慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	行為規範としての刑事訴訟法197条1項の解釈： 最大判平成29年3月15日を巡って
Sub Title	Article 197 of the code of criminal procedure as a code of conduct
Author	津田, 敬三(Tsuda, Keizō)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2019
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.43 (2019. 12) ,p.37- 66
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20191227-0037

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

行為規範としての
刑事訴訟法 197 条 1 項の解釈
――最大判平成 29 年 3 月 15 日を巡って――

津　田　敬　三

序
1　強制処分法定主義と行為規範性
2　意思要件と重要法益要件
3　重要法益要件について
（1）判例・学説の状況
（2）明確性の要求
（3）捜査の公益性と二段階の留保の意義
（4）「重要法益」の具体的内容
（5）プライバシーの権利について
（6）権利章典に規定される基本権との関係
（7）従来の判例の検討
4　意思要件について
5　ＧＰＳ捜査大法廷判決（最大判平成 29 年 3 月 15 日）について
（1）本判決の概略
（2）重要法益要件について
（3）意思要件について
（4）傍論について
6　結語

序

わが国の刑事訴訟法は、捜査機関に捜査権限を付与するに当たって、任意捜査を原則としつつ、強制処分については特別の法の規定を要求している（刑事訴訟法 197 条 1 項。以下本法を単に「法」という。）。しかし、それ以上に強制処分とは何かを定義付ける規定はない。判例の形でいくつか示されており、平成

29 年 3 月 15 日の大法廷判決（刑集 71 巻 3 号 13 頁。「ＧＰＳ捜査大法廷判決」）においても、強制処分とは何かが示されたが、その理解を巡っては様々な評釈がなされている。

本稿は、法 197 条 1 項の規定につき、捜査機関に対する行為規範であるべきとの立場から改めてその解釈を検討し、また、それに沿って、ＧＰＳ捜査大法廷判決について評釈を加えようとするものである。

1　強制処分法定主義と行為規範性

刑事訴訟法 197 条 1 項は、本文において「捜査については、その目的を達するため必要な取調をすることができる。」と規定しつつ、但し書において「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、これをすることができない。」と規定する。ここに捜査とは、「犯罪の嫌疑がある場合に、公訴の提起・追行のために、犯人を保全し、証拠を収集保全する行為」[1] とされるとおり、捜査機関による犯罪に関連する情報の収集、すなわち証拠物や供述を保全し、犯人と疑われる被疑者を検挙し、あるいは身柄を拘束する活動全般となろうが、そこでは、被疑者を含む市民の権利・利益の制約は、所与の前提となる。

他方、わが国の伝統的な行政法理論は、法律による行政の原理を採用することによって、国民の代表である議会が制定した法律で行政権を拘束・制限し、そのことによって、国民の権利・利益を行政権からの侵害に対し保護するという、ヨーロッパ型近代法治国家原理を基本的な出発点としているとされる [2]。かかる理解からは、捜査が市民の権利・利益の制約を所与の前提とする以上、その権限が法律によって捜査機関に授権されていなければならず、この点は、刑訴法 197 条 1 項本文がその権限の授権規定であると解される [3]。すなわち、但し書のいう「強制処分」に当たらない処分一般（いわゆる「任意処分」）につ

1）平野龍一・法律学全集「刑事訴訟法」82 頁。
2）藤田宙靖・行政法 I 第 4 版 17 頁。
3）酒巻匡・刑事訴訟法 22 頁。

いては、捜査機関にその権限を広く委ねたものと解される。これに対し、「強制処分」に関しては、捜査機関の権限を制限しつつ、「この法律に特別の定」という更なる授権によって、これを統制しようとする（強制処分法定主義）。

捜査機関に対する規律の方法は各国様々であるが、いずれにしても、各国の成り立ちや歴史的経緯等も踏まえた上での市民の総意として選択されるべきものであろう。この点、わが国では、法律による行政の原理自体、行政に対する立法府の民主的統制を指向するものであるが、更に強制処分法定主義を採用することで、強制処分に関しては、立法府によるより厳格な統制、すなわち、立法府よる二段階の統制を指向することで、捜査機関の濫用的権限行使を抑止しようとする法制度であると理解することができる[4)]。

この強制処分法定主義については、憲法 31 条からの要請であるとも理解されているが[5)]、いずれにしても、立法府が捜査機関を法律によって統制するという制度においては、その法律が授権の範囲について十分な明確性を備えていることが重要であろう。すなわち、統制を受ける捜査機関にとって行為規範となり得る明確性が要求されるべきである[6)]。

2　意思要件と重要法益要件

このように法 197 条 1 項の規定を捜査機関に対する行為規範として見た場合、先ず以て、強制処分とは何かが捜査機関にとって可能な限り明確でなければならないのであるが、刑訴法には、強制処分を定義付ける規定は、同条以外には見当たらない。

4）井上正仁「強制捜査と任意捜査」新版 28 頁、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造（1）」法学教室 283 号 61 頁。なお、強制処分法定主義が要求されるのは既成の古典的強制処分に限るとする見解（「新しい強制処分説」、田宮裕・刑訴法新版 72 頁）もあるが、憲法 31 条を受けての刑訴法 197 条の解釈としては、採り得ないであろう。

5）井上・前掲 28 頁、酒巻・前掲「捜査に対する法的規律の構造（1）」62 頁。

6）強制処分法定主義の眼目として「捜査機関に向けられた行為規範」性を承認するものとして、酒巻・刑事訴訟法 24 頁。

この点、判例は、まず、最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁が、「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を意味する」と判示して強制処分を定義した。かかる定義は、今般のＧＰＳ捜査大法廷判決においても引用され、「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」として踏襲されている。

他方、学説は、「相手方の明示または黙示の意思に反して、重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う処分」[7] との表現を用いて定義付けるのが近時の通説的見解とされる[8]。判例にしても学説の通説的見解にしても、いずれも、「強制」の本来的な語義からの「意思制圧」あるいは「明示又は黙示の承諾」といった、対象者の意思に着目した判断要素に加え、「重要な法的利益」あるいは「重要な権利・利益」の制約・侵害に限って、「特別の定」を要求する。この二つの要素のうち、前者（「意思要件」）に関しては、処分の対象者の意思を対象とするものであるから、事案ごとの個別具体的な検討が求められるのに対し、後者（「重要法益要件」）に関しては、その性質に着目した類型的判断が可能である。同条項の解釈にあたっては、まずは制約対象となった法益等について類型的に重要性判断を行い、次いで、意思要件について、事案ごとの具体的な事情に則して検討することが適切とされるが[9]、行為規範としてより明確な解釈を指向するに当たっても、類型的判断を経て個別具体的な事情を考慮するというのは正しい判断手法と思われる。

7）井上・前掲11頁。

8）酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造（2）」法学教室284号69頁、田口守一・刑訴法第6版46頁、白取祐司・刑訴法第9版95頁等。

9）井上・前掲8頁。

3　重要法益要件について

(1) 判例・学説の状況

昭和 51 年最決は、前述のとおり、「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を意味する」と判示したのであるが、その後、電話傍受に関する最決平成 11 年 12 月 16 日刑集 53 巻 9 号 1327 頁では、「電話傍受は、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」と判示し、また、X 線検査に関する最決平成 21 年 9 月 28 日刑集 63 巻 7 号 868 頁では、「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から、検証としての性質を有する強制処分に当たる」との表現が用いられた。もっとも、今般のＧＰＳ捜査大法廷判決では、「憲法が保障する重要な法的利益」との表現を用いられたのであるが、強制処分の対象となる被侵害法益に関する判例の表現には揺らぎがあることは否めない。

