみられるこのような基本権侵害の累積には、よりいっそうの注意を払う必要がある。

例えば、捜査過程においては、一個の犯罪について初期段階の嫌疑 (Anfangsverdacht) が存在し、最初の処分として被疑者の監視が行われ、その過程で別罪の嫌疑が生じたため次の処分が命じられるということは珍しくない。具体的には、薬物の単純所持に関する初期段階の嫌疑に基づき被疑者の行動監視が行われ (刑訴法一六一条、一六三条)、その結果単純所持は大規模取引の一部として行われている疑いが強まったため、次の処分として遠隔通信の監視 (刑訴法一〇〇条 a、一〇〇条 b) が実施されるような場合である。軽い処分から強い処分へと移行する経過は、補充原則 (Subsidiaritätsklausel) からも説明がつく。というのは、比較的軽度の処分では実効性がない

ということが、より大きな成果を期待しうる——その分、侵害強度の高い——処分を命じるための前提状況となるからである。先の例でいうと、犯罪と近いところに身を置く薬物の売人などは、公開の場所での監視から身を守ることに慣れており、技術的手段を用いない一般的な監視（刑法一六〇条、同一六三条）では嫌疑の解明に十分な効果が期待できない。そこで、さらに追加的に遠隔通信の監視を実施することでその嫌疑が固められるということも考えられるのである。⁽⁸⁷⁾

このように、同一人物に対して逐次追加的に異なる処分が使用されるという現象は、珍しくない。そして、一般論としては、同種処分が累積的に使用される場合よりも、この類型の方が対象者の人格情報の包括的な取得、およびそれを基礎にした包括的解明に繋がりやすいことは想像に難くない。では、なぜ多種の処分が累積的に使用された場合の方が、人格権への介入の度合いは強まるのか。まず、考えられうるのは、用いられる監視処分が異なれば、それによって取得される情報の性質・内容も異なってくるという点である。その結果、監視対象者の行動様式および思考様式等々に関する、包括的で多様な事実が明らかになることが考えられる。個別的処分あるいは同種処分の累積では、極端な場合でなければこのような状況は生じない。⁽⁸⁸⁾ 例えば、捜査権に関する一般授權根拠を基礎とした監視、あるいは長期的監視によって取得される情報の中核は、行動様式や立回り先、あるいはそれらから明らかになる交際関係になろう。これに科学技術的手段が用いられるときは、さらにその情報が精緻化することになるが、例えばGPSを用いた監視と人の目による監視とではその対象は異なるため、取得される情報の性質も異なる。これに対し、通信を対象とする監視措置の場合、行動監視以上に対象者の交際範囲が明らかになり、さらにはその内容、関係性が明確化される。そして、これらの情報が情報処理技術を用いて解析され、集約されるとき、単体としての情報からは明らかにはならなかった個人の人格プロフィールが形成されることも十分に想定される。⁽⁸⁹⁾⁽⁹⁰⁾

第三節 補充性と比例原則の関係に関する若干の考察

最後に、複数の情報取得処分が累積的に命令・実施される場合に問題となる補充原則と比例原則の関係性と、捜査手法の累積的命令に対する規制のあり方について若干の考察を加えることにする。

判例は、個々の処分に伴う個別的基本権侵害の累積によって生じる基本権侵害の総体を、比例原則の枠内で理解しようとしており、多くの学説もこれを支持する立場を表明しているといえる。判例の見解に立てば、様々な処分が実施ないし命令された事実があれば、その分だけ基本権侵害の累積・総体化が認められ、許されない総合的監視に繋がりがやすいという結論に至る。そのこと自体は理解しうるのだが、以下でみる補充性原則との関係上、一見したところ矛盾が生じるようにも思われる。

