

情報技術の高度化と犯罪捜査

—アメリカ合衆国におけるGPS捜査の現状と課題—

千葉大学大学院社会科学研究院 池亀尚之

1 まえがきと目的、方法

2017年、最高裁判所は、「GPS捜査」、すなわち、「車両に使用者らの承諾なく秘かにGPS端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続上の捜査」を「個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる」と判断するとともに、「今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい」と指摘した⁽¹⁾。

組織的な強盗事件、誘拐事件や、薬物銃器関連犯罪等の犯罪捜査において、2000年代前半からGPS捜査が実施されてきたアメリカ合衆国においては、わが国に先んじてその法規制の在り方が議論されてきた。そのような状況の中で、2012年には、合衆国最高裁判所が「政府による対象車両へのGPS端末の装着及びその端末による対象車両の動きの監視が合衆国憲法修正4条の『search』に該当する」という判決⁽²⁾を言い渡したこともあって、理論上・実務上の検討がさらにさかんに進められるようになった。こうしたアメリカ合衆国の連邦・州の議論の展開と実際の立法状況を調査・研究し、アメリカ合衆国での実践例を踏まえて、特に組織犯罪対策、薬物銃器犯罪対策として有用なGPS捜査の望ましい立法の姿を提案することが本研究の目的である。

その検討に当たっては、「今後立法が具体的に検討されることになったとしても、法制化されるまでには一定の時間を要することもあると推察される」ところ、それまでの間、裁判官の審査を受けてGPS捜査を実施することが全く否定されるべきものではないと考える」という平成29年大法廷判決の補足意見を踏まえて、既存の「強制の処分」の「特別の定」によるGPS捜査の実施の可能性、とりわけ「検証」の規定による実施の可否について検討しておくことが、高度化する情報技術により個人情報収集する犯罪捜査の法規制の在り方一般を検討する上でも有用である。そこで、本研究では、検証規定によりGPS捜査を実施することの理論的課題も整理する。その上で、アメリカ合衆国におけるGPS捜査の議論の展開と実際の立法状況の調査・研究結果も踏まえ

⁽¹⁾ 最大判平成29・3・15刑集71巻3号13頁〔16-18頁〕。

⁽²⁾ United States v. Jones, 565 U.S. 400, 402 (2012).

て、GPS 捜査に関する望ましい立法の在り方を提案したい。

2 結果と考察

(1) GPS 捜査の法的性質（強制処分該当性）

刑事訴訟法の中で犯罪の「捜査」を規律する根本的な規定は、197 条 1 項である。この規定によると、捜査の「目的を達するため必要」であっても、「強制の処分」は、「この法律〔＝刑事訴訟法〕」に「特別の定」が置かれていなければ実行できない（強制処分法定主義）。そこで、例えば 218 条 1 項には、「搜索」や「差押え」、「検証」という「強制の処分」の「特別の定」が置かれている。しかも、これらの「強制の処分」の「特別の定」のほとんどは、裁判官に個別の事件でその処分を実行することの審査を受け、事前に「令状」の発付を受けることを処分実行の条件の一つとしている（令状主義）。

最高裁判所は、「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捜査手法である GPS 捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる…とともに、一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行うことのできない処分と解すべきである」と判断した。

(2) 「検証」としての実施可能性

このように（一定の）GPS 捜査が「強制の処分」に当たるとすると、「この法律〔＝刑事訴訟法〕」に「特別の定」がない限りは、そもそも実施できる余地はない。

現在「特別の定」のある「強制の処分」のうち、GPS 捜査に最も近いのは、「物（場所および人の身体を含む）等の存在および状態を五官の作用により認識、保全する」⁽³⁾という「強制の処分」である「検証」（218 条 1 項）である。平成 29 年大法院判決以前は、例えば「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」⁽⁴⁾というように、「検証」という「特別の定」が存在するという考え方を示す裁判例があった。「位置情報の取得は、まさに携帯電話端末から携帯電話会社のコンピューターシステムにもたらされる当該位置情報が表示された画面などを五感の作用によって認識することですので、その性質は検証にほかならないと考えられます。したがって、刑事訴訟法第 218 条の規定に基づきまして、裁判官から検証許可状の発付を受けてこれを行うことができるものと考えております」⁽⁵⁾という答弁によると、従前、警察庁も、GPS 捜査が強制処分に当たるとしても、「検証」という「特別の定」が存在すると考えていたようである。

しかし、GPS 捜査が「検証」に当たるかどうかについて、「携帯電話機等の画面上に表示された

⁽³⁾ 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第 5 版〕』（弘文堂、2022 年）263 頁。

⁽⁴⁾ 大阪地決平成 27・6・5 判時 2288 号 138 頁。

⁽⁵⁾ 第 189 回国会総務委員会議事録第 16 号〔露木康浩政府参考人の答弁〕。

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」という説明だけで十分であるとは思われない。ここでは、GPS 捜査が現行法の予定する「検証」の範囲を超える新たな処分とみるべきではないかということを検討せずして、GPS 捜査が「検証」に該当する処分類型であるとはいえないのである。通信・会話の傍受と同様に、処分の実体が検証としての性質を有する面を否定できないとしても、「そのことから直ちに、……現行法上の『検証』として許されると結論付けるのは、速断に過ぎよう」⁶⁾。最高裁判所も、『この法律に特別の定がある場合』の該当性の判断基準については、実質的には、……当該処分の『目的』ないし『内容』に求めているということが出来る」⁷⁾のである。

