

国家安全保障のための対外諜報目的での 物理的搜索・押収

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行政による調査
- 3 アメリカ合衆国におけるFISAの概要
- 4 アメリカ合衆国における対外諜報目的での物理的搜索・押収の態様
- 5 我が国における対外諜報目的での物理的搜索・押収の検討
- 6 おわりに

1 はじめに

我が国は現在、国際テロの脅威に加えて、近隣外国勢力・近隣国家によりその安全が脅かされ続けており、適切な方法で外国の脅威に対処する必要に真に迫られている¹⁾。その中でも特に重要となるのが独自の情報収集（対外諜報活動）である。情報収集は、国家の安全にとって極めて重要であるが、我が国では、その必要性の認識は乏しく、国民の権利・自由・プライバシーの観点も踏まえた根本的かつ具体的な手続的整備の議論はなされていない。このような情報収集にはいくつかの方法があり、中でも大きな威力を発揮するのが電子的監視（通信傍受）である。このような電子的

1) 近年は外国テロの脅威に加えて、北朝鮮のミサイル開発・発射実験、中国・ロシアによる領空侵犯等、外国の脅威は現実的なものとなっている。

監視はいわゆる「行政傍受」ともいわれ、早急に法制度を整備する必要があり、この点については、憲法35条との関係も踏まえ、既に別稿で検討を加えた²⁾。電子的監視は相手方が不知の内にそのやり取りを捕捉できるという大きなメリットがあるが、他方で、求められる情報が常に電子的監視により得られるということではない上に、監視を警戒する者は物理的な方法で情報をやり取りしたり、保管することもあり得る。また、電子的監視等によって有益な情報が得られても物理的な搜索ができなければ効果的な対応ができないという場合も考えられる。したがって、政府の係官による物理的な侵入と搜索による情報収集・諜報活動についても検討を加える必要があるのである。対外諜報活動は、電子的監視、サイバー空間における監視、物理的な搜索・押収等の活動を複合的・相互補完的に実施することで初めて大きな成果が出るといえ、本稿では、この内、対外諜報目的での住居や拠点等に対する物理的な搜索・押収（いわゆる「行政搜索」）について、刑事手続法的観点から通常の犯罪捜査の規律と対比しながらアメリカ合衆国における例も踏まえて検討を加えることとする。

2 我が国における犯罪捜査を目的としない行政による調査

我が国でも既に犯罪捜査を目的としない行政機関による書類、帳簿等の提出の要請（または命令）、さらには、住居・事業所等への立入りが認められる場面が実際には多くある。いくつか例を挙げると、まず、税務調査がある。税務調査は、例えば所得税等に関しては、国税通則法74条の2は、税の徴収賦課を目的として、国税庁・国税局・税務署が質問、帳簿書類その他の物件の検査、提示・提出を求めることができることを規定している。また、国民の生命・身体・健康の保護に関する法規として、例えば、消防

2) 拙稿「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」法学新報第127巻第9・10号283頁（2021年）。

法4条では、火災予防を目的として、一定の場合に消防職員による文書等の提出命令と緊急の必要のある場合の個人の住居への立入りが認められている他、食品の安全・衛生の確保を目的として、食品衛生法28条1項では、食品衛生監視員による営業場所、事務所等への臨検と食品、帳簿書類等に対する検査等が認められている。また、被虐待児童の保護・福祉を目的とした場面で、児童虐待の防止等に関する法律9条1項は児童虐待が行われているおそれがある場合、児童委員または児童の福祉に関する事務に従事する職員が児童の住所・居所に立ち入り、必要な調査または質問をすることを認めており、同法9条の3では、立入りまたは調査を拒んだ場合等に裁判所による令状により児童の住所・居所への臨検・搜索を認めている。そして、本稿の目的により近い情報収集・公安調査を目的とした行政による立入調査も実は既に認められている。それが無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律に基づく調査である。同法7条では、無差別大量殺人行為を行った団体の首謀者が当該団体の活動に影響力を有している場合や当該団体が殺人を明示的にまたは暗示的に勧める綱領を有している場合等の一定の場合に当該団体の活動状況を明らかにするため、公安調査官が必要な調査を行うことができ、その際、特に必要があると認められるときには、当該団体が所有しまたは管理する土地または建物に立ち入り、設備、帳簿書類その他必要な物件の検査を行うことができることが規定されている³⁾。

以上のように、我が国でも犯罪捜査を目的としない各種の行政目的の達成のため、一定の場合に私的空間への侵入を伴う行政機関による調査活動の必要性が認められ、実際にそれらの調査活動がなされている。また、ここでは国内のテロ組織が関係するような状況にも立入調査を行うことが既に認められているのである。このような点からみた場合、対外諜報目的での搜索・押収の目的は他国の攻撃・侵略や外国テロから国家・国民を保護

3) この法律の要件等についてはさらに後述参照。

するためになされるものであり、その必要性は高く、今まさに検討が迫られている活動といえるのではないであろうか。確かに、後述するように、諜報活動は上記したような行政による調査活動とは性質・形態が異なることは事実であるが、その点も踏まえた上で、諸外国の例も参考にしつつ、このような諜報活動はいかなる場合にどのような手続で認められるかを検討する必要があるといえる。このような点について、以下では、アメリカ合衆国における対外諜報目的での物理的搜索を規律する対外諜報活動監視法 (Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)) を参考に検討を加えてみることにする。

3 アメリカ合衆国におけるFISAの概要

(1) FISAの制定

FISAは、元々は合衆国内での対外諜報目的での電子的監視を規律するための法律として制定された⁴⁾が、このFISAが制定される前までは対外諜報目的での電子的監視は、合衆国大統領の合衆国憲法第2編第1条に基づく権限により行われてきた⁵⁾。しかし、時が経つにつれて、FBI、CIA、NSA、陸軍等が様々な態様で無差別ともいえる監視を行っていることが上院創設のチャーチ委員会により明らかにされた⁶⁾。さらに、1972年には、United States v. U.S. District Court (Keith), 407 U.S. 297 (1972)⁷⁾ におい

4) Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 Pub. L. No. 95-511, 92 Stat. 1783 (1978).

5) 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号警察政策学会テロ・安保問題研究部会2頁(2017年6月) <http://asss.jp/report/警察政策学会資料094> (米国における行政傍受に関する法体系と解釈運用).pdf 2頁, 8頁 (2022年9月12日最終閲覧); See also James G McAdams III, Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA): An Overview, 2 (2007).

