

香港における通信傍受及び監視条例について

鈴木 一 義

はじめに

第一章 通信傍受及び監視条例制定以前の情況

第一節 通信傍受及び監視条例制定の必要性の高まり

第二節 通信傍受及び監視条例に関わる立法の沿革と通信傍受及び監視条例制定の経緯

第二章 通信傍受及び監視条例の概観

第三章 通信傍受及び監視条例に寄せられる評価・批判等

おわりに

はじめに

秘密捜査的手法は社会・人々の安全に重要な寄与をするが、反面、対象となる人々のプライバシー権などを侵害する危険がある。この点は香港においても例外ではなく、例えば、現在、監視カメラや無人機の使用についての規制

香港における通信傍受及び監視条例について（鈴木）

にも関心が払われている⁽¹⁾。香港においては、秘密捜査に関して、長期に亘って体系的な規制がなされていなかったが、一九九〇年代から徐々に法（条例）制定の機運が生じ、二〇〇六年に至って、漸く通信傍受及び監視条例（Interception of Communications and Surveillance Ordinance）が成立した。本条例は、香港において、法執行機関による通信傍受と秘密監視活動に対して、立法による管理体制を提供するものであるが、本稿では、本条例が制定されるに至る経緯、条例の内容を概観することで、イギリス法などの影響を受けつつ、独自の発展を見せた、香港の通信傍受を中心とした秘密捜査関連法制の現状を示したい。そして、併せてかかる香港の経験が我が国に示唆する点があるかについても若干の検討を行いたい。

まず、第一章では、通信傍受及び監視条例が制定されるに至る迄の立法情況・背景事情について振り返る。次に、第二章では、制定された通信傍受及び監視条例の内容について概観する。そして、第三章では、かかる通信傍受及び監視条例に寄せられる評価・批判等について簡単に検討を加える。最後に「おわりに」において、通信傍受及び監視条例の意義、我が国に与え得る示唆などについて触れてみたい。

第一章 通信傍受及び監視条例制定以前の情況⁽²⁾

第一節 通信傍受及び監視条例制定の必要性の高まり

一 一九九一年の香港人權法案条例において香港でプライバシー権が正式に確立したとされ、一方で、通信傍受や秘密監視は法執行機関が重大犯罪と戦い、公共の安全を守るために重要な手段であるという認識は存在していたか

ら、ここにおいて秘密捜査の必要性とプライバシー権の保護の対立・衡量の必要性が一層尖鋭なものとなった。そして、一九九六年、香港法律改革委員会は、電子監視に令状を必要とする方向で法律制度の全面改革¹¹立法化に着手した。これについては社会各界も関心を持った。次いで、一九九七年の通信傍受条例草案（白紙草案）は通信傍受を規律し、要件を明確にしようと企図し、香港居住者の意見を広く聴取した。社会各界も少なからず議論に参画し、最終的には批准されなかったものの、立法に関する議論にインパクトを与えた。また、同一九九七年、香港において、個人資料（プライバシー）条例は、プライバシー権について従前よりも詳細に規定した。更に、二〇〇五年八月、香港地区行政長官は香港基本法第四八条に則って秘密監視手続命令を公布した。⁽³⁾これらに関する論議を経て、⁽⁴⁾秘密捜査手続の基礎は立法に置かれるべきであるという見解が強まり、二〇〇六年八月六日に通信傍受及び監視条例草案が香港議会を通過し、同八月九日に正式に発効を見、秘密捜査に関連する情況は大きく変化したのである。

二 このように長期に亘って法的規制がなかった香港において秘密捜査に関する立法の機運が上昇した理由は、人権保障に関する意識が高揚した点に求められようが、その背景としては、まず①経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約、及び市民的及び政治的権利に関する国際規約がイギリス政府によって香港にも基本的に適用されたこと、②この二つの国際規約が、例えば、香港基本法（両規約に関わる）⁽⁵⁾や人権法案条例（市民的及び政治的権利に関する国際規約に関わる）⁽⁶⁾を介して香港で土着化する必要があった（香港の法令と適合して行く必要があった）ことが掲げられよう。また、③個人資料（プライバシー）条例は、秘密捜査の必要性とプライバシー保護との衝突に対応したが、プライバシーを全面的に保障するものではなく、一定の限界を有していたこと、④国際的な汚職事案が広く流行していたが、これに対応するために秘密捜査的手法を用いて良いかについては懐疑的な見解も多く、今世紀初頭において

裁判所は当該証拠の排除には至っていないものの、違法性を指摘するものが見られたことなども関連事情として存していた。二一世紀における国際的な通信技術は非常に進展しており、これを用いた犯罪活動は潜行化し、犯罪捜査のための証拠収集も困難になっていて、国民のプライバシーにも脅威を与えている。これに対抗するために秘密捜査活動を行う必要性も高まっているのであるが、既に触れたように、香港における秘密捜査活動は成文法による体系的規律を欠いていたから、通信傍受・秘密監視活動を全面的に規律する必要性が高まっていたのである。

三 この点、国際社会において秘密捜査に対する法治化の動きは進展している。その中で大別すれば、英米法系国家は法令上の統制は相対的に強くなく（系統的に規律していない）、大陸法系国家は犯罪統制を重視し、法治化が進んでいる国と緩慢な国とがある（例えば、ドイツは法治化が進んでいるが、フランスは相対的に緩やかに進展しているなど）⁽⁷⁾ 違いがあるけれども、世界の主要国は、総体的には犯罪統制と人権保障のバランスを取りつつ、秘密捜査に関する法治化を進めている。かかる動向が香港に与えた影響も大きいと言えたであろう。

第二節 通信傍受及び監視条例に関わる立法の沿革と通信傍受及び監視条例制定の経緯

一 (1) 香港においては、通信傍受は行われていなかった訳でなく、一九九九年時点で Independent Commission Against Corruption (ICAC、廉政公署) によって、一定数実行されていた。⁽⁷⁾ そして、通信傍受は腐敗摘発などの捜査に必要である一方、これを可視化しないと政治的濫用の危険性もあるという点で議論が生じていた。⁽⁸⁾

(2) そして、通信傍受及び監視条例制定以前においては、個別の立法が存在していただけで、それらは体系的ではなく、分散しており、手続的な法規制が欠如している状態にあったと評価することが出来よう。⁽⁹⁾ 即ち、通信傍受・秘

