

犯罪捜査と写真撮影（ノート）

——オービスⅢ判決を契機として——

渡

辺

修

はじめ

問題の提起

判決の概要

一 写真撮影と従来の判例

[一] 四四年判決以前

四四年判決

二 写真撮影と従来の学説

三 オービスⅢによる写真撮影

[一] オービスⅢを巡る対立

[二] 四四年判決とオービスⅢ

犯罪捜査と写真撮影 渡辺

〔三〕 オービスⅢと相当性の要件
〔四〕 写真の証拠能力とオービスⅢ
まとめ

はじめに

〔一〕 問題の提起

最近の科学技術の発展は、犯罪捜査領域にも反映しそこぶる性能の高い様々な機器が実用化している⁽¹⁾。ことに、交通警察分野では、スピード違反、積載重量違反、酒酔い・酒気帯び運転などについて正確な犯罪事実の認定が必要なため、各種取締機材の開発がさかんである。本稿の研究対象とする「オービスⅢ」も、自動車の速度違反を自動的に感知し測定した上、対象車の運転手とナンバーを写真撮影し、日時・場所をあわせて一枚の写真におさめる装置である。速度違反が交通三悪のひとつとされ、交通事故死亡者の主要原因としても大きな比重を占めているだけに、限られた警察力を効率的に運用しつつ取締りの実効を期すためには便利な装置である⁽²⁾。

さて、東京簡易裁判所は本年一月に本装置による写真撮影は違憲・違法ではないとの判断を示した。ただ、あまり軽微な速度違反をも対象とすることは相当でないといし、また警告板の設置を求めるなど、新聞報道によると「運用では注文つける」ものであった⁽⁴⁾。しかし、スピード違反はドライバーであれば誰でも犯すものであり、その取締りのためにカメラで「隠し撮り」をし肖像権を侵害するまでの必要があるのかという素朴な疑問も出てくる。⁽⁵⁾そこ

には、犯罪捜査といえども市民の人権の一般的尊重とのかねあいで謙抑的となるべき場面があるのではないかとう、法政策的な問題が潜んでおり、より具体的には個人の肖像権・プライバシーの権利の保護と犯罪捜査のための写真撮影の限界という問題が示されている。同時にこの問題は、盗聴装置の問題なども含めて、「いちいち憲法の理念に溯り科学と人権の調和点を見出すという方向における不斷の努力」をする問題なのである。⁽⁶⁾

さて本事件について、庭山英雄教授が弁護団に参加され、オービスⅢによる取締りは違憲であると主張されている⁽⁷⁾。他方、荒木伸治助教授はこれを適法とされ、いわば庭山・荒木論争ともいべき興味深い議論の展開をみていく⁽⁸⁾⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。そこで、本稿は、右の東京簡易裁判所の判決と両教授の論文を手掛かりに、従来の判例・学説をも整理した上、犯罪捜査と写真撮影をめぐる諸問題について考察することを目的とした。

〔二〕 判決の概要

本件の事実関係は、昭和五一年一月一九日午前零時一分ころ首都高速道路で被告人運転の車両が先行車を追い越し道路を右から左へ変えようとしたとき、オービスⅢに捕捉され制限速度四〇キロメートルのところ八一キロメートルと測定されたもので、同年一月九日、交通警察隊に呼び出されて取調べをうけた際、当該写真が被告人と同人運転の車両であることを認めたものの、機械だけによる取締りに納得せず正式裁判を申立てたものである。

判決は長文にわたるものであり、また後の考査の便宜を考えて、ここでは論点ごとに整理して判旨を簡潔に紹介するにとどめたい。

- ①測定装置としての正確性について 判決は、装置の構造、テスト結果などを紹介し、装置の一般的な性能とともに犯行時にも正確に作動していたことを認める。
- ②「速度違反認知カード」の証拠能力について 判決は、オービスⅢの撮影した写真を添付し後日の取調べの際の供述等を記載した上記カードを刑事訴訟法三二一条三項の司法警察員による検証調書にあたるとして証拠能力を肯定した。
- ③写真撮影と肖像権・プライバシーの権利について 判決は、憲法一三条により肖像権が保証されていることを承認しつつ、最高裁昭四四年一二月二四日判決・刑集三三巻一二号一六一五頁を引用し、現行犯であること、証拠保全の必要性・緊急性のあること、撮影手段が相当であることの三要件があれば、相手方の意に反しても写真を撮影しうるとし、オービスⅢの場合もいづれの要件にも欠けないとする。
- ④集会結社の自由とオービスⅢについて 判決は、同乗者がいた場合にその者の集会結社の自由が抑圧されるという弁護人の主張を否定する。
- ⑤憲法一四条とオービスⅢについて この点では、特殊な大型車を除き大型自動車も取締り可能であること、自動二輪車はそもそも本装置の対象としえないことを事実として承認するほかないと指摘し、ことさらタクシー運転手の検挙のみを目的とするものではなく、不合理な差別はないとしている。
- ⑥防禦権について 検挙後十数日前後に任意出頭を求め弁解を聴く機会を与えており、防禦権の不当な侵害はないとする。
- ⑦おとり捜査について オービスⅢによる取締りはおとり捜査にもおとり捜査類似のものでもないとする。
- ⑧抽象的危険犯について 制限速度違反は、抽象的危険犯であり形式犯でもあるとし、本件現場の状況等から最高速度が四〇キロメートルとされていることは「合理的な措置」であるとする。そして、本装置は制限速度を四〇キロメートル以上超過した車両のみ捕捉するように運用させていたので、以上の事情から本装置の捕捉する制限速度違反はそれのみで具体的危険が発生しているとする。

(9) 運用上の制約について 判決は、プライバシーの権利との関連で、制限速度を多少超えた程度にセットすることは相当でないし、また、「自動速度取締機設置路線」という警告板を設置すべきであるとする。
以上の判断を踏まえて、本件カードの証拠排除の申立を容れず、被告人を有罪とした。

(1) こうした科学技術の応用を示す例として、朝日新聞昭五五・六・一一（夕刊）、神戸新聞昭五五・七・一八によると、現在警察庁は、東海沖地震などの大災害や大事件、要人警護などについて現場の状況をテレビカメラで写し通信衛星を利用して直接指揮できるようにする計画を樹て、すでに大阪府警とその間での静止衛星を用いた実験に成功している。また、毎日新聞昭五五・五・一三（夕刊）によると、大阪府警科学捜査研究所では、脅迫電話の鑑定による犯人割り出しを迅速・正確に行うため、脅迫電話によく使われる言葉を全国約二百五十カ所の地声で録音、収集し、音声鑑定の標本作りをすすめている。なお、中山「情報化社会と警察の技術革新」『現代の警察』（昭五五）一七六頁参考。

(2) 因みに、「主原因者違反別死亡事故数」をみると、昭五二年には、全死亡事故八四八七件中、最高速度違反が一五六件（一八・三%）、昭五三年には、全八三二一件中、一八二一件（二一・九%）である（『交通安全白書』昭五四年版・五四号（昭五五）一〇五頁）。

頁）。

(3) 警視庁では、五一年九月から導入を開始し、五五年五月現在で一台を使用している。摘発件数は、昭五三年一七五一件、昭五四年二七一九件と報告されている（「自動速度取締機」検査研究一九巻五号（昭五五）一三三頁）。なお、他の道府県警察でも相当数を使用していると思われるが、資料が入手できなかつた。科学警察研究所も、「この種の機器は、今後ますます普及が促進される」と判断している一方、「最近では取締速度を八五ペーセンタイル速度値によって自動的に設定しようとという考え方から、速度分布観測機能を附加するものが開発されつつある。これを使用することにより選択性の高い取締りが行えるようになるものと思われる」と報告している（松本「科警研コーナー——取締機材開発の現況」月刊交通一一巻四号（昭五五）一〇五頁）。

(4) 朝日新聞昭五五・一・一四(夕刊)。

(5) 朝日新聞昭五四・五・一八は、「道路交通民主化の会」という市民団体が、オービスⅢは「プライバシーや肖像権侵す恐れ」があり「取り締まりの域越す」もので「憲法違反」とする立場から、シンポジウム等の運動を行っていることを紹介している。

(6) 島田「科学捜査と人権」『刑事訴訟法の争点』(昭五四)八二頁。

(7) 庭山「オービスⅢ事件の研究」(1)(2)中京法学一三巻四号、一四巻一号(昭五四)、同「アメリカのスピード違反取締り方式」法律時報五一巻四号(昭五四)一一四頁。

(8) 荒木「スピード違反の取締りについての覚え書」(上)(中)(下)警察研究五〇巻九号、一〇号、一一号(昭五四)。なお、田宮教授も、後述の最高裁昭四四年判決の基準にてらして、オービスⅢは「違法とまではいえず、当否が問題となる」とされる(田宮『注釈刑事訴訟法』(昭五五)二二八頁)。

(9) 判例評釈として、荒木「オービスⅢ事件判決を読んで」警察研究五一巻五号(昭五五)四〇頁、板倉「速度測定カメラ・オービスⅢによる写真撮影等の適法性」ジュリスト七一五号(昭五五)六六頁、中神「オービスⅢ(速度違反自動取締装置)による速度違反の検挙が適法とされた事例」(上)(下)研修三八三号、三八四号(昭五五)、警備法令研究会「『オービスⅢ』に対する昭五五・一・一四東京簡裁判決について」捜査研究一九巻八号(昭五五)一一四頁、五十嵐「オービスⅢによるスピード違反の取締りが適法とされた事例」捜査研究一九巻九号(昭五五)三三三頁。

(10) その他、庭山「写真撮影と肖像権」『刑事訴訟法の争点』(昭五四)八六頁、椎橋「盜聴・写真撮影」LAW SCHOOL一七号(昭五五)五九頁。

(11) 東京簡裁判五五・一・一四判決・判例タイムズ四〇六号六七頁、判例時報九五五号二二頁。なお、同日、榎被告人と津島被告人にそれぞれ判決が言渡されている。本稿は、判決内容、事實関係とも両者はほぼ同じであること、後者は現在控訴

中であることを考えて、後者に対する判決を中心にして紹介する。

一 写真撮影と従来の判例

〔一〕四四年判決以前

周知のように、犯罪捜査を目的とする写真撮影については、刑訴法二一八条で逮捕または勾留中の被疑者につき令状なしに撮影を行うことができる旨の規定をみるのみで、他に明文規定がないため、事実上警察実務の裁量に任せられ、判例が幾つかの事件類型について判断基準を示すことによってある程度の制約を加えている。そこで、本判決の意義を浮き彫りにするため、従来の判例を概観してみよう。大きな流れとしては、令状執行の際、集団示威運動の際、労働争議の際などいくつかの類型につき下級審判例が判断基準を示し、それらの法理を最高裁昭四四・一二二四判決・刑集二三巻一二号一六二五頁（以下、四四年判決と略す）がいわば集大成したといえよう。そこで、まず四四年判決前の状況を類型毎に整理して紹介しよう。

（1）令状執行と写真撮影

① 東京高裁昭二九・一〇・七判決・高刑集七巻九号一四九四頁⁽¹⁴⁾は、逮捕状執行のため被疑者宅に赴き、妻に令状を呈示して写真撮影したところ、たまたま居合わせた者が抗議し暴行に及んだもので、この者を公務執行妨害罪で有罪とした。判決によると、「本件のような外国人登録法違反事件などにおいては屢々後日公判廷などで逮捕は刑事訴訟法に基く適法な令状によるものでないと被告人側で主張し、かかる点で派生的な紛争が生ずる事例があることは顯著な事実であるから、そうした紛争に具えて予め当該逮捕のものであることを証拠づける意味合において逮捕状呈示の現場を写真に撮影して置く

ことは時宜に適した方法であつて、それ自体は純粹の公務でないにしても逮捕状の執行という公務に附隨しこれに包含される性質のものと解するのが相当である。而してこの事はその逮捕状呈示並びに撮影の相手方が逮捕状の執行を受ける本人である場合は勿論、その家族その他その家にいる者であつても、その者に対する逮捕状呈示は、係官が正当の権限をもつてその場所に来ていることを示す、すなわち職務執行の為にその現場に来て職務に従事していることを現わしているのであるからその情況の撮影も亦前記趣旨においてこれを公務の執行というを妨げないと解しなければならない」とする。