他方、通説的見解は、「重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う場合」とするが、強制処分に関する前記各判例の結論は、学説からも概ね支持されているようであり[10]、そうであれば、その対象とするところはほぼ重なるものであろう。

(2) 明確性の要求

このように、判例にしても通説的見解にしても、対象を法益一般とはせず重要なものに限定する[11]。しかし、この重要か否かによって強制処分性が決せられ、捜査機関がなし得る処分の線引きがなされるのであるから、「重要」にいかなる意義が付与されているかが明らかにされなければ、本条を行為規範と

10）井上・前掲 10–15 頁、酒巻・刑訴法 30–31 頁等。

11）法 197 条を上述のような二段階の留保・授権であると解すれば当然の帰結であろう。

して機能させることはできない。この点、「従来の見解は、裁判所による権利利益解釈の蓄積が強制処分と任意処分との境界を明らかにすることを暗黙の前提としてきた」[12] とも指摘され、重要性の内実は、必ずしも積極的には論じられていないように思われる[13]。しかし、判例の集積を待つというのは、判例法主義の下ではともかく、強制処分法定主義という民主的統制、また、そのための行為規範性を追求する上では、採り得ない態度であろう。

(3) 捜査の公益性と二段階の留保の意義

このように、重要性が当該法益等の制約に特別の留保・授権を要求する根拠となるのであるが、強制処分法定主義が民主的統制を指向するものである以上、重要性の内実も民主的統制と無関係に決せられるものであってはならないだろう。そして、この点は、二段階の留保・授権という法 197 条 1 項の趣旨からすれば、捜査の公益性を承認した上で、当該処分によって制約される法益が、捜査の公益に優越する場合にはその制約に「特別の定」を要求し、他方、捜査の公益が優越する場合は、任意処分として、捜査機関に広汎な権限を委ねたものと解すべきと考える。すなわち、捜査はそれ自体、国民の基本権を直接的に侵害・制約する作用ではあるものの、他面において、犯罪の検挙・刑罰権の発動による国民の安全保障ひいては基本権等の法益保護という機能を有しており、重要な公益を担う国家の権能として憲法上も当然に承認されているのである[14]。捜査は、したがって、憲法上保障される国民の基本権を制約する根拠となり得るが（法 197 条 1 項本文がこれを許容する。）、より重要な基本権を制約するものについては、更なる民主的な統制を要求することで、捜査の公益と基本権の保障との調和を図ったものと解すべきであろう。このように、重要か否かは、類

12）稲谷龍彦「刑事手続におけるプライバシー」2 頁注 6。

13）井上・前掲 12 頁は、「そのような法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益」とし、また、酒巻・刑事訴訟法 32 頁は、「類型的に法定された『強制の処分』と同内容であること」を指摘する。

14）最大判平成 11 年 3 月 24 日民集 53 巻 3 号 514 号参照。

型的に判断されるにしても、当該法益等を単体として見るのではなく、捜査の公益との比較において相対的に判断されるべきである[15)]。

(4)「重要法益」の具体的内容

捜査の公益との比較における法益の重要性判断とはいっても、多分に価値判断を含むものであり、普遍的あるいは一義的に判断できる基準はない。捜査機関への授権の程度は、それによる基本権制約の受忍と、捜査機関による犯罪検挙・予防という形での基本権保障との調和をいかに図るかという政策的判断ともいえよう[16)]。そして、捜査権限が国家権力そのものであることからすれば、それとの関係においていかなる基本権が保障されるべきかは、国民の総意に基づいて決せられるべき事項、すなわち、国家権力と国民の基本権との調整として、正しく憲法に委ねられた事項と考えられる[17)]。そうであれば、いかなる基本権が捜査の公益に優越するかについても、憲法によって規律され、また、憲法の規定の解釈を通じて読み解かれるべきであろう。それにより、民主的統制を図った法 197 条 1 項の趣旨との整合性も保ち得る[18)]。

15）前田雅英「いわゆる GPS 捜査の合憲性」捜査研究 798 号 39 頁は、「刑事裁判実務における捜査の限界・違法性の判断は、憲法違反性の有無で形式的に判断されるのではなく、……当該捜査によって侵害される法益と、捜査によって得られる真相究明によって国民にもたらされる利益との比較考量を基本とする」と指摘する。

16）稲谷・前掲 44 頁は、「捜査によって制約される権利・法益との対比として捜査による社会的便益の増加にも着目しつつ、最終的には『社会的利益の最大化』の観点から決せられるべき」とする。「社会的利益の最大化」は立法政策論としては正しいが、法解釈・執行の指針とするには抽象に過ぎ、行為規範としては機能させづらいだろう。

17）酒巻・前掲「捜査に対する法的規律の構造（1)」59 頁は、「国家の権力作用から国民の基本権・自由を保障するという考え方に立つ成文憲法の権利章典が、国家刑罰権の発動とこれを目的とする捜査ないし刑事手続一般の統制・制禦に深い関心を寄せるのは当然」と指摘する。

18）上述した強制処分法定主義の趣旨に照らしても、強制処分と任意処分の限界は司法がその判断において規律するものではなく、立法府の政策判断を尊重し、あるいは立法府をも拘束するものとしての憲法規定を根拠に立法府の判断の明確化するところに、司法の役割が求められよう。

この点、憲法は、捜査と国民の権利・自由との関係に関しては31条以下に規定を置いている。憲法33条、34条では、逮捕や抑留・拘禁（勾留）という形での捜査目的での身柄拘束と、身柄拘束により当然伴う居住・移転・営業の自由（憲法22条1項）、勤労の権利（憲法27条1項）、学問の自由（憲法23条）、表現の自由（憲法21条1項）等の法益との調整を規定する。また、憲法35条は、捜査機関による捜査活動に対し、「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」を令状主義の下で保障する。同条の淵源は、「各人の住居は彼の城であり、雨や風は入ることができるが、国王は入ることはできない」（「城の法理」）に求められるとの指摘のとおり、本来的にはこれら物理的な領域内の排他的な支配を保障するものであり[19]、単なる財産権の保障にとどまらず、当該領域内のプライバシー保護[20]、あるいは、排他的に支配し得る「固有領域」として保障される[21]と理解されており、そのような「領域」への支配権に捜査の公益に対する優越性を認める規定と解されよう。これらの規定によって保障される権利・自由（法益）については、捜査の公益に対しても優越するものとして、憲法自体が位置付けていることが明らかである。

また、憲法第3章は、種々の権利・自由を列挙するが、これらは、歴史的に国家権力によって侵害されることの多かった重要な権利・自由を列挙したものと理解されている[22]。これらの権利・自由についても、31条以下で規定する捜査の公益との調整状況を踏まえる必要はあるが、捜査の公益に優越するもの

19）松田岳士「令状なしのGPS捜査が違法とされた事例」季刊刑事弁護91号101頁。なお、芦部信喜［高橋和之補訂］・憲法第6版248頁、渥美東洋・刑訴法第2版23頁以下。

20）井上正仁「任意捜査と強制捜査」新版62頁。

21）松田・前掲100頁。なお、松田・同101頁は、憲法35条の保障は単なるプライバシー保障にとどまらず、個人の「固有領域（排他的支配領域）」として公権力による侵犯・干渉から保護されるべきと指摘する。もっとも、プライバシーという語自体が多義的に用いられるところ、保障されるのが後述の情報プライバシーに限定される趣旨ではないとすれば、両者の考える保障の内実に大きな差異はないであろう。

