

撮影捜査の性質と要件

清水 晴 生

- 1 問題の所在
 - (1) 撮影捜査
 - (2) 性質と許容要件
- 2 強制処分と任意処分の区別
 - (1) 昭和51年決定（岐阜呼気検査事件）
 - (2) 撮影捜査が侵害するのはプライバシーではなく「みだりに撮影されない自由」である
 - (3) 意思の制圧
 - (4) 令状提示の困難さ？
- 3 写真撮影の性質と許容要件
 - (1) 強制処分的性質
 - (2) 委縮効果
 - (3) 許容要件
- 4 京都府学連事件（最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁）
 - (1) 現行犯性要件について
 - (2) 街頭の肖像権
- 5 自動速度監視装置事件（最二小判昭和61年2月14日刑集40巻1号48頁）
- 6 山谷事件（東京高判昭和63年4月1日東京高裁（刑事）判決時報39巻1～4号8頁）
 - (1) 証拠保全の必要性
 - (2) 事前撮影
- 7 その他の事件
 - (1) パチンコ店ビデオ撮影事件（最二小決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁）
 - (2) 宅配物エックス線撮影事件（最三小決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁）

1 問題の所在

(1) 撮影捜査

あるときある場所における人の行為について、犯罪の成立を公判において立証するに際し、そこにいた人の容ぼうや体型と、被告人のそれらとの同一性が重要な証拠資料たりうることはほとんど疑われえない。

そのような証拠資料を得るために捜査機関が用いる捜査手法には、写真撮影やビデオ撮影がある。その捜査手法の重要性にもかかわらず、これについて直接定めた規定が刑事訴訟法上には存在しない⁽¹⁾。

しかし判例は一般に、こうした撮影捜査を一定の要件の下に許容している。

比較的最近でも、強盗殺人等を含む重大犯罪の嫌疑の下で、ATMの防犯カメラに映った人物と被告人との同一性判断のために、被告人が遊戯していたパチンコ店の店長に依頼し店内の防犯カメラによって、あるいは警察官が小型カメラを用いて店内の被告人をビデオ撮影したという事案において、最高裁決定は次のように判示した。

「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

(1) 身柄拘束中の無令状撮影については、刑事訴訟法218条2項が「身柄の拘束を受けている被疑者の指紋若しくは足型を採取し、身長若しくは体重を測定し、又は写真を撮影するには、被疑者を裸にしない限り、前項の令状によることを要しない。」と定める。

なお、同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必要があるときは、裁判官の発する令状により、差押、搜索又は検証をすることができる。この場合において身体の検査は、身体検査令状によらなければならない。」と定めている。

物の撮影については、最二小決平成2年6月27日刑集44巻4号386頁は「本件においては、裁判官の発付した搜索差押許可状に基づき、司法警察員が申立人方居室において搜索差押をするに際して、右許可状記載の『差し押えるべき物』に該当しない印鑑、ポケット・ティッシュペーパー、電動ひげそり機、洋服ダンス内の背広について写真を撮影したというのであるが、右の写真撮影は、それ自体としては検証としての性質を有すると解される」とした。

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うべきである」⁽²⁾。[下線筆者]

以上のように、合理的な嫌疑があったこと、犯人特定のための重要な判断に必要であること、その必要の限度内のものであること、公道上ないし不特定多数の客が集まるパチンコ店内といった「通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所」での撮影であったことをあげて、捜査目的達成のため「必要な範囲において、かつ、相当な方法によって行われた」適法なものとした。

ここではすでに、「公道上」と「不特定多数の客が集まるパチンコ店内」との間には径庭がないものとされている点も注目しうる。

（２）性質と許容要件

撮影捜査の性質や要件に関するこうした判示の前提となっているのは、いわゆる京都府学連事件において最高裁が判示した内容である。それは次のようなものであった。

「ところで、憲法一三条は、『すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。』と規定しているのであつて、これは、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

(2) 最二小決平成20年4月15日刑集62巻5号1401頁。

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(以下『容ぼう等』という。)を撮影されない自由を有するものというべきである。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、憲法一三条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない。しかしながら、個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受けることは同条の規定に照らして明らかである。そして、犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのであるから(警察法二条一項参照)、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうるものといわなければならない。

そこで、その許容される限度について考察すると、身体の拘束を受けている被疑者の写真撮影を規定した刑訴法二一八条二項のような場合のほか、次のような場合には、撮影される本人の同意がなく、また裁判官の令状がなくとも、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。すなわち、現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であつて、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ときである。このような場合に行なわれる警察官による写真撮影は、その対象の中に、犯人の容ぼう等のほか、犯人の身辺または被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第三者である個人の容ぼう等を含むことになつても、憲法一三条、三五条に違反しないものと解すべきである。

これを本件についてみると、原判決およびその維持した第一審判決の認定するところによれば、昭和三七年六月二一日に行なわれた本件京都府学

生自治会連合主催の集団行進集団示威運動においては、被告人の属する立命館大学学生集団はその先頭集団となり、被告人はその列外最先頭に立つて行進していたが、右集団は京都市中京区木屋町通御池下る約三〇メートルの地点において、先頭より四列ないし五列目位まで七名ないし八名位の縦隊で道路のほぼ中央あたりを行進していたこと、そして、この状況は、京都府公安委員会が付した『行進隊列は四列縦隊とする』という許可条件および京都府中立売警察署長が道路交通法七七条に基づいて付した『車道の東側端を進行する』という条件に外形的に違反する状況であつたこと、そこで、許可条件違反等の違法状況の視察、採証の職務に従事していた京都府山科警察署勤務の巡查秋月潔は、この状況を現認して、許可条件違反の事実ありと判断し、違法な行進の状態および違反者を確認するため、木屋町通の東側歩道上から前記被告人の属する集団の先頭部分の行進状況を撮影したというのであり、その方法も、行進者に特別な受忍義務を負わせるようなものではなかつたというのである。

右事実によれば、秋月巡查の右写真撮影は、現に犯罪が行なわれていると認められる場合になされたものであつて、しかも多数の者が参加し刻々と状況が変化する集団行動の性質からいつて、証拠保全の必要性および緊急性が認められ、その方法も一般的に許容される限度をこえない相当なものであつたと認められるから、たとえそれが被告人ら集団行進者の同意もなく、その意思に反して行なわれたとしても、適法な職務執行行為であつたといわなければならない⁽³⁾。[下線筆者]

昭和44年大法廷判決は、「肖像権と称するかどうかは別として」、「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」とし、「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

(3) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1631頁以下。

一三条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない」とした。

ただし、警察法二条をあげた上で犯罪捜査に必要な範囲で相当の制限を受けることは公共の福祉の観点から明らかであるとした。

また「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」、次のような要件が備わっていれば写真撮影は許容されるとした。すなわち、①「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合」であって、しかも、②証拠保全の必要性および緊急性があり、かつ、③その撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもって行なわれるとき、というのである。

このような場合において行なわれる警察官による写真撮影は、憲法13条、35条に違反しないとしたのである。

以下ではまず強制処分と任意処分の区別について確認し、その上で撮影捜査の性質と要件とに関する京都府学連事件以降の判例の変遷につき概観しつつ検討を加えたい。

【京都府学連事件最高裁昭和44年大法廷判決】

憲法13条に基づく「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」
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。
写真撮影の許容条件
①現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められること ②証拠保全の必要性および緊急性 ③撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもって行なわれること

2 強制処分と任意処分の区別

（1）昭和51年決定（岐阜呼気検査事件）

判例は、酒酔い運転の呼気検査にかかる事案において、急に部屋を立ち去ろうとした被告人の手首を巡査が両手でつかんで制止した行為につき、次のように判示した。

「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、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と、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。

これを本件についてみると、加藤巡査の前記行為は、呼気検査に応じるよう被告人を説得するために行われたものであり、その程度もさほど強いものではないというのであるから、これをもつて性質上当然に逮捕その他の強制手段にあたるものと判断することはできない。また、右の行為は、酒酔い運転の罪の疑いが濃厚な被告人をその同意を得て警察署に任意同行して、被告人の父を呼び呼気検査に応じるよう説得をつづけるうちに、被告人の母が警察署に来ればこれに応じる旨を述べたのでその連絡を被告人の父に依頼して母の来署を待つていたところ、被告人が急に退室しようとしたため、さらに説得のためにとられた抑制の措置であつて、その程度も

