

# 日本国憲法35条による捜査手続におけるプライバシー保障

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2018-11-29 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 高村, 紳 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/19739">http://hdl.handle.net/10291/19739</a>

# 日本国憲法35条による捜査手続における プライバシー保障

## —The Guarantee of Privacy in Investigative procedure by Article 35 of the Constitution of Japan—

博士後期課程 公法学専攻 2015年度入学

高 村 紳

TAKAMURA Shin

### 【論文要旨】

GPSの適法性について判示した平成29年最高裁判決は、明確に日本国憲法35条によってプライバシーが保障されることを明らかとしている点に大きな特徴がある。しかし、このようにプライバシーを日本国憲法35条が保障していると解することはそもそも可能なのだろうか。従来、日本国憲法35条の解釈においては、実体的権利を保障するという見解と、手続的権利を保障するという考え方が示されて来ていたため、まずは日本国憲法第35条の法的性質を再度問わねばならない。その上で、本稿は、日本国憲法35条においては実体的権利が保障され、しかもその対象としては表現の自由や人身の自由といった種々の自由権であること、さらにその保障を実現するための媒介項がプライバシーであることを示す。さらに、日本国憲法第35条によって保障される権利は、プライバシーの合理的期待テストを通じてなされるとの私見を提示しつつ、その基準においては主観的期待基準に重きが置かれるべきであることを示し、最後にドローンによる監視捜査の適法性をプライバシーの合理的期待解釈を通じて示す。

【キーワード】 日本国憲法第35条，合衆国憲法修正第4条，プライバシーの合理的期待，ドローン，自由権保障

### 目次

1. はじめに
2. 日本国憲法35条とプライバシー保障との関係

- (1) 日本国憲法35条の保障する権利—実体的権利を保障する規定か手続的権利を保障する規定か
  - (2) 実体的権利の中心にあるもの
  - (3) プライバシーの性質
3. プライバシーの合理的期待テストの具体的意義
- (1) プライバシーの主観的期待の意義
  - (2) プライバシーの客観的期待の意義
  - (3) 「ドローン (drone)」を用いた捜査の適法性—主観的期待を基礎とした検討—
4. おわりに

## 1. はじめに

2017年は我が国の捜査法にとって大きな転換点を迎えた年となった。以前より争いのあったGPSによる監視型捜査の適法性について、最高裁判決の大法廷によって判断が下されたためである<sup>1</sup>。本判決については、その登場以降多くの判例評釈がなされている<sup>2</sup>。なぜ、これほどまでに本判決が注目されるのか。それは、GPSによる監視型捜査がプライバシーを侵害し、従って強制処分と解されるところ、検証では捉え尽くすことのできない性質を有していることから立法の必要性があるとまで本判決が言明している点がまず挙げられよう<sup>3</sup>。しかしさらに着目すべきは、これまで最高裁がプライバシー侵害に言及することはあっても、その保障の根拠となる条文に触れてこなかったのに対し、本判決では明確に日本国憲法35条によってプライバシー（本判決では「住居、書類及び所持品に限らずこれらに準ずる私的領域」と表現されている）が保障されることを明らかとしている点にあると思われる。例えば、捜査機関による電話傍受の適法性について判断した平成11年最高裁決定<sup>4</sup>は、「電話傍受は、通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分である」として電話傍受を強制処分としつつ、その被侵害利益であるプライバシーについては特に憲法上の根拠条文を示してはいない。さらに、エックス線照射による梱包内容の確認

---

<sup>1</sup> 最高裁平成29年3月15日大法廷判決刑集71巻3号13頁。

<sup>2</sup> 平成29年度重要判例解説では、本件最高裁判決について憲法の項と刑事訴訟法の項とにまたがって解説がなされている。駒村圭吾「GPS捜査とプライバシー」ジュリスト臨時増刊1518号平成29年度重要判例解説（有斐閣、2018年）26頁及び稲谷龍彦「GPS捜査の法的性質」同179頁。その他、井上正仁「GPS捜査」刑事訴訟法判例百選64頁、五十嵐二葉「GPS捜査立法化への課題」法律時報89巻13号（2017年）250頁以下など。

<sup>3</sup> 最高裁が立法の必要性に言及することは極めて異例であり、このような見解を示したことについて論者らは一様に驚嘆の意を示している。笹倉宏紀・山本龍彦・山田哲史・緑大輔・稲谷龍彦「（座談会）強制・任意・プライバシー [続]」法律時報90巻1号（2018年）56-57頁（笹倉・山本・山田・緑・稲谷発言部分）など。

<sup>4</sup> 最高裁平成11年12月16日第三小法廷決定刑集53巻9号1327頁。

の法的性質が問題とされた平成21年最高裁決定<sup>5</sup>においても同様に、運送中の荷物について捜査機関がエックス線を照射することでその内容物を観察する行為は「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」と端的に論ずることで強制処分当たると判示しているものであり、本決定においてもプライバシーの根拠条文については言及していない。このように、捜査手続におけるプライバシー保障について最高裁は、プライバシーの通説的根拠たる日本国憲法13条を基礎としているのか、それとも捜査手続に関する規定である35条を基礎としているのかが明らかとされてこなかった中で、平成29年最高裁判決が日本国憲法35条をプライバシー保障の基礎としたことは大きな価値があると思われる。そして、このような結論は基本的には正当なものであろう。というのも、科学・通信技術の発展とともに、捜査の手法もさらに多様化することが予想されるのであり、物理的侵入を伴わない捜査の活用は今後更に広がるものであると思われる。そして、そのような捜査によって得られる利益と衝突するのが、被疑者のプライバシーであることは自明であろう<sup>6</sup>。そこで、我が国における捜査手続の適法性解釈においては、平成29年最高裁判決が示したように、公的な場か私的な場かを問わず、プライバシーを中心とした解釈の重要性が増していくものと思われる<sup>7</sup>。

このように、平成29年最高裁判決が我が国の捜査法に対して与えた影響は非常に大きなものがある。しかし、ここで次のような問題が指摘されねばならない。まず、平成29年最高裁判決は、被疑者のプライバシーが日本国憲法35条による保障の射程にあるとしているが、果たしてこのような解釈は可能であろうか。また、このことと関連して、そもそも日本国憲法35条は実体的権利を保障しているのか、それとも令状主義という手続的権利を保障しているものであるかが問題となる。さらに、プライバシーが日本国憲法35条によって保障されるとしても、ここにおけるプライバシーとは一体どのような性質を有するものであるのか。

