

「GPS 捜査」の憲法上の問題

— 比較対象としてのアメリカ国内の議論 —

實 原 隆 志*

1. はじめに

2017年3月15日に最高裁大法廷（「2017年判決」）はGPS捜査の法的性質に関する見解を示した。その中で最高裁は、GPS捜査が令状を要する強制処分であるとしたうえで、GPS捜査について「立法的措置が講じられるのが望ましい」とした。また、強制の処分に法律の定めを求める規定である刑事訴訟法197条1項但書きの「趣旨」に言及していることもあって、この判決が「強制処分法定主義に忠実な姿勢」を示したとされることもある¹。しかし、筆者には、大法廷によって示されている「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」は、これまで日本の刑事訴訟法学や憲法学において述べられてきたものと異なっているように映る。そのため、大法廷の理解の妥当性や「刑事訴訟197条1項但書きの趣旨」をどのように捉えるべきかを、比較法的な観点から検討する必要があると思われる。

*福岡大学法学部准教授

¹ 後藤昭「法定主義の復活？—最大判平成29年3月15日を読み解く」法律時報89巻6号（2017年）4頁以下<6頁>、大野正博「いわゆる『現代型捜査』の発展と法の変遷」法学セミナー752号（2017年）22頁以下<26頁>。

本稿ではアメリカの議論を参照し、アメリカ国内での近年の議論のうち、GPSを用いた捜査のルールが法律を通じて整備されることの重要性を指摘するアリートと、そこで引用されているカーの議論に注目する。それらの議論を参照・整理したうえで日本の議論状況と照らし合わせ、日本の強制処分法定主義や適正手続主義の「趣旨」がいかなるものとして捉えられるべきかを検討する上で、アメリカの議論を参照することにどのような意義を見出せるかを検討する。

2. アリートの議論

(1) ジョーンズ判決における GPS 捜査と「捜索」

GPS 捜査が問題となったアメリカの事例として、2012年のジョーンズ判決がある²。この事件において麻薬取引の疑いで捜査対象となったジョーンズらに対して政府が行った捜査の一つが、裁判所の令状に基づいてジョーンズの妻名義のジープの底面に GPS 追跡装置を装着し、28日間にわたり車の移動を追跡するというものであった。しかし、装置の装着は令状で認められた期間の経過後に令状を発布した裁判所の管轄外の地区で行われ、その違法性が問題となった。

法廷意見は、車両が財産 (effect) であることには議論の余地がないとしたうえで、対象者の車両への GPS 装置の政府による装着、それとその車両の移動を観察するためにその装置を用いることは「捜索 (search)」となるとした³。この法廷意見に対しては同意意見があり、それを執筆したうちの

² U.S. v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012).

³ このようにして法廷意見は、本件 GPS 捜査には私的な財産への物理的「侵入」があったとしたわけであるが、脚注の5において、trespass だけでは不十分であり、何かを発見、もしくは情報を収集することと結びついていないといけないとしている。また、本来であればこの「捜索」が「合理的 (reasonable)」であるかの検討が続くが、本件で政府側は捜索の合理性についての立証を下級審では行っていなかった。

一人がアリートである。アリートは法廷意見と同様に警察の行為を「搜索」としたが、その理由づけについては異なる認識を示した。ここでは搜索該当性の基準について述べられているところを見ることにする。

アリートによると、GPS 装置の装着自体が「搜索」ではなかったことは明らかであり、重要なのは GPS 装置の使用であるが、GPS 装置の使用がプライバシーの期待を侵害し、「搜索」となるのは、長期監視目的で使用される場合であるとする。その理由としてアリートは公道上での人の行動の比較的短期間の監視（monitoring）は我々の社会が合理的であるとするプライバシーの期待と合致するが、攻撃性の高い捜査における長期間にわたる GPS 監視は人の期待の侵害となることを挙げる。そして本件の監視期間は 4 週間であり、この 4 週間という期間よりも前の段階で、この車両の追跡が搜索となるラインを確実に超えているとした。

以上のようにジョーンズ判決においては令状において条件とされていた期間と場所を超えて GPS 捜査が行われ、法廷意見は装置の装着が搜索に該当するとした。その一方でアリートは、法廷意見とは異なり、搜索該当性は GPS 装置の使用とその目的を基準に判断されるべきであるとしたのである。

（2）GPS 捜査と立法者の役割

この同意意見においてアリートは、立法者の役割の重要性についても指摘している。アリートによると、かつての伝統的な長期間の監視は多くの職員によるチームや費用を必要とするものであり、それがプライバシーの最も良い保護となっていた。しかし、本件で使われているような機器は長期的な監視を相対的に容易にし、さらには安価なものにしたという。カッツ判決⁴以降は、盗聴の規律は連邦議会が迅速に制定した包括的な法律によって行われており、急速な技術の変化と関係する状況において、プライバシー案件 (con-

⁴ Katz v. U.S., 389, U.S. 347 (1967).

cerns) の最も良い解決は立法的なものであるかもしれないと指摘する。その理由としてアリートは、立法機関 (Body) は変化する公衆の態度を捉え (gauge)、詳細な線引きを行い、包括的な方法でプライバシーと公共の安全のバランスを取るのに適していることを挙げる。しかし、連邦議会やほとんどの州は、警察 (law enforcement) 目的での GPS 追跡技術の使用を規律する立法をしていないという現状をアリートは指摘する。そして、このような状況下にある本件では、現状の修正 4 条法理を適用し、GPS の使用が合理的な人であれば予想 (anticipate) しないほどの侵害 (intrusion) となっているかを問うことが最善であるとする。その上で、本件を修正 4 条における捜索に該当するとした。

(3) ライリー判決における同意意見

このようにしてアリートは長期にわたる監視を目的とした GPS の「使用」を問題とし、法廷意見と同様に本件を捜索の問題であるとする一方で、GPS の使用のような技術の変化を背景として用いられる捜査手法については立法による解決が期待されると指摘した。新しい手法を用いた捜査に対して立法的な解決に期待するアリエートの姿勢は、逮捕に伴うものとして携帯電話 (スマートフォン) 内、もしくはそこからアクセスできる情報が無令状で収集されたことが問題となった、後のライリー判決における同意意見でも示されている⁵。

法廷意見は逮捕に伴う捜索に関係する先例を挙げた上で、本件を捜索の合理性の問題として扱った。そして令状が必要であるとして、事件を原審に差し戻した。アリエートの理解によれば、この法廷意見は、今日使用されている多くの携帯電話が大量の情報を保存でき、それらの情報にアクセスでき、そこには高度に個人的なものもあるという状況下で警察とプライバシーの利益

⁵ Riley v. California, 134 S. Ct. 2473 (2014).

を新たに調整することが必要となっているなかで、警察官よりもプライバシーの利益に有利な形で調整したものである。これに対してアリーの同意意見では、警察職員が逮捕に伴う合法的な捜査を行うにあたり、携帯電話に保存され、アクセス可能な情報を捜査するよりも前に一般的には令状を得なければならないとする点で法廷意見に賛成するが、警察官は逮捕に伴う捜査に関する明確なルールを必要とするとする。仮にそこで裁判所がより微調整のなされた（nuanced）ルールを展開するとすれば、それには多くの事例や年数を要するだろうが、その間にも電子機器の性質は変わり続けるのではないかと指摘する。

この同意意見におけるアリーの指摘をさらに見ると、アリーは、連邦議会もしくは州の立法者が、警察の正当な需要と携帯電話の所有者のプライバシー利益を評価した後に、情報、もしくは、その他、保護に値するもののカテゴリーに基づく合理的な区別を行う法律を作った場合の問いについて検討している。そこでは、ジョーンズ判決で執筆した同意意見と同様に、カット判決以降、電子的監視は最高裁ではなく法律によって制御（govern）されてきたことを指摘したうえで、ライリー判決で問題となったような現代の携帯電話は合法的な目的にも違法な目的にも使えるのであり、21世紀のプライバシー保護が、第4修正という鈍い道具しか用いない連邦最高裁に任せられるのだとすれば、とても不幸なことであろうと述べている。それに対して立法者は有権者（the people）によって選出されているのであり、既に生じている変化とほぼ確実に将来起こるであろう変化を評価し、それに対応するのに裁判官よりも適した地位にあるとする。

このように、ライリー判決においては無令状での捜査が問題となり、アリーは法廷意見と同様に令状によらずに行われた捜査を違法としながらも、捜査のルールは本来であれば裁判所よりも立法者が整備する方が望ましいと指摘した。こうしてアリーはジョーンズ判決に続きライリー判決においても、

技術的な手段を用いた捜査の問題について同意意見を執筆し、どちらにおいても、本来は立法による解決の方が望ましい旨を述べていたのである。

(4) 小括

以上のように、アリートは、GPS 捜査の合法性が問われたジョーンズ判決において、法廷意見と同様に修正 4 条の問題として議論しながらも、技術的な捜査活動に対する立法者による規律の重要性を説いた。こうした見解は携帯電話内の情報の無令状搜索が問題となったライリー判決の同意意見においても示されており、この二つの同意意見ではいずれも新しい技術を用いた捜査の問題に対応することには立法者の方が適しているとの考えを示したのである。

3. カーの議論

アリートはジョーンズ判決やライリー判決において、立法者が対応することの重要性について述べたが、ジョーンズ判決で執筆した同意意見ではカーの論文を引用している。以下では、アリートが引用しているカーの主張と、それに関連する議論を紹介することにする。

(1) 立法者と裁判所の役割

アリートがジョーンズ判決で執筆した同意意見では、カーが2004年に公表した論文が引用されている⁶。そこにおいてカーは、盗聴法と新しい技術に関する政府の捜査の立法的規律について振り返り⁷、新しい技術に関する犯罪捜査の法的基準は連邦議会がしばしば先導してきたとする⁸。その上でカーは新しい技術とプライバシー保護の対立をふまえたルール作りという点にお

⁶ U.S. v. Jones, 132 S. Ct. 945 <963, Fn.7> (2012).

