

刑事訴訟法百選第 10 版

【網羅式百選刑事訴訟法】

樋笠堯士

《捜査思考の段階》

【第 1 段階】

強制処分 ⇒ 令状なしなら違法

or

任意処分

【第 2 段階】

任意処分として

許容される限度 ⇒ 適法

or

許容されない ⇒ 違法 ⇒ 違法の重大性が認められるか？

【1】強制処分と任意処分の限界（最三小決昭和 51・3・16）

「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、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を意味するものであって、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、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ものと解すべきである。これを本件についてみると、K 巡査の前記行為は、呼気検査に応じるよう被告人を説得するために行われたものであり、その程度もさほど強いものではないというのであるから、これをもって性質上当然に逮捕その他の強制手段にあたるものと判断することはできない。また、右の行為は、酒酔い運転の罪の疑いが濃厚な被告人をその同意を得て警察署に任意同行して、被告人の父を呼び呼気検査に応じるよう説得をつづけるうちに、被告人の母が警察署に来ればこれに応じる旨を述べたのでその連絡を被告人の父に依頼して母の来署を待っていたところ、被告人が急に退室しようとしたため、さらに説得のためにとられた抑制の措置であって、その程度もさほど強いものではないというのであるから、これをもって捜査活動として許容される範囲を超えた不相当な行為ということはできず、公務の適法性を否定することができない。」

司法 H18-25-イ「任意捜査であるからといって有形力の行使が全く許されないわけではなく、X 巡査部長の甲に対する行為が許容される場合もある。」

答 ○

予備 H29-14-ア「ア. 強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、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を意味するものであって、この程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合がある。」

答 ○

【2】職務質問のための停止・留め置き（最三小決平成 6・9・16）

「(一) 職務質問を開始した当時、被告人には覚せい剤使用の嫌疑があったほか、幻覚の存在や周囲の状況を正しく認識する能力の減退など覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動が見受けられ、かつ、道路が積雪により滑りやすい状態にあったのに、被告人が自動車を発進させるおそれがあったから、前記の被告人運転車両のエンジンキーを取り上げた行為は、警察官職務執行法 2 条 1 項に基づく職務質問を行うため停止させる方法として必要かつ相当な行為であるのみならず、道路交通法 67 条 3 項〔現在の 4 項〕に基づき交通の危険を防止するため採った必要な応急の措置に当たるといえることができる。(二) これに対し、その後被告人の身体に対する搜索差押許可状の執行が開始されるまでの間、警察官が被告人による運転を阻止し、約 6 時間半以上も被告人を本件現場に留め置いた措置は、当初は前記のとおり適法性を有しており、被告人の覚せい剤使用の嫌疑が濃厚になっていたことを考慮しても、被告人に対する任意同行を求めるための説得行為としてはその限度を超え、被告人の移動の自由を長時間にわたり奪った点において、任意捜査として許容される範囲を逸脱したものとして違法といわざるを得ない。」（「しかし、……諸般の事情を総合してみると、前記のとおり、警察官が、早期に令状を請求することなく長時間にわたり被告人を本件現場に留め置いた措置は違法であるといわざるを得ないが、その違法の程度は、いまだ令状主義の精神を没却するような重大なものとはいえない。）」

職務質問 = 行政警察活動 ⇒ 任意処分

警職法 2 条 1 項「警察官は、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を停止させて質問することができる。」

警職法 1 条 2 項「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って、いやしくもその濫用にわたるようなことがあつてはならない。」= 比例原則

エンジンキーの取り上げ⇒職務質問を行うため停止させる方法として必要かつ相当な行為

留め置き⇒任意捜査として許容される範囲を逸脱したもの

関連判例 最決昭 29・7・15

「夜間道路上で警邏中の警察官から職務質問を受け、巡査駐在所に任意同行された所持品等につき質問中、隙をみて逃げ出した被告人を、更に質問を続行すべく追跡して背後から腕に手をかけ停止させる行為は、正当な職務執行の範囲を超えるものではない。」 ⇒ 職務質問において有形力の行使○