そこで本稿では、まず、日本国憲法35条の法的性質について問いつつ、プライバシーがその保障領域に含まれることを示す。続いて、このプライバシーが本質的にはアメリカの判例法理たる「プライバシーの合理的期待」であるとの見解を示しつつ、さらにその「主観的期待」にこそ重きが置かれるべきであることを示す。次に、先に示したプライバシーの合理的期待が日本国憲法35条によって保障される主たる利益であるとの命題を受けて、主観的期待と客観的期待の意義につい

---

<sup>5</sup> 最高裁平成21年9月28日第三小法廷決定刑集63巻7号868頁。

<sup>6</sup> 日本国憲法35条は、その文言上被疑者のみならず国民一般の権利・利益を保障するものと解される。したがって、被疑者のみならず重要参考人とされる者などにもその保障は及び得る。この点、本稿ではまず問題とされる被疑者に焦点を絞って、日本国憲法35条による保障の範囲およびその主たる権利・利益について検討をする。これは、被疑者について論じることで問題点を浮き彫りにするためである。

<sup>7</sup> したがって、公道での写真撮影（最高裁昭和44年12月24日大法廷判決刑集23巻12号1625頁）を例にとって、公道での「みだりに容ぼう等を撮影されない自由」は「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権と較べると、やはり、一段劣位に立つもの」（井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014年）14頁）と一律に解するのは妥当ではないであろう。

て検討するとともに、主観的期待に着目した場合どのような帰結が得られるか、この点について近年アメリカで議論の対象とされつつあるドローンを用いた捜査を例にとって検討をする。わが国では大きな議論の対象とはされていないが、本稿が比較対象としているアメリカにおいては、ドローンを用いた捜査によるプライバシー侵害の程度について検討がなされており、しかもそこにおいては主観的期待に再び着目していることが伺われるため本稿の検討対象とする。最後に、今後の捜査手続の適法性判断について若干の私見を示す。

## 2. 日本国憲法35条とプライバシー保障との関係

(1) 日本国憲法35条の保障する権利-実体的権利を保障する規定か手続的権利を保障する規定か  
すでに第1章において見たように、平成29年最高裁判決によって、刑事手続におけるプライバシー保障の中核を担うのは日本国憲法35条であることが確認された<sup>8</sup>。したがって、日本国憲法35条は、プライバシーを始めとした実体的な権利を保障する条項であるとの解釈することができるように思われる。他方で、日本国憲法35条は令状主義について規定していることから、本条項の本質を令状審査請求権という手続的権利の保障と解する説もある<sup>9</sup>。すなわち、日本国憲法35条は市民に対する手続的保障の請求権を認めたものとする見解である。このように日本国憲法35条の本質を解した場合、実体的権利の保障範囲は他の条項の解釈に基づいて、例えばプライバシーなどは日本国憲法13条等によるべきである<sup>10</sup>。

したがって、まずは日本国憲法35条の解釈において、実体的権利と手続的権利とのいずれを保障していると解するのが正当であるか、この点の解釈が刑事手続におけるプライバシー保障にとって重要となる<sup>11</sup>。この問題については、既に他の論者によって検討がなされていることから<sup>12</sup>、そ

<sup>8</sup> 本判決以前より、すでに憲法学においては、日本国憲法35条がプライバシーを保障し得ることについて支持している論者がいる。代表的なものとして、以下のような見解が挙げられる。

「(住居の) 不可侵はすべての人権宣言の保障するところとなっている (この点で、通信の秘密と並んで私生活の自由ないし広義のプライバシーの権利の一つを構成するものと解することもできる)」(芦部信喜著=高橋和之補訂『憲法〔第6版〕』(岩波書店、2015年) 240頁); 「他者の侵入や捜査を排除しうる私的な空間を保有することは、人として生きるための必須の条件である。35条の主要な目的はプライバシーの保護にある」(長谷部恭男『憲法〔第5版〕』(新世社、2011年) 252頁); 「プライバシーの権利保護という点からみれば、盗聴器を使って住居内の会話を盗み聞くこともこの規定〔筆者注: 日本国憲法35条1項〕に該当し許されない」(吉田善明『日本国憲法論〔第3版〕』(2003年) 399頁) など。

<sup>9</sup> 奥平康弘『憲法Ⅲ』(有斐閣、1993年) 298頁。

<sup>10</sup> なお、日本国憲法第35条は住居の不可侵という実体的権利を保障しつつ、実体的権利保障の解除要件として令状主義という手続的権利が規定されているとして両者の保障を読み込む論者もいる。大石真「憲法35条解釈の再構成」法学論叢136巻4=5=6号(1995年) 189頁以下。

<sup>11</sup> 平成29年判決が日本国憲法35条を基礎としてプライバシーを保障したことについては、35条ではなく日本国憲法13条を前景に出して判断すべきであったとの批判がなされている。山本龍彦「〔判例詳解〕GPS捜査違憲判決というアポリア?—最大判平成29・3・15」論究ジュリスト22号(2017年) 151頁。

<sup>12</sup> 緑大輔「無令状捜査押収と適法性判断(1)—憲法35条による権利保障—」修道法学28巻1号149頁以下及び、同「無令状捜査押収と適法性判断(3・完)—憲法35条による権利保障—」修道法学29巻1号。

