

刑罰法規の解釈における 「公正な告知」原理

門 田 成 人

1. はじめに
2. United States v. Councilman 事件の概要
3. 第1巡回区控訴裁判所判決の概要
4. 検 討

1. は じ め に

科学技術が急速に進歩するなかで、その技術の濫用による被害が個人の生命・身体・自由・財産等の重大な侵害として生ずることがある。その科学技術が一般社会生活に取り入れられ定着する場合には、この被害は社会一般に広く及び、規制の必要性が高まる。議会は科学技術の濫用に対し刑罰等をもって規制する立法を制定しても、それは当時の技術を対象とするにすぎない。日々新たな技術が開発される以上、当該制定法は制定と同時に古びたものとならざるを得ず、規制立法は後追いのとなり、結果的に当該濫用行為を抑止するための救済手段のパッチワークとなることもしばしばである。⁽¹⁾

そのようなパッチワーク規制法の解釈は困難な問題を生ぜしめる。それは、規制法の条文あるいはその文言がつぎはぎのゆえにあいまい不明確であることが見受けられるからである。そのようなあいまい不明確な

(1) Roll, CASNOTE: *United States v. Councilman: An Appropriate Expansion of Internet Privacy Rights?*, 10 COMP. L. REV. & TECH. J. 207, 207 (2006).

規制法が刑罰法規であれば、当然に刑罰法規解釈の一般原則が妥当する。アメリカ合衆国では、刑罰法規の解釈原則として、コモン・ローから引き継がれたさまざまな法解釈の格言とともに、あいまい不明確な刑罰法規については厳格解釈の原則（最近は慈悲の原則と呼ばれることが多い）⁽²⁾がある。厳格解釈の原則は、刑罰法規の文言があいまいで広狭二義の解釈が可能である場合には被告人に有利な解釈を選択すべきであるとする⁽³⁾。かつては厳格解釈の原則は刑罰法規解釈の形式原理としてしばしば適用されたが、現在では、解釈の手を尽くしてもあいまいさを解消できない最終局面で適用される手段と位置づけられている。つまり、刑罰法規は、立法者意図を探りこれに基づき条文文言の意味を確定する作業として、制定法の文面のみならず、立法沿革、先例における解釈や他の法域の法状況等の資料をも考慮して解釈される。裁判所は、こうした実質的な考慮によっても解釈の選択に困る場合にはじめて厳格解釈の原則に依拠するのである。厳格解釈の原則が公正な告知、権力分立や法の支配という憲法価値から導かれることに照らすと、こうした憲法上の諸価値が規制・処罰の必要性や合理性を示す立法者意図との衡量のなかに埋没⁽⁴⁾してしまうことには疑問も提起されている⁽⁵⁾。

本稿は、プロバイダーがそのサーバー・コンピュータに届いたEメール・メッセージを勝手にコピーしこれを盗み読んでいた事案で、合衆国電子通信プライバシー法（Electronic Communications Privacy Act）⁽⁶⁾に

(2) See LaFAVE, *SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW* (2nd ed. 2003) § 2.2, DRESSLER, *UNDERSTANDING CRIMINAL LAW* (4th ed. 2006) § 5.04（星周一郎訳『アメリカ刑法』（2008年）69頁以下）。

(3) *Id.* at § 2.2 (d).

(4) 拙稿「アメリカ合衆国における刑罰法規厳格解釈の原則の適用方法について（1）」*鳥大法学*39巻1号65頁以下参照。

(5) 拙稿「〈紹介〉刑罰法規厳格解釈の原則に関する文献」*神戸学院法学*37巻1号99頁以下参照。

(6) 18 U.S.C. §§ 2510-2522 (1994 & Sup. IV 1998). 以下で言及する各条文は、特に断りがなき限り、被告人 Councilman の行為時に有効であつ

における「電子通信 (electronic communication)」および「傍受 (intercept)」を解釈しその適用を認めた、アメリカ合州国第1巡回区控訴裁判所による *United States v. Councilman* 事件判決⁽⁷⁾の論理を詳細に追いつつ、刑罰法規解釈のあり方を探るものである⁽⁸⁾。

2. *United States v. Councilman* 事件の概要

1) 事実⁽⁹⁾

被告人である Councilman は Interloc 社の副社長であった。Interloc

た1998年版である。

(7) 418 F.3d 67 (2005).

(8) See, Miano, *CASENOTE & COMMENT: Formalist Statutory Construction and The Doctrine of Fair Warning: An Examination of United States v. Councilman*, 14 GEO. MASON L. REV. 513 (2007), Yaylaian, *COMMENT: Warning: Statutes May Be Interpreted in an Unforeseeably Expansive Manner: United States v. Councilman*, 41 NEW. ENG. L. REV. 293 (2007), McDonough, *COMMENT: Internet Communications Privacy After United States v. Councilman*, 37 SETON HALL L. REV. 1051 (2007), Roundy, *NOTE: The Wiretap Act-Reconcilable Differences: A Framework for Determining the "Interception" of Electronic Communications Following United States v. Councilman's Rejection of the Storage/Transit Dichotomy*, 28 W. NEW ENG. L. REV. 403 (2006), Martin, *NOTE: Interpreting The Wiretap Act: Applying Ordinasry Rules of "Transit" to The Internet Context*, 28 CARDOZO L. REV. 441 (2006), Oyama, *Cyberlaw: NOTE: E-Mail Privacy after United States v. Councilman: Legislative Options for Amending ECPA*, 21 BERKELEY TECH. L.J. 499 (2006), Belskis, *Applying The Wiretap Act to Online Communications after United States v. Councilman*, 2 SHIDLER J.L. COM. & TECH. 18 (2006), Roll, *CASENOTE: United States v. Councilman: An Appropriate Expansion of Internet Privacy Rights?* 10 COM. L. REV. & TECH. J. 207 (2006), Liebesman, *CURRENT DEVELOPMENT 2004-2005: The Potential Effects of United States v. Councilman on the Confidentiality of Attorney-Client E-mail Communications*, 18 GEO. J. LEGAL ETHICS 893 (2005), Murphy, *United States v. Councilma and the Scope of the Wiretap Act: Do Old Laws Cover New Technologies?* 6 N.J.L. & TECH. 437 (2005).

(9) See *United States v. Councilman*, 373 F.3d 197, 198 (2004).

社はオンライン上での絶版希少本のリスト・サービスを行い、その一部として顧客に当該ドメイン“interlock.com”のEメール・アカウントを提供し、プロバイダーとして行動していた。被告人はInterloc社のEメール・サービスおよび顧客加入リストを管理していた。

1998年1月に、被告人は、Interloc社従業員に、Amazon社からの、加入顧客へのすべての通信を傍受しコピーするように指示した。Interloc社のシステム管理者はサーバーのEメール・プログラムを変更し、Amazon社からのあらゆるメッセージを受信者のメールボックスに配信する前に、そのメッセージをコピーし、被告人がアクセス可能な別のメールボックスにそのコピーを置くようにした。かくして、Amazon社からのすべてのメッセージは、受信者のメールボックスに配信される前に、それゆえ受信者がそのメッセージを読むことができるようになる前に、コピーされた。被告人はそのコピーのあるメールボックスにアクセスし、何千のメッセージがこの方法で取得された。被告人他の従業員は、営業上の優位(a commercial advantage)を得ようとして、Interloc社加入者に送られたEメール・メッセージを日常的に読んでいた。⁽¹⁰⁾

(10) Amazon.comからEメールを送信する者が、Interloc社のEメール・サービスを利用する書籍販売者にEメールを送る。その者は書籍販売者向けのEメールを作成し、送信ボタンをクリックする。その者のMUA(mail use agent)はそのメッセージをフォーマットし、Amazon社のMTA(mail transfer agent)にこれを送る。Amazon社のMTAはそのメッセージをフォーマットし、いくつかのパケットに分け、これらをインターネットによって送出する。その者のEメール・メッセージはそのコンピュータから書籍販売者のコンピュータに直接伝わるのではなく、多くのコンピュータ(それぞれのMTA)を介在させて伝えられる。どのコンピュータでもそのメッセージが包装し直され、そこに保管される。それから、そのコンピュータのMTAはその流れに沿ってさらに別のMTAにそのパケットを送る。最終的に、そのパケットはInterloc社の、Sendmailと呼ばれるMTAに到着する。Interloc社のサーバーで包装し直されると、SendmailはProcmailと呼ばれるInterloc社のMDAを始動させる。通常、

2) 裁判経過⁽¹¹⁾

2001年7月11日に、大陪審は2つの訴因で被告人を訴追した。訴因2は合衆国コンピュータ詐欺濫用法 (Computer Fraud and Abuse Act)⁽¹²⁾ 違反の共謀罪であったが、これは取り下げられた。訴因1は、電子通信を傍受し、その内容を開示し、その内容を利用し、電子通信サービスの提供者に受信者以外に通信の内容を明らかにさせることによって、合衆国盗聴法 (Federal Wiretap Act)⁽¹³⁾ 違反の共謀罪で、合衆国刑事共謀罪法 (Federal Criminal Conspiracy Statute)⁽¹⁴⁾ により被告人を訴追した。

被告人は訴追の棄却を求める申立てをし、問題のE-メール・メッセージが合衆国法典第18章第2510条(17)の定義において「電子保管」されていたのであり、第2511条(1)(a)の「電子通信の傍受」の禁止に当たらないと主張した。その主張はおおよそ以下の通りである。

すなわち、合衆国電子通信プライバシー法の平明な文言は保管中の電子通信を合衆国盗聴法の範囲から外している。合衆国議会は「有線通信」の定義に「電子的保管」の文言を含めていたが、「電子通信」の定義にはそうしなかった。その不作為は、合衆国議会在「電子通信」の定義、

Procmil はE-メールをスキャンし、受信者を読み取りそのメールボックスに置く。そして、書籍販売者は MUA を使って Interloc 社のサーバーからメッセージを回収し読む。しかしながら、“recipe file” と呼ばれる特別なコードが Procmil において付加的な働きをする、つまり、特定のE-メールを取り除いたり、分類したり、拒否したりできる。本件では、Procmil は Amazon 社からのすべてのE-メールを探知し、変更されたコードが Procmil にそのE-メールをコピーしこれを被告人のメールボックスに置くように指示した。Procmil はそれ以外では通常通り原本E-メールを書籍販売者のメールボックスに置いた。書籍販売者は MUA を用いてこれを読むが、被告人がそのコピーを持っていることを知らない。See, 418 F. 3d at 69-70, Miano, *supra* note 8 at 519-20.

(11) 418 F. 3d at 71-72.

(12) 18 U.S.C. §§ 1030 (a) (2) (C) and (c) (2) (B).

(13) 18 U.S.C. § 2511 (1).

(14) 18 U.S.C. § 371.

それゆえ合衆国盗聴法の射程から、保管される通信を排除する意図であったことを示唆する。さらに、合衆国議会は、その電子的伝達に付随して起こる有線通信または電子通信の一時的介在的なあらゆる保管を含むように、拡張的に「電子保管」の文言を定義した。本件のE-メールが、Councilman 社のコンピュータ・システム内のランダム・アクセス・メモリーかハードディスクかその両方のいずれかにあったことに争いはないから、それらのメールは「電子保管」の定義に該当する。

被告人は、合衆国議会在が電子通信よりも有線通信をより手厚く保護する意図であり、第2510条(1)は合衆国盗聴法の適用範囲を保存されたボイスメールに拡張したことを指摘し、この規定が配信の間保存されるE-メールにさほどの保護を付与しないという立法意図を表示するとし、合衆国議会在が有線通信をより保護すると決定したと主張した。それは電話利用者がE-メール交換者よりもプライバシー保護の期待の大きいことによるとした。

被告人の行為が合衆国盗聴法に違反するとしても、地区裁判所は、政府の解釈が広く合理的に合法と理解されているさまざまな行為を犯罪化するから、漠然性を根拠にその訴追を棄却するのが正しいと主張した。

地区裁判所は、2002年7月10日、被告人の申立てを認めなかった⁽¹⁵⁾。しかしながら、公判準備が始まってから、裁判所は、第9巡回区控訴裁判所の *Konop v. Hawaiian Airlines, Inc.* 事件判決⁽¹⁶⁾に触れ、被告人の申立てを否定した判断の正しさに疑問を持ち、再検討した⁽¹⁷⁾。その結果、傍受時にはそのメッセージが合衆国盗聴法における「電子通信」ではなかったとして、被告人に対する訴因1を棄却した⁽¹⁸⁾。

政府は、被告人の行為が Interloc 社のコンピュータにコピーされた

(15) 245 F. Supp. 2d at 320.

(16) 302 F. 3d 868 (9th Cir. 2002).

(17) 245 F. Supp. 2d at 320.

(18) *Id.* at 321.

E-メールが伝達中であったから傍受にあたと主張したが、地区裁判所は「この立場が Konop 事件判決において第 9 巡回区によって明白に拒絶された⁽¹⁹⁾」とし、Steve Jackson Games 事件判決や Konop 事件判決の判決を引用しつつ、①有線通信が電子保管を含むが、電子通信がこれを含まないこと、②有線通信または電子通信のみを傍受できること ③電子保管された有線通信を傍受できるが電子保管された電子通信を傍受し得ないこと、④被告人によってコピーされた通信がコピー時に電子保管の定義に該当することを根拠とした⁽²⁰⁾。かくして、地区裁判所は、その通信が電子保管状態から取り出されたが、合衆国盗聴法に服する電子通信として傍受されなかったとして、棄却の申立てを支持した。

第 1 巡回区控訴裁判所は地区裁判所の判断を認め⁽²¹⁾た。Torruella 裁判官による多数意見は、「有線通信」の定義が「電子保管」を含むが「電子通信」の定義がこれを含まないから、合衆国盗聴法の傍受禁止が「電子保管」されているメッセージに適用されないとした。

ところが、第 1 巡回区控訴裁判所は2004年10月、政府の、全裁判官による再審理の申立てを認め、被告人の訴追を棄却した判断を検討した⁽²²⁾。

3) 条文

本件にかかわる条文は以下の通りである⁽²³⁾。

第2510条(1) 有線通信 (wire communication)

施設を提供し操作するのに従事する者によって備え付けられ操作される、発信地と受信地とのワイヤー、ケーブルその他の接続による通信伝

(19) *Id.*

(20) *Id.* at 320-321.

(21) 373 F.3d 197, 204 (1st Cir. Mass., 2004). なお、これには Lipez 裁判官による反対意見が付されている。

(22) 418 F.3d 71.

