

情報技術の高度化と犯罪捜査(5)

——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, 221=222号)
 - II 単純個人情報の収集の法的規律の在り方
 - A 単純個人情報の処理プロセスの「個人生活の安全保障」への抵触
 - B モザイク理論
 1. モザイク理論の意義と沿革
 2. 個人情報についての「集合効果」の承認
 3. モザイク理論の適用範囲の拡大
 - a Jackson 判決
 - b Weaver 判決
 - c Jones 判決
 4. モザイク理論の提唱
 - a 刑事手続へのモザイク理論の導入上の検討課題
 - b 小括—問題状況の整理と差し当たりの回答
 - C 予防的な法的規律の発動
 1. 憲法上の地位をめぐる議論
 - a Miranda 判決
 - b ミランダ準則の憲法的地位— Dickerson 判決
 2. 予防法理の「遍在」
 - a ミランダ準則の実質
 - b 憲法上に遍在する予防法理
 3. 予防法理の正当性と許容要件
 - a 予防法理の正当性
 - b 予防的な法的規律の許容要件
 4. 単純個人情報の収集と「予防法理」としての「モザイク理論」
 - a 予防措置の必要性
 - b 予防措置の相当性
 5. 小括
 - III 情報収集後の規律の基本的な考え方
 - A 取得した情報の取扱いに関する諸原則
 - B 目的外使用 (二次使用) の規律の考え方
 - C 「取得時中心主義」からの転換 (以上, 224=225号)
- 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（承前）

II 単純個人情報の収集の法的規律の在り方

A 単純個人情報の処理プロセスの「個人生活の安全保障」への抵触

(1) 「情報」とは「人が意味づけをすることによって得る知識の形式のすべて」⁽¹⁾をいい、「ある人からある人に伝わっても、元のところにも残る」無体物であって、「聞いたり知ったりした人の間でいわばどんどん複製ができていくという性質」⁽²⁾を持つ。

このような性質を持つ「情報」の処理過程では、コンピュータ技術の発達によって、「従前は想像もできなかったような〔情報の〕蓄積と分析」⁽³⁾ができるようになった。例えば、情報通信技術の発達により、流通情報量は飛躍的に増大し⁽⁴⁾、収集された情報はインターネットを介して、無数の

(1) 阪本昌成「プライバシーと自己決定の自由」樋口陽一編『講座憲法学3 権利の保障1』（日本評論社、1994）235頁。

(2) 井上正仁「科学捜査の限界―盗聴を中心にして―」法学教室114号（1990）27頁。

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

(4) 総務省情報通信政策研究所調査研究部『我が国の情報通信市場の実態と情報流通量の計量に関する調査研究結果』（2011年8月）によると、電話やインターネット、テレビ、郵便、書籍販売等による流通情報量は1日当たりDVD約2.9億枚相当で、2001年比で2倍に増加している。

Google社の最高経営責任者が10年ほど前に明らかにした試算によると、人類が有史以来2003年までに取り扱ってきた情報量と同量の情報が、現在では「2日間」で生み出されており、「そのペースはさらに速まっている」（Marshall Kirkpatrick, *Google CEO Schmidt: "People Aren't Ready for the Technology Revolution"*, READWRITE (Aug. 4, 2010), http://readwrite.com/2010/08/04/google_ceo_schmidt_people_arent_ready_for_the_tech.）とも言われる。

組織の間で絶え間なく共有されるようになってきているし⁽⁵⁾、記録メディアの大容量化と価格下落により、ある人の一生の生活行程のすべてをデジタルデータとして記録し、整理し、必要に応じて振り返ることも安価・容易にできるようになっている⁽⁶⁾。アメリカ合衆国では、特に2001年9月11日に発生した同時多発テロ以降、政府が「極めて高度化したコンピュータ装置」を使用し、「収集したすべてのデータを結合することでデータ集約 (data aggregation) を行い、また、統計的分析とモデリングによってそれがなければ明らかにならなかったパターンや捉え難い相関関係を明らかにするデータマイニング (data mining) を行ってきた」⁽⁷⁾という。

情報処理過程においては、単に情報の複製物が蓄積されるだけではない。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その「属性」が変容するのである。個別の情報はそれほど多くのことを

(5) Danielle Keats Citron & Frank Pasquale, *Network Accountability for the Domestic Intelligence Apparatus*, 62 HASTINGS L.J. 1441, 1459 (2011).

(6) See GORDON BELL & JIM GEMMELL, *TOTAL RECALL: HOW THE E-MEMORY REVOLUTION WILL CHANGE EVERYTHING* (2009). 同書の邦語訳として、飯泉恵美子訳『ライフログのすすめ 人生の「すべて」をデジタルに記録する!』(早川書房, 2010年)。同書は、「日々の生活をデジタル化して手軽に記憶できるようになってきたこと」、「個人が新たに記録するようになった膨大なデジタルデータが、想像以上に手頃な値段で保存できるようになったこと」、「膨大なデータからどんなタイプの記録でも検索して、分析、送付、公開する技術が次々と開発され、驚くべき成果を上げていること」という「技術の3本のながれが合流しつつある」ことが、「ライフログ」の「完全記憶 (total recall)」を現実化させるという。

(7) YALE KAMISAR ET AL., *MODERN CRIMINAL PROCEDURE: CASES, COMMENTS AND QUESTIONS* 253 (14th ed. 2015). 同時多発テロ後の状況については、K. A. Taipale, *Data Mining and Domestic Security: Connecting the Dots to Make Sense of Data*, 5 COLUM. SCI. & TECH. L. REV. 2, 6-50 (2003), Christopher Slobogin, *Government Data Mining and the Fourth Amendment*, 75 U. CHI. L. REV. 317, 317-27 (2008) 等参照。

示さないとしても、結び付けられた情報の「全体はその構成要素のそれぞれ以上」⁽⁸⁾であり、さらに、個人情報については、「ある個人についてのデータの集合体は、その構成部分の単なる総体をも遥かにしのぐ」⁽⁹⁾のであって、その人の人物像や生活実態を明らかにできるのである。

このような情報の「集合効果」は、例えば、ウェブサイトの閲覧履歴を基にその人の最近の興味に沿った広告を表示させたり、インターネットショッピングにおいて利用者の購入履歴を基にその人の嗜好を割り出し、その人が欲しいと思いきような商品を薦めたりできるという利便性をもたらす⁽¹⁰⁾。他方、人は生活上の様々な場面で自身に関する情報を他者に明らかにしているものの、各場面において、「自身について知られる事柄や他者が認識する事柄には限界がある」⁽¹¹⁾と考えているはずであって、それぞれ

(8) DANIEL J. SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY 118 (2008). 同書の邦語訳書として、大谷卓史訳『プライバシーの新理論』（みすず書房、2013）がある。

(9) Julie E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, 52 STAN. L. REV. 1373, 1398 (2000).

(10) 「Webサイトの検索や閲覧の履歴」等の利用者の「インターネット利用上の行動履歴」に着目して、「興味関心にあった広告を適切なタイミングで配信することによって、広告の効果を高めようとする」、「利用者のインターネット利用上の行動履歴に着目した広告手法」は「行動ターゲティング広告」と呼ばれる（総務省情報通信政策研究所『行動ターゲティング広告の経済効果と利用者保護に関する調査研究報告書』〔2010〕9頁）。行動ターゲティング広告に関するオンライン上のプライバシー保護の各国（アメリカ合衆国、カナダ、欧州連合、イギリス）の取組みについては、日本弁護士連合会『デジタル社会のプライバシー—共通番号制・ライフログ・電子マネー』（航思社、2012）78-88頁、生貝直人「オンライン・プライバシーと自主規制—欧米における行動ターゲティング広告への対応」情報通信学会誌96号（2011）105-113頁参照。

(11) SOLOVE, *supra* note 8, at 119. See also LAWRENCE LESSIG, CODE VERSION 2.0, at 202 (2006). 同書の邦語訳として、山形浩生訳『CODE VERSION 2.0』（翔泳社、2007）がある。

の場面・脈絡を超えて自身についての情報が結合されるとは考えてもいないであろう。

(2) この「自己の生活行程に関する情報が他者との関係では分節化されているはずであるという期待」は、自由で開かれた民主社会が望ましいという日本国憲法の価値の選好の下、憲法上保護されるべきである。といのも、「人は誰でも完全ではない。人を愛したり、憎んだり、信じたり、迷ったり、等々様々な思いをもつ。しかし、人の人たるゆえんは、そうした様々な思い——善きものも、悪しきものも——の葛藤の中で、悪しきものを克服しながら、善きものに向けて努力し、彼(彼女)ならではの統一性をもった自律的存在として生を全うしようとするところにある。それなのに、日々のそういう努力の過程が他者によってのぞきみられ、あるいはその過程の断片が全体的脈絡抜きに探られ、流布せしめられるとき、自律的存在が危機にさらされる」⁽¹²⁾のである。

自律した「個性ある人々の存在は、多元的な民主々義社会に必要不可欠」⁽¹³⁾であり、「『個人の自律』は、個人のみが当人の全生活行程に関する自己情報、およびそのなかで多様な社会関係ごとに形成される自己イメージの総体を把握することを要請する」⁽¹⁴⁾から、「全生活行程に関する情報を当人のみが把握できる状態」が憲法上保障されていると考えなければならぬ。このような「状態」の保障が、「個人の自律の具体的な展開を、社会関係から遮断された自閉的な空間の中で可能に」⁽¹⁵⁾するのであり、また、「社会から隔絶された個人の領域」が脅かされることによって個々人

(12) 佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣, 2008) 486頁。

(13) 佐伯仁志「プライバシーと名誉の保護(3)」法学協会雑誌101巻9号(1984)101頁。

(14) 棟居快行「情報化社会と個人情報保護」ジュリスト1215号(2002)37-38頁。

(15) 棟居・前掲注⁽¹⁴⁾35頁。

が「個性を失いがち」になる⁽¹⁶⁾のを防ぐのである。

(3) このような「全生活行程に関する情報を当人のみが把握できる状態」は、以下のとおり、「個人生活の安全」の一内容として、まさに憲法35条により保障されている。

第3章のとおり、多様な価値観を認める自由で開かれた民主社会の実現には個人が自律していなければならない。そのために、憲法35条や合衆国憲法修正4条は、特に警察活動との関係において、個人の自律に必須の「個人生活の安全」、すなわち、「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についての危険のない状態」を保障している。

このような個人々の生活の安全保障に警察活動としての情報の取扱い

(16) 佐伯・前掲注(13)。佐伯教授は、プライバシー権を「社会の評価から自由な領域を認めるということ」（佐伯・前掲注(13)130頁）であるといい、阪本教授によると、プライバシーの利益が「評価の対象となることのない生活状況または人間関係」に及ぶという（阪本昌成『プライバシー権論』〔日本評論社、1986〕8頁）。また、棟居教授は、対マスメディアとの関係では自己情報コントロール権説を修正し、「人間が自由に形成しようとするところの社会関係の多様性に応じて、多様なイメージを使い分ける自由」（棟居快行『人権論の新構成』〔信山社、1992〕185頁）と定義付ける。このようなプライバシー概念の提唱は、私事秘匿権や自己情報コントロール権としてのプライバシー権の難点に対応する試みであり、プライバシーやその権利性を理論的に探究する上では極めて示唆的である。ただ、警察活動から保護されるべき一定の状態が何かを探求する場合、社会あるいは他人からの評価やイメージというのは決定的な要素とはならないと思われる。第3章で述べたように、他者からどのように評価されるのかということ以前に、少なくとも警察活動との関係では、自由に意思形成できる領域の安全を保障することが必要であろう。「自己の私生活や個人情報が他人に知られないことを期待し、そのような期待の下に、無警戒で…自己をさらけ出した生活が営めるというのが、まさに、プライバシー権ないし私生活の自由の保障が意味するところにほかならない」（井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』〔有斐閣、1997〕58頁）と思われるのである。

が抵触する可能性があることは、憲法35条も合衆国憲法修正4条も「書類の」捜索押収から安全を保障される権利を保障していることから明らかである。第3章ⅢB4.において述べたとおり、憲法35条1項、合衆国憲法修正4条に挙げられている「住居、書類及び所持品」という有形の存在自体に価値が見出されているのではない。立法者たちは、「私的情報の安全を懸念していたから、市民の『書類』を含ませた」のであって、「『単なる羊皮紙』としての書類ではなく、『市民がその私的情報——言葉、図形、画像——を記録することを選択した』書類の安全が保障されることは、Entick事件におけるCamden卿から現代の裁判所、研究者に至るまでほとんど異論はない」⁽¹⁷⁾のである。「個人の私生活や思想その他の個人情報に対する無制約の侵害の危険を封じ込めることこそ、〔修正4条の〕本来の目的とするものであった」⁽¹⁸⁾と思われるのであり、「『情報』そのもの、文字情報の詰め物」⁽¹⁹⁾である「書類」が特記されているのは、警察活動の一環として行われる個人情報の処理プロセスが、一定の場合には「個人生活の安全」を脅かす危険性があることを示しているのである。

そうすると、多様な価値観を持った個性ある個々人が、自由で開かれた社会の構成要素として不可欠であり、個々人の全生活行程を把握するのは当人のみであるという状態が個人の自律に不可欠である以上、「当人のみとその全生活行程に関する情報を把握できる状態」が、憲法35条や修正4条によって個々人に保障されるべき「安全」の一内容というべきである。Bにおいて検討する合衆国の(裁)判例が、修正4条により「詳細な生活像 (an intimate picture of subject's life)」や「詳細な人物像 (a highly

(17) Andrew Riggs Dunlap, *Note, Fixing the Fourth Amendment with Trade Secret Law: A Response to Kyllo v. United States*, 90 GEO. L.J. 2175, 2191 (2002).