の見解を参照しつつ（以下、緑論文として引用する）、日本国憲法35条の性質について検討をしていく。

まず、緑論文は、日本国憲法35条がいかなる権利を保障しているかについて大きな示唆を与えるのが合衆国憲法修正第4条の解釈であるとして、その成立の過程及び判例の変遷について検討をしている<sup>13</sup>。特に注目すべきは、合衆国憲法修正第4条の成立過程についての見解である。従来の見解では、合衆国憲法修正第4条は、イギリスにおける一般探索的な搜索の反省から、いわゆる一般令状を禁止することを目的とするものであると解されてきた<sup>14</sup>。したがって、その性質は手続保障的側面を強調するものであるとの理解が我が国でなされている<sup>15</sup>。これに対して緑論文は、合衆国憲法修正第4条制定当時、既に搜索（search）・押収＝抑留（seizure）の規制方式について諸州によって違いがあり、大別して2種類に分けられることに着目をしている。すなわち、ペンシルバニア州に代表して見られる、第1文で人身、住居、文書、所有物について搜索（search）・押収＝抑留（seizure）から解放されている状態に保つ権利を有することを示しつつ、第2文で搜索（search）・押収＝抑留（seizure）についての令状には対象となる物や場所が特定されなければならないとする令状要件を規定する方式と、ヴァージニア州に代表して見られる搜索（search）の場所や押収＝抑留（seizure）の対象を示さない一般令状の禁止する令状要件のみを定めた方式がそれである。したがって、合衆国憲法修正第4条の制定方式にはペンシルバニア形式とヴァージニア形式との2種類の選択可能性があったことになる。このうち、現在の合衆国憲法修正第4条においては、一般令状の禁止のみを定めるヴァージニア形式を採用せずに、実体的権利の確認も含むペンシルバニア形式が選択され、前段で身体、住居、書類及び所持品については不合理な搜索（search）・押収＝抑留（seizure）が禁じられ、後段で令状の特定性要件を規定するという方式をとっている。したがって、合衆国憲法修正第4条は、令状要件という手続的権利の保障のみならず、制定の過程から明らかとなるように、実体的権利をも保障するものであると解するのが妥当であろう<sup>16</sup>。実際に、アメリカでは合衆国憲法修正第4条の解釈においては、その当初は財産権的アプローチを中心としつつ<sup>17</sup>、時代の変遷とともに、徐々にプライバシー保障の観念が根付いていくこととなる。

このような歴史的背景を有する合衆国憲法修正第4条が、我が国の憲法第35条の基礎となっているのは周知のことである。したがって、その根本において、制定当初から実体的権利を保障するものであるとの考えが念頭にあると考えることが妥当であると思われる。そもそも、日本国憲法第35条が本質的には手続的権利を保障しているものであるとした場合、本条項は令状による実体的権利保障の解除を定めているものと解されることとなる。これは裏返してみれば、令状要件を具備

<sup>13</sup> 前掲注（12）修道法学28巻1号150頁以下。

<sup>14</sup> 井上，前掲注（7）53頁。

<sup>15</sup> 大石，前掲注（10）168頁。

<sup>16</sup> 緑，前掲注（12）修道法学28巻1号161頁。

<sup>17</sup> *Boyd v. United States*, 116 U.S., at 627 (1886).

しさえすれば、捜査機関は容易に日本国憲法第35条に列挙されている諸権利への侵入を行いうることになるのではないだろうか。したがって、幾分政策的な解釈ではあるが、日本国憲法35条は手続的権利保障を念頭に置いたものであるとした場合、捜査手続は犯罪統制モデル<sup>18</sup>、あるいは糾問的捜査モデル<sup>19</sup>に大きく傾くこととなり、被疑者のみならず我々国民の自由権が不当に剥奪されるものであると考えられる。

以上のように、日本国憲法35条がその制定において手本とした合衆国憲法修正第4条が、その源流において実体的権利を保障していると解しうること、また被疑者のみならず国民の自由権に対する不当な侵害を防止するためにも、日本国憲法35条は基本的に実体的権利を保障していると解すべきである<sup>20</sup>。したがって、平成29年最高裁判決が日本国憲法35条は実体的権利を保障する条項と解し、無令状でのGPS捜査は個人の（住所、書類及び所持品に準じる）私的領域ひいてはプライバシーの侵害であると判示したことは正当なものである。

## (2) 実体的権利の中心にあるもの

前項で確認したように、日本国憲法35条は実体的権利保障を含むものである。では、次に問われなければならないのは、この実体的権利において中心にあるのはいかなる権利あるいは利益であるか、という点である。それとともに、明文で規定されていないプライバシーが日本国憲法35条で保障され得るかについても問われねばならない。この点、日本国憲法35条は、本質的に「住居の不可侵」や「住居の自由」を保障するとする見解がある<sup>21</sup>。しかし私見では、住居を始めとして書類や所持品について国＝捜査機関は基本的に侵入し得ないとしているのは、人身の自由のみならず、表現の自由などの憲法上保障されている種々の自由権を（特に捜査手続において）不当に侵害しないことにあると思われる<sup>22</sup>。すなわち、他者＝捜査機関による自由への（あるいは自由の保障されている領域への）侵入は基本的に排除され、それによって正常な社会生活が保障され得るので

<sup>18</sup> Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 *U. Pa. L. Rev.* 1, at 6 (1964-1965).

<sup>19</sup> 平野龍一『刑事訴訟法（法律学全集43）』（有斐閣，1958年）83頁。

<sup>20</sup> 無論、日本国憲法35条は実体的権利の保障を中心とするものであると解する一方で、令状主義に基づく捜査活動の司法による統制も重要であるのはいうまでもない。特に、捜査活動の統制は、強制処分法定主義によるのではなく、本質的には、中立な裁判官による事前の令状審査が正常に機能することによってなされることが強調されねばならない。しかし、残念ながら、実証的には裁判所による令状審査は事前抑止としてはほとんど機能していないのが現状であると言える。例えば、平成28年の統計資料（最高裁判所事務総局・平成28年司法統計年報 2. 刑事編14-15頁）によれば、逮捕状及び捜索・差押え・検診令状いずれも90%以上の高い発付率を示しており、令状請求すればほぼ確実に令状発付がなされる状況にあるといえる。強制処分においては当然に被疑者の権利侵害が含まれるが、捜査の対象となる事件と関連性を有しない権利・利益を侵害する可能性のある場合には、裁判官は令状を発付しないあるいは発付に当たって条件を付すといった厳格な態度が要求されよう。

<sup>21</sup> 大石，前掲注（10）190頁。

<sup>22</sup> 日本国憲法35条の解釈においては、基本的に刑事手続・捜査手続が問題とされる。しかし、その趣旨は行政手続にも及び得るかが問われねばならないだろう。この点については本稿の問題関心から逸れるため、別稿において検討をしたい。

