

# 任意捜査における第三者侵害

大久保 隆 志

- 第1 はじめに
- 第2 強制捜査における第三者利益の侵害
  - 1 逮捕の場合
  - 2 搜索・差押えの場合
  - 3 小括
- 第3 行政警察活動における第三者利益の侵害
  - 1 集団の移動阻止
  - 2 交通検問
  - 3 小括
- 第4 任意捜査における第三者利益の侵害
  - 1 写真撮影
  - 2 参考人取調べ
  - 3 その他の捜査—いわゆる封鎖捜査
  - 4 小括
- 第5 第三者利益の侵害についての再検討
  - 1 捜査協力義務の法的根拠
    - (1) 憲法との関連
    - (2) 刑訴法の関連規定
  - 2 捜査協力義務の実質的内容
    - (1) 捜査協力に伴う第三者侵害の類型
    - (2) 捜査協力義務の実質的内容と限界
  - 3 捜査協力義務の効果と承諾ないし同意
    - (1) 捜査協力義務の効果
    - (2) 捜査協力義務と侵害に対する承諾ないし同意の関係
  - 4 小括
- 第6 おわりに

## 第1 はじめに

任意捜査の限界として議論されているのは、多くの場合、捜査対象者（ないし捜査の相手方）の権利・利益の侵害がどの程度許容されるかという観点である<sup>(1)</sup>。判例上、「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」と述べられているのも、強制手段に当たらない有形力行使であっても「何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがある」からであって<sup>(2)</sup>、そこで比較衡量されるべき被侵害利益は、専ら捜査対象者の利益が想定されていると言って良い<sup>(3)</sup>。

そこで、例えば、写真撮影について、捜査対象者を撮影する際に、それ以外の第三者が同時に撮影されることによって第三者の利益が侵害される場合には、「犯人の身辺又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っても」違法ではない旨が別途述べられることになる<sup>(4)</sup>。

このように、任意捜査の限界として、通常検討される被侵害利益とは別に、第三者の権利・利益が侵害される場合には、本来、当該捜査と直接関係のな

---

(1) 川出敏裕「任意捜査の限界」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集下巻（2006年）32頁（「相手方」とされる〔「対象者」ともされるが、単に「相手方」の言い換えのように思われる。〕）、酒巻匡「刑事手続における任意手段の規律について」法学論叢162巻1～6号（2008年）95頁（「対象者」とされる。）、同「捜査における法的規律の構造（2）」法学教室284号（2004年）67頁、同『刑事訴訟法』（2015年）35頁、松尾浩也『刑事訴訟法（上）〔新版〕』（1999年）36頁など。

(2) 最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁。

(3) 大澤裕「判批」『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』（2011年）5頁、小木曾綾「判批」長沼範良ほか編『警察基本判例・実務200』別冊判タ26号（2000年）73頁、井上正仁「判批」『刑事訴訟法判例百選〔第7版〕』（1998年）5頁、松尾浩也「判批」『刑事訴訟法判例百選〔第6版〕』（1992年）7頁など。

(4) 最大判昭44・12・24刑集23巻12号1625頁。

い者の利益が、いきなり侵害されるのであるから、そもそもそのような侵害が許されるのか、仮に許されるとすれば、何故許されるのか、またその限界はどのように考えるべきか、さらには、捜査対象者に対する権利・利益の侵害の限界とは異なっているのか、またそもそも異なるべきものなのか、仮に異なるべきだとすれば、何故どのように異なるのかなど、なお十分に解明されていない事項も少なくないように思われる。

そして、この問題は、仮に第三者侵害が肯定された場合には、当該犯罪とは直接関わり合いのない第三者が、それにもかかわらず当該捜査によって一定程度の侵害を受け、負担を担うことを積極的に容認しようとするものであるから、結局のところ、市民社会において市民が犯罪捜査に協力し、これに伴う負担を分担する体制をどのように構築するかという問題であり、ひいては共生社会における犯罪捜査の在り方という大きな課題に繋がるものである。それゆえ、本稿に通底する問題意識は、捜査における市民の役割の在り方であるが、本稿においてその全容を検討することはできないので、その方向を目指すための序論として、当面、この問題が最も顕在化し易いと思われる任意捜査における第三者侵害について検討しようとするものである。

そこで、本稿においては、第1に、任意捜査について検討する前提として、まず強制捜査における第三者利益の侵害の検討から始め、引き続き、行政警察活動の場合<sup>(5)</sup>、任意捜査の場合をそれぞれ検討した上で、それらに共通する傾向を確認し、第2に、それらを総括する形で、そもそも何故第三者の利益の侵害が許容され得るのかという可否の問題を検討し、その理論的根拠を明らかにした上で、第3に、第三者利益侵害の限界を検討し、それが捜査対象者に対する利益侵害の範囲よりも相当程度狭いことを明らかにするとともに、何故そのように限定されるのか、その理論的根拠を明らかにしたいと考えている。

そこで、まず、強制捜査からみることにしよう。

## 第2 強制捜査における第三者利益の侵害

### 1 逮捕の場合

例えば、犯人を逮捕しようとする際に、その周辺にいる第三者が当該逮捕を妨害するような場合であれば、逮捕の派生的効力として、その妨害を排除することができる<sup>(6)</sup>。令状による逮捕であれば、令状の付随的効力とみることもできるが、令状による逮捕以外（例えば、現行犯逮捕）の場合であれば、逮捕権限それ自体の派生的効力とみることになるのであろう。

しかし、第三者が積極的に対象者の逮捕を妨害するわけではなく、ただその場に存在することによって、結果として逮捕の邪魔になるような場合はどうであろうか。結果的にせよ、妨害ないし阻害の結果を生じている以上、や

---

(5) 行政警察活動と司法警察活動とを峻別する立場もあるが、ここでは、法的性質の違いは認めつつも、警職法8条の趣旨を踏まえ、捜査のための職務質問もできるという立場を前提として検討することとする。この点につき、田宮裕ほか編『大コンメンタール警察官職務執行法』（1993年）69頁〔渡辺修〕参照。さらに、大久保隆志『刑事訴訟法』（2014年）40頁参照。なお、実務の観点から堀籠幸男「任意同行と逮捕の始期」判タ296号（1973年）64頁、朝岡智幸「判批」判タ339号（1976年）129頁、貴志浩平「司法警察・行政警察区分論に関する一考察」警察学論集52巻1号（1999年）66頁、さらに古くは、新井裕「司法警察と行政警察に関する試論」警察研究17巻4号（1946年）2頁以下、芦田一良「行政警察と司法警察に関する考察（一）—警察概念の検討—」警察研究18巻7＝8号（1947年）35頁以下参照。

(6) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（1996年）76頁、山口守一『刑事訴訟法〔第6版〕』（2012年）72頁、上口裕『刑事訴訟法〔第4版〕』（2015年）97頁、酒巻匡『刑事訴訟法』（2015年）57頁、白取祐司『刑事訴訟法〔第8版〕』（2015年）171頁、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第4版〕』（2009年）382頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕』第4巻（2012年）277頁〔渡辺咲子〕、伊藤栄樹ほか編『注釈刑事訴訟法〔新版〕』第3巻（1996年）93頁〔東條伸一郎〕など。さらに、大久保隆志・前掲注（5）101頁。なお、武器使用に関する警職法7条参照。

はりこれを排除する効力を認めない限り、逮捕の実効性を確保できないことになりかねないから、その限度では妨害排除効を認め得るであろう。しかし、この場合、第三者には妨害の意図が全くないのであるから、第三者にしてみれば、単なる被害者に過ぎないとも言える。それにも関わらず、何故逮捕者による有形力行使を受忍しなければならないのであろうか。

この点につき、逮捕の本質を、捜査官对被疑者関係という一対一の「線的」なものとしてではなく、一時的にせよ一定範囲の者に「面的」に有形力を及ぼすことを当然に予定しているとの見解<sup>(7)</sup>が主張されており、この見解によれば、第三者に対する有形力行使も、逮捕の効力として説明できるとされる。しかしながら、例えば、令状による逮捕の場合に、逮捕状の名宛人が第三者でない以上、逮捕の効力から直接に第三者に効力を及ぼすことは困難であるように思われる<sup>(8)</sup>。せいぜい、付随的(ないし派生的)効力が限度ではなからうか<sup>(9)</sup>。

この点、次のような裁判例が参考になろう。すなわち、「第三者によつて被

(7) 種谷良二「逮捕に伴う第三者に対する有形力の行使」河上和雄ほか編『警察実務判例解説(任意同行・逮捕篇)』別冊判タ11号(1990年)65頁。この立場では、被疑者に対する有形力行使の限界も、第三者に対するその限界も、同一の基準によるべきであるとされる(木藤繁夫「逮捕の際の犯人以外の第三者に対する有形力の行使」警察学論集36巻1号(1983年)172頁)。さらに、西村浩司「判批」佐々木史朗ほか編『警察関係基本判例解説100』別冊判タ9号(1985年)154頁参照(明確ではないが同旨と思われる。)

(8) 逮捕状の発付も裁判(命令)であるところ、裁判の人的(主観的)効力は、一般的には当事者間のみに限られると言われる(田宮裕・前掲注(6)441頁)。

(9) 森下元雄「逮捕に伴う第三者に対する有形力の行使」長沼範良ほか編・前掲注(3)257頁によれば、第三者に対する効力も被疑者に対する効力と同じ法的根拠に基づくから、付随的処分も同じく強制捜査として許されると整理されている。同旨と思われるものとして、宇津呂英雄「判批」研修387号(1980年)83頁。確かに、最終的な法的根拠は同じであっても、付随的効力はいくまで付随的であって、令状の執行力それ自体とは区別すべきではあるまいか。

疑者に対する逮捕状の執行が妨害されるおそれがあり、とくに、逮捕状の執行に従事する捜査官の生命・身体に危害が加えられるおそれがあつて、右の捜査官において右のおそれがあると判断するについて相当な理由がある場合には、緊急やむを得ない措置として、逮捕状の執行に必要なかつ最少の限度において、相当と認める方法により一時的に右の第三者の自由を制限することができる」とし、その理由として、「刑事訴訟法が逮捕状の執行という強制措置を認めている以上、これに対する妨害の予防ないし排除のために、右の程度の緊急措置は刑事訴訟法ないし警察官等の職務執行に関する法によつて当然に予定し、是認されているものと解すべきであり、このように解する以上、かかる強制手段の対象から第三者を除外すべきいわれはないからである。」と述べる<sup>(10)</sup>。この判決も、付随的効力としての妨害排除効を認めたものと思われる。

そのほか、デモ隊の指揮者を道路交通法違反の現行犯人として逮捕しようとした際に行われた、旗持ち隊に対する逆L字型分離規制について、「もし、右現行犯人逮捕に際して、旗持ち隊との間に無用の混乱が、更には、客観的に多少の旗持ち隊による妨害行為も予想されるならば」、旗持ち隊とデモ本隊とを遮断する際、「旗持ち隊に対し身体的接触などで或る程度の有形力が加わるとしてもやむを得ないものとして許容されるのであつて、この程度の措置が・・・当時の警備態勢にかんがみ、また、警察責任の原則、同比例の原則に照らして、本件旗持ち隊に対して許容される『必要最少限度』の有形力の行使として相当の適法行為であつたというべきである」としたが、本件事案については程度を越えたものとして違法とした裁判例<sup>(11)</sup>がある。しかし、「やむを得ない」というだけであつて、理論的根拠は明らかとは言えない。これ

