

2025年6月4日
指宿信・成城大学教授

本日の当方のコメントの概要はご覧のとおりです。最初に、当方の専門的立場やコメントの方向性ならびに限界を明らかにし、その後、時間の関係もありますので、小西報告の内容から2点に絞ってコメントをさせていただこうと思います。そして、そのコメントを踏まえた将来展望について若干、まとめで言及したいと思います。末尾にはコメントの内容にかかわる当方の論稿や著作をリストにしています。できるだけ本コメントはこれまでの当方の著作物と関連づけてお話しするつもりですので、ご関心のある向きにはこのリストの原典をご確認いただければ幸いです。

まず、当方の専門は刑事訴訟法です。刑事手続に関連して、これまで、公訴権濫用論、証拠開示問題、取調べの可視化、サイバー捜査、最近では再審法改正問題ならびに誤判原因研究などに携わってきました。従って憲法学には不案内という限界があります。また、比較法的な調査研究はもっぱら英米法が中心で、小西報告が基盤とされるドイツ法についても専門的に調査した経験はありません。他方で、サイバー法＝情報法については、インターネット黎明期より関わって参りました。1997年に、おそらく日本では初めてサイバー法の研究のために在外研究を米国でしています。そうした経験から、方法論的には立法政策論的な志向が強いと自覚しています。解釈論についてはリベラルで人権擁護傾向が強いのですが、監視や監視技術に長く関心を抱いている一方、そうした行為や技術を規律する法的枠組みや思想に学問的関心を持っています。調査研究の方法については、とりわけサイバー法まわりでは共同研究の機会が多く、今回の報告者である小西さんも当方代表の研究チームに属しておられますし、最近では若い方々との議論に触発刺激されて研究を進めています。刑事訴訟法関係では裁判所に鑑定意見書を多数提出し、学者証人としても何度か出廷経験があります。

では、以上の当方の立場、経験、方法論的志向性を踏まえて、本日は次の二つの点について小西報告にコメントさせていただきます。第一は、諜報・捜査に対するレギュレーション、すなわち規律の在り方についてです。第二は、小西さんが最後に触れられた情報法学の寄与・貢献についてです。

では、第一の点について参りましょう。小西さんはスライドの16頁で次のように述べられています。「安全を確保するために自由を制約することが、いかなる条件のもと、いかなる限度で正当化されるのか?」ということが、報告者が研究している内容の核であると。この

点、当方とも問題意識が重なります。小西さんの発言中、下線をひいた部分が、すなわち当方が課題とする監視や監視技術に対するレギュレーションの枠組み構築の必要性であり、これを当方も学問上の課題としているところです。

これまでわたしは1990年代にサイバー法に出会って以来、数多くの監視技術や監視の実態を調べてきました。それらは、諜報目的であることも捜査目的であることも、あるいは軍事目的であることもありました。そもそも、みなさまご承知のとおり、インターネットというネットワークの構築自体、米国の軍事的戦略のひとつであったわけですし、いまでもGPS運用は米国空軍が統括しているように位置情報取得のコアとなるGPS衛星ももとは軍事目的でした。それらが民間利用開放されて身近な技術となっているように、監視技術も軍事や諜報活動のために立案され、実装され、その後、法執行機関に転用されていく例は少なくありません。たとえばIMSIキャッチャー、商品名であるスティングレイで有名になりましたが、これはもともと軍事目的で開発されたものが、犯罪捜査に便利だとして使われるようになったものです。米国では、法執行機関が利用し始めた後に、その利用手続を規律する動きが出てきます。ところが、ビッグファイブによって運用されている、旧エシュロン、こんにちではエドワード・スノーデン氏のリークによって「プリズム」として知られる巨大な国際通信盗聴システムはもっぱら諜報軍事目的で利用されているため、国内法での規律はまったく存在しません。

日本における諜報活動は複数の機関が分担している現実がありますが、警察庁では公安部門がこれを担っています。公安の活動は情報収集に止まらず、時には犯罪捜査へと発展することは知られていますが一最近の著名事例はえん罪事件であることが明らかになった大川原化工機事件です。そうした事件の捜査の実態はほとんど明らかになることはありません。なぜなら、監視はほぼ任意捜査で実施されているため、令状発付という裁判官の事前審査もなければ、収集した情報について法廷で証拠調べ請求することもないからです。具体例は後ほどお話しします。特にその情報収集活動で多用されているのが「捜査関係事項照会」という刑事訴訟法で認められている任意捜査です。この事項照会についてはJILISでガイドラインを作成、公表していますので、詳細はそちらをご覧ください本コメントではこれ以上立ち入りません。