⁷ Orin S. Kerr, The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution, 102 Mich. L. Rev. 801 <839> (2004).

⁸ *Id.*, pp. 854.

ける裁判所と立法者の特質を比較し、立法を通じたルール作りの重要性を指摘する。

まず裁判所は直面する新しい技術のプライバシー的な意味合いを容易に理解する、制度的能力（capacity）を欠いているという。その理由としてカーが挙げるのは、技術がどのように発展するかもしれないか、を裁判官は簡単には理解できないことである。また、司法によって作られるルールは必要な柔軟性を欠き、すぐに時代遅れになりがちである。それに対して、立法によるルール策定の環境（context）における方が、新しい技術に関して、バランスが取れ、微調整がなされ、有効な捜査ルールが作られる見込みがあるとしている。それゆえ裁判所は慎重・敬讓的であるべきであり、政治的判断にいくらかの余地を認めるべきであるとしている⁹。

ただ、カーは新しい技術を用いた捜査に対するルール作りにおいて裁判所が果たすべき役割はないとまでするわけではない。カーはまず、「搜索」と「押収」を制御する場合の憲法と法のゴールは、プライバシー利益と警察のニーズを同時に尊重するルール構造の構築と、ルールの明確さであるとする。そして、司法によってこの二つのゴールに到達できるのは、交通検問のように技術が安定している場面であるという。他方、技術が変化の最中にある場合については、まず、立法者が概して一般的に適用可能なルールを事前に作ることができ、未来に向けて一般化されたルールを制定する一方で、裁判所は事後的にルールを作る傾向があり、裁判所が解決する争点は過去の出来事から生じた当事者の権利を扱うものであるとする。そして、修正4条ルールは並行する立法上のルールや現状の技術ルールに10年ほど遅れる傾向があり、修正4条ルールは実際の搜索にのみ適用され、単に搜索を行う潜在的な可能性があるに過ぎない技術に適用されるものではないことを指摘している。ま

⁹ *Id.*, pp. 858-859.

た、裁判には時間がかかり、技術はどのように規律されるべきかを裁判所が決めるまでに、古い技術を反映するものになってしまうと指摘する。例えば盗聴と修正4条の関係について検討したのは電話の発明から60年後であったが、立法者は通常は驚くほど早い段階で動いており、その一例として保存されているメールについての対応を挙げている。二点目としてカーは、技術が変化している場合には柔軟性が必要であることを指摘する。法を最新のものに保つために二、三年ごとに新しいルールを作る裁判所というのは想像しにくい、立法者は新しいルールを制定する広い裁量を有しており、電気通信・プライバシー法は頻繁に改正されていると指摘する。さらにカーは三点目として司法の情報の不足を指摘する。カーは、司法上のルールとは異なり立法上のルールは広い範囲のインプットの産物である傾向があるとする。バランスのとれた、微調整を経たルールを作るという任務は、技術に関する事実の包括的な理解を必要とするものであり、立法者に適しているという。その例としてカーはISPサーバーにある情報の捜査を挙げている。こうした比較を通してカーは、立法によるルール作りは万能薬ではないものの、立法者の置かれている情報環境は、技術が発展している環境での司法によるルール作りのそれよりも優れているとしている¹⁰。

以上のようにカーは、新しい技術を用いた捜査に伴うプライバシーの利益と警察の要求を調整するためのルール作りの必要性に着目し、裁判所と立法府によるルール作りの特徴を比較している。全体としてカーは立法者が対応することの利点を挙げているが、カーの議論は立法者の役割を一方的に重視するものではなく、その時々で問題となる技術の安定さに応じて、立法府と裁判所とがそれぞれの長所を生かしてルール作りを行うことの意義を指摘するものとなっている。

¹⁰ *Id.*, pp. 861-879.

(2) 修正 4 条の保護の射程と立法者の役割

先に見たカーの議論では、技術の（不）安定さによって、対応すべきなのが裁判所である場合と立法者である場合とがあり、そのうち技術の状況が不安定な場合には立法者が対応した方が良いとしていた。他方で、そのような主張に基づくならば、技術の進展状況が安定した段階では修正 4 条に基づいて裁判所によってルール作りが行われることになろう。そこで、カーが修正 4 条について述べている部分も概観しておきたい。

カーによれば、先例では「プライバシーの合理的期待」が基準とされているものの、それは合理的な人であれば期待するであろうプライバシーと同じものではなく、伝統的な財産法思考（property law concepts）とほとんど結びついているものであるとする。その意味で、判事たちは「現実の財産思考（real property concepts）」に強く縛られたままであるという。その例としてカーが挙げるのは、家の所有者がその者の家においてはプライバシーの合理的期待を有する一方で、他者を排除する個人の権利を監視が侵さない限り、その場合の監視は一般的にはプライバシーの合理的期待に反しないということである。そして、プライバシーの合理的期待テストを用いたカツツ判決も修正 4 条法の基本にある財産基底の（property-based）な輪郭を実質的には変えていないとする¹¹。

しかし、このように修正 4 条の内容を固定的に捉えると、新しい技術を用いた捜査に対して修正 4 条では適切な保護を与えられないという事態も起こりうる。その場合には、修正 4 条の保護の射程を拡張させることも考えられるが、カーによると、まず裁判所の姿勢は敬讓的であり、警察が新しい技術を用いることで生じ得るようになったプライバシー侵害に対する適切な保護を修正 4 条だけで提供できるとは想定すべきでもないと言う。カーの理解す

¹¹ *Id.*, pp. 808-818.

るところによれば、財産基底的な修正 4 条は、警察を制御するルールがプライバシーという止むにやまれぬ利益 (concern) と警察の利益とを有効にバランスをとる最適ルールであることを保証するものではなく、追加的なプライバシー保護が必要であるという。合理的な人であれば望むかもしれない保護と実際に修正 4 条が提供 (provide) しているものとの差異を埋めるものが必要であり、そうしたものは歴史的には連邦議会からもたらされているとする¹²。

このように、カーは修正 4 条が「財産基底的」に解釈される必要性を指摘し、カツツ判決以降においても裁判所はそのような姿勢を見せているとする。修正 4 条をこのように捉える場合には、新しい技術によるプライバシー侵害に対して修正 4 条を通じて保護することでは不十分なこともあり得るとした上で、そのような場合に必要な保護は連邦議会によってもたらされてきたと指摘するのである。

(3) 修正 4 条の機能と、立法者と立法者の役割

カーは、新しい技術を通じたプライバシー保護という点で立法者が対応することの重要性を指摘する。特に技術の状況が不安定である場合には裁判所は敬讓的であるべきであり、立法者に判断の余地を認めるべきであるとしている。その一方で、技術の状況が安定している場合には修正 4 条を通じて対応することになるが、修正 4 条は「財産基底的」に捉えるべきであり、現にアメリカの裁判所もそのようにしてきているとする。このように捉えられる修正 4 条では十分なプライバシー保護ができない場合もあるが、そうした場合には、これまでは連邦議会が対応してきたことを指摘するのである。上でみたそれらの指摘は、アリートがジョーンズ判決において引用していたカーの論文で示されていたものであるが、修正 4 条や裁判所、立法府のある種の

¹² *Id.*, pp. 831-838.

