

研 究

電子的監視を用いた対外諜報と犯罪捜査

——FISAにおける「相当な理由」要件及び「監視の目的」要件と合衆国憲法第4修正との関係を中心に——

Electronic Surveillance for Foreign Intelligence and Criminal Investigation:
With a Focus on the Relationship between Probable Cause and Purpose
Requirements of FISA and Fourth Amendment to the United States Constitution

川 澄 真 樹*

目 次

- I はじめに
- II 対外諜報活動監視法 (FISA) と愛国者法 (USA PATRIOT ACT) 制定の経緯
- III 合衆国憲法第4修正と対外諜報活動監視法 (FISA) の電子的監視の手続の概要
 - 1 現在の第4修正法理の概要
 - 2 FISAの概要
- IV 対外諜報活動監視法 (FISA) における「相当な理由」要件
- V 対外諜報活動監視法 (FISA) における「監視の目的」要件
 - 1 United States v. Truong Dinh Hung
 - 2 *In re Sealed Case*
 - 3 合衆国議会での議論
 - 4 小 括
- VI 「特別の必要性の法理 (special needs doctrine)」からの検討
 - 1 特別の必要性の法理の発展
 - 2 FISAによる監視との関係
- VII おわりに

* 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

I はじめに

現在、世界情勢はますます混乱の様相を呈してきており、イスラム国（ISIS/ISIL）やアル・カーイダ（al Qaeda）といった国際テロ組織との戦いだけでなく、国家間の紛争の機運も高まっている。このような国外の脅威から自国の存立と社会の安全を確保するためにはあらゆる面での情報収集が不可欠といえる。そのような情報収集の手段は数多く存在するが、中でも電子的監視（通信傍受）は相手方の計画や作戦を秘密裏に捕捉することが期待でき、対外諜報の場面においても有効な手段となり得ることがある。我が国ではこのような対外諜報目的での電子的監視は議論されることがあまり多くはないが、後述するように、アメリカ合衆国においては、これらの電子的監視は通常の犯罪捜査における電子的監視よりも緩やかな要件で実施されている。さらにアメリカ合衆国では、このような電子的監視の過程で得られた情報がその後、テロ犯罪やスパイ罪等に対する刑事訴追の証拠として利用されることもしばしばであり、一定の場合、刑事法の執行を対外諜報目的の監視の主目的とすることが可能な余地がある。しかしながら、本来であれば、より厳格な要件の下で収集される犯罪の証拠をより緩やかな要件によって収集し、刑事訴追において利用することを全面的かつ無条件で認めることになれば、従来からの法執行のルールが無意味と化すことになり、不合理な搜索・押収を禁じる合衆国憲法第4修正に反するようにも思われる。このような対外諜報目的での監視によって得られた犯罪の証拠を刑事訴追で利用することが認められるのはいかなる場合であろうか。本稿は、このような電子的監視を用いた対外諜報と犯罪捜査の関係につき、アメリカ合衆国の対外諜報活動監視法（Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978¹⁾以下、FISA という）における電子的監視を実施

1) Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 Pub. L. No. 95-511, 92 Stat. 1783 (1978). FISA の紹介・解説として、拙稿「対外諜報目的での電子的監視—アメリカ合衆国の FISA を題材として—」比較法雑誌第50巻第3号（日本比較法研

する際に求められる「相当な理由 (probable cause)」要件と「監視の目的」要件からの議論を紹介し、第4修正との関係から検討を加えるものである。

II 対外諜報活動監視法 (FISA) と 愛国者法 (USA PATRIOT ACT) 制定の経緯

ここでは、議論の前提となる FISA の制定及び FISA を改正した愛国者法制定の経緯につき簡単にではあるが確認することとする²⁾。FISA は 1978年に制定され、政府の対外諜報活動を規律している。FISA が制定されるきっかけとなった背景としては、まず、国内のテロ集団によるミシガン州の CIA オフィス爆破を巡る無令状 (命令) 傍受が争われた *Keith* (*United States v. United States District Court (Keith)*, 407 U.S. 297 (1972))³⁾ を挙げることができる。本件で合衆国最高裁判所は国内での国家安全保障目的での通信傍受は、合衆国議会が通常の犯罪捜査目的での通信傍受とは異なった要件を創設すればその要件の下で実施することができる余地があることに言及したが、本件で行われた無令状傍受は第4修正に反するとした。合衆国最高裁判所は本件の判断の射程が国内の組織に対する監視が関

究所 2016年)、岡本篤尚『《9・11》の^{インパクト}衝撃とアメリカの「対テロ戦争」法制予防と監視』(法律文化社 2009年)、茂田忠良「米国における行政傍受の法体系と解釈運用」警察政策学会資料第94号テロ・安保問題研究部会 (2017年6月)、富井幸雄「安全保障上の電子的監視—権力分立と合衆国憲法修正四条の交錯」法学新報第122巻第3・4号75頁 (中央大学法学会 2015年) がある。

- 2) FISA の制定の背景については、拙稿・同上275頁も参照。
- 3) *United States v. United States District Court (Keith)*, 407 U.S. 297 (1972). *Keith* の紹介・解説として、拙稿「組織犯罪・テロに対する刑事訴追目的での通信傍受」大学院研究年報第45号法学研究科篇 (中央大学大学院研究年報編集委員会 2015) 315頁、茂田・前掲注1)、富井・前掲注1)、鈴木弘「国家安全のための通信傍受と合衆国憲法修正4条」名城法学論集大学院研究年報第30集3頁 (名城大学法学研究科 2003年) がある。

係する場合についてのみであることを強調しており、外国勢力や外国勢力のエージェントが関係する諜報活動の規律については射程が及ばないとされた。また、本件とほぼ同時期にニクソン大統領による政敵に対する傍受行為が明らかになったウォーターゲート事件が発生した他、上院創設のチャーチ委員会により、政府が秘密裏に電信や郵便の監視を実施するなどして多くの個人の自由を侵害している事実が公になった⁴⁾。合衆国議会はこれらの一連の事件を一つの要因として、政治的に中立的な監視を実施するために FISA を制定した⁵⁾。

FISA は後述するように犯罪捜査よりも緩やかな相当な理由要件の下で外国勢力及び外国勢力のエージェントの監視を認めている。その上で、FISA 制定当初、FISA の規定では、監視が「対外諜報情報を収集するというまさにその目的 (the purpose)」で行われるものであることの疎明を監視に際して政府に求めていた⁶⁾。そしてこの文言は監視目的として複数の目的が併存する場合があることから、「主要な目的」が対外諜報情報を収集する場合にのみ FISA を利用することを認めているものであると一般的に解釈・運用されてきた⁷⁾。そのような中、2001年9月11日の同時多発テ

4) See, Select Comm. To Study Governmental Operations with Respect to Intelligence Activities (Church Comm.), *Intelligence Activities and the Rights of Americans*, Book II, S. REP. No. 94-755, at 6 (1976). available at http://www.intelligence.senate.gov/sites/default/files/94755_II.pdf (last visited Jan. 28, 2018)

5) 拙稿・前掲注1) 275-276頁, Stephanie Cooper Blum, *What Really is at Stake with the FISA Amendments Act of 2008 and Ideas for Future Surveillance Reform* 18 B.U. Int'l L.J. 269, 275 (2009).

6) 監視の申請に際しては、司法長官による承認が求められるが、そこでは一連の各規定の基準と要件を充足していることの確認がなされる。そしてその際には一定の地位の政府職員による監視の目的は対外諜報情報を収集するというまさにその目的 (the purpose) であるとの疎明の確認がなされることとされていた。See, 50 U.S.C. §1804(a)(7)(B) (1978).

7) See, Richard Henry Seamon, William Dylan Gardner, *The Patriot Act and the Wall Between Foreign Intelligence and Law Enforcement*, 28 Harv. J.L. & Pub. Poly

口が発生し、合衆国議会は2001年10月に米国愛国者法（USA PATRIOT Act of 2001）⁸⁾を制定した。愛国者法にはFISAだけでなく、他の法に対する改正規定が多く盛り込まれているが、同法が同時多発テロから約1か月という短い期間で可決されたことに対してはしばしば批判がなされたといわれる⁹⁾。一方、愛国者法は同時多発テロからわずかな期間で可決されたことは事実とはいえ、その内容は同時多発テロ以前から司法省が起草していたともいわれる¹⁰⁾。本稿に関係する愛国者法によるFISAの改正は、「監視の目的」要件の変更であり、監視を実施する際には、対外諜報情報を収集することが「重要な目的の一つ（a significant purpose）¹¹⁾」であれば監視が実施できるとされたことである¹²⁾。この規定により、理論上、監視の「主要な目的」が対外諜報情報の収集以外の目的であってもFISAをさらに利用することが可能となる余地が生じたが、後述する *In re Sealed Case* (*In re Sealed Case*, 310 F.3d 717 (FISA Ct. Rev. 2002))¹³⁾において当該規定は

319, 364–367 (2005); *See*, David S. Kris, *The Rise and Fall of the FISA Wall*, 17 *Stan. L. & Pol'y Rev.* 487, 494–495 (2006). *See*, *United States v. Duggan*, 743 F.2d. 59 (2d Cir. 1984); *United States v. Pelton*, 835 F.2d 1067 (4th Cir. 1987); *United States v. Badia*, 827 F.2d 1458 (11th Cir. 1987); *United States v. Johnson*, 952 F.2d 565 (1st Cir. 1992). 尚, *United States v. Sarkissian*, 841 F.2d 959 (9th Cir. 1988) では「主要な目的」テストによらず、犯罪捜査と対外諜報上の捜査で明確な線引きをしなかったともいわれる。*See*, Seamon, Gardner, *Id.* at 366. ただし, *Sarkissian* では「監視の目的」についての争点は判断しないとしている。

8) USA PATRIOT Act of 2001, Pub. L. No. 107–56, 115 Stat. 272 (2001).

