

II

警察による情報保管・データベース化の「法律」的統制について

「出ていっちやいけな。君は捕まってるんだ」。

「そうらしいな」と、Kが言った。「でも、なぜなんだ」と、さらにたずねた。

「わけを話せとは言われていない。部屋に戻って、待つんだ。手続きはもう開始されてる。そのうちすべてを知ることになるだろう」。

——カフカ『訴訟』¹⁾

I データベース問題——序論に代えて

情報技術の劇的な発展によって、国家機関が、とりわけ警察が、市民の様々な情報を収集し、保管するために要するコストはきわめて低いものとなった。技術的に、情報は、ほぼ無制約に集積・統合されうる。無論、捜査機関としては、そのような技術を使わない手はない。コストが低くなれば、いづれ意味をなすであろう情報をできるだけ多く手元に残しておく、将来の犯罪捜査や予防に役立てたいと考えるのは、「個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当ることをもつてその責務とする」警察²⁾として、むしろ自然なことであろう。しかし、この、きわめて自然な——しかも、それ自体は善なる——願望を、自然のまま認めめることはできない。

警察によって、自己に関するどのような情報が、どの程度保管されているのか、また、それらがどのように結びつけられ、どのように解析・評価されているのかわからない状態——情報システムの“ブラックボックス化”——は、我々を無力化し、その行動を萎縮させるからである。《私》の、

1) カフカ（丘沢静也訳）『訴訟』（光文社、2009年）12頁。

2) 警察法2条1項参照。

ありとあらゆる情報を保有している (かもしれない) 「権力」——官僚制——の前で、《私》が、「人格的自律の存在」³⁾として立ち振る舞うことは難しい。また、実質的統制を欠いた情報保管ないしデータベース化によって、《私》が、ある特定のアルゴリズムによって情報分析された結果としての《私》によって逆規定されるという事態も起きうる⁴⁾ (「パターン基底的検索 (pattern-based search)」⁵⁾、「パターン基底的データ解析 (pattern-based data mining)」⁶⁾とも呼ばれる [現在では「プロファイリング」と呼ぶのが一般的であろう。本書06章])。犯罪に手を染めた訳ではないのに、「信頼できるアルゴリズムによって、あなたの情報を客観的に解析した結果、あなたは〇〇という罪を犯す傾向 (disposition) をもっている」と評価され、否応なく警察による捜査・予防の標的とされる、という事態も想定される (かかる解析は、チェザーレ・ロンゾローゾの生来性犯罪人説⁷⁾より科学的・経験的でありうるだけに、《私》はその定義=《私》から逃れづらい)。さらに、そもそも保管されている情報が不正確であったり、プログラムやアルゴリズムが歪んだものでもあれば、検索の結果はじき出された《私》自体が歪んだものとなり、それによってまったく理由のない逮捕や標的化がなされることも考えられる (情報システムが複雑化し、かつブラックボックス化している、この過誤がどの時点で生じたのかさえわからなくなる)。さらに、濫用の危険の高い脆弱なシステムによって、《私》が捏造されるという事態も起こりえよう (ブラックボックス化している

3) 憲法13条の趣旨として、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂, 2011年) 121頁。

4) この問題については、安岡寛道編『ビッグデータ時代のライフログ』(東洋経済新報社, 2012年) 198頁 (山本龍彦執筆)。

5) Fred H. Cate, *Government Data Mining: The Need for a Legal Framework*, 43 HARV. C. R. -C. L. L. REV. 435, 438 (2008)。

6) Ira S. Rubenstein, Ronald D. Lee, & Paul M. Schwartz, *Data Mining and Internet Profiling: Emerging Regulatory and Technological Approaches*, 75 U. CHI. L. REV. 261, 262-263 (2008)。ここでは、「パターン基底的データ解析」は、「政府の捜査官が、不埒な個人またはテロ計画者の諸活動および潜在的特徴に関する仮定的モデルを発展させること」と定義される。これは、法執行機関が、既に犯行を行ったとされる特定被疑者に関する情報を収集する「主体基底的検索 (subject-based search)」と区別される。

7) 井田良『基礎から学ぶ刑事法 (第4版)』(有斐閣, 2010年) 18-19頁, 長尾龍一『法学に遊ぶ』(日本評論社, 1992年) 88頁以下などを参照。

と、《私》や第三者が、この濫用を突きとめることも難しい)。かくして想定されるのは、冒頭で挙げたカフカ『審判』(訴訟)の世界である。すなわち、主人公ヨゼフ・Kが不幸にも遭遇した、不条理な逮捕および訴訟という「泥沼 (morass)」⁸⁾が現実化するような世界である⁹⁾。この世界において我々は、「泥沼」に足を踏み入れないために、自らの情報を収集・保存・解析されるリスクのある行動、言いかえれば、茫漠とした情報システムに組み込まれる可能性のある行動を慎み、おとなしくしていることが予想される。これが、「自由」や「民主主義」に与える影響は、決して小さくないであろう (プライバシー権との関連については後述する)。

このように考えると、国家機関、とりわけ警察による情報の保管ないしデータベースの構築・運用を法的に統制し、そのブラックボックス化——聖域化——を防ぐことが肝要であるように思われる。しかし、現在のところ、警察による「データベース登録に関して、特別の法的な規定はない」¹⁰⁾。もちろん、行政機関個人情報保護法の一般的な制約を受けるが、犯罪捜査を目的として行われる個人情報やとり (本人開示・訂正・利用停止、情報の結合¹¹⁾等) や、体系的な情報保管については、きわめて多くの例外が認められ

8) Erin Murphy, *Database, Doctrine & Constitutional Criminal Procedure*, 37 FORDHAM URB. L. J. 803, 830 (2010)。

9) See Daniel J. Solove, *The Digital Person*, New York University Press, 36-42 (2004)。なお、辻理訳の『審判』(岩波書店, 1966年)の帯には、以下のように書かれている。「なぜ裁判に巻き込まれることになったのか、何の裁判かも彼 (ヨゼフ・K) には全く訳がわからぬ。そして次第に彼はどのようにもなない境地に追いこまれていく。全体をおおう得体の知れない不安。カフカ (1883-1924) はこの作品によって現代人の孤独と不安と絶望の形而上学を提示したものだといえよう」。

10) 田村正博『全訂 警察行政法解説』(東京法令出版, 2011年) 318頁。

11) 行政機関個人情報保護法8条2項によれば、いわゆる目的外利用が認められるのは、法令の規定に基づく場合または本人の同意に基づく場合のほかは、「行政機関が法令定める所掌事務の遂行に必要な限度で保有個人情報を利用して利用する場合であって、当該保有個人情報を利用してすることについて相当な理由のあるとき」に限られる。ここで、「相当な理由」とは、「社会通念上、客観的にみて、例外取扱いを認めるだけの合理的理由があることを意味する」とされるが (田村・前掲注10) 316頁)、この判断は、結局、行政機関の長 (警察庁の場合は警察庁長官) に委ねられている (この点、同規定が目的外利用の実質的制約となっているかは議論の余地がある)。また、田村・同上は、「ほかの目的で得られた情報を犯罪捜査に用いる場合には、刑事訴訟法の規定に基づく照会へ

ている。例えば、行政機関が個人情報データベース化している場合は、通常、総務大臣への事前通知や公表が義務づけられているが、犯罪捜査目的のファイルはこうした通知等の対象外とされている¹²⁾。また、既に04章で指摘したとおり、警察による情報実務を扱ったこれまでの裁判例も、「情報取得時のインパクトを重視し、もっぱら情報取得の正当性に神経を集中させる」、「取得時中心主義」を採用し、取得された後の情報の大規模かつ組織的な保管やデータベース化したといった現代的問題に特段の注意を払ってこなかった¹³⁾。例えば、警察によるテレビカメラ撮影の合憲性を争った山谷テレビカメラ事件判決¹⁴⁾では、かかる撮影が「録画」を伴うものであったにもかかわらず、その審査を「取得」（撮影）場面に限定し、取得後の利用や保管のあり方を問題にすることがなかった。このような裁判所の態度は、警察保有の指紋データベースやDNA型データベースを、指紋（情報）や

