

## 裁判例検討・GPS捜査の違法性と プライバシー侵害

～最大判2017年3月15日・刑集71巻3号13頁を機縁として～

立山 紘毅

### 【事案の概要】

被告人らは、2012年から2013年頃にかけて、自動車を用いて西日本各地で窃盗を繰り返していた集団である。警察は鋭意捜査にあたったものの、被疑者らは捜査網をかいくぐり、被疑者らは追尾をまくなどして逃走していた。警察は、警官個人名でA警備会社と契約してGPSを用いた測位サービスを受けていたが、捜査にあたって当該受信装置を自動車の外側底部に磁石等で固定し、街中やラブホテル駐車場などで電池の交換をしていた（自動車内部の配線から枝線を取って電源の供給を受けていたわけではない）。警察による測位回数は2013年5月23日から同年12月4日頃に及んでいたが、いかなる令状の発布も受けていなかった。また、警察内部には「移動追跡装置運用要領」が作成され、罪種が連続窃盗等に限定されたうえ、捜査上特に必要がある場合に、犯罪を構成するような行為を伴うことなく端末の取付作業を行うべきこと等が定められていた。また当該運用要領では、捜査にあたって保秘徹底すべきことが定められており、捜査報告書には実施状況をいっさい記載していなかった<sup>1)</sup>。

もっとも、当該GPS測位サービスは、位置情報を連続して測位・記録するものではなく、サービスを受ける顧客（この場合は警察）が携帯電話機で任意に検索し、位置情報を取得して画面上に、対象GPS端末の所在位置のおおまかな住所、測位時刻、測位誤差及び地図上の位置を表示させることができたものであったが、被告人らが自動車に取り付けられていたGPS受信機に気づいて取り外したため、GPS捜査は終了した。

被告人らのうち1名は窃盗罪等で起訴されたが、その証拠調べについて、大阪地決（第九刑事部）2015年1月27日・判時2288号134頁はGPSに基づく証拠の証拠能力を認めた（以下これを「大阪①決定」と呼ぶ・事案に対しては一審有罪、控訴せず確定）。残りの被告人のうち1名も窃盗罪等で起訴され、その公判手続中、検察官はGPSによる捜査資料に基づく証拠を提出した。被告人・弁護人はGPSによって得た証拠は違法であって証拠能力がないとしたが、大阪地決（第七刑事部）2015年6月5日・判時2218号138頁は、弁護側主張どおり、検察官の証拠請求を却下して証拠能力を否定した（以下これを「大阪②決定」と呼ぶ）。

大阪②決定中、GPS捜査に関する判断は以下の通り（このほか、弁護側は「泳がせ捜査」とビデオカメラなどによる連続撮影・録画の問題性を主張しているが、裁判所は一部を除き適法としている）。

(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) ところで、自動車等の車両の位置情報は、人が乗車して自動車が移動する以上、それに乗車する人の位置情報と同視できる性質のものと評価できる。

そして、本件GPS捜査は、尾行や張り込みといった手法により、公道上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。

また、検察官は、本件GPS捜査は尾行等を機械的手段により補助するものに過ぎない旨主張するが、尾行等に本件GPSを使用するという事は、少なくとも失尾した際に対象車両の位置情報を取得してこれを探索、発見し、尾行等を続けることにはかならず、失尾した際に位置情報を検索すれば、対象が公道にいるとは限らず、私有地、しかも前記のラブホテル駐車場内の場合同様、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することが当然にあり得るといふべきである。さらに、GPS端末を利用して捜査をする以上、その取付け、取外しが不可欠であるところ、警察官らは、取付け、取外しの作業のためにも位置情報を取得したというのであるから、その際にも同様のことが当然あり得る。そうすると、本件GPS捜査は、その具体的内容を前提としても、目視のみによる捜査とは異質なものであって、尾行等の補助手段として任意捜査であると結論付けられるものではなく、かえって、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ふべきである。

(3) さらに、本件GPS捜査に当たっては、GPS端末の取付け、取外しがなされておき、これらはGPSを捜査に使用する以上、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へ得るが、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。本件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、強制処分当たるものと認められる（なお、本件GPS捜査によって得られた位置情報が、公道上に存在する対象車両使用者に関するもののみであったとしても、本件GPS捜査に係る前記の特質に照らせば、この結論は左右されるものではない。）。そして、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。そうすると、検証許可状によることなく行われた本件GPS捜査は、無令状検証の誹りを免れず、違法であるといわざるをえない<sup>21</sup>。

なお、本事案に対しては、同じ大阪地判（第七刑事部）2015年7月10日・判時2288号144頁が、窃盗罪等で有罪としている（以下、これを大阪②判決と呼ぶ）。GPS捜査に関連する点としては、「検察官の裁量権の逸脱が、公訴の提起を無効ならしめる場合があり得ることを否定することはできないが、それはたとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られる（最高裁昭和55年12月17日第一小法廷決定・刑集34巻7号672頁参照。）」「本件においては、警察官らが本件GPS捜査の保秘を徹底していたため、検察官は、同捜査の存在すら認識せずに公訴提起に至った事案でもあり、また、本件公判段階で弁護人が本件GPS捜査の存在を主張した後も、当裁判所の前記決定以前にはGPSを使用した捜査を違法と判断した裁判例は見当たらなかったのであるから、検察官が本件GPS捜査は適法であるとの解釈のもとに公訴提起に至ったことが職務犯罪を構成するようなものでないことはいうまでもない。そうすると、検察官が行った本件各公訴提起が、上記の

極限的な場合に当たるとはいえない。」「当公判廷において、既に、検察官請求証拠のうち相当数が違法収集証拠又はその派生証拠として証拠能力を否定され、証拠調べ請求が却下されている。」