②大分地裁昭三三・五・二六判決・判時一五五号三二頁は、収監状を執行するに先立ち、相手方の人物・居所の確認のため、同人も参加予定の共産党員の会合場所付近に警察官が隠れ、同人と覚しき者数名の写真撮影を行つたもので、これに抗議しカメラを奪取した者等が強盗傷害で起訴された。判決は、「本人の許諾を得ないで写真を撮影しこれを捜査の資料に供せんとする方法は形式上任意捜査の形をとっているが、社会通念上無形の強制力を行使して個人の平隱な生活を侵害し前記権利を制限するものであるとの疑惑を抱かしむるものであるから、これを正当づける特殊の事情のない限り許さるべきでない。しかし右写真撮影もそれ以外に適當な捜査方法を見出し難い場合にはそれによつて本人の権利及び自由に或程度の侵害を及ぼすものであつても前記公共の福祉と社会正義実現を計る裁判手続の適正な執行のために許容さるべきである。尤もその場合でも事前に十分な調査を遂げ具体的特定人の人物につき相当の認識を得た上なすべきであつてこれがため当該捜査と全く無関係な第三者の権利及び自由を害する結果に陥ることのないよう十分分配慮すべきは当然であり、又外形上も國家権力の行使として社会通念上公正な職務行為を疑わしめるような行為に出ることは避けなければならない」とする。本件では、収監を担当した警察署に同人を確認すべき写真等の資料がなく同人も変名で活動をしていたことから「写真撮影をなすことも止むを得ないと解すべき」とした。但し、本件の抗議行為・カメラ奪取は正当防衛、正当行為にはあたらないが、「集会、思想、結社の自由及び個人の尊厳の侵害」に対し、これを回復しました警察に抗議する資料を得ようとしたもので、相手の傷害も軽微であり、「超法規的違法阻却における行為の相当性を逸脱した過剰行為」であるとし、刑法三六条一項により刑の免除を言い渡した。

③福岡高裁昭三三一・一一・二七判決・判時一七七号三〇頁は（判決②の控訴審）、写真撮影の適法性についてはほぼ同旨の判断を示したが、超法規的違法阻却を認めず有罪とした。

④最高裁昭三八・七・九判決・刑集一七巻六号五七九頁は（右の上告審判決）⁽¹⁵⁾、「写真撮影行為は違法行為ではなく」、カメラの奪取等は「刑法上許された行為でない」とした。

令状執行に伴う写真撮影について、後の判例にもらみながら若干考察しておきたい。判例史としては、最高裁が写真撮影を適法とした点（判決④）は大きな意義を残したと思われる。さて、まず、撮影行為の法的性質については、判決①は令状執行の附隨的処分と解したため、後に議論となる任意捜査か強制処分かの対立はこの文脈では問題とする必要がなかったものと思われる。次に、この類型について判例理論がどこまで及ぶかが問題となる。第一に、令状執行が適法な手続に従って行なわれたか否かは、捜索・押収令状、身体検査令状、検証令状の場合にも問題となるが、以上全ての場合の令状の呈示行為につき撮影を許すものと解釈することもできる。逆に、逮捕状、収鑑状のように、相手方の身体拘束というドラスティックな侵害行為を司法部が予定している場合に限り、そうした手続が適法になされたかを後に裁判所がチェックしうるように撮影を許容するものと理解することもできよう。しかし、第一に、後者のように制限的に解したとしても、判決①のように、被疑者本人への令状呈示ではなく、家族への呈示をも令状執行に附隨するものとして写真撮影を許し、判決②も令状の対象者を確認するため第三者の写真撮影を許容していることは、第三者の肖像権に関わることだけにやや範囲が広すぎないかと思われる。また、いざれも「顔写真」撮影を許す趣旨であるが、この点は、後の判例でも争われるところとなる。最後に、判決①が述べ

てはいるように、外国人登録法違反など特定の犯罪が当時の社会情勢の下で犯罪捜査上格別の困難を招く例が多かつたが故に、その種の事案における逮捕令状の執行に限り撮影を許したものと限定して見れなくもない。ただ、さしあたりは、後の判決⑫⑬をあわせると、写真撮影は一般的に逮捕状等の相手の身体の拘束を求める令状の適正な執行の状況を証拠保全するためにこれに附隨する処分として許されるというのが判例の立場であろう。

(2) 集団示威行進の許可条件違反と写真撮影

⑤大阪高裁昭三一・四・一九判決・労働刑集六輯一八〇頁は、国鉄当局職員が国鉄の労働組合のデモを撮影しようとしたところ、組合員等がこれを妨げるため暴行等を加え、暴力行為等処罰ニ関スル法律違反で有罪とされたものである。判決は、「一般公衆が自由に通行し自由に観覧できる大都市の公道において、デモ行進のような人の好奇心をひくに足る行動にいた以上、国鉄当局者を含む一般人が認識し注目するのは当然であって、被告人等幹部としては、あらかじめこれを期待していたものと解するのが相当であり、従つて特に認識を困難ならしめる方法によらないかぎり、これを個人の秘密もしくは特権として、肖像権の名のもとにその状況を一般人の認識から保護すべき理由を発見し難いのみならず、むしろかかる肖像権の保護を受けない趣旨のもとに、公衆の面前に自己等の全姿態を曝しているものともいえるのであるから、このような行動を写真に撮影することを違法視すべき理由は全然な」とする。

⑥札幌地裁昭三五・八・一七判決・労働刑集八輯五四二頁は、警察官が許可条件に反したデモの撮影を行ったものであるが、判決は、第一に、判決⑤を引用し、公道での集団示威行進は肖像権の保護を受けないとし、第二に、現に「学生等は違法行為を犯したものであり、従つて警察官が自己の職務に従つて証拠保全の目的を以て其の状況写真を撮影するのは当然の職務執行行為であり、かかる場合には人の肖像権或いは人格権を侵害したとは謂われない」とする。

判決⑤では、デモ行進そのものが一般人の認識・注目を期待している点でそもそも肖像権の保護がないとし、判

決⑥もこれを受け入れ、肖像権放棄説とでもいうべき考え方を採用した（この立場からも、写真撮影の法的性質はさしあたり度外視される）。もっとも、判決⑥は、許可条件違反の現行犯であることも指摘している。かくして、まず、デモ行進に肖像権・プライバシーの権利の保護を認めるか否か、次に、写真撮影の適法性の根拠を肖像権放棄の点と現行犯であることのいずれに重きを置くかについての理解の差が、判例上ニュアンスを異にする表現を生む原因となつたと思われる。こうした差異は、次に掲げる二つの地裁判決にも示されている。¹⁶

⑦大阪地裁昭三六・一二・一三判決・下刑集三巻一一・一二号一二六九頁⁽¹⁷⁾は、労働組合のデモ隊が交叉点にさしかかったところ先行デモ隊後尾が残っていたため、交叉点を越えて進行することができずジグザグ行進をしたが、鑑識担当の警察官（私服姿であった）がこの情況を許可条件違反と判断して、撮影したものである。組合員等が撮影の目的、氏名等を尋ねても弁解を一切しなかつたため、付近の組合事務所へ連行したが、これが後に逮捕罪に問われたのである。判決は、第一に、事実認定のレヴェルで、警察官が「約二、三メートル前の至近距離より閃光電球を用いて同組合員等を写真撮影した」とこと及び「この写真がジグザグデモの状況、組合員の至つた経路を明らかにする目的で撮影したものでなく、デモに参加した組合員の容貌を撮影する目的であった」ことを認めている。これを前提にして、第二に、「集団示威運動は参加者の思想を公に発表する目的で行われるものであるから、その状況を写真撮影されることは参加者等が事前に認容しているところであつて何等違法と言ひえないと考えられるが、本件の如く容貌を目的として撮影される事までは一般に集団示威運動に参加する者が認容しているとは言えないと考えられる。顔写真の撮影は一見任意捜査であるかのように思われるが社会通念上無形の強制力を駆使して、個人の平穏な生活を侵害するはもとより、憲法上保障された諸権利や個人の尊厳を害する慎れある行為であり（なお刑事訴訟法一九六条参照）、又一方実定法の上より見ても刑事訴訟法二一八条二項の規定の反面として身柄の拘束をうけていない被疑者の写真撮影は令状を要し同法一九七条一項但書にいう強制の処分に含まれるものと考えられるか

ら、被疑者の承諾なくしてその写真を撮影することは犯罪の種類、性質、捜査方法等よりして真に止むをえないような特別の事情の存する場合を除き違法と言わねばならない。そして本件の場合被疑者たる本件被告人等が写真撮影されることを默示的にでも承諾していたと言えないことは同人等が前記撮影に抗議している点より明らかであり、又写真撮影が真に止むえないような特別の事情があつたとも認められない」とする。第三に「右デモが犯罪を構成するとしても、右居谷の写真撮影行為が適法となるわけではない」とした上で、そもそも本件の許可条件違反が成立するには被告人が条件を知っていたことの証明を要し、これのない本件デモ行為は犯罪を構成していないとした。結局、無罪を言渡した。

⑧神戸地裁姫路支部昭三七・一・一七判決・下刑集四巻一・二号六四頁も、学生のデモ隊が許可条件違反の蛇行進をしている情況を警察官が写真撮影したところ、被告人が抗議し写真機を奪おうとしたものでこれらの行為が公務執行妨害罪に問われ、有罪が言渡された。判決は、第一に、「人は、その承諾がなければ、みだりに写真を撮影されないと自由を有する。しかし、その自由も公共の福祉という観点から、正当の理由がある場合には、制限を受けることもやむを得ない」とする。第二に、任意捜査の定義について、「個人の権利に直接的、物理的侵害を加え又は国民に法的義務を負わせる場合については特別の規定を設けているが、その程度に達しない捜査方法は、何らかの意味において、人に不利益を及ぼすことがあっても、捜査の有効、迅速という公益上の理由があり、かつ、その方法が社会的に見て相当であると認められるときは、いわゆる任意捜査として許容されている」とする。第三に、右の立場から、人の身体の自由に拘束を加える方法での写真撮影には、二二八条二項の場合の他、身体検査令状等の令状を必要とするものの、右条項は、「強制処分に該当しない方法による写真撮影について令状を要するものと定めた趣旨ではない」とする。第四に、写真撮影の許される要件として、「人に対する写真撮影が、強制の処分にわたらず、そして、捜査のために必要であり、かつ、公共の福祉の要請する限度を越えないものとして一般的に容認される方法による捜査行為であるときは、犯罪の嫌疑をこうむった者の意思のいかんにか、わらず、ないうるものといわなければならない。公道において衆人環視のもとに犯罪行為を行つてゐる者に対し警察職員が、その証拠保全

のために現場の写真を撮影することは、捜査のため必要な行為であり、かつ適法な任意捜査の範囲に属する事柄」であるとする。

判決⑧は、デモ行進そのものに肖像権（乃至みだりに写真を撮影されない自由）が欠けるという立論（判決⑤）は採らず、判決⑦も、集団としての撮影までは許されるが顔写真は違法であるとし、可能な限り肖像権を保護する姿勢を見せた。とすると、右権利と抵触する虞れのある写真撮影の適法性の要件を定めるにあたり、その法的性質をいかよう理解するのか明らかにしておく必要がでてくる。判決⑦は「無形の強制力」があるので強制処分と解し、判決⑧は「直接的、物理的侵害」を欠くので任意処分と解したのである。しかし、判決⑦は、顔写真をとることを目的とする撮影行為のみを、強制処分としこれにあたらぬデモの撮影は自由に許す趣旨とも理解できるし、顔写真を許さないのは、容貌のみを目的とするからなのか至近距離からのフランシュ使用という手段が相当でないからなのか必ずしもはつきりしていない。また、許可条件違反の現行犯であっても撮影を違法とする点を考えると、これを認める「特別の事情」が何か汲み取り難い。その意味では、右の厳しい要件の及ぶ射程は不確定といわざるをえない。これと比べると、判決⑧は、やはり肖像権ともいえる自由を承認しつつ、顔写真の場合だけとりだして厳しく絞りをかけ、他の撮影態様を放任することを避け、他方、無制約に撮影が行なわれることも抑制するため、写真撮影一般につき捜査の有効、迅速という公益上の理由（乃至、捜査の必要性）の存在と撮影方法の社会的相当性の存在、相手方が犯罪の嫌疑をうけていることを要件としたのである。さらに、事案に即すると、現に許可条件違反を行っていることも摘示されている。

