

## アメリカ刑事法の調査研究 (174)

米 国 刑 事 法 研 究 会  
(代 表 堤 和 通)\*

FBI v. Fazaga, 595 U.S. \_\_\_, 142 S.Ct. 1051 (2022)

川 澄 真 樹\*\*

FISA (Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978, 対外諜報活動監視法) による政府の監視の適法性を非公開 (in camera) かつ一方当事者参加 (ex parte) による手続で審査することを認める FISA 第1806条(f)項は国家機密特権 (state secret privilege) を廃するものではないとされた事例。

### 《事実の概要》

被申請人は、自身らが南カリフォルニア在住のイスラム教徒であるところ、FBIがその宗教を理由に、FISA (Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978, 対外諜報活動監視法) に基づく監視を行ったのは違法であると主張し、合衆国政府、FBI、2名のFBIの職員を相手として、推定的集合代表訴訟 (putative class action) を提起した。被申請人によれば、FBIは情報提供者に「無差別的な方法でイスラム教徒に関する情報を収集する」ように指示をし、この情報提供者はイスラム教徒のコミュニティに潜り込み、「イスラム教徒の数百の電話番号と数千のEメールアドレス」

---

\* 所員・中央大学総合政策学部教授

\*\* 嘱託研究所員・中央大学法学部兼任講師

モスク、住居、そして他の私的な場所で撮影された「数百時間の動画」、そして、「数千時間の会話の音声」と「公開討論グループ、授業、講義の音声」を収集していたとされ、このような政府の違法な情報収集活動は合衆国憲法国教禁止条項 (Establishment Clause)、表現の自由条項、第4修正、第5修正のデュー・プロセス条項上の平等、信教の自由回復法 (Religious Freedom Restoration Act)、連邦不法行為請求法 (Federal Tort Claims Act)、FISA 第1810条、プライバシー法 (Privacy Act)、カリフォルニア州法に反すると主張している。

FISAによる監視の適法性については、FISAの第1806条(f)項に従って判断されることになり、本件ではこの規定が問題となっており、同条項は以下のように規定している。すなわち、(1) 合衆国政府または州の政府機関がFISAの電子的監視 (Electronic Surveillance) で取得したまたは入手した (derive) 情報を監視対象者に対して、証拠として利用するか、もしくはその他の方法で利用するか、または開示する意図を裁判所に通知した場合、または、(2) FISAの情報が違法に獲得 (acquire) されたこと、または、監視が承認または許可に従って行われていないことを理由に、監視対象者が証拠排除申立てを行った場合、もしくは、(3) 監視対象者が、合衆国または州のあらゆる他の法律や規則に基づき、監視に関する申請もしくは命令またはその他の資料の開示または取得 (obtain) を申し立てたか、または、監視で取得または入手した証拠または情報の開示、取得または排除を申し立てた場合に、司法長官が開示または対審での聴聞が行われれば、合衆国の国家安全保障を害するであろうとの宣誓供述書を提出した場合には、合衆国 District Court は、監視対象者に対する監視が適法に承認されているか否かを判断するのに必要な範囲 (as may be) で、非公開かつ一方当事者参加の手続により監視に関する申請、命令、その他の資料を審査しなければならないとされている。また、その際には、District Court は監視の適法性を正確に判断するのに必要な場合に限り、適切に安全が保障された手続と保護命令の下で、監視に関する申請、命令、またはその他の資料を監視対象者に開示することができるとされている。

被申請人の主張に対し、司法長官は、合衆国の国家安全保障上の利益を保護するための国家機密特権 (state secret privilege) の正式な主張を行った。すなわち、①特定の個人が FBI の対テロ捜査の対象者であったか否かを肯定または否定する情報、② FBI の対テロ捜査の開始理由または FBI の対テロ捜査の状況と結果を明らかにし得る情報、③ FBI の対テロ捜査で用いられた情報源と手法を明らかにし得る情報が機密であると主張し、これにより被申請人の主張の多くが退けられると主張した。また、FBI 副長官は情報の開示が「国家安全保障に対して相当な害を及ぼすであろうことが合理的に予測される」理由を公に明らかにするとともに、より詳細については、機密扱いとした上でこれを明らかにした。

