

## 監視型情報収集と憲法 35 条 1 項との関係 — 「私的領域に侵入されることのない権利」を保障する意義

海野 敦史<sup>1</sup>

### 要 旨

近年の判例において、実体的権利の保障を前提とすると解される憲法 35 条 1 項の規定から、「私的領域に侵入されることのない権利」が導かれたことは、同条項の今日的な趣旨をひもとくうえで、重要な糸口となるように思われる。とりわけ、個人の私生活に深く関わり得る各種の情報を広く収集・取得する公権力の行為としての「監視型情報収集」との関係において、かかる実体的権利が保障されると解する意義は大きい。憲法 35 条 1 項の母法である米国憲法修正 4 条の規定をめぐる解釈論を参考にしつつ、当該意義の具体的な内実について考察すると、以下のように要約できよう。すなわち、①有体物の所持品たる端末設備等に内包され、又はそれと不可分であると認められる情報としての「所持品内容情報」、②公権力による把握に際して、特定の物件等の所在を確認するという意味合いを超えた積極的な探索性を要する個人的データたる情報その他の公にされていない私的な情報としての「非公開個人的データ情報」、③憲法が個別の条項において特別に保護していると認められる情報としての「憲法直接保護情報」、を対象とする恣意的かつ強制的な監視型情報収集による脅威からの保護を指向するものである。これらの情報のうち、非公開個人的データ情報を対象とする監視型情報収集については、探索性に加え、(ア) 収集・取得の規模が広範かつ大量に及び得るという相当の規模性（個人の私生活の継続的・網羅的な把握可能性）、(イ) 非公開個人的データ情報により識別される本人の意思に反すると認められるという本人意思背反性、(ウ) 令状手続によらないなどの手続きの不当性、を伴うことが、「私的領域に侵入されることのない権利」の侵害が肯定されるために必要となると考えられる。そして、前記 (ア) が充足されるうえでは、一般に、監視型情報収集が本人に気づかれずに密行的に行われることを要すると思われる。このような解釈は、物理的侵入行為の有無や収集・取得の物理的な場所（公的空間か私的空間かの区別）を問わず、個人の行動の継続的かつ網羅的な把握の過程において、性質上、個人の私生活の相当部分を明らかにし得る監視型情報収集の実施自体が「私的領域への侵入」にほかならない、という思想をその根底に据えている。

キーワード： 憲法 35 条。修正 4 条。私的領域に「侵入」されることのない権利。搜索。監視型情報収集。プライバシー。

<sup>1</sup> 総務省行政評価局評価監視官。

## 1. 序論

日本国憲法（以下、「憲法」という）35条1項は、「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、第33条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。」と規定する。この規定は、伝統的に、「住居は人の私生活の中心」という思想を根底に据えた「住居等の不可侵」を定めたものと捉えられ、その趣旨としては、財産的利益等の保護にとどまらず、私生活の自由ないしプライバシーの保護をも含意するものと解されている<sup>2</sup>。

もっとも、ここでいう「住居、書類及び所持品」の射程についてはやや曖昧であった。伝統的には、有体物に限るという見解が有力であった一方<sup>3</sup>、音声の傍受や会話の盗聴のような行為にも憲法35条1項の規定に基づく保護が及ぶと解する見解もかねてより提示されていた<sup>4</sup>。前者の見解によれば、無体物である情報それ自体に対する「侵入、搜索及び押収」（以下、「搜索等」という）は、憲法35条1項との関係では直接問題とならない一方、後者の見解を敷衍すれば、「住居、書類及び所持品」は例示にすぎないということになる。

近年の情報通信技術の急速な発展は、各種のデジタル化されたデータその他の情報に対する搜索等の有用性を顕現させるとともに、その手法を多様化・高度化させつつある。これに伴い、各人の私生活に関わる情報に対する搜索等を憲法35条1項の規定との関係でどのように捉えるか（及び刑事訴訟法〔昭和23年法律131号〕197条1項〔但書〕の規定に基づく強制処分法定主義との関係でどのように捉えるか）<sup>5</sup>ということが重要な問題となり得る<sup>6</sup>。すなわち、各人の行動の監視・追跡を目的として、情報通信技術又はその関連技術を駆使しつつ、私生活との関わりの深い情報を含む各種の情報を広く収集・取得する公権力の行為（以下、「監視型情報収集」という）については、厳密には「住居、書類及び所持品」に対する搜索等に当たらないとしても、憲法35条1項に基づき原則として無令状では禁止されると解する必要性が浮かび上がる。しかも、「住居、書類及び所持品」に対する搜索等は、その対象物と場所が特定される限り個人のプライバシー等を害する範囲

<sup>2</sup> 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法 第六版』（岩波書店、2015年）248頁、伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂、1995年）341頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第3版』（有斐閣、2017年）270頁、酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、2015年）105頁参照。

<sup>3</sup> 佐藤幸治「第35条」樋口陽一ほか『注解法律学全集2 憲法II〔第21条～第40条〕』316-334頁（青林書院、1997年）319頁参照。併せて、市川正人『基本講義 憲法』（新世社、2014年）98頁参照。

<sup>4</sup> 法学協会『註解 日本国憲法 上巻』（有斐閣、1953年）625頁参照。併せて、小林直樹『新版 憲法講義（上）』（東京大学出版会、1980年）482-483頁、橋本公亘『日本国憲法〔改訂版〕』（有斐閣、1988年）313頁参照。

<sup>5</sup> 紙幅の都合上、強制処分法定主義との関係をめぐる問題については、本稿では基本的に措く。

<sup>6</sup> 「デジタル・データそのものを搜索・差押えの対象とする手続の整備が急がれている」と指摘する学説として、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）341頁参照。

も抑制され得るが、監視型情報収集については、収集・取得可能な情報量の桁違いの大きさや収集・取得後の広範な分析（解析）、プロファイリング等の可能性も手伝って、従前の思考様式が必ずしもそのまま当てはまるものではない。かかる状況の中で、近年の憲法学説においては、憲法 35 条 1 項の趣旨に関して、私生活の行われる私的空間の保護ではなく、「強制的な情報収集」からの保護を定めたものと捉える見解も提示されている<sup>7</sup>。

この点に関し、被疑者等の車両に GPS 装置を装着して位置情報を収集した公権力の捜査（以下、「装着型 GPS 位置情報収集」という）を扱った近時の判例（以下、「GPS 捜査判決」という）<sup>8</sup>は、憲法 35 条 1 項の保障の対象について、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれる」と説いている。一部の学説において、かかる解釈は「今日一般的なもの」とであると評されており<sup>9</sup>、憲法 35 条 1 項の文言を手がかりとした判断の枠組み自体にも「一定の合理性が認められる」とされる<sup>10</sup>。同時に、GPS 捜査判決は、装着型 GPS 位置情報収集について、「個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得るもの」であり、「そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点」において、例えば警察が公道上に設置した防犯用テレビカメラによる監視・情報収集（以下、「カメラ監視」という）<sup>11</sup>とは異なり、「公権力による私的領域への侵入を伴うもの」としている<sup>12</sup>。後述するとおり、GPS 捜査判決の理論的な構成には不明確な点が含まれているが、かかる説示の基本的な方向性に関しては大きな異論が乏しいように見受けられる。

ここで問題となるのが、「住居、書類及び所持品」に準ずる「私的領域に侵入されることのない権利」（以下、「私的領域不侵入確保権」という）の保障により体现される、憲法 35 条 1 項の規定の趣旨ないし保護法益の具体的な内実である。当該保障が問題となる具体的な局面をはじめとして、その内実は十分に究明されていないと思われるからである<sup>13</sup>。そこで、本稿は、監視型情報収集に関し、これが私的領域不侵入確保権の侵害、すなわち憲法 35 条 1 項の規定への違反に該当するか否かを決するための具体的な判断基準について、解釈論的観点から追究することを目的とする。この点に関しては、①憲法 35 条 1 項の規定の「母法」がアメリカ合衆国憲法（以下、「米国憲法」という）修正 4 条の規定（以下、

7 渋谷秀樹『憲法 第3版』（有斐閣、2017年）239頁、大日方信春『憲法Ⅱ 基本権論』（有信堂高文社、2014年）310頁参照。

8 最大判平成 29 年 3 月 15 日刑集 71 卷 3 号 13 頁参照。

9 池田公博「車両位置情報の把握に向けた GPS 端末装着の強制処分該当性」『法学教室 444 号』72-79 頁（有斐閣、2017年）75 頁参照。

10 稲谷・前掲（注 6）31 頁参照。

11 下級審の裁判例において、カメラ監視については、「基本的には警察の裁量によるもの」と説かれている。大阪地判平成 6 年 4 月 27 日判時 1515 号 116 頁参照。

12 前掲最大判平成 29 年 3 月 15 日参照。

13 GPS 捜査判決を受け、「憲法 35 条の保障対象について、どこまでの広がりをもったものとして捉えることができるか」という点に関しては、さらに検討を深めるべき論点となるもの」と説く学説として、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』2-11 頁（東京法令出版、2017年）7 頁参照。

単に「修正4条」という)<sup>14</sup>であること、②修正4条の保護法益をめぐる議論においても、同条にいう「身体、住居、書類及び所持品」の搜索及び拘束・押収（憲法35条1項の搜索等との共通性が高いことを踏まえ、以下、同様に「搜索等」という）と装着型GPS位置情報収集その他の監視型情報収集との関係が問題となっていること、に照らし、米国の議論を参照する。

このような本稿の目的を達成するため、まずは憲法35条1項にいう「住居、書類及び所持品」について「侵入、搜索及び押収を受けることのない権利」（以下、「住居不侵入等確保権」という）の法的性質に関して、従前の学説を整理しつつ考察する（2節）。次いで、GPS 捜査判決で打ち出された私的領域不侵入確保権の観念に対する主な学説の批判を概観しつつ、（住居不侵入等確保権の一環として）当該権利を定立する意義について、若干の考察を加える（3節）。これらを踏まえ、私的領域不侵入確保権の保障の意義に関する考察に資するため、監視型情報収集をめぐるこれまでの修正4条の解釈論及び近年の議論で指摘されているその限界について、整理する（4節）。この整理を参照しつつ、監視型情報収集との関係における憲法35条1項の（今日的な）趣旨に関し、私的領域不侵入確保権の侵害が問題となり得る収集・取得対象の情報の射程及び収集・取得行為の態様について考察を加えるとともに、当該考察から導かれるGPS 捜査判決の問題点を摘示し（5節）、それを克服することを指向した一定の結論を得る（6節）。蛇足ながら、文中の意見にわたる部分はもっぱら筆者の私見であり、その所属組織の見解とは一切無関係であるということをお知らせしておく。

## 2. 住居不侵入等確保権の意義

### 2. 1. 主な学説の考え方

既述のとおり、学説上、憲法35条1項が私生活の自由やプライバシーの保護を指向しているという点に関してはほぼ共通認識となっているが、住居不侵入等確保権の法的性質については議論の蓄積がさほど豊富ではなく、曖昧である。

多くの学説は、住居不侵入等確保権の保障は、実体的権利（自由権）の保障ではなく、（当該保障に資するための）手続的権利を認めたもの、すなわち住居不侵入等確保権が（正當に）剥奪される場合の令状主義という手続きの確立を求めるものと捉える見解（以下、「手続的権利説」という）を示唆している<sup>15</sup>。手続的権利説の思想を徹底させれば、刑事手続（及びそれに準じた行政手続）における搜索等に対して、令状主義の適用の可能性のみが問題となるということになる。そのため、犯罪捜査とは関係しない行政目的のために行われる住居への立入り等については、「憲法35条の関するところではない」<sup>16</sup>とされる<sup>17</sup>。

<sup>14</sup> U.S. CONST. amend. IV.

