

ビデオカメラによる継続的監視（四）

鈴木 一 義

はじめに

第一章 アメリカ合衆国及びイギリスなどにおけるビデオ監視の動向

第一節 アメリカ合衆国における動向（以上、本誌第一二六卷第九・十号）

第二節 イギリスにおける動向

第三節 その他の諸国における動向

第四節 適法要件の検討（以上、本誌第一二六卷第十一・十二号）

第二章 我が国におけるビデオ監視の動向

第一節 ビデオ監視などを巡る議論情況（以上、本誌第一二七卷第一号）

第二節 裁判例の検討

一 (12)（以上、本号）

ビデオカメラによる継続的監視（四）（鈴木）

第二節 裁判例の検討

一 (1) 本節では、写真撮影・ビデオ撮影に関わる従前の裁判例について、時系列的に紹介し、若干の検討を行ってみたい。既に触れたように、戦後は科学捜査の推進が叫ばれ、高い犯罪検挙率を保持して良好な治安状態を保持するため、科学捜査技術が進歩したが、それに伴い、科学と人権の対立の問題が生じた。⁽¹⁸¹⁾ 写真撮影・ビデオ撮影に関する裁判例においても、個々の事案において、捜査の必要性と人権の調和点が探られている。

(2) まず写真撮影に関する最大判昭和四四年二月二四日(京都府学連デモ事件。刑集二三卷二二号一六二五頁)がある。⁽¹⁸²⁾ 捜査における写真撮影に関するリーディング・ケースとされるが、⁽¹⁸³⁾ 集団示威行進が、京都府公安委員会などの許可条件に違反したと判断した巡査が、違法な行進の状態・違反者を現認するため、集団の先頭部分の行進状況を写真撮影したという事案において、当該写真撮影は令状によらず、且つ被告人の同意なくして肖像権を侵害したもので、適法な職務執行に当たらないと主張されたが、原審大阪高裁は、写真撮影は、違反者・デモ行進者に物理的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強制処分でなく、裁判官の令状を要するものでなく、また、人には肖像権が認められるとしても、現に犯罪が行われてい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。これに対して、被告人は、本人の意思に反し、且つ無令状でなされた本件写真撮影は、肖像権即ち承諾なしに自己の写真を撮影されない権利を保障した憲法第一三条に違反するなど論じて上告したが、最高裁は上告を棄却し、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容貌等を撮影することは憲法第一三条の趣旨に反して許されないが、当該自由も公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受け、

警察官が犯罪捜査の必要上写真撮影する場合、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容貌等が含まれても、許容される場合があり得ると述べ、その許容される限度について、身体の拘束を受けている被疑者の写真撮影を規定した刑事訴訟法第二二八条第三項⁽¹⁸⁴⁾の他、現に犯罪が行われ若しくは行われた後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及び緊急性があり、且つその方法が一般的に許容される限度を超えない相当な方法をもつて行われる場合には、撮影される本人の同意がなく、また裁判官の令状がなくても、警察官による個人の容貌等の撮影が許容されると述べた。そして、かかる場合に行われる警察官による写真撮影は、その対象の中に、犯人の容貌等の他、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出来ない状況にある第三者である個人の容貌を含むことになつても憲法第一三条・第三五条に違反せず、本件写真撮影は、被告人らの同意もなく、その真意に反して行われたとしても、適法な職務行為であつたと論じた。

容貌等を正当な理由なく撮影されない自由を憲法第一三条の趣旨に求めたこと、写真撮影が許される要件として令状主義の例外が認められる現行犯・準現行犯的情况の存在を要求したことなどから、最高裁は写真撮影を強制処分と捉えたという見解も存したが⁽¹⁸⁵⁾、そうであるならば、刑事訴訟法上の根拠規定を示すのが自然であつた点に鑑みると、最高裁は、写真撮影が肖像権・プライバシーを制約する処分であるため⁽¹⁸⁶⁾、任意処分であつても、写真撮影を許すに相応しい要件を課した上で許容するのが相当と考えたと解する見解が多数であると評されている⁽¹⁸⁷⁾。

そして、本判決は、上記のように写真撮影が許されるための要件として、①現に犯罪が行われ、若しくは行われた後間がないと認められる場合であること、②証拠保全の必要性及び緊急性があること、③当該撮影が一般的に許容される限度を超えない相当な方法をもつて行われることの三点を示しており、この三要件については、警察官による写

真撮影行為一般に關して正当とするための要件を示したものと解する立場と、本判決は、許可条件違反のデモであるという現行犯的状态のもとで、写真撮影した警察官に対して妨害する目的で公務執行妨害罪に問われた場合の写真撮影の適法性を問題としたものであるから、当該事案に即して要件を掲げたものに過ぎず、本要件を具備しない限り、犯罪捜査のための写真撮影が許容されない趣旨迄含むものではないと解する立場とが分かれていた。⁽¹⁹⁾また、方法の相当性については、デモ行進等を不当に弾圧乃至干渉するように行うことは許されず、「撮影の方法も、なるほどかなり近距離からのフラッシュ撮影であつてみれば、デモ隊に対しやや刺激的な影響を及ぼした形跡は窺えるが、下より、いたずらに刺激的な撮影方法をとつたものでもなく、一般的に許容される限度を超えたとはいい得ない」という裁判例もあり、場合によっては違法となる⁽¹⁸⁾ことがあり得たと言えよう。⁽¹⁹⁾

(3) かかる議論情況のもとで、⁽¹⁸⁾ ヴイデオ監視・撮影に關して争われた裁判例として、まず東京高判昭和六三年四月一日(確定。判例時報一二七八号一五二頁)がある。⁽¹⁹⁾ 山谷地区派出所前の路上で発生した警察車両に対する器物損壞の事案で、公判において、予め派出所に設置されていたテレビカメラにより、捜査官が撮影・録画したヴィデオカセットテープが証拠として請求され、その証拠能力が争われた件に關し、第一審(東京地判昭和六二年九月二九日)は、最大判昭和四四年一二月二四日は、そこで示された三要件を充たさない限り警察官による犯罪捜査のための写真撮影が違憲とされる趣旨ではなく、その趣旨は、少なくとも予め犯罪の発生が予測される時は、①現に犯罪が行われたまたは行われた後間がないと認められる場合であつて、②証拠保全の必要性及び緊急性があるという要件が備わつた時点で撮影が可能となるように十分の準備をしておくことを捜査機関に許容するものと言ふことが出来、撮影が許容される場合の要件は、最大判昭和四四年一二月二四日の趣旨に従うならば、(i)当該場所で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て、(ii) 予め証拠保全の手段・方法を取つておく必要性及び緊急性があり、(iii) その撮影・録画が一般的に許容される限度を超えない相当な方法をもつて行われる時であると言ふべきであつて、本件においては、本件犯行当時を基準時として、予め犯罪発生の予想される場所を自動的に撮影し、その映像を録画しておくことが許容されるための前提条件が存在していたばかりでなく、本件当日のテレビカメラによる撮影・録画行為は前記(i)乃至(ii)の要件を充たしていたと言ふことが出来ると述べた。⁽¹⁹⁵⁾ そして東京高裁も、最大判昭和四四年二月二十四日は、具体的事案に即して警察官の写真撮影が許容されるための要件を判示したものに過ぎず、当該要件を具備しない限り、如何なる場合においても犯罪捜査のための写真撮影が許容されないとする趣旨迄包含するものではなく、①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、②予め証拠保全の手段・方法を取つておく必要性及び緊急性があり、且つ、③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つて行われる時には、現に犯罪が行われる時点以前から犯罪の発生が予測される場所を継続的、自動的に撮影、録画することも許されるところは、本件ビデオカセットテープが撮影、録画された際の具体的事実関係がかかる諸要件を具備しているものであることは、原判決などが適切に説示している通りであると認定した。⁽¹⁹⁶⁾ ビデオカメラによる場合は、犯罪の発生前から予めこれを予想して設置したカメラにより、一定範囲内を継続的に撮影することが出来、既に述べたように程度の問題ではあるけれども、写真撮影の場合に比べて広範な証拠保全が可能ともなるが、かかる写真撮影との違いが反映されているとも評されている。⁽¹⁹⁷⁾

(4) そして、東京地判平成元年三月一五日(判例時報一三二〇号一五八頁)⁽¹⁹⁸⁾ は、犯罪捜査の必要上被撮影者の承諾なくその容貌等の写真撮影が許容されるのは、現に犯罪が行われている場合乃至はこれに準ずる場合に限定されると解

すべきではなく、既に行われた犯罪の犯人特定のため容疑者の容貌等の写真を撮影することも、その事案が重大であつて、被撮影者がその犯罪を行ったことを疑わせる相当な理由のある者に限定される場合、写真撮影以外の方法では捜査の目的を達することが出来ず、証拠保全の必要性、緊急性があり、且つ、その撮影が相当な方法をもって行われている時には、適法な捜査として許されるものと解すべきである、と判示した。⁽²⁰⁾ 本判決も、最大判昭和四四年二月二四日の三要件を充たさない限り、警察官による写真撮影が全て違憲・違法となる訳ではないという理解に立ち、既に行われた犯罪の犯人特定のための写真撮影の許容される限界について判示したもので、事案の重大性、被撮影者がその犯罪を行ったことを疑わせる相当な理由がある者に限定される場合、写真撮影以外の方法では捜査の目的を達成することが出来ない時という要件等について議論を呼ぶであろうと評された。⁽²⁰⁾

(5) 東京地判平成元年三月一五日と同種の事例と言えられるが、京都地決平成二年一〇月三日（確定。判例時報二三七五号一四三頁）⁽²⁰⁾は、過激派活動家が他の仲間約二〇名と共に、竹竿を準備して京都大学構内に集合し、予てから対立関係にあつた過激派グループと乱闘状態になつたという事案で、被告人は凶器準備集合罪で起訴されたが、本件犯行には及んでいないと否認していたところ、警察官が、右乱闘現場から病院に搬送された負傷者二名の容貌・治療状況を、犯人特定と負傷情況の証拠保全のために右乱闘発生から約一時間後に搬送された病院において撮影しており、当該写真を目撃者に対する被告人の写真面割に利用していた。そこで、検察官が、面割写真の存在を立証趣旨として、当該写真を証拠物として証拠申請したが、弁護士は、当該写真は被撮影者の承諾なく撮影されたもので、かかる撮影が許容されるのは、現に犯罪が行われた場合或いはこれに準ずる場合で、証拠保全の必要性と緊急性があり、撮影方法が相当である場合に限られるところ、本件写真撮影は各要件を欠いており、憲法第一三条・第三五条に違反

する重大な違法があるばかりか、これを排除しなければ将来の違法捜査を抑制することが不可能であるから、証拠能力を否定すべきである——と争った。これについて、京都地裁は、如何なる場合に個人の容貌・姿態をその者の承諾なくして撮影することが許容されるかは、具体的事案に即して、その写真撮影がなされた目的・方法・態様・他の代替手段の有無等の捜査機関側の利益と、被撮影者が右の自由を侵害されることによつて被る不利益とを総合的に比較考量して判断されるべきで、そうだとすると、最大判昭和四四年一月二四日が写真撮影の適法性の要件として掲げるところは、一応当該事案における警察官の写真撮影が許容されるための要件を判示したものに過ぎず、右の要件を具備しない限り如何なる場合においても犯罪捜査のための写真撮影が許されないとする趣旨迄判示したのではないと考えられると述べ、本件写真撮影の目的は、本件対立抗争事件の犯人の特定と負傷情況の証拠保全にあつたが、本件の場合、負傷情況の証拠保全という点を独立に写真撮影の許容される要件として論ずるのは相当でなく、負傷情況が犯人特定の情況的証拠としての意味を有する限度において付随的に参酌すれば足り、既に行われた犯罪の犯人特定のための証拠保全を目的とした写真撮影においては、①その犯罪が社会・公共の安全を確保する上で重大な事案であり、②被撮影者がその犯罪を行った犯人であることを疑わせる相当な理由のある者に限定されており、③写真撮影によらなければ犯人の特定が出來ず、且つ証拠保全の必要性及び緊急性があり、④その撮影が社会通念上相当な方法をもつて行われている時には、それが被撮影者の承諾なくして行われたとしても、比較考量上、捜査機関による写真撮影が許容される場合に当たり、憲法第一三条、第三五条に違反しない適法なものとして、その写真の証拠能力が認められると考えると判示した。⁽²⁰⁾ 本決定に対しては、診察室前の廊下が、一般人が自由に立ち入れる場所であるとすれば、プライバシーの期待は街頭の場合と區別出來ないであろうが、病室内であれば街頭とは明らかに事情が異なり、入院

患者の生活の場として住居内に準じたプライバシーの期待が認められる（病室の管理権とは独立に保護される）とすれば、そこでの写真撮影は任意処分としての写真撮影を超えざるを得ないと評されている⁽²⁶⁾。