被告人は控訴したが、大阪高判2016年3月2日・判タ1429号148頁は控訴を棄却した。

大阪①②の決定および大阪②判決をもとに、大阪高判の争点と判断を整理すると以下の通りである。

(1) 「泳がせ捜査」について……「捜査機関においては、何らかのきっかけから犯人が逃亡したり重要な証拠を隠滅したりすれば、事案の全容解明、犯人らの適正な処分や公判維持に支障を来すことから、十分な準備を遂げて逮捕に踏み切ろうと考えたとしてもやむを得ない状況にあったといえる。そうすると、弁護人が挙げる捜査の経過を前提にしても、同年8月7日以前に、長崎事件の嫌疑に基づいて被告人及び共犯者らの逮捕に踏み切らなかったことを含め、捜査機関が、身柄を確保せずに一定期間捜査を継続したこと(、)……身柄を確保せずに一定期間捜査を継続したことは、一連の窃盗事件の特質や捜査の経過等に照らしやむを得ない判断であったと認められ、……その捜査手法を著しく不当なものと評価すべきことにはならない。」

(2) 「追尾監視型捜査」について……「警察官らは、平成25年4月中旬頃以降数か月間にわたり、被告人らのアジトと目されたAや、被告人が寝泊まりをしていたマンション等複数の場所で張り込みや尾行を行い、その際ビデオカメラで被告人らの行動等を連続的に撮影、記録し、これによって被告人、共犯者のほか複数の第三者が撮影された。このような捜査(一審証拠決定がいう「本件追尾監視型捜査」)は、強制処分に当たらない上、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ相当な方法で行われたものといえるから、任意捜査として適法である。もっとも、共犯者(B)方の郵便受けの投函口のすき間から、内部の郵便物を撮影した点については、搜索又は検証としての性質を有する強制処分に該当し、無令状でこれを行ったのは違法であ

る。」

上記2点は、大阪②判決と大筋において同一と言えるが、(3) GPS捜査の違法性について大阪高判は「GPSの技術を用いた車両の位置探索捜査は、一般に、相手方の承諾なく車両やこれを使用する者の所在位置をある程度正確に把握することができ、……対象の所在位置の手がかりが全く存しなくなったような場合にも、ある程度即時にその位置情報が得られるものであって、実施方法等いかんによっては、対象者のプライバシー侵害につながる契機を含むものである。」が、「本件で実施されたGPS捜査は、……尾行・張り込みなどによる場合とは異なり、対象車両の所在位置に限られ、そこでの車両使用者らの行動の状況などが明らかになるものではなく、また、警察官らが、相当期間（時間）にわたり機械的に各車両の位置情報を間断なく取得してこれを蓄積し、それにより過去の位置（移動）情報を網羅的に把握したという事実も認められないなど、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も存するところではある」

「……警察官が対象から離れた場所においても、相当容易にその位置情報を取得でき、本件では、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おり、そのほか、E株式会社では、サービス利用者が事前に登録した時間帯における対象の位置情報及びサービス利用者が検索取得した対象の位置情報が、過去1か月分及び当月分に限られるものの保存されており、警察官らは、このような位置履歴ファイルをパソコンにダウンロードして、対象の過去の位置（移動）情報を把握することが特に妨げられない状況にあった」

「……このような点に着目して、一審証拠決定がその結論において言うように、このようなGPS捜査が、対象車両使用者のプライバシーを大きく侵害するものとして強制処分当たり、無令状で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」が、「本件GPS捜査に重大な違法があるとは解されず、弁護人が主張するように、これが強制処分法定主義に違反し令状

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。」と判断した。被告人・弁護人上告。

### 【最高裁の判断】

最大判2017年3月15日・刑集71巻3号13頁は、全員一致で上告を棄却した（裁判官3人の補足意見がある）がGPS捜査に関する部分（「」の前にある英記号は本稿の記述の便宜のために付したものである）について、原審の判断を是認できないものとした（以下、最高裁大法廷③判決と呼ぶ）。

- a) 「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。」
- b) 「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。」
- c) 「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、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制的処分に当たる（最高裁昭和51年3月16日第三小法廷決定・刑集30巻2号187頁参照）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。」

d) 「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法上の「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捜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<sup>21)</sup>。

e) 「GPS捜査は、被疑者らに知られず秘かに行うのでなければ意味がな(いが)、……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)、……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。

f) 「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、刑法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法上の強制の処分として許容するのであれば、……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確か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、「強制の処分は、この法律に特別の定め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。

g) 「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。」

岡部喜代子，大谷剛彦，池上政幸裁判官補足意見

h) 「……今後立法が具体的に検討されることになったとしても、法制化されるまでには一定の時間を要することもあると推察されるところ、それまでの間、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と考える。……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。……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。」

### 【GPSとその特徴，特に測位精度について】

GPSとは Global Positioning System の略であり、アメリカ海軍が、特に自軍潜水艦へ測位情報を提供する目的で打ち上げた31個のナプスター衛星からなる電波ビーコンの一種である。元来、陸地の見えない洋上での測位は困難を伴い、天測航法によっても南北は比較的正確に測位することができるが、東西方向の精度が問題であった。1個のナプスター衛星は標準電波を軌道上から発射し、理論的には3個の衛星を観望できれば、標準電波の時間差から自己の位置を知ることができる。