<sup>15</sup> 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』（有斐閣、1993年）298頁、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ 基本権』（日本評論社、2016年）282頁・293頁（松本和彦執筆）参照。併せて、大日方・前掲（注7）303頁、赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、2011年）184頁参照。

<sup>16</sup> 橋本・前掲（注4）312頁。

<sup>17</sup> もっとも、手続的権利説の立場に立つ学説の多くも、憲法35条1項の規定が私生活の

これに対し、一部の学説は、住居不侵入等確保権について、手続的権利としての側面に加えて、個人の私生活の自由ないしプライバシーを保障する実体的権利を前提とするものと捉える見解（以下、「実体的権利説」という）を説いている<sup>18</sup>。かかる立場からは、住居不侵入等確保権は、刑事手続等に限らず、多様な公権力の行使の局面において行使可能であるということになる<sup>19</sup>。

実体的権利説の立場からは、手続的権利説の考え方に対して、以下のような批判が提示されている。それは、①憲法 35 条の制定経緯にかんがみ、住居等の不可侵があらゆる公的侵害行為に対する実体的権利の保障であると解されたことは明白であること、②住居不侵入等確保権は、私生活の本拠を尊重するという意味での純粋な私宅等の保護の優越性を含意すると解されること、③憲法 35 条が定める令状主義の要請は、特に刑事手続における搜索等に関する適正手続の保障として立法を拘束するが、非刑事手続における当該保障の緩和のために必要かつ合理的な事項を法定することは可能であると解されること（住居不侵入等確保権の保障が刑事手続としての搜索等に対する局面に限定されるべき合理的な理由は乏しいこと）、などをその根拠としている<sup>20</sup>。

## 2. 2. 管見

住居不侵入等確保権は、確かに令状主義に基づく手続的権利としての性格を有するが、実体的権利説の指摘するとおり、それにとどまらず、不当な搜索等及び個人の私生活やそれに関する情報を積極的に探索する公権力の行為（以下、「侵入的行為」という）のうち搜索等に相当し得るものに関する脅威から、各人の安全・安心を保護することを指向した実体的権利を定めたものと解すべきである。その具体的な内実は、私生活全般におけるプライバシーの保護に加え、侵入的行為の対象となり得る所持品の安全性や個人の属性又は私的な行動を明らかにするデータ（以下、「個人的データ」という）等の機密性、完全性等（セキュリティ）の（制度的な）確保を指向するものであると考えられる。このように解する理由として、以下の各点が挙げられる。

---

自由を保障するねらいを有するという旨を肯定している。

<sup>18</sup> 大石眞『憲法講義Ⅱ〔第2版〕』（有斐閣、2012年）123頁、大石眞=大沢秀介編『判例憲法〔第3版〕』（有斐閣、2016年）123頁（小谷順子執筆）参照。併せて、「私生活の不可侵」という基本権の類型として住居不侵入等確保権を位置づける学説として、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）324頁参照。また、実体的権利の保障と手続的権利の保障との区別の相対化という側面に根ざしつつ、憲法 31 条以下の規定は「人身の自由の実体的保障の不可欠の内容をなすものとして、絶対的に保障された」ものと説く学説として、棟居快行『憲法学再論』（信山社、2001年）369-370頁参照。

<sup>19</sup> なお、住居不侵入等確保権を人身の自由の一環として位置づけている学説として、芦部・前掲（注2）246頁参照。この学説は、判例で憲法 35 条の行政手続への適用が認められたことを理由としつつ「もっぱら犯罪捜査との関係で保障された原則と解する要はない」と説くにもかかわらず（芦部・前掲〔注2〕249頁）、住居不侵入等確保権を「被疑者の権利」と捉えている。同様に「被疑者の権利」という捉え方を採る学説として、伊藤・前掲（注2）338頁参照。

<sup>20</sup> 大石眞『権利保障の諸相』（三省堂、2014年）290-292頁参照。これによれば、非刑事手続における「行政搜索」に対しても、原則として、居住者の立会い、夜間侵入の禁止等が求められるとされる。同 289-290頁参照。

第一に、住居等の不可侵が（歴史的に）私生活の本拠を尊重する理念に由来する以上、それに即した具体的な要請を含むものとして憲法 35 条 1 項の規定が解釈されることが合理的である。すなわち、住居不侵入等確保権の保障に際しては、それにより保護される各人の（多様な局面におけるプライバシー等に対する）利益の最大化を念頭におきつつ、同時に「公共の福祉」を確保する観点から、刑事手続の適正化・合理化等についても併せて考慮する必要があるものと考えられる。したがって、憲法 35 条 1 項の規定が予定する保障の局面は、もっぱら刑事手続に限られるわけではないと解される<sup>21</sup>。実際、当該規定の明文において、かかる限定は何ら存在しない。

第二に、憲法 31 条の規定が（憲法 13 条の規定と相まって）適正手続を保障している中で<sup>22</sup>、憲法 35 条 1 項の規定について、重疊的にもっぱら手続的権利を保障したものと解するのは必ずしも合理的ではない。住居不侵入等確保権が不可侵である（公権力の不当な搜索等及びこれに相当し得る侵行的行為は原則として禁止される）という実体的権利の保障が前提としてあって、（憲法 33 条の場合を別として）例外的に強制的な搜索等を可能とする（不可侵性を解除する）のが令状手続にほかならず、手続的権利としての側面はその「例外的」な局面を捉えたものと解する方が文理にも適合的であるように思われる。したがって、しばしば争点となる「憲法 35 条 1 項の令状主義はもっぱら刑事手続に適用されるか、それとも一定の行政手続にも及ぶか」という問題<sup>23</sup>は、後者の手続的権利としての側面に関する議論であって、前者の実体的権利としての側面には必ずしも妥当しないと考えられる。すなわち、実体的権利としての住居不侵入等確保権それ自体は、本来、公権力のあらゆる搜索等及びこれに相当し得る侵行的行為に対して行使可能なものであると解され、当該行為が実際に行われるのが、一般に刑事手続又はそれに準じた行政手続の局面であるということにすぎない。

第三に、憲法 35 条 1 項は、あらゆる公権力の行使に（憲法 33 条の場合を除いて）常に令状が提示されることを保障しているのではなく、搜索等という一定の行為の類型に対して令状手続が講じられることを予定しつつ、住居不侵入等確保権が「侵されない」ことを定めている。よって、具体的にどのような場合に住居不侵入等確保権を「侵す」ことになるのか、また搜索等に該当する行為の射程はどこまでかといったことに関しては、一定の判断の余地が残されている。これは、住居不侵入等確保権の内実が、単なる手続的側面を超えた一定の実体性を有するというを裏づけるもののように思われる<sup>24</sup>。それゆえ、

<sup>21</sup> そもそも憲法は、刑事手続と民事手続との区別を予定していると解されるが、刑事手続とそれ以外の行政手続との区別を当然に予定しているとは言いがたい。

<sup>22</sup> 芦部・前掲（注2）243-244頁参照。

<sup>23</sup> この点に関する判例の考え方として、最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁参照。

<sup>24</sup> 逆に、手続的権利説の思想は、住居不侵入等確保権の内実を手続きの保障と解することにより、かかる「判断の余地」を極小化しつつ、「『公共の福祉』による呪縛から解放するという実践的意図」（棟居・前掲〔注18〕367頁）を内包している。しかし、住居不侵入等確保権の保障において、「公共の福祉」に対する考慮が不要となると解し得る合理的な理由は乏しい。実体的権利説の思想に依拠しながらも、刑事手続等における搜索等に関しては特に厳格に令状手続の要請が妥当する（それ以外の公権力の行使に対してはその限りではない）ものと解すれば、前述の「実践的意図」が指向するのと同様の帰結が導かれ

刑事手続及びそれに準じた行政手続における搜索等の行為に厳格な令状手続が求められるとしても、それに至らない（相当しない）公権力の侵襲的行為をめぐる手続において、令状手続を緩和する内容が立法化されたからといって、ただちに住居不侵入等確保権の保障の趣旨に反する（当該権利を「侵す」）ことにはならないと解される。

以上のように、実体的権利としての側面を前提としつつ住居不侵入等確保権を捉える限り、GPS 捜査判決が打ち出した私的領域不侵入確保権は、住居不侵入等確保権に関する広範かつ豊富な内実の中で、従前はあまり目立たなかった部分を引き立て、これを実質的に「拡充」するものとなり得る。それゆえ、今日の社会における私的領域不侵入確保権の保障の趣旨を考察することは、憲法 35 条 1 項の規定の解釈論において、極めて重要な意義を有すると考えられる。

### 3. 私的領域不侵入確保権の定立の意義

#### 3. 1. 主な学説の批判

既述のとおり、私的領域不侵入確保権を導出した GPS 捜査判決の理論構成には不明確な点が少なくなく、学説の批判を浴びている<sup>25</sup>。かかる批判の主要要素については、以下のとおりである。