6) 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275頁n.8 (2016年); Select Comm. To Study

て、CIAオフィスの爆破を巡り、国内組織に対する無令状（裁判官による命令を得ない）での通信傍受が不合理な搜索・押収を禁じる合衆国憲法第4修正に反しないかが争われ、合衆国最高裁判所により、国内の国家安全保障目的での通信傍受は、通常の犯罪捜査とは異なる特別の緩和された要件を設定して実施する余地は残しつつも、本件においては通常の犯罪捜査目的での連邦の通信傍受法であるOmnibus Crime Control and Safe Street Act of 1968, Title III (Wiretap Act) に従い、裁判官の命令を得て通信傍受を行わなければならない旨判示がなされた⁸⁾。Keithでは、外国勢力に対する監視については判断の射程外であることが明示的に言及されており、対外諜報目的での電子的監視についての判断は留保された形となったが、合衆国議会はこれらのような経緯から規律が不明確なままとなっている対外諜報目的での電子的監視を法律に基づき政治的に中立的に実施するべく、1978年にFISAを制定した⁹⁾。そして、合衆国内で外国勢力または外国勢力

Governmental Operations with Respect to Intelligence Activities (Church Comm.), Intelligence Activities and the Rights of Americans, Book II, S. REP. NO. 94-755, at 6-10 (1976), available at http://www.intelligence.senate.gov/sites/default/files/94755_II.pdf (last visited September 11, 2022); 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); See also Loch K. Johnson, *NSA Spying Erodes Rule of Law, in INTELLIGENCE AND NATIONAL SECURITY, THE SECRET WORLD OF SPIES* (Loch K. Johnson and James Wirtz, eds., (2008)) at 411.

7) 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315頁（2015年）、茂田・前掲注4）、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（2015年）、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（2003年）がある。

8) 拙稿・前掲注6) 275頁。

9) 同上275-276頁; Blum, *supra* note 6 at 275.

のエージェントに対して電子的監視を行う際には、原則として、政府は、事前に対外諜報活動監視裁判所 (Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC)) による承認を必要とすることとされ、現在に至っている。

(2) FISAへの物理的搜索 (physical search) 規定の追加

以上のように、FISAは当初、政府による電子的監視を規律するために制定されたものであったが、その後、1994年に物理的搜索の規定が追加された¹⁰⁾。このような規定の追加には以下のような経緯があったと説明される。すなわち、当初、カーター政権時代は対外諜報情報の収集を目的とした物理的搜索を実施する際にもFISAの電子的監視と同じ統一的な要件によることが政策的に適切であると判断し、FISCによる承認を得てこれを実施していた¹¹⁾。しかし、その後のレーガン政権時の政府は、物理的搜索の場面でFISAに基づき、FISCによる搜索の承認を得ることは、対外諜報目的で無令状搜索を行う大統領権限の侵害であると解釈を変更した¹²⁾。そこで、司法省は1981年にFISCに物理的搜索を承認する命令を求める申請を行い、その際、FISCに対し、FISCは物理的搜索を承認する権限を欠いているため、この命令を却下するように求めた¹³⁾。これを受けて、FISCが命令を却下した¹⁴⁾ため、政府はその後、FISAではなく、大統領権限 (大

10) Intelligence Authorization Act for Fiscal Year 1995, Pub. L. No. 103-359, § 807, 108 Stat. 3423, 3443 (1994).

11) Patricia L. Bellia, *The Lone Wolf Amendment and the Future of Foreign Intelligence Surveillance Law*, 50 Vill. L. Rev. 425, 443 (2005); *See also* H.R. REP. No. 96-1466, at 5, 8-24 (1980).

12) Bellia, *Id.*; *See also* S. REP. No. 97-280, at 4 (1981) [hereinafter S. REP. No. 97-280].

13) Bellia, *Id.*, at 443, 443 n130; *See also* S. REP. No. 97-280, at 4.

14) Bellia, *Id.*, at 443; *See also* In the Matter of the Application of the United States for an Order Authorizing the Physical Search of Nonresidential Premises and Pers. Prop. (Foreign Intel. Surv. Ct. June 11, 1981), reprinted

統領令12333)に基づく無令状での物理的搜索を継続することとした¹⁵⁾。この実務はジョージH.Wブッシュ大統領政権にも引き継がれた¹⁶⁾。しかし、このような物理的搜索の在り方について転換の契機となる事件が起こった¹⁷⁾。この事件は、クリントン大統領政権時の1994年にCIAの職員であるAldrichがロシア（事件当時はソ連）のためにスパイ活動を行っていたとしてFBIにより逮捕され¹⁸⁾、捜査に際して、司法長官は、1993年の秋にAldrichの住居に対し、諜報目的で無令状搜索を行う許可を出しており、そこで得られた証拠からAldrichはスパイ活動と脱税の共謀で起訴された¹⁹⁾。Aldrichは有罪答弁を行ったため、本件での搜索の適法性については裁判所による判断がなされなかったが、政府はこのような諜報目的での搜索のための裁判所命令の手續を規定する立法に関心を抱き始め、合衆国議会の委員会もFISAの電子的監視におけるFISCによる監視の命令手續と同様の手續を創設する必要性が大きいとの考えを有していた²⁰⁾。そして、この委員会によれば、司法長官の許可に基づく政府による無令状の搜索は、合衆国市民の憲法上の権利を保護するには不十分な方策であり、裁判所の命令による搜索が十分な保護策を提供することになること、スパイ事案等において、諜報目的での無令状搜索によって得られた証拠により訴追され

in S. REP. No. 97-280, at 16-19.

15) *Bellia, Id.*, at 443 n132; *See also* 132. Exec. Order No. 12,333, § 2.5, 46 Fed. Reg. 59,941 (Dec. 8, 1981); *See also* S. REP. No. 98-660, at 17 (1984).

16) *Bellia, Id.*, at 443.

17) *See, Id.*

18) S. REP. No. 103-296, at 17-18 (1994) [hereinafter S. REP. No. 103-296] available at [https://l.next.westlaw.com/Document/IDCC20D20642611D9B7CECED691859821/View/FullText.html?transitionType=UniqueDocItem&contextData=\(sc.Default\)&userEnteredCitation=S.+REP.+No.+103-296#co_pp_sp_1503_103-296](https://l.next.westlaw.com/Document/IDCC20D20642611D9B7CECED691859821/View/FullText.html?transitionType=UniqueDocItem&contextData=(sc.Default)&userEnteredCitation=S.+REP.+No.+103-296#co_pp_sp_1503_103-296) (last visited September 11, 2022); *See Id.*

19) S. REP. No. 103-296, at 40; *See, Bellia, Id.*

20) S. REP. No. 103-296, at 40; *See, Bellia, Id.*

ている被告人が当該搜索の適法性について争い、裁判所がその搜索について政府側に不利な判断をした場合、将来的にもこのような訴追が成功しなくなる恐れが大きいこと、さらにその際には、搜索を許可・実施した司法省やFBIの職員が非刑事の責任を負う可能性があること等から物理的搜索についての手続規定の創設が望ましくかつ必要であると結論付けられ²¹⁾、1994年にFISAに物理的搜索の規定が追加された²²⁾。

(3) FISAの物理的搜索の規定内容

FISAの物理的搜索の規定は合衆国法典タイトル50第1821条から第1829条までに規定がある。ここでは、紙幅の関係上、その骨子について簡潔に紹介することとする。

まず、FISAにおける物理的搜索の定義は、個人がプライバシーの合理的な期待を有し、法執行目的でなされた場合に令状が要件となる状況で、合衆国内で情報、資料(material)または財産に対し、押収、複製(reproduction)、検査またはすり替え(alteration)(以下、押収等という)を行うために建物や財産に対し物理的侵入を行うことを意味する²³⁾。そして、このような搜索は外国勢力または外国勢力のエージェントに対してなされる。外国勢力と外国勢力のエージェントの定義はFISAの電子的監視におけるものと同じであり²⁴⁾、外国勢力とは、外国政府、外国政府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国際テロ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)²⁵⁾によって相当程度構成されていない政治団体等の組織をいう²⁶⁾。そして、外国勢

