

# アメリカ合衆国憲法修正四条と プライバシーの合理的期待テスト (2・完)

葛 虹

## 目次

- 一 はじめに
- 二 政府の電子監視行為の法規制
  - 1 ECPA の規制
  - 2 問題の所在
- 三 電子監視活動に関する従来の修正四条判例法理
  - 1 「物理的侵入法理」から「プライバシーの合理的期待テスト」へ
  - 2 新技術環境の下での問題点
  - 3 第三者提供法理
  - 4 モザイク理論
- 四 *Carpenter v. United States* 連邦最高裁判決
  - 1 事件の経緯
  - 2 法廷意見
  - 3 反対意見 (以上、広島法学 44 巻 1 号)
- 五 プライバシーの合理的期待テストの今後
  - 1 解釈における多要素分析の導入
  - 2 解釈に財産を基礎とする (property-based) 考え方の取り入れ
  - 3 コモンロー法理の原点への立ち戻り
  - 4 代替案としての実定法モデル
- 六 結びに代えて (以上、本号)

## 五 プライバシーの合理的期待テストの今後

以下は、*Carpenter v. United States* 連邦最高裁判決の各裁判官の意見から、プライバシーの合理的期待テストの今後発展の方向性を検討する。

各裁判官のプライバシーの合理的テストそのものに対する態度は、次のように整理分類できる。

(一) 温存派：9人の裁判官のうち7人 (Roberts 長官、Ginsburg 裁判官、Breyer 裁判官、Sotomayor 裁判官、Kagan 裁判官、Kennedy 裁判官、Alito 裁

判官) が依然としてそれを修正四条の審査基準としている。ただ、前5人の裁判官と後2人の裁判官は異なった解釈適用方法を採用したため、違う判断結果が出た。前5人の裁判官(法廷意見)が採用した解釈適用方法は、Kennedy裁判官に「多要素分析(multifactor analysis)」<sup>(1)</sup>と呼ばれ、違憲の判断結果を導いた。後2人の裁判官(反対意見)、(Kennedy裁判官、Alito裁判官)は財産利益の有無を判断ポイントとし、合憲の判断結果を出した。

(二) 否定派:残りのThomas裁判官とGorsuch裁判官は(二人とも反対意見)プライバシーの合理的期待テストそのものを否定した。ただ、その代わりにどのような基準で修正四条の違反行為を審査すべきかについて両者の意見が大きく違った。Thomas裁判官は、修正四条の原文に基づいて審査すべきであると主張したのに対し、Gorsuch裁判官は、実定法の規定を根拠として審査すべきであると主張した。

本稿は、上記各裁判官の意見を裏で支える論拠及び今後のなりゆきについて順次分析してみる。

## 1 解釈における多要素分析の導入

プライバシーの合理的期待テストは、個人のプライバシー利益などと政府の効率的な法執行の遂行利益をいかに調整するかという難題を抱えており、比較衡量によって答えを見つけなければならないという宿命が与えられている。たとえ修正四条の「合理性条項」と「令状条項」の関係について、令状なしに行った捜索及び押収が原則不合理だと推定する連動説の立場に立つとしても、比較衡量によって合理性を判断するという厄介な問題は回避できな

---

(1) 138 S.Ct.2206, 2234 (2018). 法廷意見そのものは、本稿の四「Carpenter v. United States 連邦最高裁判決」の2「法廷意見」で引用した部分のように漫然と述べただけで、特に「多要素の分析」を明言しなかった。Kennedy裁判官が法廷意見の分析要素について「親密性、包括性、費用、遡及性及び任意性」という五点をまとめ、「多要素の分析(multifactor analysis)」と名付けた。

い。なぜならば、プライバシーの合理的期待テストを用いて、政府の行為が修正四条の捜索に該当するかどうかを判断する際に、既に前倒して、比較衡量による合理性の判断を行った。

連邦最高裁判官の立場からみれば、修正四条の趣旨に従い、公権力の濫用を警戒し、個人のプライバシー利益を保護すると同時に、政府の法執行に必要な権力を温存し、法執行現場の声を聞く必要もある。法執行官側の立場からみれば、たとえ権力規制を受けざるを得なくても、規制のルールつまり違法と合法の明確な境界線 (Bright Line Rule) を示してほしいという要望がある。そのため、従来のプライバシーの合理的期待テストの解釈適用において、第三者に渡していない情報／第三者に渡した情報、内容情報／外容情報、リアルタイム情報／保管情報などの分かりやすい分類によって、プライバシーの合理的期待の有無を容易に判断させる手法が採用されてきた。この手法は、予見可能性が高いというメリットがあり、法執行の現場に歓迎された。

ところが、前号で述べたとおり、電子情報技術の発展によって新たな問題が生じた。従来の手法だけでは情報社会の現状に対応しきれなくなり、修正四条による救済ができないケースが出てくる。

*Carpenter v. United States* 連邦最高裁判決の法廷意見は、まさにこの問題を意識して、やむを得ず「多要素の分析」を採用した。「多要素の分析」は事実上個別比較衡量手法 (ad hoc balancing) である。

個別比較衡量に関しては、一般的に言えば、個別具体的に事案に即して、いろいろな要素を考慮して、柔軟な判断を行い、より妥当な結論を得るといふメリットがある一方、他方において以下のような弱点がある。

(i) 個別事案に即し衡量すればするほど、裁判官の判断根拠となるルールの予見可能性が弱くなる。*Gorsuch* 裁判官がその反対意見で法廷意見を「無定形なものだ」<sup>(2)</sup> と酷評したのはまさにこの理由である。

---

(2) 138 S.Ct.2206, 2267 (2018).