第一に、車両に対する GPS 装置の装着自体が（所持品への）物理的な「侵入」であると解する余地もあるところ、仮にそうであるとすれば、所持品に準ずる私的領域を観念する必要性が不明であるという批判である<sup>26</sup>。この点に関しては、GPS 捜査判決のいう「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」（私的空間）における個人の行動を「継続的、網羅的に把握すること」だけでは「憲法の保障する重要な法的利益を侵害する」ことにはならず、所持品等への物理的な侵入行為（以下、「物理的侵入行為」という）の要素も加味したうえで初めて憲法 35 条 1 項の法益を侵害することになると解する余地もある。しかし、仮にかかる解釈による場合、個人の行動を「継続的、網羅的に把握すること」となる情報収集活動も、物理的侵入行為を伴わない限り広く許容され得ることとなり、今後の搜索等からの保護のあり方に暗い影を落とすという旨が指摘されている<sup>27</sup>。

第二に、（物理的侵入行為を伴わずとも）私的空間における行動の把握を可能とする情報収集こそが私的領域への侵入であり私的領域不侵入確保権の侵害と解する余地もあるところ<sup>28</sup>、私的空間における情報としてどのようなものが想定され、それが憲法上の保護に値するものなのか、また公的空間における情報との対比において規範的な差異を有するもの

---

ると考えられる。

<sup>25</sup> その様相を摘示したものとして、稲谷・前掲（注 6）25-33 頁参照。

<sup>26</sup> 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』138-147 頁（有斐閣、2017 年）141 頁参照。

<sup>27</sup> 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』148-155 頁（有斐閣、2017 年）152 頁参照。

<sup>28</sup> 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』10-15 頁（日本評論社、2017 年）12-13 頁参照。併せて、伊藤雅人=石田寿一「車両に使用者らの承諾なく秘かに GPS 端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続上の捜査である GPS 捜査は令状がなければ行うことができない強制の処分か；最高裁平成 29 年 3 月 15 日大法廷判決」『ジュリスト 1507 号』106-115 頁（有斐閣、2017 年）111 頁参照。

なのかが不明であるという批判である<sup>29</sup>。かかる観点からは、「侵入」の本質がGPS装置の装着後に実施される情報の把握にあるとしても<sup>30</sup>、具体的にどのような態様での情報収集であれば「侵害」に至るのかは定かではないということになる<sup>31</sup>。

第三に、私的領域への侵入が「個人の行動に関わる重要な情報を把握することで個人の私生活に対して実質的に介入（監視）する行為」<sup>32</sup>であるとしても<sup>33</sup>、これは装着型GPS位置情報収集に限らず、過去の訴訟で問題となったごみ集積所に排出されたごみの領置<sup>34</sup>やカメラ監視等についても同様に当てはまるため、その射程が不明であるという批判である<sup>35</sup>。情報の収集・取得自体ではなく、情報の蓄積が個人の行動等を把握し得るに至った状態を権利の侵害と観念するとしても、当該状態の内実是不明瞭であるとされる<sup>36</sup>。

第四に、私的領域不侵入確保権がプライバシーの保護をその主眼とするものであれば、憲法13条から導かれるとされるプライバシーの権利との関係が不明であるという旨を示唆する批判である。もっとも、この点に関しては、憲法13条が包括的に保障するプライバシーの一角となる私的領域の保護が憲法35条1項において明示的に定められていると解する考え方が提示されている<sup>37</sup>。

第五に、憲法35条1項が求める令状主義に基づき保護される私的領域不侵入確保権を

---

<sup>29</sup> 堀江・前掲（注26）142頁参照。

<sup>30</sup> 例えば、伊藤博路「判例研究：車両に秘かにGPS端末を取り付けて位置情報を検索し把握するGPS捜査の法的性質（最大判平29・3・15裁時1672号1頁）」『名城ロースクール・レビュー 40号』209-222頁（名城大学大学院法務研究科、2017年）216頁参照。この学説は、「機器の装着自体からは実質的な権利侵害性を認めることは困難であろう」と説く。同218頁参照。

<sup>31</sup> この点に関し、例えばカーチェイス時等のごく短期間のGPS捜査については、逃走車両の移動履歴から「継続的・網羅的」な行動が把握されにくいことから、私的領域不侵入確保権の侵害とは認められないという旨を説くものもある。尾崎・前掲（注13）9頁参照。

<sup>32</sup> 堀江・前掲（注26）145頁。

<sup>33</sup> もっとも、有力な学説は、GPS捜査判決が真に問題視しているのは個人の行動の継続的・網羅的把握全般ではなく、「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」に関わる情報の収集を通じたプライバシーの侵害の可能性であるが、事柄の性質上、当該収集時点ではそのような情報に該当するか否かが区別困難なため、かかる侵害のおそれのある情報を逐一収集しつつ対象者の行動を網羅的・継続的に把握することの正当性を問うていると説いている。井上正仁「GPS捜査」『別冊ジュリスト 232号』64-69頁（有斐閣、2017年）67頁参照。これによれば、GPS装置が機能している限りいつでも公権力が任意に位置情報を収集可能な状態を創出すること自体が、私的領域への侵入に該当するということになる。

<sup>34</sup> 最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁参照。

<sup>35</sup> 稲谷・前掲（注6）25頁参照。

<sup>36</sup> 堀江・前掲（注26）145-146頁参照。なお、GPS捜査判決については、「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間における移動状況の逐次把握可能性」と「個人の行動の継続的・網羅的把握」とを考慮し、前者のみでは憲法35条1項違反を認めることは困難であるがゆえに、後者の要素を重視したものと説く学説もある。尾崎・前掲（注13）6頁参照。

<sup>37</sup> 山田哲史「GPS捜査と憲法」『法学セミナー 752号』28-32頁（日本評論社、2017年）28-29頁参照。

侵害する私的領域への侵入が、「憲法の保障する重要な法的利益を侵害するもの」として強制処分とされており、そこには「令状主義で保護すべき利益だから強制処分にあたるという理解」が見え隠れするところ、「強制処分該当性を判断するために令状主義による保護の要否を考慮するという倒錯した手順」が問題であるという批判である。これは、私的領域不侵入確保権を保障する利益を「令状主義で保護すべき利益」にほぼ収斂させて捉えているように見受けられ、手続的権利説の思想を前提とするものと考えられる。かかる立場によれば、公権力の行為が憲法 35 条 1 項の保障の範囲に含まれない限り、令状主義によらずに法的統御を行うという選択肢もあり得るとされる<sup>38</sup>。一方、私的領域不侵入確保権という実体的権利の保障と刑事手続における令状主義との関係の整理が不十分であるという指摘も提示されている<sup>39</sup>。

第六に、そもそも憲法 35 条 1 項の規定は、「類型的・制度的に思考せざるを得ない捜査機関統制のあり方」に関する規律であって<sup>40</sup>、搜索等の対象となる各人の権利・利益の制約・侵害の生じ得る蓋然性の観点から理解されるべきではないという批判である<sup>41</sup>。これによれば、私的領域不侵入確保権の概念の曖昧さは、「捜査機関による権限濫用等の危険を高める事情を、強引に捜査対象者に生じる実害として表現しようとしたために生じたもの」<sup>42</sup>であるとされる。かかる考え方を突き詰めれば、捜査によって実現される社会的な法益の最大化の観点から監視型情報収集は（憲法 35 条 1 項等に基づき）適切に規律され、その限りにおいて、私的領域不侵入確保権なる基本権を実体的権利として打ち立てる必要は乏しいということになる<sup>43</sup>。

### 3. 2. 若干の考察

GPS 捜査判決が私的領域不侵入確保権という観念を打ち出したのは、住居不侵入等確保権の字義どおりの解釈が一定の限界を抱えていることを認識しつつ、①憲法 35 条 1 項の文言に即した解釈を示す必要性、②プライバシーの概念の不明確性等を考慮した結果であると考えられる<sup>44</sup>。その意味で、この観念は、憲法 35 条 1 項の規定が実体的権利を保障する側面を有することを前提としていると考えられ、当該規定の今日的な趣旨を明らかにするうえで、重要な手がかりを与え得るものように思われる<sup>45</sup>。

<sup>38</sup> 緑大輔「監視型捜査」『法学教室 446 号』24-30 頁（有斐閣、2017 年）26 頁参照。

<sup>39</sup> 山田・前掲（注 37）28 頁参照。

<sup>40</sup> GPS 捜査判決において、問題となった GPS 捜査は類型的に捉えられており、取得され得る情報や侵害され得る利益が予見され、それに基づく判断が行われている。中島・前掲（注 28）13 頁参照。

<sup>41</sup> 稲谷・前掲（注 6）30 頁参照。

<sup>42</sup> 稲谷・前掲（注 6）43 頁。

<sup>43</sup> 実際、この学説は、令状主義の意義は、「相当性や特定性等の要件を独立の司法機関が審査することにより、捜査機関が搜索・押収の一定の捜査権限を行使するにあたり、これを適正ならしめる」ことにあり、憲法 35 条 1 項は「純粹に手続的な権利を保障している」と説いている。稲谷・前掲（注 6）37-38 頁参照。

<sup>44</sup> 伊藤=石田・前掲（注 28）111 頁参照。

<sup>45</sup> なお、GPS 捜査判決が憲法 35 条 1 項の解釈を援用したこと自体を問題視する学説として、山田・前掲（注 37）29 頁参照。これによれば、「情報取得のコストや、情報の処

しかし、主な学説の指摘するとおり、GPS 捜査判決の説示に依拠する限りにおいて、私的領域不侵入確保権を保障する意義の具体的な内実はやや曖昧である。前述の第三の批判が説くように当該内実が個人の行動に関わる重要な情報の把握の禁止にあるのだとすれば、物理的侵入行為をあえて問題とする必要はなかったとも言える<sup>46</sup>。また、第二の批判が指摘するとおり、どのような態様の情報の把握により私的領域不侵入確保権が侵害されるに至るのかは、GPS 捜査判決からは明らかではない。それゆえ、この権利の内実については、更なる明確化が必要である（5節参照）。