さほど強いものではないというのであるから、これをもつて捜査活動として許容される範囲を超えた不相当な行為ということはできず、公務の適法性を否定することができない。したがって、原判決が、右の行為を含めて加藤巡査の公務の適法性を肯定し、被告人につき公務執行妨害罪の成立を認めたのは、正当というべきである⁽⁴⁾。[下線筆者]

昭和51年決定は、「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つて、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない」とした。

すなわち、強制手段かどうかは「有形力の行使を伴う」かどうかによって決せられるのではないとしたのである。

この論理は強制手段の多様性をとらえたという意味では重要であるが、同時に有形力の行使を伴うものであつてもただちに強制手段となるわけではないとするものである点にこそ注意が必要である。

特別の根拠規定なく許容されうる程度の有形力行使については、「任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない」とするのである。

さらに「ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される」とした。

必要性、緊急性などを踏まえた具体的状況の下で相当と認められる限度

(4) 最一小決昭和51年3月16日刑集30巻2号191頁以下。

内の法益制約は、任意捜査として許容される。

逆にいえば、当然ながら、必要性、緊急性などを踏まえた具体的状況⁽⁵⁾の下で相当と認められない、相当と認められる限度を超えた、個人の意思を制圧するような法益侵害、法益制約は、もはや任意捜査としても許容されないことになり、場合によってはさらに、本来特別の根拠規定に基づいて初めて許容されえたるはずの（無令状の）強制処分にあたるとの判断にさえ至りうることになるのである。

最後に付言しなければならないが、「肖像権が認められたことによって、犯罪捜査の方法として写真撮影が行われる場合であっても、それが相手方に覚知され、撮影者の身分、撮影の目的等について釈明を求められたときには、任意捜査が相手方の同意の下に行われるべきであるとの一般原則からも、また、令状による強制捜査においても、令状の記載をつうじて捜査の理由を知る権利が認められていることから、撮影者側に釈明に応ずる義務が生ずる」⁽⁶⁾との指摘は正当である。

（２）撮影捜査が侵害するのはプライバシーではなく「みだりに撮影されない自由」である

具体的状況下で法益制約が相当な限度内かどうかについて、具体的には例えば「公道に在る人物の写真撮影は、前述の自由の侵害を伴うとはいえず、例えば住居内にいる人をひそかに撮影する場合などと比較して、保護

(5) 具体的状況の下での判断とはいっても、同種の事案においてまで現場の警察官のごく主観的な必要性や緊急性の判断が無制限に許容され、可否の判断がまちまちであってもよいということにはなるまい。裁判所の判断が現場から遠く離れた場所で事後的にしかなされえないということを踏まえた上で、法廷の外で個人、市民の自由を保障しあるいは侵害しうる行為規範として判例が機能することの実態の意味も看過されるべきではなかろう。

(6) 藤木英雄「犯罪捜査の目的とする写真撮影といわゆる肖像権」ジュリスト444号91頁以下。

すべき利益は格段に小さ」⁽⁷⁾いから強制処分にはあたらないなどとされる。

あるいは「もちろん、居宅内が個人のプライバシーが高度に保護されるべき領域であることはいうまでもないことであるが、同じく居宅内といっても、公道上や公の場などから容易に見通せるような場合(例えば、窓が道路に面して設置されており、その窓に遮蔽物がないような場合)もあろうし、通常の方法では見通せないものの、高性能の望遠レンズ等を用いることにより見通せるような場合もあろう。そして、『人が、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』についても、その人が置かれた状況によって、いかなる程度に保護されるべきか否かが異なってくるものであり、少なくとも、公道上や公の場などから肉眼で容易に見通せるような状況の場合には、たとえ、当該人自体は私的な領域に所在したとしても、その利益はさほど強度に保護されるべき性質のものとは思われず、公道上等の場合に準じて、写真・ビデオ撮影を行うことが許される場合もあるのではなからうか」⁽⁸⁾といった検察実務家からの驚くべき意見も表明されている。

世の中の家々は概ね「窓が道路に面して設置されており、その窓に遮蔽物がない」だろう。無論、実務経験に基づいてそうした捜査の必要性が説かれているのであろうが、しかし一体「プライバシーが高度に保護される」とはどのような意味で用いられているのであろうか。単に嫌疑があるからといって、任意捜査として窓の外から室内の写真撮影することまで許容されるとしたら、「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」が憲法上の自由・人権として保障されるとした意味はほとんど失われるだろう。

少なくとも家庭生活が営まれている住居に関してはそうした判断は許さ

(7) 宇藤崇「テレビカメラによる監視」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選[第七版]』(別冊ジュリスト148号)23頁。

(8) 名取俊也「写真・ビデオ撮影——検察の立場から」三井誠・馬場義宣・佐藤博史・植村立郎『新刑事手続Ⅰ』356頁以下。

来まい。撮影捜査を許す趣旨で窓のカーテンが開かれているわけではない家庭の住居内を、任意捜査として自由に撮影しようとするのは、個人の人格を尊重するとした憲法の人権規定の本質に反するものといわなければならない。直接的には刑事訴訟法218条1項ならびに憲法35条1項に違反するといわざるをえないだろう⁽⁹⁾。

和歌山カレー事件の法廷での、報道記者による写真撮影の違法性が問題とされた損害賠償請求事件の上告審で、最高裁は、撮影が報道目的であったとしても、許可を受けず「隠し撮り」したその態様は「相当なものとはいえない」とし、さらに、「本件写真が撮影された法廷は傍聴人に公開された場所であったとはいえ、被上告人は、被疑者として出頭し在廷していたのであり、写真撮影が予想される状況の下に任意に公衆の前に姿を現したものである」とした⁽¹⁰⁾。

その本質において「公開」される場所である法廷にあってさえ、そこはただちにあるいはつねに「写真撮影が予想される状況の下」にあるわけではない。そこに立つ被告人にその容ぼうに関して、人目にさらされるという意味においてはもはやプライバシーの保護はほとんどないが、だからといって写真撮影まで広く手放しに許され、被告人が甘受せざるをえないというわけではない。

公道にあっては同様にあって、捜査の必要性があるからといってただちに撮影が許されるとしたら、「みだりに撮影されない自由」はもはや保護されていないといわなければならない。憲法上の権利として保護されるということは、まず何よりも公権力の行使から保護されるということであって、公権力の行使が正当であれば権利制限が許されるわけではない。正当な公権力の行使が制限されることにこそ、憲法上の権利として保障される

(9) 最三小決平成11年12月16日（旭川電話傍受検証事件）刑集53巻9号1330頁が端的に「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」と述べていることを想起すべきであろう。

(10) 最一小判平成17年11月10日民集59巻9号2428頁。特に2434頁参照。

ことの真の意味がある。

当然ながら、公道上を通行するからといって隠し撮りまで予想するということは通常ないのであって、隠し撮りである以上、その方法・態様はまず基本的に「相当なものではない」というところから出発すべきである。

(3) 意思の制圧

また「個人の意思を制圧」するとは、言い換えれば「有無をいわさない」ということであるから、いわゆる「潜行的」な性格をもった捜査手法は基本的にこの「個人の意思を制圧」する手段にあたるといえよう⁽¹¹⁾。すなわち撮影捜査は相手の「言い分」を一切聞かないのである。

にもかかわらず、具体的状況下で法益制約・侵害の程度が低いために任意処分として許容される範囲が認められるとしても、必要性や緊急性が比例原則の名の下に安易に評価・肯定されるのであれば、任意処分は実際には制約原理をもたないのと等しいことになる⁽¹²⁾。

畢竟、任意処分だから比例原則を満たしてさえいればよいというのではなく、その強制処分的実質の程度に即した内容が問われなければならないだろう。

(4) 令状提示の困難さ？

他方でまた、強制処分としてしまえば令状の提示が必要になって不都合といった理由づけは、本来理由とならないことが再確認されるべきである⁽¹³⁾。

(11) 比喩的だが、強盗に対する昏酔強盗、強姦に対する準強姦を想起せよ。

(12) 渡辺修『捜査と防衛』37頁参照。

(13) 最一小決平成14年10月4日(搜索差押許可状の呈示に先立ってホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室した措置が適法とされた事例)刑集56巻8号508頁参照。また電話傍受についても、前掲最一小決平成11年12月16日刑集53巻9号1335頁(旭川電話傍受検証事件の元原利文反対意見)を参照。

