

「GPS 捜査」の憲法上の問題

— ドイツの議論との比較 —

實 原 隆 志*

はじめに

1. ドイツにおける GPS 捜査の根拠と、憲法上の権利の関係
 - (1) 刑事訴訟法
 - (2) 連邦刑事庁法 (BKA-Gesetz)
 - (3) GPS 捜査と憲法上の権利
 - (4) 総括：ドイツにおける GPS 捜査の根拠と、憲法上の権利の関係
2. 技術的手段を使ったその他の措置・捜査と情報自己決定権
 - (1) 第一次 N システム判決
 - (2) 第二次 N システム決定
 - (3) その他の事例
 - (4) 総括：技術的手段を使ったその他の措置・捜査と情報自己決定権
3. 情報自己決定権に対する侵害の正当化：授權法律・規定の特定性 (Bestimmtheit)
 - (1) 授權法律の特定性を問題にする判決
 - (2) レーゲンスブルク決定
 - (3) 特定性の要請の憲法上の位置づけ
 - (4) 総括：情報自己決定権に対する侵害の正当化—授權法律・規定の特定性
4. 日本の議論状況との比較
 - (1) GPS 捜査を授權する規定の有無
 - (2) 制約される権利
 - (3) 権利に対する制約の正当化：規定の特定性
 - (4) まとめ

おわりに：GPS 捜査の憲法上の問題

*福岡大学法学部教授

はじめに

GPSを使用した捜査の合法性が一つの争点となった2017年の判決において¹、最高裁大法廷はGPS捜査を憲法35条に關係するものとした。そして、その事件での捜査を令状を要する刑事訴訟法上の強制処分であるとした上で違法とし、今後もGPSを用いた捜査を行うのであれば立法によることが望ましいと述べて注目を集めた。学説ではこれを「強制処分法定主義に忠実」な判決とするものも見られたが²、大法廷が法定を求めたのは令状ではGPS捜査を十分に統制できないと考えたからにすぎず、これが従来の学説が考えてきたところの「強制処分法定主義の趣旨」に即したものと言えるかは疑わしいように思われる。それゆえ、GPS捜査の憲法上の問題を、GPSを用いた捜査に対する具体的な授權規定がないという状況で考える上では、比較法的な検討が有用と思われる³。

そこでアメリカの議論を参照してみると、2017年の大法廷判決と類似するアメリカ国内の先例として、Jones判決がある⁴。その中でも、GPSを用いた捜査活動に対する立法者による対応の意義に言及しているアリート裁判官の補足意見が注目されるところである。そこで引用されているカーの学説も含めて、アメリカ国内の議論は本稿の関心と深く関係しているもののようにも思われる。

しかし、立法を通じた統制に触れるアメリカ国内の議論は、法律の制定によることが望ましいとするものにとどまり、法律の制定に「よらなければな

¹ 最大判2017年3月15日（刑集71巻3号13頁）。

² 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>。

³ 拙稿「『刑事訴訟法197条1項但書きの趣旨』の予備的考察」福岡大学法学論叢62巻3号（2017年）559頁以下。

⁴ U.S. v. Jones, 132 S. Ct. 945 (2012).

らない」とする議論ではない。先に示した本稿の関心の出発点は、GPS 捜査を行うのであれば「法律の定めにより『やらなければならない』」のかにある。そうしたことを考えると、アメリカの議論を日本国内でも参照することには相当な難しさもあるはずである⁵。

その場合、アメリカの議論もふまえながら、日本国内で行われてきた議論の修正を図ることも考えられる。また、アメリカ以外の国の議論を参照することも選択肢の一つであろう。そして、筆者自身がこれまでドイツの議論を主に参照してきたこともあって、本稿においてはドイツの議論を参考にして検討を進めることにしたい。そこで以下では、ドイツ国内の法律における GPS 捜査の根拠と、その憲法上の権利との関係（１）を確認したのに続き、それを「技術的手段」一般の問題と比較する（２）。その上で、技術的手段を用いた情報収集活動による情報自己決定権に対する侵害の正当化について授權法律・規定の「特定性（Bestimmtheit）」の観点から検討し（３）、それを日本の議論状況と比較する（４）。そして最後に GPS 捜査の憲法上の問題についての結論を示すことにしたい（おわりに）。

1. ドイツにおける GPS 捜査の根拠と、憲法上の権利の関係

ドイツにおいて GPS を用いた情報収集が行われる場合、それには刑事捜査によるものと公安目的で行われるものとがある。以下ではドイツ国内の現行法の関連規定を参照し、それらの規定がどのように解釈され、憲法上の権利とどのように関係していると理解されているかを概観する。

（１）刑事訴訟法⁶

① 刑事訴訟法100h 条 1 項 1 文 2 号の規定とその解釈

ドイツの刑事訴訟法において、GPS を用いた刑事捜査の根拠規定となっ

⁵ 拙稿「『GPS 捜査』の憲法上の問題－比較対象としてのアメリカ国内の議論－」福岡大学法学論叢63巻1号（2018年）1頁以下。

ているのは100 h 条 1 項 1 文 2 号である。100 h 条は住居の外で行われる措置についての規定であり、そのうち同条 1 項 1 文 2 号は「監視目的に特定された、その他の特別な技術的手段」の使用を認めている。そして、このような規定が設けられた当初は、Peilsender（方位情報発信器：以下、「方位発信器」）を用いた捜査がその一例であると説明されていた⁷。

その後、ドイツ国内の通常裁判所において、現在の100 h 条 1 項 1 文 2 号と同様の規定である、当初の100 c 条 1 項 1 号 b の規定する措置には GPS の使用も含まれるとされた。この事件では、上級地方裁判所がこの規定の文言の意味（Wortsinn）や、100 c 条 1 項 1 号 a ・ 100 c 条 1 項 2 号との比較を通じた体系的解釈、立法過程、憲法上の価値決定からこのような解釈を正当化し⁸、その上訴審である連邦最高裁判決が同様の見解を示した。連邦最高裁は、「GPS」技術はこの規定の意味での技術的手段の一つであるとし、当時の100 c 条 1 項 1 号 b の規定は、刑事訴訟法100 c 条 1 項 1 号 a に含まれる、写真や画像記録（Bildaufzeichnungen）の作成を可能とするものではなく、100 c 条 1 項 2 号で挙げられている、話された言葉の傍受や記録を可能とするものでもないような技術的な監視手段の使用について規定しているのであり、監視対象の所在場所とその移動速度を特定できるにすぎない GPS の使用は当時の100 c 条 1 項 1 号 b の規定する措置に含まれると解した。加えて、確かに立法資料（Gesetzesmaterialien）で100 c 条 1 項 1 号 b による技術的手段の例として「GPS」が挙げられているわけではないが、先にも述べた通り、方位発信器がこの規範に含まれる技術的手段の例として挙げられていることを指摘し、その上で GPS をそれ以前に使われていた場所特定システム

⁶ ドイツの刑事訴訟法の関係規定については、斎藤司「ドイツの GPS 捜査とその法的規制方法」指宿信編著『GPS 捜査とプライバシー保護 位置情報取得捜査に対する規制を考える』（現代人文社、2018年）128頁以下も参照。

⁷ BT-Drs. 12/989, 39.

⁸ NStZ 1998, 268.

の発展形であると位置づけた。そして、「その他の技術的手段」との概念を選択することで、立法者ははっきりと技術の進展に余地を作ろうとしたのであり、規定が公布された時点ではまだ使用されていなかったシステムの使用も可能にしようとしたとの見解を示した⁹。こうした文言、体系的解釈、立法過程といった根拠に加えて連邦最高裁は、ここで示しているような解釈は基本法の価値決定とも合致するという。まず一方では、GPS 技術の使用は住居の不可侵の基本権（基本法13条）や私的領域の不可侵の核心領域（基本法1条1項と2条1項）、情報自己決定権には触れないとし、また他方では、犯行の解明や訴追に対する、憲法上認められた利益ゆえ、法律留保に含まれ、比例原則を考慮した基本権制約であり、テロや組織犯罪といった領域での重大犯罪はしばしば最新の技術的な補助手段を使って共謀的に予定・実行されるのであり、効果的な刑事訴追は現代的な技術的監視手段、つまり GPS のような手段を使うことなくしては、もはや可能ではないこともしばしばであることを挙げた¹⁰。

刑事訴訟法の規定には「GPS」との文言そのものが含まれていないにもかかわらず、連邦最高裁が、そこで規定されている措置に GPS の使用も含まれるとしたのは、方位発信器も GPS もその機器（が装着されたもの）の所在場所を確認するためのものであることに着目してのことであろう。ただ、連邦最高裁の判断の妥当性を検討する上では、方位発信器にはない GPS の技術的特徴や、GPS を使った捜査の特徴が論点となりうる。方位発信器を使用した捜査にはない、GPS を用いた捜査に特有の特徴としては、宇宙空

⁹ 「GPS」技術がその後は私人の誰もが市民生活上（zivil）の目的で、例えば自動車においてナビゲーションの補助のために使えることになっていることも挙げ、このような広く商用化したやり方（handelsübliches Verfahren）が刑事訴追の領域での使用から除外され则认为する理由はないとも指摘している。しかし、問題は GPS を監視目的で使用するであろう。それに関連することは後でも述べる。

¹⁰ BGHSt 46, 266 <271ff>.

間にある衛星を利用することを挙げられ、これは「監視されている人の後について走行しなければいけないので、監視の古典的な補助手段」¹¹にとどまる方位発信器の使用とは異なるとも言える。また、GPS を使う場合に車両に装着される機器は電波の発信器ではなく受信器であるのに加え¹²、少し違う角度からの特徴として、GPS を使った「捜査」の特徴について検討すると、本件では取り付けられた GPS 受信器からそこに保存されていたデータが転送されており、GPS を監視目的で使うために、GPS 受信器にシステム外の送信機が付加され、その機器で得られたデータを第三者に転送することで行われることがあることも重要かもしれない。以上のような違いを大きなものと捉える場合には、立法資料では例として方位発信器しか挙げられていなかったことは、GPS の使用までは立法者は想定していなかったことを示すものとなりうる。例えばバーンスマンは、文言、制定過程からも連邦最高裁の見解を支持せず、また、宇宙空間を使ったナビゲーション補助自体は既に使われ、知られていたのであって、立法資料が方位発信器を例として挙げたことから GPS の使用まで立法者が想定していたと推測することに対して、懐疑的な見解を示している¹³。

本来はここで示したような連邦最高裁の見解の妥当性を検討する必要があるが、ドイツにおける関係規定の意味するところの説明を試みるうえでは、

¹¹ Anmerkung von Jan Steinmetz, NStZ 2001, 344 <347>. 他方、座談会「GPS 捜査の課題と展望—最高裁平成29年3月15日大法廷判決を契機として」刑事法ジャーナル53号（2017年）26頁以下 <28頁>（太田茂）は、GPS 捜査の類型の一つとして、「尾行の補助手段型」があるとする。

¹² 位置情報を知るために車両に取り付ける機器が電波の発信器である場合と受信器である場合の違いがもたらしうる帰結について検討する日本の文献として、高木浩光「GPS 捜査の技術的發展と最高裁判決の射程」指宿信編著『GPS 捜査とプライバシー保護 位置情報取得捜査に対する規制を考える』（現代人文社、2018年）70頁以下。

¹³ Anmerkung von Klaus Bernsmann, StV 2001, 382 <383f>. 明文にはない GPS の使用もこの規定の射程内とした下級裁判所の判断に批判的なものとして、Anmerkung von Christoph Gusy, StV 1998, 526 <526>.

