

新技術と捜査活動規制（2・完）

—— 合衆国最高裁 Riley 判決の検討をきっかけに ——

山 田 哲 史

はじめに

1. Riley 判決の検討（以上、前号）
2. 捜査活動を規律するのは誰か
 - 2.1. 導 入
 - 2.2. Kerr の議論の検討
 - 2.3. 行政規則の活用？
 - 2.4. まとめ
3. 我が国における展望
 - 3.1. アメリカとの法構造の違い
 - 3.2. 強制処分法定主義の再発見
 - 3.3. 強制処分法定主義の限界
 - 3.4. まとめ

おわりに

2. 捜査活動を規律するのは誰か

2.1. 導 入

我々は、前章、とりわけ1.4.2.において、合衆国最高裁における明確なルールの必要性をめぐる、先例や学説を確認する中で、捜査活動への規律を誰がどのように行うのかという問いがその背景に存在していることを知ることができた。そして、これは、前章末尾で述べたように、捜査活動という行政の行動を、議会及び裁判所がどのように規律するのか、相互の関係をどのように位置づけるかという意味で権力分立に関する問題であるということが出来る。本件 Riley 判決においても、Alito 裁判官の同意意見⁽¹⁷⁷⁾は、議会と裁判所の権限配分という問題を顕在化させ、従来はともかく、新技術を利用

した捜査活動の規律について、主としてその任に当たるのは議会であるべきことを指摘した。そして、本件 Riley 判決における処理が、議会によるルール設定が未だなされていない段階で合衆国最高裁に許された範囲での、暫定的、限定的な意味を持つことにすぎないことが強調されていた。もちろん、これは、Alito 判事が法廷意見に参加せず、同意意見を執筆することとなった理由ともなっているものであって、法廷意見あるいは合衆国最高裁全体に共有された見方ではない⁽¹⁷⁸⁾。しかし、確かにここでも通説あるいは多数説を構成しているとは言えないのであるが、近時学説においても、捜査活動の規律を第一に担うのは議会であるという見解が有力化しており、我が国においても紹介がなされているところである⁽¹⁷⁹⁾。そこで以下では、——むしろ、それゆえに、稲谷の研究に蛇足を付す感も否めないところであるが——筆者なりの観点から、捜査活動の規律主体をめぐる、アメリカの議論を紹介・検討していくことにしたい。

2.2. Kerr の議論の検討

本件 Riley 判決の Alito 同意意見⁽¹⁸⁰⁾は、法廷意見の判決内容に同意するものであるが、連邦議会あるいは州の立法者が、法執行の正当な必要性と携帯電話所有者のプライバシーの利益を評価した上で、情報の類型などの指標に基づいて合理的な線引きを行うことが可能か否かをさらに検討したいとする。その上で、電話の傍受が示唆的な例となるとして、Katz 判決とその後の立法による規律(授権と規制)を概観したのち、今日における携帯電話をめぐる技術の劇的な進展を指摘する。こうして、すでに紹介したように、連邦の裁判所が曖昧な修正4条を利用してプライバシー保護の第一の担い手とし

⁽¹⁷⁷⁾ Riley, 134 S. Ct. at 2497-2498 (Alito, J., concurring). なお、Alito 判事は、Jones 判決の同意意見に置いても、同様の指摘を行っていた。Jones, 132 S. Ct. at 964 (Alito, J., with whom Ginsburg, J., Breyer, J., and Kagan, J., join, concurring).

⁽¹⁷⁸⁾ ただし、Jones 判決の Alito 同意意見には、Ginsburg 判事、Breyer 判事、Kagan 判事が賛同している。

⁽¹⁷⁹⁾ 稲谷・前掲註⁽¹⁷⁷⁾ [註番号⁽¹⁷⁶⁾以下は、前号掲載の(1)を参照。以下類例について同じ]。

⁽¹⁸⁰⁾ Riley, 134 S. Ct. at 2497-2498 (Alito, J., concurring).

て活動するのは不幸なことであり、むしろ人民によって選挙された立法府の方がより適切な地位にあるという立場を示している。同様の見解は、GPS装置という新技術の自動車への装着の捜査該当性が争われた Jones 判決の Alito 同意意見においても、より詳細な形で展開されている。この Jones 判決の同意意見において、Alito は、Georgetown 大学教授で、気鋭⁽¹⁸¹⁾の刑法学者 O. Kerr の見解⁽¹⁸²⁾を引いて、とりわけ新技術を利用した捜査活動については、裁判所ではなく、議会こそが第一義的な規律主体であるべきであるということを描する⁽¹⁸³⁾。この Kerr の議論は、アメリカにおいて Alito 同意意見に限定されず、大きな注目を浴びているものであり⁽¹⁸⁴⁾、本章では、Kerr の議論を軸として、検討を進めていくことにしたい。

2.2.1. Kerr 論文の概要

まずは、Kerr の '*The Fourth Amendment and New Technologies*' 論文の概要を追っていくことにしよう。当該論文において、Kerr は、はじめに、従来の修正 4 条論が、Katz 判決⁽¹⁸⁵⁾によって、財産への物理的侵害 (trespass)

(181) 1971年生まれと比較的若年ながら、K. Yale や W. LaFave などの泰斗とともに基本書類の編者に名を連ねており、とりわけサイバー関係の刑事法に関する論考を多く公刊し、注目されている。

(182) O.S. Kerr, *The Fourth Amendment and New Technologies*, 102 MICH. L. REV. 801 (2004).

(183) *Jones*, 132 S. Ct. at 962-964 (Alito, J., concurring).

(184) HeinOnline の検索システムによると、当該論文は、日本時間の2015年7月5日現在で、282本の論文に引用されている。稲谷・前掲註⁽¹⁸⁷⁾でもこの Kerr の議論の検討は、当該論文のいわばバック・ボーンの一つをなしており、稲谷・同上(五)172巻2号12頁以下に詳細な記述がある。

(185) *Katz*, 389 U.S. 347. これは、修正 4 条に関して画期をなす判決であるとされる判決である。これに先立つ、1928年の *Olmstead v. United States* 事件判決 (277 U.S. 438, 464-466 (1928)) において、修正 4 条は、有体物のみを憲法上規制される「捜索」の対象としており、そこに書かれざる電話の通信内容のようなものは保障の対象とならないと判示されていた。*Katz* 判決はこれを覆し、正当に信頼したプライバシーを侵害するものについては、修正 4 条の捜索として規律を受ける旨判示した。なお、法廷意見よりもむしろ、Harlan 判事による同意意見 (*Katz*, 389 U.S. at 361 (Harlan, J., concurring)) が、修正 4 条が「合理的なプライバシーへの期待」を保護するものであると定式化した(とされる)点³が、その後の判決によって先例として引用され、「合理的期待テスト」と呼ばれる修正 4 条の保障範囲を確定する際の基準をなしている。以上の点について、関連文献は枚挙

を規制する枠組みから、プライバシーの合理的期待の有無を問う枠組みへと変化し、これにより、裁判所が新たな技術の登場に対して適切に対処しているイメージを描いてきたことを指摘する⁽¹⁸⁶⁾。しかし、プライバシーの合理的期待という指標は、判断基準としての機能を果たし得ず、合衆国最高裁の判例は、Katz 判決以後も、結局、物理的侵害には限定しないものの、従来のコモン・ロー財産法による保護の有無を重要な指標として利用してきたのだと指摘する。こうして、財産法的アプローチの Katz 判決における放棄というものは、ある種の物語にすぎないということを暴露するのである⁽¹⁸⁷⁾。その上で、先例を効果的に援用できない、新技術に関わる事案については十分なプライバシー保護を構築することができないのだという⁽¹⁸⁸⁾。実際に、発信機 (beeper)⁽¹⁸⁹⁾や熱感知装置⁽¹⁹⁰⁾の使用の搜索該当性が問われた事件においては、住居 (home) への侵入が観念できるのかという点が大きな判断指標として機能しており、修正 4 条の保護が新技術へ拡大したようにも見えるものの、伝統的な財産法ルールに忠実な保守的判断にすぎないとしている⁽¹⁹¹⁾。

この点に関して、2004年に刊行された当該論文においては触れられるべくもないが、その後、GPS 装置の設置の搜索該当性が問われた2012年の Jones 判決において、Scalia 判事の筆になる法廷意見は、プライバシーの合理的期待の有無を論じるまでもなく、自動車への GPS 装置の設置行為を捉えて、これが物理的侵害を構成することを理由として、搜索該当性を認めた。そして、

にいとまがないが、例えば、ドレスラー＝ミカエル・前掲註3396-101頁などを参照。なお、本稿筆者自身、修正 4 条の保障範囲論については、別稿で詳しく論じる予定である。

⁽¹⁸⁶⁾ Kerr, *supra* note 182, at 809.

⁽¹⁸⁷⁾ *Ibid.*, at 827.

⁽¹⁸⁸⁾ *Ibid.*, at 832.

⁽¹⁸⁹⁾ See, *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983) [公道上の移動を把握する限りにおいては、被疑者による自主的な情報の開示が認められ搜索に該当しないと判示 (at 281-282)]; *United States v. Karo*, 468 U.S. 703 (1984) [住居内を発信機を用いて監視する場合は、修正 4 条の搜索に該当すると判示 (at 714)].

⁽¹⁹⁰⁾ See, *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001) [住居内の状況を一般大衆が使用しない装置を利用して認識する活動は物理的な侵害を欠くとしても修正 4 条にいう搜索に該当すると判示 (at 40)].

⁽¹⁹¹⁾ Kerr, *supra* note 182, at 832ff.

その法廷意見において, Katz 判決は物理的侵害を伴わない捜査活動も捜索に該当しうることを認めたものであり, 政府の行為がコモン・ロー上の侵害を構成する場合には修正4条にいう「捜索」への該当性が認められるという, 従来の物理的侵害法理 (trespass doctrine) が放棄されたわけではないことが指摘された⁽¹⁹²⁾。むしろ Scalia 判事が Kerr 論文に示唆を得たという可能性も否定できないところではあるが, 2004年段階での Kerr の指摘の鋭敏さを表しているということができよう。

このように, 合理的な期待テストを通じた裁判所による捜査活動統制の限界を指摘した Kerr は, 続いて, ある意味では皮肉なことに, Katz 判決を受けて, 1960年代以降, 情報プライバシーへの介入を伴う捜査活動を中心として, 連邦議会による立法を通じた規制が進展したことを指摘する⁽¹⁹³⁾。こうして, 通説的な見解においては見落とされてきたところではあるが, 1960年代以降, 立法の方が, 財産法に拘泥していた裁判所よりもむしろプライバシーに注目してきたというのである⁽¹⁹⁴⁾。

以上のような検討を通じて, 立法府への関心を喚起した Kerr は, 「制度的能力」に着目して, 新技術を用いた捜査活動の規制を裁判所が担うべきか, あるいは担うことができるのか, むしろそれは議会に委ねられるべき事項なのかを検討していくことになる。ここまでの紹介でも察しがつくように, Kerr はここで議会の優位を説くことになるのであるが, その論理展開を追っていくことにしよう。

⁽¹⁹²⁾ Jones, 132 S. Ct. at 949-953. この法廷意見については, Ginsburg・Breyer・Kagan の各判事も賛同する, Alito 同意意見が, 21世紀の新技術に関する事案処理を皮肉にも18世紀の不法行為法に則って処理するものであるとの痛烈な批判を加えており (Jones, *ibid.*, at 957 (Alito, J., with whom Ginsburg, J., Breyer, J., and Kagan, J., join, concurring)), 批判も多いところである。もっとも, 住居前庭における警察犬による嗅気鑑別の捜索該当性が問われた, Florida v. Jardines 事件判決 (133 S. Ct. 1409 (2013)) においても, 物理的侵害法理を利用して捜索該当性が認められるなど, 一定の定着が認められないでもない。Jardines 判決に関する邦語文献として, 藤井樹也「Florida v. Jardines, 133 S. Ct. 1409 (2013)」アメリカ法2014-II (2015年) 419頁以下がある。

⁽¹⁹³⁾ See, Kerr, *supra* note 182, at 847-855.

⁽¹⁹⁴⁾ *Ibid.*, at 857.

まず、インターネットにおけるプライバシーの保護に修正4条の枠組みを利用すべきであるなどと主張し、修正4条におけるプライバシーの価値というものを裁判所が新技術の文脈に「翻訳 (translate)⁽¹⁹⁵⁾」していくことが必要であるという Lessig の見解⁽¹⁹⁶⁾を引き合いに出して、なお新技術を用いた捜査活動への規律の主体として裁判所に期待を寄せる見解が多いことを指摘する⁽¹⁹⁷⁾。しかし、このような見解には、「制度的能力」の観点が必要であるとして批判をくわえるのである。「制度的能力」の観点として理解されているのは、ある機関の構成・権限などの制度的に枠づけられた機能・特性に着目して、一定の問題・事象について、当該機関がそれを処理するにふさわしい地位にあるかを論じるということである⁽¹⁹⁸⁾。

Kerr は、具体的な検討に入る前に、民事法の学者を中心として、裁判所による事案ごと (case by case) の処理によって、移りゆく新技術に適切に対応できるという議論が展開されていたり、裁判所は圧力団体の利益追求から比較的距離を置いた判断が可能であるという、公共選択論からの指摘があったりすることに言及する。これらの指摘については、Kerr も一定の理を認めつつも、あくまでこれから展開する議論は、刑事手続における新技術への対応に限定したものであるとして、議論の射程を狭めている⁽¹⁹⁹⁾。

新しい技術への対応における特殊性に言及する Kerr は、その前提として

(195) 法解釈を、制定当時の状況下での意義を明らかにした上で、解釈・適用時における状況を踏まえて、元来の意味を維持しつつ、解釈・適用時に適切な意味内容を確定する作業であるとして、「翻訳」に例える。Lessig の議論については、L. Lessig, *Fidelity in Translation*, 71 TEX. L. REV. 1165 (1993) を参照。

(196) Kerr は、ここで、L. LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 222 (1999) [hereinafter LESSIG (1st ed.)] を引用している。なお、引用部分と同じ記述は、同書の第2版にも残されている。See, L. LESSIG, CODE VERSION 2.0 325 (2006) [hereinafter LESSIG (2.0)].

(197) Kerr, *supra* note 182, at 858.

(198) ここで主に、念頭に置かれているのは、Sunstein の見解である。Kerr は、制度的能力論への導入部分において、流動的な状況下では、制度的な現実に照らして、裁判所は注意深くかつ謙虚に事案処理に取りかかるべきで、政治的な決定や変更の余地を残しておくべきだという、C. Sunstein, *Constitutional Caution*, 1996 U. CHI. LEGAL F. 361, 363 (1996) を、まず引用している。

(199) Kerr, *supra* note 182, at 859-860.