District Court は、これらの内容の審査の後、国家機密特権により、被申請人の主張は、FISA の第1810条 (FISA に違反してなされた電子的監視に対する損害賠償等の民事責任についての規定—筆者注) 上の主張を除いてすべて退けたが、第1810条の下での主張も主権免責 (sovereign-immunity) を理由に退けた。District Court は、被申請人の主張にかかる訴訟は機密情報の開示を必要とするか、またはその開示がなされる正当化できないリスクを伴うことになると結論付けた。

これに対し、第9巡回区 Court of Appeals は、FISA の制定により、合衆国議会は政府の国家機密特権、並びに、電子的監視に関連する訴えがなされた場合、国家機密特権に基づく訴えの却下による政府側に対する救済策も廃止を意図していると判示した。第9巡回区 Court of Appeals は、第一に、FISA の第1806条(f)項は、同法だけでなく、他の法令に基づいて電子的監視の合法性または訴訟での利用を監視対象者が争うときに適用されること、第二に、第1806条(f)項の手続が適用される場合には、コモン・ロー上の国家機密特権で求められることがある訴え却下による救済がこたえる間を直接抜くことになることを指摘する。第9巡回区 Court of Appeals によれば、その理由は、第1806条(f)項の手続は国家機密特権と同じ懸念から生まれ、ほぼ同一の過程において適用されるものであることにある。

当裁判所は第1806条(f)項が国家機密特権を廃するものであるか判断する

ためにサーシオレイライを認容した。

### 《判旨・法廷意見》全員一致

アリトー裁判官執筆の法廷意見

FISAの第1806条(f)項は、公判裁判所や他の機関がFISAによる電子的監視の適法性を検討し、具体的な形での救済を命じることができる手続を規定しているが、以下で示すように、この規定は国家機密特権を廃するものではないため第9巡回区 Court of Appeals の判断を破棄する。

I 当裁判所は「裁判所による国家及び軍事機密の開示命令に対抗する政府の特権」を長きにわたり認めてきた (*General Dynamics Corp. v. United States*, 563 U.S. 478, 484 (2011); see also *United States v. Zubaydah*, \_\_\_ U.S. \_\_\_, \_\_\_ (2022) (slip op., at 7); *Tenet v. Doe*, 544 U.S. 1, 11 (2005); *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1, 6-7 (1953); *Totten v. United States*, 92 U.S. 105, 107 (1876))。本件では、この長きにわたり確立している特権の利用可能性または射程にFISAが影響を与えるかを判断することが求められている。

そして、第1806条はFISAに基づき合法に収集された情報の利用が許される場合の手続を規定している。すなわち、政府は、FISAに従って取得された情報を監視対象者に対する証拠として提出するか、それを利用または開示する意図がある場合には、裁判所と監視対象者に通知しなければならない(第1806条(c)項)。また、政府が情報の利用を意図している者は、情報が違法に獲得されたこと、または、監視が裁判所の承認または許可に基づいてなされていなかったことを理由に証拠排除を申し立てることができる(第1806条(e)項)。当該情報の適法性と許容性を判断する手続では、司法長官が情報の開示または当事者間での聴聞が合衆国の国家安全保障を害するとの宣誓供述書を提出した場合に、裁判所が「非公開かつ一方当事者参加」で判断することが認められている(第1806条(f)項)。

以下で示す三つの場合に第1806条(f)項の手続が適用される。すなわち、第一に、第1806条(c)項または(d)項(州の政府機関による情報の提出・利用・開示についての規定—筆者注)の下でFISAに従って取得された情報

を監視対象者に対する証拠として提出するか、それを利用または開示する意図があると通知する場合、第二に、第1806条(e)項の下で監視対象者がFISAに従って取得された情報を排除する申立てを行った場合、第三に、監視対象者が、合衆国または州のあらゆる他の法律や規則に基づき、監視に関する申請もしくは命令またはその他の資料の開示または取得を申し立てたか、または、監視で取得または入手した証拠または情報の開示、取得または排除を申し立てた場合に第1806条(f)項の手続が適用される。

第1806条(f)項の手続では、裁判所は、監視対象者に対する監視が合法に承認され、実施されていたかを判断するのに必要な範囲で、監視に関する申請、命令、その他の資料を審査し、証拠が違法に取得されていた場合は、証拠を排除するか監視対象者の申立てを認容しなければならない(第1806条(g)項)。しかし、証拠が適法に取得されていた場合には、裁判所は「デュー・プロセスが開示を求める程度では開示を認めつつ、監視対象者の申立てを退けなければならない。」(第1806条(g)項)。

