

一橋大学大学院法学研究科

博士学位論文

捜査法におけるプライバシー保護とその構造
—第三者法理とその法的規制—

2022年1月11日

乾 直 行

目次

序章.....	7
1 本稿の目的	7
2 本稿の問題意識.....	8
3 本稿の手順	9
4 本稿の方法	11
第1章 捜査関係事項照会の現状.....	12
第1節 条文とその解釈.....	12
1 捜査関係事項照会の対象.....	12
2 報告義務.....	13
3 秘密保持義務.....	14
4 捜査関係事項照会の法的性質.....	15
第2節 捜査関係事項照会の運用体制.....	16
1 警察庁刑事局刑事企画課発の通達.....	16
(1) 基本的な考え方.....	16
(2) 具体的な照会手続.....	17
2 各都道府県警察作成の規則（要綱）.....	20
3 捜査関係事項照会の実際.....	20
4 個人情報保護法、各種ガイドライン、業界自主ルール.....	22
(1) 個人情報保護法.....	22
(2) 各種ガイドライン.....	22
(3) 業界自主ルール.....	24
5 情報公開.....	25
第3節 小括.....	25
第2章 捜査法におけるプライバシーの問題.....	27
第1節 「取得時中心主義」.....	27
第2節 「領域プライバシー」.....	30
1 プライバシー一般.....	30
2 「領域プライバシー」.....	32
(1) 「領域プライバシー」の採用.....	32
(2) 「領域プライバシー」採用の理由.....	36
第3節 捜査関係事項照会にある問題の所在.....	37
第4節 小括.....	40
第3章 第三者法理.....	42

第1節 「領域プライバシー」	43
1 Katz 判決以前の動向	43
2 Katz 判決登場とその後	44
(1) Katz 判決法廷意見	44
(2) Harlan 補足意見	45
第2節 第三者法理の沿革	47
1 秘密諜報員に関する判決	47
2 ビジネス記録をめぐる連邦最高裁判決（人に対する開示）	48
(1) Couch 判決	48
(2) Miller 判決	48
3 Smith 判決（機械に対する開示）	49
第3節 反対意見に現れていた批判	51
1 Brennan 反対意見（「領域プライバシー」の部分的放棄）	51
2 Stewart 反対意見（「領域プライバシー」の維持）	52
3 Marshall 反対意見（「領域プライバシー」の部分的放棄）	53
第4節 第三者法理をめぐる学説状況（Jones 判決以前）	55
1 第三者法理に対する批判的な見解	55
(1) プライバシー概念からの見解	55
(2) 「領域プライバシー」からの見解	56
2 第三者法理を擁護する見解	57
(1) 第三者法理を擁護する理由	57
(2) 批判に対する反論	59
第5節 Carpenter 判決の登場	60
1 連邦最高裁の姿勢の変化	60
(1) Ferguson 判決	60
(2) Hambrick 判決、Forrester 判決、Warshak 判決	61
(3) Jones 判決	62
(4) Riley 判決	63
2 第三者法理をめぐる学説状況（Jones 判決後）	64
(1) 第三者法理の機能的側面	65
(2) 自発性	66
(3) 規律内容の形成主体	67
(4) まとめ	67
3 Carpenter 判決の登場	69
(1) 事案の概要	69
(2) Kerr 提出のアミカス書面	70

(3) 法廷意見.....	71
(一) 基地局位置情報の性質.....	71
(二) 基地局位置情報の正確性.....	72
(三) プライバシーの合理的期待と第三者法理.....	72
(四) 自発的な開示と第三者法理.....	73
(五) 射程の限定.....	73
(六) まとめ.....	73
4 Carpenter 判決に対する検討.....	75
(1) Kerr の見解との比較.....	75
(2) Carpenter 判決の課題.....	76
(一) 射程.....	76
(二) 規律内容の形成主体.....	77
第5節 小括.....	78
第4章 規律内容の形成主体.....	80
第1節 議会の役割を重視する見解 (Kerr).....	80
1 原理的な根拠.....	81
2 歴史的な根拠.....	82
3 機能的な根拠.....	82
(1) ルールの形成時期.....	83
(2) ルールの内容.....	83
(3) ルールの形成過程.....	84
4 反対説への応答.....	85
5 まとめ.....	86
第2節 裁判所の役割を重視する見解 (Solove).....	86
1 修正4条の役割.....	87
2 Kerr の見解に対する批判.....	87
(1) ルールの内容.....	87
(2) 技術変化への対応.....	88
(3) 技術の理解.....	89
3 文面審査という提案.....	89
4 まとめ.....	90
第3節 協働をより重視する見解 (Swire).....	90
1 Katz 判決の影響.....	90
2 Kerr の見解に対する批判.....	90
(1) ルール形成をめぐる環境.....	91
(2) ルール形成の様式.....	91

(3) ルールの形成過程.....	92
(4) 裁判所が果たすべき役割.....	92
3 具体的提案.....	93
(1) 実体的な提案.....	93
(2) 手続的な提案.....	94
4 まとめ.....	95
第4節 協働をより重視する見解 (Murphy)	96
1 プライバシーに関する連邦法の分析.....	96
(1) 新しさと、断片性.....	96
(2) 「技術の進展」に対する懸念.....	97
(3) 法執行機関の利益の優先.....	97
(4) 保護されない領域の存在.....	97
(5) 令状や相当な理由とは異なる水準.....	97
(6) 証拠排除規定の不存在.....	98
(7) 証拠排除に代わるコンプライアンス確保の仕組み.....	98
(8) 保護の下限の設定.....	98
(9) 相対的な柔軟性.....	98
2 得られる示唆.....	99
(1) 従来の見解とも一致する示唆.....	99
(2) 従来の見解とは異なる示唆.....	99
3 手続過程審査.....	101
(1) 提案の根拠.....	101
(2) 具体的な提案内容.....	102
(3) 提案の利点.....	103
(4) 想定される批判に対する応答.....	103
4 まとめ.....	104
第5節 行政法の視点から協働を提案する見解 (Slobogin)	105
1 議会による規律の問題点.....	106
2 行政法の視点を入れた規律.....	107
(1) 略式規則制定手続.....	107
(2) 規則についての説明責任.....	107
(3) 公正性の原則.....	108
(4) 制定法による授権.....	108
3 まとめ.....	109
第6節 望ましい協働の形態.....	109
1 規律の目標及びその視点.....	109

(1) 規律の目標.....	109
(2) 規律の視点.....	110
(一) 漸進的発展.....	110
(二) 捜査機関の活用.....	110
(三) 協働の範囲.....	112
(四) まとめ.....	112
2 各提案に対する評価.....	112
(1) Solove の提案に対する評価.....	113
(一) Solove の提案の利点.....	113
(二) Solove の提案の欠点.....	113
⊖Kerr による批判.....	113
⊖その他の欠点.....	114
(2) Swire の提案に対する評価.....	115
(一) Swire の提案の利点.....	115
(二) Swire の提案の欠点.....	116
(3) Murphy の提案に対する評価.....	116
(4) Slobogin の提案に対する評価.....	117
(一) Slobogin の提案の利点.....	117
(二) Slobogin の提案の欠点.....	118
3 望ましい協働の形態.....	119
(1) 修正4条が問題となる場合.....	119
(2) 修正4条が問題とならない場合.....	121
(3) 裁判所の判断内容.....	122
(4) まとめ.....	123
4 Carpenter 判決の課題に対する応答.....	123
第7節 小括.....	124
第5章 捜査関係事項照会の規律.....	125
第1節 裁判所による規律の問題点、議会による規律の問題点.....	125
1 裁判所による規律の問題点.....	126
(1) ルールの形成時期.....	126
(2) ルールの内容.....	127
(3) ルールの形成過程.....	128
(4) まとめ.....	129
2 議会による規律の問題点.....	129
(1) 議会の制度的能力.....	129
(一) Kerr による評価と、Solove による批判.....	129

(二) 日本との関係での評価.....	131
(2) 公共政策的な問題.....	132
(一) Kerr による評価と、Swire 及び Murphy による批判.....	132
(二) 日本との関係での評価.....	135
2 まとめ.....	136
第2節 Slobogin の提案の導入可能性、Murphy の提案の導入可能性.....	136
1 Slobogin の提案の導入可能性.....	136
(1) Slobogin が念頭に置いていたもの.....	137
(2) 日本への導入可能性.....	138
2 Murphy の提案の導入可能性.....	139
(1) 被疑者・被告人の情報が収集される場合.....	140
(2) 被疑者・被告人以外の情報が収集される場合.....	140
3 まとめ.....	141
第3節 情報主体への告知、準抗告.....	141
1 証拠の由来の明示.....	141
2 情報主体への告知.....	142
3 準抗告.....	143
(1) 準抗告と検証をめぐる議論.....	144
(一) 後藤による批判.....	144
(二) 調査官による指摘.....	145
(三) 両見解の異同.....	146
(2) 捜査関係事項照会によるプライバシーへの影響.....	147
(3) 準抗告認容時の命令内容.....	148
(4) 制裁措置.....	149
(5) 想定される反論.....	150
(一) 司法資源の限界.....	150
(二) 準抗告の機能.....	150
(三) 告知の実効性.....	151
4 まとめ.....	152
第4節 監視型捜査をめぐる近時の議論.....	152
1 考察の際の視点.....	153
2 主観法による見解.....	154
(1) 従来の見解.....	154
(2) 「領域プライバシー」の理解を延長する解釈.....	156
(3) モザイク理論的な解釈.....	157
(4) 検討.....	159

3 客観法的思考による見解.....	160
(1) 稲谷龍彦の見解.....	161
(2) 検討.....	164
4 主観法に客観法的思考を取り入れる見解.....	167
(1) 笹倉宏紀の見解.....	167
(2) 緑大輔の見解.....	170
(3) 斎藤司の見解.....	172
(4) 検討.....	173
5 まとめ.....	174
第5節 本案判断の内容.....	175
1 本案判断の内容.....	176
2 具体例.....	180
(1) 具体例.....	181
(2) 告知.....	181
(3) 準抗告.....	181
(一)鉄道会社の保有する利用情報.....	182
(二)古物買取店が保有する買取者情報.....	182
(三)金融機関が保有する取引情報.....	182
(四)心療内科が保有する患者情報.....	183
(4) 協働していく姿.....	184
第6節 小括.....	184
終章.....	187
1 ここまでの振り返り.....	187
2 残された課題.....	190

序章

1 本稿の目的

企業はサービス提供の前提・対価として情報を保有しており、その量は多く、質も高い。この情報の中には、犯罪捜査に有力なものも当然含まれ得る。このような情報を、捜査機関は通常、捜査関係事項照会（刑訴法 197 条 2 項）という方法で収集している。しかし、この捜査関係事項照会は任意処分と理解されており、捜査機関の内部統制以外に特段の規律は存在していない。これは、情報主体の権利利益保護はもちろん、濫用の防止との関係でも問題がある事態である。では、なぜ捜査関係事項照会は十分に規律されていないのだろうか。また、現在の規律が充分でないとしても、具体的にはどのような規律が望ましいのだろうか。これらを明らかにした上で、様々な情報が対象となる捜査関係事項照会について広く、具体

的な制度構想を示すことが本稿の目的である。

2 本稿の問題意識

捜査関係事項照会は現在、令状審査を突破するには嫌疑が足りない場合でも実施することができる。捜査関係事項照会によって収集した情報を基にして捜査を重ねていき、ゆくゆくは搜索・差押令状や逮捕令状を請求する、というのが現在の運用であろう。このため、捜査関係事項照会は、犯人の洗出しや絞込みといった捜査の初期段階で利用できる有用な捜査手法の1つである。

もちろん、捜査関係事項照会の有用性はこれだけにとどまらない。例えば、事件関与した疑いがある者が30人おり、捜査機関は彼らが事件現場の最寄り駅を利用したか否かを知りたいとしよう。この場合、捜査機関が最寄り駅の利用者一人一人に声をかけ、写真を見せる等して、地道に情報収集していくというもあり得る。ただし、これが煩雑であることは明らかである。しかも、人の知覚・記憶が正確とは言い難いこともあって、時間が経てば経つほど情報収集は困難となっていくだろう。これに対し、鉄道会社は乗客に関する情報をすでに保有している。加えて、鉄道会社が情報を保有する目的は、サービス維持・向上であるから、基本的に正確性が高い（改ざんのおそれはない）。そこで、鉄道会社から事件当時の最寄り駅の利用状況に関する情報を収集できれば、捜査機関は浮いた人的資源を他の業務に充てることができるだろう。これを可能にするのが、捜査関係事項照会である。このように、捜査関係事項照会は、限りある捜査資源の効率的配分、正確な捜査資料の収集（これは後の公判維持との関係でも重要である）との関係でも、有用な捜査手法なのである。

このように有用である一方で、捜査関係事項照会は問題を抱えている。捜査関係事項照会は任意処分と理解されており、実施に際して刑訴法上特段の条件付けもない。つまり、捜査に必要でありさえすれば基本的にどのような情報でも収集できる構造が出来上がっている。このため、とりわけ情報技術の進展によって、次のような深刻な問題が生じてしまう。例えば企業は、サービス提供の前提・対価として情報を保有しているが、年々その量は多く、質も高くなっている。かつてはせいぜい顧客の住所・氏名・電話番号を保有するにすぎなかったが、今では位置情報利用アプリ提供会社であれば顧客の位置情報の来歴を、健康管理サービス提供会社であれば顧客の食事・体調の来歴を保有している。それどころか、そのサービスが現代生活で必須のものであれば、それを利用しないという選択肢は私たちになく、私たちはそうした「プライベートな情報」を半ば強制的に保有されている実態もある。こうした社会の現実の中で捜査関係事項照会を実施すると、情報主体の「プライベートな情報」が、企業を介していても簡単に捜査機関の手元に流れてしまう。捜査機関の情報管理を規律する仕組みがない現状では、このように収集された情報が人知れず蓄積され、いつ何時利用（解析、組合せ）されるとも知れないのである。ここから、捜査関係事項照会の規律を強めていく必要があることがわかる。

ただし、捜査関係事項照会の規律を強めていく必要があるとしても、仮に捜査関係事項照

会を厳格に規律しすぎると、今度は捜査機関が十分に情報収集できなくなり、その結果として捜査機関に与えられた犯罪の解決という責務が果たされない、あるいはその責務を果たそうとして自白の強要等の無理な捜査が行われるおそれも否定できない。結局、ここで目指すべきなのは、捜査関係事項照会の規律を強めつつも、他方で捜査関係事項照会が果たしている機能にも配慮するという、いわば「いいとこどり」なのである。

ところで、こうした捜査関係事項照会が抱える問題を議論するに当たっては、様々な視点が考えられる。その中でも例えば、「捜査関係事項照会に対して民間企業はどのように対応すべきか」という視点からの議論は近時盛んである¹。これはおそらく、捜査関係事項照会に応じて報告したことでもし情報主体から責任追及（損害賠償請求）されると、事務的・経済的にも負担であるし、社会的評判にも関わる事態であるから、民間企業にとって一大関心事だからであろう。

これに対し、捜査法の視点から捜査関係事項照会をいかに規律すべきかという議論は十分なされているとは言い難い。しかし、仮に捜査関係事項照会が「適正に」規律されておれば、民間企業は捜査関係事項照会に応じて報告しても責任追及される心配はないはずである。つまり、捜査関係事項照会が「適正に」規律されておれば、「捜査関係事項照会に対して民間企業はどのように対応すべきか」という問題は生じない。そうだとすると結局、捜査関係事項照会それ自体の規律を考えていくことこそ、問題解決への近道ではないだろうか。そこで本稿では、捜査関係事項照会それ自体の規律を考えていくことにする。

3 本稿の手順

以上のような問題意識のもと、本稿では次のような順で論を進めていく。

第1章では、捜査関係事項照会の現状を確認する。ここでは、捜査関係事項照会が現状、捜査機関にとって有用で濫用されやすい捜査手法となっていることを明らかにする。

では、なぜ「捜査関係事項照会が現状、捜査機関にとって有用で濫用されやすい」のか。その理由を、第2章では「取得時中心主義」と「領域プライバシー」という2つの概念から考察する。ここでは、「領域プライバシー」の下で、捜査関係事項照会は情報主体の手元を離れた情報を収集する捜査手法であったために、これによる被制約利益が重要だとは認識されず、そうであるのに「取得時中心主義」の下で、捜査関係事項照会によって収集された情報の蓄積、利用・解析に焦点が当てられなかったために、捜査関係事項照会はこれまで任意処分と位置付けられ、しかも十分な規律が及ぼされてこなかった、という問題が捜査関係事項照会にあることを明らかとなる。またこの問題が、捜査関係事項照会による弊害を情報の質・量、手間が抑えていた時代には見えにくかった（見えなかった）が、情報技術の進展

¹ 一般財団法人情報法制研究所 捜査関係事項照会問題研究タスクフォース「捜査関係事項照会対応ガイドライン」『情報法制レポート 1号』（一般財団法人情報法制研究所出版部、2021年）127頁。

によりはっきりと見えるようになったことも明らかとなる。

他方で、アメリカにおける第三者法理をめぐる問題も、「領域」外の情報を収集する捜査手法にあった。「領域」外の情報の収集であるため、収集される情報に「プライバシーの合理的期待」があるとは認識されなかった。このため、第三者法理が適用される捜査手法は、修正4条の「搜索」に当たらず、令状によらずに収集することが許されてきた（十分な規律が及ぼされてこなかった）。このように日本とアメリカは、同様に「領域」外の情報の保護について悩んできたのである。しかしアメリカは近時、Carpenter 判決において、「領域」外の情報である基地局位置情報を、当該性質を考慮して、修正4条の「搜索」に当たると判断した。こうして結論だけを取り出せば、アメリカが一步先んじたように見える。そこで、このようなアメリカの動向から、日本の捜査関係事項照会の規律を考えていく上で、手掛かりを得られないだろうか。これを考察するのが第3章である。ここでは、Carpenter 判決が「領域」外の情報である基地局位置情報の収集を、当該情報の性質を考慮し、修正4条の「搜索」に当たると判断したこと自体は画期的であるものの、Carpenter 判決が第三者法理の問題全てを解決したわけではないことが明らかとなる。

ただしアメリカには、この Carpenter 判決が残した課題を解決し得る議論もある。それが、規律内容の形成主体をめぐる議論である。もし Carpenter 判決の課題を解決し得る方法が見つかれば、様々な情報が対象となる捜査関係事項照会について広く、具体的な制度構想を示そうとする手掛かりとなるだろう。こうした問題意識の下、規律内容の形成主体をめぐる議論を確認するのが第4章である。ここでは、その議論を追っていくと近時、裁判所によるルール形成にも、議会によるルール形成にも問題があるという問題意識から、どこか1つの機関が規律を担うのではなく、関係機関が協働して規律を担う枠組みが提案されていることが明らかとなる。そして考察すると、いくつか提案されているの中でも、Slobogin と Murphy の提案によれば、議会だけ、裁判所だけであれば生じてしまう問題を解消（軽減）することができ、しかも捜査機関がもつ専門性・機動性を活かした規律を実現することができるということ、さらに Carpenter 判決の課題もこの方法であれば解消することができることも明らかとなる。

では、Slobogin と Murphy の提案を手掛かりに、捜査関係事項照会をどのように規律していくべきだろうか。これを考察するのが第5章である。捜査関係事項照会そのものを規律していくためには Murphy の提案が特に参考になるが、Murphy の提案の中心となる裁判所の審査を捜査関係事項照会に確保するのは難しい。というのも、捜査関係事項照会にはその違法性を争おうにも、情報主体がその実施を知る機会がなく、知ったとしても争う機会が十分ではないという問題があるからである。そこで前者は、捜査関係事項照会を実施する際は、情報主体に対し告知するよう義務付けることで、後者も、捜査関係事項照会を準抗告の対象に含めることで、この問題に対処できないかを考察する。また、捜査関係事項照会が必要な密度をつけて規律されていくために、準抗告において裁判所が審査すべき内容も考察する。ここでは、捜査関係事項照会の規律について、裁判所による審査を中心として、国会、裁判

所、そして捜査機関が絶えず終わりなく協働していく姿が明らかとなる。

4 本稿の方法

なお、本稿では以上でも示した通り、論を進めるに当たってアメリカ法を参照する。ただし、別の方法もあり得るだろう。例えば、ドイツには、「領域」外であっても情報を保護し、しかも情報の流れも規律し得る論理がある。それが情報自己決定権である。そこで、情報自己決定権をめぐる議論を手掛かりとして、捜査関係事項照会の望ましい規律を探っていくという方法もあり得る²。

他にも、EU では、一般データ保護規則（GDPR）及び刑事司法指令が採択されている。ここでは、EU 域外の第三国・領域・国際機関への越境移転が原則的に制限されており、その制限を例外的に解除する1つとして、充分性認定の枠組みがある。そうすると、日本がGDPRの充分性認定を受け続ける（刑事司法指令の充分性認定を受ける）ためには、EU と「本質的に同等」な水準の個人情報保護制度を設けなければならない。しかし、日本についてGDPRの充分性認定を与えるか否かの議論において、欧州委員会が問題視したのが捜査関係事項照会の妥当性であった。そこで、このEUにおける個人情報保護法制を手掛かりとして、捜査関係事項照会にどういった規律があれば国際水準として望ましいのかを探っていくという方法もあり得る³。

しかし、本稿はアメリカ法に手掛かりを求めていく。アメリカも日本と同様に「領域プライバシー」を採用してきた結果、「領域」外の情報を保護してこなかった。しかし、近時、これを改めたとも思われる Carpenter 判決が登場するに至った。そこで、日本と同様の問題を抱えながらも、日本よりも先にその問題を克服したようにも思われるアメリカの議論を参照することで、日本の捜査関係事項照会の規律を考えるに当たって、有益な示唆を得られるはずである。また、捜査関係事項照会を「適正に」規律できたとすれば、充分性認定との関係でも問題が生じないはずである。これが本稿がアメリカ法を参照する理由である。

² 小山剛「自由・テロ・安全—警察の情報活動と情報自己決定権を例に一」大沢秀介ほか（編）『市民生活の自由と安全—各国のテロ対策法制—』（成文堂、2006年）305頁参照、小山剛『『安全』と情報自己決定権』法律時報82巻2号（2010年）99頁参照。

³ 横田明美「EU 刑事司法指令のドイツにおける国内法化と充分性認定—監督機関に着目して—」情報法制研究9号（2021年）92頁。

第1章 捜査関係事項照会の現状

捜査関係事項照会は刑訴法 197 条 2 項に規定があるだけである。では、このわずか 1 条しかない条文をスタートとして、捜査関係事項照会はどのように理解され、そしてどのように運用されているのだろうか。

本章を通じて、捜査関係事項照会が十分に規律されていない結果、捜査機関にとって有用で濫用されやすい捜査手法となっていることを明らかにしたい。

第1節 条文とその解釈

1 捜査関係事項照会の対象

刑訴法 197 条 2 項は、「捜査については、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができる」と定める。捜査機関による「公務所又は公私の団体」に対するこの照会権を、講学上、「捜査関係事項照会」と呼ぶ¹。

旧刑訴法は、公務所に対する照会権のみを定めていた（旧刑訴法 254 条 2 項）。しかし、「既に民事訴訟法（明治 23 年法律 29 号）262 条において、裁判所の官庁、公署、学校、商業会議所、取引所その他の団体に対する調査の囑託権限を規定しており、捜査機関にとってもその必要があるところから、新法では公務所のみならず、広く公私の団体に対する照会権」が規定されたという経緯がある²。

刑訴法 197 条 2 項は、捜査関係事項照会によって収集できる情報を限定していない。このため、刑訴法の文言上は、捜査関係事項照会によってどのような種類の情報でも収集することができるように読める。そして後述の通り、実際にもそのように運用されているようである。実際、国家公安委員長も、衆議院予算委員会において、「警察におきましては、通信の秘密に該当する事項などの一部の例外を除いて、捜査関係事項照会により、犯罪捜査に必要な事項の回答を民間業者に求めているところではございます」と答弁している³。

¹ 捜査機関は「公務所又は公私の団体」以外にも照会することができる。その典型例は、事件現場付近での聞き込みである。しかし、この根拠は刑訴法 197 条 2 項ではなく、同条 1 項である。刑訴法 197 条 1 項を根拠とする照会の場合は、照会先は報告義務を負わず、同条 5 項の秘密保持義務も負わない。この点で、捜査関係事項照会とは法的性質が大きく異なる。また、一私人が大量の、そして機微性の高い情報を保有するという事態は考えにくく、私人が報告した場合でも、情報主体のプライバシーに与える影響は大きくはない。そこで、本稿では捜査機関による照会の中でも、刑訴法 197 条 2 項に基づく照会（捜査関係事項照会）に限定して論を進めることとする。

² 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 [第 2 版] 第 4 巻』（青林書院、2012 年）144 頁〔馬場義宜＝河村博〕。

³ 『第 198 回国会衆議院予算委員会第 10 号』（平成 31 年 2 月 20 日）〔山本順三国家公安

また、捜査関係事項照会によって収集できる情報の主体にも限定がない。このため、刑訴法の文言上は、捜査関係事項照会によって誰の情報でも収集することができるように読める。

したがって、捜査関係事項照会によると、捜査に必要な限り、被疑者・被告人以外の情報であっても、また基本的にどのような情報であっても収集できることがわかる。

2 報告義務

刑訴法 197 条 2 項は、「報告を求めることができる」と定めるだけである。それにもかかわらず、照会先（第三者）は「法律上の報告義務」を負うと解釈されてきた。政府もこの解釈を支持している⁴。

なぜ第三者が「法律上の報告義務」を負うのかについては、「おそらく裁判所の権限に関する刑訴 279 条と同様に理解するから」と理論上説明されている⁵。もっとも、「今日の個人情報保護意識の高まりの中で、情報保有者は、情報の提供について、個人情報保護法上適法とされる場合でも、問題となることをおそれて消極的になる傾向が存在」するため、「照会と回答義務〔本稿がいう報告義務〕を定めたこの種規定は、捜査機関への協力を正当化するものとして、これまで以上に重要なものとなっている」として⁶、実際上の必要性から説明されることもある⁷。

ただし、第三者は「法律上の報告義務」を負うものの、この報告義務の履行を担保する手段（例えば、罰則規定等）は存在しない。このため、第三者があくまで報告を拒絶するのであれば、捜査機関としては捜索・差押え等の手段に頼るしかない⁸。国家公安委員長も、衆議院予算委員会において、「最終的に、民間事業者の理解が得られなければ・・・令状を得て行うものというふうに認識をいたしております」と答弁している⁹。

結局のところ、捜査関係事項照会は、第三者の協力があってはじめて所定の目的を達成で

委員長答弁〕。

⁴ 内閣衆質 160 第 20 号（平成 16 年 8 月 10 日）回答。

⁵ 後藤昭ほか編『新・コンメンタール刑事訴訟法〔第 3 版〕』（日本評論社、2018 年）480 頁〔後藤昭〕。

⁶ 田村正博「犯罪捜査における情報の取得・保管と行政法的統制」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2014 年）520 頁。

⁷ 城祐一郎「捜査関係事項照会に応じる義務と守秘義務等との関係について」捜査研究 848 号（2021 年）2 頁以下参照。

⁸ ただし、捜査関係事項照会はいまだ嫌疑が十分ではない捜査の初期段階で運用されることが多い。この捜査の初期段階では、第三者が報告をしない場合でも、記録命令付差押え等の要件を充たすという事態は実際上考えにくい。

⁹ 前掲注（3）。

きる捜査手法ではある。とはいうものの、実際問題として、規制権限をもつ捜査機関から捜査関係事項照会を受けた際、第三者が報告を拒絶できるかといえはかなり疑わしいだろう。

3 秘密保持義務

刑訴法 197 条 5 項は、「第 2 項又は第 3 項の規定による求めを行う場合において、必要があるときは、みだりにこれらに関する事項を漏らさないよう求めることができる」と規定している。この要請は、講学上、「秘密保持要請」と呼ばれている。この秘密保持要請を受けた者は、「法律上の秘密保持義務」を負うと理解されている。

捜査関係事項照会がこの「秘密保持要請」、「法律上の秘密保持義務」の適用対象となっているのは、「捜査関係事項照会は、性質上、捜査の初期段階に行うことが多く、密行性が強く求められる場合が多いと考えられる上、捜査関係事項照会については、実際にこれに関する事項が漏洩されて捜査に支障が生じているケースもあり、法律上の秘密保持の義務を負わせる必要がある」と考えられたことによる¹⁰。

確かに、捜査機関が「誰の」「どのような」情報を収集したかという事情、さらには捜査関係事項照会が実施されたという事情それ自体からも、捜査の進捗度合いをうかがい知ることができる場合がある。そして、犯人・事件関係者が捜査の進捗の具合を知ると、証拠を隠匿・破壊したり、関係者に働きかけを行ったりするおそれがある。これは、とりわけいまだ嫌疑が十分ではない捜査の初期段階では一大事である（というのも、証拠の隠匿等を察知できても、その段階では、搜索・差押令状を請求するには嫌疑がまだ十分ではないからである）。そうすると、捜査関係事項照会を認めるのであれば、「秘密保持要請」、「法律上の秘密保持義務」を認める必要はあると思われる。

なお関連して、捜査関係事項照会を受けた個人情報取扱事業者が作成した受理簿、照会対象者リストは、「当該個人データの存在が明らかになることにより、犯罪の予防、鎮圧または捜査その他の公共安全と秩序の維持に支障が及ぶおそれがあるもの」（個人情報の保護に関する法律施行令（以下、個人情報法施行令という）4 条）に当たる。このため、当該受理簿等は、保有個人データ（個人情報の保護に関する法律（以下、個人情報法という）2 条 7 項）に当たらない個人データに区分され、本人に開示請求権（個人情報法 28 条）等が保障されないと整理されている¹¹。

¹⁰ 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第 4 版増補版〕』（弘文堂、2016 年）1280-1281 頁。

¹¹ 西村あさひ法律事務所編『個人情報保護法大全』（商事法務、2020 年）68 頁、185 頁。

なお、電気通信事業者が保全要請に応じると、通信の秘密との関係で問題が生じるのではないかという指摘について、石井徹哉「刑事法から見た通信の秘密」警察学論集 66 巻 12 号（2013 年）20-21 頁。

4 捜査関係事項照会の法的性質

ある捜査手法が強制処分に当たると、当該処分を実施するには刑訴法上に特別の定めが必要ではない（刑訴法 197 条 1 項ただし書）。さらに、強制処分と令状主義が事実上結び付けられてきた関係上、事前の令状審査も必要であることがほとんどである。このため、ある捜査手法が強制処分に当たるか否かは従来、規律の枠組みを大きく左右する重要な問題として扱われてきた。

では、捜査関係事項照会は強制処分に当たるのだろうか。この問題は、捜査関係事項照会の「法律上の報告義務」に関連付けて争われてきた。現行刑訴法制定からしばらくの間は、捜査関係事項照会を強制処分とみる見解が見られた¹²。例えば、強制処分を物理的有形力や強制力を用いる処分、または対象者に法的な義務を負わせる処分と理解する立場は、捜査関係事項照会は第三者に「法律上の報告義務」を負わせる以上、これを強制処分とみた¹³。他にも、強制処分を物理的有形力や強制力を用いる処分、または対象者に法的な義務を負わせる処分に加えて、個人の権利・法益の侵害をもたらす処分全てと理解する立場も、同様であった¹⁴。

これに対し、強制処分を対象者の明示または黙示の意思に反して、重要な権利利益を実質的に制約する処分と理解する立場が確立して以降は、捜査関係事項照会には「法律上の報告義務」こそあれどその履行を担保する手段がないという点に着目し、これを任意処分とみる見解が一般的となっていく¹⁵。この見解からは、刑訴法 197 条 2 項の存在意義は、権限明確化のために刑訴法があえて明文規定を置いたと説明することになるだろう¹⁶。

¹² 例えば、団藤重光『条解刑事訴訟法（上）』（弘文堂、1950年）362-363頁、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）82頁、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』（青林書院、1980年）78頁、高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』（青林書院、1984年）346-347頁、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）71頁、小野清一郎ほか『刑事訴訟法（上）〔新版〕』（有斐閣、1986年）431頁。

¹³ 団藤・前掲注（12）。

¹⁴ 田宮・前掲注（12）。なお、田宮は、「令状主義のわく外の強制処分として法の明文があるのは、公務所や公私の団体に対する照会権ぐらいなもの」としつつ、「このうち『私の団体』への照会を服従義務のある強制処分と解して許容するには根拠に乏しいから、これだけは任意処分と考えるべきであろう」とも指摘する（田宮裕「捜査の規制」『変革の中の刑事法』（有斐閣、2000年）126頁、131頁）。

¹⁵ 例えば、伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法〔新版〕第2巻』（立花書房、1998年）83頁〔東條伸一郎〕、松尾浩也監修・前掲注（10）369頁、渡辺咲子『任意処分の限界 101 問』（立花書房、2010年）196頁、河上和雄ほか編・前掲注（3）164頁〔馬場義宜＝河村博〕。

¹⁶ 任意処分ではあるが、権限明確化のために刑訴法上に明文規定を置くものとして、他に

現在では、捜査関係事項照会は強制処分ではなく、任意処分に当たると理解されている。そして、これを前提として、捜査実務・司法実務も運用されている。

第2節 捜査関係事項照会の運用体制

捜査関係事項照会を任意処分とみる理解を前提として、捜査実務は運用されている。任意処分であれば、その実施は比例原則の枠内で捜査機関に委ねられる。ただし、内部規則による規律がある場合は、それに従わなければならない。例えば、取調べに関しては、「被疑者取調べの適正化のための監督に関する規則」があり、取調べを実施する際は、これにも従わなければならない。同様に、捜査関係事項照会に関しても内部規則があり、捜査関係事項照会を実施する際は、これにも従わなければならない。そこで、捜査関係事項照会がどのように運用されているかをみるには、これに関する内部規則まで確認しておく必要がある。

なお、捜査関係事項照会は「捜査機関」であれば実施できる。とはいえ、実際に捜査関係事項照会を多く実施しているのは警察であろう。そこで本稿では、警察が捜査関係事項照会を実施する場面を念頭に置いて論を進めることとする。

1 警察庁刑事局刑事企画課発の通達

警察庁刑事局刑事企画課は、平成11年、捜査関係事項照会に対する協力を将来にわたって確保するため、規則を整備し、指導教養を徹底するよう、各都道府県警察に求めた¹⁷。この通達では、各都道府県が整備すべき規則の方向性まで示されている。同企画課がこのように求めるに至ったのは、捜査関係事項照会書の不正使用事案が発覚し、警察捜査に対する国民の信頼が著しく失墜した点、また国民の権利意識が高まっている点を背景に、「業務負担やプライバシー保護を理由として、回答がより慎重になされる傾向が顕著となっている」と認識したためである¹⁸。その後、この通達は継続扱いとなっている¹⁹。

(1) 基本的な考え方

通達はまず、捜査関係事項照会に関する基本的な考え方を示している。その要点を示すと次の通りである²⁰。

も刑訴法198条がある。

¹⁷ 「捜査関係事項照会書の適正な運用について（通達）」平成11年12月7日付警察庁丁刑企発第211号、丁生企発第170号、丁交企発第203号、丁備企発第49号。

¹⁸ 同上。

¹⁹ 「捜査関係事項照会書の適正な運用について」平成31年3月27日付警察庁丁刑企発第49号、丁生企発第197号、丁組企発第93号、丁交企発第99号、丁備企発第106号、丁外事発第101号。

²⁰ 同上。

第1に、捜査関係事項照会は「公務所等に報告義務を負わせるものであることから、当該公務所等は報告することが国の重大な利益を害する場合を除いては、当該照会に対する回答を拒否できないものと解される」。また、捜査関係事項照会に基づく報告については、「国家公務員法等の守秘義務規定には抵触しないと解されている」。しかし、「回答を拒否した場合でも罰則の適用はなく、照会先である公務所等に対し、強制力をもって回答を求めることができないことから、回答に伴う業務負担等、相手方に配慮した照会に努めなければならない」。

第2に、捜査関係事項照会により報告を求めることができる事項は、「捜査のため必要な事項一般である」。捜査関係事項照会は、「具体的な捜査に関して記録に基づき事実関係の報告を求めるものであって、照会を受けた側が新たに特別の調査を行う必要のある事項であるとか、特に専門的知識に基づく新たな判断を必要とするような事項にはなじまない」。このため、「中央官庁の所管する法令の抽象的一般的な解釈」や、「いまだ診断書が発行されていない段階において、公私の団体である病院又は診療所に対し、通院加療の必要日数」等について報告を求めることはできない。また、捜査関係事項照会は、「あくまで捜査のための必要事項の『報告』の要求」であるから、刑訴法197条2項に基づいて、直接帳簿、書類等（謄本を含む）の提出を求めることはできない。ただし、「公務所等が自発的に謄本等を提出して報告に代えることは何ら差し支えない」。

第3に、刑訴法197条2項に基づく照会への回答作成に伴う費用は、「公務所等の報告義務の履行に伴う通常の範囲の経費（書類作成費用）として公務所等が負担すべきものである」。ただし、「義務の履行に伴う費用の負担が報告事項の内容や量、求めた報告の方法等を勘案し、社会通念上妥当とされる範囲を超えるものについて費用の請求があった場合は、その経費の全部又は一部を捜査機関が負担するのが妥当である」。

つまり、捜査関係事項照会が「法律上の報告義務」を生じさせる以上、これを上回る利益がない限り、第三者は報告を理論上拒絶できないのであるが、第三者が報告を実際に拒絶してしまうと、報告するよう強制力を用いることはできない。そこで警察としては、第三者が報告を拒絶せず、報告してくれるような体制を整えることが必要である。通達の以上の部分からは、警察のこのような考えをうかがうことができる。

(2) 具体的な照会手続

以上の基本的な考え方を前提として通達は、必要な具体的な照会手続を示していく。その要点を示すと次の通りである²¹。

第1に、「捜査関係事項照会書の書式については、司法警察職員捜査書類基本書式例において様式第49号として定められており、照会に当たっては、公信性を担保する観点から、各都道府県警察においてあらかじめ印刷した規定書式を使用する」。なお、「あらかじめ所属

²¹ 同上。

長の記名、職印を押印した捜査関係事項照会書は保管しない」。また、「保管する用紙については、一連番号を付して適正な管理に努める」、という求めがある。

書式を統一することは、警察機関からの正式な捜査関係事項照会か否かを一目でわかるようにするという意味があるだろう。また後述する通り、捜査関係事項照会を実施する際は所属長の決裁が必要であるが、あらかじめその記名、職印を押印した用紙の保管を禁じることは、この決裁を個別具体的な事例ごとに行うよう担保する意味があるだろう。そして、用紙に一連番号を付すことも、用紙を流用して私的な目的で捜査関係事項照会を実施することを防ぐ意味があるだろう。

第2に、「回答する者に対して、組織として捜査の必要性等を検討した上で照会していることを明らかにするため、報告を求める者は所属長名義とし、その名義の末尾に職印（所属長印）を押印する」、という求めがある。

組織として捜査関係事項照会の必要性等を検討した結果、それがあると判明したと示すことは、第三者が「本当に必要な捜査なのか」という疑問を減じるという意味があるだろう。

第3に、「照会先からの問い合わせ等に配慮し、照会取扱者の連絡先（課〔係〕名、取扱者氏名、加入電話番号、内線番号等）を余白に記載する」、という求めがある。

組織として捜査関係事項照会の必要性等を検討した結果、それがあると判明したことを示しているとはいえ、第三者が「本当に必要な捜査なのか」、「本当にここまで情報を報告する必要があるのか」といった疑問をもつ可能性はある（その疑問が解消されることがなければ、第三者は報告を拒絶するかもしれない）。照会取扱者の連絡先を示すことは、第三者の疑問を解消するという意味があるだろう。また、第三者から問い合わせの可能性が後に控えていることによって、組織として捜査の必要性等をしっかりと検討することが事実上促されるという意味もあるかもしれない。

第4、「捜査関係事項照会は、捜査主任官が個々の照会ごとに照会の必要性、照会内容等を十分検討し、警部以上の階級にある者が、責任を持って発出の是非を判断した上で所属長の決裁を受ける」、という求めがある。

捜査主任官が「この第三者に、この情報主体の、この情報について報告を求める必要がある」と判断しただけでは足りず、警部以上の上級職の審査、さらに所属長の決裁を必要とすることは、異なる視点観点による捜査関係事項照会の必要性、照会内容等の吟味を制度上義務付けるという意味があるだろう。弁護士会照会（弁護士法23条2項）が弁護士会内部の審査（決裁）を経て実施される仕組みが整えられているのと同様に、捜査関係事項照会も捜査機関内部の決裁を経て実施される仕組みが整えられているのである²²。なお、ここでいう

²² なお、弁護士会照会は、「弁護士が基本的人権を擁護し社会正義を実現することを使命とする（弁護士法1条1項）ことにかんがみ、弁護士が、受任している事件を処理するために必要な事実及び証拠の発見収集を容易にし、当該事件の適切な解決に資することを目的」（東京高判平成22年9月29日判事2105号11頁）として、捜査関係事項照会に習っ

警部以上という階級は、逮捕令状を請求することができる階級（刑訴法 199 条 2 項）と一致している点は興味深い。

第 5 に、「捜査関係事項照会は、公信性を高めるためにも正本の他、必ず副本を作成し、契印をする」、という求めがある。

副本を作成し、契印しておくことは、実施した捜査関係事項照会が正式な捜査関係事項照会か否かについて争いが生じた際に備えておくという意味があるだろう。

第 6 に、「副本については、必ず専用の簿冊に編綴し、庶務担当係等において一元的な保管・管理に努める」、という求めがある。

副本の管理・保管体制を定めておくことも、1 つ前と同様に、実施した捜査関係事項照会が正式な捜査関係事項照会か否かについて争いが生じた際に備えておくという意味があるだろう。

第 7 に、「決裁後は、必ず文書番号を付す」、という求めがある。

文書番号を付すことは、今回の捜査関係事項照会がいつどのような決裁手続を経たかを明らかにしておくという意味があるだろう。

第 8 に、「照会件数や照会事項は必要最小限度にとどめ、また、可能なものについては、あらかじめ回答用紙を作成して添付するなど照会先の事務費用の軽減を図る」。また、「郵送による照会については、あて先（所在地、所属名等）を明記した返信用封筒（切手をはり付け）を同封する」、という求めがある。

捜査関係事項照会の必要性があり、照会件数・事項も妥当で、第三者もそのことを認識したとしても、報告に要する負担が大きければ、結局報告を拒絶するかもしれない。そこで、照会件数や照会事項を最小限度にとどめ、回答用紙を作成するとともに、返信用封筒を同封しておくことは、報告に要する事務的及び経済的負担をできる限り削減するという意味があるだろう。

第 9 に、「出張捜査等において、予定外の照会が生じるおそれがある場合は、あらかじめ所属長決裁を受け、所属長の記名、職員を押印した捜査関係事項照会書を必要枚数、捜査員に持参させることとする」。ただし、捜査関係事項照会の必要が生じた場合は、「その都度、電話報告の上、所属長決裁（急を要する場合は、事後決裁とする。）を受けて、文書番号を付し照会する」。「この場合の正本と副本との契印は、出張捜査中の責任者の認印を使用する」。なお、「未使用の捜査関係事項照会書は、必ず返納の上、廃棄する」、という求めがある。

出張捜査等で予想外の捜査関係事項照会を実施する必要がある場合でも、決裁機能を確保するとともに、用紙の流用を禁じることは、これまでみてきた手続の意味を可能な限り維持しようという意味があると思われる。

以上からは、第三者が報告を拒絶せず、報告してくれるよう、警察は、用紙を見れば組織

で規定された制度である（広島高岡山支判平成 12 年 5 月 25 日判時 1726 号 116 頁参照）。

として捜査関係事項照会の必要性等を検討したという結果が一目瞭然であるような仕組みを設けるとともに、第三者の疑問を解消する窓口を設け、報告に要する事務的・経済的負担をできる限り削減する制度を設けているということがわかる。ただしこれは、裏返せば、このような制度があれば第三者は報告を拒絶せず、報告してくれるだろう、と警察が考えていることの現れといえるかもしれない。

2 各都道府県警察作成の規則（要綱）

以上のような通達を受け、都道府県警察は規則（要綱）をそれぞれ整備している²³。各都道府県警察が整備する内容は、細かな違いはあれど、基本的に通達が求める事項と同様である。そこで、警察が捜査関係事項照会を実施する際は、通達でみたような手続に従って行われている（はずである）。もし従わなかった場合には、少なくとも懲戒その他の対象となる可能性がある。

3 捜査関係事項照会の実際

内部規則が定められていることと、個別具体的な捜査関係事項照会がそれに従って実施されているかは別である。少し古い報道によれば、刑事課司法係長の警部補が、知人の金融業者から貸金滞納者の身元照会を依頼され、無断で署長印等を利用して捜査関係事項照会書を作成し、区役所から戸籍謄本等を取得した事例があるという²⁴。また、報道によれば、警務課所属の警察官が、交際相手の連絡先を知るため、暴力団が絡んだ詐欺事件の捜査だと偽り捜査関係事項照会書を作成し、銀行から口座取引明細書を、さらに電話会社から交際相手の電話番号を、市役所から家族の戸籍謄本等を取得した事例があるという²⁵。他にも、報道によれば、交通部の巡査長が、2006年から2011年までに発生した窃盗や器物損壊事件等13件に関する捜査関係事項照会等117点を、別の署に移動する際、自宅や所轄署に運びそのまま放置した事例もあるという²⁶。こうした濫用事例をみると、内部規則が果たして遵守されているのかという疑いが生じても不思議ではない。

また、個別具体的な捜査関係事項照会が内部規則に従って実施された場合でも問題があ

²³ 例えば、警視庁について、「捜査関係事項照会等の適正な運用について」平成13年12月26日付例規（刑総・生総・地総・交捜・備総）第249号、大阪府警察について、「捜査関係事項照会書等取扱要綱の制定について」平成14年12月24日付通達甲（副監、刑、総、指）第30号。

²⁴ 「個人情報不正入手容疑で大阪府警警部補を逮捕 知人の金融業者に渡す一大阪府警」毎日新聞朝刊大阪版1999年10月10日、25面。

²⁵ 「県警、やまぬ不祥事 逮捕は今年計5人 再生の誓い、どこに2警察官を逮捕」朝日新聞朝刊横浜版2006年12月16日、35面。

²⁶ 「捜査書類 自宅に隠す」読売新聞朝刊鳥取版2013年7月27日、31面。

る。というのも、内部規則は既にみたように、捜査関係事項照会によって収集できる情報の範囲、収集した情報の利用範囲を限定していない。そのため結局、捜査に必要な限り、誰のどのような種類の情報でも、捜査関係事項照会によって収集・利用ができてしまう可能性は残ったままである。

例えば、近時の報道によると、最高検察庁が作成した「捜査上有効なデータ等へのアクセス方法等一覧表」と題するリストが存在し、そこにはポイントカード事業最大手のカルチュア・コンビニエンス・クラブ（CCC）から、会員の氏名・生年月日・住所・ポイントの履歴（日時とポイント数、企業名）、レンタル商品名のほか、店舗の防犯カメラ画像までも捜査関係事項照会によって収集できると記されているとのことである²⁷。その他にも、スマートフォン等を利用したオンラインゲーム会社に対する捜査関係事項照会では、位置情報も収集できるという²⁸。

いわゆるムスリム捜査事件²⁹では、ムスリムである原告らの情報を、警視庁公安部外事第3課が収集・保管・利用し、さらにファイル共有ソフト Winny を通じてインターネット上に流出させたことが国家賠償法上の違法を構成するかが問題となった。最終的にこの事件では、情報流出について警視庁の情報管理上の注意義務違反が認定されている³⁰。本稿との関係で特に着目すべきは、流出した資料の中に、警視庁が銀行に対する捜査関係事項照会によって収集した、ムスリムが経営する事業に関連する口座取引明細が含まれていた点である。一般的に口座取引記録は、交友関係のみならず、資産状況、趣味嗜好、健康状態等を明らかにするが、こういった情報も捜査関係事項照会によって収集できるのである。

さらには、医療機関に対する捜査関係事項照会では、疾病名・その程度、入院・通院日数、診断根拠、治療内容、回復の程度・見込み等すら収集できる³¹。

こうして、捜査関係事項照会は現状、捜査機関にとって有用で濫用されやすい捜査手法と

²⁷ 共同通信社会部取材班「丸裸にされる私生活—企業の個人情報と検察・警察—」世界2019年111頁。なお、国家公安委員長もこの事実を認めている（前掲注（3））。

²⁸ 共同通信社会部取材班・同前113頁。

なお、スマートフォンの位置情報を利用したゲームを運営する会社が「電気通信事業者」に当たらないとの指摘について、前掲注（3）〔石田真敏総務大臣答弁〕。

²⁹ 東京高判平成27年4月14日（LEX/DB 25506287）。

³⁰ ムスリム捜査事件について、渡辺康行「『ムスリム監視捜査事件』の憲法学的考察—警察による個人情報の収集・保管・利用の統制』『「内心の自由」の法理』（岩波書店、2019年）299頁以下〔初出2015年〕、池田公博「判批」『メディア法判例百選〔第2版〕』（有斐閣、2018年）92頁。

³¹ 医療機関に対する捜査関係事項照会の実態について、例えば、鈴木達也「警察よりの捜査関係事項照会にかかる医療業務」医事業務424号（2013年）36頁、坂口正道「捜査関係事項照会書」臨床精神医学46巻増刊号（2017年）307頁。

なっていることがわかる。もちろん、捜査関係事項照会が日々膨大な件数実施されていることに比べると、濫用の件数はわずかなのかもしれない。しかしたとえわずかでも、それがとりわけ重要な情報に関して生じてしまう場合は、情報主体が被る不利益は計り知れない。また、そういった事態があり得ること自体、私たちが日々生活する上で第三者に対して情報を差し出す行為を委縮させ、ひいては情報社会に必要な情報の流通を阻害するという社会的悪影響すら招きかねない。

4 個人情報保護法、各種ガイドライン、業界自主ルール

では、個人情報保護法（個情法）、各種ガイドライン、そして業界自主ルールの観点から何か手当てはされないのだろうか。

(1) 個人情報保護法

まず、個情法³²をみてみよう。個情法は、第三者提供の制限を設けている（個情法 23 条 1 項）。そして、これに違反して第三者提供を行うと、個人情報保護委員会による監督の対象となる（個情法 40 条以下）。しかし、個情法は同時に、「法令に基づく場合」をその例外として掲げており（個情法 23 条 1 項 1 号）、刑訴法 197 条 2 項に基づく捜査関係事項照会はこの例外に当たる³³。こうして、個情法の第三者提供の制限にもかかわらず、例えば、ある民間企業が捜査関係事項照会に応じて、個人情報を捜査機関（第三者）に対して報告したとしても、監督の対象とはならないのである。したがって、捜査関係事項照会の実施に関して、個情法は何ら歯止めとならない。

(2) 各種ガイドライン

次に、各種ガイドラインをみてみよう。プライバシー性の高い情報を保有する業界に対し、所管省庁が個人情報保護法よりもプライバシーに配慮したガイドラインを規定する場合がある。電気通信事業者に対するガイドライン（以下、電気通信事業 GL という）もその 1 つである³⁴。

³² 本稿では令和 3 年改正施行前の個情法の条文を指摘する。以下同じ。

³³ 石井夏生利ほか編著『個人情報保護法コンメンタール』（勁草書房、2021 年）318-319 頁〔鶴巻暁〕。

³⁴ 「電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン」平成 29 年 4 月 18 日総務省告示第 152 号、最終改正平成 29 年 9 月 14 日総務省告示第 297 号。

電気通信事業 GL は、「電気通信事業の公共性及び高度情報通信社会の進展に伴い個人情報の利用が著しく拡大していることに鑑み、通信の秘密に属する事項その他の個人情報の適正な取扱いに関し、電気通信事業者の遵守すべき基本的事項を定めることにより、電気通信役務の利便性の向上を図るとともに、利用者の権利利益を保護することを目的」とし

電気通信事業 GL15 条 1 項は、第三者提供の制限を設けているが、この点に関して、総務省が策定した「電気通信事業における個人情報保護に関するガイドラインの解説」は次のように解説している。すなわち同解説もまず、「『法令に基づく場合』について、裁判官の発付する令状により強制処分として捜索・押収等がなされる場合には、令状で特定された範囲内の情報を提供するものである限り、提供を拒むことはできない」ことを前提とする。その上で同解説は、「法律上の照会権限を有する者からの照会（刑事訴訟法第 197 条第 2 項、少年法第 6 条の 4、弁護士法第 23 条の 2 第 2 項、特定電子メールの送信の適正化等に関する法律（平成 14 年法律第 26 号。以下、「特定電子メール法」という。）第 29 条等）等がなされた場合においては、原則として照会に応じるべきであるが、電気通信事業者には通信の秘密に属する情報（通信内容にとどまらず、通信当事者の住所・氏名、発受信場所、通信年月日等通信の構成要素及び通信回数等の存在の事実の有無を含む。）について提供することは原則として適用ではない」と述べ、通信の秘密に属する情報について報告することは原則として適当ではないとする。ここで通信の秘密に属する情報として想定されているのは、通信履歴、発信者情報、そして位置情報である³⁵。他方で同解説は、「個々の通信とは無関係の加入者の住所・氏名等は、通信の秘密の保護の対象外であるから、基本的に法律上の照会権限を有する者からの照会に応じることは可能である」と述べ、通信の秘密に属さない情報について報告することは可能だとする³⁶。つまり電気通信事業 GL は、少なくとも通信の秘密（憲法 21 条 2 項後段）に属する情報の報告について、否定的な態度を示している³⁷。

て規定されたものである（電気通信事業 GL 1 条）。

³⁵ 通信履歴について通信事業者 GL32 条 2 項、発信者番号について同 34 条 2 項、位置情報について同 35 条 2 項が規定している。

³⁶ 総務省「電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン（平成 29 年総務省告示第 152 号。最終改正平成 29 年総務省告示第 297 号）の解説〔平成 29 年 9 月（令和 3 年 2 月更新）〕」61 頁。ただし、同解説は、「個々の通信と無関係かどうかは、照会の仕方によって変わってくる場合があり、照会の過程でその対象が個々の通信に密接に関係することがうかがえるときには、通信の秘密として扱うのが適当である」とも述べており、通信の秘密に属さない情報でも報告が適当ではない場合もあるとする。

また、同解説は、裁判官の発付する令状により強制処分として捜索・押収等がなされる場合でも、法律上の照会権限を有する者からの照会等がなされた場合でも、「本人等の権利利益を不当に侵害することのないよう提供等に応じるのは、令状や照会書等で特定された部分に限定する等提供の趣旨に即して必要最小限の範囲とすべきであり、一般的網羅的な提供は適当ではない」と述べ、たとえ報告する場合でも通信の秘密に対する制約が最小限となるような配慮を求めている。

³⁷ 憲法 21 条 2 項にいう「侵してはならない」には、第 1 に、公権力が通信の内容及び通信の存在それ自体に関する事実を取得することを禁止（積極的知得行為の禁止）するとと

そして、電気通信事業 GL に違反して報告をすると、個人情報法 23 条 1 項違反となる可能性があり³⁸、そうすると個人情報保護委員会による監督（個人情報法 40 条以下）の対象となる。また、電気通信事業 GL に違反して報告をすると、電気通信事業法 4 条違反として刑罰対象にもなる（同法 179 条）。このため、電気通信事業 GL は遵守が担保されている。

こうして、電気通信事業 GL の第三者提供の制限によって、例えば、通信会社が捜査関係事項照会に応じて、通話日時等を捜査機関（第三者）に対して報告することはないといっよい。したがって、電気通信事業 GL は、少なくとも「通信の秘密に属する情報」について捜査関係事項照会によって収集されない、という保護を与えていることになる。ただし、このような保護を与えるガイドラインは稀である。

(3) 業界自主ルール

最後に、業界自主ルールをみてみよう。例えば、日本図書館協会は、「図書館のもつデータのうち、利用者の氏名や住所、利用事実、読書事実やレファレンス記録、複写記録などは利用者のプライバシーに属することで、本人の同意なく目的外に使用することはできません。例外として憲法第 35 条に基づく令状を確認した場合があげられます」と規定している³⁹。また国立国会図書館総務部長は、衆議院法務委員会において、「国立国会図書館では、令状なしの利用履歴の提供に応じたことはございません。今後も同様でございます。これは、利用した資料名等の利用履歴は、利用者の思想信条を推知し得るものであり、その取扱いには特に配慮を要するものであります。国立国会図書館は、個人情報保護及び国会職員としての守秘義務等の観点から、裁判官が発付する令状がなければ情報の提供はいたしておりま

もに、第 2 に、郵便物を運ぶ場合に宛名を知る場合のように、通信事業に従事する者が通信の秘密に属する事項を取得する局面が当然にあることを前提にして、それらの者が職務上知り得た通信に関する情報を私人または他の公権力に漏洩することを禁止するという意味がある（宍戸常寿「通信の秘密に関する覚書」長谷部恭男ほか編『高橋和之先生古稀記念現代立憲主義の諸相〔下〕』（有斐閣、2013 年）496-497 頁）。捜査関係事項照会との関係では、このいずれの意味でも通信の秘密が問題となる。

³⁸ 石井夏生利ほか編・前掲注（33）319 頁〔鶴巻暁〕。

³⁹ 日本図書館協会「図書館の自由に関する宣言」3 条 1 項は、「読者が何を読むかはその人のプライバシーに属することであり、図書館は、利用者の読書事実を外部に漏らさない。ただし、憲法第 35 条にもとづく令状を確認した場合は例外とする」と規定している。また、日本図書館協会『「図書館の自由に関する宣言〔1979 年改訂〕」の解説〔第 2 版〕』39 頁は、「表現の自由・思想の自由にかかわる機関としての図書館は、なによりも読者のプライバシーをはじめとする基本的人権を最大限に擁護することを優先すべきであり、公務所であるからといって法の保護するところを越えてまで協力する必要はないという立場を明確にしておきたい」と述べる。

せん」と答弁している⁴⁰。つまり、図書館の自主ルールは、読書記録や利用記録について捜査関係事項照会によって収集されない、という保護を与えていることがわかる。ただし近時の報道によれば、北海道内の5つの図書館が、捜査関係事項照会に応じて利用者の情報を報告していたという事例が明らかとなったという⁴¹。そうするとやはり、業界自主ルールによる保護は十分とはいえないのではないか。

このように、個人情報保護法は捜査関係事項照会の前に言ってしまえば無力であり、業界自主ルールによる保護も十分なものとはいえない。これに対し、ガイドラインが捜査関係事項照会によって収集されない法的保護を与える場面はあるものの、いまだ何ら保護されていない場面のほうが圧倒的多数である。

5 情報公開

近時、民間事業者の中には、捜査関係事項照会に応じた報告に関して、件数や開示割合について公開する運用が広まっている。また自治体の中にも、同様の仕組みを設けているところもあるという⁴²。これらは、公開に際して質問される可能性が後に控えていることによって、警察組織として適正に捜査関係事項照会を運用することが事実上促されるという意味で、完全ではないものの有意義な取り組みである。

第3節 小括

本章では次のことが明らかとなった。すなわち、捜査関係事項照会によると、捜査に必要がある限り、被疑者・被告人以外の情報であっても、また基本的にどのような情報であっても収集できる。加えて、捜査関係事項照会の照会先（第三者）は、（義務履行を担保する手段こそ存在しないものの）「法律上の報告義務」を負うと理解されている。

⁴⁰ 『衆議院会議録』第197回国会衆議院法務委員会第10号（平成31年1月23日）〔田中久徳国立国会図書館総務部長答弁〕。

⁴¹ 「個人情報：令状ない照会に利用者情報提供 道内の5図書館」毎日新聞朝刊北海道版2021年1月8日、20面。

⁴² 東京都国立市の情報公開・個人情報保護審議会の委員を務めていた三木由希子は、同市の先駆的な取り組みを紹介している。すなわち、三木によれば、「国立市条例は『個人情報目的外利用等届出書』を作成し、審議会で毎回報告を受けていた」、「もちろん誰の個人情報を提供したかなどの情報は報告を受けず、どこにどのような目的・理由で何を提供したのかの報告を受けていたわけだが、報告を受けると質問はできる。質問に事務局が回答できなければ次回会議までに所轄課に確認して答えてもらう。こういうやり取りをする」と、照会に対応する際に、所轄課が審議会に聞かれそうなことはあらかじめ確認するようになる、ということを繰り返していた」という（三木由希子「捜査関係事項照会を考える—民間事業者の警察への情報提供にルールを—」時の法令2071号（2019年）61頁）。

それにもかかわらず、「通信の秘密に属する情報」には令状が要求されることを除くと）捜査関係事項照会を抑制するものは、（実施後にその違法性を争う場面を除くと）第三者による報告拒絶と、捜査機関の内部統制しかない⁴³。しかし前者については、報告義務の履行を担保する手段はない（そのために任意処分と理解されている）ものの、規制権限をもつ捜査機関から捜査関係事項照会を受けた際、第三者が報告を拒絶できるかといえば実際かなり疑わしい。令状がない限り報告を拒絶するよう求めるガイドラインもあるが、場面は限られている。また後者についても、捜査機関にとって有用な情報収集手法である以上、内部的な統制が適正に機能しているかも実際かなり疑わしい。こうして、捜査関係事項照会は現状、捜査機関にとって有用で濫用されやすい捜査手法となっていることがわかる。

では、その原因はどこにあるのだろうか。次章では、「捜査関係事項照会が現状、捜査機関にとって有用で濫用されやすい捜査手法となっている」原因を明らかにしたい。

⁴³ なお、刑訴法 222 条 1 項が準用する刑訴法 105 条本文は、「医師、歯科医師、助産師、看護師、弁護士（外国法事務弁護士を含む。）、弁理士、公証人、宗教の職に在る者又はこれらの職に在った者は、業務上委託を受けたため、保管し、又は所持する物で他人の秘密に関するものについては、押収を拒むことができる」と規定する（いわゆる押収拒絶権）。押収すら拒絶される可能性があることからすれば、捜査関係事項照会を実施しても報告を拒絶される可能性はある。

第2章 捜査法におけるプライバシーの問題

前章では、「捜査関係事項照会は現状、捜査機関にとって有用で濫用されやすい捜査手法となっている」ということがわかった。

では、その原因はどこにあるのだろうか。さらに説明すると、個人情報法が捜査関係事項照会に応じた報告を「法令に基づく場合」として第三者提供の制限の例外として許容しているのは、国会が捜査関係事項照会で問題となる権利利益の内容を把握し、そして捜査の目的との比較衡量や具体的条件付け等を行った上で、それを実施しても構わないという意思決定をしたのであれば、個人情報法があえて再判断する必要はない（すべきではない）と考えたからである¹。しかし、この前提は果たして正しいのだろうか。国会は本当に、捜査関係事項照会で問題となる権利利益の内容を把握し、そして捜査の目的との比較衡量や具体的条件付け等を行った上で、それを実施しても構わないという意思決定をしたのだろうか。また、情報技術も進展し、意思決定の基礎とした事情も変化しているように思われるが、国会はこれも考慮した上で、現在の捜査関係事項照会を維持するという意思決定をしているのだろうか²。

これを考えていく上で手掛かりとなるのが、「取得時中心主義」と「領域プライバシー」という概念である。本章では、この2つの概念を手掛かりに、捜査関係事項照会にある問題の所在を明らかにしていく。

第1節 「取得時中心主義」

まず、「取得時中心主義」という概念について確認する。

監視型捜査をめぐって近時、憲法学の立場から注目すべき指摘が加えられた。それが「取得時中心主義」に関する指摘である。山本龍彦は憲法学の立場から、「警察の情報実務には、情報の収集・取得、それに引き続く情報の保存・集積、さらには利用・連結・解析などが含まれるところ、これまでの実務・裁判例・刑訴法学説は、もっぱら情報取得時のインパクトに着目し、かかる情報取得の法的正当性に焦点を当ててきたのではないか、それによって警察による情報の保存・集積や利用・解析といった問題が議論の後景に退き、そこに法的統制の及ばない、ある種の『聖域』が形成されてきたのではないか」との問題提起する。そして、

¹ 個人情報法が、第三者提供の制限の例外として、「法令に基づく場合」（個人情報法23条1項1号）を挙げたのは、「法令に第三者提供の根拠がある場合には、第三者提供によりもたらされる利益が国会により認知されており、本人同意原則の例外を認める合理性があるといえる」（宇賀克也『個人情報保護法の逐条解説〔第6版〕』（有斐閣、2018年）165頁）からである。

² もしかすると、警察はこのような問題を意識しているのかもしれない。というのも、仮に国会の意思決定が十分なものだとなれば、警察がわざわざ照会先（第三者）や情報主体に配慮して内部規則を設ける必要はないからである。

この「情報取得時のインパクトに着目し、かかる情報取得の法的正当性に焦点を当てる警察実務および裁判例、さらにこれを分析する刑事訴訟法学の議論」を、「取得時中心主義」という言葉で表現した³。

山本は、「取得時中心主義」が実務に採用されてきた例として、指紋データベースや DNA 型データベースを挙げている⁴。指紋データベースについては、刑訴法 218 条 3 項が「身体の拘束を受けている被疑者の指紋若しくは足型を採取し、身長若しくは体重を測定し、又は写真を撮影するには、被疑者を裸にしない限り、第 1 項の令状によることを要しない」と規定しており、指紋の採取自体に法律上の根拠があるものの、採取した指紋を当該事件を超えてデータベース化することに確たる法律上の根拠が見当たらない。それにもかかわらず刑訴法学は従前、この点について必ずしも議論を深めてこなかった。山本によれば、これは「指紋の『採取』が、まずは身体への侵襲問題として捉えられてきたこと、逆に言えば、指紋の情報自体に由来する、情報プライバシーの問題としては捉えられてこなかったことの一証左」だという⁵。また、DNA 型データベースについても、被疑者から適法に収集した DNA 型を当該捜査との関係で利用することは正当化されるとしても、収集した DNA 型を被疑事件を当該事件を超えてデータベース化することに法律上の根拠は見当たらない⁶。山本によれば、やはり刑訴法学は従前、この点について必ずしも議論を深めてこなかったが、その背景には同様の指摘が当てはまるという⁷。

また山本は、判例・裁判例の角度からも説明を加えている。公道上のデモ参加者の容ぼうに対する写真撮影の適否が問題となった京都府学連事件において、最高裁は、「個人の私生活上の自由の 1 つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を有する」、「これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法 13 条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない」等と判示した⁸。また、

³ 山本龍彦「監視捜査における情報取得行為の意味」『プライバシーの権利を考える』（信山社、2017 年）89 頁〔初出 2015 年〕。

⁴ 山本龍彦「警察による情報の収集・保存と憲法」『プライバシーの権利を考える』（信山社、2017 年）69 頁〔初出 2010 年〕。

⁵ 山本龍彦・前掲注（3）90 頁。

⁶ 松井由紀夫「警察における DNA 型鑑定及び DNA 型データベースについて（上）」警察学論集 70 巻 6 号（2017 年）149-52 頁参照。

⁷ 山本龍彦・前掲注（4）69-70 頁。

なお、近時は、データベース化に焦点を当てた議論が重ねられている。例えば、水野陽一「監視捜査における情報取得と保存、事後的利用について—DNA 型鑑定、DNA データベースに関するものを中心に—」犯罪と刑罰 27 号（2017 年）111 頁。

⁸ 最判昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 巻 12 号 1625 頁。

公道上や公共施設内での容ぼうに対するビデオ撮影の適否が問題となった平成 20 年決定は、「捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ、かつ、前記各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、これに必要な限度において、公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものである」等と判示した⁹。このような判例に対し、刑訴法学も従前、「人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所」における撮影か否かに着目した被侵害法益の重要性判断を通じて批評してきた。山本によればこれらも、レンズを通した「撮影」という情報収集行為に焦点を当てその適否を論じるという意味で、「取得時中心主義」を採用していることの現れと整理されるという¹⁰。

従来の警察実務、裁判例、そして刑訴法学の傾向を鋭く捉えた山本の指摘は、非常に的を得たものである。確かに、刑訴法学の中にも情報収集後にも目を向ける見解は存在したが¹¹、これはあくまで例外的で、刑訴法学全体に共有された認識とまではいえなかった。しかし、山本が憲法学の視点から言語化したことにより、このような認識はいまや学説のみならず、実務的にも共有されたものとなったとあってよいだろう。

もちろん、通信傍受の適否が問題となった事件において最高裁は、現実にどの程度の通話を傍受したかを考慮せず、抽象的に通信の秘密を侵害する旨と、個人のプライバシーを侵害する旨を認定し、通信傍受の強制処分性を肯定していた。学説上も、強制処分を判断する際に、「『捜査機関が情報を取得する時に被処分者が現にどの程度の制約を受けたか』が考慮される場面と、『捜査機関の情報取得行為とその波及効を考慮して強制処分性を（当該事案における制約の程度をみずに）類型的に判断する』場面も存在してきた」。このような点を指摘し、「刑訴法学が取得後の情報の蓄積・利用について、まったく意を払ってこなかったかたとえば、必ずしもそうではなく、「取得時中心主義という観点では説明できない判断枠組みも、刑訴法学は同時に用いてきた」と評価する向きもある¹²。しかし、全体の傾向として「取得時中心主義」が採用されてきたことは否定し難いだろう。

⁹ 最決平成 20 年 4 月 15 日刑集 62 卷 5 号 1398 頁。

¹⁰ 山本龍彦・前掲注（3）90-91 頁。

¹¹ 福井厚『刑事訴訟法講義〔第 4 版〕』（法律文化社、2009 年）96-97 頁。

¹² 緑大輔「監視型捜査における情報取得時の法的規律」法律時報 87 卷 5 号（2015 年）65 頁。また、亀井源太郎「[基調報告] 憲法と刑事法の交錯」宍戸常寿ほか編『憲法学のゆくえ—諸法との対話で切り拓く新たな地平—』（日本評論社、2016 年）12 頁〔初出 2014 年〕。

「取得時中心主義」の下では、情報収集行為時に生じる権利利益制約の内容・程度が、当該行為を規律すべきか否か、どのように規律すべきかという問題が左右されることになる。情報収集行為がどのような権利利益を制約するかに関連するのが、「領域プライバシー」という概念である。そこで続けて、「領域プライバシー」という概念について確認する。

第2節 「領域プライバシー」

ここでは、前提として、プライバシー一般について議論の流れを確認し、その後で、「領域プライバシー」について確認する。

1 プライバシー一般

「領域プライバシー」を確認するには、プライバシー一般がどのように理解されてきたかから見ていくのがよいだろう。アメリカでは周知の通り、19世紀末葉から、ゴシップ誌による私生活暴露が問題となり始めた。このような情勢も受け、1890年、Samuel D. Warren と Louis Dembitz Brandeis が、「プライバシーへの権利」¹³を公表し、「いまや生命への権利は人生を享受する権利—独りにしておいてもらう権利 (the right to be let alone) を意味するようになった」と論じた¹⁴。そしてこの論文を嚆矢として、(当初は不法行為の保護法益として) プライバシー概念に対する議論が深められていく。

このようなアメリカの議論状況を詳細に日本に紹介したのが、伊藤正己である¹⁵。伊藤は、Warren と Brandeis の論文について、「それまでにコモン・ローが種々の法的擬制を用いることによって、かなりの程度にプライバシーを保護してきたことを解明するとともに、いまやこのような擬制ではなくて、正面から権利として認めるべきであることを強調し、その権利の一般的な法則を確立しようとしたものである。この論文こそは、その後のアメリカのプライバシー法の発展の導火線をなしたものであり、これがアメリカにおいて形成されたプライバシーの権利の生みの親としての名誉をもつものといっても過言ではない」等と紹介する¹⁶。さらにその1年後の1964年には、元政治家の私生活を描写したモデル小説の出版行為が不法行為に当たるか否かが問題となった、いわゆる『宴のあと』事件において、東京地裁が「いわゆるプライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権

¹³ Samuel D. Warren & Louis Dembitz Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV L. REV. 193 (1890).