密監視に関連する法律としては、電話等通信条例、郵政署条例、精神健康規則・先例、監獄規則、破産条例などが存在していたが、これらは各々不備があり、その問題性が日ましに明らかになっていく状況にあった。例えば、(i) 公共の利益など、立法上の用語が曖昧で明確でないとか、(ii) 最終手段原則を通信傍受において遵守する規定がない、(iii) 行政令状においては、中立的な司法メカニズムによる審査を欠いている、(iv) 行政令状が如何なる内容を含むべきかについて関連法令に定めがない、(v) 通信傍受の有効期限について法令が定めていない、(vi) 通信傍受に関わる法規に明確な救済手続がない、(vii) 秘密監視に対する法的規制が欠けているなどが不備とされた事象であり、総じて、通信傍受と秘密監視に対する系統的規制が欠けていて、香港市民の権益保障にとって脅威を与えることになるため、新法による全面的規制が焦眉の急であったと言えたのである。

二 かかる状況のもとで、**第一節**で触れたように、一九九七年、通信傍受条例草案（白紙草案）が公表され、傍受された通信の開示の禁止とか、傍受された証拠についての証拠能力の禁止等について規定された。次いで、同一九九七年、通信傍受条例（香港総督によって承認されたもの、香港返還以降、具体的な発効日時が定められていなかったため、効力発生に至っていない）は、(i) 故意に傍受した場合、原則として犯罪となるとして傍受の原則的禁止を定め、(ii) 通信傍受の授權規定として、申請主体・条件、授權の際は書面で高等法院裁判官に提出するといった事項などについて定めており、本条例は香港の秘密捜査関連立法に大きな進展を与えた。即ち、(a) これ迄分散されていた法律の骨格が相当程度纏められた。そして、(b) 司法審査のメカニズムが構築され、(c) 救済のメカニズムも作られた。また、(d) 傍受の法定期間制度が定められ、(e) 立法技術が成熟し、用語の表現も正確となった等がこれである。⁽¹⁾

三 ただ、既に触れたように、この通信傍受条例は発効に至らなかったが、二〇〇四年に至り、香港の立法機関であ

る立法会は、再び通信傍受について検討を行った。アメリカ合衆国における二〇〇一年九月一日のアル・カーイダによる同時多発テロによる攻撃の発生を受けて、その後のアメリカ合衆国の経験を踏まえる必要があったこと、通信科学技術は高速で発展しており、法執行機関に十分な権能を与えると共に、一方でプライバシー権を始めとする個人の権利の保障とのバランスを取る必要があったこともあり、先の通信傍受条例を一部修正するなどの形で施行するアプローチは採られず、改めて検討する方向が採られた。従って、通信傍受条例実施の歩みには非常に時間を要した。ただ、既に触れた、国際的な汚職事案が広く流行する中で用いられた秘密捜査的手法について、今世紀初頭において違法性を指摘する裁判例が見られたこともあり、秘密監視行動の適法性に疑義が生じ、香港市民は秘密監視問題に関心を持つようになっていた。このようにして、司法の側からも市民の側からも圧力が掛かり、香港政府当局もこれに配慮するようになり、過去の立法作業の成果を検討し、秘密監視立法に注力する方向に変化を見せたのである。

四 このもとに、二〇〇六年三月、通信傍受及び監視条例草案が通知されて社会の関心を呼んだ。具体的には、草案は市民のプライバシーを侵犯するとか、行政と司法の境界を明確にするべきであるとか、監視メカニズムを整備すべきであるといった批判・提言が各方面よりなされたり、草案の欠陥を指摘し、修正案を提示する動きが生じたのである。⁽¹²⁾このように、犯罪の統制と適正手続のいずれを重視するかの対立は激しいものがあり、立法会内部での議員間の対立も厳しく、香港の民主勢力の反対も大きかったものの、同年八月九日、通信傍受及び監視条例が正式に発効し、通信傍受・秘密監視等についての法律の隙間を補うものと位置付けられた。⁽¹³⁾

第二章 通信傍受及び監視条例の概観

一 本章では、二〇〇六年八月九日に発効した通信傍受及び監視条例の内容について、概観を紹介したい。本通信傍受及び監視条例の主要な目的は、法執行機関による通信傍受や秘密監視を規律し、重大犯罪の予防と捜査、そして公共の安全を図るという点にあり、法執行機関による秘密捜査活動が条例の要件に適合するように厳しく監督を行うこととしている。

二 まず、本通信傍受及び監視条例は通信傍受・秘密監視の意味について明確にしている。

(1) 通信には、郵便関連と電信による通信を含むが、香港の電話・電線通信条例第一七A条においてコンピュータネットワーク・インターネット通信を規制していたので、本通信傍受及び監視条例は、コンピュータネットワーク・インターネット通信を含まないこととした。

(2) 傍受とは、特定乃至不特定の通信に関して、郵便乃至電信システムにより送信される過程で当該通信内容の全部または一部を取得することを言う⁽¹⁵⁾。

(3) 秘密監視は、特定の調査等の目的で監視器材を用いて行う監視を言い、本条例で言う傍受等は含まない。そして、対象者にプライバシーの合理的期待があること、対象者に監視されていることを知らせずに遂行することを前提とする⁽¹⁶⁾。本条例は秘密監視の範囲を相当程度限定している。

課題としては、(i) 監視機器の、進んだ解釈・説明が必要であること、(ii) 秘密監視における法定処分の

して、条例は、対象者のプライバシー保障強化を目的として、後に言及するように、第一類監視と第二類監視に分け⁽¹⁷⁾、後者につき比較的詳細に規定している（第一類監視は第二類監視でないものという建付けになる）が、法定機関も含めて正確な理解が必要であること等が指摘されている⁽¹⁸⁾。

三 通信傍受・秘密監視の法定条件としては、通信傍受及び監視条例第三条が規定しており、①重大犯罪の防止・探索、公共の安全の保護といった合法な目的であること、②（通信傍受・秘密監視の達成目的が①の重大犯罪防止・探索、公共の安全に対する特定の脅威の防止にあり、対象者がかかる状況に関与しているという）合理的嫌疑の存在、③（通信傍受や秘密監視の対象者等に対する侵襲性と関連ファクターを⁽¹⁹⁾衡量し、通信傍受・秘密監視によって達成されようとする目的が、他のより侵襲性の低い手段によって達成され得るかを判断し、当該状況に関連する他の諸事項を勘案した上で）傍受乃至秘密監視が目的のために必要で相当であることが必要とされている。

