

氏名（生年月日）	イ トウ ノ コ 伊 藤 徳 子	（1992年2月15日）
学位の種類	博士（法学）	
学位記番号	法博甲第149号	
学位授与の日付	2023年3月16日	
学位授与の要件	中央大学学位規則第4条第1項	
学位論文題目	情報技術が高度に発達した現代社会における検索・押収法理のあり方	
論文審査委員	主査 安井 哲章 副査 中野目 善則・柳川 重規	

内容の要旨及び審査の結果の要旨

I 本論文の主題と構成

伊藤徳子氏より提出された博士学位論文（甲）請求論文「情報技術が高度に発達した現代社会における検索・押収法理のあり方」の構成は以下の通りである。

序章

第一章 アメリカ合衆国における検索・押収に関わる伝統的な第4修正法理

- 一. コモン・ロー上の原理—メア・エビデンス・ルール（単なる証拠の原則）
- 二. トレスパス法理
- 三. プライヴァシー法理

第二章 アメリカ合衆国における検索・押収に関わる第4修正上の例外法理

- 一. 逮捕に伴う検索・押収
- 二. 自動車例外
- 三. 第三者法理

第三章 テクノロジーの発達による法理の変化

- 一. トレスパス・テストの復活
- 二. 既存の例外法理とデジタル・データ
- 三. 検索概念と侵入概念におけるテクノロジーの発達の影響
- 四. 第三者法理とモザイク理論

第四章 位置情報に関する日米の法状況

- 一. アメリカ合衆国における基地局情報の取扱い
- 二. 我が国における基地局情報の取扱い

三. 我が国における GPS 捜査の法的性質

第五章 リモート・アクセスをめぐる問題

一. 最高裁令和3年2月1日決定

第六章 我が国におけるプライバシー概念

一. プライバシーを巡る先例

二. 強制処分と任意処分の区別再考

結論

参考文献一覧

II 本論文の概要

1. 本論文の目的・構成

高度に発達した科学技術・情報通信技術を捜査機関が証拠収集目的で利用した場合、犯罪の解明・捜査の必要性和プライバシー保護の要請は鋭く対立することになる。科学技術が発達することにより、捜査機関は新たなツールを活用した捜査手法を用いることが可能になるが、これによりプライバシーが必要以上に侵害されることは避けなければならない。そこで、本論文は、我が国の捜索・押収法理に大きな影響を与えているアメリカ合衆国第4修正の捜索・押収法理の理論的展開を精査することを通じて、我が国における法理論・法実務への示唆を得ようとするものである。

日本国憲法35条は捜索・押収に関する基本原理を定めているが、この規定はアメリカ合衆国憲法第4修正を継受するものである。したがって、情報技術が高度に発達した現代社会における我が国の捜索・押収法理のあり方を考察するに当たっては、合衆国憲法第4修正の捜索・押収法理の理論的展開を辿ることは必須の作業といえる。本論文は、18世紀半ばから現代に至るまでの合衆国最高裁判例を精査し、時代の要請に合わせて捜索・押収法理がどのように変容したのかを考察し、時代の要請に合致した捜索・押収法理を模索するものである。

2. 第一章 アメリカ合衆国における捜索・押収に関わる伝統的な第4修正法理

第一章は、アメリカ合衆国において、主として合衆国最高裁判例を通じて形成された伝統的な捜索・押収法理を整理し、それぞれの法理が時代の変化に応じて変容を遂げた過程を精査するものである。

(1) メア・エビデンス・ルール

アメリカ合衆国において最初に形成された捜索・押収法理はメア・エビデンス・ルールと呼ばれるものであり、個人の所有物を対象者の犯罪事実を裏付ける証拠として捜索・押収することを禁じるものである。この法理が確立したのは1921年のGouled v. United Statesであるが、有効に発付された令状に基づいて行われた捜索であっても、被告人の所有物である文書の捜索は、合衆国憲法第4修正が禁止する不合理な捜索・押収に当たり、そのような証拠を被告人に不利に用いることは

合衆国憲法第5修正の自己負罪拒否特権を侵害するものであるとの判断が下された。

この法理の淵源は、1886年の *Boyd v. United States*、さらには1765年の *Entick v. Carrington* にまで遡ることができる。*Boyd* 判決では輸入板ガラスのインボイスの提出を求める命令が合衆国憲法第4修正及び同第5修正に違反するとの判断が下された。その論拠として合衆国最高裁が依拠したのが、イングランドの先例である *Entick* 判決であった。*Entick* 判決が下された当時、政府の捜索・押収権限は政府が優越的な権利を持つ財物に限定されていた。すなわち、コモン・ローにおいては犯罪の証拠を得るために捜索令状を用いることは許されないという原理が打ち出されており、これが合衆国最高裁によって採用され、合衆国憲法第4修正の捜索・押収法理となったのである。

しかし、このメア・エビデンス・ルールには多くの例外法理が形成され、適用範囲は漸次狭められていくことになる。すなわち、メア・エビデンス・ルールは法人には適用されず（1906年の *Hale v. Henkel*）、メア・エビデンス・ルールが適用されない犯罪共用物件の射程が拡大され（1927年の *Marron v. United States*）、法律上保存が義務づけられている記録を捜索・押収し、または提出させることはメア・エビデンス・ルールに反するものではない（1948年の *Shapiro v. United States*）との判断が下されていった。

このような中で、メア・エビデンス・ルールは、1967年の *Warden v. Hayden* で変更されることになる。合衆国最高裁は、メア・エビデンス・ルールがあまりにも多くの例外を生み出し混乱を招いており、意味のある保護を与えているかについて疑問が残るとし、単なる証拠を確保するための侵害と、犯罪共用物件や禁制品等を確保するための侵害を区別する理由はないとして、メア・エビデンス・ルールを廃止するに至った。