の回答として行われる限り、法令に基づくものであって、相当な理由や本人等の権利の不当侵害のおそれといったことを判断しないで提供すべき」とし、「運転免許データベースを交通違反以外の犯罪捜査のために、刑事訴訟法の規定に基づく照会への回答として提供するの、これに当たるとしては、ここでもその内部的なやりとりが実質的にチェックされるかは疑問である。もともと、田村・同上は、「ほかの個人情報ファイルとオンライン結合することについては、個別の規定はないものの、本人又は第三者の権利利益を不当に侵害するおそれがないことや、相当な理由があることについて、一層厳密な判断が求められる」としている。

12) 行政機関個人情報保護法10条2項参照。

13) 山本龍彦「警察による情報の収集・保存と憲法」警察学論集63巻8号（2010年）112頁（本書04章）。さらに、星周一郎『防犯カメラと刑事手続』（弘文堂、2012年）81頁。眞原隆志「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「講座憲法の規範力4 憲法とメディア法」（信山社、2015年）247頁。ジョージワシントン大学のオリン・カーも以下のように述べている。「かつて法は、もっぱらデータベースが創造されるかということに照準して、監視（surveillance）を規制しようとしてきた。焦点は、監視システムの第1ステージ、すなわちデータベース収集に当てられてきたのである」。しかし、「監視の未来は、法システムの焦点変更を要求している。……情報の最初の収集にのみ照準するのではなく、その規制を、監視プロセスの全体の流れに沿って配分する必要がある。監視の未来は、使用制限の未来と同義である。そのルールは、収集・処理された情報に対して政府がなすことを厳格に規制するものでなければならぬ」。Orin S. Kerr, *Use Restriction and the Future of Surveillance Law*, in Jeffrey Rosen and Benjamin Wittes eds. *Constitution 3.0: Freedom and Technological Change* 37, 39 (2011).

14) 東京高判昭和63・4・1東京刑時報39巻1~4号8頁。

DNA型情報の「取得」段階の正当性が確保されていることをもって、特段の法律上の根拠もなく構築・運用してきた警察実務とも符合しよう¹⁵⁾。

しかし、近年、こうした状況に対して、先述のデータベース問題を深刻に受け止める論者から、重要な問題提起がなされている¹⁶⁾。例えば、ニューヨーク大学の若き刑事法学者エリン・マーフィーは、「ここ15年の技術的前進を目撃したすべての者は、たとえ法学論文を読んでいなくても、オンライン・データベースが、現代人の生活を一変させたことを知っている」が、「驚くべきことに、それにもかかわらず、こうしたデータベースの拡充に対応する現実の憲法ドクトリンは、ほとんど変化していない」と指摘し、データベース問題に、憲法学者および刑事訴訟法学者が正面から向き合う必要性を説いている¹⁷⁾。このような感覚は、アカデミシャンだけでなく、長年警察実務にかかわってきた論者にも共有されている。福岡県警察本部長などを歴任した田村正博は、著書『全訂 警察行政法解説』¹⁸⁾のなかで、「警察における情報の取得と管理」という独立した1章を設け¹⁹⁾、過去の法制では「情報を収集し、あるいは情報の基となる有体物を得るための過程で、働かせる対象者……の権利・自由を侵害するものでなければ、情報を取得し、その後に情報を保有し、加工、活用することに法的な問題はなかったのである」が、「今日では、特定の個人に関わる情報が保有されることによつて、その個人の権利利益が損なわれる事態を引き起こすことがあり得ることを踏まえ、そのような情報を保有するために取得する行為、保管する行為、利用、提供する行為自体が、個人の正当な利益に対する侵害行為となり得るものであるとし、法的に規律されるべきものと位置づけられるようになってい

15) 山本・前掲注13) 113-114頁参照。

16) 他にも、稲谷龍彦「刑事手続におけるプライバシー保護（1）法学論叢169巻1号（2011年）4、24頁、大野正博「携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー」朝日法学論集39号（2011年）135-136頁（「今後は、科学的な捜査の許容性・適法性については、情報の取得方法のみに限定した議論ではなく、取得後の記録・蓄積・プロファイルまでを含めて、プライバシー侵害の有無や程度を検討していくことが必要であろう」）。山本・前掲注13) 111頁以下などを参照。

17) Murphy, *supra* note 8) at 810.

18) 田村・前掲注10)。

19) このような独立した章は、田村の旧著である田村正博『警察行政法解説（4訂版）』（東京法令出版、2001年）には存在しなかった。

る」と述べている²⁰⁾。そして、脚注においてではあるが、以下のように主張している点が注目される。

「情報の保存や利用については、裁判統制が及びにくいことを踏まえて、より適切な実務規範の設定や公安委員会による統制など、民主的なコントロールを強めていくことが重要であると思われる。特に、犯罪捜査目的のファイルについては、実質的に個人情報保護制度による規制の及ばないものが多いので、より一層公安委員会による管理（適切な委員会規則の制定を含む）等を通じて、警察による情報の保有の適切性が担保される仕組みが構築されることが求められる²¹⁾」。

かかる見解が、上述したデータベース問題に配慮したものであることは多言を要しない。その意味で、きわめて鋭敏な同時代的感覚から出た特筆すべき見解であると言つてよいであろう。しかし、ここで我々は、田村が同時に、「法律の根拠については、現在の判例理論を前提とする以上不要と解される」とし、情報保管やデータベース化の「民主的」統制を、基本的に公安委員会やその「規則」に委ねている²²⁾ことを等閑視するべきではない。というのも、「自由」や「民主主義」のあり方そのものに重要な影響を与えうるデータベース問題は、まずは「国民代表による熟議を通じて解決されるべき」問題であると解されること²³⁾、警察による情報実務に対する実質的統制は、行政機関それ自身ではなく、行政機関と抑制・均衡の関係にある立法府によつて²⁴⁾——なされるべきこと、データベースを具体的に監視する第三者機関を設置する場合にも、「国会による立法や予算処置等が……必要不可欠」であること²⁵⁾などが指摘されるからである。もちろん、田村が、「法律の根拠」を「不要」とするのは、あくまで「現在の判例理論を前提」としているからであり、田村自身が法律の要否について一定の評価を加えているわけ

20) 田村・前掲注10) 284頁。

21) 田村・前掲注10) 318頁(注66) 参照。

22) 田村・前掲注10) 318頁(注66) 参照。

23) 稲谷・前掲注10) 5頁。

24) 小山剛「『安全』と情報自己決定権」辻村みよ子=長谷部恭男編『憲法理論の再創造』(日本評論社, 2011年) 385-386頁参照。

25) 稲谷・前掲注16) 24頁。

はない。そうなると、この沈黙は、「判例理論」の単純な追認というより、田村の、実務家としての自己制約であり、田村が我々法学研究者に投げかけたある種の「宿題」のようにも思えるのである。本章の目的は、一法学者として、この「宿題」に応えることにある。

II 司法中心主義と強制処分法定主義をめぐる議論

I 京都府学連事件判決と「新しい強制処分説」

「法律上の根拠」を「不要」とする「判例理論」とはいかなるものなのか。IIでは、かかる理論の重要な起点になったと思われる京都府学連事件判決²⁶⁾と、これを基本的に妥当とする刑事法学および憲法学の有力学説を検討し、これらが、憲法価値の実現をもつばら裁判所の役割と捉える司法中心主義的な見解を前提にしていたことを明らかにしたい。

(1) 京都府学連事件判決

京都府学連事件は、周知のように、警察による個人の容貌等の写真撮影の合憲性を争ったものであったが、ここで最高裁は、憲法13条は、「国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定している」とし、かかる自由の一つとして、「何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態(以下「容ぼう等」という。)を撮影されない自由を有する」と述べたうえで、「少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法13条の趣旨に反し、許されない」とした。ただ、他方で本判決は、「右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要がある場合には相当の制限を受けることは同条の規定に照らして明らか」とし(その際に、警察法2条1項を参照し、「犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのである」とも述べている)、被撮影者の同意なく、また令状がなくとも、「次のような場合には」容貌等の撮影が許容されるとした。すなわち、「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であつて、しかも証拠保