¹⁴ 宮下紘『プライバシー権の復権—自由と尊厳の衝突—』(中央大学出版会、2015年) 3頁-18頁参照。

¹⁵ ただし、伊藤以前にも、末延三次がアメリカの議論状況を紹介している(「英米法に於ける秘密の保護—いわゆる RIGHT TO PRIVACY について—」法学協会雑誌 53 卷 11 号 (1935年) 2頁)。

¹⁶ 伊藤正己『プライバシーの権利』(1963年、岩波書店) 30-35頁。

利として理解される」と判示した¹⁷。これらを契機として、日本でもプライバシーが議論されていくようになる。

アメリカでも、その議論を参照した日本でも、当初議論されていたプライバシーは、私事の秘匿に重点があった（私生活秘匿権としてのプライバシー¹⁸）。しかし、1960年代以降の科学技術の進展は、私生活秘匿権としてのプライバシー理解では対処できない事態を引き起こし始める。そこでアメリカでは、このような事態に対処するため、私生活秘匿権から自己情報コントロール権へとプライバシー概念の再構成が試みられるに至る¹⁹。その後、この試みが、佐藤幸治によって積極的に紹介され²⁰、日本でもプライバシーを自己情報コントロール権として捉える見解が通説化していくことになる²¹。確かに、日本の最高裁が自己情報コントロール権を明示的に採用したことはない。ただし、いわゆる早稲田大学江沢民事件²²や住基ネット事件²³の判示から、最高裁も自己情報コントロール権説に近い理解をもっていると評価されることもある²⁴。

もっとも、「本格的な高度情報化社会の到来前に提唱された自己情報コントロール権説の主眼は、あえて自己の秘密を打ち明けることによる、愛・友情・信頼といった親密な関係の自律的形成にあったのであり、同説は高度情報化社会に十分対応しうるものではなかった」²⁵。そこで近時は、「情報の連結可能性・検察可能性・解析可能性等を飛躍的に高め、個人のデジタル・バイオグラフィーまたはデータ・ダブル（分身）の作成を可能にした現代の情報技術を前提にすると、茫洋とした情報システムやデータベースの存在それ自体が、我々を無力化し、脆弱化させうる」、「その一方で、現代人の生活、さらには現代人のアイデンティティ形成は、情報システムやデータベースに強く依存しており、もはやそれなくしてはありえない」という、現代社会における情報システムやデータベースの「両義性」に着目し、「シ

¹⁷ 東京地判昭和39年9月28日下民集15巻9号2362頁。

¹⁸ 山本龍彦「プライバシーの権利」『プライバシーの権利を考える』（信山社、2017年）3-4頁〔初出2010年〕。

¹⁹ ALAN WESTIN, *PRIVACY AND FREEDOM*, ATHENEUM, 7 (1967), Charles Fried, *Privacy*, 77 *YALE L.J.* 475, 482-83 (1968).

²⁰ 例えば、佐藤幸治「プライバシーの権利（その公法的側面）の憲法的考察」『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）259頁以下〔初出1970年〕。

²¹ 山本龍彦・前掲注（18）4-7頁。

²² 最判平成15年9月12日民集57巻8号973頁。

²³ 最判平成20年3月6日民集62巻3号655頁。

²⁴ 戸松秀典『論点体系 判例憲法1—裁判に憲法を活かすために—』（第一法規、2013年）104頁-106頁〔宍戸常寿〕、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)国民の権利及び義務(1)』（有斐閣、2017年）119頁〔土井真一〕。

²⁵ 安西文雄『憲法学読本〔第3版〕』（有斐閣、2018年）94頁。

システム構築を前提として、その構造やアーキテクチャをどのように設計すべきか」という視点からプライバシーを捉えなおそうという試みが進行中である（「情報プライバシー」）²⁶。

以上が、プライバシー一般の理解の流れである²⁷。プライバシーは当初、私生活秘匿権として捉えられたが、その後、科学技術の発展に対応するために自己情報コントロール権として再構成された。そして、今や、現代における情報システムやデータベースの「両義性」に対応するため、構造的に捉えなおされようとしているのである。つまり、その時代時代で問題となった事柄に対処するため、プライバシー自身も見直され続けてきたのである。

しかし、このような動態が認められるのはプライバシー一般についてであって、刑事手続、とりわけ捜査法におけるプライバシーはそうではない。誤解を恐れずに言えば、捜査法におけるプライバシーは古典的なままなのである。この点を次に確認する。

2 「領域プライバシー」

(1) 「領域プライバシー」の採用

日本で捜査法におけるプライバシーが着目される嚆矢となったのが、いわゆる京都府学連事件²⁸である²⁹。公道上のデモ参加者の容ぼうに対する写真撮影の適否が問題となった京都府学連事件において、最高裁は、憲法 13 条を根拠として、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべき「国民の私生活上の自由」を認め、この「私生活上の自由の 1 つ」に、「何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下、「容ぼう等」という。）を撮影されない自由」を位置付ける。そして、「これを肖像権と称するかどうかは別として、

²⁶ 山本龍彦・前掲注（18）7-11 頁。

なお山本は、自己情報コントロール権説を完全に否定しようとするわけではない。自己情報コントロール権説を AI 技術やプラットフォームの台頭が著しいこの時代に適うように鍛えなおそうとしているのである（曾我部真裕ほか「誌上対談 自己情報コントロール権をめぐって」情報法制研究 7 号（2020 年）128 頁）。

²⁷ ここで取り上げた以外にも例えば、プライバシー権を社会的評価からの自由と理解する見解（阪本昌成『プライバシー権論』（日本評論社、1986 年）1 頁-16 頁）や、自己イメージのコントロールから理解する見解（棟居快行『人権論の新構成』（信山社、1992 年）173-214 頁）がある。もっとも、自己情報コントロール権説が、「権利が直接保証する行為として、自己情報の開示等に関する選択権を問題とする」のに対して、上記見解も、「そのような自己情報のコントロールを通じて、どのような利益を保護するのかを問うもの」と理解すれば、両見解は必ずしも排斥する関係にはない（長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)国民の権利及び義務(1)』（有斐閣、2017 年）121 頁-122 頁 [土井真一]）。

²⁸ 最大判昭和 44 年 12 月 24 日・前掲注（8）

²⁹ 鴨良弼「プライバシーの権利」『刑事訴訟法の新展開』（日本評論社、1973 年）130 頁-131 頁参照。

少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法 13 条の趣旨に反し、許されない」と続けつつ、警察には犯罪を捜査すべき責務（警察法 2 条 1 項参照）があるとした上で、「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であつて、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもつて行なわれるとき」は、「撮影される本人の同意がなく、また裁判官の令状がなくとも」写真撮影は適法だと判示した。この判決は、写真撮影を行う必要性和被撮影者のプライバシー制約の程度を比較衡量していると理解できるが、この本判決によって、「プライバシー等を被制約利益として観念しようという問題意識」が人々に喚起されたといつてよい³⁰。そして、この意識はその後引き継がれていく（例えば、いわゆる山谷ビデオカメラ事件において、東京高裁は、「その承諾なくしてみだりにその容貌等を写真撮影されない自由は、いわゆるプライバシーの権利の 1 コロラリーとして憲法 13 条の保障するところというべき」と判示している³¹）。

この「プライバシー等を被制約利益として観念しようという問題意識」が、それまでの刑事訴訟法の条文の趣旨・概念の理解に影響を与えるまでそう長くはかからなかった。1991 年、井上正仁が、いわゆる重要な権利利益制約説を提唱する³²。重要な権利利益制約説は、いわゆる新しい強制処分説とは違い、そもそも刑事手続において当の処分を用いることを一般的に許すか否かの判断を誰がどのような形式で行うかを定める強制処分法定主義と、許すとした場合の条件と個々具体的な処分についての許否の手続を規律するものである令状主義を明確に区別する。その上で、「必ずしも直接の物理的作用は伴わないものの、対象となる人のプライバシーその他の重要な権利や利益に重大な影響を及ぼすような処分（例えば、住居等に立ち入らないで実施される通信・会話の傍受、写真撮影など）」を適切に規律するには、そこで問題となっているプライバシーの内容に着目すべきだといふ³³。そして、昭和 51 年決定³⁴の判示（「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」）を、①相手方の明示または黙示の意思に反して、②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と読み替えた³⁵。

³⁰ 緑大輔「刑事手続とプライバシー」山本龍彦ほか編『プライバシー法』（弘文堂、2022 年公刊予定）。

³¹ 東京高裁昭和 63 年 4 月 1 日判時 1278 号 152 頁。

³² 井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014 年）3-5 頁、12-17 頁〔初出 1991 年〕。

³³ 井上正仁・同前 3-5 頁、12-17 頁。緑大輔・前掲注（30）。

³⁴ 最決昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 卷 2 号 187 頁。

³⁵ 井上正仁・前掲注（32）7 頁以下。

このような重要な権利利益制約説は、閉鎖された私的領域か否かでプライバシー保護の必要性の程度を判断するという意味で、「領域プライバシー」と呼ぶべき理解と馴染む³⁶。つまり、重要な権利利益制約説は、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に当たるか否かを、制約される権利・利益の性質に応じて「一般的・類型的」に判断する³⁷。そして、この保護される類型に当たるか否かには、第三者からのアクセスが困難な領域である場合は、その領域内に重要な権利・利益があり、強制処分と認定される一方、第三者からのアクセスが困難ではない領域（閉鎖されていない私的領域）である場合は、その領域内に重要な権利・利益がなく、強制処分とは認定されず、当該捜査の必要性と当該捜査によるプライバシー制約の比較衡量によって規律されるにとどまるといふ区分が馴染むのである³⁸。

そして、（重要な権利利益制約説が実務でも受け入れられた以上当然でもあるが）実務にも「領域プライバシー」の理解が受け継がれていく。具体的には、通話当事者の同意なく行われた検証令状による電話傍受の適否が問題となった平成 11 年決定³⁹、公道上や公共施設内での容ぼうに対するビデオ撮影の適否が問題となった平成 20 年決定⁴⁰、そして荷送人及び荷受人の同意なく行われた宅配便荷物に対する無令状のエックス線検査の適否が問題となった平成 21 年決定⁴¹では、強制処分該当性の判断の際、現にどの程度網羅的に通話を傍受したか、どの程度網羅的・具体的な撮影を伴う撮影をしたかを考慮していない。そうではなく、これらの判例は、他人から容ぼう等を観察されること自体を受忍せざるを得ない場所か否か、封緘物の内容物を相当程度特定できる機器を使用したか否か等、つまり、第三者がアクセス可能な領域か否か、どのように捜査機関がアクセスしたかを考慮した。その上で、第三者がアクセスできない閉鎖された領域内の情報を捜査機関が収集したことをもって重要な権利・利益の制約が生じていると認定し、強制処分に該当すると判断したのである⁴²。

また、重要な権利利益制約説と「領域プライバシー」を繋げて読むと、いわゆる GPS 捜査事件（平成 29 年判決）⁴³も整合的に読むことができる。平成 29 年判決では、自動車を使

³⁶ 緑大輔・前掲注（30）。

³⁷ 井上正仁・前掲注（32）8頁。

³⁸ 緑大輔・前掲注（30）。

³⁹ 最決平成 11 年 12 月 16 日刑集 53 卷 9 号 1327 頁。

⁴⁰ 最決平成 20 年 4 月 15 日・前掲注（9）。

⁴¹ 最決平成 21 年 9 月 28 日刑集 63 卷 7 号 868 頁。

⁴² 笹倉宏紀も、「捜査法におけるプライバシー理解は、『私生活の場所的根拠である住居』という、対外的に閉じられた空間、あるいはその類推で捕捉し得る限度での『私的領域』・・・の保護にとどまっている」と指摘している（笹倉宏紀「強制・任意・プライバシー」酒巻匡ほか編著『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019 年）264-65 頁。

⁴³ 最大判平成 29 年 3 月 15 日刑集 71 卷 3 号 13 頁。

用した広域での連続窃盗被疑事件の捜査に際し、被告人・共犯者のみならず被告人の知人も利用する蓋然性があった自動車やバイク計 19 台に、被告人らの承諾なく、かつ何らの令状も取得することなく、GPS 位置情報発信機器を取り付け、約 6 か月半もの間、各車両の GPS 位置情報を断続的に取得した行為の適否が問題となった。この事件で最高裁は、GPS 捜査が「私的領域」へ「侵入」する捜査手法だと述べ、それを強制処分だと認定した。この「私的領域」への「侵入」という部分の解釈について、井上正仁は、『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一位置情報を、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」と述べる⁴⁴。GPS 機器が装着された事実を知らない対象者は、何気なく普段通りの行動を続けていく。対象者が住居、宗教施設、医療施設等（私的空間）を訪れた際、対象車両の位置情報が収集されると、当該対象者がそういった私的空間の内にいるという情報が明らかとなる。ここで明らかとなる情報は、捜査機関が私的空間に立ち入って探し回り、対象者を目撃することで手に入れることができる情報と同様である。つまり、GPS 機器を利用することで捜査機関は、私的空間に立ち入って探し回らなければ手に入らない情報を手に入れる可能性があるのである。このように井上は、GPS 捜査が「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」（井上はこれをプライバシー強保護空間と呼ぶ）の情報を収集するという可能性に引き付けて、「私的領域」への「侵入」を読み解いた。これは言い換えると、第三者がアクセスできない閉鎖された領域内の情報を捜査機関が収集したことをもって重要な権利・利益の制約が生じていると認定したのではないかという読み解きであり、このように読み解くと、従来判例の延長線上に平成 29 年判決を置くことができる。

また笹倉宏紀も、「私的領域」への「侵入」という部分の解釈に関して、「本判決は、①プライバシーが強く保護されるべき場所・空間における所在の把握を問題視する限りで、公共空間での行動に端的にプライバシー保護を及ぼす考え方とは異なり、閉鎖空間の保護という意味での古典的なプライバシー観を維持している。そして、②『継続性、網羅性』を有する GPS 捜査では①の生じる可能性が『必然的』に存在し、しかも、その可能性が現実化するか否かは成り行き次第であって誰にも制御できない。したがって、③『装着』に着目し、それを強制処分と見て規制するほかない。これは、住居等の純然たる『私的領域』への侵入を直截に規制するものではないので、『準ずる』という言葉で補足される、というわけであ

⁴⁴ 井上正仁「判批」『刑事訴訟法判例百選〔第 10 版〕』（有斐閣、2017 年）67 頁。ただし、井上は、本稿引用部分の後に、「少なくとも筆者には、そう解して初めて諒解可能となる」と続けている。

る」と述べる⁴⁵。笹倉はより端的に、平成 29 年判決を「閉鎖空間の保護という意味での古典的なプライバシー観を維持している」と評価しているが、これがここまで見てきた「領域プライバシー」の理解と整合するのは明らかである。

こうしてみると、全体の傾向として、捜査法が「領域プライバシー」の理解を採用してきたということができるだろう。

(2) 「領域プライバシー」採用の理由

では、なぜ「領域プライバシー」の理解が採用されるに至ったのだろうか。その理由は次の 2 点から説明できる。

1 つ目の理由は、いわゆる「情報プライバシー」の理解を採用しにくいことである。既に確認した通り、憲法学では、情報技術の進展を受け、プライバシーを「情報プライバシー」として理解する見解が提唱されてきた。収集、利用、そして蓄積といった情報の流れについて情報主体によるコントロールを及ぼすべきことを論じるこの見解は、学界で多くの支持を得ている。しかし、捜査法がこの「情報プライバシー」を導入するにはまず、プライバシー侵害の捉えどころのなさという問題がある。つまり、犯罪捜査は、情報を収集し、それを利用・解析することが本来の活動である。それにもかかわらず、情報の蓄積や利用・解析が権利利益の侵害にあたるとなると、およそ犯罪捜査が成り立たなくなるのである。また、容ぼうの撮影や指紋採取等のような情報収集それ自体が、「私生活上の自由」に対する実害を直ちに生じさせるわけではなく、脅かされる利益の内実や侵害の発生時点が必ずしも明らかではないという問題もある⁴⁶。加えて、憲法学の着眼点にも問題がある。つまり、憲法学におけるプライバシーの議論は、具体的場面でどのような違憲審査基準を設定すべきかに着目してきたため、「権利を相対化するために必要な権利の重みづけ、つまり情報を用いる際の要件設定に関する問題意識が相対的に希薄」なのである⁴⁷。

2 つ目の理由は、「領域プライバシー」の理解を採用したほうが長所があることである。もともと、プライバシーという観念のあり方が捜査法分野で主題化される以前から、居宅への搜索の適否といった問題のように、居住者の住居への管理権限の制約の適否が伝統的に争われてきた。この争いの中で、捜査法におけるプライバシーは、居住者の住居への管理権限を意識し、侵害される内容を明確にすることで搜索を規律しようとする発展を遂げてきたという経緯がある。ここで「領域プライバシー」を採用し、個人の私的領域に対する第三者のアクセス可能性に着目すると、次の 3 つの長所がある。第 1 に、第三者のアクセス可能性は、当該私的領域の閉鎖性・排他性と強い結びつきがあるが、私的領域の閉鎖性・排他性は、当

⁴⁵ 笹倉宏紀「判批」『メディア法判例百選〔第 2 版〕』（有斐閣、2018 年）221 頁。

⁴⁶ 以上の指摘について、笹倉宏紀・前掲注（42）265-66 頁。

⁴⁷ 笹倉宏紀「捜査法の思考と情報プライバシー権」法律時報 87 巻 5 号（2015 年）71-72 頁。

該私的領域に財産法上の利益を有していれば確保することができるため、「領域プライバシー」を採用し、個人の私的領域に対する第三者のアクセス可能性に着目すると、財産法上の理解を組み込んで考慮することができるという意味で、既存の捜査手法である搜索等とまではいかないものの、それに近いぐらいの明確性を確保することができる。したがって、「領域プライバシー」を採用し、個人の私的領域に対する第三者のアクセス可能性に着目すると、プライバシーの要保護性の有無を明確に線引きしやすい。第2に、令状主義は、搜索場所や検証を行うべき場所、対象等について、基本的に有体物を基準とした特定を要請しているが、この要請は、場所や物を基準として第三者のアクセス可能性を判定する「領域プライバシー」と馴染みやすい。したがって、「領域プライバシー」を採用し、個人の私的領域に対する第三者のアクセス可能性に着目すると、処分対象の特定・明示を求める令状主義の要請にも適しやすい。第3に、「領域プライバシー」の理解によれば、「領域外」、例えば、公共空間における情報の保護の度合いは切り下げられる。そうすると、捜査機関はそのような情報を事前の規律されずに収集できるようになる。また、目の前の情報を収集するために必要な手順が現場捜査官にとって分かりやすくなる。したがって、個人の私的領域に対する第三者のアクセス可能性に着目したほうが、捜査機関の情報収集行為を一定程度確保できると同時に、捜査機関にとって明確な行為規範を与えやすい⁴⁸。

このように、「情報プライバシー」の理解を採用しにくいのに対し、「領域プライバシー」の理解を採用するほうが長所があるために、捜査法に「領域プライバシー」の理解が採用されるに至ったとみることができるのである。

以上まとめると、重要な権利利益制約説は、制約される権利・利益の性質に応じた「一般的・類型的」な判断を求めるところ、この類型判断には、第三者がアクセスが可能な領域か否かで区別をする「領域プライバシー」の理解が馴染む。そして、この「領域プライバシー」の理解は、重要な権利利益制約説が通説化したこともあって、判例にも受け継がれてきた。もちろん、「領域プライバシー」の理解が採用されてきたことには、捜査法特有の事情が影響しているのであった。

第3節 捜査関係事項照会にある問題の所在

ここまで、もっぱら情報収集行為時点に生じる影響に着目し、当該行為の法的正当性に焦点を当ててきた議論状況を指す「取得時中心主義」と、個人の私的領域に対する第三者のアクセス可能性に着目する「領域プライバシー」という2つの概念を確認してきた。

では、この2つの概念との関係で、捜査関係事項照会はどのように位置付けられるだろうか。捜査関係事項照会によって収集された情報は、もちろんそれ単体でも捜査上意味ある場合もあるだろうが、他の情報（他の機会に捜査関係事項照会によって収集した情報も含まれる）と統合・解析されて初めて、捜査上意味ある情報となる場合もある。後者の場合でも、

⁴⁸ 緑大輔・前掲注(30)。

捜査関係事項照会によると、捜査に必要な限り、被疑者・被告人以外の情報であっても、また基本的にとどのような情報であっても収集できることもあって、被疑者らについて個人の思想信条等、秘匿性の高い情報すら暴くことも不可能ではない。しかし、もっぱら情報収集行為時点に生じる影響に着目し、当該行為の法的正当性に焦点を当ててきた「取得時中心主義」の下では、このような収集後に生じる事情を睨んで規律を及ぼすことができなかった。

もっとも「取得時中心主義」の下でも、利用・解析に用いる情報が不足しておれば、秘匿性の高い情報を暴くことが事実上封じられるため、情報収集後の問題に目を向ける必要は低減する。そこで、仮に捜査関係事項照会の実施に当たって厳格な要件が設けられておれば、情報収集後の問題に目を向ける必要性は低減したかもしれない。しかし、捜査関係事項照会は、情報主体の手元を離れた情報に対してアクセスする捜査手法である。つまり、捜査関係事項照会は、第三者からのアクセスが困難ではない領域（閉鎖されていない私的領域）からの情報取得行為である。このため、個人の私的領域に対する第三者のアクセス可能性に着目する「領域プライバシー」の下では、捜査関係事項照会について被制約利益が重要だとは認識されてこなかった。重要な権利利益制約説が通説化した後も、捜査関係事項照会が任意処分に位置付けられ続け、しかも十分な規律が及ぼされてこなかった背景には、このような事情があると思われる。

こうして「領域プライバシー」の下で、捜査関係事項照会は情報主体の手元を離れた情報を収集する捜査手法であったために、これによる被制約利益が重要だとは認識されず、そうであるのに、「取得時中心主義」の下で、捜査関係事項照会によって収集された情報の蓄積、利用・解析に焦点が当てられなかったために、捜査関係事項照会はこれまで任意処分と位置付けられ、しかも十分な規律が及ぼされてこなかったといえる。

ただし、かつて情報技術が今日ほど進展していなかった時代（それが具体的にいつを意味するかはさておき）は、この問題が見えにくかった（見えなかった）のにも理由がある。1つ目の理由は、情報の質・量の上限である。第三者が保有する情報の質が今日ほど秘匿性が高いものではなく、同時に情報の量も今日ほど膨大なものではなかったために、たとえ捜査関係事項照会によって情報が収集されたとしても、秘匿性の高い情報を暴くことが事実上封じられていた。つまり、情報の質・量の上限が、捜査関係事項照会による権利利益の制約を事実上抑制していたために、十分な規律を及ぼさなくても間に合っていたともいえる。

2つ目の理由は、手間である。捜査機関側にとって、実施に際して個々の照会先（第三者）に物理的に赴く必要がある等の相応の手間があった。また、収集した情報を蓄積や統合・解析しようにも、紙の束を置いておくことすら一大事であったし、まして紙の束の中から情報を抜き出して統合・解析していくことは不可能に近かった。他方で、第三者側にとっても、本来の業務の合間に、照会事項を紙の束の中から見つけ出し報告するのは手間のかかる作業でしかなかった。いくら捜査機関にその必要性を説得されたところで、手間が一定を超えると報告を拒絶したかもしれない。こうして、かつては、情報の質・量の上限や、捜査機関側及び第三者側の手間が捜査関係事項照会の実施を事実上抑制する機能を果たしていたの

である。

しかし、情報技術が進展し、捜査関係事項照会を取り巻く状況は大きく変化した。社会に流通する情報の質・量はかつてと比べ物にならなくなった（情報の質・量の上限がなくなった）。また、捜査機関側は、所属部署内に居ながら個々の照会先（第三者）に対してファクシミリやメールで報告を求めることが（内部規則上認められるかはともかく実際上は）できるようになった。しかも、収集した情報もほんの一手間でデータ化することができ、一度データ化してしまえば蓄積や統合・解析に要する手間はほぼ存在しない（当該事件の終了後も蓄積しておき、何十年後かに統合・解析するということすら（その適否はさておき）可能となった）。他方で、第三者側も、本来の業務の間に、照会事項を見つけ出し報告するのは相変わらず手間のかかる作業ではあるが、既にデータ化された中から見つけ出し報告するのに要する手間はかつてほどではない（手間がほとんどなくなった）⁴⁹。

つまり、企業（団体）は多くの、そして機微な情報を保有するようにもなったが、捜査機関は1つの事件を解決するに当たって、複数の企業に、複数回も報告を求める手間がほぼなくなった。照会先（企業）もこれに応じて報告する手間もかつてほどではなくなり、より報告しやすくなった。そして、報告された情報を捜査機関が（事件を超えて）蓄積や利用・解析することすらもはや手間でもなくなった。こうして、かつては確かに存在した、捜査機関側と第三者側の手間が今や失われ、捜査関係事項照会の実施を事実上抑制する機能を果たさなくなっているのである。新刑訴法改正に当たって、捜査関係事項照会の範囲が私的な団体にまで拡張されたが、その際に特段の議論が交わされなかったのも、こうした理由によると思われる。

山本は、監視型捜査に関して、「警察は、高度な情報技術を用いてこれを整理・集積し、他の情報と連結させ、そこからあらゆる情報・知識を掘り出すことができ」、「従来、令状を必要とする強制処分でしか得られなかった類の情報・知識が、手持ちの断片的個人情報と統合し、解析（パターン基底的解析）することで明らかになることもある」と述べ、「このような取得後の管理・利用を規律しない限り、我々の私生活は、データベースというシステム上で、令状なく、繰り返し、侵害されうる」と指摘していた⁵⁰。ここでの考察を踏まえると、このような指摘は捜査関係事項照会についても妥当すると思われる。

以上の通り、もっぱら情報収集行為時点に生じる影響に着目し、当該行為の法的正当性に焦点を当ててきた議論状況を指す「取得時中心主義」と、個人の私的領域に対する第三者のアクセス可能性に着目する「領域プライバシー」という2つの概念との関係で、捜査関係事項照会を位置付けていくことで、「捜査関係事項照会が現状、捜査機関にとって有用で濫用されやすい捜査手法となっている」という問題の所在を言語化することができた。繰り返して確認すると、「領域プライバシー」の下で、捜査関係事項照会は情報主体の手元を離れた

⁴⁹ 笹倉宏紀・前掲注（47）75-76頁参照。

⁵⁰ 山本龍彦・前掲注（3）98頁。

情報を収集する捜査手法であったために、これによる被制約利益が重要だとは認識されず、そうであるのに、「取得時中心主義」の下で、捜査関係事項照会によって収集された情報の蓄積、利用・解析に焦点が当てられなかったために、捜査関係事項照会はこれまで任意処分と位置付けられ、しかも十分な規律が及ぼされてこなかった、という問題が捜査関係事項照会にはあった。この問題は捜査関係事項照会による弊害を情報の質・量、手間が抑えていた時代には見えにくかった（見えなかった）が、情報技術が進展してきたことではっきりと見えるようになったのである⁵¹。もし現在でもまだこの問題が見えにくいとすれば、それは捜査関係事項照会の照会先（第三者）がその必要性等を吟味し、不適切だと判断すれば報告を拒絶するという「努力」によって、いわば防波堤が築かれているからに過ぎない⁵²。

いわゆる GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft) や、BATH (百度、阿里巴巴、騰訊、華為) といった超巨大企業は膨大な情報を収集し、そこから利益を得ている。こういった企業をいかに規律すべきかが近時議論され始めている。こうした議論の重要性は疑うべくもない。しかし、現在の日本では捜査関係事項照会によって、民間事業者が収集した情報が容易に捜査機関の手に渡っているという事実にも着目しなければならない。捜査関係事項照会が適切に規律されなければ、民間事業者の手元に情報が集まれば集まるほど、捜査機関の手元にも同様の情報が渡るおそれがあるのである。

第4節 小括

本章では次のことが明らかとなった。すなわち、情報技術の進展に適うよう、憲法学が情報の流れにコントロールを及ぼそうと試み、プライバシーを「情報コントロール権」（自己情報コントロール権）として捉えてきたにもかかわらず、刑訴法学はいまだプライバシーを古典的な状態、すなわち「領域プライバシー」として捉えたままである。また、「刑訴法学は従来、もっぱら情報収集行為時点に生じる影響に着目し、当該行為の法的正当性に焦点を当ててきたのではないか」（「取得時中心主義」を採用しているのではないか）という指摘が憲法学から加えられ、刑訴法学全体にもその認識が共有されるようになった。この2つの概念との関係で捜査関係事項照会を位置付けると、「捜査関係事項照会が現状、捜査機関にと

⁵¹ 後で確認する通り、アメリカでは「領域」外の情報を修正4条の保護範囲に含めるべきかに関して、判例を含めて議論が重ねられてきた。これと比較すると、日本ではそのような議論があまり盛り上がりこなかったことは疑問に思えるかもしれない。しかし、その原因は、アメリカと違い、「通信の秘密」の明文規定がある日本では、少なくとも「通信の秘密に属する情報」が保護されることが見えやすかったからだと思われる。

⁵² 医療現場における対応について、例えば、桑原博道「医療現場における個人情報保護法」日外会誌109巻5号（2008年）279頁、黒木俊郎ほか「警察からの照会」北海道医報1181号（2017年）40頁、坂口正道「捜査関係事項照会書」臨床精神医学46巻増刊号（2017年）307頁参照。

って有用で濫用されやすい捜査手法となっている」という問題の所在を言語化することができる。つまり、「領域プライバシー」の下で、捜査関係事項照会は情報主体の手元を離れた情報を収集する捜査手法であったために、これによる被制約利益が重要だとは認識されず、そうであるのに「取得時中心主義」の下で、捜査関係事項照会によって収集された情報の蓄積、利用・解析に焦点が当てられなかったために、捜査関係事項照会はこれまで任意処分と位置付けられ、しかも十分な規律が及ぼされてこなかった、という問題が捜査関係事項照会にはあった。この問題は捜査関係事項照会による弊害を情報の質・量、手間が抑えていた時代には見えにくかった（見えなかった）が、情報技術が進展してきたことではっきりと見えるようになったのである⁵³。

問題の所在が言語化できたとして、では、様々な情報が対象となる捜査関係事項照会について広く、具体的な制度構想を示すにはどうすればよいのだろうか。まず手掛かりとなるのが、アメリカにおける、「第三者法理（third party doctrine）」をめぐる議論である。

アメリカでも「領域プライバシー」の理解が採用されてきた。こうした延長線上に、第三者法理（第三者に対して自ら進んで情報を提供・開示した者は、当該情報についてのプライバシーの合理的な期待を失うという法理）が生まれ、判例でも適用されてきた（これを前提に法制定もされてきた）。しかし近時、「領域」外の情報にも修正4条の保護を及ぼすという意味で、画期的なアメリカ連邦最高裁判所判例が登場するに至ったのである。連邦最高裁がどういった経緯・理由でこれを改めるに至ったのかを確認することは、アメリカと同様、「領域」外の情報の保護に悩む日本捜査法にとって有益な示唆をもたらすかもしれない。そこで次章では、アメリカにおける、第三者法理をめぐる議論を確認したい。

⁵³ ただし実際のところは、「取得時中心主義」等の言葉が開発されたおかげではっきりと見えるようになったということである。

第3章 第三者法理

前章では、「取得時中心主義」と「領域プライバシー」という2つの概念を手掛かりとして、なぜ「捜査関係事項照会が現状、捜査機関にとって有用で濫用されやすい捜査手法となっている」のかについて言語化を試みた。その結果、「領域プライバシー」の下で、捜査関係事項照会は情報主体の手元を離れた情報を収集する捜査手法であったために、これによる被制約利益が重要だとは認識されず、そうであるのに「取得時中心主義」の下で、捜査関係事項照会によって収集された情報の蓄積、利用・解析に焦点が当てられなかったために、捜査関係事項照会はこれまで任意処分と位置付けられ、しかも十分な規律が及ぼされてこなかった、という問題が明らかとなった。また、この問題が、捜査関係事項照会による弊害を情報の質・量、手間が抑えていた時代には見えにくかった（見えなかった）が、情報技術が進展してきたことではっきりと見えるようになったこともわかった。

このように問題の所在を言語化できたとして、では、捜査関係事項照会の規律はどのように考えていけばよいだろうか。ここでまず手掛かりとなるのが、アメリカにおける、「第三者法理 (third party doctrine)」をめぐる議論である。

日本法の母法であるアメリカ法も、これまで「領域プライバシー」の理解を採用してきた。こうした延長線上に、第三者法理（第三者に対して自ら進んで情報を提供・開示した者は、当該情報についてのプライバシーの合理的な期待を失うという法理）が生まれる。しかし近時、この状況を変えるかもしれないアメリカ連邦最高裁判所判決が登場する。それが Carpenter 判決¹である。Carpenter 判決では、「通信会社が保有する基地局位置情報 (CSLI) にアクセスは修正4条の搜索に当たる」という判断が示された。これは、「領域」外の情報にも修正4条の保護を及ぼすという意味で、画期的な判断である。この Carpenter 判決に至るまでの判例・学説の状況、そして Carpenter 判決の意義及びその射程をみていくと、当判決が判断の際、情報の性質を含むいくつかの事項を重視していたことがわかる。これらは、アメリカと同様、「領域」外の情報の保護に悩む日本捜査法にとって有益な示唆をもたらすかもしれない。そこで、本章では、「領域プライバシー」を採用してきたアメリカが、どういった経緯・理由でこれを改めるに至ったのかを確認していく²。

¹ Carpenter v. United States, 585 U.S. ___, 138 S.Ct. 2206(2018).

² アメリカでは、安全保障との関係でもプライバシーが深刻な問題となっている（富井幸雄「安全保障上の電子的監視—権力分立と合衆国憲法修正4条の交錯—」法学新報122巻3・4号（2015年）75頁参照）。もっとも、本稿では、通常捜査法との関係でプライバシーがどのように取り扱われてきたかに絞って論じ、安全保障に関する議論は必要がある限りで論じるにとどめる。

第1節 「領域プライバシー」

第三者法理をめぐる議論を見ていく前提として、アメリカ捜査法がプライバシーをどのように捉えてきたのかを確認する。

捜査法におけるプライバシーについて、日本では、強制処分当たるか否かという文脈で議論されてきた。これに対し、日本法の母法であるアメリカでは、合衆国憲法修正4条の「搜索及び押収」に当たり、令状主義が適用されるか否かという関係で議論されている。このように、両国では問題となる次元が異なっているが、両国とも当該捜査によって制約される権利利益の性質に着目するという点では共通した枠組みをもつ。

1 Katz 判決以前の動向

捜査法におけるプライバシーを語るには Boyd 判決³から始めるのがよいだろう。Camden 卿はかつて、「財産権 (the right of property)」は神聖なもので、全体の利益のために何らかの法によって奪われたり、制約されたりすることはない旨の言葉を残した⁴。この言葉を引用し、Boyd 判決法廷意見は、「財産権侵害からの自由」という原理が修正4条にも影響を与えていると述べた。このような修正4条を財産権侵害からの自由として捉える理解は、その後も受け継がれていく。

Boyd 判決からおよそ40年後、令状によらない盗聴 (wiretapping) の適否が問題となったのが Olmstead 判決⁵である。連邦酒類取締官は、令状がないにもかかわらず、組織的な種類の輸入や販売等の首謀者と目された被告人 Olmstead 所有の住居・事務所から延びる電話線にワイヤーを設置し、数か月にわたって電話の盗聴を続けた。電話線へのワイヤーの設置は、Olmstead らの住居等に立ち入ることなく、公道上等で行われたといわれている。この盗聴の結果、密輸組織の企みは暴かれ、Olmstead を含めて70人以上が連邦禁酒法違反を理由として起訴された。これに対し、Olmstead らは、令状によらない本件盗聴は修正4条に違反し、本件盗聴によって得られた証拠は排除されるべきだと申し立てる。これが本件である。

Olmstead 判決法廷意見は、コモンローや Boyd 判決等を参照しつつ、修正4条の「搜索及び押収」が問題となるのは、身体の搜索及び押収、書類や有体物たる所有物の押収、そして押収を目的とした住居への物理的な侵入だと述べる。そして Olmstead 判決法廷意見は、修正4条は通話を保護しておらず、修正4条を拡張して電話線を保護することもできないと指摘し、ワイヤーが Olmstead らの住居等に立ち入らずに設置された以上、本件盗聴は「搜索及び押収」に当たらず、したがって修正4条に違反しないと結論付けた。この Olmstead

³ Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886).

⁴ Entick v. Carrington and Three Other King's Messengers, 19 Howell's State Trials 1029, 95 Eng. Rep. 807 (K. B. 1765).

⁵ Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).

判決法廷意見は、修正4条の役割を、身体、書類、有体物たる所有物、そして住居という個人の私的「領域」を捜索・押収といった「物理的侵入」する行為からの市民の保護に見出したといえる。

こういった修正4条の理解は、Olmstead 判決からおよそ15年後のGoldman 判決⁶にも受け継がれる。Goldman 判決では、捜査官が被告人Goldmanの事務所に隣接する部屋の壁に集音器 (detectaphone) を設置し、同事務所内の会話を盗聴したことの適否が問題となった。Goldman 判決法廷意見は、本件集音器による盗聴は不法侵入 (illegal trespass or unlawful entry) に当たらないこと等を理由に、本件盗聴は「捜索及び押収」に当たらないと判断した。これは言い換えると、Goldman の事務所という「領域」に対して、隣室から集音器によって盗聴しても、「物理的侵入」があったとはいえないと判断したということである。そうすると、Goldman 判決法廷意見の修正4条の理解は、Olmstead 判決法廷意見の修正4条の理解と基本的に同様といってよい。

このようにOlmstead 判決及びGoldman 判決の両法廷意見は、「領域」に対して「物理的侵入」があったか否かというアプローチで、修正4条の「捜索及び押収」に当たるかを問題としていたといえる。両法定意見が採用したこのアプローチは、少なくともしばらくの間、解釈の指針として機能していく。

2 Katz 判決登場とその後

Olmstead 判決からおよそ40年後、修正4条の「捜索・押収」を語る上で欠かせない連邦最高裁判決が登場するに至る。それがKatz 判決⁷である。では、Katz 判決で上記アプローチはどうなったのだろうか。

(1) Katz 判決法廷意見

Katz 判決では、令状によらない通話傍受の適否が問題となった。捜査官は、令状がないにもかかわらず、賭け事の情報を通話傍受して電話で伝えたと言われた被告人Katzが使用している公衆電話ボックスの外側に電子盗聴及び録音器を設置し、同ボックス内での会話を盗聴した。そして、盗聴の結果得られた情報をもとにKatzは起訴された。これに対し、Katzは、令状によらない本件盗聴は修正4条に違反し、本件盗聴によって得られた証拠は排除されるべきだと申し立てる。これが本件である。

この中で、政府側は、Olmstead 判決等が採用した判断枠組みによれば、本件盗聴は修正4条の「捜索及び押収」に当たらないはずだと反論した。つまり、政府側によれば、捜査官

⁶ Goldman v. United States, 316 U.S. 129 (1942).

⁷ Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967). 本事件を紹介する邦語文献として、例えば、渥美東洋「プライバシーと刑事訴訟」『捜査の原理』(有斐閣、1979年)73-77頁〔初出1972年〕。

は公衆電話ボックスの外側に電子盗聴器等を設置しただけであって、同ボックスに立ち入ったわけでもないから、令状によらない本件盗聴は修正4条の「搜索及び押収」に当たらないというのである。

このように Katz と政府は互いに、公衆電話ボックスが「憲法的に保護された領域」に当たる／当たらないと主張していた。これに対し、連邦最高裁は、本件盗聴が修正4条の「搜索及び押収」に当たると判断した。すなわち、法廷意見は次のように述べる。法廷意見は、修正4条が保護するのは場所であって、人ではないと指摘する。その上で、法廷意見は、自発的に公に晒したのであれば、たとえ自宅であれ職場であれ、修正4条によって保護されないが、他方で、自分だけのものにとどめておいたのであれば、たとえ公衆がアクセス可能な場所であっても、修正4条によって保護されるだろうと述べた。

また法廷意見は、修正4条が有体物たる財産の搜索及び押収を規律すると考えられていた関係で、物理的な侵入がなければ修正4条の「搜索及び押収」に当たらないと理解された時期もあったと認めつつ、Olmstead 判決の後、連邦最高裁は、有体物たる財産の押収の場合にとどまらず、口頭での会話の録音の場合にも修正4条を適用してきたと指摘する。そして、法廷意見は、修正4条について、不合理な搜索及び押収から人々を保護する規定であって、ただ「領域」を保護する規定ではないから、ある特定の閉鎖空間 (enclosure) への物理的侵入があるか否かに依存して修正4条の適用範囲が決まるわけではないとも述べた。

(2) Harlan 補足意見

もっとも、法廷意見の「修正4条が保護するのは場所ではなく、人である」という一節からは、どういった保護が人々に与えられるかが判然としない。この点について説明を試みるのが Katz 判決に付された Harlan 補足意見⁸である。

Harlan 補足意見は、どういった保護が人々に与えられるかという問いに答えるには「場所 (place)」を参照する必要があると指摘し、先例から浮かび上がる基準2つを提示する。人がプライバシーの期待を現実に (主観的に) 表明していることが1つ目の基準で、その期待を社会が「合理的 (reasonable)」と認める用意があることが2つ目の基準である。そして Harlan 補足意見は、この基準2つによれば一般的に、自宅はプライバシーを期待できる場所であるのに対し、物品、行動、そして会話が目撃されている場合は、それらを自分だけのものにしておこうという意図が表明されていないから、修正4条によって保護されないと述べる。

続けて Harlan 補足意見は、本件盗聴について判断していく。Harlan 補足意見は、公の空間での会話には他人から盗み聞きされないという保護はないが、それはその状況でプライバシーを期待するのは不合理だからだと問題を特定した上で、本件盗聴との関係で重要なのは、(公衆電話ボックスに) 入って、扉を閉め、料金を支払った人は、自分の会話が盗み

⁸ *Id.* at 360 (Harlan, J., concurring).

聞かれないと期待してよいという点だと指摘する。そして Harlan 補足意見によれば、公衆電話ボックスは一時的に私的な場所であって、その占有者が盗み聞きからの自由を期待することは合理的だと認められるという。

以上のように、Harlan 補足意見は、場所を参照した上で、①人がプライバシーの期待を現実に（主観的に）表明していること、②その期待を社会が「合理的 (reasonable)」と認める用意があることという2つの基準によって修正4条の保護範囲を判断すべきと指摘した。これはすなわち、プライバシーの範囲を画定する際、人が特定の場所や物に対して合理的な期待をもっているか否か、つまりその場所が修正4条の保護を受けるに足りる十分に「家のような」場所か否かを重視するということである⁹。こうして、「場所」(領域)への着目は、法廷意見の「修正4条が保護するのは場所ではなく、人である」という一節によって切り捨てられたようにも思われたが、Harlan 補足意見によって修正4条の保護範囲の判断基準に取り込む形で拾い上げられたといえる¹⁰。そして Katz 判決の後、連邦最高裁の法廷意見で採用されていくのは、Katz 判決法廷意見のアプローチではなく、Harlan 補足意見のアプローチなのであった¹¹。

以上まとめると、捜査法におけるプライバシーは、アメリカでは、合衆国憲法修正4条の「搜索及び押収」に当たり、令状主義が適用されるか否かという文脈で議論されてきた。修正4条の保護範囲について当初、連邦最高裁は「領域」に対する「侵害」があるか否かという基準を用いて判断していた。その後はこのアプローチから離れたとも読み取れる連邦最高裁判例も登場していたが、遂に Katz 判決法廷意見によってこのアプローチは切り捨てられる。しかし、Katz 判決に付された Harlan 補足意見は、「場所」(領域)への着目を、修正4条の保護範囲の判断基準に取り込む形で拾い上げるのであった。

そして、この Harlan 補足意見のアプローチは、その後の連邦最高裁が採用されていく。車両に GPS 機器を取り付けた行為を捉えた Jones 判決¹²や、敷地内(ただし玄関ドアの外)で麻薬捜査犬による薬物探知を行った点を捉えた Jardines 判決¹³といった近時の連邦最高

⁹ Orin S. Kerr, *Implementing Carpenter* (December 14, 2018). THE DIGITAL FOURTH AMENDMENT (Oxford University Press), Forthcoming, USC Law Legal Studies Paper No. 18-29, at 5, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3301257>.

¹⁰ 駒村圭吾『『視線の権力性』に関する覚書』慶應義塾大学法学部編『慶応の法律学 公法1』(慶應義塾大学法学部、2008年)304頁。

¹¹ 例えば、Katz 判決から1年後、DeForte 判決 (Mancusi, Warden v. DeForte, 392 U.S. 364, 377 (1968)) の法廷意見は、Katz 判決の意義について、「侵入された場所における財産権ではなく、そこが政府による侵入から自由だと合理的に期待できる場所か否かに依存することを明らかにした」点に求めている。

¹² *United States v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012).

¹³ *Florida v. Jardines*, 569 U.S. 1 (2013).

裁判決からも、「領域」への着目は実際に見て取れる。ここまでみてきた通り、日本法の母法であるアメリカでも、捜査法において「領域プライバシー」の理解が採用されてきたといえる。

もっとも、日本と同様に「領域プライバシー」の理解が採用されてきたアメリカであるが、アメリカでは「領域プライバシー」の理解を採用することによって不都合が生じる場面があることも早いうちから認識されてきた。その一場面としてよく挙げられるのが、「第三者法理 (third party doctrine)」が問題となる事例である。次節からは、第三者法理について確認していく。

第2節 第三者法理の沿革

自発的に第三者に対して開示した情報についてはプライバシーの合理的期待を失う。これが一般に「第三者法理 (third party doctrine)」と呼ばれる法理である。第三者法理が適用されれば、当該情報についてプライバシーの合理的期待が失われる結果、令状によらずに取得 (収集) することが可能となる。そうすると、第三者法理が適用されるか否かは令状の要否に直結する問題である。このため、第三者理論がそもそも妥当か、第三者法理の適用範囲をいかに画すべきかをめぐってこれまで議論が交わされてきた。

以下ではまず、第三者法理をめぐる議論の沿革について確認する。

1 秘密諜報員に関する判決

第三者法理は、秘密諜報員 (secret agent) に関する判決に端を発すると説明されている¹⁴。秘密諜報員が被告人から聞いた (録音した) 事柄を証拠として被告人を有罪とすることは許されると述べたいくつかの連邦最高裁判決では、その理由を、秘密諜報員を信頼して犯罪関連の事柄を話したとしても、そのような信頼は保護に値しない等に求めていた¹⁵。Katz 判決からおよそ5年後となる White 判決¹⁶でも、秘密諜報員と話した情報が当局に伝えられてしまうリスクを認識・想定していた以上、その者が警察に情報を伝えないだろうという期待は保護に値しないと述べ、同様の結論を導いた (正確に言えば、White 判決以前の判決の理由付けでは物理的侵入の有無も指摘されていたが、Katz 判決後となる White 判決ではこの理由付けは採用されなかったという違いはある)。

これらの連邦最高裁判決が着目したのは、詰まるところ、自発的に第三者に対して情報を

¹⁴ Orin S. Kerr, *The Case for the Third-Party Doctrine*, 107 MICH. L. REV. 561, 566-569 (2009).

¹⁵ *On Lee v. United States*, 343 U.S. 747 (1952), *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963), *Lewis v. United States*, 385 U.S. 206 (1966), *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966).

¹⁶ *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971).

伝えた場合、その情報は修正4条によって保護されないという点である。この点が第三者法理に関する議論に影響を与えていく。

2 ビジネス記録をめぐる連邦最高裁判決（人に対する開示）

第三者法理がまず問題となったのがビジネス記録をめぐる判決である。

(1) Couch 判決

Couch 判決¹⁷では、被告人 Couch が依頼する会計士に対して、納税申告に関する書類の提出を求める歳入庁命令の適否が問題となった。Couch は、会計士が保管している書類にはプライバシーの正当な期待が及んでおり、これを令状によらずに取得するのは修正4条に違反するという理由で、歳入庁命令に基づいて取得された書類について証拠排除を申し立てる。これが本件である。

これに対し連邦最高裁は、「会計士に手渡した書類の中には、プライバシーの期待はほとんど存在しない」、「どのような情報を開示しないかは会計士の裁量に大部分は委ねられている」等と述べ¹⁸、申立てを退けた。これはつまり、会計士に対して情報を伝えることで、Couch は会計士に対して納税申告書中の情報を開示するか否かの決定権限を与えた以上、当該書類にはプライバシーの正当な期待は及ばない（令状によらずに取得しても修正4条違反ではない）ということである。

(2) Miller 判決

約3年後となる Miller 判決¹⁹では、被告人 Miller が利用する銀行に対して、取引記録の提出を求めるサピーナ（提出命令）の適否が問題となった。Miller は、銀行が保管している取引記録にはプライバシーの合理的期待が及んでおり、これを令状によらずに取得するのは修正4条に違反するという理由で、サピーナに基づいて取得された銀行記録について証拠排除を申し立てる。これが本件である。

これに対し連邦最高裁は次の通り述べ、申立てを退けた。法廷意見は、Katz 判決が、「自発的に公に晒したのであれば修正4条によって保護されない」という点を強調していたと指摘し、当該書類中にプライバシーの期待があるか否かを判断するには、問題となっている特定の書類の性質を査定しなければならないと問題点を整理する。その上で法廷意見は、この点を判断していく。法廷意見が第1に取り上げるのは、取引記録の性質である。法廷意見は、小切手が内密なやりとりではなく、むしろ商取引に使用される有価証券だと指摘する。また財務諸表や預金伝票を含めて、捜査機関が取得した全ての書類は、銀行員にビジネスの通常

¹⁷ Couch v. United States, 409 U.S. 322 (1973).

¹⁸ Couch v. United States, 409 U.S. 322 (1973), at 335.

¹⁹ United States v. Miller, 425 U.S. 435 (1976).

の過程で開示される情報のみを含んでいる、と法廷意見は続ける。しかも、法廷意見によれば、銀行が保管している当該書類中についてプライバシーの期待がないことは、議会が銀行秘密法（Bank Secrecy Act）を制定する際にも想定されていたという。

法廷意見が第2に取り上げるのは、リスクの想定である。法廷意見は、White 判決が判示するように、預金者は、自己の事柄を第三者に対して開示する際、その情報が当該第三者によって政府に伝えられてしまうというリスクを想定していたと指摘する。しかも情報が限られた目的だけに使用され、その第三者が裏切らないとの信頼のもとで開示されたものであったとしても、当該第三者が政府当局に伝えることを修正4条は禁じていない、と法廷意見は続ける。

こうして法廷意見は、取引記録には Miller のプライバシーの正当な期待が及ばない（令状によらずに取得しても修正4条違反ではない）と述べたのであった。

ここまでみてきた Couch 判決、Miller 判決、そして Miller 判決の判示をほぼそのまま踏襲した Payner 判決²⁰はいずれも、リスクを想定したにもかかわらず自発的に第三者に対して開示した以上、その情報にはプライバシーの合理的期待（正当な期待）が及ばないと指摘していた。これらの判決が問題とするのは、「人」に対する開示である。このため、「人」に対する開示ではなく、「機械」に対する開示であれば、異なる結論が導かれる可能性が（少なくとも論理的には）残されていた。この点に1つの答えを出したのが Smith 判決²¹である。この Smith 判決をもって、第三者法理は理論として確立する。

3 Smith 判決（機械に対する開示）

Smith は、強盗及び被害者に対する脅迫電話を行ったと目された。そこで、捜査機関は電話会社に依頼し、Smith の自宅の電話に関してペンレジスターを設置するよう依頼した（ペンレジスターを使用すれば、電話会社が特定の電話機から掛けた電話番号がわかるようになる）。このペンレジスターにより脅迫電話が Smith の自宅の電話から掛けられたものと判明し、Smith は起訴された。そこで Smith は、電話会社が保有している電話番号にはプライバシーの正当な期待が及んでおり、これを令状によらずに収集するのは修正4条に違反するという理由で、ペンレジスターに由来する全ての証拠排除を申し立てる。これが本件である。

これに対し連邦最高裁は次の通り述べ、申立てを退けた。法廷意見は次の通り述べる。法廷意見は、ペンレジスターが電話会社内に設置されたことと、ペンレジスターの性能が限定的であること（Katz 判決が保護する会話内容（content）を収集することはできず、あくまで発信先の電話番号を収集することができるにとどまること）を考慮すると、Smith による

²⁰ United States v. Payner, 447 U.S. 727 (1980).