21) S. REP. No. 103-296, at 40-41; *See, Bellia, Id.*

22) *See, Bellia, Id.*

23) *See, 50 U.S.C. § 1821(5).*

24) *See, 50 U.S.C. § 1821(1).*

25) 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).*

26) *See, 50 U.S.C. § 1801(a).* 本稿では、外国勢力、外国勢力のエージェントの定

力のエージェントとは、合衆国人以外の者（非合衆国人と呼ぶ）に適用される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、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²⁷⁾。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外国政府の利益のために虚偽または不正な身分を装う者と規定されている²⁸⁾。

その上で、これらの外国勢力または外国勢力のエージェントに対して、搜索を実施する際には、連邦政府の職員は宣誓または確言の下、FISCに対し監視命令発令の申請を行うが、その際には、この物理的搜索の規定の要件等を充足しているとの司法長官による確認に基づく許可（approval）

義については、拙稿「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目的要件と合衆国憲法第4修正との関係を中心に—」比較法雑誌第52第1号109頁（2018年）における紹介を参照した。以下、定義、手続の紹介の際の訳については、拙稿・前掲注6）も参照した。

27) See, 50 U.S.C. § 1801 (b) (1).

28) See, 50 U.S.C. § 1801 (b) (2).

を得なければならない²⁹⁾。申請では、①申請を行う連邦の職員の身元 (identity)、②可能であれば、搜索の対象者の身元またはその説明、搜索すべき建物または財産の説明、そして、押収等をするべき情報、資料、または財産についての説明、③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申請者が思料したことを正当化するのに申請者が依拠した事実・状況についての説明、搜索すべき建物や財産には対外諜報情報が含まれていると申請者が思料したことを正当化するのに申請者が依拠した事実・状況についての説明、搜索すべき建物や財産が外国勢力または外国勢力のエージェントにより所有、使用等されているなどと申請者が思料したことを正当化するのに申請者が依拠した事実・状況についての説明が求められる³⁰⁾。また、最小化手続³¹⁾、求められる対外諜報情報の性質、搜索が行われる方法についての説明が求められる³²⁾。また、一定の位にある政府機関の職員が求められる情報が対外諜報情報であると考えられること、搜索の「重要な目的の一つ (a significant purpose)」が対外諜報情報の収集であること、合理的にみて、通常の捜査手法では当該情報が収集できないこと等の疎明等を行わなくてはならない³³⁾。

以上の搜索の申請に対しFISCが搜索を命じる命令を発するか判断を行う。そこでは、申請が連邦の職員によりなされており、司法長官による許可があること、申請者によって提出された事実の基礎に基づき、搜索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料する相当な理由 (probable cause) があること、搜索すべき建物や財産が外国勢力または

29) See, 50 U.S.C. § 1823(a).

30) See, 50 U.S.C. § 1823(a) (1)~(3).

31) 最小化手続にはいくつかの意味があるが、情報の取得 (acquisition) と保管を最小にするため特定の物理的搜索の目的と技術に照らして合理的に企図された司法長官によって採用される手続等を指す (See, 50 U.S.C. § 1821(4)).

32) See, 50 U.S.C. § 1823(a) (4), (5).

33) See, 50 U.S.C. § 1823(a) (6)~(8).

外国勢力のエージェントにより所有、使用等されているなどの相当な理由があること、最小化手続がこのFISAの物理的搜索の規定にいう最小化手続の定義に合致することが認められる場合に政府の申請通りの搜索を許可する命令を発するか、一部修正を加えた命令を発する³⁴⁾。命令では、可能であれば搜索の対象者の身元を特定するか、その説明がなくてはならず、搜索すべき建物や財産の性質と場所、押収等をするべき情報、資料、財産の形態を特定し、搜索の方法について等の説明をしなければならず、搜索が許可される期間について特定しなければならない³⁵⁾。搜索の許可期間は原則として90日間である³⁶⁾。緊急事態の場合には一定の要件の下、司法長官の承認による緊急搜索が認められる³⁷⁾。尚、外国政府等の一定の外国勢力が排他的に使用・管理する建物、情報、資料であり、合衆国人が関係しない場合には、FISCの命令によらず司法長官を通じて大統領が搜索を承認することができる³⁸⁾。

収集された情報については、合衆国人に関する情報は最小化手続に基づいてのみしか利用されず、国家安全保障上の利益が存しない場合で合衆国人の住居に関する場合には、搜索・押収等があった事実が事後的に通知される他、刑事裁判等の手続で収集された情報が証拠等として利用される場合については対象者に通知がなされることとされ、対象者は情報が違法に収集されたこと等を根拠に証拠排除申立てを行うことができる³⁹⁾。また、司法長官は合衆国議会の委員会に対し、年に2回、物理的搜索の申請と命令の件数等について報告することが求められる⁴⁰⁾。違法な搜索を行った者

34) See, 50 U.S.C. § 1824(a).

35) See, 50 U.S.C. § 1824(c) (1).

36) See, 50 U.S.C. § 1824(d) (1). 外国政府等の一定の外国勢力に対しては1年間であり、合衆国人でない外国勢力のエージェントに対しては120日間である (See, 50 U.S.C. § 1824(d) (1)).

37) See, 50 U.S.C. § 1824(e).

38) See, 50 U.S.C. § 1822.

39) See, 50 U.S.C. § 1825(a)~(f).

や違法に収集された情報の漏洩・利用を行った者には刑罰が科される⁴¹⁾他、そのような被害を受けた当事者は当該行為を行った者に対し、損害賠償等の民事上の救済を求めることができることが規定されている⁴²⁾。

4 アメリカ合衆国における対外諜報目的での 物理的搜索・押収の態様

対外諜報目的での物理的搜索・押収を検討するには、その態様が実際にはどのようなものであるかみておく必要は高い。このような物理的搜索の実施内容の具体的な詳細は機密事項であるためかその実態を詳細に知るとは難しいが、先に挙げたAldrichの事件での搜索・押収の態様は以下のようなものであったと説明される⁴³⁾。すなわち、FBIの捜査官がAldrichが不在の間に住居へ秘密裏に立ち入り、家族の預金通帳、小切手・領収書の控え等を調べ、気になるすべてのものの写真を撮り、さらに、パソコンからファイルをダウンロードするなどした後、調べた物をすべて元の位置に戻し、官憲による侵入・搜索があったことがわからないようにして立ち去るという態様のものであった⁴⁴⁾。そして、この搜索では、ソ連のKGBのエージェントの電話番号が発見された他、そのエージェントとの接触の予定について示すメモが見つかり、さらに、AldrichがKGBの人間へ宛てて書いた詳細なメッセージが入手されたとされている⁴⁵⁾。ただし、この事例は

40) See, 50 U.S.C. § 1826.

41) See, 50 U.S.C. § 1827.

