

研究ノート

捜査法上の処分に対する経済学的分析

— Orin S. Kerr の論文を参照して —

大 角 洋 平^{*}

- I はじめに
- II 捜査法の経済学的分析
- III 検討

I はじめに

本稿の目的は、Orin S. Kerr¹⁾による捜査法上の処分についての経済学的分析 (Orin S. Kerr *An Economic Understanding of Search and Seizure Law*, 164 U. PA. L. REV. 591 (2016) (以下、「本論文」)) を紹介し、検討することである。従来の法と経済学分析において、捜査手続は制裁の大きさを構成する一変数に過ぎなかった。これに対し、Kerr は捜査法を固有の分析対象として取り上げ、モデルを構築した。本論文は、このこと自体において意義を有しているが、その意義はこれに留まらない。

第一に、本論文は、経済モデルを構築することにより、捜査処分の制御方法を統一的に理解・設計する視点を提供した点において意義を有している。アメリカ連邦最高裁は、過剰な権利制約を伴う処分を制御するために様々な法理を提供し

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第17巻第1号 2018年3月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

1) 南カリフォルニア大学ロースクール教授であり、刑事訴訟法およびコンピューター犯罪を専門とする。主な著書として、COMPUTER CRIME LAW (2006) がある。

てきたが、本論文は、経済学的分析により機能面からこれらを統一的に理解することを可能とした。

第二に、本論文は、捜査それ自体に要する費用（内部費用）を経済モデルに組み込むことにより、こうした費用を人為的に高めることによって過剰な権利制約を伴う捜査処分を抑制する可能性を提示した点においても、意義を有している。従来、強制処分の規律は令状主義に焦点が当てられ、処分執行時の立会いなどの一部の例を除き、それ以外の方法については十分な検討がなされてこなかったように思われる。これに対して、本論文は、令状主義以外にも様々な規律方法がありうることを示唆する。日本法に対しても、重要な視点を提供するものと思われる。

以下では、本論文の要旨を紹介し、検討を行う。なお、Kerrは修正4条違反の捜査処分に対する法的救済についても考察しているが、紙幅の関係から省略した。

II 捜査法の経済学的分析

1. 捜査の経済モデル

捜査法上の処分に対する経済学的分析を行うためには、経済モデルの構築が必要となるが、その際にモデルに組み込む要素の選別が重要となる。モデル構築にあたっては、様々な事情の中から、便益を構成する要素と費用を構成する要素を選別しなければならない。組み込むべき要素が正しく組み込まれていない場合には、不適切な分析になるからである。そこで、Kerrは従来の経済モデルを参考にしながら、モデルに組み込むべき要素を特定していくのである。

(1) 捜査が有する外部費用

Kerrは捜査法の経済モデルを構築するにあたり、内部費用と外部費用を考慮する必要があると指摘する²⁾。内部費用とは、捜査官の雇用・訓練および装備に

2) Orin S. Kerr *An Economic Understanding of Search and Seizure Law*, 164 U. PA. L. REV. 591, 597 (2016).

要する費用を指す。「法と経済学」のパイオニアである Gary S. Becker は、捜査の最適水準は、内部費用と捜査により得られる便益から導くことができると考えた。これに対し、Kerr は捜査予算として表される内部費用だけではなく、捜査によって生じる被疑者に対する侵害や社会に与える影響（外部費用）も考慮して、捜査法の経済モデルを構築しなければならないとする。

通常、何らかの捜査を行えば、その被処分者等は一定の損失を被るが、これを外部費用と呼ぶ。例えば、監視型捜査は、個人のプライバシーを制約し、社会が平穏であるという感覚を動揺させ、法律上問題の無い行為を萎縮させる。搜索・押収は、証拠収集のために部屋の一室を荒らしていく。暴力的で、破壊的であり、その損失は大きい。逮捕は、被逮捕者の自己決定と自由を制約するに留まらず、家族の生活にも影響を及ぼす。職務質問は、対象者にとって屈辱的な経験であり、その者の家族や友人も憤りを覚える。これら捜査に伴い被処分者等が負う負担を総称して外部費用と呼ぶのである。

Kerr は、内部費用と、捜査に付随して生じる金銭的・非金銭的損害（外部費用）とを考慮して捜査の経済モデルを構築しなければならないと指摘するが、これを工場と公害の比喩によって説明する。捜査が生み出す被害は、捜査機関が負担するのではなく、捜査の対象者が負担する。したがって、公害を発生させる工場が、公害という外部費用を負担しなければ、そのまま生産を続けていき、市民・社会にとって望ましくない状況をもたらすのと同様に、捜査機関も外部費用を考慮しなければ、内部費用が過大にならない限り、過剰に捜査を遂行し、市民・社会にとって望ましくない状況をもたらすというのである。

それでは、なぜ捜査機関は、市民・社会にとって望ましくない状況に至るまで捜査を遂行するのだろうか。経済学的に言えば、プリンシパル＝エージェント問題（以下、エージェンシー問題という）が原因である。

(2) 捜査とエージェンシー問題

そもそも、エージェンシー問題とは何か。一般の教科書では、経営者と株主の関係を例に挙げて説明されている。企業経営能力の低い株主（依頼人・プリンシパル）は、経営能力が高い者を経営者（代理人・エージェント）として指名する。

しかし、株主が経営を委託したとしても、経営者は企業の利潤を最大化する行動をとらない可能性がある。例えば、経営者は企業の利益よりも、自分の身近にいる労働者の利益に重きを置いた企業経営を行うことが考えられる。しかし、株主は企業経営能力が低いために、こうした企業経営の適切性を評価することが難しい。また、経営者に経営状況を逐一報告させることによって、株主が経営者を監視することも理論的には可能であるが、それには費用も時間もかかりすぎるため、現実には困難である。このように依頼人が代理人の行動を監視できないがゆえに、依頼人の利益に反して代理人が自己利益を追求した行動をとることをエージェンシー問題という。依頼人と代理人との間にこのような摩擦が生じる原因は、①両者の目的が必ずしも一致しないこと（依頼人と代理人の効用関数が異なること）、②依頼人が、利潤最大化の観点から代理人の行動を正確に判断するのに必要な監視ができないこと（情報の非対称性）、にある³⁾。

Kerr は、この関係を市民（依頼人）と捜査機関（代理人）に当てはめて分析を試みる⁴⁾。もし捜査機関の目的（効用関数）が市民と同じであれば、捜査機関が好んで選ぶ行動は、市民にとっても望ましいものとなる。しかし、現実はそのようなわけではない。捜査機関は独自の目的（効用関数）を有しているのである。Kerr は、両者の目的が異なることを先行研究に基づき論証し、法規制がなければ社会にとって望ましくない状況をもたらすまで捜査が遂行されてしまうことを説明する。

以下では、このエージェンシー問題の存在を確認する下準備として、依頼人たる市民・社会の利益をモデル化し、次に代理人たる捜査機関の目的・効用関数を社会学・公共選択理論に基づきモデル化する。

(3) 市民の利益

依頼人である市民は、捜査能力に優れた捜査官を雇うことによって犯罪の捜査・解決を試み、犯罪抑止・応報・無害化という便益を得ようとする。一方、捜査には内部費用・外部費用が伴う。これを経済モデルで表すと、次のように表記

3) 柳川隆＝町野和夫＝吉野一郎『ミクロ経済学・入門〔新版〕』（2015、有斐閣）196-209頁。

4) Kerr, *supra* note 2, at 598.