(23) 電子通信プライバシー法については、see RECENT DEVELOPMENT: *A Thinly Veiled Request for Congressional Action on E-Mail Privacy: United States v. Councilman*, 19 HARV. J. LAW & TEC 211, 212-219 (2005).

達 (transmission) 用施設を利用して全部または一部なされるあらゆる口頭の移動 (aural transfer), そして, その文言はその通信のあらゆる電子保管 (electronic storage) を含む……。

第2510条(4) 傍受 (intercept)

何らかの電子的装置, 機械的装置, その他の装置を用いて, あらゆる有線通信, 電子通信または口頭通信 (oral communication) の内容の, 耳その他による取得 (aural or other acquisition)

第2510条(12) 電子通信 (electronic communication)

州際通商または外国通商に影響する, 有線, ラジオ, 電磁気, 光電子またはフォトオプティカルのシステムによってその全部または一部を伝達される性質を持つ, 記号, 信号, 像, 音, データや情報 (intelligence) のあらゆる移動, しかし, (A)あらゆる有線通信または口頭通信, (B)音専用ページング (tone-only paging) 装置を通じてなされるあらゆる通信, (C)追跡装置からのあらゆる通信, または (D)資金の電子保管や移動のために使われる通信システムにおいて財政制度によって保管された電子資金移動情報を除く。

第2510条(17) 電子保管 (electronic Storage)

(A)その電子伝達に付随して起こる, 有線通信または電子通信の一時的介在的 (temporary, intermediate) 保管, および (B)そのような通信のバックアップ保護を目的とした電子通信サービスによる保管

第2511条(1) 禁止規定

(a)意図的に (intentionally), 有線通信, 口頭通信または電子通信を傍受する (intercept), 傍受しようとする (endeavor to intercept), 第三者に傍受するまたは傍受しようとするよう周旋する (procure) 者

4) 立法沿革⁽²⁴⁾

(24) Miano *supra* note 8 at 521-526. なお, USAPATRIOT Act (the Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act, Pub. L. No. 107-56, § 209(1), 115Stat.

合衆国議会は、1968年包括的犯罪規制安全街頭法第3章（Title III of the Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968）別称、合衆国盗聴法を制定した。⁽²⁵⁾これは、有線通信および口頭通信のプライバシーを保護すること、有線通信および口頭通信の傍受の統一的な許容条件を示すことを合衆国議会在意図した結果である。⁽²⁶⁾これらの新たな保護は合衆国憲法修正第4条の法理の進展に対応するものであった。

1928年、合衆国最高裁は、*Olmsted v. United States* 事件判決において、盗聴が修正第4条における搜索・差押に至らないと述べた。⁽²⁷⁾1967年、*Katz v. United States* 事件判決において、合衆国最高裁は *Olmsted* 事件判決を覆した。*Katz* 事件判決は、「修正第4条の射程が身体的な侵襲の存否のいかんによることはできない……言葉を聞き録音することは正当に依拠しうるプライバシーを侵害した……かくしてそれは修正第4条における『搜索・差押』にあたる」とした。⁽²⁸⁾

合衆国議会は、*Katz* 事件判決を受けて、合衆国盗聴法を成立させた。合衆国盗聴法は法執行官が「有線通信」を傍受する条件を確立するため、さらに「有線通信」の私人による傍受を処罰するために制定され、有線通信傍受に対する制約により市民をプライバシーの侵害から保護することを意図した。⁽²⁹⁾合衆国盗聴法は、「人間の耳で聞かれうる」通信に限定された。当時は、電子監視は単純な電話盗聴や隠しマイクであり、合衆国盗聴法のプライバシー保護は盗聴技術と合致していた。⁽³⁰⁾

272, 283 (2001)) により、「有線通信」の定義から「電子保管」を排除する合衆国盗聴法の修正がなされている。

(25) Pub. L. No. 90-351, §§ 801-804, 82 Stat. 211 (codified as Amended at 18 U.S.C. §§ 2510-2522 (1994 & Supp. IV 1998)).

(26) Liebesman *supra* note 8 at 899.

(27) 277 U.S. 438, 466 (1928).

(28) 389 U.S. 347, 352-353 (1967).

(29) Yaylaian *supra* note 8 at 298.

(30) 1968年法では、「有線通信」は、州際または国際通信の伝達のため、発信地と受信地の間の、ワイヤー、ケーブルその他の接続による通信伝達

1986年、合衆国議会は合衆国電子通信プライバシー法⁽³¹⁾を制定し、合衆国盗聴法を修正した。電気通信工学の技術の進歩により合衆国盗聴法の規制が掻い潜られたため、合衆国議会は新たなコンピュータや電子通信工学の技術における劇的な変化に照らし合衆国によるプライバシー保護および基準を時代に合わせ明確化⁽³²⁾した。すなわち、合衆国議会在合衆国盗聴法を制定した後20年の間に劇的な技術革新がなされ、合衆国議会は電話での通話、電信や郵便に匹敵する新たな科学技術の産物にこれまでの通信に付されたのと同じ保護を保障すべきであるとした。Patrick Leahy 上院議員が1985年合衆国電子通信プライバシー法を提案した。合衆国議会在1968年合衆国盗聴法を制定した当時、音声による通信(voice communications)にのみ関心があったから、当初の合衆国盗聴法では、通信が保護されるためにはそれが立ち聞きされうるものとされた。上院議員は、電子通信システム・コンピュータによる、それらのコンピュータ内にある通信を取得あるいは変更するための不正なアクセスに対する法的保護の欠如を救済するため、この提案を行なった。上院議員は、合衆国市民に、電子メールが郵便局に運ばれる郵便と同じく安全であると

用施設の提供または操作に通信業者として従事する者によって備え付けられたまたは操作された、そのような施設を利用して全部または一部なされるあらゆる通信と定義され、第1種郵便(first class mail)と同じく、その伝達および配信の全体を対象とし、送信者が有線サービスを利用して有線を通じて通信を送る場合、その通信が有線上に移動した瞬間から、有線上の最終移動目的地に達するまで有線通信とされた。また、「傍受」の定義は「電子装置、機械装置その他の装置の利用を通じた有線通信または口頭通信の内容の耳による取得」であった。盗聴は送信者の有線通信または口頭通信を聞くため装置を利用した場合であり、音声で生み出された通信のみが傍受されえた。よって、当該法が施行されている間、電子通信や移動後電子的に保存された通信は保護の対象外であった。See Miano *supra* note 8 at 523.

(31) Electronic Communications Privacy Act of 1986, Pub. L. No. 99-508, 100 Stat. 1848.

(32) Murphy *supra* note 8 at 441.

宣言しなかった。1985年提案は「有線通信」の文言を「電子通信」に代え、「有線通信」の定義を削除し、「有線通信」を「電子通信」というより大きな概念の一部とした⁽³³⁾。

司法省はこの法案に反対した。合衆国盗聴法の保護の全てではなく一部をE-メールに拡張したかった司法省はE-メールが、送信中のE-メールの傍受にかかわる侵害が保管されたE-メールの傍受よりも重大であるとし、また法執行官が搜索令状 (search warrant) により押収 (seize) できる第1種郵便ほど保護されることを望まなかった。司法省の提案は十分には新法に取り入れられなかったが、その関心の一部が反映されたので、司法省は1986年法を支持した。1986年合衆国電子通信プライバシー法は合衆国盗聴法に「電子通信」という文言を「有線通信」と別の異なる文言として加えることでE-メール通信の保護の問題に対処した⁽³⁴⁾。

結局、合衆国電子通信プライバシー法は、電子通信の傍受のみを禁止した。「電子通信」はE-メールを含むが、E-メールや他の「電子通信」形態は「電話」や「口頭」の通信を含まない。また、蓄積されたE-メールのメッセージを読むことは傍受に当たらない。「電子保管」の定義は1985年に提案された合衆国電子通信プライバシー法に含まれていたが、1986年に制定された合衆国電子通信プライバシー法は、「有線通信」の定義に「電子保管」の文言を用いなかった。「電子保管」の文言は、下院がすでに合衆国電子通信プライバシー法を通過させた後に、上院委員会での最終審議において「有線通信」の定義に加えられた。Leahy 上院議員のスタッフ・サマリーは、ボイスメールのような保管された有線通信がなお有線通信にとどまると述べて修正案を支持した。電子保管条項が「有線通信」の定義に加えられなかったならば、ボイスメールは合衆国保存通信法 (Stored Communications Act) によって規制されるにすぎ

(33) Yaylalan *supra* note 8 at 299.

(34) *Id.*

なかつた。⁽³⁵⁾

合衆国電子通信プライバシー法は合衆国盗聴法とは3つの点で異なる。⁽³⁶⁾すなわち、有線通信の適用範囲を再定義したこと、電子通信を含むように適用範囲を拡大したこと、および、保管された通信の保護のための新たな規定を追加したことである。

合衆国電子通信プライバシー法における「有線通信」の定義によれば、有線通信は通信業者の有線によって送られる、聞き取れるメッセージである。それが送られた瞬間からそのメッセージは有線通信であり、それが最終の有線通信目的地に到着するまで有線通信である。さらに、そのような伝達の電子的保管は有線通信として扱われる。⁽³⁷⁾つまり、有線通信の新しい定義は、その最初の送信からボイスメールにおける後の保管まで音声電話伝達の全体を包含するが、その通信がどこかの時点で人間の音声を含むことを要する。

「電子通信」の定義には、合衆国議会がその定義から明白に排除した4つの狭い範疇があることから、「電子通信」は物理波、電磁波または電子を利用したデータのすべての伝達を含むが、例外として列挙された伝達を含まない。⁽³⁸⁾

合衆国電子通信プライバシー法は保存された通信をカバーする新しいタイトルを付け加え、この規定が合衆国保存通信法と呼ばれる。本規定は、個人が(1)電子通信サービスが提供される施設に権限なく意図的にアクセスすること、または(2)その施設にアクセスする権限を意図的に越えて、それによりそのシステム内に電子保管されている間に有線通信または電子通信への権限あるアクセスを獲得、変更または防止することを犯罪とする。⁽³⁹⁾有線通信の定義と同様、合衆国保存通信法は電子保管の定義

(35) *Id.* at 299-300.

(36) Miano *supra* note 8 at 522.

(37) *Id.* at 524.

(38) *Id.* at 525.

を援用する。それゆえ、傍受者が権限なく有線通信または電子通信の電子的に保存されたバックアップを入手すれば、合衆国保存通信法違反となる。

この修正により、条文上、次の2点が指摘される。⁽⁴⁰⁾第1に、合衆国保存通信法と合衆国盗聴法の適用範囲に明らかな重複がある。傍受者が取得した保存された通信がもともと有線通信であったならば、傍受者は合衆国電子通信プライバシー法の2つのタイトルで明らかに保護された通信を取得したこととなる。第2に、保存された通信の定義の適用範囲は徹底的に広汎である。合衆国保存通信法は電子保管を保護し、有線通信または電子通信のあらゆる一時的なもの、介在的なものまたはバックアップを含む。同様に、「電子通信」はすべての非有線伝達をカバーし、「有線通信」は（電子保管されたものも等しく含めて）有線によるすべての伝達をカバーする。

5) 先例⁽⁴¹⁾

① Steve Jackson Games, Inc. v. U.S. Secret Service 事件判決⁽⁴²⁾

1994年、第5巡回区控訴裁判所は、シークレット・サービスが電子掲示板システムを運営するコンピュータを差し押さえた Steve Jackson Games 事件につき、判決を下した。差押当時、コンピュータに保存された、配信されているが未読の162通のEメールの私信があった。差押後、シークレット・サービスはこれらのEメールを読み削除した。問題は、電子掲示板に送信されているがまだ受信者によって読まれていないEメールの私信を保存するコンピュータの差押が合衆国盗聴法における「傍受」に当たるかのみであった。裁判所は、Eメールが差押時

(39) 18 U.S.C. § 2701(1). See also 18 U.S.C. § 2701(c)(1) (プロバイダーの免責規定).

(40) Miano *supra* note 8 at 526.

(41) Miano *supra* note 8 at 527-533, Oyama *supra* note 8 at 508-513, Murphy *supra* note 8 at 450-455.

(42) 36 F.3d 457 (5th Cir. 1994).

に電子送信ではなかったから、これが傍受に当たらないと判示した。⁽⁴³⁾ それらは実際、合衆国保存通信法によってカバーされた電子保管中のE-メールであった。裁判所は、これらが伝達の最後で保管された有線通信であれば、合衆国盗聴法が、有線通信の定義が明確な電子保管規定を含むから、明らかに適用されるであろうが、しかし、電子通信の定義がこの規定を含まないとした。⁽⁴⁴⁾ 合衆国議会は、一つの定義に電子保管規定を含んでいたから、他の定義ではこの規定を目的的に排除したと述べた。⁽⁴⁵⁾ 配信されたE-メールは合衆国盗聴法における電子通信ではなく、合衆国保存通信法のみがシークレット・サービスによるコンピュータおよびE-メールの差押を規制した。

② United States v. Smith 事件判決⁽⁴⁶⁾

本件被告人 Councilman が1998年1月からE-メールを傍受し、コピーし、保存し始めていた1998年8月、第9巡回区控訴裁判所は Smith 事件判決においてその意見を示した。本事件では、Smith は有害情報を含むボイスメールを残した。第三者が意図された受信者のボイスメールのパスワードを推測し、そのボイスメールに有害情報を転送し、携帯レコーダーでこれを録音した。裁判所は、ボイスメールのような保存された有線通信に関して合衆国盗聴法と合衆国保存通信法との重複を明確化しようとした。⁽⁴⁷⁾ この問題への解答は明らかであった。というのも、有線通信の定義は電子保管規定を含んでいたからである。しかしながら、裁判所は同時取得という補助的争点と取り組んだ。⁽⁴⁸⁾

政府が録音したボイスメールを証拠として利用しようとしたから、政府は、移動中の通信に適用されるのみであるとの、傍受の狭い定義を支

(43) *Id.* at 461-462.

(44) *Id.* at 461.

(45) *Id.* at 461-462.

(46) 155 F.3d 1051 (9th Cir. 1998).

(47) *Id.* at 1056.

(48) *Id.* at 1057-1058.

