

原孝至先生の 無料ガイダンス

180216TOKYO

事例問題読み解き・基礎講座模擬講義

# 原孝至 基礎講座 ガイダンス

合格の王道・OUTPUTから始まるINPUT

辰巳専任講師・弁護士

原 孝至 先生

## 辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

# 事例問題読み解き・基礎講座模擬講義

## 原孝至 基礎講座 ガイダンス

【合格の王道・OUTPUTから始まるINPUT】

辰巳専任講師・弁護士

原 孝至 先生

### 目 次

1. 事案の概要（事例問題）	1
2. 実務家の視点	2
3. 答案例	4
4. 答案例（穴埋め解答付き）	6
5. スタンダードテキスト（抜粋）	8
6. 判例の紹介（最大判平29. 3. 15）	14
7. 判例の紹介（大阪地決平27. 6. 5）	18
8. 判例の紹介（大阪高判平28. 3. 2）	20

**【事案の概要（事例問題）】**

X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、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、平成25年5月23日頃から同年12月4日頃までの約6か月半の間、X、共犯者のほか、X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、他人らの承諾なく、かつ、令状を取得することなく、GPS端末を取り付けた上、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。）。

**【設問】**

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刑事手続上の捜査であるGPS捜査は令状がなければ行うことができない強制の処分か。

**【関連条文】**

## ○ 日本国憲法

第35条 何人も、その住居、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は、第三十三条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。

2 搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ。

## ○ 刑事訴訟法

第197条 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。但し、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。

## 【実務家の視点】

### <X側弁護人の主張>

- ① GPS利用捜査は強制処分であること
- ② 本件GPS捜査は強制処分法定主義に違反すること
- ③ 原判決は憲法31条, 35条及び13条に反する

### <検察官の主張>

- ① GPS捜査が任意処分であること
- ② 検証許可状によるGPS捜査が強制処分法定主義に反しないこと

【MEMO】

【答案例】（最高裁ベース）

1 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  
2 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①[ ]が  
3 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  
4 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  
5 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①[ ]  
6 [ ]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  
7 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  
8 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  
9 域への侵入を伴うものというべきである。

↓

11 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  
12 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  
13 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  
14 が含まれるものと解するのが相当である。

↓

16 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  
17 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  
18 てその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、②[ ]  
19 [ ]ものとして、刑訴法上、特別の根拠  
20 規定がなければ許容されない③[ ]に当たる（判例）とともに、一般的に  
21 は、④[ ]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  
22 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  
23 解すべきである。

↓

25 3 他方、GPS捜査について、令状発付の可能性に触れつつ、⑤[ ]  
26 [ ]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  
27 ないとも考えられるところ、捜査及び令状発付の実務への影響に鑑み、この点に  
28 ついても検討する。

↓

30 まず、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  
31 状況を把握する点では刑訴法上の「⑥[ ]」と同様の性質を有するものの、対象  
32 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  
33 を行う点において、「⑥[ ]」では捉えきれない性質を有することも否定し難い。

↓

35 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  
36 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  
37 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  
38 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  
39 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  
40 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  
41 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な  
42 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。

43 ↓  
44 すなわち、刑訴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  
45 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）、  
46 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  
47 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  
48 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。

49 ↓  
50 そこで、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  
51 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  
52 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  
53 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。

54 ↓  
55 そして、仮に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、  
56 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  
57 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  
58 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  
59 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、  
60 これをすることができない」と規定する同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえ  
61 ない。

62 ↓  
63 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  
64 律に特別の定めのある場合」に当たるとして同法が規定する令状を発付すること  
65 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  
66 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  
67 られることが望ましい。

68 以 上

【答案例】（穴埋め解答付き）

1 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  
 2 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①**プライバシー**が  
 3 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  
 4 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  
 5 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①**プライ  
 6 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  
 7 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  
 8 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  
 9 域への侵入を伴うものというべきである。

↓

11 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  
 12 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  
 13 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  
 14 が含まれるものと解するのが相当である。

