

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

伊 藤 博 路

## 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

- 一 問題の所在
- 二 昭和44年最高裁大法廷判決の意義
  - 1 昭和44年最高裁大法廷判決
  - 2 検討
- 三 その後の裁判例の検討
  - 1 事前捜査ないし犯罪防止のためのビデオ録画（東京高判昭63・4・1東高刑時報39巻1～4号8頁）
  - 2 犯人を特定するためのビデオ録画（東京地判平17・6・2判例時報1930号174頁）
  - 3 犯人の同一性確認のための資料を得るための撮影、録画（最決平20・4・15刑集62巻5号1398頁）
- 四 結語

## 一 問題の所在

犯罪捜査として人に対する写真撮影、ビデオ録画<sup>(1)</sup>が認められるかは、身体を拘束されている被疑者の写真は、被疑者を裸にしていない限り、同意を得ないで令状なしに撮影することができる（刑訴法 218 条 2 項）という規定があるため、身体を拘束されていない者の写真をどの範囲まで捜査の一環として写すことができるか、という形で問題となる。この規定からは、写真撮影は根拠規定があることを前提に許されるかのようにも読めるが、明文の根拠規定がなくても、戦前から人に対する写真撮影は捜査手段として認められていた<sup>(2)</sup>。

カメラ、ビデオ等に関する科学技術の発達によって、これを捜査手段の 1 つとして活用する必要性はますます高くなっていくであろうが<sup>(3)</sup>、その反面、科学技術の発達は、個人のプライバシーを制約ないし狭める方向にも作用する<sup>(4)</sup>。また、警察官が捜査として行う人に対する写真撮影、ビデオ録画は、一般に捜査の密行性から、被撮影者の承諾を得ずに行われることが多い<sup>(5)</sup>。このように犯罪捜査としての写真撮影、ビデオ録画は、捜査での必要性和プライバシー侵害がときに鋭く対立する一場面となる。この問題については、現行犯に対する写真撮影の事案において写真撮影に関する指導的判例があり、これとの関係で事前捜査ないし犯罪防止のためのビデオ録画について議論が活発になされているように思われる。

---

(1) ビデオ録画は、一般的に写真撮影よりも利益の制約が大きいという点に留意する必要があるが、その許容性に関する基本的な考え方は同様のものである。三浦守「判批」刑事訴訟法判例百選〔第 8 版〕21 頁（2005 年）。なお、亀井源太郎「防犯カメラ設置・使用の法律問題 刑事法の視点から」東京都立大学法学会雑誌 43 巻 2 号 115、117 頁（2003 年）も参照。

(2) これは写真撮影が人権侵害を伴うという認識がなく、事実行為として当然にできると考えられていたためではないかと指摘するものとして、渡辺修『捜査と防御』33 頁（三省堂、1995 年）参照。

(3) 馬場義宣「判批」研修 530 号 21 頁（1992 年）参照。

(4) 角田正紀「判批」研修 483 号 67 頁（1988 年）参照。

(5) 小島吉晴「判批」研修 512 号 61 頁（1991 年）参照。

## 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

そこで、本稿は、その指導的判例の意義を確認したうえで、その後判断が下された犯人を特定するためのビデオ録画、犯人の同一性確認のための資料を得るための撮影、録画についての重要な裁判例についても取り上げ、捜査における写真撮影、ビデオ録画の適否を考察することを目的とする<sup>(6)</sup>。このような裁判例の分析をとおして、犯罪捜査としての写真撮影については、それぞれの性質に応じて許容要件の内容が異なりうることを明らかにしたい。

### 二 昭和 44 年最高裁大法廷判決の意義

#### 1 昭和 44 年最高裁大法廷判決

捜査における写真撮影についての指導的判例が、最大判昭 44・12・24 刑集 23 巻 12 号 1625 頁（京都府学連デモ事件）である。この事案では、集団行進が条例に基づく許可条件に違反する状態となったところを、警察官が、行進の状況および違反者を確認するため、歩道上から先頭集団の行進状況を撮影したことの適法性が争われ<sup>(7)</sup>、第 1 審、控訴審ともにこれを肯定したため、被告人側が、本人の意思に反しかつ無令状でなされた本件撮影は、「肖像権すなわ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 13 条に違反するなど主張して上告した。

これに対して最高裁は、次のような判断を下した。すなわち、憲法 13 条は、「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。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

---

(6) 捜査において写真撮影は様々に用いられている。河上和雄「写真撮影」河上和雄編『刑事裁判実務大系第 11 巻』152-154 頁（青林書院、1991 年）参照。本稿では、任意捜査の限界を検討するという観点から、このような事例を取り上げることとした。なお、強制処分との関係で、逮捕状や捜査差押許可状の執行に際して、その適法性担保のために令状の呈示場面や執行状況を写真撮影することも許される。

(7) なお、本件は、公務執行妨害、傷害被告事件であるが、この写真撮影が事件発生の原因となっている。

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」と一般論を述べたうえで、写真撮影が認められるための具体的要件については、刑訴法 218 条 2 項の場合のほかに、「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」であること、「証拠保全の必要性および緊急性」があること、「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つて行なわれる」こと、の 3 つを挙げている。なお、最高裁は、このような場合撮影に際して第三者である個人の容ぼう等が含まれても許容されるとも述べている。