平成 29 年大法廷判決は、強制処分である GPS 捜査について刑訴法上の「特別の定」の有無を判断するに当たって、「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訴法上の『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」という理由から、「検証」に当たらないと判断した。

刑事訴訟法は、法益侵害が一過性であるといわれる「検証」を準抗告の対象から外している（429 条 1 項、430 条）。法益侵害の継続する「一種の情報の押収」と評されるべき捜査活動を「検証」として捉えてしまうと、憲法 31 条により要求される「告知」（法益主体への処分の通知）と「聴聞」（不服申立て）の保障が不十分になる⁸⁾。そのため、処分の性質として「検証」に当たるといえる余地があるとしても、そのような捜査活動を刑事訴訟法上の「検証」に当たると考えることは不適切であるといえよう⁹⁾。

何よりも大きな理論的な問題は、令状主義との関係で生じる。令状主義は、捜査機関が「搜索」や「差押え」、「検証」等の「強制的処分」を実行するに当たって、裁判官の発付する「令状」を事前に必要とする制度である。令状主義は、その対象となる捜査を実行する根拠（憲法の表現でいうと、「[正当な]理由」）の有無を事前に裁判官が審査し、それが肯定された場合にはその審査結果を令状に明示して強制捜査権の対象を限定することにより、捜査機関の恣意的・濫用的な権限行使を抑制するための仕組みである¹⁰⁾。まさに平成 29 年大法廷判決の指摘するとおり、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」。GPS 捜査は、「検証」のみならず、令状主義の要請に応じて設けられている既存の「強制的処分」のどの類型にも当たらないことになろう。

強制処分としての GPS 捜査は、対象の地理的情報を五官の作用により認識・把握するという点で

⁶⁾ 井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（有斐閣、1997 年）97 頁。

⁷⁾ 松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、2010 年）240 頁。

⁸⁾ 井上・前掲注（6）106 頁注（264）。

⁹⁾ 三井誠『刑事手続法（1）〔新版〕』（有斐閣、1997 年）72 頁。

¹⁰⁾ 池亀尚之「令状主義」法学教室 496 号（2022 年）13-14 頁。

「検証」に類似し、その情報を取得するという点で「差押え」にも類似し、当該犯罪捜査に必要な位置情報を選別するという点で「搜索」にも類似する処分類型である。このような処分の内容に応じた新たな「特別の定」を考える必要がある。

(3) 「特別の定」の考え方

憲法 35 条は、とりわけ刑事警察権との関係において「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」⁽¹¹⁾という実体的権利利益を保障する規定であり、この実体的権利利益が「侵され」(同条 1 項)ることが、警察権の統制原理として作用する⁽¹²⁾。憲法 35 条 1 項が適用される捜査活動—「侵入、搜索及び押収」—との関係でこの法益の保障が解除されるのは、同条 1 項・2 項に明記されているとおり、原則として、捜査活動に直接携わらない「司法官憲」(裁判官)が「正当な理由」—搜索押収については、「ある特定事件に犯罪の嫌疑があること、差し押さえるべき物の存在」—に基づいて発付した「令状」による場合である。すなわち、憲法 35 条の保障する実体的権利利益を侵害する「侵入、搜索及び押収」を行うには、原則として事前の司法審査を経なければならない。

そうであれば、捜査活動の法的規律を考える上で起点となるのは、憲法 35 条が保障する具体的権利に与える捜査活動の「強度」(保障される法益に対する侵害の度合い＝「侵害性 (invasiveness)」)であると考えるのが自然であり、その強度が一定レベル以上に達する場合(「侵され」る場合)には、「侵入、搜索及び押収」に当たり、事前に、そのような強度を持つ捜査活動の実施に「正当な理由」があるかどうかの審査を受けなければならない。捜査は、その「侵害性」に見合った正当化要素を備えなければならない上、正当化要素の充足性についての事前の司法審査を経なければならないのである。

(4) GPS 捜査の「侵害性」の測り方

GPS 捜査のように情報の収集を目的とする捜査については、どういった情報が取り扱われるのか、情報の「全容」が適切に判定されなければ、情報の取扱いの法益侵害性を適切に測ったことにはならない。取り扱われる情報の全容を適切に判定するには、情報の「属性」(本質的特徴・性質)と「総量」、「詳細さ」(具体性・特定性)が総合的に考慮されなければならない。

このようにして取り扱われる情報の全容を把握するに当たって、留意しなければならないのは、情報は知識であり、それを取り扱う側に集積されている情報との関係で、一定の「詳細さ」を備えた情報の「属性」が変容することがあり得るということである。情報の収集、蓄積、分析の過程において、断片的で単純な、それ自体は特定の個人について多くを明らかにしない情報が、情報の蓄積による情報の価値の変容(「The aggregation effect」⁽¹³⁾)により、別の、大きな意味を生じさせるこ

⁽¹¹⁾ 最大判平成 29・3・15 刑集 71 卷 3 号 13 頁 [16 頁]。

⁽¹²⁾ 池亀尚之「情報技術の高度化と犯罪捜査 (3) —犯罪捜査のための情報収集の法的規律の在り方—」法経論集 218 号 (2019 年) 238 頁。

⁽¹³⁾ Daniel J. Solove, *Fourth Amendment Pragmatism*, 51 B.C. L. REV 1511, 1523 (2010); SOLOVE, THE DIGITAL PERSON: TECHNOLOGY AND PRIVACY IN THE INFORMATION AGE 44-47 (2004); SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY 117-21 (2008).

