

# 「刑事訴訟法197条 1 項但書きの趣旨」 の予備的考察

實 原 隆 志\*

## <目次>

はじめに

### 1. 2017年判決

- (1) 概要
- (2) 特徴
- (3) 検討課題

### 2. 日本の学説における議論

- (1) 日本の刑事訴訟法学説における、「刑事訴訟法197条 1 項但書きの趣旨」の理解
- (2) 強制処分法定主義と憲法の関係－日本の憲法学説における憲法31条の理解

### 3. まとめ

おわりに

## はじめに

2017年3月15日の大法院判決<sup>1</sup>（以下、「2017年判決」）はいわゆる GPS 捜査の問題を取り上げ注目を集めた。この事件では、被疑者となっていた者や

---

\*福岡大学法学部准教授

<sup>1</sup> 裁時1672号1頁。

その交際相手が使用していると疑われる自動車やバイクに GPS 端末が取り付けられ、それらの車両を継続的に捜査の対象としていた。ところがこの捜査は令状の発付を受けることなく行われており、大法廷は GPS 捜査の「強制処分」性を認めて GPS 捜査には令状が必要であるとすると同時に、現行法の下で令状を発付することの問題を指摘した上で、GPS 捜査を行うための立法的措置を求めた。

本稿が特に注目するのは、この判決において大法廷が現行法下で GPS 捜査を行うための令状を発付することには問題があり GPS 捜査の立法的統制が必要であるとする際に、「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」に言及していることである。もちろん、本件で問題となった GPS 捜査は令状によらずに行われたものであり、現行法下で令状の発付により GPS 捜査を行えるかという検討は事件の本筋からは外れるものであろう<sup>2</sup>。それでも最高裁は技術的な手法を用いた捜査に対して具体的な立法を求めることに積極的であったとは言い難く、なぜ2017年判決が GPS 捜査に対しては立法的統制を求めたのかは注目に値すると思われる。

そうした関心ゆえ、本稿では最初に2017年判決を詳しく見た後に、刑事訴訟法197条1項但書きをめぐる学説の議論状況を概観する。直接的に関わるのは刑事訴訟法学であるが、刑事訴訟法学においても刑事訴訟法197条1項

---

<sup>2</sup> 2017年判決におけるこの部分の説示の傍論的性格を指摘するものとして、宇藤崇「判批」法学教室440号（2017年）152頁、山田哲史「GPS 捜査と憲法」法学セミナー752号（2017年）28頁以下<29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頁以下<138頁>、宇藤崇「判批」刑事法ジャーナル53号（2017年）59頁以下<60頁>、池田公博「車両位置情報の把握に向けた GPS 端末装置の強制処分該当性」法学教室444号（2017年）72頁以下<78頁>。その一方で山本龍彦「GPS 捜査違法判決というアポリア？」論究ジュリスト22号（2017年）148頁以下<154頁>は、2017年判決は（従来とは異なる）「法定類型限定解釈モデル」を採用しており、その根拠を裁判所の「制度的能力論」に求めたために、このような「思考実験」をしたのだとしている。それに従えばこの部分の説示は傍論としての意味をもつにとどまらないことになるだろう。

但書きと憲法との関連性が指摘されているため、憲法学における議論も概観する。本来であればその上で、「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」をいかに理解すべきかを検討する必要がある、その際には国外の議論も参照するのが有意義であるが、頁数の都合もあるため、本稿では2017年判決と学説をまずは比較することを目的とする。

## 1. 2017年判決

### （1）概要

#### ① GPS 捜査によって侵害されうる利益と GPS 捜査の法的性質

判決の中で大法廷は、まずGPS捜査がもたらしうる不利益について述べている。それによれば、GPS捜査は「その性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にするもの」である。しかし、このような捜査が行われる場合には「機器を個人の所持品に秘かに装着する」という問題だけでなく、「個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴う」という問題が生じ、GPSを用いた捜査は「個人のプライバシーを侵害し得るもの」であるとしている。このような「プライバシー侵害」に対しては憲法35条による保障があり、「この規定の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解するのが相当」とする。

次にGPS捜査の法的性質について検討し、GPS捜査は「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」であり、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、刑事訴訟法上、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する<sup>3</sup>。憲法自体、現行犯によって逮捕する場合には令状を求めておらず、重

要な法的利益を侵害しうる強制の処分<sup>3</sup>に常に令状が求められているというわけではないが、2017年判決は「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」とする。そして2017年判決はここで示した二つを、つまり、GPS 捜査が「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」ことと「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」ことを理由として、GPS 捜査は「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」とした。

② 令状に基いて GPS 捜査を行うことの困難さ

本件のような GPS 捜査を「検証」と位置付けることで刑事訴訟法で「法定済」であるとする説明も考えられ、実際に下級審では GPS 捜査を「検証」と位置づけた上で令状を求めるものもあった。しかし、2017年判決は GPS 捜査と検証の類似性を指摘しながらも、「対象車両に GPS 端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、『検証』では捉えきれない性質を有することも否定し難い」とする。さらに検証許可状と捜索許可状の発付を受けてから捜査するとしても、「GPS 捜査は、GPS 端末を取り付けた対象車両の所在の検索を通じて対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴」い、「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

---

<sup>3</sup> 2017年判決ではここで最三小決1975年3月16日（刑集30巻2号187頁）が挙げられている。この事件は飲酒検問と有形力の行使が問われた事例であるのに対して（大澤裕「判批」井上・大澤・川出編『刑事訴訟法判例百選 [第10版]』（有斐閣、2017年）4頁以下参照）、2017年判決は技術的手段を用いた事例を扱うものであり、1975年の決定がその先例となるかは論じる余地がある。こうした事案の（微妙な）違いや、2017年判決が1975年決定を「参照」することとどめていることの指摘がしばしばなされている。井上正仁「判批」井上・大澤・川出編『刑事訴訟法判例百選 [第10版]』（有斐閣、2017年）64頁以下<66頁>、伊藤雅人・石田寿一「判批」ジュリスト1507号（2017年）106頁以下<109頁>、堀江・前掲注（2）140頁、池田・前掲注（2）75頁。

過剰な把握を抑制」できないため、裁判官による令状請求の審査が求められている趣旨を満たせないおそれがあると指摘する。以上は令状を受けて捜査する場合であってもGPS端末を用いた捜査活動をコントロールすることが難しいことを示すものであるが、大法廷はさらに、「GPS捜査は、被疑者らに知られず秘かに行うのでなければ意味がな」く、そもそも「事前の令状呈示を行うことは想定できない」とする。

### ③ 令状以外の方法による統制方法と現行法下での対処方法

このように事前の令状呈示が想定できないとしたことについて、最高裁は事前の令状呈示に代わる「公正の担保の手段が仕組みとして確保されていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る」ことを指摘する。仮に事前に令状呈示を行うことを想定できないのであれば「実施可能期間の限定、第三者の立会い、事後の通知等様々な」手段を設けることが考えられるが、2017年判決は「捜査の実効性にも配慮しつつどのような手段を選択するかは」「第一次的には立法府に委ねられて」とし、こうした理解を「刑事訴訟法197条1項ただし書の趣旨に照らし」て導いている。

ただ、現状ではGPS捜査に関する直接的で具体的な規定はないのであり、このような状況下でGPS捜査を認めるのであれば、「法解釈により刑事法上の強制の処分として許容する」ことになるだろう。しかし、上述の通り、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できるのかという問題がある。それを解消するためには「裁判官が発する令状に様々な条件を付す必要が生じる」が、この場合には「事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの確かな条件の選択が行われな限り是認できないような強制の処分」を認めることになりかねず、このようなやり方は「『強制の処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければ、これを行うことができない』と規定する同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえない」としている。

#### ④ 立法的措置の必要性

以上の検討を受け、大法廷は「GPS 捜査について、刑訴法197条1項ただし書の『この法律に特別の定のある場合』に当たるとして同法が規定する令状を発付することには疑義がある」としている。そして、「GPS 捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑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」とした。