捜査が自由・人権を制約するものであるとき、捜査の必要性が人権の原理を回避してよい、あるいは修正してよいということはないのであって、許されないのであればやはり許されないものであり、当然、許される範囲内で捜査がなされなければならない。必要性を追求していけばどこに行きつくかは自明であろう⁽¹⁴⁾。

3 写真撮影の性質と許容要件

(1) 強制処分的性質

写真撮影は強制処分かそれとも任意処分か。あるいはまた任意処分であるとした場合、それが許容されるためにはどのような要件を充足することが必要であろうか。

昭和51年決定によれば、強制手段とは、有形力行使を伴う手段を意味するのではなく、「個人の意思を制圧」して、身体、住居、財産等といった法益に制約・侵害を加えて強制的に捜査目的を実現するなど、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。そして右程度に至らなければ任意捜査として許容されうるといっているのである。

他方で、昭和44年大法廷判決は、写真撮影の許容限度・許容要件として、①「現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合」であって、しかも、②証拠保全の必要性および緊急性があり、かつ、③その撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもって行なわれるとき、という要件を満たすのであれば、写真撮影は「撮影さ

(14) 村井敏邦「犯罪の発生が予測される現場に設置されたテレビカメラによる犯罪状況の撮影録画が適法とされた事例」判例評論360号64頁（判例時報1294号226頁）は、ビデオカメラによる事前撮影のケースについて、「そもそも捜査側に負担をかけるということは、肖像権侵害を正当化する理由にはなりえない。憲法上の人権の一つに数えられる肖像権が、何故に捜査側の負担軽減のために侵害されてよいのか。人権とは、それほどに弱い存在だったのだろうか」という。

また、最三小決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁も参照。

れる本人の同意がなく、また裁判官の令状がなくても」許容されるとした⁽¹⁵⁾。

昭和44年大法廷判決がこれらの要件をあげる前提として、「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」、肖像権を、憲法13条上「警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべき」ことが規定された国民の私生活上の自由の一つに数えていることからすれば、上記要件を満たすことなく、同意も令状もなしに写真撮影がおこなわれるときには、これは個人の意思を制圧する、本来的に令状を要すべき重大な法益の侵害であり、強制的に捜査目的を実現するものだといわなければならないだろう。

この点について、例えば「人の敷地内に立ち入って撮影するものや、高性能望遠レンズ、赤外線フィルムなどを使用しての撮影は強制処分と考えるべきであり、令状なくしてこれを実施すれば違法といわざるを得ない」⁽¹⁶⁾などと解されている。

しかしこうしたそもそも令状が出されるかも疑わしい、出されてよいかもあやしいケースだけを強制処分ととらえ、許されないとするだけでは、写真撮影の強制的・抑圧的性格を十分に汲んだ理解とはいえないだろう。

昭和44年大法廷判決を素直にとらえれば、例えば、「現行犯であれば逮捕ができる。逮捕すれば刑訴法二一八条で容ぼう等の写真撮影は令状がなくとも許されるのである。逮捕できる場合に逮捕しないで写真撮影のみを

(15) こうした要件や判断枠組は、最二小判昭和61年2月14日刑集40巻1号48頁(自動速度監視装置事件)にも引き継がれた。

(16) 若原正樹「写真・ビデオ撮影——裁判の立場から」三井誠・馬場義宣・佐藤博史・植村立郎『新刑事手続1』362頁。大野正博「写真・ビデオの撮影・録画」椎橋隆幸編『よくわかる刑事訴訟法』46頁も、「赤外線カメラ等を用いて、肉眼では確認することのできない住居内等の私的な場所に居るものを撮影する場合には、被撮影者は自らの行動を他人に見られ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ため、このような手法・態様による写真撮影は、任意処分として行うことは許されないと解すべき」であるが、街頭でデモ行進をする者は「対象者自ら容貌等を晒している」から被侵害法益の程度は格段に低い」ので任意処分の問題として捉えるのが妥当だとする。

許しても、被疑者にとって不利益とはいえないであろう⁽¹⁷⁾ といった理解は、比較的穏当であるようにも思われる。

しかしこれに対しては、無論「しかし、実際には逮捕を伴わない以上、緊急検証を認めるものとしての批判は免れない⁽¹⁸⁾」といわなければならない。さらに、公道でのプライバシー侵害は軽度だとする意見に対する、「市民は公道を用いなければ自由な活動はできない。なのに、いったん外に出ると捜査機関の監視を覚悟しなければならない状態を法的に容認することは、現代社会では行動の自由に対する委縮効果をもたらしかねない。捜査機関が科学機器を用いて市民の行動を監視しこれを記録することによってもたらされるプライバシー侵害の程度と、市民が行動を用いることで放棄しているプライバシーの権利の範囲とははかりギャップがある。市民は公道でこそみだりに捜査機関によって写真撮影されない憲法上の権利がある。写真撮影は基本的には強制処分である⁽¹⁹⁾」との指摘も的を射たものであろう。

公道ではプライバシー侵害の程度が低いように思えたとしても⁽²⁰⁾、撮られたくない個人からすれば、それは単に意思に反するというだけでなく、意思を制圧されたに違いないのである⁽²¹⁾。

(17) 松浦秀寿「写真撮影」判例タイムズ296号47頁。

(18) 松代剛枝「写真撮影」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点 [第3版]』77頁。

(19) 渡辺・前掲書（『捜査と防衛』）33頁。

(20) 上垣猛「テレビカメラによる監視」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選 [第八版]』（別冊ジュリスト174号）23頁は「写される者の意思に反しても映像を得るとの側面はあるもののオープンな場所でのことで強制という要素は加わっていない」から任意処分と解するのが相当だとするが、「強制という要素」に対する現在の一般的理解とは異なる独自の（もしかすると旧来の）理解に立脚する見解ではないか。

(21) 村井・前掲判例評論360号62頁（判例時報1294号224頁）も「任意処分というのは、処分を受ける者の意思の自由を侵害しない処分である。ところが、同意のない写真撮影は、被撮者の容貌を写されない自由を侵害している。被撮者に撮影を甘受させるという点において、被撮者の意思の自由を制約するとともに、一定の受忍義務を負わせる行為である。撮影は、逮捕や捜索・差押などと違って、相手方の拒否の意思が明確であっても、直接的物理力の行使なしにこれを行なうことができるというだけのことであるから、この要件が欠けることをもって、強制処分性を否定することはできない。拒絶の意思が明白であっても、撮影を受忍させられるのであるから、写真撮影は立派に強制処分性を有している」という。

こうした強制処分的性が強く看取される撮影行為について、なお「個人の意思を制圧」するに及ばない場合がありうるとすれば、それはどのような場合か。

思うに、例えば個人の顔までははっきりとわからない鮮明さや距離において撮影される場合、あくまで人の動きや分布、人数、あるいは集団の態様・全体状況の把握に必要な範囲内での撮影の場合、せいぜい比例的に許容される最大限度として、嫌疑にかかる犯罪に特に関連する限りで、服装や所持品、乗り物等の種類や形態の把握に必要な範囲内での撮影の場合であれば、無論なお強制処分的性格を失うものではないけれども、かろうじてまだ個人の意思を制圧したとまでしなくてもよいといえるのではなかろうか⁽²²⁾。

個人が個人として、すなわち一人格としてあるという事実・状況が、ただ捜査の必要性という理由から、容易に捜査の目的物として扱われてしまうようなことは、憲法や刑事訴訟法が強制処分について厳格に規定し、刑事人権・身体的自由に関わる手続における自由・人格といった法益が何らの留保なしに保障されていることを顧みるならば、当然是認されない。

任意処分と考える余地があるとしても、それは限定的にとらえられなければならないだろうし、たとえ任意処分と見ることができたとしても、その実質において強制処分的の性質を強く帯びているものであることからすれば、単純に比例原則が妥当すれば足りるとはしえず、その強制処分的の性

