

情報技術の高度化と犯罪捜査(4)

——犯罪捜査のための情報収集の法的規律の在り方——

池 亀 尚 之

はじめに

第1章 憲法35条の射程とその保障内容の概観

I 憲法35条の射程

II 問題状況の確認——憲法35条の保障内容

第2章 修正4条の「search」該当性判断基準・保護法益論の展開

I アメリカ合衆国最高裁判例における修正4条の保護法益論

A property-based approach

1. 財産的利益の意識と主題化

2. 財産権の説明の緩和

B reasonable expectation of privacy

1. 憲法上の権利としてのプライバシー権の承認

2. 修正4条の解釈論の「転機」

C 高度化する情報収集活動へのKatz基準の適用

D property-based approach と privacy-based approach

E 小括 (以上, 215号)

II Katz基準との格闘

A Katz基準への批判

B Katz基準の明確化の試み

1. Kerr教授による類型化

2. Slobogin教授による侵害度の社会調査

3. 小括

C 「search」該当性判断基準の再構築

1. プライバシー概念の展開と刑事手続

a 私事の秘匿と自己情報のコントロール

- b 修正4条の解釈論におけるプライバシー—私事の秘匿—と「情報の自発的開示・危険の引受け」
- c 修正4条の解釈論におけるプライバシー—私事の秘匿—と情報取得時規制への集中
- d 自己情報コントロール権の「search」該当性判断基準への反映
- e プライバシー権の客観的把握
- 2. 財産権への回帰
- 3. 強制からの自由 (Freedom from coercion)
- 4. 客観規範としての修正4条——A right of security
- Ⅲ 小括 (以上, 217号)
- 第3章 憲法35条の保障内容
 - I アメリカ合衆国憲法修正4条の制定経緯
 - A Writs of Assistance Case
 - B General Warrant Case
 - C 修正4条の制定とその保護法益
 - Ⅱ 日本国憲法35条の制定経緯
 - Ⅲ 個人生活の安全保障規定としての憲法35条
 - A 憲法35条の保障の性質
 - B 「個々人の生活の安全」——一般論
 - 1. 自由で開かれた民主社会
 - 2. プライバシー権論との関係
 - 3. 個々人の生活の安全
 - 4. 「住居, 書類及び所持品」／「侵入, 搜索及び押収」
 - 5. 「the right ... to be secure」
 - C 小括 (以上, 218号)
- 第4章 捜査機関による情報収集活動の法的規律の在り方
 - I 捜査機関による情報収集活動の法的規律の在り方・総論
 - A 捜査活動の法的規律の枠組み
 - 1. 「強制の処分」(刑事訴訟法197条1項但書)の法的規律の考え方
 - 2. 非強制捜査の法的規律の考え方
 - B 情報収集活動の法的規律の在り方
 - 1. 情報収集活動の「侵害性」の測り方
 - 2. 禁制品情報という「属性」を考慮することの当否——binary search doctrine
 - 3. 第三者保有情報の収集の規律——第三者法理

4. 法的規律の設計主体—— The-Leave-It-to-the-Legislature Argument

C 小括(以上, 本号)

II 単純個人情報の収集の法的規律の在り方

III 情報収集後の規律の基本的な考え方

第5章 所在把握捜査の高度化とその法的規律の在り方
おわりに

第4章 捜査機関による情報収集活動の法的規律の在り方

I 捜査機関による情報収集活動の法的規律の在り方・総論

A 捜査活動の法的規律の枠組み

1. 「強制の処分」(刑事訴訟法197条1項但書)の法的規律の考え方

(1) 第3章において明らかにしたとおり, 憲法35条は, とりわけ刑事警察権との関係において「個々人の生活の安全」という実体的権利利益を保障する規定であり, この実体的権利利益が「侵され」(同条1項)ることが, 警察権の統制原理として作用する。憲法35条1項が適用される捜査活動——「侵入, 搜索及び押収」——との関係でこの権利利益の保障が解除されるのは, 同条1項・2項に明記されているとおり, 原則として, 捜査活動に直接携わらない「司法官憲」(裁判官)が「正当な理由」——搜索押収については, 「ある特定事件に犯罪の嫌疑があること, 差し押さえるべき物の存在」⁽¹⁾——に基づいて発付した「令状」による場合である。すなわち, 憲法35条の保障する実体的権利利益を侵害する「侵入, 搜索及び押収」を行うには, 原則として事前の司法審査を経なければならない。

そうすると, 捜査活動の法的規律を考える上で起点となるのは, 憲法35条が保障する具体的権利に与える捜査活動の「強度」(保障される法益に

(1) 三井誠『刑事手続法(1)〔新版〕』(有斐閣, 1997) 36頁。

対する侵害の度合い＝「侵害性 (invasiveness)」) であると考えるのが自然であり、その強度が一定レベル以上に達する場合（「侵され」る場合）には、「侵入、搜索及び押収」に当たり、事前に、そのような強度を有する捜査活動の実施に「正当な理由」があるかどうかの司法審査を受けなければならない。すなわち、「侵害性」に見合った正当化要素を備えなければならない上、正当化要素の充足性についての事前の司法審査を経なければならないのである⁽²⁾。

(2) ある捜査手段が「強制の処分」に該当するかどうかは、「いかなる性質の法益がどの程度侵害されているのかを、徹底的に分析することにより導かれる」⁽³⁾。その分析に当たって、「当該捜査手段が対象者に及ぼし得る法益侵害の内容をできる限り具体的に析出し、それが、現行刑法において既に法定され、原則として事前の令状審査により統制されている『強制の処分』の行為態様及びそこで想定されている法益侵害の内容と同等であるか、又は機能的に同価値であるかを、『類型的に』判断」⁽⁴⁾することが求められる。「侵害される権利・利益の『質』に着目して、『重要な権利・利益』の侵害を伴うものとそうでないものとを区別しようとする」⁽⁵⁾とい

(2) 第2章ⅡC4.において論じたとおり、本文のような捜査対象者に生じ(得)る法益侵害をベースにした捜査手段の法的規律の設計に対して、近時、合衆国においてもわが国においても、強い疑問が投げかけられている点については、池亀尚之「GPS 捜査—近時の刑事裁判例の考察と法的問題点の整理—」法経論集215号(2016)107-111頁、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—」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2019)253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)を参照。

(3) 酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(2)」法学教室284号(2004)68頁。

(4) 酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、2015)33頁。

(5) 井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』(有斐閣、1997)88頁注(12)、井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』(有斐閣、2014)12頁注(19)。

うよりも、そのような被侵害法益の質的区別をも踏まえた上で、問題の捜査手段により生じ得る「権利・利益の侵害についてその程度を考慮」⁽⁶⁾することが求められるのである⁽⁷⁾。

例えば、梱包された荷物についてのエックス線検査が一定の場合に「強制の処分」に該当するのは、まず「荷物の内容物の品目等を相当程度具体的に特定されない利益」という保護法益が観念され、その法益の重要性を起点に判断した結果というよりも、「荷物の内容物の品目等を相当程度具体的に特定できるような検査」という法益侵害の態様を起点に判断した結果であろう。また、職務質問に伴って身体活動の自由が5分間制約される場合と10時間制約される場合とで「強制の処分」である「逮捕」の該当性判断の結果が異なるとすれば、それは、「5分間の身体活動の自由」と「10時間の身体活動の自由」という「制約される法益の性質や重要性」に起因するというよりも、「被疑者の意思が制圧され身体行動の自由が一定時間侵害制約されていたかどうかが決定的に重要」⁽⁸⁾であり、「身体活動の自由」という憲法33条が保護する「重要な権利」への、「5分間」や「10時間」という「侵害の程度」に起因するのである⁽⁹⁾。さらには、例えば、

(6) 三井・前掲注(1) 81頁。

(7) これに対して、「強制処分法定主義は、捜査のための権利制約を規制することを目的とし、「この目的のためには、同意に基づかない権利制約があれば、侵害の程度を問わず強制処分とするという基準の方が、より忠実であろう」(後藤昭「強制処分法定主義と令状主義」法学教室245号〔2001〕12頁)という考え方もある。

(8) 酒巻・前掲注(4) 89頁。「違法な実質的逮捕」であったかどうかの判定に当たっては、「意思の制圧」と「重大な法益侵害」の「総合考慮」が求められるという(同)。

(9) 「対象者が気付かないうちに行われる処分」とそうでない処分とを区別し、前者については「意思に反した重要な権利、利益の制約」が、後者については「侵害された権利、利益の質ではなく、行為の方法ないし態様」が「強制捜査と任意捜査とを区分するポイント」になるという考え方もある(川出敏裕「任意捜査の限界」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集・下巻』〔判例タイムズ社、2006〕26-29頁)。

通常逮捕と起訴前勾留にはそれを正当化するだけの「相当な理由」が必要とされるところ（刑事訴訟法199条1項, 207条1項・60条1項）、この2つの規定の「法文上の文言は同じである」ものの、「犯罪の『相当な』嫌疑は、……通常逮捕の場合よりも」起訴前勾留の方が「高いものが要求される」⁽¹⁰⁾と解釈されている。その理由の一つは、身体活動の自由という法益に対する侵害の度合い（身体拘束期間）が異なることである。ある捜査行為に要求される正当化要素は、多くの場合⁽¹¹⁾、法益に対する侵害性を基に解釈・設定されているのである。

実際にも、「捜査は、進んで協力する場合は別として、どのような処分であれ大なり小なり相手方の権利・利益を制約する面があることは否定できない」のであり、その制約の「程度を考慮しなければ大部分の捜査活動

しかし、どちらの種類の処分であっても、「強制的処分」に該当するということは、対象者はその「認識」の有無にかかわらず一定の捜査行為を受忍すること、すなわち、その捜査行為による一定の法益制約を甘受することが求められるのであり、対象者の認識があり得る処分かどうかにより「強制的処分」該当性の考え方が異なるとは思われない。「捜査目的を達成するために課される受忍義務には様々なものが考えられる」が（宇藤崇「強制処分の法定とその意義について」研修733号〔2009〕13頁）、「対象者の認識」の有無にかかわらず、対象者に生じる法益制約の受忍の程度により、強制処分と非強制処分は分けられるように思われる。

(10) 三井・前掲注(1) 18頁。

(11) 侵害性の正当化要件の設定の方策として、他に、通常逮捕と現行犯逮捕では、犯罪の嫌疑について、前者では「相当な理由」（199条1項）が求められ、後者では「明白性」（212条1項参照）が求められるという違いがあるように、「誤った処分が行われる可能性、それに伴い不必要な利益侵害の生じる可能性を考慮し、慎重を期してハードルが高く設定」されるというものがある（笹倉宏紀「政府部内における個人情報保護—刑事手続法の観点から—」電気通信普及財団調査研究報告書24号〔2009〕159頁）。

が強制処分の範疇に入ることにもなりかねない⁽¹²⁾から、「強制処分であるかどうかを決するについては、その対象となる権利、利益を限定するというのではなく、その手段、方法を限定することを指向するのが方法的に優れている」⁽¹³⁾ともいえるであろう。

このように、「強制の処分」に該当するかどうかを判断するということは、「用いられる捜査手段がどの程度の法益侵害を伴うか」を判定しなければならないため⁽¹⁴⁾、後に述べるとおり、「強制の処分」の包括的な定義自体よりも、その判定内容・過程のプロセスを明確化・具現化することの方がより大切であると思われるものの、「侵入、搜索及び押収」のような「強制の処分」とは、「重大な法益侵害を典型的に伴う処分」⁽¹⁵⁾と捉えてお

(12) 三井・前掲注(1) 81頁。

(13) 小林充「強制処分と任意処分」研修671号(2004) 13-14頁。

(14) 最決平成21・9・28刑集63巻7号868頁の以下の判示〔870頁〕は、最高裁判所も、「用いられる捜査手段がどの程度の法益侵害を伴うか」を測ることにより、問題となっている捜査手段が「強制の処分」に該当するかどうかを判定してきたことを示しているように思われる。

「本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される。」(下線引用者)

(15) 「強制の処分」の該当性の要件として、「相手方の明示または黙示の意思に反すること」(井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」『刑事訴訟法の争点〔第4版〕』〔有斐閣、2013〕55頁)という、処分対象者の意思を問題視した要件を立てる考え方がある。しかし、そもそも法益の侵害とは対象者の意思に反して行われるものであり、明示・黙示の意思に反していない場合や同意がある場合には「守るべき権利・利益の性質がなくなるのであって、とくに独立の要件としてこの点〔相手方の意思を問題視し