四 (1) 通信傍受・秘密監視に際する授權のメカニズムとして、秘密捜査は個人のプライバシー権を侵害するため、本条例は、授權条件を厳格にして濫用防止を図っている面があり、秘密監視において、第一類監視は相対的に中立的な司法機関が秘密捜査手段を付与する形⁽²⁰⁾、第二類監視は行政が授權する形⁽²¹⁾を取るというように、二分的体制を採っており、これが本条例の大きな特色とされている。

(2) 即ち、第二類監視とは、(a) 聴取装置乃至光学監視装置を用いて、他者が発声する言葉や活動を聴取したり監視したり記録することを目的として達成される秘密監視 (i) 当該装置を用いている者に対し、対象となる他者が言葉や活動を聴取されたり見られていると意識しているか合理的に予期している場合か、または、(ii) 当該装置を用いている者が、対象者の明示的乃至黙示的同意を得た上で、言葉乃至活動を聴取・監視乃至記録している場合であることを前提とする）、または

(b) 光学監視装置乃至追跡装置を用いて達成される秘密監視（装置の使用には、(i) 許可なく家屋に入ること乃至(ii) 許可なく、乗り物乃至目的物の内部に干渉したり、装置に電子的に干渉することを含まないことを前提とする）である。また、第一類監視とは、第二類監視以外の秘密監視を言う⁽²²⁾。

そして、部門の執行官は、審査裁判官 (panel judge) に対して、通信傍受または第一類監視を行うために許可状の発付を申請することが出来る⁽²³⁾。また、部門の執行官は第二類監視を行うために部門の長 (an authorizing officer) に行政許可の発付を申請することが出来る⁽²⁴⁾という建付けになっている。

五 傍受・秘密監視に対する救済についても、独立的な監督機関設置と定期的な自己検証制度の面から、通信傍受及び監視条例は配慮している。

(1) まず通信傍受・監視業務委員 (Commissioner) は独立・中立的な位置付けで、任期は三年とされる（再任は可能である⁽²⁵⁾）。その職責は、関連要件を法執行機関等が遵守しているかの監督に加えて、①関連要件の遵守状況の検討、報告書が提出された事例の検討、遵守不備事例の詳細の記録及び部門長への検討結果の通知等、②自分が通信傍受や秘密監視の対象になっているのではないかと考える者から審査の申請がなされた場合の（当該通信傍受・秘密監視が行われたか否か、行われていたとして、承認なく執行されたものであるかに関する）審査、③授權がなされない儘に傍受・秘密監視が行われている等の事情がある場合に、関連する者に対する通知、④裁判官による承認の数、裁判官の承認を求める申請の数、承認がなされた犯罪の主要カテゴリー、器材取出令状の申請数・発付数や報告期間内における関連要件の全体に亘る遵守に関する評価等について、行政長官に対する定期乃至不定期の報告等となる⁽²⁶⁾。

(2) また、傍受・秘密監視に対する法的監督の強化のため、法執行部門による自主的な定期的検討制度が設けられ

た。各部門の長が、定期的に（最少で三か月に一回）⁽²⁷⁾、部門の担当者が関連要件を遵守している状況について振り返るものである。⁽²⁸⁾

六 プライヴァシー権の保障強化のため、保護されている成果（傍受乃至秘密監視による成果）⁽²⁹⁾が不当に拡散しないように予防するため、通信傍受及び監視条例は資料の使用、保存、破棄、証拠能力について詳細に規定している。⁽³⁰⁾即ち、保護されている成果の使用については、開示範囲・人数・複写範囲などを承認目的にとつて必要最小限に限り、自由に拡大されないように、法執行機関部門長は留意しなければならず、また、承認されていないアクセス等がなされないようにあらゆる可能な手順を踏む、承認目的にとつて保有が必要でない限り、原則としてすぐに破棄すべきであることなども規定され、プライヴァシーの保護が通信傍受・秘密監視の成功に繋がることに鑑み、実務規則は、プライヴァシーの保障・機密性に配慮している。また、秘密情報の破棄等についても規定し、保護されている成果の保存については、記録の保存申請・保存期間について定めている。

七 傍受・秘密監視によつて獲得した資料の証拠能力の問題については、通信傍受による成果の証拠能力について規定されており、通信傍受による成果は原則として使用出来ないが、関連する犯罪が実行されたことを証明する目的の場合はこの限りでないとされている。⁽³¹⁾弁護側の防御能力強化のため、当事者が対等である空間を構築すべく、通信傍受及び監視条例は配慮しているのである。

また、郵便物や秘密監視によつて取得された資料の証拠能力については明確に定められておらず、特殊な事情がない限り使用可能とされており、通信傍受による成果は原則として使用出来ないが、郵便物や秘密監視によつて取得された資料については原則として証拠能力を認めるといふ点で区別がなされている。⁽³²⁾

第三章 通信傍受及び監視条例に寄せられる評価・批判等

一 香港においては、秘密捜査の適法性の問題は未だ嘗てない程の異論を惹起し、立法制定の過程では衝突も見られた。既に触れたように、多くの西欧国家は秘密捜査の法治化に従事しており、かかる動向は香港にも大きな影響を与えた。香港においては、一方でこのような先進国の成果の継承、他方で香港の文化的伝統の側面という両面から議論が行われている。⁽³³⁾