(22) 藤木・前掲(ジュリスト444号)89頁以下でさえ、正当にも、「集団示威運動は、本来参加者の政治的主張を国家機関あるいは公衆一般に訴えることを目的とするものであり、だれが参加したかということ公然と知られることにむしろ示威運動としての意味がある」という意見を排斥して、「集団行進の参加者は、集団行動の一員に加わったことを識別される程度に撮影されることは容認したとしても、容ぼうをはっきり録取される程度——面割りの材料として使用される程度にはっきり撮影されることまでは容認していない、とみるのが妥当である。したがって、集団の形状の撮影に止まらず、個人の顔写真として利用できる程度の写真撮影をなすことは、肖像権の侵害として、無制限には許されないとするのが相当であろう」とする。

質、法益侵害的・権利抑圧的性質に十分配慮した撮影処分でなければ適法なものとはいえないと解すべきであろう。

そしてこれに対して、個人の人格そのものに対して向けられ、その個人の意思を無視しこれを抑圧する形でなされる、明白に強制処分たる撮影捜査に関しては、刑事訴訟法220条1項2号（「逮捕の現場で差押、搜索又は検証をすること。」）で許される範囲内でのみ、検証または搜索としておこなわれることが可能だといえるだろう。

【撮影捜査の性質】

例えば集団の全体状況把握のような場合	個人の人格そのものに対して向けられ、その個人の意思を無視しこれを抑圧する形でなされる場合
強制処分的性格を色濃く備えるがなお任意処分として、必要最低限度の範囲内で許容される	刑事訴訟法220条1項2号（「逮捕の現場で差押、搜索又は検証をすること。」）の範囲内でのみ、検証または搜索としてなされうるところの強制処分

（2）委縮効果

法益侵害的・権利抑圧的性質という観点から、再度、撮影捜査の許容性を考えるにあたっては、その捜査手法が強制処分であろうと任意処分であろうと、いずれにしても、まずはこれが個人個人の生活の平穩をおびやかす、心理的な不安感を与える抑圧的行為であるということが前提とされなければなるまい。

ただ見ている行為、何もしないけれどもただつきまとう行為が、ストーカー行為として、他人の生活や精神の平穩を害することは、今日もはや疑われえないであろうし、またそのことは法秩序の上でも確認されているところである。

自分にやましいところがなくても、強制的権力を行使しうる警察官に監

視されていると感じた場合には、自分は何かしてしまっただろうかと不安感を覚えるのも当然であろう。

まして人権活動や政府・政策批判の活動をおこなうような場合にあっては、通常何らとがめられず見過ごされるような行為さえ、秩序維持という理由の下に厳しく取り締まられ、制約されることも考えられよう。またそのように感じられあるいは感じさせることが、人権行使に対する委縮効果を発揮する可能性も軽視しえない。ましてそうした効果の発揮をも意図して厳しい取締まりがなされる可能性さえないとはいえない。犯罪行為への監視は容易に人権活動への監視へと転化しうることを看過することはできないだろう。

昭和44年大法院判決が撮影捜査の要件を提示する前提として、「個人の私生活上の自由の一つ」たる「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」についてまず述べたのは当然であると同時に正当である。

(3) 許容要件

ただし、同判決は「個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受けることは同条の規定に照らして明らかである」ともしていた。

ここで公共の福祉による制約の内実について、その具体化としての要件を論じる前に、対立する二つの利益という次元で確認しておくことが、要件についてより実質的に検討しうるためにも有用であろう。

ここで公共の福祉という抽象概念が止揚すべき両対象とは、無論「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」と「犯罪捜査」とである。

ややもすれば「犯罪捜査」の必要性さえあれば、「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」はいくらでも制約可能であるか

のような言説が実務ならびに学説上飛び交っているが、昭和44年大法廷判決が右自由についてまずもって明確に述べた意味を顧みるべきである。

したがってこのとき、先に述べた撮影捜査の強制処分の性質、法益侵害的・権利抑圧的性質も考え合わせるときには、「必要性」は単なる「関連性」程度では足りないというべきである。みだりに撮影されない憲法上の自由を、あえて新たに侵害するものであることを真摯に顧みる思考が必要である。「他の手段によることの高度の困難性」が要求されて初めて、「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」が憲法13条上の人権として保障されていることの意味を尊重しえていえるだろう⁽²³⁾。

必要性要件と関連するのが「緊急性」の要件である。犯罪に関連してそこに証拠があれば、単純に考えると緊急性が否定される場合はほとんど考えられないことになってしまい、要件として意味を失ってしまう。いつでも緊急性があると開き直ってしまうならば、憲法13条上の保障に値する肖像権ともいえるべき「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」を何ら顧みていないと批判されても仕方がないだろう。

したがってここでも緊急性の要件については、「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」という憲法13条上保障される人権を対極的価値として踏まえた上で、「個人の生命、身体、財産等に対する重大な侵害に及びうる重大事案にかかる重要な証拠価値を有する証拠方法について、他の事後的手段によっては代替・補完がほとんど不可能であること」が要求されることが必要である。そうでなければどのようなケースにおいても、「犯罪に関連する以上緊急である」といったごく素朴な、捜査機関の主観的な「現場の緊急性」が当然のように肯定されることになってしまい、抑制や人権に対する配慮はまったく期待しえないことになるだろう。

では「現行犯性」（現行犯的状况）についてはどうか。

(23) 村井・前掲判例評論360号64頁（判例時報1294号226頁）参照。

写真撮影が憲法13条上の重要な人権侵害を伴うものであり、強制処分にも比するような捜査手法である以上、それは捜査の必要性によって容易にまた広汎に認められるような性質の捜査方法とはいえない。

すなわち、軽微な事案にかかる些末な証拠あるいは必ずしも重要とはいえない証拠についてまで用いられるべきではない⁽²⁴⁾。例えば軽犯罪法違反のような場合には、より限定的に考えられるべきであろう。

他方で、重大な事案にかかる重要な証拠であればこそ、行き過ぎが生じやすいことに十分に注意する必要がある。

したがって、厳密な意味での必要性や緊急性の要件を確実に充足しうるケースであるかの(しばりとしての)メルクマールとして「現行犯性」要件も合わせて掲げられておくべきであろう⁽²⁵⁾。

いわばこの三要件は三位一体というべきである。

以上の要件が充足されたとしてもなお、もう一つの要件をもパスしなければならぬとされる。

手段の相当性について、まずは、撮影捜査の「潜行的」性質が、「個人の意思を制圧」する強制処分類似の意味を有することを踏まえるべきである⁽²⁶⁾。具体的には、どの程度の距離からのどの程度の鮮明な画像で足り

(24) この点同旨、宇藤・前掲(『刑事訴訟法判例百選 [第七版]』) 23頁。

(25) 田宮裕「捜査における肖像権とその限界——最高裁判例の意義——」判例タイムズ243号19頁は、昭和44年大法廷判決のこうした諸要件について、「やや抽象的・一般的文言を連ねるだけであるから、結局は撮影者たる捜査官の自制にゆだねるものであり、裁判事例になった場合は判例の具体的な適用に期待することを本質とするといえる。右の要件は一見周到で厳格のようにもみえるが、その実拘束性の乏しいものであって振幅のはげしい適用になりうると思われる。その意味では、結果的には捜査機関に全面的な撮影権を認めることにもなりかねない」としていた。その後の判例の展開からみると、むしろ右諸要件は一定の厳格さを、実質的な拘束性を有するものであったのではないか、だからこそ要件は判例上緩和傾向を示すにさえ至ったのではなからうか。この緩和傾向からすれば、同時に田宮が期待していた判例による捜査への司法的抑制は、少なくともここで扱う問題に関しては有効に機能する方向に進んだとはいいたいように思われる。

(26) 撮影中と明示する場合でも、程度差はあれ、この潜性的性格はまったく失われるわけではない。すなわちその表示に気づかない場合も少なくないのであるし、カメラがどこまでの範囲をとらえているのか、どの程度の鮮明さにおいて撮影されているのか、本当にカメラが作動しているのかどうかなどの点について、何ら詳しい事情は撮影される側には明らかにされていないからである。

たのか、過度の枚数が撮影されたり、過度の近距離から撮影されていないか、必要に相当する最低限度の撮影方法にとどまったのかどうかを問われなければならないだろう。

実は、必要性や緊急性といった要件はどんなに厳密なものを要求しても、実際裁判において限定要件としては機能しにくい。他の似た場合と比較して本当に必要だったか、緊急だったかという検証がなされることまでは、ほとんど期待されえないからである⁽²⁷⁾。