た要件]を挙げる必要はない(三井・前掲注(1) 81頁)であろう。

ただ、「性質上、重要な権利・利益の制約を伴う処分であるかどうかというのが一般的・類型的な判断であるのに対し、相手方の意思に反するか否かは個別的・具体的な判断であるので、強制処分か任意処分かの判断過程を明確にするためには、この二つの要因を区別して用いることが有用」(井上・前掲注(5)『強制捜査と任意捜査』 8頁)である。もっとも、「当の権利・利益主体が同意する場合には、その権利・利益の侵害ということがそもそも問題とならない」(井上・前掲55頁)のであるから、個別具体的な事案において対象者の同意がある場合の捜査活動は、「強制レベルには至らない法益の制約があるため、なお『任意捜査の限界』という法的規律に服する『非強制捜査』ではなく、いわば「完全な任意捜査」というべきものであって、これは、「そもそも有効な同意・承諾が認められるのか」、「実施された捜査活動が有効な同意・承諾の範囲内にあるか」、個人的法益の制約を発動原理とする任意捜査の限界という法的規律とは別に「捜査機関に設定された行為規範・判断準則に反していないか」(例えば、「被疑者の供述をしようかどうかの意思決定の自由に侵害・制約の程度を考えるとできない」と考える場合の任意取調べの限界について、酒巻・前掲注(4) 92頁)といった、いわゆる「任意捜査の限界」とは異なる法的規律に服するものであると思われる。それぞれが異なる法的規律に服する以上、後者の意味における「任意捜査」と「強制的処分」の区別論と、前者の意味における「(任意捜査=)非強制」と「強制的処分」の区別論とを自覚的に使い分けておく方が、むしろ強制処分か任意処分かの判断過程の明確化につながるとと思われる。B 3.において述べるとおり、アメリカ合衆国憲法修正4条の解釈論においても、「search」該当性についての「プライバシーの合理的期待」論と、「同意」や「第三者法理」は異なるものとして整理されるべきであると有力に主張されている。See Orin S. Kerr, *The Case for The Third Party Doctrine*, 107 MICH. L. REV. 561, 588-90 (2009); see also 4 WAYNE R. LAFAYE, SEARCH AND SEIZURE: A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT § 8 (5th ed. 2012); Aya Gruber, *Garbage Pails and Puppy Dog Tails: Is that what Katz is Made of?*, 41 U.C. DAVIS L. REV. 781, 802 (2008).

これに対して、池田公博「捜査対象者の同意と捜査手法の適否」酒巻ほか編・前掲注(2) 242頁では、「被処分者の同意に基づく任意処分を、権利制約を伴うとみるのも、必ずしも不合理ではないものとはいえない」とされ、松田岳士『刑事手続の基本

くのが適切であると思われる⁽¹⁶⁾。

最高裁判所は、強制手段と非強制手段の区別に関して、「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」という一般論を示している⁽¹⁷⁾。このうち、「有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく」という説示は、取調べ中の被疑者が急に立ち去ろうとしたのに対して警察官が被疑者の手首をつかんで制止した行為の適法性が争われたという、現実的に物理力が用いられた事案に対応した表現であるのにとどまる。また、「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」という説示は、

問題」（成文堂、2010）234頁では、「処分対象者の、当該処分による捜査目的の実現に対する協力に応ずるか否かの『意思』の問題と、それに伴って制約・侵害される同人の身体、住居、財産等の権利・利益の問題」を「明確に区別」し、「『同意』ないし『承諾』がある場合でも、権利・利益の制約自体は存在する」とされる。

(16) 「相手方の権利・利益を実質的に侵害・危殆化する処分であるか否かを一般的なメルクマールとするのが妥当であろう」（三井・前掲注(1) 81頁）という見解や「重要なプライバシーについても、一定重大な侵害であって、一般に違法と評価されるような実質的侵害こそが、強制処分とされるべき」（葛野尋之「宅配便荷物のエックス線検査の適法性」法律時報83巻2号〔2011〕123頁）という見解も、「侵害され得る権利利益の性質」のみならず、その権利利益の性質を踏まえた「法益制約の程度」を考慮しなければ適切な法的手当を施せないと考えているように思われる点で、本文の理解と同旨であると思われる。

笹倉・前掲注(1)も、「思考実験」であるとの断りを入れつつ（164頁）、刑事手続における個人情報の取扱いについて、「当の情報取得行為、あるいはそれに引き続く利用行為がどの程度個人のプライバシーを侵害するかという、侵害の質や量に着目した規律を考える方が適当」であることを示唆している（158頁）。

(17) 最決昭和51・3・16刑集30巻2号187頁〔191頁〕。

「強制手段」の言い換えであったり「強制処分法定主義の裏返しの表現」⁽¹⁸⁾であったりするととどまる。そうすると、強制処分該当性について「実質的な基準として意味を持つ」のは「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加え」という説示であるといえる⁽¹⁹⁾。第3章ⅢB4.のとおり、憲法35条の保障の核心は、「住居、財産」という有形の存在自体というよりも個人の生活そのものであるから、ここでの「身体、住居、財産等」とは、憲法33条や憲法35条により保護される法益の総称であると捉えるべきである。そうすると、それらの法益に「制約」が加えられることが、判例の考える強制処分該当性の核心であると考えられるはずである。

また、強制処分該当性の判断基準として対象者の意思を問題視した要件は不要であると考えるのが適切であり⁽²⁰⁾、むしろこの判例の「個人の意思」の「制圧」という説示は、現実的に有形力が行使された事案において、その有形力が対象者の意思を「制圧」するに足る「程度」に達していたかどうかを問おうとしていたものと捉えるべきである。

以上の説示内容をより一般化して捉えたとすれば、「行為態様」に差があり得る有形力が行使される事案に限らず、「行為態様」に差があるとは言い難い有形力の行使を伴わない場合も⁽²¹⁾、捜査手段による法益の「制約」

(18) 井上・前掲注(15) 47頁。

(19) 井上・前掲注(15) 47頁。これに対して、「最高裁の立てた基準の中核」は、「『特別の根拠規定がなければ許容できない手段』にある」という見解として、前田雅英「刑事訴訟における相当性判断」井上正仁＝酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』(2012) 510頁。

(20) 前掲注(15)参照。

(21) 例えば、エックス線検査について、内容物の「品目等を相当程度具体的に特定すること」が不可能な精度の装置が用いられる場合には「強制的処分」に当たらず、内容物の「品目等を相当程度具体的に特定すること」が可能な精度を備えた装置が用いられる場合には「強制的処分」に当たるとすると、両者に「行為態様」の差があるとは

の「程度」を問題視しようとしていたと理解することが可能である。

(3) ある捜査手段が「強制の処分」に該当しないという判断は、「同様の事実関係や同一の基準の下での捜査権限を認めること」であり、これにより「その対象となり得るすべての個人の安全」に影響を生じさせることになる⁽²²⁾。したがって、「究極的な問題」は、ある捜査手段が、第一次的には、捜査機関限りの判断において実施できるという権限が一般化された場合に、個々の「市民に残されるプライバシーや自由の総体が、自由で開かれた社会の趣旨に合致しないかどうか」という「価値判断」⁽²³⁾であり、憲法35条1項との関係では、国家が行使する捜査権限が個々人の生活の安全を損なうことなく一般化されるかどうか、である⁽²⁴⁾。

言い難いであろう。

⁽²²⁾ Jed Rubenfeld, *The End of Privacy*, 61 STAN. L. REV. 101, 131 (2008). もっとも、Rubenfeld 教授は、修正4条は主観的権利保障規定ではなく、人々全体の安全を保障して全体主義に立ち向かうための規定であるという見解に基づき（第2章ⅡC4. 参照）、「人々の安全は個々の捜索押収自体により破壊されることはない」と考えている。例えば、「相当な理由を欠く一件の逮捕が人々の安全に与える影響は取るに足らないか全くない」が、あらゆる人を逮捕できる「一般令状となると話は違う」のであり、人々の安全に壊滅的な影響を与えるのは、このような「一般化された捜索押収権」であるという (*Id.*)。修正4条の趣旨についての Rubenfeld 教授の考え方の難点は第2章ⅡC4. において述べたとおりであるが、権限の一般化により全体主義的状況が発生するかどうか「search」該当性の分岐点であるとする、極端に緩やかな基準を採用することになりかねない。このように極端に緩やかな基準に通じるという意味においても、修正4条を客観規範として捉えることは妥当でないというべきである。

⁽²³⁾ Anthony G. Amsterdam, *Perspectives on the Fourth Amendment*, 58 MINN. L. REV. 349, 403 (1974).

⁽²⁴⁾ 類型的な規範的価値判断の対象となる事実関係の抽象化の度合いは、別途検討すべき問題である。例えば、職務質問の現場において、5時間留め置かれた対象者が屈強な男性である場合と病弱な女性である場合とで、「強制の処分」である「逮捕」に該

もちろん、例えば、「どのような場合に許容されない『身柄拘束』といえるか」という法的価値判断は「個々の事案ごとの判断によらざるをえない」⁽²⁵⁾であろうし、その判断は法的・規範的評価を伴う以上、最終判断者の評定に依拠せざるを得ないであろう⁽²⁶⁾。必要なのは、この評定に当たって指針となるべき「考慮要素」とその「考慮の仕方」を、個別の捜査手段との関係で可能な限り鮮明にしておくことである。

2. 非強制捜査の法的規律の考え方

「強制の処分」及びその法的規律の基本的思考を1.のように考えるとすれば、「侵入、捜索及び押収」等の刑事訴訟法上の「強制の処分」（同法197条1項但書）とそれに至らない捜査活動（非強制捜査＝いわゆる「任意捜査」）とは、問題となる捜査活動の「侵害性」により区別されるのであり、「正当な理由」の有無についての事前の司法審査が求められない捜査活動

当するかどうかの類型判断の内容が異なるかどうか、という問題である。本文のように自由で開かれた社会との適合性を判断するという観点からすると、当該捜査行為時点で一般人が認識し得る事実関係に抽象化されるように思われるが、なお検討を要する。

なお、法的判断の対象となる事実は、実体法的評価を経ない「生の社会的事実」であるべきことについては、B 2. 参照。

⁽²⁵⁾ 川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室259号（2002）77頁。

⁽²⁶⁾ 高橋和之「審査基準論の理論的基礎(上)」ジュリスト1363号（2008）67頁では、利益の衡量により権利保障の限界を決定する場合の「弱点」として、「もし個別具体的な利益情況が正確に測定され衡量されるなら、その事件にとって最も適切・妥当な解決が可能となると言えるであろうが、実際には、諸利益を正確に測定し衡量する客観的尺度があるかどうか疑問であるし、かりにあるとしても、その尺度に関するコンセンサスは存在せず、結局は裁判官の主観的判断に大きく依存することになる。このこと自体はルール設定に際しての利益衡量にもいえることである」と指摘されている。

であっても、「正当な理由」ほどではないにしろ、その捜査活動の「侵害性」に見合った正当化要素を備えなければならないという点で、法的規律の在り方の基本的な考え方に異なるところはない。既に第3章Ⅱ・Ⅲにおいて述べたとおり、強制処分については、例えば、憲法35条1項が、「発生した犯罪の犯人を糾明し処断することによる法秩序の回復」を図るという「公共の福祉」⁽²⁷⁾と、それにより生じる「個々人の生活の安全への危険」の衡量の結果として、権利保護を解除する場合の具体的条件を明記している。これは、「憲法自身による比例原則の適用の結果」であると見るべきである。他方、任意捜査についても、刑事訴訟法197条1項本文が、「法の一般原則としての比例原則の発現」として、捜査の「目的を達するため必要」であることを求めている。このように強制捜査と非強制捜査の規律が「同じ比例原則の適用の結果である以上、両者は異質なものではなく、むしろ連続的なものとして捉えられなければならない」⁽²⁸⁾のである。

したがって、任意捜査の法的規律についても、「強制処分に要請される

(27) 三井誠ほか編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法〔第3版〕』（日本評論社、2018）15頁〔三井〕。

(28) 笹倉・前掲注(11) 160頁。

「刑訴法197条1項は、強制処分法定主義を定める但書だけでなく、それ全体が憲法31条を受けた規定であり、そのため規律の対象となる侵害の程度、質等を踏まえた稠密度が定められなければならない」（宇藤・前掲注(8) 9-10頁）。そうすると、197条1項本文が、「強制的処分」（同条項但書）に至らないまでも、「何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがある」（最決昭和51・3・16刑集30巻2号187頁〔192頁〕）ような捜査活動の授權規定として十分なものといえるかどうかは、別途検討されるべきであると思われる。本稿では、さしあたり、問題状況を整理したのとして、香城敏磨「強制処分の意義と任意処分の限界に関する最高裁判例」『刑事訴訟法の構造』（信山社、2005）165-167頁（前記最高裁決定の調査官解説を、担当調査官であった同氏の論文集に収録したもの）を挙げるにとどめる。

憲法35条の『正当な理由』を基準点とした適正が要求される」⁽²⁹⁾のであり、「侵害性」に見合った正当化要素が備わらなければならない。任意捜査の適法性について一般論を提示した最決昭和51・3・16刑集30巻2号187頁〔192頁〕は、「強制手段にあたらぬ有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである」と判示しているが、ここでいう「具体的状況のもとで相当」とは、問題の捜査活動の「広義の『必要性』」⁽³⁰⁾が、その捜査活動の侵害性に見合っている状態を表現したものと捉えることができるであろう。