(6) 日雇労働者が多く居住する大阪市西成区あいりん地区では、賭博・のみ行為等を含めて路上犯罪の比率が高い上、集団不法事案、放置すれば集団不法事案に発展する恐れがある娼集事案が多発しているため、大阪府警察（西成警察署）は、街頭における犯罪抑止と、娼集事案や集団不法事案が発生した場合の早期発見及び措置を目的として、昭和四一年から五八年にかけて、交差点等の高所にテレビカメラ一五台（本件カメラ）を設置し、西成警察署においてモニターテレビに映像を映す等して使用していた（本件カメラは、六一〇倍のズームアップ機能と旋回能力を有し、一一台は西成警察署本署内から遠隔操作出来、少なくとも昼間は、あいりん地区の一部において、相当広範囲に亘って追跡的監視が可能と推測される）。民事の事例になるが、大阪地判平成六年四月二七日（判例時報一五一五号一六頁⁽²⁶⁾）においては、同地区に居住または勤務し、或いは同地区において労働組合活動やボランティア活動等を行っている原告一ら一二名が、本件カメラの設置・使用は、一らの肖像権、公権力から監視されない自由乃至プライバシー権等を侵すものである等と主張し、大阪府に対して、本件各カメラの撤去及び慰謝料各一〇〇万円並びに弁護士費用各二〇万円の支払いを求めた。大阪地裁は、本件カメラによる監視行為は、主として犯罪予防を目的とした警邏活動・情報収集の手段であり、性質上任意手段に属するから、その設置・使用は、警察法及び警職法が当然に予定している行為の範疇に属するもので、情報活動の一環としてカメラを利用することは基本的には警察の裁量によるものではあるが、その使用等によって個人の権利・自由を干渉することになる場合には自ずから制約を受けることになるのは当然であり、テレビカメラによる監視は、大量の情報をもたらし、人の配置に比べれば比較的安価であり、大量に設置することも容

易である点にも鑑みれば、濫用の危険性が高く、その利用には格別の配慮が必要であると述べ、更に、プライバシーの利益の侵害の有無について判断し、本件カメラの設置・使用に当たって、①目的の正当性、②客観的且つ具体的な必要性、③設置情況の妥当性、④設置及び利用による効果があること、⑤使用方法の相当性等が検討されるべきで、具体的な権利・利益の侵害の主張がある場合には、右各要件に配慮しつつ、その権利・利益の性質等に応じ、侵害の有無・適法性について個別に検討されると述べる。そして、その上で、本件カメラはその設置及び使用が許容されるべき一応の要件を備えており、大阪府はこれを使用して犯罪防止など公共の福祉を達成するために活動していると捉え、侵害されているIら個々のプライバシーの利益の実質・侵害の程度等と、本件カメラの設置・使用の必要性等を比較して、本件カメラの内一四台については、Iらはその設置・使用を受忍すべきであるとしてその違法性を認めなかった。しかし、I₂が組合活動の拠点としている解放会館への出入りの情況を監視出来る位置に別の場所から移設されたカメラ①については、解放会館を監視する目的で移設されたものと考えられ、その監視により、I₂及び所属する労働組合の活動に事実上の支障を生じさせる等の不利益を及ぼす恐れが高く、結社の自由や団結権に深刻な影響を与えると共に、I₂と解放会館に出入りするI₃ら四名のプライバシーの利益をも侵害すると捉え、カメラ①を現在地に移設した頃は、I₂は過激な労働運動等を繰り返し、警察から要注意人物として監視対象とされていたが、その後穏健な活動を展開するようになって監視の必要性は次第に低下し、少なくとも現時点では監視体制を継続する正当な事由も存続していると言ひ難いから、このカメラを現在地に設置しておくことはI₂ら五名との関係において違法であるとして、その撤去を命ずるのが相当とした。⁽²⁰⁾

ここでは、共に街頭設置カメラに関する判示とは言え、東京高判昭和六三年四月一日が、撮影の許容性について、

(i) 当該場所で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て、(ii) 予め証拠保全の手段・方法を取つておく必要性及び緊急性があり、(iii) その撮影・録画が一般的に許容される限度を超えない相当な方法をもつて行われるという三つの要件を示したのに対して、この大阪地判平成六年四月二七日は、カメラの設置・使用に当たつて、① 目的の正当性、② 客観的且つ具体的な必要性、③ 設置状況の妥当性、④ 設置及び利用による効果があること、⑤ 使用方法の相当性という五つを許容性の要件としているため、両判決の関係が問題となる。そして、これについては、東京高裁の三要件は、証拠能力の有無⁽¹⁹⁾、その前提としての犯罪捜査（司法警察）の文脈において示されたもの、即ち、街頭防犯カメラにより撮影・録画されたデータの内、犯罪捜査等に関係する部分を、特に抽出・確定的に保存して、犯罪捜査に用い、犯罪立証のための証拠として証拠能力が認められる場合を示したもの（証拠の許容性の判断枠組みにおいて援用されるべきもの）であるのに対して、大阪地裁五要件は、行政警察活動における街頭防犯カメラの設置の可否・許否の判断要素として示されたものと捉えることが出来ると論じられている⁽²⁰⁾。

(7) 東京高判昭和六三年四月一日に関しては、これによつて、犯罪を犯したことを疑うに足る相当な理由があつて、犯人の撮影をすることがその刑事責任を明らかにする上で有効であり、且つ証拠保全上急を要するような場合には、その方法が相当である限り写真撮影は許され、また、逮捕状その他の令状の執行、職務質問等を行うに当たり、その適法性が争われることを予想して証拠保全の目的で職務執行状況を撮影したり、人物確認のため犯人らしい人物を秘かに撮影すること等もその必要性があつて撮影方法が相当である限り認められることにならうなどと指摘される一方で、⁽²⁰⁾ 犯罪が発生する相当高度の蓋然性、予め証拠保全の手段・方法を取つておく必要性等の要件について議論を呼ぶであろうと評されていたが、かかる点の深化が見られたのが東京地判平成一七年六月二日（確定。判例時報一九三〇号

一七四頁。⁽²¹⁾⁽²²⁾⁽²³⁾である。被告人が二回に亘り、板橋区内の駐車場に駐車中の自動車に火を放って損壊した事案で、本件駐

車場では過去に放火と見られる不審火が連続して派生していたため、駐車場経営者等の要望により、警察官が経営者の娘方二階北東の洗面所庇屋根にビデオカメラを設置し、無令状で被告人の承諾を得ずに、被告人方居室の玄関ドアを画像の中心に据えて、画像下端に本件駐車場前道路及び同駐車場前に駐車中の自動車数台が撮影出来るようにした。弁護人は、ビデオカメラによる撮影が許されるのは、当該現場において犯罪発生が相当高度の蓋然性をもって認められる場合、即ち、被告人が自動車に放火することが殆ど確実であると客観的に認められる合理的な根拠がある場合でなければならずと主張したが、東京地裁は、本件ビデオカメラによる撮影に際して、公道に面する被告人方玄関ドアを撮影するというプライバシー侵害を最小限に止める方法が採られていること、本件が住宅街における放火という重大事案であることに鑑みると、本件ビデオカメラによる撮影が、犯罪発生の相当高度の蓋然性が認められる場合にのみ許されるとするのは相当ではなく、また、被告人に罪を犯したと疑うに足りる相当な理由が存在する場合にのみ許されるとするのも厳格に過ぎる、寧ろ、被告人が罪を犯したと考えられる合理的な理由の存在をもって足りると解するべきであると論じ、その上で、本件ビデオカメラ設置迄の一連の放火は、周囲には住宅が密集していて公共の危険を生じさせる恐れが高度に認められる重大な事案であること、ビデオカメラ設置迄の各放火事件は、犯行の目撃者を確保することが極めて困難で、しかも犯人を特定する客観的証拠が存せず、警察官がこの場所を終始監視することも困難で、今後同種事件が発生した場合に、被疑者方及びその周辺状況をビデオ撮影していなければ犯人特定に至らず捜査目的を達成することが出来ない恐れが極めて高く、予め撮影を行う必要性が十分に認められること、ビデオカメラ設置前の各事件が早朝の放火事案であってその痕跡から犯人を特定することが非常に困難

であることから、緊急性も肯認出来ること、本件ビデオ撮影は、公道に面する被告人方玄関ドアを撮影するというもので、被告人方居室内部迄も監視するような方法ではないから、被告人のプライバシー侵害も最小限度に止まっております、本件事案の重大性を考慮すればやむを得ず、方法が社会通念に照らし相当とされる範疇を逸脱していたと迄は言えないことから、本件ビデオ撮影は、現に犯罪が行われ、或いはそれに準じる場合に行われたものではないが、前記の情況・方法での撮影が違法であるとは言えず、本件ビデオテープ及びこれに関連する各報告書は証拠能力を有するものと言えると述べた。基本的には従前の裁判例の流れの延長線上にあるものであり、⁽²⁴⁾具体的事例に即してビデオ撮影の適法性を判断したものと⁽²⁵⁾言えよう。また、本件撮影は、特定の場所を通行する不特定の者を撮影する場合と異なり、特定の個人を狙い撃ちするような撮影の態様であったとの指摘も⁽²⁶⁾見られ、この許容性について、(6)の大阪地判平成六年四月二七日が参考になり、これと比較すると、大阪地判平成六年四月二七日における嫌疑の程度と本件における嫌疑の程度は著しく異なると迄は評価し難く、本件事情の下で狙い撃ちの撮影を行ったことは相当性を欠く⁽²⁷⁾と言わざるを得ないと評する見解も存する。

(8) 一般職国家公務員である被告人は、統一地方選挙に伴う中央区議会議員選挙等に際し、A党を支持する目的で同党のピラ等を配布したが、警視庁B署警備課公安課の警部らは、当初、公選法上の違法文書配布等の容疑があると考えて慎重に被告人の行動確認を続け、被告人が一般職の国家公務員であることを確認してからは、国公法違反被疑事件としての捜査を続けた。そして、衆議院議員総選挙施行が決まってからも、被告人の行動確認捜査を行い、捜査官らは、バッグ様の入れ物の中に入れたビデオカメラで隠し撮りする形で、被告人がピラを配布している情况等をほぼ連続的に撮影し、かかる捜査を基に、国公法違反容疑で被告人は通常逮捕・起訴された。弁護人は、(一)本件は、

公安警察による日常的な違法な情報収集活動により得られた情報に基づいて捜査が開始されたものであり、本件捜査の端緒は違法である、また、(2) 本件の捜査は、軽微な事案であるにもかかわらず、異常という他ない過剰な捜査体制の下で、長期間に亘り、被告人の尾行、且つ、ビデオによる盗撮という被告人のプライバシー権を著しく侵害する捜査手法をとるなどしており、違法な捜査であると述べ、このような捜査の結果、被告人が逮捕され、本件起訴に至ったものであるから、違法捜査と本件起訴は一体となっており、起訴そのものが違法として公訴棄却されるべきであると主張したが、東京地判平成一八年六月二十九日(刑集六八卷一二号一六二七頁)⁽²¹⁸⁾は、ビデオ撮影について、大要、以下のように判示した。即ち、まず、弁護士は、本件ビデオ撮影は、撮影対象者である被告人のプライバシー権等を侵害するから、「強制の処分」(刑訴法一九七条一項但書)に該当する旨主張するが、「強制の処分」とは、個人の意思を制圧し、個人の身体、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ凡そ許されない捜査方法を言う」と解され(最高裁昭和五一年三月二六日第三小法廷決定・刑集三〇卷二二号一八七頁参照)、この「強制の処分」に当たるか否かは、個人の意思に対する制圧と法益・権利に対する制約という二つの観点から判断すべきであるところ、本件ビデオ撮影は、公道上又はこれに準じるマンションの玄関内で行動している被告人を、通常の性能のビデオカメラで撮影したものに過ぎず、居宅内にいる被告人を撮影した場合等と比較して、プライバシーの保護の必要ないし期待が一段と低いことは否定出来ず、令状がない限り凡そ許されないとする迄の必要はないから、「強制の処分」ではなく任意処分と解するのが相当であるとした。尤も、公道上におけるビデオ撮影が任意処分であるとしても、前記最高裁決定の趣旨に鑑みれば、捜査機関が自由且つ無制限に撮影出来るものではないことは言う迄もない。本件におけるビデオ撮影は、捜査官の尾行等による行動確認の捜査の過程でなされてい

るところ、尾行等の捜査手法は違法でないとは解されるけれども、捜査機関がビデオ撮影によって証拠収集を行った点は、それにより被告人の動作等が機械的に電磁的媒体等に記録され、保存されることになるため、被告人の肖像権やプライバシー権等の侵害の程度には、尾行等による場合と比較して質的に相違があることは明らかであり、尾行等と同様に、ただ警察比例の原則を考慮すれば足りるというのは相当でなく、その許容性については、より慎重な検討がなされるべきである——と論じ、進んで本件ビデオ撮影の許容性について考えるに、捜査官による被疑者等の写真撮影が問題になった最高裁昭和四四年二月二四日大法廷判決が参考となり、同判決は、警察官の写真撮影が許容されるための要件として、①現に犯罪が行われ又は行われた後間がないと認められる場合であること、②証拠保全の必要性及び緊急性があること、③その撮影が一般的に許容される限度を超えない相当な方法をもって行われたことの三つの要件を示しているが、これは、あくまでも、具体的事案に即した判断を示したものに過ぎず、これらの要件を具備しない限り、凡そ如何なる場合においても、犯罪捜査のための写真撮影が許容されないとする趣旨まで包含するものではないと解されるため、本件ビデオ撮影の検討に当たっては、上記要件を参考にしつつも、本件事案に即した考慮が必要になると述べた。そして、本件ビデオ撮影は、被告人が、四月及び五月の段階で、Q事務所等から政治的文書を受け取り、近隣に配布していたという事実を把握していた捜査機関において、被告人が総選挙に際して再び同様の犯行に及ぶことが予測されたことから、その行動確認を尾行等の手法を用いて行うに当たり、予想される被告人の犯行について、その犯行状況のみならず、実行に至る迄の行動等の採証を行うことを意図してビデオ撮影に及んだものであると同時に、捜査機関では、既に確認している被告人の犯行やこれから予想される被告人の犯行との関係で、犯行の動機、背景、組織性等を把握するため、被告人の行動確認を行っており、被告人の関係箇所への立寄