修正4条の趣旨を、第一に政府に効果的な捜査手段を認めるとともに、第二にその規制を明瞭な形で行い、公務員の恣意を排除し、ひいては人民の権利を保障することにあると理解する⁽²⁰⁰⁾。そして、技術が安定的である場合には、裁判所が事案ごとの処理を通じて、この二つの趣旨を満たすようなルールの形成に成功するとして、その例として自動車の停止をめぐる判例法の展開を紹介する⁽²⁰¹⁾。しかし、技術の発展が、著しく、高速に行われる場合においては、それを規律するためのルールは不安定かつ流動的なものとならざるを得ず、政府のいずれの部門がこれに対処するのが妥当であるかという問題を引き起こすこととなる⁽²⁰²⁾。

以上のような問題提起を踏まえて、Kerrは、裁判所に対比させる形で、制度的能力の観点から、規律主体として議会がより適合的であることを説いていくことになる。

ここで、Kerrがまずあげる立法府の利点は、事前に(ex ante)能動的な対応が可能である点である。そして、実際にとりわけ近時において、連邦議会は、公衆の関心の高まりを待つことなく、かなり早期に問題への対応を行う傾向を示しているのだという⁽²⁰³⁾。このこととの対比で言えば、裁判所は、事後的に(ex post)事案ごとに問題に対応するのが通常であり、とりわけ合衆国最高裁ともなれば実際に取り上げることのできる事案も限定され、迅速なルール形成は困難である。また、ルール形成がなされたとしても、その時にはすでに時宜を失っている可能性も大いにある⁽²⁰⁴⁾。

次に、Kerrは、裁判所が厳格な先例拘束性による迅速な変化が妨げられるのに対して、議会は新たなルール形成について幅広い裁量を有しており、変化する状況に柔軟に対応できることを指摘する⁽²⁰⁵⁾。実際に、電子通信プライ

⁽²⁰⁰⁾ *Ibid.*, at 861.

⁽²⁰¹⁾ *Ibid.*, at 862-864.

⁽²⁰²⁾ *Ibid.*, at 867.

⁽²⁰³⁾ *Ibid.*, at 870.

⁽²⁰⁴⁾ *Ibid.*, at 869.

⁽²⁰⁵⁾ *Ibid.*, at 871.

バシー法は数次にわたる改正を経ており、このことは立法によるルールが、いかに創造的かつ柔軟な規律レジームを設けることができるのかを示す例となるという。さらに、裁判所による審査を創設することすらでき、場合によっては、いわゆる愛国者法⁽²⁰⁶⁾のように時限立法とすることによって⁽²⁰⁷⁾、暫定的なルール形成を行うことも可能であるという⁽²⁰⁸⁾。他方で、裁判所によるルール形成の場合、先にも触れたように先例拘束性が働き、ルールを柔軟に何度も変化させることは妨げられることになるし、変化する状況において具体化した場合の結果がはっきりとしない、漠然としたルールを提示しそれを維持することになるが、それは修正4条の目的とするところにも合致しない⁽²⁰⁹⁾。例えば、Kyllo判決の法廷意見において、Scalia判事は、技術の進展に対応すべく、捜査に使用された装置の「一般公衆による使用」の有無によって、修正4条にいう「搜索」への該当性を判断するという指標を導入した⁽²¹⁰⁾が、その指標は必ずしも明確ではなく、困難を抱えているのである⁽²¹¹⁾。

加えて指摘されるのが、情報収集能力の面である。すなわち、議会には、公聴会といった公式のものから非公式な協議にいたる、多様な機会を通じて、司法省を中心とする政府や在野の市民団体といったものから情報を取得し、また照会を行っていくことが可能である。対する裁判所はというと、基本的には、事件書類に基づいて判断することが求められ、移り変わる技術に関わる資料に乏しい中で、ルール形成を求められることとなり、誤ったルール形

⁽²⁰⁶⁾ Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, Pub. L. No. 107-56 (2001).

⁽²⁰⁷⁾ これに関連して、国家安全保障局に幅広い盗聴等の監視権限を与えていた愛国者法の規定は、2015年に失効し、監視権限を限定した、合衆国自由法 (USA Freedom Act; Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ensuring Effective Discipline Over Monitoring Act, Pub. L. No. 114-23 (2015)) が新たに制定された。なお、合衆国自由法も2019年までの時限立法である。See, e.g., J. Steinhauer & J. Weisman, *U.S. Surveillance in Place Since 9/11 Is Sharply Limited*, N.Y. TIMES, June 2, 2015, at A1.

⁽²⁰⁸⁾ Kerr, *supra* note 182, at 871-873.

⁽²⁰⁹⁾ *Ibid.*, at 873.

⁽²¹⁰⁾ Kyllo, 533 U.S. at 40.

⁽²¹¹⁾ Kerr, *supra* note 182, at 874.

成を行うことになるのだという⁽²¹²⁾。

さらに、Kerr は、刑事手続法における特殊性として、制度的観点からの検討の冒頭においても引用した、①事案ごとの処理の利点を強調する見解⁽²¹³⁾や②公共選択論からの指摘⁽²¹⁴⁾への反論を試みることになる。

①についていえば、事案ごとの処理は、ルールを開かれた形 (open) で置き、法を不確かなもの (uncertain) とするのである。確かに、民事法の場面においては、むしろこれが利点として働くのであり、その限りでは妥当性の認められる見解であるという⁽²¹⁵⁾。しかし、トップ・ダウンで政策決定が行われ、政府がカードを握っている領域であるがゆえに、明確なルールの提示が要求される刑事手続法においては、難点であるとする⁽²¹⁶⁾。

つぎに、②についてであるが、議会に対する圧力団体によるロビー活動の問題は、一般論としては、公共選択論が指摘する通りであると、ここでも一定の理解を示す。しかし、刑事手続法という分野において、他の分野との比較で、圧力団体を想定しにくいことを指摘するとともに、刑法が問題となる場面では公衆が法執行を期待し、政治家としてはそのような一般公衆の声に耳を傾けざるを得ないという Stuntz⁽²¹⁷⁾の議論を引き合いに出して、刑事手続法の分野でも一部の圧力団体ではなく一般公衆の声に耳を向けることが必

⁽²¹²⁾ *Ibid.*, at 875.

⁽²¹³⁾ このような見解の例として引用されるのは、先にも触れた Lessig (LESSIG (1st ed.), *supra* note 196, at 222; LESSIG (2.0), *supra* note 196, at 325) もそうであるが、ここでは、L. Lessig, *The Path of Cyberlaw*, 104 *YALE L.J.* 1743, 1752 (1995) が引かれる) や、Sherry (S. Sherry, *Haste Makes Waste: Congress and the Common Law in Cyberspace*, 55 *VAND. L. REV.* 309, 309-313 (2002)) といった論者のものであり、いずれも新技術を用いた捜査方法の規律に関するものではなく、サイバースペースへの法的規律一般について検討したものである。

⁽²¹⁴⁾ 公共選択論の論考のうち、刑事手続に関するものとして、Kerr が具体的な反論を試みる対象となっているのが、D.A. Dripps, *Criminal Procedure, Footnote Four, and the Theory of Public Choice*, 44 *SYRACUSE L. REV.* 1079 (1993) である。

⁽²¹⁵⁾ この点に関連して、不法行為 (Tort) の場面では、明確な線引きのルールが判例法上も否定的に捉えられていること (see, Silk, *supra* note 109, at 285 n. 35) が想起される。

⁽²¹⁶⁾ Kerr, *supra* note 182, at 884.

⁽²¹⁷⁾ Kerr は、ここでは、W.J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 101 *MICH. L. REV.* 505, 529-530 (2001) を引用する。

要であると主張する。また、自己を犯罪者の予備軍と考えるよりは、潜在的犯罪被害者と考えがちな公衆の要求を重要視することは、プライバシー保護に資する結果をもたらさない可能性にも触れつつ、新技術については、政治的に有力な集団側によって利用されることが一般であって、そこへの公衆の反発・警戒は十分にあり得、捜査側に一方的なルール形成を許すものではないというのである⁽²¹⁸⁾。

こうして、Kerr は、少なくとも新技術を用いた捜査活動の規律に関する限り、その第一の規制主体は議会であって、裁判所ではないという結論に達するのである。

2.2.2. Solove からの批判と再反論

前節では、Kerr の議論をやや詳しく紹介したところであるが、この Kerr の議論に対しては、彼の Georgetown 大学の同僚であり、とりわけ情報プライバシー権について造詣の深い、D. Solove からの詳細な批判⁽²¹⁹⁾が加えられている。この Solove からの批判は、Kerr の議論の意義を明確化し、その内容を精査するにあたり、有用な材料を提供してくれるものであり、Kerr による再反論⁽²²⁰⁾も含めて、その内容を紹介しておくことにしたい。

2.2.2.1. Solove の批判

まず、Solove は、反論論文の導入部分において、Kerr は、新技術に関わる捜査活動の規制に焦点を当てて議論しているが、そこで主として議論の対象とされているのはむしろ、刑事手続規範の法典化、制定法化であり、そのような現象は新技術に関わる場面に限定されず、より広く、情報プライバシー

⁽²¹⁸⁾ Kerr, *supra* note 182, at 886-887.

⁽²¹⁹⁾ D.J. Solove, *Fourth Amendment Codification and Professor Kerr's Misguided Call for Judicial Deference*, 74 *FORDHAM L. REV.* 747 (2005) [*hereinafter* Solove (2005)]. なお、現代における修正 4 条一般に関する Solove の見解を一般読者向けに示したものとして、D.J. SOLOVE, *NOTHING TO HIDE* 164-173 (2011) [*hereinafter* SOLOVE (2011)] も参照。

⁽²²⁰⁾ O. Kerr, *Congress, the Courts, and New Technologies: A Response to Professor Solove*, 74 *FORDHAM L. REV.* 779 (2005).

一般の問題に関わるものであるという⁽²²¹⁾。こうして、自らの関心にも議論を引き付けつつ、Soloveは、修正4条の基本的な枠組や法典化の有り様について検討を進めていく。

他国においては、議会制定法や行政の制定する規則といったものを通じて、捜査活動の統制を行っているのに対して、統一的警察機構を欠く米国連邦制の特殊性を大きな原因として、全国レベルでは、憲法規定、具体的には修正4条を、判例によって導かれた排除法則を担保手段として、連邦の裁判所が適用することを通じて捜査活動統制が行われていることを、米国刑事手続法の特徴としてSoloveは指摘する⁽²²²⁾。そして、この枠組自体も、州レベルの捜査活動に修正4条の規律が及ぶようになったのは、排除法則による担保まで視野に入れば、初めて排除法則が州の事件にも適用されるとした1961年のMapp v. Ohio判決⁽²²³⁾をまたなければならぬし、修正4条の保障範囲の枠組が安定したのは、1967年のKatz判決である⁽²²⁴⁾。ただし、Katz判決の提示した合理的な期待テストは、いわゆる第三者法理を生み出し、デジタル時代においては、人民の情報プライバシーにとって大きな脅威となっている⁽²²⁵⁾。このような状況のもとで、Soloveも制定法の存在意義が大きくなっていることを説く⁽²²⁶⁾。第三者法理によって修正4条の保障範囲から排除された領域をカバーするものとして多くの連邦立法がなされてきたことをいくつかの具体例に即して示していく⁽²²⁷⁾。

こうしてここまでは、Kerrとも軌を一にするような論理展開を見せるので

⁽²²¹⁾ Solove (2005), *supra* note 219, at 748.

⁽²²²⁾ *Ibid.*, at 748-749.

⁽²²³⁾ Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

⁽²²⁴⁾ Solove (2005), *supra* note 219, at 751.

⁽²²⁵⁾ *Ibid.*, at 753.

⁽²²⁶⁾ *Ibid.*

⁽²²⁷⁾ 具体的には、*ibid.*, at 754-760において、電子通信プライバシー法 (Electronic Communications Privacy Act) などの電子的な監視活動を規律する諸法や、公正信用報告法 (Fair Credit Reporting Act) などの政府による民間部門の記録類へのアクセスを規律する諸法、プライバシー保護法 (Privacy Protection Act) などにおける報道資料の搜索等に関する規律を紹介している。

あるが、Kerr が立法者にかなりの制度的な優位を認めるのに対して、Solove はそこに懐疑的な視線を向ける。具体的には、まず、Kerr が裁判所は自身の制度的な限界を認識し、関連する技術やその使用が安定的なものとなるまで注意しておくべきだというのに対して、「注意しておく (remain caution)」という言葉、とりわけ「注意 (caution)」がそもそもどのような意味を持つのか不明確で、裁判所に何が求められているのかがわからないとあって、Kerr の主張を批判する⁽²²⁸⁾。その上で、立法により形成されたルールが司法によって形成されたルールに勝るのか、Kerr の議論に対応させる形で論じていく。ここで、Solove は、Kerr のいう立法の利点を次の3点に整理する⁽²²⁹⁾。すなわち、①包括的でバランスがとれ明確で柔軟なルール形成が可能なこと、②技術の変化により対応した措置を取れること、③複雑な新技術により精通していることの3点である。

①の点について、第一に、Solove は、修正4条が必ずしもその守備範囲を特定の領域に限定したものではなく、他方で、現実に制定法によって形成されているルールも包括的な規律ができていないわけでもないという⁽²³⁰⁾。すなわち、分野ごとに立法による処理がなされていること、さらにそれぞれの立法内容として、違反に対する排除法則などを通じた救済が欠如しているものが散見されたり、個別の法律の中でも技術の進展に必ずしも十分に対応できず本来規律が及んでいるべき事象がカバーされていないなどの「穴 (gap)」が見受けられたりということを指摘するのである⁽²³¹⁾。本稿でも先に紹介したように、Kerr は *Kyllo* 判決を明確性の観点で不十分なものとして批判するのだ

⁽²²⁸⁾ *Ibid.*, at 760. ここでは、司法による敬讓・自己抑制の必要性を強調する見解との類似性が論じられ、D.J. Solove, *The Darkest Domain: Deference, Judicial Review, and the Bill of Rights*, 84 IOWA L. REV. 941, 1020 (1999) [*hereinafter* Solove (Deference)] の参照を求めている。なお、当該論文で、Solove は、政治部門の裁判所に対する専門性における優位が実証的検討に耐えない感覚的なものにすぎないことを指摘し、裁判所による謙讓を過度に説く議論への批判を展開している。

⁽²²⁹⁾ Solove (2005), *supra* note 219, at 761. *See also*, Kerr, *supra* note 182, at 859-860.

⁽²³⁰⁾ Solove, *ibid.*, at 761.

⁽²³¹⁾ *Ibid.*, at 763. 盗聴法において、E-mail についての排除法則が欠如していることや、同じく盗聴法における無声のビデオ監視への規律の欠如が例としてあげられている。

が、そもそも連邦議会はその領域をカバーするような法律の制定を怠っているのだと指摘する⁽²³²⁾。

第二に、それに保障内容の面からみれば、立法により制定されたルールは、令状 (warrant) ではなく、裁判所の命令や検察官による召喚令状 (subpoena) で足りるとしたり、容疑や証拠存在の疑いの程度も相当な (probable) 理由ではなく、ひどいと関連する (relevant) ものであればよいなどしたり、修正4条の場合より、かなり劣っている場合が通常だという⁽²³³⁾。

また、Kerr はルールの明確性を非常に重視するけれども、制定法によって形成されたルールにしてみたところで、例えば、電子通信プライバシー法の規定するルールなどは、わかりづらく、不明瞭なことで有名であることを指摘する⁽²³⁴⁾。さらに、連邦の制定法は、それ自体として存在していても仕方がなく、裁判所によって解釈・適用されることが必要となるということも忘れてはならず、Kerr の議論というのは、裁判官によって解釈・適用される制定法上のルールが、裁判官によって解釈・適用される修正4条のルールに勝るものであるという指摘に過ぎないのであり、どこまで有意な差をそこに見出しうるかについて疑問を提示する。そして、そもそも柔軟性と明確性は往々にして矛盾するのであるし、どのようなルールにも柔軟性と明確性は遍在するという⁽²³⁵⁾。

次に②の新技术への対応の観点については、Kerr は制定法が事前に (ex ante) 能動的な対応ができることを強調しているところだが、事前に全てを予測できるわけではなく、事前に設定されるがゆえの問題を抱えているという。そして、事後的な (ex post) ルールの方がむしろ個別的で柔軟な対応が可能であるという⁽²³⁶⁾。さらに実際問題としても、立法によるルールの更新

⁽²³²⁾ *Ibid.*, at 764.