ところが、以下一連の高裁判決は以上とも異なるアプローチを示している。

⑨

大阪高裁昭三九・五・三〇判決・高刑集一七巻四号三八四頁は（判決⑦の控訴審）、逮捕罪無罪の原審判決を維持したが、写真撮影は適法とした。まず、「人はその承諾がないのに自己の写真を撮影されたり世間に公表されない権利（肖像権）を持つとすれば、それはプライバシーの権利の一つとして構成することができる」ことを認め、その根拠を憲法一三条、警察法二条に求めた。次に、写真撮影は任意捜査に属するとし、右の肖像権を侵害しうる要件として、「少なくとも現に犯罪が行なわれており、写真撮影による証拠保全の必要があると認められるときは、現行犯であれば原則として令状がなくとも逮捕することができ、しかも逮捕の現場において令状がなくとも押収、捜索、検証等の強制処分が許されていることに鑑みて、被疑者の意思に反しても写真撮影が許される」とする。そして、現行犯の認定については、判決⑦の如く「純客観的事後的に観察して犯罪を構成しない」ことから撮影を不適法とすることができないとした。

⑩大阪高裁昭四〇・五・二九判決・高檢速報四〇年五号、刑事裁判例四二二頁は（判決⑧の控訴審）、原審の有罪判決を維持した。写真撮影との関連では、「現に犯罪が行われている場合に犯人及び証拠捜査の職権を有する司法警察職員が証拠保全のため必要な現状或は被疑者の写真撮影をすることは、それが本来刑事訴訟法に所謂強制の処分に属すると否とに拘らず、現行犯は原則として令状なしに逮捕することができまた逮捕現場における押収捜索検証等の強制処分に令状を要しないことからみても、法律上当然許容される」とした。

⑪大阪高裁昭四〇・四・二七判決・労働刑集九輯三八七頁は、後の四四年判決の原審判決である。事案は、やはり許可条件違反のデモ行進の写真撮影をした警察官に対する公務執行妨害罪等の成否が争わしたもので、判決は有罪とした。写真撮影が適法な職務行為であると認めるにあたり、「右写真撮影行為は違法なデモ行進の状態および違反者を確認するために、違反者またはデモ行進者に物理的な力を加えたり特別な受忍義務を負わすことなく行われたもので刑事訴訟法上の強制処分と

はいわれないから、もとより裁判官の令状を要するものではない。また人には所論の如き肖像権が認められるとしても、現に犯罪が行われておる場合には現行犯処分に準じて、被疑者の意思に反しても捜査のための写真撮影は許される」とした。

以上で特徴的なのは、デモ行進に肖像権の保護が及ぶか否かという争点と写真撮影は強制処分か任意処分かという争点には重点をおかず（乃至これを回避し）、ともかく現行犯の場合には、現行犯逮捕に伴う無令状の捜索押収検証等の処分に準じて写真撮影が許されることを立論の軸としている点である（判決⑨は任意捜査であると指摘しているものの撮影の適法性の実質的根拠になつていません）。これと対照的に、判決⑧は、現行犯事例であるが、あくまで任意捜査であることを根拠にしている）。ただ、この結果、いわゆる個人の容貌の特定を目的とした顔写真撮影も当然に許されることになったといえる。

このように、デモ行進の写真撮影については、①肖像権放棄とする、②任意処分としつつ目的と手段の相当性を要件とする、③現行犯逮捕に附隨する処分に準じるものとする、④強制処分としつつ「特別の事情」あれば許すといふ四つのアプローチがみられた。いずれを妥当とするのかという問題は、最高裁に任されることになったのである。

(3) 犯罪行為発生前の写真撮影

⑫京都地裁昭三八・一一・二五判決・判時三六四号四九頁は、教職員組合に属する被告人が、①組合幹部に対する逮捕状執行のため警察官が事務所に赴いた際、現場の状況の写真撮影をしたのに対しこれを妨げ、②市教育委員会主催の講習会に際し当日組合員がピケをはり受講者の入校を阻止しようとしたところ、教育委員会職員が右情況を写真撮影しようとしたのに對しこれを妨げたことにつき公務執行妨害罪等に問われたもので、判決はいずれをも有罪とした。①との関連で、写真撮影を適法とする理由を紹介する。「逮捕状執行に伴う妨害事態の発生の予期される事情のあるところより右逮捕状執行手続の履践

の状況の証拠保全の意味にて写真撮影を行わんとしたのであって、これは公務の範囲と認めるに別段差支なく寧る逮捕状執行に際し生じる混乱の原因が何れにあるかを明らかにする意味で、関係者双方何れに取つても許された行為と認めるべきである。而して個人の肖像権はこれを認めるに吝かでないがしかし個人の私的生活の範囲をこえ一般の批判の対象となる社会的活動の領域に属する行動を為すならば、右批判の基礎資料を供する意味での写真撮影はその個人の同意の有無を問わず、而して何人たるとその写真撮影を為し得るものと解すべきである。勿論右撮影を名として後日何らか別個の為にする目的にて故らに個人に近接しその顔のみを目標としてこれを写すか如きは（顔写真）違法である」とする。⁽¹⁾については、右に述べたところに従い、社会的活動については「広く社会の何人においても」写真撮影は許され「相手方の同意を要しないことは勿論寧ろ相手方はかかる写真撮影に従う」という社会的制約の下に自らその行動に出たものと解すべきである」とする。

⁽¹³⁾ 大阪高裁昭四〇・三・三〇判決・高刑集一八巻二号一四〇頁は（判決⁽¹²⁾の控訴審）、被告人の控訴を棄却したが、写真撮影については、次のように判示した。まず、肖像権を憲法一三条の保障する国民の自由の一内容として承認し、写真撮影により制約が許されるのは、「犯罪に関連し、(1)証拠を保全する必要性があり(2)撮影行為の相当性、すなわち、社会通念上は認められる方法によるとき」であるとする。根拠規定として、警察法二条を引用し、尾行・張込が任意捜査の一態様として是認せられていることと同旨とする。したがつて、「警察官が、逮捕状の執行に際し、それが適正に履行せられるかどうかという執行状況および多数の者が逮捕状執行人を取り囮んで抗議し、混乱状態となり、公務執行妨害罪に発展する可能性があると思料されるばあいにおいて、その状況につき証拠を保全する目的のために、かつ、被撮影者に対し強制を加えることをなしに、現場の状況写真を撮影することは、適法な職務行為といふべきである」とした。

逮捕令状が適法に執行されていることを確認するために写真撮影を行うことは、すでに判決⁽¹⁾が適法としている。判決⁽²⁾⁽³⁾の意義は、今少し範囲を広げ、「妨害を受けかねまじき状況」、「公務執行妨害罪に発展する可能性があると思料されるばあい」をも撮影しうるとした点にある。もつとも、判決⁽¹²⁾が根拠とするのは、逮捕手続に際し生じ

る混乱の原因を明らかにしておくため当事者双方が当然に行える行為という点なのか、社会的活動は何人もその批判の目的で写真撮影を行えるとする点なのかやや不明であり、仮りに後者だとすると組合活動全てが右の社会的活動にあてはまる趣旨とも解せることになる。これでは判決⑤の肖像権放棄説よりもはるかに広く無制約に写真撮影を許すことにもなりかねない。それゆえ、控訴審（判決⑯）は、判例理論としてもすでに判決⑤を限定する方向がでていたこともあり（判決⑦⑧⑨）、従来の判例の流れから抽出しうる、証拠保全の必要性と手段の相当性を要件とし、令状執行の状況を撮影すると同時に、公務執行妨害罪発生の「可能性」のあるとき現に犯罪が発生しなくとも写真撮影を行えるとしたものと思われる。判決⑨⑩⑪と比べるとやや範囲を広げたかに見えるが、身体拘束を目的とする逮捕令状執行の際という要件で限定されるとも考えられよう。ただ、警察法一一条を写真撮影の根拠とする趣旨とも理解できる節があり、これを任意処分と解しつつも暗黙に刑訴法一九七条一項を根拠にしていたと思われる従来の判例とやや異なるといえる。

違法行為発生前の写真撮影は、以下に紹介するように、集団示威行進の場合（判決⑭）、労働争議の場合（判決⑯⑰）に、より困難な問題を生じさせている。以下、これらの類型につき紹介しよう。

⑭ 東京地裁昭四二・五・三〇判決・判時四八二号一二頁は、警察官が集団示威行進の許可条件違反が生じる以前から写真撮影をしていたものであるが、判決は、「捜査官憲において、未だ違法行為が行われない以前に、犯罪を予想して、その証拠保全の目的で、公共の場所における集団行動ないし人の行動を撮影することが許されるかどうかは、警察官の職務と警察権の限界とに照らし、その当時における犯罪発生の予測状況と犯罪捜査における必要性の程度によって判定すべき事柄である」とし、「本件撮影に際し、可なり高い程度の蓋然性を以って、違法行為発生の予測ができ、また採証上の必要性も存在した」

とする。

(15) 東京地裁昭四〇・三・八判決・下刑集七巻三号三四頁は、⁽¹⁹⁾国鉄労組が入浴時間をめぐり当局と対立し、入浴しようとする組合員と阻止しようとする当局側職員の間で押し合いとなつたが、これを鉄道公安職員が写真撮影したものである。判決は、まず、「人はその承諾がないのに、自己の写真を撮影されたり、世間に公表されない権利即ち肖像権を持つ」とする。

次に、写真撮影は任意捜査であるが相手に気付かれず又は相手の意思に反しても行える点で「多分に強制処分的な要素も含まれている」とする。そこで、プライバシーの権利の一種としての肖像権と犯罪捜査のための写真撮影との調和をはかるため、「プライバシーの権利侵害のおそれあり、しかも相手方が明かにその拒否の意思表示をなしている場合は原則として違法」とする。その上で、刑訴法二〇〇条の各場合に限り、撮影を強行する必要性を認める。ただ、一二〇条列举の差押、捜索、検証に比し写真撮影による「人権侵害の危険は：はるかに少い」のでやや要件を緩める。すなわち、「現に犯罪が行なわれその犯人を逮捕する場合は勿論、その証拠保全の必要ありと認められるとき、或いは逮捕状が発せられている被疑者の逮捕、緊急逮捕の要件の備わっている被疑者の逮捕のさいは勿論、それらのものを逮捕するための証拠保全として写真撮影が必要な場合には、被疑者の肖像権の侵害であり、且つ又その明示の意思に反しても写真撮影は許される」とする。しかし、本件では「不法行為発生の状態は全く見られない」とする。かくして、公務執行妨害罪・傷害罪につき無罪とした。

(16) 東京高裁昭四三・一・二六判決・高刑集二一巻一号二三頁（判決(15)の控訴審）⁽²⁰⁾も、写真撮影を違法とし被告人無罪とする結論については判決(15)と一致している。ただ、第一に、肖像権については「権利」とせずに「利益」とした。第二に、任意捜査としての写真撮影が強制捜査的要素を持つことを承認しつつ、その適法な範囲を広げ、「現に罪を犯したと疑うに足りる相当な理由がある場合、犯罪がまさに行われようとしている場合及び既に発生した犯罪に引き続き更に犯罪が発生しようとする情況がある場合において、証拠保全の必要性及び緊急性が認められその方法が一般的に容認される相当性を備えるときは、相手方の意思に反してもこれをなし得る」とする。