9) William C. Banks, *The Death of FISA*, 91 *Minn. L. Rev.* 1209, 1240 (2007).

10) *Id.*

11) ここでいう「重要な目的の一つ（a significant purpose）」については後述の議論を参照。

12) 監視の申請に際する司法長官の承認において、従来の一定の地位の政府職員による監視の目的は対外諜報情報を収集するというまさにその目的（the purpose）であるとの疎明の承認から重要な目的の一つ（a significant purpose）であるとの疎明の承認に変更された。*See*, 50 U.S.C. §1804(a)(6)(B).

13) *In re Sealed Case*, 310 F.3d 717 (FISA Ct. Rev. 2002). *In re Sealed Case* の紹介・解説として、茂田・前掲注1)、富井・前掲注1) がある。

合憲であるとされた。さらには、時限立法とされていた本規定は、その後、米国愛国者法改善・再承認法（USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act of 2005）¹⁴⁾によって恒久化された。また、愛国者法は一定の場合に諜報機関の職員と法執行機関の職員が捜査の際に協議を行うことを可能とし¹⁵⁾、法執行と諜報の結びつきをより一層強めることになった。以下ではこのような対外諜報を規律する FISA と犯罪捜査の関係につき検討を加えることとする。

III 合衆国憲法第4修正と対外諜報活動監視法（FISA）の 電子的監視の手続の概要

1 現在の第4修正法理の概要

第4修正は「不合理な搜索・押収から身体、住居、書類および所持品が守られるという人民の権利は侵されない。そして相当な理由に基づき、宣誓又は確言で支えられ、かつ搜索すべき場所ならびに押収すべき身体または物を具体的に限定して記述する場合を除いては、令状は発せられない。」と規定している¹⁶⁾。この第4修正は第一文で「不合理な」搜索・押収を禁止し、第二文では相当な理由に基づき、宣誓と確言で支えられ、かつ、搜

14) USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act of 2005, Pub. L. No. 109-188, 120 Stat. 192 (2006).

15) 連邦の職員が対外諜報情報収集を行うために電子的監視を実施する場合で、外国勢力または外国勢力のエージェントによる実際のまたは可能性のある攻撃、もしくは他の重大な敵対行為、破壊活動、国際テロリズムまたは大量破壊兵器の国際的な使用、そして外国勢力の諜報機関や諜報ネットワークまたは外国勢力のエージェントによる秘密諜報活動から国家を保護する捜査では、連邦の法執行機関の職員と協議ができることとされた（50 U.S.C. §1806(k)(1)）。また、このような法執行機関の職員との協議を行っても、対外諜報情報を収集することが重要な目的の一つ（a significant purpose）であるとの政府側の疎明を排斥し（preclude）、監視を承認する命令の発令が阻害（preclude）されないものとされていること（50 U.S.C. §1806(k)(2)）が挙げられる。

16) U.S. CONST. amend. IV.

索場所と押収対象物を特定していない一般令状を禁止している¹⁷⁾。この二文の関係については多くの議論があるが、現在では、「合理性 (reasonableness)」が搜索・押収の合憲性を判断する最終的な重要要素ではあるが、一定の例外の下、原則的には、相当な理由に基づいて令状入手の時間的余裕がある場合には令状を入手することが求められているといえよう（令状への傾斜¹⁸⁾）。そして、この第4修正は現在では、犯罪捜査の場面において会話等の無体物の証拠の収集にも適用されるため、電子的監視も第4修正によって規律を受ける。このように第4修正は多くの場合、犯罪捜査の領域で問題となるが、その規律は他の政府の活動についても及び、現在では、対外諜報における電子的監視との関係でも議論されることがある¹⁹⁾。特に対外諜報における電子的監視が犯罪捜査と交錯・重複する場合について検討する際には第4修正との関係を念頭に入れて議論を進める必要があらう。

2 FISA の概要

ここでは紙幅の関係から本稿の検討に必要な範囲で FISA の関連する規定についての概要を紹介する。尚、ここでの FISA は合衆国に所在する監視対象に対する監視について規定している²⁰⁾。本稿においても合衆国内に所在する個人・組織に対する監視をその射程とする。

17) 渥美東洋『全訂刑事訴訟法〔第2版〕』88頁（有斐閣 2009年）。

18) この時間的余裕がある場合に令状を入手すべきとの令状への傾斜は、飲酒運転により交通事故を起こした被疑者への無令状採血が自動的に逮捕に伴う搜索の法理により正当化はされず、個別事案ごとに緊急状況の有無を判断して合憲性が決せられるとした *Schmerber* (*Schmerber v. California*, 384 U.S. 757 (1966)) から読み取れる（渥美東洋『捜査の原理』（有斐閣 1979年）53頁）。また、*Katz* (*Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967)) では、裁判官や令状発付官の事前の承認なしになされた搜索は、いくつかの例外に該当する場合を除き、本来的に不合理 (*per se unreasonable*) なものとなると判示されている。

19) 茂田・前掲注1) 26頁、富井・前掲注1) 82-83頁参照。

20) 茂田・前掲注1) 20頁。See, 50 U.S.C. §1801(f).

電子的監視を実施するにあたっては、政府は監視対象が外国勢力または外国勢力のエージェントであり、対外諜報情報を収集することが「重要な目的の一つ（a significant purpose）」であること等を疎明する²¹⁾。このような監視の申請に対し、対外諜報活動監視裁判所（Foreign Intelligence Surveillance Court, 以下、FISC という）が監視対象は外国勢力または外国勢力のエージェントであるとの相当な理由があるか審査を行い、各要件を満たすと思料する場合に監視命令が発せられるものとされている²²⁾。ここでいう外国勢力または外国勢力のエージェントの定義は第1801条に規定されている。まず、外国勢力とは外国政府、外国政府等によって公に認められている組織体（entity）、国際テロリズムまたはその準備活動に従事している集団、外国に基礎を置く合衆国人（United States persons）²³⁾によって相当程度構成されていない政治団体等であるとされる²⁴⁾。一方、外国勢力のエージェントとは合衆国人以外の者（非合衆国人）にしか適用されない定義と合衆国人を含めたすべての者に適用される定義がある。合衆国人以外の者にしか適用されない定義には合衆国内で外国勢力の職員または被雇用者として活動する者、国際テロリズムまたはその準備活動に従事している集団の構成員として活動する者、合衆国の国益に反して合衆国内で秘密諜報活動に従事して外国勢力の利益となるように活動する者、国際テロリズムまたはその準備活動に従事している者、大量破壊兵器の国際的な使用に従事している、またはその準備活動をしている者等が含まれている²⁵⁾。これに対して合衆国人を含めたすべての者に適用される定義は外国

21) See, 50 U.S.C. §1804.

22) 50 U.S.C. §1805.

23) 合衆国市民及び永住権を有する外国人等を指す。See, U.S.C. §1801(i).

24) See, 50 U.S.C. §1801(a).

25) See, 50 U.S.C. §1801(b)(1). 合衆国人以外の者は2004年諜報改革及びテロ防止法（Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004）及びその後の法律の延長により、外国政府やテロ組織との関係性がなくとも、テロ活動またはその準備行為をしている場合にはFISAによって監視できることとなったとされる。このいわゆる「ローン・ウルフ（一匹狼型テロリスト）」の規定は2019

勢力の利益のために（外国勢力の諜報機関や諜報ネットワークの指示に従って）秘密諜報活動に意図的に従事しており、その活動が合衆国の刑事法に関わる（involve）または関わる可能性がある（may involve）、もしくはまさに関わろうとしている（about to involve）者、外国勢力の利益のために意図的に破壊活動または国際テロリズム、もしくはそれらの準備活動に従事している者、上記の活動に従事している者を意図的に幫助（aid）または教唆（abet）、もしくはその者と共謀する者、外国政府の利益のために虚偽のまたは不正な身分で合衆国に入国する者または合衆国内で同様に意図的に身分を偽る者と規定されている²⁶⁾。FISCは政府による監視申請につき、監視対象がこれらの各規定の外国勢力または外国勢力のエージェントであるとの相当な理由の有無を判断することになる²⁷⁾。また、FISCは、電子的監視が行われる施設や場所が外国勢力または外国勢力のエージェントによって利用される相当な理由があるかを確認し²⁸⁾、合衆国人に関する情報の捕捉、保管等を最小にするように企図された司法長官によって採用される具体的な手続（最小化手続²⁹⁾）が法の規定の定義と合致するものであるかについても確認する³⁰⁾他、監視対象が合衆国人の場合には、政府の疎明が求められている情報が対外諜報情報であり、通常の捜査手法ではこれを収集できないとの主張に照らして明白な誤り（clearly erroneous）でないか等を確認する³¹⁾。このようにFISAでは、合衆国人と非合

年12月15日まで有効とされている。大沢秀介他編『変容するテロリズムと法各国における〈自由と安全〉法制の動向』8-11頁（弘文堂 2017年）。

26) See, 50 U.S.C. §1801(b)(2).

27) ただし、合衆国人は第1修正で保護された活動に基づいて外国勢力または外国勢力のエージェントとはされない（50 U.S.C. §1805(a)(2)(A)）。また、FISCの裁判官は監視対象となる者の過去の活動についても考慮することができる（50 U.S.C. §1805(b)）。

28) 50 U.S.C. §1805(a)(2)(B).

29) See, 50 U.S.C. §1801(h).

30) 50 U.S.C. §1805(a)(3).

31) 50 U.S.C. §1805(a)(4).

