

# GPS 捜査と憲法35条

(最大判平成29年 3 月15日刑集71卷 3 号279頁)

吉 崎 暢 洋

常葉法学 第5巻第1号 抜刷  
常葉大学法学部

2018 (平成30) 年 3 月

Tokoha Law Review Vol.5 No.1  
Faculty of Law, Tokoha University

## (判例評釈) GPS 捜査と憲法35条

(最大判平成29年 3 月 15日刑集71巻 3 号279頁)

吉 崎 暢 洋

### はじめに

GPS 発信器を捜査対象者の利用する自動車の車台下に密かに装着して、その位置情報を取得する捜査手法（いわゆる GPS 捜査）は、警察庁通達によって、任意捜査として令状を取ることなく実施することができるという判断の下に、少なくとも2006年以降、全国の警察によって組織的に実施されてきた<sup>(1)</sup>。しかし、GPS 捜査は、法律の根拠がなく、また、令状を得ることなく実施されていることから、その適法性が争われた下級審の判断においては、これを違法とするものが半数近くへのぼり、これによって得られた証拠を排除する決定を行ったものもあった。ただ、伝統的な捜査手法とは異なる捜査手法であるこ

---

(1) 警察庁による「移動追跡装置運用要領」（2006年 6 月 30日付）は、冒頭において、GPS 捜査を任意捜査と認定し、被疑者を速やかに検挙する必要がある場合であって、他の捜査手法によっては被疑者の追跡が困難であるなどの捜査上の必要性があるときに、自動車等に取り付けることによって位置情報を取得することを認めたものである。この捜査を行うについては、警察組織内部において事前の承認を得なければならないこと、実施状況についての報告義務、使用の継続についての見直し等の手続が定められているが、文書管理等においては、GPS を使用した捜査の具体的な実施状況につき保秘を徹底するように指示されていた。この通達は、2006年に、愛媛県警の捜査情報がインターネット上に流出したことにより、事件の参考人の車に GPS 端末が設置されていたことが明るみになった後、警察庁が要領を作成したと見られる。2014年10月、GPS 端末を無断で設置されたとして、名古屋市男性が県を相手に損害賠償請求を提起した後、2014年12月30日に、愛知県警が新聞の取材に応じて、その存在を明らかにした。2015年 6 月 9 日には、衆議院法務委員会において、当時民主党の階猛委員からの質問においても、通達の内容が確認されている。

とから、GPS 捜査が強制処分といえるかという点でも、証拠排除するほどの違法性が認められるかという点でも下級審の判断は分かっていた<sup>(2)</sup>。本年(2017年)3月15日の最高裁大法廷判決は、GPS 捜査を強制処分に該当すると判断し、法律の根拠なく行うことができないことを明らかにし、また憲法35条1項によって、令状によらなければ行うことができない私的領域への侵入に該当することを明らかにした画期的な判決である<sup>(3)</sup>。

本稿では、この大法廷判決について、特に憲法35条が明示する「住居、書類及び所持品」だけでなく、「これに準じる」私的領域への侵入に令状を必要とするという新しい判断を示した点について検討する。すなわち、第1に、住居、書類及び所持品に準じる私的領域とは何を意味するのかを過去の判決に照らしながら検討し、第2に、GPS 捜査が、この私的領域を侵害するものであるという判断は、どのような要因に重点がおかれてなされたのかを検討し、最後に、物理的な侵入を伴わない捜査手法(例えば、電気通信事業者からの位置情報の取得)にも、憲法35条の法意は及ぶのかを検討したい。

- 
- (2) GPS 捜査をめぐる、下級審判決の状況については、大法廷判決までに判決・決定が10件下されている。令状が必要と判断したものが4件、不要と判断したものが5件、特に、GPS 捜査によって得られた証拠の排除を認めたものは、本件の一審6月決定及び水戸地決平成28年1月22日 LEX/DB 文献番号25545987である。町村泰孝「GPS 端末捜査をめぐる裁判例の現状」デジタル・フォレンジック研究会第421号は、「無令状でのGPS 端末の無断設置という捜査手法については、プライバシー侵害の危険を重く見て違法と判断し、これによって得られた証拠は排除するという裁判例も多く見られるが、違法収集証拠と認めないまでも、その問題性については認めているのが大勢と評価することができる」と論じている。<https://digitalforensic.jp/2016/18/column421/>
- (3) 最大判平成29年3月15日刑集71巻3号279頁。本件に対する評釈として、大江一平「GPS 捜査が憲法35条の保障する権利を侵害する強制処分とされた事例」新・判例解説 Watch 文献番号 z18817009-00-011281490 (2017)。

