

〈論説〉

携帯電話による位置認識システムの活用と プライバシー

大野 正博

1. はじめに
2. グローバル・ポジショニング・システムの概要とプライバシー
 - (1) グローバル・ポジショニング・システムの概略
 - (2) プライヴァシーとの関係
3. グローバル・ポジショニング・システムを用いた公道上での追跡
 - (1) Beeper に関する合衆国の判例
 - (i) Knotts 判決
 - (ii) Karo 判決
 - (2) グローバル・ポジショニング・システムを用いた追跡に関する合衆国の判例
4. 携帯電話による位置情報探索の適法性
 - (1) 公共のスペースにおけるプライバシー
 - (2) 携帯電話による被疑者の位置情報探索の法的性質
 - (3) 携帯電話による被疑者の位置情報探索の法形式
 - (4) 検証許可状発付の要件
 - ① 実体的要件
 - ② 形式的要件

- (5) 執行の際の注意事項
- (6) 被疑者以外の者の所在の探索

5. さいごに

1. はじめに

2004年12月の総務省『ユビキタスネット社会の実現に向けた政策懇談会』最終報告書「第2篇 2010年のu-Japan 第4章 2010年に向けた新たな構想⁽¹⁾」によると、『ユビキタス』の語源はラテン語で、『至る所に存在する(遍在する)』の意味である。このユビキタスネットワーク技術を活用し、『いつでも』(昼でも夜でも24時間)、『どこでも』(職場でも家でも、都会でも地方でも、移動中でも)、『何でも』(家電も身の回り品も、車も食品も)、『誰でも』(大人も子供も、高齢者も障害者も)、ネットワークに簡単につながる社会の実現が切望されている。そこで、われわれが目指すべきこの『いつでも、どこでも、何でも、誰でも』の社会像を『ユビキタスネット社会』と名づけ、わが国の先進事例として先駆的に実現される『ユビキタスネット社会』を、『ユビキタスネット・ジャパン(u-Japan)』と呼ぶこととする」とされ、2009年6月の同省『ICTビジョン懇談会報告書-スマート・ユビキタス社会実現戦略⁽²⁾-』では、「全ての国民がICTを安心して利用でき、その恩恵を享受することができるよう、遍在する(ubiquitous)ICTが普遍的(universal)に利用者に受け入れられる『より進化したユビキタスネット社会』、すなわち、『スマート・ユビキタスネット社会』の実現を目指すべきである」ことが主張されている。

このような総務省の動きに代表されるように、近年、社会生活において、人や物に対する位置情報探索技術が急速的に進化を遂げてきた。特にグローバル・ポジショニング・システム⁽³⁾(GPS: Global Positioning

System)の発展は目を眩るものがあり、これを活用することによって、個人の所在地をほぼ正確に把握することができるようになってきた。⁽⁴⁾ グローバル・ポジショニング・システム以外にも、電磁波による個体識別技術であるRFID(Radio Frequency IDentification)タグやセンサーを人や物に取り付けることにより、位置等をリアルタイムで把握することも不可能ではない。⁽⁵⁾ また、携帯電話においては、電源を切っていない限り、たとえ通話時でなくとも、微弱の電波を発し続けていることから、当該電波を最寄りの基地局アンテナが受信さえすれば、端末を操作することにより、被処分者の所在地を探索することが不可能ではないため、近時、捜査実務においては、被疑者だけでなく、被害者や参考人等についても、当該手法を適用する事例が増えているようである。

しかし、このような手法の利用は、被処分者が認識することなく、所在地を把握される性質を有するため、プライバシーへの影響は決して小さくはないため、慎重な議論が必要である。本稿では、これら位置情報探索システムのうち、特に携帯電話による位置情報探索(グローバル・ポジショニング・システム非対応：基地局情報を利用した測位)の適法性に絞って検討するが、現時点で、当該捜査手法に関する判例が、わが国には存在しない。そのため、これを検討するについては、Beeperやグローバル・ポジショニング・システム等の位置情報探索に関し、盛んに議論がなされてきた合衆国のこれまでの状況と比較し、検討することが有益であると思われる。そこで、携帯電話による位置情報探索の適法性の議論の前提として、グローバル・ポジショニング・システムや携帯電話による位置情報探索システムの仕組み、および合衆国におけるプライバシー保護の枠組に関する判例等を概観したうえで、私見を展開することにする。

(1) http://warp.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/258151/www.soumu.go.jp/s-news/2004/041217_7_bt2.html

- (2) http://www.soumu.go.jp/main_content/000026663.pdf
- (3) グローバル・ポジショニング・システムとは、「全地球測位システム」、あるいは「汎地球測位システム」ともいい、発せられた電波を複数の人工衛星で受信し、その時差を計算することによって、現在位置を測定する技術をいう。
- (4) 坂村健『ユビキタスとは何かー情報・技術・人間』(岩波書店・2007年) 113頁・114頁。
- (5) なお、RFID技術に対し、法的観点から検討するものとして、松前恵環「RFID技術とプライバシーに関する法的考察」社会情報学研究 11巻1号(2006年) 121頁以下参照。

2. グローバル・ポジショニング・システムの概要とプライバシー

(1) グローバル・ポジショニング・システムの概略

グローバル・ポジショニング・システムは、(1)スペースセグメント⁽⁶⁾ (space segment), (2)コントロールセグメント⁽⁷⁾ (control segment), (3)ユーザーセグメント⁽⁸⁾ (user segment) の3つの要素から構成され、衛星の軌道と電子信号をグローバル・ポジショニング・システム・レシーバで受信し、受信した電波の時間差により、それぞれの衛星との相対的な距離差を算出することによって、その軌跡である双曲面の交点を求めることによって位置情報を測定するものである。3個のグローバル・ポジショニング・システム衛星から電波を受信すれば、地球上の平面での位置が測定でき(2次元測位)、4個以上のグローバル・ポジショニング・システム衛星から電波を受信できれば、即時にアンテナ位置を3次元座標⁽⁹⁾(経緯・経度・高さ)で測定することが可能である。

グローバル・ポジショニング・システムの歴史は、1957年10月4日、旧ソ連によって打ち上げられた「スプートニク(Sputnik)」に遡る

ことができる。当該打ち上げにより、人工衛星からの信号に含まれるドップラーシフト (Doppler Shift) を利用することによって、人工衛星の正確な接近時刻が決定できるとの知識を得たことにより、位置測定の研究が進められるようになった。米海軍は、1967年と1969年に原子時計を掲載した「TIMATION I」, 「TIMATION II」を打ち上げ、衛星軌道の予測制度の改善を図った。このような衛星航法システムの開発を経て、1973年にそれまで海軍と空軍が各々行っていた開発を一本化するため、合衆国防総省 (DoD: Department of Defense) に JPO (Joint Pipeline Office) が設置され、本格的なグローバル・ポジショニング・システムの開発をスタートさせることになる。その際、①船舶・航空機等の移動体での利用、②全世界24時間の常時利用、③瞬時の測位、④軍用と民生用の2種類のサービスの4点が開発コンセプトとして掲げられ、これを充足するためには、24個衛星による配置等が必要であるとされた。

2機の実験衛星による確認後、1978年2月9日最初のグローバル・ポジショニング・システム衛星である「Block I」が打ち上げられ、その後、同タイプは1985年まで11機打ち上げられた。また、1989年からは、プロトタイプから、機能を強化した「Block II」タイプの打ち上げが開始されることになった。そして、ついに1993年には、当初計画の24個衛星が稼動するようになり、グローバル・ポジショニング・システムは完全運用を迎えることになる⁽¹⁰⁾。

そして、現在、グローバル・ポジショニング・システムを活用したものとして、合衆国においては、連邦通信委員会 (FCC: Federal Communications Commission) が緊急通報の E 911 (Enhanced 911) コールの際に携帯業者にユーザーの所在地を自動的に特定できる機能「ALI」

(Automatic Location Identification) を実現するために、グローバル・ポジショニング・システムの搭載を義務付けている⁽¹¹⁾。また、わが国においても、2007年4月1日より、携帯電話・IP電話等 (IP電話、直収電

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー

話のうち 050 で電話番号が始まる電話サービスを除く) からの 119 番緊急通報に係る位置情報通知システムの運用が開始されている。⁽¹²⁾

その他、車両を用いるものとしては、カー・ナビゲーション・システム、バスやトラックなどの運行状況管理システム、自動車盗難追跡システムなどが、また車両を用いないものとして、携帯電話を利用した現在所在地を基準とした周辺地図や付近の施設・店舗の表示、および目的地までのルート案内サービス、高齢者の徘徊、子どもの迷子、誘拐などの対策を目的とした追跡送致、動物や廃棄物の追跡などにも活用されている。⁽¹³⁾

測位の計算方法であるが、グローバル・ポジショニング・システムは、衛星信号から導き出される擬似距離を利用することにより、導き出される。原理的には 3 個の衛星から電波を地上で受信し距離を測定すれば、3 次元位置を決定することが可能であるが、受信機で使用される水晶時計は、衛生上の原子時計に比べ精度が劣るため、測定された電波伝搬時間は、受信機の時計時差を含むことになる。そのため、実際には 3 個の衛星からの距離計測は正確なものではなく、同期誤差を考慮した擬似距離が得られるに過ぎない。そこで、受信機の時計誤差に起因する距離誤差は、各衛星に対して同様であるとする性質を用いて、当該時計誤差自体を未知数として扱うことにより、3 個の座標値と併せて 4 個の未知量を解かなければならないことになる。よって、この 4 個の未知量を解くためには、上述のように 4 個か、あるいはそれ以上の衛星から電波を受信することが必要となるのである。⁽¹⁴⁾

以上が、グローバル・ポジショニング・システムの概略であり、実際のグローバル・ポジショニング・システムは、24 時間、地球上のどこからでも 4 個以上観測できるように配置されている。

(2) プライヴァシーとの関係

このようにグローバル・ポジショニング・システムを使用することに

より、ほぼ正確に位置が把握することが可能であるということは、換言すれば、常時、被処分者の行動を補足できるということの意味することになる。そのため、グローバル・ポジショニング・システムの活用は、市民が生活を送るうえで有益であると同時に、プライバシーに対する影響があることを忘れてはならない。⁽¹⁵⁾

そもそも、プライバシーの権利という法的概念は、Samuel D. Warren と Louis D. Brandeis による“The Right to Privacy”⁽¹⁶⁾において学説上、明確に登場した。プライバシーの権利は、最広義においては、「ひとりに放っておいてもらう権利 (the right to be let alone)」と定義されるが、その後、プライバシーの権利を分解して、①「欲せざる意見や刺激によってところをかき乱されない権利」(静穏のプライバシー)、②「私的生活領域における自己決定の利益」(人格的自立のプライバシー)、③「自己に関する情報をコントロールするプライバシー」(情報プライバシー)が重視されるようになってきた。わが国においても、1960年以降、プライバシーの権利に関し、盛んに議論が展開され、当該3要素につき、①～③を広義、②③を狭義、③を最狭義⁽¹⁷⁾として概念規定がなされた。

但し、現在は、佐藤博士によって主張・展開された「個人が道徳的自立の存在として、自ら善であると判断する目的を追求して、多謝とコミュニケーションし、自己の存在にかかわる情報を開示する範囲を選択できる権利として理解すべきもの」であるとして、「情報プライバシー権」に限定し、①静穏のプライバシーと②人格的自立のプライバシーを「人格的自立権」の問題として捉える見解が、通説的な地位を占めているといえる。⁽¹⁸⁾これに対し、阪本教授により、「評価の対象となることのない生活状況または人間関係に関する知識・情報の自由」⁽¹⁹⁾であるとする見解や棟居教授による「人間が多様な社会関係にに応じて、多様な自己イメージを使い分ける自由 (自己イメージのコントロール権)」であるとする見解などが展開され、権利構成の精密化を企図する論議が継続している

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー
状態であるといえよう。⁽²⁰⁾

上述のように、グローバル・ポジショニング・システムは常時、位置情報を把握することが可能であるため、使用方法によっては、受信機そのものを所持する、あるいは受信機能が付加されている物を所持している者については、リアルタイムで位置情報をほぼ正確に追跡され（precise tracking⁽²¹⁾）、データが継続的に記録されかねないことになる。また、このようなデータの蓄積が可能であるとするならば、それに基づくプロファイリング（profiling）も不可能ではないことになり、位置情報から派生して個人情報の推測さえなされ得ることになるのである。⁽²²⁾ そうであるならば、グローバル・ポジショニング・システムの使用に伴う被侵害利益は、「プライバシー」ということになる。

憲法 35 条 1 項は、「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、第 33 条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない」として、住居、書類、所持品の侵入、搜索・押収について、「正当な理由」に基づいて発せられた令状を要求する。また、同条 2 項において、「搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ」と規定することから、当該令状の発付に関しては、搜索・押収を行う機関とは独立した司法官憲による事前の審査が必要であるとしている。このことから、プライバシーとは、如何なる場合にも絶対的なものではないが、逆に捜査機関によって不合理な干渉を許容するものではないことを意味するのである。

合衆国連邦最高裁は、1976 年の Katz 判決における Harlan 判事の補足意見⁽²³⁾において、合衆国憲法修正 4 条⁽²⁴⁾における適用領域は、個人の「プライバシーの合理的期待（reasonable expectation of privacy）」の範囲によって決定されるが、個人のプライバシーの期待が合理的であるか否かの基準は、「①個人がプライバシーの期待を有していること（プ

ライヴァシーの主観的期待)と②当該プライヴァシーの期待が社会にとって合理的なものであると認められること(プライヴァシーの客観的期待)」にあり、この基準に照らして、被処分者にプライヴァシーの合理的期待が認められる場合には、搜索・押収をなす場合に、合衆国憲法修正4条に定められた要件を充足しなければならないことを示し、その後の合衆国連邦最高裁判所の判例において、指針(lodestar)となつて⁽²⁵⁾いる。

これにより、たとえば私的領域については「プライヴァシーの合理的期待」があるものの、路上や公園といった公共のスペースにおいては、自身の意思に基づきプライヴァシーを放棄している以上、保護を与える必要はないということになる。しかし、壇上准教授が指摘されるように、たとえ公共のスペースであったとしても、「その挙動に対するプライヴァシーの期待を全く有していないものもあれば、『主観的』には有しているものもある」といえよう。⁽²⁶⁾つまり、公共の空間であっても、私的領域と同様でないとしても、挙動・行動のすべてについて情報を開示しているわけではなく、一定のプライヴァシーの期待が存在していると解するのである。⁽²⁷⁾