いずれにしても、当方の問題関心はこのように秘匿のうちに実施される諜報・犯罪捜査における国家による監視活動をどのように規律、レギュレートしていくか、していけるか、というところにあり、その監督スキームの基本原則として「トラスト構築」という概念を提唱しているところです。その内容についても本日は詳細は割愛させていただきます。

わたしがそうした監督スキームを樹立する必要を痛感したのが、通称「堀越事件」、法律学の教科書類では「国公法違反事件」として知られるケースに学者証人として関与したからです。事件は、旧社会保険庁職員の堀越氏が、休日に日本共産党の機関紙「しんぶん赤旗」をポスティングしたところ、国家公務員法違反で起訴され、一審では有罪になりましたが、二

審で逆転無罪となり最高裁で確定したものです。憲法学では表現の自由に関する重要判例として知られていますが、この事件の捜査がまさに監視捜査でした。警視庁公安が下級公務員であった堀越氏を一ヶ月近く監視下に置き、チラシのポスティングを現認したとして、国家公務員法違反で逮捕したのです。この事実は当初裁判では明らかになっておらず、逮捕した警察官証人の証言から、裁判所に未提出であった長期間のビデオで撮影しながら秘匿捜査の実態が明らかになったのです。当方はこの問題を重視した弁護団から依頼され一審で監視捜査の違法について証言をしましたが、東京地裁はこの長期の監視撮影を「社会的通念上相当の範囲」であると退けたのです。特に、その撮影場所が公道上であったところ、いわゆる公私二分論の立場から、プライバシーの合理的期待を低く見る考え方をその論拠にしていました。わたしはたとえ実務で、また学説上も任意捜査として位置づけられているにしても、こうした長期の監視捜査は法的規律の下に置かれなければならない、実際にそうした活動が公になることを嫌う公安が検察にすら証拠を送っていない以上、いわゆる強制処分に対する令状審査に代わる規律が必要だ、と考えるに至りました。そして、もうひとつの課題である公私二分論に基づく監視を容認してしまう判例法や通説も打ち破る必要があるという学問的課題を得ることになりました。

幸い、後者の課題については、みなさまご承知のGPS捜査を違法と断じた2017年3月15日の最高裁大法廷で実を結ぶことになりました。これは公安事件ではない一般刑事事件でしたが、7ヶ月間という超長期の位置情報監視が実施されたものでした。わたしは一審で学者証人として、外国法制や堀越事件当時はまだ刊行されていなかったダニエル・ソロブの著作等を根拠に、公共空間での監視が任意捜査ではなく強制捜査としての性質を持ちうることを、そしてその規律は新たな立法ができないと証言し、最終的に最高裁が反対意見なくこれを受け入れてくれることになったのです。米国の最高裁での同種事案で法廷意見が物理的な装置の設置に違法判断の根拠を置いたのに対して、今次の大法廷はそうした設置の状況ではなく監視の実像に権利侵害の根拠を置いたもので、世界的にみても画期的な判断をしたとわたしは評価しています。

他方で、最初の課題については、その後大分県警別府署による秘密撮影事件など、ときどきに監視撮影が表面化することはありながら、未だこの国ではレギュレーションを整備する契機を得ることができていません。国会の関心も高いものとはいえませんし、各都道府県の公安委員会が監視捜査について監督指導などおこなっているわけでもありません。小西さんと当方が抱える課題解決の糸口にすらこの国は至っていないのが現状でしょう。

では、二番目の論点に進みます。それは小西報告の終わりの方で言及されている「情報法という学問領域の将来展望」とでもいうべき部分についてです。その展望を切り開く上で小西さんは情報法の置かれている「現状の実態分析を踏まえて」とされています。そこでコメンテーターとしては、情報法学の置かれている現状を自分なりに評価分析し、さいごのまとめに繋げる出発点としたいと思いました。