二 コモン・ロー系国家による影響という点では、香港は一九九七年に中華人民共和国の特別区となったものの、それ以前の百数十年に亘ってイギリスの植民地という経緯があったため、コモン・ロー法系の伝統が浸透しており、通信傍受及び監視条例においてもコモン・ロー法系諸国家（それらに限定される訳ではないが）の影響は充分反映されている。即ち、上記イギリス（一九八九年保安役務法、一九九四年情報業務法、一九九七年警察法、二〇〇〇年捜査権限規制法、二〇〇一年反テロ活動・反犯罪及び安全法）を始め、アメリカ合衆国（一九六八年総合的犯罪防止及び街路の安全に関する法律、一九七八年外国情報監視法、二〇〇一年愛国者法）・カナダ（刑事法典第Ⅵ部、保安情報役務法）・オーストラリア（一九七九年電気通信傍受法、一九七九年保安情報組織法、二〇〇四年電気通信傍受法、二〇〇四年電気通信傍受・保存通信法、二〇〇四年監視装置法）・ニュージーランド（一九六一年刑事法典、一九六九年保安情報役務法、二〇〇三年政府通信保安局法）の影響がこれであり、これら立法例（特にイギリス法とオーストラリア法）を本通信傍受及び監視条例制定時には参考にして⁽³⁴⁾とされている。

三 通信傍受及び監視条例の特徴としては、以下のような点が指摘されている。⁽³⁵⁾

(1) まず独自の授權メカニズムを有している点が挙げられよう。世界の法治国家は、秘密捜査権の濫用を防止するために、秘密捜査を制約するメカニズムを整備している。例えば、秘密捜査の執行と許可は分離されており、秘密捜査活動を行うには、まず法定のメカニズムによる許可が必要で、許可されずに行った秘密捜査活動は手続的制裁を受けることになる。そして、法治国家には、①行政令状モデル（まず行政機関による授權が必要とされる）⁽³⁶⁾と②司法令状モデル（まず裁判所による授權が必要とされる）⁽³⁷⁾の二つのモデルがあり、②の方が①に比べて、より合理性・中立性があるとされるが、香港の通信傍受及び監視条例は、他国における経験を踏まえつつ、香港の実情を結合させたものであり、純粹な①型でも、純粹な②型でもない独自の特徴を持つ授權メカニズムを構築した。即ち、香港の当該裁判官は終審法院首席裁判官の建議に基づいて行政長官によって任免されるという特徴を有しており、また、裁判官は裁判所の成員と見られず、裁判官による授權行為と裁判所による授權行為とが一体的と見られないという意味で、香港のモデルは②の司法令状モデルとは異なり、行政主導の側面が相対的に強いとも言える。既に触れた、香港通信傍受及び監視条例における授權メカニズムの顕著な特徴である、類型毎に異なる授權体制（市民のプライバシー権侵害の度合いが相対的に重大なものは第一類監視に属して、当該秘密監視及び通信傍受は裁判官が授權し、プライバシー権侵害が相対的に軽微なものは第二類監視に属して、秘密監視は行政機関において授權される）は、かかる点と共通の土壌から現れたものと言えなくもない。そして、この制度は、法執行機関による犯罪統制に配慮したものと言えようが、既に触れたように、他国ではプライバシーシール侵害の高低の程度で授權の主体を分けておらず、本制度は世界で唯一無二のものと評する見解もある。⁽³⁹⁾

尤も、本制度はイギリスの Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA、二〇〇〇年捜査権限規制法) の影響を受けていることは確かであろう。⁽⁴⁰⁾ 即ち、RIPAは、通常の監視を直接監視 (directed surveillance)、その内特に侵害性の高い監視を侵害監視 (intrusive surveillance、住居若しくは個人所有の車両に対して行う監視⁽⁴¹⁾) とした上で、直接監視の許可権者は監視以上の捜査官、侵害監視の許可権者は国務大臣と各組織の幹部権者であるとする⁽⁴³⁾ (そして、侵害監視の許可は、緊急の場合を除いて、警察機関から独立した監視委員事務局に属する監視委員の書面による承認によって効力を生じる⁽⁴⁴⁾ が、監視委員は、最高裁・控訴院・高等法院等の裁判官が所属する高等司法事務所乃至枢密院の司法委員会に所属する構成員から首相によって任命される点に鑑みると、司法機関に準じたものと位置付けることが可能であると評せられる⁽⁴⁵⁾)。また、通信傍受は侵害監視と同レベルの侵害があるものと位置付けられており、令状請求権者は各機関の長に限定された上で、原則として国務大臣が令状に署名・発付する⁽⁴⁷⁾ (国務大臣による令状審査の適正な運用を担保するために、通信傍受審査委員会及び捜査権限行政審判所があり、当該委員乃至審判員は高位の司法職等から任命される⁽⁴⁸⁾ので、質的には司法審査と同水準のものと言えると評されている⁽⁴⁹⁾)。

そして、既に触れたように、香港通信傍受及び監視条例は、部門の執行官は、審査裁判官 (panel judge) に、通信傍受または第一類監視を行うために許可状の発付を申請することが出来、また、部門の執行官は第二類監視を行うために部門の長 (an authorizing officer) に行政許可の発付を申請することが出来るという建付けになっている訳であるから、香港・イギリス共に、プライバシー侵害が高度である秘密捜査については司法機関乃至それに準じた機関に令状申請を行い、プライバシー侵害が相対的に高度には至らない捜査については行政組織内部の規律によって行っているという意味では、類似したアプローチとなっていると解することも可能であろう。

(2) 次に、厳格な監督という点が挙げられる。通信傍受・秘密監視に際しての法執行部門の権限濫用によって香港市民のプライバシー権が不当に侵襲されることを防ぐために、香港通信傍受及び監視条例は、(1)で触れた授權体制を敷く点に加え、独立の監察メカニズムを設けている。委員(Commissioner)は職務遂行のために、高度の独立性を持ち、審査権・調査権、報告・提案権を有し、その職責は、法執行機関による条例遵守の検討のみならず、違法な傍受・秘密監視の調査・賠償決定をも含む。また、かかる外部監督の強化に加え、既に触れた定期的検討制度(各部門の長が、関連要件が部門の担当者に遵守されているかについての定期的検討・調査を行う)⁽⁵⁰⁾といった法執行部門の内部監督をも強化した。