## 2 検討

この昭和 44 年最高裁大法廷判決からは、大法廷は、承諾なしにみだりに自己の容ぼう・姿態を撮影されない自由を「肖像権と称するかどうかは別として」とし、肖像権という権利が認められるかどうかについては明言を避けているものの、このような自由を一定の制約があることを前提にこれを肯定していることから、実質的に肖像権を認めたこと<sup>(8)</sup>、公道上のデモ行進においてこのような自由自体を否定していないことから、公道上のデモ行進であるから肖像権はあらかじめ放棄していると考えてはならないこと<sup>(9)</sup>が窺われる。このような理解からは、大法廷は、肖像権という文言を用いることを留保しながら、承諾なしにみだりに自己の肖像を撮影されない自由という肖像権を実質的に認めて、これが絶対的な権利でないことを前提に制約される場合について論じているということになる。大法廷判決をどのように理解すべきかについては、本件写真撮影の性質に関して、これを任意処分と解する立

---

(8) 海老原震一・最高裁判例解説刑事篇昭和 44 年度 491 頁。なお、肖像権が「相対的」側面をもつことに関して、平野龍一「判批」警察研究 42 巻 4 号 138-139 頁 (1971 年) [後に、同「捜査と人権」223-224 頁 (有斐閣、1981 年) 所収] 参照。

(9) 海老原・前掲注 (8) 494 頁。

## 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

場と強制処分とするものとの2つの考え方に分かれた。

まず、任意処分と解する立場に関して、プライバシーの利益についての侵害の重大性を比較することによって、住居内の普通では外から見えないような場所にいる人を高性能望遠レンズや赤外線フィルムを用いてひそかに撮影するのは強制処分だが、街頭行動をしている人の写真撮影は強制処分とまではいえない。ただし、利益の侵害を伴うから、無制限に許容されるわけではなく、「その利益の重大性と写真撮影の必要性・緊急性とを比較し、相当と認められる限度でのみ許容される」とする見解がある<sup>(10)</sup> <sup>(11)</sup>。ここでは住居内の肉眼では捉えられない人の撮影が強制処分となることを明示的に認めているが、住居内の人をひそかに撮影する場合には、個人のプライバシー侵害が一般的に高いから強制処分となると解すべきであろう<sup>(12)</sup>。このように解すると、例えば警察官が屋外からひそかに住居内の人を撮影することは一切否定されることになる。

この点に関して、住居内であっても、公道上や公の場などから容易に見通せるような状況の場合（例えば、窓が道路に面して設置されており、その窓に遮蔽物がな

---

(10) 井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」刑事訴訟法の争点49頁[後に、同『任意捜査と強制捜査』12頁(有斐閣、2006年)所収。以後、本論文については同書から引用する]。

(11) また、「写真撮影は個人のプライバシーを侵害するものであるから基本的に強制処分といわなければならない。しかし、個人のプライバシーも住居の中と公道とではその程度に差異が認められる。公道でのプライバシーは住居内のそれにくらべて保護の期待権が減少している。したがって、公道における写真撮影はなお任意処分にとどまるといってよい」とする見解がある。田口守一『刑事訴訟法[第5版]』92頁(弘文堂、2009年)。なお、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(2)」法学教室284号68頁(2004年)も参照。

(12) なお、このような場合には、私生活の撮影が個人の意思に反することになるから強制処分となると解されるとする見解として、香城敏磨・最高裁判例解説刑事篇昭和51年度72頁参照。もっとも、少なくとも秘密裏に行われる承諾のない撮影は、それが公道における場合であっても、秘密裏に行うことが直ちに被撮影者の意思を制圧するとまではいえないかもしれないが、被撮影者の意思に反するとの推認は可能ではなからうか。意思に反する場合の意味内容にもよるかもしれないが、いずれにせよ仮定でしかあり得ない被処分者の意思の問題を判断基準の拠り所とするのは検討を要するようと思われる。

いような場合)には、個人のプライバシーの利益はさほど強度に保護されるべき性質のものとはいえず、公道上等の場合に準じて、撮影録画を行うことが許される場合があることを指摘するものがある<sup>(13)</sup>。この見解は、外から容易に見える状況にあることからプライバシー保護の程度が低下していることを理由とするのであろうが、このような状況下であっても住居内のプライバシーは高度に保護されるべきであるから、撮影録画は許されないというべきである。もっとも、この場合に、警察官が外から屋内を覗き見することが直ちに強制処分となるとはいえないであろうが、これは警察官による情報収集活動を警察比例の原則を充たす限りにおいて認めることを意味するのであり、撮影録画を同様の要件の下に許容することはできないであろう<sup>(14)</sup>。外から容易に見える状況にあることに着目すれば、人に見られることを前提とする公道上の場合と同様に考えることもできることになろうが<sup>(15)</sup>、人に見られることと撮影録画されることとの間には質的な違いがあるし、住居内という場所にいること自体が高度にプライバシー保護の対象となっていると考えるべきである。

これに対して、本件撮影を強制処分と解する立場では、強制処分となれば写真撮影の法的性格は検証であるため検証許可状が必要となるが、令状を要するとする立場を除けば<sup>(16)</sup>、解釈によって令状が不要となる根拠を導くこととなる。このような

---

(13) 名取俊也「写真・ビデオ撮影 検察の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続』356-357頁(悠々社、2002年)参照。この見解を基本的に支持するものとして、小島・前掲注(5)63頁参照。