わたしは、法学領域を支配する憲法学以下の各種の実定法に基礎付けられている、法解釈論を中心とする伝統的な実定法学に、情報法学の知見や研究成果がほとんど影響を与えていないのではないか、という危惧を抱いています。その例はのちほど二つほど自身の体験としてお話ししますが、その背景には、実定法学側の孤立主義的な、学際的思考やアプローチを拒絶する姿勢もあるのではないかと思いますし、それを強化・再生産する現状の法学部・法科大学院の人事上の仕組み、そして新しい立法を策定する法制審議会における諮問という手続に由来する構造的な原因などが考えられます。

その例として、当方が裁判所に意見書を提出していた通称「FC2事件」、捜査機関による越境捜査の規律が争われた最高裁判例ならびにその反響について挙げたいと思います。

二つ目の例として、当方が衆議院法務委員会で参考人として意見陳述させていただいた、今年国会で成立した「刑事手続IT化法」の立法過程についてお話ししたいと思います。

最初の例であるFC2事件最高裁決定の事案は、データであるわいせつ物の頒布の罪について共犯とされたサーバー運営会社に対して捜査機関が同意承諾を得て差押えをおこなったものですが、そのデータ所蔵場所が海外サーバーであったことから越境捜査であるとして、違法性が主張されたものです。最終的に最高裁は捜査の違法は認めたものの、その程度は重大でないとして得られた証拠を手続から排除する必要なしと判断しました。わたしは一審から上告審まで3度にわたって意見書を裁判所に提出し、国際的な越境捜査の規律状況ならびに従前の最高裁判例、また国会における政府答弁との齟齬を根拠に、違法性がありその程度は重大であるという指摘を繰り返しましたが、最高裁の取り入れるところになりませんでした。GPS大法廷判決と同様、画期的な判断を期待しのですが、今回は裏切られました。GPS事件では最高裁は小法廷から大法廷に回付し、従前の目視による監視や路上での法執行機関の撮影行為とは質的にも規模的にも異なる監視技術の実像を理解して規律の必要を認めたのに対し、今回は刑事訴訟法学のみならず個人情報保護法や国際法、行政法等さまざまな観点から問題が指摘されていた論点をいわば回避する（すなわち、応えないという態度）姿勢で、弁護団の主張の多くをスルーしてしまったのです。この最高裁決定は、学界で重要な出版物である毎年の重要判例解説で3分野で取り上げられたものを含め合計で20件近い評釈が刊行されるなど大きな反響がありました。しかしながら、そのいずれも、評者それぞれの専門領域からの分析に止まり、分野横断的な、まさに情報法的検討に立ち入ったものはほとんど見られませんでした。

そこで、この問題を複数の異なる法分野の研究者が協働して研究を進める必要に共感した方々が集まり、公開研究会を連続して開催することになりました。ちょうどパンデミックの時期に重なったため、ほとんどがオンラインかハイブリッドでの研究会になりましたが、その成果は2023年に法律文化社さんから刊行された『越境するデータと法』という書籍にまとめられ、誰でも内容を深く知ることができます。その後、現在につながる分野横断的な情報法研究チームが出来上がりましたが、この裁判の経緯と最高裁の判断内容、そして学界

のその後の受け止めは、情報法という法的思考やアプローチがまだまだこの国の裁判実務や法律学の世界で浸透していないのではないかとわたしに思わせる出来事になった次第です。

その経験から、今後どのように取り組むべきかという方向性については後で、まとめのところでお話ししたいと思います。

二つ目の例は、立法です。この3月に国会上程され、先月可決成立した、いわゆる「刑事手続 IT 化」法の立法過程を取り上げたいと思います。この法律は、電子令状の創設から、刑事裁判における遠隔証言手続の採用に至るまで、民事に比べて遅れていた刑事手続における IT 利用を本格化させ、手続の迅速化効率化を進めるという目的の下、立案されたものでした。ところが、この中に、従来あったデータに対する強制処分である「記録命令付き差押え」を廃止し、新たな強制処分として「電磁的記録提供命令」というものを導入することが盛り込まれたのです。簡単に言いますと、これまでの差押えの場合は、データを蔵置する被処分者のところまで出かけて記録媒体にデータをコピーするよう命じる処分でしたが、それを、実際に処分の相手方のところまで出かけずとも、特定のデータを電子メール等の手段で提出させることを命ずる処分に代えようというのです。こうした発想自体は誤っているとは当方も考えません。しかし、世界各国の類似の命令処分について調べてみますと、その命令の要件や適用される罪種、相手方についての限定など細かな制度となっているのに対して、提案されている提供命令はそのような要件も限定もなく、もっぱら裁判官の令状審査だけに規律を委ねる内容になっていました。しかも、処分の相手方に対して、当該処分について他人に漏らすことを禁じる保秘条項を付けることができ、その違反について罰則があるという間接強制まで用意されていたのです。