22）芦部［高橋］・前掲119頁。

を考える上で、その意義を見出すことができよう。

これに対し、憲法 13 条は、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体（幸福追求権）を規定するものと理解され、社会の変革にともない新たに保障されるべき人権について、本条がその根拠となって、憲法上の保障が及ぶこととされる[23]。もっとも、本条のかかる包括的な性格から、14 条以下の個別の人権を保障する条項との関係は、一般法と特別法との関係にあり、個別の人権が妥当しない場合に限って 13 条が適用されるとされるなど（補充的保障説）[24]、本条の位置付け、また、新たな権利の源泉としてその外延の明確さを欠くことからすれば、本条は、権利・自由について、捜査の公益に対する優越を認める根拠とはなりにくいであろう。また、本条を根拠として認められる「新しい権利」についても、「明確な基準もなく、裁判所が憲法上の権利として承認することになると、裁判所の主観的な価値判断によって権利が創設されるおそれ」[25] が指摘されている。裁判所が本条を根拠に「新しい権利」として憲法的保障を承認するとしても、各基本権と捜査の公益との優劣判断は民主的統制の下で、あるいは国民の総意として決せられるべき事項であることからすれば、本条を根拠とする「新しい権利」に捜査による公益に対する優越を認めることは慎重でなければならないであろう[26]。

(5) プライバシーの権利について

プライバシーは、元々は「ひとりで放っておいてもらう権利」としてアメリカ合衆国の判例において発展したとされるが[27]、日本においても、「私生活をみだりに公開されない法的保障ないし権利」[28] として権利性が認められ、さ

23）芦部［高橋］・前掲 120 頁。

24）芦部［高橋］・前掲 120 頁、木村智史＝伊藤建「基本憲法Ⅰ」60 頁等。

25）芦部［高橋］・前掲 121 頁。

26）憲法改正を経て権利章典に加えられるなど、憲法の規定上捜査の公益に優越するものと位置付けられれば別論である。

27）芦部［高橋］・前掲 122 頁。

28）「宴のあと」事件（東京地判昭和 39 年 9 月 28 日下民集 15 巻 9 号 2317 頁）。

らに、「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・姿態を撮影されない自由」[29]、「人の名誉・信用にかかわる事項をみだりに公開されない利益」[30] などの「自己に関する情報をコントロールする権利」（情報プライバシー）[31] についても憲法上の保障が及ぶとするのが判例である。

もっとも、捜査が犯罪に関する情報を収集する活動を本質とすることからすれば、捜査の公益と情報プライバシーとは正面から衝突する。憲法は両者の関係については沈黙しているが、捜査の公益が憲法上当然に承認されていると解されるのに対し、情報プライバシーが憲法 13 条に由来する「新しい人権」として保障されているにすぎないことからすれば、憲法が情報プライバシーを捜査の公益に優越するものと位置付けていると解することは困難であろう。また、法 197 条の解釈としても、情報プライバシーを侵害する処分を強制処分と位置付けるとすれば、捜査の全てが強制処分となりかねず、二段階の統制の意義が没却されてしまう。

他方、学説においては、情報プライバシー権を「重要な権利利益」と位置付ける見解が多数を占めるようであり [32]、かかる学説の議論には、アメリカ合衆国における議論が影響を与えているものと思われる。わが国の憲法 35 条の

29）京都府学連事件（最大判昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 巻 12 号 1625 頁）。

30）前科照会事件（最判昭和 56 年 4 月 14 日民集 35 巻 3 号 620 頁）。

31）芦部［高橋］・前掲 123 頁は、「情報プライバシー権」とする。なお、この「情報プライバシー（権）」は、上述した憲法 35 条が保障する、領域内の排他的支配（非干渉）を意味するプライバシーとは区別されるべきである。「プライバシー」の語は、今日では本文の情報プライバシーの意で広く使われているが、本来的には他者からの非干渉を内実とするところからすれば、領域内の排他的な支配権を指称するものと理解すべきであろう。ただし、混乱を避けるため、それぞれ「情報プライバシー」、「領域プライバシー」と表記することとする。

32）井上・前掲 13 頁は、「プライヴァシー権ないし人格権というものが憲法上の重要な権利だとすると、その権利を本人の意思に反して侵害するのは強制処分だということにな」るとし、酒巻・前掲「捜査に対する法的規律の構造（1）」60 頁は、国民の基本権の中でも最も根元的で価値の高い人権として、人身の自由と並んで「個人の住居の平穏や私生活上の秘密・プライバシィの利益」を指摘する。また、田宮・前掲 71 頁は「プライバシーのよ

母法とされるアメリカ合衆国憲法修正 4 条は、Katz 判決[33] 以降、「プライバシーの合理的期待（reasonable expectations of privacy）」を保障するものとの理解が広まっている[34]。もっとも、同判決は、修正 4 条がプライバシーそのものを保護するとしたものではなく、また、「合理的期待」の内容も不明確で、単に物理的な妨害排除請求権（right of exclude）によって裏付けられていることを言い換えたに過ぎない等の批判もある[35]。実際、その後のＧＰＳ機器を用いた捜査手法に関する Jones 判決[36] では、「比較的短期間の公道上の監視であればプライバシーへの合理的期待からも合意される（が、より長期なものは違法）」として「プライバシーの合理的期待」論による解決を主張した Alito 判事らの意見を抑えて、法廷意見は、合理的期待の内容を具体的・定量的に示すという「厄介な問題」（vexing problems）をはらむものとしてそこには踏み込まず、車両への機器装着自体を「捜索」とすることで解決を図っており、必ずしも捜査に対する情報プライバシーの優位性が承認されるには至っていない[37]。しかも、わが国では強制処分法定主義を採用している。判例の集積によって捜査の

うな無形的な法益に対する侵害行為（例えば顔写真の撮影や盗聴のような）も強制処分となり得る。」とする。捜査法と情報プライバシーとの関係を扱ったものとして、笹倉宏紀「捜査法の体系と情報プライバシー」刑法雑誌 55 巻 3 号 423 頁。

33）Katz v. United States, 389 US. 347（1967）.

34）Katz 判決ではワイヤタッピング（通信傍受）が問題となったが、合衆国憲法には通信の秘密を保障する規定がなく、連邦最高裁は、修正 4 条を「場所ではなく人を保護する規定」と解し、この適正手続条項を介して実体的権利を拡幅することで解決を図った。他方、通信の秘密を保障するわが国の憲法下においては、同様の手法を用いる必然性はない。

35）Orin S. Kerr, *The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and The Case for Caution*, 102 Michigan Law Review 809–10（2004）、なお稲谷・前掲 190 頁。

36）United States v. Jones, 132 S. Ct. 945（2012）.