一方、憲法 35 条 1 項から導かれる私的領域不侵入確保権と憲法 13 条に基づき保障されると解されているプライバシーの権利との関係について、単に前者が後者の特別法的地位にあると捉えるのは、必ずしも正鵠を射たものではない。なぜなら、私的領域不侵入確保権の保障を通じて保護される各人の利益は、プライバシーにとどまるものではなく、収集・取得された情報が第三者に漏えい等し、悪用されることに伴う身体的・財産的被害の未然防止（セキュリティの制度的な確保）も含め、より広範な内実を有していると考えられるからである<sup>47</sup>。

他方、憲法 35 条 1 項の規定自体を捜査機関統制の最適化の観点を中心に捉えることについては、同条項が国民各人に保障する実体的権利の内実を実質的に捨象するものであるとすれば、支持できない。確かに、憲法 35 条 1 項に基づく捜索等の正当性を証するうえで、捜査機関統制の最適化は重要な観点であり、当該最適化を通じて国民各人の安全が確保されるという連関の側面は否定しがたい。それゆえ、憲法 35 条 1 項に基づく要請の内実に関して、捜査機関統制の最適化という観点も踏まえて判断されるべきであるということに異論はない。同時に、捜査機関統制の最適化を通じて社会的な法益を最大化することと、各人の権利・利益が侵害・制約される範囲を最小化することとの間には、一定の「ずれ」が生じ得ること<sup>48</sup>も事実である。

しかしながら、憲法 35 条 1 項の規定が実体的権利としての住居不侵入等確保権をあえて明文で保障している中で、その趣旨を捜査機関統制の最適化に収斂させて解し、又は手続的権利の保障にすぎないものと捉えることには重大な疑問が残る。すなわち、この規定

---

理・管理といったところに真の問題があるのに、文言上空間的なプライバシー保護の側面が強い 35 条を持ち出して、重要な権利制約を基礎づけるというミスマッチが生じている」とされる。しかし、憲法 35 条の趣旨を「空間的なプライバシー保護」にほぼ収斂させて解するのは、正鵠を射た考え方とは言いがたい（5節参照）。

<sup>46</sup> このように捉える限り、私的領域への侵入にいう「侵入」は、物理的侵入行為を念頭においた憲法 35 条 1 項にいう「侵入」とは異なる意味合いで用いられているということになり、ここに「『侵入』の概念の再定義が潜在している」（駒村圭吾「GPS 捜査とプライバシー」『ジュリスト臨時増刊 平成 29 年度重要判例解説』26-27 頁〔有斐閣、2018 年〕27 頁）とも言える。

<sup>47</sup> もっとも、私的領域不侵入確保権とプライバシーの権利との関係は、プライバシーの権利をどのように捉えるかに応じて変わり得るところ（プライバシーの観念に対する理解によっては、両権利がほぼ同義になる可能性も否定できない）、その捉え方自体が一義的に確立されているものではないため、その限りにおいて、さほど有意な議論ではないと言えよう。

<sup>48</sup> 稲谷・前掲（注6）82 頁参照。

は、各人の住居不侵入等確保権という基本権を、捜査機関統制の最適化に対する要請等とのバランスも踏まえて実体的に保障しようとしたものであると解される。近年の捜査手法の多様化等の状況にかんがみれば、捜査機関統制の最適化という客観法的要請（公共の福祉の確保に対する要請）を充足する観点から、住居不侵入等確保権の行使対象となる搜索等の行為の射程はやや限定的に解する必要性が生じ得るが、憲法 35 条 1 項の解釈の主軸はあくまで当該権利の保障におかれるべきであろう。しかも、搜索等の行為とそれに至らない行為との分水嶺は、基本的に、被侵害法益となる各人のプライバシー等に関する利益が実際に害されることとなる程度によって決せられるのであって<sup>49</sup>、捜査機関統制のあり方から直接導かれるものではないと考えられる。したがって、住居不侵入等確保権については、監視型情報収集を念頭においた私的領域不侵入確保権を包含するものと捉える必要があり、かかる捉え方は（監視型情報収集が技術的にみて容易に行われ得る）今日の社会において極めて合理的であると思われる。そこで、GPS 捜査判決の説くとおおり、憲法 35 条 1 項の規定には私的領域不侵入確保権の保障という意味合いが含まれているということをも前提としつつ、次節において米国の関連する議論を概観することとする。

#### 4. 修正 4 条の解釈をめぐる米国の議論

##### 4. 1. 公権力による搜索等と修正 4 条との関係をめぐる従前の議論

公権力による搜索等の修正 4 条への適合性が問題となった事案の歴史は長い。紙幅の都合上、その詳細については別稿に譲るが<sup>50</sup>、基本的には、財産保護的・令状手続保障的な思想にプライバシー保護の観点が加味される形で判断されてきたと言える。すなわち、当初は、公権力による不当な物理的侵入行為を伴う妨害行為に対する保護（以下、「不法侵入法理」という）を念頭において判断されてきたが<sup>51</sup>、1967 年の *Katz* 事件判決<sup>52</sup>を重要な契機として、「プライバシーの合理的な期待」の保護についても考慮されることとなった。この判決の同意意見の中では、修正 4 条が保護する「プライバシーの合理的な期待」については、当該期待に関する利益を有する者（以下、「本人」という）自身の「プライバシーの主観的期待」及び社会全体により肯定される「プライバシーの客観的期待」の双方が充足されることにより認められるという基準（以下、「*Katz* 基準」という）が示されている<sup>53</sup>。

近年、監視型情報収集が多様な局面で行われるようになるのに伴い、修正 4 条に基づく保護は *Katz* 基準を主軸とする枠組みに移行しているかにもみえる。しかし、一部の学説によれば、同条の骨格をなす「身体、住居、書類及び所持品」という文言に込められた自由の理念は今も昔も不変であるという<sup>54</sup>。実際、装着型 GPS 位置情報収集が問題となっ

<sup>49</sup> 大澤裕「職務質問とその付随措置(2)」『法学教室 441 号』88-98 頁（有斐閣、2017 年）93 頁参照。

<sup>50</sup> さしあたり、海野敦史「米国国家安全保障局（NSA）による通信監視と米国憲法修正 4 条との法的関係」『ICT World Review 6 巻 6 号』18-58 頁（マルチメディア振興センター、2014 年）34-46 頁参照。

<sup>51</sup> See *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

<sup>52</sup> *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

<sup>53</sup> See *id.* at 361.

<sup>54</sup> See Morgan Cloud, *Property is Privacy: Locke and Brandeis in the Twenty-First Century*, 55

た2012年のJones事件判決<sup>55</sup>においても、不法侵入法理とKatz基準の双方がともに考慮されていると指摘されている<sup>56</sup>。もっとも、2014年のRiley事件判決<sup>57</sup>において、逮捕に伴う行為という前提ではあるが、携帯電話端末に内包された情報の探索が修正4条にいう搜索に該当することが確認されている<sup>58</sup>。そのため、「プライバシーの客観的期待」に特化した判断基準への移行を示唆する見解も提示されている<sup>59</sup>。

このような判例の流れを踏まえれば、公権力による情報収集ないし監視と修正4条との関係を考えるに当たっては、「プライバシーの合理的な期待」の射程を拡張すればよいようにもみえる。すなわち、各人が所有権を有しない情報に対しても、その内容が本人に関するものである限り「プライバシーの合理的な期待」が及び、それに対する搜索等が修正4条の問題となると解する道筋である。

しかし、かかる道筋の困難さはかねてより指摘されてきた。例えば、修正4条にいう搜索の概念に関する判例上の定義づけは、DNAデータの収集のように、身体ないし個人の尊厳に対する直接の侵入を伴わずに機微な情報を把握する公権力の能力を十分に考慮したものとなっていないという批判はその典型である<sup>60</sup>。また、「プライバシーの合理的な期待」に基づく判断の枠組みは、科学技術の発展との関係を見据えたプライバシーの概念の曖昧さに起因して、修正4条の保護範囲を不法侵入法理の限界を超えたものとするに至っていないという旨の批判も指摘されている<sup>61</sup>。さらに、修正4条の解釈論は、プライバシーの権利を保障する趣旨ではなく、明文の規定に即してセキュリティの権利を保障する趣旨からひもとく必要があるという旨の批判も提示されている<sup>62</sup>。加えて、プライバ

---

AM. CRIM. L. REV. 37, 39 (2018).

<sup>55</sup> United States v. Jones, 565 U.S. 400 (2012).

<sup>56</sup> See Cloud, *supra* note 54, at 67-68.

<sup>57</sup> Riley v. California, 134 S. Ct. 2473 (2014).

<sup>58</sup> さらに、2018年のCarpenter事件判決 (Carpenter v. United States, 138 S. Ct. 2206 (2018)) においては、電気通信事業者が保有する利用者の携帯電話の位置情報を政府が取得する行為について、これが修正4条にいう搜索に該当するという旨が示されている。See *id.* at 2223.

<sup>59</sup> See Jason Norman, *Taking the Sting Out of the Stingray: The Dangers of Cell-Site Simulator Use and the Role of the Federal Communications Commission in Protecting Privacy & Security*, 68 FED. COMM. L. J. 139, 160 (2016).

<sup>60</sup> See Justin A. Alfano, *Look What Katz Leaves Out: Why DNA Collection Challenges the Scope of the Fourth Amendment*, 33 HOFSTRA L. REV. 1017, 1046 (2005).

<sup>61</sup> See Orin S. Kerr, *The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution*, 102 MICH. L. REV. 801, 816 (2004). この学説は、技術革新に対応したプライバシーの保護の観点からは、修正4条の解釈・運用に基づく裁判所による法創造よりも、立法による措置が有用であるという旨を説いている。See *id.* at 838, 859-860, 888. See also Alfano, *supra* note 60, at 1045. しかし、このような考え方に対しては、プライバシーの保護に関する立法措置と裁判所による修正4条の運用とは、相互に補完的なものであって、前者が後者に優位するものではない（特に、裁判所が修正4条に基づき過剰にプライバシーを保護した場合、立法措置による「是正」は困難となる）という旨の批判が提示されている。See Sherry F. Colb, *A World without Privacy: Why Property Does Not Define the Limits of the Right against Unreasonable Searches and Seizures*, 102 MICH. L. REV. 889, 901-902 (2004).

<sup>62</sup> See Jed Rubenfeld, *The End of Privacy*, 61 STAN. L. REV. 101, 104 (2008).

