

# 情報技術の高度化と犯罪捜査(2)

——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

1. 情報の自発的開示と危険の引受け・第三者法理

2. 禁制品情報の特殊な取扱い

3. 「聖域」としての住居

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

a プライバシーの期待を正当化する4つのモデル

- b 従前の警察権とプライバシー保護の均衡の維持・回復
  - c 立法的解決が望ましい
  - d 考察
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な把握
  - 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, 本号)
- 第 3 章 憲法 35 条の保障内容
- 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
- 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 2 章 修正 4 条の「search」 該当性判断基準・保護法益論の展開 (承前)

### Ⅱ Katz 基準との格闘

#### A Katz 基準への批判

(1) 1960年代までに電話はコミュニケーションの主要な手段になっており、電話ボックス内のコミュニケーションを監視することは、住居内に立ち入ってそこでの会話を聞くのと同等であった。そこで、修正 4 条の保護をテクノロジーの進展に適合させるため、I B 2. のとおり、合衆国最

高裁は、1967年のKatz判決<sup>(1)</sup>において、修正4条の解釈論の調整を行った<sup>(2)</sup>。しかし、その後、Katz基準は、理論面・適用面のそれぞれにおいて、強い批判を受けるようになる。

I B 2. のとおり、Katz判決の補足意見で示されたプライバシーへの主観的期待の表明（主観的要件）と、その客観的合理性（客観的要件）が「search」該当性の判断基準の一つである。このうち、主観的要件は、長年、自己正当化につながると強く批判されてきた。すなわち、「大統領が、電話による会話が今後すべて監視されるとテレビを通じて30分ごとに告知したとする。そうすると、国民の誰もが、電話による会話についてプライバシーの期待を合理的に抱かなくなる」<sup>(3)</sup>。電話による会話が傍受されていると周知することにより、その行為を憲法上正当化できる、そして、同様のことが捜索押収法理全般に当てはまると批判されるのである<sup>(4)</sup>。同補足意見の執筆者であるHarlan判事自身、早くからKatz基準に「限界」があることを認め、主観的要件を過度に重視することを戒めており<sup>(5)</sup>、合

---

(1) Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967). 邦語の紹介として、山中俊夫「盗聴の規制—Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)—」伊藤正己ほか編『英米判例百選 I 公法』（有斐閣、1978）176頁、渥美東洋『捜査の原理』（有斐閣、1979）73頁以下等がある。

(2) Orin S. Kerr, *An Equilibrium-Adjustment Theory of the Fourth Amendment*, 125 HARV. L. REV. 476, 515 (2011).

(3) Anthony G. Amsterdam, *Perspectives on the Fourth Amendment*, 58 MINN. L. REV. 349, 384 (1974); see also Orin S. Kerr, *Do We Need a New Fourth Amendment?*, 107 MICH. L. REV. 951, 960 (2009). Amsterdam教授のこの論文は、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）119頁以下で紹介されている。

(4) Jed Rubenfeld, *The End of Privacy*, 61 STAN. L. REV. 101, 106 (2008). この論文は、稲谷・前掲注(3) 146頁以下で紹介されている。

(5) United States v. White, 401 U.S. 745, 786 (1971) (Harlan, J., dissenting).

衆国最高裁の法廷意見も、「修正4条が保障する自由に沿わない作用によって個人の主観的期待が『調整』されてしまうような場合には、そのような主観的期待は修正4条の保護範囲の画定に何らの役割を果たさない」ことを示唆していた<sup>(6)</sup>。

合衆国最高裁が客観的要件を重視する姿勢を示してきたこともあり<sup>(7)</sup>、修正4条の「search」該当性をめぐる争点のほとんどは、客観的要件に関するものであった<sup>(8)</sup>。そこで、本項で客観的要件についての問題点を概観し、次項以下において、Katz基準の問題点に対する研究者たちの見解を考察する。

(2) Katz基準の2つ目の要件(客観的要件)は、プライバシーの主観的期待を社会が合理的であると認めることである。ここでの「社会が合理的であると認める」プライバシーの主観的期待かどうかは、どのように判定されるのか。確定的・統一的な「プライバシー」概念が存在しない上<sup>(9)</sup>、「社会が合理的である」と考えるのは何かをどうやって認識すればよいか。その単刀直入の答えがないため、『合理的』とは、主として最高裁判事が合理的であると認めるものを意味することになって」おり<sup>(10)</sup>、「Katz判決の下、修正4条は同条の保護を正当に主張できるような利益を保護してい

---

(6) Smith v. Maryland, 442 U.S. 735, 741 n.5 (1979).

(7) Hudson v. Palmer, 468 U.S. 517, 525 n.7 (1984); White, 401 U.S. at 751-52.

(8) I JOSHUA DRESSLER & ALAN C. MICHAELS, UNDERSTANDING CRIMINAL PROCEDURE 79 (6th ed. 2013). 同書の邦語訳書として、指宿信監訳『アメリカ捜査法』(Lexis Nexis, 2014)がある。

(9) 刑事手続において前提とされてきたのは、私事を秘匿するという伝統的なプライバシー概念であると思われる。B1. a 参照。

(10) ROBERT M. BLOOM, SEARCHES, SEIZURES, AND WARRANTS: A REFERENCE GUIDE TO THE UNITED STATES CONSTITUTION 46 (2003).

る」という「トートロジー以外の何物でもない」事態に陥っている<sup>(11)</sup>と指摘されているのである。

合衆国最高裁判事もこのような問題意識を持っており<sup>(12)</sup>、Katz 基準に最も批判的であったと思われるのは、Scalia 判事である。例えば、自身が法廷意見を起案した *Kyllo* 判決では、Scalia 判事は、「Katz 基準は、しばしば堂々巡りであり、主観的で予測可能性がないと批判されてきた」<sup>(13)</sup>と認め、また、*Carter* 判決<sup>(14)</sup>の補足意見では、Katz 基準は「あいまいな基準」<sup>(15)</sup>であり、「Katz 基準についてこの30年で確立されたのは、プライバシーの合理的期待とは、当裁判所が合理的であると考えるものに異様に類似しているということだけである」<sup>(16)</sup>とまで言い切っていた。

このように、プライバシーの合理的期待基準の適用は、合衆国最高裁判事の多数派の価値選好が反映されているにとどまると捉えられてしまっている結果、「第2要件の『客観的合理性』の明確な定義を欠くことに

---

(11) 1 WAYNE R. LAFAVE, SEARCH AND SEIZURE: A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT 590 (5th ed. 2012) (citing Amsterdam, *supra* note 3, at 385).

(12) 例えば、Stevens 判事は、「最高裁による社会的合理性の判断は実証可能な資料に基づいているのではなく、最高裁判事5人以上の考え方を反映しているに過ぎない」と述べていた。*Palmer*, 468 U.S. at 549 (Stevens, J., concurring in part and dissenting in part).

(13) *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 34 (2001). 邦語の紹介として、洲見光男「*Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27, 121 S. Ct. 2038 (2001) — 令状によらない熱画像器（温度感知器）の使用が第4修正に違反するとされた事例 —」アメリカ法 [2003-1] 204頁、津村政孝「家屋内から発せられる熱を測定する thermal imaging 装置と第4修正の『搜索』」[*Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001)]」ジュリスト1435号（2011）135頁等がある。

(14) *Minnesota v. Carter*, 525 U.S. 83 (1998).

(15) *Carter*, 525 U.S. at 91 (Scalia, J., concurring).

(16) *Id.* at 97.

よって予測可能性が失われる上、一貫性のない結論が生じてしまって」おり<sup>(17)</sup>、合衆国最高裁のプライバシーの合理的期待基準の適用は「まったくもって誤っている (dead wrong)」<sup>(18)</sup>と評されるまでに至っている。

さらに、修正4条が「場所ではなく人々を保護する」と宣言したKatz判決後も、合衆国最高裁は、住居に代表される私的空間とそれ以外の公共空間を単純に区別し、後者においては情報を自発的に開示している以上、そこでの情報収集活動については、プライバシーの合理的期待基準の下で一貫して修正4条の保護が及ばないと判断してきた。

しかし、テクノロジーの進化によって大量の情報を半永久的に保有することが可能となり、GPS技術や監視カメラ等が警察活動に積極的に使用されるようになるにつれて、このような公共空間におけるプライバシー保護の欠如が、とりわけ問題視されるようにもなっている<sup>(19)</sup>。すなわち、現代人の生活の多くの部分が私的空間以外で営まれる上、テクノロジーにより従来の私的空間と公共空間の区分があいまいになっていることから、公共空間においてプライバシーの合理的期待が認められないとすれば、現代社会における修正4条の保護がほとんど否定されることに他ならないので

---

(17) Renée McDonald Hutchins, *The Anatomy of A Search: Intrusiveness and The Fourth Amendment*, 44 U. RICH. L. REV. 1185, 1191 (2010).

(18) LAFAVE, *supra* note 11, at 970.

(19) *E.g.*, Marc Jonathan Blitz, *Video Surveillance and the Constitution of Public Space: Fitting the Fourth Amendment to a World That Tracks Image and Identity*, 82 TEX. L. REV. 1349, 1406-13 (2004); 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, 120-26 (2002); Matthew Mickle Werdegar, *Lost? The Government Knows Where You Are: Cellular Telephone Call Location Technology and the Expectation of Privacy*, 10 STAN. L. & POL'Y REV. 103, 111 (1998); Lewis R. Katz, *In Search of a Fourth Amendment for the Twenty-First Century*, 65 IND. L.J. 549, 565-66 (1990).

あり<sup>(20)</sup>、I C 1.の「情報の自発的開示」論がもたらす結論は、「政府の権限を制限するという規範的価値を修正4条から取り除いてしまう」<sup>(21)</sup>のではないかと危惧されているのである。

他方で、テクノロジーが進化しても、例えば、GPS技術を用いて被疑者の行動を追跡したところで、これまで警察官が被疑者を尾行することで収集してきたのと同じ情報が収集されているにとどまり、「同じ情報が収集されるにもかかわらず、技術的手段が使用されたことによりプライバシーの期待が変化するのは説得的ではない」<sup>(22)</sup>という素朴な疑問が生じるのも当然である。犯罪捜査・警察権とプライバシー保護の均衡が従前と変わっていないのであれば、少なくともこれまでの合衆国最高裁の修正4条の解釈を前提とする限り<sup>(23)</sup>、同条の保護範囲を広げようとする主張は、どちらか一方の価値を重視するという価値選好の表明に過ぎないともいえる。そうだとすると、先端テクノロジーによる情報収集活動の根本的な問題は、テクノロジーの進化によって犯罪捜査・警察権とプライバシー保護の均衡が従前と変化しないのかということであろう。

合衆国最高裁が「修正4条の『search』の包括的な意義を明らかにしようとしたことは一度もない」<sup>(24)</sup>のであり、「Katz判決の補足意見でHarlan判事がその基準を示してから40年経ったが、『プライバシーの合理的期待』の意味は著しく不透明なままである」<sup>(25)</sup>のは確かである。合衆国最高裁判

---

<sup>(20)</sup> Katz, *supra* note 19, at 568; *see also* Blitz, *supra* note 19, at 1406-08.

<sup>(21)</sup> Katz, *supra* note 19, at 564.

<sup>(22)</sup> 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).

<sup>(23)</sup> Kerr, *supra* note 2, at 487-90.

<sup>(24)</sup> LAFAYE, *supra* note 11, at 573.

<sup>(25)</sup> Orin S. Kerr, *Four Models of Fourth Amendment Protection*, 60 STAN. L. REV. 503, 503 (2007).