(17) 高松高裁昭四四・一・三一判決・刑事裁判例四二五頁も、労働争議に際し、組合員と警察官等が押し合いを始め、まだ犯罪の発生に至らない段階で、鑑識担当の警察官が写真撮影をしたものである。写真撮影に関する一般論は判決(16)を引用している。ただ、本件事案につき、「写真撮影した段階において、いまだ犯罪の発生がなかったとしても、自労員らが朝倉課長に対し、集団で暴行、脅迫等の危害を加えるかも知れない緊急の事態が発生していたと認めることができる。また、本件のように、多数人が押しかけて混乱した状況下における犯罪の場合、その混乱した状況および経過を写真以外の証拠方法で立証することは困難であるから、写真撮影による証拠保全の必要性、緊急性は極めて大である」とする。さらに「ことさらには特定の個人に接近してその顔のみを写したいわゆる顔写真など一葉もなく……写真撮影方法は相当」とした。

判決(15)が、判決(9)とも相俟つて肖像権概念を鮮明にしてこれを肯定した意義は大きい。また、写真撮影を任意捜査としつつあくまでも逮捕手続に附隨する处分である限りで適法とする論理は、かなり厳しいものともいえる。他方、判決(14)は、違法行為発生の予測に「可なり高い程度の蓋然性」のあるときに限り、現行犯でなくとも写真撮影を許容したもので、判決(13)の枠を一步踏み越えたものである。判決(16)(17)は、これをさらに一般化し、①「現に罪を犯したと疑うに足りる相当な理由がある場合」と②「犯罪がまさに行われようとしている場合」にも撮影は許されるとした（なお、「既に発生した犯罪に引続き更に犯罪が発生しようとする情況がある場合」とは、行為者が同一であるときはほぼ現行犯とみなしうると思う。また、両者の時間的間隔が大きいときは「犯罪がまさに行われようとしている場合」にあたる。従って、上記二類型が従来の判例理論に新しい範囲を付け加えたものといえる）。ただ、①の場合と判決(15)も撮影を許す現行犯人逮捕を行なえる場合とどう異なるのかやや不明である。判決の文脈に照らすと、犯罪との時間的接着性を無視し、ともかく犯罪の相当の嫌疑があれば足りるという趣旨は窺えない。また、

⑩の場合、判決¹⁴の求める程の蓋然性を内容とするのかどうか不明である。さらに労働争議等の場合、裁判所の事実認定のわずかな差が大きな影響を与えることにもなる（現に判決¹⁵は⑩の情況を認めず、判決¹⁶はこれを肯定している）。また、このような犯罪発生前の写真撮影の要件を厳しくするか否かは、警備情報収集目的の写真撮影の適法性の要件にも絡まつてくる重要な問題でもあるが、今のところ判例の立場は不分明である。

⑪なお、被疑者写真取扱規則、現場写真の作成及び現場写真記録の取扱に関する規則参照。

⑫学者による判例の整理として、田宮『総合判例研究叢書・刑事訴訟法¹⁶』（昭四〇）三六頁以下。実務家によるものとして、警備判例研究会『警備情報活動判例集』（第二版・昭四九）二一六頁以下、大倉『警備犯罪と法令Ⅳ 刑法² 公務執行妨害罪』（昭五二）九五頁以下、最高裁事務総局『警察官の職務行為の適否に関する刑事裁判例』（昭五三）四〇八頁以下（なお、以下「刑事裁判例」と略す）。

⑬中山「逮捕状執行の現場における警察官の写真撮影行為と正当な公務の執行」法学論叢六一巻三号（昭三〇）一〇四頁。

⑭S・H・E「警察官が人物確認の手段としてひそかに写真をとることは合法」時の法令五〇〇号（昭三九）一一一頁。小暮「警察官から自己の肖像をおさめた写真機を奪取した行為が強盗罪に問擬された事例」警察研究三五巻七号（昭三九）一

二〇頁。三井・法曹時報一五巻九号（昭三八）一五七頁。杉山「写真撮影の実質的違法 不法領得の意思」法学新報七二巻六号（昭四〇）九一頁。

⑮両者の比較検討として、S・H・E「犯罪捜査のための警察官による写真撮影はどこまで許されるか」時の法令四四〇号（昭三七）三八頁、大塚「捜査のための写真撮影と肖像権」判例評論四八号（昭三七）一頁。

⑯小野「デモ行進の写真撮影をめぐる法律上の問題」警察学論集一五巻一一号（昭三七）三一頁。藤木「任意捜査と肖像権」警察研究一五巻四号（昭三七）、同『可罰的違法性の理論』（昭四一）一一〇頁所収。

(18) 高橋「被疑者の写真撮影と肖像権」判例タイムズ一九三三号（昭四二）七三頁。光藤「被疑者の写真撮影と肖像権」マスコミ判例百選（昭四六）一四六頁。

(19) 浅井「汚染した職場と入浴時間—田町電車区ハダカ連行事件」月刊労働問題八七号（昭四〇）八四頁。田村「任捜意查による写真撮影の許される限界」法律のひろば一八巻六号（昭四〇）一二四頁。本多「労使慣行とプライバシーの権利—国電田町電車区事件」季刊労働法五七号（昭四〇）七三頁。

(20) 鳴「犯罪捜査のための写真撮影が許される限界」判例評論一一六号（昭四三）一四三頁。石川「写真撮影をめぐる法律上の問題点」法律のひろば二一巻五号（昭四三）五八頁。光藤「はだか連行と肖像権—田町電車区入浴事件」マスコミ判例百選（昭四六）一四八頁。

(21) 他に、山口地裁下関支部昭和三八・二・二七判決・労働刑集九輯五六二頁参照。

(22) 東京高裁昭四一・三・一四判決・刑事裁判例四一三頁参照。

〔二〕 四四年判決

以上の判例の情況を踏まえて、最高裁昭四四・一一・一二四判決・刑集二三巻一二号一六一五頁は（判決⑪上告審）、許可条件違反の集団示威運動を写真撮影した警察官に対する抗議行為は公務執行妨害罪等にあたるとし、犯罪捜査と写真撮影につき、次のように論じた。⁽²³⁾⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾

第一に、「肖像権」という概念は使わなかつたが、憲法一三条により「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、従来の判例上も言及されてきた右権利を実質上肯定した。第二に、右権利も犯罪捜査のためには制限されうるとし、「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、犯人の身邊または被写体とされた事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」とする。すなわち、要約すると、(1)現行犯乃至現行犯的状況であること、(2)証拠保全の必要性・緊急性、(3)撮影方法の相当性を要件として、写真撮影を許容したのである。

これを、デモ行進の写真撮影に関する判例史の文脈においてみると、判例⑤のとる肖像権放棄との構成は明示的に否定している。しかし、その法的性質を論じていないため、(1)(2)いずれのアプローチに与するものか不明である。ただ、判例⑦を除き、少くとも現行犯のときには撮影を許すという結論は判例の一貫していいたところといえるし、目的・手段の相当性、証拠保全の必要性・緊急性も判例⑧などの指摘してきたところであり、その意味で従来の判例の最大公約数を集成したものといえる。⁽²⁷⁾しかし、これらの要件が、現行犯であるデモ行進の許可条件違反といふ事件類型をはなれてどこまで射程を伸ばせるのかも定かではない。⁽²⁸⁾なお、判例のいう手段の相当性については、具体的には判決⑦が「約二、三メートル前の至近距離より閃光電球を用いて」撮影したことを違法と判断したが、最近東京地裁は近距離のフラッシュ撮影も「いたずらに刺戟的な撮影方法をとったわけのものでもない」として、適法としている。⁽²⁹⁾この結果、四四年判決にいう手段の相当性が絞りの要件となりうるのはごく極端な場合(それが自体が「暴行」にあたるような方法)に限られるともみられ、また、重大犯罪の現行犯などではいささか手段が

不相当でも撮影行為は適法とされるおそれがないわけではない。翻つて、そもそも手段の相当性をこうした技術的次元の問題にとどめられるのかも疑問である。最後に、顔写真撮影は、判決⑦⑫、東京地裁判決（注²⁹）等を勘案すると、犯罪捜査以外の目的でことさら至近距離から撮影した場合を除いて適法とするのが判例全体の趣旨と考えられるが、妥当であろうか。かくして、四四年判決は様々な疑問を将来に残したのである。

㉓判例の評価も区々分かれている。まず、「かなりきびしい基準」と評価するものとして、藤木「犯罪捜査の目的である写真撮影といわゆる肖像権」ジユリスト四四四号（昭四五）八七頁、久保田「犯罪捜査のための写真撮影といわゆる肖像権」ジユリスト四五六号（昭四五）二七頁、海老原・ジユリスト四四四号（昭四五）八四頁。

㉔社会状況等を含めて、強く批判するものとして、戒能「肖像権」法学セミナー一六九号（昭四五）一頁。また、ささいな許可条件違反でも撮影対象になる点を批判するものとして、光藤「犯罪捜査目的の写真撮影と肖像権」マスコミ判例百選（昭四六）一五〇頁。

㉕本判決を一応前提として、重大な犯罪の現行犯に限らうとするものとして、庭山（注⑩）八七頁。松尾『刑事訴訟法（上）』（昭五四）七五頁も「被疑事実の重大性と蓋然性」を加えている。

㉖実務家による判例評析として、伊藤「警察官による写真撮影といわゆる肖像権」警察学論集三巻四号（昭四五）一四五頁、蓑田「デモ行進と違法な写真撮影」法律時報四二巻九号（昭四五）一二二一頁、海老原・最高裁判例解説・法曹時報二二巻四号（昭四五）一一八頁。研究者によるものとして、平野「犯罪捜査のための容ぼう等の写真撮影」警察研究四巻四号（昭四六）一三三頁、鴨「犯罪捜査のために行なう写真撮影」刑訴法判例百選（第三版、昭五一）三八頁、青柳・法学研究四五巻一二号一二〇頁、熊沢・石川・日本法学三七巻一六号一三三頁、今上・東洋法学一三巻三・四号八七頁、米山「犯罪捜査と写真撮影」『刑事訴訟法の理論と実務』（昭五五）二七〇頁。

(27) 田宮「犯罪捜査と写真撮影」『捜査における肖像権とその限界』同『捜査の構造』(昭四六) 一二四四頁以下。

(28) 高松高裁四六・二・二判決・刑事裁判月報三巻二号七七頁は、自動車から公道にぎり落ちた約九トンの巨大な庭石についての「物的乃至客観的状況」の撮影を適法としているが、そこでは、現行犯の要件には言及せず、「物的状況」のときは人を対象とするときよりも要件を緩和できるとする。

(29) 東京地裁昭五〇・九・九判決・刑事裁判例四三四頁。

一 写真撮影と従来の学説

学説上、写真撮影の法的性質を主たる争点とし、従来次のような諸説の主張をみてきた。⁽³⁰⁾⁽³¹⁾

第一の立場は、「犯行場所が道路・広場などであった場合、そのような公開の場所で行動すること自体、肖像権を放棄していると認められるし、現に行なわれている犯罪の捜査のためという正当目的があるから、正当な任意検査の一方法として許される」とする。⁽³²⁾これは、肖像権放棄、現行犯処分、任意検査といふ三点を根拠とするものだが、三要素の論理的関連は必ずしも明確でない。⁽³³⁾少くとも、公開の場での行動には肖像権の保護が凡そないと考えるのならば、他の二要素を求める必然性はない。判決⑥⑯⑫と同趣旨とみれようか。⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾

第二に、右の立場とも重なるが、写真撮影は「個人の権利に直接的、物理的侵害を加え、または国民に法的義務を負わせるものでない」ことを理由に、任意検査と解する立場がある。⁽³⁶⁾ただ、法文上の根拠を犯罪捜査との関連で刑訴法一九七条一項本文に求めるか、警察法一条とするかの差がある。この立場では、撮影行為の対象については

「現行犯と認められる場合は勿論、右現行犯に接着する前後の状況、或いは、当該行為が犯罪構成要件に該当すると思料される外觀を具有し、かつ一応違法と認めうる状況並びにそれに接着した前後の状況についても」許されるとしている。⁽³⁹⁾ もつとも、全く無制約と考えているものではなく、証拠保全の必要性、方法の妥当性、相当性、或るいは「捜査条件」⁽⁴⁰⁾などの要件により一定の限界を画そうとしている。しかし、科学機器の発展がもたらす、新しい形態の人権侵害を如何に限定するのかという現代的な問題意識から⁽⁴¹⁾、第一に、強制処分を直接的・物理的侵害を伴う場合に限るのは右の現状を無視しているし、第二に、任意処分とされる結果、合目的性が優位しやすく、対象の範囲の拡大がもたらされ、他方、手段の相当性という漠然とした規制はよほどのことでなければ意味をもたないなどの疑義がでてくる。

