

判例研究

車両に秘かにGPS端末を取り付けて
位置情報を検索し把握するGPS捜査
の法的性質
(最大判平二九・三・一五裁時一六七二号一頁)

伊藤博路

I 事実の概要¹⁾

1 事実の経過

被告人は、複数の共犯者と共に自動車で移動することにより広域にわたる窃盗事件を繰り返していると疑われていた。組織性の有無、程度、組織内における被告人の役割を含む犯行の全容を解明するための捜査の一環として、平成25年5月23日頃から同年12月4日頃までの約6ヶ月半の間、被告人、共犯者のほか、被告人の知人女性も使用する蓋然性があった自動車等合計19台に、同人らの承諾なく、かつ、令状を取得することなく、GPS端末を取り付けた上で、その所在を検索して移動状況を把握するという方法によりGPS捜査が実施された（以下、この捜査を「本件GPS捜査」という。）。

2 第1審および原審の判断の要旨

(1) 第1審裁判所（大阪地決平27・7・10判時2288号144頁）は、本件GPS捜査は検証の性質を有する強制の処分（刑法197条1項ただし書）に当たり、検証許可状を取得することなく行われた本件GPS捜査には重大な違法がある旨の判断を示した上で、本件GPS捜査により直接得られた証拠およびこれに密接に関連する証拠の証

注)

- 1) 本判決の評釈・解説として、宇藤崇「判批」法学教室440号152頁（2017年）、井上正仁「判批」刑事訴訟法判例百選〔第10版〕64頁（2017年）、伊藤雅人＝石田寿一「判解」ジュリスト1507号106頁（2017年）がある。
 - 2) 第1審の証拠決定（大阪地決平27・6・5判時2288号138頁、判タ1424号319頁）は、次のように判示した。(1)「本件捜査に用いられたGPSは、検索時におけるGPS端末の所在地点に関する状況に依存するところが大きいものの、誤差数十メートル程度の位置情報を取得できることも多く、それなりに高い精度において位置情報を取得できる機能を有していた上、少なくとも、警察官らが被告人らの乗る車両を失尾した後も、GPS端末の位置情報を取得することによって、再度、同車両を発見し、追尾することができる程度には、正確な位置情報を示すものであったと認められる」。
 - (2)「本件GPS捜査は、尾行や張り込みといった手法により、公道や公道等から他人に観察可能な場所に所在する対象を目視して観察する場合と異なり、私有地であって、不特定多数の第三者から目視により観察されることのない空間、すなわちプライバシー保護の合理的期待が高い空間に対象が所在する場合においても、その位置情報を取得することができることに特質がある。本件においても、コインパーキングや商業施設駐車場のみならず、ラブホテル駐車場内に所在した対象のGPSの位置情報が複数回取得されているところ、同駐車場の出入口は目隠しのカーテンが設置され、公道からはその内部は目視できない状況にあったし、施設の性質上、利用客以外の者が出入りすることは予定されておらず、プライバシー保護の合理的期待が高い空間に係る位置情報を取得したものといえる」。
- さらに、GPS端末を利用して捜査をする際には、その取付け、取外しが不可欠であるが、その作業のためにも位置情報が取得されることにより、プライバシー保護の合理的期待が高い空間に所在する対象車両の位置情報を取得

証拠能力を否定したが²⁾、その他の証拠に基づき被告人を有罪と認定した。

(2) これに対し、原判決(大阪高判平28・3・2判タ1429号148頁³⁾)は、本件GPS捜査により取得可能な情報はGPS端末を取り付けた車両の所在位置に限られるなどプライバシーの侵害の程度は必ずしも大きいものではなかったというべき事情があること、被告人らの行動確認を行っていく上で、尾行や張り込みと併せて本件GPS捜査を実施する必要性が認められる状況にあったこと、本件GPS捜査が強制の処分に当たり、無令状でこれを行った点において違法と解する余地がないわけではないとしても⁴⁾、令状発付の実体的要件は充たしていたと考え得ること、本件GPS捜査が行われていた頃までに、これを強制の処分と解する司法判断が示されたり、定着したりしていたわけではなく、その実

施に当たり、警察官らにおいて令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとまでは認め難いこと、また、GPS捜査が強制処分法定主義に反し令状の有無を問わず適法に実施し得ないものと解することも到底できないことなどを理由に、本件GPS捜査に重大な違法があったとはいえないと説示して、第1審判決が証拠能力を否定しなかったその他の証拠についてその証拠能力を否定せず、被告人の控訴を棄却した。

被告人は、憲法35条違反、判例違反等を理由に上告した。

II 判決要旨

最高裁は、上告趣意を不適法として上告を棄却しつつ、車両に使用者らの承諾なく秘かにGPS端末を取り付けて位置情報を検索し把握す

ることが当然あり得る。そうであれば、本件GPS捜査は、「内在的かつ必然的に、大きなプライバシー侵害を伴う捜査であったというべきである」。

(3) 上記GPS端末の取付け、取外しは、GPS捜査に不可欠な手順である。「ところが、対象車両が公道上にない場合は、GPS端末の取付け、取外しの際に、私有地への侵入行為を伴う事態が想定される。門扉がなく、不特定多数人が通常立ち入ることができる状態にある場合は、管理権者が立入りについて包括的に承諾しており、犯罪を構成しないと考え得るが、本件では警察官は、少なくともラブホテル駐車場内には立ち入ったというのであり、施設の構造や性質上、管理権者の包括的承諾があったといえるか疑義も生じ得るところである。GPS捜査の密行性から管理権者の承諾を得ることができないのであれば、令状の発付を受けて私有地に立ち入るべきであり、少なくとも、管理権者の包括的承諾に疑義のある場所に立ち入ってGPS端末の取付け、取外しを行っている点においても、本件GPS捜査には管理権者に対する権利侵害がある可能性を否定し難い」。

(4) 「したがって、本件GPS捜査は、対象車両使用者のプライバシー等を大きく侵害することから、強制処分に当たるものと認められる」。

なお、上記(3)の私有地への侵入行為という第三者に対する権利侵害が、GPS捜査の強制処分性を基礎付けるものかは検討の余地があろう。第1審証拠決定の評釈として、中島宏「判批」法学セミナー 729号130頁(2015年)、黒川亨子「判批」法律時報87巻12号117頁(2015年)、山本和昭「判批」専修ロージャーナル11号(2015年)、安村勉「判批」法学教室判例セレクト2015〔Ⅱ〕40頁(2016年)、緑大輔「判批」新・判例解説Watch vol.18 181頁(2016年)、宮下紘「判批」平成27年度重要判例解説12頁(2016年)、田淵浩二「判批」判例評論693号25頁(2016年)がある。