37）稲谷・前掲 97 頁は、「アメリカ合衆国においては、裁判所による拡張的な第 4 修正解釈に深刻な疑問が投げかけられ、連邦最高裁も、プライバシーの合理的期待テストの運用を改める方向を打ち出しつつあり、また、プライバシー保護についての議会立法を尊重する姿勢が学説・判例共に定着しつつある。」とする。実際問題として、司法には如何なる範囲・範疇の情報プライバシーの限度で捜査による公益に勝る保障をすべきかを適切に判断する能力もないだろう。

公益を上回る情報プライバシーの類型化を図るという手法も採り得ないのである。

捜査機関が多量の情報を収集・管理することへの漠然とした不安感については理解し得るし、情報プライバシー自体の要保護性は憲法上保障されるべきものとして何ら否定するものではないが、一方で、犯罪自体も情報化社会の中でより巧妙化しており、憲法も、市民の情報プライバシーを制約して犯罪の検挙・予防に務める捜査機関の存在を当然の前提としているのである。かかる調整は立法的[38]に解決されるべきであろうが、現行憲法の解釈としては、情報プライバシーという法益を類型的に見た場合、捜査の公益を上回る重要性が認められているとすることは困難である[39]。

(6) 権利章典に規定される基本権との関係

上述のとおり、憲法14条以下の権利章典規定は、その沿革からすれば捜査の公益に優越する権利・自由の根拠となり得るものと考えられるが、憲法31条以下で規定される捜査の公益との調整状況に照らしつつ、捜査の公益との優劣関係を考える必要があろう。例えば、憲法19条は思想及び良心の自由を規定しており、内心にとどまる限り絶対的な保障とされている[40]。また、表現の自由（憲法21条）についても、その沿革及び民主制に資する社会的価値にかんがみれば[41]、捜査の公益に対する優越性が認められて然るべきである。

38）プライバシーの価値をより重視するとすれば、根本的な解決は憲法にプライバシーと捜査の公益との関係性得を明記すべきとなろうが、手続的な困難性にかんがみれば、立法的な手当をするというのが現実的であろう。なお、稲谷・前掲280頁は、プライバシーの重要性を前提としつつ「最終的解決を民主主義的熟議に委ね」るべきとする。

39）捜査が個人の核心的な情報の収集を目的とする以上、情報の質や量の点からその収集を制限するというのは合理的でない。特定の属性を有する情報プライバシーのみ保障することも考えられるが、その場合は、類型的に見た情報プライバシーそのものに捜査の公益に対する優越性を認めるものではないだろう。

40）伊藤正己・憲法3版259頁、芦部［高橋］・前掲150頁。なお、強制処分に該当するかという問題と、法律をもって制限できるかという問題は別問題である（井上・前掲12頁参照）。

41）芦部［高橋］・前掲175頁、辻村みよ子・憲法4版207頁。

もっとも、憲法 13 条から新しい人権が派生しているのと同様、各基本権からも権利・自由が派生している。憲法 31 条以下の調整状況を踏まえれば、派生的に認められる権利・自由に、捜査の公益に対する優越性を認めるには慎重でなければならないだろう。一例を挙げれば、沈黙の自由は表現の自由（憲法 21 条）や内心の自由（19 条）に位置付けられ[42]、そこには調査・質問を受けない自由も含まれるとされる[43]。実際問題として、捜査機関が取調べや事情聴取によって、個人の発言の有無について本人又は関係者から確認するなどの捜査を行ったとすれば、当該個人の表現活動に萎縮的効果が生じるのは否定できない[44]。しかし、捜査機関が被疑者のみならず参考人から事実関係を確認することが表現の自由（沈黙の自由）等を制約するとしても、それは捜査の公益に優越する重要法益まで侵害すると見る必要はないだろう[45]。

他方において、表現の自由に関する憲法 21 条は、2 項において通信の秘密を保障する。通信の秘密は、諸外国においても「特定人の間のコミュニケイションの内容を他に知られないようにする、という私生活の自由を保護する」もの、すなわちプライバシー権を保護するものと考えられてきたとされる[46]。ここにいうプライバシーは情報プライバシーを指すものと解されるが[47]、上述のとおり、情報プライバシーは、類型的なものとしては、捜査の公益を上回

42）佐藤幸司・憲法 3 版 486 頁、渡邊康行ほか「憲法 I 」162 頁［渡邊康行］。なお、思想や良心の意味内容に関しては諸説あるが、良心に関しては内心における価値判断を広く含むものと解する見解がある（最判昭和 31 年 7 月 4 日民集 10 巻 7 号 785 頁藤田八郎裁判官反対意見等）。

43）芦部［高橋］・前掲 150–151 頁、辻村・前掲 188 頁。

44）発言に限らず、行動等についても、捜査機関が情報を収集すること自体に萎縮的効果が生じることは否定できず、あらゆる活動をする自由への影響も否定し得ない。

45）憲法 38 条 1 項は「供述を強要されない」ことを保障する。任意取調べ（法 198 条 1 項、223 条 1 項）でも発問自体を強制処分とするのは不合理であろう。

46）芦部［高橋］・前掲 221 頁。

47）プライバシーの憲法上の権利性が承認される前から通信の秘密は憲法の明文規定により保障されていたのであるから、憲法 21 条 2 項によって情報プライバシーが保障されるというよりは、憲法 21 条によって保障されていた通信の秘密の内実的な権利・利益が、情報プライバシーという権利概念の確立の際にそこに組み入れられたと考えるべきであろう。

る憲法上の価値を有するものと見ることはできない。しかし、このように憲法が明文をもって保障しているところは、かかる範囲において憲法が情報プライバシーにも捜査の公益を上回る重要な価値を認めたと解することができよう。

このように、憲法の規定（特に権利章典規定）の解釈を通じて、捜査の公益に優越する権利・利益の範囲を画定することで、重要法益性の内実が明らかにされるべきであるが、法益や権利間の優劣関係は必ずしも一義的に判断できるわけではない。最終的には司法による憲法解釈に委ねられることになる。もっとも、重要法益性の判断が類型的判断であり、その内実が基本権保障の程度とその手段としての捜査機関への権限付与程度との調整という政策判断であることからすれば、司法積極主義が機能する場面ではないだろう。

(7) 従来の判例の検討

このように、「重要な法益」か否かは、捜査の公益との比較において、憲法解釈を介して確定されるべきであるが、従来の判例、例えば昭和 51 年最決が「身体、住居、財産等に制約を加え……る行為」と示しているところは、憲法 33 条及び 35 条の規定を念頭に置いた説示であることは明らかであろう[48]。また、電話傍受に関する平成 11 年最決では、「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」とするが、ここでも、情報プライバシーそのものを強制処分性を考慮する対象として捉えるのではなく、憲法 21 条 2 項後段の規定を引用し、通信の秘密によって保障されるとの特定の属性を有する情報プライバシーのみに、捜査の公益に対する優越性を認めたと解することができる。さらに、エックス線検査に関する平成 21 年最決[49]は、「『荷送人や荷

48）昭和 51 年最決以前で強制処分性が問題となったものとして、前掲最大判昭和 44 年 12 月 24 日（京都府学連事件）がある。同判決は、警察官による写真撮影行為の強制処分性に関し、「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」が憲法 13 条により保障されるとしつつも、強制処分か任意処分かを明示しないまま一定の条件の下での写真撮影を許容した（同判決が写真撮影を任意処分にとどまると評価したものと解するものとして、井上・前掲 15 頁、酒巻・刑訴法 157 頁等。）。

49）最決平成 21 年 9 月 28 日刑集 63 巻 7 号 868 頁。

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」点を、強制処分性を認める理由として挙げる。憲法 35 条が財産権に対する保障にとどまらず、固有領域あるいは領域プライバシーを保護するものとの理解が通説的であることは上述のとおりであり[50]、封緘し宅配業者に託した荷物については、憲法 35 条の「住居、書類、所持品」に類する排他的な支配領域として、同条を根拠に、その領域内の限度で情報プライバシーについても捜査の公益に優越する法益性を認めたものと解される。このように、判例は、いずれも憲法の権利章典中の文言に引き付けて強制処分性を認定しているものと理解できる。民主的統制を指向する強制処分法定主義の下での捜査の公益との対比における重要法益性の判断に関しては、司法の役割は、民主的統制の実効化に重きが置かれるべきであり、立法府に代わって捜査機関を統制する新たな規範を定立することは、本来的な役割ではない。従来からの判例の立場は、かかる観点において、強制処分該当性について、憲法解釈を通してその基準を明確にしようとするところにあったものと考えられる。