される⁵⁾。

$P \cdot V - C_i - C_e$ = 社会的厚生 (welfare)

P は、事件が解明され、成功裡に訴追される確率の増分を指す。より詳細には、P は、捜査機関の活動の結果として、訴追に必要な証拠が発見される確率を示す。P が高い数値をとることは、その捜査処分が犯罪解決に大きく寄与することを意味する⁶⁾。

V は、訴追に成功した結果、犯罪抑止や無害化により得られる純価値 (net value) を意味する。これは、訴追の成功により得られる抑止効果と無害化という価値から、科刑にかかる費用を引いた分を指す。一般的に、犯罪が重大であるほど V は高い数値をとる⁷⁾。

そして、 C_i は、捜査に要する内部費用を指す。この費用は、二つに分解できる。一つは、政府や警察上層部 (police chief) の観点からする費用であり、設備や装備、訓練費用、給与がこれに当たる。もう一つは、現場の捜査官の観点からする費用であり、捜査に費やす時間や労力、捜査において生じた心身への危害がこれに当たる⁸⁾。

最後に、 C_e は、捜査により生じる外部費用を指す。捜査は、被疑者とその家族・友人に対するプライバシーや財産上の侵害を生じさせる。これには、捜査がコミュニティ全体に与える動揺も含まれる。例えば、犯罪多発地域にて、捜査官が強烈な存在感を示すと、コミュニティ内部に反発や畏怖の感情を引き起こすが、これも外部費用に含まれる。

5) *Id.* at 599.

6) P がとる値は事件の性質と採用する捜査処分によって異なる。脱税事件では、公道での監視は重大な証拠が得られる可能性が低く、P の値は小さい。一方、被疑者所有のパソコンの押収・分析は、訴追に大きく貢献する証拠が得られる可能性が高く、P の値は大きい。*Id.* at 599 footnote 36.

7) ただし、抑止効果の大きさ等は、科刑状況がどの程度周知されているかにも依存する。*Id.* at 599 footnote 37.

故に本モデルは、V に影響しうる他の条件は一定と仮定することになる。

8) この2種類の費用は相互関係にある。例えば、捜査官が捜査中に重傷を負った場合には、いずれの費用も増大する一方、政府が高額であるものの捜査効率の高い装備を購入した場合には、前者の費用は増大するのに対し、後者の費用は減少する。*Id.* at 600.

これらを上記の数式にあてはめて計算した結果が、市民・社会の純利益（社会的厚生）として表される。そして、利用可能な資源の制約のもと、捜査の全過程においてこの純利益を最大にすることが、市民・社会にとって望ましいのである。

以上によって、依頼人たる市民・社会の利益を表すことができた。それでは、代理人たる捜査機関はいかなる目的を有するのだろうか。これを明らかにすることにより、エージェンシー問題が生じる原因が明らかとなる。

(4) 代理人としての捜査機関の効用関数

先に述べたように、エージェンシー問題は、①各当事者の目的（効用関数）が異なること、②情報の非対称性、に原因がある。では、代理人としての捜査官は、いかなる目的・効用関数を有しているのだろうか⁹⁾。

このことにつき、捜査官は捜査により得られる便益 ($P*V$) と内部費用 (C_i) を重視し、外部費用 (C_e) を軽視する傾向にあると、Kerr は説明する。

内部費用が重視される理由は、捜査官も自己利益を追求するからである。個々の捜査官は、労働時間や業務量、身に降りかかる危害 (C_i) の縮小を望む。したがって、これら費用の大小は捜査官の効用に影響し、行動様式を変化させるのである。また、政府や警察上層部も、雇用、装備、訓練等にかかる費用の削減を望む。現場の捜査官は予算や経費に注意を払わないが、警察上層部は現にある予算内でやりくりしなければならない。ゆえに、この経費が捜査資源の配分のあり方に影響を与え、現場の捜査官の行動様式にも影響を与えるのである¹⁰⁾。

そして、捜査により得られる便益 ($P*V$) を捜査官が重視する理由については、①公共選択理論に基づく説明、②社会学に基づく説明が可能である¹¹⁾。

公共選択理論とは、民主制・官僚制のもとでの政治的決定を、ミクロ経済学分析などの経済学的手法を用いて分析しようとする学問分野である。本論文は、政治家が犯罪対策の方針を策定し、予算配分を変動させ、それに基づき捜査機関が捜査方針を変えていくという一連の流れを、各組織が有するインセンティブに焦

9) *Id.*

10) *Id.* 601.

11) *Id.* 602.

点を当てて分析する。先行研究によれば、犯罪対策の方針を策定する政治家は潜在的被害者たる有権者の意向と利益に特に注意を払うとされている。自らも被害者になりうるとの不安に駆られる多くの有権者にとって、犯罪対策は選挙上の重要な争点である。そのため、警察の人事権と予算権限を握る政治家は、検挙数の増加を求め、犯罪対策を強化するインセンティブを有しているのである。これを受け、警察上層部が検挙件数の数値目標を設定すると、その結果として、現場の捜査官は多数の事件処理に迫られることになる。膨大な量の捜査活動とその後の公判手続に対しては超勤手当が支給される。ここに、現場の捜査官が捜査を積極的に遂行する金銭的インセンティブが発生する。これが、捜査官が $P*V$ を重視する理由となるのである。

