

科学的捜査の行方

——GPS捜査に関する最高裁判決を契機として——

檀 上 弘 文

- I はじめに
- II GPS捜査に関する最高裁判決について
- III 先例との整合性についての検討
- IV 強制処分法定主義と新たな科学的捜査方法を開発する必要性との関係
- V 最高裁判所の役割とその判断の意義
- VI GPS捜査に関する最高裁判決の影響と懸念
- VII 三権分立の機能
- VIII 結びとして

I はじめに

最高裁判所は、平成二九年三月一五日大法院判決において、GPSを用いた被疑者等の位置情報を取得する捜査方

科学的捜査の行方（檀上）

法（以下、「GPS捜査」という。）につき、そのような捜査の法的性格・現行法における実施の可能性についての判断を示した。

GPS捜査については、下級審間において異なった判断が示され、また学説上も見解が分かれていたことから、最高裁判所の判断に対しても注目がなされていた。そのような中で、最高裁判所は、GPS捜査につき、強制処分性を肯定し、さらに現行法上の強制処分たる「検証」として実施することに対して疑義を示した。

GPS捜査の法的性格及び法的規律の在り方について、下級審においては、任意処分とする裁判例⁽¹⁾と強制処分とする裁判例⁽²⁾にその判断が分かれており、学説においても、その法的性格につき、任意処分説⁽³⁾、強制処分説⁽⁴⁾、さらには、GPS捜査が尾行等の補助手段として行われる場合には任意処分であるが、対象者の行動を網羅的・継続的に把握する場合には強制処分となるとする「二分説」⁽⁵⁾とに見解が分かれ、また、法的規律の在り方については、強制処分説においても現行法上の「検証許可状」等による実施を許容する見解と⁽⁶⁾、新たな立法がない限り現行法上は許容性を認めない見解とに分かれていた。⁽⁷⁾

本稿は、GPS捜査につき、任意処分と解するべきか、強制処分と解するべきかということそれ自体の問題にとどまらず、GPS捜査についての最高裁判所大法廷判決が現行刑事訴訟法上の強制処分たる「検証」と同様の性質を有するものとの見解を示しつつも、「検証許可状」による実施を許容せず、立法がなければ許容することができないとする判断の是非について、先例との整合性及び強制処分法定主義との関係、並びに最高裁判所の判断の意義・役割、さらには三権分立の機能といった観点からの検討を行った上で、GPS捜査に関する最高裁判決が捜査実務へ及ぼす影響をも考慮に入れ、今後の科学的捜査の行方についての考察を試みるものである。

II GPS捜査に関する最高裁判決⁽⁸⁾について

事実の概要

警察は、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、約六か月半の間、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つた自動車等合計一九台に、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⁽⁹⁾を実施した。

第一審裁判所は、本件において用いられたGPS捜査は検証の性質を有する強制の処分に当たり、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。

これに対して、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つ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つたこと、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

主義に關する諸規定を潜脱する意図があつ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を理由に、本件GPS捜査に重大な違法があつたとはいえないと説示して、第一審判決が証拠能力を否定しなかつ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。被告人は、最高裁判所に上告した。

最高裁判所大法廷は、刑事訴訟法四〇五条の上告理由に当たらないとして、上告を棄却したが、本件GPS捜査の適法性等につき、以下のような職権判断を示した。

〔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關わるものも含めて、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ふ点において、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ふべきである。

(2) 憲法三五条は、『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、令状がなければ行ふ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しており（同法二二二条一項、一一〇条）、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求められ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、刑法一九七条一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、刑法一九七条一項ただし書の『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、刑法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。」最高裁判所は、このようにGPS捜査については、①「令状がなければ行うことができない強制の処分である」と、②「刑法一九七条一項ただし書の『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」ことを判示した。以下に、その内容につき検討を行っていきたい。

1. GPS捜査の強制処分性の肯定

最高裁判所は、GPS捜査の強制処分性を肯定するための基準・考慮要素として、「私的領域」への「侵入」とい

うことを指摘している。この「私的領域」への「侵入」の解釈について、三つの捉え方の可能性が示されている。⁽¹⁰⁾ まず、これらの捉え方について確認を行った上で、個別の論点について検討を行っていくこととしたい。

第一は、アメリカ合衆国最高裁判所における Jones 事件判決⁽¹¹⁾における法廷意見が示した「トレスパス法理」⁽¹²⁾と捉えるものであり、第二には、Jones 事件におけるソトマイヨール裁判官の補足意見とアリトー裁判官の結論賛成意見に示されている「モザイク理論」⁽¹³⁾に近い考え方と捉えるものであり、第三には、GPS 捜査の性質上、「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⁽¹⁴⁾とするために、そのことが「私的領域」への「侵入」と捉えるものである。

第一の捉え方については、合衆国最高裁判所の判例法理を確認した上で検討しなければならないであろう。すなわち、合衆国最高裁判所は、我が国でいう所持品検査⁽¹⁴⁾については、これを合衆国憲法第四修正上の捜索と捉えた上で、法執行上の必要性とプライバシーへの干渉が限定的であることを根拠に、その目的を凶器所持の有無の確認に限定して、合理的嫌疑 (reasonable suspicion : 不審事由) を要件に第四修正にいう「合理的」な捜索として合憲とし、無令状での実施を許容⁽¹⁵⁾している。したがって、合衆国においては、第四修正上の捜索に該当すると解されても、無令状で行うことが許容される場合があるが、この法理を我が国で採用したとすれば、職務質問に伴う所持品検査は憲法上の捜索に当たることとなり⁽¹⁶⁾、強制処分となることと考えられる⁽¹⁷⁾。我が国の最高裁判所の判例法理は、凶器以外の証拠の所持品検査も任意処分と評価した上で、その適法性要件を模索してきた⁽¹⁸⁾のであり、この所持品検査を強制処分と評価することになる「トレスパス法理」を採用することはできないと思われる⁽¹⁹⁾。

第二の捉え方については、本件最高裁判決が「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」と指摘していることから、このような捉え方が可能と解されているが、本事案は、「尾行等の補助手段と評価し得る場合」のGPS捜査の事案であり、対象車両の位置情報をGPS装置により記録・蓄積・保存・分析する事案ではない。⁽²⁰⁾ 本件判示内容においても、記録の蓄積、その後の分析について明示的な言及はない。⁽²¹⁾

本件最高裁判所判決の解釈としては、第三の捉え方が適切であろうとする見解が指摘されている。⁽²²⁾

しかしながら、この第三の捉え方については、目視による尾行によって把握される対象車両についての情報とGPS装置の装着によって得られる情報との「質的差異」はあるのだろうかという疑問が生じる。また、「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」との指摘があるが、これとて、例えば、対象車両が「対象者自宅敷地内に入った」、「ラブホテルに入っていた」などといった事実は、目視による尾行によっても把握し得る、対象車両の位置情報であり、さらにいえば、GPSを用いても、そのような「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おける」対象者の行動や会話等が捜査機関に把握されるわけではない。このような、捜査機関に把握される情報の「質的差異」の点について、本件最高裁判決は十分な説明を示しているようには評価し得ないと思われる。⁽²³⁾

(1) 「尾行等の補助手段と評価し得る場合」と「対象者の行動を網羅的・継続的に把握する場合」との区別

最高裁判所大法廷は、GPS捜査につき、①本件GPS捜査に係る個別具体的事情に言及することなく、「強制的処分」に当たるか否かにつき類型的に判断し、②強制処分性の判断に当たり、GPS捜査による「被侵害利益の内容

程度」とともに「侵害の態様」に関わる評価を加え、③尾行の補助手段にとどまるGPS捜査とそうでないGPS捜査とを区別せずに評価を行っている。⁽²⁴⁾

しかしながら、GPS捜査については、その目的や態様・方法において様々ものが想定され得るものであり、それらの差異を考慮することなく、法的性格を判断することには疑問を感じざるを得ない。特に、上記③のような本件最高裁判決における評価について、すなわち、本件判示のようにGPS捜査をその態様・入手された情報等を区別することなく一律に強制処分とすることについては、具体的にどのような情報が取得されたか、取得した情報をどのような保全・利用するか、といった観点から、その法的性格を区別して判断を行うべきではないかとして、本件判断を疑問視する見解⁽²⁵⁾が示されている。

尾行の補助手段としてのGPS捜査の場合には、捜査機関は実際に尾行を実施しており、GPS装置の装着は被疑者を失尾した場合に備えてのものであり、GPS装置は被疑者を一時的に見失った場合に再度尾行を継続するために利用することが目的である。その際に捜査機関が取得する情報は、被疑者車両の位置情報にすぎない。