(14) 若原正樹「写真・ビデオ撮影 裁判の立場から」三井ほか編・前掲注(13)363頁参照。

(15) なお、この点に関して、従来の議論が屋外から肉眼で捉えることができる内容を撮影録画することを前提にしていたとしても、望遠レンズでの撮影が許される余地があるかどうかは別途検討を要する問題ということになる。高木勇人「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」警察学論集62巻1号98頁(2009年)参照。

(16) 街頭で行動する者の写真撮影も、実質的な権利・利益の侵害がないとはいえないから、刑訴法197条1項但書の強制処分に当たるといわざるを得ず、撮影を適法とするのは困難であるとする見解として、三井誠『刑事手続法(1)[新版]』115-116頁(有斐閣、1997年)参照。強制処分であるから立法によるべきだとする見解として、福井厚『刑事訴訟法講義[第4版]』97頁(法律文化社、2009年)も参照。

## 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

見解は次の3つに分類される<sup>(17)</sup>。第1が、刑訴法218条2項を根拠とする説で、身柄拘束中の写真撮影を準用し、逮捕状が発付されているとき、または現行犯、準現行犯として逮捕することができる状態、緊急逮捕ができる状態のときは写真撮影も許されるとする。第2が、刑訴法220条1項2号を根拠とし、逮捕に伴う検証を準用し、同条項の規定に準じる状況が認められる場合、すなわち令状なしに検証できる場合には、現実に逮捕しなくても写真撮影が許されるとする説である。第3が、「新たな強制処分」説である。これは、写真撮影は刑訴法197条1項但書の「強制的処分」ではないとする。その理由として、刑訴法197条1項但書にいう「強制的処分」とは、現に刑訴法に規定のある逮捕、勾留、搜索、差押え、検証などの伝統的な強制処分であって、通信・会話の傍受や写真撮影などの新たなタイプのものは、刑訴法制定時に立法者がおよそ予想していなかったものであるから、同但書は適用されないとする<sup>(18)</sup>。

この立場からは、「前者〔任意処分説・引用者注〕は肖像権の侵害の事実を無視するものであり、後者〔強制処分（検証）説〕は、無令状の場合が許されず実際の必要に応じ得ないので、〔省略〕新しいタイプの強制処分（新強制処分説）と考えるべきであろう。したがって、197条の強制処分法定主義が要求されるのは既成の古典的強制処分に限るので、写真撮影の場合は、厳格に法律規定は要求されないが、法定主義の背景にある令状主義の精神は妥当することになる。ところで、写真撮影は緊急事態における即時的処分として行われるのが常態なので、無令状で行う場合が原則となり、その場合の令状主義の精神というべきものを具体化するなら判例の示した要件（〔省略〕）に至ると考えてよい」と説かれる<sup>(19)</sup>。

昭和44年最高裁大法廷判決が、現行犯類似の要件を立てたことから、大法廷は強制処分説をとるものとみることができた。しかし、強制処分説の第1・第2の説に対しては、逮捕を前提とする例外規定を、その前提を欠く場合に準用しようとす

---

(17) 井上・前掲注(10)13頁以下で、強制処分説に対する詳細な検討がなされている。

(18) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』123頁（有斐閣、1996年）。ただし、通信・会話の傍受については、その要件・手続を定める立法が必要だとしていた。

(19) 田宮・前掲注(18)121頁。

る点に疑問がある<sup>(20)</sup>。第3の説については、憲法31条の「法定」の保障を軽視することになり、結果として立法の不備を判例で補うことを容認する点で問題がある<sup>(21)</sup>。また、結果的に法定されない強制処分の範囲を拡げることになると批判された。やはり、その処分が強制処分に分類されるのであれば、法の明文規定がなければ許されないというべきであろう。「本来の意味で強制処分といえるものについては、強制処分法定主義を堅持し、明確な法規の根拠付けを要求するとともに、それに当たらないものについても、解釈により、その実質に応じた合理的な規制を講じていくというアプローチをとる方が適切だ」といえる<sup>(22)</sup>。

次に、本件写真撮影を任意処分と解する場合、昭和44年最高裁大法廷判決の判示する要件をどのように理解するかが問題となる。大法廷は、上記の3つを要件としている。

の要件は、現行犯性を要件としたものであるが、これを写真撮影の必須の要件と考える場合、例えば事前捜査目的で設置されたビデオカメラが撮影した映像はこれを証拠として用いることはできないということになろう。このような映像は、現行犯性を前提に撮影されるものではないからである。しかし、任意捜査において将来犯罪の捜査が許される余地があるのであれば<sup>(23)</sup>、犯罪発生の蓋然性が高い場合にその証拠としての使用可能性を一切否定してしまうことは疑問だといえる。現行犯性を必須の要件とすべきかについては見解が分かれていたが、後述するように、判例は消極に解する立場をとることを明らかにしていくことになる。

の要件については、一般に犯罪行為が行われている現場を撮影する場合には、証拠保全手段としての写真の価値が高いといえるから、必要性和緊急性は肯定されることになろう<sup>(24)</sup>。他方、このような場合以外の撮影については、緊急性の要件を