役割分担に関するカーの見解は、後の論文においてより明確に示されている。

カーが修正 4 条について示している特徴的なものとしては、修正 4 条が有する「均衡回復的調節 (equilibrium-adjustment)」的な機能も挙げることができる。「均衡回復的調節」とは、犯罪にかかわったり犯罪捜査をしたりするのを補助する道具が何もないという、憲法起草時の修正 4 条が置かれた状況を出発点とするものである。このような機能の下では、変化している技術や社会の実務が警察権力を弱めていると確信する場合には裁判官は修正 4 条による低い保護を採用し、それらが政府の権力を著しく高めると確信する場合にはそれに高い保護を与えようとする。この方法がうまくいっているということではないとしながらも、裁判所はそれを「搜索」や「合理的」といった規定を手がかりにして行っているという¹³。そして、下級裁判所においてこの均衡回復的調節が用いられた分野として、GPS を用いた捜査を挙げる¹⁴。

しかし、カーは修正 4 条がいかなる場合にも均衡回復的調節として機能しようとしているわけではない。修正 4 条が有するこの機能は「司法的先送り (judicial delay)」の制約に服し、技術の状況が安定してから発揮されるとする。カーはかつてのオルムステッド判決を¹⁵、技術やその社会的な意味合いが成熟に達する前に裁判所が行動する場合の失敗例の一つとしたうえで、裁判所は、修正 4 条をどのように新しい技術に適用するかを決定を、技術やその使用が安定するまで遅らせた方が良いとする。その理由として、一つには、それを遅らせることで、その間に立法的なプライバシー保護をもたらせるかもしれないことを挙げる。技術が流動的な場合には立法による保護は司法によるそれよりかなりの優位さがある一方で、暫定的な司法上のルール化

¹³ Orin S. Kerr, An Equilibrium-Adjustment Theory of the Fourth Amendment, 125 Harv. L. Rev. 476 <482-490> (2011). また、山田哲史「プライバシー権と刑事手続」大沢秀介・大林啓吾編著『アメリカの憲法問題と司法審査』（成文堂、2015年）131頁以下<149-151頁>。

¹⁴ *Id.*, p.500. なお、この論文はジョーンズ事件・最高裁判決よりも以前に書かれたものである。

¹⁵ *Olmstead v. U.S.*, 277 U.S. 438 (1928).

は連邦議会をわきに追いやったままにしてしまうという。二つ目には、技術の展開の早い段階で修正 4 条の問題を司法で扱ってしまうと、問題の最終的な解決をもっと後に送らせてしまいそうであることを挙げる。その例としてもオルムステッド判決を挙げ、そこで最初に失敗していなければ最高裁は 1967 年よりもかなり早くカツツ判決の正しい結論に到達できたと考えるのが合理的に思えるとしている¹⁶。

上で見たような議論を通じてカーは、道具や技術が何もない状態を基準として、修正 4 条には権利の保護をその状態へと回復させるように調節する機能があるとする。このような機能は下級裁判所において GPS 捜査の問題が扱われた際にも発揮されているとするが、既に見た通りカーは修正 4 条が常にこのような機能を発揮すべきだとはしていない。それは技術の状況が安定してから発揮され、技術やその社会的な意味合いが成熟する前に裁判所が行動するのは適切でなく、裁判所には修正 4 条をどのように適用するか決定を技術やその使用が安定するまで待つよう求めている。

(4) 小括

このようにカーは、新しい技術を用いた捜査のルールが立法を通じて作られることの利点を示す。修正 4 条は「財産基底的」に解釈され、均衡回復的調節的な機能を有するものとして理解されているが、修正 4 条がこのような機能を発揮するのは技術の状況が安定してからであるとしており、その点でも立法者による対応に期待する姿勢は一貫している。本稿ではアリートが引用していない論文で展開されているカーの議論も概観したが、そこでの主張は立法者の役割の重要性を指摘する、ジョーンズ判決やライリー判決におけるアリート判事の同意意見と通底するものであろう。後に見るように、アリートは修正 4 条を財産基底的に解釈しているわけではないが、アリートがカー

¹⁶ Kerr, *supra* note 13, pp. 541-542.

の議論を自身の主張を裏付けるものと考え、ジョーンズ判決での同意意見においてカーによる2004年の論文を引用したことには相応の理由があったといえる。

4. アリートに対するカーの批判

以上の通り、アリートは新しい捜査手法に対する立法上の規律の意義を指摘し、それはカーの議論とも親和的と思われるものであった。ところが、ジョーンズ判決以降になると、カーはアリートの見解を批判の対象としている。

(1) 「捜索」該当性の基準

ジョーンズ判決・法廷意見はGPS装置の装着自体を「捜索」と理解し、アリートはそれには賛同するものの、ジョーンズ判決で用いられた捜査で問題なのはGPS装置の装着自体ではなく、その使用であり、長期の監視を目的としたGPS装置の使用を「捜索」とした。カーはこのような観察のなされる期間も考慮することで捜索該当性を考えようとする議論を「モザイク理論」と呼び、モザイク理論を採用した判決の一つが、本稿でも取り上げたジョーンズ判決の原審に当たるコロンビア特別地区巡回裁判所の判決であるとする。この判決は、捜索は個別の段階というよりは、集合的な一連のものとして分析され得ることになるもので、個々の段階で独立して考えると捜索ではないものであっても、集合的な修正4条捜索とみなされ得るとしたとしている¹⁷。

こうした修正4条の捜索概念を確定させる別の(伝統的な)方法としてカーが挙げるのは、警察の活動を逐次的(sequentially)に分析することを求めるものである。カーは捜索にはいくつかの段階があるとし、それを警察官が

¹⁷ Orin S. Kerr, The Mosaic Theory of the Fourth Amendment, 111, Mich. L. Rev. 311 <312> (2012).

住宅のドアにカギを差し込み、ドアを開けて入り、備品をどかし、そのシリアル・ナンバーを見て記録したという場合を例に説明する¹⁸。そこでカーは、不合理な搜索と押収を禁止する修正 4 条を解釈する時に重要な出発点として「搜索」の概念を据える。ジョーンズ判決・法廷意見では修正 4 条搜索が生じるのは、政府の活動者が情報を取得する目的で人、家、書類、財産(effect)に侵入 (trespass) する場合とされており、逐次型思考においては「搜索」は侵入の瞬間に起こり、連続する捜査において個別の段階の捜査が搜索とみなされない場合には修正 4 条は発動しないとしている¹⁹。

カーはモザイク理論の特徴を上述のように示すと同時に、「モザイク理論」の問題点も挙げている。カーは修正 4 条との関係で起こる問題を「搜索該当性」「搜索の合理性」「違法な搜索に対する救済」に分け、まず、「搜索該当性」に関連して、「合理的期待」の有無を判断する基準の問題や、その期待の有無を判断する際に、ほとんどの人は警察の捜査を直接には経験していないという問題を挙げる。また、監視は情報の入手、その情報の分析、その情報の発表・使用といった数段階で行われることも指摘する。ただ、このような監視において警察はデータベース化を行ったり、それをしても分析はしていなかったりするのであり、情報を入手した後のいかなる種類のものが一つのモザイクを作り出すために必要となるかが問題となるとしている。搜索該当性についてはこのような問題と並んで、モザイク理論においてはモザイク搜索の集合体という理論を展開する必要もあるという。先述のジョーンズ判決において GPS 監視は捜査官が使った多くのツールの一つにすぎないことに関係しており、このような場合に問題を生じさせるとしている²⁰。続いてカーは、モザイク搜索の憲法上の合理性 (reasonableness) の基準²¹や

¹⁸ *Id.*, p. 316.

¹⁹ *Id.*, p. 317.

²⁰ *Id.*, pp. 330-335.

²¹ *Id.*, pp. 336-339.

モザイク捜索に対する救済に伴う問題も挙げ、モザイク理論の下では多くの新しいルールが必要になるとし、その文脈で立法を通じた対応に期待する。

「モザイク理論」的な思考によって修正 4 条の適用範囲を広げることをカーのように批判する場合には、自身も述べているように、政府の行為は捜索ではないので立法上の規律に任せるとの決定とするか、政府の行為は捜索なので憲法上の規律に服すとするかの、二者択一となるだろう。ところがカーによると、モザイク理論はその中間にある分かりにくいものであり、この理論においては、ある方法でグループ化すると捜索ではなく、違う方法でグループ化すると捜索になってしまうという問題が生まれるという。そこで、仮に裁判所が新しい技術に対応して修正 4 条プライバシー保護を拡張しなければならないのであれば、逐次的分析の下で問題の行為は常に捜索であると結論づければよいとし、このやり方のモデルとしてカツツ判決があるとしている²²。

（2）「置換型」思考に対する批判

ここまで、カーが立法者によるルール作りの重要性を説き、その点ではアリーの见解と整合的な議論を展開する一方で、修正 4 条を逐次的に解釈し、修正 4 条の「捜索」該当性を財産基底的に解釈すべきであるとして、アリーの见解を批判していることを確認した。しかし、立法がなされた場合にその法律が修正 4 条解釈に与える影響については、これまで見たところでは詳しく述べられていない。アリーの见解をカーが参照する際に取り上げられているのはジョーンズ判決とライリー判決におけるアリーの同意意見であり、これら二つの判決は GPS 捜査やスマートフォン内のデータの無令状捜索を認めたり禁止したりする具体的な立法がなかった事例を扱ったものである。そうした観点でいうと、立法者が作ったルールが修正 4 条解釈に与える影響について検討する、近年のカーの議論も注目される。

²² *Id.*, pp. 344-345.