判例となっているこの解釈を前提にせざるを得ないところもある。そのため、以下ではドイツの刑事訴訟法100h条1項1文2号がGPS捜査の根拠規定であるとの解釈に基づいて、このような捜査を行うための手続等の確認に移りたい。

② 要件

再び現行のドイツ刑事訴訟法の規定に戻り、100h条の規定する捜査が認められる条件について、ここでは2号との関係でのみ触れておきたい。このような捜査が認められるのは、「事実（Sachverhalt）の調査（Erforschung）、もしくは被疑者の滞在所の捜査が他の方法によるのではあまりうまくいかない、もしくは困難になると考えられ」、なおかつ、「捜査（Untersuchung）の対象がかなりの重要性をもつ犯行である」場合となっている（100h条1項1文）。次に、これらの措置の対象となる者についてみると、捜査の直接の対象となるのは、原則的に被疑者であると規定されている（同条2項1文）。しかし、それ以外の者に対する2号の措置も一定の場合には認められており、それは「特定の事実に基づき、それらの事実が被疑者と結びついている、もしくはそのような結びつきが確立されていると考えることができ、上記の措置によって事実の調査や被疑者の滞在所の捜査に至り、このことは他の方法ではうまくいく見込みがない（aussichtslos）、もしくは非常に困難になるだろうと考えられる場合だけ」である（同条2項2号）。

③ 長期の監視と短期の監視

GPS捜査が行われる場合、それには長期のものと短期のものがある。監視を長期にわたって行う場合について規定するのが163f条であり、163f条は、平均して24時間以上継続するもの、もしくは、2日以上行われることになるものについて定めている。そして、「長期的監視」は、このような措置を指すことになっている（163f条1項1文）。

この規定によって情報収集がなされてよいのは、「事実の調査、もしくは

被疑者の滞在場所の捜査が他の方法によるのではあまりうまくいかない、もしくは、困難になると考えられる場合のみ」である。他方、被疑者本人以外の者に対してこのような措置が認められるのは、「特定の事実に基づき、それらの事実が被疑者と結びついている、もしくはそのような結びつきが確立されていると考えることができ、上記の措置によって事実の調査や被疑者の滞在場所の捜査に至り、このことが他の方法ではうまくいく見込みがない、もしくは非常に困難になるだろうと考えられる場合」であると規定されている（163 f 条 1 項 2 文）。

長期的監視に先立つ手続に関する規定を見ると、長期的監視のための措置は「裁判所によってのみ、急迫の危険がある場合には検察とその捜査員によって（裁判所法（Gerichtsverfassungsgesetz）152条）命じられてよい」ことになっている（163 f 条 3 項 1 文）。そして、検察とその捜査員による命令は、163 f 条 3 項 1 文が参照している裁判所法152条の規定により、平日 3 日以内に裁判所によって確認されない場合には効力を失う（163 f 条 3 項 2 文）。その命令の期限は最長で 3 か月であるが（163 f 条 3 項 2 文と 100 e 条 1 項 4 文）、命令をする条件が、得られた捜査結果を考慮して引続き存在しているという場合には 3 か月を超えない範囲で延長することも可能である（163 f 条 3 項 2 文と 100 e 条 1 項 5 文）。以上のような形で、長期的監視を行う場合には原則として裁判官留保が予定されている一方で、GPS 機器を使った捜査が、長期的監視となる期間として規定されているよりも短期にとどまる場合に、そのような捜査を命じる手続に関する特別の規定はない。そのため、その命令は検察に関する 161 条 1 項や警察に関する 163 条 1 項といった一般条項によることになる。

既述の通り、GPS を用いた捜査には長期のものと短期のものがあり、GPS を用いた捜査についてドイツの刑事訴訟法では様々な要件が規定されている。そのうち、長期的監視を行う場合には裁判官留保が予定されている一方で、

その監視が短期のものであればこれらの措置は当局と職員の判断に基づいて行われることになり、裁判官による命令を要しないことになる。

④ 小括：ドイツの刑事訴訟法の関係規定

以上のように、ドイツの刑事手続における GPS を用いた捜査の根拠規定は刑事訴訟法100h 条1 項1 文2 号であると考えられている。それゆえ、「監視目的に特定された、その他の特別な技術的手段」として規定されている要件が GPS を用いた捜査を行う要件であることになる。ただ、こうした捜査には長期的なものと短期的なものがあり、短期的な監視であれば裁判官による命令は不要であるが、長期的監視を行う場合には裁判官留保が予定されている。以上が刑事手続の場面で GPS を使用する場合の根拠や要件であるが、GPS が公安目的の活動で使用される場合もある。

（2）連邦刑事庁法（BKA-Gesetz）

公安目的での GPS 監視の根拠規定となるのが連邦刑事庁法45条である。後にも述べるように連邦刑事庁法は2016年に一部について違憲と判断されたが、ここでは現在の規定を見ておくことにしたい¹⁴。連邦刑事庁法45条は、「特別な手段」によって個人データを収集することを連邦刑事庁に認めている（45条1 項1 文）。そして、この規定のいう「特別な手段」とは何を指すのかが同条2 項で規定されている。ここでの意味の「特別な手段」のうち、45条2 項3 号が挙げるのが、「監視目的に特定された、その他の特別な技術的措置であり、実情（Sachverhalt）の調査や、1 項で挙げられている者の滞在场

¹⁴ 解説として、Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Aufl., 2018, 650ff. (Ralf P. Schenke)。なお、2016年判決後の、切迫的危険（drohende Gefahr）との概念を含む規定を追加した州法や、改正連邦刑事庁法に関する検討が活発に行われている（vgl. Foroud Shirvani, Paradigmenwechsel im Polizeirecht ? - Die neue Rechtsfigur der >>drohenden Gefahr<<, DVBl 2018, 1393; Ulrike Zarembo, Die neuen Befugnisse im nordrhein-westfälischen Polizeigesetz zum Erlass von Aufenthaltsgeboten, Kontaktverboten sowie zur Elektronischen Aufenthaltsüberwachung, DÖV 2019, 221, u.s.w.）。

所（Aufenthaltort）を特定するためのその他のもの」である。

「データ収集のための特別な手段」について規定する45条2項による列挙は限定列挙であるとされているが、同条2項3号の規定する措置の例が方位発信器やGPSの使用であると説明されている¹⁵。そしてこれらの手段を用いて個人データを収集することが認められるための要件も規定されており、「危険の防御もしくは犯行の予防が他の方法ではうまくいく見込みがない、もしくは非常に困難になるだろうと考えられる場合」となっている（45条1項1文）。

この規定に基づく監視は命令によることになっている。それらの命令の主体は捜査の種類に応じて異なっているが、いずれについてもその命令が有効なのは最長で1か月であり（45条5項3文）、措置の期限の延長には新たな命令を要する（45条5項5文）。この場合の措置のうち、「監視目的に特定された技術的手段が平均して24時間以上継続する、もしくは2日以上用いられる」、いわゆる「長期的監視」となる場合には、管轄の部門の長かその代理人による請求に基づく裁判所の命令が必要となる（45条3項1文3号）。しかし、急迫の危険がある場合には、1文による措置の命令は管轄の部門責任者（zuständige Abteilungsleitung）もしくはその代理人による命令でも良いが（45条3項2文）、この場合には裁判所の決定を事後的にはあるが直ちに得なければならず（45条3項3文）、上述の命令が3日以内に裁判所によって確認されない場合には、この命令は効力を失う（45条3項4文）。その一方で、短期的監視など、そのほかの場合には、管轄の部門の長かその代理人による命令でよいことになっており（45条3項5文）、裁判官による命令までは要しない。

以上のように、現行の連邦刑事庁法は45条で「特別な手段」によって個人

¹⁵ BT-Drs. 16/10121, 25.

データを収集することを連邦刑事庁に認め、この措置には GPS を用いるものも含まれるとされている。そしてそれが長期的監視となる場合には原則的に裁判所による決定を要する。こうしたことから、現在の連邦刑事庁法の規定は、GPS を使用する場合との関係では先に見た刑事訴訟法における規定と同様であると言えるだろう¹⁶。

（3）GPS 捜査と憲法上の権利

これらの場面での GPS を用いた情報収集が憲法上の権利とどのように関係するとされているのかを見ると、刑事訴訟法上の GPS 捜査の合憲性について検討した判決として、2005年のものがある¹⁷。この事件の異議申立人は1995年に、いわゆる反帝国主義組織（AIZ）の構成員として4件の爆破事件を起こし、上級地方裁判所（Oberlandesgericht）から殺人未遂の共犯で有罪判決を受けた。証拠の評価において上級地方裁判所は、申立人と原手続の共犯者に対してなされた多くの監視措置から得た情報（Erkenntnis）を根拠にしており、そのうちの一つの措置がGPS装置を使った監視であった。1995年10月に、共犯者のものであり申立人もしばしば同乗していた自家用車に連邦刑事庁が方位発信器を取り付け、捜査裁判所は申立人と共犯者、共犯者によって使用されていた車両を警察による監視対象とした（ausschreiben）が、申立人と共犯者は車両に取り付けられていた方位発信器を2つ発見し、機能しないようにしておいた。そこで1995年12月には、連邦検察の命令に基づいて、共犯者の自家用車にGPS受信器が取り付けられた。その受信器を使う

¹⁶ このように、ドイツにおいてはGPSを使用した情報収集に際して、常に裁判所の決定を要するわけではない。他方、2017年の大法廷判決はGPS捜査を「令状を要する強制処分」としたため、少なくとも「装着型」のGPSを使用した捜査、すべてについて令状を要することになる可能性がある。山田哲史「GPS捜査と憲法」法学セミナー752号（2017年）28頁以下<30頁>、緑大輔「監視型捜査」法学教室446号（2017年）24頁以下<26頁>参照。

¹⁷ BVerfGE 112, 304（川又伸彦「自動車位置監視システムの合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）（以下、『ドイツの憲法判例Ⅲ』）375頁以下）。

ことで車両の空間的な位置を最高で50メートルの確度で特定でき、データ保存の間隔（Zyklus）はプログラム化され、取り付けられた受信器に、それぞれ一分ごとに日付、時間、地理上の経緯度、それぞれの時点での車両の速度が記録されるようになっていた。そこで保存されたデータは2・3日間隔で一時的に行われる転送行為を用いることで引き出されて（abziehen）いた。場所データ（Positiondaten）を利用することで、車両の所在移動、滞在時間を後追いすることもでき、このGPS監視は1996年2月25日に申立人が拘束されるまで続いた。

これに対して申立人は、様々な監視措置が、監視措置の全体を裁判官が審査することなしに同時に行われたことを非難し、GPSを使用して得られた情報（Erkenntnis）を利用しないよう求めた。しかし、上級地方裁判所はこの異議（Widerspruch）を退け（NStZ 1998, 268：決定の内容については上述）、申立人にはGPS捜査によって得られた情報も根拠として有罪判決が下され、それに対する上告も連邦最高裁によって退けられた（BGHSt 46, 266：上述）。そこで憲法異議が申し立てられ、申立人は、上級地方裁判所と連邦最高裁の判決、並びに連邦刑事庁とノルトライン・ヴェストファーレン州とハンブルクの憲法保護当局による1995年10月から1996年2月までの監視を対象とした。憲法異議において申立人は基本法1条1項と2条1項から導かれる基本権がそれらの捜査等によって侵害されているとし、また、上級地方裁判所とそれを認容した連邦最高裁の判決が得られた情報を利用したことは、公正な手続の原則に反していることから違憲であると主張した。それを受けて連邦憲法裁判所・第二法廷は、本件を法治国家原理（基本法20条3項、28条1項）から導かれる、規範明確性と構成要件の特定性の要請の問題であるとした¹⁸。

¹⁸ BVerfGE 112, 304 <315>.

