

研究

国家安全保障のための対外諜報目的での電子的監視法制定に向けての一考察

川 澄 真 樹

- 1 はじめに
- 2 我が国における犯罪捜査を目的としない情報収集及び監視活動の事例
- 3 我が国における犯罪捜査のための通信傍受法の概要
- 4 犯罪捜査目的での通信傍受の法的性質
- 5 対外諜報目的での電子的監視への憲法三五条の適用可能性
- 6 アメリカ合衆国における対外諜報目的での電子的監視法（FISA）の概要
- 7 我が国における対外諜報目的での電子的監視の考えられる制度の概要
- 8 犯罪捜査と対外諜報の競合の問題
- 9 おわりに

1 はじめに

近時、我が国の国家安全保障を取り巻く世界情勢は緊迫している。例えば、国際テロ組織であるイスラミックステート（ISIL）は二〇一五年に日本をテロの標的とすることに言及しており、我が国内においても、このISILの関係者と連絡を取っていると称するものが存在していることなどが明らかになっている。⁽¹⁾さらに、爆弾テロ未遂等の罪で国際刑事警察機構（ICPO）を通じて国際指名手配されていた者が複数回にわたり我が国へ入出国をしていることも明らかになっており、もはや国際テロの脅威は現実的なものとなっている。⁽²⁾

加えて、我が国を取り巻く国家間の情勢も予断を許さない局面が多数存在している。例えば、北朝鮮はこれまで六回の核実験を実施し、近年では前例のない頻度で弾道ミサイルの発射を繰り返している他、軍事機密情報の窃取や他国の重要インフラへの攻撃能力の開発を行っているとみられている。⁽³⁾このような活動は我が国にとって重大かつ差し迫った脅威の一つといえる。⁽⁴⁾また、北朝鮮は我が国に潜伏している工作員等を通じ、情報収集活動を活発に行っていることも指摘されている。⁽⁵⁾

以上のような国際情勢の中にあつては、我が国も自国の安全を保障するためには積極的な情報収集を行うことが求められる。そしてその際には、相手方の計画、行動、作戦などの情報を相手方に知られることなく、直接的かつ確実に捕捉する必要があり、電子的監視が有効な手段となる。とはいえ、このような電子的監視は個人のプライバシーを不当に侵害する可能性もあり、個人の自由と国家の安全との適切なバランスを取って実施しなければならず、この点についての検討をすることが今まさに求められている。我が国では、平成十一年に「犯罪捜査のための通信傍受法

(以下、通信傍受法という)」が制定され、運用されてきたが、国家安全保障を目的とする電子的監視法は制定されていない。そこで本稿では、我が国における国家安全保障のための外国の勢力やその構成員及び協力者等を対象とした対外諜報目的での電子的監視法制定の可能性につき手続法的観点から若干の検討を行い、今後の議論の足掛かりとなることを目指す。

尚、本稿でいう電子的監視とは通信傍受と同義で用いることとし、ここでは通信の内容の捕捉をいうものとする。

2 我が国における犯罪捜査を目的としない情報収集及び監視活動の事例

ここでは、我が国における対外諜報目的での電子的監視法制定の可能性についての検討を加えるに当たり、まず、電子的監視ではないが、近時、我が国において問題となった政府による犯罪捜査を目的としない情報収集及び監視活動の事例について簡単にその概要を紹介する。

まず、東京高判平成二七年四月一日 (LEX/DB250628)⁽⁶⁾ では警察によるイスラム教徒に対する情報収集及び監視活動が問題となった。本件は国際テロ対策に関し記載があるデータ及び複数のイスラム教徒である原告についての個人情報が含まれるデータがファイル交換ソフトであるウィニー (Winnie) を通じてインターネット上に掲出されたことに端を発する。本件データの中には以下のようなものが含まれていた。すなわち、ここでは、A4・一枚サイズの履歴書様の書面のデータに、原告(一部除く)らの国籍、出生地、氏名、性別、生年月日(年齢)、現住所、勤務先及び使用車両が各記載され、「入国在留関係」として、上陸年月日、旅券番号、旅券発行年月日、在留資格、本国住所、

在留期間、登録年月日、登録市区町村及び登録番号が、「住所歴學歷職歴」として、我が国における住所歴及び通学・勤務先歴が、「身体特徴」として、身長、体格、髪、ひげ、眼鏡の有無等が、それぞれ記載されていた。また、訴外人一名以外の者につき、「家族交友関係」として、その家族の氏名、生年月日、勤務先及び住所が記載され、また、一部の者については、「免許関係」として、保有する免許の種類、取得年月日及び免許番号が、「犯罪情報」として、検挙年月日、罪名、検挙署及び処分結果等が記載されている他、「容疑」、「対応状況及び方針」、「所属団体」、「地位・役職・役割等」、「モスクへの立ち入り状況」、「立ち寄り徘徊先」、「行動パターン概要」という項目についての記載欄も設けられていた。このうち、「容疑」と「対応状況及び方針」については全員につき記載がされ、一部の者についてはその余の項目の記載もされた上で、顔写真が添付されたデータなども含まれていた。さらに、原告の一人については、履歴書様書面は存在しないが、同原告につき、「1 人定事項」として、国籍、氏名、生年月日、旅券番号、在留資格、職業・所在地、出生地、本国住所、日本国内住所、日本国内携帯電話番号・自宅電話番号、家族、出入国歴、出入りモスクが記載され、また、「2 容疑情報」として、特定のイスラム教徒との交友関係等が具体的かつ詳細に記載された書面のデータが含まれるなどしていた。原告らは、警視庁、警察庁及び国家公安委員会がモスクを監視するなどし、原告らの信教の自由等の憲法上の権利を侵害したなどとして、国家賠償法一条一項に基づき損害賠償等の請求を求めたが、原審は原告のこの点についての主張を退け、監視等の違法性を認めなかった。そこで、原告及び被告がそれぞれ敗訴部分につき控訴したが、東京高裁は警視庁がモスクの動向を把握していた事実を認めたものの、情報収集活動の態様や必要性等に着目して検討を加えた原審を認容し、本件情報収集活動による原告らの憲法上の権利、憲法二〇条一項（信教の自由）、憲法一四條（平等権保障）、憲法一三條（みだりに自身の信仰内容・信仰活動に関する情報を

行政機関に収集・保有されない自由)への侵害はない旨判示し、国家賠償法上の違法性を認めなかった。

次に、仙台高判平成二八年二月二日(判時三二九三号一八頁⁽⁷⁾)ではイラク派遣に反対する活動等をしていた者達に対する陸上自衛隊情報保全隊(情報保全隊)による情報収集活動が問題とされた。原告らは、情報保全隊作成の内部文書の写しである複数の情報資料と題する文書(文書一)並びに「イラク自衛隊派遣に対する国内勢力の反対動向」と題する複数の文書(文書二)を所持しており、文書一の内容は、概ね、(1)全般、(2)一般情勢、(3)反自衛隊活動、(4)外事、(5)自衛隊に対するマスコミ動向、(6)対象期間以前の事象、(7)国内勢力の今後の取り組み予定からなり、各文書において、各項目についてまとめられ、イラク派遣に反対する活動の報告や派遣反対活動等に關する発生年月日、発生場所、関係団体、関係者、内容、勢力等についてなどが記載されている。また、文書二は、「イラク派遣に対する国内勢力の反対動向に關する全国規模のものを週間単位及び月単位でまとめたものであり、今後の国内勢力の動向についての分析の資とする」ことをその趣旨としており、その項目は概ね(1)趣旨、(2)期間、(3)国内勢力の動向に關するコメントからなり、中には、(4)イラク現地における国内勢力の動向、(5)日本国内におけるイスラム勢力等の特異動向について記載されているものもある。文書二は、イラク派遣に反対する国内勢力の反対動向に關して、区分、名称(主催団体)、行動形態、年月日、時間、場所、動員数、行動の概要等をまとめているというものであり、この際、一部文書には団体等の活動行動などを撮影した写真が添付されていた。原告らは、陸上自衛隊情報保全隊によって、上記活動等を監視され、情報を収集等され、憲法上保障された権利を侵害され、精神的苦痛を受けたなどとして、防衛省(平成一九年一月八日までは防衛庁)により各自衛隊を管理、運営する被告(国)に対し、人格権等に基づき、情報保全隊による原告らの意見表明、出版、集会、結社、デモ行進その他の一切の表現

活動の監視、上記各原告らの情報の収集、記録、整理、利用、保管をしてはならないこと並びに上記各原告らへの慰謝料などを請求した。原審は原告らの監視等の差止めに係る訴えをいずれも却下し、一部の原告については慰謝料の請求を認容した。これに対し、本件原告らがその敗訴部分につき控訴し、差止め等に係る予備的請求を追加し、被告（国）もその敗訴部分につき控訴した。仙台高裁はまず、原告らによる差止めの対象は特定されていないことを指摘し、その上で、情報保全隊の情報収集行為の目的、必要性、態様、被侵害利益等を検討し、情報収集行為等が違法性を有するか個別に検討した結果、原告一名の一般的に公になっていなかった本名等の情報収集についてはその必要性が認め難いとして違法性を認めた。