全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもって行なわれるときである」。

かかる判旨部分（下線部）は、有力な憲法学説においても、警察による容貌等の写真撮影について「厳格」な箍を嵌めたものとして評価されているが²⁷⁾、本章の問題関心との関係で注目すべきは、この箍の嵌め方である。これも周知のとおり、本件での重要な争点の1つに、警察による容貌等の写真撮影が「強制処分」に当たるのか「任意処分」に当たるのか、というものがあつた。もし仮に、かかる写真撮影が「強制処分」に当たるとすれば、刑法197条1項但書²⁸⁾により、「法律の根拠」が求められる（強制処分法定主義）——国会の制定する法律によって箍を嵌めることが求められる——ところ、本判決は、このような写真撮影の法的性格について明言することなく、写真撮影を、令状主義の精神に基づいて裁判所自身が定立した上記準則に服せしめることを明らかにしたのである。言いかえれば、本件で最高裁は、権限配分規定としての強制処分「法定」主義²⁹⁾（憲法31条参照）よりも、警察実務に対する「司法的抑制」を強調する令状主義³⁰⁾（憲法33条、35条参照）を重視することで、《警察による情報収集等を制約する主体》として自らを指名したのであつた。この点につき、例えば本判決の調査官解説は、「捜査の手段としての写真撮影は、刑訴法の予想しなかつたところであるから、これを強制処分であるとか任意捜査であるか云い切つてしまふことなく、憲法の精神を勘案して、適当な基準を定めるのが相当であろう」と述べているが³¹⁾、これは要するに、ある警察の行為が強制的な処分とみなされるとし

27) 戸部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）387頁は、京都府学連事件判決が「警察官による個人の容ぼう等の撮影が許される要件をかなり厳しく限定している点」は、「厳格な合理性」基準の考え方に準じるものと評価してよい」と述べる。

28) 「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができない。強制の処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければ、これをすることができない。」
29) 井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点（第3版）』（有斐閣、2002年）51頁は、「強制処分法定主義は、そもそも刑事手続において当の処分を用いることを一般的に許すか否かの判断を誰がどのような形式で行うかを定めるものである」（傍点筆者）と説く。

30) 「強制処分法定主義」と「令状主義」を峻別することの重要性については、酒巻匡「強制処分法定主義」法学教室197号（1997年）30頁、井上・前掲注29）50-51頁などを参照。詳しくは後述する。

ても、裁判所が「適当な基準」さえ定められれば、必ずしも法律上の根拠を要求されない、ということ述べたに等しい。

(2) 「新しい強制処分説」と戦後憲法学

このような最高裁のアプローチは、有力な刑訴法学説によって支持された。田宮裕や瀧美東洋らによって主張された「新しい強制処分説」である。この見解は、刑訴法197条1項但書が「法定」を要求する「強制の処分」とは、あくまで古典的・伝統的な強制処分を言うのであつて、通信傍受や写真撮影のような「新しいタイプの強制処分」は、同但書（強制処分法定主義）の直接の適用を受けず、「法定主義の背景にある令状主義の精神」による実質的な規制を受けるにとどまる、というものである³²⁾。この見解は、その主張者の1人である瀧美東洋が、「強制処分法定主義は、憲法33条や35条の定める、いわゆる令状主義と同程度に重大な原則なのであろうか」と、前者の重要性に疑問を提示していることから看取されるように³³⁾、「[本来は]民主主義的要請による原則」として独自の意味をもつはずの強制処分法定主義を、「司法的抑制原理」である令状主義へと還元し、その意義を相対化するといったインプリケーションを有する³⁴⁾。無論それは、捜査過程における人権保障の弱体化を狙つたものではない。この見解の精髓は、人権保障の主たるトポスを、国会（法律）ではなく、もっぱら裁判所（判例）に求めるところにあつたのである。しばしば指摘されるように、1960年代のアメリカ連邦最高裁判所——リベラルと評されるウオーレン・コート——による「刑事法革命」³⁵⁾の影響を強く受けた、1960年代～1970年代のわが国刑訴法学は、裁判所＝判例による刑事人権規定の拡充（裁判所による立法的解釈）に多くの期待をかけていた³⁶⁾。新しい強制処分説は、まさにこの時期に産声を上げたものなのである。そうであるからこそ、新しい強制処分説の立場から見ても、京都府学連事件判決（1969年！）は、「令状主義の精神というべきも

31) 海老原震一・最高裁判所判例解説刑事篇昭和44年度493頁。

32) 田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣、1996年）121頁参照。

33) 瀧美東洋『刑事訴訟を考へる』（日本評論社、1988年）7頁参照。

34) 白取祐司『刑事訴訟法（第6版）』（日本評論社、2010年）90-91頁参照。

35) See e.g., Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

36) 三井誠「戦後刑事手続の軌跡」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法5 現代社会と司法システム』（岩波書店、1997年）79-81頁などを参照。

のを具体化」するような厳格な要件を示し³⁷⁾、裁判所が、「人権擁護の方向で、手続を積極的に創造していこうと……意欲」したものととして「積極的に評価」されることになったのである³⁸⁾。

こうした司法＝判例中心的なアプローチ³⁹⁾は、支配的な憲法学説においても基本的に支持された⁴⁰⁾。おそらくそれは、憲法上の各権利を『法律の範囲内において』保障されたにすぎず法律によれば制限が可能なもの(傍点筆者)と解していた明治憲法下の「法律の留保 (Gesetzesvorbehalt)」論⁴¹⁾を克服する必要のあった戦後憲法学⁴²⁾が、強制処分の「法定」を画一的に求める強制処分法定主義を、このネガティブな意味における「法律の留保」と重ね合わせ、手放しに肯定できなかつたことと密接に関連していよう⁴³⁾。戦後憲法学もまた、1960年代のアメリカ連邦最高裁のリベラルな諸判決に憧憬を抱きながら、国会ではなく、裁判所による人権保障に多くを期待していた⁴⁴⁾という点で、刑訴法学における新しい強制処分説と軌を同一にしていたように思われるのである。かくして、《アメリカ》に範型を求めた戦後の支配的な憲法学説と新しい強制処分説⁴⁵⁾は、『法律によらずして自由を

37) 田宮・前掲注32) 121頁。

38) 田宮裕「捜査における肖像権とその限界」判タ243号(1970年)14, 19頁参照。

39) ここでは、「裁判所が、刑事手続上保護されるべき権利・利益についての解釈を通じて捜査機関の行為準則を示すことで、捜査機関統制の中心的役割を担うべきだ」という考え方を意味している。稲谷・前掲注16) 2頁。

40) 戸部・前掲注27) 387頁、鳴野幸雄「被疑者の写真撮影と肖像権」高橋和之＝長谷部恭男＝石川健治編『憲法判例百選(第5版)I』(有斐閣, 2007年)43頁などを参照。

41) 戸部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第6版)』(岩波書店, 2015年)19-20頁参照。

42) 戸部・前掲注41) 77-78頁は、「ナチズム・ファシズムの古い経験」によつて、戦後は、「人権の『法律による』保障という従来の考えを超えて、人権は法律によつても侵されてはならない、という『法律からの』保障が強調されるようになった。それは、立法権に対する信頼の念と結びついて発展したヨーロッパにおける伝統的な立憲主義の考え方が、戦後大きく転換したことを意味する」と指摘している。

43) この点については、矢戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開(第2版)』(日本評論社, 2014年)18頁参照。

44) 関連して、佐藤幸治「自由の法秩序」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望II』(有斐閣, 1998年)2頁以下参照。問題の所在については、山本龍彦『法原理機関説』の内実についての覚書」桐蔭法学14巻1号(2007年)89頁以下参照。

