

政府部内における個人情報保護——刑事手続法の観点から——

笹 倉 宏 紀 千葉大学法経学部准教授

1 はじめに

本稿は、プライバシーないし個人情報保護をめぐる問題のうち、政府部内における個人情報の取扱いの規律、より具体的には目的外利用、二次利用の規律を考える際の基本的な枠組みについて、刑事手続法の観点から検討を加えようとするものである。

本稿の扱う主題自体は特段珍しくないであろうが、刑事手続法の観点から検討を加えるという点に関しては奇異な感じを抱く向きがあるかもしれない。そこで、本稿の採る検討の手法についてまず説明しておこう。

個人情報ないしプライバシーの保護をめぐる法学界における議論は、主に、憲法学、行政法学及び民事法学の領域で展開され、刑事手続法における議論は他の法領域では等閑視されているかのようである。しかし、刑事手続法は、プライバシーの侵害ないし個人情報の取得に関して、最も古く、かつ、整備された規律の体系を有している。犯罪の捜査、その訴追は、さまざまな情報を収集し、それを蓄積、分析し、利用する過程にほかならない¹。我々が今日、いわば所与のものとして観念する刑事手続上の情報収集、蓄積、利用に関わる行為類型は、19世紀にフランスやドイツにおいて整備されたものを近代化の過程で我が国が移入し、第二次大戦後、アメリカ法の影響の下で変容を施したものである。19世紀に「情報」という概念を前提として体系化が行われたわけではなく、19世紀に整備された道具をもって21世紀の情報化社会における犯罪に立ち向かおうとしているのであるから、様々な課題が噴出していることは確かである。しかし、刑事手続法理論は、19世紀末に形作られた法制度に適宜の翻訳を施し——なお不十分ではあるものの——「情報」、「プライバシー」が問題とされるに至った今日の文脈に対応しうる規律の体系を築いてきた。

また、我が国において今日我々の観念するプライバシーの概念は、19世紀末から20世紀初頭のアメリカにおいて生成し発展したものである。そのアメリカにおいてプライバシーをめぐる議論の出発点とされる著名な連邦最高裁判例は、刑事手続を主たる規律対象とする（ただしそれに限定されない）合衆国憲法修正4条²（及び同修正5条）の解釈をめぐるものであった³。

このように、プライバシーないし個人情報保護をめぐる議論において刑事手続法の観点を導入することは決して奇異なことではない。捜査活動は——そのすべてがプライバシーとの緊張関係を孕むものではないにせよ——公権力によるプライバシー侵害の典型例であるから、政府による情報の取扱い一般を論ずる際に、その整備された規律の体系を参照することはむしろ必要というべきであろう。本稿は、このような見地から、刑事手続法の規律を出発点に、とりわけ憲法35条の規律に着目しながら、その分析を通じて、政府部内における個人情報保護についてひとつの試論を展開しようとするものである。

なお、本稿は、刑事手続とそれ以外の領域で、公権力によるプライバシー侵害を規律する基本的な考えや妥当する原理原則にも違いがあるわけではないという前提に立つ。もちろん、この前提自体を疑うこと、つまり、刑事手続とそれ以外の領域では妥当する原理原則が異なると考えることも可能である。本稿は、この点に関する態度決定はひとまず措いて、刑事手続法における規律をそれ以外の領域にあてはめた場合に得られる帰結を示すことによって、政府部内における個人情報の保護のあり方を論ずる際の素材を少しでも豊富にすることを企図するものである。

¹ Klaus Rogall, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, 1992, S. 72.

² 修正4条は、「不合理な捜索および押収または抑留に対し、身体、家屋、書類および所有物の安全を保障されるという人民の権利は、破られてはならない：令状は、宣誓または確約によって根拠づけられた・相当な理由に基づいてのみ発せられるべきであり、かつ、捜索されるべき場所および抑留されるべき人または押収されるべき物件を特定して示しているものでなければならない」と規定する。U.S. CONST. amend. IV. 訳文は、田中英夫編『BASIC 英米法辞典』（東京大学出版会、1993年）231頁による。

³ Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886). ウォーレン (Samuel D. Warren) とブランドイス (Louis D. Brandeis) の共同執筆論文「プライバシーの権利」が公開されたのは、ボイド判決の4年後のことである。Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

2 憲法 35 条

刑事手続上、プライバシー侵害が最も先鋭的な形で問題なのは捜査活動との関係においてである。そして、捜査活動における情報取得行為に関する最も基本的な憲法上の規律はその 35 条に定められている。

憲法 35 条は、「住居、書類及び所持品」の「侵入、搜索及び押収」について、「正当な理由に基いて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示」し（1 項）、「権限を有する司法官憲が発する各別の令状」を要求する（2 項）。

「正当な理由」は、搜索、押収等の「理由」と「必要性」とから成る。このうち、搜索、押収の「理由」は、ある特定の犯罪について嫌疑の存在すること、それを前提として、証拠物と押収すべき物との間に結びつきがあること（押収の場合の関連性）、そのような証拠物が搜索場所に存在する蓋然性が認められること（搜索の場合の関連性）をその要素とする。いずれの要素についても、一定の資料によって疎明され一応確からしいという程度の心証を得られることが必要である。この心証度に関する要求は、母法であるアメリカ合衆国憲法修正 4 条の文言、および、刑事訴訟法の法文上の用語に従い、講学上、「相当な理由」と表現される。

以上に述べたことの裏返しとして、何らかの犯罪があるかもしれないという漠然とした疑いに基づく処分は排除される。そのような、漠然とした疑いに基づいて事実を解明する活動は、我が国では、犯罪捜査としてではなく、「犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用」として実行しうるのみである。その際に用いられるのは警察官職務執行法 2 条 1 項に定める職務質問の権限である。しかし、この権限による場合には、「刑事訴訟に関する法律の規定」による場合とは異なり、「身柄を拘束され、又はその意に反して警察署、派出所若しくは駐在所に連行され、若しくは答弁を強要されることはない」（同条 3 項）。また、「所持品について搜索及び押収を受けない権利」が憲法上保障されている以上、「所持人の承諾のない」所持品検査は「搜索に至らない程度」において、かつ、「強制にわたらない限り」許されるにとどまる⁴。