関連判例 最決平元・9・26

「福祉センター前路上において、被告人の吐いたつばが折から交通整理等の職務に当たっていた大阪府八尾警察署所属のA（当時二五歳）にかかったことから、故意につばを吐きかけたものと認識した同巡査が、被告人に何らかの罪を犯そうとしている者として職務質問するため、その胸元をつかみ歩道上に押し上げようとしたのに対し、『じゃかましいわい』『放せや』などと叫びながら、同巡査の左膝を数回足蹴にし、更に顔面に殴りかかるなどの暴行を加え、もって同巡査の右職務質問の職務の執行を妨害したものである。」というのである。原判決は、右認定の理由として、「同巡査の証言する当時の状況を考慮すると、被告人が故意につばを吐きかけてきたと認識した藤田巡査は、更に自己に向かって暴行あるいは公務執行妨害等の犯罪行為に出るのではないかと考えて、被告人に質問するため、『なにをやる』と言いながら、その胸元をつかみ歩道上に押し上げたものと推認するのが相当であり、そうした行為は警察官として警察官職務執行法二条により当然認められる職務の執行と解されるのである。」と判示している。当時の相互の距離関係等の具体的な状況を考えれば、通行人から突然つばを吐きかけられた者としては、一般私人の立場であっても、その理由を問い質すのは当然であって、まして前記のような職務に従事していた制服の警察官に対してかかる行為に出た以上、同警察官としては何らかの意図で更に暴行あるいは公務執行妨害等の犯罪行為に出るのではないかと考えることは無理からぬところである。そうであれば、同警察官として被告人に対し職務質問を行うことができることは当然であり、そのために右の程度の行動をとることは、職務質問に付随する有形力の行使として当然許されるというべきである。」

【3】職務質問のための措置（最一小決平成15・5・26）

「一般に、警察官が警察官職務執行法2条1項に基づき、ホテル客室内の宿泊客に対して職務質問を行うに当たっては、ホテル客室の性格に照らし、宿泊客の意思に反して同室の内部に立ち入ることは、原則として許されないものと解される。しかしながら、……事実経過によれば、被告人は、チェックアウトの予定時刻を過ぎても一向にチェックアウトをせず、ホテル側から問い合わせを受けても言を左右にして長時間を経過し、その間不可解な言動をしたことから、ホテル責任者に不審に思われ、料金不払、不退去、薬物使用の可能性を理由に110番通報され、警察官が臨場してホテルの責任者から被告人を退去させてほしい旨の要請を受ける事態に至っており、被告人は、もはや通常の宿泊客とはみられない状況になっていた。そして、警察官は、職務質問を実施するに当たり、客室入口において外ドアをたたいて声をかけたが、返事がなかったことから、無施錠の外ドアを開けて内玄関に入ったものであり、その直後に室内に向かって料金支払を督促する来意を告げている。これに対し、被告人は、何ら納得し得る説明をせず、制服姿の警察官に気付くと、いったん開けた内ドアを急に閉めて押さえるという不審な行動に出たものであった。このような状況の推移に照らせば、被告人の行動に接した警察官らが無銭宿泊や薬物使用の疑いを深めるのは、無理からぬところであって、質問を継続し得る状況を確保するため、内ドアを押し開け、内玄関と客室の境の敷居上辺りに足を踏み入れ、内ドアが閉められるのを防止したことは、警察官職務執行法2条1項に基づく職務質問に付随するものとして、適法な措置であったというべきである。本件においては、その直後に警察官らが内ドアの内部にまで立ち入った事実があるが、この立入りは、……被告人による突然の暴行を契機とするものであるから、上記結論を左右するものとは解されない。」