45) 少なくとも新しい強制処分説が、違法収集証拠排除原則等を打ち出したウォーレン・コート期の「アメリカ」のように、判例による限界の設定およびその担保方法の創

侵害してはならない」という(ポジティブな)意味での法律の留保 (Vorbehalt des Gesetzes)⁴⁶⁾に独自の意義を見出さず、それゆえに、警察による特定の情報実務について「法律上の根拠」を“serious”に求めない「判例理論」を一段問題視することが、なかつた。例えば、最高裁が、電話傍受を「強制処分」と認めながら、令状主義(裁判所の定立した準則ないし要件に基づいて発せられる検証許可状による実施)が維持される限りで、電話傍受を直接許容する法律上の根拠がなくとも強制処分法定主義や憲法31条等に反しないとしていたのも、このような議論傾向と決して無関係ではなからう^{47), 48)} (なお、現在は、「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」(通信傍受法, 1999年)に基づいて実施されている)。また、電話傍受のような典型的な強制処分ですらこうなのであるから、こうした見解が、強制処分が任意処分か判別し難い処分や、任意処分に特別の法律上の根拠を要しないとす裁判例 (Nシステム判決⁴⁹⁾や釜ヶ崎監視カメラ事件判決⁵⁰⁾等を参照)を黙認してきたとしても無理はない。上述のような見解においては、裁判所によつて結果的に捜査が統制され、人権が保障されることが、何より肝要とされるからである。

出) (傍点筆者)を企図していたことは確かである。田宮・前掲注38) 19頁。なお、三井・前掲注36) 81頁は、この頃の刑訴法学においては、『アメリカ法＝良い制度、ドイツ法＝悪い制度』との構図が一般化していた」とも指摘している。

46) 宋戸・前掲注43) 18頁。

47) ただし、戸部・前掲注27) 552頁は、通信傍受については、それが「通信の秘密ないしプライバシー権を侵犯する重大な危険を包蔵する手段である」ことを踏まえて、「特定の要件に反しない程度の厳格な令状発行条件が法律上定められなければならない」と述べている。他方で、体系書である戸部・前掲注41) 222頁には、通信傍受に特別の法律が必要であることを述べる箇所がない。戸部にとつては、憲法35条(令状主義＝司法的抑制)との適合性が何より重要であつたようにも思われる。

48) 最決平11・12・16刑集53巻9号1327頁。これに対し、元原裁判官の反対意見は以下のように述べていた。「電話傍受を刑訴法上の検証として行うことはできな」と解され、他に本件当時電話傍受を捜査の手段として許容する法律上の根拠が存したと認めることもできな。そうすると、電話傍受は本件当時捜査の手段として法律上認められていなかったものであり、検証許可状により行われた本件電話傍受は違法である」。

49) 東京高判平21・1・29判タ1295号193頁。

50) 大阪地判平6・4・27判時1515号116頁。

2 強制処分法定主義・再考論

(1) 再考論の内容

このような「判例理論」あるいは学説の動向に対しては、無論、有力な批判がある。上述のとおり、「判例理論」と密接な関係にある「新しい強制処分説」は、「(刑訴法)197条1項但書きは、既成の強制処分は各々の規定のとおりで法定の令状主義に従う、という意味のもの」であって、「令状主義の重要性にてらしてとくに設けられた総則・確認規定である」(傍点筆者)と考えてきた⁵¹⁾。要するに、強制処分法定主義を、憲法35条の令状主義と「混同」ないし「同一視」してきたのである⁵²⁾。これに対して、強制処分法定主義と憲法31条(「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」(傍点筆者))との連関を重視し、それに令状主義(35条)とは異なる独自の実質的意義を見出す説が有力化してきている(以下、同説を便宜上「強制処分法定主義・再考論」または「再考論」と呼ぶ)。

例えば、井上正仁は、憲法31条と刑訴法197条但書きとの関係を強調したうえで、後者も、「人の重要な権利・利益を本人の意思に反して制約することと内容とする強制処分は、国民の代表による明示的な選択を體現する法律……に根拠規定がない限り、行うことは許されないという趣旨」に出たものとし、かく理解してはじめて、強制処分法定主義は、令状主義とは異なる独自の意義をもつとする。すなわち、令状主義が、刑事手続において当の処分を用いることを許す場合の「条件と個々具体的な処分についての許否の手続を規律するものである」のに対して、強制処分法定主義は、「そもそも刑事手続において当の処分を用いることを一般的に許すか否かの判断を誰がどのような形式で行うかを定めるもの」——権限配分にかかわる規範——であるというのである(傍点はすべて筆者)⁵³⁾。そして井上は、新しい強制処分説は「刑事立法が容易でなく、現実の必要に十分有効に対応し得ない」という、これまでわが国に見られた特有の問題状況に対し、裁判所の判例に解決を求

51) 田宮・前掲注32)72頁。

52) このように指摘するものとして、酒巻・前掲注30)30頁、井上・前掲注29)51頁参照。

53) 井上・前掲注29)50-51頁参照。

めることにより、そのような状況からの突破を図ろうとすることもいいえ……、その意味で重要な問題提起を含んでいる」としつつも、「強制処分との関係に限っていえば、そのような判例による法形成は、必ずしも好ましいものではない」と述べている。井上は、その理由として、①個々の事件の解決を主たる任務とする裁判所が、「新たな強制処分を許容するかどうかというような、基本的な価値選択を伴い、波及性も大きい問題について判断することが適切かは疑問」であること、②「判例による問題解決は、個別的・断片的なものであるので、当の強制処分の要件や手続に関する法の内容が不明確なままにとどまったり、極めて複雑なものとなったりするおそれがある」ことなどを挙げている⁵⁴⁾。かくして井上は、裁判所の制度的能力(の限界)という観点からも、強制処分法定主義——立法による問題解決——を強調するのである。

また、酒巻匡も、「(刑訴)法197条但書きの定める『強制処分法定主義』は、……憲法31条の手続法定主義を受けた規定」であるとし⁵⁵⁾、その独自の意義は「国民の重要な権利・自由を侵害・制約する『強制の処分』について、その内容と要件と手続があらかじめ一般的に『法律』すなわち国会制定法によって定められていること自体を要請するところにある」とみている。つまりそれは、「主権者たる国民に直結し国権の最高機関とされている立法府が、捜査権限の行使のみならず司法権をも『法律』によって一般的に制御することと意味する」(傍点筆者)というのである⁵⁶⁾。したがって、酒巻の議論によれば、判例による強制処分の——令状主義の精神に則つた——規制・制御は、憲法35条(令状主義の要請)には違反していないとしても、憲法31条=強制処分法定主義には違反することになる。それは、裁判所=判例による強制処分の創設を意味するからである(よって、「判例が令状主義の要請を十分取り入れた要件と手続を示して、一定の場合に会話を傍受録音を許容する準則」を定立したとしても、憲法31条〔=強制処分法定主義〕違反との評価を免れることはない)⁵⁷⁾。酒巻にとつて、「司法府が不当な立法や処分に対して適正手

54) 井上・前掲注29)51頁。

55) 酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(1)」法学教室288号(2004年)61頁。

56) 酒巻・前掲注30)30頁。

57) 酒巻・前掲注30)31頁。

統の擁護者であることと、適正手続に則った処分の要件・手続を〔自ら〕創り出すこととは、まったく別の事柄なのである⁵⁸⁾。

(2) 再考論の背景

このような強制処分法定主義・再考論⁵⁹⁾の背景にあるのは、おそらくは司法中心主義に対する一定の懐疑である⁶⁰⁾。そして、仮にこのような推測が正しいとすると、近年のアメリカ憲法学・刑訴法学の議論が、こうした再考論の説得力を補強するように思われる。というのも、最近の議論は、「解釈主体の能力や、その地位・役割・権限、選択された解釈方法もたらす各国家机关への影響等の、各国家机关の制度的基盤・特性等に関わる」、「制度的問題⁶¹⁾」を踏まえ、刑事手続の合憲性を審査する裁判所の能力——さらには、これを積極視したウォレン・コート期の「刑事法革命」——に強い疑問を提示し、立法による憲法的刑事手続の実現に期待を寄せはじめているからである⁶²⁾。アメリカ刑事訴訟法を研究する稲谷龍彦の言葉を借りられ