この点、このような尾行の補助手段として行われた場合の強制処分性を肯定するとすれば、多数の人員を配置して捜査対象者の行動確認を行う（尾行）場合にも強制処分性を肯定しなければ整合性がとれないのではないかとも思われる。すなわち、多数の捜査官や警察車両等を用いた、目視による尾行の方が、対象者（対象車両）の行動についてより徹底した監視・濃密な監視となるといえよう。⁽²⁶⁾しかしながら、如何に多数の人員を配置したとしても、いわゆる尾行を強制処分とすることは考えられない。

また、最高裁の指摘する、「侵害の態様」の点でも、GPSを用いた監視と目視による監視とは、どちらの場合

が徹底した監視態様なのかは確定できないともいえるのではないだろうか。この点についても、最高裁は理論的説明をしていないように思われる。仮に、機器・装置を用いた場合は、人間の目で見た場合より確実であるということであるからということであれば、それはあまりに形式的な評価であり、重要なのはどのような情報が入手されたか、いずれの場合の方がプライバシーの侵害の程度が高いかということではなからうか。そのような観点からの説明がなされるべきであったように思われる。

さらに、「尾行等の補助手段と評価し得る場合」と「対象者の行動を網羅的・継続的に把握する場合」とでは、「類型的」に区別することができるとの見解も指摘⁽²⁷⁾されていたが、最高裁は、GPS捜査について、これらを「類型的」に区別せず、GPS捜査全てを「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」と判示している。しかしながら、これら二つの場合は、「類型的」に区別できる、または区別するべきであるように思われる。

ところで、我が国のGPS捜査の議論に影響を及ぼしたとされる、前述のJones事件は、捜査対象者の車両に、GPS装置が令状の許可条件に違反して装着され、二八日間以上に亘って位置情報が取得され、それにより得られたデータは書面にして二〇〇〇頁を超えたという事案である。Jones事件は、まさに「対象者の行動を網羅的・継続的に把握する場合」に該当し、本件最高裁判決の事案とは「類型的」に別の事案であろう。

また、本件最高裁判決については、機器・装置を用いることにより、監視が「確実なもの」となり、それゆえプライバシーの侵害の程度が高いと評価しているのではないかと指摘がなされている⁽²⁸⁾。

しかしながら、区別の基準とすべきは、「機器・装置を用いたことによる確実性」の問題ではなく入手された情報が「人間の目や耳では入手できない情報であるのか否か」、または、「個人のプライバシーが保護される領域におけ

る活動に関する情報か否か」ではなからうか。

(2) 「位置情報の取得」と「取得・蓄積・分析された位置情報の保全」との区別

公道上のような公共の場所・空間におけるプライバシーの合理的期待は、住居内のような憲法上保護された領域におけるそれと比較して縮減しているが、自らの行動が注目されることはないとの期待は依然として残っているといえる。不審事由が存在すれば自身の行動が他人から注目されないとその期待もなくなり、職務質問が正当化され得る。不審事由がさらに高まれば、自分の行動に対して一定の期間注目され続けることがないことも期待できなくなると考えてよいと思われる。GPSを用いた位置情報の取得は目視による尾行に比較して監視の程度は高いものではあるが、このような監視により犯罪事実と関連性のある証拠・事実が発見され得る「高度の不審事由」⁽²⁹⁾があれば、公共空間における一定期間の監視（GPSを用いた車両の位置情報の取得）も任意処分として許容し得ると思われる。この「高度の不審事由」は、我が国の判例法理においては、任意処分の適法性の判断基準である「具体的状況の下での『相当性』」の要件の中に読み込むことができるとの見解が示されている。⁽³⁰⁾なお、取得・蓄積・分析された位置情報をその後の令状請求のための疎明資料等に用いるために保全する場合は、憲法上の「押収」であり、刑事法上の処分としては「検証」に当たると解し得る。⁽³¹⁾このような、単なる一時的な「位置情報の取得」それ自体については任意処分と解し、「取得・蓄積・分析された位置情報の保全」を「証拠の保全」として強制処分たる「押収」と解して区別することも可能であるように思われる。

(3) GPS装置の「装着型」と「非装着型」との区別

GPS捜査については、GPS装置を対象車両に装着させて監視を行う場合（装着型）と監視対象者が所持しているスマートフォン・携帯電話機、または対象者が使用している車両に元々設置されているGPS機能を利用して、通信事業者等に位置情報の提供を求める場合（非装着型⁽³²⁾）とが想定されている。これらの区別については、本件において争点とはなっていないことから最高裁判所は何ら言及していないが、どちらもGPS機能を利用した捜査としては同様であり、これらの差異を指摘して法的性格を区別する意義はあるように思われるし、本件最高裁判決の射程にも関係してくるものであると思われる。

「非装着型」の場合については、合衆国最高裁判所の判断は未だなく、先例法理でいえば、任意に他者に預けた情報にはプライバシーの合理的期待は認められないとする、いわゆる第三者法理（third party doctrine）が想起されよう。この法理は、特定のサービスを利用するために制度上一定の情報の提供が前提となっている場合、すなわち、銀行口座の預金・取引記録⁽³³⁾、通信のために架電・利用した電話番号⁽³⁴⁾は、利用者本人が金融機関・通信事業者に任意に預けた情報であるので、当該個人の情報が他者に開示される危険は情報を預けた本人が負担しなければならず、その結果、このような情報にはプライバシーの合理的期待はないとするものである。したがって、公道上の移動についてはプライバシーの合理的期待がないということのみならず、この法理に基づけば、監視対象者が自ら所持する機器や使用する車両に装備されているGPS機能を自身で利用することにより位置情報を通信事業者に任意に提供し預けていると評価することができ、そのような情報に対してはプライバシーの合理的期待はないということになると思われる。ただし、第三者に任意に預けた情報にはプライバシーの合理的期待はないとしても、モザイク理論を用い

ることによって、情報の蓄積・分析がプライバシーにもたらす脅威から、プライバシーの合理的期待に対する干渉を認定することができるのではないかとの見解³⁵⁾も指摘されている。

他方で、「非装着型」の場合であっても、本件最高裁判決の判示内容からすれば、強制処分との評価が論理的帰結であるように思われるとする見解³⁶⁾も示されている。

実務上は、携帯電話機等の位置情報の取得する「非装着型」については、検証許可状により電気通信事業者の基地局から対象者の携帯電話機の位置情報を取得する方法が採られているが、捜査機関がこの位置情報の取得を一定期間継続して行った場合に、現在の実務において実施されている「検証許可状」によって許容されることになるのかは必ずしも明らかではない。本件最高裁判決についての調査官解説³⁷⁾も、本判決は「非装着型」の位置情報取得のための捜査の要件等について判示したものではないとする。

2. 現行法上の強制処分（検証）としての許容可能性の否定

本件判決において、最高裁判所は、GPS捜査につき、①刑事法上の「検証」と同様の性質を有するが、「検証」では捉えきれない性質を有すること、②GPS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ないこと、③被疑者らに知られずに秘かに行うべきGPS捜査には事前の令状呈示が想定できないこと、④手続の公正の担保の趣旨から原則的に事前の令状呈示が求められているが、それに代わる公正の担保手段が仕組みとして確保されていないため問題が残ること、⑤これらの問題を解消するためには、実施可能期間の限定、第三者の立会い、事後の通知等のものが考えられるが、どのような手段を選択

するかは、第一次的には立法府に委ねられていること、⑥仮に法解釈により刑訴法上の強制処分として許容するのであれば、裁判官が令状発付の際に様々な条件を付す必要があり、事案ごとに、令状発付裁判官が多様な選択肢の中からの確な条件選択が行われない限り是認できないような強制処分を認めることは刑訴法一九七条一項ただし書の趣旨に沿うものとはいえないこと、を指摘し、刑訴法が規定する令状を発付することには疑義があると判示した。

最高裁判所の指摘するGPS捜査の特徴・問題点は、それ自体正当なものであるといえるが、他方で、そのような事柄は既に法定されている他の処分にも当てはまるものがあるといえ、また、先例で示された最高裁判所の見解とも一貫していないようにも思われる。

このように、最高裁判所は、事実上立法がなされない限り、GPS捜査を認めないとする判断を示したが、我が国における立法活動の実情、本件のような組織的な犯罪活動が予想される事案に対する捜査実務への影響を考慮した場合、現行刑訴法上の強制処分の中で許容し得る余地はないのであろうか。少なくとも、現行法上の強制処分の中での実施可能な場合（検証許可状による実施の可能性）を残しておくことはできなかったのであろうか。

これら最高裁判所の指摘した疑義の根拠について、先例との比較・検討により、考察を試みたいと思う。

Ⅲ 先例との整合性についての検討

最高裁判所は、GPS捜査につき、「検証」と同様の性質を有することを指摘している。したがって、「検証」に関する最高裁判例との整合性を検討し、その後、「検証」に関連した判例及び疑義の根拠として指摘された内容と関連