- 3) 控訴審判決の評釈として、宇藤崇「判批」法学教室431号145頁(2016年)、中島宏「判批」法学セミナー 741号116頁(2016年)がある。
- 4) 控訴審は、警察官が相当容易に対象車両の位置情報を取得できること、対象車両によっては位置情報が取得された期間が比較的長期に及び回数も甚だ多数に及んでいること、サーバに蓄積された位置情報をダウンロードできる状況にあったことに着目して、GPS捜査の強制処分性を肯定している。

また控訴審は、第1審が根拠とした第三者に対する権利侵害の点については言及していない。他方で、蓄積された位置情報の入手可能性を挙げている点は、実際には侵害されていないプライバシーを問題とする点で特徴的である。業者に保管されるGPS端末の位置検索結果の入手が捜査機関において可能だった点を強制処分性の判断要素とした裁判例として、名古屋地判平27・12・24判時2307号136頁(ただし、GPS捜査によって得られた証拠の証拠能力を肯定)もある。このように位置情報の入手可能性という実際に生じていないプライバシー侵害の可能性を強制処分性の根拠とすることは、後述のモザイク理論との親和性を窺わせる。

る刑事手続上の捜査（以下、「GPS捜査」という。）の適法性等に関する原判決の判断は是認できないとして、その理由を以下のように判示した。

（1）「GPS捜査は、対象車両の時々刻々の位置情報を検索し、把握すべく行われるものであるが、その性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする。このような捜査手法は、個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得るものであり、また、そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきである」。

（2）「憲法35条は、『住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利』を規定しているところ、この規定の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑事手続上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制的処分にあたる〔最決昭51年3月16日刑集30巻2号187頁を参照判例として引用〕とともに、一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行うことのできない処分と解すべきである」。

（3）「原判決は、GPS捜査について、令状発付の可能性に触れつつ、強制処分法定主義に反し令状の有無を問わず適法に実施し得ないものと解することも到底できないと説示しているとこ

ろ、捜査及び令状発付の実務への影響に鑑み、この点についても検討する。

GPS捜査は、情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点では刑事手続上の『検証』と同様の性質を有するものの、対象車両にGPS端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、『検証』では捉えきれない性質を有することも否定し難い。仮に、検証許可状の発付を受け、あるいはそれと併せて搜索許可状の発付を受けて行うとしても、GPS捜査は、GPS端末を取り付けた対象車両の所在の検索を通じて対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うものであって、GPS端末を取り付けるべき車両及び罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を抑制することができず、裁判官による令状請求の審査を要することとされている趣旨を満たすことができないおそれがある。さらに、GPS捜査は、被疑者らに知られず秘かに行うのであれば意味がなく、事前の令状呈示を行うことは想定できない。刑事手続上の各種強制的処分については、手続の公正の担保の趣旨から原則として事前の令状呈示が求められており（同法222条1項、110条）、他の手段で同趣旨が図られ得るのであれば事前の令状呈示が絶対的な要請であるとは解されないとしても、これに代わる公正の担保の手段が仕組みとして確保されていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る。

これらの問題を解消するための手段として、一般的には、実施可能期間の限定、第三者の立会い、事後の通知等様々なものが考えられるところ、捜査の実効性にも配慮しつつどのような手段を選択するかは、刑事手続197条1項ただし書の趣旨に照らし、第一次的には立法府に委ねられていると解される。仮に法解釈により刑事手続上の強制的処分として許容するのであれば、以上のような問題を解消するため、裁判官が発する令状に様々な条件を付す必要が生じるが、事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの的確な条件

の選択が行われない限り是認できないような強制の処分を認めることは、『強制的処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない』と規定する同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえない。

以上のとおり、GPS捜査について、刑訴法197条1項ただし書の『この法律に特別の定のある場合』に当たるとして同法が規定する令状を発付することには疑義がある。GPS捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい」。

なお、本判決には、岡部喜代子、大谷剛彦、池上政幸の各裁判官の補足意見が付されている。すなわち、GPS捜査の特質に着目した立法的な措置が講じられることがあるべき姿であるが、法制化されるまでの間、裁判官の審査を受けてGPS捜査を実施することが全く否定されるべきものではない。「もとより、これを認めるとしても、本来的に求められるべきところとは異なった令状によるものとなる以上、刑訴法1条の精神を踏まえたすぐれて高度の司法判断として是認できるような場合に限定されよう。したがって、ごく限られた極めて重大な犯罪の捜査のため、対象車両の使用者の行動の継続的、網羅的な把握が不可欠であるとの意味で、高度の必要性が要求される。さらに、この場合においても、令状の請求及び発付は、法廷意見に判示された各点について十分配慮した上で行われなければならないことはいうまでもない。このように、上記のような令状の発付が認められる余地があるとしても、そのためには、ごく限られた特別の事情の下での極めて慎重な判断が求められるといえよう」。

Ⅲ 検討

1 GPS捜査の法的性質

(1) GPS端末を用いた捜査の法的性質については、学説上、プライバシーを大きく侵害することを重視し、強制処分と位置付ける考え方と、GPS捜査の実施状況や取得された情報の量・内容等に基づき、具体的にどのようなプライバシーが侵害されたかを考慮することにより、これを任意処分あるいは強制処分として位置付ける考え方があり、さらに強制処分と考える立場には、現行法のもとで令状に基づき実施できるとする立場と実施できないとする立場とに分かれる、と整理することができる⁵⁾。

また、プライバシー侵害の大きさに着目して、立法によってもGPS捜査自体が許容されないとする見解は存在しないことから、少なくともGPS捜査それ自体は違憲な許されない捜査手法だとは考えられていない。このことから、尾行に比較して相対的に低いコストで継続的に位置情報の収集が可能となる捜査手法を、明文のルールによって規律する必要性の有無これが肯定される場合に規律の内容が問われているといえる。この問題について下級審で判断が分かれていたところ、本判決は最高裁が下した初めての判断である。

(2) まず1つの考え方として、秘かにGPS端末を捜査対象者の自動車等に取り付け、位置情報を検索し、把握するという捜査手法は、それが捜査対象者を尾行するための「補助手段」として実施された場合、任意捜査として許されるのではないかが問われ得る。尾行は典型的な任意捜査として位置付けられており、一般的に捜査対象者に対して一定期間その住居に張り込み、尾行したとしてもそれは任意捜査と解されていると思われる。そうであれば、尾行に失敗した場合を想定して、捜査対象者の位置を把握するためにGPS捜査を実施したとしても、尾行が任意捜査として許される以上、捜査対象者の位置