衆国人との間で手続上の区別が設けられていることがある。

IV 対外諜報活動監視法（FISA）における「相当な理由」要件

以上のように FISC はまず、監視対象が法律上定義される外国勢力または外国勢力のエージェントと思量する相当な理由があるかということについて判断するが、ここで問題となるのは FISA にいう「相当な理由」の内容である。通常、「相当な理由」とは犯罪の捜査において用いられる文言であり、被疑者が何らかの犯罪を行った（commit）等と思量できる蓋然性を指す³²⁾。この点、FISA に規定される合衆国人以外の者に適用される外国勢力のエージェントの相当な理由は何らかの犯罪が関係していることが必ずしも要件とはされていない³³⁾。これに対して合衆国人を含むすべての者に適用される外国勢力のエージェントの相当な理由は刑事法の違反に関わる状況がその要件とされており、通常の犯罪捜査の相当な理由と共通しているようにも思われる³⁴⁾。しかしながら、この点、とりわけ上述した「関わる可能性がある（may involve）」という基準については、立法段階においても議論されており、この基準は監視対象が連邦法に違反していないことが明らかな状況には適用されないが、秘密諜報活動の一環で連邦法に違反することが関わる可能性がある者は監視対象となることが示され

32) 犯罪捜査のための電子的監視の要件においても個人が対象犯罪を行っている（is committing）、行った（has committed）、もしくは行おうとしている（is about to commit）と思量する相当な理由が存在することが求められる。See, 18 U.S.C. §2518(3)(a).

33) ただし例えば、国際テロリズムに関しては FISA では合衆国または他国の法律に違反する暴力行為などが関係すると規定されており、この意味においては非合衆国人が監視対象とされる際にも前提として合衆国法に違反している場合はあり得るようにも思われる。See, 50 U.S.C. §1801(c).

34) 刑事法の違反に関わるものが明文で規定されていない行為類型であっても、その行為類型はすべてほぼ確実に合衆国の刑事法に違反するものであると説明される。See, Kris, *supra* note 7, at 491-492.

ている³⁵⁾。そこでは、監視対象が具体的な犯罪行為に関わっている相当な理由はないが、犯罪に関わっている可能性があることを示す十分具体的かつ証明できる事実がある状況も含むとされており、あらゆる事情を総合考慮して通常人基準で連邦法違反に関わる可能性があるとの相当な理由につき判断するとされている³⁶⁾。したがって、この文言は犯罪に関する情報が少なくとも、犯罪が予防される一定の段階（例えば機密文書の移転があった時点）で電子的監視を認めるものであり、犯罪が行われる可能性があるとの相当な理由があれば、現在または差し迫った犯罪の存在は必要ないと説明されている³⁷⁾。また、このような相当な理由は実際には、外国勢力または外国勢力のエージェントであるとの相当な理由が求められているのであり、犯罪に関わっていることの相当な理由ではないともいわれる³⁸⁾。さらにいえば、そもそも FISA は犯罪捜査の場面とは異なり、電子的監視により何らかの対外諜報情報が実際に得られるとの相当な理由を FISC が判断することまでは求められておらず、その相当な理由要件は限定的であるとも指摘される³⁹⁾。このように見てみると、FISA で適用される監視のための相当な理由の中身は一定の場合に犯罪捜査という相当な理由とは異なることがあり、その満たすべき基準も低い場合があるが、このような要件の下で実施される監視によって得られた犯罪の証拠は後に刑事訴追におい

35) H.R. REP. No. 95-1283, pt. 1, at 39 (June 8, 1978), available at http://www.cnss.org/data/files/Surveillance/FISA/Cmte_Reports_on_Original_Act/HPSCI_FISA_Report_95-1283_Pt.1.pdf (last visited Jan. 28 2018).

36) *Id.* at 39-40. これについては後述する *In re Sealed Case*, 310 F.3d 717 (FISA Ct. Rev. 2002) も参照。

37) *Id.* at 40.

38) William C. Banks, *And the Wall Came Tumbling Down: Secret Surveillance after the Terror*, 57 U. Miami L. Rev. 1147, 1159 (2003).

39) Robert C. Power, *Intelligence Searches and Purpose: A Significant Mismatch between Constitutional Criminal Procedure and the Law of Intelligence-Gathering*, 30 Pace L. Rev. 620, 637 (2010). これについても犯罪捜査のための電子的監視は裁判官に対し、当該傍受を通じて犯罪に関する特定の通信が得られると料する相当な理由の有無の判断を求めている。See, 18 U.S.C. §2518(3)(b).

て利用されることがある⁴⁰⁾。したがって、理論上はFISAを利用することにより犯罪捜査における相当な理由によらずとも刑事法の執行をすることが可能になる余地があるように思われる。他方で、国家安全保障上、諜報と刑事訴追が密接不可分な場合があることも否定できず⁴¹⁾、特にテロから国家を保護するためには刑事訴追も有効な手段の一つであろう⁴²⁾。このような通常の犯罪捜査よりもより緩やかな要件の下で得られた証拠を刑事訴追で利用することができる場合とはいかなる状況でいかなる条件の下であろうか。この検討の際には監視の目的に着目することが重要となると思われる。

V 対外諜報活動監視法（FISA）における「監視の目的」要件

上述したように、FISAはその制定当時、監視の目的は「対外諜報情報⁴³⁾を収集するというまさにその目的（the purpose）」であるとの疎明を

40) 予め司法長官が承認する場合にはFISAによる監視によって得られた証拠は刑事手続で利用できるとされている（*See*, 50 U.S.C. §1806(b)）。実際に近時FISAにより得られた証拠により有罪とされた事案として、*United States v. Duka*, 671 F.3d 329 (3d Cir. 2011); *United States v. Abu-Jihaad*, 630 F.3d 102 (2d Cir. 2010); *United States v. Ning Wen*, 477 F.3d 896 (7th Cir. 2007); *United States v. Damrah*, 412 F.3d 618 (6th Cir. 2005) 等がある。

41) S. REP. No. 95-701, at 10-11 (Mar. 14, 1978), available at www.cnss.org/data/files/Surveillance/FISA/Cmte_Reports_on_Original_Act/SSIC_Report_95-701.pdf (last visited Jan. 28 2018). [hereinafter S. REP. No. 95-701]

42) *See*, Kris, *supra* note 7, at 496.

43) 対外諜報情報とは、現在、合衆国人に関しては必要的に、(1)外国勢力または外国勢力のエージェントによる実際のまたはその可能性のある攻撃または他の重大な敵対行為、(2)外国勢力または外国勢力のエージェントによる破壊活動、国際テロリズム、または大量破壊兵器の国際的な使用、(3)外国勢力の諜報機関または諜報ネットワークまたは外国勢力のエージェントによる秘密諜報活動から合衆国を保護する能力に関するものであると規定されている（50 U.S.C. §1801(e)(1)）他、合衆国人に関しては必要的に(1)合衆国の国防または国家安全保障、(2)合衆国の外政行為に関する外国勢力または外国の領土に関する情報

政府に求めていた。しかし、2001年の同時多発テロ事件後に制定された愛国者法により、この文言は「重要な目的の一つ (a significant purpose)」に変更された。そしてこの愛国者法による改正まで、FISAによる監視は一般的にその「主要な目的」が対外諜報情報の収集である場合にのみ利用することが認められてきた⁴⁴⁾。本章では、このFISAの目的要件についての監視の「主要な目的」テストにつながったとされる *Truong* (United States v. *Truong Dinh Hung*, 629 F.2d 908 (4th Cir. 1980))⁴⁵⁾ と、この主要な目的テストの解釈を否定したとされる *In re Sealed Case* について紹介・検討する。

1 United States v. *Truong Dinh Hung*

Truong では、ヴェトナム戦争中に合衆国へと入国したヴェトナム市民である *Truong* が合衆国の政府職員から合衆国の外交手段と東南アジア政策に関する機密書類の写しを入手した。*Truong* はパリのヴェトナム人コミュニティと幅広く交流しているヴェトナム人女性と知り合い、当該機密書類の写しをパリに運び、和平交渉に出席するヴェトナム側の代表者に渡すように働きかけ、書類を手渡した。しかし、この女性は実際にはCIA及びFBIの情報提供者であり、*Truong* はスパイ罪等で訴追された。政府は*Truong* の一連の動向を探る際、この情報提供者による情報だけでなく、*Truong* の電話に対する通信傍受及びアパートメントに対する会話傍受も無令状で行っていた。また、電話での会話の内容はほぼすべて記録され、それは268日間継続されていた。*Truong* は、当該通信傍受及び会話傍受は無令状でなされているため第4修正に反するとして、それらの監視によ

であると規定されている (50 U.S.C. §1801(e)(2))。

44) See, Seamon, Gardner, *supra* note 7, at 364-367; See, Kris, *supra* note 7, at 494-495. See, United States v. Duggan, 743 F.2d 59 (2d Cir. 1984); United States v. Pelton, 835 F.2d 1067 (4th Cir. 1987); United States v. Badia, 827 F.2d 1458 (11th Cir. 1987); United States v. Johnson, 952 F.2d 565 (1st Cir. 1992).