シーの概念よりも、各人の財産（的利益）の尊重という原点に立ち返り、これを情報の領域にも当てはめつつ、情報を他人に伝え又は自らの手元にとどめておく権利（the rights to convey or withhold information）の保障を基軸とする修正 4 条の解釈論の可能性も示されている<sup>63</sup>。

#### 4. 2. 監視型情報収集の可能性を踏まえた近年の議論

近年の学説においては、前述のような批判の方向性をさらに推し進め、監視型情報収集についての「プライバシーの合理的な期待」に基づく判断の枠組みに限界を見だし、新たな修正 4 条の解釈論を模索する考え方が相次いで提示されている。その典型が、収集・取得の対象となる情報それ自体が修正 4 条にいう「書類」又は「所持品」に相当するもの（以下、「所持品相当物」という）に該当するか否かという観点を基本とする判断の枠組み（以下、「所持品相当物類推論」という）である<sup>64</sup>。これは、「ビッグデータ社会においては不当な物理的侵入行為が主たる脅威とはならない」という思想<sup>65</sup>に根ざしつつ、情報の搜索等に対する不法侵入法理と Katz 基準との組合せによる判断からの脱却の必要性を示唆するものでもある。「プライバシーの合理的な期待」の概念の具体的な限界については、以下の各点が指摘されている。

第一に、IoT（インターネット・オブ・シングス）の概念に象徴されるように、あらゆる機器等がネットワークに接続され得る今日の社会においては、プライバシーの概念が各人の私生活の自由を十分に保護するものとはならないということである。すなわち、IoT 機器等自体が各人の「私的空間」を事実上縮小させ、多様な情報を「公的空間」にさらすことを助長するため、プライバシーよりもセキュリティの観念の方が各人の保護に最適であるとされる<sup>66</sup>。

第二に、「プライバシーの合理的な期待」の具体的な内実は時代の変遷に応じて変化するうえに、不確定であるため、修正 4 条に基づく保護の射程を画するうえでは不相当であるということである。例えば、今日では街頭におけるカメラ監視は一般的であり、それを通じて収集された情報に「プライバシーの合理的な期待」を認めるのが難しいとしても、かかる監視に法的にどのように対抗するかということについて共通認識が形成されているわけではないとされる。しかも、実務上は、個々の事案において問題となる「プライバシ

---

<sup>63</sup> See Christian M Halliburton, *How Privacy Killed Katz: A Tale of Cognitive Freedom and the Property of Personhood as Fourth Amendment Norm*, 42 AKRON. L. REV. 803, 864, 883 (2009). これによれば、プライバシーの概念に依拠せずに、不法侵入法理の限界や搜索等の客体に関する有体物と無体物との区別の必要性等を回避可能であるとされる。See *id.* at 862.

<sup>64</sup> See Andrew Guthrie Ferguson, *The Internet of Things and the Fourth Amendment Effects*, 104 CALIF. L. REV. 805, 864 (2016); Michael W. Price, *Rethinking Privacy: Fourth Amendment "Papers" and the Third-Party Doctrine*, 8 J. NAT'L SECURITY L. & POL'Y 247, 270 (2016).

<sup>65</sup> See Margaret Hu, *Cybersurveillance Intrusions and an Evolving Katz Privacy Test*, 55 AM. CRIM. L. REV. 127, 145 (2018).

<sup>66</sup> See Ferguson, *supra* note 64, at 876-877.

一の合理的な期待」の有無が、裁判所の事後的な判断により決せられることも少なくないという<sup>67</sup>。

第三に、本人の支配を離れて第三者に提供された有体物又は情報に対して各人は「プライバシーの合理的な期待」を基本的に失うとする「第三者法理」が判例上確立されている中で<sup>68</sup>、この法理が各人の情報に対する保護を実質的に阻害するということである。すなわち、第三者に情報が渡った途端に、各人は当該情報に対する修正4条上の保護を失うことになり得るため、第三者法理を前提とする「プライバシーの合理的な期待」の概念は、当該保護のあり方を適切に決するものとはならないとされる<sup>69</sup>。

第四に、第二の点に関連して、仮に情報通信技術の高度化に伴い監視型情報収集が事実行為として一般化・多様化していくと、かかる行為に対して「プライバシーの合理的な期待」を認めること自体が困難になっていくということが示唆されている<sup>70</sup>。例えば、カメラ監視はその創始時には「プライバシーの合理的な期待」が問題となるとされたかもしれないが、既に言及したとおり、それが各地で日常的に行われるようになると、もはやそこに当該期待は見いだしがたくなろう。

公権力による監視型情報収集の修正4条への適合性に関し、所持品相当物類推論は、以下のような具体的な基準を示しており、注目に値すると思われる。すなわち、①問題となる情報が所持品相当物であると認められるか否か、②当該情報に対して搜索等が行われたと認められるか否か、③当該情報へのアクセスに対して令状手続が必要となるか否か、により修正4条への適合性を判断する枠組み（以下、「修正4条適合性三要件説」という）である<sup>71</sup>。

このうち、特に重要となるのが前記①の観点である。仮に各種の情報を一律的に所持品相当物とみなすことが可能であれば、理論的には明快であると同時に、修正4条に基づく保護を強固に及ぼすことに資するかもしれない。しかし、公開されている情報を含め、あらゆる情報をすべて所持品相当物と捉えることが妥当であるか否かについては慎重な検討を要する。

この点に関し、ある学説は、(ア) 本人の所持品と密接に関わると認められる情報（データ、信号等。以下同様）、(イ) 他人からのアクセスの可能性が遮断されている情報、(ウ) 各人の自律ないし自己実現又は結社を促進するために用いられる情報、が所持品相当物に該当するという旨を示唆している<sup>72</sup>。これらの情報のうち、(イ) を抽出する背景には、そもそも不合理な搜索等（プライバシーの侵害）は大衆が自由にアクセスできないものに対し

<sup>67</sup> See *id.* at 877.

<sup>68</sup> See *United States v. Miller*, 425 U.S. 435, 442 (1976); *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735, 743-744 (1979).

<sup>69</sup> See *Ferguson*, *supra* note 64, at 878.

<sup>70</sup> See A. Michael Froomkin, *The Death of Privacy?*, 52 STAN. L. REV. 1461, 1523 (2000). See also *Kerr*, *supra* note 61, at 865-867.

<sup>71</sup> See *Price*, *supra* note 64, at 270.

<sup>72</sup> See *Ferguson*, *supra* note 64, at 867.

て発生するという思想<sup>73</sup>があると考えられる。このような考え方によれば、DNA<sup>74</sup>、血液、尿<sup>75</sup>等が「身体」に含まれ、宅地 (curtilage)<sup>76</sup>が「住居」に含まれ、電磁的記録<sup>77</sup>が「書類」に相当すると解されている今日においては、少なくとも各人が保有する IoT 機器等から発せられる信号等の情報であって、第三者が容易にアクセスできないものについても、所持品相当物に該当すると解するのが合理的であるということになる<sup>78</sup>。また、(ウ)を抽出する考え方の延長線上には、問題となる情報と各人のアイデンティティ又は自己実現との結びつきの強さに対して比例的に、それが公権力に把握された場合の本人にとっての弊害が大きくなり得るという思想<sup>79</sup>が導かれよう。

一方、所持品相当物への該当性については、対象となる情報が米国憲法修正 1 条 (以下、単に「修正 1 条」という)<sup>80</sup>の趣旨を踏まえた表現上 (expressive) 又は結社上 (associational) の重要な意義を有しているか否かを基準として判断されるべきであると説く学説もある。これは、前述の (ウ) の考え方にはほぼ符合するものと考えられるが、かかる基準によれば、クラウドコンピューティングを通じて保管された電子的ファイルのほか、個々の通信の内容たる情報 (以下、「内容情報」という) 及び通信の構成要素たる情報 (以下、「構成要素情報」という) については、一般にこれに該当するという<sup>81</sup>。Riley 事件判決においては、携帯電話端末内の情報の探索が搜索等に該当するとされたが、これは紙の書類か電磁的媒体かに関わりなく、私的なアイデアが表出・記録される場合に修正 4 条に基づく保護を受けることの証左であると指摘されている<sup>82</sup>。かかる考え方の延長線上には、「書類」ないし「所持品」の内容を閲覧することは、それに込められた作成者の精神活動に踏み入ることとなることから、不当な物理的侵入行為よりも修正 4 条への背反度合いが高いという思想<sup>83</sup>も導かれることとなる。

他方、前記②の観点については、各人が一般にアクセス可能としていない情報にアクセスし、若しくはこれを漏えいする公権力の措置又は各人の情報 (個人的データ) に対する所有権的利益 (possessory interests) ないし統御 (コントロール) に対する妨害となる公権力の措置こそが搜索等であるという旨の考え方 (以下、「個人的データ統御説」という) が指摘されている<sup>84</sup>。これによれば、個人の端末に保管された個人的データたる情報に本人の同意を得ずに直接アクセスする場合のみならず、通信事業者等の第三者を介して当該情報を間接的に取得する場合であっても、搜索等に該当するという。それゆえ、公権力による情報の収集・取得後にそれが実際にどのように分析等されたかということは問題とな

<sup>73</sup> See *United States v. Vazquez*, 31 F. Supp. 2d 85, 90 (D. Conn. 1998); Froomkin, *supra* note 70, at 1509.

<sup>74</sup> See *Maryland v. King*, 569 U.S. 435, 465 (2013).

<sup>75</sup> See *Skinner v. Railway Labor Executives' Association*, 489 U.S. 602, 628 (1988).

<sup>76</sup> See *Florida v. Jardines*, 569 U.S. 1, 5-6 (2013).

<sup>77</sup> See *Riley*, 134 S. Ct. at 2491.

<sup>78</sup> See *Halliburton*, *supra* note 63, at 858, 869-870.

<sup>79</sup> See *id.* at 882.

<sup>80</sup> U.S. CONST. amend. I.

<sup>81</sup> See *Price*, *supra* note 64, at 271.

<sup>82</sup> See *Cloud*, *supra* note 54, at 73.

<sup>83</sup> See *id.* at 55.

<sup>84</sup> See *Price*, *supra* note 64, at 270, 277.