(18) 井上・前掲注(16) 7頁。

(19) 奥平康弘『憲法Ⅲ』(有斐閣, 1993) 295頁。

detailed profile)」を保護しているのも、このような内容の「法益」の侵害を問題視したものといえるであろう⁽²⁰⁾。

(4) このような意味の「安全」に高度化する情報収集活動が抵触するかどうかを考える上で法的に問題となるのは、情報社会においては、個人の自律的存在に直接かかわる情報に限らず、断片的で単純な、それ自体は特定の個人について多くを明らかにしない情報が「集合効果」により重要な意味を持つことがあり得る、ということである。すなわち、生活行程の一片断、例えば、「個人がネット上でさらけ出す断片的な情報のひとつひとつ（どのサイトのどの項目をクリックするか、どのリンクへ飛ぶかなど）が、思考過程そのものであり、思想や世界観の一端を示している」⁽²¹⁾のであり、「それだけを見れば秘匿性の程度が高くない単純な個人情報であっても、そうした情報が蓄積され、結合され、利用されることにより、新たな重要性を獲得する」⁽²²⁾のである。個人に関する情報については、「現在の情報処理技術下では、『些細なデータ』というものは、もはや存在しない」⁽²³⁾といっても過言ではないであろう。プライバシー権を自己情報コントロール権と捉える見解が、古くから「“データバンク社会”の問題」として、個人の自律に直接的に関係する「個人の心身の基本に関する情報（いわゆる

(20) 後掲注(76)参照。

「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」（最大判平成29・3・15刑集71巻3号13頁〔16頁、傍点筆者〕）という最高裁判所の憲法解釈にも、本文で述べた考え方に通じる発想を読み取ることができる。

(21) 棟居・前掲注(14) 37頁。

(22) 小山剛『「憲法上の権利」の作法〔新版〕』（尚学社、2011）14-15頁。

(23) 小山・前掲注(22) 14頁。

センシティブ情報)、すなわち、思想・信条・精神・身体に関する基本情報、重大な社会的差別の原因となる情報」(「プライバシー固有情報」)に限らず、「道徳的自律性に直接かかわらない外的事項に関する個別の情報」(「プライバシー外延情報」)であっても、「個人の知らないままに集積され、オンラインで結ばれたりして様々な利用対象とされるとき」⁽²⁴⁾には、「個人の生活様式を裸にし、道徳的自律の存在としての個人を脅かす契機をはらんでいる」⁽²⁵⁾と指摘してきたのは正鵠を射ている。これは、「人間社会の福祉に寄与するはずの科学技術の発展が、人間的価値を破壊する危険も同時に内包」するという「現代文明社会一般の問題」⁽²⁶⁾の一つであり、犯罪捜査との関係では、テクノロジーに「裏打ちされた高度の捜査技法が、驚くべき精密さで犯人および証拠を追及する手段を提供したが、反面において、それは対象者のプライバシーを侵害し、人間としての尊厳までも傷つけるおそれをもたらした」⁽²⁷⁾という問題の一つである。

このように「単純個人情報」もその処理過程において「当人のみが全生活行程に関する情報を把握できる状態」という憲法35条によって保障されている「安全」(利益)が脅かされる危険性があるのであれば、同条による法的規律が発動されるべきであると考えられることも何ら不当ではないであろう。

しかし、この主張は、情報収集活動の「侵害性」の判断に当たって、その情報収集活動により取得される情報の「全容」を判定する上で、ある種の「属性」の情報のうち一定の「詳細さ」を備えたものについて、取得さ

⁽²⁴⁾ 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011)184頁、佐藤・前掲注(12)490頁。

⁽²⁵⁾ 樋口陽一ほか編『注解法律学全集1 憲法I』(青林書院、1994)285頁〔佐藤幸治〕。

⁽²⁶⁾ 田口守一「搜索・差押えにおけるプライバシー保護」現代刑事法2巻5号(2003)22頁。

⁽²⁷⁾ 松尾浩也『刑事訴訟法(上)〔新版〕』(弘文堂、1999)129頁。

れ「得る」情報の「総量」を算入することを認めることにより、取得される情報の「属性」が「集合効果」によって「変容」することを問題視しているのであるが、個別の情報取得時には特定の個人に対する具体的害悪、すなわち、生活実態・人物像の他者による把握が発生しているとは言い難い。確かに、情報取得後の情報処理プロセスにおいて、特定の個人に対する具体的害悪の発生時点を正確に捕捉することは極めて困難ないし不可能であるものの⁽²⁸⁾、特定の個人への「具体的害悪が発生しない段階で、なぜ憲法上の権利に対する制限となるのかは、自明ではない」⁽²⁹⁾のである。

アメリカ合衆国においては、「一見すると無害の情報も、一つに集められると、損害を生じさせる全体像を明らかにし得るという考え方」（連邦規則32巻701条31項〔32 C.F.R. § 701.31〕）に基づいて一定の情報の収集・開示に法的手当てが施されており、そのような理論を刑事手続に応用する見解が現れている。個人情報「集合効果」を考えると、犯罪捜査のための情報収集活動を適切に規律するには、「集合効果」を正面から捉えてそれを情報収集活動の「侵害性」の測定に算入する理論が不可欠であると思われる。そこで、以下では、「モザイク理論 (mosaic theory)」と呼ばれるこの考え方の意義と沿革や、刑事手続における情報処理過程への応用可能性と問題点を整理・検討することとする。

B モザイク理論

1. モザイク理論の意義と沿革

(1) モザイク理論について詳述した最初のアメリカ合衆国の裁判例は、CIA の元職員による暴露本の出版禁止を認めた1972年の Marchetti 判

(28) B 4. b 参照。

(29) 小山剛「単純個人情報の憲法上の保護」論究ジュリスト1号(2012)123頁。

決⁽³⁰⁾である。第4巡回区連邦控訴裁判所は、その判決理由において、「一つの情報の重要性は、往々にして他の多くの情報に左右される。情報を持たない者にとっては些細なものに見えても、その領域についての広い見識を有し、問題となっている情報を適切な文脈に位置づけられる者にとっては、大きな意味がある」と認めたのである。その上で、同裁判所は、「裁判所は、外国情報の収集に関して、機密分類を十分に審査するのに不向きである」⁽³¹⁾と述べて、政府側勝訴の判決を言い渡した。

その後、モザイク理論は、Marchetti 判決を引用して、ベトナム戦争の支持者による、同人の国際通信が傍受されたことを示す証拠の開示請求を棄却した Halkin 判決⁽³²⁾や、FOIA⁽³³⁾に基づく CIA 文書の情報公開請求を棄却した Halperin 判決⁽³⁴⁾という、国家の安全保障が問題となる事案において適用された。

1985年には、合衆国最高裁が Sims 判決⁽³⁵⁾において、Marchetti 判決、Halkin 判決及び Halperin 判決を引用し、CIA の実施した調査研究プロジェクトに携わった組織名や個人名について、「表面上は無害の情報」であっても、モザイクが生成されることによって CIA の「情報源の特定につながり得る」⁽³⁶⁾という理由により、FOIA に基づく情報公開請求を認め

(30) United States v. Marchetti, 466 F.2d 1309 (4th Cir. 1972).

(31) *Id.* at 1318.

(32) Halkin v. Helms, 598 F.2d 1, 8-9 (D.C. Cir. 1978).

(33) Freedom of Information Act (5 U.S.C. § 552). 1966年に制定されたアメリカ合衆国の情報公開法。FOIA 上、国家の安全保障に関わる情報は開示対象から除外されている (5 U.S.C. § 552(b)(1))。

(34) Halperin v. CIA, 629 F.2d 144, 150 (D.C. Cir. 1980).

(35) CIA v. Sims, 471 U.S. 159 (1985).

(36) *Id.* at 178.

なかった⁽³⁷⁾。

(2) このように、モザイク理論は、情報の一つ一つには大きな意味がないように見えても、「それらの結合が個々の情報の相関関係を明らかにしたり、相乗作用を生じさせたりすることで、結果的に生成される情報のモザイクがその構成要素の総体以上の価値を持つ」⁽³⁸⁾という、情報の蓄積による情報価値の変容（集合効果）を承認した上で、現実的なモザイクの生成の有無を問うことなく、その可能性を法的介入の理由とした、国家の安全保障にかかわる個別情報の取得・開示自体を防ぐ理論として展開されてきた。

実際上は、国家の安全保障の領域において、「敵方が、それぞれは無害の事実から戦略上重大な脆弱性を導く可能性」を理由に、主として FOIA に基づく情報公開請求を認めない方向に作用してきたのであり⁽³⁹⁾、「モザイク理論が最も影響を及ぼしてきたのは FOIA」であって⁽⁴⁰⁾、Sims 判決以降、CIA は事実上、FOIA に基づく情報公開を免れてきたともいわれる⁽⁴¹⁾。この種の事案では、「すべての情報機関は、整然としたモザイクの生成のために、一見すると全く異なる情報を集めている」⁽⁴²⁾ことから、公文書の機密分類は、「機密扱われていない情報の集まりにも、全体を考慮したと

(37) 安全保障にかかわる事案においてモザイク理論が適用された Sims 判決以降の裁判例については、Benjamin M. Ostrander, *The “mosaic theory” and Fourth Amendment Law*, 86 NOTRE DAME L. REV. 1733, 1735 n.13 (2011) 参照。

(38) David E. Pozen, *The Mosaic Theory, National Security, and the Freedom of Information Act*, 115 YALE L.J. 628, 630 (2005).

(39) *Id.*

(40) *Id.* at 632.

(41) Martin E. Halstuk, *Holding the Spymasters Accountable After 9/11: A Proposed Model for CIA Disclosure Requirements Under the Freedom of Information Act*, 27 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 79, 112-17 (2004).

(42) *Berman v. CIA*, 378 F. Supp. 2d 1209, 1215 (E.D. Cal. 2005).

きに情報の保護を認める追加的な要素があるかどうか⁽⁴³⁾の判断が求められるのであり、「ある文書の公開による安全保障上のリスクを判断するに当たっては、その文書により構成され得るモザイクを考えなければならない」のであって、「当該文書ではなく、モザイクこそが、リスク評価の適切な単位である⁽⁴⁴⁾」と考えられてきたのである。

このようなモザイク理論の展開に対しては、専ら政府側が「公文書を機密性の高いものと位置付け、FOIA や証拠開示請求に基づく文書の開示を回避することを正当化するため」にモザイク理論に依拠してきた⁽⁴⁵⁾反面、裁判所が国家安全保障上の行政府の判断を過度に尊重してきてしまったという評価も示されている⁽⁴⁶⁾。

2. 個人情報についての「集合効果」の承認

その後、合衆国最高裁は、1989年の Reporters Committee 判決⁽⁴⁷⁾において、モザイク理論の前提となる情報の「集合効果」を個人のプライバシーにかかわる事案においても認めた。

この事件では、被上訴人が FOIA に基づき、司法省に Charles Medico 氏らの犯歴情報の開示を求めたが、同省はそのほとんどについて、情報が存在するかどうか自体についての回答を拒否した。そこで、個人のプライバシーの侵害に当たる場合には FOIA は適用されないため⁽⁴⁸⁾、「犯歴情報を公開されない利益」がこの適用除外条項により保護される「プライバ

(43) Frost v. Perry, 161 F.R.D. 434, 436 (D. Nev. 1995).

(44) Pozen, *supra* note 38, at 633.

(45) *Id.* at 630.

(46) *Id.* at 634.

(47) U.S. Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press, 489 U.S. 749 (1989).

(48) 5 U.S.C. § 552(b)(7)(C).

シー」に該当するかどうかの問題となった⁽⁴⁹⁾。

合衆国最高裁は、犯歴情報に記載されているすべての事項は既に公開されているからプライバシーの利益は認められないという Reporters Committee 側の主張に対して、「犯歴情報に掲載されている個々の情報のまばらな開示と、犯歴情報全体の開示の違い」を認め、問題を「他では入手できないような蓄積された情報が、プライバシーの利益を変化させるかどうか」であると捉えた⁽⁵⁰⁾。その上で、「国中の裁判所にある訴訟記録や公文書館、警察署を一つ一つ調べるのと、コンピュータ化された一つの情報の集まりとでは、大きな違いがあることは明らか」であり⁽⁵¹⁾、対象者が80歳になるまで保管される犯歴情報について、「コンピュータは、それがなければその人が80歳になるかなり前の段階で確実に忘れられていたであろう情報を収集・蓄積できる」のであるから「プライバシーの利益は重大である」⁽⁵²⁾と判示して、Medico 氏の犯歴情報について情報公開の適用除外を認めたのである。

この判断は、情報が電磁的記録として一つに集約されることにより、既に公開されている分散した紙媒体上の公的記録への事実上のアクセス不可能性 (practical obscurity) が解消されること⁽⁵³⁾だけでなく、電磁的記録として集約された個人情報の「個別の構成要素」と「全体」とに大きな異質を認めた上で⁽⁵⁴⁾、収集・蓄積された情報の「全体」についてプライバシーの利益を認めたものといってよいであろう。

(49) *Reporters Committee*, 489 U.S. at 762.

(50) *Id.* at 764.

(51) *Id.* at 763–64.

(52) *Id.* at 771.

(53) Taipale, *supra* note 7, at 59.

(54) SOLOVE, *supra* note 8, at 120.

3. モザイク理論の適用範囲の拡大⁽⁵⁵⁾

近年、州の最上級審や連邦の控訴審は、刑事事件において、公共空間における特定人の位置情報の取得⁽⁵⁶⁾にモザイク理論を援用することにより、現実的なモザイク——「人物像」・「生活像」——の生成の有無やその時点の認定を行わずに「プライバシーの合理的期待」の侵害を認め、継続的な位置情報の収集全体が合衆国憲法修正4条や州憲法の「search」に該当すると判断している。

a Jackson 判決

その先駆となったのが2003年のワシントン州最高裁の Jackson 判決⁽⁵⁷⁾である。Jackson 事件で警察は、娘の失踪に関与していると疑われた Jackson の使用する自動車2台に装着したGPS端末による20日間の追跡により、Jackson が娘の遺体を遺棄した場所を突き止めた。このGPS捜査がワシントン州憲法第7章1条の「search」に該当し、それにより獲得された証拠が排除されるかどうかの問題となった。

ワシントン州最高裁は、「個人の生活についての大量の情報が獲得されるため、GPS端末により可能となる私事への介入は、極めて大規模であ

⁽⁵⁵⁾ 本節ではモザイク理論に係る判示部分を考察対象としている。以下の(裁)判例については、第5章II Aも参照。

⁽⁵⁶⁾ 州の最高裁は、これ以前にモザイク理論を個人のプライバシーが問題となる事案に適用していた。コロラド州最高裁は、捜査機関によるペンレジスターの使用が問題とされた刑事事件である1983年の *Sporleder* 判決 (*People v. Sporleder*, 666 P.2d 135 (Colo. 1983)) において、「ペンレジスターは通話時間とともに被告人が架電した電話番号を記録する。これらの事実がわかると、会話内容自体も推測できるのである。さらには、政府がペンレジスターの記録を手に入れると、単純な情報を個人の生活の実質的なモザイクに変換できるようになり、より大きなプライバシー侵害の可能性が生じる」(*Sporleder*, 666 P.2d at 141-42) と判示していた。

⁽⁵⁷⁾ *State v. Jackson*, 76 P.3d 217 (Wash. 2003).

る。例えば、病院、銀行、カジノ、日焼けサロン、宗教施設、政治的会合、バー、食料品店、ジム、子どもを送り迎えする学校や遊び場、高級レストラン、ファーストフード店、ストリップクラブ、劇場、野球場、受胎調節のクリニック、労働者の集会等、現代において、自動車は、人の嗜好・人間関係・疾患や欠点を明らかにできる非常に多くの場所を訪れるのに使用される。GPS 端末は、このような場所への移動を全て記録することにより、その人の極めて詳細な人物像 (a highly detailed portrait of an individual) を明らかにするのである」⁽⁵⁸⁾と認め、「詳細な人物像」の露見時点を特定することなく、その露見につながる「大量の個人情報の取得を可能にする」GPS 端末を使用した被告人車両の追跡全体が州憲法第 7 章 1 条の「search」に該当すると判断した。

b Weaver 判決

その後、ニューヨーク州の最上級審である上訴裁判所は、2009年の Weaver 判決⁽⁵⁹⁾において、GPS 捜査により「公共空間や私的空間における人の移動経過のすべてが記録される」と、「精神科医や形成外科医、人工妊娠中絶、エイズの診療、ストリップクラブ、刑事弁護人の事務所、ラブホテル、組合の会合、イスラム教やユダヤ教、キリスト教の集会、ゲイバー等への外出が明らかになる」が、これは、「単にどこへ行ったか」だけでなく、「容易に推測」できる「政治的・宗教的つながりや友人関係、恋人関係」といった「極めて詳細な人物像 (a highly detailed profile)」⁽⁶⁰⁾であると認め、特定の個人についての情報の集合効果を承認した。その上

⁽⁵⁸⁾ *Id.* at 223-24.

⁽⁵⁹⁾ *People v. Weaver*, 909 N.E.2d 1195 (N.Y. 2009). 邦語の評釈として、洲見光男「New York v. Weaver, 12 N.Y.3d 433 (2009) — GPS 追跡装置使用の合憲性」アメリカ法 [2012-1] 206頁がある。

⁽⁶⁰⁾ *Id.* at 1199-1200.