5) 中谷雄二郎「位置情報捜査に対する法的規律」刑事法ジャーナル48号50-51頁（2016年）とその引用文献参照。

を把握できるにすぎない捜査手法は任意捜査として可能なのではないかということになる^{6) 7)}。

(3) 他方、警察がGPS捜査を実施する場合、そのような尾行の補助手段としてのみ用いられているとは実際にはいえないように思われる⁸⁾。そして一旦GPS捜査が開始されると、GPS端末の充電電池の交換は必要になるものの、長期にわたって、対象者の位置情報の把握が可能となる。当初の目的は尾行の補助手段であったとしても、高速で移動する自動車の追尾のような尾行によってはおよそ不可能な位置情報の把握が、一定期間にわたってなされた場合には、それはもはや尾行の補助手段という実態を超えた、尾行とは異質の位置情報の探索・把握がなされることになる。

尾行が任意捜査とされる以上、個々の位置情報の把握自体は任意捜査として可能かもしれないが、通常の尾行によっては実施困難な一定期

間の位置情報の探索・把握は、尾行とは異質のいわば移動場所の徹底的な「監視」の実態を有する⁹⁾。そうであるならば、GPS捜査は、高度のプライバシー侵害を構成し得ることになり、強制処分性を帯びることになる。

(4) 本判決は、GPS捜査には位置情報の把握は継続的・網羅的なものとなる必然性がある点を強制処分性の1つめの根拠としている。この点は、尾行による位置情報の把握は、継続的・網羅的なものとなる必然性はないという判断が前提となっているのであろうか。しかしながら、事案によっては、相当数の人員で長期間にわたる尾行は実施不可能ではないように思われる¹⁰⁾。すなわち、尾行によっても移動場所の徹底的な「監視」は不可能とはいき切れないが、これは強制処分とは考えられていない¹¹⁾。他方で、尾行による場合には、一般的に対象者を見失う可能性があるため、位置情報の把握が継続

6) 本件と別途起訴されていた共犯者についての事案である大阪地決平27・1・27判時2288号134頁では、捜査官が携帯電話機を使って接続した時だけ位置情報が取得され画面上に表示されるGPS発信機を使用していたこと、接続しても状況によっては数百メートル程度の誤差が生じることがあったこと、捜査官らは自動車で外出した被告人らを尾行するための補助手段として上記位置情報を利用してにすぎず情報を記録として蓄積していなかったことに着目して、「本件GPS捜査は、通常の張り込みや尾行等の方法と比して特にプライバシー侵害の程度が大きいものではなく、強制処分には当たらない」と説示して、令状主義の精神を没却するような重大な違法はないとし、GPS捜査によって得られた証拠の証拠能力を肯定した。

位置情報の取得の継続性が認められず、尾行のための補助手段という利用目的との関係で情報が蓄積されていないことが、強制処分性を否定する決め手となっているといえよう。前田雅英「判批」捜査研究770号64頁（2015年）は、この決定を「GPSを補助手段として使用する尾行」が適法となる要件を示したものと評価する。

7) 尾行の補助手段としてのGPS捜査は任意捜査として許容されるという見解として、尾崎愛美「装着型GPS捜査とプライバシー—情報プライバシー侵害の段階的分析を通じて—」法学政治学論究111号60頁（2016年）。太田茂「GPS捜査による位置情報の取得について」刑事法ジャーナル48号72頁（2016年）も尾行補助手段型のGPS捜査は、基本的に任意処分としてその適法性を判断すべきであるとする。

8) 高平奇恵「GPS装置による動静監視と弁護」季刊刑事弁護89号101頁（2017年）参照。

9) 捜査員による尾行は私有地や商業地等には原則として立ち入ることができないのに対して、GPSによれば公道以外の位置情報も24時間追跡可能であることから、尾行よりもプライバシー侵害の度合いははるかに大きいとの指摘がある（宮下紘「GPSの捜査利用—位置情報の追跡はプライバシー侵害か—」時の法令1973号50-51頁（2015年））。もっとも、私有地等であってもその敷地内にその車両が入ったことまでは目視により確認できるのであるから、その駐車スペースが敷地や建物内のどの位置にあるか、ということは重要ではないように思われる（太田・前掲注7）70頁）。そうであれば、仮に尾行によってこれを実施しようとすれば人的・時間的な労力を要し、追跡に失敗する可能性があるのに対して、GPSの利用によって24時間追跡可能な状態になるという点がポイントとなろう。

10) これまでの尾行捜査において、長期間にわたり、多数の人員と費用を掛けることによって、被疑者の行動状況を詳細に明らかにし、被疑者の犯行の立証に役立てたことがあるのはまぎれもない事実であるとの指摘として、城祐一郎「判批」明治大学法科大学院論集18号97頁（2016年）。

11) なお、三島聡「GPS装置による動静監視の解釈論的検討」季刊刑事弁護89号120頁（2017年）は、尾行・張り込みが任意処分とされてきたことを所与の前提とするのは適切ではないとする。

的・網羅的となる必然性があるとまではいえない。このように本判決は「必然性」という要素を示すことによって、仮に内偵捜査において継続的・網羅的な尾行が実施されたとしてもそれを強制処分から除外する趣旨のものと思われる¹²⁾。

その一方で、GPS捜査を必然的に継続的・網羅的なものとなると捉えることにより、その内容の如何にかかわらず、すなわち個々の事案を前提としてそこで具体的に侵害されたプライバシーの程度を考慮することなく、GPS捜査は強制処分となるという結論を導き得る。

ところで、強制処分性の根拠としてプライバシー侵害の可能性を考慮する判断手法を用いている点で、証拠物に対するエックス線検査の適法性が争われた事案において¹³⁾、配達途中の荷物に対する捜査としてのエックス線検査は、「荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たる」とした最決平21・9・28刑集63巻7号868頁〔以下、「平成21年決定」という。〕と本判決は共通する。

他方で、エックス線検査は1回の検査実施でプライバシー侵害は終了するが、GPS捜査は一定期間における継続的・網羅的なプライバシー侵害を考慮する必要がある点で異なる。すなわち、エックス線検査は1回の実施で強制処分になるが、本判決では、GPS捜査は「個人の行動を継続的・網羅的に把握することを必然的に伴う」ことを理由に、プライバシー侵害を導いて

いることから、1回の位置情報の把握ではそれを強制処分と評価することはできないことが前提となっているのではないかと。そうであれば、「個人の行動を継続的・網羅的に把握する」程度には至らない捜査手法について、任意捜査としてのGPS捜査が観念できないわけではない。仮にGPS捜査において短期間に数回程度の位置情報の検索、把握しか行われなかった場合、そのような位置情報把握の実態であればそれは尾行と変わらないと評価することも許されよう。

