

# 無人機 (unmanned aerial vehicle) の研究 (三)

—— 捜査における有用性と発動の限界の検討を中心に ——

鈴木 一 義

はじめに

## 第一章 無人機の概要

### 第一節 無人機の特徴

第二節 センサー機能などの向上と問題点 (以上、本誌第一二〇巻第三・四号)

## 第二章 アメリカ合衆国における議論情況

### 第一節 修正第四条を巡る裁判例の動向

第二節 立法に関する動向 (以上、本誌第一二二巻第一・二号)

## 第三章 我が国の情況

第一節 我が国における無人機活用の現状

第二節 我が国におけるプライバシーを巡る議論

第三節 追跡型捜査手法に関する議論・裁判例の情況

## 第四章 比較法的知見

第一節 アメリカ合衆国の動向の纏め

第二節 情報データベースの保護

無人機 (unmanned aerial vehicle) の研究 (三) (鈴木)

第三節 ヨーロッパの動向

第四節 無人機におけるデータ保護

第五節 立法府・司法府による規律（以上、本号）

## 第三章 我が国の情況

第二章で検討したアメリカ合衆国の裁判例・立法の動向を承けて、本章では、我が国において無人機を捜査目的で活用する際の前提情況などについて検討を行いたい。まず第一節では、我が国において無人機が今後活用されて行くかについて若干の検討を加える。アメリカ合衆国で無人機が活用される方向にあっても、我が国において全く活用される見通しがないのであれば、本章における検討の意義に欠けることになるからである。

### 第一節 我が国における無人機活用の現状

一 第一章で言及した軍用用の無人機（UAV）については、高々度以外の無人機に関しては我が国の自衛隊でも既に一部導入が開始されていた。例えば、純粋な軍用ではないが、平成一八年七月迄イラクに派遣された陸上自衛隊は、基地警備等のために無人操縦ヘリコプター（ヤマハが開発したRIMAX [Type II G]を独自に改良したもの）を用いており、これは赤外線監視カメラを搭載するなど、簡易の観測ヘリの役割を担った。また、防衛庁技術研究本部は、既に昭和三〇年代から航空無人機の研究開発に取り組んで来ており、昭和五十一年には無尾翼型の研究用RPV（重

量約九〇キログラム、最高速度時速約二〇〇キロメートル。先端にテレビカメラを搭載）が研究試作、昭和六一年には高速標的機J/AQM-1ターゲッドローンが制式化されている。そして、昭和六三年から技術研究本部が研究試作を行い、富士重工が主契約企業となって開発した無人ヘリコプター「遠隔操縦観測システム（FOS）」は、平成八年から陸上自衛隊による実用テストが行われ、平成一三年度予算から量産級の調達が開始されていた。<sup>(208)(209)</sup>

二 (1) ただ、専守防衛を掲げており、相手方の動きを速やかに察知する必要がある我が国においては、戦域級偵察機が必要とされていた。戦術・作戦級の偵察手段は、従前の偵察車輛や偵察機でカバー可能であつて、編成が遂行されて来たし、戦略級偵察については、平成一五年から打ち上げられている情報収集衛星が役割を果たしているけれども、偵察衛星は必要な時に必要な情報を得られる保障がある訳ではないし、戦術偵察機は見る事が出来る範囲も時間も狭くなるという憾みが指摘されていた。<sup>(210)</sup> この過程で、平成一八年一月、額賀防衛庁長官（当時）が平成一九年以降にアメリカ製の無人偵察機（グローバルホークまたはプレデター）を導入する方針を示した。防衛省は、高々度無人機について平成一五年度から国産化の研究・開発を進めていたが、無人機に偵察・観測センサーを搭載し、公海上から北朝鮮や中華人民共和国などの画像情報を収集したり、ミサイル防衛システムと連携させるといった構想の実現のために間には合わないこと、平成一七年に合意した在日米軍再編中間報告において協力を強化する分野に無人機による情報収集が盛り込まれていたことなどから、この時点で一旦アメリカ製を導入する方向となったのである。<sup>(211)</sup> 尤も、かかる方向性も、検討されただけで、平成二二年の次期中期防衛力整備計画（中期防）において―無人偵察機導入の検討は行うものの―RQ-4グローバルホークの導入が見送られるという結果に終わっていた。

(2) しかし、情況は変化しつつある。そもそも、我が国の上空は南北に長い国土のために空域は幅が狭く、非常に

過密であり、且つ航空法は無人機の運用を前提としていないため、障害を避けるためには、無人機を硫黄島から発進させ、螺旋上昇しながら航路の重ならない高々度迄上げ、その後必要な場所に向かわせる必要があるとされていた。この点で、航空自衛隊はグローバルホークでも能力が足りないと考え、直ちに国産機の開発・実用化が実現可能かは格別、グローバルホークを導入して、その問題点を学ぶことによりノウハウを蓄積しつつ、我が国独自の無人機を開発するという方向に近時動き出したと論じられている。<sup>(27)</sup> このような動向の背景事情として、平成二三年三月の福島第一原発事故の際に米軍の無人機グローバルホークが合衆国においては、国防総省の要求した条件等をクリアしていない点で、その有用性に疑問の声が上がっているもの——原発の状況を把握し、一定の成果を見たという経緯が考えられ、これが防衛省の無人機開発を促進した面もあるものと思われる。<sup>(28)</sup> かかる経緯を踏まえて、(i) 我が国の安全保障環境の悪化に加え、(ii) 警戒監視衛星等に比べて費用対効果が高い、(iii) 上記平成二三年の東京電力福島第一原発事故でアメリカ軍無人機が現場を撮影したように、災害・事故時の情報収集も強化出来るという理由から、平成二五年八月、防衛省は平成二六年度予算の概算要求でグローバルホークを導入する費用を計上する方針を固めたと報道された。平成二六―三〇年度で三機購入し、地上施設整備も含めた費用は一〇〇〇億円前後であるという。<sup>(29)</sup>

(3) 加えて、第二章でも触れたように、近時、アメリカ合衆国が民間への無人機使用の促進を強化していること、韓国における国を挙げての自国製無人機開発の取り組み等にも刺激を受け、——もともと我が国においては、農業散布用無人ヘリコプターは発展をみていたが、それに止まらず——荷物の運搬・建設現場でのチェックなど民間分野での無人機使用についての関心も高まっている。<sup>(30)</sup> 特にはじめにでも触れたように、オバマ政権下で四キログラム以下の重量の無人機が警察においても使用可能となったことにより（近々、法執行機関が犯罪者の追跡・違法薬物捜査・犯罪の発見

等に無人機を広く活用するようになると評されている<sup>(280)</sup>、国情の違いはあるものの、合衆国の動向を見据えて我が国の捜査においても無人機が活用されるようになる点は予測され得るところであろう。

かかる状況から、我が国において、捜査目的で無人機を活用する要件等について検討する意義は認められると考える。

## 第二節 我が国におけるプライバシーを巡る議論

一 第二章では無人機の本場とも言い得るアメリカ合衆国の議論状況について若干の素描を試みた。本節ではそれとの比較の面をも含めて、無人機の問題に関わる限りで我が国におけるプライバシーに関する議論を簡単に眺める。主として憲法上の議論に則しつつ、期間を概ね、(1)「一人で放っておいて貰う権利」拡大期<sup>(二)</sup>、(2)「自己情報コントロール権」展開期<sup>(三)</sup>、(3)システム・コントロール転回期<sup>(四)</sup>の三期に分けて鳥瞰してみたい<sup>(281)</sup>。

二 (1) 我が国においては、戦前においてもイギリス・アメリカ合衆国の判例を参照しつつ、「秘密権すなわちプライバシーの権利」について考察した研究も存した<sup>(282)</sup>が、プライバシーの権利が本格的に論じられるようになったのは一九五〇年代半ばから一九六〇年代以降であるとされる<sup>(283)</sup>。憲法学説は「宴のあと」事件東京地裁判決（東京地判昭和三九年九月二八日下民集一五卷九号二三二七頁）に注目した<sup>(284)</sup>。同判決は、「私事をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」が「個人の尊厳を保ち幸福の追求を保障するうえにおいて必要不可欠なもの」であるとしており、公開された内容が、(i) 私生活上の事実又は事実らしく受け止められる恐れのある事柄であること（私事性）、(ii) 一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立った時に公開を欲しないであろうと認められるものであること（秘匿性）、(iii)

一般人に知られていない事柄であること（非公然性）を、プライバシー侵害の三要件として提示した。ここにおいて、ウォーレンとブランドイスが提唱した、いわゆる「一人で放っておいて貰う権利」としてのプライバシー権は我が国でも迅速に広がったと言われている。

(2) 刑事手続の分野では、昭和四四年二月二四日最高裁大法廷判決（京都府学連事件。刑集二三卷二二号一六二五頁）が目された。本判決については、公権力統制の分野に関わるもので、私人間のプライバシーの問題とは切り分けるべきであるとの見解も有力であるが、<sup>(285)</sup>四で触れる住基ネット事件が「憲法一三条は、国民の私生活上の自由が公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものであり、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有するものと解される」と本判決を踏まえて論じていることに見られるように、枠組みとしては情報の公表の場面であっても保存管理の場面であっても、情報コントロールという側面を前提としない路上における写真撮影を念頭に置いた本判決が爾後も維持されているとの見解も有力である。<sup>(286)</sup>

三 (1) 憲法上の議論は、一九七〇年代以降の自己情報コントロール権説の主張によって一層高まった。既に第二章で触れたように、アメリカ合衆国においては一九六〇年代に、プライバシー権の関心が私的領域の保護・私生活の秘匿から、個人情報コントロールへと移り始めたが、我が国においてもかかる動向を承けて、自己情報コントロール権説が積極的に紹介され、憲法学界に浸透して行った。<sup>(287)</sup>

(2) この見解は、プライバシーの権利に対する一九七〇年当時の関心は、一人で放っておいて貰う権利という消極的な意味合い（日常生活からの逃避・現実世界からの撤退）ではなく（人々が政府によるサービス等と引き換えに日常的に

情報を引き渡していることに鑑みれば、一人で居させて貰いたい権利ということだけではプライバシーの保全是不可能である<sup>(288)</sup>、高度に複雑な相互依存的社会にあつて、個人が自己に関する情報をコントロールする自由を確保することによって現代社会に見合った人間の行動についての合理的ルールを確立し、以て人格の自由な発展の道を確立しようとする努力から生じているとし、プライバシーの権利を、自ら善であると判断する目的を追求して他者とコミュニケーションし、自己の存在に関わる情報を開示する範囲やその性質を選択出来る権利と理解すべきではないかと論ずる。そして、かかる「情報プライバシー権」は、「人格的自律のプライバシー権」と密接な関係を有しているものの性質を異にしており、個人についての情報の①取得収集、②保有及び③利用の各局面に応じて問題となり、不当に自己に関する情報を取得収集されないという自由権としての側面のみならず、請求権としての側面をも有すると述べる<sup>(290)</sup>。

この見解に対しては批判が寄せられ、例えば、自己情報は全てプライバシーの権利と言えるのか（自己情報コントロール説は名譽とプライバシーを一括して説明する点で包括的過ぎ、両者の区別を曖昧にしてしまう）という点について、プライバシーの権利を「社会的評価からの自由」と捉える見解<sup>(291)</sup>、如何なるプライバシーの基礎概念を前提にしているか明らかでないという点について、人間が自由に形成し得るところの社会関係の多様性に依じて、多様な自己イメージを使い分ける自由と捉える見解<sup>(292)</sup>などが主張されている<sup>(293)</sup>。

(3) 刑事手続の分野においては、一九七〇年代から八〇年代においては、盗聴（傍受）・写真撮影といった電子工学技術を用いる捜査方法の適法性について、プライバシー権侵害との関連で議論された。ここでは、プライバシーの権利を「一人で放っておかれる権利」「自己の情報をコントロールする権利」と二者択一とせず、両者を含めた包括的な内容を持つ権利として理解する見解<sup>(294)</sup>の存在に見られるように、憲法学における第一期・第二期各々の有力な見

解に必ずしも対応している訳ではない。<sup>(295)</sup>

四 (1) その後、アメリカ合衆国においては、一九六〇年代後半頃に登場した情報プライバシー権論が、その儘の形で現代の高度化したデジタル社会に対応出来るかという問題意識が生じ、一九九〇年代後半から、私事の公開や個人情報同意なき開示・利用という事後的で個別具体的な行為でなく、情報システム、データベースの構造などに議論の重点を置く「構造論的転回」が発生したと言われる。<sup>(297)</sup>

(2) そして、このような転回の兆しは我が国でも見られ、全体のシステムの中身を問題としたり、制度上のセキュリティがどこ迄図られているかといった点を重視すべきとする見解が主張されたり、また、最高裁平成二〇年三月六日判決（住基ネット事件。民集六二巻三号六六五頁）も、住基ネットにシステム技術上又は法制度上の不備があるか、将来的に第三者に開示又は公表される具体的な危険があるかを審査しており、情報システム又は構造に着目した判決と見ることが出来ようと評する見解もある。<sup>(301)</sup> 尤も、これに対しては、住基ネット事件においても、昭和四四年京都府学連事件における、情報の取得場面における正当性に焦点を当てる審査手法が猶生き続けているという評価も有力に存する。<sup>(302)</sup>

(3) そして、この第三期においては、第一期や第二期におけるプライバシーの捉え方の重要性も否定されず、多元的なプライバシー権論が展開されていると把握されている。<sup>(303)</sup>

### 第三節 追跡型捜査手法に関する議論・裁判例の情況<sup>(304)</sup>

#### 第一款 議論・裁判例の概況



一 第二章冒頭で言及した通り、無人機は、これによって対象者に気付かれぬ儘に上空から捜査機関が長期間、容易に追跡し得る点に主たる特徴がある。我が国でかかる追跡型捜査の機能を担い得るのは、例えば、(1) 写真撮影、(2) 自動速度監視装置による写真撮影、(3) 防犯カメラ、(4) 自動車ナンバー自動読み取りシステム(Nシステム)、(5) 内偵・尾行、(6) コントロールド・デリバリー等の捜査手法であろう。そこで、以下、これらを巡る議論情況について簡単に検討する。

## 二 写真撮影<sup>(30)</sup>

(1) 写真撮影は、戦前から捜査目的に活用されており、その意味で必ずしも新しい捜査手段とは言えず、肖像権の権利としての稀薄さとか、被撮影者が直接的な痛痒を感じないこと等から、犯罪捜査を理由として侵害が無批判に正当化される傾向にあるとされていた。しかし、写真撮影は一種の機械力を利用して相手に気付かれず、または相手の意思に反しても行うことが出来るために多分に強制処分的な要素が含まれている点<sup>(30)</sup>が問題とされるに至り、特に、望遠撮影・赤外線撮影など、撮影技術が進歩して被撮影者が想定していない形で、その私生活が意に反して撮影されるに至った点などにおいて強制処分的性が強く議論された。この点、最高裁は、捜査目的による無令状の写真撮影を、一定の条件付きで許容している。即ち、前出の最高裁昭和四四年二月二四日大法院判決(刑集三卷二二号一六二五頁)は、デモ行進許可条件違反を現認した警察官による写真撮影に関して、大要、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしにみだりに容貌・姿態を撮影されない自由を有するが、この自由も公共の福祉のため必要がある場合には相当の制限を受け、警察官が犯罪捜査の必要上写真撮影をする際、個人の容貌等が含まれても、許容される場合があり得る」としつつ、「現に犯罪が行われ若しくは行われた後間がないと認められた場合であつて、しかも証

抛保全の必要性及び緊急性があり、且つその撮影が一般的に許容される限度を超えない相当な方法をもって行われる時には、対象者の同意や裁判官の令状がなくとも写真撮影が許容される」旨判示した。

(2) 本判決では、許容される写真撮影の限界について問題となつた。第一審（京都地裁判決）では、本件処分が刑事訴訟法第一九七条第一項但書の強制処分（個人の権利に直接的・物理的侵害を加え、又は国民に法的義務を負わせる場合については特別の規定が必要であるとした）に該当しないから令状主義も適用されず、違法でないとして、第二審（大阪高裁判決）は、刑事訴訟法第一九七条第一項但書には言及せず、恐らく第一審と同様の理解で、本件写真撮影を違法なデモ行進の状態及び違反者を確認するために、違反者又はデモ行進者に物理的な力を加えたり特別な受忍義務を負わずことなく行われたものであると解して令状は不要と判断、最高裁では、強制処分の定義を行わず、また、任意捜査としての要件・限界の検討に主眼を置きつつ、(1)で触れた通り、(i)現に犯罪が行われ若しくは行われた後間がないと認められ、(ii)証拠保全の必要性及び緊急性があり、(iii)当該撮影が一般的に許容される限度を超えない相当な方法をもって行われる時に、裁判官による令状がなくとも、警察官による個人の容貌の撮影が許容されると判示された。この昭和四四年最高裁判決は、「宴のあと」事件の影響も恐らく受けつつ、肖像権の範囲を実質的に認知し、それを憲法第一三条の内容として宣言したことに大きな意義があり、一方、当該宣言は理論的宣言に止まったから、その内実化は将来に残されたなどと評されたのである。<sup>(309)</sup>

### 三 自動速度監視装置による写真撮影<sup>(310)</sup>

高速道路等に設置されるオービスⅢなどの自動速度監視装置は、自動的に車両の走行速度を測定すると共に、制限速度を一定程度超過した車両について、測定装置と連動したカメラが当該車両の全面や運転者等を撮影し、且つ測定

速度・測定日時等を写真に記録して証拠を保存する。これによって、速度違反取締りが無人化され、二四時間取締りが可能となって犯人検挙が容易となり、身代わり犯人の危険も少なくなったとされる。最高裁昭和六一年二月一四日判決（刑集四〇巻一号四八頁）は、最高裁昭和四四年判決の枠組みに従い、現に犯罪が行われている場合になされ、緊急性・必要性があり、方法も相当であるならば適法とし、無差別の写真撮影によるプライバシー侵害・普通自動車に限定する差別的検挙・四捜査類似の不適正な捜査という本装置に対する批判に決着を付けている。