II A 政府は、第1806条(f)項の解釈について、これは訴訟当事者が、政府が監視で得た証拠の許容性を争うときに初めて適用される規定であるから、同条項が国家機密特権を廃したとの第9巡回 Court of Appeals の解釈は誤っていると主張している。これに対し、被申請人は第1806条(f)項の規定をより広く解釈しており、同条項は、政府側の解釈が示す場合に加え、非刑事訴訟の当事者(civil litigant)がそのような機密情報を取得しようとする場合にも同条項の適用があると主張している。その理由とはすなわち、第一に、第1806条(f)項は、政府が監視で取得した情報を証拠に提出する以外の方法で「利用」(第1806条(c)項参照)する場合にも同条項の適用があり、本件で政府が国家機密特権を援用して被申請人の請求を却下するように District Court に対して求めたことがFISAにより収集された情報の「利用」に当たるからであるという。第二に、監視対象者が監視による証拠の開示を受けまたは取得する申立てまたは請求を行った場合に同条項が適用され、監視で得た情報の廃棄または返還を政府に命じる被申請人の請求がこれに当たるという。

これに対して、政府は、国家機密特権の主張は「電子的監視から得られた、または電子的監視に由来する情報」の「利用」には当たらないと主張している。反対に、政府は国家機密特権の主張はその情報を利用しないようにするためになされるものであると主張している。さらに、政府は、被申請人の訴えは「申立てや申請」にはそもそも当たらないので、被申請人はFISAによる監視に由来する情報やFISAによる監視に関する資料の「開示を受けるまたは取得するための申立てや申請」ができていないと主張している。しかし、当裁判所はいずれにしても第1806条(f)項は国家機密特権を廃するものではないということを以下二つの別の理由により示すためこれらの議論の優劣については判断しない。

B1 第一に、FISAは国家機密特権については何も述べていない。そうすると、国家機密特権の援用可能性については、それが変更されていないという根拠が強くなる。国家機密特権がコモン・ローのみに由来するものであるか、コモン・ローに加えて合衆国憲法にも由来するものであるか否かとは関係なく、合衆国議会が少なくとも明確に法律上の文言で示さない限り、国家機密特権が廃止された、または限定されたと判示するべきではない(See *Norfolk Redevelopment and Housing Authority v. Chesapeake & Potomac Telephone Co. of Va.*, 464 U.S. 30, 35 (1983); *Jennings v. Rodriguez*, 583 U.S. \_\_\_, \_\_\_ (2018) (slip op., at 12))。

2 そして、第1806条(f)項の運用と国家機密特権は両立する。第9巡回区 Court of Appeals は第1806条(f)項の規定は国家機密特権と同じ懸念によって生まれたと考え、被申請人は、それらは「根本的に同じ」方法で運用されていると主張するが、それは違う。

第1806条(f)項が適用される大多数の事案において、国家機密特権は援用されない。というのも、通常は、第1806条(f)項は司法手続または行政手続において、政府側がFISAによる証拠を利用しようとする場合に適用されるものであり、その際に政府が当該証拠を国家機密特権により開示しないということはないからである。

また、政府ではなく、監視対象者のイニシアティブで第1806条(f)項が適

用される場合に、被申請人の同条項の解釈を採っても、同条項と国家機密特権が衝突することはない。FISAと国家機密特権は、第一に、裁判所に異なる間に答えることを求めるものであり、第二に、異なるタイプの救済を与える権限を裁判所に付与するものであり、第三に、当事者並びに裁判所に異なる手続を踏むように指示する。これについてみると、すなわち、第一に、そして最も重要なことに、第1806条(f)項によって求められる検討は監視の適法性である。反対に、国家機密特権が主張された場合は、そこでは、証拠の開示が国家安全保障上の利益を害しないかが問題となり、当該証拠が適法に取得されたかは問題とならない。*Reynolds*で当裁判所が説明しているように、国家機密特権は「証拠を開示することを義務付けると、国家安全保障上の利益上明らかにするべきではない軍事情報を公にすることになる合理的な危険性がある」場合に適用される (345 U.S., at 10; see also, e.g., *Zubaydah*, \_\_\_ U.S., at \_\_\_ (slip op., at 7); *General Dynamics*, 563 U.S., at 484)。当裁判所は監視の証拠が違法に取得されたと証明されれば、国家機密特権の主張が退けられるとは一度も示唆していない。