(10) 東京高判昭53・5・31 刑裁月報10巻4～5号883頁。なお、上告審において、逮捕に関する「原判決の判断は、正当である」とされている（最決昭55・4・15 裁判集刑事217号421頁）。

(11) 広島高岡山支判昭57・3・24 判タ468号154頁。

に対し、この判決の原審<sup>(12)</sup>は、「現行犯人の逮捕のために、犯人以外の者に対し有形力を行使できることを根拠づける規定はなく、原則としてこれらの者に対する有形力の行使は許されないと解すべきであり」とした上で、例外的な場合として、「その前後の具体的事情から客観的に判断して、犯人逮捕を妨害する蓋然性を相当高度に有する多数の者の中に犯人が入り混つているとか、爆発物を所持し、それを使用するなど極めて危険な手段によつて犯人逮捕を妨害するおそれの大きい者と常に行動を共にしているなど特段の事情がある場合に、いわゆる比例の原則を考慮しつつ、必要最小限度の有形力を行使してこれら他の者を事前に排除し得ることが、現行犯人逮捕ないし通常逮捕を認める刑訴法において、当然に予定されているものと解する余地がないではない」としているが、このような事情があれば、むしろ共犯者として評価することさえ可能であるようにも思われるのであって<sup>(13)</sup>、そうであれば、第三者に対する規制としては、やや厳格に過ぎるように思われる。

いずれにせよ、逮捕に伴う第三者利益の侵害については、逮捕の付随的効力としての妨害排除効として許容されることはあるとしても、それを超えて認められることはないように思われる。とはいえ、その限度においては、第三者侵害を認めていることに留意しておこう。

## 2 搜索・差押えの場合

特定の場所に対する搜索差押許可状によって、当該場所を搜索する際に、偶々その場にいる第三者がこれを妨害し、差し押さえるべき物を隠匿・破壊しようとした場合に、これを防止し、適切に対象物を差し押さえるため、当

---

(12) 岡山地判昭54・10・19判タ410号155頁。

(13) なお、第三者の妨害を、公務執行妨害罪に当たることを介して、その現行犯人逮捕により実効性を確保し得るとの議論について、「全く別の事を持ち出す」ものとの批判がある（宇津呂英雄「判批」研修387号（1980年）83頁）。

該第三者に対して有形力を行使し、押さえ付けたりすることができるであろうか。

そもそも搜索差押許可状の執行は、強制力を用いて対象物の占有を移転するものであるから、その執行については、「必要な処分」（刑訴法 222 条 1 項、111 条 1 項）を行うことができる。もとより、必要があればどのような処分をもなし得るわけではなく、執行の目的を達成するため必要であり、かつ社会的にも相当と認められる処分に限られる<sup>(14)</sup>。刑訴法 111 条の趣旨は、法定された強制処分の性質から論理的・合理的に導かれる事柄を確信的に規定したものとされており<sup>(15)</sup>、そうだとすれば、強制処分の実現を妨害するような事態が生じた場合には、これを排除し本来の強制処分を実現するために、必要な最小限度の実力を行使することが許されるのであるから、その妨害者が第三者である場合にも、排除が必要な限り、当然に当該第三者に対しても行使し得るものと解されよう<sup>(16)</sup>。

以上のような理解は、当該令状の効力が第三者に対しても及ぶことを前提

---

(14) 松尾浩也監修・前掲注（6）225 頁、小野清一郎ほか『刑事訴訟法（上）〔新版〕』（ポケット註釈全書）（1986 年）263 頁、田宮裕『注釈刑事訴訟法』（1980 年）133 頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第 2 版〕』第 2 巻（2010 年）398 頁〔渡辺咲子〕など。

(15) 酒巻匡「押収・搜索とそれに伴う処分」刑法雑誌 36 巻 3 号（1997 年）88 頁、酒巻匡・前掲注（6）115 頁（その意味で、「令状の効力」と説明することもできるとされる。）、大野正博「搜索・差押えに伴う「必要な処分」の意義」朝日法学論集 33 号（2006 年）21 頁など。

(16) 酒巻匡・前掲注（6）116 頁参照。さらに、川出敏裕「演習刑事訴訟法」法学教室 382 号（2012 年）132 頁参照（刑訴法により一定の強制処分が認められている以上、「目的を達成するために必要不可欠な最小限度の強制力」の行使も許容されているから、「搜索に対する妨害行為の排除」が認められるとする。）。もっとも、例えば、搜索対象物を被疑者が第三者である隣家の庭に投げ込んだ場合にその庭を搜索する場合のように、本来の令状によって侵害される法益とは別の新たな別個独立の法益が侵害されるような場合には、当該令状の付随的効力を超えているから、別途令状審査が必要であると言われる（大野正博・前掲注（15）22 頁）。



としているように思われる。しかし、第三者に令状の効力が及ぶのはなぜであろうか。もとより、被疑者以外の第三者が管理する場所に「押収すべき物の存在を認めるに足る状況がある場合」(刑訴法102条2項)であれば、当該第三者に対して効力が及ぶのは当然であろう。しかし、搜索すべき場所が被疑者方のみであった場合にも、第三者の妨害を想定して、その排除についても事前審査の対象とされていたのであろうか。仮にそうだとすれば、いわゆる不特定多数人による妨害もあり得るのであるから、令状の効力は、妨害という事態が生じることを条件とするとはいえ、不特定多数の第三者に及ぶことになりかねない。

しかしながら、そのような広範な事前審査がなされていると解するのは、余りに包括な審査を認めることになるのではあるまいか。しかも、妨害の態様については限定がないから、排除行為の限界は、結局のところ、令状執行者たる捜査機関の判断に委ねられているのである。そうすると、事前規制としては法令の範囲(刑訴法111条1項参照)というに等しく、この点に関する限り、令状審査における個別許可の意味は殆どないようにも思われる。また、裁判の効力が当事者以外には及ばないという原則<sup>(17)</sup>との関係でも疑問がないわけではない<sup>(18)</sup>。この点、現行刑訴法においては、旧刑訴法と異なり、捜査機関において自ら捜査権限を有していると解されており<sup>(19)</sup>、司法審査は捜査機関の権限行使の可否を事前に規制するにとどまる。したがって、強制捜査においても、捜査機関自らが有する権限を行使するのであるから、令状の発付は、捜査機関に対する権限付与ではなく、捜査機関が本来有する権限の発動を許可する手続に過ぎないものと考えられる<sup>(20)</sup>。そうだとすれば、第三者に対する妨害排除効も、令状の発付行為によって予め捜査機関に付与されたものではなく、令状によって制約されたとはいえ捜査機関自らが有する

---

(17) 田宮裕・前掲注(6)441頁。搜索差押許可状の発付も裁判(命令)であるが、この場合の当事者は、主として不服申立ができる者であろう。

権限に基づいて発生する効力と考えることができるのではあるまいか。それは、令状の執行という外観をとりながら、実質的には令状の枠組みによって外延を制約された捜査権限の発現であって、その際の第三者効は、本来、捜査機関が有する強制捜査権の実現に伴い、その実現を阻害する事態を排除する効力と解することができる。

このようにみれば、搜索差押許可状の執行に伴う第三者効は、外見上、搜索差押えを許可する裁判（命令）の執行力に依拠する妨害排除効に基づく

- 
- (18) この点に関連し、場所に対する搜索令状によってその場に居合わせた者に対して搜索できるかという問題につき、元々その場にあって物を身体に隠したような場合には、物に対する追求ができる限度においてその者の身体を搜索できるとされていることも参考となる（新関雅夫ほか『増補令状基本問題下』（1997年）232頁〔島田仁郎〕。理論構成として「必要な処分」とする見解として、三井誠『刑事手続法（1）〔新版』（1997年）47頁、川出敏裕「判批」『刑事訴訟法判例百選〔第7版』（1998年）49頁など。なお、判例（最決平6・9・8刑集48巻6号263頁）の理論構成は明確ではないが、その場で携帯しているバッグ等は搜索場所に含ませることができるとしたものと言われている（河村博「判批」『刑事訴訟法判例百選〔第8版』（2005年）49頁、宇藤崇「判批」『刑事訴訟法判例百選〔第9版』（2011年）47頁。さらに、最高裁判所判例解説刑事篇平成6年度115頁〔小川正持〕参照）。
- (19) 旧刑訴法においては、強制捜査の権限は予審判事に属していたところ、現行刑訴法の制定に伴って、その権限の多くは、裁判官の令状審査に服するとはいえ、検察官に委譲されたものと理解されている。この点につき、田宮裕『刑事手続とその運用』（1990年）4頁、294頁、同『変革の中の刑事法』（2000年）125頁、松尾浩也『刑事訴訟法講演集』（2004年）274頁、松尾浩也・前掲注（1）134頁など。さらに、田宮裕『日本の刑事訴追』（1998年）36頁、井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版』（2014年）27頁参照。
- (20) 例えば、逮捕状についても、実務上は「許可状」と解されている（池田修ほか『刑事訴訟法講義〔第5版』（2014年）128頁）。もっとも、憲法上の令状主義からは「命令状」であることが予定されており（平野龍一『刑事訴訟法』（1958年）84頁）、弾劾的捜査観からは理論上「命令状」と解さざるを得ないと言われている（田宮裕・前掲注（6）82頁）。なお、裁判官が有する強制処分権を個別的に捜査官に付与するとの見解もある（光藤景皎『刑事訴訟法I』（2007年）56頁）。

ように見えるが、その実体は、あくまで捜査機関による捜査権の行使に伴う付随的効力である。したがって、執行を許可する裁判(命令)それ自体の効力ではなく、捜査機関が本来有する強制捜査権の効力と考えることができよう。

### 3 小括

以上のように、搜索差押えのような強制処分にに基づく第三者効は、裁判(命令)の執行力に基づくものというより、裁判によって行使することが許可された強制捜査権の実現に伴って付随的に生じる妨害排除効に基づくものであって、捜査機関自身の有する権限とみることができる。裁判所の許可は、適正捜査の観点から、不当な権利侵害を防止するため、捜査機関が有する捜査権に制約を課したものであるから、本来の強制捜査権が捜査機関にあることを前提として、その権限発動を許諾するものである。そうでなければ、捜査機関は、本来的には捜査権限を有していないことになり、明らかに刑訴法の建前に反することになりかねない<sup>(21)</sup>。したがって、令状執行に伴う妨害排除効の実質は、捜査機関の強制捜査権の実効性を担保する付随的効力であって、あくまで捜査機関自身が本来有する固有の権限の発現と解することができる。

このように考えれば、第三者効は、要するに捜査権の自己実現の付随的効力であるから、強制捜査には、強制捜査に相応しい第三者効があり、他方、任意捜査には、任意捜査に相応しい第三者効があると考えることができる。

---

(21) 刑訴法218条1項も、搜索・差押え等の主体は「検察官、検察事務官又は司法警察職員」であり、これらの者が裁判官の発する令状に基づいて「差押え、…搜索…をすることができる」と規定する。仮に、全く権限のない捜査機関が、個別の令状によって権限を付与されたと解したとしても(光藤景皎・前掲注(20)56頁)、付与された捜査機関が権限の主体であることに変わりはない。