(3) 更に、バランスの取れたメカニズムの構築という点も挙げられている。犯罪統制と人権保障のバランスを取ることが世界各国の目標であることは言う迄もないが、その実現は容易なことではない。かかる状況の中で、香港通信傍受及び監視条例はそのバランスが上手く取れている例であるとも評されている⁽⁵¹⁾。即ち、犯罪を統制するため、法執行機関は秘密捜査を行うことが必要となるが、これは人権保障にはマイナスに働くため、通信傍受及び監視条例は、適用条件、対象事案の範囲、申請手続・授權手続・監督手続や救済など、手続等のメカニズムについて詳細・具体的に定め、手続と効率という相反するファクターのバランスを取ることに努めており、緊急授權制度・口頭申請制度・捜査秘密の嚴重保守等が犯罪統制に対する努力の現れであるとされている。また、(1)で述べた、授權主体を二類型に分ける点も犯罪統制と人権保障双方に対する配慮の現れと言えよう。

そして、事後通知に関するメカニズムは、香港市民の権利保護に関する大きな特色であるとも評されている⁽⁵²⁾。仮に事後通知メカニズムが存在しないならば、違法に侵襲されたとしても対象者はその点を知らず、損失を受けても損害

賠償も受けられないことになるが、事後通知に関するメカニズムがあればかかるマイナス面は削減されようし、事後通知は対象者や無実の者のプライバシー保護にプラスになる。また、事後通知に関するメカニズムは、秘密監視行動に対する監督の強化にも繋がるであろう。尤も、事後通知は秘密捜査の妨げにもなり得るし、関連資料を長期間保管しているということになると、当該情報が漏洩した場合のプライバシー侵害リスクを惹起し、また法執行機関の資源負担にもなる。この弊害から、イギリスやオーストラリアには事後通知制度がなく、アメリカ合衆国やカナダには存在するが、通知事項は限定されているとされる。⁽⁵³⁾ この点、香港においては、アメリカ合衆国やカナダのアプリーチが大きく奏功している訳ではない点を踏まえて、事後通知制度は必要ないという意見も有力であったが、市民のプライバシー侵害リスクが残るために事後通知は必要とされ、監察機関による検討のメカニズムも提案されたのである。そして、香港通信傍受及び監視条例は、アメリカ合衆国やカナダのようなアプリーチではなく、イギリスやオーストラリアのような通知を行わないというアプリーチでもない、特殊な受動的・限定的通知という形態を採った。⁽⁵⁴⁾ 即ち、自分に対して乃至自分から伝達される通信が法執行官から傍受されているのではないか、または自分が秘密監視の対象となっているのではないかと疑う者は委員に書面で申請することが出来、委員は当該申請を受理したら調査を行うことが出来る。そして調査の結果、委員が通信傍受乃至秘密監視が許可なく行われていたと判断すれば、委員は申請人に速やかに通信傍受乃至秘密監視の開始日や期間、補償の支払命令を望むか等について通知することになる。このように、申請人が委員に積極的に調査の申請を行わなければならない、審査後に委員が通信傍受乃至秘密監視の状況について申請人に通知する形を採る。目標となる対象者を秘密にしないと治安・公共安全にとって危険となるし、秘密捜査が困難になる点、秘密行動の機密性の保護といった点から、委員は、当該事案を全て申請人に通知する

のでなく、このように限定的な形で通知するのである。

四 以上のような香港通信傍受及び監視条例の欠陥としては、以下の点が指摘されている⁽⁵⁶⁾。即ち、①自宅等を探る秘密監視行為は規制しておらず、香港市民のプライバシー権に重大な危険を及ぼす点、②プライバシー権に対する侵襲の程度を基準にして授權体制を構築することは観念的に過ぎるのではないかという点、③少なからぬ秘密捜査活動が法的規制の枠外に置かれる（通信傍受及び監視条例は秘密捜査を規制する総合的法律であり、郵便物検査・秘密録音等々を包括するものの、潜入捜査や秘密情報提供者の活用といった、犯罪情報取得のための少なくとも秘密捜査活動を規制対象に含んでいない）点、④電話等の通信を傍受した成果について原則として証拠能力を認めないが、これはプライバシー権保障の強化、また、イギリス法の影響から来ていると指摘されるものの、犯罪統制上マイナスとなる点、⑤重要な用語の定義が厳密でなく、また、条文の構造において抵触がある（例えば、電話通信傍受の成果は原則として証拠に出来ないが、取得した郵便物は証拠に出来るというのは矛盾しているのではないか）という点、⑥本条例のカバーする範囲は香港政体、香港特別区に限られるので、中華人民共和国からの監視には適用されないし、また、非政府機関には適用されないのではないか。更に、ジャーナリストへの秘密監視は禁じられていないし、弁護士への秘密監視に対する制約も少ないという点⁽⁵⁶⁾、⑦審査裁判官 (Panel Judge) は、既に触れたように、行政部門からの独立性が完全ではないので、三権分立という点で徹底されていないのか（アメリカ合衆国・イギリス・オーストラリア等のアプローチと異なる）、その結果として人権保護に消極的なアプローチとなるのではないかといった点がこれである。

更に、⑧課題として、法執行官の規則に対する理解が不十分であるため、法執行官に対する適切な研修・訓練が必要であると主張されている⁽⁵⁷⁾。また、⑨法執行官が違法なプライバシー侵害をしないよう、法執行機関の長の委員に

対する報告に止まらずに、監督すべきとの意見があり、そのために傍受を行う権限を監督機関（委員）に与えようという旨の本通信傍受及び監視条例に対する修正案も提示された（二〇一五年）⁽⁵⁸⁾。

おわりに

一 以上検討して来た香港通信傍受及び監視条例は、長い間、通信傍受・秘密監視を始めとする秘密捜査に関して立法による規制がないと批判されて来た香港の従前の議論を検討した上で、法執行機関による通信傍受や秘密監視を規律して公共の安全を図り、一方で、プライバシーやその他の人権を保護する必要性とのバランスを図るため、法執行機関による秘密捜査活動が条例の要件に適合するように厳しく監督を行うことを主要な目的とするものである。イギリスやその他の先進諸国の議論の蓄積をも踏まえたもので、制定時（二〇〇六年）迄の香港の議論の集大成と位置付けることが可能であり、且つ法（条例）という形でそれを規定し、秘密捜査に対する透明性と保護の度合いを高めたといい点で重要な前進をしたと評価することが出来よう。充分か否かは見解が分かれるものの監督の厳格化という点が本条例の特徴の一つであり、また、汚職事犯などを例とする犯罪統制の必要性とのバランスを図っている結果として、事案を区分して司法機関と法執行機関による二元的な授權体制を採っている点も、特徴の一つと言える。