B 情報収集活動の法的規律の在り方

1. 情報収集活動の「侵害性」の測り方

(1) 具体的な捜査活動を法的に規律するためには、Aにおいて示した捜査手段の規律の大枠が、個別の捜査活動にどのように作用するのかがさらに問題である。本稿の考察対象である捜査機関による情報収集活動について、その「侵害性」を測るということは、憲法35条が保障する個人の生

(29) 洲見光男「任意捜査と権利制約の限界」刑法雑誌39巻2号（2000）45頁。

(30) 非強制手段の適法性の判断は、類型的な強制処分相当性判断とは異なり、具体的事実関係の下における相当性判断である。強制処分の法的規律との連続性という観点から、当該非強制手段の「侵害性」に即応して求められる正当化要素の起点は、特定の犯罪の嫌疑の程度を中心に判定される、「個別具体的事案において、当該手段を用いる必要性がどの程度あったのか」であり、さらに、その「手段を用いなければならない緊急やむを得ない事由があったのか」、「より侵害的でない他の捜査手段を容易に採り得た可能性」、「捜査の対象となっていた『犯罪』の重大性」（酒巻・前掲注(4) 35頁）が具体的に勘案されなければならない。

活の安全, すなわち, 「自律性——自己の人格(心的特性)全体を形成・維持する人間の能力——のある個人」にとって必要な「個人生活——誰はばかることなく意識(感覚・感情・事実認識)を形成し, それに沿って活動できる領域——」の「安全——危険のない状態——」に及ぼす危険の度合いを測るということである。

むしろ, 「捜査官において特定の捜査行為が許されるかどうかという問題設定をする場合に, その状況をどのように設定するのかと, 要件として何を求めるのかは, 表裏一体の関係にある」のであって, 様々な捜査行為について許されない場合と「許される場合が数多くあるとすると, これらを含めた形で一般的に表現することは極めて困難」であるから⁽³¹⁾, 「場面がある程度設定した上で基準を考慮するしかない」ことは確かである⁽³²⁾。しかし, 「搜索・押収等による強制捜査は, 広い意味で, 情報収集活動と捉えることができる」のであり⁽³³⁾, 少なくとも, 「情報収集活動」という共通の場面設定の限りにおいては⁽³⁴⁾, どういった情報が収集されるのか——収

(31) 鹿野伸二「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成20年度』(法曹会, 2012) 307頁。

(32) 鹿野・前掲注(31) 318頁注(9)。そこで, 第5章では, アメリカ合衆国においてその法的規律の在り方が近時激しく議論されている, 捜査機関による位置情報・行動情報の取扱いについて, 具体的な法的規律の在り方を提言することにより, 本項において示す情報収集活動の法的規律の在り方の一般論を具現化する。

(33) 洲見・前掲注(29) 42頁。

(34) 情報収集に当たって物理力が行使される場合, 情報収集の側面の侵害性だけではなく, 用いられる物理力の侵害性も測られなければならない。行政警察活動についての判断ではあるものの, 最高裁判所が承諾のない所持品検査の許容性について, 「搜索に至らない程度の行為は, 強制にわたらない限り, 所持品検査においても許容される場合がある」(最判昭和53・6・20刑集32巻4号670頁〔676頁〕)と判示しているのは, 所持品の内容点検という「情報収集」による法益侵害の程度が「搜索」に至らない場合であっても, その際に行使された物理力が一定レベルを超える場合には, 強制手段に当たると考えていることを示している。

集される情報の「全容 (totality)」——が適切に判定されなければ、「情報」を「収集」する捜査活動の侵害性を適切に測ったことにはならないはずである。その判断では、収集される情報の全容を適切に判定するには、合憲性判断の対象となる捜査活動によって収集される情報の「属性 (type)」(本質的特徴・性質)と「総量 (volume)」,「詳細さ (details)」(具体性・特定性)が「総合的に」考慮されなければならない。

例えば、収集される情報が、遺伝子情報や医療情報、思想・信条にかかわる情報といった「人間の精神・身体の基本的な情報」という「属性」を持つのであれば、たとえ取得される情報の「総量」が少ないとしても、それは、「人間が自律的な存在として生きていく上で譲れないもの、守らなければならないもの」であるから⁽³⁵⁾、このような情報の取得による「個人生活への安全」への危険の度合い＝「侵害性」は非常に大きい。また、個人の日記帳は、ひとつひとつの記述自体が記入者の内省・思考過程そのものという「属性」を持ち、記入者の意思形成のフィールドとして機能する書類である上、そのような「属性」の情報が大量に記載されているという「総量」を加味すると、「個人の内省・思考過程の集合体」という情報を取得していることになるから、その収集の「侵害性」は非常に大きい。所持品や荷物の内容という「属性」の情報は、内容物の「品目等を相当程度具体的に特定」⁽³⁶⁾できる「詳細さ」を備える場合には、「所持品の具体的内

(35) 堀部政男＝佐藤幸治＝岡村久道「情報ネットワーク法学会特別講演会 個人情報保護、自己情報コントロール権の現状と課題」NBL912号(2009)23頁〔佐藤幸治〕。

(36) 最決平成21・9・28刑集63巻7号868頁〔870頁〕。

このように考えると、例えば、「バッグの施錠されていないチャックを開披し内部を一瞥つ」した行為による「法益の侵害はさほど大きいものではない」として、「捜索に至らない程度の行為」ではないどころか、「具体的な状況のもとで相当と認められる」態様の所持品検査であった(最判昭和53・6・20刑集32巻4号670頁〔676-677頁〕)という最高裁の判断は再考されるべきである。最高裁は、所持品検査について、

容」という情報を収集することになるため、その収集活動の侵害性は大きい。したがって、これらの情報収集活動は、憲法35条の適用を受ける「侵入、搜索及び押収」に該当するのである。

(2) さらに、Ⅱにおいて明らかにするとおり、「予防法理」である「モザイク理論」の適用が認められる場合には、収集される情報の「総量」の考慮に当たって、情報取得時点では一見すると特定の個人について多くを明らかにしない情報のみを取得するように思われても、取得され「得る」情報の「総量」が算入されることになり、個人情報集合効果によって生じる「属性」の変容を考慮した上で、収集される情報の「全容」を判定し、その収集活動の「侵害性」を測らなければならないのである。

例えば、GPS技術を使用して一定期間以上、特定個人の具体的な位置情報を収集・記録する場合、対象者の一時点の位置情報自体は、その者について多くを明らかにしないように思われても、位置情報の集合によりその者の人物像なり生活実態が露見し得るため、取得される情報の「全容」の判定に当たって考慮すべき「属性」は、「特定個人の一時点の具体

警察官4人が「懐中電灯等を用い、座席の背もたれを前に倒し、シートを前後に動かすなどして」自動車の「内部を丹念に調べた」行為も、「所持品検査として許容される限度を超えたものというべき」ではあるものの、その「違法の程度は大きいとはいえない」（最決平成7・5・30刑集49巻5号703頁〔707-708頁〕）と評価し、また、被告人の「上衣左側内ポケットに手を差し入れて所持品を取り出したうえ検査した」行為ですら、「搜索に類する行為」とはいいつつも（最判昭和53・9・7刑集32巻6号1672頁〔1680頁〕）、明示的に強制処分である「搜索」と評価していない。このように「外からは見えない状態にある空間ないし物を、相手方の意思に反して見えるようにする行為についてまで搜索でないとする」と、「搜索」かどうかの「限界付けは、事実上不可能」となるであろう（川出・前掲注²⁵ 79頁）。平成21年最決は、「所持品検査の限界に関する従来の判断が正当性を保ち得るものかを問直す契機をはらむものであることは確か」（井上正仁「梱包内容のエックス線検査」『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕〕〔2011〕71頁）である。

的な位置情報」ではなく「生活実態・人物像」なのであり、そのような全容を持つ情報を収集する活動としての「侵害性」が測られなければならない⁽³⁷⁾。また、特定個人の生活ごみも、「排出した者の食生活、読書内容、余暇の過ごし方を十分に明らかにする」から、その内容の点検は、「寝室の搜索と同様に、性癖や健康状態という私事の詳細を明かす」=ごみ排出者の生活像・人物像の露見につながる⁽³⁸⁾。したがって、一定期間以上のごみの内容点検⁽³⁹⁾の「侵害性」は、「生活実態・人物像」を取得する捜査活動と

(37) 第5章において論じる。

(38) *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35, 50 (1988) (Brennan, J., dissenting); 1 LAFAVE, *supra* note 15, § 2.6(c), at 897-98 (5th ed. 2012). ただし、Brennan 判事は、「ごみ一袋」が「私事の詳細」を「十分に明らかにする」と評価しているが、そこまでの評価が可能であるか疑問である。むしろ、IIにおいて明らかにするように、私事の詳細の露見「可能性」を算入できる法的規律の在り方を考えるべきであると思われる。

(39) 有体物の「占有の取得について、令状の要否を分けるのは、その際に占有の剥奪があったかどうか」であり（川出敏裕「物の占有とプライバシー」研修753号〔2011〕7頁）、ごみの占有の取得自体は、占有権の侵害という重大な権利侵害を伴わない以上、刑事訴訟法221条の「領置」として無令状で行える。したがって、ごみの収集や内容物の汚損を避けるために、あるいは、適切な環境において内容物の点検を実施するために、警察署等に持ち帰った上で開披・点検する場合、占有取得行為自体は強制処分に該当しない。しかし、内容物の点検については、領置という押収処分が当然に許容している押収物の内容点検の範囲を超える場合、適法な押収により正当化される法益侵害とは別の法益侵害を伴うため、この法益侵害を伴う捜査行為が強制処分に至っているかどうかを別途検討しなければならない。

同6-8頁では、「プライバシーの侵害」は「物の内容等を点検する際に生じる」と捉えつつも、そもそも押収という占有取得行為が許容されるということは押収物の内容点検も当然に許容されるのであり、「プライバシーの利益が、占有と切り離れたかたちで保護される」というよりも、「占有取得と一体となって認められるプライバシー侵害の大きさゆえに、領置の必要性との比較衡量のもとで、領置の相当性が否定されることにより、占有取得そのものが制限される」と指摘されている。しかし、「プライバシーの侵害」が「物の内容等を点検する際に」生じる=占有取得段階では

して判定されなければならないのである。そうすると、このような全容を

「プライバシーの侵害」が生じないというのであれば、その後、「プライバシーの侵害」が生じるタイミング（内容を点検する段階）を捉えて法的規律を発動すればよいのであり、未発生「プライバシーの侵害」が予防的に「占有取得そのもの」を制限する根拠になるとは思われない。むしろ、「プライバシーの権利・利益」と「財産上の占有」を「それぞれ検討」した上、前者との関係で、「内容物の探索行為は強制処分に該当すべきように思われる」という分析（緑大輔「刑事手続上の対物的処分における権利・利益の帰属と強制処分性」刑法雑誌51巻2号〔2012〕28-29頁）の方が実態に即していると思われる。ただ、どちらにしても、「プライバシーの侵害」の「可能性」を理由に領置の相当性を否定したり強制処分性を肯定したりするには、Ⅱにおいて明らかにするとおり、「モザイク理論」を取り入れることが不可欠であると思われる上、3.において述べるように、「プライバシーの利益」の主体ではないはずの「ゴミ処理業者の承諾」によって強制処分該当性が否定されるという考え方（同29頁）には難点があるように思われる。

最決平成20・4・15刑集62巻5号1398頁〔1401頁〕は、被告人の排出したごみ14袋とその妻の排出したごみ1袋の内容点検について、「被告人及びその妻は、これらを入れたごみ袋を不要物として公道上のごみ集積所に排出し、その占有を放棄していたものであって、排出されたごみについては、通常、そのまま収集されて他人にその内容が見られることはないという期待があるとしても、捜査の必要がある場合には、刑訴法221条により、これを遺留物として領置することができるというべきである」と判断した。しかし、ごみの内容点検についてほぼ実質的な審査をしていないとも読めるこの判示は、あまりに軽率であると言わざるを得ない。この事件では、争いとなったごみの取得量も合計15袋で、「多量」と評価してよいと思われるが、原審までに確定した事実関係によれば、捜査機関は少なくとも3か月以上にわたって被告人の排出するごみを回収していたのであり（鹿野・前掲注(3) 205-206頁）、何らの適法性審査なく継続的に特定個人の排出したごみの内容点検が行われている事態は、看過されるべきではない。この事案からも明らかなおお、このような「地道な捜査活動」の結果は必ずしも公判において証拠化されないため、第三者がその適法性を審査するどころか、それに疑問を持つこと自体が困難なのである。Ⅱにおいても論じるように、これまでこの種の捜査活動が、捜査機関限りの裁量に委ねられ過ぎてきたように思われる。