(2) トレスパス法理

アメリカ合衆国における初期の捜索・押収法理においては、物理的な侵入の存在と対象が有体物であることが要件とされていた。そのため、会話のような無体物を取得する場合には合衆国憲法第4修正は適用されないと考えられていた。科学技術がそれほど発達していなかった時代において、押収すべき物は住居や事務所内に所在するため、住居等の私有財産への不当な侵入（トレスパス）を禁止すれば十分であったということである。

すなわち、被告人の住居や事務所への立ち入りなく行われた電話傍受については、被告人の財物への物理的侵入（トレスパス）がないため捜索・押収に当たらず（1928年の *Olmstead v. United States*）、また、会話のような無体物は合衆国憲法第4修正の保護範囲に入らない（1942年の *Goldman v. United States*）という判断が積み重ねられた。これに対して、住居や事務所に正当な理由なく物理的に侵入して会話が取得された場合は、憲法上保護された領域に現実に入侵したという事実を重視して、被告人の合衆国憲法第4修正上の権利を侵害するとの判断が下された（1961年の *Silverman v. United States*）。この判断により、捜索・押収法理の適用要件から有体物性の要件が外され、会話という無体物も押収の対象になりうることになった。

このような変化は科学技術の発達に対応したものと見えよう。すなわち、*Olmstead* が下された

1928年頃の電話普及率は40%前後であったのに対し、Silvermanが下された1961年頃では80%前後にまで上昇している。合衆国最高裁は電話による会話という側面については特に重視していないが、電話の普及により異なる場所にいる他者との会話が可能になる一方で、電話による会話を傍受することも容易になる。電話の普及率の向上という社会の変化に即応して、会話という無体物にも合衆国憲法第4修正の保護を及ぼし、捜査手法を規律しようとする合衆国最高裁の態度を見て取ることができる。

(3) プライヴァシー法理

前述のトレスパス法理は住居等の私有財産への侵入に着目する法理論であり、合衆国憲法第4修正の保護の本質を財産権に求めるものであった。しかしながら、科学技術の発達により、住居等の私有財産に物理的に侵入したり接触したりすることなく会話を傍受することが可能となった。そこで、捜索・押収法理の適用要件からトレスパスの要件も外されることになり、捜索・押収法理はプライバシーの正当な期待・合理的な期待の侵害を要件とする法理へと変化することになる。捜索・押収法理は大変容を遂げることになるが、そのランドマークと言えるのが1967年のKatz v. United Statesであり、Harlan 裁判官の補足意見で示された見解が、今日においてプライバシー法理と整理される考え方の礎となった。

本件は、FBI が公衆電話ボックスの外側に電子機器を取り付け、被告人が電話口で発した音声を盗聴・録音したというものである。合衆国最高裁は、「捜査機関が、被告人の言葉を電子的に盗聴・録音した行為は、電話ボックスを使用している間、その者が有するプライバシーの正当な期待を侵害するため、合衆国憲法第4修正上の捜索・押収に当たる」と判示した。さらにHarlan 裁判官は補足意見で、合衆国憲法第4修正が適用されるのは、「プライバシーの（主観的）期待を現実に表示していること、そして、その期待が、社会が『合理的』だと認めるようなものであること」と述べた。

Harlan 裁判官のプライバシーの主観的期待テストは、本来的には、被疑者が自らプライバシーを開披する行為を行った場合、プライバシーの主観的期待すら認められないという趣旨のものであった。しかしながら、その後の合衆国最高裁判例はプライバシーの主観的期待というものを文字通り被処分者の主観と位置付け、その結果、プライバシーの主観的期待テストはプライバシーの客観的期待の枕詞程度の意味しか持たなくなっている。

(4) 第一章のまとめ

第一章において本論文は、判例の変遷を丁寧に通じて、捜索・押収法理がどのように変容を遂げたのかを正確に描写するものである。

プライバシーの主観的期待・客観的期待というプライバシー法理は、今日においても命脈を保っている捜索・押収法理である。しかしながら、本論文は、今日のプライバシー法理におけるプライバシーの主観的期待は、原典であるHarlan 補足意見におけるプライバシーの主観的期待

とは位置付け・役割が異なるものであることを指摘している。

3. 第二章 アメリカ合衆国における搜索・押収に関わる第4修正上の例外法理

合衆国憲法第4修正が禁じるのは、不合理な搜索・押収である。令状を欠く搜索・押収は不合理との推定を受けることになるが、この推定を覆す正当化根拠がある場合には、例外的に無令状の搜索・押収も不合理でないと判断されることになる。他方で、例外法理の拡大はプライバシー保護との関係で問題を孕むことになる。そこで、第二章は、搜索・押収の例外法理のうち、情報技術が高度に発達した現代社会における搜索・押収法理のあり方という観点から、特に、逮捕に伴う搜索・押収、自動車例外、第三者法理を取り上げている。

(1) 逮捕に伴う搜索・押収

逮捕に伴い無令状で搜索できる範囲を巡って、合衆国最高裁の判断は拡大と縮小を繰り返していた。そのような中で、今日の判断基準を示したのが、1969年のChimel v. Californiaである。Chimel判決で合衆国最高裁は、①逮捕者の安全を確保する必要性と②証拠破壊を防止する必要性から、逮捕に伴う無令状の搜索は被逮捕者の身体及び被逮捕者の直接の支配領域に限定して認められるとの判断を下した。

