

ビデオ撮影を伴う尾行行為の法的限界

渡 辺 修

一 問題の所在 大阪地決平成二・七・一八の紹介

一 大阪地裁で少し前に、電車内で酔って寝込んでいる客から財布などを盗もうとした仮睡盗による窃盗未遂事件で、被告人らの行動を撮影したビデオの証拠調べ請求を却下した決定が出された。^① 捜査におけるビデオ等の利用形態を垣間見ることのできる事例であり、しかも証拠排除という結論も興味深い。先日一件記録を閲覧する機会を得たので、紹介し検討したい。

大阪地判平成二・一〇・二(宣告平成二・九・二二)(平成元年(わ)第二二二二号)は、次のような罪となるべき事実を認めた。「被告人三名は、共謀の上、仮睡中のNから金品を窃取しようとして、一九八八年六月一日四日午後一時三六分頃大阪環状線の電車内で「被告人Wが、仮睡中のNが左側座席の上に置いていた同人所有のセカンドバッグを手に取り、右セカンドバッグのチャックを開けて中に手を入れ、金品を物色したが、警察官が警戒していることに気付いて物色を途中で断念したため、その目的を遂げなかつたものである」。この後、三名は電車から降りて逃亡を企てたが、尾行・監視中の警察官に現行犯逮捕された。本件は未遂に終わったものの、

同種前科があつたため、Wに対する懲役二年六月はじめ被告人全員が実刑を言い渡された（未決勾留日数三五〇日算入）。

二 本件で問題になつたのは、事件から五日前に警戒中のすり班が本件被告人ら三名を尾行し、電車内を徘徊する様子を録画したビデオである。検察官は「被告人等三名が本件犯行前に行動をともにしていた事実」を立証趣旨としてこのビデオを証拠申請した。が、裁判所は被告人三名全員の関係で証拠能力を否定し証拠申請を却下した（大阪地決平成二・七・一八（平成元年（わ）第二二一一号））。

ビデオ録画に至る経過は、次の通りである。六月九日午後九時半頃、すり班のY警部補他四名の警察官が警戒中、警察官一名が以前に仮睡狙いの容疑者として尾行したことのある被告人Sが本件被告人他二名とともにいるのを発見した。そこで、仮睡者狙いの犯行に及ぶのではないかとの疑いを抱いて尾行を開始した。「森ノ宮駅に着く前の電車内で同人らが行動を共にしている状況をビデオカメラで撮影し、途中森ノ宮駅で同人らが下車し、同人らのうちの一人が同駅ホームの階段で財布の中を見ていたので、その状況を撮影し、さらに、同人らが同駅から再び電車に乗り込む状況や、電車内での同人らの行動、すなわち、車内を歩き回ったり、座席に座つたり、仮睡者に近づいたり、仮睡者の回りに集まつたりした状況を撮影しながら（撮影はすべて隠し撮りで行われた）、環状線天満駅まで尾行したが、被告人Sらの犯罪行為を現認あるいは撮影するには至らなかつた」。

公判ではビデオ録画を指揮した上記Y警部補が証人となつた。かかる捜査方法の必要性につき、次のように証言した（一九九〇年六月二六日第一〇回公判速記録）。複数名による仮睡盗を検挙しても本件のように「犯行は もちろん共犯性というものを、全く否定する」被告人が増えている。「これは特別な場合でありませんが、会うたこともないというような供述を今までしております」という。しかも、仮睡盗が「非常に多発しております」。

社会問題にもなっております。そこで、警察としては「撮影しておいて、物的証拠、これを確保すると、これが一番効果的である」ということで、一九八九年春頃からすり事犯の警戒の際にはビデオ機器を携帯するようになった。⁽²⁾

確かに、被告人三名について員面・検面等数通ずつ供述調書が作成されているが、いずれも犯行も三名相互の面識も一切否認している。ただ、被告人Mの次の供述は興味深い（一九八九年六月二十九日付・員面）。「何度も言うように本当に私は何も悪い事をしておりません、ただもし仮りに私がやっていたとしても西成という地域で一生しのぎをかけていこうと思ったら共犯がいればなおさら口等さけても自供すること等できないのです。もし自供してしまえば二度と西成へは戻れないという目には見えない掟があるほど西成というところはこわいところなのです」。

三 検察官の本件ビデオの証拠申請に対する弁護人の方針は、記録からは明確でない。証拠等関係カードの記載をみると、被告人W、Sの弁護人は「同意 但し証拠調べにつき関連性なし 異議あり」となっている。被告人Mの弁護人のみが「不同意。違法収集証拠であるから証拠能力を争う」とした（もつとも、決定によるとWの弁護人も後に違法収集証拠の主張をしたらしい）。Mの弁護人の主張もごく簡単であった。「刑法法第二一八条第二項の反面解釈として、当時身柄を拘束されていない、被告人に対する盗み撮りは、同法一九七条一項但し書きの強制処分に該当し、令状を要する」というものである（一九九〇年六月一九日付釈明書）⁽³⁾