---

(20) 三井・前掲注(16)116頁参照。

(21) 白取祐司『刑事訴訟法【第5版】』114頁(日本評論社、2008年)。

(22) 井上・前掲注(10)21頁。

(23) この点について、宇藤崇『判批』刑事訴訟法判例百選【第7版】23頁(1998年)参照。

(24) 大谷直人『犯罪捜査において写真撮影が許される限界』新聞雅夫ほか『増補令状基本問題』49頁(一粒社、1996年)参照。

## 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

どのように捉えるかが問題となる。すなわち、これを必要性とは独立した要件と理解するか、必要性の一要素と理解するかで考え方が分かれる。これを前者の意味に理解すると、写真撮影が許されるのは「差し迫った必要がある例外的な場合」ということになり、後者であれば、「写真撮影をすべき必要がある場合」という程度の緩やかなものとなる。そして実際上の問題として、撮影以外に捜査目的を達成するための有効な手法がないとすれば、必要性を肯定する方向に働くことになる。

の要件は、写真撮影の方法に関わるものである。大法廷判決によれば、一般的な撮影方法であれば問題はないということになるが、その方法によっては不相当となる場合があることになる。

いずれの要件も、大法廷の事案ではこれを肯定することができるが<sup>(25)</sup>、必ずしもそうとはいえない事案が現れる<sup>(26)</sup>。すなわち、具体的事案において、現行犯性の要件が認められないため、大法廷判決の要件をすべて満たさなければならないのか、が問題となったのである<sup>(27)</sup>。

---

(25) 大法廷判決後に、現に犯罪が行われている場合に関する事案として、速度違反車両に対して自動撮影を行う自動速度監視装置による運転者の容ぼうの写真撮影をしたものとして、最判昭 61・2・14 刑集 40 巻 1 号 48 頁がある。速度違反という現に犯罪が行われている場合に限定して自動的に写真撮影するというものであるが、これを犯罪の事前捜査のためにカメラが使われている場合とみることのできるため、事前捜査のためのビデオ撮影に関する問題が妥当する一面ももつということがいえるかもしれない。上垣猛「判批」刑事訴訟法判例百選[第 8 版]23 頁 (2005 年) 参照。しかし、現に犯罪が行われている場合に限定して撮影している点で、ビデオカメラで継続的に撮影録画する場合とは区別して論じるべきであるように思われる。なお、自動速度監視装置による写真撮影について、大法廷判決の現行犯の要件を充たさないことなどを理由にこれを違法と主張する見解として、庭山英雄「写真撮影と肖像権」刑事訴訟法の争点 87 頁 (1979 年) 参照。

(26) なお、大法廷判決以前の最高裁の判断として、収監の必要上人物確認の手段として写真撮影が用いられた最判昭 38・7・9 刑集 17 巻 6 号 579 頁がある。大法廷判決との整合性が問題となりうるが、大法廷判決はこれを否定するものではないと一般に解されている。この場合、現行犯性に関する大法廷判決の要件を充たすことができないことは明らかであるから、大法廷判決の射程範囲には入らないと考えることになる。

(27) なお、犯罪捜査以外の目的で私人が撮影する場合については、大法廷の判示は拘束力をも

### 三 その後の裁判例の検討

#### 1 事前捜査ないし犯罪防止のためのビデオ録画（東京高判昭 63・4・1 東高刑時報 39 卷 1～4 号 8 頁）

その例として、例えば次のような裁判例が挙げられる<sup>(28)</sup>。東京高判昭 63・4・1 東高刑時報 39 卷 1～4 号 8 頁は、山谷争議団と暴力団の衝突事件が多発していた地区において、警察署派出所前歩道上の電柱にテレビカメラ 1 台を設置し、これを遠隔操作して山谷通りの状況をほぼ全周視界で俯瞰的に撮影し、同事務所内のモニター用カラー受像機にその映像を映し出すようにしたが、その後起こった人身傷害事件をきっかけに、受信機の画像を録画していた。この撮影録画行為は、犯罪の予防、鎮圧および捜査を目的とし、これが発生した場合に備えて証拠保全するために行われていた。そして、そのビデオテープに被告人による器物損壊の状況が写っていたため、器物損壊被告事件の公判においてビデオテープが証拠請求され、その証拠能力が争われた。第 1 審はこの証拠能力を認め、被告人を有罪としたため被告人側が控訴した。

これに対して東京高裁は、「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シア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」とし、昭和 44 年最高裁大法廷判決の射程範囲を限定的に捉えたうえで、「当該現場において犯罪が発生する相当高

---

たない。むしろ他人の肖像権が原則的なかたちで保護を要求するということになる。田宮裕「捜査における肖像権とその限界」判例タイムズ 243 号 20 頁（1970 年）[同「捜査の構造」277 頁（有斐閣、1971 年）所収]。この点につき、光藤景皎「判批」マスコミ判例百選 151 頁（1971 年）も参照。

<sup>(28)</sup> 判例・学説の動向を概観・分析するものとして、例えば、松代剛枝「写真撮影」刑事訴訟法の争点 [第 3 版] 76 頁（2002 年）参照。

## 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

度の蓋然性が認められる場合」であること、「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」があること、「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」ことを要件として、「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」とし、結論としてビデオテープの証拠能力を肯定した。