事ですら、在任中に「修正4条が問題となる事案は嫌いだ」と言っただけからではない<sup>(26)</sup>。そこで、次項において、プライバシーの合理的期待基準の下、複雑な理論の「寄せ集め」<sup>(27)</sup>として評判の悪い裁判例の修正4条の解釈論と研究者たちがどのように格闘してきたのかを整理・考察することで、高度化する情報収集活動の法的規律の在り方を考える示唆を得ることとした。

## B Katz 基準の明確化の試み

修正4条の研究者のKatz基準へのスタンスは、大きく2つに分かれる。第一は、Katz基準を明確化する、すなわち、プライバシーの合理的期待基準を承認し、プライバシーの期待がどのような場合に合理的であると認められるべきかというKatz基準の判断過程を類型化・明確化しようとするものであり、第二は、Katz基準に代わる「search」該当性の基準を提示しようとするものである。本項では、まず、近時の論稿のうち前者の立場を考察することで、より鮮明になるKatz基準の問題性を確認した上、次項において後者の立場を考察する。

### 1. Kerr教授による類型化

#### a プライバシーの期待を正当化する4つのモデル

Kerr教授は、「プライバシーの期待が合理的であるかどうかについての単一の基準があるに違いない」というのは「誤った前提」である<sup>(28)</sup>という考えの下、Katz基準を適用した合衆国最高裁判例を類型化し、Katz基準

---

<sup>(26)</sup> Interview by Susan Swain with Antonin Scalia, Associate Justice of the United States Supreme Court, in Washington, D.C. (June 19, 2009), *available at* <https://www.c-span.org/video/?286079-1/supreme-court-justice-scalia>.

<sup>(27)</sup> Kerr, *supra* note 2, at 476.

<sup>(28)</sup> Kerr, *supra* note 25, at 507.



を明確化しようと試みる。

Kerr 教授によると、合衆国最高裁が「プライバシーの合理的期待」の有無を判断するに当たって考慮するモデルが4つ存在し、具体的事案に最も適合的なモデルを選択して結論を出しているという<sup>(29)</sup>。そこで、合衆国最高裁判事が4つのモデルを明確に認識し、どのモデルが最適かという点を直接的に判示することで、下級審に対しても現場の捜査官に対しても予測可能性を高めることができると考えるのである<sup>(30)</sup>。したがって、Kerr 教授にとっては、Katz 基準に必要なのは「やり直し」ではなく「微調整」なのである<sup>(31)</sup>。

Kerr 教授が整理する4つのモデルとは、用いられた手段に着目し、その手段が、通常人が秘匿しておきたいと期待する事項を社会の共通認識に反して明らかにするものであるかを考慮する「probabilistic model」<sup>(32)</sup>、政府が収集した情報に着目し、その情報が私的で憲法上保護に値するかどうかを考慮する「private facts model」<sup>(33)</sup>、政府の行為を禁止したり制限したりする修正4条以外の実定法規の有無を考慮する「positive law model」<sup>(34)</sup>、ある手段が令状主義による規制を施されるべきかどうかという

---

(29) *Id.*

(30) *Id.* at 551.

(31) Kerr, *supra* note 3, at 966.

(32) Kerr, *supra* note 25, at 508-12. 合衆国最高裁がこのモデルにより解決した事例は、Ciraolo 判決 (California v. Ciraolo, 476 U.S. 207 (1986)), Olson 判決 (Minnesota v. Olson, 495 U.S. 91 (1990)), Bond 判決 (Bond v. United States, 529 U.S. 334 (2000)) 等多数あるという。

(33) *Id.* at 512-16. 合衆国最高裁がこのモデルにより解決した事例も、Karo 判決 (United States v. Karo, 468 U.S. 705 (1984)), Jacobsen 判決 (United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109 (1984)), Dow Chemical 判決 (Dow Chem. Co. v. United States, 476 U.S. 227 (1986)) 等多数あるという。

(34) *Id.* at 516-19. 合衆国最高裁がこのモデルにより解決した事例も、Rakas 判決

政策判断をする「policy model」<sup>(35)</sup>である。

これらの4つのモデルは、一定の事例では警察官の行為を適切に規律するが、すべての事案に適合的な単一のモデルは存在しない<sup>(36)</sup>。しかし、合衆国最高裁が複数のモデルを使い分けていること自体が、「search」該当性が問題となる事案を類型化し、下級審における判断の一貫性・正確性をもたらすというのである<sup>(37)</sup>。したがって、重要なのは、合衆国最高裁が4つのモデルの特性を認識した上で、具体的事案において最適なモデルを自覚的に選択することであり、下級審は、問題となっている事案と最も類似する合衆国最高裁判例に依拠し、そこで用いられたモデルを適用することである<sup>(38)</sup>。それにより、プライバシーの合理的期待が「多元的な基準」として規格化されていくという<sup>(39)</sup>。

Kerr教授によると、上記4つのモデルのうち、高度化する情報収集活動に適合的なのは「private facts model」である<sup>(40)</sup>。というのも、このモデルは、情報がどのように取得されたかやテクノロジーの内容を裁判官が厳密に理解した上で認定することを求められず、獲得された情報内容に着目して「search」該当性を判断できるため、一貫した判断が可能であるからである<sup>(41)</sup>。

---

(Rakas v. Illinois, 439 U.S. 128 (1978)), Riley 判決 (Florida v. Riley, 488 U.S. 445 (1989)) 等多数あるという。

<sup>(35)</sup> *Id.* at 519–22. 合衆国最高裁がこのモデルにより解決した事例も、Hudson 判決 (Hudson v. Palmer, 468 U.S. 517 (1984)), Kyllo 判決 (Kyllo v. United States, 533 U.S. 27 (2001)) 等多数あるという。

<sup>(36)</sup> *Id.* at 526.

<sup>(37)</sup> *Id.* at 545.

<sup>(38)</sup> *Id.* at 548.

<sup>(39)</sup> *Id.*

<sup>(40)</sup> *Id.* at 543.

<sup>(41)</sup> Kerr 論文を引用し、「新たなテクノロジーの使用が問題となる場面では、合衆国最

以上の Kerr 教授の分析からも明らかなおり、修正 4 条の解釈論——プライバシーの合理的期待論——において判例上前提とされてきた「プライバシー」とは、憲法上保護されるべき私事を明らかにされないということ、すなわち、私事の秘匿という伝統的なプライバシー概念であるといえる<sup>(42)</sup>。

b 従前の警察権とプライバシー保護の均衡の維持・回復

以上のように、合衆国最高裁が「プライバシーの合理的期待」という幅広い解釈の可能な、実際の事案に適用するに当たって上記 4 つのモデルを要するような基準を採用しているのは、テクノロジーや社会の在り様の変化が警察権を強化する場合には修正 4 条による保護を強化させ、他方で犯罪解決に必要な証拠の獲得を困難にする場合には修正 4 条による保護を低下させることで、従前の警察権とプライバシー保護の均衡を維持できるようにするためであるという。警察権とプライバシー保護の適切な均衡を維持するという調整のメカニズムのために、プライバシーの合理的期待基準を実際に適用する場面において、a の 4 つのモデルが選択的に活用されているというのである<sup>(43)</sup>。

したがって、Kerr 教授によれば、合衆国最高裁の修正 4 条の解釈論は、「失敗」ではなく、進化するテクノロジーに対処するために「必要な調整」を行う司法判断の積み重ねなのである<sup>(44)</sup>。

---

高裁は、獲得された情報が私的で憲法上の保護に値するものであったかどうかに着目してきた」と積極的に判示する裁判例もある (United States v. Sparks, 750 F. Supp. 2d 384, 392 (D. Mass. 2010) (citing Kerr *supra* note 25, at 512))。

(42) プライバシー概念の展開と刑事手続との関係については、C 1. 参照。

(43) Kerr, *supra* note 2, at 491-92.

(44) *Id.* at 481.

c 立法的解決が望ましい

Kerr 教授は、望ましい均衡状態の維持・回復のための「調整」を適切に行うには、テクノロジーや社会慣行がどれだけ変化したかを見極める必要があるため、司法による拙速な干渉は誤りの危険があると考えている<sup>(45)</sup>。そこで、Kerr 教授は、新たなテクノロジーが安定しないうちは、立法による規律が望ましいと主張する<sup>(46)</sup>。テクノロジーが進化するのに合わせて、迅速に法が対応するのが理想的であり、立法府の方が包括的で最新のルール作りが可能であるし<sup>(47)</sup>、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る上<sup>(48)</sup>、事実関係や争いのある要件に拘束されずに、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というのである<sup>(49)</sup>。

したがって、問題のテクノロジーが社会において安定的に使用されるようになるまで司法の確定的判断を遅らせることによって望ましい立法的解決が促進されるのであり<sup>(50)</sup>、拙速な司法判断は問題の終局的な解決になら

---

(45) *Id.* at 539.

(46) Orin S. Kerr, *The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution*, 102 MICH. L. REV. 801, 806 (2004). この論文は、稲谷・前掲注(3) 180頁以下で紹介されている。

(47) *Id.* at 871-75.

(48) *Id.* at 875-82.

(49) *Id.* at 873-74.

(50) Kerr 教授は、司法的規制の不存在が、むしろ、テ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と考えている。Kerr, *supra* note 2, at 541.

ないため<sup>(51)</sup>、Kerr 教授は、司法府の慎重な対応を強く求めるのである<sup>(52)</sup>。

#### d 考察

プライバシーの合理的期待というような大枠を設定した上で、さらに様々な類型に応じた個別準則を求めるというアプローチは、包括的な「search」該当性の判断基準を確立するというよりも、その適用過程、判断過程を具体化・明確化する試みである。様々な態様があり得る捜査手段の法的規律の在り方を探求する上で適切な作業であろう。

もっとも、Slobogin 教授が指摘するように、維持・回復すべき均衡状

---

51) *Id.* at 539-42.

Kerr 教授は、1928年の *Olmstead* 判決 (*Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928)) が1967年の *Katz* 判決で変更されるまで39年もかかっており、「*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だろうか」という見立てを示す (*Id.* at 542)。

52) Kerr 教授は、新たなテクノロジーとの関係で修正4条の権利が認められるかどうかの確定的判断を避けた *Quon* 判決 (*City of Ontario v. Quon*, 560 U.S. 746 (2010)) の手法を推奨する (*Id.* at 539-40)。Quon 事件では、市が警察職員に貸与していたポケベルの短文メッセージを市側が調査した行政目的の検査の適性が争われ、ポケベルのメッセージにプライバシーの合理的期待が認められるかどうかの問題となった。合衆国最高裁は、「新たなテクノロジーの社会における役割が明確になる前に、そのテクノロジーと修正4条の関わり合いを過度に判断することは、司法府が危険を冒すことになる」(*Quon*, 389 U.S. at 759) と述べ、「仮にプライバシーの合理的期待が認められるとしても」、メッセージ内容の調査は本件状況において合理的であり修正4条に反しないと判断した (*Id.* at 760)。

*Quon* 判決の邦語の紹介として、吉村弘「*City of Ontario v. Quon*, 560 U.S. \_\_\_, 130 S. Ct. 2619 (2010) —市から警察官に貸与された (issued) ポケベル (pager) の通信文の『写し』を、字数制限の有効性の調査のため、同意無しに警察当局が、接続業者から取り寄せ検査しても、合衆国憲法第4修正に違反しない—」アメリカ法 [2011-2] 592頁等がある。

態の「ベースライン」が何も示されていない点<sup>(53)</sup>が課題として残っていると  
言わざるを得ない<sup>(54)</sup>。

また、司法府の慎重な対応を求めるという考え方については、Solove  
教授の指摘のとおり、「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」<sup>(55)</sup>  
であろう<sup>(56)</sup>。

## 2. Slobogin 教授による侵害度の社会調査

(1) 1. の Kerr 教授の分析に批判を向けるのが Slobogin 教授である。  
合衆国最高裁のプライバシーの合理的期待基準の適用は、社会の共通認識  
に直接的に依拠しているのではなく、「ある捜査手法を憲法上の制約に服  
させることの損失と利益の規範的評価」である<sup>(57)</sup>という Kerr 教授に対し  
て、Slobogin 教授は、「人々がプライバシーについてどう考えているかを  
問うことなく、『規範的に』プライバシーを評価することはできない」<sup>(58)</sup>  
のであり、合衆国最高裁が不適切な利益衡量を行っていると批判する。  
Slobogin 教授は、市民がプライバシー侵害であると感じるものに基づい

---

<sup>53</sup> Christopher Slobogin, *An Original Take on Originalism*, 125 HARV. L. REV. 14, 15 (2011).

