捜査におけるビデオ撮影とGPS等使用の適法性について
ー大阪高裁平成28年３月２日判決，大阪地裁平成27年７月10日判決，大阪地裁平成27年６月５日決定を素材にしてー

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-04-18 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 河村, 有教, KAWAMURA, Arinori メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.15053/0000000125

【論文】

捜査におけるビデオ撮影と GPS 等使用の適法性について―大阪高裁平成 28 年 3 月 2 日判決, 大阪地裁平成 27 年 7 月 10 日判決, 大阪地裁平成 27 年 6 月 5 日決定を素材にして―

河村 有教

目　　次

はじめに
１．事案の概要と第一審・控訴審の判断
２．捜査におけるビデオ撮影の適法性
１）写真撮影をめぐる学説の整理
２）写真撮影における「現行犯性」の要件
３）任意処分としてのビデオ撮影の許容性
３．捜査における GPS 等使用の適法性
１）GPS 等使用による権利侵害
２）GPS 等使用と検証許可状
おわりに

はじめに

GPS 等の使用による位置情報の取得（いわゆる 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ものであることから強制処分にあたるのか否か[1]。また、強制処分にあたるとした場合、携帯電話機等

[1] GPS 等の使用による位置情報の取得が強制処分にあたるか否かを論じたものに、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」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集下巻』(成文堂, 2007 年)、滝沢誠「GPS を用いた被疑者の所在場所の検索について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(成文堂, 2010 年)、清水真「捜査方法としての GPS 端末の装着と監視・再論」明治大学法科大学院論集 13 号（2013 年)、大野正博「GPS を用いた被疑者等の位置情報探索」『曽根威彦＝田口守一先生古稀祝賀論文集下巻』(成文堂, 2014 年)、山本龍彦「監視捜査における情報取得行為の意味」法律時報 87 巻 5 号（2015 年)、緑大輔「監視型捜査における情報取

の表面上に表示された 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ことから、捜査官は、検証許可状を請求すればよいのか。

本稿では、被告人が共犯者らと共謀の上、犯行に使用する自動車等を盗み出し、店舗等に侵入して衣類等を盗むという手口で、総額 400 万円を超える自動車等の窃盗や侵入盗を繰り返した上で、被害者の顔面を一方的に殴打し、転倒し無抵抗であった同人の頭部をねらって蹴りつけて加療約 2 ヶ月の傷害を負わせた事案において、ビデオ撮影と GPS による位置情報の取得の適法性を問題として、証拠能力が否定される各証拠についてその証拠調べを却下することを決定した大阪地裁平成 27 年 6 月 5 日決定[2]、GPS 捜査には令状主義の精神を没却するような重大な違法があるものの、検察官は GPS 捜査の存在する認識せずに公訴提起に至った事案であり、また、検察官が本件 GPS 捜査は適法であるとの解釈のもとに公訴提起に至ったことが職務犯罪を構成するようなものでないことから、検察官の公訴権に関する裁量権を逸脱したものとはいえないとして弁護人の主張をしりぞけ、被告人に懲役 5 年 6 月を言い渡した大阪地裁平成 27 年 7 月 10 日判決[3]、その控訴審で、本件捜査に重大な違法があるとするその前提において採用できず、弁護人の控訴理由はいずれも理由がないとして、控訴を棄却した大阪高裁平成 28 年 3 月 2 日判決[4]を素材に、捜査における GPS 使用の適法性について論ずる[5]。また、GPS 使用の適法性に関連して、上記事案で問題となったビデオ撮影の適法性についてもあわせて論じたい。

１．事案の概要と第一審・控訴審の判断

関係各証拠等により、第一審の裁判所が認定した事実は以下の通りであ

得時の法的規律」法律時報 87 巻 5 号（2015 年）、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 87 巻 5 号（2015 年）、指宿信「GPS 利用捜査とその法的性質―承諾ない位置情報取得と監視型捜査をめぐって」法律時報 87 巻 10 号（2015 年）等がある。

[2] 大阪地決平成 27 年 6 月 5 日判時 2288 号 134 頁。

[3] 大阪地判平成 27 年 7 月 10 日 LEX/DB 文献番号 25540767。

[4] 大阪高判平成 28 年 3 月 2 日 LEX/DB 文献番号 25540308。

[5] これらの裁判例の評釈として、緑大輔「GPS 端末によって得られた証拠を排除した事例」新判例解説 Watch Web 版 z18817009-00-081001264（2015 年）や中島宏「判批」法学セミナー729 号（2015 年）ほか参照。

る。平成 24 年 2 月 14 日に発生した長崎事件について、被告人Ｘに対する逮捕状が発付された。しかし、Ｐ警察官ら捜査官は、いずれも被告人Ｘがその後に関与した寝屋川事件、小野事件、三木事件を現認しているにも関わらず、被告人Ｘ及び共犯者らを逮捕せず、検察官と相談の上、平成 25 年 12 月 4 日、Ｘを通常逮捕した。

また、平成 24 年 2 月頃から平成 25 年 1 月頃までの間に、長崎県、大阪府及び熊本県で連続的に発生した窃盗・侵入盗事件に関し、平成 24 年 4 月中旬頃以降、数か月間にわたり、Ｘらのアジトや、被告人が寝泊まりしていたマンション等複数の場所で張り込みや尾行捜査を行い、同捜査の際に、警察官らは、ビデオカメラを用いてＸらの行動等を連続的に撮影、記録し、それらの捜査により、公道上若しくは捜査協力者の部屋から現認できる集合住宅の共同廊下部分又はベランダ部分にいるＸ及び共犯者らを撮影し、さらに、共犯者Ｙ方の集合住宅の共同玄関内郵便受けの投函口の隙間から、その内部の郵便物を撮影した。

加えて、Ｘらは警察の捜査を強く警戒しており、また、ETC レーンを強行突破するなとして高速移動していたこともあり、平成 25 年 5 月 23 日から同年 12 月 4 日頃までの間、Ｘ、共犯者 3 名及びＸの交際相手が使用していると疑われる自動車やバイク合計 19 台に対し、令状の発付を受けることなく、順次 GPS 端末を取り付け、それぞれの位置情報を断続的に取得しつつ尾行等を行う捜査を実施した。GPS 端末は、黒いケースに入れられ、数個の磁石とともにパテでおおわれており、対象車両のうち、少なくとも自動車については、その下部に磁石によって取り付けられていた。GPS の端末のバッテリーは、おおよそ 3 日ないし 4 日程度で充電が必要になっていたため、警察官らは、その都度、GPS 端末の本体ごと取り換えていた。この交換作業は、管理権者の承諾も令状の発付もなく、商業施設の駐車場やコインパーキング、ラブホテルの駐車場等の私有地で実施されることがあった。

大阪地決平成 27 年 6 月 5 日においては、弁護人の以下の三つの主張について、各捜査の違法性及び各証拠の証拠能力の有無に関して、それぞれ判断がなされた。第一の弁護人の主張は、捜査機関は、公訴事実の一部の

事件により被告人を逮捕できたのに直ちにこれをせず捜査を継続させ（泳がせ捜査）、そのため被告人らが公訴事実中のその余の事件を敢行して第三者に重大な法益侵害を発生させたから、本件泳がせ捜査は、任意捜査の限度を超え違法であるというものである（①）。第二は、捜査機関は、被告人らを長期間追尾監視し、ビデオカメラ等で撮影、記録する捜査を行い（追尾監視型捜査）、このような本件追尾監視型捜査は、プライバシー権を侵害するから強制処分であるのに令状なく実施されており、また任意捜査としてもその限界を超えているので、違法であるとするものである（②）。そして、第三は、捜査機関は、多数回、長期間にわたり、被告人らの使用車両に GPS 端末を取り付け、その位置情報を取得する捜査を行い（GPS 捜査）、このような本件 GPS 捜査は、プライバシー権を侵害するから強制処分であるが、現行法上これは法定されておらず、また検証に当たるとしても無令状で行われるなどしており、違法であるとするものである（③）。弁護人は、第一、第二、第三においてそれぞれ違法であるとして、いずれも令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、各証拠は、これらの捜査によって得られた証拠及び派生的証拠であって、これを証拠として許容することが将来における違法捜査抑制の見地からして相当でないことから、証拠能力がないものと排除すべきであると主張した。