#### (2) 特徴

2017年判決の特徴の一つはGPS 捜査を「強制処分」としたことである。この事件ではGPS 捜査を行うための令状が発付されていなかったこともあり、判決の中で最高裁はGPS 捜査は強制処分であるからそれを行うためには令状が必要であると指摘している。また、既に現行法では検証令状があるが、検証では捉えきれない性質がGPS 捜査にはあるとした。GPS 捜査が「刑事訴訟法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分」なのであればGPS 捜査が「検証」であると断言できないことを指摘して検討を終えることも考えられたように思われるが、2017年判決は仮に令状に基づいてGPS 捜査を行う場合に生じることが予想される問題点についても述べており、むしろその点を中心に記述している。

この点に関する2017年判決の説明に注目すると、GPS 捜査を令状によって統制する場合に起こりうる問題として2017年判決が挙げるのは、令状を発付するとしても使用者の行動を過剰に把握してしまう可能性があることや、事前に令状を呈示することは想定できないことである。また、現行法下で令状を発付するとしても事案ごとに令状を発付する条件を検討しなければならなくなることも指摘し、事前の令状呈示に代わる手段や令状を発付する条件について立法的措置を求めている。

#### ① 法廷意見における「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」

筆者にとって興味深いのは、2017年判決において「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」が令状発付条件の法定の要請という文脈で援用されていることである。2017年判決の考える「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」とはいかなるものなのかは説明されておらず、それは判決文での記述から推測するしかないが、判決の中でこの文脈での「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」として示されているのは主に2つのものである。1つは、GPS捜査には事前に令状を呈示することが想定しがたいとしている部分に関係するものである。既に紹介した通り、2017年判決によれば、GPS捜査を行うのであれば事前の令状呈示に代わる「公正の担保の手段」が必要であるが、「刑法197条1項ただし書の趣旨に照らし」、その選択は第一次的には立法府に委ねられるとしている。2点目は現行法下でGPS捜査に対して令状を発付する場合に生じ得る問題についてのものである。2017年判決によれば、GPS捜査に対する令状を発付する場合には「令状に様々な条件を付す必要が生じる」が、そこでは「事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの確かな条件の選択が行われない限り是認できないような強制の処分」を認めることにならざるを得ず、このようなやり方は刑事訴訟法197条1項但書きの「趣旨に沿うものとはいえない」としている。

このような説明から推測されるのは、2017年判決は、事前の令状呈示に代わる公正担保の手段の選択を立法者に求めることが「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」であると捉えているということである。また、「事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの確かな条件の選択が行われない限り是認できないような強制の処分」を認めることを「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」に沿わないとしていることから、強制処分を認めるにしても事案ごとに令状発付の条件を検討せずに済むようにすることを「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」と捉えているとも理解できる。これらは要するに、事前の令状呈示に代わる手段はそもそも立法者

が選択すべきであり、実質においても令状の発付に伴う問題や混乱を回避する必要があるために立法者による措置が必要であるとするものであると思われる、事案ごとに令状発付の可否やその条件を審査すると様々な問題を生じさせる可能性があるために令状発付条件を法定することが必要であるというのが、2017年判決が述べるところの「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」であると言えよう。

## ② 補足意見

以上のような法廷意見と並び2017年判決には補足意見があり、補足意見が「GPS 捜査の特質に着目した立法的な措置が講じられることがあるべき姿であるとの法廷意見に示された立場に賛同する」としたうえで、「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」、「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」としていることも注目される。たしかに補足意見においても「令状の発付が認められる余地があるとしても、そのためには、ごく限られた特別の事情の下での極めて慎重な判断が求められるといえよう」としており、この補足意見に従って法制化までの間にGPS 捜査が実施されうるのは「レア・ケース」<sup>4</sup>に限定されると解することは可能であろう。それでもやはり、この補足意見において要請されているのがあくまでも令状を発付する際の判断の慎重さであり、GPS 捜査を行うまでに立法が完了していることではないことは重要であろう。

## ③ 2017年判決の特徴のまとめ

上述した通り、2017年判決ではGPS 捜査は令状によることを必要とする強制処分であるとされ、結論として「GPS 捜査について、刑訴法197条1項

---

<sup>4</sup> 尾崎愛美「GPS 捜査の適法性に関する最高裁大法廷判決を受けて(下)」捜査研究800号(2017年)2頁以下<10頁>。



ただし書の『この法律に特別の定めのある場合』に当たるとして同法が規定する令状を発付することには疑義がある」としている。しかし、2017年判決はGPS捜査が既に定めのある「検証」に該当しうるかということよりも、現行法の下で令状に基づいてGPS捜査を行う場合に生じ得る問題について詳しく述べている。そこでは令状を発付する条件の法定を求めており、その際に「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」に触れていることから、2017年判決においては各事案における令状発付には様々な条件を付す必要があるという、令状発付の可否を検討する際に予想される実務的な問題に鑑みて立法者による措置を求めることが「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」の主要な要素として描かれているように思われる。さらに補足意見はGPS捜査を行うための規定がない状況でもGPS捜査を行えることを否定していない。そのため全体としての2017年判決は、「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」について、GPS捜査が行われるのであればそのための具体的な規定が必要であり、GPS捜査が「検証」に該当していると言えなければならないといった意味での「強制処分法定主義」的な側面にはあまり触れず、GPS捜査を行うための令状を発付する条件の法定を求めるといった側面を強調しているとの印象を与えるものになっているように思われる。

### （3）検討課題

冒頭でも述べたように、2017年判決にはGPS捜査に対する立法的統制の重要性について述べたところに大きな特徴がある。それゆえ、既にいくつかの文献において指摘されている通り、この判決が「GPS捜査を解釈によって『検証』と位置付けることに対してははっきりと『疑義』を述べた」ものあり<sup>5</sup>、さらにこれが「解釈ではなく立法による解決を志向する」姿勢<sup>6</sup>を示

<sup>5</sup> 辻本典央「監視型捜査に対する法規制の未来－GPS捜査の立法課題」法学セミナー752号（2017年）33頁以下<33頁>。

<sup>6</sup> 中島宏「GPS捜査最高裁判決の意義と射程」法学セミナー752号（2017年）10頁以下<14頁>。

していることは確かであろう。しかし、判決文を読む限り、2017年判決は「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」を令状発付条件の法定を要請するものとして援用しているように思われ、補足意見も立法がなされる前の段階でGPS捜査が行われることを条件付きとはいえ認めていることから、GPS捜査が「検証」に該当しうるかや具体的な立法によらずに行われたといった問題は2017年判決では周辺的なものとして位置づけられているようにも思われる。評釈の中には、2017年判決が示した見解を「強制処分法定主義に対する忠実な姿勢」<sup>7</sup>と評価するものがあり、こうした評価は「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」について令状発付条件の法定という要請に重きを置き、当該捜査が現行法に根拠を有するものと言えるかという点の検討をどちらかという周辺化して理解するのが学説においても一般的であるような印象を与えるが、判決の評釈や学説における議論を参照することでこの評価の妥当性を検討することが必要であろう。

そこで以下では2017年判決が出された後に早い段階で公表された解説を参照し、2017年判決の言う「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」がいかなるものと解されているかを検討する。他方で、日本のこれまでの刑事訴訟法学説においても刑事訴訟法197条1項但書きをめぐる議論は活発に行われているため、2017年判決に関する評釈に続いてこれまでの刑事訴訟法分野での議論を振り返る。また、刑事訴訟法学説においてはしばしば強制処分法定主義と憲法31条の関連性も指摘されているため、憲法31条をめぐる憲法学の議論も取り上げる。そこで取り上げるのはいずれも一般的な基本書におけるものが中心となり、学説状況の描写としては雑駁なものにとどまるであろうが、以上を踏まえて「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」に関する2017年判決

---

<sup>7</sup> 後藤昭「法定主義の復活? - 最大判平成29年3月15日を読み解く」法律時報89巻6号(2017年)4頁以下<6頁>、大野正博「いわゆる『現代型捜査』の発展と法の変遷」法学セミナー752号(2017年)22頁以下<26頁>。