## 一 大法廷判決

### (1) 事案の概要

被告人は、10件の連続窃盗事件について、他3名の共犯者とともに起訴された者だが、起訴された事件の最初の事件である長崎での窃盗事件において、すでに逮捕状が出されていた。警察は共犯者等を割り出すため、直ちに逮捕状を執行せずに、いわゆる泳がせ捜査を行い、その間、捜査協力者宅及び公道上から、被告人をビデオカメラによって追尾監視し、さらに、被告人、共犯者及び被告人の交際相手が利用する可能性のある自動車計19台に、GPS 発信器を設置して、尾行及び張り込みとともに、約6ヶ月半にわたって、GPS による位置情報を取得した<sup>(4)</sup>というものである<sup>(5)</sup>。

### (2) 下級審判断

大阪地方裁判所第9刑事部は、平成27年に、このうち共犯者の一人に関する事件で、GPS 捜査を適法な任意捜査にあたりと判断した（1月決定）<sup>(6)</sup>が、本判決にかかる被告人の事件においては、第7刑事部は、GPS 捜査を検証の性質を有する強制捜査にあたりと判断して、これによって得られた証拠及びこれと密接に関連する証拠の排除を決定した（6月決定）<sup>(7)</sup>。この両決定は、同一の事件について、同一の

- 
- (4) GPS 端末の利用する場合、位置情報を取得してこれを表示するソフトウェアが必要である。警察は多くの場合警備会社と契約して、GPS 端末を借り受け、ソフトウェアの提供を受けている。ただ、警備会社の契約条項には、設置型 GPS の提供にあたっては、端末の携帯者、設置物件の所有者、使用者、管理者の同意が得られていないことが明らかな場合には、GPS 端末の利用契約の申し込みを承諾しないと規定している。
- (5) 本判決の経緯については、弁護士であった亀石倫子による論稿がある。亀石倫子「捜査による位置情報の取得と弁護」刑事法ジャーナル 48号77頁（2017）。
- (6) 大阪地決平成27年1月27日 LEX/DB 文献番号25506264。
- (7) 大阪地決平成27年6月5日 LEX/DB 文献番号25540308。本決定に関する評釈として、宮下紘「GPS を使用した捜査の合憲性」平成27年度重要判例解説12頁（2015）、緑大輔「GPS 端末による動静捜査によって得られた証拠を排除した事例」新・判例 Watch（2015）参照。

捜査についての判断であるので、GPS 捜査が、強制捜査に該当するか否かという点で注目された<sup>(8)</sup>。

6月決定は、GPS 捜査の問題点を浮き彫りにしている。GPS 端末の設置にあたって、警察官が商業施設の駐車場、コインパーキングだけでなくラブホテルの駐車場などに立ち入って設置し、第一に、管理権者の包括的承諾を推定し難いとし、第二に、GPS 端末は3日ないし4日に一度は充電のため取り替えられ、追跡期間も6ヶ月半という長期に及び、プライバシー保護の合理的な期待が高い空間を区別することなく位置情報を取得していた点を強調した。第三に、保秘の必要が認められるとはいえ、捜査報告書においてもGPS 捜査が行われたことが記載されず、本件においては弁護側から指摘されるまで検察官すらこのGPS 捜査が行われていたことを知らなかった。上記の点を指摘して「GPS を使用した捜査の適法性に対する司法審査を、事前にも事後にも困難にするものであって、捜査に対する司法的抑制を図ろうという令状主義の精神に反するものといわなければならない。」と断じた。

ただ、6月決定に続く、一審判決は、GPS 捜査によって得られた証拠等を排除した上で、その後の供述等によって有罪を立証するに足りるものとして、被告人について有罪判決を下した<sup>(9)</sup>。

控訴審では、本件GPS 捜査が強制処分に当たり、無令状で行ったことを違法と解する余地がないわけではないとしても、①令状発付の実体的要件は満たしていたと考え得ること、②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

---

(8) 例えば、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」*刑事法ジャーナル* No.47 42頁 (2016)、山本和昭「GPSを使用した証拠収集の適法性をめぐる二つの決定」*専修ロージャーナル* 11号 49頁 (2015)。

(9) 大阪地判平成27年7月10日判時2288号144頁。LEX/DB 文献番号25540767。

いこと、また、③GPS 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余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<sup>(10)</sup>。

### (3) 最高裁大法廷判決

最高裁は、以下に示す通り、GPS 捜査を適法とした控訴審判決の判断を否定した。ただし、控訴審判決は、GPS 捜査によって得られた証拠を排除した上で、その余の証拠によって有罪とした第1 審判決を維持しているので、控訴審判決を破棄することなく、上告を棄却した。大法廷判決の要旨は、以下の通りである。