ただし、GPSにも弱点があり、もともとアメリカ海軍向けに構築されていたために、これまでも精度が自国の都合に左右され、システム自体が廃止さ

れそうになったことがある。その他、アメリカ以外では上空に到来する衛星の数が十分でなかったり、高度が下がるとビル陰や山陰に入って、測位不可能になることは、日本のように地形が複雑なうえ、大都市には高層ビルが密集している場合、測位精度が大きく下がったり、最悪測位不能に陥る場合も多い。もちろん、国土地理院が全国に展開している電子水準点を併用してGPSを補完（測量機器などでは既に存在するという）すれば、測位精度を1m以下に追い込むことができるとされているが、通常、GPS端末だけでは諸裁判例が指摘するのとおり、数mから数十mに及ぶ誤差を避けられない。

しかも、電子水準点の併用は日本国内に限られるため、GPSの補完は世界的に展開されている。たとえば、ロシアのGLONASSや、ESA（ヨーロッパ宇宙機関）のGalileoなどがこれであり、これらに既に1～4号まで打ち上げられている準天頂衛星「みちびき」システム（QZSS: Quasi-Zenith Satellite System）が加わるGNSS（Global Navigation Satellite System: 全地球航法衛星システム）では、理論的に1cm以下の測位精度になると言われている。現実には、これに近い応用製品としては（本来の用途とはいささか異なると思われるが）スピード違反のレーダー探知機に搭載されているものが割合身近であろうか。

将来の用途としては、災害時の測位サービスのほか、電子3D地図として自動運転の基盤技術への応用が考えられているほか、安否確認サービス・見守りサービスへの応用も考えられている。しかしながら、これらシステムの「本来の」用途からすれば、軍事目的への「応用」は当然構想されているところであるばかりか、「見守りサービス」は、本件を含むGPS捜査への応用もまた当然考えられる。その意味で両用性（dual-use）をもつ技術の一つの典型と言えるが、根源的には「自分の手の届かないところで、常時誰かに監視され、その情報が誰かの手許に保管されている」ことへの不安・不快の感情を法的な保護の対象とするか、対象にできるとすれば、いかにして実現するかが問題といえる。そのうえ2015年改正個人情報保護法が「特定の個人を識別することができないように個人情報を加工して得られる個人に関する情

報であって、当該個人情報を復元することができないようにした（同法2条9号）」匿名加工個人情報保護なるカテゴリーを設け、法律の目的に「個人情報の適正かつ効果的な活用が新たな産業の創出並びに活力ある経済社会及び豊かな国民生活の実現に資するものであることその他の個人情報の有用性」が付け加えられて、保護よりも利用、それも産業・経済活動へ傾斜した「利用」を促す法律へ舵を切ったことによって、「自分の手の届かないところで、常時誰かに監視され、その情報が誰かの手許に保管されている」問題点は、むしろ拡大したようにさえ思われる。

この間の裁判例では、測位精度の問題が裁判官の心証形成に少なからず影響を与えているように見受けられるので、少々冗漫に過ぎることを顧みず説明した。

なお、測位の問題では、携帯電話の基地局情報も問題とされ、いくつかの裁判例でも言及されている。しかしながら、基地局情報は基地局の間隔や使用する周波数の問題から、数百m程度の測位誤差は避けられない。特に「ブラチナバンド」と呼ばれる800MHz～900MHzの帯域を使用する場合、測位誤差の問題は著しい。

総務省は「電気通信事業における個人情報保護ガイドライン」を策定して、平成25年総務省告示第340号（2013年9月9日改正）までは、ガイドライン26条3項に「電気通信事業者は、第四条の規定にかかわらず、捜査機関からの要請により位置情報の取得を求められた場合において、当該位置情報が取得されていることを利用者が知ることができるときであって、裁判官の発付した令状に従うときに限り、当該位置情報を取得するものとする」と規定されていたが、平成27年総務省告示第216号（2015年6月24日改正）では、同条同項から「当該位置情報が取得されていることを利用者が知ることができるときであって、」の文言が削除された。

なるほど総務省は、同条の解説において「電気通信事業者が保有する位置情報は、個々の通話に係る場合は通信の構成要素であるから電気通信事業法第4条第1項の通信の秘密として保護されると解される。これに対し、通

話時以外に移動体端末の所持者がエリアを移動するごとに基地局に送られる位置登録情報は通話を成立させる前提として電気通信事業者に機械的に送られる情報に過ぎないことから、サービス制御局に蓄積されたこれらの情報は通信の秘密ではなく、プライバシーとして保護されるべき事項と考えられる。位置情報を通信の秘密に該当しないと解する場合であっても、ある人がどこに所在するかということはプライバシーの中でも特に保護の必要性が高い上に、通信とも密接に関係する事項であるから、通信の秘密に準じて強く保護することが適当である。通信を成立させるために必要な情報ではないGPS位置情報については、通信の秘密ではなく、プライバシーの問題として扱うべき情報であるが、基地局に係る位置情報と比べ、高いプライバシー性を有する」と述べ、憲法が保障する通信の秘密とプライバシー保護の両者に関係する領域と捉えている。

しかしながら、問題が、法理上も現実にも機微な問題を有するのであれば、いかに電気通信事業者を名宛人とするに過ぎないとしても、またパブリック・コメントを経ているとしても、本来ならば「告示」ではなく、国会で討議され法律で定めるべき問題ではないかという疑問が残る。

### 【GPS捜査と裁判例】

GPSの測位精度が知られるようになるにつれ、早くから犯罪捜査への応用も進んできたものと見られる。上記のガイドライン「平成17年総務省告示1176号（2005年10月17日版）」では、位置情報の提供にあたって令状の発付とともに、「利用者の権利が不当に侵害されることを防止するため必要な措置を講ずるものとする」と定め、「解説」には「必要な措置」として、画面表示や鳴動が例示されている。これらより、GPS情報の捜査利用は、遅くとも2005年頃には始まっていたものと見られる。