4　意思要件について

重要法益要件が類型的判断を指向するものであるのに対し、意思要件は対象者の意思という個別具体的な判断を指向する。この対象者の意思の視点に関し、判例は「意思制圧」という語を用いる一方、通説的見解は「明示又は黙示の承諾の有無」を判断要素とする[51]。強制の語義を「相手の意思に反して行うこと」と理解すれば、「承諾の有無」はその語義に適合し、行為規範として見ても明確といえよう。もっとも、それが妥当な結論を導き得るか、すなわち、承諾がない場合を全て強制処分とし、特別の根拠がなければなし得ないとするこ

50）領域内の排他的支配を意味する領域プライバシーには、領域内の情報プライバシーの統制権も当然含意されることになる。

51）井上・前掲 19 頁は「表現ないし修辞の違い過ぎず、実体として異なるものではない。」とするが、いずれにしても、要件として必要十分な表現・修辞でなければならないだろう。

とが妥当かは、検討されなければならない。換言すれば、対象者の意思に反する場合でも、強制処分には当たらないとして何らかの処分を行い得るとしなければならない事態が考えられるか、である。

公権力への権限の付与（授権）は、――それが適正に行使されることでの社会利益の実現を期待してなされるものであるとしても――授権が本来的には権限行使による効果帰属の承認を前提とするものであることからすれば、公権力に権限を付与した市民の側も、自らが権限行使の対象とされる事態も念頭に置きつつ、そのような権限行使を期待してなされているものと理解される。行政法理論においては、公権力への権限の付与と強制力の付与とは分けて考えられ[52]、対象者に受忍義務を認めるのは、公権力に強制力まで付与した場合に限られる。しかし、単なる権限の付与であっても、その適正な行使を期待して授権しているのであるから、これを授権された公権力側から見れば、その権限の行使による不利益について対象者が受忍することを「期待」して行動することになろう。

職務質問を例にとれば、警察官が何らかの不審事由がある者に対して職務質問を行うとして、対象者は、現に犯罪に関与していれば当然、また、普通に生活を送っている市民の立場でも、警察官に自己の情報を喜んで開示する者は少ないであろう。しかし、公共財としての警察の有効活用という視点からは、警察官が誤った嫌疑を抱こうとするとき、自己の情報を一部開示することでそれを容易に解消し得るとすれば、警察官を別の警察活動に注力させることができ、結果として警察の有効活用につながり、これは自己を含む市民全体の基本権保障に資するものとなる。対象者が質問に応じなかったとして、警察官がそれ以上の不審事由の解明を簡単に断念し、あるいは直ちに強制処分に移行することよりも、対象者が上記のような判断をなし得る「合理的な市民」であることを前提に、協力に向けて説得することを市民は警察官に期待し、それが立法により警察官に職務質問の権限を与えた趣旨ではなかろうか。

捜査処分においても同様に、嫌疑が存在する場合において、対象者から承諾

52）藤田・前掲 23 頁。

を得られないとしても、まずは説得し承諾を得ようとすることを市民は捜査機関に期待し、その限度においての受忍を市民の側が承認した結果が法となっているものと解すべきであろう。これに対し、説得により承諾を得るとの方法を断念・放棄し、相手の意向にかかわらず処分を断行するとの態度が看取される状況に至れば、これは処分の受忍を義務付けることになり、相手の意思を制圧するものとして「強制処分」となる[53]。この場合、強制処分か否かの判断は、対象者の意思に着目するのではなく、その態度等を勘案しつつも、捜査機関側の態度に着目することになる[54][55]。このように、「拒否権を与えず意思を制圧して行う処分」としての強制処分に対置されるものとして、「承諾を得て行う処分」に加えて「承諾がない状況下での働き掛け（説得）」を含み得る点を直視したとき、「承諾の有無」という基準は充分に機能しないように思われる。

もっとも、「承諾の有無」の方が明確だとする理由の一つとして、非対面の捜査では対象者が処分を知る機会がなく、それについての意思制圧を観念し難いとの指摘がある[56]。しかし、意思制圧を捜査機関側の態度に着目するものと理解すれば、相手の不知を利用して敢えて承諾を得ようとしないこと、すなわち、本来拒否権があるにもかかわらずそれを行使する機会を奪って処分を行うことも、これに当然含意されると見ることが可能である。他方、「承諾の有

53）上記昭和 51 年最決も、「巡査の前記行為は、呼気検査に応じるよう被告人を説得するために行われたものであり」と説示する。なお、渡辺咲子「任意捜査の限界」新刑事手続 I 147 頁は、「この相手方の意思を制圧する、強制の程度に至らない有形力の行使とは、その有形力が、『呼びかけ、説得の手段』としてなされたと評価できるか、『身体拘束の手段』としてなされたものと判断されるかということであろう。」とする。

54）もちろん説得の結果対象者の承諾が得られれば、（重要）法益の侵害といった事態も生じないため、強制処分には該当しないこととなる。

55）この場合の限界はどこか。処分の強度や時間的要素だけでなく、嫌疑の重大性、対象者の態度等からの総合衡量となろう。例えば、不審事由・嫌疑が高ければ、それについて事件との関連が否定される説明を要求するべく説得を図るであろうし、その際、「合理的な市民」を念頭に、嫌疑の存在と捜査の必要性を粘り強く説明することが期待されていると考えられるから、対象者の態度等を勘案しつつ、説得の余地が残っていると合理的に認められるのであれば、「意思制圧」とは評価されるべきではない。

56）井上・前掲 10–11 頁。

無」を基準とした場合、例えば、相手に停止を求めるに際し最小限の有形力行使を許容するため、「実質的な侵害には至っていない」との説明がなされることがある[57]。しかし、そうであれば、実質的な侵害とそうでない侵害との区別は明確化されなければならないだろう[58]。

このように見ると、強制処分における「強制」の語義は、対象者の主観を基準に「意思に反する」と解することは必ずしも妥当ではなく、処分と併せて見たとき、これを行う側の態度に着目して、「拒否権を認めない態度」として理解するのが妥当であり、これもなお「強制」の語義の範疇にある理解ではなかろうか[59]。

5　ＧＰＳ捜査大法廷判決（最大判平成 29 年 3 月 15 日）について

(1) 本判決の概略

事案は、被告人が複数の共犯者と共に犯したと疑われていた窃盗事件に関し、警察が、組織性の有無、程度や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、約 6 か月半の間、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 台に同人らに気付かれないようにＧＰＳ端末を取り付け、その所在を検索して移動状況を把握する捜査を行ったというものである。使われたＧＰＳ端末は、判明するのは所在地のみで、装着した車両の経路が全て判明するわけではないが、検索を多数回又は継続的に繰り返すことで、経路を概ね判明させることも可能であった。また、警察は、ＧＰＳ端末の装着やバッテリー交換等は公道上・公共施設の駐

57）井上・前掲 19 頁。また、大澤裕「強制処分と任意処分の限界」刑訴法判例百選第 9 版 5 頁。

58）「実質的な侵害か否か」の判断は、侵害対象法益の「実質」を前提にその侵害の有無を判断するもの解されるが、法益の実質論（類型的判断）と侵害の程度問題（個別具体的判断）との境が曖昧なものとなるおそれは否定できないであろう。