<sup>54</sup> この点についての詳細は、第3章Ⅲにおいて論じる。

<sup>55</sup> DANIEL J. SOLOVE, NOTHING TO HIDE: THE FALSE TRADEOFF BETWEEN PRIVACY AND SECURITY 170 (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。

<sup>56</sup> このような「The-Leave-It-to-the-Legislature Argument」(*Id.* at 165) についての  
本稿の考え方は、第4章 I B 4. において論じる。

<sup>57</sup> Kerr, *supra* note 3, at 966 n.14.

<sup>58</sup> Christopher Slobogin, *Proportionality, Privacy, and Public Opinion: A Reply to Kerr and Swire*, 94 MINN. L. REV. 1588, 1601 (2010).

て、裁判所がプライバシーへの「侵害度 (intrusiveness)」を評価すべきであると主張するのである<sup>(59)</sup>。

プライバシーに基づくアプローチを「政府の犯罪統制権限と一人にしておいてもらうという個人の権利の衡量の好例」<sup>(60)</sup>であるとする Slobogin 教授は、適切な衡量のための2つの手法を提示する<sup>(61)</sup>。まず、裁判所は、「何をプライベートであると思うかについての手がかり」として財産法や契約法といった実定法規を参照する。実定法規が不明確だったり直接には触れていなかったりする場合には、次に、一般公衆のプライバシー侵害の認識の調査を参照することになる。「侵害度」についての社会の共通認識を調査することによって、プライバシー侵害を評価するのである<sup>(62)</sup>。というのも、このような観点を無視すると、「最高裁の判断の正当性を損なう」

---

(59) CHRISTOPHER SLOBOGIN, *PRIVACY AT RISK: THE NEW GOVERNMENT SURVEILLANCE AND THE FOURTH AMENDMENT* 32-33 (2008). この著書は、稲谷・前掲注(3) 135頁以下で紹介されている。

(60) CHRISTOPHER SLOBOGIN, *CRIMINAL PROCEDURE: REGULATION OF POLICE INVESTIGATION: LEGAL, HISTORICAL, EMPIRICAL, AND COMPARATIVE MATERIALS* 54 (4th ed., 2007).

(61) SLOBOGIN, *supra* note 59, at 21-47.

(62) Slobogin 教授は、合衆国最高裁で「search」該当性が問題となった20の事例を陪審有資格者190人に示し、それぞれについて感じる「侵害度」を1~100で回答してもらうという社会調査を実施し、合衆国最高裁の判断が社会的認識と合致しないことを証明しようとしている。Id. at 110-13. その根拠として、例えば、修正4条の適用があると合衆国最高裁が判断した「安全性調査のための工場への立入検査」や「炭坑の立入検査」よりも、Riley 事件の事例（「高度400mからの撮影」）や「路上に出されたごみの点検」の方が侵害度が高いという調査結果を挙げる。この調査結果をまとめた一覧表の邦語の紹介として、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）127頁（同『プライバシーの権利を考える』〔信山社、2017〕82頁所収）がある。

ことになってしまうからであるという<sup>(63)</sup>。

その上で、以上のようにして計測された「侵害度」を基に、その正当化に要求される要件が設定されるという、修正4条の「searchやseizureは、正当化の程度と警察活動の侵入性とがおおよそ釣り合っていれば合理的であるという権衡原則（The proportionality principle）」の採用を主張する<sup>(64)</sup>。

Slobogin教授が要求する正当化要件は4段階に分かれる。最も厳格な要件は、「ある手段により発見される証拠が重要であり、その手段により目的の証拠が発見される可能性が75%以上であることを明白で確実な資料で示すこと」、2番目が、一般に「相当な理由」といわれる51%以上の確実性の証明、3番目が、「合理的嫌疑」といわれるおおよそ30%程度の確実性の証明、最も緩やかなものが、「犯罪の発見や被疑者の逮捕に有益な情報につながる情報が存在すると思料する理由を明らかにすること」が求められるだけの、通常「関連性の基準」といわれる要件である<sup>(65)</sup>。

(2) このようなSlobogin教授の考え方は、プライバシー侵害に程度の差があることを認めた上、その侵害が少しでも認められれば「すべてが修正4条の『search』に当たり、真の問題は憲法上合理的かどうか」<sup>(66)</sup>で

---

<sup>(63)</sup> Christopher Slobogin & Joseph E. Schumacher, *Reasonable Expectations of Privacy and Autonomy in Fourth Amendment Cases: An Empirical Look at "Understandings Recognized and Permitted by Society"*, 42 DUKE L.J. 727, 753 (1993).

<sup>(64)</sup> SLOBOGIN, *supra* note 59, at 21.

<sup>(65)</sup> *Id.* at 38-39. 例えば、日記を精読するには、最も厳格な正当化要素の充足が要求されるという。

<sup>(66)</sup> Kerr, *supra* note 3, at 961.

このような「合理性」による規律の在り方はこれまで根強く主張されてきた。See e.g., Peter Swire, *A Reasonableness Approach to Searches After the Jones GPS Tracking Case*, 64 STAN. L. REV. ONLINE 57 (2012); Peter P. Swire, *Katz Is Dead. Long Live Katz*, 102 MICH. L. REV. 904 (2004); Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment First Principles*, 107 HARV. L. REV. 757 (1994); Katz, *supra* note 19; see



あるという、判例上の修正4条の解釈論に対する「新たな枠組み」である<sup>(67)</sup>。

判断基準よりもその適用過程、判断過程を具体化・明確化しようと試みるのは、1.dにおいて述べたとおり、捜査手段の法的規律の在り方を探求する上で適切なアプローチである<sup>(68)</sup>。また、確かに、Slobogin教授が自身の考え方に対する批判への応答として述べるように、「2001年9月11日の同時多発テロ前後では、同様の事実関係についての侵害度の格付けが低下しており、多くの人は、自由よりも安全を選択した」ものの、着衣の上から軽く叩いて武器の有無を確かめる frisk は、銀行の口座情報の点検よりも侵害度が低いと回答され、検問は私的財産のテクノロジーをつかった監視よりも侵害度が低いと回答されるといったように、「侵害度の序列が影響を受けていない」ことは<sup>(69)</sup>、この種の社会調査に一定の有用性があることを示しているといえるであろう。

しかし、第4章 I A 1.において論じるとおり、警察権・捜査権を最適

---

also Daniel J. Solove, *Fourth Amendment Pragmatism*, 51 B.C. L. REV 1511 (2010).

<sup>(67)</sup> Kerr, *supra* note 3, at 966. 「search」に該当しなければ修正4条の適用はないという法的規律の枠組みの下、日本においてはいわゆる「任意捜査の限界」のレベルにおいて規律される捜査活動について、何らかの法的規律を及ぼそうとする工夫であるといえる。

<sup>(68)</sup> Slobogin教授は、さらに、修正4条がプライバシーの一内容として「匿名性の権利 (the right to anonymity)」を保障しており、特定人の行動をビデオカメラにより監視する場合に限らず、対象を特定しない公共空間におけるカメラ監視についても、カメラの「設置」自体に正当化要件が備わらなければならないと主張し、その具体的な正当化要件を提示している (Christopher Slobogin, *Public Privacy: Camera Surveillance of Public Places and the Right to Anonymity*, 72 MISS. L.J. 213, 285-96 (2002))。合衆国における街頭防犯カメラの法的規制については、星周一郎『防犯カメラと刑事手続』(弘文堂、2012) 122頁以下で詳細に紹介されている。

<sup>(69)</sup> Slobogin, *supra* note 58, at 1600.

な状態に規律するという事は、ある捜査手段が、第一次的には捜査機関限りの判断と裁量によって実行できるという権限が承認され一般化した場合に、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目的に合致しないかどうか」を評価するという規範的な「価値判断」を伴う作業であり<sup>(70)</sup>、経験的な調査結果と必ずしも合致するわけではない<sup>(71)</sup>。「ある捜査手段の侵害度を計測しても、その手段が市民の自由をどの程度侵害するかを計測していることにはならない」のであって、ある捜査手段が不快に感じられることと、それが市民の自由に脅威を生じさせることは直接的には結びつかないはずなのである<sup>(72)</sup>。経験的指標に直接依拠した規律を模索することには、限界があるように思われる。

### 3. 小括

プライバシーの合理的期待という大枠を受け入れる見解は、それを具体的事案へ適用する場面を見据えて、大きな枠組みの適用過程を明確化しようと試みている。具体的な捜査活動を適切に規律するための行為規範を提示しようとするとき、このような取組みは不可欠である。

また、Kerr 教授がいうように、Katz 基準が単一の準則でないとするならば、「これまでほとんどの研究者は、Katz 基準が単一の基準であると考えてきた。結果として、既存のルールに不満を持つ論者は、最高裁に対して、彼らが最も適当と考える規範的な原理原則に基づいて Katz 基準を解釈するように主張してきた。しかし、このような要求は必ずしも顧みられない」<sup>(73)</sup>ともいえる。

---

(70) Amsterdam, *supra* note 3, at 403.

(71) 第4章 I A 1. において論じる。

(72) Kerr, *supra* note 3, at 959.

(73) Kerr, *supra* note 25, at 550.

しかし、プライバシーの合理的期待という大枠が単一の準則でないとするならば、プライバシーの合理的期待基準の下で考えるべき「プライバシー」の内容を具体化する試み(C 1.)や、プライバシーの合理的期待基準の様々な代案(C 2. 以下)にも、少なくとも大枠の適用過程で考慮されるべき準則としての意味があるはずである。さらに、より根源的な問題は、プライバシーの合理的期待という大枠というよりも、それにより守るべき「ベースライン」は何かということである。そこで、次項では、刑事手続において保護されるべきプライバシーの内容を具体化する試みや様々な提示されるプライバシーの代案を参照し、さらに、それらの考え方の根本にあるはずの、刑事手続において保護される「ベースライン」が何かを探りたい。

## 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

周知のとおり、プライバシーの法的権利性に関する議論の出発点は、1890年に発表されたWarrenとBrandeisによる共同論文「プライバシーの権利」である<sup>(74)</sup>。

この共同論文によると、イエロージャーナリズムにより私事を暴露されたことによって精神的苦痛を被った者の救済のため、名誉に対する侵害や財産権の侵害、黙示の契約の違反や信託・信頼の違反による救済が認められた裁判例を検討した結果、その基礎には、個人的な書類やその他知性または感情の所産を保護する「プライバシーの権利」が認められるという。

---

<sup>(74)</sup> Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890). この論文の邦語訳として、外間寛訳「プライバシーの権利」戒能通孝ほか編『プライバシー研究』(日本評論新社, 1962) 1頁等がある。

同論文は、この「プライバシーの権利」が、「人間の人格の権利」の一部であり、個人の容姿・言動・交友関係についても不当な公開から保護されることを論証している。この権利は、「一人にしておいてもらう権利」という位置づけからもわかるように、個人主義的な価値を具現化したものであった<sup>(75)</sup>。

このように、私事の公開に対処することがプライバシー権の出発点であったが、「情報化社会の進展、特にコンピュータリゼーションの普及によって、プライバシー問題の様相は大きく変化」<sup>(76)</sup>する。コンピュータ化によって現実化した、大量の個人情報迅速に処理できる高度情報社会という新たな社会状況を踏まえ、1960年代半ばのアメリカにおいて、プライバシーの焦点が私事の秘匿から私事に関する情報をコントロールすることに移り、この新たな権利は、情報プライバシー権として再構成されることになったのである。その代表的論者である Alan Westin が、プライバシーを「個人や集団、組織が、自己に関する情報を、いつ、どのように、どの範囲で他者に伝えるのか自ら決定するという要求」<sup>(77)</sup>と定義したことは余りにも有名である。

Westin のプライバシー観で注目されるのは、プライバシーはそれ自体が目的なのではなく、自己実現という個人的目的を達成するための「手段」であると捉えられている点（プライバシーの機能的価値）<sup>(78)</sup>と、プライバシーが「民主主義社会における個人のために機能する」ものであると捉

---

<sup>(75)</sup> 後に合衆国最高裁判事に就任した Brandeis は、Olmstead 判決の反対意見において、修正4条により「一人にしておいてもらう権利」が保護されるべきであると主張した (Olmstead, 277 U.S. at 478 (Brandeis, J., dissenting))。

<sup>(76)</sup> 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994）369頁。

<sup>(77)</sup> ALAN F. WESTIN, PRIVACY AND FREEDOM 7 (1967).