我が憲法 35 条の母法である合衆国憲法修正 4 条は、アメリカ植民地期において濫用されたいわゆる一般令状——あらゆる犯罪を対象に、さしたる根拠もないままにあらゆる場所を搜索し発見された物を押収することを許す令状——に対する反発を背景として制定された。ある特定の犯罪事実について、一応確からしいという程度の心証が必要とされるのは、このことに対応している。また、対象の「特定」が要求されるのも（条文上は「明示」と表現されているが、それが単に令状の記載に関する指示にとどまるものではないことについては見解の一致がある）、同様に、ありとあらゆるものが差し押さえられることを防止する趣旨である。そもそも対象となる犯罪や証拠物が特定されていなければ、それについて、「正当な理由」があるかどうかの判断もできない。その意味で、「特定性」の要求は「正当な理由」の要求と相関的である。

3 憲法 35 条の保護法益

刑事手続上の証拠収集手段のうち、写真撮影や通信傍受などは、搜索や押収、あるいは証人尋問などと異なり、有形力の行使や法的な義務の賦課を伴わないため、それによって侵害される利益のほとんどがプライバシーに尽きる処分と位置付けられることが多い。

仮に、政府部内における情報の取扱いが、写真撮影や通信傍受におけるのと同様の権利侵害を構成するとすれば、それらに関する規律と同様の規律が及ぼされて然るべきだということにもなりそうである。

しかし、アメリカ連邦最高裁の判例は、プライバシーの合理的期待の理論によってあらゆるプライバシー侵害行為に修正 4 条の「相当な理由」の要件が課されることを回避している。例えば、街頭で行動する人は自らの意思で自らの姿を他人の目に晒しているのであるから、そこにもはやプライバシーの合理的期待は認められないとされる。この論理は銀行の取引記録や電話の通話記録などにも拡張されている⁵。いわゆる行政調査等について、犯罪捜査における搜索よりも緩和された要件が適用される理由の一つも、プライバシーの合理的期待が失われているとまではいえないものの減少しているという点に求められることがある。

公共の空間で公然と行動する人の場合、自らの意思でプライバシーを放棄しているのだから彼／彼女の行動に関してプライバシーの保護を与える必要はないという論理は一見説得的である。しかし、他方で、このような論理には、我々の常識的感覚に反するところもある。自らの意思に基づいて公共空間で行動しているからといって、その行動を意識的な観察の対象とされ、さらに記録にとどめられればプライバシーを侵害されたと感じるのがむしろ正常な感覚であろう。また、通話記録や銀行の取引記録については第三者に

⁴ この段落の記述について、最三小判昭和 53・6・20 刑集 32 卷 4 号 670 頁（米子銀行強盗事件）。

⁵ *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976); *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).

開示されることはないというのが人々の期待するところであろう。実際、当のアメリカでも、実証研究に基づき、判例の採用する結論と一般人のプライバシー感覚との間には大きな隔たりのあることが指摘されている⁶。ある論者は、30年以上も前に、判例の論理に従うならば、政府がプライバシー侵害の可能性を告知することによって（「30分ごとにテレビで告知することによって」）プライバシーの合理的期待を簡単に奪うことができると批判していた⁷。この批判に対する適切な反論はいまだなされていないといつてよい。

翻って我が最高裁は、昨年、公共空間で行動する人物のビデオ撮影の適法性について判断を示した⁸。ここでは、強盗殺人事件等の捜査に関して、刑事訴訟法上の強制処分に関する規定によることなく、公道上やパチンコ店内で行動する被告人を捜査官がビデオ撮影したことの適否が争われた。弁護人はこの行為が違法なプライバシー侵害に当たると主張した。ところが最高裁は、「捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していた」こと、「各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し……犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、これに必要な限度において、公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものである」ことからすれば「これらのビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なものというべきである」と述べて、弁護人の主張を排斥した。

公共空間で行動する以上、「他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない」という判示に、アメリカ法のプライバシーの合理的期待の理論と同様の思考を見て取ることもできないわけではない。しかし、アメリカ法でプライバシーの合理的な期待が否定される場合、私人が保護を求めうる利益が存在しないことを意味する。したがって、公権力による情報収集行為に対して何らの規制も及ばない。これに対して、我が国の判例は、同様の状況での捜査活動に関して、「捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法」で行われることを要求し、一定の制約を課している点で違いがある。

「相当な方法」という「相当性」は、強制処分法定主義に服さず、したがって、憲法35条の規律も受けない処分、すなわち任意処分——その規律については後に再度触れる——の規律を論ずる際に常用される言葉である。この言葉は、多くの見解によれば、私人の側に法的な保護に値する利益の存在することを前提に、私人の利益と公共の利益との衡量の結果、両者の権衡が保たれている状態を示すものとして理解されている。

実際、最高裁は、街頭でデモ行進している者の写真撮影の適法性が争われた昭和44年の大法廷判決⁹において次のように述べている。曰く、憲法13条によれば「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も保護されるべき」である。そして、そのような「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態……を撮影されない自由を有する」。したがって、「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。つまり、デモ行進の参加者であってもなお保護されるべき利益を有しているというのである。

このように、我が最高裁は、アメリカの判例法とは異なり、街頭で行動する以上、保護されるべき利益はない、という考え方を採ってはいない。そのこと自体は、アメリカの判例法理に向けられた批判を考慮すれば適切であるといえよう。もっとも、アメリカ流のプライバシーの合理的期待の理論を斥けつつ、要保護性の減少を基礎づけることは実は難しい作業である。

代表的な論者は、相手方の明示または黙示の意思に反してその重要な権利利益を実質的に侵害するか否かを強制処分性の指標とする見解を前提に、この点に関して次のように説く。「住居内の普通では外から見えないような場所にいる人を、高性能の望遠レンズや赤外線フィルムを用いて密かに写真に撮るような場合には、その人は、自分の行動を他人に見られることはないというプライバシーの正当な期待を持っているといえるから、それを侵害するのは強制処分」である。一方、「街頭で公然と行動している人を写真に撮る」場合、「その人は勝手に写真など撮られたくないと思っているかもしれないから、写真を撮るのは相手方の意思に反することになる場合があることは確かである」が、「その人は、自ら自分の行動を他人の目に曝しているのであり、住居の中にいる場合などと同様にプライバシーを正当に期待ないし主張できる立場にいるとはいえない」。しかし、「その人には保護されるべき利益はまったくないということまで意味するものではない。前

⁶ 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).

⁷ Anthony G. Amsterdam, *Perspectives on the Fourth Amendment*, 58 MINN. L. REV. 349, 384 (1974).