2005年の判決ではGPS装置の使用によって侵害される基本権が明示されたわけではなかったが、GPSの使用と憲法の関係を検討する上では、連邦刑事庁法の合憲性を直接の対象とする憲法異議に対する2016年の判決が参考になる。この法律は当初より「特別な手段」によるデータ収集を認めており、その場合の「特別な手段」とは何かを規定していた当時の20g条2項による措置には方位発信器を使った追跡も含まれるとされた¹⁹。この判決は、さらに、方位発信器を使う場合も含めた短期的監視と裁判官留保の関係について、GPSを使用した捜査に関するドイツ国外の事例も参照して検討していることから²⁰、方位発信器を用いた追跡とGPSを用いた監視を同種のものとみているものと思われる。判決では、2016年判決当時の連邦刑事庁法には長期的な監視となる場合も含めて、裁判官による命令を求める規定がなかったことが問題とされたが、ここでは連邦憲法裁判所が特別な手段によるデータ収集の授權を含めた20条2項を、連邦刑事庁に情報自己決定権への侵害を授權するものと位置づけたことが重要である²¹。

以上の整理に基づくならば、GPSを用いた情報収集については情報自己決定権の問題と明言されなかった場合と、情報自己決定権の問題とされた場合とがあることになる。ただ、第二法廷が担当した2005年の憲法異議の原手続で問題となった事例ではGPS以外にも様々な手段が用いられていたこともあり、異議申立人が基本法1条1項と2条1項との関係で問題にしたのが「適法な侵害の効果的な統制の要請」と「監視措置を同時に実行することとそれに対する法律上の授權」であったという特殊性もあった。GPSを用いた情報収集の場合には、GPS受信器を車両に取り付ける際の私的空間や私

¹⁹ BVerfGE 141, 220 <287> (石塚壮太郎「連邦刑事庁による秘密裏の情報収集およびその利用・伝達に課される諸条件：連邦刑事庁法違憲判決」自治研究94巻7号（2018年）145頁以下）。

²⁰ BVerfGE 141, 220 <294>。

²¹ BVerfGE 141, 220 <286>。

的財産へのある種の「侵入」のような付随的な措置を伴うことも問題となる
とはいえ、GPS 捜査に関する国外の事例を比較した上で方位発信器の使用
も含めた技術的手段を用いた監視の法的性質について検討した2016年判決は、
情報自己決定権に関係する事例を多く扱ってきた第一法廷が下したものであ
る。そしてこの判決は GPS を用いた監視活動も情報自己決定権に対する侵
害と位置づけていると解されることから、連邦憲法裁判所の見解に基づくな
らば、GPS を用いた情報収集は情報自己決定権の問題となると考えて差し
支えないものと思われる。

（４）総括：ドイツにおける GPS 捜査の根拠と、憲法上の権利の関係

ドイツの刑事手続において、GPS を用いた捜査の根拠規定は刑事訴訟法
100h 条 1 項 1 文 2 号であると考えられており、それには長期的なものと短
期的なものがあり、長期的監視を行う場合には裁判官留保が予定されてい
る。そして、現行の連邦刑事庁法45条も上述の刑事訴訟法の規定と同様なも
のとなっている。連邦憲法裁判所の判例において、こうした手段による情報
収集の基本権上の位置づけは一樣ではないが、連邦憲法裁判所の判例を参照
する限り、ドイツでは GPS を用いた捜査・監視を情報自己決定権の問題と
されているとすることに大きな支障はないだろう。それらを確認した上でド
イツの状況についてまとめるならば、ドイツの判例において、GPS を用い
た捜査・監視については刑事・公安目的、いずれについても授權規定がある
と理解されており、それは情報自己決定権を制約するものとして位置づけら
れているということになろう。

2. 技術的手段を使ったその他の措置・捜査と情報自己決定権

このように、ドイツの議論では GPS を用いた公権力による情報収集は情
報自己決定権の問題となると考えられるが、この「情報自己決定権」は、も
ともとは国勢調査判決が挙げたものである²²。国勢調査判決は1983年の国勢

調査法について、法律を直接の対象として申し立てられた憲法異議によるものである。この事件において連邦憲法裁判所は、人格の自由な発展は現代のデータ処理の状況においては、個人データの無限定な収集・保存・利用・転送に対して個人を保護することを前提としていることを指摘する。この場合にはそうした保護が必要であることの根拠を基本法との関係でどのように説明するかが問題となるが、連邦憲法裁判所は、この保護は基本法1条1項と結びついた2条1項に含まれるとする。そして、その限りにおいて基本権は、自己の個人データの提供・利用について原則的に自分で決定するという個人の権限を保障するのだとした²³。国勢調査判決は直接的には統計目的で行われる情報収集を対象とするものであったが、連邦憲法裁判所のその後の判決では技術的な手段を用いた捜査や公安目的での情報収集・利用等についても、基本法上の情報自己決定権の保護が語られている。

（1）第一次Nシステム判決

情報自己決定権に対する制約を扱った事例として、まず2008年の連邦憲法裁判所の判決について見ておきたい²⁴。この判決の基となった憲法異議はヘッセン州とシュレスヴィッヒ・ホルシュタイン州の州法の規定を直接の対象としており、これらの州では、公道を走行する車両のナンバーを自動的に読み取る装置が設置・利用されていた。

自動車ナンバーの自動読取りは、まずビデオカメラによって走行中の車両を撮影し、それによって取得した画像から自動車ナンバーの文字列と数字列を解析することで始まる。その後、文字列と数字列の情報を警察の捜査記録・メモと自動的に照合し、該当する車両のナンバーが記録・メモ内にあった場

²² BVerfGE 65, 1（平松毅「自己情報決定権と国勢調査—国勢調査法一部違憲判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）60頁以下）。

²³ BVerfGE 65, 1 <41ff>。

²⁴ BVerfGE 120, 378（拙稿「ドイツ版『Nシステム』の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅳ』（信山社、2018年）（以下、『ドイツの憲法判例Ⅳ』）42頁以下）。

合には適合通知（Treffermeldung）が出される（適合事件）。適合通知にはナンバーデータの他、当該車両が通過した場所と時間も追加される。当該車両が盗難車両であった場合などには車両の停止などの措置が続く。他方で、該当する車両のナンバーが捜査記録・メモ内になかった場合には、ナンバーデータは即座に消去される（不適合事件）。

日本では「Nシステム」と呼ばれるこのシステムについて連邦憲法裁判所は、国勢調査判決が情報自己決定権で保護されるのは機微（sensitiv）データに限られないとしていたことや²⁵、監視カメラで撮影した公道の様子を一定期間保存することが問題となった2007年決定²⁶において、公衆に分かるような情報であっても基本権上の保護はなくなるとされていたことを援用して、情報自己決定権に関係するとした²⁷。そして、通過したことを記録されたナンバーが残され、場合によってはそれ以降の措置の根拠となりうる場合、つまり、適合事件の場合には情報自己決定権に対する侵害となるとした。それによれば、あるナンバーをつけた自動車がある特定の時点で特定の場所にいたという情報は、車両所有者に関わる情報である。その情報はさらに、自動車が停止させられ同乗者が検問に服するような場合には、記録された時点で自動車の運転者、場合によっては同乗者との関連性ももつという。その場合には、ナンバーを保存や利用のために記録することが、既に情報自己決定権に対する侵害であると述べた。

その後、連邦憲法裁判所の検討は情報自己決定権に対する侵害の正当化の可否に移るが、その判断については後述する。

²⁵ BVerfGE 65, 1 <45>.

²⁶ BVerfGK 10, 330（小山剛「レーゲンスブルク監視カメラ決定」『ドイツの憲法判例Ⅳ』34頁以下）.

²⁷ BVerfGE 120, 378 <398f.>.

（２）第二次Nシステム決定

その後、同様のシステムを使用することの問題が再び連邦憲法裁判所で取り上げられた。2018年12月18日の決定ではバイエルン州での検査が問題となった。バイエルン州・警察職務法（BayPAG）が規定していたシステムは第一次判決で問題となったものと同様であるが、この決定では、プログラムが適合データを検知した場合には、記録されている自動車ナンバーの画像と捜査記録に保存されている自動車ナンバーが一致するかを警察官が実際に目で確認することも紹介されており、それを実際には確認できなかった場合（*unechter Trefferfall*）には削除（*Entfernen*）キーで削除し、確認できた場合（*Trefferfall*）にはデータが保存されるとしている²⁸。

この事件での異議申立人は、自動的なナンバー認証システムを密かに使って申立人の車のナンバーを認証し警察のデータと照合するのをやめるよう、バイエルン州に命じるよう求めて訴えていたが、いずれの裁判所でも申立ては棄却された。そのうち連邦行政裁判所は、不適合の場合には情報自己決定権に対する侵害ではないとした第一次判決の見解に基づき、申立人の車両ナンバーは捜査記録に保存されていないことを理由とした。そこで申立人はこれらの決定を直接の、バイエルン州法の規定を間接的な対象として憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、先例を参照しながら、個人データの収集自体が侵害となるかの基準として、当該データへの当局の関心の「濃密化（*Verdichtung*）」を挙げた²⁹。そしてこの事件での自動ナンバー検査に関しては適合の有無は重要ではなく、申立人については不適合となる場合であっても、申立人の自動車ナンバーの認証と照合に情報自己決定権に対する侵害があるとした。しかし、この見解は第一次Nシステム判決と矛盾し、その限りにおいては、そ

²⁸ NJW 2019, 827 <Rn. 7>.

²⁹ NJW 2019, 827 <Rn. 43>.