58) 酒巻・前掲注 55) 60 頁。

59) 三井・前掲注 36) 89 頁も以下のように指摘する。「判例はこれまでも〔捜査〕実務をリードしてきたが、『判例による法創造的な機能には面刃の剣的側面がある』。『そうであれば次に来るのは、立法による『憲法化』であろう』。また、最近では、緑大輔「強制と任意」法学セミナー 666 号 (2010 年) 116 頁が、「強制処分法定主義の意義として、……法制定を通じた市民の自律によって処分の正当性を確保する点を見出すのだとすれば、裁判所が強制処分を創造することが妥当なのか疑問が残る」と述べている。実は、「新しい強制処分説」の主張者である田宮も、後に以下のよう主張していた。「判例の時代」が少し間延びしすぎた。「例えば、電話の傍受はひとり捜査手段としての効用や適否の判断にとどまらず、行政警察作用との深いつながり、プライバシーに対する国民的利害など多方面からの広い論争を前提とすべき問題であって、議会による国民的検討を踏まえて決断に至るべきではないかと思う」。「もし立法的対応を怠るならば、判例によることの成果はわずかの個別的事例の解決と後に残された大きなあきれだけであるから、実は未解決の大きな部分を課題という名で将来に追いやることになろう。田宮裕「刑事訴訟法の歩みとゆえ」罪と罰 33 巻 2 号 (1996 年) 34-35 頁参照。

60) もちろん、それは、「司法審査と民主主義」という論点とも関連している。問題の所在について、ジョン・H・イリイ (佐藤幸治=松井茂記訳)『民主主義と司法審査』(成文堂, 1990 年)、松井茂記『二重の基準論』(有斐閣, 1984 年)、阪口正二郎「憲法主義と民主主義」(日本評論社, 2001 年)などを参照。

61) 稲谷・前掲注 16) 3 頁。制度論の問題については、松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回 (1)」民商法雑誌 140 巻 1 号 (2009 年) 36 頁、山本・前掲注 44) などを参照。

ば、「アメリカ合衆国においては、『制度論的』問題についての関心が深まる中で、刑事手続における主たるプライバシー保護手法が、従来の連邦最高裁判所による第 4 修正解釈から、州・連邦議会による立法へと変化しつつあり、しかもその際の視点から、個人の権利・利益の保護といういわばミクロなレベルから、国家権力の統制構造の構築というマクロなレベルへと移りつつある」という⁶³⁾。先述のように、わが国の「判例理論」の理論的支柱たる新しい強制処分説が依拠してきたのは《アメリカ》であるから、その《アメリカ》の方向転換は、同説、さらには「判例理論」の正当性を動揺させ、他方で上述の再考論の正当性を一定程度補強するように思われる。稲谷は、このようなアメリカにおける司法中心主義の動揺を踏まえて、さらに以下のように指摘している。すなわち、「刑事手続において保護されるべきプライバシーの具体的内実についての確、妥当に判断するためには、特定の捜査手法についての規制の有無や程度等が、国民の社会生活や、刑事司法制度の運営に及ぼす影響等についての十分な情報収集・分析」が必要になるところ、「裁判所には当事者からの限られた情報を基に、限られた構成員で、限られた時間内に法的問題を判断しなければならないという制約が制度的に課せられており」、現実に「裁判所が、憲法上の人権条項等を根拠に、あるべき権利保護についての解釈を行うことによつてこの種の問題を的確・妥当に解決することは……困難である」⁶⁴⁾ (これによつて「プライバシー保護を行うに当たつて裁判所の判断は混乱」してきた)⁶⁵⁾。その一方で、「国会は、大量の情

62) See e.g., William J. Stuntz, *The Political Constitution of Criminal Justice*, 119 HARV. L. REV. 780 (2006). ハーバード大学のスタンツは、連邦最高裁が自らを憲法的刑事手続の排他的な実現主体と据えてきたことによつて、プライバシー保護のあり方に一定の歪みが生じてきたこと (この点は、さらに William J. Stuntz, *The Distribution of Fourth Amendment Privacy*, 67 GEO. WASH. L. REV. 1265 (1999) を参照)、議会が立法を行うインセンティブを奪つてきたことを指摘したうえで、次のように述べている。「刑事手続の憲法的改革におけるキー・プレイヤーたうるのは、裁判官ではなく、政治家」であり、憲法の目標は、「司法的ドラミッドの頂点に君臨する 9 人の男女が政治家と対抗するのはなく、彼らと協働するときにはじめて実現する」と。Stuntz, *The Political Constitution of Criminal Justice*, at 846-847.

63) 稲谷・前掲注 16) 7 頁。

64) 稲谷・前掲注 16) 22 頁。

65) 稲谷・前掲注 16) 3 頁。

報を収集・分析するために必要な人的・物的資源を備え、さらに、収集・分析された情報に基づいて、プライバシー保護と捜査の必要性との最適のバランスを時間的制限なく熟慮・議論することができ、しかも、熟議の結果到達した、適正なプライバシー保護を実現するために必要な各種捜査機関統制措置を、立法を通じて適宜創造することができる⁶⁶⁾ため⁶⁶⁾、裁判所ではなく、「国会こそが、時宜に応じて多種多様な立法によって捜査機関を十分に統制し、刑事手続において適正にプライバシーを保護する中心的役割を担うべき」である⁶⁷⁾と。

以上のようにみると、裁判所による事後的統制に期待し、強制処分について法律上の根拠を“serious”に要求してこなかった従来の「判例理論」および新しい強制処分説には一定の問題を指摘できる一方、強制処分法定主義・再考論には、今後の警察実務統制を考えるうえできわめて重要な示唆が含まれているように思われる⁶⁸⁾。実際、通信傍受は、「通信傍受法」という法律が制定され、はじめに通信傍受たる処分の特性を踏まえた統制の仕組みが組み上がったともいえる(処分対象者への事後通知制度の導入など)。また、近年の携帯電話による(GPSを用いた)位置情報検索⁶⁹⁾や、通信履歴・記録取得⁷⁰⁾などの特殊性ないし新奇性を踏まえれば、再考論が示唆するように、既存の令状(例えば検証令状)をスライドさせてかかる処分の正当性を認め

66) 稻谷・前掲注16) 24頁。

67) 稻谷・前掲注16) 4-5頁参照。

68) 警察の捜査活動について「法律上の根拠」を厳しく求める近年のドイツ憲法研究者の議論も、強制処分法定主義・再考論と軌を同一にすところがあるように思われる。小山・前掲注24)、實原・前掲注13)などを参照(「いかに重要な情報収集手段であろうと、法律に基づかない行為は端的に違法、もしくは憲法違反と理解すべき」)。

69) 問題の所在について、例えば、指宿信「ハイテク機器を利用した追尾監視型捜査」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集(下)』(成文堂、2007年)165頁以下、大野・前掲注16)77頁以下、滝沢誠「GPSを用いた被疑者の所在場所の検索について」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2010年)733頁以下などを参照。なお、池田弥生「携帯電話の位置検索のための令状請求」判タ1097号(2002年)27頁以下によれば、わが国の実務では、位置情報検索は携帯電話会社に対する検証令状によって行われている。これに対し、(GPSによるものと明言していないが)「現行法上許されない」としている。これに対し、(GPSによるものと明言していないが)「現行法上許されない」としている。これに対し、白取・前掲注34)123頁。

70) 問題の所在について、例えば、指宿信「サイバースペースにおける証拠収集とデジタル証拠の確保」法律時報83巻7号(2011年)90-92頁参照。

るのではなく、これらの特殊性・新奇性に見合った新立法による統制枠組みの構築が求められているように思われる。そして、本章が主題とする、警察による個人情報データベース化や保管も、まさしくこのような再考論の趣旨——立法的解決の可能性——を考慮に入れた検討が加えられるべき問題であるといえよう。詳細をⅢに譲りたい。