²¹ Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979). 本事件を紹介する邦語文献として、例えば、渥美東洋編『米国刑事判例の動向IV』（中央大学出版部、2012年）290頁〔柳川重規〕。

申立ての是非は、プライバシーの正当な期待が発信先の電話番号に及んでいるか否かにかかっていると問題点を整理する。その上で法廷意見はこの点を判断していく。法廷意見が第1に取り上げるのは、プライバシーの期待が発信先の電話番号に及ばないという点である。法廷意見によれば、全ての電話利用者が、回線交換のために電話会社に電話番号を伝えなければならないことを認識しているし、実際にも電話会社が電話番号を絶えず記録していることを月々の長距離電話料金の明細を見て認識しているという。そして法廷意見は、このような状況で、電話加入者が発信した電話番号が秘密のままだと一般的に期待するとは信じられないと指摘する。また法廷意見は、電話会社に電話を繋げてもらおうとすれば結局電話番号を電話会社に伝えることになるから、たとえ他人に聞かれることを避けようとして自宅から電話を掛けるとしても、この行為をもってプライバシーの期待を表明しているということとはできないとも指摘する。

法廷意見が第2に取り上げるのは、プライバシーの期待がいくらかあるとしても、その期待を社会が「合理的(reasonable)」と認める用意はないという点である。法廷意見によれば、これまで連邦最高裁は一貫して、自発的に第三者に対して開示した情報の中にはプライバシーの正当な利益がないと述べてきたという。Miller 判決は預金者が開示というリスクを想定していたことを理由として、Miller が取引記録が秘密のままだと期待することは不合理だと述べたのだ、と法廷意見は続ける。そして法廷意見は、このような判断に基づくと、電話を掛ける際 Smith は自発的に電話番号を電話会社に対して伝え、当該電話会社の設備に電話番号をビジネスの通常の過程で開示したのであって、このとき電話会社が電話番号を警察に開示してしまうというリスクを想定していた、つまり Smith はプライバシーの正当な期待をもたないと指摘する。また法廷意見は、ここではリスクを想定していたか否かが問題であって介在するのが人か機械かは問題ではないから、電話交換手という人が介在する場合と、交換設備という機械が介在する場合には憲法上の違いがないとも指摘する。

こうして法廷意見は、発信した電話番号には Smith のプライバシーの正当な期待が及ばない（令状によらずに収集しても修正4条違反ではない）と述べたのであった。

以上まとめると、それまでの秘密諜報員に関する判決群と Katz 判決の交差点として、White 判決がある。White 判決は、リスクを想定したにもかかわらず自発的に第三者に対して開示した以上、その情報にはプライバシーの合理的期待（正当な期待）が及ばないと指摘した。この White 判決の影響を受けて、まずはビジネス記録をめぐる判決が登場する。ここでも連邦最高裁は、リスクを想定したにもかかわらず自発的に第三者に対して開示した以上、その情報にはプライバシーの合理的期待（正当な期待）が及ばないと指摘し、結論を導いた。そしてその後、このような指摘が「人」だけではなく、「機械」に対する開示の場合でも同様に妥当するということが Smith 判決で明らかとされたのである（Smith 判決は、会話内容を保護する Katz 判決と事案を区別するため、本件では会話内容が収集されていないという点も指摘していた）。

こうして連邦最高裁は、リスクを想定したにもかかわらず自発的に第三者に対して開示

した以上、そうした情報にはプライバシーの合理的期待（正当な期待）が及ばないと指摘してきた。また、議会もこのような指摘を前提として法律を制定していく。例えば、Smith 判決を受けて制定されたペンレジスター法（the Pen Registers and Trap and Trace Devices Act）は、発信した電話番号について（修正 4 条の令状ではなく）サピーナによって収集できることを規定した²²。他にも、保存通信法（Stored Communication Act : SCA）は、利用者の住所・氏名・電話番号といった情報や利用ログを収集する場合と、通信内容を収集する場合で区別してそれぞれ異なった収集方法を規定した²³。

もっとも、第三者法理を認めるということは、政府がその裁量で取得（収集）することを認めるということにもなる。しかし修正 4 条の趣旨は、独立の司法機関が審査する仕組みを整えることで、恣意的な処分を抑制する点にもあった。そうだとすれば、第三者法理に対して議論が巻き起こることは当然である。次節では、最高裁判決に付された反対意見に現れていた批判を確認する。

第 3 節 反対意見に現れていた批判

Miller 判決及び Smith 判決にそれぞれ付された反対意見は、法廷意見と異なる結論（修正 4 条の保護が及ぶという結論）を導く過程で、第三者法理を批判していた。本節では、これら反対意見がそれぞれどういった理由で第三者法理を批判していたのかを確認する。

1 Brennan 反対意見（「領域プライバシー」の部分的放棄）

Miller 判決に付された Brennan 反対意見²⁴は次の理由 2 つから説明する。理由 1 つ目は、開示の「自発性」である。Brennan 反対意見は、銀行口座をもたずに現代社会の経済活動に参加することは不可能だと指摘し、個人や企業は銀行に対して財務状況を開示するが、これを完全な自由意思に基づくものということとはできないと述べた。

理由 2 つ目は、警察権力の濫用のおそれである。Brennan 反対意見は、預金者は、銀行との取引過程で自身の私的な事柄、意見、習慣、そして交友関係といったあらゆる側面を開示するため、銀行が保有している記録の総体はもはや事実上の略歴を示すといってよいと指摘する。その上で Brennan 反対意見は、銀行が保有する記録には警察が自由にアクセスできるという主張を論理的に拮げてゆけば、銀行取引明細のみならず、小切手、預金、保険証券、融資申込書、そして融資保証書といった、銀行業務の円滑な促進のために顧客が提供した（しかもこれらは外部には秘密にされると合理的に想定していた）書類全てにアクセスができてしまうのではないか、そして関連性やその他伝統的な法的要件についての司法的規律なしに提出をただ要求しただけでこれらの記録に警察がアクセスできて当該記録を被告

²² 18 U.S.C. § § 3121-3127 (2000 & Supp. V 2005).

²³ 18 U.S.C. § § 2701-2721.

²⁴ Miller, 425 U.S. at 477 (Brennan, J., dissenting).

人に対する有罪の証拠として公判で使用することができるとなれば、巨大で、際限のない、警察権力の濫用が可能になってしまうのではないかという懸念を表明した。

Brennan 反対意見の理由1つ目は整理すると、現代社会の経済活動に参加するには銀行口座をもたざるを得ない以上、いわば「渋々」記録を開示したにすぎず、「自発的に」記録を開示したわけではないという意味である。これは第三者法理の論理を(部分的に)批判し、修正4条の適用を及ぼそうという論理といえる。なお、この「自発的な」開示か否か、言い換えると「強制的な」開示か否かという問題は後述の通り、情報技術が進展するにつれ深刻さを増していくことになる。

Brennan 反対意見の理由2つ目は整理すると、「渋々」開示されたにせよ、個人の様々な記録が保有されているのが銀行であるから、この記録からは個人の私的な事柄等が明らかとなるおそれがあり、この記録を令状によらずに取得することが可能となれば、警察権力の濫用のおそれがあるという意味である。これも第三者法理を適用することの弊害の大きさを指摘することで第三者法理の論理を批判し、修正4条の適用を及ぼそうという論理である。なお、この警察権力の濫用のおそれという問題も、情報技術が進展してより機微性の高い情報を開示するようにつれ、深刻さを増していくことになる。

こうして Miller 判決に付された Brennan 反対意見は、「領域」外の情報であっても、少なくとも Miller 判決で問題となった類の情報については修正4条の保護範囲に含めるという意味で、「領域プライバシー」の理解を部分的に放棄しようとするものと整理できる。

2 Stewart 反対意見（「領域プライバシー」の維持）

Smith 判決に付された Stewart 反対意見(Brennan 同調)²⁵は次の理由2つから説明する。理由1つ目は、情報の由来である。Stewart 反対意見は、個人の電話機に関してペンレジスターを設置して得られる情報は、個人の居宅や職場といった、修正4条や修正5条の保護を間違いなく受ける場所での私的な行為によって生じたものだと述べた。

理由2つ目は、情報の性質である。Stewart 反対意見は、個人の電話機に関してペンレジスターを設置して得られる情報は、Katz 判決によって憲法上保護される通話の不可欠な要素でもあると述べる。また Stewart 反対意見は、そのような情報は会話内容それ自体と比べると平凡な情報ではあるが、それでも個人の電話機から発信される電話番号からは、電話を掛けた人や場所の詳細、そして私生活の特に親密な部分も簡単に明らかになってしまう以上、電話番号も「内容 (content)」といえないわけではないとも述べた。

Stewart 反対意見の理由1つ目は整理すると、個人の居宅や職場といった「領域」内の行為によって生じた情報である電話番号は形式的には「領域」外の情報であっても、実質的には修正4条によって保護されるべき情報だという意味である。これは、電話番号にも修正4条の保護が及ぶと主張することで、第三者法理の適用を否定しようという論理である。

²⁵ Smith, 442 U.S. at 746 (Stewart, J. dissenting, joined by Brennan, J.).

Stewart 反対意見の理由2つ目は整理すると、次のような意味である。すなわち、封書の内容は他人のアクセスが禁じられるという意味で、一種の私的な「領域」内の情報であるのに対し²⁶、封書の外側に記載される住所等はいわば「領域」外の情報と位置付けられきた。この区別を電話番号にそのまま当てはめると、電話の会話内容は「領域」内の情報として修正4条の保護が及ぶのに対し、電話番号は「領域」外の情報として修正4条の保護が及ばないということになる。しかし、電話で会話をするために必須である電話番号からは、電話を掛けた人の私生活の特に親密な部分が簡単に明らかとなってしまう。そうだとすれば、電話番号も「領域」内の情報とみなして修正4条の保護を及ぼすべきだ、と。この Stewart 反対意見の理由2つ目も、電話番号にも修正4条の保護が及ぶと主張することで、第三者法理の適用を否定しようという論理である。

以上まとめると、Smith 判決に付された Stewart 反対意見は、「領域」プライバシーの理解を維持しつつ、電話番号という「領域」外の情報を再度「領域」内に取り込むことで、修正4条の保護範囲に含めようとするものと整理できる。なお、「領域」外の情報によって「領域」内の情報を明らかにするか否かという発想は、後述するモザイク理論と通じるところがある。

3 Marshall 反対意見（「領域プライバシー」の部分的放棄）

Smith 判決に付された Marshall 反対意見（Brennan 同調）²⁷は次の理由2つから説明する。理由1つ目は、プライバシーの性質である。Marshall 反対意見は、電話会社はその内部的な理由で情報を収集していると認識することと、当該情報が公衆や政府からアクセスされないと期待することは別だと指摘する。その上で Marshall 反対意見はプライバシーについて、完全にもっているか、まったくもっていないかの二択ではなく、限られたビジネス目的のために銀行や電話会社に対して特定の事項を開示する者は、他者に対して開示されてしまう、または目的外で当該事項が開示されてしまうということを必ずしも想定するわけではないと述べた。

理由2つ目は、リスク分析を織り込んでプライバシーの期待の合理性を判断することの是非である。Marshall 反対意見は、リスクの想定という理解には選択の観念がいくらか含まれているが、多くの人によって私的または職業上必要となるものの使用を諦める覚悟がない限り、監視のリスクを受け入れざるを得ないのであって、実際問題として個人が現実的な代替策をもたない状況でリスクの想定をいうのは無意味だと指摘する。また Marshall 反対意見はそもそも、リスク分析を織り込んでプライバシーの期待の合理性を評価すると、政府が修正4条の保護範囲を画定できるようになってしまうという問題があるとも指摘する。そこで Marshall 反対意見は、プライバシーの期待が正当か否かは個人が第三者に対して情

²⁶ Ex parte Jackson, 96 U.S. 727 (1878).

²⁷ Smith, 442 U.S. at 748 (Marshall, J. dissenting, joined by Brennan, J.).

報を提供する際に受け入れると推定されるリスクではなく、自由で開かれた社会において個人が想定すべきリスクにかかっているというべきだと述べる。規律されていない政府による監視の可能性は、たとえ隠すべき悪事をもたない人であっても間違いなく不安を感じるし、俗受けしない政治団体の構成員、そして秘密の情報源をもつジャーナリストといった多くの人は電話番号の開示を避けたいと考えるだろう、と Marshall 反対意見はみる。

Marshall 反対意見の理由 1 つ目は整理すると、プライバシーはあるか、ないかという二者択一のものではないから、電話会社がその内部的な理由で情報を収集していると認識しつつも、当該情報が公衆や政府からアクセスされないことを期待することは矛盾しないという意味である。これは、第三者法理の論理を（部分的に）批判し、修正 4 条の適用を及ぼそうという論理である。

Marshall 反対意見の理由 2 つ目は整理すると、次のような意味である。すなわち、開示に伴うリスクを回避する代替策が事実上存在しない状況で、開示の結果を負担させるべきではない。また政府があらかじめ監視の事実を公表しておけば、開示の結果を負担させることができってしまうから、リスク分析を織り込んでプライバシーの期待の合理性を判断すべきではない。そこで自由で開かれた社会において個人が想定すべきリスクに着目し、プライバシーの期待が正当か否かを判断すべきである、と。これも、第三者法理の論理を批判し、修正 4 条の適用を及ぼそうという論理である。

以上まとめると、Smith 判決に付された Marshall 反対意見は、「領域」外の情報であっても、少なくとも Smith 判決で問題となった類の情報については修正 4 条の保護範囲に含めるという意味で、「領域プライバシー」の理解を部分的に放棄しようとするものと整理することができる。

ここまで Miller 判決及び Smith 判決にそれぞれ付された反対意見が、法廷意見と異なる結論（修正 4 条の保護が及ぶという結論）を導く過程で、どういった理由で第三者法理を批判していたのかを確認してきた。各反対意見を見るだけでも、第三者法理をめぐる議論が複数の次元に及んでいることがわかる。まず「領域プライバシー」の理解を維持しつつ、適切な保護を及ぼそうという試みがあった。第三者法理が問題となる場面では、「領域」外に書類や情報が持ち出されているから、私的な「領域」に対する「侵入」を（修正 4 条の保護範囲を画定する考慮要素として）重視する、「領域プライバシー」の理解をそのまま維持しては、そのような書類や情報を保護することはできない。そこで例えば、Smith 判決に付された Stewart 反対意見は、情報の由来や性質に着目することで、本来は「領域」外の情報である電話番号も、「領域」内の情報とみなして、修正 4 条の保護を及ぼそうとした。これに対し、「領域プライバシー」の理解を部分的に放棄し、適切な保護を及ぼそうという試みもあった。例えば、Miller 判決に付された Brennan 反対意見や、Smith 判決に付された Marshall 反対意見は、第三者法理の論理を批判したり、第三者法理を適用することの弊害の大きさを指摘する等、第三者法理という概念それ自体の再考を試みることで修正 4 条の保護を及ぼそうとした。このように第三者法理を採用した連邦最高裁判決があるものの、そこ

には（論理は異なれど）第三者法理に批判的な反対意見が付されていた点は意識しておくべきである。

では、学説は第三者法理に対してどのように向き合ってきたのだろうか。次節ではこれを確認する。

第4節 第三者法理をめぐる学説状況（Jones 判決以前）

本節では、第三者法理に対する批判的な見解を確認した後、第三者法理を擁護する見解を確認する²⁸。

1 第三者法理に対する批判的な見解

Wayne R. LaFave は Miller 判決に関して、特に個人の膨大な取引記録を政府が制限なく収集できるとすれば、これは市民の自由とプライバシーに対する深刻な脅威となる等と批判した²⁹。また Laurence Tribe も、Smith 判決はプライバシーをまるで完全にもっているか、まったくもっていないかの二択のように扱っているが、自分自身の情報を選択して誰に伝えるかは個人の自由であって、このことほど当たり前のことはないと批判した³⁰。このように当初より学説は第三者法理に対して批判的に向き合ってきた。

その後も学説は、第三者法理に対して批判を続けていく。ここではプライバシー概念からの見解と、「領域プライバシー」からの見解を取り上げよう。

(1) プライバシー概念からの見解

Daniel J. Solove は、第三者法理はプライバシーを完全な秘密として理解する立場が前提となっているが、そのような理解はそもそも間違っていると批判する³¹。また Solove は、政

²⁸ 第三者法理をめぐる学説状況を紹介する邦語文献として、中山代志子「政府による間接的情報収集 特に第三者を通じた情報収集に関する米国法理—第三者理論（Third Party Doctrine）と電子的監視をめぐる—」比較法学 49 卷 2 号（2015 年）135-144 頁、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』（光文堂、2017 年）263-69 頁、海野敦史「通信の秘密との関係における携帯電話の位置情報の法的性質」『通信の自由と通信の秘密—ネットワーク社会における再構成』（尚学社、2018 年）246-62 頁、高村紳「プライバシー侵害を伴う捜査の許容される限界—『第三者法理』の検討を通じて—」明大院 48 号（2020 年）140-142 頁等。

²⁹ 1 WAYNE R. LAFAVE, SEARCH AND SEIZURE: A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT § 2.7(c), at 970-971 (5th ed. 2012).

³⁰ LAURENCE TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1391 (2d ed. 1988).

³¹ Daniel J. Solove, *Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy*, 75 S. CAL. L. REV. 1083, 1086 (2002).

府監視の中で第三者を利用した情報収集の役割が増えていくと、修正4条による規律はますます縮小することとなってしまう、その結果として政府は修正4条の規律を受けることなく「デジタル書類」を収集して組み合わせることができてしまうと指摘し、第三者法理は現代の情報化時代に適さないと批判した³²。

また Solove と同様に Richard A Posner も、情報プライバシーは情報共有の拒絶を意味するわけではなく、孤独と秘密は区別しなければならないと指摘し、Miller 判決の系列は非現実的だと批判した³³。この Posner の批判に同意する形で Sherry Colb も、限られた人への開示と世界全体への公開を同じように扱うことで、プライバシーの度を誤って評価していると批判した³⁴。

(2) 「領域プライバシー」からの見解

プライバシー概念から批判する Solove らと違い、領域プライバシーから批判を加えるのが Matthew J. Tokson である。

Tokson は、これまで連邦最高裁は誰からも確認されることなく保護されており、修正4条の保護範囲に含まれる「封筒の内容」と、外界に対して開示されており、修正4条の保護範囲に含まれない「封筒の外側の記載」を区別してきたと指摘する。そしてこの区別は、州裁判所判例でも指摘され、そして通信に関する連邦法にも反映されてもいるため、ある情報が内容 (content) 情報に当たるか、それとも外容 (non-content) 情報に当たるか³⁵は保護の度合いを区別する上で重要な要素だ、と Tokson は続ける。

では、内容情報と外容情報はどのように区別できるのだろうか。ここで Tokson は、Kyllo 判決や Karo 判決の背後にある論理、すなわちある外容情報によって内容情報が正確に明らかになってしまうのであれば、当該外容情報についても内容情報と同程度の保護を与えるべきだという論理が手掛かりとなる (しかもこの論理はインターネット通信にも適用できる³⁶) と指摘する。もちろんある情報の性質が明らかとなっても、それだけで当該情報に与えられる憲法上または制定法上の保護の度合いが自動的に決まるわけではない。というの

³² *Id.* at 1087.

³³ RICHARD A. POSNER, NOT A SUICIDE PACT: THE CONSTITUTION IN A TIME OF NATIONAL EMERGENCY 140 (2006).

³⁴ Sherry F. Colb, *What Is a Search? Two Conceptual Flaws in Fourth Amendment Doctrine and Some Hints of a Remedy*, 55 STAN. L. REV. 119, 122 (2002).

³⁵ 「内容 (content) 情報」と「外容 (non-content) 情報」の訳出について、山本龍彦「アメリカにおける対テロ戦略と情報プライバシー」大沢秀介ほか編『自由と安全—各国の理論と実務—』(尚学社、2009年) 140頁等を参照した。

³⁶ 例えば、URL 情報はどのようなページを閲覧したのかという内容情報を正確に明らかにするから内容情報と同程度の保護を与えるべき、ということになる。

も例えば、「自発的に第三者に対して開示したのであれば、たとえそれが内容情報であっても修正4条によって保護されない」と判断される可能性もあるからである。しかしこの点につき Tokson は、内容情報と外容情報の区別という視点には少なくとも、「なぜ内容情報なのにプライバシーが保護されないのか」、あるいは「この外容情報には内容情報と同等の保護を与えるべきではないのか」といった問いに向き合ことを余儀なくさせるという意義があると指摘する³⁷。

このように Tokson は、内容情報と外容情報の区別という視点を入れることで少なくとも、インターネット通信に関する情報の保護の度合い等について連邦最高裁が自覚的に判断するよう促すことができると述べた。これは、保護される「領域」にどこまで取り込めるかを問題としており、「領域プライバシー」の理解を維持しつつ、第三者法理の適用範囲を限定しようとする見解と整理できる。なおこの見解は、保護される「領域」内／保護されない「領域」外として確立されてきたかつてのバランスを、インターネット通信の下でも維持するために、裁判所は法的保護を拡大すべきだという趣旨の主張とも読むことができ、このように読むとすれば後述する Kerr の均衡調整理論とも親和的である。

以上のように、学説の大勢はその論理はさておくと、第三者法理に対して批判的であった。

2 第三者法理を擁護する見解

ただし、学説全てが第三者法理に対して批判的であったわけではない。第三者法理を擁護する見解もある。それが Orin S. Kerr の見解である。

(1) 第三者法理を擁護する理由

Kerr は次の理由2つから第三者法理を擁護する。1つ目の理由は、かつてのバランスを維持する機能である。Kerr は、修正4条の役割はプライバシーと政府権限の間の適切なバランスを取ることにあり、そのためにこれまでの連邦最高裁は、修正4条によって保護される「領域」内／修正4条によって保護されない「領域」外という区別を設けてきたと指摘する。そして Kerr によれば、「領域」外で修正4条の「相当な理由」要件を充たすほど情報収集した後、侵入性の高い「領域」内の捜査が特別に許されてきたという³⁸。しかし、このようなバランスが第三者（中間者）の登場によって脅かされるようになる、と Kerr は続けていく。

Kerr によれば、第三者（中間者）を介在、具体的には使用人、電話、そしてインターネットを利用することで、人は自宅という保護される「領域」内にいながら犯罪行為に及ぶこと

³⁷ See Matthew J. Tokson, *The Content/Envelope Distinction in Internet Law*, 50 WM. & MARY L.REV. 2105 (2009).

³⁸ Orin S. Kerr, *The Case for the Third-Party Doctrine*, 107 MICH. L. REV. 561, 574-75 (2009).

ができるようになったという。しかし Kerr は、その犯罪行為の証跡等は「領域」外で掴むことができないと指摘する。このため、修正 4 条の「相当な理由」要件を充たすほど情報収集ができず、それゆえ犯罪行為が行われた「領域」内の捜査も行うことができなくなってしまう、と Kerr は述べる。また Kerr は、使用人、電話、そしてインターネットを利用するか否かは自由に選ぶことができるものの、それらを利用すれば捜査から逃れやすくなる以上、ずる賢い犯罪者はそれらを利用して犯罪行為に及ぶようになると指摘する。

こうして Kerr は、自分だけで犯罪を行う場合も、第三者を介在させて犯罪を行う場合もいずれも同程度のプライバシー保護を設けることを通じて、かつての修正 4 条の役割を維持すべきであるが、そのために機能するのが第三者法理だと述べる。なお Kerr によれば、Olmstead 判決に付された Brandeis 反対意見や Katz 判決法廷意見は、技術の変化に応じて修正 4 条を解釈することで保護を拡大しようとしたのに対し、ここでは技術の変化に応じて修正 4 条を解釈することで保護を縮小しようとしているが、修正 4 条の役割はバランスを取ることにあり、このような方向性も当然あり得るという³⁹。

2 つ目の理由は、基準の明確性である。Kerr によれば、現場警察官にとってどういった行為であれば修正 4 条に違反するか（どういった行為であれば修正 4 条に違反しないか）について明確な基準があってこそ排除法則が機能するという。そして Kerr は、第三者法理の下では、ある「領域」が保護されるか否かと、その「領域」内に所在する情報が保護されるか否かが一致するから、当該情報が現在どこに所在するかを特定しさえすれば当該情報を収集するために必要な要件が判明することとなり、基準の明確性が確保されると指摘する。これに対し、第三者法理がなければ深刻な問題が生じてしまう、と Kerr は続けていく。

Kerr は、第三者法理がなければ、「領域」が保護されるか否かと、その「領域」内に所在する情報が保護されるか否かが一致しなくなってしまう、当該情報を収集するために必要な要件は当該情報の来歴を特定して初めて明らかとなると指摘する。そして Kerr によれば、この来歴について現場警察官は知る由がないし、そもそも来歴がどのように権利に反映されるかも定かではないという⁴⁰。

Kerr の理由の 1 つ目は整理すると、これまで Kerr が重視し続けてきた、均衡調整理論の具体化といえる。均衡調整理論とは、「①新技術が政府に新たな権限を与え過ぎてしまい、かつての基準に基づいて濫用されてしまう可能性がある場合には、裁判所はかつてのバランスを修復し、濫用を制限するために、法的保護を拡大すべきであるが、②新技術が政府の権限を弱め過ぎてしまい、かつての基準に基づいたのでは事案を解決する権能を不当に制限してしまう可能性がある場合には、裁判所はかつてのバランスを修復し、政府が十分に事案を解決できるために、法的保護を縮小すべきである」という考え方をいう⁴¹。翻って、第

³⁹ *Id.* at .575-81.

⁴⁰ *Id.* at .581-86.

⁴¹ Orin S. Kerr, *An Equilibrium-Adjustment Theory of the Fourth Amendment*, 125 HARV.

三者法理との関係で Kerr が述べたのも、保護される「領域」内／保護されない「領域」外として確立されてきたかつてのバランスを新技術の下でも維持するために、裁判所は法的保護を縮小すべきだという趣旨であった。そうすると、これはまさに均衡調整理論の具体化と理解できるのである。

Kerr の理由の2つ目は整理すると、これまで Kerr が重視し続けてきた、明確な基準 (bright-line rule) の具体化と理解できる。

このように Kerr は、機能的な観点から第三者法理を擁護する。また Kerr は、批判を想定してあらかじめ反論している。そこでこれも併せて確認しておこう。

(2) 批判に対する反論

Kerr は2つの批判に対してあらかじめ反論している。

1つ目は、「第三者法理はプライバシーの合理的期待基準を正しく適用していない」という批判である。Smith 判決の Marshall 反対意見、Solove の見解 (本稿で取り上げたうち1つ目)、Posner の見解、そして Colb の見解がこれに当たる。この批判に対して Kerr は、第三者法理が前提とするのは「第三者との情報共有によってプライバシーの合理的期待が失われる」という点ではなく、「第三者と情報を共有することで第三者が当該情報を取り扱うことに同意した以上、当該情報の収集も合理的」という点だと指摘し、このように考えることで他の修正4条の法理とも適合すると反論した⁴²。

2つ目は、「第三者法理は、政府に権限を与え過ぎてしまう」という批判である。これに対し Kerr は、秘匿特権、おとり捜査に関する原理、修正6条、修正1条、法律、そしてコモンローというように、警察の権限濫用に対処する手段は修正4条以外にも存在するから、何が何でも修正4条に頼らなければならないわけではないのであって、修正4条では政府の権限濫用に対処が困難な場合には別の手段 (代替案) の導入を検討すべきだと述べる。そして Kerr は、第三者法理が適用されることで修正4条の保護が失われる場面であっても、別の手段によって警察の権限濫用に対処ができるのであれば、「第三者法理が政府に権限を与え過ぎてしまう」というのは言い過ぎだと反論した⁴³。

L. REV. 476 (2011).

⁴² Kerr, *supra* note 38, at .587-90.

⁴³ *Id.* at .590-600.

なお、この点に関して Erin Murphy は次の通り述べ、法律による保護の在り方に疑問を呈している。(Murphy は、保護される「領域」内にいながら可能なのは、いわゆるホワイトカラー犯罪であるから、Kerr が保護される「領域」内にいながら犯罪を行う者として想定しているのは、少なくとも中上級層の「富める者」だと指摘する。これに対し Murphy によれば、「貧しい者」による犯罪は、今でも保護されない「領域」外で行われるという。このためバランスを維持しなければならないのは「領域」内／外ではなく、この「富

第5節 Carpenter 判決の登場

Smith 判決の後、第三者法理は議会でも裁判所でも適用されていく。確かに、第三者法理が適用された結果として修正4条の保護が及ばなくなった情報について、議会が制定法上の保護を与えることもあった。しかし議会は、第三者法理が適用される情報全てとの関係で制定法上の保護を与えたわけではなかった。しかも制定法上の保護を与えた場合でも、修正4条と同程度の保護というわけでは必ずしもなかった⁴⁴。第三者法理を明確に否定する州が登場してもきたが、すべての州にそういった動きがあるわけでもなかった⁴⁵。

こうして、連邦最高裁が第三者法理をどう取り扱うかはなお重要な問題であり続けた。もともと時代が下り、社会が進展するに連れ、人々が開示する情報の量は多くなり、機微性も高くなっていく。こうした中で、連邦最高裁はついに第三者法理を（部分的に）改めるに至る。本節では、連邦最高裁が第三者法理を改めるに至るまでの経緯及び学説状況を確認した後、連邦最高裁がどのように改めたのかを確認する。

1 連邦最高裁の姿勢の変化

(1) Ferguson 判決

連邦最高裁の法廷意見は初めて、Ferguson 判決⁴⁶で第三者法理に否定的とも受け取れる判断をする⁴⁷。

チャールストン公立病院では、出産前治療の患者によるコカイン使用が増加していた。同

める者」と「貧しい者」の間だ、と問題を設定する。その上で Murphy は、ホワイトカラー犯罪との関係でも第三者法理を適用してバランスを維持するという方法も論理的にはあり得るが、「富める者」は、政府による観察から逃れるためにロビー活動を行うことができる（Murphy によれば、このようなロビー活動によって、第三者法理が適用されてもなお「富める者」が保護されるようにする法律が実際に制定されているという）からその方法は成功しないと述べる。Erin Murphy, *The Case against the Case for Third-Party Doctrine: A Response to Epstein and Kerr*, 24 BERKELEY TECH. L.J. 1239, 1247-1248(2009).

⁴⁴ さらに言えば、制定上の保護として修正4条と同等、あるいはそれ以上の保護が用意されたとしても議会がそれを改めることは容易である。

⁴⁵ Stephen E. Henderson, *Learning from All Fifty States: How to Apply the Fourth Amendment and Its State Analogs to Protect Third Party Information from Unreasonable Search*, 55 CATH. U. L. REV. 373 (2006).

⁴⁶ Ferguson v. Charleston, 532 U.S. 67 (2001).

⁴⁷ CHRISTOPHER SLOBOGIN, ADVANCED INTRODUCTION TO U.S. CRIMINAL PROCEDURE, 27-28 (2020).

病院はカウンセリングや治療を紹介する等したが、それでもコカイン使用率に変化は認められなかった。そこで同病院スタッフは、出生時に薬物の陽性反応が出た子どもの母親を起訴するため、市に対し協力を申し入れる。協議の結果、同病院代表者、警察、そして地元自治体職員からなるタスクフォースが結成され、薬物使用の疑いがある患者を特定及び検査する手順等の方針が定められるに至った。ただしこの方針は、陽性反応が出た患者に対する治療について規定するだけで、そのような患者に対する出生前治療を変更する点や、新生児に対して特別な治療をする点には言及していなかった。Ferguson は、同病院の検査で薬物使用が判明し起訴された。これに対し Ferguson は、犯罪捜査の目的で令状を得ず、しかも対象者の同意もないまま行われた薬物検査は修正 4 条に違反するという理由で、薬物検査に基づく証拠の排除を申し立てる。これが本件である。

連邦最高裁の法廷意見は、公立病院が犯罪捜査目的で患者の犯罪行為の証拠を収集する検査を行うのは、当該患者の同意がない限り、不合理な搜索に当たると判断した。本稿との関係で注目すべきは、判決に付された Scalia 反対意見⁴⁸である。

Scalia 反対意見は、これまで連邦最高裁は秘密諜報員をめぐる判決等において、秘密諜報員を信頼して犯罪関連の事柄を話したとしても、そのような信頼は保護に値しないと判断してきた (Miller 判決でも同趣旨を判断してきた) ことを確認する。その上で Scalia 反対意見は、患者が自発的に公立病院に対して提供した検査資料の取扱いが問題となった本件は、秘密諜報員をめぐる判決等における指摘が当てはまる場面であったと指摘する。しかしそれにもかかわらず法廷意見は、当該患者が提供する際の信頼を保護すべきかについて議論することなく、当該患者の同意がない限り不当な搜索に当たると判断してしまった、と Scalia 反対意見は述べた。

Scalia 反対意見が指摘する通り、法廷意見は、これまでの第三者法理を延長していけば到達したであろう結論 (不合理な搜索には当たらない) とは反対の結論を導いた。もちろん、法廷意見がこれまでの第三者法理について認識しなかったとは考え難い。そうすると法廷意見は、第三者法理を認識しつつも、本件はこれを適用する場面ではない (事案を異にする) と考えたと読むのが自然である。もしかすると、検査結果という情報の性質 (機微性が高いのは確かである) が事案を異にした理由かもしれない。ただそうだとすると、Scalia 反対意見も指摘する通り、法廷意見はそもそもこの点を議論しなかったから、一体何が判例法理の適用場面で、何が判例法理の適用範囲ではないのかという問題を生んでしまった。

(2) Hambrick 判決、Forrester 判決、Warshak 判決

そして、巡回区控訴裁判決の間でも第三者法理をめぐる判断が分かれ始める。第 4 巡回

⁴⁸ Ferguson, 532 U.S. at 91 (Scalia J. with whom Stevens J. and Thomas J. join as to Part II, dissenting.)

区控訴裁判所は、Hambrick 判決⁴⁹において、外容情報は修正4条の保護範囲に含まれないという Smith 判決に基づけば、「利用者がEメールアカウントを開設するためにインターネットサービスプロバイダに対して提供した加入者情報」は、修正4条の保護範囲に含まれない（第三者法理が適用される）と判断した。また第9巡回区控訴審裁判所も、Forrester 判決⁵⁰において、「Eメールの送信元アドレス・受信先アドレス、ウェブサイトのIPアドレス、そして利用者のアカウントに関するファイル転送の総量といった情報」は、会話内容よりも秘匿性が高いとはいえ、修正4条の保護範囲に含まれない（第三者法理が適用される）と判断した。以上に対し、第6巡回区控訴裁判所は Warshak 判決⁵¹において、内容情報と外容情報の区別という視点を重視し、「Eメール本文という情報」は、修正4条の保護範囲に含まれる（第三者法理が適用されない）と判断した。

このように2000年代の巡回区控訴裁判所は、インターネット通信に関する情報について、内容情報と外容情報の区別という視点で、修正4条の保護範囲を画定した。もちろん Smith 判決は、内容情報と外容情報の区別だけを理由として判断したわけではない。そのため、あくまで巡回区控訴裁判所が Smith 判決をそのように理解して適用したというだけである。とはいえ、巡回区控訴裁判所レベルで、いわば「領域」外の情報であるにもかかわらず、修正4条の保護範囲に含まれる（第三者法理が適用されない）との判断がされたという事実それ自体がこの後、連邦最高裁が第三者法理を扱っていく上で1つの支えにはなったと思われる。

(3) Jones 判決

そしてついに、連邦最高裁が Jones 判決⁵²において、第三者法理との関係で注目すべき指摘を加える。

捜査官らは令状によることなく、しかも同意もないまま Jones の車両底に GPS 装置を取り付け、これによって28日間のGPS位置情報を収集した。これに対し Jones は、当該GPS位置情報の証拠排除を申し立てる。これが本件である。この中で法廷意見は、車両底へのGPS装置の取付けは当該車両に対する「搜索」に当たり、修正4条に違反すると判断した。本稿との関係で注目すべきは、判決に付された Sotomayor 同意意見⁵³である。

⁴⁹ United States v. Hambrick, No. 99-4793, 2000 U.S. App. LEXIS 18665 (4th Cir. Aug. 3, 2000).

⁵⁰ United States v. Forrester, 512 F.3d 500 (9th Cir. 2007).

⁵¹ Warshak v. United States, 532 F.3d 521 (6th Cir. 2008).

⁵² Jones, 565 U.S. 400. 本事件を紹介する邦語文献として、例えば、緑大輔「United States v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012)—GPS 監視装置による自動車の追跡の合憲性」アメリカ法 2013年2号(2014年) 356-361頁。

⁵³ *Id.* at 413 (Sotomayor J. concurring).

Sotomayor 同意意見は、GPS 監視は公の場所における正確で包括的な個人の行動履歴を生成することができ、それにより当該個人の家族関係、政治的関係、職業関係、宗教的関係、そして性的関係について詳細に知ることができてしまうし、そのような記録を政府は保存しておき何年も後に利用することもできてしまうと指摘する。それにもかかわらず、GPS 監視は従来の監視技術よりも安価で、しかも対象者に気付かれないよう実施できるから、法執行機関の濫用を防ぐことが難しいし、また政府が監視しているかもしれないという意識自体が結社の自由や表現の自由を脅かす、と Sotomayor 同意意見は続ける。Sotomayor 同意意見によれば、GPS 監視は民主主義社会にとって好ましくない方法で、市民と政府の関係を変えてしまう可能性があるという。

さらに Sotomayor 同意意見は、より根本的なこととして「個人が自発的に第三者に対して開示した情報には、プライバシーの合理的期待はない」という前提それ自体を考え直す必要があるかもしれないとまで言及する。つまり、デジタル時代では日常生活を送る中で、日々大量の自分の情報を第三者に対して開示するが、この時代にそのような前提は適さないと述べ、Sotomayor 同意意見は第三者法理に懸念を表明したのである（Sotomayor 同意意見は、先週、先月、そして昨年アクセスした全てのウェブサイトのリストが、令状もないのに政府に手渡ってしまうことについて人々が漫然と受け入れるとは思えないとも指摘している）。

このように Jones 判決に付された Sotomayor 同意意見は、いわゆるモザイク理論と親和的な指摘を行うだけではなく、第三者法理がデジタル時代には適さないと明確に述べたのであった⁵⁴。

(4) Riley 判決

さらに連邦最高裁はその後、第三者法理に頼ることも不可能ではない事案にもかかわらず、これに頼らずに判断する。それが Riley 判決⁵⁵である。

捜査官は逮捕に伴う捜索として、被逮捕者の携帯電話内の情報にアクセスした。これに対

⁵⁴ その後、この Sotomayor 同意意見に依拠した連邦下級審判決も登場する。ニューヨーク連邦地方裁判所は、NSA によるメタデータ収集の是非が問われた Klayman v. Obama 判決において、Smith 判決に依拠すれば修正 4 条違反とされないにもかかわらず、Jones 判決の Sotomayor 同意意見に依拠し、これを修正 4 条違反と判断した（Klayman v. Obama, 957 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2013)）。ただし、同じ対象を判断したにもかかわらず、ACLU v. Clapper 判決では、Sotomayor 反対意見ではなく、Smith 判決に依拠し、これを修正 4 条に違反しないと判断している（ACLU v. Clapper, 959 F. Supp. 2d 724 (S.D.N.Y. 2013)）。

⁵⁵ Riley v. California, 573 U.S. 373 (2014)。本事件を紹介する邦語文献として、例えば、森本直子「被逮捕者の携帯電話の捜索と令状の必要性—Riley v. California, 134 S. Ct. 2473 (2014)—」比較法学 49 卷 2 号 (2015 年) 336 頁。

し、Riley は収集された情報の証拠排除を申し立てる。これが本件である。

本件に対し法廷意見は、新たな令状がなければ携帯電話内の情報にアクセスすることはできないと結論付けた。本稿との関係で注目すべきなのは、法廷意見が、情報の保存場所が携帯電話端末内であれ、クラウド上であれ、いずれにせよ逮捕に伴う捜索としてアクセスすることは認められないと指摘した点である。情報の保存先がクラウド上であれば、その情報は本人が自発的にクラウド運営会社に対して開示したともいえ、Smith 判決に依拠して当該情報についてプライバシーの合理的期待がない（修正 4 条の保護から取り除く）と判断することも不可能ではなかった。しかし法廷意見は、情報の保存場所に応じた区別をせずに判断したのである。

ただしこれは、Riley 自身も情報の保存場所が携帯電話内なのか、クラウド上なのかよくわかっていなかったため、本件は Smith 判決に依拠すべき場面ではない（事案を異にする）と考えたからかもしれない（Riley 自身も情報の保存場所が携帯電話内なのか、クラウド上なのかよくわかっていなかった点は法廷意見も指摘している）。あるいは Smith 判決を、（2010 年代の巡回区控訴裁判所のように）外容情報について第三者法理の適用を認めた判決と読む理解に立ち、本件はクラウド上に保存された情報それ自体（内容情報）が対象であり、Smith 判決の射程外と考えたからかもしれない。もっともいずれと考えるにせよ、Riley 判決法廷意見からは少なくとも、第三者法理を積極的に適用すべきではない、第三者法理を慎重に運用しようという連邦最高裁の態度を読み取ることもできるだろう。

以上まとめると、Ferguson 判決法廷意見が、これまでの判例を延長すれば到達したであろう結論とは反対の結論を導く。その後、Jones 判決の Sotomayor 同意意見が、第三者法理がデジタル時代には適さないと明確に指摘した。また、Riley 判決法廷意見からは、第三者法理を慎重に運用しようという連邦最高裁の態度を読み取ることも可能であった。これまでも連邦最高裁の反対意見が第三者法理を批判していたが、近時は連邦最高裁の法廷意見の中に、第三者法理を慎重に運用しようという態度を見ることができるのである。これは法廷意見の中にも、情報技術の進展を前にして、「第三者法理をそのまま維持してよいのかという躊躇い」が生じ始めたことの現れかもしれない。

さて、このような連邦最高裁の動きは、第三者法理を批判する学説にとって追い風ともなった。そこで次に、Jones 判決後の学説状況を確認する。

2 第三者法理をめぐる学説状況（Jones 判決後）

連邦最高裁が少なくとも第三者法理を積極的に適用しなくなったことは、第三者法理を批判する学説にとって追い風となった。例えば Christopher Slobogin は、第三者法理を否定した上で、モザイク理論を採用し、一般に利用可能な情報や第三者の手元にある情報の収集でも捜索に当たることを前提とした立法提案を行っている⁵⁶。

⁵⁶ Christopher Slobogin, *Making the Most of United States v. Jones in a Surveillance*

ここでは、Greg Nojeim と Orin S. Kerr による議論を取り上げたい⁵⁷。というのも、第三者法理の制限を主張する Nojeim と、これを擁護する Kerr による主張反論を確認することは、第三者法理を否定する上で、あるいは第三者法理を維持する上で何を重視すべきかが明らかとなるからである。

(1) 第三者法理の機能的側面

第三者法理は制限すべきだという立場から Nojeim は Smith 判決について、発信した電話番号からは通信の目的、当事者の身元、そして通話が終了したか否かといった情報をほとんど得られないという前提で判断しているが、これはたとえ第三者に伝達されたとしても、より多くの事柄を明らかにしてしまう情報が得られてしまう場合には、修正4条により保護されるべきだという理解に繋がると指摘する。また Nojeim は Jones 判決について、正確で網羅的な監視があれば、たとえ「侵入」がなくても修正4条によって保護される可能性を示唆しており、そうすると第三者たる通信事業者から収集した基地局位置情報も修正4条により保護されるべきということになるかもしれないとも指摘する。こうして Nojeim は、第三者が保有する外容情報でも修正4条により保護される場合があると述べた。

これに対し、第三者法理を擁護する立場から Kerr は、修正4条の技術的中立性を確保すべき場合に第三者法理を使うべきで、そうではない場合に使うべきではないという理解を前提とする。その上で Kerr は、第三者がいわば単なるパイプ役に過ぎない場合は、第三者を介して送信されるのは当該第三者を利用しなくても明らかとなった情報にすぎないと指摘する。具体的には、Smith 判決で問題となった通話時間、発信した電話番号、そして発信先といった情報は、Smith が第三者（ここでは電話）を利用しなかった場合に警察が Smith を尾行する等して知り得た情報と同様だった、と Kerr はみる。そして Kerr は、「第三者法理は、第三者が情報の受け手である場合には適用されるべきだが、第三者が別の者を受け手とした情報の単なるパイプ役である場合には適用されるべきではない」、言い換えると「第三者法理は、ネットワーク上の外容情報には適用されるべきだが、通信の内容情報には適用されるべきではない」と批判した。

この Kerr の批判に対し、Nojeim は次の通り反論する。Kerr によれば、発信した電話番号等を修正4条の保護範囲外に置かないと（第三者法理がないと）、狡猾な犯罪者が第三者を利用することで修正4条の保護を悪用できてしまうというが、伝達主体の数が多く、距離

Society: A Statutory Implementation of Mosaic Theory, 8 DUKE J. CONST. L. & PUB. POL'Y 1, 17-32 (2012).

⁵⁷ Orin S. Kerr & Greg Nojeim, *The Data Question: Should the Third-Party Doctrine Be Revisited?*, ABA JOURNAL (Aug. 1, 2012), https://www.abajournal.com/magazine/article/the_data_question_should_the_third-party_records_doctrine_be_revisited, last visited Jan. 11, 2022.

も離れている現在は情報を伝えようとすれば第三者を利用するしかなく、Kerr が想定する代替効果 (substitution effect) は問題とならない、と Nojeim は反論する。Nojeim によれば、第三者法理があるとかえって、人々が修正 4 条の保護を受けようとして、より効率の悪いコミュニケーション手段 (直接出向く等) を用いざるを得なくなってしまうという。

この Nojeim の反論に対し、Kerr は次の通り再反論する。Kerr は、Nojeim との見解の相違点を、「第三者のいない世界において、私たちはプライバシーをどの程度享受していたと想定するか」の違いにあると指摘する。続けて Kerr によれば、それを考えるには歴史と伝統を参照すべきで、具体的にはかつては実際のコミュニケーションの内容は観察できなかったのに対し、コミュニケーションに関する情報 (誰がどこに行き、何時に、どのくらいの時間を過ごしたか) は公共の場で観察することができた⁵⁸、これを基準点とすべきだという。その上で Kerr は、この基本的な区分をネットワーク化された世界でも再現しようとするれば、第三者法理を「外容情報には適用し、内容情報には適用しない」ということになり、通信の内容は保護しつつ、通信に関する内容以外の情報は観察できるとすることで、政府の権限をかつてのレベルに保つことができると述べる。そして適用範囲が外容情報に適切に限定されておれば、Nojeim が指摘する第三者法理の弊害は起こらない、と Kerr は再反論した。

(2) 自発性

Nojeim は、「電話を発信するのに必要な電話番号を入力する際、人々は本当に自発的に通信事業者に対して情報を伝えているのだろうか」、「入力した電話番号について自発的に通信事業者に対して伝達されたというのであれば、会話内容も自発的に通信事業者に対して伝達されたということにならないだろうか」と疑問を呈する。そして Nojeim は、例えば今日、効率的にコミュニケーションを取ろうとすれば、インターネットサービスプロバイダ (ISP) を経由してコミュニケーションを取ることになるが、ここで ISP という第三者を利用しない方法は、他の第三者に情報を伝えるか、直接出向いて会話するかのいずれかしかなく、もはや ISP という第三者を利用することが強制されているともいい得るのであって、このような場合に同意を問題とすることは意味がないと述べた。

これに対し Kerr は、それは事実としては正しいかもしれないが、公共の場に出ることも現代社会では避けられないが、だからといって公共の場での活動を保護しなければならないということにはならないのであって、説得力ある見解ではないと批判した。

⁵⁸ 歴史的には、2 人の人間がコミュニケーションを取ろうと思えば、直接会って話をする必要があった。外に出てどこかで会う必要があった。その様子を見ようと思えば、監視者は彼らを追いかけることができた。これにより監視者は、2 人がいつ歩いて待ち合わせ場所へ行き、いつ到着し、いつ出発したかを知ることができた。もっとも、彼らが何を話したかまで知ることはできなかった。

(3) 規律内容の形成主体

Nojeim は、今や私たちは生活の大半をオンライン上で過ごしているが、これらの活動全によって第三者の下で記録が作成されると指摘する。そして Nojeim によれば、その記録からは興味、悩み事、恋愛、失恋、金銭事情、友人関係といった私たちの全ての瞬間が明らかになってしまうという。その上で Nojeim は、こういった類の情報を収集するには、一昔前の法執行機関であれば、膨大な資源を投入しなければならなかったのに対し、今日の法執行機関は、技術の進展と第三者法理によって容易に秘密裏に収集できるようになったと述べた。

この Nojeim の見解に対し、Kerr は次の通り批判する。Kerr も、以前は費用と手間が政府活動を制限しており、それにより政府の資源がより重要な捜査に振り向けられたり、濫用が防がれたりしていたのは確かであり、それらが低減してしまえば濫用が増える可能性があると認める。しかしそうだとすると、制定法であれば政府権限を適切に制限する方法が提供できるのに、なぜ裁判所に頼るのだろうか、と Kerr は批判した。

この Kerr の批判に対し Nojeim は、法律が修正 4 条と同程度の保護を用意するのであればそれに任せることもできると認めつつ、制定法は修正 4 条の要請よりも弱い保護しか与えないことが多いから、裁判所が第三者法理を制限すべきだと反論した。

(4) まとめ

ここまですを確認すると、第 1 に、第三者法理の機能的側面に関して、両名は次のように主張していた。情報技術によって切り崩された私的空間の内と外というバランスを取り戻す、その役割を担うのが内容情報／外容情報の区別だ、と Kerr は述べ、第三者法理を外容情報には適用し、内容情報には適用しないべきだと主張した。この主張は、均衡調整理論を前提として、よりインターネット通信の文脈で第三者法理を論じたという意味で、Kerr のこれまでの主張の延長線上にあるとあってよいだろう。

これに対し Nojeim は、むしろ第三者法理はバランスを切り崩すものだと言及する。つまり、情報技術が進展した現在、第三者の利用は避けられず、しかも外容情報からも機微性の高い情報が明らかになってしまいが、それにもかかわらずこのような状況で第三者法理が存在すると、犯罪と無関係な者がコミュニケーションそのものを控えてしまうおそれがある、と Nojeim は述べ、第三者法理を内容情報に適用すべきでないのはもちろん、外容情報にも適用すべきでないと言及するのであった。

ここからは、(Kerr も指摘する通り) 修正 4 条の役割を同様に捉えたとしても、均衡調整点をどこに置くか次第で異なった結論が導かれるということが明らかとなる。

第 2 に、自発性に関して、両名は次のように主張していた。情報技術の進展した現在、第三者を利用せずにコミュニケーションを取ることは事実上不可能なため、コミュニケーションの際に第三者に対して情報を開示したとしても、それは自発的な開示とはいえない、と

Nojeim は述べ、Smith 判決等の「自発的に第三者に対して開示した情報の中にはプライバシーの正当な利益がない」という理由付けに対して疑問を投げかけた。

これに対し Kerr は、公共の場に出ることも現代社会では避けられないが、だからといって公共の場での活動を保護しなければならないということにはならないという例を挙げて、Nojeim の主張にも説得力がないと反論するのであった。

ここからは、現代社会において「自発的な開示か否か」を争点化することには問題がありそうだが、これをまだ説得力ある形で理論化できていないということが明らかとなる。

第3に、規律内容の形成主体に関して、両名は次のように主張していた。修正4条は画一的で、新技術を利用した捜査を規律するには適さないのに対し、法律の内容は柔軟に定めることができる、と Kerr は述べ、捜査を規律する役割を議会が担うべきだと主張する。

これに対し Nojeim は、法律が捜査を規律する場合でも、その内容は修正4条の要求よりも緩やかであることが多く、法律だけではプライバシーの保護として十分ではないと述べ、裁判所が第三者法理を制限するという形が望ましいと反論するのであった。

ここからは、捜査を規律する主体に関しても見解が分かれているということが明らかとなる。

以上、Nojeim と Kerr の主張反論を確認することで、第三者法理を制限する上で、あるいは第三者法理を擁護する上で何を重視していたのかが明らかとなった。それは1点目に、均衡調整点の位置であり、2点目に、開示の自発性であり、3点目に、規律内容の形成主体であった⁵⁹。このように Jones 判決後も学説の対立は続いていたのであった。

しかしついに、潮目を変える事態が起きる。それが Carpenter 判決⁶⁰の登場である。そこ

⁵⁹ なお Nojeim は、プライバシーの合理的期待テストを適用する際、既に裁判所は判断に窮し、しかも矛盾した判断もしているし、そもそも基本的な権利が危機に瀕している際に、ルールの適用のし易さは決定的な判断要素ではないとも述べていた。

⁶⁰ Carpenter v. United States, 585 U.S. ___, 138 S.Ct. 2206 (2018).

Carpenter 判決を紹介する邦語文献として、緑大輔「携帯電話会社基地局に蓄積された被疑者の位置情報履歴を捜査機関が無令状で取得した行為が違憲と判断された事例—Carpenter v. United States, 138 S. Ct. 2206 (2018)—」判例時報 2379 号 (2018 年) 128 頁、尾崎愛実ほか「基地局位置情報取得捜査と令状の要否—Carpenter v. United States 判決を契機として—」情報法制研究 4 巻 (2018 年) 15 頁、高村紳「携帯電話位置情報の取得による監視型捜査の適法性についての検討」法学研究論集 50 巻 (2019 年) 45 頁、田中開「『ビッグデータ時代』における位置情報の収集と連邦憲法修正4条—アメリカにおける近況 (Carpenter v. United States, 585 U.S. __ (2018)) —」酒巻匡ほか編著『井上正仁先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2019 年) 435 頁、中山代志子「携帯基地局に保存された端末の位置情報の取得と修正4条における令状要件—Carpenters v. United States, 138 S. Ct. 2206 (2018)—」比較法学 52 巻 3 号 (2019 年) 230 頁、柳川重規「アメリカ刑事法の調査

で次に、Carpenter 判決を確認する。

3 Carpenter 判決の登場

(1) 事案の概要

Carpenter 判決で問題となったのは次のような事案である。2010 年から 2012 年にかけて、ミシガン州南東部とオハイオ州北西部の携帯電話事業者 Radio Shack 及び T-Mobile の店舗を複数の男が襲い、携帯電話を奪って売りさばくという事案が発生した。これらの強盗事件では、見張り役や逃走車の運転手役に関して、より大きなグループが援助していた。その取りまとめを主に務めていたのが Timothy Carpenter である。Carpenter は異母兄の Timothy Sanders が犯行を行う際、自らも犯行現場近くに赴いて見張り役を務めたとされる。

これら一連の事件では 4 人の男が逮捕された。逮捕されたうちの 1 人が自白したが、その際に自分と共犯者らの携帯電話番号も提供した。そこで捜査官は保存通信法 (Stored Communication Act : SCA) に基づき、通信事業者 MetroPCS 及び Sprint の 2 社に対し、強盗発生から 4 か月間分の、Carpenter の携帯電話が発着信した際の「基地局位置情報 (Cell Site Location Information : CSLI)」を提出するよう求めるサピーナを申し立てた。これは、強盗発生時に強盗現場の近くにいたという犯人性に繋がる間接事実を収集することが狙いであった。発付されたサピーナは、通信事業者 MetroPCS に対し 127 日分、Sprint に対し 7 日分の Carpenter の基地局位置情報の提出を求める内容となった。そしてその後、捜査官はこのサピーナに基づき、1 万 2898 個の位置情報 (1 日平均 101 個) を収集した。

なおこの種のサピーナは、保存通信法 2703(d)によれば、「当該記録が進行中の捜査に関連し、かつ重要だと信じるに足りる合理的な理由 (reasonable grounds) があると示す具体的かつ明確な事実」を捜査機関が提示すれば発出を求めることができる。言うまでもなく、この「合理的な理由」は、修正 4 条の相当な理由 (probable cause) よりも緩やかな要件である。

Carpenter は、6 件の強盗及び 6 件の連邦法違反の重火器所持の訴因で、ミシガン東地方裁判所に起訴された。公判審理に先立って Carpenter は、政府が令状によらずに基地局位置情報を収集する行為は修正 4 条に違反すると主張し、同情報の証拠排除を申し立てた。しかしミシガン東地方裁判所は、個人は基地局位置情報についてプライバシーの合理的期待をもたないと述べ、Carpenter による申立てを退ける。そして公判では、Carpenter の携帯電話が 4 件の強盗発生時に強盗現場の近くにあったことを示す地図 (これは基地局位置情報

研究 (161) Carpenter v. United States, 585 U.S. ___, 138 S.Ct. 2206 (2018) 比較法雑誌 53 巻 3 号 (2019 年) 341 頁、大野正博「携帯電話基地局位置情報の取得と合衆国憲法修正 4 条 Carpenter v. United States, 138 S. Ct. 2206 (2018)」朝日法学論集 52 号 (2020 年) 137 頁、海野敦史「監視型情報収集に対する『プライバシーの合理的期待』の行方」『情報収集解析社会と基本権』(尚学社、2021 年) 24-25 頁。

を基に作成された) 及び捜査官の証言 (地図を利用しつつ、強盗発生時に強盗現場から 0.5 から 2 マイル以内に Carpenter の携帯電話が存在した旨を証言した) が決め手となって、Carpenter は 1 件の重火器所持を除く全ての訴因で有罪となり、116 年 4 か月の有期刑が宣告された。

また第 6 巡回区控訴裁判所も、GPS 監視と基地局位置情報とを区別し、個人は基地局位置情報についてプライバシーの合理的期待をもたない、この種のビジネス記録の収集は修正 4 条の「搜索」にあたらないと述べ、地方裁判所の判断を支持した。そこで Carpenter が連邦最高裁に対して裁量上訴を申し立てたところ認められた。これが本件である。

本件の争点は、令状によらない基地局位置情報の収集が修正 4 条に違反するか否か、である。

(2) Kerr 提出のアミカス書面

Kerr は、連邦最高裁に対してアミカス書面を提出している⁶¹。ここでの Kerr の論理は大きく分けると 2 つから成る。

1 つ目は、均衡調整理論にかかわる。Kerr はモザイク理論を否定した上で、情報技術の進展によって切り崩されてしまう、私的空間の内と外というバランスを取り戻すため、「第三者法理を内容情報には適用すべきではないが、外容情報には適用すべき」だと指摘する。その上で Kerr は、本件基地局位置情報は外容情報に当たるから、第三者法理が適用されるべきだと述べる。Kerr によれば、技術変化の度合いが大きく、もはやプライバシーが保護されなくなる場合には、捜査を規律すべきではあるが、基地局位置情報は広範囲をカバーするもので、ここから何か機密性の高い事柄が明らかになることはない (現に Carpenter も公判で、政府がそのような事柄を知ったと主張しなかった) というのである。

2 つ目は、議会の役割にかかわる。Kerr は、政府による基地局位置情報へのアクセスがプライバシーにどのような影響を与えるかを議会は認識しており、実際にもどういった基準で規律すべきか、どういった救済手段を用意するかを議論していると指摘する。そして Kerr は、技術変化の影響は今後とも不確実であるから、連邦と州の議会が活発で力強い議論を続けることができるよう、裁判所は本件基地局位置情報が搜索に当たると判断すべきではないと述べた。

このように Kerr は、均衡調整理論を前提とすると、本件基地局位置情報には第三者法理が適用されるべきであるし、合わせて基地局位置情報について適切な規律を設けるのは議会の役目だと述べた。そうすると結局アミカス書面の内容は、これまで Kerr が述べてきた事柄の延長線上とあってよい。

⁶¹ Brief of Professor Orin S. Kerr as Amicus Curiae in support of respondent, *Carpenter v. United States*, 138 S. Ct. 2206 (2018).

(3) 法廷意見

Kerr がアミカス書面を提出したにもかかわらず、連邦最高裁は本件基地局位置情報の収集は修正4条の「搜索」に当たる（したがって、「相当な理由」に基づく令状を欠いて行われた本件収集は、修正4条に違反する）と判断した（破棄差戻し）。

法廷意見（Roberts 裁判官の手による）は、冒頭でプライバシーの保護と政府の権限濫用からの保護が修正4条の目的だと確認した上で、第三者法理との関係では次の通り議論を進めていく。

(一) 基地局位置情報の性質

法廷意見は、デジタル時代以前には法執行機関は短時間の追跡を実施し得たが、長期間の追跡は難しく、また費用もかかるためにほとんど実施されなかったと指摘し、法執行機関や他者が、個人の行動履歴を長期間、秘密裏に監視・記録することはないと社会は期待してきたと述べる。これに対し、政府による基地局位置情報へのアクセスを認めることは、この期待に反することになってしまう、と法廷意見は続ける。その上で法廷意見は、基地局位置情報はビジネス目的で作成される情報であるものの、Carpenter が当該情報に対してプライバシーの期待をもたないわけではないと指摘する。

法廷意見によれば、基地局位置情報からは、所有者の位置について網羅的な記録を作り出すことができるため、GPS 情報と同様、個人の特定の行動にとどまらず、「当該個人の家族関係、政治的関係、職業関係、宗教的関係、そして性的関係の詳細」を明らかにできてしまうという。その上で法廷意見は、位置情報は多くの市民にとって「人生の秘密 (privacies of life)」だと述べる。そして従来の捜査手法と比べると、各通信事業者が保有している過去の位置情報へと、政府はボタンを押すだけでアクセスできるという点で、携帯電話の追跡は著しく容易で、安価で、そして効率的だ、とも法廷意見は述べる。

加えて法廷意見は、個人は車両から離れることもあるが、携帯電話はいつ何時でも持ち運ぶために、政府が携帯電話の位置情報を収集すると、あたかも携帯電話の利用者にアンクルモニターを付けたかのような、ほぼ完璧な監視が実現してしまうと指摘する。こうして法廷意見は、基地局位置情報の収集は、Jones 判決で問題となった車両の GPS 監視よりも大きなプライバシーの懸念を引き起こすと述べる。

また法廷意見は、これまで個人の行動履歴を再構成しようという試みは、記録の散逸や記憶の脆さゆえ限られたものでしかなかったのに対し、基地局位置情報へのアクセスによって、今や政府は過去に遡って個人の居場所を追跡することができるようになった（ただし、通信事業者の最長5年間という保存方針の範囲内）と指摘する。しかも法廷意見は、基地局位置情報は捜査対象者だけではなく、アメリカ国内の40億台全てについて連続的に記録されており、この新たな追跡手法は全ての個人に対して影響が及ぶとも指摘する。

こうして法廷意見は、Jones 判決における GPS 機器と違って、警察は特定の個人の追跡が必要か否か、またはいつ当該個人の追跡を実施するかをあらかじめ識別しておく必要す

らなく、被疑者が誰であろうと、対象となった人は5年間毎日の行動全てを実際に追跡されてしまうことになると述べる。法廷意見によれば、この絶え間ない完璧な監視から逃れることができるのは、携帯電話を持っていないわずかな人だけだという。

(二) 基地局位置情報の正確性

政府と Kennedy 裁判官は、基地局位置情報からは、1.8 マイルから4平方マイルの楔形の区域内のどこかに Carpenter が所在したことしかわからず（基地局位置情報からは、Carpenter が強盗現場に所在したと示すには十分でなく）、基地局位置情報の収集は許されるべきだとする。これに対し、法廷意見は次の通り反論を加える。

法廷意見によれば、連邦最高裁は *Kyllo* 判決において、「推論と検索は違う」という主張を否定したという。そして法廷意見は、収集した基地局位置情報と、他の情報を組み合わせて、Carpenter の詳細な行動履歴（Carpenter が強盗現場に所在した時点を含む）を政府が推論することができた（政府は、公判の最終弁論において強調するほどには正確だと考えていた）と指摘する。

その上で法廷意見は、いずれにしても *Kyllo* 判決で述べたように、「既に使用されている、または開発中のより精緻なシステム」を考慮した基準を採用しなければならず、本件基地局位置情報は10年前の技術状態の反映であるが、現在の基地局位置情報の精度はGPS情報のレベルまで急速に近づいていると指摘する。法廷意見によれば、特に都市部では、基地局の数が急増するに連れて、それぞれの基地局が担当する地理的区域は縮小しており、さらに基地局に到達するまでの時間と角度を測定する新技術もあって、通信事業者は既に携帯電話の位置を50メートル以内で正確に特定することすら可能だという。

(三) プライバシーの合理的期待と第三者法理

政府（及び Kennedy 裁判官）は、基地局位置情報は通信事業者によって作成・保有されており、「ビジネス記録」として第三者法理の適用対象となると主張する。すなわち、政府は新技術が本件を特徴付けることは認めつつも、法的問題としては第三者証人に対して情報提供を求めるのと大差はないというのである。これに対し法廷意見は、次の通り反論を加える。

法廷意見は、*Riley* 判決で述べたように、「プライバシーの利益が減少したからといって、修正4条の保護が完全に失われるわけではない」と指摘する。*Smith* 判決も *Miller* 判決も、共有（sharing）という行為だけに依拠して結論を出したわけではなく、当該文書の性質も考慮して「プライバシーの正当な期待」があるか否かを判断した、と法廷意見は続ける。そして法廷意見は、本件でも基地局位置情報が明らかにしてしまう事項には限定がないということのを正しく評価しなければならないと述べる（これに関連して法廷意見は、*Jones* 判決では、より網羅的な追跡を目の当たりにして、たとえ公道上を走行する車両であっても長期間にわたるGPS監視は検索に当たる、と5人の裁判官が認めた点を指摘している）。

なお Gorsuch 裁判官は、本件の「電話を利用する際の位置情報」になぜ機微性があるのか疑問だと主張し、Kennedy 裁判官も、個別の行動は特段秘密性のあるものではないことを前提とした主張をする。これに対しても法廷意見は、本件では電話の利用や、特定日時の行動が問題となっているわけではなく、数年間にわたって毎日、毎秒、個人の物理的所在を詳細に記録したものが問題となっており、このような記録は Smith 判決や Miller 判決よりもはるかに大きなプライバシーに対する懸念を含むと批判している。

(四) 自発的な開示と第三者法理

法廷意見は次の通り述べ、第三者法理の理論的根拠である「自発的な開示」を、本件では問題とならないと判示する。

法廷意見は、Riley 判決でも述べたように携帯電話及びそのサービスは日常生活の一部としてもはや浸透しており、携帯電話を持ち運ぶことは現代社会に参画する上で欠かせないと指摘する。それにもかかわらず法廷意見は、携帯電話は何ら積極的な操作をしなくても、電源を入れればそれだけで基地局位置情報を作成してしまうから、ネットワークから切断する以外に位置情報を残さずにいられる方法はないと指摘する。こうして法廷意見は、自身の網羅的な行動履歴が提供されてしまうことについて、個人が自発的に「リスクを想定」していたか否かを問題とすることはできないと述べる。

(五) 射程の限定

法廷意見は次の通り述べ、本判決の射程を注意深く限定する。

法廷意見は例えば、リアルタイムの基地局位置情報の収集や、「基地局情報の書出し (tower dump)」(特定の基地局に接続した機器全ての情報を一定間隔でダウンロードすること)との関係で何か意見を述べるものではないという。次に法廷意見は、Smith 判決や Miller 判決の妥当性に異を唱えたり、防犯カメラのような従来型の監視技術に対して疑問を投げかけたりするものでもないという。そして法廷意見は、位置情報が偶然にも明らかになってしまう可能性がある他のビジネス記録にも言及しないという。さらに法廷意見は、外交や安全保障に関わる他の収集技術を考慮したものでもないという。

(六) まとめ

法廷意見は、通信事業者から本件基地局位置情報を収集する行為を修正4条の「搜索」に当たる(したがって、保存通信法に基づいてそのような基地局位置情報を収集することはできない)と判断した。このように判断する過程で、第三者法理の適用対象となるという主張を否定したのである。

第三者法理について、法廷意見がまず指摘したのは、プライバシーの合理的期待である。法廷意見は、自発的に第三者に対して開示することによってプライバシーの合理的期待が減少することはあるとしても、それが完全になくなるというわけではなく、修正4条によっ

て保護されるか否かは当該情報の性質も考慮する必要があると述べた。これまでの判決では、自発的に第三者に対して開示された情報についてプライバシーの合理的期待は失われる、と説明されてきた。

しかし法廷意見は、自発的に第三者に対して開示したか否かは、考慮要素の1つと位置付けたのである。考慮要素の1つと位置付けたことで、問題となる情報の性質次第では、修正4条の保護範囲に含まれるという途が開かれた。ただしこの情報の性質を判断する上で、Carpenter 判決法廷意見は、Jones 判決の Sotomayor 補足意見等を引用し、いわゆるモザイク理論的な判断を行っている。モザイク理論には、Orin S. Kerr が主張する通り問題もあるため⁶²、この点が今後争点となり得る。

法廷意見が次に指摘するのは、自発的な開示である。これまでの判決では、あるサービスを受けるためには情報を開示しなければならないという場面であっても、開示の自発性に疑問を挟んでこなかった。Carpenter 判決の事案でも例えば、「携帯電話の電源を入れれば基地局位置情報が作成される。このことをわかっていながら、自発的に電源を入れた以上、当該情報についてプライバシーの合理的期待は失われる」という形で、開示の自発性を問題とすることは不可能ではなかった。

しかし、法廷意見はそのように判断しなかった。法廷意見は、携帯電話を持ち運ぶことは現代社会に参画する上で欠かせないが、携帯電話は何ら積極的な操作をしなくても、電源を入れればそれだけで基地局位置情報を作成してしまう点等を指摘した。つまり私たちは、基地局位置情報の収集を受忍して携帯電話を利用するか、またはこれを利用せずに隠遁生活を送るかという究極の二択を迫られており、このような状況では携帯電話を私たちが自由な意思で利用しているというよりは、事実上強制されて利用している。携帯電話を利用しないという選択肢がもはや存在しないにもかかわらず、「リスクを想定しつつ、それでも開示したか否か」を問題とすることはできないというのである。これは思えば、Smith 判決に付された Marshall 反対意見が、「実際問題として個人が現実的な代替策をもたない状況で、リスクの想定をいうのは無意味」と指摘してから実に約40年後⁶³、連邦最高裁の法廷意見が同趣旨の判断をしたということであろう。

以上の法廷意見の論理は、「領域」外にある情報であっても、少なくとも本件基地局位置情報については修正4条の保護範囲に含めるという意味で、「領域プライバシー」の理解を部分的に放棄しようとするものと整理できる。

しかし注意すべきは、法廷意見が Smith 判決等の理論それ自体を否定したわけではない、という点である。あくまで法廷意見は、本件基地局位置情報との関係で、Smith 判決等の理論が妥当しないと判断したにとどまる。したがって、今後は Smith 判決等の理論と Carpenter

⁶² Orin S. Kerr, *The Mosaic Theory of the Fourth Amendment*, 111 MICH. L. REV 311, 329 (2012).