と学説の一般的な理解の異同を示して後の比較法的検討の基礎とし、詳しい考察はその際に行うことにしたい。

## 2. 日本の学説における議論

2017年判決の評釈のうち、2017年に公刊された『刑事訴訟法判例百選 [第10版]』において解説を担当し、また、後に概観する最高裁・調査官の解説においてしばしば援用されている井上正仁によるものを取り上げると、井上は、検証令状による通信傍受を正当化した1999年の最高裁決定の場合には、決定が出された時には通信傍受法が約8か月後には施行されることになっていたことを指摘している。この事件においては「捜査機関が敢えて検証として電話傍受を行うということは實際上考え難くなっていた状況の下で」、「既に実施済みの電話検証が既存の法の解釈として許される限度内のものであったことを追認したに過ぎない」とする。しかし、2017年判決では令状を得ることなくGPS捜査が行われたことが問題となっており、また、仮に「令状に適切な条件を付せば既存の処分としてGPS捜査を実施することも許される」としてしまうと、「その後の令状実務では、多様な選択肢のある中で令状にどのような条件を付すべきかにつき、事案ごとに、又裁判官によっても、判断が区々に分かれ、捜査実務にも大きな混乱を招くおそれが強い」という。そのために最高裁は「GPS捜査が必要なら、立法により一律かつ明確な要件や手続を整備してこれを許すことにより、そのような無用の混乱を生じさせないようにすべきだと考え」たのではないかと推測している。そして「そのような混乱防止ということも強制処分法定主義の一つの重要な意義であることは確かであるから、本判決が『〔197条1-井上〕項ただし書の趣旨』というのもそのことを指すのだとすれば、十分諒解可能であり、実質的にも、司法院としての見識を示すものとして評価に値しよう」とする<sup>8</sup>。

また、最高裁の調査官による解説は、検証許可状によるGPS捜査の実施

の可否に関する学説の状況を紹介した上で、2017年判決が刑事訴訟法197条1項但書きの「この法律に特別の定のある場合」に当たるとして刑事訴訟法が規定している令状を発付することに疑義があるとし、立法的な措置が講じられることが望ましいと判示したことについて検討している。調査官の見るところによると、令状によらない捜査の問題を扱った2017年判決においてこの論点は「令状担当裁判官が検証許可状を発付したという事実関係のない中で示された傍論にとどまる」。それにもかかわらずこの論点について2017年判決が判断を示したのは、「GPS 捜査につき令状がなければ行うことができない強制処分であると判断した以上、現行の令状によって GPS 捜査を行えるかどうかはこれと直結する法律的論点であり」、しかも、下級審の裁判実務も固まっておらず、「今後の捜査及び令状発付の実務に無用な混乱を生じることがないように、最高裁の基本的な見解をこの段階で示す必要があると考えられたため」とする。次に個々の判断に関しては、2017年判決は GPS 捜査の性質を「検証」と言えるかという点がこの論点の決め手になるとは解していないとする一方で、GPS 捜査が対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握するものであることと、GPS 端末を取り付けるべき車両と罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない行動の過剰な把握を抑制できないとした点が重要であるとする。調査官が目するの、この場合には把握される情報に「将来の犯罪」に関するものが含まれる可能性があることであり、「そのような将来の犯罪の強制捜査は、刑訴法上は想定されておらず、これを許容するためには特別の立法が必要と解される」としている。そして、事前の令状呈示に代わる公正の担保の手段の選択が第一次的には立法府に委ねられるとした点に関して、「令状請求がある度に、事案ごとに令状審査を担当する裁判官の判断により、かつ、事案ごとに多様な選択肢の中からの確な

---

<sup>8</sup> 井上・前掲注 (3) 69頁。

条件の選択が求められるというような強制の処分を認めることは、本判決が述べる通り、強制処分法定主義の趣旨に沿うものとはいえないと思われる」と説明している。他方で特別の規定によらない通信傍受が問題となった1999年決定については、この決定の時点では通信傍受法が成立していたのであり、「平成11年判例と本判決とでは、判断の前提となる問題状況が大きく異なっている」としている<sup>9</sup>。

井上と調査官の評釈を比較すると、調査官による解説のうち先に挙げた論点に関する部分がそれを補強するものとして井上の論文を挙げているわけではない。また、井上はGPS捜査の「検証」該当性が現行の令状によるGPS捜査の可否という問題にとって決め手にならないとは述べておらず、さらには、被疑事実と無関係な位置情報の過剰な取得に対する抑制となるように処分対象をある程度特定できる場合が「ないとはいえない」としており<sup>10</sup>、これらの点では調査官の見解との若干の相違もあるのかもしれない。とはいえ、井上と調査官の説明は、1999年決定当時との時代背景の違いを指摘している点に加えて<sup>11</sup>、令状・捜査実務における混乱や事案ごとに裁判官が令状の条件を選択しなければならないような強制処分が発生することを回避するために令状を発付する条件が法定されているよう求めたのが2017年判決であるとしているように思われる点など、本稿との関係で重要な点では一致していると言えるだろう。こうした視点は、2017年判決以前の井上の業績にもみられ、例えば2014年に公刊した書籍では「新しい強制処分説」と批判する文脈で次のような指摘をしている。それによれば、「判例による法形成は、必ずしも好ましいものではなく、それは「裁判所の判断は、あくまで個々の事件の解決を旨とするものであり、そのような専ら個別の事案の特殊な文脈のもと

---

<sup>9</sup> 伊藤・石田・前掲注(3) 112-114頁。

<sup>10</sup> 井上・前掲注(3) 68頁。

<sup>11</sup> 他にも、中島・前掲注(6) 14頁。

で、新たな強制処分を許容するかどうかというような—基本的に価値選択を伴う、波及性も大きい—（傍線：井上）問題について判断することが適切かは疑問だから」であるとする。「しかも、判例による問題解決は、個別的・断片的なものであるので、当の強制処分の要件や手続に関する法の内容が不明確なままにとどまったり、極めて複雑なものとなったりするおそれがある。捜査機関の対応や令状実務の上でも、非常に混乱を来すことが懸念されよう」とし<sup>12</sup>、捜査機関の対応や令状実務において予想される混乱ゆえに強制処分の要件・手続の法定が必要であるとの理解を示している。

しかし、井上は戦後の刑事訴訟法197条1項但書きに関して、「特に重視すべきなのは……憲法31条との関係」であり、「このような憲法31条との関連のもとに刑事訴訟法197条1項但書の規定をみると、その規定も、人の重要な権利・利益を本人の意思に反して制約することを内容とする強制処分は、国民の代表による明示的な選択を体現する法律—中でも、刑事手続に関する基本法典たる刑事訴訟法—（傍線：井上）に根拠規定がない限り、行うことは許されないという趣旨だと理解される」ともしている<sup>13</sup>。強制処分法定主義を憲法31条の要請を具体化したものとする説明は他の論者にもみられるが<sup>14</sup>、2017年判決には井上の指摘していた憲法31条に関連付けられたこの「趣旨」に触れるところはない<sup>15</sup>。

<sup>12</sup> 井上正仁『強制捜査と任意捜査 新版』（有斐閣、2014年）29頁。2006年初版の書籍（19頁）、そして初出に当たる『刑事訴訟法の争点〔第3版〕』松尾浩也・井上正仁編（有斐閣、2002年）46頁以下<51頁>においても同様の指摘が行われている。

<sup>13</sup> 井上・前掲注（12）28頁。

<sup>14</sup> 福井厚『刑事訴訟法講義〔第5版〕』（法律文化社、2012年）108頁、大澤裕「強制捜査と任意捜査」法学教室439号（2017年）58頁以下<59頁>、ほか。

<sup>15</sup> 判決においては憲法35条への言及は見られるが、これはプライバシーの利益の「重要性」を示すものであると思われる。評釈においても憲法35条への言及と「重要権利侵害説」の関連性が指摘されている。松田岳士「判批」季刊刑事弁護91号（2017年）99頁以下<102頁>、角田正紀「判批」刑事法ジャーナル53号（2017年）66頁以下<70頁>、山田・前掲注（2）28-29頁、堀江・前掲注（2）140頁、山本・前掲注（2）148-152頁、池田・前掲注（2）75頁。