とがある。アメリカ合衆国では、「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」である「モザイク理論 (Mosaic Theory)」⁽¹⁴⁾に基づき、一定の情報の収集・開示に法的手当てが施されている。

「モザイク理論」は、安全保障にかかわる情報が合衆国の情報公開法の不開示例外に該当するかどうかを判定する上で取り入れられてきた。安全保障にかかわる情報については、情報の一つ一つには大きな意味がないように見えても、「それらの結合が個々の情報の相関関係を明らかにしたり、相乗作用を生じさせたりするため、結果的に生成される情報のモザイクが、その構成要素の総体以上の価値を持つ」⁽¹⁵⁾という、情報の蓄積による情報の価値の変容を承認し、「ある文書の公開による安全保障上のリスクを判断するに当たっては、その文書により生成され得るモザイクを考えなければならない」のであって、「当該文書ではなく、モザイクこそが、リスク評価の適切な単位である」と考えた上⁽¹⁶⁾、現実的なモザイクの生成を問うことなく、その「可能性」を法的介入の理由とした、国家の安全保障にかかわる個別情報の取得・開示自体を防ぐ理論として機能してきた。

このような「モザイク理論」の基礎にあるのは、「情報の相乗効果の理論 (a theory of informational synergy)」⁽¹⁷⁾である。この「効果」が生じるのが、安全保障に関する情報に限られないことは明らかである。現に、アメリカ合衆国の(裁)判例では、犯歴情報⁽¹⁸⁾やGPS位置情報⁽¹⁹⁾といった、安全保障領域以外へのモザイク理論の適用例も見られる。例えば、アメリカ合衆国の刑事裁判例においてGPS捜査との関係で考えられた「モザイク」は、「詳細な生活像 (an intimate picture of subject's life)」⁽²⁰⁾「や詳細な人物像 (a highly detailed profile)」⁽²¹⁾であった。刑事手続における情報の取扱いについても、リスク評価の単位は、「モザイク」であると考えべき、すなわち、法益侵害性の判断の基礎とすべきは、「モザイク」であると考えべきである⁽²²⁾。

とはいえ、一つ一つの情報の収集時には、「モザイク」への質的転換があるともないとも言い難い。情報価値の変容は、その後の情報の取扱いの中のどこかで、生じ得るかもしれない現象である。そうすると、このような情報価値の変容も算入して情報の取扱いに法的な規制を及ぼすということは、場合によっては、"質的転換の可能性はある"という段階で、捜査に予防的な法的規制を及ぼすことになってしまう。

このような予防的な法的規律は、法益保護の強化につながる、すなわち、保護の不足・欠如が補われる一方で、過剰な保護、すなわち、予防的なルールがなければ保護されないはずの範囲に法的保護が生じる場合や、予防法理がなければ許容されるはずの規制や政府の活動が法的に許容されな

⁽¹⁴⁾ 32 C.F.R. § 701.31.

⁽¹⁵⁾ David E. Pozen, *The Mosaic Theory, National Security, and the Freedom of Information Act*, 115 YALE L.J. 628, 630 (2005).

⁽¹⁶⁾ *Id.* at 633.

⁽¹⁷⁾ *Id.*

⁽¹⁸⁾ U.S. Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press, 489 U.S. 749 (1989).

⁽¹⁹⁾ State v. Jackson, 76 P.3d 217 (Wash. 2003); People v. Weaver, 909 N.E.2d 1195 (N.Y. 2009); United States v. Maynard, 615 F.3d 544 (D.C. Cir. 2010), *aff'd sub nom.* United States v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012).

⁽²⁰⁾ *Weaver*, 909 N.E.2d at 1199-1201.

⁽²¹⁾ *Maynard*, 615 F.3d at 560-63.

⁽²²⁾ 池亀尚之「情報技術の高度化と犯罪捜査—捜査における情報収集の法的規律—」刑法雑誌 61 卷 1 号 (2021 年) 61 頁。

くなる場合が生じる。そこで、予防的なルールを導入する利点と欠点とを適切に考慮するため、④「予防措置の必要性」、すなわち、害悪の発生が予想される法益の重要性、(想定される)法益侵害の確実性、重大性、その法益への具体的害悪の発生時点における法的規律の発動が困難ないし非効果的であること、予防的ではない法的規律の有無、内容と、⑤「予防措置の相当性」、すなわち、予防措置の内容及び効果が「予防措置の必要性」に見合っており、予防措置による不都合性を考慮してもなお、過剰な法益保護が生じ得ることがやむを得ないと認められるだけの適切な政策的判断を経ていること、という2点が、刑事手続においても予防的な法的規律の発動の要件となるというべきである。法益侵害を正確に捕捉することが困難ないし事実上不可能な場合に、法益を過剰に保護するかその保護が不足・欠如するかという選択肢しかないのであれば、利点と不都合性を適切に考慮した上で、過剰な法益保護が生じる選択肢を採用することは、十分に正当化されるはずである⁽²³⁾。

このように考えると、GPS 端末による位置情報の収集がその「初め」の時点から強制処分であるという平成 29 年大法廷判決の結論には、疑問が残る。位置情報という単純な個人情報の「収集」の、それも「初め」の時点で法的規制を及ぼすという最高裁判所の決断は、予防的なルールである。法益侵害の「危険性」を理由に「予防的」な方策を採用するとして、その予防措置の内容が、予防的でない従来の強制処分に対する法規制と同内容であることが適切であろうか。予防措置（ここでは、令状主義による統制）を情報収集の「初め」の時点から講じるべきであるかどうか、すなわち、「⑤予防措置の相当性」についてさらなる検討を要するように思われるのである（この点も考慮した立法の例として、(5②)）。