しかし本判決は、GPS捜査の必然的に継続的・網羅的なものとなる性質から、強制処分性を導く。エックス線検査と同様に、判断要素に仮定的な部分を取り入れているが、その内容は異なる。エックス線検査は、検査ごとに内容物が異なることを前提に、技術的な性能の高さという検査方法自体の性質に着目して、目視以上にプライバシー侵害が認められ得る点を強制処分性の根拠としているということが出来る¹⁴⁾。検査方法自体にバリエーションはなく、基本的に対象物に対する1回の検査実施でプライバシー侵害は終了する。これに対して、GPS捜査は、情報取得の頻度や期間等により捜査のあり方自体が異なり得る。しかし、情報取得が容易であること、位置情報に一定の正確性が認められること、情報が蓄積されることに着目すると、一般的にGPS捜査は位置情報の取得という捜査行為が複数回に及びプライバシー侵害の機会も継続性を有するものになるとの評価が導かれる。一定「期間」の実施可能性と情報蓄積の「拡大」に必然性を認めて、その点を強制処分性の根拠としている点に本判決の特色がある。

12) なお、仮にコストを度外視して膨大な人的資源を投入し、長期にわたり綿密な尾行を継続できるような態勢をとるのであれば、それは強制処分に至り、そのような尾行の「上限」を明文によりルール化すべきであるとの指摘として、緑大輔「監視型捜査における情報取得時の法的規律」法律時報87巻5号67頁（2015年）。

13) 被告人3名が共犯者と共謀し、営利目的で情を知らない宅配便業者を介し、覚せい剤を受領し、覚せい剤を譲り受ける行為等を業とし、覚せい剤を所持したとして起訴された覚せい剤取締法、麻薬取締法違反の事案で、捜査情報を下に宅配便荷物を選別し、その内容を確認するため、宅配便業者の承諾を得て（荷送人や荷受人の承諾は得ていない）空港内税関にてエックス線を照射する捜査についてその適法性が争われた。

14) 増田啓祐「判解」平成21年度最高裁判所判例解説刑事篇389-390頁は、エックス線検査の性能等からすれば、荷物を開披して見分するに等しく、あるいは開披するよりも詳しく内容物を把握できる場合もあることから、荷物に対するエックス線検査は荷物の開披検査よりもプライバシー侵害の程度が高い場合もあると述べている。

したがって、尾行の補助手段として実施された場合といったようなGPS捜査のあり方を具体的に考慮して、それが任意処分の枠内に収まるか、強制処分に至っているかどうかを判断する考え方は本判決によって否定されたことになる。事案ごとに、どの程度の回数あるいは期間位置情報の把握が行われたのかによってGPS捜査を任意処分と強制処分に区別する判断手法には限界があり、公判段階での事後的なチェックでGPS捜査を実施することには疑問がある¹⁵⁾。そのため、本判決はGPS捜査を一律に強制処分として位置付け令状主義に服させることにしたものといえよう。

(5) また、本判決は、プライバシー侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着する点を、公道上の写真撮影とは異なり、「公権力による私的領域への侵入を伴う」とし、これを強制処分性の2つめの根拠としているように読む

ことができる¹⁶⁾。これまでの写真、ビデオ撮影に関する裁判例を見ると、撮影場所が公道上あるいは開かれた公共の空間であることを重視し、撮影行為を任意処分としていた¹⁷⁾。

他方で、人の住居内の撮影のような私的空間における撮影は、高度のプライバシー侵害から強制処分性を認め得る。GPS捜査によって、公道上の位置情報のみならず私的空間における位置情報の取得も可能となるが、仮に尾行によって対象者が私的空間において移動したことを捜査官が目視で把握できたとしても、それが強制処分性を基礎付けることにはならないであろう¹⁸⁾。そうであれば公権力による侵入というのは、位置情報を「逐一把握することを可能にする」機器を使用している点がポイントとなっているといえる。

15) 田淵・前掲注2) 29頁参照。

16) 機器の装着については、「私的領域」への「侵入」を伴う処分の着手と捉える見解（井上・前掲注1）67頁）、GPS捜査の強制処分性を導く上で、侵害態様を加味したものと捉える見解（伊藤＝石田・前掲注1）110頁）がある。

17) 最決平20・4・15刑集62巻5号1398頁〔以下、「平成20年決定」という。〕は、民家内における強盗殺人およびそこで奪ったキャッシュカードを使用した窃盗等の被告事件で、現金自動預払機の防犯カメラに写っている被害者のキャッシュカードを用いて預金を引き出している男性と被告人との同一性を判断するため、捜査機関が公道上およびパチンコ店内にいる被告人の容ぼう、体型等をビデオ撮影した捜査活動を「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り行われた」適法なものであるとした。

集団行進が条例に基づく許可条件に違反する状態となったところを、警察官が、行進の状況および違反者を確認するため、歩道上から先頭集団の行進状況を撮影したことの適法性が争われた最大判昭44・12・24刑集23巻12号1625頁で、容ぼう等の撮影が適法とされたのは、撮影が公道上でなされたものである点が重視されたと考えられてきた。平成20年決定では、パチンコ店のように不特定多数の者が出入りする場所での写真等の撮影に対して、公道上における撮影と同様のものと理解していると解される。写真撮影の問題に関して、拙稿「捜査における写真撮影、ビデオ録画の適否に関する一考察」〔法学部創立60周年記念論文集〕（名城法学第60巻別冊）32頁（2010年）参照。

18) なお、位置情報の性質自体から、高度のプライバシー侵害を導くことの困難性について述べるものとして、広島高判平28・7・21LEX/DB25543571がある。すなわち、「本件GPS捜査は、性質上、車両の位置情報のほか、少なくとも移動中は事実上使用者の移動も把握することが可能となり、そのプライバシーを制約する面があることは否定できない」。「しかし、車両は、通常、公道を移動し、不特定多数の者の出入り可能な駐車場に駐車することが多いなど、公衆の目にさらされ、観察されること自体は受忍せざるを得ない存在である。車両の使用者にとって、その位置情報は、基本的に、第三者に知られないで済みますことを合理的に期待できる性質のものではなく、一般的にプライバシーとしての要保護性は高くない」と説示して、本件GPS捜査を任意処分に当たるとした。さらに、GPS捜査の性質について、「本件のようなGPS捜査は、従来、目で対象車両を探索していた捜査員の行動確認能力を大きく補完するものといえる。しかし、その点を除けば、この捜査の基本的性格は、現場での尾行や張り込みによる行動観察、それに伴う採証活動等であり、発信器の利用は、捜査員が対象車両を探索する範囲を絞るための効率的手段にすぎない。今後、測位精度が向上しピンポイントで現在位置を把握できるようになったとしても、その捜査の基本的性格は異ならない。付言すると、本件のようなGPS捜査は、対象車両の使用者に気付かれなければ、顕在化することなく終わり、捜査の適正についてチェックを受けず、恣意的な運用に流れるおそれをはらんでいることは否定し難