↓

16 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  
 17 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  
 18 てその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、②**個人の意思を制圧し  
 19 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  
 20 規定がなければ許容されない③**強制の処分**に当たる（判例）とともに、一般的に  
 21 は、④**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  
 22 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  
 23 解すべきである。

↓

25 3 他方、GPS捜査について、令状発付の可能性に触れつつ、⑤**強制処分法定主  
 26 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  
 27 ないとも考えられるところ、捜査及び令状発付の実務への影響に鑑み、この点に  
 28 ついても検討する。

↓

30 まず、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  
 31 状況を把握する点では刑訴法上の「⑥**検証**」と同様の性質を有するものの、対象  
 32 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  
 33 を行う点において、「⑥**検証**」では捉えきれない性質を有することも否定し難い。

↓

35 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  
 36 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  
 37 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  
 38 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  
 39 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  
 40 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  
 41 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な  
 42 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。

43 ↓  
44 すなわち、刑訴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  
45 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）、  
46 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  
47 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  
48 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。

49 ↓  
50 そこで、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  
51 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  
52 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  
53 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。

54 ↓  
55 そして、仮に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、  
56 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  
57 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  
58 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  
59 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、  
60 これをすることができない」と規定する同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえ  
61 ない。

62 ↓  
63 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  
64 律に特別の定めのある場合」に当たるとして同法が規定する令状を発付すること  
65 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  
66 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  
67 られることが望ましい。

68 以上

# 【スタンダードテキスト（抜粋）】

## 第3節 捜査の原則

### I 任意捜査の原則・強制処分法定主義

(捜査に必要な取調べ)

第197条 捜査については、その目的を達するため必要な取調べをすることができる。但し、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。

2 [略]

#### 第1 総論

刑事訴訟法197条1項は、「捜査については、その目的を達するため必要な取調べをすることができる。但し、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。

1項本文は、捜査機関の捜査権限を定めたものである（なお、条文の文言は「必要な取調べ」となっているが、ここにいう「必要な取調べ」とは広義の意味であって、捜査機関の捜査活動一般を意味する）。これに対し、但書は、いわゆる強制処分はそれが法定されている場合にのみ実施し得ることを定めている。この原則を強制処分法定主義という。

#### 第2 任意捜査の原則

##### 1 意義

任意捜査：強制処分によらない捜査

任意捜査の原則：捜査は強制処分を用いる格別の必要がなければ任意の手段で行うべきという原則

##### 2 根拠

197条1項は、強制処分は特別の根拠規定がなければできないが、任意処分はそのような規定がなくてもできるというだけで、強制処分・任意処分のどちらを採用すべきかという優先の原理については何も規定していないようにもみえる。

しかし、捜査は被疑者等の自由、財産その他私生活上の利益に、直接重大な脅威を及ぼすものである以上、捜査の必要と人権保障の間に程よい調和が求められなければならないから、ここから、捜査上の処分は、必要性に見合った相当なものでなければならないという捜査比例の原則が生まれ、この原則を推し進めていけば、任意捜査の原則にたどりつく。

197条1項が、強制処分を但書の地位に退け、本文で任意捜査について宣言するという構造を採ったのは、この趣旨を表すものといえる。したがって、197条1項は、任意捜査の原則を採用していると解することができる。

### 第3 強制処分法定主義

#### 1 意義

強制処分は、それを許容する規定が立法されていない限り、行うことができないという建前（197条1項但書）

#### 2 趣旨

強制処分は、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であるから、国民代表機関たる国会が立法し許容した場合にのみなし得るとして、国民の人権保障を図ろうとしたものである。

## II 令状主義

#### （逮捕に対する保障）

日本国憲法第33条 何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない。

#### （住居侵入・搜索・押収に対する保障）

同法第35条 何人も、その住居、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は、第33条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。

2 搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ。

#### 第1 意義

令状：強制処分の裁判書（ex. 逮捕状、勾留状、搜索・差押令状）

令状主義とは、強制処分をするには、裁判所又は裁判官の発する令状が必要であるという原則をいう（憲法33条、35条、法199条以下、218条以下、224条、225条）。