そこでは、現行犯性の要件に関する大法廷の要件は必ずしも必要ではないとされた。その論理は、事例を分けるというものである。この事案では、撮影録画は将来起こりうる犯罪を対象としたものであったから<sup>(29)</sup>、大法廷の事案の場合とは同一に論じることができない。大法廷判決の射程が及ぶと考えるのであれば、将来犯罪の捜査において現行犯性の要件が充たされることはありえないから、撮影録画は許されないことになる。この点に関しては、そもそも将来犯罪に対する捜査が許されるのかという問題があるが、捜査の意義を訴追・裁判の準備的活動という捜査の機能に着目して理解すれば、犯罪発生を前提としなくても捜査は可能となるとの結論を導くことができると解されるし、通信傍受においても将来犯罪の捜査が一定の場合に許されていることからして、肯定される余地はある<sup>(30)</sup>。しかし、将来犯罪の捜査を認めるとなると、人権侵害の危険性が高まるからその許容要件は緩やかなものではないであろう。捜査としての撮影について、犯罪発生の相当高度の蓋然性を要件としているが、妥当なものと思われる。相当高度の蓋然性の意味するところは、必ずしも明確ではないが、それが幅のあるものだとすれば捜査活動を抑制する機能は大きく期待できない。厳格な基準と考えるべきであろう。

なお、本件では、防犯目的に設置されたカメラであったこともあり、行政警察活動の下に許容されると評価することも可能な事案であったとの指摘がある<sup>(31)</sup>。この事案では、カメラの設置、撮影は、防犯上の大きな効果が期待されたことから、防

---

(29) の要件について、「あらかじめ」とあるのは、将来犯罪に対する捜査であることを前提とするものであろう。

(30) 将来発生するであろう犯罪について捜査をすることができるかについては、井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』142-149頁（有斐閣、1997年）参照。

(31) 上垣猛「判批」刑事訴訟法判例百選【第8版】23頁（2005年）参照。

犯目的と考えることに合理性も認められる事案であった。そのどちらであるかを分けるとすれば防犯目的といえるから、防犯目的のカメラとしての観点から検討すべきではなからうか。この場合、その要件判断は、目的の正当性と手段の相当性によってなされることにならうから、そこに犯罪発生の相当高度の蓋然性や緊急性の要件を求めることはできないように思われる。防犯目的で設置されたカメラの場合には、その設置が一般的に普及しているという現在の設置状況からみて、その設置要件として犯罪発生の相当高度の蓋然性が要求されているとはいえないから、その録画記録を証拠として用いる場合にこのような要件を課するのは実際のでない。少なくとも、一般的に公道上の状況を撮影録画する場合には、この要件は必要でないということにならう。カメラの設置時の要件でないものを証拠としての許容性の要件として加えることによって、証拠としての使用の可能性を閉ざすのは妥当ではないからである。そして緊急性についても同様のことがいえるのではなからうか。他方、このように解することは防犯カメラの映像を許容する場合の説明を容易にするという側面もつ。防犯カメラについては、比較的緩やかな要件の下で設置が認められようが、科学技術の発達もあり今後は撮影の態様（ の要件）こそが最も重要な問題点とならう<sup>32)</sup>。

もっとも、撮影の目的によって許容要件を分けるという考え方自体について、どういった目的に基づいて撮影しているかは第一次的には捜査機関の主観に関するものなので、目的によって要件を緩やかにしたり厳しくしたりするのは、時として捜査機関の恣意を許すことになり、反対に捜査機関に無理を強いることになるのではないだろうか。ここで検討が求められているのは、目的二分論を用いること自体の妥当性なのかもしれない。撮影自体のもつ性質から行政警察活動と司法警察活動を明確に分けることが難しいことから、いずれの基準が用いられるのかに拘泥することなく、事案に応じた判断が求められるべきということになるように思われる。

---

32) もちろん、私人が設置する防犯カメラについては別論である。

## 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

### 2 犯人を特定するためのビデオ録画（東京地判平 17・6・2 判例時報 1930 号 174 頁）

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、その証拠能力が争われた事例として、東京地判平 17・6・2 判例時報 1930 号 174 頁がある。

事案は次のとおり。被告人は、甲野駐車場において駐車中の自動車に対し 2 件の放火を行ったとして、それぞれ器物損壊罪で起訴され有罪とされた。本件駐車場では、2 回にわたって放火とみられる不審火が連続して発生したため、その後本件ビデオカメラが甲野駐車場の経営者 E 子らの要望で、警察官によって、D 子方 2 階北東の洗面所の日差し屋根に設置された。そして、本件ビデオカメラは、若干の修正はあるものの、当初から被告人方玄関ドアが面像の中心に据えられ、画像左右に被告人方両隣の玄関ドアが、面像下端に本件駐車場前道路および本件駐車場に駐車中の自動車数台が撮影されるようになっていた。

本件の審理に際し、弁護人は、本件各犯行の前後を撮影したビデオテープおよびこれらを前提に作成された各報告書について、本件ビデオテープは、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た結果得られた違法なものであるから、本件ビデオテープおよび各報告書は違法収集証拠として証拠排除されるべきである旨主張した。

東京地裁は、次のように述べた。「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の発生が相当高度の蓋然性をもって認められる場合、すなわち、被告人が自動車に放火することがほとん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ない旨主張する。しかしながら、本件ビデオカメラによる撮影は、[省略] 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とどめる方法が採られていることや、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、本件ビデオカメラの撮影が、[省略] 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と解される。むしろ、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」。