#### 四 防犯カメラ

昭和四一年、大阪府警は釜ヶ崎交差点・公園脇など労働者がたむろする場所に一五台の首振り・望遠機能付きの高性能テレビカメラを設置、その後、二〇〇五年のロンドン地下鉄爆破テロ事件における犯人特定に監視カメラが貢献したことも追い風となって我が国においても防犯カメラが広く設置されるに至り、<sup>(11)</sup>今や我が国の捜査活動の主流は防犯カメラ画像による追跡捜査であると評される程、防犯カメラは増え続けており、事件解決に大きく寄与している。<sup>(12)</sup>

設置の許容性について、大阪地裁平成六年四月二七日（判例時報一五一五号二六頁）は (i) 目的の正当性、(ii) 客観的・具体的必要性、(iii) 設置情況の妥当性、(iv) 設置及び使用による効果があること、(v) 使用方法の相当性の五要件、東京高裁昭和六三年四月一日（判例時報二二七八号一五二頁）は、(a) 当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性、(b) 撮影・録画という証拠保全方法によるべき必要性・緊急性、(c) 当該撮影・録画が社会通念に照らして相当と認められる方法で行われることという三要件を提示している。これについては、前者を行政警察活動・後者を司法警察活動（の文脈で事案に即して示されたもの）として位置付けて整理・区別することが可能である。<sup>(13)</sup> 捜査目的における無人機発動との関係では、主として後者の三要件が問題となるように思われる。

## 五 自動車ナンバー自動読み取りシステム（Nシステム）

自動車使用犯罪発生時において現場から逃走する被疑者車両を捕捉し、犯人を検挙したり、重要案件に使用される可能性の高い盗難車両を捕捉・回復を図ることを目的として設置され、走行中の自動車のナンバーを自動的に読み取って、手配車両のナンバーと照合するシステムである。昭和五六年に運用が開始され、昭和六一年に全国に配備され、警察庁が管理するものと都道府県警察が管理するものとに分かれている<sup>(34)</sup>。東京地判平成一三年二月六日（判例時報一七四八号一四四頁）は、Nシステムが運転者等の肖像権を侵害し、当該自動車による移動についての情報を把握し、監視するものであるとして、国に損害賠償が請求された事案であるが、東京地方裁判所は、Nシステムは走行車の搭乗者の容貌を撮影し画像を記録するシステムではないこと、走行車両のナンバープレートはナンバーが外部に見えるような形での設置が義務付けられており、ナンバー及び当該車両が公道上の特定地点を一定方向に向けて通過したとの情報は秘匿されるべきとは言えないこと、Nシステムによるこれら情報の取得・保有・利用の目的・方法も正当と評価し得ることから、Nシステムによつて走行車両のナンバーデータを記録保存していることが原告の権利・私生活上の自由を違法に侵害することにはならないと判示した<sup>(35)</sup>。本判決は、かかる当該車両が公道上の特定地点を一定方向に向けて通過したとの情報（位置情報）等が大量且つ緊密に集積されると個人の行動等を一定程度推認する手掛かりとなり得ることは否定出来ないとして、位置情報が大量に収集されることの危険性に言及しつつも<sup>(36)</sup>、当該事案ではNシステムによる情報の取得・保有・利用は憲法違反に該当しないとしており、位置情報技術とプライバシーの問題に関して参考となる裁判例であるが、如何なる場合に、情報が大量且つ緊密に集積される仕組みとして行動の監視の危険性を惹起するものと評価されるかは必ずしも明確でなく、今後の判断が待たれるとの指摘も見られる<sup>(37)</sup>。

## 六 内偵・尾行

被疑者・参考人を取調べる前に、秘かに捜査資料を入手する必要があるが、これを内偵と言ひ、この段階での捜査手段として、聞き込み・尾行・密行・張り込み等がある（犯罪捜査規範第一〇一条）。そして、尾行については、情報収集活動の一環として行われる（情報収集活動は、警察法第二条第一項の犯罪発生の予防手段、公安維持のための手段として認められ、従つて情報収集活動の一環としての尾行も許されるとされる）ものと監視警戒のための尾行とがあり、後者については、何等かの犯罪を犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由がある場合とか、犯罪が正に行われようとしている場合のようにその必要性・緊急性が高く、対象者の意思に反しても相当と認められる場合はあるうが、対象者が全く適法な行為に出ている場合には当該対象者の自由意思に影響を与え、当該自由な行動を制約する方法での尾行等は許されないとされる。この点、大阪高判昭和五一年八月三〇日（判例時報八五五号一一五頁）は、犯罪発生前であっても異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何等かの犯罪を犯そうとしていると疑うに足りる相当の理由がある時は、当該状態が続いている限り対象者の意思に反しても尾行を継続することが出来、必要性・緊急性等をも考慮した上で、具体的状況の下で相当と認められる態様・程度の尾行が許される（当該事案では、必要性がなく相当な尾行行為とは認め難く、違法な尾行行為であると認定された）と判示している。

## 七 コントロールド・デリバリー

(1) 規制薬物・拳銃等の禁制品の不正取引が行われる場合、捜査機関が当該事情を知りながら、直ちに検挙することなくその監視下に当該禁制品の運搬等を許容して追跡し、当該不正取引に関与する人物を特定し、首魁を含めて一網打尽に検挙しようとする捜査手法である。関係者を泳がせる捜査手法であり、ライブ・コントロールド・デリバリー

(禁制品がその儘の状態で犯罪組織等に運搬されるのを監視する)<sup>(318)</sup>、クリーン・コントロールド・デリバリー(捜査機関が刑事訴訟法第二二八条に基づいて搜索差押許可状によって差し押さえるか、税関職員が犯則事件の調査として関税法第一二二条に基づいて許可状によって差し押さえることによって、捜査機関が禁制品を無害品と取り替え<sup>(319)</sup>、これが運搬されるのを監視する)の二種類がある。コントロールド・デリバリーの実施に当たって、捜査手法については刑事訴訟法上に特別の定めがないため、監視追跡の実施等は任意捜査として許容される範囲内で実施すべきものとされる。

(2) このコントロールド・デリバリーにおける監視・追跡行為としては、上記で触れた尾行や張り込みが行われることがまず考えられる。また、監視・追跡手段として、規制薬物の入った荷物に小型の電波発信機(ビーパー)を装着し、ビーパーから継続的に自動的に送信される無線電波信号を傍受して、当該荷物の場所的移転を機械的に監視・追跡するという方法も採られており(既に第二章第一節などで触れたように、アメリカ合衆国では被疑者の追跡手段として活用されている)、捜査官の五官の作用による尾行・張り込みの補助手段と認められ、任意捜査として許容されるとも主張されている。<sup>(320)</sup>

## 第二款 小 括

一 第一款で検討した裁判例の状況を眺めると、必要性・緊急性・相当性という枠組みに沿って事案を検討しているものが大勢を占めると言っても良いであろう。かかるアプローチは、各捜査手段を任意処分<sup>(321)</sup>の限界という観点から考察したものと言え、「強制手段……の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するお

それがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。」という最高裁昭和五一年三月一六日第三小法廷決定（刑集三〇巻二号一八七頁）の示した「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される」という枠組みとも軌を一にするものと言えよう。最高裁昭和四四年一二月二四日大法廷判決は現行犯的情况を要件としていたが、これは必須の要件ではなく（第一款一参照）、任意捜査であるのならば、当該捜査の必要性の判断において嫌疑の程度を考慮することで対応可能とも言えようし、行政警察活動における比例原則の考え方もかかるアプローチとオーヴァラップすると思われる。そして、これらをも踏まえて、写真撮影については、近時は最高裁昭和五一年決定の枠組みに則り、とりわけプライバシー侵害の程度に着目して、住居内など外からは普通見ることの出来ないような場所にいる人を高性能の望遠レンズ・赤外線フィルム等で撮影する行為は強制処分に当たるとは、公道上を歩行中の人の容貌等を撮影することは、任意処分として許容されるという見解が多数を占めていると言われている。<sup>(321)</sup> この点については、既に、従前から、人が社会的にパブリックな存在となる（社会の耳目にも触れ、従って社会の批判にも服すべきであるから、「公の存在」となる）限度では、プライバシーの権利を主張することは出来ない」と主張されていたように、<sup>(322)</sup> 被撮影者がプライバシーを正当に期待乃至主張出来る立場にいるか否かという点がメルクマールとなっていて、<sup>(323)</sup> アメリカ合衆国における *Smith* 事件以降の、修正第四条の搜索に該当するか否かを画する「プライバシーの合理的期待」という基準と軌を一にする考え方と言えよう。ただ、アメリカ合衆国の場合は、公共の場所か否かで、相対的に截然と画する傾向があったの<sup>(324)</sup> に対して、我が国の場合は、例えば、デモ行進について、「公の存在」となっておりまたは肖像権を放棄したと見られるのは集団

としての意思を実現しようとする限りにおいてであって、顔写真を撮られることが明らかに不利益な場合迄含むとするのは参加者の意思を無視するもので行き過ぎであるという理由から、社会的な活動をする場合はプライバシーの保護の範囲外乃至その権利の放棄と看做されるものの、集団的示威活動等の中にある個々人の容貌を特定する顔写真の撮影等は行き過ぎであろうと述べられるなど、公道上の人の容貌等を撮影することは任意処分として許容するにせよ、被撮影者のプライバシー権の放棄・消滅があると迄評価すべきでないという点も多数の採るところとなっていると解されており、この点は彼我のアプローチで差異が生じるところかも知れない。<sup>(327)</sup>

二 (1) 確かに、プライバシーの合理的期待の有無を公共空間か否かで画する立場は明確であり、ある程度大括りの基準を用いることに一定の合理性はある。例えば、公共空間を撮影する際に家屋の写真などが入ることがあるが、これに全て令状を要求したら、捜査機関は、無人機を都市部や郊外では使えなくなかなかねないといった弊害も生じよう。<sup>(328)</sup> 但し、このような弊害を視野に入れる場合、公共空間だから全て良いと考えると、逆に高度の技術を用いれば親密な事実を見ることが可能な場合には、侵襲性が強いと捉えることも可能な場合もあると思われる、例外を認める余地もあり得ると言えよう。<sup>(329)</sup>

(2) 実際、アメリカ合衆国においても、例えば、ビデオカメラによる監視は公共の場では修正第四条違反ではないと一般に認められているものの、三つの場合について例外があるとも主張されている。即ち、警察は、(i) プライヴァシーの期待がある場所を監視するために、公共の場に設置されているカメラを用いることは出来ない、<sup>(330)</sup> (ii) 個人やその所有物を拡大するために、侵襲に該当する程度にズーム・レンズを使用することは出来ない、(iii) 不審事由(容疑)なしに大量監視に該当する程度に広範にカメラを用いることは出来ないという主張である。<sup>(331)</sup> そして、我が国にお



いても、特に (iii) に関連して、アメリカ合衆国の議論をも踏まえて、例えば、路上行為の監視にあつても、公共の場所での個人の往来等の行為を警察が無差別・無限定にビデオ撮影・録画する活動を放置することを憲法が認めているとは考えられず、一定の地点を無作為抽出で選んで写真やビデオ装置を設置しておいて、常時それを操作して撮影や録画をしていたところ、偶々当該地点で犯行が行われた場合には、当該撮影を全体として許す訳には行かないであろうといつた主張が見られる。この見解は、(i) 被撮影者たる個人の側の「自己の行為は政府によつて監視されないとの期待」について、憲法上保護されている住居の搜索、書類・所持品の押収という憲法の予定する典型の場合には他者に監視されないと期待が最も高いが、住居以外の路上等の場所では当該期待は低く、また、搜索に迄至らずに住居の外から見張られたりする場合にもそうされないと期待は低い。(ii) ただ、これらの場合であつても全く何の理由もない場合には、他人から監視を受けないという期待は否定出来るものではなく(主観的期待)、ビデオ監視等の場合は、かかる主観的期待はあるものの、客観的期待(憲法の定める実体要件とそれに加えて令状要件が具備されなければ干渉を受けないと考えても良い)に迄高まつていないと見られる場合であつて、この場合に令状要件を外すのは合理的であり、「相当な」合理的根拠のある主観的期待への干渉が許容されるという点を骨子とするものであるが、アメリカ合衆国においても、Katz 判決とそれを継承する裁判例においては、当該行為がオープンな地域で行われ、上空から観察出来るにもかかわらず、対象者が合理的なプライバシーの主観的期待を積極的に表明していれば、当該行為は修正第四条の保護を受ける資格があるとも論じられており、主観的期待の定義がこれら見解の間で同一なのか、どの程度差異があるのかについては、別途慎重な検討が必要ではあるけれども、我が国においても、合衆国においても、公共空間における監視だから直ちに修正第四条に抵触しないものではないという見解が有力に主張されている点

は、彼我のある程度の近接傾向を示すものとして興味深いと思われる。

三 (1) いずれにせよ、我が国の議論からは、必要性・緊急性・相当性という任意捜査の限界の枠組みか、合理的なプライバシーの主観的期待という枠組みかは兎も角、公共空間においても一定の保護を与えるべきであるという考え方が一定程度有力であると捉えることは出来よう。かかる場合に該当すれば、アメリカ合衆国においては修正第四條違反となり、我が国においては任意捜査において許容される限界を超えるということになる。

(2) アメリカ合衆国憲法修正第四條の規定は文言上第一次的には令状主義の原則を定めるものではなく、不合理な捜索・押収を禁じる形となつているため(第二章参照)、裁判官が予め発する令状によらない捜索・押収であつても不合理なものでない限り、これを許す趣旨と解する余地があるのに対し、我が憲法第三五條においては令状主義の原則が正面から相当に厳格な形で規定されている点に違いがある<sup>(35)</sup>と評されている。この点に照らせば、アメリカ合衆国においてプライバシーの合理的期待に反して不合理とされている事例の中には、我が国では捜索に該当すると迄は言えないが任意捜査において許容される限界を超えるとされる事例も含まれていると言え、この点で彼我の比較には慎重でなければならぬが、かかる点に配慮した上で、アメリカ合衆国における議論を参照しつつ無人機による相当でない監視を判断するためのファクターを探つて行くことは許されるものと思われる。

(3) そして、既に触れた我が最高裁昭和五一年三月一六日第三小法廷決定(刑集三〇卷二号一八七頁)によれば、「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を

意味するものであつて、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならぬ。ただ、強制手段にあたらない有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。」と判示されており、強制処分（強制手段）を画する基準は「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するもの」とされており、また、任意捜査において許容される有形力の行使を画する基準については、「何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性などを考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである」という形で示されている。第二章で検討したように、アメリカ合衆国においても連邦最高裁では財産を基底とするアプローチとプライベートアシーを基底とするアプローチを併用すると捉える見方が有力であるから、財産権に対する侵襲は、正に「住居、財産に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為」に、プライベートアシー権に対する侵襲は法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のある程の重要な権利・利益に対する実質的な侵害と重ね、また強制処分による侵害と迄は言えない利益については、相対的に低度のプライベートアシーへの合理的期待と必要性・緊急性・相当性の枠組みを重ねて検討するということになる。この際に、既に第二章においても鳥瞰している合衆国の動向を振り返る意義があるように思われる。

## 第四章 比較法的知見

### 第一節 アメリカ合衆国の動向の纏め

一 (1) 以上を踏まえて、無人機による監視の適法性を判断する基準として、アメリカ合衆国の動向から得られる知見には如何なるものがあるのだろうか。既に第二章において、無人機による監視が違法か適法かを画す判断ファクターについて若干の議論情況を眺めた。連邦最高裁においては、プライバシーの主観的期待よりも客観的期待の方にウェイトが置かれているようであるが、被告人のプライバシーに対する主観的期待が客観的に合理的となるか否かについては、例えば、①当該科学技術が提供する情報の類型、当該科学技術の機能（例えば、当該科学技術が感覚を増幅させたり超感覚的な性質を有するか否か）、②当該科学技術が明るみに出す情報の量などが裁判所によって重視され、<sup>(38)</sup>るとも分析されている。そして、本論点については、有人機による監視の適法性に関する議論などがまずは参考になる。

(2) 既に触れたように、<sup>(39)</sup>アメリカ合衆国の裁判例からは、対象者が住居にいる間に一般の人々が使用していない科学技術によって監視された場合は、令状がなければ違法な搜索に当たると考えられる。そして、*Kyllo* 事件に照らし、無人機が非常に大量の画素数のカメラと赤外線画像化装置を装備しており、程なく壁や天井を通過して対象を観察することが出来る機能を有するに至ることが予想され、かかる科学技術が人々に一般に使用可能な段階には至っていない点に鑑みれば、当該科学技術の使用は修正第四条の搜索に該当することがあり得よう。次に、家屋・住居を直接囲む裏庭・テラス・玄関等については、*open fields* における保護と比べると手厚いであろうが、*Riley* 事件や

Cirio 事件においては捜査機関による高度四〇〇フィート・一〇〇〇フィートから行われた監視が捜索とは認定されなかった点に鑑みれば、少なくとも航空機による場合は家屋内部に匹敵するような強い保護は受けなければならないであろう。このように関連裁判例は監視の対象となる場所及び無人機（航空機）によって用いられる科学技術というファクターを重視しており、殆どの公共の場所に対して、比較的短期間、無人機による監視を行うことについて令状は必要とされないし、ことによると不審事由も必要とされないと考えられると言うことが差し当たり可能であろうと思われる。この点、無人機の持つ顔認識機能や壁を通して見ることが出来るレーザーレーザーといった高度な科学技術、長期の監視活動を遂行出来る能力、人員その他予算面での制約が少なく済むためにプライバシー侵害を防ぐための事実上の安全弁が損なわれる結果となつて、捜査機関による広汎な監視がチェックを受けることなく行われ易くなつてしまふという性質は、従前の裁判例で科学技術が問題となつている場合よりも遥かに高度と言ひ得るが、この点は、他方、今日、CCTV・Google Map・Google Earthなどが急増していて社会のプライバシーに対する期待が変容しつつある点との間で多面的な検討が必要とされるところであろう。この判断のために、(1)で触れたように、監視対象となる情報類型・量などが重視されるという点も首肯されるであろう。