むしろ、緊急性のしぼりとは別の面からの手段の相当性要件を具体的かつ厳密に検討することこそが、より実質的に、事案の性格・具体的状況を踏まえて、一定の限定機能を果たしうるように思われる。意図的でなかったという場合であっても、より侵害的でないやり方を容易にとれたのに何らそのことを顧みなかった場合には、被害法益や比例原則に対する必要最低限の配慮をさえ欠いたとして違法な捜査方法だったというべきである。

また手段の相当性においてはこうした量・程度の点と合わせてもう一点、侵害される自由・人権の重大性、あるいは、憲法上の自由・権利の行使たる側面への十分な配慮も加味されなければなるまい。

路上を歩く人に対しても認められるべき肖像権の意義、当然家の中にいる人が保障されるべき肖像権やプライバシー権、誰といるか、どこにいるかということを詮索されないという意味での自由に行動しうる利益、こうした日常的なものであるからこそ守られなければならない普通の人が普通

(27) 山中俊夫「写真撮影——京都府学連デモ事件」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第七版〕』（別冊ジュリスト148号）21頁もいう。「写真撮影要否の判断については、現場警察官の主観的判断が優先する度合いが高い『現認現場』においては、『警察の責務』が肯定的に判断される傾向が生じるであろう。任意捜査説に立つとみられる判例には、現行犯・準現行犯の状況ではない場合にまで範囲を拡大していく傾向がみられる。『みだりに』を限定すべく厳格な要件を設定したとしても、警察の責務の重要性を強調しつつ『捜査の必要性』が権限法なく拡大するとき「探査・探索の必要性」になりかねず、『自己決定権の侵害』についての考慮は弛緩する傾向をもつこととなろう。この意味において『自己決定権という主体的地位』を重視した限定的適用への慎重さが求められよう」と。

に穏やかに暮らせる権利・利益というものは、捜査という公益に決して引けを取らないものである。

その重要性に対する認識や、冷静な法益衡量こそ必須のものであろう。

そしてまた、写真撮影は潜行的におこなわれても、明示的におこなわれても、いずれの場合においても、瞬間的になされる点で抵抗が難しく、また特に明示的におこなわれる場合には、この抵抗の困難さから威圧的な意味まで持ちうると考えられる。不当に人権制約的な意味をもちえないか、人権を制約する方向で選択的におこなわれた撮影とみなされるものでないかが、撮影者の主観に対する評価ではなしに、客観的立場から客観的事実・客観的態様を基礎にして評価がなされるべきであろう。配慮したつもりだというだけでは、およそ十分とは思われない。

無論この点を率直に捜査機関に要求することは相当困難である。捜査機関からすればデモ行進者は人権を推進し実施する人権行使者ではなく、治安を乱す恐れのある集団にほかならないからである。

したがってここでいう配慮は刑事裁判官の職責において十分に尽くされることがぜひとも必要なものである。

最後に、**事案の重大性**によって、以上の必要性、緊急性、現行犯性、手段の相当性といった要件において実質的に要求されるべき内容・程度が低減されるとは考えられず、むしろ事案の重大性に引きずられて人権侵害が軽視されることのないようにいっそう厳密な配慮・注意が必要であることは、再度確認されなければならないだろう。事案が重大だからといって他の方法を考えないでよくなったり、時間的制約から解放されて野放しにされるべきであるとか、プライバシーを容易に侵害してもよいとするような理由はなく、理屈の上で何らそのような関連性は見出されないからである。

捜査比例の原則は、事案が重大だから当然に必要性や緊急性が増すことを意味するものではなく、むしろ、厳密に認定された必要性や緊急性に相

応する限度の手段が許されることを意味するものというべきである。

撮影捜査が一定の合理性をもち、また広汎に有用性をもつと認められるからこそ、許容範囲の安易な拡大を許さず、厳格な要件の下におこなわれるべきであろう⁽²⁸⁾。

【強制処分的性質を踏まえた厳密に比例的な撮影捜査要件】

証拠保全の必要性 ⇨	単なる関連性ではなく、他の手段によることの高度の困難性
証拠保全の緊急性 ⇨	重大な法益侵害にかかる重要な証拠に関する、他の事後的手段での代替・補完の不可能ないし高度の困難性
現行犯性 (現行犯的状况) ⇨	厳密な意味での必要性や緊急性の要件を確実に充足しうるかのしほりとしてのメルクマール
手段の相当性 ⇨	具体的には、①どの程度の距離からの、どの程度の鮮明な画像で足りたか、過度の枚数が撮影されたり、過度の近距離から撮影されていないかなど、量・程度につき必要性に相当する最低限度の撮影方法にとどまったか ②より侵襲的でないやり方を容易にとれたのに、そのことを何ら顧みなかったかどうか ③憲法上の自由・人権に対する侵害の重大性、あるいは、憲法上の自由・権利の行使への一定の配慮を要すべき場合かどうか

4 京都府学連事件（最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁）

(1) 現行犯性要件について

京都府学連事件判決は、それが大法廷判決であったにもかかわらず、その後とりわけ実務サイドの意見表明によって解体が試みられ、結局判例も

(28) 撮影捜査の有用性は、裏返せばそれだけプライバシー侵害の程度が高いことを意味しよう。渡辺・前掲書（『捜査と防御』）32頁参照。

それに従ったという流れが見て取れよう。

典型的には、例えば「人が街頭等の公の場にいる場合、その容ぼう等は他人から見られる状況にあることからすれば、承諾なしに写真撮影されないという期待や利益は、法律でその要件及び手続を特別に定め、また、令状主義に基づく厳格な要件及び手続によるものとしなければならない性質のものとは考えられず、そのような写真撮影は、任意処分と考えるべき」であり、現行犯性要件も「証拠保全の必要性及び緊急性が肯定する要素の一つと考えられるが、それ以外の場合であっても」任意処分として肯定される場合があってよく、あるいは「事案の重大性、被撮影者がその犯罪を行ったことを疑わせる相当な理由のある者に限定されること、写真撮影以外の方法では捜査の目的を達することができないことといった事情」なども「限定的な要件と考えるべきではなく、結局は、事案ごとに諸事情を考慮して判断すべきものと考えられる」⁽²⁹⁾ などとする無限定説ともいうべき意見の表明がなされ、撮影捜査は何らしぼりなく、ほぼ手放しで許容されるべきことが説かれている。

こうした事態は判決直後から予想されてはいた。大法廷判決について「やや抽象的・一般的文言を連ねるだけであるから、結局は撮影者たる捜査官の自制にゆだねるものであり、裁判事例になつた場合は判例の具体的な適用に期待することを本質とするといえる。右の要件は一見周到で厳格のようにもみえるが、その実拘束性の乏しいものであって振幅のはげしい適用になりうると思われる。その意味では、結果的には捜査機関に全面的な撮影権を認めることにもなりかねない」⁽³⁰⁾ と指摘されていたのである。

確かに大法廷判決は基準を示しはしたが、具体的にいかなる場合にそれらの要件を満たすかについての明確な説明はなかったかもしれない。

しかもそもそも必要性や緊急性要件が十分に機能しうるものであったか

(29) 三浦守「写真撮影——京都府学連デモ事件」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第八版〕』(別冊ジュリスト174号) 21頁参照。

(30) 田宮・前掲判タ243号19頁。

は、すでに述べたようにもともと疑わしかったともいえよう。

しかしそうした詳細にわたる点までを逐一明らかにするまでの役割を最高裁大法廷判決に、とりわけ当時の今よりも寡黙な最高裁に要求するのは、実際には困難であったようにも思われる。

しかもその後の昭和61年自動速度監視装置事件判決⁽³¹⁾で念を押したことも、実務上、より重くとらえられてもよかったはずである。

だとすれば、大法廷判決そのものがもともと拘束性に乏しかったというよりは、実務の強くそして長期にわたる抵抗によって、現行犯性のしぼりが解かれ、「結果的には捜査機関に全面的な撮影権を認める」に至ったということではなかろうか。

もっといえば、拘束性の乏しい必要性や緊急性要件よりもまず第一に現行犯性要件を掲げ、この点について具体的事実をていねいに指摘して論じた大法廷判決は、現行犯性こそが肝であることを承知していたし、そして批判する側もまたここさえ骨抜きにすればいいとわかっていたといえよう。