そこで、次にグローバル・ポジショニング・システムに関する判例が増えている合衆国に目を移し、これまでの状況を概観することにより、この点についてさらに詳細に検討を加える。

- (6) スペースセグメント(グローバル・ポジショニング・システム衛星)は、ルビジウム(Rb)やセシウム(Cs)を使用した原子時計を搭載し、時刻データを含む電波信号を送信するものである。
- (7) コントロールセグメント(地上制御局)は、地上から衛星の追跡、および制御を行う施設である。
- (8) ユーザーセグメント(利用者受信機)には、①コードを用いて測位計算を行う単独測位用受信機と②電波の位相を利用して基線を計算する干渉測位用受信機に大別される。①は単独で使用できるが、②は受信機を2台以上用

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー

いて、受信機関の基線を測る相対測位となる。

- (9) この点の詳細につき、坂井丈泰『GPS技術入門』(東京電機大学出版・2003年)、佐田達典『GPS測量技術』(オーム社・2003年)、ITS情報通信システム推進会議編『図解これでわかったGPS〔第2版〕』(森北出版・2004年)、Bernhard Hofmann·Wellenhof=Herbert Lichtenegger=James Collins〔西修二郎訳〕『GPS理論と応用』(シュプリンガー・ジャパン・2005年)、野村弘明『モバイルGPSナビゲーションブック』(ピーワーク・2007年)、西修次郎『図解GPS-測位の理論-』(日本測量協会・2007年)等、参照。
- (10) なお、グローバル・ポジショニング・システムの歴史についても、前掲注(9)の文献を参照のこと。
- (11) この点の詳細については、<http://www.fcc.gov/pshs/services/911-services/enhanced911/>参照のこと。Cf. Laurie Thomas Lee, *Can Police Track Your Wireless Calls? Call Location Information and Privacy Law*, 21 CARDOZO ARTS & ENT L. J. 381, 383-387 (2003). なお、E911プロジェクトは2フェーズに分かれ、フェーズ1は、通報者の所在地を基地局レベルで特定する仕組みを携帯電話事業者が構築することであり、フェーズ2は、グローバル・ポジショニング・システムを使って通報者の所在地を半径50~100m程度の精度で特定する仕組みを作ることであるとされる。
- その他、合衆国においては、使用者が被用者を監視するためにグローバル・ポジショニング・システムが使用されたり(Derek P. Richmond, *Comment, Can You Find Me Now? - Tracking the Limits on Government Access to Cellular GPS Location Data*, 16 COMMLAW CONSPPECTUS 283, 294-295 (2007)),あるいは多くの州で性犯罪者の居場所を把握するために、グローバル・ポジショニング・システムが活用されている(See, Megan A. Janicki, *Better Seen Than Herded: Residency Restrictions and Global Positioning System Tracking Laws for Sex Offenders*, B. U. PUB. INT. L. J. 285 (2007)). なお、韓国でもすでに実施されており、わが国においても、法務省は、「同意のうえ」との条件付ではあるが、グローバル・ポジショニング・システム端末装着につき、検討に入っているようである(2008年12月28日付中日新聞〔朝刊〕)。なお、宮城県警は、2006年1月に出所した男性に対し、グローバル・ポジショニング・システム端末装着を勧めていたことがJNNの取材により判明している(http://news.tbs.co.jp/newseye/tbs_newseye4406537.html)。
- (12) この点の詳細については、<http://www.fdma.go.jp/neuter/topics/>

- jouhou/190126 unyou. html 参照のこと。119 番通報により、音声通話と併せて通報者の発信位置に関する情報が自動的に消防本部（非常備消防の場合は町村役場等）に通知され、指令台において電子地図上に表示することが可能となった。
- (13) 指宿信「GPS と犯罪捜査 追尾監視のためのハイテク機器の利用」法セミ 619 号（2006 年）4 頁，同「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＝中森喜彦＝吉岡一男＝井上正仁＝堀江慎司編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂・2007 年）176 頁参照。
- (14) 佐田・前掲注(9) 4 頁。
- (15) See, April A. Otterberg, *GPS Tracking Technology: The Case for Revisiting Knotts and Shifting the Supreme Court's Theory of Public Space Under the Fourth Amendment*, 46 B. C. L. REV. 661 (2005); William A. Herbert, *No Direction Home: Will the Law Keep Pace with Human Tracking Technology to Protect Individual Privacy and Stop Geoslavery?*, 2 I/S: A JOURNAL OF LAW & POLICY FOR THE INFORMATION SOCIETY 409 (2006).
- (16) Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1913). 邦訳として、外間寛「プライバシーの権利」伊藤正巳＝戒能通孝編『プライバシー研究』（日本評論社・1962 年）1 頁以下。なお、その 4 年前に、すでにプライバシーに関し触れた刑事手続に関する判例として、Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886).
- (17) 樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂『注釈法律学全集 1 憲法 I』（青林書院・1994 年）281 頁〔佐藤幸治〕。
- (18) 佐藤幸治「プライバシーの権利（その公的側面）の憲法的考察－比較法的検討－(1X2)」法学論叢 86 巻 5 号（1970 年）1 頁以下，同 87 巻 6 号（1970 年）1 頁以下，同『憲法〔第 3 版〕』（青林書院・1995 年）453 頁・454 頁，同「プライバシーの権利と個人情報の保護」榎原猛＝阿部照哉＝佐藤幸治＝初宿正典編著『国法学の諸問題 宮田豊先生古稀祝賀記念』（嵯峨野書院・1996 年）30 頁など。同旨として、松井茂記「プライバシーの権利について」ひろば 41 巻 3 号（1988 年）38 頁。なお、芦部信喜『憲法学 II 人権総論』（有斐閣・1994 年）378 頁以下も、併せて参照のこと。
- (19) 阪本昌成『プライバシー権論』（日本評論社・1986 年）1 頁以下。なお、佐伯教授も、本見解に類似し、社会的評価からの自由と捉える（佐伯仁志「プ

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー

プライバシーと名誉の保護—主に刑法の観点から—(1)～(4・完) 法協 101 卷 7 号 (1984 年) 981 頁以下, 同 101 卷 8 号 (1984 年) 1158 頁以下, 同 101 卷 9 号 (1984 年) 1406 頁以下, 同 101 卷 11 号 (1984 年) 1675 頁以下。

(20) なお、言うまでもなく、「ひとりに放ってもらう権利」という概念付けだけでは、捜査活動の限界を基準付けることは不可能であるということは、以前より主張されていることがらである (E. g., A. Westin, *Privacy in Western History* (1967))。

(21) Otterberg, *supra* note 15, at 667–668.

(22) Aaron Reneger, *Satellite Tracking and the Right to Privacy*, 53 *HASTING L. J.* 549, 552–553 (2002).

(23) *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 361 (1967) (Harlan, J., concurring).

本判決の解説・評釈として、山中俊夫「盗聴の規制—*Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967)」英米判例百選 I 公法 (1978 年) 176 頁・177 頁、塚本重頼『アメリカ刑事法研究』(中央大学出版部・1978 年) 191 頁以下、渥美東洋『捜査の原理』(有斐閣・1979 年) 73 頁以下等参照。なお、井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』(有斐閣・1997 年) 9 頁・10 頁、安富潔『ハイテク犯罪と刑事手続』(慶應義塾大学法学研究会・2000 年) 27 頁以下、新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』(成文堂・2000 年) 213 頁以下、大野正博『現代型捜査とその規制』(成文堂・2000 年) 86 頁以下等も、併せて参照のこと。

(24) 合衆国憲法修正 4 条は、「不当な搜索、および押収によって、自己の身体、家屋、書類、ならびに所持品の安全を保障されるという人の権利については、侵害されないものとする。令状は、宣誓、もしくは確約によって裏付けられた相当な理由に基づいてのみ発せられ、かつ搜索される場所、および逮捕されるべき人、または物を特定して明示しなければならない (“The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”) と規定する。

(25) この点については、大野正博「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素材として—」朝日法学論集 36 号 (2009 年) 55 頁以下。

- (26) 壇上弘文「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 - electronic tracking device いわゆるビーパーの有効かつ適切な利用とその限界及び要件についての検討 -」法學新報 112 卷 1 = 2 号 (2005 年) 199 頁。
- (27) なお、合衆国においても、合衆国連邦最高裁判所の採用する「プライバシーの合理的期待の理論」と市民のプライバシーに対する感覚の間には大きな隔りがあることが指摘されている (Christopher Slobogin & Joseph E. Schumacher, *Reasonable Expectations of Privacy and Autonomy in Fourth Amendment Cases: An Empirical Look at "Understandings Recognized and Permitted by Society,"* 42 DUKE L. J. 727 (1993).)。

3. グローバル・ポジショニング・システムを用いた公道上での追跡

(1) Beeper に関する合衆国の判例

現時点で、合衆国連邦最高裁判所におけるグローバル・ポジショニング・システムを用いた追跡に関する判例は存在しない。但し、電子追跡装置である Beeper の使用に関し、判断を示しているため、この点に関する合衆国連邦最高裁判所の判例を概観する。⁽²⁸⁾

Beeper に関し、合衆国連邦最高裁判所として、最初に判断を示したのが、Knotts⁽²⁹⁾判決であった。

(i) Knotts 判決

【事実の概要】

Minnesota 州の捜査官が、3M 社の元従業員 Armstrong が覚せい剤製造の原料となるクロロフォルム (chloroform) を Hawkins 科学製品会社 (Hawkins Chemical Co.) から購入している事実を突き止めたため、同社の同意を得て、Armstrong に売却するクロロフォルムの容器の内側に Beeper を取り付けたが、それを知らない Arm-

strong は、当該 chloroform を購入し、自動車で Petschen のところまで運び、これを受け取った Petschen は、さらに自動車で州境を越えて、Wisconsin 州へと進んだ。この間、捜査官は肉眼と Beeper の双方で監視を続けていたが、途中でこれを見失い、約 1 時間後にヘリコプターに搭載されたモニタリング装置 (monitoring device) が Beeper からのシグナルを捉え、それが Shell Lake にある被上告人 Knotts の小屋 (cabin) から発せられたものであることを突き止めた。

その後、3 日間に亘って小屋を監視し続け、令状を得て捜索を行い、小屋の中に原料や器具を備えた覚せい剤製造所があるのを発見したものである。被上告人は、規制薬物製造共謀罪で有罪となり、5 年の拘禁刑を言い渡された。⁽³⁰⁾ 合衆国第 8 巡回控訴裁判所は、Beeper による監視は、被上告人のプライバシーの合理的期待を侵害する合衆国憲法修正 4 条に違反する行為であり、それによって得られた証拠は排除すべきであるとして、有罪判決を破棄した。

【判旨】破棄・差戻し

(1) 法廷意見 (Rehnquist 裁判官執筆)⁽³¹⁾

当裁判所は、Olmstead 判決において、物理的侵入を伴わない電話傍受は、合衆国憲法修正 4 条に違反しないとした。そのほぼ 40 年後、Katz 判決においては、合衆国憲法修正 4 条の保護が及ぶか否かは、⁽³²⁾「物理的侵入の有無によるものではなく、プライバシー侵害の有無によるものである」と判示した。さらに、Smith 判決に⁽³⁴⁾おいては、プライバシー侵害の有無は、第 1 に、個人がプライバシーへの主観的期待を現に有していることを行動によって示していること、第 2 に、当該個人のプライバシーへの主観的な期待が、社会にとって合理的、あるいは正当なものとして認められていること、という 2 つの要件の充足している必要があると判示した。本件における Beeper の使用が、プライバシーの侵害に当たるか否か

も、以上の観点から検討しなければならない。

自動車内では、車内にいる者のプライバシーの期待は制限される。なぜなら、自動車は、住居もしくは財産の保管場所ではなく、輸送をその機能とするものであるからである。自動車は、公道を移動するものであり、公道においては乗車者も車内の物も誰もが現認できる状況にあり、プライバシーの合理的期待を持つものではないからである⁽³⁵⁾。公道を自動車で走行している場合には、自動車運転手は、その者がある特定の道のある特定の方向へ走行しているという事実を、また停車させた場合には、停車したという事実を、公道から私有地に入ったときには、最終目的地が当該場所であるという事実を、それを知らうとする者には誰であっても任意に伝えているのである。

被上告人 Knotts は、小屋に関する限りは、住居として、伝統的なプライバシーの期待を有していることは疑う余地がない。しかし、そのような合理的期待も、公道を離れ、Knotts の住居に到着する Petschen の自動車を観察すること、および小屋の外の open fields におけるクロロフォルムの缶のような物の移動にまで及ぶものではない⁽³⁶⁾。

Knotts の住居に隣接する公共の場所から肉眼で監視しさえすれば、警察は、Petschen の自動車が到着したこと、ならびに容器の存在につき、十分に知り得たはずである。警察は、これらの情報を獲得するために、肉眼での監視に加え、Beeper の使用により自動車の所在を確認したのであるが、そのような事実は当該情況に何ら影響を与えるものではない。警察は、本件におけるような科学技術を用いて、人が生まれ持った感覚能力を増幅してはならないことは、合衆国憲法修正 4 条にはまったく示されていない⁽³⁷⁾。

被上告人は、検察の趣旨に適った判断がなされるならば、国民を 24 時間監視することが可能となり、しかも裁判所が当該監視の成

果を知ることも、またその監視を監督することさえも不可能になるという一般論を展開する。しかし、実際には、このような濫用の恐れを示すものは、皆無である。⁽³⁸⁾ 仮に被告人が想定するような捜査網的執行 (dragnet-type law enforcement practices) が発生したとすれば、その時に別の憲法上の原則の適用を検討する十分な時間的は存在する。

被上告人は、所有地内でのクロロフォルムの容器の所在を発見するために、Beeper を使用することは違法であると主張する。本件は、被告人の住居という聖域に関する事件であるというのである。

しかし、本件記録上、Beeper の信号が受信されていたのは、クロロフォルムの容器が来るまで運ばれて、被上告人の私有地に到着するまでであって、それ以後、当該信号の受信を示すものは存在しない。肉眼による監視が不可能になったため、捜査官は Beeper を使用した結果、クロロフォルムの容器の最終設置場所を確認することができた。しかし、このような科学技術による感覚能力の増幅がなされたからといって、肉眼による監視の場合には生じ得ない憲法上の争点を生じさせるものではない。なぜなら、Petschen の車が走行中、一定の距離を保ちながら追跡し続けていれば、Petschen の車が Knotts の小屋に到着するのを確認できたはずだからである。このようにして判明した事実と他の事実とが相俟って、搜索令状入手のために用いられたのである。小屋の中での缶の移動に関する情報を収集するために、あるいは小屋の外からは肉眼によっては見ることが不可能なものを見るために Beeper が使用されたという事実を示す証拠も存在しない。以上のことから、本件における Beeper の使用は、被上告人のプライバシーに対する正当な期待を侵害するものではないため、合衆国憲法修正 4 条における「搜索」にも「押収」には該当しない。

