

# 位置情報とプライバシー

柳 川 重 規

- 一 はじめに
- 二 平成二九年大法院判決
- 三 基地局情報の取得に関する合衆国最高裁判所の判例——Carpenter 判決
- 四 結びに代えて

## 一 はじめに

科学技術の発達により、人の位置情報を科学機器を用いて把握することが可能となり、それが現在、捜査にも応用されている。

我が国の最高裁は、平成二九年三月一五日大法院判決<sup>(1)</sup>で、GPS機器を車両に取り付けてその移動を監視する捜査手法（装着型GPS捜査）が刑法一九七条一項但書にいう強制処分<sup>(2)</sup>に当たると判示した。さらに、この装着型GPS捜査は、現行の刑法に定める強制処分には包含されず、この捜査手法を認めるには新たな立法を行うことが望まし

いとの考えを示した。この後者の判断部分は、判決理由にはならず傍論であるとは思われるが、その実際上の効果は大きく、警察庁はこの大法廷判決が下されてすぐに、全国の都道府県警に対し、装着型GPS捜査を控えるようにとの通達を出した。もつとも、最高裁としては、GPS捜査を正当化する立法を促す意図があつたのではないかと思われるが、現在までのところ立法作業は進展していない。装着型のGPS捜査が大法廷判決で取り上げられ、その存在が周知されることになったため、捜査手法としての有用性が失われ、警察は積極的に立法を求めていまいとも言われ<sup>(2)</sup>る。装着型GPS捜査以外の方法により、被疑者等の位置情報を取得するよう警察は努めるといふのであろう。

そのような捜査手法として従来用いられているもの一つに、携帯電話の基地局情報の取得がある。この基地局情報というのは、携帯電話の電源が入っているときに発せられる微弱な電波を携帯電話基地局が感知することにより、あるいは携帯電話による通信（電話・Eメール、インターネット等）が基地局を経由することにより、通信事業者が把握し保存している携帯電話機の位置情報のことである。平成二九年大法廷判決の射程如何によっては、こうした捜査手法にも影響が及ぶことになる。そこで、平成二九年大法廷判決の射程がどこまで及ぶのかを明らかにしなければならぬ。

また、この基地局情報の取得に関しては、合衆国最高裁判所が二〇一七年開廷期にCarpenter事件において、捜査機関が被疑者の基地局利用の履歴を通信事業者に提出させる行為が、合衆国憲法第四修正の搜索に当たり、相当な理由（probable cause）という実体要件と令状要件がこれに課される旨判示した。我が国では、既に、リアルタイムでの基地局情報の取得に関しては、捜査機関は通信事業者に検証令状を呈示してこれを行い、過去の利用履歴を取得する場合は、記録命令付差押令状を呈示して行つていたので、このCarpenter事件の判示内容は、我が国にとっては

目新しいものでないと言えるかもしれない。とはいえ、合衆国では、通信内容そのものに関わらない情報については、従来、合衆国憲法第四修正の保護が及ばないとしてきており、それにもかかわらず、なぜ、Carpenter 事件で基地局の利用履歴に第四修正の保護が及ぶとしたのか、どのような理論構成を採ったのか。この点を確認しておくことは、我が国においても、基地局情報を含めた位置情報とプライバシーの問題について検討していく上で有益な示唆を与えてくれるように思われる。そこで、本稿では、まず、平成二九年大法廷判決の判断内容を確認するとともに、その射程を明らかにし、<sup>(3)</sup>さらに、合衆国の Carpenter 事件の判断内容を紹介し、これに検討を加えてみることにする。

## 二 平成二九年大法廷判決

### 《事実の概要》

平成二九年大法廷判決が扱った事案は、広域にわたる集団窃盗、住居侵入等の事件の捜査において、被疑者等が警察の追跡を逃れるために、盗難車を用い、ナンバープレートを随時付け替え、信号を無視し、高速道路の ETC 料金所を突破するなどしたため、警察が被疑者等の行動確認等を行うのに尾行等では十分ではないと判断して、GPS 機器を被疑者等の車両に装着して、約六ヶ月半にわたってその位置情報を断続的に検索して被告人等を追尾する GPS 捜査を実施したというものである。

このような事案について、最高裁は大意以下のように判示した。

「GPS捜査は、……その性質上、公道上のみならず、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ふべきである。

憲法三五条……の保障対象には、「住居、書類、所持品」に限らずこれ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するのが相当であ(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にあたる……。

仮に解釈により刑法上の強制の処分として許容するのであれば、……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、……(刑法一九七条一)項ただし書きの趣旨に

沿うものとはいえず）、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めのある場合に当たるとして同法が規定する令状を発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。」

#### 一 強制処分に該当するとの論理

GPS捜査が強制処分に当たるとする大法廷判決の論理は、必ずしも明快であるとは言えないが、次のようにまとめることができるように思われる。

①憲法三五条の保護対象は、明文で規定されている「住居、書類、及び所持品」のみならず、それに準ずる「私的な領域」にまで広がる。

②装着型GPS捜査の憲法上の問題点は、この「私的領域」に個人のプライバシー侵害を可能とするGPS機器を「侵入」させることにある。これにより、憲法三五条が保障している私的領域に侵入されない権利を侵害することになる。

③ある捜査手法の強制処分該当性を判断するには、私的領域への「侵入」が実際に行われたことを認定する必要は必ずしもなく、その可能性が高い捜査手法であれば足りる。GPS捜査は、個人の行動を継続的、網羅的に把握するという性質を有するものであるから、ほぼ必然的に私的領域に侵入して個人のプライバシーを侵害することとなる捜査手法である。

④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であるということができ、刑事訴訟法にいう強制処分に該当する。GPS機器を対象者の所持品に秘かに装着することによってその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、したがって、刑法一九七条一項但書にいう強制処分に該当する。

①の点については、なぜ憲法三五条の保障が明文で規定されている「住居、書類、及び所持品」を超えて、それに準じる「私的領域」にまで及び得るのかの理由は示されていないが、憲法三五条が結局のところ個人のプライバシー領域が存在するの保護を目的とした規定であるとすれば、「住居、書類、所持品」に匹敵するプライバシー領域が存在することから、この保護目的からすると憲法三五条の保護範囲は「住居、書類、所持品」に限定されず、それに準じる「私的領域」まで広がることであろう。

②の点については、大法院判決は「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、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（傍線筆者）」とし、あるいは「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その私的領域に侵入する（傍線筆者）」と述べていることから、GPS機器が私的領域に物理的に侵入することを問題視しているようである。<sup>(4)</sup>この点、装着型GPS捜査が、捜査官が携帯電話などを用いてGPS機器へ「通信」して遠隔操作を行い、位置情報を返信させて私的領域内の情報を手する仕組みとなっている点を捉えて「侵入」に当たるとしたとの見方もあり得るかとは思われる。<sup>(5)</sup>しかし、装着型GPS捜査の場合でもこうした遠隔操作方式以外に、GPS機器が自律的に定期的に位置を測

定してサービス事業者のサーバーに携帯電話回線を通じて送信し、利用者がサーバーに蓄積された位置情報を Web サイトで閲覧するという方式もあるようであり、この場合、捜査機関による私的領域への通信はないので、私的領域に所在する GPS 機器に通信することを進入と捉えると、侵入がないことになってしまう。大法院判決は、捜査機関が遠隔操作によって位置情報を取得した場合と遠隔操作によらない場合とを区別していないので、双方の場合を私的領域への進入と見ているものと思われる。そうすると、両者に共通している GPS 機器が「物理的に」進入することを問題視していると解釈するのが妥当であるように思われる。Jones 事件<sup>(7)</sup>で合衆国最高裁判所は、GPS 捜査が被疑者使用の自動車に GPS 機器を装着して行われた点で、対象者の「所持品」に対するトレスパス（不法侵入）に当たり、合衆国憲法第四修正上の「搜索」に当たると判示したが、これに対して大法院判決は、自動車（という所持品ではなく）ではなく、それとは異なる「私的領域」へ GPS 機器が物理的に侵入する点で、GPS 捜査が憲法三五条の「侵入」に当たると判断したものと思われる。