⁽²³³⁾ *Ibid.*, at 765-766.

⁽²³⁴⁾ *Ibid.*, at 766. Solove は、O. Kerr, *Lifting the "Fog" of Internet Surveillance : How a Suppression Remedy Would Change Computer Crime Law*, 54 HASTINGS L.J. 805, 820 (2003) を引用して、電子通信プライバシー法の規定内容が不明瞭であることについては、Kerr 自身認めていることを指摘する。

⁽²³⁵⁾ Solove, *ibid.*, at 767-768.

⁽²³⁶⁾ *Ibid.*, at 768.

が適切に行われているかというところではなく、却って裁判所よりも新技術への対応が後手に回っている傾向があるというのである⁽²³⁷⁾。

最後に、③複雑な技術への理解度の問題である。この点、Kerrが裁判所の知識・理解の欠如を強調するのはすでに本稿でも見たとおりであるが、Soloveは、専門家による鑑定や、amicus briefによる補充が可能であり、議員自身に専門的知識があるわけではない議会と対比しても、情報収集能力に大差はないという⁽²³⁸⁾。Kerrがいうように、裁判官が怠惰であり、その理解不足は問題であるとは認めつつ、議会が制度的に同様の問題から免れているわけではないと主張する⁽²³⁹⁾。

以上のとおり、Kerrの所論への反論を展開したSoloveであるが、裁判所の制度論的な優位までを主張するものではないという⁽²⁴⁰⁾。ただし、Solove自身は、いわゆるリーガル・プロセス学派の議論に対して懐疑的な見方を持っており、そもそも政府の制度を一貫した硬直的なものと考えがちな制度的能力論を支持しないのであって、立法府にも裁判所にもお互いに対して大きな優位など有していないと考えている⁽²⁴¹⁾。そして、Kerrも、裁判所が中心的なアクターではなく、立法府も主要なアクターとして捉えられるべきであると主張しているという点においては、全く正当なのであり、問題は、裁判所と議会の二元的レジームにおいて、いかにそれぞれが取り組んでいくべきか、

⁽²³⁷⁾ *Ibid.*, at 771. ここでは、各法律の改正頻度などが具体的に紹介されている。

⁽²³⁸⁾ *Ibid.*, at 771-772. なお、Soloveは、そもそも、多くの事案において、問題となる技術がそこまで複雑ではないとも指摘している。

⁽²³⁹⁾ *Ibid.*, at 773.

⁽²⁴⁰⁾ *Ibid.*

⁽²⁴¹⁾ Solove (2005), *supra* note 219, at 773. ここでは、Solove (Deference), *supra* note 228, at 1010-1011の参照を求めており、司法の敬讓・自己抑制への批判を説くこの論文では、制度的能力論はリーガル・プロセス学派の中核的な考え方であったと指摘している。See, also, E.L. Rubin, *The New Legal Process, the Synthesis of Discourse, and the Microanalysis of Institutions*, 109 HARV. L. REV. 1393, 1396 (1996). なお、のちに紹介する「制度論的転回論者」Vermeuleも、リーガル・プロセス学派における制度的思考を認めつつ、それは、硬直的で抽象的なものであるとしている。See, A. VERMEULE, JUDGING UNDER UNCERTAINTY: AN INSTITUTIONAL THEORY OF LEGAL INTERPRETATION 63-64 (2006) [ただし、Vermeuleは、そこに、リーガル・プロセス学派の、硬直的・一方的な司法への「賛美」を見出している点で、Soloveの見立てとは大きく異なる。].

関係性をどう構築するかであるという⁽²⁴²⁾。Solove の立場からすれば、制定法による規律と並列する形で、裁判所は今後も修正 4 条の適用を通じて、捜査活動を規律していくことはできるし、その中で議会の制定した法律が修正 4 条の求める水準を満たしているかについても審査可能であるといい、その意味では裁判所によって適用される修正 4 条のルールというものは、デフォルト・ルールなのであるという⁽²⁴³⁾。つまり、裁判所が修正 4 条の原理を明確に示して、その個別化を議会に促し、議会は既存の法律も含めて自らの制定した法律が修正 4 条の原理を満たしたものかどうかを判断した上で、「穴」があればこれを埋めるべく、さらなる個別規定を設けていくというのが、理想の姿なのである⁽²⁴⁴⁾。要は、議会に目を向けさせた Kerr の功績は大きいが、裁判所にはなおすべきことが多く残されているというのが、Solove の言いたいことなのである。

2.2.2.2. Kerr の再反論

前節で紹介した Solove からの批判に対して、Kerr は、制定法による規律の拡大という事実認識やその実態分析が Solove と共有されていることについては、肯定的に捉えつつ、見解の分かれた規範的な評価について、再反論を試みている⁽²⁴⁵⁾。

再反論は、次の三点にまとめられる。すなわち、① Solove が自身の考えるあるべき裁判所による修正 4 条の適用を通じた捜査規制と、欠陥を抱えた現実の制定法上の捜査規制ルールを比較し、制定法を通じた規律が Kerr のいうほどに優れたものではないことを論証しようとしている旨、まず指摘して

⁽²⁴²⁾ Solove (2005), *supra* note 219, at 774.

⁽²⁴³⁾ *Ibid.*, at 774–775.

⁽²⁴⁴⁾ *Ibid.*, at 776. このような、裁判所と立法の相互関係の例として、Berger v. New York, 388 U.S. 41 (1967) が、電子的な監視活動を規律する法において修正 4 条がどのように実現されていくべきかを説いたところが、盗聴法 (Wire Tap Act) に反映されたことをあげている。

⁽²⁴⁵⁾ O. Kerr, *Congress, the Courts, and New Technologies : Response to Professor Solove*, 74 *FORDHAM L. REV.* 779, 780 (2005).

いる。次に、②裁判所の情報収集能力をめぐる Solove の評価について、やはり、議会との間の能力差は大きいのであって、そこには、有意な制度的差異があるとす。そして、最後に、③Kerr と異なり、Solove が裁判所に求める、制定法の修正4条適合性の審査について、その審査は困難であるという主張が加えられている。

それぞれ、もう少し立ち入って説明を加えていくことにすると、①については、先の要約に言い尽くされているところもあるが、Solove が指摘する、現実の制定法が多くの欠点を抱えたものであることについては、Kerr も同意している。しかし、ここでむしろ有意義なのは、そのような現実の制定法と理想的な裁判所を通じた修正4条の適用⁽²⁴⁶⁾との比較ではなくて、議会と裁判所の制度的能力の比較を通じた、いずれがより適切に対応しうる存在かという議論であるという⁽²⁴⁷⁾。

このようにある種の前置きの役割を果たした①の議論を承けて、制度的能力の焦点となる、②情報収集能力の比較に議論は移っていくことになる。先に本稿でも紹介したように、Solove は議会と裁判所の情報収集能力に有意な差はないと主張し、両者の「怠惰さ (laziness)」の対比といった問題に、矮小化して議論していると Kerr は評価する。しかし、Kerr は、議会と裁判所の情報収集手法は、前者が、開かれて (open)、双方向性 (interactive) を持ったものであるのに対して、後者が、単独で行われる (solitary)、閉じられた (closed) ものであるというように、対照的なものであり、そこで集められる・接することのできる情報には、一般論として有意な差を見いだすことができるという⁽²⁴⁸⁾。

⁽²⁴⁶⁾ Kerr は、D. Solove, *Reconstructing Electronic Surveillance Law*, 72 GEO. WASH. L. REV. 1264 (2004) を引用して、Solove のいう修正4条の理想的適用手法を、大部分の電子的監視活動については、十分な根拠 (probable cause) に基づく令状によって行われることを要求し、違反に対しては、須らく排除法則が適用されるというものであるとまとめている。See, Kerr, *ibid.*, at 781.

⁽²⁴⁷⁾ Kerr, *ibid.*, at 782.

⁽²⁴⁸⁾ *Ibid.*, at 784. これに続けて、補強的に、実際の裁判例が引用され、裁判官の新技術に対する理解不足が例証されている。See, *ibid.*, at 785-786. ただし、これは理想的議会と現

最後に、③についてであるが、Solove が個別の事件において、その具体的な捜索が妥当なものであったかを裁判所が判断することのみならず、議会の制定した法律が修正4条の求める内容を具備しているのかを判断することを、裁判所に要求していると、Kerr はまず指摘する。そして、このような審査は、文面上の審査を求めているものと解されるのであるが、文面審査には多くの困難が伴い、そのような役割を裁判所に求めるべきではないという。文面審査に伴う困難として、ここで Kerr は修正4条の文面審査を対象を限定して論じるが、次のようなものをあげている。つまり、まずは、修正4条の求める内容を具備しているかを判断する基準が欠如しているという⁽²⁴⁹⁾。さらに、実際の事案において法律がどのように機能するのかについて一般によく分からない制定法について、その正当性を判断することは大きな困難を伴うという⁽²⁵⁰⁾。こういった理由から、実際に合衆国最高裁も文面審査を回避していることも指摘する⁽²⁵¹⁾。加えて、3点目の難点として、仮に実体的な判断基準が見つかったとして、法律のどの部分が違憲であるのかを特定するという困難な作業を行わなくてはいけなくなることをあげる⁽²⁵²⁾。そして、最後に、以下のような議論を展開する。すなわち、技術の発展を前提にした場合、現在、十分な保護を提供する法であったとしても、のちにその妥当性を失うことがありうる。他方、ある時点ごとに文面上を審査していくことは、特定の適用を問題にするよりも、将来の立法者の判断を拘束する効果を生むことにもなるが、技術の変化を踏まえた場合に、そのような立法者への拘束は妥当ではない⁽²⁵³⁾。

実の裁判所の比較ともいえ、Kerr が批判した Solove の論法の裏返しなのではないかという疑問が湧く。

⁽²⁴⁹⁾ *Ibid.*, at 787.

⁽²⁵⁰⁾ *Ibid.*

⁽²⁵¹⁾ 我が国にいうところの職務質問時に、ポケットの内部に手を入れてヘロインを押収した行為が問題となった、*Sibron v. New York*, 392 U.S. 40, 59-60 (1968) は、不審者の停止とボディチェック等を授権した州法 (stop-and-frisk law) の文面違憲を被告人側が主張したのに対して、無令状捜索の憲法適合性のようなものは、個別事件の具体的な事実の文脈に即してのみ判断できるなどとして、文面審査を否定したことが引用されている。

⁽²⁵²⁾ Kerr, *supra* note 245, at 788-789.

⁽²⁵³⁾ *Ibid.*, at 789-790.

2.2.3. 検 討

前節では、Kerrの所論と、Soloveによる批判、さらにKerrによる再反論を確認した。本節では、それを踏まえて、各々の議論の妥当性を検討し、捜査活動をどのような機関が統制していくべきかという問いへの回答を模索することにしたい。

Kerrの所論は、議会こそが、捜査活動、とりわけ新技術に関わる捜査活動の規律主体であるというものである。そして、この主張の大きな拠り所、いわば「肝」となっているのが、「制度的能力論」である。「制度的能力論」については、Soloveも触れており、しかも、それに懐疑的な立場を表明しているから、その妥当性を検討することは、本節における検討にとって重要な意義を有する。そこで、以下では、まず、制度的能力論をめぐる議論を検討することにしよう。

先にも述べたように、Kerrが制度的能力論を援用するにあたって、Sunsteinの議論を意識している⁽²⁵⁴⁾。これに対して、Kerrのいう制度的能力論を批判するにあたって、Soloveが参照を求める自身の論文において、制度的能力論の主唱者として整理されているのは、リーガル・プロセス学派である。ところで、Kerrも引用する、「*Interpretation and Institutions*」論文⁽²⁵⁵⁾におけるSunsteinの共著者でもあるVermeuleは、法解釈方法論における「制度論的転回」を主張している⁽²⁵⁶⁾。そして、Sunsteinはこの「制度的転回」論の先駆者であると理解されている⁽²⁵⁷⁾のであるが、「制度的転回」論者の主たる攻撃対象は、リーガル・プロセス学派である⁽²⁵⁸⁾。そうすると、制度

⁽²⁵⁴⁾ See, *supra* note 198. また、稲谷・前掲註073172巻2号12頁は、Kerrの議論を「『制度論的転回』に基づく第四修正解釈」の展開と評価している。

⁽²⁵⁵⁾ C. Sunstein & A. Vermeule, *Interpretation and Institutions*, 101 MICH. L. REV. 885 (2003).

⁽²⁵⁶⁾ See, VERMEULE, *supra* note 241, at 63ff. (2006); 松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回(二)・完」民商法雑誌140巻2号(2009年)198頁。

⁽²⁵⁷⁾ 松尾・同上。Sunsteinの議論の紹介・検討については、金澤孝「Cass R. Sunsteinの司法ミニマリズムに関する一考察(一)～(四・完)」早稲田大学大学院法研論集109号318頁以下・110号404頁以下・111号502頁以下・112号(2004年)228頁以下などもある。

⁽²⁵⁸⁾ 松尾陽「法解釈方法論における制度論的転回(一)」民商法雑誌140巻1号(2009年)44頁。制度論的転回については、稲谷・前掲註073173巻3号30頁以下も参照。

的能力論の参照先が、Kerr と Solove との間で食い違っているだけではなく、参照先が対立的関係にあるということになる。これはどう考えれば良いのであろうか。この点、実は、Kerr は制度的転回を意識していないわけではないが、制度的転回論を採用しているとまでは言えず、彼の主張は、単に制度的能力に注目しているにすぎないという意味で、制度的能力論の範囲内にとどまっていると考えるのが妥当であるように思われる。もう少しわかりやすく言うと、Solove も指摘するように、リーガル・プロセス学派も、制度的能力には着目しており、各機関——とりわけ彼らが意識するのは裁判所であるが——の制度的な能力に即した役割を担うべきことを主張しているのであって、リーガル・プロセス学派もその意味では制度的能力論者と位置づけることができるのである⁽²⁵⁹⁾。そして、リーガル・プロセス学派と制度的転回論者の争いは、制度的能力への着目の可否にあるのではなく、むしろ、主として裁判所の制度的能力の理解そのものやその手法にあるといつてよい⁽²⁶⁰⁾。実際に、Kerr も、裁判所の情報収集能力を批判的に説明する際には、リーガル・プロセス学派の代表的論者である L.L. Fuller を引用している⁽²⁶¹⁾。さらに、Sunstein についても、修正 4 条の文脈で裁判所の制度的能力が劣っていることを具体的に述べた部分が引用されているにすぎず、当該部分において制度的転回的一般論は述べられていない。そもそも制度的転回が詳しく展開されているわけではない論文⁽²⁶²⁾が引用されていたり⁽²⁶³⁾、制度的転回を主張する論文が援用される場合も、あくまで、Lessig の議論が制度的観点を欠いたものであると、Sunstein と Vermeule が指摘している導入的な部分⁽²⁶⁴⁾が引用されていたりする⁽²⁶⁵⁾のである。さらに、松尾に従えば、リーガル・プロセス学派を中心とする制度的転回以前の議論と制度的転回論者の主張との間の一番

⁽²⁵⁹⁾ See, *supra* note 241.