性のある判例との整合性を検討していく。

1. 電話検証に関する最高裁判定⁽³⁸⁾との整合性について

最高裁判所は、通信傍受法の成立後施行前、同法成立前に検証許可状に基づいて実施された電話傍受に関する事案において、これを許容する判断を示している。最高裁判所は、「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ない」と指摘しているが、電話傍受の場合においても、被疑事実と無関係な通話が行われ得ることは当時も想定されていたが、それでも最高裁判所は電話傍受を許容している。なお、被疑事実と無関係なものが捜査機関に把握され得ることについては、捜索を行う場合においても、「場所」・「罪名」等が特定されているし、捜索の場合はそれ以外にも「差押対象物」についても特定・明示されるが、捜査実施の際に被疑事実と無関係なものが捜査官に把握されることになる場合があり得るのは通常のことであり、被疑者自宅の捜索の場合には、そこでの生活実態が被疑事実とは無関係なことも含めて相当程度明らかになるものといえるのではなからうか。捜索の実施に際しても、結果的に無関係なものが捜索されてしまう可能性は常に存在し、通常の捜索についてもそのような可能性が全く存在し得ない「場所」において捜索が行われているわけではなく、捜索の結果、差押対象物が発見されないことさえあり得る。

また、電話傍受の場合にも、その性質上、事前の令状呈示は行うことができないものであるが、令状の事前呈示自体は当該処分⁽³⁹⁾の適法性判断における絶対的要件とは解されてはいない。

さらに、電話傍受においては、裁判官は、検証すべき場所及び物、検証すべき内容、検証の期間、検証の方法(地

方公務員による立会い、及び対象外通話についての録音中止）を記載した検証許可状を発付しており、そのような電話傍受を許容している。このように、令状発付裁判官は、事案に応じた厳格な要件設定を行っており、GPS捜査に限ってそのような要件設定が困難であるとはいえないのではなからうか。⁽³⁹⁾確かに、手続の公正担保の手段をどのようなものとするかについて、第一次的には立法府に委ねられるべきことではあるといえようが、だからといって、裁判所にはそのような要件設定権限・担保手段の選択権限がないということにはならないと思われる。むしろ、「実施可能期間の限定」については、令状発付裁判官の具体的な事案に応じた適切な要件設定が必要であるともいえるのではなからうか。

加えて、検証による電話傍受の場合には、事後の通知や不服申立ての機会は準備されていなかったが、それらは必ずしも電話傍受を許容する上で不可欠なものではないとされており、GPS捜査についてそれとは異なる評価を行うべきものではないといえよう。

電話傍受の方がGPS捜査より一般的にプライバシーの要保護性が高いと思われるが、その電話傍受の事案において許容されると判断されているにもかかわらず、GPS捜査においては許容されないと結論付けられるのか、先例との整合性について疑問を感じざるを得ない。

2. エックス線検査に関する最高裁決定⁽⁴⁰⁾との整合性について

覚せい剤密売の嫌疑のある会社宛の不審な宅配便小包に対するエックス線検査について、最高裁判所は、エックス線検査は検証としての性質を有する強制処分にあたると判示した。本事案において、捜査機関は、宅配便業者の運送

過程下にある荷物について、荷送人と荷受人のいずれからも承諾を得ずに、宅配便業者営業所の長の承諾を得て、当該荷物を借り受けた上で、検証許可状の発付を受けることなく無令状で当該荷物に対しエックス線検査を行った。いうまでもなく、現行刑法には、エックス線検査に関する規定は存在しない。検証とは、五官の作用により物の存在・性質及び状態を認識・覚知する処分とされてきていたが、最高裁判所は、本事案において、外からは見えない物の内容物をエックス線照射という方法で覚知する行為も検証に含めると判示したといえよう。⁽⁴¹⁾

このように、最高裁判所は、エックス線検査に関する判断において、検証についての従来の概念を変更してエックス線検査を検証に含めて現行法における実施の許容性を肯定した。エックス線検査の場合にも検証として実施する以上は、不服申立ての制度が存在しないし、この事案において使用されたエックス線検査装置の性能については明らかではないが、使用する機器によつては梱包物の中身が相当程度明確に判明し宅配便荷物を実際に開披したと同視し得る程度まで内容物が判明することも考えられよう。⁽⁴²⁾ その場合、被疑事実と関係のない荷物の内容物が明らかになることもあり得る。

また、本事案においては、検査対象たる荷物を借り受けるに際し、捜査機関は宅配便業者に承諾を得ているところ、問題とされるべきは宅配荷物の内容物に対する、荷送人または荷受人のプライバシーである⁽⁴³⁾。とすれば、検証許可状を呈示すべき相手は、荷送人（または荷受人）ということになる。最高裁判所も、本件エックス線検査は、「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」と述べており、令状の呈示については明言していないものの同様に解していると考えてよいであろう。とはいえ、荷物の管理権は宅配便業者にあるため、令状の呈示は宅配便業者に行うべきと解する余地がないわけではない。しかも、捜査機関の側では、このようなエッ

クス線検査については、できれば荷送人・荷受人に知られずに内容物を確認して、その後通常の運送過程に戻し、配達された段階で搜索差押えを実施し、被疑者の逮捕を行うなどして、薬物の密売ルート・組織等の全容解明に繋がったなどの思惑もあるように思われる。そうでなければ、不審な宅配便が既に複数回配達されている事実を把握しているのであるから、嫌疑のある会社に対する搜索または嫌疑のある会社宛の荷物の差押えを実施すればよいはずではなからうか。本件において、最高裁判所がこのような事情を考慮したか否かについては明らかではないが、エックス線検査機器の性能、令状の呈示、不服申立て、さらには、一度に検査する荷物の個数、検査実施の期間等、実施方法によっては、GPS捜査の場合と同様または類似の問題を孕んでいるともいえるにもかかわらず、最高裁判所は、エックス線検査の現行法上の許容性を肯定して、「捜査の必要」について一定の配慮をしているように思われる。本件とGPS捜査判決における最高裁判所の姿勢・方向性については、相当程度の転換を感じざるを得ない。また、本件との整合性の点についても疑問である。

3. 条件付き搜索差押許可状（いわゆる強制採尿令状）に関する最高裁決定⁽⁴⁴⁾との整合性について

強制採尿令状に関する事案は、最高裁判所の判断としては、直接「検証」としての許容性判断を行ったものではないが、現行法上に直接の根拠規定のない処分に対して、最高裁判所が一定の条件を付すことで、現行法上の実施を許容した事案として検討を行うべきであると思われる。

いわゆる強制採尿については、刑法上の明文規定は存在しない。本決定前には、処分対象者に屈辱感等の精神的打撃を与える強制処分がそもそも許されるのか⁽⁴⁵⁾、また、許される場合があるとして、どのような令状に基づいて実施

され得るのか、ということが問題とされていた。強制採尿の許容性・適法性については、下級審及び学説上、適法説と違法説の対立があり、また、令状の種類については、学説上、身体検査令状説、鑑定処分許可状説、身体検査令状と鑑定処分許可状の併用説とが対立しており、学説の多数と捜査実務の大勢は、身体検査令状と鑑定処分許可状の併用説を採用していた。そのような対立状況の中で最高裁判所は、強制採尿は医師等の技能習熟者が適切に行えば、身体上、健康上格別の障害を生ずる危険は比較的少なく、生ずるとしても軽微であり、また、検証による身体検査でも同程度の屈辱感を生む場合もあるので、捜査方法として絶対に許されない理由はないとの判断を示し、さらに、「医師をして医学的に相当と認められる方法により行わなければならない」とする条件を付した搜索差押許可状による実施を許容した。

このような、最高裁判所による「強制採尿令状の創設」については、判例による立法であり、そのような実質的立法権限は裁判所にはなく、強制処分法定主義に反する⁽⁴⁶⁾といった学説上の批判もある。

本来であれば、強制採尿のみならず、強制採血・嚔下物の取得等についても、それぞれの性質に応じた適切な立法改正が行われた上で、捜査機関による実施がなされるべきであろう。しかしながら、現実にはそのような立法措置が迅速に行われることが困難であることから、最高裁判所が、強制採尿につき現行法上許容し得る処分（搜索・差押え）に、条件を付すことなどにより許容性を見出して、捜査手法として肯定したものと⁽⁴⁸⁾いえよう。すなわち、最高裁判所は、強制採尿に関する下級審裁判例や学説の各見解の難点を解消するために搜索差押許可状によることを求め、憲法三一条の要求として強制採尿にあつては医師による適切な医学的助力を条件にしたといえる。このような最高裁判所の見解の是非については別途検討を要するとしても、最高裁判所は、明文規定がなく、下級裁判所間で、また学説上

