慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	公的機関による身体及び所持品への介入
Sub Title	Intervention to the Person by Public Authorities
Author	皆川, 治廣(Minagawa, Haruhiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1995
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.68, No.12 (1995. 12) ,p.353- 381
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	石川明教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19951228-0353

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

公的機関による身体及び所持品への介入

皆川治廣

序論
第一章　判例概観
第二章　職務質問
　第一款　職務質問の開始と終了
　第二款　職務質問と実力行使
第三章　撮影及び監視行為
　第一款　撮影行為
　第二款　監視行為
総括

序論

日本国憲法は、第三三条で、「何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない」としている。また、第三五条一項で、「何人

も、その住居、書類及び所持品について、侵入、捜索及び押収を受けることのない権利は、第三十三条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ捜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない」とし、同条二項で、「捜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ」と規定されている。まさに、身体及び所持品への不当な介入を受けない権利は、刑事手続上の重要な権利である。それ以上に、身体の秘密や所持品の内容は、人格そのものであったり、人格の外延に他ならないことからして、プライバシーとの関連性が極めて強い。

また、警察法は、「警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当ることをもってその責務とする」(第二条一項)としながら、「警察の活動は、……いやしくも日本国憲法の保障する個人の権利及び自由の干渉にわたる等その権限を濫用することがあってはならない」(同条二項)と規定する。そして、警察官職務執行法も、「この法律に規定する手段は、前項の目的のため必要な最小の限度において用いるべきものであつて」(第一条二項)と規定する。このように、警察法あるいは警察官職務執行法では、警察機関の責任・義務の内容・範囲が定められているとともに、警察権行使の限界も明らかにされている(1)。しかし、現実には、違法な犯罪捜査・情報収集行為が行われたとして、国あるいは地方公共団体を被告とする国家賠償請求訴訟が提起されている(2)。また、警察官によって収集された証拠の能力、あるいは捜査行為自体の適法性・違法性が、刑事事件の審理過程で問題となることもある(3)。

そこで、本稿では、公的機関による犯罪捜査・情報収集行為という観点から、公的機関による身体及び所持品への介入とプライバシー保護のあり方、ひいてはその限界を探りたいと思う(4)。方法論的には、何らかの形でプライバシーに触れられている国家賠償請求事件を整理しながら検討を行うことになるが、必要に応じて刑事事件及び民事事件も取り上げることにしたい(5)。

(1) 警察法及び警察官職務執行法に関しては、広中俊雄『警備公安警察の研究』(岩波書店・一九七三年)、田上穣治『警察法(新版)』(有斐閣・法律学全集・一九八三年)、土本武司『犯罪捜査』(弘文堂・一九八七年)、村山眞雄『警邏警察の研究』(成文堂・一九九〇年)、田宮裕・河上和雄編『大コンメンタール・警察官職務執行法』(青林書院・一九九三年)、河上和雄・國松孝次・香城敏麿・田宮裕編『講座日本の警察・刑事警察(第二巻)』(立花書房・一九九三年)、宍戸基男・宮脇磊介『新版・注解警察官職務執行法(第二六刷)』(立花書房・一九九四年)などを参照。

(2) 警察権の行使に対する国家賠償請求訴訟一般に関しては、古崎慶長『国家賠償法』(有斐閣・一九七一年)一二二頁以下、下山瑛二『国家補償法』(筑摩書房・一九七三年)一九〇頁以下、藤崎義信『警察権の行使と国家賠償(新版)』(立花書房・一九八二年)、遠藤博也『国家補償法(上巻)』(青林書院新社・一九八四年)二三四頁以下、国賠判例研究会編『判例から見た警察活動と国家賠償』(三協法規出版・新版につき一九八七年、三訂版につき一九九一年)、石川達紘編『刑事裁判実務大系・警察(第一〇巻)』(青林書院・一九九三年)二七五頁以下などを参照。

(3) 司法警察職員による犯罪捜査一般を扱う文献として、河上和雄『捜索・差押』(立花書房・一九七九年)、渥美東洋『捜査の原理』(有斐閣・一九七九年)、河上和雄編『刑事裁判実務大系・犯罪捜査(第一一巻)』(青林書院・一九九三年)、安富潔『捜査手続法』(立花書房・一九九四年)、渡辺修『捜査と防御』(三省堂・一九九五年)、その他、河上和雄・渥美東洋・中山善房・古川定昭・垣見隆・泉幸伸氏らの編集による『警察実務判例解説(捜索・差押え篇)(任意同行・逮捕篇)(取調べ・証拠篇)』(別冊判例タイムズ一〇号・一九八八年、同一一号・一九九〇年、同一二号・一九九二年)、渥美東洋編『刑事訴訟法・基本判例解説(第二版)』(三嶺書房・一九九三年)などの詳細な判例研究がある。また、行政警察による犯罪捜査・情報収集行為に関しては、杉村敏正・中山研一・原野翹『治安と人権』(岩波書店・一九八四年)二一八頁以下、渡辺咲子「行政警察権の行使と犯罪捜査」(『刑事裁判実務大系・犯罪捜査(第一一巻)』)五九頁以下などを参照。

(4) プロッサーの四類型によれば、プライバシーは、(a)他人の干渉を受けずに送っている私生活に侵入すること、(b)他人に知られたくない事実を公開されること、(c)ある事実を公開することによって、他人に自己の真の姿と異なる印象を与えられること、(d)氏名や肖像のように自己にとって私的なものを他人の利得のために使用・利用されることを、その内容としている(Prosser, Privacy, 48 Cal. Law Rev. 383, 1960, 伊藤正巳『プライバシーの権利』岩波書店・一九六三年の七九頁以下を参照)。近時においては、(e)自己に関する情報をコントロールする権利、(f)個人的事柄を自ら決定できる権利、(g)宗教的あるいは精神的な心の静穏などを、プライバシーの中に含める考え方もある。本稿の基本的問題意識からすると、(a)、(b)及び(e)の

事項が問題になると思われる。

(5) プライバシーと刑事事件及び民事事件に関しては、鴨良弼「プライバシーの権利と刑事訴訟」(『法学教室・第三号(第二期)』一九七三年)六一頁以下、渥美・前掲書(『捜査の原理』)二一頁以下、同『刑事訴訟における自由と正義』(有斐閣・一九九四年)一六一頁以下、竹田稔『名誉・プライバシー侵害に関する民事責任の研究』(酒井書店・一九八二年)、同『プライバシー侵害と民事責任』(判例時報社・一九九一年)などを参照。なお、本稿で掲載している国家賠償判例、刑事判例、民事判例に関し、《 》の文章は原文ではなく、筆者が整理・要約したものである点に注意されたい。

第一章　判例概観

警察機関が行った職務質問、所持品検査、身体の拘束、撮影行為、監視行為などに関し、プライバシーや名誉などが侵害されたとして、国家賠償請求訴訟が提起された主要な事例として、以下のものを挙げることができる。(1)

① 東京地判昭和四一年四月一六日(判例時報四四八号二四頁)

【事実】 日本国有鉄道(現ＪＲ)田町電車区職員は、勤務時間内に入浴しようとしたために助役等ともみ合いになり、この状況を傍らで目撃していた私服の鉄道公安職員によって写真撮影された。特に、当該電車区職員は、全裸姿であったので鉄道公安職員に撮影の中止を求めたものの、鉄道公安職員がこれを無視して撮影を続行したために、当該電車区職員が鉄道公安職員の腕やカメラを引っ張ったとして、公務執行妨害罪、傷害罪の容疑で現行犯逮捕された。本件は、当該電車区職員が、半裸のまま公衆の目に触れる場所(駅のホーム)を連行された事案に関する判決である。原告は、逮捕の際に鉄道公安職員から暴行を受け傷害を負ったこと、半裸姿で手錠をかけられたまま、衆人環視下の状況で連行されたことにより、肉体的苦痛及び著しく名誉を毀損されたと主張して、国家賠償法第一条及び民法第七一