⁽²⁶⁰⁾ 松尾・前掲註⁽²⁵⁹⁾44-45頁を参照。

⁽²⁶¹⁾ Kerr, *supra* note 182, at 875 n. 445.

⁽²⁶²⁾ Sunstein, *supra* note 198.

⁽²⁶³⁾ See, *supra* note 198.

⁽²⁶⁴⁾ Sunstein & Vermeule, *supra* note 255, at 941-944.

⁽²⁶⁵⁾ Kerr, *supra* note 182, at 876.

の差異は、民主政をプリュラリズム的に理解するのか否かという点にある⁽²⁶⁶⁾のだが、Kerrの議論において民主政観への言及は希薄であるし、公共選挙論への応答の部分でプリュラリズム的発想を前提としているとも理解でき⁽²⁶⁷⁾、むしろ、リーガル・プロセス学派への親和性を伺うことも不可能ではない⁽²⁶⁸⁾。

以上の検討を踏まえると、制度的転回論の主張するところが検討において考慮される可能性は否定されないものの、ここで議論の第一の焦点となるべきなのは、Soloveによる制度的能力論批判の妥当性である。そこで、Soloveの制度的能力論批判を検討してみよう。ただし、Soloveの制度的能力論批判を検討するにあたって、注意しておかなければならないのは、これが制度的能力論を直接批判する文脈で語られたものではなく、直接は、司法の敬讓・自己抑制を説く議論を批判する文脈において登場するものであり、制度的能力論に対して、網羅的な検討を加えているわけではないということである。

Soloveの議論を手短にまとめてしまうと、司法の敬讓・自己抑制は、実務的な部分での裁判所の能力不足を過度に指摘するものであり、司法のあるべき姿を嚮導するような民主政観を欠き、法的議論は扱えても、事実に関する経験的な判断は裁判所にはできないという静的な裁判所観にたっているということである⁽²⁶⁹⁾。そして、このような裁判所観は、リーガル・プロセス学派の制度的能力論に根差すものであると、批判の矛先をリーガル・プロセス学派、制度的能力論に向けている⁽²⁷⁰⁾。Soloveによる、このような制度的能力論批判は、裁判所も盛り込んだ民主政観の欠如を批判し、原理のフォーラムとしての裁判所と、プリュラリズムの場としての政治部門の峻別を良しとし

⁽²⁶⁶⁾ 松尾・前掲註(25)47-49頁参照。

⁽²⁶⁷⁾ See, *ibid.*, at 884-887.ただし、現実問題として、プリュラリスティックな動きが存在し、その弊害が懸念されることを認めたにとどまり、プリュラリズムを是認している、基本的な民主政観としてそれを採用しているというのは、言い過ぎかもしれない。

⁽²⁶⁸⁾ この意味で、Kerrの議論を制度論的転回の展開とする、稲谷・前掲註(71)72巻2号12頁の見立てに、筆者は疑問を持っている。ただし、ここでの言及はKerrの議論の理解についてのものであって、制度論的転回論に基づく、修正4条解釈論の展開可能性・妥当性を否定する趣旨ではない。

⁽²⁶⁹⁾ Solove (Deference), *supra* note 228, at 1010.

⁽²⁷⁰⁾ *Ibid.*

ない見解であると理解することができる。このような理解が正しければ、むしろ、制度的転回論者のリーガル・プロセス学派批判と重なる批判である⁽²⁷¹⁾。その意味では、Soloveは、そして、KerrよりもむしろSoloveの方が、制度的転回論者に近いのではないかという指摘ができよう。

また、Soloveは、現代官僚国家への危惧を背景に、裁判所による民主主義や権利保障の観点からの審査の必要性を説いている⁽²⁷²⁾。ただし、裁判所の実際の能力の欠如を、Solove自身少なくとも実務的な問題点としては認めていると解される⁽²⁷³⁾のだが、それを踏まえた上で、裁判所がどのようにその困難を乗り越えて、民主主義の観点からの批判的な審査を行うことができるかについては、具体的な処方箋を示しているわけではない⁽²⁷⁴⁾。そもそも、裁判所の敬讓・自己抑制を強く批判する点では、司法の関わり方を限定していこうとする制度的転回論者の方向性と相反することになるし、具体的な処方箋の欠如という点でも、民主主義の観点からの司法の関わり方を積極的に描こ

⁽²⁷¹⁾ See, VERMEULE, *supra* note 241, at 16-17. 松尾・前掲註²⁵⁸45頁も参照。もっとも、松尾・同上210頁なども指摘するように、Vermeuleは法解釈方法論に議論を集中させ、背後の民主政論を展開しないことに注意しておかなければならない。また、議会における熟議を促そうとする、Sunsteinの議論を含む、「民主政促進解釈 (Democracy-forcing Interpretation)」論について、制度的考慮が不十分なものとして批判的に論じている。See, VERMEULE, *ibid.*, at 118ff. なお、Sunsteinの近時の議論における、熟議の促進への視座が弱まっていることについて、金澤孝教授から教示を受けた。確かに、C.R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME (1999) [*hereinafter* SUNSTEIN (1999)] においては、民主政と司法最小主義との関係が全体を貫く主題として論じられている (see, in particular 24-45) が、しかし、パーク型最小主義へのコミットを前面に出すC.R. Sunstein, *Burkean Minimalism*, 105 MICH. L. REV. 353 (2006) においては、「伝統」ないし「長期に亘る実践 (long-standing practices)」の重視に軸足が移り (see, *ibid.*, at 407), 民主政への言及は薄くなっている (cf. *ibid.*, at 376). C.R. Sunstein, *Beyond Judicial Minimalism*, 43 TULSA L. REV. 825 (2008) [*hereinafter* Sunstein (2008)] でも、民主主義への言及はないわけではない (cf. *ibid.*, at 836) が、かなり抑制的なものとなっている。

⁽²⁷²⁾ Solove (Deference), *supra* note 228, at 1013-1014.

⁽²⁷³⁾ Soloveは、従来裁判所の敬讓・自己抑制論の根拠が、実務的・実際の能力の欠如の指摘に過ぎないと批判する (See, *ibid.*, at 1009) が、その指摘自体が誤った内容であるといった言及はしていない。

⁽²⁷⁴⁾ *Ibid.*, at 1021-1023は、「批判的審査 (critical inquiry)」の手法と技術の欠如が問題の核心であるとしつつも、今後の学説による努力の必要性を説いたり、19世紀以来の違憲審査の基準論の進展を指摘したりするに止まっている。

うとする傾向が強い制度的転回論との相違を見いだすことができるように思われる。ただし、Soloveの議論を紋切り型の古い、裁判所の敬讓・自己抑制論を批判したものと理解し直すのであれば、具体的な審査のあり方・限界の描出については制度的転回論を参照するという形で、両者を接合することも可能ではないだろうか。

次に問題となるのが、Kerrの議論との関係性である。この点、実際的なものであるとしたところで、Soloveが裁判所の能力に欠陥があることについて認めていることは確かである。そして、Kerrも議会一辺倒の議論を展開しているわけではない。少なくとも状況が安定している際の、裁判所を通じた修正4条の運用については評価しているのである⁽²⁷⁵⁾。そうすると、Kerrが再反論論文で述べた⁽²⁷⁶⁾ように、制度的能力の規範的評価が両者において異なっているに過ぎないという理解ができるのではないだろうか。もちろん、その相違は軽視できるものではなく、だからこそ、両者も議論の応酬を行ってい

⁽²⁷⁵⁾ Kerr, *supra* note 182, at 860-864. O. Kerr, *An Equilibrium-Adjustment Theory of the Force Amendment*, 125 HARV. L. REV. 476 (2011) では、修正4条とは、本来制憲時に想定されていた一定の捜査手法について相当な理由に裏付けられた令状を要求するものであるが、時代の変遷に照らして、捜査機関側のコストと捜査を受ける側の被侵害利益のバランスの関係で、制憲時に想定されていた捜査手法と現在において同視できるものについては、相当な理由に裏付けられた令状を要求するものであるという見解を、Kerrは提示している。そして、そこでは、流動的な状況における立法の重要性も説かれるが、事案ごとに先例との類推を通じた、一面においてはコモン・ロー的な手法による捜査活動規制がある程度肯定的に描かれている。また、Kerrが強く意識するSunsteinの法解釈方法論である、司法最小主義からも、原則として裁判所は、事案解決に必要な限度での狭く浅い処理をなすべきで、case-by-caseの判断が志向されるし、先例との類推が重要となる(See, e.g., SUNSTEIN (1999), *supra* note 271, at 42-45; C.R. SUNSTEIN, LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT 191-196 (1996) [*hereinafter* SUNSTEIN (1996)]). 邦語では、例えば、金澤・前掲註⁽²⁷¹⁾10号402頁や稲谷・前掲註⁽²⁷¹⁾73巻2号36-37頁などを参照)。ただし、Sunsteinも一定の場合に、これは下級の裁判所などの意思決定者に過大な負担を課すことになるし、混乱を招く可能性を指摘し、司法最小主義には限界があることにも言及しており、その例として、供述の自発性の個別判断を避けるためのミランダ告知の要求をあげていることは本稿にとって示唆的である。See, Sunstein (2008), *supra* note 271, at 836-837. なお、この点については、修正1条を直接の検討対象としつつ、流動的な新技術については、裁判所の判断に最小主義的要請が強く働くことについて言及する、SUNSTEIN (1999), *supra* note 271, at 205も合わせて参照されたい。

⁽²⁷⁶⁾ Kerr, *supra* note 245, at 790.

るわけであるが、やはり両者を根本的に異なる考え方に立つものと理解するのは妥当ではない。すなわち、結局、両者の議論は、裁判所と議会の相互作用がどのように行われるべきかという問題に収斂する。

もちろん、こういったからといって、問題が解決するわけではない。これでは、裁判所と議会の相互作用がどう構築されるべきかという、ここでの議論の出発点に戻ってきただけである。そして、ここにおける Kerr と Solove の具体的な議論を比較し、どちらかに軍配を上げるというのも困難な作業である。例えば、具体的に争われている、情報収集能力の面について、裁判所における amicus brief や専門家鑑定の利用、議会における公聴会などの情報収集活動が、どこまでの意義を持つのかは、具体的な実務を知らないと判断しかねるし、事案の内容によってもその効果は大きく左右されよう。Kerr にしても Solove にしても、能力評価の応酬の場面で語っているものは印象論の域を出ないように思われる。さらに、裁判所と議会の比較についても、理想像と現実を比較することの難点が Kerr によって、指摘されてもいた⁽²⁷⁷⁾が、そのような議論の方法がアンフェアなのは首肯できるものの、かといって、現実をみなければ、制度的能力といったところで、仮象問題を論じることになりかねない。他方で、規範的にどこまでならいいのかにも目を配っていかなければいけない。その意味で、制度的能力に着目したところで、裁判所がどのような事案において、どのようなルールを構築していくべきかという問いへの答えがうまく引き出されるわけではない。

しかし、それは、大まかな相互作用の描出・境界確定を行えないということの意味しない。Solove も制度的観点を実は考慮しているというのは先にも述べたところであるが、事實的・経験的な事象に関わる点における裁判所の能力の欠如と、民主主義を中心とする憲法価値を擁護する裁判所の重要な役割という二点を踏まえた、裁判所の望ましい役割を模索している⁽²⁷⁸⁾。そして、修正 4 条の文脈では、このミクロな次元における機能論とマクロな次元

⁽²⁷⁷⁾ *Ibid.*, at 782.

⁽²⁷⁸⁾ Solove (Deference), *supra* note 228, at 1022.

における機能論⁽²⁷⁹⁾を背景に、修正4条の基本的原理のもと、個別の基本ルールの設定は議会に委ねられ⁽²⁸⁰⁾、議会の設定した法律上のルールが憲法的価値としての修正4条の要請を満たしているかを裁判所が一般的に審査し、立法によるルールが欠如している際には、限定的に裁判所自体が個別の基本ルールを設定する余地も認める枠組みが構想されている⁽²⁸¹⁾。

議会制定法の一般的な審査、すなわち文面審査については、Kerrからの強い批判があることは前述のとおりである⁽²⁸²⁾。しかし、まずは、少なくとも、日本から見た場合、文面審査を頑なに避ける必要性自体に疑問を呈しうる⁽²⁸³⁾。また、既存の法律では対応できないことを示し、新たな立法のない限

⁽²⁷⁹⁾ ミクロレベルとマクロレベルという表現は、もともとは、警察機構による判断裁量の文脈で用いられているものであるが、R.S.R. Ku, *The Founder's Privacy: The Fourth Amendment and the Power of Technological Surveillance*, 86 MINN. L. REV. 1325, 1360-1361 (2002) から借用している。なお、ここでは、新しい監視技術の利用を行うべきかどうかの決定は、執行権の範囲一般に関わる決定であり、まさにマクロレベルの判断であるという。Kuのミクロ・マクロの区別については、大林・前掲掲誌57200-201頁も参照。

⁽²⁸⁰⁾ Soloveが、修正4条の基本構造を相当な理由に基づく令状の要求とその違反に対する排除法則での制裁と理解し、その重要性を説くのは、Kerrの指摘する通りである。ただし、他方でSoloveは、真に重要なのは政府による情報の収集と利用に適切な制約を課し、統制を行うことであり、統制の手法については、相当な理由に基づく令状の要求に固定されるのではなく、柔軟に考えられるべきであると2010年の論文において述べている。そこでは、Soloveは個別に法律によって定められるルールにおいては、相当な理由に基づく令状の具備を一律に要求する必要はないとしている。Solove, *supra* note 168, at 1529 & 1536. See, also Solove, *supra* note 162, at 1166; Solove (2011), *supra* note 219, at 132-133. また、具体的な例として、D.J. Solove, *Reconstructing Electronic Surveillance Law*, 72 GEO. WASH. L. REV. 1264, 1304-1305 (2004) では、電子的な監視活動の規律手法として、連邦捜査局(FBI)の内部規則を法律化し、FBIに設立根拠規範を与えとともに、法律上の捜査権限を付与する可能性にも言及している。

関連する興味深い見解をしめすものとして、Ku, *ibid.* がある。そこでは、修正4条は、一定の捜査活動については、相当の理由に裏付けられた令状を要求するとともに、執行権を制限した権力分立の規定でもあるとし、修正4条によって令状を要求されない捜査活動であっても、権力分立の基本に立ち戻って、立法による授権がないと、捜査活動を行うことができないことになるとされる(ここでは、Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952)の有名なJackson同意意見が引かれる)。さらに、Kuは、捜査権限を授権する立法も、修正4条をガイドラインとして、適切な規律内容を具備しているか裁判所によって審査されるともいう。

⁽²⁸¹⁾ Solove, *supra* note 168, at 1537.

⁽²⁸²⁾ Kerr, *supra* note 245, at 786-790.