プシユケ、ゲルケによれば、補充性原則とは、刑事手続上のある特定の基本権侵害を伴う処分が、同一目的の他の処分との関係で劣後的にしか許容されないという地位の関係を確定するものであり、この場合、基本的に許容性の限界は侵害強度によって変化するものであると説明される。例えば、GPS監視に関する一連の判例の基礎となった事案では、ある被疑者に対して複数の爆破事件への関与の嫌疑がかけられており、通信の監視、住居の監視が行われたが、捜査機関の期待した情報の獲得には至らなかったため、立回り先等をより詳細に捕捉することができるGPSを用いた監視措置を実施するという事実経過が認められた。このとき、GPSを用いた監視措置の投入に至る一連の経過は、補充性の原則に照らすと妥当な帰結と評価することができよう。しかし、判例の見解によれば、GPS監視の実施に至る時点ですでにその他にも監視措置を実施しているため、これらの監視措置の総合・累積によって生じる基本権侵害の累積を考慮した比例性の吟味が行われなければならないことになる。つまり、比較

的強度の基本権侵害を伴う捜査手法を用いる前に、比較的軽度の処分を複数個実施していたという事実は、比例原則の観点からは当該捜査手法の実施を命じる際に高いハードルとなるが、補充性要件の充足という観点からはむしろ命令を容易化するという逆のベクトルで働くという矛盾が生じるようにも思われる。

しかし、ゲルケは、むしろ、補充性原則の検討の枠内で、その時々々の命令者——すなわち、原則として裁判官——が、すでに実施または意図された他の手段を常に概観し、その関係においても累積的な基本権侵害が許されない総合的調査に至る可能性があるか否かを検討しなければならぬと指摘する。すなわち、補充性原則の吟味の枠内での比例性の評価を要請する趣旨であると理解されるが、このように、補充性原則を軸に比例原則を理解する見解は、他の論者にもみられる。⁹³⁾この両者の関係を整合的に理解するためには、おそらく補充性の内容に関する理解の仕方がポイントとなってくるのではないかと思われる。複数の処分を逐次追加的に投入していくとき、とくに先行する軽微な処分に引き続いて事後的に投入される処分は是非を検討する際、その処分が真に必要なものであるのか、当該処分によらなければ必要な情報を取得できないのか否かがポイントになる。連邦通常裁判所は、先行する複数の監視処分があるときに、追加的に新たな処分を命じる際には、先行する処分の存在を考慮したうえで、全体としてみて当該処分の執行がなお相当であるか否かを吟味せよという。⁹⁴⁾その趣旨を、新たに命じるべき処分が真に必要な最小限度の処分といえるか、当該処分だけでなく全体との関係で考慮せよという内容と理解すれば比例原則の枠内で補充性を吟味することも可能であろう。

右でみたように、総合的監視あるいは総合的解明という一般的人格権を脅かすレベルでの過度の監視状況を回避するためには、ある処分の執行を命じる際に、すでに先行して命令ないし実施されている処分との総合評価が不可欠である。この点、連邦憲法裁判所二〇〇五年四月一二日判決の判示した内容は興味深い。すなわち、ある捜査を

命じる任にある裁判官は、捜査に付随するあらゆる侵害について第一義的に責任を負うべき判断者として、情報提供を受けることが常に担保されていなければならない。そのためには、すでに実施された、あるいは実施される可能性のある捜査上の介入行為に関する完全な資料 (vollständige Dokumentation) が必要となる。さらに、比較的長期に及ぶ検察の訴訟記録簿 (langzeitberreichendes staatliches Verfahrensregister) を利用して (刑法四九二条以下)、異なる手続き間で、それぞれの裁判官が互いに認識しないまま基本権に抵触する捜査を実施することがないようにしなければならない、といふのである。⁽⁹⁶⁾

このような運用がドイツにおいて実現可能であるとしても、これをわが国の現状にそのまま当てはめることが相当程度困難であることは否めない。しかしながら、裁判官は令状審査時に認識することのできた情報をすべて考慮したうえで当該処分の必要性を判断し、またそのためには令状請求を行う捜査機関は可能な限り情報提供を行うということを徹底することができれば、不必要に過度の情報収集を避けることも可能であるように思われる。