(2) 結論同調意見 (Brennan 裁判官執筆)⁽³⁹⁾

仮に、被上告人が、Beeper をクロロフォルムの容器に設置したこと自体を争っていたならば、本件は一層困難な事件になっていたであろうと思われる。なぜなら、Silverman判決において、政府が情報収集の目的で憲法上保護された領域に対して物理的に侵入した場合には、それによって入手された情報が、たとえそれ以外の方法によっても収集されたであろうと想定できる場合であったとしても、当該物理的侵入行為が合衆国憲法修正 4 条違反に当たると判示されているからである。Katz 判決も、その後の判例も、当該原則を変更しては⁽⁴⁰⁾はいない。

また、私は、控訴裁判所が、その注で容器の所有者が同意すれば、Beeper を取り付けることが許されると判示しているが、まったく同意できない。合衆国憲法修正 4 条の趣旨に照らすならば、私は被疑者が所持している物に Beeper を取り付けることと、被疑者がすでに Beeper が取り付けられた物を知らずに購入するように仕向けることとの間には、憲法上の差異はないと考える。⁽⁴²⁾

被上告人は、先例に照らして、Beeper が取り付けられた物を購入したのは自身ではなく他の共犯者であるため、自身には Beeper 取り付けの適法性を争う適格がないと口頭弁論 (oral argument) で主張している。当該主張が正しいとするならば、合衆国憲法修正 4 条における適格概念を再定義しようとした当裁判所の試みは混乱を生むものでしかなかったことになる。⁽⁴³⁾

(3) 結論同調意見 (Blackmun 裁判官執筆)⁽⁴⁴⁾

法廷意見は、“open fields” 法理に言及しているが、本件は当該法理に関わるものではないため、この言及は不要である。さらに、当裁判所は、“open fields” 法理に関する事件について、別の事件移送命令を発している。したがって、本件で当該問題を判断すべきではない。⁽⁴⁵⁾

(4) 補足意見 (Stevens 裁判官執筆)⁽⁴⁶⁾

被告人は、クロロフォルムの容器に Beeper を設置したこと自体を争ってはいないので、捜査官側が容器の到着地を確認するために電波を受信したことは正当であったといえる。但し、法廷意見が2つの不必要な意見を含んでいるため、私は同意できない。

第1に、クロロフォルムの容器が小屋の“open fields”に見えるように置いてあったと推認しているが、これを示す記録は存在しない。本件で、“open fields”法理を問題とする必要はない。

第2に、合衆国憲法修正4条は、「警察が、科学技術を用いて人間の知覚能力を高めることを禁じていない」としているが、当裁判所は、Katz 判決において、これとは逆の判示をしているのであって、本件においては問題がないとしても、電子探知機の利用の当否については慎重な判断が必要である。

さらに、翌年に合衆国連邦最高裁判所によってなされた Karo⁽⁴⁷⁾判決では、Knotts 判決において未解決の問題点について判断が示されている。

(ii) Karo 判決

【事実の概要】

1980年8月、麻薬取締局（DEA：Drug Enforcement Administration）捜査官は、被告 Karo, Horton, Harley 等が、コカイン抽出に使用するエーテル 50 ガロンを政府の情報提供者 Muehlenweg より購入しようとしている事実を得たため、エーテルの缶への Beeper の取り付けと、これによる監視を許可する裁判所の令状を取得し、Muehlenweg の同意を得て、積荷の缶の1つを Beeper が取り付けられた缶と交換した。

9月20日、Karo が情報提供者 Muehlenweg からエーテルの缶を受け取った後、Karo 宅、および Horton 宅を経て、Horton と Harley が共同で借りた2つの倉庫に運ばれ、さらに Rhodes 宅、そして翌年

2月6日には、Horton等3名がTaosで借りていた家へと運ばれた。その間、捜査官はBeeperによって、エーテルの缶の移転先を追跡・監視し続けた。

2月8日、Taosの家に対する搜索令状を取得し、2月10日にこれを執行して、コカイン、およびコカインを押収した。

被上告人Karo等6名は、コカインの頒布目的所持の共謀等で起訴されたが、連邦地方裁判所は、Beeperの設置許可令状は無効であり、押収物は毒樹の果実であるとして、被上告人等による証拠排除の申立を容認した。政府側は控訴したが、設置許可令状が無効であることは争わなかった。連邦控訴裁判所は、無令状のBeeperの設置、およびそれによる監視は違法であり、その結果、押収物は毒樹の果実として証拠排除されるべきであるとした。これに対し、政府側の上告申立が受理された。

【判旨】破棄・差戻し

(1) 法廷意見 (White 裁判官執筆)⁽⁴⁹⁾

当裁判所は、Knotts事件において、肉眼での監視により獲得できない情報をBeeperによって明らかにしたのではない場合には、Beeperによる無令状の監視は、合衆国憲法修正4条に違反しないと判示した。本件では、同判決で未解決の2つの問題について検討する。

① まず、無令状でBeeperをエーテルの容器に取り付ける行為の合憲性が問題となるが、それ自体は、何らKaroをはじめとする被上告人の合衆国憲法修正4条の権利を侵害するものではない。なぜなら、取り付け当時、容器はDEAに属していたし、またMuehlenwegの同意も得られていたからである。

これに対し、合衆国控訴裁判所は、Beeperの設置された容器がKaroに引き渡された時点で、合衆国憲法修正4条違反になると判

示す。しかし、単に容器が引き渡されただけでは、合衆国憲法修正4条における「搜索」にも「押収」にも該当しない。なぜなら、「搜索」は、「社会が合理的であると認めるプライバシーの期待が侵害された場合」に認定されるが、本件引渡しによって Karo が秘密にしておきたかった情報が伝達されるわけではないため、プライバシーの侵害があったとはいえない。また、「押収」は、「財産に対する占有利益が侵害された場合」に認定されるが、本件ではこのような侵害は認められないからである。⁽⁵⁰⁾

② 次に、肉眼では監視できない Taos の家を Beeper で監視することが、住居におけるプライバシーに正当な利益を有する者の合衆国憲法修正4条の権利を侵害するか否かが問題となる。仮に、本件において捜査官がエーテルの存在を確認するため、無令状で当該家屋に立ち入ったのであるとするならば、合衆国憲法修正4条における不合理な「搜索」に該当することは疑いのないところである。したがって、本件のように、外部からは入手することができない情報を獲得するために無令状で Beeper を用いた場合も、同様に解すべきである。

これに対し、政府側は、もしこのように解すると、Beeper を使用するあらゆる事案において令状を入手しなければならないことになり、搜索すべき場所を予め特定しにくいことなどを勧告すると、極めて非現実的であるため、令状主義の例外を認めるべきであることを強く主張する。確かに、当裁判所は、限定的に令状主義の例外⁽⁵¹⁾を認めてきた。しかし、Beeper は、プライバシーに対する軽微な侵害に過ぎないため、令状は不要であるとの主張は、令状を要求する真の理由が、「中立・公平な治安判事」による司法的抑制⁽⁵²⁾にあることを看過している。

また、政府側は、令状が必要であるとする Beeper を使用するすべての事件において令状を入手しなければならず、過重負担を招

くと反論するが、本件では、令状の入手自体は行われており、説得力に乏しい。

さらに、政府側は、搜索すべき場所の特定が困難であることを主張するが、Beeper を取り付ける対象物、取り付けを必要とする状況、監視時間等を記載することは可能であり、令状を発付するためには、それで充分である。

③ エーテルの缶が Taos の家にあるという情報は、無令状での Beeper の使用により得られたものであるから、仮にこれのみを資料として搜索令状が入手されたのであれば、当該令状は無効である。しかし、当該情報とは違法捜査により汚染されていない (untainted) 他の充分な証拠が宣誓供述書の中に含まれていれば、令状は有効である⁽⁵³⁾。

本件では、エーテルの缶が第1倉庫から捜査官が知らない間に運び出された、捜査官は、後日、Beeper を用いて、第2倉庫へ移動したことを探知したのであるから、それ以前の違法な監視は、当該探知に寄与していないし、第2倉庫での探知も違法な搜索ではない。Beeper は、倉庫内のどのロッカーにエーテルの缶があるかは示しておらず、捜査官がエーテルの臭いで当該ロッカーを突き止めたのである。また、捜査官は当該ロッカーからエーテルの缶が Horton のトラックに積み込まれるのを現認し、Taos の家まで監視・追跡したのであり、Knotts 判決に照らし、何人に対しても、合衆国憲法修正4条違反ではない。そうであるならば、宣誓供述書の中に、Beeper を用いて入手した情報とは別に、相当な理由を示すだけの汚れなき情報が含まれていたことは明らかである。したがって、家屋内での押収された証拠を排除しなければならない理由はない。

(2) 結論同調意見 (O'connor 裁判官執筆)⁽⁵⁴⁾

法廷意見の①③には同調するが、②については賛成できない。

法廷意見は、Beeper の設置された容器が住居内に持ち込まれ、外部からは入手できない家屋内の情報を伝達する場合には、Beeper の使用は、当然に家屋所有者のプライバシーを侵害すると解しているようである。しかし、本件では、家屋所有者は、当該容器の持ち込みに同意しているため、その限りにおいては、家屋所有者は自己のプライバシーの一部を放棄し、容器所有者に引き渡したとみるべきである。したがって、家屋を搜索することなく、容器の搜索のみが行われた場合には、容器自体に財産権、あるいはプライバシーの利益を有しない以上、家屋所有者は、⁽⁵⁵⁾ プライヴァシーの侵害を理由に証拠排除を申し立てる適格を欠くと解すべきである。

(3) 一部賛成一部反対意見 (Stevens 裁判官執筆)⁽⁵⁶⁾

法廷意見の②には同調するが、①③、および結論には賛成できず、原判決を支持する。

まず、Beeper の取り付け行為は、それ自体「押収」に該当する。なぜなら、政府は、取り付けにより、財物所有者の排他的使用権を侵害するためである。本件では、エーテルの容器が被上告人らに引き渡された時点で押収が行われたことになる。

次に、当裁判所の先例によれば、ある者が自己の財産を公衆の眼から隠した場合、財産の所有という事実は私的なものであり、合衆国憲法修正 4 条の保護の対象となる。本件では、Karo が容器を自宅に運び込んだ段階以降は、容器は公道上を運搬されている間も含め、公衆の眼から隠されているのであり、捜査官は Beeper の使用によってしか容器の所在を知ることができなかったのであるから、合衆国憲法修正 4 条における「搜索」に該当すると考えられる。これに対し、法廷意見は、捜査官が Beeper を使用して有益な情報入手するまではプライバシーの侵害はないとするが、財産が公衆の眼から隠された時点で、プライバシーの期待を認めるべきである。

法廷意見は、Taosの家に対する Beeper の使用によって得られた情報を除いても、他の汚れない資料によって捜索令状の正当性を基礎付けることは可能であるとするが、この点は本件では争点とされておらず、これについて法廷意見が検討を加えたのは適當ではない。

Beeper とは、会話等を傍受する機器とは異なり、周期的な信号を発信する無線電波装置であり、波長を合わせた受信装置によって当該信号をキャッチすることにより、個人や対象物の移動の様子を追跡し、現在位置を確認することができるものをいう。

Beeper の使用に関し、合衆国連邦最高裁判所において、初めて判断を示したのが、(i) *Knotts* 判決であった。法廷意見は、Smith 判決において確認された基準に従い、本件事案における車両の移動に対しては、プライバシーに対する合理的期待は認めることはできないと判示した。つまり、肉眼による監視によっても同一の情報を入手できる場合には、合衆国憲法修正 4 条に違反することはないと判断したのである。⁽⁵⁷⁾

但し、(i) *Knotts* 判決においては、Beeper の設置行為自体が合衆国憲法修正 4 条における「捜索」に該当するか、また、家屋内に存在する Beeper から発信された信号を受信することの適法については、判断が示されることはなかった。この点につき、判断を示したのが、(ii) *Karo* 判決である。法廷意見は、Beeper の設置行為とその後の監視を区別したうえで、前者については、所有者の同意があることを理由に有効とし、また、Beeper 設置につき、不知の者に設置済みの容器を引き渡したとしても、プライバシーの期待、あるいは財産的利益に対する侵害はないため、合衆国憲法修正 4 条における「捜索」にも「押収」にも該当しない⁽⁵⁸⁾と判示した。しかし、後者については、住居外から肉眼では入手できない情報を無令状での Beeper の使用により得られた場合には、住居におけるプライバシーに正当な利益を有する者の利益を侵害すること

に該当し、合衆国憲法修正 4 条における不合理な「搜索」に該当することを明らかにした⁽⁵⁹⁾。

本稿においては、監視行為に焦点を絞っているため、設置行為が合衆国憲法修正 4 条における『搜索』に該当するか否かについては論じない⁽⁶⁰⁾。但し、Beeper による監視が合衆国憲法修正 4 条における『搜索』に該当すると判断し、令状主義の規制下においた点については、近時の合衆国連邦最高裁判所における判例と比較しながら、簡単に検討を加えたい⁽⁶¹⁾。

(i) *Knotts 判決* も (ii) *Karo 判決* も、事案を「被告人の住居という聖域 (the sanctity of the home)」に関する事案であると位置付けている。そのうえで、(ii) *Karo 判決* は、「外部からは入手することができない情報を獲得するために無令状で Beeper を用いた場合」には、「合衆国憲法修正 4 条における不合理な『搜索』に該当することは疑いのないところである」としている。当該領域に対し、科学的手法を捜査に用いる場合には、非常に慎重な検討を加えていることが窺える。

Beeper に関する事案ではないが、*Kyllo 判決*⁽⁶²⁾、あるいは *Caballes 判決*⁽⁶³⁾ からも、このことがいえよう。*Kyllo 判決* では、一般大衆に利用されていない科学技術 (知覚増幅技術) を利用して「憲法上保護された領域」への物理的な侵入がなされなければ入手不可能であった家屋内部に関する情報を入手することは、合衆国憲法修正 4 条における「搜索」に該当し、令状を要するとの一般的準則を提示したうえで、令状に基づかず公道から熱線画像装置を用いて肉眼では確認できない赤外線放射物を家屋内から検知し、それを温度分布に従って画像に変換する行為は、これに反すると判断した⁽⁶⁴⁾。同様に、*Caballes 判決* も、「警察官が、被告人を路上で停止させた当初の身体の拘束は、相当な理由に基づいて行われたものであり、適法であったと考えられる」が、「*Jacobsen 判決* で判示された通り、当初適法であった物件の留置も、その執行方法が憲法上保護された利益を不合理に侵害する場合には、合衆国憲法修正 4 条違反に