<sup>(78)</sup> *Id.* at 39.

えられている点（プライバシーの社会的価値）<sup>(79)</sup>である<sup>(80)</sup>。

Westin とともに情報プライバシー論の代表的論者として挙げられることの多い Charles Fried も、プライバシーを「自己に関する情報についてのコントロール」と定義するが<sup>(81)</sup>、やはりプライバシーが「自由〔な言動〕を保護する役割」を持つという<sup>(82)</sup>。さらに、Fried は、プライバシーが一般的な自由に資する側面以上に、「プライバシーは、それなしでは人間ではいられないような愛や友情、信頼という関係にとって必要な環境」であることを強調している<sup>(83)</sup>。

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」

B 1. a のとおり、修正 4 条の解釈論において前提とされてきたプライバシー権は、私事を秘匿するという意味での伝統的な形態のプライバシー権であったといえる<sup>(84)</sup>。捜査機関による私生活への有形・無形の介入が問題となる刑事手続において、その法的統制の発動に当たってまず考慮されるプライバシー権が「私事の秘匿」という伝統的プライバシー権であるのは

---

(79) *Id.* at 31. See also STEPHEN BREYER, ACTIVE LIBERTY: INTERPRETING OUR DEMOCRATIC CONSTITUTION 15-20, 66-74 (2005).

(80) プライバシーの機能的価値・社会的価値については、第 3 章 III B 1. も参照。

(81) Charles Fried, *Privacy*, 77 YALE L.J. 475, 482 (1968).

(82) *Id.* at 483-84.

(83) *Id.* at 484.

(84) Olmstead 判決の反対意見において Brandeis 判事が主張した「一人でいさせてもらう権利」が、40年を経て Katz 判決で合衆国最高裁に受け入れられたと評価する論稿として、例えば、Scott E. Sundby, “Everyman”’s Fourth Amendment: Privacy or Mutual Trust Between Government and Citizen?, 94 COLUM. L. REV. 1751, 1756 (1994) がある。

当然であり、さらに、修正4条の制定経緯<sup>(85)</sup>からもそれは容易に理解できる。

修正4条が保護するのが私事を秘匿するという意味のプライバシーの利益であるとする、その利益主体が自発的にある情報を第三者に開示した以上、開示された情報のそれ以後の取扱いに修正4条の保護は及ばないという帰結に至るのも、自然なことといえる。I C 1.において整理したとおり、合衆国最高裁は、自主的に開示されたとみなされる情報については修正4条の保護が及ばず、さらに、第三者に対して自主的に情報を明らかにした者は、開示の相手方や目的が限定されていても、その情報が捜査機関にまで伝えられることの危険も引き受けることになるという判断を繰り返して示してきた。

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

また、「私事の秘匿」という伝統的プライバシー権が捜査活動の統制原理であるとする、情報収集活動を法的に規律するタイミングは、情報の取得、保存・蓄積、分析、提供・開示という情報処理過程のうち、秘匿状態の解消時点、すなわち、最初に情報が取得される時点であり、その時点での情報内容が保護に値するかどうかを考慮するという規律が生じる。「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、合衆国憲法「修正4条による規律は、従来、第一段階の情報の取得のみに集中してきた」<sup>(86)</sup>のである。

---

<sup>(85)</sup> 第3章Iにおいて論じる。

<sup>(86)</sup> Orin S. Kerr, *The Mosaic Theory of the Fourth Amendment*, 111 MICH. L. REV. 311, 331 (2012).

これに対して、Kerr 教授は、コンピュータ化された捜査の利点を生かしつつプライバシーの危険を最小化するためには情報処理の最終段階を規制するのが最善であり、「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」<sup>(87)</sup>という。例えば、コンピュータのハードディスクの点検は、情報が「スクリーンに映し出される」といった、「現実的に人間の観察にさらされることになる」場合に限って「search」に該当するというべきであるという。このように考えることで「digital world」以外の「search」と平仄を合せられるとともに、「search」の範囲が過大であったり過小であったりするのを防げる上、「コンピュータの技術的機能を制御したり理解したりする」よりも情報の発覚可能性を認知・管理する方が容易であるからであるという<sup>(88)</sup>。

このような法的規律の在り方に対して、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」という難点を指摘する<sup>(89)</sup>。また、Solove 教授は、「情報が一度取得されると修正 4 条の規制枠組みは適用されなくなるというのは、政府による情報の濫用の多くがその取得後に生じるため、問題である」という<sup>(90)</sup>。

---

(87) 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).

(88) Orin S. Kerr, *Searches and Seizures in a Digital World*, 119 HARV. L. REV. 531, 551-52 (2005). Kerr 教授は自身のこのような考え方を「exposure-based approach」と呼んでいる。

(89) Christopher Slobogin, *Is the Fourth Amendment Relevant in a Technological Age?*, in CONSTITUTION 3.0, *supra* note 87, at 23.

(90) DANIEL J. SOLOVE, THE DIGITAL PERSON: TECHNOLOGY AND PRIVACY IN THE

Kerr 教授は情報処理プロセスの最終段階を統制すれば十分であるというが、第4章において論じるとおり、高度化・複雑化する情報処理プロセスにおいては、そのプロセスそのものが整然と区分けできないことが問題であり、それをどのように法的規律の在り方に反映させるかが検討されなければならないのである<sup>(91)</sup>。ただし、情報収集活動の規律のタイミングについて、情報取得段階のみならず、その後の取扱いにも目を向け、取得情報の一定期間後の消去、閲覧・使用者の限定、二次（目的外）使用の許容要件の設定といった手当てを施さなければならないことは確かである<sup>(92)</sup>。

#### 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

(1) そこで、b、cのような法的規律の在り方は大量の個人情報第三者に明らかになっている情報社会において適切ではないという問題意識の下、自己の情報をコントロールする権利がプライバシー権の内容であるという立場から修正4条の解釈論を展開する見解が主張されるようになった。

例えば、Taslitz 教授によると、技術的監視手段に関する合衆国最高裁判例の危険の引受けという「欠陥」は、相手方から第三者に情報が伝わるという高度の蓋然性を認識し、または、認識すべき者が、相手方にある情報を伝えた場合、その情報についてはプライバシーの合理的期待は認められないという認知的なプライバシー概念から生じているが、このようなプライバシーの捉え方は誤っているという<sup>(93)</sup>。

---

INFORMATION AGE 221 (2004).

<sup>(91)</sup> 第4章ⅡBにおいて論じる。

<sup>(92)</sup> 第4章Ⅲにおいて論じる。「情報取得後に法的手当てが必要であること」と、「情報取得段階においてどのような条件を備えなければならないか」は別の問題である。

<sup>(93)</sup> Andrew E. Taslitz, *The Fourth Amendment in the Twenty-First Century: Technology, Privacy, and Human Emotions*, 65 LAW & CONTEMP. PROBS. 125,



Taslitz 教授の考えるプライバシー概念は、「情緒的な」ものであり、自己意識を保護し、自分についてどの部分を誰に見せるかの判断を可能にするもの<sup>(94)</sup>、すなわち、「自分自身についての重要な情報をコントロールすることにより自己定義を保障する」ものである<sup>(95)</sup>。このようなプライバシー概念を導くに当たって、Taslitz 教授は、Rosen 教授の『THE UNWANTED GAZE』<sup>(96)</sup>を参照しつつ、人間性や人格を出発点にする。そもそも、人の人格は多面的であり、他人に自分自身の本質を理解してもらうには、時間をかけて自分自身の様々な面を伝える必要があるが、その間に屈辱・侮辱・精神的苦痛を生じさせる誤った評価を受けやすい。人は、ごく限られた親密な仲間内のみ自分の全体像を明かすが、それ以外の者からの誤った評価を避けるために、そのような者からの「望まない注視」を避ける必要がある。ある場面では自分自身のある側面を表に出さないが、そのような抑制的な個別的言動が、それがとられた具体的文脈と切り離されて一般化されることにより、誤った評価が生じる<sup>(97)</sup>。プライバシーの権利が、このような具体的文脈を離れた誤った評価を避けること、評価されたい他者に評価されることを可能にするという<sup>(98)</sup>。

自分自身の見せたい部分のみを他者に対して明らかにできるという自己に関する情報のコントロールというプライバシー概念によると、自己に関

150-51 (2002).

<sup>(94)</sup> *Id.* at 152.

<sup>(95)</sup> Andrew E. Taslitz, *What is Probable Cause, and Why Should We Care? The Costs, Benefits, and Meaning of Individualized Suspicion*, 73 LAW & CONTEMP. PROBS. 145, 187 (2010).

<sup>(96)</sup> JEFFREY ROSEN, *THE UNWANTED GAZE: THE DESTRUCTION OF PRIVACY IN AMERICA* (2000).

<sup>(97)</sup> Taslitz, *supra* note 93, at 153-55 (citing ROSEN, *supra* note 96, at 19-21).

<sup>(98)</sup> *Id.* at 155.

する情報が「明らかになること自体」ではなく、自己に関する情報の「コントロールを喪失すること」がプライバシー侵害であるから<sup>(99)</sup>、「公共空間においても『プライベート』である可能性があり」、また、情報を部分的に開示しても情報のコントロールを失うわけではないという<sup>(100)</sup>。

(2) Taslitz 教授は、「特定の状況において、選ばれた他人に対してアイデンティティの一部を明らかにし、アイデンティティのすべてをごく限られた者に明らかにする。プライバシーがもたらすこのような自由が、生きる力となる親密な関係や人間の自律をもたらすのである」<sup>(101)</sup>と述べている。修正4条が保護すべき「ベースライン」を考えるに当たって、このように「自律性」に着目するのは大切であると思われる<sup>(102)</sup>。また、「自分自身についての重要な情報」が第三者に開示されたり捜査機関に取得されたりした後も、なお修正4条に基づく規律があり得るという点で、私事を秘匿する権利という伝統的なプライバシー権に基づく修正4条の解釈論よりも、情報処理過程の高度化に適切に対応できるようにも思われる。

もっとも、自己情報コントロール権に基づいて警察活動を規律するという考え方には、そもそも、「プライバシー」ですら論者により意図する内容が違う状況において、それに「情報」や「コントロール」というさらに意義を確定しなければならない概念を付け加え、「情報コントロール権」という概念を創出するとさらなる混乱を招来するという、自己情報コントロール権説への強い批判がそのまま当てはまる。

さらに、Taslitz 教授のいうように自己情報コントロール権としてのプライバシー権を「情緒的なもの」と捉えると、保護の対象の主たる関心が

---

(99) Taslitz, *supra* note 95, at 187.