③の点について、大法院判決は、GPS 捜査が個人のプライバシーを侵害し得るものであることを一般的に論じるだけであって、本件において実際にプライバシー侵害が生じていることを具体的に認定してはいない。GPS 捜査は継続的・網羅的に行われるものであるから、この捜査の実施中にはほぼ必然的に GPS 機器が私的領域に侵入することになり、個人のプライバシーを侵害することになるので、強制捜査と認定するのに、こうした特徴を GPS 捜査が備えていることを指摘するだけで十分だということかと思われる<sup>(8)</sup>。

④の点については、まず、最高裁昭和五一年決定<sup>(9)</sup>が「任意と強制」の区別に関する基本的な判断枠組みを提供していると理解し、さらに、GPS 捜査のように被処分者が不知の間になされる捜査については、昭和五一年決定にいう

「個人の意思を制圧」することが実際にはないが、「合理的に推認される当事者の意思に反して、その人の重要な権利を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらない」とする学説<sup>(10)</sup>を採用して、GPS捜査が昭和五一年決定に照らして強制捜査に当たるとの判示になったものと思われる。

## 二 大法院判決に対する疑問

(一) 本大法院判決は、上記①で述べたように、憲法三五条の保護範囲が「住居、書類、及び所持品」に準じる「私的領域」まで広がると明言した。この「私的領域」に当たるか否かによつて、憲法三五条の保護範囲が画されることになるので、これをどのようにして判断するかは、極めて重要な問題である。この点、たとえば、合衆国最高裁判所は「財産権」が保障される範囲と「プライバシーの合理的期待」の有無を基準に合衆国憲法第四修正の保護範囲についての判断を行ってきているが、本判決では、この判断方法についての説明が一切ない。そのため、結局、この私的領域とは何をいうのかは、わからないままとなっている。

(二) 次に、上記②の点について、仮に大法院判決がGPS機器の私的領域への「物理的侵入」を問題としたのが、合衆国の Jones 事件で採られたようなトレスパス論を採用したからであるとするならば、このトレスパス論は、合衆国では、直接的には個人の財産権を保護するものであり、プライバシー保護も財産権が保護される限度で行われるとする考え方であると理解されている。そうすると、本件の一審の大阪地裁が例に挙げた、被疑者が駐車したラブホテルについて言うのと、この領域へのGPS機器の物理的侵入により財産権を侵害されるのは、ラブホテルの所有者ないし管理者であつて、監視対象者ではない。大法院判決は、本件GPS捜査によりいかなる「私的領域」への侵入が



行われたのかを具体的に認定していないが、「住居、書類、及び所持品」に準じる私的領域にまで憲法三五条の保護範囲を広げたとしても、このように財産権の保障で考える限り、監視対象者の財産権が侵害され、それに伴いプライバシーの権利が侵害される場合というのは、かなり限定されるように思われる。大法院判決は、GPS捜査による監視対象者のプライバシー侵害を問題にしているのに、したがって、少なくとも財産権のみに基づいて「私的領域」を想定してはいないということになるであろう。

他方、大阪地裁は、被疑者が駐車したラブホテルの駐車場について、出入り口に目隠しのカーテンが設置されていることを理由に「プライバシー保護の合理的期待が高い空間」であるとしており、この意味でここを大法院判決に言う「私的領域」と見ているようである。このように「プライバシーの合理的期待」分析で私的領域を考えた場合はどうか。許可を受けた者でなければ立ち入ることのできない領域では、その中で何が行われているかについて、公道上等から肉眼で確認できないのであれば、その領域はプライバシーの合理的期待が認められる領域であると言える。とはいえ、GPSによって明らかになる情報はGPS機器が装着された物の位置情報であり、本件の場合、監視対象者の車両がある領域に入った、留まっている、出てきたという事実である。このある領域に監視対象者の車両が出入りしたという事実は、公道上等から肉眼で確認できるものであり、そうすると、この出入りしたとの情報については、プライバシーの合理的期待は認められないように思われる。

この点に関連する合衆国最高裁判所の判例にKatz<sup>(11)</sup>事件がある。Katz事件では、規制薬物の製造に使用されるエーテルが入った缶にビーパー（追跡用の発信器）を取り付けて、このエーテル缶の搬入先を確かめるために尾行が行われたという事案について、公道上の車両の移動にはプライバシーの合理的期待は認められないとした先例(Katz事

(12)を前提としつつも、監視対象であるエーテル入りの缶が、尾行中に被疑者の自宅に運び込まれ、さらにそこから共犯者の住居、さらには共犯者の父親の住居等に移されている事実を、ビーパーを使用して確認している点を捉えて、この監視が第四修正上の「搜索」当たるとされ、無令状で行われている点で違憲であると判示された。エーテル入りの缶は、塀のある敷地内等に運び込まれてしまえば、それがその場に留まっているのか、それとも車両に載せられるなどして搬出されてしまったのかは、公道上からは肉眼で確認することができない。肉眼では確認することができない敷地内の情報を、ビーパーという機器を用いて明らかにしている点で、合衆国憲法第四修正にいう「搜索」に当たるといのが、合衆国最高裁判所の判断である。(13)

このKaro判決の判断からすると、逆に、たとえGPS捜査によってプライバシーの合理的期待が認められる私的領域にGPS機器が侵入しているとしても、それによって得られる情報が、公道上から肉眼で確認することが可能な情報に限定されているのであれば、プライバシーの合理的な期待が侵害されることにはならないのではないか。これは、すなわち、GPS機器を私的領域に侵入させて内部の情報を得たとしても、常にプライバシーを侵害することになるわけではない、ということである。

そうすると、「私的領域」にGPS機器が「物理的」に侵入することにより、監視対象者のプライバシーがどのような点で侵害されるのかということが、明らかにされなければならないはずであるが、本最高裁判決ではこの点についての説明はない。

(三)③の点に関して、学説の中には、ある捜査方法が強制処分に該当するか否かの判断は「類型的」に行われるべきであって、「個別事案において実際に対象者の被った法益侵害の程度は無関係である」とするものがある。(14)

法廷判決もこのような「類型的」判断を行い、そして、法益侵害の程度が無関係であるに留まらず、法益侵害が実際に生じたか否かも無関係であると考えたのかもしれない。

もつとも、強制処分該当性判断が類型的に行われるべきだとの見解は、元々は、最高裁昭和五一年決定の控訴審が、具体的捜査の必要性、緊急性に即して客観的に相当と認められる程度の実力行使は強制に当たらず、任意捜査として許されるとの見解に立ったのに対して、『強制的処分』の該当性判断において基礎とすべき事情（は）……かりに捜査の必要性、緊急性など具体的な状況が付け加わっても、特別の根拠規定がない限り、その手段を許容することが相<sup>(16)</sup>当でないような類型的事情であ（る）」として、このような控訴審の判断を否定するために主張されたものである。具体的捜査の必要性、緊急性に即して客観的に相当と認められる程度の実力行使であったか否かは、その実力行使が正当化されるか否かを判断する場面で考慮すべき事情であるから、強制処分と任意処分を区別する場面で考慮すべき事情ではないというのは、まさにその通りであろう。しかし、類型的判断であるということから捜査対象者の権利や利益が実際に侵害されたか否かを認定しなくともよいというのは、類型的判断をあまりに抽象化して捉えるものであるように思われる。対象者の権利・利益が侵害・制約されているから、それをもたらし手法が任意処分なのか強制処分なのか問題となるのではないだろうか。