(ア) 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。

(イ) 憲法35条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。

前記の通り、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所

---

(10) 大阪高判平成28年3月2日判タ1429号148頁。LEX/DB 文献番号25542299。

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**に当たる（最高裁昭和50年（あ）第146号同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。

（ウ）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」と同様の性質を有する一方で、対象車両に GPS を取り付けるという方法を用いるという点で、「検証」では捉えきれない性質があり、「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。」

さらに「被疑者らに知られず秘かに行うのでなければ意味がなく、事前の令状呈示を行うことは想定できない。刑事法上の各種強制の処分については、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、刑訴法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。」

「法解釈により刑訴法上の強制の処分として許容するのであれば、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、『強制の処分は、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。」

(エ) 本件 GPS 捜査は、強制処分法定主義に違反する疑義があるが、これによって直接得られた証拠及びこれと密接な関連性を有する証拠の証拠能力を否定する一方で、その余の証拠につき、同捜査に密接に関連するとまでは認められないとして証拠能力を肯定し、これに基づき被告人を有罪と認定した第1審判決は正当であり、第1審判決を維持した原判決の結論に誤りはないから、原判決の前記法令の解釈適用の誤りは判決に影響を及ぼすものではないことが明らかである。

(オ) なお、裁判官岡部喜代子、同大谷剛彦、同池上政幸の補足意見が示されている。補足意見においては、GPS 捜査は、法廷意見が示す通り、法制化されるべきであるが、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」ではないという。すなわち、法廷意見が示した各点に十分配慮した上で、既存の令状によって対応し、ただ、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ので、慎重な司法判断によって是認される場合に限定して行うべきである。

## 二 検討

### (1) 強制処分法定主義

刑事訴訟法197条1項但書は、「強制の処分は、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」と規定し、そもそも令状の有無を問わず、法律の根拠を欠く強制処分を認めないこと



を明らかにしている。

もっとも、強制処分につき、法律の根拠が必要であることは、刑事訴訟法の規定をまつまでもなく、伝統的な法治主義の考え方（侵害留保理論）においてさえ認めていたところである。「強制処分」を定義して、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加え」る行為であるという判例の定義は、権利・利益の制限であると理解する点において、侵害留保理論と同義であると解することができそうである。

本判決は、結論において GPS 捜査は、強制処分に該当すると判断して、特別の法律の根拠なく行うことができないとしているが、これが強制処分であるか否かを述べるに際して、憲法35条が保障する私的領域に侵入されない権利を侵害することを根拠としているように読める。しかし、憲法上の権利を侵害するのであれば、その捜査は禁止されるはずであるから、強制処分法定主義もまた、憲法35条（ひいては憲法31条）の規範内容と解するほかはない<sup>(11)</sup>。

## (2) 憲法35条の法意

憲法35条が、住居などの不可侵を実体的な権利内容としていることは、学説においては夙に指摘されていた。「住居」は、「自由の基礎をなす私的生活の本拠」と位置づけられ、「人が私生活の保護について合理的期待を抱く場所」(傍点筆者)<sup>(12)</sup>と観念され、広く私生活ないしプライバシーの保護を規定したものと理解されてきた<sup>(13)</sup>。ただ、憲法35条が明文で禁止しているのは、「住居、書類及び所持品」に対する

---

(11) 広島高判平成28年3月2日 LEX/DB 文献番号25543571は、GPS 捜査の実施が要領に従って記録にあらわれないため、その適正さを担保する方法がないという懸念に対して、刑事訴訟法197条1項の強制処分該当性とは関係がないとして捜査の適法性の評価から除外している。しかし、このような解釈態度は、強制捜査であるか任意捜査であるかに拘泥して、憲法35条の令状主義及び憲法31条の適正手続の要請を無にしてしまうに等しい。

(12) 佐藤幸治「憲法〔第3版〕」581頁（1995）。

(13) 長谷部恭男「憲法〔第6版〕」261頁（2014）。

「侵入、搜索及び差押」であるので、赤外線、エックス線、通信傍受等、場所や物に対する物理的な侵入を伴わない手段による場合、憲法35条の法意がどこまで及ぶのか、少なくとも、本判決までは明らかにされてこなかった。

本判決は、憲法35条の規定は、「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と解した最初の判決である。そして、GPS 捜査を、「プライバシーを侵害する可能性のある機器」による捜査と捉え、「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」ものと断じたのである。これは、「プライバシー保護の合理的期待」を侵害することをもって、伝統的な住居等への物理的侵入と同様、令状がなければ侵害されないとするアメリカ連邦最高裁の基準に近似している<sup>(14)</sup>。