検察官の「意見書」（一九九〇年六月二六日付）は、Y警部補らが警戒に従事中に「挙動不審で、しかも、かつて仮睡者狙いの容疑者として尾行したことのある被告人S外三名を発見したことから、被告人らが仮睡者狙いを実行するおそれが強いと判断し、被告人らの行動を証拠化するためビデオカメラで撮影した」点を指摘した上

で、「このような経過及びビデオテープに撮影された内容から見ると、右ビデオテープ撮影当時犯罪発生の相当高度の蓋然性が認められ、被告人Sら複数の共犯者と目される者らの人相、風体及び行動、態様等を撮影する必要性及び緊急性があったことは明らか」とする。判例に照らしても適法な撮影であって「何ら違憲、違法のそしりを受けるいわれはない」とする。

四 裁判所の証拠調べ請求却下の理由は次の通りである。まず、最判昭四四・一二・二四刑集二三卷二二号一六二五頁が許可条件違反のデモ行進の写真撮影について、現行犯性・撮影の必要性・緊急性、手段の相当性を要件にこれを適法とし、さらに東京高判昭六三・四・一判時一二七八号一五二頁が最高裁判例の範囲を拡大し、「当該場所で犯罪が発生する相当高度の蓋然性」がある場合にも予めビデオカメラを設置し当該現場を自動的に撮影録画することを適法としたことを紹介する。

その上で、一般論として、「右東京高裁判決と同様に解するとしても、右判決がいう『相当高度の蓋然性』とは、単なる可能性では足りず、合理的根拠に基づいて、犯罪発生がほとんど確実であると客観的に認められる場合を意味すると解すべきであり、かつ、右最高裁判例の趣旨に照らせば、右東京高裁が判示する条件の下で撮影した場合であっても、証拠として許容されるのは、『現に犯罪が行われ、もしくは行われた後間がないと認められる』場面及びそれと密接に関連する前後の場面を撮影したフィルムやビデオテープ等であると解するのが相当」とする。「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に、犯罪の発生が予測される場所において、右東京高裁の判示するその他の許容条件を満たした上で、個人の容貌等を撮影していたところ、結果的に犯罪が発生せず、あるいは、何らかの理由で『現に犯罪が行われ、もしくは行われた後間がないと認められる』場面を撮影するに至らなかつたときは、右撮影自体は違法でないとしても、個人の容貌等を撮影したフイ

ルムやビデオテープ等にはや証拠とすることは許されない」。

五 本件事案については、次のようにいう。

第一に、「YがビデオカメラでSらの容貌等の撮影を開始した時点や、その後の同人らに対する各ビデオ撮影の時点において、果たして、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つたか否かについては若干疑問がある」とする。

第二に、すり捜査係の警察官が五名も尾行していること、発生が予測される犯罪は仮睡者狙いという態様の窃盗であること、場所は電車内かプラットホームであり、時刻も乗客らの人数が少ない時間帯であること等を指摘して、「本件において、Yらの現認のみでは、被告人Sらの犯罪行為や実行行為などの特定・立証あるいは共犯性の立証などに著しい困難をきたすおそれがあり、是非とも、予め被告人Sらの容貌等をビデオ撮影しておくなければならない状況であつたといえるかどうか、すなわち、証拠保全の必要性及び緊急性があつたといえるかどうかもかなり疑問」とする。

第三に、「本件のようなビデオ撮影は、まさに個人の容貌等を対象とし、かつ必然的に、電車内やプラットホームにいる犯罪とは無関係な他の乗客らの容貌等も対象の中に取り込んだ上、尾行開始後犯罪発生あるいは犯罪不発生が確定するまでの間、断続的に隠し撮りで撮影するものであり、単なる尾行による対象者の監視や観察あるいはスケッチなどとは質的に異なるものであるばかりか、写真撮影に比較しても、容疑者を含めた個人の容貌や行動内容を継続的かつ克明に映し出すという点において、プライバシー侵害の度合も大きく、犯罪捜査のためとはいえず、もし本件のようなビデオ撮影が、電車内やプラットホームにおいて、日常のかつ頻繁に行われるようになるならば、それは人権に対する重大な脅威となる」。

第四に、「結果的に、Yらは、被告人Sらの犯罪行為の現認や撮影に至らず、客観的には日常生活における通常の行動とほとんど区別がつかない同人らの・・・行動を撮影したに過ぎない」。

以上の事情に照らすと、昭和四四年の最判、昭和六三年の東京高判の許容条件いずれも満たしていないとする。「被告人Sらの容貌等を撮影した本件ビデオカセットテープは、憲法で保障された私生活上の自由の一つである同人らのみだりにその容貌等を撮影されない自由を違法に侵害して得られた証拠であるといわざるを得ず、客観的には捜査官が無令状で憲法上保障された個人の自由を侵害したことになるから、その違法の程度は重大であり、かつ、本件ビデオカセットテープを証拠として許容することは、将来における違法捜査の抑制という見地からしても相当でない」と認められるとした。