【4】所持品検査— 米子銀行強盗事件（最三小判昭和53・6・20）

「警職法は、その2条1項において同項所定の者を停止させて質問することができると規定するのみで、所

持品の検査については明文の規定を設けていないが、所持品の検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、同条項による職務質問に附随してこれを行うことができる場合があると解するのが、相当である。所持品検査は、任意手段である職務質問の附随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て、その限度においてこれを行うのが原則であることはいうまでもない。しかしながら、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、流動する各般の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かんがみるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、**搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合がある**と解すべきである。もともと、所持品検査には種々の態様のものがあるので、その許容限度を一般的に定めることは困難であるが、所持品について搜索及び押収を受けることのない権利は憲法 35 条の保障するところであり、**搜索に至らない程度の行為であってもこれを受ける者の権利を害するものであるから、状況のいかんを問わず常にかかる行為が許容されるものと解すべきでないことはもちろんであって、かかる行為は、限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、これによって害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるものと解すべき**である。」「K2 の行為は、猟銃及び登山用ナイフを使用しての銀行強盗という重大な犯罪が発生し犯人の検挙が緊急の警察責務とされていた状況の下において、深夜に検問の現場を通りかかった Y 及び X の両名が、右犯人としての濃厚な容疑が存在し、かつ、兇器を所持している疑いもあったのに、警察官の職務質問に対し黙秘したうえ再三にわたる所持品の開披要求を拒否するなどの不審な挙動をとり続けたため、右両名の容疑を確める緊急の必要上されたものであって、所持品検査の緊急性、必要性が強かった反面、所持品検査の態様は携行中の所持品であるバッグの施錠されていないチャックを開披し内部を一べつしたにすぎないものであるから、これによる法益の侵害はさほど大きいものではなく、上述の経過に照らせば相当と認めうる行為であるから、これを警職法 2 条 1 項の職務質問に附随する行為として許容されることとした原判決の判断は正当である。」「前記ボーリングバッグの適法な開披によりすでに Y を緊急逮捕することができるだけの要件が整い、しかも極めて接着した時間内にその現場で緊急逮捕手続が行われている本件においては、所論アタッシュケースをこじ開けた警察官の行為は、**Y を逮捕する目的で緊急逮捕手続に先行して逮捕の現場で時間的に接着してされた搜索手続と同一視しうるもの**であるから、アタッシュケース及び在中していた帯封の証拠能力はこれを排除すべきものとは認められず、……このことは……〔最大判昭和 36・6・7 刑集 15 卷 6 号 915 頁—本書 A7 事件〕の趣旨に徴し明らかである」

関連判例 最大判昭和 36・6・7【A7】

「刑訴二二〇条が被疑者を緊急逮捕する場合において必要があるときは、逮捕の現場で搜索、差押等を行うことができるものとし、且つ、これらの処分をするには令状を必要としない旨を規定するのは、緊急逮捕の場合について憲法三五条の趣旨を具体的に明確化したものに外ならない。もともと、右刑訴の規定について解明を要するのは、「逮捕する場合において」と「逮捕の現場で」の意義であるが、前者は、単なる時点よりも幅のある逮捕する際をいうのであり、後者は、場所的同一性を意味するにとどまるものと解するを相当とし、なお、前者の場合は、逮捕との時間的接着を必要とするけれども、**逮捕着手時の前後関係は、これを問わないものと解すべき**であつて、このことは、同条一項一号の規定の趣旨からも窺うことができるのである。従つて、例えば、緊急逮捕のため被疑者方に赴いたところ、被疑者がたまたま他出不在であつても、帰宅次第緊急逮捕する態勢の下に搜索、

差押がなされ、且つ、これと時間的に接着して逮捕がなされる限り、その搜索、差押は、なお、緊急逮捕する場合その現場でなされたとするのを妨げるものではない。」

関連判例 最判昭和 53・9・7〔警察官が被告人に対する職務質問中に承諾を得ないまま被告人の上衣ポケット内を搜索して差し押えた事案〕

「(一) 一般的に、警察官が職務質問に際し異常な箇所につき着衣の外部から触れる程度のことは、事案の具体的状況下においては職務質問の附随的行為として許容される場合があるが、さらにこれを超えてその者から所持品を提示させ、あるいはその者の着衣の内側やポケットに手を入れてその所持品を検査することは、相手方の人權に重大なかわりのあることであるから、前記着衣の外部から触れることなどによつて、人の生命、身体又は財産に危害を及ぼす危険物を所持し、かつ、具体的状況からして、急迫した状況にあるため全法律秩序からみて許容されると考えられる特別の事情のある場合を除いては、その提示が相手方の任意な意思に基づくか、あるいはその所持品検査が相手方の明示又は黙示の承諾を得たものでない限り許されない。