持つ情報の収集は、「全生活行程に関する情報を当人のみが把握できる状態」という憲法35条が保障する利益⁽⁴⁰⁾への脅威そのものであるから、これらの情報収集活動は、憲法35条の適用を受ける「侵入、搜索及び押収」に該当するのである。

(3) 以上のように、情報収集活動の「侵害性」は、収集される情報の「属性」と「総量」、 「詳細さ」を「総合的に」考慮し、取得され(得)る情報の「全容」を判定しなければ、適切に測ることができないのであり、いずれかの要素を偏重すると適切な法的規律を設定できないのである。合衆国においても、修正4条の解釈論において、収集される情報の質的な要素の偏重が問題視されている。

例えば、Hutchins教授は、アメリカ合衆国最高裁が、プライバシーの合理的期待基準の客観的要件の充足性の判断に当たって、「高度化した監視手段がどのような種類の情報を明らかにするか(質的要素)と「その手段がどれだけの情報を明らかにする可能性があるか(量的要素)の2点を検討してきたと分析した上⁽⁴¹⁾、合衆国最高裁が「量的要素よりも質的要素を偏重してきたこと」と「問題の情報が理論上人間の五官のみにより獲得できるかどうかに焦点を当ててきたこと」という「2つの理論的飛躍」

さらに、この事件では、被告人の容ぼう等の確認のために、公道上等において他人の撮影が行われていたが、最高裁は、この点については一定の事実関係を審査した上で「捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なものというべきである」と判断した。一地点における容ぼうの撮影よりも、ごみの内容点検を軽視していると評価できる最高裁の態度は、不適切というべきである。

(40) II Aにおいて論じる。

(41) Renée McDonald Hutchins, *The Anatomy of a Search: Intrusiveness and the Fourth Amendment*, 44 U. RICH. L. REV. 1185, 1196-97 (2010). Hutchins教授は、最高裁がこの2つの要素により、警察が意のままにプライバシーを引っ掻き回す不快さ＝「侵入性 (intrusiveness)」を捉えてきたと考察している。

により⁽⁴²⁾、新しい捜査手法の多くが、「感覚を超越する装置 (extrasensory device)」ではなく「感覚を増幅する装置 (sense-enhancing device)」に安易に位置づけられ、「search」に該当しないと判断されてきたと指摘する⁽⁴³⁾。

Hutchins 教授が指摘するとおり、獲得される情報の「質」ばかりを重視すると、特定の個人についての情報の蓄積性 (集合効果) が生活の安全に与える危険を十分に評価できない。II において考察するように、この点が情報収集活動を適切に規律する上での大きな課題なのである⁽⁴⁴⁾。

さらに、人間の五官のみによって「理論上」獲得できる情報かどうかという分類も、Hutchins 教授のいうとおり、「極めて容易に操作できてしまう」⁽⁴⁵⁾、すなわち、判断者により大きく評価が異なってしまう上、考慮されるべき情報処理プロセスにおいて生じる集合効果を正面から捉えていると

(42) *Id.* at 1198.

(43) *Id.* at 1200-01.

(44) そこで、Hutchins 教授は、「機能性要件 (functionality inquiry)」と「発覚可能性要件 (potential disclosure inquiry)」を衡量する「修正された侵入性要件 (modified intrusiveness inquiry)」を提案している。すなわち、「機能性要件」において「感覚を増幅する装置」と「感覚を超越する装置」を「適切に分類」し、そこで前者に分類された場合は、合憲性について積極の推定が働き、「発覚可能性要件」においては、その推定を覆すほどに多くの情報が明らかにされるかどうかの間われ、後者に分類された場合は、合憲性について消極の推定が働き、明らかになる情報が極めて限定されている場合に限って修正 4 条の適用がないことになるという。*Id.* at 1205-11.

しかし、このような「分類」に問題があることは本文で述べるとおりである上、「機能性」と「発覚可能性」は整然と区別されるものではないと思われる。

より本質的には、Hutchins 教授の主張するとおり、「単体では無害のように思われる情報でも、それが大量に明らかにされることでプライバシーを大きく侵害する」(*Id.* at 1199) ことである。しかし、収集される情報の量的要素による法益侵害の「危険性」や「可能性」を算入して法的規律を構築するには、II 以降において明らかにするように、「予防法理」である「モザイク理論」が不可欠である。

(45) *Id.* at 1202.

は言い難いため、捜査手段の合憲性を判定するに当たって過度に重視されるべきではない⁽⁴⁶⁾。例えば、住居から発せられる熱量の熱画像装置を使った計測が合衆国憲法修正4条の「search」に該当すると判断された合衆国最高裁の *Kyllo* 判決⁽⁴⁷⁾では、「住居の表面の雨水の蒸発や雪解けの速さの違いにより、住居の一部が他の部分や隣家よりも高温であることは誰にでもわかる」⁽⁴⁸⁾という反対意見に4人の判事が賛同している。また、GPS装置を用いた行動追跡の合憲性が争われるほとんどすべての事案において、それが「尾行の代わりに過ぎない」という主張が見られる⁽⁴⁹⁾。確かに、「理論上は」、捜査資源を十分に投入すれば、公共空間において被疑者等の行動のすべてを監視し記録することは可能であろう。しかし、ここでも問題の本質は、収集される情報の「総量」が特定の個人についての情報の「属性」の変容をもたらす「集合効果」を生じさせるかどうかであり、また、IIにおいて明らかにするように、予防的な法的規律の発動の許容条件が備わるかどうかである。この点を軽視することにつながるのであれば、人間の五官のみによって「理論上」獲得できる情報を収集するにとどまるかどうか、合憲性の判定に当たって決定的な要因とはならないというべきである。

(46) Simmons 教授は、そもそもこの区別が「不可能」であるという。Ric Simmons, *The Two Unanswered Questions of Illinois v. Caballes: How To Make the World Safe for Binary Searches*, 80 TUL. L. REV. 411, 433 (2005).

(47) *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001). *Kyllo* 判決については、第2章 I C 参照。

(48) *Kyllo*, 533 U.S. at 43 (Stevens, J., dissenting).

(49) *E.g.*, Reply Brief for The United States at 15-16, *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945 (2012) (No. 10-1259).

2. 禁制品情報という「属性」を考慮することの当否——binary search doctrine

(1) 1. において明らかにしたように、情報収集活動の侵害性を判定するには、その活動により明らかになる情報の「属性」が考慮されるべきである。では、例えば、ある捜査手段が明らかにする情報が、住居の中に「覚せい剤が存在するかどうか」のみであり、その他の情報を一切明らかにしない場合のように、「禁制品」⁽⁵⁰⁾の存否のみを正確に検知する手段が用いられる場合、その侵害性はどのように評価されるか。これは、ある捜査手段により明らかになる情報の「属性」として、「禁制品の存否に関する情報」という分類が許されるのか、という問題である。

既に第2章 I Cにおいて述べたとおり、アメリカ合衆国の最高裁判例によれば、禁制品を所持することについてのプライバシーの期待は「正当」とは認められないため、禁制品の存在・不存在のみを検知する手段は、「プライバシーの正当な期待」を侵害しないことから「search」に該当せず、したがって、「全く個別的嫌疑が存在しないとしても」、「違法薬物やその他武器のような禁制品の存在のみを検知する装置」を使用することに憲法上の支障がないと考えられている⁽⁵¹⁾。このような思考はわが国においても同様に当てはまる。本稿のように、捜査手段の統制原理について「法益侵害を中核に据える考えに立つと、個別具体的事案において、対象者に法益侵害が認められない場合、あるいは、それが極めて微弱である場合には、当該捜査手段を法的に規律する核心的根拠が失われることになる

⁽⁵⁰⁾ 「禁制品」とは、「法令により一般的に私人が所有又は占有することが禁じられており、所有や所持のためには特に許可・認可等の行政行為を要する物件」をいう（福永英男『遺失物法注解』〔立花書房、1973〕61頁）。

⁽⁵¹⁾ Christopher Slobogin, *Government Dragnets*, 73 LAW & CONTEMP. PROB. 107, 122 (2010).

はず」⁽⁵²⁾なのである。

現に、例えば、通信傍受の許容性について論じられた際には、「犯罪に関する会話は確かにプライバシーへの期待がないか、極めて乏しいであろう」⁽⁵³⁾と指摘されたことがあり、監視カメラの許容性について論じられる際にも、「現に犯罪を行い、行い終わって間がないものには、いくら公共の場所にしようとも、プライバシーへの合理的期待は認められない」⁽⁵⁴⁾という見解が見られる。電話逆探知の適法性について、いわゆる「現行犯法理」がその正当化根拠とされていたことも⁽⁵⁵⁾、「犯罪情報そのもの」という属性の情報収集は、法益侵害の問題が生じ得ないという思考の現れであろう⁽⁵⁶⁾。

このような考え方によれば、そもそも犯罪捜査の一環としての情報収集活動はすべて「犯罪情報」を獲得するために行われるのであり、情報収集の過程において、犯罪情報以外の「法的に保護されるべき情報」が必然的に明らかになってしまう場合に限って、何らかの法的規律の発動原理とな

52) 酒巻匡「刑事手続における任意手段の規律について」法学論叢162巻1-6号（2008）95頁。

53) 椎橋隆幸「捜査の科学化」ジュリスト852号（1986）90頁。

54) 香川喜八郎「写真撮影の適法性とコミュニティ・セキュリティ・カメラ」森下忠ほか編『日本刑事法の理論と展望 佐藤司先生古稀祝賀(下)』（信山社，2002）75頁。

55) 井上・前掲注(5)『強制捜査と任意捜査』228-231頁。井上教授も、電話逆探知により「侵害される実質的な権利ないし利益がなければ、適法性の根拠や限界を問題にする必要はそもそもない」ことを指摘する（同232頁）。

56) 「覚せい剤事犯における強制採尿などのように、求められている情報がまさに犯罪情報そのものである場合には、情報コントロール権という観点のみからは必ずしも適切な限界を画しえないと思われるのであって、むしろ問題は、古典的な静穏請求権とのかかわりにあるといってよい」（鈴木茂嗣「採尿検査とプライバシー」法学セミナー347号〔1983〕101頁）という分析にも、犯罪情報をコントロールする権利はないという思考がうかがえる。

る法益侵害が認められることになるのであろう。したがって、禁制品情報のみを正確に検知する捜査手段は、理論的には無制約に、何らの嫌疑に基づかなくても用いることができるはずである⁽⁵⁷⁾。

(2) このような「捜査対象の個人が現に犯罪を行っているかどうかを除いて、調査対象の個人についてのいかなる情報をも明らかにしない捜査」⁽⁵⁸⁾は「binary search」と呼ばれ⁽⁵⁹⁾、合衆国においては、修正4条の「search」に該当するかどうかは長年議論されてきた⁽⁶⁰⁾。

⁽⁵⁷⁾ 例えば、パトロール中の警察官が、そのような「装置」を使って、特に不審事由がない場合でも住居や身体、車両等を手当たり次第に点検して回っても問題ないことになる。

⁽⁵⁸⁾ 二本柳誠「薬物探知犬の使用と合衆国憲法修正4条—Illinois v. Caballes, 543 U.S. 405 (2005)—」比較法学41巻1号(2007)256頁。

⁽⁵⁹⁾ Simmons, *supra* note 46, at 413.