42) See, 50 U.S.C. § 1828.

43) See, Daniel J. Malooly, *Physical Searches under FISA: A Constitutional Analysis*, 35 Am. Crim. L. Rev. 411, 411 (1998).

44) Jim McGee, Brian Duffy, *Main Justice* (Touchstone Simon & Schuster 1997) at 320-321; See, *Id.*

45) Malooly, *Id.*, at 411-412; See also Pete Earley, *Confessions of a Spy* (1997) at 317.

FISAによる物理的搜索の規定の追加前の事例であることには注意する必要がある。

また、FBIがニューヨークのオウム真理教のメンバーに対し、FISAによる電子的監視とさらには、FISAによる物理的搜索を行ったと思われる事例がある。これは、1995年に東京で地下鉄サリン事件が発生したことを受け、同年にFBIがFISAに基づいてニューヨークのオウム真理教のメンバーの電話を傍受し、そこで化学兵器についての会話がなされていないか確認した後、メンバーが使用する建物に変装をして侵入し、部屋の中の化学兵器や爆発物の有無を確認し、傍受機器 (bugging device) を設置したというものであった⁴⁶⁾。

さらに、2004年3月にスペインのマドリッドで起こった列車爆破テロに関する搜索の事例がある。この事例は、最終的には、FBIによる誤った捜査であったことが問題となった事例であるが、FISAによる物理的搜索が行われていることが司法省によって報告されている。本事案では、爆破テロ事件現場でスペイン警察により収集された証拠に付着した指紋がBrandon Mayfieldの指紋と一致するとされ、FBIによる捜査が開始された⁴⁷⁾。FBIは捜査の過程でMayfieldの事務所に対し、秘密裏に物理的搜索を行い、複数の書類の写真撮影がなされていたことが示唆されているとされている。他、技術者によって、事務所のコンピュータのハードドライブの複製もなされ、ごみの搜索も行われている⁴⁸⁾。また、Mayfieldの住居に対する搜索でも、複数の書類の写真が撮影されたとされている⁴⁹⁾。この点、司法省の

46) McGee, Duffy, *supra* note 44, at 353–358.

47) U.S. Dept. of Justice, Office of Inspector General, *A Review of the FBI's Handling of the Brandon Mayfield Case* (March 2006) at 21, available at <https://oig.justice.gov/sites/default/files/legacy/special/s0601/Chapter1.pdf> (last visited September 11, 2022).

48) *Id.*, at 42–46, available at <https://oig.justice.gov/sites/default/files/legacy/special/s0601/Chapter2.pdf> (last visited September 11, 2022).

49) *Id.*, at 50.

入手可能な報告からはわからないが、本件での搜索・監視行為への損害賠償請求が争われたMayfield v. United States, 504 F.2d 1023 (D. Ore. 2007)では、住居から押収された書類等にはMayfieldの子供の宿題までもが含まれており、広範な搜索が行われていたことが認定されている。このMayfieldの住居へのFBIによる侵入行為は判例及び他の文献によれば、複数回にわたってなされていたものであると推測ができ、電子傍受機器(bugs)が住居に設置されたこともうかがえる⁵⁰⁾。アメリカ合衆国では、住居等に侵入した後、傍受機器を部屋に仕掛けることまで行われる場合を指すことが多いようにも思われるが、このような政府の活動は「忍び込みとのぞき込み搜索 (sneak and peek search)」と呼ばれている⁵¹⁾。

以上のような搜索・押収が実際にどの程度行われているかは機密保持との関係で依然として不明確な点があり、アメリカ合衆国においても、対外諜報の領域では詳細がほぼすべて高度に機密とされているので、より侵害の程度が強いといえるsneak and peek searchがどれほど頻繁に行われているか知ることはできないとの指摘もある⁵²⁾。傍受機器を設置することまで含めて考えると物理的搜索・押収の範疇を超え、「会話傍受」の問題として別途検討が必要であるが、いずれにせよ、諜報を目的とした搜索・押収であれば、それを対象者の不知の内に実施する必要は一般的に認められるので、実際にはこのような態様の搜索・押収は現時点でもある程度の頻度で行われているものと思われる。これは上述したFISAの規定と通常の

50) See, Stephen J. Schlhofer, *More Essential Than Ever the Fourth Amendment in the Twenty-First Century* (Oxford University Press 2012) at 151.

51) See, *Id.*, at 150-151; See, Mayfield v. United States, 504 F.2d 1023 (D. Ore. 2007). ただし、このsneak and peek searchは対外諜報の場面に特有のものではなく、通常の薬物捜査等においても用いられている (See, *Id.*, at 47-48)。そして、その場合は、裁判官が住居等へ秘密裏に侵入することを認める令状を発し、被処分者に対してはそのような侵入があったことが後日通知される (*Id.*, at 48)。

52) See, Schlhofer, *Id.*, at 151.

犯罪捜査目的での搜索・押収の規定を比較することでも間接的にうかがうことができると思われる。アメリカ合衆国では、犯罪捜査目的での搜索・押収は第4修正の規律を受けるが、実際の法執行の場面では第4修正の法意を詳細に規定した連邦刑事訴訟規則41条による規律がなされており、この点についてFISAとの有意な違いは以下の点が指摘される⁵³⁾。すなわち、連邦刑事訴訟規則41条は、搜索を実施するには犯罪に関する相当な理由が必要である⁵⁴⁾が、FISA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ると思料する相当な理由がある場合に監視が認められ⁵⁵⁾、また、連邦刑事訴訟規則41条では、搜索・押収の被処分者に令状の複写と押収物目録 (inventory) を渡すことが求められ⁵⁶⁾、正当な理由がない限りは搜索・押収は日中 (daytime) に行われなければならないことを定めている⁵⁷⁾が、FISAでは搜索が行われたことを対象者に通知することを求める規定はなく、対象者は搜索がなされたことが通知されない⁵⁸⁾という違いがあると指摘される。もっとも、通知については、先にみたように、合衆国人の住居に関する搜索で、国家安全保障上の利益が存しないとされた場合や刑事裁判等の手続で証拠を用いる場合になされることとなっており、現在の規定上は、正確には通知に関する規定は存在している。しかし、これは結局、対象者には、原則として、搜索を行うこと、搜索が行われたことを秘匿しておくことを前提にしているのは確かであり、FISAの規定上も上述したような例の物理的搜索がなされる場合があることを前提にしているという

53) Malooly, *supra* note 43, at 416–417.

54) Malooly, *Id.*; *See*, Fed. R. Crim. P. 41 (c), (d) (2022).

55) Malooly, *Id.* ただし、合衆国人は一定の犯罪行為を行っていることが求められる (*See*, 50 U.S.C. § 1801 (b) (2)).

56) Malooly, *Id.*; *See* Fed. R. Crim. P. 41 (f) (1) (B), (C) (2022); *See also* Stephen Dycus, et. al., *National Security Law* (4th ed. 1997) at 664.