Ⅲ データベース問題と「法律」

いま筆者は、Iで述べたデータベース問題については、強制処分法定主義・再考論の「趣旨」を踏まえて検討すべきであると述べた。ここで「趣旨」という言葉を用いたのは、従前の再考論そのものでは、データベース問題に直接対応することが困難であると考えているからである。その理由としては、①再考論は、データベース問題に直接言及しておらず、警察による情報保管やデータベース化が「強制処分」に該当し、その実施に法律上の根拠が求められるかについて具体的な言及を加えていないこと、②再考論は、「強制処分」に該当しない任意処分についても、これを法的に統制する必要から、「令状主義の原則」を「基準点」とした要件⁷¹⁾や、比例原則を適用すること⁷²⁾などを主張しているが、強制処分法定主義の「精神」を適用することまでは主張しておらず、一旦任意処分とみなされれば、法律の要否に関する議論と完全に切り離されてしまうことを挙げることができる。以下では、再考論のこのような課題を踏まえて、データベース問題に対する「法律」的統制のあり方を検討してみたい。

結論を先取りすれば、個人情報の長期的かつ大規模な集積・統合を目的とするデータベース化(あるいはデータベース登録)については、これを強制処分と捉えて法律上の根拠を要すると解するべきであるが(→1)、個人情報の短期的・一時的な保存を目的とする情報収集(監視カメラ、Nシステムなど)については、強制処分には当たらないとしても、その保存がデータベースへと転ずる危険性を踏まえて(プロト・データベースとしての性格を踏まえて)、法律制定のインセンティブを強く与えるような違憲審査の方法を採用すべき

71) 井上・前掲注29) 51頁。

72) 川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室259号(2002年)26頁。

であると考える(→2)。

1 データベース——「法律」的統制の厳格な要請

(1) プライバシーの権利——「権利侵害」の意味

上述のように、再考論は、いまのところ「データベース問題」に直接の言及を加えていない。おそらくそれには、正当に取得された情報を「保管」なしい「データベース化」することは「任意処分」の範疇に属する、すなわち「強制処分」とはいえない、という前提があるのであろう。そして、仮にこうした見立てが正しいならば、それは、プライバシー権の狭い理解に由来しているように思われる。

一般に、「強制処分」の基準は、当該処分が①相手の意思に反していること、②重要な権利・利益の制約ないし侵害に当たることの2つに求められる。①は、判例⁷³⁾の言葉どおり「現実には相手方の反対意思を制圧することまで要求するもの」(傍点筆者)とは解されておらず、「相手方の明示または黙示の意思に反すること」を意味するとされる⁷⁴⁾。そうすると、警察官に自らの情報を保管され続けること、データベース化されることが自らの意思に反している限りで、①の基準は一応クリアすることになる。問題は、その意思に反して情報を保管され続けること、データベース化されることが、重要な権利・利益の制約ないし侵害に当たるか(上記②)である。ここで、プライバシー権を、「私事をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」という古典的定義⁷⁵⁾のように、自らの私事を公開または暴露されない自由として、もっぱら個人主義的(individualistic)で、秘密保持的なものとみれば、情報保管・データベース化は、重要な権利・利益の制約とまではいえないであろう。正当に取得された情報を内部的に保管またはデータベース化することのみによって、直ちに私事が公開・暴露されるということはないからである(情報の保管・データベース化が、処分対象者個人に直接的・具体的なダメージを与えるわけではない)⁷⁶⁾。すなわち、プライバシー権を、このように古

典型的に狭く捉えれば、警察が、既に正当に取得した情報を組織的に保管したりデータベース化することを「強制処分」と位置づけることは難しいのである。

しかし、近年、プライバシー権についてより拡張的で多面的な理解がなされるようになってきている。別稿⁷⁷⁾で紹介したように、アメリカでは、「1人で放っておいてもらう権利」⁷⁸⁾にその源流をもつ個人主義的なプライバシー観を批判的に検討し、これをより広く、社会公共的文脈のなかで捉える見解が有力化している。例えば、イエール大学のジェド・ルーベンフェルドは、リベラル・コミュニケーション論争の成果を踏まえて、プライバシーの権利を個人が好き勝手なことをする権利と考える見解を明確に否定し、同権利を、国家が人々の生活に全体主義的に干渉すること、すなわち、国家が「積極的かつ根本的に人の生活を形作り、特定の道筋にそって生活を嚮導すること」⁷⁹⁾、ミシェル・フーコーの言う「規律的権力」のように「力によらずして個人の生活を支配」し、社会を標準化・規準化することに抗う——反全体主義的な——権利として位置づけるのである⁸⁰⁾。ここでは、プライバシーは、個人の私生活や私的関係を保護するものというより、国家による全体主義的な侵蝕ないし侵攻を防ぎとめる権利を意味するとされる。また、プライバシーの社会公共的側面との関係では、ルーベンフェルドが、この反全体主義原理を民主主義の問題と直接結びつけている点が注目される。彼は、「人民の生活が、巧妙だが隔々まで、規準・標準化された固定的な役割にはめ込まれるならば、人民が自己統治したところで、それは、意味のないものである」とし、「反全体主義原理が求められるのは、まさしく民主主義の可能性ゆえなのである」とする。そうなると、彼にとって、「国家が」個人の生活の権利=プライバシー権は、「民主主義によって、[国家が]個人の生活の日々の行動に対して支配・命令する範囲に限界が設けられなければならない

76) 山本・前掲注13) 117-120頁参照。

77) 山本龍彦「プライバシーの権利——核心はあるのか」長谷部恭男編『講座人権論の再定位3人権の射程』(法律文化社、2010年)137頁以下(本書02章)参照。

78) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193, 207 (1890)。

79) Jed Rubenfeld, *The Right of Privacy*, 102 HARV. L. REV. 737, 784 (1989)。

80) Rubenfeld, *supra* note 79) at 784.

73) 判例は、強制処分を、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為」と定義する。最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁。

74) 井上・前掲注29) 48頁。さらに、緑・前掲注59) 115-116頁参照。

75) 東京地判昭39・9・28下民集15巻9号2317頁(「宴のあと」事件)。

がゆえに……存在する」(傍点筆者)、「政治的」な権利ということになるのである⁸¹⁾。

もともと、いま述べたルーベンフェルドのプライバシー論は、基本的には日本で言うところの「自己決定権」に照準したものである。しかし、彼の議論は、国家が「我々の日常を監視し、標準化された生へ向けて我々の生活や意識を馴致する柔らかな権力を使用」しつつある現代的状況を「的確に捉えて」おり⁸²⁾、データベース問題を見据えた情報プライバシー論にも十分応用可能であると思われる。実際、9・11同時多発テロ事件以降の国家の監視プログラム——無論、それはデータベースの構築を伴う——を踏まえ、修正4条の解釈問題に取り組んだ2008年の論文で、ルーベンフェルドは、同条項に上述の議論と同様の反全体主義的な解釈を加え、修正4条の権利を、「人々が、国家への全体的ですくんでしまうような恐れを抱くことなく、自らの私的な生を歩むことができる自由」を保障するための「集合財」⁸³⁾と明言している点が注目される。

また、サウスキヤロライナ大学のトーマス・クロッカーは、とりわけ合衆国憲法修正4条の保障するプライバシー権を、民主主義にかかわる「政治的自由 (political liberty)」に寄せて理解しようとする。クロッカーは、修正4条の起源にまで遡り、それが、君主批判を公に語ったことを理由とする「文書扇動罪 (seditious libel)」に関する(政治的な)捜索・押収からの自由を保障するものであったと指摘し⁸⁴⁾、修正4条が保障するプライバシーの価値は、「単に個人的なプライバシー (personal privacy) という観点でなく、表現の自由を保障する修正1条と同様、「政治的自由の観点から理解されていた」(傍点筆者)と主張するのである⁸⁵⁾。クロッカーによれば、プライバシーをもつばら個人的なものとして捉える狭い理解は、このような修正4条——日本国

81) Rubenfeld, *supra* note 79) at 804-806.

82) 小泉良幸「自己決定とパターナリズム」長谷部恭男ほか編『岩波講座憲法2 人権論の新展開』(岩波書店、2007年) 186頁。

83) Jed Rubenfeld, *The End of Privacy*, 61 STAN. L. REV. 101, 131 (2008).

84) イギリスの事例であるが、Wilkes v. Wood, 19 Howell's State Trials 1153 (C.P. 1763), 98 Eng. Rep. 489 (K.B.); Entick v. Carrington, 19 Howell's State Trials 1029 (C.P. 1765), 95 Eng. Rep. 807 (K.B.).