争いのある事項について、実務上の問題解決・見解の統一を目的として、「捜査の必要」と「プライバシーの侵害の程度を低減すること」とのバランスを考慮し、現行法の中で実施可能な方途を示したと評価し得ると思われる。本決定におけるこのような判断からしても、GPS捜査については、最高裁判所として、立法措置がなされるまでの間、適切な条件を付すことにより、現行法上の処分としての許容性を探るべきであったのではなからうか。

4. 公共の場所で無令状で行われたビデオ撮影及び公道上のゴミ集積所に排出されたゴミ袋の領置に関する最高裁判定との整合性について⁽⁵¹⁾

本事案は、検証についての事案でもなく、また強制処分についての事案でもないが、GPS捜査に関する最高裁判所の示す疑義の根拠のうち、「令状の呈示」や「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」という問題、また、公共空間における個人のプライバシーに関連する事案であると思われるため検討を行う。

本件は、①公道上及び不特定多数の者が集まる場所において対象者の容ぼうをビデオ撮影すること、②捜査機関が、対象者等により公道上のゴミ集積所に排出されたゴミを持ち帰ったことにつき、それらの捜査方法を無令状で行うことを許容した事案である。①の点について、GPS捜査の最高裁判決は、GPS捜査とビデオ撮影との違いを、プライバシー侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、カメラで撮影する手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきと指摘する。他方で、本件ビデオ撮影は対象者の不知のうちに秘かに行われており、捜査機関が入手している情報（容ぼう）は公道上等の公共空間におけるものであることから、両者の違いは、機器の装着の有無であると思われる。そこで問題とされるべきは、機器の装着の有

無により強制処分性が左右され得るものなのであるかということである。GPS装置は、車両の内部に侵入するものではなく、また、車両の損壊も変更も伴うものではなく、さらには、性能や外観も損なうものではない。装着それ自体はそのことにより強制処分性が肯定されるような処分ではない。強制処分性についての判断は、入手された情報の（質や量の）違いや人間の目や耳では獲得できない情報を入手しているか否かといった違いによって判断されるべきではなからうか。ここでの両者にはそのような違いは容易には見出せないように思われる。この点での整合性についても疑問であろう。次に、②の点であるが、本件最高裁決定は、公道上のゴミ集積所に排出されたゴミについては、「通常、そのまま収集されて他人にその内容が見られることはないという期待があるとしても、捜査の必要がある場合には、……これを遺留物として領置することができるというべきである。」と判示する。この点、GPS捜査においても、公道上における車両の位置情報は、公道上を移動することにより他人にその位置情報が常に把握されることはないという期待があるとしても、捜査の必要がある場合には移動の行程を把握することが許容され得るといえるのではないだろうか。なお、移動の行程が全て把握されるということについては、GPS装置を用いずとも尾行によって全行程が把握され得るものである。他方で、公道上等の公共空間における撮影も、公道上のゴミ集積所に排出したゴミの領置についてもそれらが長期間に亘って実施されたとすれば、撮影対象者やゴミを排出した者の日々の生活、習慣、趣味・嗜好、宗教的・政治的活動やそのようなグループへの参加、交友関係等が明らかになるといえるのではなからうか。となれば、ビデオ撮影やゴミの領置は、当該個人の行動を相当程度明らかにする「可能性」があり、それが一定期間行われたとすれば、その者の行動を「継続的・網羅的」に把握することにならうかと思われるが、GPS捜査とビデオ撮影・ゴミの領置との理論的な区別、入手される情報の差異、個人のプライバシーの侵害の程度の差については、

GPS 捜査に関する最高裁判決の内容からは明らかになっていない。なお、ビデオ撮影においても、ゴミの領置の場合にも、被疑事実と無関係な行動や物などが含まれている場合もあることはいうまでもないであろう。

IV 強制処分法定主義と新たな科学的捜査方法を開発する必要性との関係

刑訴法一九七条一項は、「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。」と規定する。この規定の解釈については、捜査は任意捜査が原則であり、強制捜査は例外的に許され刑事訴訟法にこれを許す明文規定のある場合以外は一切許されないと解する、というのが多数説である。このただし書の規定は、「強制処分法定主義」を規定したものと解されているが、この規定は、憲法上、刑訴法上の「強制」に該当するあらゆる処分が「法定」されていなければ、これを行うことが許されないとする趣旨でないと解すべきである。³²⁾ すなわち、強制処分法定主義は、既に刑訴法に定められている強制処分については、刑訴法の規定に従って実施されなければならないが、刑訴法上定められていない強制処分に関しては、直接には定められていない（しかし、禁止もされていない）と解すべきであり、刑訴法に定めのある強制処分以外の「強制的処分」は、その強制処分の、プライバシーへの干渉（侵害）の程度に応じて、憲法との関連で、規律を受けることになるかと解すべきであろう。新たな捜査手法については、現行法上強制処分とされているものと同程度あるいはそれ以上のプライバシーへの干渉（侵害）があれば、刑訴法上の強制処分に当たると解されることになる。新たな捜査手法が考案され、その活動が性格上強制処分と評価され、その内容、手法や手

統が憲法三三条・三五条及び刑訴法の基本理念に反しないものであるが、刑訴法上明文規定がないという場合に、その捜査活動についての適法・違法の判断については、それを判断する余地を裁判所に残しておくべきであると思われる。⁽⁵³⁾

科学技術の発達に伴い、犯罪が巧妙化・複雑化・潜在化し、また、捜査機関による摘発を免れようとする犯罪組織の「組織防衛」活動に対抗すべく、捜査機関が現在の科学技術を効果的に活用した捜査活動を模索し、様々な工夫を巡らせた中で捜査手法を開発する必要性は高い。犯罪者は、常に周囲への警戒を怠らず、捜査官憲の活動にも目配りしこれを確認する行動にも周到なものが見受けられる。殊に、組織的に行われる犯罪に関与する捜査対象者においては、その傾向は顕著であるといえよう。また、都市における被疑者の行動確認のための尾行については、膨大な自動車数、交通量による渋滞等により、困難な状況にあるといえる。⁽⁵⁴⁾ 他方、自動車数、交通量の少ない地域での尾行は、逆に対象者に気付かれやすい状況にあるともいえ、捜査機関による被疑者の行動把握には、科学技術を用いた捜査手法の必要性は決して低いとはいえない。捜査機関は、そのような状況の中で、絶えず創意工夫を行っているといえよう。

最高裁判所は、「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、刑訴法一九七条一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。」と判示している。この見解については、勿論肯定できる側面もあるが、我が国における議会の立法活動を現実的に考えた場合には、法律の立法・改正につきかなりの期間を要するものと予想される。しかも、最高裁判所自身が、GPS捜査についての要件設定には困難な問題があることを認めているように、法律の施行までの間、犯罪の摘発・検挙が著しく困難になる事態に対して、捜査機関がど

のように対処できるのかといった懸念が生じてしまう。

我が国では二〇世紀の終わり頃から刑訴法を含む基本法制の改正が活発になったとの指摘⁽⁵⁵⁾がなされているが、議会における立法活動はその時々々の政局によって議論の内容・立法手続の進捗等が相当程度左右され得ることは新規立法・法改正についての過去の経験からも容易に予想のつくことでもあり、現実に法律が成立し施行されるまでの捜査の支障はそれほど小さいものではないと思われる。このように考えると、立法がなされるまでの間、具体的な事案において、「捜査の必要」と「人権保障」とのバランスのとれた判断を示すことが裁判所（とりわけ、最高裁判所）に求められている役割といえるのではなからうか。

仮に、最高裁判所が政策的要素を含めて判断を行うのであれば、我が国における立法活動の状況、当該判断当時の政治状況等をも勘案して判断がなされるべきであるように思われる。

V 最高裁判所の役割とその判断の意義

これまで、最高裁判所は法律には明定されていない処分について、その処分が適切に行われ得るための要件設定を具体的事案において判示してきている。それは、強制処分のみならず、任意処分についても同様である。

最高裁判所は、最三小決昭和五一年三月一六日刑集三〇巻二号一八七頁⁽⁵⁶⁾において、任意捜査における「有形力の行使」について以下のように判示している。すなわち、「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といわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であつても、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。」とする。本件警察官の行為を「有形力の行使」を伴うことを理由に「強制処分」と解すると、刑事訴訟法上そのような活動が法定されていないため一切禁止となる。また、「有形力の行使」を伴う身体・行動の自由の制約であるので、これを身柄の拘束として実質的な逮捕と解すると、当然令状要件等の充足を求められることとなり、「不審事由」を解明するための一時的な措置は実際には不可能となつてしまう。これらのような、いずれも不合理な結論を回避するために、最高裁判所は、強制処分の範囲を狭く限定的に解釈しつつ、他方で、権利侵害的な捜査活動を任意処分と評価しながらも、それを捜査機関の全くの裁量に委ねることへの危険にも配慮して、処分の性質に見合った、「任意処分」を有効とする適切な要件を課すことを明示した。