以上のように、我が国においても、犯罪捜査を目的としない公安目的・情報収集目的での政府機関による活動実態が存在している。ここで問題となった情報収集行為及び監視活動の態様は、モスク付近からその出入り状況を確認したり、デモ行進等の公の現場において、場合によっては、写真撮影や録音が行われるといったものであった。これに対して、本稿の検討対象である電子的監視を用いた対外諜報目的での情報収集は両事案のような監視・情報収集と比べるとその性質が異なる。すなわち、そこでは、通常は第三者が傍受していないとの期待がある通信の内容を当事者が不知の間に直接的に捕捉することになるため、濫用が生じれば、特にプライバシーに対する侵害の程度が強いものとなる。したがって、このような電子的監視についてはより慎重な制度を設けて実施する必要があるといえる。⁽⁸⁾ここで、まずは、その議論の前提として、我が国における既存の犯罪捜査目的での通信傍受法の基本的な枠組みを簡単に概観することとする。

3 我が国における犯罪捜査のための通信傍受法の概要

まず、通信傍受法の対象犯罪は、現在、法律制定当時の薬物関連犯罪や銃器関連犯罪などに加えて、傷害、殺人、詐欺、児童ポルノ関連犯罪等にまでその対象を拡大している⁽⁹⁾。そして、傍受を実施するための実体要件についてみると、規定ごとに違いがあるが、基本的に(1)対象犯罪の実行、準備または証拠隠滅等の事後措置に関する謀議、指示その他の相互連絡その他当該犯罪の実行に関連する事項を内容とする通信(犯罪関連通信)が行われると「疑うに足りる状況」があり、かつ、(2)他の方法によっては、犯人を特定し、または犯行の状況もしくは内容を明らかにすることが著しく困難であるときがまず求められ、その上で(3)対象犯罪が行われたと疑うに足りる「十分な理由」があり、当該犯罪が数人の共謀によるものであると行われる疑うに足りる状況があるときなどがその要件とされている⁽¹⁰⁾。そして、傍受を実施するためにはこのような実体要件が充足されているか裁判官による審査を経なければならず、一定の職位にある検察官、警察官、麻薬取締官及び海上保安官が地方裁判所の裁判官に傍受令状の請求を行う⁽¹¹⁾。請求を受けた裁判官はその請求に理由があると認めるときは、傍受ができる期間として一〇日以内の期間を定めて、傍受令状を発する⁽¹²⁾。傍受令状には被疑者の氏名、被疑事実の要旨、罪名、罰条、傍受すべき通信、傍受の対象とすべき通信手段、傍受の実施の方法及び場所、傍受ができる期間、傍受の実施に関する条件、有効期間等を記載する⁽¹³⁾。傍受の実施に際しては、通信管理者等を立会わせなくてはならず⁽¹⁴⁾、傍受すべき通信に該当するかどうかどうも明らかではない場合、当該通信が傍受すべき通信に該当するか判断するために最小限度の範囲で傍受できる⁽¹⁵⁾。そして、傍受実施後は通信の当事者へ傍受が実施され、不服を申し立てることができる旨の通知をすること⁽¹⁶⁾、毎年国会への傍受件数等を報告する

ことなどが求められている。さらに違法な傍受に対しては刑事罰が科される⁽¹⁷⁾。このように通信傍受法は実体要件、手続要件に加えて、各種の不当な傍受を防止する保護策を規定し、慎重な法運用がなされている。

このように、犯罪捜査目的での通信傍受は、現在では通信傍受法による直接的な規律を受けているが、それは本来的にはいかなる法的性質を有しているものなのであろうか。対外諜報目的での電子的監視法制定の可能性について検討する際にはまずこの点について検討しなければならない。そしてその際には通信傍受法施行以前の通信傍受について目を向ける必要がある。

4 犯罪捜査目的での通信傍受の法的性質

通信傍受法が制定・施行されるまで通信傍受についてみると、これらは刑法法二一八条に規定される検証許可状を用いて実施されてきた。

まず、甲府地判平成三年九月三日（判時一四〇一号一二七頁⁽¹⁹⁾）では、暴力団幹部である被告人らは電話を用いた覚せい剤密売に従事しており、警察官は裁判官により発付された検証許可状により電話の通話内容の検証（傍受）を行った。そこで、この検証が、個人の尊厳を規定した憲法一三条、通信の秘密を保障した憲法二二条二項、適正手続を保障した憲法三一条及び捜索・押収等に関し令状主義を定めた憲法三五条並びに強制処分法定主義を定めた刑法一九七条一項等に違反しないかが争われ、甲府地裁は、検証許可状による通話内容の検証（傍受）の適法性を認めた。また、東京高判平成四年一〇月一五日（高刑速平成四年三七頁（二九六八号）⁽²⁰⁾）では、同じく暴力団の組関係者らによる電話を

用いた覚せい剤密売事案において警察官が行った裁判官が発付した検証許可状による電話の通話内容の傍受が憲法二二条二項、三一条、三五条及び刑訴法一九七条一項等に反しないかが争われ、本件においても東京高裁は検証許可状による通話内容の傍受の適法性を認めている。そして、その後、最決平成一一年一月一六日（刑集五三卷九号一三二七頁）⁽²¹⁾において、覚せい剤密売を行っている被疑者らが利用する電話に対する裁判官により発付された検証許可状による電話傍受が同様に憲法三一条、三五条、一三条、二二条二項及び刑訴法一九七条一項但書に違反するかが争われ、最高裁判所も検証許可状による電話傍受の適法性を認めた。本件は通信傍受法制定後、施行前に最高裁判所が検証許可状による通信傍受の適法性を認めた事案である。

このように、我が国の裁判例では電話傍受は一貫して検証許可状によるその実施の適法性が認められてきた。そこでこの検証について見ると、検証とは、形状を変更せずには法廷で提示することができない証拠を法廷に提示できるように変更し、かつ、その証拠を得た官憲と全く同様の臨場感をもって裁判官が証拠に接することができるように書面、文書、図面、写真等を用いて証拠の示す状況を正確に保全する活動をいい、それが個人の保護された領域に立ち行つて行われる場合には、憲法三五条上の搜索・押収を構成するため、裁判官による令状を得なければならないことが刑訴法二二八条で規定されている。⁽²²⁾最決平成一一年一月一六日において、最高裁判所は検証許可状による電話傍受の実施を認め、電話傍受はこの検証の性質を有するものであると示したが、重要なことは、この検証は、刑事訴訟法上、搜索・押収とは区別される（搜索・押収ではない）、が、憲法三五条上では搜索・押収となるということである。したがって、犯罪捜査目的での電話傍受（通信傍受）は、現在では、通信傍受法により直接的に規律を受けているが、本来的には、刑訴法上の検証の性質を有すると同時に憲法三五条上の搜索・押収に当たるといえるのである。

きよう。⁽²³⁾

以上のことを前提にすると、次に対外諜報目的での電子的監視と憲法三五条の関係が問題となる。換言すれば、対外諜報目的での電子的監視に憲法三五条が適用されるかが問われることになる。我が国ではこの点についての議論はなされてきていないが、行政手続に憲法三五条の規律が及ぶかという点については最高裁判所による判断が出されている。そこで以下では行政手続と憲法三五条の関係につき最高裁判所による判断を参考に対外諜報目的での電子的監視に憲法三五条の規律が及ぶかを検討する。

5 対外諜報目的での電子的監視への憲法三五条の適用可能性

まず、最判昭和四七年一月二二日（刑集二六卷九号五五四頁）（川崎民商事件⁽²⁴⁾）では、被告人が所管税務署長に提出した確定申告書に過少申告の疑いがあったことから、税務署職員はその調査のために所得税法に従い、被告人に対し売上帳、仕入帳等の呈示を求めた。これに対して被告人は検査拒否に対する罰則を規定して裁判所の令状なく強制的に検査を実施することを認めている旧所得税法は憲法三五条に反すると主張した。最高裁判所は旧所得税法による検査は、「所得税の公平確実な賦課徴収のために必要な資料を収集することを目的とする手続であって、その性質上、刑事責任の追及を目的とする手続ではない」とした上で、「憲法三五条一項の規定は、本来、主として刑事責任追及の手続における強制について、それが司法権による事前の抑制の下におかれるべきことを保障した趣旨であるが、当該手続が刑事責任追及を目的とするものでないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規定による

保障の枠外にあると判断することは相当ではない。」と判示した。そして、旧所得税法に規定する検査は、「あらかじめ裁判官の発する令状によることをその一般的要件としないからといって、これを憲法三五条の法意に反するものとすることはできない。」と判示した。