45) *Truong* の紹介・解説として、富井・前掲注1)がある。

り得られた証拠の排除を申し立てた。これに対し、政府は第4修正の令状要件の「対外諜報上の例外（foreign intelligence exception）」を主張し、District Courtはこの対外諜報上の例外が存在することを認めた。その上でDistrict Courtは、政府は対外諜報上の情報収集が主要（primarily）な目的である限りは無令状で当該監視をなし得るとし、1977年7月20日より前までの政府の活動を適法として、そこで得られた証拠を排除せず、それ以降は対外諜報のための情報収集ではなく、犯罪捜査が主要な目的となっているとして無令状で得られた証拠を排除した⁴⁶⁾。

第4巡回区 Court of AppealsはDistrict Courtの判断を是認した上で以下のように理由づけを行った。第4巡回区 Court of Appealsは、まず、合衆国最高裁判所の判例で本件のような事案を扱ったものはないが、外国勢力や外国勢力のエージェントが関係しない国内のテロ集団に対する国家安全保障上の無令状監視を行った *Keith* (United States v. United States District Court (Keith), 407 U.S. 297 (1972)) があることを確認した。そして *Keith* で合衆国最高裁判所が個人のプライバシーと政府の必要性を衡量し、国内の安全保障上の監視の場合には令状が必要と判断していることを指摘し、このような事実に鑑みれば、本件のような国内ではない対外諜報の領域では画一的な令状要件は外政を行う大統領の責務を不当に妨げることになるとする。その上で第一に国外の脅威に対抗するには隠密性、迅速性、秘匿性が必要になり、令状要件は行政府の活動の柔軟性を損なわせ、対応の遅れと作戦についての情報漏洩の可能性が高まる場合があること、第二に、行政府は国家側の必要性や外国等によってもたらされる脅威の大きさについて継続的に理解をしているが、裁判所は対外諜報に関して繊細かつ複雑な判断に慣れておらず、専門的技術がないこと、第三に、行政府

46) 1977年7月20日を境にした根拠としてDistrict Courtは、当初から司法省刑事部（Criminal Division）は本件捜査について知っていたものの、司法省及び他の様々な諜報機関とNSA間の覚書によれば、政府が刑事訴追について取りまとめ始めたのは同年7月19日及び20日になってからであったことを挙げている。

は外政を行うことが憲法上認められており、大統領とその代理の者は外交政策を行うことが憲法上の責務となっていることを指摘する。

第4巡回区 Court of Appeals は以上のように述べた上で、対外諜報上の令状要件の例外は搜索や監視の対象が外国勢力または外国勢力のエージェントもしくはそれらの協力者である場合に認められ、本件はこれに当たるとする。さらに、第4巡回区 Court of Appeals は、対外諜報は部分的には犯罪捜査となる場合がほとんどであることを認め、監視の「主要な」理由が対外諜報の場合にのみ令状要件は免除されるとして、District Court の判断を確認している。このようにして本件で第4巡回区 Court of Appeals は対外諜報上の令状要件の例外を認め、その上で第4修正上の合理性について判断し、本件監視についてこれを是認している。

この *Truong* の判断の対象となった政府の活動が行われた当時は FISA が制定されていなかったため、*Truong* は直接的に FISA の運用法につき判示したわけではないが、FISA は愛国者法によって改正がなされるまで一般的にこの *Truong* の「主要な目的」テストの下で運用されてきた⁴⁷⁾。そしてこの愛国者法による改正について判断したのが *In re Sealed Case* である。

2 *In re Sealed Case*

In re Sealed Case は、2001年の愛国者法による FISA の改正に伴って司法長官が「諜報情報共有手続 (Intelligence Sharing Procedure)」という FISA によって政府が採用することが求められる「最小化手続」の補則手続 (2002年手続) を策定したことに端を発する。2002年手続は、FISA による監視につき FBI による司法省刑事部⁴⁸⁾及び合衆国検察局 (U.S. Attor-

47) See, Seamon, Gardner, *supra* note 7, at 364-367; See, Kris, *supra* note 7, at 494-495. See, United States v. Duggan, 743 F.2d 59 (2d Cir. 1984); United States v. Pelton, 835 F.2d 1067 (4th Cir. 1987); United States v. Badia, 827 F.2d 1458 (11th Cir. 1987); United States v. Johnson, 952 F.2d 565 (1st Cir. 1992).

48) 司法省刑事部は検察官を有しており、多くの重要な事案を訴追する他、連邦

ney's Office) との接触を限定していた従前の手続（1995年手続⁴⁹⁾とは異なり、FISAの監視に関して、FBI、司法省刑事部、諜報政策審査室(OIPR)⁵⁰⁾が情報共有を行い、相互に助言をし合うことを全面的に認めるものであった⁵¹⁾。また、2002年手続はFISAによる監視に関して、合衆国検察局(U.S. Attorney's Office)との情報共有及び協議も認めていた⁵²⁾。司法省は2002年3月にこの新たな手続を最小化手続の補則手続として採用し、FISCに今後はすべてこの手続を用いることの確認を求めた⁵³⁾。これに対して、FISCは、同年5月、本件は合衆国人にしか関係しない事案であること、2002年手続自体が最小化手続の一部であること⁵⁴⁾を前提にし

検察官と捜査機関に対して助言や共助等を行っている。<https://www.justice.gov/criminal/about-criminal-division>

49) See, Attorney General, Memorandum, Procedures for Contacts Between the FBI and the Criminal Division Concerning Foreign Intelligence and Foreign Counterintelligence Investigations, 19 July 1995, available at <https://fas.org/irp/agency/doj/fisa/1995procs.html> (last visited Jan. 28 2018) [hereinafter Attorney General, Memorandum 1995]. 尚、1995年手続は2002年手続までいくつかの修正等がなされているが、2002年手続とは異なり、FBIと司法省刑事部、合衆国検察局との接触は限定的なものであったと思われる。

50) 諜報政策審査室は国家安全保障に関する活動に際して法的助言を提供し、FISA等の利用につき監督を行う司法省の部署であったが、現在は国家安全保障部諜報室(NSD Office of Intelligence)に引き継ぎがなされている。<https://www.justice.gov/archive/mps/2006omf/manual/oipr.htm>; <https://www.justice.gov/nsd/office-intelligence>

51) See, Attorney General, Memorandum, Intelligence Sharing Procedures for Foreign Intelligence and Foreign Counterintelligence Investigations Conducted by the FBI, available at <https://fas.org/irp/agency/doj/fisa/ag030602.html> (last visited Jan. 28 2018).

52) *Id.*

53) *In re All Matters Submitted to Foreign Intelligence Surveillance Court*, 218 F. Supp. 2d 611 (2002).

54) 実際にはFISAで政府に求められる他の具体的な機密手続がFISCにより「最小化手続」として承認を受けており、存在しているが、FISCは1995年手続及び2002年手続も最小化手続の一部としている。本件では本来の「最小化手

て、2002年手続は諜報目的での捜査と犯罪捜査が重複した際に、検察官がFISAによる監視をその開始から終了まで指示する重要な役割を持つことになり、FISAがもっぱら通常の法執行目的で利用されることになるため認められないとした⁵⁵⁾。また、手続の一部は検察官に対してFBIの諜報担当官にFISAの監視の開始 (initiation)、継続 (operation)、延長 (continuation)、もしくは拡大 (expansion) について助言を行うことを認めるものであり、対外諜報情報を収集するのではなく通常の法執行目的で犯罪の証拠の獲得、保管等を強めるものであるとした⁵⁶⁾。ここからFISCは、FISAによる監視に際して法執行官が助言をすることは許されないと解して手続の修正を命じた⁵⁷⁾。しかしながら、政府側はこの後も同年7月に監視の申請を行う際に、2002年手続に何ら修正を加えなかった。FISCはこの監視の申請を承認したが、5月の判断に従って手続を修正することを求めた。政府側は同年10月、監視命令の更新をFISCに対して申請したが、FISCは7月と同様に手続を修正するように求めた。政府側はこれらの7月及び10月のFISCの判断に対して異議を申し立て、愛国者法制定以前においても、監視の「主要な目的」が対外諜報情報を収集することであるとの「主要な目的」テストは存在していないこと、仮にこのような「主要な目的」テストが愛国者法制定以前には妥当なものであったとしても、愛国者法により、現在ではすでに廃止されていること、FISCは1995年手続が最小化手続に合致するものであるとしているが、そのような最小化手続に関する解釈は誤りであることを主張して、対外諜報活動監視上訴裁判所 (Foreign Intelligence Surveillance Court of Review 以下、FISCR という)

続」は争点となっていない。

55) *In re All Matters Submitted to Foreign Intelligence Surveillance Court*, 218 F. Supp. 2d 611 (2002). 尚、1995年手続においても、FISAによる監視中に重大な連邦法上の犯罪の証拠が発見された場合にはこれを司法省刑事部に通報することは認められており、一律的に犯罪の証拠の利用を禁止していたわけではない。See, Attorney General, Memorandum 1995.

56) *Id.*

57) *Id.*

に上訴した⁵⁸⁾。

これに対し、FISCRはFISCの判断を破棄した。以下ではFISCRの判断について大要をまとめて説明する。まず、FISCの5月の手続の修正に関する意見は明確な根拠があるわけではなく、このような意見はFISAによって、諜報関係の職員と法執行の職員の間いわゆる「壁」が築かれているとの想定によるとする。そしてFISCは外国勢力や外国勢力のエージェントの犯罪を訴追することが主要な目的でない場合にのみ電子的監視を実施することが認められると解釈しているが、このような解釈は法律上の根拠がないものであるとする。FISCRは、対外諜報と犯罪捜査の二分説（「主要な目的」テスト）は*Truong*によって作り出されたものであるが、*Truong*はFISA制定前の政府の活動が問題となった事案であることを指摘する。FISCRは*Truong*で示された「主要な目的」テストは一度刑事訴追に移行すれば、政府の対外政策の関心は薄れるとの理由によるものであるが、このような前提は誤っており、実際には両者は相互に関係するものであるとする。そして、FISCRは、対外諜報情報を収集する際の政府の目的を検討することはFISA制定当時から企図されてはおらず、合衆国人に関する外国勢力のエージェントの定義は、犯罪活動が関係していることから、実質的に刑事訴追と切り離すことができないとする。FISCRは、立法段階での議論から、「対外諜報情報を収集するというまさにその目的（the purpose）」との文言は、FISAがもっぱら犯罪の証拠の収集目的で利用されることを防いでいることを認めつつも、そこで得られた情報を訴追で利用することは制約を受けないとして、刑事訴追自体が対外諜報に関連

58) 本件の具体的な監視の内容は機密事項のため明らかではないが、監視対象は国際テロリズムに従事する者に対して幫助、教唆、または共謀している合衆国人であり、外国勢力のエージェントであると思料する相当な理由があり、かつ他のFISAの要件は充足しているとされており、電子的監視の適法性自体については争いがない。また、本件は一方当事者のみ参加の審理であるため、米国自由人権協会（ACLU）及び全米刑事弁護人協会（NACDL）を裁判所の友（*amici curiae*）として意見を提出することを認めている。