⁸ 最二小決平成20・4・15刑集62巻5号1398頁。

⁹ 最大判昭和44・12・24刑集23巻12号1625頁（京都府学連デモ事件）。

出の昭和44年の最高裁大法廷判決が認めるように、人には、『みだりに〔自己の〕容ぼう〔等〕を撮影されない自由』があり、その自由はどこにしようと享有されるはずのものであるから、街頭で行動する人についても、無断で写真を撮るのは、そのような自由を侵害することになる。ただし、「問題は、それがどの程度重要な利益であるかということであり、住居の内にいる人をひそかに撮影する場合に侵害が問題となるようなプライバシー権と較べると、やはり、一段劣位に立つものといわざるを得ないのである。その意味で、街頭行動をしている人の写真撮影は、強制処分とまではいえない」¹⁰。

これは、侵害される利益を質的に差異化すること——プライバシーと肖像権を区別すること——によってあらゆる写真撮影が強制処分とされる可能性を回避し得ている点でプライバシーの合理的期待の理論と同様の結果を得つつ、他方で、なお保護されるべき利益の残存することを理由に、保護を完全に否定することの不都合をも回避し得ている点で、非常に巧みな解釈である。

しかし、このような理解に問題がないわけではない。

第1に、このような解釈には憲法上の保護を拡張するという利点がある半面、それぞれの論者の所期する結論との関係で保護されるべき利益の仕分けが行われてしまうおそれのあることも否定できない。実際、「集団行動をしている者」とは異なり、「通常の歩行者を対象とする場合は、その者のいわゆる肖像権を重要な利益とみるべきかについては見解が分かれる」であろう¹¹。

第2に指摘しうるのは——修正4条におけるプライバシーの理解とも共通することであるが——そこで想定されているプライバシーはその侵害が一過性のもの、即時完結的なものとして捉えられていること、また、プライバシーが情報の秘密性ないし非公知性として同義のものとして捉えられているということである。プライバシーの合理的な期待の理論は、そこでいうプライバシーが情報の秘密性、非公知性と同義であると解した場合によく説明できる。情報の非公知性が要保護性を基礎づける鍵であるからこそ、公権力によって適法に開かれ、あるいは情報の主体が自らの意思で非公知性を放棄した場合にはもはや保護されるべき利益はないという考え方を採用することができるのである。

しかし、秘密はそれ自体が何らかの実質を持つものではない。非公知の事実は、それを秘匿すべき利益が存在して初めて——保護されるべき——「秘密」としての性質を獲得するのであって、そのような利益と無関係に、非公知である状態それ自体に保護されるべき価値があるから保護されるというものではない。したがって、仮に、プライバシーを私的な事柄に関する情報の非公知性と同義として捉えた場合であっても、何のためにそれを保護するのかを問わずして、それに対して与えられるべき保護の程度、内容を定めることはできないはずである。

そこで、プライバシーは何のために保護されるのか、換言すれば、プライバシーの本質は何処にあるのかということの問題とせざるを得ない。しかし、この点については多種多様な見解が唱えられており、本稿で検討を尽くすことはもとより到底困難である。ただ、それらの見解を通覧すると、プライバシーは、その保護が、人間性——人格、個性、尊厳——を保護する、あるいは、親密な人間関係の維持発展や生活の内密な面の保護に資するからこそ認められるという点ではおおむね理解の一致があるといつてよい。よく知られた、プライバシーを「ひとりで放っておいてもらう」権利とする古典的な構成や、近時の通説的な理解である自己情報コントロール権としてのプライバシーの理解などは、いずれも、個人の人格や個性、尊厳の保護、親密・内密な人間関係、生活局面の保護を実現するための手段という面からプライバシーを定義しようとした見解と位置づけることができるであろう。そのことは、情報の非公知性という捉え方を理解においても同様である。

いずれの理解によるにせよ、プライバシーが人格的な利益と関わるものであることを承認する以上は、たとえ非公知性の失われた情報であったとしても、その取得や利用がそれらの人格的な利益に影響を及ぼすのであれば、法的な保護を与えるべき理由と必要性は直ちには失われまいというべきである。

アメリカにおける情報法の第一人者は、「公共空間におけるプライバシー」という、語義の上で「矛盾」する観念について次のように説く。それが保護されるかという問題に関する「旧来の答えはきわめて単純」であり、「一切保護されない」というものであった。公共空間を行動すれば、我々の行動は人目にとまる（監視）。そしてその結果は記憶として残る（記録）。その記録を検索することによって、ある人に関する情報を獲得することができる。しかし、かつては、監視、記憶、検索のそれぞれの過程に要する費用が高かったことから、法的にはともかく、「公共空間におけるプライバシー」には事実上の保護が及んでいた。法的な保

¹⁰ 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〔新版〕』（有斐閣、1992年）46頁〔改題の上、井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣、2005年）所収〕。

¹¹ 小林充「強制処分と任意処分」研修671号（2004年）13頁。

護が与えられなくとも、プライバシー侵害に要する費用の高さの故に、「公共空間におけるプライバシー」は事実上保護されていたのである。ところが、技術の発展によって監視、記憶、検索に要する費用が劇的に低下した結果、このような事実上の保護はもはや失われつつある、と¹²。

この論者のいうとおり「公共空間におけるプライバシー」についてかつて存在した事実上の保護が失われ、かつ、それが好ましい事態ではないとすれば、それを人為的な保護の対象に引き入れることが法の担うべき役割だというべきであろう。

この点を踏まえて、我が国の代表的な論者の前出の見解について改めて考えてみよう。論者は、「住居内の普通では外から見えないような場所にいる人を、高性能の望遠レンズや赤外線フィルムを用いて密かに写真に撮るような場合」と「街頭で行動する人」の「みだりに〔自己の〕容ぼう〔等〕を撮影されない自由」とを比べて、後者が前者に「一段劣位に立つ」とするが、常にそうだとはいえないであろう。確かに、情報の非公開性という観点からすれば、後者の撮影行為はそもそも秘密の侵害には当たらず、一方、前者は、完全ではないにせよ日常的な手段方法では侵入し得ない閉鎖空間内での人の容貌を捉えるものであるから情報の非公開性の侵害に当たる。しかし、住居内にいる人の望遠レンズを用いた写真撮影が単に「容ぼう」を捉えるものにすぎず、その人の行動や趣味嗜好、思想信条については何の手がかりも得られない場合と、街頭における行動が逐一撮影されそれによって外出先での行動や交友関係、趣味嗜好等をすべて把握される場合とを比べた場合、筆者には、後者こそより強い規制に服させるべきだという議論も十分に成り立つように思われる。実際、公共空間での個人の行動の観察を通じて、個人の趣味嗜好、人間関係や思想信条など一般にプライバシーとしての保護に値すると考えられる情報を獲得すること、その人の人物像を作り上げることはさほど困難なことではない。