57) Malooly, *Id.*; *See*, Fed. R. Crim. P. 41 (e) (2) (A), (ii) (2022); *See also* Dycus, et. al., *Id.*

58) Malooly, *Id.*

ことができると思われる。このように考えると、対外諜報目的での搜索・押収の性質は通常の犯罪捜査やさらには、行政目的での立入りや調査とは相当に異なる側面があることは否めず、我が国においても、以上のことを前提に適切な搜索・押収についての議論を進めるべきであると思われる。

5 我が国における対外諜報目的での物理的搜索・押収の検討

本稿で検討している対外諜報目的での搜索・押収は、これまでの行政による調査とはその性質が異なる。そして、それは、先にみた公安目的・情報収集目的でなされる無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律に基づく公安調査庁による立入調査でも捉えきれないものである。この点について、同法に基づく調査の手續・要件について簡単にみると、まず、同法5条1項は、公安審査委員会は、団体の役職員または構成員が当該団体の活動として無差別大量殺人行為を行った場合で、その団体の首謀者が団体の活動に影響力を有している場合や当該無差別大量殺人行為に関与した者の全部または一部が当該団体の役職員または構成員である場合、また、当該団体が殺人を明示的にまたは暗示的に勧める綱領を保持している場合等に3年を超えない期間を定めて、公安調査庁長官の観察に付する処分を行うことができると規定する。その上で、この処分を受けた団体に対しては、同法7条が当該団体の活動状況を明らかにするため、公安調査庁長官が公安調査官に必要な調査をさせることを認め、その際、特に必要があると認められるときは、公安調査官に、当該団体が所有しまたは管理する土地または建物に立ち入らせ、設備、帳簿書類その他必要な物件を検査させることができると規定している。そしてこの立入検査の際には、公安調査官は、その身分を示す証票を携帯し、関係者に提示しなければならないことが規定されている。このようにしてみると、ここではまず、立入検査の要件として、無差別大量殺人を行ったことが要件となる。そして、この無差別大量殺人とは、同法4条により破壊活動防止法（以下、破防法という）

4条2項2号へに掲げる暴力主義的破壊活動であり、不特定かつ多数の者を殺害し、またはその実行に着手してこれを遂げないものと定義されている。すなわち、ここでは少なくとも一度は破防法にいう無差別大量殺人の実行の着手がない限りは、観察処分に基づく調査は実施されないこととなる。しかし、これでは、場合によっては重大な結果が生じてから監視を行うということになり、テロ等の未然防止という観点から捉えた場合の情報収集活動としては不十分である。さらに、対外諜報目的での搜索・押収はテロに限定した活動ではなく、外国政府を含む外国勢力に対する情報収集を目的としてもなされるものであるので、このような無差別大量殺人行為を行った団体に監視対象は限定されない。また、同法では、監視対象団体に対し、事前に立入検査を行うことを通知し、団体関係者立会いの下行われているので、真に必要とされる情報が手に入らないという懸念も残る。対外諜報目的での搜索・押収は、その性質上、アメリカ合衆国のように、広く外国テロ組織・外国政府を含む外国勢力に対し、監視対象者の不知の内にその拠点に侵入し、情報を収集（押収（書類等の写真撮影、複製、パソコン内部のデータのコピーの意味も含める⁵⁹⁾）する行為も含まれると解すべきであり、したがって、対外諜報目的での搜索・押収の要件としては、無差別大量殺人行為を行った団体の規制に関する法律の要件、あるいは同法に準ずる要件ではその目的を達成することはできないということになる。しかし、このような搜索・押収は、我が国における伝統的な搜索・押収とは様相が大きく異なり、侵害の程度がより強い側面があることは事実である。そこで、このような搜索・押収については、多岐にわたる検討が必要であるが、本稿では、紙幅の関係上、犯罪捜査目的での搜索・押収を規律

59) ただし、対象者のパソコン等の端末からID、パスワードを入力して外部のサーバへアクセスする行為は刑事訴訟法におけるサイバー犯罪捜査の論点である「リモートアクセス捜査」との関係からも検討が必要であり、本稿の射程から外れる。この点はサイバー空間における諜報活動の領域として今後の課題とする。

する憲法35条の適用の有無、搜索・押収の対象と目的、対象者への事前通知のない立入り・搜索・押収、第三者の立会いと第三者への令状の呈示の問題について検討することとする。

(1) 対外諜報目的での搜索・押収と憲法35条

憲法35条1項は、「何人も、その住居、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は、第33条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。」と規定しており、これは本来的に犯罪捜査を規律するものであるとしてこれまで解釈されてきた。しかし、この憲法35条が対外諜報目的での搜索・押収を一切規律することはないのか、換言すれば、対外諜報目的での搜索・押収に憲法35条が適用されるかという点については尚も検討する必要がある。このような特に住居に対する不知の内の搜索・押収は、通常の犯罪捜査やプライバシーへの侵害の度合いが強い典型例とされる電子的監視による捜査と比較してもよりその態様・性質が侵害的であるともいえ、このような場合に憲法35条が適用されないとするのは個人の自由・プライバシーとの関係で不合理ともいえるからである⁶⁰⁾。この点に関して、対外諜報目的での電子的監視について憲法35条が適用されるかという点は既に別稿で検討を加えたが⁶¹⁾、その際には、行政手続に憲法35条が適用されるかという議論を参照しており、ここでも行政手続と憲法35条の関係について参照する必要がある。そこで、その要点をまとめると、まず、判例上、最判昭和47年11月22日(刑集26巻9号554頁)(川崎民商事件)⁶²⁾から近時の最判平成28年12月9日(刑集70巻8号806頁)⁶³⁾

60) 渥美東洋『全訂 刑事訴訟法〔第2版〕』(有斐閣、2009年)27頁参照。

61) 拙稿・前掲注2)

62) 本件の紹介・解説としては、多くのものがあるが、紙幅の関係上、特に主要なものとして、柴田孝夫「判批」最高裁判所判例解説 刑事篇218頁(昭和47年度)(1972年)、小高剛「判批」昭和47年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊)

に至るまで、最高裁は行政手続に憲法35条が適用される余地を全面否定はしていないが、それらの事例では、個別的な事情に基づいて憲法35条の適用があるとしているのか、行政手続一般に憲法35条が適用されるとしているのかは明確ではない⁶⁴⁾。さらに、これらの事例では、憲法35条は令状主義を採用しているが、令状は不要であるとされており、いかなる場合に令状主義が適用されるのかという点についても不明確である⁶⁵⁾。そうすると、通常の行政手続よりも、国家安全保障というより特別な目的を有している対外諜報目的での搜索・押収についてはより一層憲法35条の適用について不明確となるので、このような搜索・押収については、憲法35条が適用されない特別な領域であると解することも可能ではある⁶⁶⁾。しかし、既に述べたように、通常の犯罪捜査と比較しても態様・性質がより侵害的な側面がある場合がある対外諜報目的での搜索・押収に憲法35条が適用されないとするのは国家安全保障の領域であったとしても個人の自由・プライバシー

535号6頁（1973年）、辻雄一郎「判批」行政判例百選Ⅰ〔第7版〕（別冊ジュリスト）208頁（2017年）、松井幸夫「判批」憲法判例百選Ⅱ〔第6版〕（別冊ジュリスト）258頁（2013年）、若狭勝「判批」研修589号55頁（1997年）、田宮裕「判批」警察研究第48巻第11号46頁（1977年）、松井茂記「判批」樋口陽一・野中俊彦編『憲法の基本判例 第2版』160頁（有斐閣、1996年）等がある。