なる」としていることから、従来のスタンスを踏襲しているといえよう。
 Kylo 判決と Caballes 判決の整合性についてであるが、⁽⁶⁵⁾情報入手方法が「合法的な活動」をも開示するか否かという点を基準とすることを明らかにしている。つまり、合衆国連邦最高裁判所は、Kylo 判決における熱線画像装置は、「家屋内の女性が毎晩、何時にサウナや風呂に入るかなど、『私事』と考える仔細」という合法的な活動を探知することが可能であったのに対し、Caballes 判決においては、「一定の事実が、捜査当局の関心を引くことはないであろう」という期待は、「社会が合理的と考えるプライバシーの利益と同一ではない」ことを前提に、薬物探知犬による嗅覚探知は、合法的な活動を探知するものではないことから、⁽⁶⁶⁾両者は整合性が保たれていると解している。

(2) グローバル・ポジショニング・システムを用いた追跡に関する合衆国の判例

グローバル・ポジショニング・システムは、Beeper 以上の性質を有するため、その議論は、さらに慎重でなければならない。上述のように、現時点では、合衆国連邦最高裁判所におけるグローバル・ポジショニング・システムを用いた追跡に関する判例は存在しないものの、①州裁判所レベル、および②合衆国連邦地方裁判所レベルにおいては、令状の要否に関し、⁽⁶⁷⁾判例に分かれている。

まず、①州裁判所レベルであるが、令状を不要とする判例として、たとえば Gant 判決は、⁽⁶⁸⁾(i) *Knotts 判決* に基づき、公道上においては「⁽⁶⁹⁾プライバシーの合理的期待」は存在しないとする。

これに対し、令状を必要とする代表的判例である Jackson⁽⁷⁰⁾判決は、目視による監視を単に補強するにしか過ぎないと解する控訴裁判所の判断を否定し、⁽⁷¹⁾Campbell判決に従って、グローバル・ポジショニング・システムによる監視は、伝統的な目視による監視とは異なる強力な関し手段であることを認め、さらに被処分者が知らない間に、自動車で出かけ

る都度、そして停止する都度、当該行動や停止時間等を政府により記録され、膨大な個人情報を収集することを可能とし、「極めて侵害的な態様の監視」といい得ると指摘している。⁽⁷²⁾ また、“Q-ball”と呼ばれるグローバル・ポジショニング・システム装置が用いられた Weaver 判決⁽⁷³⁾では、(i) *Knotts* 判決が *Bepper* という四半世紀以上も前の、現時点では、原始的な追跡装置と認識しなければならない装置の利用の適否に関する事案であったことを指摘したうえで、グローバル・ポジショニング・システムは、*Beeper* とは異なり、容易、かつ安価で頒布することが可能であり、事実上無限に、そして極めて正確な追跡能力を有する遥かに洗練された強力な装置であることを強調している。射程範囲が州法に限定されているとはいえ、*Jackson* 判決、および *Weaver* 判決が指摘する「侵害性」に関する判断は、注目すべきであろう。

この対立は、②合衆国連邦地方裁判所レベルにおいても、同様であるといえる。⁽⁷⁴⁾

なお、合衆国連邦控訴裁判所レベルでは、*Garcia* 判決⁽⁷⁵⁾が存在する。本件事案は、令状を得ることなく、捜査機関は車両後部バンパー下に GPS “memory tracking unit”⁽⁷⁶⁾ を取り付け、監視したものであるが、これに対し、第 7 巡回区連邦控訴裁判所は、合衆国憲法修正 4 条における捜索・押収には該当しないとの判断を示している。

グローバル・ポジショニング・システムによる監視につき、判例の判断が分かれるなか、合衆国連邦刑事訴訟規則 (Federal Rules of Criminal Procedure) は、41 条 (b) (4)において、

“a magistrate judge with authority in the district has authority to issue a warrant to install within the district a tracking device; the warrant may authorize use of the device to track the movement of a person or property located within the district, outside the district, or both”

(管轄内において正当な権限を有する治安判事は、tracking device を当該管轄に

において装着するための令状を発付する権限を有する。令状は、当該管轄内、管轄外、あるいはその双方において、移動している人、または財産を追跡するための装置の使用を許可することができる)

との規定を新たに置き、グローバル・ポジショニング・システム装置を含めた tracking device の装着について、令状に基づき実施することを可能としている。

- (28) Beeper の使用に関しては、1975 年以降、下級審裁判所において議論されてきた。この点の詳細につき、山名京子「科学的捜査とプライバシーに關する一考察—アメリカ合衆国ビーバー（電子追跡装置）の判例を中心に—(1) (2) 関西大学法學論集 33 卷 6 号 (1984 年) 17 頁以下、同 34 卷 1 号 (1984 年) 119 頁以下参照。その他、捜査手法としての Beeper の使用に関し、総合的に検討を加えたものとして、香川喜八朗「ビーバーによる監視について」立山龍彦編著『社会と秩序』（東海大学出版会・1986 年）45 頁以下、同「監視とプライバシー」高岡法学 2 卷 1 号 (1991 年) 225 頁以下、壇上・前掲注 (26) 185 頁以下も、併せて参照のこと。
- (29) *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983). 本判決の解説・評釈として、香川喜八朗「*United States v. Knotts*, 51 U.S.L.W 4233 (U.S. Mar. 2, 1983) ビーバーによる監視は、プライバシーを侵害するものではなく、第 4 修正の捜索・押収に当たらないとされた例」比較法雑誌 17 卷 2 号 (1983 年) 145 頁以下、大塚裕史「ビーバーの使用と修正 4 条 *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983)」鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究・第 2 卷』（成文堂・1986 年）58 頁以下参照。
- (30) 21 U.S. C. 846.
- (31) Burger 長官, White 裁判官, Powell 裁判官, および O'connor 裁判官が同調している。
- (32) *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).
- (33) *Katz v. United States*, *supra* note 23.
- (34) *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).
- (35) *Cardwell v. Lewis*, 417 U.S. 583, 590 (1974) (plurality opinion). *See also* *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128, 153–154 (1978), and n. 2 (Powell, J., concur-

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー

- ring) ; South Dakota v. Opperman, 428 U.S. 364, 368 (1976).
- (36) Hester v. United States, 265 U.S. 57 (1924).
- (37) United States v. Lee, 274 U.S. 559 (1927).
- (38) Zurcher v. Stanford Daily, 436 U.S. 547, 566 (1978)
- (39) Marshall 裁判官が同調している。
- (40) Silverman v. United States, 365 U.S. 505 (1961).
- (41) Cf. The Supreme Court, 1979 Term, 94 HARV. L. REV. 75, 203-204 (1980).
- (42) Cf. Gouled v. United States, 255 U.S. 298, 305-306 (1921) ; Lewis v. United States, 385 U.S. 206, 211 (1966).
- (43) See Rawlings v. Kentucky, 448 U.S. 98, 114 (1980) (Marshall, J., dissenting) ; Rakas v. Illinois, *supra* note 35, at 156 (White, J., dissenting).
- (44) Brennan 裁判官, Marshall 裁判官, および Stevens 裁判官が同調している。
- (45) State v. Brady, 406 So. 2 d 1093 (Fla.), cert. granted, 456 U.S. 988 (1982) ; United States v. Oliver, 686 F. 2 d 356 (1982), cert. granted, 459 U.S. 1168 (1983). See also United States v. Dunn, 674 F. 2 d 1093 (1982), cert. pending, No. 82-508.
- (46) Brennan 裁判官, および Marshall 裁判官が同調している。
- (47) United States v. Karo, 468 U.S. 705 (1984). 本判決の解説・評釈として、加藤克佳「United States v. Karo, 468 U.S. 705, 104 S. Ct. 3296 (1984) - 無令状のビーパーによる監視が第4修正に違反するとされた事例」アメリカ法 [1986-2] 463 頁以下, 大塚裕史「ビーパーの使用と修正4条(その2) United States v. Karo, 468 U.S. 705, 717 (1984)」鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究・第3巻』(成文堂・1989年) 36 頁以下等参照。
- (48) 21 U.S.C. 841 (a) (1), 846.
- (49) Burger 長官, Blackmun 裁判官, および Powell 裁判官が同調している。
- (50) United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109, 113 (1984). 本判決の解説・評釈として、前島充祐「United States v. Jacobsen, 466 U.S. 109 (1984) 私人が包装物を検査した後の政府の検査は、独立した捜索ではない。適法に入手したコカインの無令状の現場での化学検査 (feld chemical test) は、合衆国憲法第4修正の捜索ではない、とされた事例。」比較法雑誌 21 巻 1 号 (1987 年) 143 頁, 洲見光男「私人による捜索が行われた物件に対する無令状捜索の適否と

- その範囲 *United States v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984) 鈴木編・前掲注 (47) 42 頁以下参照。
- (51) たとえば、自動車捜索につき、*United States v. Ross*, 456 U.S. 798 (1982), 同意のある場合につき、*Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973), 緊急事情のある場合につき、*Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967). *Ross* 判決の解説・評釈として、洲見光男「無令状の自動車捜索が許される場合における捜索の範囲 *United States v. Ross*, 456 U.S. 798 (1982)」鈴木編・前掲注 (29)44 頁以下、*Bustamonte* 判決の解説・評釈として、佐藤文哉「*Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973) - 捜索に対する承諾の任意性は、あらゆる事情を総合的に斟酌して肯認できればよく、承諾者が拒否権の存在を知っていたことはその際に斟酌すべき一要素ではあるが不可欠の要件ではない」アメリカ法 [1975-1] 125 頁以下、*Hayden* 判決の解説・評釈として、松尾浩也「*Warden v. Hayden*, 387 U.S. 294 (1967) - 単なる証拠物にすぎない物も差押えの対象とすることができる」アメリカ法 [1969-1] 79 頁以下等参照。
- (52) *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10, 14 (1948).
- (53) *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154, 172 (1978). 本判決の解説・評釈として、虚偽の宣誓供述書に基づく捜索差押令状によって得られた証拠の証拠能力 *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154, 172 (1978) 鈴木義男編『アメリカ刑事法判例研究・第1巻』(成文堂・1982年) 47 頁以下等参照。
- (54) *Rehnquist* 裁判官が同調している。
- (55) *Cf. Lopez v. United States*, 373 U.S. 427 (1963); *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971); *Rawlings v. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980). *Rawlings* 判決の解説・評釈として、洲見光男「押収物の所有者たる被告人の証拠排除申立権 *Rawlings v. Kentucky*, 448 U.S. 98 (1980)」鈴木・前掲注 (29) 52 頁以下等参照。
- (56) *Brennan* 裁判官、および *Marshall* 裁判官が同調している。
- (57) この点につき、香川教授や壇上准教授は、たとえ公道における車両の移動であったとしても、個々のポイント、あるいはそれらポイントのいくつかを伝えているに過ぎず、移動の全行程については、プライベートを肯定すべきであると解する(香川・前掲注 (29) 151 頁、壇上・前掲注 (26) 195 頁参照)。そのうえで、壇上准教授は、「stop and frisk の場合と同様に第4修正の埒外には置かず、緊急性の例外も認めた上でピーパーによる監視におい

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー

て充足されるべき要件（不審事由）を改めて示すことも可能ではなかったか」と指摘される（壇上・前掲注（26）同頁）。

- (58) 加藤・前掲注（47）467頁は、本件における同意につき、「被告人らはビーバー設置時にすでにエーテル容器を購入済みだったと解する余地もあるので、被告人らの同意こそが必要であったとも考えられる」として疑問を提示される。そのうえで、より重要なことは、「エーテル容器が引き渡された段階でもなお被告人らのプライバシーの期待は侵害されていないといえるか」であり、「市民には、自己の購入する財産にビーバーのような電子監視機器が取り付けられていないことを期待する権利があるのだから、本件でもプライバシーの侵害がないとはいいい切れまいだろう」とする。
- (59) この点につき、壇上准教授は、「エーテルの缶自体は住居内にあったとしても、住居内へ運び込む状況は、住居の外の公共の場所から監視することが可能ともいえようし、そのまま外からの監視を続けることによって、運び込まれた缶が住居内に留まっていると判断できるともいえよう。したがって、ビーバーの設置された物が住居内に入っているとの一事を持って、その場合は『第4修正上の搜索に該当し、令状が必要となる』と自動的に判断することには、躊躇せざるを得ない」と指摘される（壇上・前掲注（26）197頁）。
- (60) 「政府は、ビーバーによる監視を目的としなければこれを取り付けないのが普通だから、取付け行為はその後の監視との関連を離れては意味を持たない」とし、「取付け行為自体の適法性を議論することは、あまり実益がないと思われる」とする。山名・前掲注（28）124頁も、「とりつけ行為それ自体を独立的に論ずる余地はほとんどないといってよいだろう。……とりつけの議論はその後のモニタリングとの関連がなければ意味のないものである」とし、設置行為が問題とされる余地があるのは、「とりつけ行為それ自体が違法な場合のみであると思われる」としているが、正鵠を射ているであろう。
- (61) 本判決につき、壇上准教授は、「明らかにされる内容やプライバシーの侵害の程度が軽微であることを理由に不審事由（reasonable suspicion）を要件とする方法もあろう」と示唆する（壇上・前掲注（26）210頁注（35））。
- (62) *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001). 本判決の解説・評釈として、洲見光男「*Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001) - 令状によらない熱画像器（温度感知器）の使用が第4修正に違反するとされた事例」アメリカ法〔2003-I〕204頁以下、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4条に違反するとされた事例 *Kyllo v. United*