(1) 読売新聞一九九〇年七月一九日(朝刊)三二頁参照。本件の紹介として、小島吉晴・研修五二二号(一九九一年)五五頁、外岡孝昭・鑑定等科学的証拠の盗犯捜査(令文社・一九九三年)一四九頁以下参照。

(2) 朝日新聞一九九〇年七月一八日(夕刊、大阪)一四頁は、大阪府警によると「犯行グループが被害者を物色する段階から、役割に応じて行動し、被害品をグループで回していく、といった一連の犯罪行為を連続性を持って視角化できるビデオが共犯者の立証に欠かせない、という判断から、ビデオ隠し撮りを数年前から始めた」とする。「公判での証拠申請は今回が初のケース」であったという。

(3) 一件記録をみる限り、やや奇妙な対応もみられる。検察官は、上記ビデオから被告人三名が電車内等にいる様子を写真に焼付けなおしてこれを添付した「ビデオテープの写真撮影報告書」(一九八九年六月二九日付)も証拠申請したが、弁護士三名は「同意」している。が、これは明らかにビデオと同一物である。ビデオが排除されるべきなら、写真撮影報告書も同じである。もつとも、判決の「証拠の標目」には同捜査報告書は挙示されていない。その理由は記録からは読みとれない。ただ、違法収集証拠に含まれる可能性のあったこと、写真をもて不鮮明で被告人らの同

一性を明確に確認しにくいこと等を考慮し、証拠価値の低いものを列挙して後に問題を残すのを避けたと推測される。

二 尾行行為の法的限界

一 最初に、本件のような尾行は任意捜査か強制捜査か問題になる。一般に、捜査機関による尾行を知れば誰でも不快感を感じる。尾行されているかもしれないという不安感だけでも、行動の自由が制約される。その意味で「市民は理由なくしては尾行されない権利をもつ」と言える。⁽¹⁾ただ、公の場所で通常他人にさらしている言動を捜査機関が秘かに監視する場合にも、この権利が侵害されそれが憲法違反となるほど重大だとみるには躊躇を感じる。上記決定も、明確ではないがこれを任意捜査ととらえているようであり、憲法上の権利侵害は伴わないと考えていると読める。

ただ、相手が尾行に気付いた後にことさらに密着尾行を継続した場合、その精神的圧迫感、行動の被拘束性がかなり強まる。かつて、大阪市のいわゆる愛隣地区で日雇労働者多数による集団不法事犯が多発している時期に、これを煽る宣伝をしていた被告人等に対して、「当該尾行状態を明らかに意識させ、その自由意思に影響を与えその自由行動を制約する結果」を招く密着尾行（原審・大阪地判昭五〇・二・二五判時七八一号五五頁）の適否が問題になったことがある。大阪高判昭五一・八・三〇判例時報八五五号一一五頁は、不法事犯発生のおそれあるときには「未然に説得、警告、制止等警職法五条所定の事実行為に出、もって犯罪の予防及び鎮圧に当たる意図」に基づく尾行については、警職法二条があるので、「特別の根拠規定を要しないでこれをなし得る」とし、さらに、警職法二条の職務質問の要件である犯罪を犯そうとしていると疑うに足りる犯罪の嫌疑があるときには、「犯罪がまさに行われようとする場合に警告、制止等をする目的」で「警察官が尾行中、対象者に気付かれて尾

行を拒否された場合、直ちに尾行を中止しなければならぬとすれば、右のような犯罪の予防、鎮圧の行政目的は達成し得ない」ので、かかる状態が続く限り「対象者の意に反しても尾行行為を継続し得る」とする。しかし、本件では尾行露見後に警察官らが被告人らにことさら接近し後ろ一、二メートルから三、四メートルの距離で「密着尾行」をした点につき「実質的な強制手段とはいえないにしても・・・相当な尾行行為であるとまでは到底認め難く、違法である」とした⁽²⁾。

ここでも、密着尾行がプライバシーの権利をある程度侵害することを認めつつも、不相当な任意捜査として違法と評価するのにとどまる。違法な強制処分と同程度の利益侵害はないとする。が、かかる密着尾行が長時間なり連日にわたる等反復されれば、事実上の逮捕と等しく違法な強制処分とみる余地もでてくる。「不安若しくは迷惑を覚えさせるような仕方で他人につきまとつた者」は処罰の対象とされてさえない(軽犯法一条二八号)。