もちろん、GPS情報の捜査利用を指して「何が何でも反対」というわけにはいかない。たとえば覚せい剤取締法の事案<sup>31</sup>においては、貨物の受け渡しは夜間、しかも海上で行われることからして、正確な測位方法として、他に

選ぶ方法がないこと、捜査官（海上保安官、厚生労働省麻薬取締官を含む）が海象の変化の激しい洋上に、長時間にわたって滞在しなければならないことからして、本件最高裁大法廷判決⑧（補足意見）にいう「ごく限られた極めて重大な犯罪の捜査のため、……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」場合に当たる<sup>31)</sup>とも言えよう。

それ以外の場合、一般の捜査にあたって、GPS情報を利用することに対して疑念をはさむ裁判例もなかったわけではないが、広く関心と呼ぶに至ったのは、大阪②決定が検察官の証拠請求を却下した事案である。その後、下級審裁判例は、GPS捜査を合法とするものと違法とするものに分かれ、最高裁判所の統一した見解が求められていた。

網羅的ではないが、プライバシー侵害の問題を中心として、以下に若干の事例を掲げる。

裁判所名・判決／ 決定年月日	①GPS端末の取付・取り外し・バッテリー交換などの場所	②測位の精度・態様	③運用要領との関連
	④プライバシー侵害の有無 その他		⑤証拠能力の有無
A 大阪①決定	①捜査官が管理者の承諾を得ずにコインパーキングや商業施設又はラブホテルの駐車場に停車中に捜査官が駐車場内に立ち入って取付 ・公道から門扉を乗り越えるなどせずに立ち入ることができる場所	②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 ・24時間位置情報が把握・記録されるものではない ・状況によっては数百メートル程度の誤差が生じることもあった ・自動車で外出した被告人らを尾行するための補助手段	
	④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		⑤有
B 大阪②決定	①受信装置を自動車の外側底部に磁石等で固定し、街中やラブホテル駐車場などで電池の交換	②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	
	④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	⑤無
	*大阪②判決自体は、大阪②決定で相当の証拠を排除しているので、その余の証拠で有罪判決	
C名古屋高判2015年年12月17日(高等裁判所刑事裁判速報集(平成27年)249頁)	「GPS端末を利用した本件捜査から判明・取得した所論指摘の情報(立ち寄り場所(筆者註・駐車場)、防犯カメラの顔写真撮影等)は、これらの証拠を取得する契機となったり、これらの証拠の解析に役立つなどはしたものの、これらの証拠の獲得に直接的に寄与したなどとはいえない。したがって、以上と同趣旨の理解をして密接な関連性はないとした原判断に、誤りがあるとは認められない。」	
D名古屋地判2015年12月24日(裁判所ホームページ登載・判時2307号136頁)	①多くが他者からの被告人使用車両の観察を受忍せざるを得ない場所	②多くの場合位置検索が成功・条件のよい場合、誤差数10m。捜査機関による位置情報の蓄積無
	④本件GPS捜査は、任意捜査として許容される尾行等とは質的に異なるものであり、プライバシー侵害の程度は大きく、強制処分である	
	⑤有	
	*上記Cに係る事案の共犯者に対する判決	
E大阪高判2016年3月2日(判タ1429号148頁)	②警察官が対象から離れた場所においても、相当容易にその位置情報を取得でき、本件では、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おり、そのほか、サービス利用者が事前に登録した時間帯における対象の位置情報及びサービス利用者が検索取得した対象の位置情報が、過去1か月分及び当月分に限られるものとはいえ、サービス提供事業者に保存されており、警察官らは、この	③GPS発信器の車両への取り付けの際などに一再ならず違法の疑いのある行為に出ているほか、保秘を徹底するその一方で、組織内部で求められていたこの種捜査の適正確保のための決裁、報告等の諸手続(平成18年6月30日警察庁刑事局刑事企画課長「移動追跡装置運用要領」参照)ですら、十分には履践していなかった疑いがあり、その点は甚だ遺憾

		<p>ような位置履歴ファイルをパソコンにダウンロードして、対象の過去の位置（移動）情報を把握することが特に妨げられない状況にあった</p>	
	<p>④GPSの技術を用いた車両の位置探索捜査は、一般に、相手方の承諾なく車両やこれを使用する者の所在位置をある程度正確に把握することができ、……対象の所在位置の手がかりが全く存しなくなったような場合にも、ある程度即時にその位置情報が得られるものであって、実施方法等いかんによっては、対象者のプライバシー侵害につながる契機を含むものである。</p> <p>・本件で実施されたGPS捜査は、……尾行・張り込みなどによる場合とは異なり、対象車両の所在位置に限られ、そこでの車両使用者らの行動の状況などが明らかになるものではなく、また、警察官らが、相当期間（時間）にわたり機械的に各車両の位置情報を間断なく取得してこれを蓄積し、それにより過去の位置（移動）情報を網羅的に把握したという事実も認められないなど、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</p>		<p>⑤有</p>
<p>F 名古屋高判2016年6月29日（判時2307号129頁）</p>	<p>①被告人に無断で店舗共同駐車場など</p>	<p>②1600回以上の測位のうち、ほとんどの場合で成功。最小誤差16m（誤差1000m以上は少数）。</p> <p>・今後の技術発展により、さらに精度向上の余地あり</p> <p>・データはサービス提供事業者において保存するが、捜査機関も入手可能</p>	<p>③尾行中に失尾したなどの場合に被告人使用車両の位置を確認した上で尾行を行うという目的（運用要領の使用要件）で行われたとはおよそ考え難い</p>
		<p>④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</p>	<p>⑤有</p>
	<p>* 既存の強制処分のうち、「検証」にあたるとともに、技術の「伸びしろ」がある以上、今後の立法的措置も検討されるべき</p> <p>* 本判決以後、千葉県警が全国で初めてGPS捜査にあたって令状を取っていたことが分かった（東京新聞 2017年1月23日「千葉県警が令状取りGPS 捜査全国初の実施」）。</p>		