れによらないとした。その理由としては、最終的には不適合者となるような被照合者のデータを取り込むことは検査の不可欠な、意図された部分であり、そうした検査に捜査上の措置として最初にその意味を与えるものであることなどが挙げられている³⁰。その一方で、依然として侵害とならない場面としては、不特定の者に対して個人関連データを認証せずに行われ、適合する場合に初めて個人データを把握するような検査を挙げる。そして、その例としては速度や信号無視の検査（Rotlichtkontrolle）が挙げられている³¹。

このようにして2018年の決定では、第一次判決が不適合事件では情報自己決定権に対する侵害には該当しないとした部分が変更されている。また、侵害の正当化について連邦憲法裁判所が述べたことを見る必要もあるが、Nシステムの使用が情報自己決定権の問題となるとの見解まで否定されたわけではないことをここでは確認しておきたい。

（３）その他の事例

連邦憲法裁判所が情報自己決定権の保護領域該当性を認めた事例には、ここで挙げたほかにも多くの事例がある。そのようなものとしては、金融機関に、預金額などは除いた、口座・預金の番号とその開設・解約日、利用者の名前・住所等から成る「口座基本データ（Kontostammdaten）」を作成し、そのデータを、預金や口座が解約されてから３年間保存するよう義務づけるとともに、そのデータを連邦金融サービス監督局がいつでも引き出せるようにしておくよう義務づけていた法律に関するものを挙げることができる³²。

³⁰ NJW 2019, 827 <Rn. 45f.>. なお、不適合事件でも基本権侵害となとした点は５対２による判断であったとのことであるが、少数意見は執筆されていない（NJW 2019, 827 <Rn. 176>）。

³¹ NJW 2019, 827 <Rn. 52>. 侵害該当性に関する判例が変更された背景としては、2008年以降に生じた技術的なデータ利用の展開や（Anmerkung von Ralf Schnieders, NVwZ 2019, 396 <397>）、第一法廷の裁判官が当時からすべて入れ替わったこと（Anmerkung von Matthias Wiemers, NVwZ 2019, 405 <405>）などが挙げられている。また、Fredrik Roggan, Verfassungsrechtliche Grenzen von automatisierten Kfz-Kennzeichenkontrollen, NVwZ 2019, 344 <346 f.>は、この判例変更が他の、顔認証システムなどの措置について導きうる帰結について検討している。

さらに、様々なデータベースにあるデータを調べることで一定の属性を有する者を洗い出そうとする「ラスタースearch」や³³、通信サービスの顧客情報の保存・回答義務を定める規定が問題となった事例等も³⁴、やはり情報自己決定権の問題として扱われている。さらには、情報当局と警察の共通データベース（アンチテロデータ）の使用も、情報自己決定権の問題とされている³⁵。また、レーゲンスブルク決定と呼ばれる部会決定では³⁶、展示作品として地面に埋め込まれていたレリーフを保護する目的で公道にビデオを設置して監視し、カメラによって得られたデータを期限つきで保存することになっていたことについて、連邦憲法裁判所はそれに十分な法律上の授權があるかを情報自己決定権との関係で審査した。

（４）総括：技術的手段を使ったその他の措置・捜査と情報自己決定権

以上のように、2008年の判決はNシステムの使用に際しての適合事件の場合には情報自己決定権に対する侵害となるとした。こうした理解は後の決定で変更されたが、Nシステムの使用を情報自己決定権の問題とする姿勢自体が変わったわけではなかった。そして、他にも多くの事例において連邦憲法裁判所は情報自己決定権の保護領域該当性を認めている。こうしたことから、ドイツにおいては多くの情報収集活動が情報自己決定権の問題と位置づけられており、GPSを用いた情報収集を情報自己決定権の問題とすることは従来判例の延長線上に位置づけられる。

³² BVerfGE 118, 168（拙稿「開設されている口座に関する基本データの憲法上の保護」『ドイツの憲法判例Ⅳ』38頁以下）。

³³ BVerfGE 115, 320（宮地基「ラスタースearch事件」『ドイツの憲法判例Ⅳ』29頁以下）。

³⁴ BVerfGE 130, 151（拙稿「通信サービスの利用者データを保存・提供させる手続の合憲性」自治研究90巻10号（2013年）148頁以下。なお、この判決が通信の秘密について述べたことに関する解説としては、拙稿「通信サービスの利用者データの保存義務と『アクセス・コード』の提供義務の合憲性」『ドイツの憲法判例Ⅳ』189頁以下）。

³⁵ BVerfGE 133, 277（入井凡乃「情報機関・警察の情報共有と情報自己決定権—テロ対策データファイル法判決」『ドイツの憲法判例Ⅳ』46頁以下）。

³⁶ BVerfGK 10, 330.

3. 情報自己決定権に対する侵害の正当化：授權法律・規定の特定性 (Bestimmtheit)

上ではGPS捜査の憲法上の位置づけを探る目的で、情報自己決定権の問題とされた事例をいくつか確認した。次に、焦点を制約の正当性の問題に移すと、ドイツにおいては基本権に対する侵害 (Eingriff) には法律上の根拠が必要とされており、連邦憲法裁判所の近年の実務では授權法律・規定の特定性 (Bestimmtheit) を中心に審査がなされる傾向がみられる。以下ではそうした事例をいくつか取り上げるとともに、特定性の審査が重要性を増しているとして、その要請は憲法上どのように位置づけられるのかを検討する。

(1) 授權法律の特定性を問題にする判決

① Nシステムに関する二つの事例

先に挙げた第一次Nシステム判決でまず問題とされたのは「捜査記録と照合する」という目的の不明確さである。この事件で問題となっている諸規定においてナンバー記録を行う端緒 (Anhaltspunkt) や、最終的に役に立つべき捜査目的も挙げられていないことで、授權は考えられるすべての利用目的を含んでしまう危険性があると指摘している。同様の問題は、「捜査記録」や「捜査メモ」といった概念との関係でも指摘されている。このような問題があるために情報の収集や照合に対する授權が不特定になっており、警察による監視も行われうることを排除できなくなっており、ナンバー認証の性質が運転者についての、しかも非常に多くの人についての情報を得るためのものになってしまうとした。さらに、法律による授權の範囲が特定されていないため、その場合にはより高い強度の侵害となり、そのための授權が必要になるとしている³⁷。シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン州法は情報を取得する限界について、「公的な交通領域における検問に際してのみ許される」、

³⁷ BVerfGE 120, 378 <409ff>.

「網羅的な利用」は認められない、などの基準も設けていたが、シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン州では行われるすべての検問に際しての端緒なきナンバー認証を日常的に使用することも、それを標的を定めた形である特定の車両を監視するために、例えば特定の道路上で投入することも排除されておらず、また、収集した情報の二次利用についても、そこでの規定ではその限定が十分になされておらず、得られたデータの二次利用や刑事訴追目的での利用の可否が明らかになっていないことを連邦憲法裁判所は指摘する。特定性の不備は憲法適合的解釈によって常に治癒できるわけではないことも指摘され、特にこの判決においては、両州の立法者が意図的に不明確な概念を用いていることが強く批判されている³⁸。

それに加えて、連邦憲法裁判所による検討は収集される情報の特定性にも及んでおり³⁹、第一次Nシステム判決において連邦憲法裁判所は、この事件の関係規定の不特定性を重要な問題としたことがうかがえる。そして、Nシステムを通じた侵害の比例性について検討した後に、批判されている諸規定がその不特定な広さにおいて比例性の命令も満たしておらず、二つの州の関係規定を基本法1条1項と結びついた2条1項に反し無効であるとした。

後の第二次Nシステム決定で問題となった規定では、まず、「危険を防御するため」のナンバー検査が認められていた（バイエルン州警察職務法：「州警察職務法」）33条2項2-5文、13条1項1号）。しかし、この点について連邦憲法裁判所は、いかなる危険を防御するための自動車ナンバー検査であっても無制約に認めることは過度の侵害禁止と合致しえず、少なくとも、かなりの重要性のある法利益の保護にそのような検査を制限することが必要であるとした⁴⁰。また、連邦憲法裁判所は、照合の対象となる捜査記録につ

³⁸ BVerfGE 120, 378 <419ff>.

³⁹ BVerfGE 120, 378 <425ff>.

⁴⁰ NJW 2019, 827 <Rn. 104>.

いて規定する州警察職務法33条2項3文で認められているデータ照合の射程はこの規定からははっきりとは導けないが、照合データは端緒に応じた形で（anlassbezogen）選出されなければならない（auszuwählen sein）というように解釈でき、同様に、持ち出される捜査記録は、その限りにおいて、端緒に応じて、目的と関連づけて特定できるデータを選出せるような保存データ（Datenfundus）のことであるとも理解することが可能・必要であり、このような規定として解することで、この規定は特定性の要請も満たすという⁴¹。加えて州警察職務法では30km までの国境沿いの地帯（Grenzgebiet）、ならびに幹線道路（Durchgangsstraße）（連邦アウトバーン、ヨーロッパ道路、その他、越境交通にとって重大な意味をもつ道路）でのナンバー検査も認められていた（州警察職務法33条2項2・5文、13条1項5号）。これについて連邦憲法裁判所は、30km 地帯の外でも行えるナンバー検査は十分に特定・限定されておらず、州全体の幹線道路での検査をする権限は特定性の要請と合致しえず、過度に広範であるとした⁴²。そして、結論として、連邦憲法裁判所は一部の規定を違憲として、連邦行政裁判所の決定を破棄した。そのうち州警察職務法33条2項2・5文、13条1項1号については違憲宣言にとどめ、2019年12月31日までに改正するよう求める一方⁴³、州警察職務法13条1項5号関係については改善できる余地がないとして違憲・無効とした⁴⁴。第二次Nシステム決定において、州警察職務法の規定は特定性の要請との関係で合憲とされたり違憲とされたりしたことになるが、ここでは規定や判決の合憲性の判断において規定の特定性が主要な争点となっていたことに注目

⁴¹ NJW 2019, 827 <Rn. 109ff>.

⁴² NJW 2019, 827 <Rn. 149>.

⁴³ NJW 2019, 827 <Rn. 170>.

⁴⁴ NJW 2019, 827 <Rn. 169>. なお、同日の判決では、ヘッセン州とバーデン・ヴュルテンベルク州の規定を直接の対象とした憲法異議について、同様の違憲判断がなされている（NJW 2019, 842）。

しておきたい。

以上のように、2008年の判決がNシステムの使用による情報自己決定権に対する侵害は重大であるとしたうえで、その授權規定の合憲性をその「特定性」の有無という点で検討すべきことを指摘し、それらの規定を違憲・無効であるとした。その後、第二次決定において問題となったバイエルン州の法律は、第一次判決を受け、より細かい規定となっていたが、やはり規定の特定性が審査され、一部の規定は特定性を満たしておらず、違憲であるとされた。第二次Nシステム決定が、情報自己決定権に対する侵害該当性の判断において判例を変更したことは既にみたところであるが、第一次判決も第二次決定も授權規定の特定性を重点的に審査していることをここでは確認できる⁴⁵。

② その他の事例：アンチテロデータ判決、銀行口座決定

その他にも、例えばアンチテロデータ法はデータベースへの入力・保存の対象となる人（ないしは物）、保存される情報、データベースへのアクセス権者、「拡張基本データ」にアクセスするための要件等について規定していたが、この法律を直接の対象とする憲法異議が申し立てられたことがある。

申立人の主張は多岐に渡っていたが、情報自己決定権と関係する申立人の主張には関係当局や「接触者」といった概念の不特定性が含まれていた。これについて連邦憲法裁判所は、関係規定の特定性という観点での憲法上の問題について、アンチテロデータに関与できる当局の範囲と行政規則による明確化の問題点を指摘すると同時に、入力されるデータの及ぶ人的範囲の特定性を検討した。そして結論として連邦憲法裁判所は、いずれについても問題があるとした⁴⁶。

⁴⁵ その一方で、第一次判決では照合の対象が不特定であるとされ、それが違憲・無効との判断を導いていた。他方で、第二次決定は照合対象となる捜査記録の概念を憲法適合的に解釈できるとしたが、それを判例変更とはしていない。

同様に、銀行口座の開設者データを関係当局が引き出せるようにするよう金融機関に義務付ける法律が問題となった事例（銀行口座決定）でも、この方法では、データの引出を請求する権限を有する当局の範囲とそのような請求によって資することになる任務とが十分に明快には確認されていないと判断された。そこにおいて連邦憲法裁判所は、所得税法に特有の概念には極めて多様な規律領域からなる法律が結びつきうるのであり、例えば給付行政のほぼ全体の領域からなる規範と結びつきうるとする。それにより、租税法93条8項においては、それを限定的に解釈するとしても、口座基本データを自動的に引き出すという道具が極めて多くの法律目的のために提供されることを指摘し、また、租税法93条8項によるデータの引出が求職者基本手当の支給に際して可能なのかについては見解が分かれていることも指摘する。加えて、この事件で述べられた意見では、社会給付の濫用や社会手当の給付漏れの撲滅も目的としているとされたが、そうであるならばどのような法律を執行するためであれば口座データを引き出せるのかを租税法93条8項において列挙しておくということは難なくできたはずであるとし、また、行政によって基本的にはいつでも変更できる適用通達（Anwendungserlass）では法律の規定の特定性の不足を除去することはできないとした⁴⁷。

このようにして連邦憲法裁判所は、先に挙げたNシステムに関する判決以外においても法律の特定性を問題にしており、ここで示したようにそれを理由に法律・規定を違憲とすることもあった。

③ GPS を用いた情報収集に関係する二つの判決

GPS を使った情報収集への授権の特定性との関係で述べると、2005年の判決では GPS を使用した刑事手続上の捜査が問題となった⁴⁸。この事件当時

⁴⁶ BVerfGE 133, 277 <337ff, 348>.