59）佐藤隆之「在宅被疑者の取調べとその限界」法学 68 巻 4 号 573 頁は、「『強制』の語は『相手方の意思如何にかかわらず実行する』という語感を持つ」と指摘する。

車場・商業施設の駐車場等の不特定多数の者の立入りについて管理権者等の包括的承諾があると認められる場所において行ったが、一部は、ラブホテル駐車場内に立ち入って装着したこともあった。

かかる事案において、最高裁（大法廷）は、次のとおり判示した。

「(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、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。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)」

(2) 重要法益要件について

本判決は、重要法益要件に関する判示として、まず、ＧＰＳ捜査の性質論として

ア　ＧＰＳ捜査は、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

イ　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る

ウ　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である

の各点を挙げ、これを踏まえて

Ⅰ「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」との憲法35条の解釈論を示し、

Ⅱ　ＧＰＳ捜査の性質論について、「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」と再論し、

Ⅲ　かかるＧＰＳ捜査について、「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、刑訴法上、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」と結論付けている。

このように、本判決は、憲法35条の解釈論としての「私的領域」概念と「そこへ侵入されることのない権利」とで「憲法の保障する重要な法的利益」を構成させ、そこへの侵入事実から、かかる法的利益の侵害を説明する。もっとも、「個人のプライバシー」、「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」といった語句も用いられているところで、本判決の言う「私的領域」が何を指すのかは必ずしも明確ではない。そして、この点については大別して３つの理解があるとされる[60)]。

１つ目は、「私的領域」を所持品と同視される車両そのものと解し、そこへＧＰＳ機器を秘かに装着したことが私的領域への侵入と解する理解（a）であ

る。この理解は、車両に秘かに機器を装着することにＧＰＳ捜査の法益侵害性の本質を見る。本判決が、憲法 35 条の「住居、書類及び所持品」という財物を表す文言をあえて明示的に引用したこと、目視による行動確認との区別としてこの点に言及し（ウ）、強制処分性を肯定する結論部分でも重ねてこの点に触れている（Ⅱ）ことを根拠とする。

もっとも、かかる理解に対しては、本判決が憲法 35 条の解釈論として「私的領域」まで拡張した意義を評価し得ない、ＧＰＳ端末の装着が憲法上の規制に値するような「侵入」に当たるか疑問である、あるいは、事柄の本質はプライバシー侵害の方にあることが明らかであり、前記 Jones 判決の法廷意見と同様、事柄の軽重を見間違えるものとのそしりを免れない[61] といった批判が向けられている。

次に、2 つ目の理解は、「私的領域」と「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間（プライバシー強保護空間）」とを同義に解し、私的領域における位置情報の取得をそこへの侵入と解する（b）。この理解は、「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」との判示部分（ア）に重きを置くところから導かれる。

3 つ目の理解は、個人の行動等に関する継続的、網羅的な情報が統合されて一個の人物像に投影されたところの人物像自体を「私的領域」と解し、かかる情報収集自体をそこへの「侵入」と解する（c）。「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」との判示部分（イ）が、ＧＰＳ捜査の強制処分性を基礎付けているとするのである[62]。この理解の背景には、アメリカ合衆国におけるモザイク理論が影響している。モザイク理論は、断片的な個々の情報は単体として見れば価値

60）井上正仁「GPS 捜査」刑訴法判例百選第 10 版 67 頁、堀江慎司「GPS 捜査に関する最高裁大法廷判決についての覚書」論究ジュリ 22 号 141 頁、宇藤崇「GPS 捜査大法廷判決について」刑事法ジャーナル 53 号 61 頁。

61）井上・前掲「GPS 捜査」66 頁。

62）山本龍彦「GPS 捜査違憲判決というアポリア？」論究ジュリ 22 号 150 頁。

を見出し難いとしても、これらが集積統合されることで――あたかも「モザイク画」として造形されるように――相乗的にその価値が高まるとして、情報の蓄積という観点から法益の侵害程度を論じるものであり、本判決にもこれと共通の問題意識を見出す論者もいる[63)]。

もっとも、断片的な情報を集めて分析することを通じて事件の全体像を把握していくのは捜査の常道であり、モザイク理論はそのような伝統的な捜査手法の否定に繋がりかねないこと、モザイク画の描画がどの段階に至れば法益侵害性を肯定し得るかにつき明確な基準を示し得ないことなど、適用上の困難性も指摘され、アメリカ合衆国でも理論として一般的に共有される地位を確立するには至っていないようである[64)]。このように、かかる理解は理論的前提に難がある上、情報プライバシーそのものを「私的領域」と解してその侵害を重要法益の侵害とする点でも問題である。本判決は、あくまで、「住居、書類及び所持品」に準ずるとしており、物理的領域以外を例示していないところで、観念的なものにまでその支配領域を広げる趣旨とは解し得ないだろう[65)]。しかも、既に論じてきたように、強制処分法定主義の下、行為規範性を要求する刑事訴訟法の解釈としては、情報プライバシーそのものにいまだ重要法益性を認めることはできない。

b)「私的領域」と「プライバシー強保護空間」を同義と解し、私的領域における位置情報の取得をそこへの侵入と解する理解は、さらに、「侵入」の理解と関連して、これをプライバシー強保護空間内の情報を得る点に捉える理解（b-1）と、情報を取得し得るＧＰＳ機器が秘かに装着されることで、車両等使用者等の意に反してプライバシー強保護空間内に持ち込まれる点に捉える理解

63）尾崎愛美「GPS 捜査の適法性に関する最高裁大法廷判決を受けて（上）」捜査研究 798 号 50 頁、中島宏「GPS 捜査最高裁判決の意義と射程」法セミ 752 号 12 頁。

64）井上・前掲「GPS 捜査」65 頁。

65）保障対象を不明確に拡散させる解釈は、かえってその保障を脆弱化させることになりかねない。また、「準じる」としながら前三者と共通性のない属性のものを含ませる趣旨だとすれば、憲法 35 条が規定する捜査の公益と国民の基本権との権衡を国民の意思から離れて変更することに他ならない。

（b-2）とに分かれ得る[66]。前者は、ＧＰＳ捜査の特性が対象車両の位置情報の収集を可能とする点に認められることから、この点を直截に捉え、ただし、情報プライバシー一般に重要法益性を認めることができないことから、私的領域（プライバシー強保護空間）に関連する情報の収集である点に重要法益性の根拠を求める。もっとも、「プライバシー強保護空間」の法益享有主体はそのような空間の管理者（公の場所以外の場所の、対象車両の使用者に限定されない不特定個人）であるから、「私的領域」の法益享有主体も第一義的にはその場所の管理者と解することになろうが、本判決が「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」と判示（Ⅱ）するところからすれば、私的領域の法益享有主体は、機器が装着される対象車両の使用者と見ると解するほかないであろう。そこで、これを対象車両の使用者の法益の観点から構成し直すことになろうが、対象車両の使用者の法益との関連では、ＧＰＳ捜査によって得られるのは、単に公の場所以外の場所への出入り情報に過ぎない。すなわち、憲法 35 条の保障する「私的領域」内の情報を得る捜査処分を強制処分とした判例として、エックス線検査に関する上記平成 21 年最決があり、同決定は梱包された荷物内の内容物の形状という私的領域内の情報を得ることを強制処分としたものであるが、ＧＰＳ捜査は、対象車両の使用者との関係で見るならば、同車両が（公的空間ではない特定の）私的領域内にあるとの情報を取得し得るにすぎないのである。それにもかかわらず、これを私的領域への「侵入」と評価するのであるが、憲法 35 条の文言に引き付けたかったにせよ相当無理があろう[67]。しかも、かかる「侵入」の理解は、そのままでは本判決の事実摘示部分と整合しないことから、「『プライバシー侵害』を可