○条に基づいて、日本国有鉄道に対し三〇万円の損害賠償（慰謝料）の請求を行った。判決では、名誉毀損を理由として、原告の請求が一部認容されている（七万円の支払命令）。

〔判旨〕《鉄道公安職員が、社会通念上相当と認められる限度を超えて有形力を行使したことを認めるに足る証拠はない。しかし、逮捕時及びその直後の現場の状況に鑑みると、当時鉄道公安職員としては急きょ原告を公安派出所まで連行することなく、電車区長室等適当な付近の建物に連行して、衣服を取り寄せてこれを原告に着用させるか、あるいは駅助役に原告の衣服を持参してもらうことを依頼する等の方法をとることは十分に可能であった。従って、本件連行は、被疑者の名誉を害しないように注意義務を負う鉄道公安職員としては明らかに不当かつ軽率な行為であって、注意義務を怠ったものといわざるを得ない(2)》

② 京都地判昭和四九年七月一二日（判例時報七七八号八五頁）

〔事実〕原告らは、「京都大学機動隊導入抗議集会」に参加途上、京都市内で私服警察官及び機動隊員に職務質問を受けた。原告らは、同意なくして、私服警察官によって三個の紙袋及び身体を検査されたこと、殴る蹴るなどの暴行を受けたこと、そして顔写真や全身写真を撮影されたことなどが違法であり、肖像権の侵害であると主張して、国家賠償法第一条に基づいて京都府に対し総額二一〇万円の損害賠償（慰謝料）の請求を行った。判決では、違法な職務質問・写真撮影が行われたとして、原告らの請求が一部認容されている（七五万円の支払命令）。

〔判旨〕《警察官が、職務質問を開始した時点では犯罪の嫌疑があったとしても、職務質問を進めるうちにこれが解消すれば、警察官は直ちに職務質問を終えるべきであって、それを継続することによって被質問者の自由を不必要に拘束し続けることは許されない。本件では、職務質問を開始したこと自体は適法であるが、原告らの携帯していた紙袋を開披し、その中に凶器が入っていないことが確認されたのであるから、この段階で原告らに対する犯罪の嫌疑は

解消されたということができる。従って、犯罪の嫌疑が解消された後も、原告らの自由を拘束し答弁を強要したのであるから、本件職務質問は違法との誇りを免れない。このような違法な職務質問は、公務執行妨害罪の対象として保護するに値せず、写真撮影による証拠保全の必要性もなかったのであるから、当該写真撮影は違法なものであるばかりか、原告らが警察官にむりやり胸と髪の毛をつかまれて写真撮影されたことは、その撮影方法としても相当性を欠くものといわなければならない。また、職務質問は任意のものであるから、被質問者の承諾なくして行われた本件所持品検査は、違法に他ならない(3)》

③ 札幌地判昭和五七年一一月八日(判例時報一〇八〇号一〇三頁)

〔事実〕 昭和四七年から昭和四九年にかけて、北海道で起こった器物損壊・殺人未遂事件に関し、北海道警察は、原告らに対して尾行・張込み・事情聴取等の任意捜査、そして家宅捜索・差押え・逮捕・拘留等の強制捜査を行った。原告らは、任意捜査に関して、数か所において無断で写真撮影が行われたこと(肖像権の侵害)、原告不在中に家宅捜査が行われたこと(居住権の侵害)、原告らに対する監視行為が執拗に行われたこと(プライバシーの侵害)など様々な違法行為があったとして、また強制捜査に関しても、捜索差押許可状の請求・発布、家宅捜索・差押え、その他の行為が違法であったと主張して、国家賠償法第一条に基づいて、国(裁判官の令状発布行為)及び北海道(任意捜査・強制捜査行為)に対し総額一四〇万円の損害賠償(慰謝料)の請求を行った(判決では、原告の請求がすべて棄却されている)。

〔判旨〕 《本件においては、肖像権及び居住権の侵害について、これを認めるに足る証拠はない。また、警察官が原告宅に赴いて事情聴取を行った行為は、正当な情報収集活動であり、張込みに関しても犯罪捜査のための合理的必要性がなかったとはいえないし、尾行もその方法・態様・程度が特に執拗であるなど不当であったと認めるに足る証拠はない。さらに、強制捜査に関しても、原告宅の捜索差押許可状の請求及び発布については、犯罪捜査のための必要

性及び被疑者が罪を侵したと思料される状況があったことが認められる。なお、刑事訴訟法第二一九条一項は、捜索差押許可状に被疑事件の具体的な事実や適用法条まで記載することを要求してないから、これらの記載がないからといって、必ずしも憲法第三五条に違反するわけではない[4]》

④ 岐阜地判平成三年二月一八日（判例時報一三八五号一〇九頁）

〔事実〕 原告は、窃盗犯と誤認され、私服警察官から職務質問及び逮捕状の執行を受けた。原告は、本件職務質問の際に、不当な身体の拘束（二名の警察官によって両腕を拘束された点・四名の警察官によって両腕を拘束され自動車に押し込まれそうになった点）及び暴行（一名の警察官によって大腿部を殴打された点）を受けたこと、そしてハンドバッグが開封され所持品検査がなされたことなどが違法であると主張して、国家賠償法第一条に基づいて、滋賀県に対し一五〇万円の損害賠償（治療費・休業保障・慰謝料）の請求を行った。判決では、違法な有形力が行使されたとして、原告の請求が一部認容されている（三五万円の支払命令）。

〔判旨〕 《警察官が、警察官職務執行法に基づいて職務質問を行う場合には、停止行為や任意同行を求める行為として社会的に相当な範囲での有形力の行使が許容されることはいうまでもない。しかし、この有形力の行使は強制にわたらないことが必要なのであって、本件の場合には、原告の抵抗にもかかわらず両腕を拘束してむりやり自動車に乗せようとしたことは、職務質問の範囲を逸脱したものとして、その違法性が阻却されることはない。また、逮捕行為として有形力を行使したのであれば、腕を引っ張る等の行為は、逮捕の際の有形力の行使としては相当であると認められる。しかし、本件は、原告が人違いを主張していたのであるから、警察官は別人か否かを近隣住民から確認すべきであり、単に写真等の知識から原告を別人と誤信した過失責任は免れることができない》

(1) 警察機関による犯罪捜査・情報収集行為にあっては、プライバシーの侵害のみならず、名誉毀損も問題となることがある。本稿の主たる目的は、プライバシーの保護と限界を論じることにあるが、名誉毀損が争われた事例も含めて検討したいと考えている。

(2) 本件国家賠償請求訴訟が提起される前の東京地判昭和四〇年三月八日(判例時報四〇五号一二頁)及び東京高判昭和四三年一月二六日(判例時報五一三号一一頁)では、《本件撮影行為が、被告人のプライバシーの権利の侵害であることは疑問の余地がなく、撮影行為自体が違法であるから公務執行妨害罪は成立しない》として、被告(田町電車区職員)に対して無罪の判決が下されている(公務執行妨害傷害被告事件・田町電車区入浴事件)。

(3) 本件に関しては、藤崎・前掲書一三一頁以下の判例評釈を参照。

(4) 本件に関しては、大沼洋一「張込み、尾行、逮捕勾留等の違法性の有無」及び山崎まさよ「容疑者らに対する張込み、尾行、事情聴取等の適法性」(『判例から見た警察活動と国家賠償(新版)』)九四頁及び一三六頁以下の判例評釈を参照。

第二章　職務質問

第一款　職務質問の開始と終了

(一)　職務質問の開始

警察官職務執行法第二条一項によれば、職務質問とは、警察官が「異常な挙動その他周囲の事情から合理的に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っていると認められる者」に対して、「停止させて質問すること」とされる。同項にいう「異常な挙動」とは、不自然な動作、言語、所持品などによって、何らかの犯罪に関係すると思われる状態にあること、「その他周囲の事情」とは、深夜であるとか、警備警戒中であるとか、その他何らかの犯罪に関係があると思われるような事情を意味するものと解されている。(1)