GPS捜査の場合、これを令状規制下に置くことが妥当であるとした場合に、監視対象者の権利・利益が制約されたかどうかはまだわからない捜査開始時点で、捜査機関に令状の取得を義務付けなければならないので、捜査対象者の権利・利益の実際の制約を待つて強制捜査に該当すると判断するのは妥当ではない、との見方があり得る。しかし、仮に、「私的領域」にGPS機器が物理的に侵入した時点で強制捜査になるとした場合でも、捜査機関はこの時点で

令状を入手していなければそれは違法捜査となり、証拠排除により入手した情報が利用できなくなるおそれが生じるので、GPS捜査開始時に令状を入手せざるを得なくなるはずである。なお、この場合の令状は、コントロール・デリバリー等で用いられる予期的令状 (anticipatory warrant) ということになるであろう。

合衆国では、捜索・押収が合衆国憲法第四修正に違反すれば原則として排除法則が働くので、証拠排除との絡みで、第四修正違反が実際に生じたか否かが常に具体的な争点となる。GPS捜査や携帯電話の基地局情報の取得の適法性が争われた事案でも、これが第四修正に違反し被疑者の権利を侵害したか否かが具体的に検討されている。これに対して、我が国の違法収集証拠排除原則は、憲法違反があれば原則として証拠を排除するというものではないが、権利侵害の重大性は、違法の重大性を判断する上で、一つの考慮要素になっているものと思われる。大法院判決は、GPS捜査によって得られた証拠を排除した一審の判断を是認しているが、実際に被疑者の権利が侵害されたか否かを判断せずに、強制処分法定主義 (刑訴法一九七条一項但書) に違反したというだけで、なぜ、令状主義の精神を没却するような重大な違法を認定できるのかとの疑問が、大法院判決には残る。

### 三 大法院判決の射程

上述したように、大法院判決には様々な点で不明なところがあるが、憲法三五条が明文で規定する「住居、書類及び所持品」に準じる「私的領域」にも憲法三五条の保護は及び、装着型のGPS捜査は、GPS機器をこの「私的領域」に「物理的に」侵入させて監視対象者の位置情報の取得を行う点で、憲法三五条にいう「侵入」に当たると判断したという点は、認めることができるように思われる。そうすると、非装着型のGPS捜査は、監視対象者が所持し

ている携帯電話や、乗車している車両に内蔵されているGPSを遠隔操作により起動させて位置情報を取得するものであり、また、携帯電話の基地局情報は、基本的には、通信事業者が業務の過程で記録・保存している携帯電話の基地局利用の情報であるから、監視用の機器を監視対象者の所持品等に装着させて「私的領域」に「侵入させる」という行為を伴わない、したがって、これらの捜査手法にはこの判示は及ばないということになる。<sup>(17)</sup>

非装着型のGPS捜査や基地局情報の取得を強制処分と認めるには、他の理論構成によらなければならず、その際には、こうした捜査手により対象者の位置情報が継続的・網羅的に把握されることで、対象者のプライバシーがどのように侵害されるのかということが問い直されなければならないように思われる。

### 三 基地局情報の取得に関する合衆国最高裁判所の判例

#### ——Carpenter 判決<sup>(18)</sup>

##### 一 基地局情報の特徴

Carpenter 判決について、紹介・検討する前に、基地局情報の特徴について、簡単に整理をしておく。

携帯電話の基地局情報は、上述したように、電話やEメール、インターネット等、携帯電話で通信を行う場合、必ず最寄りの基地局を経由することになり、さらには、携帯電話に電源が入っているだけで、携帯電話から発せられる微弱な電波を基地局が感知しており、こうして基地局が得た各携帯電話の情報を、通信事業者は記録として残しており、これを調べることにより、携帯電話の位置、移動経路が特定できるというものである。位置情報の精度は、基地

局の位置と基地局に数本設置されているアンテナの方角で位置を特定するため、基地局と基地局の間隔により異なり、間隔が密な都市部では数百メートル単位、間隔が空いている郊外では数キロメートルになることもあるといわれる。<sup>19)</sup>

基地局情報を得るには、対象者の電話番号がわからなければならないが、この基地局情報は、通信事業者がすべての携帯電話について自動的に取得し、一定期間保存するものなので、捜査対象者の位置情報をリアルタイムで取得するだけでなく、過去の位置情報についても、記録の保存期間であれば、いつの時点のものでも取得することができる。たとえば、ある者が被疑者として捜査対象となった時点で、そこから遡ってその者の過去の位置情報を取得することができるのである。

基地局情報はこのように、リアルタイム型と履歴型に大別できるが、基地局情報の利用の仕方としては、尾行・追跡中の被疑者の位置を確認するために用いることができるほか、たとえば、以下に紹介するCarpenter事件では、二つの州にまたがって発生した強盗事件の公判で、検察官は、被告人が強盗事件の発生した日時に事件現場付近にいたことを基地局情報を用いて示し、犯人性を証明するための間接証拠として用いている。

## 二 合衆国最高裁判所のCarpenter判決

Carpenter事件は、約四ヶ月にわたる被疑者の携帯電話の基地局情報の履歴を、裁判所の命令に基づいて通信事業者に提出させた処分が、第四修正上の搜索に当たり、相当な理由と令状が要件となる、と判示された事例である。

事実の概要は次の通りである。

ミシガン州とオハイオ州にまたがって発生した犯罪グループによる一連の強盗事件で、逮捕した被疑者の一人から、

FBIが被告人 Carpenter を含む他の共犯者の電話番号を聞き出し、Stored Communication Act という連邦法に基づいて、二つの通信事業者に対し、一連の強盗事件が発生した四ヶ月間にわたる Carpenter の携帯電話の基地局情報の提出を求めた。これにより、両通信事業者から、それぞれ一二七分と二日分の Carpenter の携帯電話の基地局情報が提出された。この Stored Communication Act では、当該基地局記録が進行中の犯罪捜査と関連性・重要性があると思料する合理的な根拠 (reasonable grounds) を具体的に示す事実を提示できれば、捜査機関は、令状発付官に対し命令の発出を求めることができ、この命令に基づいて、通信事業者に基地局情報(過去の位置情報の記録)を提出させることができる。<sup>(20)</sup>この「合理的な根拠」という要件は、捜索・押収の第四修正上の要件である「相当な理由 (probable cause)」よりも緩やかな要件である。

Carpenter は六件の強盗等の訴因で起訴され、公判前に、携帯電話の基地局情報について、相当な理由に支えられた令状によらずに、第四修正に違反して押収されたものであるとして、証拠排除を申し立てた。合衆国 District Court は、この申立てを却下し、政府側は、起訴された強盗事件のうち四件で、Carpenter の携帯電話が事件発生時に事件現場付近に所在していたことを示す地図を、この基地局情報に基づいて作成して、これを公判で証拠として提出した。Carpenter は強盗等の訴因につき有罪と認定され、一〇〇年を超える収監刑を宣告された。

第六巡回区 Court of Appeals は、証拠排除申立てを却下した District Court の判断を確認したが、その理由は、携帯電話の基地局情報により明らかとなった位置情報は、Carpenter が通信事業者と共有していたものであって、これについてはプライバシーの合理的期待が欠けており、また、携帯電話の基地局情報は、利用者たる Carpenter が通信を可能にするための手段として任意に通信事業者に提供し、その結果、通信事業者の業務記録となっているもの