で、そのような「人物像」を推測可能にする「長期間のGPS端末の使用に伴うプライバシーの大きな侵害」を認め⁽⁶¹⁾、65日間の追跡をニューヨーク憲法第1編12条の「search」に該当すると判断した。

c Maynard 判決

2010年には、捜査機関が被告人の使用する自動車にGPS端末を取り付けて28日間追跡したGPS捜査が合衆国憲法修正4条の「search」に該当するかどうかの問題となったMaynard事件⁽⁶²⁾において、コロンビア特別区を管轄する連邦控訴裁判所は、1か月にわたる行動の追跡全体が「そこに含まれる個々の行動よりもはるかに多くを明らかにする」⁽⁶³⁾として特定人の情報の集合効果を認め、モザイク理論により、被告人のプライバシーに対する期待を合理的であると判断した。

同裁判所によると、「これは程度の違いではなく性質の違い」であり、「長期の監視は短期の監視では明らかにできないような性質の情報が明らかになる」。例えば、「産婦人科医院を一度訪ねたという事実はその人についてほとんど何も明らかにしないが、その数週間後に子ども用品店を訪れたとなると、違ったことが分かる」ように、「ある人の一連の行動は、さらに多くのことを明らかにできる。他人のすべての行程を把握する者は、その他人が毎週熱心に教会に通っているかどうか、大酒飲みかどうか、定期的にジムに通っているかどうか、不誠実な夫かどうか、疾患があるかどうか、特定の個人や政治団体とつながりがあるかどうか、そのすべてを推測できる」のである⁽⁶⁴⁾。このように「長期のGPS監視は、対象者がその配

(61) *Id.* at 1201.

(62) *United States v. Maynard*, 615 F.3d 544 (D.C. Cir. 2010), *aff'd sub nom. United States v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012).

(63) *Id.* at 558.

(64) *Id.* at 561-62.

偶者にも明かしていないような同人の詳細な生活像 (an intimate picture of subject's life) を明らかにする」⁽⁶⁵⁾ことから、同裁判所は、そのような生活像を明らかにできる28日間の監視の「全体」が被告人の「プライバシーの合理的期待」を侵害するものであり、「search」に該当すると判断した。

このような判断に当たって、Maynard 判決は、「全体 (a whole)」と「それを構成する部分の総体 (the sum of its parts)」の違いを認めた合衆国最高裁の先例として Reporters Committee 判決を挙げ⁽⁶⁶⁾、さらに、合衆国最高裁が「モザイク理論」により「推定的」な判断を行った先例として Sims 判決を挙げている⁽⁶⁷⁾。

d Jones 判決

Maynard 事件は合衆国最高裁が上告を受理し、2012年1月23日に言い渡された Jones 判決⁽⁶⁸⁾の法廷意見は、第2章I Dのとおり、GPS 端末の装着とその後の監視を trespass 基準により「search」に該当すると判断した⁽⁶⁹⁾。モザイク理論との関係で注目すべきは、合わせて5人の最高裁判事の賛同を得た以下の2つの個別意見が、trespass 基準ではなく、モザイク理論により Jones のプライバシーの合理的期待の侵害を認めており、

⁽⁶⁵⁾ *Id.* at 563.

⁽⁶⁶⁾ *Id.* at 561.

⁽⁶⁷⁾ *Id.* at 562.

⁽⁶⁸⁾ *United States v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012). 控訴審では被告人のうち Jones だけが GPS 端末の使用を争い、有罪立証の決め手であった GPS 捜査による証拠が排除されて有罪判決が破棄されたため、検察側が合衆国最高裁に上告受理を申し立てた。Jones 判決の詳細については、三井誠＝池亀尚之「犯罪捜査における GPS 技術の利用—最近の合衆国刑事裁判例の動向—」*刑事法ジャーナル* 42号 (2014) 55頁以下参照。本稿では、第5章IIにおいても取り上げる。

⁽⁶⁹⁾ *Id.* at 402.

「最高裁の多数派が、連邦控訴裁のモザイク理論のある種の形態を採用し
そうである」⁽⁷⁰⁾とみられることである。

Alito 判事は、Ginsburg 判事・Breyer 判事・Kagan 判事の賛同を得た
結論同意意見において、「公道上における人の行動の比較的短期の監視」
は「search」に該当しない一方、「ほとんどの犯罪類型の捜査における長
期の GPS 監視」は「search」に該当するという考え方を示した。「個人の
自動車の一つ一つの動静のすべてを長期間内密に監視し、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る」
という理由による。ただ、「他の事案ではより困難な問題が生じるに違ひ
ない」が、本件では「4 週間という点で、確実に限界を超えている」か
ら、「本件の車両追跡がいつ search に至ったのか、正確な時点をつきつめ
る必要はない」と述べ、モザイクの生成時点の特定及びモザイク理論を適
用する場合の判断基準の設定を回避している⁽⁷¹⁾。

Sotomayor 判事は、trespass 基準による法廷意見にも Alito 判事の意見
にも賛同しつつ、別途起案した補足意見において、本件とは別の「短期の
監視が問題となる事案」について、GPS 捜査が「家族的・政治的・職業
的・宗教的・性的結び付きを極めて詳細に示す、公共空間における人の動
きの精密かつ広範な記録を生み出す」という「特質を考慮」して、「公共
空間における人の動きの総体 (the sum of one's public movements) につい
て、プライバシーの合理的社会的期待が認められるかどうかを判断する」
方針であることまで明らかにした。ただし、本件では Jones の使用する
自動車への GPS 端末の装着という「物理的侵害が判断の基礎をもたらす」

⁽⁷⁰⁾ Kerr, *supra* note 3, at 326; Christopher Slobogin, *Making the Most of Jones v. United States in a Surveillance Society: A Statutory Implementation of Mosaic Theory*, 3 (Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 12-22, 2012).

⁽⁷¹⁾ *Jones*, 565 U.S. at 429-30 (Alito, J., concurring).

から、これらの「困難な問題を解決する必要はない」と述べて、法廷意見に加わった⁽⁷²⁾。

これら2つの補足意見は、モザイク理論という呼称自体は使用していない。しかし、短期のGPS監視は「search」に該当しないと評価する一方で、長期のGPS監視による個々の移動の「すべて」を判断の基礎にして、それが「search」に該当するという Alito 意見は、「モザイク理論」という用語を使って説明を行った Maynard 判決⁽⁷³⁾の「根本的な理論に明らかに共鳴している」⁽⁷⁴⁾。また、公共空間における行動の「総体」について、それが記録されることだけでなく「蓄積されること」をも考慮すべきであるという Sotomayor 意見も、「モザイク理論に明らかに共鳴している」⁽⁷⁵⁾と評価してよいであろう⁽⁷⁶⁾。

⁽⁷²⁾ *Id.* at 415-17 (Sotomayor, J., concurring).

Harvard Law Review は2011-12 Term の合衆国最高裁判例の評釈号において、Sotomayor 判事の補足意見が、最小限の確定的な判断を示しつつも将来の事案に一定の指針を示している点で「最善」であると評価している。See *The Supreme Court, 2011 Term — Leading Cases, Fourth Amendment — Search and GPS Surveillance: United States v. Jones*, 126 HARV. L. REV. 226, 231-36 (2012).

⁽⁷³⁾ *United States v. Maynard*, 615 F.3d 544, 562 (D.C. Cir. 2010).

⁽⁷⁴⁾ Kerr, *supra* note 3, at 313; Slobogin, *supra* note 70, at 6.

⁽⁷⁵⁾ Kerr, *supra* note 3, at 328.

⁽⁷⁶⁾ Jones 判決の2つの補足意見も Maynard 判決や Weaver 判決、Jackson 判決も、そもそも、例えば「詳細な生活像 (an intimate picture of subject's life)」が修正4条等により保護される利益かどうか（「プライバシーの合理的期待」の「プライバシー」に含まれるかどうか）についてはほとんど考察を加えていない。これは、修正4条の解釈論にモザイク理論を持ち込むことに反対する Kerr 教授も認めるとおり（4.b）参照）、特定人についての「多くの情報を結びつけること」が同人の「詳細な生活実態を明らかにするのが確実」（Kerr, *supra* note 3, at 328）であり、その利益性自体については大きな異論が見られないことに起因しているように思われる。

e Carpenter 判決

「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⁽⁷⁷⁾への政府によるアクセスが、修正4条の search に該当するか⁽⁷⁸⁾が争点とされた2018年の Carpenter 判決では、合衆国最高裁は、Jones 判決の2つの補足意見に依拠して、「政府が通信事業者の保有する基地局情報にアクセスしたことにより、その動静の全体 (the whole of his physical movements) について、Carpenter のプライバシーの合理的期待が侵害された」と認めた⁽⁷⁹⁾。

この結論を導くに当たって、合衆国最高裁は、以下のとおり、Jones 判決の2つの補足意見に依拠した。

「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、『個人の自動車の一つ一つの動静のすべてを長期間

(77) 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。

(78) Carpenter v. United States, 138 S. Ct. 2206, 2211 (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] 156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四条」酒巻匡ほか編『井上正仁先生古稀祝賀論文集』(有斐閣, 2019) 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。

(79) *Id.* at 2219.

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る』⁽⁸⁰⁾。

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。基地局情報は通信事業者が営利目的で作成するが、そうであるからといって、物理的な所在（physical location）についてのプライバシーの期待が否定されることはない。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。タイムスタンプデータ（the timestamped data）⁽⁸¹⁾は、GPS位置情報と同様に、その人の動静だけでなく、『家族的・政治的・職業的・宗教的・性的結び付き』を明らかにする⁽⁸²⁾。この種の位置情報は、多くの人にとって『生活のプライバシー』である⁽⁸³⁾。⁽⁸⁴⁾

この判断に当たって、合衆国最高裁は、Knotts判決⁽⁸⁵⁾を変更したわけではない。したがって、依然として、「公道道を自動車移動する者に、ある場所から別の場所への移動について、プライバシーの合理的期待は認められない」⁽⁸⁶⁾。他方、Carpenter判決によると、「政府が通信事業者の保有する基地局情報にアクセスしたことにより、その動静の全体について、Carpenterのプライバシーの合理的期待が侵害され」⁽⁸⁷⁾、あるいは、「政府

⁽⁸⁰⁾ United States v. Jones, 565 U.S. 400, 429–430 (Alito, J., concurring) (2012).

⁽⁸¹⁾ ここでは、携帯電話端末と通信した基地局、日付、時刻等を示す文字列を指す。

⁽⁸²⁾ Jones, 565 U.S. at 415 (Sotomayor, J., concurring).

⁽⁸³⁾ Riley v. California, 134 S. Ct. 2473, 2495 (2014) (quoting Boyd v. United States, 116 U. S. 616, 630). 邦語の紹介として、池亀尚之 [2015-1] アメリカ法144頁、成瀬剛「アメリカの刑事司法・法学教育の一断面—最近の連邦最高裁判例を素材として」法学教室411号（2014）170頁等がある。

⁽⁸⁴⁾ Carpenter, 138 S. Ct., at 2217–18.

⁽⁸⁵⁾ United States v. Knotts, 460 U.S. 276 (1983). 第2章 I C 1. a 参照。

⁽⁸⁶⁾ Id. at 281–82.

⁽⁸⁷⁾ Carpenter, 138 S. Ct., at 2219.

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 search に当たる」⁽⁸⁸⁾。このように公道上の一つ一つの動静にはプライバシーの正当な期待を認めない一方、人の動静の「全体」についてはプライバシーの正当な期待を認めるという合衆国最高裁の説明について、「モザイク理論を採用した」⁽⁸⁹⁾という見方が示されている。

4. モザイク理論の提唱

このように、Jones 判決において、9名の最高裁判事のうち「5名の判事が、2つの個別意見においてモザイク理論的アプローチを反映した意見を執筆したり賛同したりした」⁽⁹⁰⁾ことの影響は非常に大きい⁽⁹¹⁾。

ただ、3.で取り上げたいずれの裁判例も Jones 判決の2つの補足意見

⁽⁸⁸⁾ *Id.* at 2217 n.3.

⁽⁸⁹⁾ 柳川重規「位置情報の取得」刑事法ジャーナル59号(2019)43頁。See also Orin S. Kerr, *Initial Reactions to Carpenter v. United States (July 6, 2018)*, USC LAW LEGAL STUDIES PAPER No. 18-14 (2018).

⁽⁹⁰⁾ Kerr, *supra* note 3, at 328.

⁽⁹¹⁾ 研究者の間でも「Jones 判決後の修正4条の解釈論の提案」が募集され、気鋭の研究者たちによる6つの提案が「Finalist for Best Proposal」に選ばれた。2012年6月8日には、ワシントンDCにおいて各提案のプレゼンテーションと討論及び参加者の投票による「Top proposal」の選定が行われた。「Finalist for Best Proposal」は、Marc Blitz教授の「United States v. Jones — and the Forms of Surveillance That May Be Left Unregulated in a Free Society」、Susan Freiwald教授の「The Four Factor Test」、Jim Harper教授の「Ending the Third-Party Doctrine Through *Kyllo*, Jones, Property Rights, and Contract」、Orin Kerr教授の「The Case Against the Mosaic Theory」、Christopher Slobogin教授の「Regulation of Search Techniques」、Peter Swire教授とErin Murphy教授の「How to Address ‘Standardless Discretion’ After Jones」で、Freiwald教授の「The Four Factor Test」が「Top proposal」に選定された。See USvJones.com, <http://usvjones.com> (last visited Sep. 1st, 2020).

も、モザイク理論の本質についての的確な理解に基づいた、同理論や情報の「集合効果」が合衆国憲法修正4条・各州憲法（や日本国憲法35条）の解釈論とどのように結び付くのかという点についての論証を欠いていることから、理論上・実際上の鋭い批判が加えられているように思われる。その典型的なものは、Jones 事件の弁論期日において Scalia 最高裁判事（当時）が表明した「ゼロを100回かけてもゼロである。1日でプライバシー侵害がないのであれば、100日でもない」⁽⁹²⁾という情報の集合効果自体への懐疑であり、また、法廷意見の Alito 意見に対する、『公道における人の行動の比較的短期の監視は許される』が『ほとんどの犯罪捜査における長期のGPS監視は許されない』…ということの説明がない⁽⁹³⁾という、基準の不明確さへの批判である。

モザイク理論は、「これまでの修正4条の解釈論の在り方から大きく離れる」⁽⁹⁴⁾側面があることは確かである。しかし、個人情報集合効果を考えると、それを正面から捉えて情報収集活動の「侵害性」の測定に算入するモザイク理論が犯罪捜査のための情報収集活動を適切に規律する上で不可欠であると思われる。そこで、以下では、モザイク理論への批判を踏まえてその理論の本質を論証することで、情報収集活動の統制原理としてモザイク理論の導入を提唱する。

a 刑事手続へのモザイク理論の導入上の検討課題

(a) モザイク理論の適用領域

1. 了みたとおり、モザイク理論は当初、FOIA等に基づく国家の安

⁽⁹²⁾ Transcript of Oral Argument at 40-41, *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945 (2012) (No. 10-1259), available at http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/10-1259.pdf.

⁽⁹³⁾ *United States v. Jones*, 565 U.S. 400, 412 (2012).

⁽⁹⁴⁾ Kerr, *supra* note 3, at 314.

全保障に関わる情報の公開が問題となる事案に適用されていた。その後、2のとおり、合衆国最高裁は、個人的法益が問題となった Reporters Committee 判決において、情報の集積性を考慮した判断を示した。しかし、その後の裁判例には、例えば1994年制定のニュージャージー州の性犯罪者情報公開法 (Megan's Law)⁽⁹⁵⁾の合憲性判断に当たって、Reporters Committee 判決は「犯歴情報が FOIA の適用除外条項という制定法により保護された『プライバシーの利益』に含まれるかどうかを判断した」先例であり⁽⁹⁶⁾、「プライバシーの利益が合衆国憲法により保護されるかどうかという問題には不適切である」⁽⁹⁷⁾と判示して、情報の集合効果を認めた Reporters Committee 判決の先例性を、FOIA の文脈に限定するものがある。

確かに、これらの裁判例が挙げているように、Reporters Committee 判決は、「FOIA という制定法上のプライバシーの意義は何かという問題と、憲法により個人のプライバシーの利益が保護されるかどうかという問題は同じではない」⁽⁹⁸⁾と説示しており、情報の集合効果の理論が「国家の安全保障に関する情報の公開の当否」や「FOIA に基づく情報公開の当否」という文脈以外の、個人情報収集や蓄積が問題となる場面にも適用されるかどうかについては、別途検討の余地があるようにも思われる。

しかしながら、情報の集合効果が生じるのは特定事項に関する情報に限られないのであって、むしろ集合効果の理論が「必然的に FOIA だけ

⁽⁹⁵⁾ Megan's Law については、松井茂記「メーガン法について」阪大法学55巻5号(2006)1339-1470頁、平山真理「アメリカ合衆国のメーガン法の成立とその実際的帰結」犯罪と非行125号(2000)85-104頁等参照。

⁽⁹⁶⁾ Paul P. v. Verniero, 170 F.3d 396, 405 (3rd Cir. 1999).