②事件で問題とされた職務質問は、行政警察権の行使、すなわち情報収集手続としての職務質問に他ならない。[2] すなわち、当時の京都大学近辺で不穏な学生の動きがあったこと、そして原告らが警察官を避けようとする不審な挙動を示し、また内容のわからない紙袋を所持していたことなどから、原告らが火炎びん、手製爆弾、石などの凶器を携帯して京都大学西部構内の集会に参加しようとしているのではないか、との嫌疑に基づいて行われたものである。他方、④事件で問題とされた職務質問は、誤認逮捕であったとしても、犯人の逮捕を目的・前提として、逮捕状の相手方の確認のために行われたものである。[3] 従って、本件職務質問は、情報収集手続ではなく、犯罪捜査手続の一環としての職務質問と見ることも可能である。

いずれにしても、警察官職務執行法第二条一項に基づく職務質問は、「異常な挙動その他周囲の事情」を前提として、警察官の経験的・専門的な判断に基づいて行われる。換言すれば、職務質問を開始するには、犯罪の嫌疑を推定させる客観的根拠が必要であるとともに、これを行う警察官の合理的判断に委ねられる側面が強い。職務質問は、まさに法規裁量行為に他ならないとしても、関係人に対する身体の自由・プライバシー・名誉の保護という観点からすれば、職務質問の開始目的には正当性が存在しなければならない。[4] 従って、警察官の側に、犯罪の嫌疑を推定させる客観的状況の判断過程に過誤があった場合、あるいは警察官職務執行法第二条一項所定の要件を具備しない者に対して、警察官が執拗に職務質問を行った場合には、職務質問自体が違法性を帯びると考えられる。[5]

(二) 職務質問の終了

警察官職務執行法では、職務質問の開始要件についての規定が存在するものの、その終了時点に関する規定は欠落を見ている。従って、どの段階をもって終了時点と見るべきかに関しては、問題がないわけではない。因みに、②事件の判決によれば、警察官が職務質問を進めるうちに「犯罪の嫌疑が解消された」時点で、直ちに職務質問を終了すべきとされる。[6]

もっとも、「犯罪の嫌疑が解消された」時点の具体的認定については、議論の余地が残されている。なぜなら、職務質問の開始行為と同様に終了行為に関しても、警察官の経験的・専門的判断に委ねられる場合が多いからである。②事件の判決は、「原告らの紙袋を開披し、その中に凶器等が入っていないことが確認されたのであるから、この段階で犯罪の嫌疑が解消された」と説示している。こういった客観的事実の存在が、「犯罪の嫌疑が解消された」という要件を満たすことになると思われる。

ところで、犯罪の嫌疑が解消された時点で、警察官は速やかに職務質問を終了すべきであるとしても、警察官がこれを無視して職務質問を続行した場合には、当該行為自体が違法との評価を受けるのであろうか。②及び④事件の判決は、この疑問に対して明確な解答を与えていない。これらの判決は、犯罪の嫌疑が解消された後に、身体検査、答弁の強要、所持品検査、写真撮影などを行った行為を違法と判示しているに過ぎないからである。

一般論として、犯罪の嫌疑が解消された後の職務質問は、被質問者が答弁を強要されたか否かを問わず、違法性を帯びると解してよいのではなかろうか。また、何か新たな不審事由を発見しようとして続行された職務質問も、違法と解してよいのではなかろうか。なぜなら、不必要な職務質問を継続させれば、被質問者の身体の自由に対する不当な侵害が生じかねないからである。ましてや、違法な所持品検査・写真撮影といったプライバシーの侵害につながる危険性がないとは言えないからである。従って、職務質問の要件が消滅した後に、警察官がこれを続行することは、まさに警察権の濫用・踰越に他ならないと評価してよかろう。

(1) 宍戸及び宮脇・前掲書四六頁以下、土本・前掲書一〇六頁、渡辺咲子「警察官職務執行法第二条」(『大コンメンタール・警察官職務執行法』)八八頁以下(「職務質問の意義と要件」)などを参照。なお、アメリカ法に関する詳細な研究として、渡辺修『職務質問の研究』(成文堂・一九九二年)がある。

(2) 土本・前掲書一〇五頁によれば、「警察官職務執行法は、警察法に規定されている警察作用全般にわたり、警察の責務を遂

行させるための行為規範として制定されたもので、その本質は行政法規であって、刑事訴訟法の一部ではない」とされる。一般に、職務質問は任意処分と解されている。安富・前掲書一三頁以下、渡辺咲子・前掲論文（「行政警察権の行使と犯罪捜査」）五九頁以下、同・前掲論文（「警察官職務執行法第二条」）九八頁以下などを参照。

(3) その他、犯人と誤解されて職務質問を受け、その後に警察署に連行された行為に関し、国家賠償（慰謝料）請求が認められた事例もある（第一審につき宇都宮地判昭和三五年五月一六日・判例時報二三四号九頁、控訴審につき東京高判昭和三六年五月一一日・判例時報二六〇号六頁を参照）。

(4) 例えば、自転車の盗難事件が多発しており、子供用か婦人用のミニサイクル自転車で、かつサドルの位置が低すぎるなど、不自然な自転車の乗り方をしていた者に対して職務質問が行われた事例（東京地判昭和六一年九月九日・判例時報一二五一号一一二頁・損害賠償請求事件）、あるいは空き巣やひったくりなどの窃盗事件が多発しており、特別警戒中に、服装と手提げ袋とが不似合いであることから職務質問が行われた事例（東京地判平成二年六月二六日・判例タイムズ七四八号一三五頁・損害賠償請求事件）、交通整理等の職務に従事していた警察官に、つばを吐きかけてきた者がいたので、何らかの意図で暴行・公務執行妨害等の犯罪行為が行われるのではないかとの認識の下で、当該人に職務質問が行われた事例（最決平成元年九月二六日・判例時報一三五七号一四七頁・公務執行妨害被告事件、渡辺・前掲『捜査と防御』二頁以下を参照）などでは、いずれも職務質問の開始目的に正当性が認められている。

(5) 例えば、東京地判昭和四八年三月一七日（判例時報七一〇号七二頁・損害賠償請求事件）では、泥酔者が、交通頻繁な道路で横断用小旗でガードレールを叩いたり、大声でタクシーの停車を求めていたとして職務質問が行われたが、警察官による事実認識が間違っていたとして、大阪地判昭和六三年四月一四日（判例時報一三〇三号九七頁・損害賠償請求事件）では、過去に暴力団による抗争事件が頻発に発生していたとしても、単にやくざ風の者が派出所前を足早に去っていこうとした事実から職務質問を行ったことは、警察官職務執行法第二条の要件を具備しない者に対する違法な職務質問であったとして、いずれも損害賠償の請求が認められている。

(6) 渡辺咲子・前掲論文（「警察官職務執行法第二条」）一〇七頁に見られるように、こういった解釈は、学説においても支持されているようである。

第二款　職務質問と実力行使

(一)　身体の拘束・答弁の強要など

警察官職務執行法第二条一項によれば、職務質問の方法は、「停止させて質問すること」であり、また同条二項によれば、「付近の警察署、派出所又は駐在所に同行することを求めることができる」とされる。(1) もっとも、同条三項では、「刑事訴訟に関する法律の規定によらない限り、身柄を拘束され、又はその意に反して警察署、派出所若しくは駐在所に連行され、若しくは答弁を強要されることはない」と規定されている。

既に見たように、職務質問の本質は、まさに犯罪の有無を確認するための情報収集手続・任意処分に他ならない。現実には、質問権の行使によって犯罪が発覚し、犯罪捜査手続に移行する場合も多いようであるが、法定の手続に基づかない身体の拘束、そして答弁の強要行為が禁止されることは明白である。因みに、②事件では、有形力の行使、身体の拘束・検査、答弁の強要行為が、④事件では、有形力の行使、身体の拘束行為が違法と判断されている。