これに対する、大阪地決平成 27 年 6 月 5 日の決定要旨は下記のとおりである。

【決定要旨】

① について

警察官が速やかに捜査を遂げ犯人を検挙すべきことはいうまでもない。しかしながら、（中略）一般に、証拠収集や所在確認が不十分なまま、一部の共犯者のみを先行して逮捕勾留すれば、残りの共犯者による罪証隠滅や逃亡を招き、公判に向けた証拠収集や共犯者らの身柄確保に支障をきたす結果、事案の真相解明が困難となり、ひいては犯罪予防の見地からも相当でない事態に陥ることにもなりかねないことや、逮捕に踏み切るか否かの判断は流動、発展する捜査の過程においてなされることを考慮すると、本

件事案のもとでは、捜査機関が、一連の事件における共犯者の特定やＸと各共犯者の役割、これらの者の立ち回り先や潜伏先、組織性の有無、程度等の、本件一連の犯行の全容を解明するため、共犯関係の完全な把握をし、共犯者を一斉に逮捕できるよう証拠収集及び所在確認等の捜査を遂げるまで、身柄確保をしないまま捜査を継続したことに、捜査機関としての裁量を逸脱した著しく不合理な判断があったとはいえない。

② について

警察官らがビデオ撮影を開始した平成 25 年 4 月中旬当時、一連の窃盗・侵入盗事件について、Ｘ及びその周辺の人物が関与している嫌疑は、相当濃厚になっていたといえる。

また、一連の各犯行は、共犯者複数が関与する連続窃盗等であり、相応に重大な事案であるところ、深夜に極めて短時間で行われたため、目撃者の確保が困難であり、しかも犯人を特定し得る客観的証拠がほとんど残されていなかったこと等からすれば、人定を含む共犯関係を明らかにするとともに被告人や共犯者らの立ち回り先や潜伏先、被害品の隠匿場所等を解明するために、被告人周辺に、共犯関係や犯行状況について、ビデオ撮影された記録は、警察官の記憶に基づく供述より客観性が高く、公判において重要な証拠価値を有するから、これを撮影しておく必要性も認められる。

そして、本件で撮影されたのは、公道上や公道又は隣家から視認できる場所といった、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であった。尾行や張り込みにとどまらず、継続的な撮影により多くの情報が取得されることでプライバシー侵害の程度は増加する点では、弁護人の指摘は傾聴に値する部分もあるが、通信傍受のようにもともと通話当事者以外には秘密性があり、通常他人が知ることはできない情報を取得する場合と異なり、前記のとおり他人から容ぼう等を撮影されること自体は受忍せざるを得ず、プライバシー保護の合理的期待が低い場所のみで撮影されたことに照らせば、本件ビデオ撮影によるプライバシー侵害の程度が大きいものであるとはいえない。また、本件ビデオ撮影は、そのような場所に撮影範囲を限定して実施されており、プライバシー等の

侵害を最小限にとどめる配慮がなされている。

そうすると、弁護人のいう本件追尾監視型捜査は、強制処分に当らない上、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものといえるから、任意捜査として適法である。

なお、本件ビデオ撮影のうち、郵便受けの内部の郵便物が撮影されている点については、通信の秘密との関係で問題がある上、郵便受けの内部は、プライバシー保護の合理的期待が高い「住居」の付属設備内の空間であること（令状実務においても郵便受け内部の捜索差押えには捜索差押許可状を要する。）等からすれば、郵便受け内部の郵便物を撮影した警察官の行為は、郵便物の差出人や受取人のプライバシー等を大きく侵害するものであるから、捜索又は検証としての性質を有する強制処分に該当し、無令状でこれを行った行為は、違法である。

③ について

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ることのない空間、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いえる。

また、（中略）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うべきである。更に、GPS 端末を利用して捜査する以上、その取付け、取外しが不可欠であるところ、警察官らは、取り付け、取り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ものではなく、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うべきである。

更に、本件 GPS 捜査に当っては、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、対象車両が公道上にない場合は、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るところである。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。

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、強制処分に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 捜査にかか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上に表示された 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。

上記の通り、裁判所は、それぞれ、①、②、③について、捜査の違法性を判断した上で、各証拠の証拠能力を検討している。具体的には、②の E 方の郵便受け内部のビデオ撮影について、「E 方の郵便受け内部をビデオ撮影した点は違法ではあるが、その態様等に照らして、これが重大であるとは言い難い上、いずれにせよ、このビデオ撮影によって得られた情報は、本件 GPS 捜査等の他の捜査によっても得られたものであって、（中略）各証拠の証拠能力には影響しない。」と判示した。また、③の GPS 捜査について、「本件 GPS 捜査は、令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、（中略）これにより得られた証拠及びこれと密接に関する証拠である（略）各証拠を証拠として許容することは、将来における違法捜査抑止の見地からして相当でないものといえるから、これらの証拠能力は、いずれも否定しなければならない。」とした。

上記の平成 27 年 6 月 5 日付け決定書をもとに、大阪地判平成 27 年 7 月 10 日では、「本件 GPS 捜査には令状主義の精神を没却するような重大な違法がある」とした。その上で、起訴状の公訴事実の記載の第 2 及び第 9 の各事実に関する各公訴提起は、本件 GPS 捜査によって得られた証拠に依拠するものであるから、検察官の公訴権に関する裁量権を逸脱したものであり、公訴棄却の判決がなされるべきであるとする弁護人の主張について、「検察官は、同捜査の存在すら認識せずに公訴提起に至った事案でもあり」、また「検察官が本件 GPS 捜査は適法であるとの解釈のもとに公訴提起に至ったことが職務犯罪を構成するようなものでない」としてしりぞけた。

被告人は、本件 GPS 捜査を含む一連の捜査には重大な違法があり、それを踏まえたなされた本件公訴提起は、公訴権を濫用し適正手続を著しく侵害するものであったのに、一審裁判所は、公訴を棄却せずに実体判決をした点において訴訟手続の法令違反がある等として控訴した。ここでは、捜査におけるビデオ撮影の適法性と GPS による位置情報の取得の適法性に焦点をあてて、控訴審裁判所の判示について整理しておきたい。

ビデオ撮影について、控訴審裁判所は、「長期間、長時間にわたり、公道

などとは異なって不特定の者が行き来することが想定されない特定の私人の部屋等から行われていたものもあった点で、プライバシー侵害の程度はやや大きかった面がある」としながら、「居宅の中にいる被告人らの様子を撮影したなどというものではなく、近隣の者らから観察・視認が可能な公共の場所又は集合住宅の共用部分にいる被告人らの容ぼうや動向等が撮影の対象とされていたのであるから、警察官において必要のない画像データはその都度消去していたということをも併せ考えると、このような方法による本件のビデオ撮影も、重大なプライバシー侵害を伴うものであったとまではいえない。」とした。また、拡大して撮影がなされた点についても、「人物の同定に必要な程度に顔ぼう等を明らかにする限度で行われたものと認められ、（略）重大なプライバシー侵害を伴うものとはいえない。」とした。ただし、第一審裁判所と同じく、E 方の郵便受け内部のビデオ撮影については、「捜査の一環として、警察官が、平成 25 年 7 月、捜索許可状又は検証許可状の発付を受けずに、マンションの共用部分に立入り、E 方居室の集合ポストの中をかなり接近して撮影したことが認められ、この点は、任意処分としての限界を超えた措置として違法というべきである。」と判示している。「もっとも、この種の行為が繰り返されていたといった事情は認められず、その違法の程度は大きなものとはいえない」。とされた。