むすびにかえて

冒頭でも指摘したように、総合的監視ないし総合的解明に関しては、情報の「取得」のみならず、「蓄積・保管」、「処理・加工」、「事後的利用」というそれぞれの過程に問題性が存在する。⁽⁹⁶⁾そして、今日の特徴として、そのそれぞれにおいて密行性、大規模性を指摘することができる。さらには、情報処理の機械化、自動化による情報結合の網羅性という点もまた、極めて現代の特徴をなすものといえよう。わが国において、強制処分をめぐる議論は当該処分により侵害される権利、利益の重大性を軸に行われてきた。しかし、右で指摘した情報取得捜査の現代の特徴

ゆえに、個別的な視点では当該処分の真の侵害性質は捕捉しきれない場合が多い。そのため、近年主張されているように、情報取得時ではなく情報利用時における規制のあり方も同時に検討されるべきである。しかし、現状では、自己情報がいつどのようにして取得され、蓄積されているか——あるいは消去されたのか——は、事後的にも知覚、認識することはほとんど不可能、あるいは少なくとも非常に困難である。不必要な国家側の情報過多状況を抑制するためには、やはり、事後的規制と並んで新たな事前規制のあり方も模索すべきではないか。その点、抽象的レベルであるにせよ、他の情報取得措置との結合による侵害性質の上昇の危険性、蓋然性があれば、事前にコントロールを及ぼしておこうとするドイツの議論は参考になるように思われる⁽⁹⁷⁾。

ドイツ判例における総合的監視論は、強制処分を命じる際、先行する処分も合わせ考慮したうえで比例性をなお維持しているかというかを考慮せよというものであり、その射程が任意処分にも及ぶものであるかはなお検討の余地を残す。しかし、学説において示されているように、少なくとも人格に関しては重要でない情報というものが存在しないのだとすれば、軽微な処分でも網羅的、合目的に結合させることで、強制処分としての性質を獲得するレベルの侵害性を帯びる可能性も全くないわけではないはずである。やはり、ドイツでは国勢調査判決により「情報自己決定権」が判例上も確立した地位を得たことが大きい⁽⁹⁸⁾が、わが国においてもプライバシーに対する意識の変化がみられ、これまで強制とされてこなかったものが強制処分となる可能性もある。ドイツにおける総合的監視論は、まさにこの点に関係するものといえよう。

なお、最近、わが国においてもこれと同様の指摘を行う見解も登場している。指宿教授は、公道などの公共スペースと住居等の私的空間とではプライバシー保護の必要性は異なるといういわゆる公私二分論に疑問を投げ、監視テクノロジーの発展も視野に入れた新たな判断枠組みの構築を志向される。すなわち、監視テクノロジーの進化に伴っ

て公共空間におけるプライバシー保護を求める新たなプライバシー論が求められるようになってきたことを指摘して以下のように述べられる。「プライバシーについてこれを自己情報コントロール権で保護しようとしても、ビッグデータから容易に多様な個人のプライバシー情報が収集されるようになると、自身では統制できない範囲で生活や趣味、移動履歴や購入履歴といった情報が収集されプロフィール化される危険性を回避できない」と。そのうえで、同意承諾を与えたプライバシー情報の利用を承認することの危険性を指摘されている⁽⁹⁾。また、稲谷准教授も、蓄積する膨大なビッグデータをコンピュータで分析、解析することで、「宗教的信条や思想等をも含む相当詳細なプロフィールが容易に可能」となることを指摘されている⁽¹⁰⁾。このような問題意識は、ドイツにおいて示されていた生活形成の中核領域に対する介入・侵害という概念と共通するように思われる。すでに指摘してきたように、情報を取り巻くこのような危険性は、情報の「取得」、「蓄積・保管」、「処理・加工」、「事後利用」という各段階において存在する。したがって、総合的監視あるいは総合的解明という状況の発生阻止に向けた議論の構築に当たっては、これらの段階における各処分の各論的検討も必要となろう。この点も含め、本稿では、違法な総合的監視の具体的評価方法、違法と評価される場合の証拠禁止の範囲などについては検討を及ぼすことができなかつた。判例的分析等も含め今後の課題としたい。