#### 第2 趣旨

事前の司法的抑制によって、捜査機関による公権力の濫用、例えば、専断的な判断による不当逮捕、個人の住居や財産の不当な侵害を防止することにある。

#### 第3 令状主義の適用領域

強制処分一般に妥当する原則である（ex. 62条、106条、167条2項、199条1項、207条、218条、225条3項）。

#### 第4 令状主義の例外

犯罪の重大性・証拠の明白性が確保され、かつ、司法的抑制以外の方法により人権保障が図られる限り、真実発見のため令状がなくても強制処分をなし得る場合がある。

現行法上、現行犯逮捕（憲33条、法212条、213条）、緊急逮捕（210条）、逮捕に伴う搜索・差押え（憲35条、法220条）等が認められる。

#### 第5 強制処分法定主義と令状主義の関係

もともと、強制処分法定主義は強制処分の適法性の担保を立法府に求めるものであるのに対して、令状主義はその担保を司法部に求めるという違いがある。そこで、現行法は、強制処分をいわば二重に規制して、慎重を期している。ただし、いずれの担保制度を重視するかによって、明文規定のない強制処分が問題となった場合の処理に違いが生じる。

## 第4節 捜査の種類

### 第1 任意捜査と強制捜査

捜査は、任意捜査と強制捜査に区別される。

任意捜査：任意処分による捜査

強制捜査：強制処分による捜査

任意捜査・強制捜査は、それぞれについて、对人的処分と対物的処分に区別することができる。

#### 1 任意捜査

##### (1) 对人的処分

- ・被疑者の取調べ（198条1項）  
※ 身柄拘束被疑者の取調べが任意捜査といえるかについては争いがある。
- ・参考人の取調べ（223条）
- ・鑑定、通訳、翻訳の囑託（223条）
- ・公務所等への照会（197条2項）
- ・法律に規定のないものとしては、内偵、聞き込み、尾行等

##### (2) 対物的処分

- ・公道における実況見分

#### 2 強制捜査

##### (1) 对人的処分

- ・被疑者に対する逮捕（199条、210条、213条）、身体搜索・身体検査

- (218条, 220条), 勾留 (207条, 60条1項), 鑑定留置 (224条)
- ・参考人に対する身体捜索・身体検査 (218条), 証人尋問 (226条, 227条)

## (2) 対物的処分

- ・捜索・差押え・検証 (218条)
- ・領置 (221条)
- ・鑑定処分 (225条)

## 第2 任意捜査と強制捜査の区別

### 1 問題の所在

任意捜査と強制捜査との区別基準をどこに求めるかという問題には、2つの問題が含まれている。第1は、強制処分とは何をいうかという問題である。強制処分に当たれば、法律上の根拠が要求され、強制処分に当たらなければ任意処分として、法律上の根拠がなくても許容されることになる。第2は、強制処分に当たらず任意処分とされた場合に、任意処分自体に限界はあるかという問題である。

### 2 強制処分の基準

何をもちて強制処分とするかという問題は、強制処分法定主義の下では、強制処分は法律の規定がない場合は許されないことから非常に重要な意義を有する。



#### 論点01

強制処分の該当性をどう考えるか。

#### A 伝統的見解

物理的強制力を用い、あるいは人に義務を負わせる処分である。

(批判)

写真撮影などのように物理的強制力を用いずに、個人のプライバシーを侵害する行為が任意処分として司法的抑制の対象外となり妥当でない。

#### B 田宮説

A説に加え、同意を得ずに個人の人権（法益）を侵害するおそれがある場合も強制捜査に当たる。

(批判)

強制処分は、憲法の令状主義の支配を受けるうえ、現行刑事訴訟法の強制処分に関する要件や手続もかなり厳格であることを考えると、軽微な権利侵害（ex. 街頭で公然と行動している人の写真撮影）を伴う捜査方法まで強制処分法定主義の規制に服させる必要はない。