他の評釈において指摘されている通り、2017年判決は「立法を行わずに、現行刑訴法下での『令状』を発付することには疑義があるとした」<sup>16</sup>のものであり、また、「最高裁に芽生えた立法重視の姿勢」<sup>17</sup>を示すものであろう。ただ、それを令状の発付実務において予想される事態と関連付けていることが2017年判決の特徴であるように思われる。仮に2017年判決が「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」を立法を待たずに令状が発付された場合に生じ得る混乱に着目して令状発付条件の法定を要請するものとしているとすると、それ自体は井上や調査官の解説において批判されているわけではないとはいえ、井上が指摘していた憲法31条との関連性や「人の重要な権利・利益を本人の意思に反して制約すること」に対する「国民の代表による明示的な選択」といった観点を十分に反映しているのかが問われるだろう。そこで興味は「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」を「令状発付条件法定主義」的な側面に重点を置き、「検証」該当性を「決め手」とせず理解することが日本の学説において一般的なのかという点に移る。

#### （1）日本の刑事訴訟法学説における、「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」の理解

そこで、日本の刑事訴訟法学説が刑事訴訟法197条1項但書きをどのように捉えているのかを見ることにしたい。まず戦後初期になされた説明としては宮下明義によるものがある。宮下は敗戦を機とした帝国議会での刑事訴訟法改正審議においても答弁をしているため、帝国議会での議論をみることも戦後初期の刑事訴訟法197条1項但書きの理解・位置づけを知る上で有益であろう。しかし、その後も刑事訴訟法197条1項但書きに関する議論は展開

<sup>16</sup> 前田雅英「判批」捜査研究798号（2017年）28頁以下<40頁>。なお、検証に該当しえない捜査に対する令状が違法となる可能性は、通信傍受に関する1999年の最高裁決定における元原裁判官の反対意見でも指摘されている。

<sup>17</sup> 山田・前掲注（2）31頁。

を見せている。戦後初期の議論と現在の学説のうち少なからぬものが刑事訴訟法学においては既知であろうが、2017年判決との比較という観点で改めて確認しておきたい。

### ① 帝国議会での審議

敗戦によって憲法だけでなく刑事訴訟法の改正も求められるに至り、敗戦後まもなく帝国議会に刑事訴訟法改正案が提出された。しかし、この改正案には批判もあり、例えば参議院司法委員会において公述人・坂本英雄は「本案は原則として任意捜査……（点：会議録）強制捜査は例外の場合である、かような建前を取って」おり、「私も憲法との睨み合い上さような制度がよいものと思います」と述べる一方で、以下のような批判を展開している。「併し」強制捜査というのは例外であるのでこれがむやみに拡大されると「人権の擁護が甚だ危殆に瀕する」ことになるので「一體草案で認めた強制捜査というものは、現行法で認めた強制捜査よりもその幅が廣いか狭いかということ十分に検討してからでなければ、人権の擁護に全きを期待することができないと思います」。「ともかくも犯罪捜査に例外的な強制捜査を現行法よりも幅を廣くしたということにつきましては」「重大な問題として特に研究をしなければならぬ」と述べ<sup>18</sup>、改正案において強制捜査が広く認められていると批判した。

こうした批判に対して、当時の政府委員であった宮下明義が回答している。それによれば改正案の197条は「現行法と趣旨において同様」であり、「捜査の原則は、任意捜査であるという建前を明らかに」したものである。他方で「強制的処分は、この法律に特別の定めのある場合でなければこれを行うことができない」と規定し、「強制処分というものは、例外であるという趣旨を明らかに」したと説明している<sup>19</sup>。

<sup>18</sup> 第2回国会・参議院司法委員会会議録40号13-14頁。

<sup>19</sup> 第2回国会・参議院司法委員会会議録43号348頁。



## ② 新刑事訴訟法制定直後の説明

宮下はその後、単著として公表した解説書においても同様の説明を行っているが<sup>20</sup>、共著者として執筆した逐条解説において、刑事訴訟法（新）197条1項についてさらに詳しく説明している。宮下によると、「舊法254條第1項は、『捜査ニ付テハ其ノ目的ヲ達スル爲必要ナル取調ヲ爲スコトヲ得但シ強制ノ處分ハ別段ノ規定アル場合ニ非ラサレハ之ヲ爲スコトヲ得ス』と規定し、捜査の原則は任意捜査であって、捜査上の強制處分は、特別の定のある場合に例外としてこれを用いることができるとする建前を採って」いた。そして新法もこの原則を踏襲して197条1項に同趣旨の規定を置いたのだとする。しかし「舊法の下においては、捜査上の強制権は極めて限られた範囲において認められて」いたにすぎず、任意捜査だけでは犯罪捜査として不十分な場合が多かったために、「明治憲法下においては、犯罪捜査の手段として、違警罪即決例による即決處分としての拘留又は行政執行法第一條の規定による檢束處分を濫用する方法が寧ろ捜査の常道とされるに至り」、その結果、「犯罪捜査手續は寧ろ刑事訴訟法のわくの外」で行われることになり、それによって「幾多の人權蹂躪の問題を生じた」とする。そこで「この弊害を批判反省し、寧ろ豫審を廢止すると同時に捜査機関に對しては合理的な強制捜査權を付與するのが、人權蹂躪を根絶する所以ではないかという説が有力に主張されるに至り、「終戦直後における刑事訴訟法改正の動向はこの線に添って」いた」と説明する<sup>21</sup>。

こうした敗戦から戦後初期にかけての議論からは<sup>22</sup>、立案担当者は、刑事訴訟法197条1項を（戦前の規定と同様に）任意捜査が捜査の原則であり、

<sup>20</sup> 宮下明義『新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ 捜査 公訴』（司法警察研究会公安発行所、1949年）48-49頁。

<sup>21</sup> 野木・宮下・横井『新刑事訴訟法概説 追補版』（立花書房、1949年）117-118頁。

<sup>22</sup> 河上他編『大コンメンタール 刑事訴訟法 第二版 第4巻<第189条～第246条>』（青林書院、2012年）144頁にもある。

強制処分は例外であること規定したものであり、また、予審を廃止すると同時に捜査機関に対して合理的な強制捜査権を付与する規定と位置づけていたと言えるだろう。

### ③ 現在の理解

以上の通り、戦後の刑事訴訟法では、その制定過程においてもはや任意捜査が原則となっているとはいえないとの批判が出るほどに強制捜査が多く法定されるに至っており、刑事訴訟法197条1項但書きが「特別の法律の定を必要とする」と規定した意義は失われたとも言える。しかし、その後の刑事訴訟法学においては、刑事訴訟法197条1項但書きに、より積極的な意義が見出されている。

先にも挙げた論者である井上は、「現行刑事訴訟法は、予審を廃止し、捜査機関にかなり広範な強制処分の権限を与え」ており、「捜査機関は、令状主義の制約を受けるとはいえ、現行犯などの例外的な場合に限らず、広く強制の処分を行うことができる」ようになっている。「このような法制の下では、197条1項但書きの規定は、もはや旧法時代のような意味をほとんど失っているといわざるを得ない」とする。その一方で井上は、「それにも拘わらず、立法者が敢えてこの規定を残したのは、単なる惰性でなければ、やはり、何らかの積極的意義をそこに見出したからだと考えべき」であるとする。また「制定時の立法者の意図がどこにあったかは別にしても、現行法の下におけるその規定の客観的意義は、旧法の下におけるのとは違った、新たな視覚から見直してみることが必要とされるように思われる」とし、刑事訴訟法197条1項の捉え直しを試みている。

この井上の試みについて改めて考えてみると、意義のあるものと言えるよ

---

<sup>23</sup> 井上・前掲注(12)26-28頁。強制処分該当性の具体的な判断については別途の検討が必要であり、筆者自身も井上の見解を批判的に取り上げたことがあるが(拙稿「行政・警察機関が情報を収集する場合の法律的根拠」鈴木秀美編集代表『憲法の規範力とメディア法 講座 憲

うに思われる<sup>23</sup>。というのは、刑事訴訟法が必要な強制捜査を警察に認めると同時に、いかなるものでも必要に応じて行えるとするのではなく「法律の特別の定」によらなければならないとしていることには、やはり何らかの重要な意味があると考えられなければならないと思われるためである。先に見た通り井上は、この点について、特に重視すべきなのは憲法31条との関係であると、「この憲法規定の趣旨は、個人の生命や自由などの重要な権利・利益を奪う処分については、その要件や手続を予め法律で明示しておくことにより、濫用を防ごうとするものだ」と一般に理解されている」ものの、「それだけにとどまらず、まさにそのように重要な国民の権利・利益を奪う処分であるので、そもそもそのような処分を用いることを許すかどうか自体、国民自身が、その代表である国会を通じて、意識的かつ明示的に決断すべきであるという趣意をも含む」としている。