(二) 本件においては、椎原巡查長と垣田巡查において、被告人が覚せい剤中毒者ではないかとの疑いのもとに、被告人に所持品の提示を求めてから被告人の上衣とズボンのポケットを外から触つた段階までの右警察官の被告人に対する行為は、職務質問又はこれに附随する行為として許容されるが、被告人の上衣の左側内ポケットを外部から触つたことによつて、同ポケットに刃物ではないが何か堅い物が入っている感じでふくらんでいたというに止まり、刃物以外の何が入っているかは明らかでない状況で、被告人の左側内ポケットに手を入れて本件証拠物を包んだちり紙の包みを取り出した垣田巡查の右所持品検査については、被告人の明示又は黙示の承諾があつたものとは認められず、他に右所持品検査が許容される特別の事情も認められないから、警察官職務執行法(以下「警職法」という。)二条一項に基づく正当な職務行為とはいいがたく、右所持品検査に引き続いて行われた本件証拠物の差押は違法である。」

司法 H21-21-才「警察官が職務質問に付随して行う所持品検査は、所持人の承諾を得て、その限度においてこれを行うのが原則であるが、搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査の必要性、緊急性、これによって害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況の下で相当と認められる限度で許容される場合がある。」

答○

予備 H29-14-ウ「搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合があると解すべきであるが、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解すべきではなく、かかる行為は、所持品検査の必要性、緊急性、これによって害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況の下で相当と認められる限度でのみ許容される。」

答○

【5】任意同行と逮捕（富山地決昭和 54・7・26）

「当初被疑者が自宅前から富山北警察署に同行される際、被疑者に対する物理的な強制が加えられたと認められる資料はない。しかしながら、同行後の警察署における取調は、昼、夕食時など数回の休憩時間を除き同日午前 8 時ころから翌 24 日午前零時ころまでの長時間にわたり断続的に続けられ、しかも夕食時である午後 7 時ころからの取調は夜間にはいり、被疑者としては、通常は遅くとも夕食時には帰宅したいとの意向をもつと推察されるにもかかわらず、被疑者にその意思を確認したり、自由に退室したり外部に連絡をとったりする機会を与えたと認めるに足りる資料はない。右のような事実上の看視付きの長時間の深夜にまで及ぶ取調は、仮に被疑者から帰宅ないし退室について明示の申出がなされなかったとしても、任意の取調であるとする他の特段の事情の認められない限り、任意の取調とは認められないものというべきである。従って、本件においては、少なくとも夕食時である午後 7 時以降の取調は実質的には逮捕状によらない違法な逮捕であったというほかはない。」「本件においては逮捕状執行から勾留請求までの手続は速かになされており実質逮捕の時点から計算しても制限時間不遵守の問題は生じないけれども、約 5 時間にも及ぶ逮捕状によらない逮捕という令状主義違反の違法は、それ自体重大な瑕疵であって、制限時間遵守によりその違法性が治ゆされるものとは解されない、けだし、このようなことが容認されるとするならば、捜査側が令状なくして終日被疑者を事実上拘束状態におき、その罪証隠滅工作を防止しつつ、いわばフリーハンドで捜査を続行することが可能となり、令状主義の基本を害する結果となるからである。」「以上の事実によれば、本件逮捕は違法であってその程度も重大であるから、これに基づく本件勾留請求も却下を免れないものというべきである」。