二 (1) ただ、既に第三章でも触れたように、本条例に対しては、①自宅等を探る秘密監視行為は規制しておらず、香港市民のプライバシー権に重大な危険を及ぼす点、②少なからぬ秘密捜査活動が法的規制の枠外に置かれる点、③電話等の通信を傍受した成果について原則として証拠能力を認めないが、これは犯罪統制上マイナスとなる点、④

条文の構造において抵触があるといった点、⑤法執行官の規則に対する理解が不充分であるため、法執行官に対する適切な研修・訓練が必要であるという点、⑥法執行官が違法なプライバシーヴァシー侵害をしないよう、法執行機関の長の委員会に対する報告に止まらずに、監督すべきであるといった欠点・批判が指摘されていた。

(2) この点、二〇一六年六月には、香港通信傍受及び監視条例の改正がなされている。⁽⁵⁹⁾ 具体的には、緊急授權・行政授權・裁判官による授權等の定義の改正(第二条)、指示された授權(裁判官による授權・行政授權・緊急授權)の発付・延長・継続要件の改正(第三条)、緊急授權の承認のための申請決定に関する条件等の改正(第二四条)、指示された承認乃至延長の承認のための申請決定に関する条件の改正(第二七条)、器材取出令状(Device retrieval warrant)が実行出来ない場合の審査裁判官(panel judge)に対する報告の追加(第三八A条)、委員(Commissioner)による調査に關し、自分への通信が傍受されているのではないか等について調査を申請した者に対する、委員による通知等の強化等(第四四条、第四六条)、関連人物に対する委員による通知に關する改正、用語の改正(第四八条)、委員による監督の強化等(第五三条、第五三A条、第五四条)、傍受乃至秘密監視の対象者の逮捕についての関連当局への報告に關して、指定された許可が取り消された場合の関連当局による対応等についての追加等(第五八条)、不正確な情報や情況の変化に気付いた場合の関連当局への報告についての追記(第五八A条)、保護される傍受乃至監視成果に対する保護についての改正・追記(第五九条)、指定された許可が取り消された後に取得された保護される成果の位置付けについて追記した(第六五A条)点等が掲げられる。

これらの改正点が、上記の批判・指摘に対応している訳では必ずしもないが、委員が担当官等に回答や情報提供を求めると等が出来る点についての条項の改正(第五三条)、保護される傍受乃至監視成果の調査権限に關する、委員

による委員事務局で勤務する職員に対する委託を可能とする改正（第五三A条）、関連要件不遵守の場合の、部門による報告の一般義務に関する改正（第五四条）等は、委員による監督を強化すべきであるという指摘に対応していると言えよう。

三　そして、批判にもかかわらず、一貫して姿勢を堅持している部分もある。例えば、プライバシー権に対する侵襲の程度を基準にして授權体制を構築することは本通信傍受及び監視条例の大きな特徴と言えるが、かかる区分は觀念的に過ぎるのではないかという点で強い批判を見ている。しかし、かかる第一類監視と第二類監視との区分が困難ではないかという批判にもかかわらず、依然、監視の対象となる者のプライバシーへの侵襲の程度の違いがメルクマールとされている（対象者の言葉や行動が、聴取装置や光学的監視装置を用いる者〔聞いたり監視すると、対象者が合理的に考える者〕によって聞き取られたり監視されたりする場合は、第二類監視がカバーすると捉える⁽⁶⁰⁾）との説明がなされており、二つの区分は否定されていない。この点は、既に触れたように、犯罪統制の必要性と個人の人権の保障の衡量をかか
る限度で達成すべきと立法者が考えた結果ではないかと考えられる。

また、電話通信の成果は原則として証拠に出来ないが、取得した郵便物は証拠に出来るというのは矛盾しているのではないかという点についても、本条例はスタンスを変えていない。これは、既に触れたように、電話通信の成果は原則として証拠に出来ないが、取得した郵便物は証拠に出来るという点は本条例において突如出現した発想ではなく、香港における立法に関する議論の過程で、従前から主張されていた見解を反映したものであるという点も一つの理由と思われるが、やはり犯罪統制の必要性と個人の人権の保障の衡量を香港の現状に反映した所産ではないかと思われる。

四 かかる香港における衡量の努力は、法体系・犯罪情勢などが異なる我が国に直ちに同じ形で当て嵌まる訳ではない。平成二八年の刑事訴訟法改正において、通信傍受に関して、①通信傍受の対象犯罪の拡大、②通信傍受の手続の合理化・効率化（暗号技術や情報処理技術を活用することにより、傍受の実施の適正を十分に担保しつつ、より効果的・効率的な傍受を可能とするため、「一時的保存を通じて行う通信傍受の実施の手続」と「特定電子計算機を用いる通信傍受の実施の手続」を導入した）といった点で改正がなされたが、授権体制を二元的にするといった発想は採用されていない。しかし、既に、イギリスの例に学んで、住居や車両等を対象に行う監視は、侵害監視として授権を司法機関に準じた第三者機関の承認に掛からしめるなど、令状主義に準じた規律をしている点と、その他侵害性の低い監視は、直接監視として組織内の規律で行われている点を、我が国の文脈に直せば、前者は強制処分として規律を行い、後者は任意処分として規律を行っているものと評価することが出来、任意処分でありながらも、組織内の事前審査に掛からしめることによって実体要件の存在を確認し、責任の所在を明らかにする点は、任意捜査を規律する仕組みとして我が国においても参考になるうとの見解が主張されている。⁽⁶²⁾ 香港通信傍受及び監視条例の場合も、第一類監視は強制処分、第二類監視は任意処分に相当すると捉えることが可能であれば、香港の知見は、運用面で我が国の任意捜査の規律に参考となる視点を提供してくれる可能性はあるように思われる。⁽⁶³⁾

(1) See e.g., 香港個人資料私隱專員公署, "Guidance on CCTV Surveillance and Use of Drones".

(2) 香港における秘密捜査制度についての研究として、鄧立軍「香港地区秘密偵査制度」同著『中国港澳地区秘密偵査制度研究』(二〇一三年 中国社会科学出版社) 一頁以下。

(3) 立法には何か月もの期間を要するから、問題に取り組みのための暫定的手段として用いられた。‘The Regulation of Covert Surveillance Ian Wingfield, Law Officer, Department of Justice (August 10, 2005)’.