持した。つまり、政府は、通信の伝達がまだ途中である場合に合衆国盗聴法においてそれを傍受できるであろうと主張した。裁判所は傍聴であるが、電子通信が「特に移動を含み、特に保管を除く」と述べた⁽⁴⁹⁾。かくして、電子通信に関しては、傍受の狭い定義が、合衆国盗聴法の射程から非同時的回収を除くのが自然である。Smith 事件判決における第9巡回区控訴裁判所は、Steve Jackson Games 事件判決の理論的根拠を是認すると思われた一方、Steve Jackson Games 事件判決におけるE-メールは明らかに保管中であって移動中ではなかったことから、第9巡回区控訴裁判所は、Steve Jackson Games 事件判決の理論的根拠の健全さが通信の移動・保管二分論に依拠することを示唆した⁽⁵⁰⁾。

③ Konop v. Hawaiian Airlines, Inc. 事件判決⁽⁵¹⁾

2001年7月、政府は本件被告人 Councilman を合衆国盗聴法違反の電子通信傍受の共謀罪で訴追した。2002年4月、本件被告人は地区裁判所に棄却の申立てを提出し、7月、裁判所はこの申立てを認めなかった。その1ヶ月後、第9巡回区控訴裁判所は、Konop 事件判決においてその判断を示した。後に、地区裁判所は第9巡回区の判決に注目した。

Konop は、そのウェブサイトには、その雇用者、管理者や在職者組合を批判するメッセージを掲載したハワイ航空のパイロットであった。Konop はパスワードによる保護を通じて特定の利用者のウェブサイトへのアクセスを防止した。締め出された一人である会社副社長はウェブサイトの保護をかい潜るために他の被雇用者のユーザー名を用いた。問題はウェブサイトが電子通信に当たるか否か、あたるとすれば傍受といえるかであった。裁判所は、ウェブサイトが傍受されるためには、それが電子保管中ではなく、移動中に取得されなければならないと判示し、⁽⁵²⁾

(49) *Id.* at 1057.

(50) Miano *supra* note 8 at 529.

(51) 302 F. 3d 868 (9th Cir. 2002).

(52) *Id.* at 878.

脚注6で以下のように述べた。⁽⁵³⁾すなわち、反対意見やいくつかの法律雑誌論文は、「傍受」という文言が、保管が電子通信の伝達に付随的な事態であるから、保管中の電子通信に適用されなければならないと主張する。E-メールその他の電子通信は送信者がメッセージを打ち込むときから受信者がそれを読むまでの間にさまざまなコンピュータにおけるさまざまな接続点で保存される。さらに、E-メールの伝達時間は光速でワイヤーを伝わるからきわめて短い。それゆえ、「傍受」の文言が電子通信の途中の保管に適用されなければ、電子通信傍受の合衆国盗聴法による禁止は実質的に効果がないであろう。この議論は説得的ではあるが、合衆国電子通信プライバシー法の文言や構造は、合衆国議会がこの主張を検討し拒否したことを示している。合衆国議会は「電子保管」を「その電子伝達に付随して起こる有線通信または電子通信の一時的介在的保管」と定義し、電子保管が電子通信の本来の一部であると理解していたことを示唆した。にもかかわらず、合衆国議会は通信の他の形態ほどの保護を保存された電子通信に与えないと選択した、と。

この脚注は本件の問題の核心に至る。⁽⁵⁴⁾第9巡回区は明白にかつ先制攻撃的に第1巡回区の将来の判断を拒否した。第1に、第9巡回区はE-メールが移動のごく短時間に一時的保管に停まることを認めた。この脚注の直前に、裁判所は傍受が伝達と同時に発生する取得であると述べ⁽⁵⁵⁾た。このことから、第9巡回区はE-メールが途中一時的に立ち止まる間伝達中であるとする見方を取らなかった。それゆえ、通信が同時に移動中であり保管中でありうることを拒否した。⁽⁵⁶⁾

第2に、第9巡回区は、合衆国議会がこの立場への反対論を検討し拒絶したと主張した。⁽⁵⁷⁾特に、移動途中のE-メールが一時的に保管される

(53) *Id.* at 878 n. 6.

(54) Miano *supra* note 8 at 530.

(55) 302 F. 3d at 878.

(56) Miano *supra* note 8 at 530.

ときのみ攻撃を受けやすいとの反対論を指摘した。つまり、介在するコンピュータによって保有されるEメールが電子通信でなくなるとすれば、合衆国盗聴法は、この介在期間がメッセージが攻撃を受けやすい唯一の現実的な段階であるから、実際にはEメールを保護しない。第9巡回区によれば、合衆国議会はこの議論を理解したうえでこれを拒絶した。裁判所は、電子保管の定義のみが電子通信の介在的保管に適用されること、および、立ち止まったEメールが介在的保管中の電子通信であることを述べた。⁽⁵⁸⁾かくして、第9巡回区によれば、合衆国議会は、これらの停止が電子通信に固有であることを理解し、意識的にごく短時間の移動中の保管を保護しないと選択した。⁽⁵⁹⁾

④ In re Pharmatrak 事件判決⁽⁶⁰⁾

Councilman 事件の地区裁判所判決の1ヵ月後、第1巡回区はPharmatrak 事件判決を下した。この事件では、製薬会社が、“persistent cookies”を用いた1種のスパイウェアを利用して他の製薬会社のウェブサイト上での顧客活動を監視するために調査会社 Pharmatrak と契約を結んだ。合意に反して、Pharmatrak 社はこれを通じて数人の利用者に関する個人情報を収集した。問題は、第三者である Pharmatrak 社が、消費者が製薬会社に伝達した電子通信（個人データ）を合衆国盗聴法において傍受したといえるか否かであった。

Pharmatrak 社は、2つの別個の通信ラインがあり、利用者によって送られた個人データを傍受しなかったと主張した。トラッキング・クッキーが「自動配信プログラム」であったから、利用者によってコピーされたデータは製薬会社に送られるデータとは別にデータ・トラッキング会社に送られたと主張した。裁判所はこの議論の有効性を認めなかつ

(57) 302 F. 3d at 878 n. 6.

(58) *Id.*

(59) *Id.*

(60) 329 F. 3d 9 (1st Cir. 2003).

(61) 第1に、他の巡回区による合衆国盗聴法のもっとも狭い解釈が取得が伝達と同時に生じることを要求したにすぎず、その取得が伝達と同じ通信であることを要求するものではないと判示した。(62) 第2に、別個ではあるが、同時かつ同一の通信がもっとも厳格なりアルタイム要件でさえ満足するとした。(63)

この事件と本件判決との関係は見逃されてはならない。(64) この事件では、送信者は受信者のウェブサイトにはアクセスした。ウェブサイトを通じて、第三者が送信者のコンピュータに見えないコードを置いた。送信者は個人情報を入力し送信ボタンをクリックする。隠れたコードは、そのデータが伝達される前に送信者のコンピュータ内で作動し、自動的に受信者に向けられた通信のいくつかを複製した。最後に、送信者のコンピュータが第三者と受信者の双方に同時に通信を送った。この事件でのソフトウェアと本件のソフトウェアとは1つの顕著な相違がある。この事件では、そのプログラムはメッセージが送信者のコンピュータを出る前に実行され、本件では、最初の送信後の介在するコンピュータ内で実行される点である。いずれも、合衆国盗聴法違反は2つのコンピュータ間のワイヤーの中ではなく、コンピュータのメモリー内で生じた。

この判決で、政府は地区裁判所の Councilman 事件棄却判決を第1巡回区に控訴した。(65) 地区裁判所と同じく、3人の裁判官による第1巡回区控訴裁判所は Steve Jackson Games 事件判決や Konop 事件判決において問題を検討した。3人はこの問題がユニークであることを認識したが、先例から多くを導いた。多数意見は棄却の申立てを認め、問題のメッセージが「一時的、介在的に保管」されていると判断した。しかしながら、

(61) *Id.* at 22.

(62) *Id.*

(63) *Id.*

(64) Miano *supra* note 8 at 532.

(65) 373 F.3d at 197.

より重要なことに、裁判所は傍受が電子通信が同時に移動中で保管中である場合に起こるとの主張を認めなかった。⁽⁶⁶⁾ 裁判所は、合衆国盗聴法の条文が、有線通信の定義が電子保管条項を含まないから、電子通信では移動と保管の同時発生を排除するとの第5巡回区の原則を採用した。⁽⁶⁷⁾

3. 第1巡回区控訴裁判所判決の概要

1) Lipez 裁判官による多数意見

1968年合衆国盗聴法は、法執行機関が有線通信を傍受できる条件、および有線通信の私的傍受に対する罰則を定めた。⁽⁶⁸⁾ 本法は、1986年合衆国電子通信プライバシー（ECPA）法によって修正され、いかなる有線通信、口頭通信または電子通信を意図的に傍受すること、傍受しようとする事、他人に傍受するまたは傍受しようとするよう周旋することを犯罪とする。⁽⁶⁹⁾

被告人は、彼が取得したEメール・メッセージがコピーされた時点でそのメッセージが「電子通信」ではなく、そのコピー方法も本法における「傍受」にあたらないと主張する。これらの主張は広範囲な波及効果のある制定法解釈の重要な問題を提起するから、幾分詳細に本法の条文、構造および立法沿革を検討する。結論的には、被告人による合衆国盗聴法の解釈は合衆国議会の意図と矛盾する。⁽⁷⁰⁾ 次いで、被告人が、本法が刑事事件においてその行為を射程内に含むと解釈されるであろうとの公正な警告を受けていたか否か、慈悲の原則やその他の原則が被告人に有利に本法を解釈するように要求するか否かを検討するが、公正な警告の諸原則のいずれも適用する根拠がない。⁽⁷¹⁾

(66) *Id.* at 203-204.

(67) *Id.* at 202-203.

(68) 418 F. 3d at 72.

(69) *Id.*

(70) *Id.*

(71) *Id.*

A. 「電子通信」

政府は「電子通信」がまさに文字通りの意味であると主張するが、被告人は合衆国議会が（一時的であれ）電子保管されたいかなる通信も排除する意図であったと主張する。被告人の見解によれば、合衆国盗聴法における「電子通信」はコンピュータ間を有線で伝わる通信に制限される。いったんメッセージがコンピュータに入ると、そのメッセージは合衆国盗聴法によって保護される電子通信ではなくなる。合衆国議会はコンピュータ内の通信が有線上の通信ほど保護に値しない、というのも利用者が瞬間電子保管される電子通信に対するプライバシー保護の期待をあまり持たないからである、そして合衆国盗聴法がこの理解を明らかにすると主張する。⁽⁷²⁾

1. 文面

制定法の文面から始める。「電子通信」の制定法上の定義は広汎で、それだけであれば、フォーマットのためのプログラムにより処理されている間のE-メール・到達メッセージを含むと考えられるであろう。⁽⁷³⁾

しかしながら、被告人は、本法の明白な文言が合衆国盗聴法全体から保管された電子通信を除くと主張する。「電子通信」の定義は「有線通信」の定義と一緒に理解され、後者が含むが前者が含まないものによって制約されなければならないとする。合衆国電子通信プライバシー法は、1968年法の「有線通信」の定義を修正し、「そのような通信のいかなる電子保管をも含む」と明記した。対照的に、「電子通信」の定義は電子保管に言及しなかった。それゆえ、合衆国議会が有線通信には電子保管を含め、電子通信には含めないと意図したと被告人は推論する。さらに、合衆国議会は、「電子保管」を、その電子送信に付随する有線通信または電子通信の一時的な介在的保管を含むと拡張して定義した。本件のメッセージが Interloc 社のコンピュータ・システム内のランダム・アクセ

(72) *Id.*

(73) *Id.* at 73.

ス・メモリーまたはハードディスクあるいはその双方のいずれかに存在したことは争いがないので、そのメッセージが制定法上の「保管」の定義に該当するとする。⁽⁷⁴⁾

精査するとしばしば起こるが、明白な文面もさほど明白ではない。本法は、合衆国議会が「電子通信」の定義、それゆえ合衆国盗聴法の射程から一時的に保管された通信を除く意図であったことの明らかな示唆を含まない。被告人は、それを認識せずに、制定法の文面を越え、その論理に飛躍がある。合衆国議会は一時的に保管された通信が配信される過程にあるか否かを問わず、「電子通信」の定義に「電子保管」の文言を含まなかったという理由だけで、その通信を「電子通信」の定義から排除する意図であったと、被告人は推論する。この推論の飛躍は本法の明白な文面の解釈ではない。⁽⁷⁵⁾

被告人のこの飛躍の根拠は、「合衆国議会が制定法の一部で特定の文言を用い、同じ制定法の違うところでそれを使っていない場合、合衆国議会は意図的にかつ目的的に包含と除外とを使い分けしていると一般に推定される」との解釈原則である。その推論を支えるための解釈原則への依存は明白な文面の議論の利用可能性と一致しない。むしろ、本法の文面が問題の通信に関してあいまいであることが確認される。⁽⁷⁶⁾

そうすると、問題は、解釈原則に基づいた被告人の推論の飛躍が正当化されるか否かである。Russelo v. United States 事件判決の格言は、合衆国議会が制定法のある箇所⁽⁷⁷⁾で文言を含み別の箇所⁽⁷⁸⁾で除かれている場合注意深くかつ慎重にそうしているとする。

それが合理的な推定である場合もあるし、そうでない場合もある。

(74) *Id.*

(75) *Id.*

(76) *Id.*

(77) 464 U.S. 16, 23 (1983).

(78) 418 F. 3d at 74.

「1つの明示が他の排除であるとの一般ルールは例外に服する。制定法解釈の他の原則と同様に、このルールも法の意味を確認するさいの助けにすぎず、立法者の意図が明らかである場合には降伏しなければならない⁽⁷⁹⁾。」

被告人が依拠する格言は、合衆国議会がそれだけで完備した新たな制定法を立法し、その中の類似した文言で起草された2つの条文において、一方がある文言を用い、合衆国議会が適用を欲するならばその文言を使用するのが同じく適切であろう場合に他方が明らかにそれを省く点で異なる場合に、もっとも適している。そのような条件下では、その格言の解釈上の価値は、その基礎となる立法意図の推論がきわめてもっともらしいため、もっとも高まる⁽⁸⁰⁾。

制定法の文言、構造や制定状況がその理想図と異なる場合には、その原則はその力を失う。例えば、問題の2つの条文の文言が類似していないならば、合衆国議会は2つの条文が一方にあって他方にない文言を探して詳細に比較されることを予想していないであろう。「Russello 事件判決の、一方にある語句があり他方にないことが合衆国議会の計画的意図を示すとの推定は、問題の2つの条文の定式に違いがあるだけ弱体化する⁽⁸¹⁾」。同様に、2つの条文の沿革が複雑である場合、この原則は合衆国議会の意図への指針としては信頼しがたいであろう。例えば、最初の条文がすでに法律の一部であり、第2の条文がまったく新しい場合には、合衆国議会は2つの条文の微妙な相違にあまり注意を払っていなかったかもしれない⁽⁸²⁾。

合衆国議会が「電子通信」から一時的に保管された通信を除く意図で

(79) Springer v. Gov't of Philippine Islands, 277 U.S. 189, 206 (1928), United States v. Vonn, 535 U.S. 55, 65 (2002).