**C 重要利益侵害説（井上，田口）**

相手方の明示・黙示の意思に反して重要な権利・利益の制約を伴う処分を強制処分とする。

（理由）B説に対する批判。

**□判例 最決昭51.3.16, 百選No.1**

**【事案】**

警察官が取調室から退出しようとした被疑者の左手首をつかんだ。

**【決定要旨】**

「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、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を意味するものであって、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合がある……。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。」。

※ この判例は、①有形力基準を否定したうえ、②個人意思の制圧及び身体、住居、財産等の制約という強制処分の主観的・客観的基準を設定し、さらに、③任意捜査の許容基準として、必要性、緊急性、相当性の基準を示した。これによって、第1に、有形力の行使があっても任意捜査の可能性があり、逆に、有形力の行使がなくても強制捜査の可能性もあることとなった。また、第2に、任意捜査であっても許されない場合があることが明らかになった。

**□判例 最決平21.9.28, 百選No.33**

**【事案】**

警察官Aらは、覚せい剤密売の嫌疑で被疑者である会社Xに対する捜査を進めたところ、X社の関係者が宅配便により覚せい剤を仕入れている疑いが生じ、X社事務所に係る宅配便荷物の配達状況について宅配便業者の営業所に照会等をした。その結果Aらは、宅配便荷物の内容を確認する必要があると考え、同営業所の長の承諾を得て、約2ヶ月の間に5回にわたり、X社事務所に配達される予定の不審な荷物各1個を同営業所から借り受けた上、税関においてエックス線検査を行った。なお、本件エックス線検査を経た各宅配便荷物は、検査後、同営業所に返還されて通常の運送過程下に戻り、X社事務所に配達された。また、Aらは、本件エックス線検査について、荷送人や荷受人の承諾を得ていなかった。審理において、本件エックス線検査は、任意捜査の範囲を超えた違法なものであるか争われた。

**【決定要旨】**

「事実関係を前提に検討すると、本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するた

め、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、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当たるものと解される。そして、本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない」とし、「本件覚せい剤等は、違法な本件エックス線検査と関連性を有する証拠である」とした。

「しかしながら、本件エックス線検査が行われた当時、本件会社関係者に対する宅配便を利用した覚せい剤譲受け事犯の嫌疑が高まっており、更に事案を解明するためには本件エックス線検査を行う実質的必要性があったこと、警察官らは、荷物そのものを現実占有し管理している宅配便業者の承諾を得た上で本件エックス線検査を実施し、その際、検査の対象を限定する配慮もしていたのであって、令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとはいえないこと、本件覚せい剤等は、司法審査を経て発付された各捜索差押許可状に基づく捜索において発見されたものであり、その発付に当たっては、本件エックス線検査の結果以外の証拠も資料として提供されたものとうかがわれることなどの諸事情にかんがみれば」、その証拠収集過程に重大な違法があるとまではいえず、その証拠能力を肯定することができるとしている。

【判例の紹介】 最大判平29. 3. 15 (刑集71-3-13, 刑事訴訟  
法判例百選(第10版)30事件)

主 文

本件上告を棄却する。

理 由

弁護人亀石倫子ほかの上告趣意のうち、憲法35条違反をいう点は、後記のとおり、原判決の結論に影響を及ぼさないことが明らかであり、判例違反をいう点は、事案を異にする判例を引用するものであって、本件に適切でなく、その余は、憲法違反をいう点を含め、実質は単なる法令違反の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらない。

以下、所論に鑑み、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の当否について、判断を示す。

1 事案の概要

原判決及び第1審裁判所の平成27年6月5日付け決定によれば、本件においては、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、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、平成25年5月23日頃から同年12月4日頃までの約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、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審及び原審の判断の要旨

(1) 第1審裁判所は、本件GPS捜査は検証の性質を有する強制の処分(刑訴法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、本件GPS捜査により直接得られた証拠及びこれに密接に関連する証拠の証拠能力を否定したが、その余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、令状発付の実体的要件は満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。

### 3 当裁判所の判断

そこで検討すると、原判決の前記2(2)の説示に係る判断は是認できない。その理由は、次のとおりである。

(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（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。