⁽⁶⁰⁾ See e.g., Laurent Sacharoff, *The Binary Search Doctrine*, 42 HOFSTRA L. REV. 1139 (2014); Timothy C. MacDonnell, *Orwellian Ramifications: The Contraband Exception to the Fourth Amendment*, 41 U. MEM. L. REV. 299 (2010); Simmons, *supra* note 46; Roberto Iraola, *New Detection Technologies and the Fourth Amendment*, 47 S.D. L. REV. 8 (2002); David A. Harris, *Superman's X-ray Vision and The Fourth Amendment: The New Gun Detection Technology*, 69 TEMP. L. REV. 1 (1996); Michael Adler, *Cyberspace, General Searches, and Digital Contraband: The Fourth Amendment and the Net-Wide Search*, 105 YALE L. J. 1093 (1996); Arnold H. Loewy, *The Fourth Amendment as a Device for Protecting the Innocent*, 81 MICH. L. REV. 1229 (1983); Joseph D. Grano, *Foreword, Perplexing Questions About Three Basic Fourth Amendment Issues: Fourth Amendment Activity, Probable Cause, and the Warrant Requirement*, 69 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 425, 437-38 (1978). このうち Adler 論文の邦語訳として、新保史生訳「マイケル・アドラー インターネット上のデジタル禁制品の捜索と修正第四条」公法学研究23号(1997)157-219頁が、合衆国における「binary search」の理論について検討した近時の論稿として、滝谷英幸「アメリカにおけるバイナリー・サーチの法理について(1)・(2)—法禁物の存否のみを明らかにする捜査手法とその規制のあり方—」早稲田大学大学院法研論集157号(2016)

合衆国最高裁判例上は、第2章 I C 2. のとおり、1983年の Place 判決⁽⁶¹⁾と1984年の Jacobsen 判決⁽⁶²⁾により、「禁制品とみなされる物の所持についてプライバシーの利益を享受することはあり得ない」こととされた。「どこでどのように発見しようとも、禁制品のみを発見する手段が search に該当することはなくなった」という分析があるほどである⁽⁶³⁾。現に、合衆国最高裁は2005年の Caballes 判決⁽⁶⁴⁾において、交通違反に基づく適法な停車中に薬物所持の嫌疑なく実施された被告人車両の薬物探知犬検査の合憲性について、Jacobsen 判決を先例として挙げ、「プライバシーの正当な期待を侵害しない行為は、修正4条の『search』に該当しない」のであり、「禁制品を所持する利益は『正当である』とは考えられないのであって、禁制品の所持のみを明らかにする政府の行為はプライバシーの正当な期待を侵害しない」から「search」に該当しないと判示し、一定の場合の嫌疑なき薬物探知犬検査の実施を許容するに至った⁽⁶⁵⁾。

このような、禁制品のみを正確に検知する捜査手段が「search」に該当しないという判断の背後にあるのは、「修正4条は潔白の者を保護するために存在し、潔白の者を保護する必要がある場合に限って、犯罪者により行使される」⁽⁶⁶⁾という考え方であると思われる。しかし、合衆国憲法修正

187頁、158号（2016）223頁がある。

(61) United States v. Place, 462 U.S. 696 (1983). Place 判決については、第2章 I C 参照。

(62) United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109 (1984). Jacobsen 判決については、第2章 I C 参照。

(63) Harris, *supra* note 60, at 38.

(64) Illinois v. Caballes, 543 U.S. 405 (2005). Caballes 判決については、第2章 I C 参照。

(65) Caballes 判決後の裁判例の動向については、第2章 I C 注②参照。

(66) Loewy, *supra* note 60, at 1248. 検査対象の白色粉末がコカインであるかどうかを明らかにする化学検査 (chemical field test) が修正4条の「search」に該当しないと判断した合衆国最高裁の Jacobsen 判決は、「議会がコカインを私的に所持することは

4条も日本国憲法35条も、すべての個人に対して捜索押収から安全を保障される権利を保障しているのであり、犯罪者であると疑われている者が合衆国憲法修正4条も日本国憲法35条の「保護を受けるに値しないなどということとはできない」⁽⁶⁷⁾はずであって、「真実は犯人であるかもしれない者も、基本的には、そうでない人として取り扱われるべき」⁽⁶⁸⁾なのである。そもそも、「潔白の者」であるかどうかは刑事手続を通じて判定される事柄であり、その手続の一過程である「捜査活動としての情報収集」の合憲性・適法性を判定しようとする際に、それにより明らかになる情報の「属性」として「犯罪情報」を措定するのは、倒錯した思考方法であるというべきである⁽⁶⁹⁾。情報収集活動の「侵害性」を測る場合の法的評価の対象は、

違法であるという決断をした以上、ある物質がコカインかどうかを明らかにするだけの政府の行為は、プライバシーの正当な期待を侵害しない」と判示するに当たって、この論文を引用した (Jacobsen, 466 U.S. at 123)。

(67) Grano, *supra* note 60, at 437.

(68) 井上・前掲注(5)『強制捜査と任意捜査』261頁。井上教授の次の指摘は正鵠を射ている。

「確かに、犯罪を行っている者にそれを秘匿する権利など認めるのは不当だという思いを抱くのは、素朴な感情としては理解できよう。それは、必ずしも現行犯人に限ったことではなく、多かれ少なかれ、犯人一般につきいえることである。しかし、そうだからといって、例えば、ひそかに犯罪の謀議を行っている者達や、着衣の内部に禁制薬物を隠し持っている者、さらには、犯行に用いた凶器などを自宅内に隠している者には、その会話や身体、住居につきプライバシーの権利がないとは、法律家なら、誰も考えないであろう。……問題は、犯人であることを既定の事実として発想するところにある。犯人であるかどうか、その者の行為が犯罪に当たるかどうかは、刑事訴訟により究明・確認されるべき事柄であり、確定判決によりそう認定されるまでは、何人も『無罪の推定』を受けるとというのが、近代法の一大原則であることは、いまさらいうまでもない」(同260頁)。

(69) 例えば、現行犯逮捕について考えてみても、それが無令状で許されるのは、同人に身体活動の自由という法益が認められない、したがって「逮捕」に当たらないからで

刑事実体法の法的評価を経ない「生の社会的事実」でなければならない。

高度化する「探知装置」の開発・実用化はますます進められるであろうし、そのこと自体は大いに奨励されるべきである⁽⁷⁰⁾。捜査活動としての情報収集活動の侵害性を測るに当たって、それにより明らかになる情報の「属性」を「禁制品の存否に関する情報」と捉えることは許されないというべきである^{(71)・(72)}。

はなく、身体活動の自由という法益を侵害する「逮捕」であるものの、犯罪と犯人の明白性が認められることにより、誤った法益侵害が生じる可能性が低いからである。

(70) 薬物探知犬や化学検査の他、薬物探知犬、爆発物探知犬、けん銃検知装置、金属探知機、ミリ波検査機、顔認証装置、デジタル検索等の高度化・実用化が進められている。財務省『検知機器に関する懇話会 報告書』（2006年）。J. M. BALKIN ET AL., CYBERCRIME: DIGITAL COPS IN A NETWORKED ENVIRONMENT (2007); Richard P. Salgado, *Fourth Amendment Search And The Power of The Hash*, 119 HARV. L. REV. F. 38 (2005); Marcia Hofmann, *Arguing for Suppression of 'Hash' Evidence*, 33 CHAMPION 20 (2009); Iraola, *supra* note 60, at 23-30; MacDonnell, *supra* note 60, at 345-348.

もっとも、現在のところ、例えば、けん銃検知機が対象者の所持しているけん銃以外の金属製品をも検知してしまうといったように、「binary search」として論文等に挙げられるものほとんどは、禁制品の存否のみを正確に明らかにできる性能を有するには至っていない。現時点で捜査機関が使用しているもののうち、完全な「binary search」といえるのは、「薬物探知犬検査と化学検査の2つだけ」であるといわれる。Simmons, *supra* note 46, at 425-28.

(71) これに対して、禁制品のみを検知するかどうかという「二進類法は、我が国の裁判実務においても、今後、捜査に応用可能な新技術が開発されるたびに、当該処分の性格を判定するに当たって極めて有意義な基準である」という論稿として、清水真「捜査手法としての遮蔽空間の探知に関する考察」明治大学法科大学院論集8号（2010）42頁がある。

(72) もちろん、例えば、甚大な被害を生じさせ得るテロ等を防止する緊急の必要のために、犯罪予防等の目的で、行政当局のしかるべき責任者の判断において、強制手段に当たる侵害性を持つ「binary search」を事前の司法審査なく実行することを認める

3. 第三者保有情報の収集の規律——第三者法理

(1) 情報が第三者に保有されている場合⁽⁷³⁾、捜査機関によるその情報の取得はどのような法的規律に服するか。

合衆国最高裁は、「私事にとどめておきたいと考える情報 (what a person keeps to himself) と他者と共有する情報 (what he shares with others) とを区別し、『第三者に任意に提供した情報には、プライバシーの正当な期待は認められない』と判断してきた⁽⁷⁴⁾。これは、『ごく限られた目的のために情報を提供した場合』も同様である⁽⁷⁵⁾。政府は、そのような

べきであるという立法論・政策論の当否は別論である。

(73) 民間の情報産業が隆盛なアメリカ合衆国においては、例えば、情報サービス会社「Acxiom」の高性能のコンピュータには、「世界最大量の個人の機密情報が収められている」という。Acxiom社に保存されているのは、「氏名、年齢、住所、電話番号」だけでなく、「婚姻関係の有無、家族関係、子どもの年齢」といった情報も含まれており、さらに、同社の「コンピュータは、年収、家財の評価額、自動車の車種や価格も追跡調査する」。「未登録の電話番号、職業・信仰・人種等の詳細な情報」も保有している上、「人が何を読んでいるのか、テレフォンショッピングやオンラインショッピングで何を注文したのか、休みにどこに行くのか」も知られているという (ROBERT O'HARROW, JR., NO PLACE TO HIDE 36 (2005)。同書の邦語訳書として、中谷和男訳『プロファイリング・ビジネス—米国「諜報産業」の最強戦略—』〔日経BP社、2005〕がある)。「誰もが聞いたこともない、最も大きな企業の一つ」と言われるAcxiom社は、合衆国の「ほとんどすべての世帯の消費者情報を保有」しており、「200億件の消費者情報 (10億枚のディスクでできた約3200kmのタワーを一杯にできる、850テラバイト以上のデータに相当する) を取り扱っている」 (IAN AYRES, SUPER CRUNCHERS: WHY THINKING-BY-NUMBERS IS THE NEW WAY TO BE SMART 134 (2007)。同書の邦語訳書として、山形浩生訳『その数学が戦略を決める』〔文藝春秋、2007〕がある) と言われている。

(74) Smith v. Maryland, 442 U.S. 735, 743-44 (1979).

(75) United States v. Miller, 425 U.S. 435, 443 (1976).

情報を修正4条に反することなく第三者から自由に取得できる」⁽⁷⁶⁾。

「第三者法理 (third-party doctrine)」と呼ばれるこの考え方は、Miller 判決を起源とする⁽⁷⁷⁾。Miller 事件では、捜査機関が Miller に対する脱税の容疑で、同人の取引先銀行から支払済み小切手、入金伝票、月次明細書の提出を受けた。これらの文書は、Miller が所有も占有も主張できない「銀行の業務上の記録」である上に、小切手は「秘匿性のあるやり取りの記載された文書ではなく、商取引で使用される流通証券」であり、また、銀行取引明細書には「業務の通常過程で、銀行の従業員に提供される」情報が記載されているにとどまることから⁽⁷⁸⁾、合衆国最高裁は、これらの情報の取得が修正4条に違反するという主張を容れなかった。合衆国最高裁に

⁽⁷⁶⁾ *Carpenter v. United States*, 138 S. Ct. 2206, 2216 (2018). *Carpenter* 判決の邦語の紹介として、池亀尚之「*Carpenter v. United States*, 138 S. Ct. 2206 (2018) — 政府による携帯電話の基地局情報の取得が第4修正に違反するとされた事例 —」*アメリカ法* [2019-2] 掲載予定、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四条」酒巻ほか編・前掲注(15) 433頁、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された事例 — *Carpenter v. United States*, 138 S. Ct. 2206 (2018)」判時2379号 (2018) 128頁、尾崎愛美 = 亀井源太郎「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号 (2018) 15頁等がある。

⁽⁷⁷⁾ *Id.*

修正4条の「search」該当性の判断基準としてプライバシーの合理的期待基準を採用した *Katz* 判決の後、第三者法理を最初に扱った *White* 判決 (*United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971)) の相対多数意見は、会話を録音・送信する装置を身につけた情報提供者が、被告人宅内での同人と被告人との会話を捜査官へ発信した行為が「search」に該当しないと判断した。*White* 判決が被告人のプライバシーの期待を「正当」と認めなかったのは、会話内容が当事者以外に伝わることはあり得るのであって、会話はその危険を負担しなければならない、これは、録音機や送信機器が使用されても変わることはないという理由による (*White*, 401 U.S. at 748-54)。

⁽⁷⁸⁾ *Miller*, 425 U.S. at 442.

よると、Miller は「自己の情報を第三者に提供することによって、その第三者から政府に情報が伝わる危険を引き受けた」⁽⁷⁹⁾。したがって、Katz 基準の下、「修正 4 条は、ある情報が第三者に明らかにされている場合、たとえその情報が限定された目的にのみ用いられ、その第三者への信頼が裏切られることはないという想定の下で〔情報主体から第三者への〕情報の伝達が行われていても、その情報を政府当局が取得することを禁止しない」⁽⁸⁰⁾。

その 3 年後、合衆国最高裁は、Smith 判決において、ペンレジスターによる着信先電話番号の記録が「search」に該当しないと判断した。合衆国最高裁によると、Katz 基準の要件のうちプライバシーの主観的期待が認められるかどうかについては、電話加入者は、通話に当たって電話番号を電話会社に伝達しなければならないことと、電話会社が営業目的のために電話番号を記録していることを受け入れているのであるから、発信する電話番号についてプライバシーの主観的期待が認められないという⁽⁸¹⁾。プライバシーの主観的期待に社会的合理性が認められるかどうかについては、合衆国最高裁は、White 判決や Miller 判決等において合衆国最高裁が一貫して判断してきたとおり、自発的に第三者に伝達した情報についてはプライバシーの正当な期待が認められないのであり、電話番号情報を自発的に電話会社に伝達した者は、電話会社がその情報を警察に開示することの危険を引き受けることになるから、プライバシーの正当な期待が認められないと判断した⁽⁸²⁾。合衆国最高裁は、Miller 判決と同様に、電話会社の記録が「警察に漏れてしまう」という「危険を〔Smith が〕引き受けた」と

(79) *Id.* at 442.