とはいえ、最高裁が、憲法35条の法意にプライバシーの合理的な期待の保護が含まれると解したのは、この判決がはじめてではない。

まず、①検証令状に基づく電話傍受の合憲性が争われた事件で、最高裁は、電話傍受が通信の秘密、ひいては個人のプライバシーを侵害する強制処分として、少なくとも令状によることを要求した<sup>(15)</sup>。また、②警察官が、公道上及びパチンコ店において被告人をビデオ撮影し、被告人及び妻が暮らす世帯から出されたごみを、ごみ集積所から領置したという事件では、ごみ領置については、「通常その内容を見られることがないという期待がある」と認めた。ただ容ぼう等を観察されることは、公道上及び不特定多数の者が出入りする場所においては受忍せざるをえないことから、撮影が必要な範囲にとどまり、相当な方法で行われた場合には、令状を必要としないと判断

(14) *Katz v. United States*, 389 U.S.347 (1967). なお、Katz 判決以降のアメリカ最高裁の判例の流れを紹介するものとして、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」法学政治学論究104号249頁(2015)参照。

(15) 最一小決平成11年12月16日刑集53巻9号1327頁。ただし、令状発給要件について、犯罪の重大性、十分な嫌疑、通話により犯罪事実が話される蓋然性、補充性等の要件を加えて、電話傍受の合憲性を認めたものである。

(16) 最二小決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁。

し、遺留物として刑事訴訟法221条を根拠に、その領置を許容した<sup>(16)</sup>。さらに、③警察官が、宅配便による覚せい剤の授受を疑い、宅配事業者から宅配便荷物を借り出して、大阪税関においてエックス線撮影を行った事案においては、「その射影によって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」(傍点筆者)と判断した。すなわち検証としての性質を有する強制処分に当たるとして、検証令状によらないエックス線撮影を違法だと判断した<sup>(17)</sup>。

憲法35条を、行政手続に適用した事案においても、令状の必要性を判断するに際して、「プライバシーへの合理的な期待」という基準は用いられている。④国際郵便物を税関が開披して覚醒剤を発見した事案において、刑事責任の追求を直接目的とするものではないうえ、税関検査での内容物の検査は各国において行われていることから、国内郵便物に対して、プライバシーへの期待がもともと低いなどとして、憲法35条に違反しないと判断した<sup>(18)</sup>。

上記①から④は、電話傍受、エックス線撮影という新しい捜査手法が用いられているものに加えて、廃棄物、郵便物といった捜査対象者の占有下でない物に対する「侵入」事案であって、いずれも憲法35条の定める「住居、書類及び所持品」には該当しないが、プライバシーの合理的期待基準を用いて、令状の必要性を吟味したといえよう。本判決は、これらの判例の集積のうえで、「住居、書類及び所持品とそれに準じる私的領域へ侵入されない権利」を憲法35条が保障していると述べたのである。

---

(17) 最三小決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁。ただし、覚せい剤等の証拠物は、他の疎明資料とともに発給を求められた裁判官の適法な搜索差押令状によるものであったことから、令状主義の精神を没却するほどの重大な違法はないとして、証拠排除は行われなかった。

(18) 最三小判平成28年12月9日刑集70巻8号806頁。

### (3) プライバシーの合理的な期待

「合理的に推認される個人の意思に反して私的領域に侵入する」とは、どのような場合を指すのか。前記判決から以下の点を読み取れる。第1に、公道などにおいては、容貌等を観察されることは受忍されるべきものであり、逆に、個人の住居等においては、その姿態等を観察することがないという期待を抱くものであること、すなわち、場所の公私の区別である。第2に、電話による通話等は、通信の秘密として憲法上の保障が及んでいる事項であって、第三者に知得されない権利があることが明らかであると考えている。第3に、ごみや郵便物等、たとえ自己の占有を離れたものであっても、その内容を知られないことが制度化されている場合である<sup>(19)</sup>。このうち、物や情報が自己の占有又は管理の下にない場合において、どの程度プライバシーの合理的な期待が及ぶかについては、郵便物等の差押えに関する刑事訴訟法100条の規定が、通常差押えに比して要件を緩和していることとの関係でも、見解が分かれ、プライバシーが合理的に期待される範囲は、結局のところ制度設計に左右されることを示している<sup>(20)</sup>。

特に、判例において、税関等国境における審査においては、関税徴収手続の一環としてであれ、プライバシーを期待される範囲が、国内旅行に比して縮小されることは、規制の必要性に応じて、この基準が可変的であることを顕著に示唆するものである。