井上の説明は、強制処分法定主義は「個人の生命や自由などの重要な権利・利益を奪う処分の濫用を防ぐ」という意義と、「重要な国民の権利・利益を奪う処分を用いることを許すかどうかを、国民自身が、その代表である国会を通じて決断すべき」とする「趣意」を含むとするものである。そして、強制処分法定主義のこのような捉え方は現在の刑事訴訟法学において一般的であると言ってよいように思われる。近年でも強制処分法定主義の「自由主義的側面」と「民主主義的側面」が指摘されており、大澤裕は法律の定めが必要とされる趣旨には「処分の要件・手続をあらかじめルールとして明示しておくことにより、捜査機関による権限の濫用を防止し、個人の自由を擁護する」ことと（法定主義の自由主義的側面－大澤）、「処分の根拠を国民の代表である国会が定めることにより、処分の許容性と要件・手続について国民自身が決定し、捜査機関に対しその権限を国民自身が授権すること（法定主義

---

法の規範力【第4巻】（信山社、2015年）247頁以下）、頁数の関係もあって、本稿では「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」に関する議論だけに注目する。

の民主主義的側面－大澤)」が考えられるとしている<sup>24</sup>。

#### ④ 2017年判決との比較

以上述べたことから、現在の刑事訴訟法197条1項が制定された当初は、強制捜査を限定してしまうと、かえって法の外に位置づけられた捜査手続を招くという事態に対処するために必要な強制捜査権は認めつつも、それを例外とするのが197条1項但書きであると認識されていたように思われる。立法担当者の説明は主に令状による統制に関するものとなっており、「なぜ『特別の法律の定め』なのか」という点の説明を十分に行っていたとは言い難いが、その後の学説ではその検討が進められ、刑事訴訟法197条1項但書きは十分な強制捜査権を警察に認めるとともに、それに法定を求めることで同時に民主的な統制を図ろうとするものであり、自由主義的側面と民主主義的側面をもつものと考えられるようになっている。

こうした理解は2017年判決に関する評釈においても指摘されているが<sup>25</sup>、そうすると、2017年判決が予審の廃止と必要な強制捜査権の付与という刑事訴訟法197条1項の意義に言及していないことはともかくとしても、「令状発付条件法定主義」的な側面に重点を置きGPS捜査への授権という側面にはあまり触れずに「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」を解釈することが、現在の刑事訴訟法学説において一般的なわけではないように思われる<sup>26</sup>。2017年判決に触れる文献では「GPS捜査が既存の強制処分では捉えきれない性質を有することを認める以上、（立法措置がとられるまでの間－石田）GPS捜査は一律に否定されると解するのが強制処分法定主義からの本来的な理論

---

<sup>24</sup> 大澤・前掲注（14）59頁。

<sup>25</sup> 後藤・前掲注（7）4頁。

<sup>26</sup> 松田・前掲注（15）103頁は、これまでの学説においても「令状主義と強制処分法定主義の適用対象は基本的に重なり合うものと考えられてきたものと思われる」との指摘しつつ、これらの適用対象には「ずれがあることも確かである」としている。

<sup>27</sup> 石田倫識「判批」法学セミナー749号（2017年）98頁。石田は2017年判決がこのような理解

的帰結」であるとの指摘が見られ<sup>27</sup>、そのような強制処分法定主義の理解が、本稿においてここまでみたところからすれば、日本の刑事訴訟法学においても一般的なのではないか。

そうだとすると、GPS 捜査に対する立法的統制を求めながらも令状発付条件の法定という要請を「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」の主眼として理解していると思われ、さらには、憲法31条には触れず、また GPS 捜査の性質を「検証」と言えるかという点が現行の令状によって GPS 捜査を行えるかどうかの決め手になるとは解していないと最高裁・調査官に解説されている2017年判決を「強制処分法定主義に忠実な姿勢」を示したものと評価することには少々無理があるようにも思われる。

## （2）強制処分法定主義と憲法の関係－日本の憲法学説における憲法31条の理解

以上述べた通り、現在の日本の刑事訴訟法学説においては強制処分法定主義と憲法31条との関係がしばしば指摘されている。そこにおいて憲法31条がいかなる規定として理解されているのかが必ずしも明らかではないことも少なくないが、それを明らかにするのは憲法学の側の役割であるとも言えるだろう。たしかに、2017年判決は憲法31条には言及しておらず、また、強制処分法定主義は「直接的には現行刑訴法を前提とした刑訴法上の原則と理解しておいた方がわかりやすい」<sup>28</sup>かもしれないが、憲法31条の意義を明らかにす

---

を示したものとして理解すべきであるとする一方で、補足意見は「補足意見」の範疇を超えている疑いがあると指摘し、なおかつ、「仮に本判決にそこまでの含意を読み込めないとしても」との留保を付けた上で検討を続けている。また、宇藤・前掲注（2）63頁は「強制処分法定主義違反ということであれば、令状主義への言及がなくとも判断は可能であったはず」としている。なお、現行法下で条件付きの令状を用いることの問題を指摘するものとしては稲谷龍彦「情報技術の革新と刑事手続」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、2013年）40頁以下<41頁>があるが、それが強制処分法定主義との関係で問題になる理由としては、実務における混乱は挙げずに、「解釈によって新たな強制処分を作り出すのに等しいことを挙げている。

ることで「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」を少なくとも間接的には説明することにつながるかもしれないことまでは否定されないだろう。他方、これまでの憲法学の議論については「憲法41条を本籍地とする法律の留保論と31条を本籍地とする強制処分主義の関係を、最高裁に誇れるほど真剣には考えてこなかった」との指摘もあり<sup>28</sup>、憲法31条に関する憲法学の議論状況を振り返ることにはやはり意味があるだろう。そして、これまでの議論をみると、日本の憲法学においては憲法31条の意味に関する議論が以前から活発ではあったことを確認できる。そこで行われている議論は旧知であるかもしれないが、2017年判決との対比という観点で戦後の議論を改めて概観しておきたい。

#### ① 戦後初期の議論

戦後初期の代表的なコンメンタールとして『註解 日本國憲法』に注目すると、そこでは憲法31条について解説するにあたって旧憲法23条との比較が行われている。大日本帝国憲法23条は「日本国民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受ウクルコトナシ」と規定しており、同書はこの規定に関して美濃部達吉が『逐条 憲法精義』の中で『憲法義解』での説明に触れて述べている箇所を引用している。『憲法義解』においては「本條は人身の自由を保明す」とされたのに続いて、この規定が「逮捕・監禁・審問は法律に載する所の場合に限り」行えんとすることで、「法律の正條に依るに非ずして」処罰できないとしていると解説されている<sup>30</sup>。これに対して美濃部は、「本條は單に人身の自由を保障するのみならず、全く別の事を合せ規定して居る。處罰の中でも金銭罰は人身の自由とは無關係であり、審問も必ずしも人身の自由に関するものではない」と指摘する。さらに美濃部は、「審問」は必ず

---

<sup>28</sup> 山田・前掲注(2)32頁・注26)。

<sup>29</sup> 山本・前掲注(2)155頁。

<sup>30</sup> 宮沢俊義校註『憲法義解』(岩波書店、1940年)53-54頁。

しも「人身の自由」とは関係しないという自身の見解を「プロイセン旧憲法」の規定と照らし合わせることで説明しようと試みているように思われる。美濃部は、大日本帝国憲法23条に関係する規定としてプロイセン憲法には「人身ノ自由ニ對スル制限殊ニ拘引ノ許サルヘキ條件及方式ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」とする5条と、「處罰ハ法律ニ依ルニ非ザレハ之ヲ定メ又ハ之ヲ課スルコトヲ得ス」とする8条があるとし<sup>31</sup>、これに加えて大日本帝国憲法23条が「審問」についても規定していることから、大日本帝国憲法23条は上記の拘引・「處罰」・審問という三種の「別々の事柄」をつなぎ合わせたものであるとしている。また、美濃部は上述の三種の事柄を規定する同23条を「刑事訴訟の手續のみを眼中に置いて規定したものと解するのは、明に狭きに失」し、この規定において「それよりも一層大切なることは、行政権の擅斷に依り逮捕監禁審問處罰することを禁止していることに在る」と指摘し<sup>32</sup>、大日本帝国憲法23条は「刑事訴訟行為」以外にも多くのことを定めているとする。大日本帝国憲法23条全体に関するまとめとして美濃部は、この規定は逮捕監禁、審問、処罰という三つの「別々の事柄に付いて、法律に依らず、司法権殊に行政権の擅斷に依ってこれを爲すことを許さない趣意を示しているもの」と述べ、その中の「處罰」について、この規定から刑罰の成文主義、刑罰法の法律主義、刑罰の遡及法の禁止、を導出している<sup>33</sup>。『註解 日本國憲法』による説明に戻ると、同書は、美濃部がこのようにして大日本帝国憲法23条を逮捕監禁と審問について要件・手續が法律によらなければならないという形で制限しようとする規定と説明していたことと、処罰の制限の問題として「罪刑法定主義」を規定するものであるとしていたことを紹介している。