第二に、第1806条(f)項と国家機密特権の下では、与えられる救済も異なる。第1806条(f)項の下では、証拠が適法に取得されていたと裁判所が判断する場合、監視対象者に何ら救済を与える権限はないが、国家機密特権の主張について検討する裁判所は証拠の開示が国家安全保障に影響を与えることはないと判断する場合、適法に取得された証拠の開示を命じることができる。そして、第1806条(f)項の下では、裁判所は証拠が違法に取得されていると判断した場合、監視対象者に救済を与えなければならないが、国家機密特権の下では、監視の適法性は特権の成否を決めるものではない。さらに、第1806条(f)項とは異なり、国家機密特権については、訴答段階での訴えの却下が認められる場合があるので両者の機能は異なる。

第三に、第1806条(f)項と国家機密特権の下での検討は手続上も異なる。第1806条(f)項は司法長官による宣誓供述書に基づいて非公開かつ一方当事者参加による関連する監視の証拠の審査を認めているが、国家機密特権は、当該事案を管轄している機関の長が援用する。

また、国家機密特権の主張を評価する手続は、一定の場合に、第1806条(f)項で規定される手続よりもより情報の保護に留意してなされることがある。第1806条(f)項は監視の適法性を「判断するのに必要」な資料について「非公開かつ一方当事者参加による審査」を認めるが、同条項では、機密性の高い情報を裁判所の審査から外すことを政府に許すことを明示的に規定していない。これに対して *Reynolds* では、政府が証拠の提出を義務付けられると、国家安全保障上の利益上、明らかにされるべきではない情報を公にすることになる合理的な危険性があると示す場合には、「執務室内での裁判官だけによる審査であるとしても」、問題となっている証拠の検討を求めるべきではないと明示的に述べている (*Reynolds*, 345 U.S., at 10)。したがって、国家機密特権の場合は、第1806条(f)項と異なり、非公開かつ一方当事者参加による審査であっても関連証拠の審査を認めないことがある。

以上の理由から当裁判所は、合衆国議会は第1806条(f)項を制定した際、国家機密特権を廃止、縮小、または修正したものではないと結論付ける。

Ⅲ 当裁判所の本日の判断は第1806条(f)項が国家機密特権を廃するものか否かという狭い問題しか扱っておらず、両当事者の法律の解釈どちらが正しいかということは判断しない。また、本件政府の証拠に国家機密特権が及ぶか否か、訴答に基づく訴え却下の裁判を下した District Court の判断が正しいか否かについては、第9巡回区 Court of Appeals がこれらの問題について判断していないので本件では解決しない。

第9巡回区 Court of Appeals の判断を破棄し、当裁判所の意見に沿ってさらなる審理を行わせるべく本件を破棄差し戻す。

## 《解説》

### 1. はじめに

本件は、南カリフォルニア在住のイスラム教徒である被申請人らが、その宗教を理由に FBI が FISA に基づく監視を行ったのは違法であるとして、政府に対し民事訴訟を提起したことに端を発する。FISA は国家安全保障



のための対外諜報目的での電子的監視を規律するために1978年に制定された法律であり、そこでは、外国政府や国際テロ組織等の外国勢力や外国政府の役人や国際テロに従事している者等の外国勢力のエージェントに対する監視を規律している<sup>1)</sup>。そして、FISAにいう電子的監視とはいくつかのタイプがあるが、本件では、FBIの協力者による被申請人らに対するビデオ撮影と会話等の秘密録音の適法性が問題となった<sup>2)</sup>。

本件では、このように電子的監視の適法性について訴訟が提起されたが、合衆国最高裁判所での争点は、監視の適法性について機密情報保持の観点から、情報の開示が国家安全保障を害するとの司法長官の宣誓供述書に基づいて非公開かつ一方当事者参加で裁判所が審査することを認める第1806条(f)項が政府の国家機密特権を廃したものであるかという点に限定されている。すなわち、本件では、監視の適法性を審査する第1806条(f)項は、司法長官の宣誓供述書に基づいて非公開かつ一方当事者参加の手続によることを認めているので、政府は、その手続において国家機密特権を主張して情報を開示することを拒むことは認められないことになり、第1806条は国家機密特権を廃したものであるかが問題となり、合衆国最高裁判所は全員一致で第1806条(f)項は国家機密特権を廃するものではないと判示した。