2 憲法35条との関係

(1) 捜査対象者に秘して行われる点では尾行もGPS捜査も共通するものの、GPS捜査では自動車等に機器を秘かに装着する点が異なる。この点について本判決は、「私的領域への侵入」という概念を提示し、その内実を、プライバシー侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着する点にあると述べている。これをどのように理解すべきであろうか。

上記「判決要旨(1)」からは、捜査手段に関して、GPSを用いた情報取得と機器の装着という2点において、「私的領域」への侵入を認め得ることが読み取れる。そして「判決要旨(2)」は、この2点について、憲法35条との関係で評価した結果を述べているものと理解し得る。そこでは、同条が保障の対象として明示しているのは「住居、書類及び所持品」であるが、保障の対象は、これらに限られず「これらに準ずる」私的領域への侵入が含まれると述べられている。

本判決は自動車を「個人の所持品」と捉えており、明文に規定のある保障対象への権利侵害の点を考察の対象から除外するのは不自然であるから、まずは「所持品」に当たる自動車に機器を装着する点について考えてみよう。自動車への機器の装着は、車体内部に装着するのであれば「侵入」と評価できようが、機器は自動車の外部に装着されているため、物理的な「侵入」があるとはいえないようにも思われる。他方で、自動車の外部に機器を装着する行為によって自動車の形状の一部に変更が加えられた点を捉えて、このような捜査行為が行われた事実に着目して、自動車への「侵入」行為があったと

見ることは不可能ではないかもしれない。もっとも、仮に使用を伴わない機器の装着の事実のみを捉えて、実質的な権利侵害性を認め得るかは疑問があるように思われる¹⁹⁾。判文も「これらに準ずる」私的領域への侵入を重視しているように読むことができる。

判示事項が「住居、書類及び所持品」に限らず「これらに準ずる」とするのは、明文には規定のない位置情報というプライバシーが憲法35条の保護すべき対象に含まれ得ることを示唆している。本判決は、上記(Ⅲ 1(4))のようにプライバシー侵害を必然的に導く(単なる可能性とは異なる)機器を秘かに装着する点を踏まえて「侵入」と評価し、憲法35条違反を認めたものと解されるが、「侵入」の本質は、上記の意味での自動車に対する侵入を用いての機器の装着という点ではなく、装着後に実施される位置情報の把握によってプライバシー侵害を伴う機器の使用の点にあると見るべきであろう。

(2) ところで、位置情報の取得という捜査目的のために、機器の装着は「秘かに」行う必要があるが、捜査対象者が不知の捜査手法という点について、本判決は、個人の意思に反することから意思の制圧を導いており、意思に反することと意思の制圧を等価値のものと評価している。「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」と強制処分を定義した最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁〔以下、「昭和51年決定」という。〕を契機

いと思われる。不透明になりがちなこの種操作に伴う危うさに着目し、事前の司法審査にかからせるという考え方にも一理あるといえよう。しかし、強制処分に該当するかどうかは、あくまでも刑訴法197条1項の解釈として決すべき問題である。前記のような一般的な懸念から、本件GPS捜査を強制処分として位置付けるのは相当とはいえない。このような運用上の懸念は、捜査の過程を事後的な司法審査に耐え得るように捜査記録として残し、適正な運用が図られる態勢を構築することにより対応するのが相当であろう。現在、仮にこの記録化が行われないなどの運用があるとすれば遺憾なことであるが、そのことが、直ちに、刑訴法上の強制処分該当性の判断を左右するものではないというべきである」と述べている。

19) この点につき、松代剛枝「GPS及び携帯電話による位置情報取得捜査—アメリカ法を手がかりとして—」井田良＝井上宜裕＝白取祐司＝高田昭正＝松宮孝明＝山口厚編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』50-51頁(成文堂、2016年)参照。

に、「意思の制圧」をどのように理解するのが議論の対象となった。意思の制圧とは単に意思に反することとは異なるのではないか²⁰⁾、通信傍受は対象者に秘して行われるので、これを実施することを知れば拒否するだろうという意味で推定的に意思に反するとはいえるが、不知の捜査手法によって意思が制圧されることはないのではないかが問われることになる。

学説上提唱されたのは、「制圧」を「反する」と解する考え方である²¹⁾。この解釈によると、問題となる捜査は対象者の（推定的）意思に反すると考えられるので、「個人の意思を制圧し」という部分は基準を問題なく充たすと考えられるため、身体、住居、財産等という権利・利益を強制処分性を認める程度に侵害しているか否かが基準として重視されることになる。その後、昭和51年決定の示した「制圧」に意味を

持たせようとする考え方が主張される²²⁾。すなわち、昭和51年決定のような事例は、対象者のどのような自由がどの程度侵害されたかを具体的に考慮しつつ、その意思が制圧されているかを基準として判断しつつ、電話検証²³⁾やエックス線検査のような意思の制圧がおおよそ観念できない対象者が不知の場合は、昭和51年決定の適用範囲外となり、どのような権利・利益が侵害されているかという観点からプライバシー侵害を理由に昭和51年決定とは異なる基準を用いるというものである。電話検証およびエックス線検査の事例で最高裁は、少なくとも意思を制圧するかどうかを明示的に判断することなく（昭和51年決定に触れるところなく）、プライバシー侵害を認めた。それらは推定的意思に反するとはいえるが、制圧するとは言い難いのでこの点の言及を避けたようにも思われた²⁴⁾。

20) 昭和51年決定の判示事項は強制処分を定義しているものと理解できるが、意思の「制圧」とされていることから、単に被処分者の意思に反するだけでは強制処分としては位置付けない、その意思を制圧するにまで至って初めて強制処分として位置付けるのだという整理を示した（佐々木正輝＝猪俣尚人『捜査法演習』10頁（立花書房、2008年））、と考えるのが素直な理解ということになろう。

21) 井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」刑事訴訟法の争点〔第3版〕46頁（2002年）。同『強制捜査と任意捜査〔新版〕』17-25頁（有斐閣、2014年）も参照。

22) 川出敏裕「任意捜査の限界」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀『刑事裁判論集〔下巻〕』26-29頁（判例タイムズ社、2006年）。

23) 最決平11・12・16刑集53巻9号1327頁〔以下、「平成11年決定」という。〕。通信傍受が「通信の秘密を侵害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分である」としつつ、通信傍受が合憲であるとした。平成11年決定は、検証を「五官の作用によって対象の存否、性質、状態、内容等を認識、保全する」活動と定義することにより、五官の作用によって物、場所または人について、その存在や状態等を認識する処分と伝統的に理解されてきた検証概念を広く捉えて、会話の内容の認識・保全が検証の対象になるとした。その上で、期間の制限や立会い等の一定の要件を加えることにより検証許可状による通信傍受を肯定したものである。