63) 本件の紹介・解説としては、多くのものがあるが、紙幅の関係上、主要なものとして、馬渡香津子「判批」最高裁判所判例解説 刑事篇（平成28年度）235頁（2019年）、中島徹「判批」平成29年重要判例解説（ジュリスト臨時増刊）1518号28頁（2018年）、高倉新喜「判批」法学セミナー 748号122頁（2017年）、緑大輔「判批」新判例解説Watch（法セ増刊）21号199頁（2017年）、前田雅英「判批」捜査研究794号2頁（2017年）、笹田栄司「判批」法学教室439号121頁（2017年）、河村有教「判批」海保大研究報告第62巻第1号171頁（2017年）、洲見光男「判批」刑事法ジャーナル52号128頁（2017年）、馬渡香津子「判批」最高裁判所の判例9（ジュリスト臨時増刊）47頁（2019年）等がある。

64) 拙稿・前掲注2) 292-295頁。

65) 同上295頁。

66) 同上参照。

シーとの関係で不合理ともいえる。また、我が国では、アメリカ合衆国のように大統領権限という根拠が存在しないことも問題になる。そこで、一つの解釈としては、電子的監視での議論と同様、憲法35条は確かに本来、犯罪捜査を規律するものではあるが、このような対外諜報目的での搜索・押収にも適用され、しかし、その適用の要件は犯罪捜査の場面とは異なるものであるということができるとされる⁶⁷⁾。この点、アメリカ合衆国におけるFISAの電子的監視の規定制定時の議論を参照すると、第4修正の適用があるといえそうであり⁶⁸⁾、また、物理的搜索についても、先にみた合衆国議会の委員会の報告を参照すると、裁判所の命令によらない司法長官の許可に基づく政府による無令状の搜索は、合衆国市民の憲法上の権利を保護するのに不十分であるとの見解が示されていたところである。したがって、合衆国議会は、少なくとも合衆国国民については対外諜報目的での搜索・押収との関係で第4修正が適用されると認識しているといつてよいと思われる。そうすると、合衆国議会は、FISAにおける電子的監視や物理的搜索はその要件等が通常犯罪捜査とは異なっているが、これは、対外諜報には第4修正の適用がないとしているわけではなく、第4修正の適用はあるが、そこでは通常犯罪捜査とは異なった要件で第4修正の適用があると捉えていることになると思われる。したがって、FISA自体は、「国家安全保障」を目的とした対外諜報という政府の活動の必要性と個人の権利・プライバシーについて、第4修正に照らした衡量を行っているもの（特に少なくとも合衆国市民を含む合衆国人に対する規定は）ということができると思われる。このように考えてみると、我が国においても、本来的に憲法35条は犯罪捜査に適用されるものであるが、犯罪捜査とは異なった要件で対外諜報目的での搜索・押収にも適用されると解釈す

67) 同上参照。

68) 同上297頁参照; See S. REP. NO. 95-701 (Mar. 14, 1978) at 9, 13-14 [hereinafter S. REP. NO. 95-701] available at <https://www.intelligence.senate.gov/sites/default/files/publications/95701.pdf> (last visited September 11, 2022)

る余地があるように思われ、侵害の程度が強い対外諜報目的での搜索・押収は憲法35条の法意に根差した立法を行って規律することが望ましいということになる。

（２）対象・目的

まず、対外諜報目的での搜索・押収の対象であるが、これは対外諜報目的での電子的監視の対象と同じく外国政府や外国テロ組織、外国政府の職員や軍人・工作員、協力者、外国テロ組織の構成員やその協力者等ということになり、そこでは必ずしも犯罪についての実体要件がない者も搜索・押収の対象となる⁶⁹⁾。このような必ずしも犯罪についての実体要件がない者（団体）に対し、一定の要件の下で搜索・押収を認めることも憲法35条上の「正当な理由」に当たると解することができる⁷⁰⁾。そして、その際、日本国民（永住権者）については、FISAのように、犯罪捜査で求められるものとは異なるが、一定の犯罪についての実体要件を求めることも考えられる⁷¹⁾。そしてこのような外国人との区別は国家安全保障という極めて特別な目的に基づく合理的なものといえ、憲法35条の「正当な理由」の範囲内にあると解することができる⁷²⁾。また、これらの監視に際する政府の活動の監督は、別稿にて検討を加えた通り、我が国では、憲法76条2項前段が特別裁判所の設置を禁じているので、FISAの規定のようにFISCのような特別の裁判所を設けることはできず、行政機関以外の第三者機関を設けて法曹資格者が監視の審査を行うか、他の行政機関が審査を行うということが考えられる⁷³⁾が、いずれにせよ、搜索・押収を実施する機関が独断で搜索・押収を行うのではなく、搜索・押収のための実体要件を審査する機

69) 拙稿・同上300頁参照。

70) 同上301頁参照。

71) 同上参照。

72) 同上参照。

73) 同上303-304頁参照。

関を設ける必要があるであろう。

そして、このような対外諜報目的での搜索・押収の目的は国家安全保障のために外国勢力等に関する情報を収集することであるが、現実には目的が複数に及ぶことがあり得る。例えば、テロの動向や外国政府の動向を探るために搜索・押収を行った場合、現実にはそこで得られた情報が犯罪の証拠となることが観念し得る。対外諜報目的での搜索・押収の対象は犯罪についての実体要件がない場合や通常の犯罪捜査とは異なる緩やかな基準といえるので、この対外諜報目的での搜索・押収を利用することで専ら犯罪捜査を行うということになれば、それは通常の犯罪捜査の手続を潜脱し、憲法35条に反する。これは対外諜報目的での電子的監視の場面でも問題となり、この点については既に別稿で検討を加えた。すなわち、FISAでいえば、監視のための実体要件が犯罪に関する「相当な理由」ではなく、この基準が緩やかである場合があることに加え、現在では「監視の重要な目的の一つ」が対外諜報情報を収集することであれば足りるので、犯罪捜査を主要な目的として緩やかな要件でFISAを利用可能ではないかという問題があるが、一定の国家安全保障が関係する場合には対外諜報と刑事訴追を切り離すことは困難な側面があり、裁判所の判断と合衆国議会での議論を踏まえた結果、現在進行中の対外諜報上の犯罪に対しては、FISAによる監視が認められるといえる⁷⁴⁾。とはいえ、我が国で対外諜報目的での電子的監視を行うという場合については、「監視の重要な目的の一つ」が対外諜報情報の収集であれば足りるとするのではなく、「監視の主要な目的」が対外諜報情報の収集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べきではないかと考えられる⁷⁵⁾。アメリカ合衆国では、物理的搜索の場面でも犯罪捜査・刑事訴追との関係について懸念する見解が示されており、そこでは、対外諜報では政府には大きな裁量を与えられるが、刑事訴