⁴⁷ BVerfGE 118, 168 <189ff>.

⁴⁸ BVerfGE 112, 304.

の（2005年のこの判決については、以下、同じ。内容は現在の100 h 条と同じ。）ドイツの刑事訴訟法100 c 条1 項1 号 b は「捜査（Untersuchung）の対象が重大な犯行である場合」や「事実の調査や犯人の滞在場所の確認が他の方法では成功しがたい、もしくは困難になる場合」には、「観察目的に特化された、その他の特別な技術的手段が事実の調査や犯人の滞在場所の確認のために用いられても良い」と規定していた。他方で、GPS の使用については明記されていなかったが、既に述べたように、2001年に連邦最高裁は、この規定はGPS を使用した捜査の根拠となるとした。

そして、その判決に対する憲法異議において連邦憲法裁判所は、GPS の使用を明記しない刑事訴訟法の規定について、捜査の端緒を「非常に重要」な犯行に限定することで特定性の要請は満たされ、警察に認められる捜査手法について開放的な表現によって規定することも一般的には否定されるものではないとした。それでもなお、この事件で問題となった規定の特定性が問題となりうるものの、刑事訴訟法100 c 条1 項を全体としてみれば規定対象となる措置を十分に特定された形で輪郭づけることができるとし、その際にはGPS がもつ技術的な特殊性・制約にも言及している。連邦憲法裁判所は以上のような理由を挙げ、問題となっている刑事裁判所の諸判決の根底には、刑事訴訟法100 c 条1 項1 号 b はGPS を使用した証拠収集とその証拠の利用の授權根拠であるという妥当な考え方があり、この規定も刑事訴訟法上の侵害規範の特定性に対する憲法上の要請を満たしているとした。

同様に、2016年の判決においても連邦憲法裁判所は、当時の連邦刑事庁法20 g 条2 項3 号の規定のように、監視手段の技術面での開放性のある（technikkoffen）規定であっても問題ないとしている。立法過程でも既に前提とされていたように、この規定は技術の将来的な進展に開かれた文面となっているのであるが⁴⁹、立法者は、監視のために許される手段を、それぞれの技術の状態や立法手続の時点でのものに限定する義務を負っているわけではなく、

認められている監視の種類（Art）が規範から十分に認識可能なのであれば、立法者は授權に、将来的な技術の進展を含めることができるのだとした。しかし、授權は、その解釈の際にも考慮しなければならないことであるが、その性質において、そして侵害の重大性を考慮して、既に知られている手段に相当する（entsprechen）ような技術的手段に制約され続けるという。その他に、立法者には、技術の進展をその限りにおいて注意深く観察し、開放性のある法律概念の具体的充足との関係で誤った方向になっている場合には修正的に介入するよう課されるとした⁴⁹。この判決は方位発信器を用いた長期的な監視も含めた当時の連邦刑事庁法の規定の一部を違憲としており⁵¹、連邦刑事庁法は2016年の一部違憲判決を受けて改正されたが、方位発信器やGPSの使用を明文で定めるのではなく技術的手段の使用という形で概括的に規定しつつ、そうした概括的な規定とはいえ、技術的な手段の使用に特化した規定を置いているという点では法改正前後で違いがあるわけではない。そのため、方位発信器を使用した監視に関する2016年判決の判旨部分は、GPSを用いた監視の授權規定の特定性に関して現在でも参照しうるものとなっている。

以上のように、2001年に連邦最高裁が、GPSの使用について明記していない（当時の）刑事訴訟法100 c 条 1 項 1 号 b がGPSを使用した捜査の根拠となるとしており、その判決に対する憲法異議において連邦憲法裁判所は、GPSの使用を明文で定めるのではなく、技術的手段の使用という形で概括的に規定することを違憲とはしなかった。この点は2016年の判決においても同様であり、ドイツにおいては新しい手法を用いる捜査に対する授權規定を設ける傾向があり、そうした規定でも特定性に欠けることを理由に違憲とさ

⁴⁹ BT-Drs. 16/10121, 25.

⁵⁰ BVerfGE 141, 220 <290>.

⁵¹ BVerfGE 141, 220 <293f.>.

れることがあることを考えると、これらの判決において連邦憲法裁判所が、一定程度概括的な規定でも特定性が欠けないとしたことは興味深い。

④ 小括：授權法律の特定性を問題にする判決

このように、連邦憲法裁判所の先例においては、Nシステムの使用を授權する規定について憲法上の特定性の要請が満たされないとして、また、アンチテロデータ、銀行口座開設者基本データの利用についても同様に十分な特定性がないことを理由に違憲とされた。他方で、GPS を使った捜査に対する当時の刑事訴訟法、そして方位発信器を含む技術的手段を用いた監視に対する連邦刑事庁法の授權規定は、ともに特定性の要請を満たすとされた。こうしたことから、近年の連邦憲法裁判所の実務においては、問題となっている捜査の授權根拠とされる規定の特定性が慎重に検討され、結論を左右するものとして機能していると言えるだろう。そして、ここではGPS（や方位発信器）の使用を認めるための根拠規定として、問題となった規定には特定性という点での問題はないとした連邦憲法裁判所の判断が注目される。

（２）レーゲンスブルク決定

特定性の要請が先に挙げた諸事例とはやや異なる形で表れたものとして「レーゲンスブルク決定」がある。この事件では、監視カメラを用いた公道の監視の差止請求を棄却した判決の合憲性が問われた。これについて連邦憲法裁判所は、それは情報自己決定権に対する侵害であり、撮影に対する同意があったとも容易に言うべきではないとした上で、その根拠規定の特定性について検討した。原手続において行政裁判所はビデオ監視の法律上の根拠として、収集を行う機関の管轄にある任務を遂行するのに個人データを知ることが必要な場合に個人データの収集を認めるバイエルン州データ保護法（以下、「州データ保護法」）16条1項を援用していたが、連邦憲法裁判所はそれに加えて、得られた動画資料を記録・利用するための根拠は州データ保護法17条1項となるとした。そして連邦憲法裁判所はこの事件におけるこれらの

規定による情報自己決定権に対する侵害は重大であるとした上で⁵²、それらの規定の特定性について検討している。

まず、州データ保護法16条1項については、この規定にある「必要性」との要請では当局の実務を十分に誘導することはできず、また統制の基準を用意することはできないため、この規定はビデオ監視の合法性を判断するための十分な基準を提供していないという。また、個人の側にとっても、この根拠によるのでは、どのような場合に、どのような目的で、どのような方法で自分についての情報が収集されてよいことになるのかを予見できないとする。これらの指摘をしたうえで連邦憲法裁判所は、州データ保護法は公的機関によるデータ収集に対する一般的規定を規範化するものであり、活動するそれぞれの当局の管轄と結びついているにすぎず、データ収集を単に必要な性の要請によって限定するにとどまっており、データ収集の任務・領域に特有な形での条件を欠いているとした⁵³。

この法律の17条1項についても同様に、たしかに、必要性の要請と並んで収集目的もデータの利用の限界として挙げられているとはいえ、既述のように州データ保護法16条1項は収集目的を詳しくは規定していないことを指摘する。こうなると州データ保護法17条1項はこの規範によって収集されるデータについて、同じく単に管轄を参照しているに過ぎないことになり、収集されたデータの保存・変更・利用について規定する州データ保護法17条1項も把握されたデータに係る措置の根拠と限界について十分な規定を含んでいないことになるという。そして、以上のことを考えると、企図されている基本権侵害に対する授權根拠として考えられるようなものとはなっていないとした⁵⁴。

⁵² BVerfGK 10, 330 <338f.>.

⁵³ BVerfGK 10, 330 <339>.

⁵⁴ BVerfGK 10, 330 <339f.>.

このように、公道に設置された監視カメラを用いた情報収集が問題となった事例において連邦憲法裁判所は、それによる情報自己決定権に対する侵害が重大であるとした上で州データ保護法16条1項と17条1項の特定性について検討した。結論として、どちらの規定も、得られた動画資料の記録を伴うビデオ監視の授權根拠としては十分に特定されていないとして⁵⁵、問題となった諸判決を破棄し、事実認定についてバイエルン州行政裁判所レーゲンスブルク支部に差し戻した。

（3）特定性の要請の憲法上の位置づけ

ここまで、連邦憲法裁判所の先例において「特定性の要請」が主要な争点となった事例を見たが、そこでの「特定性の要請」の表れ方は一様ではない。まず、特定性の要請に言及される場面として一般的なのは、情報自己決定権に対する侵害となる措置を行うための授權規定があるが、その目的や対象範囲、または主体等が十分に特定されているかが検討される場合である。先に挙げた中ではNシステム、アンチテロデータ、銀行口座決定、さらにはGPSを用いた情報収集に関係する事例がそれにあたる。それらのうちの少なからぬ事例において利用目的の不明確性が指摘され、その結果、それらの規定が明確性も欠くことになり、規定の特定性も欠いていることになり違憲であるとされている。

他方で、レーゲンスブルク決定の場合、監視カメラを使用して公道を監視するための特別立法はなされておらず、州のデータ保護法が授權規定として援用される形になっていた。そして、この事件でデータ保護法の関係規定が特定性を欠くとされたのは、「得られた動画資料の記録を伴うビデオ監視の授權根拠としては」ということであつた。そのため、レーゲンスブルク決定ではこの規定自体というよりは、その適用のあり方が問題となったとも言え

⁵⁵ BVerfGK 10, 330 <337>.