(3) そして、以上の枠組みに基づく具体的判断のためのファクターとして、例えば、(A) ①対象土地の特徴、②飛行高度、③（当該法執行機関による場合以外の）他の航行の頻度、④壁、侵入すべからずという標示その他の警告手段<sup>(30)</sup>、⑤無原則の航行（法執行機関員が違法活動についての明確な不審事由・嫌疑なく、特定土地の上空を航行するという恣意的判断によつてなされた航空機による監視は無効となる。この点の問題は令状を要求すれば除去されるが、令状を要求すると航空機による監視の効用が阻害され得る<sup>(31)</sup>）、(B)（無人機についてであるが）①無人機が航行する高度、②空からの監視の頻度・期間、

③無人機プラットフォームの画像化能力、(C)①監視の場所、②用いられる科学技術、(D)①監視対象である土地の有権者による監視を排除するという意思の表明、②警告、③土地の性格(例えば、田舎の住民であれば民間航空機の航行に慣れているから、個人は警察による航行に対してプライバシーの期待を持つことは出来ないと認定されることになる)、④監視手法、(E)①航行の適法性(この点はF A Aガイドラインに違反したか、対象者の財産を侵害したか否かなどで判断される)、②航空機に監視される者が、当該航行が非常に稀という十分な証拠を提示出来たか否か(定期的に適法に運航された形でも航空機による監視であり、対象者の財産使用を妨げていないならば、修正第四条の搜索に該当せず、令状を必要としないことになる)、(F)(GPSなどの追跡装置について)①情況に関連するファクター…(i)追跡装置を用いずに一般市民が同種の位置情報を取得出来る可能性、(ii)位置情報に対するコントロール(例えば、情報を完全にコントロールしている訳でなければ、GPSによる追跡は搜索に該当しない方向に傾く)、(iii)感覚の増大(当該科学技術が単に感覚を増幅しただけのものであるならば、搜索に該当しない方向に傾く)、②位置情報の親密さ(例えば、短期間、ランダムに追跡するのか、長期間突っ込んで追跡するので結論は大きく異なる)、③政府機関と社会のコストの衡量(例えば、GPSは便利であり、法執行機関にとって非常に有用であるが、GPSの無制約な使用に伴う潜在的な社会のコストも大きい)などが提示されている。

## 第二節 情報データベースの保護

一 第二章で検討したアメリカ合衆国の裁判例や、以上のような判断基準は、相対的には情報を取得する時点で重点が置かれていた。しかし、無人機は取得した画像を蓄積して後方にフィードバックし、更にそれを各種ネットワークを通じて展開するため、防犯カメラ同様、蓄積されたデータベース(DB)の情報管理という視点が問題となる。この点、

監視プロセス全体の流れを注視し、情報の保管・利用・提供行為を法的に規律すべきであるとの見解が近時有力に主張されるに至っている<sup>(347)</sup>。この見解は、警察による犯罪捜査・予防において「情報技術」が果たす役割が飛躍的に増大しており、そこでは個人情報 の 広汎な取得だけでなく、その組織的・体系的な保存（データベース化）や特定のアルゴリズムを用いた情報解析（データマイニング）が行われるようになっていくという現実を背景に、《強制処分／任意処分》というコードにおいて語る刑事訴訟法学は、（容貌・姿態を）「撮る」、或いはせいぜい情報を「取る」という瞬間にフォーカスしてその正当性を論じて来たために（取得時中心主義）、取得後の情報の管理・利用の在り方については饒舌に語り得なかつたところがある<sup>(348)</sup>と捉える。その上で、憲法学において積極的に展開される情報プライバシー論と突き合わせた上で、<sup>(349)</sup> (i) 保存や解析行為を後ろに従えた情報取得行為の権利侵害性をどのように見積もるのか、<sup>(ii)</sup> 後続的情報処理をあくまでも「取得」と切り離して考えるのか、連続して考えるのか、<sup>(iii)</sup> (ii)において仮に切断戦略を採った時、保存行為や解析行為は独立した権利侵害を構成するのか等を争点として検討すべきと論じる<sup>(350)</sup>。

二 アメリカ合衆国における規律は、データ情報管理よりは撮影時の規律に傾くと指摘されるが、<sup>(351)</sup> しかし、データ管理を重視する見解も近時有力となっている。アメリカ合衆国の刑事司法において、データベースは、一九二〇年頃に犯罪手口をパンチカード方式で纏めたり、一九三〇年代<sup>(352)</sup>に FBI が指紋・毛髪等を収集する過程で形成されて行ったが、一九八〇年代にパーソナル・コンピュータが普及したことで大きな変化が生じ、法執行機関は電子データの保管・検索の可能性に気付き、インターネットも活用されるに至って保管能力が一気に高まった<sup>(353)</sup>。尤も、一九八五年に指紋のデジタル画像化が可能となったことで国家自動指紋認証制度（AFIS）が形成された点などは大きな進歩ではあつたものの、この時点ではまだ記録を手動で出入力しており、データベースの機能は被疑者等の確認を容易なものとす

る程度のものに止まっていたけれども、<sup>(354)</sup>一九九九年に統合自動指紋認証制度（IAFIS）が運用されるに至って従前のリンクとカードによるシステムがデジタル画像に取って代わり、データの保管・移転・検索が画期的に容易になり、また、遠隔地から記録を直接転送・検索等することが可能となった。同時に、全国犯罪情報センター（NCIC）のデータベースの対象範囲も拡大するなど、刑事司法におけるデータベースの範囲は拡大の一途を辿り、二〇〇一年九月一日以降はその傾向が更に強まって、多元的な生物測定データベースなどが構築されるに至っているのである。<sup>(355)</sup>

かかる動向を踏まえて、デジタル化されたデータの取扱いに関心が寄せられ、<sup>(356)</sup>合衆国憲法や立法がデータベースの構築を規律出来るかについて論議が戦わされている。例えば、Gibsonも警察による際限ないデータベースの構築・利用の危険性に警鐘を鳴らしている。<sup>(357)</sup>即ち、情報の断片からは大したことが分からなかったとしても、データを結び付けてデータベースを作成すると元来の孤立したデータが収集された時には当人も予想していなかった新たな事実が明らかになり、個人の肖像画が描かれるようになる。それにはメリットもあるものの、幅広く集約された情報が特定個人と結び付けられるとプライバシーの問題が発生し、個人々人に対する政府の権能が増大するから社会構造も影響を受け得る等々の問題・リスクが存すると主張するのである。確かに、情報処理は既に収集されたデータをどのように扱うかという局面であり、これはデータ収集の局面とは異なり、セキュリティが不充份であれば情報が虚偽に歪曲される懸念もあるし、データがデータ主体の同意なく、当初のデータ収集目的と関係ない目的で二次利用されるという潜在的可能性が存するならば、対象者は恐怖感・不安感・無力感を覚えるであろうし、個人に自己の記録について通知しなかったり、自身のインプットを認めないということになると、自己の人生に対するコントロールが情報主体から実質的な点で奪われるということにもなる。<sup>(358)</sup>それゆえ、かかるデータベースのもたらすリスクについて、個人デー



タの使用態様に、思慮深く敬意をもって取り扱われるべきであるといった意味のある制約を課すことが必要であるなどとも論じられているのである。<sup>(309)</sup> 第三者に任意に開示した情報については情報主体がプライバシーの合理的な期待を主張することは難しいという方向に傾くであろうが、デジタル化が進展している現代社会にあつては、Webなどで我々は自己に関する大量の情報を開示しており、これらにプライバシー保護の規律が全く及ばなくて良いと解することは相当とは思われぬから、<sup>(309)</sup> 情報データの管理等の局面に適正な規律を施すことによってバランスを図って行く方向は妥当なものと言えよう。

### 第三節 ヨーロッパの動向

一 ヨーロッパの動向も注目に値しよう。ヨーロッパは個人の自律を鍵として、データ保護に関して積極的なアプローチを採つて来ており、EUでは個人データの処理・自由な流通に関する個人の保護について原則が定められている。即ち、一九九五年のEU個人データ保護指令第一条第一項において、データ保護に係る基本的権利の保護及び加盟国間における自由な個人データ流通の保障が示され、また、欧州連合基本権憲章第八条が個人データの保護を権利と明記し、欧州司法裁判所は個人データの処理に関して個人のプライバシーの権利が保障される点を示している。<sup>(301)</sup> そして、そこにおいては、犯罪捜査との関係において、位置データ等の通信の秘密の保護・プライバシー保護の対象となる情報について、法執行目的における個人データの目的外利用を行うと共に、必要情報を保全するための手続が定められている。<sup>(302)</sup> インターネットのインタラクティブな性質から個々人の日々の生活についてのデータが累積している上に、データ流通の割合と処理力が組み合わさってデータ処理力が激増しているという事情を踏まえて、人々のプラ

イヴァシー侵害についての重大なリスクが発生している点が認識されているのである。そして、個人情報保護に加え、インターネットにおけるデータ処理の問題、特に往来データ・位置情報に関心が寄せられて、データ処理の前提となるデータ保有主体の同意適格性などにも議論が及んでいる。また、個人データ保護指令においては、データ処理に関してデータ管理目的との関連性・比例性等が求められているが、インタラクティブ性などインターネット上のデータ収集の特性に鑑みて、単純なデータ保持・管理とデータ処理のための正当な目的との間に食い違いが生じる可能性も指摘されている。<sup>(365)</sup>

二 尤も同時に、同じヨーロッパであるイギリスにおいては、アイルランドの過激派爆弾テロ事件に対する捜査のために、西側諸国で最も監視の度合いが高い公共空間を創出した。そこでは、一九九〇年代以降、公共空間に設置される監視カメラが増大しているが、そのイギリスにおいても、写真撮影やビデオ撮影は少なくとも公道上においては問題とされることはなく、撮影されたデータを保管・利用する点をデータ保護法（一九九八年法第四条は、個人データについて、公正且つ適法に処理すべきとか、一つ以上の特定且つ適法な目的のために取得されねばならない、正確で、必要な場合には最新のものに維持されなければならない、処理目的のために必要以上に長期間保有されてはならないなど八つの原則からなるデータ保護原則を定める）やヨーロッパ人権規約第八条との関係で裁判所が問題にする構造になっており、行動監視の問題と撮影されたデータの管理・利用の問題とに分けて規律されている。<sup>(366)</sup>そして、イギリスの場合、ロンドンにおけるテロによって安全保障部門は新たな組織が次の攻撃を仕掛けて来ることを懸念し、イギリス政府は捜査活動をフォローするため、法執行機関が必要と認めた時に、爆弾元が誰とどのようなコミュニケーションを取っているかという私的なデータを保持するための新たな手段が取られるべきである旨を欧州評議会議長として提案した。その結果、

二〇〇六年データ保護指令 (Data Retention Directive) が制定され、これによって、加盟国は遠距離通信・インターネットサービスプロバイダーに、六カ月以上二年以下の期間、一定の形態のデータを保存するように指示することが出来るようになった。イギリスは本指令を、二〇〇七年データ保護 (EC 指令) 規則及び二〇〇七年規則を廃止して内容を拡張した二〇〇九年データ保護 (EC 指令) 規則によって実行し、遠距離通信・インターネット通信をカバーして、加入者・登録ユーザーの名前・アドレス、加入者がサービスにログオン・オフした日時、電子メールのユーザーIDの詳細、使用したインターネットサービスなどについてインターネットサービスプロバイダー等に保存要求が可能であるように規定した。R I P A (The Regulation of Investigatory Powers Act 捜査権限法) が個人のプライバシー・自律の保護を企図するのに比して、このデータ保護指令は、大量監視の形態で大量のデータベースに収集したデータを保存するために、政府が情報社会の力を利用しようという意思を示しているとも評されている。そして、このような関心は、通信能力発達プログラム (the Communications Capabilities Development Programme : CCDP) の開始と通信データ法案 (the Communication Data Bill) における提案によって融合しているとも論じられるところである。<sup>(367)</sup>

#### 第四節 無人機におけるデータ保護

一 そして、無人機に関しても、既に触れたところであるが (第一章など)、データを統合・融合する手法によって、多角的な素材を組み合わせてデータを形成することが可能であり、これによって監視能力が増幅されている。<sup>(368)</sup> 大型で公空から見る点は、無人機もCCTVと同じとも言えるが、<sup>(369)</sup> ただ、小型化とか画像機能が著しい場合、CCTVよりも無人機の方が全方位的に見えると言えなくもない。既に触れたように、そもそも公共の場でのビデオカメラによ

る監視であっても、以下の三つの場合については修正第四条違反となり得るとも主張されていた。即ち、警察は、(i) プライヴァシーの期待がある場所を監視するために、公共の場に設置されているカメラを用いることは出来ない、(ii) 個人やその所有物を拡大するために、侵襲に該当する程度にズーム・レンズを使用することは出来ない、(iii) 不審事由(容疑)なしに大量監視に該当する程度に広範にカメラを用いることは出来ないという主張である。かかる見解が妥当するならば、同様の場合には無人機による監視もその儘修正第四条に違背し得ることになる。そして、CCTVに関するアメリカ合衆国の判例において現実には争われているのは、公共空間からの私的空間の撮影の適否(参照)であるとされるが、無人機においては、(ii)や(iii)の事例におけるプライバシー侵害の恐れもより大きいと考えることも可能であろう。特に、GPSと比較しても、無人機は、GPSと同様に対象者に気付かれる恐れは全くなく、しかし、公共空間における対象者の位置情報の取得に止まらずに容姿情報・動作情報などを取得出来、従って個人情報としての秘匿性の侵害の程度は高く、プライバシー侵害は直接的なものと言い得る。他方、ビデオ監視以上に、正確な位置情報が取得可能と言えよう。これらの点を重視するならば、無人機には、GPSやビデオによる監視以上に、相対的に強制処分性が認められるようにも思われる。

この点、無人機が公共空間でない私的領域内部それ自体に侵入してこれを監視するということになれば、従前の公共空間―私的空間を区分する二分法的アプローチによっても強制処分性を肯定出来よう。加えて、純粋な公共空間における無人機の活用についても、上記で触れたように無人機によって対象者の容姿情報・動作情報などが綿密・正確に取得される。これは、通信傍受のように閉鎖された通信回線に侵襲するものではないが、長期間に亘って追跡・監視されることによって取得される個人情報膨大になると言えよう。この点を重視するならば、個人の生活の至る所

に政府・国家機関が遍在し、個人のプライバシーが大きく侵害されるとも解し得るのである。<sup>(375)</sup>

二 かかるプライバシーの侵害の可能性について、一種の不安感のようなものに過ぎず、この不安による萎縮効果も考慮されるべきものではあるものの、かかる効果は、自らが捜査対象となったことそれ自体によっても生じ得るから、無人機の話に限定される訳ではないとも考え得る。<sup>(376)</sup>しかし、単に捜査対象となったことによる不安感と膨大な情報を秘匿されることによる不安感とを直ちに同視出来るかについては慎重な留保が必要と考える。そして、プライバシーの内幕には、政府に介入されずに放っておかれないという権利の他に、自己の情報をコントロールする権利・自己決定の権利などが存していた<sup>(377)</sup>（第二章第一節第一款など参照）<sup>(377)</sup>が、膨大な情報を秘匿されるという点は、自己情報コントロール権を侵害し得るであろうし、自己決定権という点については、捜査機関による相当強い働き掛けがない限り、被疑者の自己決定権にインパクトが与えられる余地は必ずしも高くないと言い得るかも知れないが、全く否定することも困難ではあろう。<sup>(378)</sup>

この点、無人機による精密・継続的で膨大な情報の集積については、データの保管・管理の次元で規制すれば自己情報コントロールの懸念は回避出来るかも知れない。そして、データ保管・管理の次元での規制が適正に行われるのであれば、不安感とか自律・自己決定侵害の側面も緩和され、データ収集行為がそれ自体の侵害性についても軽減されると考えることも或いは可能かも知れない。<sup>(380)</sup>しかし、問題は、そのデータ収集の局面を、所謂プライバシーの侵害と、「令状の事前提示を行うこと」で対象者に知られずに秘かに監視することが出来なくなることを回避する<sup>(381)</sup>等という捜査の必要性とを衡量することで解決して良いのかという点であろう。<sup>(382)</sup>この問題を解決するのに、一方で無人機に対して令状のような歯止めが必須となるかが問われるのである。<sup>(383)</sup>

確かに、無人機の情報収集能力等に対する不安感は大きい。上空から個人を継続的に監視することによって、対象者個人の全体像を示すような重要且つ微妙な個人情報も収集され得るから、支配・管理されているという精神的不安感が増大し、個人の精神的な安らぎ・自律性を大きく脅かすと言えよう。ただ、この点に対しては、無人機が収集している、かかる個人情報につき、対象者が確認・閲覧出来る権利、情報の追加・削除・訂正、利用停止等を請求出来る権利などが相当程度担保されているということが周知されることによって、当該不安感を相当程度払拭することは可能であろう。我が国においても、監視カメラを例に取って、その問題点は、見られて恥ずかしい所を映されてプライバシーが傷付いたのでプライバシー権侵害であるとするレヴェルの話もあるけれども、現代においては寧ろそれよりも、かかる情報を検索・集約されて独り歩きさせられるなどして勝手な人物像を作られてしまふとか、多くの国民がまるで犯罪の嫌疑がある人と同じように監視され、集約されたデータが簡単に警察等に提供されてしまふといった濫用可能性こそが新たに生じて来た大きな問題であろうと指摘されている点<sup>(36)</sup>は示唆に富む。既に紹介した見解とも重なるが、プライバシー侵害において最も問題である部分は何であるかを詰め、そこ迄でない領域も無論保護することが望ましいけれども、その部分については捜査の必要性との衡量を許容するアプローチ<sup>(36)</sup>は、捜査の必要性とプライバシーの保護とのバランス判断を進めるものとして妥当な方向性を有するもの<sup>(36)</sup>と考える。そして、上記不安感の払拭は、裁判の場で個々に解決されるよりも、立法を通じて令状を要求する方が効果的に実現されることは確かであろう<sup>(36)</sup>。但し、この点は必ずしも令状によらずとも、立法や内規によって、かかる監視を行ったことを報告させ、上記のような自己情報のコントロールに関する権利を明定しておくことでも相当程度は充足されるとは言えよう<sup>(37)</sup>。