また、いわゆる米子銀行強盗事件判決⁽⁵⁷⁾において、職務質問における「所持品検査」につき、最高裁判所は、「警職法は、その二条一項において同項所定の者を停止させて質問することができる」と規定するのみで、所持品の検査については明文の規定を設けていないが、所持品の検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、同条項による職務質問に附随してこれを行うことができる場合があると解する。「所持品検査は、任意手段である職務質問の附随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て、その限度においてこれを行うのが原則である」が、「職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮

圧等を目的とする行政警察上の作用であつて、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解すべきでなく、搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合があると解すべきである。もつとも、所持品検査には種々の態様のものがあるので、その許容限度を一般的に定めることは困難であるが、所持品について搜索及び押収を受けることのない権利は憲法三五条の保障するところであり、搜索に至らない程度の行為であつてもこれを受ける者の権利を害するものであるから、状況のいかんを問わず常にかかる行為が許容されるものと解すべきでなく、「限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、これによつて害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるものと解すべきである。」と判示した。本件事で、最高裁判所は、職務質問時の状況によつては、職務質問に附随して、警察官職務執行法には明文規定のない所持品検査を行うことができる場合があることを示した上で、その適切な実施要件の設定を具体的事案における判断の中で示している。また、本件事においては、明文規定のない所持品検査を許容し得る場合があることのみならず、例外的にはあるが、所持人の承諾のない場合であつても所持品検査が許容される場合があることまでも判示している。このように、最高裁判所の先例には、明文規定がなくとも当該処分の実効性を確保し、その制度を無意味なものとしなない観点から、最高裁判所自らが示す一定要件の下で法の趣旨に則つた柔軟な解釈を示した判断が存在しているといえる。

さらに、最高裁平成一六年七月一二日第一小法廷決定は、おとり捜査について「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に

出たところで現行犯逮捕等により検挙するものである」と定義し、「少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の見方方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑法一九七条一項に基づく任意捜査として許容されるもの」と判示した。

おとり捜査については、その捜査手法から国家による犯罪創造活動となる危険性やデュー・プロセス違反・捜査の適正の要請に反する点がある点が指摘されており、他方で、おとり捜査は、個人の行動の自由への干渉であり、この干渉は個人を犯罪に誘うという性質から重大な干渉であると解することができる。

従来、我が国では「犯意誘発型」のおとり捜査は違法と解し、「機会提供型」のおとり捜査については適法と解しており、本決定も「機会提供型」のおとり捜査は「任意捜査」として解した。このような危険性等をそもそも有しているおとり捜査については、強制処分と評価することも可能であったように思われる。しかしながら、おとり捜査は、銃器・薬物犯罪等の直接の被害者や証人がいないか、被害者側の事情で犯罪の結果が外部に極めて判明しにくいといった特徴のある犯罪の摘発に有効であると考えられていることから、おとり捜査を実施することが可能な場合を残したいが、おとり捜査を強制処分としてしまうと、現行法上法定された強制処分に含めることができそうなものが存在せず、そうなれば現行法上は一切実施することができないこととなる。⁵⁹⁾このような結論を回避するための方途を検討した結果とも思われ、最高裁判所は、前記内容の要件を設定した上で、任意捜査として許容したと考えられる。

GPS捜査における事情とおとり捜査の事情を全てパラレルに比較することはできないが、幾つかの類似点を指摘できるのではなからうか。すなわち、おとり捜査のような捜査手法は、個人の行動の自由に関する重大な干渉となる危

険性があることを考慮すると強制処分と解することも可能であったにもかかわらず、任意捜査としている。これは、GPS捜査に危険性を考慮しても、「尾行等の補助手段と評価し得る場合」には任意処分と解することが可能であったのではなからうか。おとり捜査の場合は、その違法・適法の区別につき「犯意誘発型」と「機会提供型」を基準としているが、GPS捜査については、その任意・強制の区別につき「尾行等の補助手段と評価し得る場合」と「対象者の行動を網羅的・継続的に把握する場合」とを基準とすることが可能であったのではなからうか。また、おとり捜査を任意捜査と解すると、GPS捜査の場合と同様、捜査機関が実際にどのような態様で実施したのか把握ができないという懸念が生じ得るといえよう。

このように最高裁判所は、強制処分に限らず、任意処分に関する事案においても、法律で明定されていない内容につき、当時の社会状況・捜査環境を取り巻く現実を捉えて、具体的事案の判断において適切な要件設定を行ってきた。また、その後の判例・裁判例の集積により、それらに基づいて捜査機関は適切な法運用・法執行を行ってきたといえよう。

VI GPS捜査に関する最高裁判決の影響と懸念

本件GPS捜査に関する最高裁判決により、第一にGPS捜査の法的性格については、その態様を区別することなく強制処分と解されることとなり、第二に現行法上の強制処分（検証）として許容されることは事実上不可能となった。⁽⁶⁰⁾なお、本件補足意見をどのように捉えるかによって、現行法上の許容性を検討する余地は残されているとはいえ

ようが、本件大法廷の法廷意見が裁判官全員一致であること、それについての補足意見であることを考慮すると、補足意見の想定する「ごく限られた極めて重大な犯罪の捜査」の場合といっても現実にはGPS捜査を実施することは⁽⁶¹⁾できないであろう。

本判決の内容については、GPS捜査を全て強制処分と位置付けたことよりも、むしろ、本判決が立法によらなければGPS捜査を現行法の強制処分（検証）として実施することを事実上不可能としてしまったことの方がより深刻な問題であり、そのような結論は「捜査の必要性」と「人権保障」とのバランスを著しく欠いたものであるように思われる。

捜査機関は、科学技術を用いて、複雑化・組織化・密行化する犯罪に対処するために、様々な工夫を行ってきたが、今回のGPS捜査についての最高裁判所の判断は、捜査機関の新たな捜査手法を開発する意欲を失わせるか、委縮させてしまうことになるのではないか。

また、「個人の基本的人権」は、政府の権限濫用からも保護されるべきであるが、犯罪からも保護されなければならない。強制処分法定主義は、政府の強制処分権限に民主的なコントロールを及ぼすことによって個人の基本的人権を保障しようとするものであるが、裁判所にもそれを保障する権限・役割が付与されているといえる。⁽⁶²⁾ 本判決が、最高裁判所が自らの権限を「縮減」し、役割を「縮小」してしまう姿勢を示すものでないことを切に願うものである。

Ⅶ 三権分立の機能

三権分立の機能は、第一義的には相互の均衡抑制（チェック・アンド・バランス）といわれているが、それだけにはとどまらないと思われる。副次的または派生的な機能であるかもしれないが、三権それぞれの活動には、相互に効果的な権限行使を可能とする作用があると解し得る。すなわち、政府は、具体的事案における裁判所の審査（権限行使についての要件設定）により、合憲・合法的な法運用・法執行が可能となり、他方で、裁判所の判断の集積により、議会における議論がより深淵なものとなり、結果としてより効果的で実効性のある立法が可能となり得る。仮に裁判所による、要件・基準の設定（法形成）が適切でないと主権者が判断する場合には、議会がその判断を変更し得る立法を行うことにより裁判所の判断を修正する方途は残されているといえる。

今回の最高裁の判示により、捜査機関は、GPS捜査が任意捜査としても強制捜査としても事実上実施できず、その結果、下級審の裁判例が集積されず、裁判実務が固まることはない。最高裁判所は、立法により要件設定がなされるべきとするが、事案に応じた裁判所による具体的な要件設定の集積無くして、効果的な立法が可能であるのかは疑問である。現実の法運用・法執行について、裁判所の判断が示されるといった事案の集積が行われず、有効な立法が阻害されることにはほしくないか。

さらに、そのような状況における立法には、裁判所による判断の集積がないため、効果的かつ「使い勝手の良い」要件を条項化することに大きな困難は生じるのではないか、また条項化できるとしても、相当な時間を要することになってしまっているのではないか。それまでの間、現実の社会における犯罪の取締りに有効な捜査手段が実施されないこと

により生ずる弊害については、どのような対処をすべきということになるのであろうか。このような現状における喫緊の対処と立法化までの「間隙」に対処することも裁判所の役割ともいえるのではなからうか。⁽⁶³⁾

VIII 結びとして

「三権分立」の本来的意義や政府の強制処分権限に民主的なコントロールを及ぼすことによって個人の基本的人権を保障しようとする強制処分法定主義の観点から見れば、GPS捜査を検証とし、令状の事前呈示に代わる条件、検証の対象の特定や期間の限定等については、立法的措置が講じられるべきである考え方はまさに正論であろう。しかしながら、我が国における「立法事情」という現実も否定できないといえ、これまでの最高裁判例・下級審裁判例は、それを補い、立法・法改正までの「間隙」を埋めてきたと評価し得る。強制採尿・通信傍受等の事案処理に際し、裁判所の示してきた「立法的判例」は、「捜査の必要」と「人権保障」とのバランスを如何に採るべきかについての苦心・工夫の結果といえ、それらの判例の意義は、日本の刑事司法の在り方として、それなりの評価をすべきであり、一挙に「原則論」を強調し過ぎることは危険であるとの指摘⁽⁶⁴⁾もあり、この指摘は正鵠を射たものであると思われる。