るだろう。

また、上で述べたこととも関連するが、違憲とされる対象も一様ではないように思われる。第一次Nシステム判決、アンチテロデータ判決、銀行口座決定や連邦刑事庁決定では、これらの基になった憲法異議が法律を直接の対象とするものであったこともあり、特定性の要請が満たされていないことが関係規定を違憲とする判断をもたらした。しかし、監視カメラの使用が問題となったレーゲンスブルク決定においては憲法異議が通常裁判所の判決を対象としていたこともあって、州データ保護法の関係規定が「得られた動画資料の記録を伴うビデオ監視の授權根拠としては」特定性の要請を満たさないことで、法律・規定ではなく通常裁判所の判決が違憲であるとされた。

加えて「特定性の要請」の憲法上の位置づけ方も一様ではない。特定性の要請の憲法上の位置づけに関する判示は上では取り上げておらず、学説においてもこの点には見解の相違がみられるため、ここでドイツの判例と学説において授權規定の特定性がどのように位置づけられているかを見ることにしたい。学説では、特定性の要請の憲法上の根拠として法治国家原理を挙げる見解と基本権を挙げる見解とに区分するものがあるが⁵⁶、ここでは法律の留保への言及の有無にも見解の相違を見出して検討することにしたい。

① 法治国家原理（基本法20条3項）説

まず、情報自己決定権を導出した最初の判決である国勢調査判決は、特定性の要請を法治国家原理から導いている⁵⁷。国勢調査判決自体は規範の「明

⁵⁶ Roberto Bartone, Gedanken zu den Grundsätzen der Normenklarheit und der Normenbestimmtheit als Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, in: Hartmut Rensen/Stefan Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Band 2, 2009, 305; Thomas Petri/Thomas Schwabenbauer, Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafrechtsverfahren, in: Bäcker/Denninger/Graulich (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 6.Aufl., 2018, 763 <813> (Schwabenbauer).

⁵⁷ BVerfGE 65, 1 <44>.

確性」について判示していたが、それを後の判決が規範の「特定性」の憲法上の位置づけを述べたものとして援用しており⁵⁸、情報自己決定権に対する侵害の合憲性が争われる際にも、多くの判決・決定において特定性の要請が法治国家原理と関連づけて述べられている。先に挙げたものの中で該当する事例としては、GPS 捜査に関する判決⁵⁹とレーゲンスブルク決定⁶⁰を挙げることができる。このような形で、特定性の要請を（法律の留保には言及せずに）法治国家原理と関連付ける見解は学説にもみられ、パーピア／クレンケは、比例性の原則と並んで、個別の事例次第では審査しなければならないこととして特定性の要請の遵守を挙げている。それによれば、特定性の要請は法治国家原理（基本法20条3項）から導出可能であり、構成要件・法律効果において特定された文面での法律を要請し、そうしたことが要請される理由として、授權規範に特定性があることで法状況が本人にわかりやすいものになるようにし、本人がその行為をそれに合わせて方向づけられるようにすることを挙げている⁶¹。

② 基本権説

それと並んで、ドイツの判例には特定性の要請の根拠を基本権に見出すものもみられる。たとえば銀行口座決定において連邦憲法裁判所は、特定性の要請は基本法1条1項と結びついた2条1項にその基盤を見出すものであるとしている。その理由としては、この要請が、法律を実行する行政が、限定する行為基準を事前に見出すことができるようにすることで、行政の行為を統制し、裁判所に法的統制を行えるようにすることを確保するものとされることを挙げる。加えて規範の特定性・明確性は、当該市民が不利益的措置と

⁵⁸ BVerfGE 100, 313 <359>（小山剛「戦略的監視の限界」『ドイツの憲法判例Ⅲ』247頁以下）；110, 33 <53>。

⁵⁹ BVerfGE 112, 304 <315>。

⁶⁰ BVerfGK 10, 330 <337>。

⁶¹ Hans-Jürgen Papier/Christoph Krönke, Grundkurs Öffentliches Recht 2, 2. Aufl., 2018, 72.

してあり得るものを考慮しうるようにすることも可能にするものでもあり、侵害の端緒、目的、限界はその授権において原則的に領域に特有の形で明快に、規範上明確に確認されていなければならないとしている⁶²。

また、戦略的監視を認めるニーダーザクセン州の法律が問題となった事例もあり、その際には情報自己決定権ではなく通信の秘密の問題とされた。それでも、規範の特定性・明確性という法治国家的な要請を満たしていないとしたのに続き、特定性の要請の根拠は基本法10条自体にあるとしたことが注目される⁶³。

他方で学説においても、同様の見解と思われるものがみられ、例えばゲルディッツは、一方では、法律の留保原則が、国民主権原理を規定する20条2項と立法権の憲法への拘束と執行権・司法権の法律・法への拘束を規定する20条3項（法治国家原理）によって理由づけられることを指摘したうえで⁶⁴、法律の留保から特定性の要請が導かれるとしている。こうした法律の留保原則の名宛人には裁判官も含まれ、裁判所が行政の措置を認容したが問題となっている高権の行為は法律の留保に違反しているという場合に、これらの行為が法律の留保に違反することで裁判所は基本権を侵害し、それが憲法違反となるとしている⁶⁵。こうしたゲルディッツの説明は、後に述べる、特定性の要請を法律の留保から導く見解を示すものにもみえるが、特定性の要請と法律の留保の導出元としての法治国家原理について、ゲルディッツはそれが基本権との関係では法治国家的な配分原理としての側面をもつと指摘し、こうした法治国家的な配分原理が基本権を補完する場合には、体系的には20条3項の法治国家原理ではなく、憲法の基本権の部分を構成するとしている⁶⁶。

⁶² BVerfGE 118, 168 <186f.>.

⁶³ BVerfGE 113, 348 <375>.

⁶⁴ Klaus F. Gärditz, Rechtsstaatsprinzip (Erg. 2011), in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar Art. 20 (6.Teil), 85ff.

⁶⁵ Gärditz, Fn. 64, 117ff.

それゆえ、ゲルディッツは情報自己決定権の侵害に対する法律上の根拠とその特定性の必要性であれば、それを基本法20条3項自体ではなく情報自己決定権（基本法1条1項と結びついた2条1項）を根拠とするものとして解するものと思われる。

このように、ドイツ国内の判例・学説においては、特定性の要請が基本権から導かれるとするものがみられ、このような見解によっていると考えられる判例としては銀行口座決定や戦略的監視判決を挙げることができる。そして、これらの先例に近い見解と思われる学説として、ここでは法治国家原理が基本権を補完する場合にはその根拠を基本権に見出そうとするゲルディッツの見解を挙げた。

③ 法律の留保説

1) 第一次Nシステム判決

上で述べたように、ドイツ国内の議論においては特定性の要請を法治国家原理や基本権に根拠をもつものとする見解がみられるが、多くは法律の留保と関連づけているように思われる。例えば先に挙げた第一次Nシステム判決は、法律上の授權の特定性・明確性を法治国家的な要請であるとしたのに続き⁶⁷、特定性の要請は議会留保と密接な関係にあると述べる。そして、この議会留保は、そのような射程範囲の決定を、自身の理解を確立・主張（vertreten）させる機会を公衆に与え、基本権侵害の必要性和範囲を公的な討議の中で明らかにするよう促すような手続からもたらすよう国民代表に確保するとされていることを挙げている⁶⁸。

2) アンチテロデータ判決

同様にアンチテロデータ判決においても、たしかに、立法者が端緒・目的・

⁶⁶ Gärditz, Fn. 64, 135ff.

⁶⁷ BVerfGE 120, 378 <407>.

⁶⁸ BVerfGE 120, 378 <408>.

範囲を自身で確定させている限りにおいて、詳しい規定については行政規則（Rechtsverordnung）を通じて確定させるよう行政に委任できる場合もあるが、特定性の要請は基本権上の様々な法律留保と密接に関係しており、それらの留保によれば、基本権は法律により、場合によっては法律に基づいてしか制約されえないとしている。連邦憲法裁判所によると、これにより、基本権侵害の範囲が本質的な局面において議会の手続で野党議員も参与して公開で討議されることが確保され、その基本権侵害の行政を通じたさらなる一般的・抽象的な明確化（Präzisierung）は基本法80条1項により議会によるこの決定の具体化として認識可能になり、それらの基本権侵害はその限りで最終的に結局はすべての人にとって拘束的で、編纂（Ausfertigung）や公布を通じて認識可能な形で告知されることになるのだとしている^{69）}。

3）法律の留保と関連付ける学説

学説においても、例えばヤーラスは、法律の留保（議会留保）は法治国家原理と民主政原理に根差すものであるとした上で^{70）}、こうした法律の留保の射程の一つに法律上の根拠の必要性が、さらにそうした法律上の根拠の必要性を構成するものとして法律上の根拠の特定性があるとする^{71）}。そして、法律の留保は、ある特定の対象が法律で規律されなければならないのかという問いだけでなく、これらの規律が個々にどの程度広く及んでいなければならないのかという問いにも関係するものであり、形式的法律はこの意味で十分に特定され、はっきりとしたものでなければならないと指摘する^{72）}。さらに、ヤーラスの説明においては、法律の留保により要求される形式的法律の特定性は、かなりの範囲で一般的法治国家的特定性の要請と重なっていると述べ

^{69）} BVerfGE 133, 277 <336f.>.

^{70）} Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, GG Kommentar, 14. Aufl., 2016, 540 (Jarass).

^{71）} Jarass, Fn. 70, 543.

^{72）} Jarass, Fn. 70, 545ff.

ており⁷³、そこでは形式的法律の特定性が一般的法治国家的特定性の要請とは区別されるところの法律の留保と特に関連づけられており、先に挙げた特定性の要請を法治国家原理から導く見解との差異が見られるように思われる。

また、ゾンマーマンは、基本法20条3項の主な規律対象の一つである法律と法への執行権の拘束を構成するものとして法律の留保を挙げる。そうした法律の留保の内容には、行政は特定の活動について形式的・法律上の根拠を要するという内容（20条3項の法律拘束）と、法設定（Rechtssetzung）のうち特定の対象は行政に委託できないという内容（20条1項・2項の民主政原理）が含まれるとする。そして法律の留保に含まれる諸原理の検討に移り、その一つとして特定性の要請を挙げる。こうした20条2項と結びついた20条3項から導かれる一般的法律の留保（「民主的・法治国家的法律留保」）には特定性も含まれるとし、基本権侵害を行う場合については、その場合の本質的条件を立法者自身が確定させていなければならないとしている⁷⁴。

さらに、シュルツェ・フィーリッツは、法設定（Rechtssetzung）への法治国家的要請の一つとして「特定性の要請」を挙げる。そして、法治国家原理の核心的な諸要素の一つとして法設定への法治国家的要請を挙げ、そうした要請の下に法律の特定性を置く⁷⁵。ここまでにおいては特定性の要請が法律の留保と関連づけられているわけではないが、シュルツェ・フィーリッツは、法律の十分な特定性という法治国家的原則は、規範の名宛人がその行為を計算可能なように法律上の構成要件が明快に表現されることを求めるものであるとし、特定性の原則は特に、それぞれの（おそらく基本権規定の）法律留保の実行、法律の優位の実行、民主政原理（議会留保）の実行、裁判所

⁷³ Jarass, Fn. 70, 547.

⁷⁴ von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG Kommentar Band 2, 7. Aufl., 2018, 112ff. (Karl-Peter Sommermann).

⁷⁵ Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl., 2015, 248ff. (Helmuth Schulze-Fielitz).