する犯罪と戦う方策の一つであることを確認している。その上で FISC は FISA によって通常の犯罪と対外諜報上の犯罪の間では線引きがなされていることを指摘し、対外諜報上の犯罪に関しては差し迫った犯罪活動を止めることに圧倒的な関心が置かれており、訴追は実際には副次的な目的であるとする。

FISC はまた、FISC は「主要な目的」テストを採る1995年手続が FISA が求める最小化手続に適合するとしているが、これは誤りであるとする。その上で FISC は FISA の最小化手続の規定でも監視の最中に対外諜報上の犯罪以外の犯罪の証拠を得た場合、これを廃棄することは求められていないこと⁵⁹⁾等を指摘し、FISA の最小化手続に関する規定は検察官が諜報担当官に FISA による監視の指示を行うことを制限する根拠とはならないとする。

FISC はさらに愛国者法によって FISA の監視の目的が「対外諜報情報を収集するというまさにその目的 (the purpose)」から「重要な目的の一つ (a significant purpose)」へと変更されたことにより、監視の主要な目的が犯罪捜査ではないとの政府の疎明要件が緩やかになるが、このことは合衆国議会も承知の上であるとする。また、愛国者法による改正により、諜報担当の職員と法執行担当の職員の協議が認められることになったが、これについても法執行と諜報情報収集の間の「壁」を取り壊すためのものであるとする。そして最終的には政府が刑事訴追以外に外国勢力のエージェントに対する現実的な対抗手段を有している限り、「重要な目的の一つ (a significant purpose)」を満たすことができ、この「重要な目的の一つ (a significant purpose)」という要件によって刑事訴追と他の諜報に対する対抗措置のいずれかに政府が重きを置いているのか衡量する必要がなくなったとする。そして監視の目的が進行中の共謀行為 (conspiracy) を防止することといったような刑事訴追よりも広範な目的があり、刑事訴追ではな

59) 最小化手続には法執行目的で犯罪の証拠の保管等をする手続が含まれることを指摘する。See, 50 U.S.C. §1801(h)(3).

い対応策も含まれていれば、「重要な目的の一つ (a significant purpose)」の要件を充足することができ、FISAによる監視が認められると判示している。ただこの点についてはFISCRも対外諜報とは関係しない犯罪を訴追することを主要な目的としてFISAを利用することの可否については消極に解していることに加えて、対外諜報上の犯罪であっても進行中のスパイ活動やテロ活動を阻止するのではなく、過去のこれらの犯罪の訴追をするためにFISAを利用することには否定的である。

以上のことを踏まえてFISCRは、FISAの手続と第4修正との関係につき、犯罪捜査目的での通信傍受を規律する連邦法 (Title III of the Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968, 以下 Title III という) と比較している。そこでは、まず、FISAと Title IIIにおける「相当な理由」の内容が異なっていることを指摘する。先にも述べたように、FISAでは、合衆国人が電子的監視の対象となる場合、犯罪活動に関わっているとの要件が課されているとされているが、そこでは差し迫った刑事法の違反を疎明することは求められておらず⁶⁰⁾、「相当な理由」の疎明の基準が低いことを確認している。FISCRはこの他にも特定性 (particularity)、監視の期間、最小化手続、事後通知等についてのFISAと Title IIIの相違点につき比較し、FISAにおける命令は第4修正の下での「令状 (warrant)」ではない可能性があるが、第4修正の下で合理的であるといえるとする。

最後にFISCRは通常の犯罪の訴追と通常の法執行の必要性を超えた「特別の必要性の法理 (special needs doctrine)」から検討を加え、*Edmond* (*City of Indianapolis v. Edmond*, 531 U.S. 32 (2000))⁶¹⁾に言及している。*Ed-*

60) ここでは当該活動が刑事法に「関わる (involve)」, 「関わる可能性がある (may involve)」と定義されていることを指摘している。したがって「関わる (involve)」であっても通常の犯罪についての相当な理由よりも低い基準であるとも解される。See, 50 U.S.C. §1801(b)(2)(A), (B).

61) *City of Indianapolis v. Edmond*, 531 U.S. 32 (2000). *Edmond* の紹介・解説として、堤和通「非刑事法領域のプライバシー保障—米国の Special Needs Doctrine について—」渥美東洋編『犯罪予防の法理—警察政策学会10周年記念—』175頁 (成文堂 2008年), 洲見光男「薬物犯罪摘発のための自動車検問の適法

mond で合衆国最高裁判所は、薬物密売人を摘発するための幹線道路上の検問は主要な目的が犯罪の証拠を発見することであり、特別の必要性の法理の下では許容されないと判示した。しかし、FISCR は、合衆国最高裁判所は *Edmond* で嫌疑に基づかない押収については、その主要な目的が通常の法執行か否かで区別するのではないことを強調しており、それが一般的な犯罪統制プログラムの一環として行われたものなのか、特定の目的を有するプログラムとして行われたものなのかで区別しているのだと指摘する。また、FISCR は、*Edmond* で合衆国最高裁判所が差し迫ったテロを阻止するための検問は許容されることになることと述べていることを指摘し、脅威とは「緊急事態」を指し、緊急事態は通常の犯罪統制の範疇に属しないとす。FISCR は FISA が実行しようとしているプログラムは通常の犯罪統制ではなく、外国勢力によるテロやスパイ活動から国家を保護するというものを一般的な目的としているとし、前述 *Keith* におけるバランステストを用いて、FISA による監視は合理的であり、合憲であるとした。

3 合衆国議会での議論

このような監視の目的に関して、FISCR が指摘する FISA の立法段階での議論と愛国者法制定時の議論をいくつか紹介する。まず、下院の諜報委員会においては、FISA に定義される対外諜報情報には犯罪の証拠が含まれている可能性があり、スパイ活動に関する情報はほぼ同時に犯罪活動の証拠になることが指摘されていた⁶²⁾。その上でこのような情報を公判審理で証拠として利用することもまた、秘密諜報活動や破壊活動等から国家を

性」朝日法学論集第26号155頁（朝日大学法学会 2001年）、山本未来「行政調査と合衆国憲法修正4条における「特別の必要性」の法理」明治学院大学法科大学院ローレビュー第5号59頁（明治学院大学大学院法務職研究科 2006年）がある。

62) H.R. REP. No. 95-1283, pt. 2, at 49 (June 8, 1978), available at http://www.cnss.org/data/files/Surveillance/FISA/Cmte_Reports_on_Original_Act/HPSCI_FISA_Report_95-1283_Pt.2.pdf (last visited Jan. 28 2018). [hereinafter H.R. REP. No. 95-1283, pt. 2]

保護する一手法であるとして、FISAが犯罪の証拠である情報の収集及び利用を認めるものであるといわれていた⁶³⁾。また、上院の諜報委員会においても、外国勢力が関係するスパイ、破壊活動等から国家を保護する領域では、諜報と通常の法執行が融合する傾向にあることは指摘されている⁶⁴⁾。ただ、この点、監視に際しては「対外諜報情報を収集するというまさにその目的 (the purpose)」を要件とすることで、真の目的が対外諜報ではない場合に電子的監視を行うことを防ぐことができるとしており、この文言は監視の唯一の目的が対外諜報情報の収集であり、他の目的ではないことを明確にするためであるとしていた⁶⁵⁾。その後、愛国者法による目的要件の変更時には、現在の世界は単純ではなく、監視には諜報と通常の法執行双方の目的が存在することが指摘された⁶⁶⁾。さらにそのうちのいずれが捜査の主要な目的であるかを判断することは困難であるため、監視の目的を「重要な目的の一つ (a significant purpose)」とすることでそのような判断を不要とし、新たなバランスを図ることができるとした⁶⁷⁾。そして、この改正により、法執行と対外諜報の伝統的な障壁を取り払うことになると指摘された⁶⁸⁾。このようにしてみると、合衆国議会としては対外諜報目的でのみFISAを利用することを認めてきたが、そこでは少なくとも対外諜報に関係する犯罪の証拠が収集された場合、その証拠を利用するこ

63) *Id.*

64) S. REP. No. 95-701, at 10-11 (Mar. 14, 1978), available at www.cnss.org/data/files/Surveillance/FISA/Cmte_Reports_on_Original_Act/SSIC_Report_95-701.pdf (last visited Jan. 28 2018).

65) H.R. REP. No. 95-1283, pt. 2, at 76 (June 8, 1978); *See also Id.* at 51.

66) 147 Cong. Rec. S10591 (Oct. 11, 2001) available at <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CREC-2001-10-11/pdf/CREC-2001-10-11-pt2-PgS10547.pdf> (last visited Jan. 28 2018).

67) *Id.*

68) 147 Cong. Rec. S10992 (Oct. 25, 2001) available at <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CREC-2001-10-25/pdf/CREC-2001-10-25-pt1-PgS10990-2.pdf> (last visited Jan. 28 2018).

と自体を禁止する意図は当初からなかったと読み取ることができる。そして愛国者法による改正でこのような対外諜報と法執行の関わりを大きく前進させようとした合衆国議会の意図がうかがえる。

4 小 括

Truong では、諜報と犯罪捜査が交錯・重複する際、監視の目的に目を向ける「主要な目的」テストが打ち出され、その後 FISA による監視についても一般的にこのテストが用いられてきた⁶⁹⁾。これに対して *In re Sealed Case* では愛国者法による改正に際して FISA による監視は対外諜報が「重要な目的の一つ (a significant purpose)」であれば足りるとされ、理論上、一定の場合には、監視の主要な目的が刑事訴追であっても認められる余地が生じたことになる⁷⁰⁾。FISCR は *Truong* でいわれた「主要な目的」テストを否定しつつ、愛国者法による改正により主要な目的テストは明示的に廃止されたとの見解に立つようである。FISCR は刑事訴追と対外諜報が相互に関係することを指摘している。

一方、合衆国議会での議論でも FISA 制定時において、「対外諜報情報を収集するというまさにその目的 (the purpose)」という文言は対外諜報以外の目的で FISA が利用されることを防ぐ意図があったことが示されているが、適法な対外諜報により得られた犯罪（少なくとも対外諜報上の

69) See, Seamon, Gardner, *supra* note 7, at 364–467; See, Kris, *supra* note 7, at 494–495. See, *United States v. Duggan*, 743 F.2d 59 (2d Cir. 1984); *United States v. Pelton*, 835 F.2d 1067 (4th Cir. 1987); *United States v. Badia*, 827 F.2d 1458 (11th Cir. 1987); *United States v. Johnson*, 952 F.2d 565 (1st Cir. 1992).