<p>G 福井地判2016年12月6日 (D1-Law判例体系)</p>	<p>① 無断で被告人方前等</p>	<p>② 約371回 / 誤差最大1024m、最小16m ・データはサービス提供者業者に保存</p>	<p>③ 運用要領にしたがい、あらかじめ組織犯罪対策課長に運用開始を申請して承認を受け、ほぼ毎日報告を行っていたとするが、完全な遵守には疑問が残る。 ・特に、場合によっては強制処分にもなりうるGPS捜査についていっさい書面を作成しなかったことは、事後的な司法審査を困難にするものであって遺憾</p>
	<p>④ 本件GPS捜査で取得された位置情報から単なる個々の位置情報を超えた個人の情報が明らかにされる可能性が高いとまでいうことはできず、本件GPS捜査によって被告人のプライバシーが制約される度合いが高かったとまではいえない ・本件GPS捜査は強制処分には該当せず、任意捜査と解するのが相当である</p>	<p>⑤ 有</p>	
	<p>* 福井新聞2016年11月15日「GPS捜査に令状は必要か? 違法性、全国で割れる司法判断」</p>		
<p>H 名古屋高裁金沢支判2017年9月26日 (裁判所ホームページ掲載)</p>	<p>① 被告人使用車両の後部底面に磁石付きケースに入れ、ひそかに取付</p>	<p>② 捜査員が所持する携帯電話機を使って契約者専用ホームページにアクセスし、位置情報を検索、取得 ・立ち回り先に被告人使用車両がなかった場合や、尾行中に同車を失尾した場合に同端末機の位置情報を取得 ・取得した位置情報は、無線や携帯電話機を使うなどして捜査員間で共有し、尾行捜査の補助手段</p>	<p>③ 事前に検察官に相談することなく、無令状で行われ、その実施中も捜査状況を検察官に報告するなどの措置は取られなかった</p>
	<p>④ 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、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む ・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し、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 ・機器を個人の所持品にひそかに装着して行う点において、公道上の所在を肉眼で把握するなどの手法と異なり、公権力による私的領域への侵入を伴う</p>	<p>⑤ 有</p>	



	<p>*上記G判決控訴審 *朝日新聞 2017年9月26日「令状なしGPS捜査『重大な違法』 名古屋高裁金沢支部」</p>		
<p>I 東京地裁立川支 決2016年12月22日 (D1-Law 判例体 系)</p>	<p>①公道、月極駐車場、スーパーマーケットやパチンコ店の駐車場、コインパーキング等、いずれも屋外・駐車場の内部と外部が壁等で完全に仕切られているような場所はなし</p>	<p>②取得された位置情報の誤差がおおむね50m以内であり、GPS端末の位置情報を取得することで、被告人らの使用車両の走行状況等を把握して、追尾をすることができていたので、相当程度正確</p>	<p>③運用要領に従っていればよいと考えて令状取得を検討せず</p>
	<p>④インターネットに接続できる携帯電話機等があれば、気づかれることなく、いつでも、どこでも、即時に、対象車両の相当程度正確となり得る位置情報を取得でき、捜査機関は捜査対象者のおおよその位置をいつでも容易に把握することができる ・実質的にみれば、捜査機関が捜査対象者をその監視下に置くことを可能とする ・このような捜査手法を捜査対象者が無限定に受忍せざるを得ないとは考え難く、そのようなGPS捜査は、個人のプライバシーを大きく侵害する</p>		<p>⑤有</p>
<p>J 東京地判2017年 5月30日(裁判所ホ ームページ登載)</p>	<p>①民間駐車場の管理人の承諾なし、自動車使用者の同意もなし</p>	<p>②誤差50m以内から500m以上を表示 ・一定間隔で自動的に位置情報を取得 ・1分から1時間おきで位置情報を取得</p>	<p>③運用要領にそってGPS捜査を任意捜査と把握し、令状請求についての検討は一切なし ・GPS端末の利用は、これを利用する警察官ごとに、利用の終期を定めることなく包括的な使用承認を得る</p>
	<p>④個人のプライバシーの侵害を可能とする機器を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 ・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、刑罰法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制的処分に当たり、令状がなければ行うことのできない処分</p>		<p>⑤一部証拠能力を認めず、一部無罪</p>
<p>*最高裁大法廷③判決以後の判決</p>			

その他

\* 水戸地判2016年3月25日 (公刊物未登載) GPS捜査によって得られたものを除いた証拠で有罪

\* 《WLJ判例コラム》第89号 前田雅英「GPSを用いた捜査の違法性と証拠排除～広島高判平成28年7月21日 常習累犯窃盗、詐欺被告事件～」(原審は、広島地裁福山支判2016年2月16日)「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。所論は、この点から、

それが対象者の権利・利益を侵害するものとして本件GPS捜査の強制処分該当性をいうものと解される。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。」

最高裁大法廷③判決を含めて、いずれの裁判例でも無罪判決はない。これは違法収集証拠に関して、最高第一小法廷が、1978年9月7日（刑集32巻6号1672頁）で、「刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのためには事案の真相をできる限り明らかにすることが必要である」「押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないというべきである。」「他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法35条が、憲法33条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑罰法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法31条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法35条及びこれを受けた刑罰法218条1項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない認められる場合においては、その証拠能力は否定される」と一般論を述べたこと、また「検察官の裁量権の逸脱が、公訴の提起を無効ならしめる場合があり得ることを否定することはできないが、それはたとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られる」（最高裁1980年12月17日第一小法廷決定・刑集34巻7号672頁）と最高裁が違法収集証拠排除法則にきわめて謙抑的な姿勢を示していることにも影響されていると思われる<sup>41)</sup>。