⁽²⁸³⁾ アメリカにおける『適用上憲意』優先原則に関する邦語文献として、市川正人「適

りある捜査活動はできないというような判断を下す⁽²⁸⁴⁾という意味での一般的な法律の審査は比較的容易であろう。

また、新技術以外では、先例との類推を基盤とした裁判所によるルール設定を Kerr が是認しているのは、先に述べたとおりである⁽²⁸⁵⁾。一定の場合には、新技術であっても先例との類推が否定されるわけではないだろうし、Kerr も全否定しているわけではない⁽²⁸⁶⁾。その意味では、裁判所自体による個別の基本ルール設定も否定はされないと言えるし、それが先例との類推等を通じて、比較的明確で簡明なものであることが求められるという意味で、Solove の議論への接続も可能ではないだろうか。

2.2.4. 小 括

以上、比較的詳細に Kerr の所論をめぐる議論を検討してきたが、Solove の議論との対比を通じて、本稿が達した結論は、捜査活動の規律は、裁判所と議会の相互作用の中で、両者によって担われるというものである。

もう少し具体的にいえば、捜査活動は修正 4 条の制約のもと行われることはいうまでもないが、具体的なルール設定は、原則的に議会による立法に委ねられる。ただし、この立法は、裁判所によって、修正 4 条の要請を満たすものであるかどうか審査を受けうるし、立法が欠如している場合には、限定的なものとはなるが、裁判所が議会に変わって、ルールを設定することもありうるということである⁽²⁸⁷⁾。また、具体的なルール設定のあり方について

用違憲に関する一考察」佐藤幸治ほか編『人権の現代的諸相』（有斐閣、1990年）309頁以下などを参照。他方、日本における、文面審査の多用とその問題点などについては、市川正人「文面審査と適用審査・再考」立命館法学321・322号（2008年）24-30頁などを参照。

⁽²⁸⁴⁾ 本件 Riley 判決は、このような立場を示したものと理解できるし、Alito 同意意見には特にそれが現れていると言えよう。Sunstein も、議会による明確な授権を欠いていて、それが憲法上許されないような権限を導くものについては、裁判所は行政による権限行使を否定することができる旨述べている。See, e.g., C. Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U. CHI. L. REV. 315, 335-337 (2000).

⁽²⁸⁵⁾ See, *supra* note 275 and accompanying text.

⁽²⁸⁶⁾ *Ibid.*

⁽²⁸⁷⁾ ここで、裁判所が示すべきルールとは、制度的能力論を前提としたとき、議会による

は、個別の事情に照らしながら、議会・裁判所の具体的な能力にも着目して決定付けられるということになろう。

以上のような整理は、Kerr よりも、Solove の説くところに大きく依拠している嫌いがあるが、従来裁判所を中心に考えられてきた修正4条の分野において、議会のプレゼンスに目を向けさせた Kerr の議論は、Solove も言う⁽²⁸⁸⁾ とおり、重要なものであり、その意味でも、先駆的見解として多く参照されるのであろう。

2.3. 行政規則の活用？

前節では、捜査活動規律における、裁判所と議会の協働を論じてきた。他方で、Amsterdam⁽²⁸⁹⁾ に代表されるような、1970年代の学説などに目を配ると、警察機構による規則制定すなわち、行政規則の活用によって、捜査活動を規律することの有用性が説かれていることが多い⁽²⁹⁰⁾。前節では、裁判所と議会の関係が説かれたわけであるが、捜査活動の規律を焦点に当てた際に、行政規則の活用というものがどのような役割を果たしうるのか、若干の検討を加えていくことにしたい。

なお、行政規則の活用論の代表例として最もよく引用されるのは、Amsterdam の論文であるが、Amsterdam が初めてこれを説いたわけではない。1965年に、犯罪の量的・質的双方からの変化を踏まえて、公平かつ効率的にこれに対処する法執行・司法制度構築を正式な目的としつつ⁽²⁹¹⁾、「政治

民主的決定の余地を広く残すような、Sunstein がいうところの「浅い」判断を行うべきである。そして、立法による手当の余地を残して、それが無い限り、違憲とせざるを得ないとする。本件 Riley 判決は、Sunstein のいう、射程の「広い」ルールを提示している面は否定できないが、判断は「浅い」ものとなっており、裁判所が例外的に示すべきルールの好例といえるのではないだろうか。Sunstein のいう、「深い/浅い」判断と「広い/狭い」判断の意義については、SUNSTEIN (1999), *supra* note 271, at 205や金澤・前掲註(5)110号400-402頁などを参照。

⁽²⁸⁸⁾ Solove (2005), *supra* note 219, at 776.

⁽²⁸⁹⁾ Amsterdam, *supra* note 119. Amsterdam の所論については、稲谷・前掲註(7)171巻5号41頁以下でも、詳説されている。

⁽²⁹⁰⁾ See, *supra* note 140 & 141 and accompanying text.

⁽²⁹¹⁾ See, Exec. Order No. 11236, 30 FR 9349 (July 23, 1965); L.B. Johnson, Special Message

の季節」の中で分断されたコミュニティと警察との信頼関係の再構築を視野に入れて、当時の Lyndon Johnson 大統領によって委員会が設置された。この委員会の警察問題に関するタスク・フォースが1967年に提出した報告書には、警察自身の設定する規則による捜査の規律の必要性・妥当性が説かれていた⁽²⁹²⁾。1968年に採択されたアメリカ法曹協会 (ABA) の刑事司法基準 (Standards for Criminal Justice) において、警察による裁量行使の統制のため、行政規則を制定することが求められるに至っている⁽²⁹³⁾。さらに、アメリカ行政法学の代表的な教科書⁽²⁹⁴⁾の筆者でもある K.C. Davis が1969年に上梓した、行政裁量の統制に関わる書籍⁽²⁹⁵⁾においては、警察機構を格好の題材として扱い、警察機構は規則制定の手続を利用して政策決定を行っていくべきことが説かれていた⁽²⁹⁶⁾。その後、Amsterdam も1970年には行政規則の活用について言及していた⁽²⁹⁷⁾が、今日最も多く引用されるのは、1974年にミネソタ大学で行った集中講義を論文化した論稿である。全体で130頁弱に及ぶ浩瀚なこの論稿⁽²⁹⁸⁾は、その詳細な論述から、行政規則の活用論にとどまらず、修正4条論の基本文献として多く引用されている。ここで、まずは行政規則の活用論の基本論文としてその論理展開をやや詳細に追うことにしたい。

to the Congress on Law Enforcement and the Administration of Justice (Mar. 8, 1965).
⁽²⁹²⁾ TASK FORCE REPORT, *supra* note 118, at 18-21. See also, H. Goldstein, *Police Policy Formulation: A Proposal for Improving Police Performance*, 65 MICH. L. REV. 1123 (1967).

⁽²⁹³⁾ See, 1 THE ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE §1-4.3 (2nd ed., 1980) [*hereinafter* ABA STANDARDS]. なお、類似するものとして、1975年に採択された、アメリカ法律協会 (ALI) のモデル刑法典の §10.3においても、名宛人が各州の訟務長官となっているが、行政規則制定手続に則って定められる規則の制定が要求されている。See, AMERICAN LAW INSTITUTE, A MODEL CODE OF PRE-ARRAIGNMENT PROCEDURE §10.3 (1975) [*hereinafter* ALI MODEL CODE].

⁽²⁹⁴⁾ K.C. DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE (1st ed., 1958); K.C. DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE (2nd ed., 1978); K.C. DAVIS & R.J. PIERCE, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE (3rd ed., 1994). なお、2002年発刊の第4版以降は、Pierce の単著となっている。

⁽²⁹⁵⁾ DAVIS, *supra* note 119.

⁽²⁹⁶⁾ *Ibid.*, at 80-96.

⁽²⁹⁷⁾ A.G. Amsterdam, *The Supreme Court and the Rights of Suspects in Criminal Cases*, 45 N.Y.U. L. REV. 785, 810-815 (1970).

⁽²⁹⁸⁾ Amsterdam, *supra* note 119.

Amsterdam は、最初に修正4条をめぐる現状診断として、判例が示す修正4条のルールは、明確なものでも、一貫したものでもなくなっており、裁判所自身も自らの判断に躊躇を覚えているのだという認識を示す⁽²⁹⁹⁾。しかしながら、修正4条がカバーする領域は、限定的なものではなく、捜査活動全般に広く及ぶのであって、裁判所が捜査活動の修正4条適合性は、判断せざるを得ない。その判断の方法としては、いわばスライディング・スケールで、侵害の程度に応じて変化する厳格度の規制を及ぼしていくことになるのだという⁽³⁰⁰⁾。そして、ここでは、修正4条の文言は役に立たない⁽³⁰¹⁾。

このような状況に対処する処方箋として、行政規則の利用が説かれるわけである。Amsterdam が示す処方箋とは、具体的には、①制定法上のルールあるいは警察によって形成された行政規則によって、警察官の裁量を限定付けることがまず要求される。なお、この制定法上のルールや行政規則が合理的なものであるかについては、司法審査を受けるとする。さらに、②搜索・差押の権限が与えられた目的の限界内に当該権限が収まるよう、排除法則を柔軟に運用することが求められるという⁽³⁰²⁾。

行政規則が関係するのは、見ての通り、①の部分である。①の内容をもう少し敷衍すると、制定法上のルールや行政規則に従っていない場合は、捜査活動はその時点で「合理的な」捜査活動ではないということになるし、制定法や行政規則によって設定されたルールは合理的に搜索・差押の性質を示すものであり、かつ、搜索・差押が行われるべき状況に適合したものでなければならず、修正4条のその他の要求にも適合的であればならないという⁽³⁰³⁾。なお、ここでは、処方箋として、制定法による規制も説かれている点には注意が必要である。しかし、Amsterdam は、当時の現状分析として、立法の刑事手続への無関心を指摘し、制定法による規律は期待できないのだ

⁽²⁹⁹⁾ *Ibid.*, at 356-377.

⁽³⁰⁰⁾ *Ibid.*, at 377-409.

⁽³⁰¹⁾ *Ibid.*, at 395.

⁽³⁰²⁾ *Ibid.*, at 409-410.

⁽³⁰³⁾ *Ibid.*, at 416-417.

という⁽³⁰⁴⁾。そして、令状主義のみでは、例外として許容される無令状捜索の場合については、法執行者の恣意を排除する役割を果たせない。他方で、Davis⁽³⁰⁵⁾を引いて、制憲時には知られていなかった、近時の偉大な発明であるところの行政の規則制定手続を通じた恣意性の排除の重大性を説く⁽³⁰⁶⁾。こうして、結局、Amsterdamの関心は警察によって形成される、行政規則に向けられることとなる。

続いて、Amsterdamは行政規則を活用することの一般的な利点として、次の4つを挙げる⁽³⁰⁷⁾。第一に恣意的な捜索・差押に対する安全装置を提供してくれる。第二にスライディング・スケールによる判断の大きな難点である、明確性・一貫性の欠如を排除する。第三に、後追いの、しかも、しばしば誤ったものとなる合衆国最高裁のみによる判断よりも、警察の活動の増殖を許さないものとなる。そして、最後に、令状や相当の嫌疑を要求しない形で、修正4条の適用範囲を拡大していくことが可能となる。以上のような利点から、警察による行政規則の制定を活用することが是認されるというのである。

次に、Amsterdamは、規則制定が警察のパフォーマンスの質をいかに高めるのかについても言及している。

一つ目には、警察の決定の質を向上させるということを指摘する。それは、具体的には、そもそも、警察機構が政策決定を行っていることを一般にはつきりさせ⁽³⁰⁸⁾、注意を向けさせるとともに、関連する問題や利害を十分に検討することを通じて、政策決定を行う当局者に責任とともに能力を与え、警察自身に自分たちの決定の重要性を自覚させ、ひいては、警察の威信と士気を

⁽³⁰⁴⁾ *Ibid.*, at 417.

⁽³⁰⁵⁾ See, DAVIS, *supra* note 119, at 65.

⁽³⁰⁶⁾ Amsterdam, *supra* note 119, at 417.

⁽³⁰⁷⁾ *Ibid.*, at 418-423.

⁽³⁰⁸⁾ この点に関して、Amsterdam論文以外でも、この時期の行政規則活用論において、警察機構が裁量のないところで活動するものではなく、幅広い裁量を有しながら、個々の警察官によって重要な政策決定が行われている現実が指摘されている。See, Goldstein, *supra* note 292, at 1125-1128; TASK FORCE REPORT, *supra* note 118, at 18; DAVIS, *supra* note 119, at 88.

高めることによって、この効果は得られるのだという⁽³⁰⁹⁾。

二つ目には、規則制定が、市民の公平かつ平等な取り扱いを確保する傾向にあると主張する。すなわち、コミュニティーも関わる形で熟議を経て行われる規則制定は、偏見の影響を軽減するし、統一的な基準を人員の訓練の場においても利用できるし、それとも関連するが、活動の指針としても事後的なコントロールの手段としても機能しうるのである⁽³¹⁰⁾。

三つ目には、規則制定を通じて、警察の政策が、警察機構の内部に対しても、他の公的機関に対しても、公衆に対しても、可視化されることが示されている⁽³¹¹⁾。

最後の四つ目は、警察機構によって作成された規則は、警察官によって抵抗なく受け入れられやすいし、仮に違反があっても、警察内部において効果的な制裁を科すことが可能であるというように、個々の警察官によって遵守される規則制定の可能性が強調される⁽³¹²⁾。

最後に、②の排除法則の問題である。Amsterdamは、警察による自律的な統制を通じた修正4条の実現を望むだけでは不十分であり、排除法則も維持することによって、司法審査を通じて、警察に対して、再考を促す機会を設けようようにしておく必要を説く⁽³¹³⁾。彼は、排除法則について多く指摘される問題点の存在を否定するわけではない⁽³¹⁴⁾が、憲法に適合しない搜索や差押への望まれざるインセンティブを減らすことによって修正4条の規律目的を達成するためのツールであって、個々人の修正4条上保護された権利の侵害までは要求されないというふうに、排除法則の適用範囲をむしろ拡大する方向性を提示している⁽³¹⁵⁾。

⁽³⁰⁹⁾ Amsterdam, *supra* note 119, at 423-425.

⁽³¹⁰⁾ *Ibid.*, at 425-426.

⁽³¹¹⁾ *Ibid.*, at 426-428.

⁽³¹²⁾ *Ibid.*, at 428.

⁽³¹³⁾ *Ibid.*, at 428-429.

⁽³¹⁴⁾ *See, ibid.*, at 433.