なお、平成11年決定後に、通信傍受法が成立したが、同決定は立法による対応が検討されたのと同時期の裁判例であり、通信傍受について示された一定の許容要件は立法時の議論が影響している。このように電話検証についての許容要件は、平成11年決定当時と相当程度固まっていたと見ることができる。これに対して、GPS捜査については事情が異なることを指摘するものとして、井上・前掲注1) 69頁、伊藤＝石田・前掲注1) 114頁参照。

24) 平成21年決定は、エックス線検査についてプライバシー侵害を理由に強制処分として分類した。そうであれば、任意捜査における有形力行使の限界に関する昭和51年決定が、強制処分と任意処分の区別について判断基準の1つとしている「個人の意思を制圧」するものかどうかという点は、この事案では荷送人や荷受人の承諾は受けていないものの、これらの者が拒否できない点から直ちに意思の制圧を肯定することは困難であろうから、昭和51年決定との関係が問題となり得る。昭和51年決定のような警察官が有形力を行使した場合には、対象者にどの程度の心理的圧迫が加えられたのかを具体的事実に基づき考慮しつつ、拒否（退去）の自由を「意思の制圧」の有無という基準で判断するのが妥当な解決を導くことができるかもしれない。これに対して、平成11年決定や平成21年決定によって、少なくとも、対象者に不知の処分が問題となる場合には、推定的意思に反するとはいえるが「制圧」を考えることが難しい「意思の制圧」の有無ではなく、プライバシー侵害という点が基準となることが示唆されると理解することもできた。

このような中で本判決は、プライバシーを侵害する機器を自動車に装着することが対象者の推定的意思に反するといえる場合について、「反する」を「制圧」と解することにより、前者の考え方を採ることを示したものとえよう。

(3) ところで、GPS捜査の合憲性に関して、アメリカ合衆国連邦最高裁が判断を下した事例として2012年のジョーンズ判決 (United States v. Jones, 132 S. Ct. 945, 565 U.S. ____ (2012).) がある。事案は、薬物密売の嫌疑で捜査対象となっていた被告人使用の自動車に、捜査機関が令状の許可条件に違反していたにもかかわらず、公設の駐車場に駐車中、車体の外側底部にGPS端末を取り付け、28日間にわたって位置情報が取得されたというものである。法廷意見は、伝統的なトレスパス (不法侵入)・テストを用いて、自動車は第4修正が保護すべき対象としている「所持品 (effects)」に当たり、機器を自動車に装着して移動を監視する行為は、情報を得る目的で私的財産を物理的に占有し、物理的な侵入を伴うことを理由として、第4修正の「搜索」に当たると判断した。

本判決は、車両外部への機器の装着が物理的侵入に当たるとして合衆国憲法第4修正にいう「搜索」に該当するとしたジョーンズ判決の判断とどのような相違が認められるのだろうか²⁵⁾ ²⁶⁾。両者の間には、機器の装着の点を判断の前提としている点、権利侵害の実質はプライバシーを侵害する機器を使用していることにありと解される点で共通性が認められる。

もっとも後者の点について、ジョーンズ判決が機器の装着が自動車への「侵入」に当たるとし、これを少なくとも形式的な判断基準としていることは明らかであるのに対し、本判決は機

器の装着にどのような法的評価をしているのかが判然としない点で違いがある。GPS端末の秘かな装着という点が、本判決の判断の前提とされていることは判文から明らかであるものの、機器の装着自体からは実質的な権利侵害性を認めることは困難であろう。プライバシーを必然的に侵害する機器の使用という点を前提に、その装着を自動車への「侵入」と捉えるのであれば、実質的な権利侵害性を認めることは可能かもしれないが、分かり難い考え方であると言わざるを得ない。他方で、機器の装着の点に強制処分性を基礎付ける意味を持たせない場合には、装着行為を伴わない位置情報を「逐一把握することを可能にする」機器を使用し秘かに位置情報を取得する捜査手法に対して、本判決の射程が及ばないとする理由に乏しいということになるのではなかろうか。

さらに異なる点として、合憲性の判断に際し、「不合理な搜索および押収」について規定する第4修正との文言の違いもあり、本判決はGPS捜査について「侵入」を認めつつ、「搜索」に当たるか否かについては述べていない。「搜索」への該当性に関して、機器の装着のみでの権利侵害性の点を措くと、上記 (Ⅲ 2 (1)) のように自動車に対して機器を装着する捜査行為が行われた事実に着目して、自動車に対する「侵入」を認める余地はあるものの、自動車外部への機器の装着行為については、その行為自体には自動車を対象として証拠物 (または人) を発見する目的で、それらを探し求めるという「搜索」行為の契機がないため、自動車に対する「搜索」という理論構成を採ることは難しいであろう。機器を使用して自動車の位置情報を検索する点を「搜索」と捉えるという考え方もあり得

25) このような物理的侵入という考え方を採らないことを明示したものとして、前掲注18) の広島高裁平成28年7月21日判決は、車体への機器の装着の点について、「磁石による発信器の装着は、通常、車体の損傷を来すものとはいえず、財産権の実質的な侵害を伴う可能性は一般的に小さく、この観点から本件GPS捜査が強制処分であると解される余地はない」と判示している。

26) なお、ジョーンズ判決について、機器の装着に財産権侵害を認めることはできないのではないかと指摘するものとして、清水真「捜査手法としてのGPS端末の装着と監視・再論」明治大学法科大学院論集13号178頁 (2013年)、緑大輔「監視型捜査と被制約利益—ジョーンズ判決を手がかりとして—」刑法雑誌55巻3号7-8頁 (2016年) 参照。

るが、位置情報の把握という捜査手法はプライバシーへの「侵入」の問題として理解する方が自然であることから、本判決は「侵入」という概念を用いたものと解される。

3 「モザイク理論」との関係

(1) 1つ1つの位置情報の把握だけを捉えると問題はないように見えるが、蓄積された位置情報を分析することによって個人情報明らかとなるという問題として、いわゆる「モザイク理論」がある²⁷⁾。GPS捜査により起こり得るプライバシー侵害に関わる問題であるが、最高裁はこの点について何も言っていない。蓄積された情報の分析の問題がGPS捜査によって必然的に生じるというのであれば、最高裁は位置情報の把握によってどのようなプライバシーが侵害されるのかを踏み込んで述べていないものの、最高裁がこの点に無関心であったとはいえないであろう²⁸⁾。情報技術の進歩によって、取得した情報の用い方に対してもなんらかの規制が必要と

なっているとの側面もある²⁹⁾。もっとも、最高裁がこの点に言及しなかったのは、この点を考慮するまでもなく移動場所の徹底的な「監視」から強制処分性を認め得ると解したためとも思われる。