70) See, Seamon, Gardner, *supra* note 7, at 326. 富井・前掲注1) 115頁参照。尚、その後、「重要な目的の一つ (a significant purpose)」への改正を是認した判例として、*United States v. Duka*, 671 F.3d 329 (3d Cir. 2011); *United States v. Abu-Jihaad*, 630 F.3d 102 (2d Cir. 2010) 等がある。これに対して、*Mayfield v. United States*, 504 F. Supp. 2d 1023 (D. Or. 2007) は「重要な目的の一つ (a significant purpose)」も含めて、愛国者法による改正を受けた FISA は第 4 修正に反するとする。

犯罪)の証拠を排除する必要はないと考えられてきているようである。このように対外諜報情報自体が犯罪の証拠である、もしくは、犯罪の証拠自体が対外諜報情報であるというような場合については、これを刑事訴追において証拠として利用することを制限する意図は、合衆国議会にはうかがわれないと思われる⁷¹⁾。そしてこのようなことはFISAの規定によっても認められていることが指摘される⁷²⁾。さらに、合衆国議会は愛国者法による改正時には、もはや諜報と犯罪捜査を区別することが困難であるとして、「重要な目的の一つ(a significant purpose)」への変更を主張しており、現在では積極的にFISAを通常の法執行で利用することを認める意図がうかがわれる。

しかしながら、このような現在の「監視の目的」要件を前提として、先に検討した相当な理由の内容と合わせて考えると、理論上、通常の犯罪捜査における電子的監視よりもより一層緩やかな要件の下で刑事訴追目的の監視を行うことが可能となる余地があり得ることは否定できないと思われる。したがって、刑事訴追目的でFISAを利用することが許されるかが問われることになる。この点、監視のまさにその目的(the purpose)が刑事訴追である場合にはFISAは利用できないとすべきとの指摘もある⁷³⁾。しかし、上述したように対外諜報は刑事訴追と切り離すことができない側面が存在することは事実である。そして、ここで刑事訴追の対象とされているのは、国際テロ犯罪やスパイ罪といった対外諜報上の犯罪であり、無

71) See, Kris, *supra* note 7, at 495-496.

72) 予め司法長官が承認する場合にはFISAによる監視によって得られた証拠は刑事手続で利用できるとされている(50 U.S.C. §1806(b))ことが示唆されている。See, *id.* n. 58. また、FISCRが指摘するように監視の最中に犯罪の証拠を得た場合、これを破棄する必要はないことが規定されていることも挙げられよう。See, 50 U.S.C. §1801(h)(3).

73) Banks, *supra* note 9, at 1269. 尚、この見解は第4修正のみならず、第6修正及び第1修正上の権利の観点からもそのように主張している。See also Peter P. Swire, *The System of Foreign Intelligence Surveillance Law*, 72 Geo. Wash. L. Rev. 1306, 1361 (2004).

関係の一般的な犯罪ではない⁷⁴⁾。このように考えると、対外諜報が「重要な目的の一つ (a significant purpose)」であれば、これらの犯罪に対する刑事訴追を主要な目的として FISA を利用することを許容しても、不当な権限の濫用は特段生じないようにも思われる。とはいえ、あらゆる場合に刑事訴追目的で FISA を利用することができることになれば犯罪捜査上の規律が無意味なものとなる。そこで、そもそも対外諜報が「重要な目的の一つ (a significant purpose)」ではないのも事実である場合には、FISA を利用することは潜脱的な法執行方法であり、第 4 修正上不合理な搜索・押収にあたり許されないことは当然であろうが、FISCR が示唆するように対外諜報が「重要な目的の一つ (a significant purpose)」であっても、主要な目的が対外諜報とは全く関係しない犯罪の訴追をするためや、対外諜報上の犯罪であっても進行中のスパイ活動やテロ活動を防止するのではなく、過去のこれらの犯罪を訴追する目的で FISA を利用することも認めるべきではないであろう。FISA による刑事訴追目的での証拠の収集は現在進行中の対外諜報に関する犯罪に限定すべきであると思われる⁷⁵⁾。ただし、対外諜報上の犯罪とは関係しない犯罪の証拠であっても、それが正当な監視の過程で発見された場合には当該証拠はブレイン・ビュー法理⁷⁶⁾に

74) See, 50 U.S.C. §1801(b)(2).

75) この点につき、富井・前掲注1) 115頁参照。

76) ブレイン・ビュー法理は、*Coolidge* (*Coolidge v. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971)) の複数意見でいわれた、適法に視覚により発見された証拠を無令状で押収することができる令状要件の例外である。*Coolidge* では、ブレイン・ビュー法理の要件として、(1)当初の侵入が令状または令状要件の例外によって正当化されること、(2)押収対象物の発見が意図的になされたものではないこと (inadvertent)、(3)押収対象物の負罪証拠としての性質が即座に明白であることが挙げられた。尚、(2)の要件については、*Horton* (*Horton v. California*, 496 U.S. 128 (1990)) において、官憲の行為について判断するには、官憲の主観的な心理ではなく、客観的な基準を用いることとされている他、(3)の「即座に明白である」との要件に関しては現在 *Brown* (*Texas v. Brown*, 460 U.S. 730 (1983)) 及び *Hicks* (*Arizona v. Hicks*, 480 U.S. 321 (1987)) を経てブレイン・ビュー法理が適用されるためには相当な理由が必要とされている。また、*Horton* では、令

より刑事訴追で利用することが認められると考えられよう。この場合、当初の適法な監視によりプライバシーはすでに開かれ、かつ典型的に緊急状況が認められるので当該証拠はアメリカ合衆国では無令状で押取できることになる。FISAが不当に利用されることを防ぐためには政府の監視の目的の疎明についてFISCが慎重に判断することが求められよう。

ところで、FISCRは最後に「特別の必要性の法理」につき言及しているが、これはFISAによる監視を検討する際にいかなる意味を持つのであろうか⁷⁷⁾。以下ではこの特別の必要性の法理とFISAによる監視について検討していくこととする。

VI 「特別の必要性の法理（special needs doctrine）」からの検討

1 特別の必要性の法理の発展

特別の必要性の法理は元々は *T.L.O.* (*New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325

状要件の例外のプレイン・ビュー法理の下で対象物の押取が認められるには、対象物への合法的な接触が要されるとの要件が付加されている。いずれにしても、このプレイン・ビュー法理は、当初、別罪に対する（別の目的での）適法な搜索（正当な活動）が行われており、当該搜索の範囲内で視覚によって（他の）犯罪の証拠が発見された場合には、当該証拠を無令状で押取することを認めるものといえよう。このような、適法な活動中に（他の）犯罪の証拠が発見された場合とは、証拠の散逸や破壊の危険が典型的に相当程度高い緊急状況である。したがって、令状入手の時間的余裕のない場合であり、令状要件の例外として無令状で当該証拠を押取できると考えられよう。

77) FISCRは *In re Sealed Case* 以後も *In re Directives Pursuant to Section 105B of Foreign Intelligence Surveillance Act*, 551 F.3d 1004 (2008) において特別の必要性の法理につき言及している。本件は2007年米国保護法（Protect America Act of 2007）に基づいてFISAによる電子的監視を行う際、通信サーヴィスプロヴァイダーに対して協力を求める規定の合憲性が争われた。本件は国外にいる者に対する監視に関するものであり、本稿の射程を超えるためここでは紹介に止め、今後の検討課題とする。*In re Directives* の紹介・解説として、茂田・前掲注1)、富井・前掲注1)がある。

(1985)⁷⁸⁾のブラックマン裁判官の結論賛成意見で述べられたものである⁷⁹⁾が、現在では合衆国最高裁判所の判例法理として定着しているといわれる⁸⁰⁾。その内容は、捜査などの通常の法執行については、第4修正上合理的であるといえるには、相当な理由という実体要件とその実体要件に支えられた令状の事前の発付が一定の限られた例外にあたる場合を除いて要件となるが、政府側に通常の法執行を超えた特別の必要性があり、その必要に応えるためには令状要件と実体要件を充足することが困難である場合にはより緩やかな要件の下で捜索等の活動を認めるものである。FISAによる監視と特別の必要性の法理との関係を検討する前に、まずこの特別の必要性の法理に関する合衆国最高裁判所の判例につき概観することとする。

まず、*T.L.O.*では、公立高校の教員がトイレで生徒が喫煙をしているのを発見し、その後、副校長が生徒に対して校則違反である喫煙の事実につ

78) *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985). *T.L.O.* の紹介・解説として、堤・前掲注61)、渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅳ』208頁(中央大学出版部 2012年)〔担当 清水真〕、洲見光男「「特別の必要」の例外」朝日法学論集第22号18頁(朝日大学法学会 1999年)、山本・前掲注61)、上原正夫「先生による生徒の所持品調べの合憲性」判例タイムズ545号64頁(判例タイムズ社 1985年)、ジュリスト840号66頁(有斐閣 1985年)、樋口範雄「学校内での所持品調べと生徒の人権」ジュリスト860号115頁(有斐閣 1986年)、高井裕之「公立学校教師による生徒の鞆の捜索と修正4条」判例タイムズ611号119頁(判例タイムズ社 1986年)、荏原明則「生徒の人権と教職員による所持品検査・捜索—アメリカにおける法的規制—」神戸学院法学16巻3・4号170頁(神戸学院大学法学会 1986年)、田村泰俊「公立学校での所持品検査と合衆国憲法修正第4条の適用—アメリカ教育行政法における行政調査の考察—」東京国際大学論叢(経済学部編)第20号99頁(東京国際大学 1999年)、前田忠弘「学校における所持品をめぐる問題点」法時70巻8号27頁(日本評論社 1998年)、坂田仰「公立学校における生徒の自由と生徒規制—アメリカにおける裁判例の検討—」本郷法政紀要第1巻東京大学大学院法学政治学研究科編153頁(東京大学大学院法学政治学研究科 1993年)がある。