続いて、1973年のUnited States v. Robinsonでは、逮捕に伴い被疑者の身体を搜索したところ発見された物の中身を搜索できるかが問題となった。合衆国最高裁は、逮捕が適法であれば、凶器の隠匿や証拠破壊のおそれの有無を個別的に検討することなく、被逮捕者の身体及び直接の支配領域を搜索することが許される旨の判断を下した。これに加えて、被逮捕者の身体の搜索とそれにより発見された物（容器）の内容の搜索は区別されず、警察官は逮捕に伴う搜索中に被逮捕者の身体から発見された物（容器）の内容についても搜索できると判示した。

Robinson判決を支える発想は、逮捕行為により被逮捕者のプライバシーの利益が縮減しているというものである。しかし、単に身柄が拘束されているだけであらゆる搜索が許容されるわけではない。Robinson判決で容器の搜索が許容されたのは、逮捕それ自体により生じる侵害の程度に比して、続いて行われる搜索により生じる侵害の程度が高くないからである。

以上の分析により、逮捕者の安全が害されるおそれまたは証拠が破壊されるおそれがある場合には、被逮捕者の身体及び直接の支配領域について無令状で搜索し得るものの、逮捕による侵害と、それに続く搜索によるプライバシー侵害の程度を比較して、後者の方が侵害の程度が高い場合には、無令状で搜索を行うことはできない、と定式化することができる。

(2) 自動車例外

路上で停止させられた自動車を搜索するための相当理由がある場合には搜索令状は不要であるとする法理を自動車例外という。自動車には可動性があるため、自動車を搜索する相当理由があるにも関わらず令状の入手を要求すると、二度と当該自動車を発見することができない可能性があるか

らである。本論文は自動車例外を包括的に分析するのではなく、逮捕に伴う無令状の自動車捜索が許される範囲が問題となった1981年のNew York v. Beltonに焦点を絞って、逮捕に伴う捜索・押収の判断枠組が自動車という文脈で適用されることの可否と限界を考察している。すなわち、逮捕に伴う捜索・押収に関するChimel判決及びRobinson判決の射程を分析するものである。

合衆国最高裁は、Chimel判決で示された被逮捕者の直接の支配下にある領域という考え方に従い、警察官が自動車の乗員を適法に逮捕した場合、その逮捕と同時に、その自動車の座席部分に限定して捜索することができ、座席部分にあるものであればあらゆる種類の容器も捜索できると判示した。

他方で、自動車から降車した者を交通事犯で適法に逮捕し、その身柄を警察車両に置いた場合、自動車との関係では被逮捕者による証拠破壊の危険性は限りなく小さいものとなる。したがって、このような場合に逮捕に伴う捜索として無令状で自動車内を捜索することは、合衆国憲法第4修正に照らして許されないということになる(2009年のArizona v. Gant)。捜索場所に被逮捕者の手が届く可能性がない場合、逮捕に伴う捜索の正当化根拠が欠けることになるからである。

(3) 第三者法理

第三者法理とは、第三者に対して任意に物、情報、あるいは空間を提供する者は、その行為によって相手方である第三者が警察官に情報を開示し、物を提供し、または捜索・押収を許すかもしれない危険を想定し負担しているため、合衆国憲法第4修正の保護が失われるという法理である。第三者法理は1976年のUnited States v. Millerで示され、1979年のSmith v. Marylandで確立したものである。

内密な情報を任意に第三者に教えた場合、開示した者はその情報が暴露される危険を冒している。自分が話す内容についてプライバシーの利益を自ら縮減させていることから、合衆国憲法第4修正による保護が失われることになるのである。したがって、第三者法理が適用される場合、問題となっている情報を官憲が取得する行為は、そもそも捜索に当たらないということになる。

(4) 第二章のまとめ

逮捕に伴う捜索押収の場合、官憲の行為が捜索・押収に当たることを前提に、合衆国憲法に照らして合理的か否かを問題とする。これに対して、第三者法理が適用される場合には、官憲の行為はそもそも捜索・押収に該当しないという扱いを受ける。このように、第二章は、逮捕に伴う捜索・押収、自動車例外、第三者法理を扱うことによって、合衆国憲法第4修正の保護が段階的な構造になっていることを描いている。

すなわち、第1段階として官憲の行為が捜索・押収に当たる否かが問題とされ、捜索・押収に当たるとされた場合、第2段階として、捜索・押収が合衆国憲法に照らして合理的なものか否かを問題にするというものであることを指摘している。

4. 第三章 テクノロジーの発達による法理の変化

2000年代に入り、情報通信技術は急速に発達し、社会を大きく変容させた。捜査においても高度に発達した情報通信技術を用いた捜査手法が生み出され、これに対応して重要な判例が積み重ねられている。

(1) トレスパス・テストの復活

GPS 捜査について扱った 2012 年の *United States v. Jones* は、プライバシー法理ではなくトレスパス法理に依拠して GPS 捜査の適法性を判断した。

本件で合衆国政府は、捜査対象者の所有する車両に GPS 装置を装着し、車両の移動を監視するために GPS 装置を使用した。合衆国最高裁は、政府は情報を入手する目的で私有財産を物理的に占有しており、そのような物理的侵入が、合衆国憲法第 4 修正が採用されたときに意図された搜索と見做されることは疑いの余地はない旨の判断を下した。

Katz 判決がプライバシー法理を採用したことにより、搜索・押収法理からトレスパス・法理は退けられたと一般的には理解されていた。しかしながら合衆国最高裁は、*Jones* 判決はトレスパス法理に依拠しているため、両法理の関係性が問題となる。

法廷意見は、プライバシー法理もトレスパス法理のどちらも唯一の基準ではなく、プライバシー法理はトレスパス法理を補うものであり、トレスパスを伴わない事案においてはプライバシー法理が適用されるとしている。