GPS による位置情報の取得については、「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。」とし、また、本件での GPS 捜査は、「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、○○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 か月分及び当日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」とした上で、「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、少なくとも、本件 GPS 捜査に重大な違法

があるとは解され（ない）」とした。その理由として、GPS 捜査によって取得可能な情報は、「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ものではな」く、また、捜査官に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がたい、警察官らが令状請求を行わなかったことをもって令状主義軽視の姿勢であるとまで評価するのは無理があるということをあげている。

２．捜査におけるビデオ撮影の適法性

１）写真撮影をめぐる学説の整理

GPS による位置情報の取得のみならず、本件では、被告人らを長期間追尾監視し、ビデオカメラ等で撮影記録する捜査を行ったこと（追尾監視型捜査）について、強制処分であるか否かが争われた。

写真撮影が刑事訴訟法 197 条Ｉ項但書にいう「強制の処分」に当たるか否か、すなわち当該捜査手段によって対象者が被った権利・利益を実質的に侵害する、また危胎化するか否か、写真撮影の法的性質をめぐっては、学説は対立している。

A 説は、捜査のためにする写真撮影は、被撮影者が承諾していないのが通常であるから、いわゆる肖像権との関連において問題ではあるとするものの、「犯行現場が道路・広場などであった場合、そのような公開の場所で行動すること自体、肖像権を破棄していると認められるし、現に行われている犯罪の捜査のためという正当目的があるから、正当な任意捜査の一方法として許される。」とする[6)]。

B 説は、個人のプライバシーを侵害するものであるから、基本的に写真撮影は強制処分といわなければならないとした上で、「個人のプライバシー

[6)] 土本武司『刑事訴訟法講義』（有斐閣，1991 年）140 頁。

も住居の中と公道とではその程度に差異が認められる。公道でのプライバシーは住居内のそれにくらべて保護の期待権が減少している。したがって、公道における写真撮影はなお任意処分にとどまるといってもよい。」とする[7]。住居の中にいる者の写真撮影と街頭（公道）での写真撮影とを分けて、街頭（公道）での被撮影者の承諾のない写真撮影は、個人のプライバシーの保護の期待が減少しているため、任意処分として許される場合があるとする見解である。すなわち、住居内の一般には外から見えないような場所にいる人を、高性能の望遠レンズや赤外線フィルムを用いて密かに写真に撮るような場合には、その人は、自分の行動を他人にみられることはないというプライバシーの正当な期待を有しており、それを侵害するのは強制処分であるのに対して、街頭（公道）で公然と行動している人を写真に撮るのは〔被撮影者は勝手に写真など撮られたくないと思っているかもしれないから写真を撮るのは相手方の意思に反することになる場合があることは確かではあるが〕、その者は自らの行動を他人の目に曝しているのであり、住居の中にいる場合などと同様にプライバシーを正当に期待ないし主張できる立場にいるとはいえず、強制処分とまではいえないとする[8]。街頭（公道）における写真撮影を任意処分としても、一定のプライバシー権の侵害は想定されるため、必要性、緊急性、手段の相当性が認められない写真撮影は違法となる[9]。重要な権利（プライバシー権）が侵害される写真撮影を強制処分とする一方で、任意処分としての写真撮影を認めつつ、許される任意処分の基準を判例によって画定しようとするものである。社会通念上不当な方法・態様で、人の住居内や所持品等の写真を撮影することは許されないし、また、公開の場所であっても、人の容ぼうや姿態をみだりに撮影することは違法となる[10]。街頭（公道）での写真撮影であっても、通常の公衆視を逸脱する態様の撮影において容ぼうを超えた私的情報（例えば、公道上の移動行程全般や特定場所への出入り）を取得する場合には問題となり得ると解される。

---

7) 田口守一『刑事訴訟法【第４版補正版】』（弘文堂，2006 年）97 頁。
8) 井上正仁『強制捜査と任意捜査【新版】』（有斐閣，2014 年）14-15 頁。
9) 田口・前掲注 7）97 頁。
10) 松尾浩也『刑事訴訟法（上）【新版】』（弘文堂，1999 年）79 頁。

C 説は、公の場において肖像権を放棄したとみるべき場合や社会の耳目にもふれ、したがって社会の批判に服すべき「公の存在（パブリック・フィギュア）」であって肖像権がない場合などは任意処分となるとした上で、肖像権の問題がからむような状況下での写真撮影については、「新しいタイプの強制処分」とする見解である[11]。刑事訴訟法 197 条の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して、写真撮影については「新しいタイプの強制処分」と考えるべきであり、刑事訴訟法 197 条の強制処分法定主義の背景にある憲法 31 条の要件、具体的には憲法 35 条に類した令状主義の要件に該当すれば、緊急事態における即時的処分として、無令状で行うことが許されるとする[12]。令状主義の精神に妥当する具体的な要件として、①犯罪の嫌疑が明認できる場合で、②証拠としての必要性が高く、③緊急事態であり、④撮影方法も相当であることを必要とする[13]。

また、写真撮影は強制処分にあたるといわざるをえず、現行法の枠組みでは、捜査の現実的要請に応えるには、捜査方法としての写真撮影について立法的手立てを講じるしかない（しいて解釈論で適法化するとなれば、超法規的な緊急処分と構成するしかない）とする見解もある[14]。

その他、無令状の写真撮影を基本的に「強制の処分」と捉えながらも、写真撮影は検証としての身体検査の一類型であり、刑事訴訟法 218 条Ⅲ項を根拠として、現行犯人や逮捕状の出ている被疑者のように逮捕の実質的要件を具備している者については、無令状の写真撮影が許されるとする見解や、逮捕・勾留という強制処分にともなって写真撮影が許されているから（218 条Ⅲ項）、刑事訴訟法 220 条Ⅰ項 2 号を拡張ないし類推適用して、実質的に逮捕できる状況がある場合に限り、その現場で無令状の写真撮影を認めてもよいと解する見解もある[15]。しかし、刑事訴訟法 218 条Ⅲ項は、現に身柄を拘束している者について、その拘束の付随処分として無令状の

---

11) 田宮裕『刑事訴訟法【新版】』（有斐閣，1996 年）121 頁。
12) 田宮・前掲注 11）121 頁。
13) 田宮・前掲注 11）121 頁。
14) 三井誠『刑事手続法（1）【新版】』（有斐閣，1997 年）116 頁。
15) 光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』（成文堂，2007 年）169 頁。

写真撮影を認めたものにすぎないし、また、刑事訴訟法 220 条Ⅰ項の規定を根拠にしてこれを正当化することについて、現行法の枠内で、逮捕がおよそ実行されない場合にも無令状で検証等の処分を行うことが許されるという解釈を導くことはできず、仮にそのような解釈が成り立つとしても、逮捕の要件が存在しない第三者についての無令状の検証ないし写真撮影まで正当化することはできないという批判がなされている[16]。

以下では、街頭で活動している者について、承諾なしにその容ぼう等を写真撮影して問題となった最（大）判昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 巻 12 号 1625 頁〔京都府学連事件〕のケースをとりあげながら、写真撮影、ビデオ撮影の任意処分性と任意処分として写真撮影が許容される要件のうち「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合」という現行犯性の要件について論じたい。

２）写真撮影における現行犯性の要件

最（大）昭和 44 年 12 月 24 日判決は、街頭をデモ行進する者達の容ぼう等を警察官が無令状で写真撮影することの適否について、「〔憲法 13 条に保障された〕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（以下『容ぼう等』という）を撮影されない自由を有するものというべきである。……警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法 13 条の趣旨に反し、許されない……。しかしながら、個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけでなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受ける〔のであり〕……、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうる」とした上で、それにあたる場合として、「身体の拘束を受けている被疑者の写真撮影を規定した刑訴法 218 条Ⅱ項のような場合のほか、……次のような場合には、……すなわち、現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる

[16] 三井・前掲注 14）116 頁。井上・前掲注 8）16-17 頁。

場合であって、しかも証拠保全の必要性及び緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもって行なわれるとき」に、「撮影される本人の同意がなく、または裁判官の令状がなくても、警察官による個人の容ぼう等の撮影が許容される」とした[17]。また、「このような場合に行なわれる警察官による写真撮影は、その対象者の中に、犯人の容ぼう等のほか、犯人の身辺または被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第三者である個人の容ぼう等を含むことになっても、憲法 13 条、35 条に違反しない」と判示した[18]。

街頭（公道）における写真撮影について、強制処分になるのか任意処分になるのかについて直接に言及した言辞はないが、本件写真撮影は強制処分であり令状主義違反だとする上告趣旨を退けたものであることから、およそ任意処分と解したとみるのが有力である[19]。そのうえで、①現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であって（現行犯性）、②証拠保全の必要性および緊急性があり（証拠保全の必要性・緊急性）、かつ③その撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもって行なわれるとき（撮影方法の相当性）、という三つの要件のもとで、街頭における写真撮影が許されるとした。

証拠保全の必要性・緊急性、そして撮影方法の相当性という要件については異論はない。しかし、現行犯性の要件（現行犯ないし準現行犯といえるような場合）をどう理解するのか、すなわち、「現に犯罪が行われ又は行われた後間がないと認められる場合」のほか、写真撮影は許されないのかについては、その解釈に争いがある。たとえば、犯罪発生の蓋然性が認められる一定の場所や地域でのビデオ撮影のように、いまだ犯罪が発生していない場合や、ある犯罪の犯人を特定し捕捉するための写真撮影・ビデオ撮影は、許されるのだろうか。

「『現に犯罪が行われ又は行われた後間がないこと』は『必要性・緊急性』が特に大きい事態を例示しているに過ぎないとも考えられるから、犯

17) 最（大）昭和 44 年 12 月 24 日刑集 23 巻 12 号 1625 頁。
18) 前掲注 17）1625 頁。
19) 白取祐司『刑事訴訟法【第 8 版】』（日本評論社，2015 年）119 頁。

罪捜査目的で写真撮影を行う必要性・緊急性が特に大きい場合であれば、必ずしも『現に犯罪が行われ又は行われた後間がない』場合でなくても、当該写真撮影が許容される場合がある」とする見解がある〔非限定説〕[20]。他方で、三要件の中で、②証拠の保全の必要性・緊急性と③撮影方法の相当性は、警察活動一般に妥当する広い意味での比例原則の適用を意味するものであり、①現行犯性の要件については、刑訴法の令状主義との関連が強く意識されており必要不可欠であるとする見解もある〔限定説〕[21]。学説の最近の動向は、３）で見る判例・裁判例の流れに沿って、「現行犯ないし準現行犯と言えるような場合だけでなく、それに準ずるような場合でも、例えば、具体的な犯罪発生の高度の蓋然性が認められる場合であって、国民の生命・身体・財産等に対する具体的危険を防止するため、捜査の喫緊の必要性が認められる場合であれば、許容されるとするのが現実的であ〔る〕[22]」とするなど、非限定説を支持する見解が有力化している[23]。

３）任意処分としてのビデオ撮影の許容性

最（大）昭和 44 年 12 月 24 日判決以降のビデオ撮影をめぐる三つの裁判例をふまえて、任意処分としてのビデオ撮影の許容性について検討したい。

【１】犯罪が発生した場合の証拠保全のために、警察官が公道上をあらかじめ継続的にテレビカメラで撮影し、被告人が犯罪を行う場面を録画して、撮影（録画）の適法性が争われた東京高判昭和 63 年 4 月 1 日東高刑時報 39 巻 1～4 号 8 頁〔山谷テレビカメラ監視事件〕は、「右最高裁判例〔最（大）昭和 44 年 12 月 24 日判決〕は、その具体的事案に即して警察官の写真撮影が許容されるための要件を判示したものにすぎず、この要件を具備しないかぎり、いかなる場合においても、犯罪捜査のための写真撮

---

[20] 幕田英雄『実例中心捜査法解説【第２版補訂２版】』（東京法令出版，2010 年）133 頁。
[21] 島田茂「カメラの使用による予防警察的監視活動の法的規制」甲南法学第 52 巻第１・２号（2011 年）24 頁。
[22] 渡辺直行『刑事訴訟法【補訂版】』（成文堂，2011 年）40-41 頁。
[23] その他、亀井源太郎『ロースクール演習　刑事訴訟法』（法学書院，2010 年）15 頁、中島宏「テレビカメラによる監視」井上正仁ほか『刑事訴訟法判例百選【第９版】』（有斐閣，2011 年）22-23 頁参照。

影が許容されないとする趣旨まで包含するものではな〔く〕……当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合であり、あらかじめ証拠保全の手段、方法をとっておく必要性及び緊急性があり、かつ、その撮影、録画が社会通念に照らして相当と認められる方法でもって行われるときには、現に犯罪が行われる時点以前から犯罪の発生が予測される場所を継続的、自動的に撮影、録画することも許される」と判示した。

また、【２】駐車場において放火とみられる不審火が二度発生し、警察官が、放火犯人ではないかと疑われる被告人方居室の玄関ドアを画像の中心に据え、画像下端に駐車場前道路および同駐車場に駐車中の自動車数台をビデオカメラにて撮影・録画して、ビデオカメラによる撮影・録画の適法性が争われた東京地判平成 17 年 6 月 2 日判時 1930 号 174 頁〔板橋区自動車放火事件〕は、「犯罪発生の相当高度の蓋然性が認められる場合にのみ〔ビデオカメラの撮影が〕許されるとするのは相当ではなく、また、被告人に罪を犯したと疑うに足りる相当な理由が存在する場合にのみ許されるとするのも厳格にすぎる」とし、「むしろ、被告人が罪を犯したと考えられる合理的な理由の存在をもって足りる」とした。そのうえで、「撮影を行う必要性が十分に認められ……その緊急性も肯認でき」、「公道に面する被告人方玄関ドアを撮影するというもので、被告人方居室内部までをも監視するような方法ではないのであるから、被告人が被るであろうプライバシーの侵害も最小限度に止まっており、本件事案の重大性を考慮すれば、やむを得ないところであり、その方法が社会通念に照らし相当とされる範ちゅうを逸脱したとまではいえない。」と判示する。

さらに、【３】防犯ビデオに写っていた人物と被告人と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こととし、公道上を歩いている被告人をビデオカメラで撮影し、また、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、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最（二小）決平成 20 年 4 月 15 日刑集 62 巻 5 号 1398 頁〔京都カード強取強盗殺人事件〕では、「捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在

していたものと認められ、かつ、前記各ビデオ撮影は、…事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、これに必要な限度において、公道上を歩いている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〕……ビデオ撮影は、捜査目的を達成するため、必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われたものといえ、捜査活動として適法なもの」とした。

「〔最（大）昭和 44 年 12 月 24 日判決は〕警察官による人の容ぼう等の撮影が、現に犯罪が行われ又は行われた後間がないと認められる場合のほかは許されないという趣旨まで判示したものではない」と非限定説によることを明言し、①被告人が罪を犯したと考えられる合理的な理由の存在、②証拠資料入手の必要性、③撮影方法の相当性を、ビデオ撮影の許容性の判断規準にする。現行犯性の要件から犯罪が発生する相当高度の蓋然性の要件へと、また、犯罪が発生する相当高度の蓋然性の要件から被告人が罪を犯したと考えられる合理的な理由の存在という要件へと、ビデオ撮影の許容性をめぐる裁判例の規準をみるに、最（大）昭和 44 年 12 月 24 日判決で示された証拠保全を目的とする「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合」という現行犯性の要件については緩やかに解されつつあるとも言える。