の統制の実行において、基本権を制約する法律に対する条件であるものであり、特定性の要請はそのうち、20条3項に位置づけられるとしている。こうしたシュルツェ・フィーリッツの見解においては特定性の要請が様々な場面で登場するとして、その基本法上の根拠として法治国家原則と議会留保（民主政原理）以外の原理にも触れられている。

このように、ドイツの学説においては、ヤーラスが法治国家原理と民主政原理に根差すものとして法律の留保を捉え、その法律の留保を構成するものとして法律上の根拠の特定性を挙げる。また、ゾンマーマンも20条2項と結びついた20条3項から導かれる一般的法律の留保（「民主的・法治国家的法律留保」）には特定性も含まれるとする。加えてシュルツェ・フィーリッツの見解には、様々な場面で登場する特定性の要請が基本法上の根拠を20条3項に有しているとし、そこにおいて法律の留保や法律の優位、民主政原理（議会留保）に触れているという特徴がある。以上のことから、ドイツの学説においては特定性の要請の憲法上の位置づけについて法律の留保に触れながら説明する見解が有力になっていると言えるように思われる。

4）小括：法律の留保説

連邦憲法裁判所の先例においては特定性の要請を法律の留保と関連づけて述べる判決がみられ、その例としてここでは第一次Nシステム判決とアンチテロデータ判決を挙げた。他方で、ドイツの学説でも特定性の要請の憲法上の位置づけについて法律の留保に触れながら説明する見解が有力になっているように思われ、特定性の要請について法律の留保に触れながら述べるのが、近年のドイツの判例・学説においては一般的になっていると言えるだろう。

④ 小括：特定性の要請の憲法上の位置づけ

そして、ここまでににおいて見たように、ドイツの判例・学説には、まず、特定性の要請を法治国家原理から導こうとする見解がみられ、情報自己決定権の問題について最初に述べた国勢調査判決以来、少なからぬ事例と学説に

においてそれを確認することができる。第二に、特定性の要請を基本権を根拠とするものと捉える見解もあり、これについても同様の趣旨を述べていると思われる判例・学説を挙げることができる。しかし、近年のドイツの議論では特定性の要請を法律の留保と関連づける見解が有力になりつつある。そしてそれは、ドイツ国内の判例・学説の双方について言うことができる。

（４）総括：情報自己決定権に対する侵害の正当化－授權法律・規定の特定性

近年の連邦憲法裁判所の判例においては、Nシステムについて憲法上の特定性の要請が満たされないとして、また、アンチテロデータ、銀行口座開設者基本データの利用も同様に十分な特定性がないことを理由に違憲とされた。他方で、GPS や方位発信器を使った情報収集に対する授權規定であった刑事訴訟法100 c 条 1 項 b は特定性の要請を満たすとされたが、連邦憲法裁判所の実務においては授權規定の特定性が違憲審査の場面で重要な争点となっている。そして、レーゲンスブルク決定においても、監視カメラを用いた情報収集が問題となり、得られた動画資料の記録を伴うビデオ監視の授權根拠としては州データ保護法の16条 1 項と17条 1 項は十分に特定されていないとされた。しかし、州データ保護法の16条 1 項と17条 1 項はビデオ監視を行うために制定・改正された規定ではなく、レーゲンスブルク決定の基になった事件では、いわば既存の法律が監視カメラを用いた監視に事後的に援用された形になっていた。授權規定の特定性が憲法上の要請であることがドイツの判例においてしばしば指摘されており、それは学説においても同様であるとしても、そうした場合の直接的な授權規定の有無、違憲性が問題となる対象、憲法上の位置づけは一樣ではない。授權規定の特定性に関するドイツの議論を見ると、違憲審査における特定性の要請が重要性を高めてきていることだけでなく、そこで述べられていることには相違もみられることが分かる。このように、ドイツにおいては当該措置の授權規定の特定性が違憲審査の場面で重要性を増しており、それはその措置のために制定・改正された規定の有

無にかかわらず見られる傾向となっている。ただ、特定性の要請の憲法上の位置づけは様々であることもあって、こうしたドイツの議論状況をふまえた場合に、情報自己決定権に対する侵害を授權する規定の特定性という要請が、日本国憲法においてどのように位置づけられるかが問題となるだろう。

4. 日本の議論状況との比較

(1) GPS 捜査を授權する規定の有無

最後に、ドイツの議論状況について本稿で述べたことを、日本の議論状況と比較しながら検討したい。まずドイツにおいて、GPS を用いた捜査活動の授權規定は刑事訴訟法100h 条1 項1 文2 号であるとされている。そして、公安目的での GPS 監視も連邦刑事庁法45条2 項3 号に根拠を有すると考えられている。どちらの規定も「技術的手段」という概念を用いた概括的な規定にとどまっているが、GPS を用いた活動はそうした「技術的手段」を用いた情報収集の一部と位置づけられる。

しかし、ドイツにおいては、技術的な手段を用いた捜査に授權規定が個別に設けられているのが、レーゲンスブルク決定で問題となった場合のような例外もあるものの一般的である。それらの措置やその授權規定の合憲性が問題となった多くの事例では、そうした規定の特定性や比例性が問題となっている。その点、GPS 捜査については「GPS」そのものではなく「技術的手段」という、より広がりをもつ概念を含む特別規定が設けられているのであり、このようなやり方はドイツにおいては特徴的なものと言える。

他方、日本においては GPS 捜査を行うための特別な授權規定は置かれていない。また、通信傍受法が制定されたとはいえ、新しい「技術的手段」一般を捜査活動において用いることを認めるための立法がなされているわけでもない。技術的な手段を用いた捜査活動の多くは法定の必要な強制処分とはされておらず⁷⁶、また、刑事訴訟法上の強制処分であるとして令状を要する

とされる場合にも、刑事訴訟法の規定する「検証」（218条）に該当するためとされることが多かった⁷⁶。

以上のことから、GPS を用いた捜査に対する個別の授權規定が置かれていないという日本の状況は、ドイツでは技術的手段を用いた情報収集に対する授權を目的とした規定が何かしらの形で置かれていることが多いことと対照的であると言える。これは他の捜査手法についても同様であり、こうした状況の違いをどのように評価すべきかが検討課題となる。

（2）制約される権利

次に、GPS 捜査と憲法上の権利の関係について比較すると、2005年の連邦憲法裁判所の判決はGPS を用いた捜査の憲法上の問題を法治国家原理の問題として位置づけるにとどまり、どのような基本権の侵害となるのかを明言しなかった。他方で、2016年の判決においては、GPS 捜査に関する国外の事例も参照した上で、連邦刑事庁法に基づく方位発信器のような技術的手段を用いた監視は情報自己決定権の制約となるとした。このように、連邦憲法裁判所の判例においてはGPS を用いた情報収集が情報自己決定権と明示的に結びつけられなかった場合もあれば、結びつけられた場合もあったといえる。

二つの事例を比較すると、2005年の判決には第二法廷の判決であるという特徴と、この事件ではGPS 以外にも様々な手段が「累積的」に用いられており、申立てが基本法1条1項と結びついた2条1項をGPS を用いた捜査とのみ関連づけられていたわけではなかったという特殊性があった。その一

⁷⁶ 写真撮影（最大判1969年12月24日：刑集23巻12号1625頁）やビデオ撮影（小型カメラ・防犯カメラ）（最二小決2008年4月25日：刑集62巻5号1398頁）、自動速度取締機の使用（最二小判1986年2月1日：刑集40巻1号48頁）など。また、Nシステムに関する下級審判決（東京高判2009年1月29日：判タ1295号193頁）。

⁷⁷ 通信傍受法施行前の電話傍受（最三小決1999年12月16日：刑集53巻9号1327頁）や、梱包内容のエクス線検査（最三小判2009年9月28日：刑集63巻7号868頁）。

方で、2016年の判決は、技術的な手段の使用が問題となったその他の事例と同様に第一法廷によってなされており、国外でのGPS捜査に関する判例にも言及しながら、方位発信器も例として挙げつつ技術的な手段を用いた監視の問題を取り出して検討したうえで、それを情報自己決定権の制約として位置付けている。これらのことから、連邦憲法裁判所はGPS捜査を情報自己決定権の問題と解していると、ひとまず考えておくことができるだろう。

他方、2017年の大法廷判決は、学説が自己情報コントロール権の根拠規定と理解する13条は、適用できないとした。その理由を調査官の解説は「プライバシー」との概念の外延の不明確性に見ている⁷⁸。それに対して大法廷は、憲法35条の保障対象には「住居、書類及び所持品」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」であるとしたうえで、車両の所在場所を随時確認しうるGPS機器を私人の車両に装着することは「私的領域への侵入」となるおそれがあり、憲法35条によって保護される利益を害するため、刑事訴訟法上、令状が必要な強制処分であるとした。

このような違いをどのように評価するかが問題となるが、私的な情報を「みだりに第三者に開示・公表されない権利」が、日本の判例においても「住基ネット判決」⁷⁹をはじめとする少なからぬ場面で認められており、GPS捜査の憲法上の問題を憲法13条に位置づけることは困難なことではないように思われる。先に見た調査官の解説は井上正仁の見解を参照しているが⁸⁰、井上が憲法35条にプライバシー保護としての側面も見出していたのは令状主義の

⁷⁸ 伊藤雅人／石田寿一「車両に使用者らの承諾なく密かに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であるGPS捜査は令状がなければ行うことができない強制の処分か」『最高裁 時の判例IX 平成27年～平成29年』（有斐閣、2019年）417頁以下<421頁>。

⁷⁹ 最一小判2008年3月6日（民集62巻3号665頁）。

⁸⁰ 伊藤／石田・前掲注（78）420頁。

要請が財産権的・物権的権利の保護にとどまらないことを述べようとしている文脈においてであり、GPS のような技術的な手段を用いた捜査の法的性質を語る文脈においてではない⁸¹。また、2017年判決に関する井上の言及は、プライバシー侵害が起りうる状態への着手に問題を見出したために大法廷が35条を援用したのであれば、それ自体は理解できないわけではないとするものに過ぎず、「プライバシー強保護空間に係るプライバシーの侵害という点に核心を求めた」⁸²大法廷に13条を援用する余地があったこと自体を否定しようとするものではないように思われる。それゆえ、GPS 捜査の憲法上の問題を、端的に憲法13条の保護する自己情報コントロール権（情報自己決定権）の制約の問題と解することは可能であるように思われる⁸³。

（3）権利に対する制約の正当化：規定の特定性

① GPS を用いた情報収集に対する授權規定とその特定性に関する、ドイツ国内の議論

ドイツにおいて、刑事訴訟法も連邦刑事庁法も、用いることができる技術的な手段として方位発信器や GPS を明示的に挙げているわけではないが、連邦憲法裁判所は、立法者による継続的な観察という条件付きながら、概括的な規定でも特定性の要請を満たすとした。これは、ドイツにおいて技術的な手段を用いた情報収集活動については具体的な授權規定を設けながらも、それらが特定性の要請を満たさないとされたことも多いことを考えると特徴的であると言える。ただ、GPS 捜査・監視にはこうした特徴的な状況がみられるとはいっても、技術的な手段を用いた情報収集活動を授權する法律・規定が特定性の要請を満たしているかが、それらの措置や規定の合憲性を判

⁸¹ 井上正仁『強制捜査と任意捜査 新版』（有斐閣、2014年）62頁。

⁸² 井上正仁「GPS 捜査」井上・大沢・川出編『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』（有斐閣、2017年）64頁以下<67頁>。

⁸³ 13条の問題とすることに好意的なものとして、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<151頁>、山田・前掲注（16）29頁。

断する上でドイツにおいては極めて重要な争点となっていることには変わらない。

② ドイツ国内での憲法上の位置づけ

授權規定の特定性が違憲審査の場面において重要な争点となっているとして、次に問題となるのはその憲法上の位置づけである。ドイツにおいては授權規定と特定性の関係が一樣ではなく、また、憲法上の位置づけについてもいくつかの見解が示されているが、法律の留保に位置づけられる要請として整理されることが多くなっているように思われる。