(5) GPS 捜査の「特別の定」

以上の「総論」を踏まえ、以下の内容を盛り込んだ、捜査機関が位置情報を取得する場合についての新たな「特別の定」—位置情報取得のための令状—を提案する。

①位置情報取得の「理由」＝嫌疑の程度

日本国憲法 35 条及びアメリカ合衆国憲法修正 4 条は、根拠が薄弱で処分対象が不特定な「一般令状」に基づく恣意的権限行使を封じ込め、「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」を保障することを目的として規定された。したがって、憲法 35 条の権利保障が解除される正当化要素充足の出発点は、一定レベル以上の個別的な犯罪の嫌疑が認められることである。このように考えることが、根拠の薄弱な強制捜査権限の発動を封じ込める第一歩となる。

GPS 捜査では、②のとおり、位置情報の収集により特定の内容・趣旨の情報を獲得するまでに、事件との関連性のない位置情報をも必然的に捕捉してしまう（したがって、モザイク生成の危険性がある）ため、「十分な嫌疑」が求められる。求められる犯罪の嫌疑の程度は、通常の搜索・差押え・検証よりも高い。

⁽²³⁾ 池亀・前掲注 (22) 65 頁。

②取得情報の「特定」

一般令状の弊害を封じるには、強制捜査の対象が限定されていなければならない、これを欠くと、そもそも司法審査自体が機能しないことになる。したがって、最終的に捜査機関が取得する物件等が「特定」されていなければならない。

前述のとおり、GPS 捜査は、「検証」に類似し、その情報を取得するという点で「差押え」にも類似し、当該犯罪捜査に必要な位置情報を選別するという点で「搜索」にも類似する処分類型である。通常の搜索・差押えの対象が「特定」されなければならないように、また、「検証についても、『正当な理由』が存在し、それに対応して目的が特定されているということがやはり必要」⁽²⁴⁾であるように、位置情報の取得対象者が特定されるだけでなく、捜査機関が最終獲得目的とする、知得される情報内容・趣旨が「特定」されなければならない。通信の内容とといういわば「情報」の獲得のための捜査手段を規定する通信傍受法が、「傍受すべき通信」について「犯罪…の実行、準備又は証拠隠滅等の事後措置に関する謀議、指示その他の相互連絡その他…犯罪の実行に関連する事項を内容とする通信」という「犯罪関連通信」（同法3条1項）の特定を求めているのと同様である。

通信傍受法3条1項は「犯罪の実行に関連する事項を内容とする通信」と規定し、傍受対象について「犯罪の『実行』に関連する」通信に「限定している。これは、「専ら被疑者の所在を明らかにするために必要な情報の取得などは、それ自体として通信傍受の目的とすることは許さない趣旨」⁽²⁵⁾の規定である。「捜査の進展に役立つような資料」の傍受が認められるとなると、「被疑者から電話等による連絡を受ける蓋然性があるというだけで、傍受の対象とされてしまうなど、傍受に曝される人の範囲や機会が不相当に広がってしまうおそれ」があることからの「限定」である⁽²⁶⁾。

アメリカ合衆国においても、追跡装置の装着、使用について立法により規制している主だった州として、⁽²⁷⁾フロリダ州⁽²⁸⁾、ハワイ州⁽²⁹⁾、ミネソタ州⁽³⁰⁾、オクラホマ州⁽³¹⁾、ペンシルベニア州⁽³²⁾、サウスカロライナ州⁽³³⁾、テキサス州⁽³⁴⁾及びカリフォルニア州⁽³⁵⁾等を挙げることができる。このうち、

⁽²⁴⁾ 井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014年）403頁。

⁽²⁵⁾ 井上・前掲注（6）169頁、酒巻匡「通信傍受制度について」ジュリスト1122号（1997年）42頁。

⁽²⁶⁾ 井上・前掲注（6）169頁。

⁽²⁷⁾ アメリカ合衆国では2006年、追跡装置の装着・使用についての令状（tracking device warrant）に関する条項が、連邦刑事訴訟規則（Federal Rules of Criminal Procedure）のRule 41に追加された。この条項は、追跡装置の装着・使用が相当な理由に基づく令状によらなければならないことを定めているのではなく、相当な理由が示されたならば magistrate は令状を発付しなければならないこと及びその場合の手続を規定するものである。

⁽²⁸⁾ FLA. STAT. § 934.06, § 934.42.

⁽²⁹⁾ HAW. REV. STAT. § 803-42, § 803-44.7.

⁽³⁰⁾ MINN. STAT. § 626A.37, § 626A.35.

⁽³¹⁾ OKLA. STAT. tit. 13, § 176.6, § 177.6.

⁽³²⁾ 18 PA. CONS. STAT. § 5761.

⁽³³⁾ S.C. CODE ANN. § 17-30-140.

⁽³⁴⁾ TEX. CRIM. PROC. CODE ANN. § 14.

⁽³⁵⁾ CAL. PENAL CODE § 637.7. カリフォルニア州法のこの規定は、追跡装置の使用を違法行為としているが、「法執行官による適法な使用」は除外されている。この「適法な使用」とは、令状による場合を指すと考えられている。United States v. Maynard, 615 F.3d 544, 564 (D.C. Cir. 2010), *aff'd sub nom.* United States v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012).