## 2. 国家機密特権についての関連裁判例

本件で合衆国最高裁判所は、国家機密特権は長きにわたり認められてきた確立したものであるとしているが、その際に合衆国最高裁判所が引用する裁判例について、簡潔にみると、まず、*Totten* (*Totten v. United States*, 92 U.S. 105 (1876)) では、南北戦争中の北軍の諜報員に対する給与の支払

1) *See*, 50 U.S.C. § 1801-1811.

2) 本件でのビデオ撮影・会話等の秘密録音が関係する電子的監視の規定は、第1801条(f)項(4)号にあり、そこでは、個人がプライバシーの合理的期待を有し、法執行目的でなされる場合には令状が要件とされる場合に、有線通信または無線通信以外から合衆国内で情報を獲得するために電子的監視装置、技術的監視装置または他の監視装置を設置することまたは使用することと規定されている (*See*, 50 U.S.C. § 1801(f)(4))。

いに関する契約を巡り訴訟が提起されたが、合衆国最高裁判所は、諜報活動の契約に関する訴訟は裁判所が扱うことができない旨判示した。そして、*Reynolds* (United States v. Reynolds, 345 U.S. 1 (1953))<sup>3)</sup>では、アメリカ空軍が爆撃機に極秘の電子機器を装備してテスト中に爆撃機が墜落し、民間人のオブザーバーを含む乗員の多数が死亡した。そこで、この民間人の遺族が合衆国に対し訴訟を提起し、事故調査報告書等の開示が空軍に請求され、空軍はこの請求を国家機密に当たるとして拒むことができるかが問題となり、合衆国最高裁判所は本件で国家機密に当たる報告書の開示を拒否するための国家機密特権の主張を空軍に認めた。さらに、*Tenet* (Tenet v. Doe, 544 U.S. 1 (2005))では、冷戦中にCIAの諜報活動に協力していた原告がCIAとの契約によりその諜報活動の見返りとして合衆国への亡命で援助を受けたが、原告はその後、合衆国で失職し、CIAの指示により就職可能職種の制限が課せられていたため、再雇用が叶わなかった。そこで、原告はCIAに、資金の援助を要請したが、CIAはこれを拒否したため、政府とCIA長官に対し、諜報活動の見返りを巡り禁反言とデュー・プロセス違反に基づいて訴訟を提起した。これに対し合衆国最高裁判所は、*Totten*により、禁反言とデュー・プロセス違反が争われている本件の場合でも裁判所が扱うことができない訴訟である旨判示した。そして、*General Dynamics Corp.* (General Dynamics Corp. v. United States, 563 U.S. 478 (2011))<sup>4)</sup>では、アメリカ海軍と新型ステルス機の開発契約を締結したGeneral Dynamics Corp.が開発費用を巡り契約不履行に陥り、会社の契約不履行の原因は既にアメリカ空軍により運用されているステルス機の技術が政府から共有されていなかったことによるとして政府に対し訴訟を提起した。本件で、合衆国最高裁判所は、本件の契約に関する争いについて

---

3) 本件の紹介・解説として、富井幸雄「国家秘密特権—安全保障と司法権の一側面—」法学会雑誌第56巻第2号80頁(2016年)、玉井克哉「防衛秘密と司法判断—米国判例に見る「軍産複合体」の一側面—」情報法制研究第5巻3頁(2019年)がある。

4) 本件の紹介・解説として、玉井・同上がある。

は、*Totten* と *Tenet* が適用されるとし、具体的な事案の解決はしなかった。また、近時示された *Zubaydah* (*United States v. Zubaydah*, 595 U.S. \_\_\_, (2022)) では、ポーランドにあるとされる CIA の施設でアル・カーイダのテロ被疑者とされた者が「強化尋問法」(enhanced interrogation technique) による尋問を含む不当な扱いを受けたとして、ポーランド当局にこの活動に関わったポーランド人に対する告訴を行ったが、合衆国最高裁判所は、当該 CIA 施設の存否の情報に関して政府の国家機密特権の主張を認め、当該施設の存否につながる情報の開示を認めない旨の判示をしている。