---

(19) ごみの持ち去りにつき、東京高裁は、ごみは、「区又は排出者の管理権ないし所有権の下にある」と解し、「その管理権ないし所有権を侵害することは許されない」と判示し、最高裁は上告を棄却している（東京高判平成19年12月10日判時1995号25頁，最一小決平成20年7月23日LEX/DB文献番号25450195）。仮に、高裁判決のいうように、排出者もしくは区の管理ないし所有の下にあるとすれば、「遺留物」として領置することが妥当か疑問を残す。

(20) いわゆる第三者法理がこれに関わるが、さしあたり、中山代志子「政府による間接情報収集、特に第三者を通じた情報収集に関する米国法理」比較法学49巻2号99頁（2015）参照。

#### (4) GPS 捜査とプライバシーの合理的な期待

GPS 捜査の適法性に関わる下級審の裁判例においては、主として刑事訴訟法197条1項但書にいう強制捜査に該当するかについて検討されてきた。その際、GPS 捜査によるプライバシー侵害の程度をどう評価するかによって、判断が分かれてきた。

第1に、GPS 捜査のために、自動車車台下にGPS 発信器を装着した行為が「侵入」に該当するかという点である。警察等による発信器の装着された場所が、私人が管理する場所に立ち入り、また、一台の自動車への発信器の装着が累次にわたった（概ね3日から4日で充電の必要性があったため取り替えることが必要であったことによる）ことが指摘されている。自動車への設置そのものを「住居」への侵入と同視することも可能であるが、私人の管理する敷地内に、管理者の許諾を経ずに侵入したうえ設置するという、それ自体犯罪を構成すると思われるものも含まれていた。こういったGPS 発信器の設置の態様をもって、プライバシー侵害の程度の高さを示す要因と指摘されている。

GPS 装着行為そのものをどう評価するかは、いわゆる「内蔵型」のGPS 発信器の使用の可否に関わるため重要である。本判決においては、特に、捜査実務においてGPS 捜査を行う場合を考慮して示された傍論において、GPS 装着行為が検証令状によって実施することが可能であったかを判示しているが、その際、捜査員による単なる観察を超えて、GPS の物理的侵入という態様を伴う点で、検証令状によることが可能ではないことを示唆した。このことは、法改正なしではGPS 捜査が正当化されないことを示唆すると同時に、GPS 装着という行為を伴わない場合であっても、私的領域への侵入として令状を必要とすることを示すものでもある<sup>(21)</sup>。

---

(21) 検証令状によるGPS 捜査の可能性を示した判決のこの部分は、極めてインパクトのある示唆を含んでいる。というのは、判決は、GPS 捜査が検証とは異なる性質を有するので、これを許容する法律の根拠が別に必要となるとするのだが、さらに、この法律を制定する場合の指針を示しているからである。

第2に、GPS 捜査による監視期間の長さである。本件事例では、19台の自動車に対して、のべ6か月半にわたって、移動情報を取得し続けていた点を、本件6月決定は強調しているが、控訴審判決においては、1台に装着された期間を長くて3ヶ月程度であって、監視の必要がない場合には、発信機を外していたことを強調している。また、他の下級審判決においては、GPS 発信器の装着がなされていても、検索された回数や位置情報を取得した回数の多寡を重視しているとみられるものもある<sup>(22)</sup>。

GPS による位置情報を取得された期間の長さや頻度については、プライバシーの侵害の程度を量的に測ろうとするものであるが、Nシステム等による位置把握が違法でないとする下級審判決及び実務を受け入れ可能なものとすれば、位置情報の取得が一定量に達した場合にのみ、プライバシー侵害として、令状が必要であるという見解も成り立ちそうである<sup>(23)</sup>。

本判決は、GPS 捜査が「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」(傍点筆者)としてプライバシーの侵害となる可能性がある」と指摘する。確かに、一旦GPS 端末を装着し、その終期が示されなければ、常時監視可能な状況に置かれる。この状況に個人を置いていることがGPS 捜査の主たる問題であると指摘したものと評価できる。さらに、検討すべき立法措置として、事前の司法的抑制を可能とするためには、監視期間が明示されることが必要であるとしている<sup>(24)</sup>。このことは、憲法35条の法意からすれば、私的領域への侵

---

この立法を指導する規範は、憲法35条および31条以外にはあり得ない。とすれば、同じく検証に関する令状要件も同じ憲法規範に基づくものであろう。この点については、おわりにで付言する。

- (22) 名古屋地判平成27年12月24日判時2307号129頁 (LEX/DB 文献番号255411935) では、被告人が気づくまで3ヶ月にわたり、1653回の検索が行われ、多い時には1日109回に達した点を強調している。
- (23) 山本龍彦『『監視捜査』をめぐる憲法学と刑事訴訟法学との対話』法律時報87巻5号60頁(2015)は、伝統的な捜査手法とGPS 利用捜査との情報の量的な相違を強調する。また、ダニエル・J・ソローブ「プライバシーの新理論」(みすず書房, 2013) 参照。
- (24) 名古屋高判平成28年6月29日判時2307号129頁は、GPS による位置情報の把