(2) あるいは、GPS捜査に必然的に継続的・網羅的な位置情報の把握が伴うといっても、例えば2、3日間の利用にこのような意味での位置情報の把握ひいてはプライバシー侵害を認めることはできないのではなかろうか。このように短期間の情報取得にプライバシー侵害を認めることができないとすると、情報の蓄積を前提とする考え方であるモザイク理論に依拠することは困難になる。モザイク理論による場合、GPSの利用が長期間であるか短期間であるかで区別する必要が出てくるが、分岐点の確定が困難なため基準として明確性に欠けるという問題もある³⁰⁾。いずれにせよ、GPSの短期間の利用であればプライバシー侵害を構成しない可能性はあるように思われるところ、本判決は、GPS捜査

27) 前掲注4) の名古屋地裁平成27年12月24日判決の控訴審である名古屋高判平28・6・29判時2307号129頁は「本件GPS捜査は、対象車両の使用上のプライバシー等を大きく侵害するものであるから、強制処分にあたる」としたものであるが（ただし、GPS捜査によって得られた証拠の証拠能力を肯定）、GPS捜査の性質について「GPS端末を利用した捜査は、対象者に気付かれない間に、容易かつ低コストで、その端末の相当正確となり得る位置情報を、長期間にわたり常時取得できるだけでなく、その結果を記録し、分析することにより、対象者の交友関係、信教、思想・信条、趣味や嗜好などの個人情報を網羅的に明らかにすることが可能であり、その運用次第では、対象者のプライバシーを大きく侵害する危険性を内包する捜査手法であることは否定できない」と述べていることから、モザイク理論を意識しつつ強制処分性を認めたことが窺われる。モザイク理論について、例えば、尾崎愛美「位置情報の取得を通じた監視行為の刑事訴訟法上の適法性—United States v. Jones判決と以降の裁判例を契機として—」法学政治学論究104号259-260、274-275頁（2015年）、堀田周吾「サイバー空間における犯罪捜査とプライバシー」法学会雑誌56巻1号589-592頁（2015年）、三井誠＝池亀尚之「犯罪捜査におけるGPS技術の利用—最近の合衆国刑事裁判例の動向—」刑事法ジャーナル42号63頁（2014年）、清水真「GPSと捜査」法学教室427号43頁（2016年）、柳川重規「捜査における位置情報の取得—アメリカ法を踏まえて—」刑事法ジャーナル48号33-36頁（2016年）、同「「プライバシーの合理的期待」という概念についての一考察」井田良＝川出敏裕＝高橋則夫＝只木誠＝山口厚編『新時代の刑事法学〔上巻〕—椎橋隆幸先生古稀記念—』148-149頁（信山社、2016年）、尾崎愛美「GPS監視と侵入法理・情報プライバシー—アメリカ法からのアプローチ—」季刊刑事弁護89号104-107頁（2017年）参照。

28) なお、憲法学における情報プライバシーに関する検討として、山本龍彦「監視捜査における情報取得行為の意味」法律時報87巻5号60頁（2015年）、笹倉宏紀「捜査法の思考と情報プライバシー権—「監視捜査」統御の試み—」同70頁、同「捜査法の体系と情報プライバシー」刑法雑誌55巻3号33頁（2016年）参照。

29) なお、GPS監視は、GPSデータの取扱いを明確かつ厳格に規律する法律が存在してはじめて、伝統的な「尾行」との類推が許されとの指摘として、山本・前掲注28) 64頁参照。

30) この点について、土屋眞一「捜査官がGPSにより公道を走る被疑者の車を監視することは、違法な捜索か？—最近のアメリカ合衆国連邦最高裁判決—」判時2150号8頁（2012年）、亀井源太郎＝尾崎愛美「車両にGPSを装着して位置情報を取得する捜査の適法性—大阪地裁平成27年1月27日決定・大阪地裁平成27年6月5日決定を契機として—」刑事法ジャーナル47号43頁（2016年）参照。

が実施される場合には比較的長期間実施する必要がある、かつ長期間となる可能性が高いことを考慮して、GPS捜査が必然的にプライバシー侵害に至ると認め、GPS捜査の実施期間にかかわらずプライバシー侵害を肯定したものと解されよう。

なお、本判決は機器の装着を前提として判断していることから、秘密裏に機器を装着するのでないGPS捜査については、本判決の射程は及ばないものと解される。したがって、機器の装着を必要としないGPS捜査について、最高裁は判断を留保しているということができよう。もっとも、個人の行動把握の点に実質的な権利・利益の侵害を認めていると解されることから、プライバシー侵害の観点からGPS捜査一般について判断するという方向性も必ずしも否定されるものではないように思われる。

4 立法措置の必要性

(1) 本判決は、GPS捜査は「検証」では捉えきれない性質を有することから、立法による解決を促している³¹⁾。捜査機関自らGPS端末を取

り付ける態様でのGPS捜査は、現行法では実施できないとの指摘がなされてきた³²⁾。他方、通信傍受について判例は、実施期間の限定、第三者の立会い等によって検証許可状での電話における会話の傍受を認めた。電話での会話内容が検証の対象になるのであれば、捜査対象者がどこにいるのかを知るための位置情報の取得が検証の対象にならないとは言えないであろう。そして、よりプライバシー侵害の高い会話の傍受も立法なしに一定の条件を付加しつつ判例で認めていたことから、捜査機関から令状請求がなされた場合に、同様に条件を付加しつつ検証許可状を発付することも否定されないように思われる³³⁾。

(2) 本判決は、GPS捜査は「情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点で」検証の性質を有するとしながらも、「対象車両にGPS端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、『検証』では捉えきれない性質を有する」と判示している³⁴⁾。GPS捜査が検証許可状で実施可能か否かは、GPS捜査が持つ「検証」

31) 立法措置の必要性について、前掲注27)の名古屋高裁平成28年6月29日判決は、GPS捜査を「検証として行う場合、GPS捜査の特質を踏まえて合理的な規制をするためには、令状の事前提示に代わる条件、検証の対象や期間の特定等、検討を要する種々の問題があり、解釈論的にも解決の必要に迫られているように思われる。加えて、科学技術の進歩に伴い、GPSの位置検索精度の高度化、端末の小型化、軽量化が進むことは明らかであり、このような科学技術の進歩の成果を捜査に用いること自体は認められてしかるべきである反面、精度が上がり記録化がより詳細かつ容易になることを考慮すると、プライバシー侵害の危険性も一層高まるものと考えられる。自動車以外の対象に利用される可能性も高くなるであろう。より根本的には、GPS端末を利用した捜査全般に関する新たな立法的措置も検討されるべきである」と述べている。