(ii) 衡量対象となる各種の利益は必ずしも定量化できるわけではなく、その衡量過程も必ずしも透明性が高いものとはいえないので、恣意的な判断が生じる可能性が高い。例えば、基地局情報 vs 金融情報の比較衡量の場合。法廷意見は両者に雲泥の差があると判断した。これに対し、Kennedy 裁判官はその反対意見で「妥当ではない」<sup>(3)</sup>と批判した。彼の意見によれば、個人の動静は公共の場所で多く見られるので、その私的性質が必ずしも存在するわけではない。個人の銀行口座に関わる複数の情報からは、その個人の政治、宗教、病歴、家庭、性的関係などの情報を析出できるので、その合理的なプライバシー期待が存在しないとはいえない。銀行口座も、携帯電話も現在の社会生活に欠かせないものである。両者のプライバシー利益に関しては、大差が存在しないはずである。

上記の批判があったせいか、法廷意見は今後の第三者提供法理の解釈における「多要素分析」の拡大適用に慎重な姿勢を見せた。次の判決射程に関する論述からこの点を窺うことができる。「United States v. Miller 判決及び Smith v. Maryland 判決の適用を混乱させるのではなく、セキュリティカメラのような従来の監視技術や監視ツールに疑問を投げかけるのでもない」<sup>(4)</sup>。

とはいえ、本稿は、「多要素分析」が電子情報技術の発展現状に適する手法だと思う。ただ、前述した弱点を如何に改善し、より妥当な結論を導かせるかも重要である。恣意的な判断を減少させ予見可能性を向上させるために、プライバシー保護の立場から、電子情報技術の特徴を踏まえて、衡量に取り入れるべき対象要素を事前に析出するのは、その解決策の一つであると思う。

この問題に関しては、アメリカ学者の研究が参考に値する。Freiwald 教授らは、Carpenter v. United States 判決を素材とし、分析対象となる要素を次のように整理した<sup>(5)</sup>。

---

(3) 138 S.Ct.2206, 2234 (2018).

(4) 138 S.Ct.2206, 2220 (2018).

(ア) 監視手段の隠匿性 (hidden)。監視対象者が知らないうちに行われるので、実質上秘密監視に該当する。本来なら、公の監視より手続き上のハードルが高いはずなのに、実際にはそのハードルが低く、公の監視が付随する救済方法も欠いている<sup>(6)</sup>。

(イ) 監視期間の持続性 (continuous)。過去を遡って、個人の動きを追跡できる。理論上 5 年間の毎日の動静を把握することができる<sup>(7)</sup>。

(ウ) 監視対象の無差別性 (indiscriminate)。アメリカ全土の携帯電話の使用者が監視対象となる可能性があり、修正四条の令状の特定性の要件に反して証拠漁りとして使われるリスクがある<sup>(8)</sup>。

(エ) 私生活への侵入の可能性 (intrusive)。基地局位置情報から個人の家庭、政治、宗教、健康、職業、性的関係などの情報を析出することができる。このような監視方法は事実上、足首モニターのようなものである<sup>(9)</sup>。

(オ) 安い費用で効果的な監視結果を得るという便宜性 (Expense and efficiency)。従来の監視方法は時間、資源などの条件に制限されたが、現在の監視方法はこれらの条件に制限されず、容易に実施される<sup>(10)</sup>。

Freiwald 教授らは、上記の要素が備えれば、プライバシーへの合理的期待の侵害が成立し、修正四条に違反すると考えた。ただ、Freiwald 教授らが提示した要素がいずれも個人の位置情報の特徴を念頭に析出したもので、より一般的な電子情報技術に関わる場合は、以下の Henderson 教授の意見を参考することができる。

Henderson 教授は、早くも 2007 頃、第三者提供法理の適用を拒否したアメ

(5) Susan Freiwald & Stephen Smith, *The Carpenter Chronicle: A Near-Perfect Surveillance*, 132 Harv.L.Rev.221 (2018).

(6) *Id.* at 219.

(7) *Id.* at 219-220.

(8) *Id.* at 220.

(9) *Id.* at 220.

(10) *Id.* at 220-221.

リカ 11 州の州裁判所の判決を素材に、第三者が保有する情報にプライバシーの合理的期待テストの適用において、考慮すべき要素と、考慮すべきでない要素を以下のように整理した<sup>(11)</sup>。

考慮すべき要素一：開示目的。特に第三者への開示が社会参加に欠かせない場合は、政府による第三者からの個人情報のアクセスを制限する方向へ考慮すべきである。又、限定目的のための開示の場合は、その目的と無関係なアクセスについても、制限する方向へ考慮すべきである<sup>(12)</sup>。

考慮すべき要素二：情報の個人性 (personal nature)。第三者に保有された個人情報も保護の対象となるが、全部ではなく十分に個人性をもつ個人情報しか保護を受けない。例えば、第三者に提供された情報が氏名、住所などのような平凡な情報である場合は、政府のアクセスを規制しないが、氏名、住所以外の個人情報の場合は、規制すべきである。政府は、その探す個人情報の個人性が強ければ強いほど受けるべき規制が多い<sup>(13)</sup>。

考慮すべき要素三：政府がアクセスする情報が多ければ多いほど、検索目標 (target) の生活を深く洞察できる、集合処理によって得た情報がより個人的なものとなる。ただし、情報量の規制はいつも有効な手段ではない。政府が特定の者に関する大量な情報 (target-based) にアクセスする場合は、その政府行為に対し数量又は種類の規制を行うべきである。政府がある事件に係わる大量情報 (event-based) をアクセスする場合は、調査に必要な範囲にその量を規制すべきである。又、単なる数量で規制の程度を決めるのは無意義である。政府は数量規制を回避できる。ほかの適切な事実と合わせて考える

---

(11) Stephen Henderson, *Beyond the (Current) Fourth Amendment: Protecting Third-Party Information, Third Parties, and the Rest of Us Too*, 34 Pepp.L.Rev.975 (2007). 又、この論文は中山代志子「政府による間接的情報収集、特に第三者を通じた情報収集に関する米国法理—第三者理論 (Third Party Doctrine) と電子的監視をめぐる」『比較法学』49 巻 2 号 (2012 年) 140 頁で紹介されたことがある。

(12) Henderson, *supra* note 11, at 989.

(13) *Id.* at 993.