三 この点、街頭防犯カメラの法的規制に関して、伝統的な「一人で放っておいて貰う権利」乃至そのヴァリエー

ションとしての「公共空間における匿名性の利益」、或いは「社会的評価からの自由」といったプライバシー概念は、主として防犯カメラの設置・利用の妥当性という側面（取得中心基準）に関わり、これに對して、「情報コントロール権」としてのプライバシー概念は、撮影データの取扱いの妥当性としての側面（管理・利用中心基準）に関わると整理する見解が注目される。<sup>(38)</sup>無人機の場合は、行政警察活動における許容限界の側面よりも、追跡監視といった犯罪捜査の側面で活用されることが多いであろうが、公道上など公共空間において追跡する限りにおいては、その監視・データ収集行為自体は任意捜査として、捜査の必要性等との衡量によって相当性を判断し、継続的監視による累積されたデータの活用は、データ保管等の問題として別途配慮すれば足りるといふ考え方もあり得るところであろう。情報プライバシー権の論者によれば、同権利は、個人についての情報の①取得収集、②保有及び③利用の各局面に應じて問題となり、不当に自己に関する情報を取得収集されないという自由権の側面のみならず請求権としての側面をも有することになると整理されており、<sup>(39)</sup>「情報コントロール権」が撮影データの管理・利用のみに関わるかは論者によって見解が分かれ、更に検討を要しようが、<sup>(39)</sup>取得時におけるコントロール迄は完全に担保しなくとも（「対象者が公共空間に存在した」という点はオープンにせざるを得ない）、取得後における情報コントロールは保護するという形で監視対象者のプライバシーの保護を図る意義は充分にあるように思われる。<sup>(39)</sup>具体的には、例えば、無人機による監視目的を特定し、データ収集の場所・日時・期間その他収集されたデータについて記録し、且つアップデートさせ、それらをウェブサイトなどの形で一般に告知して検証可能な形にする、<sup>(39)</sup>遂行中の捜査と関係ないデータ等は三〇日以内に消去しなければならない、法執行機関はプライバシーポリシー・規則を公表するといった旨を法律に定めることなどが考えられよう。

一 上記で触れたように、赤外線画像化装置を搭載した無人機が家屋内部を観察するような場合は、合衆国の裁判例法理によれば搜索に該当して令状が必要である。我が国の場合でも、かかる事例で検証に該当するか搜索に該当するかは議論があり得ようが<sup>(395)</sup>、強制処分に該当すると捉えることに異論は少ないであろう。他方、公共空間において無人機を活用する場合、第四節で触れたように写真撮影については任意処分とし、任意捜査において許容される限界の枠組みで検討することがまず考えられよう。しかし、そこで得られた撮影データという情報の規制についてはどのようなように考えるべきであろうか。撮影データが個人を識別することが可能で個人情報に該当する場合には個人情報保護法で規律することが可能であるが、個人情報に該当しない場合には、如何なる規律を行うべきかが問題となる。<sup>(396)</sup>

二 この点、例えば、合衆国におけるプライバシーの合理的期待の判断には、主流的な社会政策を勘案すべきところが大きいから、高度科学技術が市民のプライバシーの権利に与えるインパクトを判断する際には、立法に委ねるべきと考える見解もある（科学技術の発達を十分に学ぶ時間的余裕が裁判官にないということも指摘される<sup>(397)</sup>）。ただ、他方、議会（立法府）は、裁判所（司法府）よりも科学技術の発達に素早く反応し得るかも知れないが、一旦立法が通過すると再度それを省みるという傾向は強くなく、関心のスパンが短いとも評される。その点で、裁判所の見解と同様に、科学技術の急速な進歩について行けなくなる傾向があるとも捉えられ得るのである。また、裁判所による規律は、法的问题について当事者が議論し、中立の裁定者が是非を判断するという過程を繰り返すことよって最善の法的解決を得られるという擬制の上に成り立っているが、科学技術の領域においてプライバシーの問題の決定権限を立法者



のみに委ねてしまうと、かかる議論・裁定の過程が失われることになるとの評価も存する。更に、高度科学技術によって提起されるプライバシーの問題の多くについては議会レヴェルにおいて議論が余り生じないため、反対説を顧慮しない儘に、困難で論争的な選択を先送りにして安易な選択を行う傾向があり、高度科学技術におけるプライバシーの問題を立法府だけに委ねることは市民の権利を減じる結果となるという指摘もなされている。その点で、裁判所のチェックを経ない儘に議会のみ委ねると、法執行機関に対する規律が緩いものになるということも考えられるし、また、議会は裁判所（合衆国の場合は連邦最高裁や下級審）の判断を参照しているから、プライバシーについては判断権者を議会のみ限定すべきと考えることは、この点でも得策とは言えないとも考えられ得る。

三 このような状況からは、発達する科学技術を扱うのに、議会・裁判所いずれが最も適合的かという点について明快な回答は存しれないと言い得よう。既に触れた点とも重なるが（第二章第二節など）、裁判所は、事案判断という回顧的性質のために、発達する科学技術への反応は遅くなる傾向があり、一方、議会は立法を迅速に通過させることにより、科学技術の進歩に素早く対応出来る能力を有している。<sup>(398)</sup>尤も、熟議されたとは限らず拙速かも知れないし、立法者は短期的スパンで物を見、長期的視野に欠けるところがあると論じられることもある。<sup>(399)</sup>従って、科学技術に関するプライバシーの分野について、議会・裁判所いずれかに択一的に判断を委ねるのではなく、相互のチェック・アンド・バランスを前提としつつ、議会・裁判所が各々得意とする切り口で肅々と判断を行って行くことが相当とも言えるところである。<sup>(400)</sup>一方で、社会の期待というものを正確に評価することについて裁判所は誤ることがあり、社会の合理的期待の判断は社会政策的要素を伴い、そこでは議会の役割が反映される以上、社会のプライバシーへの期待に科学技術がどのように関わるかを判断するに当たっては議会がプライバシーへの関心と科学技術の発達が社会に与

える利益（無人機による捜査能力の向上がもたらす安全の増大といった利益）との間に適正なバランスを設定して大枠の見取り図を示すことが望ましく、このように新しい技術に議会が対処する方法に裁判所は目を向けるべきであるとも言えよう。立法事実・立法の際に前提となる証拠、各州の立法動向などはプライバシーの社会的期待を判断するための資料となり得<sup>(40)</sup>、議会の見解に常に依拠する必要はないけれども、かかるアプローチによって、裁判所は修正第四条に関わる社会のプライバシーの期待をより正確に評価することが可能となる。他方で、裁判法理の発展を斟酌することによって、議会も新たな電子監視手段を規律する法規を制定すべく促されることになろうから、かかる観点で議会・裁判所間の交流が深まるとも言える。また、我が国において、国会は、提示された議題を多様な視点から検討する作業には向いていても、検討すべき議題を設定すること自体には必ずしも向いていないと論じられることもあり、具体的な争いの中で個人の権利義務の存否について認識が一致しない場合などにおいては、まずは裁判所が問題提起を行うことが必要とされることもある。このように、一方で判例による法形成のメリットを保持しつつ（或いは裁判所の規律による方が実りの大きい領域を見極めつつ）、<sup>(40)</sup> 議会の貴重な洞察をも取り込んで合衆国憲法修正第四条や日本国憲法第三五条等の分析を行うことによって、議会と裁判所との対話、健全な抑制と均衡が保たれるという点は、彼我の差異はあろうが、合衆国のみならず我が国においても妥当し得るように思われる。<sup>(40)</sup> この点、アメリカ合衆国においては、立法府（国会）と行政府（大統領）の権限が明確に分離されており、委員会中心に国会審議が行われる側面が強いものの、議長権限の強化も図られ、国民の幅広い民意・争点を汲み上げて応接しつつ、議会自らが立法を行うという傾向が強いが、我が国においては、国会は自らが立法することよりも、内閣提出法案の修正や成立阻止、与党・政府の疑惑・腐敗の糾弾に主な任務を見出している面が強いために、法案提出は主として内閣に委ね、国会では与野党が争点

を明示して討議を重ね、次期選挙で国民の支持獲得を目指す方向性（所謂「アリーナ議会」）の方が適格的であるという見解も有力に主張されている。その場合は内閣がアクション・プランを提示して行くこと（<sup>406</sup>）が、そこにおいても具体的事例・判決が立法の契機となることはあり、議会・内閣が裁判所と健全な対話を行うことの意義は否定されないであろう。<sup>(40)</sup>

四 尤も、アメリカ合衆国における立法と比較すれば、我が国の立法過程は相対的には中長期的視野を有しているとも言い得るかも知れず、そうであるのならば、議会（更に内閣<sup>(406)</sup>）に問題の解決を委ねるといふ選択肢も可能かも知れない。<sup>(40)</sup> また、アメリカ合衆国の方が立法の数が多いと考えられるのであれば、我が国において、立法府における社会的期待の検討内容を裁判所が参照することにも限界が大きいかも知れない。このように考えるならば、立法府（更に内閣）と裁判所の抑制と均衡は我が国において必ずしも容易ではなく、高度科学技術におけるプライバシーの合理的期待の抑制は、我が国においては合衆国以上に議会（更に内閣）にこそ任せるべきという考え方もあり得よう。例えば、当該合理的期待の評価に際しては、プライバシーを保護しつつ無人機による監視の生み出す効用を最大化するような政策判断が求められ、そのためには政府・捜査機関による監視が浸透している諸国の動向をも比較検討する必要があるが、かかる考察は議会・内閣により適格的にも思える。しかし、他方で、中央集権体制下において我が国の最高裁判例の実務に対する浸透力は極めて高いとも言われており、また、議会・内閣いずれであるにせよ、重要争点の提起に際して裁判所の判断を参酌しつつ論点を詰めて法案提言を行うことがある点などを踏まえるならば、少なくとも事案に則した解決を踏まえた論点の明確化などの点では、高度科学技術におけるプライバシーに関する判断を裁判所に委ねる点に一定のメリットを認めることは可能と言えよう。<sup>(40)</sup>

五 以上の議論は必ずしもデータ情報管理の局面に焦点を当てたものではないが、これらに照らして、無人機によって取得された撮影データの情報管理について、一次的には個人情報保護法のような立法に委ねることが本則と言えるが、個人情報に該当せず、立法が制定されていない領域においては、個人情報保護法等の趣旨に則った内規によって規律することと同時に、任意捜査としての限界枠組みに基づいて裁判所によって規律を定めることも検討に値しよう。<sup>(41)</sup>

かかるアプローチには異論も存するものの、立法の内容が固まらない段階において、判例による法形成を促すこと<sup>(42)</sup>で論点を設定し、議会における熟議に繋げて行くことには相応の意義があるものと思われる。

また、以上のような立法府と司法府の関係は、無人機による撮影行為に対する規律の局面にも妥当することは言う迄もない。

(268) 「技本が取組んできた道のり！無人機の時代を見据えて」『防衛技術ジャーナル』二〇一〇年六月号（防衛技術協会）二―三頁、坪田敦・前掲書『ステルス戦闘機と軍用UAV』一八三頁以下、兵頭二十八・前掲書『グリーンミリテック』が日本を生き返らせる！』一九〇頁以下など。既に、一九六〇年代には、海上自衛隊はアメリカ合衆国海軍に倣い、無人対潜ヘリコプターQH-50DASHを導入して艦上で運用していた。

猶、江畑謙介・前掲書『日本の防衛戦略』三三三―三四頁は、イラクのサマウワに持って行った富士重工製（開発・防衛省技術研究本部）警戒監視用のヘリコプター型遠隔操縦観測システムは大掛かりなものであり、民生品であるヤマハのR1MA Xの方が二―三人で取り扱えて柔軟であったと評していた。

(269) 無人機とは異なるが、我が国でも独自に災害用ロボットの開発が続けられて来た。その契機となった事件が一九九五年の地下鉄サリン事件であったと指摘される。阿部拓磨・前掲書『原発事故調査とUGV/UAVの群制御』一九七頁など。因みに、原子力発電所現場の作業ロボットについては（建屋内部の状況もロボットによる撮影が極めて有効であったとされる。例えば、伊藤哲朗『国家の危機管理』「平成二六年 ぎょうせい」九五頁など）、我が国においても数十年前に「極限環境口

ボット」という産官学連合の大プロジェクトが成果を上げていたが、プロジェクト終了後に研究チームは解散していた。立花隆『立花隆の本棚』（平成15年 中央公論新社）八二頁など。

(270) 別冊宝島編集部編『これが自衛隊の新世代兵器だ』（平成二四年 宝島社）四二頁など。

(271) 坪田敦・前掲書『ステルス戦闘機と軍用UAV』一六八―一九頁など。

(272) アメリカ合衆国では通信インフラが発達していて、常にデータをリンクさせられるが、我が国では電波環境が悪く、長距離を飛ばせないという事情も指摘されている。前掲「UAV座談会〜日本UAVの将来に向けて〜」九八頁〔岩田拔也〕。

(273) 別冊宝島編集部編・前掲書『これが自衛隊の新世代兵器だ』四〇―二頁。

また、はじめにでも触れたように、平成二四年八月に開催された森本敏防衛相（当時）とバネッタ国防長官の日米防衛相会議では、日米が無人機に関する協力をを行うことが明らかにされている。

(274) 上空からの調査においてグローバルホークが力を発揮したのは新たに搭載された最新の軍事情報収集機能よりも、従前から搭載されていた高精度のカメラ・施設内の温度を正確に検知する赤外線熱感知センサー・放射性物質の危険性により有人機では侵入不能なエリアを飛行出来たという無人機特有の能力によるところが大きかったという。阿部拓磨「福島原発で『戦う』新世代軍事ロボット」『軍事研究』二〇一一年二月号八一―二頁。

(275) 平成二三年三月一日に発生した東北地方太平洋沖大地震（東日本大震災）の被災地や原発火災現場の画像情報を手する方法としては、衛星と航空機による方法とが考えられ、前者の面では我が国の情報収集衛星（光学）と民間観測衛星による撮影が行われており、後者の面では各種自衛隊ヘリ・航空自衛隊の戦闘機・海上自衛隊のP-3C哨戒機によるカメラ撮影が実施されたであろうが、衛星では速い周回スピードと限られた搭載燃料のため、数十時間に亘るような長いチームの観測は出来ず、また、自衛隊は長時間滞空能力を有する無人偵察機を保有していなかった（日本の国家的危機を画像撮影する次世代有人・無人偵察機の開発）『軍事研究』二〇一一年五月号一二四頁など。そこで、我が国政府の要請により、上記太平洋沖大地震とそれに伴う津波被害の状況の観測のため、アメリカ合衆国は、有人機であるロッキード・マーチンU-2Sドラゴンレディ高々度偵察機（韓国オサン基地）に加えて無人機であるノースロップ・グラマンRQ-4Bグローバルホークをグアム島のアンダーセン空軍基地より飛行させた。

(276) 東日本大震災に際して、我が国は諸外国からの救援物資や救助チームの支援を受けた。特に米軍は兵力約一八〇〇〇名、

原子力空母等の艦艇二〇隻、航空機一四〇機を投入し、陸・海・空・海兵隊の共同作戦 (Operation Tomodachi) を展開し、自衛隊と共同して災害救助に当たった。また、放射能事故対応の CBRNE 専門部隊も我が国に進出して待機した。反面、本震災の教訓として、自衛隊の海上輸送能力の決定的な不足、無人偵察機と放射能防護装備の弱体等が今後の改善課題として残されたのである。飯田耕司「国防の危機管理と軍事 O R」(平成二三年 三恵社) 五四頁など。尤も、上で触れたように、政府は平成二二年二月一七日に閣議決定した次期中期防において、「無人機を含む新たな各種技術動向等を踏まえ、広域における総合的な警戒監視態勢の在り方について検討する」方針を決めており、震災が起る前から無人偵察機導入の可否を検討することは決まっていたという。石川潤一・前掲「唯一の高精度無人偵察機 R Q-4 グローバルホーク」六七頁など。

(277) 平成二五年八月一八日付毎日新聞朝刊。中国・北朝鮮に対する警戒・監視能力向上が急務であるとして、民主党政権が検討していたグローバルホーク導入に関する当初の予定を前倒して実施するという。

(278) 我が国は、アメリカ合衆国が無人機の発展を抑えていた一九七〇年代―八〇年代に、無人機の有用性を認識していた国の一つであった。そして、我が国の無人機の発展の特徴として、軍事的利用のみならず、農業散布の領域にも及んでいたことが興味深い特徴として指摘されている。我が国における無人機についての技術研究は第二次世界大戦時に遡り、一九七〇年代に富士重工によって研究が再度深まり、軍事用・民間用両方の目的で広範囲に発展が始まった。その後、今世紀においても、我が国は無人機への商業的な適応の面では最も成功した部類に属していて、民間無人機の市場は最高レベルであり、農業・科学的観測用のヘリコプター・回転翼航空機の市場が特に大きくとされている。See e.g. Mark Edward Peterson, "THE UAV AND THE CURRENT AND FUTURE REGULATORY CONSTRUCT FOR INTEGRATION INTO THE NATIONAL AIRSPACE SYSTEM" *supra* at 546.

(279) 前掲「UAV 座談会〜日本 UAV の将来に向けて〜」九八頁以下。

(280) See e.g. Geoffrey Christopher Rapp, "COMPLYING AND FLYING: LEGAL AND TECHNICAL ISSUES RELATING TO THE OPERATION OF UNMANNED AERIAL SYSTEMS. ARTICLE: UNMANNED AERIAL EXPOSURE: CIVIL LIABILITY CONCERNS ARISING FROM DOMESTIC LAW ENFORCEMENT EMPLOYMENT OF UNMANNED AERIAL SYSTEMS", *supra* at 624-5. F B I は既に二〇〇六年以降、時々、無人機を国内監視用に無令状で用いて来た

とすべ。See e.g. Brandon Nagy, "Why They Can Watch You: Assessing the Constitutionality of Warrantless Unmanned Aerial Surveillance by Law Enforcement" 29 Berkeley Tech. L.J. 135, 139 (2014).