その他、(a)派出所に同行するようにとの求めを相手方が拒否したにもかかわらず、警察官が、抵抗する当該人を引き倒し、馬乗りになって手錠をかけ、近くの警察署に連行した行為が違法とされた事例、(b)立ち去ろうとする相手方を再三にわたって押し止め、両手をつかんで制止し、任意同行の後に派出所内で事実上の拘束を行った行為が違法とされた事例なども見られる。(2) 前者では、警察側から、公務執行妨害罪の現行犯逮捕である旨の抗弁が出されたが、馬乗りになって手錠をかける行為は、明らかに過剰・違法行為である。また、後者にあっては、派出所への任意同行が、相手方の意思が抑圧された状況下で行われたのであり、任意の承諾がない違法行為と見なしうる。

ただし、最決昭和五一年三月一六日(刑集三〇巻二号一八七頁・判例時報八〇九号二九頁・道路交通法違反及び公務執行妨害被告事件)は、《任意捜査における有形力の行使は、強制手段、すなわち個人の意思を抑圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段にわ

たらない限り、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》と説示している。本件判決が出される以前にも、(a)夜間の道路上での職務質問、そして派出所への任意同行の後に、被告人が隙をみて逃げ出したので、質問を続行すべく背後から腕に手をかけて停止させた行為、(b)窃盗事件に関連して、被告人に風呂敷包みの内容について呈示を求めたものの、同人がにわかに歩き始め、逃げ出すなどの行為を行ったために、警察官が追いかけて停止を求めた行為、(c)挙動不審者として、警察官から職務質問を受け、派出所まで任意同行を求められた者が突如逃げ出したために、被告人を追跡した行為など、適法な職務質問と判断された事例も見られる(3)。

職務質問が任意処分であるから、一切の有形力の行使が許されないと解することは、あまりにも形式的であり厳格過ぎる。換言すれば、職務質問が犯罪の予防・鎮圧という行政警察権の行使であるとしても、犯罪の悪質性・重大性、嫌疑の濃厚性、職務質問の急迫性・必要性などからして、必要最小限の実力行使は可能と解すべきではなかろうか(4)。

(二) 所持品検査

それでは、職務質問に付随して、所持人の承諾なくして所持品検査を行うことは違法となるのであろうか。各人の所持品は、人格の延長・外延に他ならず、極めてプライバシーとの関連性が強い。にもかかわらず、警察官による所持品検査の可否に関しては、警察法、警察官職務執行法が明確にこれを規定しているわけではない。その法的根拠につき、学説は、これを(a)警察法第二条に求める説、(b)警察官職務執行法第二条一項に求める説、(c)権限行使の積極的根拠規定は警察官職務執行法第二条で、違法性阻却という消極的根拠規定は警察法第二条という両者併用説に分かれる(5)。所持品検査は、職務質問に付随して行われるのが通常の形態であり、これと密接な関係があることからしても、警察官職務執行法第二条に法的根拠を置く(b)の見解が妥当と考えられる。この(b)の立場が通説であるが、所持品検査の適法性・違法性の判断は、個別・具体的状況に基づいて判断されることとなる。

例えば、猟銃及び登山ナイフを使用しての銀行強盗事件が発生した直後に、犯人らしき人物の(施錠されていなかった)バッグのチャックが、所持人の同意なくして、警察官によって開披・一瞥された事案がある。最判昭和五三年六月二〇日(刑集三二巻四号六七〇頁・判例時報八九六号一四頁・爆発物取締罰則違反等被告事件・米子銀行強盗事件)は、《所持品検査は、任意手段として、所持人の承諾を得てその限度でこれを行うのが原則であるが、職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であって、流動する警察事象に対応して迅速・適正にこれを処理すべき行政警察の責務に鑑みれば、所持人の承諾がない限り所持品検査は一切許されないと解するのは妥当でなく、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、たとえ所持人の承諾がなくとも、所持品検査の必要性、緊急性、これによって侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益の均衡などを考慮し、具体的状況の下では、相当と認められる限度で許容される場合がある》と説示している(6)。そして、本件判決は、当該警察官の行為を、職務質問に付随して行われる所持品検査において許容される限度内の行為であったとして、適法な職務質問と判断している(7)。

本件判決は、刑事事件に関するものであるが、その趣旨は、国家賠償請求事件においても、所持品検査の適法性・違法性判断の基準になりうると思われる(8)。従って、公共の安全と秩序の維持を目的とする行政警察の責務を考慮すれば、所持品検査は、容疑事実の重大性・危険性、職務質問の緊急性・必要性を総合的に判断し、法秩序全体の精神に反せず、社会的妥当性の肯定される範囲内であるか否かによってその適否が決せられるものと言えよう(9)。すなわち、所持品検査が、職務質問に付随する行為として社会的に妥当・正当な範囲内での行為と解されるならば、国家賠償法上の違法性はないと考えるべきではなかろうか(10)。

そうであるならば、②事件では「紙袋」の中身の検査、④事件では「ハンドバッグ」の開封が行われおり、少なくとも②事件の判決が、これを明確に違法な所持品検査と判示していることは是認されよう。なぜなら、本件において

は、原告らが所持品検査を明確に拒否していたにもかかわらず、警察官が、原告らから無理やり紙袋を取り上げて開披したからである。これは、強制による捜索、プライバシーの侵害に他ならない。従って、所持品検査の必要性・緊急性があったことを考慮してもなお、その方法が相当でないと考えられる。(11)

(1) 職務質問の方法に関しては、宍戸及び宮脇・前掲書五二頁以下、渡辺咲子・前掲論文(「警察官職務執行法第二条」)一〇三頁以下に詳しい。

(2) (a)について前掲東京地判昭和四八年三月一七日(判例時報七二〇号七二頁)を、(b)について前掲大阪地判昭和六三年四月一四日(判例時報一三〇三号九七頁)を参照。

(3) (a)について最決昭和二九年七月一五日(刑集八巻七号一一三七頁・公務執行妨害傷害被告事件)を、(b)について最決昭和二九年一二月二七日(刑集八巻一三号二四三五頁・公務執行妨害傷害被告事件)を、(c)について最判昭和三〇年七月一九日(刑集九巻九号一九〇八頁・公務執行妨害傷害被告事件)を参照。

(4) 三井誠「任意捜査の限界(三)—職務質問」(法学教室一四三号・一九九二年)一〇三頁を参照。なお、実力行使の限界に関する学説の状況に関しては、安富・前掲書一六頁以下、渡辺・前掲書(『捜査と防御』)四頁以下を参照。

(5) 詳しくは、宮本和夫「所持品検査」(『警察実務判例解説(捜索・差押え篇)』)一三三頁以下、加藤晶「職務質問と所持品検査」(『警察実務判例解説(任意同行・取調べ篇)』)一二頁以下を参照。

(6) 判例評釈として、平井孝「職務質問に伴う所持品検査」(『憲法判例百選Ⅰ(第二版)』一九八八年)二一四頁以下、宮本・前掲論文、加藤・前掲論文、池田修「所持品検査—米子銀行強盗事件」(『刑事訴訟法判例百選(第六版)』一九九二年)一〇頁以下などがある。その他、札幌高判昭和五七年一〇月二八日(判例時報一〇七九号一四二頁・覚醒剤取締法違反被告事件)につき酒巻匡「違法だが証拠能力がある例(一)」(『警察実務判例解説(捜索・差押え篇)』)一六〇頁以下、最判昭和六三年九月一六日(刑集四二巻七号一〇五一頁・判例時報一二九一号一五六頁・覚醒剤取締法違反被告事件)につき三井誠「違法収集証拠の証拠能力」(『刑事訴訟法判例百選(第六版)』)一二八頁以下などを参照。