【6】宿泊を伴う取調べー 高輪グリーン・マンション殺人事件（最二小決昭和 59・2・29）

「任意同行後 5 日間の X に対する「取調べは、刑訴法 198 条に基づき、任意捜査としてなされたものと認められるところ、任意捜査においては、強制手段、すなわち、『**個人の意思を制圧し、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**』…〔最決昭和 51・3・16 刑集 30 巻 2 号 187 頁一本書 1 事件〕を用いることが許されないことはいうまでもないが、任意捜査の一環としての被疑者に対する取調べは、右のような強制手段によることができないというだけでなく、さらに、**事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容されるものと解すべきである**」。ii 本件で、任意同行の手段・方法等は相当であった。しかし、X を 4 夜にわたり捜査官の手配した宿泊施設に宿泊させた上、5 日間にわたって取調べを続けた点には問題がある。「すなわち、X を右のように宿泊させたことについては、X の住居……は T 警察署からさほど遠くはなく、深夜であっても帰宅できない特段の事情も見当たらない上、第 1 日目の夜は、捜査官が同宿し X の挙動を直接監視し、第 2 日目以降も、捜査官らが前記ホテルに同宿こそしなかったもののその周辺に張り込んで X の動静を監視しており、T 警察署との往復には、警察の自動車を使用され、捜査官が同乗して送り迎えがなされているほか、最初の 3 晩については警察において宿泊費用を支払っており、しかもこの間午前中から深夜に至るまでの長時間、連日にわたって本件についての追及、取調べが続けられたものであって、これらの諸事情に徴すると、X は、捜査官の意向にそうように、右のような宿泊を伴う連日にわたる長時間の取調べに応じざるを得ない状況に置かれていたものとみられる一面もあり、その期間も長く、任意取調べの方法として必ずしも妥当なものであったとはいえない。」「しかしながら、他面、X は、右初日の宿泊については前記のような答申書を差し出しており、また、記録上、右の間に X が取調べや宿泊を拒否し、調べ室あるいは宿泊施設

から退去し帰宅することを申し出たり、そのような行動に出た証拠はなく、捜査官らが、取調べを強行し、Xの退去、帰宅を拒絶したり制止したというような事実も窺われないのであって、これらの諸事情を総合すると、右取調べにせよ宿泊にせよ、結局、Xがその意思によりこれを容認し応じていたものと認められる。「Xに対する右のような取調べは、宿泊の点など任意捜査の方法として必ずしも妥当とはいえない難いところがあるものの、Xが任意に応じていたものと認められるばかりでなく、事案の性質上、速やかにXから詳細な事情及び弁解を聴取する必要性があったものと認められることなどの本件における具体的状況を総合すると、結局、社会通念上やむを得なかったものというべく、任意捜査として許容される限界を越えた違法なものであったとまでは断じ難いというべきである。」

【7】長時間の取調べ（最三小決平成元・7・4）

「右の事実関係のもとにおいて、昭和58年2月1日午後11時過ぎに被告人をH警察署に任意同行した後翌2日午後9時25分に逮捕するまでの間になされた被告人に対する取調べは、刑訴法198条に基づく任意捜査として行われたものと認められるところ、**任意捜査の一環としての被疑者に対する取調べは、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等諸般の事情を勘案して、社会通念上相当と認められる方法ないし態様及び限度において、許容されるものである**（最高裁昭和……59年2月29日第二小法廷決定・刑集38巻3号479頁参照）。右の見地から本件任意取調べの適否について勘案するのには、本件任意取調べは、被告人に一睡もさせずに徹夜で行われ、更に被告人が一応の自白をした後もほぼ半日にわたり継続してなされたものであって、一般的に、このような長時間にわたる被疑者に対する取調べは、たとえ任意捜査としてなされるものであっても、被疑者の心身に多大の苦痛、疲労を与えるものであるから、特段の事情がない限り、容易にこれを是認できるものではなく、ことに本件においては、被告人が被害者を殺害したことを認める自白をした段階で速やかに必要な裏付け捜査をしたうえ逮捕手続をとって取調べを中断するなど他にとりうる方途もあったと考えられるのであるから、その適法性を肯認するには慎重を期さなければならない。そして、もし本件取調べが被告人の供述の任意性に疑いを生じさせるようなものであったときには、その取調べを違法とし、その間になされた自白の証拠能力を否定すべきものである。」「そこで、本件任意取調べについて更に検討するのには、次のような特殊な事情のあったことはこれを認めなければならない。すなわち、前述のとおり、警察官は、被害者の生前の生活状況等をよく知る参考人として被告人から事情を聴取するため本件取調べを始めたものであり、冒頭被告人から進んで取調べを願う旨の承諾を得ていた。また、被告人が被害者を殺害した旨の自白を始めたのは、翌朝午前9時半過ぎころであり、その後取調べが長時間に及んだのも、警察官において、逮捕に必要な資料を得る意図のもとに強盗の犯意について自白を強要するため取調べを続け、あるいは逮捕の際の時間制限を免れる意図のもとに任意取調べを装って取調べを続けた結果ではなく、それまでの捜査により既に逮捕に必要な資料はこれを得ていたものの、殺人と窃盗に及んだ旨の被告人の自白が客観的状況と照応せず、虚偽を含んでいると判断されたため、真相は強盗殺人ではないかとの容疑を抱いて取調べを続けた結果であると認められる。さらに、本件の任意の取調べを通じて、被告人が取調べを拒否して帰宅しようとしたり、休息させてほしいと申し出た形跡はなく、本件の任意の取調べ及びその後の取調べにおいて、警察官の追及を受けながらお前記郵便貯金の払戻時期など重要な点につき虚偽の供述や弁解を続けるなどの態度を示しており、所論がいうように当時被告人が風邪や眠気のため意識がもうろうとしていたなどの状態にあったものとは認め難い。」「以上の事情に加え、**本件事案の性質、重大性を総合勘案すると、本件取調べは、社会通念上任意捜査として許容される限度を逸脱したものであったとまでは断ずることがで**