それゆえ、最高裁大法廷③判決以後になって東京地判Jが一部無罪判決を下していること、大阪②判決が、排除された証拠以外で有罪判決を導くこと

ができるとして、大阪②決定Bと「両立」を凶る等の事案が目につく。また、GPS捜査がプライバシーを大きく侵害することを認める一方で、GPS捜査の違法性について裁判例も乏しいこと、今後の立法措置に待つべきことを指摘する判決（例・大阪②判決、名古屋高判F）もあるが、この点、最高裁大法廷③判決も、そのf) g) h) で言及する点である。他方、GPS捜査を違法とした裁判例にしても、プライバシー侵害の程度は大きいとしながら、GPS捜査に基づく証拠を排除して有罪としたり、重大な違法はないと判断して有罪としたりする判断枠組が存在する。

ところで、警察庁が2006年6月30日、都道府県警あて通達「移動追跡装置運用要領」を出し、端末使用について被疑者らに明らかにしないなど、保秘の徹底を求めたことが明らかになっている<sup>5)</sup>。また、GPS捜査の対象となる罪種については、具体的な罪名を示すことなく「社会的反響が大きい犯罪」も記載されているほか、端末を取り付ける対象の実例が列挙されているものの、情報公開請求でも黒塗りされて具体的に分からないようになっていた<sup>1b)</sup>。

大阪高判Eも上記の通達にふれて「本件の警察官らは、GPS発信器の車両への取り付けの際などに一再ならず違法の疑いのある行為に出ているほか、保秘を徹底するその一方で、組織内部で求められていたこの種捜査の適正確保のための決裁、報告等の諸手続……ですら、十分には履践していなかった疑いがあり、その点は甚だ遺憾」と述べるほか、名古屋高判Fほか福井地判Gも「運用要領にしたがったとはおよそ考えにくい」「司法審査を困難ならしめるもので遺憾」と述べる。上記裁判例の多くにおいて、保秘の徹底の名目で報告書を作成しない、破棄する、そもそも令状取得すら、およそ検討の中にも入れない（例・大阪②決定B・最高裁大法廷③判決c）、大阪高判Fも一般論として令状主義に基づくべきことを述べるか？）、名古屋高判E以降になって千葉県警が初めて令状を取ってGPS捜査を行ったこと<sup>1c)</sup>等も考え合わせると、GPS捜査において警察は組織的に令状主義はおろか、組織内部のマニュアルまでないがしろにしていたとしか思えない。

### 【プライバシー侵害】

上述の通り、裁判例は多かれ少なかれプライバシー侵害があったことを承認するが、具体的な事案の処理に当たっては種々に分かれる。すなわち、「特に大きいものではない」とする大阪①決定A、大阪高判E、福井地判Gを挙げることができるが、一方「公権力による私的領域への侵入を伴う」「プライバシー侵害の程度は（極めて）大きい」とする、大阪②決定B、名古屋地判D、名古屋高判F、名古屋高裁金沢支判H、東京地裁立川支判I、東京地判Jを挙げることできる。

このうち東京地判Jは最高裁大法廷③判決以後のものであるから、一応除外するとして、侵害の程度を大きいと判断する裁判例は、測位誤差を小さく見積もる傾向も見受けられる。また、プライバシーの及ぶ範囲として、伝統的な裁判例・学説が述べるような私室、自宅のような閉鎖された空間のみならず、大阪②決定Bのように「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」、名古屋高判金沢支判Hのように「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」へ拡張するものも目に付く。また、プライバシー侵害の範囲についても、名古屋高判Fのように、GPSによる位置情報の取得・記録・分析によって、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に網羅的に明らかにすることが可能、と従来のプライバシー侵害よりも相当広く解する裁判例も注意すべきであろう。

この中であって、最高裁大法廷③判決は、「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……」a)、したがって、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」a)ると、大阪②決定B、名古屋高判金沢支判Hのように、閉鎖された空間を超えて私的領域を設定している。そのうえで「憲法35条は、『住居、書類及び所持品について、侵入、捜索及び押収を受け

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」b)と述べて令状主義の意義を強調する<sup>81)</sup>が、ここにおける「私的領域」とは、「宴のあと」事件判決以後広く採用されてきた、単なる私事性の枠を超えるものと解することが許されよう。

最高裁が法律審である以上、GPS捜査が「どこで・どのように」行われたかについては直接言及していないが、先例にしたがって「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、刑事法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分当たる」c)と論理展開し、従来の「検証」と同様ではありながら、「検証」にとどまらないと指摘するのも当然であろう。しかも、GPS捜査の性質上、「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……おそれがある。」d) 刑事法上「検証」類似の強制処分でありながら、関係ない使用者の過剰な把握を抑制できず、憲法・刑事法が要求する公正手続の担保に心許ない以上、新たな立法を要求するのは、もはや当然の論理である。

ただし、先に述べたような、覚せい剤等を海上で受け渡しする行為に準ずるような事例まで「何が何でも反対」とはいかないのも事実であり、しかも、岡部・大谷・池上補足意見が述べるとおり、「今後立法が具体的に検討されることになったとしても、法制化されるまでには一定の時間を要することもあると推察される」h)以上、単なる必要性を超える・きわめて厳格な条件の下で暫定的にのみ、GPS捜査は許容されると言って差し支えないだろう。

### 【小括・立法的措置への懸念】

学説にあつては、境界線の不分明さは認めながら私的領域と公的領域とを区分することに、大方のコンセンサスが得られていると言ってよく〔長谷部・2014 (p.148)〕、その中にあつて「服装・髪型の自由」「結婚するか否か・子どもをもうけるか否か」といったライフスタイルの選択もまた、広義のプ