また、社会学に基づく説明からは、個々の捜査官は事件解決により充足感を覚えること、また、重大な犯罪を解決すれば職場内の同僚から尊敬を得られることが、 $P*V$ を重視する要因として挙げられる。多くの捜査官は、罪のない被害者を餌食にする犯罪者から市民を守るという自覚があるため、事件解決に満足感を覚える。それゆえに、捜査官は $P*V$ を重視するのである。他にも、捜査官は犯罪捜査において競争的に行動し、大きな手柄を立てた者には尊敬の眼差しを向けるため、職場内の名声を得ようとして捜査官は $P*V$ を重視する傾向にあると指摘される。一方、捜査機関が外部費用を軽視する傾向にあるのは何故だろうか。

(5) 外部費用の軽視

Kerr は、法的規制がなければ、捜査機関は外部費用を軽視する傾向にあると指摘し、これについても、同様に公共選択理論と社会学的見地から説明する¹²⁾。

公共選択理論によるならば、刑事手続の対象になりうる人々は若年層や貧困層であること等の事情から、投票などの政治過程に関与しない傾向にあるという。一方、犯罪被害を恐れる潜在的被害者たる有権者は、被疑者の利益に肩入れする政治家を選挙で落選させようとする。したがって、政治家は、被害者の利益を重視するインセンティブを有するのである。このインセンティブが立法過程におい

12) *Id.* at 603.

でも作用し、被疑者の利益よりも被害者の利害が重視されることになる。このように、犯罪対策に注力する政治家が捜査に伴う外部費用に対して向ける関心は、相対的に弱いものにしかない。これが捜査機関にも影響し、外部費用への関心が薄まるというのである。

社会学の見地からもこのことは裏付けられる。先行研究によれば、捜査官は、被疑者に外部費用を負担させることは社会的な費用を発生させているというよりも、むしろ公共の利益に資するものと考ええる傾向にあるとされる。また、捜査官は、市民を犯罪者、警察の邪魔をする厄介者、一般市民に三分し、前二者に対する外部費用は、証拠収集活動の副産物として生じるインフォーマルな制裁だと考える。経験豊富な捜査官は、前二者の存在を見分ける能力を有しており、これらの者に捜査資源を集中させていると信じている。そして、これらの者に対する捜査に伴うプライバシー侵害等は、それ自体が捜査官への恐れにつながり、犯罪抑止効果を発揮するインフォーマルな制裁、すなわち路上での正義の実現 (street justice) だと考える傾向にあると指摘されている。

このように、捜査機関は市民と異なる独自の目的を有しており、 P^*V 、 C_i を重視し、 C_e を軽視するのである。ここにおいて市民の利益と捜査機関の利益とが乖離する可能性が生じる。それでは、いかにしてエージェンシー問題を解決すべきだろうか。

Kerr は、エージェンシー問題に対処する手段こそが捜査法であると指摘する。上記問題の発生原因が、捜査機関による外部費用 (C_e) の軽視にあるのだとするならば、人為的に捜査機関に対して外部費用を考慮させるように強いることが考えられる。そして、それこそが捜査法の役割であるというのである。このことは、捜査法を経済学的に分析することによって明らかにされる。

2. 捜査法の経済学的役割

(1) 機能面からみた捜査法の役割

先の理由により、捜査機関が社会的厚生 (市民の利益) を減少させる捜査処分を採用する可能性が存在する。そのために、法により捜査官のインセンティブに変化を与えて、外部費用を考慮するように仕向けることが要請される。Kerr は、

その手段が大雑把な費用便益ルールの採用だというのである¹³⁾。

費用便益ルールによれば、ある捜査処分につき、 $C_e + C_i$ として表される社会的費用が、 $P \cdot V$ として表される社会的便益を上回る場合には、当該処分は法により禁止されるべきことになる。逆に「社会的費用 < 社会的便益」であれば、当該処分は許容されるべきことになる。

なぜ、こうした費用便益ルールの採用が望ましいのだろうか。先の理由により、法的規制がない限り、捜査官は社会的厚生を増進する捜査を遂行するインセンティブを有していないからである。したがって、社会的厚生を増進させる捜査を採用するインセンティブを捜査官に与えるためには、社会的厚生を減少させる捜査処分を禁じれば良い。Kerr は、こうした費用便益ルールによる規律が、修正 4 条の法理に反映されていると指摘する。

修正 4 条の法理の機能面を見ると、外部費用が大きい捜査に対する調整機能を果たしていることがわかる。すなわち外部費用 (C_e) が小さい処分、言い換えれば憲法上の搜索・押収に該当しない処分については、予算 (内部費用) の枠内で効率性を意識しつつ捜査を行う裁量が、捜査機関に対して与えられている。他方、外部費用が大きい処分 (搜索・押収に該当する処分) は、原則として禁止される。例外として、当該捜査処分が生じさせる便益が費用を上回ると期待できることを、当該事案に基づき捜査官が疎明に成功した場合には、搜索・押収に該当する処分であっても許容される。このように修正 4 条は、社会的厚生を増進させるような捜査処分に捜査資源を振り分けるように働いていることがわかる¹⁴⁾。Kerr は、これを仮想事例を用いて説明する。

(2) 仮想事例に基づく説明

Kerr は次のような事例を設定する。すなわち、10 件の住宅が存在する街の宝石店から、首飾りが盗まれた。捜査官は、10 件ある住宅のいずれかに首飾りがあることを知っているものとする。そして、各住宅を搜索すれば、当該首飾りを

13) *Id.* at 605.

14) 法は社会的厚生を最も増進させる捜査処分をとることまでは要求していないと指摘する。
Id. at 606.

発見し、犯人も特定でき、有罪答弁を引き出せるものとする。本件事案を解決し、犯罪者を収容すれば、その後の犯罪抑止と犯罪者の無害化により、コミュニティは30の効用を得ることができる。ただし、搜索には5の費用がかかり、その内訳は、警察の内部費用が1、コミュニティの負担する外部費用が4とする。このとき、警察が他の居宅よりも特定の1軒の居宅に当該首飾りが存在する蓋然性が高いと考えるだけの理由はないものとする。したがって、搜索により首飾りが発見される確率は10%と仮定する¹⁵⁾。

この設例についていうと、市民・社会の利益から見た場合、搜索により得られる便益 ($P \cdot V$) は $30 \text{ 効用} \times 10\% = 3$ 、搜索に伴う費用は5 (内部費用1 + 外部費用4) となり、費用が便益を上回る。社会全体としてみれば、搜索は実施されるべきではないことになる。

これを捜査官の観点から見ると、便益は同じく3であるのに対し、外部費用4を考慮しないために費用の総計は1となる。したがって、捜査機関にとっては費用よりも便益が上回り、首飾りが発見されるまで搜索が実施されることになる。その結果、社会的厚生は減少する。では、修正4条の存在により、この構図はいかにして変わるか。