(100) Taslitz, *supra* note 93, at 152.

(101) *Id.* at 155.

(102) この点についての詳細は、第3章Ⅲにおいて論じる。

「情緒」や「自律」に直接的に関係する情報（Taslitz 教授のいう「自分自身についての重要な情報」）に向かいやすくなるであろう<sup>(103)</sup>。しかし、情報処理過程の高度化と情報の蓄積性という特質を考えると<sup>(104)</sup>、果たして重要でない個人情報が存在するのであろうか。確かに、情報取得後の保存・蓄積・分析といった過程にも注意を払うべきであることは明らかであるが、第4章において論じるとおり、高度化する情報処理過程を考えると、単純な個人情報であってもその取得に当たって捜査機関に憲法上の制約が課される余地があるというべきである。プライバシー権についての自己情報コントロール権説をそのまま修正4条の解釈論に反映させただけでは、高度化する情報収集活動を適切に規律する法的基礎を十分に提供できないと思われる<sup>(105)</sup>。

e プライバシー権の客観的な把握

(1) 情報テクノロジーの進展に伴い、私事を秘匿するというプライバシー概念や自己の情報をコントロールするというプライバシー概念では、大量の個人情報が電磁的記録として保存されるデジタル社会に対応できないという問題意識に基づき、以下のようにプライバシー権の客観的価値を

---

<sup>(103)</sup> 日本における自己情報コントロール権説の代表的見解が、個人情報を「道徳的自律の存在にかかわる情報」＝「プライバシー固有情報」と「道徳的自律の存在に直接かかわらない外的事項に関する個別的情報」＝「プライバシー外延情報」に分け、前者に強い保護を認めようとしていることが想起される。佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011）182-84頁参照。

<sup>(104)</sup> 第4章ⅡAにおいて論じる。

<sup>(105)</sup> さらに、警察権の適切な規律を実現すべき修正4条の解釈論において、「憲法上のプライバシー権」の意義・内容についての議論をそのまま当てはめるだけでは不十分であろう。この点については、Rubenfeld 教授の修正4条の解釈論（4.）及び第3章ⅢB2.も参照。

強調する「構造的転回」<sup>(106)</sup>も有力に主張されている。

すなわち、情報テクノロジーの発達前は、公共空間においては、「多くの人に見られてはいるが、誰にも気づかれていない」という状態であったのであり、観察者はごくわずかな情報しか取得し得なかった<sup>(107)</sup>。公共空間における情報収集には、その費用の大きさにより、法的にはともかく、事実上の制約があったのである<sup>(108)</sup>。しかし、情報テクノロジーの急速な発達により、収集される情報が飛躍的に増大し、収集された大量の情報の分析が精巧かつ効果的に行われるようになると、とりわけ大きな問題を生じさせるのが、情報処理過程において生じる「集合効果 (the aggregation effect)」<sup>(109)</sup>である。偏在する個々の情報はある個人についてそれほど多くの事実を示さないものの、それらが結び付けられるとその者の人物像が明らかになるのであって<sup>(110)</sup>、「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遥かにしのぐ」<sup>(111)</sup>。このような「集合効果」を伴う情

---

<sup>(106)</sup> Neil Richards, *The Information Privacy Law Project*, 94 GEO. L.J. 1087, 1092 (2006). 山本教授は、これを私事秘匿権から自己情報コントロール権への「転回」に続く、「第3期」の「プライバシー権論」と位置付けている(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〕82頁、同・前掲注62 7頁所収)。

<sup>(107)</sup> Helen Nissenbaum, *Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public*, 17 LAW & PHIL. 559, 575-76 (1998).

<sup>(108)</sup> LAWRENCE LESSIG, CODE VERSION 2.0, at 202-03 (2006). 同書の邦語訳書として、山形浩生訳『CODE VERSION 2.0』(翔泳社, 2007)がある。同書のアメリカ合衆国憲法修正4条の解釈論に関わる部分は、稲谷・前掲注(3) 138頁以下で紹介されている。

<sup>(109)</sup> SOLOVE, *supra* note 90, at 44-47; SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY, 117-21 (2008). See also STEPHEN J. SCHULHOFER, MORE ESSENTIAL THAN EVER: THE FOURTH AMENDMENT IN THE TWENTY FIRST CENTURY 135-43 (2012).

<sup>(110)</sup> SOLOVE, *supra* note 109, UNDERSTANDING PRIVACY, at 118.

<sup>(111)</sup> Julie E. Cohen, *Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object*, 52 STAN. L. REV. 1373, 1398 (2000).

報収集活動は、人々の社会生活におけるふるまいを変化させる上<sup>(112)</sup>、特にそれが政府により行われると、情報を取得する側（政府）と取得される側（市民）の力の均衡を損ない、観察・監視される側（市民）をいつの間にか弱体化させるとともに、表現の自由や結社の自由といった民主主義にとって重要な諸活動への委縮効果を生じさせる<sup>(113)</sup>。これらは、個々の情報収集活動による「特定の個人に対する直接の危害」というよりも「社会構造への悪影響」であり<sup>(114)</sup>、また、「それぞれは無害に見える活動が組み合わさる」ことにより生じるものである<sup>(115)</sup>。そうだとしても、個別の情報収集活動が特定の個人に何らかの危害を生じさせるとまでは認められないとすれば、私事を秘匿するというプライバシー概念でも自己の情報をコントロールするというプライバシー概念でも、上記の問題に適切に対応できない<sup>(116)</sup>。データベース社会において「構造的な性質」<sup>(117)</sup>をもつプライバシーの問題が生じるのであれば、必要なのは「個別の損害に対する保護」ではなく、「情報の拡散・収集・結合を規制する仕組み（architecture）」であり<sup>(118)</sup>、デジタル社会におけるプライバシー保護は、「社会設計」<sup>(119)</sup>の問題と捉えるべきであるというのである。

(2) 以上のように情報システムの全体構造を問題視する「情報プライ

---

(112) JULIE E. COHEN, CONFIGURING THE NETWORKED SELF: LAW, CODE, AND THE PLAY OF EVERYDAY LIFE 141 (2012).

(113) SOLOVE, *supra* note 109, UNDERSTANDING PRIVACY, at 177-79.

(114) *Id.*

(115) SOLOVE, *supra* note 90, at 61.

(116) Daniel J. Solove, *Conceptualizing Privacy*, 90 CAL. L. REV. 1087, 1154 (2002).

(117) SOLOVE, *supra* note 90, at 97.

(118) *Id.* at 101.

(119) *Id.* at 226.

バシー学派」<sup>(120)</sup>の中心的研究者である Solove 教授は、「プライバシー」を「様々な活動，習慣，社会通念，しきたり」<sup>(121)</sup>といった我々が保護したいと考える広範な営み (practices) を表す，または，それらの破壊に対する保護を表す「一般用語 (a general term)」<sup>(122)</sup>と位置付ける。「プライバシー」をこのように捉えると、「プライバシー」はそれ自体で完結するものではなく，むしろ，親密な人間関係や自律性，自由といった「他の重要な，いくつもの目的を達成するための手段的価値をもつもの」ということになる。しかも，それらの目的を達成するために守るべき営みは文脈によって異なるため，Solove 教授は、「プライバシー」は「手段として捉えられるべきであり」，また，「文脈に応じて捉えられるべき」であるという<sup>(123)</sup>。そこで，Solove 教授は，プライバシーの抽象的な概念を定義することから始めるのではなく，特定の文脈におけるプライバシーの価値を理解するアプローチを推奨するのである<sup>(124)</sup>。

Solove 教授によると，修正 4 条も様々な営みを保護する仕組みをもたらしその一つであり<sup>(125)</sup>，修正 4 条の保障の中心も何か一つに限られるわ

---

<sup>(120)</sup> アメリカにおける「情報プライバシー学派」の見解を積極的に取り入れ，個々人の主観的権利への具体的害悪を捉えられない場合でも，捜査機関による情報の「保存」を統制することに好意的な日本における憲法学の見解として，山本・前掲注006がある。これに対して，「情報プライバシー学派」を批判的に紹介する論稿として，阪本昌成「プライバシーの権利と個人情報の保護—情報財の保護か自由な流通か—」初宿正典ほか編『国民主権と法の支配 佐藤幸治先生古稀記念論文集 [下巻]』（有斐閣，2008）83頁以下がある。

<sup>(121)</sup> Solove, *supra* note 116, at 1129.

<sup>(122)</sup> *Id.* at 1093.

<sup>(123)</sup> *Id.* at 1144-46.

<sup>(124)</sup> *Id.* at 1128-29.

<sup>(125)</sup> SOLOVE, *supra* note 90, at 190; Daniel J. Solove, *Digital Dossiers and the Dissipation of Fourth Amendment Privacy*, 75 S. CAL. L. REV. 1083, 1087 (2002).

けではないという<sup>(126)</sup>。本稿の考察対象である政府による情報収集活動が問題となる文脈においては、他者との交流や見解の表明が控えられるというように様々な営みが損なわれることがあり、そのような事態は、自由や民主主義にとっての大きな問題である。したがって、Solove 教授は、修正 4 条が政府の情報収集活動に包括的に適用されるべきであると主張する<sup>(127)</sup>。このようにして「修正 4 条が政府の情報収集活動に極めて広く適用される」以上、Solove 教授にとっては、修正 4 条との関係でのより本質的な問題は、「政府の情報収集活動がどのように規制されるべきか」である<sup>(128)</sup>。「問題がある以上、それを理解し、解決しようとするべき」であり、Solove 教授は、政府による情報収集活動に修正 4 条が適用されるかどうかという「保護範囲の問題」よりも、修正 4 条が適用されるとして、政府の情報収集活動がどのように規制されるべきかという、より困難な「手続的問題」に集中する「プラグマティックな考え方」を採用すべきであると主張するのである<sup>(129)</sup>。

その上で、政府の情報収集活動が手続的にどのように規律されるべきかという問題については、政府の情報収集活動の価値を評価しなければならないとともに、それにより生じる問題を取り除くことが重要であるという観点から、問題の情報収集活動が頻繁に行われるか、初期段階か、被疑者

---

同様の考え方から、公共空間における監視カメラや GPS 追跡装置による行動情報の把握について、修正 4 条により規制されるべきであると主張する見解として、Blitz, *supra* note 19, at 1446-49, April A. Otterberg, *GPS Tracking Technology: The Case for Revisiting Knotts and Shifting the Supreme Court's Theory of the Public Space Under the Fourth Amendment*, 46 B.C.L. REV. 661, 701 (2005) がある。

<sup>(126)</sup> Solove, *supra* note 66, at 1527.

<sup>(127)</sup> *Id.* at 1528.

<sup>(128)</sup> *Id.* at 1529.

<sup>(129)</sup> *Id.* at 1527-29.

だけが対象かという諸点を考慮すべきであって、修正4条があらゆる形態の政府の情報収集活動に対して「相当な理由に基づく令状」を要求するという一律のルールを規定していると考えべきではないという<sup>(130)</sup>。

以上のように修正4条の「プラグマティック」な解釈論を展開するSolove教授は、プライバシーが侵害されたかどうかという誤った問題に集中しなければならなくなるプライバシーの合理的期待基準は、放棄されるべきであると主張する<sup>(131)</sup>。

(3) Solove教授は、合衆国最高裁が修正4条の適用範囲を狭めている原因は、「プライバシーを完全な秘密状態と考えている」ことであるという<sup>(132)</sup>。確かに、多くの個人情報第三者に保有されているデジタル時代において、「プライバシーを完全な秘密性であると考えてるのに固執すると、事実上プライバシーの根絶を意味する」<sup>(133)</sup>ことになるであろうし、そもそも、何らかの情報が秘密であることそれ自体に保護されるべき実体が存在するわけではないから、何のために情報の秘密性が保護されなければならないのかを問わずして、適切な法的規律を考えることはできないであろう。Westinが早くから述べていたように、「プライバシーはそれ自体で完全なものでもそれ自体が目的でもない」<sup>(134)</sup>のである。何のためにプライバシーを保護しなければならないのか、その機能的価値を問題となる場面・文脈に応じて考えなければならないという思考方法は、特に、警察権の適切な規律という修正4条の機能の特殊性<sup>(135)</sup>を考えると、極めて説得的で

---

<sup>(130)</sup> *Id.* at 1529.