また、最判平成四年七月一日（民集四六卷五号四三七頁）（成田新法事件⁽²⁵⁾）では、新東京国際空港の建設に反対する上告人及び上告人を支援するいわゆる過激派等による実力闘争が展開され、空港建設が大幅に遅れた。また、上告人の支援者である過激派集団が管制塔に侵入して、レーダーや送受信器等の航空管制機器類を破壊する等の事件が発生したため、その共用開始も延期された。そこで、新空港もしくはその機能に関連する施設の設置もしくは管理を阻害し、または新空港もしくはその周辺における航空機の航行を妨害する暴力主義的破壊活動を防止するため、その活動の用に供される工作物の使用の禁止等の措置を定める「新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法（昭和五三年法律第四二号）（措置法）が制定され、工作物の所有者及び管理者である原告に対し、工作物をその活動の用に供することを禁止する旨の命令を発した。これに対し、原告は、同法の使用禁止命令は工作物への立ち入り規定と相まって、住居の不可侵を侵害し、令状によらない搜索を認めるもので憲法三五条に反すると主張した。最高裁判所は「憲法三五条の規定は、本来、主として刑事手続における強制につき、それが司法権による事前の抑制の下に置かれるべきことを保障した趣旨のものであるが、当該手続が刑事責任追及を目的とするものではないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に右規定による保障の枠外にあると判断することは相当ではない（最高裁判昭和四四年（あ）第七三四号同四七年一月二日大法廷判決・刑集二六卷九号五五四頁）。しかしながら、行政手続は、刑事手続とその性質においておのずから差異があり、また、行政目的に応じて多種多様であるから、行政手続における強制の一種である立

入りにすべて裁判官の令状を要すると解するのは相当ではなく、当該立入りが、公共の福祉の維持という行政目的を達成するため欠くべからざるものであるかどうか、刑事責任追及のための資料収集に直接結び付くものであるかどうか、また、強制の程度、態様が直接的なものであるかどうかなどを総合判断して、裁判官の令状の要否を決めるべきである。」とし、措置法は憲法三五条に反するとはいえないと判示した。

そして、最判平成二八年一月九日（刑集七〇巻八号八〇六頁）⁽²⁶⁾では、東京税関の職員は、イラン国内から東京都内に滞在する外国人に宛てて発送された郵便物につき、品名が分からなかったことなどから輸入禁制品の有無等を確認するため、本件郵便物の外装箱を開披したところ、ビニール袋の中にプラスチック製ボトルが二本入っているのを確認した。その後、同職員は両ボトルにつきTDS検査を行ったところ、両ボトルから覚せい剤反応があったため、審理官に、本件郵便物を引き継ぎ、審理官はボトルの中に入っていた固形物に対し麻薬試薬及び覚せい剤試薬を用いて仮鑑定を行った。その結果、陽性反応が出たため、同税関業務部分析部門に鑑定を依頼し、そこでも覚せい剤であるとの鑑定結果が出たことから、同税関調査部の審議官は差押許可状を得て郵便物を差押えた。これに対して被告人は、本件郵便物に対して行われた本件各検査等は本件郵便物を破壊し、その内容物を消費する行為であり、プライバシー権及び財産権を侵害するものであるところ、捜査を目的として、本件郵便物の発送人または名宛人の同意なく、裁判官の発する令状もなく行われたもので、関税法上許容されていない検査であって、憲法三五条が許容しない強制処分に当たると主張した。これに対して最高裁判所は、「憲法三五条の規定は、主として刑事手続における強制につき、司法権による事前抑制の下に置かれるべきことを保障した趣旨のものであるが、当該手続が刑事責任追及を目的とするものではないとの理由のみで、その手続における一切の強制が当然に同規定による保障の枠外にあると判断するこ

とは相当でない。」とした上で、「本件各規定による検査等は、前記のような行政上の目的を達成するための手続で、刑事責任の追及を直接の目的とする手続ではなく、そのための資料の取得収集に直接結び付く作用を一般的に有するものでもない。」本件「……事実関係の下では、裁判官の発する令状を得ずに、郵便物の発送人又は名宛人の承諾を得ることなく、本件郵便物検査を行うことは、本件各規定により許容されていると解される。このように解しても、憲法三五条の法意に反しない……」と判示した。

以上のように、最高裁判所は行政手続に憲法三五条が適用される余地を全面的には否定していない。しかしそこでは、個別具体的な事情に基づいて憲法三五条を適用しているのか、行政手続一般に憲法三五条の適用を肯定しているのか、その射程、判示内容は判然としない。また、憲法三五条は令状主義を採用しているにもかかわらず、これらの一連の判断では令状は不要としており、いかなる場合に憲法三五条の令状主義が及ぶのかという点についても明確ではない。⁽²⁷⁾ そうすると、通常の行政手続よりもさらに特別な目的を有している対外諜報目的での電子的監視への憲法三五条の適用の有無・程度はより一層不明確であり、そこでは憲法三五条が適用されないと解する余地も存在する。とはいえ、そもそも何らかの行政による処分や活動が強制力の点及びプライバシー⁽²⁸⁾に対する期待の点で犯罪捜査と全く同じか、ほぼ同一である場合、憲法三五条自体が一切適用されないこともまた合理的ではないように思われる。⁽²⁸⁾ そうすると、まず、一連の上記の最高裁判所の判例については、少なくとも一つの解釈として以下のようにいえると思われる。すなわち、憲法三五条は本来的には、犯罪捜査を規律するものではある。しかしながら、行政手続の規律にも適用があり、ただ、そこでは、行政手続の目的、内容等に照らして、本来的に犯罪捜査で求められる要件とは異なる要件が適用される場合があることを最高裁判所も認めていると解する余地がある。⁽²⁹⁾ そして、このように

考えれば、国家安全保障という通常の行政上の活動にとどまらない国家の安全が関わってくる対外諜報目的での電子の監視については、犯罪捜査や行政手続とはさらに異なった要件で憲法三五条の適用の余地があるといえるようにも思われる（ただし、この場合でも対外諜報という目的・性質に鑑みてその適用は日本国民（永住権者）に限られるとのさらに限定的な解釈が可能な余地は尚もあるように思われる）。

仮にこのような前提に立った場合であれば、憲法三五条による直接的な規律により対外諜報目的での電子の監視が実施できるようにも思われる。しかしながら、明確なルールを規定せず、憲法三五条それ自体に依拠して監視を規律することは現実的には困難である。また、この領域では、通信傍受法施行前の通信傍受で用いられていた刑事訴訟法上の検証許可状のような制度や規定はない。したがって、憲法三五条の法意に根差した立法を行い、監視を規律すべきことになろう。既存の犯罪捜査目的での通信傍受と同様に、政府の対外諜報活動をより適切に規律し、国民が政府の活動をより確定的に予測できるようにするためには、情報の収集とその保護等の要件を明確にした周到な立法が求められよう。⁽³⁰⁾

また、対外諜報には憲法三五条が適用されないとの立場に立った場合でも、明確な手続を規定した法律を検討しておく意味は大きい。対外諜報目的での電子の監視に憲法三五条が適用されるか否かは必ずしも明らかではないが、本稿では、あくまで現段階での一考察として、仮に対外諜報目的での電子の監視にも憲法三五条が適用されるとした場合に考えられる法制度について手続法的観点から検討を加えることとする。そしてこの点について検討するには、アメリカ合衆国の対外諜報目的での電子的監視を制定法として規律する対外諜報活動監視法（Foreign Intelligence

Surveillance Act of 1978, FISA⁽³¹⁾以下、FISAという）が参考になる。

アメリカ合衆国では犯罪捜査や行政目的における政府の（監視）活動は合衆国憲法第四修正により規律を受け、この第四修正は我が国の憲法三五条の母法といえるものである。この第四修正が対外諜報へ適用されるか、という点については大統領権限との関係もあり、また、合衆国最高裁判所による判断も示されていないためアメリカ合衆国においても不明確な点がある。しかしながら、前述FISAにつき目を向けると、その制定時の合衆国議会の報告における説明では、FISA法案の基本的な前提は第四修正に反しない形で対外諜報目的での電子的監視を認める裁判所命令の制度を創設することであり、合衆国内での政府の電子的監視が第四修正の根本的原理を遵守して行われることを保障するためには、裁判所命令⁽³²⁾と他の手続上の保護策が不可欠であり、FISA法案はこのような立法府の判断を具体化するものであるといわれていた⁽³³⁾。また、監視対象は外国勢力や外国人であるその役人であり、その目的は法執行ではないため、監視に際しては第四修正上より広い裁量が認められるとか、国内の外国人も第四修正の保護を受けるが、対外諜報の場面での外国勢力などの役人などに対する適用では、第四修正の合理性の要件が緩やかになるということなども示唆もされていた⁽³⁴⁾。さらに、特に合衆国人（United States Persons）に対する監視では、監視の要件として犯罪性の要件が求められているが、刑事訴追が関わるため、伝統的な第四修正法理から逸脱するFISAの手続が合理的なものであるか綿密に検討したことなどが説明されている⁽³⁶⁾。

したがって、対外諜報においても、犯罪捜査における第四修正による規律とは異なるかもしれないが、第四修正の適用の余地があり、このような議論・前提に基づいて制定されたFISAは第四修正やその法意による規律を受けた要件等を設定しているといえると思われる。また、下級裁判所においては、FISAの第四修正違反の有無について具体的な判断が下されてきており、⁽³⁷⁾このようなことから対外諜報を目的としたFISAによる監視については第四

修正の規律の適用があることが前提とされているといえることができると思われる。

以上のような理由から、この F I S A の内容を概観することは、対外諜報に憲法三五条の適用があった場合の我が国の法制の考察にとつて有益であると思われるため、以下ではアメリカ合衆国における F I S A の概要について見ていくこととする。