そこで、問題は、その限界をどうするかに移行することになるが、その前に、行政警察活動についても第三者効が問題となることがあるので、この点について検討しておこう。

### 第3 行政警察活動における第三者利益の侵害

#### 1 集団の移動阻止

いわゆる職務質問を行うに際し、質問を継続するために停止を求めて肩に手を掛けるなどの有形力を行使することは、一般に適法と認められている<sup>(22)</sup>。質問の相手方は、未だ被疑者としての嫌疑は不十分であるものの、少なくとも、何らかの犯罪を犯し又は犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由がある場合であるから（警職法2条1項）、質問を受ける程度の負担は、社会において共同生活を営む市民として、ある程度やむを得ないとも言えるし、その実効性を担保するために、必要最小限度の有形力による制止を受けることも、実質的には質問に付随する制約として許容されて良いであろう。警職法は、その2条1項において、「停止させ」と規定しており、一定程度の有形力行使を当然に前提としていると考えられるからである<sup>(23)</sup>。

ところで、集団の中に質問の相手方が紛れ込んだ場合には、その中から相手方を見付け出すため、集団全体に停止を求めることも必要となるが、そう

---

(22) 最決昭29・7・15刑集8巻7号1137頁。さらに、東京高判昭49・9・30刑裁月報6巻9号960頁、東京高判昭52・10・31刑裁月報9巻9＝10号675頁など。なお、最決平1・9・26判時1357号147頁参照。

(23) 同条項の解釈として、強制手段に当たらない限り、比例原則に従い、有形力行使が認められることが前提となっていると理解するのが、「理論的にも実質的にも適切と解される」（酒巻匡「刑事手続法の諸問題第3回・行政警察活動と捜査（1）」法学教室285号（2004年）50頁）と言われている。さらに、同・前掲注（6）40頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法』（2012年）52頁参照。

すると、当然ながら、全く疑いのない者も含めて停止を求めざるを得ないことになる。集団に属しているという意味では、全く無関係とまでは言えないようにも見えるが、質問しようとする相手方が、偶々無関係の集団に紛れ込むことも考えられる。そのような場合でも、当該集団の構成員は、集団構成員であるというだけで、停止することによる自由制限を受忍する義務があるのであろうか。

この点に関し、百数十名の集団が某大使館に抗議に押し掛けた際、警備に当たっていた10数名の警察官と揉み合いになり、警察官の1人が集団の先頭部にいた男に顔面を2回殴打され負傷したが、犯人をその場で現行犯逮捕することができず、犯人がその集団に紛れ込んだため、居合わせた機動隊員40数名の応援を得て、立ち去りかけた当該集団に「待ってくれ」と声をかけて停止を求め、集団の先頭部分に回り込むとともに、集団の列に沿って車道上に並ぶなどしたが、その際、先頭部にいた者に多少の身体接触があったにとどまり、停止時間は6、7分程度であったという事案について、次のように判示した判例<sup>(24)</sup>がある。すなわち、「犯罪にかかわりのない多数の第三者の自由をも制約することとなるのであるから、かかる停止が警察官の職務執行として軽々に許されるべきものでないことはいうまでもない」とした上で、①「犯罪が発生してから間がなく、右集団の動き等からみて犯人がいまだ右集団の中にいる蓋然性が高いと認められ、かつ、被害者のB巡査が犯行を現認して犯人の人相特徴を明確に記憶していたのであるから、同巡査において右集団の者を見分すれば、その集団の中から犯人を発見して検挙できる可能性がきわめて高い状況にあつたと認められること」、②「集団が移動するままの状態において同巡査が犯人を発見することは、集団の規模、状況等に照らして困

---

(24) 最決昭59・2・13刑集38巻3号295頁。なお、本決定については、不審者・被疑者に対する有形力行使を認める以上、第三者に対しても同様に認めないと「意味がなくなる」ということも慎重に考慮した上で第三者規制を認めたものと言われている(高伸一「判批」昭和59年度重要判例解説ジュリスト838号(1985年)191頁)。

難な状態であり、しかも、右集団は抗議行動を終えて漸次四散する直前の状況にあつたから、犯人検挙の目的を実現するためには、直ちに右集団の移動を停止させてその四散を防止する緊急の必要があり、そのためには、前記のごとき停止の方法をとる以外に有効適切な方法がなかつたと認められること」、③「警察官の身体や楯が集団の先頭部分にいた者の身体に接触する程度のことがあつたが、それ以上の実力行使はなされておらず、あらかじめ停止を求める発言があつたこと」などから、右行為は「集団の者に対し停止を求めるための説得の手段の域にとどまるものと認めることができないわけではなく、また、停止させられた時間もせいぜい6、7分の短時間にすぎなかつたのであるから、本件警察官の措置によつて右集団の者が受けた不利益の内容程度もさして大きいものといえないこと」、④「E 巡査部長が被告人に対し停止を求めて肩に手をかけた行為も、前記集団に対する停止措置の一環としてとられたものであつて、その有形力行使の程度も説得の手段の域にとどまること」などから、本件停止措置は適法であるとした<sup>(25)</sup>。

この場合、当該犯罪行為は、当該集団の一員として犯されたものとはいえ、全く偶発的な個別の単独行為であるから、当該集団の（又は、当該集団に何らかの責に帰すべき事情のある）行為とは言えない。したがって、犯人が、犯行後、たとえその集団内に紛れ込んだとはいえ、当該集団の他の構成員に責任があるとは言えない。その意味で、犯人以外の集団構成員は、当該犯罪行為とは全く関係のない第三者であつて、偶々犯人が紛れ込んでいた集団の一員であつたというに過ぎないのであるから、警察官から制止されるいわれはない。そうだとすれば、そもそも捜査に協力する義務はなく、集団に対する制止は、違法な制止行為であるとも考えられる。

しかしながら、本件の場合には、もともと当該集団の構成員として行動中に本件犯行に至つたのであるから、集団としての仲間意識はあつたと考えられるし、当該集団の構成員が、敢えて当該容疑者をかくまつて発見を困難にしたという側面がないわけではない。その意味において、当該集団が本件容

疑者発見という警察活動を妨害したと評価することも全く不可能というわけでもない。仮にこのように考えれば、停止を求めることは、一種の「妨害排除」と構成する余地もあり得るような事案であった。

そうすると、仮に、当該犯罪とは全く無関係の集団の中に紛れ込んだ場合には、事案を異にするとして、別異の帰結に至るとも考えられる。しかしながら、本件においても、当該集団が積極的に犯人発見を妨害するような行為に出たわけではなく、通常の集団として行動していただけであって、それ以上に妨害行為を行ったという形跡が認定されているわけではない。そうすると、本件においても、少なくとも妨害排除としての機能が重視されているわけではなく、仮にそのような機能があったとしても、かなり軽微なものに過ぎないと評価されるべきように思われる。そこで、この点を除いてみても、なお集団構成員であるというだけで、一定程度の自由の制約を甘受すべきも

---

(25) なお、この判例は、「捜査活動として許容される限度を超えた行為とまではいうことができず」と述べており、明確な根拠規定を示していないが、現行犯逮捕の場合における第三者に対する有形力行使の適法性に関する判例であるとの評価もなされているが(則定衛「判批」研修429号(1984年)41頁、岡部泰昌「判批」判例評論311号〔判時1133号〕(1985年)51頁〔213頁〕など)、所在不明の犯人を探す行為をもって直ちに逮捕行為の着手に当たるとは言えないと思われる上、いわゆる警備事件の流れの中において偶々傷害事件が発生したという事案であるから、行政警察活動と評価した原審(東京高判昭55・5・22刑裁月報12巻4=5号371頁。この判決に対する懐疑的批判として、鈴木義男「判批」研修396号(1981年)62頁、好意的な評価として、宇津呂英雄「判批」警察学論集36巻9号(1981年)156頁、加藤経将「判批」長沼範良ほか編・前掲注(3)54頁。)も十分に理解できる(なお、三井誠編『判例教材刑事訴訟法〔第5版〕』(2015年)12頁においても、捜査の端緒に関する判例に分類されている)。そこで本稿では、当面、行政警察活動の例として検討することとした(なお、併有説につき、大久保隆志・前掲注(5)40頁参照)。これに対し、任意捜査として第三者に対する有形力行使を認めたものと評価する立場として、最高裁判所判例解説刑事篇昭和55年度59頁〔渡邊忠嗣〕、福井厚「判批」法学教室45号(1984年)105頁、小風明「集団の停止」河上和雄ほか編『警察実務判例解説(任意同行・逮捕篇)』別冊判タ11号(1990年)11頁など。

のか否かが問われなければならない。

この点、確かに各個人としては、単に集団の一員として集団を形成していたというにとどまるとしても、少なくとも集団としての一体性を維持することには関与していたのであるから、当該集団が犯人を隠匿する結果となった以上、警察活動を実効的に実施するためには、何としてもその隠匿を解消する必要がある、また、その隠匿を解消するために、すなわち犯人を発見するために、集団及び集団構成員に対して、必要最低限度の負担を課することは、当該警察活動の必要性を肯定する限り、やむを得ない措置と考えることもできる。問題は、その必要性を肯定し得る根拠は何かという点である。この点については、改めて検討するが、ここでは、警察活動が合目的的で動態的な活動であるから、その意味で、合理的な必要性があれば肯定可能であることを指摘するにとどめておきたい。

このような意味での必要性が認められる限り、当該集団及び集団構成員は、必要最小限度の負担を強いられることになるが、その負担は、単に一般的に共同体としての社会を構成する一員として、平穏な社会秩序を維持し回復するという抽象的な理由に基づく負担ではなく、当該集団を構成する一員として集団を維持することに伴う制約であって、その限りにおいて、最少限度の負担を甘受することがあり得て良いのではないかということである。この意味において、特定集団を構成する限り、多少なりとも警察活動に対する協力義務のようなものを肯定する余地はあり得るように思われる。

しかしながら、このような積極的に集団を形成し、集団に参加したとは言えない、単なる烏合の衆である場合には、どうであろうか。そのような場合には、少なくとも集団を形成したという意味での責任さえないのであるから、単にその場にいたことによる負担を検討せざるを得ないように思われる。果たして、一般国民にそのような負担を強いることができるのであろうか。

そこで、この点に関連するものとして、いわゆる一斉検問についてみておきたい。



## 2 交通検問

捜査活動ではないが、いわゆる交通検問（一斉検問）についても、単に自動車を運転して通行中の運転者に対し、道路交通法違反に関わりなく停止を求められることができるか否かについて議論がある<sup>(26)</sup>。この場合、特定集団を構成しているわけではないから、既に検討した集団の停止とはかなり異なっている。すなわち、一斉検問に際しては、単に検問場所を自動車で通行しているというそれだけの理由で、何らの不審も嫌疑もない交通関与者が停止を求められるのである。犯罪にも不審事由にも全く無関係の第三者に停止を求められることができるとすれば、その理由は何であろうか。

この点、飲酒運転防止等の交通安全のための一斉検問について、判例<sup>(27)</sup>は、次のように述べて、これを適法としている。すなわち、「警察法2条1項が「交通の取締」を警察の責務として定めていることに照らすと、交通の安全及び交通秩序の維持などに必要な警察の諸活動は、強制力を伴わない任意手段による限り、一般的に許容されるべきものであるが、それが国民の権利、自由の干渉にわたるおそれのある事項にかかわる場合には、任意手段によるからといって無制限に許されるべきものでない」とした上、「自動車の運転者は、公道において自動車を利用することを許されていることに伴う当然の負担と