次に、『註解 日本國憲法』では日本国憲法31条の解釈論が展開され、こ

<sup>31</sup> いずれも、美濃部の訳による。

<sup>32</sup> 後者が「本條の主眼」であるとしている。

<sup>33</sup> 美濃部達吉『逐条 憲法精義』（有斐閣、1927年）358-365頁。

の規定がアメリカ憲法の「適法手続」の規定の影響のもとに成立したことを指摘している。しかし「適法手続の規定には、歴史の発展に伴い、獨特の内容が盛られるに至ったのである」から、日本国憲法についてもアメリカ憲法の規定を参考にしつつも別個の検討が必要であるとしている。そこでの説明のうち、本稿に関係するのは、「本條は、手続のみに關するものであろうか、それとも、要件をも規定したものであろうか。要件を規定したものであるとすれば、本條は罪刑法定主義を含むことになるが、ここに罪刑法定主義が規定されているのであろうか」という問いかけである。ここまで見たところでは、手続の法定が要請されていることは所与の前提とされたうえで、要件の法定（＝罪刑法定主義）まで含まれるかという議論の展開になっており、刑事手続の法定を求める規定であることには特に疑問が示されていない。加えて、日本国憲法がアメリカの規定を参考に作られたことへの言及が見られる一方で、日本国憲法31条で規定されている内容が大日本帝国憲法23条とある程度の関連性をもった形で説明されていたことも印象的である。

ここまでにおいて紹介したのは、『註解 日本國憲法』が憲法31条が刑事手続だけでなく処罰要件の法定も求めていることを述べている部分であったが、『註解 日本國憲法』はさらに、「國會の法律自體が合理的なものでなければならぬという、立法權に対する制約をも含むもの」という、法定される内容の問題も扱っている。そして、そこでは「被告人の言分を充分聴取（*rechtliche Geför*—『註解 日本國憲法』原文ママ）しないで處罰したり、曖昧で、廣い内容を持った刑法を制定したりしたときなどのように、憲法のどの條文に反すると明かにはいえないが、憲法に反するといわざるをえない場合」は「本條によって救済するのが妥當である。この限度で英米法の『適法手続』を採用したと解するのは、全體として英米法の影響を受けたわが憲法の解釋として、不當ではないと思われる」としている。このような説明により、憲法31条は、刑事手続について言えば、それが法定されている



ことを求めているだけでなく、法定されている手続の内容も問題にするものであるとの見解が示されている。その場合、法律に反する手続が行われた場合の法律効果も問題となるが、「すべての法令違反が本條違反となるという解釋は、とうてい採用できない」ものの「全然法律によらないばあい、例えばリンチのようなものに限定するのも正しくない。適正に定められた現行法の基本的な原理となっている重要な規定に違反した場合には、又その場合に限って本條に違反する、という外あるまい」とし、一定の場合には法令違反が憲法31条違反にもなるとの見解を示している<sup>34</sup>。

以上の通り、『註解 日本国憲法』においては、刑事手続に関する部分に限ると、憲法31条が刑事手続が法定されていることと、そこで法定されている手続の内容が「適正」であることを求めていると説明され、手続の内容の適正という観点では、処罰が「告知・聴聞」を経ていることが求められていた。ただ、それらの説明は具体的な事例を反映したものではなかった。

## ② 第三者所有物没収事件判決以降

その後、最高裁が第三者についても告知、弁解、防御の機会を与えることが必要であるとして、当事件における手続について「憲法31条、29条に違反するものと断ぜざるをえない」<sup>35</sup>としたことで、憲法31条が刑事手続の法定とその内容の適正を求める規定であることを、第三者所有物没収事件を挙げながら説明することが一般的になる。例えば佐藤功は、憲法31条が罪刑法定主義と刑事手続法定主義を含むものであるとし、そのうちの「刑事手続法定主義」については、まず、「第31条は『その他の刑罰を科せられない』と定めていることからいって、刑事手続が法律で定められなければならないこと、すなわち刑事手続法定主義を定めたものであることは明らかである」とした

<sup>34</sup> 法学協会編『註解 日本国憲法 上巻(2)』（有斐閣、1953年）583-590頁。

<sup>35</sup> 最大判1962年11月28日（刑集16巻11号1593頁）。笹田栄司「判批」長谷部・石川・宍戸編『憲法判例百選Ⅱ〔第6版〕』（有斐閣、2013年）244頁以下。

上で、「本条には『適正な』の文字はない」が「それは法律によりさえすればどのような手続を定めても良いという趣旨ではないと解すべきであり、「この『法律の定める手続』には近代憲法における刑事手続法の基本原則が当然に前提とされている」と述べる。

さらにこのことは13条からも導き出され、つまり、刑事手続についても13条の趣旨は「当然に要求され、第13条の趣旨が刑事手続を法律で定めるにあたっての基準をなすものと解されるのである。このように『法律の定める手続』とは手続法の実体の適正をも要求すると解すべきである」とする。そして、「近代憲法の下における刑事手続法の不可欠な内容としては、いわゆる『告知・聴聞』（あるいは「告知・弁解・防禦」－佐藤）の原則、すなわち人に不利益な処分をする場合にはその者に告知・聴聞の機会を与えなければならないという原則が挙げられ、第三者所有物没収事件もこの解釈をとり『告知・弁解・防禦』が第31条の法定手続の不可欠な内容であるとしている」ことに触れている<sup>36</sup>。

以上のような議論状況をふまえるならば、憲法31条が法定されている手続の内容の適正について規定していることの具体的な意味を、第三者所有物没収事件判決が明らかにしたとすることができる。この判決については関税法118条1項の規定自体を違憲したのか、あるいは、第三者所有物の没収処分を違憲としたにすぎないのか、活発な議論が展開されたが、この判決が「本件における事前手続の欠如を論難し、憲法上の手続保障の意義を明らかにしたことは画期的であ」った<sup>37</sup>ことは確かだと言えるだろう。

### ③ 「盗聴」の問題をめぐる憲法学における議論

このように『注解 日本国憲法』が、憲法31条の要請として刑事手続の法

<sup>36</sup> 佐藤功『日本国憲法概説 全訂第五版』（学陽書房、1996年）251-253頁。他にも、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）331-334頁、など。

<sup>37</sup> 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』（有斐閣、2011年）40頁。

定と罪刑法定主義を挙げ、刑事手続の法定との関係について言えば、その要請に「手続の内容の適正」も含まれるとしたうえで「告知・聴聞」の必要性を説き、その後は第三者所有物判決がそれを示す例として挙げられるようになった。そして「電話盗聴」の問題が憲法問題として論じられるようになると、それも憲法31条との関係で議論されるようになる。ただ、そこでの議論にはやや特徴的と思われる点もあり、そうした点も含めてこれまでの議論状況を概観することにした。