74) 拙稿・前掲注26) 118-133頁参照。

75) 拙稿・前掲注2) 307頁。

追はその目的ではなく、FISAは例えばスパイを訴追し、収監するために必要な情報を収集するための法律ではないなどと批判されることがある⁷⁶⁾。しかし、対外諜報活動により得られる情報が犯罪の証拠でもある場合については、電子的監視と物理的搜索で両者を原則として特段分けて論じる必要はないように思われる。このことを前提に考えると、現在FISAの物理的搜索の規定においても「監視の重要な目的の一つ」が対外諜報情報の収集であれば足りることとされているが、我が国では、やはり「監視の主要な目的」対外諜報情報の収集である場合にのみ搜索・押収を認めることにより伝統的な犯罪捜査の規律を潜脱した法執行を予防することができると思われる。我が国の行政機関による各種の調査を規定する法律では、多くのものに各調査活動が「犯罪捜査のために認められたものと解釈してはならない」旨の規定が置かれており、これは各行政法の規定を活用して緩やかな要件の下で潜脱的に犯罪捜査を行ってはならないことを定めているといえ、我が国では、アメリカ合衆国とは異なり、「主要な目的」が対外諜報である場合に限定して搜索・押収を認めることはそれらの規定や従来の我が国での法運用と整合的であるということができると思われる。ただし、その場合においても、電子的監視と同様に、そこで得られた諜報に関する情報が同時に犯罪の証拠である場合には後の刑事訴追において当該証拠を利用することができると解するべきであり⁷⁷⁾、このような考え方は最高裁の一連の行政手続と憲法35条の考え方にも反しないということがで

76) Elizabeth Little, Kelly C. Quinn, *Attacking the Use of Physical Evidence Seized Under the Foreign Intelligence Surveillance Act*, 40-NOV Champion 22,22 (2016); David S. Kris, *The Rise and Fall of the FISA Wall*, 17 Stan. L. & Pol'y. Rev. 487, 487-88 (2006).

77) この点について、我が国においても、行政法の分野から行政調査が犯罪捜査の機縁となることは排除しきれず、このような可能性を完全に排除することが必ずしも妥当ではないとの見解が示されており、行政調査と犯罪捜査の峻別の建前を貫くことに意味はないとされる（櫻井敬子・橋本博之『行政法〔第6版〕』（弘文堂、2019年）160-161頁）点も示唆に富むであろう。

きる。対外課報目的での捜索により適法にプライバシーが開かれている以上、獲得された証拠は利用目的が変わることで新たに保護される利益が生じるということにはならないということができよう。

(3) 対象者への通知のない捜索・押収

我が国では、通常の犯罪捜査の場合、捜索・押収を実施する際には、被処分者に事前に令状を呈示しなければならない(刑訴法222条1項, 110条, 犯罪捜査規範141条1項)。しかしながら、これまでみてきたように、対外課報目的での捜索・押収は、課報活動であるため、対象者に対する事前通知のない立入り・捜索・押収が求められることが多く、これをいかに解するかが問われる。この点については、通信傍受における通知に関する議論が一定の参考になる。すなわち、通信傍受は相手方が不知の内にその通信の内容を取得する捜査手法であるので、事前に傍受の実施について通知すると捜査目的は達成できなくなる。現在の犯罪捜査のための通信傍受に関する法律(以下、通信傍受法という。)では、事後的に傍受対象者に通知を行うことが規定されているが、この通信傍受法の立法段階では、傍受対象者である通信の当事者に令状の事前呈示がなされないのは憲法違反であるとの主張がなされたことがあった⁷⁸⁾。当時の通信傍受法の反対論者の主張としては、令状の事前呈示こそが被処分者に防御の機会を付与する趣旨であり、傍受の事後通知は合憲とはいえないというものであった⁷⁹⁾。しかし、事前の令状の呈示とは、憲法上の要請ではなく、手続の公正を担保するために法律が特に設けたものであるとするのが通説であり、令状の呈示を事

78) 椎橋隆幸「通信傍受立法をめぐる最近の動向—4—令状の事前呈示は例外を認めない絶対的要件か」警察公論第53巻第6号65頁(1998年)。

79) 同上65-66頁, 小田中聰樹「盗聴立法の違憲性」法律時報69巻3号49頁(1997年), 白取祐司「組織犯罪対策立法の問題点」受験新報1997年7月号13頁(1997年), 久岡康成「「通信傍受」立法の問題点」季刊刑事弁護9号13頁(1997年), 川崎英明「盗聴立法の憲法問題点」法律時報69巻4号48頁-51頁(1997年)。

前にできない正当な理由があり、手続の公正を担保することができる他の方策を探れば、事前の呈示の例外は認められないものではないと説明される⁸⁰⁾。この点、検証許可状による電話傍受についての最高裁判例（平成11年12月16日（刑集53巻9号1327頁）⁸¹⁾）においては、電話傍受が「検証許可状による場合、法律や規則上、通話当事者に対する事後通知の措置や通話当事者からの不服申立ては規定されておらず、その点に問題があることは否定し難いが、電話傍受は、これを行うことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められる場合に限り、かつ、前述のような手続に従うことによって初めて実施され得ることなどを考慮すると、右の点を理由に検証許可状による電話傍受が許されなかったとまで解するのは相当ではない……。」とされており、これは、検証による電話傍受に事前の令状呈示が絶対的に求められるものではないことを前提としているといえ、その上で事後通知等の手続を設ける必要性について言及がなされている。また、近時のGPS捜査についての最高裁判例（最判平成29年3月15日（刑集71巻3号13頁）⁸²⁾）に

80) 椎橋・同上。

81) 本件の紹介・解説としては、多くのものがあるが、紙幅の関係上、特に主要なものとして、池田修＝飯田喜信「判批」最高裁判所判例解説刑事篇220頁（平成11年度）（2002年）、小早川義則「判批」平成11年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊）1179号183頁（2000年）、清水真「判批」刑事訴訟法判例百選〔第10版〕（別冊ジュリスト）70頁（2017年）、三浦守「判批」研修623号11頁（2000年）、長沼範良「判批」法教256号22頁（2002年）、立山紘毅「判批」法教別冊246号9頁（付録・判例セレクト2000）（有斐閣、2001年）、水谷規男「判批」法学セミナー544号111頁（2000年）、田口守一「判批」現代刑事法25号80頁（2001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2版〕〕120頁（信山社、2018年）等がある。

82) 本件の紹介・解説としては、多くのものがあるが、紙幅の関係上、特に主要なものとして、稲谷龍彦「判批」平成29年度重要判例解説（ジュリスト臨時増刊）1518号179頁（2018年）、酒巻匡「判批」論究ジュリスト（ジュリスト増刊）30号187頁（2019年）、井上正仁「判批」、刑事訴訟法判例百選〔第10版〕（別冊ジュリスト）64頁（2017年）、椎橋隆幸「判批」研修843号3頁（2018年）・851