べきである<sup>(14)</sup>。

考慮すべき要素四：開示側の期待。個人の直感と経験だけで社会通念を説明するのは不十分である。裁判官は Slobogin 教授らの社会調査結果<sup>(15)</sup>を参考に、開示側の期待が社会通念に合うかどうかを判断すべきである。一般私人が常に合法的にアクセス可能であれば、公権力を規制する必要がない。公権力のアクセスの程度が私人のアクセスより徹底かつ深刻であれば、規制の方向へ働くべきである<sup>(16)</sup>。

考慮すべき要素五：第三者の認識。通常第三者が情報の秘密性を認識している場合は、政府のアクセスを規制する方向へ働くべきである。第三者が公権力の要望に従わなければならないという理由で情報の秘密性を考慮しないという推定を取るべきではない<sup>(17)</sup>。

考慮すべき要素六：実定法による秘密保護。法の欠如の有無が決定的な要素ではないが、制定法及びコモンロー上の秘密保護規定が存在する場合は、政府を規制する方向へ働くべきである。また、修正四条又は州法の類似規定の存在も無視できない<sup>(18)</sup>。

考慮すべき要素七：政府のニーズ。修正四条の合理性要件はプライバシーへの侵入性の程度と政府のニーズのバランスが取れることを求める。法執機関の意のままのアクセスは奨励してはならない。法執行機関は適法な政府機能のため必要であることを証明し、かつ司法権による事前審査を受けるべきである。たとえ政府は令状よりレベルの低い法的根拠（裁判所命令など）をもってアクセスする場合でも、立証責任を負うべきである。アクセス対象と

(14) *Id.* at 995.

(15) Christopher Slobogin & Joseph E. Schumacher, *Reasonable Expectations of Privacy and Autonomy in Fourth Amendment Cases: An Empirical Look at "Understandings Recognized and Permitted by Society"*, 42 Duke L.J.727 (1993).

(16) Henderson, *supra* note 11, at 999.

(17) *Id.* at 1005.

(18) *Id.* at 1006.

なる情報の特徴、範囲及び関連性などの事項は、政府の自由裁量に任せるべきではない<sup>(19)</sup>。

考慮すべき要素八：個人の記憶。政府が求める情報が保存された記録ではなく、証人の個人記憶である場合は、政府のアクセスを認める方向に働くが、警察が罪のない個人に私生活に関する乱暴な質問をすることまで無条件に認めるべきではない<sup>(20)</sup>。

考慮すべき要素九：社会規範と技術の変化。修正四条の合理性の要求は技術の進歩によって逡減すべきではない。開示意图がないにもかかわらず新技術によって捕捉されてしまった情報、および社会参加のため開示せざるを得ない情報は保護すべきである<sup>(21)</sup>。

考慮すべきでない要素一：情報の状態。情報が初期の状態にあるか第三者に加工された状態にあるかを問うべきではない。財産法の観点から情報の所有者が誰であるかも重要ではない。重要なのは政府のアクセスが開示側のプライバシーを不合理的に侵害するかどうかである<sup>(22)</sup>。

考慮すべきでない要素二：第三者のよき市民としての動機。良識がある第三者の警察への協力があるかどうかを考えるべきではない。良識がある第三者の協力動機をもって情報主体の修正四条の権利を否定できない<sup>(23)</sup>。

考慮すべきでない要素三：政府のアクセス方式。原則として、情報そのものが同じであれば、リアルタイムでのアクセスにせよ、その後の保存状態でのアクセスにせよ、そのプライバシーに対する侵入の程度の差は殆ど存在しない。そのため、両者を区別して、それぞれに令状要件、裁判所命令など異なる要件で規制すべきではない。アクセス方式によって修正四条の保護権益

---

(19) *Id.* at 1008.

(20) *Id.* at 1011.

(21) *Id.* at 1013.

(22) *Id.* at 1014.

(23) *Id.* at 1015.

を減損すべきではない<sup>(24)</sup>。

考慮すべきでない要素四：警察行為によって生じた予見。プライバシーの期待は警察行為によって影響されるべきではない。たとえ警察の監視用設備が至る所に設置され、警察の立場からみて監視対象としての個人のプライバシーの期待が無理だとしても、その個人のプライバシー期待は警察の予見によって消滅するわけではない<sup>(25)</sup>。

上記の諸要素について、本稿は考慮すべき要素二、四を除きほぼ賛同する。仮に Henderson 教授の見解を本件 FBI による基地局位置情報の入手行為の分析において用いれば、少なくともその FBI の行為には上記考慮すべき要素一、三、七、九及び考慮すべきでない要素一、三が含まれることがわかる。これらの要素いずれも公権力を規制すべき方向を示しており、本件法廷意見の結論と同じ結果を導くことができる。ただ、考慮すべき要素二、四に関しては、以下のような問題がある。

(i) 考慮すべき要素四で言及された開示側の期待（いわゆる情報主体の期待）が社会通念に合うかどうかを確認するための社会調査については、本稿の三「電子監視活動に関する従来修正四判例法理」の 2「新技術環境の下での問題点」部分で検討したように、実務上の実施困難度が高い。

(ii) 考慮すべき要素二で言及された「第三者に保有された個人情報も保護の対象となるが、全部ではなく十分に個人性をもつ個人情報のみ保護を受ける」に関しては、その個人性をもつ個人情報が実際に選別できるかどうか疑われる。この問題について、Freiwald 教授がかつて指摘したように、第三者（通信会社など）にとっては、提出前のある種（e.g., センシティブな内容情報など）の個人情報の選別作業に大変時間と人力が必要である。たとえば法執行機関が第三者に対しある種の個人情報を排除した後に提出するよう要請

---

(24) *Id.* at 1016.

(25) *Id.* at 1018.

しても、第三者は言われるまま行動することが考えにくく、多くの場合選別せず全部提出してしまう可能性がある<sup>(26)</sup>。

総じて、Henderson 教授が列挙した考慮すべき要素と考慮すべき要素は、上記 (i) (ii) の問題を除けば「多要素分析」において大いに活用できると思う。

## 2 解釈に財産を基礎とする (property-based) 考え方の取り入れ

アメリカの判例法理には「プライバシーの合理的期待 (reasonable expectation of privacy)」と類似する言葉——「プライバシーの正当な期待 (legitimate expectation of privacy)」がある。両者ともプライバシーの期待というフレーズをもつが、前者は、証拠排除の申出の内容の実質審査の際に多く用いられるが、後者は、証拠排除の申出の入り口段階である当事者適格 (standing) の審査において用いられる。

「財産を基礎とする考え方」とは法に認める財産的利益の有無を判断基準とするアプローチである。アメリカ連邦最高裁はプライバシーの正当な期待の解釈においては、「財産を基礎とする考え方」を用いてきた。例えば、Rakas v. Illinois 連邦最高裁判決<sup>(27)</sup>では、警察は強盗の通報を受け、疑いある車を停車させ、その車内から武器と薬きょうを発見した。これらの証拠に基いて、自家用車を運転している車の所有者とともに、同乗している Rakas を刑事提訴した。Rakas は修正四条を根拠に、警察の捜査行為によって収集した証拠について排除の申立を提起したが認められなかった。Rehnquist 裁判官が執筆した法廷意見は、Rakas がその捜査車両に対し、財産的利益又は占有利益を有せず、そのプライバシーへの正当な (legitimate) 期待を持たず、警察が入手した証拠について排除の申立を提起する資格 (standing) がないと判断した。

---

(26) Cf. Susan Freiwald, *Cell Phone Location Data and The Fourth Amendment: A Question of Law, Not Fact*, 70 Maryland L.Rev.717-718 (2011).