(4) 行政命令に対する高等法院による消極的判断も多かった。See e.g. Thomas E. Kellogg, “A Flawed Effort? Legislating on Surveillance in Hong Kong” *Hong Kong Journal* (04/01/2007).

(5) 香港基本法第三九条参照。

(6) 香港基本法や人権法案条例には、プライバシー関連を保護する定めがある。例えば、基本法第三〇条は、「香港居住民の通信の自由と通信の秘密は法律によって保護されている。公共の安全乃至刑事犯罪捜査の必要を満たすために、法的手続に則って、関連機関が通信を検査する場合を除いて、如何なる部門も個人も、如何なる理由でも、居住民の通信の自由と通信の秘密を侵害してはならない」旨定めており、その他、基本法第二七条は、居住民の表現の自由・出版の自由、第二九条は、居住民の家屋等が違法な搜索・侵襲を受けてはならない旨をも定めている。次に、人権法案条例第一四条は、プライバシー（秘密）、家屋等に恣意的乃至違法な干渉等を受けない旨など、同第一六条は、誰もが干渉されずに意見を持つ権利、表現の自由の権利を持つ旨を定めている。

(7) 警察の腐敗も懸念されたので、廉政公署が通信傍受権限を付与され、一九九三年時点で既に通信傍受を行っていたという。また、通信傍受自体は、既に一九八〇年代に市民社会グループに対して行われていたという。

(8) Hong Kong Human Rights Monitor, *Surveillance, Basic Law Article 30, and the Right to Privacy in Hong Kong A Briefing Paper* (October 2005) 10.

(9) また、秘密監視は内部的なガイドラインで規律されてきた。“The Regulation of Covert Surveillance Ian Wingfield, Law Officer, Department of Justice (August 10, 2005)”, *supra*.

(10) その他、緊急状況での傍受も可能だが、濫用防止についても講じ、違法な取得は証拠排除とされ、また、違法傍受の被害を受けた者は補償の申請が可能である旨定められた。

(11) 鄧立軍・前掲「香港地区秘密偵査制度」五六頁以下。

(12) 通信傍受及び監視条例制定に至る過程で、既に触れたように、秘密捜査的手法の違法性を指摘する裁判例が見られたため、不正防止に従事する捜査当局員の士気が下がり、その調査能力も大打撃を受けた。そこで、二〇〇五年七月、秘密監視の法

香港における通信傍受及び監視条例について（鈴木）

的基礎を明確にするべく、また、立法を迅速に進めるために、行政長官は香港基本法第四八条に基づいて秘密監視手続命令（行政命令）を公布した（同年八月六日実施）。①秘密監視の授權条件（目的が合法であり、当該目的に照らして秘密監視実施が相当であるという原則遵守の必要性）、②授權申請・形式等に関する定め、③緊急情況における秘密監視、④授權人員の指定などが具体的内容であり、これに対しては、監視が許可される範囲・態様が市民にとって明確になるとして支持する見解も当然ながら見られたものの、本命令は、香港基本法で定められる権利その他香港市民の権利を制限・剝奪するといった疑念を社会各界に広く惹起した（二〇〇六年八月の通信傍受及び監視条例によって、本命令は終了したが）。例えば、合憲性・合法性に関する議論、行政命令ではプライバシー権侵害の規律が出来ないといった法律の根拠に関する議論、行政命令自体は法律でないといった論点がそれであり、また、政治的監視の可能性が生じるのではないかとの懸念から、反対党派の傍受に利用しないようにといった意見も提起されていた。これら議論も通信傍受及び監視条例制定に向けての論点の蓄積として意義があつたものと思われる。Hong Kong Human Rights Monitor, *Surveillance, Basic Law Article 30, and the Right to Privacy in Hong Kong* A Briefing Paper, supra at 1-4, 26; Law Enforcement (Covert Surveillance Procedures) Order/Statement of the Hong Kong Bar Association (Dated 8 August 2005).

- (13) 最終的に通信傍受条例は廃止された。
- (14) 通信傍受及び監視条例第二条。
- (15) 通信傍受及び監視条例第二条。
- (16) 通信傍受及び監視条例第二条。
- (17) (a) 市民のプライバシー権の侵害の大小（物体の内部に侵襲していなければ第二類、侵襲していれば第一類）、(b) モニター機器使用が明示乃至黙示の同意を得ているか（同意がなければ第一類、あれば第二類）などが、第一類監視と第二類監視を区分するファクターとされている。通信傍受及び監視条例第二条における定義等参照。
- (18) 鄧立軍・前掲「香港地区秘密偵査制度」七九頁以下。
- (19) 通信傍受・秘密監視の達成目的が①の重大犯罪防止・探索、公共の安全に対する特定の脅威の防止にあるという場合の緊急性・重大性、及び、通信傍受・秘密監視を遂行することにより達成しようとする目的に関して、当該遂行により入手されるであろう情報の価値と関連性がそれであるとされている。

(20) 首長級の警察官が秘密監視を行うことについて許可してから、審査裁判官（小組法官。Panel Judge）に書面で申請し（公共安全の危険が重大であるとの資料も提出する）、裁判官が書面形式で授權する。通信傍受及び監視条例第八条など参照。猶、死亡・重大傷害事案や公共安全に重大な危険が存する時など法定の緊急情況があり、もともと第一類監視に該当する監視行為について、その実行が現実的でない場合に緊急授權が認められ、法執行機関のチームが授權して実行させる。緊急授權には書面提出が必須である。

(21) 法執行機関自身に授權している（書面申請・書面陳述が必要である）。通信傍受及び監視条例第一四条。

(22) 通信傍受及び監視条例第二条。

(23) 通信傍受及び監視条例第八条(1)。

(24) 通信傍受及び監視条例第一四条(1)。

(25) 通信傍受及び監視条例第三九条(3)(6)。

(26) 通信傍受及び監視条例第四〇条以下、第四一條、第四四條、第四六條、第四八條、第四九條、第五〇條など。

(27) Code of Practice-Issued pursuant to Section 63 of the Interception of Communications and Surveillance Ordinance (Cap. 589) (June 2016) 45.