79) 堤・同上179頁。

80) 洲見・前掲注78) 18頁。

いて確認をしたが、生徒は喫煙の事実を認めなかったため副校長が生徒のバッグを開披し、タバコとタバコの巻紙を発見した。副校長は高校の生徒がタバコの巻紙を所持している場合、マリワナの使用につながっていることがあるとの経験則により、薬物使用の証拠を探して、バッグをさらに捜索したところ、少量のマリワナと吸引器等の薬物関連犯罪の証拠が発見されたという事案である。

ホワイト裁判官執筆による法廷意見はまず、第4修正が公立学校の職員による持ち物検査にも適用されることを確認し、その第4修正上の合理性を判断するに際して、利益衡量テストが適用されるとした。そして学校における安全と秩序維持のためには、懲戒のための一定程度柔軟な手続が必要であり、特に令状要件は迅速な懲戒手続の維持等を不当に妨げるため、不適切なものであるとした。さらに、捜索を行う際には相当な理由までは求められず、不審事由（合理的嫌疑：reasonable suspicion）で足りるとした。法廷意見はこのような合理性の基準を採ることで、学校側の秩序維持の努力に不当な負担を課すことを防ぎ、生徒のプライバシーに対する無制約の侵害も防ぐことができると結論付けた。これに対して、ブラックマン裁判官はその結論賛成意見において、憲法起草者は、捜索が第4修正上合理的であるといえるには相当な理由に基づく裁判官の発する令状を要件とすることが原則であるとし、通常法の執行の必要性を超える必要性が認められるためそれらの要件の充足が困難である例外的な場合にのみ、裁判所は利益衡量テストを用いることが許されるとする「特別の必要性の法理」を提唱した。その後、*Ortega* (O'Connor v. Ortega, 480 U.S. 709 (1987))⁸¹⁾

81) O'Connor v. Ortega, 480 U.S. 709 (1987). *Ortega* では、州立病院の医師による患者から強制的に収集した寄付金による私物の購入及び二件のセクシャルハラスメント、並びに入院患者への不当な懲罰の告発に対して病院職員が行った医師のオフィスの捜索が問題とされた。合衆国最高裁判所は複数意見ではあるが、職場の効果的かつ効率的な機能を確保する目的等に照らし、また、当該捜索は通常法の執行とは異なることを指摘して、当該捜索は特別の必要性の法理の下で合憲であると判示した。*Ortega* の紹介・解説として、堤・前掲注61)、椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向VI』419頁（中央大学出版部 2018年）（堤和

で合衆国最高裁判所は複数意見ではあるが、この特別の必要性の法理を適用し、*Griffin* (*Griffin v. Wisconsin*, 483 U.S. 868 (1987))⁸²⁾においても法廷意見として特別の必要性の法理を適用している。さらにその後も、一定の列車事故が発生した際に、連邦鉄道委員会 (FRA) によって鉄道会社職員に義務付けられている尿検査及び血液検査によるアルコール及び薬物検査の合憲性が争われた *Skinner* (*Skinner v. Railway Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 602 (1989))⁸³⁾ で当該薬物検査の合憲性が認められている他、一定の基準に基づいた税関職員に対する尿検査による薬物検査プログラムの合憲性が争われた *Von Raab* (*National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 489 U.S. 656 (1989))⁸⁴⁾ においても政府の利益を衡量して当該プログラムを合憲

通担当), 洲見・前掲注78), 山本・前掲注61), 高井裕之「職場におけるプライバシーと修正四条」判例タイムズ675号43頁(判例タイムズ社 1988年), 竹地潔「アメリカに見る労働者のプライバシーの保護」季刊労働法160号172頁(総合労働研究所 1991年)がある。

82) *Griffin v. Wisconsin*, 483 U.S. 868 (1987). *Griffin* では、州法に違反して拳銃を所有すると疑われる(合理的な根拠 (reasonable grounds) がある) 保護観察対象者の住居に対する、保護観察官による無令状搜索の合憲性が争われた。合衆国最高裁判所は、このような禁制品所持の合理的な根拠がある場合に、上司の承認の下で保護観察官による住居の搜索を認める州の規則につき、保護観察に伴う多くの規制は保護観察対象者の社会復帰とコミュニティの秩序維持のためのものであり、特別の必要性の適用を認めて合憲であると判示した。*Griffin* の紹介・解説として、堤・同上、椎橋・同上443頁(麻妻みちる担当), 洲見・前掲注78), 山本・同上がある。

83) *Skinner v. Railway Labor Executives' Ass'n*, 489 U.S. 602 (1989). *Skinner* で合衆国最高裁判所は、安全確保のために鉄道会社の職員の行動を規制する政府の利益がやむにやまれぬものであることを認めて、当該規則は合憲であると判示した。*Skinner* の紹介・解説として、堤・同上、椎橋・同上461頁(堤和通担当), 洲見光男「薬物検査の適法性—連邦最高裁判決を手がかりとして—」判例タイムズ815号62頁(判例タイムズ社 1993年) 山本・同上がある。

84) *National Treasury Employees Union v. Von Raab*, 489 U.S. 656 (1989). *Von Raab* で合衆国最高裁判所は、当該プログラムは薬物使用の抑止及び薬物使用者である職員の銃火器を取り扱う職や薬物に接する職への昇進の阻止を目的としており、合憲であると結論付けている。*Von Raab* の紹介・解説として、堤・

としている。さらに、*Acton* (Vernonia School Dist. 47J v. Acton, 515 U.S. 646 (1995))⁸⁵⁾では、公立学校での学校対抗試合に参加する全生徒または無作為に抽出された生徒に対する尿検査による薬物検査プログラムにつき、当該プログラムが合憲と判示されている他、*Earls* (Board of Education v. Earls, 536 U.S. 822 (2002))⁸⁶⁾においても公立学校での順位を競う形で行われる課外活動に参加する全生徒に対する尿検査による薬物検査についても合衆国最高裁判所は合憲と判示している。

これに対して、*Miller* (Chandler v. Miller, 520 U.S. 305 (1997))⁸⁷⁾では、

同上、椎橋・同上471頁(堤和通担当)、洲見・前掲注83)、山本・同上がある。

85) Vernonia School Dist. 47J v. Acton, 515 U.S. 646 (1995). *Acton* の紹介・解説として、堤・同上、椎橋・同上481頁(清水真担当)、洲見光男「薬物検査の合憲性」朝日法学論集第20号1頁(朝日大学法学会 1998年)、山本・同上、高井裕之「非刑事手続における修正四条の射程と適用—合衆国最高裁アクトン判決を素材として」『国法学の諸問題 宮田豊先生古稀記念』350頁(嵯峨野書院 1996年)、田村泰俊「公立学校での行政調査としての薬物検査と合衆国憲法修正4条」明治学院大学法律科学研究年報第20号83頁(明治学院大学法律科学研究所 2004年)、大島佳代子「合衆国の公立学校における所持品・身体検査の合憲性」法政理論第33巻第4号37頁(新潟法学会 2001年)、宮原均『日米比較憲法判例を考える【改訂版・人権編】』351頁(八千代出版 2011年)がある。

86) Board of Education v. Earls, 536 U.S. 822 (2002). *Earls* の紹介・解説として、堤・同上、洲見光男「薬物検査の合憲性—連邦最高裁判例理論の検討—」法律論叢第76巻第2・3号33頁(明治大学法律研究所 2004年)、山本・同上、山本未来「行政調査としての公立学校における校内検査：2002年合衆国最高裁判決の射程と下級審判決の動向」明治学院大学法科大学院ローレビュー第2巻第4号39頁(明治学院大学大学院法務職研究科 2006年)、坂田仰「アメリカの学校教育における薬物検査—“Vernonia”判決と“Earls判決”の距離—」日本女子大学大学院紀要家政学研究科・人間生活学研究科第9号241頁(2003年)がある。

87) Chandler v. Miller, 520 U.S. 305 (1997). *Miller* の紹介・解説として、堤・同上、椎橋・前掲注81) 487頁(麻妻和人担当)、洲見・前掲注85)、山本・前掲注61)、高井裕之「合衆国憲法修正四条における「特別の必要性」の法理の展開—合衆国最高裁判所チャンドラー対ミラー判決を中心に—」産大法学第32巻第4号805頁(京都産業大学法学会 1999年)がある。

州の一定の公職に就く要件として、一定期間内に尿検査による薬物検査を受けることを義務付ける州法には特別の必要性の法理の適用が認められず、違憲と判示されている他、FISCRも言及していた *Edmond*⁸⁸⁾では、違法薬物流通の発見と阻止を主要な目的として幹線道路に設置した無差別の検問が特別の必要性の法理からは認められず、違憲とされ、さらに *Ferguson* (*Ferguson v. City of Charleston*, 532 U.S. 67 (2001))⁸⁹⁾では、公立病院での妊婦の薬物乱用者に対する治療を提供し、一定の場合に刑事訴追が予定されている薬物検査プログラムに特別の必要性の法理の適用は認められず違憲と判示されている。

2 FISAによる監視との関係

このように特別の必要性の法理の適用が争われた判例の領域は多岐にわたるが、その理解や評価については裁判官の間で完全な一致があるとはいえないといわれる⁹⁰⁾。しかしながら、通常の法執行の必要性を超えた特別の必要性が認められる場合とは、政府の主要な目的が刑事訴追ではない場合に認められるということについては、これを肯定することができるよう