(27) 439 U.S. 128 (1978).

しかも、その注において、「法によるプライバシーの期待の正当化 (legitimation) は、修正四条以外の資源に頼り、不動産法、動産法 の概念か社会通念かを参照すべきである。…もちろん、修正四条に保護されるプライバシーの期待は、不動産若しくは動産におけるコモンロー上の利益又はこれらの利益への侵害を理由とする必要はない。…しかし、プライバシーの正当な期待が焦点である場合は、…財産概念の使用を完全に放棄していない…」<sup>(28)</sup> と記した。この注から、連邦最高裁は「プライバシーの合理的期待」と「プライバシーの正当な期待」に対する異なる態度を窺うことができる。

Katz v. United State 判決以来、連邦最高裁は、「プライバシーの合理的期待」に関する判断においては、修正四条以外の法的根拠、特に財産を基礎とする根拠に求めるのがほとんど消極的であった。今回の Carpenter v. United States 判決でも、同様に消極的な態度を見せた。法廷意見は「財産権は修正第四条違反の唯一の判断基準ではない…Katz v. United States 判決において我々が『修正四条の保護対象は人で、場所ではない』ことも確立した」<sup>(29)</sup> と述べた。

しかし、「プライバシーの合理的期待」と「プライバシーの正当な期待」を同じ流れをくむものだと考える学者がいる。例えば、Kerr 教授は、「ほとんどの場合は、プライバシーの合理的期待であるかどうかの判断の裏には『緩い』バージョンの不動産法理の概念 (a 'loose' version of real property law) に支えられている」<sup>(30)</sup> と言った。彼の考えによれば、Katz v. United State 判決<sup>(31)</sup> はまさに「厳格なコモンロー上の財産ルール (strict common law property rules)」から「緩い」バージョンの不動産法理への転換を示すものである。Katz のプライバシーの合理的な期待が認められるポイントのひとつは、Katz

(28) 439 U.S. 144 n.12 (1978).

(29) 138 S.Ct.2206, 2213 (2018).

(30) Orin S. Kerr, *The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution*, 102 Mich.L.Rev.809 (2004).

(31) 389 U.S. 347 (1967).

が公衆電話ボックスに入って、ドアを閉め、コインを投入したことにある。このことによって Katz はこの空間における排他的な権利 (the right to exclude) を持つようになり、他人に干渉されない合理的な期待が生じるわけである。その権益はホテルの利用客がその客室にいるときの権益と同じ性質のものである<sup>(32)</sup>。United States v. Miller 判決<sup>(33)</sup>におけるプライバシーの合理的期待が否認された根本的な理由も「財産を基礎とする考え方」で解説できる。一旦 Miller が第三者にその情報を開示したら、その情報に対する排他的権利を失い、修正四条の保護を放棄することになった。Smith v. Maryland 判決<sup>(34)</sup>も同様である。

Kennedy 裁判官が Carpenter v. United States 判決の反対意見で言った財産を基礎とする概念 (property-based concepts) は上記 Kerr 教授の考え方に非常に近い。Kennedy 裁判官は Rakas v. Illinois 判決<sup>(35)</sup>を引用して、財産を基礎とする概念 (property-based concepts) が「修正四条に保護されるプライバシー利益の有無を判断する際」の基本であると述べた<sup>(36)</sup>。その理由の第一は、他人に属するものと場所より自分に属するものと場所のほうがより大きなプライバシー期待をもつ。その理由の第二は、修正四条の保護もその条項の文言 (個人自分の身体、家屋、書類及び所有物) に拘束されなければならない<sup>(37)</sup>。

また、Kennedy 裁判官の Katz v. United State 判決<sup>(38)</sup>、United States v. Miller 判決<sup>(39)</sup>及び Smith v. Maryland 判決<sup>(40)</sup>に対する理解の仕方<sup>(41)</sup>も Kerr 教授とほ

(32) Kerr, *supra* note 30, at 822.

(33) 425 U.S.435 (1976).

(34) 442 U.S.735 (1979).

(35) 439 U.S.128 (1978).

(36) 138 S.Ct.2206, 2227 (2018).

(37) *Id.*

(38) 389 U.S.347 (1967).

(39) 425 U.S.435 (1976).

(40) 442 U.S.735 (1979).

ば一致している。Kennedy 裁判官はさらに一步踏み込んで、第三者提供法理が財産基礎概念上の権益を有しない者を修正四条の保護から排除するルールとして理解すべきであると主張した<sup>(42)</sup>。Carpenter v. United States 判決の彼の反対意見によれば、基地局位置情報は Carpenter の支配ではなく携帯電話会社の支配の下で置かれたものである。Carpenter は基地局位置情報に対し財産基礎概念上の権益を有しない。したがって、Carpenter のプライバシーの合理的な期待は認められない<sup>(43)</sup>。

留意すべきなのは、Kerr 教授と Kennedy 裁判官の財産概念の背後には、古典的、狭義的な財産権概念が流れている。つまり、土地の所有権に由来し、その排他的、支配的特徴を特に重要視するものである。

本稿は、財産を基礎とする考え方は今まで判例上確立してきた修正四条のプライバシー保護の範囲を狭めるおそれがあると思う。Kerr 教授も、この考え方が今まで判例法理で認められた職場における職員のプライバシー期待<sup>(44)</sup>について説明できないのを認めている<sup>(45)</sup>。

又、財産を基礎とする考え方は、電子情報技術の発展によってもたらされた新しい問題の対処には力不足に見える。Carpenter v. United States 判決の基地局位置情報のように他者に把握された個人情報に対し、情報主体がその個人情報に対する排他的、支配的な権益を持たないため、一律にプライバシーの合理的期待を認めないのが妥当ではない。これも今までの連邦最高裁が財産を基礎とする考え方に消極だった原因の一つであると思う。

もっとも財産も多義性を持つ概念である。上記 Kerr 教授、Kennedy 裁判官

(41) 138 S.Ct.2206, 2227 (2018).