ある。そして、このような自由権あるいは自由な社会生活の保障の中心的要素となるのが、プライバシーであると考えられる。同様の理は、アメリカの合衆国憲法修正第4条解釈に目を向けることで明らかとなる。それは、具体的には Wolf 事件判決において見られる<sup>23</sup>。本判決は、違法収集証拠排除法則が州の刑事裁判においても適用されるかが問題となった判決であるが、その Frankfurter 判事による法廷意見において、従前の財産権を中心とした解釈とは異なる合衆国憲法修正第4条の解釈が示された。すなわち、「警察による恣意的な侵入に対するプライバシーの確保＝安全 (security) — 合衆国憲法修正第4条の核心 — は、自由な社会 (下線は筆者による) の基礎である」と判示したのである。まさに半世紀以上前の連邦最高裁判決において、プライバシーが合衆国憲法修正第4条解釈の核心であり、且つ自由な社会を基礎付けるものであるとの考えが提示されており、この点について判例変更はなされていないのである。そして、再び日本国憲法35条に目を向けてみると、合衆国憲法修正第4条をその根底に持ち、その保障の中核にあるのが自由権であると解されることから、プライバシーという利益が存する領域には基本的に侵入し得ないと解すべきである<sup>24</sup>。

### (3) プライバシーの性質

これまで、日本国憲法35条は実体的権利を保障する規定であること、その保障する利益は種々の自由権であること、そしてこの自由権保障の核心的利益はプライバシーであることを確認してきた。ここで、最後に問われねばならないのは、この「プライバシー」とはいかなる性質を有するものであるか、という点である。というのも、プライバシーにはこれまで様々な定義が与えられてきており、端的に「プライバシー」とのみ述べたのであっては、何がどのように保障されるのか全く明らかでないからである。そもそも、プライバシーは様々な性質を幅広く包摂し得るものであることから、対象となる場面によってどのように保障されるべきかについて細かな議論が必要である。

この点アメリカにおいては、プライバシーの保障は合衆国憲法修正第1条、修正第5条、修正第14条などの様々な修正条項によって保障される傾向がある<sup>25</sup>。これと同様に、我が国においても一方で幸福追求権から生じるプライバシー権があり、他方で捜査手続において本質的に保障されるプライバシーがあると解することが妥当であろう。そこで本項では、特に刑事手続において保障さ

<sup>23</sup> Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25 at 27 (1949).

<sup>24</sup> 極端な例ではあるが、ジョージ・オーウェルによる小説『1984年』において登場するテレスクリーンのように、国家＝捜査機関は我々の姿を常時監視することが可能であると考えた場合どうなるか。そのような場合、我々は『1984年』主人公であるウィンストンのように、本心では国家に反発しながらも表面的には隷属するという極めて窮屈な状況に追いやられることであろう。

無論このような全体主義的統制が我が国においてなされるとは到底考えられないが、しかし監視カメラを始めとする監視手段が発展し、それらを何らの規制に服することなく捜査機関が活用し得るとした場合、我々の公共スペースでの活動の萎縮が生じることは容易に想像がつくであろう。

<sup>25</sup> 例えば、Roe v. Wade においては、(自己決定権的) プライバシーに女性の中絶に関する決定が含まれ、それは“合衆国憲法修正第14条”に根拠を有するとされている。See, Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 153 (1973).



れるプライバシーの性質について検討をする。

そもそもプライバシーについて論じようとした場合、その多義性ゆえに単一の定義を与えようとするのは極めて困難である。なぜなら、プライバシーという概念には多くの要素が含まれているからである<sup>26</sup>。その性質について、「最も包括的な権利であり、且つ市民にとって最も価値のある権利」<sup>27</sup>や「我々人間にとって不可欠な部分であり、我々の自由の核心であり、あらゆる自由の始点である」<sup>28</sup>といったような説明がなされている。いずれにしても、プライバシーが我々の諸権利にとっての核心的部分を占めるものであると解することができよう。そして、プライバシーが我々の諸権利に深く関わるものであることから、その定義についてもこれまで様々なものがなされてきた。我が国ではこの点について、時代及び社会の変容に伴うプライバシー解釈の変遷を3期に分類して、その中心的定義を示す論者がいる<sup>29</sup>。その見解によれば、第1期の始点は、WarrenとBrandeisによる「プライバシーの権利」<sup>30</sup>の出現であるとされている。そして、この第1期におけるプライバシーの定義が、「一人で放っておいてもらう権利 (the right to be let alone)」<sup>31</sup>である。これは、みだりに私事を公開されない権利、すなわち「私生活秘匿権」として特徴付けられる<sup>32</sup>。次に、第2期にあたるのが、WestinとFriedによる「情報論的展開」すなわち、私的領域の保護から個人に関する情報のコントロールへの移行がなされた1960年代である<sup>33</sup>。この60年代においては、まずWestinがプライバシーを「自己に関する情報を、いつ、どのように、どの範囲で他者に伝達するかを自ら決定するという個人、集団または組織の要求」<sup>34</sup>と定義し、さらにFriedはまさに「自己に関する情報のコントロール」がプライバシーの定義であるとしたのである<sup>35</sup>。そして、我が国においても、1970年にこれら「自己情報コントロール権」としてのプライバシーの定義が輸入され<sup>36</sup>、現在の憲法学におけるプライバシー権の通説的理解となっている。そして、第3期にあたるのが、デジタル社会の高度化とそれに伴う大量の情報の保存・流通という問題に直面した現代において、議論の重点を情報システムやデータベースの構造、アーキテクチャそれ自体に置く「構造論的展開」の見られた1990年代であるとされている<sup>37</sup>。

我が国におけるプライバシー理解の変遷は、概ね上述の通りとなろう。では、日本国憲法35条

---

<sup>26</sup> Daniel J. Solove, *Understanding Privacy* (Harvard University Press, 2008), at 15.

<sup>27</sup> *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478 (1928).

<sup>28</sup> *Pub. Utilities Comm'n v. Pollak*, 343 U.S. 451, 467 (1952).

<sup>29</sup> 山本龍彦『プライバシーの権利を考える』(信山社, 2017年) 3-11頁。

<sup>30</sup> Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harv. L. Rev. 193 (1890).

<sup>31</sup> *Id.* at 195.