<sup>(131)</sup> *Id.* at 1526, 1538.

<sup>(132)</sup> SOLOVE, *supra* note 55, at 100-01. Solove教授は、合衆国最高裁のこのような姿勢を「秘匿性パラダイム (secrecy paradigm)」と呼ぶ。

<sup>(133)</sup> Solove, *supra* note 116, at 1152.

<sup>(134)</sup> WESTIN, *supra* note 77, at 39.

<sup>(135)</sup> 第3章において論じる。



ある<sup>(136)</sup>。

しかし、これまでのプライバシー概念のデジタル社会における限界を認め、「『秘匿性パラダイム』に依拠してきた従来のプライバシー概念を乗り越えた、予防的な制度」<sup>(137)</sup>を追求しようとする試み自体は理解できるものの、問題は、「損害の計測が困難な深刻な社会問題に対して、個人的な権利に基づくアプローチをとらない」<sup>(138)</sup>ことの当否である。Solove 教授の著書『THE DIGITAL PERSON』を詳細に評釈した Richards 教授が指摘するとおり、「これまでの概念によると、『プライバシー』が何なのかを正確に知ることはできないが、『権利』が何であり、それがどのように保護されるのかはわかる。しかし、既に漠然としているプライバシー概念をおぼろげな『社会的価値』に変容させると、それが何なのかはわからないだけでなく、それをどのように保護するのもわからなくなる」<sup>(139)</sup>であろう。

また、Richards 教授は、「構造的転回」の後、プライバシーが主観的権利として残るのかどうか不明であると指摘するが<sup>(140)</sup>、そもそも「社会設計」の問題をプライバシー権という権利の解釈論の枠内において展開すること自体に無理があると思われる<sup>(141)</sup>。さらには、修正4条による法的規律の在り方を考えるとき、捜査活動の統制原理である権利論が大きすぎるこ

---

(136) ある権利の内容とその権利がどのような機能を果たすかは別の問題である。ここで有用なのは、修正4条の機能から、同条が保護していると考えべき権利の内容（それをプライバシー権と呼ぶかどうかは別にして）を考えるという思考プロセスであると思われる。

(137) 阪本・前掲注<sup>(120)</sup> 98頁。

(138) Richards, *supra* note 106, at 1092.

(139) *Id.* at 1101.

(140) *Id.*

(141) プライバシー権が全体主義を防ぐためにあると理解する Rubinfeld 教授が、4. のように修正4条を個々人の権利を保障する規定ではないと考えるのは一貫している。

とにより、どのような場合にどのような要件の下で捜査機関による情報収集活動が正当化されるのか、緻密な要件論を展開し難いと思われるのである<sup>(142)</sup>。

実質的にも、一定の情報収集活動により、例えば、個人が見解を表明するをおそれる事態が生じ、自由な言動が可能な社会構造が損なわれる可能性があることをもって修正4条が保護すべき仕組み（architecture）が毀損されていると評価するのであれば、刑事警察権の統制原理としての権利論において、あえて社会構造への危険を持ち出す理由はないはずである。

さらに、第3章Ⅲにおいて論じるとおり、修正4条や憲法35条といった刑事警察権の統制規定の解釈により導かれる主観的な保護法益の侵害可能性が、その規定による刑事警察権の統制の発動を基礎付けるはずなのである。修正4条により「特定の行動のプライバシーを保護するのではなく、プライバシーを保護する社会空間の特質を認め、それを法的に保護する」<sup>(143)</sup>というように、主観的権利についての解釈を飛び越えて、修正4条を客観規範化することは適切ではないというべきである。

もっとも、これまで見てきた見解が指摘する、一見すると無害に見える断片的な個人情報情報の取扱いであっても、修正4条を適用すべきほどの危険をはらんでいるという問題把握は的確であると思われる。しかし、果たしてそのような危険が、捜査活動の法的規律を発動するほどに個人的利益を制約し得るものなのかが、高度化する情報収集活動の法的規律の在り方を検討する上での難問なのである<sup>(144)</sup>。そして、第4章Ⅱにおいて明らかにするように、一定の場合には情報収集後に生じる特定個人に関する情報

---

<sup>(142)</sup> Solove 教授も、修正4条の適用がある情報収集活動のすべてにおいて、相当な理由に基づく令状が要求されるわけではないこと以外、具体的な要件論を提示していない。Solove, *supra* note 66, at 1527-33.

<sup>(143)</sup> Blitz, *supra* note 19, at 1415.

<sup>(144)</sup> この点についての詳細は、第4章Ⅱにおいて論じる。

の「集合効果」を踏まえた上、情報「収集」時に法的規律が発動されるとすれば、そのような情報収集時の法的規律の在り方を考えることと、例えば、目的外（二次）使用の許容条件の設定の他、取得された情報の管理体制の構築等の「仕組み（architecture）」という、収集後の情報の取扱いについての規律の在り方を考えることは、相互に密接に関連するとはいえ、別の問題であるはずである<sup>(145)</sup>。

## 2. 財産権への回帰

プライバシーの合理的期待基準に代わりとして提示される代表的なものが、財産権論である。例えば、Cloud 教授は、プライバシーの合理的期待基準のあいまいさとプライバシーに基づく修正 4 条の解釈論の操作容易性を危惧し、「財産権論に根差した」修正 4 条の解釈論をとるべきであると主張する<sup>(146)</sup>。

さらには、修正 4 条に基づくプライバシー権や財産的利益の保護の背後にある「排他権（the right to exclude）」こそが修正 4 条の適用の有無を決する基準であり、修正 4 条は「search」により獲得される情報の質や量にかかわらず、「身体、住居、書類及び財産」の不可侵性を保護するという主張も見られる<sup>(147)</sup>。

これらの見解は、プライバシーの合理的期待基準の適用に伴う判断者の

---

(145) 第 4 章 III において論じる。

(146) Morgan Cloud, *A Liberal House Divided: How the Warren Court Dismantled the Fourth Amendment*, 3 OHIO ST. J. CRIM. L. 33, 72 (2005).

(147) Jace C. Gatewood, *Warrantless GPS Surveillance: Search and Seizure—Using the Right to Exclude to Address the Constitutionality of GPS Tracking Systems Under the Fourth Amendment*, 42 MEM. L. REV. 303, 362 (2011). See also Thomas K. Clancy, *What Does the Fourth Amendment Protect: Property, Privacy, or Security?*, 33 WAKE FOREST L. REV. 307, 308 (1998).

主観的価値選好を忌避し、財産権を保護する実定法規やコモンローによって判断の過程を明確化しようとする試みであるということが出来る。「情報内容自体を問題にしない」ことにより、複雑なテクノロジーの作用や従来技術との相違点を考えずに結論を出せることも、このような考え方の利点として挙げられることがある<sup>(148)</sup>。実定法規やコモンローが健全な社会通念を反映しているとすれば、具体的事案において、一般人の素朴な感覚に合致する結論を導くことができるという発想もあろう。

しかし、Slobogin 教授が指摘するとおりの、財産権論に依拠しても、例えば、憲法上保護された領域の限界、すなわち、何が修正4条の適用を受け得る住居隣接地 (curtilage) で何が修正4条の適用のない路地 (open field) なのかは判然としないし<sup>(149)</sup>、さらには、何が trespass と評価されるのか自体も判然としないのである。そもそも、「財産権に依拠した枠組みでは、物理的侵入を伴わないあらゆる捜査手段が容易に修正4条の適用範囲外に置かれることになる」<sup>(150)</sup>というのは、まさに不法侵入 (trespass) なく情報収集を可能にするようにテクノロジーが進化する状況においては、大きな難点である。さらに、より本質的な問題は、第4章Iにおいて指摘する情報の特質を考えると、収集される情報内容を考慮せずに情報収集活動の法的規律の在り方を考えることはできないと思われることである。

とはいえ、「修正4条の下でのプライバシーの権利や財産的利益の保護という基本的な考え方の根底にある排他権 (the right to exclude) を探求する」<sup>(151)</sup>のは、刑事警察権との関係において、プライバシー権や財産的利益を「手段的価値」として究極的には何が保護されてきたのかという、修

---

(148) *Id.*

(149) SLOBOGIN, *supra* note 59, at 209.

(150) *Id.*

(151) Gatewood, *supra* note 147, at 311-12.

正4条の保障のベースラインを探る上では大切な取組みであり、その探求の結果としての財産権や保護領域の排他的支配が重要な要素であるという指摘には、十分価値があるように思われる。

### 3. 強制からの自由 (Freedom from coercion)

(1) Stuntz 教授は、プライバシーへの着目により、修正4条の解釈論から「強制や暴力」といった「手続の適正さの問題」が大きく排除されてしまっていることに警鐘を鳴らした<sup>(152)</sup>。Stuntz 教授によると、例えば、公道上で実施される所持品検査や自動車捜検では、制服を着た上に武装した警察官によって被疑者であると公然と示される状況や、現場で行使される警察官の有形力という、警察官との「接触」そのものが「本当の害悪」であるから、「捜査官の言動が強制的であったかどうか」を問うべきであるにもかかわらず、「プライバシー、さらには情報収集に着目することにより、真の問題を捉え損なっている」<sup>(153)</sup>。このような事案の問題は、「情報収集ではなく暴力なのである」<sup>(154)</sup>。

もっとも、Stuntz 教授は、「人は強制から自由であるという権利を有する、と述べることに意味はない」とも指摘した<sup>(155)</sup>。Stuntz 教授によると、修正4条により保護される利益の実質は、確かに、「プライバシーや物や

---

<sup>(152)</sup> William J. Stuntz, *The Substantive Origins of Criminal Procedure*, 105 YALE L.J. 393, 446 (1995). Stuntz 教授の考え方は、緑大輔「無令状捜索押収と適法性判断(1)―憲法35条による権利保障―」*修道法学*28巻1号(2005)413頁以下、稲谷・前掲注(3)214頁以下で紹介されている。

<sup>(153)</sup> William J. Stuntz, *Privacy's Problem and the Law of Criminal Procedure*, 93 MICH. L. REV. 1016, 1063-65 (1995). 住居の捜索についても、捜索時に捜索現場に所在した者への有形力行使自体を問題視すべき場合があるという。Id. at 1066-68.

<sup>(154)</sup> Id. at 1077.

<sup>(155)</sup> William J. Stuntz, *Local Policing After the Terror*, 111 YALE L.J. 2137, 2146 (2002).

場所を正当に所持する権利，身体拘束からの自由，物理的強制力からの自由，何をして何をしないかを決定する権利，嫌がらせからの解放，平穩に仕事をする権利」であり，「これらはすべて，警察による侵害に対して，少なくとも一定程度保護される」。しかし，市民は，警察と犯罪者の両者の強制力の危険に直面するのであるから，「警察の強制力は，それが立ち向かおうとしている強制力を抜きには考えられない」。合衆国最高裁は修正4条が法執行の必要に対する個人のプライバシーの衡量の現れと言うが，修正4条による捜査活動の法的規律の在り方を考えるには，「法執行の必要」も個人のプライバシー保護の典型的な方法であることを看過すべきではないというのである<sup>(156)</sup>。

このような考え方にに基づき，Stuntz教授は，警察官との接触を伴わない情報収集活動について，広くその権限を認めた上，収集した情報を使用できる犯罪を，立法によってテロをはじめとした重大犯罪に限定する方法が望ましいと主張した。このような規律の在り方が，「警察にとっても市民にとっても，容易な証拠収集と困惑の危険の減少という利益をもたらす」からであるという<sup>(157)</sup>。

(2) 確かに，法執行時に物理力の行使を伴う場合に，修正4条の解釈論においてそれが軽視されているとすれば，そのような法的規律の在り方は適切さを欠いていることになるであろう<sup>(158)</sup>。というのも，法執行の態様は，

---

<sup>(156)</sup> *Id.*

<sup>(157)</sup> *Id.* at 2183-85.