32) 例えば、指宿信「ハイテク機器を利用した追尾監視型捜査—ビデオ監視とGPSモニタリングを例に—」三井誠＝中森喜彦＝吉岡一男＝井上正仁＝堀江慎司編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』185-186頁（成文堂、2007年）、土屋・前掲注30)8頁、稲谷龍彦「情報技術の革新と刑事手続」刑事訴訟法の争点41頁（2013年）、大野正博「GPSを用いた被疑者等の位置情報探索」高橋則夫＝川上拓一＝寺崎嘉博＝甲斐克則＝松原芳博＝小川佳樹編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』514頁（成文堂、2014年）、大久保正人「新しい捜査方法の適法性について」桃山法学25号49頁（2015年）。

33) 第1審の証拠決定は、「本件GPS捜査は、携帯電話機等の画面上に表示されたGPS端末の位置情報を、捜査官が五官の作用によって観察するものであるから、検証としての性質を有するというべきである」とし、「本件GPS捜査については、相当程度の部分で、検証許可状が発付された可能性が十分にあったものと思われる」と述べている。なお、令状発付の際には検証許可状に一定の条件を付する必要があると考えられるが、携帯電話の位置探索のための令状の条件記載について、池田弥生「携帯電話の位置探索のための令状請求」判タ1097号31頁（2002年）、高麗邦彦＝芦澤政治編『令状に関する理論と実務Ⅱ』144頁〔石渡聖名雄〕(判例タイムズ社、2013年)参照。

34) 伊藤＝石田・前掲注1)113頁は、検証では捉えきれない性質を有することも否定しがたいとあるのは、検証に「必要な処分」(刑訴法129条)としても説明しきれないとの意味であろうとする。

では捉えきれない性質とはどのようなものなのかという問題に繋がってくる。その性質の内容によっては、「検証」概念に含ませるべきでないという結論が導かれるからである。

検証概念の対象とするのは、五官の作用によって認識される対象の存否、性質、状態、内容等である。GPS捜査は、人の所在する場所を明らかにするから、対象の存在と対象がどのように移動しているかという意味で状態を認識しているといえる。検証の動機・目的となっている位置関係は検証に含まれることから、このような意味での位置情報を問題とする限り、それは検証に含まれるといえるだろう。他方で、GPS捜査は、移動する人の位置情報を長期にわたり取得しようとするものであるから、一般的な現場検証が前提とする過去に発生した事件に関する範囲という限定がない。そのため、無限に検証の対象が拡大するおそれがある。

本判決は、車両および使用者に対する所在の検索と把握とを明確に区別して、検索の点に検証との異質性を認めて、検証概念の拡大に一定の歯止めをかけようとしたと評価される。車両および使用者の位置情報の検索は、把握の目的となる捜査行為であるが、所在する場所を探索するという点で搜索と評価される。そのため、本判決が過剰な位置情報の把握の問題に言及しているように、通信傍受と同様に、期間等を事前の令状審査に服させる必要があるといえる。

もっとも、通信傍受は会話内容を対象とする点に注意を要する。会話の傍受は1回の実施であっても、通信の秘密を害することから、高度のプライバシー侵害を導くことができる。これに対して、仮にその1回の位置情報が犯行現場にいたことの証明に用いることのできるものであり、その場所が私的空間であったとしても、仮に同じ情報を尾行により得た場合に高度のプライバシー侵害に当たるとい議論はない。このことから、どの地点かを問題とする位置情報

は1回の情報取得ではプライバシー侵害を導くことは困難である。この点でプライバシー侵害の程度は通信傍受の場合とは区別される。そして、よりプライバシー侵害の高い会話の傍受も、立法によることなく一定の条件を付加しつつ判例により認められていたことを前提に考えるならば、捜査の必要性から、位置情報の取得に対して期間の限定、利用目的の明示、蓄積された記録の消去等の条件を付した検証許可状によってGPS捜査を実施する余地は残されるようにも思われる。

(3) しかし、本判決は、検証許可状による場合、裁判官が発する令状に様々な条件を付す必要が生じるが、事案ごとに裁判官の判断により令状に的確な条件を付すことが求められる強制処分は、強制処分法定主義の趣旨に沿わないという。その理由として、GPS捜査は、対象者に秘して行われるという性質上、事前の令状呈示の例外となることから、適正手続保障の観点から、事前呈示に代わる公正担保の手段が仕組みとして確保されていなければならないと説示する。

事前の令状呈示の例外について明文の規定は設けられていないことから、例外に当たることから立法の必要性が直接的に導かれるのではない。他方で、手続の公正を担保するという観点から、要件や必要な措置が立法によって制度化されていることが望ましく、明文による手続の法定は令状主義における事前の令状審査制度が公正に機能することに資する³⁵⁾。本判決は、このように令状審査制度の公正確保の観点から、判例による令状への新たな条件の付加という手法で強制処分に当たる新しい捜査手法を肯定することには限界があることを認めたものといえよう。電話の会話に対する検証が判例による法創造であるとして学説上強い批判があったことから、このような考え方自体は法の趣旨に忠実な判断を示したものとして評価されるべきも

35) 田口守一『刑事訴訟法【第7版】』100頁（弘文堂、2017年）は、あまりに多くの条件を付した検証令状では実施条件の統一性が失われ、適正手続に反するおそれもあると指摘する。

のである。

(4) しかしながら、法制化されるまでの間、裁判官の審査を受けてGPS捜査を実施することが全く否定されるべきなのだろうか。本判決は、理論上GPS捜査のために令状を発付することに疑義があるとしつつ、立法措置を講じることが「望ましい」と説示する。この「望ましい」の意味をどのように理解するかによるが、立法措置が必要不可欠という趣旨ではないであろう。

この点に関して、補足意見では、「ごく限られた極めて重大な犯罪の捜査のため」、「高度の必要性」が認められる場合に令状発付が可能とされる余地があるが、「ごく限られた特別の事情の

下での極めて慎重な判断が求められる」と述べられている。同意見によれば、本件のような窃盗の事案は、「ごく限られた極めて重大な犯罪³⁶⁾」ということは困難であろうから、令状発付の対象から除外されることになる。自動車を用いて高速で移動することにより広域にわたり繰り返される窃盗の事案では、自動車による追尾が困難となるため高度の必要性の要件は充たされることが多いように思われるが、令状発付の可能性は事実上閉ざされたことになる。すみやかな立法的解決が求められる³⁷⁾。

(2017年6月1日脱稿)

36) 例えば、略取、誘拐事件のような人の生命、身体等に差し迫った危険が認められる場合がこれに当たるものと考えられる。

37) なお、ジョーンズ判決後のアメリカにおける立法の動きを紹介するものとして、指宿信「アメリカにおけるGPS利用捜査と事前規制」季刊刑事弁護85号92-93頁（2016年）参照。