(28) 通信傍受及び監視条例第五六條参照。

(29) 通信傍受及び監視条例第二條参照。

(30) 通信傍受及び監視条例第五九條。

(31) 通信傍受及び監視条例第六一條。

(32) 鄧立軍・前掲「香港地区秘密偵査制度」一一〇頁。通信傍受による成果は原則として証拠として使用出来ないが、電磁的手段以外で伝達される交信の傍受によって得られた物（郵便物もこれに含まれる）は証拠能力があるとするアプローチは、一九九六年の法律改革委員会の最終報告（「プライバシー・通信傍受の規律」）などで既に論じられ、一九九七年の白紙草案等でも主張されていたもので、通信傍受及び監視条例で初めて出て来た規定ではない。See e.g. The Law Reform

Commission of Hong Kong Report *Privacy: The Regulation of Covert Surveillance* (March 2006) 66.

(33) 香港がイギリスの植民地として統治される過程で、植民地政府が法の形成を抑えていた面もあり、国家安全立法について

香港における通信傍受及び監視条例について（鈴木）

議論がなされる以前は、通信傍受・秘密監視を許すべきではなごとの見解も存した。Hong Kong Human Rights Monitor, *Surveillance, Basic Law Article 30, and the Right to Privacy in Hong Kong* A Briefing Paper, supra at 8.

- (34) 鄧立軍・前掲「香港地区秘密偵査制度」一一三頁；Thomas E. Kellogg, “A Flawed Effort? Legislating on Surveillance in Hong Kong” *Hong Kong Journal*, supra; Hong Kong Human Rights Monitor, *Surveillance, Basic Law Article 30, and the Right to Privacy in Hong Kong* A Briefing Paper, supra at 6-17, 特ごイギリスの香港に対する影響にこごい。 See e.g., The Law Reform Commission of Hong Kong Report *Privacy: The Regulation of Covert Surveillance*, supra at 72.

- (35) 鄧立軍・前掲「香港地区秘密偵査制度」一一八頁以下を参照。

- (36) インド・シンガポール・イギリスなどがその例とされる。

- (37) アメリカ合衆国・カナダ・オーストラリア・ニュージーランド・フランス・ドイツ・イタリアなど、世界の多数の国家がこれに該当するとされる。

- (38) 通信傍受及び監視条例第六条。

- (39) 鄧立軍・前掲「香港地区秘密偵査制度」一一〇頁。

- (40) R I P A に関する我が国の研究として、例えば、横山潔「イギリス『調査権限規制法』の成立」外国の立法二二四（平成一四年）四七頁以下など。

- (41) 二〇〇〇年捜査権限規制法第二六条(3)。

- (42) 二〇〇〇年捜査権限規制法第三〇条など。

- (43) 二〇〇〇年捜査権限規制法第三二条。

- (44) 二〇〇〇年捜査権限規制法第三五条、第三六条(2)。

- (45) 直接監視・侵害監視については、丸橋昌太郎「行動監視捜査の規制」『信州大学法学論集』第二二号（平成二五年）六頁以下。

- (46) 二〇〇〇年捜査権限規制法第六条(2)。

- (47) 二〇〇〇年捜査権限規制法第五条(1)。

- (48) 二〇〇〇年捜査権限規制法第五七条など。

- (49) 丸橋昌太郎「会話の傍受に関する規制について」『法学会雑誌』第五六巻第一号(平成二七年)五四二頁以下。
- (50) 通信傍受及び監視条例第五六条。
- (51) 鄧立軍・前掲「香港地区秘密偵査制度」一二二頁参照。
- (52) 鄧立軍・前掲「香港地区秘密偵査制度」一二四頁。
- (53) 鄧立軍・前掲「香港地区秘密偵査制度」二二五―六頁。イギリスの動向については、椎橋隆幸「イギリスにおける通信傍受の法制度」『法曹時報』第五〇巻第三号(平成一〇年)一七―一九頁など。
- (54) 通信傍受及び監視条例第四三條・第四四條。
- (55) 鄧立軍・前掲「香港地区秘密偵査制度」一二〇頁以下。See also, E. Kellogg, "A Flawed Effort? Legislating on Surveillance in Hong Kong", *supra*.
- (56) See e.g. Keith Bradsher, "Hong Kong Surveillance Law Passes", *New York Times* (Aug. 6, 2006).
- (57) See, *Legislative Council Paper No. CB (2) 341/15-16 (03)*.
- (58) See e.g. Ryan Kilpatrick, "Hong Kong gov't mulls greater powers for surveillance commissioner" *Hong Kong Free Press* (2015).
- (59) 既に触れた点とも重なるが、二〇一五年通信傍受及び監視(改正)法案は、審査裁判官(panel judge)・委員(Commissioner)の権限強化や、条例の多くの条項の明確化を企図した。See e.g. Legislative Council Panel on Security, *Results of study of matters raised in the Annual Report 2014 to the Chief Executive by the Commissioner on Interception of Communications and Surveillance*, para 12.
- (60) Code of Practice-Issued pursuant to Section 63 of the Interception of Communications and Surveillance Ordinance (Cap. 589), *supra* at 7.
- (61) 吉川崇「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」の概要」『刑事法ジャーナル』第四九号(平成二八年)七六―八頁、吉田雅之「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」の概要について」『法律のひろば』平成二八年九月号三三―五頁など参照。
- (62) 丸橋昌太郎・前掲「行動監視捜査の規制」二二―二頁。また、丸橋昌太郎・前掲「会話の傍受に関する規制について」五五一頁をも参照。

(63) 既に述べたように、香港の審査裁判官 (Panel Judge) が行政からの独立において不充分であるという点を重く見れば、二元的と言つても、全体的に行政による授権の度合いが高いということになり、強制処分においても司法機関の承認によつていることにならず、我が国と体制が根本的に異なり参考とすべき余地は狭まり得ると言えなくもない。しかし、審査裁判官の選定に政治的選好が働くかについては争いはあるものの (See e.g. Keith Bradsheer, "Hong Kong Surveillance Law Passes", *supra*) 香港の審査裁判官は、終審法院首席裁判官の建議に基づいて行政長官によつて任免されるのであり、少なくとも司法機関に準じたものと位置付けることは可能であると思われる。

(日本比較法研究所嘱託研究員)