<sup>(158)</sup> わが国の最高裁判所は，この点を考慮していると思われる。すなわち，行政警察活動についての判断ではあるものの，最高裁が承諾のない所持品検査の許容性について，「捜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「捜索」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，

問題とされる法執行手段の強度とそれに見合った許容条件を設定する上で欠かすことのできない考慮要素であるからである<sup>(159)</sup>。

もっとも、このような考慮は法執行活動全般に必要なものであり、捜査官と対象者の「接触」を伴う場合だけではない。Stuntz 教授の見解のうち、「非接触の捜査活動はより緩やかに規律されるべきという考え」<sup>(160)</sup>は適切ではないであろう。

さらに、第4章Iにおいて論じる、事前の類型的司法審査が必要なレベルの捜査活動か事案に即応した事後的な適法性審査で足りる捜査活動かの区別は、問題の捜査手段によってどのような利益がどの程度制約されることになるのかという捜査手段の「侵害性」により判断されるべきであり、そ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法的規律の在り方が適切であるとすれば、少なくともある捜査手段が「search」や「強制的処分」(刑事訴訟法197条1項但書)に該当するかを考える際に、「警察の強制力は、それが立ち向かおうとしている強制力を抜きには考えられない」ことはない。捜査手段の「侵害性」は、「それが立ち向かおうとしている強制力」により変化するわけではないからである。

また、情報の収集を広く許容する一方、収集された情報を重大犯罪の訴追にのみ使用できるようにするという<sup>(161)</sup>、情報収集後のみを規制する規律の在り方も適切とは思われない。Stuntz 教授自身が「実際に監視しているかどうかにかかわらず、人々が監視されているだろうと考えれば、それ

---

「強制」手段に当たると考えているといえよう。第4章I B 2.も参照。

(159) 詳しくは、第4章I Aにおいて論じる。

(160) Daniel Yeager, *Does Privacy Really Have a Problem in the Law of Criminal Procedure*, 49 RUTGERS L. REV. 1283, 1310 (2002).

(161) Kerr 教授は Stuntz 教授の主張について、テロ等の重大犯罪とそれ以外をあらかじめ法規範として区別することは極めて困難であると指摘する。See Kerr, *supra* note 88, at 581.

が原因で言動が変化するだろう。これが全体主義国家における秘密警察の権力の源泉である<sup>(162)</sup>と明快に述べているように、このような「委縮効果」に対して十分に対応できないからである<sup>(163)</sup>。

#### 4. 客観規範としての修正4条——A right of security

(1) 1. eのように、合衆国においては、プライバシー概念を客観化して捉え、それを修正4条の解釈論に反映する見解が有力に主張されているが、そもそも修正4条自体が個人の権利を保障するための規定ではないという見解も有力に主張されている。このような見解によれば、問題の警察活動が個々人の主観的権利に実害を生じさせたかどうかやその危険性があるかどうかを直接的には問うことなく、その警察活動が修正4条による規制に服するかどうかを判断することになる。

例えば、Ohm教授は、テクノロジーが民間のデータベースやデータ解析システムを高度化し、それが警察にとっても有益な情報源になっている以上、プライバシーはもはや「適切な尺度」ではなくなっており、「修正4条の第三の展開」として、修正4条の解釈論は「警察と人々の力関係の均衡」に着目しなければならないと主張する<sup>(164)</sup>。Ohm教授によると、法的規律の在り方を考える上で「問われるべきは、テクノロジーが犯罪解決手段をどのように変容させたか」<sup>(165)</sup>であり、新たな手段が警察よりも犯罪者の利益になることが判明するまでは令状や相当な理由が許容条件となるが、テクノロジーが警察活動を著しく妨げる場合には修正4条により求め

---

<sup>(162)</sup> Stuntz, *supra* note 155, at 2181.

<sup>(163)</sup> 1. c 参照。第4章II B・Cにおいて論じる。

<sup>(164)</sup> Paul Ohm, *The Fourth Amendment in a World Without Privacy*, 81 *MISS. L.J.* 1309, 1335-41 (2012).

<sup>(165)</sup> *Id.* at 1346.



られる要件が緩和され、逆に、警察活動を極めて容易にする場合には、不可欠性のような新たな要件が課せられるようになるという<sup>(166)</sup>。

このように修正4条を客観規範として捉える見解のうち、同条が制定された目的の捉え方に関して本稿の考え方に近いのが、以下に紹介するRubenfeld教授の主張である。

(2) Rubenfeld教授は、「修正4条の核心的意義と原理原則を再考する」論文<sup>(167)</sup>において、Katz判決以来のプライバシーの合理的期待基準の循環性・自己正当化という問題性を指摘し、修正4条がプライバシーを保護するという考え方自体を批判する。というのも、Rubenfeld教授は、修正4条の保護法益が「一人にしておいてもらう権利」として概念化され、修正4条理論の「プライバシーの期待」と不法行為法の「プライバシー権」が、「プライバシー」と名付けられた一つの法的問題が分割されたように整理されることによって修正4条が独自の政策的意義を失い<sup>(168)</sup>、国家の行為に対して何ら特別の憲法規範をもたらさないこととなるという危惧を抱いているからである<sup>(169)</sup>。

Rubenfeld教授によると、そもそも、個人の生活に侵入したり監視したり制限したりする政府の特殊で重大な権限と、修正4条が法執行に当たる警察官に適用されることを考えると、修正4条の領域におけるプライバシー論の展開は、他の領域よりも強固でなければならないという。さらに、修正4条は、私人が行えないような人々の生活への侵入を可能とする権限を認めるだけでなく、その義務も負わせている、すなわち、一般市民

---

<sup>(166)</sup> *Id.* at 1351-53.

<sup>(167)</sup> Rubenfeld, *supra* note 4, at 103.

<sup>(168)</sup> Rubenfeld教授は、これを修正4条の「privatization」と呼ぶ(*Id.* at 115)。

<sup>(169)</sup> *Id.* at 117-18.

全体に危険を生じさせ得るという点でも特殊である<sup>(170)</sup>。このような特殊性に鑑みれば、修正4条の中心的機能は警察権の行使と濫用に対応することであるにもかかわらず、過度に主観的権利化（privatize）された修正4条は、その機能を十分に果たすことができない<sup>(171)</sup>。

そこで、このような修正4条の役割を考慮し、Rubenfeld教授は、privatizeされた修正4条に再び政策的価値をもたせる（repoliticize）必要があると主張する。修正4条は、「平穏と静寂、安寧、尊厳、圧迫からの解放、プライバシーの期待、一人でいさせてもらう権利」ではなく、その文言が示すとおり、「安全を保障される権利（the right to be secured）」を保障していると考えるべきであり<sup>(172)</sup>、しかも、修正5条や修正6条と異なり、その権利主体が「人々（people）」であることに注目すべきであるという<sup>(173)</sup>。

このように、Rubenfeld教授は、修正4条の保護法益を「安全を保障される人々の権利」と解釈した上、修正4条が一般令状を禁止するために制定されたという経緯<sup>(174)</sup>を考えると、「相当な理由」のない搜索押収が独立革命期のアメリカ人にとっての害悪であったことから、同条の「安全を保障される権利」の核心的意義は相当な理由を欠く逮捕や住居の搜索を否定することであるという<sup>(175)</sup>。その上で、このような修正4条の意義を踏まえ

---

(170) Jed Rubenfeld, *Privacy's End*, in LAW AND DEMOCRACY IN THE EMPIRE OF FORCE, 212-14 (H. Jefferson Powell & James Boyd White eds., 2009); Rubenfeld, *supra* note 4, at 118.

(171) Rubenfeld, *supra* note 4, at 118-19.

(172) *Id.* at 119.

(173) *Id.* at 120.

(174) 合衆国憲法修正4条と日本国憲法35条の制定経緯については、第3章I・IIにおいて論じる。

(175) Rubenfeld, *supra* note 4, at 125.

て、以下のように修正4条により保障される「安全」の内容を探求するのである<sup>(176)</sup>。

Rubinfeld 教授によると、一般令状の害悪の本質は、相当な理由に至らないレベルの、単なる嫌疑を理由に行われる身体拘束や捜索が「人々全体」に与える懸念・圧迫、すなわち、国家権力により目を付けられた場合に、いつでも個人の生活を脅かされるという恐怖である。しかし、自由と民主主義にとっては、強固な個人生活——公共規範 (public norms) に束縛されずに、自分自身でいられる、真に考えていることを自由に口にできる、願望や信条に忠実に従って活動でき、人間関係を形成できる領域——が必要である<sup>(177)</sup>。個人生活において自分自身の信念に基づく言動を恐れるようであれば、社会生活においても自己の信念に基づく言動がとれる可能性は小さいというのがその理由である。

このような分析により、Rubinfeld 教授は、修正4条により保障されるべき「安全」の意味内容は、「個人生活の安全 (the security of personal life) であり、まさに、私生活を確保すること (securing)」であるといい、このような解釈によると、修正4条が個人生活を失わせてしまう「全体主

---

<sup>(176)</sup> Ku 教授も修正4条の制定経緯を踏まえて、立法者たちにとっては、「生活のどのような側面に政府が侵入すべきでないのかを画定するよりも、生活のあらゆる側面へ十分な理由なく侵入する政府の権限を制限することが重要であった」という (Raymond Shi-Ray Ku, *The Founders' Privacy: The Fourth Amendment and the Power of Technological Surveillance*, 86 MINN. L. REV. 1325, 1357 (2002))。Ku 教授は、修正4条は「安全を保障される人々の権利」を保護しているが、これは、「政府がいつどのようにして生活へ立ち入り、市民の言動に影響を与えてもよいかを判断する人々の統治権を維持するための方策」として理解するのが適切であって、修正4条を「憲法上の権力分立の原理と一体のものとして考えられなければならない」という (*Id.* at 1326)。

<sup>(177)</sup> Rubinfeld, *supra* note 4, 126-28.

義」に立ち向かう規定であることが明白になるという<sup>(178)</sup>。

そして、修正4条の権利主体は「人々」という「集合体」であるから、「search」に該当するかどうか、問題の捜査権限が組織的に行使された場合に「人々の安全」を損なわないかどうかにより判断されるという。この判断に当たっては、問題の捜査活動が人々の共通認識になる程に広く行われる事態を想定すれば足りるのであって、その対象となる個々の人や物を想定しなくてよいという<sup>(179)</sup>。

(3) Rubenfeld 教授の修正4条の保護法益観は、修正4条の制定経緯を振り返り、一般令状というかたちの警察権の行使・濫用に対処するという観点から、修正4条が保護しようとする利益の内容を「プライバシー権」という個人的法益ではなく「人々の安全」という社会的価値に求める点に特徴がある。

以上のように「安全」が修正4条の保護法益であるという考え方は、Rubenfeld 教授のプライバシー権論、すなわち、民主主義を採用するという選択が行われたこと自体により、忍び寄り全体主義が民主主義に対する危険であると認められるが<sup>(180)</sup>、民主主義は、国家が日々の個人生活を管理・指揮する範囲を制限しなければならず、そのためにプライバシー権が存在するという<sup>(181)</sup>、プライバシー権についての Rubenfeld 教授の理解の延長線上にある議論であろう。

---

(178) *Id.* at 128-29.