り状況等についての採証をも併せて行うことを意図してビデオ撮影に及んでいて、しかも、被告人の犯行（配布行為）は、一回きりのものではなく、連続的に住宅やマンションの郵便受けに配布するものであり、また、その配布先が具体的に判明していた訳ではなく、且つ、配布自体は一瞬の出来事であるから、配布行為そのものをタイミングよく撮影しようとするれば、その前から配布文書を持った被告人の行動を追って連続的に撮影せざるを得ないといった事情があり、かかる事案に即してみると、前記最高裁判決において問題とされた写真撮影とは、その目的、態様等において、明らかに異なるものがあるところ、まず、犯行状況等の撮影を目的とするものについては、②③の要件はともかく、①の要件については、被告人がこれから犯行に及ぶ相当高度の蓋然性があった場合には、被告人が現に犯行に及んでいる状況に止まらず、その前後の状況を撮影したものであっても、猶許容される余地があると解すべきで（東京高裁昭和六三年四月一日判決）、また、これとは別の目的からする撮影については、そもそも、①のような要件を措定することは意味がなく、専ら②③の要件の検討を中心に、具体的状況の下で相当と認められる限度においてのみ許されることと解すべきである旨判示した。その上で、本件ビデオカセットについて具体的に見ると、まず、本件犯行そのものやこれと同様の行為がなされている場面はもとより、これらと時間的・場所的に接している場面を撮影することは、②③の要件を満たせば当然許されて良く、更に、被告人がピラの入ったバッグを抱えてaやc地区の公道を歩いている状況を撮影することも、犯行に及ぶ相当高度の蓋然性がある場合として、同様に許される（被告人のピラの配布の様態、即ち、徒歩でQ事務所や被告人の居住するマンション周辺の地域を巡り、住宅の郵便受けやマンションの集合郵便受けに次々とピラを配布していくというやり方を考えれば、上記のような状況があれば、いつどこで配布に及んでもおかしくないと言えるからである）と論じ、問題になりそうなのは、被告人が配布すべきピラを手にしていないところを撮影したものの、例えば、

被告人がピラを貫いにQ事務所に入る状況やその直前の公道上を歩く状況、或いは、一応配布行為を終えた後、手ぶらで又はピラの入っていたバッグを丸め、手に持って公道上を歩き、Q事務所に向かい、同事務所に戻る状況が撮影されたものであるが、一連の流れの中で見る必要がある、それ迄の行動確認捜査により捜査機関において掴んでいる被告人の行動傾向からすれば、被告人が、休日、自宅からQ事務所へ赴き、同事務所からピラの入ったバッグを抱えて出てくること、その後、徒歩で、同事務所周辺も含め、aやc等の地区の住宅やマンションの郵便受けにピラを配布し、これが終わると再びQ事務所に戻っていくこと、そして、また、同事務所からピラを持ち出して配布に出掛けることは、かなりの程度で予測されたのであるから、被告人が休日Q事務所に向かえば、その後、同事務所まで受け取ったピラを配布する行為に及ぶことは十分あり得、しかも、Q事務所は、その出入口が公道上に面しており、そこからピラを持って出れば、すぐにでもその近隣にピラを配布することが可能な立地関係にあるため、上記のような場面であつても、猶被告人がピラの配布行為に及ぶ相当高度の蓋然性があつたと言ふことが出来るので、本件ビデオカセットに関する撮影は、修正された①の要件を満たしていると言ふべきである。そして、次いで②の要件については、被告人の配布態様等に照らすと、捜査官が、被告人の配布状況について、被告人に気付かれないようにしながら、これを全て肉眼により現認して正確に記憶に留めておくと言ふことは現実には困難な面がある一方で、ビデオカメラにおける撮影、録画は、捜査官の現認状況や記憶した内容を客観的に担保するものとして、極めて高い証拠価値があるため、ビデオ撮影により証拠保全を行う必要性は十分に認められ、また、ビデオ撮影による証拠保全の緊急性も認めることができるから、②の要件も満たしている——と論じる。更に、③の要件については、(i)本件ビデオ撮影は、公道等における撮影であり、撮影の対象者である被告人は、もともとその容貌等を人目に晒しながら歩行していたの

であるから、その肖像権、プライバシー権等がある程度放棄されていたことは否定できないこと、(ii)本件は、被告人に察知されないように撮影しなければならぬ事情があったのであるから、直ちに隠し撮りの方法が不当であるということにはならないこと、(iii)被告人の配布先等を正確に確認し、把握するためには、複数の捜査官によって多角的にビデオ撮影すべき事情があったと言える上、これらの多人数の撮影が、被告人の行動を威圧するなどしてその身体に対して強制力を加えたり、特別の負担を負わせたような事情もないこと、(iv)このようなビデオ撮影においては、その対象の中に、被告人の容貌等の他、その行動等を撮影しようとする過程において、公道上を歩く第三者の容貌等が含まれることになるが、あくまでも偶然の結果に過ぎず、やむを得ないことと言わざるを得ないため(前掲最高裁昭和四四年二月二四日大法院判決、最高裁昭和六一年二月一四日第二小法院判決参照)、その一事をもって相当性を失うものでないことから、本件ビデオ撮影は、社会通念上相当と認められる方法によるものであったと言えるため、③の要件も満たしているとし、このようにして、本件ビデオオカセットに録画等されたビデオ撮影は、いずれも任意捜査として許容される範囲内のものであったと判示した。ただ、上記のビデオ撮影の他にも、被告人の千代田地区委員会への立入り状況についてビデオ撮影したものがあがるが、これについては、もともと犯行情況等を撮影することを意図したものであるなど①の要件を措定し得る場合でなく、また敢えてこの場面を肉眼による現認に止まらず、ビデオ撮影でもって確認しなければならないような事情はなく、②の要件を満たしておらず、従って、この場面のビデオ撮影については、具体的状況の下で相当と認められる限度を超えており違法である(ただ、このビデオ撮影の本件行動確認捜査における位置付け、重要性に照らすと、これに違法な点があったとしても、それにより本件でのビデオ撮影全て、ひいては、

本件行動確認捜査全体が違法となるものではない）旨述べている。

本判決については、予測される犯罪が多数人からなる集団によって行われ、その中に人身傷害を伴うような相当に重大なものが含まれ、現場に行方者以外にも多数の者がいる場合であり、立証が通常の日撃証言や被疑者供述のみによつては著しく困難であつて、ビデオ撮影の必要性と緊急性が極めて高かつた東京高判昭和六三年四月一日とは事案が異なり、また、被告人が罪を犯したと考えられる合理的な理由があり、事件が連続放火という重大事案であつて、犯行の目撃者を確保することが極めて困難で、犯人を特定する客観的証拠がなかつた東京地判平成一七年六月二日とも事案が異なるとも指摘され、公道や人の出入りが自由な空間での人の行動のプライバシーへの期待が居室内での人の行動の場合よりも低いと仮に言えたとしても、それは公道上で人の行動の監視や記録化が短時間の断片的なものである場合に当て嵌まることであつて、本件のような長期に亘る継続的・全面的な逐一の行動監視や記録化については妥当しないと云つた批判も存したところである。

(9) 犯人の写つた防犯カメラ（駐車場に設置されていた防犯ビデオによる）のビデオ画像と被告人を撮影した画像とを比較対照した鑑定の信用性が問題となつた事案で、防犯カメラのビデオ画像と比較・対照する目的で、警察官らは、家屋（貸家）の玄関付近を、その所有者らに承諾を得ずに二四時間ビデオ撮影していたが、このビデオ撮影は、最高裁判例が許容する条件を満たさず、これによつて得られた映像（鑑定書の鑑定資料等）は違法収集証拠であり、証拠能力を欠くのにこれを有罪認定の証拠に用いた原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反があると主張されたところ、東京高判平成一九年八月七日（高検速報平成一九年二八〇頁、weblaw 文献番号2007WTLJPCA08076002）は、当該映像は犯人と被告人が同一人であることを認定し、有罪認定するための不可欠の証拠

ではない上、原判決が説示（具体的な犯罪嫌疑がなく内偵中の捜査対象者が出入りするアジトということでの者らの動向を視察する目的の場合）⁽²²³⁾、ビデオ撮影して証拠保全を図る必要性・緊急性は低いものの、撮影されている場所が建造物の玄関付近で建物の住人以外の一般人も通行するところでプライバシー侵害を最小限に止めるようにしていることから、それによって得られた画像は違法収集証拠として証拠能力を欠くとされなければならない程の重大な違法はない旨判示した）する通り、上記ビデオ撮影には、それによって得られた映像が違法収集証拠として証拠能力を欠くとされる程の重大な違法があるとは認められず、論旨は理由がない旨判示した。撮影対象者の被侵害利益の程度を最小限度に止めているものの、撮影（捜査）の必要性も低いため、当該撮影自体について任意捜査として違法としたもので、撮影によるプライバシー等への制約が強制処分性を基礎付ける程ではないが、猶捜査の必要性との比較衡量において任意捜査としての相当と認められる限度を超えた類型と言え、ただ、具体的な情況の評価としては、令状主義の精神を没却する程の重大な違法性はないとされたもので、⁽²²⁴⁾ 重大な違法があつたか否かを認定する際に、ビデオ撮影の必要性・緊急性、（捜査の必要性との衡量を踏まえた上での）⁽²²⁵⁾ プライヴァシー侵害を最小限に止めようとしているという意味での相当性という枠組みで判断しているものと言えよう。

(10) 最二小決平成二〇年四月一日（刑集六二巻五号一三九八頁）⁽²²⁶⁾ では、被害者を殺害し、キャッシュカード等を強取し、当該カードを用いて現金自動預払機から多額の現金を窃取するなどした強盗殺人・窃盗・窃盗未遂罪等の事案において、現金自動預払機により被害者の口座から多額の現金が引き出される等した際の防犯ビデオに写っていた人物と被告人との同一性を判断するために、警察官は被告人の容貌等をビデオ撮影することにし、被告人宅近くに停止した捜査車両の中から、乃至付近に借りたマンションの部屋から、公道上をビデオカメラで撮影⁽²²⁷⁾し、また、防

犯ビデオに写っていた人物が付けていた腕時計と被告人が付けていた腕時計との同一性を確認するため、被告人が遊技していたパチンコ店の店長に依頼し、店内の防犯カメラによって、或いは警察官が小型カメラを用いて、店内の被告人をビデオ撮影した。弁護人は、本件におけるビデオ撮影は、現に犯罪が行われている場合またはこれに準ずる場合に撮影の要件を限定した最大判昭和四四年二月二四日に反する等と主張したが、最高裁は、最大判昭和四四年二月二四日や最二小判昭和六一年二月一四日は、警察官による人の容貌等の撮影が、現に犯罪が行われている場合または行われた後間がないと認められる場合の他は許されないという趣旨迄判示したのではなく、捜査機関において被告人が犯人である疑いを持つ合理的な理由が存在していたものと認められ、且つ各ビデオ撮影は、強盗殺人等事件の捜査に関し、防犯ビデオに写っていた人物の容貌・体型等と被告人の容貌・体型等との同一性の有無という犯人の特定のための重要な判断に必要な証拠資料を入手するため、これに必要な限度において、公道上を歩いている被告人の容貌等を撮影し、或いは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容貌等を撮影したものであり、いずれも、通常、人が他人から容貌等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものであり、これらのビデオ撮影は、捜査目的を達成するため必要な範囲において、且つ、相当な方法によって行われたものと言え、捜査活動として適法なものと言うべきであると述べた。⁽²⁸⁾ 本決定も、従前の下級審裁判例の立場（非限定説）に立ち、これを最高裁の立場として確認したものと見えよう。⁽²⁹⁾ かかる立場に対しては、公の場での撮影である限り、例えば、情況証拠を収集する目的として被疑者その他事件関係者の一連の動向ひいては性格・性癖をも把握し得る連続撮影や、被疑者を探し出す目的として警察がビデオカメラを至る所に設置し、無差別に通行人を被写体とする撮影などのような、権利侵害がより深刻な場合でさえ、必要性・相当性基準を充たす場合があり得ることにならないか、

基準が曖昧であるといった批判も存していたが、撮影の許容性については、広義の撮影の許容性とそれにより影響を受ける法益侵害の性質・程度を比較衡量し、両者に合理的な権衡が保たれているか否かという比例原則による判断を要求されるため、撮影の許容性に関する一般的な要件を提示することは性質上困難と言わざるを得ないと論じられるところである。⁽²³¹⁾

(11) その後、写真・ビデオカメラ撮影については、GPS捜査と並行して行われた追尾監視型捜査の事案が見出される。⁽²³²⁾ 大阪地決平成二七年六月五日（判例時報三二八八号一三四頁、判例タイムズ一四二四号三一九頁、WJTB 文献番号2015WTLJPCA06057001）において、①警察官らが平成二四年二月頃から平成二五年一月頃迄の間、長崎県・大阪府及び熊本県で連続的に発生した窃盗・侵入盗事件に関して被告人を被疑者として捜査を進め、同年四月中旬頃以降数か月間に亘り、被告人らのアジトと目された門真ガレージや被告人が寝泊まりしていたマンション等複数の場所で張り込みや尾行捜査を行っていた、②同捜査の際に、警察官らはビデオカメラを用いて被告人らの行動等を連続的に撮影・記録していた（追尾型監視捜査）、③これらの捜査により、公道上若しくは公道上又は捜査協力者の部屋から視認出来る集合住宅の共同廊下部分又はベランダ部分にいる被告人及び共犯者ら並びに本件と無関係であった第三者が複数人撮影された、④更に、共犯者F方の集合住宅の共同玄関内郵便受けの投函口の隙間から、その内部の郵便物が撮影された、⑤捜査機関は、平成二五年五月二三日から同年一二月四日頃迄の間、被告人、共犯者三名及び被告人の交際相手が使用していると疑われる自動車やバイク合計一九台に対して、令状の発付を受けることなく順次GPS端末を取り付け、それぞれの位置情報を断続的に取得しつつ追尾等を行う捜査を実施したという事案に関して、⁽²³³⁾ 大阪地裁は、警察官らがビデオ撮影を開始した平成二五年四月中旬当時、一連の窃盗・侵入盗事件について、被告人及びその周