その意味で、尾行は上記密着尾行と同程度の権利侵害に至らない範囲で適法な任意捜査とみるべきであろう⁽³⁾。

二 もつとも、さらに尾行の適否の限界を画さなければならぬ。尾行はやはりプライバシーの領域に踏み込むものであるし、事情により事実上の自由の拘束と等しくなりかねないからだ。他方、あまり窮屈な要件をあらかじめ設定すると、現場での柔軟な措置がとりにくい。そこで、強制処分法定主義に触れない範囲で、プライバシーの権利と捜査の効率性・迅速性を適切に調和させるべきだ。それには、諸事情の総合考量によって常識に反しない穏当な判断を要する。そのための法原理が、比例原則だ⁽⁴⁾。ただ、比例原則は運用によっては事実上強制処分の範囲を拡大する危険をはらむ⁽⁵⁾。それだけに、尾行の目的の正当性、必要性、補充性、緊急性、相当性等についてかなり厳密に吟味し適法性の限界を考えなければならぬ。

まず、尾行の必要性の要件として、犯罪の嫌疑について絞りを要する。尾行の相手は、「異常な挙動その他周

困の事情から判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由のある者又は既に行われた犯罪について、若しくは犯罪が行われようとしていることについて知つてゐると認められる者」、つまり、少なくとも警職法二条一項の職務質問の要件を充足している相手に限るべきである。この程度に至らない不審事由によつて市民の行動を監視するため捜査機関が尾行を行うのは、いきすぎである。

尾行の必要性は、事件によつて多様である。不要なものとは避けるというごく当り前の枠組みで規制するしかない。尾行の緊急性も、実は意味のある基準になりにくい。犯罪の嫌疑があり相手の行動を監視する必要性はあるが、緊急性はないといえる事態はあまり想定できないからだ。結局、その種の事犯の捜査方法として尾行が有効・適切か判断するしかない。手段の相当性に関しては、さしあたりは、上記大阪高裁判決が違法とした密着尾行と同程度の利益侵害を伴う方法を用いることは許されまい。

三　ところで、冒頭で紹介した決定では、被告人らが電車を乗り降りし、しかも「車内を歩き回つたり、座席に座つたり、仮睡者に近づいたり、仮睡者の回りに集まつたりした状況」にあるのに、これを「客観的には日常生活における通常の行動とほとんど区別がつかない」とする。確かに、捜査官の経験に基づく不審事由の認識が、警職法二条一項の求める程度の犯罪の相当の嫌疑まで煮詰まったものかどうかは慎重に吟味すべきだ。が、本件のような常習的なすり事犯に関しては、捜査官の「いうにいわれぬ感どころ」があろう。これは一般人が現場に臨場しても直ちには理解し難い面もある。しかし、いちがいに不合理として排斥もできまい。この点の本件決定の認定はやや割り切りすぎたところがある。

では、本件尾行の必要性はどうか。被告人らの共犯性、共謀の存在を立証するには、すりのための物色行為をともしている状況を証拠とする必要がある。それには尾行が最適である。必要性はある。それに応じ緊急性

も認められよう。ただ、ビデオ撮影を伴っている点が、尾行方法の相当性に影響する。警察官の記憶に基づく証言よりもビデオテープの方がはるかに客観的な資料を提供できる。その意味では、ビデオ撮影は必要不可欠とは言えまいが、なくともよいとも断言できない。また、事の性質上撮影はすべて隠し撮りとなるが、これだけで撮影方法の相当性を失わせるものではない。とすると、ビデオ撮影そのものの法的な正当性を判断しなければならぬ。

(1) 夏目文雄・判評二二七号(一九七八年)一六二頁。

(2) 評釈として、拙稿「警察官の尾行行為の要件」同志社法学一五一号(一九七八年)六六頁、種谷良二「尾行の適法性」別冊判タ二二号(一九九二年)一四七頁。

(3) もっとも、被疑者がこれから行おうとする犯罪のための尾行も「捜査」として許されるか問題になる。が、刑訴法一八九条二項は司法警察職員は「犯罪があると思量するとき」に犯罪捜査を行えんとする。文理上必ずしも犯罪が行われた後に限定する趣旨ではない。実質的にも犯罪発生を見越して証拠収集・犯人検挙の準備をすすめる必要はある。強制捜査は別として任意捜査については、すでに行われた特定の犯罪に限定しななければならない必然性はない。従って、本件のように特定の不審者が仮睡盗を行なうおそれがあるときにも、刑訴法一九七条一項本文の任意捜査として尾行することは許されよう。

(4) 山崎裕人「尾行・張込みの適法性」別冊判タ九号(一九八五年)九三頁、河上和雄編・犯罪捜査(一九九一年)一四三頁以下(河上和雄)、伊藤鉄男「尾行、張込み」捜研四九五号(一九九三年)八五頁、判例研究会・警察時報四七巻〇号(一九九二年)八〇頁。なお、河上和雄「情報収集活動の限界」警論二七巻一〇号(一九七四年)一八七頁参照。