カーは、政府の捜査を制限する法（「捜査立法」）が司法による修正 4 条解釈に与える影響の捉え方には、まず影響付与型思考（influence approach）があり、この思考は憲法上の意味付けの重要な目印として法律を扱うという。二つ目は置換型思考（displacement approach）であり、これは法律が及んでいることを、憲法による保護を拒絶する一つの理由として扱うものである。第三の独立型思考（independence approach）においては修正 4 条を解釈する際に捜査立法は無視され、法律による保護は修正 4 条とは別の物として扱われ、法律による保護は憲法上の意味づけに何の影響ももたないという。そしてこのような思考の違いは搜索該当性、搜索の合理性、救済の要否等の、各段階で問題になるとしている²³。そのうち以下では、アリートとカーの主張と関連付けられている置換型と独立型を主に取り上げる。

① 置換型思考としてのアリエートの議論

まず、置換型が示しているのは、捜査立法の存在は、法律の枠組みを妨げるかもしれない修正 4 条保護はしないよう勧めることであるという。この考え方を採る裁判所は、新興（emerging）の技術の領域におけるプライバシー保護を立法者に認めることの相対的な優位さに焦点を当てているという。カーが述べていることをさらにみると、置換型思考においては、立法者は専門家の情報提供を得て（input）規制を行えること、技術が変化している間を通じて、異なる思考に長期にわたって挑むことができること、新しい戦略を先例の制限から離れて創造できることなどから、立法者はプライバシーと安全（security）の比較衡量において、裁判所と比べてより良く任務を遂行することができるとしているという。そのため、置換型は、立法者がプライバシーを適切に保護している限り裁判所は修正 4 条の保護を拒絶し、立法部門の用心深い作業に介入することを避けるべきであると考えており、捜査立

²³ Orin S. Kerr, The Effect of Legislation on Fourth Amendment Protection, 115 Mich. L. Rev. 1117 <1118> (2017).

法の存在はその領域を有効に占有（先取り）するのであり、そうでなければ存在するかもしれない修正 4 条保護に置換すると考えているとしている。既に見たライリー判決・同意意見におけるアリーの見解を振り返ると、立法者が有権者によって選挙されていることや、それまでに起こった変化や将来的に予想される変化を評価して対応する上で、立法者は裁判所よりも「より良い立場」にあることを指摘していた。それに続いてアリーは、連邦裁判所が修正 4 条という「鈍い道具」を用いて新興の技術の中でプライバシーを保護するという「不幸な」結果を避けられるとしている。カーはアリーによるこのような主張を根拠にアリーの思考を置換型に分類している²⁴。

② 置換型思考の問題点

カーはこのようにして置換型思考の特徴を示すとともに、その問題点も指摘している。そこでカーは独立型思考以外の方法によることの問題として、基本的な想定弱点、実行する上での問題、立法プロセスを脅かすという問題を挙げているが、以下では後二者に関する主張を本稿と関連するものとして取り上げる。

まず、置換型思考を実行する際に考えられる問題点として、捜査立法が修正 4 条保護に置換するほどに十分に保護的であるのはいかなる場合なのかという問題があるという。既述の通り、ライリー判決における同意意見においてアリーは立法者が「合理的な区別」を行った場合について述べていたが、カーによればこの考え方の中心にあるのは、立法の活動は合理的でなければならないということである。この場合には何をもって合理的というのかを裁判所が答えることが必要になるだろうが、これは修正 4 条の伝統的な問いと全く異なるという。カーによれば修正 4 条の場合、裁判所は、ある特定の— まとまりの事実が修正 4 条法特有の要求に直面するかを問うのであり、文面

²⁴ *Id.*, pp.1129-1131.

審査はその法律の適用範囲内のいかなる組み合わせの事実も合憲と言えるのかを判断することに限定され、全体としての法律が「修正 4 条を満たすのに『相当に十分 (good enough)』か」を問うわけではないという²⁵。

それに加えてカーは、置換型思考を実行する上での問題として、立法による保護が十分に保護的かという点での立法の適切さは技術の発展で変わりうることも挙げる。例えば、連邦議会が暗号化されていない無線電波の傍受を禁止しながら、より緩やかな基準に基づく命令によって傍受することを政府に認める法律を通過させたとする、この立法が司法の介入をとどまらせるのに十分なほどにプライバシー保護的かを判断することが必要になるとする。しかしこのような判断は社会での技術の使用、特に、人々が暗号化されていない無線電波に頼っているということが、どれほどまれで、もしくは平凡なのかを知ることを求めるものであり、「法律が十分に合理的か」という問いへの答えが年ごとに異なることにもなりうる」と指摘する。さらに、先に述べたような、法律が修正 4 条を満たすのに「相当に十分」ということの意味するところが不明確であると批判する。捜査立法は捜索についても既述の捜索該当性から始まる三つの段階を対象とするものであるが、裁判所はいずれか一つの段階に焦点を当てれば済むのかという問題が生じるとする。そのような問題が起こる場面の例として、捜索ではない措置も規制しているが救済は弱いという法律を挙げる。また、証拠を得るための家の捜索について、合理的疑いに基づいているだけでよく、相当な理由である必要がないが、裁判所命令 (court order) を得よう連邦議会が求めたという場合も想定し、こうした法律は令状が必要な伝統的な修正 4 条的な結論であれば違憲になるはずだという。ここでは、保護を相当な理由から合理的疑いに下げる法律が合理的なのかという問題に裁判所が答えなければならなくなるが、修正 4 条の

²⁵ *Id.*, pp.1154-1155.

希釈化（watering down）がどの程度であれば裁判所は黙認すべきであるかについての明白な答えはないと述べる²⁶。

置換型に対するカーの疑問はこれにとどまらず、カーは影響付与型思考と置換型思考は立法プロセスを脅かすと批判する。ここでもカーはGPSなどを用いた長期的監視の問題に対応する上で修正4条法理によるよりも立法者による方が良いとの認識を示す。長期的監視について求められる方法、期間、対象などといった点での包括的な回答が認められる線引きを行うことは立法者にとっては日常的なことであり、こうした線引きを適切に提供できるのは立法者だけであるとしている²⁷。ところが立法が修正4条に与える効果と結びつけて立法を検討するよう立法者が求められると、そのことが立法者の独立性の妨げになり、有用なプライバシー立法を産み出す（deliver）という立法者の力（ability）を妨げると指摘する。カーが批判するのは、影響付与型と置換型は立法による選択肢を限定してしまうということであり、長期間の位置監視を規制する法が連邦議会で検討されているとして、その法律がその場合の捜索の方法の一つについて令状を求めず、違法収集証拠の排除も認めていない場合を想定する。カーによると、このような場合に、裁判所が「強いバージョンの影響付与型思考」を採用すると、政府の実務を規制する立法があると、その法律はその実務を捜索とし、第二段階の令状要求、第三段階の排除ルールといった修正4条ルールを引き起こすが、それによって創造的な立法デザインを（むしろ）除去してしまうという。この場合には、立法者には、立法をせず、プライバシー保護を全く行わないか、すべての位置追跡について令状や排除ルールといった修正4条に忠実であるかの二つの選択肢しか与えられなくなると批判する。例えば後で触れるムーア判決の法廷意見は、ヴァージニア州法に排除ルールがなく、立法を修正4条の基準とした場

²⁶ *Id.*, pp.1155-1156.

²⁷ *Id.*, pp.1159-1160.

合、州に対して救済についての統制を失うよう強いることになり、救済の統制が必要となれば逮捕に対する制限を丸ごと放棄しようということになるとしていた。ここで取り上げたのは影響付与型思考によることで生じ得るものとしてカーが挙げた問題であるが、そこで示されたことは置換型思考にも当てはまるとしている。さらに置換型思考を背景に捜査立法を通じて修正4条によるよりも強くプライバシーを保護しようとするような場合には、その法律が将来的に職員を制限する可能性があるために、立法過程・内容に対して行政から干渉を受けるおそれがあると指摘している²⁸。

③ 独立型思考

置換型思考が以上のような内容と問題点を有しているのに対して、カーの議論において独立型思考は捜査立法を修正4条とは無関係のものとして扱うことを内容とし、立法者たちは法律を制定することでプライバシーの保護を自由に補えるものの、立法は修正4条が要求しているものに影響するわけではないとするものと捉えられている。独立型思考が採用された例としてカーが挙げるのは、ムーア判決²⁹の法廷意見である。ムーア判決で問題となったのは、ヴァージニア州の警察がムーアを失効免許での運転を理由に逮捕し、その逮捕に付随して捜索を行い、それによって薬物を発見したことであった。ところが、ヴァージニア州の州法は失効免許での運転を逮捕が可能な犯罪として挙げていなかった。また先例は捜索が「合法的」な逮捕に伴うものであることを求めており、この場合の「合法」が州法との合致なのか、相当な理由に基づいていることにとどまるのかが問題となった。法廷意見は、合法的な逮捕と言えるためには相当な理由だけが必要であるとし、逮捕立法は修正4条とは関係ないと述べた。法廷意見によれば、州は、このような逮捕を彼らが望むように自由に規律できるものの、合法性 (lawful) を州は州法のこ

²⁸ *Id.*, pp.1160-1164.