辺の人物が関与している嫌疑は相当濃厚になっており、一連の各犯行は共犯者複数が関与する連続窃盗等であり相応に重大な事案であるところ、深夜に極めて短時間で行われたため目撃者の確保が困難であつて、しかも犯人を特定し得る客観的証拠が殆ど残されていなかったこと等からすれば、人定を含む共犯関係を明らかにすると共に被告人や共犯者らの立ち回り先や潜伏先、被害品の隠匿場所等を解明するために被告人周辺の人物関係やその立ち回り先等を把握する必要性が高く、本件事案の下ではその必要性は高度なものであつた、共犯関係や犯行状況について、ビデオ撮影された記録は警察官の記憶に基づく供述より客観性が高く公判において重要な証拠価値を有するから、これを撮影しておく必要性も認められる、本件で撮影されたのは、公道上や公道又は隣家から視認できる場所といった、通常人が他人から容貌等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所であり、プライバシー保護の合理的期待が低い場所のみで撮影されたことに照らせば、本件ビデオ撮影によるプライバシー侵害の程度が大きいものであるとは言えない、本件ビデオ撮影は、そのような場所に撮影範囲を限定して実施されておりプライバシー等の侵害を最小限に止める配慮がなされているといった点を理由に、本件追尾監視型捜査は強制処分に当たらない上、捜査目的を達成するため必要な範囲において、且つ相当な方法によつて行われたものと言えるから任意捜査として適法である旨判示した。猶、本件ビデオ撮影の内部はプライバシー保護の合理的期待が高い「住居」の付属設備内の空間であること（令状実務においても郵便受け内部の搜索差押えには搜索差押許可状を要する）等からすれば、郵便受け内部の郵便物を撮影した警察官の行為は、郵便物の差出人や受取人のプライバシー等を大きく侵害するものであるから搜索又は検証としての性質を有する強制処分に該当し、無令状で行つた行為は違法であるとし、ただ、その態様等に照らし

て、これが重大であるとは言い難い上、いずれにせよこのビデオ撮影によって得られた情報は本件GPS捜査等の他の捜査によっても得られたものであつて、前記ビデオ撮影と弁護人が異議を述べる各証拠との関連性は極めて希薄であるから、この点は各証拠の証拠能力には影響しないと述べた。²⁹⁴

(12) 大阪地判平成二七年七月一〇日の控訴審である大阪高判平成二八年三月二日(判例タイムズ一四二九号一四八頁)は、一審判断に誤りがあるとは言えず、一審証拠決定においてその理由を説示するところも概ね相当と認められるとしつつ、ビデオ撮影について、大要、「本件のビデオ撮影は、長期間・長時間に亘り、公道などとは異なつて不特定の者が行き来することが想定されない特定の私人の部屋等から行われていたものもあつた点でプライバシー侵害の程度はやや大きかつた面があると言えるが、居室の中にいる被告人らの様子を撮影したなどというのではなく、近隣の者から観察・視認が可能な公共の場所又は集合住宅の共用部分にいる被告人らの容貌や動向等が撮影の対象とされていたのであるから、警察官において必要のない画像データはその都度消去していたということをも併せ考えると、このような方法による本件のビデオ撮影も重大なプライバシー侵害を伴うものであつたと迄は言えない。弁護人は、犯人以外の第三者(被告人の交際相手)の姿も撮影対象とされた点、拡大撮影がされた点などをも挙げるが、撮影された第三者は、被告人らの関係先に出入りし、またはそのほど近くで被告人らと行動を共にしていた人物であり、また、拡大して撮影がなされたのも人物の同定に必要な程度に顔貌等を明らかにする限度で行われたものと認められ、やはり弁護人が言う程迄に重大なプライバシー侵害を伴うものとは言えない。そうすると、本件で警察官らが被告人らの行動等を観察・撮影した捜査は強制処分にあたるものではないと言ふべきである。そして、この間、被告人らには組織的な関与が認められる連続窃盗事件についての相当程度の嫌疑があることを前提に、捜査機関は、被

告人らの行動、共犯者や使用車両の特定、証拠物件の所在場所について把握しようとする過程で、その容貌や動向等を撮影その他の客観的な方法で証拠化しておく必要が高かったたのであり、被告人らの関係先の出入りその他の行動について予測がつかない中で所要の証拠を保全するにはある程度継続的に撮影を行う必要があったと認められる。犯人以外の第三者が撮影されていた点についても、関与者の範囲・所在等を解明する途上にあつた当時の捜査状況等からすると、関与の疑いが否定できない者としてその特定を行う必要から撮影の対象とされたとしてもやむを得ない状況にあつたと言え、本件のヴィデオ撮影は基本的に任意処分として許される限度を超えるものではなかつたと認められる。」と判示し、併せて、大要、「但し、以上の捜査の一環として、警察官が、平成二五年七月、捜査許可状または検査許可状の発付を受けずにマンシヨンの共用部分に立ち入り、B方居室の集合ポストの中をかなり接近して撮影したことが認められ、この点は任意処分としての限界を超えた措置として違法と言うべきである。尤も、この種行為が繰り返されていったといった事情は認められず、その違法の程度は大きなものとは言えない。弁護人は、この集合ポスト内の近接撮影によって大きなプライバシー侵害が生じたとして本件捜査が強制捜査に当たたる旨をも主張するが、被告人らの行動等を観察・撮影した上記捜査全体が強制処分にあたることになる訳ではない。」と述べた。

(181) 加藤晶・前掲「科学捜査の必要と限界」二二六頁など。

(182) それ以前の下級審裁判例は、肖像権は一応肯定した上で、犯罪捜査の必要がある時は、その方法が相当なものである限り肖像権が侵害されてもやむを得ないとするものが大勢であつたが、その要件を厳格に解するものと緩やかに解するものがあり、差は相当開いていたと指摘されていた。海老原震一・前掲「昭和二九年京都市条例第一〇号集会、集団行進及び集団示威運動に関する条例の合憲性」みだりに容ぼう等を撮影されない自由と憲法一三条 犯罪捜査のため容ぼう等の写真撮影が

許容される限度と憲法二三条「四八六―七頁。田宮裕・前掲書「捜査の構造」二四四頁以下、二六六頁以下をも参照。

- (183) 河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法「第二版」』(平成二四年 青林書院) 一五一頁「馬場義宣・河村博」、亀井源太郎・前掲「防犯カメラ設置・使用の法律問題」一一九頁、伊藤博路・前掲「捜査における写真撮影、ビデオ録画の適否に関する一考察」三四頁、星周一郎・前掲書「防犯カメラと刑事手続」一六八―九頁など。同書一六七―九頁は、写真撮影を、(1) 撮影カメラの態様と対象による分類(①個別の状況に応じた随時の撮影⇨個別撮影型、②事前設置したカメラによる個別撮影⇨事前設置「個別撮影」型)、(2) 写真撮影の時期による分類(①事前撮影、②犯行時の撮影、③犯人特定等のための事後的撮影)という観点で類型化し(猶、鹿野伸二「1 捜査機関が公道上及びパチンコ店内にいる被告人の容ぼう、体型等をビデオ撮影した捜査活動が適法とされた事例 2 捜査機関が公道上のごみ集積所に不要物として排出されたごみを領置することの可否」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成二〇年度)』「平成二四年 法曹会」二九七頁は、犯罪捜査における撮影を、①犯行現場における撮影「i 犯罪が行われた際の撮影 ii 継続的な撮影」と、②後日犯人を特定するための被疑者の撮影「犯人画像等と被疑者との同一性を鑑定するために資料とする場合や、被害者等に示す面割台帳作成のための撮影等」に分類する)、本判决は個別撮影型に属する事案であるとする。また、判例時報二四〇〇号一〇五頁「コメント」は、捜査目的の観点から、本件を、犯罪発生時乃至その直後の犯人特定及び証拠保全を目的とした撮影の類型と位置付ける。

(184) 昭和四四年一月二四日当時は、第二一八条第二項。

- (185) 森井暉「写真撮影」平野龍一・松尾浩也・田宮裕編『刑事訴訟法判例百選(第四版)』(昭和五六年)二三頁「基本的立場は明らかにされていないが、肖像権を実質的に認めてこれを保護するという理解からすれば、写真撮影を一応強制処分と位置付けた上で、令状主義の合理的例外として処理するための規準を提示したものと見えようとする。ただ、従前の判例の大勢は写真撮影の任意処分性を強調して一定限度で肖像権侵害も許されるとする方向へ変わって行ったが、本判决も基本的にはこのような流れに沿ったものであるとの認識を示す。同「写真撮影」平野龍一・松尾浩也・田宮裕・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第五版)』(昭和六一年)二七頁同旨」など。

(186) 本判决が実質的に肖像権を認めた意義は大きいと評するものとして、例えば、高窪真人・前掲「写真撮影」六九頁など。また、本判决において、最高裁は公的領域におけるプライバシーが刑事手続において法的に保護され得ることを示したと

捉えるものとして、稻谷龍彦・前掲書『刑事手続におけるプライバシー保護』一三頁、中武靖夫・高橋太郎・前掲書『捜査法入門』二七二頁「日比幹夫」などを参照。棟居快行・前掲『監視カメラとプライバシー』二二頁も、最高裁は肖像権という用語の使用を避けているが、濫りに写真撮影されないことの権利を保障した点は画期的であるとし、井上典之・小山剛・山本一編『憲法学説に聞く』(平成一六年 日本評論社)九頁「戸波江二」は、本判決では個人の私生活上の自由を上位概念として使い、そこから権利が色々出て来るとするので、人権として憲法第一三条でカバーされる行為の範囲はかなり広いものが導き出されることになるかと捉える。他方、本判決はプライバシー権を明示的には言及・承認していないと解するものとして、斉藤邦史「肖像情報に関する権利利益の諸相」『情報通信学会誌』第三〇巻第三号(平成二四年)四四頁、中曾久雄「GPSとプライバシー権」『愛媛大学教育学部紀要』第六四号(平成二九年)二四四―四五頁など。

(187) 椎橋隆幸他・前掲書『ポイントレクチャー刑事訴訟法』六五頁「椎橋」、酒巻匡『刑事訴訟法』(平成二七年 有斐閣)三頁、一五七頁、粟田知穂『エクササイズ刑事訴訟法』(平成二八年 有斐閣)一四〇頁、河村有教・前掲『捜査におけるビデオ撮影とGPS等使用の適法性について』七〇頁、實原隆志「被疑者の写真撮影と肖像権」長谷部恭男・石川健治・宍戸常寿編『憲法判例百選Ⅰ』(第七版)「令和元年」三七頁など。川出敏裕「強制処分」の概念とその規律」『刑法雑誌』第三五八巻第三号(令和二年)三七―二頁は、従来の強制処分の定義を用いて事案を解決することに問題があるという認識があつたため、本判決は、本件で行われた写真撮影が強制処分か任意処分かの判断を取って回避したという理解も可能であろうと述べ、池田公博「強制処分法定」の根拠と適用基準」同書三八七頁は、街頭で行動する者の写真撮影は、昭和四四年当時は重要な権利の制約を伴うとも理解され得た捜査手法が、時間の経過を経て社会的にありふれたものとなったことによつてその重要性についての評価が低下した(任意捜査と位置付けられるに至る)例とも言い得ると捉える。

猶、集団示威行進が許可条件に反してなされたのか、単なる過誤であつたのかについては、沿道において当該集団示威行進参加者の会話を耳にし、表情を目にする機会があつた一般人を参考人取調して確認すべき必要性が生じる可能性もあり、犯行現場付近にいた者に関しては然らざる者に比してプライバシーの期待が低いものと見ることが出来るかと捉える見解として、清水真「『プライバシー』の期待」についての考察」井田良・高橋則夫・只木誠・中空壽雅・山口厚編・前掲書「川端博先生古稀記念論文集「下巻」」五九四頁。

(188) 例えば、鴨良弼「犯罪捜査のために行なう写真撮影」『刑事訴訟法判例百選(第三版)』(昭和五一年)三九頁、横川敏雄「刑

事訴訟」(第六刷 昭和六三年 成文堂) 一四一頁「デモ行進の流動性に鑑み違法行為・違法行為者に関する証拠の収集が困難で緊急を要すること、他面、プライバシーだけでなく、表現の自由をも害する恐れがあることを充分考慮する必要があると思われる、この意味で最高裁の示した三要件が妥当と思われるとする。猶、写真撮影は任意捜査・強制捜査いずれの範疇に入れるべきか俄かには決し難いが、いずれにしても人権侵害の危険性の大きな行為として原則的には許されず、例外的に、特殊な条件の下で許されるに過ぎないと解するのが相当であると述べる」。村井敏邦『刑事訴訟法』(平成八年 日本評論社) 七二頁は、写真撮影の性格についての議論の如何を問わず、大法院判決が一応の合理性を持つと認められているのは、現行犯の場合という要件があるからであると述べる。その他、三要件以外に例外を一切認めない趣旨かは明らかでないが、最大判昭和四四年一月二四日の三要件を掲げるものとして、小野清一郎他『刑事訴訟法(上)』(昭和六一年 有斐閣) 四三二頁、田宮裕編『ホーンブック刑事訴訟法』(昭和五六年 北樹出版) 七二頁「垣花豊順」、田代則春『刑事訴訟法講義』(平成元年 信山社出版) 七三―四頁、白井滋夫『刑事訴訟法』(平成四年 信山社出版) 六〇頁など。