(7) 逆に、覚醒剤の使用ないし所持の容疑がかなり濃厚に認められる者に対して警察官が職務質問を行っているうちに、同警察官が、上着とズボンのポケットを外部から触り、承諾がないにもかかわらず、その上衣左側内ポケットに手を差し入れて所持品を取り出した上で検査した行為につき、最判昭和五三年九月七日(刑集三二巻六号一六七二頁・判例時報九〇一号一五頁・

覚醒剤取締法違反等被告事件)は、《一般にプライバシイ侵害の程度の高い行為であり、職務質問に付随する所持品検査の許容限度を逸脱したものと解するのが相当である》としている。判例評釈として、三井誠「違法収集証拠の排除」(『憲法判例百選Ⅰ(第二版)』)二一八頁以下、岡田薫「違法収集証拠の証拠能力の基本原則」(『警察実務判例解説(捜索・差押え篇)』)一五八頁以下、曽和俊文「警職法による所持品検査」(『行政判例百選Ⅱ(第三版)』一九九三年)二一六頁以下などがある。

(8) 河村吉晃氏は、「捜索現場での報道機関の写真撮影の違法性」(『判例から見た警察活動と国家賠償(新版)』)一七七頁以下で、「刑事手続において違法と解されることが、直ちに民事国家賠償事件においても違法行為と評価されるべきか否かは、なお検討の余地があるにしても、特段の事情がない限り、一応、前者の解釈に準じて考えることが許されるであろう」と述べている。

(9) 土本・前掲書一〇七頁、渥美東洋『刑事訴訟法(新版)』(一九九〇年・有斐閣)一一〇頁以下、松尾浩也『刑事訴訟法(上)補正三版』(弘文堂・一九九一年)四二頁以下などを参照。

(10) 例えば、前掲大阪地判昭和六三年四月一四日(判例時報一三〇三号九七頁)は、所持品検査に関して、相手方が現金・名刺・キャッシュ・カードなどの入った札入れを提示した行為に関し、警察官が格別の強制力を加えたり、心理的圧迫を加えたりした事実はないとして、適法であった旨を認定している。その他、所持品検査に関する国家賠償請求事件に関して、藤崎・前掲書一三六頁の注(一)に掲げられた判例を参照。

(11) 口頭による質問を行わずに、いきなり着衣や携帯品に触れる行為、相手方が着衣などに触れられることを拒否したにもかかわらず、その抵抗を排除・制圧するような有形力を行使する行為、所持品検査の必要性・緊急性がないにもかかわらず、被質問者の承諾なくして所持品を開披する行為、「捜索」の場合に初めて許されるような施錠された携帯品を、無理に開披する行為などは、プライバシーに対する侵害が重大であり、違法な所持品検査に他ならないと指摘されている。この点、三井誠「任意捜査の限界(四)—職務質問」(法学教室一四四号・一九九二年)一〇一頁、安富・前掲書三〇頁以下などを参照。

第三章　撮影及び監視行為

第一款　撮影行為

(一)　犯罪捜査と撮影行為

①から③の事件に代表されるように、警察機関による犯罪捜査に伴い、個人の肖像（容貌・姿態）が写真撮影されることもある。[1] 一般に、承諾なくしてみだりに個人の肖像を撮影されない自由は、プライバシーの権利の一類型として、憲法第一三条によって保護されるべきである。例えば、学生によるデモ行進の形態が、京都府公安委員会が付した許可条件に違反するとして、警察官がデモ行進状況を写真撮影したところ、被告人らが同警察官に暴行・傷害を負わせたとして、起訴された事案がある。最判昭和四四年一二月二四日（刑集二三巻一二号一六二五頁・判例時報五七七号一八頁・公務執行妨害傷害被告事件・京都府学連事件）は、《何人も、その承諾なしに、みだりにその容貌、姿態を撮影されない自由を有するものというべきである。これを肖像権と称するかどうかはともかく、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに個人の容貌、姿態を撮影することは、憲法一三条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない》と説示している。[2]

もっとも、本件判決以前にも、同趣旨の判決が既に見られる。すなわち、大阪高判昭和三九年五月二〇日（判例時報三八一号一七頁・不法逮捕被告事件・大阪証券労組保安阻止デモ事件）は、《人は、その承諾がないのに自己の肖像を写真に撮影されたり、世間に公表されたりしない権利（肖像権）を持つとすれば、それはプライバシーの権利の一つとして構成することができる》としている。また、①事件の刑事判例である前掲東京地判昭和四〇年三月八日（判例時報四〇五号一二頁・公務執行妨害傷害被告事件・田町電車区入浴事件）でも、《人はその承諾がないのに、自己の写真を撮影されたり、世間に公表されない権利即ち肖像権を持つのであり、それは私人が私生活に他から干渉されず、私的な事柄について、

その承諾なしに公表されることから保護される権利であるプライバシーの権利の一種と見ることができよう》としている。

いずれにしても、この権利ないし自由は、国家権力の行使から絶対的に保護されるわけではなく、公共の福祉のためには、必要かつ最小限度の合理的制限に服するものと考えられる。すなわち、警察機関による犯罪捜査行為との関連では、一定の限界が存在するものと言えよう。例えば、前掲最判昭和四四年一二月二四日は、(a)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合、(b)証拠保全の必要性及び緊急性があり、(c)撮影が一般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ときには、警察官による写真撮影も適法と解している。

従って、(a)から(c)の要件すべてが充足されるならば、警察官は、裁判官の発布する令状なくして、個人の肖像撮影を行うことが可能となってくる。ましてや、本件判決によれば、《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っても、憲法第一三条及び第三五条に違反しない》とされる。本件判決は、憲法第一三条を根拠に、プライバシーの権利の一環としての肖像権を実質的に承認し、犯罪捜査のための写真撮影行為に一定の基準を明示した点で、その意義は大きいと言える。また、本件判決の趣旨は、後の刑事事件のみならず、国家賠償請求事件の審理にも多大な影響を与えている。因みに、③事件では、肖像権の侵害を認めるに足る証拠がないとして、原告の請求が棄却されているものの、②事件の判決は、(b)及び(c)の要件が欠落していたことから、当該写真撮影を違法と判示している。

問題となるのは、(a)から(c)といった基準は、警察官による写真撮影行為について、これを適法とさせるための要件と解されるのか、あるいは、この基準は写真撮影の一般的要件にしか過ぎず、具体的事案に即して、写真撮影行為が許容される場合もあると解されるのかである。[3] 学説の分かれるところであるが、後者が妥当な考えと言うべきではなかろうか。なぜなら、人の行動は、それが個人のプライバシーに止まらず、犯罪行為といった社会的批判の対象とな

る行為を行った場合には、この批判の対象となる資料を提供すべく、警察官による写真撮影も許されると解されるからである。[4] 従って、犯罪捜査の必要上、被撮影者の承諾なくして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に限定されるものではないと考えられる。[5]

しかし、犯罪捜査目的であったとしても、無秩序・独断・恣意的な写真撮影が許されるわけではない。プライバシーや肖像権の尊重といった観点からも、何らかの歯止めが必要である。なぜなら、市民には、公共の場にあっても、捜査機関によって写真撮影されない権利・自由が保障されるべきものと考えられるからである。[6] 写真撮影は、まさにプライバシーや肖像権を制約する「新しい強制処分」（刑事訴訟法第一九七条一項但書き）と解されるので、憲法第三五条の令状主義が適用されるべきである。ただし、あまりにも厳格な令状主義を貫徹すれば、犯罪捜査の現実的要請・効率性を損なうこととなる。従って、犯罪事件の重大性、写真撮影の目的の正当性、方法の相当性・補充性などを加味すれば、裁判官の令状なくして、警察官による写真撮影も適法とされる余地があることも否定すべきではないと考えられる。[7]