---

(26) 杉原正「警察官が進行中の自動車を停止させる場合と停止させるためにとりうる手段について—いわゆる自動車検問に対する考え方を中心として」警察研究34巻10号(1963年)83頁、越智俊典「自動車検問についての若干の考察」警察学論集25巻2号(1972年)53頁、高木俊夫「自動車検問の問題点」判タ284号(1973年)114頁、小林充「いわゆる自動車検問の許される限界—特にいっせい検問とはさみうち検問について」新関雅夫ほか『増補令状基本問題上』(1996年)74頁など。従来の判例、学説につき、最高裁判所判例解説刑事篇昭和55年度154頁〔渡部保夫〕、原田和往「判批」『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』(2011年)12頁参照。

(27) 最決昭55・9・22刑集34号5巻272頁。

して、合理的に必要な限度で行われる交通の取締に協力すべきものであること、その他現時における交通違反、交通事故の状況などをも考慮すると、警察官が、交通取締の一環として交通違反の多発する地域等の適当な場所において、交通違反の予防、検挙のための自動車検問を実施し、同所を通過する自動車に対して走行の外観上の不審な点の有無にかかわらず短時分の停止を求めて、運転者などに対し必要な事項についての質問などを行うことは、それが相手方の任意の協力を求める形で行われ、自動車の利用者の自由を不当に制約することにならない方法、態様で行われる限り、適法なものとして解すべきである。」と述べた。

この判例は、非権力作用であることを前提としており、いわゆる即時強制に基づく行政作用としてではなく、一種の行政調査の範疇に属するものとして、いわば「強制されない事実行為」として、職務質問に類する位置付けがなされたものとの評価もされている<sup>(28)</sup>が、警職法に根拠を有するものでない点で<sup>(29)</sup>、限界基準の表面的類似性にもかかわらず本質的には異なっており、むしろ、警察法を単なる組織法ではなく、一部作用法の性質をも有するものとして、同法に根拠を求める方が素直であるように思われる<sup>(30)</sup>。もっとも、本決定が、公道において自動車利用が許されていることに伴う当然の負担として、必要な限度で交通の取締に協力すべき旨を述べているのは、おそらく警察法2条1項だけでは必ずしも十分ではないとの配慮があったのではないかとも思われる<sup>(31)</sup>。仮に、そのような協力義務が認められるのであれば、自ら選択して何らかの便益ないし利益を享受する場合には、これに伴う程度の

---

(28) 東條武治「判批」昭和55年度重要判例解説ジュリスト743号（1981年）40頁。

(29) なお、大阪高判昭38・9・6高刑集16巻7号526頁は、警職法2条1項を根拠とする。その論理は、職務質問の要件を確認するために停止を求めることもできるものであるが、そもそも要件があることが停止の前提であるから、法解釈としてはかなり無理があるように思われる。その意味で、原審である大阪地判昭37・2・28下刑集4巻1＝2号170頁の「職務質問の要件なき職務質問」であるから違法であるとす立場の方が論理的であろう。

一定の負担については、これを甘受すべきことが、一般的法原則として認められる余地があって良いのかもしれない<sup>(32)</sup>。

確かに、例えば、医師免許のように、個別法令に基づいて一定の便益ないし利益を享受する場合には、相応の負担を甘受すべきであるとは言えるかもしれないが<sup>(33)</sup>、特別な根拠規定がないため、明確な便益ないし利益を享受しているとは言い難い場合、取り分け、事実上の便益を受けているに過ぎない

(30) 本件の第1番は、警察法2条1項は「権限行使の一般的な根拠となり得る」と述べ(宮崎地判昭53・3・17判時903号107頁)、控訴審(福岡高宮崎支判昭53・9・12判時928号127頁)も基本的にはこれに沿っており、本決定についても、警察法2条1項を根拠条文とすると解する立場が多いように思われる(例えば、荒木伸怡「判批」昭55年度重要判例解説ジュリスト743号(1981年)202頁、加藤晶「自動車検問における警察官の権限行使の一般的な根拠」佐々木史朗ほか編『警察関係基本判例解説100』別冊判タ9号(1985年)16頁、加藤康栄「警察法2条を根拠として許される行為」石川達紘編『刑事裁判実務大系10警察』[1993年]248頁など)。すなわち、警察法2項1項は、警察の責務を遂行するために、任意手段を用いることを一般的に許容した規定であるから、相手方の意に反しない程度の任意手段を用いることは、特別な法律規定を必要としないとの考え方を前提としているものと言われている(最高裁判所判例解説刑事篇昭和55年度161頁〔渡部保夫〕、榊野龍太「自動車の一斉交通検問」長沼範良ほか編・前掲注(3)102頁)。この点につき、藤田宙靖「警察法2条の意義に関する若干の考察(二)」法学53巻2号(1989年)100頁、立崎正夫「警察法2条1項の法的性格」警察学論集49巻12号(1996年)147頁参照。これに対し、酒巻匡・前掲注(6)49頁は、警察法2条1項が検問の根拠規定となり得ないのは「当然」とされる(小早川光郎「交通検問と法律の根拠」法学教室43号(1984年)144頁、石川才顯「警察活動に対する法的規制」警察研究47巻8号(1976年)7頁、高木光「デートもできない警察法一責務と権限、自動車検問」法学教室224号(1999年)109頁も同旨か。)

(31) 本決定が、公道利用による負担を述べたのは、警察法2条1項の解釈という「やや薄弱な根拠を補うためであろう」と言われている(荒木伸怡・前掲注(30)202頁)。なお、この点が一斉検問が許容されるための「実質的な基礎」とであるとされる(最高裁判所判例解説刑事篇昭和55年度162頁〔渡部保夫〕)

(32) 原田和往・前掲注(26)13頁参照(「確かに、運転手に負担をかけるものではあるが、…停止の継続および質問への対応が運転手自らの意思に基づくものである限り、権利・自由の制約があるとはいえない」とする。)

場合、あるいは、反射的利益としての便益を享受しているに過ぎない場合には、そもそも何らかの負担を甘受すべきものと言えるのかどうか、仮に負担すべきであるとしても、どのような負担をどの程度甘受すべきかについては、必ずしも一概には言い難いように思われる。

この点、上記判例のように、自動車利用による交通関与者程度の便益ないし利益についても、短時間停止する程度の負担を甘受すべきものとするのであれば、社会全体の秩序維持に基づく安全な生活という便益ないし利益に対しても、短時間の移動の自由の制限を受けたり、そのために停止を求められるという程度の負担については、これを甘受するように求める余地はあり得るかもしれない。仮に、この場合の根拠規定が警察法2条1項だと仮定すれば、この程度の抽象的規定による秩序維持であっても、なお最小限度の負担を負わせることができると考える余地があり、そうだとすれば、任意捜査として行われる捜査についても、刑法197条1項に基づいて、第三者に対して必要最小限度の負担を求める余地があり得るのではあるまいか。

### 3 小括

以上のように、積極的に集団を構成した場合に伴う負担は、いわば構成責任とでもいうべきものであるから、ある程度の負担はやむを得ないとも思われるが、交通検問のように、全く不審事由も責任もないにもかかわらず単に道路を通行することに伴う負担は、相当に抽象的な便益ない利益に対する負担であって、いわば、市民社会の構成員であるという程度の一般的な共同便

---

(33) 医師法21条の死体検案に伴う異状の届出義務に関し、医師免許に伴って「社会的責務」を課すものであるから、「医師免許付随する合理的根拠のある負担」とされている（最決平16・4・13刑集58巻4号247頁）。その他、報告義務や届出義務に関し、最判昭29・7・16刑集8巻7号1151頁、最判昭54・5・10刑集33巻4号275頁など参照。

益を享受することに伴う負担というのに近いものである。したがって、それにもかかわらず負担を甘受するべきであるというためには、何らかの法的根拠に基づくことが必要であるように思われるが、その負担の軽さを考慮すれば、その法的根拠は、必ずしもそこから具体的な負担ないし義務を直ちに導くことができるような規定である必要はなく、一般的な法的根拠であれば足りるように思われる<sup>(34)</sup>。そうだとすれば、例えば、刑訴法197条1項のような程度の一般的な規定であっても良いのではあるまいか。

そこで、次に、このような一般的な規定に基づいて、第三者に対して一定程度の負担ないし義務を認めることができるのかどうかについて、改めて検討しておくこととする。

## 第4 任意捜査における第三者利益の侵害

### 1 写真撮影

令状を得ることなく捜査対象者を写真撮影することは、しばしば任意捜査の限界として検討される。例えば、判例は、一定の要件のもとに、路上あるいは店舗内において対象者（被疑者ないし容疑者）を令状なしで撮影することを許容しているところ、このような撮影が任意捜査であると明言しているわけではないものの、一般には任意捜査であることを前提としたものと理解されている<sup>(35)</sup>。

その上で、第三者の撮影について、前掲最大判昭44・12・24は、「このよ

---

(34) この点に関し、任意と強制との区別は必ずしも明確であるとは言えないし、任意と称される場合でも人に迷惑を及ぼすことはあるので、これが法律の根拠を要するか否かを検討すべきところ、そのためには具体的な態様に応じて、必要性、強制的要素の大小などの諸要素を踏まえて判断するべきであるとの示唆に富む指摘があるが（小早川光郎・前掲注（30）144頁）、この点については改めて検討したい。

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13条、35条に違反しない」と述べて、第三者が写り込むことを含めて写真撮影を適法と判断している。それは、本件のような公安条例違反では、処罰されるのは、首謀者、指導者、扇動者だけであるが、「許可条件に違反して隊列を乱したという状況を証拠保全するためには、刑事責任はない一般参加者を含めて撮影することがどうしても必要である」という点を考慮したものとされている<sup>(36)</sup>。その趣旨は、単に物理的に除外できないからやむ

---

(35) 前掲最大判昭44・12・24以前の実務では、写真撮影は、一般に任意捜査と解されてきたところ（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（1970年）88～89頁参照）、同判決について、調査官解説は、「捜査手段としての写真撮影は、刑法法廷の予想しなかつたところであるから、これを強制処分であるとか、任意処分であるとか言い切ってしまうことなく、憲法の精神を勘案して、適当な基準を定めるのが相当であろう」と述べ（最高裁判所判例解説刑事篇昭和44年度493頁〔海老原震一〕）、これに賛同する見解も主張されたが（藤木英雄・前掲90頁、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—」判タ243頁（1970年）19頁）、その後の理解によると、大法廷判決による枠組みは、「任意処分としての写真撮影に関する判断に関するものであるとの評価が一般的」（宇藤崇「判批」平成20年度重要判例解説ジュリスト1376号（2009年）209頁）、任意捜査とするのが「比較的多数の理解」（緑大輔「判批」法セミ増刊速報判例解説Vol.3〔2008年〕214頁）と言われる（これに対し、強制処分として令状主義の合理的例外を認めたとする見解として、森井暉「判批」『刑事訴訟法判例百選〔第4版〕』（1981年）23頁）。さらに、最決平20・4・15刑集62巻5号1398頁参照（同決定の調査官も、任意処分の限界に関する前掲最決昭51・3・16を引用し、「これとほぼ同様の状況と考えられる」とされる〔鹿野伸二「時の判例」ジュリスト1371号（2009年）101頁〕。豊崎七絵「判批」法セミ643号（2008年）124頁も「任意処分と解すことを推測させる」とする。）。この点に関する従来の学説の状況につき、松代剛枝「写真撮影」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法争点〔第3版〕』（2002年）76頁以下、星周一郎『防犯カメラと刑事手続』（2012年）178頁以下参照。