(1) 指宿信「ハイテク機器を利用した追尾監視型捜査」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀記念論文集「下巻」』（成文堂、二〇〇七年）一六六頁。

(2) 内閣官房長官を長とする国際組織犯罪等・国際テロ対策推進本部は「テロの未然防止に関する行動計画」（二〇〇四年一二

- 月一〇日)のなかで、警察庁や法務省等の関係省庁が把握した「重要情報及びその分析・評価について、内閣官房庁に集約した上で、政府全体として総合的に分析・評価し、関係省庁間で共有する体制を確保」すべきことを明確にしている(同一五頁) (http://www.kantei.go.jp/jp/singi_sosikhanzai/kettei/041210kettei.pdf /最終確認日二〇一六年一月四日)。
- (3) 例えば、最決平成二〇年四月一五日刑集六二巻五号一三九八頁の事案において、領置されたゴミの価値について、後掲(註90)参照。
- (4) Vgl. *Goya Tyszkiewicz, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, 2014, S. 28. ハイテク捜査に関する指摘ではないが、例えば、テュシユキークーヴィツチュは、背後の黒幕の訴追のためにおとり捜査が利用されることを指摘する。
- (5) 小木曾綾ほか・共同研究・分科会Ⅱ「監視型捜査とその規律」(於専修大学・二〇一五年五月二三日)。
- (6) 福井厚『刑事訴訟法講義「第五版」』(法律文化社、二〇一二年)一〇五頁。
- (7) 大阪地判平成二七年一月二七日〔判例集等未登載／LEX/DB25506264〕、大阪高判平成二七年六月五日〔判例集等未登載／LEX/DB25540308〕。
- (8) 最決平成二〇年四月一五日刑集六二巻五号一三九八頁。
- (9) *Jens Puschke, Die kumulative Anordnung von Informationsbeschäftigungsmaßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung*, 2005, S. 27.
- (10) 正式には、‘International Mobile Subscriber Identity Catcher’であり、国際携帯電話加入者識別捕捉機あるいは偽装携帯基地局とも呼ばれる。これにより、実際に接続されている携帯電話に振られた端末番号、カード番号、ならびに所在地を割り出すことが可能になる (Vgl. *Werner Beulke, Strafprozessrecht*, 12. Aufl., 2012, S. 174, Rn. 254c)。
- (11) 一九九九年の刑訴法改正法により新設。二〇〇〇年八月二日施行。
- (12) *Puschke, aa.O.* (Fn. 9), S. 47 f.; *Beulke, aa.O.* (Fn. 10), S. 156, Rn. 233c; *Claus Roxin/Bernd Schunemann,*

Strafverfahrensrecht, 28. Aufl., 2014, S. 297, Rn. 35.