<sup>32</sup> 山本, 前掲注(25) 3頁。

<sup>33</sup> 山本, 前掲中(25) 4頁。

<sup>34</sup> Alan Westin, *Privacy and Freedom*, (Atheneun, 1967), at 7.

<sup>35</sup> Charles Fried, *Privacy*, 77 Yale. L. J. 475, 482-483 (1968).

<sup>36</sup> 佐藤幸治「プライバシーの権利(その公法的側面)の憲法的考察(一)」法学論叢86巻5号(1970年)12頁以下。

<sup>37</sup> 山本, 前掲中(25) 7-8頁。

によって保障されるプライバシーの理解にとってはいかなる考え方が妥当するであろうか。この点、議論をプライバシー全般に関わるものと解した場合には、第2期あるいは第3期プライバシー権論における主張は妥当するであろう。しかし、捜査法の領域においては事情が異なる。捜査法においてプライバシーは、むしろ第1期に近い性質を含むものと解されうる。それは、捜査手続の一般的性格を考慮に入れることで明らかとなる。捜査手続において捜査機関は、被疑者あるいは国民の生活領域ひいてはプライバシーの及ぶ領域へ侵入し、犯罪に関連する証拠・情報及び身上に関する情報を収集するのである。したがって、それは自己に関する情報をコントロールするというよりも<sup>38</sup>、むしろ他者による侵入を拒み、自身の秘密を保持しようとする消極的性質を有するものとして構成するのがより妥当なものと思われる。しかし、端的に捜査手続におけるプライバシーを「私生活秘匿権」として、あるいは「一人で放っておいてもらう権利」として解することはできない。あくまでもこのような利益も含みうると考えられるのである。すでに別稿においても指摘したように<sup>39</sup>、プライバシーを「一人で放っておいてもらう権利」であるとするのでは、プライバシーの特性についてほとんど何も述べていないのである。即ち、プライバシーを一人で放っておいてもらう権利と解するのであれば、言論の自由や効率的な法執行、その他重要な諸価値に対してプライバシーはどのように尊重されるべきか、この点についてなんらの指針も得られないことが指摘される<sup>40</sup>。そこで、日本国憲法35条においては、自由な社会生活を維持するために、むしろ情報や財産に対するプライバシーや私生活の秘匿といった様々な性質を有するプライバシーのそのいずれもが保障されると解しつつ、そもそもそのようなプライバシーについて被疑者または国民の期待が及ばない場合には捜査は、日本国憲法35条によって保障される重要な権利・利益の侵害は存在しないため、任意捜査であるといえる<sup>41</sup>。さらに、主観的期待を有しているとしても、客観的（社会的）に正当な期待と言えない場合には、捜査機関による権利侵害はなく、従って問題とされる捜査は合憲であるといえよう<sup>42</sup>。すなわち、広範に保障されるプライバシーを、Katz 事件判決<sup>43</sup>によって

<sup>38</sup> 山本龍彦教授が引用論文において指摘しているように、わが国で展開されている自己情報コントロール権としてのプライバシー概念は、それ自体愛や友情の実現といった人間関係に関する「ウェット」な性質を有するものであり、捜査機関と被疑者との対立利益の調整という観点には全く馴染まないものである。

<sup>39</sup> 拙稿「プライバシー侵害を伴う捜査の許容される限界―「第三者法理」の検討を通じて―」法学研究論集第49号（2018年）156頁、注（21）参照。

<sup>40</sup> Daniel J. Solove, *Conceptualizing Privacy*, 90 Cal. L. Rev. 1087, 1101–1102 (2002).

<sup>41</sup> 無論、任意捜査といっても必要性や緊急性等を考慮に入れた、相当な範囲でなされることが要求される。最高裁昭和51年3月16日第三小法廷決定刑集30巻2号187頁。

<sup>42</sup> 他方で、事例ごとにプライバシーの主観的期待の有無やその合理性が問われることになることから、捜査活動に対する一定の規範定立は極めて困難であると思われる。しかし、判例の集積や、裁判官による捜査に対する一定の方向付けがなされなければ、捜査機関には自身の捜査活動が法的に許容されるか否かについて指針が示されず、適法と思って行った捜査が違法とされ証拠が排除されてしまうことがありうる。このようなことがあれば、捜査機関にとっては大きなリスクとなろう。この捜査機関に対する規範の提示とプライバシーの合理的期待との関係性については、また別稿において論じる。

<sup>43</sup> Katz v. United States, 389 U.S.347 at 360 (1967).

示された「プライバシーの合理的期待」法理によって絞りをかけていくべきであり、この合理的期待テストはまさに我が国においても導入すべきであるとする。

### 3. プライバシーの合理的期待テストの具体的意義

前章で示したように、基本的には日本国憲法35条はプライバシーを包括的に保障するものであり、その制限は「プライバシーの合理的期待」によってかけていくべきであるとする。

次に本章では、広範なプライバシーに制限をかけることが期待されるプライバシーの合理的期待の具体的な内容について見ていきたい。この点、既に筆者は別稿において若干の検討をしているが、プライバシーの制限の具体的な内容に触れるため、本稿で再度取り扱う<sup>44</sup>。

#### (1) プライバシーの主観的期待の意義

プライバシーの主観的期待が存在するとされるのは、基本的には被疑者(ないし捜査対象者)が、ある物又は情報をプライベートな状態にしたい、秘匿された状態にしたいと欲する場合である<sup>45</sup>。従って、捜査の対象となる者が、場所又は物について自身のプライベートに属する物であると実際には信用していないような場合には、このような場所又は物に合衆国憲法修正第4条の保護は及ばず、捜査機関による行為も合衆国憲法修正第4条における搜索には当たらないとされるのである<sup>46</sup>。そして、このような主観的期待が存在するか否かは、事情の総合によって判断される<sup>47</sup>。たとえば、捜査機関によるごみの回収及び内容物の検分という行為について、被疑者のプライバシーの合理的期待を破るものか否かが争われた事例においては<sup>48</sup>、ごみ袋の透明性やごみの廃棄場所が他者にとってアクセスの容易な場所であったかなどの事情が考慮されている<sup>49</sup>。

基本的に、人は何らかの行為をなす場合、特にそれが機密にしておきたいようなものである場合

---

<sup>44</sup> 高村紳「科学的捜査において『プライバシーの合理的期待』が有する意義」明治大学法学研究論集第44号117頁。

<sup>45</sup> *Bond v. United States*, 529 U.S. 334, 338 (2000); See also, Daniel T. Pesciotta, *I'm Not Dead YET: Katz, Jones, and the Fourth Amendment in the 21st Century*, 63 *Case W. Res.* 187 at 199 (2012).