²⁹ *Virginia v. Moore*, 128 S. Ct. 1598 (2008).

ととして、連邦は連邦（憲法）のこととして扱うのであり、州の制限が修正4条の保護を作り変えるわけではないとしたことを紹介する³⁰。

またカーは、連邦の立法と修正4条の関係に関わる事例としてクオン判決を挙げる³¹。この事件では、市が市の警官に与えた「ポケベル」の私的使用の実態を調べるために、市の警官によって送受信されたメッセージが当局に開示されたが、その開示は顧客のコミュニケーションの内容の開示に関する「保存通信法（SCA）」違反とも言いうるものであった。最高裁は本件では合理的期待があり、写しの確認（review）は搜索に該当するとさしあたり考えたとしながらも、それはSCAがあるからではないとした。最高裁によると、それは、雇用者も私的使用を予測ないし黙認（tolerate）しており、モニターするには被用者に注意喚起をするよう求める州法もあったからであるという。また、搜索は合理的であり、そのこととSCA違反の有無は関係ないとする。無令状搜索という例外として認められるかも問題となり、搜索が必要と考える合理的理由の存在、搜索の合理性、搜索が過度に侵害的（too intrusive）ではないかが問題となるとするが、そのうち、捜査が合理的であったかという点では、SCAが通信事業者に写しの転送を禁止していると考えたとしても上告人の行為が不合理になるわけではないと指摘する。原告は立法上の保護の存在が搜索自体を修正4条の下で不合理にするとした先例（authority）を示しておらず、またグリーンウッド判決³²や先述のムーア判決といった先例においてもそうになっていないと指摘する³³。

カーは独立型思考を採用した先例があると指摘するだけでなく、独立型思考によることの利点も挙げる。先に取り上げた批判と関連性が強いと思われる

³⁰ Kerr, *supra* note 23, pp. 1132-1135.

³¹ *Id.*, p. 1134.

³² California v. Greenwood, 486 U.S. 35 (1988).

³³ City of Ontario v. Quon, 130 S.Ct. 2619 <2630-2632> (2010).

るものを取り上げると、まず、技術が流動的である時に警察を規制することにおいて立法者が制度的な優位性をもっているという置換型の考えは、独立型思考とも完全に合致するという。既にみたように、カーは長期的監視の問題に対する創造的な解釈を提示するのに修正4条法理はあまり適しておらず、立法者の方が選択肢を多くもっているとしている。このようにカーの見解によっても技術とその社会的意味合いが流動的なままである限り裁判所は介入を控えるべきであることになるが、技術やその社会的な意味合いが安定した後は修正4条の伝統的諸原理がいかに適用されるべきかを検討するのに裁判所は適しており、技術とその社会的意味合いが安定した後は用心の期間は終わるとしている。次に、捜査の方法や違法収集証拠排除といった点で修正4条よりも保護の弱い立法の影響ゆえに、立法者が立法をせずにプライバシー保護をしないか、修正4条が求める通りの立法を行うかのどちらかを迫られるという問題については、先に述べたように、立法者による対応の方が適していることを指摘している³⁴。また、立法プロセスを脅かすおそれという、置換型思考について指摘した問題については、独立型思考によることで立法に対する行政による細工から守ることができるとする³⁵。カーが懸念しているのは、置換型によると、制定された新法を通じてプライバシー保護が修正4条による保護以上に強くなると予想されると、それを阻止すべく行政側から立法の過程・内容に圧力が加えられることである。仮に、プライバシー保護を強化する立法がなされても修正4条を通じた（弱い）保護がその後も妥当し続けるのであれば行政としては抵抗する必要がなくなると考えることはでき、その点にカーは独立型の利点を見出しているものと思われる。

このように論じることでカーは、州の法律が修正4条の解釈に与える影響について先例は独立型思考に基づいており、それは連邦法が与える影響につ

³⁴ Kerr, *supra* note 23, p. 1157.

³⁵ *Id.*, pp. 1158-1164.

いても同様であるとする。独立型思考が最高裁の先例で採用されていると考えることができることだけでなく、独立型思考によることの利点も挙げることで、カーは独立型思考によることを支持するのである。

④ 小括：法律が修正 4 条に与える影響に関する議論

カーは新しい手法を用いた捜査を規律する立法がなされた場合に、そのような法律が修正 4 条の内容にどのような影響を与えるかを検討している。カーは、捜査立法の制定が修正 4 条の解釈に与える影響について、考え方としては影響付与型、置換型、独立型の 3 つがありうるとしたうえで、アリーの見解を置換型に分類する。カーの理解によればアリーはそれらの法律がプライバシーを十分に保護しているような場合には修正 4 条に置き換わると考えているが、そのような見解には様々な欠点があると指摘する。カーが指摘するのは、捜査立法が「合理的な区別」や「十分な保護」をしているかを裁判所が判断することの困難さや、立法が修正 4 条を「置換」と考える場合に懸念される立法者の選択の幅の縮小や立法の過程・内容への行政からの干渉である。これに対してカーは、技術の状況が安定した場合には修正 4 条の原理を裁判所が適用することが適切であることを（改めて）示すとともに、独立型によることで行政からの干渉がなくなる（弱まる）ことが期待できる旨の見解を示し、独立型思考を支持するのである。このようにしてカーはここでもアリーの見解を否定的に捉えるのである。

（4）小括：アリーに対するカーの批判

ここまでにおいて述べた通り、アリーは GPS 捜査に関しては機器の装着ではなく、その使用の問題として捉えた上で、それを使用する目的がどの程度の期間に及ぶ捜査となっているかを基に、その捜索該当性を判断しようとしている（モザイク理論）。アリーとカーの見解は修正 4 条を合理的期待モデルによって解釈するか財産的思考によって解釈するかという点から異なっているのであるが、立法がなされた場合にそれによって制定された法律

が修正 4 条にどのような影響を与えるかという点でもカーはアリーの見解を批判の対象とし、立法の内容と修正 4 条の搜索概念や搜索の合理性の内容は独立するものと考えらるべきであるとしている。

5. 検討

ここまでは刑事搜索に対する立法の重要性を指摘するアリーの議論を紹介し、アリーの議論にはカーの議論との類似点がみられる一方で、カーはアリーの見解を批判的に捉えていることを見た。以下ではそれらを整理し、日本の議論と比較しながら若干の検討を行いたい。

(1) モザイク理論

アメリカにおいて刑事搜索の合憲性が問われる際には、当該搜索が修正 4 条の規定する「搜索」に該当するかが検討される。仮に当該搜索が搜索に該当しない場合には修正 4 条の問題とはならない。その一方でジョーンズ判決のように、問題となっている搜索が搜索とされると修正 4 条の問題として扱われることになり、「搜索」の合理性が問題となる。

ジョーンズ判決において同意意見を執筆したアリーは、当該搜索が搜索に該当するとしながらも、搜索該当性の基準については法廷意見とは異なる見解を示した。GPS 装置の装着自体ではなく GPS 装置の「使用」が問題であるとし、長期的な監視を目的とした GPS 装置の使用が「搜索」に該当するとしたのである。その際に GPS 搜索の方法の統制は裁判所よりも立法者が行う方が望ましいと指摘し、そこで引用されていたのがカーの論文であった。カーはジョーンズ判決で問題となった搜索活動を「搜索」に該当するとし、アリーと同様に GPS 搜索の法的な問題を考える上で立法者による対応に期待するが、その後の議論ではアリーの見解を「モザイク理論」と呼んだ上で批判の対象として扱った。カーは自身の考え方を「財産基底的アプローチ」と呼び、監視が長期的であるかに関わらず「搜索」該当性を判断し