仮にこの分析が正しいとすれば、さらに次の2つの点を指摘することができよう。ひとつは、情報取得行為のみならずその後の利用の目的や態様をも考慮しなければプライバシー侵害の有無、程度を正しく把握できないことを意味するという点である。プライバシーを情報の非公開性として捉え、その侵害を一過性のものと捉える刑事手続法学説の傾向には、したがって問題があるというべきである¹³。

いまひとつは、被侵害利益の質の差異化という方法による解決は、個人情報取得や利用を扱う場面では必ずしも適切ではないのではないかという点である。個人に関わる情報を取得収集する以上、そこにはプライバシー侵害、あるいは、少なくともそのおそれが常にあると考える方が事柄の実質に即しているであろう。個人情報を個人情報であることだけで保護の対象とし、プライバシー侵害を実際に伴うか否かを不問とする個人情報保護法制は、正にこのような考え方を前提とするものであろう。

もとよりこのようにいうことは、先の見解が、権利利益の「質」を問題とすることを一般論として否定すべきだという趣旨ではない。また、あらゆる情報取得行為に対して一律に同じ内容の規制を及ぼすべきだとするものでもない。ただ、プライバシーと肖像権等の利益とを差異化した上で情報取得行為の適否を論ずるのではなく、当の情報取得行為、あるいはそれに引き続く利用行為がどの程度個人のプライバシーを侵害するかという、侵害の質や量に着目した規律を考える方が適当なのではないかと思われるのである。

4 権利利益の侵害の正当化——利益衡量の作法——

憲法35条は、単に「住居、書類及び所持品」について「侵入、搜索及び押収を受けない権利」を保障することにどまらず、その保障が解除される要件を具体的に定めていることに、憲法上の他の基本権に関する規定とは異なる特徴がある。

本来、個人の権利利益と公益の緊張関係が問題となる場面で、ある目的のために、果たして、そしてどのような要件の下で公権力による権利利益の侵害を許すかは、そのような目的と個人の権利利益との比較衡量の問題である。

一般論として、対立する公益が大きければ大きいほど、また、侵害される利益が小さければ小さいほど、私人の権利利益の侵害が許容される可能性は大きくなる。逆に、私人の被る利益侵害が大きければ大きいほど、あるいは、公益の重要性が小さければ小さいほど、権利利益の侵害の許容される可能性は小さくなる。そして、これらの衡量は、我が国の統治機構上、第一次的には国民の代表者から成る国会が行い、さらに第二次的に、法律の許容する範囲内において、法を解釈し執行する権限を有する者——行政官、捜査官、裁判

¹² LAWRENCE LESSIG, CODE VERSION 2.0, 202-203 (2006).

¹³ ただし、この点を学説がおよそ等閑視しているわけではない。ただ、そのことを正面から踏まえた立法が存在するわけではなく、解釈論にも明確に反映されるには至っていないということである。

所ないし裁判官——が行う。

ところが、憲法 35 条は、このような利益衡量に一定の制限を課している。憲法自身が、「住居、書類及び所持品」について「侵入、搜索及び押収を受けない権利」と公共の利益との衡量を行い、その結果を、権利保障の解除の要件としてすでに憲法に書き込んでいる。それゆえ、判断者による利益衡量は、この憲法自身の判断により制約を受ける。

より具体的に述べれば次のようなことである。強制処分と任意処分の区別に関する代表的な見解に従えば、プライバシー侵害が（質、あるいは量において）ある閾値を超えれば、たとえ、プライバシー侵害を正当化する公益がいかにも重要なものであったとしても、憲法 35 条の要求するところにより、プライバシー侵害行為は「相当な理由」を具備しない限り、正当化される余地はない。プライバシー制約の根拠となる公益の重要性に応じてこの要件を変動させる可能性は憲法自身によって封じられている。

もっとも、このことは、強制処分の域に達するプライバシー侵害について、判断者による利益衡量が一切許されないということの意味しない。ある公益を達成するために、ある特定の種類の処分をそもそも許すべきか否か、という点に関しては、立法者に決定権が与えられている。例えば、通信傍受法の制定に際して、通信傍受という処分を創設すべき刑事政策上の必要性があるかについて激しい論争が展開されたことは今なお記憶に新しいところである。

しかし、いったん権利侵害を許すとした場合に課すべき要件に関しては、憲法自身がすでに衡量を行い、その結果が条文に書き出されている。この点は、表現の自由や信教の自由、思想信条の自由や経済活動の自由など、文言上その制約の要件が明記されず、あるいは「公共の福祉」という抽象概念による制約が予定されている他の基本権とは異なる¹⁴。

この意味で、憲法 35 条の定める要件は「堅い」基準である。そして、この限りで、利益衡量に一定の制約を課するところに憲法 35 条の存在意義がある。

憲法 35 条及び現行刑訴法上の強制処分に関する規定の内容を観察すると、利益衡量の方法に関してさらに 2 つの特徴を指摘することができる。

第 1 に、判例及び学説は、搜索、押収、検証という物的証拠を収集するための処分と、逮捕、勾留という身柄拘束を伴う処分とは、身柄拘束の方が搜索、押収よりも権利侵害性が強いことを理由に、後者の方がより強い嫌疑が要求されると解している。さらに、逮捕と勾留の間では後者の方がより長期の身柄拘束であることに照らし、法文上は同じ「相当な理由」という文言が用いられているにもかかわらず（刑訴法 199 条 1 項・2 項、207 条 1 項・60 条 1 項）、後者に関しては前者よりも強い嫌疑が要求されるとしている。

これは、侵害される権利利益の質がより重要なものであるほど、あるいは、権利利益の侵害の度合いが大きいほど、保護を厚くすべきだという考え方に基づくものであり、理解しやすいところであろう。

しかし第 2 に、これとは異なる観点から、要件に差が設けられている例がある。

逮捕のうち通常逮捕については「相当な理由」が要件とされているのに対し（刑訴法 199 条 1 項・2 項）、現行犯においては「相当な理由」ではなく「明白性」が（212 条 2 項参照）、緊急逮捕においては「十分な理由」がそれぞれ要件とされている（210 条 1 項）。いずれの逮捕においても、身柄を官公署に引致され、最大 72 時間留置されるという点では対象者の受ける不利益の内容や程度に違いはない。