(二) 証拠保全と撮影行為

それでは、犯罪捜査ではなく、主に証拠保全を目的とする場合であっても、写真機のみならず、ビデオカメラないしテレビカメラによる撮影行為も許容されるのであろうか。すなわち、犯罪が行われた直後ではなく、当該場所において犯罪が発生する蓋然性が極めて高いとして、証拠保全のために、常時ビデオカメラやテレビカメラを駆使して撮影を行うことは適法と解されるのであろうか。この点、前掲最判昭和四四年一二月二四日が提示した基準を検討すれば、少なくとも(a)及び(b)が即時に充足されるとは考えにくい。

しかし、速度違反自動取締装置（別名「オービスⅢ」あるいは「ＲＶＳ」とも呼ばれている）による肖像の撮影に関して、最判昭和六一年二月一四日（ＲＶＳ・刑集四〇巻一号四八頁・判例時報一一八六号一四九頁・道路交通法違反被告事件）は、《本

件速度違反取締装置による容貌等の写真撮影は、現に犯罪が行われている場合になされ、犯罪の性質、態様から緊急に証拠を保全する必要性があり、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に除外でき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》と説示している。(8)

また、東京の「山谷地区」において発生した警察車両の損壊事件に関し、予め派出所にテレビカメラが設置され、そのカセットテープの証拠能力が争われた事案につき、東京高判昭和六三年四月一日(判例時報一二七八号一五二頁・判例タイムズ六八一号二二八頁・器物損壊被告事件)は、《犯罪発生の蓋然性が極めて高く、予め証拠保全の手段・方法を講じなければならない必要性・緊急性があり、かつその撮影ないし録画が社会通念に照らして相当な方法で行われる場合には、犯罪が現に行われる以前から、継続的・自動的に撮影・録画することも適法である》と説示している。(9)

両事件に関する判決は、前掲最判昭和四四年一二月二四日の趣旨を踏襲しながら、犯罪が行われる以前であっても、証拠保全のために行われる撮影行為は適法であるとの判断を下している。確かに、証拠保全の必要性・緊急性とプライバシーや肖像権に対する制約とを比較衡量するならば、前者が後者に優越する場合もあろう。しかし、証拠保全を目的とする撮影行為は、被撮影者の知らない間に行われることが多い。従って、人権の尊重を基本的理念としている憲法の趣旨に鑑みれば、こういった撮影行為は極力回避されるべきものと考えられる。(10)

この問題も、プライバシーや肖像権といった各人権の保護との調整が要求される領域に属するのであり、証拠保全としての撮影行為は、例外的状況の下で、そして一定の要件・基準の下で認められるべきであろう。ここでは、犯罪の性質・態様、証拠保全の緊急性・必要性、撮影方法の相当性といった基準・要件が、適法か違法かを判断する分岐点になってこよう。結論として、速度違反自動取締装置、ビデオカメラ、テレビカメラなどの撮影機器は、悪質・集団的・暴力的な犯罪行為が発生する蓋然性が極めて高い場所においてのみ、その設置が許されると解すべきではなか

ろうか。(11)

(1) 犯罪捜査のために行われる写真撮影の法的性格については、任意処分説、強制処分説、新しい強制処分説、プライバシー保障説など、学説が分かれている。この点は、安富・前掲書二三六頁以下を参照されたい。

(2) 鴨良弼「犯罪捜査のために行う写真撮影」(『刑事訴訟法判例百選(第三版)』一九七六年)三八頁以下、久保田きぬ子「犯罪捜査のための写真撮影といわゆる肖像権」(昭和四四年度重要判例解説・ジュリスト四五六号・一九七九年)二七頁以下、森井暸「写真撮影—京都府学連デモ事件」(『刑事訴訟法判例百選(第四版)』一九八一年)二七頁以下、指宿信「写真撮影—京都府学連デモ事件」(『刑事訴訟法判例百選(第六版)』)二〇頁以下、鴨野幸雄「被疑者の写真撮影と肖像権」(『憲法判例百選I(第三版)』一九九四年)四〇頁以下などを参照。

(3) 詳しくは、田宮裕「犯罪捜査と写真撮影」(ジュリスト三二三号・一九六五年)四〇頁以下、藤木英雄「犯罪捜査目的でする写真撮影といわゆる肖像権」(ジュリスト四四四号・一九七〇年)八七頁以下、久保田・前掲論文、河上和雄「写真撮影」(『刑事裁判実務大系・犯罪捜査(第一一巻)』)一五四頁以下などを参照。

(4) 京都地判昭和三八年一一月二五日(判例時報三六四号四九頁・公務執行妨害傷害事件)を参照。

(5) 例えば、東京地判平成元年三月一五日(判例時報一三一〇号一五八頁・凶器準備集合等被告事件・上智大学内ゲバ事件)、京都地判平成二年一〇月三日(判例時報一三七五号一四三頁・凶器準備集合被告事件)などでは、現に犯罪が行われている場合に限らず、犯罪捜査の一環としての写真撮影も適法としている。

(6) 渡辺・前掲書(『捜査と防御』)三三頁、及び後掲大阪地判平成六年四月二七日(判例時報一五一五号一一六頁)などを参照。

(7) 田宮裕『捜査の構造』(有斐閣・一九七一年)二五八頁、同編著『刑事訴訟法I』(一九七五年・有斐閣)一四一頁、田宮裕・多田辰也『セミナー刑事手続法(捜査編)』(一九九〇年・啓正社)一九四頁などを参照。

(8) 同旨として、大阪地判昭和五八年三月一六日(オービスIII・判例タイムズ五〇四号一八六頁・道路交通法違反被告事件)、東京高判昭和五八年四月二五日(RVS・判例時報一一〇七号一四二頁・道路交通法違反被告事件)、大阪地判昭和五九年二月二日(オービスIII・判例時報一一一四号一一八頁・道路交通法違反被告事件)などがある。詳しくは、久米喜三郎「被撮影者の承諾を欠く写真の証拠能力」(判例タイムズ五九四号・一九八六年)二七頁以下、小早川義則「自動速度監視装置による写真撮影の合憲性」(ジュリスト八六一号・一九八六年)八〇頁以下、堀金雅男「速度違反自動取締装置による違反者の写真撮影」(『警察実務判例解説(取調べ・証拠篇)』)一五三頁以下、椎橋隆幸『刑事弁護・捜査の理論』(信山社・一九九三年)三

三四頁以下、及びそこに掲げられている文献を参照。

(9) 本件判決に関しては、廣畑史朗「撮影行為と肖像権」(『警察実務判例解説(取調べ・証拠篇)』)一四一頁以下に詳しい。

(10) 例えば、警察官が、電車内で寝込んでいる乗客から財布等を盗もうとした被告人らの行動をビデオに撮影し、その後、検察官から証拠調べ請求が行われた事案がある。大阪地決平成二年七月一八日は、《本件のようなビデオ撮影は、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いも大きく、犯罪捜査のためとはいえ、電車内やプラットホームにおいて、日常的かつ頻繁に行われるならば、それは人権に対する重大な驚異となる》と説示し、最終的には証拠申請を却下している(渡辺・前掲『捜査と防御』二一頁以下を参照)。

(11) 例えば、東京簡裁判昭和五五年一月一四日(判例時報九五五号二一頁・判例タイムズ四〇六号六七頁・道路交通法違反被告事件)は、速度違反自動取締装置(オービスⅢ)の設置場所につき、《オービスⅢによる無制限な運転者の撮影は、国民のプライバシーを制限するおそれがあるので、オービスⅢの設置場所や速度違反を取り締まる走行速度のセット基準については慎重な配慮を要するものというべく、設置場所にもよるが、制限速度を多少超えた程度にセットして写真撮影することは相当でない》と説示している。