オクラホマ州は、追跡装置の「装着又は使用」が「犯罪の証拠、所産、道具の発見につながることに
ついての相当な理由」⁽³⁶⁾を要求している。裁判例では、携帯電話の基地局情報について、被疑者
の位置情報がその逮捕に役立つという理由だけでは令状等の発付を認めなかった事例⁽³⁷⁾がある一
方で、そのような場合も含めて相当な理由要件の充足を認める事例⁽³⁸⁾もある。

しかし、特定人の位置情報の取得においては、それに「曝される人の範囲や機会が不相当に広が
ってしまう」ことの危険性は小さい。その上、位置情報の取得は共犯者の所在把握捜査にとっても
極めて有効な手段であることを考えると、特定の犯罪の嫌疑が十分に認められた上であれば、オク
ラホマ州以外の州法の規定のように、「実施中の犯罪捜査に関連する情報が獲得される蓋然性」⁽³⁹⁾
の疎明により位置情報の取得が許容されても差し支えないであろう。

対象犯罪を限定することや補充性要件の充足を求めることも、過度に厳格な仕組みになることで
位置情報取得の有用性を不適切に損なわせることになるため不適切であろう。通信傍受法が通常の
捜索等に比べて厳格な要件を規定しているのは、無関係の人の通信・会話の傍受が行われることに
鑑みると、傍受の「必要性・重要性が各別に高いと認められる場合にはじめて、そしてその場合に
限って、正当化され得る」という考慮に基づき、複数人が関与するといった特定犯罪類型において
特に通信傍受が有効であり、そのような特定類型の犯罪捜査に限定した上、補充性が認められる場
合には、通信傍受制度が正当化され得ると考えられているからである⁽⁴⁰⁾。対象犯罪を限定するとい
う方法による要件設定の厳格化は、位置情報の収集にはそのまま当てはまらないのである。

とはいえ、対象として何をどの程度、どうやって特定し、その審査をどのように実現するのかと
いう「従来にない検討課題」が残されている⁽⁴¹⁾。この点の事前審査に当たっては、具体的な被疑事
実との関係において一定の範囲や性質を持つ位置情報がどのような意味を持つのかという点の判断
が重要である。例えば、被疑者が頻繁に訪れる場所という情報を知得しようとする場合、それが具
体的被疑事実との関係で必要かどうかについての審査が不可欠であり、また、その趣旨の情報を知
得するために一定期間の位置情報のすべての収集を許容することが必要かどうか、④のとおり、位
置情報の取得期間の法定の最長期間の範囲内のうちどの程度認めるべきか、さらには、⑤のとおり、
場合によっては位置情報取得の時間帯の制限等といった「条件」が付されなければならないかどう
かの審査が不可欠なのである。そうすると、令状請求に当たって、被疑事実の要旨（概要）が十分
に示されなければならない。ただ、例えば、通信事業者の担当者等に令状が提示されることを考え

⁽³⁶⁾ OKLA. STAT, tit. 13, § 177.6 [A].

⁽³⁷⁾ *E.g.*, In re Application of the United States of America for an Order Authorizing Disclosure of Location Information of a Specified Wireless Telephone, 849 F. Supp. 2d 526 (D. Md. 2011); In re Application of the United States of America for an Order Authorizing Disclosure of Location Information of a Specified Wireless Telephone, 849 F. Supp. 2d 526 (D. Md. 2011).

⁽³⁸⁾ *E.g.*, In re Application of the United States of America for an Order: (1) Authorizing Use of a Pen Register and Trap and Trace Device; (2) Authorizing Release of Subscriber and Other Info.; and (3) Authorizing Disclosure of Location-Based Services., 727 F. Supp. 2d 571 (W.D. Tex. 2010).

⁽³⁹⁾ FLA. STAT. § 934.42(1)(b); HAW. REV. STAT. § 803-44.7(b); MINN. STAT. § 626A.37[1]; 18 PA. CONS. STAT. § 5761(c)(4); S.C. CODE ANN. § 17-30-140(B)(2); TEX. CRIM. PROC. CODE ANN. § 14(c)(5)(B); UTAH CODE ANN. § 77-23a-15.5(3)(b).

⁽⁴⁰⁾ 井上・前掲注(6) 132-135頁

⁽⁴¹⁾ 笹倉宏紀「令状主義の意義と機能に関する若干の考察—最高裁平成28年12月9日第三小法廷判決を素材に一」刑事法ジャーナル56号(2018年)40頁。

ると、捜査の秘密性の保持や被害者の名誉の保護等のため、発付される令状には被疑事実の要旨が記載されるべきではない。

このような意味で、犯罪の十分な嫌疑だけでなく、知得目的の情報と被疑事実との関連性及び知得目的の情報が獲得できる蓋然性に加えて、そのために必要な位置情報の取得期間という、位置情報取得の「理由」と「必要性」が積極的・具体的に疎明されなければならないというべきである。

ただし、このようにして目的の情報の内容・趣旨が特定されたとしても、その内容・趣旨の情報獲得に至るまでに、特定の犯罪との関連性のない位置情報が必然的に捕捉されることになるため、①のとおり、それを正当化するだけの嫌疑の充分性が求められる上、⑤のとおり、位置情報取得の「必要性」に見合った、可能な限りの「最小化 (minimization)」の方策が求められる。