(42) *Id.*

(43) *Id.*

(44) O'Connor v. Ortega, 480 U.S. 709 (1987). 連邦最高裁は、職員のワークスペースが同僚又は一般に公開されないのがオフィスの慣行となったことを理由に、そのプライバシーの合理的期待を認めた。

(45) Kerr, *supra* note 30, at 814 ~ 815.

が考えた財産の概念のほか、財産が「棒の束」と暗喩され、各種の利益が絡み合う集合体で、個別断片的な財産でも複数の独立した法律関係が成り立ち、人が束の中の他の棒との関係から独立して、一つの棒を所有又は処分することができるという「利益の束」(bundle of interests)との考え方<sup>(46)</sup>もある。この考え方によれば、財産に対する完全な所有権又は排他的なコントロール権を有しなくても、その財産的権益が認められる。したがって、基地局位置情報の場合は、連邦通信法に定める「顧客の独自のネットワーク情報」の一種として、顧客に訪問権及び一定の使用コントロール権が与えられているので、この種の情報がたとえ携帯電話会社の保管に置かれても、顧客としての個人は、この種の情報に対し財産的権益を有するので、そのプライバシーの合理的期待も認められるわけである。

「利益の束」の捉え方は、知的財産権の分野でよく見られるが、個人情報保護の問題の対処に、これを取り入れる学者は少ない。今回の *Carpenter v. United States* 判決にかかわる九人の裁判官のうち、Gorsuch 裁判官だけは「利益の束」の捉え方に近い考え方を持っているように見える<sup>(47)</sup>。

### 3 コモンロー法理の原点への立ち戻り

アメリカ連邦最高裁の裁判官のなかで、故 Scalia 裁判官及び Thomas 裁判官は、修正四条の不合理的な搜索から守られる利益が、修正四条の制定当時の歴史背景(財産の安全確保のため)及び文言(保護対象が個人の身体と三種類の財産「家屋、書類及び所持品」)に基づいて理解しなければならないと主張した。つまり、修正四条の制定当時のコモンロー法理の原点(個人所有財産の安全確保の目的)に立ち戻って判断すべきという考え方である。

たとえば、*United States v. Jones* 判決において Scalia 裁判官が執筆した法廷

---

(46) Paul M. Schwartz, *Property, Privacy, and Personal Data*, 117 Harv.L. Rev.2055 (2004).

(47) 138 S.Ct.2206, 2261-2272 (2018). Gorsuch 裁判官の具体的な考え方について、本稿四「*Carpenter v. United States* 連邦最高裁判決」の3「反対意見」④を参照。

意見は、「修正四条の文言は、財産権法理と緊密に関係している。もし関係がなかったら『不合理な搜索差押に対して安全が保障されなければならない』だけの規定になってしまい、『身体、家屋、書類及び所持品』の文言は、表層的な意味しかもたなかっただろう」<sup>(48)</sup>と述べ、警察の GPS 設置及び操作行為が Jones が使用する車（所持品）に対するコモンロー上の不法侵入（common law trespassory）となり、修正四条にいう「搜索」に該当すると判断した<sup>(49)</sup>。

ちなみに、Scalia 裁判官は、コモンロー上の不法侵入法理とプライバシーの合理的期待テストの関係について、後者は前者の追加（add to）であって、前者を取り替えるものではないと説明した。United States v. Jones 判決においては、コモンロー上の不法侵入法理だけで解決できるので、プライバシーの合理的期待テストを持ち出す必要がないと説いた<sup>(50)</sup>。

Thomas 裁判官の態度は、Scalia 裁判官より厳しくみえる。彼は原意主義的な立場から、Carpenter v. United States 判決の反対意見において、プライバシーという言葉が修正四条の文言に存在せず、プライバシーの合理的な期待テストは立法の不備のため一時的に使用する政策道具に過ぎず、修正四条にかかわる判断において取り入れるべきでないと断言した<sup>(51)</sup>。彼の見解によれば、プライバシーの保護はあくまでも財産の安全確保の実現に伴う付随的な結果にすぎない。この付随的結果だけでプライバシーの合理的期待テストの正当性を支えることができず<sup>(52)</sup>、修正四条の制定当時のコモンロー法理の原点に立ち戻り理解すべきである。当時のコモンロー法理によれば、政府が裁判所命令をもって第三者に書類の提出を求める行為は搜索に該当しなかった。政府の第三者入の召喚権に関する規制もなかった<sup>(53)</sup>。

---

(48) 565 U.S. 400, 404 (2012).

(49) 565 U.S. 400, 403 (2012).

(50) 565 U.S. 400, 407 (2012).

(51) 138 S.Ct.2206, 2237, 2244 (2018).

(52) 138 S.Ct.2206, 2237, 2240 (2018).

しかし、現代情報社会の問題の処理にあたって、古いコモンロー法理の原点から修正四条の保護範囲を検討するという考え方がどこまで通用できるかという疑問がある<sup>(54)</sup>。コモンロー上の不法侵入法理は、物理的な侵入を特徴とする。ところが、現代の電子情報技術を使えば、物理的な侵入の外見がなくても、過去の物理的な侵入手段より深く個人の私生活を探知することができる。この法理に従えば、殆どの電子監視手法が不法侵入に該当せず、憲法四条の規制を受ける必要がないという不都合な結果が生じる。修正四条の保護範囲はさらに縮小してしまうという懸念がある。

#### 4 代替案としての実定法モデル

アメリカでは、プライバシーの合理的期待テストを放擲し、新たな修正四条の解釈論をとるべきであると主張する学者がいる。例えば、Daniel. J. Solove 教授は、「プライバシーの合理的期待テストは、単に修繕が必要であるのみならず、消えてゆく運命にある」とまで言った<sup>(55)</sup>。

ついに、2016年、Baude 教授と Stern 教授は、プライバシーの合理的期待テストの全面的な代替案として、以下のように、実定法モデル (Positive law model) を提案した<sup>(56)</sup>。

(ア) 修正四条の保護法益は、プライバシーに関する感性を抽象的に探求するのではなく、その背後にある実定法 (positive law) に定着すべきである。この実定法は議会制定法か行政立法か判例法かを問わず、連邦法か州法かを問わず、公法か私法かを問わず、財産法、プライバシー不法行為法、消費者法、

---

(53) 138 S.Ct.2206, 2245 (2018).