(179) *Id.* at 131. 例えば、この基準を秘密諜報活動に当てはめると、諜報員が至る所に配置される社会では、諜報活動の対象となっていない人も含め、すべての人が私的事項を誰かに話すのをやめてしまうが、これは、人々のコミュニケーションという私生活の重要な側面が破壊されていることになるから、修正4条が適用され、一定の正当化要件が必要になるという。*Id.* at 134.

(180) Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy*, 102 HARV. L. REV. 737, 804 (1989).

(181) *Id.* at 805.

しかし、「修正4条はプライバシー権を保障するのではない…安全の権利を保障しているのである」<sup>(182)</sup>という明快な記述からは、「プライバシー権」と名付けられた法律問題の範囲内において、「プライバシー権」の意味内容についての激しい論争の中から修正4条の保護法益について何らかの解答を得ようとするのではなく、警察権を「抑制」するだけでなくその権限を「認める」規定であるという、修正4条の特殊性を捉えようとする姿勢と、その背後にある、「プライバシー権」という名のつく法的問題の一部に修正4条の理論が一括されることで、修正4条独自の意義が失われるという懸念を読み取ることができる。

刑事手続における捜査手段の制約原理を考えるに当たって、まず修正4条の制定経緯を遡り、何を保護するために修正4条、ひいては憲法35条が制定されたのかを探求するのは、適切なアプローチである。その結果として得られた、警察権への対処という修正4条独特の役割を基礎に制約原理を導こうとする試みは、次章以下の本稿の発想と共通する。また、修正4条や憲法35条の制定過程を踏まえば、これらの規定が「個人の生活の安全を保障する」という根本思想を基に制定されたと考えられるべきであることは、Rubinfeld教授の指摘するとおりである<sup>(183)</sup>。

もっとも、第3章において論じるとおり、修正4条や憲法35条の制定経緯を踏まえると、個々人の生活の安全を保障するという個人的権利の保障という点を否定するのは難しいであろう<sup>(184)</sup>。また、「search」該当性の

---

<sup>(182)</sup> Rubinfeld, *supra* note 4, at 104.

<sup>(183)</sup> 第3章において論じる。

<sup>(184)</sup> Rubinfeld教授は、「ある人の個人生活は、同様に個人生活を有する他者との多くの関わり合いにより成り立つから、個々人の生活は他者のそれに左右される部分がある」ということが、「修正4条の権利者が単体ではなく集合的である」と考えることの決定的理由であるという (Rubinfeld, *supra* note 4, at 131)。しかし、むしろそうであるからこそ、他者の生活に不可避免的に影響を与えてしまう個々人に、生活の安全

判断基準が過度に弛緩したものになりかねないという疑念も生じる<sup>(185)</sup>。さらに、「全体主義に対抗するため」といった警察活動統制の社会的意義を強調すると、犯罪抑止・解決による市民生活全体の安全を求める主張を過度に許容し、かえって個人的権利を制約する作用を生じさせかねない<sup>(186)</sup>。

---

が保障されなければならないはずであるともいえる。

(185) Rubinfeld 教授は、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りないか全くない」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「一般化された搜索押収権」であるという (Rubinfeld, *supra* note 4, at 131)。権限の一般化により全体主義的状况が発生するかどうか「search」該当性の分岐点であるとする点、極端に緩やかな基準が設定されることになりかねない。第4章 I A 1. 参照。

(186) Sundby 教授は、むしろ個人的権利に基づく解釈論の方が、このような利益衡量による権利制約的側面が強いと捉えている。Sundby 教授は、修正4条の領域においては、プライバシーを求める個人の主張と犯罪抑止を求める主張とが潜在的に対立するのであり、どちらの主張に価値があるのかを判断することでこの対立を解消しようとすれば、「安全を求める市民の権利の現れである政府側の主張」が「プライバシー権という個人の権利」に常に優越することになる上 (Sundby, *supra* note 84, at 1765)、仮に修正4条の適用があると判断されても、利益衡量により容易に令状主義の例外が認められることになるのではないかと危惧を示す (*Id.* at 1765-71)。そこで、「個人的権利から離れることが望ましいかどうかは難しい問題である」という躊躇を示しつつも (*Id.* at 1764)、より大きな権利の保護を求めるのであれば、それが個人的利益につながるだけでなく、社会の利益につながることをも説明するのを推奨し (*Id.* at 1765, 1771)、その説明として、「政府と市民との信頼関係が修正4条の中心的価値であるという考え方」を提示する (*Id.* at 1785)。合衆国における民主主義の耐久性の決定的な部分は、すべての個人が社会において重要な役割を果たす機会と権利があるという確信を育む「政府と市民の相互の信頼関係」であるから、修正4条はそれを保護していると考えるのである (*Id.* at 1779)。

しかし、Slobogin 教授が指摘し (SLOBOGIN, *supra* note 59, at 25)、Sundby 教授自身も認めるとおり (Sundby, *supra* note 84 at 1788)、このような保護法益論により、体系化された法的基準を導けるかは疑問である。さらに、警察権を増大し、犯罪解決

すなわち、修正4条や憲法35条の実質的保護内容の捉え方次第では、犯罪抑止・解決のために警察権を強化し、市民全体の生活の安全を保障することも修正4条の目的に合致するから、「search」に当たるかどうか自体、そのような主張の当否をも踏まえて判断されるべきであり、さらには、問題の警察活動が対応しようとしている「犯罪の重大性」といった捜査の「必要性」も、「search」に当たるとしてそれが「reasonable」であるかどうかの判断ではなく、そもそも「search」に当たるかどうかの判断において(も)考慮すべきであるという主張も成り立ちそうである。

しかし、第3章で論じるように、修正4条や憲法35条が「警察権を統制して個々人の生活の安全を保障する規定」であると捉えるのが正しいとすれば、「search」に該当するかどうかは、対警察権との関係で個々人の生活の安全が損なわれるかどうかという観点から判断されるという方が、筋が通っているであろう。「安全」とは「一定の数量化可能な『危険』に対応」する概念であり<sup>(187)</sup>、ここで想定されるべき「個々人の私生活」への「危険」は、「犯罪」によって生じる市民(全体)への危険ではなく、問題となっている「警察活動」によって個々人に生じる危険であるはずなのである<sup>(188)</sup>。

警察権との関係で個々人の生活の安全が損なわれるかどうかという問題(「search」に該当するかどうか)と、「search」に該当するとして、そもそもその「search」を警察活動として許容するかどうかや、許容すると

---

することは、むしろ「政府と市民との信頼関係」を強化するともいえそうであり、このような保護法益論がSundby教授自身の懸念を払拭しているとは言い難いように思われる。

(187) 西原博史「リスク社会・予防原則・比例原則」ジュリスト1356号(2008)79頁。

(188) しかも、Jones判決の法廷意見が指摘するように、少なくとも、「searchに該当するかどうか」が、捜査されている犯罪の性質により左右されるという考え方を裏付ける合衆国最高裁判例は存在しない(United States v. Jones, 565 U.S. 400, 412 (2012))。

してその個人の生活の安全への危険を正当化できる条件は何か（「search」が「reasonable」かどうか）という問題は異なる。後者について、その手段が用いられる犯罪捜査のための必要性を超え、市民全体の犯罪に対する生活の安全保障のための必要性をも衡量の対象に含めるべきであるかどうかは<sup>(189)</sup>、別の検討を要する問題のはずである。

### Ⅲ 小括

Katz 判決以降の修正 4 条の「search」に関する合衆国最高裁判例については、多くの論者が様々に問題点を挙げて非難しているが、共通しているのは、「先例を適用することが求められる裁判官に、何の指針も提示していない」<sup>(190)</sup>という批判である。そこで、Katz 基準の判断過程を明確化するために、プライバシーの意味内容や、いかなる場合にプライバシーの期待が合理的であると評価されるのかについて、様々な議論が展開されてきた。また、憲法上のプライバシー権論にとどまらず、修正 4 条の解釈論においても近年目立つのは、プライバシーに代表される個人的権利をベースにしたのでは、ほとんどの情報が第三者に明かされているデジタル化・ネットワーク化された現代社会において、修正 4 条がまったくの見せかけ

---

<sup>(189)</sup> 例えば、Stuntz 教授は、「政府側の必要性の最大の要因は、政府が捜査している犯罪」(William J. Stuntz, *O.J. Simpson, Bill Clinton, and the Transsubstantive Fourth Amendment*, 114 HARV. L. REV. 842, 870 (2001)) であり、「最も凶悪な犯罪は、市民の自由とプライバシーの侵害において最大の犠牲を払っても、解決すべき必要性が最も大きい」(*Id.* at 875) という。また、Bellin 教授も、「いかなる search や seizure についての公共の利益も、一定程度は捜査対象となっている犯罪の重大性に左右される」(Jeffrey Bellin, *Crime-Severity Distinctions and the Fourth Amendment: Reassessing Reasonableness in a Changing World*, 97 IOWA L. REV. 1, 9 (2011)) という。

<sup>(190)</sup> Hutchins, *supra* note 17, at 1195.



になり果ててしまうという懸念に基づく<sup>(191)</sup>、個人的権利への具体的害悪が明確に捉えられない場合にも修正4条による警察活動の統制が発動される場合があるという、個人的権利に基礎を置かない解釈論の数々である。

Amsterdam教授が既に1974年に述べていたように、修正4条の「search」は、「それによって政府が憲法上保護された利益を侵害する特定的手段ではなく、そのような利益が侵害されたという結論の説明なのであり、修正4条〔の解釈・適用〕にとって重要なのは、それがどのような利益を保護しているかという問題」なのである<sup>(192)</sup>。もっとも、そもそも修正4条が統制しなければならない警察活動の態様は様々であり、様々な警察活動により影響を受ける権利利益も様々であるはずである。修正4条についての保護法益や判断構造が様々に提示されていること自体が、元来修正4条の適用の有無を決する「唯一の保護法益に基づく単一の準則」が存在するわけではないことを示唆しているように思われるのである。まさに、Cuddihy教授がいうとおり、「修正4条に至る経緯が、文言以上の深さと複雑さを示している」のであり、「修正4条は一つのアイデアを表しているのではなく、歴史的文脈の中で独自性や多様な側面が展開したアイデアの集合体」<sup>(193)</sup>であると思われる<sup>(194)</sup>。

そうであれば、探求すべきは、修正4条に収斂されたアイデアの根本思想は何か、すなわち、修正4条が何のために制定された仕組みなのかということと、その根本思想が現代にも通用するかということであろう。そして、それを基に、デジタル時代における情報収集活動という具体的文脈

(191) Rubinfeld, *supra* note 4, at 115.

(192) Amsterdam, *supra* note 3, at 385.

(193) WILLIAM J. CUDDIHY, THE FOURTH AMENDMENT: ORIGINS AND ORIGINAL MEANING 770 (2009).

(194) 第3章ⅢB2.において論じる。

において、どのような利益保護のベースラインを問うことが肝要であると思われる<sup>(195)</sup>。そこで、次章では、合衆国憲法修正4条の解釈に当たって歴史的考察が不可欠であるため<sup>(196)</sup>、修正4条の制定過程に関する最近の研究成果を参照した上、日本国憲法35条の制定経緯をも踏まえ、修正4条あるいは憲法35条が何のために制定されたのかを検討し、憲法35条の保障内容を考察したい。

---

<sup>(195)</sup> 第3章において明らかにするように、合衆国憲法修正4条や日本国憲法35条が「個々人の生活の安全を保障する規定である」という理解が正しいとすれば、少なくともⅡBの諸見解が挙げる修正4条の保護法益のうち主観的なものは、相互に排他的なものではないはずである。

<sup>(196)</sup> Thomas K. Clancy, *The Framers' Intent: John Adams, His Era, and the Fourth Amendment*, 86 IND. L.J. 979, 983 (2011).