入については、捜査に必要とされる相当な期間に限定されなければ、一般令状と異ならないことになるからであるが、さらに、令状発給には、自動車による移動が犯罪行為と密接に関連していること等を要すると考えられる。そうでなければ、司法的抑制を意味のないものとしかねないからである。

そうだとすれば、令状発給にあたって、各自動車ごとに、10日程度の期間を定めて、令状発給が行われることが想定されていると考えられよう。

第3に、GPS 捜査による監視追尾が、公道上のみの追尾か、自宅やラブホテル等私的な場所への出入りまで追尾するものかという点である。公道上を追尾することは、尾行や張り込みに近似することや、尾行や張り込みの補助的な手段として GPS 捜査が利用されているにすぎないという点を指摘して、GPS 捜査によるプライバシーの侵害の程度が大きくないことを示す下級審判決が多い。さらにまた、公道上や不特定多数が出入りし、容貌等を観察されることを受忍せざるを得ない場合とする最高裁判決も、一見したところでは、公道上の追尾にとどまる限りは、プライバシーの侵害の程度が大きくないことを示すものであるといえよう<sup>25)</sup>。

しかし、GPS 捜査そのものは、公共の場所と私的空間とを区別せずに、位置情報を探知するので、公共の場所に限って監視対象とするという限定が施されていないという点が大きな問題である。さらに、GPS による位置情報の精度によっては、私的空間のさらにどの位置

握を行う場合に、「具体的な終期が定められていない」ことを、この捜査が違法と評価する重要な点として指摘している。

- (25) もっとも、公道においてもプライバシーによる保護が全て否定されることは妥当ではない。「公道においても、通常は、偶然かつ一過性の視線にさらされるだけであり」「継続的に監視されたり、尾行されることを予測して行動しているものではない」から、公道上では「すべてのプライバシーを放棄したと考えるのは相当ではない」とする下級審判決がある。大阪地判平成6年4月27日判タ861号160頁。この点は、本判決の指摘する「継続的・網羅的」監視がもたらすプライバシー侵害として、令状発給の要件として検討されることになる。

にあるかをも、情報として探知されることになりうる。もちろん、GPS による位置情報の精度によって、プライバシー侵害の程度は異なってくる<sup>(26)</sup>。下級審判決の中にも、GPS によって取得される位置情報は、気象条件等によっては数百メートルの誤差が生じることがあって、正確な情報ではないことをプライバシー侵害の程度が低い理由の一つとしているものもある。しかし、今日では通常数10メートルの範囲で特定可能であると考えられること、GPS によって得られる携帯端末画面では誤差情報も表示されていること、そもそも劣悪な条件下では誤差が大きいということが、プライバシーの侵害をはかる基準として適切か疑問である<sup>(27)</sup>。

尾行や張り込みによっても、私的な場所に捜査対象者があることは確認できるので、GPS 捜査は、それ以上にプライバシーを侵害するものではないとしばしば指摘されている。この点は、尾行や張り込みという伝統的な捜査手法による場合も、24時間監視下に置くことが妥当かという疑問を逆に提示することにもなる。他方で、個人の位置情報の把握を長期にわたって行う場合には、累積することによって個人の嗜好や行動様式を推知することに繋がることから、プライバシーの侵害の程度が大きくなること（いわゆるモザイク理論）だけでなく、その情報の質を問わずに位置情報を把握することは、質的にも、機微に関わる個人情報を排除することができないという問題を含むことを示すものである。

学説においては、すでに位置情報は、プライバシーの中でも要保護性の高い固有情報に該当するという指摘があり<sup>(28)</sup>、また、後述する総

- 
- (26) この点を指摘するものとして、前田雅英「広域窃盗事犯の尾行と GPS を用いた追跡捜査」Westlaw.Japan 判例コラム第73号（2016）。
- (27) 同様の指摘は、エックス線による荷物の検査についてもいえる。エックス線によって取得された情報が正確に内容物の特定に至らないとしても、形状等から内容物を推知する情報が取得されるときには強制処分といえる。井上正仁「強制捜査と任意捜査 新版」432-3頁（2014）。
- (28) 羽瀧雅裕「GPS 捜査の合憲性」新・判例 Watch No.100（2015）、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68頁（2015）、宮下紘「GPS の捜査利用」時の法令1973号50頁（2015）参照。