こうした裁判実務について、第一に、最（大）昭和 44 年 12 月 24 日判決で示された証拠保全の緊急性の要件は、現行犯的状況が存在しない事案では、「時間的切迫性」から離れ、より広く証拠保全の必要性の意味に理解されるようになったこと、また、第二に、証拠保全の必要性の要件は、犯人特定のための証拠資料の入手といった警察任務の遂行手段としての「相当性」の意味で捉えられるようになったこと[24]、第三に、現行犯性の要件が、写真撮影・ビデオ撮影の許容性の必須条件ではないとされることによって、必要性と緊急性の要件の意味・内容についても、証拠保全の必要性・

[24] 島田・前掲注 21）39-40 頁。

緊急性から犯罪捜査や行政警察活動の遂行の「手段的有益性」へと変わりつつあるとする行政法学者の島田茂教授による批判もある[25]。写真撮影・ビデオ撮影に対する法的統制の効果が限りなく希釈化されることによって、捜査機関に課せられる義務として残るのは、撮影行為が的確で効果的な捜査（行政警察）活動にいかに必要または有益であるかを説明することにだけになるという危惧も否定できす、島田教授は、捜査機関によるビデオの設置・撮影・録画に関わる警察権限の立法化を試みるべきだという[26]。

本事案の大阪地裁平成 27 年 6 月 5 日決定も、証拠保全の必要性・緊急性という規準にふれられているものの、上記の裁判例の流れに沿いつつ、「人定を含む共犯関係を明らかにするとともに共犯者らの立ち回り先や潜伏先を解明するため」という捜査遂行の「手段的有益性」という規準により、ビデオ撮影の許容性を判断している。

３．捜査における GPS 等使用の適法性

１）GPS 等使用による権利侵害

GPS による位置情報の取得において問題となるのが当該被疑者のプライバシー権である。プライバシー権とは、憲法 13 条の「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」という幸福追求権を根拠として、判例によって認められてきた。とりわけ、昭和 39 年の「宴のあと」事件の第一審判決が、「私生活をみだりに公開されない法的保障ないし権利」と定義し、京都府学連事件や前科照会事件等の最高裁判決によって憲法上の権利として確立された。今日では、一般に、プライバシー権とは、具体的に「個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項（たとえば容ぼう、前科などの自己に関する情報）を各自が自律的に決定できる自由[27]」、「自己についての情報をコントロールする権利[28]」として解されている。

---

[25] 島田・前掲注 21）41-42 頁。
[26] 島田・前掲注 21）32 頁。
[27] 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法【第 5 版】』（岩波書店，2011 年）122 頁。
[28] 佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣，2008 年）459 頁。

本件において、第一審裁判所は、GPS による位置情報の取得は、対象車両使用者のプライバシー等を大きく侵害するものであり強制処分にあたるとしたが、GPS による位置情報の取得は被疑者の事物や行動に具体的にどのような影響、問題を生じさせ、いかなる権利を制約、侵害するのだろうか。

証拠の収集を目的とする捜査において GPS が用いられるのは当該被疑者の位置情報の取得にある。捜査機関が特定の被疑者に関する情報を収集するにおいて、具体的には、当該被疑者を監視したり、取調べたりすることがあげられる。監視とは、具体的には、特定の被疑者の活動を観察、聴取、記録することがあげられる。GPS による位置情報の取得は、GPS を用いて特定の被疑者を監視することにあり、監視することにより、当該被疑者の活動を観察、記録することがなされる[29]。監視には、視覚的監視と聴覚的監視があるが、GPS による位置情報の取得や電話の会話の盗聴においては、被疑者のどのような権利が制約、侵害され得るのだろうか。

バスや地下鉄に乗るときには自分が見られる可能性を予期しているとはいえ、じっと見つめられて、不安や居心地が悪いという感情が生まれる場合を例に挙げて、ジョージ・ワシントン大学ロースクール教授のダニエル・Ｊ・ソローヴ（Daniel J. Solove）は、「ある種のやり方で、たとえば継続的にモニタリングを行うなどの場合には、監視は問題となるような効果を有している。」とする[30]。すなわち、人は監視されていると、極端に居心地が悪く感じるだけでなく、監視は、自己検閲と抑制につながり、監視を意識するだけで行動を変容する可能性を生じさせる。つまり、継続的な監視は、行動を萎縮させ個人の選択の自由を抑制し、自己決定を侵害するこ

---

[29] 一般的に、GPS 捜査には二つの類型があると言われる。一つは「『尾行補助手段型』GPS 捜査」であり、もう一つは「『情報記録・集積型』GPS 捜査」である。前者が尾行の補助手段として GPS を使用するのに対して、後者は位置情報を間断なく継続的に取得、記録し、集積することにより、対象者の行動状況を明らかにするものである。生活の状況や性癖や嗜好などの私生活情報が明らかになることから、後者の GPS 捜査は、憲法上保障される自己決定権を制約・侵害する。「『尾行補助手段型』GPS 捜査」とはいっても、間断なく継続的にわたって行われれば、事実上の「『情報記録・集積型』GPS 捜査」に転じ得るが、ここで問題とする GPS による位置情報の取得については、「『情報記録・集積型』GPS 捜査」のことを指す。

[30] ダニエル・J・ソローヴ（大谷卓史訳）『プライバシーの新理論－概念と法の再考』（みすず書房，2013 年）150 頁。原著は、Daniel J. Solove, *Understanding Privacy*, Harvard University Press, 2008 年のもの。

とにつながることになるという[31]。

しかし、アメリカの連邦最高裁は、継続的な監視によって行動を萎縮させ個人の選択の自由を抑制し、自己決定を侵害するという点からのプライバシー侵害ではなく、むしろ、「どこで監視が行われるかその場所に焦点を当てて」きたと、ダニエル・J・ソローヴ教授は指摘する。すなわち、アメリカでは、私的な場所における危害として監視を認識することが多く、公共的場所における危害として認識することは稀であり、合衆国憲法修正4 条にかかわる裁判では、私的な場所の監視はプライバシーの合理的な期待を有すると判断する一方で、公共的場所ではそのような期待は存在しないとされてきた[32]。公共の場所で監視が行われた場合、プライバシーの合理的な期待を認めることはできないとするのである。

こうした、私的空間と公共空間における監視に対するプライバシー侵害の有無の判断規準は、位置追跡装置を利用しての位置情報の取得に関する二つの連邦最高裁判例（United States v. Karo〔468 U.S. 705, 714【1984】〕と United States v. Knotts〔468 U.S. 276, 277, 281【1983】）にあらわれているとダニエル・J・ソローヴ教授は指摘する[33]。

大阪地決平成 27 年 6 月 5 日においては、GPS 捜査は、「公道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ることのない空間、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」とした上で、本件において、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

31）ソローヴ（大谷訳）・前掲注 30）150-151 頁。

32）ソローヴ（大谷訳）・前掲注 30）152 頁。

33）「United States v. Karo 裁判では、連邦最高裁は、住宅内部の個人の動きをモニタするのに用いられる追跡装置は、個人のプライバシーの合理的期待を含意していると結論付けた。一方、United States v. Knotts 裁判では、警察は追跡装置を使って被告（人）の車の場所をモニタした。連邦最高裁にしたがえば、監視は『原則的に公共の道路や高速道路上の自動車追跡まで許される』。『公共の往来上の自動車で移動する個人には、ある場所から別の場所へその移動においてプライバシーの合理的期待は存在しない』から、合衆国憲法修正第 4 条は適用されない。つまり、連邦最高裁は、合衆国憲法修正第 4 条は個人住宅のような私的な場所における監視から保護する一方で、公共の場所における監視にはこの条項はほぼ適用できないと結論付けたのである。」。ソローヴ（大谷訳）・前掲注 30）153 頁。