修正4条は、原則として搜索・押収を禁止するが、例外として、①対象者の任意性のある承諾が存在する場合 (承諾搜索)、②相当な理由の疎明に成功した場合 (令状搜索) には、憲法上、搜索・押収を許容する。これらの例外がもつ経済学的含意を、設例に照らし合わせながら検討しよう。

Kerrによれば、承諾搜索は、搜索に伴う損壊行為や居住者等への精神的被害が抑えられるため、外部費用が低下するという利点を持つという。例えば、上記事例において、搜索について被処分者から承諾が得られた場合には、被害が抑えられるため、外部費用が4から1へと低下すると仮定する。その後の搜索の実施を含む内部費用を1とすると、外部費用と内部費用の合計値は2となる。そして、承諾が得られる確率を50%とし、承諾されなかったとしても同意を求める行為自体にかかる内部費用は小さいはずであるため0.1と仮定する。この場合には、

15) *Id.*

承諾が得られた場合の社会的厚生は、搜索により得られる便益3から費用2（外部費用1+内部費用1）を引いた1となる。承諾が得られなかった場合の社会的厚生は、便益0から承諾の取り付けにかかる費用0.1を引いた-0.1となる。承諾を得られた場合に期待できる社会的厚生（1）は、承諾が得られなかった場合に生じる損失（0.1）を無視できるほどに大きいことから、承諾搜索は社会的厚生を増進し、社会にとって望ましい結果を生じさせることが期待できる。

次に、令状搜索について考えてみよう。搜索を行うためには相当な理由を疎明するための裏付け捜査を要する。そして、裏付け捜査によって収集された疎明資料をもとに令状の発付を受けることができれば、当該首飾りがそこに存在する確率が高いことが担保される。その結果、P値が上昇し、搜索により得られる便益が高まる。これを設例に沿って説明すると、以下のようになる。

便益から見ていこう。相当な理由を疎明してそれが認められる可能性を50%とし、令状に基づく搜索により現に当該首飾りが発見される可能性を3分の2と仮定する。証拠の獲得により得られる効用Vは30であるため、これを $P \cdot V$ に代入すると、効用 $30 \times$ 令状執行確率50% $\times$ 証拠発見確率 $2/3 = 10$ の便益となる。

次に、令状搜索にかかる費用を見よう。裏付け捜査等の令状請求までに要する内部費用を5、相当な理由を疎明できる可能性が50%とし、実際に搜索を実施することにかかる費用を5（外部費用4、内部費用1）とする。この場合、令状請求費用5+令状執行費用 $5 \times$ 執行確率50% $= 7.5$ となる。よって、期待便益(10) $>$ 期待費用(7.5)となり、令状搜索は社会的厚生を増進させる。

これらの説明は非常に図式的であるものの、修正4条が、社会的厚生を増進させる捜査処分をとるよう調整機能を果たしていることは明らかである。外部費用が抑えられる承諾搜索を認める一方で、外部費用の大きい処分には令状審査を通じて相当な理由の疎明を求めることにより、費用を上回る高い便益が得られることを担保する。このように修正4条は、社会的厚生を減少させる捜査処分の採用を抑制し、社会的厚生を増進させる処分を採用するように調整するのである。

重要なのは、法的規制が存在しなければ、捜査機関は自由に搜索・押収を行うことができるようになるため、相当な理由の確保は時間と労力の無駄だと考え、外部費用を考慮せずに搜索を実施してしまうという点である。また、承諾を得る

ことすらも無駄な労力と考えるようになる。これらの対応として捜査法は、外部費用の考慮を強制することにより、社会的厚生を増進しようとするのである。

しかし、設例のように各変数がとる値を正確に測定することができる場合とは異なり、現実にはそれが困難である。以下では、現実世界において大雑把な費用便益ルールがいかなる形で機能するかを検討する。

(3) 変数測定の困難さと類型的ルール

現実には各変数がとる値を正確に測定することが困難であり、特に現場の捜査官にとっては $P \cdot V$ と C_e の測定がむずかしい。そのため、費用便益を広く一般化し反映させた類型的な (categorical) ルールに強く依存することにより、費用便益ルールを実現していると Kerr はいう¹⁶⁾。

例えば、外部費用のうち財産上の侵害は別として、プライバシー侵害、関係者の精神的負担等といった非金銭的侵害を正確に測定することは困難である。便益 ($P \cdot V$) についても、特定の捜査処分が事案の立証にどれほどに寄与するのかは、事案に依存することもあり、正確な算定が困難である。抑止効果や無害化についても同様である。

測定を更に困難ならしめているのが、捜査の規模である。アメリカ合衆国全体を見れば、修正4条の規制に服する処分は膨大な数にのぼる。各変数の正確な測定を試みようにも、対象となる処分の数に圧倒されるのである。このように現実世界では、各処分すべてについて、各変数を具体的に測定し、費用便益計算による規律を施すことは難しいのである。

したがって、各捜査処分が生じさせる便益と費用を一般化し、それを反映させた、類型的に規制する方法 (類型的ルール) に依拠せざるを得ない。そこで、修正4条の判断枠組みを見ると、費用・便益を一般化し、それを反映させた類型的ルールの性質を有していることがわかる。

修正4条の判断枠組みは、①何が憲法上の搜索・押収に該当するか、該当するならば規律に従っているかどうか、②いかなる場合であれば、搜索・押収は合理

16) *Id.* at 608.

的だと評価されて許容されるのか、③不合理な搜索・押収に対してはどのような救済手段がとられるべきか、という3段階から成る。そして、各段階において類型的ルールが重視されて判断されるのである。

すなわち、捜査処分に規制を設けるか否か、設けるとすればどのような規制を設けるのかという問題を取り扱い、特定の捜査処分について、規制を設定しない許容ルール (Np) と、規制を設定する規制ルール (Nr) とを対比し、規制を設けるかどうかを判断することになると整理される。

モデルを用いるならば、規制を設けなかった場合の捜査処分 (Np) の $P^*V-Ci-Ce$ の値と、設けた場合 (Nr) の $P^*V-Ci-Ce$ の値を比較して、規制を設定すべきか否かを判断するのである。