(80) *Id.* at 443.

(81) *Smith*, 442 U.S. at 742-43.

(82) *Id.* at 743-44.

判断したのである⁽⁸³⁾。

このように、第三者に対して情報を自主的に明らかにした者は、その第三者から情報がさらに伝達される危険を負担することになる反面、第三者からの情報取得について、捜査機関に対する憲法上の制約は課せられないのである⁽⁸⁴⁾。

(2) 以上の「第三者法理」に対しては、古くから、ある人への情報の伝達とそれ以外のすべての人への情報の伝達を同視し、プライバシーの期待に合理性を認めないのは誤っているという批判⁽⁸⁵⁾や、第三者が保有する情報を政府が事実上無制限に取得できるようになってしまうという批判⁽⁸⁶⁾が非常に強い⁽⁸⁷⁾。

さらに、情報テクノロジーの発達に伴って、第三者法理への批判はますます強くなっている。すなわち、第三者法理を維持したままでは、「事実上すべての情報が第三者に明らかになっているデジタル化・ネットワーク

⁽⁸³⁾ *Id.* at 745.

⁽⁸⁴⁾ 各州における第三者法理の適用状況を整理した論稿として、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, 395-412 (2006) がある。

⁽⁸⁵⁾ Orin S. Kerr, *The Case for The Third Party Doctrine*, 107 MICH. L. REV. 561, 570-71 (2009); 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, 153-59 (2002).

⁽⁸⁶⁾ Kerr, *supra* note 85, at 572-73.

⁽⁸⁷⁾ 渥美博士は、White 判決等について、「会話の一方当事者の同意にのみ根拠を置き、会話内容の官憲への漏洩は、つねに会話者の負担する危険の中にあるとの理解は、批判されなければなるまい」（渥美東洋『捜査の原理』〔有斐閣、1979〕96頁）と断じ、井上教授は、Smith 判決の「考え方自体、果たして正当なものであったかは、疑わしい」（井上・前掲注(5)『強制捜査と任意捜査』236頁）と評している。

化された世界において、修正4条は虚構 (hollow shell) になってしまう⁽⁸⁸⁾ のであり、「第三者法理は、デジタル時代におけるプライバシーに対する最も深刻な脅威の発現の一つである」⁽⁸⁹⁾とまでいわれているのである。最高裁判事の一人も、第三者法理は「人が日常生活の過程で自身についての大量の情報を第三者に明らかにしているデジタル時代には不適當である」⁽⁹⁰⁾という意見を表明しているほどである。

(3) これに対して、一定の場合には「新たなテクノロジーに修正4条を適用するに当たって、第三者法理が不可欠である」⁽⁹¹⁾と主張する Kerr 教授は、第三者法理がテクノロジーに左右されることなく修正4条の保護と警察権のバランスを図るために必要である上⁽⁹²⁾、事前の明確なルールという点でも正当化されるという⁽⁹³⁾。

例えば、Smith 事件では、強盗事件の被害者に対して事件後に犯人を名乗る人物から脅迫電話がかかってくるようになったため、捜査機関が電話会社にペンレジスターの設置を依頼し、被告人宅の電話から発信される電話番号を記録した。被告人は、電話がなければ被害者宅に向かかなければ同様の脅迫を実行できず、その場合、警察官は、修正4条による制限を受けることなく、被告人が自宅から被害者宅へ脅迫に行く様子のすべてを

⁽⁸⁸⁾ Rubenfeld, *supra* note 22, at 115.

⁽⁸⁹⁾ Daniel J. Solove, *The Coexistence of Privacy and Security: Fourth Amendment Codification and Professor Kerr's Misguided Call for Judicial Deference*, 74 *FORDHAM L. REV.* 747, 753 (2005).

⁽⁹⁰⁾ *United States v. Jones*, 565 U.S. 400, 417 (2012) (Sotomayor, J., concurring).

⁽⁹¹⁾ Gregory Nojeim & Orin Kerr, *The Data Question: Should the Third-Party Records Doctrine Be Revisited?*, in *PATRIOTS DEBATE: CONTEMPORARY ISSUES IN NATIONAL SECURITY LAW 80* (Harvey Rishikof et al. eds., 2013).

⁽⁹²⁾ Kerr, *supra* note 85, at 573-81.

⁽⁹³⁾ *Id.* at 581-87.

観察でき、被告人が脅迫犯人であることを突き止められたはずである⁽⁹⁴⁾。Kerr 教授によると、「ペンレジスターの使用が search に該当しないと判断することにより、最高裁は、警察官がどちらにしても同様の情報を取得できるように」したのであり、Smith 判決は、「第三者の使用により修正 4 条の保護のバランスを変化させていない、すなわち、修正 4 条は、どちらにしても同等の保護を保障している」という⁽⁹⁵⁾。

このように考える結果、Kerr 教授は、「第三者が情報の受領者である場合には〔第三者法理が〕適用されるべきであるが、第三者がそれ以外の者に宛てられた情報の仲介者に過ぎない場合には適用されるべきではない」という。後者の場合は、「第三者を仲介して伝達される情報は、第三者が使用されない場合には明らかにならないものであるから」である⁽⁹⁶⁾。

(4) Kerr 教授の以上の分析は、第三者（テクノロジー）の使用の有無にかかわらず、獲得される情報の属性が「同じ」と評価できるのであれば適切である。

しかし、1. において述べたとおり、問題の本質は、収集される情報の「総量」が、特定の個人についての情報の「属性」の変容をもたらす「集合効果」を生じさせるかどうかであり、また、場合によっては、予防的な対応の許容条件が備わるかどうかである。この点を算入しなければ情報収集活動の侵害性を適切に測ることはできないのであり、第三者法理を批判する論者が脅威を感じているのも、「人が日常生活の過程で自身について

⁽⁹⁴⁾ Kerr 教授は、このように、第三者の使用が「代替効果 (substitution effect)」を生じさせることが、修正 4 条による法的規律の在り方を考える上で決定的に重要であるという。

⁽⁹⁵⁾ Kerr, *supra* note 91, at 83.

⁽⁹⁶⁾ *Id.* したがって、第三者法理は、例えば、電話番号には適用されるが、電話による会話内容には適用されない。Kerr, *supra* note 85, at 581.

の大量の情報を第三者に明らかにしている」⁽⁹⁷⁾という現状認識に基づいた、情報量の甚大さとそれがもたらす危険なのである。Smith 判決の反対意見において、Stewart 判事が適切に指摘していたように、着信先電話番号の一覧は、「架電先の人や場所を容易に特定し、したがって、個人の生活の核心部分の詳細 (the most intimate details of a person's life) を明らかにしてしまう」⁽⁹⁸⁾のである。

むしろ、Kerr 教授自身が指摘しているとおり、そもそも「第三者法理は、Katz 基準の適用の一環というよりも、むしろ同意の一形態であると理解された方がよい」⁽⁹⁹⁾のであり、その位置付けを誤ると、法的判断を誤らせかねないものである。

合衆国最高裁は、Smith 判決等のように、情報を自発的に他者に伝達している場合にはプライバシーの期待が「正当」と認められない、すなわち、「search」には該当しないと判断する一方で、同意がある場合については、「search」が「reasonable」であると判断している⁽¹⁰⁰⁾。しかし、有効

⁽⁹⁷⁾ 前掲注⁽⁹⁰⁾。

⁽⁹⁸⁾ *Smith*, 442 U.S. at 748 (Stewart, J., dissenting).

⁽⁹⁹⁾ Kerr, *supra* note 85, at 588. そもそも保護されるべき法益自体の「存否」の問題であるはずであり、Kerr 教授のいうとおり、情報が自発的に第三者に明らかにされている場合にプライバシーの期待を「合理的」と認めない最高裁の判断は誤っているという「批判」は、外的れであろう。

⁽¹⁰⁰⁾ *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218, 219 (1973). 原審は、自動車内の捜索に対する同意を拒否できることの認識の有無が不明であるとして、同意を無効であると判断したが、最高裁は、「同意を拒否できる権利の認識は、有効な同意の必須条件ではない」(*Bustamonte*, 412 U.S. at 227) と判断した。「search に対する同意と権利の『放棄』が同じではない」(Colb, *supra* note 85, at 149) という不適切な判断は、「同意」の有無を「search」が「reasonable」であったかどうかの判定に当たって考慮するという、第三者法理についての合衆国最高裁の不適切な位置付けに起因しているものと思われる。

な同意が認められる場合、情報主体が他者や公衆に対して自発的に情報を開示することにより、一定限度で法益の侵害に「同意」しているために修正4条の保護を受けられなくなるのであり、むしろ「承諾搜索」⁽¹⁰¹⁾等と同じ事態というべきなのである。他者と財産や情報を「共有することが、修正4条の保護を排除するのではなく」⁽¹⁰²⁾、法益の制約に対する「同意」がその根拠であるすると、「同意」が「憲法上の権利を放棄することを意味する」以上、「相手方が承諾すべき内容を十分に理解」した上、承諾を「拒むことができることを知ったうえでおこなわれてはじめて真意にもとづくもの」といえるのである⁽¹⁰³⁾。言い換えると、「真意に基づく承諾」が認められる「内容」に限って、正当化要素の充足が求められる情報収集活動が認められるのである。

したがって、ある者が第三者に対して情報を自発的に開示している場合、どの範囲で法益の制約を「承諾」しているのかが問われなければならない。それを超える情報収集活動は、「承諾」がない場合と同じ法的規律に服するのである。例えば、Smith 判決の事例においては、電話加入者が電話会社に電話番号情報を明らかにすることによって「承諾」していたのは、架電や電話料金の徴収のためには相手方の電話番号が必要であるということであり、その範囲を超えて、開示した電話番号が営利目的や犯罪捜査目的で加入者の交友関係等の把握に使用されることの「承諾」はないのである。

さらには、電話を使用しないという「他の選択肢がない状況」において

(101) 前掲注(15)において述べたとおり、法益の制約に対して当の法益主体の「真意の承諾」がある場合、そもそもそれは強制捜査を意味する「搜索」と呼ぶのは「適切ではない」(三井・前掲注(1) 51頁)。「承諾搜索」は、「承諾留置」と同様の「一種の矛盾概念」(井上・前掲注(15) 48頁)である。

(102) Kerr, *supra* note 85, at 589.

(103) 三井・前掲注(1) 51頁。

は、一定の承諾をもって電話番号情報の取扱いについて一切の「承諾」があったと考えることはできない。このような「他に選択肢がない状況において『危険の引受け』を云々するのは、承諾を拒否できる可能性がない以上、「成り立たない議論である」⁽¹⁰⁴⁾。「承諾」の有効範囲を問わないということは、刑事手続において保護される利益の性質及びその利益の侵害の程度を度外視するということであり、不適切であるといわなければならない⁽¹⁰⁵⁾。

(5) 有効な「承諾」が行えるかどうかを判断するに当たっては、ある情報が第三者によって保有されているに過ぎない（情報内容についての利益主体と情報の物理的管理主体が異なるに過ぎない）のか、第三者とのコミュニケーションの結果として情報の共有関係が生じている（第三者も情報の利益主体といえる）のかが問われなければならない。すなわち、「情報内容についての利益主体が誰なのか」が問われなければならないのであり、前者の場合には、第三者は開示された情報の物理的な管理・支配の主体ではあるものの情報内容についての利益主体ではない以上、さらに別の者へその情報を開示することを「承諾」することはできないのである⁽¹⁰⁶⁾。

例えば、IIにおいて検討するように、「予防法理」である「モザイク理

⁽¹⁰⁴⁾ *Smith*, 442 U.S. at 749-50 (Marshall, J., dissenting).