6 アメリカ合衆国における対外諜報目的での電子的監視法 (F I S A) の概要

F I S A は、国内の外国勢力または外国勢力のエージェントに対する国内での監視を規律している。⁽³⁸⁾ 監視に際しては、連邦政府の職員が書面にて宣誓または確言をし、以下の基準と要件を充足しているとして司法長官から許可を得た上で、対外諜報活動監視裁判所 (Foreign Intelligence Surveillance Court, FISC 以下、F I S C という)⁽³⁹⁾ の裁判官に対し、監視命令発出の申請を行う。⁽⁴⁰⁾ そしてそこで求められる内容は、(1) 申請を行う連邦政府職員の身元 (Identity)、(2) 可能であれば、電子的監視の特定の対象者の身元または説明、(3) ①電子的監視の対象者が外国勢力または外国勢力のエージェントであるとの申請者の思料を正当化するのに依拠した事実または状況、②電子的監視が向けられる各施設または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使用されている、もしくは使用されようとしているとの申請者の思料を正当化するのに申請者が依拠した事実または状況についての説明、(4) 提案される最小化手続⁽⁴³⁾ についての説明、(5) 求められる情報の性質と監視対象となる通信または活動の形態についての説明、(6) 一定の連邦政府の職員による①求められている情報が対外諜報情報であると思料していることの疎明、②監視の重要な目

的の(一) (a significant purpose) が対外諜報情報を収集することであることの疎明、③当該情報は合理的に考えて通常の捜査手法では入手できないことの疎明、(七) 求められる監視の実施期間についての説明等がその内容として求められる。⁽⁴⁴⁾

そして、申請を受けた裁判官は(一)申請が連邦政府の職員によってなされており、司法長官によって許可されているか、(二)申請者が提出した事実の根拠に基づいて①電子的監視の対象者が外国勢力または外国勢力のエージェントであると思量する相当な理由 (probable cause) が存在するか、②電子的監視が向けられる各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使用されている、もしくは使用されようとしていると思量する相当な理由が存在するか、(三)政府が提案する最小化手続が法律の規定と合致するものか、(四)なされた申請が法律で求められるすべての説明と疎明を含んでいるか、また、監視の対象が合衆国人である場合、求められる情報が対外諜報情報の類型であり、かつ、当該情報が通常の捜査手法では合理的に見て収集できないとの説明等に基づいて疎明に明白な誤りがないかについて判断する。⁽⁴⁵⁾ また、電子的監視承認の命令を発する命令は(一)可能であれば、申請で特定されるまたは説明される電子的監視の具体的な対象者の身元またはその説明、(二)可能であれば、電子的監視が向けられる各施設または場所の性質と位置、(三)収集される情報の形態及び電子的監視の対象となる通信または活動の形態、(四)電子的監視が承認される期間等について具体的に特定する。⁽⁴⁶⁾ 監視の期間については原則として最大九〇日間であり、一定の外国勢力に対しては最大一年間、合衆国人ではない外国勢力のエージェントに対しては最大一二〇日間と規定されている。⁽⁴⁷⁾

収集した情報については、事前の司法長官の承認がない限り、当該情報やそこから派生する情報は法執行(刑

事訴訟) 目的で利用されないこと、公判審理等の各種手続において収集した情報やそこから派生する情報を証拠などに利用する場合には事前に監視対象者に通知しなければならないこと、監視対象者はそのような場合、当該情報が違法に収集された、監視が承認命令等に従ってなされていなかったとして証拠の排除を申し立てることができることなどが定められている。⁽⁴⁸⁾

この他には違法な監視に対する刑事制裁⁽⁴⁹⁾や合衆国議会等への報告⁽⁵⁰⁾などについても規定されている。

尚、F I S Aでは外国政府やその構成部分など一定の外国勢力間でなされる通信などで合衆国人の通信が傍受される蓋然性がない場合にはF I S Cによる監視承認命令を得ずに大統領が司法長官を通じて電子的監視を行うことが認められている。⁽⁵¹⁾

以上がF I S Aの概要・骨子である。以下では、我が国における対外諜報目的での電子的監視法の考えられる制度についてその概観を検討する。

7 我が国における対外諜報目的での電子的監視の考えられる制度の概要

(1) 監視対象及び実体要件

対外諜報目的での電子的監視法が監視対象とする者は通常の犯罪者ではない。そこで監視対象としてまず考えられるのは外国政府や外国テロ組織、また外国政府の職員や軍人・工作員、協力者、さらに、外国テロ組織の構成員やその協力者などを挙げることができる。⁽⁵²⁾ とはいえ、このような必ずしも犯罪についての実体要件を充足していない者(団

体)に対して監視を実施することが許されるであろうか。これについてみると、憲法三五条が禁止しているものは、「正当な理由」がなく、搜索・押収対象を明示しない令状である。すなわち、「正当な理由」が存在し、搜索・押収対象を明示・特定した令状によるならば、監視対象とする要件として必ずしも犯罪の実行を絶対的な要件として据える必要はないとも思われる。したがって、その内容については慎重に検討する必要があるが、必ずしも犯罪性があるとはいえない要件を監視対象の実体要件として設定することは可能であるように思われる。ただ、この点については、特に日本国民(永住権者)の監視には一定の犯罪性が求められると解する余地は尚もあり得ると思われ、一定の外国人との間で実体要件に差異を設けることも考えられる。⁽⁵³⁾ 日本国民(永住権者)と一定の外国人で監視の実体要件に差異を設ける場合があることは対外諜報という国家安全保障を目的とした外敵からの危害を未然に防ぐ活動の性質に鑑みれば、憲法三五条にいう「正当な理由」の下でも認められるものと思われる。監視対象の定義・要件については憲法三五条との関係から慎重に議論を行い、画定する必要がある。また、求められる実体要件の程度について、これは例えば先にみたように、通信傍受法では、犯罪の嫌疑の程度は、「罪が犯されたと疑うに足りる十分な理由がある場合」に通信傍受を認めている。⁽⁵⁴⁾ しかしながら、このような「十分な理由」という実体要件の程度を対外諜報の分野に導入することになると、潜在的な脅威に対処するための諜報活動はおよそ困難または不可能となる。そこで実際にはどのような嫌疑の程度によるかは慎重に検討しなければならないが、差し当たっては、FISAのように「相当な理由」を実体要件の程度として定めることが考えられる。さらに、監視が向けられる通信の定義なども通信傍受法を参考にして確定する必要がある。

(2) 監視の申請及び申請内容

次に、監視の申請について検討を加えると、まず申請を行う者が問題となる。これについては、どの政府機関が監視を実施するのかが関係するが、少なくとも前提となる考え方は、現場の係官の判断で監視の申請がなされるのではなく、一定の上位の係官が申請を行うか、一定の上位の係官による申請の許可・承認を受けるということにならう。FISAでは司法長官による許可を受け、連邦の職員が申請を行うこととされているが、我が国の政府機関の構成・規模・役割等はアメリカ合衆国のものとは異なる面が多々あるため、我が国にとって現実的でふさわしい制度を慎重に模索する必要がある。この点、例えば通信傍受法では傍受令状の請求を一定の官憲（検事総長が指定する検察官または国家公安委員会または都道府県公安委員会が指定する警視以上の警察官、厚生労働大臣が指定する麻薬取締官及び海上保安長官が指定する海上保安官）に限定しており、このことも制度のあり方として参考になる。⁽³⁶⁾

また申請内容についてもFISAと同様に、申請者の身元の記載、可能であれば、具体的な監視対象の特定、監視対象が監視対象となる類型に当たると依拠した事実や状況、関係のない通信の収集を最小限にする方法、監視の目的、求められる対外諜報情報が通常の捜査手法では入手できないこと、必要な監視期間等を疎明することが求められるよう。ここでいう監視の目的の疎明については後述する。さらに、通信傍受法の各規定なども参照する必要がある。

(3) 監視の申請審査機関と審査内容

そして監視の申請について審査する機関（審査機関）が問題となる。本来であれば、通信傍受法で規定されるように、裁判官による審査が望ましいとも思える。しかしながら、ここで審査対象とされているのは国家安全保障が関係する

対外諜報に関する事柄である。したがって、セキュリティ上の問題や専門性の問題等から通常の裁判所の裁判官による審査に付すことは現実的とはいえない。この点、FISAではFISCという裁判所を別途設けて監視の申請を審査している。我が国においてはいかなる制度を設けるべきであろうか。ここでは現段階での考えられる方策として二つのものがあると思われる。第一のものとしては、憲法七六条二項前段は特別裁判所の設置を禁止しているため、FISCのような裁判所を別途新たに設けることはできないとして、行政機関以外の第三者機関を設けて政府の申請の審査を行うことが考えられる。そしてこの際には、一定の機密情報取扱資格制度を設けるなどして、資格を有する弁護士などの法曹が政府の申請の審査を行うことが考えられる。このような制度では、監視に先立つ裁判官による令状要件を設けることはできないが、先にみたように、国家安全保障を目的とする対外諜報の領域では、憲法三五条により求められる要件は犯罪捜査の場合とは異なることが認められる。したがって裁判官による令状審査の要件をそのまま設定してこれを充足することができないとしても違憲とは思われず。