(5) 田宮裕・河上和雄編大コンメンタール警職法(一九九三年)五七頁以下(渡辺修)参照。

三 ビデオ撮影の法的限界

一 かつてパッカー教授は、アメリカ刑事司法を分析するため、「適正手続モデル」と「犯罪抑制モデル」という二つのモデルを設定した。前者は、適正手続の確保、司法的抑制の強調による人権擁護、「法的有罪の法理」の貫徹に力点を置き、後者は文字通り犯罪の抑制、そのための捜査の効率性と必要性、司法部による「事実としての有罪」を重視する。教授は、両者を「障害物競争 (obstacle course)」と「工場の流れ作業 (assembly line)」⁽¹⁾⁽²⁾とに例えた。このように析出された刑事訴訟をめぐる二つの価値観の相克を手がかりとして問題をふりかえってみよう。

ビデオ、写真の利用はごく普通の家庭生活のひとつまになつてゐる。これを犯罪捜査に導入しても、市民感情を強く不安にさせるものはさほどない。むしろ、こうした科学装置は、捜査等警察活動の効率化・迅速化、証拠保全の合理化に役立つ。しかし、警察が市民の日常生活の中で隠し撮りをするとき、そのなにげなさ・容易さのために市民のプライバシーの侵害のおそれという重大な法的問題がばやけてしまう。わが国では、そうした危険をどう取り除くのか十分に吟味しないまま、事実上科学機器を導入し捜査の効率化をはかりつつある。しかも、司法はおおまかに言えばかかる動向に追隨している。

例えば、東京高判昭四一・三・二四高検速報一六〇九号は、警備情報収集のためのデモ行進の写真撮影について、犯罪の発生の予防・公安維持のための手段なので警察法二条一項による適法な職務行為であるとし、「目的の正当性、その行為の必要性及びその行為の相当性」を具備すれば適法とした。この場合、「目的が純粹にその集団行進の犯罪発生の予防、公安維持の手段として警備情報を得ることにあるのならば、たとえその集団を構成

する個人の容貌がたまたま写真中に明らかになることがありとしても、あえて肖像権の侵害とはならない」とする。

さらに、東京高判昭和六三・四・一判時一二七八号一五二頁は、不法事犯の発生のおそれのある東京・浅草の山谷通りに自動ビデオカメラを設置するのは適法とする。「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」。

他方、テレビニュースを録画したビデオの証拠能力について、東京高判昭和五八・七・一三高刑集三六巻二号八六頁は「将来の取材の自由が妨げられ、ひいて報道の自由が侵害される結果を招来するものでない」とし憲法違反は認めない。また、証拠の性質も非供述証拠であって撮影者・編集者を証人として取調べするまでもなく要証事実との関連性の立証があれば足りるとする。⁽³⁾

かくして、不法事犯発生の蓋然性があれば、公道での市民の活動を写真撮影しまたはビデオカメラで地域の監視を行い、多数の市民のプライバシーを広範囲に継続的に侵害する状態が事実上適法とされたといっている。また、報道機関の取材結果も、ビデオの普及によってごく自然に捜査目的に利用される。この状態も放置されることになった。大局的には、科学捜査を利用して判決言渡しに至る刑事手続の流れをスムーズにし事件の処理を迅速に効率的におこなう法政策が徐々に定着している。

反面、プライバシーの権利、報道の自由、被疑者・被告人の防衛上の権利、これらを保障するための「手続的正義」が、刑事事件処理上のマイナス・ファクターとしてしか扱われない事態になっている。パッカー教授が指

摘した刑事司法の「犯罪抑制モデル」化の傾向である。また、こうした状況を、刑事司法の現代型「精密司法」化と評価することもできよう。「精密な捜査にもとづき、丹念に真実の発見に努め、確実なふり分けにもとづく慎重な訴追活動」重視の方向である。⁽⁵⁾

捜査の科学化は、白白中心捜査を是正する面もある。が、「手続的正義」も保障しなければ、結局現代型「精密司法」つまり科学装置を利用した新たな実体的真実発見主義・必罰主義にいたる。これに対してどのような歯止めが必要か。従来、捜査の分野において「障害物」と考えられていたものとして、令状主義、強制処分法定主義、任意捜査の原則などがあった。こうした原則が、科学捜査の実用化を前にしていかなる機能を果たせるのか吟味することが、差し迫った課題である。⁽⁶⁾

二 こうした角度から今一度ビデオ撮影の適法性を吟味したい。それには、これと同性質の写真撮影の適法性を認めた最高裁判例を検討する必要がある。最高裁は、公道でのデモ行進や自動車運転でも憲法一三条により肖像権が保障されることを認めつつ、現に犯罪が行われもしくは行われたのち間がないこと、証拠保全の必要性・緊急性、撮影方法の社会的な相当性を条件として写真撮影を適法とした（最大判昭四四年一月二四日刑集二三卷一二号一六二五頁、最判昭六一年二月一四日刑集四〇卷一号四八頁）。が、疑問が残る。