(189)

藤木英雄・前掲「犯罪捜査の目的とする写真撮影といわゆる肖像権」九〇頁は、最大判昭和四四年一月二四日は現行犯の事例であつて、判旨が現行犯以外の場合の捜査手段としての写真撮影を全て違法とする趣旨迄含んでいるとは考えられないとする。小島吉晴・前掲「捜査官によるビデオの撮影、録画行為が違法であるとして、ビデオテープの証拠申請が却下された事例」六三頁も、現に犯罪が行われ、若しくは行われた後間がないと認められる場合との要件が撮影等の一般的な要件とされると、捜査として行われる撮影等を限定し過ぎるものとして適当ではないとする。その他、例えば、平野龍一・前掲書『捜査と人権』二二三頁以下、鈴木茂嗣・前掲「捜査におけるプライバシーの保護」二二五頁、松尾浩也監修・前掲書『条解刑事訴訟法』(第四版) 三七〇頁、鹿野伸二・前掲「1 捜査機関が公道上及びパチンコ店内にいる被告人の容ぼう、体型等をビデオ撮影した捜査活動が適法とされた事例」2 捜査機関が公道上のごみ集積所に不要物として排出されたごみを領置することの可否」三〇〇頁は、本判決は、撮影が許される場合についての事例判断に止まると捉える。田宮裕・前掲書『捜査の構造』二七七―八頁「従前の最高裁判例は現行犯の場合ではないが、これを覆す趣旨ならば、その旨明示した筈であるとする」、中武靖夫・高橋太郎・前掲書『捜査法入門』二七五―六頁「日比幹夫」、河上和雄「任意捜査の限界」三井誠他編『刑事手続 上』(昭和六三年 筑摩書房) 九五―六頁、坪内利彦「写真撮影」同書一五四頁、長沼範良他・前掲書『演習刑事訴訟法』一五五頁「大澤裕」、寺崎嘉博・前掲書『刑事訴訟法』(第三版) 一二六頁、椎橋隆幸編著『よくわかる刑事訴訟法』(第

二版) (平成二八年 ミネルヴァ書房) 四六頁「大野正博」、長沼範良・田中開・寺崎嘉博『刑事訴訟法「第五版」』(平成二九年 有斐閣) 一三三頁「田中開」、植村立郎・前掲書『骨太刑事訴訟法講義』一二七頁などを参照。

(190) その後、弁護人の主張に応えた面もあるが、最大判昭和四四年二月二四日の射程内にあることを確認した(上口裕「自動速度監視装置による容貌の写真撮影の合憲性」『増刊ジュリスト 昭和六一年度重要判例解説』「ジュリスト第八八七号」一七五頁、指宿信「写真撮影」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選「第六版」』「平成四年」二一頁など) 最初の最高裁判例として、最高裁昭和六一年二月一日第二小法廷判決(刑集四〇巻一四八頁)がある(星周一郎・前掲書「防犯カメラと刑事手続」一七三―四頁によれば、本件は事前設置「個別撮影」型と位置付けられる。また、判例時報二四〇〇号一〇五頁「コメント」は、本件を、犯罪発生時乃至その直後の犯人特定及び証拠保全を目的とした撮影の種類と位置付ける)。本件は、高速道路上に設置されている自動速度監視装置により速度違反が検挙された事実で、上告趣意は、同装置による写真撮影は、最大判昭和四四年二月二四日の示した条件に違反する(①現行犯逮捕に代わり、②写真撮影以外に証拠保全の方法がなく、③憲法上、法律上問題なく或いは国民、特に自動車運転者一般の納得が得られている場合に初めて写真撮影が許されるが、本装置による写真撮影はかかる場合に該当しない)等の内容であったが、最高裁は、速度違反車両の自動撮影を行う本件自動速度監視装置による運転者の容貌の写真撮影は、現に犯罪が行われている場合になされ、犯罪の性質・態様から言って緊急に証拠保全をする必要性があり、その方法も一般的に許容される限度を超えない相当なものであるから、憲法第一三条に違反せず、また、右写真撮影の際、運転者の近くにいるため除外出来ない状況にある同乗者の容貌を撮影することになっても憲法第一三条・第二一条に違反しないことは、最大判昭和四四年二月二四日の趣旨に徴して明らかである等と判示した。自動速度監視装置による写真撮影は最大判昭和四四年二月二四日に示された要件を充たすものとして、ため、最大判昭和四四年二月二四日の解釈として、上告趣意のような解釈は採らないことを示したと考えられる。判例タイムズ五九一―三頁「コメント」など。自動速度監視装置による運転者等の容貌の写真撮影は、後出東京高判昭和六三年四月一日のような、現に犯罪が発生する前から予めこれを予想して、派出所に設置したカメラにより一定範囲内で継続にビデオカメラに収めていた場合と類似した面を有すると捉える見解として、角田正紀・前掲「犯罪発生前からなされた捜査官によるビデオテープの撮影、録画行為が適法なものとされた事例」六一頁。

(191) 東京地判昭和五〇年九月九日(判例集未登載)。渡辺咲子・前掲書『任意捜査の限界一〇二問「五訂」』九七頁に拠る。

大塚仁・前掲「捜査のための写真撮影と肖像権」六頁は、夜間のことであったにしても、何も被撮影者の顔前二、三メートルの距離で閃光電球を用いなければ撮影出来ない訳ではなく、このような場合には、例えば、大口径レンズを使用し、また高感度フィルムを併用することによつても、少なくとも繁華街の交差点等においては、十分に所期の目的を遂げられる筈であるし、或いは更に必要があれば、投光器の援助を借りて撮影するなど、被撮影者に無用な刺激を与えないような方法で事を処理すべく、猶止むを得ず閃光電球・フラッシュ等を使用する場合には、出来るだけ被撮影者から離れた距離から撮影すべきであろう（僅々二、三メートルの距離で、突如閃光電球を用いて被告人らを驚かせた事案の場合は、刑法第二〇八条の暴行罪に該当するものとも解し得る）と述べていた。森井暉・前掲「写真撮影」二三頁なども参照。その他、相手方が全裸乃至それに近い姿であった場合なども撮影方法の相当性を欠く例として指摘される。中武靖夫・高橋太郎・前掲書『捜査入門』二七五頁「日比幹夫」。

(193) この間、私人による写真撮影行為に関する許容要件を示した裁判例も見られる。例えば、東京高判昭和四五年一〇月二日（確定。高刑集二三卷四号九八頁）は、日本民間放送労働組合連合会東京支部連絡会による山陽放送株式会社社長に対する、不当処分恐れに関する抗議文を、住居侵入・傷害の被告人が朗読していた際に、山陽放送株式会社東京支社課長がフラッシュをたいてその状況を写真撮影した行為について、捜査官以外の一般人にも現行犯逮捕の権限が与えられていることに鑑み、一般人でも現に犯罪が行われ、若しくは行われた後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、緊急性があり、且つその撮影が一般に許容される限度を超えない相当な方法で行われるならば、裁判官の令状やその者または犯人の同意なしに適法に犯人の容貌等を撮影することが出来、しかも、かかる場合の写真撮影は現行犯人逮捕の場合と異なり、直ちに犯人の身体に拘束を加えるものではなく、写真を後日犯罪の存否究明の資料に供するために止まるものであるから、必ずしも何人にも現に犯罪の行われていることが疑いを容れない程度に明白な場合でなければならぬものではなく、社会通念に照らして犯罪の疑いある行為が現に行われており、撮影者もまた犯罪の疑いある行為が現に行われているものと認めた場合においても、これを行うことが出来るものと解するのが相当である旨判示した。次に、東京高判昭和四五年一〇月二日と比較的似た事例となるが、組合員の顔写真を至近距離から撮影した使用者側職員に対し、組合員がカメラを取り上げようとして軽微な傷を負わせた等の事案に関する東京地判昭和四九年六月二七日（判例時報七五九号一六頁）は、警察官による個人の容貌等の写真撮影は、①現に犯罪が行われ若しくは行われた後間がないと認められる場合であつて、②証拠保

全の必要性・緊急性があり、③その撮影が一般的に許容される限度を超えない相当な方法をもって行われる時は、被撮影者の同意がなく、また裁判官の令状がなくても許されるとした最判昭和四四年二月二四日は、警察官の写真撮影行為の許される限界についてのリーディングケースとも言うべき事例であり、撮影者が一般私人である場合の適法性の限界についても、基本的にはこれと同一に考えて良いとしつつ、ただ、撮影者が一般私人である場合に右基準を適用するに当たっては、喻え犯罪捜査に協力し、或いは自ら告訴告発するための準備として犯罪行為と目される状況を写真に撮影しようとする時であっても、次の諸点に注意する必要があると述べた。即ち、まず、私人は捜査の専門家である警察官と異なり、一般に犯罪捜査の経験がないのが通常であるから、前記①の要件に余り厳格なものを要求すると、撮影者に酷な結果を生ずることがあり、撮影目的が犯罪捜査への協力等という公益に資するものである限り、撮影される場合は、社会通念上犯罪と疑われる行為が現に行われ若しくは行われた後間がないと認められる状況であれば足ると解すべきである。しかし、他方、私人は警察官と異なり一般に犯罪捜査の責務も権限もないのであるから、もし警察官に通報する時間的余裕がある等他に取るべき手段がある時は、被撮影者の人権侵害を伴いながら写真撮影行為を自ら行うことを出来る限り慎重、権限を有する官憲の捜査に委ねるのが筋であろうから、前記要件②の判断は、右のような意味において、撮影者が警察官の場合よりもやや厳格に判断して適用する必要があると考えられる」と判示した。また、私人が八ミリカメラで動労組合員の暴行情况等を撮影した事案に関する札幌高判昭和五二年二月二三日（刑裁月報九卷一・二号四三頁）は、一般私人が被撮影者の承諾なしにその容貌・姿態を撮影することは、その写真撮影の目的が、正当な報道のための取材・正当な労務対策のための証拠保全・訴訟等により法律上の権利を行使するための証拠保全など、社会通念上是認される正当なものであって、写真撮影の必要性及び緊急性があり、且つその撮影が一般的に許容される限度を超えない相当な方法をもって行われる場合には、濫りにその容貌・姿態を撮影されない自由の侵害として違法且つ不当とは言えず、許容されるものと解すべきであると判示した。そして、写真マニアの私人が、牧場閉鎖に反対する被告人らが牧場付近でデモ行進を行った後牧場閉場式典の会場に乱入する場面を写真撮影した事案に関する東京高判昭和五六年三月三一日（判例タイムズ四五四号一六四頁）は、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濫りにその容貌・姿態を写真撮影されない自由を有し（最大判昭和四四年二月二四日）、そのことは右の写真撮影行為が警察官によって行われる場合はかりでなく、一般私人によって行われる場合であっても同様であるが、個人の有する右の自由は一律無制限なものではなく、本人が他の同調者と共にデモ行進をし、相手方の開催している式場に

乱入して、相手方や一般私人に対し自分らの主張を強く訴えているような場合について見ると、その容貌・姿態を写真撮影されることを具体的に承諾したり、写真撮影されない自由を放棄したり迄はしていないとしても、右のような自由を保護すべき必要性は乏しく、寧ろ一般私人から写真撮影される程の関心を寄せられることは所期の効果の一端を上げたときとさえ言える面もあるのであるから、一般私人の右の写真撮影の目的が社会通念上は認められる正当なものであって、その方法が一般的に許容される限度を超えない相当なものである等具体的状況によっては、右の撮影行為が違法不当なものとは言えず、許容される場合もあり得るものと解するのが相当である旨判示した。最大判昭和四四年一月二四日の三要件との関係を意識した判示を行っている裁判例がそれなりに見られると言えよう。

(194) 星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』一七五頁によれば、本件は事前設置「街頭防犯カメラ」型と位置付けられる。また、判例時報二四〇〇号一〇五頁「コメント」は、本件を、将来の犯罪発生を想定した犯人特定及び証拠保全を目的とした撮影の種類、鹿野伸二・前掲「1 捜査機関が公道上及びパチンコ店内にいる被告人の容ぼう、体型等をビデオ撮影した捜査活動が適法とされた事例 2 捜査機関が公道上のごみ集積所に不要物として排出されたごみを領置することの可否」三〇五頁は、将来の犯罪の予防・鎮圧・捜査を目的としてビデオカメラが設置された類型と位置付ける。猶、清水保彦「写真・ビデオ撮影―弁護の立場から」三井誠他編・前掲書『新刑事手続Ⅰ』三六一頁は、本件を、専ら犯罪捜査のための撮影として認めたのは相当でなく、単に犯罪の証拠を保全する目的からではなく、犯罪の予防・鎮圧という行政警察目的のために設置されたと解されるから、その撮影が許容されるか否かについては、行政警察権の行使としての違法性を判断すべきであったのではなからうかと述べる。

(195) 特に予想される犯罪が多数人からなる集団によって行われ、その中に人身傷害を伴うような相当に重大なものが含まれる事案においては、現場の混乱や多数人の交錯等のため、特定人が犯罪に関与していたか否か、していたとすれば具体的にどのような行為に及んだか等の事項を適切に立証することは、通常の日撃証言や被疑者供述のみによっては著しく困難と考えられるから、予め犯行現場の状況を出来る限り正確に撮影・録画し、後日これを詳細に分析・検討することによって、真犯人とその犯罪行為を適確に立証する必要性と緊急性は極めて高いとし、特に必要性・緊急性については、予想される犯罪の重大性・行為態様・当該場所の情况等を総合考慮して決することを要求している点に注目する必要があると評されている。判例時報一九三〇号一七五頁「コメント」。