法文の体裁は様々に考えられる。一例として、「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、被疑者が罪を犯したと疑うに足りる充分な理由がある場合において、その犯罪捜査に関連する情報を取得できる蓋然性及びその取得の必要性が認められるときは、裁判官の発する令状により、位置情報を取得することができる。ただし、位置情報の取得が通じて X 日を超えない場合は、この限りでない⁽⁴²⁾。」といった案を挙げるができる。

③ 位置情報取得の決断

侵害性に見合った正当化要素の設定に当たっては、ある捜査手段を用いることの決断を捜査機関内部において一定の経験及び責任を有する者に限定すること、すなわち、侵害性の強度に応じて、事前の司法審査を請求できる権限を有する者の範囲に差異を設けることも検討されなければならない。

令状請求権者は、④の追跡期間（とそれによるモザイク生成の危険度）によるところも大きい。一定期間私生活の自由を剥奪する処分である「逮捕」と同様に、位置情報取得のための令状の発付を請求できるのは、検察官と、司法警察員のうち、警察官たる司法警察員については、国家公安委員会又は都道府県公安委員会が指定する警部以上の者に限るという限定があり得る（刑事訴訟法 199 条 2 項参照）。

これに対して、令状発付の権限は、アメリカ合衆国のように必ずしも法曹資格を有さない magistrate により令状事務の多くが担当され、したがって、通信や口頭会話の傍受、住居内におけるビデオカメラ設置・録画のような一定重大な侵害性を伴う処分の許否の判断権を有するのが連邦地裁判事等に限られる制度設計と異なり、簡易裁判所判事にも発付権限が認められると考えてよいであろう。

④ 位置情報の取得の最長期間

個別の事件において、目的とされる情報の知得までに必要な位置情報の収集期間は、事案に応じて令状裁判官が判断することになる。もちろん、その期間があまりに長期になれば令状審査自体が

⁽⁴²⁾ このただし書は、2（4）の予防措置の相当性を考慮したものである。

困難となるであろうし、令状審査時の事情の継続性にも疑問が生じることになる。目的とする情報の獲得時期が正確に予測できない捜査活動については、処分の最長期間を法定するというのが一般的な立法の在り方であり、合衆国の連邦証拠規則や州法においても、追跡装置の最長使用期間が法定されている。連邦証拠規則は、「tracking device warrant」⁽⁴³⁾の最長期間を令状発付の日から「45日間」と定めており、正当な理由が認められる場合には「45日間」を超えない合理的期間の延長が認められ、延長の回数の限定はない⁽⁴⁴⁾。州法上の最長期間は、ミネソタ州等の「60日間」⁽⁴⁵⁾とペンシルベニア州等の「90日間」⁽⁴⁶⁾に分かれている。どの州も要件が充足されれば延長を認めている。通信事業者が保存する携帯電話の基地局情報についても、D order による取得は「60日間」分の履歴である。合衆国においては、通信の傍受等コミュニケーションの内容に関わる情報は「30日間」が、発着信電話番号履歴等コミュニケーションの内容に直接的にかかわらない情報については「60日間」が立法上の一つのめやすになっている。

このような期間設定に論理必然的な唯一の答えがあるわけではない。継続的に特定人の行動を捕捉しなければ判明しない情報があり得ることに鑑みれば、さしあたり「30日間」を一つの基準とすべきであると思われる。この法定の最長期間である「30日間」の範囲内において、②のとおり、知得目的の情報を獲得するのに必要な期間が何日間なのかが積極的に疎明されなければならない。これも、⑤の「最小化」の一環である。

また、「正当な理由」が認められるのであれば、その期間の延長・更新は、1回ごとの延長・更新の期間が「30日間」を超えない限りにおいては認められてよい。既に実施された位置情報の取得期間において成果が上がっていないのであれば、延長・更新を認めるだけの「正当な理由」を疎明するハードルが相対的に上がるであろう。

⑤ 取得・保存される位置情報の「最小化」

不必要な位置情報の取得自体やその後の保存を可能な限り排除することが求められることは言うまでもない。情報収集活動による法益侵害を限定するには、「最小化 (minimization)」⁽⁴⁷⁾が大きな役割を果たすのである。

もちろん、「最小化を確保する絶対的かつ一律の方策というものは存在せず、個々の場合の具体的事情に応じて合理的な最小化の措置が取られればよい」⁽⁴⁸⁾。例えば、位置情報の収集を実行する時間帯を限定できる場合には、そのような「条件」を付すべきであり、位置情報を記録する間隔を指定することもあり得る。したがって、令状にそのような「条件」を付すことができなければならない

⁽⁴³⁾ アメリカ合衆国では2006年、追跡装置の装着・使用についての令状 (tracking device warrant) に関する条項が連邦刑事訴訟規則 (Federal Rules of Criminal Procedure) の Rule 41 に追加された。この条項は、追跡装置の装着・使用が相当な理由に基づく令状によらなければならないことを定めているのではなく、相当な理由が示されたならば magistrate は令状を発付しなければならないこと及びその場合の手続を規定する。

⁽⁴⁴⁾ FED. R. CRIM. P. 41(e)(2)(C).

⁽⁴⁵⁾ E.g., MINN STAT. § 626A.37[3].

⁽⁴⁶⁾ E.g., 18 PA. CONS. STAT. § 5761(e).

⁽⁴⁷⁾ Stephanie K. Pell & Christopher Soghoian, *Can You See Me Now?: Toward Reasonable Standards for Law Enforcement Access to Location Data that Congress Could Enact*, 27 BERKELEY TECH. L.J. 117, 184 (2012).