⁶³ Miller 判決の Brennan 反対意見も、開示の自発性には問題があると指摘していた。

判決の理論の併存状態となるから、いずれが適用されるかは結論を左右する重大問題である。そこで次に、Carpenter 判決の論理や射程を考察する。

4 Carpenter 判決に対する検討

Carpenter 判決法廷意見は、基地局位置情報への第三者法理の適用を否定した。しかし法廷意見はそう判断する過程で、Smith 判決等の理論それ自体を否定しておらず、基地局位置情報一般の収集を「搜索」と断じたわけでもなかった。あくまで本件基地局位置情報との関係で、Smith 判決等の理論が妥当しないと判断したにとどまったのである。したがって、今後は Smith 判決等の理論と Carpenter 判決の理論の併存状態となる。

Carpenter 判決法廷意見それ自体は事案判断だとしても、第三者法理の適用を否定するに至った判断手法それ自体は他の事例との関係でも参照され得る。このため今後、第三者が保有する情報が争点となると、政府側は Smith 判決等に依拠して、当該情報への第三者法理の適用を主張するのに対し、被告人・弁護人側は Carpenter 判決に依拠して、当該情報への第三者法理の適用を否定すべきだと主張することになるだろう。こうして今後の裁判では、Carpenter 判決の射程が及ぶか否かが裁判の結果を左右することになる。

では、Carpenter 判決の射程はどのように考えればよいのだろうか。ここで手掛かりとなるのが、Kerr の見解である。これまで見てきた通り Kerr は、機能的な観点から第三者法理を擁護する見解を主張してきた。Kerr の見解によれば、外容情報たる本件基地局位置情報には第三者法理が適用され、保存通信法に基づくサピーナによる収集も当然合憲なはずであった。実際 Kerr は、Carpenter 判決において提出したアミカス書面でもそのような見解を述べていたのである。そこで Carpenter 判決法廷意見と Kerr の見解を比較していくことで、Carpenter 判決法廷意見の論理がより明らかになり、ひいてはその課題も明らかになると思われる。

(1) Kerr の見解との比較

Carpenter 判決法廷意見が基地局位置情報の性質に着目する箇所は、Nojeim の見解も彷彿とさせる。他方で Carpenter 判決法廷意見を見ていくと、そこには均衡調整理論といえる論の運びがあることもわかる。例えば Olmstead 判決に付された Brandeis 反対意見を引用しつつ述べた箇所では、科学の進展により、法執行機関がその役目を果たすための強力な手段が利用可能になる反面、修正 4 条の起草者が防ごうとしたものを侵害する危険がある、との指摘がある。また Alito 裁判官への反論中で述べた箇所では、基地局位置情報がこれまでの記録とは全く異なる種類の記録である以上、政府の恣意的な権限に対する懸念という修正 4 条の根本事項に関係することを認識すべき、との指摘がある。これらの指摘は言い換えると、基地局位置情報のような新技術は新しい現象で、全く異なる種類の記録であるから、連邦最高裁は古いルールを適用すべきでなく、政府の恣意的な権限という修正 4 条の基本的な関心事に立ち戻るべき、ということである。これはまさに「均衡調整理論」である。Jones

判決の Alito 同意意見でも均衡調整理論と理解できる指摘はされていたが、これをさらに発展させたのが Carpenter 判決法廷意見といえる⁶⁴。

では、第三者法理は制限すべきだという立場である Nojeim の見解と、第三者法理を擁護する立場である Kerr の見解を合わせたような、Carpenter 判決法廷意見はどう読めばよいのだろうか。この問題に関し Kerr は、Carpenter 判決法廷意見が、「政府が第三者法理によって新たに強力な権限を手にし始めるとき、第三者法理はもはや適用されるべきではないという理解」、言い換えると「均衡調整理論を第三者法理の上限として用いる理解」を採用したのではないかと考察する⁶⁵。つまり Carpenter 判決法廷意見は、本件基地局位置情報から明らかとなる事項等に鑑み、当該情報に第三者法理を適用することで余計にバランスを崩してしまうと判断したのではないか、ということである。

Kerr 自身も、バランスを維持するために、外容情報への第三者法理の適用をむしろ否定すべき場合があること（第三者法理を適用することでかえってバランスを害してしまう場面があること）は認識していたが、本件基地局位置情報の収集がそのような場面に当たるとは考えなかった⁶⁶。これに対し Carpenter 判決法廷意見は、本件基地局地情報の性質を考慮し、その収集がそのような場面に当たると考えた。これが同じ均衡調整理論という枠組みを用いつつも、両方で結論が分かれた理由である。つまり Carpenter 判決法廷意見は、Kerr と同じ枠組みを用いつつも、本件基地局位置情報の性質を Nojeim のように評価した結果、Kerr とは別の方向でバランスを維持しようとした（別の方向で均衡調整を図ろうとした）と読むことができるのである。

(2) Carpenter 判決の課題

Carpenter 判決法廷意見が、「均衡調整理論を第三者法理の上限として用いる理解」を採用し、問題となった基地局位置情報の収集を「搜索」と判断したことから考えると、Smith 判決等の理論と Carpenter 判決の理論のいずれが適用されるかは、当該事案で問題となる情報の性質次第ということになる。ただし、Carpenter 判決法廷意見には課題もある。

(一) 射程

Carpenter 判決法廷意見は、「領域」外の情報（外容情報）である、本件基地局位置情報を修正4条の保護範囲に含めた。これは少なくとも「領域プライバシー」の理解では説明が付かない、いわば「飛び地」を設けたということになる。しかし、どういった情報であればこ

⁶⁴ See Orin S. Kerr, *Initial Reactions to Carpenter v. United States (July 6, 2018)*, USC LAW LEGAL STUDIES PAPER No. 18-14, 2-3, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3209587> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3209587>.

⁶⁵ *Id.* at 2-3, 4-5.

⁶⁶ Kerr, *supra* note 61.

の「飛び地」に属することになるのだろうか。言い換えると、こういった情報であれば Smith 判決等の理論ではなく、Carpenter 判決の理論が適用されるのだろうか。この問題は Carpenter 判決法廷意見の論理からは明らかではない。Carpenter 判決法廷意見は、かつて警察の権限に対して存在していた期待を揺るがすような捜査手法か否かを基準としているようにも読めるものの、こういった事柄をどういった程度明らかにしてしまう捜査手法であれば、それに当たるのかは判然としない⁶⁷。もしここでモザイク理論的な発想を持ち込むことが必要だとすれば、ますます判然としなくなる。

また「開示の自発性」についても、同じことが当てはまる。これまでは、「領域」内の保護を基準とし、そこからの持出しの有無で修正 4 条の保護範囲に含まれるか否かを判断してきた。この判断枠組みは（その是非はさておくと）明確性があった。これに対し Carpenter 判決法廷意見は、「領域」内から持ち出された情報であっても、「開示の自発性」を規範的に捉えることで修正 4 条の保護範囲に含めた⁶⁸。しかし Carpenter 判決法廷意見のように規範的に捉えると、こういった事情がどういった程度あれば「開示の自発性」が規範的に否定されるのが問題となる。これもやはり判然としない。

このように Carpenter 判決は、「領域」外の情報（外容情報）である、本件基地局位置情報を修正 4 条の保護範囲に含めたという点では画期的であり、法廷意見が採用した判断枠組みも参考になるものの、本件基地局位置情報以外の情報を将来どのように扱うべきかは不明確なままである。本件基地局位置情報と同じ精度の基地局位置情報であっても、本件よりも少ない日数以下を収集したにとどまる場合には、結論が異なる可能性すらあるのである。

（二）規律内容の形成主体

Kerr はアミカス書面の中で、政府による基地局位置情報へのアクセスがプライバシーにどのような影響を与えるかを議会は認識しており、実際にもどういった基準で規律すべきか、どういった救済手段を用意するかを議論していると指摘する。そして Kerr は、技術変化の影響は今後とも不確実であるから、連邦と州の議会が活発で力強い議論を続けることができるよう、裁判所は本件基地局位置情報が「搜索」に当たると判断すべきではないと述べていた。

しか Carpenter 判決法廷意見は注意深く射程を限定こそしたものの、本件基地局位置情報の収集が修正 4 条の「搜索」に当たると判断した。これにより、本件基地局位置情報の収集は収集時点で相当な理由に支えられた令状が必要となったが（これに違反すると証拠が排除されるが）、その代わりに収集後の情報管理等を規律していく術を失った（言うなれば

⁶⁷ *Id.* at 22-24.

⁶⁸ ただし、不可避的な共有か否かを問題とすること自体を批判する見解として、Matthew Tokson, *Inescapable Surveillance*, 106 CORNELL L. REV. 409, 425 (2021).

「取得時中心主義」に捕らわれるようになってしまった)とも言い得る。

Carpenter 判決法廷意見からは、連邦最高裁が規律内容の形成主体に関してどのように捉えているかは明らかではない。確かなのは、本件基地局位置情報の収集は(判例変更がされない限り)今後は修正4条の令状が必要であり、それがなければ今後は実施できない、ということだけである。もしかすると Carpenter 判決法廷意見は、裁判所の役割を強調する Nojeim と同じような認識に立ったのかもしれない。あるいは、Carpenter 判決法廷意見は Kerr と同じような認識に立ちつつも、本件基地局位置情報をもつ性質に鑑みると議会が議論を続けるまで待つ余裕がない、と判断したのかもしれない。ただし、いずれかが明らかではない以上、本件基地局位置情報以外の情報について規律内容の形成主体に関する問題は残ったままである。

第5節 小括

本章では次のことが明らかとなった。すなわち、日本法の母法であるアメリカ法もこれまで「領域プライバシー」の理解を採用してきた。そのために、「領域」外の情報に合衆国憲法修正4条の保護を及ぼしてこなかった。こうした延長線上に、第三者法理(第三者に対して自ら進んで情報を提供・開示した者は、当該情報についてのプライバシーの合理的な期待を失うという法理)が生まれた。

学説は、第三者法理の登場と時を同じくして批判を加えてきた。例えば、「領域プライバシー」の理解を維持しつつ、第三者法理が適用される場面を限定しようとする Tokson の見解や、そもそも「領域プライバシー」の理解を離れて、第三者法理それ自体を批判する Solove らの見解も見られた。ただし、学説全てが第三者法理に批判的だったわけではない。Kerr は、第三者法理を機能的な観点から擁護したのであった。ただし Kerr も、第三者法理を全面的に擁護していたわけではない。Kerr も、「第三者が保有する内容情報には適用すべきではないが、外容情報には適用すべき」と論じていたのである。こうして学説における結論的な差異は、「第三者法理を、第三者が保有する外容情報についても適用すべきか否か」にあった。ここで登場したのが Carpenter 判決であった。

Carpenter 判決では、修正4条の令状によらずに基地局位置情報を収集することができるか否かが問題となった。基地局位置情報とは、携帯電話が通信サービスを利用する前提として、通信事業者に収集される情報である。基地局位置情報の収集を許さなければ、たとえ携帯電話機を購入し、通信事業者と契約締結をしていたとしても、通信サービスを利用できない。このように基地局位置情報は重要な意味をもつが、基地局位置情報それ自体は通信内容には含まれない(これは発信した電話番号と同様である)。このため基地局位置情報は、通信事業者という第三者が保有する外容情報に当たるのは確かであった。

このように見ると、Carpenter 判決がいかに注目すべき判決だったかがわかる。「第三者法理を、第三者が保有する外容情報についても適用すべきか否か」で見解が分かれていたところ、まさにこの争点を扱う連邦最高裁判決が登場したのである。

Carpenter 判決は、本件基地局位置情報の収集を「検索」に当たると判断した。基地局位置情報は「領域」外の情報（外容情報）である。それにもかかわらず、それを「検索」に当たるとする判断は「領域プライバシー」の理解からは容易に説明できない。Carpenter 判決法廷意見は、少なくともこれまでの「領域プライバシー」の理解を部分的に放棄してもなお、本件基地局位置情報の性質を考慮すると、これは修正4条の保護範囲に含めるべきだ、と判断したのである。

もっとも、Carpenter 判決法廷意見が第三者法理の問題全てを解決したわけではない。Carpenter 判決には課題もある。1つ目の課題は、射程である。確かに Carpenter 判決は、「領域」外の情報（外容情報）である、本件基地局位置情報を修正4条の保護範囲に含めたという点では画期的であり、法廷意見が採用した判断枠組みも参考になる。しかし将来、本件基地局位置情報以外の情報をどのように扱うべきかは不明確なままである。2つ目の課題は、規律内容の形成主体である。Carpenter 判決法廷意見から確かなのは、本件基地局位置情報の収集は（判例変更がされない限り）今後は修正4条の令状が必要であり、それがなければ実施できないということだけである。本件基地局位置情報以外の情報について誰がどう規律していくべきかは課題として残されたままである。

つまり Carpenter 判決が、「領域」外の情報である基地局位置情報の収集を、当該情報の性質を考慮して修正4条の「検索」に当たると判断したこと自体は画期的であるが、この Carpenter 判決が第三者法理の問題全てを解決したわけではないことがわかる。つまり質・量が、「Carpenter 判決で問題となった基地局位置情報」と同等、あるいはそれ以上の情報であればともかく、そうではない情報を誰がどう規律していくべきかが課題として残されているのである。

ただしアメリカには、この Carpenter 判決が残した課題を解決し得る議論がある。それが規律内容の形成主体をめぐる議論である。もし Carpenter 判決の課題を解決し得る方法が見つかれば、様々な情報が対象となる捜査関係事項照会について広く、具体的な制度構想を示そうとする手掛かりとなるだろう。そこで第4章では、規律内容の形成主体をめぐる議論を確認したい。

第4章 規律内容の形成主体

前章では Carpenter 判決が、「領域」外の情報である基地局位置情報の収集を、当該情報の性質を考慮して修正4条の「検索」に当たると判断したこと自体は画期的であるものの、Carpenter 判決が第三者法理の問題全てを解決したわけではないことがわかった。具体的には、質・量が「Carpenter 判決で問題となった基地局位置情報」と同等、あるいはそれ以上の情報であればともかく、そうではない情報を誰がどう規律していくべきかが課題として残されたのである。

ただしアメリカには、この Carpenter 判決が残した課題を解決し得る議論がある。それが規律内容の形成主体をめぐる議論である。もし Carpenter 判決の課題を解決し得る方法が見つかれば、様々な情報が対象となる捜査関係事項照会について広く、具体的な制度構想を示そうとする手掛かりとなるだろう。そこで本章では、アメリカにおける、規律内容の形成主体をめぐる議論を確認したい。具体的には、議会の役割を重視する見解と、裁判所の役割を重視する見解について確認した後、議会と裁判所のいずれかに委ねるのではなく、関係機関による協働を重視する見解を取り上げたい。

第1節 議会の役割を重視する見解 (Kerr)

新技術を利用した捜査の規律について、議会の役割を重視するのが Orin S. Kerr である¹。

Kerr によれば、「修正4条を広く解釈して、新技術を利用した捜査を規律すべき」という通説的見解は次の3つの根拠から支えられているという。1つ目は、「修正4条が新技術を利用した捜査の規律を要求するから」という原理的な根拠である。2つ目は、「裁判所は新技術を利用した捜査の規律に成功してきた以上、これからも積極的な役割を果たすべきだ」という歴史的な根拠である。そして3つ目は、「裁判所は新技術を含む捜査を規律するのに適しているので、プライバシーを守るルールを率先して構築していくべきだ」という機能的な根拠である。

しかし Kerr によれば、これら3つの根拠を正しく理解すれば、むしろ発達途上の技術との関係で修正4条を適用する際、裁判所の積極的な役割を否定することに繋がるという。そして Kerr は、裁判所は議会の取組みを妨害しないよう、当該技術が安定するまでの間は慎重であるべきだと述べるのである²。本節では、Kerr がこのように述べるに至った理由を確

¹ ここでの Kerr の見解を紹介する邦語文献として、山田哲史「新技術と捜査活動規制 (2・完) - 合衆国最高裁 Riley 判決の検討をきっかけに -」岡山法学会雑誌 65 巻 2 号 (2015 年) 194-202 頁、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) 180-206 頁。

² Orin S. Kerr, *The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution*, 102 MICH. L. REV. 801, 802-808 (2004).

認する。

1 原理的な根拠

1つ目の、「修正4条が新技術を利用した捜査の規律を要求するから」という原理的な根拠に関して、Kerr は次の通り述べていく。

Kerr は、Katz 判決³が財産権基準のアプローチを否定し、「プライバシーの合理的期待」テストに置き換えたと説明する見解が多いと評価する⁴。しかし Kerr は、そのような見解は「プライバシーの合理的期待」テストを、新技術を利用した捜査からプライバシーを保護する包括的なテストと理解することになるが⁵、Katz 判決法廷意見は「修正4条は場所ではなく、人を保護する」と述べるにとどまり、なぜ被告人 Katz の権利が保護されるのかを述べていないと指摘する。その上で Kerr は、Katz 判決の Harlan 補足意見は、料金を支払った時点で被告人 Katz が電話ボックスの一時的な正当な利用者となり、他者を当該電話ボックスから排除する権利を得たということの意味しており、Katz 判決は結局コモンローによる規律から、緩やかな財産権基準のアプローチへの移行を強調したに過ぎないと論じる。Kerr によれば、Katz 判決以降の連邦最高裁判決も、プライバシーの期待が合理的か否かと、緩やかな他者を排除する権利に裏付けられているか否かを事実上結び付けてきたという⁶。

そして Kerr は、新技術はこれまで秘密だった事項を明らかにしたり、その逆もあるにもかかわらず、裁判所は新技術との関係でも同様に財産権基準のアプローチを適用することが多いと指摘する。それにより、修正4条の保護範囲は新技術が何を明らかにし、または何を秘密にするか次第となっているが、これまで秘密だった事柄を明らかにする新技術のほが多いため、財産権基準のアプローチだと修正4条の保護が弱められてしまう、と Kerr は続ける。こうして Kerr は、財産権基準のアプローチによると、新技術を利用した捜査から十分な保護を受けられない可能性を指摘する⁷。また Kerr は、Knotts 判決、Karo 判決、そして Kyllo 判決といった、住居内すら明らかにしてしまう捜査技術が利用された場面でも、伝統的に財産権によって保護されてきた住居内の情報を保護しようとしたという意味で、財産権基準のアプローチは存続しているとも指摘した⁸。

ここで Kerr は、「プライバシーの合理的期待」の有無が、通常人が期待するプライバシー

³ Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

⁴ See, e.g., JEROLD H. ISRAEL & WAYNE R. LAFAVE, CRIMINAL PROCEDURE CONSTITUTIONAL LIMITATIONS IN A NUTSHELL 46 (9th ed. 2020).

⁵ See Anthony G. Amsterdam, *Perspectives on the Fourth Amendment*, 58 MINN. L. REV. 349, 403 (1974).

⁶ Kerr, *supra* note 2, at 808-827.

⁷ *Id.* at 827-831.

⁸ *Id.* at 831-837.

に基づいて判断されるならば、裁判所の判断と、議会の制定法は内容が重なることになるから、あえて議会がプライバシー保護を目的として法律を制定する必要はないと指摘する。しかし実際は、「プライバシーの合理的期待」が財産権基準のアプローチに基づいて判断されてきたため、既存の修正4条のルールは必ずしも良識ある立法者が制定し、合理的な市民が望むようなルールとは限らない、と Kerr は続けていく。Kerr によれば、新技術に関する修正4条のルールは特に、プライバシーと効率的な法執行の適切なバランスを取ったものではないから、通常人が望むであろう保護と、修正4条による実際の保護の隙間を埋めるためには追加的な保護が必要だという。こうして Kerr は、特に新技術を利用した捜査との関係で、修正4条だけでは十分な保護が期待できないと述べた⁹。

2 歴史的な根拠

2つ目の、「裁判所は新技術を利用した捜査の規律に成功してきた以上、これからも積極的な役割を果たすべきだ」という歴史的な根拠に関して、Kerr は次の通り述べていく。

Kerr は、「修正4条を広く解釈して、新技術を利用した捜査を規律すべき」とする見解は、Olmstead 判決以後の40年間、盗聴その他の監視が横行していたが、Katz 判決が盗聴を修正4条の保護範囲に押しとどめたという歴史に明示的または黙示的に依拠している、と指摘する。そして、そのような歴史が、新技術を利用した法執行であっても裁判所が介入することでもなく規律できるという、いわば「神話」として受け止められてきた、と Kerr は続ける。

しかし Kerr は、裁判所は修正4条が問題となる事件でも、制定法がある場合はそれを尊重し、制定法がない場合も扱う問題の近い制定法を参照してきたと指摘する。また裁判所が介入しない場合でも、議会が独自に法制定をし、プライバシー保護を図ったこともあるとも指摘する¹⁰。そして Kerr は、どの時代も、盗聴からの保護を主に提供してきたのは制定法だとまとめる。こうして Kerr は、裁判所の判断は制定法を形作るという役割こそ果たしてきたが、新技術を利用した捜査を実際に規律する役割は議会が担ってきたと述べた¹¹。

3 機能的な根拠

3つ目の、「裁判所は新技術を含む捜査を規律するのに適しているので、プライバシーを守るルールを率先して構築していくべきだ」という機能的な根拠に関して、Kerr は次の通り述べていく。

Kerr は、修正4条にある2つの目標を確認する。1つ目の目標は、プライバシーの利益と

⁹ *Id.* at 838.

¹⁰ e.g., Right to Financial Privacy Act, 12 U.S.C. § § 3401-22 (2000); Pub. L. 95-630, 92 Stat. 3697 (1978).

¹¹ Kerr, *supra* note 2, at 839-857.

法執行の必要性の間に有効かつ妥当なバランスを作り出すルールの形成であり、2つ目の目標は、ルールの明確化である。

後者について Kerr によれば、法執行機関の権限を制限するルールが不明確であれば、熱心な法執行機関による濫用のおそれが高まってしまうのに対し、そのルールが明確であれば、法執行機関の裁量を最小化し、当該ルールの遵守を促進することができ、しかも捜査官が認められた権限を最大限行使して、犯罪の証拠を収集させることもできるという。そして Kerr は、技術が安定している場合には、裁判所がルールを形成することで、修正4条の目標を容易に達成することができたと指摘する。Kerr はその例として、車の特性や捜査官の危険についての事情がほとんど変化しておらず、裁判所が自動車検問の実態を想像することができたため、裁判所は自動車検問 (traffic stops) に関するルールを緻密に形成できたことを挙げる。しかし Kerr は、新技術を利用した捜査との関係では同じようにはいかないと続ける¹²。

その上で Kerr は、新技術を利用した捜査の規律との関係で、議会と裁判所の制度的能力を比較していく。

(1) ルールの形成時期

Kerr がまず取り上げるのは、議会は一般的に適用可能なルールを事前に形成する傾向があるのに対し、裁判所は具体的紛争を解決するためにルールを事後に形成するという違いである。

Kerr は、当該技術が捜査に利用され、当該技術の利用が司法的解決を必要とする憲法問題とならなければ、裁判所がある技術について判断できないことに加え、事件が最高裁まで持ち込まれるのは稀で、持ち込まれたとしても判断までにはさらに時間がかかると指摘する。Kerr によれば、このために修正4条のルールは、対応する制定法上のルールや技術に少なくとも10年は遅れて作成されることが多く、現在の技術からみると何も解決せず、時代遅れのほとんど意味がないルールとなってしまう (先例としての意味が弱まってしまう) という。

これに対し Kerr は、議会は問題として取り上げようと思えば取り上げることができ、時には社会的耳目が集まる前、そして裁判所が判断するよりもずっと早い段階で、ルールを形成することができる¹³と述べる。

(2) ルールの内容

Kerr が次に取り上げるのは、裁判所によるルール形成は厳格な先例拘束原則によって制限されるのに対し、議会によるルール形成はそのような制限がないという違いである。

¹² *Id.* at 860-867.

¹³ *Id.* at 867-870.

Kerr は、プライバシーの利益と法執行の必要性の間に、有効かつ妥当なバランスを作り出すためには、技術の変化に対応できる仕組みが必要だと指摘する。その上で Kerr は、議会によると、様々なルールを試し、頻繁に修正することができるし、プライバシーをより保護するために公共機関と民間事業者の両方を規律し、情報の種別に応じた柔軟なサピエナを設けることもできるし、時限立法を置くこともできると指摘する。

これに対し Kerr によれば、裁判所が時の経過とともに必要に応じてルールを修正していくことは厳格な先例拘束原則がある以上不可能であるし、事後の変化を予測してあらかじめルールを形成しておくことも看過しがたい不確実性が生じてしまう以上不可能であるという¹⁴。

(3) ルールの形成過程

Kerr が最後に取り上げるのは、議会は公聴会、世論調査の結果、利益団体の働きかけ、そして非公式の合意といった幅広い情報源を利用してルールを形成するのに対し、裁判所は事件記録、準備書面、そして口頭弁論を利用してルールを形成するにとどまるという違いである。

Kerr は、プライバシーの利益と法執行の必要性の間に、有効かつ妥当なバランスを作り出すためには、技術について包括的に理解する必要があると指摘する。その上で Kerr は、議会はルールを形成するに当たって、様々な情報源を利用することができるし、立法過程も公開されているため、法案が議会を通過するまでに様々な角度から精査され、指摘や議論が重ねられると指摘する。このため Kerr は、議会は技術について理解を深めた上で法案を作成することができ、さらに万が一アンバランスな法案が一度出来上がっても最終的に適切な方向へと修正することができるかと述べる。

これに対し Kerr によれば、裁判所はルール形成に当たって利用することができる情報源は限られているにもかかわらず、即時に判断することが求められており、判断に当たって割くことができる労力も限られているという。そして Kerr は、こういった中で裁判所は問題となっている技術の理解を助けるために「隠喩 (metaphor)」に頼らざるを得ないが、その「例え」の正確性や、当該技術の位置付けはわからないままだと指摘する。また Kerr は、裁判所が判決を作成する過程が公開されていないため、たとえ判決に技術についての誤解が含まれていても修正される機会がないとも指摘する。このため Kerr は、技術が流動的な場合は今回の論点が全体の中でどういった位置付けなのか、今回の判断がどういった影響をもたらすのかに関する誤解が正されないまま、ルールが形成されてしまう可能性が否定できないと述べ、裁判所は議会の取組みを妨害しないよう、当該技術が安定するまでの間は、慎重であるべきだと論じた。

以上の3点を挙げて Kerr は、新技術を利用した捜査を規律する上で、議会のほうが裁判

¹⁴ *Id.* at 871-875.

所よりも優れていると述べたのであった¹⁵。

4 反対説への応答

Kerr は、裁判所のほうが議会よりも優れているという反対説に応答していく。

まず裁判所が具体的紛争ごとに慎重に規律を及ぼしていくと、最終的には最良の形態にたどり着くと指摘する見解がある¹⁶。これに対し Kerr も、民事法の文脈では規律されていない領域があっても、私人同士が非公式の交渉をし、そこについて適用されるべきルールを決めていくという事態が起こり、最終的に最良の形態にたどり着く可能性は認める¹⁷。このため Kerr も、上記見解も民事法の文脈では妥当するかもしれないと認める。

しかし Kerr は、刑事手続法の文脈では警察がある捜査を実施すべきか否かは被疑者との交渉で決まるのではなく、既存の制定法で決まるために、たとえ規律されていない領域があっても警察官と被疑者が交渉をし、そこについて適用されるべきルールを決めていくという事態は起こらないと指摘する。そして Kerr は、刑事手続法の文脈で規律されていない領域を残すような方法は、政府の権限の制限を不明確にするだけであるし¹⁸、限られた事件しか刑事裁判とならない以上、代表性も保障されておらず、具体的紛争ごとに判断していく利点もないと論じた。こうして Kerr は、上記指摘は民事法の文脈では妥当するものの、刑事法の文脈では妥当しないと述べた。

次に、議会は頻繁にレントシーキング¹⁹の影響を受けるため、議会が形成したルールは公共の利益に役立たないと指摘する見解がある²⁰。これに対し Kerr も、没収により利益を得る

¹⁵ *Id.* at 875-882 ; Orin S. Kerr, *Congress, the Courts, and New Technologies: A Response to Professor Solove*, 74 FORDHAM L. REV. 779, 783-84 (2005).

¹⁶ *See* NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY 53-97, 123-152 (1994) ; *See also*, Lawrence Lessig, *The Path of Cyberlaw*, 104 YALE L.J. 1743, 1752 (1995) ; *See also*, Suzanna Sherry, *Haste Makes Waste: Congress and the Common Law in Cyberspace*, 55 VAND. L. REV. 309, 309-313 (2002).

¹⁷ *See* Dan L. Burk, *Muddy Rules for Cyberspace*, 21 CARDOZO L. REV. 121, 163-178 (1999) ; *See also*, Sherry, *id.* at 376-377.

¹⁸ Kerr, *supra* note 2, at 882-884.

¹⁹ 公共政策によって生じる特定の集団にとっての利益をレントといい、選挙における組織化された投票や金銭的な支援等の接触を通じて、レントを狙う利益団体の行動を、レント・シーキングという（砂原庸介ほか『政治学の第一歩 [新版]』（有斐閣、2020年）155頁）。

²⁰ *See e.g.*, Jonathan R. Macey, *Public Choice: The Theory of the Firm and the Theory of Market Exchange*, 74 CORNELL L. REV. 43 (1988).

法執行機関は、より広範な没収規定を求めてロビー活動を行うインセンティブをもつし²¹、法執行機関の関係者や犯罪被害者は、刑事実定法違反の取締り強化を可能とする予算を求めてロビー活動をするインセンティブをもつことを認める²²。

しかし Kerr は、ほとんどの場合、法執行機関は捜査権限が制限される程度によって「利益」を得ず、プライバシー保護を弱めるためにロビー活動をする明確なインセンティブをもたないと述べる。また Kerr は、法執行機関が権限強化を求めてロビー活動を行うことがあるとしても、それは犯罪解決という公共の利益に対する素朴な意見を反映するものに過ぎないし、法執行機関の関係者が議会で大きな影響力をもつとしても、それも人々の選好の反映だと論じる。こうして Kerr は、上記指摘は多くの文脈で妥当するものの、刑事法の文脈ではほとんど妥当しないと述べた²³。

5 まとめ

以上のように Kerr は、伝統的な捜査の場面と、新技術を利用した捜査の場面を分けて考察した。そして前者の場面は、裁判所が修正 4 条を解釈適用して規律するのがよいといい、後者の場面では、議会のほうが裁判所よりも適切に規律することができることが多いと述べた。その上で後者の場面について Kerr は、裁判所は議会の取組みを阻害しないよう、当該技術が安定するまでの間は、修正 4 条の保護を拡げていくことには慎重であるべきという姿勢を提示した。これは新技術を利用した捜査を規律する上で、議会の役割を重視する見解と位置付けることができる。

この Kerr の見解を批判し、相対的に裁判所の役割もより重視するのが Daniel J. Solove である。

第 2 節 裁判所の役割を重視する見解 (Solove)

新技術を利用した捜査を規律する上で議会の役割を重視した Kerr の見解を批判し、相対的に裁判所の役割もより重視するのが Daniel J. Solove である²⁴。

Solove も、プライバシーに関する捜査を規律する上で修正 4 条が果たす役割はますます小さくなっており、このために修正 4 条に代わって制定法がその役割を果たしていることを認める。では、搜索・押収を規律する上で、議会のほうが裁判所よりも優れているのだら

²¹ See Nancy J. King, *Portioning Punishment: Constitutional Limits on Successive and Excessive Penalties*, 144 U. PA. L. REV. 101 188-89 (1995).

²² Lanier Saperstein, *Comment, Copyrights, Criminal Sanctions and Economic Rents: Applying the Rent Seeking Model to the Criminal Law Formulation Process*, 87 J. CRIM. L. CRIMINOLOGY 1470, 1471 (1987).

²³ Kerr, *supra* note 2, at 884-887.

²⁴ Solove の見解を紹介する邦語文献として、山田哲史・前掲注 (1) 202-207 頁。

うか。情報化時代における刑事手続上のルールを作成する上で、議会のほうが裁判所よりも優れているのだろうか。そして裁判所が唯一のルール形成者でなくなっている領域で、裁判所は修正4条をどのように適用すべきなのだろうか。この問題に対し Solove は、新技術を利用した捜査を規律する上で議会の役割を重視した Kerr の見解を取り上げて批判し、制定法による保護の欠点を明らかにしていく²⁵。本節では、このような Solove の見解を確認する。

1 修正4条の役割

Solove は前提として、捜査の規律に当たって修正4条が果たしてきた役割を確認する。

Solove は、Katz 判決が修正4条の適用範囲を変更したものの、プライバシーの広範な理解を採用したわけではなく、完全に秘匿されている場合に限りプライバシー保護を認めるという「秘匿パラダイム (secrecy paradigm)」²⁶の理解に移行しただけだ、と指摘する。その上で Solove は、そのような理解は Olmstead 判決ほどではないが、やはりプライバシー理解としては不備があり、そのために第三者法理等、修正4条によって保護されない領域も生まれてきたと評する²⁷。そして Solove も、そのような領域を埋めてきたのが制定法で、制定法が場合によっては修正4条よりもプライバシーを保護してきたし、情報化時代では制定法の役割がますます重要になることを認める。こうして Solove も Kerr と同様に、捜査を規律するに当たって修正4条が果たす役割は小さくなり、制定法が果たす役割が大きくなっていると指摘する²⁸。

2 Kerr の見解に対する批判

Kerr は、裁判所は議会の取組みを阻害しないよう、当該技術が安定するまでの間は、修正4条の保護を拡げていくことには慎重であるべきだと述べていた。これに対し、Solove は批判を加えていく。

(1) ルールの内容

Solove はまず、ルールの内容について取り上げる。

Kerr によれば、議会は包括的なルールを形成し、そして技術の変化に応じて頻繁にそれを修正することもできるという。また Kerr によれば、議会が形成するルールは、技術が流

²⁵ Daniel J. Solove, *Fourth Amendment Codification and Professor Kerr's Misguided Call for Judicial Deference*, 74 FORDHAM L. REV. 747 (2005).

²⁶ 「秘匿パラダイム」という訳語については、大島義則ほか『プライバシーなんていらない!?—情報社会の自由と安全—』(勁草書房、2017) 104 頁を参照した。

²⁷ Solove, *supra* note 25, at 751-753.

²⁸ *Id.* at 753-760.

動的である場合でもプライバシーと安全の間のバランスを最適化することができるともいう²⁹。

これに対し、Solove は2つの点から批判を加える。1つ目の批判は、制定法の包括性についてである。Solove は、プライバシーに影響がある全ての場面で制定法が置かれるわけではなく、裁判所が新技術を利用した捜査を規律しなければ、議会がそれを規律することはないのではないかと批判する。また Solove は、多くの制定法が相当な理由に充たない場合でも情報収集を認めてしまっているように、制定法の内容は修正4条の保護に遥かに劣ると批判する。そして Solove は、もし裁判所が規律しなければ、議会によって穴だらけで不均一で弱い保護が設けられるだけになってしまうと述べる。

2つ目の批判は、制定法の明確性についてである。Solove は、柔軟性を求めた結果として不明確になってしまった制定法の存在を指摘する。Solove によれば、制定法が不明確なために実際にも裁判官がこれを誤って解釈したことがあるという。

こうして Solove は、議会によるルール形成が必然的に包括的で、バランスに優れ、明確になるというわけではないと批判した³⁰。

(2) 技術変化への対応

Solove は次に、技術の変化への対応について取り上げる。

Kerr によれば、議会は一般的に適用可能なルールを事前に形成する傾向があるのに対し、裁判所は具体的紛争を解決するためにルールを事後に形成するという違いがあるため、修正4条のルールは対応する制定法上のルールや技術に少なくとも10年は遅れて作成されることが多いという³¹。

これに対し Solove は、事前にルールを形成する際、技術の変化に伴う事情変更全てを予測することはできないと批判する。また Solove は、法制定や修正は容易ではないため、9.11同時多発テロ事件のような劇的な出来事がなければ議会は行動を起こさず、その結果としてそもそも制定法を置かない場合が多く、置いた場合でも技術の変化に応じて修正しない場合もあると批判する。しかし Solove は、事後にルールを形成するのであれば、技術の変化とともにルールを形成できるし、裁判所は事件が提起される都度判断しなければならいから、ある論点が取り上げられる可能性は議会よりも高くなると述べる。

こうして Solove は、議会のほうが技術の変化にうまく対応できるというわけではないと批判した³²。

²⁹ Kerr, *supra* note 2, at 867-870.

³⁰ Solove, *supra* note 25, at 760-768.

³¹ Kerr, *supra* note 2, at 867-870.

³² Solove, *supra* note 25, at 768-771.

(3) 技術の理解

Solove は最後に、複雑な技術の理解について取り上げる。

Kerr によれば、裁判所には技術を理解するための情報源がないという³³。

これに対し Solove は、裁判所も専門家証言やアミカス書面から情報を得ることができるだけでなく、具体的紛争に向き合っている裁判官のほうが技術の仕組みを理解する時間もあるかもしれないと述べる。また Solove によれば、新技術が特に複雑でないことも多いという。その上で Solove は、裁判官が「怠惰」で技術の理解を怠ってきたのは確かだとしてもそれは議員も同様であるし、たとえ裁判所が新技術に関する誤った理解に基づいて誤った判決を言い渡した場合でもその誤りは上級審で正すことができると論じる。

こうして Solove は、議会のほうが技術を理解できるというわけではないと批判した³⁴。

3 文面審査という提案

以上を前提として Solove は、文面審査を提案していく。

Solove は、議会と裁判所のいずれが制度的に優位というわけではないにもかかわらず、裁判所が情報に関係する問題の多くについて修正 4 条をあまりに狭く捉えてきたために、プライバシーに対する深刻な脅威や法執行機関の濫用から十分保護されない状況が生じてきたと指摘する。そこで議会によるルールがない場合について Solove は、裁判所が修正 4 条を適用すべきと判断すれば議会に配慮することなく適用すべきだ、と提案する。

では、議会によるルールがある場合はどうか。この場合について Solove は、制定法の多くがプライバシーを十分保護するわけではないため、裁判所は制定法を尊重した判断をしなければならない、裁判所は当該制定法が修正 4 条の目標を充たしているか否かを判断すべきだ、と提案する。Solove によれば、裁判所は、制定法が①地引網的な捜査を最小化 (minimization) しているか否か、②搜索対象を特定 (particularization) しているか否か、③法執行機関を十分に監督 (control) しているか否かという角度から判断すべきだという。その上で Solove は、もし制定法がこれらの目標に達していなければ、当該制定法を文面上違憲と判断すべきであるが、制定法がこれらの目標に達しておれば、裁判所は当該制定法を尊重した判断をすべきだと論じる。そして以上のような論理は、相当な理由に支えられた令状が一番良いとしても、令状はあくまで修正 4 条の目的を達成するための手段でしかないという理解から導かれる、と Solove は指摘する。

こうして Solove、裁判所は修正 4 条の基本原理の具体化に向けて、より大きな役割を担うべきだと述べた³⁵。

³³ Kerr, *supra* note 2, at 875-882.

³⁴ Solove, *supra* note 25, at 771-772.

³⁵ *Id.* at 773-777.

4 まとめ

以上のように Solove も、プライバシーに関する捜査を規律する上で、修正 4 条の役割が小さくなっている代わりに、制定法の役割が大きくなっていることを認める。この限りで、Solove と Kerr の現状認識は共通している。

両者の見解が分かれるのは、制度的能力に対する評価である。Kerr は、新技術を利用した捜査について、制度的能力に優れた議会こそが規律を担うべきだと述べた。これに対し Solove は、議会によるルール形成に内在する問題点を挙げ、議会が制度的能力に優れているわけではないと批判した上で、裁判所は修正 4 条の基本原則の具体化に向けて、より大きな役割を担うべきだと述べた。これは、新技術を利用した捜査を規律する上で、相対的に裁判所の役割もより重視する見解と位置付けることができる。

以上の Solove の見解を基本的に支持しつつ、文面審査とは別の角度から提案を行うのが Peter Swire である。

第 3 節 協働をより重視する見解 (Swire)

新技術を利用した捜査を規律する上で協働をより重視するのが、Peter Swire である。本節では、Swire の見解を確認する。

1 Katz 判決の影響

Swire は前提として、Katz 判決の影響を見極める。

Swire は、Katz 判決が財産権基準のアプローチを否定して「プライバシーの合理的期待」テストに置き換えたが、その後実際に生じたのは、修正 4 条による保護の拡大とは正反対の結果だったと指摘する。Swire によれば、Katz 判決の後、「プライバシーの合理的期待」テストは厳しく適用されていき、さらに犯罪供用物件ではない純粋証拠も捜索・押収の対象となったことも相まって³⁶、修正 4 条の保護ではなく、政府の権限が拡大することになってしまったという³⁷。そして Swire は、技術が進展し、電話の会話内容が第三者下で保存されるようになれば、かつて Katz 判決では保護された会話内容さえ、「プライバシーの合理的期待」がないと判断されてしまうだろうと推測する³⁸。

2 Kerr の見解に対する批判

次いで Swire は、新技術を利用した捜査を規律する上で議会の役割を重視する Kerr の見解を批判していく。

³⁶ Warden v. Hayden, 387 U.S. 294 (1967).

³⁷ Peter P. Swire, *Katz Is Dead - Long Live Katz*, 102 MICH. L. REV. 904, 905-910 (2004).

³⁸ *Id.* at 910-912.

(1) ルール形成をめぐる環境

Swire は1つ目として、ルール形成をめぐる環境を取り上げる。

Kerr によれば、議会はレントシーキングやその他公共選択の問題と関係なく、市民の選好を反映する形で監視についてルール形成することができるという³⁹。

これに対し Swire は、古典的な公共選択学では、便益が集中する側のほうが便益が拡散する側よりも選好が重視されると説明されていることを挙げる。そして Swire は、捜査手続に即して、法執行機関が規律の縮減（令状によらずに実施できる捜査の拡大、報告要件の負担の縮小等）によって受ける便益は法執行機関に集中しているのに対し、市民が捜査の規律によって受ける便益は公共に拡散しているため、ただでさえ法執行機関側の選好が重視されてしまう問題があるという。それにもかかわらず、この問題はひとたび公共の安全に関する非常事態が発生すると、法執行機関は当該非常事態が収束する前に、拡大した権限を制定法で明文化しようと躍起になるし、法執行機関が自らの専門知識を活用することでより深刻化してしまう、と Swire は続ける。そして Swire によれば、実際にもそれまでの拮抗がたちまち破られ、規律が縮減する方向で事が進んでいくということが繰り返されてきたという。

こうして Swire は、立法過程には、時が経つとともにより大きな監視権限を許可してしまう傾向が認められると批判した⁴⁰。

(2) ルール形成の様式

Swire は2つ目として、ルール形成の様式を取り上げる。

Kerr によれば、議会はプライバシーを保護する制定法を置いており、捜査を規律する上で議会が第一次的な役割を果たし、裁判所が二次的な役割を果たしてきたという⁴¹。

これに対し Swire は、①連邦最高裁がプライバシー保護の必要性をより顕著に打ち出すことで、議会に注目を集めさせる、②「プライバシーの合理的期待」がないとの連邦最高裁判決は、それまで「プライバシーの合理的期待」があると信じていた人々には「損失」として受け止められ、これも法制定を促す誘因となる、③連邦最高裁判決に付された反対意見は、プライバシーが保護されるべき理由を明確に示しており、これは「何らかの法的保護を設けるべきだ」と議員を説得するのに役立つ、そして④議決に値する程度の問題として認識された後は、議員たちは自分たちの考える良い公序のために議決する傾向がある⁴²、といった要因が相互に補強し合って、プライバシーを保護する法制定が行われてきたと指摘する。しかし Swire によれば、このような相互補強は、Miller 判決や Smith 判決において広範な法理を

³⁹ Kerr, *supra* note 2, at 884.

⁴⁰ Swire, *supra* note 37, at 914-915.

⁴¹ Kerr, *supra* note 2, at 853.

⁴² Michael E. Levine & Jennifer L. Forrence, *Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis*, 6 J.L. ECON. & ORG. 167, 191-193 (1990).

認めてしまい、連邦最高裁には議会に法制化を促すような判断をする余地がほとんどない以上、今後起こりそうもないという。また Swire は、議会がプライバシーを保護する制定法を置くとしてもそれは、連邦最高裁が憲法上の原理を公にして議会にその詳細を詰めるように求めたという状況、すなわちいわば両者の協働があつてこそだと述べる。

こうして Swire は、議会が独自に、政府の権限を規律する法制定をするということとはできないと批判した⁴³。

(3) ルールの形成過程

Swire は3つ目として、ルールの形成過程を取り上げる。

Swire は、Kerr が伝統的な場面では修正4条が規律し、新技術に関わる場面では制定法が規律すべきだ⁴⁴、議会が単独で立法する場合でも、ひとたび皆が議会は責任をもって物事を判断しており、そして裁判所は憲法上の保護手段を用意しないと認識すれば、議会における政治的討論は良くなる、というかもしれないと指摘する。

これに対し Swire は、議会がプライバシーを保護する制定法を置く場合でも、その多くは修正4条の要求水準を充たさないし、これまでの法制定の様式は今後起こりそうもないと指摘する。

また Swire によれば、修正4条の「搜索」に当たらないという裁判所の判断と、特定の監視技術が規範的に望ましいという主張は全く異なるにもかかわらず、政治の世界ではこれが同じと見なされてきたという。併せて Swire は、Eugene Volokh の見解を引き、ほとんどの人は警察の搜索の規律について十分な考えをもっておらず、自分で深く考える代わりに裁判所の専門的判断に委ねることもあると指摘し⁴⁵、裁判所が政府の行動を違憲と判断しなければ議会が法制定に動くことはないと述べる。

こうして Swire は、プライバシーと監視に関する立法上の議論を貧弱なものにし、どのような保護措置が適切であるかについての効果的な審議を減少させる可能性が非常に高いと批判した⁴⁶。

(4) 裁判所が果たすべき役割

Swire は4つ目として、裁判所が果たすべき役割を取り上げる。

Kerr によれば、新技術を利用した捜査を規律する上で、議会のほうが裁判所よりも優れ

⁴³ Swire, *supra* note 37, at 915-919.

⁴⁴ Kerr, *supra* note 2, at 887.

⁴⁵ Eugene Volokh, *The Mechanisms of the Slippery Slope*, 116 HARV. L. REV. 1026, 1080 (2003).

⁴⁶ Swire, *supra* note 37, at 919-921.

ているという⁴⁷。

これに対し Swire は、議会と裁判所が対話して継続的に関与することで、多数決民主主義からも反多数決民主主義からも支持される結果が導かれる可能性が高くなると指摘する。Swire によれば、これまでの制定法の歩みを見ると実際、裁判所の判断と表現が複雑かつ有益な形でその後の制定法を形作ってきたことがわかるという。そして Swire は、権利章典の主たる目的は議会を通じた多数派の横暴の抑止にあるから、その疑いがある場合に憲法上の保護を実現するのは明らかに司法の役割だと述べる。

こうして Swire は、新技術を利用した捜査を規律する上で、裁判所は重要な役割を果たすことができるし、果たすべきだと批判した⁴⁸。

3 具体的提案

Swire は以上を前提として、それぞれ2つの手法を提案していく。

(1) 実体的な提案

Swire が提案する1つ目の手法は、「プライバシーの合理的期待」テストの実質化である。

Swire は、Patricia L. Bellia と Deirdre Mulligan の見解を引きつつ⁴⁹、例えば情報の「寄託者 (bailor)」として活動する第三者が、その情報を政府に開示した場合には、それを「検索」とみなすことができると述べる。Swire によれば、インターネットサービスプロバイダが利用者の電子メールを安全なサーバーに保存することを確約した場合は、当該プロバイダが電子メールにアクセスするのはシステム維持のために限られるから、それにもかかわらず電子メールを政府に開示すると、「検索」とみなされるという。他にも Swire は、医療関係者や聖職者との通信等、秘匿特権が及ぶ通信の場合は、情報を第三者に差し出したというだけでは、当該情報を政府に開示することに「同意した」とはいえないと述べる。

これに対し、裁判所には技術を理解し、修正4条で保護される類型を作り出す専門知識に欠けているという批判があり得る、と Swire は指摘する。しかし Swire は、製造物責任やその他の事件のように、裁判所は専門家証言を活用することもできるし、世論調査の資料を利用して、市民がどういったプライバシーの期待を抱いているかを知ることができるから、必ずしも批判は当たらないという

こうして Swire は、裁判所が特定の事実関係における「プライバシーの期待」をより実質的に検討することで、より多くの類型の政府の行為がこの審査に違反していると判断でき

⁴⁷ Kerr, *supra* note 2, at 886-887.

⁴⁸ Swire, *supra* note 37, at 922-923.

⁴⁹ Patricia L. Bellia, Surveillance Law Through Cyberlaw's Lens, 72 GEO. WASH. L. REV. 72 (2004); Deirdre K. Mulligan, Reconstructing Privacy in a World of 'Business Records', 72 GEO. WASH. L. REV. (2004).

ると提案した⁵⁰。

(2) 手続的な提案

Swire が提案する 2 つ目の手法は、裁判所による手続の合理性審査（手続過程審査）である。

Swire は次の論拠 5 つから、新技術と複雑な情報管理システムを伴う捜査に対する規律にとって手続過程審査が相応しいと論じる。1 つ目の論拠は、Anthony G. Amsterdam の提案である。Amsterdam によれば、法執行機関の裁量を統制し、恣意的な捜索・押収を防ぐためには、①捜索・押収は制定法や行政規則に基づかない限り、修正 4 条が禁じる不合理な捜索・押収に当たる、②制定法または行政規則は、捜索・押収の性質とそれらを実施すべき状況を相当程度特定しなければならない、③制定法または行政規則は当然、そのような捜索・押収に修正 4 条が課す追加条件にも適合しなければならないという準則 3 つが必要だという⁵¹。Swire は、Amsterdam がこの準則を、路上での停止命令や伝統的な捜索といった捜査との関係で広く導入しようとしていたと指摘する。しかし Swire は、あまりに多くの種類の捜索に対して形式的なルール作りを提案しても、裁判官には受け入れられない可能性があるから、伝統的な捜査であれば、裁判官が自らの経験則に基づき判断すればよいと指摘する。これに対し Swire は、新技術と複雑な情報管理システムを伴う捜査との関係等のより限られた場面で、手続過程審査を導入すべきだと提案する。というのも Swire によれば、こうした場面では、裁判権が自らの経験に基づき判断しにくく、複雑で技術的な事柄をあらかじめ書面で明らかにしていくことになるからである。

2 つ目の論拠は、Herbert Simon の見解である。Swire は、Simon の見解を引きつつ、事柄の複雑さが増して理解が難しくなる場合は、良い手続きを設計すること（「手続的合理性 (procedural rationality)」に移行すること）が最善だと指摘する⁵²。私たちは、必要に応じて点検しながら、それぞれの専門分野で活躍する適切な意思決定者の判断を受け入れたいと思うようになる、と Swire は続ける。そして Swire は、新技術によって引き起こされる複雑な問題には「手続的合理性」によってアプローチすべきで、裁判所の役割は合理的なルールが作られるようにシステムを監督することにあると述べる。

3 つ目の論拠は、Akhil Amar の見解である。Swire は、Amar の見解を引きつつ、「合理性」があるか否かの判断が難しい場面において、議会が当該行為を具体的に検討して授権していなければならないほど、裁判所が当該行為を支持することは難しいと指摘する⁵³。そして Swire は、既に法律や行政規則によるプライバシー保護の枠組みは複雑化しており、そこで

⁵⁰ Swire, *supra* note 37, at 923-924.

⁵¹ Amsterdam, *supra* note 5 at 416-417, 419.

⁵² See HERBERT A. SIMON, *THE SCIENCES OF THE ARTIFICIAL* (1981).

⁵³ Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment First Principles*, 107 HARV. L. REV. 816 (1994).

新技術と複雑な情報管理システムを伴う捜査との関係では、「手続的合理性」を採用する特別な理由があると述べる。

4つ目の論拠は、欧州人権条約8条に基づく法体系である。Swireは、アメリカと加盟国において監視や捜査に関する性質はほぼ同じだと指摘する。そこでアメリカとの関係でも、議会と執行府に監視活動を監督するためのルールの公表と実践を求める、欧州人権条約8条の法理論は参考になる、とSwireは指摘する。

5つ目の論拠は、連邦最高裁が議会と協力して監視を規律するルールを形作ってきた事例の一覧である。ここでSwireは、Katz判決とBerger判決、そしてKeith判決を挙げる。その上でSwireは、憲法上の問題を見極める連邦最高裁と、様々な事項を考慮して将来的なルールを組み立てる議会が協働することで、それぞれの強みを活かすことができる可能性がある、と述べる。

こうしてSwireはこのような論拠5つから、新技術と複雑な情報管理システムを伴う捜査との関係で手続過程審査を導入し、裁判所は法の支配を要求する役割を果たすべきだと述べた⁵⁴。

4 まとめ

以上のようにSwireも、Katz判決以降に修正4条の保護が縮小していったと評価する。この限りでKatz判決自体の読み方は異なるものの、SwireとKerrの現状認識は共通している。

しかし両者の見解は、議会の制度的能力や、公共政策的な観点をどう考えるかを軸として分かれていく。Kerrは、議会の制度的能力を評価するとともに、議会がレントシーキングの影響を受けることはない、と指摘する。対するSwireは、議会の制度的能力を批判するとともに、議会が形成するルールは捜査機関からの影響を受けて歪んでしまうと批判する。その上でSwireは、裁判所が果たすべき役割を強調し、それぞれ2つの手法を提案する。1つ目の手法は、裁判所が特定の事実関係における「プライバシーの期待」をより実質的に検討するというものである。2つ目の手法は、裁判所による手続過程審査である。後者では、新技術を利用した捜査を規律する上で、議会と裁判所のどちらかの役割を重視するのではなく、関係機関（議会、裁判所、行政機関）による協働が目指されている。このようなSwireの見解は、新技術を利用した捜査を規律する上で協働を重視するものと位置付けてよいだろう。

またSwireの主張の方向性自体はSoloveと類似であるが、詳細にみると次の2点で異なる。まず、裁判所の役割である。協働における裁判所の役割としてSoloveの提案では、文面審査が想定されているのに対して、Swireの提案では、手続過程審査が想定されている。このためSwireの提案のほうが、協働において裁判所の果たすべき役割が広がっているように思われる。次に、協働の範囲である。SoloveもSwireも、関係機関が独占的ではなく、協働して規律すべきと主張している。しかし協働の範囲として、Soloveの提案では、議会と

⁵⁴ Swire, *supra* note 37, at 924-931.

裁判所が想定されているのに対し、Swire の提案では議会、裁判所、そして行政機関が想定されている。このため Swire の提案のほうが、協働の範囲も広がっている。

以上の Swire の見解と類似した提案をするのが Erin Murphy である。

第4節 協働をより重視する見解 (Murphy)

新技術を利用した捜査の規律との関係で、Kerr は、議会の役割を重視したのに対し、Solove は、裁判所の役割も重視した。この Solove の主張を支持・発展させ、議会、裁判所、そして行政機関による協働を主張するのが、Swire であった。Erin Murphy は、この Swire の主張をより具体化し、裁判所の審査方法まで提案している。本節では、Murphy の見解を確認する。

1 プライバシーに関する連邦法の分析

Murphy は、これまでプライバシー法学者は消費者保護やデータ保護に注力しており、刑事司法に目を向けてこなかったし、刑事法学者も犯罪行為や修正4条に注力しており、一般的なプライバシー法に目を向けてこなかったと指摘する。しかし Murphy によれば、近時 Jones 判決に付された同意意見も、技術の変化によって修正4条の理解を変えなければならない可能性を示唆しているし、警察の捜査を規律する上で連邦のプライバシー法制が重要性を増していることを踏まえると、体系的に法制度を検討するのが望ましいと述べる⁵⁵。

その上で Murphy は、法執行機関の適用除外条項をもつ制定法から、議会がこれまでどのようにプライバシーを保護してきたかを分析し、一般的傾向を明らかにしていく。

(1) 新しさと、断片性

Murphy は、当初は私人が私的な目的で技術を悪用することの防止を目的として、プライバシー法制が形作られたが、現在は政府が「親密な情報 (intimate information)」を収集・濫用することの防止を目的として、プライバシー法制が形作られていると指摘する⁵⁶

また Murphy は、このプライバシー法制は諸外国とは異なり、包括的なものではなく、特定の分野や利益ごとの個別法があるだけであるし、単一の監督機関はなく、指針となる単一の原理や理論もないと指摘する。Murphy によれば、これら断片的な連邦法が置かれるまでには最高裁判例、新聞記事、そして悲劇的な事件といった契機となる出来事があることが多いという⁵⁷。

⁵⁵ Erin Murphy, *The Politics of Privacy in the Criminal Justice System: Information Disclosure, the Fourth Amendment, and Statutory Law Enforcement Exemptions*, 111 MICH. L. REV. 485, 486-91 (2013).

⁵⁶ *Id.* at 493-495.

⁵⁷ *Id.* at 495-499.

こうして Murphy は、プライバシーに関する連邦法は新しく、断片的だと述べる。

(2) 「技術の進展」に対する懸念

Murphy は、情報の収集・分析によって、市民に関する事柄が明らかとなると指摘する。しかし Murphy によれば、たとえ同じ事項が明らかとなる場合でも、古典的な領域について議会は制定法を置くのに対し、技術の進展が関係する領域について議会は制定法を置いてこなかったという。こうして Murphy は、連邦法には「技術の進展」に対する懸念という共通項があると述べる⁵⁸。

(3) 法執行機関の利益の優先

Murphy は、法執行機関の代表者は定期的に、「制定法の保護が拡大すれば、法執行機関の利益に影響が出る」と口を出したり、法執行機関の必要的適用除外条項を設けるよう指導したりすると指摘する。

これに対し Murphy によれば、刑事司法問題を重視するプライバシー保護団体が口を出すことは少ないという。そして Murphy は、口出しするのは多目的団体が多く、彼らは社会経済的に多数派 (mainstream) の関心事を重視するに過ぎないから、結局のところ法執行機関が当該情報を有用とみなすか否か次第で適用除外条項の範囲が左右されてしまうと指摘する。こうして Murphy は、連邦法では法執行機関の利益が優先されてきたと述べる⁵⁹。

(4) 保護されない領域の存在

Murphy は、ある情報を個人が保有する場合には保護するにもかかわらず、同じ情報を企業その他が保有する場合には積極的な開示を求める連邦法が多いと指摘する⁶⁰。また Murphy は、連邦法は社会経済的に下層階層 (lower classes) にある人々のプライバシーを保護していないばかりか、法執行上の必要性がほとんどない場合でも開示を義務付ける等、そのような人々のプライバシーを積極的に弱めてきたとも指摘する。こうして Murphy は、連邦法でも保護されない領域があると述べる⁶¹。

(5) 令状や相当な理由とは異なる水準

ただし Murphy は、多数派 (mainstream) にある人々のプライバシーが十分に保護されているわけでもないとも指摘する。Murphy によれば、重要な点では証明の閾値を上げ、開示の事前通知を要求し、情報の利用、移転、そして廃棄に関して憲法の要求以上に基準を課す

⁵⁸ *Id.* at 499-503.