ようとすると同時に、財産基底的に捉えられるべき修正4条の適用範囲から外れるものについては、法律を通じた追加的な保護に期待する。

ここで日本における関係規定をみると、既に拙稿でも述べたように³⁶、憲法31条は法定された手続によってのみ自由を奪われ、または、刑罰を科せられないことと、法定されている内容が適正であることを求める規定として理解されている。また、刑事訴訟法では197条1項但書きが強制的処分³⁷に刑事訴訟法の定めを求めている（強制処分法定主義）。「自由を奪われる」・「刑罰を科せられる」ということと「強制処分である」ことの異同と関連する事柄については後にも触れるが、これまでの刑事訴訟法学説において刑事手続の法定という点での活発な議論があったことがここでは重要である。通説的な見解³⁷は個人の意思を制圧し、個人の重要な法益を制約する措置を強制処分と捉え、そこでいう「重要な法益」とは何かが検討されてきた。その場合の争点の一つが技術的な手法を用いた捜査の「強制処分」該当性であり、また、それに対する立法の要否であった。

このように新しい手法を用いた捜査の合憲性や合法性に関する検討において、アメリカでは「搜索該当性」が、従来の日本の刑事訴訟法学説では「強制処分該当性」が出発点とされているという違いは、モザイク理論の位置づけの相違ももたらすことになる。ただ、それらの議論には接点がないわけではないだろう。例えば失われる利益の重要性を合理的期待の有無や財産に対する侵害の有無、場合によっては「第三者法理」との関係でモザイク理論を参照しながら検討できないわけではないと思われる。2017年判決の評釈においてもモザイク理論との関係が論点の一つとなっているが³⁸、それにはそうした要因もあると思われる。

³⁶ 拙稿「『刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨』の予備的考察」福岡大学法学論叢62巻3号559頁以下<579-590頁>。

³⁷ 井上正仁『強制捜査と任意捜査 新版』（有斐閣、2014年）28頁。

(2) 立法が修正4条解釈に与える影響

修正4条の搜索に該当する措置は不合理であってはならず、令状や令状が不要となる例外的な状況が認められたりすることを必要とする。しかし、搜索の(不)合理性も一つの争点となっており、カーが搜索の方法を規律する法律の有無が修正4条の「合理性」の概念にどのように影響するかを検討していることを取り上げた。修正4条解釈における独立型思考を支持するその議論は修正4条解釈の三段階それぞれに関するものであるが、本稿では搜索の合理性に関する部分に特に注目した。

ジョーンズ判決やライリー判決は法律が未整備な分野での事例であった一方で、既に法律の整備が済んでいる搜索もあり、そのうち、搜索が法律に違反している疑いがあった事例を扱ったのがムーア判決とクオン判決である。また、最高裁に係属中のカーペンター事件では令状ではなく裁判所命令(court order)を得た上で携帯電話用の基地局(cell site)との交信記録を事業者から得ることで携帯電話の位置情報を取得したことが問題となっているが、仮に下級審とは異なり³⁹最高裁が搜索該当性を認めるならば、SCAが

³⁹ GPS 捜査判決とモザイク理論との関連性を(関連性の程度については論者ごとに様々ではあるが)認めるものとして、尾崎愛美「GPS 捜査の適法性に関する最高裁大法廷判決を受けて(下)」捜査研究800号(2017年)2頁以下<7頁>、堀江慎司「GPS 捜査に関する最高裁大法廷判決についての覚書」論究ジュリスト22号(2017年)138頁以下<145頁>、中島宏「GPS 捜査最高裁判決の意義と射程」法学セミナー752号(2017年)10頁以下<13頁>。小木曾他「座談会 GPS 捜査の課題と展望—最高裁平成29年3月15日大法廷判決を契機として—」刑事法ジャーナル53号(2017年)26頁以下<40頁>(指宿信)は、本件の憲法35条1項解釈において「アリート判事とはほぼ同じ発想に大法廷判決が立った」としている。他方、大法廷判決とモザイク理論の間に少なからぬ距離を見出していると思われるものとして、井上正仁「GPS 捜査」井上・大澤・川出編『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』(有斐閣、2017年)64頁以下<67頁>、宇藤崇「GPS 捜査大法廷判決について」刑事法ジャーナル53号(2017年)59頁以下<62-63頁>、池田公博「車両位置情報の把握に向けたGPS 端末装置の強制処分該当性」法学教室444号(2017年)72頁以下<73頁>。また、2017年判決とモザイク理論の関係について論じているものとして、座談会「強制・任意・プライバシー〔続〕—GPS 捜査大法廷判決を読む、そしてその先へ」法律時報90巻1号(2018年)54頁以下<66頁>。

認めている裁判所命令に基づく「捜索」の（不）合理性が問題となる³⁹。カーの理解では、この場合に置換型思考によると、捜査方法や救済の面での個人の保護が弱い法律を作り、それが捜索の合法性の基準となってしまうと、立法者は逆に立法をしないことを選択し、修正 4 条に対する追加的な保護をしないことを選択する可能性があるとする。反対に、修正 4 条以上に捜索を強く規制する法律の制定が検討される場合には、それが捜索の合法性の基準となってしまうことをおそれる警察側から介入が試みられる危険性があると指摘する。そこで、立法は修正 4 条の内容に影響しないと考えるべきであり、それまでの先例もそのように考えてきたと理解する。

他方、日本においては捜査手続の内容に関する憲法の規定として 35 条を挙げるができる。憲法 35 条は住居、書類および所持品に対する侵入・捜索・押収には令状が必要であるとしている。その他の措置に令状が必要かを明示する規定はみられないが、令状が不要な措置も考えられなくはないだろう。また、捜査の方法との関係では刑事訴訟法 218 条が、差押、記録命令付き差押え、捜索または検証に令状を求めている。

このように捜索の合理性と立法の重要性という点では法律がある場合とない場合に分けることができ、いずれにしてもカーは法律の有無や内容とは「独立」して、修正 4 条を基準に捜索の合理性を検討しようとする。カーの議論には検討の余地がある部分もあり、例えばライリー判決・同意意見においてアリートは立法者によって（合理的な）線引きがなされることが望ましいとしたにすぎず、法律を適用することで修正 4 条の保護を拒絶するとまでは述べていない。立法がなされている方が本来は望ましいとアリートが述べてい

³⁹ 819 F.3d 880.

⁴⁰ 本件についてカーは国側を支持する意見（amicus brief）を提出しており、そこでもモザイク理論を批判し、本件では捜索ではなく、SCA があるから修正 4 条上の捜索になるというわけでもないとしている（2017 WL 4417210）。

ることから、アリートが「法律が制定されたならば、それが修正4条を退かせる」と考えていると推測することには飛躍があるように思われる⁴¹。加えて、ライリー判決は携帯電話の無令状捜索を認める法律がない状況で示された判決である一方で、置換型思考をとった例としてカーが挙げる他の先例は、いずれも既に具体的な法律があった事例である。さらに、法律の内容が修正4条の解釈に置き換わるかと、法律が「合理的な」線引きをするものである必要があるかは、別の問題のようにも思われ、法律の合憲性に関するアリエートの見解との差異をカーはより詳しく論じる必要があるようにも思われる⁴²。このように本稿で取り上げたカーの議論には様々な疑問もあるが、後にも述べるように、日本でも31条をはじめとする憲法の規定と刑事訴訟法の関係に

⁴¹ Peter Margulies, Searching for Federal Judicial Power: Article III and the Foreign Intelligence Surveillance Court, 85 Geo. Wash. L. Rev. 800 <836, Fn.207> (2017) は、アリートが合衆国憲法3条に関係する他の事例において立法者への敬讓を要する場合について言及していることを紹介し、それをカーの議論と対比している。原告適格を合衆国憲法3条を基準に判断するのか、法律を基準に判断するのかという点で、合衆国憲法3条の要求を最低限満たすような曖昧 (intangible) な不利益を確定させるのに議会の方が適した立場にあるとして、立法者への敬讓の必要性を指摘するアリエートのこの見解には (Spokeo, Ink. v. Robins, 136 S.Ct.1540 <1549> (2016))、たしかに置換型思考と整合的な面もあるだろう。しかし、それは、アリートが法律によるプライバシー保護は修正4条に置き換わり、修正4条による保護を拒絶するものと考えていると直ちに推測させるものではないだろう。まずマーグリーズ自身も試みているように、合衆国憲法3条と修正4条で問われることの関係性の整理が必要となる。また、ここで挙げられているアリエートの見解は原告適格との関係で、原告は法律で定められている以上に被害を立証する必要はないとするものであり (Spokeo, Ink. v. Robins, 136 S.Ct.1540 <1549> (2016))、ここでの関心とは開きがある。

⁴² 本稿ではほとんど取り上げることができなかった「影響付与型思考」に関するカーの議論にも一点だけ触れておきたい。カーは影響付与型思考をとった先例が対照的な結論を導いているとして影響付与型思考の問題点を指摘しようと試みているが (Kerr, *supra* note 23, p. 1150)、そこでは、令状を求める法律があることが「プライバシーの合理的期待」の理由となとした先例と、令状の要請を拒絶する法律が「合理的期待」がないことを証明するとした先例が示されている。法律の内容が異なっている以上、それに基づく結論が違っていること自体はおかしなことではなく、これらの判例を正反対の結論を示したものとして扱うことには、もう少し慎重であるべきように思われる。