⁽³¹⁵⁾ *Ibid.*, at 437. これに対して、排除法則との接合を批判するものとして、Kaplan, *supra* note 119, at 1043を参照。

以上のような Amsterdam の議論について、稲谷は、行政規則はあくまで司法審査の補助手段としての位置付けを与えられているに過ぎず、古典的な裁判所中心主義の議論として整理する⁽³¹⁶⁾。そして、Sklansky の所論を引いて、Amsterdam の議論が当時有力であったプリュラリズムの影響を受けたものであることを指摘⁽³¹⁷⁾し、「制度的転回」を経た現代においては、維持できない議論であるという性格付けを行う⁽³¹⁸⁾。

確かに、時代背景も含めて、裁判所の守備範囲がやはり広いものとなっていること、エリート主義的な上からの規則を通じた警察の統制などに照らせば、稲谷の言うように、Amsterdam の議論が、プリュラリズムの大きな影響を受けたものであることは否定できないように思われる。しかしながら、Amsterdam は、裁判所による問題処理の限界について、かなり自覚している⁽³¹⁹⁾のであり、行政規則をあくまで裁判統制のための補助的手段にすぎないと考えているのかは微妙なところではないか。当時の現状分析を通じて議会への期待を早々に諦め、行政規則に重きを置いている点などには、先に紹介した、近時の Kerr などの論者との間に距離を認めざるを得ない。しかし、むしろ、裁判所と行政機関としての警察機構、そして一応は議会も視野に入

⁽³¹⁶⁾ 稲谷・前掲註(7)171巻5号46頁。

⁽³¹⁷⁾ 稲谷・同上47頁。ここで稲谷は、D.A. SKLANSKY, DEMOCRACY AND THE POLICE 45 & 213 n. 81 (2008) を引用する。ただし、これは、プリュラリズムの刑事司法制度論の特徴を説明する部分において、原則的に裁判官によって警察官の活動への規制が担われることが想定されていることを説いた部分の註で Amsterdam 論文が引用されているものである。もちろん、プリュラリズムの影響を受けた見解であることを前提とした著述ではあるが、Amsterdam の議論がプリュラリズムの強い影響を受けた見解であることを積極的に主張するものではないことには注意しておいたほうが良い。

⁽³¹⁸⁾ 稲谷・前掲註(7)171巻5号49-52頁。以上のような、批判のほか、警察による規則制定も、その該当性判断などにおいてさらなる混乱を招くだけであるとの指摘が、1974年の段階で夙に Kaplan, *supra* note 119, at 1043 によってなされていた。さらに、W.R. LaFave, *Controlling Discretion by Administrative Regulations: The Use, Misuse, and Nonuse of Police Rules and Policies in Forth Amendment Adjudication*, 89 MICH. L. REV. 442 (1990) は、各分野の判例において、警察規則がどの程度参照されたのかを、捜査領域ごとに詳細に検討したのち、警察による規則制定は、修正4条のもとでも望ましいことは認めるが、Amsterdam が説いたような利点実際に得られるのかについては、それはかなり大きな障壁を伴うという診断 (at 519) を下している。

⁽³¹⁹⁾ Amsterdam, *supra* note 119, at 393-395.

れた、ある種の機関間協働論の先駆としてみる余地はないだろうか⁽³²⁰⁾。仮に、Amsterdamを機関間協働論として性格付けることが不可能であるとしても、行政規則活用論を旧世代の議論であるとして、Amsterdamもろとも葬り去ってしまって良いものであろうか。

ところで、先ほど登場したSklanskyは、プリュラリズム的民主政観とそれに基づく刑事司法制度論の問題点を指摘した上で、その後の民主政論の変遷に照らして、参加民主主義や熟議民主主義に適合的な、参加やコミュニティーの関与を重視した刑事司法制度論を提唱する⁽³²¹⁾。同様の見解は、中央集権的刑事司法制度の問題点を鋭く批判し、中央集権化によって「崩壊」した刑事司法制度を立て直すため処方箋として、分権化を通じたローカルな民主主義による刑事司法統制の活性化を説いた、Stuntzの議論にも見られる⁽³²²⁾。

本稿筆者は、実は、このような住民参加重視型の刑事司法制度論に行政規則活用論を接合することが可能ではないかと考えている。確かに、先に見た、Amsterdamの所論には、参加の要素への意識は希薄である⁽³²³⁾。しかも、近時の参加型刑事司法制度論においても、行政規則に注目する見解は管見の限り見当たらない⁽³²⁴⁾。Amsterdamが参照する、Davisの議論も、行政規則の

⁽³²⁰⁾ なお、ABA STANDARDS, *supra* note 293, at § 1-4.5 (1968年時点の第1版段階から同内容のものが存在)は、夙に権力分立にも配慮しつつ、立法および司法が行政規則制定を警察機構に促すとともに、その内容の適正さを確保していくことを求めている。

⁽³²¹⁾ SKLANSKY, *supra* note 317, at 189-193.

⁽³²²⁾ See, STUNTZ, *supra* note 118, at 283.

⁽³²³⁾ ただし、Amsterdam, *supra* note 297, at 813は、市民の諮問委員会などの公衆参加も可能であることに言及している。1974年のMinnesota Law ReviewのAmsterdam論文には先んじるが、1970年のNew York University Law ReviewのAmsterdam論文を強く意識して書かれた論稿中(McGowan, *supra* note 119, at 682)で、McGowanは、Amsterdamの公衆参加への言及を引用して、公衆参加が有用なものであることは明白である旨述べている。

⁽³²⁴⁾ Stuntzは、参加という面の具体的な方策としては、主に陪審制の活用を説く(See, STUNTZ, *supra* note 118, at 304)。Sklanskyは、参加の具体的なあり方としては、少数派や犯罪多発地区の住民などとの対話を行った、シカゴの「beat meetings」を高く評価した上(SKLANSKY, *supra* note 317, at 117-118 & 131)で、審議会も委員の選任方法の改良などで参加の場として機能しうることを指摘する(SKLANSKY, *supra* note 317, at 123)。ただし、これらの見解が積極的に行政規則の活用を排除しているわけではない。

また、Sklanskyは、外部からの「民主化」の要求とともに、警察機構内部の「民主化」

制定は、行政手続法 (APA) の定めるところの行政手続を経ることを要求している⁽³²⁵⁾のであるが、Davis にとっての行政手続の効用は、後の見解に見られる民主的アカウントビリティの向上に求められるというよりは、むしろ恣意の排除に主眼が置かれている⁽³²⁶⁾。その意味では、各利益団体が公平に競い合うことを確保する、プリユラリズムの枠内での要求にとどまっているということも可能である。

しかしながら、近時では、行政手続、とりわけ行政立法における、notice and comment 手続の活用によって、公衆参加を確保することができ、民主的アカウントビリティの向上が可能となるとも説かれている⁽³²⁷⁾。そのような

の必要性、そして両者の両立可能性を説くことにより (See, SKLANSKY, *ibid.*, at 173-180), 警察機構における上下関係にとらわれない熟議を通じて警察活動の統制の必要性を主張している。Sklansky の叙述からは必ずしも明らかではないが、この熟議を通じてなんらかの規則のようなものが形成されることが想定されているのであれば、一種の行政規則活用論と整理できなくはない。なお、この点に関して、簡潔な言及であり、その意味するところは必ずしも明らかではないが、Silk, *supra* note 109, at 311 が「慎重な熟議のうちに警察機構によって生み出されたルール」が最も効率的だとするのは警察機構内部での熟議を重視した見解であると理解することは不可能ではない。さらにいえば、Goldstein, *supra* note 292, at 1135 においてもすでに、警察機構内部での下部の構成員に決定に参加した気分を持たせることの意義が説かれているし、ABA STANDARDS, *supra* note 293, at § 1-4.4 では、行政規則制定における警察官の参加の重要性が指摘される。

ただし、国民と直結しない、機構内部での構成員の参加確保を「民主主義」の語で語ることには、筆者は抵抗を覚える (この点に関しては、拙稿「国際的規範と民主政」*帝京法学*29巻1号 (2014年) 303-308頁などを参照) し、Sklansky の説く「職場民主主義 (workplace democracy)」は、後で述べる市民参加の一形態としての行政手続論には素直に接続できない議論である。ただし、Sklansky は、「コミュニティー」には、個々の警察官も含まれるべきであるとの立場から、職場民主主義をコミュニティーによる警察の統制という参加民主主義論に接続を図っている点には留意しておくべきである。See, SKLANSKY, *ibid.*, at 170-171.

⁽³²⁵⁾ DAVIS, *supra* note 119, at 80. 関連して、ALI のモデル刑法典が各州の行政規則制定手続に則った規則制定を求めていたり (ALI MODEL CODE, *supra* note 293, at § 10.3), ABA の刑事司法基準が市民や関係警察官の規則制定への参加を求めていたりする点 (ABA STANDARDS, *ibid.*, at § 1-4.4) も注目される。

⁽³²⁶⁾ See, DAVIS (2nd ed.), *supra* note 294, at 210. この点については、拙稿・前掲註⁽³²⁴⁾299頁でも論じた。

⁽³²⁷⁾ See, e.g., L.S. Bressmann, *Beyond Accountability: Arbitrariness and Legitimacy in the Administrative State*, 78 N.Y.U. L. REV. 461, 541-544 (2003). 加えて、拙稿・同上299-300頁も参照。ただし、行政手続が真に機能しているかについては疑問がないわけではない。この点については、大林・前掲註⁽³²⁴⁾20頁などを参照。

議論を前提とすれば、行政規則制定手続は、公衆参加の場として位置づけられるのであって、行政規則活用論を、参加民主主義型の刑事司法制度論へと接合することが可能となろう。

さらに、制度的観点からしても、裁判所と議会との関係では、裁判所の能力の劣位が説かれ、議会優位の議論へと傾きがちであるが、議会の制度的能力も考慮しなければならないのであって、行政機構との関係では、情報収集能力等の点でむしろ議会は劣位すると言えるのではないか⁽³²⁸⁾。議会とは別口

⁽³²⁸⁾ See, Sunstein, *supra* note 284, at 323-324. 議会の能力限界論について、拙稿・同上294-295頁も参照。

関連して、制度論的転回をリードした(とされる)、SunsteinやVermeuleといった論者は、議会の能力に全幅の信頼を置いている論者ではない。Sunsteinは、いわゆる委任禁止法理をめぐる議論において、制度的な能力という主題化はしないものの、委任禁止法理を裁判上のルールとしてみた場合の裁判所による適用能力とも関連させているので複雑ではあるが、議会に詳細に決定させれば良いというわけではなく、詳細に決定させればさせるだけ、私的利益にとらわれた利益集団への屈服を反映したものに過ぎないことが多々あることを指摘し、「基本的決定」を議会に確保することこそが重要であり、決定内容の詳細さを厳格に問うべきではないという(Sunstein, *ibid.*, at 321-328)。なお、Sunsteinは憲法上の権利に関する事項については議会による明示的決定が要求されるという(刑事司法の分野は例外的に委任禁止の要請が強い場面であるということも別稿で述べている。See, SUNSTEIN (1996), *supra* note 275, at 105)ので、修正4条に関連する事項については法律によるルール設定が求められることになりそうだが、それでも全てを詳細に議会が制定することは求められないというべきであろう。さらに、Vermeuleに至っては、委任禁止法理そのものについて否定的であり、公的・私的双方の領域においてむしろ一般的な委任を立法権についても広く認めるべきであるという。See, E.A. Posner & A. Vermeule, *Interring the Nondelegation Doctrine*, 69 U. CHI. L. REV. 1721 (2000)。また、Vermeuleが、Nondelegation Canonを、制度的考慮の不十分な民主政促進解釈論の一つとして批判している点については、VERMEULE, *supra* note 241, at 133-135を参照。テロリズムの時代における安全と自由の調整に関していえば、議会・裁判所に対して執行府が優位する旨を述べるものとして、E.A. POSNER & A. VERMEULE, *TERROR IN THE BALANCE: SECURITY, LIBERTY, AND THE COURTS* 5 (2007)もある。なお、VERMEULE, *supra* note 241においては、法解釈方法論に焦点を当て、裁判所の解釈能力に焦点を絞っているため、議会や行政機関の能力についての検討はほとんど行われていないことには留意しておく必要がある。以上の点については、拙稿・同上292-293・300-302頁も参照。

加えて、ABAの刑事司法基準 § 1-4.5の注釈でも、委任禁止法理と警察による行政規則制定との関係が論じられており、警察権力の行使が「公共政策」に関わるものであること、「技術的事項」の限界づけは困難を伴うことを認めつつも、一定範囲での規則制定は委任禁止法理の下でも認められるとしていた。See, ABA STANDARDS, *supra* note 293, at 121-124.

の民主的正統性の確保手段があるのであれば、それを背景としつつ、行政機関としての警察機構が議会に代わって一定のルール制定を行い、議会の能力を補充する仕組みは是認されるべきではないのか⁽³²⁹⁾。

このように考えると、警察における行政規則の制定は、近時にいわゆる、ローカルな、あるいは参加型の民主主義による捜査活動統制論における、唯一の手段ではないけれども、いくつかのうちの一つの手段としての意義を持ち得るだろう。すなわち、Amsterdam のプリュラリズム的色彩の強かった行政規則活用論は、参加型民主主義の理念に根ざした、刑事司法制度論へと昇華することになるのである。

最後に問題となるのは、行政規則を活用する余地があるとして、警察機構によって定立されるべき行政規則の、守備領域はどのようなものとなるのか。この点について、先に、議会と裁判所の協働関係を論じるにあたっても参照した⁽³³⁰⁾、Ku の議論が参考になる。すなわち、マイクロレベルとマクロレベルの問題を区別する議論である。Ku によれば、マイクロレベルの問題とは、特定の状況下で、あるいは特定の犯罪に対処しようとした場合にいかにすれば最もよく権限を行使できるかといった問題である⁽³³¹⁾。これに対して、マクロレベルの問題とは、そもそもそのような捜査活動を行う権限自体があるというような執行権の範囲画定に関わる問題であるという⁽³³²⁾。そして、Ku は、警察による規則制定は、マイクロレベルにおいては許されても、マクロレベルでは許されないという⁽³³³⁾。修正 4 条という、憲法上の権利規定にも関わる、

(329) この点については、毛利透「行政民主化の諸相」樋口陽一ほか編『国家と自由・再論』（日本評論社、2012年）327頁以下、とりわけ337-339頁、さらに、「シンポジウム 第一部 大規模災害と統治のあり方」公法研究76号（2014年）146-147頁〔高田篤・松本和彦・毛利透・山本隆司発言〕などを参照。ただし、拙稿・同上333-334頁において述べたように、行政手続による民主的正統性の補充可能性について、本稿筆者自身は最終的な回答を保留しており、ここでもまだ回答を用意できていないわけではなく、この点は、引き続き、今後の課題としたい。

(330) 前掲註(79)及び本文対応箇所を参照。

(331) Ku, *supra* note 279, at 1360.

(332) *Ibid.*, at 1361.

(333) *Ibid.*, at 1374.