66）本判決が「私的領域」を明確に定義付けなかった上、そこへの「侵入」を支える事実の具体的な摘示が「（GPS）機器を秘かに装着すること」以外に見当たらないため、様々な理解が可能となっている。

67）仮にプライバシー強保護空間の管理者の領域プライバシーに着目するとすれば、その領域内に対象車両が存在するとの情報取得と見ることは可能であるが、後述のようにその情報は公的空間からも入手可能であるから、これを「侵入」と評価することもできないであろう。

能とする機器を対象者の所持品に秘かに装着することにより、そのことを知らない対象者がその所持品とともに移動などする際の位置情報を、当該機器が機能している限り何時でも、捜査機関が意のままに取得することのできる状態を作り出すことそれ自体が、既に、性質上『私的領域』への『侵入』を伴う処分の着手に他ならない」という解釈がなされる[68]。しかし、これはもはや本来憲法35条が規定する物理的領域への「侵入」の語義を離れ、それに関する（「内部の」ではない）情報収集までを広く「侵入」と強弁するものにほかならない。しかも、その情報プライバシーに関して言えば、それが憲法上の重要な利益として真に保護されるに値するのかという点にも疑問が呈されている[69]。本判決は、「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」と判示（ウ）し、尾行などの従来型捜査との事情の違いを意識しているが、プライバシー強保護空間への出入りは必ず公的空間との接点においてなされるから、私的領域内に存在するとの情報は、私的領域の領域プライバシーとは無関係に収集でき、これは任意処分とするのが従来の判例の立場であろう[70]。その差異を「継続的・網羅的に情報を収集し得る」点に求めたとしても、それは情報プライバシー制約の点では程度問題に過ぎない。すなわち、重要法益として類型化し得ない情報プライバシー侵害に過ぎないとなれば強制処分に該当せず、程度逸脱の点は任意処分において求められる相当性の要件の問題として議論されるべきであったということになる。このように、この理解は、私的領域における領域プライバシーを保障し、その内部の情報の収集を規制しようするものとは明らかに異なり、領域プライバシーを侵害することなく得られる情報であるにもかかわらず、領域プライバシーに「関わる」情報として、そこに重要性を見出そうとするのであるが、重要性を認める情報プラ

68）井上・前掲「GPS捜査」67頁。なお、堀江・前掲143頁は「実質的に強制処分の範囲を拡張したと評価することも不可能ではない」とし、宇藤・前掲63頁も「間接的な類型化」として許容する。

69）堀江・前掲142頁。

70）最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁参照。

イバシーの範囲も根拠も説明困難なのである。結局、この理解は、情報プライバシーそのものを保護するため無理な類型化を図って強制処分性を認めようとするものに過ぎず、しかも、その類型化には成功しなかったと見るほかない。

「私的領域」をプライバシー強保護領域と解し、そこへの「侵入」を観念させるとすれば、次の b-2）の理解の方が語感としては素直である。すなわち、b-2）の理解は、情を知らない対象者をして間接正犯的にＧＰＳ機器をプライバシー強保護空間に侵入させた点を「私的領域への侵入」と捉える。情報プライバシーそのものの侵害から離れ、憲法 35 条を根拠に、私的領域における排他的支配権の問題として解決を図ろうとするものといえる。この理解に対しては、実質的に見て単に物理的に「異物」が住居等の私的領域（プライバシー強保護空間）に入るだけで「重要な法的利益の侵害」があるとは言い難い、あるいは、ＧＰＳ捜査の性質論に関する判示（ア）からは、単なる物理的侵入ではなく、ＧＰＳ端末によって当該領域に関する重要な情報を得る点を捉えるべきとの指摘・批判がある[71]。これら批判については、領域プライバシーが領域内への排他的な支配権を確立していると見れば、領域内への異物投入がその支配権を侵害すると見ることは不可能ではないだろう。単なる異物の物理的侵入と見ると侵害程度は相当に軽微となろうが、重要法益性は類型判断とし、程度問題は意思要件において検討するとすれば、「異物」の性状についての個別具体的事情として勘案することは可能であろう[72]。また、重要法益性判断においては情報プライバシーそのものの保護は考慮すべきではないから、そもそも判示（ア）をそのように捉えるべきではないであろう。もっとも、この理解からは、「私的領域」の法益享有主体はプライバシー強保護空間の管理者と考えざるを得ず、判文の示すところの理解方としてはやはり相当難しい。

71）堀江・前掲 144 頁。

72）侵害程度が極めて軽微なものは推定的承諾あるいは合理的意思に反しないと評価されることになろうが、GPS 機器のような特殊な機器は、物理的な大小にかかわらず意思に反すると評価することができるのではないか。GPS 捜査における機器の特殊性に関する判示（ア）部分をそのような趣旨と読むことは可能であろう。

最後に、a）車両にＧＰＳ機器を装着した点を「侵入」と捉える理解について改めて検討する。かかる理解に対する批判として、まず、車両への機器装着を「所持品への侵入」と捉えられるので、わざわざ憲法35条の保障が「それに準ずる私的領域」に及ぶとし、また、「私的領域」を強制処分性を結論付ける際の重要なキーワードとしていることの説明がつきにくいとの指摘がある[73]。しかし、憲法35条を根拠として領域プライバシーを侵害する場合に強制処分性を認める判例の立場を敷衍するに当たり、同条の「住居、書類及び所持品」との文言が例示列挙であることを確認しておくことは、無意味とはいえない[74]。その上で、車両表面への機器装着を「侵入」とするにはやや難があると考えられるところ、憲法35条が規定する「住居、書類及び所持品」に対する、その領域内の情報をも含めた排他的支配権の確立のためには、そのものの表層面を含めた「私的領域」への支配を観念したものと見ることは可能であろう[75]。そうであれば、これを「侵入」と評価し得るかについても、短期間の表層面の接触を「侵入」とはし難いとしても、本判決がＧＰＳ捜査の特性として判示（ア）する、継続的・網羅的な位置情報の取得を可能とするとの点を踏まえれば、一定期間にわたることを前提とした機器の装着を「侵入」と評価することは可能である。また、従来の肉眼等による行動確認捜査との相違点についての判示（ウ）の理解も容易であり、さらに、ＧＰＳ捜査の問題の本質はプライバシー侵害の方にあるとの指摘、あるいは、この点を度外視して財産権侵害の側面を強制処分性の主たる根拠と見ることは判示全体のトーンに照らすと無理があり、Jones判決の法廷意見と同様、事柄の軽重を見間違えるものとのそしりを免れないとの指摘についても[76]、情報プライバシーの侵害から強制処分性

73）井上・前掲「GPS捜査」66頁、堀江・前掲141頁。

74）「住居」については「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」と拡大して解釈される（佐藤幸治・憲法3版581頁）。また、身体に対する捜索（いわゆる採尿令状）にも当然に令状を要求するのが判例である（最決平成3年7月16日刑集45巻6号201頁）。

75）むしろ語義としては憲法35条の規定に忠実な理解との指摘もある（堀江・前掲141頁、宇藤・前掲61頁等。）。

76）井上・前掲「GPS捜査」66頁、堀江・前掲141頁。

を根拠付けることは上述のとおり困難であるし、そもそも情報プライバシーと捜査の公益との調整を司法が行おうとすること自体に無理があるのは、Jones 判決の法廷意見が指摘するとおりである。