(281) 区分については、山本龍彦・前掲「プライバシーの権利」八〇頁以下、前掲「日本国憲法研究 第一〇回・プライバシー」座談会」九一頁以下などを主として参考にした。

(282) 末延三次「英米法における秘密の保護」戒能通孝・伊藤正己・前掲書「プライバシー研究」四三三頁以下「初出 昭和一〇年」。

(283) 例えば、石井夏生利・前掲書「個人情報保護法の理念と現代的展開」二〇八頁、竹中勲「プライバシーの権利」大石真・石川健治編『憲法の争点』(平成二〇年 有斐閣) 九八頁など。

(284) プライヴァシーの権利に関する最初の高裁判決(大阪高判昭和三九年五月三〇日判時三八一号一七頁)がこれより四か月前に出されており、対公権力に関する事案であったが、相対的には注目されなかつたとされる。竹中勲・前掲「プライバシーの権利」九八頁など。

伊藤正己・前掲書「プライバシーの権利」一頁以下は、―「宴のあと」事件は、プライバシーの権利という新しい内容を持つ権利を我が国の法のうちに成熟させる見地から見るとは、必ずしも適切な事件であるとは思わないとしつつ、―プライバシーの権利が法的救済を受け得るものとして成熟するためには、人間関係の非人格化という状況によって私生活の尊重が要求されることに加えて、社会的条件として、①通信や交通その他の技術が著しい発展を遂げ、社会が時間的・空間的に狭くなって、人間の人格への侵害に対しても法が注目せざるを得なくなったこと、②現代の企業組織が貪欲な迄に営利を追求する結果、個人の私事を保護する必要が増大したこと、③事実の報道、思想や感情の伝達のための手段の規模が拡大したこと等を掲げ、昭和三〇年代後半の日本社会が上記前提条件を満たしていたと述べていた。また、鴨良弼「刑事訴訟法の基本理念」(昭和六〇年 九州大学出版会) 七四頁以下も、第二次世界大戦後の新法制の影響、著しい経済発達、文化の基本条件の飛躍的発展、労働事情の多角化、人口の都市集中・過密化といった現象がホモジニアスな社会構成の存在を否定する強い要因となり、プライバシーに関する意識についても、旧法制下のような「些細な出来事」「我慢のできること」、「社会に迷惑をかけること」といった意識が著しく後退し、代わって個人の自由にとって「看過の出来ないこと」「侵害に対して救済を要求すること」といった意識が強く台頭するに至つたと分析する。

- (285) 猶、稻谷龍彦「刑事手続におけるプライバシー保護(一)」『法学論叢』第一六九卷第一号一四―五頁は、アメリカ合衆国においては原則として私的領域外におけるプライバシーに刑事手続上特別の保護が与えられるとは考えられて来なかったのに比して、我が国最高裁は公的領域におけるプライバシー保護に積極的姿勢を示して来たと言えらるると評する。
- (286) 議論情況として、前掲「日本国憲法研究 第一〇回・プライバシー」『座談会』一〇五頁「宍戸常寿・阪本昌成」。
- (287) コンピュータ化の進展に伴う、プライバシー権を巡る当時の我が国の議論情況については、堀部政男『プライバシーと高度情報化社会』(昭和六三年 岩波書店) 四六頁以下など参照。但し、プライバシーの権利はアメリカ合衆国では妊娠中絶・延命治療拒否のように自己決定権として広く使われるようになるが、我が国では、私生活という概念の非有用性(護るべき領域の外延を明確に画することも、内包を詳らかにすることも出来なかった)から、アメリカ合衆国のような捉え方はされずに個人情報に限定されて展開して行ったとも把握される。渋谷秀樹『憲法』(平成一九年 有斐閣) 三六五頁。
- (288) 源泉徴収をされてもプライバシーの権利侵害とは言わないように、一人で居らせて貰えない場合にしてプライバシーの喪失とは言えない例が多く考えられ得るとする。
- (289) 第二次世界大戦以降の現代政府の行政と効果的な計画立案は膨大な情報収集と処理能力を必要とし、また、盗聴器や心理学的技巧など調査方法が大戦後に従前と比較出来ない程精巧となるなどの変化が生じた。そして、かかる国民の生活に対する政府の関心乃至監視の増大、個人に関する情報収集・処理能力の技術的進歩及び公的領域の拡大に伴う政府に対する個人の依存の増大が個人の生活にもたらすかも知れない無気味な予感が背景に存していたとされる。佐藤幸治・前掲書『現代国家と人権』二八〇頁以下「初出昭和四五年」、四二九頁「初出昭和五五年」。
- (290) 佐藤幸治・前掲書『現代国家と人権』二五九頁以下「初出昭和四五年」、四三五頁以下「初出昭和五五年」。
- (291) 阪本昌成・前掲書『プライバシー権論』九頁、一九三―四頁。人格中心主義によるのではなく、他者からの評価を視点にアプローチし、プライバシー利益を「評価の対象となることのない生活状況または人間関係が確保される状態に対する正当な要求または主張」と定義し、プライバシー権とはその内法的保護に値する利益を言うと述べる。
- (292) 棟居快行『人権論の新構成』(平成四年 信山社「平成二〇年第一版改版新装」)一七三頁以下、一九二頁、棟居快行「公共空間とプライバシー」『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』(平成一九年 岩波書店) 二二四頁「固定的領域的な」私生



「活」の保護でなく、単なるデータとしての「情報」のコントロール権でもないところの、個人がそのセンシティブなものを含み得る個人情報と相手に応じて選択的に開示し得ることの保障こそが、プライバシー権の意味に他ならないとする」、棟居快行「情報化社会と個人情報保護」棟居快行『憲法学の可能性』（平成二四年 信山社「初出 平成一四年」）三〇九—一〇頁「情報化社会においては個人の内面に思想や世界観が潜んでいる訳ではなく、寧ろ個人がネット上で曝け出す一つの情報が思想や世界観の一旦を示している。そして、分業・相互依存が進んだ現代社会においては、近代の自閉的な「個人の自律」は不可能で、個人は多様な社会関係に身を置きながら、それぞれの社会関係毎に様々な役割を分担し、無数の情報の中から自分の役割分担に必要なものを選択・加工・再発信することによって自らのイメージ形成を企てている。ここにおいては、プライバシー権とは上記のような個人のトータルな姿を当人だけが把握し、自己イメージの一貫性のなさに悩んだり、自我の統一性を取り戻すべく思考を深めたりするための防波堤なのであると述べる」。曾我部真裕『反論権と表現の自由』（平成二五年 有斐閣）二二五頁は、自己イメージコントロール権説によれば、第三者がある社会的関係における本人のイメージを別の関係に持ち込むような行為はプライバシー侵害となるが、個別の社会的関係において自己イメージを形成する過程については保護の対象外である（他方、人の人格が誤って社会的に表象されることからの保護に関わる権利である「自己像の同一性に対する権利」は、後者の文脈に関わる）と捉える。

(293) これに対して、佐藤幸治・前掲書『現代国家と人権』四八三頁以下「初出平成八年」は、現代社会において特にプライバシーの権利が問題とされるのは、社会の巨大・複雑化と情報技術の飛躍的發展と関連して、自己情報が我々の思いを超えて他者によって収集され、利用乃至流布せしめられているのではないかという不安が発生しているからであり、この下に、個人が自律的存在として人格的統一を図る上で必要な道徳的・良心的決定過程を保全するために不可欠のものであるゆえに、人が社会にあつて猶自律的存在として生きる上で通常必要と思われる種類・範囲の自己情報を一般に可能と思われる方法を通じて実効的にコントロールしようとするものがプライバシーの権利であるとし、記述的概念である筈のプライバシーそのものを、他者の評価の対象になることのない生活状況または人間関係が確保されている状態と捉えることには疑問を覚えるとする。また、自己イメージのコントロールの喪失は公表の文脈においてのみ生じると考えるべき必然性はなく、個人情報の収集・利用等の文脈でも生じ得るものであつて、結局自己イメージのコントロールはプライバシー権行使の一つの効果・機能に過ぎないと述べる。また、自己イメージのコントロール等も、結局、自己情報の開示・非開示、開示する場合

についてはその内容について相手に応じて自分が決定する点に核心部分があり、自己情報のコントロールという定義の中に吸収出来ると捉える見解として、渋谷秀樹・前掲書『憲法』三六七頁。猶、前掲「日本国憲法研究 第一〇回・プライバシー」「座談会」一一四頁「穴戸常寿」は、インターネット上で自分をこういう人間であると見せたいという問題をプライバシーの中に取り込むのは概念的に少し無理が来ているのではないか、自分という表現を発信する人の属性を表現の自由の中に取り込んで行くか、一般的人格権の中の自己描写の自由・権利なりとして、プライバシーから独立に考えた方が良いのではないかと述べる。

- (294) 椎橋隆幸・前掲「捜査の科学化」八六頁。鴨良弼・前掲書『刑事訴訟法の基本理念』八〇頁以下は、①生活利益の固守のファクター（外部からの干渉を排除するため、個人の生活に「ゼロ関係」といった枠を設ける）と②「生活利益の分配」のファクター（「ゼロ関係」を超えて自己に専属する生活利益を外部の者に分配する可能性は個人の自由であるとする）が互いに作用し合って、個人のプライバシーの利益が構成されると分析する。猶、一人で居させて貰いたい権利と情報プライバシー権を分けて考えるべきか包括的に考えるべきかについての議論情況として、前掲「日本国憲法研究 第一〇回・プライバシー」「座談会」一〇〇―四頁「大沢秀介・山本龍彦」。

- (295) そもそもアメリカ合衆国における修正第四条を巡る議論自体、プライバシーの多義的性格という点を反映してか、「一人で放っておいて貰う権利」「自己情報コントロール権」という私人間に強く関わる（特に前者）議論と、修正第四条に関連するような公権力の統制問題の議論とは必ずしも対応していなかった（第二章参照。猶、佐藤幸治「プライバシーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察」のヘッドラインは「その公法的側面」であって、全ての法領域においてプライバシー権とは自己情報コントロール権だと言おうとしたものではなかったとも指摘される。前掲「日本国憲法研究 第一〇回・プライバシー」「座談会」九三頁「阪本昌成」。

(296) 第二章をも参照。

- (297) 自己情報コントロール権は自分で自分の情報をコントロールする利益を保護するものであるが、データベースは不可視であるからデータベース社会やネットワーク社会では現実には自己情報のコントロールが不可能となり、自己情報コントロール権は監視機関が設置されているか等のシステム・コントロールへと内実を変化させて行くことと捉えられる。前掲「日本国憲法研究 第一〇回・プライバシー」「座談会」一一三頁「山本龍彦」。

(298)

そもそもプライベートという語自体を最高裁が使い出したのが一九九五年頃からとされ（指紋捺捺拒否に関する最高裁平成七年一月二五日判決・刑集四九卷一〇号八四二頁において、「個人の私生活あるいはプライベートが侵害される危険性がある」と言及された）、その理由としては、従前プライベート権に関する定義上の一致が見られなかったところ（佐藤幸治・前掲書『現代国家と人権』四〇九頁「初出平成八年」）は、プライベート概念が不明確であることや請求権という積極的側面があるためにどこ迄関わらなければならないか分らないという恐れがあるがゆえに、裁判所は具体的事案の中で法的に保護に値するか否かを個別的に判断して行くという道を選択しているのではないかと述べる）、自己決定権的なものが我が国でプライベートの内容から切り離されたことがクリアになり、「私生活上の自由」としてお茶を濁す必要がなくなった点などが掲げられている。前掲「日本国憲法研究 第一〇回・プライベート」座談会」一〇三頁「川口令和・山本龍彦」。

(299)

行政機関が住民基本台帳ネットワークシステムにより住民の個人情報を取集・管理・利用することは憲法第一三条の保障するプライベート権その他の人格権を違法に侵害する等と主張して、住民らが、住民台帳から妨害排除請求として住民票コードの削除を求めた事案で、最高裁は、プライベート権侵害を否定し、セキュリティについて、「住基ネットのシステム上の欠陥等により外部から不当にアクセスさせるなどして本人確認情報が容易に漏えいする具体的な危険はないこと、受領者による本人確認情報の目的外利用又は本人確認情報に関する秘密の漏えい等は、懲戒処分又は刑罰をもって禁止されていること、住基法は、都道府県に本人確認情報の保護に関する審議会を、指定情報処理機関に本人確認情報保護委員会を設置することとして、本人確認情報の適切な取扱いを担保するための制度的措置を講じていることなどに照らせば、住基ネットにシステム技術上又は法制度上の不備があり、そのために本人確認情報が法令等の根拠に基づかずに又は正当な行政目的の範囲を逸脱して第三者に開示又は公表される具体的な危険が生じているということもできない」と旨述べている。

(300)

上記の通り、住基ネットのシステム上の欠陥等により外部から不当にアクセスされる等して本人確認情報が容易に漏洩する具体的な危険はないこと、受領者による本人確認情報の目的外利用又は本人確認情報に関する秘密の漏洩等は懲戒処分又は刑罰をもって禁止されていること、住基法は、都道府県に本人確認情報の保護に関する審議会を、指定情報処理機関に本人確認情報保護委員会を設置することとして、本人確認情報の適切な取扱いを担保するための制度的措置を講じていることなどがチェックされており、かかる点で住基ネットシステムの構造を重視したと捉える。山本龍彦「住基ネットの合憲性」長谷部泰男・石川健治・宍戸常寿『憲法判例百選 I 〔第6版〕』（平成二五年 有斐閣）四七頁など。そして、このような構

造的な問題の審査については、裁判所で争うという権利保障イメージよりも、政策立案過程で憲法の議論をして行く方が効果的であり、裁判所の能力の制約を考えるとその審査は限定的となるとの指摘も見られる。前掲「日本国憲法研究 第一〇回・プライバシー」〔座談会〕一一一五六頁〔川岸令和・大沢秀介〕。

- (301) 山本龍彦・前掲「プライバシーの権利」八二頁以下、八四頁、八六頁。宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 第2版』（平成二六年 日本評論社）二三頁も、住基ネット判決において、プライバシー権の要請は、個人の私的な領域への侵害という主観面を超えて、住基ネットというデータベースの「管理・利用」が適正かどうかという客観的な側面を広く捉えられていると考えられると捉える。

- (302) 議論情況として、前掲「日本国憲法研究 第一〇回・プライバシー」〔座談会〕一〇五頁以下。同一〇六頁「山本龍彦」も、取得時中心主義の京都府学連事件判決が生き続けていることを認めた上で、だからこそ、情報の保存や管理のあり方、システムの構造をレビューした住基ネット事件判決の異質性が際立つようにも思うと述べる。その他、最高裁は、私生活の平穩の保護・私生活の秘匿（私事を公開・開示されない自由）を重視する伝統的プライバシー概念と自己情報コントロール権説とを連関するように折り合いを付けていると指摘するものとして、例えば、山本龍彦・前掲「住基ネットの合憲性」四七頁、棟居快行「講演会参加者リストの提出とプライバシー侵害」長谷部泰男・石川健治・宍戸常寿・前掲書『憲法判例百選 I 〔第6版〕 四五頁など。

一方、稲谷龍彦「刑事手続におけるプライバシー保護（八）完」『法学論叢』第一七三巻第六号（平成二五年）一一一頁は、最高裁昭和四四年判決自体が、制度の不備・欠陥による情報取得後の不当利用の危険性に鑑みた判断であったと考えられると捉える。

- (303) 山本龍彦・前掲「プライバシーの権利」九〇頁。この点、例えば、インターネット上の情報流通に関してはGoogleやAmazonといったグローバル企業の個人情報取扱方針がスタンダードになり、国の役所といった国家権力の指示に限界が生じること、また、情報取扱いのモニタリングとかアーキテクチャの評価など細かい技術的審査は監視機関に頼らざるを得なくなるなどに見られるように、国家権力に対して向ける自己情報コントロール権だけでは現実を捕捉出来なくなるのではないかと論じられる。前掲「日本国憲法研究 第一〇回・プライバシー」〔座談会〕一一一六七頁〔宍戸常寿・山本龍彦。但し、論者は、自己情報コントロール権という共通理解を立てておいて、それを足掛かりに個々の問題情況に応じた理論を

考えて行く方向を是とする。同一一四頁(宍戸)・一一八頁(山本)。

- (304) 判例及びそれを巡る議論情況として、大野正博『現代型捜査とその規制』(平成一三年 成文堂) 第二編、幕田英雄『実例中心 捜査法解説』(第三版) (平成二四年 東京法令出版) 一三〇頁以下、一三六頁以下、一四三頁以下、渡辺咲子『任意捜査の限界一〇一問「四訂」』(平成二二年 立花書房) 八四頁以下、水野谷幸夫『判例中心 適正捜査手続ハンドブック』(平成二五年 立花書房) 第四、平良木登規男『刑事訴訟法Ⅰ』(平成二二年 成文堂) 二二三頁以下など、先行業績には枚挙に遑がない。

- (305) 大久保隆志『刑事訴訟法』(平成二六年 新世社) 二七頁は、類型としての写真撮影が一般的に強制か任意かを論じることにより余り意味はなく、強制か任意かは当該撮影の具体的態様を個別具体的に検討することによって初めて明らかになると述べる。

- (306) 東京地判昭和四〇年三月八日下刑集七卷三号三三四頁。

- (307) 田宮裕『捜査の構造』(昭和四六年 有斐閣) 二四七頁、二六二頁など。最高裁昭和四四年二月二四日大法廷判決出現以前にも、裁判例は、単純に肖像権を認めるもの、「顔写真」の撮影は強制処分であるから許されないとするもの、集団示威運動の情況を撮影することは違法ではないが、参加者の容貌を目的として撮影すること迄は参加者は容認しているとは言えないとするものなどに分かれていたが、どの裁判例も写真撮影が肖像権乃至プライバシーとの関係で問題があることは承認しつつ、一定限度では許されるとするのが大きな流れであったと評されていた。同書二四八頁以下、二六六頁以下など。