まず、写真撮影の法的性質が問題になる。判決では写真撮影は任意捜査なのか明文がなくとも許容される強制処分なのか不分明である。むしろ、現行犯には、プライバシーの利益はないと考えることもできる。そうであれば、撮影が任意か強制か論ずるまでもなく適法となる⁽⁷⁾。が、現行犯の逮捕であっても、明文の規定を要するし、逮捕に伴う無令状の搜索・差押・検証も明文規定を設けてはじめて具体的な権限が生じる。身柄拘束後の写真撮影も明文があってはじめてできる（法二二八条）。しかも、写真撮影は、検証と同程度の利益侵害を伴う。とす

ると、現行犯性が当然に被疑者の人権の包括的な放棄の根拠になるとは解せない。犯行現場での写真撮影のみ、明文なくとも行える程度の軽い利益侵害しかないと解するのは無理がある。

では、相手方の意思の現実の制圧を伴わない穏便な撮影や秘密撮影であれば、権利侵害はないと言えるか。⁽⁸⁾が、撮影等がなされていることを知れば、当然に拒んだと推定できる場合には、意思の制圧があるのと等しいと法的には評価するのが妥当であろう。また、科学捜査の適否については、相手が知らない間に相手の言動等の情報を取集することの適否こそ問題とされなければならない。相手の意思の制圧を伴うかどうかという点は、捜査が強制処分かどうか判断するひとつの考慮事由にしかない。⁽⁹⁾

捜査機関による写真撮影は憲法違反と言えるほどの権利侵害を伴うのか。人の記憶は時の流れとともに薄れ、人に伝えるものにも限界がある。が、写真撮影は、被疑者の肖像を正確に記録し再生・保存・伝播の可能性もはるかに高い。⁽¹⁰⁾個人情報管理が誰にどう管理・利用されるのか本人に判らない状態が長く続く。これは、市民にとって耐え難いプライバシー侵害である。

もっとも、公道で行為する限度では、プライバシーを放棄しているのだから、写真撮影をしても強制処分が予定しているほどの権利侵害はないと理解することもできそうである。⁽¹¹⁾しかし、これは、科学機器を捜査で利用することを当然の前提とした上で、市民の権利侵害の範囲を狭く認識するものである。何故なら、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、いったん外にで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萎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、市民が公道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かなりギャップがある。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。

三 　ただ、強制処分でも令状なくできると解釈する余地もある。まず、法一九七条一項但書は刑訴法定時の強制処分を念頭に置くもので写真撮影は予定されていないとしつつ、写真撮影は緊急事態における即時的処分として執行されることが多く事前の令状による規制になじまないので、憲法三一条、三五条により犯罪の嫌疑が認めら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条件として適法とする説がある。⁽¹²⁾ が、疑問である。

第一に、すでに戦前から、検証・実況見分の際の現場等の写真撮影はもとより、⁽¹³⁾ 尾行に伴う被疑者の写真撮影⁽¹⁴⁾ や騒擾罪の犯行状況の撮影⁽¹⁵⁾、現行犯の写真撮影⁽¹⁶⁾ など捜査における個人の肖像の写真撮影はなされていた。したがって、現行刑訴法が無令状の緊急写真撮影を特に定めなかったのは、捜査手段として認知されていなかったからではない。写真撮影が人権侵害を伴うという認識がなく、事実行為として当然にできると考えられていたためではないか。⁽¹⁷⁾ 刑訴法は写真撮影については規律していないと解するのは、人権保障に関する立法史の限界をそのまま認ずるものであって、あまり説得的ではない。法一九七条一項但書にいう強制処分の意味は、人権意識の変化とともに内容も豊かになっていくべきものである。プライバシーの権利を侵害する写真撮影は、やはり同条にいう強制処分である。

第二に、憲法三一条は強制処分の法定という硬い原理を定めたものである。この条文が合理的な規制を条件として強制捜査権を創設していると解することはできない。⁽¹⁸⁾ 憲法三五条も令状主義の例外としているのは逮捕がなされた場合に限定している。これ以外に無令状の強制処分の権限を認めていると解するのは文理上無理がある。

なによりも上記規定自体が緊急処分を明文なく認めるものと解釈するのは、人権保障規定の意義を損なう。

第三に、法一九七条一項は憲法三一条を踏まえて強制処分の法定とその手続の適正を求める規定と解すべきであり、刑法が定める強制処分は規定通りに行なうべきことを注意的に定めた意味なき規定ではない。¹⁹⁾ この説はとれない。

四 ただ、現状では捜査におけるビデオ、写真撮影がごく普通に用いられており、その有用性を捨て去ることはできない。この「事実の重み」に照らすと、なほどうか法解釈の柔軟性が求められる。この点では、現行犯については憲法が令状主義の例外と認めていること、プライバシーの期待はないとはいえないが社会的にみて法的に保護すべき程度はかなり減弱していること、法二八条二項が身柄拘束に伴う写真撮影を認めていること、法二二〇条一項二号、同三項が逮捕に伴う無令状の検証（写真撮影を含む）を認めていること、逮捕に着手するのにかえて写真撮影に代替しているのにとどまりある意味で被疑者に対するより軽微な処分であること等に照らして、現行犯状況があるときに限り、令状なく撮影できるとする説もある。²⁰⁾

これは、犯罪の相当の嫌疑ではなく、犯罪実行の明白性を要件とすること、処分の必要性・緊急性と手段の相当性を厳密に判断することによって憲法違反となるのを免れる趣旨と思われる。が、上記条項は適法な身柄拘束を前提に写真撮影を強制処分として許すものである。逮捕を伴わない撮影は、現行犯の犯罪の明白性を理由とする「緊急検証」を認めることに他ならない。法一九七条一項但書、憲法三一条に照らすと、これを許容する条文がない以上違法と解さざるをえない。²¹⁾

(1) H. PACKER, *THE LIMITATIONS OF THE CRIMINAL SANCTION*, at 149 (1968).