85) Thomas P. Crocker, *The Political Fourth Amendments*, 88 WASH. U. L. REV. 303, 350 (2010).

憲法でいうところの人身の自由規定——の歴史に適合しないとされる⁸⁶⁾。

このように、プライバシー権を、反全体主義的観点、あるいは民主主義的観点を含めて広汎に理解すれば、国家、とりわけ警察によるデータベースの構築は、重要な権利・利益の制約とみなすことができるように思われる。ダニエル・ソロブが指摘するように、情報の連結可能性・検索可能性・解析可能性を飛躍的に高めた現代の情報技術を前提にすると、茫漠とした——不確定性 (uncertainty) の高い——データベースの存在それ自体が、我々を無力化し、脆弱化させよう⁸⁷⁾。「顔の見えない官僚 (anonymous bureaucrat)」⁸⁸⁾によつて、自らに関するどのような情報も、どの程度集積され、それらがどのように利用・連結され、どのようなアルゴリズムによつて解析されるかわからない状態は、「徐々に、しかし確実に人々から力を奪い取る身体の免疫機能の低下」と同様、我々を衰弱させるといっているのである⁸⁹⁾。確かに、このような「全体的効果 (systemic effect)」は、ルーベンフェルドやクロッカーらが懸念するようなかたちで、(反)全体主義や民主主義に実質的な影響を与えようと思われる。例えば、『審判』においてヨーゼフ・Kが嵌まった「泥沼」——理由のない逮捕——に自らを絡めとられたくなくないと思う者は、そもそも情報を取得され、データベースに組み込まれるリスクのある——「逸脱」——行動を慎み、従順な個人として生きようとするかもしれない⁹⁰⁾。これは、ルーベンフェルドがプライバシー権の「制約」とみなした、力によらない社会の標準化・規準化と関連している。また、ブラックボックス化したデータベース (による監視) は、言論や結社の自由を含む憲法上保護された諸活動に萎縮効果を与え、民主主義にも重要な影響を与えよう⁹¹⁾。そ

86) Crocker, *supra* note 85) at 354.87) See Solove, *supra* note 9) at 97, 107-108.88) Murphy, *supra* note 8) at 830.

89) 山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリスト 1412号 (2010年) 83頁 (本書01章)、山本・前掲注 13) 121頁 (本書04章)。

90) この点、佐藤幸治による次のような問題提起が注目される。「『情報化社会』は中央集権的な管理化社会を帰結したといわれるが、それは人間をモノとして扱う大量情報処理・管理の当然の結果ではないのか。一人ひとりの個人は、そうした無機質な巨大な管理システムの中に閉じ込められ、ひたすらそれに順応することを強いられた存在に墮してはいないであろうか」。佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣、2008年) 462-463頁参照。

うなると、データベースの不可視的な構築・運用は、修正4条がプライバシーとして保護する「政治的自由」を「制約」するものと解することもできであろう。先に挙げたソロブも、警察による際限ないデータベースの構築・利用は、政府と市民との力の「構造的バランス (structural balance of power)」に影響を与え、民主主義社会そのものを脅かす危険があると指摘している⁹²⁾。

プライバシー権を、私事を公開・暴露されない自由として古典的・伝統的に捉える限り、確かにデータベース化は、かかる権利を制約するものとはいえないであろう。しかし、プライバシー権を、反全体主義や民主主義といった社会公共的価値を含むより広汎なものと捉えれば、データベース化は、かかる権利を制約するものとみなされうる。そうなれば、警察による個人情報 の長期的かつ大規模な集積・統合、すなわちデータベース化は、それ自体、「強制処分」に当たると解すべきことになろう。こう考えたとき、データベース化に特別の「法律上の根拠」が必要とされることは、言うまでもないことである。

(2) 制度論的観点——住基ネット判決の示唆とともに

データベース化しないしデータベース登録を「強制処分」と捉え、これに「法律上の根拠」を要求していかうという上記見解は、裁判所の制度的能力 (の限界) に関する議論によって補強されうる。田村が、いみじくも「情報の保存や利用については、裁判統制が及びにくい」⁹³⁾と指摘するように、データベース問題は、裁判所による個別的・事後的な解決には適さないように思われるからである。端的に言って、情報が一旦データベースのなかに組み込まれてしまうと、その濫用や過誤を外部的に発見することはきわめて困難となる。マフイーも指摘するように、「データベースが、ある1人の行為の産物であることは滅多になく、簡単に分離できる個人情報を含んでいる」ということも滅多にない。……そうすると、過誤が起きた瞬間や、過誤を引き起こした個人を同定することは困難であるか、まったく不可能ということになる」のである⁹⁴⁾。したがって、データベースについては、裁判所による

91) See e.g. Daniel J. Solove, *Understanding Privacy*, 178 (2008).

92) *Id.* at 178-180.

93) 田村・前掲注10) 318頁 (注66) 参照。

「個別的監督 (individual oversight)」ではなく、濫用や過誤等に対する罰則規定や、濫用等を実質的・具体的にモニタリングする内部的な監視機関 (第三者機関) を設け、これによって構造的・組織的・事前的にデータベースを統制していく「構造的監督 (structural oversight)」が不可欠であり⁹⁵⁾、そうである以上、こうした構造的な仕組みを創設するための「法律」が強く求められるように思われるのである⁹⁶⁾。この点に関連して、稲谷も以下のように指摘している。「情報濫用の危険性を消失させつつ、組織犯罪等に対応するために必要とされるデータベースを構築するためには、捜査機関に適切に情報を管理させるための法制度を作り出さなければならぬ」が、「このような法制度の構築を裁判所が行うことは、ほとんど不可能」である。「例えば、情報の目的外使用を禁止するために、刑罰によって対応する場合にも、情報管 理が徹底されているかを監督するための第三者機関を設置する場合にも、国会による立法や予算処置等が、罪刑法定主義 (憲法31条) や財政民主主義 (憲法83条) 等との関係上必要不可欠なのである」⁹⁷⁾。

実際、最高裁⁹⁸⁾も、典型的なデータベースというべき「住基ネット」の合憲性を導く根拠として、「〔①〕住基ネットのシステム上の欠陥等により外部から不当にアクセスされるなどして本人確認情報が容易に漏えいする具体的な危険はないこと、〔②〕受領者による本人確認情報の目的外利用又は本人確認情報に関する秘密の漏えい等は、懲戒処分又は刑罰をもって禁止されていること、〔③〕住基法は、都道府県に本人確認情報の保護に関する審議会を、指定情報処理機関に本人確認情報保護委員会を設置することとして、

94) Murphy, *supra* note 8) at 827.

95) See Murphy, *supra* note 8) at 826-829.

96) 詳細は、山本・前掲注89) 87頁。なお、クリストファー・スローボジンも、「その複雑性に鑑みれば、立法こそが、〔データベースにおける〕データ解析を規制する最善の方法ということになる」と指摘する。Christopher Slobogin, *Government Data Mining and the Fourth Amendment*, 75 U. CHI. L. REV. 317, 328 (2008).