であるから、第四修正の保護は及ばない、というものであった。

(一) ロバーツ首席裁判官執筆の法廷意見は大意以下のように判示し、第六巡回区 Court of Appeals の判断を破棄して、事件を差戻した。

(i) 法廷意見は、まず、第四修正の保護対象となるか否かを判断するために、先例上、財産権に基礎を置くトレスパス法理と、プライバシーの合理的期待が基準として用いられて来たことを確認する。このプライバシーの期待として、いかなるものが第四修正の保護対象となるかについては、単独の判断基準が存在するわけではなく、先例では、第四修正採択時に不合理な搜索・押収と考えられたものは何であったかという歴史的な理解を元に、第四修正が恣意的な権力行使から「生活のプライバシー (privacy of life)」を保護しようとするものであること、そして、憲法起草者が第四修正を採択した中心目的は、「警察による監視が普く行われることに対して障害を設けることにある」ということを指針に判断がなされてきた、とする。

そして、新たな監視機器の利用に対して第四修正の適用があるか否かを判断する際にも、この歴史的な理解に留意して、第四修正採択時に個人に保障されていたプライバシーのレベルを維持しようと努めてきた、とし、*Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001)<sup>(21)</sup>で、熱画像機 (thermal imager) を用いて住居の外壁の熱分布状態を検査する行為が第四修正上の搜索に当たると判示され、*Riley v. California*, 573 U.S. \_\_\_\_\_ (2014)<sup>(22)</sup>で、携帯電話内のデータを搜索するには、逮捕に伴う場合であっても搜索令状が必要であると判示されたのも、このような理由による、とする。

(ii) 次に、法廷意見は、本件で問題となっている通信事業者保有の被告人の基地局情報の取得に関しては、直接



の先例は存在しないが、人の物理的な所在と移動に関するプライバシーの期待の問題を扱った判例の流れと、いわゆる第三者法理<sup>(23)</sup>に関する判例の流れがともに関係するとする。

この第一の判例の流れに属するものとして、法廷意見は、United States v. Knotts, 460 U.S. 276 (1983) と United States v. Jones, 565 U.S. 400 (2012) を挙げる。公道上を車両で移動する被疑者を警察がビーパーを用いて尾行した事実を扱った Knotts 事件では、ビーパーを用いた移動の監視は第四修正上の搜索を構成しないと判示されたが、これは、公道上を車両で移動する者は、車両の移動する姿と目的地を他者に任意で晒しているため、これについてプライバシーの合理的な期待は認められない、との理由によるとする。もともと、Knotts 事件では、ビーパーを用いた尾行とは異なり、二四時間常時監視が行われるような場合には、異なる憲法原理が適用される可能性があることも認めていたことも、法廷意見は指摘している。次に、GPS 機器を被疑者の車両に装着して二八日間被疑者の移動を監視した事実を扱った Jones 事件では、トレスパス法理を用いて事案が処理されたが、補足意見及び結論賛成意見を述べた五名の裁判官が、たとえ移動の姿が公衆一般に晒されていても、GPS 監視は人のあらゆる移動を追跡するものである、これが長期間にわたればプライバシーの期待を侵害するとした点を、本件の法廷意見は指摘している。

第二の第三者法理に関する判例の流れに属するものとして、法廷意見は、政府が被疑者の資産情報の提出を銀行に求めた United States v. Miller, 425 U.S. 435 (1976) と、被疑者の架電記録の提出を電話会社に求めた Smith v. Maryland, 442 U.S. 735 (1979) を挙げる。そして、Miller 事件では、銀行が保有する被疑者の資産情報は、被疑者に所有も占有も認められない銀行の業務記録であり、通常の銀行業務の過程で被疑者から銀行に対して明らかにされた情報であるなどの理由から、この情報を銀行が政府に伝えたとしても、その危険は被疑者が負うべきものであり、これ

についてはプライバシーの正当な期待は認められないと判示された、とする。さらに、Smith 事件でも同様に、電話の利用者は、電話会社が様々な業務目的から架電した電話番号を利用してを知っており、この情報は利用者が任意で電話会社に明かした情報であるから、これについてはプライバシーの合理的な期待は認められないと判示された、とする。

(iii) 次に、長期間にわたる位置情報の取得とプライバシーの合理的期待の有無について、法廷意見は次のように述べる。

Katz 事件で言われているように、公衆がアクセス可能な領域においても、個人は第四修正による保護を放棄しているわけではなく、秘密にしたいと望むことについてこの保護が受けられる場合がある。人の移動の全体については個人がプライバシーの合理的な期待を有していることを、合衆国最高裁判所の過半数の裁判官が既に Jones 事件で認めている。デジタル時代が到来する以前は、被疑者の長期間の追跡は困難でコストがかさむものであったため、これが行われることは稀であり、社会の期待は、法執行官がこうした長期間の監視を行い、位置情報を蓄積して分析することはないというものであった。基地局情報の取得はこうした期待を侵害する。基地局情報は、通信事業者が商業目的で作成するものであるが、GPS により得られる情報と同様、個人の家族関係、政治的關係、職業上の關係、信仰上の關係、性的關係を明らかにし、多数のアメリカ人の「生活のプライバシー」に関わっている。さらに、GPS 監視と同様、伝統的な捜査手法と比較すると極めて容易かつ安価に、そして効率的に個人の移動を追跡することができるのである、と。

さらに、法廷意見は、基地局情報から個人の移動の履歴を明らかにすることが、GPS を用いて車両の移動監視が

行われる場合以上に、プライバシー侵害の度合いが高いものであるとも言えると思う。その理由は、人は車両についてはそこから降りて離れることがあるのが普通であるが、携帯電話は絶えず手元に置いているので、足首に監視機器を装着した場合と同じようにほぼ完全に携帯電話利用者を監視することができること、さらには、通信事業者がデータを保存している期間内であれば、いつの時点の情報であつても入手でき、しかも、捜査対象となっていた者のみならず、すべての携帯電話利用者の情報を入手することができる点で、警察は、対象者及び監視時期を事前に特定していなくとも監視が可能であるということである。

基地局情報はGPS情報に比べ精度が低いので、第四修正の保護を及ぼすべきではないとする主張があるが、これに対しては、基地局情報の精度は、政府自身が本件の公判の論告でそれが十分であることを強調している点、推論を働かせなければ事実が明らかにならなくてもプライバシー侵害になり得るといふ点、さらに、現在の基地局情報の精度は急速に向上しGPSに迫りつつあるが、当該事件で用いられたものよりもより精度の高い仕組みが現在使用され、さらに発展しているという事実も考慮に入れて判断しなければならぬことが、Kylo事件でも指摘されている点を挙げ、これに反論している。

以上の理由から、法廷意見は、本件で政府が、通信事業者から基地局情報の提供を受けることにより、移動の全体に対するCapeaterの合理的なプライバシーの期待を侵害しているとする。

(iv) 次に、法廷意見は、第三者法理の適用の是非について、次のように論じている。

基地局利用の記録は通信事業者が自ら作成し保管している業務記録であるから、本件における基地局情報の取得には第三者法理が適用され、したがって、Capeaterの合理的なプライバシーの期待を侵害するものではない、と政

府は言うが、基地局情報は、被告人 Carpenter 一人の情報だけではなく、すべての携帯電話利用者の位置情報を何年間にもわたり追跡することを可能にしている。政府の主張は、こうしたデジタル技術の地殻変動的な変化に対応しているものではない。

Smith 事件と Miller 事件で採用された第三者法理は、他人と共有している情報についてはプライバシーの期待が減少しているとの考えに加え、架電記録や精算済みの小切手の記録といったこれらの事件で提供を求められた情報が、個人の秘密を明らかにする程度が限定的であることを根拠にしているが、基地局情報にはこのような限定的な性質はない。基地局情報は、個人の所在を数年間にわたり常時、詳細に記録するものであり、プライバシーが侵害されることへの懸念は、Smith 事件と Miller 事件で扱われた情報の比ではない。