⁵⁹ *Id.* at 503-507.

⁶⁰ *Id.* at 507-508.

⁶¹ *Id.* at 508-514.

こともあるものの、連邦法は憲法の要求よりも低い水準で法執行機関のアクセスを許していることが多いという。こうして Murphy は、連邦法は令状や相当な理由とは異なる水準を設ける傾向があると述べる⁶²。

(6) 証拠排除規定の不存在

Murphy は、連邦法のほとんどが証拠排除規定を設けていないと指摘する。また連邦法は様々な私法上の救済措置を設けているものの、それも故意の違反の場合に限定されたり、情報開示による損害を金銭換算するのが困難であったりといった多くの難点を抱えている、と Murphy は続ける。こうして Murphy は、連邦法は証拠排除規定が設けないことがあると述べる⁶³。

(7) 証拠排除に代わるコンプライアンス確保の仕組み

Murphy は、証拠排除が認められていない以上、それ以外の方法で法執行機関のコンプライアンスを確保する必要があるが、その方法として透明性の向上、記録保存の義務化を課す連邦法もあると指摘する。こうして Murphy は、連邦法には証拠排除に代わるコンプライアンス確保の仕組みが用意されることがあると述べる⁶⁴。

(8) 保護の下限の設定

Murphy は、連邦法が州のプライバシー保護を促し、反対に州法が連邦のプライバシー保護を促すという事態があったと指摘する。その上で Murphy は、連邦法と州法が交錯し得る領域が生じると、両者の適用関係が問題となると続ける。この問題について Murphy は、州際通商に係る場合を除き、連邦法は保護の下限を設定するにとどまり、それ以上の保護を州法が設けることは許されているとみる。ただし Murphy によれば、多くの場合で州法は連邦法を模倣・拡張しているので、結局のところ連邦法は州法に大きな影響を与えているという。また下限の設定に名を借りて、州の専権事項に口出ししようとしているのではないかという問題もある、とも Murphy は指摘する⁶⁵。

こうして Murphy は、連邦法は保護の下限を設けてきたと述べる。

(9) 相対的な柔軟性

Murphy は、議会が時代時代の関心事を反映する形で法制定したり、それを修正したりする意思を見せてきたが、明らかに欠陥があったり、時代に遅れたりする条項を頑なに放置し

⁶² *Id.* at 515-522.

⁶³ *Id.* at 522-525.

⁶⁴ *Id.* at 525-528.

⁶⁵ *Id.* at 528-533.

てもきたと指摘する。それでも Murphy によれば、裁判所が状況の変化に応じて解釈適用できるような、曖昧な表現を制定法がもっている場合は上出来だという⁶⁶。

こうして Murphy は、連邦法には相対的な柔軟性があると述べる。

2 得られる示唆

Murphy はこれら一般的傾向を踏まえ、刑事司法におけるプライバシーの保護にとって各機関が果たすべき相対的役割について、得られる示唆を述べていく。

(1) 従来の見解とも一致する示唆

Murphy はまず、次の通り従来の見解とも一致する示唆が得られると指摘する。

すなわち Murphy によれば、第1に、議会が新技術を用いない捜査によるプライバシーに対する脅威を一般的に無視してきたのに対し、新技術を用いた捜査によるそれには特別な対処をしてきた、第2に、議会のほうが裁判所よりも、プライバシー保護のための体系的な監視や、コンプライアンスを遵守しない機関の改革について適している、第3に、法執行機関のプライバシー侵害からの救済措置として、裁判所だけが排除法則に頼っており、議会は排除法則以外の手段にも頼っていることがわかるという。

(2) 従来の見解とは異なる示唆

Murphy は次に、次の通り従来の見解とは異なる示唆も得られると指摘する。

第1は、保護の内容にかかわる。Murphy は、制定法が事前通知、弁護士への相談、開示の有無についての対審手続を設けたり、相当な理由を立証するための証拠を限定したり、そして情報の管理に規律を設けたり等できた指摘する。これに対し Murphy は、憲法は相当な理由に基づく令状を要求するだけであり、対象の特定にも広い幅があるし、一度合法に収集された情報の管理に規律を設けることはなかったと指摘する。こうして Murphy は、制定法が多く点で、令状要件や相当な理由要件よりも、プライバシーを保護することがわかると述べる。

第2は、政治過程にかかわる。Kerr によれば、議会には新技術に関して情報収集する態勢が整っており⁶⁷、また利益団体によるレントシーキングの機会是比较的稀であるという⁶⁸。しかし Murphy は、プライバシーに関する連邦法を分析すると、政治過程では、法執行機関がはっきりと一定の発言力をもっているのに対し、プライバシーの利益を代表するのは取締りの対象（及び被告人の大多数を占める貧困層）に関心の薄い集団にとどまる傾向があったと指摘する。また Murphy は、公判において、政府が検察当局という強力な発言力と支持

⁶⁶ *Id.* at 533-534.

⁶⁷ Kerr, *supra* note 2, at 875-882.

⁶⁸ *Id.* at 884-887.

者をもつものに対し、当該被告人は取締りを受け得る階層のプライバシーを代表しなければならなかった（弁護士の能力や依頼者の利益の拡散ゆえに、不十分となることがよくある）とも指摘する。その結果、現在の裁判所も議会も、社会経済的に弱い立場にある者のプライバシー保護ではなく、法執行機関の必要性を考慮することに事実上前向きだった、と Murphy は続ける。

さらに Murphy は、技術的な監視装置のほとんどは非営利団体や政府機関ではなく、民間企業によって開発、販売、そして管理されてきたが、そういった民間企業は警察による当該捜査の利用拡大に対し、強い経済的利益をもってきたと指摘する。このため Murphy は、刑事司法過程にも、実際には自社製品の購入と利用が促進されるルールを求めてロビー活動を行うという強いインセンティブをもち、高度に組織化された利益団体が存在すると述べる。そして社会経済的に多数派が利用する技術を提供する事業者との関係では、議会が当該事業者の利益に配慮するために柔軟に対応するから、ここでも社会経済的に弱い立場にある者のプライバシー保護が不十分となってしまう、と Murphy は続ける。こうして Murphy は、関係者全ての懸念を明らかにし評価する上で、政治過程のほうが裁判所よりも優れているとは言いきれないことがわかると述べる。

第3は、憲法上のルールにかかわる。Murphy は、制定法も不明確で、曖昧で、そして複雑であって、現場警察官には制定法も憲法上のルールと同程度に難しかったと指摘する。また Murphy は、制定法が時代に合わなくなっても、議会が定期的に修正することはなく、裁判官が創造的に解釈適用することで何とか維持されてきたに過ぎなかったとも指摘する。これに対し Murphy によれば、コモンローに準拠する裁判所は、時代の変化に応じて憲法上のルールを適合させることができ、適切な裁量が認められれば実際にもそうさせてきた、という。こうして Murphy は、憲法上のルールが制定法よりも、複雑で、不透明で、そして柔軟性に欠けることが明らかとは言い難いことがわかると述べる。

第4は、議会と裁判所の強みが拮抗している領域にかかわる。まず Murphy は、正反対の州法を内容とする制定法が専占 (preemption)⁶⁹していたり、裁判所の介入が必要な程度複雑な制定法が専占していたりすることもあるから、たとえ憲法判断が州の利益を損なうとしても、制定法が連邦主義の原理に適合しやすいとも言い難いと指摘する。

また Murphy は、証拠排除が強い批判を受けながらも存続してきたことは、その限りで、民事上の救済措置や懲戒制度によっては警察の違法行為の抑止に有効でないことを物語っていると指摘する。ただし議会は、警察の違法行為を事前に抑止するために、事後的な措置・制度ではなく、事前の構造的な審査を設けさせようと前向きだ、と Murphy はみる。こうして Murphy は、議会と裁判所の強みが拮抗している領域があることがわかると述べる⁷⁰。

⁶⁹ 専占とは、「連邦法と州法に抵触がある場合、連邦法がもっぱら適用されること」をいう（樋口範雄『アメリカ憲法〔第2版〕』（弘文堂、2021年）172頁）。

⁷⁰ Murphy, *supra* note 55, at 534-537.

3 手続過程審査

Murphy は以上を前提として、手続過程審査を提案していく。

(1) 提案の根拠

Murphy は、議会は（裁判所からであれ、一般的な出来事からであれ）促されなければ動かない一方で、裁判所も技術的な問題が根底にある事件の裁量上訴の受理や、審理に躊躇してきたと指摘する。そこで Murphy は、議会と裁判所のいずれかをプライバシーを保護する唯一の、または第一次的な主体と考えるのではなく、それぞれの機関の相対的な強みを活かして、それぞれの機関の弱みを補う（協働して取り組む）のがよいと提案する。これによると議会は、道徳的権威や利益集団との距離といった裁判所がもつ強みから恩恵を受けることができ、裁判所も、民意との近さや信頼性といった議会がもつ強みから恩恵を受けることができる、と Murphy はみる。そしてこの提案は、議会が最も積極的に行動すると思われる新技術を利用した捜査との関係でまさに妥当するが、理論的には修正4条の保護利益が問題となるあらゆる捜査との関係で妥当する、と Murphy は続ける。

Murphy によれば、議会と裁判所による協働がよいという提案自体は Erik Luna も行っていたが⁷¹、Luna は裁判所の役割を重視するものの、議会の役割を軽視しているという。これに対し Murphy は「登録法理 (inventory exception)」を扱った判例を紹介し⁷²、裁量を事前に抑制することが重要なのであって、捜査方針にある程度のバリエーションをもたせることは許されるどころか、むしろ推奨されるべきであり、連邦最高裁は修正4条に当たる法執行には相当な理由に支えられた令状が必要だと機械的に考えるのではなく、修正4条の「合理性」という文言に着目し、プライバシー保護を目的とした保護措置の質に焦点を当てるべきだと述べる。これによると憲法審査は、構成要素が適切に含まれているか否かを審査するようなものとなる、と Murphy は指摘する。

そして Murphy は自身の提案を補強するものとして、Jones 判決⁷³に付された Sotomayor 同意意見を取り上げる。Sotomayor 同意意見は、警察の情報収集の性質が変化していると認識した上で、捜査機関には「協働した機関による監督 (oversight from a coordinate branch)」が必要かもしれないと指摘したほか、裁判所は秘匿性を前提としたプライバシー理解を止めるべきだとも示していた。Murphy は Sotomayor 同意意見のこの部分を、これまでの修正4条の分析以外のものが認められる余地を残していると評価するのである⁷⁴。

⁷¹ Erik Luna, *Constitutional Road Maps*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1127-28 (2000).

⁷² *South Dakota v. Opperman* 428 U.S. 364 (1976) ; *Florida v. Wells* 495 U.S. 1 (1990).

⁷³ *United States v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012).

⁷⁴ Murphy, *supra* note 55, at 537-540.

(2) 具体的な提案内容

Murphy が提案する手続過程審査は次の通りである⁷⁵。すなわち第1段階として、ある具体的行為に修正4条が問題となる否かを判断する。修正4条が問題となれば、第2段階に移り、法執行機関の裁量権行使を制限する規定が存在するか否かを判断することになる。ここでいう制限規定とは、議会や行政機関によって事前に策定・公表されており、法執行機関の裁量権行使を制限するものをいう。制限規定が存在しなければ、具体的行為の「不合理性」が推定される。反対に、制限規定が存在すれば、第3段階に移り、当該規定が「合理的」か否かを判断することになる。ここでも当該規定に「合理性」がなければ、具体的行為の「不合理性」が推定される。反対に、当該規定に「合理性」があれば、第4段階に移り、当該規定に依拠して実施されたか否かを判断することになる。ここでもやはり依拠せずに実施しておれば、具体的行為の「不合理性」が推定される。反対に、依拠して実施しておればようやく、具体的行為は合憲と認められる。

Murphy は、制限規定が「合理的」か否かの判断における中心は、制限規定の策定に当たって責任を負う組織が存在するか否か、策定手続が有権者に知られているか否か、そして最終的な規定が著しく不当なものでないか否かだと指摘する。その上で Murphy によれば、行政機関よりも議会が制限規定を策定するのが望ましいものの、行政機関が策定した制限規定であってもこれを直ちに違憲と判断するのではなく、疑いの目をもって判断すれば足りるという。さらに技術の移り変わりの速さを考えると、新技術を利用した捜査の規律について議会が実質的な基準を策定するのは困難かもしれないが、そのような場合は機動性に優れ、しかし説明責任がある行政機関に委ねることができる、と Murphy は続ける。そして裁判所は他の文脈において、行政機関の手続的な公正さと行政規則を審査する役割を長年果たしてきたため、行政機関が策定した制限規則も適切に審査することができる、と Murphy は推測する。

そして Murphy は、問題となっている技術の性質にもよるが、制限規定には少なくとも警察の活動を抑制する文言が含まれており、透明性と説明責任の仕組みが用意されている必要はあると述べる。その上で、この2つをどのように充たすかは議会と行政機関が柔軟に選択することができてよい、と Murphy は続ける。

また Murphy は、自身の提案を成功させるためには、最高裁が令状、相当な理由、そして排除法則に対する選好を置いて、修正4条の理解を緩める必要があると指摘する。これにより排除法則が、捜査機関の違法に対する唯一または主たる救済措置ではなくなり、その代わりに例えば、制定法が、監視行為をその成果とともに厳格な記録するよう義務付け、裁判所

⁷⁵ Murphy は、同様の提案を Swire との共著論文中でも行っている (Peter Swire & Erin Murphy, *How to Address "Standardless Discretion" After Jones*, SOC. SCI. RES. NETWORK (June 4, 2012), <http://ssrn.com/abstract=2122941>)。)

がその実践を確認するといったことができるようになる、と Murphy は述べる。Murphy によれば、こういった枠組みの下における憲法上の審査は、コンプライアンスを確保するための制限規定を包括的に評価し、それが有効かつ適切に実施されているか否かを審査するものとなるという⁷⁶。

(3) 提案の利点

Murphy は、自身の提案に不明確さがあることを認めるものの、次の通り多くの利点があるのも確かだと述べる。

第1は、裁判所の認定にかかわる。Murphy は、現在 Katz 判決における「プライバシーの合理的期待」を認定することは通常、令状、相当な理由、そして証拠排除を導いてしまうため、裁判所は特に新技術を利用した捜査との関係で、そのような柔軟性を欠く基準を押し付けることへの抵抗から、そもそも「プライバシーの合理的期待」があるとの認定を差し控えてしまっているのだと指摘する。その上で、それでは修正4条がもつ、国家による圧制からの防波堤としての意味がなくなってしまう、と Murphy は続ける。これに対し Murphy は、自身の提案によると、「プライバシーの合理的期待」を認定したとしても、制限規定の合理性審査等に移行するだけだと指摘する。こうして Murphy は、自身の提案によると、裁判所が憲法上の利益を認定しやすくなるという利点があると述べる。

第2は、規律内容にかかわる。Murphy は、自身の提案によると、制度に欠陥があった場合の修正、収集した情報の管理、そして令状よりも相応しい対審構造をもつサピーナといった、許容されるべき捜査の範囲について創造的に画定させることができると指摘する。また Murphy は、様々な制限規定が乱立し混乱が生まれるおそれを認めつつ、様々な制限規定を試す中でより良いものを見つけていくことは、連邦主義を採用する憲法が当然予定している事態だという。こうして Murphy は、自身の提案によると、創造的な規律がもたらされるという利点があると述べる。

第3は、実効的な規律にかかわる。Murphy は、Jones 判決に付された Alito 同意意見を引きつつ、かつて警察活動は捜査資源という障壁によって事実上制限されていたと指摘する。しかし Murphy は、情報技術の進展によってこの障壁が取り払われてしまった今では、許容されるべき範囲を明示しておくことによるのみ、警察活動の制限が可能となるとみる。こうして、Murphy は、自身の提案によると、警察活動を現代社会の実態に適した方法で制限することができるという利点があると述べる⁷⁷。

(4) 想定される批判に対する応答

Murphy は最後に、修正4条の基礎として長く機能してきた令状、相当な理由、そして排

⁷⁶ Murphy, *supra* note 55, at 540-542.

⁷⁷ *Id.* at 542-543.

除法則を放棄することには多くのリスクがあることも認めつつ、次の通り想定される批判に対し応答していく。

議会や行政機関の関係者は曖昧で、お手盛りのな制限規定を設けてしまわないのか。制限規定は明確でも、これまで低いと批判されてきた判例の水準よりさらに低い水準を設けてしまわないのか。または過去数十年間、国民全体が刑事司法の対象者に関心を示してこなかった以上、提案手法ではそのような人々の保護が失われたままになってしまわないのか。こういった批判に対し Murphy は、それは刑事司法におよそ内在している問題だとしつつ、議会と行政機関による協働の枠組みを設けるだけでも現在よりもマシになると反論する。そして Murphy は、十分とは言えないまでも民主主義過程において近時、憲法で規律されていない様々な領域を制定法が保護してきたことは、理由は何であれ政治家の間でプライバシーを保護しようという機運が高まっていることの示唆だと指摘し、このため議会に規律を委ねたとしても、保護措置全てが撤廃されてしまうということはないだろうと推測する。また新技術を利用した捜査は、生活保護受給者のプライバシー保護といった特定の社会経済的階層にのみ影響がある問題ではなく、携帯電話やインターネットに対する捜査を憂慮する有権者であれば広く関心をもつ問題であるから、提案手法によっても保護が及ばない領域が生じてしまう可能性は低いはずだ、とも Murphy は推測する。

さらに Murphy は、自身の提案によっても、裁判所が特定の警察活動を違憲と判断する権限を失うわけではなく、完全に自由裁量が与えられている場合には違憲とするし、極端な場合には実質的な審査を行使することもできると述べる。確かに、ある行為を違憲とする権限を裁判所に認めると、制限規定を策定しようとする議会にとって悪影響となるが、それでも例えばプライバシーが本質的に意味をなさなくなるほどに保護が希薄である場合には違憲と判断すべきだ、と Murphy は続ける。なお Murphy は、権限濫用の防止規定や補償規定がはっきりと存在する場合や、それほど親密ではない情報が問題となる場合には、それ以外の場合よりも求められる手続の閾値が低い可能性があるし、反対にどれほど入念な規定を設けても実施することはできない捜査手法もあると付け加える⁷⁸。

4 まとめ

以上のように Murphy も、修正4条の保護が及ばない領域でも制定法が保護を及ぼしてきたことを確認する。この限りで、ここまで見てきた見解と異ならない。しかし Murphy は、新技術を利用した捜査の規律との関係で、議会にも裁判所にも問題がある以上、どちらかを唯一の、または第一次的な規律内容の形成主体と考えるべきではないと指摘する。その上で、それぞれの機関の相対的な強みを活かして、それぞれの機関の弱みを補う（協働して取り組む）べきだと述べる。そして Murphy は、これまでの修正4条の枠組みを離れ、手続過程審査への移行を提案した。このように Murphy の見解は、新技術を利用した捜査を規律する上

⁷⁸ *Id.* at 537-544.

で関係機関（議会、裁判所、そして行政機関）による協働を重視するものと位置付けることができる。

Swire と Murphy の見解は、裁判所が手続過程を審査すべきだという方向性は同じである。Murphy の提案は、Swire の主張をより具体化し、裁判所の審査方法まで提案するものと理解してよいだろう。

もちろん、Murphy の提案手法を導入するには令状、相当な理由、そして証拠排除が結びついたこれまでの修正 4 条の枠組みを放棄する必要がある。しかし Murphy の提案によれば、これまでの枠組みよりも、全体的にはプライバシーがより保護されることになるだろう。このような意味で、これまでの修正 4 条の枠組みを放棄してもなお、Murphy の提案を導入する理由はある。

ただし、Murphy の提案を導入すればそれで修正 4 条をめぐる論点全てが解決するわけではない。Murphy の提案は、修正 4 条が問題となる場面であることが出発点となっている。つまり Murphy の提案は、修正 4 条が理論的に問題となる場面について、プライバシーの保護を貫徹（強化）するものに過ぎない。このため例えば、街頭設置の防犯カメラのように、これまで修正 4 条が問題とならないと理解されてきた手法は手当てが及ばず、そのままになってしまう。第三者法理が適用される事案も同様であろう。したがって、Murphy の提案の方向性自体は首肯できるものの、これまで修正 4 条が問題とならないと理解されてきた手法についても何らかし手当てすべきだと考えるならば、別の角度から問題を捉える必要がある。ここで参考になるのが、行政法の視点から協働を提案する Christopher Slobogin の見解である。

第 5 節 行政法の視点から協働を提案する見解（Slobogin）

捜査を規律する上で行政法の視点が役立つとの見解はこれまでもあった。周知の通り、Anthony Amsterdam の見解はその代表例である⁷⁹。しかし、Amsterdam は規則の制定過程を公開すると恣意的な規則が制定されることを防ぐことができると主張し、確かにそれはそうかもしれないが、制定過程を公開するだけでは規則がそもそも制定されないという事態に対処することができないという問題がある。また、行政法の視点が捜査の規律にどのように役立つのかといった事柄も詳細に述べられてこなかった⁸⁰。しかし近時、これらの点にも目を当てる論者が現れた。それが Christopher Slobogin である。

Slobogin は規則制定手続、ハードルック・アプローチといった行政法分野で論じられてき

⁷⁹ Amsterdam, *supra* note 5, at 409-410.

Amsterdam の見解を紹介する邦語文献として、山田哲史・前掲注（1）218-228 頁、稲谷龍彦・前掲注（1）119-133 頁。

⁸⁰ Christopher Slobogin, *Policing as Administration*, 165 U. PA. L. REV. 91, 117-120 (2016).

た事項を活用し、議会、裁判所、そして行政機関による協働を提案する。本節では、この Slobogin の見解を確認する⁸¹。

1 議会による規律の問題点

Slobogin は Kerr、Solove、Swire、そして Murphy の見解を確認した上で、議会による規律が望ましいことを認めつつも、それにも次の通り問題があると指摘していく。

1つ目の問題は、制定法を置くか否かにかかわる。Swire と Murphy によれば、裁判所が修正4条を持ち出せば議会は法制定に動くという⁸²。これに対し Slobogin は、連邦最高裁はそのような形で修正4条を持ち出そうとこなかったし、議会や行政機関が策定したどんな基準でも修正4条を充たすと判断したことすらあったと指摘する。しかし、プライバシーの合理的期待を侵害しない場面では、修正4条を持ち出すことすらできないが、こうした場面にこそ、多くの研究者が規律が必要だとみなしている警察活動が含まれる、と Slobogin は続ける。こうして Slobogin は、裁判所が議会に法制定を促し、または議会が自発的に制定法を置くか否かという問題があると述べる⁸³。

2つ目の問題は、制定法の内容にかかわる。Slobogin によれば、法執行機関のほうが警察から最も直接的な影響を受ける集団よりも組織化されているため、議会は法執行機関の選好を重視することが多いという。このため Slobogin は、制定法を置いたとしても、その内容が適切とは限らないと述べる⁸⁴。

また Slobogin は、議会の制度的能力にも疑問があると続ける。Slobogin によれば、議会が公聴会を開き、専門家の意見を聞くことができるとしても、新技術の取扱いや、わずかなプライバシー侵害の取扱いについて、議会も戸惑う可能性があるという。このため Slobogin は、裁判所が必ずしも詳細な規律を設けるのに適していないとしても、議会在それに適しているわけでもないとも述べる⁸⁵。

こうして Slobogin は、議会による規律が望ましいとしても、①裁判所が議会に法制定を促し、または議会が自発的に制定法を置くか否か、②制定法の内容が適切か否かという問題があると述べた。

⁸¹ 乾直行「監視型警察活動におけるルール形成・序説」一橋法学 20 卷 2 号 (2021 年) 1223 頁も参照。

⁸² See Swire, *supra* note 36, at 922-31 ; See also Murphy, *supra* note 55, at 540-544.

⁸³ Christopher Slobogin, *Legislative Regulation of Government Surveillance*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF SURVEILLANCE LAW 597, 614 (David Gray & Stephen E. Henderson eds, 2017).

⁸⁴ *Id.* at 614-615.

⁸⁵ *Id.* at 615.

2 行政法の視点を入れた規律

Slobogin は以上を前提として、行政法の視点を入れて規律するのがよいと述べていく。

(1) 略式規則制定手続

1つ目は、略式規則制定手続である。例えば、連邦の行政手続法（Administrative Procedure Act. 以下、APA という）によれば、行政機関が一般的または特定の事項について、かつ将来的な効力をもち⁸⁶、市民の権利と義務に影響を与えるような規則を制定する際は、後述する略式規則制定手続に従わなければならない。警察機関は行政機関の1つであり、適用除外規定がないにもかかわらず、略式規則制定手続にこれまで従ってこなかった。しかし Slobogin は、警察機関が自ら定める規則によって監視活動の対象を定め、そしてその監視活動が無実の市民にも警察機関の介入を避けるための行動変容を促してしまうという以上、監視活動に関する規則は一般的または特定の事項について適用され、かつ将来的な効力があり、市民の権利と義務に影響を与えるといえるはずだ、そうすると警察機関も略式規則制定手続に従わなければならないはずだ、と指摘する⁸⁷。

続けて Slobogin は、略式規則制定手続の中でも、告知・コメント手続が重要だと指摘する。APA によれば、規則案の全文もしくは要旨、または主題や問題となる事項の説明について、連邦官報に掲載するという方法で一般に告知しなければならない⁸⁸。そしてもし告知が不十分であれば、その不十分な告知を経て制定された規則は取り消される可能性がある。Slobogin は、このような手続の目的は、規則案やその修正についてコメントを可能にすることで、行政機関内部の意思決定過程を改善し、政治的正当性を高めることにあると指摘する。こうして Slobogin は、警察機関は監視活動について規則を制定する際、APA の略式規則制定に従わなければならないが、その中でも告知・コメント手続によって民主的な説明責任が果たされると述べる⁸⁹。

(2) 規則についての説明責任

2つ目は、規則についての説明責任である。裁判所は、専断的・恣意的な立法的規則についてこれを取り消し、または差し戻すことができる。ここでいう専断的・恣意的な立法的規則に当たるか否かを連邦最高裁は、「ハードルック（hard look）・アプローチ」（行政機関自身が厳格に検討しそれに基づいて決定を行ったか否かを審査する方式）によって判断してきた。そして Slobogin は、このアプローチにはそのような判断が後に控えているという予告によって、行政機関が規則の根拠・目的を明文で明らかにするとともに、なぜその根拠が

⁸⁶ 5 U.S. Code § 551 (4).

⁸⁷ Slobogin, *supra* note 83, at 616-617.

⁸⁸ 5 U.S.C. § 553 (b) (3) (1966).

⁸⁹ Slobogin, *supra* note 83, at 617.

その規則に結びつくのかを合理的に説明するよう促されるという機能があり、ある監視活動の目的を達成するための手段として、当該プログラムの採用が合理的か否かを明らかにすることができる指摘する。こうして Slobogin は、後に控えた司法審査によって、行政機関に規則の根拠・目的を明文で明らかにさせることができ、さらにこれによって司法審査が可能になると述べる⁹⁰。

(3) 公正性の原則

3つ目は、同じような立場にある人には同じような形で適用されなければならない(公正性の原則)という点である。公正性が保たれているか否かの審査も、裁判所によるハードルック・アプローチに含まれる。この公正性の原則によれば、具体的事実と期待される効果を、行政機関が考慮すべき目的や目標に関連付けることが求められる。そこで Slobogin は、例えば特定の場所や特定の集団に着目した監視プログラムを実施する場合は、それぞれについて犯罪発生率に顕著な違いがあるという事情がなければならぬと指摘する。またもしそのような事情がないのであれば、当該プログラムを同じような状況にある場所や集団すべてに実施するか、またはプログラムそれ自体を広く中立的に実施するのがよいということになる、と Slobogin は続ける。こうして Slobogin は、この公正性の原則に基づく審査が後に控えていることによって、警察機関が監視活動を実施する際、ある場所や集団を区別する根拠を明らかとなり、法執行機関の具体的法執行の公正性が確保されると述べる⁹¹。

(4) 制定法による授權

4つ目は、行政機関の規則は制定法による授權がなければならぬという点である。制定法の授權があるか否かの審査も、裁判所によるハードルック・アプローチに含まれる。権限を超越した行政機関の規則はどのようなものであれ無効となる。そこで Slobogin は、監視活動が非常に広範囲に及び、センシティブな情報を取り扱う場合には、制定法による個別的な授權がなければならぬと指摘する。その上で Slobogin は、ここで個別的な授權として認められるためには、次の3点について十分識別できる程度明確である必要があると指摘する。1点目は、対象となるべき人物や行動、2点目は、防ごうとする害悪、そして3点目は、行政機関が利用可能な当該害悪の防止手段である。

Slobogin は、この3点につき具体化を求めると、議会がこれらについて議論を重ねることとなり、民主的な説明責任が確保されるとみる。また Slobogin によれば、上記3点のうち特に1点目が具体化されると、監視活動を実施する法執行機関にとって重要な指針となるという。こうして Slobogin は、制定法による個別的な授權を求めることで、議会と法執行機関にとって問題となる利益が明確になり、法執行機関の裁量が抑制されるようになると述べ

⁹⁰ Slobogin, *supra* note 83, at 617-619.

⁹¹ *Id.* at 619-620.

る⁹²。

3 まとめ

以上のように Slobogin は、議会による規律にも問題があると指摘した上で、行政法の視点を入れることで、修正4条を根拠とするのとは別の角度から、議会、裁判所、そして行政機関による協働を提案した。関係機関による協働という限りでは、前々節で確認した Swire の見解や、前節で確認した Murphy の見解と同じであるが、両者とは提案に至る過程が異なることがわかる。

本節まで、規律内容の形成主体をめぐる議論を追ってきた。それぞれの機関による規律には、どのような利点・欠点があるのか。いずれかの機関にプライバシーの保護を任せるのは問題があるのではないか。または、関係機関による協働が望ましいのではないだろうか。本節では、こういった議論が積極的に重ねられていることが確認できた。加えて、望ましい協働を実現するために最適な手法がまだ見つかっていないということも確認できた。

こうして協働の形態といってもいくつかがあることがわかったが、では果たして望ましい協働の形態はどういったものなのだろうか。次節ではこれを考察する。

第6節 望ましい協働の形態

新技術を利用した捜査をそのまま放置するわけにはいかない。しかし、議会によるルール形成には問題があった。また、裁判所によるルール形成にも問題があった。論理的にあり得る選択肢はあと、裁判所でも議会でもない「第三者」に委ねるか、議会や裁判所といった複数の関係機関に委ねるかである。裁判所でも議会でもない「第三者」としては、捜査機関が想定できる。しかし、捜査機関は規律されるべき対象である。自分で自分を規律するという方式で、権利利益が保護されるとは到底思えない（しかも、このような方式では、「よりよく規律されている」という外観も構築できない）。そこで本稿では、関係機関による協働に委ねるという方向で考えていきたい。

本節では、新技術を利用した捜査との関係で、望ましい協働の形態とはいったいどういったものかを、規律の目標及びその視点に照らして考察する。

1 規律の目標及びその視点

(1) 規律の目標

捜査を規律する目標は、①捜査機関の目的（捜査の目的）と、②権利利益の保護を共に最大化することにある。というのも、権利利益の保護を最大限達成しようとするれば、捜査機関をとにかくがんじがらめにすればよいことになるが、それではそもそも犯罪の解決等を目的とした捜査機関の存在自体の否定となるからである。ある規律が両者を共に最大化する

⁹² *Id.* at 620-622.

場合、それは「よりよい規律」といえる。

確かに、両者を共に最大化するというのは困難な作業である。考慮すべき重要な事実をまだ見つけることができているかもしれないし、その事実の評価を誤っているかもしれない。加えて日々進展する捜査技術では、前提となる事実が日々変化するという意味で、より困難さが増す。しかし困難ではあるが、「よりよい規律」の実現という目標に向かって歩み続けていくことには価値がある。

このように規律の目標を把握すると、議会に委ねるのも、裁判所に委ねるのも、「よりよく規律する」ための1つの方法にすぎなくなる。このため、議会に委ねることに問題があり、裁判所に委ねることに問題があるのであれば、それ以外の方法を採用すべきということにもなる。こうして関係機関による協働に委ねるという方向が正当化されるのである。

(2) 規律の視点

複数の関係機関による協働によって、「よりよい規律」を実現していくには、次の3つが視点となると思われる。

(一) 漸進的発展

1つ目は、漸進的発展という視点である。「よりよい規律」は、一朝一夕で実現するものではない。しかも日々進展する捜査技術との関係では、いつまでも「よりよい規律」に向けて歩み続ける必要がある。特にプライバシーに関する問題は予測可能性が低く、いわば急進的に現状を変更して対応することが困難である（急進的な現状変更はむしろ社会的害悪を生んでしまう可能性すらある）から、いつまでも「よりよい規律」に向けて歩み続けるしかない。

また、たとえその瞬間は「よりよい規律」であっても、次の日にはそうではない可能性がある。現状を固定し、歩みを止めさせるような仕組みは適当でない。そうではなく、漸進的進展を支えるような、開かれた仕組みこそが相応しい。漸次的発展という視点はこのような意味である。

(二) 捜査機関の活用

2つ目は、捜査機関の活用という視点である。日々新たな捜査技術が開発されていく。また社会の変化に合わせて、これまでの捜査技術の意味合いも変わっていく。このためルール形成には、捜査技術を理解し、その影響を見極める専門性と、新しい捜査技術、社会の変化に迅速に対応する機動性が不可欠である。これらを欠くと、実態を反映せず、または時代錯誤のために、権利利益が保護されないおそれがある。

しかし、裁判所や議会はこれらに乏しい。専門性についてみると確かに、参考人や証人から説明を受けることはできる。しかし背景知識のない議会や裁判所が、単発の説明を受け、捜査技術、しかも先端的な捜査技術を理解するのは難しい。ましてそのような技術について、

一から条件付けを構想するのは無理がある。無理にそうしようとすれば、過少または過大なルールとなる可能性が高いだろう。実態を反映しないルールは、捜査機関に遵守させるのも困難である（そのようなルールを遵守させようとしても捜査機関は反発するだろう）。

次に、機動性についてみると、裁判所は個別具体的紛争の解決との関係でしかルール形成に携わらない。日々新しい捜査技術が開発・実施されるにもかかわらず、裁判所に任せたのでは、訴訟が提起されそれが確定するまで、長期にわたってルール形成されない状態が続いてしまう。しかも実際にルール形成したときには、前提とした捜査技術が存在せず、またはその社会的意味が変化している可能性もある。他方で議会は、訴訟とは無関係にルール形成が可能である。しかし議会も、社会的な関心が集まらなければ、ルール形成に動き出さないだろう。このように裁判所だけでなく議会も、捜査のルール形成に不可欠な、専門性・機動性に乏しいのである。そうすると裁判所と議会が協働したところで、専門性・機動性は乏しいことには変わりがない。

専門性・機動性をもつのは、他ならぬ捜査機関である。捜査機関は、捜査技術の性質・特性を誰よりも知っており、それゆえそのメリットにもデメリットにも通暁している。このため、捜査機関をルール形成に関与させれば、議会や裁判所の専門性・機動性を補うことができる。自らルール形成に関与しており、しかも実態に即したルールであれば、これに捜査機関が従うことも期待できる（従わなかった場合に強い制裁を設けることも正当化される）だろう。

もちろん捜査機関は権利利益を制約し、権限を逸脱・濫用し得る張本人であることは言うまでもない。しかし規律の目標はあくまで、①捜査機関の目的（捜査の目的）と、②権利利益の保護を共に最大化することにある。捜査機関を関与させることでこの目標を達成する確率が高まるのであれば、捜査機関の関与それ自体を否定的に捉えるべきではないのである。

では、捜査機関が専門性を武器にして、議会や裁判所を欺き、自らに有利なルールを形成するおそれはないのか。確かに、既に述べた通り、議会や裁判所は専門性に乏しい。しかし、日々進展する新たな捜査技術について一から条件付けを構想するのと、「捜査機関が第一次的に形成したルールが妥当か否か」を審査するのは全く性質が異なる。前者に要求される専門性はかなり高度であるのに対し、後者に要求される専門性は相対的に低い。しかも当該専門技術を実施したい捜査機関は、議会や裁判所が理解できるよう、最適な参考人や証人を可能な限り用意するだろう。こうして議会や裁判所も、捜査機関が形成したルールが妥当か否かを審査するのに十分な程度の専門性は確保できる。つまり、たとえ捜査機関が議会や裁判所を欺いたとしても、その後の検証によって暴かれる可能性が高いのである。ただし権利利益の保護に資するルールを形成する動機をもたない捜査機関が、第一次的にルールを形成することは事実であるから、議会や裁判所の審査の役割がこれまで以上に重要となるのは言うまでもない。

このように、捜査機関を蚊帳の外に置いてルールを形成するのではなく、捜査機関と手を

取り合ってこそ、「よりよい規律」が実現する確率が高くなる。捜査機関の活用という視点はこのような意味である。

(三) 協働の範囲

3つ目は、協働の範囲である。権利利益の保護の要請は、限られた場面だけで実現さされればよいものではない。普遍的に実現していかなければならないものである。本稿が望ましいと考える協働ができる限り広く及ぶよう、制度的に組み立てられていることが必要である。協働の範囲という視点はこのような意味である。

(四) まとめ

捜査機関の専門性・機動性を取り入れ、しかも漸進的發展を支える仕組みがあると、「よりよい規律」の実現に向けた好循環が生まれる可能性がある。そして、この好循環の範囲は広がっていくことが望ましい。「よりよい規律」の実現との関係では、部分的・短期的ではなく、全体的・長期的な視点に立って制度を評価しなければならない。

このような視点を入れると、前節まで確認した各見解も見え方が変わってくる。例えば Solove は、議会によるルール形成について、プライバシーに影響がある全ての場面で制定法が置かれるわけではないし、制定法それ自体も不明確だと批判していた。しかし漸進的發展という視点で見ると、今現在で制定法が置かれていないことは問題ではない。今現在も「よりよい規律」への発展途上にすぎないのである。したがって、将来にわたって制定法が置かれないような構造があれば確かに問題であるが、反対に将来的に制定法が置かれる余地がある限りは、今現在、制定法が置かれていないとしてもそれ自体問題ではない。同様に、今現在で制定法が不明確であることも問題ではない。制定法が不明確だとしても、それは「よりよい規律」に向けて試行錯誤している表れとみうるからである。

他方で Kerr は、新技術を利用した捜査との関係で、裁判所は議会の取組みを妨害しないよう、技術が安定するまでの間は慎重であるべきだと指摘する。これを、相対的に制度的能力に劣る裁判所が、影響力の大きい憲法判断をして議会のルール形成の余地を奪ってしまわないよう慎重であるべきという意味だとすれば、ここでの本稿の理解と非常に親和的な指摘である。

では、具体的にはどのような形態が協働として望ましいのだろうか。

2 各提案に対する評価

前節までは、Solove、Swire、Murphy、そして Slobogin の見解を確認した。そこでは程度に差はあれど、各見解が協働による規律を提案していることが明らかとなった。では、これらの提案は、本稿との関係でどのように評価できるだろうか。ここでは日本における望ましい協働の形態を考える前提として、アメリカにおけるそれを考えてみたい。

(1) Solove の提案に対する評価

まず、Solove の提案を評価してみたい。Solove は、議会がルール形成している場合と、していない場合に分ける。そして前者については、裁判所が修正 4 条を適用すべきと判断すれば、議会に配慮せずにそれを適用すべきだという。他方で後者については、議会のルールが修正 4 条の目標を充たしているか否かを判断すべきで、もしこれを充たしていなければ当該ルールは文面上違憲となるという⁹³。

(一) Solove の提案の利点

Solove の提案によれば、議会のルールが文面上違憲となると、議会は裁判所の当該判断も参考にしつつ、再度ルール形成する。そうして形成されたルールは、再び裁判所の文面審査を受ける。ここに、裁判所の文面審査を中心として議会と裁判所が対話していく姿、すなわち協働をみることができる。これは、漸進的発展と親和的である。

(二) Solove の提案の欠点

⊖Kerr による批判

しかし、Solove の提案には問題もある。

前提として、Kerr による批判を確認しよう。Kerr は、次の 4 点の理由から、文面審査を含む Solove の提案には、複雑で厄介な問題があると批判している。1 点目は、程度の不明確性にかかわる。Kerr は最小化、特定、そして監督が重要だとしても、制定法がどの程度定めればよいのか、どういった基準があるのかがはっきりしないと批判する。2 点目は、制定法の実際の運用にかかわる。Kerr は制定法が修正 4 条の中核的な価値を守っているか否かを審査するには、制定法が実際にどう適用されているかを知らなければならないが、裁判所はどうやってこれを知るのか（とりわけ、新しい制定法はまだこの世界で適用されたことがない以上、どう適用すべきかに関する文献は存在しない）と批判する。3 点目は、非効率性にかかわる。Kerr は裁判所がある制定法を全部違憲にすると、議会はもう一度法制定をやり直さなければならないが、それでは裁判所が合憲と認める制定法が出来上がるまで何年もかかる可能性があるとして批判する。また Kerr は、裁判所がある制定法を部分違憲にしても、合憲部分と違憲部分をどうやって切り分けるのかという問題が残るとも批判する。4 点目は、技術の変化にかかわる。Kerr は技術が変化すると、様々な法的ルールの意味合いが変わると指摘する。Kerr によれば、ある制定法について、今日はプライバシーを保護していると言えても、明日は違うかもしれず、文面上違憲か否かは時間とともに変化する可能性があるという。このため Kerr は、ある制定法が違憲か否かは、連邦最高裁が当該制定法を審査する時期に依存するため、過去の判例は現在の議会の指針にならないと批判する。以上の通り Kerr は、文面審査を含む Solove の提案によると、裁判所が一貫して理にかなった方法で判

⁹³ Solove, *supra* note 25, at 773-777.

断できないと批判しているのである⁹⁴。

Kerr はこれまで修正4条の目標として、ルールの明確性も重視してきた。Kerr が上記のように批判したのも、ルールの明確性という視点が背後にあると思われる。しかしここでは Kerr が意図した文脈から離れ、「よりよい規律」という目標との関係で、外在的に Kerr による批判を評価してみたい。

まず、「よりよい規律」は一朝一夕で実現するものではない。短期的にみると、捜査の規制にとって不都合な仕組みだとしても、長期的にみると、「よりよい規律」をもたらす仕組みであれば、否定的に評価されるべきではなく、その不都合さはいわば産みの苦しみである⁹⁵。このような意味で、3点目（非効率性）は、「よりよい規律」の実現のためには不可避免的な事象といえる。

次に、制定法をいつ審査するか次第で、裁判所の審査結果は異なるのは確かである。とりわけ技術が流動的な場合には、1日違えば審査結果が異なる可能性も否定できない。しかしこれも、「よりよい規律」の実現との関係では自然なことである。規律すべき対象が移り変わっていけばそれに合わせて規律の中身も変えていく必要があるのであって、むしろ審査結果が変わらないことのほうが問題である。このような意味で、4点目（技術の変化）は、「よりよい規律」を実現する上で問題ではなく、むしろ自然といえる。

これに対し Solove の提案の中心には、裁判所の文面審査がある。このため Solove の提案が機能するか否かは、裁判所の文面審査が機能するか否かに依存している。しかし、どのように制定法を審査すればよいのか、その方法が不明確であれば、裁判所は文面審査を行うことができない。同様に、判断の基礎となる事実・資料を収集できなければ、裁判所はやはり文面審査をすることができない。他方で、裁判所自身が審査方法を確立できない以上、議会が将来の裁判所の審査内容を予測することも当然できず、議会が制定法を改善していくことも困難となってしまう。したがって、1点目（程度の不明確性）と2点目（制定法の実際の運用）は、漸進的発展を妨げるという意味で問題だといえる。

以上のように Kerr が意図した文脈から離れ、「よりよい規律」という目標との関係で眺めると、Solove の提案には程度の不明確性と、制定法の実際の運用にかかわる問題があることがわかる。

㊦その他の欠点

Kerr による批判では取り上げられなかったが、Solove の提案にはさらに次のような問題もある。

⁹⁴ Orin S. Kerr, *Congress, the Courts, and New Technologies: A Response to Professor Solove*, 74 FORDHAM L. REV. 779, 786-790 (2005).

⁹⁵ もちろん他に不都合性がない、あるいは低い仕組みがあるのであれば、それを利用すべきではある。

1つ目は、協働の範囲という視点にかかわる。Solove の提案の中心には、裁判所の文面審査がある。例えば、議会がある捜査を許容したいと考えて法制定したとする。その後、裁判所が当該制定法を審査し、文面上違憲と判断すると、議会は、その捜査を諦めるか、あるいは裁判所の判断に抵触しない内容に改めて法制定するかを迫られる。このように Solove の提案は、裁判所の文面審査を通じて、「よりよい規律」の実現に向けて議会と裁判による協働が目指されているといえる。しかしここでの裁判所の文面審査は、修正4条との関係で行われる。そうすると、修正4条が問題とならない場面では裁判所の文面審査が機能せず、ひいては「よりよい規律」の実現に向けた議会と裁判所による協働を目指すことができない。こうして、これまで修正4条の保護が及ばないと判断されてきた数多の場面は、Solove の提案の影響を受けず、これまで通りとなってしまうのである。このように Solove の提案が機能する場面は限られるという問題がある。

2つ目は、捜査機関の活用という視点にかかわる。Solove は、議会と裁判所のいずれが制度的に優位というわけではないと指摘するにとどまる。ここでみられるのは、議会と裁判所が協力して捜査機関を規制していこうという意味での協働である。つまり Solove の提案には、捜査機関を活用しようという視点がみられない。しかし、新技術を利用した捜査を「よりよく規律」するためには、捜査機関の専門性・機動性を利用していく必要がある。このように捜査機関を含めた協働ではないため、専門性・機動性に問題がある。

以上、Solove の提案の問題点が明らかとなった。すなわち、関係機関による協働を提示しており、漸進的発展と親和的な面をもつが、裁判所の文面審査の中身がはっきりしないために、漸進的発展を妨げる面ももっている。また Solove の提案が意味をもつのは、裁判所の文面審査が機能する場面に限られるため、協働の範囲も十分とは言い難い。そして、捜査機関の活用は含まれておらず、そのため新技術を利用した捜査に関して専門性・機動性を利用できないという問題があるのである。

(2) Swire の提案に対する評価

次に、Swire の提案を評価してみたい。Swire は、裁判所には憲法条項を適用していくという重要な役割があることを前提に、次の2つの手法を提案していた。1つ目の手法は、裁判所が「プライバシーの合理的期待」テストをより実質化するというものである。そして2つ目の手法が、裁判所が手続過程を審査するというものであった。后者では、裁判所の手続過程審査を通じて、捜査機関が合理的なルールを設けるよう促していくことに主眼が置かれている⁹⁶。以下では2つ目の手法について考察する。

(一) Swire の提案の利点

利点の1つ目は、漸進的発展にかかわる。Swire の提案によれば、あるルールが手続過程

⁹⁶ Swire, *supra* note 37, at 924-931.

審査で違憲と判断されると、そのルールを作成した主体は裁判所の当該判断を参考にし、また裁判所の将来の判断を予測しつつ、再度ルールを形成する。その際、議会は裁判所の判断を参考にすることができ、これにより議会における議論はより豊かなものとなるだろう。そうして形成されたルールは、再び裁判所の手続過程審査を受ける。こうして裁判所の手続過程審査を中心として関係機関と裁判所が対話していく姿、すなわち協働が生まれる。これは漸進的発展という視点と合致する、Swire の提案の利点である。

もう1つの利点は、捜査機関の活用という視点にかかわる。Swire は裁判所が対話する関係機関として、捜査機関も想定しているようである。このため具体的な形は必ずしも明らかではないが、捜査機関の専門性・機動性を活かして規律を設けることができる。このような捜査機関を含めた協働であれば、新技術を利用した捜査に関して専門性・機動性を利用できる。

このように Swire の提案には、漸進的発展、捜査機関の活用という視点でみると、利点があることがわかる。この漸進的発展、捜査機関の活用という利点が合わさると、「よりよい規律」の実現に向けて好循環が生まれる可能性がある。

(二) Swire の提案の欠点

しかし、Swire の提案には問題もある。それは、協働の射程という視点にかかわる。Swire の提案の中心には、裁判所の手続過程審査がある。すなわち Swire の提案では、裁判所の手続過程審査を通じて、議会と捜査機関が「よりよい規律」の実現に向けて協働していく姿が目指されている。しかしここでの裁判所の手続過程審査は、Solove と同様、修正4条との関係で行われる。そうすると、修正4条が問題とならない場面では裁判所の文面審査が機能せず、ひいては議会と裁判所による協働が生まれえない。したがって、これまで修正4条の保護が及ばないと判断されてきた数多の場面は Swire の提案の影響を受けず、これまで通りとなってしまう。このように、Swire の提案が機能する場面は限られるという問題がある

以上、Swire の提案の問題点が明らかとなった。すなわち Swire の提案には、漸進的発展、捜査機関の活用とが合わさって、「よりよい規律」の実現に向けて好循環が生まれる可能性がある。しかし、この好循環が生まれるのは修正4条が問題となる場面に限られてしまうという問題が残る。

(3) Murphy の提案に対する評価

次に、Murphy の提案を評価してみたい。といっても、Murphy の提案は、Swire の提案の2つ目を具体化したものといえる⁹⁷。このため、Murphy の提案の利点・欠点は、基本的に Swire と同様といってよい。

⁹⁷ Murphy, *supra* note 55, at 537-544.

(4) Slobogin の提案に対する評価

最後に、Slobogin の提案を評価してみたい。Slobogin は、規則制定手続、ハードルック・アプローチといった行政法分野で論じられてきた事項を活用し、議会、裁判所、そして行政機関による協働を提案した。Slobogin の提案を端的にまとめると次の通りとなる。すなわち第 1 に、ある警察活動が、一般的または特定の事項について適用され、かつ将来的な効力があり、市民の権利と義務に影響を与える場合は、連邦の行政手続法における略式規則制定手続に従わなければならない。その中の告知・コメント手続では、規則案について一般に告知することが求められており、これにより行政機関内部の意思決定を改善し、政治的正当性を高めることができる。第 2 に、行政規則は、将来的に裁判所による審査を受ける可能性がある。この審査では、当該行政規則が専断的・恣意的なものでないか否か、同じような立場にある人には同じような形で適用されている（公正）か否か、そして制定法による具体的な授権に基づいているか否かが審査される。このような審査が後に控えていることによって、専断的・恣意的なものではなく、公正で、そして制定法による具体的授権に基づく行政規則が制定されるようになる⁹⁸。

(一) Slobogin の提案の利点

Slobogin の利点の 1 つ目は、漸進的発展にかかわる。Slobogin の提案によると例えば、ある警察活動を実施したいと考えた警察機関は、その活動の影響について査定し、略式規則制定手続に従って規則制定しなければならないか否か、どのような内容の行政規則であればハードルック・アプローチを突破できるかを判断する。そして警察機関が行政規則を制定すると、将来のどこかで、実際に裁判所のハードルック・アプローチによる判断を受けることになる。その際に警察機関の見込みと、裁判所の判断の間にずれがあれば、当該行政規則の効力は否定される。それにもかかわらずなお当該活動を実施したいと考えるのであれば、警察機関は裁判所の当該判断を参考にし、また裁判所の将来の判断を予測しつつ、再び行政規則を制定することになる（行政規則の効力が否定された原因が、制定法による個別具体的な授権に基づいていないという理由にあれば、警察機関は議会に対し、そのような授権を与えるよう働きかけることになるだろう）。こうして規則制定手続、ハードルック・アプローチといった行政法分野で論じられてきた事項を中心として、議会、裁判所、そして警察機関が対話していく姿、すなわち協働が生まれる。これは漸進的発展という視点と合致する、Slobogin の提案の利点である。

次に、利点の 2 つ目は、捜査機関（警察機関）の活用にかかわる。Slobogin の提案によれば、警察機関が主導的に行政規則を制定することが求められる。このため専門性・機動性を利用できるのはもちろん、警察機関の目的も考慮に入れた規律を実現することができる。これは警察機関の活用という視点と合致する、Slobogin の提案の利点である。

⁹⁸ Slobogin, *supra* note 83, at 617-622.

そして利点の3つ目は、協働の射程にかかわる。Slobogin の提案では修正4条ではなく、略式規則手続等が中心となっている。このため、修正4条が問題とならない場面も射程に含めることができる。つまり、これまで修正4条の保護が及ばないと判断されてきた数多の場面であっても関係機関による協働が実現するのである。これは協働の射程という視点でと合致する、Murphy の提案の利点である。

最後に、利点の4つ目として、行政内部の意思決定過程の改善にかかわる。ある警察活動が略式規則制定手続、とりわけ告知・コメント手続に従わなければならない場合、規則案の全文もしくは要旨、または主題や問題となる事項の説明について、連邦官報に掲載するという方法で一般に告知しなければならない⁹⁹。これにより、市民は規則案やその修正の内容について知り、それらに対してコメントをすることができるようになる。また、専断的・恣意的な立法的規則か否かについての審査が後に控えている。これにより、警察機関が規則の根拠・目的を明文で明らかにするとともに、なぜその根拠がその規則に結びつくのかを合理的に説明するように促される。このような手続により、少なくとも当該警察活動に関する意思決定が可視化・改善されるだろう。これは本稿が設定した規律の視点ではうまく捉えることができないが、Slobogin の提案に含まれる確かな利点である。

このように Slobogin の提案では、この漸進的発展、警察機関の活用という利点が合わさり、「よりよい規律」の実現に向けて好循環が生まれる可能性がある。そしてこの好循環は、修正4条が問題とならない場面でも生じる。これらに加えて、警察機関が行政規則を制定するその過程が可視化・改善されるという利点もある。

(二) Slobogin の提案の欠点

しかし、Slobogin の提案には欠点もある。

Slobogin は、略式規則制定手続、裁判所のハードルック・アプローチによる審査を持ち出すのであった。しかし Slobogin 自身も注意深く論じていることからわかる通り、警察機関が制定する規則に略式規則制定手続が適用されるか否かは論点である。この問題について、Slobogin は、無実の市民にも警察機関の介入を避けるための行動変容を促すという影響を指摘して、監視カメラ等に関する規則には略式規則制定手続が適用されるべきだと述べる。しかしそのような影響が果たしてあるのだろうか、あるとしてもそれで略式規則制定手続の適用要件を充たすといえるのだろうか。こういった反論は当然あり得るだろう。このように考えると、Slobogin の提案が受け入れられるか否かは、略式規則制定手続の適用に関してどれだけ説得力ある立論を組み立てられるかにかかっていることがわかる。したがって、Slobogin の提案は、修正4条が問題とならない場面を射程に含めることができるという点では、Solove らの提案よりも広いと言えるものの、どこまで含めることができるかは今後どれだけ説得力ある立論を組み立てられるかにかかっている。

⁹⁹ 5 U.S.C. § 553 (b) (3) (1966).

ただし、修正4条に前提を求める Solove らの提案と、行政法に前提を求める Slobogin の提案は、そもそも出発点を異にしている。このため、両者が理論的に矛盾するわけではないと思われる。また Slobogin は論文中で、Solove らの提案を排斥してもいない¹⁰⁰。このように考えると、もしかすると Slobogin の提案と Solove らの提案とは併用することが可能なかもしれない。もし併用が可能だとすれば、両提案の利点は活かしつつ、欠点を補うことができるかもしれない。すなわち、修正4条が問題となる場面については Solove らの提案を採用しつつ、修正4条が問題とならない場面については Slobogin の提案を採用し、それぞれの場面で「よりよい規律」の実現を目指していくことはできないだろうか。

3 望ましい協働の形態

ここまですべてを前提として、本稿が考える望ましい協働の形態を示す。協働といっても、前節までで確認してきた通り、Solove、Swire、Murphy、そして Slobogin の提案があった。Solove の提案には、捜査機関の活用という視点でみると欠点があったが、これは Swire と Murphy の提案では克服されている。そして、Swire の提案と Murphy の提案の関係については、前者の具体化が後者だと理解してよいと思われる。そこで望ましい協働の形態としては、Murphy の提案と Slobogin の提案の併用を考えていくのがよいだろう。

Murphy の提案と Slobogin の提案を併用は、次の通り描くことができる。

(1) 修正4条が問題となる場合

まずは、修正4条が問題となる場面である。

捜査機関（警察機関）がある新技術を利用した捜査（警察活動）を開発・実施し始めた場合を考えよう。これに対し議会は、当該捜査（警察活動）が権利利益の保護との関係等で法整備が必要だと認識しさえすれば、個別具体的事件が発生する前でも、制定法を置くことができる。しかもこの制定法には、当該捜査（警察活動）の上限設定、要件設定、そして方向付け等柔軟な対応を盛り込むこともできる。また議会は、制定法を置くに当たって、捜査機関（警察機関）に対し、当該捜査（警察活動）の目的・必要性について説明を求めることもできる。実際に制定法が置かれると、捜査機関（警察機関）はそれまでの実施を改め、制定法に従って実施していくことになる。

ここまですべて、議会と捜査機関が協働しているようにも見える。しかし、議会は短期間の民意を反映しており、その民意も多数派のものである。このため、議会は長期間の民意、少数派の民意とは離れた内容の制定法を置いたり、あるいはそもそも制定法を置かないという可能性もある。加えて、議会は資源の効率化を求める捜査機関（警察機関）や、自社製品

¹⁰⁰ ただし、Slobogin は、略式規則制定手続を適用できない場面について、修正4条やデュー・プロセス条項を活用できるか否かという課題があると指摘したことがある。

Slobogin, *supra* note 80, at 149-150.

の購入と利用を求める民間企業の働きかけの影響を受けて、そもそも民意が望んでいない対応をしてしまうおそれが否定できない。したがって、これだけでは「よりよい規律」が実現することはない。

もっともここに裁判所が加わると、「よりよい規律」が実現する可能性が高くなる。もちろん裁判所が加わっても、議会は不合理な内容の制定法を置こうとするかもしれない。しかし裁判所は、少数派の民意にも配慮する（ことが期待されている）機関であると同時に¹⁰¹、政治的に一歩離れた機関でもある。したがって、たとえ議会が多数派に有利な、またそもそも民意が望んでいない対応をしたとしても、裁判所が事後的にその不適切さを除去することが期待できる。つまり、議会、裁判所、そして捜査機関が終わりなく絶えず協働していくことで、ある機関1か所だけによる規律では生じてしまう問題点が解消されることも期待できるのである。

さて、裁判所の関わり方をみてみよう。裁判所は、当該捜査（警察活動）の対象者からの申立てを受け、審理を開始する。その具体的な内容は、Murphy の提案によると次の通りである。裁判所は第1段階として、ある具体的行為に修正4条が問題となる否かを判断する。修正4条が問題となれば、第2段階に移り、法執行機関の裁量権行使を制限する規定が存在するか否かを判断することになる。ここでいう制限規定とは、議会や行政機関によって事前に策定・公表されており、法執行機関の裁量権行使を制限するものをいう。制限規定が存在しなければ、具体的行為の「不合理性」が推定される。反対に、制限規定が存在すれば、第3段階に移り、当該規定が「合理的」か否かを判断することになる。ここでも当該規定に「合理性」がなければ、具体的行為の「不合理性」が推定される。反対に、当該規定に「合理性」があれば、第4段階に移り、当該規定に依拠して実施されたか否かを判断することになる。ここでもやはり依拠せず実施しておれば、具体的行為の「不合理性」が推定される。反対に、依拠して実施しておればようやく、具体的行為は合憲と認められる。

裁判所の審査によって合憲と判断された場合は、捜査機関は当該捜査をこれまで通り実施していけばよいことになる¹⁰²。他方で、違憲と判断されたにもかかわらず、議会や捜査機関がなお当該捜査自体を実施したいと望む場合は、裁判所の当該判断を参考にし、また裁判所の将来の判断を予測しつつ、当該捜査をどのようにすれば合憲となるかを検証し、制定法または行政規則を修正していくことが求められる。そして、制定法または行政規則が修正されると、この新たな制定法または行政規則に従って、当該捜査が実施されていくことになる。そしてもちろん、新たな制定法または行政規則に基づく当該捜査にも、将来のどこか時点で、

¹⁰¹ アメリカでは、連邦最高裁裁判官が大統領から指名されるものの、死亡または自ら退くまでその地位を保証される（終身制）ため、裁判制度全体を通じてみると、長期間の民意を反映しているともいえる。

¹⁰² ただし、判断自体は合憲であるものの、付された同意意見や反対意見を参考にして、制定法または行政規則を修正していくということもあり得る。

裁判所の上記のような審査が待ち構えている。こうして、裁判所による審査を中心として、議会、裁判所、そして捜査機関が絶えず終わりにくく協働していく姿が生じる。

(2) 修正4条が問題とならない場合

次に、修正4条が問題とならない場面を考えよう。ここではひとまず、捜査情報の高度データベース化を念頭に置こう。

Slobogin の提案によると例えば、ある警察活動を実施したいと考えた警察機関は、その活動の影響について査定し、略式規則制定手続に従って規則制定しなければならないか否か、どのような内容の行政規則であればハードルック・アプローチを突破できるかを判断する。そして警察機関が行政規則を制定すると、将来どこかで、実際に裁判所のハードルック・アプローチによる判断を受けることになる。その際、警察機関の見込みと、裁判所の判断にずれがあれば、当該行政規則の効力は否定される。それにもかかわらずなお当該活動を実施したいと考えるのであれば、警察機関は裁判所の当該判断を参考にし、また裁判所の将来の判断を予測しつつ、再び行政規則を制定することになる（行政規則の効力が否定された原因が、制定法による個別具体的な授権に基づいていないという理由にあれば、警察機関は議会に対し、そのような授権を与えるよう働きかけることになる）。そしてもちろん、新たな行政規則にも、将来のどこか時点で、裁判所の上記のような審査が待ち構えている。こうして規則制定手続、ハードルック・アプローチといった行政法分野で論じられてきた事項を中心として、議会、裁判所、そして捜査機関が終わりにくく絶えず協働していく姿が生じる¹⁰³。

ただし細かく見ると、修正4条が問題となる場面と違いもある。行政法分野で論じられてきた事項を中心とした協働では、規則案の全文もしくは要旨、または主題や問題となる事項の説明について、連邦官報に掲載するという方法で一般に告知しなければならない。これにより、市民は規則案やその修正の内容について知り、それらに対してコメントをすることができる。このように、修正4条が問題となる場面とは違い、こちらでは、規則の制定過程について市民がより積極的に（主体的に）関与していくことができるのである。

もちろん Murphy の提案と Slobogin の提案を併用したとしても、修正4条が問題とならず、しかも略式規則制定手続も適用されない場面は、協働から取り残されてしまう。この部分をどのように扱うかは課題である。修正4条の保護範囲を拡げていき、できる限り規律を及ぼしていくというのもあり得る途であるが、デュー・プロセス条項、修正1条といった別の根拠から規律を及ぼしていくというのも選択肢の1つではあるだろう。

¹⁰³ 修正4条が問題となる場面であり、かつ略式規則制定手続も適用される場面もあり得る。そのような場面は、前者についての協働（Murphy の提案）を優先して当てはめていくということになるだろう。

(3) 裁判所の判断内容

Murphy の提案であれ、Slobogin の提案であれ、議会、裁判所、そして捜査機関が協働していく上で、裁判所が果たす役割は大きい。では、裁判所は具体的にはどのように判断すべきだろうか。Slobogin の提案でも、ハードルック・アプローチの具体的な中身は問題となる。とはいえ、これは行政法分野の蓄積を参照することである程度筋道が付くと思われる。そこでここでは Murphy の提案との関係で裁判所の判断内容を考察したい。

Murphy の提案では、裁判所の判断は4つの段階に分けて行われる。すなわち、第1段階では、修正4条が問題となる場面か否か、第2段階では、制限規定が存在するか否か、第3段階では、制限規定が「合理的」か否か、第4段階では、具体的行為が当該制限規定に依拠して実施されたか否かが、順を追って審査されるのであった。このうち、第2段階は、制限規定が事実として存在しているかを問うものであるし、何より捜査機関がその存在を積極的に示すだろうから、判断自体は比較的容易と思われる。また、第4段階も、捜査の具体的な実施態様をどのように主張立証させるかという問題はあるものの、それさえ主張立証されれば判断自体は比較的容易と思われる。

では、第1段階の審査はどうか。第1段階は、修正4条が問題となる場面か否かの審査である。従来の審査との違いは、ここでも「プライバシーの合理的期待」を認定したとしても、直ちに令状、相当な理由、そして排除法則が導かれるわけではないことである。従来、裁判所が、ある新技術を利用した捜査を規律すべきではあるものの、その方法として令状要件は相応しくないと考えた場合は、「プライバシーの合理的期待」を認定せず、後は議会に全て委ねるという方法しかなかった。しかし、Murphy の提案の第1段階の審査であれば、ある新技術を利用した捜査を規律すべきと考え、「プライバシーの合理的期待」を認定したとしても、その後の段階へと移行し、合理的な制限規定を置くよう促すだけである。こうして Murphy の提案であれば、裁判所は、「プライバシーの合理的期待」があると認めればそれを躊躇わずに認定することができるようになる。これにより、従来よりも「プライバシーの合理的期待」の認定が広がることが期待できる。

最後に、第3段階の判断はどうか。Murphy はこの第3段階について、①制限規定の策定に当たって責任を負う組織が存在するか否か、②策定手続が有権者に知られているか否か、そして③最終的な規定が著しく不当なものでないか否かを中心として判断すべきだ述べる。その上で Murphy は、問題となっている技術の性質にもよるが少なくとも、警察の活動を抑制する文言が含まれており、透明性と説明責任の仕組みが用意されている必要があると指摘する¹⁰⁴。このうち、上記①は、そのような組織を置けばよい。上記②も、策定手続を定めた規定を公表しておけばよいだろう。あとは上記③であるが、これについて決まった基準があるわけではなく、技術の性質にも依存するため抽象的に基準を立てることもできない。そこで、個別具体的な場面ごとに、当該制限規定が著しく不当か否かをその時々裁判所が判

¹⁰⁴ Murphy, *supra* note 55, at 540-541.