(36) 最高裁判所判例解説刑事篇昭和44年度494頁〔海老原震一〕。

を得ないということではなく、集団全体についてその状況を保全しなければ、関係者の正しい役割を識別することができないことが前提となっているように思われる。そして、その限りにおいては、捜査対象者に対する捜査の必要性という公共の利益のために、捜査対象者以外の第三者についても、一定程度の権利・利益の制限が認められることを積極的に肯定していると評価することが可能であろう。仮に、本件のような写真撮影について、刑法197条1項がその法的根拠であると仮定すれば、そのような一般的規定のもとで、捜査対象者以外の第三者のプライバシー侵害が許容される余地があることを認めたものと言えるように思われる。もっとも、本件のような写真撮影においては、第三者が写り込むことを事実上除外できないという物理的な制約があったことも、実際には大きな理由として考慮されているのではないとも考えられる。

そこで、そのような物理的条件がない場合にも、第三者の権利・利益を制約することが許されるのかについて検討する必要がある。この点、当該第三者が、当該被疑事実たる犯罪行為に何らかの関わりを有すると合理的に推認される事情がある場合には、関連性のある捜査として許容されても良いと思われるが、問題は、全く無関係の第三者である場合である。もっとも、仮に当該第三者が全く無関係であったとすれば、そもそも捜査の必要性がないとも考えられるので、仮にそうであれば、そのような第三者の撮影には捜査の必要性がないという意味において違法となる可能性が大きいように思われる。

そうすると、結局のところ、第三者の写真撮影を許容するか否かは、当該第三者を撮影する捜査上の必要性があるか否かにかかってくるということになる。その必要性がないにも関わらずなお撮影が許される場合があるとなれば、物理的に除外することができなかつたという特別な事情がある場合に限られるのであろう。それ以外の場合には、要するに関連性のない撮影は許されないという簡明な帰結に至るように思われる。

## 2 参考人取調べ

参考人の取調べについても、刑訴法 223 条 2 項によって同法 198 条 1 項が準用されている。したがって、取調べを受ける参考人は、警察署への出頭を拒み、いつでも退去することができる。しかし、少なくとも参考人に対して、警察署への出頭を要求することはできるのであるから、そのために必要な限度で説得することはできるし、任意捜査の限界に照らせば、説得の限度において同行を求めることもできると言って良い<sup>(37)</sup>。目撃者等、犯罪事実の解明にとって重要な立場の参考人であれば、その取調べの必要性は非常に高いものがあるから、それ相応の方法で同行を求めることも、直ちに違法とは言えないであろう。

もっとも、被疑者と異なり、参考人自身に犯罪の嫌疑があるわけではない。あくまで偶々目撃したことから犯罪事実の解明に必要な情報を獲得したのであって、その結果、偶々その地位に立たされたに過ぎない。彼には何らの落ち度も責任もない。交通関与者のように、社会の中で特別関係に入っているわけでもない。単に、社会において生活しているに過ぎない。それにもかかわらず、参考人が同行の求めに応じ事情聴取に応ずる負担を引き受けるべきであるとすれば、それは何故であろうか。

---

(37) 出頭を求める方法については制限がないので、適宜の方法で良いとされる（松尾浩也監修・前掲注（6）430頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕』第4巻（2012年）608頁〔河村博〕、伊藤栄樹ほか編『注釈刑事訴訟法〔新版〕』第3巻（1996年）234頁〔伊藤栄樹＝河上和雄補訂〕）。この点、「内心ではいやだと思いつつながら渋々同行した場合でも任意と言いうる場合がある」との指摘もある（熊谷弘「任意同行と逮捕の限界」熊谷弘ほか編『捜査法大系Ⅰ』（1972年）49頁）。さらに、頃安健司「任意捜査と自由の制限」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系5刑事手続Ⅰ』（1983年）165頁、河上和雄「任意同行をめぐる若干の問題」警察学論集41巻1号（1988年）53頁参照。



ところで、当該目撃者が、「犯罪の捜査に欠くことのできない知識を有すると明らかに認められる」にもかかわらず、出頭又は供述を拒んだ場合には、第1回公判期日前に限り、裁判官に証人尋問を請求することができる（刑訴法226条）。この場合には、裁判官は裁判長と「同一の権限」を有するので（同法228条1項）、召喚、勾引が可能であり（同法153条、162条）、偽証の制裁のもとに証言義務を課することができる（同法154条、刑法169条）。したがって、一種の「強制処分」とであるとされる<sup>(38)</sup>。参考人と言えども、その限りにおいて、強制的に負担を強いられることになるのである。偶々その場に居合わせたために犯行を目撃するに至った第三者は、全く落ち度も責任もないにもかかわらず、犯罪事実の解明にとって欠くことができないほど高度の必要性が認められることと引換に、行動の自由の侵害が許されるのである。この場合、当該第三者の権利侵害の理由は、要するに、唯一、当該犯罪を目撃したことである。それは、当該第三者の有する情報が犯罪事実の解明に必要であって、それ以外の者に代替することができないことから、人々が社会において平和で安全な共同生活を営むためには、必要最低限度の負担を強いられることも合理的であるとの価値判断に基づくように思われる。犯罪事実の解明という社会的要請のもとに、被疑者に対してさえ認められない供述強制を認め、これに伴う権利・利益の侵害を容認したのは、犯罪によって害された社会の安全と安心を回復することに高度の優先価値を見出したものと言えよう。その意味において、一種の社会関係義務（共生社会を維持する義務）を容認したものと評価することもできるように思われる。

それでは、任意捜査による参考人取調べの場合はどうであろうか。この場合においても、犯罪によって害された社会の安全と安心の回復が要請される点において、先に述べた場合と全く変わりがない。参考人たる第三者が、少

---

(38) 松尾浩也監修・前掲注(6)436頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕』第4巻(2012年)628頁〔河村博〕。裁判官が行う証人尋問ではあるが、あくまで「捜査のため」であるから（光藤景皎・前掲注(20)132頁）、強制捜査である。

なくとも、社会生活を営むことによって平穏で安全な生活上の立場を享受している点においても、強制処分における場合と逕庭がない。そうだとすれば、参考人たる第三者に対しても、必要な限度において社会からの要請に応ずべきであるという程度の社会関係義務を認めることができるのではあるまいか。その意味において、上記強制処分との連続性を見出すことができよう。場合によっては強制処分に移行する可能性を内蔵しているのであるから<sup>(39)</sup>、参考人取調べにおける参考人の負担の内実は、強制処分における権利・利益の侵害と同質のものと考えてことができ、両者の相違は要するに量的相違に過ぎないものと考えて良いように思われる。

このようにみてくれば、参考人に対しても、上記義務の限度において、これに相応しい権利・利益の侵害を認める余地があり、その上限は、必要性との相関関係によって定まると言って良いように思われる。もとより、単なる参考人に過ぎないのであるから、その負担は極めて緩やかなものとならざるを得ないであろう。例えば、目撃者の場合であれば、全く意図せず偶々その地位に立たされたことによって負担が生じるに過ぎないのであるから、これに対応する程度の極めて軽度の負担にとどまるというべきであろう。その意味において、例えば、任意同行にしても、被疑者に対するそれに比べ、少なくとも一層抑制的でなければならぬように思われる<sup>(40)</sup>。とはいえ、その限りにおいて、強く同行を求め、説得を続け、事情聴取に応じるよう仕向けることは許されて良いであろう。そうであるとすれば、直ちに退去しあるいは

---

(39) 出頭要求に応じず、あるいは供述を拒否した場合に226条の証人尋問に移行し得る点につき、藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕』第4巻（2012年）608頁〔河村博〕、伊藤栄樹ほか編『注釈刑事訴訟法〔新版〕』第3巻（1996年）235頁〔伊藤栄樹＝河上和雄補正〕。

(40) 被疑者が出頭を拒否した場合には、逮捕される場合がある（最判平10・9・7裁判集民事189号613頁参照）のに対し、参考人が出頭拒否した場合には、過料・罰金に処せられ、召喚され勾引されることがあり得るとどまる（刑訴法226条、228条1項、150～153条参照）ので、強制の程度にも差があると言えよう。

立ち去ろうすれば、退去し立ち去ることができるという状態が確保されている限り、理詰めで説得を受け、強く同行を求められ、繰り返し供述を要求されるという程度の負担は認められて良いであろう<sup>(41)</sup>。その上限は、必要性との相関関係によると考えられるが、この点については、後に改めて検討することとして、ここでは、取り敢えず、参考人についても一定程度の負担を容認することができることを確認するにとどめ、その限度については当面留保した上で、その他の捜査について検討しておきたい。

### 3 その他の捜査—いわゆる封鎖捜査

2013年9月26日夜、福山・広島間を走行中の東海道・山陽新幹線のぞみ129号（東京発広島行）の車内において、仮眠中の乗客の財布が盗まれるという事件が発生したため、通報を受けた警察官が、終着駅（広島駅）に到着した列車の車両のドアを封鎖して犯人を捜査したため、約30分間にわたり、乗客約310人が足止めされたという報道があった<sup>(42)</sup>。警察官は、その間、車

---

(41) 木藤繁夫「取調べの続行と任意捜査の限界に関する最決昭59・2・19」警察公論39巻11号（1984年）45頁（各種の打算から、内心いやいやながらもそれを表面的な態度には明らかにせず仕方なく取調べに応ずるという場合には、任意捜査の限界を逸脱しないとする。）、小野拓美「参考人に対する取調べの限界と損害賠償」佐々木史朗ほか編『警察関係基本判例解説100』別冊判タ9号（1985年）264頁（説得により渋々応じた場合でも良いとする。）参照。これに対し、島伸一「判批」警察研究62巻2号（1991年）43頁参照（捜査官が納得するような供述を得るまで取調べを続行することは、そもそも供述の強制であり、黙秘権を侵害するとされる。）。なお、参考人取調べについて違法とした裁判例として、名古屋高判昭53・5・22判タ368号254頁参照（内容も複雑でないのに取調べに4時間以上もかかっていること、知人方に電話させて欲しいと言ったのにその機会を奪ったこと、手がかかる子供がいるため用事があることを知りながら夕食時間を過ぎても取調べを続行したことなどから、「任意の協力の下になされたものとは到底いい難く・・・心理的な圧迫を加えて取調べを行った」と認めて違法な取調べとして、慰謝料の支払いを命じた。）