⁽⁹⁷⁾ A.A. v. New Jersey, 176 F. Supp.2d 274, 305 (D.N.J. 2001).

⁽⁹⁸⁾ U.S. Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press, 489 U.S. 749, 762 n.13 (1989).

に結びつけられ、他の法領域に適用されないことの理由は明らかではない⁽⁹⁹⁾。そもそも「モザイク理論」の根底にあるのは「情報の相乗効果の理論 (a theory of informational synergy)」⁽¹⁰⁰⁾であり、このような「効果」は情報の蓄積を伴う事案に等しく妥当するはずである以上、モザイク理論が特定の法領域のみに適用されるものとは思われないのである⁽¹⁰¹⁾。(b)において考察するように、「モザイク理論」の根底にある情報の集合効果の理論自体に消極的な姿勢を示す余地はあろうが、それが適切でないとするならば、「モザイク理論」が安全保障の領域のみに限って適用されると考えるべきではないのである⁽¹⁰²⁾。

(99) SOLOVE, *supra* note 8, at 121. もちろん、Solove 教授が述べるとおり、性犯罪者情報公開法が、利益衡量の結果として、集合効果を踏まえて判断される個人のプライバシーの利益等よりも情報公開を優先した立法であると解することは十分に可能であるが、そもそも、Paul P. 判決のような、情報の「全体」にプライバシーの利益自体を認めないような考え方は不当というべきである。Id.

性犯罪者情報公開法に基づく情報の登録及び公開について、モザイク理論を踏まえて検討すべきであると主張する論稿として、Wayne A. Logan, “Mosaic Theory” and Megan’s Laws, 2011 CARDOZO L. REV. DE NOVO 95 (2011) がある。

(100) Pozen, *supra* note 38, at 633.

(101) Maynard 判決が修正 4 条の解釈論において何らの説明を加えることなく、情報の集合効果を認めた先例として FOIA に関する Reporters Committee 判決を引用したこと (United States v. Maynard, 615 F.3d 544, 561 (D.C. Cir. 2010)) や、モザイク理論を取り入れた判断を行うに当たって、安全保障領域に関する Sims 判決を挙げたことは、説明不足という他ない。どのような「説明」が不足していたのかについては、(b)及び次項において明らかにする。

(102) もっとも、(c)及び次項において整理するモザイク理論の「予防的な性格」が、個人情報情報の取扱いが問題となる法領域全般へのモザイク理論の適用を躊躇させていると思われる。その意味で、Reporters Committee 判決は FOIA の適用除外条項により保護される「プライバシーの利益」という枠組みに限って情報の集積性を考慮した、という捉え方も理解できなくはない。この点についての詳細は、(b)及び次項参照。

(b) 集合効果への懐疑

(a)のとおり、刑事手続においてもモザイク理論を適用する余地があること自体に理論上の障害がないとしても、モザイク理論そのものへの懐疑的見方も根強い。典型的には、Jones 事件の口頭弁論期日において、Scalia 判事が弁護人との質疑で示した「ゼロを100回かけてもゼロ」⁽¹⁰³⁾という、モザイク理論の基礎にある、情報の集合効果に対する否定的な考え方である。

このような考え方は、I において述べたような、高度にコンピュータ化・データベース化された情報社会における、一定の詳細さを備えた生活動作の情報の収集・蓄積によって生じる「集合効果」を余りに軽視し過ぎており不適切であると言わざるを得ない。例えば、ある人が「癌についての本を購入したとする。このこと自体は、病気に関心があるということを示すだけであり、特に多くの事柄を明らかにするわけではない。かつらの購入という事実にも、様々な理由が考えられる。しかし、この2つの情報が組み合わせられると、癌を患い、放射線治療を受けているという結論が得られる」⁽¹⁰⁴⁾。このような「単純な推論」⁽¹⁰⁵⁾は、「息をのむような質と量」の情報とテクノロジーが合わさる情報社会において、「極めて詳細な人物像」を描き出すのである⁽¹⁰⁶⁾。偏在する個々の情報と「コンピュータ化

⁽¹⁰³⁾ 前掲注⁽⁹²⁾。See also *United States v. Jones*, 625 F.3d 766, 769 (D.C. Cir. 2010) (Sentelle, C.J., dissenting from the denial of rehearing en banc); Recent Case, *United States v. Maynard*, 615 F.3d 544 (D.C. Cir. 2010), 124 HARV. L. REV. 827, 831-33 (2011); Ostrander, *supra* note 37, at 1746-47; Tarik N. Jallad, *Old Answers to New Questions: GPS Surveillance and the Unwarranted Need for Warrants*, 11 N.C. J.L. & TECH. 351, 368 (2010).

⁽¹⁰⁴⁾ SOLOVE, *supra* note 8, at 27.

⁽¹⁰⁵⁾ *People v. Weaver*, 909 N.E.2d 1195, 1199 (N.Y. 2009).

⁽¹⁰⁶⁾ *Id.*

された一つの情報の集まり」に「大きな違いがある」⁽¹⁰⁷⁾というのは、情報がひとまとまりになっていることでその取得が容易になるというだけではなく、情報の「属性」が、例えば「購入した商品」という情報から「生活実態」へ、というように「変容」するということなのである。Maynard 判決がクルト・コフカの『ゲシュタルト心理学の原理』の一節を引用して適切に表現しているように、「全体はその構成要素の集まりよりも大きい」というよりも、むしろ、「全体はその構成要素の集まりとは何かが違う」⁽¹⁰⁸⁾のである。「多くの情報を結びつけること」が「詳細な生活実態を明らかにするのは確実」⁽¹⁰⁹⁾であるといつてよい。

このようにある人の単純な個人情報の「属性」が「集合効果」によってその人の「生活実態」や「人物像 (an intimate picture of subject's life)」⁽¹¹⁰⁾へと「変容」するのであれば、それはまさに、合衆国憲法修正 4 条や日本国憲法 35 条が保護する「全生活行程に関する情報を当人のみが把握できる状態」の危機であり、これらの規定による法的統制が発動されるべき事態なのである。

(c) 基準設定の困難? ——モザイク理論の本質

修正 4 条や憲法 35 条の適用の有無を判断するに当たってモザイク理論を適用するには、どのような情報がどれだけ蓄積されると「全生活行程に関する情報を当人のみが把握できる状態」が脅かされることになるのか、が明らかにされなければならないように思える。これは、「モザイクが生

⁽¹⁰⁷⁾ U.S. Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press, 489 U.S. 749, 764 (1989).

⁽¹⁰⁸⁾ United States v. Maynard, 615 F.3d 544, 561 * (citing KURT KOFFKA, PRINCIPLES OF GESTALT PSYCHOLOGY 176 (1935)) (D.C. Cir. 2010).

⁽¹⁰⁹⁾ Kerr, *supra* note 3, at 328.

⁽¹¹⁰⁾ *Maynard*, 615 F.3d at 563.

成されたかどうかを判断する基準は何か」⁽¹¹¹⁾、「どのような手段を考慮するのか」⁽¹¹²⁾を明らかにするという、これまでになかった「新たな、困難な問題」⁽¹¹³⁾のようにも思われる。

確かに、刑事手続においてモザイク理論を取り入れるには、「モザイクの構成要素となる個々の単純個人情報は何か」が問われなければならない。しかしながら、「いつモザイクが生成されたのかについての正確な基準点」⁽¹¹⁴⁾を確定することは、必ずしも必要ではないのである。というのも、次項において明らかにするように、個人についての一定の情報が収集され、蓄積・分析されることにより、その人の生活実態なり人物像なりが明らかになる危険性があり、それが憲法上保護される利益への脅威である一方、その脅威の発生時点を正確に捕捉することが困難ないし事実上不可能なのであれば、憲法上保護される法益への具体的害悪の発生時点を法的規律の発動のタイミングと考えるのではなく、予防的に、具体的害悪の「大元」となる情報「収集」のうちの一時点に照準を合わせて法的規律を発動させると決断するのは、決して誤ってはいないと考えられるからである⁽¹¹⁵⁾。すなわち、モザイク理論の本質は、「集合効果（収集された情報の属性の変容）」を生じさせるという「情報」の特質と、集合効果の発生時点を捕捉することが困難ないし事実上不可能であるという「情報社会における情報処理過程」の特質を踏まえて、「一見すると具体的害悪のなさそ

(111) Kerr, *supra* note 3, at 329.

(112) *Id.* at 334.

(113) *Id.* at 328. See also Slobogin, *supra* note 70, at 6-7.

(114) *Id.* at 330.

(115) もちろん、仮にこのように考えることが理論的に可能であるとしても、例えば、特定人の行動を数日間追跡・監視する場合のように、連続的に行われる情報「収集」のどの時点において法的規律を発動するかという問題は残る。この点についての考え方は、次項4.において論じる。

うな単純な情報」の「獲得・開示」自体を「予防的に規制する」ことにある⁽¹¹⁶⁾。そして、そうだとすれば、問われているのは、対象者への具体的害悪の発生時点と法的規律の発動のタイミングを完全に一致させなければならないのか、言い換えると、刑事手続において、予防的に法的規律を発動することは許されないのか、ということなのである。

b 小括——問題状況の整理と差し当たりの回答

(1) モザイク理論を導入して情報収集活動の法的規律を考える上で問題になるのは、「モザイクの構成要素となる個々の単純個人情報は何か」であり、また、「予防的な法的規律の発動が認められるかどうか」と、一定の場合に予防的な法的規律の発動が認められるとしても、「情報の保存・分析ではなく『収集』の段階で法的規律が発動される」として、『収集』のうちのどのタイミングで法的規律が発動されるのか」である。一定の個人情報に集合効果を認めた上、一定の予防的な法的統制を認めるならば、実際に行われた情報収集や蓄積された情報量により事後的にモザイク理論の適用の有無が左右されることはないし、モザイク理論は「明らかになる情報の性質——私事の詳細を明らかにする傾向 (a pattern exposing intimate details) ——に着目するものであり、そのような情報を明らかにするのに用いられる捜査手段に着目するものではない」⁽¹¹⁷⁾から、情報収集に用いられた捜査手段が何であるかは問われないのである。

例えば、位置情報、金銭の使途（クレジットカードの使用履歴）、通信履歴（電話の発着信番号履歴、ウェブサイトの閲覧履歴）といった「属性」の

⁽¹¹⁶⁾ Slobogin 教授も、モザイク理論に基づく法的統制を「予防的基準 (prophylactic standards)」と捉えている。See Slobogin, *supra* note 70, at 19.

⁽¹¹⁷⁾ Ostrander, *supra* note 37, at 1754. もっとも、同論文は、合衆国最高裁判例との不整合 (*Id.* at 1745-47) 及び適用可能な基準設定の困難 (*Id.* at 1748-59) を理由に、モザイク理論の導入に否定的な内容のものである。

情報 = 「特定の自然人の生活動作の情報」⁽¹¹⁸⁾は、一定の「詳細さ」を備えている場合には⁽¹¹⁹⁾、それが集積されることで「集合効果」が生じ、「誰が、いつ、どこで、何に興味を持ち、誰と一緒にいるか、何をしたかといった情報」⁽¹²⁰⁾ = その人の生活実態や人物像を明らかにし得る⁽¹²¹⁾。したがって、このような「特定の自然人の生活動作の情報」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」を損なう危険があることから、修正4条や憲法35条の適用の有無について、「予防法理」である「モザイク理論」を踏まえて判断すべきことになる⁽¹²²⁾。

(2) このような考え方に対して、Kerr教授は、モザイクが生成される

⁽¹¹⁸⁾ このような特定人の行動履歴がデジタルデータとして集積されたものは、「ライフログ」と呼ばれている（石井夏生利「プライバシー・個人情報の『財産権論』—ライフログをめぐる問題状況を踏まえて—」情報通信政策レビュー4号〔総務省情報通信政策研究所，2012〕1頁）。「ライフログ」をめぐる生じる法的問題を概観したものととして、同「ライフログをめぐる法的諸問題の検討」情報ネットワーク・ローレビュー9巻1号（商事法務，2010）1-14頁、新保史生「ライフログの定義と法的責任—個人の行動履歴を営利目的で利用することの妥当性」情報管理53巻6号（科学技術振興機構，2010）295-310頁。石井教授は、「刑事手続の場面では、捜査機関がライフログを取得、利用する行為をめぐる問題も存在する」ことを指摘している（同「ライフログをめぐる法的諸問題の検討」14頁）。

⁽¹¹⁹⁾ 例えば、特定人の「位置情報」は、その者が名古屋市内に所在するという程度の詳細さを備えているにとどまる場合には、同人の生活像の露見にはつながらないであろう。

⁽¹²⁰⁾ 石井・前掲注⁽¹¹⁸⁾ プライバシー・個人情報の「財産権論」1頁。

⁽¹²¹⁾ あえて「モザイクの構成要素となる個々の単純個人情報は何か」という問いに回答するとすれば、特定人の生活実態や人物像を明かし得る程度の「詳細さ」を備えた「特定の自然人の生活動作の情報」、という他ないであろう。

⁽¹²²⁾ このような場合に「予防的な法的規律の発動」が許されることについては、次項4.において説明する。

かどうかを判断する基準は何か⁽¹²³⁾、どのような情報収集活動をどれだけの期間実施する場合にモザイク理論が適用されるのか⁽¹²⁴⁾、令状が必要になるのか、必要であるとして特定性は備えられるのか⁽¹²⁵⁾、証拠排除法則の適用があるのか⁽¹²⁶⁾、違法性の主張適格は誰に認められるのか⁽¹²⁷⁾という「多くの難しい問題」⁽¹²⁸⁾が生じるため、修正4条の解釈論へモザイク理論を持ち込むことに強く反対する⁽¹²⁹⁾。

しかし、次項において明らかにするように「予防的な法的規律の発動」が認められる場合があるとすれば、モザイクがいつ生成されたのかを正確に判定する基準は不要であると考えられる上、基準や要件設定の困難が、モザイク理論の導入に対する理論上の決定的な障害になるとは思われない。Kerr教授が認めているとおり、「多くの情報を結びつけること」が「詳細な生活実態を明らかにするのが確実」⁽¹³⁰⁾なのであれば、そのような問題の実体に即した解決策を探るべきであろう。さらには、次項において述べるように、また、所在把握捜査について第5章ⅢBにおいて具体化するように、Kerr教授の指摘する「困難な問題」は、いずれも回答可能な

⁽¹²³⁾ Kerr, *supra* note 3, at 330-33.

⁽¹²⁴⁾ *Id.* at 333-36.

⁽¹²⁵⁾ *Id.* at 336-39.

⁽¹²⁶⁾ *Id.* at 340-42.

⁽¹²⁷⁾ *Id.* at 342.

⁽¹²⁸⁾ *Id.* at 346.

⁽¹²⁹⁾ Kerr教授は、他に、テクノロジーの規律は裁判所よりも議会の方が適している上、「修正4条が適用されないという裁判所の判断が立法措置を促進」することもモザイク理論の導入に反対する理由に挙げる (*Id.* at 350)。しかし、既にI B 4.において述べたとおり、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を展開することが必要なのであり、「The-Leave-It-to-the-Legislature Argument」がモザイク理論の導入自体への反対理由になるとは思われない。

⁽¹³⁰⁾ *Id.* at 328.