第二のものとしては、第一のものと同様に、対外諜報の場面では憲法三五条が規定する裁判官による審査を要件とせずとも違憲とはならないとの立場に立ち、監視を監督する何らかの行政機関を設けて政府の申請を審査するということが考えられる。この点、憲法七六条二項後段は行政機関による終審としての裁判を禁止しており、この規定との関係が問われる。そして、ここでいう「裁判」とは、海難審判所の「裁決」などがその例として挙げられ、これらの行政機関による裁判が前審として行われ、その裁判に不服があるときは通常裁判所に上訴できる限り、憲法上禁止されない⁽⁵⁷⁾とされる。これについてみると、まず、そもそもここでの審査機関の審査は監視実施の可否であり、何らかの事件について審判を下すといったものではない。したがって、海難審判所の「裁決」などとは判断の性質が異なるも

のである。さらに、最初に述べたように、対外諜報の場面では裁判官による審査によらずとも憲法三五条に反しないので、この行政機関の審査による監視認容の判断について上訴として司法審査が予定されていなくとも憲法七六条二項後段には抵触しないといえる余地があると思われる。ここでは憲法三五条の手続要件を可能な限り対外諜報の場面に当てはめるといふ、あくまで憲法三五条上の要請を満たせばよいのであって、そこで裁判官による審査が絶対的に求められないという前提が許されている以上、行政機関による審査であつても憲法七六条二項に反しないと解する余地はあるようにも思われる。この第二の考え方は、専門性とセキュリティ上の問題については比較的容易に解決できるようにも思われる。

尚、これらの点について関連すると思われるのが不服申立てについての規定である。犯罪捜査を目的とした通信傍受法では通信傍受について裁判官が行つた判断等について事後的に不服申立てができることが規定されているが、対外諜報という場面では、傍受が実施されたことが基本的には通信の当事者に通知されないため、何らかの審査機関の判断等について不服申立ての機会を全面的に設けることは不可能である。しかしながら、後述するように、監視の過程で何らかの犯罪が発覚し、刑事訴追され、当該監視により得られた犯罪の証拠が刑事裁判で利用されることが考えられる。また、何らかの手続でその情報が利用されることも考えられ得る。そこで、このような場合には被告人が監視の適法性を裁判などで争う手段を規定しておく必要はある⁽⁵⁹⁾。

以上の各点については今後さらに慎重に検討する必要がある、さらに、いかなる機関による審査であれば通信事業者等の協力が得られるのかといった実務面での課題も考慮する必要がある。

いずれにせよ、このような審査機関は、政府の申請が法律の要件を充足しているかを判断する。審査機関は監視対

象に監視対象類型の相当な理由があるかをはじめとして、関係のない通信の収集を最小限にする方法や求められる対外諜報情報が通常の捜査手法では入手できないものか等、申請が法律の各要件を充足しているかを判断し、可能であれば、監視対象者の身元や電子的監視が向けられる各施設または場所の性質と位置、収集される情報の形態及び電子的監視の対象となる通信または活動の形態、監視期間等について具体的に特定することが求められよう。監視の期間については、諜報活動では、一定の長期にわたる情報収集を行う必要が高く、通信傍受法のように一〇日を基準とす⁽⁶⁰⁾ると、およそその目的を達成することは不可能となろう。この点につきF I S Aの規定を参考にした期間の設定が検討されるべきである。

また、その他の規定としては、通信事業者等に関する規定や収集した情報の利用、国会等への報告や違法な監視に対する刑事制裁や救済策などについても規定する必要がある、この点については通信傍受法も参考になる。

尚、F I S Aのように外国政府などの一定の外国勢力間でなされる一定の通信（例えば日本国民（永住権者）の通信を含まない通信など）について審査を経ることなく監視を実施できるかという点についてはその根拠を含めて慎重に議論する必要がある。

8 犯罪捜査と対外諜報の競合の問題

対外諜報目的での電子的監視は例えばテロなど一定の場合、犯罪捜査（刑事訴追）と目的が競合することが観念し得る。アメリカ合衆国のF I S Aにおけるこのような点については、以前別稿にて検討を加えた⁽⁶¹⁾。我が国においても

同様に対外諜報目的での電子的監視と犯罪捜査の目的が競合することがあり得ると思われる。これまで述べてきたように対外諜報目的での電子的監視は犯罪捜査とは異なった要件で実施可能であるが、このような電子的監視が無条件・無制限に犯罪捜査に利用されることになれば従来の犯罪捜査の規律が無意味となる。とはいえ、一定の場合には、例えば外国テロリストやその協力者などを処罰する必要性は高い。このような場合にどのようなバランスを取るべきであろうか。

そこで検討を加えると、まず観念し得る類型は対外諜報目的での電子的監視により得られた情報が対外諜報に関する情報であると同時に、何らかの犯罪の証拠であるという場合である(例えば、あくまで一例に過ぎないが、外国テロ組織の構成員や協力者を監視していたところ、数人で共謀して爆弾テロ計画を立てている事実が判明し、これが組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益規制等に関する法律(組織的犯罪処罰法)により処罰可能である場合、これは外国テロ組織に関する対外諜報に関する情報であると同時に犯罪の証拠でもある(組織的犯罪処罰法六条の二第一項参照))。この場合、この証拠を後の刑事手続において利用することが許されるであろうか。これについてみると、確かに、対外諜報目的での電子的監視が犯罪捜査よりも緩やかな要件の下で実施されていたとしても、一旦プライバシーが正当に開かれている以上はそこで得られた情報をどのように扱ってもいいようにも思われる。とはいえ、これを無条件に許すとやはり従来の犯罪捜査の規律が無意味となりかねないことは否定できない。そこで、ここでは対外諜報目的での電子的監視の「監視の目的」について目を向けるべきであると思われる。⁽⁶²⁾この点につきFISAに目を向けると、FISAは当初、監視の「その目的(the purpose)」が対外諜報情報の収集の場合にのみその利用を認めており、これは「主要な目的」が対外諜報である場合にのみFISAによる監視を認めるものと一般的に解釈・運用されていた。⁽⁶³⁾しかし、その後、二〇〇一年に

同時多発テロが発生し、愛国者法による改正を受けた結果、現在では、監視の「重要な目的の一つ (a significant purpose)」が対外諜報情報を収集することであれば F I S A を利用することができ、理論上、犯罪捜査を主要な目的として、F I S A を利用することができる余地が生まれている。⁽⁶⁵⁾ 確かに、対外諜報と刑事訴追 (犯罪捜査) は密接不可分な側面があり、また、そ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であり、日常的な犯罪ではない。⁽⁶⁷⁾ そうすると、このような犯罪については刑事訴追を主要な目的として F I S A を利用しても特段、不当な権限の濫用の懸念は生じないように思われる。⁽⁶⁸⁾ そして、ここから、少なくとも現在進行中の対外諜報上の犯罪についてであれば、F I S A による刑事訴追目的での監視と証拠の収集ができるとも思われる。⁽⁶⁹⁾ しかしながら、そうはいっても、監視の「重要な目的の一つ (a significant purpose)」が対外諜報情報の収集で足りるとすれば、対外諜報目的での電子的監視が潜脱的な法執行に利用される危険性が理論上高まることが懸念されるのは事実であろう。したがって、我が国においては F I S A の「重要な目的の一つ (a significant purpose)」の基準を採用するのではなく、監視の「主要な目的」が対外諜報である場合にのみ対外諜報目的での電子的監視を認めるとすることも考えられよう。このような要件を設定することで政府の権限の濫用に対する懸念はさらに一層低くなることが見込まれる。このような要件設定の下行われた監視で得られた情報は後に刑事手続において利用することが認められるとしても潜脱的な法執行には当たらず、憲法三五条に反しないと解すべきであろう。⁽⁷⁰⁾

次に考えられる類型は、対外諜報目的での電子的監視の実施中に何らかの犯罪の証拠を獲得するというものである (例えば、これもあくまで一例に過ぎないが、外国テロ組織の構成員や協力者を監視していたところ、外国テロ組織やその活動とは関係のない (対外諜報に関する情報ではない) 薬物密売や窃盗、殺人等についての証拠を入手した場合)。このような場合に収

集された証拠を後の刑事手続で利用できるかが問題となる。この点につき参考になると思われるのが通信傍受法一五
条の他の犯罪の実行を内容とする通信の傍受の規定である。本規定では、検察官または司法警察員は、傍受の実施を
している間に、傍受令状に被疑事実として記載されている犯罪以外の犯罪であつて、通信傍受法の対象犯罪または死
刑もしくは無期もしくは短期一年以上の懲役もしくは禁錮に当たるものを実行したこと、実行していることまたは実
行することを内容とするものと明らかに認められる通信が行われたときは、当該通信の傍受をすることができると
が定められている。⁽⁷¹⁾これは合法にプライバシーが開かれた場所での押収を認める現認性の例外といわれるものであ
る。⁽⁷²⁾通信傍受法はあくまで犯罪捜査目的のための通信傍受を規律しているものであるが、そこでの現認性の例外の考
え方は犯罪捜査の場面に限定する必要はなく、適法な対外諜報目的での電子的監視の実施中に犯罪の証拠が発見され
る場合にもいえると思われる。したがって、対外諜報目的での電子的監視の実施中に何らかの犯罪の証拠を発見した
場合、これを無令状で押収し、刑事手続で利用することが許されると解すべきであろう。しかしながら、この場合に
押収できる犯罪の証拠の範囲を政策的に予め法定しておくことは妨げられない。そこで、通信傍受法の規定を参考に
一定の重大な犯罪に限って押収を認め、刑事手続での利用を認めるということも考えられよう。