- States, 533 U.S. 27 (2001)」朝日法学論集 31 号 (2004 年) 27 頁以下等参照。
- なお、洲見光男「修正 4 条の適用判断と『明白な準則』 - 『搜索』該当性判断を中心として -」三原憲三先生古稀祝賀論文集編集委員会編『三原憲三先生古稀祝賀記念論文集』(成文堂・2002 年) 695 頁以下、柳川重規「科学機器・技術を用いた搜索・差押え」現刑 49 号 (2003 年) 51 頁以下、大野・前掲注 (25) 65 頁以下も、併せて参照のこと。
- (63) Illinois v. Caballes, 543 U.S. 405 (2005). 本判決の解説・評釈として、洲見光男「Illinois v. Caballes, 543 U.S. 405 (2005) - 交通違反による自動車停止中における薬物探索犬使用の合憲性」アメリカ法 [2006 - I] 113 頁以下、二本柳誠「薬物探知犬の使用と合衆国憲法修正 4 条 Illinois v. Caballes, 543 U.S. 405 (2005)」比較法学 41 巻 1 号 (2007 年) 252 頁以下、大野・前掲注 (25) 61 頁以下等参照。
- (64) 当該一般的準則につき、柳川教授は、「知覚増幅機器が物理的侵入の代替手段になっているか否かを問うのは、合衆国憲法採択当時、住居内の情報を得ようとするれば物理的に侵入しなければならなかったためであり、合衆国憲法採択当時のプライバシー保障のレベルを、科学的な監視技術が発達した現代において維持しようという狙いが伺える」ことを指摘したうえで、「だが、プライバシーの客観的に合理的な期待を基準に、プライバシーの保護領域を決定しようとする立場が、結局は、プライバシー保護の是非を社会一般の人々の意識に委ねようとするものであるとするならば、こうした社会の人々の意識は、時代とともに変化する部分もあるので、合衆国憲法採択時に基準を固定する法廷意見のアプロウチには問題があると思われる。また、当の科学技術が一般的に利用されているか否かを問うのは、そうした社会の意識の変化を判断に取り込むためのものであると思われるので、その意味では、判断基準の理論的一貫性に欠けるのではないかと思われる」とする(柳川・前掲注 (62) 54 頁)。
- (65) 大野・前掲注 (25) 93 頁以下。
- (66) なお、酒巻教授は、合衆国連邦最高裁判所の判例は、「プライバシーの侵害 (invasion privacy)」について、一貫しているか疑問があり、Caballes 判決においても、正面からこれに答えていないことを指摘されている(安部圭介=酒巻匡=芹澤英明=野坂泰司=藤井樹也=寺尾美子「〔座談会〕合衆国最高裁判所 2004-2005 年開廷期重要判例概観」アメリカ法 [2005 - II] 266 頁 [酒巻匡発言])。

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー

- (67) 指宿・前掲注(13) 4頁・5頁, 同・前掲注(13) 177頁以下等参照。
- (68) *People v. Gant*, 9 Misc 3 d 611 (2005).
- (69) *People v. Zichwic*, 114 Cal. Rptr. 2 d 733 (2001); *Osburn v. State*, 44 P. 3 d 523 (2002).
- (70) *State v. Jackson*, 76 P. 3 d 217 (2003)
- (71) *State v. Campbell*, 759 P. 2 d 1040 (1988).
- (72) *See also*, *People v. Lacey*, 787 N.Y.S. 2 d 680 (2004).
- (73) *People v. Weaver*, 909 N.E. 2 d 1195 (2009).
- (74) 令状を不要とする判例として, *United States v. McIver*, 186 F. 3 d 1119 (9th Cir. 1999); *United States v. Glemisola*, 225 F. 3 d 753 (2000); *United States v. Forest*, 355 F. 3 d 942 (2004); *United States v. Moran*, 349 F. Supp 2 d 425(2005)など。これに対し, 令状を必要とする判例として, *United States v. Berry*, 300 F. Supp. 2 d 366 (2004) など。
- (75) *United States v. Garcia*, 474 F. 3 d 994 (7th Cir. 2007).
- (76) 当該装置は回収することにより, 取り付け以後の移動履歴を確認することができる装置である。本件事案においては, これに基づき, 場所を割り出して, 捜索に及んでいる。

4. 携帯電話による位置情報探索の適法性

(1) 公共のスペースにおけるプライバシー

上述のように, 合衆国連邦最高裁判所判例は, 「プライバシーの合理的期待」の理論に基づき, 合衆国憲法修正4条の適用の有無を区別し, 公共のスペースにおける行動については, 「プライバシーの合理的期待」が否定される以上, 保護されるべき利益は存在しないとのスタンスを確立している。

では, わが国では, どうであろうか。この点につき, 最高裁判所は, いわゆる「京都府学連デモ事件」⁽⁷⁷⁾判決において, 憲法13条は, 「国民の

私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものということができる。そして、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……を撮影されない自由を有するものというべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、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、許されないものといわなければならない」と判示している。そのうえで、「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、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、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つて行なわれる」場合には、「撮影される本人の同意がなく、また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ものと解すべきである」としている。

つまり、わが国の最高裁判所の判断は、合衆国連邦裁判所と異なり、たとえ公共のスペースであったとしても、保護されるべき利益は存在せず、捜査機関による情報収集行為に対し、何らの規制も及ばないとすることを意味するものではないと解したうえで、被処分者の侵害される利益の質や量に着目し、すべての写真撮影行為が強制処分に該当することを回避しているのである。この点につき、井上教授は、以下のように説明される。

「住居内の普通で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見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いるといえるから、それを侵害するのは強制処分だということになる。……街頭で公然と行動している人を写真に撮る〔場合にも〕、その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ある。しかし、その者は、自ら自分の行動を他人の目に曝しているものであり、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

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー

待ないし主張できる立場にいるとはいえない。〔しかし、〕その者には保護されるべき利益がまったくないということまで意味するものではない。〔いわゆる『京都府学連デモ事件』判決が〕認めるように、人には、『みだりに〔自己の〕容ぼう〔等〕を撮影されない自由』があり、その自由はどこにしようと享有されるはずのものであるから、街頭で行動する人についても、無断で写真を撮るのは、そのような自由を侵害することになる。問題は、しかし、それがどの程度重要な利益であるかということであり、住居の内にいる人を密かに撮影する場合に侵害が問題となるようなプライバシー権と較べると、やはり、一段劣位に立つものといわざるを得ないのである。その意味で、街頭行動をしている人の写真撮影は、強制処分とまではいえない。⁽⁷⁸⁾」

その後の判例においても、「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、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容ぼう、体型等と被告人の容ぼう、体型等との同一性の有無という犯人の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、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る。以上からすれば、これらのビデオ撮影は、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いふべきである」とし、写真撮影が許容されるための要件として、「行為の現行犯性」は必ずしも必要ではないことを確認しながらも、同様のスタンスで判断を示している。⁽⁷⁹⁾

(2) 携帯電話による被疑者の位置情報探索の法的性質

では、携帯電話による被疑者の位置情報探索は、任意処分として位置付けるべきであろうか、あるいは強制処分として位置付けるべきである

う。刑事訴訟法 1971 条 1 項は、「捜査については、その目的を達するため必要な取調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」と規定するのみで、任意処分と強制処分の区別につき、明確に規定がなされていないため、従来より、学説上、議論がなされてきた。⁽⁸⁰⁾

強制処分の意義につき判例は、いわゆる「岐阜呼気検査事件」⁽⁸¹⁾決定において、「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」を意味するものであることを明らかにした。

本件事案は、道路交通法上の酒酔い運転の嫌疑により、警察署へ任意同行した被疑者に対し、警察官が呼気検査に応じるよう説得する過程において、退出しようとした被疑者の左手を掴むという有形力行使の適法性が争われたものであり、最高裁判所の示した判断が仮に強制処分か任意処分の区別における一般的な基準を含むにせよ、やはり有形力行使の適法性以外の捜査手法がいずれに該当するかを判断することは、当該判示からだけで判断することは難しい。⁽⁸²⁾そのため、これを判断するためには、すでに強制処分として刑事訴訟法規定のなされている処分、あるいは判例により、これに該当すると示された処分と比較することにより、判断していくことが妥当であろう。

本稿において検討の対象としている携帯電話による位置情報探索に類似する強制処分としては、通信傍受が考えられよう。これは、1999 年の「刑事訴訟法の一部を改正する法律（平成 11 年法律 138 号）」により新たに設けられた刑事訴訟法 222 条の 2 が、「通信の当事者のいずれの同意も得ないで電気通信の傍受を行う強制の処分については、別に法律で定めるところによる」と規定し、強制処分法定主義に従って、「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律（平成 11 年法律 137 号）」が成立したことにより、通信傍受については、強制処分として位置付けられるこ

とになった。なお、上記法改正前に検証許可状に基づいて実施された電話傍受の事案に対し、法改正後に判断したものであるが、いわゆる「旭川覚せい剤事件」⁽⁸³⁾決定において、最高裁判所は、通信傍受の法的性質に関し、「本件当時、電話傍受が法律に定められた強制処分⁽⁸⁴⁾の令状により可能であったか否かについて検討すると、電話傍受を直接の目的とした令状は存していなかったけれども、次のような点にかんがみると、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のが相当である。(1)電話傍受は、通話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ことができる。(2)裁判官は、捜査機関から提出される資料により、当該電話傍受が前記の要件を満たすか否かを事前に審査することが可能である。(3)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。(4)身体検査令状に関する同法 218 条 5 項は、その規定する条件の付加が強制処分の範囲、程度を減縮させる方向に作用する点において、身体検査令状以外の検証許可状にもその準用を肯定し得ると解されるから、裁判官は、電話傍受の実施に関し適当と認める条件、例えば、捜査機関以外の第三者を立ち会わせて、対象外と思量される通話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。(5)なお、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、同法 129 条所定の『必要な処分』に含まれると解し得る。もっとも、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が、電話傍受は、これ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場合に限り、かつ、前述のような手続に従うことによって初めて実施され得ることなどを考慮すると、右の点を理由に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」として、強制処分であることを前提に、その適法性が判断されている。⁽⁸⁴⁾

また、「電気通信事業における個人の情報保護に関するガイドライン」⁽⁸⁵⁾ 26条1項は、「電気通信事業者は、利用者の同意がある場合、裁判官の発付した令状に従う場合その他の違法性阻却事由がある場合を除いては、位置情報（移動体端末を所持する者の位置を示す情報であって、発信者情報でないものをいう。以下同じ。）を他人に提供しないものとする」とし、同条2項は、「電気通信事業者が、位置情報を加入者又はその指示する者に通知するサービスを提供し、又は第三者に提供させる場合には、利用者の権利が不当に侵害されることを防止するため必要な措置を講ずるものとする」と規定していることから、位置情報の提供に関しても、通信等の内容に対する傍受と同様の取扱をしていることが窺える。⁽⁸⁶⁾

但し、携帯電話による位置情報探索は、現行刑事訴訟法上、強制処分としては規定されておらず、またガイドラインも法律とは異なるものであるため、任意処分として許容することが可能であるとの解釈が成り立つかもしれない。あるいは、犯罪捜査としての尾行や張り込みは、刑事訴訟法197条1項を根拠とした任意処分として位置付けられているため、その許容性については、捜査比例の原則に従い、具体的に判断されるものとされていることに照らし、⁽⁸⁷⁾ 携帯電話による位置情報探索は、⁽⁸⁸⁾ 「一時点における所在地のほぼ正確な位置」の把握に過ぎないため、プライバシー侵害の程度で比較した場合、その程度が低いことを理由として、任意処分として理解することも不可能ではないかもしれない。さらには、Beeperによる追跡が尾行や張り込みと比べ必ずしも大きいと

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー

はいえないこと⁽⁸⁹⁾を理由として、Beeperと携帯電話による位置情報探索の類似性に着目することにより、任意処分として肯定するとの解釈もあり得よう。

しかし、携帯電話による位置情報探索を任意処分として捉えることには、以下の理由により、問題があるように思われる。

まず、通信等の傍受との差異であるが、携帯電話による位置情報探索は、確かに通話・通信内容が傍受されることに比べれば、小さいかもしれない。しかし、通話・通信内容の傍受同様、被処分者は自らの位置情報が探索されることはないという期待を有しているにも関わらず、捜査機関は長期間・継続的に被処分者の行動を把握することが可能であることからすれば、権利制約性の程度が決して小さいとはいえないであろう⁽⁹⁰⁾。

また、捜査機関が電話会社に情報提供等の協力要請をする場合、電話会社は、契約者名、契約締結年月日、電話番号、設置場所、差押えの有無、月間料金の合計額、料金滞納額等の「契約者に関する情報」の照会については、必要最小限度の範囲内において協力要請に応じているものの、受発信先、受発信の日時・場所、通話時間等の「通話明細」に関する照会に対しては、原則、応じていないことから、捜査実務においては、搜索差押許可状の発付を受け、通話明細書を差押える手続によって⁽⁹¹⁾いる。刑事訴訟法197条2項は、「捜査については、公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができる」と規定しているが、これは「報告を求めた捜査上の必要性和守秘義務の内容との比較⁽⁹²⁾衡量により判断」されるものであるためである。つまり、「通話明細」のように、通信の秘密に直接関わる事項については、守秘義務が優先するのであり、そうであるならば、電話会社は契約内容外で積極的に個人の位置情報探索を行ったり、あるいは契約内容内であったとしても、知得された個人の位置情報を捜査機関に開示することは正当な業務の範囲内⁽⁹³⁾とはいえないことになろう。「電気通信事業における個人の情報保護

に関するガイドライン」26条も、個人情報の他目的利用に該当することから、「利用者の同意がある場合、裁判官の発付した令状に従う場合その他の違法性阻却事由がある場合」を除いて、情報の提供を禁止しているのである。

次に、Beeperによる追跡との比較であるが、携帯電話による位置情報探索も捜査機関が長期間・継続的に被処分者の行動を把握することが可能であるということでは、Beeperを用いた捜査手法と共通点を有する。

確かに、「人間による監視が許されない住居等の私的な領域での監視も可能となる⁽⁹⁴⁾」とのBeeperによる追跡に対する批判に対し、壇上准教授が述べるように、「都市部では様々な建造物により電波の届く範囲が限定され、『無制限に、永久に、絶えず』監視できるというものではなく、さらにいえば、ビーパーを設置されたものが私的な空間に入ったからといって、その活動について僅かな移動や変化をも逃さないほど『濃密にまた、精密に』監視できるものではない。いうなれば、私的空間に入った後のビーパーの監視により得られた情報は、尾行後さらに張り込みを継続した場合に獲得できる情報とほとんど違いのないものである⁽⁹⁵⁾」との理由を援用し、その延長線上として、携帯電話による位置情報探索による権利侵害も同様の程度のものであると解することも不可能ではない。しかし、Beeperによる追跡行為は、その前提として捜査機関が、被処分者、あるいは対象物の存在が明らかであり、それに対し行う処分である。これに対し、携帯電話による位置情報探索は、捜査機関は必ずしも、被処分者、あるいは携帯電話が入っているであろう対象物の場所を把握していなくても、秘密裏に行うことが可能であり、また携帯電話による位置情報探索行為は、「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」の対象とされていないことから、仮に捜査機関がこれを実施したとしても、原則として30日以内にこれを被処分者に通知する義務が課せられていないこと⁽⁹⁶⁾から、濫用の危険性は否定できない。