ものである。

また、Kerr 教授は、情報処理プロセスは、多くの場合、「第一に情報の取得、第二に取得した情報の分析、第三に分析結果の使用と提供」の各段階を含むが、情報処理の高度化の利点を生かしつつプライバシーへの危険を最小化するために、「第一段階の情報の取得を許容する一方で、使用を含むその後の段階に厳しい制限をすべきである」⁽¹³¹⁾と主張する。

しかし、情報の取得後のいずれかの段階を規制するにしても、Kerr 教授の指摘するのと同様の「困難な問題」が生じるのである。というのも、情報処理プロセスのどの段階を規制するにしても、モザイクが生成される時点を正確に捕捉するのが困難であることは変わらない上、そもそも、I において述べたように、高度化する情報処理プロセスにおいては、情報の蓄積と分析が強く結びついていたたり、さらには蓄積・分析された情報の共有化までもが瞬時に可能になっていたり、人為的作業の要否が異なっていたりして、情報収集後のプロセスを整然と区分けすることは困難なのである⁽¹³²⁾。モザイクの生成を問題視して情報処理プロセスに法的手当てを施そうとする場合、モザイクが生成されたことを確実に捕捉できる場合に限って、情報取得後に照準を絞って法的規律を発動するのが適切であると考えない限りは、情報処理プロセスのどの段階において法的規律を発動するに

(131) Orin S. Kerr, *Use Restrictions and the Future of Surveillance Law*, in CONSTITUTION 3.0: FREEDOM AND TECHNOLOGICAL CHANGE 43-44 (Jeffrey Rosen & Benjamin Wittes eds., 2011). 第 2 章 II C 1. c も参照。

(132) 個別の情報収集がそれぞれ別の捜査官により人為的に収集されて組織的に情報の共有が行われる場合であっても、すべての情報が一つの機械によって収集されて共有化される場合であっても、蓄積・分析によるモザイクの生成時点の捕捉が困難であることに変わりはない。次項 3. b 及び 4. a で述べるとおり、情報処理過程においてモザイクの生成時点を正確に捕捉できないことが、モザイク理論を取り入れた「予防的な法的規律」の発動を許容する条件の一つ（「予防措置の必要性」）となるのである。

しても、少なからず予防的な対応が必要になるのであって、Kerr 教授の挙げる「困難な問題」が生じるのである⁽¹³³⁾。

(3) 刑事手続にモザイク理論を取り入れるに当たって、「困難な問題」が存在することは確かである。しかし、①情報取得時点において、取得される特定人に関する単純個人情報の大まかな「属性」（例えば、「位置情報」・「金銭の使途」・「発着電話番号」）は認識できる、②単純個人情報の蓄積・分析により生じる「集合効果」によって、収集された情報の「属性」が変容する（例えば、「位置情報」の集積により「生活実態」に変容する）、③情報の「属性」の変容時点を正確に捕捉することは事実上不可能である、④情報取得後のプロセスを明確に区別することが困難である、という、特定の個人についての情報の特質及び情報処理プロセスの高度化という新たな事象の下において、これらの捕捉可能な因子を判断材料にして最善の手当てを施すという選択が正当化される余地は、十分にあるというべきである。モザイク理論は、ひとまずその予防的性格を措くと、刑事手続における情報収集活動の法的規律を設定するに当たって十分に通用する理論なのである。

そうだとすれば、理論的に残されている最も大きな「困難な問題」は、刑事手続において予防的に法的規律を発動することが許されないかどうかである。小山教授が適切に分析しているように、「具体的害悪が発生しない段階で、なぜ憲法上の権利に対する制限となるのかは、自明ではない」⁽¹³⁴⁾のであり、情報の集合効果・モザイク理論だけでは、適切なタイミ

⁽¹³³⁾ Slobogin 教授は、情報の開示・使用という「最終過程の制限は、既に取得された情報の見えない濫用を防ぐことができないばかりか、監視されているという感覚や監視による萎縮効果を取り除けない点で不十分である」という（Christopher Slobogin, *Is the Fourth Amendment Relevant in a Technological Age?*, in CONSTITUTION 3.0, *supra* note 131, at 23）。第 2 章 II C 1. c も参照。

⁽¹³⁴⁾ 小山・前掲注⁽²⁹⁾123頁。

ングに照準を合わせた法的規律の発動を裏付けきれていないのである⁽¹³⁵⁾。そこで、次項では、一定の場合には憲法上の権利の侵害可能性に基づく「予防的な」法的対応が刑事手続において許されることを明らかにし、モザイク理論を導入した、捜査機関による単純個人情報の収集活動の法的規律の在り方の総論を提示することとする。

C 予防的な法的規律の発動

1. 憲法上の地位をめぐる議論

刑事手続にモザイク理論を取り入れ、「憲法上の権利」の侵害「可能性」を法的統制の発動原理とした「予防的基準 (prophylactic standards)」⁽¹³⁶⁾を設定することは、理論上正当化されないのか。アメリカ合衆国では、「憲法の条項から直ちに出てくる法理ではなく、憲法違反が生じるのを予防するための法理」とも定義される「予防法理 (prophylactic rules)」⁽¹³⁷⁾の憲法上の位置付けをめぐる議論が長年展開されてきた。そこで、以下では「予

⁽¹³⁵⁾ Jones 判決において、修正 4 条の解釈論へのモザイク理論の導入に好意的な判事が 5 人いながらも、法廷意見となったのが Scalia 判事による trespass 基準に基づく解決策であった理由は、モザイクの生成時点がいつなのかを正確に捕捉しなければモザイク理論に基づく解決は不可能であるという不適切な理解だけでなく、モザイク理論の予防的性格の認識とそれへの理論的対応を欠いていたからであると思われるのである。

これに対して、そもそも国家の安全保障に関わる情報が明文上公開の対象から外されている FOIA の解釈論においては、例えば、「国家の安全保障上の利益と潜在的な危険性の重大性を考慮すると」、CIA 長官のように「『全体像 (the whole picture)』に精通した者」の「判断は大きく尊重される」(CIA v. Sims, 471 U.S. 159, 179 (1985)) といった理由だけで、モザイク理論の適用を裏付けるのには十分であると考えられてきたように思われる。

⁽¹³⁶⁾ Slobogin, *supra* note 70, at 19.

⁽¹³⁷⁾ 田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会, 1991) 675頁。

防法理」に関する先行研究を参照し、そこで得られた知見を応用・類推することにより、「予防法理」である「モザイク理論」を取り入れた、刑事手続における情報取活動の法的規律を理論上裏付けることとする。

a Miranda 判決

予防法理をめぐる論争の発端となったのは、アメリカ合衆国最高裁が1966年に言い渡した Miranda 判決⁽¹³⁸⁾である。

Miranda 判決以前は、自白が公判における証拠として許容されるかどうかは、「事情の全体性 (a totality of circumstances)」を考慮し、任意性が認められるかどうかを判定するという基準により判断されていた⁽¹³⁹⁾。しかし、Miranda 判決は、アメリカ合衆国憲法修正 5 条が保障する「自己負罪拒否特権」⁽¹⁴⁰⁾が、法律による供述の義務付け (法廷における証言) のみならず、事実上の供述 (例えば、取調べにおける供述) の強要にも及ぶことを認めた上⁽¹⁴¹⁾、身体拘束被疑者の取調べにより獲得された供述 (自白) が公判における証拠として許容されるには、被疑者に対して、「あらゆる質疑に先立って、黙秘権を有すること、供述したことは公判において自己に不利益に用いられる可能性があること、弁護人の立会いを求める権利を有すること、資力がない場合には希望すれば弁護人が選任されること」が告

⁽¹³⁸⁾ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Miranda 判決についての包括的な研究書として、小早川義則『ミランダと被疑者取調べ』(成文堂, 1995)がある。Miranda 判決以降のミランダ準則の「展開・変容」については、洲見光男「ミランダ判決の四五年」井上正仁=酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』(有斐閣, 2012) 751-771 頁に詳しい。

⁽¹³⁹⁾ *See, e.g., Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503, 514 (1963).

⁽¹⁴⁰⁾ 同条は「いかなる者も、すべての刑事事件において、自己に不利益な証人になることを強要されない」と規定する。

⁽¹⁴¹⁾ *Miranda*, 384 U.S. at 467.

知されなければならないと判示した⁽¹⁴²⁾。この判断は、身体拘束中の取調べには「本来的に強制的な重圧」を伴うことから、このような「重圧」を払拭して自己負罪拒否特権を十分に保障するためには、「適切な保護措置 (proper safeguards)」が必要であるという理由に基づいている⁽¹⁴³⁾。

Miranda 判決において示された、「ミランダ告知」を欠いた場合に自白が排除されるという「ミランダ準則 (Miranda rule)」よると、本来は修正 5 条が許容しているはずの自白 (ミランダ告知を欠いてはいるが強要されたときまではいえない自白) も証拠から排除されることになる。このように、現実的な自己負罪拒否特権の侵害を問わずに自白が排除されることで、修正 5 条が明示的に保障する自己負罪拒否特権を超えた保護範囲が生じるという点において、ミランダ準則は「予防的」な性格を有するのである。

合衆国最高裁は 1974 年の Tucker 判決⁽¹⁴⁴⁾において、Miranda 判決による「保護措置は、それ自体憲法により保護された権利ではなく」、修正 5 条の自己負罪拒否特権を保障するための「方策 (measures)」であることを認め⁽¹⁴⁵⁾、ミランダ告知が不十分であることは、「Miranda 判決において当裁判所が設定した、〔自己負罪拒否〕特権を保障するための予防的な基準 (the prophylactic standards) に逸脱したにとどまる⁽¹⁴⁶⁾という判断を示した。その後も、最高裁は、公共安全に対する脅威と緊急性が認められる場合にはミランダ告知のない取調べが許されることを認めた 1984 年の Quarles 判決⁽¹⁴⁷⁾や、ミランダ準則に反して獲得された自白の派生証

⁽¹⁴²⁾ *Id.* at 479.

⁽¹⁴³⁾ *Id.* at 467.

⁽¹⁴⁴⁾ *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974).

⁽¹⁴⁵⁾ *Id.* at 444.

⁽¹⁴⁶⁾ *Id.* at 447.

⁽¹⁴⁷⁾ *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984). Tucker 判決を引用して、ミランダ告知が修正 5 条の自己負罪拒否特権を保障するための予防的な方策であることを確認して

拠に毒樹の果実法理が適用されない場合があることを認めた1985年のElstad判決⁽¹⁴⁸⁾において、ミランダ準則が予防法理であることを繰り返し示してきた。

b ミランダ準則の憲法的地位——Dickerson 判決

以上のように合衆国最高裁が「予防的」と位置付けるミランダ準則は、憲法判断なのであろうか。ミランダ準則が憲法的地位の認められない予防的方策に過ぎないのであれば、議会がそれを否定する立法措置を講じることも違憲ではないはずである。合衆国最高裁は、この点について、2000年のDickerson判決⁽¹⁴⁹⁾において判断を示した。

ミランダ警告という「保護措置」は黙秘権の保障にとって「十分に効果的な他の手段」が採用されない限り必要である⁽¹⁵⁰⁾というMiranda判決が言い渡されたことを受け、アメリカ合衆国議会は、1968年、自白は「任意でされた場合に許容され」、任意性の有無は、「すべての事情を考慮して」判断されるという、「Miranda判決以前の判断方法への回帰を内容とする」⁽¹⁵¹⁾合衆国法典18編3501条⁽¹⁵²⁾を制定し、「ミランダ判決の廃棄を試み

いる。*Id.* at 654.

⁽¹⁴⁸⁾ Oregon v. Elstad, 470 U.S. 298 (1985). Tucker 判決を引用した Quarles 判決の判示に依拠し、予防性を再確認した。*Id.* at 306.

⁽¹⁴⁹⁾ Dickerson v. United States, 530 U.S. 428 (2000). Dickerson 判決に関する論稿は数多く発表されているが、法廷意見を詳細に紹介するものとして、小早川義則「米連邦最高裁ミランダを再確認—Dickerson v. United States—」現代刑事法2巻10号(2000年)63-69頁。

⁽¹⁵⁰⁾ Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 444 (1966).

⁽¹⁵¹⁾ 洲見・前掲注⁽¹³⁸⁾763頁注⁽²⁴⁾。

⁽¹⁵²⁾ 18 U.S.C. § 3501. 同条の邦語訳として、「最近の立法」アメリカ法 [1968-2] 288頁〔河上和雄〕以下がある。

た」⁽¹⁵³⁾。この立法の合憲性が問題となったのが Dickerson 判決である。

合衆国最高裁は、Dickerson 判決において、ミランダ準則が議会にその「終局的な修正・廃止の権限」が認められる、司法的に創設された「非憲法上の」ルール⁽¹⁵⁴⁾ではなく、議会が立法により覆すことのできない「憲法上のルール (a constitutional rule)」であると判断した⁽¹⁵⁵⁾。その「最も重要な要因」として最高裁が挙げたのは、州の裁判所の手続に関しては、合衆国最高裁の権限は「合衆国憲法の命令の執行」に限られている中で、ミランダ準則が州の裁判所の手続にも適用されてきたという事実の存在である⁽¹⁵⁶⁾。また、最高裁は、Miranda 判決上も「憲法上のルール」を明らかにしようとしていると捉えられる文言にあふれていること⁽¹⁵⁷⁾、Miranda 判決が議会に対してミランダ準則の「代替策」を求めていたのは、議会がミランダ準則と同等の保護措置を講じるのを妨げないことを明らかにしていたという意味で、ミランダ準則に「憲法上の根拠がある」という結論と整合するのであり⁽¹⁵⁸⁾、3501条では「十分な代替策」とはいえないこと⁽¹⁵⁹⁾、Miranda 判決以降の判例（前述の Quarles 判決・Elstad 判決）がミランダ準則の「例外」を認めているのは、「ミランダ準則が憲法上のルールではないこと」ではなく、「不変の憲法上のルールはないこと」を示しているに

⁽¹⁵³⁾ 松尾浩也「Dickerson v. United States—ミランダ判決の帰趨」現代刑事法 2 巻 5 号 (2000) 3 頁。合衆国最高裁において Dickerson 事件の弁論期日が指定されるまでの詳細については、この論稿に詳しい。3501条は制定当初から憲法違反の疑いが持たれており、司法省が同条の使用を避けるよう全国の検察官に指示したため、「事実上死文化」していたという。

⁽¹⁵⁴⁾ *Dickerson*, 530 U.S. at 437.

⁽¹⁵⁵⁾ *Id.* at 444.

⁽¹⁵⁶⁾ *Id.* at 438.

⁽¹⁵⁷⁾ *Id.* at 439.

⁽¹⁵⁸⁾ *Id.* at 440.

⁽¹⁵⁹⁾ *Id.* at 441-42.

とどまること⁽¹⁶⁰⁾を挙げ、ミランダ準則が憲法上のルールであることを裏付けようとした。

その上で、最高裁は、「先例拘束性の原理」により、憲法解釈が問題となる場合に先例から離脱するには「特別の正当化要素」が求められるが、ミランダ準則は「我が国の文化の一部といえるほどに警察実務にしっかりと定着しており」、Miranda 判決を覆すべき「特別の正当化要素は見当たらない」⁽¹⁶¹⁾と判示した。

以上のとおり、Dickerson 判決において最高裁は、Miranda 判決が「憲法上のルール」を明らかにした「憲法判断」と言明したが、予防的な保護措置であるにもかかわらず憲法上の基礎を有することについて説得的な裏付けを示しているとは言い難い。すなわち、反対意見が論難するのとおり、法廷意見が「最も重要な要因」として挙げる「当裁判所がミランダを州に適用してきた」というのは、ミランダ準則が憲法上のルールかどうかという「本件の争点について、そのとおりであると決めてかかっている」だけであって、「論点回避の典型例」⁽¹⁶²⁾との批判は免れ難い。法廷意見が答えなければならなかったのは、予防的保護措置が「州にも適用されるような憲法上のルール」であるといえるのはなぜか、であろう。

この問いについては、2.において明らかにするとおり、一定の場合には憲法自身が「予防法理を要求している」⁽¹⁶³⁾からである、と回答すべきである。本稿はミランダ準則に合衆国憲法上の正当性が認められるかどうかという問いについて、何らかの回答を導くことを目的としているわけでは

⁽¹⁶⁰⁾ *Id.* at 441.