9 おわりに

以上、本稿では我が国における対外諜報目的での電子的監視法制定の可能性につき検討を加えてきた。我が国にお
いてはこのような議論は依然としてなされてはいないが、国家・社会の安全を保護し、同時に個人の自由とプライバ

シーを確保するための検討が真に迫られている。今後はアメリカ合衆国に加えてさらに諸外国の制度を比較検討するなどしてより包括的な議論を行う必要がある。

- (1) 国家公安委員会・警察庁編『平成二八年警察白書』(二〇一六年)一六頁―一七頁(以下、『平成二八年警察白書』) https://www.npa.go.jp/hakusyo/h28/pdf/pdf/03_tokusyu.pdf また、国家公安委員会・警察庁編『令和元年警察白書』(二〇一九年)三二頁―三三頁(以下、『令和元年警察白書』) https://www.npa.go.jp/hakusyo/r01/pdf/03_tokusyu.pdf も参照。
このISILの最高指導者とされるアル・バクダディは二〇一九年一〇月にシリアにて米軍が死亡を確認している(The United States Has Brought the Leader of ISIS to Justice, available at <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/united-states-brought-leader-isis-justice/> (last visited Aug 27, 2020)) が、実際の組織の活動状況は依然として不明確であり、今後その動向に警戒が要される。

- (2) 『平成二八年警察白書』一七頁、『令和元年警察白書』二九頁―三三頁参照。

- (3) 防衛省・自衛隊『令和二年版防衛白書 日本の防衛』(二〇二〇年)九二頁。

<https://www.mod.go.jp/j/publication/wp/wp2020/pdf/R02010203.pdf>

- (4) 同右参照。

- (5) 『令和元年警察白書』二〇七頁。

https://www.npa.go.jp/hakusyo/r01/pdf/10_daigsho.pdf

- (6) 本判決の紹介・解説として、小林暁生「判批」法教別冊(付録・判例セレクト二〇一五―一)四二五号九頁(有斐閣、二〇一六年)、池田公博「判批」メディア判例百選「第二版」九二頁(有斐閣、二〇一八年)、徳丸大輔「判批」民事研修七〇〇号四八頁(民事研修編集室、二〇一五年)、井桁大介「ムスリム監視捜査の憲法上の問題点」法セ七四二号一三頁(日本評論社、二〇一六年)、渡辺康行「ムスリム捜査事件の憲法学的考察」警察による個人情報収集・保管・利用の統制―ムスリムに対する監視・情報収集」大沢秀介、新井誠、横大道聡編著『変容するテロリズムと法 各国における「自由と安全」

国家安全保障のための対外諜報目的での電子的監視法制定に向けての一考察(川澄)

法制の動向』四一五頁（弘文堂、二〇一七年）等がある。本件事実の概要及び判旨内容については原審の東京地判平成二六年一月一日（LEX/DB2517582）も参照。本件での争点は多岐にわたるが、本稿では憲法上の争点のみを取り上げ、本稿の射程に関する程度での紹介・検討にとどめる。本件は最高裁判所により上告棄却・不受理の決定がなされている。最決平成二八年五月三十一日（DI-Law.com 判例体系）。

- (7) 本判決の紹介・解説として、玉蟲田樹「判批」平成二八年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊）一二頁（有斐閣、二〇一七年）、清水雅彦「判批」新・判例解説 Watch 二〇号一頁（日本評論社、二〇一七年）、十河弘「判批」法七七四二号八頁（日本評論社、二〇一六年）、丸山敦裕「判批」判時二二一四号一四八頁（判例時報社、二〇一七年）、小山剛「判批」判時二二二八号三頁（判例時報社、二〇一七年）等がある。本件での争点は多岐にわたるが、本稿の射程に係る範囲内での紹介・検討にとどめる。本件は最高裁判所により上告棄却・不受理の決定がなされている。最決平成二八年一〇月二六日（DI-Law.com 判例体系）。

- (8) ただし、この点に関して、我が国においては、既に全国に数ヶ所存在する防衛省情報本部の通信所が日本上空に飛来する各種電波を収集し、さらに電波部が我が国唯一の電波情報機関として、通信所が収集した各種電波の処理・解析を実施していることが公式に認められている（情報本部ホームページ <https://www.mod.go.jp/dih/organization.html>）（二〇二〇年八月二九日最終閲覧）。とはいえ、これらの電波傍受は電話やEメール等の通信の傍受とは本来的に性質が異なるものである。

- (9) 通信傍受法別表第一、第二参照。
- (10) 通信傍受法三条一項参照。類型ごとの詳細な各要件は通信傍受法三条の各規定を参照のこと。
- (11) 通信傍受法四条一項参照。
- (12) 通信傍受法五条一項参照。傍受期間の延長は可能であるが三〇日を超えてはならない（通信傍受法七条一項参照）。
- (13) 通信傍受法六条一項参照。
- (14) 通信傍受法一三条参照。尚、平成二八年より一時的保存による通信傍受と特定電子計算機を用いる通信傍受の方法が導入され、ここでは、特に後者の場合に通信事業者等の立会いは求められないなどより効率的な通信の傍受の実施が図られている（通信傍受法二〇条―二三条参照）。
- (15) 通信傍受法一四条一項参照。

(16) 通信傍受法三〇条一項参照。

(17) 通信傍受法三六条参照。

(18) 通信傍受法三七条一項参照。

(19) 本判決の紹介・解説として、渡辺修「判批」平成三年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊）（有斐閣、一九九二年）、岡部泰昌「判批」判時一四〇九号一九九二年（判例時報社、一九九二年）、松本一郎「判批」刑訴訴訟法判例百選「第六版」六四頁（別冊ジュリスト）（有斐閣、一九九二年）、岩橋義明「判批」研修五二三号二七頁（法務総合研究所、一九九二年）、高田昭正「判批」法七四四八号一二七頁（日本評論社、一九九二年）、小早川義則「判批」法七四五三号一三一頁（日本評論社、一九九二年）、石毛平蔵「判批」捜査研究四八四号六九頁（東京法令出版、一九九二年）等がある。

(20) 本判決の紹介・解説として、椎橋隆幸「電話傍受の適法性について」渥美東洋編「組織・企業犯罪を考える」（中央大学出版部、一九九八年）二八一頁、市川正人「判批」平成五年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊）二〇九頁（有斐閣、一九九四年）、河村博「判批」判例時報一四七六号二三八頁（判例時報社、一九九四年）、平良木登規男「判批」刑事訴訟法判例百選「第七版」（別冊ジュリスト）七〇頁（有斐閣、一九九八年）、平松毅「判批」憲法判例百選Ⅰ「第三版」一二八頁（別冊ジュリスト）（有斐閣、一九九四年）、「判批」警察時報第五一卷一月号一〇六頁（警察時報社、一九九六年）、渡邊一弘「判批」警察学論集第四六巻第一号二六一頁（立花書房、一九九三年）等がある。

(21) 本決定の紹介・解説として、池田修「飯田喜信」判批「最高裁判所判例解説刑事篇二二〇頁（平成一一年度）（法曹会、二〇〇二年）、池田修「飯田喜信」判批「曹時第五四巻第五号二七八頁（法曹会、二〇〇二年）、堀江慎司「判批」判夕別冊二六号二九〇頁（警察基本判例・実務二〇〇）（判例タイムズ社、二〇〇一年）、後藤昭「判批」ジュリスト一二五六号一九五頁（有斐閣、二〇〇三年）、小早川義則「判批」平成二一年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊）一八三頁（有斐閣、二〇〇〇年）、清水真「判批」刑事訴訟法判例百選「第一〇版」（別冊ジュリスト）七〇頁（有斐閣、二〇一七年）、立山紘毅「判批」憲法判例百選Ⅰ「第六版」（別冊ジュリスト）一三六頁（有斐閣、二〇一三年）、安村勉「判批」刑事訴訟法判例百選「第九版」（別冊ジュリスト）七二頁（有斐閣、二〇一一年）、平松毅「判批」憲法判例百選Ⅰ「第五版」一三四頁（有斐閣、二〇〇七年）、指宿信「判批」メディア判例百選「第二版」（別冊ジュリスト）二二八頁（有斐閣、二〇一八年）、椎橋隆幸「判批」刑事訴訟法判例百選「第八版」（別冊ジュリスト）七二頁（有斐閣、二〇〇五年）、三浦守「判批」研修六二