ライヴァシーと捉える点、おそらく異論がないだろう〔長谷部・同〕<sup>6)</sup>。そこを起点として、誰に対して自己を開くか開かないか、どの程度開くか、自己に属する事項を誰が収集・記録（何もコンピューターやネットワークに限る必要はない。日記や私信もまた同じ）しても差し支えないかを定めるのも本人固有の権利と解すべきである<sup>7)</sup>。当然、公的領域に対しても同じことが言えるが、対・公権力に対する場合、より厳格に考えなければならない〔同旨、佐藤・2011 (p.181)〕。すなわち、私人相互の関係では、表現の自由等とプライバシー権との調整問題で処理して差し支えなく、わざわざ基本的人権の私人間効力の問題を引き合いに出す必要もない。これに対して、対公権力の場合、基本的人権本来の役割が、公権力の侵入に対して私的領域を防禦するところにあるため、直ちに憲法問題となる。

裁判例もまた、「宴のあと」判決から「石に泳ぐ魚」の事案に至るまで、私人相互の問題に対しては基本的人権ないし権利相互の調整問題として処理している（江沢民講演会名簿提出の事案も、つまるところ、私立大学と私人との関係—学生にとって在籍する大学の存在がきわめて大きいことは別として—である）。これら裁判例では「公人」の扱いについて若干の疑義もあるが、対公権力の問題となると、最高裁は一転する。

リーディング・ケースと目される京都府学連事件（最大判1969年12月24日・刑集23巻12号1625頁）は、一般論として「国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえることができる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を有する」と述べつつ、「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であつて、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもつて行なわれるとき」警察官による容貌の撮影が許容されると説く。ここでは「やむにやまれぬ緊急・切迫・他に選ぼうない」場合に限定的に「私生活上の自由」に公権力が侵入するのではなく、「捜査の

必要性」へ傾斜していると言えないだろうか。この点、最高裁大法廷③判決 b) c) は学説の動向に接近して、従来の判例に再考を追っているようにも見える。

一方、令状主義(憲法35条)について、前掲[佐藤(p.324)]は「『住居』は、事務所や旅館の居室なども含めて、およそ人が私生活の保護について合理的期待を抱く場所と観念されなければならない」と述べ、それを担保するものとして令状主義を位置づける(同旨・最高裁大法廷③判決 b)。

前掲裁判例も、多くが他者からの被告人使用車両の観察を受忍せざるを得ない場所とするもの(名古屋地判D・大阪高判E)の一方、大阪②決定Bや名古屋高判F、名古屋高裁金沢支判Hのように、自己が管理する閉鎖された空間(たとえば、自宅・自室等)を超えて、「プライバシー保護の合理的期待が高い空間」「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む」と私的領域の空間的外縁を拡張する方向を見せ、最高裁大法廷③判決 a) では「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む」と述べるに至った。

一方、私的領域の概念的な内包についても、特に名古屋高判Fが、位置情報をの結果を記録し、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網羅的に明らかにすることが可能<sup>8)</sup>と述べて、単なる私事性を超える傾向をもつ。そのうえで最高裁大法廷③判決 d) は、「(GPS捜査は)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」と述べるので、私的領域ないしプライバシーについて再考を促しているとも言える。

残る問題は立法的措置の如何である。ここで想起すべきは「通信傍受」である。通信傍受では、犯罪捜査のため電話会話を傍受する<sup>9)</sup>のが一般的である。最高裁第三小法廷は北海道旭川市における電話傍受(1999年12月16日判決・刑集53巻9号1327頁)について、「重大な犯罪に係る被疑事件について

……（これに）関連する通話の行われる蓋然性があるとともに、……電話傍受を行うことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められるときには」許されると述べる。しかし、電話傍受を検証許可状で行うことについては、元原利文裁判官による反対意見があり、これによれば事後の告知も不服申立ての規定もなく、法律上の根拠がないので許されないと述べる。

一方、最高裁判決に先立って、「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律（通信傍受法）」が制定されているが、当初、通信の秘密・プライバシー権の保障、適正手続の要請と令状主義の確保から、罪種が限定されるほか、第三者である立会人の下、犯罪被疑事実と関係ない通話を遮断する手続を求めている。しかしながら、2011年改正で傍受令状（同法3条以下）と立会人（同法12条）こそ残ったものの、罪種が拡張されたほか、立会人による遮断手続は廃止された。「小さく産んで大きく育てる」典型である。さらに、電話傍受に関しては無関係の電話傍受が実に6分の5を占める<sup>10)</sup> というが、GPS捜査について同じことが起きないと言えるのか。

なるほど、包括的なプライバシー立法は存在しない。また最高裁大法廷③判決f)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たい限り是認できないような強制の処分を認めることは、（刑事訴訟法197条1項ただし書）の趣旨に沿うものとはいえない」と述べるのも一理ある（ただし、憲法76条3項が保障するのは「裁判官の独立」であって、「司法権の独立」ではないから、裁判官の判断ごとに分かれるのは憲法自身が予定するとも言えるので、いささか疑問の余地なしとはしない）。

しかしながら、一連の裁判例に見るとおり、捜査当局は令状主義を没却するがごとき行為に終始するばかりか、警察内部の運用要領（しかも、これ自身「黒塗り」が多い）さえも無視するがごとき現状を見れば、しかも単なる同乗者に過ぎない者の交信情報や位置情報を網羅的に把握している現状を考えるならば、立法的措置を急ぐのもまた一考を要する。