⁽⁴⁸⁾ 井上・前掲注 (6) 187頁。

い。強制処分としての所在把握捜査に至るまでに、特定の犯罪捜査に係る活動が行われる時間的・場所的範囲が限定できている場合には、それ以外の時間・場所での位置情報の取得を自動的に停止するという「最小化」の方策もあり得る。

令状の請求に当たって、GPS 捜査の必要性に見合った「最小化」の案が提示されるべきであろう。請求に係る期間のすべての位置情報の取得が必要である場合には、その理由が疎明されなければならない。

令状審査に当たって、令状請求者の陳述聴取の機会が設けられるべき場合が増えるように思われる。逮捕状請求の場合（刑事訴訟規則 143 条の 2）や保釈等の「決定」をする場合の「事実の取調」（同 33 条 3 項）と同様の規定が刑事訴訟規則に置かれるべきであろう。

当該事件の捜査が継続中であっても、不必要であることが判明した情報の廃棄・消去が適切に行われなければならない。

⑥ 位置情報の取得「過程」の「記録」

GPS 捜査の適法性が事後的に点検できるように、また、事後の不服申立て（⑧）のためにも、取得した情報が証拠化されるだけでなく、一定の書式が用意され、位置情報の取得過程の「記録」が作成されなければならない。また、当該事件の捜査に責任を有する者が、所在把握捜査中にもその記録を定期的に点検する体制が必要である。「監視者を監視する（watching the watchers）」⁽⁴⁹⁾体制を整備すべきであろう。

⑦ 地理位置情報把握装置の取付けと取外し

GPS 端末を対象者の使用する自動車等に取り付ける場合、その装着対象となる自動車や荷物等の物件が特定されなければならない。対象物件に GPS 端末を取り付けることにより、対象者の位置情報が把握できることも明らかにされなければならない。取付け・取外しのために人の住居又は人の看守する邸宅、建造物に立ち入ることは、位置情報の取得とは別個固有の法益の侵害を伴うため、特にそれを許容する特別の事情が疎明された上で認められる必要がある。追跡期間が経過した場合には、速やかな取外しが求められる。

秘密裏の継続的な位置情報の取得に当たって、対象者の身体に GPS 端末を取り付けることの現実的必要性は乏しいであろう。合衆国においても、追跡装置の装着対象は物に限定されており⁽⁵⁰⁾、身体への装着を明示的に認める州法は存在しない。

⑧ 対象者への「告知」と「聴聞」の機会の保障

日本国憲法 35 条及びアメリカ合衆国憲法修正 4 条は、根拠が薄弱で処分対象が不特定な「一般令状」に基づく恣意的権限行使を封じ込め、個々人の生活の安全を保障することを目的として規定

⁽⁴⁹⁾ See generally DAVID BRIN, THE TRANSPARENT SOCIETY: WILL TECHNOLOGY FORCE US TO CHOOSE BETWEEN PRIVACY AND FREEDOM? (1998).

⁽⁵⁰⁾ E.g., MINN. STAT. § 626A.37[3]; OKLA. STAT. tit. 13, § 177.6 [A].

された。その目的を達するために、一定レベル以上の侵害性を伴う捜査活動—「強制の処分」—については、捜査に直接携わらない中立の裁判官が、その捜査活動を行うことの「正当な理由」の有無を事前に審査するという「令状主義」の仕組みを採用している。事前の司法審査の結果として許可された処分の内容について、処分対象者があらかじめ知らされた上、不服を申し立てる機会が設けられたり、処分実施の場面において、実施される処分が事前の許可の範囲内にあるかどうかを第三者や処分対象者が逐一確認する機会が設けられたりすれば、令状主義の趣旨をより徹底できることは確かである。このような趣旨により、例えば、刑事訴訟法は捜査機関が令状による搜索押収等を実施する場合には令状を提示することを求めている上（刑事訴訟法 222 条 1 項・110 条）、この規定による提示の時期について、原則として処分の実施に着手する前に行われるべきであると考えられている。しかし、捜査の迅速性及び機密保持の要請を考えると、憲法 35 条がありとあらゆる場合にそのような機会を必ず設けることを求めていると考えるのは「不可能ないし不適切」であろう⁽⁵¹⁾。

とはいえ、「公権力が国民に刑罰その他の不利益を科す場合」には、憲法 31 条によりその不利益処分の対象者に「告知と聴聞を受ける権利」が保障されているのであり、たとえ捜査活動に迅速性及び機密保持が要請されるとしても、この権利自体が失われるわけではない。したがって、「告知と聴聞を受ける権利」の保障が損なわれない仕組みが用意されなければならない、不利益処分である以上は、少なくとも、処分の実施と実施された処分内容の通知が行われなければならないし、原状回復が可能な処分については、不服申立ての機会が保障されなければならない。

したがって、GPS 捜査については、処分内容についての事前や実施中の通知・立会いが考えられないにしても、処分終了後合理的期間内——例えば、通知する書類等の準備期間を考慮すると「処分終了後 15 日以内」、捜査への支障が生じると認められる場合には「30 日以内の期間を定めた延長」が可能——に⁽⁵²⁾、特定されている「位置情報の取得対象者」に対して、被疑事実の要旨を添付した令状のコピー、位置情報の収集期間、記録等の閲覧・複写方法及び不服申立ての教示を含む「通知」が発せられなければならない。