現代社会において日常生活を送るのに、携帯電話の利用が必要不可欠なものとなっている点、及び、携帯電話の電源が入っていれば、利用者が能動的な行為を一切しなくても、基地局情報が記録される点からして、利用者が自身の包括的な位置情報を他人に任意に開披し、他人に伝えられる危険を任意に負っているとは言えない。この意味で、情報を任意に伝えているという第三者法理の基礎をなす第二の理論構成も基地局情報には妥当しない。

このような基地局情報の独特の性質からすると、第三者法理を基地局情報に拡張して適用することはできない、と。なお、法廷意見は、この判示の射程は狭いものであり、基地局情報のリアルタイムの取得、特定の基地局に特定の期間接続しているすべての携帯電話の位置情報の取得 (tower dumps) 等には及ばず、また、第三者法理それ自体を否定するものでもないし、防犯カメラ等の在来型の監視技術を問題視するものでもなく、さらには、他の業務記録からたまたま位置情報が明らかとなった場合の問題や、外交問題や国家安全保障が関係する場合の位置情報の収集を

扱ったものでもない、とする。

(v) 最後に、法廷意見は、結論として、基地局情報の取得は第四修正上の捜索に当たり、相当な理由と令状に基づいて行われることが要件となるので、相当な理由よりも緩やかな要件を課している Stored Communications Act に従い、裁判官の命令に基づいて基地局情報を通信事業者から取得した本件での政府の行為は、第四修正に違反するとする。

さらに、提出命令 (subpoena) による場合は、先例上、相当な理由が要件とはされていないとするアリトー裁判官の主張に反論して、それはプライバシーの期待が縮減している証拠や企業の帳簿が対象となった事例、及び、第三者法理を適用した Miller 事件においてであり、被疑者がプライバシーの合理的期待を有する記録について、提出命令により第三者に提出を求めることができるとした判例はない、とする。もともと、銃乱射 (active shootings) 事件、児童の誘拐事件等事案の具体的状況により、基地局情報の取得についても、令状要件についての緊急性の例外を認めることはできる、としている。

なお、本件には、ケネディー、トーマス、アリトー、ゴースッチ各裁判官の反対意見<sup>(24)</sup>があるが、ここでは、第三者法理と財産権保障、プライバシーの合理的期待との関係、及び、搜索と提出命令との関係について論じている、ケネディー裁判官の反対意見とアリトー裁判官の反対意見の概略を紹介する。

## (二) ケネディー裁判官の反対意見

Miller 事件と Smith 事件で被告人に第四修正の保護が及ばないとされた理由の一つは、問題となった記録がそれ

それ銀行及び電話会社が作成し所有、管理しているものであり、被告人がそれに対して所有も占有も主張できないということがある。自己に属する物、場所については、より強いプライバシーの期待が認められること、さらには、第四修正自体が搜索・押収の対象となるその人自身の「身体、住居、書類、所持品」を保護すると規定していることから、プライバシーの期待が第四修正の保護するものに該当するか否かを判断するに当たっては、「財産概念」は依然として基本的に重要なものである。Katz事件自体も財産に基づく概念に依拠する立場を棄ててはいない。自身が所有も管理もしていない記録に対しては、被告人はプライバシーの合理的な期待を有しているとは言えず、そのような意味で、基地局情報について、被告人はプライバシーの合理的な期待を有しているとは言えない。

Miller事件とSmith事件の第二の根拠は、これらの事例で提出命令など記録の開示を法律上義務付ける手続が用いられたということである。提出命令は、対象者に情報の開示を義務付けるだけであり、立入りや押収、内容の検索という行為を伴わないので、相当な理由及び令状を要件としないのである。本件での基地局情報の取得も提出命令に基づいてなされたものである。もつとも、第三者が保有するすべての記録が、相当な理由と令状を要件としない提出命令の対象になり得るわけではなく、個人自身が保有する「書類、所持品」と憲法上同価値であると認められる郵便事業者保有の信書やインターネット・プロバイダー保有のEメールなどは、対象から除外される。

Knotts事件で異なる憲法上の原理が働くとされたのは、裁判官によるチェックが働かず常時監視が行われるような場合についてであり、この異なる原理は、Jonesには適用されるとしても、本件では裁判官の承認に基づいて記録の開示が行われていることから、これを適用することはできない。

### (三) アリトー裁判官の反対意見

基地局情報の提出を求める命令は、機能的には文書提出命令と同一のものであり、これを法廷意見が搜索と同一視した点は、第四修正についての元々の理解と一世紀以上に及ぶ先例に反する。さらには、第三者の財産に対する搜索の第四修正違反を争う権利を被告人に認めることは、自分自身の「身体、住居、書類、所持品」を保護する権利を個人に認めている第四修正の文言に反し、第四修正の財産権に基礎を置く解釈によっても擁護されない。さらにまた、Miller事件とSmith事件がプライベートシーの合理的な期待基準によりつつも、他人が保有する財産について第四修正違反を争う権利を否定したのは、新しい法理を創設したというよりも、第四修正の文言とそれまでの多くの先例に反する解釈を避けるためであるから、この権利を認めることはプライベートシーの合理的期待基準によっても擁護されない。

### 三 検 討

(一) 通信事業者が保存している過去の個人の基地局情報(基地局利用の履歴)を捜査機関が取得する行為に、第四修正の規律が及ぶかを判断するに当たり、検討しなければならないのは、公道上の移動に関してプライベートシーの合理的な期待が認められるかという問題と、いわゆる第三者法理適用の是非の問題<sup>(25)</sup>である。Carpenter事件で合衆国最高裁判所は、これら二つの問題に正面から取り組み、結論として第四修正の適用を認めた。

(二) これらの問題を検討する際の指針として、法廷意見は、第四修正採択時に個人に保障されていたプライベートシー

のレビューを維持しなければならないことを挙げた。これは、法廷意見も指摘しているように、科学機器を用いた捜査手法の合憲性が問われた *Kyllo* 事件や、デジタル・データの無令状捜索の合憲性が問われた *Riley* 事件でも指針とされたものである。第四修正適用の是非の問題は、結局は、捜査の必要とプライバシーの保護との調整をどのように図るかという問題であり、これは価値判断の問題である。合衆国最高裁判所の裁判官達は、この価値判断が自身の主観的判断となることを常に警戒しており、第四修正採択時のプライバシー保護レベルを維持するというのは、原意主義 (originalism) の立場に立つわけではないであろうが、憲法制定者の価値判断を基準とするということかと思われる。

(三) 公道上の移動に関するプライバシーの合理的な期待の有無という争点に関しては、これを否定する判例として *Knotts* 事件があつたが、いわゆるモザイク理論<sup>(26)</sup>に基づいて、個々の移動に関しては公衆に晒しているとしても、移動の全体まで晒しているわけではないから、移動の全体についてはプライバシーの合理的な期待が認められるとの考え方が主張されていた<sup>(27)</sup>。法廷意見は、この見解を採用したものと思われる。デジタル時代が到来する以前は、捜査機関が長期間の監視を行い、位置情報を蓄積・分析して個人の移動の全体を把握することはないと社会は期待していた、と述べており、上述した憲法制定時のプライバシー保障を最低ラインとして維持しようとの発想が、ここに表れている。

*Jones* 事件において、合衆国最高裁判所の過半数を占める五名の裁判官が、補足意見と結論賛成意見で、GPS による監視が長期間に及んだ場合にプライバシーの合理的期待を侵害するとの考え方を支持しており、このような判