### 3. 検 討

本件では、被申請人から FISA による監視の適法性について訴訟が提起され、これに対し、司法長官が国家機密特権の正式な主張を行ったが、合衆国最高裁判所における争点は、裁判所が監視の適法性を第1806条(f)項により審査する際、そこでは、情報の開示が国家安全保障を害するとの司法長官の宣誓供述書に基づいて非公開かつ一方当事者参加の手続で審査することが認められているので、同条項が国家機密特権を廃したものであるかということに限定されており、合衆国最高裁判所は全員一致で第1806条(f)項は国家機密特権を廃するものではないと判示した。この点に関して、第9巡回区 Court of Appeals は、第1806条(f)項の運用と国家機密特権は同じ懸念から生じるものであるとして、国家機密特権は同条項により廃止されたとする。また、合衆国最高裁判所によれば、被申請人は、第1806条(f)項と国家機密特権は「根本的に同じ」方法により運用されるものであると述べており、第1806条(f)項と国家機密特権は競合・非両立の関係にあり、国家機密特権は廃止されたと捉えている。

本件で、合衆国最高裁判所は、まず、FISA における文言解釈から検討を開始し、FISA には、国家機密特権に関する文言・規定は存在しないことを指摘して、「少なくとも」合衆国議会が明確に法律上の文言で示さない限り、国家機密特権が廃止された、または限定されたと判示するべきではないとしている。そして、合衆国最高裁判所は、第1806条(f)項と国家機

密特権は両立するとし、そもそも、第1806条(f)項が適用される大多数の場合は、本件とは異なり、政府が証拠を利用しようとする場合であり、その際には政府が証拠を利用しようとしているのであるから国家機密特権は援用されないとしている。そうすると、本件のように監視を受けた側から監視の適法性について訴訟が提起される場合への第1806条(f)項の適用は少数であることになるが、合衆国最高裁判所は、その場合についても両者が両立する理由・事情について説明をしている。すなわち、第1806条(f)項で求められる検討事項は監視の適法性であるが、国家機密特権が主張された場合の検討内容は、当該情報の開示が国家安全保障を害するか否かという点に相違があることを指摘して、与えられる救済、両者の機能、手続上の相違、保護策の留意の程度の相違について説明をし、第1806条(f)項は、国家機密特権を廃したのではないとしている。

以上の点についてみると、まず、合衆国最高裁判所の文言解釈であるが、ここでは、「少なくとも」合衆国議会が明確に法律上の文言で示さない限り、国家機密特権が廃止された、または限定されたと判示するべきではないとしており、これは、合衆国議会が明確に法律上の文言で示したとしても、そこから直ちに、国家機密特権を廃止するとまではしていないように思われ、国家機密特権の廃止については相当に慎重な検討が要されるとの立場に立っているものと思われる。そして、合衆国最高裁判所は、第1806条(f)項と国家機密特権が両立するとしているが、この点については、合衆国最高裁判所が示しているように場合を分けて検討を加える必要がある。

まず、政府が自ら証拠を刑事手続等の手続で利用する場合の証拠の開示の申立てであるが、この場合には、合衆国最高裁判所がいうように、政府は証拠を当該手続で利用しようとしているのであるから、国家機密特権を援用してこれを明らかにしないということはないといえ、このような場合に政府が国家機密特権を主張することは考えられないといえる。そして、第1806条(f)項では、提出する証拠が国家安全保障上、公開の法廷で明らかにされるべきではないということはあるので、その場合には、司法長官の