<sup>46</sup> Pesciotta, at 199.

<sup>47</sup> *Rawlings v. Kentucky*, 448 U.S. 98 at 104-06 (1980).

<sup>48</sup> *California v. Greenwood*, 486 U.S. 35 (1988).

なお、本件ではごみが公道(あるいはそれに準じた場所)に置かれていたことから、意識的に公に晒しているものにはもはや合衆国憲法修正第4条の保障は及ばないとして、プライバシーの合理的期待、特にその主観的期待について否定している。なお、本判決には反対意見が付されており、そこにおいては、ごみ袋が不透明でありしかも封がされていたこと、ごみ袋の表面は公に晒しているがその内部までは晒していないこと、誰かがごみ袋の中を見るかもしれないといったのであってはプライバシーの期待を過度に縮減することなどを理由として、プライバシーの合理的期待はなお保持されていたとしている。反対意見には被疑者のプライバシーの合理的期待をより実質的に保障しようとする姿勢がみられるが、このように解さなければプライバシーの合理的期待、特に主観的期待は保障され得なくなるのは本文で示した通りである。

<sup>49</sup> *Id.*, at 39.

には、プライバシーが保持されるものとの期待を抱くのは当然であるから、例外的な場面を想定して解釈するのは、そもそもの目的であるプライバシーの保障、あるいは自由権の保障は有名無実なものとなる<sup>50</sup>。従って、第1の基準である「プライバシーの主観的期待」については、本来的に常に伴うものであるとしつつ、具体的な場面に依拠し、自ら積極的にプライバシーを放棄していると言える場合にはプライバシーの保障はなされないとするのが、具体的な適用における筋であろう<sup>51</sup>。従って、プライバシーの主観的期待とは、自らの行為が、一般的に想定し得る場合に人目にさらされないようになんらかの処置を施していればそれで十分足りるものであると考えられる<sup>52</sup>。換言すれば、自らの行為や情報を全く隠すことなく、あるいは人目に触れないようにする処置をすることなく、公の目に晒しているような場合にはプライバシーの主観的期待は存在しないと断定しうるが、それ以外の場合、例えば、立ち入り禁止の看板を立てておくことといった処置がなされている場合<sup>53</sup>には、プライバシーの主観的期待を抱いているとよいものと思われる。

## (2) プライバシーの客観的期待の意義

前項では「プライバシーの主観的期待」の有する意義について見てきた。私見では、このプライバシーの主観的期待が中心的基準となるが、しかし常に主観的期待が保障されるとしたのでは、基準としての意味をなさない。そこで次の段階として、そもそも主観的期待を有することが、また主観的期待の具体的内容が、客観的・社会的に見て合理的といえるか、すなわち、社会がそのような主観的期待を合理的なものとして受け入れるか否かが問われなければならない。この客観的期待は、本質的には価値判断であり、プライバシーの期待が自由かつ開かれた社会という目的に合致するものであるか否かという視点から考慮される<sup>54</sup>。このような判断を行うにあたって、裁判所は主に事情の総合について検討をする<sup>55</sup>。

さらに、いかなる場合にプライバシーへの依拠が「正当」とされるとされるのかという問いについて、「プライバシーの合理的期待」という基準を打ち立てた Harlan 判事が、White 事件判決の反対意見において自らの見解を述べている<sup>56</sup>。すなわち、なぜそしていかなる場合にプライバシーの期待が「正当」とされるのかという問いは「特定の（捜査の）慣習（practice）の性質、及び法執

<sup>50</sup> Brian J. Serr, *Great Expectation of Privacy: A New Model for Fourth Amendment Protection*, 73 Minn. L. Rev. 583, at 627 (2010).

<sup>51</sup> あるいは、人の音声についても、発話内容ではなく声の高低の確認といった場合には、そもそもプライバシーの保障が及ばないといったような、具体的に捜査機関が何を目的としていたか、という視点も重要であると思われる。

<sup>52</sup> *Id.* at 585.

<sup>53</sup> *Oliver v. United States*, 466 U.S. 170 (1984).

<sup>54</sup> Anthony G. Amsterdam, *Perspectives on the Fourth Amendment*, 58 Minn. L. Rev. 349, 403 (1978).

<sup>55</sup> See *United States v. Sarkisian*, 197 F.3d 966, 986 (9th Cir. 1999).

（本件では、プライバシーの主観的期待と客観的期待という両テストを事情の総合性から検討している）。

<sup>56</sup> *United States v. White*, 401 U.S. 768-795 (1971)

行官の技法としての行為の有用性 (utility) と比較される, 個人の『安全の感覚 (sense of security)』<sup>57</sup> に与える影響 (impact) とを評価する」ことで答えられなければならない, とするのである<sup>58</sup>。そして「合衆国憲法修正第 4 条の保護する自由という最重要の関心事である『安全の感覚』をひどく危うくするような, より広範な侵入行為については, 法執行官の自己規制では足りず, 少なくとも令状が必要とされる」としたのである。

そしてまた, ここにおいて用いられている「安全の感覚」について, いかなるものが我々の社会において重要であるか, ということを経験官が定めなければならない<sup>59</sup>。その際に考慮される必要のあるのが「過去そして現在の習慣及び価値観」である<sup>60</sup>。この点について, いかなる「安全の感覚」(及び「プライバシーの主観的期待」) が重要とされるかという問いは「社会の構造, 交流の様式 (patterns of interaction), 諸規範と諸価値の網」において見出されなければならない, とされている<sup>61</sup>。あるいはまた, 「合理的な期待についての基準は, 生活の流れの中から取り出されなければならない。そして, これらの社会的 (societal) 基準を発見し, 明確化するのを経験官の任務である」とも述べられている<sup>62</sup>。したがって, 第 2 の基準である「プライバシーの客観的期待」においては, 社会の構造や過去そして現在の習慣・価値観, 諸規範といった広範な社会的要素をも考慮しつつ, 事情の総合から「プライバシーの主観的期待」が正当なものであるか否かを検討するのである。