⁽¹⁶¹⁾ *Id.* at 443.

⁽¹⁶²⁾ *Id.* at 456 (Scalia, J., dissenting).

⁽¹⁶³⁾ David A. Strauss, *Miranda, the Constitution, and Congress*, 99 MICH. L. REV. 958, 960 (2001).

ない⁽¹⁶⁴⁾。ただ、憲法自身が「予防法理」を要求している場合があるとすれば、Strauss 教授のいうとおり、ミランダ準則が「『憲法の要求するところ』か、『憲法自身』の要求を『超えた』単なる『予防的ルール』にとどまるのかを問うのは誤り」⁽¹⁶⁵⁾である上、一定の予防的措置が正当化される場合があるという論拠は、ミランダ準則に限らず、——モザイク理論のように——予防的側面を有する理論の「憲法上の正当性」をめぐる議論に等しく妥当するはずである。そこで、以下では、ミランダ準則の憲法上の位置付けをめぐる議論を参照し、それにより得られた知見をモザイク理論に応用することとする。

2. 予防法理の「遍在」

a ミランダ準則の実質

Miranda 判決以前の、自白の許容性が「事情の全体性」を考慮して判断されるという判断方法には、「取調室で何が起こったのかについて警察と被疑者との宣誓合戦が必要になる場合があった」ことや、「事件ごとの判断を求める基準は、警察のみならず下級裁判所に対しても明確な指針を提供できず、その結果、裁判所において信用性の認められる自白が任意にされたものとして許容される傾向が認め得られた」ことという問題点があった⁽¹⁶⁶⁾。そこで、これらの問題点に対処すべく、合衆国最高裁は Miranda 判決において、ミランダ告知とそれを欠く場合のカテゴリカルな自白の排除を内容とするミランダ準則を導入したのである。

⁽¹⁶⁴⁾ 洲見・前掲注⁽¹³⁸⁾の他、以下で参照する Strauss 教授の論文を含め、ミランダ準則の憲法上の位置付けに関する合衆国の議論の展開については、柳川重規「ミランダ法理の憲法上の意義について」法学新報110巻7・8号(2003)283-304頁に詳しい。

⁽¹⁶⁵⁾ Strauss, *supra* note 163, at 960.

⁽¹⁶⁶⁾ 洲見・前掲注⁽¹³⁸⁾ 754頁。

このようなミランダ準則は、取調べの全体状況を「事後的に裁判所が想像上再現するのは極めて困難」であり、たとえそれができたとしても、再現された取調べの状況が、問題となっている「自白を憲法の趣旨に沿わない任意性を欠くものとするほどに強制的だったかどうかを決する判定基準がない」ことから、「ミランダ準則がなければ探知されなかった一定の強制された自白を排除・抑止するという利益の代わりに、一定の任意性のある自白をも排除する」⁽¹⁶⁷⁾という法準則である。すなわち、ミランダ準則は、真に自白が強制されたものかどうかを問わずにミランダ告知を欠く場合の自白をカテゴリカルに排除するという、いわば「保護の過剰性」を承認した「予防的なルール」なのである。Strauss 教授によると、ミランダ準則の採用は、上記のような「代償と利益の適切な均衡 (the right balance of costs and benefits)」を図るための「熟慮の上の選択 (deliberate choice)」であり、このような衡量の結果、ケースバイケースの任意性判断よりも自己負罪拒否特権をより実効的に保障できることが、ミランダ準則の憲法上の地位を正当化するという⁽¹⁶⁸⁾。

わが国においても、「強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない」という憲法38条2項を受けた刑事訴訟法319条1項は、「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない」(傍点筆者)と規定している。

この規定の掲げる各類型の自白が証拠能力を否定される趣旨 (の一つ) は、「これらの自白は虚偽であるおそれが高く、典型的に信用性に乏しい」

⁽¹⁶⁷⁾ Strauss, *supra* note 163, at 962.

⁽¹⁶⁸⁾ *Id.* at 962-63.

ことから⁽¹⁶⁹⁾、「公判審理から排除することで事実認定の正確性を確保しようとする」⁽¹⁷⁰⁾ものであると解釈されている。「任意にされたものでない疑のある」だけで証拠能力が否定されるのであって、「虚偽排除といっても、当該自白が虚偽か否かを問題にするわけではなく、典型的に虚偽の自白を誘発する危険性が高いとみられる状況でなされた自白を一律に排除するものであり、たまたま当該自白が真実であっても証拠能力を認めるわけではない」⁽¹⁷¹⁾。「当該自白の真実性をいったん度外視して、その状況下であれば、被疑者が虚偽の自白をしてしまうおそれが大きいかを、ある程度典型的に判断」するのである⁽¹⁷²⁾。たとえ純客観的には真実の自白であっても、真実であるかどうか判断されることなく、「任意にされたものでない疑のある」だけで証拠能力が否定されるという点で、わが国で「自白法則」と呼ばれているこのルールも予防的である。

b 憲法上に遍在する予防法理

Strauss 教授は、このような「予防的なルール」を採用するという「選択」は、「憲法上のルール」として随所に存在している「標準 (norm)」⁽¹⁷³⁾であり、それらを具体的に挙げることにより、予防的ルールが「正当性に疑問を持たれる例外」ではなく、「憲法上の中心的・必要的特徴 (a central and necessary feature of constitutional law)」⁽¹⁷⁴⁾であることを裏付けようとしている。

⁽¹⁶⁹⁾ 川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、2016）302頁。

⁽¹⁷⁰⁾ 宇藤崇ほか『刑事訴訟法〔第2版〕』（有斐閣、2018）436頁〔堀江慎司〕。

⁽¹⁷¹⁾ 宇藤ほか・前掲注⁽¹⁷⁰⁾。

⁽¹⁷²⁾ 川出・前掲注⁽¹⁶⁹⁾ 303頁。

⁽¹⁷³⁾ David A. Strauss, *The Ubiquity of Prophylactic Rules*, 55 U. CHI. L. REV. 190, 195 (1988).

⁽¹⁷⁴⁾ *Id.* at 190.

まず、Strauss 教授が挙げるのは、文書頒布の許可制を定める市条例について、規制範囲の広汎性を理由に文面上の修正 1 条違反を認めた Lovell 判決⁽¹⁷⁵⁾である。Strauss 教授によると、表現の自由の規制立法について、規制範囲が広範なため違憲的な適用の危険のある法令を文面上無効とする、いわゆる「過度の広汎性のゆえに無効」の法理⁽¹⁷⁶⁾は、恣意的な適用という憲法上許容されない法執行活動が生じるという危険と、それについて裁判所の審査が困難になるという危険を減少させるための「予防的方策 (a prophylactic measure)」である点においてミランダ準則と類似しており、修正 1 条による表現の自由の保障を受けられない者が保護されるという「表現の自由の過剰保護」が生じるという点も、ミランダ告知の不存在をもって自白を排除することで、実際には強制されていない自白が排除され得るというミランダ準則と類似しているという⁽¹⁷⁷⁾。

また、表現内容に着目した規制と表現内容に着目しない規制を区別し、前者については合憲性を厳格に審査するという「修正 1 条の核心的特徴」⁽¹⁷⁸⁾も、Strauss 教授によると、予防的であるという。というのも、表現内容の規制を厳格に審査するということは、そのような立法は「問題とされている表現に対する立法者の敵視が反映されている可能性が極めて高いこと」と、「裁判所が立法者の意図を見抜くのが非常に困難であること」という「危険」を理由に、それぞれの立法が特定の言論を敵視したものでどうかを問うことなく、厳格に違憲の推定をはたかせるということだからである⁽¹⁷⁹⁾。

このように一定類型の立法に厳格な審査を及ぼすという点では、「平等

(175) Lovell v. Griffin, 303 U.S. 444 (1938).

(176) 芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法』〔第 7 版〕(岩波書店, 2019) 214 頁。

(177) Strauss, *supra* note 173, at 195–97.

(178) *Id.* at 198.

(179) *Id.* at 198–200.

保護条項」の場面にも予防的なルールが存在するという。Strauss 教授は、例えば、合衆国最高裁が人種に基づく区分をやむを得ない政府側の利益を促進する場合に限って認めてきたことについて、予防的であると整理する。人種等の要因に基づく区分は「立法者の過度な偏見」を反映している可能性が高い一方で、裁判所がそれを見抜くのが困難であることから、違憲性が強く推定されることになっているからである⁽¹⁸⁰⁾。

さらに、Strauss 教授は、最高裁が「事実についての虚偽の表明には憲法上の価値がない」⁽¹⁸¹⁾ことを認めながら、言論が虚偽であることを認識していたことか虚偽のおそれをおそれ無謀にも考慮しなかったことが立証されない限り、被告は公務員に対する名誉棄損を理由にした損害賠償責任を負わないと判断した Sullivan 判決⁽¹⁸²⁾も、予防的ルールの現れであるという。「司法上の事実認定における不可避の不正確性」を考慮すると、「憲法上価値のある言論」のみを保護するだけでは、「より多くの価値ある言論が妨げられることになってしまう」⁽¹⁸³⁾。Sullivan 判決の「第一の懸念」は、このような真に保護されるべき言論が妨げられるという「委縮効果 (The chilling effect)」であり⁽¹⁸⁴⁾、『『憲法的価値のない』言論を保護することの不利益よりもそれを保護することによる利益が上回る』ことを理由に、憲法的価値のない言論をも保護するという選択をしたと考えられるからである⁽¹⁸⁵⁾。

⁽¹⁸⁰⁾ *Id.* at 204.

⁽¹⁸¹⁾ *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 340 (1974).

⁽¹⁸²⁾ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁽¹⁸³⁾ Strauss, *supra* note 163, at 965.

⁽¹⁸⁴⁾ *Id.* at 970.

⁽¹⁸⁵⁾ *Id.* at 965.

3. 予防法理の正当性と許容要件

a 予防法理の正当性

Strauss 教授が挙げる以上の「ルール」は、すべて、憲法が保障する個人の自由権・平等権の「侵害」を正確に捉えることが困難ないし事実上不可能な場合に、憲法上の権利への具体的害悪が発生しないうちに司法的対応が図られているという意味で「予防的」である。

憲法上の権利侵害の正確な捕捉が困難ないし事実上不可能な場合に、その権利を過剰に保護するかその保護が不足・欠如するかという選択肢しかないのであれば、利点と不都合性を評価した上での「熟慮の上の選択」の結果、前者を選択することは十分に正当化されるであろうし⁽¹⁸⁶⁾、少なくとも「憲法上保障された個人の自由」が問題となっている以上、その保護が過剰であるよりも不足・欠如する方が憲法上望ましいという「理由はない」⁽¹⁸⁷⁾であろう。

また、予防法理は、例えば表現内容規制と表現中立規制の二分法のように、憲法上の権利を実効的に保障するため、その侵害の探知を補う手段として機能しているのであり⁽¹⁸⁸⁾、そのような機能を持つ予防法理で憲法上の

⁽¹⁸⁶⁾ *Id.* at 962.

⁽¹⁸⁷⁾ Susan R. Klein, *Identifying and (Re)Formulating Prophylactic Rules, Safe Harbors, and Incidental Rights in Constitutional Criminal Procedure*, 99 MICH. L. REV. 1030, 1036 (2001).

⁽¹⁸⁸⁾ 憲法上の権利解釈論に「政策的・救済的関心」が持ち込まれることの当否や憲法解釈をめぐる裁判所と政治部門の関係という観点から、Strauss 論文等を参照しつつ予防法理を詳細に検討した論稿として、山本龍彦「違憲審査理論と権利論—権利・救済関係の再検討を通じて」大沢秀介・小山剛編『東アジアにおけるアメリカ憲法—憲法裁判の影響を中心に』（慶應義塾大学出版会，2006）399-434頁がある。もっとも、予防法理は「救済」を考慮した「権利」であるという山本教授の捉え方には疑問を感じる。本文で述べるとおり、予防法理は憲法上の権利侵害を捕捉する「手段」として捉えられるものであり、「救済」の困難性も考慮して憲法上の「権利」を確定すると

正当性に疑問のないものが存在することも⁽¹⁸⁹⁾、一定の場合には憲法上の権利侵害の認定を捕捉する手段としての予防法理が正当化されることを基礎付けるといえる。

このように考えると、予防法理は、「憲法違反の探知を補ったり、憲法違反に対する保護を強化したりするという手段としての目的のために、裁判所が自覚的に生み出した法理論上のルール」⁽¹⁹⁰⁾であると考えるのが適切

いったような、「権利の発想転換を前提とするものではない」(小山・前掲注29) 124頁注27)と思われるからである。山本教授は、このような「権利論」としての「予防的ルール」を「参照」することにより、「情報主体に具体的害悪を与えるわけではない」情報処理過程における「権利論的課題」に対処できる可能性を示唆している(山本龍彦「[基調報告] プライバシーの権利」ジュリスト1412号(2010) 89頁)。

⁽¹⁸⁹⁾ Strauss教授の挙げる修正1条関係の法理を「予防的」と捉えることを疑問視するものとして、Rosenthal Lawrence, *Against Orthodoxy: Miranda is Not Prophylactic and the Constitution is Not Perfect*, 10 CHAPMAN L. REV. 579, 581-83 (2007)。ミランダ準則の正当性を否定するGrano教授は、Lovell判決が、修正1条の現実的な違反を認めたものと捉える(Joseph D. Grano, *Miranda's Constitutional Difficulties: A Reply to Professor Schulhofer*, 55 U. CHI. L. REV. 174, 196 (1988))。また、Scalia最高裁判事(当時)は、Dickerson判決の反対意見において、「当裁判所は、『委縮』の招来それ自体を修正1条違反と捉えている」のであり、Sullivan判決の法理は「予防措置のために修正1条が要求する以上」をもたらすものではないという(Dickerson v. United States, 530 U.S. 428, 459 (Scalia, J., dissenting) (2000))。しかし、Strauss教授が反論しているとおり、Sullivan判決によると、修正1条の保護を受けられない「憲法的価値のない言論」が保護されるという点で「修正1条の要求以上」の保護が生じていることは確かであり(Strauss, *supra* note 163, at 965-66)、また、Strauss教授の挙げる修正1条関係の法理はすべて、表現の自由の現実的な侵害が認められないにもかかわらず、修正1条の保障する表現の自由が侵害される危険性を理由に法的規律を発動している点において、予防性を否定できないと思われる。もっとも、Scalia判事の指摘は、4. bにおいて考察する予防法理の要件(予防措置の相当性)の充足性を考える上で重要であると思われる。

⁽¹⁹⁰⁾ Evan H. Caminker, *Miranda and Some Puzzles of "Prophylactic" Rules*, 70 U. CIN.