例えば、類型的に外部費用の大きい捜査処分であり、規制を設けない場合は捜査機関の利用頻度が高まることが予測されるのであれば、社会的厚生は、〈規制を設けた場合 (Nr) > 規制を設けなかった場合 (Np)〉となることが通常であり、規制を設けて外部費用を抑制すべきことになる。他方、外部費用が小さい捜査処分であり、規制を設けた場合は利用頻度が非常に減少するような場合は、社会的厚生は $Np > Nr$ となるため、規制を行うべきではないことになる。

Kerr によれば、連邦最高裁判所はこうした判断を直観的に行なっているという。そこで、Kerr は、修正4条の搜索・押収に関する事例を素材として検討し、経済モデルが判例法理に概ね適合していることを示そうとする。

3. 修正4条の法理と経済学的分析

Kerr は、以下の2点について、経済モデルは判例に適合していると指摘する¹⁷⁾。すなわち、①修正4条は大きな外部費用を伴う捜査処分を対象としていること、②そのような捜査処分を採用する場合には、疎明資料に基づき、外部費用が小さいこと、または社会の便益が著しく大きいことのいずれか又は双方を満たしていることを示すよう求めていること、である。判例は、これらを文言解釈上、搜索・押収の該当性判断と、搜索押収の合理性審査の文脈において検討して

17) *Id.* at 612.

いるという。

簡潔にまとめれば、搜索・押収の該当性判断は、外部費用が小さく、法的規律を及ぼすべきではない捜査処分か、外部費用が大きく、法的規律を及ぼすべき処分かの線引きをする機能を有している。そして、搜索・押収に該当する処分は合理性審査に服するが、この合理性審査は、外部費用が大きいとされた処分が、その外部費用を上回る便益 ($P \cdot V$) をもたらすと期待できることを疎明するよう求める機能を有している。

令状主義が典型例であるが、各捜査処分は、その便益 ($P \cdot V$) が外部費用を上回らない限りは、その処分の利用が制限されるという大雑把な費用便益分析審査 (rough cost-benefit inquiry) に基づき規律されているのである。このことは、判例を分析することで一層明確になる。そこで以下では、修正4条の判断枠組みの第一段階である搜索・押収該当性の判断に関する判例法理が、経済モデルに従った帰結と概ね適合していることを説明する。

(1) 搜索・押収の法理

Kerr は、修正4条の搜索に関する法理には、2つの理解があることを提示し、モデルに即して判例法理を理解するための準備を行う¹⁸⁾。

1つは原理レベル (principles layer) での理解である。これは、修正4条の適用時に用いられる一般的な基準や原理とそこで用いる用語から、搜索・押収概念を把握する試みである。例えば、連邦最高裁は、「プライバシーの合理的期待」や物理的侵入を構成するか否かといった一般的基準・原理を提示することにより搜索の該当性判断を行なっている。しかし、Kerr は、「プライバシーの合理的期待」は文脈によって意味が異なって用いられるなど、一貫した説明がなされておらず複雑であるため、原理レベルで搜索・押収概念を把握することは難しいという。したがって、原理レベルからモデルに即して分析することは困難である。それゆえ、次の適用レベルに焦点を当てて、修正4条の搜索・押収概念を把握する方が有用であると指摘する。

18) *Id.* at 613.

適用レベル (application layer) での理解とは、連邦最高裁が、事案の一部の個別具体的事実を取り出し、原理レベルで提示した諸原理を適用する場面に焦点を合わせることによって、搜索・押収概念を把握する試みである。

例えば、居宅・自動車への立ち入りや、上着のポケット内の探索、郵便物の開封といった行為は搜索に該当すると判示されている。他方、公道上にいる人物の監視、空からの観察、ゴミ収集のために公道上に置かれたゴミの内容確認、第三者が任意に開示した情報の取得等は、搜索に該当しないとされる。Kerr は、適用レベルに焦点を合わせて帰納的に分析した結果、私的領域への立入りが搜索に該当し、外部からの私的領域の観察は搜索に該当しないという枠組みが取られていると指摘する。すなわち、判例法理は、プライバシー侵害に関わる膨大な外部費用を伴う可能性のある処分を「搜索」と判断しているのである。

それでは、なぜ最高裁は私的領域に着目するのだろうか、その経済学的含意が問題となる。まず、秘匿したい物は、私的領域内で保管されているのが通常であるため、私的領域内にある物を外部に晒されることは重大な侵害・損失を生じさせる、すなわち外部費用が大きいことを意味する。他方、公道上などの私的領域外では、自分が他者を観るのと同じく、他者も自分を観ているため、人は、他者に知られたくない私的情報を隠すことにより、他者からの視線による侵害を軽減するための行動を取る。そのため、外部から観察可能な領域への観察行為は、外部費用が小さいものと考えられる。こうした私的領域に着目した考え方は、外部費用に関する直観にも反していないであろう。それでは、押収についてはどうだろうか。

(2) 押収に関する判例法理

押収に関する判例法理を適用レベルで見えていくと、個人の占有利益に対する重大な制約を伴う行為であるか否かが押収該当性の判断にあたり重視されていることがわかる。

例えば、判例上、「押収」に当たるとされたものとしては、財物に対する支配の剝奪、財物に対する将来にわたる損害、人身の自由・移動の自由の制約等が挙げられる。他方、財産に対する一時的ないし軽微な損害は押収に当たらないとさ

れる。

これらを経済学的な視点から見ていくと、次のことが言える。財物の破壊、財物へのアクセスの否定、移動の自由の制約等を伴う行為は、財物等への支配権限に関わる大きな外部費用を伴う行為である。これらは大きい外部費用を伴う行為であるため、修正4条の押収に該当するものとして抑制する必要がある。他方、財産に対する一時的な損害は外部費用が小さい。ゆえに、押収に該当するものとして規律に服させる必要はないのである。

以上が伝統的な捜査手法についての経済学的分析であったが、Kerrは技術革新により新たに生まれた捜査処分についても、最高裁がいかにして対応してきたのかを分析する。

(3) 技術革新と均衡調整

Kerrは、外部費用に着目すると、修正4条の法理がいかにして技術革新に対応してきたのが分かるという。その対応が均衡調整(Equilibrium-Adjustment)である¹⁹⁾。

技術革新により、既存の修正4条のルールのもとでは、捜査権限が拡大または縮小することが考えられる。その場合、裁判所は既存のルールを変更し、均衡の再調整を試みる。具体的には、技術革新によって既存のルールのもとでは捜査権限が拡大する場合には、権利保障を手厚くしてきた。逆に、技術革新が原因で捜査権限が縮小する場合には、権利保障を切り下げてきた。これが均衡調整と呼ばれる考えであるが、このことは経済学的アプローチにより説明が可能という。

経済学的理解に基づけば、技術革新がきっかけで、ある捜査処分がとる P^*V 、 C_i 、 C_e の各値が変動したと整理できる。この変動を受け、裁判所は当該捜査処分を許容ルール (N_p) から規制ルール (N_r) へ、またはその逆へと変更(均衡調整)し、均衡の回復を試みる。すなわち、技術革新により、各捜査処分の費用・便益関係が変わったとしても、便益が費用を上回るように規制を調整するのである。その例が、GPS動静監視と逮捕に伴うスマートフォンの内容確認であ

19) *Id.* at 616.