近年は、科学技術の進歩のスピードが以前にも増して早まっているといえ、如何に迅速に立法活動が行われても、現実の社会の展開に対応できない可能性もあり、そのような法と実社会における「隙間」を埋める役割が裁判所に求められるように思われるし、裁判所にはその役割を果たす機能があると思われる。今回のGPS捜査を巡る最高裁判所の判断は、その役割を果たすことを放棄することに繋がりはないか。また、このような最高裁判所の姿勢・方向

性は余りにも司法消極主義を採用するものではなからうか。さらには、本件最高裁判決は、最高裁判所が「自らを縛る先例」となってしまうのではないかとということも懸念される。

今後、犯罪が新たな技術・機器等を用いて行われ、組織化・複雑化・巧妙化していくことが予想される。そのような犯罪に対応する捜査機関の「武器」も予想され得る犯罪に応じたアップ・トゥ・デートが常に求められていくことになるのではなからうか。そのためには、これまでの強制処分法定主義の考え方の限界を率直に認め、現代、そして将来を見据えた議論が展開されなければならないと思われるし、そのような議論が現実になることを是非にも期待したい。

- (1) 広島高判平成二八年七月二二日 LEX/DB 25543571、大阪地決平成二七年一月二七日判時二二八八号一三四頁、広島地福山支判平成二八年二月一六日〔2016〕WLJ/PCA 02166006、福井地判平成二八年二月六日 LEX/DB 25544761。
- (2) 名古屋高判平成二八年六月二九日判時二三〇七号一二九頁、名古屋地判平成二七年二月二四日判時二三〇七号一三六頁、水戸地決平成二八年一月二二日公刊物未登載、東京地立川支決平成二八年二月二二日 LEX/DB 25544861 など。
- (3) 大久保隆志「刑事訴訟法」(新世社、二〇一四年)三四頁、清水真「自動車の位置情報把握による捜査手法についての考察」法学新報一一七巻七・八号四四三頁、前田雅英「判批」捜査研究七七〇号五六頁、柳川重規「捜査における位置情報の取得—アメリカ法を踏まえて」刑事法ジャーナル四八号三〇頁、太田茂「GPS 捜査による位置情報の取得について」刑事法ジャーナル四八号六一頁など。
- (4) 土屋真一「捜査官がGPSにより公道を走る被疑者の車を監視することは、違法な捜索か?—最近のアメリカ合衆国連邦最高裁判決」判例時報二一五〇号三頁、稻谷龍彦「情報技術の革新と刑事手続」井上正仁・酒巻匡編「刑事訴訟法の争点」(有斐閣、二〇一三年)四〇頁、大野正博「GPSを用いた被疑者等の位置情報探索」高橋則夫ほか編「曽根威彦先生・田口守

一先生古稀祝賀論文集「下巻」(成文堂、二〇一四年)四八五頁、山本龍彦「監視社会における情報取得行為の意味」法律時報八七巻五号六〇頁、緑大輔「監視型捜査における情報取得時の法的規律」法律時報八五巻七号六五頁、笹倉宏紀「捜査法の思考と情報プライバシー権——監視捜査」統御の試み」法律時報八五巻七号七〇頁、指宿信「GPS利用捜査とその法的性質——承諾のない位置情報取得と監視型捜査をめぐって」法律時報八五巻一〇号五八頁、山本和昭「判批」専修ロージャーナル一一号四九頁など。

(5) 滝沢誠「捜査における位置情報の取得——ドイッ法を踏まえて」刑事法ジャーナル四八号四一頁、中谷雄二郎「位置情報捜査に対する法的規律」刑事法ジャーナル四八号四八頁など。

(6) 大野・前掲注(4)五一―四頁、緑・前掲注(4)六八頁、山本和昭・前掲注(4)六三頁、滝沢・前掲注(5)四六頁、中谷・前掲注(5)五八頁など。

(7) 土屋・前掲注(4)八頁、稻谷・前掲注(4)四一頁、指宿信「ハイテク機器を利用した追尾監視型捜査——ビデオ監視とGPSモニタリングを例に」三井誠ほか編「鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集下巻」(成文堂、二〇〇七年)一八六頁など。

(8) 最大判平成二九年三月一五日刑集七一巻三号一三頁。本判決の解説として、井上正仁「GPS捜査」『刑事訴訟法判例百選』第一〇版」六四頁、伊藤雅人「石田寿一」時の判例」ジュリスト一五〇七号一〇六頁(本判決担当最高裁判所調査官解説)など。

(9) 本判決において、最高裁判所は、GPS捜査について、「車両に使用者らの承諾なくひそかに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」としている。

(10) 井上・前掲注(8)六七頁、堀江慎司・論究ジュリスト二二号一四〇頁、山本龍彦・論究ジュリスト二二号一四九頁、尾崎愛美・捜査研究七九八号四七頁、宇藤崇・刑事法ジャーナル五三三号六〇頁。

(11) United States v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012). Jones 事件については、土屋真一「捜査官がGPSにより公道を走る被疑者の車を監視することは、違法な捜索か?——最近のアメリカ合衆国連邦最高裁判決」判例時報二一五〇号三頁、米国刑事法研究会(代表・椎橋隆幸)・アメリカ刑事法の調査研究(二〇一三)比較法雑誌四七巻二号二一九頁(眞島知子担当)、清水真「捜査手法としてのGPS端末の装着と監視——再論——明治大学法科大学院論集13号一六三頁、洲見光男「Jones判決——比較法学四七巻一号一七七頁、大野正博「GPSを用いた被疑者の位置情報探索」高橋則夫ほか編「曾根威彦先生・田口守一先生古

稀祝賀論文集 下巻』(成文堂、二〇一四年) 四八五頁、辻脇葉子「科学的捜査方法とプライバシーの合理的期待」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 下巻』(成文堂、二〇一四年) 六二九頁、緑大輔・アメリカ法二〇一三—二〇一三五六頁、三井誠・池亀尚之「犯罪捜査におけるGPS技術の利用—最近の合衆国刑事判例の動向—」刑事法ジャーナル四二号五五頁、尾崎愛美「位置情報の取得を通じた監視行為の刑事訴訟法上の適法性—United States v. Jones 判決と以降の裁判例を契機として—」法学政治学論究一〇四号二四九頁、堀田周吾「サイバー空間における犯罪捜査とプライバシー」法学会雑誌五六卷一号五六九頁等参照。

(12) 私的財産への物理的侵入、すなわち、本件のようなGPS捜査においては、車両への機器の装着を「私的領域」への「侵入」と捉える。この法理では、僅かな物理的侵入でも、それにより内部の情報を得ようとするものであれば、第四修正上の捜索に当たると解される。

(13) Jones, 132 S. Ct. 945, 954 (Sotomayor J. concurring); Jones, 132 S. Ct. 945, 954 (Alito J. concurring in the judgement). 「モザイク理論」とは、個々の情報には意味がないと思われる場合でも、これを蓄積し分析することにより極めて重要な情報が得られることがあるという考え方である。ソトマイヨール裁判官の補足意見とアリトー裁判官の結論賛成意見は、いずれもプライバシーの合理的期待基準により検討がなされている。両者の違いは、アリトー裁判官は、GPSによる監視が長期間に及んだ場合には合衆国憲法第四修正上の捜索となるとしており、ソトマイヨール裁判官は、短期間であっても第四修正上の捜索となるとしている点であるが、両者の見解はモザイク理論に基づいていると解されている。

(14) 合衆国においては、「身体捜検 (stop and frisk)」とされる。

(15) Terry v. Ohio, 391 U.S. 1 (1968).