そして、情況証拠から「警察官が、被告人が放火を行ったと考えたことに合理的な理由が存したことは明らかである」ことを認定したうえで<sup>(33)</sup>、「本件ビデオカメラ設置までの一連の放火は、早朝、人の現在しない無人の駐車場で、同所に駐車中の自動車に火を放つというものであり、同車両のガソリン等に引火しあるいは付近に駐車中の自動車や家屋に延焼する事態に発展する可能性があり、周囲には住宅が密集していて公共の危険を生じさせるおそれが高度に認められる重大な事案である。これに加え、ビデオカメラ設置までの各火事件はいずれも人通りの少ない早朝に発生しており、犯行の目撃者を確保することが極めて困難であり、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を伴う状況であって、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、結局犯人の特定に至らず捜査の目的を達成することができないおそれが極めて高く、あらかじめ撮影を行う必要性が十分に認められる。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なことから、その緊急性も肯認できるところである。また、本件ビデオ撮影は、[省略]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、被告人方居室内部までも監視するような方法ではないのであるから、被告人が被るであろうプライバシーの侵害も最小限度に止まっており、本件事案の重大性を考慮すれば、やむを得ないところであり、その方法が社会通念に照らし相当とされる範

---

(33) 「関係各証拠によれば、本件ビデオカメラ設置以前の二回の放火は、いずれも早朝、被告人方に近い本件駐車場西側の車列に駐車中の車両で起こっている上、少なくとも二回目の[省略]放火については、被告人が第一通報者であったことが認められる。さらに、一回目の放火の後に、E子が、警察官Fに対して、被告人は生活保護を受けて一人で生活していて、毎日精神病院に通院しており、被告人が犯人ではないかとの噂話がある旨話していることが認められる。

これらの事情からすれば、ビデオカメラ設置当時、被告人が放火犯人であるとは断定できないまでも、その行動に、被告人の周辺の者が被告人を放火犯人ではないかと疑いを抱くだけの不審な点があり、しかも、被告人が放火したことを疑わせるいくつかの情況証拠が存在したことが認められるのであって、被告人が放火を行ったと考えられる合理的な理由があったということが出来る」と述べられている。

## 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

ちゅうを逸脱していたとまではいえない」として、「本件ビデオ撮影は、現に犯罪が行われ、あるいはそれに準じる場合に行われたものではないが、上記の状況、方法での撮影が違法であるとはいえず、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」との判断を下した。

ビデオ撮影が許されるためには犯罪発生の高度の蓋然性が不可欠という点が争点となったが、「被告人が罪を犯したと考えられる合理的な理由の存在」で足りるとし、これを不要とした。本件は、被告人について放火の嫌疑が一定程度存在したという場合であり、この嫌疑の濃厚性が重要な要素となっていたといえる。また、必要性、緊急性については、早朝の放火事案であることから、犯人を特定するために撮影の必要性が、犯人特定の困難さから緊急性が肯定されるとしている。事案の性質からして、妥当な判断であろう。本件撮影は、その方法についても、本件事案の下に認められるとされた。本件で用いられた被告人方玄関ドアを撮影するという方法は、特定の個人の行動を監視するような態様のものといえる。撮影対象を犯罪の発生場所に着目した場合、撮影の対象を限定することは第三者に対する配慮という点で肯定的な意味をもつと考えられるが、撮影対象を嫌疑がかけられた人に着目する場合には、撮影対象を限定したうえでの継続的な撮影録画がプライバシー侵害を高めるという方法に働くことになる<sup>(34)</sup>。本件はこのように、撮影対象の着眼点が場所ではなく人であったことに特徴がある<sup>(35)</sup>。住居内部を撮影したものではないので強制処分当たるとまではいえないが、任意捜査として許容される限界事例といえるであろう。

---

(34) 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ような場合は異なり、より侵害性の高いいわば特定の個人を「狙い撃ち」する態様の撮影であったとし、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と指摘するものとして、亀井源太郎「判批」平成18年度重要判例解説187頁参照。

(35) 辻裕教「判批」警察学論集59巻12号223-224頁(2006年)。なお、警察署が街頭防犯用の目的で設置した監視用テレビカメラが、プライバシーを侵害するとして撤去が命じられた事例として、大阪地判平6・4・27判例時報1515号116頁参照。

3 犯人の同一性確認のための資料を得るための撮影、録画（最決平 20・4・15 刑集 62 巻 5 号 1398 頁）

最高裁は、最決平 20・4・15 刑集 62 巻 5 号 1398 頁において、民家内における強盗殺人およびそこで奪ったキャッシュカードを使用した窃盗等の被告事件で<sup>(36)</sup>、現金自動預払機の防犯カメラに写っている被害者のキャッシュカードを用いて預金を引き出している男性と被告人との同一性を判断するため、捜査機関が公道上およ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を「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り行われた」適法なものであるとし、その前提として昭和 44 年最高裁大法廷判決が写真撮影が許される場合を限定した趣旨ではないこと、すなわち、行為の現行犯性は必ずしも写真撮影が許されるために必要な要件ではないこと、を明示している。これまで議論のあった昭和 44 年最高裁大法廷判決の位置づけについて、写真撮影の一般的適法要件を判示したのではなく、具体的事案を踏まえた適法性の要件を示したものであることを最高裁判所として明らかにしたものと考えられ、重要な意義を有する<sup>(37)</sup>。もっとも、本決定では、事例判断として、発生した犯罪についての捜査活動としてなされた本件における容ぼう等の撮影が適法であるとしたにとどまり、一般的な要件を示してはいない<sup>(38)</sup>。

犯人特定のための写真撮影については、事案が重大であること、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ていること、他の方法では捜査の目的が達成されないこと、を要件としてこれを許容したものがあ

---

<sup>(36)</sup> この事案では、最終的に被害者の遺体が発見されておらず、被告人が身に覚えがないとしてほぼ黙秘するなどして、犯人性のみならず事件性まで強く争われた。