よって、携帯電話による位置情報探索は、強制処分として捉え、司法⁽⁹⁷⁾官憲による事前審査の対象と位置付けるべきであろう。

(3) 携帯電話による被疑者の位置情報探索の法形式

携帯電話による位置情報の探索が強制処分である場合、当該処分を行うためには、現行法上、如何なる法形式・手続によって行われるべきかが問題になる。

携帯電話は、通話やメールの送受信を行っていない場合であっても、常に基地局探索情報を電波発信して、数キロごとに設けられた基地局と交信しているため、通話開始やメールの送受信状態に至ることになれば、基地局がこれを中継し、可能とするものである。標準的な基地局のアンテナであれば、「アンテナ鉄塔上部に、60度ずつの角度で6方向に向いた基地局アンテナが設定されており（60度×6方向=360度）、……通話やメールの送受信ごとに、①いつ、②どの基地局の、③どの向きのアンテナが、④どの携帯電話番号（又はID番号である ISMI や ESN）の、⑤どんな通信種類（通話か電子メールか等）を中継したか、などが携帯電話会社の記録に残る⁽⁹⁸⁾」仕組みとなっているから、その性質からすれば、検証許可状によることが妥当であると考えられるが、現行法が典型として予定している検証とは完全に一致しないため、若干の検討をなすことが必要であろう。

検証とは、一般に「五官の作用によって物の状態を認識する処分を⁽⁹⁹⁾いう」とされる。そのため、被疑者の所在を探知するために、検証許可状の発付が可能であるか。これを検討するにあたり、検証と同様に刑事訴訟法 218 条 1 項における搜索差押許可状による被疑者の所在探索の可否に関する議論が参考になろう。この点につき、刑事訴訟法 222 条 1 項が準用する刑事訴訟法 99 条は、その対象を「証拠物又は没収すべき物と思料するもの」としていることから、被疑者の所在の探索はこれに当たらないとする消極的見解が存在する。⁽¹⁰¹⁾

これに対し、積極的見解は、刑事訴訟法 189 条 2 項が、「犯罪があると
 と思路するとき、犯人及び証拠を捜査するものとする」と規定してい
 ることに照らすならば、刑事訴訟法 218 条 1 項における「犯罪の捜査を
 するについて必要があるとき」には、被疑者の所在の探索を目的とする
 場合も、含まれると解すべきが妥当であるとの主張を展開する。⁽¹⁰²⁾つまり、
 刑事訴訟法 189 条 2 項において規定される「犯人及び証拠を捜査するも
 のとする」との内容は、「犯人を発見すること及び証拠を収集すること」
 であるため、⁽¹⁰³⁾被疑者の所在の探索も、218 条 1 項における捜索・差押え
 の対象に含まれると解するのである。検証は、捜索・差押えと並んで刑
 事訴訟法 218 条 1 項に規定されている強制処分であることに照らすなら
 ば、当該議論は、検証においても当て嵌まるといえよう。但し、検証に
 当該議論の当て嵌めが可能であったとしても、なお消極説・積極説の対
 立は考えられ、また被疑者の所在の探索に関し、捜索・差押えについ
 ては消極説を採りつつも、刑事訴訟法 128 条における「事実発見のため
 必要があるとき」の「事実」を要証事実との関係では厳格に捉えずに、
 これを許容するとの解釈も成り立つように思われる。⁽¹⁰⁴⁾

捜査段階における被疑者の所在の探索の重要性を鑑みるならば、「必
 要性」に関し、厳格な令状審査がなされることの保障が担保される限り、
 検証許可状に基づき、携帯電話による被疑者の位置情報を探索すること
 は必ずしも不可能ではないといえよう。⁽¹⁰⁵⁾なお、被疑者の所在の探知とい
 うことになれば、被疑者の行動範囲は想像以上に広範に及び、一般探索
 になりかねないとの批判が存在する。⁽¹⁰⁶⁾しかし、携帯電話による被疑者の
 位置探索情報探索の場合、検証対象物は携帯電話会社のシステム端末を
 予定していることからすれば、必ずしも無制限にその広がりを見せるこ
 とにはならないであろう。⁽¹⁰⁷⁾

(4) 検証許可状発付の要件

① 実体的要件

最高裁判所は、いわゆる「江南警察署採尿事件」決定において、「尿を任意に提出しない被疑者に対し、強制力を用いてその身体から尿を採取することは、身体に対する侵入行為であるとともに屈辱感等の精神的打撃を与える行為であるが、右採尿につき通常用いられるカテーテルを尿道に挿入して尿を採取する方法は、被採取者に対しある程度の肉体的不快感ないし抵抗感を与えるとはいえ、医師等これに習熟した技能者によって適切に行われる限り、身体上ないし健康上格別の障害をもたらす危険性は比較的乏しく、仮に障害を起こすことがあっても軽微なものにすぎないと考えられるし、また、右強制採尿が被疑者に与える屈辱感等の精神的打撃は、検証の方法としての身体検査においても同程度の場合がありうるのであるから、被疑者に対する右のような方法による強制採尿が捜査手続上の強制処分として絶対に許されないとすべき理由はなく、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、適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、犯罪の捜査上真にやむをえないと認められる場合に、最終的手段として、適切な法律上の手続を経てこれを行うことも許されてしかるべきであり、ただ、その実施にあたっては、被疑者の身体の安全とその人格の保護のため十分な配慮が施されるべきものと解するのが相当である」とし、また、いわゆる「旭川覚せい剤事件」決定においても、「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あって、このことは所論も認めるところである。そして、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かつ必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在する場合において、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解するのが相当である」として、要件を限定している。

では、携帯電話の位置情報探索を実施するために検証許可状を発付する場合、同様の要件の設定は必要であろうか。

(a) 被疑事実の重大性であるが、携帯電話の位置情報探索で明らかになる事実は、「一時点における所在地のほぼ正確な位置」に過ぎないことから、「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」3条1項、別表⁽¹⁰⁹⁾が規定するような重大犯罪に殊更、限定する必要はないように思われる。特に被処分者が自傷行為・他害行為のおそれがあるなど、身柄確保の緊急性は重大犯罪に限らず生じ得ることからも、これに限定する必要はなかろう。

(b) 犯罪の嫌疑についてであるが、被処分者の権利侵害性が非常に高いとはいえないとしても、強制処分として許容する以上、高度な嫌疑が要求されることはいうまでもない。そうであるならば、すでに逮捕状が発付されている被疑者を逮捕するために、携帯電話の位置情報を探索する場合には、刑事訴訟法199条2項における被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる「相当な理由」要件が充足されているため、これが肯定されよう。⁽¹¹⁰⁾問題は、逮捕状が発付されていないケースである。もちろん、刑事訴訟法198条1項は、「検察官、検察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる」と規定していることから、被疑者取調べの必要性が認められる場合には、仮に所在不明の被疑者であれば、これを求めるために所在を探索しなければならない場合も存在しよう。しかし、被疑者取調べが任意処分であるにも関わらず、これを実現するために強制処分として携帯電話による位置情報の探索を行うことを肯定するのであれば、少なくとも逮捕に順ずる程度の嫌疑が要求されよう。⁽¹¹²⁾

(c) 必要性についてであるが、いわゆる「國學院大學映研フィルム

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー

事件」⁽¹¹³⁾決定が参考になろう。差押えの必要性につき、最高裁判所は、「犯罪の態様、軽重、差押物の証拠としての価値、重要性、差押物が隠滅毀損されるおそれの有無、差押によって受ける被差押者の不利益の程度その他諸般の事情に照らし」で判断すべきであるとしている。検証についても、差押えと並んで刑事訴訟法 218 条 1 項に規定されている処分である以上、当該判断基準を適用することは妥当であるものと思われる。特に必要性判断につき、まず考慮すべき点は、被処分者の不利益の程度についてであろう。情報主体である被処分者（被疑者）につき、携帯電話の位置情報を探索する場合、必ずしも被処分者が通話・通信時であることを要しない。そのため、通話・通信がなされている時に位置情報の探索を行わない限り、主に不利益の点を考えるうえで問題となるのは被処分者の「現時点での居場所」というプライバシー侵害が如何なる程度であるかということになろう。⁽¹¹⁴⁾この点につき、たとえば絶え間なく長期間、位置情報の探索がなされるということになれば権利侵害性は非常に高いといえるが、そのようなケースは、事実上、想定し難い。よって、1日に数回程度の位置情報探索であれば、「一時点における所在地のほぼ正確な位置」を把握する処分であるに過ぎないため、侵害の程度は、必ずしも高いものではないといえる。⁽¹¹⁵⁾但し、仮に長期間継続的に位置探索情報の探索を行わなければならないケースが発生した場合には、審査の際に慎重に判断をしなければならないことはいうまでもない。

同様に、不利益の程度を考えなければならない対象となるのが、携帯電話会社である。通信傍受同様、実際に、検証許可状に基づき、強制処分の直接の対象となるのは、携帯電話会社である。では、携帯電話会社の被るであろう権利侵害とは何か。検証許可状に基づき、携帯電話の位置情報の探索がなされる場合、契約者との間の守秘義務について問題となることは少ないと思われることから、主な権利侵害は、捜査機関に協力するために生ずる業務に対する支障ということになろう。しかし、そもそも被処分者（被疑者）の所在を確認する場合、携帯電話による位置

情報の探索のみによることは考えにくく、聞き込み等、従来から行われている捜査手法と併せて実施されることを予想すれば、上述のように長期間に亘り、継続的に当該探索を実施する必要はないと思われるため、決して不利益の程度が高いものであるとはいえないように思われる。⁽¹¹⁶⁾

(d) 証拠の重要性についてであるが、これは事案によって実質的に異なるため、一概に論ずることはできないが、たとえば聞き込み捜査などにより被処分者の所在に関し、捜査を進めたものの、一切、その所在が不明であるなどのような状況下においては、証拠の重要性は非常に高いものであると考えるべきであろう。

(e) 手段の非代替性であるが、(d)「証拠の重要性」で示したように、聞き込み等の任意処分により、被処分者の所在が容易に判明するような場合には、少なくとも携帯電話による位置情報の探索を認めるべきではない。但し、非代替性という厳格な要件ではなく、必要性判断のなかで行えば足りるように思われる。⁽¹¹⁷⁾

② 形式的要件

① 実体的要件における「必要性」判断のところで触れたように、被疑者だけでなく、携帯電話会社も業務遂行上の支障を来すケースがあり得よう。また、それだけでなく、携帯電話会社の端末機は、他の契約者の情報も含め、多種多様なデータを処理している関係上、被疑者以外の者のプライバシーも含め、保障が害される危険性を伴う可能性を否定できない。そこで、検証許可状に条件を記載することが許されるかが問題となる。

刑事訴訟法上、令状の発付に際して、裁判官が「適当と認める条件を附することができる」旨の規定をなしているのは、刑事訴訟法218条5項における「検証としての身体検査」と刑事訴訟法225条1項・2項・4項、168条3項における「鑑定処分としての身体検査」のみであり、捜索・差押え、検証に関し、このような条件を附することを許容する旨

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー
を明示した条文は存在しない。⁽¹¹⁸⁾

しかし、最高裁判所は、いわゆる「江南警察署採尿事件」決定において、「ただし、右行為は人権の侵害にわたるおそれがある点では、一般の捜索・差押と異なり、検証の方法としての身体検査と共通の性質を有しているので、身体検査令状に関する刑法 218 条 5 項が右捜索差押令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せなければならない旨の条件の記載が不可欠であると解さなければならない」との解釈を示している。このような解釈をなしたのは、酒巻教授が指摘されるように、「強制採尿と身体検査との処分態様の類似性という『共通の性質』」に着眼したためであろう。その後、刑事訴訟法 218 条 5 項における「条件記載規定」を検証許可状にも準用し得るか否かの議論が生じ始め、⁽¹²⁰⁾ 下級審においてこれを認める判例が出され始めた。⁽¹²¹⁾

そして、ついに最高裁判所は、いわゆる「旭川覚せい剤事件」決定において、「身体検査令状に関する同法 218 条 5 項は、その規定する条件の付加が強制処分の範囲、程度を減縮させる方向に作用する点において、身体検査令状以外の検証許可状にもその準用を肯定し得ると解されるから、裁判官は、電話傍受の実施に関し適当と認める条件、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話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、人の身体という「共通の性質」を有しない処分に対しても、刑事訴訟法 218 条 5 項の準用を認める判断を示すに至った。

刑事訴訟法 218 条 5 項は、検証としての身体検査をなすにつき、常に条件を附するわけではなく、検証としての身体検査が刑事訴訟法上許容されることを前提とし、必要に応じ、条件を附することが許されるものである。しかし、最高裁判所のこれら判例の解釈は、条件を附することによって、初めて当該強制処分が許容されるというものであるため、その

性質を異にする。そのため、最高裁判所は、いわゆる「旭川覚せい剤事件」決定では、「その規定する条件の付加が強制処分の範囲、程度を減縮させる方向に作用する」ことを一般的な形で提示することにより、刑事訴訟法 218 条 5 項を準用することが可能であるとの理論化を試みたのであろう。⁽¹²²⁾

最高裁判所が説示した内容の核心は、本来であれば許容された強制処分の権限範囲を事前に令状審査の際に制約することにより、被処分者の権利を保障することが可能となるとの観点から、携帯電話の位置情報探索を実施するために検証許可状を発付する際に、期間・時間・回数等について条件を記載すべきとの見解が存在する。⁽¹²³⁾確かに、令状主義の趣旨が、捜査機関の被処分者に対する権利侵害を制御することにあることに照らせば、裁判官が積極的にこのような条件を附することは、妥当なものであるということになろう。⁽¹²⁴⁾

しかし、「令状主義」の観点からは肯定できたとしても、「強制処分法定主義」の観点からは、問題がないとはいえない。捜査機関が強制処分を実施する際、原則として「令状主義」の規制が及ぶことは確かである。但し、刑事訴訟法 220 条が、「無令状による搜索・押収」を肯定していることからすると、強制処分の効力の内容は刑事訴訟法が法定しているものであって、令状裁判官が令状発付において創設するものではない。そうであるならば、捜査機関の処分権限を制御し、被処分者の権利侵害の範囲を合理的範囲にとどめるためのものであったとしても、条件を付加することが可能であることを法定している「検証としての身体検査」、および「鑑定処分としての身体検査」を除き、強制処分の具体的態様を裁判官がコントロールすべきは、妥当ではないと思われる。⁽¹²⁵⁾