(80) 418 F. 3d at 74.

(81) City of Columbus v. Ours Garage & Wrecker Serv., Inc., 536 U.S. 424, 435-436 (2002), Clay v. United States, 537 U.S. 522, 529 (2003).

(82) 418 F. 3d at 74.

あったか否かを判断しようとするさいに、この原則は特に有益というわけではない。別の言い方をすれば、合衆国議会が包含か排除かを意図的かつ目的的に行なっていると推定されうるが、その推定は反駁されうる。本件でもそうである。⁽⁸³⁾

第1に、合衆国盗聴法における「有線通信」と「電子通信」の定義はパラレルではない。前者は、複数の独立した規準を規定する1つの長文で定義され、電子保管の文言が最後に付加されている。修正された定義は1968年合衆国盗聴法における定義に従っている。合衆国電子通信プライバシー法は「通信」の文言を置き換え、本件には関係のない修正を加え、もちろん「その文言がそのような通信のいかなる電子保管を含む」との一節を付け加えた。対照的に、「電子通信」は最初広範な文言で定義され、別項に列挙された4つの例外によって限定される。その定義は合衆国電子通信プライバシー法の一部として新たに起草された。⁽⁸⁴⁾

第2に、一方の定義における電子保管条項の存在と別の定義における欠如から導かれうる本原則（*expressio unius*）の推論は同法の諸規定から導かれるはるかにやむにやまれぬ本原則の推論、つまり、合衆国議会が「電子通信」の広範な定義から4つの範疇の通信を明示的に排除する方法を知っていたし実際にそれを行なったことと緊張関係に立つ。合衆国議会は被告人によって主張される例外（電子保管された電子通信）を追加しなかった。⁽⁸⁵⁾ この解釈原則を適用すれば、「合衆国議会が明白に一般禁止に対する例外を列挙する場合、逆の趣旨の立法意図の証明がなければ、さらなる例外は含意されるべきではない」。⁽⁸⁶⁾

つまり、合衆国電子通信プライバシー法の明白な文面は、通信が送信中に電子保管された場合にそれが合衆国盗聴法における「電子通信」で

(83) *Id.* at 74–75.

(84) *Id.* at 75.

(85) *Id.*

(86) *TRW v. Andrews*, 534 U.S. 19, 28 (2001).

あるか否かを明確に述べるものではない。⁽⁸⁷⁾

2. 立法沿革

電子保管の広範な定義の目的は合衆国盗聴法における保管されたデータにつきプライバシー保護を拡張することであって、その強力な保護から送信中保管されたE-メール・メッセージを除外することではなかった。さらに、合衆国議会の、「有線通信」の定義に電子保管を追加する唯一の目的は、ボイスメールを保護することであって、E-メールに影響することではなかった。⁽⁸⁸⁾

a. 合衆国電子通信プライバシー法の背景

1980年初期まで、電子通信、特にE-メールの出現は合衆国盗聴法が修正を要することを多くの人々に示唆した。本法を現代化するために、上院議員 Patrick Leahy は、1985年電子通信プライバシー法を提案した。その法案は、「有線通信」の定義を削除し、「有線通信」の代わりに「電子通信」を用い、新たに定義された「電子通信」の中に「有線通信」を包含することで本法を修正しようとした。⁽⁸⁹⁾

法案提案後まもなく、合衆国議会の科学技術評価局 (Congressional Office of Technology Assessment) が電子監視のプライバシーの保護に関する研究を公表した。科学技術評価局報告書はE-メール・メッセージが傍受されうるポイントを特定した。「電子メール・メッセージが傍受され、その内容が意図されない受取人に曝される、少なくとも5つの段階がある。すなわち、①送信者の端末あるいは電子ファイルにおいて、②伝達中、③受取人のメールボックスにおいて、④ハードコピーに印刷されるさい、⑤管理目的で電子メール会社のファイルに残されるさいである。現行法は十分な保護をしていない」。どの段階での電子メールの傍受も市民的自由に対する高度な侵襲性および重大な脅威であると強調

(87) *Id.* at 76.

(88) *Id.*

(89) *Id.*

(90)
した。

司法省は原案の主たる反対者であった。司法省は、「E-メール・メッセージの伝達中の侵襲のレベルが保管されている場合よりも高い」と結論したが、「電子通信の傍受は合衆国盗聴法の手続的要件のいくつかを含むべきであるが、全てである必要はない」と主張した。司法省は合衆国議会に、法執行のみにかかわる3つの点で電子通信の監視と有線通信の監視とを異なって扱うように求めた。しかしながら、司法省による、合衆国盗聴法の保護のいくつかをE-メールに拡張しようとすることは、ある通信が送信され、E-メール会社のコンピュータ内であって配信されていない間、あるいはメールボックスに配信されているが受取人によって受け取られていない間に拡張しなかった。そのような場合には、そのメッセージは第1級郵便と同じく扱われるべきで、法執行機関は通常の捜索令状でそれを差し押さえられるとすべきであると司法省は示唆し(91)た。

新法案は司法省の関心のいくつかを充たしたが、その全てではなかった。新法案は司法省の優先解決を拒否し、その代わり合衆国盗聴法による有線通信傍受の禁止に電子通信を加えた。下院報告書が明らかにしたように、合衆国議会は「電子通信」に広範な定義を付与する意図であった。合衆国盗聴法に電子通信を組み入れることで、法案はE-メールが第1級メールと同じ保護を受けるとの司法省の見解を概ね拒否した。にもかかわらず、司法省の関心のいくつかが解決されたため、司法省は法案が相当に修正されその関心を受け入れているとし、これを支持した。(92)

b. 電子保管の広範な定義

合衆国議会は、科学技術評価局報告書で提起された関心に応じて、伝

(90) *Id.*

(91) *Id.* at 76-77.

(92) *Id.* at 77.

達後残されるメッセージや副産物のファイルが、利用者のメールボックスに保管されたメッセージと同じく、無権限アクセスから保護されることを確認しようとした。送信者と受信者のコンピュータにおけるEメール・メッセージは、それらのコンピュータに電子的に押し入りファイルを検索することで、アクセスされえた。合衆国電子通信プライバシー法以前は、そのような攻撃の被害者はその侵入に対する法的救済策をほとんど持たなかった。さらに、送信後プロバイダーのコンピュータに保有されたEメール・メッセージは、プロバイダーによってアクセスされおそらく開示されうる。合衆国電子通信プライバシー法以前、利用者がそのような開示に攻撃する権利を有するか否かは明らかでなかった。同じ関心は送信後保有された一時的な金融記録や個人データにもあてはまった。⁽⁹³⁾

この背景や、合衆国議会がその立法を洗練するさいに科学技術評価局報告書に対応した、立法沿革における証拠を前提にすれば、合衆国議会は、「電子保管」の定義を確立するとき、その電子伝達に付随する有線通信または電子通信の、伝達前後の一時的介在的保管の類型に留意していたと思われる。その目的は単にそのようなデータを保護することであった。合衆国議会が合衆国盗聴法の射程から伝達中に利用される保管類型を除く意図であったことの示唆はない。⁽⁹⁴⁾

c. 「有線通信」の定義における電子保管条項

1986年合衆国電子通信プライバシー法のオリジナルは、「電子保管」の定義を含むが、「有線通信」の定義には電子保管を含まなかった。法案提出のさいの Leahy 上院議員のフロア陳述も、スタッフ・サマリーも合衆国盗聴法改正の脈絡でボイスメールに言及していなかった。ボイスメールは明らかに合衆国電子通信プライバシー法の脈絡で主たる議論の対象とはなっていない⁽⁹⁵⁾。

(93) *Id.*

(94) *Id.* at 77-78.

刑罰法規の解釈における「公正な告知」原理

同じく、Kastenmeier 下院議員が下院に同じ法案を提出したとき、ボイスメールに言及しなかった。有線通信の定義における電子保管条項は、下院が本条項のないまま法案を通過させた後に、上院委員会で初めて現れた。Leahy 上院議員は、修正案支持の陳述において、特に、これまで触れることのなかったボイスメールに言及した。スタッフ・サマリーは、修正案の1つの効果が、ボイスメール同様、保管された有線通信が有線通信にとどまることであると説明した。⁽⁹⁶⁾

「有線通信」の定義に電子保管条項を加えることが、電子通信が目的地への途中一時的に保管されるごく短時間、その通信を傍受するのが技術的にはもっと容易なポイントであるが、その間に合衆国盗聴法の射程からはずすことを意図するならば、上院の共同スポンサーの誰もその仲間にこれを告げることが適切であると見ず、誰もそれにつき言及しなかったことは明らかである。いかなる文書も立法者も、「有線通信」の定義に電子保管条項を加えることが「電子通信」の定義から電子保管されたメッセージを取り除くであろうことを示唆しなかった。実際、合衆国議会が被告人の解釈が生み出す風変わりなもの、つまり、規定によって電子通信であると認められたメッセージがごく短時間電子通信ではなくなりその後突然再び電子通信となることを考えたとは疑わしい。⁽⁹⁷⁾

要するに、立法沿革によれば、合衆国議会が、そうしなければボイスメールへのアクセスが合衆国保存通信法によってのみ規制されることになるとの唯一の理由から、「有線通信」の定義に電子保管条項を含めたことを示唆する。実際、それが、合衆国議会が USAPATRIOT 法における「有線通信」の定義から「電子保管」への明白な言及を除いた際にまさに生じたことである。⁽⁹⁸⁾

(95) *Id.* at 78.

(96) *Id.*

(97) *Id.*

(98) *Id.* at 78-79.

3. 結論

「電子通信」の文言はそのような通信の伝達過程に付随して起こる一時的電子保管を含むと結論する。この結論は先例にも合致する。⁽⁹⁹⁾ 結果的に、この脈絡において「伝達中」と「保管中」とを区別する被告人の提案は拒絶される。⁽¹⁰⁰⁾

B. 「傍受」

ここで問題の、一時的に保管されたEメール・メッセージが合衆国盗聴法における電子通信であると結論しても、本法はまた問題の行為が「傍受」であることを要求する。

被告人の主たる主張は、問題のメッセージが取得時に一時的に電子保管されていたから、それが「電子通信」ではなく、それゆえ、何らかの「電子通信」の「傍受」禁止が適用されないということである。それは、そのメッセージが一時的に電子保管される、伝達過程に付随して起こる瞬間に「電子通信」でなくなるものではないとして否定した主張である。⁽¹⁰¹⁾

被告人の控訴はその取得が「電子通信」の「傍受」ではないとの判断に他の根拠を提供するものではない。確かに、被告人は「合衆国議会が伝達と同時に起こる取得を傍受が包含する意図であった」と主張する。しかしながら、この点に関する被告人の主張は、裁判所が「電子保管」が合衆国盗聴法の傍受の「伝達と同時に起こる」要件に合致しないと統一的理解しており、それゆえ電子保管されたEメールが定義上伝達と同時に取得されえないとの理論に基づく。その主張は「保管」に関する最初の主張のヴァリエーションにすぎず、それはすでに否定された。⁽¹⁰²⁾

(99) In re Pharmatrak, 329 F.3d 9, 21 (1st Cir. 2003), Hall v. EarthLink Network, Inc., 396 F.3d 500, 503 n. 1 (2d Cir. 2005) が挙げられている。

(100) 418 F.3d at 79.

(101) *Id.* at 79.

(102) *Id.* at 79-80.

結果的に、この控訴は「傍受」の文言が送信者から受信者へのメッセージの伝達と同時に起こる取得にのみ適用されるか否かの問題にかかわらない。それゆえその問題を判断する必要はない。⁽¹⁰³⁾

ただ、たとえ同時性または現時性の要件を認めるとしても、被告人が本件で勝利する主張を展開することはきわめて困難である。被告人の主張は、どの通信も取得時に到達しており、それゆえ「傍受」の定義がその取得を含まないとの証明を必要とする。そのような証明は、そのメッセージが電子通信であったと結論しているし、それが意図した受信者に向かう途中であったことが明らかであるから、不可能と思われる。⁽¹⁰⁴⁾

C. 合衆国盗聴法と合衆国保存通信法との交錯

これまで合衆国盗聴法だけを検討し、合衆国保存通信法を検討せずにいた。起訴が合衆国盗聴法違反を主張していたからである。被告人は一時的に電子保管された電子通信の取得が合衆国保存通信法によって規制されると主張する。このことから、被告人はそのような取得が合衆国盗聴法によって規制されず、少なくとも、潜在的な重複が慈悲の原則やその他の「公正な警告」の諸原則と抵触すると推論する。結果的に、合衆国盗聴法と合衆国保存通信法との複雑でしばしば難解な交錯を探求しなければならぬ。⁽¹⁰⁵⁾

1. 合衆国保存通信法の射程

合衆国盗聴法から合衆国電子通信プライバシー法の起草までの間に、合衆国議会はコンピュータの遠隔操作や保管電子通信の大きなデータバンクの発生に伴い、個人のプライバシーへの脅威が合衆国盗聴法による通信傍受の禁止の範囲を超えて拡大していることを認識した。保管されたEメール・メッセージを含め保管された通信は合衆国盗聴法によって保護されなかった。合衆国議会はこれらの通信における情報が権限の

(103) *Id.* at 80.