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であるラブホテル駐車場での位置情報の取得を問題としている。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の取得について、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、強制処分にあたると判示している。

このことから、プライバシー侵害の有無の判断は、プライバシー保護の合理的期待が高い空間＝私的空間における監視であるか否かを規準としていると解される。しかし、公共空間における監視においても、例えばある種のグループへの加入や集会への参加、会議での発言を人々に抑制させる萎縮効果の可能性が生じ、継続的な監視によって、個人の行動を萎縮させ選択の自由を抑制し、自己決定を侵害するおそれが生ずる[34]。プライバシー権の侵害の有無の判断は、公的空間における監視か私的空間における監視によってなされるべきではなく、プライバシー権に内在する権利の性質から、自己決定権、すなわち、「個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項を各自が自律的に決定できる自由」、「自己についての情報をコントロールする権利」の制約・侵害の有無を規準にするべきではないだろうか[35]。

---

[34] ソローヴ（大谷訳）・前掲注 30）155 頁。

[35] 強制処分性を判断するにおいては、最決昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 巻 2 号 187 頁の「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えるもの」か否かが規準とされる。GPS 等による位置情報の取得を強制処分とする見解に対しては、「制圧」に至らない「萎縮」にまで、その規準を拡張ないし弛緩させることは妥当ではないとする批判がある（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 48 号 71 頁（2016 年））。しかしながら、強制処分説の多くの論者は、萎縮を問題としているのではなく、何人も自己の情報について自己決定をする権利が保障され、本人の同意ないし承諾がなければ、目的外利用や他機関への収集された情報の転送は禁じられるとする「情報プライバシー権」や自己決定権が制約、侵害されることを問題とする。代表的論者として、「情報プライバシー権」から、人は多かれ少なかれ弱みを持つのであって、国家による「監視」を含む他者の余計な視線・評価を気にせずに済む領域が確保されてこそ、萎縮せずに自由に、そしてそれなりに強く生きることができるとして、「監視捜査」の規制を検討するものに、笹倉・前掲 1）（2015 年）及び笹倉宏紀「捜査法の体系と情報プライヴァシー」刑法雑誌第 55 巻第 3 号（2016 年）がある。

また、GPS 捜査の被侵害利益を明らかにしようとする試みとして、亀井源太郎＝尾崎愛美「車両に GPS を装着して位置情報を取得する捜査の適法性―大阪地裁平成 27 年 1 月 27 日決定・大阪地裁平成 27 年 6 月 5 日決定を契機として―」刑事法ジャーナル 47 号 42 頁以下（2016 年）がある。大量のデータの自動処理から個人像を浮き彫りにするプロファイリングによるプライバシー侵害を問題として、プライバシー権に内在する「自動プロファイリングのみに依拠して評価されない権利」、「自動的に個人に関する決定がされることに異議申立を行う権利」が制約侵害されるとする。

その他、アメリカの「モザイク理論（mosaic theory）」をあげる見解もある（三井誠＝池亀尚之「犯罪捜査における GPS 技術の利用―最近の合衆国刑事裁判例の動向」刑事法ジャーナル 42 号 63 頁（2014 年））。プライバシー保護の合理的期待が高い空間＝私的空間の監視のみをプライバシー

また、GPS の設置（装着）と取り外しにおいて権利侵害のおそれもあり[36]、さらに、GPS による位置情報の取得は、位置情報に関するデータを収集し保有するにおいて、すなわち、位置情報の蓄積・組合せ・操作・検索・利用（二次利用を含む）において、個人のプライバシー権（「個人の人格的生存にかかわる重要な私的事項を各自が自律的に決定できる自由」、「自己についての情報をコントロールする権利」）を侵害するおそれもある[37]。

２）GPS 等使用と検証許可状

GPS による位置情報の取得が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に当たるとして、捜査機関はどのような令状を裁判所に請求すべきか。大阪地決平成 27 年 6 月 5 日において、「携帯電話機等の画面上に表示された 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」であると判示した点について検討したい。

位置情報の取得を目的とする GPS 捜査について、大阪地決平成 27 年 6 月 5 日は、「携帯電話機等の画面上に表示された 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」として、検証許可状の発付を経て行うべき捜査だとする。たしかに、検証とは、「場所、物または人について、強制的にその形状・性質を

侵害とするのではなく、公道上での監視についてもプライバシー侵害の制約侵害があり得るとして「一見すると無害の情報も、一つに集められると損害を生じさせる全体像を明らかにし得る」という考え方にもとづいて、情報の収集を制約する見解ではあるが、プライバシー権を侵害するか否かにおいて、情報の取得・収集の量をその判断規準におく点で、どの時点でプライバシー権の侵害となるのか、実際上の判断が困難であるとの批判がある（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 48 号 39 頁（2016 年））。GPS 使用は任意処分であるとする論者からは、情報の蓄積という点から、強制処分性を検討することはできないという批判もある（滝沢誠「捜査における位置情報の取得―ドイツ法を踏まえて―」刑事法ジャーナル 48 号 46 頁（2016 年））。

[36] GPS の装置の装着に焦点をあてて、自動車（＝所持品）に対する物理的侵入を捜索として捉えて憲法 35 条の違反を唱える見解もあるが、非装着型の GPS の使用については何ら規制ができない。GPS 装置の装着という僅かな物理的侵入であっても、それによって内部の情報を得ようとすれば憲法上の捜索にあたるとするアメリカ法上のトレスパス基準論は、外表触手型の所持品検査を任意処分と捉える日本の判例理論とは相容れないとする。柳川・前掲注 35）38 頁。

[37] 情報取得時のみならず、情報取得後の扱いを問題にして、監視捜査のあり方を見直す必要性を説くものとして山本・前掲注 1）がある。GPS を用いた被疑者等の所在場所を探索し、その後、その公道の情報を長期間にわたって集積・保存することを分けて検討する必要性を指摘するものとして、他に滝沢・前掲注 1）742 頁がある。

五官の作用で感知する処分」であり[38]、物の占有を取得できない場合に、形状等を感知し記録しておくために用いられることから、当該被疑者について、その足どりを取得し記録するGPSによる位置情報の取得・記録は、検証としての性質を有するものであるといえよう。しかしながら、通信の傍受である「聴覚的監視」による情報の取得が、傍受令状によるのであれば、GPSによる位置情報の取得、言い換えれば「視覚的監視」による情報の取得についても、検証許可状の枠組みでは賄いきれないという主張があっても不思議ではない。

被告人らに対する覚せい剤取締法違反、詐欺、詐欺未遂被告事件において、検証許可状に基づいて電話傍受を行うことが許されるのか否か問題となった事案に、最高裁判所第三小法廷平成11年12月16日決定がある[39]。

その第一審判決において、旭川地方裁判所は、「過去の犯罪事実の捜査のため、現に行われている電話の傍受が必要なこともありうる。この場合には、現行法上、電話傍受それ自体を目的とした令状は規定されていないが、電話傍受の性質に応じ、刑事訴訟法に規定する令状を得て、捜査機関は電話傍受をすることができると解される。」として、「電話傍受は、電話回線を流れる電気信号を、音声信号に変換した上で、これを認識し記録するものであるから、その性質は、有体物を前提とする捜索差押ではなく、人の五感によって対象の存在、内容、状態、性質等を認識する検証にあたると解されるから、右令状は、検証許可状によるのが相当である。」とした[40]。その上で、「右令状の発付にあたっては、通信の秘密やプライバシーの権利に対する重大な制約になることに照らし、被疑事実となる犯罪事実の重大性、傍受対象となる通話の予測される内容、被疑事実の捜査のためにその通話を傍受する必要性、他のより制限的でない捜査方法によることの困難性など、電話傍受の必要性を慎重に検討すべきである。」として、「さらに、検証の実施にあたり、公正さを維持し、プライバシーの侵害を極力避けるために、立会人を設け、関連性のない会話を検証の対象から排除する措置