- (308) 例えば、棟居快行『憲法フィールドノート 第3版』(平成一八年 日本評論社) 四七頁など。これについて、憲法上の肖像権が正面から認められた訳ではなく、「私生活上の自由」一般が人格価値と結び付きのない儘丸ごと一定の憲法的保護を受けるべきであり、その自由の中に「みだりに容ぼう等を撮影されない自由」があるに止まるとされたと捉える見解として、宍戸常寿・前掲書『憲法解釈論の応用と展開 第2版』二〇頁・二二頁など。

- (309) 田宮裕・前掲書『捜査の構造』二七一頁以下、二六一頁以下など。同二七七頁は、例えば、「現に犯罪が行われ若しくは行われた後間がないと認められた場合」という要件については、事案に即した判示という意味に止まり、それ以外の場合を積極的に排除するものではなく、同事案のように公然とはなく、隠密に撮影する場合が問題になるようになれば、新たな基準が展開されざるを得ないものと思われると述べていた。

- (310) 星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』一七三頁は、自動速度監視装置による写真撮影を事前設置（個別撮影）型の写真撮影と位置付ける。
- (311) 警察が設置する街頭監視カメラは、平成二二年三月末現在、神奈川県において五〇台（警察庁）、それ以外の一都府県において四一一台（都府県警察）。平成一四年に運用が開始された新宿では五五台のカメラがあり、撮影された画像は電話回線を通じて歌舞伎町交番から新宿署及び警視庁本部へ転送され、録画されると共にモニター監視されているという）、スパー防犯灯が平成二〇年三月末時点で一六都道府県二〇地区に二四〇台（警察庁）、平成二二年三月末時点で一八都道府県七〇地区に五二九台（都道府県警察）設置されている。日本弁護士連合会編著『デジタル社会のプライバシー』（平成二四年 航思社）一七〇頁など。
- (312) 今井良『警視庁科学捜査最前線』（平成二六年 新潮社）一六一頁以下など。
- (313) 星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』一九六頁以下など。
- (314) 今井良・前掲書『警視庁科学捜査最前線』一五七頁以下など。
- (315) 東京高判平成一三年九月一九日（判例集未登載）も地裁判決をほぼ引用し、原告側により上告されたが、最高裁判平成一五年一月二七日判決（判例集未登載）は簡単に退けた。棟居快行・前掲書『憲法フィールドノート 第3版』四七頁に拠る。猶、東京高判平成二二年一月二九日（判例タイムズ二九五号一九三頁）も同様の見解に立っている。
- (316) また、仮にNシステムの端末が道路上の至る所に張り巡らされ、そこから得られる大量の情報が集積・保存されるような事態が生じれば、運転者の行動や私生活の内容を相当程度詳細に推測し得る情報となり、原告らの主張するような国民の行動に対する監視の問題すら生じ得るという点で、Nシステムによって得られる情報が目的や方法の如何を一切問わず収集の許される情報とは言えないことも明らかである旨も述べられた。
- (317) 松前惠環・前掲「位置情報技術とプライバシーを巡る法的課題―GPS技術の利用に関する米国の議論を中心に」二七七―八頁。
- (318) 荷物に対する搜索差押許可状の請求がなされることが多いという。三好一幸『令状審査の理論と実務』（平成二六年 司法協会）九八頁。
- (319) 三好一幸・前掲書『令状審査の理論と実務』九九頁は、中身の薬物等を抜き取る行為は強制処分であり、刑事訴訟法第二

一八条・関税法第一二一条による搜索差押許可状を必要とするが、薬物等を抜き取った後に代替物を入れる行為は任意捜査であり、令状を必要としないとする。無害品と取り替えて入れても、犯人に特段の不利益を与えるものではなく、その人権を侵害するものでもないため、任意捜査の一環として許されるということであろう。

- (320) 水野谷幸夫・前掲書『判例中心 適正捜査手続ハンドブック』八八頁、大野正博「コントロール・デリバリー」椎橋隆幸編著『よくわかる刑事訴訟法』（平成二年 ミネルヴァ書房）四五頁「対象者の挙動が一般公衆に晒されている状況下ではビーバーを用いた監視も任意処分として許容する余地があるが、対象物が家屋等に搬入された場合はこの限りでない。ただ、対象物が家屋等の内部に運び込まれた段階で関係者を直ちに逮捕出来る態勢下で監視するような場合であれば、ビーバー装着を任意処分として許容可能と思われる」とする。大久保隆志・前掲書『刑事訴訟法』三三頁は、尾行・張り込み等による継続的監視は、任意捜査として実施すれば足りようが、ビーバー等を貨物に装着して追尾する場合には、目視以上に正確な位置が特定され、場合によっては位置情報が記録されることもあり得るから、記録という点においては、写真撮影に類似したプライバシー侵害の問題があり得るとする。

- (321) 星周一郎「写真撮影と防犯カメラの法的性質」『警察学論集』第六三巻第一号（平成二二年）六一―二頁、井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（平成二五年 有斐閣）五六頁など。

その他、我が国を直接に素材としている訳ではないが、例えば、尾行などについても肉眼で行われているか、通常の望遠鏡を使うに止まる場合は、合衆国では権利侵害とならないと示唆するものとして、香川喜八朗「写真撮影の適法性とコミュニケーション・セキュリティ・カメラ」『日本刑事法の理論と展望 下巻』（平成一四年 信山社）六八頁。

- (322) 田宮裕・前掲書『捜査の構造』二五〇頁、二五三頁。

- (323) 井上正仁・前掲「強制捜査と任意捜査の区別」五六頁など。

- (324) 第二章第一節第一款（9）など参照。

- (325) 田宮裕・前掲書『捜査の構造』二五三―五頁（集团的示威活動の中にある個々人の容貌を特定する顔写真の撮影は違法である点は、肖像権の理論からすれば、恐らく正しい結論であろうとする）。

- (326) 井上正仁・前掲「強制捜査と任意捜査の区別」五六頁「街頭で公然と活動している人には保護されるべき利益が全くないということ迄意味するものではなく、ただ、住居の内にいる人を密かに撮影する場合に侵害が問題となるようなプライバシー

シー権と比べると一段劣位に立ち、その写真撮影は強制処分と迄は言えないけれども、濫りに容貌等を撮影されない自由といった利益の侵害を伴うものであるから無制限に許される訳ではなく、当該利益の重大性と写真撮影の必要性・緊急性とを較量し、相当と認められる限度でのみ許容されるということになると考えられるとする」、星周一郎・前掲「写真撮影と防犯カメラの法的性質」一六一―二頁など。現在、公の場にいるところを監視カメラで撮られることもプライバシー侵害になることが認識されつつあると捉え、その原因を検索と集約の技術が非常に発達した点に求める見解として、「パネルデイスカッション デジタル社会における便利さとプライバシー」日本弁護士連合会編著・前掲書「デジタル社会のプライバシー」二九頁「田村智明」。また、同書一〇三―四頁をも参照。

裁判例においても、例えば、釜ヶ崎監視カメラ事件（地区関係者が監視カメラ撤去と慰謝料等を求める訴えを、大阪府に提起した）に関する大阪地裁平成六年四月二七日判決（判例時報一五二五号一―一六頁。大阪高裁平成八年五月一四日判決「判例集未登載」）においてもほぼ同内容の判示が繰り返され、最高裁平成一〇年一月二日判決「判例集未登載」においてもこれを支持した。棟居快行・前掲書「憲法フィールドノート 第3版」三八頁に拠る）において、路上では全てのプライバシーが放棄されている訳ではなく、病院・政治団体を殊更に監視したり、人の生活領域を相当広範囲且つ継続的に監視すれば人のプライバシーが把握され得るし、また当該行動を萎縮させるから違法となり得る旨述べられている。

(327) 例えば、松前恵環・前掲「GPS技術と公共の場におけるプライバシー」一〇九―一〇頁は、我が国の場合、確立された見解がある訳ではないものの、アメリカ合衆国のように物理的境界に基づく公私領域の厳密な二分論が採られているものではないとする。

(328) See e.g., John Villaseor, "Privacy, Security, And Human Dignity In The Digital Age: Observations From Above: Unmanned Aircraft Systems And Privacy", supra at 511-12.

(329) John Villaseor, "Privacy, Security, And Human Dignity In The Digital Age: Observations From Above: Unmanned Aircraft Systems And Privacy", supra at 516-7は、連邦最高裁は、無令状での無人機による監視を行うような無制約の権能は捜査機関等に認めておらず、明らかにされた詳細な個人情報等の量に依拠した基準を採用する傾向があるとする（この基準の下では、精巧でない画像化技術であっても、低空飛行する無人機で誤って使用されれば修正第四条違反となり得るし、一方、高度上空で操縦される精巧なカメラによる画像化において個人情報が発見されず、憲法問題が生じないこともあり得ると



- する)。
- (330) アメリカ合衆国の判例において現実には争われているのは、公共空間からの私的空間に対する撮影の適否であるとされる。星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』一三四頁など。
- (331) See e.g., Sue Carter Collins “Katz v. United States”, *supra* at 24-5.
- (332) 渥美東洋「テレビカメラによる不穏な状況と犯罪状況の警察による撮影・録画を適法とした事例」『判例タイムズ』第六八四号(平成元年)四〇―一頁。
- (333) 渥美東洋・前掲「テレビカメラによる不穏な状況と犯罪状況の警察による撮影・録画を適法とした事例」四一頁以下。ワイデオ撮影の事例の場合、撮影したワイデオ・テープは長期に亘って保存されるのではなく、一定時間の間撮影したテープを撮影後検分した後、不審事由がなかったり犯罪が撮影されていない場合は当該テープは消去されるので、干渉の程度は低いとする。同四三頁。
- (334) See e.g., Susan A. Higgins, “Aerial Surveillance: Overlooking the Fourth Amendment” 50 *Fordham L. Rev.* 271, 280 (1981).
- (335) 井上正仁・前掲「令状主義の意義」七九頁など。
- (336) 第二章第一節第一款(10)参照。
- (337) 小木曾綾「再び『新しい捜査方法』について」『研修』第七九〇号(平成二六年)二二―三頁は、アメリカ合衆国の経験に倣って言えば、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて……捜査目的を実現する行為」という基準は今でも活きており、これで解決出来ない部分に「個人の意思に反して重大な権利利益を制約する行為」または「対象者のプライバシー等を大きく侵害する行為」という基準が適用されるということになるうかと述べる。
- (338) VIVEK KOTHARI, “Autobots, Decepticons, and Panopticons: The Transformative Nature of GPS Technology and the Fourth Amendment” 6 *Crim. L. Brief* 37, 40- (2010).
- (339) 第二章第一節第一款四、第三款など。
- (340) この点、犯罪者は塙を建てることによっては、保護される圍繞地と保護されない open fields の間の区分を容易に変えることは出来なごを裁判例を把握する見解を「*See e.g., Orin S. Kerr, “AN EQUILIBRIUM-ADJUSTMENT THEORY OF THE FOURTH AMENDMENT”* 125 *Harv. L. Rev.* 476, 525 (2011).

- (341) See e.g., Mark Lloyd Smith, "Warrantless Aerial Surveillance: Searching for Constitutional Standards", *supra* at 288-.
- (342) See e.g., Geoffrey Christopher Rapp, "COMPLYING AND FLYING: LEGAL AND TECHNICAL ISSUES RELATING TO THE OPERATION OF UNMANNED AERIAL SYSTEMS. ARTICLE: UNMANNED AERIAL EXPOSURE: CIVIL LIABILITY CONCERNS ARISING FROM DOMESTIC LAW ENFORCEMENT EMPLOYMENT OF UNMANNED AERIAL SYSTEMS", *supra* at 644.
- (343) Ben Jenkins, "Watching the Watchmen: Drone Privacy and the Need for Oversight" 102 Ky. L.J. 161, 171 - (2013/4). 無人機への監視機能は、早晩壁や天井を透過し得るだろうから、従前の修正第四条に於ける裁判例の枠組みでは、無人機による監視から社会を保護するためには有効でなくなるかも知れないとも述べる。Id., at174. 猶、公共空間における監視が修正第四条の搜索に該当するか否かを画するフォーマクターとして、監視期間とか監視の強度といった点ではなく、用いる科学技術を重視する見解として、See e.g., Marc Jonathan Blitz, "THE FOURTH AMENDMENT: FUTURE OF PUBLIC SURVEILLANCE: REMOTE RECORDING AND OTHER SEARCHES IN PUBLIC SPACE" 63 An. U.L. Rev. 21, 85-(2013) 「監視の無差別性・隠密性・侵襲性・連続性といったフォーマクターにはメリットもあるが、デメリットの方が大きいと捉える。」  
Id. at 77-].
- (344) See e.g., Susan A. Higgins, "Aerial Surveillance: Overlooking the Fourth Amendment", *supra* at 280-.
- (345) Brandon Nagy, "Why They Can Watch You: Assessing the Constitutionality of Warrantless Unmanned Aerial Surveillance by Law Enforcement", *supra* at 155.
- (346) Jacob Peterson, "Vehicular GPS Surveillance: The Death of Autonomy and Anonymity or a Variation on the Status Quo?" 39 Wash. U. J.L. & Pol'y 337, 353-(2012).
- (347) 山本龍彦「警察による情報保管・データベース化の『法律』的統制について」大沢秀介・佐久間修・荻野徹『社会の安全と法』(平成二五年 立花書房) 六四頁以下。稲谷龍彦・「情報技術の革新と刑事手続」井上正仁・酒巻匡編・前掲書『刑事訴訟法の争点』四〇―一頁は、情報技術の革新によって情報コストの存在を前提とした従前の法制度は陳腐化され、特にGPSによって膨大な行動記録が蓄積・分析され、情報コストが劇的に低下して、濫用的な情報収集・利用のインセンティブが増大していると述べる。

(348) 既に、松代剛枝・前掲「捜査における人の写真撮影」一三一頁以下も、アメリカ法においては、写真撮影は視認の一亜種として視認の規制に服するものであって、精密記録機能に伴う権利侵害性は独立の争点ではなかったが、今日、コンピューターと連携した写真撮影は、多量の写真の蓄積・照合により、技術的には公道上を広域移動する人の動作・動向全てを刻々と捕捉識別出来、公衆視を遙かに越えるレヴェルの秘匿視機能・増幅視機能と不可分に結び付くこととなり、このように変容した現在の写真撮影は、基本的に全て強制処分の域に達していると云わざるを得ないと指摘していた。

(349) 現代の余りに高度化したデジタル社会、データ・バンク社会には、三〇年以上前の一九六〇年代に登場した情報プライバシー論における議論ではその儘の形では対応出来ないと考えられ、アメリカ合衆国においては一九九〇年代後半からプライバシー論における議論の重点を情報システム、データベースの構造乃至アーキテクチャそれ自体に置く構造的転回が生じた。ここにおいては、プライバシー保護にとって重視されるのは個人の自宅や壁よりも寧ろ情報システムのファイアーウォールや暗号化システムであるとされ、我々の関心は「見られること・情報が取られること」から「取られた情報がどう管理・保存されるのか」というシステム構造の問題に移って来ており、プライバシーの権利も、自己情報コントロール権との連続性・関連性を維持しつつも、実質的にはシステム・コントロール、構造要求としての性格を強く有するようになってきていると指摘されている。山本龍彦・前掲「プライバシーの権利」八二頁以下。

(350) 山本龍彦「憲法学のゆくえ①——イントロダクション」『法律時報』第八六巻第四号（平成二六年）八六頁、「座談会」憲法と刑事法の交錯（前篇）『法律時報』第八六巻第五号（平成二六年）一一二六頁「山本龍彦」。亀井源太郎「基調報告」憲法と刑事法の交錯『法律時報』第八六巻第四号九一一頁も、情報の取得時点における侵害性のみを問題とし、当該情報の管理・利用の場面での侵害性を問題としないのは、「当該侵害性を刑事訴訟において問題とすることには困難もあるとするが」、事柄の本質を見誤るのかも知れないと述べる。前掲「座談会」憲法と刑事法の交錯（前篇）『法律時報』第八六巻第五号（平成二六年）一一二八—九頁「亀井源太郎」をも参照。

(351) 星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』一六四—五頁。但し、ヨーロッパのデータ保護法には、アメリカ合衆国のプライバシー保護調査委員会が一九七七年に発表した報告書「情報社会における個人のプライバシー」におけるプライバシー法の八原則等が影響を与えているとされる。堀部政男・前掲書『プライバシーと高度情報化社会』二八頁以下、石井夏生利・前掲書『個人情報保護法の理念と現代的課題』四二八頁など。

- (352) アメリカ合衆国においては一九三〇年代に、前科を持つ者について記録化して行くという考え方が発生したとされる。See e.g. Wayne A Logan, "Information and Social Control", *The Constitution and the Future of Criminal Justice in America*, edited by John T. Parry, L. Song Richardson, 2013, Cambridge University Press, 138.
- (353) 我が国においても、一九八〇年代にかかるアメリカ合衆国の動向などを承けてコンピュータと電気通信の結合について認識が深まり(堀部政男「ニューメディアと法」『ジュリスト増刊 高度情報社会の法律問題』[昭和五九年]三〇頁など参照)、大量のデータが蓄積されたデータベースの不当目的での悪用等について規律する必要性について論じられていた。渥美東洋「情報犯罪の規律と捜査」『ジュリスト増刊 ネットワーク社会と法』(昭和六三年)七八頁、同「情報の公開とプライバシー」『判例タイムズ』第五六四号(昭和六〇年)八頁「広く個人情報も含めて政府が情報を膨大と言える程の量迄入手し、行政サービスを社会の構造を決定する程迄戦略的に展開出来る状況が生まれたからこそ、恣意的な行政活動や圧政に通ずる行政活動等をチェックする一つの方策として、情報公開法が開発されたと捉える」など。
- (354) FBIは、一九九〇年に、コンピュータ化計画の一環として四〇〇〇万件の指紋カード及び犯罪歴記録のデジタル記録への書き換えを始めたとされる。デイヴィッド・ライアン「河村一郎 訳」『監視社会』(平成一四年「原著二〇〇一年」青土社)一三〇頁など。
- (355) アメリカ合衆国データにおけるデータハース進展の経緯については、Erin Murphy, "DATABASES, DOCTRINE & CONSTITUTIONAL CRIMINAL PROCEDURE" 37 *Fordham Urb L.J.* 803, 805- (2010).
- (356) デイヴィッド・ライアン「河村一郎 訳」・前掲書『監視社会』四一―二頁など。
- (357) ダニエル・J・ソローウ「大谷卓史 訳」・前掲書『プライバシーの新理論』一六一頁以下。原著 Daniel J. Solove, *Understanding Privacy*, 2008, Harvard University Press, United States of America, 117-.
- Solove は、例えば、被疑者の DNA 情報を取得したい時は、警察は被疑者が捨てた物などから遺伝情報を取得するの  
で、プライバシーの合理的期待が欠けるために合衆国憲法修正第四条によっては保護にならないと指摘する。DANIEL J. SOLOVE, "FOURTH AMENDMENT PRAGMATISM" 51 *B.C. L. Rev.* 1511, 1530 (2010).
- (358) ダニエル・J・ソローウ「大谷卓史 訳」・前掲書『プライバシーの新理論』一七二頁以下。また、同書二六七頁以下。
- (359) Daniel J. Solove, "Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy" 53 *Stan. L. Rev.*

1393,1461 - (2001).