(104) *Id.*

(105) *Id.*

ない私的当事者と同じく法執行機関による不正利用と公表の可能性にさらされていると結論づけた。⁽¹⁰⁶⁾

合衆国議会は個人のプライバシーに対する侵襲の可能性をなくすために、合衆国電子通信プライバシー法に2点を追加した。これは、合衆国保存通信法として言及されたが、権限なく（あるいは権限を超えて）電子通信サービスの設備にアクセスし、それによって電子保管された有線通信または電子通信へのアクセスを得ることに新たな刑罰を規定した。もう一つの規定は、電子通信サービスのプロバイダーがそのサービスにより電子保管中の通信の内容を他人に暴露することを禁ずる。⁽¹⁰⁷⁾

合衆国保存通信法によって確立されたプライバシー保護は「電子保管」という制定法上の文言によって定義された2つの通信類型に適用される意図であった。第1類型は一時的保管を指し、メッセージが送信後Eメール利用者のメールボックスに届いた後利用者がメール・サーバーからそのメッセージを取り出す前などである。⁽¹⁰⁸⁾

被告人の行為は合衆国保存通信法の主たる刑事規定に該当すると思われる。と同時に、被告人はおそらく合衆国保存通信法のプロバイダー免責に該当するであろう。第2701条(c)(1)は、そのシステムにおいて「電子保管されたEメールへの権限あるアクセスを獲得、変更または防止する」サービス・プロバイダーに対して実質的に完全な免責を認める。地区裁判所は、第2701条(a)が被告人の行為を含んでいたであろうが、第2701条(c)(1)が被告人を免責すると推論した。⁽¹⁰⁹⁾

合衆国保存通信法の第2の規定は、公衆に電子通信サービスを提供する人がそのサービスにより電子保管中である通信の内容を人に事情を知りながら暴くことを禁止する。しかし、この規定もまた、サービス・プ

(106) *Id.* at 80-81.

(107) *Id.* at 81.

(108) *Id.*

(109) *Id.*

刑罰法規の解釈における「公正な告知」原理

ロバイダー例外があり、プロバイダーが「被雇用者、権限者やその施設が通信をその目的地に送るのに利用される人」または「サービスの提供あるいはそのサービスの提供者の諸権利や財産の保護」に電子通信を暴くことを許容する。これらの規定のいずれかあるいは双方が第2702条において被告人を免除するであろうと考えられる⁽¹¹⁰⁾。

これを前提として、被告人は合衆国保存通信法において責任を問われないのであれば、合衆国盗聴法においても責任を問われえないと主張する。合衆国議会が合衆国電子通信プライバシー法を1つとして制定したから、その2つのタイトルの重複により罫を仕掛ける意図はなかったとする。2つの法に該当する可能性のある行為が一方で免責されるのであれば、他方にもその効力を及ぼすべきであると主張する⁽¹¹¹⁾。

この議論は説得的ではないであろう。一般に、2つの制定法が同じ行為を含むならば、政府はいずれの違反で起訴してもよい。さらに、合衆国保存通信法における例外はその文言によって合衆国盗聴法に適用されない。第2701条(c)における例外はとりわけサービス・プロバイダーによって「権威づけられた行為にこの条項の(a)が適用されない」と述べてその適用を制限している。第2701条(c)(1)のプロバイダー例外の広汎さは、合衆国盗聴法独自のほかに狭いプロバイダー例外第2511条(2)(a)(i)と見事なコントラストを描く。合衆国盗聴法の狭いサービス・プロバイダー例外は被告人を保護しないであろう。被告人の行為は明らかに「そのサービスの演出、またはそのサービスのプロバイダーの諸権利や財産の保護に付随する必要事」ではなかった。何らかの疑義があれば、それは合衆国盗聴法の明白な規定によって解決されるであろう。その禁止の唯一の例外は合衆国盗聴法に特に列挙されたものであって、他の法律に見出されるものではない⁽¹¹²⁾。

(110) *Id.* at 81-82.

(111) *Id.* at 82.

(112) *Id.*

2. 公正な警告

被告人は代替的に、合衆国盗聴法と合衆国保存通信法とがきわめて混乱しているから、公正な警告の諸原則がその訴追の棄却を要請すると主張した。⁽¹¹³⁾ それらの諸原則は、慈悲の原則、漠然性の理論および予見不可能な拡張解釈の禁止という3つの関連する諸原理を通じて法において示されている。⁽¹¹⁴⁾

a. 慈悲の原則 (Lenity)

慈悲の原則は、刑罰法規におけるはなはだしいあいまいさが被告人に有利に解決されるべきことを要求する。ほとんどの制定法がある程度あいまいであるから、単なるあいまいさはそのルールを用いるのに十分ではない。そのルールは制定法にはなはだしいあいまいさや漠然性がある場合にのみ適用される。さらに、慈悲の原則は、裁判所が、助けが導きうるあらゆるものを探した後に合衆国議会が何を意図したかにつき推量するしかない場合にのみ適用される。⁽¹¹⁵⁾

本件では、制定法がある程度の文面上のあいまいさを含むけれども、そのあいまいさがはなはだしいものではない。解釈の伝統的な道具、とりわけ立法沿革を用いて解釈しており、慈悲の原則は適用されない。⁽¹¹⁶⁾

さらに、合衆国議会は特に、通信サービス・プロバイダーがある状況で通信の傍受または開示を合法的にできることを誠実に誤解しうることを予期していた。合衆国議会はその問題を広範で積極的な誠実抗弁 (a broad, affirmative good faith defense) で解決した。第2511条(3)は、通信サービス・プロバイダーが4つの特定の状況において受信者以外の者に通信を暴露することを権限づけている。かくして、合衆国議会はサービス・プロバイダーが特定の事実に基づきその権限の限界を誠実に誤解し

(113) *Id.*

(114) *United States v. Lanier*, 520 U.S. 259, 266-267 (1997).

(115) 418 F.3d at 83.

(116) *Id.*

うると考え、この問題を解決するための制定法上のメカニズムを規定した。本判決は、誠実抗弁の射程を拡張するものでも、事実に基づく積極的抗弁を、法的根拠に基づく起訴を棄却するための根拠に変更するものでもない。⁽¹¹⁷⁾

b. 漠然性

漠然性の理論は、その文言があまりに漠然とし、通常の知性の者が必然的にその意味を推量しその適用につき意見を異にする制定法の執行を禁ずる。しかし、漠然性は、「ありふれた条文文言上のあいまいさ (garden-variety, textual ambiguity)」以上である。多くの制定法はある程度の固有の漠然性がある。というのも、たいていの英単語や語句には不明確性が潜んでいるからである。しかし、制定法は、平均的な知性の者がその意味や適用形態を推測せざるを得ないほど不明確な文言で行為を禁止する場合にのみ漠然性のゆえに違憲無効となる。⁽¹¹⁸⁾

合衆国盗聴法は、本件での適用において漠然性のゆえに違憲無効ではない。その文言から、通常の知性の者であれば、法令中に特に規定された場合を除いて、電子通信が拡張的に定義されているが傍受されてはならないとの告知を受けるであろう。例外はサービス・プロバイダーに対して規定されるが、「そのサービスの演出に、あるいはそのサービスのプロバイダーの権利や財産の保護に付随的に必要である活動」に適用されるにすぎない。本法はサービス・プロバイダーに禁止行為および狭いプロバイダー例外の告知を与える。⁽¹¹⁹⁾それは十分な告知である。

c. 予見不可能な拡張解釈 (Unforeseeably expansive interpretation)

最後に、公正な警告原理の3つ目は、裁判所が制定法もいかなる先例もその射程内にあると公正に明らかにしていない行為にその刑罰法規の新たな解釈を適用することを禁じる。

(117) *Id.* at 83-84.

(118) *Id.* at 84.

(119) *Id.*

この原理は原則的に、狭く正確な制定法の文言の、予見不可能で遡及的な裁判所による拡張を禁止する。⁽¹²⁰⁾

この原理も本件では適用されない。本法の単純な理解は、E-メール・メッセージがその傍受の時点で「電子通信」であったことである。「有線通信」の定義における精妙さを解釈することで当該行為を本法の射程から外すために制定法解釈の道具が用いられなければならない。合衆国盗聴法についてどう言おうとも、「電子通信を……傍受すること」⁽¹²¹⁾は「本法が公正にその射程内にあると明らかにしている行為」である。⁽¹²¹⁾

実際、1997年の法律雑誌論文は、合衆国電子通信プライバシー法における「傍受」禁止の狭い解釈によっても、何らかの自動経路指定ソフトが利用されないかぎり、合衆国電子通信プライバシー法が禁止するE-メールの傍受は本質的に不可能であると述べた。かくして、被告人の行為のほぼ1年前に、学術論文が合衆国電子通信プライバシー法のより狭い解釈のもとでさえ、利用者のメッセージの控えコピーを自動的に転送する「自動経路指定ソフト」は合衆国電子通信プライバシー法の禁止するE-メールの傍受とみなされるであろうと指摘した。その観察は本件を予期していた。⁽¹²²⁾

本法の条文が「電子通信」の文言が電子保管中の通信を含むか否かを特定しないけれども、合衆国電子通信プライバシー法の立法沿革は合衆国議会がその文言が広範に定義されることを意図していたことを示唆する。さらに、その沿革は、合衆国議会が、有線通信の定義に電子保管を含めることで、電子通信の定義から電子保管を除く意図ではなかったことを明らかにする。⁽¹²³⁾

(120) *Id.*

(121) *Id.*

(122) White, *E-Mail at Work. com: Employer Monitoring of Employee E-Mail*, 48 ALA. L. REV. 1079, 1083 (1997).

(123) 418 F. 3d at 84-85.

(124) *Id.* at 85.

それゆえ、本裁判所は、「電子通信」の文言が伝達プロセスに不可欠である一時的電子保管を含み、それゆえそのような保管中のEメール・メッセージの傍受が合衆国盗聴法における傍受であると結論する。さらに、公正な警告のさまざまな原理はその犯罪での訴追を禁ずるものではない。結果的に、地区裁判所は起訴を棄却した点で誤りであった。⁽¹²⁵⁾

2) Torruella 裁判官による反対意見

多数意見には2つの理由で組みしえない。第1に、本起訴は、被告人が取ってきたとされるEメールが行為時に「電子保管」中であつたかぎり、合衆国盗聴法違反の共謀につき合衆国法典第18巻第371条違反を証明するには法律上不十分である。第2に、多数意見の結論は、被告人がその行為の結果につき公正な警告を受けておらず、被告人からデュー・プロセスの権利を奪うからである。⁽¹²⁶⁾

本件の事実では、「問題のEメール・メッセージに影響する操作が実行される間常に」、そのメッセージが Interloc 社のコンピュータ・システム内にある、ランダム・アクセス・メモリー、ハードディスクまたはその両方のいずれかに存在した点に争いが無い。⁽¹²⁷⁾

あらゆる技術的専門用語を使わなければ、この控訴で提起された唯一の法的争点は、このコンピュータ・システムに含まれた情報が合衆国盗聴法の意味において「傍受」されうるデータであるのか否かである。この問題に対する解答は無理やりに搾り出されるものではなく、訴追が根拠づけられる立法の冷静な理解に存在する。⁽¹²⁸⁾

多数意見が三段論法で論じてもごまかすことのできない裁判官立法という不幸な行為に至させたのは、合衆国議会が有線通信の定義における「その文言はその通信のあらゆる電子保管を含む」との文言を「電子通

(125) *Id.*

(126) *Id.*

(127) *Id.* at 86.

(128) *Id.*

信」の定義に定めなかったことにある。「電子通信」の定義と「有線通信」の定義との間の脱落部分はそれを生み出した機関によってのみ橋渡しされる。裁判所はその空所を埋めるには不十分である。⁽¹²⁹⁾

多数意見が存在すると信じる存在しないジレンマへの正確な法的解答を発見するのに、In re Hart 事件判決を超える必要はない。そこでは、現在の状況について、「合衆国議会が制定法のある箇所特定の文言を含め、同法の別の箇所でこれを省いている場合、合衆国議会は意図的にかつ目的的に包摂と除外とを使い分けていると一般に推定される」と述べた。この *expressio unius* の推定が問題の文言が「新しい自己完備した制定法」の一部ではないから適用されるべきではないとの多数意見の主張とは逆に、合衆国議会が制定法の全てではなくいくつかの規定にある文言を含めるよう修正する場合にはこの推定はより強力となる。⁽¹³⁰⁾

これらの諸原則は合衆国刑罰法規の解釈に特に関連する。というのも、合衆国の犯罪は裁判所ではなく合衆国議会によって定められ、厳格解釈のポリシーが裁判所の行為を案内すべきだからである。⁽¹³¹⁾

本件の問題を扱ったどの裁判所も多数意見とは反対の結論に達していること、つまり、合衆国盗聴法による電子通信の傍受の禁止が、その保管が配信の前後を問わず、きわめて短時間であったとしても、電子通信が電子保管されているときには適用されないことは、偶然の一致によるものではない。⁽¹³²⁾

多数意見とは異なり、本法の解釈は合衆国議会がE-メールに対するプライバシー保護の完全な骨抜きを考慮したと仮定することを要求しない。本件で問題のコンピュータ内「傍受」を検討する際に、合衆国議会は合理的に、一般国民のプライバシー権、特にE-メールサービス・プ

(129) *Id.*

(130) *Id.* at 86-87.

(131) *Id.* at 87.

(132) *Id.*

刑罰法規の解釈における「公正な告知」原理

ロバイダーとその顧客との間のプライバシー権が合衆国法よりも通常の契約原則によって十分にコントロールされうると結論づけたのもっともであろう。被告人による Interloc 社の顧客の E-メールの傍受は、契約当事者と無関係な外部者によってなされる傍受と同様ではなかった。顧客が E-メール・プロバイダーと契約を結ぶ際に、通常、プロバイダーに対してプライバシーの保護を定義するプライバシー条項を読み、正式に同意することを求められる。その保護が不十分であれば、その契約を結ばず、十分な保護を受けられる別のサービス契約を探せばよい。合衆国盗聴法も、その立法沿革も、合衆国議会が、「電子通信」の定義から「電子保管」を除く際に、そのような問題を契約当事者に委ねる意図であったとの推測を妨げるものではない。Interloc 社はプライバシー合意に違反して顧客のメッセージを傍受したならば、その救済は契約にあるのであって、合衆国盗聴法にはない。⁽¹³³⁾

制定法の文言、より正確にはその文言の不存在が自己弁護する立法沿革によりかき回すことは無意味であると思われる。制定法の文言が明白である場合、裁判所の唯一の機能は、少なくとも条文によって求められる処理がばかげたものでないかぎり、その文言にしたがって当該制定法を執行することである。本件は「立法沿革そのものがしばしば理解しにくく、あいまいで、矛盾している」典型例である。裁判所による立法沿革の調査は、Leventhal 裁判官の有名な言葉を借りると、群集を見回して友達を見つけるのと同じ傾向を持つ。裁判所が委員会報告書などの立法資料に依拠することは、代表ではない委員会構成員、悪くすれば選ばれていない職員やロビイストに、彼らが制定法の条文を通じて達成できなかった結果を得るために立法沿革の戦略的操作を試みる力と誘引を与えかねない。⁽¹³⁴⁾

不幸なことに、問題はここで終わらない。問題の制定法と取り組む本

(133) *Id.* at 87-88.