(54) Alito 裁判官も United States v. Jones 判決の同調意見で同様な疑問を提示したことがある。565 U.S. 400, 426 (2012).

(55) ダニエル・J・ソロブ (赤坂亮太ほか訳) 『プライバシーなんていらない! ?』(勁草書房、2017) 131 頁。

(56) William Baude & James Y. Stern, *The Positive Law Model of the Fourth Amendment*, 129 Harv.L.Rev. 1821 (2016).

盗聴に関する一連の立法、ストーカー禁止法及びその他私的部門に適用する法などを含む<sup>(57)</sup>。

(イ) 実定法モデルは修正四条の審査の最初のステップである。この段階では、民間関係者の行為を照準して政府関係者の行為の違法性を判断する。つまり、実定法の下で、同様な場面における民間関係者の行為が適法であれば、政府関係者の行為も適法とする<sup>(58)</sup>。もし民間関係者の行為が違法であれば、政府関係者の行為も違法である可能性が高いので、修正四条に照して審査する必要がある。後者の場合は、仮に実定法上専ら政府関係者のため設けられた民間関係者が適用できない除外条項が存在しても、政府関係者の行為は修正四条の審査を免れない<sup>(59)</sup>。

(ウ) 第三者に提供された個人情報の場合は、政府の強制開示の指示によるものか、第三者が任意開示したものかを区別して対処する<sup>(60)</sup>。

第三者の任意開示の場合は、修正四条の審査の必要がない。政府の強制開示の指示による開示の場合は、修正四条の審査の引き金となる可能性が高い。

(57) *Id.* at 1823, 1833.

(58) *Id.* at 1867. 論文の著者は *Florida v. Riley* 訴訟 (488 U.S. 445) を例として次のように説明した。連邦航空局は飛行安全のため、飛行機が海拔 500 メートルを下回る高度で飛行してはならないというルールを作ったが、ヘリコプターの飛行高度について特に規制していない。民間関係者のヘリコプターでも、警察のヘリコプターでも、500 メートル以下の高度での飛行が合法的ある。したがって、警察がヘリコプターを使い 400 メートルの上空から視察することは飛行高度のルールに違反していない。このような場合は、修正四条を持ち出し、警察の行為を審査する必要がない。

(59) *Id.* at 1831. 論文の著者は次のように説明した。「あらゆる種類の適用免除は、いろいろな方法で政府役人の権利濫用と繋がる可能性がある。…政府の立場が通常の民間関係者の立場に類似しているほど、その行動が憲法上の懸念を生み出すことが少なくなる。修正四条の基本構造の下では、その適用免除を無条件的に禁止することではなく、その不当な行使を禁じることを意味する。政府が個別のケースにおいて the positive law の適用が免除された場合は、修正四条による審査が必要である。」

(60) *Baude & Stern, supra note 56, at 1873-1874.*

たとえば、基地局情報の場合。ECPA によれば、通信業者は守秘義務があるので、本人の同意がなければ第三者に基地局情報を含むその通信記録を提供してはならない。ただし、政府が令状以外の法的根拠を持って情報を求める場合を除く。実定法モデルの下では、このような政府のための但し書きが、間違いなく修正四条の審査を受けることになる<sup>(61)</sup>。

ただ、政府が第三者にそうするよう誘導する場合、その圧力が公に行われていないため、任意か否かの判断が困難となる。これは実定法モデルの適用上の難点の一つであるが、致命的な問題ではない<sup>(62)</sup>。

(エ) 一旦修正四条の審査が引きおこされたら、次のステップは搜索の合理性に関する審査である。ただ、Baude 教授らは合理性の審査について、深く触れず「何らかの形の厳密な司法審査が要求されると主張する——それが令状要件か、見直し論者の合理性の要求 (revisionist reasonableness requirement) か、またはその他のものであるかを問わない」<sup>(63)</sup> との言及にとどまった。

Baude 教授らは自分の発想について、「過激的で…、多くの裁判官に直感的に拒否反応を起こさせるだろう」と予測した一方、他方において「プライバシーの合理的期待テストより明快で、修正四条のモザイク理論のような線引きの難題を回避でき、…予測可能性が高く、捜査技術の絶えざる変化に適応できるとのメリットもある」と自賛した<sup>(64)</sup>。これに対し、Re 教授は以下のように批判した。

i) 中途半端な解決法。実定法モデルは、政府関係者の行為が修正四条にいう搜索に該当するかどうかという問題について審査できるが、その搜索の

---

(61) *Id.* at 1875.

(62) *Id.* at 1879-1880.

(63) *Id.* at 1832.

(64) William Baude, *Carpenter v. United States and the positive law model*, *The Washington Post* (2017.11.21), <https://www.washingtonpost.com/news/volokhconspiracy/wp/2017/11/21/carpenter-v-united-states-and-the-positive-law-model/>, (last visited Mar, 30,2020).

合理性の問題について何の答えもできない。しかし、後者はまさに実務上避けがたい難題である<sup>(65)</sup>。

ii) 政府がもつ特別能力 (special capabilities)、目標の達成動機 (incentives) 及び社会的な役割 (social role) は民間関係者が有しないものである。実定法モデルの下では、政府関係者の行為の違法性の判断が同様な環境の下での民間関係者の行為に照準して行われるが、両者の類似性が完全ではないので、類比判断困難などの不都合な場合も生じうる<sup>(66)</sup>。

iii) 政治利用などの副作用がある。例えば、民間を対象とする立法規制を緩和させ、遅らせることによって、政府を対象とする規制の空白を作り出すことが可能である。また、立法過程において少数者、弱者の利益が無視される可能性もある<sup>(67)</sup>。

そして Re 教授は実定法モデルの修正バージョンとして実定法フロア (The positive law floor) 理論を提案した。その概要は以下のようである。

裁判所は一応、民間関係者を適用対象とするプライバシー法を、修正四条の不合理な搜索の禁止規定の仮のフロアとすることができる。民間関係者の行為が法規制上のプライバシー侵害に該当する場合、政府関係者の同様な行為は不合理な搜索と推定する。ただ、もし政府関係者 (警察) が捜査相手に関する特定の容疑を十分に把握したとき、その推定は覆される。もし政府関係者 (警察) が単なる勘であるいは気まぐれにやった場合は、不合理な搜索と認定する<sup>(68)</sup>。

政府関係者 (警察) が第三者から情報主体の個人情報入手する場合は、裁判所は、情報主体と第三者の間に契約関係が存在するという理由で、政府関係者 (警察) の入手行為が不合理的な搜索と一応推定する。これによって

---

(65) Richard M.Re, *The positive law floor*, 129 Harv.L.Rev.F.317 (2016).