(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。刑訴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。仮に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、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。

(4) 以上と異なる前記2(2)の説示に係る原判断は、憲法及び刑訴法の解釈適用を誤っており、是認できない。

4 しかしながら、本件GPS捜査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。

よって、刑訴法410条1項ただし書、414条、396条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。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ある。

裁判官岡部喜代子、同大谷剛彦、同池上政幸の補足意見は、次のとおりである。

私たちは、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との法廷意見に示された立場に賛同するものであるが、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。

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。

検察官榊原一夫、同宇川春彦 公判出席

(裁判長裁判官 寺田逸郎 裁判官 岡部喜代子 裁判官 大谷剛彦 裁判官  
大橋正春 裁判官 小貫芳信 裁判官 鬼丸かおる 裁判官 木内道祥 裁判官  
山本庸幸 裁判官 山崎敏充 裁判官 池上政幸 裁判官 大谷直人 裁判官  
小池 裕 裁判官 木澤克之 裁判官 菅野博之 裁判官 山口 厚)

【判例の紹介】大阪地決平27.6.5(刑集71-3-149,判タ1424-319,第1審証拠決定)

【決定要旨】

2 適法性の判断

(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見える。

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を使用するということは、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ほかならず、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り、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。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。

【判例の紹介】大阪高判平28. 3. 2（刑集71-3-171, 判タ1429-148, 第2審判決）

【判旨】

2 本件GPS捜査の違法性等について

(1) 一審証拠決定は、本件GPS捜査は検証としての性質を有し、検証許可状によらずに実施された点で違法であり、かつ、その違法の程度は、令状主義の精神を没却するような重大なものであると判断している。これに対し、弁護人は、本件GPS捜査は検証には当たらず、強制処分法定主義に違反する処分として、令状の有無を問わず適法に実施し得ないものであって、その違法の重大性は極限的境地に達しているのに、その旨評価しなかった一審証拠決定は不当である旨主張するので、以下検討する。

(2) 本件GPS捜査の経過等

一審記録によれば、本件GPS捜査は、一連の窃盗事件の捜査に当たっていた警察官らが、犯人らの行動確認等のために、平成25年5月23日頃から、被告人、共犯者（A、B及びC）並びに被告人の知人女性がそれぞれ移動のために使用する蓋然性があるものと認められた合計19台の自動車・バイク（うち7台は盗難車両）に対し、それらの承諾なく、順次GPS発信器を取り付け、同年12月4日頃までの間、発信器の時々の所在地をあらゆる地図上の地点や住所、測位誤差等を携帯電話機の画面に表示させるという民間警備会社（D株式会社）の契約サービスを利用し、手元の従来型携帯電話機で多数回連続的に対象車両等の位置情報を取得したというものである。本件で用いられたGPSによる位置探索の精度は、周囲の状況によって、数百メートルあるいはそれ以上の大きな誤差が生じたり、位置探索が不能となったりすることがある一方、誤差が数十メートルの範囲にとどまるなどして、対象の位置情報がある程度正確に把握し得るものであった。警察官らは、被告人らが移動のために使用する蓋然性があることを把握した車両にGPS発信器を取り付け、車両が放置されるなどすると、これを取り外していたところ、主な経過をみると、同年8月7日未明の一連の窃盗事件（原判示第5の事実等）の発生を確認した後同月中旬頃に全ての発信器を取り外し、更なる行動確認のため、同年9月初旬頃から同月末頃までの間再びGPS捜査を実施したのを経て、同年11月29日頃、同年8月7日未明の窃盗事件の嫌疑に基づく被告人及び共犯者3名の逮捕に向け、各使用車両に発信器を取り付けて、それ以降所在捜査を行って被告人らを逮捕した後、同年12月6日頃までにこれらを全て取り外している（なお、発信器の取り付け、取り外しは、車両に損傷等を与えない方法で行われた。）。各車両にGPS発信器が取り付けられていた期間は、最短のもので半月程度であるが、最長のものは合計でおおむね3か月近くにわたったところ、警察官らは、尾行などの際のほか、頻繁に必要なバッテリー交換等の際にも、その都度車両の位置情報を取得していたもので、中には、発信器が取り付けられていた間、極めて多数回位置情報が取得された車両もあった。本件捜査では合計16個のGPS発信器が利用されたところ、それによる位置情報の取得状況の主なところをみると、そのうち1個については、前後合計約3か月の間行われた検索回