とはいえ、実務においては、携帯電話の位置情報探索をなすにつき、検証許可状を請求する際には、「期間を 1 日から 1 週間程度とし、各日の午前 10 時、午後 2 時、午後 6 時等の 3 回に端末機を操作して位置探索を行うとするもの」が多く、また「時間について請求段階で特定せず、

携帯電話会社の対応可能な人員等に配慮して適宜協議の上実施するとの請求もみられ⁽¹²⁶⁾」るとのことであるから、条件を附さなくとも必ずしも問題はなく、仮に合理的な範囲を超えて、これを実施することになれば、違法捜査と位置付け処理することは可能であろう。もし、明示的に捜査機関の処分を適切に規制することが必要であるならば、制御内容が令状の効力内容を注意的・確認的に記載する範囲のものである限り、検証許可状に記載することも許容されるかもしれない。但し、「条件を附すこと」と「注意的・確認的記載」との区別は、内容的に非常に困難な場合⁽¹²⁷⁾があり、その判断には慎重を期すべきであることはいうまでもない。

捜査機関が、携帯電話による位置情報の探索を行うことにより、被処分者の所在をある程度の範囲で把握することが可能であるということは、2009年に発生した芸能人による覚せい剤事犯で市民にもより浸透したものと思われるが、今後、さらに携帯電話による位置情報探索システムが発達することも予想される⁽¹²⁸⁾。その結果、市民に多大なる心理的不安を生じさせかねないこともあり得よう。これを回避するために、立法により条件を附すことも含め、規律していく方策を検討することも、今後は必要となってくるかもしれない。

(5) 検証許可状執行の際の注意事項

検証許可状に基づき、携帯電話による位置情報探索を実施する際、携帯電話会社にある位置探索可能な端末機を操作しなければ、これを行うことはできない。そのため、携帯電話会社に対しては、設備や機器の供与を受けることはいうまでもないが、近年の技術の発展からして、捜査機関が単独でこれを行うことは難しく、操作するための技術的な協力・補助なども要することになろう。しかし、検証として実施する場合、携帯電話会社にこれを受忍させることを強制することは可能であったとしても、操作するための技術的な協力や補助などの行為までも強制することは、令状の効力としては、当然にはできない。

「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」11条は、「検察官又は司法警察員は、通信事業者等に対して、傍受の実施に関し、傍受のための機器の接続その他の必要な協力を求めることができる。この場合においては、通信事業者等は、正当な理由がないのに、これを拒んではならない」との規定をおく。仮に、今後、立法により解決を図るのであれば、このような規定を設けることになると思われるが、現時点においては、⁽¹²⁹⁾任意の協力・補助を要求するにとどまろう。

また、このように任意で協力・補助が得られる場合であっても、主体は捜査機関であるため、設備や機器、あるいはこれらに関するマニュアルの供与が必要となる。この場合、検証許可状だけでなく、差押許可状も同時に得て欲しいとの要請が携帯電話会社から捜査機関に対し、なされるケースが存在するようである。⁽¹³⁰⁾これを肯定する見解は、設備や機器、あるいはこれらに関するマニュアルは、犯罪の実態の解明に必要な証拠物に該当し、また検証許可状の執行手続が適正に行われたことを立証するための証拠物といえと説明する。⁽¹³¹⁾しかし、これを肯定すると、差押対象物の範囲が無限定となりかねない。⁽¹³²⁾設備や機器、あるいはこれらに関するマニュアルの供与は、検証の目的を達するため必要最小限度の処分であることから、捜索に亘らない範囲であれば、「必要な処分」(刑事訴訟法222条1項・129条)であることを根拠として、認められるもの⁽¹³³⁾と思われる。

なお、今後はさらなる技術発展により、携帯電話による位置情報探索の実施も、携帯電話会社より設備や機器と操作に必要なマニュアルの提供を受けることにより、捜査機関が単独でこれを実施し得る状況になれば、少なくとも直接、機器を操作するために、携帯電話会社の技術的な協力や補助などの行為を受けることに関する議論は不要となろう。

(6) 被疑者以外の者の所在の探索

たとえば、目撃者等、事件の重要参考人の所在が不明である場合、被

疑者同様、検証許可状に基づき、携帯電話による位置情報探索は可能であろうか。この点につき、被疑者であれば、刑事訴訟法 189 条 2 項が、「犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする」と規定していることに照らすならば、刑事訴訟法 218 条 1 項における「犯罪の捜査をするについて必要があるとき」には、被疑者の所在の探索を目的とする場合も、含まれると解することが可能であろうが、目撃者の場合にこのような解釈を採ることは無理であろう。つまり、重要参考人より事情聴取をすることは、事案によっては必要性が非常に高い場合も存在するものの、目撃者の所在そのものは、被疑者、あるいは犯罪事実の直接・間接の証拠となるものではないため、これを得るために強制処分である検証を実施することは不可能であるといわざるを得ないからである。⁽¹³⁴⁾

しかし、目撃者であるが故に事件に巻き込まれている可能性がある、あるいは自殺の可能性がある場合など被処分者の安否が不明で、捜査機関に対し、家族から搜索願が出されているような場合、高度の蓋然性が認められ、速やかに所在の確認を行うことにより保護しなければならないケースにおいては、「現在の危難（侵害の急迫生）」が認められるため、緊急避難が肯定されよう。緊急避難の成立要件を充足する状況であるならば、緊急避難は他人の法益に対する侵害を防止するためにも認められるため、捜査機関からの要請があった場合に、携帯電話会社は、被処分者の位置情報を探索し、得られた情報を捜査機関に提供したとしても問題はなかろう。「電気通信事業における個人の情報保護に関するガイドライン」26 条において、「その他違法性阻却事由がある場合」とは、このような趣旨を指すものと理解するものと思われる。

そうであるならば、安否不明者の家族や知人等から直接、携帯電話会社に被処分者の携帯電話による位置探索が求められた場合、あるいは違法性阻却事由に該当し得る状況であることを独自に携帯電話会社が認知した場合も、携帯電話による位置探索行為は実施し得ることになる。但

し、単に安否不明者の家族や知人等からの要請のみで携帯電話会社は違法性阻却事由の要件を充足できるかの判断は困難であろうし、また実際に、携帯電話会社が、独自にそのような状況を認知し得ることは考えに⁽¹³⁵⁾くい。よって、現実的には、安否不明者の家族や知人等から捜査機関に対し、捜索願等の届出をし、これが受理され、捜査機関が携帯電話会社に対し、携帯電話による位置情報の探索を要請することによって、初めて携帯電話会社も、これを実施するケースがほとんどであると思われる。

では、被疑者以外の者が所在不明の被疑者と行動を共にしているであろうという場合、被疑者の携帯電話についての情報が不明であることを理由に、被疑者の所在を探索するために、検証許可状の発付を受け、被疑者以外の者の携帯電話による位置情報を探索することは可能であろうか。この場合、被疑者以外の者については、プライバシーの保護をより図らなければならないことから、許容すべきではないとの解釈がなされるかもしれない。しかし、当該問題は、搜索の場合に許容されているものであり、携帯電話による位置情報の探索固有の問題ではない。つまり、刑事訴訟法 222 条 1 項により準用される刑事訴訟法 102 条 2 項は、「被告人以外の者の身体、物又は住居その他の場所については、押収すべき物の存在を認めるに足りる状況のある場合に限り、搜索をすることができる」とし、また刑事訴訟規則 156 条 3 項も、「被疑者又は被告人以外の者の身体、物又は住居その他の場所についての搜索のための令状を請求するには、差し押さえるべき物の存在を認めるに足りる状況があることを認めるべき資料を提供しなければならない」と規定する。刑事訴訟法 102 条 2 項は、同条 1 項に比べ、「押収すべき物の存在を認めるに足りる状況のある場合に限り」との要件を加重している。これは、被疑者宅の方が証拠物存在の蓋然性が一般的に強いこと、および第三者に対する強制力の行使については、より謙抑的でなければならないことなどを理由に、被疑者以外の者の搜索・差押えをなす場合には、このよう

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー

な要件が要求されているものと思われる⁽¹³⁶⁾。これは、検証についても当て嵌まることであり、被疑者の所在を探索するために、被疑者と行動を共にしているであろう者の携帯電話による位置情報を探索するについても、被疑者の所在に結びつく関連性の疎明を要件とすれば、不当に第三者のプライバシーを侵害することにはならないため、許容されるもの⁽¹³⁷⁾と思われる。

(77) 最（大）判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。

(78) 井上正仁『強制捜査と任意捜査』（有斐閣・2005年）12頁。なお、亀甲内引用者。

(79) 最（2小）決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁。なお、大野・前掲注（20）116頁以下も、併せて参照のこと。

(80) この点に関する包括的研究として、井上・前掲注（78）2頁以下、椎橋隆幸「任意捜査と強制捜査の区別の基準」渥美東洋＝椎橋隆幸＝日高義博＝山中敬一＝船山泰範編『刑事法学の現実と展開－齋藤誠二先生古稀記念－』（信山社・2003年）529頁以下等参照のこと。なお、大野・前掲注（23）31頁以下も、併せて参照のこと。

(81) 最（3小）決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。

(82) なお、大野・前掲注（23）38頁以下参照のこと。

(83) 最（3小）決平成11年12月16日刑集53巻9号1327頁。

(84) 法改正以前の議論を包括的に検討したものとして、井上・前掲注（23）、田宮裕『変革のなかの刑事法』（有斐閣・2000年）133頁以下、小田中聡樹＝川崎英明＝村井敏邦＝白取祐司『盗聴立法批判』（日本評論社・1997年）、「特集・組織犯罪対策立法」ジュリ1122号（1997年）4頁以下、「特集 組織的犯罪への手続的対応」刑雑37巻2号（1998年）158頁以下、またこれを踏まえ、「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」の概要につき、「〈特集〉組織犯罪対策」現刑7号（1999年）4頁以下、「特集 盗聴法と市民的自由」法時71巻12号（1999年）4頁以下、三浦守「組織的犯罪対策三法の概要等」ジュリ1166号（1999年）70頁以下、村上将司「『通信傍受法』の成立について（上）（下）』月刊治安フォーラム5巻12号（1999年）11頁以下、同6巻1号（2000年）37頁以下、鈴木秀美「通信傍受法－憲法上の問題点はなにか」法教232号（2000年）26頁以下、「特集・組織的犯罪対策三法の成立と組織犯罪対策」

警論 53 卷 1 号 (2000 年) 1 頁以下, 上村卓也「社会と通信傍受法(1)~(3)」警時 55 卷 4 号 (2000 年) 65 頁以下, 同 55 卷 5 号 (2000 年) 58 頁以下, 同 55 卷 6 号 (2000 年) 74 頁以下, 田口守一「通信傍受法の施行-通信傍受規則等による実施細則-」法教 243 号 (2000 年) 2 頁・3 頁, 新倉秀也「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律の運用にあたっての留意事項」警公 55 卷 12 号 (2000 年) 28 頁以下, 寺崎嘉博『「通信傍受法」の解釈-その施行に際して-』現刑 21 号 (2001 年) 50 頁以下, 奥平康弘=小田中聡樹監修・右崎正博=川崎英明=田島泰彦編『盗聴法の総合的研究-「通信傍受法」と市民的自由』(日本評論社・2001 年) 等, 参照のこと。

- (85) 平成 16 年 8 月 31 日総務省告示第 695 号 (最終改正:平成 21 年 12 月 1 日総務省告示第 543 号)。
- (86) 「電気通信事業法」3 条は,「電気通信事業者の取扱中に係る通信は, 検閲してはならない」と規定し, また同法 4 条は, 「①電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密は, 侵してはならない, ②電気通信事業に従事する者は, 在職中電気通信事業者の取扱中に係る通信に関して知り得た他人の秘密を守らなければならない。その職を退いた後においても, 同様とする」と規定し, 守秘義務を課している。
- (87) 犯罪捜査規範 101 条も, 「捜査を行うに当っては, 聞込, 尾行, 密行, 張込等により, できる限り多くの捜査資料を入手するように努めなければならない」と規定し, 第 4 章「任意捜査」として位置付けている。
- (88) 伊藤鉄男「尾行, 張り込み」捜研 495 号 (1993 年) 85 頁以下, 井上宏「科学的捜査-検察の立場から」三井誠=馬場義宣=佐藤博史=上村立郎編『新刑事手続 I』(悠々社・2002 年) 412 頁, 渡辺咲子『任意捜査の限界 101 問〔3 訂第 2 版〕』(立花書房・2009 年) 84 頁など。
- (89) たとえば, 井上・前掲注 (88) 417 頁は, 「ピーパーによる追跡と捜査官による尾行・張り込みとを比べると, 失尾のおそれがなく, 長時間, 継続的な追跡が可能である点で徹底的な監視であるといえるが, 対象者の動作や行動の詳細がまったく把握できない点で緩やかな監視であるともいえる。したがって, 公開の場における対象者の行動把握にとどまっていれば, プライバシーの権利(みだりに行動を把握されない権利)を侵害するおそれは, 捜査官による尾行・張り込みと比べて必ずしも大きいとはいえない。さらに, 仮に対象者がピーパーをつけたまま住居内に立ち入ったとしても, 住居内の様子や住居内での行動・動作の詳細は把握できないのであるから, 住居内に入

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー

り込み、またはのぞき見て、その内部の状況を明らかにする捜査方法とは本質的に異なるものといえよう」とする。また、壇上准教授も、「今日の都市化・匿名化された社会においては、犯罪者（及び犯罪組織）の活動も秘密裏に行い易くなり、犯罪が行われた直後にそのような社会の中に容易に紛れ、逃げ込むことが可能〔な〕……社会状況も含めて考慮すると、……ピーパーの使用に関しても、それを用いた監視活動が、具体的な不審事由に基づいた、監視対象者の公共の空間における活動に対するものである以上、そのような場合での干渉に対しても憲法が令状要件まで要求していると考えられないものと思われる」とする（壇上・前掲注（26）202頁。但し、壇上准教授は、同時に具体的な要件の充足を求める立法を行うことは許容され得ると解される（同・205頁）。