Jones 判決以降、合衆国最高裁判例の中には、トレスパス法理に依拠するものが複数出されている。宅地に対する薬物探知犬の使用が合衆国憲法第 4 修正の不合理な搜索に当たると判断した 2013 年の *Florida v. Jardines*、州の監視プログラムの下で対象者の同意なくその身体に衛星利用監視装置を装着する行為が合衆国憲法第 4 修正の搜索に該当すると判断した 2015 年の *Grady v. North Carolina* がある。

合衆国最高裁は、捜査機関が証拠を取得する際に所有物への立ち入りや機器の装着がなされた場合にトレスパス法理を用い、トレスパス法理では保護が十分でない場合やトレスパスなしに搜索・押収が行われた場合にプライバシー法理を用いて判断するという、二段構えの判断枠組みを採用したと理解することが可能である。

(2) 既存の例外法理とデジタル・データ

逮捕に伴う搜索の結果、携帯電話やスマートフォン（以下、携帯電話とする）が発見され、これらが押収された場合、これに続いて官憲は無令状で携帯電話の内容を確認することができるか。このことが問題となったのが 2014 年の *Riley v. California* である。この事案では、逮捕に伴う搜索・押収という既存の例外法理が、高度に発達した情報通信機器との関係でどのように適用されるのが問題となった。

合衆国最高裁は全員一致で、逮捕に伴い、被逮捕者の携帯電話内のデジタル・データを無令状で

搜索することは、合衆国憲法第4修正に違反すると判断した。

逮捕に伴う搜索・押収の正当化根拠は、逮捕官憲の安全の確保と証拠破壊の危険性の防止であった。携帯電話内のデジタル・データは、それ自体では逮捕に当たる警察官に危害を加えたり、被逮捕者の逃亡を可能にする凶器として使用されたりすることはない。携帯電話内のデジタル・データについては、一般的に、逮捕官憲の安全を確保する必要性は認められない。また、ひとたび警察官が携帯電話を確保し、その管理下に置いてしまえば、被逮捕者はその携帯電話に触れることができないため、携帯電話内のデジタル・データが被逮捕者により消去される危険性は排除されたといえる。したがって、携帯電話内のデジタル・データについては、一般的に、被逮捕者による証拠破壊を防止する必要性は認められない。要するに、逮捕に伴う搜索・押収を支える正当化根拠が、一般論として、押収された携帯電話には当てはまらないのである。被逮捕者以外の者によるデータの遠隔消去やセキュリティ機能によるデータの暗号化のおそれが指摘されることがあるが、そのような危険が真に迫っていることを示す事情がある場合には、緊急性の例外により、押収された携帯電話の無令状搜索が許されることになる。

Robinson 判決によると、警察官は逮捕に伴う搜索中に被逮捕者の身体から発見された物（容器）の内容についても搜索できる。逮捕行為によりすでに大きな侵害が生じており、それに比べるとわずかな追加的侵害を負わせるものでしかないため、容器の内容を搜索できるとされる。したがって、逮捕による侵害と、それに続く搜索によるプライバシー侵害の程度を比較して、後者の方が侵害の程度が高い場合には、無令状で容器の内容について搜索を行うことはできないことになる。携帯電話内で保存されているデジタル・データは、その人そのものを表す情報である。したがって、ポケット内にある財布や小銭入れと携帯電話を同列に扱うことはできない。また、携帯電話が、画面をタップして別の場所に置かれているデータにアクセスするのに使われる場合には、容器との類似性は完全に失われることになる。したがって、Robinson 判決で打ち出された考え方は、携帯電話には当てはまらないことになる。

Riley 判決により、携帯電話に保存されたデジタル・データについては逮捕の伴う搜索・押収法理は適用されず、デジタル・データを取得するためには、別途、令状を取得しなければならないことになった。

(3) 搜索概念と侵入概念におけるテクノロジーの発達の影響

一般的に搜索と訳される search は、我が国における搜索と検証の双方を含む概念である。そのため、合衆国における search は物理的侵入を伴う場合に限定されず、非物理的侵入も含まれることになる。

Jones 判決における侵入は GPS 端末の装着を意味するものであり、物理的侵入を意味している。これに対し、我が国で GPS 捜査の適法性が問われた際、最高裁は GPS 捜査による私的領域への侵入を問題にしたが、GPS 端末の車両への装着が侵入に当たるとしているわけではない。そのため比較法的考察の素材として、物理的侵入に関する Jones 判決だけでなく、非物理的侵入に関する判例も

取り上げる必要がある。そこで本論文は、マリワナ栽培が疑われる家屋に対し、室内の温度を確認するために無令状で熱画像器を使用してスキャンした、2001年の *Kyllo v. United States* を取り上げている。

合衆国最高裁は、感覚増幅技術を用いて、物理的侵入を伴わなければ得られないであろう、憲法上保護された領域である住居内部の情報を得ることは合衆国憲法上の search に当たると判示した。

合衆国憲法第4修正が採用された当時、住居内の情報を取得しようとする場合には物理的に侵入するほかなかった。これに対し、科学技術が発達した現代社会においては、住居内に物理的に侵入しなくても住居内の情報を取得することが可能である。他方で、住居が聖域であることに変わりはない。したがって、非物理的な侵入で住居内の情報を取得する捜査手法も search に当たると構成しなければ、合衆国憲法第4修正が採用された当時と同程度の保護を住居に付与することができなくなるのである。

本件で合衆国最高裁はプライバシー法理に依拠しなかった。本件はトレスパス法理を復活させた *Jones* 判決よりも前に下された判断である。このことから、搜索・押収を規律する法理がプライバシー法理に限定されないことが、*Jones* 判決以前にすでに示されていたことを本論文は指摘している。