- (13) *Hans-Heiner Kihlne*, Strafprozessrecht, 8. Aufl., S. 328, Rn. 533.2.
- (14) *Lutz Meyer-Göbner/Bertram Schmitt*, Strafprozessordnung, 57. Aufl., 2014, § 163 f, Rn. 1.
- (15) 遅滞のおそれがある場合は、検察官またはその捜査員が本処分を命じることができる。
- (16) 例えば、連邦刑事行法二〇条と二項一号参照。
- (17) BGH, Urt. v. 29.1.1998-1 StR 511/97, BGHSt 44, 13.
- (18) *Wolfgang Joecks*, Strafprozessordnung, 2. Aufl., § 163f, Rn. 1. ただし、これまでの判例によれば、検察官は遅滞のおそれのある場合のみならず、一般的に命令権を有していたとされる。この点は、三項により修正を受けることになった (Vgl. § 163f, Rn. 1a)。
- (19) Vgl. *Joecks*, a.a.O. (Fn. 18), § 163f, Rn. 1a
- (20) BT-Drucks. 16/5846, S. 65.
- (21) *Puschke*, a.a.O. (Fn. 9), S. 47 f.; *Meyer-Göbner/Schmitt*, a.a.O. (Fn. 14), § 163f, Rn. 2; BGH, Urt. v. 24.1.2001-3 StR 324/00, BGHSt 46, 266, 277.
- (22) *Urs Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 3. Aufl., S. 97; auch vgl. *Jörn Hohenhaus*, *Die strafprozessuale Observation*, 2006, 210 ff.
- (23) *Kindhäuser*, a.a.O., S. 97 f.
- (24) 本稿第三章第一節。
- (25) Vgl. *Puschke*, a.a.O. (Fn. 9), S. 48 f.
- (26) Vgl. *Puschke*, a.a.O. (Fn. 9), S. 51. プシユケは、その例として情報機器や日記帳などの情報関連性の高い対象物の押収が

- 問題となる場合を挙げる (a.a.O., S. 52 [Fn. 157])。
- (27) ただし、DIN A型データベースの構築については近年問題が指摘されている。
- (28) なお、刑法法八一条gは、特定の犯罪が将来行われた場合に備えて、DIN A鑑定を実施することを認める。
- (29) BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, Az. 1 BvR 209/83, 1 BvR 484/83, 1 BvR 440/83, 1 BvR 420/83, 1 BvR 362/83, 1 BvR 269/83, BVerfGE 65, 1.
- (30) *Puschke*, a.a.O. (Fn. 9), S. 63 f.
- (31) Vgl. dazu *Björn Gercke*, Die Kumulation strafprozessualer Beweisgewinnungsmaßnahmen, in FS-Mahlke, 2009, S. 224 f.
- (32) BVerfG, a.a.O. (Fn. 29).
- (33) BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, NJW 2008, 822, 826.
- (34) *Gercke*, a.a.O. (Fn. 31), S. 226; *Gregor Kirchhof*, Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, NJW 2006, 732.
- (35) BVerfG, a.a.O. (Fn. 29), S. 44 ff.; Vgl. *Puschke*, a.a.O. (Fn. 9), S. 63.
- (36) BGH, a.a.O. (Fn. 21), S. 277.
- (37) Vgl. *Puschke*, a.a.O. (Fn. 9), S. 61.
- (38) Vgl. *Gercke*, a.a.O. (Fn. 31), S. 225; *Puschke*, a.a.O. (Fn. 9), S. 81 f.
- (39) *Puschke*, a.a.O. (Fn. 9), S. 62 ff.
- (40) Vgl. von *Münch/Kunig-Löwer*, GG, Art. 10 Rn. 16; *Sachs-Kritiger/Pagenkopf*, GG, Art. 10 Rn. 12.
- (41) Vgl. *Jarass/Proth-Jarass*, GG, Art. 10 Rn. 5.

(42) Vgl. von *Minch/Kunig-Löwener*, GG, Art. 10 Rn. 18; a.A. *Sachs-Krüger/Pagenkopf*, GG, Art. 10 Rn. 14a.

(43) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 63.

(44) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 63. この点については、拙稿「ドイツにおける潜人捜査」北大法学論集五六巻四号(二〇〇五年)三二八頁以下参照。

(45) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 63.

(46) *BVerfG*, aa.O. (Fn. 29).

(47) *BVerfG*, aa.O. (Fn. 29), S. 43. 国勢調査判決について紹介し、情報自己決定権について分析・検討を加えたわが国における論考として、藤原静雄「西ドイツ国勢調査判決における『情報の自己決定権』」一橋論叢九四巻五号(一九八五年)七二八頁以下参照。

(48) *BVerfG*, aa.O. (Fn. 29), S. 45; Vgl. *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 65.

(49) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 67.