ところが、本法立法に先立つ法制審議会の部会には、タイトルに「情報通信技術関係」と名売っているにもかかわらず、その構成員には情報法や情報技術の専門家はだれもおらず、刑事法学者ばかりで占められていました。当然ながら、部会での論議は刑事訴訟法や刑法の解釈論に終止し、加えて、電磁的記録に対する強制処分の新設により大量のデータが個人情報扱う事業者から取得可能であることを認めつつ、事業者等からのヒアリングすらありませんでした。そればかりか、従前の記録命令付き差押えの発付統計も、執行状況についてもなんら提出されることなく新たな処分ありきという議論が進められていたのです。

わたしは、この4月に法案が衆議院法務委員会での審議に参考人として召喚された際に、もっぱらこの提供命令の新設に関わる問題点を指摘しました。いくつもの海外法制を根拠とした当方の指摘の中でとりわけ法務委員会の議員に響いたのは、今、ご紹介した提供命令に付随する保秘要請に期限設定がないという点で、しかも法制審への諮問直前、2021年にドイツで刑事訴訟法が改正され、保秘の解除が最大でも六ヶ月以内となる立法情報でした。これを踏まえて法務委員会では野党側提案として、保秘要請期間を最大で一年以内とする修正案が出され、これが採択されることとなったのです。法務省が作成し議員に提供した立

法関連資料にはこのドイツの改正情報を含め、提供命令類似の諸外国の法制度の概要紹介もなく、実体要件や手続要件もほとんどフリーハンドな法案説明であったことから、当方紹介内容が議員らに大きな驚きを与えたことが容易に想像できます。

この刑事手続 IT 化法の立法過程から、わたしは今の法制審議会における専門家と称される刑事法研究者の部会員の現状に強い危機感を抱かざるをえません。なにゆえ、強制処分を刑事訴訟法上新設する立法に当たって、国会での法案審議の場ではじめて諸外国の立法事情を部外者である研究者から指摘されなければならないのでしょうか。当方が批判した保秘要請の問題以外にも、個人情報保護の観点、とりわけ欧州の GDPR の要請などに合致する手続要件が整っていないことなどもマスコミ報道で識者から指摘される始末です。こうした法制審の現状をもたらした原因の一端は、法制審の閉ざされた人選のみならず実定法学孤立主義的な解釈論重視の伝統的アプローチに依存した点にあると思われます。疑問をもたれた方には議事録が公開されていますので是非ご自身の目で確かめていただければ幸いです。

長くなり恐縮ですが、さいごに三点ほど、まとめとして小西報告へのレスポンスを兼ねて、情報法学的なブレイクスルーをこの日本で実現するための提案を申し上げます。

第一は、学部や大学院教育において、いくつかの仕掛けや取り組みを実施することです。第二は、法科大学院を中心とする法曹養成の中で、情報法的観点を取り込んでいくことです。第三は、先ほどご紹介したような法制審議会の現状を改めさせ、実定法学孤立主義的な体質、構成を変えることです。

法ならびに法現象をとりまくデジタル技術の世界は、AI はいうに及ばず加速度的に変化しています。そうした知見を情報法サイドが戦略的に、そして積極的に、この国のさまざまな領域や分野で発揮していくことを望んでやみません。

最後の最後になりますが、第一の取り組みの例として、当方が勤務する成城大学大学院におきまして、外部講師による情報法のリレー講義を企画し、広く受講される方を募集することになっておりますので次のスクリーンで紹介させていただきます。

ポスターの下にある講師陣は、先にご紹介した『越境するデータと法』という書籍の著者を中心とする専門家の方々です。こうした教育プログラムを各大学で開発していくこともブレイクスルーへの遠回りながら確実な一歩となると信じている次第です。

ご静聴ありがとうございました。

(おわり)