らず、かかる分析等の可能性を秘めつつ情報が収集・取得されること自体が問題となるとされる。その背景には、個々の個人的データの価値はそれが内包する情報の中身及びそれに対する他人のアクセスを排する機能にあるという思想がある<sup>85</sup>。

## 5. 監視型情報収集との関係における憲法 35 条 1 項の法意

### 5. 1. 監視型情報収集と私的領域への侵入との関係

以上の米国の議論を踏まえ、監視型情報収集との関係において、私的領域不侵入確保権の保障を体現する憲法 35 条 1 項の規定の趣旨について考察を加える。不法侵入法理と「プライバシーの合理的な期待」との組合せにより修正 4 条への適合性を判断する枠組みが一定の限界に直面していることを考慮すると、当該趣旨には私生活上の自由やプライバシーの保障という意味合いを超えた内実が含まれるという帰結が示唆される。その内実とは、無体物たる各種の情報のうち、各人の私生活の実態を浮き彫りにする個人的データにも搜索等の手が容易に及び得るようになったことに伴い顕現した法益にほかならない。すなわち、個人的データ等の情報について、有体物に対する搜索、通信傍受その他の手法により、私生活の相当部分を明らかにし得るような形で、みだりに公権力に把握されない環境が制度的に確保されることが、憲法 35 条 1 項の下で要請されていると解される。これは、有体物としての所持品等のみならず、それに準じた情報についても、憲法 35 条 1 項の規定に基づく実体的な保護を受け得るということの意味する。

しかし、例えば公道上での（無令状での）被疑者の尾行が一般に憲法 35 条 1 項違反の行為とは捉えられていないことから明らかなとおり、個人的データ等の収集・取得が常に私的領域への侵入となるわけではない。私的領域という用語の字義に着目すると、そもそも私的領域への侵入が「私的空間」における（個人的データたる情報の）収集においてのみ問題となるのか、それとも「公的空間」における収集においても問題となるのかがまずは明らかにされる必要があるであろう。ところが、米国の議論において指摘されているとおり、あらゆるものがネットワークで接続されつつ情報のやり取りが至るところで行われている今日では、監視型情報収集との関連において、「私的空間」と「公的空間」とを明確に区別することは困難である<sup>86</sup>。

むしろ、監視型情報収集に関して、私的領域への侵入、ひいては私的領域不侵入確保権の侵害が問題となるか否かについては、それが実施される場所に関わりなく、対象となる情報の性質及び収集・取得の規模・態様に大きく左右されるように思われる。すなわち、当該情報又はその収集・取得に関して、①憲法 35 条 1 項に基づき保護される「所持品」と不可分のものであるか否か、②公にされていない相当量の個人的データが含まれ得るものであるか否か、③収集・取得の規模・態様が個人の意思に反してその私生活の相当部分を明らかにし得るようなものであるか、④たとえ個人的データが含まれていなくとも当該情報が憲法上特別に保護されたものと認められるか否か、といった観点を踏まえ、私的領域への侵入の有無が見極められることが合理的であると考えられる。

<sup>85</sup> See *id.* at 279.

<sup>86</sup> もとより、公的空間（公共空間）の厳密な定義づけ自体が困難である。この点について、棟居快行『憲法学の可能性』（信山社、2012年）69頁参照。

## 5. 2. 監視型情報収集の客体となる情報の射程

前述の各観点に照らすと、監視型情報収集に伴う私的領域への侵入、ひいては憲法 35 条 1 項に背馳する状態の発生の有無を判断するためには、まずは「侵入」の客体となる情報の具体的な射程を画定することが鍵となると考えられる。当該情報は、必ずしも一定の支配領域において保有されている情報全般をすべて包含するものではなく、前述の所持品相当物と同様に、憲法 35 条 1 項にいう「所持品」に準じる又は相当すると認められる情報（以下、「所持品相当情報」という）を意味し、それは公権力による収集・取得により権利・利益に対する強度の制約又はその危険性（情報の濫用、不適切な権限行使等）を伴い得るものにほかならない。

前節で整理した米国の議論（所持品相当物類推論）を踏まえると、基本的に以下の情報が所持品相当情報に含まれると捉えることが妥当であるように思われる。第一に、所持品相当物類推論において「本人の所持品と密接に関わると認められる情報」が所持品相当物と捉えられていることにかんがみると、所持品（端末設備等）に明らかに内包され、又はそれに付随する（当該所持品と不可分である）ものと認められる情報（以下、「所持品内包情報」という）が考えられる。憲法 35 条 1 項の下で、少なくとも有体物としての所持品が不当な搜索等からの保護対象である以上、それと不可分となる所持品内包情報についても、（個人的データを実際にどの程度含むかにかかわらず）同様に保護対象となると解することが合理的である。しかも、近年の端末設備の高度化を背景として、所持品内包情報は、家宅搜索からも収集され得ないような秘匿性の高い情報を広範かつ多量に含み得る。この点は、携帯電話端末に内包された情報（以下、「端末内包情報」という）の収集を修正 4 条に基づく搜索と位置づけた Riley 事件判決の趣旨からも明らかであろう<sup>87</sup>。

第二に、米国の議論において、①「他人からのアクセスの可能性が遮断されている情報」が所持品相当物と捉えられていること、②「各人が一般にアクセス可能としていない情報にアクセスし、若しくはこれを漏えいする公権力の措置」が搜索等の範疇として解されつつ、同時に「情報に対する所有権的利益」が考慮されていることにかんがみると、各人が広く大衆にアクセス（知得）可能としていないと認められる個人的データたる情報その他の私的な情報（以下、「非公開個人的データ情報」という）が考えられる。公権力による非公開個人的データ情報の収集・取得は、アクセスの可能性が遮断された状態からの脱却を試みる必要があるため、必然的に一定の積極的な探索性（特定の物件の所在等を確認する意味合いを超えた性質）をもって行われることとなる。実際、これまでの判例において憲法 35 条 1 項における搜索等（又は刑事訴訟法上の強制処分）に該当するものと

---

<sup>87</sup> 問題となり得るのが、IoT 機器等から発せられる各種の信号たる情報である。これについては、所持品たる機器等に「付随する」情報と位置づける余地もある。しかし、それが有線であれ無線であれ、通信用ネットワーク上を流通すると認められるものである限り、憲法が特別に直接保護する情報として（憲法 21 条 2 項後段及び）憲法 35 条 1 項に基づく保護を受けることとなると解される。これに対し、ネットワーク上を流通するのではなく、単に「公的空間」に放たれる情報については、端末内包情報とは異なり、所持品たる機器等と可分的に捉えることが可能であるから、その限りにおいて、所持品内包情報とは認められない。

位置づけられてきた主な監視型情報収集<sup>88</sup>については、強制にわたらない所持品検査等と異なり<sup>89</sup>、一定の探索性をもって行われてきている<sup>90</sup>。よって、非公開個人的データ情報については、公権力がその把握に際して探索性を有する行為を要する個人的データ又はそれに準じた情報とすることができる。ゆえに、当該把握は、物理的侵入行為を伴うか否かにかかわらず、個人のプライバシーや私生活の平穩を害する蓋然性の高いものと認められよう<sup>91</sup>。

ただし、物理的侵入行為に伴うプライバシー等の侵害と非公開個人的データ情報等の収集・分析に伴うプライバシー等の侵害とは、本来規範的に区別されるべきものであり、前者は所持品等それ自体への搜索等の正当性が確保されることにより保障され得る以上、私的領域不侵入確保権は後者の侵害からの保護を予定するものと考えられる。また、一定の探索性を有する形での非公開個人的データ情報の収集が当然に搜索等となるのではない。後述するように、当該収集が実際に搜索等に該当するためには、少なくとも、個人の行動の継続的・網羅的な把握を伴うがゆえに、個人の私生活の相当部分を明らかにし得るほど、権利・利益の制約度合いが強度であると認められる態様で行われることが必要となるからである。

第三に、米国の議論において、「各人の自律、自己実現及び結社を促進するために用いられる情報」や「修正1条の趣旨を踏まえた表現上又は結社上の重要な意義を有する情報」が所持品相当物と捉えられていることにかんがみると、憲法21条1項の規定に基づき保護される法益に適合する情報、特に各人の表現物たる情報が所持品相当情報に該当すると解する余地があるかもしれない。確かに、表現物を表出する自由は手厚く保障されなければならないが、表出された表現物たる情報に対する搜索等のあり方をそれ以外の非表現物たる情報に対する搜索等のあり方と一律的に区別する合理性は乏しいように思われる。なぜなら、搜索等の客体となる情報に非公開個人的データ情報等が含まれているか否かが憲法35条1項の保護するプライバシーやセキュリティの確保のあり方を大きく左右するのであって、当該情報の表出が「表現」に該当するか否かはこれに直接の影響を及ぼすものではないと考えられるからである<sup>92</sup>。もっとも、表出された表現物たる情報に対する搜索

---

<sup>88</sup> 例えば、「宅配便業者の運送過程下にある荷物」に対するエックス線検査について、検証許可状を要する強制処分と解した判例として、最決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁参照。また、強制採尿を搜索・差押えの性質を有するものと解した判例として、最決昭和55年10月23日刑集34巻5号300頁参照。

<sup>89</sup> 判例は、「搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合がある」と説いている（最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁参照）。もっとも、憲法35条1項が私的領域不侵入確保権を保障しているとする、所持品検査との関係においても、私的領域への侵入に至る行為は許されないことになる、と説く学説もある。大澤・前掲（注49）95頁参照。

<sup>90</sup> ある学説も、搜索に至るか否かの区別について、特定の不振箇所を確認する態様の検査であるか、それともそれを超えて探索的な態様で行われる検査であるかを一次的な指標としつつも、当該検査によって制約されるプライバシーの重要性を踏まえて考慮されるべきであるという旨を示唆している。大澤・前掲（注49）95頁参照。

<sup>91</sup> このような非公開個人的データ情報については、事実上、所持品内包情報とも相当な範囲において重なり合う可能性が高い。

<sup>92</sup> もっとも、憲法35条1項にいう「正当な理由」の判断に際しては、搜索等により実質

等は表現行為に対する萎縮効果をもたらし得るが、少なくとも憲法 35 条 1 項が予定する搜索等の必要性の観点からは、これを非表現物たる情報に対する搜索等と規範的に区別する合理性を欠くように思われる。