(4) 第三者法理とモザイク理論

携帯電話の基地局情報をプロバイダーから取得することで、携帯電話の利用者の位置情報を取得することができる。2018年の *Carpenter v. United States* は、政府が携帯電話の基地局情報をプロバイダーから取得することが合衆国憲法第4修正の搜索に当たるのかが問題となった。合衆国最高裁は基地局情報の取得は合衆国憲法第4修正の搜索にあたり、原則として令状の取得が求められる旨の判断を下した。

その際、合衆国最高裁は基地局情報に第三者法理は適用されないとした。そもそも第三者法理が適用されるのは、取得される情報が限定されている場合に限られる。基地局情報は人の移動についての詳細かつ包括的な記録であるため、情報の限定という要請を充たさない。また、第三者法理が適用されるためには、自己に関する情報が任意に提出されたものであることが必要である。携帯電話は現代社会で生活する上で必要不可欠な存在であって、位置情報を取得させないためにネットワーク接続を切っておくという方法も現実的ではなく、結果として基地局情報の収集を許す以外の選択肢がない。したがって、基地局情報がプロバイダーに任意に提供されていると理解することはできない。以上の理由から、合衆国最高裁は携帯電話の基地局情報について第三者法理は適用されないとした。

基地局情報が集積されることで、個人の特定日時における行動は相当程度詳細に判明する。そのため、*Carpenter* 判決はモザイク理論を採用した判断であると整理されることが多い。そこで、*Carpenter* 判決とモザイク理論との関係性が問題となる。

モザイク理論とは、例えば、パズルの1ピースに過ぎないものが大量に組み合わせることで1枚

の絵が描き出されるように、移動に関する個々の断片的な情報もまた、組み合わせることで人の私生活の全体という、短期間の監視では明らかにならないような種類の情報が明らかになることを言う。基地局情報の集積は個人の過去の行動を明らかにするものであるため、Carpenter 判決がモザイク理論と親和的であるとする理解は、判例の理解として非常に素直なものと言えよう。

これに対して、本論文は、合衆国憲法第 4 修正の搜索・押収法理の一環としてモザイク理論を採用することに批判的である。その理由として、①既存の搜索・押収法理との整合性を欠くこと、②十分なモザイクが形成されたと判断される基準が不明確であること、③プライバシー法理との関係性が定かでないこと、④長期的な監視捜査のどの要素を問題の核心とするのかが論者によって異なること、⑤元々は国家安全保障に関する情報公開請求の事案で形成された理論を犯罪捜査という文脈に取り入れることの適切性について分析がなされていないことを挙げている。

5. 第四章 位置情報に関する日米の法状況

第四章では、第三章までに行なったアメリカ合衆国最高裁判例の分析で得られた知見を土台として、我が国における基地局情報の取扱いと GPS 捜査の適法性に関する最高裁平成 29 年 3 月 15 日大法廷判決に分析を加えている。

(1) 我が国における基地局情報の取得について

捜査機関が基地局情報に関する記録を開示するように要求する相手方は通信事業者である。そのため処分の対象者は通信事業者ということになるが、基地局情報の捜査によって暴かれるのは携帯電話の利用者の位置情報である。したがって、基地局情報を取得する捜査の対象者は、形式的には通信事業者ということになるが、実質的には携帯電話の利用者も処分の対象者と理解すべきである。

基地局情報とは、携帯電話利用者の過去の時々刻々の位置情報であり、その性質上、公道におけるものだけでなく、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものが含まれる。基地局情報はプライバシーの中でも特に保護の必要性が高く重要な権利利益と言えるため、憲法 35 条で保障される住居、書類及び所持品に準ずる重要な権利利益と位置づけることになる。

また、基地局情報は憲法 21 条 2 項により保障される通信の秘密に関わる法的利益でもある。そこで、憲法 21 条 2 項の手續保障の問題として、憲法 21 条 2 項と憲法 35 条の関係が問題となる。本論文は、本来的に憲法 35 条が「住居、書類及び所持品」という個人の私生活の物理的な側面を保障し、憲法 21 条 2 項が手紙や電話等通信の秘密という個人の私生活の非物理的な側面を保障する構造になっているとの理解を前提に、テクノロジーが発達した現代社会においては、憲法 21 条 2 項の通信の秘密は憲法 35 条の解釈に包摂され、令状要件の規律が及ぶことになるという解釈論を提示する。

基地局情報を取得する捜査が強制処分にあたりと理解した場合、次に問題となるのは令状の種類である。我が国の実務は検証許可状によっているが、本論文は記録命令付差押によることが妥当であるとする。捜査に必要な基地局情報を取得するに当たっては、セキュリティを解除したり、コンピュータを操作して基地局情報を表示させたり、基地局情報の中から被疑者の携帯電話に紐づくも

のだけを特定して抽出するといった行為が必要であり、また表示されるログを読み取ることが必然的に伴うため、専門知識を有する通信事業者に捜査に必要な基地局情報を特定させることが最も効率的であり、侵害性が弱い方法と言えることを根拠にしている。

(2)最高裁平成 29 年 3 月 15 日大法廷判決の分析

GPS 装置を用いた GPS 捜査について我が国の最高裁は、「個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得るものであり、また、そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきである」とし、「憲法 35 条は『住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利』を規定しているところ、この規定の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である」とした上で、「個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法である GPS 捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑事法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる」と判示した。

ある捜査手法が強制処分に当たるかを判断するに当たり、先例である昭和 51 年決定従うならば、「意思制圧」と「身体、住居、財産等への制約」の有無が考慮要素となる。最高裁は、GPS 捜査は合理的に推認される個人の意思に反すると判示している。GPS 捜査は対象者に認識されずに実行される捜査手法であるため、現実に対象者の意思を制圧するということは想定できない。したがって、GPS 捜査のように対象者に認識されずに行われる捜査手法については、合理的に推認される意思に反する場合、意思制圧があった場合と同視されるという思考枠組みを最高裁が提示した。