第三の立場は、こうした疑義を考慮に入れて、プライバシーの権利の保護に注意を払い、写真撮影は物理的強制力を用いない点で任意捜査ではあるが、「人身の自由、住居の不可侵を侵す場合に準じ、強制捜査をなし得る条件に準ずる状況がそなわったときにはじめて、被疑者の意思に反してもその行動、容貌等の撮影を行なうことが許される」とし、「人が罪を犯したことを疑うに足りる相当の理由があり、且つその者の撮影をなすことが、その者の刑事責任を明らかにする上で有意義であり、且つ証拠保全の観点から急を要するような情況におかれた場合において、被撮影者的人格権を侵害することがあつても正当化される」とする。⁽⁴²⁾ この場合は、事柄の性質上、写真撮影も強制処分に準ずるほどに個人の自由に対する侵害を伴うことを認めつつ、強制処分と割り切らないことで、明文上の根拠を欠くという決定的な批判を避けたものである。その意味で、アプローチの方法としては第一の立場に比し厳格な

ようにも理解できる。しかし、犯罪の相当の嫌疑、証拠保全の必要性・緊急性という要件は、かなり緩やかにも解せよう（但し、犯罪発生前の状況の撮影はこの立場では許されないことにならうか。現に、情報収集目的の撮影には厳しい規制を及ぼそととしている。⁽⁴⁵⁾）。

第四の立場は、以上のような任意捜査説を批判すると共に、後述第五、六の立場をも批判するものである。まず、「肖像権は、写される人の状況によつても相対的であると同時に、写す人、その人の持つ正当な理由との関係でもある程度相対的である」とし、故に、「同じ『正当な理由』がある場合の中にも、それによつていわゆる肖像権が、少なくともその撮影者に対する関係では主張できない場合、すなわちその意味では任意捜査である場合と、相当な手続を経て『侵害』が許される場合とがある」とする。⁽⁴⁶⁾ 従つて、「写真撮影を一切、強制捜査でないとする」のは適当でないし、強制捜査と任意捜査の中間という独自のカテゴリーを認めるのも適當でない」とする。⁽⁴⁷⁾

第五の立場は、「強いて任意捜査であるとか強制処分であるとかいい切つてしまつ」となく、判例によつて、その許容される限界を確立してゆく⁽⁴⁸⁾とし、あるいは写真撮影は両者の「中間的なもの」とする。しかし、実際上その限界として論ずる要件は、第一、二、三の立場と同一のものであり、にも拘わらず、任意捜査、強制処分とは異なるいわば第二の類型を認めるることは、強制処分法定主義に反し、また、「令状主義の精神を弛緩させるおそれ」⁽⁵⁰⁾がある。さらに、第六の立場と同様に法文上の根拠が薄弱であるともいえよう。

第六の立場は、刑訴法一九七条一項但書にいう「強制の処分」は、法制定時の「古典的な強制処分」を意味し、そもそも写真撮影は強制処分であるがここに予定されていないとする。しかも、写真撮影は「緊急事態における即

時的な処分として執行されることが多く、そのため事前の令状による規制になじみにくい」。そこで憲法二一条、三五条の下で「合理的な要件」を定めることとし、具体的には、「犯罪の嫌疑が明認される場合で、証拠としての必要性が高く、緊急事態であり、かつ撮影方法も相当である」ことを求める。⁽⁵⁴⁾このように、強制処分としながら合理的の限界を求める立場は、任意捜査としつつ同旨の方向をとる第三の立場の裏返しともいえよう。しかし、こうした立場には、強制処分法定主義を厳格に守らうとする立場から批判がなされている。⁽⁵⁵⁾

第七の立場は、端的に写真撮影を刑訴法一九七条にいう「強制の処分」とする。もっとも、この結果明文の根拠を欠き全て違法とするのではなく、「逮捕……が認められるような要件を具備している被疑者—具体的には逮捕状の出ている被疑者および令状主義自体が例外としている現行犯人」に限り令状なくして撮影することを認めている。⁽⁵⁶⁾これとアナロジーな立場として、「立法論としては、人権と抵触する恐れの多い科学捜査方法については、列挙して一応原則として禁止したうえで、例外的に令状主義のレールに乗せて厳格な要件下に許容し得る場合を規定していくことが、望ましい」とするものがある。⁽⁵⁷⁾

⁽⁵⁸⁾もつとも、その前提として、肖像権を憲法上の権利として承認するか否かについても、憲法学の研究とあわせて論すべきだが、一応現在は権利として一般に認められていることを前提にできると思われる。なお、注⁽⁴⁾④参照。

⁽⁵⁹⁾光藤「任意捜査と写真撮影」ジユリスト別冊・続学説展望（昭四〇）一六八頁、阪村「捜査行為の限界 写真撮影」井戸田編『判例演習講座・刑事訴訟法』（昭四七）七八頁参照。

⁽⁶⁰⁾土本『犯罪捜査』（昭五三）一二七頁。同頁、小野（注⁽¹⁾）四五頁。

⁽⁶¹⁾田村（注⁽¹⁹⁾）二六頁は、任意捜査説に立つが、現行犯等の場合には肖像権を放棄し又は撮影の「默示の同意」があるとす

る。

(34) 中武・高橋『捜査法入門』(昭五三) 一二四頁(日比)は、「大衆運動や労働争議に関連して肖像権が問題になつてゐる場合には、肖像権を内面から支えるものとしてプライバシーの外に実は集会・結社・表現の自由や労働基本権がある」として、放棄説を批判する。

(35) 学説上もデモ行進の場合には、肖像権放棄とする説が多い。小野(注⑯)四五頁、藤木(注⑯)一二九頁、平野『刑事訴訟法概説』(昭四三)七七頁。これに対し、判決⑦と同趣旨から、「デモをデモとして撮影すること（各人を集団の参加者として撮影すること）に対し、肖像権を主張することは許されない」が、「集団的表現行動には顔のいんべい作用とでもいべきものがあるから、各個人を特定できるようなことさらな顔写真の撮影は許されない」と限定しようとする立場もある(田宮編著『刑事訴訟法』)(昭五〇)一四四頁(田宮)。もつとも、一切許さない見解(本多(注⑯)八二頁)と結局「犯罪の捜査」という公共の利益の要求が合理的である限度では許される」とする見解とがある(田宮前掲一四四頁)。もつとも、こうした区別には、(1)最近のカメラの発達の結果、引き伸ばして個人識別が可能となること、(2)犯罪捜査目的でありながら個人の特定を目的としない撮影などありえないこと、(3)撮影の態様がどうあれ、デモ参加者が不安感、不快感をもち、表現の自由の行使に対する規制行為ともなる点はかわりがないと批判されている(簗田(注⑯)一二二頁以下)。学説の多くは顔写真か否かを基準とすることなく、撮影の目的・手段の相当性で制約しようとしていると思われる。

(36) 小野(注⑯)四六頁、青柳(注㉖)一二三頁。

(37) 宍戸・渋谷・小谷・宮脇『警察官権限法注解(下)』(新版・昭五一)九九頁がこの立場に立ち、また、四四年判決もこの意味での任意捜査の手段として写真撮影を認めたと理解している。阪村(注㉗)八八頁も、一九七条一項本文を根拠とする。

(38) 牧野「警察官の職務上の写真撮影行為」警察学論集二六巻四号(昭四八)九四頁。

(39) 田村(注⑯)二六頁、同旨、牧野(注㉗)九一頁以下。

(40) 田村（注⁽¹⁹⁾）二六頁、牧野（注⁽³⁸⁾）九四頁。青柳（注⁽²⁶⁾）は、任意捜査としての写真撮影を、同意に基づく「本来的任意処分」と同意によらない「非本来的任意処分」とに分け、後者は必要性・相当性を要するとする。但し、青柳『刑事訴訟法通論（上）』（五訂版・昭五一）三四頁は、写真撮影は從来のような強制処分ともいえず四四年判決と同じ要件で判断するものとし、微妙な変化を示している。

(41) 阪村（注⁽³¹⁾）八八頁。

(42) 小林『現代基本権の展開』（昭五一）一四八頁以下。プライバシーの権利の生成・展開をフォローしたものとして、堀部「プライバシー」『憲法三〇年の理論と展望』法律時報・臨時増刊（昭五一）六六頁。学説の整理として、佐藤「プライバシイの権利」『憲法の争点』（昭五三）九二頁。

(43) 手段の相当性をめぐり、種々議論がみられる。すでに、判決⑦に対して、夜間至近距離からの撮影であっても「直ちに、これを違法の行為とまできめつけるのは、少しきびしそぎる」との批判があり（S・H・E（注⁽¹⁸⁾）四三頁、同旨小野（注⁽¹⁷⁾）四六頁）、さらに、石川（注⁽²⁰⁾六三頁）は、隠し撮り、望遠レンズの利用は適法としている。東京地裁判決（注⁽²⁹⁾）もこの批判の流れに沿ったものとみれよう。

(44) 藤木（注⁽¹⁷⁾）一一〇頁以下。同旨、久保田（注⁽²³⁾）八八頁。

(45) 藤木『刑法各論』（昭四七）五七六頁以下。

(46) 平野（注⁽²⁸⁾）一三八頁以下。

(47) 後者の例として「家の中にいる者を外から写すような場合」を掲げる。

(48) 佐藤「写真撮影・盗聴」高田・小野編『刑事訴訟法の基礎』（昭五〇）一二二頁以下も同一のアプローチをとる。ただ、判断基準は異なり、任意処分が否かは、「被撮影者において自己の容貌等を目撃されない合理的期待を有する場面か否か」で区別し、「検査官が公共の場所または適法に立入ることのできた場所……から通常の方法……によって目撃可能なところの、

犯罪と関連ある状況を撮影する」ときは、任意処分とする。逆に、右の合理的期待のあるときは強制処分であり、これは刑事訴訟二一八条の場合の他、現行犯のときに限るとする。しかし、これは肖像権放棄説を合理的な期待の有無という言葉におきかえただけであり、また現行犯の場合に撮影を許すことはどの立場でも等しく認めることである。結局、第一、二、三の立場と等しいといえる。

(49) 海老原(注²³) 八五頁。

(50) 中武・高橋(注²⁴) 二七四頁。

(51) 青柳(注²⁵) 一一三頁。

(52) 田宮(注²⁶) 一四一頁。

(53) 小田中「デモの写真撮影」杉村・光藤・東平編『警察法入門』(昭五〇) 一〇五頁。

(54) 田宮(注²⁷) 二五八頁以下、同(注²⁸) 一四一頁以下。

(55) 佐藤(注²⁹) 一二二頁は、強制処分法定主義は「きわめて優れた立法政策」であり、「立法者が新しい捜査方法の規制に手をこまねいている以上」、現行法に忠実に従い、「写真撮影が強制処分か任意処分かを考える「伝統的な方法」が適当とする。

(56) 時武「犯罪捜査と肖像権」佐伯還暦『犯罪と刑罰(下)』(昭四四) 一四〇頁。

(57) 時武(注²⁶) 二五七頁。

(58) 島田(注⁶) 八二頁。同旨、松尾(注²⁵) 一一四頁以下。

三 オービスⅢと写真撮影

[一] オービスを巡る対立

東京簡裁は、四四年判決に依拠してオービスⅢが先の三要件を充足しているかを検討し、「重大な事故に直結する、或いは場合により他人の生命を奪いかねない八一キロメートル毎時という最高制限速度違反の犯罪を現に実行中の者の状況を捕捉する場合」であること、「直ちに撮影しなければ現場を走り去ってしまう」ので証拠保全の必要性・緊急性があり、「その撮影方法も運転者を急停止させる等運転を阻害することはなく近赤外光線を用いて、運転者の視覚を眩惑する危険がない相当な方法」であるとした。かくして、肖像権の侵害は正当であるとする。もつとも、四四年判決同様、写真撮影の法的性質を正面から論じていない。