また、収集された位置情報の記録自体とその収集過程の記録の閲覧・複写の機会が保障されなければならない上、その全部又は一部の削除、変更が請求できるようにしなければならない。

通信事業者等の第三者から地理位置情報を取得する場合も、その法益主体である追跡対象者へ上記の「通知」が行われるべきであろう。

⑨ 事件の終結と記録等の廃棄・消去

収集された位置情報の記録及びその収集過程の記録は、その事件との関係において取得・使用の「正当な理由」が認められている以上、事件の終結の日から一定期間内に——例えば、通信傍受の原記録と同様に「6 か月」（通信傍受法 27 条 1 項）以内に——廃棄・消去されなければならない。

⁽⁵¹⁾ 井上・前掲注 (6) 78-79 頁。

⁽⁵²⁾ 連邦証拠規則は、「追跡装置の使用が終了した後 10 日以内」に、追跡された者・その財産が追跡された者に令状のコピーを送付しなければならないと規定する (FED. R. CRIM. P. 41(f)(2)(C))。この通知は捜査機関からの請求を受けた magistrate の許可により遅らせることができる (FED. R. CRIM. P. 41(f)(3))。

また、ある事件が終結する前あるいは上記保管期間中に新たな事件が発生した場合に、既に収集されている位置情報を新事件の捜査に使用するには、別途正当化要素を備えなければならない。DNA 型や指掌紋等よりも、将来の事件のために位置情報を蓄積しておくことの正当性の疎明は難しいであろう。

3 おわりに

本研究では、貴重な研究助成を受けることで、2000 年代前半から GPS 捜査が実施されてきたアメリカ合衆国の連邦・州の議論の展開と実際の立法状況を調査・研究し、2（5）のとおり、合衆国での実践例を踏まえて、特に組織犯罪対策、薬物銃器犯罪対策として有用な GPS 捜査について、一定の立法の姿を提案することができた。しかし、2（4）に記した犯罪捜査のための情報収集に関する法的規律の在り方の一般論との接続という点で、2（5）の立法提案には検討課題が残されている。その上、刑事訴訟法典の検証規定の成り立ちと立法趣旨にも目を向けた上で、検証規定により GPS 捜査を実施することの可能性を探ることは十分に達成できなかった。残された課題について今後も研究を進め、2（5）の立法提案も含めて速やかに紀要論文として公表するよう努めたい。

4 文献（脚注に挙げた文献のほか、主要な参照文献を列記する）

- 池田公博「車両位置情報の把握に向けた GPS 端末装着の強制処分該当性」法学教室 444 号（2017 年）72 頁
- 井上正仁ほか編『刑事訴訟法制定資料全集 昭和刑事訴訟法編（1）～（14）』（信山社、2001 年～2016 年）
- 井上正仁「GPS 捜査」『刑事訴訟法判例百選〔第 10 版〕』（有斐閣、2017 年）67 頁
- 指宿信編『GPS 捜査とプライバシー保護』（現代人文社、2018 年）
- 宇賀克也『新・個人情報保護法の逐条解説』（有斐閣、2021 年）
- 川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕〔第 2 版〕』（立花書房、2021 年）
- 笹倉宏紀ほか「強制・任意・プライバシー〔続〕GPS 捜査大法廷判決を読む、そしてその先へ」法律時報 90 巻 1 号（2018 年）54 頁
- 堀江慎司「GPS 捜査に関する最高裁大法廷判決についての覚書」論究ジュリスト 22 号（2017 年）138 頁
- Christopher Slobogin, *Making the Most of Jones v. United States in a Surveillance Society: A Statutory Implementation of Mosaic Theory*, 3 (Vanderbilt Law and Economics Research Paper No. 12-22, 2012).
- DANIEL J. SOLOVE, NOTHING TO HIDE: THE FALSE TRADEOFF BETWEEN PRIVACY AND SECURITY 165 (2011)
- David A. Strauss, *The Ubiquity of Prophylactic Rules*, 55 U. CHI. L. REV. 190 (1988)
- David A. Strauss, *Miranda, the Constitution, and Congress*, 99 MICH. L. REV. 958 (2001)
- Gregory Nojeim & Orin Kerr, *The Data Question: Should the Third-Party Records Doctrine Be Revisited?*, in PATRIOTS DEBATE: CONTEMPORARY ISSUES IN NATIONAL SECURITY LAW (Harvey Rishikof et al. eds., 2013)
- JEFFREY ROSEN & BENJAMIN WITTES, CONSTITUTION 3.0: FREEDOM AND TECHNOLOGICAL CHANGE (2011).

Orin S. Kerr, *The Fourth Amendment and New Technologies: Constitutional Myths and the Case for Caution*, 102 MICH. L. REV. 801 (2004)

Orin S. Kerr, *The Case for The Third Party Doctrine*, 107 MICH. L. REV. 561 (2009)

Orin S. Kerr, *The Mosaic Theory of the Fourth Amendment*, 111 MICH. L. REV. 311 (2012)

RIC SIMMONS, *SMART SURVEILLANCE: HOW TO INTERPRET THE FOURTH AMENDMENT IN THE TWENTY-FIRST CENTURY* (2019)

1 WAYNE R. LAFAYE, *SEARCH AND SEIZURE: A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT* (6th ed. 2020)

YALE KAMISAR ET AL., *MODERN CRIMINAL PROCEDURE: CASES, COMMENTS AND QUESTIONS* (15th ed. 2019)