GPS 捜査によって侵害される利益について、最高裁は「私的領域に侵入されることのない権利」とし、憲法 35 条で保障される利益に準ずるものと位置づけている。そのため、GPS 捜査は典型的に憲法の保障する重要な法的利益を侵害する捜査手法なのである。

問題となるのは「侵入」の理解である。アメリカ合衆国最高裁判例の Jones 判決は、車両に GPS 端末を取り付けたことが所持品への侵入に当たるとした。要するに、Jones 判決の侵入は物理的侵入を意味するものである。これに対し、平成 29 年判決は車両という所持品への GPS 端末の装着が侵入に当たるとの判断は下していない。そうであるにもかかわらず、私的領域への侵入を問題にしているため、憲法 35 条で保障される私的領域への侵入は、物理的侵入だけでなく、非物理的侵入も含む概念と理解することが可能である。すなわち、アメリカ合衆国最高裁判例である Kylllo 判決のように、私的領域に物理的に侵入しなければ取得できない位置情報を取得する捜査手法は、私的領域に侵入した場合と同視することができるという発想を、我が国最高裁も採用しているという理解である。

侵入概念をこのように理解するならば、平成 29 年判決の射程は、装着を伴わない GPS 捜査にも及

ぶことになる。さらに本論文は、ドローンによる追跡等が行われた場合にも平成 29 年決定の射程が及びうることを指摘する。

6. 第五章 リモート・アクセスを巡る問題

通信技術の発達により急速にリモート・サーバーの利用が一般化した。これにより、コンピュータに直接接続されていない遠隔地のサーバーに証拠になり得る電磁的記録が保管されるケースが増加している。そのため、捜査機関はこのような証拠をどのようにして捜索・押収できるのかが問題となる。

平成 23 年の刑事訴訟法改正により、218 条 2 項で、令状により差し押さえるべき物がコンピュータである場合、このコンピュータと電気通信回線で接続している記録媒体であって、このコンピュータで作成・変更した電磁的記録またはこのコンピュータで変更・消去できることされている電磁的記録の保管のために使用されている記録媒体から、その電磁的記録を当該コンピュータまたは他の記録媒体に複製した上でこれを差し押さえることができることになった。要するに、令状により差し押さえることができる物がコンピュータである場合に、その場でコンピュータを操作してサーバーにアクセスして、サーバーに保管されているメール等をこのコンピュータや USB メモリなどにダウンロードして、これらを差し押さえることができるということである。

問題となるのは、サーバーが日本国外に所在する場合に、リモート・アクセスにより電磁的記録を取得する行為の可否である。このことが争点となったのが、最高裁令和 3 年 2 月 1 日決定である。本件では、①218 条 2 項はアクセス先が国内所在の記録媒体に限られるのか、②差押対象となっているサーバー内の各記録について、その内容を個別に確認することなく一括して複製が行われた場合、被疑事実との関連性という点で問題とならないか、③被押収物とは異なる端末を使用してリモート・アクセスすることは許されるのか、が問題となった。

最高裁は第 1 の論点について、218 条 2 項のリモート・アクセスによる複製の処分がサイバー犯罪に関する条約締結に必要な国内法整備の一環として成立したものであるという立法経緯に照らして、リモート・アクセスによる複製の処分が許されるのは、日本国内にある記録媒体（サーバー）に限定されない旨の判断を下した。すなわち、電磁的記録を保管した記録媒体がサイバー犯罪に関する条約の締約国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意がある場合に、国際捜査協力によることなく記録媒体へのリモート・アクセスおよび記録の複製を行うことは許されると解すべきであると判示した。

第 2 の論点については、①捜索差押許可状による複製の処分の対象となる電磁的記録には、被疑事実に関連する情報が記録されている蓋然性が認められること、②差押の現場における電磁的記録の内容確認の困難性や確認作業を行う間に情報の毀損等が生ずるおそれがあることを指摘して、捜索差押許可状の執行に当たり、個々の電磁的記録について個別に内容を確認することなく複製の処分を行うことは許されると判示した。

第 3 の論点については、被押収物とは異なる端末を用いてリモート・アクセスしたことについて

関係者の承諾が有効であるとし、承諾に基づく任意捜査として適法であると判示した。

このように、本論文は、情報通信技術の発達によって生じる捜索・押収に関する諸問題について、最高裁令和3年2月1日決定を紹介することを通じて検討を加えている。

7. 第六章 我が国におけるプライバシー概念

捜索・押収が対象者のプライバシーを侵害するものであることに異論はないと思われるが、プライバシーとは何かをめぐっては百家争鳴の状況にある。合衆国最高裁は捜索・押収法理としてプライバシー理論を適用しているが、プライバシーの内容を明確にはしていない。すなわち、プライバシーの内容を明確にせずとも、プライバシーの期待が合理的なものか否かについては共通の理解に到達することができるという発想に依拠しているものと推察できる。

我が国の最高裁も、GPS 捜査が個人のプライバシーを侵害するものであることを認めつつ、GPS 捜査によって侵害される利益としてプライバシーを掲げなかった。もちろん、GPS 捜査によって侵害される利益の中に個人のプライバシーは含まれる。しかし、被侵害利益の中にプライバシーが含まれることを正面から認めてしまうと、プライバシーの定義を決定する役割を最高裁が担わなければならないことになってしまう。最高裁は、プライバシーという未だ明確に定義づけされていない概念を直接持ち出すことを避け、憲法 35 条の文言を手がかりに問題解決を図った。