(16) See, e.g. Bond v. United States, 529 U.S. 334 (2000). Bond 事件については、椎橋隆幸編『米国刑事判例の動向VI』(中央大学出版社、二〇一八年) 一八三頁〔檀上弘文担当〕参照。

(17) 柳川・前掲注(3)三八頁。

(18) 最判昭和五三年六月二〇日刑集三三卷四号六七〇頁(いわゆる米子銀行強盗事件)等参照。

(19) 柳川・前掲注(3)三八頁。井上・前掲注(8)六七頁、宇藤・前掲注(10)六二頁も、柳川教授とは別の根拠からではあるが、このような捉え方に否定的な見解を示している。

(20) 「尾行の補助手段と評価し得る場合」と「対象者の行動を網羅的・継続的に把握する場合」、すなわち、「対象車両の位置情報をGPS装置により記録・蓄積・保存・分析する場合」との区別については、後述する。

(21) 宇藤・前掲注(10)六二頁。井上・前掲注(8)六七頁も、「モザイク理論」のような考え方が広く共有されるに至っているとはいえないとする。

(22) 井上・前掲注(8)六七頁、池田公博・法学教室四四四号七六頁、宇藤崇・法学教室四四〇号一五二頁。

(23) 宇藤・前掲注(10)六三頁。

(24) 本判決担当最高裁判所調査官解説である「時の判例」ジュリスト一五〇七号一一一頁では、これら三つを本判決における、GPS捜査の強制処分性を判断する前提として注目すべき点として指摘する。

(25) 植村立郎・太田茂・指宿信・清水真・小木曾綾「《座談会》GPS捜査の課題と展望―最高裁判平成二九年三月一五日大法院判決を契機として―」刑事法ジャーナル五三号(二〇一七年)二六頁。この中で、太田茂教授は、GPS捜査につき、尾行補助手段型と遠隔継続監視型プラス記録保存・分析型とに区別した上で、前者については任意処分と解し、後者については強制処分と解する見解を示されている。なお、太田教授は、本件最高裁判決が下される前に、既にこの見解を述べられていた。太田・前掲注(3)七〇頁。

(26) 植村ほか・前掲注(25)四四頁。太田教授の発言では、「目視による尾行の方が誤差ゼロであり、プライバシーの侵害の程度」は強いとの指摘がある。

(27) 植村ほか・前掲注(25)三八頁、太田教授発言。

(28) 植村ほか・前掲注(25)四四頁、植村立郎元東京高裁判事発言及び清水真教授発言。

(29) 捜索を許容する「相当な理由」には至らないが、干渉の度合いの高い所持品検査を正当化すると同程度の不審事由を意味する。柳川・前掲注(3)三九頁。なお、筆者も、かつてビーパーを用いた監視について、これと同様の「高度の不審事由」を要件として適法と見る見解を示した。拙稿「科学機器・技術を用いた行動監視の適法性とプライバシー」法学新報一一二卷一・二号一八五頁。

(30) 柳川・前掲注(3)三九頁、清水真「自動車の位置情報の把握による捜査手法についての考察」法学新報一一七卷七・八号四四三頁、同「捜査手法としてのGPS端末の装着と監視再論」明治大学法科大学院論集一三号一六三頁、同「プライバシー

シーの期待』についての考察」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集下巻』（成文堂、二〇一四年）五七九頁参照。

(31) 渥美東洋『刑事訴訟法「新版」』（有斐閣、一九九〇年）六九頁参照。

(32) 植村ほか・前掲注(25)三四頁、清水教授発言。清水教授は、「非装着型」について、スマートフォン・携帯電話機・カーナビゲーション機器に内蔵されているタイプとGPS端末が装着されている容器や自動車部品等を受け取らせて監視するタイプとの二種類を想定されている。これらは、両者とも任意処分であると評価しつつ、後者の場合はGPS装置の装着を知らない受け取る側の不知を利用することからより侵害的要素があるのではないかとの見解を示されている。

携帯電話の位置情報の取得については、池田弥生「携帯電話の位置探索のための令状請求」判例タイムズ一〇九七号二七頁参照。

(33) United States v. Miller, 425 U. S. 435 (1976).

(34) Smith v. Maryland, 442 U. S. 735 (1979). Smith 事件については、渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅳ』（中央大学出版部、二〇一二年）二九〇頁〔柳川重規担当〕、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究第一巻』（成文堂、一九八二年）三〇頁〔関哲夫担当〕参照。

(35) 柳川・前掲注(3)三五頁。

(36) 井上・前掲注(8)六九頁。

(37) 伊藤・石田・前掲注(8)一一一頁。

(38) 最三小決平成一一年二月一六日刑集五三卷九号一三二七頁。

警察官は、簡易裁判所裁判官に対し、氏名不詳の被疑者らに対する覚せい剤取締法違反被疑事件について、電話傍受を検証として行うことを許可する旨の検証許可状を請求した。警察官の提出資料によれば、犯罪事実は、営利目的による覚せい剤の譲渡であり、その嫌疑は明白であった。同犯罪は暴力団による組織的、継続的な覚せい剤密売の一環として行われたものであり、電話傍受により得られる証拠は、覚せい剤密売の実態を解明し被疑者らを特定するために重要かつ必要なものであり、他の手段を用いて上記目的を達成することは著しく困難であった。

裁判官は、検証すべき場所及び物を「日本電信電話株式会社旭川支店一一三サービス担当試験室及び同支店保守管理にかかる同室内の機器」、検証すべき内容を「(前記二台の電話)に発着信される通話内容及び同室内の機器の状況(ただし、覚

せい刑取引に関する通話内容に限定する)、検証の期間を「平成六年七月二日から同月二三日までの間(ただし、各日も午後五時〇〇分から午後一時〇〇分までの間に限る)、検証の方法を「地方公務員二名を立ち会わせて通話内容を分配器のスピーカーで拡張して聴取するとともに録音する。その際、対象外と思料される通話内容については、スピーカーの音声遮断及び録音中止のため、立会人をして直ちに分配器の電源のスイッチを切断させる。」と記載した検証許可状を発付した。警察官は、上記検証許可状に基づき、上記記載の各制限を遵守して、電話傍受を実施した。

このような事案において、最高裁は、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が、一定の要件の下では、捜査の手段として憲法上全く許されないものではないと解すべきで、重大な犯罪に係る被疑事件について、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる十分な理由があり、かつ、当該電話により被疑事実に関連する通話の行われる蓋然性があるとともに、電話傍受以外の方法によってはその罪に関する重要な証拠を得ることが著しく困難であるなどの事情が存する場合において、電話傍受により侵害される利益の内容、程度を慎重に考慮した上で、なお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、法律の定める手続に従ってこれを行うことも憲法上許されるとした上で、本件当時、電話傍受を直接の目的とした令状は存していなかったが、前記の一定の要件を満たす場合に、対象の特定に資する適切な記載がある検証許可状により電話傍受を実施することは、本件当時においても法律上許されていたものと解する、と判示した。

(39) 井上・前掲注(8)六八頁、中谷・前掲注(5)五八頁。

(40) 最三小決平成二十一年九月二八日刑集六三卷七号八六八頁。

警察官は、かねてから覚せい剤密売の嫌疑で本件有限会社に関する内偵捜査を進めていたが、本件会社関係者が暴力団関係者から宅配便により覚せい剤を仕入れている疑いが生じたことから、宅配便業者の営業所に対して、本件会社の事務所宛の宅配便荷物の配達状況について照会した。その結果、同事務所には短期間のうちに多数の荷物が届けられており、それらの配達伝票の一部に不審な記載のあることが判明した。そこで、警察官は、同事務所に配達される予定の宅配便荷物のうち不審なものを借り出してその内容を把握する必要があると考え、上記営業所の長に対して協力を求めたところ承諾が得られたので、約二か月の間に五回、同事務所に配達される予定の宅配便荷物各一個を同営業所から借り受けた上、関西国際空港内大阪税関においてエックス線検査を行った。その結果、一回目の検査においては覚せい剤と思しき物は発見されなかった

が、二回目以降の検査においては、いずれも、細かい固形物が均等に詰められている長方形の袋の射影が観察された。検査を経た上記各宅配便荷物は、検査後、上記営業所に返還されて通常の運送過程に戻り配達された。警察官は、本件エックス線検査について、荷送人や荷受人の承諾も、何らの令状も得ていなかった。

- このような事案において、最高裁は、本件エックス線検査は荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、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、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解される、と判示した。
- (41) 小木曾綾「エックス線照射による内容物の検査」椎橋隆幸・柳川重規編『刑事訴訟法基本判例解説(第二版)』(信山社、二〇一八年) 一一二頁。

- (42) 安村勉「梱包内容のエックス線検査」『刑事訴訟法判例百選(第一〇版)』六二頁は、強制処分たる検証といえる程度の捜査手段が行われたかを問題とするのであるから、実際にどのような侵害結果が生じたかは問題ではない、として、エックス線検査の精度(解析力・分析力)の高低は、強制処分性の判断には関係がないとする。