(134) *Id.* at 88.

裁判所その他の裁判所によるこれまでの努力の結果が示すように、多数意見の解釈の余地を残す、後まで残るいかなるあいまいさも明らかに「はなはだしい」ものである。それゆえ、デュー・プロセスは当該制定法が慈悲の原則に従い刑事責任に不利に解釈されるべきことを要求する。あいまいさがさほど深刻でなく、必要レベルの明確さが他の不明確な制定法に関する裁判所の解釈によって供給されるとしても、デュー・プロセスは、制定法も先例も公正にその射程内にあると明らかにしていない行為に、裁判所が刑罰法規の新たな解釈を適用することを禁ずる。公正な警告のどの原理を適用しても、最低線は制定法やそれを解釈する判例が被告人の行為が犯罪であることを合理的に明確にしていなかったことである。⁽¹³⁵⁾

被告人が1998年に合衆国盗聴法に違反した時点で、その行為を決するのに以下の資料を利用しえた。つまり、①問題の制定法、②1994年の Jackson Games 事件判決、本筋からそれるが、1996年の Reyes 事件判決である。これらのうち、被告人に、複雑な迷路に似た立法沿革に依拠する多数意見の解釈につき公正な告知を与えたであろうものはない。⁽¹³⁶⁾

多数意見が引用する1997年法律雑誌論文も、多数意見の解釈を予見可能なものにしなかった。実際は、まったく逆である。当該論文は Steve Jackson Games 事件判決を分析し、その判決では、第5巡回区が、掲示板のサーバーに保管された私的なE-メールの回収前の差押えが第2511条(1)(a)の「傍受」に当たらないと判断した。筆者は以下のように述べた。すなわち、それが回収される前の何かの差押えが論理的に傍受を構成すべきであるとの被告人の主張を拒否し、当裁判所は掲示板のコンピュータのハードドライブに保管されたE-メールがもはや伝達中ではなく、それゆえ本条の意味において傍受されえないと判示した。「傍受」の第5巡回区の解釈の狭さは重要である。その根拠に従えば、E-メー

(135) *Id.*

(136) *Id.* at 89.

刑罰法規の解釈における「公正な告知」原理

ルの傍受が起こるのは小さな窓を通じてのみであり、それは新たに組み込まれたメッセージが送信命令に従い一時的な記憶場所に保存される前の数秒である。それゆえ、何らかの自動経路指定ソフトが利用されないかぎり、合衆国電子通信プライバシー法で禁止されるE-メールの傍受は本質的に不可能である、と。明らかに、被告人が利用したソフトは一時的な記憶場所に保存される前に働く自動経路指定ソフトではなかった。この論稿は、当時利用可能であった他の学術論文と同じく、被告人の行為が禁止されていないことを強く示唆したのであろう。かくして、被告人がその行為時に多数意見の解釈につきどのように公正な告知を受けたのであろうかと考えると途方にくれる⁽¹³⁷⁾。

最後に、合衆国議会による誠実例外規定は無関係である。被告人は彼が取得したE-メールを暴露するため例外に依拠したことを証明する必要はなかった。なぜならば、そうすることがさもなくば合衆国盗聴法に違反するであろうとの合理的に明確な示唆を得ていなかったからである⁽¹³⁸⁾。

被告人は、通常の知性の者は言うまでもなく、この問題を扱っている裁判官にも期待されない知識レベルであると判示されている。この問題がありふれたものであれば、これは除草剤の必要な庭である⁽¹³⁹⁾。

4. 検 討

第1巡回区控訴裁判所による Councilman 事件判決における解釈方法につき、公正な告知（警告）論の機能に照らしつつ検討する。この観点で、本判決に対する2つの批判的評釈が興味深い論理とその違いを示しているため、以下にその論旨を紹介する。

(137) *Id.*

(138) *Id.*

(139) *Id.*

1) Yaylalian 評釈

本評釈は、本判決が予見不可能な拡張解釈という公正な警告の原理を不正確に適用したとして、当該解釈そのものを批判する。

多数意見による合衆国盗聴法の解釈は、合理的に禁止されていると理解し得ないであろう行為につき刑事責任を問うことで、被告人から公正な警告の権利を奪ったとする⁽¹⁴⁰⁾。

しかし、慈悲の原則を援用する反対意見については、慈悲の原則が通常の制定法解釈方法の後に裁判所が合衆国議会の意図を推量するしかない場合にのみ適用されるから、いくぶん説得力を欠く。また、漠然性の理論は、本法が平均的知性の者が本質的にその意味について推量しなければならぬほど漠然としていないから、適用されない。制定法の文面の平明な解釈により、「電子通信」の「傍受」が特に列挙された例外に服しつつ禁止されていることは明らかであり、まさに何が「電子通信」の「傍受」とされるのかを決定することはいくぶん困難を生ぜしめるが、しかしこの漠然性は制定法を違憲とするように求められる文面上のあいまいさには至らないからである。よって、問題となりうるのは予見不可能な拡張解釈の禁止である。⁽¹⁴¹⁾

多数意見は、合衆国盗聴法の「電子通信」の定義を「電子保管」を含むように拡張したが、その解釈は制定法からも先例からも明らかではなかった。不明確な制定法も裁判所の解釈によって明確化されうるが、デュー・プロセスは、裁判所が制定法も先例もその射程内にあると公正に明らかにしていない行為に刑罰法規の新たな解釈を適用することを禁じる。多数意見は、この原理が、本法を素朴に読めばE-メールが傍受された時点で電子通信であったことが明らかであるから、本件には適用されないとした。多数意見はまた、有線通信の定義における微妙な区別を

(140) Yaylalian *supra* note 8 at 324.

(141) *Id.* at 324-325.

(142) *Id.* at 325.

解釈して本法の射程から当該行為を排除するために制定法解釈の道具が用いられなければならないと述べた。反対意見は、これらの主張が多数意見の、合衆国電子通信プライバシー法の平明な文面がある通信が送信中電子保管される場合合衆国盗聴法の射程における「電子通信」になお当たるとかを明らかにしていないとの前言と矛盾することを指摘すべきであった。⁽¹⁴³⁾

合衆国盗聴法では、「電子通信」は明らかに「電話、無線、電磁気、光電子または写真工学のシステム」によって生じる「移動 (transfer)」と定義される。その定義に保管につき言及がないことから、「移動」という言葉そのものが保管の反対を意味することとなる。それゆえ、合衆国盗聴法の平明な解釈は被告人の行為がその射程内にあることを公正に示さない。⁽¹⁴⁴⁾ その代わり、多数意見は、被告人の行為を合衆国盗聴法の射程に押し込むために立法沿革の詳細で厄介な議論を用いたが、制定法をその解釈に適合させるためにでしゃばり、説得力のない議論を展開する。多数意見による、合衆国盗聴法の立法沿革の詳細な検討でさえ、被告人の行為がその射程内にあると公正に示すとはいいがたい。⁽¹⁴⁵⁾

多数意見の解釈が予見不可能なほどに拡張的であるとの主張は、この問題を扱うどの裁判所も多数意見とは反対の結論に至っていたとの事実によって支持される。⁽¹⁴⁶⁾ 他の巡回区における判決では、メッセージが被告

(143) *Id.* at 326.

(144) *Id.* at 326-327.

(145) *Id.* at 327. なお、「1997年法律雑誌論文は、被告人に多数意見の解釈につき警告を与えなかったであろうとの立場を補強した。というのは、Jackson Games 事件における第5巡回区の判決では、E-メールの傍受が送信命令に従い新たに組まれた (composed) メッセージが一時的記憶場所に保存されるわずかな時間になされる、短い実行可能時間枠があるからである。被告人は、E-メールが一時的な記憶場所に保存される前にこれを取得したのではなかったから、その論文が被告人の行為が禁止されていないと確信させることになるであろう。」との指摘がなされている (*Id.* at 331)。

(146) *Id.* at 329. なお、裁判例による告知の付与につき詳細に論じている。つまり、「多数意見は、その合衆国盗聴法の解釈が、*In re Pharmatrak* 事件判決の先例と合致し、*Hall v. EarthLink Network, Inc.* 事件判決と一致すると主張した。反対意見はこの主張に直接対応しなかったため、それゆえ本稿がこれを行なう。たとえ多数意見が正しいとしても、この2つの判決はそれぞれ2003年、2005年に出されたものである。それゆえ、被告人は、これらの判決によって、1998年1月になされたその行為が合衆国盗聴法に違反するとの公正な警告を付与されなかったであろう。かくして、反対意見が言及したように、被告人が行為時に利用可能であった先例は *Jackson* 事件判決および *Reyes* 事件判決であった。反対意見は簡潔に *Jackson Games* 事件判決に言及したが、それがなぜ被告人に公正な警告を与えないのかの分析を与えなかった。*Jackson Games* 事件判決では、第5巡回区は、意図された受取人に読まれていなかった私的なEメールが蓄積されたコンピュータの差押えが合衆国盗聴法における傍受ではないと判示した。第5巡回区の判決の重要な点は、「有線通信」とは違って、「電子通信」の文言が「電子保管」の定義を含んでいないことにあった。その結果、第5巡回区は合衆国議会が電子保管された電子通信が傍受されうることを意図しなかったと判断した。第5巡回区は立法沿革を用いてこの主張を支持した。合衆国盗聴法の第5巡回区による狭い解釈は、本判決多数意見による拡張解釈につき被告人に公正な警告を付与するとはとても考えられない。どちらかといえば、第5巡回区の判決は、問題のEメールがその取得時に *Interloc* 社のコンピュータ・システムに電子保管されており、結果的に傍受しえないから、被告人の行為が禁止されていないと確信させるであろう。」(*Id.* at 330-331), あるいは「反対意見は *Reyes* 事件判決に短く言及したが、ここではこの裁判例が被告人に公正な警告を与えることができなかった理由をより深く分析する。*Reyes* 事件判決では、政府機関がポケットベルを差押え、そのメモリーにアクセスした。その記憶は、意図した受取人によってまだ受信されていなかったメッセージを含んでいた。裁判所は、これが電子通信の傍受ではなく、保存された電子通信へのアクセスであるとした。裁判所は、とりわけ電子通信の傍受がデータの転送を取得することを意味すると述べて、本質的に *Jackson Games* 事件判決で示された理由づけに従った。その定義はデータの取得がデータの本来の送信と同時であるとの要件を含む。かくして、*Reyes* 事件判決の理由づけや判決は後の多数意見の判断につき被告人に警告をほとんど与えなかったであろう。その代わり、*Jackson Games* 事件判決は、被告人によるメッセージの取得がデータの本来の送信と同時ではなかったことから、その行

人のE-メール・サーバーによって取得されたのとは異なって取得されたが、「何らかの一時的、介在する保管」との言葉が「電子通信」の定義内にそのメッセージを当てはめるのは明らかである。それゆえ、被告人のE-メール・サービスがそのメッセージを傍受したものではなかったのである。

本判決の意味につき、本判決は、立法府と司法府が直面する現在の問題、つまり技術の進歩に直面して個人のプライバシー権を保護することにかかわる問題を明らかにする。E-メールの猛攻撃が、通信技術がプライバシーに関する法律における発展に挑むなかで、新たな法的・倫理的諸問題を生み出している⁽¹⁴⁷⁾。これと同じ一般的問題は合衆国盗聴法を1986年合衆国電子通信プライバシー法で修正すると判断した時点で立法府により認識されていた。すなわち、これらの新しい通信方法は、古い技術によって拘束される制定法上の定義のもと付与される法的保護を超えている。その不幸な結果は、将来そのような見込みのある同じ技術が、我々の通信が私的当事者または政府によって傍受されるであろう危険を高めていることである、⁽¹⁴⁸⁾と。当時立法府が直面した問題は今日もなお存在している。技術は産業が生き残るために急速に進展する。立法プロセスは本質的にかなりゆっくりと動き、有効に技術の進歩と張り合うことができない。もう一つの問題は、政治機関が効果的な立法を起草するのに必要な、技術の進展に関する知識を得がたいことである。裁判所は、合衆国盗聴法に関するこれらの問題を指摘し、「その文言がコンピュータ犯罪の技術的現実に歩調が合わない」と述べた。⁽¹⁴⁹⁾しかしながら、Torruella 裁判官の反対意見は、合衆国議会が明確に述べた場合に制定法に意味を付与することが裁判所の権限内にあることを認めた。本判決

為が禁止されていないと確信させるであろう。」(Id. at 331-332)。

(147) Id. at 332.

(148) Id. at 333.

(149) Id.

の多数意見は技術の進歩と法律とのこのギャップを認識しないことが新たな問題を生み出す。多数意見は本質的に判決を下す際に立法府のように行動した。⁽¹⁵⁰⁾とりわけ刑法の脈絡におけるそのような行動の禁止は十分に確立されている。行為が事前に権限のある当局によって犯罪であると定義されていなければ犯罪とは考えられない。この考えは権力分立、裁量的権限の濫用防止や告知の付与と合致する。かくして、本判決で起こったように、裁判所が立法府のように行為する場合、個人は告知を否定され、それゆえ「禁止されていると合理的に理解し得ないであろう行為で刑法上責任を問われうる」。⁽¹⁵¹⁾技術は関連立法よりもすばやく進歩し続けるであろうし、政治機関が効果的な立法をなすために必要な知識をもたないから、進展する通信技術にかかわる事件において裁判所が立法府のように行動したいとの衝動は生じ続けるであろう。それゆえ、この判決が効力を有するのを許すのは、潜在的な被告人のデュー・プロセスの権利を否定する危険な先例を作り出すこととなる。⁽¹⁵²⁾第1巡回区は不十分な立法の問題に対応して、新たな立法を本質的に創造するため誤った理由づけを用いた。このアプローチの問題はデュー・プロセスの権利の否定の増加である。裁判所は1つの問題を解決して別の問題を生じさせたかもしれない⁽¹⁵³⁾。

2) Miano 評釈

A. 制定法解釈

1. なぜ反対意見は多数意見の移動・保管二重性 (Transmission/Storage Duality) 論を打ち負かせなかったのか。⁽¹⁵⁴⁾

形式的論理から見ると、合衆国盗聴法の条文が、メッセージが伝達状

⁽¹⁵⁰⁾ *Id.* at 334.

⁽¹⁵¹⁾ *Id.*

⁽¹⁵²⁾ *Id.*

⁽¹⁵³⁾ *Id.* at 334-335.