断していくほかない。しかし、この審査は既に形成された制限規定について不当性を審査するものであるし、著しい程度にまで至っているかを審査するものであるから、判断は容易だろう。しかも、このような審査を継続していけば、裁判所の判断内容が集積されていく。そして完全とはいかなくとも、将来どこかの時点では、議会や捜査機関が集積された判断内容をもとにしてある程度予測できるようにはなると思われる。

(4) まとめ

Solove、Swire、Murphy、そしてSloboginの提案が、それぞれ本稿との関係ではどのような評価できるかをみてきた。そして、それぞれに利点はあるものの、欠点もあることが明らかとなった。

しかしMurphyの提案とSloboginの提案を併用とすれば、両提案の利点は活かしつつ、欠点を補うことができると思われる。すなわち、修正4条が問題となる場面についてはSoloveらの提案を採用しつつ、修正4条が問題とならない場面についてはSloboginの提案を採用することで、議会だけ、裁判所だけであれば生じてしまう問題を解消（軽減）することができる、しかも捜査機関がもつ専門性・機動性を活かした規律を実現することができるだろう。

4 Carpenter 判決の課題に対する応答

Carpenter 判決は、基地局位置情報を、事例判断ではあるが修正4条の保護範囲に含めるという判断をした。この判断は、基地局位置情報が、「領域」外の情報（外容情報）であるにもかかわらず、例外的に保護した（修正4条の保護範囲に含めた）という意味で画期的ではあるものの、どこまで同様の判断が可能なのか射程が明らかではなく、またそもそも令状で規律すべきなのかという課題もあった。

翻って、本章で論じてきたように部分的・短期的ではなく、全体的・長期的な視点に立つと、Carpenter 判決の課題も次の通り考えることができるだろう。Carpenter 判決が、領域「外」の情報にもかかわらず修正4条で保護したのは、議会や捜査機関が法制定等によってプライバシーを保護しようとしている限りはそれを尊重するものの、本件ではそれが不十分で均衡を崩す状態に至っていたため、介入することにしたという意味に読むことができる。つまり、規律内容の形成主体を基本的には議会としつつ、その議会の対応があまりに不十分であれば裁判所が介入するということである。

もちろん裁判所が介入するとしても、議会の力強い議論（試行錯誤）を今後封じるようなものであってはならない。この意味で、「本件基地局位置情報の収集には令状が必要だ」との判断は、議会が収集後の情報管理等を見据えた法制定をすることを封じてしまったという問題がある。あるいは、議会がそのような法制定をすることを封じてしまわないように、本件基地局位置情報のような情報でなければ（均衡を崩す程度でなければ）介入しないと判断してきたのかもしれない。もっとも、そうになってしまうのは、議会や捜査機関による対応が不十分だと判断しても、裁判所がなし得る介入が、「プライバシーの合理的期待」を認定

し、令状等を義務付けるという方法しかないからである。

しかし Murphy の提案を導入すれば、裁判所が「プライバシーの合理的期待」を認めてもそれは、議会や捜査機関に合理的な制限規定を置くよう促す意味をもつに過ぎなくなる。つまり、議会や捜査機関による対応が不十分だと判断するならば、①議会の力強い議論（試行錯誤）を認めつつも、合理的な制限規定を置くよう促すという方法で介入することができるようになり、②裁判所は必要とあらば議会に遠慮なく介入することができるようになるのである。具体的に言えば、本件基地局位置情報のような情報ではない場合（均衡を崩す程度には至らない場合）に介入しても、議会の力強い議論（試行錯誤）を阻害することにはならなくなる。また、議会の力強い議論（試行錯誤）を正面から一定範囲で認めつつも積極的に介入していくと制定法等が置かれていくようになるから、捜査機関らの行動指針も明確になっていく。

そして、このような Murphy の提案する審査が定着していけば、法制定等によって手続が整備されていくことになる。そうなると、こういった情報であれば保護され、保護されないかの線引きは徐々に見えてくることになるだろう。

このように、Murphy の提案を導入すると、Carpenter 判決の課題は解消することができる。

第7節 小括

本章では次のことが明らかとなった。すなわち、議会や裁判所による規律には、どのような利点・欠点があるのか。いずれか1つの機関にプライバシーの保護を任せるのは問題があるのではないか。こういった議論が、新技術を利用した捜査の規律をめぐって重ねられてきた。そして近時はどこか1つの機関が規律を担うのではなく、関係機関が協働して規律を担う枠組みが提案されている。しかし、望ましい協働を実現するために最適な手法はまだ見つかっていない。

ただし規律の目標及びその視点に照らして考察すると、Murphy の提案と Slobogin の提案を併用することで、議会だけ、裁判所だけであれば生じてしまう問題を解消（軽減）することができ、しかも捜査機関がもつ専門性・機動性を活かした規律を実現することができるのではないかということも明らかとなった。さらには、Carpenter 判決の課題もこの方法であれば解消することができることもわかった。

では、Slobogin と Murphy の提案を、捜査関係事項照会との関係で導入できるだろうか。それにはどういった課題があるのだろうか。次章ではこれを考察する。

第5章 捜査関係事項照会の規律

ここまでを簡単に振り返ろう。捜査関係事項照会の問題は、「領域」外の情報を収集するという捜査手法にもあった。「領域」外の情報の収集であるため、制約される権利・利益が重要だとは認識されなかった。このため、捜査関係事項照会は現在の通説的な理解の下で「強制の処分」（刑法197条1項ただし書）に当たらず、十分な規律が及ぼされてこなかった。

他方で、アメリカにおける第三者法理をめぐる問題も、「領域」外の情報を収集する捜査手法にあった。「領域」外の情報の収集であるため、収集される情報に「プライバシーの合理的期待」があるとは認識されなかった。このため、第三者法理が適用される捜査手法は、修正4条の「搜索」に当たらず、令状によらずに収集することが許されてきた（十分な規律が及ぼされてこなかった）。このように日本とアメリカは、同様に「領域」外の情報の保護について悩んできたのである。

しかしアメリカは近時、Carpenter 判決において、「領域」外の情報である基地局位置情報を、当該性質を考慮して、修正4条の「搜索」に当たると判断した。ただし、Carpenter 判決はあくまで事例判断であるから、第三者法理の問題全てが解決したわけではない。具体的には、質・量が「Carpenter 判決で問題となった基地局位置情報」と同等、あるいはそれ以上の情報であればともかく、そうではない情報を誰がどう規律していくべきか等が課題として残されたのである。

ただしアメリカには、この Carpenter 判決が残した課題を解決し得る議論もある。それが規律内容の形成主体をめぐる議論である。もし Carpenter 判決の課題を解決し得る方法が見つかれば、様々な情報が対象となる捜査関係事項照会について広く、具体的な制度構想を示そうとする手掛かりとなるだろう。こうした問題意識の下、規律内容の形成主体をめぐる議論を確認したのが第4章である。その議論を追っていくと、近時は裁判所によるルール形成にも、議会によるルール形成にも問題があるという問題意識から、どこか1つの機関が規律を担うのではなく、関係機関が協働して規律を担う枠組みが提案されていることがわかる。そしてこれを考察すると、いくつか提案されている中でも Slobogin と Murphy の提案によれば、議会だけ、裁判所だけであれば生じてしまう問題を解消（軽減）することができ、しかも捜査機関がもつ専門性・機動性を活かした規律を実現することができるということがわかった。さらには、Carpenter 判決の課題もこの方法であれば解消することができることもわかった。

そこで本章では、Slobogin と Murphy の提案を、捜査関係事項照会との関係で導入できるかを考察していく。

第1節 裁判所による規律の問題点、議会による規律の問題点

第4章では、アメリカでは、裁判所によるルール形成にも、議会によるルール形成にも問

題があるという問題意識から、どこか1つの機関が規律を担うのではなく、関係機関が協働して規律を担う枠組みが提案されていることがわかった。ここでは、アメリカにおける議論を今一度振り返りつつ、日本にもその議論が妥当するのかを考察する。

なお、捜査関係事項照会は日々登場する新技術によって生成される様々な情報をも収集することができる捜査手法であるから、ここで検討する事柄が基本的に当てはまるといってよい。

1 裁判所による規律の問題点

裁判所が規律内容を形成することにはどういった問題があるのだろうか。この問題について Kerr は、新技術を利用した捜査を規律する上で、裁判所の制度的能力には問題があると指摘した。ここでは Kerr が指摘する問題点を振り返った上で、日本との関係でもそのような問題点が認められるのか否かを考察する。

(1) ルールの形成時期

Kerr は、裁判所の制度的能力には次の問題3つがあると指摘した。

Kerr が取り上げた問題の1つ目は、ルール形成の時期である。Kerr は、当該技術が捜査に利用され、当該技術の利用が司法的解決を必要とする憲法問題とならなければ、裁判所がある技術について判断できないことに加え、事件が最高裁まで持ち込まれるのは稀で、持ち込まれたとしても判断までにはさらに時間がかかると指摘した。Kerr によれば、このために、修正4条のルールは、対応する制定法上のルールや技術に少なくとも10年は遅れて作成されることが多く、現在の技術からみると、何も解決せず、時代遅れのほとんど意味がないルールとなってしまう（先例としての意味が弱ってしまう）という¹。

日本でも、ある技術が捜査で実際に利用された後、裁判所で争点化され、そして裁判が確定してはじめて、裁判所によるルールが形成される（判例によって規律内容が形成される）。もちろん、控訴や上訴がされる事件ではその分さらに時間がかかる。さらに、時間がかかるだけならまだしも、そのような捜査の存在が当事者に把握されなければ、裁判所で争点化されることはない²。加えて把握はされても、長期の裁判を望まない等の理由から当事者が争点化を望まなければ、やはり裁判所で争点化されることはない。

例えば、いわゆる GPS 捜査事件（平成29年判決）³において、捜査機関が GPS 機器を利用したのは平成25年5月23日から同年12月4日頃であった。しかし、最高裁が判断を下

¹ Orin S. Kerr, *The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution*, 102 MICH. L. REV. 801, 867-870 (2004).

² 把握しさえすれば、さしあたり国家賠償請求という形であれ、争点化することは可能ではある。

³ 最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁。

したのは平成 29 年 3 月 15 日である。つまり、GPS 機器が捜査に利用されてから最高裁が判断を下すまで、実に 4 年近くを要したのである。もちろん捜査機関が GPS 機器を利用したのは平成 25 年 5 月 23 日が初めてではないだろうから、実際には少なくとも 4 年以上、裁判所によるルール形成がないまま運用されていたということになる⁴。また忘れてはならないのが、平成 29 年判決の事案では被告人が GPS 機器を偶然にも発見し、その被告人が裁判が長期化してもなお（GPS 捜査が違法と判断されても無罪になることはないとわかってもなお）裁判で争いたいという信念をもち、そしてその信念と真摯に向き合う弁護人がいたといった事実である⁵。どれか 1 つが欠けていれば、最高裁が現時点ですら GPS 捜査について判断していない可能性は十分にあるとあってよいだろう。

こうしてみると日本でも、裁判所はそもそもルール形成をしないか、したとしてもその頃には当該技術はもう利用されていないという問題（ルールの形成時期に関する問題）が当てはまるとあってよいだろう。

(2) ルールの内容

Kerr が取り上げた問題の 2 つ目は、ルールの内容である。Kerr は、プライバシーの利益と法執行の必要性の間に、有効かつ妥当なバランスを作り出すためには、技術の変化に対応できる仕組みが必要だと指摘する。その上で Kerr は、議会によると、様々なルールを試し、頻繁に修正することができるし、プライバシーをより保護するために公共機関と民間事業者の両方を規律し、情報の種別に応じた柔軟なサピーナを設けることもできるし、時限立法を置くこともできると指摘した⁶。

日本でも、裁判所の先例に反した判断は事実上制限されている⁷。このため、新技術を利用した捜査を規律する上で最適な方法があったとしても、裁判所が先例に反してその方法を採用することは事実上難しい。また、裁判所が事後の変化を織り込んで判断しようとするれば、どうしても抽象的な判断にならざるを得ない。その抽象度は技術が目新しければ目新しいほど増すだろう。しかし、そのような判断はそもそも当該具体的紛争の解決にとって都合が良いとは思われない。

こうしてみると日本でも、ルールの内容に関する問題が当てはまるとあってよいだろう。現在の通説的理解が、いわゆる「新しい強制処分説」に対して、裁判所の判断が「あくまで

⁴ 指宿信「GPS 技術と GPS 捜査の定義」指宿信（編著）『GPS 捜査とプライバシー保護 位置情報取得捜査に対する規制を考える』（現代人文社、2018 年）9 頁参照。

⁵ 亀石倫子「GPS 捜査を違法と認定し、立法措置を求める判断」指宿信（編著）『GPS 捜査とプライバシー保護 位置情報取得捜査に対する規制を考える』（現代人文社、2018 年）203 頁参照。

⁶ Kerr, *supra* note 1, at 871-875.

⁷ 中野次雄『判例とその読み方 [三訂版]』（有斐閣、2009 年）15-20 頁参照。

個々の事件の解決を旨とするものであり、そのような専ら個別の事案の特殊な文脈のもとで、新たな強制処分を許容するかどうかというような一基本的な価値選択を伴い、波及性も大きい問題について判断することが適切かは疑問」であるし、「判例による問題解決は、個別的・断片的なものであるので、当の強制処分の要件や手続に関する法の内容が不明確なままにとどまったり、きわめて複雑なものとなったりするおそれがある」と批判するのも⁸、このような趣旨だと思われる。

(3) ルールの形成過程

Kerr が取り上げた問題の3つ目は、ルールの形成過程である。Kerr によれば、プライバシーの利益と法執行の必要性の間に、有効かつ妥当なバランスを作り出すためには、技術について包括的に理解する必要があるという。その上で Kerr は、裁判所はルール形成に当たって利用することができる情報源は限られているにもかかわらず、即時に判断しなければならず、判断に当たって割くことができる労力も限られていると指摘する。こういった中で裁判所は、問題となっている技術の理解を助けるために「例え (metaphor)」に頼らざるを得ないが、その「例え」の正確性や当該技術の位置付けはわからないままであるし、また裁判所が判決を作成する過程が公開されていないため、たとえ判決に技術についての誤解が含まれていても修正される機会がない、と Kerr は続ける。こうして Kerr は、技術が流動的な場合は、今回の論点が全体の中でどういった位置付けなのか、今回の判断がどういった影響をもたらすのかに関する誤解が正されないまま、ルールが形成されてしまう可能性が否定できないと述べたのであった⁹。

日本でも、裁判所が判断をする際の情報源は事件記録、準備書面、そして口頭弁論に限られている。また、判決書は（公開法廷ではないという意味で）裁判官室で起案され、言渡しまで外部の目に触れることはなく、誤りがあってもそれが修正される機会がないという点も同様であろう。このため、不十分な理解から生じた誤解が正されないまま、判決が言い渡されてしまう可能性は否定できない。

もちろん Solove が、専門家証言やアミカス書面によって裁判所は必要な情報を収集できると指摘するように¹⁰、日本でも意見書や証言によって裁判所は必要な情報を収集できるかもしれない。しかし、情報を収集することと、それを正しく理解することとは別である。も

⁸ 井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」『強制捜査と任意捜査 [新版]』（有斐閣、2014年）29頁〔初出1991年〕。

⁹ Kerr, *supra* note 1, at 875-82 (2004); Orin S. Kerr, *Congress, the Courts, and New Technologies: A Response to Professor Solove*, 74 FORDHAM L. REV. 779, 783-784 (2005).

¹⁰ Daniel J. Solove, *Fourth Amendment Codification and Professor Kerr's Misguided Call for Judicial Deference*, 74 FORDHAM L. REV. 747, 772 (2005).

し誤解したまま判決が起案されると、言渡しまでそれが正されない可能性は否定できないのである。

こうしてみると日本でも、ルールの形成過程に関する問題が当てはまるといってよいだろう。

(4) まとめ

以上の通り、Kerr が指摘した裁判所の制度的能力の問題は、日本にも当てはまるといってよいだろう。ただし、日本でこのような問題が見過ごされてきたかといえ、そうではないかもしれない。

かつて田宮裕も、「どのような場合に判例が妥当に機能しうるか」は政策的な問題だと述べたことがある。そのように述べる過程で田宮は、「立法府では、ひろく関係機関の協力をえて豊富な資料を集め、関連事象との総合的な比較検討を行うことができるが、裁判では、当該事件の具体的争訟を解決するという目的のわく内で、証拠能力のあるものだけを、主として当事者の提出した資料の限度で判断する」とも指摘しており¹¹、このような問題にも目を向けていたことがうかがわれるのである。

裁判所による規律に問題がある以上、裁判所よりも相応しい担い手があればそちらに委ねるのがよい。しかしアメリカでは、裁判所による規律に問題があるのと同様に、議会による規律にも問題があるという指摘も加えられていた。そこで続けて、日本でもそのような指摘が当てはまるかを考察する。

2 議会による規律の問題点

議会による規律には問題があるのだろうか。Kerr は、新技術を利用した捜査を規律する上で、議会のほうが裁判所よりも制度的能力に優れていると評価した。また Kerr は、刑事法の文脈で、議会はレントシーキングの影響を受けないとも指摘した。これに対し Solove らは、Kerr の論拠を批判し、議会による規律にも問題があると述べた。

ここでは、Kerr の指摘及び Solove らの批判を振り返った上で、日本との関係ではどのようにいえるかを考察する。

(1) 議会の制度的能力

(一) Kerr による評価と、Solove による批判

Kerr は、上記裁判所の制度的能力の問題点にそれぞれ対応する形で、議会の制度的能力を次の通り評価した。すなわち、ルールの形成時期について Kerr は、議会は問題として取り上げようと思えば取り上げることができ、時には社会的耳目が集まる前、そして裁判所が

¹¹ 田宮裕「刑事訴訟における判例の機能」『刑事手続とその運用』（有斐閣、1990年）216頁〔初出1979年〕。

判断するよりもずっと早い段階で、ルールを形成することができると評した¹²。次に、ルールの内容について Kerr は、議会によると、様々なルールを試し頻繁に修正することができるし、プライバシーをより保護するために公共機関と民間事業者の両方を規律し、情報の種別に応じた柔軟なサピーナを設けることもできるし、時限立法を置くこともできると評した¹³。そして、ルールの形成時期について Kerr は、議会は技術について理解を深めた上で法案を作成することができ、さらに万が一アンバランスな法案が一度出来上がっても最終的に適切な方向へと修正することができると評した¹⁴。

これに対し Solove、Swire、そして Murphy は、Kerr の論拠を批判し、議会の制度的能力にも問題があると述べた。それぞれの批判は重なるといってよいから、ここでは Solove による批判を取り上げる。

まず、ルールの内容について Solove は、2つの点から批判を加える。1つ目の批判は、制定法の包括性についてである。Solove は、プライバシーに影響がある全ての場面で制定法が置かれるわけではなく、裁判所が新技術を利用した捜査を規律しなければ議会がそれを規律することはないのではないかと批判する。また Solove は、多くの制定法が相当な理由に充たない場合でも情報収集を認めてしまっているように、制定法の内容は修正4条の保護に遥かに劣ると批判する。そして Solove は、もし裁判所が規律しなければ、議会によって穴だらけで不均一で弱い保護が設けられるだけになってしまうと述べる。2つ目の批判は、制定法の明確性についてである。Solove は、柔軟性を求めた結果として不明確になった制定法の存在を指摘する。また Solove は、制定法が不明確なために、裁判官がこれを誤って解釈したこともあると指摘する。こうして Solove は、議会によるルール形成が必然的に包括的で、バランスに優れ、明確になるというわけではないと批判した¹⁵。

次に、技術変化の対応について Solove は、事前にルールを形成する際、技術の変化に伴う事情変更全てを予測することはできないと批判する。また Solove は、法制定や修正は容易ではないため、同時多発テロ事件のような劇的な出来事がなければ議会は行動を起こさず、その結果としてそもそも制定法を置かない場合が多く、置いた場合でも技術の変化に応じて修正しない場合もあると批判する。しかし Solove は、事後にルールを形成するのであれば、技術の変化とともにルールを形成できるし、裁判所は事件が提起される都度判断しなければならいから、ある論点が取り上げられる可能性は議会よりも高くなると述べる。こうして Solove は、議会のほうが技術の変化にうまく対応できるというわけではないと批判した¹⁶。

¹² Kerr, *supra* note 1, at 867-870.

¹³ *Id.* at 871-875.

¹⁴ *Id.* at 875-882 ; Kerr, *supra* note 9, at 783-784.

¹⁵ Solove, *supra* note 10, at 760-768.

¹⁶ *Id.* at 768-771.

そして、技術の理解について Solove は、裁判所も専門家証言やアミカス書面から情報を得ることができるだけでなく、具体的紛争に向き合っている裁判官のほうが技術の仕組みを理解する時間もあるかもしれないと述べる。また Solove によれば、新技術が特に複雑でないことも多いという。その上で Solove は、裁判官が「怠惰」で技術の理解を怠ってきたのは確かだとしてもそれは議員も同様であるし、たとえ裁判所が新技術に関する誤った理解に基づいて誤った判決を言い渡した場合でも、その誤りは上級審で正すことができると論じる。こうして Solove は、議会のほうが技術を理解できるというわけではないと批判したのであった¹⁷。

(二) 日本との関係での評価

では、以上を踏まえ、日本との関係で、議会の制度的能力の問題はどのように考えられるだろうか。ここで着目すべきは、Kerr も Solove もいずれかの制度的能力が絶対的に優れているとは論じていない点である。Kerr は、裁判所の制度的能力を批判し、議会の制度的能力を評価するものの、Kerr の指摘の要点は、新技術を利用した捜査を規律する上で、議会のほうが裁判所よりも制度的能力に優れていることを示す点にあった。対する Solove も、議会の制度的能力を批判するものの、裁判所の制度的能力に問題がある点は認めていた。こうしてみると両見解で結論を分けるのは、裁判所にも議会にも制度的能力に欠点があるのはそれとしても、新技術を利用した捜査との関係ではいずれがよりマシとみるか、言い換えるといずれが相対的に優れていると評価するかである。

翻って日本との関係をみると、日本では、新技術を利用した捜査の規律は、「刑事法…に関する基本的な事項」(法務省組織令 60 条 1 項 1 号) に当たり、法制審議会の所掌事務となる。このため、新技術を利用した捜査の規律に関する法案は、国会提出前の段階で、有識者らの専門的知見が反映される仕組みとなっている。さらに国会提出後も、付託された委員会において公聴会、参考人質疑、そして委員派遣といった制度を利用し、関係者や有識者らの意見を聴くこともできるし、本会議でも質疑ができないわけではない。このように国会には、法制定の過程で広く専門家の意見を踏まえる仕組みが整っているといえることができる。また(少なくとも現在は)法制審議会の審議内容は議事録という形で公開されており、委員会の会議内容も事実上公開されているため、外部から審査することも可能である。そしてもちろん、法律として定めることができる事項には限定がないとあってよい。

新技術を利用した捜査は移り変わりが激しく、その影響も見通しにくいことが多い。しかも、そのような技術を利用した捜査には、捜査実施時の要件設定のみならず、収集後の情報管理について規律を及ぼすことが適切な場合もある。こうした新技術を利用した捜査の特徴を考えると、上記のような法制定の過程でこそ、適切な規律を実現できるのではないだろうか。Kerr が指摘する通り、新技術を利用した捜査を規律する上で、国会の制度的能力が優

¹⁷ *Id.* at 771-772.

れていると考えることにも一理ある。

しかし、このような国会の制度的能力を発揮できるのは、そもそも国会が法制定しようとする場合に限られる。というのも、国会が法制定に向けて動かなければ、せつかくの国会の優れた制度的能力も活かされないままだからである。実際にも、法制定が必要な場面であるにもかかわらず、国会が法制定に向けて動かないという事態は観測することができる。例えば、平成 29 年判決は「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」と判示した¹⁸。これは、他ならぬ最高裁が国会に対し法制定を促した場面とみることができる。国会としても、GPS 捜査が今後も実施される可能性が高い手法であることからして、法制定に向けて動かなければならない場面であった。しかし、現時点でも GPS 捜査が法制定されていないのは周知の通りである¹⁹。他の例もある。指紋データベースや DNA データベースも学説上、法制化の必要が強く唱えられてきた²⁰。しかし、指紋データベースや DNA データベースが法制定されていないのも周知の通りである。このように考えると、Solove が批判する通り、国会の制度的能力にも問題があると考えることができそうである。

そうすると、新技術を利用した捜査を規律する上で、国会のほうが裁判所よりも制度的能力が優れているとも、優れていないとも判断しがたい。確実に言えるのは、国会に委ねることの良い面もあるが、悪い面もあるということである。

もっともこの制度的能力の問題をどう考えるにせよ、国会が第一次的に規律内容を形成する主体に据えることには更なる問題がある。それが公共政策的な問題である。そこで続けて、これを考察する。

(2) 公共政策的な問題

(一) Kerr による評価と、Swire 及び Murphy による批判

Kerr は、刑事法の文脈において、議会のレントシーキングの問題は起こらないと述べた。すなわち Kerr は、ほとんどの場合、法執行機関は捜査権限が制限される程度によって「利益」を得ず、プライバシー保護を弱めるためにロビー活動をする明確なインセンティブをもたないと述べる。また Kerr は、法執行機関が権限強化を求めてロビー活動を行うことがあるとしても、それは犯罪解決という公共の利益に対する素朴な意見を反映するものに過ぎ

¹⁸ 最大判平成 29 年 3 月 15 日前掲注 (3)。

¹⁹ GPS 捜査について立法提案を紹介するものとして、川出敏裕「GPS 捜査」『刑事手続法の課題』(立花書房、2019 年) 36-37 頁。

²⁰ DNA データベースの法制化を提言する近時の文献として、例えば、山本龍彦『遺伝情報の法理論—憲法的視座の構築と応用—』(尚学社、2008 年)、水野陽一「監視捜査における情報取得と保存、事後的利用について—DNA 型鑑定、DNA 型データベースに関するものを中心に—」犯罪と刑罰 27 号 (2017 年) 118-132 頁。

ないし、法執行機関の関係者が議会で大きな影響力をもつとしても、それも人々の正当な好みの反映だと論じた²¹。

これに対し Swire や Murphy は、議会によるルール形成過程にも問題があると批判した。すなわち Swire は、古典的な公共選択学では、便益が集中する側のほうが便益が拡散する側よりも選好が重視されると説明されていることを挙げる。そして Swire は、捜査手続に即して、法執行機関が規律の縮減（令状によらずに実施できる捜査の拡大、報告要件の負担の縮小等）によって受ける便益は法執行機関に集中しているのに対し、市民が捜査の規律によって受ける便益は公共に拡散しているため、ただでさえ法執行機関側の選好が重視されてしまう問題があると指摘する。それにもかかわらず、この問題は、ひとたび公共の安全に関する非常事態が発生すると、法執行機関は当該非常事態が収束する前に、拡大した権限を制定法で明文化しようと躍起になるし、法執行機関が自らの専門知識を活用することでより深刻化してしまう、実際にもそれまでの拮抗がたちまち破られ、規律が縮減する方向で事が進んでいくということが繰り返されてきた、と Swire は続ける。こうして Swire は、立法過程には、時が経つとともにより大きな監視権限を許可してしまう傾向が認められると批判した²²。

また Murphy は、プライバシーに関する連邦法を分析すると、政治過程では法執行機関がはっきりと一定の発言力をもっているのに対し、プライバシーの利益を代表するのは取締りの対象（及び被告人の大多数を占める貧困層）に関心の薄い集団にとどまる傾向があったと指摘する。しかも公判では、政府が検察当局という強力な発言力と支持者をもつものに対し、当該被告人は取締りを受け得る階層のプライバシーを代表しなければならなかった（弁護士能力や依頼者の利益の拡散ゆえに、不十分となることがよくある）、と Murphy は続ける。このため Murphy によれば、現在の裁判所も議会も、社会経済的に弱い立場にある者のプライバシー保護ではなく、法執行機関の必要性を考慮することに事実上前向きだったという。

さらに Murphy は、技術的な監視装置のほとんどは非営利団体や政府機関ではなく、民間企業によって開発、販売、そして管理されてきたが、そういった民間企業は、警察による当該捜査の利用拡大に対し、強い経済的利益をもってきたと指摘する。このため Murphy は、刑事司法過程にも、実際には自社製品の購入と利用が促進されるルールを求めてロビー活動を行う強いインセンティブをもち、高度に組織化された利益団体が存在すると述べる。そして、社会経済的に多数派が利用する技術を提供する事業者との関係では、議会が当該事業者の利益に配慮するために柔軟に対応するから、ここでも社会経済的に弱い立場にある者のプライバシー保護が不十分となってしまう、と Murphy は続ける。こうして Murphy は、関係者全ての懸念を明らかにし評価する上で、政治過程のほうが裁判所よりも優れている

²¹ Kerr, *supra* note 1, at 884-887.

²² Peter P. Swire, *Katz Is Dead - Long Live Katz*, 102 MICH. L. REV. 904, 914-15 (2004).

とは言いきれないことがわかると述べるのであった²³。

ここまでみてくると、公共政策的な問題によって、議会による規律に問題があるかといえるか否かの要点は、捜査機関が議会に働きかける動機があるか否か、法執行機関の関係者が議会で大きな影響力をもつことが人々の正当な好みの反映だと考えるか否かだとまとめることができそうである。

その上で次の通り考えることができる。警察・捜査機関には犯罪の予防・鎮圧・解決といった責務がある。しかし、捜査機関にも利用できる人的・物的資源に限りがあるから、到底全ての責務に、同じだけの資源を投入することはできない。優先順位の低いものは切り捨てなければならないこともあるだろう。優先順位が高いにもかかわらず、資源不足のために望ましい結果を得ることができないこともあるだろう。そうすると、このような立場にある捜査機関が、資源を増やし、または資源を効率的に用いる方法を追い求めようとする動機をもつのは構造上むしろ自然なことだといえる。そして、法治国家において、そのような動機を実現し得る手段は、議会への働きかけである。つまり、捜査機関にも議会に働きかけを行う動機があるといつてよい。

また、技術開発を行う民間企業は、開発した物品を前提とした捜査が採用されると、大きな経済的利益を得るのは確かである。このため、そのような民間企業が、自己が開発した物品の採用を求めて、議会に働きかける動機をもつのも構造上むしろ自然なことだといえる。

そしてこれまで、捜査機関の人的・物的資源が事実上の障壁として機能し、プライバシーを含めた権利利益が反射的に保護されてきた面がある。そのため、資源を増やす等の法制定・修正は、これまで反射的に保護されてきた権利利益が切り崩されてしまうおそれも否定できない。したがって、期せずして権利利益が失われてしまわないよう、資源を増やす等の法制定・修正に当たって、議会は前提となる事実を慎重に見極め、議論を重ねなければならないというべきである。それにもかかわらず議会は、捜査機関が「安心安全」に資する法執行のためには人的・物的資源が必要だと主張すると、「安全安心」という言葉がもつ正当らしさもあって、こちらを重視してしまう可能性がある。まして、何か犯罪に関して重大な出来事があった際は、議会が「安心安全」を求める世論にも突き動かされ（後押しされ）、平時であれば認めるはずもない要求を吞んでしまう可能性もある（裏側からいえば、捜査機関は、重大な出来事があったときこそ、自らの専門性を総動員して、議会に働きかけを行う可能性がある）。しかし、もし一度でも法制定・改正がされてしまえば、これを元の状態（「安全安心」に反する元の状態）に戻すのは事実上難しい。

こうして、捜査機関が議会に働きかける動機があると考えられるし、法執行機関の関係者が議会で大きな影響力をもつことが人々の正当な好みの反映だとも考えにくいことがわか

²³ Erin Murphy, *The Politics of Privacy in the Criminal Justice System: Information Disclosure, the Fourth Amendment, and Statutory Law Enforcement Exemptions*, 111 MICH. L. REV. 485, 535-536 (2013).

る。つまり、Swire や Murphy の主張を理由がないと言い切ることはできないだろう。

(二) 日本との関係での評価

では、以上を踏まえ、日本との関係で、議会の公共政策的な問題はどのように考えられるだろうか。

警察・捜査機関が限りある資源を増やし、または効率よく利用できる制度を求める動機をもち、また民間企業が自己が開発した製品の採用を求める動機をもつことは一般的にそういえるのであって、アメリカ特有の事情ではない。

もちろん議院内閣制を採用する日本では、アメリカと異なり、内閣提出法案が認められている。このため日本では、捜査機関や民間企業が、自らに有利な法制定・修正を求めて議会に働きかけるだけでなく、そもそも法案作成段階で自らに有利な制度を潜り込ませた法案を作成しておくことも不可能ではないという問題もあり得る。併せて、「与党の優位が顕著であり、かつ警察組織が立法過程でも大きな発言権をもつ政治状況において、合理的な立法の場が確保できるかどうか」という問題も見逃ごせない²⁴。したがって、むしろ日本のほうが捜査機関や民間企業の動機が反映されてしまう可能性が高いと評価することもできるかもしれない。

また日本では、刑事立法が活発化したとはいえ、その中身はどちらかといえば捜査機関の取扱いの範囲を拡大するような刑事実定法や、部分的には規律を設けているように見えて全体を通して見ると捜査機関の権限を拡大しているような刑事手続法が多いのではないかと²⁵。ここからは、国会が「安心安全」に資する法執行を重視しているのではないかと疑いが生じるようにも思われる。

もちろん、捜査関係事項照会について、民間企業にはその範囲を拡大しようという動機はない。もっとも、捜査機関にはその範囲を維持ないし拡大しようという動機があるだろう。実際、捜査関係事項照会の問題に社会的関心が集まり、国会で取り上げられた際、国家公安委員長は、「捜査関係事項照会は、刑事訴訟法の規定に基づく非常に有効な捜査手法であり、迅速、適正に運用することにより、引き続き、犯人の早期検挙、国民の安心、安全、この確保に努めてまいりたいと思っております。控えるべきではないかという今のお話でございますけれども、具体的な事件の態様によりましては、直ちに捜査関係事項照会により操作に必要な事項、これを入手して被疑者を特定するなど、捜査を迅速に進めなければ、被害が拡大したりあるいはまた被疑者が逃走してしまうこともあり得るところであり、令状の発付を待っていては捜査に支障が生じてしまうことも想定をされるところでござい

²⁴ 後藤昭「法定主義の復活？—最大判平成 29 年 3 月 15 日を読み解く」法律時報 89 巻 6 号 (2017 年) 6 頁。

²⁵ 川崎英明『『新時代の刑事司法』と刑事司法改革の原点』『刑事司法改革と刑事訴訟法学の課題』(日本評論社、2017 年) 165 頁以下〔初出 2017 年〕参照。

ます。警察といたしましては、法令の定めに従い、犯罪捜査に必要な範囲で捜査関係事項照会による情報収集を行うため、民間業者の理解を得られるように要請することはあり得ると思います」と答弁している²⁶。これは、制度をこれまで通り維持したいということであろう。

こうしてみると Swire や Murphy が批判する通り、新技術を利用した捜査を規律する上で、国会による規律には公共政策的な問題があると考えることができる。もちろん国会は、様々な意見を収集し、熟議し、政策決定する場であるから、その過程で民間企業や捜査機関の働きかけを受けること自体は否定されるべきではない。しかし、議会が偏った働きかけを受け、偏った方向で熟議をし、偏った政策決定をしてしまうならば、それは批判されるべきである。

2 まとめ

新技術を利用した捜査を規律する上で、国会のほうが裁判所よりも制度的能力が優れているとも、優れていないとも判断しがたい。確実に言えるのは、国会に委ねることで良い面もあるが、悪い面もあるということであった。もっとも、この制度的能力の問題をどう考えるにせよ、国会を第一次的な規律内容の形成主体とするには公共政策的な問題があるということに注意しなければならない。

では、裁判所による規律にも、国会による規律にも問題があるとしても、新技術を利用した捜査は誰がどのように規律すればよいのだろうか。

第2節 Slobogin の提案の導入可能性、Murphy の提案の導入可能性

第4章では、アメリカにおいては、修正4条が問題となる場面で Murphy の提案を、修正4条が問題とならない場面で Slobogin の提案を併用することで、裁判所による規律の問題、国会による規律の問題を解消し、「よりよい規律」の実現を目指すことができるということがわかった。では、日本においても、Slobogin や Murphy の提案を導入することはできないだろうか。

1 Slobogin の提案の導入可能性

まず、Slobogin の提案はどうだろうか。第4章で確認した通り Slobogin は、「政府監視の法的規制 (*Legislative Regulation of Government Surveillance*)」において、略式規則制定手続によって、警察機関に規則を制定させ、そして後に控えたハードルック・アプローチ等の司法審査によって、その規則の内容を適正なものにさせることを提案した²⁷。つまり Slobogin の

²⁶ 『第198回国会衆議院予算委員会第10号』（平成31年2月20日）山本順三国家公安委員長答弁。

²⁷ Christopher Slobogin, *Legislative Regulation of Government Surveillance*, in THE CAMBRIDGE HANDBOOK OF SURVEILLANCE LAW 597, 615-622 (David Gray & Stephen E.

提案は、略式規則制定手続と、ハードルック・アプローチを中心として組み立てられたものだった。

しかしこの提案を、任意処分の規律そのものに導入すること、ひいては捜査関係事項照会の規律そのものは難しい。これは Slobogin が何を念頭に置いて提案を行っていたかにかかわる。

(1) Slobogin が念頭に置いていたもの

Slobogin が何を念頭に置いていたかは、彼が「政府監視の法的規制」の約1年前に発表した、「行政としての警察活動 (*Policing as Administration*)」と題する論文²⁸を見ていくことで明らかとなる²⁹。

「行政としての警察活動」において Slobogin は、警察活動を、①嫌疑を前提とする警察活動と、②嫌疑を前提としない警察活動 (“panvasive”な警察活動³⁰) の2つに区分した³¹。その上で Slobogin は、①嫌疑を前提とする警察活動には、刑事法規定に当てはまるか否か、そして相当な理由があるか否か等という観点からの規律が及んでいるとしつつ、②嫌疑を前提としない警察活動にはそのような規律が及んでおらず、裁判所もその違法性を厳格に審査してこなかったと指摘する³²。そして Slobogin は、②嫌疑を前提としない警察活動も、略式規則制定手続と、ハードルック・アプローチを中心とした枠組みによって規律されるべきだと提案したのであった³³。

「行政としての警察活動」では、嫌疑を前提としない警察活動の例として、不法入国者や飲酒運転者等を発見するための検問、薬物検査、DNA 検査、そして監視プログラムが挙げられている。そして「政府監視の法的規制」を改めて見返すと、ここで具体例として挙げられていたのも、領域監視システムや統合センターといった監視プログラムであった。また「行政としての警察活動」での提案内容と、第4章で確認した「政府監視の法的規制」での提案内容は同じといってよい。そうすると「行政としての警察活動」で、嫌疑を前提としない警察活動について、略式規則制定手続と、ハードルック・アプローチを中心とした枠組み

Henderson eds, 2017).

²⁸ Christopher Slobogin, *Policing as Administration*, 165 U. PA. L. REV. 91 (2016).

²⁹ 以下の記述について、拙稿「監視型警察活動におけるルール形成・序説」一橋法学 20 巻 2 号 (2021 年) 1223-1226 頁。

³⁰ “panvasive”は、Slobogin による造語である。Slobogin は、広範囲の数多くの人々に対して影響を与える警察活動であって、その人々のほとんどが無実である警察活動を指して、この語を用いている。

³¹ Slobogin, *supra* note 28, at 92-93.

³² *Id.* at 109-117.

³³ *Id.* at 134-151.

によって規律すべきだと論じた Slobogin が、嫌疑を前提としない警察活動のうち、監視活動を対象として改めて論じたのが、「政府監視の法的規制」だったと整理することができるだろう。つまり、これまでみてきた Slobogin の提案は、「嫌疑を前提としない警察活動」を念頭に置いてのものだったのである。

そして「嫌疑を前提としない警察活動」とは、日本でいうところの行政警察活動に対応する。そうすると、Slobogin の提案を日本で直接参照できるのは、少なくとも行政警察活動に対してということになる³⁴。

(2) 日本への導入可能性

Slobogin の提案を直接参照できるのは、少なくとも行政警察活動に対してであった。このため、Slobogin の提案から、捜査関係事項照会そのものについて規律を設けるべきだと提案することは難しい。日本では従来、行政警察活動と司法警察活動で異なる法体系が適用されると考えられてきた。行政手続法が、その3条1項5号で適用除外規定を置いたのも、両方で適用される枠組みを整理するためであった。こうした状況で Slobogin の提案を流用するとなると例えば、行政手続法を中心とした司法審査の枠組みと、刑事訴訟法を中心とした司法審査の枠組みが並立することになる。内容の異なる枠組みが並立するとなれば、適用の前後関係が問題となるのはもちろん、いずれを適用するかそれ自体が深刻な問題となってしまう。

しかし例えば、Slobogin の提案を参照して、日本でも指紋データベースや DNA データベースについて規律を設けるべきだと提案していくことは可能なのではないだろうか。また捜査関係事項照会を含めて、捜査機関が収集した情報の管理について規律を設けるべきだと提案していくことも可能なのではないだろうか³⁵。ここで手掛かりとなるのが、田村正博の提案である。田村正博は、「情報の保管段階においては、情報が外部に流出するか、証拠として提出されるといった稀な事態を除けば、裁判所の統制は及びにくい」から、構造的監督が必要であるところ、「現行法下でも・・・行政規則によって目的外利用を禁止又は厳格に制限し、その違反を懲戒処分対象とすることが可能である（秘密の漏えいは、個人情報保護法・条例や公務員法によって刑罰の対象とされている）」し、「警察に関しては、元々第三者機関的な性格を有する公安委員会が、情報管理に関する規則を定め、警察庁又は都道府県警察を管理する権限の行使として、情報の管理状態や利用状況についても報告を求め、管理を及ぼすことができる」と指摘する。しかも田村によれば、「個人情報の保有に関して行政

³⁴ ここまで注意深く、Slobogin 以外との関係では捜査機関／捜査、Slobogin との関係では警察機関／警察というように語句を使い分けてきた理由もここにある。

³⁵ 日本との関係で行政規則の活用に触れる文献として、山田哲史「新技術と捜査活動規制（2・完）－合衆国最高裁 Riley 判決の検討をきっかけに－」岡山大学法学会雑誌 65 巻 2 号（2015 年）238-239 頁。

機関を適切に規律する内容の行政規則が制定されることは、個人情報濫用による弊害のおそれを生じさせないようにする」だけでなく、「規律する内容、方法が公開され、コンセンサスの形成にもつながる」ものであるが、「特に、警察の場合には、警察と距離をもった民衆の代表としての公安委員によって構成される国家公安委員会又は都道府県公安委員会が規則を定めることになるので、単なる行政組織の内部訓令とは異なる民主的統制としての意味」があり、「制定に当たっては、パブリックコメントを行い、国民の意見、批判を踏まえ、説明責任を果たすことが望まれる」という³⁶。ここには、Slobogin が重視した民主的な説明責任との繋がりをみることもできるだろう。

他にも、令和3年改正個人情報保護法において、個人情報保護委員会の権限として行政機関等の監視、すなわち指導及び助言（個情法157条）、勧告（個情法158条）、そして勧告に基づいてとった措置についての報告の要求（個情法159条）について規定が設けられた意味も踏まえる必要があると思われる。

以上、Slobogin の提案から、捜査関係事項照会そのものについて規律を設けるべきだとはいいにくいものの、捜査関係事項照会を含めて、捜査機関が収集した情報の管理について規律を設けるべきだと提案していくことは可能なのではないかということがわかった。では、Murphy の提案はどうだろうか。

2 Murphy の提案の導入可能性

次に、Murphy の提案はどうだろうか。Murphy の提案では、裁判所の手続過程審査を受けて、または手続過程審査が後に控えていることによって、議会と捜査機関が規定を置いていくことになる。つまりそこでは、裁判所の審査を中心として、議会、裁判所、そして捜査機関の間でうまく協働していく姿が構想されている。しかしこれは裏返せば、裁判所の審査がなければ、成り立たないということである。

確かに、アメリカで裁判所が規律を及ぼしていく場面は主に、修正4条の解釈適用である。これに対し、日本で裁判所が規律を及ぼしていく場面は、修正4条の解釈適用とパラレルに論じられてきた「強制的処分」にとどまらない。「強制的処分」には至らない、任意処分であっても日本では裁判所が規律を及ぼすことができる。

しかし、「強制的処分」かはさておき、捜査関係事項照会との関係では、そもそも裁判所の審査という場をどのように確保するかという問題がある。捜査関係事項照会は、情報主体から情報を収集するわけではない。情報を保有する第三者から当該情報を収集する。また、有体物の押収と違って、捜査機関によって収集されたとしても、当該第三者の手元から情報がなくなるわけでもない。つまり、捜査関係事項照会にはその構造上、実施の有無自体を情報主体が知り得ないのである。もちろん、情報を提供した第三者を介してその事実を知る

³⁶ 田村正博「犯罪捜査における情報の取得・保管と行政法的統制」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 下巻』（成文堂、2014年）527-532頁。

(第三者から実施の事実を伝え聞く)ということも理論上あり得る。しかし、捜査機関は当該第三者に対して秘密保持を命じるだろうから(刑訴法197条5項)、実際上それはあり得ないだろう。

(1) 被疑者・被告人の情報が収集される場合

それでももちろん、遅くとも検察官の証拠調べ請求時に、被告人は自己の情報が捜査関係事項照会によって収集されたという事実を知ることができるかもしれない。ここでもし知ることができれば、被告人は、公判の場で具体的な捜査関係事項照会の違法性を主張していくことができるだろう。

とはいえ、捜査関係事項照会は現状、捜査の初期で行われることが多い。そうすると、収集した情報をそのまま証拠として提出するというよりは、収集した情報等を利用して捜索・差押え令状の発付を請求し、その捜索・差押えによって得た物品を証拠として提出するという場面のほうが多いと思われる。また、収集した情報を証拠として用いるとしても、他の情報(別の機会の捜査関係事項照会によって得た情報も含む)とも合わせてまとめた、捜査報告書を証拠として提出する場面のほうが多いとも思える。このように捜査関係事項照会によって得た証拠の利用の仕方を具体的に考えると、証拠調べ請求時でも、被告人は自己の情報が捜査関係事項照会によって収集されたという事実を知りにくいというべきである。

このようにみてくると、国会、議会、そして捜査機関の間で協働していく前提である、裁判所の審査にすらたどり着かない場面があることがわかる。

(2) 被疑者・被告人以外の情報が収集される場合

被疑者・被告人以外の情報が収集される場合には問題がさらに深刻化する。捜査関係事項照会は、捜査に必要な限り、被疑者・被告人以外の情報も収集することができる。しかしここで被疑者・被告人以外の情報を収集する場合も、当該情報主体に対して自己の情報が収集されたという事実が告知されることはない。差押えの場合には押収品目録が被処分者に対して交付されるが(刑訴法222条1項・120条)、捜査関係事項照会の場合にはこれもない。このため、情報主体が被疑者・被告人以外の場合、自己の情報が捜査関係事項照会によって収集されたとしても、その事実を知る機会がない。言ってしまうと、自己の情報が捜査関係事項照会によって収集され、それが捜査・裁判で利用され、さらにはその後も保存され続けていたとしても、そのような事実を知る機会がないのである。

このようにみてくると、国会、議会、そして捜査機関の間で協働していく前提である、裁判所の審査にすらたどり着かない場面があることがよりわかる³⁷。

³⁷ 万が一、何らかの理由で、被疑者・被告人以外の情報主体が、自己の情報が捜査関係事項照会によって収集されたという事実と知ったとしても、せいぜい国家賠償請求訴訟の中でその違法性を争い得るにとどまる。

3 まとめ

ここでは、アメリカにおいては、修正4条が問題となる場面で Murphy の提案を、修正4条が問題とならない場面で Slobogin の提案を併用することで、裁判所による規律の問題、国会による規律の問題を解消し、「よりよい規律」の実現を目指すことができるということ为前提に、日本においても、それぞれの提案を導入できるか否かを考察した。その結果、Slobogin の提案からは、捜査関係事項照会そのものについて規律を設けるべきだとはいいにくいものの、捜査関係事項照会を含めて、捜査機関が収集した情報の管理について規律を設けるべきだと提案していくことは可能なのではないかということがわかった。

また Murphy の提案は、裁判所の審査がなければ成り立たないところ、捜査関係事項照会には構造上、①情報主体が実施の事実を知らず、そのために裁判所でそれを争う機会がない場合や、②たとえ対象者がその事実を知ったとしても、裁判所でそれを争えない場合があることがわかった。

しかしこの問題を対処すれば、Murphy の提案は導入することができるかもしれない。では、どのようにすれば上記問題に対処できるのだろうか。次節ではこれを考察する。

第3節 情報主体への告知、準抗告

前節で確認した通り、捜査関係事項照会にはその違法性を争おうにも、情報主体がその実施を知る機会がなく、知ったとしても争う機会が十分ではないという問題があった。そこで本節では、前者は、捜査関係事項照会を実施する際は、情報主体に対し告知するよう義務付けることで、後者も、捜査関係事項照会を準抗告の対象に含めることで、この問題に対処できないかを考察する。

1 証拠の由来の明示

自己の情報が捜査関係事項照会によって収集されたという事実を知る術がないことが原因なのだとすれば、それを与えれば済むのではないだろうか。では、「証拠提出に当たって（公判前整理手続を経る事件ではその中で）、当該証拠がいつ、どこで、誰から、どのような方法によって取得したか（由来）を明らかにするよう義務付ける」という制度を導入するのはどうだろうか。

この方法であれば、遅くとも検察官が証拠提出する際、自己の情報が捜査関係事項照会によって収集されたか否かを知ることができ、公判で具体的な捜査関係事項照会の違法性を主張することもできるようになりそうである。

この方法に対しては、証拠の由来を明らかにすると、捜査や公判に影響があるという反対が想定できる。しかし、捜査段階ではなく、公判段階で証拠の由来を明らかにする以上、当該事件の捜査や公判に影響があるとは思えない。もちろん、余罪事件への影響は考える必要があるかもしれない。すなわち、起訴された事件とは別の余罪について目下捜査中という場

合には、証拠の由来を明らかにすることで、別事件について捜査の進捗が間接的であれ明らかとなり得るかもしれない、当該別事件に関して、関係者への働きかけ、証拠の隠匿・破壊を招いてしまうおそれがあるかもしれない。

とはいえ、常にこのような可能性が存在するわけでもないだろう。原則的には証拠の由来を明らかにするよう義務付けつつ、例外的にそれをする不都合がある（別事件への影響等）という場合には、裁判所の許可を得て、証拠の由来を明らかにする時期を遅らせるという対応すれば十分であろう。裁判所の許可を得る際、裁判所に対しては、証拠の由来を明らかにした上で、なぜそれを現時点で明らかにすると不都合があるのかを具体的に説明すべきであろう。

ただし、この方法でも課題が全て解決するわけではない。確かに、公判において証拠の由来を明らかにするよう義務付ければ、公判に提出された証拠の源泉となった捜査手法が何かをたどることができる。それには意義があるとしても、限界もあるからである。例えば、捜査自体は行ったものの、特段何か有益な情報が得られなかった場合があり得る。この場合は、公判に提出された証拠からその捜査手法までたどり着くことはできない。しかし後から振り返って見て、公判に提出された証拠と結びつかない捜査手法こそ、「果たして本当にそれを実施する必要があったのか」を吟味すべきである。したがって、公判において証拠の由来を明らかにするという方法だけでは、手あたり次第に捜査関係事項照会を行うといったような、最も裁判所の判断を仰ぐべき場面が取り残されてしまうといつてよい。

このように公判において証拠の由来を明らかにするよう義務付けたとしても、実施された捜査関係事項照会全てが明らかとなるわけではないから、裁判所の審査に持ち込まれない場面が残されてしまう。このため、公判において証拠の由来を明らかにするよう義務付けるという方法では、裁判所の審査を中心として、国会、裁判所、そして捜査機関の間での協働をうまく機能させていくことができない（効果は限定的である）。

ただし後述の通り、告知の実施を担保するという観点からは、証拠の由来の明示も意味がある。

2 情報主体への告知

公判において証拠の由来を明らかにするよう義務付けても、実施された捜査関係事項照会全てが明らかになるわけではなかった。では、「捜査関係事項照会を実施した際は、情報主体に対してその旨を告知するよう義務付ける」というのはどうだろうか。ここで告知すべき内容は、情報主体が違法性を争うべきか否かを判断できる程度であればよい。そこで少なくとも、「①収集の方法が捜査関係事項照会である旨、②罪名及び罰条、③捜査関係事項照会実施の日時、第三者が報告をした日時、④報告した第三者の名称、⑤第三者が報告した情報の概要」を告知すべきであろう。

もちろん、捜査関係事項照会を実施した際に告知するということは、情報主体に対して捜査の進捗を明らかにする面をもつ。このため、被疑者の情報を対象とした捜査関係事項照会

の場合は特に、告知によって関係者への働きかけ、証拠の隠匿・破壊を招いてしまう可能性がある。とはいえ反対に言えば、その可能性がないのであれば、告知すべきということである。そこで、原則的には告知するよう義務付けつつ、例外的にそれをすると不都合があるという場合には、第三者機関に対して告知した上で、情報主体に対する告知は、その不都合がなくなるまで告知を遅らせることができるという対応で十分であろう³⁸。

このように情報主体への告知という方法によって、「自己の情報が捜査関係事項照会によって収集されたという事実を知る術がない」という原因は解消することができる。

ただし、まだ課題がある。違法性を争う場所が刑事事件の公判しかなければ、当該捜査関係事項照会によって得た情報（その派生証拠）が証拠として提出されない限り、違法性を争えない。また、被告人以外の情報主体にとっては、彼ら自身がその違法性を争うことはできない。そこで、情報主体への告知と合わせて、捜査関係事項照会を争う場面を用意する必要がある。

3 準抗告

ここで手がかりとなるのが、領置（刑訴法 221 条）をめぐる議論である。刑事訴訟法を見渡すと捜査当時、それを正面から争う手段として、「押収に関する処分」について準抗告（刑訴法 430 条 1 項）が用意されていることがわかる。では、捜査関係事項照会を準抗告の対象に含め、そこで捜査関係事項照会の違法性を争うという制度設計はできないだろうか³⁹。

領置は、第三者から物品の提供を受ける捜査手法である。対する捜査関係事項照会は、第三者から情報の報告を受ける捜査手法である。このように領置と捜査関係事項照会は、第三者から提供（報告）を受けるという態様は共通している。それにもかかわらず、前者には不服申立て手段（「押収に関する処分」の準抗告）があり、後者にはそれがない。しかしこの区別は、対象が物品（有体物）か情報（無体物）かという違いによって正当化できるものな

³⁸ ここでは、通信傍受法 30 条 2 項が、「通信の当事者が特定できない場合又はその所在が明らかでない場合を除き、傍受の実施が終了した後 30 日以内にこれを発しななければならない。ただし、地方裁判所の裁判官は、捜査が妨げられるおそれがあると認めるときは、検察官又は司法警察員の請求により、60 日以内の期間を定めて、この項の規定により通知を発しななければならない期間を延長することができる」と規定し、通知とその捜査への影響を衡量した制度設計をしていることも手掛かりとなるだろう。

³⁹ 捜査関係事項照会の違法性は、実施当時に確定する。例えば、実施当時に必要性がなければ、その後に偶然にもその情報を利用できたとしても当然違法である。しかし、後になって偶然にもその情報を利用できた場合、それにもかかわらず「実施当時には必要性がなかったから違法だ」と判断することは、いわゆる後知恵バイアスの影響もあって困難かもしれない。そのような事態を回避するという意味でも、捜査関係事項照会が実施された当時、その違法性を正面から争う場面を用意しておくことが正当化されるだろう。

のだろうか。むしろ、提供を受け占有を継続する段階では準抗告が認められている領置とパ
ラレルに考えて、報告を受け情報の保有を継続する段階では準抗告の対象に含めるべきで
はなかろうか⁴⁰。準抗告が何を対象としているかをみていくに当たっては、準抗告と検証を
めぐる議論が参考になる。

(1) 準抗告と検証をめぐる議論

準抗告と検証をめぐるのは、差押対象物以外の物品について、その状況や内容を記録する
目的で写真撮影が行われた場合、その違法性を準抗告によって争うことができるかが争わ
れてきた。刑訴法 430 条 2 項は、準抗告の対象を「押収に関する処分」と規定しているが、
そこに検証も含めることができないかというわけである。

この問題について最高裁は、写真撮影によって得られたネガ及び写真の廃棄または引渡
しを求める準抗告が申し立てられた事件において、「写真撮影は、それ自体としては検証と
しての性質を有すると解されるから、刑訴法 430 条 2 項の準抗告の対象となる『押収に関す
る処分』には当たらないというべきである。したがって、その撮影によって得られたネガ及
び写真の廃棄又は申立人への引渡を求める抗告を申し立てることは不適法であるとするの
が相当である」と判示した⁴¹。

(一) 後藤による批判

これに対し、後藤昭は次の通り批判を加える。後藤昭は、刑訴法が検証や搜索を準抗告の
対象に含めなかった理由を、「これらの処分による権利制約は一過性のものであると、考え
られた」点、つまり「押収であれば、対象物が還付されない限り権利制約が続くから、準抗
告を認める必要があるが、検証や搜索は仮に違法に行われたとしても、終わってしまえば権
利侵害も止み、事後的に取消を求める利益はない、と考えられた」点に見出す⁴²。つまり、
押収は立法当時、押収物が返還されずに占有が継続されておれば、財産権について権利が制
約された状態が続いており、事後的な不服申立てによってその適否を争わせる利益がある
のに対し、検証や搜索は、その実施によってプライバシーが制約されても、実施が終われば
それでプライバシーの制約も止むから、事後的な不服申立てによってその適否を争わせる
利益がないと理解された。そのために刑訴法は、押収を準抗告の対象とし、検証や搜索をそ
の対象としなかったのではないかと後藤はみるのである。

しかし、後藤によればこのような区別はもはや成り立たない。というのも、「現在のよう

⁴⁰ 民間設置の街頭防犯カメラや、ドライブレコーダーの捜査への利用について、星周一郎
「防犯カメラ・ドライブレコーダー等による撮影の許容性判断と犯罪捜査・刑事司法にお
ける適法性の判断」警察学論集 70 巻 11 号 (2017 年) 53 頁以下参照。

⁴¹ 最高裁平成 2 年 6 月 27 日刑集 44 巻 4 号 385 頁。

⁴² 後藤昭「判批」『捜査法の論理』(岩波書店、2001 年) 38 頁〔初出 1990 年〕。

に情報を記録する手段が発達し、しかも情報に対する権利意識が強まった状況のもとでは・・・物から情報を写し採られた者は、物の占有を失わなくても、捜査機関がその情報を保有していることを権利侵害とを感じる」からである⁴³。その上で後藤は、「伝統的な強制処分
の分類上は検証に該当する行為であっても、それが押収の代替手段たる性質を持ち、処分後
にも押収と同じ程度に権利制約が継続していると認められるものについては、押収に準じ
て法 430 条による準抗告を認めるべきであろう」、「このような解釈は、条文の文理からは離
れるが・・・その立法趣旨にはむしろ適合するのである」と述べる⁴⁴。

後藤の批判は次の通りまとめることができる。準抗告の対象が押収に限られているのは、
立法当時、事後的な不服申立てによってその適否を争わせる利益が、検証や捜索について認
識されなかったからに過ぎない。そこで、そのような利益が認められるのであれば、押収と
いう法形式ではなくとも、準抗告の対象に含めるべきだ、と後藤は指摘し、最高裁決定を批
判したのである。

(二) 調査官による指摘

他方で、平成 2 年決定について、調査官は次の通り論じた。調査官によれば、なぜ刑訴法
が検証を準抗告の対象から外したのかその立法趣旨を明確に述べている文献は見当たらない
という。そこで調査官は、準抗告（刑訴法 430 条 2 項）と同様に判決前の決定に対する不
服対象を押収に限定し検証を除外している刑訴法 420 条 2 項について、瀧川幸辰ほか（編）
『新刑事訴訟法解説』が、「それは、財産権に関する重要な問題だからである」と説明する
のを引用し⁴⁵、「刑訴法 430 条 1 項、2 項についても、物の占有を奪われるという財産上の
不利益を被った者を特別に保護する趣旨であったのではないかと考えられる」、「文書の内
容を逐一写真撮影された者と比べ、その文書の占有を奪われた者の被る侵害は一段と大き
いということができようから、後者のみを保護の対象とする立法をすることには合理性が
認められよう」と指摘する。その上で、「検証の手段としての写真撮影が立法当初から予定
されていたことも明らかであり、結局、立法趣旨のみを根拠として積極説を主張すること
は困難ではなからうか」、「この問題に関しては、プライバシー保護という観点から当初の立
法趣旨を一步踏み出した解釈を採ることが許されるかどうかというアプローチが相当である
ように思われる」と述べた⁴⁶。