これら二つの要件が満たされたときに, プライバシー期待は合理的なものであり, 捜査機関はその基準に反して捜索または押収を行った場合その捜索は不合理であると認定されるのである。そして, 我が国においては重要な権利・利益を侵害し, また明示ないし黙示の意思に反していると考えられる場合, 即ち, 捜査が強制捜査に分類される場合であると言えるのではないか。ところが, プライバシーの合理的期待テストについては, 法律学の分野においては大いに検討されていながらも, 判

---

<sup>57</sup> この「安全の感覚」というものは, Harlan 判事の反対意見中及び他の論文において必ずしも明らかではない。しかし, この語が用いられた文脈から, 「自身の発言等が他者に漏れ伝わらないであろう」という期待であることが分かる。すなわち, 「プライバシーの主観的期待」とほぼ同義のものであると考えられる。

また, この “sense of security” の語が用いられているのは, 次のような一文においてである。

「私 (筆者註: Harlan 判事) が思うに第三者による盗聴 (bugging) という慣習の持つ衝撃は, 互いに取引をする際に存在する, 自由な社会における市民間の個々の関係において特徴的な, 信頼及び安全の感覚 (sense of security) を損なうようなものであると考えられなければならない」。

See *Id.* at 787.

<sup>58</sup> *Id.* at 786.

See also LaFave, *supra* note 44, at 587.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Supra* note, at 786.

<sup>61</sup> Georg Simmel, *Privacy is not an Isolated Freedom, in Nomos XIII: Privacy*, at 71, 84 (J. Pennock & J. Chapman eds. 1971).

<sup>62</sup> Steven C. Douse, *The Concept of Privacy and the Fourth Amendment*, 6 U. Mich. J. L. Ref. 154, at 179-80 (1972).

例においては、その成立以後から適用に対し消極的姿勢がみられ、主観的期待に至ってはほとんど言及されないこともあった<sup>63</sup>。しかし、新たな現代型捜査の適法性判断には、柔軟に対処しうる主観的期待基準こそが有用であると思われる。そこで、次項ではドローンを題材に、主観的期待に着目しつつ、プライバシーの合理的期待を現代型捜査においていかに適用すべきかを検討する。

### (3) 「ドローン (drone)」を用いた捜査の適法性—主観的期待を基礎とした検討—

ドローンとは、遠隔操作可能な無人の航空機である。このドローンの使用目的は、遠隔操作によって上空から地上を撮影することが主なものとなっている。私人がこのドローンを飛行させる場合、空港等の周辺の上空の空域、高度150メートル以上の空域、人口集中地区の上空では、安全性の確保と地方航空局長の許可が必要となっている。私人によるドローンの空撮にこのような規制がかけられているのは、ドローンの落下による危険性ととともに、高度な撮影機能を有しているために、人の行動を具に観察できることが理由として挙げられる<sup>64</sup>。

私人のドローン使用には法的な規制が課せられている一方、捜査機関がこれを犯罪捜査に利用するとなった場合、法律による規制がないため、もし利用された場合、その限界は日本国憲法35条によって基礎付けられ、その際の考慮要素として機能するのが、まさしく「プライバシーの合理的期待」テストであると思われる<sup>65</sup>。特に主観的期待要件は事例ごとに被疑者・被告人のプライバシーについて検討をするものであるから、新たに問題の指摘された捜査については、その適法性について柔軟に対処することが可能になる<sup>66</sup>。この点、Jones 事件判決において、その適用の可能性が見られる<sup>67</sup>。すなわち、従来の手法で行われた無令状かつ非侵入的な捜査については、現在の合衆国憲法修正第4条の解釈のもとでは不合理な搜索・押収＝抑留とはされないであろうが、それが「電子的手段」によってなされた場合には、プライバシーへの不合理な侵入と解される余地があ

<sup>63</sup> California v. Greenwood, 486 U.S. 35, 39 (1988).

See also, Orin S. Kerr, *Katz Has Only One Step: The Irrelevance of Subjective Expectations*, 81 U. Chi. L. Rev. 113, at 114.

<sup>64</sup> このような理由から、ドローンの飛行には、①日出から日没までの間に飛行させる、②ドローン及び周囲の状況を目視により常時監視して飛行させる、③人または物件との間に30 m 以上の距離を保って飛行させる、④祭礼、縁日、展示会その他多数の人が集まる催しが行われている場所の上空で飛行させる、⑤易燃性のある物その他危険物を輸送しない、⑥物を投下しないといったルールが使用者には課せられる。

<sup>65</sup> 捜査機関によるドローン利用の法的規制にプライバシーの合理的期待が有用であるとする見解として, Matthew R. Koerner, *Drones and the Fourth Amendment: Redefining Expectations of Privacy*, 64 Duke L. J. 1129, 1163 (2015).

<sup>66</sup> Orin S. Kerr, *Four Models of Fourth Amendment Protection*, 60 Stan. L. Rev. 503 (2007).

<sup>67</sup> United States v. Jones, 565 U.S. 400 (2012).

<sup>68</sup> Id. at 412.

ただし、合衆国最高裁はこのような解釈を示しつつも、本件ではプライバシーの合理的期待を積極的に適用することはせず、むしろ Katz 事件判決以前の物的侵入の側面を強調したとも解される理論を展開したのである。

るとされたのである<sup>68</sup>。したがって、被侵入的な捜査手法であっても、電子的な手段等を用いることでその侵害の程度が増し、プライバシーの合理的期待に反する場合があると考えられるのである。そこで、新たな現代型捜査であるドローンを用いた捜査が行われた場合どのようにこの適法性を考慮すべきか、この点について主観的期待及び客観的期待の両側面から検討をする。

#### ①主観的期待の側面から

合衆国連邦最高裁が、プライバシーの主観的期待について検討をする場合、多くは表面的、あるいは外的に観察しうる要素に基づいて主観的期待の有無を判断している<sup>69</sup>。例えば、ヘリコプターによって上空から被疑者の所有地を監視した事例である *Ciraolo* 事件判決<sup>70</sup>においては、被疑者がフェンスによって所有地を囲っていることがプライバシーの主観的期待の要素として考慮されたが、結局フェンスによっては、被疑者はプライバシーの主観的期待を主張してはいないとされた<sup>71</sup>。