⁽¹⁵⁴⁾ Miano *supra* note 8 at 554.

態でも一時的保管状態でも電子通信としてカバーするとの多数意見の判断は合理的で健全である。Konop 事件判決における第9巡回区控訴裁判所も本件の反対意見も「合衆国議会が合理的に結論したのもっともである」「合衆国議会がさほど保護しないことを選択した」「合衆国議会がそのような問題を契約当事者に委ねる意図であった」などの言葉を用いた。多数意見はこれらの主張に反対の議会意図で応じることはなかった。その代わり、多数意見は「合衆国議会が被告人の解釈が生み出す奇妙な事態、つまり、メッセージがきわめて短時間電子通信ではなくなり、その後突然に再び電子通信となることを考えていたというのは疑わしい」と述べた。⁽¹⁵⁵⁾

合衆国議会が本法の起草時に科学技術評価局報告に依拠していたこと、および、科学技術評価局が1つの独立した段階として伝達をとらえていたことを前提とすれば、被告人の解釈方法が合衆国議会の期待にはずれるとの多数意見の主張はもっともらしいと思われる。反対意見は、立法沿革を探し回っても何ら得られるものがなく、裁判所が Russello 事件判決の格言より先に進む必要がないと思っている。しかしながら、反対意見はこれによってポイントを譲った。排除が不当であるとする多数意見の平明な主張に対してこの法格言を擁護することはできなかつた。⁽¹⁵⁶⁾

その代わり、Torruella 裁判官はその解釈が司法政策の問題として正しいことを主張した。反対意見は、厳格解釈主義のアプローチでは立法沿革の入り込む余地がないと確信していると思われる。⁽¹⁵⁷⁾しかし、明確性の欠如で有名な、合衆国盗聴法と同じくらい複雑な制定法を解釈する場合、合衆国議会の意図の理解の確認のために立法沿革に言及するのが適切であると考えられる。本件反対意見は厳格解釈主義の哲学に本法の理解を合致させようとした。これらの法律家は、この方法論が立法府の判断の

(155) *Id.* at 554-555.

(156) *Id.* at 555.

(157) *Id.*

完全性を維持すると確信する。しかしながら、合衆国盗聴法をその哲学に合致させようとして、彼らは逆の合衆国議会の意図を仮定した。⁽¹⁵⁸⁾

一見して、明確かつ簡単な解釈に対する反対意見の動機付けは合理的と思われる。被告人によって取得されたメッセージは明らかに「一時的、介在的保管」中であり、合衆国盗聴法はもしそれが保管された有線通信であれば問題なくカバーするであろう。しかしながら、予期されない重複を拒絶することは、厳格解釈主義者が立法沿革と定義の構造において明らかにされた拡張的な立法意図を無視する場合にのみ可能となる。ここで、反対意見は極端に司法消極（保守）的である。⁽¹⁵⁹⁾ Torruella 裁判官の分析は電子通信の定義が言わなかったこと、つまり電子通信が電子保管を含まなければならないことにのみ焦点を当てた。その分析はその定義が言ったこと、つまり電子通信が4つの列挙された例外が存在するきわめて広範な範疇であることを無視した。第1巡回区その他の裁判所は、合衆国電子通信プライバシー法の構造は出来が悪くその適用範囲が合衆国議会による明確化を必要とすると正しく指摘した。この問題への反対意見の対応は、厳格解釈主義者のレンズを通じて本法をろ過し、立法意図をその分析に適合するようもくろむことであつたであらう。⁽¹⁶⁰⁾ 多数意見が示すように、そのような司法哲学はこの状況では不適切であつた。本件では、制定法も合衆国議会も自らを弁護した。

2. なぜ多数意見の理論的根拠がより重要であるのか。⁽¹⁶¹⁾

反対意見の誤りは本件が引き出す法制上の矛盾を前提とすれば理解可能であつた。すなわち、合衆国議会がある科学技術に関して個人を保護するため制定法を定めるが、より新しい予期しない科学技術がその保護を骨抜きにし始める場合、裁判所は、当該制定法の条文がその新たな科

(158) *Id.* at 555-556.

(159) *Id.* at 556.

(160) *Id.*

(161) *Id.*

刑罰法規の解釈における「公正な告知」原理

学技術に明確には言及していない場合、合衆国議会の意図に従って当該制定法をどの程度広汎に解釈すべきか。裁判所と合衆国議会はこの問題を理解する。実際、合衆国議会は、まさに新たな科学技術が包括的犯罪規制法の保護を抉ったから、1986年に合衆国電子通信プライバシー法を制定した。一方で、制定法をあまりに狭く解釈することは新しい科学技術からあらゆる予期された保護を削り落とし、立法目的を無視する。他方、あまり広汎に解釈することは立法過程以外で法律を作ることとなり、個人がある行為がある刑罰をもたらすとの告知を受けなければならないとの法の支配に違反する。本件では、多数意見は、合衆国議会が制定した法律の範囲内で保護が適切であるとうまく主張した⁽¹⁶²⁾。

被告人は、伝達途中のE-メールが予知しない方法で移動し、予知しない科学技術により読まれる場合でさえ、電子通信の定義が常にそれらのE-メールをカバーするか否かを問うた。合衆国議会は電子通信の定義をきわめて広く定めたが、E-メールが伝達中に保管されたりされなかったりし、保管中傍受されやすいことを考慮しなかった。その瞬間、メッセージは電子保管の定義にも該当する。しかしながら、1つの定義を充たすことは、そのメッセージが電子通信の定義を充たさなくなることを意味しない。それぞれの定義の射程は明らかに広く、条文上それらが相互に排他的であることを示唆するものはない。対照的に、電子通信の定義は明白に有線通信を排除し、合衆国議会がその重複を見て拒否したことが明らかである。本件では、広範な文言、列挙された例外およびある重複の明白な拒否がある。したがって、停まらされた伝達途中のE-メールへの、電子通信の定義と電子保管の定義の二重適用の推定は合理的である。さらなる排除あるいは重複の暗黙の拒否を支持する当事者は、裁判所が本法を合理的に反対の趣旨に解釈できる以上、その負担を負う⁽¹⁶³⁾。

(162) *Id.* at 556-557.

(163) *Id.* at 557.

被告人は制定法解釈の道具を用いてあるいは立法沿革を通じてこの推定を打ち破れなかった。第1に、解釈原理は電子通信の定義を暗黙の排除から保護した。有線通信と電子通信の定義形式がバラレルではなかった。第2に、立法沿革は、合衆国議会が本法に送信者から受信者までを射程とさせる意図であったことを示した。さらに、保管条項の存在を説明することで有線通信の定義が電子通信の定義と独立していることも明らかにした。それだけで、多数意見は合衆国盗聴法が伝達途中のE-メールを保護するとの簡明で得心の行く主張をした。⁽¹⁶⁴⁾

B. なぜ公正な警告の原理が被告人に適用されるべきなのか。⁽¹⁶⁵⁾

合衆国盗聴法の博学で明晰な解釈にかかわらず、公正な警告の原理に関する多数意見の分析は被告人に適用されかぎりでの外的外れ (ignoratio elenchi) であった。なぜならば、多数意見の分析はその解釈の予見可能性に関する反対意見の批判に誤って答えているからである。ignoratio elenchi は、反対者の要点を解決できない議論によって示された、主張者の反対者の立場の誤解に関する論理上の誤りである。この誤りは、arbutum ad populum fallacy (感情への訴えの誤り) と同じ分類に属する。いずれも公正な警告の分析を汚しうる。⁽¹⁶⁶⁾ McBoyle v. United States 事件判決における公正な警告の原理の Holmes 裁判官の分析はそのような間違いに対して抗議する。すなわち、

犯罪者は殺人や窃盗の前に法律の条文を注意深く検討することはおおよそないであろうけれども、公正な警告が、法律がある線を越えると何をする意図であるかにつき、一般人が理解する言葉で世間に与えられるべきであることは合理的である。警告を公正なものとするには、できるかぎりその線が明確であるべきである。ある行為ルールが示されれば、当該制定法は、単に類似の政策が当てはまると思われるから、あるいは立

(164) *Id.* at 557-558.

(165) *Id.* at 558.

(166) *Id.*

刑罰法規の解釈における「公正な告知」原理

法府がそれに着き考慮していたならばより広範な言葉が利用されていたであろうとの推測に基づき、⁽¹⁶⁷⁾ 拡張されるべきではない、と。

被告人が当該行為に先立ってE-メール傍受の合法性を調べたとの証拠はない。同様に、裁判所が感情への訴えの誤りをしている証拠もない。しかしながら、多数意見の制定法解釈の深さと形式尊重を前提とすれば、多数意見の判断がこれまでの形式主義者の予期の代わりに政策の観点からなされているのでなければ、なぜそれが公正な警告の原理の分析におけるギャップを見落としたのかは理解しがたい。

United States v. Lanier 事件判決では、合衆国最高裁は、本件で問題となった「公正な警告の3つの関連する表明」⁽¹⁶⁸⁾ を検討した。多数意見はまさにこの原理の2つの下位原則を解析し用いたが、合衆国盗聴法のその解釈が予見不可能なほど拡張的であるか否かを十分に分析できなかった。Lanier 事件判決における Souter 裁判官の全員一致の意見では、必要なレベルの明確性（“clarity at the requisite level”）がさもなくば不明確な制定法に対する裁判所の注釈によって充たされうるが、デュー・プロセスは裁判所が制定法も先例も公正にその射程内にあると明らかにしていない行為に、刑罰法規の新たな解釈を適用することを禁じる。この公正な警告原理の定式は本件で問題となる事実と制定法にあてはまる。⁽¹⁶⁹⁾

第1に、本件の第1巡回区は「さもなくば不明確」の問題につき判断した。他の裁判所は、矛盾した制定法解釈を見て取っていたけれども、移動・保管二重性の問題を詳細に検討してはいない。第2に、第1巡回区は多数意見が文面上あいまいであると認める制定法に「必要なレベルの明確性」を付与した。多数意見が合衆国盗聴法の荒いふちに「裁判所の解釈」を供給したと述べている。第3に、第1巡回区による移動・保管の二重性の採用は明らかに「刑罰法規の新たな解釈」であった。なぜな

(167) 283 U.S. 25, 27 (1931).

(168) 520 U.S. 259, 266 (1997).

(169) Miano *supra* note 8 at 559.

らば、①多数意見によれば、合衆国議会は本件における争点の「実在の風変わり」を予想していなかった、②どの裁判所もこれまでそのような解釈を取ったことがなかった。それゆえ、この公正な警告原理の下位原則における争点は、制定法または先例がその解釈が合衆国盗聴法の射程内にあることを公正に明らかにしていたかの2要件問題に収斂された。⁽¹⁷⁰⁾いずれかの要件が充たされれば、公正な警告原理は適用されない。

この分析の第1要件では、多数意見は、「制定法のもっとも単純な解釈が、Eメール・メッセージが傍受時に本法にいう電子通信であったことである。というのも、当該行為を本法の射程から除くために制定法解釈の道具を用いなければならないからである」と主張した。しかしながら、その前の制定法解釈の分析では、多数意見は、合衆国電子通信プライバシー法の平明な文面が、通信が伝達中電子保管されている場合に合衆国盗聴法の射程内の電子通信であるのか否かを明確には述べていないとした。合衆国盗聴法のもっとも単純な理解が移動・保管の二重性がその射程内にあることを明らかにしているとの主張と、合衆国盗聴法の平明な文面が合衆国盗聴法が移動保管の二重性を許容するか否かにつきあいまいであるとの主張と、多数意見の矛盾した主張をうまく整合させるのは困難である。多数意見が制定法の条文の分析においてあいまいさの存在に依拠しつつ、にもかかわらず合衆国盗聴法の禁止が被告人の行為に適用されると判断したことを前提とすれば、裁判所はこの依拠を合理的には無視できなかったが、被告人が条文から公正な警告を受けていたと判断した。合衆国盗聴法の文面におけるあいまいさは「ある線を越えれば法が何をする意図であるか」を明らかにしなかった。合衆国盗聴法の文面は第1要件を充たさず、被告人の訴追は、先例が移動・保管の二重性の正しさを公正に明らかにしている場合にのみ公正であったこととなる。⁽¹⁷¹⁾

(170) *Id.* at 559-560.

(171) *Id.* at 560.

反対意見は、多数意見の根拠が第2要件を充たさず、公正な警告原理が適用されるべきであるとした。第5巡回区による Steve Jackson Games 事件判決は被告人の行為時に利用可能な唯一の説得力ある先例であった。それは移動・保管の二重性の問題を特に解決するものではなかったけれども、電子通信の定義からの暗黙の排除（有線通信にはある電子保管の定義がないゆえの排除）があることを示唆した。この判決では、E-メールはその最終目的地に到達していたので、裁判所は二重性の問題を解決しなかつた⁽¹⁷²⁾。しかしながら、学術文献はこの判決につきいくつかの結論を導いており、多数意見も反対意見も White 論文を検討した。

White 論文は、自動経路指定ソフトの利用が合衆国盗聴法の最も狭い解釈に違反するであろう状況を提示した。多数意見は、本件被告人が同じく自動経路指定ソフトを用いたから、White 論文が本件を予想するものとした。しかしながら、反対意見は、White 論文で示された経路指定ソフトの例外が、そのソフトがメッセージが一時的な場所に蓄積される以前の時点で新たに組み立てられたメッセージを傍受する場合にのみ適用されると正確に指摘した。被告人のソフトによってコピーされたメッセージは新たに組み立てられたものではなく、その最終目的地の前の一連の介在するコンピュータのなかで最後のコンピュータにある間に取ってこられたものである。かくして、多数意見は White 論文によって示された合衆国盗聴法の解釈を誤って述べた。多数意見は、White 論文が、当時利用可能であった他の学術論文と同じく、被告人の行為が禁止されていなかったこと有力に示唆したであろうとの反対意見の主張に対応しようとした。しかしながら、多数意見の対応は、White 論文の反対意見による文字通りの理解の正当性を否定し、実際には多数意見の立場の合理性を傷つける論文から一般ルールを推論する誘導に用いたから、的外

(172) *Id.* at 560-561.