宣誓供述書に基づいて、非公開かつ一方当事者参加による手続でその内容を審理することができる」と規定しているということになる。

これに対して、本件のように、監視対象者側からその監視の適法性について争う場合であるが、この場合、政府は、積極的に情報を証拠として提出しようとしている場面ではなく、非公開かつ一方当事者参加による手続を取ることができるとしても、監視で得られた情報を利用することを差し控えたいと望んでいる場合である。この点、確かに、合衆国最高裁判所がいうように、第1806条(f)項と国家機密特権では、裁判所による検討・審査の内容・方法等は異なる。そうすると、監視対象者側からその監視の適法性について争う場合に、政府に国家機密特権の主張を認めても、第1806条(f)項と国家機密特権は競合することにはならず、第1806条(f)項は国家機密特権を廃していないとの合衆国最高裁判所の結論は是認することができるものと思われる。そして、さらにいえば、仮に、監視対象者側からその監視の適法性について争う場合に、第1806条(f)項により非公開かつ一方当事者参加による手続を取ることができるからといって、政府に国家機密特権の主張を一切認めないとすれば、現実の問題として機密情報の保護の観点から懸念が生じると思われる。この場合、政府が国家機密特権を主張したい情報とは、非公開かつ一方当事者参加による手続を取ることができるとしても、利用することは差し控えたいと望む機密情報であるので、このときに政府に国家機密特権の主張を認めないということになれば、監視の適法性が争われた場合には、政府は裁判所に機密情報を常に開示しなければならなくなり、対外諜報活動への支障と国家安全保障上の懸念が生じる可能性があると思われる。

尚、アメリカ合衆国の評釈では、FISAは電子的監視を行う政府の権限の濫用を正すために制定された経緯があり<sup>5)</sup>、FISAの手続は、国家安全保障上の利益を促進しつつ、可能な場合には訴訟の原告に主張を行うこと

5) Rebecca Reeves, *F.B.I. v. Fazaga: The Secret of the State-Secrets Privilege*, 17 Duke J. Const. L. & Pub. Pol'y Sidebar 267, 268, See, 277-278; See also S. Rep. 95-604, pt. 1, at 7 (1977); See also S. Rep. 95-604, pt. 1, at 4 (1977).

を認めるものであることを前提に<sup>6)</sup>、本件でFISAは、国家機密特権を廃したものであると判示することが合衆国議会の意図に敬意を表することになるとの指摘がある<sup>7)</sup>。しかし、合衆国議会が国家安全保障上の利益の促進までも考慮に入れているというならば、政府の保有する情報の保護が関係する場面で、本件で合衆国最高裁判所がいうように、検討・審査の内容・方法等が異なる国家機密特権を第1806条(f)項は廃していないと判示しても、合衆国議会の意図に反するものとはいえないと思われる。

ところで、本件で合衆国最高裁判所は、第1806条(f)項の手続が適用される場合とは、政府がFISAにより得られた証拠を何らかの手続で利用するケースが多いとし、本件のように監視対象者側から監視について訴訟が提起された場合に同条項の適用がなされることは稀であることを示唆している。確かに、FISAの電子的監視については、事後通知の制度がなく、基本的には監視により得られた情報が刑事手続等で利用されることになってはじめて当事者は監視が行われた事実について知ることになる。本件では、被申請人らによれば、FBIが潜入させた協力者がFBIの指示でコミュニティのメンバーに暴力的な「聖戦(jihad)」について尋ねた結果、メンバーの一部がこの協力者をFBIと地元警察に通報したことで調査が終了したと主張しているが、本件では、このような協力者の調査活動での不穏な言動から当局への通報と調査の終了につながり、それを契機として、何らかの形で被申請人らがFBIによる調査が行われていたとの確証を抱き、その適法性を争うに至った可能性があると思われる。

本件は、合衆国最高裁判所が強調しているように、第1806条(f)項は国家機密特権を廃止していないとの判断に留まるものである。本件では、FBIの協力者による監視行為の適法性が問題となっていたが、この点についての判断はなされてはおらず、また、本件司法長官の主張(FBIの対外諜報に関する捜査内容(事実の概要①～③))の内容に国家機密特権が適用さ

---

6) Reeves, *Id.*, 268.

7) *Id.*, at 280.

れるものであるかを示すものでもなく、国家機密特権が肯定された事例ではない。

#### 4. 本件の意義

本件で合衆国最高裁判所は、第1806条(f)項は国家機密特権を廃するものではないと判示したが、本件で同条項は国家機密特権を廃したものであるとすれば、政府はその監視に関する情報を裁判所に開示・提供しなければならなくなり、対外諜報活動の遂行と、ひいては国家安全保障上の問題となり得る。本件でFISAの第1806条(f)項との関係で国家機密特権の廃止を否定したことには実際の法運用において大きな意義があるといえる。