内を捜査し、車両のゴミ箱の中から盗まれた財布を発見するとともに、犯人を検挙したとのことであった。犯人が一定の場所に逃げ込んだことが判明している場合、その場所を封鎖して、犯人を検挙することは、それ自体合理的な捜査方法であることは疑いが無いが、そのために、封鎖された場所に偶々現在している第三者については、まさにその場にいるというそれだけの理由によって、移動の自由が制限されることになるのである。前述の事件の場合、乗客の移動の自由が約30分にわたって侵害されたのであるが、このような侵害を容認する根拠は何であろうか。珍しい「トラブル」として報道がなされたのであるから、一般的な市民感覚としては、おそらく、共同体としての社会を構成する市民であれば、その程度の制約を受けてもやむを得ないであろうという前提のもとに報道がなされているのではないと思われる。

このような事案においては、示威行為を行っている集団の中に犯人が逃げ込んだ場合と異なり、自由を制約された乗客は、全く偶然に当該車両に乗り合わせたただけであって、集団を構成してさえいない。捜査の必要性が高く、他に執るべき合理的な代替手段がないような場合であれば、刑法197条1項を根拠として、第三者に対する軽度の自由侵害は許されるのであろうか。仮にそうだとすれば、捜査に多大な時間を要し、結局、3時間あるいは4時間に及んだ場合にはどうであろうか。もとより、捜査手段については合理的な方法であり、多大な時間がかかることもやむを得ない事情が認められるような場合を想定しておこう。このような場合、合理的で真にやむを得ないような場合であったとすれば、第三者に対する長時間にわたる自由侵害も許されるのであろうか。この点、おそらく捜査の必要性と被侵害利益の程度との比較衡量によるのであろうが、そもそも当該第三者が置かれた立場を前提とする限り、いかに必要性があろうとも、3時間あるいは4時間に及ぶような長

---

(42) 2013年9月27日付け産経新聞 ([http://detail.chiebukuro.yahoo.co.jp/qa/question\\_detail/q13114169483](http://detail.chiebukuro.yahoo.co.jp/qa/question_detail/q13114169483) 参照)。

時間にわたる拘束的な自由侵害は、許容限度を超えているのではないかとの疑問が残る。このような場合、仮に、比例原則を適用するとしても、少なくとも被疑者に対する権利・利益の侵害よりも一層厳格な限界が設けられるべきであると考えられるので、その上限は、いわば軽微な侵害と評価し得る程度にとどまるべきであるように思われる。

#### 4 小括

以上、結局のところ、第三者侵害の可否は、捜査の必要性という公共の利益のためであれば、当該犯罪に直接関係のない第三者に対しても、社会秩序を維持し、社会における人々の平穏で安全な生活を維持するために、一定程度の協力義務を認めることができるか否かにかかっているように思われる。社会が共同体としての人的連鎖で構成され、個人が他の個人と全く無関係に生活することができない以上、個人の利益について、社会との最小限度の関わりに必然的に伴う制約が生じたとしても、やむを得ないものとして甘受すべきように思われる。

しかしながら、社会との関わりによって必然的に伴う制約とは、具体的にはどのような制約で、その制約とこれによって得られる捜査利益とは、果たして対等な対応関係にあるのであろうか。そもそも、捜査利益を優先的に措定し、その必要性を充たすために個人の利益に制約を課することは、そしてそれが当然に対応関係にあるとみるのであれば、明らかに発想が逆転しているように思われる。仮に、社会との最小限度の関わりに必然的に伴う制約が肯定可能であるとしても、それは必ずしも捜査利益ではない。また、捜査利益のためであれば、あらゆる個人の利益が、程度の差はあれ侵害できるとも言えない。

とはいえ、少なくとも、前述のように、刑訴法226条等の規定を踏まえれば、第三者が捜査に協力すべき場合が、しかも場合によっては強制的に協力を強

いられる場合が想定されており、その趣旨に照らせば、犯罪捜査のために高度の必要性が認められる場合には、たとえ同条の要件を充足しないときであっても、一定程度の第三者に対し、一定限度の権利・利益の制約はあり得るように思われる。その意味において、当該犯罪に全く関係のない第三者に対しても、一定程度の捜査協力義務を肯定する余地はあり得て良いように思われる。もっとも、仮に、この義務を認め得るとしても、その内容は最も広義のものであるから、極めて稀薄な内容とならざるを得ないであろう。極めて稀薄であるとしても、果たしてそのような義務を一般的に認めることができるのであれば、その内容はどのようなものであろうか。

そこで、仮にこのような捜査協力義務を認めるとすれば、その法的根拠がどこにあり、その限界の基準はどのように考えれば良いかについて、これまでの検討を整理しながら、改めて考えてみたいと思う。

## 第5 第三者利益の侵害についての再検討

### 1 捜査協力義務の法的根拠

#### (1) 憲法との関連

当該犯罪と何の関係もない第三者の被侵害権利・利益として、例えばプライバシーを想定するとすれば、そしてそれが憲法上保障された基本的人権に当たるとすれば<sup>(43)</sup>、その侵害は、憲法上の人権侵害であるから、これを容認するためには、憲法レベルでの調整が必要となるように思われる。そこで、憲法との関連について、必要な限りで瞥見しておくことにしよう。

これまでの検討を踏まえると、任意捜査における第三者侵害を認めるための究極的根拠として、憲法との関係で当面想定し得るのは、いわゆる捜査権<sup>(44)</sup>である。第三者侵害との関係で言えば、捜査権に内在する妨害排除効、あるいは捜査権の執行それ自体に必然的に伴う対外的効力とでも言うべき効力で

ある。

ところで、最高裁判所は、「国家の権能」としての「捜査権」を正面から肯定している<sup>(45)</sup>。もとより、憲法上の「権利」としてではなく、弁護人依頼権と調整を図ることができる捜査上の「権限」として憲法が前提としているとしたものに過ぎず<sup>(46)</sup>、これを過大に評価することはできないと考えられる上、そこで主に想定されている捜査権の内容としては、いわゆる取調べ（「身柄を拘束して被疑者を取り調べる」こと）であって、それは、刑法198条1項

- (43) 最大判昭44・12・24刑集13巻12号1625頁参照（何人も、承諾なしにみだりに容ぼう等を撮影されない自由を有するので、「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、正当な理由が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」とする。）。その後、プライバシーという用語を用いたものとして、最判平7・12・15刑集49巻10号842頁、最判平15・9・12民集57巻8号973頁。憲法論につき、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（1995年）453頁、同『日本国憲法論』（2011年）182頁、芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（1994年）368頁以下、山本龍彦「プライバシーの権利」ジュリスト1412号（2010年）80頁以下。なお、プライバシー論の発展経過について、堀部政男『プライバシーと高度情報化社会』（1988年）21頁以下、西原博史『監視カメラとプライバシー』（2009年）34頁以下参照。
- (44) 松尾浩也・前掲注（1）7頁、9頁参照。なお、行政警察活動に伴う第三者侵害の場合には「警察権」を想定すべきであろうが、本稿の問題意識からやや外れるので、当面は措いておくこととしたい。
- (45) 最大判平11・3・24民集53巻3号514頁。この判決以前にも、「司法警察官」の「捜査権」を認めたもの（最判昭25・4・28裁判集刑事17号441頁）、国の「捜査権」が国外に及ばないとしたもの（最判昭37・9・18刑集16巻9号1386頁）、拘禁が「捜査権」の濫用に当たらないとしたもの（最決昭46・3・10裁判集刑事179号177頁、最決昭49・6・21裁判集刑事192号813頁）、「捜査権ないし公訴権の発動」に言及したもの（最決昭55・12・17刑集34巻7号672頁）などが見られる。
- (46) 前掲最大判平11・3・24は、「憲法は、刑罰権の発動ないし刑罰権発動のための捜査権の行使が国家の権能であることを当然の前提とするものである」と述べている。憲法を承けた刑法は、その189条2項において、「犯罪捜査の権限」があることを明らかにしているとされる（松尾浩也監修・前掲注（6）359頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕』第4巻（2012年）45頁〔馬場義宣＝河村博〕）。なお、警察法2条2項も、同法1項の警察の「責務」を踏まえ、「その権限」とする。

に規定されており、これを超えた新たな権限を認めたわけではない<sup>(47)</sup>。それゆえ、この捜査権を根拠として、一般的に捜査権限の拡大を図ることは、必ずしも判例の趣旨に沿ったものとは言い難いようにも思われる。

しかしながら、この捜査権は、捜査機関の一般的権限を憲法が前提としていることを認めたものであるから、その権限行使のために必要な措置についても、その性質上当然に認められるものと考えられる。なぜなら、捜査権は、犯罪捜査の権限であるから、その性質上、多かれ少なかれ他者に対する権利・利益の侵害を必然的に伴うものであって、そのことを含めて捜査権を認めたものと考えなければ、これを肯定する意味は殆どないからである。そして、憲法はそのような権限を前提としていることを認めたのであるから、侵害される可能性のある権利・利益が、仮に憲法上の権利・利益であったとしても、これが捜査権の行使と衝突する場合には調整の対象となるのであって、その限りにおいて相応の制約を被ることが認められると考えられる。したがって、捜査権の行使の結果、これに必然的に伴う第三者の権利・利益の侵害についても、必然的である限りにおいてこれを許容する余地があり、必要な限度において第三者にその受忍を求めることができ、さらには受忍を強いることができるものと考えられる。その意味において、捜査機関は、捜査権の行使であることを理由に、第三者に対しても捜査協力を求めることができるのみならず、その要請を受けた第三者は、協力に伴う権利・利益の侵害が生じたとしても、一定程度においてこれを受忍する義務があると解することができるように思われる<sup>(48)</sup>。

そこで、このような考え方の妥当性について、改めて検討してみようと思

---

(47) 前掲最大判平11・3・24は、「捜査権を行使するためには、身体を拘束して被疑者を取り調べる必要が生ずることもあるが、憲法はこのような取調べを否定するものではない」と述べている。もっとも、この点の指摘は、調査官解説では重視されておらず、なお書きで付言されるにとどまっている（最高裁判所判例解説民事篇平成11年度（上）292頁注38〔大坪丘〕）。



うが、その前提として、現行刑法の規定を確認しておきたい。

## (2) 刑法の関連規定

刑法は、前述のとおり、当該犯罪に偶々遭遇し、「犯罪の捜査に欠くことのできない知識を有する」に至った者について、強制捜査の一環として<sup>(49)</sup>、その意に反する場合であっても、証人として喚問し尋問することができる旨を規定している(刑法226条)。その限りにおいて、捜査に対する一種の協力義務を認めている。また、それ以外の参考人についても、「出頭を求め、取り調べ」ることができる(同法223条1項)と規定している。もっとも、この場合には身柄が拘束されていない以上、いつでも出頭を拒否し、退去することができるので(同法223条2項、198条1項但し書)、出頭滞留義務はないが、捜査機関において、参考人が所在する場所に出向くのであれば、取調べに応じる義務があると考え余地もある<sup>(50)</sup>。そうだとすれば、その限度において、やはり一種の捜査協力義務を前提としているものと考えることができる。さらに、公務所照会についても、捜査機関は、「公務所又は公私の団体に照会して必要な事項の報告を求めることができる」と規定されており(同

(48) 捜査権の行使と接見交通権の制約との関係について、「憲法上の権利であってもそこには内在的制約がある」から、「接見交通権の保障は元々その限度にとどまるという言い方もできる」とされる(最高裁判所判例解説民事篇平成11年度(上)279頁[大坪丘])。さらに、佐藤陽一「判批」判タ1065号[平成12年度主要民事判例解説](2001年)137頁参照。従来から、接見交通権は、憲法に由来する固有の権利ではあるが、公益的性格を有する捜査との関係において必要最小限度の制約を受けるとされていた(東京高判平6・10・26判時1519号91頁、福岡高判平6・2・21判タ874号147頁、札幌高判平5・5・19判時1462号107頁など)。