断が出るのは時間の問題であったのかもしれないが、本件において法廷意見としてこれが認められた意義は大きいと思われる。

ところで、モザイク理論に対しては、合衆国においても強い批判が出されていた。その批判は様々な点に及ぶが、中でも、モザイクが成立するのはいつか、すなわち、監視がどの程度の期間行われれば、プライバシーの合理的な期待を侵害することになるのかということが明らかでないという点が強く批判された。この点については、法廷意見は積極的に答えてはおらず、注で「本件を処理する上では、七日間にわたる基地局情報が取得されれば第四修正上の搜索を構成する、とすれば十分である」と述べるに留まっている。<sup>(29)</sup>この点は、今後議論の対象になるかもしれない。

(四) 第三者法理については、法廷意見は、先例でこれが認められた理由の一つに、他人に任意で伝え、他人と共有している情報については、プライバシーの期待が縮減・減少するということがあるが、一般的には縮減したものであっても、基地局情報の性質・内容からして、このプライバシーは厚く保護されるべきであるとして、第三者法理の適用を否定している。基地局情報により明らかにされるプライバシーが、架電した電話番号や銀行口座の資産情報とは質的にも量的にも大きく異なるというのである。この理由付けは、*Riley*事件で、逮捕に伴って押収された携帯電話内のデータを無令状で搜索することを禁じ、搜索令状を取得して行うことが要件となつた際に採られた理論構成と類似している。*Riley*事件でも、逮捕により被逮捕者の身体及び携帯している所持品のプライバシーは縮減するが、携帯電話、スマートフォンはミニ・コンピュータと称すべきほどの情報を内包しており、そのプライバシーは厚く保護されるべきであるとされた。

反対意見は、基地局利用の履歴は、通信事業者が作成し保存している業務記録である点を強調して、第三者法理を適用すべきであるとしており、第三者法理を財産権保障の観点から理解している。Jones 事件で、第四修正においては、財産権保護の考え方とプライバシーの合理的期待の考え方が併存しているとの理解が示されているので、第四修正上の法理を財産権保障の観点から基礎付けること自体は否定されない。また、プライバシーの合理的期待基準の提唱者であるハーラン裁判官自身が、プライバシーの合理的期待の有無を判断するに当たって、財産権保障の発想を捨てていなかったという事情もある。ハーラン裁判官は、財産法や不法行為法の分野の先例でプライバシーが認められてきた領域については、プライバシーの合理的期待が認められ、さらには、それを類推していけば、プライバシーの合理的期待が認められる範囲をある程度確定できると考えていたようである。<sup>30</sup>こうした事情が、法廷意見と反対意見の対立の要因の一つとなっているように思われる。

第三者法理は財産権保障を基礎とする先例との連続性を持たせるために採用された、と反対意見は理解しており、第三者法理の適用を限定する法廷意見の考え方は、そうした先例との整合性を失わせるものであって、さらには、判例の蓄積により一応の安定を見せてきているプライバシーの合理的期待の有無の認定について、これを一からやり直さなければならなくなるような危険性を秘めたものであると、懸念しているようである。法廷意見は、携帯電話の位置情報が、携帯電話を利用する上でほぼ自動的に通信事業者に伝わるものであること、位置情報を伝えなければ、生活の必需品となっている携帯電話の利用ができないことから、第三者に任意に情報を伝えているという第三者法理の基礎をなす理論構成の一部が、基地局情報には妥当しないと言う。もともと、この点は、架電した電話番号や銀行口座の資産記録にもある程度当てはまったことではないかと思われ、したがって、第三者法理はそもそも擬制的な性

格を持っていたとも言える。反対意見が言うように、第三者法理を採用した先例は、財産権保障に基づく先例との整合性、一貫性を維持するために敢えてこうした処理をしたのかもしれないが、基地局情報の特性により、このような擬制的な処理に耐えられなくなった、というのが本件の法廷意見の見方であるかもしれない。

(五) 本件で法廷意見は、公道上の移動であっても、その全体についてはプライバシーの合理的な期待が認められること、さらには、第三者法理が基地局利用の履歴の提出には適用されないことを明らかにした。

本件の射程について、法廷意見はそれが狭いものであることを明言し、たとえば、リアルタイムの基地局情報の取得にも及ばないとしている。本判決が下される前には、下級裁判所では、履歴の取得よりもリアルタイムの取得の方が、第四修正の規制対象とされる傾向が強い、とする指摘もあり、<sup>(31)</sup> そうすると、履歴の取得について第四修正の適用がある以上、リアルタイムの情報の取得にも第四修正の適用は認められそうである。基地局利用の履歴について、法廷意見は、被疑者以外の者の基地局情報も対象になり得る点を指摘し、この点をGPS以上にプライバシーに対する脅威となるとしているが、こうした点がリアルタイムの取得の場合に問題にならないことを考慮し、履歴の場合と区別するのであるか。リアルタイムでの基地局情報について、合衆国最高裁判所が今後どのような判断を下すのか注目される

本判決にしる、あるいは *Reidy* 判決にしる、合衆国最高裁判所は、これまで採用されていた搜索法に関する法理をそのまま適用したのでは、デジタル時代において個人のプライバシーの保護と捜査の必要とのバランスを適切に取ることができなくなってきたこと率直に認め、そうした法理の修正を図っている。プライバシーの合理的期

待という基本的な判断基準は、完全なものではなく、かえって欠点の多いものであるとも言えるが、これに代わり得る基本的な判断基準が示されていない以上、この基準を使いつつ、その下で生み出された法理を修正しつつ、憲法の要求する適正なバランスを図る作業を、合衆国最高裁判所は、今後も続けていくのであろう。

#### 四 結びに代えて

以上、見てきたように、合衆国最高裁判所は Carpenter 判決で、携帯電話の基地局利用の履歴を通信事業者に提出させる処分を、携帯電話利用者の持つプライバシーの合理的な期待への干渉に当たり、合衆国憲法第四修正が求める相当な理由という実体要件と令状要件を備えなければ違憲となると判示した。我が国の実務においては、既に、捜査機関が基地局情報を取得するに当たって、リアルタイムでの取得の場合は検証令状、基地局利用の履歴を取得する場合は記録命令付差押令状を通信事業者に呈示してこれを行っており、Carpenter 判決を参照する実際上の意義は大きくないとの見方もあるかもしれない。しかし、我が国において、基地局情報の取得に当たって令状が必要と解されているのは、携帯電話の位置情報が個々の通信に関係する場合は通信の秘密を構成し、それ以外の場合には、プライバシーとして保護されるべきものと解されているからだ<sup>(32)</sup>とされ、さらに、通信事業者の電話利用者に対する守秘義務との関係でも令状が必要であるとされている。個々の位置情報が通信の秘密を構成するとか、通信の秘密に関連しプライバシーとして保護されるべきだという考え方は、合衆国最高裁判所の考え方と根本的に異なる考え方である。総務省が「電気通信事業者における個人情報に関するガイドライン」で示しているこの考え方が妥当かどうかは、

プライバシー保護と捜査の必要との調整を正面から見据えて、裁判所が改めて判断すべき問題ではないだろうか。その際には、個々の位置情報にはプライバシーの合理的な期待は認められないが、移動の全体にはこれが認められるとしたCarpenter判決の意義を十分に汲み取る必要があるように思われる。