対して、ドローンの場合はどうか。ドローンの場合、単にカメラを搭載させて市内を観察し得るだけでなく、高性能のカメラを搭載させて一定の人物を継続的に観察することも可能である<sup>72</sup>。あるいは、その機能を拡張させて、携帯電話から発せられる位置情報などを取得することも将来的には可能になるかもしれない。このような場合において、従来の連邦最高裁の解釈のような外面的な要素を重視してプライバシーの合理的期待を解釈した場合、確かに我々はもはや主観的期待を放棄しているような状況といえよう。しかし、私見において重要なのは、このような捜査手法がとられることで、個人が有しているプライバシーの主観的期待が裏切られ、自由かつ開かれた社会という目的に対して萎縮効果を与えることである。この点、ドローンは普通では気づかないような高度から人の動静を、撮影機器を通じてリアルタイムで確認することができること、そしてまた、利用の態様にもよるが、ある程度継続的にこの追跡が可能であること、そして何より、我々は普段上空から監視されていることを意識していないのであって、そのような状況においては、たとえ公道上であっても自身の行動や姿勢に対するプライバシーを放棄しているとは到底考えられない。従って、このような捜査が無令状でなされていることが明るみとなった場合、裁判所はプライバシーの期待に反し違法であると断ずるべきである。また、新たな捜査がなされる場合、捜査機関は念のため令状を取得する姿勢も見られるが<sup>73</sup>、令状の発付にあたっては慎重かつ厳格な判断が要求される。

<sup>69</sup> これは、*Katz* 事件判決において、*Harlan* 判事が物、客体、言説といったものが他者の目にさらされている場合には、プライバシーの主観的期待はもはや維持されないとしたことが多いに影響しているものと思われる。See, *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 361 (1967) (*Harlan, J., concurring*).

<sup>70</sup> *California v. Ciraolo*, 476 U.S. 207 (1986).

<sup>71</sup> *Id.*, at 211-12.

<sup>72</sup> *Craig Lloyd, DARPA Unveils 1.8-Gigapixel Drone Camera, Can Target Hostiles at 20,000 Feet, SLASHGEAR* (Jan. 29, 2013), <https://www.slashgear.com/darpa-unveils-1-8-gigapixel-drone-camera-can-target-hostiles-at-20000-feet-29267138/>

<sup>73</sup> *Jones* 事件判決では、捜査機関は GPS 利用について予め令状を取得してこれを行なっている。See, *Jones* at 402.

## ②プライバシーの客観的側面から

従来の連邦最高裁は、プライバシーの合理的期待テストについて、主観的期待と客観的期待とに厳密に分けて検討するという姿勢よりも、事情の総合性から「プライバシーの合理的期待」という一つの要件として検討しているように思われる。その際にプライバシーの社会的合理性、正当性についても検討がなされていた。しかし、むしろそのような解釈のあり方が、一貫性の欠いた、ときに衝突を招く見解を生み出してきたのである<sup>74</sup>。従って、従来のような客観的期待を主とし、主観的期待を従とする解釈、あるいは主観的期待と客観的期待とを混淆させて検討せず、まずは主観的期待に重きを置いた判断がなされるべきである。

他方で、具体的状況によっては、プライバシーの主観的期待は放棄されている、あるいは捜査が合理的であると考えられることができる。例えば、現に逃走中の被疑者がおり、令状の取得を待っていたのでは被疑者を取り逃がすような緊急の場合に、ごく短時間の尾行の補助手段として利用する場合などである。現代型捜査は、個人のプライバシーの期待を侵害すると同時に、正しく用いれば極めて有用な捜査手法ともなる。したがって、ある捜査について一律に論ずるのではなく、具体的な場面に応じて許容される限界も論ずる必要があると考えられる<sup>75</sup>。

このように、プライバシーの主観的期待を中心に据えたプライバシーの合理的期待テストを導入することで、新たな捜査手法の適切な適法性判断ができるとともに、具体的状況において捜査の利益とプライバシーとの利益衡量を行いうるのである。

また、平成29年最高裁判決においては、個人のプライバシー侵害の「可能性」に言及されており、実際に権利侵害がなされるか否かよりも、情報の「利用」に重きを置いている点に注意すべきである。すなわち、個人の権利が実際に侵害されたかという要素よりも、より重要なのは広汎に収集された情報が利用されることを通じて、プライバシーの期待が侵害される可能性に歯止めをかけることこそが要求されよう。そのような点からも、事後的な立法による解決ではなく、令状主義による裁判所に事前審査がより厳格に機能することが求められるのである。

## 4. おわりに

以上見てきたように、本稿では、日本国憲法35条の性質について、実体的権利を保障し、しかもその中心にあるのは種々の自由権であり、その自由権の適切な保障を実現するための具体的基準として、包括的なプライバシーを合理的期待テストによって絞りをかけていくべきであるとの見解を示した。さらに、指摘できる点として、プライバシーの合理的期待、とくにその主観的期待に着目して捜査手法の適法性を検討するという視点を導入した場合、従来任意捜査に分類されていた態様の捜査手法もまた強制捜査として解することことができるかもしれない。その一例として挙げら

<sup>74</sup> Orin S. Kerr, *Four Models of Fourth Amendment Protection*, 60 *Stan. L. Rev.* 503, at 525 (2007).

<sup>75</sup> 植村立郎・太田茂・指宿信・清水誠・小木曾綾「〈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（成文堂，2017年）36頁（太田発言部分）。



れるのが、尾行である。尾行は、従来捜査官が自ら被疑者の行動を追跡し、視覚等の五官の作用によって情報を収集する捜査手法であるが、その期間や情報の精度によっては GPS による追跡捜査と同様のものとなりうるのであって、これは被疑者の有するプライバシーの合理的期待に反すると考えられるのではないだろうか。

従来無批判に受け入れられてきた捜査の適法性を再度検討するためにも、プライバシーの合理的期待基準を、我が国の日本国憲法第35条解釈に導入すべきであると思われる。