既に指摘したとおり、強制処分法定主義の下においては、司法の役割は、積極的に強制処分の範疇を拡張する法創造にあるのではなく、立法府の判断としての任意処分と強制処分の区別に関し、これを行為規範としてより明確化していくことにあると解すべきである。その意味では、a）車両に対するＧＰＳ機器の秘かな装着を私的領域への侵入と解する理解は、従来の判例理論と整合させつつ、ＧＰＳ捜査自体を強制処分と位置付けるに十分といえる[77]。これに対し、b-1）あるいは c）の理解は、情報プライバシーの侵害を強制処分を基礎付ける事情に取り込もうとするものといえるが、この場合、本判決は判旨不明確となり、行為規範としても機能させることはできないだろう[78]。

(3) 意思要件について

次に、意思要件に関しては、本判決は、前記昭和 51 年最決でも用いた「個人の意思を制圧」するものとして強制処分性を認めている。ここで、「意思の制圧」を導くものとしては、直接的には、「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」なされている点を指摘している。このうち、「個人のプライバシー侵害を可能とする機器」に関しては、ＧＰＳ捜査の性質論として判示（ア、イ）したところを前提とするものであり、プライバシー侵害の事実を前提とはしていない。ただし、「合理的に推認される個人の意思」に反するか否かは、プライバシーが現に侵害されていなくても、その可能性のみで判断は

77）伊藤雅人＝石田寿一「時の判例」ジュリスト 1507 号 111 頁は「『私的領域である自動車に侵入されない権利』と捉えたものではないであろう。」とも指摘するが、このような理解を包含させることで、従来の判例理論と整合させつつ強制処分性を肯定して本件事案の解決を図るという結論についての最低限の合意を形成し得たのではないか。

78）b-2）の理解についても、従来の判例理論とは一応整合的と見ることはできよう。

可能であろう。すなわち、ＧＰＳ機器は物理的には小さな異物にすぎず、重要法益要件に関する上記 b-2）又は a）の理解からは法益侵害の程度は軽微とも見得るが、判示（ア、イ）で指摘されるように、そのプライバシー侵害が一過性のものではなく継続的、網羅的になされる可能性などを指摘して、「合理的に推認される意思に反する」としたものと解される。また、「意思を制圧」したとする点に関しては特段の説明はないが、上述のとおり意思制圧を相手の承諾を得ようとしない捜査機関側の態度に着目するとすれば、合理的に推認される拒絶の意思を前提とし、ＧＰＳ機器を「秘かに装着」した点を捉えて、その意思を制圧したものと評価することができよう。

(4) 傍論について

本判決は、傍論として、ＧＰＳ捜査は検証等の現行規定では行い得ないとし、「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。」と判示する。現行規定では行い得ない根拠としては、ＧＰＳ捜査が車両使用者の「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でき」ない点と、「事前の令状呈示を行うこと」が想定できない点の二点を指摘している。このうち、後者の点は、本件のような捜査の性質に照らせば正に指摘のとおりであろう。他方、前者の点に関しては、「過剰な把握」に繋がるとの点は否めないとしても、ＧＰＳ捜査が事件と関連性のない行動まで探知するとして殊更問題視する指摘[79]がなされているので、捜査実務家としての立場から、若干付言しておきたい[80]。捜査は本来、有象無象の情報の中から事件と関連性がある証拠[81]を捜し出して収集する活動であり、事件との関連性が明らかな事項の

79）井上・前掲「ＧＰＳ捜査」68 頁、伊藤雅人＝石田寿一・前掲 113 頁。

80）もとより、対象者の領域プライバシーを無限定に制約した上で過剰な情報取集を甘受させるべきと主張するものではないし、それが過剰とならないような令状審査が必要である点に異を唱えるものではない。

みを捜査するわけではない。例えば、憲法 35 条の要求する「正当な理由」は証拠物の存在を意味するのではなく、その存在を認めるに足りる状況（法 102 条 2 項参照）で足り、結果的に証拠物の発見に至らなかったとしても（その意味では対象箇所は事件と関連性はなかったとされよう。）、それが問題視されることはない。一般に行われる任意捜査の過程でも、事件と結果的には無関係であった情報につき、捜査機関が相当程度把握するに至ることは不可避であり、他面、結果的にそこに余罪に関する事実が含まれることも、捜査の過程では通常起こり得ることである[82)][83)]。このような指摘は、あるいは事前の令状呈示を行うことを想定できない捜査手法という点での通信傍受との共通性が念頭にあるのかもしれないが、通信傍受の特殊性とＧＰＳ捜査の違いは意識されるべきである。すなわち、通信傍受の場合は、事件と無関係の通話内容は傍受中直ちに判断できる場合が多いという特殊性がある。しかも、通信傍受の結果知るところとなった事件と無関係の会話内容は、それが積極にも消極にも証拠になることはなく、事件とは無関係以外の何ものでもないが、ＧＰＳ捜査や行動確認によって把握し得る立寄り先や行動経路は、「事件と関連する場所に全く立ち寄らなかった（あるいは、立寄り先は全て事件と無関係であった）」事実が対象者と事件との関係についての消極証拠となり得るのである[84)]。その意味で、

81）積極的な証拠だけでなく、消極的評価に繋がる証拠も当然含まれる。

82）ＧＰＳ捜査の主目的である対象者の行動確認は、捜査の初期段階において、捜査対象者（後に被疑者となり得る者）を絞り込むためにも行われる。「事件と無関係であることの確認」も、重要な捜査活動なのである。

83）継続的、網羅的に得た情報を捜査機関が他の事件捜査に転用する可能性などを問題視し、事件と無関係の情報取得を制限し、あるいは直ちに廃棄すべきとする見解もある（笹倉・前掲 437 頁、山本龍彦「プライバシーの権利を考える」90 頁）が、実務家にとって、客観的証拠は過去の真実への扉の鍵であり、容易に廃棄できるものではない。また、冤罪防止の観点からは、事件と無関係であることに重要な意義がある情報もあるのである。情報プライバシー保護と捜査機関の統制の関係は、いかなる社会を構築するかという国民の総意により決せられるべき問題であろう。

84）消極事情が認められる場合、合理的な説明が可能でなければ、公訴権限の行使にも慎重にならざるを得ない。

対象者の全ての立寄り先や行動経路には、事件との関連性がないわけではないのである。

6　結語

以上述べてきたとおり、刑訴法 197 条 1 項の規定は、捜査機関に対する立法府による二段階の民主的統制を規定するものであるから、捜査機関に対する行為規範として正しく機能させる必要がある。そして、司法にもその役割の補完が求められ、実際、従来の判例は正しくその方向で歩んできたものと解される。そのように見た場合、今般のＧＰＳ捜査大法廷判決についても、強制処分と任意処分との峻別についての明確な規範の呈示が求められていたといえよう。もっとも、本判決は、上述のとおり必ずしも一義的な理解を可能とするような判示とはなっていない。しかしながら、同判決についても、従来の判例理論を踏襲しつつ事案に即して強制処分性を肯定したものと理解することは可能であり、捜査機関に対する民主的統制の確立という観点からは、そのように解すべきであろう。それにもかかわらず、必ずしもそのように明確に捉えられるような説示とはなっていない点をどのように考えるかであるが、傍論で指摘するような立法府の議論を促すにあたり、議論の方向性についても司法が主導すべきでないとの判断があったものかもしれない。そうであれば、本判決の判示から新しい規範を見出そうとするのは、必ずしも正しい態度ではないのかもしれないだろう。