もとより、米国憲法の場合は修正 1 条の趣旨との関係にとかく議論が集中しがちであるが、我が国の憲法の場合、憲法 21 条 1 項の枠組みに限定して考える必要性は乏しく、それを越えた検討が求められよう。すなわち、憲法が個別の条項においてプライバシーやセキュリティの確保の観点から特別に直接保護していると認められる情報（以下、「憲法直接保護情報」という）に注目する必要があると考えられる。憲法直接保護情報の典型が、通信事業者等により取り扱われる通信の秘密たる情報であり、これには内容情報及び構成要素情報の双方が含まれる。かかる情報については、たとえ自己の支配領域から物理的に離れた情報であっても、公権力による不当な搜索等の脅威から特に手厚く保護されることが予定されていると解される。憲法が明示的に不可侵とする各人の「書類」は、その内容にかかわらず不当な搜索等から保護されるが、この点に関しては、憲法直接保護情報についてもほぼ同様の扱いとなると捉えることが合理的であるからである。したがって、憲法直接保護情報については、個人的データがどの程度含まれているか、その収集・取得が実際に個人の私生活の相当部分を明らかにし得るか否かは問題とならない。通信の秘密たる情報に対する不当な搜索等は、憲法 35 条 1 項のみならず、憲法 21 条 2 項後段の規定にも反することとなる。

### 5. 3. 監視型情報収集の態様

次に問題となるのが、私的領域不侵入確保権の侵害となる監視型情報収集の具体的な態様である。これは、修正 4 条適合性三要件説が示した「情報に対して搜索等が行われたと認められるか否か」という観点（4.2 参照）にほぼ符合する。

この点に関しては、基本的に非公開個人的データ情報に対する監視型情報収集に関して問題となり、所持品内包情報及び憲法直接保護情報に対する監視型情報収集についてはさほど問題とならない。なぜなら、所持品内包情報の場合は、その収集・取得が強制的な手段で（関係者の同意なく）行われるか否か等は問題となり得ても、当該手段が実施に移される具体的な態様を問わず、搜索等に該当し得るからである。同様に、憲法直接保護情報の場合は、公権力がそれを積極的に探索ないし接触すること自体が（当該情報の内容にかかわらず）私的領域への侵入（搜索等）と認められ得る。

ここで、私的領域不侵入確保権の侵害とは、問題となる公権力の行為（監視型情報収集）が発生する以前の客観的な状態が、その「被害者」の意思に反して、経時的に相当程度悪化するという一定の不利益状態について、これが正当（合理的）な理由なくもたらされることを指すものと考えられる<sup>93</sup>。なぜなら、当該行為は、「私生活の自由」の状態（私生活

---

的に表現の自由が制約されることとなる場合には、当該自由の保障の意義にかんがみ、特に慎重な考慮が必要となる。なお、公開を予定して表出された表現物については、非公開の情報よりも、不当な搜索等から保護される必要性は相対的に低いと思われる。ただし、表現が常に公開を予定して行われるとは限らないし、たとえ表現物が公開されていても表現自体は匿名により行われる場合もあり得る。

<sup>93</sup> 海野敦史『「通信の秘密不可侵」の法理—ネットワーク社会における法解釈と実践』（勁

の実局面)に対する直接的な有形力の行使(物理的侵入行為)ではなく、一見すると当該状態には直接の影響を及ぼさないかみえる間接的な公権力の行使(侵入的行為)にとどまるからである。したがって、当該侵害の有無の判断に際しては、基本的に、「被害者」となる各人の意思及び当該各人に発生した不利益状態の具体的な内実がまずは考慮されるべきであり、その対抗法益として、公権力側の事情及びその行為の効果が考慮され得るものと考えられる。このとき、監視型情報収集に伴う権利・利益の制約度合い(不利益状態の程度)が高ければ高いほど、公権力の行為に正当性が求められる程度が増すという相関があり<sup>94</sup>、その正当化のための適切な事由が提示されない限り、私的領域不侵入確保権の侵害が認められることとなる。

それでは、非公開個人的データ情報の収集・取得が私的領域への侵入、ひいては私的領域不侵入確保権の侵害に該当するか否かを決するメルクマールは何であろうか。この点に関するGPS捜査判決から導かれる一次的な手がかりは、監視型情報収集が、非公開個人的データ情報によって識別される個人(以下、「本人」という)の意思に反して、「個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴う」ものか否かということであろう<sup>95</sup>。本人にとって、その行動を継続的かつ網羅的に公権力に把握された状態は、私生活の実局面における相当な不利益状態の創出(日常生活のプライバシーや非公開個人的データ情報のセキュリティが確保された状態の著しい悪化)にほかならないからである。そして、当該創出を「必然的に伴う」と言える場合とは、一般に、本人が情報を収集・取得されている事実を十分に認識しないままに監視型情報収集が行われているケースであると思われる。そのため、かかる形で行われる収集・取得それ自体が、非公開個人的データ情報に対する本人のコントロールを失わせる状態を生み出すこととなる。この点に関しては、個人的データ統御説の考え方にもほぼ符合する。

このような観点を踏まえると、監視型情報収集のうち、単発的な情報の把握ではなく、情報の継続的かつ網羅的な把握を通じて、本人の意思に反してその行動(私生活)の相当部分を明らかにし得るような態様のもの(よって、相当規模の情報量が予定されるもの)であって、令状手続その他の正当な手続きによらずに行われるものが、個人のプライバシーや個人的データ等のセキュリティに関する権利・利益の制約度合いが著しく強いと認め

---

草書房、2015年) 295頁参照。

<sup>94</sup> See Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment First Principles*, 107 HARV. L. REV. 757, 804 (1994).

<sup>95</sup> GPS捜査判決の最高裁判所調査官解説も、「本判決は、GPS捜査の被侵害利益の実質を個人のプライバシーと捉えているものであるが、GPS端末の装着によって個人の行動の継続的、網羅的な把握が可能となることを重視している」と説いている。伊藤=石田・前掲(注28) 111頁参照。また、本判決について、「公共空間における侵害の態様が、個人の行動の継続的・網羅的な把握に当たる場合には、プライバシー侵害となり得ることを指摘したもの」と説く学説として、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(上)」『捜査研究 798号』43-51頁(東京法令出版、2017年) 50頁参照。さらに、本判決は、装着型GPS位置情報収集が刑事訴訟法上の「検証」の観念では捉えきれない性質を有するという帰結を導くのに際し、プライバシー侵害の網羅性を重視したという旨を説く学説として、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』4-6頁(日本評論社、2017年) 6頁参照。

られ、私的領域への侵入ないし私的領域不侵入確保権の侵害に該当するということになる<sup>96</sup>。これは、『継続的、網羅的』な把握過程におけるどこかの時点で『侵入』の生じ得ることが『性質上』不可避である<sup>97</sup>という点を重視しつつ、正当な手続きによらないまま継続的・網羅的な相当規模の情報の把握を伴う形で行われる監視型情報収集それ自体を、私的領域不侵入確保権の侵害と捉える思想である。それゆえ、情報の収集・取得過程の具体的にどの時点で「侵入」（有体物の所持品の搜索に匹敵する行為）が生じるのかということとは、直接問題となるものではない<sup>98</sup>。そして、前述のとおり、かかる監視型情報収集の実現のためには、通常、本人に気づかれないままに行われるという収集・取得の「密行性」が必要となるが、これが肯定される場合には、問題となる監視型情報収集が本人の意思に反するということが一応推定されることとなろう。

以上のような考え方は、情報の収集・取得時以降の分析等よりも収集・取得自体が問題となるという意味での「取得時中心主義」<sup>99</sup>を徹底させたものにほかならない。その背景には、取得時中心主義に対する近年の学説の批判<sup>100</sup>を踏まえつつも、いったん公権力に把握された情報に関してその分析、プロファイリング等を適切かつ実効的に規律することは極めて困難であるという前提がある<sup>101</sup>。

もっとも、これに対しては、個人の行動が明らかになる危険性は、本人に生じ得る不利益となる事情ではなく、公権力における情報収集コストの低下や秘匿性の向上等の事情に左右されるため、その如何で私的領域不侵入確保権の侵害の有無を判断することは適切ではないという批判もあり得るかもしれない<sup>102</sup>。特に、「個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴う」ものの、捜査手法としては効率的な監視型情報収集の行為が無令状で行われるときにおいて、これに令状主義を適用させるために当該行為を私的領域不侵入確保権の侵害と位置づけることは、令状手続以外の代替手段（の検討）の方が重要な意義を有することもあり得るという実態を軽視し、相当な無理を伴う解釈とも捉えられ

---

<sup>96</sup> GPS 捜査判決においては、装着型 GPS 位置情報収集を通じた「逐次的な移動状況の把握可能性」が一律的に「個人の行動の継続的・網羅的把握」に結びつくものと捉えられているように見受けられる。尾崎・前掲（注 95）51 頁参照。

<sup>97</sup> 宇藤崇「捜査のために GPS を使用することの適否について」『法学教室 440 号』152 頁（有斐閣、2017 年）参照。

<sup>98</sup> ただし、個々の監視型情報収集において、継続的・網羅的な把握を「必然的に伴うもの」と言えるか否かについては、慎重な検討が必要となり得る。装着型 GPS 位置情報収集が当該把握を「必然的に伴うもの」であるか否かについて議論の余地があると指摘する学説として、前田雅英「いわゆる GPS 捜査の合憲性；最大判平成 29 年 3 月 15 日

（WJ）」『捜査研究 798 号』28-42 頁（東京法令出版、2017 年）37 頁参照。

<sup>99</sup> 山本龍彦『プライバシーの権利を考える』（信山社、2017 年）52 頁参照。

<sup>100</sup> 山本・前掲（注 99）76-86 頁、稲谷・前掲（注 6）78 頁参照。

<sup>101</sup> 欧州連合（EU）の一般データ保護規則（General Data Protection Regulation; 2016/679）においては、プロファイリングに関する規制が設けられているが、具体的にいかなるデータ処理がプロファイリングに該当するのかなど、解釈に委ねられている部分が少なくなく、その実効性については現時点で未知数である。山本・前掲（注 99）271-274 頁参照。併せて、石井夏生利「プロファイリング規制」『ジュリスト 1521 号』32-37 頁（有斐閣、2018 年）37 頁参照。