る。

連邦最高裁は、1983 年の *United States v. Knotts* 判決²⁰⁾において、捜査機関が公道上の車に対してビーパー (radio beeper) を取り付けけた行為は、プライバシーの合理的期待がないため捜索に該当しないと判断したが、*United States v. Jones* 判決²¹⁾においては、GPS 動静監視は捜索に該当すると判断した。Kerr は、*Jones* 判決の Alito 判事補足意見は、均衡調整の発想に基づくものであると説明する。技術革新により GPS 端末が生まれたが、同じ位置情報を取得する手段であるビーパーと比べると、GPS 端末は非常に安価で、利用が容易であり、膨大なデータの収集が可能である。Alito 判事はこうした点を取り上げて、GPS 捜査を規制しようとした。これを経済学的見地から説明すると、次のようになる。

従来の機器よりも安価で、利用が容易であり、大量のデータを収集することが可能になったため、監視型捜査に要する内部費用が減少することになった。内部費用の減少は、利用頻度の上昇を伴う。特に、許容ルールが設定されている場合には、訴追成功確率の増分 (P) が低くとも (すなわち、必要性が低くとも)、捜査機関は、GPS 動静監視を頻繁に利用するようになる。その結果、外部費用が増加するという関係が存在する。このように、技術革新は当該捜査手法の内部費用を低下させるため、許容ルールのもとでは濫用の危険性を生み出す。そのことから、Alito 判事補足意見は規制ルールを採用し、P が高い値をとることを期待できる場合にのみ、大きい外部費用を伴う権限の行使を認めるという形で制御しようとしたのだと説明できる。

次の例は、逮捕に伴うスマートフォンの内容確認である²²⁾。1973 年、連邦最高裁は、*United States v. Robinson* 判決²³⁾において、被逮捕者の所持品は一律に無令状捜索の対象になるとして、明白な境界線 (Bright-line) を設定した。これに対し、*Riley v. California*²⁴⁾判決では、有体物に対する捜索とは異なり、スマートフォンのデジタル情報の場合には、膨大な量の個人情報が含まれているため、

20) 460 U.S. 276 (1983).

21) 565 U.S. 400 (2012).

22) Kerr, *supra* note 2, at 617.

23) 414 U.S. 218 (1973).

24) 573 U.S. ___ (2014).

令状が必要であると判示した。Kerr は、このことも均衡調整という考えによって、経済学的に説明することができると指摘する。

有体物への搜索に伴う外部費用 (Ce) にはおのずと限界があったため、規制の必要性が低かった。しかし、技術革新によって膨大な量の個人情報 が携帯端末に蓄積されるようになったため、スマートフォンの内容確認は著しいプライバシー侵害を発生させ、大きな外部費用を伴う行為となる。かくして連邦最高裁は、規制ルール (令状主義) を採用し、大きな外部費用を伴う以上、それを上回る期待便益 ($P \cdot V$) の存在の疎明を要求するに至ったのである。

以上をまとめると、技術革新により各捜査処分がそれまで有していた $P \cdot V$ 、Ce、Ci の各値が変動した場合、それに応じて規制を再調整することが必要となる。これが経済モデルによる均衡調整の機能的説明である。次に Kerr は、修正4条の要請である合理性に関する判例を経済モデルに沿って分析する。

(4) 合理性の要求と経済学的分析

修正4条は、搜索・押収が「合理的」であることを要求するが、最高裁は、この要請を、搜索・押収には原則として令状を必要とし (令状主義)、令状によるのでなければ令状要件の例外 (緊急事態例外など) に該当することを要求するという趣旨に理解してきた。問題は、この経済学的含意である²⁵⁾。

(i) 令状主義の機能

令状主義は、捜査機関に相当な理由を求め、搜索・押収の対象となる物・場所の特定を要求するものである。Kerr は、この「相当な理由」要件には3つの機能があると説明する²⁶⁾。

「相当な理由」要件を経済学的に分析すると、その機能として、①相当な理由を疎明させることにより、証拠が発見される確率が高い (P) ことを担保させ、政府に外部費用を含めた各費用を正当化するだけの便益 ($P \cdot V$) が期待できることを示させる、②外部費用が小さい捜査に捜査資源を回すように働きかけ、外部費用が大きい搜索を行う必要性を減少させる、③無実の者ではなく真犯人が外部

25) Kerr, *supra* note 2, at 618.

26) *Id.* at 619.

費用を負担する確率を上昇させることにより、外部費用の上昇を限定する²⁷⁾、が挙げられる。外部費用の大きい捜査は、それを上回る便益が期待できることを疎明資料によって担保させる。これが令状主義の有する機能的側面である。それでは、令状主義の例外として無令状捜索・差押が許されるのはなぜだろうか。

(ii) 令状主義の例外の経済学的含意

令状主義の例外として、連邦最高裁が無令状捜索押収を許容した場面を大きく分けると、①承諾捜索、②緊急事態例外、③執行者の安全確保、④一般的な合理性 (general reasonableness approach) が認められる場合、である。Kerr によれば、これらの例外は外部費用が小さいか、便益 ($P*V$) が大きいかのいずれかまたは双方を期待できる場面であると説明する²⁸⁾。各場面を経済学的に分析していこう。

連邦最高裁判例は、問題となった場所についての利益を共有する者による、任意の承諾があったと認められる場合には、当該捜索は合理的であるとして無令状捜索を許容している。これを経済学的見地から分析すれば、任意の承諾がある場合の捜索は、物理的な損壊や精神的負担を比較的安く抑えながら、捜索による便益の享受を可能とする。被疑者自身による承諾であっても、それが真に任意の承諾であれば、外部費用が抑えられる。したがって、承諾捜索については、外部費用が小さく、便益 ($P*V$) が大きいことが期待され、社会的厚生を増進させる捜査処分であるということになり、それゆえ、無令状であっても許容されることになる。

次に、連邦最高裁は、証拠隠滅を防止する緊急の必要性がある場合、逃走中の被疑者を緊急に追跡する場合、住人救助などのように事故・加害行為を防止する緊急の必要がある場合には、緊急事態例外として無令状捜索を許容している。

これらは、いずれも便益 ($P*V$) が大きいことを期待できる場面であり、社会的厚生を増進させる処分であると考えられることから、無令状捜索が許容されるのである。ただし、 $P*V$ が小さい場合には、社会的厚生が減少するため許容さ

27) 捜査対象となった真犯人は、無実の者とは異なり、運が悪かったと思う程度であり、外部費用が相対的に低いと考えられるからである。Id.