<sup>(37)</sup> 菅原暁「判批」研修 731 号 25 頁（2009 年）。

<sup>(38)</sup> 判例時報 2006 号の匿名解説参照

<sup>(39)</sup> 東京地判平元・3・15 判例時報 1310 号 158 頁。京都地決平 2・10・3 判例時報 1375 号 143 頁も同旨。前者では、「既に行なわれた犯罪の犯人特定のため容疑者の容ぼう等の写真を撮影することも、その事案が重大であって、被撮影者がその犯罪を行な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で、写真撮影以外の方法では捜査の目的を達することができず、証拠保全の必要性、緊急性があり、かつ、その撮影が相当な方法をもって

## 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

本件事案では、まず、昭和44年最高裁大法廷判決の現行犯性の要件を充たすものではない。しかし、大法廷が示した3要件を絶対的の要件と解することは、捜査の必要性という観点を著しく狭小化することになるため、非現実的な結論となるように思われる<sup>(40)</sup>。このような場合には、一般的要件で線引きをすることは困難であり、これまでの裁判例についての検討と同様に具体的な事情を取り上げつつ、捜査の必要性和被撮影者の容ぼう等を撮影されない自由という対立する2つの利益について比較衡量的な判断によって事案の解決を図るほかないであろう。本決定における判示事項では、「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」、「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」、「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「撮影」」などと述べられている。

は、嫌疑の存在を指し、これは撮影のための前提条件というべきものであろう。

は、捜査の必要性・緊急性に関係しよう。控訴審では、「被告人との同一性を判断する必要性等は強く、早期に犯人を特定する緊急性もあり」と述べられている。最高裁は、緊急性については述べていないが、この点に触れていないだけで緊急性の要件が不必要というのではなく、本件でも当然の前提となっていたと考えるのが実務の考え方に調和するかもしれない。もっともこのように考える場合、「緊急性」の内実が問われることになる。この点について敷衍すると、緊急性の要件に関して、任意捜査における有形力行使の限界に関する最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁<sup>(41)</sup>においても、必要性和明らかに区別された緊急性の存在が独立の適法性要件と

---

行なわれているとき」撮影が許されると判示している。

- (40) 鹿野伸二「判解」ジュリスト1371号100頁(2009年)参照。現行犯性の要件を絶対的の要件と解することは、常識に反する結論を導くことがあることからして相当でないとの指摘として、隈良行「判批」捜査研究689号27頁(2008年)参照。
- (41) 任意捜査としての写真撮影については、任意捜査における有形力行使の限界に関する最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁の趣旨が及ぶと解される。そこでは、法益侵害的な任意処分が許される条件として必要性・緊急性・相当性という要件が示されている。このような要件は抽象的であり漠然としているため、警察官の権限行使を規制する作用は、あまり期待できないことには注意を要する。この点につき、後藤昭「強制処分法定主義と令状

考えられていたのかは明らかではない。むしろ、緊急性は具体的状況の下で相当性という要件の存否を判断するための1つの要因であり、広い意味での必要性の限度の程度に関わるものとして位置づけられていたとの理解も可能であるとの指摘がある<sup>(42)</sup>。任意捜査の限界を画する基準に関して、必要性の要件の中に緊急性を取り込む考え方からは、緊急性の要件は必要性の要件の一要素であり、緊急性は必要性の問題に解消（吸収）されるということになる。この場合、緊急性に関して判文で明示的に示されているかは、重要な問題ではないことになり、仮に示されていたとしてもそれはその事案が緊急性が問われうる事案であったからであり、示されていないか、あるいは明示的に示されていないだけで緊急性について考慮されていないのかは必ずしも定かではないということになる。これに対して、緊急性を独立の要件とみる立場、すなわち、必要性和緊急性とは質的に異なるものと理解し、必要性に加えてこれとは別の緊急性という要件が求められるとする立場からは、写真撮影について緊急性について触れられるところがないのは、写真撮影の要件が緩やかになったとの結論が導かれるため、この点に関して本決定は疑問だということになる。

次に相当性に関してであるが、この事案での撮影の態様は、被告人宅近くに停車した捜査車両の中から、あるいは付近に借りたマンションの部屋から、公道上を歩いているところをビデオ撮影した、また警察官はパチンコ店の店長に依頼し、店内の防犯カメラによって、あるいは警察官が小型カメラを用いて撮影したといったものである。不特定多数の者がその場所に存在するという点では、パチンコ店での撮影は公道でのそれと類似する側面がある。 については、本件は、パチンコ店のよ

---

主義」法学教室 245 号 12 頁（2001 年）参照。なお、この最高裁決定の意義を検討するものとして、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』23 頁（判例タイムズ社、2006 年）参照。

(42) 宇藤崇「判批」平成 20 年度重要判例解説 209 頁参照。下級審では、「緊急性」の意味が緩やかに解される傾向にあることを指摘するものとして、田淵浩二「判批」甲南法学 32 巻 1=2 号 102-104 頁（1992 年）、緑大輔「判批」速報判例解説 [法学セミナー増刊] 3 号 214 頁（2008 年）、笹倉香奈「判批」法律時報 81 巻 4 号 122-123 頁（2009 年）参照。

## 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

うに不特定多数の者が出入りする場所における写真等の撮影について、公道上におけるそれと同様の判断基準により適法性を判断した事例としても意義がある<sup>(43)</sup>と考えられる<sup>(44)</sup>。