- (90) 池田弥生「携帯電話の位置情報探索のための令状請求」判タ 1097号（2002年）28頁。なお、宇藤崇「判例を中心的題材とした授業運営と定期試験の出題例」ロースクール研究1号（2006年）113頁も、併せて参照のこと。
- (91) 土屋守之助「通信の秘密・プライバシー」研修455号（1986年）21頁。
- (92) 藤永幸治＝河上和雄＝中山善房『大コメンタール刑事訴訟法・第3巻』（青林書院・1996年）158頁〔馬場義宣〕。
- (93) 電話逆探知についてであるが、井上・前掲注（78）220頁以下の議論を参照のこと。
- (94) 岩田務「科学的捜査－弁護の立場から」三井ほか編・前掲注（88）424頁。
- (95) 壇上・前掲注（26）203頁・204頁。
- (96) 「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」23条1項は、「検察官又は司法警察員は、傍受記録に記録されている通信の当事者に対し、傍受記録を作成した旨及び次に掲げる事項を書面で通知しなければならない」とし、同条2項は、「前項の通知は、通信の当事者が特定できない場合又はその所在が明らかでない場合を除き、傍受の実施が終了した後30日以内にこれを発しなければならない。ただし、地方裁判所の裁判官は、捜査が妨げられるおそれがあると認めるときは、検察官又は司法警察員の請求により、60日以内の期間を定めて、この項の規定により通知を発しなければならない期間を延長することができる」と規定する。
- (97) なお、捜査実務においては、これまで検証許可状を得て、携帯電話の位置情報探索を実施している旨の答弁がみられる（2003年4月15日衆議院個人情報保護に関する特別委員会議事録、同年4月17日衆議院個人情報保護に関

- する特別委員会議事録、同年4月18日衆議院法務委員会議事録、同年5月8日衆議院青少年問題に関する特別委員会議事録、同年5月9日衆議院法務委員会議事録、2005年10月26日衆議院法務委員会議事録等)。
- (98) 大橋充直「携帯電話の捜査実務(導入編)」捜研677号(2007年)66頁・67頁。
- (99) 田口守一『刑事訴訟法〔第5版〕』(弘文堂・2009年)90頁。
- (100) 石毛平蔵『令状請求の実務』(東京法令出版・1977年)114頁、池田・前掲注(90)28頁・29頁。
- (101) 人の身体や場所は、その性質上、差押えの対象とはならないと解するものとして、石川才頭「押収すべき物の範囲・意義」熊谷弘=松尾浩也=田宮裕編『捜査法大系Ⅲ 捜索・押収』(日本評論社・1972年)117頁、青柳文雄=伊藤栄樹=柏木千秋=佐々木史朗=西原春夫著者代表『註釈刑事訴訟法・第1巻〔増補版〕』(立花書房・1978年)370頁〔藤永幸治〕、小野清一郎=栗本一夫=横川敏夫=横井大三『ポケット註釈全書 刑事訴訟法(上)〔新版〕』(有斐閣・1986年)、99頁、高田卓爾編『基本法コンメンタール刑事訴訟法〔第3版〕』(日本評論社・1993年)94頁〔田口守一〕、藤永幸治=河上和雄=中山善房編『大コンメンタール刑事訴訟法・第2巻』(青林書院・1994年)242頁〔渡辺咲子〕、伊藤栄樹=亀山継夫=小林充=香城敏磨=佐々木史朗=増井清彦著者代表『新版 註釈刑事訴訟法・第2巻』(立花書房・1997年)151頁〔藤永幸治〕、河上和雄『証拠法ノート(1)捜索・差押(改訂版)』(立花書房・1998年)10頁、松尾浩也監修・松本時夫=土本武司=池田修=酒巻匡編『条解 刑事訴訟法〔第4版〕』(弘文堂・2009年)204頁等。なお、井上教授は、準抗告との関係で、押収ないし差押えの対象は有体物に限らないと解する(井上・前掲注(78)367頁以下)。
- (102) 池田・前掲注(90)29頁も、積極説を採る。
- (103) 青柳文雄=伊藤栄樹=柏木千秋=佐々木史朗=西原春夫著者代表『註釈刑事訴訟法・第2巻〔増補版〕』(立花書房・1976年)24頁〔伊藤栄樹〕、藤永ほか編・前掲注(92)41頁〔馬場義宣〕等。
- (104) この点の詳細につき、池田・前掲注(90)29頁。
- (105) 池田・前掲注(90)29頁は、捜索・差押えの議論を検証の議論に当て嵌めたうえで、「積極説の方が、捜査段階において被疑者の探索が重要な捜査目的の一つであることを的確に反映させた解釈であるといえる。また、処分内容に応じて被処分者の不利益等を十分考慮し、必要性を慎重に吟味するなど

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー

厳格な審査を行うのであれば、不当な権利・利益の侵害もないと考えられる」と評価されるが、正鵠を射ているであろう。なお、池田修=前田雅英『刑事訴訟法講義〔第3版〕』（東京大学出版会・2009年）175頁注（31）は、「法222条の2が新設されて、通信傍受に関する法律が設けられたことにより、電話の傍受を検証許可状によって行うことは許されなくなったが、通信履歴や携帯電話の位置情報等の探知のみを目的として他人間の通信を対象とする場合には、検証許可状によって行うべきことになる」とされる。

(106) 石毛・前掲注（100）117頁。

(107) 池田・前掲注（90）29頁。

(108) 最（1小）決昭和55年10月23日刑集34巻5号300頁。

(109) 強制処分は捜査の必要性和権利侵害性の利益衡量により決せられるものであるが、「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」3条1項、別表が薬物関連犯罪、銃器関連犯罪、集団密航に関する罪、組織的な殺人罪に限定しているのは、通信の秘密やプライバシー権、ないしは人格権の侵害を内容とするものであり、権利侵害の重大性から、このような限定がなされたものと解される。なお、いわゆる「旭川覚せい剤事件」決定においても、最高裁判所は、「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」ことを明示的に確認している。

(110) 但し、実務において令状請求されるものの多くは、犯罪の重大性、広域性、組織的犯罪であることなどが指摘されることが多いようである（池田・前掲注（90）30頁）。

(111) なお、刑事訴訟規則143条は、「逮捕状を請求するには、逮捕の理由（逮捕の必要を除く逮捕状発付の要件をいう。以下同じ。）及び逮捕の必要があることを認めるべき資料を提供しなければならない」と規定している。

(112) 池田・前掲注（90）30頁。

(113) 最（3小）決昭和44年3月18日刑集23巻3号153頁。

(114) 勿論、通話・通信状態でない場合であっても、「通信の秘密」の侵害性に関し、まったく問題がないということではない。

(115) 池田・前掲注（90）30頁。

(116) 池田・前掲注（90）30頁も、現状につき、「捜査の必要性和携帯電話会社の利益が調整されているようであり、その協議内容に従って判断する限りでは、携帯電話会社の業務遂行上の支障はさほど大きいものではないといえよう」と指摘される。

- (117) 池田・前掲注(90) 31頁も、「任意の所在捜査を試みることなく令状請求されるような場合は、特段の事情のない限り、必要性を認めることはできないであろう」としている。
- (118) 身体検査の対象は「人の身体」であり、身体に対する侵害であるとともに、個人の尊厳を害する処分であることから（青柳ほか著者代表・前掲注(103) 195頁〔伊藤栄樹〕、藤永幸治＝河上和雄＝中山善房編『大コンメンタール刑事訴訟法・第3巻』（青林書院・1996年）548頁〔池上政幸〕、伊藤栄樹＝亀山継夫＝小林充＝香城敏磨＝佐々木史朗＝増井清彦著者代表『新版 註釈刑事訴訟法・第3巻』（立花書房・1996年）202頁・203頁〔伊藤栄樹＝河上和雄 補正〕）、これら処分について刑事訴訟法は、特段の配慮をなしたものと考えられる。
- (119) 酒巻匡「令状における条件の付加について」研修658号（2003年）4頁、同「令状による捜索・差押え(1)」法教293号（2005年）86頁。
- (120) 鳥田仁郎「電話の盗聴をするにはどのような令状が必要か」新聞雅夫＝佐々木史朗ほか『増補 令状基本問題・上』（一粒社・1996年）56頁など。
- (121) 東京高判平成4年10月15日高刑集45巻3号85頁など。
- (122) 酒巻・前掲注(119) 86頁は、このような解釈によるならば、検証に限らず、その射程距離は、捜索・差押えにも及ぶことの可能性を指摘する。
- (123) 池田・前掲注(90) 31頁。
- (124) 令状主義の形成過程につき、井上・前掲注(78) 23頁。また、令状主義に関し、堀江慎司「令状主義」法教268号（2005年）14頁以下。
- (125) なお、田口守一「検証許可状による電話傍受の合憲性・合法性」現刑25号（2001年）83頁。
- (126) 池田・前掲注(90) 31頁。
- (127) 酒巻・前掲注(119) 13頁。
- (128) 携帯電話による測位は、誤差が概ね半径300m未満といわれており、電波情報によっては、概ね半径50mの誤差まで絞り込むことが可能である（たとえば、<http://www.nttdocomo.co.jp/service/safty/search/usage/gps/index.html>）。これが、グローバル・ポジショニング・システムによる測位であれば、誤差が概ね半径50m未満（民生用、さらには軍用であれば、さらにその誤差は少ないといわれている）であるとされるため、議論は携帯電話による位置情報の探索に比し、より慎重である必要があろう。
- (129) これまでの実務からすれば、捜査機関による要請に応じ、必要な協力・

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー

- 補助を得ることは可能であると思われるが、携帯電話会社による協力、ないし補助に関し、免責されるためには、根拠規定が存在する方が良からう。
- (130) 池田・前掲注(90) 32頁・33頁。
- (131) 島田・前掲(120) 59頁。
- (132) 島田・前掲(120) 59頁。
- (133) 島田・前掲(120) 59頁、池田・前掲注(90) 32頁・33頁。なお、検証に伴う必要な処分につき、平田勝雅「刑罰法129条の必要な処分の意義」判タ296号(1973年)420頁以下、必要な処分を包括的に研究したものととして、酒巻匡「搜索・押収とそれに伴う処分」刑雑36巻3号(1997年)444頁以下、松代剛枝「搜索差押状執行に伴う『必要な処分』の変容」ジュリ1148号(1999年)100頁・101頁、香城敏磨『刑事訴訟法の構造〔香城敏磨著作集2巻〕〕(信山社・2005年)211頁以下、大野正博「搜索・押収に伴う『必要な処分』の意義 - 来訪来意告知を欠く搜索対象場所への立入りの有無を素材として - 」朝日法学論集33号(2006年)1頁以下等参照のこと。
- (134) 池田・前掲注(90) 33頁も、「このような参考人の所在を知るための強制処分を許すと、被疑事実との関連性の遠い一般探索的な令状を認めることにもつながりかねず、許否の限界が不明確となるし、任意捜査のために強制手段を認めるという点でも問題があろう」とする。
- (135) 仮に携帯電話会社が独自にそのような状況を把握したとしても、独自に正当化事由・免責事由の判断をなすことは困難であることから、積極的に携帯電話による位置情報の探索を行うことは少なからうと思われる。
- (136) 青柳ほか著者代表・前掲注(101) 381頁〔藤永幸治〕、高田ほか編・前掲注(101) 96頁〔田口守一〕、藤永ほか編・前掲注(101) 290頁〔渡辺咲子〕、伊藤ほか著者代表・前掲注(101) 164頁・165頁〔藤永幸治〕。なお、小野ほか・前掲注(101) 247頁は、「1項の場合は、搜索する場所が被告人の身体、物又は住居その他の場所であるため、押収すべき物の存在を認めるに足りる状況、すなわち憲法35条1項にいう正当な理由があるものと法律上推定する趣旨であろう」とする。その他、井坂博「第三者に対する搜索・差押」河上和雄編『刑事裁判実務大系・第11巻 犯罪捜査』(青林書院・1991年)310頁以下も、併せて参照のこと。
- (137) 池田・前掲注(90) 33頁。

5. さいごに

本稿においては、携帯電話による位置情報探索について検討してきたが、科学技術の進歩に伴い、従来では考えられなかった捜査手法が用いられ始めた。犯罪が科学化・広域化・密行化することに有効に対処するために、捜査活動自体も進化していかなければならない。しかし、新たな捜査手法については、現行法の解釈の範囲で許容し得るものか、あるいは立法によらなければならないのかの判断は、慎重、かつ厳格になされなければならない。また、犯罪捜査の効率性・利便性のみを求めあまり、地道な捜査活動が軽視されてはならないし、⁽¹³⁸⁾ いうまでもなく不当な人権侵害を生じさせないよう、適切に規律していくことを周到に議論し続けていくことが重要であると思われる。

また、公共のスペースにおけるプライバシーについても、上述のように、合衆国においては、「プライバシーの合理的期待」の理論に基づき判断し、これが否定される以上、保護されるべき利益は存在しないと解するものの、わが国においては、そのような解釈を採ってはいない。しかし、合衆国においても、公共のスペースにおけるプライバシーの解釈については、批判が出てきているのも事実である。つまり、「窓の外を通り過ぎる人々を見る」場合と、「窓の外を通り過ぎる人々を見、そしてあらゆるデータを記録・蓄積し、さらにプロファイルする」場合との間には、⁽¹³⁹⁾ 根本的な違いが存在すると。そして、従来は、プライバシー侵害に要するコスト面から、法的にはともかく、少なくとも事実上は保護されてきたが、技術の発達に伴い、安価でこれを実現することが可能になったことにより、⁽¹⁴⁰⁾ 事実上の保護さえも、失われつつあることが指摘されるようになっているのである。

よって、わが国においても、今後は、科学的な捜査の許容性・適法性については、情報の取得方法のみに限定した議論ではなく、取得後の記

携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー

録・蓄積・プロフィールまでを含めて、プライバシー侵害の有無や程度を検討していくことが必要であろう。

(138) 河合修「記者ノート 地道な捜査大切」2009年9月9日付岐阜新聞〔朝刊〕も、各務原市元部長殺害事件を題材に、「携帯電話の微弱電波やNシステムで、警察はある程度の居場所を特定することができる。だが効率のいい科学的な捜査で犯人を追跡するあまり、聞き込みなど地道な捜査はおろそかになりがちだ。『まず携帯や車ありきの捜査になっている。聞き込みの裏付けを取るならまだしも、これでは順番が逆』と指摘する。容疑者になった長男は自動車を持たず、携帯電話の電源は切られたまま。聞き込み捜査は続けられているが、確たる情報を得るのは容易ではない。現場に何度も足を運び、たわいもない会話を通して少しずつ相手との信頼関係を築く必要がある。困難な事件ほど、捜査員一人一人の力が問われている」ことを指摘する。

(139) Helen Nissenbaum, *Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public*, 17 LAW & PHIL. 559, 588 (1998).

(140) Lawrence Lessig, CODE Ver. 2.0, 202-203 (2006). なお、山形浩生= 柏木亮二訳『CODE-インターネットの合法・違法・プライバシー』（翔泳社・2001年）。

(おおの まさひろ・本学教授)

〔附記〕本稿は、2009年度 朝日大学 宮田研究奨励金（A）による研究成果の一部である。