である⁽¹⁹¹⁾。予防法理は、bのとおり一定の場合に、「ある憲法の条項の原理や価値を実現するための完全な手段」⁽¹⁹²⁾として機能するものであるから、その権利を保障する憲法の条項自身が要求するものであるといえ、この限りにおいては、憲法上の正当性が認められるというべきである。

b 予防的な法的規律の許容要件

もっとも、予防的な法的規律の発動が認められると、憲法上の権利の保護の強化につながる、すなわち、保護の不足・欠如が補われる一方で、過剰な保護、すなわち、予防法理がなければ保護されないはずの範囲に憲法上の保護が生じる場合や⁽¹⁹³⁾、予防法理がなければ憲法上許容されるはずの規制や政府の活動が許容されなくなる場合が生じる。

したがって、「代償と利益の適切な均衡」を図るという「熟慮の上の選択」の結果、予防的な法的規律の発動が許容されるには、「予防措置の必要性」（害悪の発生が予防される憲法上の権利利益の重要性と、その権利利益への具体的害悪の発生時点における法的規律の発動が困難ないし非効果的であること、予防的ではない法的規律の有無、内容）及び「予防措置の相当性」（予防

L. REV. 1, 1 n.2 (2001).

⁽¹⁹¹⁾ 違法収集証拠排除法則も予防法理として挙げられることがある（例えば、Henry P. Monaghan, *The Supreme Court, 1974 Term — Foreword: Constitutional Common Law*, 89 HARV. L. REV. 1, 9 n.45, 42 n.217 (1975)）。しかし、「憲法違反が現実的に生じた後に限って適用される排除法則のような抑止策」と予防的ルールは異なるものである（Joseph D. Grano, *Prophylactic Rules in Criminal Procedure: A Question of Article III Legitimacy*, 80 NW. U. L. REV. 100, 103-104 (1985), Klein, *supra* note 187, at 1048-49)。

⁽¹⁹²⁾ Klein, *supra* note 187, at 1033.

⁽¹⁹³⁾ 権利解釈論において憲法上の権利自体が拡大しているのではなく、憲法上の権利侵害の認定が早まることで、予防的に法的規律が発動され、結果的に憲法上の権利以外にも憲法上の権利自体と同等の保護が生じる可能性があるということである。

措置の内容及び効果が予防措置の必要性に見合っており、予防措置による不都合性を考慮してもなお、過剰な法益保護が生じることがやむを得ないと認められるだけの適切な政策的判断を経ていること)の2点の認められることが、刑事手続においても予防的な法的規律の発動の要件になるというべきである。

4. 単純個人情報の収集と「予防法理」としての「モザイク理論」

a 予防措置の必要性

そうすると、第3章において明らかにしたとおり、日本国憲法35条や合衆国憲法修正4条は、「個々人の生活の安全」を保障するという実体的自由権保障規定であり、また、本章II Aにおいて明らかにしたとおり、日本国憲法35条や合衆国憲法修正4条が保障する「安全」の一内容として、「全生活行程に関する情報を本人のみが把握できる状態」が保護されている。このような利益が保障されているのは、それが個人の自律に不可欠であるからであり、その重要性もAにおいて述べたとおりである。モザイク理論の導入に反対する立場の論者も、その理由として挙げているのは、特定の個人情報についての集合効果への懐疑やモザイク理論を取り入れた場合の基準設定の困難さであり、個人の生活実態や人物像を他人が把握すること自体をやむを得ないと考える論者が見当たらないことから⁽¹⁹⁴⁾、この法益の重要性は明らかであろう。

その上、B 4. bのとおり、一定の「詳細さ」を備えた「特定の自然人の生活動作」という「属性」の情報の取扱い過程においては、この法益が侵害され得るが、その取扱い過程においては、個人の自律の根幹に関わる重要な法益であるにもかかわらず、その「侵害」を正確に捕捉することは極めて困難であるか事実上不可能である。

(194) 前掲注(76)参照。

刑事手続における情報の取扱いが「取得時中心主義」と評される状況にあり、単純個人情報収集後の法的規律が不十分であることも、再三触れてきたとおりである。

このように、情報の「収集」段階における「予防措置の必要性」が肯定されるといってよい。小山教授の指摘するとおり、「現在の技術の下では、核心的・本質的価値に対する危険が単純な個人情報であっても生じることが、予防的保障の理由」⁽¹⁹⁵⁾であり、まさにその「理由」が認められるのである。

b 予防措置の相当性

問題は、「予防措置の必要性」が肯定されるとして、さらに、「熟慮の上の選択」として、「予防措置の相当性」が肯定されるかどうかである。

例えば、「過度の広汎性のゆえに無効の法理」は、厳格な要件の下での合憲限定解釈により広汎性が除去されない限り、「合憲的適用の範囲内にあると解される行為が争われるケースでも、原則として法規それ自体が違憲無効（文面上無効）となる」⁽¹⁹⁶⁾のであり、表現の自由の侵害が現実的には生じていないといった「反証の許されない推定」⁽¹⁹⁷⁾が働くことになる。このような予防措置の内容・効果の強力さが許容されるのは、広汎な規制立法の「存在自体」が、表現の自由という「とりわけ重要な権利」⁽¹⁹⁸⁾に対して「重大な脅威を与える」⁽¹⁹⁹⁾という危険性、すなわち、「本来合憲的に行うことのできる表現行為をも差し控えさせてしまう」という「委縮効

(195) 小山・前掲注(29) 124頁。

(196) 芦部・前掲注(176) 214頁。

(197) Strauss, *supra* note 173, at 191.

(198) 芦部・前掲注(176) 180頁。

(199) 芦部・前掲注(176) 214頁。

果」を生じさせる危険性がある一方、「委縮効果」の有無や程度を検知する精密な手段がないことから、たとえ本来は許容されるはずの「適切な理由による文書頒布の規制」をも認めないことにしても、事前のカテゴリカルな厳格な対応を「選択」することが、すべての場合に「代償と利益の適切な均衡」を図ることにつながるという「熟慮」に基づくからであろう。まさに、現実的な「『委縮』の招来それ自体が修正1条違反」⁽²⁰⁰⁾であり、現実に委縮効果が生じたかどうかを問わない予防措置と捉えるべき「過度の広汎性のゆえに無効の法理」について、「予防措置ではなく修正1条違反そのものである」という批判が生じるのも⁽²⁰¹⁾、「選択された予防措置」と「それにより予防される憲法上の権利侵害」とが強く結びついている、実効的な予防措置が「選択」されていることの証左のように思われる。表現内容に着目した規制立法のすべてに強い違憲の推定を働かせる措置についても、同様の「熟慮の上の選択」として、予防措置の相当性が認められているのであろう⁽²⁰²⁾。

このような考え方を憲法35条や修正4条の適用の有無を判断するに当たってモザイク理論を導入しようとする試みに推し及ぼすと、まず、個人の自律に不可欠な「全生活行程に関する情報を当人のみが把握できる状態」に対して「重大な脅威を与える」、特定の個人に関する情報の「集合効果」を抑え込むという利益は、aのとおり予防措置の必要性が肯定される場合には大きいといえるであろう。

他方、モザイク理論が導入され、予防的に法的規律が発動されるとすると、一定の「生活動作の情報」の収集に憲法35条1項による制約が課せられることになる。そうすると、仮に生活動作の情報の収集の「初め」か

⁽²⁰⁰⁾ Dickerson v. United States, 530 U.S. 428, 459 (Scalia, J., dissenting) (2000).

⁽²⁰¹⁾ 前掲注⁽¹⁸⁹⁾参照。

⁽²⁰²⁾ Strauss, *supra* note 173, at 201-203.

ら予防措置が講じられるとすれば、特定事件の犯罪捜査において、例えば、身体拘束の要否や住居の搜索の要否といった、何らかの強制捜査を実施するかどうかの判断材料を獲得するために、任意捜査として生活動作の情報を収集することができなくなるという不都合が生じることになる。このような情報収集活動が、まさに何らかの強制捜査を正当化する「正当な理由」を獲得するために行われるときにこそ必要であることを考えると、生活動作の情報の収集の「初め」から予防的に法的規律を発動するのが適切であるとは言い難い⁽²⁰³⁾。例えば、被疑者の使用する自動車にGPS端末を装着し28日間の追跡が実施された事案において、合衆国最高裁が「政府による対象車両へのGPS端末の装着及びその端末による対象車両の動きの監視が修正4条の『search』に該当すると判断する」⁽²⁰⁴⁾と判断したJones判決後、FBIの最高法律顧問（General Counsel）は、令状の発付を受けるには「相当な理由」の疎明が必要であるにもかかわらず、まさにGPS捜査のような「捜査手段の多くは、相当な理由を獲得するために使用される」のであり、この種のすべての捜査手段に「相当な理由」が求められるとなれば、「法執行にこの上ない困難を生じさせることになる」と

⁽²⁰³⁾ 確かに、「人の行動の総体が生活の私的側面を明らかにできるという前提を受け入れるならば、監視が長期の場合も短期の場合も等しく私的側面が明らかになるはずである」（State v. Estrella, No. 2 CA-CR 2011-0076, 2012 Ariz. App. LEXIS 148, ¶ 33 (Ariz. Ct. App. Sep. 6, 2012) (Eckerstrom, P. J., dissenting)）というアリゾナ州控訴裁判所のEckerstrom判事の理解は正しい。したがって、予防法理の相当性が認められるのであれば、たとえ1分や15分という「短期」の追跡・監視であっても、一律に「全生活行程に関する情報を当人のみが把握できる状態」の侵害可能性を根拠にした法的規律を発動すべきことになる。しかし、そのような法的規律の在り方が正当化されるかどうかは、予防法理の相当性が認められるかどうかにかかっているのである。

⁽²⁰⁴⁾ United States v. Jones, 565 U.S. 400, 402 (2012).

述べている⁽²⁰⁵⁾。

さらに、「取調べの可視化を実現すると同時に、取調べ及び供述調書への過度の依存から脱却し、科学技術の発達や情報化社会の進展等による社会の変化、これに伴う犯罪ツールの高度化・複雑化といった状況に対応し、治安水準を維持していくためには、客観証拠による的確な立証を図ることが可能となる捜査手法を不断に検討する必要がある」⁽²⁰⁶⁾にもかかわらず、このような必要に応えるための「犯罪の追跡可能性を高めるための方策」や「取調べ以外の場面における被疑者等の言動を捕捉するための方策」⁽²⁰⁷⁾について、対象者への具体的害悪が発生する「危険性」を理由に、予防的に情報収集の「初め」から「正当な理由」（憲法35条1項）を求めするのは、過剰なルールであると思われるのではない。

すなわち、法的規律の照準を生活動作の情報の「収集」自体に合わせるといっても、さらに、継続的・連続的に行われる情報「収集」のうち、どの段階で事前の司法審査の対象とするのが予防措置の必要性に見合った適切な措置といえるのかを検討する必要があるのである。

もちろん、位置情報の収集や生活ごみの収集といった個別の情報収集活動ごとに考慮すべき内容が異なるため、「予防措置の相当性」という表現を超えて情報収集活動のすべてに通じる一般的要件を提示することは適切ではないであろう。ただ、「全生活行程に関する情報を当人のみが把握できる状態」に対する脅威という重大な法益侵害（の可能性）を問題視して

⁽²⁰⁵⁾ Carrie Johnson, *FBI Still Struggling With Supreme Court's GPS Ruling*, NPR (Mar. 21, 2012, 4:04 AM), <http://www.npr.org/2012/03/21/149011887/fbi-still-struggling-with-supreme-courts-gps-ruling>.

⁽²⁰⁶⁾ 警察庁『捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会 最終報告』（2012年2月）28頁。

⁽²⁰⁷⁾ 警察庁『捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会における検討に関する中間報告』（2011年4月）39頁。

おり、情報収集活動の実施される「時間」が長くなればなるほど、通常は収集される情報の「総量」が多くなり、したがって、モザイク生成（収集された情報の「属性」の変容）の危険が高まる。そうだとすれば、予防的に法的規律を発動することの相当性は、モザイクが生成される正確な時点そのものを捉えることは不可能であり、また、前述のとおりその必要がないとしても、やはり一定の期間・時間をもって判断されるべきである⁽²⁰⁸⁾。

特定の犯罪の捜査のために特定個人についての精度の高い生活動作の情報を収集する場合、生活実態や人物像という法益の大きさと予防措置による捜査活動に生じる不都合性のそれぞれを考慮した上、一定の期間を設定して、「全生活行程に関する情報を当人のみが把握できる状態」という憲法上保護される利益の侵害「可能性」を根拠にした法的規律を発動するのであれば、「熟慮の上の選択」の結果として、「予防措置の相当性」が十分に肯定されるはずである⁽²⁰⁹⁾。

(208) モザイク理論を取り入れ、「特定人に関する情報収集」全般について予防的な法的規律の具体案を提示する Slobogin 教授は、合衆国においては、被逮捕者の最初の出頭機会（initial appearance）、すなわち、捜査機関が被逮捕者を裁判官の下へ連れて行かなければならないまでの時間制限が「48時間」であることを参考に、「48時間」を超える「特定人に関する情報収集」を行うには、「相当な理由」に基づいて発付された「令状」が必要であるという立法案を提示している（Slobogin, *supra* note 70, at 17-20）。

しかし、そもそも身体拘束処分と情報収集活動により制約され得る法益やそれへの侵害強度には必然的に違いがあること、合衆国とわが国では身体拘束制度そのものに違いがあること、さらに、「逮捕」後の捜査期間は既に逮捕という強制捜査を正当化する資料が揃っている状態で、さらにそれを「継続」するために所要の捜査を遂げるための期間であることを考えると、「48時間」という Slobogin 教授による「任意の、恣意的な（arbitrary）」（*Id.* at 19）期間設定は、わが国の捜査実務にそのまま当てはまるものとは言い難いであろう。

(209) 『『個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間』（以下、『プライバシー強

5. 小括

Iにおいて論じたとおり、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」 衡量による情報の「全容」の判定が不可欠である。「予防法理」である「モザイク理論」の必要性・相当性が認められる特定個人の生活動作の情報収集をこの枠組みに当てはめると、取得される情報の「総量」の考慮に当たって、「モザイク理論」が適用される場合には、その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断片的な生活動作の情報のみを取得するに思われても、取得され得る情報の「総量」が算入されることになり、集合効果によって生じる「属性」の変容を考慮した上で取得される情報の「全容」が判断され、そのような情報を収集する捜査活動として「侵害性」が測られなければならないことになる。

例えば、一定の期間を超えて精度の高い位置情報を収集する所在把握捜査には「モザイク理論」が適用される結果、対象者の一時点の位置情報は、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

保護空間』という)に関わる位置情報の取得による当該プライバシーの侵害という点を中核としつつ、事柄の性質上、取得しようとする時点ではそのような情報が否かを区別することができず、従って、そうであるおそれが常にある位置情報を逐一取得して、対象者の行動を継続的、網羅的に把握することを、プライバシーの侵害として問題視するものと理解」できる(井上正仁「GPS 捜査」『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』〔有斐閣、2017〕67頁〔傍点筆者〕) 最大判平成29・3・15刑集71巻3号13頁が、本文で述べた「予防措置の相当性」について検討せず、生活動作の情報のうち位置情報を収集するGPS捜査が「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、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制的処分にあたる」(16頁)と認めた判断には、理論上も実際上も少なくない問題点があるように思われる。所在把握捜査の法的規律の在り方については、第5章において論じる。

報の「全容」の判定に当たって考慮されるべき情報の「属性」は、「特定個人の一時点の具体的な位置情報」ではなく「生活実態・人物像」なのである。このような全容を持つ情報を取得するのは、「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条が保障する利益への脅威そのものであるから、その「侵害性」は憲法35条の適用を受ける「侵入、搜索及び押収」に該当するレベルに至っていると評価されるべきである。

他方、一定の期間を超えない位置情報の収集については、「予防法理」である「モザイク理論」を適用する相当性が認められないのであり、侵害性の判定に当たって考慮される情報の「属性」は、「公共空間における対象者の一時点の具体的な位置情報」である。そうすると、そのような情報の収集は、それ自体としては特定人の全生活行程を把握し得る強度の捜査行為（「侵入、搜索及び押収」）ではない。とはいえ、自発的に公共空間において活動する場合でも、生活像や人物像の把握に至らないまでも、公衆一般による瞬間的・不可避的な観察を超えて、意識的観察の下に置かれたり、行動や所在が記録されたりすることはないのであろうと考えるのが「正常な感覚」⁽²¹⁰⁾といえ、このようなみだりにその所在を継続的、系統的または広範囲に把握されないという自由も、憲法13条によって「警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべき」⁽²¹¹⁾である。そうだとすると、非強制手段としての所在把握捜査も、このような「自由」への侵害の度合いに応じて「具体的状況のもとで相当」と認められる限度にとどまってい