については検討が必要と思われる、そこでの議論において一般法が修正 4 条解釈に与える影響に関する議論を参照することも考えられる。

（3）捜索の合憲性と立法

このように修正 4 条を解釈する方法や一般法が修正 4 条の解釈に与える影響という点ではアリートとカーの見解には相違も見られ、少なくともカーはアリエートの議論を批判的に捉えている。カーの主張に従えば、GPS を用いた捜索を規律する法律があってもなくても、結局は修正 4 条に基づいて令状の有無や、令状が不要な例外的状況の有無などが検討されることになる。このように考える場合には、修正 4 条の適用範囲がどのような捜査活動に及ぶかという問題に立ち返るが、既述の通り、カーは修正 4 条の適用が及ばない捜査に対しては立法者による追加的なプライバシー保護に期待すると同時に、修正 4 条が有する「均衡回復的調節」機能が発揮されるのは技術の状況が安定した後であるとして、それまでは立法者による対応に期待する。他方でアリートは修正 4 条の適用範囲をモザイク理論に基づいて確定させ、立法によるルール作りに期待する。立法者の役割に期待するという姿勢が共通しているのとは異なり、アリートとカーは修正 4 条の解釈について異なる見解を示していたと言える。しかし、アメリカの議論に従うと直接的な根拠となる立法がない捜索が必ずしも憲法（修正 4 条）違反とはならないことを想起すると、アリートとカーの議論の違った一面が明らかになる。GPS 捜査が捜索に該当するとして、その捜索の法的な問題がアメリカで検討される際に基準となるのは修正 4 条であり、捜索が合理的である必要はあるが、法律に基づかない捜索が直ちに不合理なものになるわけではない。アリートもカーも立法によるのが望ましいと述べているにすぎず、この点では両者の見解に大きな違いはない。このこと自体は、アメリカにおける技術的な手段を用いた捜査の合憲性・合法性の基準が、連邦レベルでは主に修正 4 条の規定する「捜索」該当性の解釈や先例の積み重ねを通じて形成されてきていることから説

明がつくだろうが、先にも述べたように、これまでの日本の議論においては、新しい手法を用いた捜査が憲法31条の意味で「自由を奪う」場合や「刑罰を科す」場合、刑事訴訟法197条1項但書きのいう「強制処分」に該当する場合には法律に定められている手続による必要があると考えられている。このような日米両国の議論の間にある差異への留意が、アメリカの議論を日本で参照する際には必要になるだろう。

(4) まとめ

GPS 捜査の憲法上の問題を比較法的に検討することを目的に、本稿はジョーンズ判決とアリーの同意意見、カーの議論を中心に取り上げた。それらには異同があることを示したが、それらがいずれも具体的な法律によらない捜査を直ちに不合理なものとするものではないことが本稿との関係では重要である。技術的な手段を用いた捜査に対して立法者が対応することの利点をアリーとカーは示しているが、法律が制定された方が良いとするにとどまっている。

修正4条該当性をめぐるアリーとカーの議論には、日本における「制限される法益の重要性」に関する議論との接点があり、両者の議論を日本で参照することには一定の意味があるだろう。しかし、アメリカにおいてモザイク理論をめぐって争われているのがGPS捜査などの修正4条「搜索」該当性であることも少なくなく、立法を待つべき捜査であるかや令状を要する搜索かを論じるものではないこともある。2017年判決について論じる際にアメリカのモザイク理論が参照されている場面をよくみると、既にみたところにおいてはGPS捜査によって制限される法益が令状を要するほどに重要であるかを、大法院が憲法35条との関係で論じている部分についてであることが多い。このように、アメリカのモザイク理論は令状の要否とは違う文脈で援用されることもある理論である一方で、2017年判決との関係でモザイク理論が参照されるのがGPS捜査は令状を要する強制処分かが論じられる文

脈であるという点で、モザイク理論と2017年の大法廷判決の評釈には違いもある。

他方、制定された法律が修正4条の解釈に与える影響についても、アリートとカーの議論は立法がなされていることが本来は望ましいとするものにとどまっている。一般法上の規律という点で日米両国の法制度を比較すると、日本では刑事訴訟法が刑事手続について日本国内の全域に妥当するルールを定めている一方で、アメリカの連邦レベルでは警察による捜査活動の統制が（「open-ended」な⁴³⁾修正4条の規定と判例の積み重ねを通じて図られている。このような違いが、両国で論じようとしていることの差異をもたらしているように思われる。

以上のことから、GPS 捜査の憲法上の問題を比較法的に検討する上でアメリカの議論を参照する際には、アメリカと日本とでは議論の内容や背景に違いがあることを認識しておく必要があると言える。そして、日本とアメリカの議論の相違への認識は既に示されている⁴⁴⁾。本稿で取り上げたのはアメリカ国内の議論の一部にすぎないが、アメリカにおける捜査の統制手法を考えると、日米両国間でのこうした違いは多くの議論にみられるものと推察される。GPS 捜査の憲法上の問題や2017年判決における理由づけの妥当性を検討する際にアメリカの議論を参照する場合には、両国の議論における前提の様々な違いを十分に考慮する必要があるだろう。

6. 展望

本稿では、GPS 捜査の憲法上の問題をアメリカの議論を参照しながら比較法的に検討する場合に、アメリカと日本の議論における様々な違いを認識

⁴³⁾ Kerr, *supra* note 23, p. 1118.

⁴⁴⁾ 山田哲史「新技術と捜査活動規制（2・完）－合衆国最高裁ライリー判決の検討をきっかけに」岡山大学法学会雑誌65巻2号（2015年）193頁以下<232頁>。

しておく必要があるとの見解を示した。しかし議論はそこで終わるわけではなく、このような違いがあるとしてどのような検討が求められるかを考える必要がある。

一つの方向性としては、アメリカの議論を参照したうえで日本国内の学説を見直すことが考えられる。その例として、「従来のように刑事手続法上の捜査機関統制に関わる諸規定を、実体的権利・利益の保護と結びつけて解釈することは厳に避けるべきである」とする、稲谷龍彦の議論を挙げられるだろう⁴⁵。稲谷は「刑事手続法」の目的の一つとして「刑罰権が執行されないことによる社会的強者の専横」を防ぐことを挙げ⁴⁶、強制処分に関係する規定は国民の法益を保護することを主とする規定ではなく、「捜査法」の目的は「捜査機関が刑事司法の適正な実現に寄与することによって国民全体の法益を増進する為に与えられた権限と資源とを、不当な目的ないし誤った判断に基づいて濫用・費消することなく、真に国民の期待に沿う形で最大限に活用してもらうための捜査機関統制構造をシステムとして具現化すること」・「捜査活動の最適化を目指すことにある」とし⁴⁷、この「捜査活動の最適化」こそを「捜査法の解釈・立法についての理論的指針とするべき」⁴⁸とする。そして、ある捜査手法が「強制的処分」に該当するための要件として、政府による捜査手法の実施が「国民よりも政府自身の利益を優先する」といった「不適切な意図・判断」に基づいていること、その手法が個人情報濫用による「敵」の特定や弾圧のような形で「健全な民主主義の存立」に「重大な危険」をもたらすものであること、当該捜査手法の実施に関する捜査機関へのモニタリングが、その危険の発生する蓋然性を合理的なレベルまで引き下げるほ

⁴⁵ 稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護 熟議による適正手続の実現を目指して』（弘文堂、2017年）281頁。

⁴⁶ 稲谷・前掲注（45）283頁

⁴⁷ 稲谷・前掲注（45）43頁。

⁴⁸ 稲谷・前掲注（45）80頁。

ど十分には機能していないこと、それによって、その実施を特別な法的統制の下に置き、危険発生の蓋然性を合理的に低下させなければならないことを挙げ、捜査の実施の法的統制との関係で「重層的な民主主義的熟議に基づく捜査活動の最適化」に言及している⁴⁹。「刑罰権という国家権力を強めること」⁵⁰にも関心があるというこの見解は、制限される個人の法益の重要性を基に、立法がもつ「民主主義的意義」を指摘することで立法の必要性を検討してきた従来の学説の延長線上で考えると、刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨に反するとの批判を受けるかもしれない。しかし、別稿で述べたことをここで確認すると⁵¹、制定（改正）当初において刑事訴訟法197条1項は、任意処分が原則であり強制処分を例外とする趣旨と、戦前においては強制処分が法律においてあまり認められておらず、即決処分等が多く用いられたことをふまえて、予審を廃止し合理的な強制捜査権は付与するとの趣旨をもつものと考えられていた⁵²。その点、個人の利益と、捜査が社会全体にもたらす利益の間には質的な違いがあるようにも思われ、また、「従来プライバシー権の『保護』や『侵害』として捉えられてきた事象」を「捜査活動の最適化という文脈、とりわけエージェンシー・コストの合理的軽減という文脈で十分に把握可能」、「不毛な権利論に拘泥するよりも、直截に捜査活動の最適化という視点から、刑事手続におけるプライバシー保護について論じればそれで足りる」⁵³とまで言うことが妥当・必要なかは、さらなる検討が必要と思われる。それでも、捜査を行うことで保護される利益の重要性にも着目することを通