それにもかかわらず、現行犯逮捕、緊急逮捕の要件が通常逮捕のそれに比して加重されているのは、事前に中立の立場にある裁判官による審査を経る通常逮捕と異なり、現行犯逮捕や緊急逮捕が現場の捜査官限りの判断で行われること、したがって、通常逮捕に比して過誤や恣意による処分が行われる可能性が高いことによる。つまり、誤った処分が行われる可能性、それに伴い不必要な利益侵害の生じる可能性を考慮し、慎重を期してハードルが高く設定されているのである。

このように「心証度」が常に問題とされること、また、恣意や誤りによる不必要な利益侵害の危険性が常に考慮されていることは、他の法領域には見られない刑事手続法の特色とすることができるであろう。

以上をまとめると、犯罪捜査における強制処分の規律を論ずる際の利益衡量の特徴は次の 3 つである。

第 1 に、そもそも当の強制処分を許すか否かという点については、（比較的）自由な衡量の余地が認められる。ただし、その衡量が憲法の（他の）規定や憲法を頂点とする現行法秩序の価値体系に拘束されることはもちろんである。

第 2 に、そのようにして許容される処分を、いかなる要件の下で許容すべきかについては憲法 35 条自らがすでに一つの答えを示している。それを利益衡量によって変動させる余地はない。その規律の最大の特徴は、

¹⁴ 高橋和之「憲法学からみた刑事訴訟法」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点〔新版〕』（有斐閣、1991 年）10-11 頁参照。

私人の利益と対立する公益の重要性にかかわらず、専ら、侵害される私人の利益に着目して常に一定の保護が与えられる点にある。

第3に、上記第2の制約を除けば、要件設定は基本的に判断者による利益衡量の問題である。ただし、その衡量の中には、直接関係する利益の優劣関係を直截に比べるものと、誤った処分による不必要な利益侵害を避けるという観点から行われるものがある。後者は要するに、ある公益を実現する過程で生じる誤った利益侵害をどの範囲で受忍させるべきかを問うものであるから、そこで生じる利益侵害が重大なものであればあるほど認められにくくなる。その限りでこの考慮は前者の直接関わる利益の優劣の判断とまったく異質のものではない。しかし、この、恣意や過誤による利益侵害の可能性に対する考慮は刑事手続法に固有のものといつてよい。それ故に、この点は、本稿の問題関心からは強調しておくべきだと思われる。

問題は、このような利益衡量における重層的な構造がどこまでの普遍性を有するのかである。この点は刑事手続法上の任意処分に関する規律のあり方の検討を通じて考えてみることにしよう。

5 任意処分の規律

すでに述べたとおり、憲法35条の規律は直接には強制処分のみを対象としているというのが一般的な理解である。強制処分に当たらない処分、したがって、憲法35条による規律を少なくとも直接的には受けない処分は「任意処分」と呼ばれる。

刑訴法197条1項は、「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る」と規定する。任意処分はこの一般的授權に基づいて実行することができる。しかしそれは無制限に許されるわけではない。判例及び学説によれば、その限界は、対立利益の衡量によって設定される（そのことの表現が、前出の「相当性」である）。これは、警察比例の原則、さらには、その背後にある法の一般原則としての比例原則の発現にほかならない。

比例原則は、元々は行政法理論によって発展させられてきたものであるが、今日では、法領域を問わず、あらゆる国家行為について妥当する原則と解すべき点で大方の見解の一致がある。この理解に従えば、刑事手続上の強制処分を規律する法律の制定に際しても、その解釈適用に際しても、さらには、強制処分の実行に際しても比例原則による規律は及ぶ。

憲法35条の規律は、すでに述べたとおり、国家が「住居、書類及び所持品」について「侵入、搜索及び押収」を実行しなければならない必要性和、それらに関する個人の利益とを調整するために設けられたものである。したがってそれは、憲法自身による比例原則の適用の結果だと見なければならぬ。

憲法の依拠した比例原則と、憲法の下で立法者や裁判官の従う比例原則とが別個独立のものだという前提を採らない限り、刑事手続法における強制処分の規律と任意処分の規律は同じ比例原則の適用の結果だと理解しなければならない。同じ比例原則の適用の結果である以上、両者の規律は異質なものではなく、むしろ連続的なものとして捉えなければならぬであろう¹⁵。

ところが、従来の学説は、強制処分と任意処分の規律の連続性よりも断絶を強調する傾向にあった。この傾向に対して例外を成すのは、「新たな強制処分説」と呼ばれる見解である。この見解は、通説よりも強制処分の範囲を拡張しつつ、そのようにして拡張された強制処分に「実質的な令状主義の精神」による規律を及ぼすべきだと説いていた。それによれば、「既成の強制処分」以外の「新しいタイプの強制処分」については法律上の明示的な根拠は不要であるが、その代わりに「実質的な令状主義の精神」による規律が及ぶ。そして、「新しいタイプの強制処分」はその性質によって、「既存の強制処分」よりも緩やかな規制で足りる場合と厳格な規制を要求すべき場合があり、写真撮影は前者、通信傍受は後者に当たる、というのであった¹⁶。

この見解は、法律上の明示的な根拠を持たない強制処分を肯定し、また、憲法35条の規律内容について柔軟な解釈を施そうとする点で強い批判を浴び、学説上大方の支持を得ることができなかった。従来、強制処分と任意処分の規律の連続性があまり説かれなかった理由の一端は、学説の多数が「新しい強制処分説」に反対し、憲法35条による強制処分に関する厳格な手厚い保護を堅持しようとしていた点に求められる。

しかし、本稿は、「新しい強制処分説」が通説においては任意処分とされる処分について「実質的な令状主義の精神」の妥当を説いていた点にはなお傾聴すべきものがあると考えられる。この主張を通説の立場に立って

¹⁵ この点については、石川健治「質問検査権(2)——憲法35条・38条との関係・川崎民商事件」水野忠恒ほか編『租税判例百選〔第4版〕』(有斐閣、2005年)209頁参照。

¹⁶ 代表的な論者によるものとして、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(有斐閣、1996年)72-73頁。ただし田宮博士は、通信傍受については立法措置の必要性を認めてもいた。同123頁。