三号一頁（法務総合研究所、二〇〇〇年）、長沼範良「判批」法教二五六号二二頁（有斐閣、二〇〇二年）、立山紘毅「判批」法教別冊二四六号九頁（付録・判例セレクト二〇〇〇）（有斐閣、二〇〇一年）、平良木登規男「通信傍受―最高裁判所平成一年一月一六日決定を中心に」警察学論集第五三卷第八号一五三頁（立花書房、二〇〇〇年）、水谷規男「判批」法七五四四号一一頁（日本評論社、二〇〇〇年）、只野雅人「判批」法七五四六号一一四頁（日本評論社、二〇〇〇年）、田口守一「判批」現代刑事法二五号八〇頁（現代法律出版、二〇〇一年）、檀上弘文「判批」椎橋隆幸・柳川重規編「刑事訴訟法基本判例解説〔第二版〕」一一〇頁（信山社、二〇一八年）等がある。尚、本件の原審及び原原審は札幌高判平成九年五月一日（判時一六三六号一五三頁）、旭川地判平成七年六月二日（判時一五六四号一四七頁）である。

(22) 渥美東洋『全訂 刑事訴訟法〔第二版〕』（有斐閣、二〇〇九年）一一二頁。

(23) この点に関して、検証許可状による通信傍受が現在も認められるかという間がある。これについてみると、通信傍受法は対象犯罪を限定しているので、通信傍受法上の対象犯罪以外の犯罪を検証許可状に基づいて傍受することは許されないように思われる。しかし、対象犯罪以外のより危険で重大な結果をもたらす犯罪が差し迫って実行されようとしており、通信傍受を行えば、これを防ぐことができるというような局面においては、適切な条件を付した検証許可状による傍受が認められる余地は最高裁判所の判例上、尚も存在するものと思われる。この場合になされた傍受は、通信傍受法に違反することにはなるが、憲法三五条の要求する実体要件、手続要件は充足しているので憲法三五条には反しないし、刑事法上の検証として行われているので強制処分法定主義（刑事法一九七条一項但書）にも反しない。したがって、「令状主義の精神を没却するような重大な違法」は存在せず、傍受された会話は証拠排除されないと解することができる。

(24) 本判決の紹介・解説は多くのものがあるが、主要なものとして、柴田孝夫「判批」最高裁判所判例解説刑事篇二一八頁（昭和四七年度）（法曹会、一九七二年）、小高剛「判批」昭和四七年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊）六頁（有斐閣、一九七三年）、金子宏「判批」判時七〇〇号一五一頁（判例時報社、一九七三年）、辻雄一郎「判批」行政判例百選Ⅰ「第七版」（別冊ジュリスト）二〇八頁（有斐閣、二〇一七年）、松井幸夫「判批」憲法判例百選Ⅱ「第六版」（別冊ジュリスト）二五八頁（有斐閣、二〇一三年）、石川健治「判批」租税判例百選「第四版」（別冊ジュリスト）二〇八頁（有斐閣、二〇〇五年）、若狭勝「判批」研修五八九号五五頁（法務総合研究所、一九九七年）、田宮裕「判批」警察研究第四八卷第一号四六頁（良書普及会、一九七七年）、松井茂記「判批」樋口陽一・野中俊彦編「憲法の基本判例第二版」一六〇頁（有斐閣、一九九六年）

等がある。尚、本件で被告人は憲法三五条違反の他に憲法三八条違反についても争っていたが、本稿の射程を超えるためここの検討は割愛する。

- (25) 本判決の紹介・解説は多くのものがあるが、主要なものとして、千葉勝美「判批」最高裁判所判例解説民事篇(平成四年度)二二〇頁(法曹会、一九九五年)、熊本信夫「判批」平成四年重要判例解説(ジュリスト臨時増刊)五一頁(有斐閣、一九九三年)、宇那木正寛「判批」行政判例百選Ⅰ「第七版」(別冊ジュリスト)二三四頁(有斐閣、二〇一七年)、宮地基「判批」憲法判例百選Ⅱ「第六版」(別冊ジュリスト)二五〇頁(有斐閣、二〇一三年)、千葉勝美「判批」最高裁時の判例Ⅰ(ジュリスト増刊)一四八頁(有斐閣、二〇〇三年)、大橋亘「判批」警察学論集第四五巻第九号九六頁(立花書房、一九九二年)、中谷実「判批」法教別冊(付録・判例セレクト一九九二)一五〇号一六頁(有斐閣、一九九三年)等がある。本件の事実の概要については、原原審である千葉地判昭和五九年二月三日(訟月三〇巻七号二〇八頁)も参照。本件においても本稿の目的に沿う範囲での紹介にとどめる。

- (26) 本判決の紹介・解説として、馬渡香津子「判批」最高裁判所判例解説刑事篇(平成二八年度)二三五頁(法曹会、二〇一九年)、中島徹「判批」平成二九年重要判例解説(ジュリスト臨時増刊)二八頁(有斐閣、二〇一八年)、清水真「刑事訴訟法理論と税関検査・関税犯則調査の交錯」明治大学法科大学院論集第一九号二七頁(明治大学法科大学院、二〇一七年)「判批」新判例解説一六四号(2016WJJC131)、高倉新喜「判批」法七四八号一二二頁、緑大輔「判批」新判例解説Watch(法七増刊)二二号一九九頁(日本評論社、二〇一七年)、岸野薫「判批」新判例解説Watch(法七増刊)二二号一三頁(日本評論社、二〇一七年)、高倉新喜「判批」法七四八号一二二頁(日本評論社、二〇一七年)、前田雅英「判批」捜査研究七九四号二頁(東京法令出版、二〇一七年)、笹田栄司「判批」法教四三九号一二二頁(有斐閣、二〇一七年)、河村有教「判批」海保大研究報告第六二巻第一号一七一頁(海上保安大学校、二〇一七年)、洲見光男「判批」刑事法ジャーナル五二号一二八頁(成文堂、二〇一七年)、笹倉宏紀「令状主義の意義と機能に関する若干の考察」最高裁平成二八年一月九日第三小法廷判決を素材に「刑事法ジャーナル五六号三九頁(成文堂、二〇一八年)、馬渡香津子「判批」最高裁時の判例九(ジュリスト臨時増刊)四七頁(有斐閣、二〇一九年)等がある。

- (27) この点、学説では、古くから行政手続への令状主義の適用につき、一般的に不適用説、準用説、適用説が展開されてきており(前田寛「行政手続と令状制度」憲法三三条・三五条)との関係について「徳山大学論叢第一三号二七頁(徳山大学経

済学会、一九七七年）、そのうち不適用説が通説的見解であったといわれている（前田・同著・林修三「憲法第三五条・第三八条と行政手続の関係について—昭和四七・一一・一二最高裁判決の研究—」駒澤大学法学部研究紀要第三二号一五頁（駒澤大学、一九七三年））。

- (28) 渥美・前掲注(22)二七頁参照。また、国家による犯罪捜査類似の調査活動についても、それらが刑事事件となり得ることなどを考慮して、犯罪捜査に類似した法的規制が要請されるとの見解として、田宮裕「刑事訴訟法〔新版〕」（有斐閣、一九九六年）四〇頁。この見解によれば、犯罪捜査（刑事手続）以外では、例えば、国税犯則法上の「臨検」、「検査」のような厳密には「捜索・押収」にまでは至らない処分が問題となるとして、実際には憲法三五条の趣旨が推及されることになる場合が多いとする（田宮・同書一〇二頁）。

- (29) この点につき、参考になるのがアメリカ合衆国においていわれる「特別の必要性の法理（special needs doctrine）」である。この法理は、犯罪捜査などの通常の法執行の場合については、「不合理な捜索・押収」を禁じる合衆国憲法第四修正上合理的であるといえるためには、「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裁判官による事前の令状が一定に限られた例外に当たる場合を除いて必要となるが、政府側にそれらの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の充足を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政府の活動を認めるものである（拙稿「電子的監視を用いた対外課報と犯罪捜査—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四修正との関係を中心に—」比較法雑誌第五二巻第一号一〇九頁、一三五頁（日本比較法研究所、二〇一八年））。このような考え方は戦後第四修正を継受した我が国の憲法三五条による行政活動の規律などを検討する際に参考になる。特別の必要性の法理については同拙稿一三四頁以下も参照。

- (30) 渥美東洋「電気通信網による通信・会話の傍受について」渥美東洋編「組織・企業犯罪を考える」（中央大学出版部、一九九八年）二六二頁参照。また、この点に関しては、行政法の観点からは、行政による具体的な活動に当たっては、いかなる性質の行政活動について法律の根拠が必要となるかという「法律の留保論」（櫻井敬子・橋本博之『行政法〔第五版〕』（弘文堂、二〇一六年）一五頁—一六頁参照。）から検討をなすべきであるとの指摘があると思われる（この点については、井上正仁「捜査手段としての通信・会話の傍受」（有斐閣、一九九七年）一四六頁—一四七頁も参照）。本稿ではあくまで刑事手続法的観点からの検討であるためこの点についての検討は他日を期す。