つまり調査官は、刑訴法が押収についてのみ準抗告の対象とした趣旨を、物の占有を奪わ
れるという財産上の不利益を被った者を特別に保護するという点に求めた。この調査官の
解釈によれば、写真撮影は物の占有を奪うという財産上の不利益を生じさせないため、それ

⁴³ 後藤昭・前同。

⁴⁴ 後藤昭・前同。

⁴⁵ 瀧川幸辰ほか編『新刑事訴訟法解説』（大学書房、1948 年）425 頁。

⁴⁶ 大谷直人「判解」最判解刑事篇平成 2 年度（1994 年）96 頁。

を準抗告に含まないことが正当化されることになる。

(三) 両見解の異同

後藤は、刑訴法が押収についてのみ準抗告の対象とした趣旨を、「権利制限の一過性」に求め、その趣旨が当てはまらない場合には準抗告の対象とすべきだと論じた。他方で調査官は、刑訴法が押収についてのみ準抗告の対象とした趣旨を、物の占有を奪われるという財産上の不利益を被った者を特別に保護するという点に求め、準抗告の範囲を「押収」という文言通りに限定した。このように、両者見解の論理は異なるようにも見える。

しかしここで着目すべきは、調査官も、準抗告の範囲が「押収」の枠を超えることを完全に否定しているわけではない点である。調査官も、「この問題に関しては、プライバシー保護という観点から当初の立法趣旨を一步踏み出した解釈を採ることが許されるかどうかというアプローチが相当であるように思われる」と述べており、ここからは準抗告にプライバシー保護という要請を盛り込んでいくこと自体を否定しているわけではないように読み取れることもできる⁴⁷。

もちろん、立法趣旨を一步踏み出した解釈を採ることが許されるにせよ、既存の準抗告の対象と均衡を取る必要もあるから、財産上の不利益を被ったのと比肩すべき程度に、プライバシーへの影響がある場合には限られるだろう。そしてこのような場合と、後藤がいう「押収の代替手段たる性質を持ち、処分後にも押収と同じ程度に権利制約が継続していると認められる」場合とはほぼ重なるのではないだろうか。そうだとすると結局、刑訴法 430 条 2 項の立法趣旨をどのように把握するにせよ、プライバシーへの影響に関する立論次第では、押収という法形式ではなくとも、また財産上の不利益が生じるわけではなくとも、準抗告の対象に含んでよいのではないかと思われる。

ここまでの議論は、捜査に関する近時の問題関心と通じるところがある。山本龍彦は、憲法学の立場から、「警察の情報実務には、情報の収集・取得、それに引き続く情報の保存・集積、さらには利用・連結・解析などが含まれるところ、これまでの実務・裁判例・刑訴法学説は、もっぱら情報取得時のインパクトに着目し、かかる情報取得の法的正当性に焦点を

⁴⁷ なお、平成 2 年決定に付された藤島補足意見は、「実質的にみれば、捜査機関が日記帳又はメモを差し押さえてその内容を自由に検討できる状態に置いているのと同じであるから、写真撮影という手段によって実質的に日記帳又はメモが差し押さえられたものと観念し、これを『押収に関する処分』として刑訴法 430 条の準抗告の対象とし、同法 426 条 2 項によりネガ及び写真の廃棄又は引渡を命ずることができるとする考え方もあり得よう」と判示している。緑大輔は、この部分を、「占有は制約されていないにもかかわらず、準抗告を認めるべきとの理解からは、プライバシーの保護のための不服申立ても選択肢としてありうることを示すもの」と評価している（緑大輔「監視型捜査」法学教室 446 号（2017 年）30 頁）。

当ててきたのではないか、それによって、警察による情報の保存・集積や利用・解析といった問題が議論の後景に退き、そこに、法的統制の及ばない、ある種の『聖域』が形成されてきたのではないかと問題提起をした。その上で、山本は、この「情報取得時のインパクトに着目し、かかる情報取得の法的正当性に焦点を当てる警察実務および裁判例、さらにこれを分析する刑事訴訟法学の議論」を、「取得時中心主義」という言葉で表現したのであった⁴⁸。翻って、検証による権利制限は一過性に過ぎない、または特別に保護すべきなのは財産上の不利益を被った者に限られるとの理解も、処分後の情報処理で生じる権利制限に特段の注意を払ってこなかったことを表している⁴⁹。刑訴法が押収についてのみ準抗告の対象としたのは（検証や捜索といった、押収以外について準抗告の対象としなかったのは）、まさに「取得時中心主義」の具体的場面での現れといえるのである。

(2) 捜査関係事項照会によるプライバシーへの影響

プライバシーへの影響に関する立論次第で、準抗告の対象に含まれるとすれば、捜査関係事項照会にもその中でその違法性を争う余地が出てくる。

そこで、捜査関係事項照会に目を向けると、第1章で確認した通り、捜査関係事項照会の対象が「私」の団体にも広げられたのは、現行刑訴法への改正時であった。そうすると、遅くとも現行刑訴法当時、民間企業への捜査関係事項照会が想定されていたにもかかわらず、現行刑訴法へと改正する際、立法者は、準抗告を含めて何ら不服申立ての手段を用意しなかったということになる。ここからは、捜査関係事項照会について不服申立て手段は必要ないというのが立法者意思だと想像できなくもない。確かに、捜査関係事項照会は、「領域」外の情報を収集する捜査手法であり、財産上の不利益を生じさせるわけではない。あるいは、報告された情報が捜査機関に保有されるのは事実だとしても、当該情報の質・量が限られていたこともあって、照会後にも押収と同程度の権利制限が継続するとは考えにくかったの

⁴⁸ 山本龍彦「監視型捜査における情報取得行為の意味」『プライバシーの権利を考える』（信山社、2017年）89頁〔初出2015年〕。

⁴⁹ 後藤昭も、「取得時中心主義」をめぐる議論を確認した上で、「捜査機関による情報取得後の保存と利用のあり方は、これまでの刑訴法の強制処分の枠の中でも、十分な対処ができていない。そのために問題が潜在する部分である」と指摘する。そして、続けて、「たとえば、押収物については、必要がなくなれば還付するという規定がある（刑訴法123条・222条1項）。しかし、検証によって取得した情報をどう扱うべきかについては、何も規定がない。それは、現行刑訴法の立法者が、捜査機関による個人情報の保管を権利制約とみていなかったためであろう。検証に対する準抗告を認める条文がないことも同じ理由による。それが、書類の写真撮影に対して準抗告ができるかどうかという争点を生み出している」と指摘している（後藤昭「捜査の法的規制」川崎英明ほか『刑事司法改革の現段階』（日本評論社、2021年）94-95頁）。

であろう。

しかし第1章及び第2章で確認した通り、今は状況がまるで異なる。情報技術の進展に伴い、収集できる情報はより多く、より機微性が高くなった。そして、収集された情報はその他の情報と組み合わせられ、より機微性の高い情報を生み出す可能性も秘めている。さらに、情報記録技術の進展により、捜査機関にとって有益な情報は事実上いつまでも保有できるようになった。こうしたこともあって、今では財産上の不利益を被ったのと比肩すべき程度に、プライバシーへの大きな影響がある場合も出てきた。つまり時代の変化によって、立法当時と同様に運用しているにもかかわらず、立法当時とは全く異なる状況が生じるに至ったのである。そうである以上、その違法性を争う機会が与えられるべきであるが、現状これに相応しい手段は準抗告を置いて他にない。したがって、遅くとも現在では、捜査関係事項照会について特別の不服申立て手段を新設するのであればともかく、そうでない限りはその違法性を争う機会を与えるべく、捜査関係事項照会を準抗告の対象に含めるべきである。

(3) 準抗告認容時の命令内容

では、捜査関係事項照会を準抗告の対象に含めるべきだとして、裁判所は個別具体的な捜査関係事項照会に違法があったと認めた場合には、どのような命令をすべきだろうか。ここでも、準抗告と検証をめぐる議論が手掛かりとなる。

準抗告を認容する場合、裁判所は「処分の取消又は変更」を命じることになる。もっとも、違法な押収を取り消す場合には、行われるべき原状回復として押収対象物の返還をすればよいことが明確である。そこでこの場合には、あえて裁判所が押収対象物の返還を命じる必要はない。これに対し、差押対象物以外の物品について、その状況や内容を記録する目的で行った写真撮影を取り消す場合は、行われるべき原状回復として具体的に何をすべきかが明確ではない。そこで後藤は、そのような場合に裁判所は、当該処分を取り消すと同時に、捜査機関に対しネガフィルムを返還（引渡し）または廃棄するよう命じるべきだと提案した⁵⁰。

もちろんネガフィルムは捜査機関の所有物であって、申立人（検証対象者）の所有物ではない。原状回復させるためだけであれば、捜査機関に当該ネガフィルムを廃棄させれば十分で、それを申立人に返還させるのは過剰ともいえそうである。それにもかかわらず、後藤が廃棄に加えて返還まで提案したのは、「廃棄命令だと、申立人にはそれが実行されたことを確かめる手段がないので、返還ないし引渡命令のほうがより適切」だと考えるからである⁵¹。つまり後藤は、廃棄命令の実行を担保するには返還まで命じるのが適切だと考え、捜査機

⁵⁰ 後藤昭「搜索差押えの際の写真撮影」『捜査法の論理』（岩波書店、2001年）30頁〔初出1986年〕。

⁵¹ 後藤昭・前同。

関に対しネガフィルムを返還または廃棄するよう命じるべきだと提案したのである。

では、捜査関係事項照会との関係ではどのように考えるべきだろうか。裁判所が、個別具体的な捜査関係事項照会の実施に違法があったと認定する場合は、まず、違法な捜査関係事項照会を取り消すことになるだろう。次に、捜査関係事項照会も原状回復として具体的に何をすべきかが明確ではないといえそうである。そこで裁判所は、捜査機関に対し報告された情報を廃棄（消去）するよう命じるべきである。

では、廃棄の実行を担保するために廃棄に加えて、返還まで命じるべきだろうか。これは難問である。というのも、返還には捜査関係事項照会に特有の問題が絡むからである。捜査関係事項照会の場合には、捜査機関は第三者から報告を受け、情報を保有するのであって、情報主体から直接収集して、当該情報を保有するわけではない。そのため、捜査機関が捜査関係事項照会によって収集した情報（が記録された媒体）を情報主体に対して交付すると、情報主体が元々もっていなかった情報を手にすることになってしまう。特にこれが問題となるのが金融機関の信用情報や、医療機関の診療情報である。金融機関は、顧客本人から差し出された情報その他を組み合わせ、当該顧客の信用情報を取りまとめている。これは情報主体である顧客に由来する情報ではあるものの、当該顧客への開示が予定されていない情報である（予定されていないからこそ、忌憚のない評価を盛り込むことができる）。医療機関は、患者本人から聴取した情報や検査結果等を組み合わせ、当該患者の診療情報を取りまとめている。これも情報主体である患者に由来する情報ではあるものの、当該患者への開示が予定されていない情報である（予定されていないからこそ、忌憚のない意見を盛り込むことができる）。それにもかかわらず、捜査機関が捜査関係事項照会によって収集したこれらの情報（が記録された媒体）を顧客や患者に対して交付すると、彼らが元々知らなかった情報を知ることになってしまうのである。捜査機関を通じてこのような情報が顧客や患者に知られてしまう可能性があれば、金融機関や医療機関には捜査機関への報告自体を拒む動機が生じてしまうだろう。ここでは金融機関と医療機関を例に挙げて説明したが、これ以外の民間企業であっても、多かれ少なかれ情報主体本人には知られたくないというような情報はあろう。そうすると、廃棄の実効性は第三者機関の監督によって担保すれば足り、情報主体に返還を命じるべきではないと考えるのがよい。

したがって、裁判所は個別具体的な捜査関係事項照会に違法があったと認める場合には、捜査機関に対し報告された情報を廃棄（消去）するよう命じるべきである。そして、捜査機関が当該情報を廃棄したかを第三者機関が監督すべきである。

(4) 制裁措置

捜査関係事項照会を実施する際、情報主体（あるいは第三者機関）に対して、告知するよう義務付けたとしても、その実施を担保する仕組みがなければ意味がない。では、告知の実施を担保する仕組みはどのようなべきだろうか。

告知には手間がかかる。それにもかかわらず、告知を実施するよう義務付けるには、それ

が実施されなかった場合に、捜査機関に対して一定の制裁を課するのがよい。そこで例えば、告知の実施を証する書面が併せて提出されなければ、当該捜査関係事項照会に由来する証拠を採用しないというのがよいだろう。具体的には、証拠の由来を明らかにするよう義務付ける制度を導入した上で、提出された証拠が捜査関係事項照会に由来すると知った裁判所は、捜査関係事項照会の実施に際して告知が実施されたことを証する書面を提出するよう求めるべきである。そして、捜査関係事項照会に由来された証拠を提出したにもかかわらず、捜査機関が告知の実施を証する書面を提出しない場合には、裁判所は当該証拠を採用しないとすべきである。さらに、捜査機関が告知の実施を証する書面を提出した場合には、裁判所は当該書面に「①告知の相手方は誰か、②告知の日時、③告知の方法、④告知が遅延した場合にはその理由」の記載があるかを確認した上で、告知の実施に疑義があれば、やはり当該証拠を採用しないとすべきである。

このような仕組みを設けることで、捜査機関は、捜査関係事項照会の実施に際して書面を作成し、そこに「①告知の相手方は誰か、②告知の日時、③告知の方法、④告知が遅延した場合にはその理由」を記載した上で、後の公判に備えて保管しておくようになるだろう。

(5) 想定される反論

もちろん、情報主体に対する告知を義務付けるとともに、捜査関係事項照会を準抗告の対象とすることには、次の通り反論があるだろう。

(一) 司法資源の限界

想定される反論1つ目は、司法資源の限界にかかわる。捜査関係事項照会は序章でも触れた通り、捜査の初期段階における捜査対象の見極め、またはそもそも捜査すべきか否かの決定にも用いられてきた。そのため、捜査関係事項照会の実施件数はかなり膨大である。こうした状況の中で、捜査関係事項照会を準抗告の対象に含めると膨大な件数の準抗告が申し立てられる可能性があり、そうすると現状の司法資源では到底賄えないのではないだろうか。これが想定される反論1つ目である。

確かに、現在の実施状況の中で捜査関係事項照会を準抗告の対象に含めると膨大な件数の準抗告が申し立てられるかもしれない。しかし裁判所が準抗告において次節で考察する通り、手続過程審査により判断していき、しかもその判断が蓄積していけば、どのような捜査関係事項照会であれば準抗告が認容されるかその基準が自ずから明らかとなるだろう。そうすると、準抗告が申し立てられる件数も減少していくはずである。こうして上記反論は一時的にはともかく、次第に当たらなくなっていくのではないかと思われる。

(二) 準抗告の機能

想定される反論2つ目は、準抗告の機能にかかわる。先程も述べた通り、捜査関係事項照会は、捜査の初期段階における捜査対象の見極め、またはそもそも捜査すべきか否かの決定

にも用いられてきた。こうした状況の中で捜査関係事項照会を準抗告の対象に含めると、捜索・差押えの令状審査に必要な資料が入手困難となり、捜査が行き詰ってしまうのではないかと。これが想定される反論2つ目である。

しかし、適正な手続及び内容の捜査関係事項照会であれば、たとえ準抗告が申し立てられてもそれが認容されることはない。そこで捜査機関としては、準抗告を恐れて捜査関係事項照会をあらかじめ取りやめるのではなく、捜査関係事項照会を適正な手続及び内容で実施するよう動くのが先である。したがって、上記反論は準抗告を過度に恐れている点で妥当でないと思われる。

(三) 告知の実効性

想定される反論3つ目は、告知の実効性にかかわる。捜査関係事項照会にはその違法性を争おうにも情報主体がその実施を知る機会がなく、知ったとしても争う機会が十分ではないという問題があった。そこで本稿では、前者は、捜査関係事項照会を実施する際は、情報主体に対し告知するよう義務付けることで、後者も、捜査関係事項照会を準抗告の対象に含めることで、この問題に対処しようとしてきた。しかし、このような方法でも問題が解決しない場面もあるのではないかと。これが想定される反論3つ目である。

確かに、例えばポイントカード発行会社や、電光熱会社、そして金融機関は通常、当該企業のサービスを利用する前提として身元情報の提供を求める。このため、これらの企業は会員情報、電光熱の利用状況、それぞれ信用情報が、「どこの誰のものか」を把握しているはずである⁵²。そこで、このような会社に対して捜査関係事項照会を実施する場合には、当該企業を介して、捜査機関は告知すべき情報主体がどこの誰かを知ることができる。

これに対し例えば、鉄道会社は、鉄道サービスを利用する前提として身元情報を求めないこともある。その場合は、鉄道会社は、ある人物の利用状況が「どこの誰のものか」を把握していない（人物Aが、いつ改札を入り、どの駅からどの駅まで乗車し、いつ改札を出たか等は把握しているものの、それが「どこの誰か」までは把握していない）。しかし、「どこの誰のものか」わからない情報でも、捜査機関にとっては有益な情報である場合がある。例えば、当初は無関係と思われた数件のひったくりの事案でも、各事件発生前に事件現場からほど近い駅を毎回利用している人物がおれば、その人物が一連のひったくりの犯人ではないかとの疑いを向けることができるかもしれない。また殺人事件において、事件現場付近の防犯カメラ映像と、事件後の最寄り駅の利用状況を知ることによって、犯人と思しき人物の移動経路を割り出すことができるかもしれない⁵³。しかしこのような場合には、捜査関係事項照会

⁵² 身元情報に何か変更がある場合でも、当該企業のサービスを受けようとして、情報主体が自ら修正を申し出るのが通常である。

⁵³ 交通系ICカードに関する情報も捜査関係事項照会によって収集できることについて、「個人情報：捜査提供OK？ Tカード、dポイント、Suica…利用者認識せず 警察幹部

を実施する際、当該鉄道会社を介して、捜査機関は告知すべき情報主体がどこの誰かを知ることができないのである。情報主体が告知されなければ、情報主体は自己の情報が捜査関係事項照会によって収集されたという事実を知らないまま、その違法性を争う機会を失ってしまう可能性がある。

こうしてみると、告知と準抗告という方法では対処できない場面があるのは事実である。ただし捜査関係事項照会の多くは、告知と準抗告という方法によって対処ができるのも事実だと思われる。そこで告知すべき情報主体が判明している場合には、当該情報主体に告知すべきであるのに対し、告知すべき情報主体が特定できない場合には、第三者機関に対して告知（届出）し、当該第三者機関にいわば情報主体の代理人として、捜査関係事項照会の違法性を争うか否かを判断させるのがよいのではないだろうか（第三者機関が争うべきだと判断した場合には準抗告を申し立てることを認めればよいのではないだろうか）⁵⁴。このような方法を採用することで、上記反論のような懸念は解消されると思われる。

4 まとめ

前節では、捜査関係事項照会にはその違法性を争おうにも、①情報主体がその実施を知る機会がなく、②知ったとしても争う機会が十分ではないという問題があることを明らかにした。本節では、前者は、捜査関係事項照会を実施する際は、情報主体に対し告知するよう義務付けることで、後者も、捜査関係事項照会を準抗告の対象に含めることで対処ができることがわかった。またいくつか反論も想定できるものの、これらが決定的な妨げとならないことも示した。

では、捜査関係事項照会の実施が告知され、情報主体が準抗告を申し立てた際、裁判所は準抗告において、具体的にどのように判断していけばよいのだろうか。次節ではこれを考察する。

第4節 監視型捜査をめぐる近時の議論

では、捜査関係事項照会の実施が告知され、情報主体が準抗告を申し立てた際、準抗告において裁判所は具体的にどのように判断していけばよいのだろうか。

Murphy の提案では、裁判所の手続過程審査を受けて、または手続過程審査が後に控えていることによって、議会と捜査機関が規定を置いていく姿、つまり裁判所の審査を中心として、議会、裁判所、そして捜査機関の間でうまく協働していく姿が構想されていた。これにより、議会、裁判所、そして捜査機関が終わりなく絶えず協働していくことで、ある機関1

は『必要』毎日新聞朝刊東京版 2019 年 1 月 22 日、29 面。

⁵⁴ 例に挙げたポイントカード発行会社や、電光熱会社、そして金融機関との関係でも、転居等のために、情報主体と連絡がつかない場面もあり得る。そうした場面でも、この第三者機関に対する告知を条件として、捜査関係事項照会の実施を認めてよいだろう。

か所だけによる規律では生じてしまう問題点の解消を期待でき、加えて「よりよい規律」を実現できる可能性が高いのであった。このような協働を、裁判所の準抗告における判断を中心として実現することができないだろうか。

ここで問題となるのが、Murphy の提案の次元である。Murphy は（正確に言えば、Solove らを含めてであるが）、修正 4 条の解釈適用との関係で、規律内容の形成主体に関する具体的な提案をしたのであった。そのため日本の刑事手続の中で、さらに言えば準抗告の中でそれをそのまま導入することができないのはもちろんである。そこで、どうすれば準抗告の中で Murphy の提案を導入することができるかを考えなければならない。

これを考える際は、監視型捜査をめぐる近時の議論が手掛かりとなる。ここでは、統治機構の構造まで捉えた議論が重ねられている。ここからは、Murphy の提案を導入する基礎が見るかるはずである。そこで本節では、監視型捜査をめぐる近時の議論を確認し、Murphy の提案を導入する基礎となり得るか否かを考察する。

1 考察の際の視点

日本では、最高裁が「強制的処分」（刑訴法 197 条 1 項ただし書）と認定すれば、国会は、当該処分について規定を置くか否か、置くとしてもどのような規定を置くかを熟議しなければならない。また、最高裁が「強制的処分」と認定した後・国会が規定を置く前までの間、捜査機関が同様の処分を実施したところで、当該処分によって得た証拠（及びその派生証拠）が排除されるだろうから、捜査機関も当該処分を控えなければならない⁵⁵。また、裁判所が「強制的処分」と認定することが予想できるならば、国会も捜査機関もあらかじめそれを前

⁵⁵ 平成 29 年判決（最大判平成 29 年 3 月 15 日前掲注（3））に付された岡部・大谷・池上補足意見は、「今後立法が具体的に検討されることになったとしても、法制化されるまでには一定の時間を要することもあると推察されるどころ、それまでの間、裁判官の審査を受けて GPS 捜査を実施することが全く否定されるべきものではないと考える」と述べ、最高裁が新たな規定が必要だと認定した後・国会が規定を置く前までの間でも GPS 捜査を実施できる余地を認めている。しかし同補足意見は続けて、「もとより、これを認めるとしても、本来的に求められるべきところとは異なった令状によるものとなる以上、刑訴法 1 条の精神を踏まえたすぐれて高度の司法判断として是認できるような場合に限定されよう。したがって、ごく限られた極めて重大な犯罪の捜査のため、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の意味で、高度の必要性が要求される。さらに、この場合においても、令状の請求及び発付は、法廷意見に判示された各点について十分配慮した上で行われなければならないことはいうまでもない」と述べ、そのような余地を極めて例外的な場面に限定している。ここから、最高裁が新たな規定が必要だと認定した後・国会が規定を置く前までの間、捜査機関は当該処分を控えなければならないのが大前提だという趣旨を読み取ることも可能だろう。

提として対応しておくことが事実上要請されるだろう。このように「強制の処分」については、裁判所の審査を受けて、国会と捜査機関が果たすべき役割が定まっている。つまりここでは、裁判所の「強制の処分」との認定を中心として、国会、裁判所、そして捜査機関の間で協働している面が既にある。そこで、Murphy の提案を導入する下地があり、後はこれがよりうまく機能するよう改良発展していけばよいということになる。

仮に、捜査関係事項照会として実施されても、それがもはや「強制の処分」と認定すべき場面なのであれば、裁判所の「強制の処分」との認定を中心とした、国会、裁判所、そして捜査機関の間での協働を改良発展させていけばよいだろう。問題はそれ以外の場面である。

捜査関係事項照会によって収集できる情報は様々であるから、捜査関係事項照会全てとの関係で「強制の処分」と認定するわけにはいかない。しかし Murphy の提案によれば、議会、裁判所、そして捜査機関が終わりなく絶えず協働していくことで、ある機関1か所だけによる規律では生じてしまう問題点の解消を期待でき、加えて「よりよい規律」を実現できる可能性が高いのであった。そこで考察の際の視点は、「強制の処分」には至らない捜査関係事項照会であっても、国会だけによる規律の問題に対処できるよう、裁判所が審査する仕組みがあるか否かである。

以下では大別して3つの見解を確認するが、その大枠をここで示しておく。まず、従来の見解（重要な権利・利益の制約が生じたか否かという基準）を維持したまま、監視型捜査を規律しようという見解がある（主観法による見解）。しかしこれらに対しては、権利利益に着目すること自体が、判例・学説を混乱させる大本だといった批判が投げかけられる。このように批判する稲谷は、法と経済学の知見を参照し、「捜査法の目的は権利利益の保護だ」という従来の見解の大前提に切り込み、「強制の処分」等の意義や、「誰が具体的な規律内容を形成すべきか」という問題を再定義した（客観法的思考による見解）。この大胆な立論は、権利利益を基準とした判断を維持しようとする見解にも影響を与え、主観法に客観法的思考を取り入れる見解を生み出すのであった。

2 主観法による見解

(1) 従来の見解

田宮裕はかつて、刑訴法 197 条 1 項ただし書を、「既成の強制処分は各々の既定のとおり法定の令状主義に従う」という意味の、「令状主義の重要性にてらしてとくに設けられた総則・確認規定」と理解した。その上で田宮は、立法当時規定が予定されていなかった強制処分については、刑訴法 197 条 1 項ただし書の趣旨から「実質的な令状主義の精神」を及ぼすべきだと述べた（いわゆる新しい強制処分説）⁵⁶。

新しい強制処分説は、立法当時規定が予定されていなかった強制処分の規律は判例による法形成によるべき、すなわち規律を担うのは、実質的な令状主義の精神を解釈・適用する

⁵⁶ 田宮裕『刑事訴訟法 [新版]』（有斐閣、1996 年）71-73 頁。

裁判所だということであり、まさにウォーレン・コート（Warren Court）による「デュープロセス革命（due process revolution）」から影響を受けた見解であった⁵⁷。新しい強制処分説はその後、いわゆる京都府学連事件⁵⁸を代表として最高裁にも影響を与えることになる。しかし、裁判所による法形成を積極的に認めると、「国民の予測可能性を害」してしまう。また、裁判所が「新しい事態に応じた捜査手法についてその利害を集約・分析して、捜査機関に明確な統一的・整合的ルールを設定する機関として判断するには、国会に比べて人的・時間的資源が不足している」から、「裁判所が新しい事態に解釈で対処しようと努めると、裁判所が国民の過大な期待を担うことになり、裁判所の権威にとっても危険である」⁵⁹。こうして刑事立法が活発化する時代へと移ると、井上正仁によるいわゆる重要な権利利益制約説が提唱され、こちらが通説化していくことになる。

井上は、旧刑訴法 254 条 1 項には、「本文の一専ら任意処分のみを許すものであるという一趣旨をより明確化するとともに、強制処分ができるのは、あくまで、それらの刑事訴訟法上とくに認められた例外の場合に限ることを確認した」という意味があったのに対し、新刑訴法は、「予審を廃止し、捜査機関にかなり広範な強制処分の権限を与えた」ために、新刑訴法における刑訴法 197 条 1 項ただし書の規定は、「もはや旧法時代のような意味をほとんど失っている」と指摘する。その上で井上は、刑訴法 197 条 1 項ただし書を憲法 31 条との関係で見直していく。すなわち井上によれば、憲法 31 条の趣旨は、「個人の生命や自由などの重要な権利・利益を奪う処分については、その要件や手続を予め法律で明示しておくことにより、濫用を防ごうとする」点に加えて、「そのように重要な処分を用いることを許すかどうか自体、国民自身が、その代表である国会を通じて、意識的かつ明示的に決断すべき」という点にあるという。そこで井上は、この趣旨との関係で刑訴法 197 条 1 項ただし書の規定を見直し、「人の重要な権利・利益を本人の意思に反して制約することを内容とする強制処分は、国民の代表による明示的な選択を体现する法律一中でも、刑事手続に関する基本法典たる刑事訴訟法一に根拠規定がない限り、行うことは許されないという趣旨」だと理解した⁶⁰。

重要な権利利益制約説は、『権利・利益』の価値について合意を調達することができれば、その評価に基づき、〔私生活の本拠としての住居内にある証拠物を発見し入手するための『捜索・差押え』について確立された規律の内実という〕水準点からの距離を測定することによって、ほぼ演繹的に、法的規律の寛厳や内容を導出し得る」機能をもっていたことに加

⁵⁷ 田宮裕「日本の刑事裁判—その近代化と現代化—」『変革の中の刑事法』（有斐閣、2000年）338-348頁〔初出1998年〕参照。

⁵⁸ 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。

⁵⁹ 緑大輔「強制処分法定主義（197条）」法学教室411号（2014年）15頁。

⁶⁰ 井上正仁・前掲注（8）26-28頁。

え、「権利・利益」にプライバシーを補足することが可能だったこともあって⁶¹、その後通説化するに至る。

平成 29 年判決も、重要な権利利益制約説が前提となっている⁶²。ただし、重要な権利利益制約説から平成 29 年判決を読み解くとしても、次の通り解釈が分かれる。

(2) 「領域プライバシー」の理解を延長する解釈

平成 29 年判決では、自動車を使用した広域での連続窃盗被疑事件の捜査に際し、被告人・共犯者のみならず被告人の知人も利用する蓋然性があった自動車やバイク計 19 台に、被告人らの承諾なく、かつ何らの令状も取得することなく、GPS 位置情報発信機器を取り付け、約 6 か月半の間、各車両の GPS 位置情報を断続的に取得した行為の適否が問題となった。平成 29 年判決は、「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」と述べた上で、「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』を規定しているところ、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のが相当である。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、刑事法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制的処分当たる（最高裁昭和 50 年（あ）第 146 号同 51 年 3 月 16 日第三小法廷決定・刑集 30 卷 2 号 187 頁参照）・・・から、令状がなければ行うことのできない処分と解すべきである」と判示した⁶³。

重要な権利利益制約説から平成 29 年判決を読み解く 1 つ目は、「領域プライバシー」の理解を延長していく解釈である。井上正仁は、「『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—

⁶¹ 笹倉宏紀「強制・任意・プライバシー—『主観法モデル』でどこまで行けるか」坂巻匡ほか編著『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019 年）256-257 頁。

⁶² 伊藤雅人ほか「判解」ジュリスト 1507 号（2017 年）110-111 頁参照。

⁶³ 最大判平成 29 年 3 月 15 日前掲注（3）。

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」と述べた⁶⁴。

GPS 機器が装着された事実を知らない対象者は、何気なく普段通りの行動を続けていく。対象者が住居、宗教施設、医療施設等（私的空間）を訪れた際、対象車両の位置情報が収集されると、当該対象者がそういった私的空間の内にいるという情報が明らかとなる。ここで明らかとなる情報は、捜査機関が私的空間に立ち入って探し回り、対象者を目撃することで手に入れることができる情報と同様である。つまり、GPS 機器を利用することで、捜査機関は、私的空間に立ち入って探し回らなければ手に入らない情報を手に入れる可能性があるのである。

このように井上は、GPS 捜査が「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」（井上はこれをプライバシー強保護空間と呼ぶ）の情報を収集するという可能性に引き付けて、「私的領域」への「侵入」を読み解いたといえる。これは言い換えると、第三者がアクセスできない閉鎖された領域内の情報を捜査機関が収集したことをもって重要な権利・利益の制約が生じていると認定するということであるから、「領域プライバシー」の理解を延長する解釈と整理することができる⁶⁵。

以上の理解を整理すると次の通りである。すなわち、①第三者がアクセスできない閉鎖された領域内の情報を捜査機関が収集したために重要な権利利益の制約が生じれば、当該捜査は「強制の処分」として規律すべきである（第三者がアクセスできない閉鎖された領域内の情報を捜査機関が収集したために重要な権利利益の制約が生じるから、GPS 捜査は「強制の処分」として規律すべきである）。次に、②「強制の処分」に当たれば、刑事法上に「特別の定」がない限り実施できないが、この「特別の定」の内容を形成するのは国会である（国会が GPS 捜査の規律内容を形成すべきである）。

(3) モザイク理論的な解釈

重要な権利利益制約説から平成 29 年判決を読み解く 2 つ目は、いわゆるモザイク理論的

⁶⁴ 井上正仁「判批」『刑事訴訟法判例百選 [第 10 版]』（有斐閣、2017 年）67 頁。

⁶⁵ 堀江はこの解釈を、「およそ個人のプライバシー全般が問題なのではなく、一定の種類『場所』『空間』におけるプライバシーが問題だとするのがある。そして、『私的領域』への『侵入』というのも、直接には、このような私的領域において対象車両等の位置情報を取得する（しうる）ことを意味しよう」、「このように私的空間での位置情報取得に着目することは、物的存在としての『住居』等を保護対象として明示する憲法 35 条の文言には比較的なじむ。また・・・『これらに準ずる私的領域』も、『住居』等と同様の『場所』『空間』としての『領域』の意味で捉えることは、日本語の語感として自然ではある」と評価している（堀江慎司「判批」論究ジュリスト 22 号（2017 年）142 頁）。

な解釈である。モザイク理論とは大要、それ自体は些末な情報であっても、それらを集積し統合し解析することで、より高次な情報にたどりつくことが可能となるという考え方をいう⁶⁶。

堀江慎司は、GPS 捜査によって「取得されるその時々⁶⁷の所在・移動に関する情報は、それだけを見る限り重要な意味を持たないとしても、長期間、多数回にわたり対象者の所在・移動の情報を取得し、それを集積・分析することにより、例えばその者の行動様式、交友関係、思想信条、趣味嗜好等々の重要な情報を把握することになりうる」と指摘する。その上で堀江は、平成 29 年判決は「モザイク理論に直接接触れるものではない」ものの、「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」という判示の「背後にこの考え方を見ることも可能であろう」と続ける⁶⁷。そして堀江は、「公的空間（例えば一般に開かれた宗教施設や集会会場、店舗等）での所在・出入りの情報も一あるいはそうした場所への出入りの情報こそ一集積すれば個人の行動の把握（そしてそこからその者の行動様式・交友関係・思想信条・趣味嗜好等の把握）にとって重要な意味を持ちうる」ため、「私的空間での位置情報の取得を伴うか否かは強制処分性を決定する際の重要な要素ではなく、たとえ公的空間での所在・移動の情報のみ取得されうる場合であっても、継続的・網羅的に取得されうるのであれば、強制処分に当たることになる」と述べた⁶⁸。

対象車両が住居、宗教施設、医療施設等（私的空間）の内にあるか否か（対象者がそういった場所にいるか）は、何も GPS 機器を取り付けなくとも、対象車両を公道上で追跡し、当該場所への出入りを観察することで把握することができる情報である。つまり、対象車両が「第三者がアクセスできない閉鎖された領域内にあるか否か」自体は、これまで重要な権利利益の制約があるとは考えられてこなかった尾行によって収集することができる情報と同様である。それにもかかわらず GPS 捜査に問題があるとすれば、それは GPS 捜査が私的空間内にあるか否かにとどまらない情報、具体的には私的空間の位置・移動、公的空間での位置・移動から浮かび上がり得る個人の私生活に関わる情報を収集することに求めるべきではないか。このような解釈に立つ堀江によれば、「私的領域」への「侵入」とは、「物理的空間としての『領域』への物理的『侵入』の意味でもなければ、公的空間と区別される『私的空間』（のみ）からの情報取得の意味でもなく、個人の行動に関わる重要な情報を把握することで個人の私生活に対して実質的に介入（監視）する行為」を意味することになるという⁶⁹。

⁶⁶ 清水真「捜査手法としての GPS 端末の装着と監視・再論」明治大学法科大学院論集 13 号（2013 年）163-181 頁参照。

⁶⁷ 堀江慎司・前掲注（65）144-145 頁。

⁶⁸ 堀江慎司・前同。

⁶⁹ 堀江慎司・前同。

このように堀江は、GPS 捜査が「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」の情報を収集するという可能性ではなく、GPS 捜査の「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」という性質に引き付けて、「私的領域」への「侵入」を読み解いたといえる。これは言い換えると、第三者がアクセスできない閉鎖された領域内の情報を捜査機関が収集したことをもって重要な権利・利益の制約が生じていると認定するのではなく、「領域」内／外の情報が集積され統合され解析されることで、個人の私生活に関わる情報が収集されることをもって重要な権利・利益の制約が生じていると認定するということであるから、「領域プライバシー」の理解を放棄し、「情報プライバシー」の理解を採用する解釈と整理することができる。

以上の理解を整理すると次の通りである。すなわち、①「領域」内／外の情報が集積され統合され解析されることで、個人の私生活に関わる情報が収集され重要な権利利益の制約が生じれば、当該捜査は「強制的処分」として規律すべきである（「領域」内／外の情報が集積され統合され解析されることで、個人の私生活に関わる情報が収集され重要な権利利益の制約が生じるから、GPS 捜査は「強制的処分」として規律すべきである）。次に、②「強制的処分」に当たれば、刑訴法上に「特別の定」がない限り実施できないが、この「特別の定」の内容を形成するのは国会である（国会が GPS 捜査の規律内容を形成すべきである）。

(4) 検討

しかし、このような主観法による見解では Murphy の提案を導入し、様々な情報が対象となる捜査関係事項照会について広く、具体的な制度構想を示すことができない。その理由は次の通りである。

捜査関係事項照会は、情報主体の手元を離れた情報を収集する捜査手法である。それゆえに、「領域プライバシー」の理解の下で、被制約利益が重要だとは認識されなかったのであった。そうだとすれば、「領域プライバシー」の理解そのままでは捜査関係事項照会を十分に規律することが望めないのは明らかである。しかし、平成 29 年判決との関係で提唱されたような、「領域プライバシー」の理解を延長して重要な権利・利益の制約が生じているか否かを認定していくアプローチも採用できない。というのも、捜査関係事項照会には、延長して「領域」を観念できないからである⁷⁰。もちろん例えば、スマートフォン等を利用したオンラインゲーム会社が保有する情報主体の位置情報を、捜査関係事項照会によって収

⁷⁰ 山本龍彦は、平成 29 年判決のプライバシーに対する理解の下では「今後登場するであろう、私的領域への物理的侵入を伴わない情報監視の強制処分性が認められる可能性は必ずしも高くない・・・そうすると、本判決のような論理構造の下では、高度情報技術を用いたこうした情報監視の多くは任意捜査とみなされ、立法的措置が要求されないことになってしまう」と指摘する（山本龍彦「GPS 捜査違憲判決というアポリア？」論究ジュリスト 22 号（2017 年）154-155 頁）。

集する場合は⁷¹、利用者が住居、宗教施設、医療施設等（私的空間）の内にいるという情報を収集する可能性がある。さらに、当該会社に対して時を置かず複数回、捜査関係事項照会を実施していけば、（利用者の利用状況、当該会社の保有範囲にもよるが）リアルタイムでの所在監視に近づくだらう。GPS 捜査と実態が等しい場合には、平成 29 年判決との関係で提唱された、「領域プライバシー」を延長して重要な権利・利益の制約が生じているか否かを認定していく解釈が当てはまるかもしれない。この場合には、現行の刑訴法 197 条 2 項を、強制処分法定主義の要請に適う程度まで規律密度を上げていくことが要請されることになる（ただし、後述のモザイク理論的なアプローチと同様、どのように規制するのが合理的なのか等の問題が残る）。しかし、このような対応が可能なのはごく一部、位置情報を収集する場合に限られる。位置情報以外を収集する場合も規律すべきだと考えるならば、他のアプローチを考えなければならない。

では、同じく平成 29 年判決との関係で提唱されていたような、「領域」内／外の情報が集積され統合され解析されることで、個人の私生活に関わる情報が収集されることをもって重要な権利・利益の制約が生じているか否かを認定していくアプローチ（モザイク理論的なアプローチ）はどうだろうか。確かに、このアプローチであれば、位置情報よりも広く、個人の私生活に関わる情報を捜査関係事項照会によって収集するといえれば、現行の刑訴法 197 条 2 項を、強制処分法定主義の要請に適う程度まで規律密度を上げていくことが要請されることになる。しかし捜査機関には、「捜査の後に行われる起訴・不起訴の判断や、刑事裁判における有罪・無罪の判断、さらに適正な量刑を判定するために必要とされる情報を、限られた資源で効率的に集めようとするインセンティブ」があるから、「捜査機関が収集・保存・利用する情報は、全てモザイク理論が規制対象とすべき情報」といえる。したがって、このアプローチでは、「どのような情報取得をなぜ、どのように規制するのが合理的なのかといった、捜査機関統制構造を論じる上で最も重要な問題」が取り残されてしまう⁷²。捜査関係事項照会を具体的にどう規律していくかを明らかにするべきだと考えるならば、やはり他のアプローチを考えなければならないのではないだろうか。

3 客観法的思考による見解

ここまでみてきた、「領域プライバシー」の理解を延長する解釈と、モザイク理論的な解釈（「領域プライバシー」の理解を放棄する解釈）の間には大きな隔りがある。しかし両者はいずれも、従来の「権利論（主観法）に基づく強制処分の判断基準、すなわち『憲法の

⁷¹ このような捜査関係事項照会が実際に行われているのではないかという指摘について、共同通信社会部取材班「丸裸にされる私生活—企業の個人情報と検察・警察—」世界 2019 年 113 頁。

⁷² 稲谷龍彦『刑事手続によ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）72 頁。

保障する重要な法的利益を侵害する』捜査手法が強制処分であるという基準は共有」している⁷³。

これに対し、稲谷龍彦は客観法的思考から、捜査権限の濫用に着目した上で、情報収集後の管理体制まで睨んだ見解を展開する。

(1) 稲谷龍彦の見解

稲谷は、「刑事手続法上の捜査機関統制に関わる諸規定、つまり捜査法は、あくまで国民の利益の最大化を目指して、捜査活動を最適化するための法として理解されなければならず、その基本的指針は、「刑事手続における適正なプライバシー保護の実現という、大量の情報・収集分析と、価値観の対立の超克とを必要とする問題についての最終的解決を民主主義的熟議に委ね、裁判所は民主主義を促進する謙抑的な法解釈と、民主主義に対する現実の危険を除去するための大胆な解釈とを適切に組合せるべき」だと提案する⁷⁴。

ここで稲谷がいう捜査活動の最適化とは、エージェント（受託者）たる捜査機関が自らの利益を追求するために、プリンシパル（委託者）たる国民の意思・利益に違反して権限を行使するという事態を効率的に抑止することである。すなわち稲谷によれば、そういった事態を抑止するためにはプリンシパルがエージェントの行為を監視監督することが有用であるものの、プリンシパルにとってエージェントの真意は容易に知り得ないから、プリンシパルによる監視監督自体も大きな費用がかかってしまうという。そのため、プリンシパルによる監視監督も、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正当化されない、と稲谷は述べる。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、エージェント問題によって生じる社会的費用（エージェント・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」で、「捜査法の目的は、各種の規定を通じてこのバランスを適切に行い、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」ということである⁷⁵。

このような捜査活動の最適化という観点からみると、強制処分法定主義や令状主義といった既存の概念について異なる意義が見出されていくことになる。強制処分法定主義からみていこう。稲谷は、「健全な民主主義」が維持されてこそ熟議による適正手続が実現し、それによってこそ「個人が自律的生として尊重される『法の支配』の実現」が可能となるか

⁷³ 宍戸常寿ほか編著「フェイクとリアル—個人と情報のアイデンティフィケーション」『AIと社会と法—パラダイムシフトは起きるか?』（有斐閣、2020年）296頁〔成瀬剛発言〕。

⁷⁴ 稲谷龍彦・前掲注（72）280-281頁。

⁷⁵ 稲谷龍彦「刑事司法の最適化と情報技術・ビッグデータの活用」情報法制研究3号（2018年）9頁、稲谷龍彦・前同110-117頁。

ら、「ある捜査手法のエージェンシー・コストが民主主義の健全性を損なうほどに高い」ならば当該捜査手法には「特別の法的規律」が必要だと指摘する。そこで稲谷によれば、「強制的処分」とは、「健全な民主主義を維持するために国民から捜査・資源を委託され、『法の支配』の実現により国民の利益を最大化する義務を負っている、政府による当該捜査手法の実施が、国民との委託信任関係の趣旨に照らして不適切な意図・判断—典型的には、国民の利益よりも政府自身の利益を優先するような意図・判断—に基づいていた場合—つまり、エージェンシー・スラックが生じた場合—に、健全な民主主義の存立にかえって重大な危険—個人情報濫用した『敵』の特定・弾圧、物理的暴力への恐怖を理由とする国民言論の萎縮、対象者の生活拠点の破壊や長期的身体拘束による市民生活の混乱など—をもたらす捜査手法であり、かつ、当該捜査手法の実施に関する捜査機関へのモニタリングが、その危険の発生する蓋然性を合理的なレベルまで引き下げるほど十分には機能していないため、重層的な民主主義的熟議に基づく捜査活動の最適化を通時的に実現するという観点からは、その実施を特別の法的統制の下に置き、危険発生の蓋然性を合理的に低下させなければならない捜査手法」と説明できるという⁷⁶。

また稲谷は、令状主義に関して次の通り述べていく。稲谷は、「従来何らかの方法で把握できていたエージェントの真意を把握することが難しくなるような状況が生じること」、すなわち捜査機関の「モニタリング機能の低下による情報の非対称性の高まり」がエージェンシー問題を引き起こすため、効果的で合理的なモニタリングを通じて捜査機関を監視監督することが必要だと指摘する。そこで稲谷は、「捜査活動の最適化という観点から目指されるべきなのは、情報技術の発展が可能にした様々な捜査手法について、令状主義のような既存のモニタリング・システムとのベストミックスを通じて、低い費用で高い便益をもたらす、捜査機関への総合的なモニタリング体制の構築を目指すこと」だと述べる。つまり稲谷によれば、必要なのは効果的で合理的なモニタリングであって、「令状主義を通じて捜査機関をモニタリングすることが常に望ましいとは限ら」ず、例えば「ブロック・チェーンのような行動記録技術と IoT とを組み合わせることで捜査官の行動記録をデータベース化し、このビッグデータを分析する学習型 AI とスマート・コントラクト技術等」を活用するか、あるいは令状主義を採用するかは費用便益計算にかかっていることになる⁷⁷。

では、以上のような理解によると、国会と裁判所はどういった役割を担うことになるのだろうか。国会の役割からみていこう。稲谷は、「ある捜査手法の実施を捜査機関の裁量に任せ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によって生じる社会的費用やエージェンシー問題が生じ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

⁷⁶ 稲谷龍彦・前同 281-282 頁。

⁷⁷ 稲谷龍彦・前同 290-299 頁。

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」し、加えて「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」と指摘する。そしてこのように考えると、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することができる政治部門、とりわけ憲法 31 条に手続き法定原則をもつ我が国においては、国会ということになる」、と稲谷は述べる。

では、裁判所の役割はどうか。稲谷は、「強制処分法定主義は、十分な統制を受けていないために民主主義に重大な危険を生じさせる捜査手法の最適な統制方法を、民主主義的熟議を通じて考案するよう求めることが出来る規定」であるから、「この規定を活用し、裁判所が自身の強み、すなわち具体的事実関係に即して力強いレトリックを物語る事ができるという強みを発揮し、問題点を明確かつ説得的に示すことが出来れば出来るほど、司法と政治部門との生産的なフィードバックを起動することができるだろう」と述べる⁷⁸。ただし、裁判所は同時に慎重でもあるべき、すなわち「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」べきであり、このような慎重な判断によって「可能な限り立法府に最終的判断の余地を残」してその分「立法府の裁量を・・・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できる」という点も見逃せない⁷⁹。

ここまでは主に「強制の処分」を念頭に置いた議論であったが、稲谷は任意処分についても考察を加えている。そこでこれもみておこう。稲谷がいう任意処分とは、「そもそも深刻なエージェンシー・スラックが発生する蓋然性が極めて低いため、取り立てて規制の必要性を論じる意味に乏しいもの」と、「深刻なエージェンシー・スラックが起きる可能性自体は排除できないが、何らかの理由によりその蓋然性が低く、そのため強制処分に分類するほどには健全な民主主義に危険が及んでいないと考えられるため、捜査活動の最適化という観点からは、高いコストをかけて一々規制を行うよりも基本的には裁量に任せる方が、結果的に国民の利益を最大化することになると考えられる捜査手法」である⁸⁰。稲谷は、このような任意処分の規律についても捜査活動の最適化という視点から、「まず情報コストの低下や捜査活動の秘匿性の向上等がもたらす、既存モニタリング機能の低下の程度と、それによって生じるエージェンシー・スラックの深刻さやその蓋然性の高さを具体的に評価し、次いでその評価にあわせた審査基準に従って、具体的事実関係における不当な意図や不適切な判断をスクリーニングすることによって行うことになる」と述べる。稲谷によれば、裁判所がこのように任意処分を事後的に監視監督し、「濫用的ないし不適切な捜査活動について違

⁷⁸ 稲谷龍彦・前同 299 頁。

⁷⁹ 稲谷龍彦・前掲注 (75) 11 頁、稲谷龍彦・前同 280-300 頁。

⁸⁰ 稲谷龍彦・前同 301 頁。

法を宣言することで、捜査機関へ個々の捜査官の捜査活動へのモニタリング機能を自主的に改善するようなインセンティブを付与し、捜査における資源配置の一層の最適化を促すことが期待されるという。

以上の理解を整理すると次の通りである。すなわち、①ある捜査手法が規律されるべきか否かは、捜査活動の最適化との関係で判断される。そして、引き起こすエージェンシー問題により、健全な民主主義の存立それ自体に危険が及ぶ捜査手法の場合には、それを「強制的処分」として分類する⁸¹。次に、②「強制的処分」であれば要請される法定の内容は、国会が費用便益計算に基づき、「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」していくことになる。令状主義が採用されるか否かも国会の費用便益計算にかかっている。他方で、裁判所の役割は、「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、それを強制的処分とだけ判断し」てその後の判断は国会に委ね、それに至らない場合には「既存モニタリング機能の低下の程度と、それによって生じるエージェンシー・スラックの深刻さやその蓋然性の高さを具体的に評価し、次いでその評価にあわせた審査基準に従って、具体的事実関係における不当な意図や不適切な判断をスクリーニングする」ことにある。

このように稲谷は、法と経済学の知見を参照し、「捜査法の目的は権利利益の保護だ」という従来の見解の大前提に切り込み、「強制的処分」等の意義や、「誰が具体的な規律内容形成すべきか」という問題を再定義したのである。

かつて、「個別法規の散発的解釈にとどまるか、あるいは『糾問的捜査観』対『弾劾的捜査観』、『実体的真実主義』対『デュー・プロセス』(ないし『適正手続主義』)といった両極の理念型の対抗による二元的議論」⁸²を克服するためにも、井上正仁(いわゆる重要な権利利益制約説)が昭和51年決定⁸³を「権利・利益」に引き付けて読み直した。そして今、情報技術の進展とともに明らかとなってきた(限界が見えてきた)主観法の議論を克服するために、稲谷が昭和51年決定や平成29年判決を「権利・利益」から引き離して読みなおそうと試みているともいえるだろう⁸⁴。

(2) 検討

では、このような客観法的思考による見解では、Murphyの提案を導入し、様々な情報が対象となる捜査関係事項照会について広く、具体的な制度構想を示すことができるだろうか。

このアプローチでは、ある捜査手法が規律されるべきか否かは、捜査活動の最適化との関

⁸¹ GPS捜査をはじめとした具体的検討については、稲谷龍彦・前同320-339頁等。

⁸² 井上正仁・前掲注(8)前付i頁。

⁸³ 最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。

⁸⁴ 稲谷龍彦・前掲注(72)282-284頁等。

係で判断される。引き起こすエージェンシー問題により、健全な民主主義の存立それ自体に危険が及ぶ捜査手法の場合には、それを「強制的処分」として分類する。そして、「強制的処分」であれば要請される法定の内容は、国会が費用便益計算に基づき、「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」していくのであった。

捜査関係事項照会についてみると、第1章及び第2章で確認した通り、捜査関係事項照会は現状、捜査機関の内部規則によって規律（内部決裁等）されるのみである。例外的に令状が確実に要求される場面もあるが、それは「通信の秘密に属する情報」が問題となる場面に限られている。このような規律でもかつては、第三者が保有する情報の質・量の上限や、捜査機関側と第三者側の手間が、濫用的な捜査関係事項照会を事実上抑制する機能を果たしていた。しかし今や、この機能は失われている。つまり、民間企業（団体）は多くの、そして機微な情報を保有するようにもなったが、捜査機関は1つの事件を解決するに当たって、複数の企業に、複数回も報告を求める手間がほぼなくなった。照会先（企業）もこれに応じて報告する手間もかつてほどではなくなり、より報告しやすくなった。そして、報告された情報を捜査機関が（事件を超えて）蓄積や利用・解析することすらもはや手間でもなくなったのである。

このような状況は、捜査関係事項照会によって、政府が犯罪捜査に名を借りて、人民の思想・信条を直接調査し、誰が「敵」であるかを容易に特定し、反政府的な言論を含みうる市民のコミュニケーションを委縮させ、健全な民主主義に大きな悪影響を及ぼす可能性が開いたと評価することも可能かもしれない⁸⁵。このような評価は、北海道内の5つの図書館が、捜査関係事項照会に応じて利用者の情報を報告していたという近時の事例⁸⁶からも後押しされるだろう。

これを比喩的に言えば、AIによる情報分析には絶えず膨大な情報供給が必要なところ、捜査関係事項照会を現在よりも規律すると、AIによる情報分析が「死ぬ」ともいえる⁸⁷。しかし、捜査関係事項照会を現在のまま放置すると、民主主義が「死ぬ」可能性があるのである。もしそう評価するならば、捜査関係事項照会は「強制的処分」に振り分けられ、国会が費用便益計算に基づき、「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」すべきだということになるだろう。

⁸⁵ 稲谷龍彦・前同 264-269 頁参照。

⁸⁶ 「個人情報：令状ない照会に利用者情報提供 道内の5図書館」毎日新聞朝刊北海道版 2021年1月8日、20面。

⁸⁷ 山本龍彦は、「AIをより賢くするには、より多くのデータをAIに供給することが必要となり、このデータ供給を絶てばAIは『死ぬ』（AIの予測精度とデータ量は比例関係にある）」と指摘している（山本龍彦「プライバシー」宍戸常寿ほか編著『総点検 日本国憲法の70年』（岩波書店、2018年）80頁。

しかし、果たして捜査関係事項照会全てについてそのように評価してよいかは一考を要する。例えば、GPS 捜査により収集できるのはどこまでいっても、誰がいつどこに行ったかという位置情報である。このため、GPS 捜査については、これがある影響を「必然的に伴う」と認定、すなわち典型的に算定しやすい。これに対し、捜査関係事項照会により収集できるのは、住民票登録情報や図書館の利用者情報といった既存の情報から、新技術（新サービス）の結果生み出される未知の情報まで様々である。このため、捜査関係事項照会には、明らかに健全な民主主義の存立それ自体に危険が及ぶようなエージェンシー問題を引き起こすものも当然あるが、そうではないものも当然ある。つまり、捜査関係事項照会がそのような問題を「必然的に伴う」捜査手法だと、典型的に算定することは難しいのである。かくして、裁判所の対応としては論理上、①捜査関係事項照会が、健全な民主主義の存立それ自体に危険が及ぶようなエージェンシー問題を引き起こす場面を含む以上、捜査関係事項照会全てとの関係で「強制的処分」と認定し、捜査関係事項照会全てについて、国会に対して法定するよう（適正に法定するよう）促すか、あるいは②個別具体的紛争で問題となった捜査関係事項照会が、健全な民主主義の存立それ自体に危険が及ぶようなエージェンシー問題を引き起こすような場面だと判断した上で、これを括り出して「強制的処分」と認定し、そのような捜査関係事項照会について、国会に対して法定するよう（適正に法定するよう）促すかの二択となる。しかし前者であれば、その論理を推し進めると、それこそ尾行ですら「強制的処分」と認定することにもなりかねないという問題がある。

また後者であれば、個別具体的紛争において問題となった捜査関係事項照会が引き起こすエージェンシー問題が健全な民主主義の存立それ自体に危険が及ぶ程度でなければ、「強制的処分」と認定されない。このため、本章第1節で考察した通り、国会による規律には公共政策的な問題があるにもかかわらず、それにより国会が法定しない、あるいは不適切に法定した（誤った費用便益計算に基づいて法定した）程度が、健全な民主主義の存立それ自体に危険が及ぶようなエージェンシー問題が引き起こされるとまでいえないければ、「強制的処分」とは認定されない。つまり裁判所は、そのようにいえないければ国会に対して法定するよう（適正に法定するよう）促すことができないのである。これでは国会の対応を審査する範囲がごく一部に限られてしまい、多くの捜査関係事項照会は法的規律がないまま、あるいは不適切な費用便益計算に基づく法的規律のままとなってしまうだろう。

しかし例えば、第1章でも取り上げた通り、報道によれば、刑事課司法係長の警部補が、知人の金融業者から貸金滞納者の身元照会を依頼され、無断で署長印等を利用して捜査関係事項照会書を作成し、区役所から戸籍謄本等を取得した事例⁸⁸や、警務課所属の警察官が、交際相手の連絡先を知るため、暴力団が絡んだ詐欺事件の捜査だと偽り捜査関係事項照会書を作成し、銀行から口座取引明細書を、さらに電話会社から交際相手の電話番号を、市役

⁸⁸ 「個人情報不正入手容疑で大阪府警警部補を逮捕 知人の金融業者に渡す—大阪府警」
毎日新聞朝刊大阪版 1999年10月10日、25面。

所から家族の戸籍謄本等を取得した事例があるという⁸⁹。こういった事例における捜査関係事項照会は、その引き起こすエージェンシー問題が健全な民主主義の存立それ自体に危険が及ぶとはいえないようにも思われるが、そのような場面が起きないように一定の密度をもった規律が必要であることは疑いようがない。そして、それが規律される（適正に法定される）ようにするには、裁判所の役割が不可欠である。

もちろん裁判所が関与する度合いをただ強くしても、国会の判断を縛り、さらに国民の利益を最大化することに繋がらず、不都合なだけである。しかし、「議会による判断を第一義的なものとしつつも、判断過程統制なども含めて裁判所が議会による熟議を促すような判断が可能な枠組」⁹⁰のように、裁判所が関与する手続及び内容を整えれば、そのような不都合はなくなるはずである。そして、そのような枠組みこそ、Murphy が提案するものである。

こうしてみると客観法的思考による見解では、裁判所が関与する場面が限られてしまうという意味で、Murphy の提案を導入し、様々な情報が対象となる捜査関係事項照会について広く、具体的な制度構想を示すには適さないことがわかる。

4 主観法に客観法的思考を取り入れる見解

稲谷は、法と経済学の知見を参照し、「捜査法の目的は権利利益の保護だ」という従来の見解の大前提に切り込み、「強制の処分」等の意義や、「誰が具体的な規律内容を形成すべきか」という問題を再定義したのであった。

もっともかつて、奥平康弘が、「国家権力の発動に適切な手続を請求する権利をはじめ、国家権力の組織と作用を前提としてのみ成立する、憲法上の諸権利は、ことの性質上、権力にかかわる客観的な法、客観的な制度のありようと、無関係たり得」ず、「刑事的正義に関する市民の権利の存立にとっては、刑事的正義を請け負う側の機構と手続がしっかりしていることが是非必要だ」と指摘したように⁹¹、もともと主観法には客観法的思考が含まれていた（ただし、自覚されていなかった）。そこで次の通り、客観法的思考を自覚して、主観法にそれを取り入れようという見解が出てくるのも半ば自然な流れといえるかもしれない。

(1) 笹倉宏紀の見解

笹倉宏紀は、主観法（だけ）で説明できない部分については客観法的思考を取り入れることで、主観法を鍛えなおそうと試みる。

笹倉も、情報プライバシーには「自然状態に反して情報に対する情報主体の支配を法の力によって人為的に樹立（擬制）するもの」であって、「権利の内容やその保護の強さはこの

⁸⁹ 「県警、やまぬ不祥事 逮捕は今年計5人 再生の誓い、どこに 2 警察官を逮捕」朝日新聞朝刊横浜版 2006年12月16日、35面。

⁹⁰ 山田哲史「GPS 捜査と憲法」法学セミナー752号（2017年）30-31頁。

⁹¹ 奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993年）304頁。

権利を支える実質的考慮を踏まえつつ我々が意識的に設定していくほかない」という問題があり⁹²、それゆえに「『権利・利益』の価値に連動した規律を構想する『主観法モデル』⁹³に馴染まない嫌いがあることは否定しがたい」と認める⁹⁴。そして笹倉は、平成 29 年判決を、「公共空間における『機器』を用いた『位置情報の継続的、網羅的把握』という、情報プライバシー権で捕捉されるべき問題それ自体に直ちに強制処分性を肯定するに足りる権利侵害性を見出さず、『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』位置情報の取得や、『機器〔の〕個人の所持品〔への〕装着』という、価値の評価の確立している『閉鎖空間』の保護ないし『財産権』侵害を持ち出した」という手法は、「『主観法モデル』によりつつ『強制処分』であるという結論を得るためには、そのようにせざるを得なかった」と診断する。

しかし笹倉によれば、「情報プライバシーの保護をこのような手法で代替的に実現することが常に可能であるとは限らず、『捉えどころのなさ』に向き合わない限り、我々は、情報通信技術を活用した新たな捜査手段を適切に統御する道具立てを得られないまま」という⁹⁵。

もっとも笹倉は、『主観法モデル』は、現状のままでは、先に進むことができない」とは認めるものの⁹⁶、次の理由 2 つから主観法的思考を維持し、かつ「その限界をも認識して、思考枠組みの更新を図」という方針を採用する。1 つ目の理由は、主観法的思考の到達点にかかわる。笹倉は、権利・利益が実体的価値をもつことを否定までせずとも、「『権利・利益』に客観法としての側面があることを意識すればそれで十分」であるし、「『主観法モデル』は、学会と実務界を通じて大多数の者の思考に馴染んでおり、それに依拠した立論をした方が『法律実務家の法的知性に働きかける』際の説得力が強であろう」と指摘する。また笹倉によれば、「とりわけ、『客観的な法、客観的な制度』の整備は、立法や行政の作用に待つべきところが大きく、それを政治的に、あるいは裁判所の司法判断を通じて作動させるためには、『主観法』の問題として構成した方が便宜である」という。

2 つ目の理由は、近代法の発想との忠実さにかかわる。笹倉は、「『近代法』の志向した『自由主義の徹底＝近代化の推進』という点では現行法はまだ不十分」であり、『その宿題も残っている』ことを考慮すると、『近代化』を達成しないままに『現代化』を図ることはで

⁹² 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 70 頁（2015 年）。

⁹³ ここで笹倉がいう「主観法モデル」とは、「捜査手段によって生じる個人の主観的な『権利・利益』（法益）の侵害の質・程度を明らかにし、それとの相関関係によって法規制の内容と方式を決定するという手法」である（笹倉宏紀・前掲注（61）256 頁）。