読み替えるならば、それは、利益衡量によってその適否が決められる任意処分の規律を論ずる際の「基準点」を強制処分に関する憲法 35 条の規律に求めるべきだとする指摘にほかならなかったといえるからである。

もっとも、論者の説く「実質的な令状主義の精神」の内容は不明確であった。本稿は、憲法 35 条の規律の内容を「堅い」ものとして維持すべきだとする通説と立場を同じくしつつ、比例原則の適用の際の基準点としての憲法 35 条の規律の内容を、その重層的な構造に着目しながら、任意処分や刑事手続外におけるプライバシー侵害についても強制処分との偏差を踏まえつつ適用（準用、応用）しようとするものである。

ただし、犯罪捜査における強制処分をめぐる利益衡量の特色（前出 4 末尾）のうち、第 2 の点、すなわち、公益の重要性にかかわらず、専ら私人の側の受ける不利益に着目し、同一の侵害を受ける以上はその権利侵害がどのような公益に資するものであったとしても、同一の保護が与えられるべきであるという思考については、異論もあり得よう。同じ権利侵害であっても、対立する公益が重要である場合にはより緩やかな要件の下でその制約を受忍させるべきだという考え方もあり得るところである。第 1 の、そもそも処分を許すべきか否かの判断の局面は、第 2 の要件設定の場面とまったく別個のものではなく連続的であるという見方もあり得るであろう。第 2 の場面で要件を無限大に厳しく設定すれば、それはすなわち第 1 の局面において処分を一切許さないことに等しいからである。また、強制処分について要件を変動させることが許されないのは正に憲法 35 条が存在するからであり、憲法 35 条の適用されない範囲ではこれに縛られる理由はない、ともいえそうである。

しかし他方で、権利利益の主体である個人の側からすれば、いかなる理由によってその権利利益の制約を受けるのであれ被害は同一であるのに、あるときは強い保護が与えられるときは弱い保護しか与えられないというのでは、国家に対する防御権としての基本権の性格に照らすとき、均衡を失するという見方もあり得よう。

あるいは、本来は、厳密な利益衡量に基づいて要件を変動させるべきなのだが、実際にそれを行うと、法の内容が複雑になってしまい現場の第一線での適用判断を困難なものとし、公権力の行使を制御するという機能がかえって失われかねないので、ある程度の差異には目をつむって一律の取扱いをするという決断を憲法および刑訴法が下しているのだ、という見方もあり得よう。この見方が正しいとすれば、大量の情報を定型的に処理しなければならない場合や即時の判断が要求される場合と、個別具体的な事案ごとに判断を加える余裕のある場合とは規律を異にし、前者について一律の規律を採用しつつ、後者についてはより緻密な利益衡量を要求することにしても矛盾ではないことになる。ここでは一律の基準の適用によって透明性、予測可能性を確保する要請と、個別具体的な事案における対立利益の権衡の実現の要請とが対立する状況にある。いずれを採るかは、これもまた比較衡量の問題である¹⁷。

いまひとつ任意処分の規律に関して取り上げるべき点は、特定性の要件との関係である。例えば、空港における手荷物検査のように¹⁸、個別具体的な嫌疑に基づかずに検査を行うことが合理的とされる場合がある。同様に、職務質問は、いまだ特定されていない犯罪——「何らかの犯罪」——に関する漠然とした疑いを解消するために認められている。このことと、特定性の要件をどのように解するかは一個の難問である。

アメリカでは特定の違法行為の嫌疑がない限り、また、対象が限定されていない限り、プライバシー侵害を認めるべきではないという考え方が根強い。実際にはこのような考え方は相当程度切り崩されている。しかし、議論の出発点にこのような発想のあることは確かである¹⁹。それは修正 4 条の出自に照らせばもっともなことでもある。

しかし、他方で、具体的な嫌疑の存在を要求せず、したがってそれに連動して対象の選別限定も不要な処分は、機械的かつ一律に行われるという点で、恣意的な権利侵害を許す余地がないという利点がある。処分について具体的な根拠を要求すべきか（したがって、それとの関係で対象を限定すなわち特定すべきか）、それとも、恣意的、濫用的な処分の途を封じるために対象を限定しない処分を許すべきか、あるいはその中間形態を採るべきかという選択もまた、利益衡量の問題である。いずれを採るべきかの結論は、不要な権利侵害が行われることによる損失と、恣意的、濫用的な処分による損失のいずれを大きいと見るかによって左右されよう。ただし、憲法 35 条は強制処分については具体的な根拠を要求しているから、強制処分に関しては、不必要な権利侵害による損失の方が重大だと憲法が判断していることになる²⁰。

¹⁷ いまひとつあり得る説明については、後出 7 で述べる。

¹⁸ 我が国では、空港での手荷物検査は、その実施主体が航空会社（の委託を受けた業者）であることもあって、憲法 35 条との関係は論じられていない。しかし、アメリカのように政府機関が実施する場合、憲法上の問題を避けられない。

¹⁹ See *Vernonia Sch. Dist. 47J v. Acton*, 515 U.S. 646, 667-668 (1995) (O'Connor, J., dissenting).

²⁰ 憲法 35 条は、過誤や恣意による権利侵害を防止するために中立の立場にある裁判官による事前の審査を要求してい

強制処分の規律と任意処分の規律とを連続的なものと捉えるならば、この強制処分に関する規律を基準点として偏差を測り、誤った権利利益の侵害による損失の程度の相違に応じて、処分の根拠の具体性に関する程度は緩和することが許されるであろう。嫌疑の存在と対象の特定とは、前述のとおり相関的であるから、対象の限定すなわち特定についても、彼我の偏差に応じて緩和を認めてよいであろう²¹。政府部内における個人情報の二次利用について、どの程度の根拠を必要とするか、また、二次利用の対象となる個人情報をどの程度選別限定する必要があるか基準を設定する際にこの考え方を応用することは可能であろう。

6 プライヴァシー侵害の程度と規律の内容

現行刑法上想定されている情報収集の形態、そして実際に行われる情報取得行為の形態は、多くの場合、本来必要な情報だけをピンポイントで取得するというものではない。搜索を想定すれば明らかのように、その過程では、犯罪と何の関係もない人の利益を含め、犯罪行為と何ら関係のない情報が必然的に取得されることがむしろ常態である。