(50) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 69. その意味で、軽微な価値しか有しない情報、あるいは公開・公然の情報、保護の対象から除外されることはないとする。

(51) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 67; vgl. auch *Gercke*, aa.O. (Fn. 31), S. 44.

(52) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 67 f. なお、わが国において梱包物のX線検査が問題となった最決平成二一年九月二八日刑集六三巻七号八六八頁は、内容物によっては相当程度具体的な特定が可能であることを根拠に「プライバシー等を大きく侵害する」としている。この点について指宿教授は、「プライバシー侵害の程度を法的に評価する前提として、当該事案で実際に生じた侵害ではなく、用いられた技術的特徴から侵害の可能性を検討した点が参考とされるべき」であるとされる

- (指宿信「GPS利用捜査とその法的性質」法時八七卷一〇号(二〇一五年)六一頁)。
- (53) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 68 f.
- (54) BGH, Urt. v. 8.10.1993-2 StR 400/93; BGH, Beschl. v. 13.5.1996-GSSt 1/96; BGHSt 39, 335; 343; 42, 139, 154.
- (55) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 71.
- (56) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 71.
- (57) 刑法一六〇条二項は、「検察官は、不利益に働く状況のみならず、有利に働く状況についても捜査しなければならず、そして喪失の恐れのある証拠の獲得のために配慮しなければならない」と規定する。わが国においても、検察官には一定の客観義務が課せられるとみるべきであろうが(検察庁法四条)、起訴法定主義を採用するドイツでは検察官は純然たる当事者として活動するわけではないことはより一層妥当する。しかし、實際上必ずしもそう言い切れないことは、本文で述べた通りである。
- (58) Vgl. *Edda Weßlau*, Vorfeldermittlungen, 1989, S. 202 f.; *Frank Riepl*, Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren, 1998, S. 1 f.; *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 72.
- (59) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 72.
- (60) キューネによれば、実情は捜査の過度な強調(Überbetonung der Ermittlung)により、一般に有罪方向の(belastend)ものとして印象付けられるとされる(Kilime, aa.O. (Fn. 13), S. 221, Rn. 350)。
- (61) *Klaus Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht, 1992, S. 63.
- (62) *Christian Rosenbaum*, Der grundrechtliche Schutz von Informationseingriffen, Jura 1988, 178, 182.
- (63) *Jaras/Pieroth-Jarass*, GG, Vorb. vor Art. 1, Rn. 27; *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 73.

- (64) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 73 f.
- (65) *Riepl*, aa.O. (Fn. 58), S. 13; vgl. auch *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 74.
- (66) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 74.
- (67) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 74[Fn. 262].
- (68) *BVerfG*, aa.O. (Fn. 29), S. 43.
- (69) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 74 f.
- (70) 「同意」については前款でも触れたが、プシユケは、情報の公然性あるいは捜査の公開性から同意が認められることにはな
らざるに指摘する (*Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 75.)。
- (71) Vgl. *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), 75 f.
- (72) Vgl. *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), 76 f. なお、プシユケは、偶然の知覚によって取得された情報を用いたその後の「あらゆる」
手続をも、情報自己決定権の侵害と理解されなければならないと主張する (Vgl. auch *Thilo Weichert*, *Informationelle
Selbstbestimmung und strafrechtliche Ermittlung*, 1990, S. 14; *Weglau*, aa.O. (Fn. 58), S. 203.)。
- (73) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 76.
- (74) わが国における同様の指摘を行うものとして、指宿・前掲論文(註52)六二頁以下参照。
- (75) 山本龍彦「監視捜査における情報取得行為の意味」法時八七巻五号(二〇一五年)六〇頁以下、緑大輔「監視型捜査にお
ける情報取得時の法的規律」法時八七巻五号(二〇一五年)六五頁以下、笹倉宏紀「捜査法の思考と情報プライバシー権」
法時八七巻五号(二〇一五年)七〇頁以下。
- (76) *BGH*, aa.O. (Fn. 21), S. 266 ff.