第二款　監視行為

(一)　特定人を対象とする犯罪捜査・警視警戒行為

犯罪捜査に関連する③事件において、原告らは、写真撮影の違法性のみならず、監視行為(尾行・張込み)が執拗に行われたとして、プライバシーの侵害を主張している。具体的には、警察官が、日本国有鉄道(現ＪＲ)の駅舎内やバスの車内で尾行・観察を行ったこと、そして原告らの居室内を監視できる一軒家を借りて常時その様子を窺っていたこと、買物かごの中を探ったこと、原告らが銭湯に入浴中においては表で張込みを行っていたことなどを挙げている。しかし、本件判決では、《尾行、張込みについて犯罪捜査のための合理的必要性がなかったとはいえないし、その方法、態様、程度が特に執拗であるなど不当であったことを認めるに足る証拠はない》として、原告らの請求が棄却されて

いる。

周知の通り、尾行や張込みといった監視行為は、犯罪捜査・警視警戒手法の一つとして有効である。しかし、こういった行為は、憲法、刑事訴訟法で明確に規定されているわけではない。[1] 監視行為は、一般に、任意処分の一つと解されているようであるが、[2] 被監視者に無形の圧力を与え、何らかの不快の感情を惹起せしめることは自明の理である。それと同時に、身体・行動の自由の制約、ひいてはプライバシー・名誉に対する侵害を伴うことも多い。

監視行為の適否は、撮影行為と同様に、個人の人権尊重と真実の探求・公益の維持との調整が必要とされる領域に属する。そのために、監視行為には、明確な目的とその正当性が存在しなければならない。すなわち、不必要な監視行為、あるいは犯罪捜査行為に名を借りた不当な監視行為は、人権侵害に他ならないと言えよう。また、監視行為が任意処分であることに鑑みれば、監視の方法・態様も問題となってくる。換言すれば、警察官による有形力・強制力の行使は、緊急逮捕や現行犯逮捕などの被疑事実がある場合などを除外して、一切禁止されるべきである。従って、警察官が、監視行為を行っている最中に、正当な理由なくして、被監視者の意思に反して身体の拘束・検査、あるいは所持品検査を行うことは違法となってこよう。さらに、執拗・過度の監視行為は、警察権限の濫用・逸脱と見てよかろう。もっとも、監視行為がどの程度であったか、執拗であったか、過度であったかは、事実認定の問題に帰着すると思われる。

例えば、被告人ら数名の者の行動を監視していた警察官が、被告人らに気付かれ、抗議を受けたものの、返って以前よりも接近して尾行を継続したので、被告人らが、路上にあった水桶の水を警察官に浴びせたために、暴行罪で逮捕・起訴された事案がある。[3] 原審たる大阪地判昭和五〇年二月二五日（判例時報七八一号五五頁・暴行被告事件）は、《犯罪の予防及び鎮圧に備えて必要な範囲内で、各種の情報の収集や監視行為を行うことも必要不可欠である》として、警察官職務執行法第二条から監視行為の適法性を演繹している。しかし、《本件のように、いまだ犯罪が具体的に発生

していない段階における情報収集活動にあっては、当該活動により結果的にその対象者の自由意思に影響を与え、自由な行動を制約するような法益侵害を伴うことは許されず、また被告人らを暴行罪によって処罰しなければならないほどの違法性を具備していない》として、被告人無罪の判決を下している。

他方、控訴審たる大阪高判昭和五一年八月三〇日（判例時報八五五号一一五頁）は、《具体的に犯罪が発生していない段階にも、対象者が違法行動に出ている場合、あるいは異常な挙動その他周囲の状況から合理的に判断して、何らかの犯罪を犯そうとしていると疑うに足りる場合、さらに犯罪がまさに行われようとしている場合等種々の段階があり、警察官が尾行中、対象者に気付かれて拒否された場合であっても、直ちに尾行を中止しなければならないというものではない》としている。本件控訴審判決は、被告人らに気付かれた後の尾行行為は、手段として不当・違法であったとしながらも、《被告人の本件行為の動機、目的が正当であるといえず、可罰的違法性を欠く行為であるとは到底認めがたい》として、原審判決を破棄しながら被告人に有罪判決を下している。

監視行為は、警察活動において用いられる任意処分の典型的事例であり、裁判として争われた事例は極めて少ない。わずかに、③事件及び若干の事件が目に付くのみである。[4] 監視行為が、個人の自由な意思に影響を与えることは否定できない。しかし、その有効性に鑑みても、これが一切許されないわけではないと考えられる。監視行為は、その必要性、目的の正当性、手段の相当性からして、警察比例の原則を超えない範囲でその適法性が認められるべきであろう。[5]

(二) 不特定人を対象とする情報収集・警視警戒行為

特定人に対する犯罪捜査・警視警戒行為としての監視行為の他に、不特定人に対する情報収集・警視警戒行為としての監視行為（及び撮影行為）の適法性が問題となることもある。監視行為の目的が、たとえ秩序の維持・犯罪の予防を目的とするものであるとしても、情報収集行為は、関係人の知らないうちに秘密裡に行われることが多いからであ

る。また、関係人に対するプライバシーや肖像権の侵害にも深く関係してくるからである。(6)

この点、大阪市の西成区にある「あいりん地区」において犯罪が多発していたことから、大阪府警（西成警察署）が街頭（主に交差点などの高所）に一五台のテレビカメラを設置し、西成警察署においてモニターテレビに映像を映し出しながら、監視行為を行っていたことがある。これに対し、当該地区の居住者、労働運動や宗教活動等に携わっていた原告らは、当該テレビカメラの設置及びその使用は、肖像権、公権力から監視されない自由、プライバシー権を侵害するものだと主張して、民法第七〇九条に基づいて、大阪府（大阪府警察）に対しテレビカメラの撤去と損害賠償（慰謝料）の請求を行っている。

大阪地判平成六年四月二七日（判例時報一五一五号一一六頁・判例タイムズ八六一号一六〇頁・監視用テレビカメラ撤去等請求事件）は、《本件カメラによる監視行為は、主に犯罪の予防を目的とした警ら活動や情報収集の一手段であり、性質上も任意手段に属するから、その設置、使用は、その使用方法等も含め、基本的には警察の裁量に委ねられているが、その使用等によって個人の権利や自由を干渉することとなる場合には自ずから制約を受けるのであり、またテレビカメラによる監視は大量の情報をもたらし、大量に設置することも容易であるから、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》としている。そして、(a)目的の正当性、(b)設置及び使用の客観的具体的必要性、(c)設置状況の妥当性、(d)設置・使用の効果の存在、(e)使用方法の妥当性などの基準を明示し、プライバシーの保護と制約の程度とを比較衡量した結果、一五台のうち少なくとも一台に関しては、その設置・使用に違法性があると判断し、当該テレビカメラの撤去命令を出している（損害賠償の請求は棄却されている）。

本件判決によれば、警察機関による情報収集活動は、特別の根拠規定がなくても、警察法や警察官職務執行法第二条の予定するところであり、情報収集手段の一環としてテレビカメラを利用することも、警察機関の裁量によるとされる。もっとも、被監視者には、「公共の場所においても、みだりに個人に関する一定領域の事柄についての情報を収

集されないこと」を内容とするプライバシーの利益が認められるのであり、警察権の行使には一定の限界があることを示唆している。とりわけ、警察機関が、犯罪予防の目的で公道上に、あるいは特別な出入口などにテレビカメラを設置して監視を行うことは、その方法・態様如何によっては、被監視者のプライバシーを侵害する可能性を指摘している。

前掲東京高判昭和六三年四月一日が、《犯罪が現に行われる以前から、継続的・自動的に撮影・録画することも適法である》とするに対し、本件大阪地判平成六年四月二七日は、《犯罪予防目的での録画は許されない》と説示している。前者は、犯罪発生の蓋然性が極めて高く、主に証拠保全という目的からなさた撮影行為に関するものである。後者は、秩序の維持・犯罪の予防という目的からなされた撮影行為に関するものである。従って、両者は、撮影・録画の趣旨・目的が自ずから異なっており、判決理論に相違が生じたことは当然と言えよう。いずれにしても、本件大阪地裁判決は、公道上にテレビカメラを設置しながら行われる監視行為につき、プライバシーの侵害となる基準・要件を明示している点では、警察機関による無秩序な情報収集行為に、一種の楔を打ち込んだ判決と評価することも可能である。(7)