- (1) 最大判平二九・三・一五刑集七一巻三号一三頁。本大法廷判決については、椎橋隆幸「GPS捜査平成二九年三月一五日最高裁大法廷判決の意義と射程(前)」研修八四三号三頁、井上正仁「GPS捜査」刑訴法判例百選(第一〇版)六四頁、伊藤雅人・石田寿一「判批」ジュリ一五〇七号一〇六頁、川出敏裕「刑事手続法の論点GPS捜査(一)(二)」警察学論集七一巻五号一〇二頁、七一巻六号一四七頁、稻谷龍彦・平二九重判解、ジュリ臨増一五一八号一四八頁、駒村圭吾・平二九重判解、ジュリ臨増一五一八号二六頁、山本龍彦「判批」論究ジュリ二二二号一四八頁、堀江慎司「判批」論究ジュリ二二二号一三八頁、前田雅英・W.L.J判例コラム一〇一号(2017WJJC009)、三島聡「判批」法セ増二三号二〇九頁、吉崎暢洋「判批」常葉法学五巻二号一〇五頁、實原隆志「刑事訴訟法一九七条一項但書きの趣旨」福岡大学法学論叢六二巻三号五五九頁、中曾久雄「判批」愛媛法学会雑誌四四巻一・二二二九頁、植村立郎他「GPS捜査の課題と展望」最高裁平成二九年三月一五大法廷判決を契機として」刑事法ジャーナル五三三二六頁、角田正紀「GPS捜査大法廷判決について」刑事法ジャーナル五三三六六頁、宇藤崇「GPS捜査大法廷判決について」刑事法ジャーナル五三三九五頁、渡邊英敏「GPS捜査をめぐる問題点」近時の下級審の裁判例の概観と最高裁大法廷平成二九年三月一五判決の若干の検討」警察学論集七〇巻一七〇頁、松田岳士「判批」季刊刑事弁護九一〇九九頁、中島宏他「GPS捜査最高裁判決の意義と射程」法セ七五二二号一〇頁、笹田栄司「判批」法教四四二二二二二頁、平江徳子「判批」福岡大学法学論叢六二巻一〇二七九頁、堀口悟郎「判批」法セ七五〇号一〇四頁、石田倫識「判批」法セ七四九号九八頁、宇藤崇「判批」法教四四〇号一五二頁、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」法時八九巻六号四頁、前田雅英「判批」捜査研究七九八号二八頁、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)(下)」捜査研究七九八号四三頁、八〇〇号二頁、池田公博「判批」法教四四四号七二頁、伊藤博路「判批」名城ロースクール・レビュー四〇号二

○九頁、大江一平「判批」法七増二一三三頁、亀石倫子他「GPS捜査大法廷判決に至るまでの弁護活動(特集 監視型捜査手法の新展開…GPS捜査判決を契機として)」自由と正義 六八巻一〇号八頁、笹倉宏紀他「(統) GPS捜査大法廷判決を読む、そしてその先へ」法時九〇巻一五五頁、河村博「いわゆるGPS捜査と強制処分法定主義について」同志社法学 六九巻七号八六九頁、河村有教「GPS捜査による権利侵害と強制処分性について…平成二九年三月一日最高裁大法廷判決の検討を中心に」海保大研究報告(法文学系) 六二巻二一六頁、稲谷龍彦「刑事司法の最適化と情報技術・ビッグデータの活用…GPS最高裁判決を超えて」情報法制研究 三三三頁、伊藤博路「GPS捜査の強制処分性の本質について——最高裁大法廷平成二九年三月一日判決を契機として——」名城ロースクール・レビュー 四三三頁一頁等参照。

(2) 読売新聞二〇一八年九月二七日付夕刊一三面記事参照。

(3) 平成二九年大法廷判決については、GPS捜査を認めるには立法に依ることが望ましいとした判断部分の意義を検討することも極めて重要であるが、この点も含めた同判決の全面的な検討は稿を改めて行うこととし、本稿では、同判決の射程が携帯電話の基地局情報の取得にまで及ぶか否かを明らかにするのに必要な、GPS捜査が強制捜査に当たるとした判示部分についてのみ検討を加えることとする。

(4) また、平成二九年大法廷判決は、GPS捜査が許容されるためには新たな立法措置を講じることが望ましいと説いている部分で「GPS捜査は、情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点では刑法上の『検証』と同様の性質を有するものの、対象車両にGPS端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、『検証』では捉えきれない性質を有することも否定し難い。仮に、検証許可状の発付を受け、あるいはそれと併せて捜査許可状の発付を受けて行うとしても……」と述べ、「捜査」許可状の発付に言及している。この点からも、GPS機器が私的領域に「物理的」に侵入することが、GPS捜査の法的な問題点であると理解していることが窺えるように思われる。

(5) 川出敏裕「刑事手続法の論点 第二回GPS捜査(二)」警察学論集七一巻六号一五三頁。

(6) 高木浩光「GPS捜査の技術的發展と最高裁判決の射程」指宿信編著『GPS捜査とプライバシー保護』(現代人文社、二〇一八年)七二頁。

(7) United States v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012). Jones 事件については、土屋眞一「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「判時二二五〇号三頁、米国刑事法研究会(代表・椎橋隆幸)・米国刑事法の調査研究(一三五)比較法雑誌四七卷一号二九頁(真島知子 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一三三号一六三頁、大野正博「GPSを用いた被疑者の位置情報探索」高橋ほか編『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」井田ほか編『川端博先生古稀記念論文集』(成文堂、二〇一四年)六二九頁、緑大輔・アメリカ法二〇一三年II号三五六頁、三井誠II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等参照。

(8) この点、井上教授は、「……『プライバシーの侵害』を可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するなどの際の—プライバシー強保護空間に関わるものであるおそれが常にある—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自体が、既に、性質上『私的領域』への『侵入』を伴う処分着手にほかならない、ということではないかと思われる。(傍線筆者)」とする。井上正仁「GPS捜査」刑訴法百選(一〇版)(有斐閣、二〇一七年)六七頁。

(9) 最決昭五一・三・一六刑集三〇巻二号一八七頁。

(10) 井上正仁「強制捜査と任意捜査(新版)」(有斐閣、二〇一四年)一一頁。

(11) United States v. Karo, 468 U.S. 705 (1984) Karo 事件については、渥美東洋編『米国刑事判例の動向IV』(中央大学出版社、二〇一二年)三三三頁(香川喜八朗 担当)、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 第三卷』(成文堂、一九八九年)三六頁(大塚裕史 担当)参照。

(12) United States v. Knotts, 460 U.S. 276 (1983). Knotts 事件については、渥美・前掲注(II)三三三頁(香川喜八朗 担当)、鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 第二卷』(成文堂一九八六年)一八頁(大塚裕史 担当)、加藤克佳・アメリカ法一九八六—II四三六頁参照。

(13) 仮に、Karo 事件の判断内容が、私的領域内の情報を実際には監視機器を用いて把握した場合には、たとえそれが肉眼で(併せて推論を用いることにより)確認することが可能であったとしても、憲法上の「捜索」に当たるといえるものだとしたならば、

車両の位置情報を取得するGPS捜査も<sup>16)</sup>。事件に依拠して「搜索」に当たるとすることができたはずである。それができなかったから、Jones事件ではトレスパス理論によったのであり、あるいはまた、モザイク理論が提唱されたのである。私的領域内の車両の位置情報についてプライバシーの合理的な期待を認めることは、合衆国の判例理論によれば、できないということになると思われる。