(49) 本条の証人尋問が、捜査の一環としての「強制処分」であることにつき、松尾浩也監修・前掲注(6)436頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕』第4巻(2012年)628頁[河村博]など。

(50) なお、在宅被疑者の取調べに応じる義務を認める余地につき、大久保隆志・前掲注(5)130頁参照。

法 197 条 2 項）、この照会を求められた公務所や団体は、強制する方法はないものの、原則として報告すべき義務があるものと解されており<sup>(51)</sup>、また、平成 23 年に新設された通信履歴の保全要請（同法 197 条 3～5 項）についても、罰則等の制裁規定はないものの、相手方に対して保全を法的に義務付けるものであると解されている<sup>(52)</sup>。

このように、捜査機関の活動に対しては、当該個別犯罪とは全く関係がないと思われる者に対しても、一定程度の協力を求めることが前提となっているのであって、その限度においては、「市民の協力をも組み込んだ共同活動」としての司法制度の構築が求められているものと考えられている<sup>(53)</sup>。

## 2 捜査協力義務の実質的内容

### (1) 捜査協力に伴う第三者侵害の類型

ところで、第三者侵害が問題となる場合にも、第三者の関与の仕方や程度に応じて、いくつかの類型があり得る。

---

(51) 松尾浩也監修・前掲注（6）374 頁、小野清一郎ほか・前掲注（14）197 頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第 2 版〕』第 4 卷（2012 年）163 頁〔馬場義宣＝河村博〕。この点につき、公務所・公の団体にとっては報告義務が生じるので「強制処分」であるが、私の団体に対しては協力要請の意味しかないので「任意処分」であるとも言われる（田宮裕・前掲注（6）139 頁）。

(52) 松尾浩也監修・前掲注（6）追補 28 頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第 2 版〕』第 4 卷（2012 年）870 頁〔吉田雅之〕。したがって、保全を継続することは、個人情報の保護に関する法律 16 条 3 項 1 号の「法令に基づく場合」に当たると解される。なお、従来から、憲法上の通信の秘密に関わる場合には、197 条 2 項による照会に基づく義務付けだけでは不十分と考えられていた（井上正仁・前掲注（19）388 頁）。

(53) 田口守一・前掲注（6）118 頁。米国及び英国の近時の立法動向につき、長沼範良「通信傍受と通信事業者の一般的協力義務」研修 656 号（2003 年）3 頁以下参照。さらに、同「ネットワーク犯罪への手続法的対応」ジュリスト 1148 号（1999 年）217 頁参照。

第1に、被疑者に対する捜査を実行する際、当該第三者が事件関係者として関わってくるため、いわば捜査対象者となる場合である。この場合には、当該第三者の権利・利益を侵害するような捜査を遂げなければ、そもそも適切な捜査を行うことが困難であるから、その限りにおいて、当該対象者に対する第三者侵害は当然に可能となると言って良いであろう。例えば、第三者方の住居について、「押収すべき物の存在を認めるに足る状況のある場合」(刑訴法102条2項)には、当該第三者方を捜索することができるのであるから、その限りにおいて、当該第三者のプライバシーを強制的に侵害することができる。任意捜査においても、例えば、参考人の取調べにおいて、出頭を求めることができるし(同法223条1項)、場合によっては強制的に証人として召喚する余地もあり得るので(同法226条)、その限度において一定程度の自由制約を容認することができよう。

第2に、被疑者に対する捜査の実行が第三者によって妨害される可能性がある場合である。この場合には、当該捜査を実現するために、その妨害を排除する限度で第三者侵害が可能になると言って良いであろう。例えば、被疑者を逮捕しようとした際に、その仲間が被疑者の逮捕を妨害するような場合には、その仲間を制止し、あるいは有形力を用いて一時的に取り押さえることも適法となるであろうが、その限度において、当該第三者の権利・利益が侵害されることも許容されよう<sup>(54)</sup>。

第3に、被疑者に対する捜査を実行する際、必然的に第三者侵害を伴うため、これを回避することができない場合である。この場合にも、その限度で第三者侵害が可能となると言って良いであろう。例えば、写真撮影の際に、

---

(54) これに対し、任意捜査を第三者が妨害する場合にこれを排除して任意捜査を実現することは、任意捜査の付随的効力として可能であるようにも思われるが、仮に排除行為が強制にわたるとすれば、もはや付随的効力としてこれを許容することはできないことに留意しておきたい(井上正仁・前掲注(19)23頁、同「強制捜査と任意捜査の区別」同ほか編『刑事訴訟法の争点』[新・法律学の争点シリーズ6](2013年)58頁)。

本来の撮影対象者の背景から除外することができないような第三者がいるため、撮影対象者を撮影すれば必然的に写り込むことによって当該第三者のプライバシーが侵害されるような場合である。

第4に、当該事件とは直接的な関係はないが、偶々第三者が当該被疑者に関連する情報を保有していたため、当該捜査を実行する際に当該情報を得ることが必要となることから、その第三者が負担を負うような場合である。例えば、公私の団体に対する照会のような場合である。

これら4つの場合について、その侵害の程度を検討すると、第1の場合は、捜査の必要性和直接的な相関関係によって侵害の程度が定まると言って良いであろうが、第2の場合には、捜査が妨害される態様によって侵害の程度は異なってくると考えられるので、捜査の必要性和直接的な相関関係に立つわけではない。第3の場合にも、捜査の必要性が認められる限り、やむを得ない必然的侵害であるから、最小限度であるべきとはいえ、捜査の必要性和直接的な相関関係に立つわけではない。さらに、第4の場合にも、情報を提供することによる負担が生じることは間違いないが、これも捜査の必要と直接的な相関関係に立つわけではないように思われる。

このようにみえてくると、いずれにおいても第三者侵害がいわばやむを得ないことは認められるとしても、そのことのみを理由にあらゆる侵害が許容されるとは到底言えないし、必ずしも捜査の必要性和相関関係に立っているわけでもない。そこで、その限界を明らかにするためにも、その侵害の実質的内容を改めて確認しておく必要があるように思われる。

## （2）捜査協力義務の実質的内容と限界

そこで、第三者の捜査協力義務と捜査の必要性和が、必ずしも相関関係に立っていないのではないかと思われる場合について、改めてその内容と限界を検討しておきたい。

この点、例えば、上記第3あるいは第4の場合のように、当該第三者が当

該犯罪の事件関係者でもなく、直接の利害関係もない場合についてみると、仮にそうであったとしても、当該事件捜査において、捜査権が憲法上の権限として行使され、それがひいては社会における平穏で安全な生活を維持するという機能を有している以上、そのような社会の一員であることそれ自体によって、平穏で安全な生活を営む利益を享受するという側面があることも否定できないのであるから、これに伴う程度の制約を受ける余地はあり得て良いように思われる。もっとも、そのような捜査利益は、わが国に生活する全ての人の利益であるから、国民一人一人について見る限り、極めて限定的で小さな利益にとどまり、それのみによって直ちに特定の個人の自由が侵害されて良いほどの十分な対応関係を有しているとは思われない。とはいえ、国民の一人として、限定的で小さな利益は得ているのであるから、それに対応する程度の負担はやむを得ないというべきであろう。このように考えれば、ここであり得る被侵害利益は、せいぜい得られる利益に比例する程度の負担にとどまると考えられる。例えば、第4の場合についてみれば、その被侵害利益は、照会に対して応ずる程度の負担にとどまるであろうから、その限度においては、いわば国民として受ける捜査利益と、国民として照会に応ずる負担とは、一応の対応関係にあると考えて良いであろう。そして、そのような均衡状態にあることを比例原則に沿った均衡と評価しても良いように思われる。

次に、単に人の平穏で安全な生活を営むという抽象的な一般的利益ではなく、もう少し個別具体的に、当該犯罪の解決によって直接的な利益を受けるのは誰かについて検討してみると、結局のところ、当該犯罪が発生した地域の人々と考えることができる。当該犯罪の解決によって、社会的な利益、すなわち、地域社会の平穏と安全の利益を受けるのは、要するに当該地域社会を構成する人々である。しかし、それでもかなり広範にわたる。そこでさらに絞り込むと、それは、当該犯罪の被害者ではないが、直接の平穏を阻害された者と考えることができるのではあるまいか。例えば、上記第3のような

場合には、偶々当該犯罪の周辺に所在することによって、好むと好まざるとにかかわらず、当該犯罪の影響が及ぶことになるので、犯罪捜査によって得られる利益は、上記第4の場合よりも大きいものがあると考えられる。したがって、その限りにおいて、当該犯罪捜査によって得られる利益と直接平穩を阻害された者の被侵害利益との比例関係を想定すれば、そのような第三者は、上記第4の場合よりも幾分か大きな負担を負わざるを得ないように思われる。

以上のようにみれば、第三者侵害の限界については、上記第1及び第2の場合のもとより、上記第3及び第4の場合においても、なお比例原則に沿った検討を行うことが可能であるように思われるし、その限りにおいて、比例原則が機能すると考えられる。

### 3 捜査協力義務の効果と承諾ないし同意

#### (1) 捜査協力義務の効果

ところで、これまで検討してきた捜査協力義務は、せいぜい市民の協力という程度の義務に過ぎない。その義務違反に対する制裁もない。その意味で、社会を構成する市民としての一般的な捜査協力義務の負担にとどまる。しかしながら、この捜査協力義務を履行する場合には、捜査協力を行うという限度とはいえ、多少なりとも負担を強いられるのであるから、その限りにおいて生じ得る不利益、すなわち権利・利益の侵害を甘受することになる。もちろん、協力を拒否することはできる。したがって、それにもかかわらず敢えてその義務を履行したのであれば、自ら進んで行ったのであるから、これによって生じ得る侵害は、いわば承諾ないし同意の結果に過ぎないとも考えられ、その限りにおいてはそもそも侵害がないと考えることも可能であろう<sup>(55)</sup>。そして、仮にそうだとすれば、そもそも比例原則を論ずるまでもないことになる。

しかしながら、承諾ないし同意があったからといって甘受すべき法益侵害それ自体が全て消滅してしまうわけではあるまい。侵害を侵害と認識しないという面はあるにせよ、純客観的にみれば、少なくともそれなりの負担はあるのであるから、負担という側面に照らせば、それなりの侵害はあるとも考えられる<sup>(56)</sup>。

確かに、保護に値する権利・利益を放棄したと考えれば、法的保護の対象がない以上、その侵害もないとも考えられる。放棄は権利・利益の移転ではないから、その権利・利益が彼に帰属しないのみならず、そもそもその主体が不存在となったのである。すなわち、単にその帰属が不明となったのではなく、権利・利益それ自体が消滅したと考えることができる。だからこそ、侵害すべき対象がないと考えられているのであろう。