補注①

庭山論文も、四四年判決を前提とするが、各要件にさらに絞りをかける。第一に、オービスⅢは機械が自動的に犯行そのものを撮影するわけであるが、この「現行犯」の要件に関して、「現行犯人を逮捕できるのは現行犯を目撃した者にかぎられるから、逮捕に代わる写真撮影ができる者も当該犯行を現認した本人にかぎられよう」とし、「生きた人間」による現認のあるときに限り、適法とする。⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾しかし、後に触れる速度違反取締に関する判例の流れからも明らかなように（注⑥参照）、速度違反の現行犯の事実を正確に確認するためには、まずもって性能のよい測定器を使用することが、被疑者側にとっても有利なことは当然である。故に、肖像の写真撮影の点はさておき、オービスⅢのような自動測定装置の利用は、むしろ推奨すべき面もある。その際、警察官が現認することを要件としたとしても、結局、機械の測定値をみて現行犯と判断するだけであり、その正確性を高められるわけではない。従つて、機械による現行犯の確認も決して不当ではない。⁽⁶¹⁾

第一に、四四年判決の証拠保全の「必要性」の要件については、本件判決の指適する、「直ちに撮影しなければ

現場を走り去ってしまう」こと、あるいは学説の指摘する「刑事責任を明らかにする上で有意義」であることなど
の証拠法上の必要性だけではなく、この種事案の証拠収集にそもそも本装置が必要なのかという法政策的及至證明
政策的必要性を問題とされる。かくして、「公道上で公然と行なわれる道交法違反」は「銀行強盗や夜間侵入窃盜
などとは、その性質を異にする。写真撮影による証拠保全の必要性・緊急性は、他に方法がないときに限るべき
であり、そのことはスピード違反のような軽罪にとくに妥当する」とする。⁽⁶³⁾ この結果、一定の重大犯罪に限り現行
犯であれば写真撮影を許し⁽⁶⁴⁾、然も他に代替手段のないこと（これを方法の不可欠性といふことができる）をも要
求する趣旨と思われる。⁽⁶⁵⁾ このように厳しい要件を課す背景として、庭山説では、肖像権・プライバシーの権利は内
在的な制約をうけるだけとすること、写真撮影を強制処分と理解していると推測されることをさしあたり付け加え
ておけよう。⁽⁶⁶⁾

これに対し、荒木説は、スピード違反を「軽罪」とする点に批判を集中し、「道路交通の危険の極めて大きなス
ピード違反、すなわち他人の生命を奪いかねない程のスピード違反は、社会秩序維持のための取締りの必要性にお
いて殺人未遂と同様である」とし、「他人の生命を奪いかねない犯罪を分析・検討する道具として、マスコミを含
む私人による私人の写真撮影にも及ぶ『肖像権』は広きに失し不適当ではなかろうか。また、（重大な）犯罪
を実行中の者に肖像権はない、または少くとも放棄している、と言わざるを得」ないとする。

庭山説は、本装置導入の政策的な当否を考えるときに、ドライバーであれば誰でも犯すような一般的な制限速度
違反を「軽罪」と分類したものと考えられる。そして、本件の具体的な被告人の行為の違法性を問う前提として、

右の政策的な必要性が欠けていると論じられるものではなかろうか。本件のように、制限速度を四〇キロもオーバーし、その意味で「殺人未遂と同様」ともみれる速度違反も一律に「軽罪」とする趣旨ではあるまい。この点で、本装置導入の事実を前提とした上で、実際の運用上どの範囲のスピード違反を取締るかを問い合わせ、本件のような重大犯罪であれば肖像権を放棄しているので写真撮影を許す荒木説とはややそれ違いがあるのでないかと思われる。

第三に、庭山説は手段の相当性の要件についても、自動車の運行を阻害するか否かというごく技術的な次元で理解することなく、先述の政策的な必要性と同様に、様々な衡量事由を適示している（①法の下の平等、②集会・結社の自由、③防禦権、④おとり捜査、⑤機械の正確性⁽¹⁾⁽²⁾）。では、庭山説の前提とする四四年判決の意義も含めて写真撮影の要件をどのように考えるべきであろうか。

⑤9) 庭山・前掲論文(2)（注⑦）三四頁以下。

⑥0) 東京簡裁は、「現に犯罪が行なわれているという状態があれば写真撮影ができる」とする。荒木・前掲論文（下）（注⑧）五〇頁も、警察官の現認を要さないとする。

⑥1) さもなければ、日雇銀行員の目前で銀行強盗を行う犯人を防犯カメラが撮影するのは適法で、夜間侵入防止用の防犯カメラは違法という、やや不自然な結論になってしまふ。参照、庭山（注⑩）八七頁。

⑥2) 庭山（注⑦）三六頁。

⑥3) 庭山（注⑩）八七頁。

⑥4) 庭山説は、四四年判決の「現行犯」の要件そのものの中に、犯罪の重大性という要素を読みとらうとされる（庭山（注⑩）三五頁、同（注⑩）八七頁）。しかし、第一に、最高裁の三要件それぞれのとらえる局面を明らかにしておく上では、重大性

のマルクマールは後述の「必要性」の中に含めるほうが妥当ではないか。第一に、後にふれるように、四四年判決の現行犯の要件に内在するものとして犯罪の重大性を引き出すことはできないようと思う。

(65) 必要性の要件をどの程度のものと考えるか、従来の学説・判例は必ずしも明らかでないが、田村（注⑯）二六頁は「写真撮影以外に他に証拠保全の方法がない場合に限る、という条件を設定する必要があるとは思われない」とする。

(66) 庭山（注⑦）三三頁。

(67) 任意捜査か強制処分かを正面から論じられていないが、設定している要件と立法論に鑑み、先述の学説の第七の立場に近いといえようか。

(68) 荒木・前掲論文（上）（注⑧）七一頁。

(69) 荒木・前掲論文（下）（注⑨）五〇頁。

(70) 荒木説も、写真撮影の法的性質を論じていない。ただ、現行犯には肖像権なしという論理等をみると、土本（注⑳）一二七頁、田村（注⑯）二六頁、判例⑤⑥⑨⑩⑪に近いように思われる。

(71) 庭山・前掲論文（2）（注⑦）三六頁以下。

(72) 東京簡裁は、判決の概観で示したように、本文で触れた各論点を併列させ、全てがオービスⅢによる取締りの適法性を判断する上で同一平面で同一価値をもつかのようにみている。そして、この結果、いわば各論点を各個に撃破していくわけである。これに対し、庭山説は、前述の判旨①④⑤⑥⑦⑨に該当する論点は、手段の相当性に疑義を抱かせる要素とする。四四年判決の論理構造上、三要件いずれか一つでも欠ければ写真撮影は違法になる。とすると、庭山説のように現行犯概念、証拠保全の必要性と緊急性、手段の相当性それぞれで考慮すべき事由を明らかにして論ずるほうが明晰である。逆にいえば、東京簡裁の各論点の整理と四四年判決の理論との関連づけは不分明といわざるをえない。

補注①藤野「写真撮影」検査法大系Ⅲ（昭四七）二六六頁も、四四年判決につきこの点を批判している。

補注②藤木（注⑤）一二〇頁

〔二〕 四四年判決とオービスⅢ

まず、四四年判決における現行犯の要件についてみてみよう。その前提として、三要件の内的な構造をみると、いずれも写真撮影を適法とする不可欠の要件とされている。しかし、その趣旨は結局肖像権保護と犯罪捜査の必要性との利益衡量の一つの枠組みを示したにすぎないと考えることもできる。^{補注①} とすると、従来の下級審判例（とくに⑯⑰⑲）に照らすと最高裁が証拠保全の緊急性、写真によることの有用性が高ければ現行犯に限らず犯罪捜査に必要な状況の撮影を適法とすることも将来考えられよう。^{（73）} さらに、現行犯という一般的の要件を事案に照らして考えると、学生デモ隊の先頭四〇名ほどが横に七、八名ぐらい縦四、五列ぐらいの状態で道路中央を行進したことが、四列縦隊、道路東端進行という許可条件に反したものである。当時のデモの規模、前後の情況等を加味しなければ右行為の「重大性」を判断できないが、ここでは、最高裁が許可条件違反の事実さえあればその軽重等を別途に吟味することなく写真撮影を認めていた点を問題にしたい。この結果、許可条件が細かく多数付けられ、わずかでも混乱あれば写真撮影を許すことになりかねない。^{（74）} このように、最高裁の現行犯概念中に犯罪の重大性のメルクマールをよみとることはできないが、それゆえになおさら庭山説のようにこれを要件とすることは（但し、先に触れた通り、必要性の要素を入れるものと仮定して）、四四年判決の射程を広げすぎないためには有効とも思える。しかし、何が重大かの区別は実際には困難である。例えば、刑法犯とそれ以外という形式的基準は合理的な根拠があるまい。^{（75）} 場合により行政犯にも公害に関わる重大事犯があり捜査の正確を期する上でどうしても写真の利用が適当なことも

ある。⁽⁷⁶⁾ スピード違反についても暴走族の場合には「軽罪」といきれない面がある。それゆえ、従来の学説・判例は罪種、犯罪の輕重には触れず、むしろ、必要性、緊急性、相当性の要件で制約しようとを考えていると思われる。⁽⁷⁷⁾しかし、四四年判決の事案程度のものは現場で警告をし、場合により警職法五条の制止処分をとれば充分で、いまだ犯罪として立件し写真を用いて証拠保全に努めるほどのものではなかつたともみれよう。この意味で、必要性・緊急性は減じていたといえる。しかも、現場に多くの警察官がおり、他に市民の目撃者や他のデモ参加者を証人にすることでも証拠として足りるともいえよう。ただ、目撃証人だけでは、時々刻々情況の変化する集団犯では全体の状態を観察できず、結局、被告人、被告側証人と警察官との瞬間的な出来事についての証言の信用性の争いになつてしまふ。それゆえ、どうしても犯罪として捜査すべき重大な許可条件違反のときに限り、正確な事實認定のため撮影することも已むをえなくなる。この意味で、必要性と対になる要件として、取締方法としての不可欠性と謙抑性を要求することが必要であろう。

このように、現行犯の場合に写真撮影は許されるが、不可欠性・謙抑性を要件とすると解釈しても、なおかつ、そこにもやもやとした別の問題が残されている。つまり、集会・結社の自由との関係である。オービスⅢについて、庭山論文は、破防法対象の団体に所属する甲の車に乙が同乗し、スピード違反で両名が写真撮影されると乙も⁽⁷⁸⁾ ブラックリストになることになりかくして乙は甲との交際を避け両者の交際の自由の侵害が生じると問題を提起する。⁽⁷⁹⁾これに対し、判決は、①白バイ、パトカーによるその他の取締りのときも同乗者は質問され、オービスⅢ特有の問題ではないこと、②集会・結社の自由も「犯罪捜査という公共の福祉」のため「相当の制限を受けることは許容さ

れている」とする。

判決の指道する①は、犯行現場で直ちに警察官から根ほり葉ほり質問をうけ、場合により所持品検査や任意同行まで求められる事態と比較すれば、仮りに写真に捕捉されていても後日出頭した被告人が同乗者に関する質問に黙秘することのできるオービスⅢによる取締りのほうが、集会・結社の自由に対する侵害は大きくないとするものと理解すべきであろうか。そして、この程度の侵害は、捜査の必要性に優位しえないと考えたものであろうか。この限りでは判決の論理にも説得力がないわけではない。