③ 2017年の大法廷判決の特徴と問題点

他方、日本においては技術的手段を用いた捜査活動の合憲性は令状の要否の問題とされることも多かった。それに対して2017年の大法廷判決においてGPS捜査を行うのであれば立法による必要があると説かれたことが注目され、既に述べたように、この判決が「強制処分法定主義に忠実」な姿勢を示しているとされることもある。しかし、2017年の大法廷判決は「GPS捜査」が検証としての性質をもつかが決め手になるとは解していないともされており⁸⁴、また、この判決において立法の必要性が指摘されたのも令状による統制では必ずしもうまくいかない可能性に鑑みてのものであった⁸⁵。それゆえ、GPS捜査についても令状の要否を中心に検討するという姿勢を示している上記2017年判決を、先例における一般的な考え方を大きく変えるものであったとは評価し難く、日本の最高裁においてはGPS捜査の憲法上の問題の検討は依然として令状の要否の問題から始まっていると言えるだろう。

④ 小括：権利に対する制約の正当化要因としての「規定の特定性」

1) GPS捜査と検証

そしてここでも、両国のこのような違いをどのように評価するかが問題と

⁸⁴ 伊藤／石田・前掲注（78）423頁。

⁸⁵ 拙稿・前掲注（3）564頁以下。

なる。まず、議論の筋道からすれば、具体的な授權規定の要否が検討された後に、そうした授權規定の内容に関する問題として令状の要否が検討されるべきであろう。そのため、具体的な立法がなされている必要があるかが、先行して検討されなければならず、GPS 捜査が日本の刑事訴訟法の規定する「検証」に該当しうるのは必須の検討事項だったはずである。

2) 関係規定の「特定性」

そして、レーゲンスブルク決定でも問題となったように、「検証」について規定する既存の規定が、「GPS 捜査を行うための規定として」特定性を備えているかも問題になる。仮に、検証について規定する日本の刑事訴訟法218条がGPSも含めた、あらゆる技術を使った捜査の根拠になりうるのであれば、刑事訴訟法218条自体が違憲と判断されなければならないかもしれない。そして、これまでの日本の実務において新しい手法を用いた捜査の多くが「任意捜査」として位置づけられているという状況下で、刑事訴訟法197条1項を捜査の目的を達するために必要な任意処分・任意捜査を行う根拠とする場合にも、「必要な」との限定を付しているとはいえ⁸⁶、明文ではそうした限定をするにとどまる刑事訴訟法197条1項が技術的な手段を用いる捜査を授權する規定として特定性の要請を満たすかが問題となるだろう⁸⁷。また、GPS 捜査を行うための規定を新たに設けるのであれば、それが捜査を行う場面やそれによって得られる情報を十分に特定するものになっていなければならない。

3) 「法治国家原理」や「法律の留保」との関係

そして、その憲法上の位置づけという点で言うならば、まず、ドイツで援

⁸⁶ 丸橋昌太郎「任意捜査の限界」法学教室460号（2019年）10頁以下。

⁸⁷ 任意捜査の刑事訴訟法上の授權規定について言及する、憲法学の議論として、座談会「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頁以下<77頁>（山田哲史）。

用されている「法治国家原理」は包括的な原理である。例えば高田敏は、「法治国家原理」・「法治主義」を「近代的意味における憲法の原理そのもの」としている⁸⁸。そして高田は、法治主義の原則の体系に含まれるものとしての憲法原則に「適正手続主義」を含め⁸⁹、さらにこの適正手続主義を、法治行政原理から民主的法治主義と『「法律と法」による羈束」・「憲法原理の転換による実質的法治主義化」を経てもたらされた憲法原則の一部として位置づけている⁹⁰。

また、技術的手段を用いた捜査との関係で、法律の留保に言及する見解は、明文上の根拠の必要性という文脈ではあるが、日本でも見られる⁹¹。もちろん、特定性の要請と法律の留保に関連性はあるとはいえ、この場合には「法律の留保」が広い射程をもつ概念であることが問題となるだろう⁹²。「法律の留保」などに日本の憲法学が「適切な位置づけを与えないまま放置してきた」との指摘もあり⁹³、そうした検討課題が残されていることは否定されなくても、それらの検討と並行して「特定性の要請」により近い、「法律の留保」の具体的な下位原理の有無も検討し、そうした個別の原理と密接に関係する日本国憲法上の原理を見出せないかを考える余地があるように思われる。

加えて、ドイツの基本法とは異なり、日本国憲法には刑事手続上の権利を明記する規定が多く含まれていることを考えると、必ずしも法治国家原理や法律の留保の問題とする必要はないとも言えるだろう。そして、プロイセン

⁸⁸ 高田敏『法治国家観の展開 法治主義の普遍化的近代化と現代化』（有斐閣、2013年）472頁。

⁸⁹ 高田・前掲注（88）604頁。

⁹⁰ 高田・前掲注（88）452頁以下。

⁹¹ 文脈はそれぞれさらに異なるが、法律の留保に触れるものとして、宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開【第2版】』（日本評論社、2014年）20頁、山田・前掲注（16）30頁、山本・前掲注（83）155頁。

⁹² 三宅雄彦「法律の留保」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）216頁以下参照。

⁹³ 宍戸・前掲注（91）20頁。

憲法の5条（人身の自由）や8条（罪刑法定主義）に起源をもつ大日本帝国憲法23条を引き継ぐ規定とされた憲法31条について、次第に「手続の法定」を規定するものとしての意義が再認識されるようになってきているという過程も考えると⁹⁴、ドイツの議論を参照しながら、端的に憲法31条の規定する適正手続主義の一部としての「授權規定の特定性」の問題とするのが良いように思われる⁹⁵。

このように、特定性の要請の憲法上の位置づけとしては「法治国（家）原理」や「法律の留保」が考えられるものの、日本国憲法の人権規定の特性から考えても、それを憲法31条の適正手続主義の一部に位置づけるのが妥当であると思われる。そしてそれは、GPS 捜査による情報自己決定権への侵害の正当性についても妥当すると言えるだろう⁹⁶。

4) GPS 捜査と「規定の特定性」

こうしたことから、日本の刑事訴訟法との関係ではGPS 捜査が現行法に授權根拠を有するものであるのか、また、授權根拠を有するとしてその授權規定にGPS 捜査の授權規定としての特定性があるかを検討する必要があると言える。そして、そうした検討は日本国憲法上は31条の規定する適正手続主義の問題としてなされるものと解することができる。それゆえ、GPS 捜査の日本国憲法上の問題も、「憲法13条で保障されている権利の制約が、憲法31条に反しないものとなっているか」という問題として構成できるように思われる⁹⁷。

⁹⁴ 拙稿・前掲注（3）588頁以下参照。

⁹⁵ 本稿におけるこの結論は、2018年度科学研究費補助金・基盤研究（C）「インターネット上の公権力による情報収集とプライバシー権—その立法的統制」（研究課題／領域番号：18K01270）の研究成果の一部である。

⁹⁶ 行政手続における適正手続であれば憲法13条との関連性を検討しなければならないが、日本において技術的手段の使用と憲法との関係が検討されるのは刑事手続の場面であることが多い。そうしたことから本稿では刑事手続におけるGPSの使用の問題のみを検討した。

(4) まとめ

以上のことから、「GPS 捜査」の憲法上の問題をドイツの議論との比較を通じて検討することで、日本ではGPS 捜査、ないしはそれを含む「技術的手段」を用いた捜査に対する授權規定がないことや、2017年判決においてGPS を用いた捜査が自己情報コントロール権（情報自己決定権）ではなく「住居、書類及び所持品」に「準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利」の問題として捉えられていることが特徴的であることがわかる。2017年の大法廷判決は憲法35条に言及し、令状の発付条件の法定を求めたに過ぎなかったが、日本においてはGPS 捜査は情報自己決定権、少なくとも憲法13条によって保護されている権利に対する侵害として正当化を要するものであり、その正当化のためには憲法31条の適正手続主義により、それを授權する個別の規定が必要であり、その規定は憲法上必要な特定性を備えていなければならない。そのため、憲法13条によって保護されている権利が、GPS を用いた捜査によって、憲法31条に反しないやり方で制限されていると言えるかが検討されなければならないということになる。

おわりに：GPS 捜査の憲法上の問題

2017年の大法廷判決はGPS 捜査の法的な問題について検討したが、「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は論証しておらず、この判決を「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

⁹⁷ 憲法29条によって保護されている権利が憲法31条に反する手続で制約されているとした先例として、最大判1962年11月28日（刑集16巻11号1593頁）（第三者所有物没収事件）がある。また、実体的基本権と手続的基本権の「分解」について、小山剛『「憲法上の権利」の作法 第3版』（尚学社、2016年）31頁参照。なお、憲法31条との関係で刑罰法規の不明確性について検討した判決としては、徳島市公安条例事件判決（最大判1975年9月10日：刑集29巻8号489頁）や福岡県青少年保護育成条例事件判決（最大判1985年10月23日：刑集39巻6号413頁）がある。

妥当ではない。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なかったこと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られているとも言えるが、そうなのであれば、「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も考えながら、現行法下でGPS捜査を行うことの法的な問題をさらに検討する必要がある。その際には比較法的な考察が有用であり、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が、まずは考えられる。

しかし、GPS捜査の憲法上の問題を比較法的に検討する上でアメリカの議論を参照しようとしても、アメリカと日本とでは議論の内容や背景に違いがある。アメリカ国内の議論の一部から推測されるアメリカにおける捜査の統制手法を考えると、日米両国間でこうした違いは多くの議論にみられるものと推察される。ただ、議論はそこで終わるわけではなく、このような違いがあるとしてどのような検討が求められるかを考える必要がある。その場合にとりうる方法の一つは、アメリカの議論を参照しながら日本国内の議論の修正を図ることであるが、ほかの選択肢としてはアメリカ以外の国の議論を参照することも考えられ、その場合に参照可能な国としてドイツがある。

ドイツにおいては、当該措置の授權規定の特定性が違憲審査の場面で重要性を増している一方で、その憲法上の位置づけ方は様々である。それを確認した上で両国の議論を比較して検討すると、日本において情報自己決定権に対する侵害が特別な立法によらずに行われている場合に、その侵害の合憲性は「憲法13条で保護されている情報自己決定権が、憲法31条の要請する『特定性の要請』を満たす法律・規定によって制約されているか」という形で検討されることになる。

以上のように、GPS捜査の憲法上の問題を検討する際には比較法的な考

察が有用であるが、日米両国の議論の背景や前提には様々な違いがあることもあって、ドイツの議論を参照して検討すると、「GPS 捜査の憲法上の問題」は憲法13条で保護されている情報自己決定権（自己情報コントロール権）に対する侵害として位置づけられる。そして、日本における GPS 捜査の合憲性は「憲法13条で保護されている情報自己決定権が、憲法31条の要請する『特定性の要請』を満たす法律・規定によって制約されているか」という形で検討されるべきであるということになる⁹⁸。

⁹⁸ 本稿は大川情報通信基金・2017年度研究助成（2018年3月～2019年3月）「GPSによって得られた位置情報をパソコンや携帯電話で表示させ取得する捜査手法が有する憲法上の問題」（助成番号：17-23）による研究の成果の一部である。