例えば市川正人は『『適正な手続』の内容と判断基準』について検討する中で電話盗聴の問題を取り上げる。そこで市川は「憲法35条は有体物を対象とするものであり、電話盗聴は35条のいう『押収』ではない」が、「電話盗聴については、通信の秘密を保障する憲法21条2項後段違反が問題となり」、「さらにそれが捜査手段として許容される場合があるにしても、憲法31条の要請する『適正な手続』によって」なされなければならないという。そして「何が憲法31条の『適正な手続』であるか」が問題となるが、ここでは「31条の具体化規定である32条以下の諸規定」、特に35条が有体物の押収について課している諸要件が重要であり、「電話盗聴が憲法21条2項後段・31条に照らして許容されるためには、裁判官の発する令状によらねばならぬ」ないことをはじめとして、様々な要件を満たさなければならないとしている<sup>38</sup>。このようにして市川は電話盗聴の問題を「適正な手続」に関わる問題と捉え、そこでは手続の内容が適正かどうかを32条以下の規定を参考に検討しようとしている。

また市川は覚せい剤取引の中継に使われていたマンションの電話の通話内容を県警が検証許可令状を取って傍受して暴力団組員を逮捕した事例についても述べており、「我が国では、従来、電話盗聴は正規の捜査手段として用

<sup>38</sup> 市川正人「刑事手続と憲法三一条」樋口陽一『講座・憲法学 第4巻 権利の保障（2）』（日本評論社、1994年）215頁以下。

いられてこなかった。学説上、少なくとも現行の刑事訴訟法の下では電話盗聴はできないという立場が多数を占め、それが実務にも影響を与えていたようである」とする。そして「通説・判例」が「捜査段階を含む刑事手続は、憲法31条により適正なものであることを要求」していることを紹介する。次に「電話盗聴の合憲性」について憲法35条1項との整合性という観点で令状の必要性とその条件を考察するが、これに続いて市川が「電話盗聴の合法性」について論じているところが注目される。そこでは、「電話盗聴が一定の規制・限定を加えれば憲法上許され得るとしても」、刑事訴訟法197条1項但書きが強制処分法定主義を定めていることを指摘する。この規定をめぐるのは「重大な権利・利益の制約を伴えば直ちに強制処分であるのか、あるいは、個人の意思の制圧も伴って初めて強制処分となるのかについては争いがある」ものの、「電話盗聴は、通信の秘密の侵害であるばかりか、通話者に秘密でなされるために通話者が反対せず、その意思を制圧する必要がなだけであるので、強制処分と解すべきことにあまり異論はない。そこで、強制処分法定主義との関係で、電話盗聴が刑事訴訟法が定める既存の強制処分としてなされうるか否かが問題となる」とする。そして「刑事訴訟法上の検証として電話盗聴が行われてきている」ことを紹介した上で、市川は電話盗聴を「検証」と捉えることができるかを検討している。結論として市川は「電話盗聴を現行刑事訴訟法上の強制処分として認めることはできず、電話盗聴をなすには、その要件・手続を憲法が挙証するような形で定める法律規定が必要」としている<sup>39</sup>。

ここで見た市川の議論は、通信傍受法制定前に行われていた電話盗聴について、「手続の適正」という、法定されている内容の問題として議論するこ

---

<sup>39</sup> 市川正人「捜査方法としての電話盗聴」法学セミナー488号（1995年）79頁以下<80-83頁>。市川のこうした見解を肯定的に詳しく紹介しているものとして、樋口・佐藤・中村・浦部『注解 法律学全集2 憲法Ⅱ』（青林書院、1997年）262頁以下（佐藤幸治）。

とが考えられる一方で、電話盗聴がそもそも刑事訴訟法で規定されている「検証」に該当するかという点も「合法性」の問題として論じる必要があるとの認識を示すものと言えるだろう。具体的な立法を待たずに行われる電話盗聴の問題を「手続の適正」の問題として捉える見解は他の論者によっても示されており、一例としては野中・中村・高橋・高見による共著書を挙げることができる。そこでは憲法31条の具体的保障内容として実体の適正さと「手続の法定」と「手続の適正」を挙げ、そのうち「手続の適正」について述べている箇所です。「手続の適正さに関して詳記する新たな問題は、すべて31条との関連で検討対象となる」と述べた後に、「捜査における『強制処分』法定主義も本条の要請するところであり、通信傍受につき法律の定めがないのに検証令状によりそれを行うことを認めるのは本条違反の疑いが強い」としている<sup>40</sup>。

以前の事件で問題となった第三者所有物の没収は関税法の規定に基づいていたものであり、没収処分に先立って「告知・聴聞」がなされなかったことを最高裁が「手続の適正」の問題としたことは理解できるもののように思える。しかし、通信傍受法制定前における電話盗聴は、それを認める直接的な規定がないという、第三者所有物没収事件の場合とは異なる状況でなされたものである。にもかかわらずここで見た議論では、刑事訴訟法の改正や特別法の制定を待たずに行われていた電話盗聴が「手続の法定」ではなく「手続の適正」の問題であるとされたり<sup>41</sup>、立法を待たずに行われていることが合憲性ではなく合法性の問題として扱われたりしている。こうした見解は電話盗聴の問題を「刑事訴訟法で規定されていない強制処分に令状が発付された」という方法の問題として捉え、これを「手続の適正さ」の問題として位置づけているものと思われるが、電話盗聴が具体的な立法によらずに行われ

<sup>40</sup> 野中・中村・高橋・高見『憲法Ⅰ 第5版』（有斐閣、2012年）412-413頁。

<sup>41</sup> ここでの議論が「盗聴」が「検証」に該当することを前提にしているとすると、そのような見解は、山本・前掲注（2）152頁が「法定類型拡張解釈モデル」と呼ぶものとなる。

ていること自体は「手続の法定」という憲法上の問題として扱われていないところに特徴がある。

④ 「盗聴」の問題を「手続の法定」という憲法上の問題と捉える見解  
「盗聴」に関する上で見た見解は、まず、通信傍受に刑事訴訟法上の根拠を見出しがたいことを「合法性」の問題として扱っていたという点で、一定の場合に法令違反が憲法31条違反にもなる可能性に言及していた『註解 日本国憲法』における説明と異なっていたと言える。他方、電話盗聴が「手続の適正」の問題として扱われていたことの背景には、1999年の決定において最高裁が「電話傍受」を「本件当時の捜査の手段として法律上認められていなかったということはでき<sup>42</sup>ないと述べたことを無視して議論するわけにはいかなかったこともあるだろう。しかし近年では、電話盗聴（通信傍受）の問題を「手続の法定」という、憲法31条と関係する問題である（あった）とする説明が見られ始めている。例えば、毛利・小泉・浅野・松本による共著書には、憲法31条の保障内容を「手続の法定」、「手続の適正」、「実体の法定」、「実体の適正」に分けた上で、「手続の法定」に関して、「31条は手続の法定だけを保障しているという解釈も有力である」ことを紹介した上で、「手続の法定というだけでも十分に重要な規定であることも改めて強調しておきたい」としている箇所がある<sup>43</sup>。そこでは、「法律で定めることが求められる手続とは、起訴後の裁判手続に限られず、捜査を含めて刑事責任追及に直接結び付く手続に広く及ぶと解され」、「その意味で、捜査における強制処分法定主義は31条の表れであると位置づけることができ」、「31条の解釈が、刑訴法197条1項但書きの解釈（「強制の処分」と任意処分の区別—浅野）に縛られる必要はないから、31条の観点から何が法定されなければならないかは国会

<sup>42</sup> 刑集53巻9号1327頁。立山紘毅「判批」長谷部・石川・宍戸編『憲法判例百選Ⅰ〔第6版〕』（有斐閣、2013年）136頁以下。

<sup>43</sup> 毛利・小泉・浅野・松本『憲法Ⅱ 人権』（有斐閣、2013年）291-294頁（浅野博宣）。

がコントロールすべき重要な部分は何かという観点から検討される必要があるだろう」とし、電話の傍受と通信の秘密が関係が問題とされた1999年の決定を取り上げている。この決定においては検証許可状による通信傍受が認められたが、「刑事法上の検証の仕組みにより裁判所がチェックすることが可能であった」としても、「そのことと、国会がその検証の仕組みを作ることによって電話傍受を認めたといえるかどうかということとは区別すべき」であるという。「裁判所による個別的許可の必要性（令状主義－浅野）という問題と、国会による一般的・制度的な許可の必要性（手続の法定－浅野）という問題とは、区別して考えるべきであり、「そのような意味において、同決定は31条の観点からは疑問があり」、「電話傍受のような新たな捜査手法を開始する場合には、国会が法律で定めることが憲法上要求されると解すべきではないだろうか」と述べている。次いで1999年の通信傍受法の制定により「手続の法定という問題は解決された」と述べたのに続いて、第三者所有物没収事件の問題を「手続の適正」に関係するものとして取り上げている。