(173)
れであった。

多数意見は、脚注において、White 論文が、いくつかの状況では合衆国盗聴法違反となりうる自動E-メール経路指定ソフトがある可能性を明らかにしたと主張することで、反対意見の反論に答えた。多数意見の主張は以下のようにまとめられる。つまり、多数意見の解釈は予感できないほど拡張的ではない。というのは、被告人の行為時に、いくつかの状況では合衆国盗聴法違反となりうる範疇があるとの可能性を明らかにした、仮定を含むケースを解釈する学生論文があったからである、と。そのような基準はできるかぎり明確であるべき法律を促進するものではない。(174) 多数意見の主張が正しいと仮定してもなお、White 論文は合衆国盗聴法が移動・保管の二重性を許容することを公正に明らかにする先例が存在するとの要件を充たさなかった。多数意見は、合衆国盗聴法が予見可能性のため被告人の行為に適用されるであろうとの告知を被告人が受けていたか否かの第2要件を充たさなかった。(175)

要するに、「予見不可能な拡張解釈」の分析は公正な警告原理における3つめの下位原則である。裁判所は、すべての他の要因を充たしながら、制定法の平明な条文あるいは先例が合衆国盗聴法が移動・保管の二重性を許容することを明らかにするかどうかの2要件テストにこの下位原則の分析を分解した。多数意見が正確に指摘し後に依拠したように、条文における「継続的なあいまいさ」があるから、第1要件は充たさなかった。第2要件に目を向けると、被告人の行為以前の唯一の利用可能な先例は Steve Jackson Games 事件判決であった。その事件では、第5巡回区は被告人の議論を支持する合衆国盗聴法に関する理論的根拠を採用した。しかしながら、多数意見は仮定的なシナリオにおいてこの判決を解釈した1つの学術論文が合衆国盗聴法が被告人の行為を処罰するで

(173) *Id.* at 561.

(174) *Id.* at 562.

(175) *Id.*

あろうと事前警告していたと主張した。反対意見は、多数意見がその仮定の内容を誤って述べている、および当時の文献が合衆国盗聴法が被告人の行為を禁じていないことを示唆したと正確に批判した。多数意見は的外れである主張で反論した。White 論文の誘導的分析を通じて、被告人は合衆国盗聴法の第5巡回区の解釈がその判断に例外類型を生み出し、その一つがおそらく被告人の活動に適用されうるであろうとの告知があったであろう。Steve Jackson Games 事件判決も、その判決を解釈する学術論文も、移動・保管の二重性が合衆国盗聴法の射程内にあることを公正に明らかにするものではないから、第2要件は充たさず、裁判所の解釈は予見不可能なほど拡張的ではない。かくして、合衆国盗聴法が被告人の行為を犯罪化したけれども、公正な警告原理は被告人の訴追を排除する。なぜならば、法がその行為の犯罪性を公正に明らかにしていなかったからである。⁽¹⁷⁶⁾

以上、2つの評釈の、多数意見の解釈方法に対する批判の概要を見てきた。Yaylaian 評釈は、従来の厳格解釈の原則をベースにそのポリシーを論ずるものであり、本件多数意見解釈も予見不可能な拡張解釈として公正な告知（警告）の原理に反するゆえ、その解釈自体が許されない、換言すれば、そのような解釈による処罰の拡張は立法府が明文をもって行なうべきことを求めるものである。刑罰法規の解釈そのものの限界として公正な警告原理が機能する点はきわめて魅力的ではあるが、その告知の有無あるいは予見可能性の判断がまさに刑罰法規の文言のみから行なう、まさに法解釈格言の適用により定義規定における特定文言の存在不存から移動・保管分離論を解釈論として導くのであれば、価値観が多様化・多元化した個人の自由を最大限保障しようとする社会において、国家が刑罰をもって個人の行動を規制することの正当化に規制対象行為（および制裁内容）につき明確な境界線の設定が不可欠であり、個人に

(176) *Id.*

刑罰回避の前提となる、その境界線を踏み越えたのか否かの判断の危険負担を負わせるべきではないとの本来的な趣旨に合致するであろう。しかし、規制の必要性をベールに包む立法者意図の探求という解釈作業においては、条文や裁判例だけではなく、さまざまな立法過程で現れた、十分に権威づけされていない資料までもが取り込まれる傾向にあり、告知の判断はおよそ一般人に対する規制であるにもかかわらずその一般人を対象とするものとはいいがたいものとなっている。解釈の基軸となるべき告知がその作業の中に埋没しその形骸化を生むのでは本末転倒であろう。本判決においても、多数意見が1本の学術論文における言及をもって予見可能であったとの資料に加える点、反対意見がこれにつき学術論文の指摘内容と被告人の行為との照合を行なって批判を加える点にその問題性が露呈していると思われる。これまでも告知の有無の判断は、条文文言のみならず、合衆国最高裁判例のみならず各巡回区や各州の裁判例をも、たとえ巡回区や州が異なる場合にできえ、その資料に加えており、およそ一般人を基準とするのではなく、法律専門家による判断に置き換えられている⁽¹⁷⁷⁾。しかも、告知があったと判断するために、他の法域における裁判所の解釈が引用されることもしばしばある一方、告知を否定する方向に働く裁判例の扱いは素っ気ない⁽¹⁷⁸⁾のである。本件では、条

(177) See generally, Jeffries, *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, 71 VA. L. REV. 189 (1985), LAFAVE, *supra* note 2 at § 2.3 (b) (漠然性のゆえに違憲無効の法理における公正な警告についての検討箇所である)。

(178) 本件第1巡回区控訴裁判所の多数意見は他の巡回区の裁判例にほとんど言及することがない。多数意見を執筆した Lipez 裁判官は、控訴棄却を支持した判決における反対意見で、Steve Jackson Games 事件判決および Konop 事件判決に以下のように指摘した。すなわち、Steve Jackson Games 事件判決は本件における政府の主張と合致するものであり、実際、裁判所は「傍受」が1968年合衆国盗聴法における耳による通話の脈絡では同時に起こると定義されていたこと、および、合衆国議会が合衆国電子通信プライバシー法制定当時はこの定義を維持したことを指摘し、本件で問

文や裁判例からも離れ、1つの研究成果で何らの権威づけもない学術論文にまでその根拠が求められるのであり、これは徹底した文献調査と文献の精緻な理解をなしうることを要求することとなり、ますます一般人基準から乖離する。この点は、Miano 評釈も多数意見の学術論文引用の正確性を批判している点で問題であろう。もちろん本件多数意見の問題点を指摘するものであるが、告知の判断構造の基軸にかかわるだけに言及自体が告知概念の緩和に隙を見せるものであろう。

Miano 評釈は、解釈は解釈として立法者意図を明らかにする合理的な手法を追求し、合理的な解釈であるかぎりこれを許容したうえで、その解釈による処罰が予見不可能である場合には許されないとする。この立場では、告知が解釈そのものの是非に加えられるよりは、告知がその独自の価値をもって機能し、解釈の必要性のゆえに告知の充足を無理やりに導くことでその空疎化が生じるのを避けることも可能かと思われる。ただ、この場合には独立した告知が確固たる理論内容を保持する必要がある。この立場は予見不可能な拡張解釈の適用が遡及処罰禁止と同じく告知の欠如の問題を生ぜしめることに注目し、遡及処罰禁止による不意打ち処罰への救済の論理を応用するものである。⁽¹⁷⁹⁾ その意味では、告知の

題となる通信中の一時保管が Steve Jackson Games 事件判決で問題となった伝達後の保管にはかかわらないとした (373 F 3d. at 212-213)。また、konop 事件判決については、ウェブサイト内のデータが静止しており、合衆国盗聴法が、傍受が通信と同時に起こることを要求するから、そのデータの、サイトへの無権限アクセスによる取得が合衆国盗聴法における傍受にあたらないと判示したのであって、電子通信がコンピュータに着くやいなや合衆国盗聴法の保護を失うとは言っていないとした。Konop 事件判決も、Steve Jackson Games 事件判決と同様、合衆国盗聴法における傍受が伝達と同時に起こる取得として定義されるとの見解を示したにすぎないとした (*Id.* at 213-214)。

(179) これは、州最高裁の解釈が予見不可能であるとし、「刑罰法規の解釈が問題の行為に先立って示されていた法律に照らして予測できず擁護しえない場合には、その解釈は遡及効果を与えられてはならない」とした、Bouie v. City of Columbia 事件の合衆国最高裁判決 (378 U. S. 347, 354

概念は本件で引用された United States v. Lanier 事件判決における処罰の明示の要件が参考になる。また、告知の付与はデュー・プロセスによる禁止として憲法上の要請となるのであろうが、その機能の場面を理論的位置づけとともに検討する必要もあろう。

最後に、合衆国電子通信プライバシー法の解釈を見ておく。合衆国電子通信プライバシー法における「電子通信」の定義は4つの範疇化された例外を明示したうえで、「あらゆる移動」を含めている。問題は、「移動」がまさにメール情報の伝達中、つまりまさに動いていることのみを意味するのか否かである。まず、おそらくは「有線通信」の定義規定に照らし、この移動は発信地と受信地間の移動を意味する。定義規定における原則と例外の明示には、解釈に関する法格言 *expressio unius* が適用され、明示された4つの例外以外の例外を合衆国議会が意図的にかつ目的的に排除したと解される。⁽¹⁸⁰⁾ 4つの例外には「一時的、介在的保管」中のメール情報は含まれていない。また、「あらゆる移動」の日常の言葉の意味からすると、発信地から着信地へメール情報が行き着くまでの状態を全て示唆すると読み取れ、メール情報の伝達に付随的に起こる「一時的、介在的保管」が含まれるであろう。しかし、一時的、介在的に保管

(1964)) に基づく。

(180) Lanier 事件判決については、拙稿「コモン・ロー上のルールの不利益の変更と遡及処罰禁止原則(2)」神戸学院法学第33巻第2号42頁以下参照。ただ、Lanier 事件判決は、「制定法が、それだけであるいはその解釈を含め、被告人の行為が犯罪であったことを行為当時に合理的に明確にしていたか否かが試金石である」(520 U.S. at 267) とし、「公正な警告の判断資料は、合衆国最高裁の判決だけではなく、合衆国控訴裁判所の諸判決もその資料となるとしつつ、巡回区間における意見の対立が公正な警告を妨げることを示唆する」(*Id.* at 265-266) と指摘しているが、事案の特殊性のゆえに、「既存の法に照らして違法性が明らかでありさえすれば刑事責任を問える」(*Id.* at 268) とし、被告人の行為につき告知があったと判断されているため、後者の指摘は傍論となってしまっている。

(181) See Generally LAFAYE, *supra* note 2 at 2.2 (i).

されたメール情報も含まれるとは即断しえない事情が本法に存在する。そこでは、停止したメール情報が「電子保管」として特別に定義され、「有線通信」の定義には含まれている。法格言 *expressio unius* を適用すれば、言い換えると形式的に条文文言を見れば、「電子通信」に「電子保管」中のメール情報を含まないと解釈することも可能である。つまり、本法はその文面上電子保管中のメール情報の傍受を処罰するとの広義の解釈も処罰しないとの狭義の解釈もいずれも成り立つ、「あいまいな」条文なのである。そしてもっとも峻厳な厳格解釈の原則の適用をすれば、このあいまいさはまさに立法府によって生み出されたものであり、その立法の稚拙さによる処罰の危険の負担を国民に負わせるべきではないとして、被告人に有利な、狭義の解釈が選択されることとなる。実際、合衆国電子通院プライバシー法が直ちに改正されたという事実も含めれば、この厳格解釈の原則の要請はきわめて明快である。ついで、条文上広狭2義の解釈が成り立つとしても、いずれを選択するかでは合衆国最高裁等の判例・裁判例を考慮する、厳格解釈の原則の適用もありうる。本件では、「一時的、介在的保管」中のメール情報の傍受が合衆国電子通信プライバシー法で処罰されるかにつき、合衆国最高裁の判例がなく、また行為当時において第1巡回区の裁判例もなく、ただ他の巡回区における裁判例が事案を異にしつつも処罰対象外であるとの推論を導きうる以上、狭義の解釈が選択される⁽¹⁸²⁾。

(182) わが国の拡張解釈に関する議論では、一般人が条文を読んで広狭の解釈が可能という条文のいわば日常的解釈の枠を超えて、「日本語として客観的に可能な意味」や「予見可能な意味」（可能性をどの程度とするかによってかなりのニュアンスがありうる）を検討の範囲内に取り込む。判例は、目的論的解釈として、条文文言の熟語を個々の漢字に分離分解するかのごとく、あるいは条文文言の行為の結果を行為として意味づけるごとく解釈を行なう。松宮教授は、わが国の判例における拡張解釈が「意味創造的拡張解釈」とでも呼ぶべきものとされる（同『刑法総論講義〔第3版〕』（2004年）23頁）。いずれにせよ、アメリカ合衆国での広義の解釈の選択とは解釈場面が異なることは留意しなければならない。松宮教授は、「ある

しかし、合衆国最高裁判例はこのような厳格解釈の原則を放棄している。緩和された厳格解釈の原則の下では、法格言の適用の前提要件、すなわち2つの条文の関連性においてパラレルな関係が求められること、および合理的な立法意図が法格言に優先することが検討される。「電子通信」の定義規定が「有線通信」の定義規定を踏まえて解釈されているとしても、「電子保管」の定義はボイスメールの保護を象徴として唱導されたがゆえに「有線通信」の定義に明文で追加されたが、それは「有線通信」の定義への追加による保護に限定されるものではなかったことは明らかである。よって、立法意図が合理的である限りにおいて、その意図を達成しうる広義の解釈が選択されるであろう。ここで広義の解釈による処罰が不意打ち処罰ではないことを解釈の許容要件とするために、他の巡回区の裁判例を事案による区別で排除したうえで1本の学術論文のわずかな指摘にまで言及して、当該行為が禁止されていることを予見しえたとするのは、本件被告人を含め処罰の空隙をまったく許さないことを優先した結果たる、告知概念の崩壊である。その意味で、解釈そのものの選択と、その解釈による不意打ち処罰の禁止（告知の保障）とを分離することは、デュー・プロセス条項の保障する「公正な告知」を受け権利が完全に形骸化するのを妨げる防塁として位置づけられうる。ただ、ここまで退いての防塁がどれほどの効果を発揮するかは心もとなないところではある。

単語には、当然、文脈に応じて広狭いくつかの意味があります。『拡張解釈』というのは、そのうちの『広い意味で解釈する』ということであって、行為の時点で社会に通用していない意味を作り出して解釈することではないのです。これに対して『厳格解釈』というのは、本来、『言葉の狭い意味での解釈』を意味します。」と指摘される（同『プチゼミ刑法総論』（2006年）14頁）。わが国の議論はより操作性が高い解釈限界論であるように思われる。