私見ながら、裁判官ごとに「多様な選択肢の中からの的確な条件の選択」に



困難があるとしても、司法審査を一つの基準として熟慮を重ねることが、迂遠でも適切な解決へ至る途のように思われる。

- 1 a・b・c) 警察庁刑事局刑事企画課長・警察庁丁刑企発184号平成18年6月30日。なお、朝日新聞2017年2月1日「GPS捜査、警察庁が存在隠すよう指示 公判で明らかに」、東京新聞同日付け「警察庁、GPS捜査隠す通達 06年に取り調べ書類残さぬ通達」。大阪②決定が、GPS捜査以外で違法としたのは「郵便受け内部の郵便物を撮影した警察官の行為は、郵便物の差出人や受取人のプライバシー等を大きく侵害するものであるから、捜索又は検証としての性質を有する強制処分に該当し、無令状で行った行為」である。
- 2) GPS端末を取り付けた対象車両の同乗者の位置情報まで取られていることを問題とするものとして、朝日新聞2015年7月10日「車に無断GPS、監視されていた私『捜査でもおかしい』」。なお、原審・大阪高判は、逆に「本件で実施されたGPS捜査は、一連の窃盗事件の犯人らが移動のために使用する蓋然性があるものと認められた車両を対象に発信器を取り付け、警察官らにおいて、多数回連続的に位置情報を取得したというものであって、これにより取得可能な情報は、尾行・張り込みなどによる場合とは異なり、対象車両の所在位置に限られ、そこでの車両使用者らの行動の状況などが明らかになるものではない」と述べるのであるから、「いわんや同乗者の有無、行動の状況まで明らかにするものではない」と暗黙のうちに認めているようにも思われる。
- 3) たとえば、最（三小）判2008年3月4日（刑集62巻3号123頁、原審・東京高判2007年8月8日 刑集62巻3号160頁）は、覚せい剤取締法・関税法違反の事案であるが、被疑者らは貨物の洋上受渡ポイントを、携帯、GPSその他の通信手段で特定していたにもかかわらず、被告人船舶でさえ荒天のため受渡ポイントにたどり着けなかったことが判決文から読み取れる。一方、通信・探索能力に格段の差があると思われる捜査・摘発側も（当然のことながら無線）通信の傍受、レーダー捜索のみならず、GPS探知も行ったことが推測されるが、このような状況にまでGPS捜査を排除するのは適当と言えないだろう（逆に言えば、領土内の陸上で類似の状況がありうるかどうか、相当に疑問である）。

- 4) なお、鹿児島地裁加治木支判2017年3月24日(裁判所ホームページ登載)は、車上狙いの事案に対して、警察官が自己所有の軽トラックにパンや酒類を外から見えるように乗せて、施錠をしなないなど犯罪を誘発しかねない状況を作り出して張り込みを行っていること、法廷における警察官の供述に不自然な変遷が見られることを理由として、「なりすまし捜査を行うべき必要性がほとんどない以上、その捜査の態様のいかんにかかわらず、任意捜査として許容される範囲を逸脱しており、国家が犯罪を誘発し、捜査の公正を害するものとして、違法」と無罪判決を下している。
- 5) GPS捜査の対象となる罪種については、具体的な罪名を示すことなく「社会的反響が大きい犯罪」も記載されているほか、端末を取り付ける対象の実例が列挙されているものの、情報公開請求では黒塗りされて具体的に分からないようになっている(文書全体としては部分開示・東京新聞2017年2月16日「GPS捜査対象、幅広い解釈可能 『社会的な反響大』」など7項目)。なお、2017年6月9日の衆議院法務委員会に階級衆院議員が提出した資料2でも、移動追跡装置の定義の一部などが黒塗りされて、いくら對抗措置を恐れるがゆえとはいえ、国会にも黒塗りするとは理解しがたい。
- 6) ただし、これらライフスタイルの選択にかかる自己決定(最広義のプライバシー)も、場面によっては法的保護に値するかどうか問題になりうる。髪型を規制し、バイクを全面的に禁止する校則を争うことなどが典型的な場合に属するが、これらはむしろ幸福追求権(憲法13条)の問題である。
- 7) 学説の間では、ライフスタイルの自由な選択を(広義のプライバシー)と捉えつつ、現代のプライバシー権を「自己情報コントロール権」と狭義に捉える傾向があるが、自己情報コントロール権のうちに、誰とコミュニケーションするかしないかを自分で決定するところに軸足を置くもの、特に公権力によって自己に関する情報が収集・記録・分析されることに対して、自己の情報をコントロールする権利を強調するもの、仔細に検討すると必ずしも一致するわけではない。しかしながら、[辻村(第5版)・2014(p.145)]が「論理を精密化することによって情報コントロール概念をさらに狭めてゆく方向には疑問の余地もあろう」と指摘するように、本稿の検討では大ぐりに示すに止める。
- 8) この点を強調するものとして、山田哲史「GPS捜査と憲法」法学セミナー 2017年9月、

- 9) 「通信」は一对特定少数のコミュニケーションを指すので、電話傍受のみならず、電気通信一般に考えることができ、実際に法律上規制の対象となっている。また、郵便開披の問題も同様に考えることができるうえ、いずれも憲法21条2項が保障する「通信の秘密」にあたるが、これ以上の言及は避ける。なお、憲法判例百選<6>(別冊ジュリスト217)所収の拙稿も併せて参照されたい。
- 10) 衆議院法務委員会2015年5月20日・法務委員会議録15号18頁

\*参考文献：註1)～10)以外

- ・長谷部恭男『憲法・第6版(新法学ライブラリ)』[新世社・2014年]
- ・佐藤幸治『日本国憲法論(法学叢書7)』[成文堂・2011年]
- ・辻村みよ子『憲法・第5版』[日本評論社・2016年]