きず、その際になされた被告人の自白の任意性に疑いを生じさせるようなものであったとも認められない。」

【8】写真・ビデオ撮影（最二小決平成20・4・15）

「前記事実関係及び記録によれば、捜査機関においてX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、かつ、前記各ビデオ撮影は、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ぼう、体型等とXの容ぼう、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Xの容ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内においてXの容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、**通常、人が他人から容ぼう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**である。以上からすれば、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、かつ、相当な方法によって行われた**ものといえ、捜査活動として適法なものというべきである。ダウンベスト等の領置手続についてみると、被告人及びその妻は、これらを入れたごみ袋を不要物として公道上のごみ集積所に排出し、その占有を放棄していたものであって、**排出されたごみについては、通常、そのまま収集されて他人にその内容が見られることはないという期待があるとしても、捜査の必要がある場合には、刑法221条により、これを遺留物として領置することができる**というべきである。また、市区町村がその処理のためにこれを収集することが予定されているからといっても、それは廃棄物の適正な処理のためのものであるから、これを遺留物として領置することが妨げられるものではない。」

関連判例 最大判昭44・12・24〔京都府学連事件〕

「ところで、憲法一三条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」と規定しているのであって、これは、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえることができる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を有するものといえるべきである。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、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、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。しかしながら、個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、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ることは同条の規定に照らして明らかである。そして、犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのであるから（警察法二条一項参照）、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうるものといわなければならない。

そこで、その許容される限度について考察すると、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法二一八条二項のような場合のほか、次ような場合には、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ぼう等の撮影が許容されるものと解すべきである。すなわち、**現に犯罪が行なわれもしくは行なわれたのち間がないと認められる場合であって、しかも証拠保全の必要性および緊急性があり、かつその撮影が一般的に許容される限度をこえない相当な方法をもって行なわれるとき**である。このような場合に行なわれる警察官による写真撮影は、その対象の中に、犯人の容ぼう等のほか、犯人の身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、

憲法一三条、三五条に違反しないものと解すべきである。」

関連裁判例 東京高判昭 63・4・1

「たしかに、その承諾なくしてみだりにその容貌等を写真撮影されない自由は、いわゆるプライバシーの権利の一コロラリーとして憲法一三条の保障するところというべきであるけれども、右最高裁判例は、その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すぎず、この要件を具備しないかぎり、いか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するのが相当であって、**当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合であり、あらかじめ証拠保全の手段、方法をとっておく必要性及び緊急性があり、かつ、その撮影、録画が社会通念に照らして相当と認められる方法でもって行われるときには、現に犯罪が行われる時点以前から犯罪の発生が予測される場所を継続的、自動的に撮影、録画することも許されると解すべき**であり、本件ビデオカセットテープの撮影、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、原判決ならびに原判決の援用する原審の昭和六二年二月二〇日付証拠採用決定が適切に説示しているとおりにいわなければならない。」