しかも、捜査権限の一般の範囲確定は、重要な決定事項であり、これは、議会が責任を持って自ら決定すべきであり、そこから、行政規則を排除する Ku の見解は妥当であるといえよう。

2.4. まとめ

以上、捜査活動の規律主体をめぐる問題について、少し立ち入って検討を加えてきた。そこで得られた結論は、端的に言って仕舞えば、議会・裁判所、さらには警察自身が大きな境界線を維持しつつ、相互作用を及ぼして、協働して捜査活動を規律するというものである。これは、ある意味では、当然と言えば当然という結論である。また、大きな関係性を示しただけであり、民主的な統治構造論などに立ち入った理論的検討を施せたわけでもない。ただし、従来裁判所によるものに偏りがちであった、捜査活動の規律が、議会の問題であるとする新たな見解を紹介し、とはいえ、議会偏重型で良いというわけではなく、むしろ、裁判所との良好な協働関係を構築すべきことを、民主政論や法解釈方法論から確認する作業には一定の意義があったと言えるのではないだろうか。また、そこに、行政手続による民主的正統化の可能性を説く議論を接合する余地を示したことは、一つの成果といって良いのではないだろうか⁽³³⁴⁾。

最後に、大まかではあるが、協働の全体像を簡単に示しておくことにしたい。2.2.3. では、議会と裁判所について、修正4条の基本的原理のもと、

⁽³³⁴⁾ 関連して、本稿では、松尾・稲谷論文といった邦語の先行研究にも依拠しつつ、「制度論的転回論」にも配慮して検討を行った。なお、印象論の域を出ないことを危惧するが、現時点での筆者による「制度論的転回論」についての見立ては、従来の法解釈方法論への大きな反省を促した、現象・議論であることは確かだが、そこから描かれるあるべき姿は未だはっきりしないところであるし、論者によっても大きく異なる。すなわち、主として、裁判所の抑制を説くことでは共通するものの、その抑制の程度は必ずしも明確ではないし、論者によっても区々である。さらに、議会や行政機関についての制度的能力についても十分な検討がなされているとも言い難い。要するに、従来の議論への批判の理論にとどまっていると言わざるを得ないのではないか。

もっとも、本稿においては、制度論的転回論者とされる論者のうち、Sunstein と Vermeule についてのみ非常に簡単な言及をしたにとどまり、以上の「見立て」はあくまで暫定的なものに過ぎない。

捜査権限を一般レベルで定める個別の基本ルールの設定は議会に委ねられ、議会の設定した法律上のルールが憲法的価値としての修正4条の要請を満たしているかを裁判所が一般的に審査し、立法によるルールが欠如している際には、限定的に裁判所自体が個別の基本ルールを設定する余地も認める枠組みが示された。ここに、マイクロレベルの行政規則の警察機構による制定が加わるわけであるが、前掲註(147)及びそれに対応する本文で先に紹介した、Drippsの三段階構造論⁽³³⁵⁾も参照すれば、捜査権限を一般レベルで定める個別の基本ルールというのは、連邦法律で定められることとなろう。また、合衆国最高裁判所がその欠缺の際にさしあたって定立するルールは、詳細には立ち入らない、一般的性格を持った明確なルールとなる傾向を持つようになる。さらに、州レベルでの裁判所・議会・警察機構による、実態に即した機能的かつ詳細なマイクロのルールの定立が行われ、州議会・州裁判所、州の警察機構相互では、それぞれの機能に照らした棲み分けも考えられることになるだろう。また最後に、学説による、整理・体系化も行われることになろう。

次章では、アメリカ法の参照により得られた以上のような成果をもとに、わが国におけるその展開可能性を問うことにしたい。

3. 我が国における展望

ここまで、Riley判決の検討を端緒として、アメリカにおける刑事手続、とりわけ捜査活動規律のあり方をめぐる議論を概観してきた。その結果として、前章では、議会・裁判所・警察機構が各々の組織が持つ機能的特性を活かしながら協働して、捜査活動に対する規律を行うべきであるとの結論に達し、大まかなものながら、それぞれの機関の守備範囲などについても概要を示し

(335) ①合衆国最高裁による一定の明確性を持ったルールの提示と、②州レベルでの裁判所・議会・警察機構による、実態に即した機能的かつ詳細なルールの定立、③学説による整理を通じた、①・②で提示されたルールの体系化の三段階構造による捜査活動統制を説く。See, Dripps, *supra* note 125, at 344-346 & 408-409.

た。そうすると、続いて、そこで得られたものは、我が国において、移植可能なのか、また、可能であるとしてどのように展開されるべきなのかといった疑問が生じて来よう。以下では、アメリカと我が国の構造の違いにも留意しつつ、上記のような点について若干の検討を行うことにしたい。

3.1. アメリカとの法構造の違い

アメリカにおける議論とそこから得られた教訓が、我が国において援用可能か、どのように展開可能かを検討するにあたっては、まずは、アメリカと我が国の間の捜査活動規律をめぐる憲法上・法律上の構造の違いを把握しておかなければならない。

まずは、憲法レベルでの相違を確認しておくことにしよう。なるほど、権利章典が充実しているとは言い難いアメリカ合衆国憲法において、捜査活動の規律に関する修正4条は、比較的詳細な規定ぶりとなっている。しかしながら、人の身体、家屋、書類、所有物について、搜索・押収・抑留への制約が一つの条文において、渾然一体として規律されており、その保障内容は必ずしも明確ではない。また、その制約として設けられている令状発付にしても、その主体や様式について、明文で述べられているわけではない。しかも、修正4条で基準として用いられる概念は、「合理的な (reasonable)」や「相当な (probable)」といった不確定なものである。そして、実際に、それだからこそ、先に見てきたようにアメリカでも解釈論が混乱してきた⁽³³⁶⁾。

他方、日本国憲法の規定ぶりとはどのようなものであろうか。日本国憲法は、刑事手続に関する詳細な規定を有している点にその特徴を見出すこともでき、その背景には、アメリカ憲法の影響が指摘されるところでもある。ただし、そこにいうアメリカ憲法の影響というのは、正確には、合衆国憲法そのものというよりは、判例や学説の展開を踏まえた、実質的な意味での憲法的

⁽³³⁶⁾ See, e.g., C.M. Bradley, *Two Models of the Fourth Amendment*, 83 MICH. L. REV. 1469, 1469-1470 (1985); A.R. Amar, *Fourth Amendment First Principles*, 107 HARV. L. REV. 757, 757-761 (1994).

刑事手続法というべきである。というのも、一つには、日本国憲法における刑事手続関連の条文は、合衆国憲法よりもかなりの程度合理化されているといえることができるからである。すなわち、捜査活動に関連する部分では、逮捕 (33条)、継続的な身柄拘束 (34条)、住居への侵入・捜索・押収 (35条)⁽³³⁷⁾ という形で、各々個別の条文を設けている点をまず指摘できる。さらに、令状発付主体が (制定時には理解に争いがあったようである⁽³³⁸⁾) が 特定されているし、令状要求の例外である、現行犯逮捕 (33条) や、本件 Riley 判決でも問題となった、逮捕に伴う無令状捜索などが明記されたこと (35条) も合理化の具体的な例としてあげることができよう。

そして、より根本的な意味で、憲法レベルでの相違点としてあげられるのが、わざわざ指摘するまでもないことではあるが、アメリカ合衆国が連邦制国家であるのに対して、日本はそうではないということである。確かに、修正4条の規律は、基本的には修正14条を通じて州の捜査活動にも適用されると解されている⁽³³⁹⁾ し、各州の憲法には修正4条類似の規定が置かれている。しかし、我々が主として目にする合衆国最高裁の判例は、連邦制から生じる制約や要請の下で判断を行ったものであり、我が国において参照するにあたっては注意を必要とする⁽³⁴⁰⁾。また、各機関の制度的能力を考えるのであれば、とりわけ連邦機関における事件との「距離」を把握しておく必要が生じうる⁽³⁴¹⁾。

⁽³³⁷⁾ これは、憲法35条が刑事手続にのみ関連する条文であるという見解を積極的に採用することを述べる趣旨ではない。憲法35条が、刑事手続にのみ関する条文ではなく、実体的な住居に関する私生活の自由一般を保障したものと理解すべき見解について、大石眞『権利保障の諸相』(三省堂、2014年) 288-298頁 [初出、1995年・1999年] を参照。

⁽³³⁸⁾ 起草者が、検察官も「司法官憲」に含まれるという理解をしていた可能性については、憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』(日本評論社、1997年) 261-262頁 [角山正執筆部分・ただし、角山はその理解を否定] などを参照。

⁽³³⁹⁾ 例えば、LAFAYETTE, ISRAEL, KING & O.S. KERR, *supra* note 20, at 29やドレスラー=ミカエル・前掲註3367頁などを参照。合衆国憲法の権利章典の、修正14条を通じた「組込み (incorporation)」をめぐる議論一般については、A.R. Amar, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, 101 YALE L.J. 1193 (1992) などを参照。

⁽³⁴⁰⁾ 酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造」法学教室283号 (2004年) 60頁などを参照。

⁽³⁴¹⁾ この点に関して、先に紹介した、刑事司法の集権化を嫌う Stuntz の議論なども参照。See, *supra* note 322 and accompanying text.

さらに、連邦制とも密接に関わるのであるが、法律レベルの問題としても、我が国をはじめとして、多くの国では一般に、全国規模での統一的な刑事訴訟法典によって、捜査活動への規律が行われることになるのであるが、アメリカではそれを欠いているということが重要である⁽³⁴²⁾。先に、日本国憲法は刑事手続に関する規定がかなり合理化されているということに言及したところである。しかし、我が国ではそれだけではなく、基本法典の中で、民法の家族法部分と並び、例外的に日本国憲法制定に合わせて大幅な改正が行われた、ある種の憲法付属法とも呼びうる刑事訴訟法(刑訴法)が、全国統一のより詳細な規定を備えている。そして、すぐ後で、詳しく扱うことになるが、刑訴法の197条1項但書では、「強制の処分」については、(少なくとも文言上⁽³⁴³⁾)は刑訴法自体によって根拠を設けることを必要としており、法律による捜査活動規制を重視する姿勢がうかがわれる。

以上述べたところから、改めて、日米における捜査活動規律に関する法構造の相違をまとめておくと、以下のようなものとなる。すなわち、規範内容が必ずしも明確ではない憲法規定を、法律による明確化も基本的には欠くなか、事件と「距離」のある裁判所が解釈適用していくのが、アメリカの仕組みであるのに対して、かなりの程度合理化された憲法典の規定を前提としつつ、さらに合理化された法律規定が存在し、そうであるから、原則として直接解釈適用されるのは法律規定であり、少なくとも法文上は、法律による捜査活動規律を重視する規定があるのが、日本なのである。以上のような法構造の違いを踏まえた上で、次節以降、検討を進めていくことにしたい⁽³⁴⁴⁾。

③42 この点について、同旨のSoloveの指摘を先に紹介した。See, *supra* note 222 and accompanying text.

③43 酒巻匡「強制処分法定主義」法学教室197号(1997年)30-31頁[以下、酒巻(1997)。ただし、参照、同「刑事手続法を学ぶ 捜査手続(1) 総説」法学教室356号(2010年)65頁]は、刑訴法197条1項但書の「この法律」を刑事訴訟法典に限定する必要はないとする。反対説として、井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」同『強制捜査と任意捜査(新版)』(有斐閣、2014年)28頁註56[初出、1991年]がある他、実務上も、いわゆる通信傍受法の制定の際、通信傍受法への規律の移譲を規定する222条の2を刑事訴訟法典にわざわざ新設している。

③44 以上のような、日米の対比について、酒巻・前掲註340(60-61頁)も参照。

3.2. 強制処分法定主義の再発見

前章の検討において、アメリカでは、裁判所を中心とした捜査活動規制が論じられてきたところ、議会の役割を重視すべきとの見解が有力化していること、議会と裁判所の相互作用と構成することによってこれは妥当な見解と言えること、さらには、これに行政規則による規律をも視野に入れることを論じた。

これに関連して、法律を通じた議会による捜査活動規律に関して言えば、我が国において、刑訴法197条1項但書が、「強制的処分」については、その根拠となる特別の規定が刑訴法上存在することを要求していることについては、前節でもすでに述べたところである。このような刑訴法197条1項但書の規定内容は、強制処分法定主義と呼ばれている⁽³⁴⁵⁾。この強制処分法定主義は、戦後改正までのいわゆる大正刑訴法においては、予審判事の権限範囲を画するものとして機能していたが、戦後の現行刑訴法により予審制度が廃止され、その役割は失われた⁽³⁴⁶⁾。他方で、戦後、まさにアメリカにおける修正4条の影響を受け、捜査活動について、中立な第三者たる裁判官による事前審査を要求する令状主義が、日本国憲法33条・35条に規定された。これを受けて、令状主義や修正4条をめぐるアメリカの議論に学界の関心が集中したこともあり、強制処分法定主義は、令状主義としばしば混同され、その存在意義が十分に認識されない状況にあった⁽³⁴⁷⁾。

これに対して、強制処分法定主義は、令状主義に解消されるものではなく、国民の重要な権利・利益に重大な制約を課するような捜査活動については、そ

⁽³⁴⁵⁾ 例えば、宇藤ほか・前掲註1937頁〔松田岳志執筆部分〕。

⁽³⁴⁶⁾ 井上・前掲註26-27頁。

⁽³⁴⁷⁾ 同上・28頁。井上も引用するところであるが、これを象徴するものとして、田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(有斐閣、1996年)72頁の、「今日では、それ(引用者註・強制処分法定主義)は可及的に任意捜査で行うという人権の原理となったので、例外たる強制捜査は、(中略)ほぼ第三者の保障による司法的抑制で行われるという令状主義の要請となった。(中略)一九七条一項但書きは、既成の強制処分は各々の規定の通り法定の令状主義に従う、という意味のものと解さざるをえない。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。」という著述が挙げられよう。

の要件や手続をあらかじめ明示しておくことにより、国民の行動の自由を確保するとともに、その決定を国民代表たる国会に委ねるという意義を持つものであるという見解⁽³⁴⁸⁾が提示されるに至った。この見解において、強制処分法定主義は、実体面における罪刑法定主義に対応する概念と整理され、憲法31条に根拠を求められることとなる⁽³⁴⁹⁾。このいわば強制処分法定主義の意義を再定位した——比喩的に言えば、強制処分法定主義を再発見した——見解は、現在多くの支持を得るところとなっている⁽³⁵⁰⁾。これを、捜査活動の規律主体という切り口で見れば、裁判所をその主体として想定する令状主義からの、強制処分法定主義の「独立回復」を達成し、国会による法律制定を重視する見解であるといえ、アメリカにおける議会への注目の増大との関係で、ある種の相似形を描くものであるとしてよいだろう。

このように見てくると、アメリカにおける議論を我が国に導入する余地は大いにありそうである。しかし、ここで、前節で述べたような日米の法構造の違いに注意をしなければならないように思われる。我が国には、直接的には法律レベルの規定であるとはいえ、議会による捜査活動規律を促す規定がそもそも存在しているわけであるが、それがアメリカの議論に引きずられて、埋もれた存在となっていたのである。逆にいえば、抽象度の高い憲法上の規定に基づいて、刑事司法の全国的統制を担うべく、合衆国最高裁がある程度積極的に動かざるを得ない側面が強いアメリカに対して、日本では、そのような役割は第一義的には国会に担われるべきであるし、そのための仕組みも、少なくとも法律レベルにおいては、元来用意されていたのである。そのアメリカですら、議会による捜査活動規律の重要性を意識するようになったのである⁽³⁵¹⁾から、日本でも改めてそのアメリカでの議論を参照して議会の関与に

⁽³⁴⁸⁾ 井上・同上28-29頁、酒巻(1997)・前掲註⁽³⁴³⁾など。

⁽³⁴⁹⁾ 井上・同上28頁、酒巻・同上30頁など。

⁽³⁵⁰⁾ 例えば、宇藤ほか・前掲註⁽¹⁹⁾37頁〔松田岳志執筆部分〕は、これを有力説という。

⁽³⁵¹⁾ Kerrなどは、議会の活躍が要求される場面を、主として新技術の関連する場面と限定的に考えていたわけであるが、先に見た日本法における国会の元来の役割に照らせば、新技術に限定する必要はない。ただし、新技術については、その新規性ゆえに、情報力の面などからより国会の積極的な規律が求められるということにはなろう。

ついて考え直すというのは、一つの筋ではあるけれども、いかにも迂遠ではないだろうか。近時の有力説の言うところの強制処分法定主義は、その内容の法律の留保原則との類似性が容易に想起されるし、実際にそのような指摘も存在している⁽³⁵²⁾。法律の留保原則の母国であり、捜査活動の規律についても法律の留保原則に則って、議会による本質的な決定の必要性が強調されているドイツの議論を参照する方が、むしろ直截的で妥当なのではないか。法構造の面でも、連邦制を採用しつつも、全国統一の刑事訴訟法典を有し、基本的には刑訴法に則った捜査活動規律が行われているという点で、我が国との相似性はドイツの方が強い⁽³⁵³⁾。