(2) 鈴木茂嗣・刑事訴訟の基本構造(一九七九年)一一九頁。他に、鴨良弼「刑事訴訟と方法論——とくにH・バックナー

- (8) 例えば、河上和雄編・犯罪捜査（一九九二年）一五六頁（河上和雄）は写真撮影は「捜査官が、適法に見ることができ、適法に記憶できるものなら、写真撮影が特に相手に大きな損害を与えるものでない以上、適法」とする。
- (9) 反対に、最判昭和五一・三・一六刑集三〇巻二一八七頁を是認した上で意思の制圧と重要な権利の侵害を強制処分の基準とする説として、井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」刑訴法の争点（新版、一九九一年）四三頁。もつとも同旨の説であっても、写真撮影一般を任意捜査とみる説（白井滋夫・捜研四八七号（一九九二年）一〇頁、同四八四号（一九九二年）六頁）と、少なくとも屋内にいる者を高性能の望遠カメラや赤外線フィルム等を用いて撮影する場合に意思の制圧ないし重大な権利侵害を認める説（井上正仁・前掲論文四五頁、伊藤鉄男「写真撮影（一）」捜研四八六号（一九九二年）七〇頁に分かれる。
- (10) 東京地判平成四・七・二四判時一四五〇号九二頁参照。
- (11) 井上正仁・前掲法教一一四号二二頁、伊藤鉄男・前掲捜検四八六号七〇頁。
- (12) 田宮裕・捜査の構造（一九七一年）二五八頁。田宮裕編著・刑事訴訟法Ⅰ（一九七五年）、同・刑事訴訟法（一九九二年）一一七頁。但し、田宮裕・多田辰也・セミナー刑事手続法（捜査編）（一九九〇年）一九四頁は、捜査上やむをえない事情があり撮影の必要性・緊急性と撮影方法の相当性があれば「プライバシーの侵犯とまでいう必要はない」とする。強制処分性も否定する趣旨とも理解できる。
- (13) 佐々波與佐次郎・日本檢察法論（中）（昭和一七年、一九三二年）二五五頁。例、司法省調査部・実務参考資料被告人中根一郎に対する殺人被告事件訴訟記録（昭和一五年、一九四〇年）参照。
- (14) 南波奎三郎・捜査学大要（昭和九年、一九三四年）二二六頁。
- (15) 南波奎三郎・最新犯罪捜査法（大正八年、一九一九年）二〇頁、樫田忠美・犯罪捜査論（昭和六年、一九三二年）二二九頁。
- (16) 南波奎三郎・最新犯罪捜査法（大正八年、一九一九年）二二頁は「犯罪現行ノ自動的撮影」の技術を応用して

「窃盗カ繰り返サルヘキ事情ヲ予期セラルトキニハ写真ヲ利用シ其犯人ヲ発見スルコトヲ得ヘシ」と説く。

(17) 例えば、櫻田忠美・犯罪捜査論（昭和六年、一九三一年）五三頁、二二九頁は新聞社の写真班が撮影した現場写真を捜査のため提出させて利用すべしとし、報道の自由への配慮などはしていない。

(18) 拙稿「令状主義」庭山英雄・森井暁編・刑事訴訟法一〇〇講（一九八六年）四三頁

(19) 米山耕二「犯罪捜査と写真撮影」判夕別冊七号（一九八〇年）二七三頁は、法一九七条一項但書が強制処分に関する規定の将来的な改廃変更まで認めるものと解し、令状主義の例外として合理的な場合に写真撮影を認める根拠とする。が、明らかに文理に反ししかも強制処分法定主義のもつ人権保障の実質的意義を無視するものであって、およそ賛同できない。

(20) 村井敏邦・判評三六〇号（一九八九年）二二六頁

(21) 三井誠・刑事手続法1（一九九三年）一一六頁

四 まとめ ビデオ撮影を伴う尾行の法的限界

一 本件のような仮睡盗捜査では、現場を押えなければ摘発が困難である。そのためには捜査官の地道で労苦の多い張り込み・尾行等を要する。しかも一瞬の現場を取り押さえるという至難の技術も要する。それだけに、捜査実務家としてはビデオ等の積極的な利用を促進したいところだ。²⁾ また、捜査機関に不審をもたれている者のビデオ撮影くらいは、市民常識としても「かまわない」と受けとめられる面も否定できない。