28) Id. at 620.

れないことがある。例えば、Welsh v. Wisconsin 判決²⁹⁾は、飲酒運転などの軽微な犯罪を理由とする住居への無令状立入りは修正4条違反であるとしたが、これは犯罪が軽微であるためVが小さく、外部費用が大きい場合に当たる。このような判例の判断は、経済学的見地からも肯定できる。

さらに連邦最高裁は、被疑者の凶器物所持を確認するための停止行為等も、無令状で許容している。凶器を奪い執行者の安全確保をすることによって捜査官の心身への危害という内部費用を抑え、最小限度の侵害に抑えた実施方法であれば外部費用も小さくなる。もし安全確保のための所持品検査を令状を要するものとして規制した場合には、執行者は凶器により甚大な被害を被る危険性があり、大きい内部費用を伴うことになる。これに対して、無令状搜索を許容した場合には、執行者の安全を確保できるため内部費用を大きく削減できる一方、最小限度の侵害であれば外部費用も小さい。ゆえに安全確保のための無令状搜索は、社会的厚生を増進させることを強く期待でき、無令状による執行が許されるのである。

最後に、連邦最高裁は、一般的な合理性均衡基準 (more general reasonableness balancing standard) に基づき、無令状搜索差押を許容する場合がある。この基準によれば、政府利益と当該処分に関連する被制約利益を利益衡量し、前者が上回る場合には当該無令状搜索を許容することになる。例えば、被逮捕者のDNA採取のために口腔内の細胞摂取を合理的であるとした判例 (Maryland v. King)³⁰⁾は、この理論に依拠している。これを経済学的分析に即して理解すると、次の様な説明が可能となる。DNAを採取し、データベースと照合することにより、訴追が成功裡に終える確率は高まる (Pの値が高い)。さらに重大事犯が対象であれば、Vは高い値となる。他方、細胞摂取は最低限度の侵襲にとどまり、かつ既に逮捕されている被疑者の自由は制約されているため、細胞摂取に伴う追加的な制約は小さい。加えて、身元特定のみを目的とする分析であり、プライバシーの制約の程度も低い。これらの事情から外部費用は小さいと言える。それゆえ、被逮捕者に対する無令状のDNA採取は、便益が費用を大きく上回るために許容されることになる。

29) 466 U.S. 740 (1984).

30) 133 S. Ct. 1958 (2013).

このように、修正4条の合理性審査に関する連邦最高裁判例も、経済モデルから統一的に説明することが可能である。以上の捜査法の分析を見ていくと、経済学的分析の意義が明らかとなったように思われる。

Kerr は、第1に、各法理が有する機能的役割を統一的に説明することを可能とする点において、経済学的分析の意義があるという。判例法理に対する批判として、一貫性がないであるとか、プライバシーの合理的期待の判断が曖昧である等があった。しかし、経済学的には大きい外部費用を生じさせる捜査処分が捜索・押収に該当するものと理解することが可能である。

第2の意義は、経済学が発達させてきた用語・概念を用いることにより、議論の整理を容易にする点にもある。利益衡量を行うにあたっては、何を対象にどのように衡量するかが不明確であったが、経済学的分析を用いることで、それらを明確にすることができる。また、本稿では詳細に紹介しなかったが、犯罪の重大性(V 値)に応じて規制態様を変動させる可能性を示す点も、経済学的分析の意義であるという³¹⁾。

このように、Kerr は経済モデルを構築し、その有用性を説いた。以下では、若干の検討を行いたい。

Ⅲ 検討

1. 先行研究との関係

まず、本論文の意義を先行研究を踏まえて確認したい。

(1) Gary S. Becker

Gary S. Becker は、犯罪を一種の財とみなし、最適な量の犯罪数と最適な抑止政策を考えた。その際、捜査機関や裁判所を含む刑事司法過程を、一定の費用(インプット)を投入すると、一定の成果をアウトプットする企業とみなし、これを $A=f(m, r, c)$ という関数によって表した。A は成果、m は労働力、r は

31) Kerr, *supra* note 2, at 636.

諸資源、 c は資金を指し、関数 f は、ある時点での捜査技術の水準を表している。そして、GPS 端末や通信傍受機器の発明など、科学技術の発展によって捜査技術の水準が上昇すれば、費用は一定のままで成果が増大することになる。

もっとも成果 A の現実の数値を計ることは難しい。そこで、Becker は、成果 (A) の指標となる数値は、犯罪認知件数 (O) に有罪判決を受ける確率 (p) を乗じたものに近似すると考えた³²⁾。このように見ると、成果と費用から個別の捜査処分について、その技術水準を推測することができるようにも考えられる。

(2) Ric Simmons

こうした捜査技術の水準に着目したのが、Ric Simmons である³³⁾。彼は、限りある資源を効率的に分配するためには、最も生産性の高い捜査処分を採用するように調整すべきであると指摘した。

Becker と異なるのは、外部費用の存在を考慮し、各捜査処分それぞれの生産性に着目して分析した点である。他にも捜査の成果として、既に発生した犯罪の解決のみならず、未発生犯罪の抑止をも考慮した。彼が考える捜査処分のモデルは、以下のとおりである。

$$(Ca + Ce) * X = E(S1) + P(S2)$$

このモデルは、内部費用 (Ca) と外部費用 (Ce) をインプットすると、捜査技術の水準 X に応じて、一定の成果がアウトプットとして現れると考える。成果は、既に発生した犯罪が解決する確率 (E) と犯罪の重大性 $(S1)$ 、そして未発生犯罪の抑止確率 (P) とその犯罪の重大性 $(S2)$ から構成される。彼にとって重要なのは、捜査技術水準 X である。捜査技術水準 X の値は、費用と成果から推測できる。例えば、外部費用、内部費用を低く抑えながらも、高い成果を生み出す捜査処分は、高い捜査技術水準 X を有していると考えるのである。

32) Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 169 (1968).