(66) *Id.* at 326.

(67) *Id.* at 328.

(68) *Id.* at 333.

第三者提供法理の適用を排除できる<sup>(69)</sup>。

Re 教授は、Baude 教授らと異なり、実定法フロア理論がプライバシーの合理的期待テストを完全に代替するものと思わなかった。両者の関係に関しては、前者が後者に追加するもので、プライバシーの合理的期待テストの存在がやはり必要であると強調した。

連邦最高裁の Gorsuch 裁判官は、Carpenter v. United States 判決の反対意見で実定法モデルを支持した。彼は、裁判官が社会におけるプライバシーの期待を憶測するより、実定法に依拠したほうがよい<sup>(70)</sup>と主張し、その適用ポイントを次のように示した。(ア) 情報主体の利益は、必ずしも第三者が情報主体の書類や所有物を所有する事実又はアクセス可能の事実によって否定されない<sup>(71)</sup>；(イ) Kennedy 裁判官の見解と異なり、修正四条の権利主張には財産に対する完全な所有権又は排他的なコントロール権が必ずしも必要条件ではない<sup>(72)</sup>；(ウ) 実定法、特に一部の州法が進化しつつある情報技術のため、有形そして無形物の権利を創出することによって、解決法を提供しており、参考に値する<sup>(73)</sup>；(エ) 実定法が修正四条の権益を否定するというリスクがある。それを防ぐため、Ex Parte Jackson<sup>(74)</sup> 判決を参考に、修正四条の権利が縮減されないよう「憲法上的下限 (constitutional floor)」を設ける必要がある<sup>(75)</sup>；(オ) 修正四条の規制を回避するために、実定法で令状より緩い裁判所命令を要件として定める可能性もある。その対処方法として、上記「憲法上的下限」を明確させるほか、修正五条の self-incriminations 禁止規定の適用も考えられる<sup>(76)</sup>。

---

(69) *Id.* at 336.

(70) 138 S.Ct.2206, 2267-2268 (2018).

(71) 138 S.Ct.2206, 2268 (2018).

(72) 138 S.Ct.2206, 2269 (2018).

(73) 138 S.Ct.2206, 2270 (2018).

(74) 96 U.S. 727 (1877).

(75) 138 S.Ct.2206, 2270-2271 (2018).

Gorsuch 裁判官は修正 4 条の解釈に新しい風をもたらした。しかし、ほかの裁判官は、この新しい解釈に対し明確な賛同を表明しなかった。Gorsuch 裁判官の意見はどこまで通用できるか不明である。

## 六 結びに代えて

判決結果からみれば、Carpenter v. United States 判決は、直ちに ECPA の関係規定を憲法違反としないものの、基地局位置情報の取得において搜索令状が必要であることを明確にした。この連邦最高裁の判断のおかげで ECPA の一つの構造上の問題はとりあえず解決できた。しかし、ECPA の抜本的な改正が依然として必要で、それを実現するにはまだ相当時間がかかりそうである。

この時代に遅れた連邦立法と対照的に、近年カリフォルニア州議会の立法は、相当先行している<sup>(77)</sup>。2015 年、California Electronic Communications Privacy Act (CalECPA、カリフォルニア版 ECPA 法と呼ばれる)は改正された。改正後の条文によれば、生命健康を脅かす緊急状況を除いて、犯罪捜査のため州の政府部門が保管状態の電子コミュニケーション情報 (“electronic communication information”) 又は電子設備情報 (“electronic device information”) を強制入手する場合は、一律に令状を必要とする<sup>(78)</sup>。又、州の政府部門は、情報主体に通知する義務がある<sup>(79)</sup>。州の政府部門による違法入手の場合、情報主体は違法収集証拠の排除の申立を提起することができる<sup>(80)</sup>。

CalECPA は従来の内容／外容の分類法及び第三者法理を採用しなかった。CalECPA に規定する「電子コミュニケーション情報」とは、電子コミュニケー

(76) 138 S.Ct.2206, 2271 (2018).

(77) Susan Freiwald, *At the Privacy Vanguard: California's Electronic Communication Privacy Act (CalECPA)*, 33 Berkeley Technology Law Journal, No.1 (2018).

(78) Cal. Code, Pen. Code § 1546.1(b).

(79) Cal. Code, Pen. Code § 1546.2.

(80) Cal. Code, Pen. Code § 1546.4.

ション又は電子コミュニケーション・サービスの利用に関する情報をいい、コンテンツ情報データ、発信者、受取者、フォーマット、通信中の発信者・受取者の所在点、コミュニケーションの作成・送付・受取の時間・日付、又はコミュニケーションに参加したあらゆる者若しくは設備に関連するあらゆる情報、例えば IP アドレスを含むが、その限りではない<sup>(81)</sup>。

CalECPA に規定する「電子設備情報」とは、電子設備に蓄積された情報又は電子設備の作動によって生じたあらゆる情報をいい、設備の過去又は現在の所在地の情報を含む。例えば、設備に蓄積された e-mail、テキストメッセージ及び所在地データ、クラウドに蓄積された情報などが含まれる<sup>(82)</sup>。

従って、「電子コミュニケーション情報」のなかの「通信中の発信者・受取者の所在地情報」としてのリアルタイム基地局位置情報は、コンテンツ情報と同様に扱われている。携帯電話会社に保管された基地局位置情報は、「電子設備情報」の一種として、蓄積先が第三者の電子設備か、自分の電子設備かを問わず、一律に扱われる。州の政府部門は必ず令状に基づいて携帯電話会社に保管された基地局位置情報の開示を求めなければならない。しかも、求める情報の範囲及びこれらの情報が使われる調査活動の性質などの事項も情報主体に告知しなければならない。

そのほか、CalECPA に定める令状の要件も注目に値する。修正四条後段は令状の特定性要件について、「搜索される場所及び逮捕・押収される人又は物を特定して記述するものでなければ」ならないと書いてある。しかし、この特定性要件は電子設備の蓄積能力の増強によって事実上弱体化してしまった。物理的搜索の時代では、令状による場所、物の特定で警察の権力濫用を規制できたが、情報社会の時代では、このようなやり方は効かなくなった。普通の家でも、携帯電話、パソコンなど複数の電子設備がある。一つの電子

---

(81) Cal. Code, Pen. Code § 1546(d).