押収の対象となるべき物だけをピンポイントで抽出することができれば、搜索の対象となる空間に係るプライバシーの侵害は生じない。しかし、実際にはそれは不可能である。搜索の過程では、本来他人の目に触れる必要のない情報が不可避免的に開示されることになる。「相当な理由」が、これらの搜索対象の空間に関わるプライバシーとの関係で適正な権衡を実現するために設定されたものだとすれば、ある特定の個人情報に係るプライバシーの侵害が問題とされる局面では、目的である情報を取得する過程で、それ以外の情報に係るプライバシーの侵害が生じる可能性が減少するわけだから、これと扱いが異にされてよいことになる。逆に、空間のプライバシーが問題となる局面ではなくても、大量の情報が検索の対象とされる場合には、それは「搜索」と同じだとされる場合もあり得るであろう。実際、アメリカにおいては、いわゆるデータマイニングを「搜索」とみなし、修正4条による保護を及ぼすべきであるとする見解も有力である。

もっとも、場所の搜索の場合、当該場所の占有が一時的にせよ奪われあるいは制限されるという不利益も生じている。これとの比較で考えれば、場所の制限がなく情報の取得、利用のみが問題となる場合には要件の緩和を認めてよいという帰結になるかもしれない。

一方、押収に関しては、当該物件に化体された情報に関してのみプライバシーが問題となる。搜索の場合とは異なり、ここで問題となるプライバシーは断片的なものである。それにもかかわらず搜索と同じ「相当な理由」が要件として課されるのは、物の占有が継続して奪われることによると考えるほかならう。

これに対して、任意処分に関する判例法理を通覧すると、プライバシーの利益に与えられている保護の程度はかなり低いことがわかる。最高裁判例がいくつか存在する所持品検査についてみると、施錠されたアタッシュケースをこじ開けて内部を確認する行為は「搜索」である²²。しかし、「上衣左側内ポケットに手を差し入れて所持品を取り出したうえ検査した……巡査の行為は、一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において搜索に類する」ものの「搜索」そのものではない²³。また、「バッグの施錠されていないチャックを開披し内部を一べつ」する行為による「法益侵害はさほど大きいものではない」²⁴。さらに、警察官が「自ら〔普通乗用自動〕車内に乗り込み、……懐中電灯等を用い、座席の背もたれを前に倒し、シートを前後に動かすなどして、……内部を丹念に調べ」る行為すら、「搜索」ではない²⁵。これらのことからすると、断片的な（あるいはピンポイントで抽出された）情報の取得収集や利用が問題とされる事例において、強制処分と同様の規律を及ぼすべき場合はほとんどないことになるであろう。

もっとも通信傍受に関しては、「相当な理由」よりも加重された「十分な理由」が要件とされている（通信傍受法3条1項各号）。通信傍受は、前述のとおり、有形力の行使がおよそ介在しない点で純然たるプライバシー侵害行為として議論の対象とされることが多い。そうするとこの通信傍受法の規律こそが刑事手続法に

るが、本稿は、その主題との関係上、令状の要否という点は意識的に検討の対象から除外している。

²¹ ただし、一般的な犯罪捜査においては、いかに取締りの必要性が強くとも要件の緩和は認めるべきではないという見方が強い。See, e.g., *Donovan v. Dewey*, 452 U.S. 594, 608 (1981) (Rehnquist, J., concurring). もっとも、一般的な犯罪捜査とそれ以外の場合とで扱いを異にすべき（異にする）理由は明確には説かれていない。本稿は刑事手続法とその他の法領域の間の質的差異を認めないという前提に立つが、本来は独自に論ずべき問題である。その検討は他日を期したい。

²² 最三小判昭和53・6・20刑集32巻4号670頁。

²³ 最一小判昭和53・9・7刑集32巻6号1672頁。

²⁴ 最三小判昭和53・6・20刑集32巻4号670頁。

²⁵ 最三小決平成7・5・30刑集49巻5号703頁。

おけるプライバシー保護のベースラインだということにもなりそうである。

しかし、通信傍受法における厳格な要件の賦課は、通信の秘密が個人の私生活の一面ないしはその延長領域として、住居等におけるのと同様のプライバシーの利益であること、かつ、目的とする通信・会話がなされるまで、ある程度の期間継続して傍受を行う必要のあることも多く、そのような場合には、無関係の人の通信・会話を含ま無関係な通信や会話が混在し、それらの少なからぬ部分が傍受されてしまうおそれがあることよるとされる。つまり、問題となる情報のプライベートな性質の高さと、不必要な（誤った）利益侵害の可能性が高いことを受けたものだということである。

この説明によれば、所持品検査における断片的な情報の取得と通信傍受との区別は一応可能である。ただ、そうすると、結局、憲法 35 条の予定する厚い保護を受けうるのは、住居か、その延長とみなすことのできる閉鎖空間に限られることになり、政府部内における個人情報の二次利用、目的外利用に関して直接参照されるべき刑事手続法の規律は、ほとんどの場合、任意処分に関するそれということになるだろう。そして、それに従えば、与えられるべき保護の程度はかなり小さい。もちろん、この程度の保護で十分か否かは別論である。

7 プライヴァシー侵害の累積性

刑事手続法においては、プライバシー侵害の累積性はほとんど捨象されている。筆者はかつて、憲法 35 条はいったん収集された証拠の利用関係については関知しないはずであると述べたことがある。修正 4 条に関しても同様の考え方が採られている。しかし、正確に言えば、現在の解釈の下でも、利用関係は考慮されていると考えなければならない。なぜなら、情報はそれを何かの用に供するために取得収集されるのであり、そのような必要性があって初めてその取得が正当化されるはずだからである。

ただ、従来は、当該取得行為の際に直接念頭に置かれている利用目的のみが考慮されており、かつその目的が自明であったために、取得行為を正当化する理由としての利用目的について注意が向けられなかったにすぎない。しかし、目的外利用、二次利用の可能性を考えるとこの点は特に重要である。

問題は、目的外利用、二次利用の可能性を考慮した場合にどのような規律を及ぼすべきかという点にある。大別すれば、入口すなわち情報取得段階で一元的に規律してしまう方法と、入口での規律に加えて情報の（二次利用に対応する）提供の段階すなわち出口においても規律を加える方法の 2 つがあり得よう。

まず、入口でのみ規律する考え方を採るとしよう。すべてを入口で調整してしまうのであるから、情報の目的外利用が許容される以上、情報取得の段階でそのことを織り込んで要件を設定しなければならない。要件設定の際に、情報取得の直接の目的である公益のみならず、その後の目的外利用によって達成実現されることになる他の公益をも利益衡量の秤に載せることになる。こうすると、政府側の公益が加重され、プライバシー侵害をより肯定する方向で作用するようになる。