- (77) BVerfG, Urt. v. 12.4.2005-2 BvR 581/01, NJW 2005, 1338 ff.
- (78) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 83 f.
- (79) Vgl. *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 87 ff.
- (80) *Gercke*, aa.O. (Fn. 31), S. 228.
- (81) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S.89.
- (82) *Gercke*, aa.O. (Fn. 31), S. 228.
- (83) *Maximilian Warnjen*, *Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung*, 2007, 189; *Gercke*, aa.O., (Fn. 31) S. 228 f.
- (84) BGH, aa.O. (Fn. 21), S. 277.
- (85) *Warnjen*, aa.O. (Fn. 83), S. 189; *Heinrich Comes*, *Der Fluch der kleinen Schritte – Wie weit tragen die Legitimationsgrundlagen der StPO bei Observationsmaßnahmen? Zugleich eine Anmerkung zu OLG Düsseldorf StV 1998, S. 170*, StV 1998, S. 569, 570 f.
- (86) *Gercke*, aa.O. (Fn. 31), S. 229.
- (87) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 92.
- (88) *Puschke*, aa.O. (Fn. 9), S. 93.
- (89) 指宿・前掲論文(註52)六二頁参照。
- (90) 例えば、最決平成二〇年四月一五日刑集六二卷五号一三九八頁の事案では、被告人の犯人同一性を判定するために、犯行時の防犯カメラの映像と、他の映像とを比較し、さらには被告人が公道上にゴミとして排出した腕時計、衣服等が領置さ

れた。この腕時計と、真犯人と思われる人物が着用していたもの、被告人がバチンコ店内で着用していたものが同一であることが、人物同定のための一つの判断要素とされた。廃棄物である腕時計はそれ自体としてはそれほど高い価値を有しないものかもしれないが、防犯カメラの映像と比較することで価値を増したものといえ、その意味で複合する二つ以上の情報の累積による価値の上昇の一つの例を提供するものといえる。

- (91) *Gercke, aa.O.* (Fn. 31), S. 227.
 (92) *Gercke, aa.O.* (Fn. 31), S. 228.
 (93) *Gercke, aa.O.* (Fn. 31), S. 228; *Puschke, aa.O.* (Fn. 9), S. 74, 92; *Wanjen, aa.O.* (Fn. 83), S. 190; *Comes, aa.O.* (Fn. 85), S. 571.
 (94) *BGH, aa.O.* (Fn. 21), S. 277.
 (95) *BVerfG, aa.O.* (Fn. 77), S. 1340.
 (96) 本稿第一章第一節等参照。
 (97) わが国では、公共空間での情報収集は、プライバシー放棄を根拠に任意処分として理解される傾向にあるが、その態様、目的次第では、捜査官の判断に委ねてもよいレベルを超過することもありえ、いわゆる公私二分論も妥当性を欠く場合があるのではなからうか。
 (98) 同様に公私二分論の妥当性を再考すべきとするものとして、大野正博「GPSを用いた被疑者等の位置情報探索」高橋則夫ほか編『曽根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集「下巻」』（成文堂、二〇一四年）五一―四頁以下参照。
 (99) 指宿・前掲論文（註五二）六二頁。指宿教授は、このようないわゆる「第三者法理」に対する批判があることについて、ダニエル・J・ソローブ『プライバシーの新理論』（みすず書房、二〇一二年）一五一頁を挙げられる。

(100) 稲谷龍彦「情報技術の革新と刑事手続」井上正仁・川出敏裕編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、二〇一三年) 四〇頁。

〔付記〕 本稿は、平成二七～三〇年度科学研究費補助金による若手研究(B)「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」(研究代表者 内藤大海、研究課題番号15K16944)の成果の一部である。

また、ドイツ判例理論の理解については Jens Puschke 氏 (Philips Universität Marburg) に助言を頂いた。ここに記して深謝申し上げる次第である。