97) 稲谷・前掲注16) 24頁。その他、稲谷は、「裁判所にはこのような〔情報取得後の管理〕体制の構築に必要な情報収集・分析能力も、管理体制を構築するために必要な法規創造力も備わっていない」ということを理由に挙げる。同上4頁。See e.g. Kerr, *supra* note 13) at 45-46 (データベースを統制するのは「裁判所が連邦議会か?」という問いを提起し、後者であるべきと回答している)。

98) 最判平20・3・6民集62巻3号665頁 (大阪住基ネット訴訟)。

本人確認情報の適切な取扱いを担保するための制度的措置を講じていることなどに照らせば、住基ネットにシステム技術上又は法制度上の不備があり、そのために本人確認情報が法令等の根拠に基づかず又は正当な行政目的の範囲を逸脱して第三者に開示又は公表される具体的な危険が生じているというところもできない」という点を挙げている(傍点筆者)。この判旨部分を強調すれば、国家によるデータベース構築が憲法適合性を有するためには、法制度上(住基ネットの場合には住民基本台帳法上)、目的外利用等が懲戒処分または刑罰をもって禁止されていること(上記②)⁹⁹⁾、法律上、審議会や本人確認情報保護委員会のような監視機関が設置されていること(上記③)が必須となる、ということになる(警察が捜査目的のために保有するデータベースについては、先述のとおり、情報主体本人の開示請求等が認められないため、法律上、適切な運用を担保するための「構造」を組み込んでおくことがより強く求められるように思われる)¹⁰⁰⁾。

以上述べてきたところから、警察による個人情報情報の長期的かつ大規模な集積・統合、すなわちデータベース化を「強制処分」と捉え、これに法律上の根拠を“serious”に求めようとする前記見解は、きわめて妥当なもののように思われる。無論、こうした見解を前提とすると、法律に基づかない現状の指紋データベースやDNA型データベース等は、まさにこの点において違憲ということになる。

2 プロト・データベース

——取引的=インセンティブ・アプローチ(試論)

警察による情報の保管は、長期的かつ大規模なデータベース化を目的とするものに限られない。例えば、警察が設置する防犯カメラの多くは、その画像を長期的に保存することを予定しておらず、原則として一定期間経過後に消去されるものとされている¹⁰¹⁾。また、Nシステムも、一応、その保存は

「短期間」にとどまるとされている¹⁰²⁾。仮にこのような運用を前提にすれば、Iで述べたようなデータベース問題は生じず、田村が指摘するように、「被撮影者の自由の制限の程度はそれほど大きなものではない」と言えるかもしれない¹⁰³⁾。そして、このように解する以上、防犯カメラやNシステムのよいうな短期的・一時的保存を前提とする情報収集と、長期的かつ大規模な情報保管を前提とするデータベース化(データベース登録。例えばDNA型データベース)とを同列に扱うべきではなく、この点で、前者を「任意処分」と扱うことについても相応の理由があるように思われる。

しかし、「任意処分」であれば、法律の根拠に関する議論から完全に自由になれるのであろうか。実は、IIで紹介した強制処分法定主義・再考論は、「それ〔強制処分〕に当たらないものについても、解釈により、その実質に応じた合理的な規制を講じていく」べきであるとしつつ、「そのような解釈にあたっては、令状主義の原則から導かれる実質的な要件」を「基準点」にすべきと主張するにとどまり¹⁰⁴⁾、「その実質」に応じて、憲法31条ないし強制処分法定主義の精神ないし趣旨を生かすところまでは主張していない。再考論の重要な論者の1人である酒巻匡も、「強制処分」には厳格に法律上の根拠を求めているにもかかわらず、任意処分については「立法府による事前の一般的規制」はなじまず、その適法違法の判断は、「常に当該捜査実行後の裁判の場において、またその性質上、常に個別的事案の『具体的状況』を勘案して、事後的に、裁判所によって判定されるものである」と述べている¹⁰⁵⁾。そのような考えは、任意処分にかかわる事案に関する限りで、司法中心主義をとる裁判所の傾向と一致している。例えば、Nシステムの合憲性を認めた平成21年東京高裁判決¹⁰⁶⁾は、「〔Nシステムは〕法律の定めに基づ

101) 田村・前掲注10) 304-305, 316-317頁参照(警察庁の内規は、データ保存期間を1週間としている)。防犯カメラの問題については、亀井源太郎「防犯カメラ設置・使用の法律問題——刑事法の視点から」東京立大学法学会雑誌43巻2号(2003年)111頁以下参照。

102) 田村・前掲注10) 309頁。

103) 田村・前掲注10) 304頁。

104) 井上・前掲注29) 51頁。

105) 酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(2)」法学教室284号(2004年)66頁。

106) 東京高判平21・1・29判タ1295号193頁。

99) 目的外利用または提供の禁止は住基法30条の34、本人確認情報に関する秘密漏えい等の罰則は同法42条参照。

100) マーフィーも、「情報がデータベース化される構造こそが、〔司法〕審査に値するものなのである」と述べる。Murphy, *supra* note 8) at 834. なお、データベース関連事案における「構造審査」の重要性については、山本・前掲注89) 80頁以下を参照されたい。

づくことを要する」という原告側の主張を退け、「我が国においては、警察は、〔組織法である〕警察法2条1項の規定により、強制力を伴わない限り犯罪捜査に必要な諸活動を行うことが許されると解されるのであり、……公道上において何人でも確認し得る車両データを収集し、これを利用することは、適法に行い得るというべきである」と述べたのである。

確かに、短期的・一時的保存を前提とする情報収集を「任意処分」と捉える以上、これに対して常に法律の根拠を求めること——法律の根拠がなければ即違憲と解すること——は厳格に過ぎるであろう。しかし、その一方で、現在の情報技術が、短期的・一時的保存とデータベース化との境界をきわめて曖昧なものにしていることを忘れるべきではない。防犯カメラやNシステムは、茫漠としたデータベースへの転化可能性を内在させた「プロト・データベース」とも呼びうるものなのである。そうであるならば、短期的な保存を前提とする情報収集も、上述のデータベース問題を無関係とは言えず、これを法律によって明確に根拠づけ、統制することが積極的に求められるように思われる。ただ、逆に、法律によって、あるいは法律が創設した監視機関等によって、情報が長期的に保存されないこと——一定期間経過後に消去されること——が確実に担保されるのであれば、データベース化に伴うプライバシー上の問題（Ⅲ1(1)参照）の多くは解消されるはずである（そうすると、これを任意処分のなかの任意処分と捉えることも不可能ではなくなる）。

そこで、短期的・一時的保存を前提とする情報収集については、法律の根拠を「取引」的に解して、データベースへの転化を防止するような法律制定を強く促すかたちでの司法審査が求められるように思われる（取引的＝インセンティブ・アプローチ）。すなわち、データベースへの転化可能性を抑制・否定するような法律が存在していれば、かかる情報収集は、性質上、警ら中の目視に接近し、その審査も緩やかなもので足りるのに対して（よって情報収集活動は広く許容される）、そのような法律が存在しない場合には、かかる情報収集は——データベースへの転化可能性を含んだ、プライバシー侵害度の高いものとして——厳格な審査に服することが求められると解すべきなのである。防犯カメラやNシステムが「プロト・データベース」として位置づけられるとすれば、これに対し、上述のようなかたちで憲法31条＝強制処分法定主義の精神ないし趣旨を及ばすことも検討されてよいように思わ

れる。

IV 結語に代えて

以上、本章は、田村正博が我々研究者に課した「宿題」に応えるべく、警察による情報保管ないしデータベース化に対する「法律」的統制のあり方を検討してきた。この検討により、①警察の情報実務に関する「判例理論」が、同情報実務の司法的抑制に重きを置き、強制処分「法定」主義（ないし憲法31条）の意義を低く見積もってきたこと、②刑訴法学において、かかる「判例理論」を批判し、強制処分法定主義——法律の根拠の必要——を“serious”に捉える議論が有力化してきていること、③こうした強制処分法定主義・再考論が、警察による情報保管ないしデータベース化に対して重要な示唆を与えるが、そのみでは十分ではないことを明らかにしてきたつもりである。そして本章は、④長期的かつ大規模な情報保存、すなわちデータベース化（データベース登録）については、これを「強制処分」とみて法律の根拠を厳格に求めるべきであるのに対して、防犯カメラやNシステムのような、情報の短期的・一時的保存を前提とする収集活動については、法律制定を強く促すような司法審査のあり方を模索すべきであるとした（取引的＝インセンティブ・アプローチ）。

もちろん、このような本章の見解に対しては異論もあろう。筆者も、こうした指摘を踏まえながら、さらに議論を進展させていくつもりである。ただ、現代の情報技術の劇的な発展によって、これまでデータベース化を抑制してきた事実上の限界（金銭的なコストや技術的な限界）が限界を迎えつつあり、これに代わる新たな「限界」を早急に設ける必要がある、ということは確かである。今後、警察保有のデータベースが無節操に拡張するといった事態が起ころるならば、それは、田村の課した「宿題」に法学研究者が誠実に応えなかったことの一つの証左と考えるべきである。