務省のガイドラインにおいても、「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」情報であるとされる。学説においても電気通信実務においても、位置情報を取得するには本人の承諾を原則とし、承諾がない場合には違法性阻却事由が必要であることは確認されてきたことである。

本判決が、プライバシーとして要保護性の高い私的な場所や空間を区別せずに追尾し、個人の行動を継続的・網羅的に監視する可能性があることをもって、GPS 発信器の設置そのものが、プライバシーの侵害にあたる判断したことは、位置情報の取得の性質を的確に捉えたものといえる。

第4に、GPS 捜査が、尾行や張り込みによることが困難な場合の補助的な手段に過ぎないという論法である。衆議院法務委員会において、山谷えり子（国家公安委員会委員長）が、GPS 捜査を任意捜査と位置付けるに際して、「移動追跡装置は、尾行を機械的に補助するにとどまり、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の侵害の程度が大きいものではなく、かつ、その取りつけが車体を傷つけるような方法ではなく、公道上等で取り付けるなど、第三者の権利を不当に侵害しない様態で行うものであれば、任意捜査として許容される」としたのは、こういった立場の代表的な見方である<sup>(29)</sup>。

しかし、補助的な手段であるかどうかに関わらず、公道と私的空間とを区別せずに、継続的かつ網羅的に監視する手法が、プライバシーの侵害となることは、既に述べた通り、本判決の明らかにしたところである。

#### (5) 「合理的期待」基準の射程

憲法35条が、「住居、書類及び所持品」を超えて、これに準じる私

---

(29) 同様な見方をするものとして、丸橋昌太郎「GPS 捜査の規制について」信州大学経法論集第1号431頁(2017)。イギリスにおいては、GPS 捜査と尾行・張り込みとは、行動監視型捜査として同様の手続によるとして、質的な相違はないという。

の領域の保護にも及ぶとする本判決の射程は、どこまで及ぶのか。特に、本件事案では、GPS の装着という、「侵入」という言葉の拡張解釈の可能な態様によるものであったから、内蔵型 GPS による位置情報の検索や電気通信事業者に対する携帯電話の位置情報の照会についても、なお憲法35条による保護範囲に含まれるかが問題となりうる。

特に、内蔵型 GPS、とりわけ携帯電話の位置情報の把握については、自動車による移動以外の移動をも追尾することが可能であり、より直接的に個人の位置情報を把握することになるため、プライバシーの侵害の度合いはより大きいと言える。他方、位置情報の把握の手順は、第三者である携帯電話会社から、最近の基地局の位置情報の提供を受けることになるため、空間的な侵入の要素はない。

これに関して、総務省の「電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン」35条は、位置情報の取得を、あらかじめ利用者の同意を得ている場合のほかは、電気通信業務の提供のため等、正当な理由がある場合に限り、また第2項では、位置情報の第三者提供について定め、あらかじめ利用者の同意がある場合のほか、正当な業務行為といえる場合に限ると規定した上で、特に、4項では、捜査機関に対する位置情報の提供について別に定めて、「電気通信事業者は、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は、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ことができる。」と定める。

通信の秘密に関わらない位置情報についても、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、強く保護することが適当である。そのため、他人への提供その他の利用においては、利用者の同意を得る場合又は違法性阻却事由がある場合に限定することが強く求められる<sup>(30)</sup>。

---

(30) 総務省「電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン」(平成29年4月18日判) 解説114頁。

[http://www.soumu.go.jp/main\\_content/000507467.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_content/000507467.pdf)

そして、ガイドライン第35条においては、電気通信事業者が、捜査機関への位置情報の提供に際しては、裁判官の令状によることを要求している<sup>(31)</sup>。ここでも、ガイドラインの解説において、同様に、位置情報がプライバシーの中でも特に保護の必要性が高いことをその理由として掲げ、違法性阻却事由に相当するものとして、裁判官の令状(検証許可状)を必要としている。

実務上も、電気通信事業者に対する位置情報の提供を求める場合には、検証許可状によることが確立していると論じられているが、本判決の示す令状要件(特に、令状の事前提示に替わる公正さを担保する手続)に照らすと、公正さを担保する手続が十分といえるか検討を要する<sup>(32)</sup>。

アメリカの判例の中には、位置情報を第三者(例えば、電気通信事業者)に提供することを予め同意したとき、プライバシー保護の合理的な期待は及ばないとするものがある<sup>(33)</sup>が、携帯電話等による位置情報については、少なくとも、第三者に提供されないという了解の下で利用されるものであると考える。ガイドラインも同様の理解に基づくものである。