38) 田宮・前掲注11）113頁。
39) 最決平成11年12月16日刑集53巻9号1327頁以下。
40) 前掲注39）1470頁。

を講ずるよう、相当性の観点から条件を付することが必要である。」とした[41]。

弁護人・被告人の控訴による控訴審判決においても、札幌高等裁判所は、「電話傍受等は通話に含まれた情報を五感の一つである聴覚等により認識し、記録するということを中心的な内容とするものである」として、刑訴法上の検証許可状の請求・発付・執行の手続を践むことの要件が最小限必要である。」とした[42]。

弁護人は、「電話傍受等の場合は令状呈示が始めから考えられず、これでは被傍受者に対する令状呈示の要請を充たさず、令状執行の一回性の原則に反するし、司法が事後的に確認する手続や被傍受者が事後的に救済を求める手続の保障もなく、刑訴法 430 条によれば、準抗告の対象にもならないなど、適正手続の保障を欠き、強制処分法定主義に反する」旨主張したが、札幌高等裁判所は、「検証許可状につき執行の際の事前呈示（刑訴法 110 条）の準用を定めた刑訴法 222 条 1 項は、検証許可状の執行手続の公正を担保しようとの趣旨に出たものであって、公正の確保に優越する正当な利益があるときや他の方法によって公正が確保できるとき、例外を許さない規定であるとは解されない。」、「令状の執行が一回しかできないとしても、一定期間にわたる検証が許されないわけではないのみならず、覚せい剤の密売にほぼ専用されている可能性が高い電話について、傍受等の期間及び時間を厳しく制限し、立会人に検証対象外の通話を排除させるなどの条件を付した上で検証許可状を発付することができるのであるから、令状執行の一回性の原則に反するとはいえない。」、「司法が事後的に確認する手続や被傍受者が事後的に救済を求める手続の保障がなく、刑訴法 430 条の準抗告の対象にもならないことが（中略）これらの手続的保障がないからといって、直ちに電話傍受等が違法になるとまではいえない。」とした[43]。

---

41) 前掲注 39）1470 頁。
42) 前掲注 39）1366 頁。
43) 前掲注 39）1367-1368 頁。「例えば、電話を利用した覚せい剤の組織的密売の事犯においては、その速やかな防遏は社会的要請であるところ、通話の一方の当事者は不特定多数の客であって事前呈示はまず不可能であり、他方の当事者は密売組織の構成員である受付担当者であって、これに事前呈示をすれば検証が不能になることが明らかである上、人の看守する建造物での検証においては看守者又はこれに代わるべき者が立ち会うこととされており（刑訴法 222 条 1 項、114 条 2 項）、

電話傍受が法律に定められた強制処分の令状により可能であったか否か、弁護人の上告により、最高裁は、「電話傍受は、通信内容を聴覚により認識し、それを記録するという点で、五官の作用によって対象の存否、性質、状態、内容等を認識、保全する検証としての性質をも有するということができる。」とした上で、「検証許可状の『検証すべき場所若しくは物』（刑訴法 219 条１項）の記載に当たり、傍受すべき通話、傍受の対象となる電話回線、傍受実施の方法及び場所、傍受ができる期間をできる限り限定することにより、傍受対象の特定という要請を相当程度満たすことができる。」として、さらに、裁判官が、電話傍受の実施にあたり適当と認められる条件を、「例えば、捜査機関以外の第三者を立ち会わせて、対象外と思料される通信内容の傍受を速やかに遮断する措置を採らせなければならない旨を検証の条件として付することができる。」とした[44]。その上で、「検証許可状による電話傍受が許されなかったとまで解するのは相当でない。」と判示する[45]。

上記の判示について、一人の裁判官が反対意見を出している。それによると、「電話傍受は、多数意見のいうとおり、検証としての性質を有することは否めないところであるが、傍受の対象に犯罪と無関係な通話が混入する可能性は、程度の差はあっても否定することができず、傍受の実施中、傍受すべき通話に該当するか否かを判断するために選別的な聴取を行うことは避けられないものである。」とする[46]。多数意見においては、「捜査機関において、電話傍受の実施中、傍受すべき通話に該当するかどうかが明らかでない通話について、その判断に必要な限度で、当該通話の傍受をすることは、刑訴法 129 条所定の『必要な処分』に含まれると解し得る。」とされるが、「電話傍受に不可避的に伴う選別的な聴取は、検証のための『必要な処分』の範囲を超えるものであり、この点で、電話傍受を刑訴法上の

この者が立ち会うことにより一応手続の公正の担保が図られていることから、検証許可状が通話当事者に事前に示されないからといって、電話傍受等が違法になるとまではいえない。」とする。札幌高判平成９年５月 15 日判例時報 1636 号 153 頁。

44) 前掲注 39）1331 頁。

45) 前掲注 39）1333 頁。

46) 前掲注 39）1334 頁。元原利文裁判官の反対意見。

検証として行うことには無理があるといわなければならない。」という[47]。

また、多数意見も「検証許可状による場合、法律や規則上、通話当事者に対する事後通知の措置や通話当事者からの不服申立ては規定されておらず、その点に問題があることは否定し難い。」と述べているが、令状の事前呈示の要件を満たすことができないのはやむをえないとしても傍受終了後合理的な期間内に処分対象者に対して処分の内容について告知することは必要であろうとして事後の告知や上述の不服申立ての各規定を欠く点で、電話傍受を刑訴法上の検証として行うことは許されないとする[48]。

傍受令状という枠組みが作られる以前の判決であるが、電話の傍受による情報の収集と GPS による位置情報の取得を照らし合わせてみる際、聴覚的監視による情報取得と視覚的監視による情報取得という点で大きな性質上の違いはない。このことから、学説においては、GPS 監視は、現行法の検証許可状の枠組みでは実施できないとする見解が根強い[49]。

私も、GPS 捜査は、既存の検証許可状の発付で足りるとするには馴染まないと思われる。一般に、検証許可状請求書の「検証すべき場所」の記載について、検証の場所は、その管理権ごとに特定して記載する必要があると解されているが、GPS 捜査の場合、当該対象車両を「検証すべき場所」として記載しても、GPS 捜査のそもそもの目的は GPS による当該対象車両の位置情報の取得にあるのであって、当該対象車両の感知・記録を目的とするものではない。聴覚的監視である通信の傍受における傍受令状の記載と同じく、取得すべき情報（傍受令状では「傍受すべき通信」）、情報取得の対象とすべきもの＝当該対象車両（傍受令状では「傍受の実施の対象とすべき通信手段」）、情報取得の方法（傍受令状では「傍受の実施の方法」）、情報取得の実施に関する条件（傍受令状では「傍受の実施に関する条件」）、情報取得ができる期間（傍受令状では「傍受ができる期間」）、有効期間、情報取得の処分に着手した年月日時（傍受令状では「傍受の処分に着手し

---

47) 前掲注 39）1334-1335 頁。元原利文裁判官の反対意見。
48) 前掲注 39）1331-1332 頁。
49) 稲谷龍彦「情報技術の革新と刑事手続」ジュリスト増刊『刑事訴訟法の争点』41 頁（2013 年）や黒川亨子「刑事訴訟法判例研究－捜査方法としての GPS 利用の可否」法律時報 87 巻 12 号（2015 年）119-120 頁。

た年月日時」)、情報取得の実施を終了した年月日時（傍受令状では「傍受の実施を終了した年月日時)、情報取得ができる期間の延長（傍受令状では「傍受ができる期間の延長」)、情報取得令状を請求者に交付した年月日(傍受令状では「傍受令状を請求者に交付した年月日）等の令状への記載が、視覚的監視であるGPSによる位置情報の取得においても必要となろう。