⁹⁴ 笹倉宏紀・前同 266 頁。

⁹⁵ 笹倉宏紀・前同 266 頁。

⁹⁶ 笹倉宏紀・前同 281 頁。

き」ず、「とりわけ、『主観法モデル』が『両極の理念型の対抗による二元的議論』からの脱却を実現するために数十年の歳月を要したこと、そして『感覚的で場当たりの判断を導くおそれ』が強く、しかも『事実の重み』『捜査の効率』を『優先させる』ことになりがちな、諸事情の総合考慮による『相当性』判断という手法を用いることを積極的に是とする向きが今なお存在することに鑑みると、『主観法モデル』をまずは定着させることが先決である」と指摘する。こうして、笹倉は、「客観法的思考は、問題の文脈に即して、『主観法モデル』を補完するものとして併用するか、『権利・利益』の理解にそれを装填するかのいずれかの方法によって、捜査法の枠内に取り込むことが十分可能」だと述べる⁹⁷。

このような理解に立つ笹倉は、捜査法におけるプライバシー保護を次の通り描いていく。笹倉は、情報には転々流通する本来的性質がある以上、その流れの支配（あるいは制限）を可能とする客観的な法や客観的な制度（客観的な「秩序」）を人為的に構築しなければ、情報を保護することができないのは否定しがたいと指摘する。そのため笹倉は、まずそのような「秩序」を形成すべき理由を問題とすべきであるが、それは「国家が民主的正統性を背景に特定の生き方を人々に押し付けることに限界を付し（反全体主義的価値）、あるいは民主政を健全に機能させる（民主主義的価値）という公共の福祉」に求めることも、「情報が大量に集積され、対象者の私生活に係る他の情報なども合わせてプロファイリングが行われるなど、本人のコントロールの及ばないところで様々な目的で誤用、濫用される可能性が意識されることによって個人の日々の行動に萎縮効果を及ぼすことを防止するという、個人の主観的利益に還元する説明」（萎縮効果）に求めることもできると述べる。そして、「情報プライバシーは、その客観法的性格ゆえ、立法のあり方や外部的環境次第で、その侵害の質ないし程度が変化し得る」のであって、「仮にすべての捜査情報は当該事件の処理に限って用い得るものとし、他事件の捜査への利用やそれを想定した蓄積を一切許さないものとするれば、取得行為が適切に制御されている限り、情報プライバシー権侵害を問題とする根拠の大半は消滅することになる」が、他方で「まったく規制がなく、かつ、外部環境による事実上の障壁も作用しないとすれば、情報プライバシーの侵害は極大化する」、と笹倉はまとめる⁹⁸。

以上の通り笹倉は、主観法（だけ）で説明できる部分（「領域プライバシー」、人身の自由等）については従来の説明を維持するのに対し、主観法（だけ）で説明できない部分については客観法的思考を取り入れることで、主観法を鍛えなおそうと試みた。情報プライバシーがまさに問題となる監視型捜査は、主観法（だけ）で説明できない部分であるから、これについては客観法的思考を取り入れて説明することになる。

笹倉によれば、監視型捜査によって生じる萎縮効果等を抑制するため、客観法的思考を入れて制度を設計していくことになる。ここで笹倉が具体的に想定している制度設計とは、①

⁹⁷ 笹倉宏紀・前同 284-285 頁。

⁹⁸ 笹倉宏紀・前同 287-290 頁。

監視型捜査によって「把握されることとなる生活局面の性質や把握の精度・情報量・・・(個人についての総量規制)」、②監視型捜査の「頻度・程度が一般人をして過度に躊躇させない程度に限定されること(社会全体としてみたときの総量規制)」、③監視型捜査が「相応の根拠に基づくものであること」、④「犯罪捜査の試行錯誤的性格に伴う誤差(過剰包摂)を意識的に許容すること」、そして⑤「捜査機関への情報の集中とその濫用の可能性」(これは上記①～④と相関関係にある)を考慮して、かつて監視型捜査に存在していた人的及び物的コスト、技術的限界という事実上の障壁がどの程度低下したかを把握した上で、その低下分を法定主義や令状主義、技術的物理的障壁、組織法上の障壁、煩雑な手順の設定(アーキテクチャ)やアルゴリズムによって補っていくということであろう⁹⁹。このような制度設計の下では、強制処分法定主義にせよ、令状主義にせよ、これらは「捜査手段の適正さを担保するための手段の1つに過ぎず、客観的な法や客観的な制度と相互補完的であるから、客観法や制度による規制が十分に機能する場合は、その制約を緩めてもよいことになる」¹⁰⁰。また、「捜査法上の『権利・利益』は、「国会による費用便益計算が強く求められる捜査手段を選別するとともに、費用便益計算を枠付けそれが依拠すべき指標(価値序列)を提供するものとして機能」する¹⁰¹。

また、この客観法的思考を入れた制度設計の下では、「情報収集と意見集約の能力に長けた国会が、費用便益計算に基づく政策的判断によって捜査法を創造すること」ができるようになる。これは、主観法モデルの下では、理論から演繹的に規律の具体的内容が決定するが、その副作用として「立法者は理論の導出した規律の『丸呑み』か拒絶かの二者択一を迫られ、政策的考慮によって規律の内容を創造する余地はほとんどな」かったことと比べると、大きな違いである¹⁰²。

(2) 緑大輔の見解

捜査法を「法律の留保原則」から再定義できることについては宇藤崇による先駆的な研究がある¹⁰³、この「法律の留保原則」という次元で客観法的思考を取り入れていくこともできそうである。緑大輔は、「法律の留保原則」という次元で客観法的思考を取り入れ、捜査を法律によって規律すべき範囲及びその規律密度を引き上げようと試みる。

緑は、刑訴法上に明文の根拠規定が存在する捜査上の処分を見ると、「権利・利益の侵害の大きさが大きいほど、より具体的な要件と手続の法定が求められ、権利・利益の侵害の大きさが小さいほど、より概括的な法定で足りるという形で、明文規定による規律の密度につ

⁹⁹ 笹倉宏紀・前掲注(92)74-77頁。

¹⁰⁰ 笹倉宏紀・前掲注(61)295頁。

¹⁰¹ 笹倉宏紀・前同296頁。

¹⁰² 笹倉宏紀・前同296頁。

¹⁰³ 宇藤崇「強制処分の法定とその意義について」研修733号(2009年)4頁以下。

いて、立法一般のレベルで比例原則に類する発想」が主に採用されているとともに、「想定される処分に対する国民の関心の程度—そこには、歴史的経緯に照らした執行機関による濫用リスクの見積もりの程度などが含まれるであろう—に応じて、規律密度を調整」する発想も採用されていることがわかるという。その上で、緑は、「以上のように理解する場合、法律の規定を根拠として要求する基礎は、刑事訴訟法上の強制処分法定主義に存するのではなく、より一般的な法律の留保の考え方（侵害留保原則や本質性理論）にあるとみるべきことになろう」と指摘する¹⁰⁴。

そして緑は、「法律の留保原則」を自覚的に捜査法に持ち込むことで、①「強制処分および任意処分の双方について明文規定を要求し、他方で権利利益の制約の大きさや、権限の濫用を行う可能性の高さを勘案し、規律密度を高めることを要求しうる。権限の濫用が任意処分においても生じうる等、捜査手続上の重要事項といえるのであれば、当該任意処分の規律密度を引き上げること（手続や要件にかかわる個別具体的な明文規定を要求すること）も求められうる」、②「司法警察活動と行政警察活動の双方にまたがる領域に対して、法律の留保は統合的な法的規律をもたらすことが可能になる」、③「特にプライバシーにかかわる処分について、法律の留保の観点から情報利用時の規律という視点を設定せしめて、情報取得時と情報利用時の間の法的規律を調整し、最適な制度設計をしやすいとする。このことは、強制処分のみならず任意処分においても、情報利用時の規律をももたらすことが可能になる」と述べる。また、このような理解によると、強制処分法定主義の意義として従来理解されてきた民主的統制は「実質的には・・・法律の留保という考え方によって賄われている」と理解することになるため、強制処分法定主義に固有の意義は、「『強制の処分』という一定の類型の権利制約について、『特別の規定』、すなわち処分類型ごとに個別に高い規律密度を設定した法規定を求める点」と、「『強制の処分』をカタログ化する、基本法典としての刑事訴訟法の性質を担保する」点に見出される、と緑は整理する¹⁰⁵。

こうして緑は、「規律密度を高める」際の観点として、強制処分との関係では、「授權されている権限を執行する際に、不可避的に必要となる処分を明確化する規定」、「処分の態様に関して、強制性に付随して認められる処分を明確化する規定」、そして「処分に付随して必要となる処分であるが、本体である処分からさらに権限を拡張する性質の『必要な処分』を設定する規定」を、強制処分か任意処分かを問わず、「捜査機関による権限濫用をどのように防ぐか」という観点から、「当該処分に着手するための要件を明文規定により具体的に設定する」規定、「執行の過程を記録化し、あるいは第三者からの監視の対象とすることによって、濫用のリスクを減らす」規定、そして「処分終了後の情報の蓄積・保管・利用の過程

¹⁰⁴ 緑大輔「捜査法における明文規定の必要性とその規律の密度」犯罪と刑罰 29号（2018年）28-30頁。

¹⁰⁵ 緑大輔・前同 37-39頁。

について」の規定を挙げた¹⁰⁶。

以上の通り緑は、捜査法に「法律の留保原則」を自覚的に持ち込み、情報取得後をはじめ従来捉えきれていなかった事項についても法律により規律すべき場合があると論じた。ここで、「法律の留保原則」（本質性理論）から法律による規律が求められる事項と、笹倉が主観法に客観法的思考を取り入れることで導いた事項は相当程度重なる。つまり緑は、「法律の留保原則」との関係で客観法的思考を取り入れようと試みているといえる。

(3) 斎藤司の見解

斎藤司の見解も、憲法上の「法律の留保原則」と、客観法的思考の結び付きを示唆している。

斎藤は、「本質性理論」を参考に「法律の留保原則」が刑訴法にも妥当すると論じた山田哲史の見解¹⁰⁷を引き、「『強制処分』であるか否かを問わず法律による規律を求めるというかたちで」憲法上の「法律の留保原則」が妥当すると指摘し、これにより「議会は、捜査活動に対する法的規制について、その被侵害権利・利益の重要性、当該捜査手法の濫用の危険性などを考慮し、それにふさわしい規律密度をもって決定すべき自己決定義務を有すると理解することになる」とみる¹⁰⁸。

その上で斎藤は、「刑訴法 197 条 1 項但書の文言に照らすと、強制処分法定主義の名宛て人を立法者自身とすることは妥当ではないのではないか」という批判¹⁰⁹に対して、ドイツ刑訴法学では、「『本質性理論』により、基本権の実現に『本質的な』領域については、議会自身がその要件・効果・手続を自己決定すべき義務を有し、一般的な授権をもって行政機関や司法府に委ねることがあってはならないとされ・・・議会が自己決定した個別の具体的規定について、行政機関や司法府が『決定』すること（対象者に不利益な類推解釈や一般条項の活用）を禁止すべきとされている」ことを挙げ、「これを踏まえて考えると、憲法上の『法律の留保原則』（特に議会の自己決定義務）を 1 つの根拠として定められた刑訴法 197 条 1 項但書の強制処分法定主義は、議会が自己決定義務に基づき刑事訴訟法上に『排他的に』個別具体的な根拠規定を法定した捜査活動（『強制的処分』）について、行政機関や司法府による『対象者に不利益な類推適用』（本質的領域に関する行政機関・司法府による『自己決定』）や一般条項（刑訴法 197 条 1 項本文）の活用を禁止している、と理解することができるよう

¹⁰⁶ 緑大輔・前同 40-46 頁。

¹⁰⁷ 山田哲史「本質性理論再論—法律による捜査活動規制論の準備作業として」行政法研究 26 号（2018 年）108 頁以下、142 頁以下等。

¹⁰⁸ 斎藤司「『議会の自己決定義務』と『法律の留保原則』、そして『強制処分法定主義』の意義」犯罪と刑罰 29 号（2019 年）65 頁。

¹⁰⁹ 松田岳士「強制処分概念をめぐる最近の議論について」阪大法学 76 巻 6 号（2018 年）1108 頁以下。

に思われる」と述べる。そして斎藤によれば、「このように理解することで、憲法により要請される『本質性理論』それ自体とは区別されるかたちで、その趣旨も踏まえながら、『刑事訴訟法』における『強制の処分』『法定主義』の存在意義を説明し、さらに捜査活動に対する法的規律への立法府・司法府・行政機関の関与のあり方を具体化することができる」という¹¹⁰。

以上の通り斎藤は、憲法上の「法律の留保原則」から、強制処分法定主義の趣旨や、捜査を法律によって規律する意義について説明を試みた。そして斎藤は、このような理解から具体的にどのような「強制の処分」の定義を導出できるかについては「更なる検討が必要」だとしつつ、「いわゆる『権利ドグマティック』や『主観法モデル』にどこまで依拠するかも重要な課題」だと指摘しており、客観法的思考を取り入れる余地を残しているようにも読み取れる¹¹¹。

(4) 検討

では、このような主観法に客観法的思考を取り入れる見解では、Murphy の提案を導入し、様々な情報が対象となる捜査関係事項照会について広く、具体的な制度構想を示すことができるだろうか。

笹倉によれば、情報プライバシーがまさに問題となる監視型捜査は、主観法（だけ）で説明できない部分であるから、これについては客観法的思考を取り入れて説明することになる。そして監視型捜査によって生じる萎縮効果等を抑制するため、客観法的思考を入れて制度を設計していくことになるが、ここでいう制度設計とは、①監視型捜査によって「把握されることとなる生活局面の性質や把握の精度・情報量・・・（個人についての総量規制）」、②監視型捜査の「頻度・程度が一般人をして過度に躊躇させない程度に限定されること（社会全体としてみたときの総量規制）」、③監視型捜査が「相応の根拠に基づくものであること」、④「犯罪捜査の試行錯誤的性格に伴う誤差（過剰包摂）を意識的に許容すること」、そして⑤「捜査機関への情報の集中とその濫用の可能性」を考慮して、かつて監視型捜査に存在していた人的及び物的コスト、技術的限界という事実上の障壁がどの程度低下したかを把握した上で、その低下分を法定主義や令状主義、技術的物理的障壁、組織法上の障壁、煩雑な手順の設定（アーキテクチャ）やアルゴリズムによって補っていくということであった¹¹²。

このように笹倉は、かつて監視型捜査に存在していた人的及び物的コスト、技術的限界という事実上の障壁がどの程度低下したかを把握した上で、その低下分を法定主義や令状主義、技術的物理的障壁、組織法上の障壁、煩雑な手順の設定（アーキテクチャ）やアルゴリ

¹¹⁰ 斎藤司・前掲注（108）66-69頁。

¹¹¹ 斎藤司・前同70-71頁、71頁脚注40。

¹¹² 笹倉宏紀・前掲注（92）74-77頁。

ズムによって補っていくとはいう。ここからは望ましい状態からの乖離はどの程度で、その差分を埋めるには制度全体としてどう規律すべきかを提案することができる。しかも、従来であれば「強制の処分」には分類されなかった捜査手法まで含めて規律することができる。

もっとも、笹倉自身が「情報プライバシー権による『監視捜査』の規制が必要なのは、情報活用に関する事実上の障壁の低下を埋め合わせるため」であるから、「規制をすべて法律により実現すべき必然性はな」とも指摘する通り¹¹³、笹倉は法律外で「技術的物理的障壁、組織法上の障壁、煩雑な手順の設定（アーキテクチャ）やアルゴリズム」を用いて埋め合わせていくことも認めている。ただし本章第1節で考察した通り、国会による規律には公共政策的な問題がある以上、裁判所がこれを審査し、場合によっては介入する余地を認める必要がある。しかし、法律外での埋合せを認めると、情報収集能力が優れているというわけではない裁判所は、審査の範囲を画定することができず、介入が必要な場面であるのにそれを見逃してしまうおそれがある。

これに対し法律内で、「技術的物理的障壁、組織法上の障壁、煩雑な手順の設定（アーキテクチャ）やアルゴリズム」を用いて埋め合わせていくことにすれば、「当該法律に盛り込まれた制度全体」から判断すれば足りるようになるから、裁判所であっても介入が必要な場面か否かを適切に判断することができるようになるだろう。そこで、法律内で、「技術的物理的障壁、組織法上の障壁、煩雑な手順の設定（アーキテクチャ）やアルゴリズム」を用いた埋合せを行うべきである。そして、この余地を認めるのが緑による見解である。また緑の見解によると、従来であれば「強制の処分」には分類されなかった捜査手法を含めて、規律密度の調整で把握することができるという利点もある。

したがって本稿では、緑による見解を基礎として、Murphyの提案を導入し、様々な情報が対象となる捜査関係事項照会について広く、具体的な制度構想を示していきたい。

5 まとめ

Murphyの提案によれば、議会、裁判所、そして捜査機関が終わりなく絶えず協働していくことで、ある機関1か所だけによる規律では生じてしまう問題点の解消を期待でき、加えて「よりよい規律」を実現できる可能性が高いのであった。そこで考察の際の視点は、第1に、「強制の処分」には至らない捜査関係事項照会であっても、国会だけによる規律の問題に対処できるよう、裁判所が審査する仕組みがあるか否かであった。

この視点で、監視型捜査をめぐる近時重ねられている議論を確認し、Murphyの提案を導入するに当たって基礎となり得るかを検討してきた。その結果、緑による見解が基礎となることがわかった。では、裁判所は具体的にどのような判断をすべきだろうか。次節ではこれを考察する。

¹¹³ 笹倉宏紀・前同76頁。

第5節 本案判断の内容

ここまでの考察によると、捜査関係事項照会そのものを実施するに当たっては、情報主体に捜査関係事項照会の違法性を争う機会を十分に与えるため、次の通りの手続が必要であった。第1は、告知の制度である。捜査機関は、捜査関係事項照会を実施するに当たって、告知すべき情報主体が判明している場合には、当該情報主体に告知すべきである。これに対し、告知すべき情報主体が特定できない場合には、第三者機関に対して告知（届出）し、当該第三者機関にいわば情報主体の代理人として、捜査関係事項照会の違法性を争うか否かを判断させるのがよい。ここで告知すべき内容は、情報主体が違法性を争うべきか否かを判断できる程度であればよい。そこで少なくとも、「①収集の方法が捜査関係事項照会である旨、②罪名及び罰条、③捜査関係事項照会実施の日時、第三者が報告をした日時、④報告した第三者の名称、⑤第三者が報告した情報の概要」を告知すべきであろう。

第2は、準抗告の制度である。情報主体（あるいは情報主体の代理人としての第三者機関）が、告知された内容から当該捜査関係事項照会に不服がある場合（当該捜査関係事項照会の違法性を争うべきだと考えた場合）は、準抗告を申し立てることができる。ここでもし、裁判所が準抗告には理由があると認める場合、すなわち個別具体的な捜査関係事項照会に違法があったと認める場合は、当該捜査関係事項照会を取り消した上で、捜査機関に対し報告された情報を廃棄（消去）するよう命じるべきである。そして、捜査機関が当該情報を廃棄したかを第三者機関が監督すべきである。

第3は、制裁措置である。証拠の由来を明らかにするよう義務付ける制度を導入した上で、提出された証拠が捜査関係事項照会に由来すると知った裁判所は、捜査関係事項照会の実施に際して告知が実施されたことを証する書面を提出するよう求めるべきである。そして、捜査関係事項照会に由来された証拠を提出したにもかかわらず、捜査機関が告知の実施を証する書面を提出しない場合には、裁判所は当該証拠を採用しないとすべきである。さらに、捜査機関が告知の実施を証する書面を提出した場合には、裁判所は当該書面に「①告知の相手方は誰か、②告知の日時、③告知の方法、④告知が遅延した場合にはその理由」の記載があるかを確認した上で、告知の実施に疑義があれば、やはり当該証拠を採用しないとすべきである。

では、手続はそれとして、裁判所は準抗告において、個別具体的な捜査関係事項照会の違法性をどのように判断していけばよいのだろうか。Murphyの提案を導入することで、議会、裁判所、そして捜査機関が終わりなく絶えず協働していくことで、ある機関1か所だけによる規律では生じてしまう問題点の解消を期待でき、加えて「よりよい規律」を実現できるのであった。そして、このMurphyの提案を導入する基礎となり得るのが緑による見解であった。そこで以下、緑による見解を基礎として、Murphyの提案を導入すればどうなるのかを示した後、様々な情報が対象となる捜査関係事項照会について広く、具体的な制度構想を示す。

1 本案判断の内容

緑は、「法律の留保原則」を自覚的に捜査法に持ち込むことで、①「強制処分および任意処分の双方について明文規定を要求し、他方で権利利益の制約の大きさや、権限の濫用を行う可能性の高さを勘案し、規律密度を高めることを要求しうる。権限の濫用が任意処分においても生じうる等、捜査手続上の重要事項といえるのであれば、当該任意処分の規律密度を引き上げること（手続や要件にかかわる個別具体的な明文規定を要求すること）も求められる」、②「司法警察活動と行政警察活動の双方にまたがる領域に対して、法律の留保は統合的な法的規律をもたらすことが可能になる」、③「特にプライバシーにかかわる処分について、法律の留保の観点から情報利用時の規律という視点を設定せしめて、情報取得時と情報利用時の間の法的規律を調整し、最適な制度設計をしやすいとする。このことは、強制処分のみならず任意処分においても、情報利用時の規律をももたらすことが可能になる」と述べる。またこのような理解によると、強制処分法定主義の意義として従来理解されてきた民主的統制は「実質的には・・・法律の留保という考え方によって賄われている」と理解することになるため、強制処分法定主義に固有の意義は、『強制的処分』という一定の類型の権利制約について、『特別の規定』、すなわち処分類型ごとに個別に高い規律密度を設定した法規定を求める点と、『強制的処分』をカタログ化する、基本法典としての刑事訴訟法の性質を担保する」点に見出される、と緑は整理する¹¹⁴。

そして緑は、ここで「規律密度を高める」際の観点として、強制処分との関係では、「受験されている権限を執行する際に、不可避的に必要となる処分を明確化する規定」、「処分の態様に関して、強制的に付随して認められる処分を明確化する規定」、そして「処分に付随して必要となる処分であるが、本体である処分からさらに権限を拡張する性質の『必要な処分』を設定する規定」を、強制処分か任意処分かを問わず、「捜査機関による権限濫用をどのように防ぐか」という観点から、「当該処分に着手するための要件を明文規定により具体的に設定する」規定、「執行の過程を記録化し、あるいは第三者からの監視の対象とすることによって、濫用のリスクを減らす」規定、そして「処分終了後の情報の蓄積・保管・利用の過程について」の規定を挙げたのであった¹¹⁵。

このように緑の枠組みによれば、従来であれば「強制的処分」には分類されなかった捜査手法を含めて、「捜査機関による権限濫用をどのように防ぐか」という観点から、規律密度の高低の調整によって把握することができる。さらに笹倉がいうような、均衡を崩すに至る場合には、高密度の規律を要求するとしても、均衡を崩すに至らない場合にも、一定の密度の規律を要求することができるだろう。

また、そもそも行政活動について法律の根拠を要求する意味は、「国民（の代表）が、定められたルールに従い公開の場で行う討議の結果に基づき」行政権を行使させることによ

¹¹⁴ 緑大輔・前掲注（104）37-39頁。

¹¹⁵ 緑大輔・前同40-46頁。

り、「行政活動の民主的正当性を更に一層強固なもの」として「行政活動のあり方に制約をかける」ことと、そのような「討議の結果を特に一般的抽象的な規範の形に結晶させたもの（法律）に基づかせる」ことで「行政活動のあり方に制約をかけること」に求められる¹¹⁶。そうすると「法律の留保原則」の下で、「捜査機関による権限濫用」を防ぐための密度設定を行う場合には、国会が規律の大枠を定め、その具体的細目を捜査機関が埋めるという形や、捜査機関がまず規律の草案を作り、国会がそれを審査の上で承認するという形でも構わないように思われる。さらには、民主的統制が及んでいることが重要だというならば、公安委員会が策定する行政規則でも構わないかもしれない¹¹⁷。いずれにしても、規律内容の形成に捜査機関をも巻き込むことで、捜査機関の専門性・機動性を反映した規律となることが期待できる。

以上を裁判所の審査の場面に投影すれば、従来であれば「強制の処分」には分類されなかった捜査手法を含めて、「捜査機関による権限濫用をどのように防ぐか」という観点から、法律や行政規則の規律密度の高低が十分か否かを審査するということになる。ここで、たとえば法律等に「技術的物理的障壁、組織法上の障壁、煩雑な手順の設定（アーキテクチャ）やアルゴリズム」等が盛り込まれていたとしても、裁判所にはこれらを適切に審査する制度的能力がないのではないかと反論があり得るかもしれない。しかし、本稿がここまで述べてきたことも踏まえて考えると、既に法律等で定められた「技術的物理的障壁、組織法上の障壁、煩雑な手順の設定（アーキテクチャ）やアルゴリズム」等による障壁が果たして妥当かを審査する程度の制度的能力は裁判所も備えている。そして、当該捜査が適法だと主張する捜査機関側は、公判の場で「技術的物理的障壁、組織法上の障壁、煩雑な手順の設定（アーキテクチャ）やアルゴリズム」等が機能していることを示すために、専門家証人を含めて様々な手段を講じるだろう。これにより、裁判所も第二次的な審査ができる程度には知識を得て理解することができるはずである。

では、どのように裁判所は具体的に審査していけばよいだろうか。ここで参照すべきなのが、Murphy の提案である。Murphy の提案は次の通りであった。裁判所は第1段階として、ある具体的行為に修正4条が問題となる否かを判断する。修正4条が問題となれば、第2段階に移り、法執行機関の裁量権行使を制限する規定が存在するか否かを判断することになる。ここでいう制限規定とは、議会や行政機関によって事前に策定・公表されており、法執行機関の裁量権行使を制限するものをいう。制限規定が存在しなければ、具体的行為の「不合理性」が推定される。反対に、制限規定が存在すれば、第3段階に移り、当該規定が「合理的」か否かを判断することになる。ここでも当該規定に「合理性」がなければ、具体的行為の「不合理性」が推定される。反対に、当該規定に「合理性」があれば、第4段階に移り、当該規定に依拠して実施されたか否かを判断することになる。ここでもやはり依拠せずに

¹¹⁶ 藤田宙靖『新版 行政法総論 上』（青林書院、2020年）92頁。

¹¹⁷ 田村正博・前掲注（36）530-532頁参照。

実施しておれば、具体的行為の「不合理性」が推定される。反対に、依拠して実施しておればようやく、具体的行為は合憲と認められる。

もし、裁判所の審査によって合憲と判断された場合は、捜査機関は当該捜査をこれまで通り実施していけばよいことになる。他方で、違憲と判断されたにもかかわらず、議会や捜査機関がなお当該捜査自体を実施したいと望む場合は、裁判所の当該判断を参考にし、また裁判所の将来の判断を予測しつつ、当該捜査をどのようにすれば合憲となるかを検証し、制定法または行政規則を修正していくことが求められる。そして、制定法または行政規則が作成されると、この新たな制定法または行政規則に従って、当該捜査が実施されていくことになる。そしてもちろん、新たな制定法または行政規則に基づく当該捜査にも、将来のどこか時点で、裁判所の上記のような審査が待ち受けている。こうして、裁判所による審査を中心として、議会、裁判所、そして捜査機関が絶えず終わりなく協働していく姿が生じるのであった。

このような Murphy の提案は、修正 4 条の解釈適用との関係で行われたものであるから、日本にそのまま導入することは当然できない。しかし、この Murphy の提案の骨子を参照していくことは可能である。そこで、緑による見解を裁判所の審査の場面に投影したものに、Murphy の提案の骨子を導入していこう。

まず、Murphy の提案の第 1 段階では、ある具体的行為に修正 4 条が問題となる否かを判断するのであった。しかし、日本で裁判所が規律を及ぼす場面は、修正 4 条の解釈適用とパラレルに論じられてきた「強制の処分」にとどまらない。「強制の処分」には至らない、任意処分であっても日本では裁判所が規律を及ぼすことができる。しかも既に述べた通り、緑の枠組みによれば、従来であれば「強制の処分」には分類されなかった捜査手法を含めて、「捜査機関による権限濫用をどのように防ぐか」という観点から、規律密度の高低の調整によって把握することができる。このため、Murphy の提案の第 1 段階は、特段の意味をもたないことになる。

次に、Murphy の提案の第 2 段階では、法執行機関の裁量権行使を制限する規定が存在するか否かを判断することになるのであった。そしてここでいう制限規定とは、議会や行政機関によって事前に策定・公表されており、法執行機関の裁量権行使を制限するものをいい、そのような制限規定が存在しない場合には、当該具体的行為の「不合理性」が推定されるのであった。これを日本との関係で引き直すと、国会や捜査機関が策定・公表した法律等であって、捜査機関の裁量権行使を制限するものがあるか否かを判断することになる。そして、そのような法律等が事実として存在しているかを判断するだけであるし、何より当該捜査の適法性を主張する捜査機関側がその存在を積極的に示すだろうから、判断自体は比較的容易だと思われる。

では、そのような法律等の存在を確認できず、捜査機関もその存在を示すことができない場合（捜査機関が示した法律等に疑義がある場合を含む）、裁判所はどうすべきだろうか。ここで手掛かりとなるのが、「連続戦略」である。山本龍彦は、「警察による情報の保存・集

積や利用・解析、廃棄手続等を明確かつ具体的に規律する法律」があれば、「取得後の情報の取扱いをめぐる懸念はさしあたり除去され（適正に扱われることが制度的に担保され）」るから、その限りにおいて「情報取得（および当該被疑事件に限った一次的・短期的利用）それ自体に高いハードルを課すべきではない」のに対し、こうした法的規律がなければ、「警察による情報取得行為の性格を、その取得場面だけを切り取って判断することはでき」ないから、「情報取得行為にこれまで以上に高いハードル」を課し、「実務的観点または捜査の効率性という観点」で問題が生じるようにすることで、監視型捜査について国会が法制化するように促すべきだと提案した¹¹⁸。

翻って、ここでも最終的に法制定を促すことが目的であるから、山本による提案は手掛かりとなる。そこで、捜査機関の裁量権行使を制限する法律等の存在を確認できず、捜査機関もその存在を示すことができない場合（捜査機関が示した法律等に疑義がある場合を含む）には、当該具体的行為には捜査機関による権限濫用の防止のための措置がまったく備わっていないものとみなし（連続させて考え）、当該具体的行為を「違法」と判断すべきである。

もし、議会や行政機関によって事前に策定・公表されており、法執行機関の裁量権行使を制限する制限規定の存在が確認できれば、Murphy の提案は第3段階に移る。Murphy の提案の第3段階では、当該規定が「合理的」か否かを判断することになり、ここでも当該規定に「合理性」がなければ、具体的行為の「不合理性」が推定される。そして Murphy によれば、ここでの「合理性」の判断は、①制限規定の策定に当たって責任を負う組織が存在するか否か、②策定手続が有権者に知られているか否か、そして③最終的な規定が著しく不当なものでないか否かを中心として行うべきであり、問題となっている技術の性質にもよるが、少なくとも、警察の活動を抑制する文言が含まれており、透明性と説明責任の仕組みが用意されている必要があるという¹¹⁹。

では、これを日本との関係で引き直すとどうなるだろうか。Murphy の提案は、修正4条の解釈適用との関係で行われていた。しかし日本で裁判所が規律を及ぼす場面は、修正4条の解釈適用と平行に論じられてきた「強制的処分」にとどまらない。「強制的処分」には至らない、任意処分であっても日本では裁判所が規律を及ぼすことができる。しかも既に述べた通り、緑の枠組みによれば、従来であれば「強制的処分」には分類されなかった捜査手法を含めて、「捜査機関による権限濫用をどのように防ぐか」という観点から、規律密度の高低の調整によって把握することができる。

そこで日本との関係では、開かれた国会が、捜査全てについて一定の内容を規定しているかを審査する必要はなく、必要な密度の高低をつけて規定しているか、を裁判所は審査することになる。具体的には開かれた国会が、①監視型捜査によって「把握されることとなる生活局面の性質や把握の精度・情報量・・・（個人についての総量規制）」、②監視型捜査の「頻

¹¹⁸ 山本龍彦・前掲注（48）94-95頁。

¹¹⁹ Murphy, *supra* note 23, at 540-541.

度・程度が一般人をして過度に躊躇させない程度に限定されること（社会全体としてみたときの総量規制）、③監視型捜査が「相応の根拠に基づくものであること」、④「犯罪捜査の試行錯誤的性格に伴う誤差（過剰包摂）を意識的に許容すること」、そして⑤「捜査機関への情報の集中とその濫用の可能性」（これは上記①～④と相関関係にある）を考慮して¹²⁰、情報取得時と情報取得後について規律密度の高低をつけているか否か、を裁判所は審査することになる。その際、令状主義を採用するのも1つの選択肢ではあるが、それ以外にも「技術的物理的障壁、組織法上の障壁、煩雑な手順の設定（アーキテクチャ）やアルゴリズム」等多様な選択肢のうちどれを採用するかは国会等に委ねられている。もっともどのような方法であれ、捜査権限の濫用防止という観点からは最低限、情報収集時に一定の嫌疑の存在を担保する仕組み、情報収集後にその蓄積及び保管の規律、濫用（流用、私的利用）を防ぐ仕組み、不服申立ての仕組みは必要であろう。

そして、法律等が必要となる程度の密度を充たさない場合には、裁判所は、先ほどの第2段階と同様、当該具体的行為を「違法」と判断すべきである。

もし、議会や行政機関によって事前に策定・公表されており、法執行機関の裁量権行使を制限する制限規定の存在が確認でき、さらに当該規定に「合理性」があれば、Murphyの提案は第4段階に移る。Murphyの提案の第4段階では、当該規定に依拠して実施されたか否かを判断し、ここでもし具体的行為が当該行為に依拠せず実施されておれば、当該具体的行為の「不合理性」が推定される（反対に、依拠して実施しておればようやく、具体的行為は合憲と認められる）のだった。

これを日本との関係で引き直すと、裁判所は法律等に具体的行為が依拠して実施されたか否かを審査し、もし依拠せず実施されておれば、当該具体的行為を「違法」と判断すべきである。その際、捜査機関は具体的行為を法律等に依拠して実施したと積極的に示すだろうから、この審査自体は比較的容易と思われる。

以上のどこかの段階で、裁判所が具体的行為を「違法」と判断した場合に、国会や捜査機関がなお当該捜査行為を実施したいと望む場合は、裁判所の当該判断を参考にし、また裁判所の将来の判断を予測しつつ、当該捜査がどのようにすれば「適法」となるのかを検証し、法律等を修正していくことが求められる。そして法律等が修正されると、この新たな法律等に従って、当該具体的行為が実施されていくことになる。そしてもちろん、新たな法律等に基づく具体的行為にも、将来どこかの時点で、裁判所の上記のような審査が待ち構えている。こうして、裁判所による審査を中心として、国会、裁判所、そして捜査機関が絶えず終わりになく協働していく姿を作り出すことができるのである。

2 具体例

以上を踏まえて、捜査関係事項照会について具体的に考えてみよう。

¹²⁰ 笹倉宏紀・前掲注（92）74頁。

(1) 具体例

ここでは、2021年4月1日18時頃、S駅付近の駐車場において、同所に停車していたV所有の普通乗用自動車の窓ガラスが割られ、同車内から、V所有のバッグ（Hブランド）、時計（Rブランド）、財布（Cブランド）、そしてアタッシュケース（現金1000万円入り）が持ち去られる事件が発生したとしよう。そして、この事件を受けて、捜査機関は、同年4月2日に、①鉄道会社の保有する利用者情報、具体的には、4月1日18時から同日20時までの間にS駅から乗車した人物全てについてそれぞれの降車駅及び降車時間、同月10日に、②古物買取店が保有する買取者情報、具体的には、4月1日から同月10日までの間に買った物品全てに関して売主の氏名・住所・電話番号、同月15日に、③金融機関が保有する取引情報、具体的には、直近半年分の被疑者A名義の預金口座の入出金記録全て、そして④心療内科が保有する患者情報、具体的には被疑者Aの病名・程度を捜査関係事項照会によって収集しようと考えたとする。

(2) 告知

まず、捜査機関が各機関に対して捜査関係事項照会を実施し、目当ての情報を収集することができたとしよう。この際、②古物買取店が保有する買取者情報、③金融機関が保有する取引情報、そして④心療内科が保有する患者情報については、情報主体がどこの誰なのかを特定することができるから、捜査機関はそれぞれの情報主体に対し、「①収集の方法が捜査関係事項照会である旨、②罪名及び罰条、③捜査関係事項照会実施の日時、第三者が報告をした日時、④報告した第三者の名称、⑤第三者が報告した情報の概要」を告知すべきである。また、①鉄道会社の保有する利用者情報については、情報主体がどこの誰なのかを特定することができないから、第三者機関に対し、同様の事項を告知をすべきである。とはいえ、被疑者Aの身柄を確保できておらず、事件についての物証・人証も収集し切れていない状況で、被疑者Aに捜査関係事項照会の実施が知られてしまうと、逃亡や罪証隠滅（破棄、隠匿、そして働きかけ）の可能性が否定できない。そこで、このような場合には、第三者機関に対して告知した上で、被疑者Aに対する告知は一定程度遅らせることも認められるだろう。

(3) 準抗告

次に、捜査機関からの告知を受けた被疑者Aは、捜査関係事項照会によって上記①から④の情報が収集されたことについて不服があるとしよう。この場合、被疑者Aは準抗告によって違法性を争うことができる。被疑者Aが準抗告を申し立てた場合、準抗告において、裁判所は次の通り審査していくことになる。すなわち裁判所は、第1段階として、捜査関係事項照会に法律等があるか否かを審査する。ここでは刑訴法197条2項という根拠法があるが、それ以外にはないことが判明する（内部規則はあるものの、その内容について国会による統制は及んでいない）。そこで裁判所は、第2段階として、上記①から④の情報を収集することとの関係で、刑訴法197条2項は必要な規律密度を充たしているかを審査する。この際、

上記①から④の情報によって明らかとなる生活局面の性質や把握の精度・情報量、頻度・程度、実施の際の根拠、誤差の確率、そしてこれらと相関関係にある捜査機関への情報の集中と濫用可能性を考慮し、情報取得時と情報取得後について必要な規律密度を充たしているかを審査する。

(一)鉄道会社の保有する利用情報

では、①鉄道会社の保有する利用者情報、具体的には、4月1日18時から同日20時までの間にS駅から乗車した人物全てについてそれぞれの降車駅及び降車時間はどうか。このような情報からは、一人ひとりの移動情報が明らかにはなるものの、これは公道上から簡単に確認できる程度であり、それ以上何かが明らかになるわけではない(例えば、日本全国の2年分の乗車駅・降車駅及び降車時間という情報からは、一人ひとりの私生活が明らかになるのに対し、本件はそれとは明らかに異なる)。同様の捜査関係事項照会を定期的に複数回繰り返さない限り、私生活を明らかにすることはないといいよい。そこで、必要な規律密度としては、情報収集時における一応の嫌疑を担保する仕組み、回数・対象の総量限定を担保する仕組み、情報収集後における蓄積及び保管の規律、濫用(流用、私的利用)を防ぐ仕組み、不服申立ての仕組みで足りるというべきである。しかし、捜査関係事項照会は現状、そのような仕組みすら存在しない。そこで、当該具体的行為を「違法」と判断すべきである。

(二)古物買取店が保有する買取者情報

では、②古物買取店が保有する買取者情報、具体的には、4月1日から同月10日までの間に買い取った品物に関して売主の氏名・住所・電話番号はどうか。このような情報からは、10日間に当該古物買取店において、いつ、どのような物品を、どこの誰が売却したかという情報が明らかになる。そして、売却した物品次第ではその人物がどういった生活を送っているかまで推測できるかもしれない。

しかしそうだととしても、その推測の精度は同様の捜査関係事項照会を定期的に複数回繰り返さない限り、高くはない。したがって、①鉄道会社の保有する利用者情報と同様に、必要な規律密度としては、情報収集時における一応の嫌疑を担保する仕組み、回数・対象の総量の限定を担保する仕組み、情報収集後における蓄積及び保管の規律、濫用(流用、私的利用)を防ぐ仕組み、不服申立ての仕組みで足りるというべきである。しかし、捜査関係事項照会は現状、そのような仕組みすら存在しない。そこで、当該具体的行為を「違法」と判断すべきである。

(三)金融機関が保有する取引情報

では、③金融機関が保有する取引情報、具体的には、直近半年分の被疑者A名義の預金口座の入出金記録全てはどうか。銀行口座の利用が日常生活遂行上必要不可欠であ

ることを踏まえると、入出金記録として記録される範囲は、預金者（情報主体）の日常生活の範囲と重なるといってよい。そうすると、入出金記録からは、預金者の私生活を推認することができる。このため、入出金記録という情報はそれ自体秘匿性が高い。しかも入出金記録の期間が広がれば広がるほど、その情報量が増え、預金者の私生活をより精確に推認できるようになる。例えば、送金先が明らかになれば、預金者と送金先との関係性が明らかとなるが、そこにさらに送金額や頻度が明らかになれば、当該関係の親密度合いを推認することもできる。ある宗教団体や政治団体に対して、定期的に一定額を送金しているという事実からは、預金者が当該団体と親密な関係にあること、すなわち当該団体の信者や支持者であることが推認できるのである。このため、半年分の入出金記録という情報の秘匿性はかなり高い¹²¹。

そして、半年分の生活実態の収集は目的外利用の危険、とりわけ預金者の信仰や政治的信条を明らかにできることから少数派や政敵の排除にも利用される可能性が相当程度ある。捜査関係事項照会の報告義務も、濫用のおそれを高める。したがって、必要な規律密度としては、①鉄道会社の保有する利用者情報や②古物買取店が保有する買取者情報の場合よりも高い程度、例えば、情報収集時における高度の嫌疑を担保する仕組みや、回数・対象の総量限定を担保する仕組み、収集する情報を必要最低限に保つ仕組み、情報収集後における蓄積及び保管の規律、濫用（流用、私的利用）を防ぐ高度の仕組み、不服申立ての仕組みは必要である。しかし、捜査関係事項照会は現状、そのような仕組みは当然存在しない。そこで、当該具体的行為を「違法」と判断すべきである。

（四）心療内科が保有する患者情報

では、④心療内科が保有する患者情報、具体的には被疑者Aの病名・程度はどうだろうか。およそ患者情報からは、心身の状態が明らかとなるが、これは、私生活を遂行する上で大本となる情報である。このため、患者情報の秘匿性はかなり高い。そして、心身の状態がわかれば、その本人の弱みに付け込むことで、少数派や政敵の排除にも利用できるかもしれない。もちろん、捜査関係事項照会の報告義務も濫用のおそれを高める。したがって、必要な規律密度としては、③金融機関が保有する取引情報と同程度、例えば、情報収集時における高度の嫌疑を担保する仕組みや、回数・対象の総量限定を担保する仕組み、収集する情報を必要最低限に保つ仕組み、情報収集後における蓄積及び保管の規律、濫用（流用、私的利用）を防ぐ高度の仕組み、不服申立ての仕組みは必要である。しかし、捜査関係事項照会は現状、そのような仕組みは当然存在しない。そこで、当該具体的行為を「違法」と判断すべきである。

¹²¹ 金融庁が個人情報保護法を上乗せする形で、「金融分野における個人情報保護に関するガイドライン」をあえて設けているのも、入出金記録にこういった性質があるからであるといつてよい。

(4) 協働していく姿

準抗告において、裁判所が上記①から④に対する捜査関係事項照会について違法だと判断すると、それぞれの捜査関係事項照会を取り消すことになる。裁判所はその上で、捜査関係事項照会によって収集した上記①から④の情報を廃棄（消去）を命じることになる。この際、捜査機関が当該情報を廃棄したかを第三者機関が監督すべきである。

もちろん、国会や捜査機関はなお捜査関係事項照会を実施したいと望むだろう。そこで、裁判所の当該判断を参考にし、また裁判所の将来の判断を予測しつつ、当該捜査がどのようにすれば「適法」となるのかを検証し、法律等を修正していくことになる。この際は令状主義を採用するのも1つの選択肢ではあるが、それ以外にも「技術的物理的障壁、組織法上の障壁、煩雑な手順の設定（アーキテクチャ）やアルゴリズム」等多様な選択肢のうちどれを採用するかは国会等に委ねられている。また、あくまで国会による統制が及ぶのであれば、規律内容の形成に捜査機関をも巻き込み、捜査機関の専門性・機動性を活用すればよいから、国会が規律の大枠を定め、その具体的細目を捜査機関が埋めるという形や、捜査機関がまず規律の草案を作り、国会がそれを審査の上で承認するという形でも構わない。いずれにせよ、法律等が修正されると、捜査機関はこの新たな法律等に従って、捜査関係事項照会を実施していくことになる。もちろん、新たな法律等に基づく捜査関係事項照会にも、将来どこかの時点で裁判所の上記のような審査が待ち構えており、法律等の内容次第ではまた法律等を修正することになる。こうして、裁判所による審査を中心として、国会、裁判所、そして捜査機関が絶えず終わりなく協働していく姿が生じるのである。

第6節 小括

本章では次のことが明らかとなった。すなわち捜査関係事項照会そのものを規律していくためには Murphy の提案が特に参考になるが、Murphy の提案の中心となる裁判所の審査を捜査関係事項照会に確保することが難しい。捜査関係事項照会にはその違法性を争おうにも、情報主体がその実施を知る機会がなく、知ったとしても争う機会が十分ではないという問題があるからである。そこで前者は、捜査関係事項照会を実施する際は、情報主体に対し告知するよう義務付けることで、後者も、捜査関係事項照会を準抗告の対象に含めることで、この問題に対処できないかを考察した。その結果、情報主体に捜査関係事項照会の違法性を争う機会を十分に与えるため、次の通りの手続が必要であることがわかった。第1は、告知の制度である。捜査機関は、捜査関係事項照会を実施するに当たって、告知すべき情報主体が判明している場合には、当該情報主体に告知すべきである。これに対し、告知すべき情報主体が特定できない場合には、第三者機関に対して告知（届出）し、当該第三者機関にいわば情報主体の代理人として、捜査関係事項照会の違法性を争うか否かを判断させるのがよい。ここで告知すべき内容は、情報主体が違法性を争うべきか否かを判断できる程度であればよい。そこで少なくとも、「①収集の方法が捜査関係事項照会である旨、②罪名及び

罰条、③捜査関係事項照会実施の日時、第三者が報告をした日時、④報告した第三者の名称、⑤第三者が報告した情報の概要」を告知すべきであろう。

第2は、準抗告の制度である。情報主体（あるいは情報主体の代理人としての第三者機関）が、告知された内容から当該捜査関係事項照会に不服がある場合（当該捜査関係事項照会の違法性を争うべきだと考えた場合）は、準抗告を申し立てることができる。ここでもし裁判所が準抗告には理由があると認める場合、すなわち個別具体的な捜査関係事項照会に違法があったと認める場合は、当該捜査関係事項照会を取り消した上で、捜査機関に対し報告された情報を廃棄（消去）するよう命じるべきである。そして、捜査機関が当該情報を廃棄したかを第三者機関が監督すべきである。

第3は、制裁措置である。証拠の由来を明らかにするよう義務付ける制度を導入した上で、提出された証拠が捜査関係事項照会に由来すると知った裁判所は、捜査関係事項照会の実施に際して告知が実施されたことを証する書面を提出するよう求めるべきである。そして、捜査関係事項照会に由来された証拠を提出したにもかかわらず、捜査機関が告知の実施を証する書面を提出しない場合には、裁判所は当該証拠を採用しないとすべきである。さらに、捜査機関が告知の実施を証する書面を提出した場合には、裁判所は当該書面に「①告知の相手方は誰か、②告知の日時、③告知の方法、④告知が遅延した場合にはその理由」の記載があるかを確認した上で、告知の実施に疑義があれば、やはり当該証拠を採用しないとすべきである。

次に、捜査関係事項照会が必要な密度をつけて規律されていくために、準抗告において裁判所は次の通り審査していくべきである。裁判所は、第1段階として、捜査関係事項照会に法律等があるか否かを審査する。裁判所その上で、第2段階として、収集しようとする情報との関係で、法律等が必要な規律密度を充たしているかを審査する。具体的には、当該情報によって明らかとなる生活局面の性質や把握の精度・情報量、頻度・程度、実施の際の根拠、誤差の確率、そしてこれらと相関関係にある捜査機関への情報の集中と濫用可能性を考慮し、情報取得時と情報取得後について必要な規律密度を充たしているかを審査することになる。もし法律等が必要な規律密度を充たしていないと裁判所が判断すれば、当該捜査関係事項照会は違法となるのに対し、法律等が必要な規律密度を充たしていると裁判所が判断すれば、第3段階の審査として、当該捜査関係事項照会が当該法律等に依拠して実施されたか否かを審査することになる。もし当該捜査関係事項照会が当該法律等に依拠して実施されたと判断すれば、当該捜査関係事項照会は適法であるのに対し、もし当該捜査関係事項照会が当該法律等に依拠して実施されなかったと判断すれば、当該捜査関係事項照会は違法である。

もちろん、国会や捜査機関はなお捜査関係事項照会を実施したいと望むだろう。そこで、裁判所の当該判断を参考にし、また裁判所の将来の判断を予測しつつ、当該捜査がどのようにすれば「適法」となるのかを検証し、法律等を修正していくことになる。この際は令状主義を採用するのも1つの選択肢ではあるが、それ以外にも「技術的物理的障壁、組織法上の

障壁、煩雑な手順の設定（アーキテクチャ）やアルゴリズム」等多様な選択肢のうちどれを採用するかは国会等に委ねられている。また、あくまで国会による統制が及ぶのであれば、規律内容の形成に捜査機関をも巻き込み、捜査機関の専門性・機動性を活用すればよいから、国会が規律の大枠を定め、その具体的細目を捜査機関が埋めるという形や、捜査機関がまず規律の草案を作り、国会がそれを審査の上で承認するという形でも構わない。情報の性質に応じた規律密度が法律等で設けられている限り、捜査関係事項照会が基本的には違法と判断されることはなくなる。しかも権限濫用の防止として機能する限り、令状以外にも様々な仕組みを採用することが認められるから、捜査の初期段階での実施の必要性等、捜査の実情にも即した制度となることが期待できる。いずれにせよ法律等が修正されると、捜査機関はこの新たな法律等に従って捜査関係事項照会を実施していくことになる。もちろん、新たな法律等に基づく捜査関係事項照会にも、将来どこかの時点で裁判所の上記のような審査が待ち構えており、法律等の内容次第ではまた法律等を修正することになる。こうして、裁判所による審査を中心として、国会、裁判所、そして捜査機関が絶えず終わりなく協働していく姿を作り出すことができる。

裁判所が主として手続に着目すること、また捜査を規律する手段として令状が絶対的なものでなくなることだけを見ると、制度後退的と思われるかもしれない。しかし重要なのは、部分的・短期的ではなく、全体的・長期的な視点に立つことである。裁判所が関与する度合いや、令状要件だけが重要なのではない。アーキテクチャやアルゴリズムをも利用する法律や行政規則、そしてこれを審査する裁判所という「制度全体」によって、捜査関係事項照会が規律されているかが重要なのである。またその規律がある一時点で不適切だとしても、将来的にそれを改善していく余地（仕組み）がある限り、批判的に捉えられるべきでもないのである。裁判所による審査を中心として、国会、裁判所、そして捜査機関が絶えず終わりなく協働していくことでこそ、捜査関係事項照会をめぐる規律はより良い方向に進んでいくだろう。

終章

1 ここまでの振り返り

本稿ではここまで、様々な情報が対象となる捜査関係事項照会について広く、具体的な制度構想を示すことを目的として論じてきた。まずはここまでを簡単に振り返ろう。

第1章では、捜査関係事項照会の現状を確認した。その結果、捜査関係事項照会が現状、捜査機関にとって有用で濫用されやすい捜査手法となっていることがわかった。

では、なぜ「捜査関係事項照会が現状、捜査機関にとって有用で濫用されやすい捜査手法となっている」のか。その理由を、第2章では「取得時中心主義」と「領域プライバシー」という2つの概念から考察した。その結果、「領域プライバシー」の下で、捜査関係事項照会は情報主体の手元を離れた情報を収集する捜査手法であったために、これによる被制約利益が重要だとは認識されず、そうであるのに「取得時中心主義」の下で、捜査関係事項照会によって収集された情報の蓄積、利用・解析に焦点が当てられなかったために、捜査関係事項照会はこれまで任意処分と位置付けられ、しかも十分な規律が及ぼされてこなかった、という問題が捜査関係事項照会にあることがわかった。またこの問題は、捜査関係事項照会による弊害を情報の質・量、手間が抑えていた時代には見えにくかった（見えなかった）が、情報技術が進展してきたことではっきりと見えるようになったこともわかった。

他方で、アメリカにおける第三者法理をめぐる問題も、「領域」外の情報を収集する捜査手法にあった。「領域」外の情報の収集であるため、収集される情報に「プライバシーの合理的期待」があるとは認識されなかった。このため、第三者法理が適用される捜査手法は、修正4条の「搜索」に当たらず、令状によらずに収集することが許されてきた（十分な規律が及ぼされてこなかった）。このように日本とアメリカは、同様に「領域」外の情報の保護について悩んできたのである。しかしアメリカは近時、Carpenter 判決において、「領域」外の情報である基地局位置情報を、当該性質を考慮して、修正4条の「搜索」に当たると判断した。こうして結論だけを取り出せば、アメリカが一步先んじたように見える。そこで、このようなアメリカの動向から、日本の捜査関係事項照会の規律を考えていく上で、手掛かりを得られないだろうか。これを考察したのが第3章であった。考察の結果、Carpenter 判決が、「領域」外の情報である基地局位置情報の収集を、当該情報の性質を考慮し、修正4条の「搜索」に当たると判断したこと自体は画期的であるものの、Carpenter 判決が第三者法理の問題全てを解決したわけではないことがわかった。具体的には、質・量が、「Carpenter 判決で問題となった基地局位置情報」と同等、あるいはそれ以上の情報であればともかく、そうではない情報を誰がどう規律していくべきかが課題として残されたのである。

ただしアメリカには、この Carpenter 判決が残した課題を解決し得る議論がある。それが規律内容の形成主体をめぐる議論である。もし Carpenter 判決の課題を解決し得る方法が見つかれば、様々な情報が対象となる捜査関係事項照会について広く、具体的な制度構想を示

そうとする手掛かりとなるだろう。こうした問題意識の下、規律内容の形成主体をめぐる議論を確認したのが第4章である。その議論を追っていくと、近時、裁判所によるルール形成にも、議会によるルール形成にも問題があるという問題意識から、どこか1つの機関が規律を担うのではなく、関係機関が協働して規律を担う枠組みが提案されていることがわかる。そして考察すると、いくつか提案されている中でも、Slobogin と Murphy の提案によれば、議会だけ、裁判所だけであれば生じてしまう問題を解消（軽減）することができ、しかも捜査機関がもつ専門性・機動性を活かした規律を実現することができるということがわかった。さらには、Carpenter 判決の課題もこの方法であれば解消することができることもわかった。

では、Slobogin と Murphy の提案を手掛かりに、捜査関係事項照会をどのように規律していくべきだろうか。これを考察したのが第5章である。捜査関係事項照会そのものを規律していくためには Murphy の提案が特に参考になるが、Murphy の提案の中心となる裁判所の審査を捜査関係事項照会に確保することが難しい。捜査関係事項照会にはその違法性を争おうにも、情報主体がその実施を知る機会がなく、知ったとしても争う機会が十分ではないという問題があるからである。そこで前者は、捜査関係事項照会を実施する際は、情報主体に対し告知するよう義務付けることで、後者も、捜査関係事項照会を準抗告の対象に含めることで、この問題に対処できないかを考察した。その結果、情報主体に捜査関係事項照会の違法性を争う機会を十分に与えるため、次の通りの手続が必要であることがわかった。第1は、告知の制度である。捜査機関は、捜査関係事項照会を実施するに当たって、告知すべき情報主体が判明している場合には、当該情報主体に告知すべきである。これに対し、告知すべき情報主体が特定できない場合には、第三者機関に対して告知（届出）し、当該第三者機関にいわば情報主体の代理人として、捜査関係事項照会の違法性を争うか否かを判断させるのがよい。ここで告知すべき内容は、情報主体が違法性を争うべきか否かを判断できる程度であればよい。そこで少なくとも、「①収集の方法が捜査関係事項照会である旨、②罪名及び罰条、③捜査関係事項照会実施の日時、第三者が報告をした日時、④報告した第三者の名称、⑤第三者が報告した情報の概要」を告知すべきであろう。

第2は、準抗告の制度である。情報主体（あるいは情報主体の代理人としての第三者機関）が、告知された内容から当該捜査関係事項照会に不服がある場合（当該捜査関係事項照会の違法性を争うべきだと考えた場合）は、準抗告を申し立てることができる。ここでもし、裁判所が準抗告には理由があると認める場合、すなわち個別具体的な捜査関係事項照会に違法があったと認める場合は、当該捜査関係事項照会を取り消した上で、捜査機関に対し報告された情報を廃棄（消去）するよう命じるべきである。そして、捜査機関が当該情報を廃棄したかを第三者機関が監督すべきである。

第3は、制裁措置である。証拠の由来を明らかにするよう義務付ける制度を導入した上で、提出された証拠が捜査関係事項照会に由来すると知った裁判所は、捜査関係事項照会の実施に際して告知が実施されたことを証する書面を提出するよう求めるべきである。そして、捜査関係事項照会に由来された証拠を提出したにもかかわらず、捜査機関が告知の実施を

証する書面を提出しない場合には、裁判所は当該証拠を採用しないとすべきである。さらに、捜査機関が告知の実施を証する書面を提出した場合には、裁判所は当該書面に「①告知の相手方は誰か、②告知の日時、③告知の方法、④告知が遅延した場合にはその理由」の記載があるかを確認した上で、告知の実施に疑義があれば、やはり当該証拠を採用しないとすべきである。

次に、捜査関係事項照会が必要な密度をつけて規律されていくために、準抗告において裁判所は次の通り審査していくべきである。裁判所は、第1段階として、捜査関係事項照会に法律等があるか否かを審査する。裁判所その上で、第2段階として、収集しようとする情報との関係で、法律等が必要な規律密度を充たしているかを審査する。具体的には、当該情報によって明らかとなる生活局面の性質や把握の精度・情報量、頻度・程度、実施の際の根拠、誤差の確率、そしてこれらと相関関係にある捜査機関への情報の集中と濫用可能性を考慮し、情報取得時と情報取得後について必要な規律密度を充たしているかを審査することになる。もし法律等が必要な規律密度を充たしていないと裁判所が判断すれば、当該捜査関係事項照会は違法となるのに対し、法律等が必要な規律密度を充たしていると裁判所が判断すれば、第3段階の審査として、当該捜査関係事項照会が当該法律等に依拠して実施されたか否かを審査することになる。もし当該捜査関係事項照会が当該法律等に依拠して実施されたと判断すれば、当該捜査関係事項照会は適法であるのに対し、もし当該捜査関係事項照会が当該法律等に依拠して実施されなかったと判断すれば、当該捜査関係事項照会は違法である。

もちろん、国会や捜査機関はなお捜査関係事項照会を実施したいと望むだろう。そこで、裁判所の当該判断を参考にし、また裁判所の将来の判断を予測しつつ、当該捜査がどのようにすれば「適法」となるのかを検証し、法律等を修正していくことになる。この際は令状主義を採用するのも1つの選択肢ではあるが、それ以外にも「技術的物理的障壁、組織法上の障壁、煩雑な手順の設定（アーキテクチャ）やアルゴリズム」等多様な選択肢のうちどれを採用するかは国会等に委ねられている。また、あくまで国会による統制が及ぶのであれば、規律内容の形成に捜査機関をも巻き込み、捜査機関の専門性・機動性を活用すればよいから、国会が規律の大枠を定め、その具体的細目を捜査機関が埋めるという形や、捜査機関がまず規律の草案を作り、国会がそれを審査の上で承認するという形でも構わない。情報の性質に応じた規律密度が法律等で設けられている限り、捜査関係事項照会が基本的には違法と判断されることはなくなる。しかも権限濫用の防止として機能する限り、令状以外にも様々な仕組みを採用することが認められるから、捜査の初期段階での実施の必要性等、捜査の実情にも即した制度となることが期待できる。いずれにせよ法律等が修正されると、捜査機関はこの新たな法律等に従って、捜査関係事項照会を実施していくことになる。もちろん、新たな法律等に基づく捜査関係事項照会にも、将来どこかの時点で裁判所の上記のような審査が待ち構えており、法律等の内容次第ではまた法律等を修正することになる。こうして、裁判所による審査を中心として、国会、裁判所、そして捜査機関が絶えず終わりなく協働して

いく姿を作り出すことができる。

裁判所が主として手続に着目すること、また捜査を規律する手段として令状が絶対的なものでなくなることだけを見ると、制度後退的と思われるかもしれない。しかし、重要なのは、部分的・短期的ではなく、全体的・長期的な視点に立つことである。裁判所が関与する度合いや、令状要件だけが重要なのではない。アーキテクチャやアルゴリズムをも利用する法律や行政規則、そしてこれを審査する裁判所という「制度全体」によって、捜査関係事項照会が規律されているかが重要なのである。また、その規律がある一時点で不適切だとしても、将来的にそれを改善していく余地（仕組み）がある限り、批判的に捉えられるべきでもないのである。裁判所による審査を中心として、国会、裁判所、そして捜査機関が絶えず終わりなく協働していくことでこそ、捜査関係事項照会をめぐる規律はより良い方向に進んでいくだろう。

2 残された課題

しかし、本稿にも当然ながら課題がある。第1に、射程について課題がある。本稿では、制度構想を示す際、いわゆる一般の刑事事件を念頭に置いていた。つまり、国家安全保障に関わる事案（いわゆるテロ事案）は念頭に置いていなかった。2025年には大阪・関西万博の開催を控える日本にとって、テロ事案への対処は喫緊の課題である。しかし、本稿が示した制度構想がそのような事案にまで適用できるか否かは今後の課題としたい。

また、2010年頃から本格的に普及し始めたクラウドコンピューティング（クラウド）により、我々は様々な情報をクラウド上に保存するようになった。これはつまり、私たちはクラウドサービス運営会社という第三者に対して自ら進んで情報を開示しているということの意味する。そこで、そのような会社との関係で捜査関係事項照会の是非を論じることこそ、社会にとって有益なのは確かである。ただし、クラウドはデータセンターが国外にあることもあり、いわゆる越境捜索の問題も絡む¹。このため、本稿が示した制度構想がクラウドサービス運営会社との関係でどのような意味をもつのかも今後の課題としたい。

そして本稿は、捜査関係事項照会を規律するべく考察を踏まえてきたが、ここでの考察内容が捜査関係事項照会以外の捜査にどこまで当てはまるのか（あるいは当てはまらないのか）も今後考察を深めていきたい。

第2に、実務上の課題である。本稿では、捜査関係事項照会を準抗告の対象と含めるべきだと提案した。しかし例えば、刑事事件の公判係属中に、当該被告人以外の情報主体が準抗告を申し立てた場合は、判断の矛盾抵触を防ぐためにどういった対応をすべきだろうか。さらに、刑事事件の公判では捜査関係事項照会の違法性について争点とならず確定した後、当該被告人以外の情報主体が準抗告を申し立てたところ、捜査関係事項照会に違法性が判明

¹ クラウドに対する捜査に関して、芝原邦爾ほか編著『経済刑法—実務と理論』（商事法務、2017年）564頁以下〔笹倉宏紀〕参照。

した場合は、こういった対応をすべきだろうか。本稿が示した制度構想を導入していくにはこのような実務上の課題への対応を考えておくべきであろう。この点も今後の課題である。