(210) 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）155頁。

(211) 最高裁判所は、「憲法13条」によって、例えば、「何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態…を撮影されない自由」という「国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべき」であると判示している（最大判昭和44・12・24刑集23巻12号1625頁〔1631頁〕）。

なければならない⁽²¹²⁾。

このようにして測定される「侵害性」は、生活動作の情報の収集に用いられる具体的手段により異なることはないから、例えば、特定個人の位置情報の収集が⁽²¹³⁾、たとえ GPS 端末を使用して行われても、尾行・聞込み・張込み等により行われても、さらには、それらの手段の組合せによって行われても、変わることはない⁽²¹⁴⁾。

⁽²¹²⁾ さらに、情報収集の側面の侵害性だけではなく、尾行中に対象者に気付かれた後、あえて密着して尾行を継続する場合のように、尾行態様の侵害性が測られなければならない場合もある。行政警察活動に関する判断ではあるものの、5名の警察官が1m～4mの「至近範囲内」において、「一団となって」被告人らを約15m尾行した「密着尾行」について、「極端に接近して尾行しなければならない必要性は何ら認められない」と評価し、「相当な尾行行為であるとは到底認め難く、違法であるといわなければならない」と判断したものとして、大阪高判昭和51・8・30判時855号115頁がある。同大阪高判は、原審（大阪地判昭和50・2・25判例時報781号55頁）が尾行行為を「多数の労働者に集団的不穏行動に出ることを煽動するやも知れないことを予測しその行動を監視警戒するため」の「情報収集活動」と位置付けたのに対して、「本件尾行行為は直接的には…監視警戒のための行為と認めるのが相当である」と判断している。

⁽²¹³⁾ 実際には、例えば、情報収集の対象者がある人物と公園で話し込んでいる場合に、GPS 端末により収集される情報は、対象者がある時点において公園にいたという「公共空間における一時点の位置情報」であるのに対して、尾行により収集される情報は、対象者がある人物と話し込んでいたという「公共空間における一時点の位置情報」ととどまらない対象者の「交友関係」という「属性」の情報である。このような収集される情報の「属性」の違いがもたらす「侵害性」の差異は、当然のことながら、強制・非強制を問わず、備えなければならない正当化要素の程度に反映されるべきである。

⁽²¹⁴⁾ Slobogin, *supra* note 70, at 13. むろん、テクノロジーの進展により、肉眼観察を容易にする装置が使用されることで情報収集が容易になったり、情報の共有化が迅速に行えるようになったりするが、犯罪捜査のための尾行等による特定人の生活動作の情報の収集は、情報社会において初めて問題視されるべきものではない。ごみの収集・

そうすると、犯罪捜査において、「予防法理」である「モザイク理論」が適用される場合、一定期間を超えて特定個人の生活動作の情報を収集するのは憲法35条1項にいう「侵入、搜索及び押収」、すなわち、刑事訴訟法197条1項但書にいう「強制の処分」に該当することになる。したがって、刑事訴訟法に「特別の定」がない限りは、そもそもそのような情報収集活動を実施できる余地はない。

「強制の処分」の「特別の定」を設けるということは、一定レベル以上の「侵害性」を伴う捜査行為について、その許容条件を主権者たる国民の代表者が国会において定めるということである。これは、憲法31条を根拠とするものであり、「形式的に強制処分に関する個別規定がおかれていけばよいというのではなく実質上その規定が明確であり、内容において適正でなければならない」⁽²¹⁵⁾から、その許容条件が明確に示されるように、捜査行為の目的・内容により類型化されて「法定」されるのが適切であり、必ずしも制約される法益ごとに「法定」されるわけではない。したがって、同じ「生活実態を明らかにし得る情報収集活動」であっても、個別具体的な情報収集活動ごとに明確な許容条件が示されていなければならず、また、強制レベルに当たる侵害性を前提に、さらにその手段の持つ侵害性の程度に応じて、要求される正当化要素の程度にも差が設けられなければならない。

このような捜査手段について、そのすべての法的手当てを具体化することはできないが、次章では、生活動作の情報のうち位置情報を収集する所在把握捜査について、問題状況を概観したのち、「モザイク理論」の適用

点検に対する最高裁のおおざりな態度が示しているように（第4章I B 1.注39）、これまで、捜査官自身による単純個人情報の収集が、あまりに捜査機関限りの裁量に委ねられ過ぎてきたのである。本稿は、情報収集活動の高度化を「きっかけ」に、犯罪捜査のための情報収集活動の法的規律の在り方を問い直す試みである。

⁽²¹⁵⁾ 三井誠『刑事手続法(1)〔新版〕』（有斐閣、1997）80頁。

の有無を含めた本稿の考える所在把握捜査の法的規律の在り方を提示したい。

Ⅲ 情報収集後の規律の基本的な考え方

これまで、犯罪捜査における情報処理プロセスの法的規律は、主として、「情報の取得という第一段階、取得した情報の分析という第二段階、分析した情報の使用や提供という第三段階」のうち、「第一段階の情報の取得のみに集中してきた」⁽²¹⁶⁾とあってよい。すなわち、わが国においてもアメリカ合衆国においても、警察実務の情報の取扱いの法的規律の在り方は、「情報の取得それに引き続く保存、あるいは利用・分析といった情報処理の一連の過程の中で、情報取得時のインパクトを重視し、もっぱら情報取得の正当化に神経を集中させる」という「取得時中心主義」⁽²¹⁷⁾と表現できる様相を呈してきたのである。本章において検討してきたのも、情報取得時の法的規律の在り方であり、また、情報の取得後の「集合効果」をも考慮して、取得時に法的規律が発動されることがあるかどうかであった。

捜査機関による情報取得後の情報の取扱いについては、「行政機関の保有する個人情報に関する法律」(行政個人情報保護法)⁽²¹⁸⁾の解釈・適

⁽²¹⁶⁾ Kerr, *supra* note 3, at 331.

⁽²¹⁷⁾ 山本龍彦「警察による情報の収集・保存と憲法」警察学論集63巻8号(2010)112頁、同『プライバシーの権利を考える』〔信山社、2017〕67頁所収。

⁽²¹⁸⁾ 平成15年5月30日法律第58号。捜査機関が取得した個人情報も「行政文書」(行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律2条3項ただし書・行政機関の保有する情報の公開に関する法律2条2項)に記録されていれば、「行政機関の職員が職務上作成し、又は取得した個人情報であって、当該行政機関の職員が組織的に利用するものとして、当該行政機関が保有しているもの」(行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律2条3項本文)に該当する。

用・運用に関する領域でもある上⁽²¹⁹⁾、情報の蓄積（の継続）は、将来発生する犯罪捜査を容易にするために行われるため、司法警察活動と行政警察活動の区分けに関する議論に踏み込むことや⁽²²⁰⁾、Bにおいて述べるように、保有される情報により適切な規律の在り方に異なる面があることから、そのすべてについて網羅的に検討を加えるのは本稿の守備範囲を大きく超える。以下では、ある犯罪捜査目的のために収集された情報の、取得後の取扱いについての規律を考える上での基本的な考え方を示すにとどめる。

A 取得した情報の取扱いに関する諸原則

取得した個人情報の取扱いに当たっては、「個人情報保護に関する事実上の世界標準として機能」⁽²²¹⁾している、「プライバシー保護と個人データの国際流通についてのガイドラインに関する OECD 理事会勧告」において示された8つの原則（いわゆる「OECD 8原則」）のうち情報取得後に関するものと、それを具体化した行政個人情報保護法の規定が踏まえられなければならない。

第一に、データ主体の同意がある場合や法律の規定による場合を除き、収集したデータを目的以外に使用してはならないのであり（「利用制限の原則」）、そして、そのためにも、収集目的が明確にされなければならない（「目的明確化の原則」）。したがって、「行政機関は、個人情報を保有するに当たっては、法令の定める所掌事務を遂行するため必要な場合に限り、か

⁽²¹⁹⁾ 例えば、堀部政男「情報公開法・個人情報保護法の提唱と実現」法律時報75巻11号（2003）60-64頁、同「日本における個人情報保護のあり方」ジュリスト1190号（2000）32-39頁参照。

⁽²²⁰⁾ 例えば、酒巻匡「『捜査』の定義について」研修674号（2004）1-14頁、川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室259号（2002）73-80頁参照。

⁽²²¹⁾ 新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』（成文堂、2000）284頁。

つ、その利用の目的をできる限り特定しなければならない」(行政個人情報保護法3条1項)。その上、「行政機関の長は、法令に基づく場合を除き、利用目的以外の目的のために保有個人情報を自ら利用」してはならないが(同法8条1項)、所掌事務の遂行に必要な限度において、「当該保有個人情報を利用することについて相当な理由のあるとき」には、内部における目的外利用が許される(同条2項2号)。

そうであれば、Bにおいて述べるとおり、犯罪捜査のための情報収集活動に伴う「侵害性」が、広い意味でのその犯罪捜査の必要性により正当化されている以上、その正当化の範囲を超えて使用するには、別途正当化要素を備えなければならないはずである。

第二に、収集された情報は、合理的安全保護措置により、紛失・破壊・使用・修正・開示等から保護されなければならない(「安全保護の原則」)。収集された捜査情報は適切に管理されなければならないが、場合によっては、その状況が審査されなければならないし、取扱いに関わる者に守秘義務が課せられなければならない。

第三に、データ収集の実施方針等を公開し、データの所在、利用目的、管理者等が明示されるべきである(「公開の原則」)。もちろん、個別具体的な犯罪捜査の内実を公開するというわけではない。どのような情報収集活動が行われ、その運用実態はどのようなものかを可能な限り公開しなければならない⁽²²²⁾。

第四に、データ主体に対して、自己に関するデータの所在及び内容を確認させ、または異議申立ての機会を保障すべきである(「個人参加の原則」)。捜査に生じる支障を考慮し、適宜の時機にデータ主体への通知が行われ、不利益状況の継続が認められる場合には、不服申立て(データの訂正・削

⁽²²²⁾ 通信傍受については、傍受令状の請求件数や発付件数等、一定事項が毎年国会に報告されることになっている(犯罪捜査のための通信傍受に関する法律30条)。

除)の機会が認められなければならないであろうし、場合によっては、被
疑者・被告人側のアクセスを可能とする手立てが講じられる必要がある。

B 目的外使用(二次使用)の規律の考え方

ある犯罪捜査目的のために収集した情報を別の犯罪捜査に備えて蓄積
(データベース化)するということは、主として将来の犯罪捜査の便宜を図
る目的で行われるのであり⁽²²³⁾、このような情報の蓄積は、実質的には別の
犯罪捜査のための情報の「再取得」というべき事態である⁽²²⁴⁾。

したがって、まずは、情報の再取得の「侵害性」が適切に衡量されなけ
ればならない。

その上で、当初の情報収集活動の侵害性は、当該情報収集活動時点で発
生している犯罪の捜査にとっての広い意味での必要性により正当化が図ら
れているのであるが、その正当化範囲を超えた二次的使用(保存・蓄積の
継続であり、廃棄・削除の免除)には、「再取得」の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⁽²²⁵⁾。「個別の犯罪捜査目的で情報を取得
すること」と、「本人が将来犯罪を行った場合に備えて情報を保管するこ
と」は「目的が異なるのであり、採取時点での適法性が、そのまま、事後

²²³⁾ 例えば、DNA型のデータベース化について、将来発生する犯罪捜査を容易化する
目的に加えて、犯行が容易に確認され得ることの認識を通じて犯罪を抑止する機能が
あると指摘されている(第162回国会参議院内閣委員会会議録14号21頁〔2005年6
月14日の岡田薫政府参考人の説明〕)。

²²⁴⁾ 典型的には、適法に取得したDNA型や指紋、顔写真等を将来の犯罪捜査のために
データベース化する場合が問題となる。特に近時は、DNA型データベースの規律の
在り方がさかんに議論されている。

²²⁵⁾ 情報の「収集自体は適法でも、その後には保有を継続することの可否は別に判断しな
ければならず、他への転用や公表にはより大きな公益上の必要性が求められることに
留意しなければならない」(田村正博『警察官のための憲法講義〔補訂3版〕』〔東京
法令出版、2018〕87頁)のである。

的利用に持ち越されるものと考えるべきではない」⁽²²⁶⁾のである。

もっとも、この場合の侵害性を正当化しようとするれば、それは将来の犯罪発生の蓋然性という予測に基づく他ないのであり、そうすると、「防止すべき危険が抽象的・仮想的であるがゆえに、そのために必要な措置もまた際限なく拡大する余地がある」⁽²²⁷⁾。そうだとすれば、将来の犯罪捜査を容易にするという目的を正当化する最も重要な要素は、蓄積対象となる情報主体の再犯の可能性とその犯罪の軽重、再犯の可能性のある犯罪の捜査にとっての情報の有用性⁽²²⁸⁾であり、これらが適切に評価されなければならないし、情報の蓄積期間の設定及び予測の有効性の点検⁽²²⁹⁾も適正に行われなければならない。

また、このような規律の仕組みが法律に規定されなければならないかどうかは、再取得の侵害性が、いわゆる「侵害留保原則」の妥当するレベルに達しているかどうかにより判断されなければならない⁽²³⁰⁾。

⁽²²⁶⁾ 徳永光「立法を伴わない犯罪捜査のための DNA データベース」甲南法学46巻3(2005)129頁。

⁽²²⁷⁾ 玉蟲由樹「刑事手続における DNA 鑑定の利用と人権論(3)・完」福岡大学法学論叢54巻2・3号(2009)1-11頁。

⁽²²⁸⁾ 例えば、DNA 型情報を保存しておく必要と、位置情報を保存しておく必要とは、差異があることは明らかであろう。

⁽²²⁹⁾ 例えば、その者の刑期終了時点において、予測(再犯可能性)の有効性が審査されなければならない。

⁽²³⁰⁾ 例えば、DNA 型データベースについては、「DNA 型データベースは行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律の適用を受けること、警察法という法律体系の中で制定された国家公安委員会規則〔DNA 型記録取扱規則(平成17年8月26日国家公安委員会規則第15号)〕に基づき運営されていることから、さらに法律の根拠が必要か疑問」(松下徹「警察における捜査手法の高度化—DNA 型鑑定及び DNA 型データベースを中心に—」刑事法ジャーナル29号〔2011〕27頁)という主張が見られる。しかし、DNA 型の採取は、任意提出・領置の手続を経ない場合には、「鑑定処分許

さらには、二次使用（蓄積の継続）が認められる場合には、Aの諸原則が適用されるのである。

C 「取得時中心主義」からの転換

以上のように、一定の場合には取得後の情報の蓄積性をも考慮して、情報取得時点における予防的な法的規律の在り方を考えるのと、取得された情報について、取得後の取扱いの在り方を考えるのは別問題である。確かに、「取得時中心主義」からの転換が求められている、すなわち、情報取得後の情報取扱い過程にも適切な規律が必要であるものの、「情報取得の正当化」にも「神経を集中」させなければならないことには変わりはないのであり⁽²³¹⁾、求められている「取得時中心主義」からの転換とは、目的外（二次）使用の規律を考えることである。

可状と身体検査令状の併用という手続」により行われているが（法務省法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「第11回会議の概要」〔2012〕3頁）、仮にこれがその採取の侵害性を正確に反映した結果、強制処分であるという評価に基づいてとられている手続であるとすれば、再取得というべきデータベース化とその運用についても、侵害留保原則により、「警察庁の所掌事務を定める組織規範及び警察法に根拠を有する国家公安委員会規則による規制規範では足りず根拠規範たる法律が必要」（末井誠史「DNA型データベースをめぐる論点」レファレンス722号〔国立国会図書館調査立法考査局、2011〕16頁）である。

⁽²³¹⁾ 情報取得後の法的規律が適切に整備された結果、情報取得時の侵害性の測定に当たって、予防手段である「モザイク理論」の適用が不必要・不相当と判断されることは当然あり得る。