本判決は、住居、書類及び所持品に準じる私的領域を侵害されない権利を憲法35条が保護しているとするのであるから、その侵害の態様が物理的なものである場合だけでなく、エックス線撮影などの電磁的な方法によるものである場合も、電子的に取得された者から提供される場合でも、私的領域が侵害されている点では同じである。したがって、侵害の態様の評価はともかくとして、内蔵型GPSを利用した位

---

(31) 総務省ガイドライン解説、115頁。

(32) 2016年のガイドライン改定において、これまで携帯電話の画面に「位置情報が検索されようとしています」といった事前通知の要件を外した点が問題とされ、日弁連も「市民の知らないうちに、その行動が監視される」として、この改定への反対意見を述べている。この点は、本判決が示すように、令状発給に際して、事後通知等公正さを担保する手続が要求されているといえよう。

(33) 例えば、United States v. Skinner, 690 F.3d, 772 (6th Cir. 2012)。

置情報の把握についても、憲法35条による令状主義は要求されるものと読むことができよう。

## おわりに

本稿では、GPS 捜査を違法だとする大法廷判決を中心に、憲法35条1項が規定する「住居、書類及び所持品」を超えて、これに準じるもの、すなわち、合理的に推認される個人の意思によって、プライバシーとして保護される範囲を検討した。

最高裁は、アメリカの連邦最高裁が **Katz** 判決以来採用してきた「プライバシーとして保護される合理的な期待」の基準を下敷きに、憲法35条1項の射程を見ているように思われるが、この基準の適用においては、法律による制度設計次第で、プライバシーの合理的な期待が及ばないとされることに留意する必要がある。このことは、国内郵便物と国際郵便物との検査範囲の相違が、法律等の制度によって設定されているものであるにも関わらず、上位規範であるはずの憲法35条の射程が法律の規定次第ということになる可能性があることを示せば、その不合理性は明らかである。

また、最高裁が、「住居、書類及び所持品」に「準じる」私的領域に対する「侵入」という表現で、憲法35条の規範内容を述べていることも、事案が、自動車への物理的な「侵入」といえなくもないものであっただけに、この物理的な侵入を重視したのだと評価することもできる曖昧さを残している<sup>(34)</sup>。

とはいえ、GPS 装着型捜査に関する限り、立法措置が講じられなければ、違法とされることが明らかである。そして、最高裁判決は、

---

(34) アメリカ連邦最高裁が、GPS 捜査を修正4条に違反する不合理な捜索にあたるに際して、法廷意見を書いたスカリア裁判官は、自動車へのGPS発信器の設置を、「憲法制定者が220年前に禁止しようとした行為に相当する」と述べていることが想起される。United States v. Jones, 565 U.S.400 (2012).

法制化するうえでの条件を示している。「捜査及び令状発付の実務への影響に鑑み」で「念のため」に示されたこの判断は、事件を解決する上では必要のない判断（傍論）であるから、敢えてこれを示した理由は興味深い。下級審判断が分かれていたことや捜査実務においてGPS捜査が多年にわたって用いられてきたことに対応するためとはいえ、立法に対する指針を提供することが主目的である。

本判決において示された指針は、①罪名、②対象とされる車両、③監視される期間、④第三者の立会い、⑤事後通知、等である。適正手続の保障の見地から、令状の事前提示に替わる公正さ担保の方式を考慮する必要がある点で、④、⑤の要件が示されているが、継続的・網羅的な監視を抑制するための③の要件は不可欠としていると思われる<sup>(35)</sup>。判決は、令状要件についての規定には立法裁量の余地があるとするが、適正手続、一般令状の禁止、司法的抑制など憲法規範の枠内であることを要する。

そうすると、この指針は、立法を拘束する憲法35条（ひいては憲法31条）の規範から導き出されたものと読まなければならない。同条によって、私的領域の保護とともに、令状に際して司法的事前抑制を意味あるものとする条件付けがなされているのである。それゆえ、長期にわたるGPS捜査は、司法的抑制を無意味なものとしかねないゆえに、期間の設定等の条件が憲法上要求されることになるものである<sup>(36)</sup>。

- (35) 指宿信「ハイテク機器を利用した追尾監視型捜査—ビデオを監視とGPSモニタリングを例に」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集・下巻（2007）178頁。
- (36) 捜査という目的の正当性が手段を正当化しないことは特に留意すべきである。GPS捜査を違憲と判断した *United States v. Jones*, 565 U.S.400 (2012)の後、GPS発信器が電子的なストーキング、配偶者、未成年の子、痴呆の疑いのある高齢者等において多用されているという報道がなされている。「人はペットではないので、たとえ家族といえども、許諾なく見張られることには同意できない」という指摘がある。See *Private Snoops Find GPS Trail Legal to Follow*, *New York Times*, January 28, 2012.