司法 H24-23-ア「ア. 何人もみだりにその容貌・姿態を撮影されない自由を有しているから、公道を歩行中のの人に対する警察官による容貌等の写真撮影は、撮影される本人の同意がなく、また裁判官の令状がない場合には、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であって、証拠保全の必要性及び緊急性があり、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とき以外は許されない。」

答×

司法 H25-25-エ「エ. 捜査機関は、強盗殺人事件に関し、被疑者が犯人である疑いを持つ合理的理由が存在する場合、検証許可状がなくても、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手段として、これに必要な限度において、公道上を歩いている被疑者の容貌等を撮影することができる。」

答○

司法・予備 H26-21 次の【事例】において、司法警察員が後記アからオまでの【捜査】を行った場合、あらかじめ令状の発付を受けていなければ適法と評価される余地のないものは幾つあるか。後記1から6までのうちから選びなさい。ただし、判例がある場合には、それに照らして考えるものとする。

【事例】司法警察員は、被害者Vの殺害死体が発見されたことから、その捜査を開始したところ、Vの預金が、同死体の発見された前日にVのキャッシュカードを用いて銀行の現金自動預払機から払い戻されていたことを把握し、同銀行に設置された防犯カメラを解析した。その結果、Vの預金を払い戻した人物の容貌がVの知人Aの容貌と類似していることが判明し、司法警察員は、Aを被疑者として次のアからオまでの【捜査】を実施した。

ア. Aに知られずに、公道上を歩行中のAの容貌を写真撮影した。

イ. Aに知られずに、Aの自宅から公道上のごみ集積所に排出されたごみ袋を持ち帰った。

答

ア 適法と評価される余地がある

イ 適法と評価される余地がある

【9】秘密録音（千葉地判平成3・3・29）

「一般に、対話者の一方当事者が相手方の知らないうちに会話を録音しても、対話者との関係では会話の内容を相手方の支配に委ねて秘密性ないしプライバシーを放棄しており、また、他人と会話する以上相手方に対する信頼の誤算による危険は話者が負担すべきであるから、右のような秘密録音は違法ではなく……信義とモラルの問題に過ぎないという見方もできよう。しかし、それは、相手方が単に会話の内容を記憶にとどめ、その記憶に基づいて他に漏らす場合に妥当することであって、相手方が機械により正確に録音し、再生し、さらには話者（声質）の同一性の証拠として利用する可能性があることを知っておれば当然拒否することが予想される場所、その拒否の機会を与えずに秘密録音することが相手方のプライバシーないし人格権を多かれ少なかれ侵害することは否定できず、いわんやこのような録音を刑事裁判の資料とすることは司法の廉潔性の観点からも慎重でなければならない。したがって、捜査機関が対話の相手方の知らないうちにその会話を録音することは、原則として違法であり、ただ録音の経緯、内容、目的、必要性、侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるべきものと解すべきである。」

本件については、㊸「事件の犯人が中核派の構成員である容疑が濃厚であり、……事件に関連する証拠として被告人を含む中核派構成員の音声を録音する必要があったこと」、㊹「被告人は相手方が警察官であること及び右捜索差押の被疑事実の概要を了知した上で警察官との会話に応じていること」、㊺「その会話は捜索差押の立会いに関連することのみでプライバシーないし人格権にかかわるような内密性のある内容ではないこと」、㊻「被告人に強いて発言させるために何ら強制、偽計等の手段を用いていないこと」が認められる。「以上の諸事情を総合すれば、被告人を含む中核派構成員らが本件犯行を犯したことを疑うに足りる相当な理由がある上、本件録音の全過程に不当な点は認められず、また、被告人の法益を侵害する程度が低いのに比し、電話による脅迫という事件の特質から秘密録音（わが国では、いまだこれに関する明文の規定がない。）によらなければ有力証拠の収集が困難であるという公益上の必要性が高度であることなどにかんがみると、例外的に本件秘密録音を相当と認めて許容すべきであると解される。」