しかし、ひとたび情報の非公知性が破られた以上もはや保護に値する利益は存在しないという考え方を採用しない限り、プライバシー侵害もまた累積していくという点に注意しなければならない。

つまり、秤の一方に実現されるべき公益が累積すると同時に、もう一方の秤に侵害されるプライバシーの利益も累積していくから、いったん釣り合った秤は動かないはずである。このことは、最初に秤に載せるべき公益としてどれを選択しても——それぞれの公益の間で情報取得の要件の厳しさに違いがあったとしても——変わらない。そうすると、公権力によるプライバシー侵害に関しては、当初の情報の取得がどの公益との関係で行われるものであれ、結局は、同じ要件が課されるべきだということになるであろう。刑事手続法上、ある被疑事実との関係でひとたび取得された証拠は他の被疑事実との関係でも自由に用いる——少なくともその転用について法的な制限はない——という前提で捜査実務は運用されている。そして、捜査の対象とされている犯罪の軽重に関わらず、搜索・押収等の要件は現行法上一律のものとして設定されている。これらのことは、前出 5 で述べたことのほかに、上記の理屈で基礎付けることができるかもしれない。

もっとも、この帰結は次の 2 つの点を考えると奇妙に映るであろう。当初の情報取得との関係では、取得された情報は原則として当該取得の際に予定された目的のために利用されると考えてよいであろう。しかし、その情報が他の目的のためにも当然に利用可能であり、また、現に利用されるとは限らない。もとより、当初予定された利用目的との関係でも、情報を取得してみたら実際には役に立たない情報、不要な情報であったと判明し利用されずに終わることはあり得る（憲法 35 条の課する「相当な理由」の要件自体が確実性までは要求していない以上、この誤差は憲法規範に織り込み済みであるといえよう）。これに対して、二次利用の場合、この不確実性は増大するであろう。しかし、情報が実際に目的外利用される確率を織り込まなければ適正な衡量点を導き出すことはできないと思われる。

また、単純な合算においては個人の側の限界損失の遡増ないし遡減も考慮されていない。限界損失が遡減

するか逡増するかあるいは一定かは一概にはいえない。例えば、私人のプライバシーに属する事項が(誤って)すでに広く世間に知られてしまっている場合、それを政府が利用したとしても限界損失はおそらく小さいであろう。逆に、いまだほとんど知られていない情報が政府部内で広範囲に共有され利用される場合には限界損失は逡増するであろう。それゆえ、仮に、情報の取得時点で、プライバシーと政府の利益の間に最適解を求めるとすれば、二次利用の確率、限界損失の逡増・逡減を考慮しなければならない。しかしこの計算は実際には非常に困難であり、現実的ではない。

そうだとすれば、目的外利用の行われるその都度規律を及ぼすほかなかるう。入口に加えて出口でも規制する方法を採るわけである。この方法は、目的外利用を原則として禁じ、一定の正当化事由の備わった場合に限って例外的にこれを許すものとする個人情報保護法制の建前に即している。

むろん、この場合でも、個人の側の被る限界損失が逡減するのか、逡増するのか、それとも一定かという問題は残る。しかし、現に個人情報を取り扱われる状況を前提としうるから、その判断はより容易であろう。

その際の要件設定は、私人の側の限界損失と政府の側の限界効用が仮に一定だとすれば、基本的には、情報取得行為について課されたものがそのままあてはまるというべきである。ただし、それは、直接対立する関係にある利益——利用の対象となる情報に係るプライバシーの利益と公益——の衡量によって設定された要件に限る。恣意や誤りによって本来不必要なはずの権利侵害が生じる可能性を考慮して設定された要件については、二次利用におけるそのような危険性の存否や大小に応じて、調整が加えられるべきである。

もっとも、このような保護の重疊的適用による解決で十分か否かといえそうとはいえない。第1に、情報の直接取得を繰り返すよりも政府部内での二次利用を選択した方が、政府の側の情報収集に要する限界費用は、物理的な費用という面においても、また、法律上課される要件の問題としても、低下するであろう。限界費用の低下は、先に引用した論者のいうところの事実上の保護を失わせる。これが不当だとすれば、政府の限界費用を増加させるような措置を講ずるほかあるまい。いくつかの方策があり得るが、ひとつには、二次利用の許される範囲を限定することが考えられよう。二次利用という簡便な方法があるにもかかわらずあえて費用のかかる直接取得という方法によらせることにより費用を増加させ、事実上の保護を回復させるのである。もっとも、直接取得の場面が増えれば、それに依じて私人の側が不必要な権利侵害を受ける可能性も増大する。どの範囲で直接取得を認め、どの範囲で二次利用を認めるかもまた、利益衡量の問題である。

第2に、政府の役割が年々増加する中、政府による情報の取得、利用の場面もまた増大している。個別の公益と私人のプライバシーの衡量を行った場合には両者の間に権衡が保たれていると解される場合でも、複数の公益との関係でプライバシー侵害が累積すれば、全体としてみた場合、私人の側の負担が限界を超える事態が生じうるであろう。とりわけ、限界損失が増大する場合にはこの問題は深刻である。

これを解決するためには、公益間で順位づけを行い、ある公益に関しては情報の取得や利用を制限するという方策を講ずるほかあるまい。公益間の順位付けは困難な作業であるが、累積するプライバシー侵害が個人の受忍の限度を超える場合には、避けられない作業であろう。

8 むすび

本稿は、刑事手続法上の情報取得行為に関する規律を、政府部内における個人情報保護の問題に適用することを通じて、刑事手続法上の規律の意義を探ると同時に、政府部内における個人情報の目的外利用の規律を論ずる際のひとつの素材を提供しようと試みたものである。ただし、議論が荒削りであることは十分認識するところである。また、刑事手続法においてすらほとんど論じられていない点に踏み込んでいる面もあって、本稿は思考実験の色彩が濃い。大方の叱正を得て考えを深める契機とすることができれば幸いである。

【参考文献】

脚注に掲記したもの

〈発表資料〉

題名	掲載誌・学会名等	発表年月
事故調査報告書の証拠能力について	研修 713 号 3-20 頁	2007. 11
行政調査と刑事手続 (3)	法学協会雑誌 125 巻 5 号 88-171 頁	2008. 5