現行犯性を不要とするとは、端的に言って「しぼり」をなくすということにほかならない。

検察官による主張として次のようなものもある。『「現行犯又は準現行犯的状况の存在」の要件が必要であるとした場合、目撃者に犯人であるかを確認させるために、目撃された犯人に似ていると思われる人物を密かに撮影したり、収監状執行の必要上、被収監者が出入りすると思われる会合に集まる類似者を密かに撮影することや、連続放火事件などで現場に集まるヤジ馬をその都度撮影することなど、現在の捜査実務において一般に行われている写真撮影までが許容され難くなるが、そこまで写真撮影の許容性を厳格に解することは不当であろう』⁽³²⁾と。

(31) 最二小判昭和61年2月14日刑集40巻1号48頁。

(32) 名取・前掲（『新刑事手続Ⅰ』）352頁。

現在一般におこなわれているのという気持ちはわかるが、論理が逆である。許容されることのみがおこなわれるのでなければならない。目撃された犯人に「似ている」だけの人物や「類似者」、現場に大勢集まるヤジ馬たちは単なる「手がかり」や「証拠」としか見られておらず、限定的な考慮は一切働いていない。

ただし、少なくとも炎が上がっている間は「現に罪を行い終った」(212条1項)状況であるといえよう。また、放火犯が現場に戻ることは刑事学的経験則のうちにあるであろうから、必要性も認められやすいのではないか。

先の主張の続きは次のようなものである。「また、暴力団員による抗争や不法薬物の取引が行われようとしている場合などのように、まさに犯罪が行われようとしている場合にも、未だ犯罪が行われていない以上、前記要件に従えば写真撮影が許容されないということになるが、このような結論が妥当性を欠くことは明らかであろう」⁽³³⁾と。

しかし抗争がまさに行われようとしていたり、取引のために薬物を持参していたりする場合、現行犯性要件によって撮影捜査が許容されなくなるとは考えられない。凶器準備集合罪(刑法208条の3)や薬物の譲り渡しまたは譲り受けの未遂罪等(覚せい剤取締法41条の2第1項および第3項、また周旋について同41条の11、麻薬及び向精神薬取締法64条の2第1項および第3項、同66条第1項および第3項、同66条の4第1項および第3項、周旋について同68条の2、大麻取締法24条の2第1項および第3項など)で十分に対応は可能であろう。

(2) 街頭の肖像権

府学連事件大法廷判決の重要な点は、要件を論じる前提として肖像権ともいうべき憲法上保障されるに値する権利について、憲法13条を引いて

(33) 同上。

語ったことであった。

この点の顧慮は学説においても軽視されているといわざるをえない。例えば府学連事件大法廷判決について、「判例の事案において撮影された者は、街頭においてデモ行進を行っていた者であり、対象者自ら容貌等を晒しているものであるから、住居内に居る者に比べて、被侵害法益の程度は格段に低いといえよう」⁽³⁴⁾ などというものがあるが、大法廷判決はそんなことはしていない。大法廷判決は「右写真撮影は、現に犯罪が行なわれていると認められる場合になされたものであつて、しかも多数の者が参加し刻々と状況が変化する集団行動の性質からいつて、証拠保全の必要性および緊急性が認められ、その方法も一般的に許容される限度をこえない相当なものであつたと認められるから」⁽³⁵⁾ 適法な職務執行だったと述べているのであつて、家の中を写したわけではない、外にいる者は顔を自ら晒しているから写真を撮られても仕方がないなどとは一言もしていないのである。

むしろそこで重要視されているのは、現行犯性に収斂されるところの証拠保全の厳密な必要性および緊急性であり、その上でなお手段の相当性の要件まで付加されているのであつて、屋外だから被害法益は軽微といった趣旨のことは述べられていない。それはせいぜい手段の相当性の中で考慮したのであろうと推測しうるにとどまる。

「住居内にいる人をひそかに撮影する場合などと比較して、保護すべき利益は格段に小さく」⁽³⁶⁾ とか、「やはり一段劣位に立つものといわざるを得ない」⁽³⁷⁾ などといているのはあくまで学説である。

(34) 大野・前掲46頁。

(35) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1633頁。

(36) 宇藤・前掲（『刑事訴訟法判例百選 [第七版]』）23頁。

(37) 井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点 [第3版]』49頁。

≪判例が撮影捜査を抑制しえない理由≫

- ⇨ 現行犯性を不要とすることで、「緊急性」のしぼりが失われた。
- ⇨ 屋外・公道上の「みだりに撮影されない自由」を軽視・矮小化した。

5 自動速度監視装置事件(最二小判昭和61年2月14日刑集40巻1号48頁)

本件最高裁判例は、なお現行犯性要件を掲げながら次のように述べていた。

「速度違反車両の自動撮影を行う本件自動速度監視装置による運転者の容ぼうの写真撮影は、現に犯罪が行われている場合になされ、犯罪の性質、態様からいつて緊急に証拠保全をする必要性があり、その方法も一般的に許容される限度を超えない相当なものであるから、憲法一三条に違反せず」⁽³⁸⁾と。

ここでは現行犯性に続いて、証拠保全の緊急性と必要性、そして方法の相当性という完全に府学連事件の枠組での判断がなされていた。

すでに言及したとおり、ここで証拠保全の緊急性と必要性とは現行犯性に集約されるといってよかろう。少なくともすでに刑事裁判で争われる状況にあって、裁判官が現行犯的狀況下のケースについて証拠保全の必要性や緊急性が認められないと積極的に述べる場合というのは、おそらく相当にレアなケースに限られるだろう。

無人の速度監視装置によって自動的に撮影されるという方法が、何ゆえに「一般的に許容される限度を超えない相当なもの」とされたのかは、まったく明らかではない。

ここに至って、何らかの意味で限定をかける要件は一つ「現行犯性」のみであることは明らかであろう。

(38) 刑集40巻1号49頁。評釈として例えば、三井誠「自動速度取締機による写真撮影の合憲性」法学教室70号108頁、田口守一「自動速度監視装置による写真撮影の合憲性」法学セミナー31巻11号(通巻383号)105頁。

それは確かにやや形式的・画一的である。

現行犯状況に準じる場合やまったく予備的に撮影するという状況下でも、証拠保全の緩められた緊急性や少なくとも必要性が認められる場合があるのだから、現行犯要件はかなり厳しい要件である、厳しすぎる、と実務的には感じられるだろう。第一線に立つ者からすれば、それでは捜査ができないとさえ思うだろう。

しかし柔軟なしばりは緩みやすい。しばりとしては役に立たないのである。要件の形式性や画一性は、「要件」というものの本質にほかならない。

便利で自在なしばりなど、最初からしばりではない。

したがって「現行犯性」要件を排して、必要性や緊急性、方法の相当性などがまだあるではないかというのは虚妄であろう。必要だから撮影するのであり、緊急だから連行して話を聞くのでなしに撮影するのである。

6 山谷事件（東京高判昭和63年4月1日東京高裁（刑事）判決時報39巻1～4号8頁）

（1）証拠保全の必要性

撮影捜査に関して最高裁が見出した一定の基準となるラインを侵犯した下級審判決として、第一にあげられるのはこのいわゆる山谷事件である。犯罪の発生が予測される場所に、犯罪発生以前からビデオで撮影・録画したという事案であった。

東京高裁は次のように述べている。

「たしかに、その承諾なくしてみだりにその容貌等を写真撮影されない自由は、いわゆるプライバシーの権利の一コララーとして憲法一三条の保障するところというべきであるけれども、右最高裁判例は、その具体的事案に即して警察官の写真撮影が許容されるための要件を判示したものにすぎず、この要件を具備しないかぎり、いかなる場合においても、犯罪捜

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

一読してわかるとおり、まず、①最初に肖像権に言及しているが、一切論じたり吟味したりはしていない。

次に、②事前の(犯罪発生以前の)予測的・継続的な撮影であるにもかかわらず「緊急性」があるなどという論理矛盾ある判示をおこなっている。

本来の緊急性は、犯罪が発生した際に緊急に証拠が保全されなければならないという意味でのいわば「現在の緊急性」(いま証拠が失われつつあるということ)であった。

しかしここでは、すぐに犯罪が発生するかもしれない、もし発生してしまったら、という、「予測的・事前的な緊急性」(まだ証拠すら存在していない)であって、あくまで、いますぐに犯罪が発生するかもしれないという仮説・予測に基づいた焦り、いわゆる「見込み」捜査にとどまり、いま一刻一刻と証拠が雲散霧消していきつつあるという意味での現実の緊急性とは、その内実を異にしているように思われる。