(1) 犯罪捜査規範第一〇一条が、「捜査を行うに当っては、聞込、尾行、密行、張込等により、できる限り多くの捜査資料を入手するように努めなければならない」と規定するに止まる（詳しくは、河上和雄「尾行、張り込み」・『刑事裁判実務大系・犯罪捜査（第一一巻）』一四二頁を参照）。

(2) 土本・前掲書一三四頁、河上・前掲論文（「尾行、張り込み」）一四二頁以下を参照。

(3) 本件事案に関しては、城正憲「情報収集活動」（『刑事裁判実務大系・警察（第一〇巻）』）五一〇頁以下、種谷良二「尾行の適法性」（『警察実務判例解説（取調べ・証拠篇）』）一四七頁以下に詳しい。

(4) その他、判例集未登載の那覇地判平成三年三月二九日も見られる（種谷・前掲論文一四九頁を参照）。

(5) 渡辺・前掲書（『捜査と防御』）二七頁以下を参照。

(6) 小早川・前掲論文(「自動速度監視装置による写真撮影の合憲性」)八四頁は、「科学的捜査技術の向上は人権の保障に多大な貢献をなしたのであるが、その反面において、……秘密裡に人のプライバシーを侵害することを可能にし、ひいては公権力による個人情報の収集、保存を通じていわゆる監視社会の出現をも可能にしている」と指摘している。

(7) なお、民間人による銀行・ホテル・スーパーなどでのビデオ撮影については、河上・前掲論文(「写真撮影」)一六〇頁以下を参照。

総括

以上、若干の国家賠償請求事件を素材としながら、警察機関による身体及び所持品への介入問題を検討してきた。確かに、犯罪捜査・情報収集行為としての職務質問、所持品検査、撮影行為、監視行為といった手法には、関係人のプライバシーを侵害する危険性が内包されている。しかし、真実の探究ないし公益の維持という正当な目的の下では、関係人のプライバシー保護は一歩後退せざるを得ないことが明確にされた。また、一定の公共の場所において、個人が第三者の目に触れる状態にあれば、プライバシーの利益は制約を受けざるを得ず、公道における撮影・監視行為も適法とされうる可能性があることも明確にされた。

もっとも、既に見たように、犯罪捜査・情報収集方法の態様や程度如何によっては、プライバシー侵害として、国家には法的責任が生じることもある。犯罪の捜査目的であれ、情報の収集目的であれ、個人のプライバシーが警察機関によって侵害されえないことは、基本的人権の擁護を基本原理とする憲法上の要請からして、当然の理である。従って、プライバシーに関しては、私人のみならず国家権力によってこれが侵害された場合であっても、何らかの法的制裁が発動されるべきと考えられる。

例えば、警察権限の逸脱・濫用に対しては、公務員法上の懲戒処分(国家公務員法第八二条・地方公務員法第二九条)、職

権濫用罪（刑法第一九三条以下）、傷害罪（刑法第二四〇条）、例外的に不法行為責任（民法第七〇九条）など、公務員個人の責任が追及されるべきである。また、捜索令状・差押令状の却下、違法に収集された証拠の能力の否定、準抗告の申立て、検察官の不起訴処分に対する付審判の申立てなど、刑事訴訟法上の救済も図られるべきである。

さらに、国家賠償法上の救済も考慮されるべきである。なぜなら、被疑者・被告人以外の第三者、あるいは情報収集の対象者などは、刑事訴訟事件審理において直接の関係者となることが希有であることからして、違法な犯罪捜査・情報収集行為に対しては、主に国家賠償法上の救済手段に頼らざるを得ないこともあるからである。ここでは、国家賠償法第一条一項が、「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて、違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」と規定していることからして、公権力の行使、公務員の職務行為、故意・過失の存在、違法性、職務行為と損害発生との間の因果関係などが、犯罪捜査・情報収集行為との関連で問題となってこよう。

まず、警察機関による犯罪捜査行為が、国家賠償法第一条にいう「公権力の行使」に該当するか否かである。この点は、個別・具体的事件で判断されることとなろうが、通常はこれに含まれると考えてよかろう。もっとも、警察機関の活動には、直接の犯罪捜査ではなく、それを容易にするための間接的な行為が含まれていることも否定できない。例えば、尾行、張り込みなどである。こういった情報収集行為も、警察機関による行為という点を斟酌すれば、国家賠償法第一条にいう「公権力の行使」に該当するといってよかろう(1)。

ところで、国家賠償法では、公務員の故意・過失は截然と区別されているわけではなく、違法性があれば故意・過失を認めたり、違法性のみで損害賠償が認められることもある。また、過失に関しても、公務員個人の主観的・心理的過失が問われず、客観的な予見可能性、結果回避義務・注意義務違反が、違法性の問題とされることもある(2)。こういった観点からすると、国家賠償法上の救済には、刑事訴訟法上の救済とは異なった性格が認められる。

いずれにしても、重要なことは、訴訟以前に、プライバシーも含めた人権の尊重確保に根ざした適正な犯罪捜査・情報収集が行われるべき点である。[3] なぜなら、事後的救済は、あくまで補充的なものにしか過ぎないからである。従って、警察組織・警察官による犯罪捜査・情報収集行為には、法律の明確な委任・根拠が必要であり、裁判官による令状発布といった事前統制が、今後ますます重要性を帯びてくるものと考えられる。

（1）「公権力」の意義・範囲については、狭義説、広義説、最広義説に分かれるが、古崎慶長氏は、「国家賠償法一条が問題になるのは、『公務員が、その付託された公権力を行使する職務の執行中に損害を加えたとき』である。警察は、一般的に権力（警察権）が付与されているからといって、常に警察は権力活動をするわけではない。このことを無視して、警察の活動すべてが一条の問題とするのは、最広義説をとらない限り無理である」と指摘する（前掲『国家賠償法』一〇六頁以下）。また、前掲大阪地判平成六年四月二七日（判例時報一五一五号）の原告らは、民法第七〇九条に基づいて大阪府（大阪府警察）に対し損害賠償の請求を行っている。テレビカメラの設置・使用が「公権力の行使」に該当するか否かについては、原告、被告双方とも本案前に争っていなかったこともあって、いきおい本案審理に移っている。確かに、こういった行為は、いわば事実行為として行われるのであり、国民に命令・強制を伴うものではない。従って、「公権力の行使」に該当しない行為として、民法第七〇九条の規定を根拠として原告らが救済を求めたのは、あながち間違いではないと思われる。

（2）渡辺修「警察官職務執行法第一条」（『大コンメンタール・警察官職務執行法』）七二頁以下（「この法律の目的」）、中尾巧「捜査」（『刑事裁判実務大系・警察（第一〇巻）』）三一二頁以下を参照。なお、国家賠償法にいう「公務員」、「故意・過失」、「違法性」などに関しては、佐藤英善「国家賠償法第一条」（『基本法コンメンタール・行政救済法』別冊法学セミナー・日本評論社・一九八六年）二六頁以下、村上義弘「行政権の行使における違法と国家賠償法上の違法」（西村宏一・幾代通・園部逸夫編『国家補償法大系・国家賠償の課題（第二巻）』日本評論社・一九八七年）九五頁以下、宇賀克也「国家賠償の課題」（ジュリスト一〇〇〇号・一九九二年）六〇頁以下、稲葉馨「国家賠償における違法性」（『行政判例百選Ⅱ（第三版）』）二七八頁以下に詳しい。

（3）この点、樋口眞人「緻密かつ適正な捜査の推進」（『講座日本の警察・刑事警察（第二巻）』）一一三頁以下を参照。