このように、合衆国最高裁においても我が国の最高裁においても、捜索・押収によって侵害されるプライバシーが何かについては積極的な定義づけを行うことを回避している。他方で、一口にプライバシーと言っても、そこには自ずと濃淡がある。たとえ任意捜査であったとしても我々のプライバシーは侵害され得る。しかし、任意捜査に令状主義の規律は及ばない。これに対して、プライバシー侵害の典型例とも言える捜索・押収を実施するに当たっては、原則として令状が必要である。このことは、任意捜査で侵害されるプライバシーと強制捜査で侵害されるプライバシーが質的に異なることを示唆するものである。すなわち、令状を取得しなくても侵害できるプライバシーと、令状を取得しなければ侵害できないプライバシーがあるということである。

このようなプライバシーの質的相違は、合衆国最高裁のプライバシー理論とも整合性を保って、我が国の解釈論に活かすことができる。すなわち、我が国憲法でプライバシーとかわる規定は憲法 13 条と憲法 35 条であるが、憲法 13 条の利益は公共の福祉による制約が予定されているのに対し、憲法 35 条の利益を侵害するに当たっては、原則として事前の令状を必要とする。正当な捜査目的の実現は公共の福祉の実現に資するものであるため、捜査目的を実現するに当たって憲法 13 条で保障されるプライバシーを侵害する場合には事前の令状審査を必要とせず、当該捜査手法は事後的に審査されると理解することが可能である。この区別は、任意処分と強制処分の区別に一致するものである。そして本論文は、憲法 13 条により保護されるのがプライバシーの主観的期待であり、憲法 35 条で保護されるのがプライバシーの客観的期待であると整理する。したがって、プライバシーの主観的期待を侵害する捜査手法は任意捜査であり、客観的期待を侵害する捜査手法は強制処分に当たると構成する。

8. 本論文の結論

以上の分析を踏まえて、本論文は以下のように結論をまとめている。

合衆国最高裁判例で示されたプライバシー法理は、我が国における搜索・押収を規律する基本的視座を提供するものとして活用することができる。すなわち、プライバシーの主観的期待と客観的期待の区別は、憲法 13 条と憲法 35 条の関係と同様に捉えることができる。プライバシーの利益の本質は期待であるが、期待それ自体はどのようなものであれ幸福追求の一つとして憲法 13 条によって一定の保護を受ける。これに対し、憲法 35 条に基づく期待は、強制処分法定主義と令状主義による縛りを受けるという意味で強い保護を受ける。このことから、憲法 13 条によって保護される期待のうち、特に重要な価値があると評価される期待が抽出されて、別途、憲法 35 条によって強い保護を受けるとし、捜査の観点から憲法 13 条と憲法 35 条の関係性を整理することができるかと主張している。

III 論文の評価

伊藤徳子氏が博士学位請求論文として提出した「情報技術が高度に発達した現代社会における搜索・押収法理のあり方」は、アメリカ合衆国における搜索・押収法理の変遷を丁寧に辿り、各法理に関する判例を分析し、そこで得られた知見を土台として、情報技術が高度に発達した現代社会における我が国における搜索・押収法理のあり方を模索するものである。

アメリカ合衆国における搜索・押収法理は、メア・エビデンス・ルール、トレスパス法理、プライバシー法理などがあり、さらに例外法理として逮捕に伴う搜索・押収に関する法理、自動車例外、第三者法理などがある。基本となる搜索・押収法理については、時代とともに変遷を辿っている。すなわち、当初はメア・エビデンス・ルールが支配的であったが、現代ではメア・エビデンス・ルールは廃止されている。また、初期の判例ではトレスパス法理が有力であったが、プライバシー法理の登場によりトレスパス法理は退けられたと一般的には理解されていた。しかしながら、近時、合衆国最高裁はトレスパス法理を復活させ、この法理に依拠する最高裁判例も複数出されている。

したがって、アメリカ合衆国における搜索・押収法理を理解するに当たっては、かなりの長い期間にわたる判例法理の変遷を丁寧に辿らなければ、その全体像を掴むことはできない。

伊藤徳子氏は、基本となる搜索・押収法理の判例を網羅的に取り上げ、1 件 1 件丁寧な分析を行っている。搜索・押収を規律する憲法 35 条の母法が合衆国憲法第 4 修正であることから、我が国においてアメリカ合衆国における搜索・押収法理に対する比較法研究は盛んに行われている。しかしながら、搜索・押収法理の嚆矢であるメア・エビデンス・ルールの形成と衰退について分析する論考は非常に少ない。これはメア・エビデンス・ルールが廃れて久しい法理であることに起因するものであるが、搜索・押収法理の形成や変遷を正確に辿るためには、メア・エビデンス・ルールに対する考察も不可欠と言える。したがって、本論文は他の論考では省略されることの多い法理についても拾い上げている点に意義がある。

さらに、現代における代表的な搜索・押収法理であるプライバシー法理についても、本論文はその形成と展開を丁寧に辿っている。プライバシー法理とは、対象者にプライバシーの主観的期待が認められることを前提にして、このようなプライバシーの期待が合理的なものといえるかを問題にするという、プライバシーの主観的期待と客観的期待の二段階の審査基準からなる搜索・押収法理である。

この法理は搜索・押収における記念碑的判例とも評される Katz 判決における Harlan 裁判官の補足意見で示された発想を発展させたものである。Harlan 裁判官は、確かに、プライバシーの主観的期待と客観的期待と整理することのできる表現を用いているが、プライバシーの主観的期待という基準については、今日におけるものとは異なる意味を付与していた。すなわち、現在では対象者の主観を意味するものと理解されている基準であるが、シークレット・エージェントのような事案ではプライバシーの主観的期待すら認められないというのが Harlan 裁判官の補足意見の趣旨であった。