⁴⁹ 稲谷・前掲注（45）283頁

⁵⁰ 前掲注（38）78頁（稲谷龍彦）。

⁵¹ 拙稿・前掲注（36）573-578頁。

⁵² 制定当初の解説に、任意処分については法定が不要であるが強制処分については法定が必要であると明言する部分は見られないことも、このことから説明がつく。「強制処分法定主義……を逆手に取って任意処分であれば立法府の関与は要らない／関与すべきでないとするのはおかしい」と指摘するものとして、前掲注（38）76頁（笹倉宏紀）。

⁵³ 稲谷・前掲注（45）317-18頁。

じて、捜査活動の「最適化」が必要であり、捜査活動の最適化には裁判所よりも立法者が適していることを明らかにすることで強制処分法定主義の趣旨を理解しようとする稲谷の狙い自体は、合理的な強制捜査権は付与する規定であるという現行の刑事訴訟法197条1項の制定当初の理解とは整合するものであり、刑事訴訟法197条1項但書きが「強制の処分」に法定を求めていることの意義を「捜査活動の最適化」という観点から再検討しようとする有意義なものであると言える。また、2017年判決に関する議論においては、他にも、刑事訴訟法197条1項但書きの「強制処分法定主義のカatalog維持機能」に言及し、そこで求められる「一覧性を確保せよ」という要請は「立法者が設定した刑訴法上の原則」であり、「憲法上の法律の留保論も意識しつつ、立法者が自身に課した」ものとする見解もみられる⁵⁴。この見解も強制処分に対する法定の要請に新たな意味を見出そうとするものであり、また、刑事訴訟法197条1項但書きを憲法が課した要請とはしない見解でもある。強制処分法定主義との整合性をめぐる論争は「法律の留保の問題として読み替え可能な側面」があるとする憲法学の見解にも、より立ち入った検討を求めるものとなるだろう⁵⁵。

他方で、日本とアメリカの議論状況の違いをふまえて、アメリカ以外の国の議論を参照することも考えられる。そして、その場合に参照可能な国としてドイツを挙げることでできるだろう。ドイツにおいて新しい手法を用いた捜査の合憲性は、当該処分の保護領域該当性、保護領域に該当する基本権に対

⁵⁴ 前掲注(38)79頁(山田哲史)。

⁵⁵ 六戸常寿『憲法解釈論の応用と展開【第2版】』(日本評論社、2014年)20頁。なお、このことは筆者にもあてはまる。拙稿「行政・警察機関が情報を収集する場合の法的根拠」鈴木秀美編集代表『講座 憲法の規範力 第4巻 憲法の規範力とメディア法』(信山社、2015年)247頁以下<264頁>において、「強制処分法定主義を規定する刑事訴訟法197条1項但書は、憲法上の原理を確認した規定であり、強制処分法定主義は憲法上の原則と理解する余地がある」と述べたことがある。

する侵害（Eingriff）の有無、侵害の正当化の可否という順に検討され、基本権に対する侵害には法律上の根拠が必要であり、それとは別に、その法律自体も比例性を満たしているかが審査される⁵⁶。たしかに、日本の憲法はアメリカの影響を強く受けているとはいえ、別稿でも示した通り⁵⁷、刑事訴訟法197条1項但書きとの関係が指摘される憲法31条は大日本国帝国憲法と一定程度の継続性がある形で説明されている。ドイツのやり方を参考にすることで強制処分法定主義と令状主義の分離や不一致を検討することの意義は既に指摘されているところでもある⁵⁸。先に述べたように、アメリカの議論を参照することで日本の議論に再検討を求める余地もあることを考えると、日本でもアメリカでの議論を参照して議会の関与について考え直すことが「迂遠」、「議会による本質的な決定の必要性が強調されているドイツの議論を参照する方が、むしろ直截的で妥当」⁵⁹とまで言えるかは分からないが、GPS捜査の憲法上の問題を比較法的に検討する上でドイツの議論を参照することは選択肢の一つであることはたしかだろう。2017年判決との関係では、強制処分以外の処分に対する法定の要否が検討課題となるとの指摘が憲法学と刑事訴訟法学の双方にみられ、そこにはドイツでしばしば用いられる「法律の留保」原則に触れるものもあり、こうした指摘はドイツの議論が比較対象の一つとなりえることを示しているように思われる。たとえば山本龍彦は、一定の監視型の捜査手法について「それが刑訴法上の強制処分であるかどうかにかかわらず、立法的措置が求められる」としたうえで、2017年判決が「刑訴法上の強制処分法定主義と、憲法上の法律の留保論との関係性をいかに捉えるべきかという宿題を、刑訴法学と憲法学の双方に課す」とし⁶⁰、別のと

⁵⁶ Thorsten Kingreen/ Ralf Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 20. Aufl., 2016, S.58ff.

⁵⁷ 拙稿・前掲注（36）580-583頁。

⁵⁸ 宇藤・前掲注（38）64頁、山田哲史「GPS 捜査と憲法」法学セミナー752号（2017年）28頁以下<30頁>。

⁵⁹ 山田・前掲注（45）234-235頁。

ころでは、GPS 捜査と立法の要否について「法律の留保論に立ち戻って、『強制処分でなくても、一定の規律密度をもった法律が必要な場合がある』ということ強調していった方が素直」との見解を述べている⁶¹。また宇藤崇は刑事訴訟法「197条1項の構造全体を捉え直し、強制処分以外（強調：宇藤）にも個別の法律的根拠が求められるべき場合のあることを確認する方が適切」としている⁶²。こうした指摘をふまえるならば、まず憲法学においては監視型の捜査手法に対する立法的措置の必要性を日本国憲法上どのように位置づけるかが問題となろう。少なからぬ場面で「法律の留保」が憲法41条と関連づけられて援用されているが⁶³、刑事訴訟法197条1項但書きには憲法31条との関連性も指摘されており、刑事訴訟法197条1項但書きと憲法との関係を論じ、憲法31条と関係するのであれば法律の留保原則と適正手続主義の関係を整理することが求められる。加えて、新しい手法を用いた捜査に対する立法的措置の必要性を、「法律の留保」という多彩な内容からなる概念を用いて検討することの妥当性も検討されるべきであろう⁶⁴。また第三者所有物没収事件・最高裁判決⁶⁵は「憲法31条、29条に違反する」との結論を示し、憲法31条と29条を並立させるという手法を用いたが、このようなやり方が監視型の捜査手法が関係する事例でも可能かどうかとも問題となるだろう。

憲法31条にはドイツの議論との関連性が指摘されていることに加え、筆者がこれまでドイツの議論を研究してきたこともあり、まずはドイツの議論を参照しようと思うが、上で示したものの他にも、連邦憲法裁判所の先例の再

⁶⁰ 山本龍彦「GPS 捜査違法判決というアポリア？」論究ジュリスト22号（2017年）148頁以下<155頁>。

⁶¹ 前掲注（38）75頁。

⁶² 宇藤・前掲注（38）65頁。

⁶³ 前掲注（38）74-77頁。

⁶⁴ ドイツにおける「法律の留保」の概念について解説するものとして、三宅雄彦「法律の留保」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）216頁以下。

⁶⁵ 最大判1962年11月28日（刑集16卷11号1593頁）。

確認に始まり⁶⁶、日本国憲法における「情報自己決定権」⁶⁷の位置づけと通信の秘密や住居の不可侵との関係、GPS 捜査によって制約される法益の重要性についても検討する必要がある、課題山積といった状況である。日本・アメリカ・ドイツの裁判システムの違いにも言及すべきであろうが、いずれも今後の課題としたい⁶⁸。

* 本稿は大川情報通信基金・2017年度研究助成「GPS によって得られた位置情報をパソコンや携帯電話で表示させ取得する捜査手法が有する憲法上の問題」（助成番号：17-23）による研究の成果の一部である。

⁶⁶ 刑事訴訟法上の GPS 捜査の合憲性については BVerfGE 112, 304、危険防衛目的によるものの合憲性については BVerfGE 141, 220.

⁶⁷ BVerfGE 141, 220<286>は、データの収集の「特別な手段」のうち、「一定の人の滞在場所を特定するための『技術的な手段』」を、情報自己決定権を侵害するものと整理している。

⁶⁸ 脱稿後に、指宿信編著『GPS 捜査とプライバシー保護 位置情報取得捜査に対する規制を考える』（現代人文社、2018年）に触れた。