88) *Edmond* で合衆国最高裁判所は、主要な目的が通常の犯罪の証拠の収集である検問はこれまで認めてこなかったことを指摘し、主要な目的が犯罪統制という一般的な利益と区別できないプログラムは認められないとしている。

89) *Ferguson v. City of Charleston*, 532 U.S. 67 (2001). *Ferguson* では、一定の要件に該当する妊婦に対する尿検査による薬物検査プログラムが問題とされ、このプログラムでは、二回目の薬物使用の陽性反応が検出された場合と、一回目の陽性反応後のカウンセリングを一度欠席した場合に、警察に通報がなされることになっていた。合衆国最高裁判所はこのような薬物検査プログラムは薬物治療を妊婦に強制するために法執行の脅威を利用するものであり、その法執行の実行性を確保するために証拠を収集することが直近の目的であるとして特別の必要性の法理は認められないと判示した。*Ferguson* の紹介・解説として、堤・前掲注61)、洲見光男「[相当な理由]要件に対する「特別の必要」の例外—最近の連邦最高裁判決を契機に—」朝日法学論集第27号13頁(朝日大学法学会2002年)山本・前掲注61)がある。

90) 堤・同上182頁。

に思われる⁹¹⁾。仮にこのことを前提にしてみると、この点につき、FISCRは、合衆国最高裁判所は *Edmond* で嫌疑に基づかない押収については、その主要な目的が通常の法執行か否かで区別するのではないことを強調しているとし、それが一般的な犯罪統制プログラムの一環として行われたものなのか、特定の目的を有するプログラムとして行われたものなのかで区別しているのだと指摘する。しかしながら、これは、現場で行われる押収それ自体の目的ではなく、問題となっているプログラム全体の目的に着目し、それが通常の法執行（刑事訴追）を主要な目的とするプログラムか否かという点につき判断をするということであると思われる。

このことを前提に FISA について考えてみると、FISA による監視が通常の法執行を主要な目的としないものであれば、特別の必要性が認められる余地があると思われる。この点、確かに FISA は対外諜報を目的とする法律であり、この限りにおいては特定の目的を有するプログラムであり、通常の法執行を超えた特別の必要性を認める余地はあるようにも思われる⁹²⁾。しかしながら、現在の FISA による監視は対外諜報が「重要な目的の一つ (a significant purpose)」であれば、主要な目的が刑事訴追であっても許される余地がある。このような場合に特別の必要性の法理の適用を認めうるか否かについては見解が分かれている。まず、特別の必要性の法理を FISA に認めることができないとする見解は、FISA の電子的監視は個人のプライバシーに対する侵害が相当に強いことを前提にして、FISA には監視に際して対象者が犯罪を行ったとの相当な理由が要件とされておらず、政治的反対者等に対しても監視が実施される余地があるこ

91) Power, *supra* note 39, at 655; Banks, *supra* note 38, at 1184.

92) (愛国者法による改正前の) FISA は刑事訴追を目的としておらず、通常の法執行の必要性を超えた特別の必要性の法理によってはその正当性が認められるとする。Gregory E. Birkenstock, *The Foreign Intelligence Surveillance Act and Standards of Probable Cause: An Alternative Analysis*, 80 Geo. L.J. 843, 869-870 (1992).

と、また、電子的監視を実施できる期間が Title III より長く⁹³⁾、延長も可能であることを指摘する⁹⁴⁾。そしてこのような FISA の電子的監視の侵害の程度の強さは多くの特別の必要性の法理の適用が認められてきた事案とは異なるとする⁹⁵⁾。また、搜索が短期間であることも搜索の合理性を判断する際の要素であると指摘する他、特別の必要性の法理上の搜索はその「特別の必要性」に応じた程度でなされるものであるとして、通常の法執行が主要な目的の場合にまで対外諜報に特別の必要性を拡大することは特別の必要性の法理の基本的な考え方を掘り崩し、第 4 修正に反すると主張される⁹⁶⁾。さらに、特別の必要性の法理は通常の法執行を目的としていない場合に認められるのであるから、通常の法執行が関わってくる場合が多い対外諜報では、特別の必要性の法理の適用は認められない場合が多いと示唆する見解もある⁹⁷⁾。また、この見解は、FISA によって規律される対外諜報は秘密裁判所 (FISC) による命令の下で秘密裏に行われていることを指摘する⁹⁸⁾。その上で特別の必要性の法理の主たる目的は犯罪統制ではなく、犯罪の抑止であるとしており、公にならない対外諜報は犯罪の抑止にはなりえず、他の特別の必要性が認められた場合と比較することは難しいと指摘する⁹⁹⁾。また、これまでほぼすべての特別の必要性の法理上の搜索は法執行官ではない者によって行われてきたが、FISA では連邦の法執行官が監視を行うことができ、さらに、犯罪捜査を主要な目的として FISA を利用できるため、特別の必要性にいう「通常の法執行の必要性を

93) 監視の期間については、外国勢力のエージェントである合衆国人は最大90日であり、非合衆国人は最大120日である。また、外国政府等の一定の外国勢力に対しては最大1年間の監視が認められる。See, 50 U.S.C. §1805(d).

94) Power, *supra* note 39, at 678–680.

95) *Id.* at 681.

96) *Id.*

97) Karly Jo Dixon, *The Special Needs Doctrine, Terrorism, and Reasonableness*, 21 Tex. J. on C. L. & C. R. 35, 54–56 (2015).

98) *Id.* at 56.

99) *Id.*

超えた」場合には当たらず、犯罪捜査を主要な目的とした場合には特別の必要性は認められないともいわれる¹⁰⁰⁾。ただ、この見解によれば、愛国者法による改正前は監視の目的が「対外諜報情報を収集するというまさにその目的 (the purpose)」であることの疎明を求めていたのでこの当時の FISA については通常の法執行を超えた目的でなされる捜索に当たるとされる¹⁰¹⁾。

他方で、仮に刑事訴追が主要な目的であったとしても、2001年の同時多発テロ事件以降、テロ攻撃を探知、予防することは「通常の法執行の必要性」を超えた緊急事態の範疇に属し、特別の必要性が認められるべきであるとの見解もある¹⁰²⁾。また、この見解によれば、*Edmond* で合衆国最高裁判所は差し迫ったテロ攻撃を阻止するための検問は第4修正上ほぼ確実に許容されると述べたが、それは、合衆国最高裁判所が特別の必要性の法理を適用する際には、関係する脅威の性質や程度を検討することを暗に意味しており、テロの予防は「重要な目的の一つ (a significant purpose)」テストを特別の必要性の下で正当化するものであるといわれる¹⁰³⁾。

さらにまた、これまでの合衆国最高裁判所の特別の必要性に関する判例は事件ごとに事情が異なる上、特別の必要性の法理は完全には発展していないため、FISA と愛国者法に特別の必要性を認めることができるかについては明確な答えがなく、この点については別の正当化根拠を求めるべきであるとの見解もある¹⁰⁴⁾。

100) Jeremy C. Smith, *The USA Patriot Act: Violating Reasonable Expectations of Privacy Protected by the Fourth Amendment without Advancing National Security*, 82 N.C. L. Rev. 412, 429-431 (2003).

101) *Id.* at 430.

102) Jennifer L. Sullivan, *From the Purpose to a Significant Purpose: Assessing the Constitutionality of the Foreign Intelligence Surveillance Act under the Fourth Amendment*, 19 Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y 379, 406-407 (2005).

103) *Id.* at 407.

104) David S. Kris, J. Douglas Wilson, Part II. NSI Techniques Chapter 11. The Constitutionality of FISA without the Wall, FISA "Probable Cause," and FISA Orders

このように FISA による監視に特別の必要性を認めることができるか否かに関しては、アメリカ合衆国では見解が分かれているが、上述したように刑事訴追が主要な目的の場合にはこれまで特別の必要性は認められてきていないことから、監視の主要な目的を刑事訴追とする場合には FISA による監視についても特別の必要性を全面的に認めることは合衆国最高裁判所の判例法理上は難しいようにも思われる¹⁰⁵⁾。この点についての合衆国最高裁判所の判断が待たれる。

VII おわりに

以上、アメリカ合衆国の FISA における「相当な理由」要件と「監視の目的」要件を巡る議論を概観してきた。対外諜報と犯罪捜査が交錯・重複することがあることは確実であろう。特に現代はテロとの戦いが大きな課題の一つとなっており、対外諜報と刑事法の関係はより深まっているようにも思われる。その一方で、犯罪捜査とテロをはじめとする対外脅威に対する予防目的での電子的監視はその要件が大きく異なることがある。この点につき、アメリカ合衆国の FISA では監視に求められる「相当な理由」要件は犯罪捜査目的での通信傍受法 (Title III) よりも緩やかであり、愛国者法による改正により、現在ではその「監視の目的」要件も対外諜報情報を収集することが「重要な目的の一つ (a significant purpose)」であれば、犯罪の捜査が主要な目的であっても FISA を利用することができる余地がある。このような緩やかな要件で認められる FISA による監視が犯罪捜査一般に無制約に利用されることになればこれまでの犯罪捜査に対する規律の意味が損なわれかねない。アメリカ合衆国では、FISA の立法段階からこの対外諜報と犯罪捜査の関係について議論がなされ、裁判所による判断もなされている。一方、我が国においては、現在、対外諜報目的での

as Fourth Amendment “Warrants” § 11:14. FISA and special needs – Application of special needs doctrine to FISA at 3 (2016).

105) Banks, *supra* note 38, at 1184.

電子的監視についてさほど議論はなされてはいない。しかし、今後、「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」で規定される犯罪捜査目的での通信傍受とは別に、対外の脅威に対する国家安全保障目的での通信傍受につき議論がなされた場合には、犯罪捜査と対外諜報の関係が重要な検討課題の一つとなることを見込まれる。その際には、この点につきアメリカにおける議論を参照することが有益であろう。対外諜報と伝統的な犯罪捜査及び刑事訴追との関係については今後もさらなる議論を進めていく必要があるかと思われる。