Harlan 裁判官の補足意見におけるプライバシーの主観的期待が本来的には何を意味していたのかについては、アメリカ合衆国における搜索・押収法理の代表的な研究者である Orin Kerr 教授が近時の論考で整理したものである。本論文は、近年におけるアメリカ合衆国における理論分析の成果を正しく消化し、これを正確に紹介するものとして意義がある。

スマートフォンの普及率が上昇している今日において、逮捕に伴い被逮捕者のスマートフォンが搜索・押収されることは特段珍しいことではない。しかしながら、逮捕に伴い適法に行われた搜索の結果適法に押収されたスマートフォンの内容を、引き続き無令状で確認することは許されるか。この問題は我が国ではまだ大きく取り上げられていないが、アメリカ合衆国では 2014 年の Riley 判決がこの問題を扱った。合衆国最高裁は、逮捕に伴い押収された携帯電話・スマートフォンの内容を確認するためには、別途、搜索令状が必要になる旨の判断を下した。

本論文は、Riley 判決を下す上で合衆国最高裁が依拠した先例に分析を加え、Riley 判決を支える発想を丁寧に描き出すものである。逮捕に伴いスマートフォンを搜索・押収することにより生じるプライバシーの利益に対する侵害の程度と、スマートフォンの内容を確認することにより生じるプライバシーの利益に対する侵害の程度は異なるものであるという発想は、我が国で同様の問題が発生したときに重要な視点を提供するものである。本論文で整理された考え方は、我が国で各強制処分の限界を考察する際にも重要性を有するものといえる。

また、本論文は、日米双方における GPS 捜査や基地局情報の取扱いに関する法理論・法実務に分析を加えている。位置情報の取得は犯罪の解明において重要性を持つが、対象者の行動を詳らかにするものであるため、プライバシー侵害の程度も大きい。GPS 捜査に関して、合衆国最高裁は機器の取り付けが侵入（物理的侵入）に当たると構成したのに対し、我が国の最高裁は GPS 捜査による私的領域への侵入を問題にしつつも、GPS 装置の取り付けが侵入に当たるとは構成しなかった。そのため、我が国の最高裁が言及する私的領域への侵入は、物理的侵入だけでなく、非物理的侵入を含む概念であるという理解も可能になる。

本論文は、日米双方の最高裁判例を丁寧に比較検討し、両判例の理論構成の違いがなぜ生じているのかを詳述している。我が国の GPS 判例の理解については様々な見解が主張されているが、本論文は、GPS 捜査は私的領域に侵入しなければ入手できない情報の取得を可能にするものであるから、私的領域に物理的に侵入した場合と同視することができ、その意味で、私的領域への侵入は非物理的侵入を含む概念であると主張する。そして、このような発想は合衆国最高裁判例の *Kyllo* 判決にも見て取れると指摘する。*Kyllo* 判決で合衆国最高裁は、熱画像器の使用により室内の温度を感知する行為は物理的侵入を伴わなければ得られないであろう、憲法上保障された領域である住居の内部に関する情報を得ることであり、合衆国憲法第 4 修正の捜索に当たる旨の判断を下している。GPS 捜査に関する最高裁判例の私的領域への侵入に関して、この *Kyllo* 判決に言及する論考はほとんどないため、本論文の指摘は比較法研究として独自性の高いものと言える。

また、基地局情報の取得についても、我が国では記録命令付差押えで実施可能であることを指摘している。現在の実務の運用では検証として行われることが多いため、基地局情報の取得について論じる論考においても、特に断ることなく検証として行うことができると説明されている。本論文は、そのような趨勢に対して、敢えて記録命令付差押えでの実施を主張するものであるが、その利点として対象者の異議申立が容易になることを指摘しており、バランスの取れた解釈論を展開していると言える。

本論文は、最後に、個々の条文の文言解釈を通じて捜索・押収の適法性を判断する我が国の法理論・法実務に、アメリカ合衆国における捜索・押収法理をそのままの形で導入することはできないとした上で、プライバシー法理の中で示されたプライバシーの主観的期待と客観的期待の区別が、我が国における任意捜査と強制捜査の区別に応用可能であることを主張する。

本論文によると、対象者の主観的期待のみを侵害する捜査は憲法 35 条の規律を受けず、憲法 13 条の規律を受けることになる。したがって、対象者の主観的期待は公共の福祉による制約を受けることになるため、正当な捜査目的の実現が優越することになる。しかし、捜査目的が正当なものであったとしても、この目的の実現のために取られる手段には一定の規律を及ぼすべきであることから、任意捜査として手段の相当性が問われることになるとしている。本論文は合衆国憲法第 4 修正の捜索・押収法理であるプライバシー法理が、憲法 35 条だけでなく、憲法 13 条の解釈にも波及させることができるとしている。これにより、刑事訴訟法における任意捜査と強制捜査の区別とも整合性を保った法解釈論が展開されており、今後、より一層精緻なものにすることが期待される。

このように、本論文は学術的に非常に高い価値を有しているが、本論文で示された研究をさらに発展させるためには、筆者が取り組まなければならない課題がある。基地局情報の取得に関して、筆者はモザイク理論に依拠することを否定している。確かに、筆者が指摘している問題点がモザイク理論にあることは間違いないが、基地局情報の取得に関する *Carpenter* 判決がモザイク理論と親和性が高いことも疑いはない。アメリカ合衆国においても、基地局情報の取得とモザイク理論との関係性については、種々様々な見解が主張されているところである。したがって、アメリカ合衆国においても見解の一致が見られない論点については、引き続きその動向を追いかけ調査・研究をし、

論考を発表することが期待される。

IV 結論

以上述べた理由から、審査員全員一致の判断により、伊藤徳子氏により提出された本論文は、博士（法学）の学位を授与するに相応しいとの結論に達した。