- (14) 酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、二〇一五年)三三頁。
- (15) 伊藤⇨石田・前掲注(1)一〇九頁は、そのように指摘する。
- (16) 香城敏磨・最判解刑事篇昭和五一年度七三頁。
- (17) 基地局情報の取得については、伊藤⇨石田・前掲注(1)一一頁も本大法廷判決の射程は及ばないとする。
- (18) Carpenter v. United States, 585 U.S. 111, 138 S. Ct. 2206 (2018). この事件を紹介・解説したものに、緑大輔「携帯電話会社基地局に蓄積された被疑者の位置情報履歴を捜査機関が無令状で取得した行為が違憲と判断された事例」判時二二七九号一二八頁がある。
- (19) もともと、後に紹介するCarpenter事件では、五〇平方メートル以内で位置を特定する技術を、現在、合衆国の通信事業者は有しており、その精度はGPSに近づいているとする。
- (20) 18 U.S.C. §2703(d).
- (21) マリアナの室内での促成栽培用にハロゲンライト等が用いられることがあり、これにより室内の温度が上昇することに着目した捜査機関が、赤外線を投射して熱分布を測定する機器(thermal imager)を用いて、外壁や屋根などの家屋の熱分布状態を測定した行為が、人の五官では通常確認できない住居内の情報を明らかにする行為であるとして第四修正上の「搜索」に当たると判示した事例。Kylo事件については、憲法訴訟研究会(第一四五回)「家屋内から発せられる熱を測定するthermal imaging装置と第四修正の「搜索」」[Kylo v. United States, 533 U.S. 27 (2001)](津村政孝担当)ジュリスト一四三四号一三五頁、大野正博「令状によらない熱線画像装置(thermal imager)の使用が合衆国憲法修正四条に違反するとされた事例」: Kylo v. United States, 533 U.S. 27 (2001)「朝日法学論集三二二七頁、同「プライバシーの合理的期待」近時の科学的捜査に関する判例を題材として」朝日法学論集三二六号五五頁、洲見光男・アメリカ法二〇〇三年一、二〇四頁、拙稿「科学機器・技術を用いた搜索・差押え」現代刑事法四九号五一頁等参照。



- (22) Riley v. California, 134 S. Ct. 2473 (2014). 逮捕に伴う逮捕者の身体の搜索及びそれにより発見された物(容器)の内容物確認を自動的に認める「逮捕に伴う搜索」の法理について、その携帯電話への適用を、携帯電話の中に通常の証拠とは質量ともに大きく異なるプライバシー情報が含まれていることを理由に否定した事例。Riley事件については、緑大輔「逮捕に伴う電子機器の内容物確認と法的規律」*Legal Review* 判決を契機として」一橋法学 一五卷二号六七三頁、海野敦史「通信の秘密不可侵の法規範との関係における通信用端末設備の法的位置づけ及びその内包する情報に対する保護のあり方——米国の「逮捕に伴う搜索」に関する判例法理を手がかりとして——」経営と経済 九五卷三—四号一七三頁、高村紳「携帯電話保存情報の逮捕に伴う無令状搜索についての考察」Riley事件判決の検討を基に」法学研究論集四五号一六五頁、小早川義則「アメリカ刑事判例研究(48) Riley v. California, 573 U.S. 134 S. Ct. 2473」名城ロースクール・レビュー 三十七号一九九頁、池亀尚之・アメリカ法二〇一五年——一四四頁、(アメリカ判例研究(一八))「被逮捕者の携帯電話の搜索と令状の必要性」Riley v. California, 134 S. Ct. 2473 (2014) 比較法学 四九卷三—三三六頁、辻雄一郎「合法的な逮捕に伴うスマートフォン無令状搜索に関する憲法学的考察」法政論叢 五一卷二—一頁、成瀬剛「アメリカの刑事司法・法学教育の一断面——最近の連邦最高裁判例を素材として」法学教室 四一—一—二六四頁、山田哲史「新技術と捜査活動規制(一)(二)——合衆国最高裁 Riley 判決の検討をきっかけに」岡山法学会雑誌 六五卷一—一七八頁、六五卷二—二九〇頁、アメリカ判例研究(一八)「被逮捕者の携帯電話の搜索と令状の必要性」Riley v. California, 134 S. Ct. 2473 (2014) 比較法学 四九卷二—三三六頁、伊藤徳子「逮捕に伴う無令状搜索・押収」中央大学大学院研究年報 法学研究科篇(第四六号/二〇一六)、拙稿「逮捕に伴う搜索・押収の法理と携帯電話内データの搜索——合衆国最高裁 Riley 判決の検討」法学新報 一二二卷一一—一二号 五二七頁等参照。
- (23) 合衆国の第三者法理については、中山代志子「政府による間接的情報収集、特に第三者を通じた情報収集に関する米国法理——第三者法理(Third Party Doctrine)と電子的監視をめぐって——」比較法学 四九卷二—九九頁等参照。
- (24) トーマス裁判官の反対意見は、プライバシーの合理的期待基準が、第四修正の規定の文言及び歴史に根拠を見出すことができず、また、予見可能性を欠き、不明瞭で矛盾に充ちており、結論先取りのものであり、さらには、裁判所に対して法律判断ではなく政策判断を行うよう誘うものでもある等々の批判を受けてきていることを指摘し、この基準の再検討の必要を説くものである。

ゴースト裁判官の反対意見は、第四修正が保護しているのは、個人その人自身の「書類及び所持品」であるが、携帯電話利用者に基地局情報について相当程度の利益を認めていると解釈する余地のある法律も存在する。しかし、この点については、本件では申請人が下級裁判所のいかなる手続き段階においても主張をしておらず、申請人はこの主張を放棄したものとみなされるので、この点について判断することができない、というものである。

(25) ちなみに、合衆国最高裁判所が Carpenter 事件で、基地局利用の履歴を捜査機関が通信事業者から取得する行為が、第四修正上の捜索に当たるか否かについて判断する以前に、この争点を扱った Court of Appeals はすべて、第三者法理を適用してこれを消極に解した。See, *United State v. Thompson*, 866 F.3d 1149 (CA10 2017); *United States v. Graham*, 824 F.3d 421 (CA4 2016) (en banc); *Carpenter v. United States*, 819 F.3d 880 (CA6 2016); *United States v. Davis*, 785 F.3d 498 (CA11 2015) (en banc); *In re Application of U. S. for Historical Cell Site Data*, 724 F.3d 600 (CA5 2013).

(26) モザイク理論及びその批判については、拙稿「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以下等参照。

(27) Jones 事件の被告人の共同被告人の控訴裁判所の判断である *Maynard* (*United States v. Maynard*, 615 F.3d 544 (D.C.Cir. 2010)) では、公道上を移動している者は、個々の移動の様子は他人に晒しているとしても、移動の全体を現実に見ているわけではなく、また、移動全体に関する事実は個々の移動の様子からは明らかにならないので、移動の全体を晒していると解釈することもできないとか、通常人であれば、自身の自動車の運転が常にモニターされ、記録として保存されたりすることはないと期待する、と述べられている。

(28) もっとも、Jones 事件でモザイク理論を支持して結論賛成意見を述べたアリトー裁判官は、本件では、基地局情報を提出させる命令と第三者法理に関して法廷意見と理解を異にして反対意見に回り、Jones 事件でトレスパス法理の適用を支持して法廷意見に加わったロバーツ首席裁判官が、本件では、モザイク理論を採る法廷意見に加わっている。

(29) *Carpenter v. United States*, 585 U.S. \_\_\_, at \_\_\_ (slip op., at 11, note3).

(30) See, *Winn, Katz and the Origins of the "Reasonable Expectation of Privacy" Test*, 40 *McGeorge L. Rev.* 1, 7 (2009).

(31) *Thomas K. Clancy, The Fourth Amendment — Its History and Interpretation* (Third Edition) (Carolina Academic Press, 2017) P31. また「リアルタイムでの基地局情報の取得に関する合衆国での議論状況については、松代剛枝『監視型捜査手続

の分析』（日本評論社、二〇一八年）七九頁以下、海野敦史「携帯電話の位置情報の法的取扱いをめぐる近年の米国の議論」情報通信学会誌三三三巻一号二九頁参照。

(32) この点については、「電気通信事業者における個人情報に関するガイドライン（平成二九年総務省公示一五二号）の解説」一一三頁。また、川出「刑事手続法の論点第二回GPS捜査（二）」警察学論集七一巻六号二六〇―二六一頁参照。

（本学法学部教授）