しかしながら、仮にそうだとすれば、当該侵害が同意の範囲ないし程度を超えている場合を想定してみると、その場合であっても、同意の限度内では

(55) 井上正仁・前掲注(19)9頁,10頁(したがって、例えば「承諾留置」という用語は「一種の概念矛盾」とされる(同9頁)),酒巻匡・前掲注(6)34頁,上口裕・前掲注(6)67頁など。これに対し、「承諾留置」は「真に任意の承諾があっても・・・放棄しえない権利」にかかわるので許されない(田口守一・前掲注(6)48頁),「通常任意の承諾はあり得ない」ので、「およそ許されない」(田宮裕・前掲注(6)66頁)とも言われる。なお、福岡高判平5・3・8判タ834号275頁(住居等の承諾捜索について、「完全な自由意思」に基づくものであれば「違法視する必要はない」とするが、その理論構成は必ずしも明らかではない。),大阪高判昭31・6・19判時79号7頁(傍論であるが、「承諾捜索」については否定的のようである。なお、逮捕に伴う捜索差押えに関する判断をめぐって、上告審〔最大判昭36・6・7刑集15巻6号915頁〕において破棄されている。)参照。

(56) 松田岳士『刑事手続の基本問題』(2010年)234頁及び同頁注16(従来の議論について、「意思」の問題と「権利・利益」の問題とを区別せず、あるいは両者の関係を十分考慮しない点で、「若干の混乱」が見られるとする。)。なお、宇藤崇ほか『刑事訴訟法』(2012年)108頁参照(住居の承諾捜索に関し、承諾が有効でも「相手方が被る負担・不利益が相当重大である」ため、令状審査に服せしめるのが政策的に望ましいとの説明も考えられるとする。))。

侵害それ自体が存在しないはずであるから、そもそも侵害の程度を超えたということはあり得ないのではないかと疑いが残る。したがって、仮に同意の範囲を越えているという主張をしようとすれば、超過部分については新たな権利・利益の発生を前提とする必要がある。もとより、程度の超過ではなく、質的に新たな権利・利益の侵害を主張するのであれば、超過部分についてはそもそも放棄対象とは別の権利・利益の侵害が発生したとみれば良いであろうが、単に量的超過の場合には、もとの権利・利益が存在しない以上、その超過を論じる余地もないように思われる。この点、超過部分についてはもとの権利・利益が分割されたものに過ぎないとみる余地もないわけではないが、そもそも権利・利益の恣意的な分割を認めるべき根拠は見出し難いように思われる。いずれにせよ、当該侵害が同意の範囲ないし程度を越えているという場合には、同意による権利の消滅を論じて良いのかどうか、なお疑いが残るように思われる。

このように考えてみると、結局のところ、放棄によって権利・利益それ自体が消滅したとみるよりも、放棄によって負担を甘受する（ないし引き受ける）という意味が表明されたに過ぎないとみる方が実態に合致しているのではあるまいか。そうだとすれば、この場合においても、やはり権利・利益の侵害は存在しており、これが容認されているに過ぎないと考えることができるように思われる。

また、この侵害は、一般的に言えば、強制にわたらないことが前提である上、当該第三者は当該事件の直接の関係者でもないのであるから、その侵害もできる限り小さな必要最小限度の侵害にとどまることが求められるであろう。その意味において、この場合の侵害は、被疑者に対する侵害よりも遥かに小さいものと考えられる。したがって、ここで機能する比例原則は、その許容限度の上限を示すものと考えべきであろう。

なお、刑訴法上の捜査協力義務は、法令の明文規定の解釈として論じられているものであるが、そうであるとすれば、特段の明文規定のない場合にお



ける第三者侵害一般に展開し得るものではないのではないかという疑問があり得るかもしれない。しかしながら、このような特別規定がない場合であっても、一般に任意捜査として実施する場合であれば、刑訴法197条1項に基づくプライバシー侵害は認められるのであるから、同条項の解釈として、一般的な捜査受忍義務を肯定する余地はあり得るように思われる。その実質的根拠は、前述のように、憲法が前提としている捜査権それ自体にあるのであって、だからこそ、これに必然的に伴う権利・利益の制約が生じたとしても、刑訴法のレベルにおいてはこれを受忍する義務があると考えられることができるように思われる<sup>(57)</sup>。

## (2) 捜査協力義務と侵害に対する承諾ないし同意の関係

ところで、上記第4の場合には、原則として、第三者の承諾ないし同意のない情報提供は想定しにくいのが、上記第3の場合には、意に反する侵害も当然ながらあり得る。当該侵害を正しく予想し認識した上で、事前に承諾ないし同意がなされた場合には、そもそも侵害がないと評価しようが、侵害はあるがこれを容認したと評価しようが、いずれにせよ適法である。しかし、承諾ないし同意の前提となる予想侵害の程度を超えた場合には、少なくともその超過部分については、当該承諾ないし同意によって適法化を図るわけにはいかない。この場合、錯誤があるとして、当該承諾ないし同意それ自体を全体として無効とすることも可能であろうが、仮に当該侵害が分割可能である場合には、超過部分のみを意に反するものと評価する余地もあり得ないわけ

---

(57) なお、この場合、刑訴法197条2項や同条3項の明文規定に基づく捜査協力義務は、一般的な197条1項に基づく捜査受忍義務を個別具体的に明文化した確認規定であると考えられる。松尾浩也監修・前掲注(6)369頁(任意捜査のうち、いくつかについて明文規定を設けた理由は、「疑いを避けるため、または手続を明らかにして濫用を防ぐため」と言われる。)、河上和雄ほか編『大コンメンタル刑事訴訟法〔第2版〕〕第4巻(2012年)146頁〔馬場義宣=河村博〕参照。

ではないであろう。そうすると、問題は、意に反する場合であってもなお適法となる余地があり得るかということである。

一般に、任意捜査の限界として適法性が問題となるのは、厳密に言うところ意に反する場合であるが<sup>(58)</sup>、それでもなお適法と評価され得るのは、その侵害が比例原則の範囲内に収まっているからであろう。そうすると、第三者侵害についても、前述のとおり、比例原則の適用が可能である限り、そして、その範囲内と評価できる限り、当該第三者の承諾ないし同意がない（又は、真摯な承諾ないし同意の範囲を超えた）としても、なお適法と評価することができるように思われる。このように考えると、問題の核心は、承諾ないし同意の範囲、あるいはその真摯性にあるというよりも、被侵害利益がこれまで検討してきたような比例原則の範囲内に収まっているかどうかという点にあると言って良いであろう。その意味で、承諾ないし同意の有無ないし程度の問題は、少なくとも承諾ないし同意があっても被侵害利益があるという立場からは、比例原則の適用の問題とは別の問題として検討すべきものであって、お互いに影響もないものと考えるのが相当であるように思われる。それ故、第三者侵害についても、承諾ないし同意の有無にかかわらず、専ら比例原則の適用の在り方を検討すれば足りるように思われる。

#### 4 小括

以上のようにみれば、任意捜査においても、当該犯罪に直接関わりの

---

(58) 例えば、リーディングケースとされる最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁の事例は、「急に退出しようとした」相手方に対し、「説得のためにとられた抑制の措置」として「左手首を掴んだ」のであるから、明らかに意に反した行為を適法としたものである（酒巻匡・前掲注（1）法学論叢97頁参照）。光藤景皎「判批」昭和51年重要判例解説ジュリスト642号（1977年）178頁参照（帰ろうと思えば帰れる状況になかった以上、身体の拘束であるから、「本件の具体的状況を考慮に入れてもなお疑問の残るところ」とされる。）。

ない第三者の権利・利益に対する侵害は、一定限度において許容されることがあると考えられるが、その根拠は、結局のところ、捜査権の実行に伴う市民の捜査協力義務にあり、その限界は、比例原則によると考えて良いであろう。もとより、その侵害の程度は、捜査の相手方に対する侵害と異なり、相当程度限定されたものになると思われるし、そのことを踏まえれば、比例原則は、それを越えることができないという意味で上限として機能するものと言って良いように思われる。

## 第6 おわりに

本稿の関心の核心は、捜査の必要がある限り、全く落ち度も責任もない市民が、たまたま当該犯罪現場に遭遇したというだけで、その権利・利益の侵害が許されるのは何故か、許されるとすればその限界はどうかということであった。そのために、まず、その前提として、強制捜査及び行政警察活動における第三者侵害を検討し、これを踏まえていくつかの任意捜査における侵害を具体的に検討した上で、それらに共通する法的構造を探り、一定の方向性を見出そうとしたものである。その根拠についても限界についても、必ずしも十分な検討とは言えないことは承知しているが、現段階において残された課題を踏まえながら、当面の考え方を提示して、本稿を閉じようと思う。

第1に、侵害の根拠については、捜査に対する市民の協力義務にあると考えるに至った。そして、そのような協力義務が認められる所以は、刑訴法197条1項の解釈に基づくものではあるが、ひいては、憲法が前提としている捜査権に由来するものと考えたものである。この点、公共の福祉による基本的人権の内在的制約と理解することは可能であるが、それでは余りに漠として一般的に過ぎることから、当該事件における具体的な捜査権に基づき、具体的な捜査利益を抽出した上で、これを侵害の実質的な根拠とすることができるのではないかと考えた次第である。個別具体的な事件への適用につい

ては、さらに厳密な下位基準が必要ではないかとの懸念も残るが、この点については将来の検討に委ねることとし、当面、その方向性を示しておきたいと思う。

第2に、侵害の程度については、基本的には、憲法13条に由来する広い意味の公共の福祉による制限に基づくと考えることができることから、いわゆる比例原則に従うことが妥当であると考えた<sup>(59)</sup>。もっとも、そもそも全く落ち度も責任もない第三者の権利・利益を侵害することを許容するのであるから、当該侵害に対応すべき捜査利益については、捜査利益一般ではなく、当該第三者との関係で得られる個別の利益を考えるべきではないかという観点から、できる限り具体的な衡量を行うように努めるとともに、そこで適用される比例原則は、侵害の上限を示すものであると考えるに至った次第である。それ故、本来であれば侵害の上限に達しない侵害としてはどの程度の侵害であるべきかについて、より詳細な基準を提示するべきではあるが、その明確化は必ずしも容易ではない上、具体的事案に沿って個別に検討する必要があるため、当面、一般的な方向性を示すことにとどめざるを得なかった。

第3に、以上を前提とすれば、当初の問題提起は、結局のところ、捜査の遂行に対する一般市民の協力義務をどの程度認め、これに伴うと権利・利益の侵害を一般市民がどの程度甘受すべきかという問題に帰着する。そして、その問題の解決は、市民社会における捜査の在り方として、「市民を組み込んだ共同活動」<sup>(60)</sup>としての捜査活動の必要性をどの程度認め、どの程度容認するかにかかっており、結局のところ、市民社会を防衛するためには、各市民がどのような負担をどの程度甘受するのが妥当かという、市民社会全体の在り方が問われているように思われる。その意味で、直接的には当該犯罪とは

---

(59) 比例原則について、憲法13条に実定化された憲法原則とみるか、同条に根拠を有する行政条理法とみるかについては争いがある（須藤陽子「比例原則」法学教室237号（2000年）19頁以下、高木光「比例原則」法学教室145号（1992年）33頁参照）。

(60) 田口守一・前掲注（6）118頁。

全く関係のない第三者が、社会の安全と平和のために、どの程度の侵害を甘受すべきかという問題の解決には、市民社会の在り方についてあるべき理念を解明することが必要となるが、この点については他日を期するほかはない。

（以上）