(196) 伊藤雅人・石田寿一「車両に使用者らの承諾なく秘かにGPS端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続上の捜査であるGPS捜査は令状がなければ行うことができなない強制の処分か」(最高裁判所判例解説)『法曹時報』第七一卷第六号一二七頁は、東京高裁は、当該ビデオ撮影を任意処分と見たものと解されるとする。

(197) 宇藤崇「テレビカメラによる監視」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選 第七版』(平成一〇年)二三頁も、テレビカメラによる監視には密行性・継続性といった特質がある上に、その録画は、写真撮影による記録が断片的なものと異なり、連続的な状況や行動を記録することから、自由侵害の程度において写真撮影とは差があり、これは、任意捜査として質を異にすると迄は言えないが、撮影方法の相当性について、設置状況・撮影時間帯等を含めて、より慎重な判断が必要であろうと述べる。これに対して、村井敏邦・前掲「犯罪の発生が予測される現場に設置されたテレビカメラによる犯罪状況の撮影録画が適法とされた事例」二二六頁は、本判決の様な犯罪発生前におけるビデオカメラによる撮影・録画は、断片的に状況を撮影するカメラによるものではなく、連続的に状況や行動を記録するもので、プライバシー侵害の程度の差は大きく、これを適法とする議論には根拠が見出せず、最高裁昭和四四年大法院判決の趣旨によっても是認されるものではないと述べる。

(198) 判例時報一九三〇号一七四頁「コメント」参照。

ただ、現行犯的状态が存する時点で写真撮影が可能となるのは警察官が予め犯罪発生を予測して充分な準備をしていたからで、現行犯的情况等が備わった時点で手配に掛かるのでは撮影が間に合わなくなるような場合においては、現行犯的情况の要件が備わる前から犯罪発生の予測される場所を自動的に撮影・録画しておくことも許容される場合があると考えれば、この点について、写真撮影とビデオ撮影の違いは殆ど問題にならないと言えよう。猶、最高裁昭和五一年三月一六日刑集三〇巻二号一八七頁によつて、広義の捜査の利益と被侵害法益の性質・程度や同意の有無等とを比較衡量して、具体的事情の下で相当と認められる限度で許容されるとする比例原則が確立したが、これに照らすと、(準)現行犯的情况の存在、証拠保全の必要性・緊急性の存在、撮影方法の相当性という最高裁昭和四四年大法院判決における三要件は、その根拠が明確でない上に比例原則に基づく相当性判断の枠組みとの整合性にも疑念が生じ得るものであった点も指摘されている。星周一郎・前掲「捜査における継続的ビデオ撮影の許容性」五八一―九頁。また、例えば、酒巻匡・前掲書『刑事訴訟法』一五七頁は、最大判昭和四四年一二月二四日における、憲法第一三条に由来する濫りに容貌等を撮影されない自由のみを侵害する撮影が

任意捜査であるとすれば、同判例の言及する、現に犯罪が行われ若しくは行われた後間がないと認められる場合という説示は、当該事案がかかる場合であったことを述べたに止まり、通常の任意捜査と同様に、撮影がかかる場合に限り許容されるとする理由はないと述べ、名取俊也・前掲「写真・ビデオ撮影―検察の立場から」三五二頁は、現行犯または準現行犯の状況の発生の要件を必要とした場合、目撃者に犯人であるかを確認させるために目撃された犯人に似ていると思われる人物を密かに撮影したり、連続放火事件等で現場に集まるヤジ馬をその都度撮影することなど、現在の捜査実務において一般に行われている写真撮影迄が許容され難くなるが、そこ迄写真撮影の許容性を厳格に解することは不当であろうと捉える。猶、犯罪発生の高度の蓋然性は、犯罪の予防・鎮圧等を目的とする行政警察活動の一環としてのカメラの設置・使用の要件ではなく、街頭設置カメラにより撮影・録画されたデータ中、犯罪捜査等に関係する部分を、特に抽出・保存して犯罪捜査に用いるための許容性を示したものと理解する見解として、星周一郎「防犯カメラ・ドライブレコーダー等による撮影の許容性と犯罪捜査・刑事司法における適法性の判断」『警察学論集』第七〇巻第一号（平成二九年）六一頁、星・前掲書「防犯カメラと刑事手続」一九八頁。

(199) 過激派活動家が仲間数十名と多数の鉄パイプを準備して上智大学構内に集合し、同大学構内において予てから対立抗争を続けていた過激派グループに所属する者に傷害を負わせた事案において、東大において革マル派学生が十数名の者によって鉄パイプで殴打されて死亡した殺人事件（東大事件）の捜査を担当していた警視庁目黒警察署では、多数に上る東大事件の目撃者に犯人を特定させるためには、同事件に関与していた疑いのある者の知人の居室に入出入りする者の写真を目撃者に見せる必要があると判断して写真撮影を開始し（右記居室から最寄り駅に行く途中にある交差点を見通す建物の二階または三階の一室にカメラを設置すると共に、右記居室近くに捜査員が張り込み、捜査員が同所から出て来た者のうち必要と判断した者のみを尾行し、右記交差点を通り掛かった際、待機している撮影担当の捜査員に合図を送り、撮影担当の捜査員が、合図があった者のみを撮影するという方法で行われ、この場合、合図を受けた者以外の人物が写真に入らないように配慮していた）、上智大学での前記傷害事件が発生し、東大事件に関与していた疑いのある者の右記居室への出入りが判明した後には、上智大学での傷害事件の犯人特定の目的も加えて同撮影を継続したところ、警察官が撮影した写真及びこれを添付した供述調書について、当該写真は被撮影者の承諾なく撮影されたものであり、かかる撮影が許容されるのは、現に犯罪が行われた場合或いはこれに準ずる場合で、証拠保全の必要性・緊急性があり、撮影方法が相当である場合に限られるのかかわらず、

本件の場合はいずれの要件も充たしていないから違法であるとして、当該証拠能力が争われた。猶、星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』は、本件を個別撮影型と位置付ける。また、判例時報二四〇〇号一〇五頁「コメント」は、本件を、犯罪発生後の犯人逮捕に向けた人物特定の証拠を作成するための撮影の類型と捉える（鹿野伸二・前掲「1 捜査機関が公道上及びパチンコ店内にいる被告人の容ぼう、体型等をビデオ撮影した捜査活動が適法とされた事例」2 捜査機関が公道上のごみ集積所に不要物として排出されたごみを領置することの可否」三〇〇頁、安富潔・前掲書『刑事訴訟法 第二版』五三頁同旨）。

(200) 本件写真撮影は、いずれの要件も充たしていると認定した。

(201) 判例時報一三一〇号一五九頁「コメント」。大谷直人「犯罪捜査において写真撮影が許される限界」新聞雅夫他『増補令状基本問題上』（平成一四年 判例時報社）五〇頁は、東京地判平成元年三月一日や後出京都地決平成二年一〇月三日に開して、被撮影者に対する充分な嫌疑がある場合には、当該捜査手法の相当性が肯定される場合が多いと思われるとする。

(202) 東京高判昭和六三年四月一日と、東京地判平成元年三月一日、京都地決平成二年一〇月三日は、基本的に同趣旨の見解に立つと捉える論攷として、例えば、荒木友雄「自動速度監視装置による写真撮影の合憲性」『交通事故判例百選』第四版』（別冊ジュリスト第一五二号 平成一一年）一三五頁など。

(203) 星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』一七〇頁によれば、本件は個別撮影型と位置付けられる。また、判例時報二四〇〇号一〇五頁「コメント」は、本件を、犯罪発生後の犯人逮捕に向けた人物特定の証拠を作成するための撮影の類型と捉える（鹿野伸二・前掲「1 捜査機関が公道上及びパチンコ店内にいる被告人の容ぼう、体型等をビデオ撮影した捜査活動が適法とされた事例」2 捜査機関が公道上のごみ集積所に不要物として排出されたごみを領置することの可否」三〇一頁、安富潔・前掲書『刑事訴訟法 第二版』五三頁同旨）。

(204) 猶、この間、警察官が警戒従事中に、挙動不審でしかも嘗て仮睡者狙いの容疑者として尾行したところのある被告人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恐れが強いと判断し、被告人らの行動を尾行し、駅ホームや車内などで被告人らの行動を証拠化するために隠し撮りの形でビデオ撮影を行ったという事案で、大阪地決平成二年七月一日（公刊物未登載）は、最大判昭和四四年一二月二四日や東京高判昭和六三年四月一日の許容条件いずれも充たしていないとして証拠能力を否定し、証拠申請を却下している。渡辺修・前掲書『捜査と防衛』二二頁以下。大谷直人・前掲「犯罪捜査にお

いて写真撮影が許される限界」五〇頁は、事実認定に関わる問題ではあるが、すり犯である疑いが肯認される状況にある場合には、電車内でその者の動向を隠し撮りすることは一般的には肯定されるように思われるし、その情況が別件のすり犯立証と関連性を有する限りは、証拠として採用される余地もあるのではなからうかと評していた。

(205) 長沼範良他・前掲書『演習刑事訴訟法』一五六頁「大澤裕」。

(206) 判例集未登載であるが、控訴審（大阪高判平成八年五月一日）・上告審（最判平成一〇年一月二日）でも原審判断が維持され、控訴棄却・上告棄却されているという。亀井源太郎・前掲「防犯カメラ設置・使用の法律問題」一四三頁、松代剛枝・前掲書『監視型捜査手続の分析』一九二頁。猶、星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』一七六頁によれば、本件は事前設置「街頭防犯カメラ」型と位置付けられる。また、鹿野伸二・前掲「1 捜査機関が公道上及びパチンコ店内にいる被告人の容ぼう、体型等をビデオ撮影した捜査活動が適法とされた事例」2 捜査機関が公道上のごみ集積所に不要物として排出されたごみを領置することの可否」三〇五頁は、本件を、将来の犯罪の予防・鎮圧・捜査を目的としてビデオカメラが設置された類型と位置付ける。

(207) Ⅰらが主張した公権力により監視されない自由は、プライバシーの利益の範疇で判断するのが相当であるとして認めず、また、肖像権・表現の自由等の侵害の主張については、当該侵害の事実が認められない等として認めなかった。そして、損害賠償請求については、カメラ①が現在地に移設された当時の監視の必要性、監視の必要性が減少或いは消滅した時期が明白でないこと、大阪府による現実の監視の有無、Ⅱらのプライバシーの利益の实质、侵害の程度等を考慮して、大阪府の行為について直ちに不法行為が成立するとは言えない等を根拠として、請求には理由がない旨判示した。

(208) 星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』一九六頁以下。中島宏「テレビカメラによる監視」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟判例百選』第九版（平成二三年 有斐閣）二二頁も、東京高判昭和六三年四月一日では、録画を開始した一〇月一九日以降、警察は、一方では防犯を意識しつつも同時に犯罪発生時における証拠保全を意図していることが窺え、そして現実はこの撮影によって犯罪証拠が収集され、その証拠能力が問われている以上、本件撮影の捜査としての側面を無視することは出来ない」と解する一方で、大阪地判平成六年四月二七日は、防犯カメラ設置の適法性を行政警察活動の観点から論じたものと捉える。

猶、亀井源太郎・前掲「防犯カメラ設置・使用の法律問題」一三五頁以下、一四二頁は、山谷事件東京高裁判決は、捜査

手段としての適法性を問題とするものの、ここでのカメラの使用は個々の刑事事件についての捜査と言うよりは犯罪の予防・鎮圧を問題とするものであり、行政警察権の行使としての限界を論ずるべきではなかったかとし、西成事件大阪地裁判決は、主として防犯上の観点からカメラの設置等の正当性を判断したと解した上で、防犯カメラ使用が許される具体的限界は、(イ)保護されるべき権利・利益が当該情況でどの程度大きなものか、(ロ)その権利・利益に対する干渉ほどの程度大きなものかの二点を中心に判断されるべきで、山谷事件東京高裁判決の α 当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性、 β 予め証拠保全の手段・方法を採用しておく必要性・緊急性、西成事件大阪地裁判決の a 設置・使用の目的の正当性、 b 設置・使用の客観的且つ具体的な必要性、カメラの設置・使用の有効性は(イ)を、山谷事件東京高裁判決の γ 撮影・録画の方法の社会通念に照らした相当性、西成事件大阪地裁判決の c 設置情況の妥当性、 e 使用方法の相当性は(ロ)を判断する下位基準と位置付けられ、また、山谷事件東京高裁判決の β と西成事件大阪地裁判決の b 、山谷事件東京高裁判決の γ と西成事件大阪地裁判決の e は、各々ほぼ重なり合うため、残りの要件をどのように定立するかが問題であると整理する。そして、その上で、(イ)・(ロ)の具体的判断としては、目的の正当性、高度の蓋然性、高度の必要性・緊急性、設置・使用方法の妥当性の四要件の充足が必要であると指摘する。

(209) 増井清彦『犯罪捜査一〇一問「補訂第五版」』(平成一七年 立花書房)一六七頁など。他方、亀井源太郎他・前掲書『プロセス講義刑事訴訟法』五〇頁「岩下雅充」は、証拠保全の必要性及び緊急性が十分に認められたため、最高裁昭和四四年判決のように犯罪の現認を要求しなかったというだけであって、長時間・広範囲に亘る撮影を広く許したものと理解すべきでないとする。

(210) 警察実務家からは、警察官による撮影録画を任意処分と解しつつ、如何にして承諾なく濫りに容貌等を撮影されない自由との調和を図るかが本判決の示すところであると捉えるのが素直な解釈であろうとの評価がなされていたが、同時に、具体的に撮影録画を行う要件を如何に解するべきかとの問題意識が示されていた。久田誠「テレビカメラ等による撮影録画」長沼範良他編『別冊判例タイムズ第二六号 警察基本判例・実務二〇〇』(平成二二年 判例タイムズ社)八〇頁。