【10】おとり捜査（最一小決平成16・7・12）

「おとり捜査は、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するものであるが、少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑訴法 197 条 1 項に基づく任意捜査として許容されるものと解すべきである。これを本件についてみると、上記のとおり、麻薬取締官において、捜査協力者からの情報によっても、被告人の住居や大麻樹脂の隠匿場所等を把握することができず、他の捜査手法によって証拠を収集し、被告人を検挙することが困難な状況にあり、一方、被告人は既に大麻樹脂の有償譲渡を企図して買手を求めていたのであるから、麻薬取締官が、取引の場所を準備し、被告人

に対し大麻樹脂 2kg を買い受ける意向を示し、被告人が取引の場到大麻樹脂を持参するよう仕向けたとしても、おとり捜査として適法というべきである。したがって、本件の捜査を通じて収集された大麻樹脂を始めとする各証拠の証拠能力を肯定した原判断は、正当として是認できる。」

関連判例 最決昭 28・3・5

「他人の誘惑により犯意を生じ又はこれを強化された者が犯罪を実行した場合に、わが刑事法上その誘惑者が場合によつて麻薬取締法五三条のごとき規定の有無にかかわらず教唆犯又は従犯として責を負うことのあるのは格別、その他人である誘惑者が一私人でなく、捜査機関であるとの一事を以てその**犯罪実行者の犯罪構成要件該当性又は責任性若しくは違法性を阻却し又は公訴提起の手續規定に違反し若しくは公訴権を消滅せしめるものとする**ことのできないこと多言を要しない。」

関連判例 最決平 8・10・18

反対意見「人を犯罪に誘い込んだおとり捜査は、正義の実現を指向する司法の廉潔性に反するものとして、特別の必要性がない限り許されないと解すべきである。」

最新裁判例 鹿児島地裁加治木支部判平 28・3・24

〔被告人が、軽四トラックの車内から発泡酒を窃取して現行犯逮捕され窃盗罪に問われた事案において、C警察官らは、本件当日、被告人を車上狙いの現行犯で検挙する目的のもと、本件軽トラックを無人かつ無施錠の状態に駐車し、その助手席上に本件発泡酒や本件パンが放置された状況を作成した上で、被告人がこれに対して車上狙いの実行に出るのを待ち設けていたものと認められるところ、本件では、被告人には機会があれば車上狙いを行う意思があるものと疑われることを踏まえても、なりすまし捜査を行うべき必要性はほとんどなく、本件捜査は、任意捜査として許容される範囲を逸脱しており、国家が犯罪を誘発し、捜査の公正を害するものとして、違法であるとして、被告人に無罪を言い渡した事例〕

「ところで、なりすまし捜査に類似する捜査手法にいわゆる「おとり捜査」があるが、おとり捜査が「**捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するもの**」（最一小決平成16年7月12日・刑集58巻5号333頁）と定義され、相手方に対する犯罪実行の働き掛けを要素とするのに対し、なりすまし捜査ではそのような働き掛けは要素となっておらず、これらの両捜査手法はこの点において区別される。しかし、これらの両捜査手法は、本来犯罪を抑止すべき立場にある国家が犯罪を誘発しているとの側面があり、その捜査活動により捜査の公正が害される危険を孕んでいるという本質的な性格は共通しているから、おとり捜査が許容される場合として上記判例が示した要件、すなわち、①機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象としていること、②直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難であること、との要件は、両捜査手法の間の上記差異のためにその要件判断の厳格さに多少の差異があり得るにせよ、なりすまし捜査の必要性及びその態様の相当性に関する判断のあり方を具体化するものとして、なお有用であると解される。…以上によれば、本件捜査は、なりすまし捜査を行うべき必要性がほとんどない以上、その捜査の態様のいかににかかわらず、任意捜査として許容される範囲を逸脱しており、国家が犯罪を誘発し、捜査の公正を害するものとして、違法であるといわざるを得ない。」