<sup>102</sup> 稲谷・前掲（注 6）67 頁参照。

そうである<sup>103</sup>。しかしながら、既述のとおり、公権力の行為の憲法 35 条 1 項への適合性は、それに伴い制約される各人の利益（不利益）の程度がまずは考慮され、それと搜索等により国民全体にもたらされ得る利益の程度とのバランスの中で、その正当性・合理性が定まる<sup>104</sup>。よって、情報収集コスト等の公権力側の事情のみにより、各人に対する私的領域不侵入確保権の侵害の有無を決するのは、正鵠を射た解釈とは言いがたい。

一方、GPS 捜査判決においては、物理的侵入行為（GPS 装置の装着）を伴ったうえでの個人の行動の継続的・網羅的な把握の方が、これを伴わない形での同種の行為よりも、私的領域不侵入確保権の侵害が肯定されやすくなると解されているように見受けられる。しかし、「被害者」となる各人に発生した不利益状態の内実には照らせば、物理的侵入行為の有無それ自体は、私的領域不侵入確保権の侵害との関係において直接問題となるものではないと考えられる。むしろ、物理的侵入行為を伴わない形での私的領域への侵入は、それを伴う場合に比べ、気づかないうちにプライバシー等が害される結果をもたらす可能性が高く、強度な私的領域不侵入確保権の侵害であると解する余地もある<sup>105</sup>。いずれにしても、非公開個人的データ情報に関する監視型情報収集との関係において、私的領域不侵入確保権の侵害が肯定されるか否かを左右する決め手となるのは、当人が当該情報に対するコントロールを実質的に失うほど相当規模の収集・取得が行われることにより、私生活の相当部分が明らかになり得ると認められるか否か、ということであると考えられる<sup>106</sup>。

#### 5. 4. 私的領域不侵入確保権をめぐる GPS 捜査判決の問題点

以上を踏まえ、私的領域不侵入確保権に関して GPS 捜査判決が採っていると考えられる立場及びその問題点を整理すると、以下のとおりとなる。第一に、既述のとおり、GPS 捜査判決は、私的領域不侵入確保権を憲法 35 条 1 項から導かれる実体的権利として位置づけていると考えられ、それ自体は妥当な方向性であるが、当該権利の内実を明らかにし切れていない。その主因は、「私的領域への侵入」が「個人の行動を継続的・網羅的に把握すること」（侵入的行為）に起因して生じることを示唆しつつも、「個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着すること」（物理的侵入行為）を重要な手がかりとして当該侵入の発生を肯定していることにある。そのため、「私的領域への侵入」が伝統的な物理的侵入行為とほぼ同視される余地を残しているが、物理的侵入行為を伴う

<sup>103</sup> 稲谷・前掲（注 6）68-69 頁参照。

<sup>104</sup> 捜査の限界・違法性の判断に関し、「捜査によって侵害される法益と、捜査によって得られる真相究明によって国民にもたらされる利益との比較衡量を基本とする」としつつ、GPS 捜査判決はその衡量において従前よりも「前者を重視する方向性を指し示したもの」と説く学説として、前田・前掲（注 98）31 頁・39 頁参照。

<sup>105</sup> この点に関し、渥美東洋『刑事訴訟法〔第 2 版〕』（有斐閣、2009 年）132 頁参照。

<sup>106</sup> もっとも、個人の私生活の相当部分が明らかになり得るほど情報の収集・取得が相当規模に及んでいると認められるか否かについては、定性的に判断せざるを得ないが、少なくとも前述のごみの領置（注 34 参照）やカメラ監視（特定の個人の行動を追跡するものは別論である）等については、特定の個人に関して収集される情報量が限定的であることから、これに該当しないと言えよう。その意味において、これらの監視型情報収集は、装着型 GPS 位置情報収集と規範的に区別され得る。

「住居、書類及び所持品」に対する不当な搜索等は憲法 35 条 1 項の明文の規定により禁止される以上、私的領域不侵入確保権の本質に関しては、公権力が「個人の行動を継続的、網羅的に把握すること」その他の関連する行為（非公開個人的データ情報の収集等）をみだりに行うことからの憲法上の保護にあると位置づけるべきであるように思われる。

第二に、GPS 捜査判決においては、私的領域不侵入確保権に基づき防御される対象となる公権力の行為について、物理的侵入行為を別論とすれば、「個人の行動を継続的、網羅的に把握すること」という要素が示されているにとどまるが、その具体的な内実及び射程が不明確である。個人の行動の継続的、網羅的な把握と言い得る行為の射程は広範であり、伝統的な捜査手法である尾行やカメラ監視等を含め、監視型情報収集の多くが当該把握を伴い得ることにかんがみると、より限定的な射程の絞り込みが必要となるように思われる。かかる観点から、収集・取得対象の情報の範囲を「所持品内包情報、非公開個人的データ情報及び憲法直接保護情報」という形で抽出・特定し、かつ非公開個人的データ情報の収集・取得についてはその具体的な態様を別途問うという既述の枠組みの設定には、解釈論上の十分な有意性が認められると考えられる。

第三に、GPS 捜査判決は、私的領域不侵入確保権の保護法益について、個人の行動の継続的、網羅的な把握を伴う結果としてもたらされる「個人のプライバシーの侵害」と捉えているが、この権利を通じて保護されるのはプライバシーに限られないと考えられる。既述のとおり、私的領域不侵入確保権にはプライバシーの保障を超えた法益、すなわち所持品内包情報、非公開個人的データ情報及び憲法直接保護情報がみだりに公権力にアクセスされることのない制度的な環境の確保が含まれると解されるからである。

## 6. 結論

GPS 捜査判決は、憲法 35 条 1 項から「私的領域不侵入確保権」を導出した。このこと自体は、住居不侵入等確保権の内実を監視型情報収集の脅威に対応する形で裁判所により実質的に「拡充」するものとして、高く評価されよう。とりわけ、同条項の規定がもっぱら手続的権利を定めたものと捉えられがちな中で、搜索等の対象としての「住居、書類及び所持品」の概念が厳格に有体物に限定されつつ解されるきらいもあつた学説の状況を踏まえれば、「最高裁の決然たる意思」<sup>107</sup>の表明とも言える。

しかし、残念ながら、GPS 捜査判決は、私的領域不侵入確保権の具体的な内実を十分に明らかにしたとは言えず、多分に曖昧さを残している。そのため、「画期的な判断とは言い難い」<sup>108</sup>ないし「かえって 35 条の保障する実体的権利の内容を曖昧なものにしてしまった」<sup>109</sup>という評価も当てはまる余地がある。とりわけ、私的空間への物理的侵入行為としての「侵入」と当該行為を伴わない個人的データ等の収集・取得を通じた私的領域への非物理的な侵入的行為としての「侵入」との異同を不明瞭にしたまま、私的領域不侵入確保権の侵害がいずれの「侵入」により生じるのか（あるいは両者が揃わなければ当該侵害は生じないのか）を明確にしなかったことが、解釈論上の問題点として指摘できる。

<sup>107</sup> 井上・前掲（注 33）66 頁。

<sup>108</sup> 山田・前掲（注 37）28 頁。

<sup>109</sup> 山田・前掲（注 37）29 頁。

前節までの考察を通じて明らかにしたとおり、実体的権利としての私的領域不侵入確保権は、伝統的な住居不侵入等確保権を今日的に肉づけする基本権として位置づけられる。その内実は、①所持品たる端末設備等に内包され、又はそれと不可分であると認められる所持品内包情報、②公権力による把握に際して一定の探索性を要する非公開個人的データ情報、③憲法が個別の条項において特別に直接保護していると認められる憲法直接保護情報、について、恣意的かつ強制的に行われ得る監視型情報収集に対する脅威からの保護を指向するものである。ただし、非公開個人的データ情報に関しては、その収集・取得が私的領域不侵入確保権の侵害に該当するうえで、一定の態様を充足することが必要である。すなわち、個人の行動の継続的・網羅的な把握を可能とし、私生活の相当部分を明らかにする蓋然性が高いまま（権利・利益の制約度合いが相当程度に至っていると認められる状態で）、当人の意思に反して、正当な手続きによらずに当該収集・取得が行われることが不可欠である。換言すれば、非公開個人的データ情報を対象とする監視型情報収集については、(ア)探索性、(イ)相当の規模性（私生活の継続的・網羅的な把握可能性）、(ウ)当人意思背反性、(エ)手続きの不当性（無令状性）、がすべて充足される限り、不当な搜索として私的領域不侵入確保権（ひいては住居不侵入等確保権）の侵害となると解される。ただし、前記(イ)の充足のためには、一般に、監視型情報収集が当人に気づかれないまま行われるという密行性が事実上併せて必要となる可能性が高く、これは前記(ウ)の肯定材料にもなる。

このような私的領域不侵入確保権の保障は、高度情報通信ネットワーク社会における住居不侵入等確保権、ひいては憲法 35 条 1 項の保護法益の骨格をなすものと考えられる。私的領域不侵入確保権の侵害の判断に際しては、監視型情報収集の実施の場所が「私的空間」であるか「公的空間」であるかは問題とならない。いずれの空間で行われる場合であれ、所持品内包情報等をみだりに把握すること自体が、私的領域への侵入と認められるからである。同時に、監視型情報収集が物理的侵入行為を伴うか否かについても、（私的領域不侵入確保権の保障との関係においては）直接問題となるものではない。不当な物理的侵入行為それ自体の脅威は、私的領域不侵入確保権の要素を除いた住居不侵入等確保権（伝統的に理解されてきた住居不侵入等確保権の内実）の保障により防御され得るからである。

本稿は、GPS 捜査判決の提示した憲法 35 条 1 項の解釈論を受けて、米国の議論も参考にしつつ、住居不侵入等確保権の一環としての私的領域不侵入確保権の保障の具体的な内実に踏み込む試みであった。もっとも、「相当の規模性」の認定のあり方をはじめ、個々の新種の捜査において、具体的にどのような場合に私的領域不侵入確保権の侵害に該当すると認められるのかなど、更なる検討を要する部分を残している。この点については今後の課題としたい。

（掲載決定日：平成 30 年 7 月 20 日／オンライン掲載日：平成 30 年 8 月 6 日）