(211) 星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』一七四―五頁によれば、本件は事前設置「個別撮影」型と位置付けられるが、その撮影内容は個別撮影の場合と同質である(個別の犯罪捜査の一環として位置付けられ、街頭防犯カメラでの撮影とは異なる。前田雅英・星周一郎『刑事訴訟法判例ノート「第二版」』[平成二六年 弘文堂]一七頁)とする。また、判例時報二

四〇〇号一〇五頁「コメント」は、本件を、犯罪発生後の犯人逮捕に向けた人物特定の証拠を作出するための撮影の種類と捉える（鹿野伸二・前掲「1 捜査機関が公道上及びパチンコ店内にいる被告人の容ぼう、体型等をビデオ撮影した捜査活動が適法とされた事例」2 捜査機関が公道上のごみ集積所に不要物として排出されたごみを領置することの可否」三〇二頁、安富潔・前掲書『刑事訴訟法 第二版』五三一―四頁同旨）。

(212) 東京高判昭和六三年四月一日の相当高度の蓋然性に関して、前掲・大阪地決平成二年七月一八日（公刊物未登載）は、被告人が起訴された窃盗未遂罪とは偶然に別の機会において、被告人らが一緒に行動していた状況を警察官がビデオカメラで撮影録画した行為（被告人らの犯罪行為を撮影することが出来なかったため、被告人ら三名が犯行前に行動を共にしていた事実を立証趣旨として、当該撮影録画したビデオテープを証拠物として証拠調請求した）について（被告人側弁護士は、違法収集証拠乃至関連性がない旨主張した）、東京高判昭和六三年四月一日の言う「相当高度の蓋然性」とは、犯罪発生が殆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、且つ、東京高裁が判示する条件下で撮影した場合でも、証拠として許容されるのは、現に犯罪が行われ、若しくは行われた後間がないと認められる場合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・ビデオテープ等であり、結果的に犯罪が発生せず、或いは、何らかの理由で現に犯罪が行われ、若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った時は、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ィルム・ビデオテープ等は最早証拠とすることは許されないと述べ、警察官によるビデオカメラの撮影録画は相当高度の蓋然性が認められる場合であったか否かについて若干疑問があり、証拠保全の必要性・緊急性があったかもしかなり疑問であつて、しかも、結果的に、被告人らの犯罪行為の現認や撮影に至っていない（最大判昭和四四年二月二四日や東京高判昭和六三年四月一日の判示する許容条件を完全には充たさない）として、ビデオカメラセットテープの証拠能力を否定していた。小島吉晴・前掲「捜査官によるビデオの撮影、録画行為が違法であるとして、ビデオテープの証拠申請が却下された事例」五五頁以下、判例時報一三七五号一四四頁「コメント」、渡辺修・前掲書『捜査と防衛』二二頁以下に拠る。

(213) 猶、この間、ビデオカメラによる撮影ではないが、個人に関する情報が収集されるという点でビデオカメラと共通性を持つ（高木勇人・前掲「ビデオカメラ画像の犯罪捜査への活用の在り方について」八七頁など）裁判例が出されている。東京地判平成一三年二月六日（判例時報一七四八号一四四頁）がこれである。自動車運転者である原告が、自動車ナンバー

自動読取システム（Nシステム）によって、車両の運転席、搭乗者の容貌を含む前面を撮影された上、ナンバープレートを判読されて、当該情報を保存・管理されたことにより、肖像権・情報コントロール権を侵害されたとして、国に対して不法行為に基づく損害賠償請求を行った事案で、東京地裁は、①Nシステムにおいては、容貌等が写っている画像そのものが記録・保存されることはないのので肖像権侵害は認められない、②公権力による国民の私生活に関する情報の収集・管理が憲法第一三条の趣旨に反するか否かは、情報の性質、公権力による情報取得等の目的・方法が正当なものか等を総合的に判断すべきであるところ、Nシステムの場合、特定のナンバーの車両が特定の地点を一定方向に向けて通過したという情報に止まり、また、目的は自動車使用犯罪の検挙など正当である、③車両の移動そのものに直接制約は加えない、ナンバーデータが長期に亘って大量に集積される仕組みになっていない、国民の私生活上の行動に対する監視が問題となる態様で緊密に張り巡らされている事実は認められない等からNシステムによる情報の取得・保有・利用の方法は正当である等と判示した。

また、防犯カメラ・監視カメラに関する民事の裁判例となるが、宇都宮地判平成一四年四月二五日（裁判所ウェブサイト）は、車上狙いの被害に遭い、盗まれたキャッシュカードで預金等を引き出された原告が、栃木県警に被害申告したにもかかわらず、県警が重要な証拠である銀行のキャッシュコーナーに備え付けてある監視カメラのビデオテープを取り寄せることを失念するという重大な捜査上のミスを行い、これにより被害回復が出来ずに回復し難い精神的苦痛を被ったと主張して、国家賠償法に基づいて損害賠償請求した事案であり、宇都宮地裁は、犯罪捜査は専門性が高く、個々の捜査手法の採否について広範な裁量権が認められるべきものであるから、警察による個々の捜査・捜査手法の不当・不適正は犯罪被害者との関係において原則として国賠法上違法との評価を受けることはないけれども、犯罪行為が現に継続し或いは被害が拡大し、犯罪被害者が緊急の救済または捜査を要望し、警察がこの事実を知り容易に犯人検挙や被害防止の措置を取り得るにもかかわらず、これを放置したり適正な捜査方法を採らなかった場合や、事後的な捜査においても、警察が故意またはある意図の下に特定の捜査方法を採用せず、殊更証拠の収集または犯人検挙を怠ったと認められる場合には、例外的に、警察による個々の捜査が、犯罪被害者との関係においても国賠法上違法の評価を受けることがあると述べた上で、本件は、被害の拡大など緊急な事態ではなく、純粹に事後的捜査に関する問題であり、警察は、本件ビデオテープの取り寄せという通常行われる捜査方法を失念したものの、他の証拠収集等の捜査は行っていたのであり、例外事由が認められないことは明らかであって、警察の前記失念が原告との関係で国賠法上違法の評価を受けるものとは到底認めることは出来ないと判示して原告の請求を

棄却した。

次に、コンビニエンスストア経営者であるA(被告)が防犯のためビデオカメラを設置して店舗内を撮影していたが、B(原告)の事件を捜査していた警察官の依頼に応じてBの映像が録画されているビデオテープを任意に提出したところ、逮捕・勾留後釈放され、不起訴処分となったBが、ビデオカメラで容貌・姿態を撮影され、録画されたビデオテープを警察に提出されたことで違法に肖像権・プライバシー権を侵害されたとしてAに損害賠償請求したという事案において、名古屋地判平成一六年七月一六日(判例時報一八七四号一〇七頁)は、①商店が防犯カメラによって店内を撮影し、映像をビデオテープに録画して一定期間保管することが許されるか否かは、目的の相当性、必要性、方法の相当性を考慮した上で、客の権利を侵害する違法なものか否かを検討する必要があるが、Aの目的はコンビニ内で発生する恐れのある万引き・強盗などの犯罪や事故に対処することであり、コンビニで犯罪が多発している情況に鑑み、防犯ビデオカメラによる店内の撮影・録画は目的において正当で、必要性を有し、撮影方法・ビデオテープの管理も相当である、②Aの撮影・録画目的は正当であるが、当該目的を逸脱して利用することは許されず、警察から協力を求められた場合でも目的を著しく逸脱する時は違法と評価される場合があるが、本件でAは警察官から具体的説明を受けておらず、本件コンビニに関係ある犯罪を捜査しているものと考えて協力したもので、Aが捜査内容について警察官に確認しなければならなかったと逸脱することは出来ず、Aが本件ビデオテープを提出したことが本来の目的を逸脱した違法なものであると断言することは出来ないと判示した。そして、控訴審である名古屋高裁(名古屋高判平成一七年三月三〇日。工藤達朗「防犯カメラとプライバシー権」『ジュリスト』第一三三三三号「平成一八年」一一一一二頁に拠る)は、①コンビニ内での客の通常の行動は然程秘密性が高いものとは言えず、そこでの肖像権やプライバシー権の保護は住居等の個人的領域におけるそれよりも相対的に薄くなり、他方、コンビニの経営者は、客や従業員等の生命・身体の安全を確保し、自らの財産を守らなければならないから、相当の措置を講ずる必要があり、加えてコンビニへの来店は任意になされ、また店内に設置された防犯ビデオカメラによる撮影・録画には強制的要素が存在しないことも考え併せれば、コンビニにおける防犯ビデオカメラの撮影・録画の違法性は、目的の相当性・必要性・方法の相当性等を考慮して判断するのが相当である、②コンビニ内で発生する万引き・強盗等の犯罪並びに事故に対処するという本件ビデオカメラによる店内の撮影・録画目的が相当である以上、当該万引き・強盗等の犯罪や事故の捜査のために保管されているビデオテープを警察に提供することは、前記目的に含まれた行為の一環と見ることが出来、特段

の事情がない限り、犯罪を行った者や事故の当事者に対する関係では勿論のこと、当該ビデオテープに映っているその他の客に対する関係でも違法となるものではないが、同じく警察に対するビデオテープの提供であっても、本件コンビニ内で発生した万引き・強盗等の犯罪並びに事故の捜査とは別の犯罪・事故の捜査のためにこれが提供された場合には、最早その行為を本件コンビニにおける防犯ビデオカメラによる店内の撮影・録画目的に含まれるものと見ることは出来ず、当該ビデオテープに映っている客の肖像権やプライバシー権に対する侵害の違法性が問題になり、前記防犯ビデオカメラの撮影・録画目的は、それに含まれる行為の適法性は推定させるが、それから外れる行為を違法とする迄の積極的効力を持つものではないから、当該ビデオテープの提供行為が当該ビデオテープに映っている者の肖像権やプライバシー権を侵害する違法なものとはされるかどうかは、これが警察に提供されることになった経緯や当該ビデオテープに録画された客の行動等の具体的事情から個別的に判断されることになり、本件でAはコンビニ内で発生したのでない犯罪捜査のためにビデオテープを警察官に提供したところ、提供の経緯から見て、捜査機関の適法な任意捜査に対する私人の協力行為として公益目的を有するものであり、他方、本件ビデオテープに録画されているのは、BがFAX用紙及び菓子パンを購入している姿に過ぎないことに鑑み、Aのビデオテープ提供に違法性はない旨述べて控訴を棄却した。原審は、目的外利用が違法となることを認めつつ、Aが本件コンビニと関係のある犯罪捜査と誤解した点を重視したのに対して、控訴審は目的外利用が直ちに違法となる訳ではないとして、提供の経緯等の事情から個別的に判断するという、原審よりも緩やかなアプローチを採っていると見えよう（工藤達朗・前掲「防犯カメラとプライバシー権」一二頁）。

更に、この後、写真週刊誌のカメラマンが刑事事件の法廷において被告人の容貌・姿態を撮影した行為が不法行為法上争われた最高裁第一小法廷判決平成一七年一月一〇日（民集五九卷九号二四二八頁、判例タイムズ一二〇三号七四頁）は、「人は、みだりに自己の容ぼう等を撮影されないということについて法律上保護されるべき人格的利益を有する（最高裁昭和四〇年（あ）第一一八七号同四四年一二月二四日大法廷判決・刑集二三卷二二号一六二五頁参照）。もつとも、人の容ぼう等の撮影が正当な取材行為等として許されるべき場合もあるのであって、ある者の容ぼう等をその承諾なく撮影することが不法行為法上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断して決すべきである」旨判示している。本判決は、肖像権侵害による不法行為の成否について最高裁が明

示的に判断した初めての判決であり、肖像に関する人格的利益が不法行為法上保護に値する利益であることを明言したものであると評されている（判例タイムズ一〇三〇七六―七頁「コメント」）。

(214) 最大判昭和四四年一月二四日の射程について、裁判実務上は限定説（現行犯性を要求しているものと理解する見解）でなく、非限定説が採られて来たが、本判決も非限定説に立ち、被撮影者についての犯罪の嫌疑の有無・撮影の必要性・緊急性・相当性に言及する点では、従来と同じ枠組みに拠ると論ずるものとして、亀井源太郎「捜査機関が被告人方玄関ドア付近を被告人の承諾を得ずにビデオカメラで撮影して得たビデオテープについて、その証拠能力を肯定した事例」『平成一八年度重要判例解説』（『ジュリスト』第一三三二二号「平成一九年」）一八六頁。

(215) 判例時報一九三〇号一七五頁「コメント」をも参照。

(216) 山谷事件東京高判昭和六三年四月一日の事例では、犯罪が発生すると予測される場所に着目して撮影対象が定められているのに対して、本件では発生することが予測される犯罪を行うと考えられた人に着目して撮影対象が定められたという点で、新たなパターンの事例であるとも評される。辻裕教・前掲「捜査機関が被告人方玄関ドア付近を被告人の承諾を得ずにビデオカメラで撮影して得たビデオテープの証拠能力が肯定された事例」二二三―四頁。

(217) 亀井源太郎・前掲「捜査機関が被告人方玄関ドア付近を被告人の承諾を得ずにビデオカメラで撮影して得たビデオテープについて、その証拠能力を肯定した事例」一八七頁。その他、撮影方法の相当性に問題があると指摘するものとして、田口守一・前掲書『刑事訴訟法』第七版〕九九頁。