33) Ric Simmons, *Ending The Zero-sum Game: How to Increase the Productivity of the Fourth Amendment*, 36 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 549 (2013).

Simmons は、資源が最適に配分されるためには、生産性の高い（外部費用・内部費用が小さく、成果が大きい）捜査処分については、要求される嫌疑を引き下げ、生産性の低い捜査処分については、高い嫌疑を要求することにより、社会的厚生が増進できると考えた。また、科学技術の発展によって、各捜査処分を効率的にチューニングすることが可能（X線検査の撮影対象を AI によって自動選別する等）になったため、情報を集積する立法府が、上記モデルの変数——外部費用、内部費用、捜査技術水準、成果——を当てはめて、最適な規律を見つけるべきだと主張する点に特色がある。他方、このモデルは、捜査資源の最適配分に関心を向けているため、従前の判例法理に馴染まない点がある。

(3) Craig S. Lerner

本稿では詳細な紹介をしなかったが、Kerr は、犯罪の重大性に応じた規律を可能にする点において、法と経済学分析の優位性があると指摘している。同様に犯罪の重大性を考慮した規律の導入を試みた論者として、Craig S. Lerner がいる³⁴⁾。彼は、probable cause の存否を次のように定式化した。

$P \cdot B > C$ ならば probable cause あり

P：当該捜査の成功確率、B：犯罪の重大性、C：プライバシー侵害の程度

このモデルの重要性は、probable cause が存在するとはどういうことかを説明し、更に犯罪の重大性を判断枠組みに取り入れた点にある。このモデルに従えば、当該捜査処分が有する犯罪解決の可能性（P）が低くとも、テロ犯罪のように犯罪が非常に重大（B）であれば、probable cause が存在するとして、その捜査処分を合理的なものとして許容する。ただし、このモデルは probable cause の存否を判定するためのものであり、捜査法の機能を統一的に説明するには至っていない。

このような従前のモデルと比較すると、Kerr のモデルは、各議論の利点を吸収しながら構築された理論だと評価することができる。Becker とは異なり、外

34) Craig S. Lerner, *The Reasonableness of Probable Cause*, 81 TEX. L. REV. 951 (2003).

部費用をモデルに組み込むことにより、判例法理や令状主義の機能面を経済学的観点から説明することを可能とした。Lerner は、probable cause の存否の判断に限定したモデルを構築したこともあって、内部費用を考えなかったが、Kerr はこの費用を含ませたため、射程の広いモデルだといえる。

本論文のモデルの構想は、Simmons に近似したところがある。しかし、Simmons のモデルは、効率的な資源配分に重点を置いており、判例法理や令状主義の機能を説明することは難しい。エージェンシー問題の対処としてこれらの制度を位置付けた点においても、本論文の独自の意義があると言えよう。なお、Simmons が各捜査処分の変数測定を国会に委ねているところ、Kerr は変数測定主体について明示的には述べていない。このことは何らかの示唆があるようにも思われる。

以下では、本モデルの限界について検討したいと思う。

2. 本モデルの限界と発展可能性

本モデルの限界として、規制ルールとして令状主義を採用した場合にかかる司法運営コスト（裁判官の増員、法教育等）がモデル内で考慮されていないことが挙げられる。規制ルールまたは許容ルールを設定するにあたっては、司法運営コストも含めて考える必要があるところ、このコストの位置づけは不明である。また、基本的には利益衡量的な枠組みであるため、別件逮捕・勾留の禁止などの機能的説明は困難だと思われる。

次に、モデルの発展可能性についてコメントする。本モデルが、各変数の評価を誤る認知バイアスの存在や、各変数の値に影響を与える不確実性の存在を、いかにして考慮するのかは明確ではない。認知バイアスが原因で、令状審査時に裁判官が各変数の値を誤って評価する可能性がある。こうした誤謬率を導入した分析も重要かもしれない³⁵⁾。例えば、緊急逮捕後の令状審査は、後知恵バイアス（特に成果バイアス）が影響する可能性がある。バイアスが $P \times V$ の過大評価につながる場合、それを予測する捜査機関は行動を歪ませ、社会にとって望ましくない捜査が行われる可能性がある。このような誤謬率を縮小するための費用と便益を分析するモデルが別個に必要となるだろう³⁶⁾。

もう一つは、不確実性（またはリスク）への対応である。裁判官の不確実性へ

の態度が、社会的に望ましい結果を生まない恐れがある。例えば、裁判官が各捜査処分に対して代替処分（例えば、勾留と電子監視、GPS 監視と尾行）の選択を可能とした場合、いずれを選ぶかは、処分選択により生じる結果の不確実性に対する裁判官の態度に応じて変わりうるだろう。裁判官の意思決定をモデルに組み込む余地があるように思われる³⁷⁾。それでもなお、本モデルが日本法に与える示唆は大きいように思われる。

3. 本論文が持つ日本法への示唆

本モデルからは、強制処分法定主義の射程や、各強制処分に対する制度設計の在り方、任意処分に対する規律の在り方について、被処分者の権利利益のみから分析するだけでなく、種々の費用便益を考慮した分析をする必要性が明らかとなった。

例えば、本モデルが示唆するところによれば、令状主義以外の規制方法としては、便益 $P \cdot V$ の評価を意図的に低くする、内部費用 (C_i) を高めるといった方法が考えられる。また、任意捜査のように外部費用が小さいと評価された捜査手法であっても、利用頻度が高いがゆえに外部費用が高まる場合には、何らかの規律を要することになるだろう。なお、本論文において、取調べや勾留については分析がなされていない。したがって、こうした処分を経済モデルにそのまま適用してよいかは慎重に検討する必要がある。これらの処分を含む具体的な捜査手法についての分析は今後の課題としたい。

35) 後知恵バイアスの影響と裁判官の判断の関係についての先行研究をまとめ、その政策的含意を検討したものとして Doron Teichman, *the Hindsight Bias and the Law in Hindsight*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW 354, (Eyal Zamir and Doron Teichman ed., 2014).

論者は、当事者や裁判所が有する種々の認知バイアスが相互に作用する結果、バイアスの影響が全体として縮小する可能性があり、バイアスの存在が直ちに厚生損失を生じさせることにはならないことを指摘する。

36) Richard A. Posner は、手続制度の目的は、司法判断の誤りにより生じるコストと手続それ自体にかかる費用を最小化することにあると指摘する。RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 773 (9th ed., 2014).

37) 裁判官の行動を記述したものとして RICHARD A. POSNER, *HOW JUDGES THINKS* (2014).