以上の点からは、とりわけ、強制処分法定主義に意義を見出し、議会による統制を重視しようというのであれば、アメリカにおける議論が我が国において参考にならないというわけではないが、捜査法における「オモテの準拠国」はむしろドイツなのではないかという疑問が生じてくる。この疑問が正しいものであれば、ここまでの検討の意義は差し置いても、アメリカの議論を参照するのではなく、ドイツにおいて、どのような捜査活動にはどの程度の法律による規律を要求しているかという判例・学説の蓄積を参照した方が望ましいのではないか⁽³⁵⁴⁾。

⁽³⁵²⁾ 例えば、川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室259号（2002年）75頁。憲法学者による指摘として、いずれも学生向け演習書における言及であるが、山本・前掲註0748頁や宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開（第2版）』（日本評論社、2014年）20-21頁がある。

ただし、法律の留保原則と強制処分法定主義がそのまま接続しうるかという点、いろいろと問題がある。この点については、拙稿「強制処分法定主義の憲法的意義」公法研究77号（2015年）225頁以下で論じた。さしあたり、宇藤崇「強制処分の法定とその意義について」研修733号（2009年）8-10頁や、亀井源太郎ほか「座談会 憲法と刑事法の交錯（前篇）」法律時報86巻5号（2014年）129頁の曾我部真裕発言を参照。

⁽³⁵³⁾ この点についても、拙稿・同上227-228頁で論じた。ドイツの捜査法に関する概要については、邦語文献では、さしあたり、金尚均ほか『ドイツ刑事法入門』（法律文化社、2015年）116頁以下及び158頁以下〔辻本典央執筆部分〕を参照。

⁽³⁵⁴⁾ 関連して、強制処分と任意処分の境界確定に、ドイツの法律の留保原則に関わる判例・通説である、本質性理論を参照する興味深い研究として、斎藤司「強制処分概念と任意捜査の限界に関する再検討」川崎英明ほか『刑事訴訟法理論の探求』（日本評論社、2015年）19頁以下〔初出、2012年〕がある。

3.3. 強制処分法定主義の限界

しかし、強制処分法定主義を強調して、ドイツ法のみを参照していれば良いかといえそうではなく、そこには限界も存在する⁽³⁵⁵⁾。

関連して、強制処分法定主義の意義を強調する近時の有力説について、強制処分該当性の判断を大幅に裁判所に委ねるとともに、「強制処分」ではない、「任意処分」については、比較衡量による捜査活動の限界づけを認めている点で、裁判所中心主義であり、また、制度論的視点を欠いていると批判するのが、本稿もアメリカ法の検討において多くを依拠してきた稲谷論文である⁽³⁵⁶⁾。制度論的視点という意味でいえば、ドイツ法の議論は、とりわけ連邦憲法裁判所の審査能力についてその限界に無関心である傾向が強いと指摘されることが多々ある⁽³⁵⁷⁾。もっとも、ドイツにおいても、権力分立のあり方を考えるに当たって、各機関の機能適合性が論じられるのであり、そのような批判は必ずしも正確であるとはいえないところがある⁽³⁵⁸⁾。それでも、委任立法の限界などを考える際に、それを判断する裁判所の能力も問われていることについては意識が欠如している面が否めないのは確かである。そして、どこまで法律で捜査活動について規律しておかなければならないのかを問う際に用いられる、本質性理論は、スライディング・スケールなのであり⁽³⁵⁹⁾、その要請の充足を裁判所が判断するというのであれば、合理性や相当性という

⁽³⁵⁵⁾ 本節の以下の記述は、本稿の下敷きとなっている、合衆国最高裁判例研究会における、津村政孝教授による指摘に示唆を得ていることを断っておく。

⁽³⁵⁶⁾ 稲谷・前掲註(73)169巻5号23-24頁。

⁽³⁵⁷⁾ See, e.g., Sunstein, *supra* note 284, at 327-328. 加えて、アメリカにおける議論を参考に、ドイツの議論が議会・政府間の関係のみを念頭において構築されてきたものであり、判断者としての裁判所の機能や位置付けを取り込んだ議論への発展が必要だとするドイツの論稿として、U.R. Haltern, F.C. Mayer u. C. Möllers, Wesentlichkeitstheorie und Gerichtbarkeit, Die Verwaltung Bd. 30, 1997, S. 60ff. v.a. S. 74も参照。

⁽³⁵⁸⁾ この点については、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂、2005年)236頁以下〔初出、2003-2004年〕、村西良大『執政機関としての議会』(有斐閣、2011年)151頁以下〔初出、2005年〕などを参照。また、対外権の議会・政府間での分配という問題に特化した記述ではあるが、拙稿「グローバル化時代の議会民主政(三)」法学論叢173巻4号(2013年)104頁以下でもこの点に少し触れている。

⁽³⁵⁹⁾ 捜査活動規制の文脈でこのような本質性理論の問題点を指摘するものとして、緑大輔『刑事訴訟法入門』(日本評論社、2012年)49頁。

抽象概念について裁判所が云々する、古典的な修正4条の適用と結局は同じ結果になってしまいかねない。

また、強制処分法定主義を強調しすぎ、逆に令状主義の意義を軽視することにならないように留意する必要があることも指摘しておかなければならない。実際ドイツにおいて、令状主義は、一定の介入強度を超える場合には、裁判官による事前審査を要件として法律上定めなければならないという「裁判官留保」の形で現れることになる⁽³⁶⁰⁾。これは、令状主義が法律の留保原則に取り込まれた形を取っていると説明することができるだろう。しかし、憲法上明示的に令状主義を採用する⁽³⁶¹⁾我が国において、令状主義を強制処分法定主義の中に吸収してしまうのは妥当とはいえない。令状主義が重視されるアメリカにおいても、Stuntzのように、令状主義ないし修正4条の現代的意義を否定する見解⁽³⁶²⁾もないわけではないが、不必要に文言から乖離した解釈を行うことは妥当ではなく、令状主義も維持していく必要があるように思われる。

3.4. まとめ

以上の非常に簡単な検討を踏まえると、まずは、我が国においても捜査活動の規律主体としての国会というものを再確認していくことの重要性は否定できない。そして、規律主体としての国会が、どのような捜査活動についてどのように規律を及ぼしていくべきかについては、むしろ、法構造の類似するドイツにおける判例・学説の蓄積を参照することが有用そうである。

⁽³⁶⁰⁾ Siehe z.B., C. Roxin u. B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 28. neubearbeitete Aufl., 2014, § 29 Rn. 7. 邦語では、金ほか・前掲註(53)26頁などを参照。

⁽³⁶¹⁾ もっとも、ドイツ連邦共和国基本法も、13条2項で捜査について、104条2項において身柄拘束について、原則的に裁判官の命令によることを要求しており、「令状」の要求はしていないものの、日本国憲法との差異は決して大きくない。基本権13条の裁判官留保については、森口佳樹の一連の研究（最新のものとして、例えば、森口佳樹「ドイツ裁判官留保制度に関する一考察」*経済理論*379号（2015年）105頁以下がある）を参照。

⁽³⁶²⁾ W. Stuntz, *The Political Constitution of Criminal Justice*, 119 *HARV. L. REV.* 781, 832 (2006).

しかし、その際には、アメリカを中心に近時意識されている制度的能力の側面に着目して、ドイツにおける裁判所、とりわけ連邦憲法裁判所と、我が国の裁判所との制度的能力の差異や、裁判所自体のそもそもの判断能力にも十分に留意していかなければならない。

そうすると、裁判所としては、国会が十分な規律をしていないとして、法律による権限付与を否定するような判断はともかく、権限付与の範囲を広く読み込んだり、積極的なルール構築を行ったりすることには慎重でなければならないということができよう。

最後に、アメリカにおける議論を検討した際に言及した、行政規則の活用について、若干のコメントをしておくことにしたい。我が国においても、犯罪捜査規範⁽³⁶³⁾などの行政規則によって、刑事訴訟法上の規律の補充が行われている。2005年の行政手続法改正による、命令等制定手続における意見公募手続の導入の前後から、行政手続法によって法律上要求される意見公募手続はもちろんのこと、それ以外の場合にも任意のパブリック・コメントの募集手続が多く実施されている⁽³⁶⁴⁾。したがって、実際の効果といったものや、先に回答を保留している、行政手続による民主的正統性の補充の可能性についての理論的検討を本格的に行うことが必要ではあるが、以上のような実務を参照した場合、我が国における活用可能性を裏付けているといえよう⁽³⁶⁵⁾。た

⁽³⁶³⁾ 昭和32年7月11日国家公安委員会規則第2号。

⁽³⁶⁴⁾ 電子政府のパブリック・コメントのサイト (<http://search.e-gov.go.jp/servlet/Public>)などを参照。例えば最近の捜査活動に関連するものとしては、死体取扱規則等の一部を改正する規則(平成27年国家公安委員会規則第1号)の制定に際して、身元不明死体のDNA型の保存等に関する事項について、任意のパブリック・コメント募集が実施されている。これについては、http://search.e-gov.go.jp/servlet/Public?ANKEN_TYPE=3&CLASSNAME=Pcm1090&KID=120140016を参照。

⁽³⁶⁵⁾ ここで扱った問題のほか、本件Riley判決が我が国の刑法解釈に与える影響がどのようなものかも問題となるので、簡潔に触れておく。成瀬・前掲註(1)170頁や柳川・前掲註(1)546-548頁が指摘するように、①前掲註(19)でも少し触れたが、逮捕に伴う無令状捜索が許される範囲にそもそも差異があるほか、②逮捕に際しての令状の要求が日本法の方がより厳格であるとともに、③令状審査の実質性もより高いこと(③については、特に成瀬・同上)などから、直接Riley判決の判示が我が国に直接影響を与えるということはあまり考えられない。

だし、我が国において、いわゆるNシステムの運用⁽³⁶⁶⁾やGPS装置の利用⁽³⁶⁷⁾、DNA情報の収集・保管⁽³⁶⁸⁾など、国民の権利・利益への介入に関わる捜査活動が、法律によってではなく、警察庁や国家公安委員会の示した指針等の行政規則によって多くが規律されているところである。このような現状に鑑みると、まずは強制処分法定主義のあるいは捜査活動に関する法律の留保原則の意義・重要性について説く必要があり、もちろん本稿でも、行政規則が活用されるべき領域を、「ミクロ」レベルに限定してはいるのであるが、行政規則の活用をあまり強調しすぎると実務に向けて誤ったメッセージを送ることとなりかねない危険性があることには留意しておかなければならない。そして、その意味でも、我が国において、ドイツにおける議論等を参考に、強制処分法定主義の要求内容、法律によって定めるべき範囲の明確化に努める必要性は高い。

おわりに

まずは、ここまでの本稿の流れにそって、本稿における検討を通じて得ら

なお、我が国の刑訴法においては、携帯電話内のデータの「搜索」が観念し得ない上、アメリカにいわゆる携帯電話内のデータの搜索は、被疑事実に関連する限りにおいて携帯電話の差押に際して行われる、「必要な処分」(刑訴法222条・111条2項)として無令状で行われるものと解されている。この点について、成瀬・同上、柳川・同上554頁註(4)[後掲杉原論文の構成に批判的なニュアンスを滲ませる]、杉原隆之「押収した携帯電話機内のデータを読み出すための令状」『別冊判例タイムズ35 令状に関する理論と実務II』(判例タイムズ社、2013年)147頁を参照。また、日米の相違点の追加的な指摘ともなるが、Riley判決が例外として示唆した、緊急状況を理由とする無令状搜索が我が国では認められていないことから、上記のような「必要な処分」構成のみで十分とはいえないのではないかという指摘(成瀬・同上、柳川・同上548頁)もある。

⁽³⁶⁶⁾ この点について、さしあたり、東京高判平成21年1月29日判タ1295号193頁とその評釈である、小泉良幸「判批」『平成21年度重要判例解説』(有斐閣、2010年)10-11頁などを参照。

⁽³⁶⁷⁾ この点については、指宿信「GPS利用捜査とその法的性質」法律時報87巻10号(2015年)58頁や、「ロー・フォーラム 令状なしGPS捜査は違法」法学セミナー728号(2015年)3頁などを参照。

⁽³⁶⁸⁾ この点については、例えば、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)113-114頁などを参照。

れたものを確認しておくことにしよう。

合衆国最高裁 Riley 判決をきっかけとする本稿は、その判示内容の確認を出発点に、新技術である、携帯電話、とりわけスマートフォンの捜査活動における取り扱いをめぐる従来の下級審や学説の立場を見たのち、合衆国最高裁における明確なルールの提示についての議論の検討へと移った。ここでの検討により、「逮捕に伴う無令状搜索」に関わる、アメリカの判例や学説の概要を再確認することができた。その上、明確なルールの提示をめぐる議論の背景には、捜査活動の規律をどの憲法機関がどのように担うべきかという、統治構造論が存在していることが確認された。

ここまでの本件 Riley 判決を出発点とする各論的検討によって得られた成果を踏まえて、本稿は、捜査活動の規律主体は誰であるべきかをめぐる議論を追った。具体的には、新技術が関係するものを中心として、従来主体と考えられてきた裁判所に加えて、議会の役割を重視する見解の登場と、それに対する批判とそれの応酬、さらには、行政規則に着目する見解の紹介・検討を行った。そこで得られた、望ましい捜査活動規制のあり方は、大まかなものにとどまるが、以下のようなものであった。すなわち、捜査活動を規律する基本的なルールは、まずは議会が担い、上級の裁判所は、そのルールが憲法の枠内にあるかを審査するとともに、立法が欠如している場合には例外的に、個別具体的な事情に踏み込まない、明確なルールを提示し、よりマクロなルールについては下級裁判所、州やより下位のレベルでの立法、警察機構による行政規則の制定によって補充し、学説がその体系性を担保するという枠組みである。

続いて、以上のような枠組みを日本に導入するにあたっては、両国の法構造の違いが存在しており、慎重にならざるをえない面があることにも言及し、法構造の類似性という面では、ドイツの議論をも参照することの有意性・必要性を指摘した。

他方で、最後に指摘したドイツの議論の参照が行われていないことはもちろんであるが、本稿には、それ以外にも、なお積み残された課題も多い。例

えば、行政手続による民主的正統化の可能性についての理論的な検討と、それに密接に関わるが、民主政についてのグランドセオリーを本稿は描ききれず、その意味で方向性が定まっていない嫌いがある。加えて、以上に述べたような理論的な難点に続いて、実践面での本稿の問題点について触れておくと、捜査活動規律について各機関の協働が望まれるとして、具体的な境界付けをいかにしていくべきかをケース・スタディーなどによって明らかにすることはできていない。この点は、ドイツにおける議論の検討と共に、今後の課題となろう。

このように、なお課題が尽きないところであるし、当初掲げた検討課題に十分回答を示せたのかは心もとないところ⁽³⁶⁹⁾ではあるが、一応の基本枠組みと、今後の検討深化の方向性は示すことができたと思われ、ひとまず擱筆することにしたい。

⁽³⁶⁹⁾ とりわけ、新技術に関する捜査活動規律を主題に掲げつつ、本稿後半において、議論が拡散し、主題に集中した回答を行えていないことを危惧する。