(218) 目黒社会保険事務所事件・堀越事件とも呼ばれ（川崎英明「未発生犯罪の捜査と警察活動」『法と政治』第五八巻第一号〔平成一九年〕五五頁など）、猿払事件判決以来、三七年ぶりの公務員の政治的行為（文書配布）起訴事件として、学界の高い関心が寄せられた。松本和彦「国家公務員の政治的行為の制限」『ジュリスト』第一三三三二二号（平成一九年）一八頁など。

(219) 行動確認捜査については、本件での行動確認捜査に当たった捜査官の数や捜査期間をもって、直ちに異常などというのは失当と言うべきで、尾行・ビデオ撮影以外の行動確認捜査は社会通念上相当と認められる範囲内にあると言うべきであった、警察比例の原則を逸脱しているとは認められず、適法に遂行されたと言うべきであるとし、尾行については、警察比例の原則に反するところはなく、適法であると言うべきであると述べ、また、泳がせ捜査については、被告人の広範囲に亘る政治的文書の配布行為を現認すると共に、その継続性や反復累行性をも明らかにすることが必要不可欠であったのであるか

ら、本件において、捜査官が、被告人に対して警告や制止等の措置を取らず、敢えて行動確認等の探証活動に徹したことは、捜査機関として許容される捜査の範囲内と言うべきであり、これを違法と言うことは出来ない」と判示した。

(220) 川崎英明・前掲「未発生犯罪の捜査と警察活動」一七九頁、七〇頁。

(221) 川崎英明・前掲「未発生犯罪の捜査と警察活動」一七四頁、六一頁。

(222) 鑑定手法は合理的で、当該鑑定の信用性は高いとされた。

(223) 判例時報二四〇〇号一〇五頁「コメント」は、本件を、特定の犯罪とは無関係に標的とされた人物の行動監視を目的とした行政警察活動としての撮影類型と位置付ける。一方、鹿野伸二・前掲「1 捜査機関が公道上及びパチンコ店内にいる被告人の容ぼう、体型等をビデオ撮影した捜査活動が適法とされた事例 2 捜査機関が公道上のごみ集積所に不要物として排出されたごみを領置することの可否」三〇三頁は、本件を、東京地判平成元年・京都地判平成二年・東京地判平成一七年同様、犯人の同一性を確定するために容貌等を撮影する類型と捉える。

(224) 星周一郎・前掲「防犯カメラ・ドライブレコーダー等による撮影の許容性と犯罪捜査・刑事司法における適法性の判断」六二―三頁。

(225) 民家の玄関付近で被告人を撮影する必要性が低かったため、撮影対象の選定の適切さが認められなかった点が、当該撮影を違法とする（違法性を明示的には判断していないが「鹿野伸二・前掲「1 捜査機関が公道上及びパチンコ店内にいる被告人の容ぼう、体型等をビデオ撮影した捜査活動が適法とされた事例 2 捜査機関が公道上のごみ集積所に不要物として排出されたごみを領置することの可否」三〇四頁」）帰結に繋がっているとされる。星周一郎・前掲「捜査における継続的ビデオ撮影の許容性」六〇頁。

(226) 星周一郎・前掲書『防犯カメラと刑事手続』一七〇頁によれば、本件は個別撮影型と位置付けられる。また、判例時報二四〇〇号一〇五頁「コメント」は、本件を、犯罪発生後の犯人逮捕に向けた人物特定の証拠を作出するための撮影の類型と捉える（安富潔・前掲書『刑事訴訟法 第二版』五四頁同旨）。

(227) 比較的小型のカメラを用いていると思われる（特に、パチンコ店内で被告人を撮影したカメラは超小型カメラである）点で、本稿が主として想定している形態（はじめに 参照）とは異なる面があるが、判断要件などに差異が生ずる訳ではないと思われる。

(228)

「相当な方法」とは、当該具体的事案における捜査目的達成のための必要が、対象者の濫りに撮影されない自由に対する侵害・制約の質・程度と合理的権衡状態にある行為態様であったことを意味するということになる。酒巻匡「ビデオ撮影」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編・前掲書『刑事訴訟判例百選』第九版」二二頁、洲見光男「写真・ビデオ撮影」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編・『刑事訴訟判例百選』第一〇版』(平成二九年 有斐閣) 一九頁。

本決定が公私区分論(当該捜査が公道上などプライバシー保護の期待が小さい或いは要保護性が低い場所において行われたか、私有地などプライバシー保護の期待が大きい或いは要保護性が高い場所において行われたか)によって、当該捜査の適法性判断に影響が出るとする考え方を採用することを前提にしていると捉える見解として、堀田尚徳「裁判例における強制処分とGPS捜査」『北大法学論集』第六七巻第五号(平成二九年) 三九四頁など。最高裁は、公道や公開の場所におけるプライバシーの期待について、ゼロとは見ずに、住居等に比べて縮減しているとし、このようにプライバシーの期待が縮減していることを理由に、これに対する干渉は強制処分とはならないとし、その上で任意処分として適法か否かを事案に即して判断していると解するものとして、柳川重規・前掲「『プライバシーの合理的期待』という概念についての一考察」一五二頁。

(229)

鹿野伸二・前掲「1捜査機関が公道上及びパチンコ店内にいる被告人の容ぼう、体型等をビデオ撮影した捜査活動が適法」とされた事例 2 捜査機関が公道上のごみ集積所に不要物として排出されたごみを領置することの可否」三〇六頁、判例時報二〇〇六号一六〇頁「コメント」、笹倉香奈「捜査機関のビデオ撮影とごみの領置の適法性」『法律時報』第八一巻第四号(平成二一年) 一二三頁、平良木登規男・椎橋隆幸・加藤克佳編『判例講義 刑事訴訟法』(平成二四年 悠々社) 二七頁「滝沢誠」、三井誠他編・前掲書『新基本法コンメンタール刑事訴訟法』第二版』二三四頁「石井隆」など。本決定は、公道上の人の撮影について、許容要件における罪を犯したと疑う合理的理由へのスライドと緊急性への不言及(低度の緊急性を必要性の中に織り込む)とによって強制処分的理解の入る余地を払拭しており、近時の下級審の流れから見ても許容要件はかなり緩やかであると分析する見解として、松代剛枝・前掲書『監視型捜査手続の分析』二九一三〇頁、三二頁(緑大輔・前掲書『刑事訴訟法入門 第二版』六六頁は、最高裁昭和四四年判決ではデモ行進が表現の自由として重要な権利制約となる事案であるので特に現行犯性が加重されたと思われ、また、平成二〇年決定では証拠保全の緊急性が要求されていないが、これは被疑者が犯人であるか否かを鑑定する目的であり、犯行の行為態様そのものを記録する必要性があった昭和四四年判

決と事案が異なる点が重視されたのであろうと述べ、また、渡辺咲子『刑事訴訟法講義』〔第七版〕〔平成二六年 不磨書房〕四八―九頁は、最高裁昭和四四年判決や最判昭和六一年二月一日は近くにあった被疑者以外の者迄が撮影される場合の適法性に関するものであったが、平成二〇年決定では、被疑者だけを撮影する場合には、これより広く、合理的な嫌疑があり、必要限度で、公道上の通常人が他人から容貌等を観察されること自体は受忍せざるを得ない場所におけるものは適法であるとされていると理解する。更に、本決定は、犯人と疑う合理的理由の存在、犯人特定のための必要性の存在、相当な方法という要件で適法性を認めており、最高裁として東京高判昭和六三年四月一日の考え方を基本的に支持したと捉える見解として、平良木登規男・椎橋隆幸・加藤克佳編・前掲書『判例講義 刑事訴訟法』二四頁「椎橋隆幸」。本決定は犯罪発生後の犯人逮捕に向けた人物特定の証拠を作出するための撮影類型の指導的判例とも評されている。判例時報二四〇〇号一〇五頁「コメント」。

(230) 豊崎七絵「捜査としてのビデオ撮影」『法学セミナー』第六四三号（平成二〇年）一二四頁など。

(231) 星周一郎「自動速度取締装置（オービスⅢ）による交通取締りの法的意義と機能」『法学会雑誌』第五六卷第二号（平成二八年）一六三―四頁。また、鹿野伸二・前掲「1 捜査機関が公道上及びパチンコ店内にいる被告人の容ぼう、体型等をビデオ撮影した捜査活動が適法とされた事例 2 捜査機関が公道上のごみ集積所に不要物として排出されたごみを領置することの可否」三〇七頁参照。

笹倉香奈・前掲「捜査機関のビデオ撮影とごみの領置の適法性」一二三―四頁は、本決定が利益衡量的な判断枠組みを採用したとすれば、今後、現場の捜査官に対して明確な判断基準を提示するため、撮影の適法性判断が具体的にどうあるべきかに関して理論的検討がなされなければならないと論じる（また、本決定は公道上での撮影とパチンコ店内での撮影とを同列に論じるが、両者には被撮影者の利益に違いがあるようにも思われ、更に、公道にあっても、デモのような示威行動を伴っている場合と、単に街を歩いている場合とは本来は区別して分析されるべきであり、撮影がどのような場合に任意処分とされ、或いは強制処分とされるのかについて、明確な基準が提示出来ないならば、撮影を強制処分と認めた上で、立法的措置を講じるというあり方が望ましいのではないかと述べる）。

(232) この間、最高裁平成二一年九月二八日第三小法廷決定（刑集六三卷七号八六八頁）は、荷送人の依頼に基づく宅配業者による運送過程下の荷物に対して、捜査機関が荷送人や荷受人の承諾を得ずに、外部からX線を照射して内容を観察する行為

について、射影によって荷物の内容物の形状・材質を窺い知ることが出来る上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であつて、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するとして、検証としての性質を有する強制処分に該当する旨判示していた。本決定については、最高裁昭和五三年六月二〇日第三小法廷判決（刑集三二巻四号六七〇頁）における最高裁の私的領域におけるプライバシーについての理解との整合性が問題となり得ると指摘されている。稲谷龍彦・前掲書『刑事手続におけるプライバシー保護』一一―一二頁など。猶、池亀尚之「GPS捜査」『愛知大学法学部法経論集』第二〇九号（平成二八年）一〇一頁「平成二一年決定と昭和53年判決が整合性を保っている」とすれば、判例上、処分対象に係る情報を収集する捜査が強制処分に該当するかどうかは、主として、当該捜査により取得され得る情報の内容に着目し、法益侵害の程度を判定することによって決せられていると言ふことが出来ると思へる」。

(233) 捜査機関が、公訴事実中の一部の事件により被告人を逮捕できたのに直ちにこれをせず捜査を継続し（「本件泳がせ捜査」、そのため被告人らが公訴事実中のその他の事件を取行して第三者に重大な法益侵害を発生させたから、本件泳がせ捜査は任意捜査の限度を超え違法であるという弁護人の主張に対しては、本件事案の下では、捜査機関が、一連の事件における共犯者の特定や被告人と各共犯者の役割、これらの者の立ち回り先や潜伏先、組織性の有無・程度等の、本件一連の犯行の全容を解明するため、共犯関係を完全に把握し、共犯者を一齐に逮捕出来るよう証拠収集及び所在確認等の捜査を遂げる迄身柄確保をしない儘捜査を継続したことに、捜査機関としての裁量を逸脱した著しく不合理な判断があつたとは言えない等と判示した。また、捜査機関が、多数回・長期間に亘つて被告人らの使用車両にGPS端末を取り付け、その位置情報を取得する捜査を行った点について（「本件GPS捜査」、かかる本件GPS捜査は、プライバシー権を侵害するから強制処分であるが、現行法上これは法定されておらず、また検証に当たるとしても無令状で行われるなどしており、違法であるという主張に対しては、本件GPS捜査は、対象車両使用者のプライバシー等を大きく侵害することから強制処分に当たると認められ、携帯電話機等の画面上に表示されたGPS端末の位置情報を捜査官が五官の作用によって観察するものであるから、検証としての性質を有すると言ふべきで、検証許可状を請求して司法審査を受ける暇が十分にあり、その他令状請求に何ら支障があつた訳ではないのに、これを怠つた儘長期間に亘つて無令状で本件GPS捜査を続け、そのような検討をも怠つた点は、警察官らの令状主義軽視の姿勢の現れと評価せざるを得ない、被告人や事件関係者に本件GPS捜査の実施状

況を覚知されることを防止する他、将来の捜査に当たり、本件同様のGPSを使用した捜査を実施した際に捜査対象者にこれを察知されて捜査の実効性が失われることを防ぐため、捜査手法の秘密保持を図ろうとしたものと推察され、かかる捜査機関としての立場は理解出来ない訳ではないが、本件GPS捜査の実施状況が、組織として保秘を徹底すべきとされていた上、秘匿事項として捜査報告書等に一切記載されず、偶々被告人らにGPS端末の取付けが発覚していたことを契機として公訴提起後に弁護士から主張がなされる迄は、検察官にすらその実施が秘匿されていたという警察官らの対応は、GPSを使用した捜査の適法性に対する司法審査を事前にも事後にも困難にするものであって、捜査に対する司法的抑制を図ろうという令状主義の精神に反する等として、本件GPS捜査は、令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これにより直接得られた証拠及びこれと密接に関連する各証拠を証拠として許容することは将来における違法捜査抑止の見地からして相当でないものと言えるから、これらの証拠能力はいずれも否定しなくてはならない旨判示している。

(234) この第一審証拠決定を踏まえ、第一審である大阪地判平成二七年七月一〇日(刑集七一巻三号一六四頁)は、本件GPS捜査には重大な違法があるとして関連証拠の証拠能力を否定したが、その余の証拠に基づいて被告人を有罪(懲役五年六月、未決勾留日数中四〇〇日をその刑に算入)と認定した。

(日本比較法研究所嘱託研究所員)