- (31) Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 Pub. L. No. 95-511, 92 Stat. 1783 (1978).
- (32) S. REP. NO. 95-701 (Mar. 14, 1978) at 9 [hereinafter S. REP. NO. 95-701] available at <https://www.intelligence.senate.gov/sites/default/files/publications/95701.pdf> (last visited Sep 1, 2020).
- (33) *Id.*, at 13.
- (34) *See, Id.*, at 14.
- (35) *See, Id.*, at 10-11, 14; *See also*, 50 U.S.C. § 1801 (b) (2).
- (36) *Id.*, at 14.
- (37) *See, e.g.*, United States v. Duggan, 743 F.2d 59 (2d Cir. 1984); United States v. Petron, 835 F.2d 1067 (4th Cir. 1987); *In re* sealed case, 310 F.3d 717 (FISA Ct. Rev. 2002); United States v. Duka, 671 F.3d 329 (3d Cir. 2011).
- (38) *See, e.g.*, 50 U.S.C. § 1801 (f), 50 U.S.C. § 1804, 1805, FISA に ついては、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—」比較法雑誌第五〇巻第三号二七三頁（日本比較法研究所、二〇一六年）、岡本篤尚『9・11』の衝撃とアメリカ合衆国の「対テロ戦争」法制 予防と監視』（法律文化社、二〇〇九年）、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九四号警察政策学会テロ・安保問題研究部会二頁（二〇一七年六月）<http://asss.jp/report/>、警察政策学会資料〇九四（米国における行政傍受に関する法体系と解釈運用）.pdf、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—」法学新報第一二二巻第三・四号七五頁（中央大学法学院、二〇一五年）、土屋大洋「デジタル通信傍受とプライバシー：米国における FISA（外国インテリジェンス監視法）を事例に」情報通信学会誌二七巻二号（公益財団法人情報通信学会、二〇〇九年）などを参照。また、渡辺翔太「ガバメントアクセス（GA）を理由とするデータの越境移転制限—その現状と国際通商法による規律、そして DFFT に対する含意—」（二〇一九年二月）六頁—七頁 <https://www.rieti.go.jp/publications/dp/19j067.pdf>、鈴木滋「米国自由法—米国における通信監視活動と人権への配慮—」外国の立法二六七—三〇頁—四〇頁（20163） https://dnlrll.go.jp/view/download/digidepo_9914660_po_02670003.pdf?contentNo=1なども参照のこと。本稿では紙幅の関係から本稿の目的に沿う程度での紹介にとどめる。尚、FISA は国内における対外諜報目的での監視を規律しているが、二〇〇八年には国外に所在する監視対象に対する監視を規律する対外諜報活動監視法改正法 (Foreign Intelligence Surveillance Act Amendments Act of 2008, FAA) が制定された。

我が国においてもこのような国外に所在する者に対する監視も検討する必要は認められようが、本稿ではまず、国内の監視対象に対する国内での監視にその射程を限定し、この点についての検討は他日を期す。

- (39) FISC に関しては以下のような規定が設けられている。FISC の裁判官は合衆国最高裁判所首席裁判官が少なくとも七つの巡回区から一人の District Court の裁判官を任命することとなっていること (See, 50 U.S.C. § 1803 (a))。FISC の申請の却下についての裁定の審査をするために上訴裁判所である対外諜報活動監視控訴裁判所 (Foreign Intelligence Surveillance Court of Review, FISCR、以下 FISCOR とする) を設け、FISCOR の裁判官は District Court または Court of Appeals の裁判官から三人が合衆国最高裁判所首席裁判官によって任命されること。FISCOR の裁定に対し、さらに異議申立てがある場合には、サーシオレイライの申立てにより、合衆国最高裁判所が当該裁定内容を審査する権限を有すること (See, 50 U.S.C. § 1803 (b))。FISC 及び FISCOR は市民の自由、諜報収集、通信技術等各分野の専門家を「裁判所の友」(Amicus curiae) として最低五名任命し、新規かつ重要な法解釈について意見を聴取することができること等 (See, 50 U.S.C. § 1803 (i)) が規定されている。

- (40) See, 50 U.S.C. § 1804 (a)。

- (41) 外国勢力の定義はいくつかのものがあるが、例えば、外国政府や国際テロリズムに従事している集団などが挙げられる (See, 50 U.S.C. § 1801 (a))。

- (42) 外国勢力のエージェントの定義は合衆国人以外の者に適用される定義と合衆国人を含むすべての者に適用される定義があり、例えば、前者は外国勢力の職員やその被雇用者として活動する者や国際テロリズムに従事している外国勢力の構成員、また、合衆国の利益に反して外国勢力のために秘密諜報活動に従事する者などがある (See, 50 U.S.C. § 1801 (b) (1))。後者は、例えば、外国勢力のために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) 場合、外国勢力のために意図的に破壊活動または国際テロリズムに従事している者などが挙げられる (See, 50 U.S.C. § 1801 (b) (2))。

- (43) 最小化手続とは、例えば、(一) 対外諜報情報を収集、抽出 (produce)、広める (disseminate)、合衆国の必要性に反しない形で、同意のない合衆国人に関する公にできない (nonpublicly available) 情報の捕捉、保管を最小限にし、広めることを防ぐために特定の監視の目的と技術に照らして、合理的に設計された司法長官によって採用される具体的な手続、(二)

合衆国人の身元が対外諜報情報を理解する、またはその重要性を評価するのに必要な場合を除いて、対外諜報情報ではない公にできない情報が本人の同意なく合衆国人を特定できる方法で広められないようにする手続、(3) 行われた、行われている、行われようとしている犯罪の証拠であり、法執行目的で保管されるまたは広められることになる情報を保管し、広めることを認める手続等を行う。(See, 50 U.S.C. § 1801 (h)).

- (44) See, 50 U.S.C. § 1804 (a).
- (45) See, 50 U.S.C. § 1805 (a).
- (46) See, 50 U.S.C. § 1805 (c) (1).
- (47) See, 50 U.S.C. § 1805 (d) (1).
- (48) See, 50 U.S.C. § 1806.
- (49) See, 50 U.S.C. § 1809.
- (50) See, 50 U.S.C. § 1808, § 1871, § 1873.
- (51) See, 50 U.S.C. § 1802 (a).
- (52) F I S A の規定 (第一八〇一条 (a) 項、(b) 項) を参照。
- (53) F I S A では、特に合衆国人の監視には一定の犯罪性が要件とされており (第一八〇一条 (b) 項一、二号参照。See David S. Kris, *The Rise and Fall of the FISA Wall*, 17 Stan. L. & Pol'y Rev. 487, 491-492 (2006); See also, H.R. REP. NO. 95-1283 (1978) at 30, 39, 42, 44, 45.)、それが第四修正上の要求であるかは不明確であるが、仮にそうであるとした場合、特に日本国民 (永住権者) の監視には一定の犯罪性が憲法三五条上求められると解する余地がある。どの対象の範囲・程度で犯罪性を監視の要件とするかは合衆国議会での議論 (S REP. NO. 95-701 at 9-16) も参照。

(54) 通信傍受法三条一項参照。

(55) 我が国における監視の実施機関については、差し当たり、各都道府県警察の各所掌部局、公安調査庁、内閣情報調査室、防衛省情報本部、自衛隊の各所掌部隊などがその可能性として考えられよう。F I S A では、「連邦の職員 (Federal officer)」が監視の申請を行うこととされている (See, 50 U.S.C. § 1804 (a)) が、アメリカ合衆国の連邦機関は諜報機関と法執行機関を含めて数多く存在し、どのような機関が F I S A を利用した監視を行っているのか必ずしもその実態は明確では

ない。我が国において監視制度を創設する際にはアメリカ合衆国の実務なども調査する必要性が高い。この点についての検討は本稿の射程を超えるため今後の課題とする。

- (56) 通信傍受法四条一項参照。
- (57) 長尾一紘『日本国憲法【全訂 第四版】』（世界思想社、二〇一一年）二二二頁。
- (58) 通信傍受法三三条参照。
- (59) FISAの規定（第一八〇六条（c）（e）項参照）。
- (60) 通信傍受法五条一項参照。
- (61) 拙稿・前掲注(29)
- (62) 同右一二〇頁参照。
- (63) 同右(29) 一二二頁—一二三頁、一二〇頁—一二二頁。See, Richard Henry Seamon, William Dylan Gardner, *The Patriot Act and the Wall Between Foreign Intelligence and Law Enforcement*, 28 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 319, 364–367 (2005); Kris, *supra* note 53 at 494–495 (2006). See, e.g., 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). ただしこの「主要な目的」の要件によつてFISAによる監視が得られた犯罪の証拠は刑事訴訟で利用することが認められづきたことに注意する必要がある。See, e.g., 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).
- (64) See, 50 U.S.C. § 1804 (a) (6) (B).
- (65) 拙稿・前掲注(29) 一二二頁。See, Seamon, Gardner, *supra* note 61 at 326; 富井・前掲注(38) 一一五頁参照。
- (66) 拙稿・同右一二二頁。See, e.g., S. REP. NO. 95–701 at 10–11.
- (67) 同右一二二頁—一二三頁。
- (68) 同右一二三頁。
- (69) 同右。この点につき、富井・前掲注(38) 一一五頁参照。

(70) この点に関しては、犯罪捜査や犯罪の証拠に関する情報共有をいかなる機関（傍受実施機関（部局）、法執行機関（部局）、検察官）との間でのいかなる方法・条件、手続で認めるのかなどアメリカ合衆国における例も含めてさらに慎重な検討が要されるため、今後のさらなる検討課題とする。

(71) 通信傍受法一五条参照。

(72) 渥美・前掲注(22) 一三七頁。

（神奈川県大学非常勤講師）