数が合計1200回を上回り、1000回以上位置情報が取得されており（検索不能分を除き、数百メートルないし千メートルの誤差が生じたものを含む。）、また、6個については、数か月の間に約550回ないし約800回検索がなされ、約480回ないし約680回位置情報が取得されている。なお、警察官らは、発信器を取り付ける際などに、車両がとめられていた路上のほか、管理者等の承諾を得ることなくスーパーの駐車場、コインパーキングやラブホテルの駐車場に立ち入ったこともあった。

### (3) 検討

ア 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、GPS発信器が車両に装着されている限り、継続的な尾行・追跡が困難な場合、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。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が、この方法によると、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、D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と認められるところであり、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としても、少なくとも、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。

すなわち、被告人ら犯人グループは、一連の窃盗事件について相当程度の嫌疑が存した上、夜間に車で高速度で広域移動をし、ごく短時間のうちに犯行を遂げるということを繰り返しており、また、摘発等への警戒を強めている様子もあって、このような被告人らに対し所要の行動確認等を行っていく上では、尾行や張り込みだけでなく、それと併せて、GPSを用いた関係

車両の位置探索を実施する必要性が認められる状況にあったといえる。また、警察官らは、犯人らが使用する蓋然性が高いと認められる車両を把握してGPS発信器を取り付け、各々の位置探索の必要がなくなると、これを取り外すようにしていたのであって、発信器が取り付けられていた期間が前後合計3か月近くに及んだ車両があったのも、一連の窃盗事件やその犯人グループの特性、それに応じて進められた捜査の経過等からしてやむを得ないところがあったといえるし、さらに、発信器を取り付けた車両の台数が多数に上った点も、被告人らのごく頻繁に複数の車両を乗り換えている状況が認められたことなど、相当の理由があったと認められる。結果として事件への関与が認められなかった被告人の交際女性の使用車両1台にも、発信器が取り付けられたことが認められるが、被告人らの逮捕に向けて所在把握の必要性が一段と高くなった時期に、数日間取り付けられたにとどまっておき、やはり相応の理由があったといえる。このようなことからすると、本件GPS捜査の実施には令状が必要であったと解してみても、その発付の実体的要件は満たしていたと考え得るのであり（一審証拠決定も、本件GPS捜査は、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あったと思われる旨指摘している。）、そのほか、本件GPS捜査が行われていた頃までに、これを強制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かったことをも併せ考えると、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というべきである。

そして、警察官らは、車両へのGPS発信器の取り付け等のために管理権者の承諾や令状なくラブホテルの駐車場といった私有地に立ち入っていたことも認められ、この点は違法の疑いがあるが、その違法の程度は大きいものではないといえる。また、Aの一審公判供述によると、警察官らは、平成25年9月下旬頃の時期に、A使用の原付バイクに、その部品の一部（アンダーカウル）を外してGPS発信器を取り付けたことが認められるが、車体を傷つけたり壊したりしたわけではなく、程なくAがこれを発見して、他の見知らぬ車両に付け替えるなどしたことからすると、その違法の程度も大きいものではなく、これらの点をふまえても、本件GPS捜査に重大な違法があったとみることはできない。







## 辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6  
TEL03-3360-3371（代表） ☎ 0120-319059（受講相談）  
<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F  
TEL045-410-0690（代表）

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400（代表）

京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435  
京都御池第一生命ビルディング2F TEL075-254-8066（代表）

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F  
TEL052-588-3941（代表）

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神2-8-49 ヒューリック福岡ビル8F  
TEL092-726-5040（代表）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館8階  
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335