においても、「刑訴法上の各種強制的処分については、手続の公正の担保の趣旨から原則として事前の令状呈示が求められており……、他の手段で同趣旨が図られ得るのであれば事前の令状呈示が絶対的な要請であるとは解されないとしても、これに代わる公正の担保の手段が仕組みとして確保されていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る。」とされており、事前の令状呈示が絶対的な要請ではないことを明示的に確認し、何らかの手続の公正の確保の措置を講じる必要を指摘している。このように、刑事訴訟法上の学説、判例では、事前の令状呈示は絶対的な要請ではなく、事前の令状呈示ができない理由があれば、それに代わる代替策を検討すべきであるということが現在では確立しているといえ、通信傍受法も傍受対象者への事後通知等を規定することにより手続の公正を担保している。しかし、対外諜報の場合については、またさらに別途検討が必要である。すなわち、通常の犯罪捜査のための通信傍受であれば、一定期間が経過後、捜査が妨げられるおそれがない場合に通知を行うことができるであろう⁸³⁾が、対外諜報は諜報活動であるので、その活動を対象者に伝えることはできないことが多いという事情があり、事後通知による対処も適わない場合がある。この点、FISAの物理的搜索の場面では、合衆国人の住居に関する搜索で、国家安全保障上の利益が存しないとされた場合や刑事裁判等の手続で証拠を用いる場合に通知がなされることとされており、原則的には通知がなされない方策を取っているが、上述したように、前提として、少なくとも合衆国市民との関係では対外諜報にも第4修正の適用があるといえるので、この点について合衆国最高裁判所の判断はないが、対外諜報の領域では、対象者に通知がなされなくとも第4修正に反しないと合衆国議会の理解・判断があるものと思われる。政府の監視・搜索対象

号3頁(2019年)、前田雅英「判批」捜査研究798号28頁(2017年)、池田公博「判批」法学教室444号72頁(2017年)、柳川重規「判批」刑事法ジャーナル59号37頁(2019年)等がある。

83) 通信傍受法30条参照。

となった者の権利や異議申立ての機会を確保するために通知を行うことは本来的に重要であり、それ自体に意味があることは確かであるが、対外諜報という国家安全保障が関係する領域で政府の活動をすべて明らかにすることはできず、この点が通常の犯罪捜査とは根本的に異なる性質の一つであるといえるので、事後通知がなされなくとも憲法35条には反しないと解すべきであろう。しかし、当然のことながら、国家安全保障上の脅威・利益がない場合には通知を行うことは重要であり、この場合には、通知がなされなくてはならないことになると思われる。また、対外諜報目的での搜索・押収で得られた情報により刑事訴追が行われることになれば、なされた搜索・押収について通知が求められることになる。さらに、証拠開示制度との関係からもなされた搜索・押収についての情報の開示が求められる場合もあるが、その際には当事者・論争主義からの要請となるので、手続そのものの公正を担保することを目的とする通知の問題とは別に考える必要がある⁸⁴⁾。

（４）第三者の立会い・第三者への令状の呈示の問題

刑事訴訟法では、搜索・押収を行う際、住居主等を立ち合わせる必要があり、立ち合わせることができない場合、隣人や地方公共団体の職員を立ち合わせることが求められる（刑訴法222条1項、114条2項）。また、やむ得ない理由により被処分者に令状の呈示ができない場合、立会人に令状を呈示しなければならない（犯罪捜査規範141条2項）。対外諜報目的での搜索・押収においてもこれらのような措置が求められると解すべきであろうか。この点、刑訴法114条の趣旨は、建物等内で搜索・押収が行われる際に、その管理者等の責任者を立ち合わせることで被処分者の権利の保護を図るとともに、その執行手続の公正を担保しようとするものであると説明さ

84) もっとも、どの範囲・内容まで証拠開示が求められるかという点については尚も検討の余地がある。この点は国家安全保障が関わった場合の証拠開示の問題であり、本稿の射程からは外れる。

れ⁸⁵⁾、犯罪捜査規範についても同様に手続の公正の担保がその目的にあるといえるであろう。しかし、対外諜報目的での搜索・押収の場面で扱う内容は国家機密であり、搜索・押収の対象となる物や搜索・押収の理由を第三者へ示すことはできない⁸⁶⁾。したがって、ここでも通常の犯罪捜査の原則をそのまま当てはめることはできないであろう。第三者の立会いと第三者への令状の呈示は、犯罪捜査の場面においても、法律と規則が被処分者の権利保護及び手続の公正の担保のため法律上の保護策として設定したものであり、憲法35条が要請するものではないと考えられるので、対外諜報目的での搜索・押収の場面ではその性質上これを要件とせずとも憲法35条に反しないといえる。

以上、通知のない搜索・押収や第三者の立会いと令状の呈示について検討し、そこでは対外諜報目的での搜索・押収には通常の犯罪捜査とは異なる事情があることが通常の犯罪捜査における搜索・押収の原則が適用されない大きな理由であると説明してきたが、対外諜報目的での搜索・押収の実施のための要件等を慎重かつ周到に整備することでも犯罪捜査の原則を適用しないことが認められるのではないかと思われる。例えば、FISAの物理的搜索の申請では、搜索を実施しようとする政府は、通常の捜査手法では情報が収集できないことを疎明する必要があるが、これはいわゆる補充性を要件としているということができるとと思われる。通常の犯罪捜査における物理的な搜索の場面では補充性は求められないため、アメリカ合衆国では、この意味において、対外諜報目的での物理的搜索は、通常の犯罪捜査における搜索・押収よりも実施のための要件を一部高く設定している

85) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法 第4版増補版』(弘文堂, 2016年) 228頁。

86) 尚、FISAでは、搜索実施の際に、土地の管理者等に必要な協力をさせることができる規定があるが、その場合にも搜索に関する機密事項が明らかにならないようにすることが求められる(See, 50 U.S.C. § 1824(c)(2))。これは土地、建物等への立入り、搜索に協力が必要な場合の協力要請の規定であり、立会いによる手続の公正の担保のための規定ではないといえることができる。

ともいえるかと思われる。また、先にみたように、FISAでは、各種の詳細な要件が定められている他、搜索実施件数の合衆国議会への報告等の事後手続が整備されており、この点でも国家の安全と個人の自由・プライバシーの衡量が図られている。我が国でも、プライバシー等への侵害の程度が強い対外諜報目的での搜索・押収においては、補充性の要件、国会への報告等に加えて各種の慎重な要件を設定してこれを実施する必要があるが、このような他の保護策の拡充があれば、上でみてきたような通常の犯罪捜査とは異なる要件・基準での搜索・押収の合憲性・妥当性をより一層積極的に認めることができるようになると思われるのである。通常の犯罪捜査・行政による調査とは異なるが、憲法35条に照らして、その目的・侵害の態様等を適切に衡量することで、我が国でも対外諜報目的での搜索・押収が実施できる余地は残されていると考えられる。

6 おわりに

本稿では、対外諜報目的での搜索・押収について、刑事手続法的観点から通常の犯罪捜査と対比しながら検討を加えてきた。この領域は依然として議論がなされておらず、我が国を取り巻く不安定な情勢にあっては、冷静かつ慎重な早急の議論が求められる。今後は物理的搜索・押収の際になされる傍受機器の設置による会話傍受の問題、さらに、サイバー空間における諜報活動等と併せてさらなる検討を深めたい。

（本学法学部兼任講師）