しかし、庭山論文の主旨は、警察当局が当該犯罪の犯人発見・証拠の収集保全を越えてあるいはこれを口実として公安警備目的の情報収集を行うことが市民の自由に対する重大な干渉となり、さらにかくして集められた情報が当該個人のあざかり知らぬところで、そして一切アクセスの保障されていない形態で利用されることへの警告であろう。また、オービスⅢを含めて写真撮影が、その場限りでの瞬間的な権利侵害のみならずその写真が長期にわたって様々な目的に用いられる可能性があるという点で侵害状態を持続させるものであることを考えると、少くとも古典的な強制処分と同程度の手続的制約を課すべきであろう。^{補注②} もっともオービスⅢは完全に自動的に無人で撮影をするものであり、従来型の令状主義の精神をストレートに応用しにくい面がある。しかし、大量に発生するスピード違反の検挙に肖像権を侵害する方法を使用することに鑑みると、オービスⅢによる写真は当該事件の手続に限り証拠としてのみ用い、その後は被告人に写真・ネガを返還するか消却する手続を整備することが、肖像権侵害を最小限にとどめ、強制処分法定主義の要請を満たす上で、望ましいであろう。^① 従つて、この手続の法定を先行させず

に、単に取締りに便利であるからといってオービスⅢを導入したことは、処罰目的優先の検挙主義に立つものと評価でき、この意味で庭山論文の指摘する広義の「必要性」を欠き、また謙抑性の要請にも反するといえる。

(73) 光藤(注24) 一五一頁。

(74) 光藤(注24) 一五一頁。

(75) 庭山説は、殺人、強盗など刑法犯中でも人の生命・身体を侵害するおそれのある犯罪を例とされているが、それ以上に詳しい基準を示していない。

(76) 毎日新聞昭五五・六・二八は、無許可で五万トンものコンクリート破片などを不法に投棄していた業者を検挙するため、捜査員が張り込み、投棄の現場を写真撮影しナンバープレートから犯人を割り出したという記事を当該写真とともに載せている。

(77) 每日新聞昭五五・六・二八は、深夜時速約百キロで暴走中のグループを警察官が撮影し、顔などからメンバーをつきとめ共同危険行為の疑いで逮捕した旨、右の写真を添えて報じている。

(78) 但し、青柳(注24) 一二三頁は、「現行犯逮捕が制限されるような軽微事件(刑訴二一七条)の場合であっても、多くは犯人の住所氏名が明らかでないということになろうし、偶々撮影者たる警察官がその者の住所、氏名を知っていたところで証拠保全の緊急性、必要性がないとはいえない」とする。

(79) 庭山・前掲論文(2) (注7) 三七頁以下。

(80) 小暮(注15) 一二四頁も、判決④に関連して「革新政党に対する隠密な干渉という疑惑」があるとする。小田中(注55)一〇四頁も、現在警察は日常的に情報収集活動の一環として集会・デモの写真撮影をし、参加者氏名を割り出し基礎調査の対象者を抜け、さらに所属先に通報し双方協議してその者に関する基礎資料を作成しているとする。警察実務家も写真撮影

の目的として「警備対象者の発見または個人識別の資料として犯罪捜査に活用する」ことを指適している（牧野（注⑬）九四頁）。

⑧①プライバシーの権利について、憲法学上、概念内容そのものに争いがあるが（佐藤（注⑭）九二頁）、「ひとりではっておいてもらう権利」という内容の消極的な自由と理解する立場よりも、より積極的に「個人が自己に関する情報をコントロールする自由」ととらえる立場が有力と思われる（佐藤「プライバシーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察（一）」法学論議八六卷五号（昭四五）一二頁、同旨芦部編『憲法Ⅱ 人権（1）』（昭五三）一六二頁以下（種谷）。ただ、アメリカのように情報自由化法、プライバシー法などの立法があれば格別（なお、行政管理庁行政管理局監修『世界のプライバシー法』（昭五三）七六頁以下参照）、我が国でも、右のような自己の情報の管理権を認めたとして具体的に国家に対しどのように文脈で何を請求しうるのかは今後の議論に俟たねばなるまい。なお、阪本「逮捕記録の廃棄、補正等を求める権利（一）」広島法学二巻四号、三巻一号（昭五四）。ただ、本文で述べたように、写真・ネガの返還請求権も、右権利の派生として今後内容を詰めていくことができるよう思われる。その際、現行犯は肖像権・プライバシーの権利を「放棄」していると論ずることは、その後の自己に関する情報へのアクセスを一切封ずることにもなりかねない。捜査目的のために一時的に制約されると理解するほうが妥当であろう。四年判決も放棄説はとらない趣旨である。

補注①田宮（注⑮）一四三頁。

補注②鉢木『刑事訴訟法』（昭五五）八四頁。なお後掲注⑯参照。

〔三〕 オービスⅢと相当性の要件

(1) オービスⅢは、大型車等は車高の関係上運転手を撮影できず、二輪車はナンバープレートが後方についているため写真撮影はできても事実上捜査は困難で、結局、普通乗用車が取締られることが多い。また違反車両が続く場

合、装置は一台捕捉後約四秒間作動せず、先頭車しかとらえられない。庭山論文はこれらを平等原則違反とする。⁽⁸²⁾しかし、東京簡裁は、もともとオービスⅢの取締り能力に限界のあることを事実として承認するしかなく、白バイ・パートカー等の従来通りの取締りが行なわれているとし、不合理な差別はないとする。荒木論文もこれに賛成す⁽⁸³⁾。しかし、取締り政策上、二輪車等は肖像権侵害を伴わぬ方法を用い、乗用車等の運転手にはこうした重大な利益侵害を負わせることを是認することは、あまりにも取締りの便宜・効率性を優先させることにならないであろうか。乗用車等の場合に限りより重大な権利侵害を負担させる写真撮影が何改に是非必要なか充分な説明を欠いている。不合理とまでいえなくとも不適当な差別がある。これは手段の相当性のみならず先述の広義の「必要性」、方法の不可欠性にも影響すると思われる。

⑧2 庭山・前掲論文(2) (注⑦) 三七頁。

⑨3 荒木・前掲論文(上) (注⑧) 七一頁。

(2) 被告人の防禦権につき、庭山論文は「警察官の裁量の余地のある道交法違反において、捕捉の現場で弁明の機会が保障されない不利益は被疑者にとってときに致命的といわなければならない」とする。⁽⁸⁴⁾これに対し、東京簡裁は、十数日後任意出頭を求め弁解を聽く機会を与えていていること、その際取調官は現場でないことを考慮して十分に弁解を聞くよう配慮していること、暴走運転をした被告人がそう短期間に記憶を喪失することは経験則上考えられないことを理由に、防禦権の侵害はないとする。荒木論文では、これは結局速度のセット基準や設置場所などの問題に解消され、妥当な運用をすれば足るとする。

庭山説については、現場警察官に広い裁量権の行使を認めていいのかという疑問が生じる。法的根拠を欠き、裁量権の基準が不明確でインフォーマルなディヴァージョン的処分を認めるることは、かえって取締りの不公正を生み、運転手側に不平等感をはびこらせることにならないであろうか。もつとも、判決の立場についても疑問がある。警察官側は本来ならばスピード違反の事実だけでなく交通流の具体的情况なども捜査すべきであろう。他方、被告人が本件のようにタクシー運転など自動車運転を業とする者のとき判決のいうように四〇キロもオーバーした暴走運転であることだけで記憶の鮮明を期待することは無理であろう。かくして、現場の状況を知らない警察官が、犯行後十数日を経て呼び出された被告人に対し、現に速度違反を記録した顔写真を面前にして行う弁解の録取が防禦権の充分な保証の場となることを期待できようか。他方、荒木論文のように、妥当な運用をはかることが最善であるにしても、一切弁解の機会を不要とすることはできないし、また、運用が妥当で機械も正確であるからといって、弁解の機会に際し前後の事情を無視し違反事実の認否しか問わないというのも不当である。そこで、解決の方向としては、カメラの撮影範囲を広げることも考えられるが、先述の「必要性」・「不可欠性」の要件に照らし疑問である。次善の方法として、少くとも、オービスⅢを用いる以上呼び出しの日時を例えれば翌日とするなど手続の整備が必要であろう。その際、セット基準や運用の合理性等につき相手方に充分説明する義務を認めるべきであろう。⁽⁸⁶⁾

⑧4 庭山・前掲論文(2)（注⑦）三九頁。

⑨5 荒木・前掲論文(上)（注⑧）六九頁以下。

⑩6 ちなみに、現場で警察官自ら写真撮影をする場合、判決⑦は撮影が適法なときも相手方の請求あるとき、身分、氏名、撮

影目的につき「一応の釈明をなす義務」を認めている。判決⁽⁹⁾は、法的義務とまではいわないが「堂々とその理由を説明して納得させるのが、警察官としての執るべき態度」とする。学説でも、大塚（注⁽¹⁰⁾）八頁が「捜査のために肖像権が制限されることに対する一種の代償的な意味」から釈明義務を肯定するのをはじめ、有力である（高橋（注⁽¹¹⁾）七七頁、藤木（注⁽¹²⁾）一二二六頁等）。オービスⅢの場合、現場での求釈明が不可能であることからも、よほど短時日中に出頭を求むべきであろう。

(3) おとり捜査について、庭山論文は、道交法は「道路交通の安全と円滑化との確保を目的としており、その罰則適用はできるだけ控えなければならない。そこで予告を十分行なわずにスピード違反処罰を行なうときは、おとり捜査類似の問題を生ずる」とする。⁽⁸⁾ 判決は、「ことさら速度違反を生じさせるよう運転者に働きかけた上で取締る」のでなければ、取締りの指導予告のないことだけではおとり捜査とならないとする。さらに、制限速度の標識・標示が無いか見えにくい場所を選んでの取締りでなければおとり捜査類似でもないとする。加えて、速度違反取締りは白バイ・パトカーで常時行なわれていること、オービスⅢも新聞報道されていること、「無人速度取締機設置路線」という立看板があつたことを列挙し、無警告の抜き打ち検挙ではないとする。

おとり捜査とは、国家が特定の個人に特定の犯罪を実行する意思を誘発したはこれを強化する機会・便宜を提供し、個人が犯罪の実行に着手した後検挙する捜査方法をいう。⁽⁸⁾ 従つて、判決や荒木論文の認めるように取締りの予告・警告のことだけでおとり捜査とすることはできない。もつとも、荒木論文は判決がオービスⅢ設置路線である旨の警告板を「走行中の運転者から一目瞭然たるものにする」とする点に疑問を投じている。まず、スピード違反は警告板の有無で成否が左右されるものではないから取締りのためにはも

ちろんいらないし、また交通指導のためなら「『スピード落せ』との内容のもので充分な筈」とする。⁽⁹⁾

さて、庭山論文は道交法の目的を強調し、判決も取締りの最大の目的が抑止効果にあることを一つの理由にして一日瞭然たる警告板を求めている。この点に注意して考えてみよう。庭山論文、判決は、オービスⅢで写真撮影してでも取締らねばならない、いわば「他人の生命を奪いかねない犯罪」「殺人未遂と同様」の犯罪が生じているとするのならば、国家がこれを防止及至制止することなく放置しておくのは妥当かを問題としているように思われる。国家は、交通の安全、個人の生命・身体に対する重大な危険の発生をオービスⅢを通して認識したのである（乃至認識しうる状態にあつた）。とすれば、運転者にくりかえしスピードを落とすよう警告することこそ優先すべきであり、取締りのための装置もさることながら、交通指導、警告に十全を期す装置もこれに先立つて導入することが道交法の法政策上も妥当である。庭山論文が道交法違反処罰に謙抑性を求めるのも、右の政策的価値序列を明らかにする趣旨と理解できる。また、技術的にも感知器で速度測定後、運転を阻害しない光や音、電光板を用い当該車両に「スピード落せ」と警告しながら違反を続けたとき写真撮影を行う（少くとも警告と同時とする）ことも可能であろう。荒木説は、交通の安全をはかりスピード違反の運転を減少させ、単なる検挙主義に陥らないという要情からみると、いささか割り切りすぎているよりも思われる。以上の意味で、オービスⅢには政策的な手落ちがある。⁽¹⁰⁾