さらに重要なことは、肖像権の軽視とも関連して、③侵害される利益の質や程度に対する関心がほぼまったく示されていない。比較衡量がおこなわれていない。

《山谷事件東京高裁判決のポイント》

- ①最初に肖像権に言及しているが、一切論じたり吟味したりはしていない
- ②事前の（犯罪発生以前の）予測的・継続的な撮影であるにもかかわらず、「緊急性」があるなどとする
- ③侵害される利益の質や程度に対する関心が皆無

結局、次のような思考パターンではなからうか。

- 「当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合」であるから、当然、証拠保全の必要性も「相当高度」のものになる。
- 必要性が相当高度なのだから、現行犯状況どころか事前的・予測的な撮影であっても「緊急性」が認められる。
- 必要性が相当高度なのだから、ビデオ撮影という強い手段も相当な方法にあたる。

こういったところであろう。

当該捜査手法の必要性があることを前提に、緊急性や態様の相当性要件がもつ限定的側面が無効化されてしまうというのは珍しくはない。

そこでは相当かどうかという判断の対象である方法は、「ビデオ撮影」という一般的なものにほとんど抽象化されてしまっているように思える。つまり、子どもの成長を記録したり、旅行先でなされるものと同じだという字義だけを切り取ったような判断がなされているのではないか。

しかし実際になされた「捜査」では、通常、人が他人から見られることを気にすることなしに平穏な気持ちで歩ける路上において、無断で、予測的に、さらには継続的に、つまりは非常に一方的・強制的に撮影がなされ、なおかつ録画までがされたのである。したがって、方法の相当性について説明すらしない態度は、単に妥当でないというだけでなく、人権の侵

害・制約に対する感覚・配慮が欠落していることを示すものといわざるをえないだろう。

(2) 事前撮影

予測的な捜査に撮影捜査が許容されてよいかという点に関しては、例えば「刑訴法一八九条二項⁽³⁹⁾は、たしかに、伝統的に過去・現在の犯罪を対象とするものと解されてきたが、文言上、特にそのような限定はない。むしろ、捜査が『公判の準備』と理解されうること、現行法上、行政機関である警察が一次的捜査機関として位置づけられていることなどから、任意捜査については、将来行われうる犯罪の訴追に備えて司法警察活動として捜査の許される余地があるのではなかろうか」と述べつつ、「濫用の危険には、証拠保全の必要性・緊急性とも関連して慎重な配慮が払われる必要がある」とするもの⁽⁴⁰⁾がある⁽⁴¹⁾。

しかし「濫用の危険」に対して「慎重な配慮」を要求するだけで足りるとするのは、あまりに楽観的に過ぎるだろう。濫用の危険は心配しなくてよいといっているのとほとんど同じに聞こえるといってもいい過ぎではなかろう。現場の捜査は通常、「現場の」慎重な配慮の下になされているはずであるが、その必要十分な履行の責任をすべて現場に負わせてこと足りるのであろうか。

(39) 刑事訴訟法189条2項は「司法警察職員は、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。」と定める。

(40) 宇藤・前掲(『刑事訴訟法判例百選 [第七版]』) 23頁。

(41) 名取・前掲(『新刑事手続Ⅰ』) 355頁も「刑罰権の対象となる事実が近接した時点において発生することが合理的な根拠をもって十分に予測され、かつ、その重大性、証拠保全の必要性、当該証拠の重要性、当該捜査による権利制約の性質等を総合的に考慮して、必要かつやむを得ないと認められる場合に行う捜査活動である写真・ビデオ撮影は、憲法13条の保障する国民の私生活上の自由等の必要やむを得ない範囲の制約であり、前掲東京高判昭和63年4月1日は妥当な判断を示したものと評し得よう」というが、はたして「重大性」や「必要性」、当該証拠の「重要性」が否定されるような、「重大でない場合」「必要でない場合」、証拠が「重要でない場合」というのは、具体的にどの程度想定できるのだろうか。

そして、事前捜査であろうと公判準備という意味では変わりがないとか、行政機関だから事前活動もできるといった主張も、この濫用の危険に対する楽観的態度を前提として初めてなしうものだろう。またこれらの主張がなされるときには、証拠保全の必要性や緊急性という要件さえ必須ではないことになりはしないか。公判準備との関連性のみで足りるとさえいえそうである。

また、事前撮影を許容する理由づけとして、「犯行部分のみの一部切り取りは不自然な作為が加わった行為であると評価され、その切り取りの合理性、合成の可能性などが問題とされ、かえって一連の撮影全体の提出を求められるのが通常である。このような問題を残さないためにも実務的には一連の撮影録画が不可欠ではないかと思われる」⁽⁴²⁾との主張もある。

しかしそこであげられている「問題」はあきらかに「一部切り取り」や「合成」といった「不自然な作為」の問題性であって、それは「一連の撮影全体」が作為なしにそのまま提出されることで解決されるべき問題であって、事前撮影部分がそこに含まれることを必要とする理由にはまったくない。事前撮影部分を含めた一連の撮影全体が提出される場合でも合成の可能性が含まれるのであるから、ここであげられた問題の解決は加工を排除するという方向で図られるべきものであって、事前撮影を許容すれば解決するというわけではない。

さらに「一連」や「全体」を保障する仕組みもないから、恣意的な証拠提出の虞は消えないのに対して、逆に「一連」や「全体」がどこからどこまでかを規制することもできないのであるから、無限定の撮影を許容する論理とさえなりうる点でも問題のある主張であって、到底是認できない。

これらに対して、山谷事件判決・事前撮影に批判的な立場からは、「本件ビデオカメラは、常時撮影可能な状態で設置されていたのみならず、現に録画可能な時間帯に毎日継続的に作動していた。犯罪の発生時点の予測

(42) 上垣・前掲（『刑事訴訟法判例百選 [第八版]』）23頁。

が困難であるとか、捜査機関にとって不相当に負担をかけるとかの事情で、右のような撮影が正当化しうるか。断じてそうではない。これが許されるならば、犯罪はいつ、どこで発生するか、予め予測が困難なのであるから、至るところにビデオカメラを設置して、年がら年中作動させておくことさえ許される。犯罪発生の予測可能性が歯止めになるか。ならないであろう。繁華な所では、スリやカッパライの発生の蓋然性は高い。のみ屋街では、けんか傷害の発生頻度は大きい。こうした所には、ビデオカメラを設置して、常に作動させておけば、捜査上はきわめて便宜であろうし、捜査側に不相当な負担をかけることもないであろう。しかし、このような事態がおよそ許容できないことは明らかであろう⁽⁴³⁾とされるが、そのとおりであろう⁽⁴⁴⁾。

総じて、許容する立場には自制・抑制の認識があまりに欠けているといわざるをえないのではないか。そしてこうしたおごった認識をもってしまふ根本的な理由は、捜査活動がはじめから常に正しいものであると考え、ともすれば一瞬にして個人の権利自由を不当に侵害・抑圧しかねない強力な手段であるということへのおそれをすっかり見失ってしまった態度にあるのではなかろうか。

結局正当な防衛に当たる行為だから、いくらでも先制攻撃をしてよいといっているようにしか思われないのである。

7 その他の事件

(1) パチンコ店ビデオ撮影事件(最二小決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁)

本稿冒頭に掲げたのがこの事件である。強盗殺人等を含む重大犯罪の嫌

(43) 村井・前掲判例評論360号64頁(判例時報1294号226頁)。

(44) 松浦・前掲判例タイムズ296号47頁も「警備情報収集のために将来発生するかも知れない犯罪予防のために容ぼう等の撮影をすることは許されないこととなろう」という。

疑の下で、ATMの防犯カメラに映った人物と被告人との同一性判断のために、被告人が遊戯していたパチンコ店の店長に依頼して店内の防犯カメラによって、あるいは警察官が小型カメラを用いて店内の被告人をビデオ撮影したという事案で、最高裁は次のとおり判示した。