ビデオ、写真撮影等は明文なくできることを前提としつつ、比例原則によつて、目的の正当性、必要性、緊急性、方法の相当性の有無を個別具体的に判断して適否を定める説が多いのもこれを示す。が、その場合、撮影器機入手の容易さ、捜査の効率性・迅速性、そして犯行の存在という「事実の重み」に照らすと、撮影の正当性と

その必要性を否定するのはかなりむずかしい。やや距離を置いて平穩に撮影する限り、方法の相当性がないと判断されることもあまりあるまい。⁽³⁾ 必要性があれば緊急性もそう厳密には判断されなくなりがちだ。⁽⁴⁾ 比例原則は、事実上捜査機関の裁量権限を規制できない。⁽⁵⁾ 犯罪捜査に求められる「手続的正義」も忘れられがちになる。

だが、五感を通じて記憶された情報と器械で正確に記録する情報とは、再生の容易さ・頻度・鮮明さ・信頼性・正確性の点で格段の違いがある。現代人の常識に照らしても、ビデオ撮影を伴う尾行と単なる尾行とは侵害されるプライバシーの範囲・程度は格段に違う。いずれも監視されるのに伴う「同様の不愉快さ」しかないというの⁽⁶⁾は、捜査の効率性をすでに読み込んで利益侵害を低く評価するもので疑問が残る。

もつとも、本件のように捜査官が警戒中に不審者を発見したとき直ちにビデオ撮影することを現行の検証令状でまかなうのも難しい。すでに行われた犯罪の存在と被疑者の特定、撮影の日時等の特定を必要とするからである。と言って、かかるビデオ、写真撮影について、捜査機関の事実上の裁量に委ねる運用が好ましいものでもない。むしろ実務家でも、地域監視カメラの利用をいくらか絞るため、当初から器物損壊や軽犯罪法違反等のいわば軽微な犯罪の取締の目的で設置するのは違法だと指摘する者もいる。⁽⁷⁾ が、これも、現に犯行現場が撮影されている場面が証拠として利用される段階では、有罪の明白性、取締・処罰の必要性、捜査の効率性等と相対的に評価される結果、おそらく証拠排除を要する重大な違法とは扱われまい。

やはり、憲法三一条、三五条の原則に従えば、ビデオ、カメラにより個人の肖像を撮影するには、これを認知する立法を先行させなければならない。しかも、憲法三五条に照らし事前の司法審査・令状発付手続を要しよう。ただ、犯罪の嫌疑については、職務質問を行える程度の過去のまたは将来の犯罪に関する嫌疑または犯罪に関する知識があると疑える合理的な事情の存在でも足りよう。また、現行犯状況については、逮捕に関しても憲法が令

主義の例外としていることに照らして無令状の緊急処分として行なうことを認めてもよからう。が、いずれの場合も、起訴・不起訴決定時までに相手方に通知する手続とフィルムの再生や還付請求等その適法性を争う機会を保障する手続等を併せて定める必要がある。

本件は、尾行する程度の嫌疑はあったが、ビデオ録画については違法と判断せざるをえない。捜査の必要性からはかなり窮屈な解釈だが、手続的正義の実現、市民の自由、被疑者の人権の保障には、立法化も含めた手間・暇がかかる。憲法の基本原理が求めるのは、このことではないか。⁽⁸⁾

(1) 例えば、広島高判昭和五七・五・二五(昭和五七年(ウ)第三五号)は、警察官が仮睡者を装うおとり捜査の一種によって仮睡盗を検挙した事例である。他に、杉本一重・前掲書三一五頁以下参照。

(2) 北村滋「写真撮影、ビデオ撮影」講座・日本の警察二卷(刑事警察)(一九九三年)一九二頁

(3) 石川弘「防犯カメラ」現代刑罰法大系I(一九八三年)二二一頁

(4) 河上和雄「強制捜査の新展開」現代刑罰法大系I(一九八三年)一九四頁

(5) この点で、過激派の内ゲバ事件後に犯人らの内偵のため容疑者宅に出入りする者の写真撮影をしたことを適法とした東京地判平成元・三・一五判時一三一〇号一五八頁、内ゲバ事件後病院で手当を受けている被疑者らについて凶器準備集合罪の犯人として写真撮影したのを適法とする京都地判平成二・一〇・三判時一三七五号一四三頁については、検証令状を得られないほどの時間が切迫していたのかももう少し慎重に判断すべきではなかったのか。

(6) 小島吉晴・研修五二二号(一九九一年)六二頁

(7) 角田正紀・研修四八三三号(一九八八年)六六頁。

(8) その意味で、大阪地判平成六・四・二七・平成二年(ワ)第五〇三一号が、大阪あいりん地区に設置された一五台の監視カメラのうち、労働運動の拠点となっている会館を監視するカメラについて撤去を命じた点では評価できる。