⑦ 庭山・前掲論文(2)（注⑦）三九頁。

⑧ 抽稿「[凶]捜査と異拠弁」法学論叢一〇五卷一号（昭五四）四四頁、同「おとり捜査」『刑事訴訟法の理論と実務』（昭五五）二六七頁。

(89) 荒木・前掲論文(下)(注⑧)四八頁以下。

(90) 荒木・前掲論文(下)(注⑧)四九頁、同(注⑨)四八頁。

(91) 確かに、電車に張り込んだ刑事に現行犯逮捕されたスリは「予め張り込んでいたと声をかけてくれなかつたのは不公正」という抗弁を提出し、自己の刑事責任を免れることはできない(荒木・前掲論文(下)(注⑧)四九頁)。庭山論文が、この論点を相当性の要素とし、被告人の刑事責任とストレートに結びつけないのも同様の配慮があるからと思われる。しかし、オービスⅢの取締りが法政策的に不適切といえるのならば、国家はこの装置で肖像権を侵害して撮影した写真を用い被告人を有罪とすることは、できないといえるのではなかろうか。

[四] 写真の証拠能力とオービスⅢ

判決は、オービスⅢの撮影した写真を添付し、後日の弁解の機会の際の被告人の供述等を記載した「速度違反認知カード」は、刑訴法三二一条三項の司法警察員の検証調書にあたるとした。オービスⅢの場合、写真撮影者がいないので、カードを一体として検証調書としこの作成者を尋問することで証拠能力の有無を決するものであろう。ところで、本カードの場合、オービスⅢによる現場写真が証拠価値の大部分を占め後日の調書は従たる意味しかない。故に、右写真の証拠能力こそ重要である。この点で判決は、本装置の構造、犯行時の正確な作動を確認し、本件写真は「犯罪事実と犯人との結びつきを如実に顯わすものであるから、証拠価値は大きく、その証明力も高い」⁽⁹²⁾としている。これは、写真を非供述証拠とし、関連性の立証を要件とする通説に立つものと評せよう。ただ、荒木論文は、当該センサー(感知器)が正確に信号を発しているかの検査が行なわれたか不明であることの他に、センサーの寿命についても設置場所が首都高速道路で走行車両が多いところ、この点にふれていない判決の欠陥は「正

確性について致命的であるとも言えよう」とする。^{(33) (34)}関連性を要件とするとき、本装置の厳格な正確性検査が決定的な問題であり、いさかでも疑義を残すならば写真の証拠能力を否定すべきであろう。⁽³⁵⁾

(92)もつとも、京都地裁昭五一・三・一決定・判例タイムズ三四一號三四四頁は、現場写真の証拠能力につき検証調書類推説をとり、「單なる関連性の立証では足りず撮影者を公判廷において証人として尋問しその作成の過程について供述し真正が立証されたときに限る」とした（なお横川「刑事裁判の研究」（昭二八）一六四頁以下参照）。検証調書類推説では、写真を供述証拠的性格のものとみるか非供述証拠とみるかという証拠方法の性質に関する争いの他に、証明政策上無限に写真が証拠として用いられるのを防ごうとする配慮が働いているため、厳格に撮影者本人の証人尋問を要件とするものであろう。この趣旨を貫くと、オービスⅢに撮影者はいないので証拠能力を否定することになる。もつとも、本説が想定している写真撮影は警察官等が自らシャッターを押す態様であり、そもそも自動撮影のものは考慮外ともいえる。通説も、関連性立証にあたり撮影者の証人尋問を原則とするが、ただ、撮影者不明の場合や撮影者を公判期日に尋問することができない特別の事情のある場合においては、他の証拠により関連性の証明があればよいとする（平場・高田・中武・鈴木『注解刑事訴訟法』（中）昭四九）六八九頁以下（鈴木）等）。しかし、結局、対象を正確に写したか否かが中心問題になりやすい。このため、私人や警察官による違法な撮影方法を用いた写真を撮影者不明として提出したようなときにもチェックが困難ではないか。またデモ行進・労働争議の現場で警察官自ら写真撮影をする場合には、事前に採証係・鑑識担当が配置されていることが多い。

すでに本文でも述べたように写真撮影には強制処分に必要な手続的制約を課すべきであると考えると、やはり右の場合検証令状によることが原則とするのが妥当ではなかろうか（同旨、鈴木『刑事訴訟法』（昭五五）八四頁）。ただ、この結果検証令状の記載の特定性をやや緩めることにもなりかねない。そのことにより令状主義が弛緩するおそれは残る。しかし、他方で、写真撮影を現場警察官の裁量に事實上任せた上で、司法部は事後的にしかチェックしない場合に令状主義の目的とする

市民の自由、プライバシーの権利の侵害を充分に防げるのか疑問が残る。両方向いずれを妥当とみるのかというバランスは困難な問題であるが、差し当たり、現場で警察官との間に写真撮影の権限をめぐるトラブルが生じることとなるべく避ける上で前者を妥当と考えている。また、この論理的帰結として、公判廷での写真の証拠能力については、検証調書類推説に従い厳格な要件を求め、ここでも肖像権・プライバシーの権利の侵害を可及的に防ぐ配慮をしておくことが適当であると考える。ただ、オービスⅢのように、自動的に撮影する装置によるときは、関連性の要件によらざるをえなくなる。なお、金「写真」『証拠法大系I』(昭四五)一二七頁、香城「写真」『刑事訴訟法判例百選』(三版・昭五一)一八〇頁参照。

(9) 荒木(注⑨)四六頁。

(4) 庭山・前掲論文(2)(注⑦)四二頁は、「機械の科学的正確さのほか、相当性の要素として「たとえ科学的には正確度が信頼できるものであっても、捕捉される側がその信頼性につき納得できるような仕組みのものでなければ、スピード違反検挙の道具としては相当でない」とする。荒木論文と同様くオービスⅢの正確性検査をもつと厳密に行うことを探める趣旨としては妥当であろう。反対に、交通警察官が通常の市民に、オービスⅢのコンピューターシステム等を完全に「納得」させることを求めるにすれば、いきすぎである。捜査を自白採取中心から物証中心・科学捜査へと変えていく上で、様々な科学機器・自然科学の応用は不可避である。右基準でこれら全てをチェックすることはこの政策的方向にも噛み合わない面があるのではないか。

(5) ここで、速度違反の成否が争われた判例を概観しておく。なお、各種取締り方法については、荒木・前掲論文(上)(注⑧)六〇頁以下に詳しい。

福岡簡裁昭三四・一・一四判決・下刑集一巻一号三一頁は、白バイによる追尾式速度測定方式によるものだが、被告人車両を停止させた段階で警察官が速度計を零にもどしてしまったもので、右警察官の供述だけでは違反の事実を認定しえないとした。本判決は何よりもスピード違反の認定には警察官の現認では足りず科学的に正確な装置による測定記録が残されて

いることが不可欠であることを示した点で意義がある。その後の判例は、SNK自動式速度測定機、レーダー式速度測定機などを用いた定域測定式速度違反取締りに関するものばかりである。そして、右方式による取締り問題はなく違反事実を肯定した判例もあるが（東京高裁・昭四九・一〇・一四判決・刑裁月六卷一〇号一〇一二頁、東京高裁昭五五・二・二六判決・判夕四二一号一五三頁）、①測定対象車の特定、②測定器の操作の正確性、③測定器自体の精度いずれかにつき疑問を認め無罪等としたものが多い。なお、船田「自動式速度測定器による測定結果」『証拠法大系I』（昭四五）一四八頁、板倉「スピードメーターによる測定」『刑事訴訟法判例百選』（新版・昭四六）一六四頁参照。①に関するものとして、中津簡裁昭四〇・五・二五判決・下刑集七卷五号九七三頁、大阪高裁昭四二・二・一八判決・判時四八二号七一頁、東京高裁昭四八・一二・一二判決・判時七三一号一〇五頁、立川簡裁昭四九・一一・一三判決・判時七四七号一一〇頁（操作の正確性にも疑問ありとする）、東京高裁昭四九・三・八判決・判時七六一号、東京高裁昭五四・三・一九判決・判夕三九四号一六七頁。②に関するものとして、名古屋高裁昭三六・一〇・三一判決・下刑集三卷九・一〇号八五六頁、大竹簡裁昭四七・七・一九判決・判時六八一号一〇五頁。③に関するものとして、福岡高裁昭四九・九・一五判決・判時七六八号一一〇頁（原審・門司簡裁昭四九・二・一判決・判時七三九号一三五頁（有罪）を破棄し、公訴棄却）、東京高裁昭五三・二・二七判決・判夕三四号一四五頁、東京高裁昭五四・一一・一〇判決・判夕四〇七号一四七頁。

このような判例の状況に照らすと、警察官の視認・手動を排し、正確かつ自動的に対象車両を特定し速度測定を行う装置の導入が要請されていたといえる。なお、その他に、社簡裁昭四〇・一〇・一二判決・判タ一八三号一一〇二頁、札幌高裁昭五一・三・三一判決・判時八七〇号一二六頁参照。

ま と め

最近、交通取締りにあたる警察官が、相手に危害を加えられる事件が多発している。⁽³⁵⁾ また、スピード違反による犯罪捜査と写真撮影 渡辺

人身事故も多い。かくして、自動的に、しかも正確に速度測定を行う装置の導入は、安全で効率的な取締り上も必要となろう（市民にとっても利益となる面がないではない）。しかし、事は、国民一般の肖像権・プライバシーの権利に関わるだけに、原則として立法措置を構じその過程で国民の価値判断を仰ぐべきではないか。このプロセスを経ず、警察当局独自の判断で処罰目的のためにオービスⅢを導入したことには大いに疑問が残る。むしろ、なお実験的使用の段階とみ、運用上、前方からの写真撮影は違反の警告に用いるにとどめるべきではなかろうか。さしつづめ、国民皆免許時代といわれる我国で、国民のプライバシーの権利を尊重し、刑罰権発動の謙抑性・補充性の要請を満たすには、少なくとも速度違反取締りについては右の程度を捜査の限界と考え、他は総合的な交通諸施策に俟つべきではないか。先に紹介した写真撮影を巡る判例・学説の最大公約数は、現行犯であるときに許容するというものであった。確かに本件被告人の行為も、スピード違反の現行犯であったが、取締方法・捜査手続上、肖像権・プライバシーの権利の侵害を正当化する適正な法定の手続を整備していないという手落ちがある。以上のことを考慮すると、国家は、オービスⅢによる写真を有罪認定の証拠とし本件被告人に刑罰権を行使する適格をいまだ有していないといえよう。かくして、本件の写真は証拠として使用できず、さらに手続そのものを打切るのが妥当ではなかろうか。

最近 検証令状を用いて電話の傍聴を認める実務の例が報告されている。⁽⁹⁹⁾ 写真撮影をめぐる問題は、こうした様々な科学捜査とプライバシーの権利との関わりという、より大きな問題の中に位置づけて、さらに検討をしていく必要があると考えているが、本稿はひとまずこれで終えることにしたい。^{補注①}

⑥適当な資料がないので、昭五四年六月から五五年六月まで一、三の新聞を見ると、交通検問中相手車両にはねられる等により死傷した例として、朝日新聞昭五四・九・一四、同昭五四・二・五、毎日新聞昭五五・三・一九（夕刊）、同昭五五・四・一二、同昭五五・五・八、同昭五五・六・一、京都新聞昭五五・六・一七（夕刊）などの記事を拾うことができる。まとめると、死亡二名、傷害七名、暴行二名である。

⑦交通取締にあたる警察官が自己の身体の安全に注意を払うあまり、検問方法を厳しくし、相手方に不審感、警戒心を強く抱くことになると、任意処分としての自動車検問、吸気検査（場合により所持品検査、任意同行）など一連の手続が「強制的」になり易い。その意味で、「安全な」取締り方法もまた無視できぬ要請であろう。

⑧庭山・前掲論文②（注⑦）三二頁。なお、車両後方からの撮影は適法とする。

⑨大竹「覚せい剤密売事件の捜査と電話の検証（傍受）」捜査研究二九巻五号（昭五五）四九頁。

補注①名古屋簡裁昭五五・五・一五判決、判時九四七号一二七頁も、オービスⅢと同様の「松下レーダー式」と呼ばれる無人速度違反取締装置による写真撮影を適法とした。

〔付記〕 真木『盜聴・監視列島』（昭五五）一七二頁は、津島被告事件の経緯をルポ風にまとめたものであるが、興味深い。