また、新井・曾我部・佐々木・横大道による共著書も、憲法31条の保障内容を「手続の法定」、「手続の適正」、「実体の法定」、「実体の適正」とに分けた上で、「手続の法定」について述べる中で通信の傍受を取り上げている<sup>44</sup>。そこでは、「刑事訴訟法は強制処分法定主義を採用しており、そのもとで強制処分を限定的に捉える判例が展開しているが、31条の科刑手続の法定の要請との関係で再考すべき余地もあるように思われる」との説明がなされている。そして1999年の決定についても触れ、その決定については、手続の適正に関わる問題点のほか、「通信傍受を『検証』として行うことには無理があり、手続の法定の要請の観点からも議論の余地がある」としたのに続いて、

<sup>44</sup> 新井・曾我部・佐々木・横大道『憲法Ⅱ 人権』（日本評論社、2016年）208-209頁。

1999年に通信傍受法が制定されたことを紹介している。そして、第三者所有物没収事件については、別途、「手続の適正」に関する説明の中で言及している。

このように近年においては以前に論じられていた電話傍受の問題を「手続の法定」という憲法上の原則に関わる問題とする説明がなされてきている。そして、こうした傾向は電話傍受の問題にとどまらず、技術的な手段を用いた捜査、一般についても指摘されている。例えば渡辺康行は、「近年の憲法学は、刑事訴訟学の動向から影響を受けつつ」、「写真撮影には個別具体的な法律の根拠が必要ではないかについて、改めて問う傾向にある」と述べており<sup>45</sup>、そうであるならば、ここで述べた電話傍受のような技術的な手段を用いた捜査の憲法への位置づけ方は、近年の憲法学において一定程度の広がりを見せていると言うことができるだろう。

#### ⑤ 2017年判決との比較

以上述べた憲法31条に関する日本の憲法学における議論をまとめると、まず戦後間もない時期には憲法31条が手続のみの法定を求めているのか、それとも要件の法定まで求めているのかが検討され、さらには法定されている手続等の内容も憲法31条との関係で問題となるとの見解が示されていた。そして法定されている手続の内容の適正さの重要性は、第三者所有物没収事件をきっかけとして具体的に説示されるようになり、電話盗聴の問題も憲法31条との関係で議論されるようになった。しかし、通信傍受法制定以前の電話盗聴は具体的な立法によらないままに用いられていた手法であったにもかかわらず、このような捜査手法の問題が「手続の法定」ではなく「法定されている手続の内容の適正さ」に関係するものとして扱われたり、手続の法定の間

---

<sup>45</sup> 渡辺康行「『ムスリム捜査事件』の憲法学的考察－警察による個人情報収集・保管・利用の統制－」松井・長谷部・渡辺編『自由の法理 阪本昌成先生古稀記念論文集』（成文堂、2015年）937頁以下<962頁>。



題とされる場合でも「合法性」の問題とされたりしていた。それでもその後は、通信傍受法制定以前の電話盗聴は手続の法定という観点での憲法上の問題を含んでいたとする説明が見られるようになっていく。強制処分法定主義を憲法31条の表れとする見解も示されており、こうした見解は憲法学において一定程度広まっているという流れを確認できる。

こうした状況をふまえて2017年判決を再び取り上げると、この判決は「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」に関してGPS捜査の「検証」該当性よりも「令状発付条件法定主義」的な側面を重要視しているように思われる。また、そこにおいては刑事訴訟法197条1項但書きと憲法31条との関連性を指摘していない。

このような捉え方は、まず、法令違反が憲法31条違反になることを否定していなかった『註解 日本國憲法』の説明と一致していないように思われる。また、強制処分法定主義を憲法31条の表れとする近年の憲法学においてみられる見解とも異なっている。他方で、2017年判決が述べる「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」を「憲法31条の趣旨」として類推的に読むことも考えられるが、このような捉え直しをしたとしても、2017年判決において示されている見解は、近年の憲法学において広まりつつある理解とは異なっているように思われる。2017年判決は「検証」該当性の検討を「決め手」とはしなかったと評されており、実際、GPS捜査を行うことに対する立法者による承認としての立法の意義については詳しく述べておらず、その一方でGPS捜査の立法的統制の必要性を主に令状発付条件の法定の要請から導いているように思われる。2017年判決が示したこのような姿勢や認識は、令状という裁判所による許可と立法という国会による許可を分けて論じ、憲法31条に特定の捜査を国会が認めることを求めるという意義を読み込もうとする最近の憲法学において一定程度の広がりを見せているものとは異なるものであるように思われる。

もちろん、GPS 捜査を行うことに対する国会による承認としての立法の意義が説かれる場合にも、憲法31条に令状発付条件の法定としての意義を否定することが意図されているわけではないだろうが、2017年判決が「強制処分法定主義に忠実な姿勢」を示したと断言するのは憲法学の観点からも難しいように思われる。

### 3. まとめ

2017年判決は「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」を援用しており、その際に「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」とは何かを具体的に語っているわけではないが、判決文から推測すると、それは現行法の下でGPS捜査やそのための令状審査を行う場合に予想される混乱ゆえに、令状発付条件の法定を求めることを主たる内容とするものとして援用されているように見える。

それまでの最高裁は技術的な手法を用いた捜査に必ずしも立法を求めておらず、2017年判決がGPS捜査に対する立法を求めたことは意外でもあったが、立法的措置の必要性を2017年判決が指摘したのも、立法がないままにGPS捜査を行うための令状が発付されると実務上の混乱が生じると懸念したからであろう。その意味で2017年判決は「GPS捜査に対する司法的統制（令状による統制—山本）には限界がある（それではうまくいかない—山本）ために、立法府による立法的統制が必要である、と述べ」<sup>46</sup>たものであると言える。

もちろん、令状によることなくGPS捜査が行われたという事案の性質や、原判決が令状発付の要件は満たされていたと考え得るとしていたことを考えれば、令状が必要であることと現行法下で令状を発付した場合に起こりうる

---

<sup>46</sup> 山本・前掲注（2）154頁。

問題を指摘する必要があったという事情は理解できる。この事件においてはGPS捜査を行うことに対する立法者による授権としての刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨を殊更に強調する必要がなかったとも言えるだろう。そのため、2017年判決が憲法31条に言及していないことや、GPS捜査を行うこと自体への立法者による授権としての強制処分法定主義を適正な令状の発付とそのため立法という要請に埋没させているようにも思われることを指摘して2017年判決を非難するのは必ずしも適切ではないだろう。しかし日本の学説では「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」を、捜査機関による権限濫用の防止という自由主義的側面と、捜査機関への国民の授権という民主主義側面から捉え、さらには「手続の法定」を求める憲法31条の趣旨を踏まえて解すべきとされるようになっており、2017年判決において示されている「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」は現在の日本の学説で一般的に考えられているものとは異なっていると言わざるを得ない。

以上のことから、この事件に特有の事情もあって「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」の様々な側面を詳細に論証しなかった（する必要がなかった、できなかった）2017年判決を、「強制処分法定主義に忠実な姿勢」を示したものと評価するのは、妥当ではないように思われる。

## おわりに

本稿では「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」をめぐる2017年判決と日本の学説を対比することを目的とし、両者の相違を指摘した上で、2017年判決が「強制処分法定主義に忠実な姿勢」を示したとする解説に対して疑問を示した。ただ、2017年判決が「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」について十分な考察をしていないとしてもそれには理由がなかったわけではなく、「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」の全体像を描くことは依然として学説に委ねる形になっているとも言える。2017年判決が「解釈論上は強制処分

法定主義の理解の進展に寄与するもの」<sup>47</sup>なのだとすれば、「刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨」や「強制処分法定主義に忠実な姿勢」とはいかなるものかをさらに検討する必要があるだろう。その際には比較法的な考察が有用であると思われ、2017年判決と類似性のある事件に関する判決があるアメリカの議論を参照することも有益であるが、それを行うための紙数はすでに尽きており、これらの検討は次の課題としたい。

---

<sup>47</sup> 池田・前掲注(2) 79頁。