(360) See e.g. Nancy Forster, "PRIVACY RIGHTS & PROACTIVE INVESTIGATIONS: 2013 SYMPOSIUM ON EMERGING CONSTITUTIONAL ISSUES IN LAW ENFORCEMENT: ARTICLE: BACK TO THE FUTURE: UNITED STATES V. JONES RESUSCITATES PROPERTY LAW CONCEPTS IN FOURTH AMENDMENT JURISPRUDENCE" 42 U. Balt. L. Rev. 445, 482 (2013).

(361) 例えば、ヨーロッパにおけるプライバシー保護は、プライバシーの権利という点を基底にする度合いが強く、高いレベルにあるが、これに対して、アメリカ合衆国の場合は、コモンドローの伝統によりプライバシーを基本権というよりも利益と捉えた上で、情報プライバシーについて包括的に立法せずに特定分野の問題についてアド・ホックに法規を制定するに止め、市場の力をも斟酌するというように大まかには対比出来ると論ずる見解も見られる。See e.g. David Lindsay, Sam Ricketson, "Copyright, privacy and digital rights management (DRM)", *New Dimensions in Privacy Law*, edited by Andrew T. Kenyon, Megan Richardson, 2006, Cambridge University Press, pp. 133-.

(362) EUの個人情報保護制度について、新保史生「EUの個人情報保護制度」『ジュリスト』一四六四号(平成二六年)三八頁以下、石井夏生利「EU一般データ保護規則提案の動向(1)」『NBL』一〇二五号(平成二六年)三〇頁以下、Yves Poulet, J. Marc Dinant, "The internet and private life in Europe: Risks and aspirations", *New Dimensions in Privacy Law*, supra at 60-.

(363) 急速な技術発展とグローバル化によって、収集・管理されるデータの規模が劇的に増大したこと、加盟国の保護レベルを均一化させ、個人データを高いレベルで保護しつつ、流通の障碍を除去する必要性が生じたことから、二〇二二年一月、EUの欧州委員会は「個人データの取扱いに係る個人の保護と当該データの自由な移動に関する欧州議会及び理事会規則(一般データ保護規則)提案」を発表し、一九九五年データ保護指令の見直しを図っている。ここでは、加盟国の立法措置を必要とする指令から、加盟国に直接適用される規則への変更、越境適用、定義新設、明示的同意の原則化、削除権、プロファイリング、データ保護・バイ・デザイン、行政上の制裁金等々の新制度を定め、データ主体によるコントロール強化、データ保護制度の厳格化が図られているとされる。石井夏生利・前掲「EU一般データ保護規則提案の動向(1)」など。

(364) 裁判例においても、画像の記録・保存・流通等が人々の私的生活の領域内の問題であり、不適当な公への開示から対

- 象者のアイデンティティを保護するための相当な手続的措置が必要であるとの認識は存している。Alastair Mowbray, *EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS*, 3<sup>rd</sup> ed. 2012, Oxford University Press/United Kingdom, pp. 510-1. イギリスにおける情況については、星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』四二頁以下など。監視カメラの設置数ではアメリカ合衆国の方が後塵を拝していたが、近時は合衆国でも大都市の重要地点にイギリス同様、カメラが設置され始めており、当局は蓄積された画像データの集積の中から対象者を選別し、その結果、対象者の生活パターンが明るみになるという事態が生まれてしまうであろうとの懸念が寄せられている。また、アメリカ合衆国において、修正第四条についての裁判例に啓発されたアプローチを議会が伝統的に採用して来た点は世界の大勢とは異なっており、裁判所による監督というアプローチはアメリカ流のものであるとも指摘されている。Harvey Rishikof, "Long Wars of Political Order-Sovereignty and Choice: The Fourth Amendment and the Modern Trilemma" 15Cornell J.L. & Pub. Pol. v 587, 594- (2006). 但し、個人情報保護に関して、鈴木正朝「他国への個人データ越境移転制限条項の検討」『ジュリスト』第一四六号六三頁以下は、EUが個人情報保護を個人データ保護及びプライバシーとして基本的権利・人権の問題と捉えるのに比してアメリカ合衆国は規制が緩やかであるかのように捉えることには慎重でなければならぬと論じる（合衆国には重厚な司法的救済や事前規制・課徴金制度などがあり、また、9・11事件以降のテロ対策の中で振り子が大きくナショナル・セキュリティに揺れていたもの、近時はスノーデン事件に対する国内外の批判もあってプライバシーの権利の重視に戻りつつあると見る）。
- (365) 防犯カメラについても、イギリスではプライバシー保護原理や証拠法則による法的規制の可能性も否定されないものの、現実には防犯カメラの規制を意図して制定された訳ではないデータ保護法が法的規制の主要な役割を果たしていると指摘されている。星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』一一〇頁。
- (366) 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（平成二六年）一七頁以下など。
- (367) イギリスにおけるデータ保存の情況については、See e.g. Andrew Murray, *INFORMATION TECHNOLOGY LAW*, 2<sup>nd</sup> ed., 2013, Oxford University Press, pp. 540-.
- (368) See e.g. Timothy T. Takahashi, "DRONES AND PRIVACY", supra at 91, 112.
- (369) 現状の我が国においても、「世の中にこれだけ監視カメラが増えすぎて、僕らはどんどん監視されることに鈍感になってくるんじゃないか。」と指摘されており（座談会 原点はなぜ見失われたか「世界」二〇一四年六月号七七頁「周防正行」）。

また、合衆国等においても、匿名性はフェイス・ブックやその他のソーシャル・メディア上で既に崩壊しつつあると評されたりしている。ジグムント・パウマン+デイヴィッド・ライアン『私たちが、すすんで監視し、監視される、この世界について』（平成二五年）〔原著二〇一三年〕 青土社）。他に、眞淳平『二一世紀はどんな世界になるのか』（平成二六年 岩波書店）一九五―六頁も、多数の防犯カメラの設置・コンピュータの顔認識機能の急速進歩等が進んでおり、かかる技術の進歩の今後は正確には読めないものの、数十年の期間で見ると、我々のプライバシー感覚は少しずつ変わって行くことを余儀なくされそうである旨述べる。

(370) 星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』一三四頁など。

(371) ビーパーを利用しての監視・追跡と同様に、単なる位置情報・走行履歴を知り得るに過ぎないGPS端末利用の監視・追跡において、重大な権利侵害がないと考える方が従来の判例法理と整合性を持つと指摘するものとして、清水真・前掲「捜査手法としてのGPS端末の装着と監視」一七七頁など。

無論、GPSが公共空間に限定されずに使用されれば言う迄もなく、また、公共空間に使用が限定されたにせよ、特定場所における一定時点の容貌に限定されずに、位置情報であるにせよ、長期的・継続的に対象者の行動を把握出来る場合、その権利制約の度合いが高いことは明らかである。

(372) GPS機能が進展すれば、音声情報なども併せて記録される技術が用いられることになろう（大野正博「GPSを用いた被疑者等の位置情報探索」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集「下巻」』〔平成二六年 成文堂〕五一―四頁、清水真「自動車の位置情報把握による捜査手法についての考察」『法学新報』第一一七巻第七・八号〔平成二三年〕四五四―五頁〕が、無人機はそれら技術を取り込むであろう。

(373) 当然ながら、GPSと同様に、収集されたデータに基づいて、対象者の場所・時間等々に関するプロファイリングも可能となる。

(374) 一方、軍専用の無人機であっても、提供される情報が無限大であるため、データの津波が空軍本部の消化・吸収能力を凌いでおり、底なしのデータのコンテナから、興味があり関連がある対象を探り出すには膨大な作業と多額の費用が必要であると指摘されている。ジグムント・パウマン+デイヴィッド・ライアン・前掲書『私たちが、すすんで監視し、監視される、この世界について』三六―七頁。

(375) 特にアメリカ合衆国においては、無人機の数が増大することが予測されており、また、政府と大企業との莫大な契約が存在するという事実を鑑み、国中を無人機が日常的に監視するという計画が綿密に調整されているのではないかとという印象を市民が抱いており、国防高等研究計画局 (Defense Advanced Research Projects Agency) が無人機を捜査目的など国内目的に用いることを進めるために膨大な資金を投下している事実も、監視活動を正式に規格化すること、軍事的な活用とそれ以外の活用との境界が曖昧になること等の諸点で現場を不安にさせている。公共の場での監視が行われることによって、プライバシーの観念が急速に変容し、現行法下ではプライバシーに対する期待がなくなってしまうという懸念をアメリカ合衆国市民の相当数は抱いており、それが議会に無人機使用に関するガイドラインを法制化する政治的圧力の増加に繋がっているが、一方、議会が、プライバシーシーヤ市民の自由の侵害に対する十分な保護手段を定めることなく拙速に無人機に合衆国の空域を開放することになれば、却って上記懸念は強まることとなると指摘されている。See e.g., Heidi Boghosian, *SPYING ON DEMOCRACY*, 2013, City Lights Bookstore, San Francisco, pp. 232-.

(376) 追跡監視ビデオに関して、同旨の主張として、大久保隆志・前掲書『刑事訴訟法』三四頁。

(377) 伝統的なプライバシー概念（ひとりで放っておいて貰う権利・私生活を濫りに公開されないという法的保障乃至権利）、情報プライバシー権とは視点を異にする権利・利益として、近時は、流出した個人データによって社会的にマイナス評価となり、当該個人の社会的評価が低下する点にプライバシー侵害を認める見解や、内心の平穩の権利、公共空間での匿名性の利益（ひとりで放っておいて貰う権利）のヴァリエーション）なども論じられるに至っている。星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』六一頁以下、八〇頁以下など。

(378) 防犯カメラに対する法的規制に関して、星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』八一頁以下は、ひとりで放っておいて貰う権利・公共空間における匿名性の利益というプライバシー概念・社会的評価からの自由としてのプライバシー概念は、撮影やそれによるデータ取得の法的規制に関わるものと言えるが（取得中心基準）、これに対して、自己情報コントロール権に基づく現代的プライバシー概念は、カメラ設置の適否の問題にも関わり得るものの、寧ろ適法に設置されたカメラにより取得された情報＝映像データの不適切な開示・利用がなされないことの保障という意味において、取得データの管理・利用に対する法的規制のあり方に主として関わる問題であると思われる（管理・利用中心基準）と捉える。

(379) 意思決定への介入は、自己の個人生活に関する個人の意思決定に対する政府による望まれない侵略行為に係っていると



説く見解として、ダニエル・J・ソローウ「大谷卓史 訳」・前掲書『プライバシーの新理論』二一八―一九頁。また、同書二一七―一八頁は、情報開示のリスクが高まることで情報主体の意思決定に関して萎縮効果を有する可能性が生じるなど、意思決定への介入は情報プライバシーに深く関係していると述べる。猶、佐藤幸治・前掲書『現代国家と人権』四四八―九頁は、プライバシーの権利を以て「高度に個人乃至親密な決定に対する公権力による干渉からの自由」の意味において捉える見解は、高度に個人乃至親密な決定自体に関わらない問題をプライバシーの領域から放逐する結果となって妥当ではなく、我が国では憲法第一三条の「幸福追求権」の一内実としての人格的自律権（自己決定権）の問題として考えて行くべきとする。

(380) 既に触れた、システム・コントロール、構造要求としての性格からプライバシーを見直すアプローチによれば、情報システムの構造審査がしつかりなされれば、情報システムに対する畏怖・恐れは緩和されると言い得るかも知れない。

猶、前掲「座談会」憲法と刑事法の交錯（前篇）『法律時報』第八六巻第五号（平成二六年）一二六頁「山本龍彦」も、姿態を撮られることで感じる瞬間的な羞恥よりも、その情報が将来どう使われるか分からないという不確実性の方に、より強い脅威や権力性を感じると述べる。

(381) 但し、令状の事前提示自体は必ずしも必須の要件とは言えないであろう。例えば、傍受（盗聴）に関して、盗聴の目的とする会話が得られた後、又はそれが裁判で証拠として持ち出される前に、被盜聴者にノータイスすること等で、ノータイス要件は充たされるのではないかと議論されている。佐藤幸治・前掲書『現代国家と人権』三三六頁、三四六頁、大久保隆志「任意捜査の限界―偽装型捜査の許容性とその限界―」『広島法科大学院論集』第九号（平成二五年）一三四頁以下「呈示それ自体が令状主義の保障の保障の内容をなすものではなく、事後的にであれ異議や不服を申し立て、処分取消しを求めて損害を回復することが可能であれば良いとする」。井上正仁・前掲書「捜査手段としての通信・会話の傍受」七三頁以下をも参照。

(382) 例えば、街頭防犯カメラの設置・使用については、行政警察活動として任意手段として許容されることになるが、それと前提として、使用方法の相当性を充足するか否かを判断する段階において、録画したデータの管理が厳格に行われているということ、犯罪防止・捜査支援等とは無関係な画像データについては一定期間内に消去がなされること等が重要な判断要素と捉えられている。星周一郎・前掲書「防犯カメラと刑事手続」一九〇頁、一九四頁、二〇二頁など。

(383) 稲谷龍彦・前掲「情報技術の革新と刑事手続」四一頁は、GPSに関して、小型化・巧妙化が進み、僅かな手間で半永久

的に対象者の行動を監視出来るように工夫されており、長期に亘る監視行為によって蓄積された膨大な行動記録をコンピュータプログラムを通じて分析することで、詳細なプロフィールが可能になる点を捉えて、特別の法的規制を必要とする「強制の処分」と解されるべきであつて、令状主義のような厳格な法的規制が行われるべきであろうとする。そして、GPSにおける問題の本質が情報の蓄積にあるため、令状審査を通じて対象者所持品への侵入について不当目的が存在するか否かをスクリーニングするだけでは不十分で、少なくとも令状審査段階で不当目的を予めスクリーニングする機会を設けることが必要であり、また、蓄積された情報の性質・量と当該情報コストの低さに鑑みた場合、不当な目的外利用を防ぐために、少なくとも通信傍受法第十九条以下のような個別具体的な事後処理についての規定が必要であると述べる。

(384) 「パネルディスカッション デジタル社会における便利さとプライバシー」日本弁護士連合会編著・前掲書『デジタル社会のプライバシー』四六頁「田村智明」。既に触れた点と重なるが、アメリカ合衆国においても、位置情報技術やソーシャルメディアの発達によってデータ集積が高度化し、人々は自分が知らぬ儘に従前の警察による監視よりも膨大な情報が収集されているのではないかと感じるようになり、捜査機関等の濫用に対する懸念も高まる結果として、ライフプランの機動性・創造などに萎縮効果が生じ得るとも指摘されている。Kimberly D. Bailey, "Watching Me: The War on Crime, Privacy, and the State" 47 U.C. Davis L. Rev. 1539, 1571 (2014).