- (43) 小木曾・前掲注(41) 二二三頁、安村・前掲注(42) 六三頁。

- (44) 最一小決昭和五五年一〇月三日刑集三四卷五号三〇〇頁。

覚せい剤譲渡の疑いを理由とする逮捕中に、被告人の両腕に静脈注射痕と思われるものが多数認められたこと等から被告人は覚せい剤自己使用の嫌疑を受けた。そこで警察は、被告人に尿の任意提出を再三求めたが拒まれ続けた。そのため、警察は裁判官から鑑定処分許可状と身体検査令状の発付を受け、鑑定受託者たる医師に強制採尿を依頼した。同医師は、一旦自然排尿の機会を与えた後、被告人を医務室において抗拒できない状況下に置き、被告人の尿道にゴム製導尿管(ネラトン・カテテル)を挿入して、約一〇〇cc尿を採取した。この尿標本を県警本部犯罪科学研究所で鑑定したところ、採尿した標本から覚せい剤が検出され、被告人は覚せい剤自己使用罪でも起訴された。

このような事案において、最高裁は、大要以下のように判示した。尿の任意提出を拒む者からの強制採尿は身体への侵入行為であり、屈辱感を与える行為であるが、医師等の技能習熟者が適切に行えば、身体上、健康上格別の障害を生ずる危険は比較的少なく、生ずるとしても軽微である。また、検証による身体検査でも同程度の屈辱感を生む場合もあるので、捜査

方法として絶対に許されないのではなく、被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性とその取得の必要性、適当な代替手段の欠如等、犯罪捜査上真にやむを得ないと認められる場合は、最終手段として適切な法律上の手続を経て行うことが許されるが、実施に当たり被疑者の身体の安全と人格の尊厳に十分留意すべきであると指摘した上で、体内に存在する尿を犯罪の証拠物として強制的に採取する行為は搜索・差押えの性質を有するものとみるべきであり、人権の侵害にわたるおそれがある点では、身体検査令状に関する刑訴法二二八条五項（現行法上は六項）が搜索・差押許可状に準用されるべきであって、令状の記載要件として、強制採尿は医師をして医学的に相当と認められる方法により行われねばならない旨の条件の記載が不可欠である、と判示した。

(45) 原審は、被疑者の人格の尊厳を著しく侵害することを理由に強制採尿の許容性を否定していた。名古屋高判昭和四四年二月一日四日判時九三九号二二八頁参照。

(46) 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、二〇一五年）一四八頁。

(47) 葛野尋之「強制採尿」『刑事訴訟法判例百選「第一〇版」』五九頁。

(48) 植村ほか・前掲注(25)四八頁、太田教授発言。

(49) 最二小決平成二〇年四月一五日刑集六二卷五号一三九八頁。

金品強取の目的で被害者を殺害して、キャッシュカード等を強取し、同カードを用いて現金自動預払機から多額の現金を窃取するなどした強盗殺人、窃盗、窃盗未遂事件の捜査の過程で、被告人が本件に関わっている疑いが生じ、警察官は、銀行の防犯ビデオに写っていた人物と被告人の同一性を判断するため、公道上を歩いている被告人の容ぼう等をビデオ撮影するなどの捜査をし、さらに、警察官は前記防犯ビデオに写っていた人物がはめていた腕時計と被告人がはめている腕時計との同一性を確認するため、被告人が遊技していたパチンコ店の店長に依頼し、店内の防犯カメラによって、あるいは警察官が小型カメラを用いて、店内の被告人をビデオ撮影した。

このような事案において、最高裁は、本件ビデオ撮影につき、公道上を歩いている被告人の容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものであり、このようなビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な範囲で、かつ、相当な方法によって行われたものであり捜査活動として適法である、と判示した。

(50) 前掲注(49)最高裁第二小法廷決定と同事件。

金品強取の目的で被害者を殺害して、キャッシュカード等を強取し、同カードを用いて現金自動預払機から多額の現金を窃取するなどした強盗殺人、窃盗、窃盗未遂事件の捜査の過程で、被告人が本件に関わっている疑いが生じ、警察官は、現金自動預払機の防犯ビデオに写っていた人物と被告人の同一性を判断するため、被告人の容ぼう等をビデオ撮影するなどの捜査をし、また、被告人及びその妻が自宅付近の公道上にあるゴミ集積所に出したゴミ袋を回収し、そのゴミ袋の中身を警察署内において確認し、前記現金自動預払機の防犯ビデオに写っていた人物が着用していたものと類似するダウンベスト、腕時計等を発見し、これらを領置した。

このような事案において、最高裁は、本件領置につき、大要以下のように判示した。被告人及びその妻は、ゴミ袋を不要物として公道上のゴミ集積所に排出し、その占有を放棄していたものであって、排出されたゴミについては、通常、そのまま排出されて他人にその内容が見られることはないという期待があるとしても、捜査の必要がある場合には、刑法法(二二一条)により、これを遺留物として領置することができる。

(51) この二つの争点については、一つの事案において最高裁判所の判断が示されており、両争点についての内容が共にGPS捜査判決と検討すべき関連性があると思われるため、この箇所と同時に検討を行う。

(52) 渥美東洋『全訂刑事訴訟法(第二版)』(有斐閣、二〇〇九年)一〇五頁、一三三―一三五頁参照。

(53) 椎橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』(信山社、二〇一〇年)一三頁。

(54) 太田・前掲注(3)七五頁。

(55) 後藤昭「法定主義の復活―最大判平成二九年三月一五日を読み解く」法律時報八九巻六号六頁。

(56) 本決定は、警察官が物損事故を起こした被告人を道路交通法違反容疑で警察署に任意同行して取調べを行っていた際に、被告人がマッチを取ってくるという取調室から出て行くところを警察官が左斜め前から被告人の左手首を掴み込んで制止した行為を任意処分として適法であるとの判断を示した事案である。

(57) 最二小判昭和五三年六月二〇日刑集三三巻四号六七〇頁。本事案は、猟銃と登山用ナイフを使用した銀行強盗事件の発生後、緊急配備検問を実施していたところ、通報に基づき犯人の手配人相に似た被告人ら(二名)が乗車した車両を停止させ、職務質問を行ったが被告人らは黙秘した。警察官らは両名を降車させ質問を行ったが黙秘されたためさらに疑いを深め、車

両の後部座席にあったアタッシユケースとボーリングバッグの開披を求めたが拒否された。その後、開披要求と拒否が繰り返された後、警察官は承諾のないままバッグのチャックを開けると大量の紙幣が見え、続いて施錠してあったケースをドライバーでこじ開けると被害銀行の帯封のある札束が見えたので、両名を緊急逮捕し証拠物を差し押さえた、というものである。

(58) 第一小決平成二六年七月一二日刑集五八巻五号三三三頁。平成一六年決定以前のおとり捜査についての最高裁判所の先例として、第一決昭和二八年三月五日刑集七巻三号四八二頁、第二判昭和二九年一月五日刑集八巻一一号一七一五頁、第三決平成八年一〇月一八日判例集未登載（多和田隆史・最高裁判所判例解説刑事篇平成一六年二九六頁、尾崎久仁子・法律のひろば五〇巻七号七一頁）がある。

(59) 強制処分法定主義を多数説のように解するとそのような結論にならう。しかし、渥美東洋博士は、おとり捜査が行動の自由への重大な干渉であることから、憲法三三条・三五条、すなわち、逮捕、捜索、押収を規律する理論構成と手続をおとり捜査に用いることが最適であろうと指摘されていた。なお、渥美博士は、「令状手続を定めるのが得策であるが、わが国では定まった令状発付しか裁判官はしないとの運用伝統があるので、当面は、事前の要件具備が後の手続で示されれば足りる」とされており、「立法化することが望ましい。」とも述べられている。渥美東洋『刑事訴訟における自由と正義』（有斐閣、一九九四年）一五三頁・一五七頁以下参照。

(60) 本件GPS捜査に関する最高裁判決を受けて、警察庁は、平成二九（二〇一七）年三月一五日に、都道府県警関係機関に対して「移動追跡装置を使用した捜査に係る最高裁判所大法廷判決について」（警察庁丁刑企発第一五号、丁支発第二二号）を出し、GPS捜査を今後控えるよう通知した。

(61) ただし、強制処分性についての判示箇所においては、法廷意見は、「現行犯人逮捕等の令状を要しないものとしておられ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」と述べていることからすると、そのような事情がある場合（例えば、身代金目的誘拐事件における身代金の入った鞆やコントロールド・デリバリーの対象となる荷物等へのGPS装置の設置など）には、許容される余地があると解することができようか。井上・前掲注（8）六九頁は、このような場合には、結論が異なり得る可能性を指摘する。

(62) 小木曾綾「強制処分法定主義の現代的意義」法学論集（駒澤大学）五八号（一九九九年）一六三頁。本論文は、強制処分

法定主義を改めて考察する上で、多大なる示唆を提供するものであると思われる。

- (63) 三権分立の観点から、法定主義と我が国における法制度の在り方について、詳細な分析・検討を行っているものとして、中野目善則「法定主義について―三権分立の観点からの検討―」亜細亜法学三一巻一号一三九頁参照。

- (64) 前田雅英・捜査研究七九八号四一頁。

(中京大学法学部教授)