(82) Cal. Code, Pen. Code § 1546(g).

設備（例えば携帯電話）でもたくさんの情報が保存できる。たとえある種の電子設備の搜索令状、修正四条の文字通り特定の場所、物を明確に書いたとしても、搜索対象となる特定が範囲の情報を書かなければ、実質上何の特定もない一般令状（general warrant）のようなもので、その設備に保存された全部の情報（搜索と無関係のものを含む）をとるのが可能で、修正四条の趣旨に反する疑いがある<sup>(83)</sup>。CalECPA はまさにこの問題を念頭に、搜索令状について、「令状は、押収対象となる特定期間範囲内の情報の特徴とともに、対象者の個人又はアカウント、アプリケーション又はサービス、および求められる情報の種類を適切かつ合理的に説明しなければならない」<sup>(84)</sup> という規制を加えた。

CalECPA の適用対象は、カリフォルニア州の法執行官に限る。ECPA の規制は CalECPA の規制と比べて、本当に弱弱いものであることは明らかである。しかし、現時点では、連邦議会がこの CalECPA を参照し、ECPA に対する大幅な改正立法を行うかどうか不明である<sup>(85)</sup>。

立法が不備な場合はやはり連邦最高裁の判決に頼らざるを得ない。Carpenter v. United States 連邦最高裁判決の法廷意見は、プライバシーの合理的期待テストの解釈、特に第三者提供法理の適用について従来と違い、一律に認めないという姿勢を明確に示した。この点は非常に評価できると思う。学者らはこの判断を連邦レベルの電子情報技術に関するルールの改革の引き金として期待している<sup>(86)</sup>。

---

(83) Orin Kerr, *Executing Warrants for Digital Evidence: The Case for Use Restrictions on Nonresponsive Data*, 48 TEX. TECH. L. R. 1, 1 (Fall 2015).

(84) Cal. Code, Pen. Code § 1546.1(d)(1).

(85) Susan Freiwald, *California's Electronic Communications Privacy Act (CalECPA): A Case Study in Legislative Regulation of Surveillance*, *The Cambridge Handbook of Surveillance Law*, David Gray ed. Stephen E. Henderson ed, Cambridge University Press, at 641 (2017).

(86) *Id.*

本稿で述べたプライバシーの合理的期待に関するアメリカの判例、学説は、日本にも大いに参考にできると思う。日本では憲法上のプライバシーの権利に関して、自己情報コントロール権説が通説として、修正四条と一脈相通じる日本国憲法三十五条ではなく十三条を根拠として論じられてきた。日本の自己情報コントロール権説とアメリカのプライバシー合理的期待テスト法理の関係について、次のような観点がある。「極めて親和的で」「自己情報コントロール説は、実質的に、『自己情報のコントロール』という側面に関するプライバシーの合理的な期待を前提とする考え方に等しいと考えられる。」<sup>(87)</sup>

本稿は、上記の考えに同感する。そして、現在の高度情報技術の発展の背景の下で、日本の自己情報コントロール権説も、アメリカのプライバシー合理的期待法理と同様に理論的な限界に達したと感じた。

日本の自己情報コントロール権説は、自己情報を二層に分けて、コントロールの程度も二分している。個人の意思に反して接触を強要し、その人の道徳的自律にかかわる情報（固有情報）を取得・利用し、対外的に開示することが原則的に禁止される。個人の道徳的自律の存在に直接にかかわらない外的事項に関する情報（外延情報）については、正当な目的のために、正当な方法を通じて他者がこれを取得・保有・利用しても、直ちにはプライバシーの権利侵害とはいえない。ただし、悪用又は多量に集積する場合、個人の道徳的自律の存在に影響を及ぼすリスクがある<sup>(88)</sup>。

これに対して、次のような指摘がある。「自己情報コントロール権説が、『データ・バンク社会の問題をも視野に入れた包括的定義』であることを自覚しつつも、実際にはこの問題を捉えきれないのは当然である。…このことは、

---

(87) 海野敦史「プライバシーの合理的な期待」の法理の限界からみた監視型情報の収集との関係における憲法上のプライバシー保護のあり方」情報通信学会誌第36巻4号67頁（2018）。

(88) 佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院、1995）453頁、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011）182頁。

個人情報とその性質に基づいて峻別し、保護の程度に本質的な差を設けている点に現れる…。高度情報化社会においては、情報の保存・検索・連結・解析が技術的・費用的に容易となり、氏名・住所・生年月日など、それ自体単純な個人情報が重要な意味を持つはずであるが、(フリード=佐藤)流の自己情報コントロール権説では、人間関係の形成にとって直接的な影響を及ぼす情報のみが『プライバシー固有情報』として本来的に保護され、上述のような単純情報は『プライバシー外延情報』として二次的・手段的にしか保護されないのである<sup>(89)</sup>。

本稿は今回のアメリカのプライバシーの合理的期待に関する州立法判例及び学説の流れの変化が、日本の自己情報コントロール権説にとって再考を迫る良い契機ではないかと思う。固有情報と外延情報の分類は、実はアメリカ法上の内容情報と外容情報の分類と共通する問題点がある。つまり、高度の情報技術、とくにビックデータ技術が発達した環境の下では、外延情報からも固有情報を析出できるので、このような分類の意義が段々なくなっている。また、多量に集積する場合のリスクを論じる際にも、前号で述べたモザイク理論と同様、避けられない線引きの問題が存在する。自己情報コントロール権説も技術の進歩、社会状況の変化に応じて変容する必要がある。個人情報の性質分類のみならず、入手方法の便宜性・隠匿性なども問題視し、多要素を分析することは、*Carpenter v. United States* 連邦最高裁判決から得る大きな示唆ではないか。

---

(89) 山本龍彦『プライバシーの権利を考える』(信山社、2017) 6頁。