⁽¹⁰⁵⁾ *Smith* 判決の反対意見で Marshall 判事の指摘するとおり、「プライバシーはばらばらのものではないし、すべてを享受するか全く享受しないというものでもない。ある事実を限定的な目的のために銀行や電話会社に明らかにした者は、その情報が別の目的で他者に明らかにされる危険を引き受ける必要はない」(*Id.* at 749-50 (Marshall, J., dissenting))。

⁽¹⁰⁶⁾ これに対して、後者の場合、例えば、家屋内における口頭会話の傍受、会話の一方当事者による秘密録音、潜入捜査等においては、取得される情報内容という観点よりも、人間関係やコミュニケーション、意思決定に与える影響度を踏まえた法的規律を設定しなければならないと思われる。

論」が適用される場合に、集合効果によって「電話の使用履歴情報」が「その電話の使用者の交友関係等の個人像」の発覚につながるとすれば、そのような個人像を把握されないという利益の主体は電話の利用者であり、通信事業者ではない。この場合、「事業者と電話利用者との間でプライバシーが共有されている」⁽¹⁰⁷⁾と考えることはできないのであり、事業者が任意に通話履歴を捜査機関に開示することは認められないのである⁽¹⁰⁸⁾。最

⁽¹⁰⁷⁾ 緑・前掲注(39) 22頁。

緑教授は、医師・弁護士等が業務上委託を受けて保管・所持する他人の秘密に関するものの押収拒絶権を認める刑事訴訟法105条について、「依頼人等の委託者と医師等の受託者との間の信頼関係を基礎として押収対象物に含まれている情報——プライバシーの利益——を医師等も共有し、専門的自律的な判断が期待されているからこそ、押収を拒絶する権限が受託者たる医師等にも認められている」と捉えている（同26頁）。しかし、同条が押収拒絶権を認めるのは、「業務とその業務者に秘密を託した者の信頼を保護する趣旨」であり（三井ほか・前掲注(27) 143頁〔橋本晋〕）、同条但書が「本人が承諾した場合」に押収拒絶権を否定していることから明らかなように、受託者が保管・所持する「他人の秘密に関するもの」の利益主体は、第一次的にはその「他人」であって、緑教授のいう「プライバシーの利益」の共有主体たる地位を医師等の受託者に認めているわけではないと思われる。同条により委託者・受託者の信頼関係自体が保護されていること、受託者が押収拒絶権を行使しなかった場合に秘密漏示罪（刑法134条）が成立する余地があることから、保管・所持する「他人の秘密に関するもの」についての利益が受託者自身にも認められることは確かであるが、それを「プライバシーの利益」の「共有」と捉えるのは困難であろう。

⁽¹⁰⁸⁾ 情報の実質的利益主体に対する手続保障をどのようにして図るのかという点については、さらに検討を要する。例えば、ある者が第三者の管理するオンライン上の記録媒体に情報を保存している場合には、情報の記録媒体を物理的に支配しているのはその第三者であり、その記録媒体から情報を取得する処分の直接の相手方はその第三者である。したがって、その記録媒体自体を差し押さえたり、その記録媒体から目的の情報を別の記録媒体に記録させた上でそれを差し押さえたりするには、その第三者に対して差押令状や記録命令付差押令状の提示が行われ、また、押収目録が交付されるなどして、その第三者との関係における適正手続の保障が図られることになる。

高裁判所が最決平成21・9・28刑集63巻7号868頁〔870頁〕において、運送過程下にある宅配便荷物についてのエックス線検査が強制処分に該当するかどうかの判断に当たって、「本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものである」として、「荷送人や荷受人」の「承諾」の有無についてのみ考察し、捜査機関が宅配便業者の「営業所の長に対して協力を求めたところ、承諾が得られた」という事実を考慮しなかったのは適切である。宅配便業者は、宅配便荷物の内容物についてその「品目等を相当程度具体的に特定」されることにつ

他方で、この場合、情報自体についての実質的な利益主体というべきは、その情報をその記録媒体に保存している者であるが、この者に対して処分の実施や処分内容の通知が全く行われないことが、憲法31条の保障する「告知・聴聞を受ける権利」との関係で適切かどうかが問題となるように思われる。例えば、「通信の秘密」の保障に含まれる郵便物等を差し押さえる場合には、発信人・受信人に事後的な「通知」が行われることになっており（刑事訴訟法100条3項）、また、通信の傍受が行われた場合にも、事後的にそれが当事者に「通知」されることになっているが（通信傍受法23条1項）、これらの規定は、通信の秘密という憲法上保護される利益が侵害される、「処分の実質的な対象者に対する『告知』の必要を認めた」ものに他ならない（井上・前掲注(5)『捜査手段としての通信・会話の傍受』81頁。もっとも、井上教授の指摘するとおり、刑事訴訟法100条3項が「通知」の相手方を「発信人『又は』受信人」としているのは、「不充分」である〔同226頁〕）。憲法上保護される利益への侵害強度によっては、第三者保有情報の取得に当たって、当該第三者のみならず、情報内容の利益主体に対して処分の実施や処分内容の通知が行われなければならない場合があると思われる（所在把握捜査について、第5章において論じる）。

上記のような「記録命令付差押え」（刑事訴訟法218条1項、99条の2）が行われる場合に、「実質的な被処分者」に対して「少なくとも事後の速やかな告知が行われなければならない」と主張する見解として、内藤大海「犯罪対策と新しい捜査手法」法律時報84巻11号（2012）122頁。

いて、利益主体とはいえないからである⁽¹⁰⁹⁾。

(6) 以上のとおり、本稿では合衆国において「第三者法理」の適用が問題となるといわれるすべての事象について検討する余裕はないものの、少なくとも捜査機関が第三者の保有する情報を取得する場合、利益主体による「承諾」の範囲が問題となり、その範囲を超えた場合には、1.の法的規律に服するのである⁽¹¹⁰⁾。

(7) その後、合衆国最高裁は、「使用者の過去の動静の網羅的・経時的な記録 (a comprehensive chronicle of the user's past movements) である携帯電話の記録⁽¹¹¹⁾への政府によるアクセスが、修正4条の search に該当するか⁽¹¹²⁾が争点とされた Carpenter 判決において、「携帯電話の基地局情報の収集に第三者法理を拡張しない」⁽¹¹³⁾と判断した。

合衆国最高裁によると、第三者法理は、「他者と情報を任意に共有した場合、プライバシーの期待が減少するという発想」⁽¹¹⁴⁾と、「情報の任意の提供 (voluntary exposure)」⁽¹¹⁵⁾という発想に基づいているが、以下のとお

(109) これに対して、「受託者の承諾」が得られれば、受託者が管理する物件について令状なく検索・差押え・検証が実施できると考えることも「理論上不可能ではなかった」と分析する論稿として、井上・前掲注(36) 71頁、笹倉宏紀「宅配便荷物のエックス線検査と検証許可状の要否」『平成21年度重要判例解説』(有斐閣、2010) 209頁。

(110) 捜査手法の適法性を判断するに当たって、捜査対象者の意思の持つ意味について考察した近時の論考として、池田・前掲注(15)がある。

(111) 携帯電話は、最も近い基地局から発せられる電波を受信する。中でも、スマートフォンは、使用者が何の機能を使用していなくても、1分間に何度もワイヤレスネットワークに接続している。スマートフォンが基地局に接続するたびに、基地局情報 (cell-site location information) が記録される (Carpenter, 138 S. Ct., at 2211)。

(112) Carpenter, 138 S. Ct., at 2211.

(113) Id. at 2220.

(114) Id. at 2219.

(115) Id. at 2220.

り、そのどちらもが基地局情報の収集には当てはまらない。

前者については、そもそもプライバシーの利益が減少したとしても、修正4条が全く適用されなくなるわけではない⁽¹¹⁶⁾。Smith判決もMiller判決も、情報の共有という一点のみに着目していたわけではない。むしろ、両判決は、「文書の性質」を考慮して、「その内容について正当な『プライバシーの期待』」が認められるかどうかを判断していた⁽¹¹⁷⁾。すなわち、Smith判決は、電話の発着信履歴が「個人識別情報」をほとんど明らかにできないというペンレジスターの限定的な性能を指摘していたし⁽¹¹⁸⁾、Miller判決も、小切手等が「秘匿性のあるやり取りの記載された文書ではなく、商取引で使用される流通証券」であることを指摘していた⁽¹¹⁹⁾。第三者法理を本件に機械的に適用する考えは、基地局情報に同様の限界が存在しないことを見過ごしてしまっている。本件で問題となっているのは、「携帯電話使用時」や特定時点での人の動静ではなく、毎日、いかなる瞬間も、数年にわたって収集される、人の所在の詳細な経時的記録 (a detailed chronicle of a person's physical presence) なのである。このような記録は、Smith事件やMiller事件とは異なる大きなプライバシーの問題を生じさせる⁽¹²⁰⁾。

後者については、利用者が自発的に、物理的動静の網羅的な記録を提供する「危険を引き受けた」とはいえない。携帯電話と通信事業者によるサービスは、人が現代の社会生活を送る上で不可欠であるといえるほどに、日常生活に普及している上、使用者が電源を入れる以外の操作をしな

⁽¹¹⁶⁾ Riley v. California, 134 S. Ct. 2473, 2488 (2014). 邦語の紹介として、池亀尚之 [2015-1] アメリカ法144頁等がある。

⁽¹¹⁷⁾ Miller, 425 U.S. at 442.

⁽¹¹⁸⁾ Smith, 442 U.S. at 742.

⁽¹¹⁹⁾ Miller, 425 U.S. at 442.

⁽¹²⁰⁾ Id. at 2219-20.

くても、基地局情報は記録されるからである⁽¹²¹⁾。

このように、合衆国最高裁は、「Smith 判決や Miller 判決で問題とされた限定的な個人情報と、通信事業者によって常に記録される網羅的な位置情報とには、決定的な違いがある」⁽¹²²⁾ことを理由に、第三者法理の適用を制限した。

このように、画一的に適用できるのがメリットであるはずの第三者法理に、たとえ第三者に保有されている情報であっても、その内容ないし性質如何によっては第三者法理が適用されないという考え方を鮮明にした点で、合衆国においては大きな意義を有する。

その上で、合衆国最高裁は、携帯電話の基地局情報の取得により「プライバシーの合理的期待が侵害された」と認めた。その理由として挙げられているのは、デジタル時代以前、法執行機関は被疑者を短期間追跡してきたが、「長期間の監視は、困難であり費用がかかるため、めったに行われなかった」、それゆえ、「非常に長期間、個人の車の一つ一つの動きのすべてを内密に監視し、まとめて記録することはしない（し、できないであろう）」というのが社会の期待」であって⁽¹²³⁾、政府が基地局情報にアクセスするのを認めることはこのような社会の期待に反する⁽¹²⁴⁾、というものである。

しかし、その人が一定の区域内に所在することしか明らかにしない基地局情報の内容・精度を考えると⁽¹²⁵⁾、「プライバシーの合理的期待が侵害さ

(121) *Id.* at 2220.

(122) *Id.* at 2217.

(123) *Jones*, 565 U.S. at 429-30 (Alito, J., concurring).

(124) *Carpenter*, 138 S. Ct., at 2211.

(125) *Id.* at 2225 (Kennedy, J., dissenting). この事案の基地局情報では、「8分の1平方マイルから4平方マイルのV字形の区域内にカーペンターがいたことを明らかにするとどまる」という。

れた」という合衆国最高裁の判断には、情報の内容・精度を正確に反映した法的規律を設定できていないのではないという疑問を拭えない⁽¹²⁶⁾。

4. 法的規律の設計主体——The-Leave-It-to-the-Legislature Argument

(1) 近時、アメリカ合衆国においては、高度化し続けるテクノロジーを使用した、「プライバシー」が問題となる捜査活動の法的規律は、裁判所による修正4条の解釈によるのではなく、議会による対処の方が適切であるという主張が有力に展開されるようになってきている。

第2章ⅡBにおいて述べたとおり、その代表的な論者である Kerr 教授は、立法府の方が包括的で最新のルール作りが可能であり⁽¹²⁷⁾、また、立法府は裁判所と異なり、専門家の意見を取り入れて明確な立法ができ⁽¹²⁸⁾、さらに、事実関係や争いのある要件に拘束されることなく、その時のテクノロジーに合った最適のルールが策定できる⁽¹²⁹⁾という理由を挙げ、新たなテクノロジーが不安定なうちは、その規律は立法による方が望ましいと主張する⁽¹³⁰⁾。Kerr 教授によれば、司法的規制の不存在が、むしろ、テ

⁽¹²⁶⁾ Carpenter 判決の法廷意見には、「127日間にわたって携帯電話の所在を記録すれば、その使用者の所在の全記録を作り上げることができる」(Carpenter, 138 S. Ct., at 2217), 「政府が7日分の基地局情報にアクセスすることが修正4条の搜索に当たる」(Id. at 2217 n.3), 「127日分もの位置情報があれば、政府は、他の情報と組み合わせることにより、Carpenterの動きを詳細に推測することができる」(Id. at 2218) といった、「モザイク理論を採用した」(柳川重規「位置情報の取得」刑事法ジャーナル59号〔2019〕43頁)とも評し得る説示も見られる。この点については、Ⅱにおいて論じる。

⁽¹²⁷⁾ Orin S. Kerr, *The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution*, 102 MICH. L. REV. 801, 871-75 (2004).

⁽¹²⁸⁾ Id. at 875-82.

⁽¹²⁹⁾ Id. at 873-74.

⁽¹³⁰⁾ Id. at 806.