(385) 無人機の便益とコストの衡量を重視する見解は、安全という便益の上昇は個人のプライバシーのコストの下に成り立ち、無人機による監視が広範に普及した場合、無人機による無制約の監視による限界費用は当該監視による限界収益を上回って社会にとって非生産的・非効率となるから、無人機による監視を過度に制約しないと同時に過度な監視も行わないという形で、無人機による監視が生み出す社会にとっての利益が社会にとっての限界費用・不便を上回るか同等のレヴェルになるように、法的設計がなされるべきであると主張する (Ian F. Rothuss, "An Economic Perspective on the Privacy Implications of Domestic Drone Surveillance" 10 J.L. Econ. & Pol'y 441, 456-7 [2014]). 本文で述べたようなアプローチは、上記のようなバランス判断の一つの現れと言うことが可能であると思われる。

(386) 稲谷龍彦・前掲「刑事手続におけるプライバシー保護(一)」四頁は、刑事手続におけるプライバシー保護は捜査機関による情報取得時だけでなく国家による不当な個人情報濫用を防ぐという形で情報取得後にも問題となり、国家による個人情報濫用の危険に対応するためには制裁規定等によって担保された情報取得後の管理体制の構築が必要となるが、裁判所には

かかる体制構築に必要な情報収集・分析能力、法規創造力が備わっていないと述べる。稲谷龍彦「刑事手続におけるプライバシー保護（二）」『法学論叢』第一六九巻第五号一六頁、同「刑事手続におけるプライバシー保護（三）」『法学論叢』第一七二巻第五号五〇―一頁、同「刑事手続におけるプライバシー保護（四）」『法学論叢』第一七一巻第六号一五頁、同「刑事手続におけるプライバシー保護（五）」『法学論叢』第一七二巻第二号一八頁以下、同「刑事手続におけるプライバシー保護（六）」『法学論叢』第一七三巻第二号（平成二五年）一六―七頁、同「刑事手続におけるプライバシー保護（七）」『法学論叢』第一七三巻第三号（平成二五年）二四頁以下などを参照。

(387) 或いは、令状を要求しても、対象者に対するノーテイスは事後的でも良いと解することも可能であろう。

(388) 星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』二七一頁。我が国においては、警察等の公的機関により設置・利用される街頭防犯カメラの許容性は犯罪抑止という側面に関わり、主として行政警察活動における許容限界という観点から考察されるべきであるのに対して、撮影データの保存期間を超えた抽出や分析は犯罪捜査支援機能に関わるもので、刑事司法における捜査の適法性の視点（更に、証拠の許容性・信用性）や情報保護法により把握されるものと言える（撮影データの管理の側面については、個人識別可能な個人情報に該当する場合には個人情報保護法による規制に服するが、これに該当しない場合には個人情報保護法等の趣旨に則った内規による規制がなされる）と捉える。同書二七二頁。

(389) 佐藤幸治・前掲書『現代国家と人権』四三九頁など。

(390) 佐藤幸治・前掲書『現代国家と人権』四三七―八頁は、プライバシーの権利が「ひとりで居らせてもらいたいという権利」の意味であるとすればプライバシーの権利は実際上かなり些細な事柄に対する干渉から自由である権利になってしまいかねないが、今日、高度に相互依存的な社会に生き、税・社会保障・各種サービス等の分野で好むと好まざることにかかわらず公権力と接触せざるを得ない状況下にあることを前提とするならば、我々が道徳的自律の存在として、自ら善であると判断する目的を追求して、他者とコミュニケーションし、自己の存在に関わる情報を開示する範囲やその性質を選択出来る権利というようにプライバシーの権利を理解すべきであり、この下に、公権力が盗聴器を使用して個人の会話を聴取したり、個人の道徳的自律と存在に直接関わる情報を取得・保有することはプライバシーの権利を侵害するものとして原則として許されないけれども、個人の道徳的自律と存在に直接関わらない外的事項に関する個別情報を公権力が正当な目的のために正当な方法を通じて取得しても直ちにプライバシーの権利侵害とは言えず、ただそれが悪用または集積される時、道徳的

自律と存在に影響を及ぼすものとしてプライバシー権利侵害の問題が生ずると述べる。例えば、松井茂記「情報コントロール権としてのプライバシーの権利」『法学セミナー』第四〇四号（昭和六三年）三八頁・四〇―一頁も、プライバシーの権利を自己情報コントロール権として理解しつつ、個人の容貌の写真撮影など個人情報の取得・収集の局面のみならず、取得・収集された個人情報保有・管理する必要性がなくなったにもかかわらず保有・管理していることはプライバシーの権利の侵害と考えざるを得ないと述べて、個人情報の保有・管理・利用、更に開示・提供の局面にもプライバシー権利について規律を及ぼす（但し、同四〇頁は、道徳的自律の存在としての個人の實在に関わる情報否かの区別は必ずしも明確でない）、自己情報全てをプライバシーの権利の対象と考えつつ、権利侵害の許容性を判断する際に情報の性質を考慮することによって対処した方が良くはないかと述べる）。佐藤幸治『日本国憲法論』平成二三年 成文堂一八四頁をも参照。同書一八二頁は、学説やアメリカ合衆国の判例の中には、自己決定のプライバシー権や、「ひとりで居させてもらいたいという権利」に最も近い「静穏のプライバシー権」と称すべきものをもプライバシーの権利に含めて観念するものがあるが、権利はその内実が明確で同質的であることを本来の性質とするものと解され、また、これらの多くは人格的自律権（自己決定権）の問題として捉えることが出来るから、プライバシーの権利は「情報プライバシー権」の意味に限定するのが妥当である旨述べる。

これに対して、例えば、石井夏生利・前掲書「個人情報保護法の理念と現代的展開」五五九頁は、プライバシー権は、伝統的権利が現代的権利に取って代わられたのではなく、両者を総合した権利と理解しなければならないとする。

- (391) 令状取得を法定しなくとも、データ管理を法定するという形で強制処分として規律するというアプローチも考えられよう。
- (392) See e.g., Ben Jenkins, "Watching the Watchmen: Drone Privacy and the Need for Oversight", *supra* at 178- [「外部機関による監査等について示唆する」]。

- (393) See e.g., Hillary B. Farber, "EYES IN THE SKY: CONSTITUTIONAL AND REGULATORY APPROACHES TO DOMESTIC DRONE DEPLOYMENT", 64 *Syracuse L. Rev.* 1, 45- (2014). ノーリントン州の法案の例に「*Id.* at 32.

- (394) See e.g., Daniel T. Pesciotta, "I'm Not Dead Yet: Katz, Jones, and the Fourth Amendment in the 21st Century", *supra* at 246-; William J. Stuntz, "The Political Constitution of Criminal Justice" 119 *Harvard L. Rev.* 781, 846- (2006); Ben Jenkins, "Watching the Watchmen: Drone Privacy and the Need for Oversight", *supra*; Ian F. Rothfuss, "An Economic Perspective

on the Privacy Implications of Domestic Drone Surveillance”, supra at 457.

(395) 例えば、最高裁判平成二二年九月二八日第三小法廷決定（刑集六三卷七号八六八頁）において、警察による宅配便荷物に対するエックス線検査に関して、「荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分にあたると解される。」と判示された。本決定について、捜索の一方方法として同様の検査を行うことの可能性を排除する迄の趣旨ではなからうと捉える見解として、井上正仁「梱包内容のエックス線検査」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選』〔第9版〕〔平成二三年〕七一頁。

(396) 既に触れた通り、星周一郎・前掲書「防犯カメラと刑事手続」二七二頁は、防犯カメラによって得られた撮影データで個人情報に該当しないものについては、個人情報保護法等の趣旨に沿った内規による規制がなされることになる。この点、例えば韓国では、個人情報保護法第二五条、同法施行令第二二条、標準個人情報保護ガイドライン（第四〇条・第四一条・第四四条・第五二条）にCCTVに関する基本的な規定を明示し、その他、駐車場法施行規則、住宅法施行規則、児童福祉法、廃鉱地域開発支援に関する特別法施行令、外国人保護規則、公衆衛生管理法施行規則、国際航海船舶及び港湾施設のセキユリテイに関する法律施行規則、生命倫理及び安全に関する法律施行規則、地下公共歩道施設の決定・構造及び設置基準に関する規則等で設置を個別に規定しているとされる。シン ヨンジン（瀬戸洋一・日本情報経済社会推進協会 監訳）『情報化社会の個人情報保護と影響評価』（平成二六年 勁草書房）六〇頁以下。

(397) 自由・自律といった理性ある人々の間でも大きな意見の対立が発生する理念に内容を与える能力は裁判官には十分に備わっておらず、自律乃至熟慮の自律を保護する企ては、裁判官に多大な意思決定上の負担を負わせるとも指摘される。キャス・サンスティーン「那須耕介 訳」『熟議が壊れるとき』（平成二四年 勁草書房）二〇二頁。

(398) 二〇世紀、イギリスやアメリカ合衆国においては、事案毎に判断を下すことで漸進的決定を通じて良い結果を生み出して行くという裁判所の能力への信頼が低下したため（裁判官は個別事案に直接影響を受ける当事者の主張を聞かなくてもそれ以外の利害関係者の声を耳にすることはなく、利用可能な情報は限定されている）、立法者はコモン・ロー方式に代えて明確

な準則を事前に整備するようになったと指摘される。キャス・サンステイーン「那須耕介 訳・前掲書『熟議が壊れるとき』」二三〇頁、二三四頁。

(39) 議会には環境問題などについての情報が不足しているため、環境保護局（EPA）などを設置して委任することで、多くの決定負担を確実に軽減しようとしているし、また、議会は情報を持っていても、アフアーマティヴ・アクション等への対応を支える価値についての合意を築ける能力に欠けるところがあるとも指摘される。キャス・サンステイーン「那須耕介 訳・前掲書『熟議が壊れるとき』」二一九―二〇頁。

(40) 準則などを決定するために必要な情報を欠いている時や、事態が徐々に変化するか、大規模な変化の責任を避けたいという場合には漸進的決定が準則等よりも望ましい場合があるし、逆の場合もあると指摘される。キャス・サンステイーン「那須耕介 訳・前掲書『熟議が壊れるとき』」二三七―三八頁、一三四頁。

(41) See e.g. Colin Shaft, "NOTE: IS THE COURT ALLERGIC TO KATZ? PROBLEMS POSED BY NEW METHODS OF ELECTRONIC SURVEILLANCE TO THE "REASONABLE-EXPECTATION-OF-PRIVACY" TEST", supra at 439, 445-.

(42) 例えば、木村草太／西村裕一『憲法字再入門』（平成二六年 有斐閣）二二頁以下など。

(43) 一つの例として、捜査機関が法廷に証拠を提出しようとしないうような場合には、裁判所による令状を介した事前規律ではコントロールに限界があるとは言えよう。See e.g. Susan ABandes, "The Challenges of 'Quality of Life' Policing for the Fourth Amendment", *The Constitution and the Future of Criminal Justice in America*, supra at 47.

(44) Daniel T. Pesciotta, "I'm Not Dead Yet: Katz, Jones, and the Fourth Amendment in the 21st Century", supra at 249-50, 255.

我が国の研究においても、稲谷龍彦「刑事手続におけるプライバシー保護」『刑法雑誌』第五三巻第二号（平成二六年）二二三―二頁、二四三頁は、国会の方が裁判所よりも情報収集・分析能力に優れているから、確率問題として法的问题に對するより優れた解を出し易いが、国会の失敗や機能不全に對して裁判所が対応する必要を否定するものではなく、国会による刑事手続立法の重視は、不正義な刑事手続を指弾し、或いはその欠陥を指摘して、国会に修正を迫る方策を却って強く要求することとなり、裁判所による憲法解釈・法律解釈はそのような方策の極めて重要なもの一つとして位置付けられることになろうと述べる。稲谷龍彦・前掲「刑事手続におけるプライバシー保護（二）」二二―二頁、同・前掲「刑事手続における

ブライバシー保護(三) 五三頁「裁判所による憲法解釈は「政治」を無視・代替するのではなく、寧ろより良い「政治」を引き出し得るように工夫されるべきであったと考えられると述べる」、同・前掲「刑事手続におけるブライバシー保護(六) 六頁以下、二二―三頁「総体としてのブライヴァシー保護法制の最適化という観点からは、議会と裁判所の棲み分けではなく、相互関係を念頭に置いて、各々の果たす役割を問うべきである旨を示唆する」、一四頁・一九頁「合衆国連邦最高裁は政治部門によって健全な刑事司法制度が形成されるように配慮した憲法解釈を行わなければならない、裁判所の憲法解釈を、通常の政治過程によってその意思や利益が必ずしも反映されるとは限らない少数派住民の意思や利益を刑事司法制度により良く反映するために用いるという発想を適切なものと示唆する」、同・前掲「刑事手続におけるブライバシー保護(八)・完」一八―一九頁「裁判所が適宜警告を發して政治部門にプレッシャーを掛けるといふ点で、裁判所の審査は、任意処分適法性を判定する場面においても熟議による適正手続を起動するための契機となり得ると述べる」などをも参照。

- (405) 行政府と立法府が密接に結合する議員内閣制においては行政府の比重の増大は立法府の比重低下を意味するが、大統領制では両者は相互に独立しているので、行政府の比重が増大したからと言って、立法府の比重が直ちに低下する訳ではなく、アメリカ合衆国においても行政国家化の傾向は著しいものの、議会は大統領に対して一定の発言権は維持しており(立法権独占、予算作成という国政の最重要事項を議会が有し、また、上院が大統領指名人事の同意権を有するため、アメリカ合衆国の議会の権限は依然大きい。連邦議会が立法や調査のための多くの専門スタッフを雇用しているのも、大統領権力の肥大化に議会が対抗する必要性が認識されたためという側面もある)、大統領は議会に圧倒的な影響力を及ぼすことは出来ないといえられている(一方、一九七〇年代以降、分野横断的で、且つ複雑な対立点を含む多数の法改正実現のために、各分野の改正項目を一本化し、議会・政党の首脳部と大統領・行政府間の直接交渉によって包括的調整・合意を行うケースも多く見られるようになったと指摘されている)。五十嵐武士・古谷旬・松本礼二「アメリカの社会と政治」(平成七年 有斐閣) 五〇頁以下、五六頁以下「阿部齊一・久保文明・砂田一郎・松岡泰・森脇俊雅」『アメリカ政治「新版」』(平成二二年 有斐閣) 一四二頁以下「森脇俊雅」、久保文明編著『アメリカの政治』(平成一七年 弘文堂) 七〇頁、八七頁以下「武田興欣」、大森政輔／鎌田薫編『立法学講義』(平成一八年 商事法務) 四一六頁以下「後藤敬三」など。

- (406) 中島誠『立法学「第三版」』(平成二六年 法律文化社) 四二頁以下、二六六頁以下、二八七頁以下、三二二頁以下。

- (407) 違憲審査・憲法保障に関する議論であるが、人権保障は最高裁による違憲判決といった一つの点によって実現するのでは

なく、最高裁と立法院、更には行政府・地方公共団体・国民との対話という一連の相互作用のプロセスによって実現するという視点を提示するものとして、佐々木雅寿「対話的違憲審査の理論」(平成二五年 三省堂)。因みに、よりダイナミックな形となるのが、アメリカ合衆国において、州法↓違憲判決(州最高裁)↓州憲法修正↓憲法修正合憲判決(州最高裁)↓違憲判決(連邦裁判所)↓連邦最高裁判決↓連邦憲法修正(?)という形で、裁判所は熟議の過程において重要な転軸の役割を果たしており、裁判所と議会・人民が熟議の動態を展開させていると指摘される。駒村圭吾「熟議の担い手としての議会と裁判所」西原博史編『立法システムの再構築』(平成二六年 ナカニシヤ出版) 四四頁以下「我が国ではそこ迄の熟議のドラマは考えにくいとする。同四九頁・五一頁」。

また、立法のみならず、行政機関が規則を制定して、法執行機関を外部から監督することの重要性も否定されないであろう。See e.g. Travis Dunlap, "We've Got Our Eyes on You: When Surveillance by Unmanned Aircraft Systems Constitutes a Fourth Amendment Search", 51 S. Tex. L. Rev. 173, 203-4.

(408) 法案作成において検討すべきプログラム・議題を設定する権限は国会に属するのか、内閣に属するのか、国会・内閣(更に裁判所)の協働によるのかに関する我が国の議論情況については、村西良太「執政機関としての議会」(平成二三年 有斐閣) 二〇四頁以下、二二三頁以下、二六五頁以下など。

(409) 勝田卓也「アメリカ南部の法と連邦最高裁」(平成二三年 有斐閣) 九頁、二一〇頁以下、二五四頁以下、二八一―二頁は、アメリカ合衆国の大統領は連邦議会を支配する力を構造上持たず、また、連邦議会は民主主義的な政治制度としては不完全で、例えば、政治家はアメリカ南部の基本的秩序を変える(これは本来は最高裁でなく政治部門のなし得る仕事である)ことが出来なかった。そこで、アメリカの国益を確保するために連邦最高裁(中長期的な観点からアメリカの国益を考慮に入れた判断を行うことが、最高裁裁判官に期待出来る)がブラウン判決やローバー判決といった形で南部独自の法文化の変容を、限定的ながらも促さざるを得なかったと分析する。

(410) 写真撮影といった新しい捜査方法の領域の解決には、裁判所が相応しい旨述べる見解として、田宮裕「捜査の構造」二五九頁、二七五頁など(これに対して、立法は、迅速且つ正確な捜査を容易にすることにも貢献すると述べる見解として、稻谷龍彦・前掲「刑事手続におけるプライバシー保護(八)」一二―三頁。猶、我が国においては、従前は国民も政治家も日常生活に直接関係のない刑事法に大きな関心を寄せることはなかったため、刑事立法に関する決定権は、裁判所・法務省・弁護士



士会・刑事法研究者ら専門家集団がほぼ独占して来たところ、近時、刑事立法が政治化することによって、専門家の発言力が相対的に低下していると指摘されている。松原芳博「立法化の時代における刑法学」井田良・松原芳博編『立法実践の変革』〔平成二六年 ナカニシヤ出版〕一二八頁など。

この点について、合衆国の議論を参照しつつ、包括的ルールの制定・ルールの明確さ・ルール改訂の迅速さの点で技術の進歩への対処については裁判所よりも議会の方が適切であるとすると議論もあるが、いずれの点も実際に議会の方が勝っているということはないとする反論もあるとの指摘もなされている。津村政孝「家屋内から発せられる熱を測定する thermal imaging 装置と第四修正の『搜索』」『ジュリスト』第一四三四号（平成二三年）一三九頁。

- (41) 田村正博「犯罪捜査における情報の取得・保管と行政法的統制」前掲書・曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕五三〇頁以下は、情報の保管段階においては、情報が外部に流出するか、証拠として提出されるといった稀な事態を除けば裁判所の統制は及び難いため、構造的・組織的・事前的にデータベースを統制して行く構造的監督が重要となり、かかる構造的監督として現行法下でも行政規則によつて目的外利用を禁止または厳格に制限し、当該違反を懲戒処分対象とすることが可能である旨述べる。

- (42) 街頭防犯カメラからの撮影データの抽出・確定的保存に關して、要件を充足したカメラで撮影されたものであつても、捜査等に用いる必要性が十分に認められない儘に特定の映像を抽出し、運用基準に定めた期間を超えて確定的に保存された撮影データには、任意捜査としての許容範囲を超える撮影で収集された証拠（撮影データ）に認められるのと同質の違法性が認められることになり、当該証拠の抽出等が、令状主義の精神を没却し、違法が重大であると判断される場合には証拠排除されることにならうと論じる見解として、星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』二四七―八頁。

- (43) 行為規範遵守について、司法審査には限界があると指摘するものとして、稻谷龍彦・前掲「刑事手続におけるプライバシー保護（三）」五〇頁、同「（六）」一七頁。

- (44) この過程で捜査機関に対する行為規範を準則化することも必要であり、それが立法に繋がって行くであらう。

（日本比較法研究所嘱託研究員）