「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うべきである」⁽⁴⁵⁾。

合理的な嫌疑があり、重要な判断に必要な証拠資料の入手目的である限りにおいて、公道上歩行中あるいは不特定多数人の集まるパチンコ店内での撮影は、「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」だから、必要な範囲内での相当な方法による適法な捜査だったというのである。

しかしあまりにも論理の飛躍がはなはだしすぎるだろう。なぜ公道上やパチンコ店内では「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」のか。

「視界に入る」程度なら問題なかろう。またその程度ならわれわれはお互いに許容しているといえるだろう。

(45) 刑集62巻5号1401頁。本件評釈として例えば、宇藤崇「被疑者の容ぼう等のビデオ撮影が適法とされた事例」『平成20年度重要判例解説』（臨時増刊ジュリスト1376号）208頁。

しかし「観察」はまったく次元を異にする話である。公道上やパチンコ店などの店内で他人から「観察」されて嫌がらない者がはたしてどれだけいようか。ましてカメラやビデオカメラで勝手に撮影していれば、店員が制止し、そのあと通報さえるだろう。あるいは被写体たる人物によってカメラを叩き落とされても文句もいえないくらいだろう。それが「通常」の感覚ではないか。

「受忍せざるを得ない」理由づけがまったくなされていないところを見ると、裁判官らは常識的な判断だと認識しているのだろう。この部分は「相当な方法」を根拠づけようとした部分だと読める。誰からも見られる状態にあるのだからカメラで撮影してもよいという、非常に大きな飛躍をはらんだ論証ではないか。

しかし必要性さえ説明してしまえば、方法の相当性などは理由づけるまでもないほどほとんど重要性をもちえない要件であろう。エックス線撮影などの特殊な撮影方法を用いたなどというのでない限り、方法の相当性は常に必要性の次に付加的に取り上げられ、容易に肯定されてしまうだろう。

しかし、裁判官には認識してもらいたい点であるが、撮影される側からすれば、店内のカメラも小型カメラも、撮影されていることを意識しえないという点ではエックス線撮影と何ら違いがないのである。

むしろ公道でも店舗内でも、人から見られているとは思わないからこそ隠さずにいるのではないか。宅配物の梱包がゆるかったら、少しくらい見てもかまわないことになるだろうか。

肖像権ないしプライバシーの権利は世間に顔を晒している間は保障されないような陳腐な権利ではなかろう。自分の肖像、姿の画像・映像がどのように利用され流通するかについての管理・コントロールの権利が本人に帰属することにこそ本質があるのであって、みだりに撮影されない自由はその一部にすぎない。

外を歩いている間はこの憲法上の権利が雲散霧消してしまうとしたら、この権利はほとんど役立たずだろう。みだりに撮影されない自由が自宅の中でしか保障されないなら、あえてこの権利が憲法13条から導かれたことさえすっかり意味を失うだろう。

本判例が掲げる「必要性・相当性」という許容要件については例えば「公の場での撮影である限り、例えば状況証拠を収集するためとして被疑者その他事件関係者の一連の動向ひいては性格・性癖をも把握しうる連続撮影や、被疑者を捜し出すためとして警察がビデオカメラを至る所に設置し無差別に歩行人を被写体とする撮影といった、権利侵害がいっそう深刻な場合さえ『必要性・相当性』基準を満たすケースがありうることにしないか」⁽⁴⁶⁾と指摘されているが、もっともな指摘といえよう。そしてこの問題性的確な解決は、現行犯性要件を維持することによって首尾よく図られるだろう。

（2）宅配物エックス線撮影事件（最三小決平成21年9月28日刑集63巻7号868頁）

本判例は撮影捜査における「方法の相当性」要件について注目すべき判断を示したものである。

裁判所によって許容されればされるほど、いっそう許容限界ギリギリのところを拡張的に活動してしまうというのは、捜査機関の性であろう。警察は、最三小決平成21年9月28日の事案⁽⁴⁷⁾において、本稿でも何度か言葉が出てきたエックス線検査を、被疑者あての宅配便の荷物に対して被疑者に無断で5度も繰り返した。

(46) 豊崎七絵「捜査としてのビデオ撮影」法学セミナー53巻7号（通巻643号）124頁。

(47) 刑集63巻7号868頁。プライバシーや通信の秘密の重要性を、エックス線検査という方法の相当性判断の中で十分に評価したという点では、憲法の番人たる最高裁にふさわしい仕事がなされたとはいえよう。本件評釈として、例えば笹倉宏紀「宅配便荷物のエックス線検査と検証許可状の要否」『平成21年度重要判例解説』（ジュリスト臨時増刊1398号）208頁。

第一審大阪地判平成18年9月13日⁽⁴⁸⁾ならびに第二審大阪高判平成19年3月23日⁽⁴⁹⁾はいずれも、必要性が高く、他方プライバシー侵害の程度は小さいなどとして、任意捜査として相当な範囲内にあるとした。

最高裁に至ってようやく、このようなエックス線検査は「荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証⁽⁵⁰⁾としての性質を有する強制処分に当たる」とされ、「検証許可状の発付を得ることが可能」であったにもかかわらず「検証許可状によることなくこれを行った」以上、本件エックス線検査は「違法といわざるを得ない」とはされたものの、なお令状主義潜脱の意図もなく、「重大な違法性があるとはまではいえず」として、証拠能力は肯定されている。

もし最高裁で強制処分という判断が出ていなかったとしたら、勝手に荷物にエックス線をかける捜査すら任意捜査として許容されていたと考えると、下級審の裁判官らの人権感覚には重大な懸念を抱かざるをえないだろう⁽⁵¹⁾。

ともあれ、現場を踏まえた「方法の相当性」評価は、「必要性」評価の繰り返しなし裏返しにすぎないという場合も少なからずあるように思われる。

つまり必要性や方法の相当性を憲法の人権規定に照らして批判的に検証

(48) 刑集63巻7号890頁。

(49) 刑集63巻7号911頁。

(50) 宅配物内部の状態をありのままに見て取りたいというなら検証であろうが、むしろ中に隠れているはずの証拠物を見つけ出したいというなら捜索というべきではなからうか。覚せい剤がどう詰め込まれているかを調べようというのではなく、覚せい剤がはたしてその中にあるのかどうかを明らかにしよう、見出そうというのであれば、対象の状態をそのまま認識するにとどまる検証ではなく、発見すること自体を重要な関心とする捜索であるというべきであろう。そうすると電話の傍聴もまた検証というよりも、捜索というべきだということにならうか。最三小決平成11年12月16日刑集53巻9号1327頁(旭川電話検証事件)参照。

(51) しかし日本の刑事裁判官の現状はその程度のものだろうという、すでにこうしたことに慣れてきてしまっている感覚さえあることが、同時にまた恐ろしいことである。

するという視点がない限りは、いい尽くされたことではあるが、刑事裁判官は追認機関にとどまらざるをえないだろう⁽⁵²⁾。

一定の、最低限のしほりを確保するというためにも、むしろ現行犯状況がなければ、一般的に撮影捜査の必要性・緊急性は否定されなければならぬという原則こそが認められるべきではなかろうか⁽⁵³⁾。

（法学部及び法務研究科准教授）

(52) 例えば（強制処分に関するものだが）最一小決平成14年10月4日刑集56巻8号507頁も、搜索差押許可状の呈示に先立って、覚せい剤取締法違反の被疑者のいるホテル客室のドアをマスターキーで開けて入室し、その直後に初めて呈示したというケースについて、「法意にもとるものではなく、搜索差押えの実効性を確保するためにやむを得ないところであって、適法というべきである」（同508頁以下）としている。

(53) 電話での秘密録音が問題となり、「捜査機関が対話の相手方の知らないうちにその会話を録音することは、原則として違法であり、ただ録音の経緯、内容、目的、必要性、侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるべきものと解すべき」とした千葉地判平成3年3月29日（判例時報1384号141頁）に関する評釈である、鯉越溢弘「秘密録音」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第七版〕』（別冊ジュリスト148号）25頁は「電話を使用した犯罪が現に行われている時に、当事者が録音するとか、第三者に録音させる場合のように、秘密録音を行うことが正当防衛や緊急避難に当り、他方において、会話者のプライバシー権の侵害により生じる違法性が阻却されるような状況でなされた場合に、任意処分として許されるとするのが現実的かつ妥当な結論であろう」とする。