クノロジーの高速な変化に柔軟・迅速に対応できる立法的保護を促すのであり⁽¹³¹⁾、拙速な司法判断は終局的な解決にならないという⁽¹³²⁾。例えば、通信傍受について、1928年の *Olmstead* 判決⁽¹³³⁾が1967年の *Katz* 判決⁽¹³⁴⁾により変更されるまで39年もかかっていることについて、Kerr 教授は、「*Olmstead* 判決がなければ、もっと早く正しい結論に至っていたのではないか」⁽¹³⁵⁾と分析する⁽¹³⁶⁾。

(2) このような「The-Leave-It-to-the-Legislature Argument」⁽¹³⁷⁾に対して、Solove 教授は、「すべての点において Kerr 教授は誤っている」⁽¹³⁸⁾と反論する。議会は GPS 装置や熱画像機等の「新たなテクノロジーの多くを規律し損なっている」し、例えば、電子的監視手段を規律する既存の立法は修正 4 条以上に「不明確」である上、その立法は、今日においても 1986 年以来大きな修正が加えられていない ECPA⁽¹³⁹⁾の枠組みを維持し

(131) Orin S. Kerr, *An Equilibrium-Adjustment Theory of the Fourth Amendment*, 125 HARV. L. REV. 476, 541 (2011).

(132) *Id.* at 539-42.

(133) *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). *Olmstead* 判決については、第 2 章 I A 参照。

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

(135) Kerr, *supra* note 131, at 542.

(136) Kerr 教授が、同様の理由により、「裁判所」が「モザイク理論を修正 4 条の解釈論において導入すること」に反対していることについては、II において触れる。

(137) DANIEL J. SOLOVE, NOTHING TO HIDE: THE FALSE TRADEOFF BETWEEN PRIVACY AND SECURITY 165 (2011). 同書の邦語訳書として、大島義則ほか訳『プライバシーなんていらん!?!』(勁草書房, 2017)がある。

(138) *Id.*

(139) Electronic Communications Privacy Act of 1986. 電子通信プライバシー保護法。政府機関及び私人による電気通信の内容へのリアルタイムのアクセスを制限する「The Wiretap Act」(18 U.S.C. §§ 2511-22), 電気通信の内容に関わらない情報へのリアルタイムのアクセスを制限する「The Pen/Trap Act」(18 U.S.C. §§ 3121-27),

続けているのであり、「裁判所よりも議会の方が、変化し続けるテクノロジーに対応するルールづくりに適しているとはいえない」というのである⁽¹⁴⁰⁾。

(3) Kerr 教授の主張するとおり、司法府と立法府の機関としての特性は看過できないであろうし、また、「個別的・断片的問題解決の累積の結果、刑事手続を規律すべき法の内容が極めて複雑なものになってしまうおそれ」⁽¹⁴¹⁾も否定できないであろう。特に、わが国においては、刑事訴訟法判例が刑法判例等よりも「柔軟性、権利擁護性及び法創造性において顕著」であり⁽¹⁴²⁾、「事実、判例はこれまでも実務をリードしてきたし、運用によって刑事手続の綾はつくられてきた」ものの、「判例による法創造的

通信当事者以外の第三者に蓄積された情報への政府機関のアクセスを制限する「The Stored Communications Act (SCA)」(18 U.S.C. §§ 2701-11) が含まれる。1967年の Katz 判決後に制定された「The Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968」の第3編 (The Wiretap Act) を修正するかたちで1986年に制定された。以来、大きな変更が加えられていない。

ECPA の概要については、Charles Doyle, CONG. RESEARCH SERV., REPORT No. R41733, *Privacy: An Overview of the Electronic Communications Privacy Act* (Oct. 9, 2012), Orin S. Kerr, *Lifting the “Fog” of Internet Surveillance: How A Suppression Remedy Would Change Computer Crime Law*, 54 HASTINGS L.J. 805, 814-16 (2003) 等参照。

⁽¹⁴⁰⁾ SOLOVE, *supra* note 137, at 165-67. See also Solove, *supra* note 89, at 760-77. Kerr 教授は、「テクノロジーが流動的な場合、ルールの策定には議会の持つ豊富な情報環境」が利点である一方、裁判所がテクノロジーを誤解した事例を挙げて、Solove 教授に反論する (Orin S. Kerr, *Congress, the Courts, and New Technologies: A Response to Professor Solove*, 74 FORDHAM L. REV. 779, 783-86 (2005))。

⁽¹⁴¹⁾ 井上正仁「第五版の刊行にあたって」『刑事訴訟法判例百選〔第5版〕』(1986) 10頁。なお、井上・前掲注(4)『強制捜査と任意捜査』29頁も参照。

⁽¹⁴²⁾ 香城敏磨「刑事訴訟法判例の機能」『刑事訴訟法の争点〔第3版〕』(有斐閣, 2002) 14頁。

な機能には両刃の剣的側面」があり⁽¹⁴³⁾、その「動的性質」が行き過ぎれば、判例の正当性に疑問が生じることになりかねない。

他方で、殊に、様々な要因により刑事手続関係の立法に大きな動きがなかった状況においては、「立法がピラミッドのように沈黙するとき、判例はスフィンクスさながらに奮い立」ち⁽¹⁴⁴⁾、「広い意味の法形成過程において、立法にもまさるとも劣らぬ大きな役割り」⁽¹⁴⁵⁾を果たしてきた。「最高裁が、法の解釈という形で、新たな法原則を定立」することは、「それ自体として、その可否および当否について慎重な検討を要する」ものの、「個人の権利保護を実効化し、司法制度の内在的な要請を充たすために、そのような形で法の不備を補っていくということは、法の最終的な守護者たる裁判所に本来的に認められている——あるいは、更に、期待されてきている——機能といえる」⁽¹⁴⁶⁾であろう⁽¹⁴⁷⁾。

(143) 三井誠「戦後刑事手続の軌跡」田中成明編『現代の法5 現代社会と司法システム』（岩波書店、1997）89頁。

(144) 松尾浩也「第四版の刊行にあたって」『刑事訴訟法判例百選〔第4版〕』（1981）9頁。

(145) 田宮裕「第三版の刊行にあたって」『刑事訴訟法判例百選〔第3版〕』（1976）9頁。

(146) 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985）547頁。

(147) 最高裁判所が「違憲状態」という判断を示しても、議員定数の不均衡の解消に時間を要するわが国の立法の状況を考えると、「公共の福祉」と「権利保障」の適切なバランスを図るという根本的な価値選択を伴う刑事手続の分野において、「司法的規制の不存在が立法措置を促進する」、言い換えると、「司法的規制の存在が立法措置を阻害する」とまで言い切れるかどうかは、疑問である。

なお、GPS 捜査については、合衆国最高裁において、2012年に「科学技術が劇的に変化する状況において、プライバシー保護に関する問題を解決する最善の策は、立法措置を講じることであろう」（Jones, 565 U.S. at 429 (Alito, J., concurring)）という補足意見を含む Jones 判決が言い渡された。2011年から2012年の初頭にかけて、連邦と州の議員が少なくとも Geolocation information（地理位置情報）の監視と開示を規制する7種類の法案を提出したという（Shaun B. Spencer, *GPS Monitoring Device*

ただし、通信傍受法が成立した「1999年を境に、立法がにわかに活発化した」⁽¹⁴⁸⁾ともいわれる状況においては、これまで、「『判例の奮闘』に

Leads the Supreme Court to a Crossroads in Privacy Law, 46 NEW ENG. L. REV. ON REMAND 45, 59 (2012)). 合衆国議会にも「Geolocation Privacy and Surveillance Act」が提案されるなどの動きが見られたが、成案を見るに至っていない。

わが国の最高裁も、「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、刑事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」と説示した(最大判平成29・3・15刑集71巻3号13頁〔17-18頁〕)。これを受け、「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律」に、「政府は、新組織的犯罪処罰法第六条の二第一項及び第二項の罪に係る事件の捜査に全地球測位システムに係る端末を車両に取り付けて位置情報を検索し把握する方法を用いることが、事案の真相を明らかにするための証拠の収集に資するものである一方、最高裁判所平成28年(あ)第442号同29年3月19日大法廷判決において、当該方法を用いた捜査が、刑事訴訟法上、特別な根拠規定がある場合でなければ許容されない強制の処分に当たり、当該方法を用いた捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査方法であるとすれば、これを行うに当たっては立法措置が講ぜられることが望ましい旨が指摘されていることを踏まえ、この法律の施行後速やかに、当該方法を用いた捜査を行うための制度の在り方について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて所要の措置を講ずるものとする」という附則12条2項が盛り込まれた。しかし、「例えば審議会において検討を開始するというような形での検討」は始まっていない(第196回国会予算委員会第3分科会議事録第1号〔加藤俊治政府参考人の答弁〕)。

⁽¹⁴⁸⁾ 井上正仁「刑事訴訟法60年・裁判員法元年―序言―」ジュリスト1370号(2009)2頁。

この10数年の間、「いわゆる組織犯罪対策三法(組織的犯罪処罰法、通信傍受法など)、いわゆる犯罪被害者等保護関連二法(犯罪被害者保護法など)、心神喪失者等医療観察法の成立など」、大きな立法面の動きの見られなかった刑事法制にも「変化が生じてき……た」(三井誠ほか編『入門刑事法〔第6版〕』〔有斐閣、2017〕3頁〔三井〕)。

よって学説は大いに発展し、判例に再刺激を与え続けてきた」⁽¹⁴⁹⁾ことを踏まえ、「判例による問題解決の限界＝立法と判例の適切な役割分担」という「基本点について、真摯な省察」⁽¹⁵⁰⁾を加え、立法府との関係においても相乗効果を生じさせる「刺激」が生み出されなければならないことは確かである⁽¹⁵¹⁾。

しかし、法的規律を設計する主体が誰であれ、望ましい法的規律の在り方についての解釈論、ひいては立法論を展開することが必要であることに変わりはない。例えば、Ⅱにおいて明らかにするように、「予防法理」である「モザイク理論」が解釈論としての正当性を持ちうるが、裁判所における解釈論としても国会における立法論としても十分に認識・採用されていないとすれば、モザイク理論が採用に値することの理論的提示を行う必要があるのである。Solove 教授のいうとおり、「法とテクノロジーの問題は、裁判所よりも議会で委ねられることで容易に解決されるわけではなく、その逆でもない」⁽¹⁵²⁾はずである。

⁽¹⁴⁹⁾ 香城・前掲注⁽¹⁴²⁾ 15頁。

⁽¹⁵⁰⁾ 井上・前掲注⁽¹⁴⁴⁾。

⁽¹⁵¹⁾ 「刑事手続において適正なプライバシー保護を実現するため」に、「1. 捜査活動の最適化という捜査法の本来あるべき趣旨・目的に今一度立ち返って、刑事手続におけるあるべきプライバシー保護のあり方について根本的に再検討し、それを実現するために、2. 裁判所と国会とがどのように均衡・協働するべきなのかを戦略的に問い直し、裁判所においてなされるべき法解釈の具体的あり方——特に混乱著しい強制処分該当性判断基準及び任意捜査適法性判断基準について——と、国会における立法のあり方——とりわけGPS捜査に代表される情報技術の革新がもたらした新たな捜査手法について——とを明らかにする必要がある」という問題意識に基づき、「刑事手続における適正なプライバシー保護のあり方について検討を加え」た近時の論考として、稲谷・前掲注⁽²⁾がある。

⁽¹⁵²⁾ SOLOVE, *supra* note 137, at 170.

C 小括

以上のとおり、情報収集活動の「侵害性」を適切に測るには、収集される情報の「属性」と「総量」、 「詳細さ」の「総合的」な考慮による、収集される情報の「全容」の判定が不可欠なのである。

もっとも、高度化する情報処理プロセスを前にしたとき、このような「侵害性」の判断枠組みを単純に適用するだけでは、十分に適切な法的規律を設定したとはいえない事態が生じる。すなわち、高度化する情報処理プロセスにおいては、「従前は想像もできなかったような〔情報の〕蓄積と分析」⁽¹⁵³⁾を行えるようになってきているが、情報は知識であり、それを取り扱う側に集積されている情報との関係で、一定の「詳細さ」を備えた情報の「属性」が変容することがあり得るのである。次節において詳しく検討するように、このような特定個人についての情報の「集合効果 (The aggregation effect)」⁽¹⁵⁴⁾を考慮しなければ、言い換えると、情報収集活動全体により収集され「得る」情報の「総量」を算入して「侵害性」を測定しなければ、情報社会における情報収集活動を適切に規律したとは言い難いのである。そこで、次節では、その情報取得時点においては一見すると特定の個人について多くを明らかにしない断片的な情報 (単純個人情報) のみを取得する捜査活動の法的規律の在り方を考察する。

(153) Orin S. Kerr, *The Mosaic Theory of the Fourth Amendment*, 111 MICH. L. REV. 311, 345 (2012).

(154) Daniel J. Solove, *Fourth Amendment Pragmatism*, 51 B.C. L. REV 1511, 1523 (2010); SOLOVE, *THE DIGITAL PERSON: TECHNOLOGY AND PRIVACY IN THE INFORMATION AGE* 44-47 (2004); SOLOVE, *UNDERSTANDING PRIVACY* 117-21 (2008).