情報取得の後の記録や保管についても問題が生じることから、既存の概括的な規定だけでは足りず、通信傍受法のような個別具体的な立法が必要であろう[50]。

おわりに

以上、大阪地裁平成27年6月5日決定、大阪地裁平成27年7月10日判決、大阪高裁平成28年3月2日判決を素材にして、捜査におけるビデオ撮影とGPS使用の適法性について検討してきた。捜査における写真撮影、ビデオ撮影については、裁判例の傾向として、現行犯性の要件が、写真撮影・ビデオ撮影の許容性の必須条件ではないとされることによって、必要性と緊急性の要件の意味・内容についても、証拠保全の必要性・緊急性から犯罪捜査や行政警察活動の遂行の「手段的有益性」へと変わりつつある。本件の控訴審裁判所のビデオ撮影の適法性についての判断においては、「捜査機関は、被告人らの行動、共犯者や使用車両の特定、証拠物件の所在場所について把握しようとする過程で、その容ぼうや動向等を撮影その他の客観的な方法で証拠化しておく必要が高かったのであり、被告人らの関係先の出入りその他の行動について予測がつかない中で所要の証拠を保全するには、ある程度継続的に撮影を行う必要があった」とし、本件のビデオ撮影は、証拠保全のために、基本的に任意処分として許される限度を超えるものではなかったと認められるとした。

捜査におけるビデオ撮影に対する統制の規準は、撮影することが、客観的な方法での証拠化のため的確で効果的な捜査を実施するにおいて、いか

[50] 稲谷・前掲注49）41頁は、「通信傍受法19条以下のような、より個別具体的な事後処理についての規定が必要であり、概括的規定では足りない。」として、取得時の規律のみならず取得後の記録や保管についての法的規律の重要性を指摘する。

に必要または有益であるかが適法性の判断規準になりつつある。しかし、撮影の実際的態様から、情報が記録され、集積され、通常の社会生活で見たりできる範囲を超えて私生活圏への侵犯だと解される状況[51]においては、被疑者にとっての自己決定権の制約、侵害をもとに、捜査統制の規準を見直すべきであろう[52]。

また、捜査における GPS 使用の適法性について、控訴審裁判所は、「車両使用車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「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」という「尾行補助手段型」GPS 捜査という本件事案の特殊性[53]（本件で実施された GPS 捜査の特殊性）から、「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い」とする一方で、「そのほか、○○株式会社では、（中略）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、対象車両使用車のプライバシーを大きく侵害するものとして強制処分にあたり、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

---

51) 同一性の有無というような犯人特定の重要な判断に必要な証拠資料を入手するための「『証拠保全型』ビデオ撮影」については、任意処分と解されるが、ビデオ撮影によって対象者の行動の情報を間断なく継続的に集積し、それらによって把握された対象者の行動状況を観察記録し、蓄積する「『情報記録・集積型』ビデオ撮影」については、自己決定権を制約・侵害し得ることから、強制処分と解され、捜査に対する裁判官による司法の統制が必要であろう。

52) GPS 等による位置情報の取得と従来型の写真撮影・ビデオ撮影との違いは、従来型の写真撮影・ビデオ撮影は、設置・撮影方法について捜査官自ら抑制可能であるのに対して（設置・撮影方法の相当性について捜査官自ら抑制し必要最小限度足らしめることができるのに対して）、GPS 等による位置情報の取得は、捜査官が一度機器を設置・装着すると、位置情報を間断なく継続的に記録し集積することが自動的に可能になり、捜査の対象となっている犯罪に関する情報以外の被疑者の情報（私生活情報を含む）をも収集可能になるという点にある。

53) 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たとする。「『尾行補助手段型』GPS 使用」とみるのか、位置情報を間断なく継続的に観察記録し、集積することにより、観察・記録・蓄積によって把握された対象者の行動状況を明らかにするための「『情報記録・集積型』GPS 使用」とみるのか、その判断は難しい。控訴審裁判所においては、「『尾行補助手段型』GPS 使用」とみて、任意処分として、その許容性を判断した。それに対して、第一審裁判所は、「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づけられるものではなく」、「内在的にかつ必然的にプライバシー侵害を伴う捜査であっというべき」であるとする。

一般に、内偵、聞込み、尾行などの捜査方法も、個人的な生活領域の平穏との関係で若干問題のある捜査方法であるが、社会常識をこえた私生活への不当な介入行為でない限り、また、必要以上の執拗な威圧的態度によるものでない限りで許容されているといえよう。田宮・前掲注 11）65-66 頁、71-72 頁参照。

ない」と判示している。ただし、プライバシーを大きく侵害するおそれをあげながらも、本件で実施された GPS 捜査が「尾行補助手段型」であるという特殊性からプライバシー侵害の程度は必ずしも大きいものではなく、本件 GPS 捜査には、「重大な違法があるとは解され（ない）」とする。「尾行補助手段型」GPS 捜査ではなく、GPS を使用しての継続的な監視により車両使用車らの行動の状況などが捜査官に明らかになり、さらに過去の位置（移動）情報を網羅的に把握できる状況下であれば、公共空間における監視においても、継続的な監視によって、個人の行動を萎縮させ選択の自由が抑制されることにより、自己決定権が制約、侵害されることになると解されよう。

GPS 捜査においては、尾行の補助手段としておこなうもの（「『尾行補助手段型』GPS 使用」）と位置情報を間断なく継続的に観察記録し、集積することにより、観察・記録・蓄積によって把握された対象者の行動状況を明らかにするもの（「『情報記録・集積型』GPS 使用」）があげられる。「『尾行補助手段型』GPS 使用」については、尾行そのものから得られるものよりもその内容は低いものにとどまり、それ自体が重要な権利・利益の侵害ないし制約であるともいえないことから、任意処分の許容性の判断規準の中で、必要最小限度であるか否かという相当性の枠組みで判断することがのぞましいと解されている[54]。しかし、捜査官が GPS を一旦使用すると、位置情報を間断なく継続的に記録し集積することが自動的に可能になり、捜査の対象となっている犯罪に関する情報以外の被疑者の情報（私生活情報を含む）をも収集可能になる[55]。また、当該捜査官が「『情報記録・集積型』GPS 使用」を目的としての GPS による位置情報の取得であっても、「『尾行補助手段型』GPS 使用」であると GPS 使用の任意処分性を正当化することを容易にしてしまう。ビデオ撮影について、同一性の有無というような犯人特定の重要な判断に必要な証拠資料を入手するための「『証拠保

[54] 太田・前掲注 35）71 頁。

[55] 本事案の大阪地裁平成 27 年 6 月 5 日決定において、「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、（中略）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うべきである。」と述べている点から、GPS が使用されると、通常の社会生活において見たり聞いたりできる範囲を超えて、容易に私生活圏を侵犯することが想定される。

全型』ビデオ撮影」の任意処分性を許容するとしても、GPS による位置情報の取得については、上記の理由から、一律に強制処分と解し、司法による審査を経て行うことがのぞましい。

ビデオ撮影によって対象者の行動の情報を間断なく継続的に集積し、それらによって把握された対象者の行動状況を観察記録し、蓄積する「『情報記録・集積型』ビデオ撮影」については、「『情報記録・集積型』GPS 使用」と同様に、自己決定権を制約、侵害し得る [56]。GPS 等使用による位置情報の取得と併せて、「情報取得記録集積令状」等の類の令状により、捜査に対する司法的抑制が行われることがのぞましく、犯罪捜査のための情報の取得・記録・集積に関する立法がのぞまれる。

[56] 本事案の大阪地裁平成 27 年 6 月 5 日決定において、「継続的な撮影により多くの情報が取得されることでプライバシー侵害の程度は増加する」とする。「『情報記録・集積型』ビデオ撮影」の強制処分性の今後の裁判実務上の動向に注目したい。