昭和44年最高裁大法廷判決で容ぼう等の撮影の適法性が肯定されたのは、公道上のものであったことが大きく働いていたとの指摘がなされてきたが、本決定は最高裁としてそのことを明示的に確認している点で意義深い<sup>(45)</sup>。なお、撮影の態様に関して、控訴審では、撮影の際に、「不必要に被告人及び第三者のプライバシーを侵害しないよう配慮している」と述べられており、最高裁でもこの点が相当性が肯定された要素となっているとみてよいであろう。また、強盗殺人罪という重大犯罪<sup>(46)</sup>であることも判断要素となっていたと思われる。被疑事実の重大性は、捜査の必要性を高め、他の要件にも影響する要素といえる。他方、本件では挙げられていないが、撮影時間の長さが考慮される場合もあろうし、その他種々の事情が判断要素となりうる<sup>(47)</sup>。例えば、犯人特定の目的で被疑者の自宅玄関付近を撮影する場合であっても、無関係の第三者が広範かつ頻繁に撮影されるような方法で長時間継続的に撮影録画し続けるようなときには、慎重な検討が必要となる<sup>(48)</sup>。

## 四 結語

犯罪捜査における人の写真撮影、ビデオ録画については、それぞれの場面においてその許容基準が異なりうる。捜査の必要性和肖像権という対立する利益について利益考量的な判断を本質とする以上、必要性・緊急性が高ければ撮影録画が認めら

---

(43) 菅原・前掲注(37)26頁。

(44) なお、この点につき、緑・前掲注(42)215頁、笹倉・前掲注(42)123-124頁参照。

(45) 宇藤・前掲注(42)209頁。

(46) 被疑事実の重大性を適法な写真撮影の要件の1つに挙げるものとして、松尾浩也『刑事訴訟法上【新版】』80頁(弘文堂、1999年)参照。

(47) 鹿野・前掲注(40)100-101頁。

(48) 菅原・前掲注(37)26頁参照。なお、宇藤崇「演習」法学教室285号99頁(2004年)も参照。

れる方向に働き、撮影録画が相当だという結論を導きやすくなるという関係にあるといえる。

現行犯に対する撮影録画は、現行犯性、必要性・緊急性は肯定されやすいであろう。事前捜査での撮影録画では、現行犯性の要件を求めることは不可能であるからこれに代えて、犯罪発生の相当高度の蓋然性が要件となる。さらに、犯罪発生の蓋然性でも足りるかが問題となる。犯罪抑止を主たる目的とする撮影録画の場合には、犯罪発生の相当高度の蓋然性までは認めることができない場合もあろうし、緊急性についてもこれを認めることが困難な場合もあろう。防犯目的で設置されたカメラの場合を考えてみれば、重要な証拠となり得る映像が録画されていたとしても、これに一般に録画の緊急性を肯定することはできまい<sup>(49)</sup>。犯人特定のための撮影録画や、犯人の同一性確認のための資料を得るための撮影録画についても、同様のことがいえよう。このような撮影録画は、嫌疑の存在を前提に認められるが、とりわけ事案の重大性が撮影録画を肯定する方向で働きうる。事案の重大性は、犯人を特定するための撮影録画や、犯人の同一性確認のための資料を得るための撮影録画においては、一般に緊急性を肯定することは難しいものの、撮影録画の必要性を肯定する方向での重要な要素となると考えられる。他方、犯人を特定するための撮影録画については、その方法・態様が実質的な監視に当たる場合、プライバシー侵害が高まることを指摘した。住居の外ではプライバシーの保護は減少すると考えられるものの、特定の個人に着目した継続的な撮影録画は自己の肖像を「みだりに」撮影されない自由を侵害するものではないのかという観点から慎重な考慮を求められよう。もっとも、私人が設置するものを含め防犯カメラが至る所に設置されるようになって

---

(49) 一般的な理解によれば、防犯カメラについては、そもそも防犯目的なのか捜査目的なのかによって、証拠としての許容性の基準が異なってくる。いずれの基準が用いられるのかに拘泥することなくという点からは、防犯カメラについては、(例外がないとは言いきれないが)一般に防犯を主たる目的とするものとするのが自然であろうから、(それが捜査としての性質を併せ持つとしても統一的に)行政警察活動としての基準を用いる方が妥当であるようにも思われる。さらに、防犯カメラであっても、私人設置のものについては後述するように別途検討が必要である。

## 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

てきていることから<sup>(50)</sup>、肖像権保障の形骸化という状況が認められるのではなからうか。そして、その録画記録を刑事裁判の証拠として利用することは一般に肯定されている。防犯カメラが捜査とは無関係に設置されたものであれば、その記録の証拠能力が肯定されることから、捜査機関が設置したカメラの録画記録の証拠としての利用を認める方向に働くように思われる。捜査機関による撮影録画は厳しく制限されるべきと考える立場からは、肖像権の形骸化を前提にすればその根拠が明らかでないようにも思われる。肖像権の保障は、撮影主体が捜査機関であるかどうかで本質的な違いがあるのかが、改めて問われるべきであろう。私人対私人という関係においては、肖像に関する利益が問題となる<sup>(51)</sup>。ここで問題とされている肖像権の内容を、国家対私人という対立軸における肖像権に関する議論に参考とすることは不可能ではない。撮影主体が私人ではなく捜査機関であるという点に違いがあるものの、人の肖像を対象とするという肖像権の本質は同じものであるといえるからである。それにもかかわらず、肖像権自体に着目すれば、刑事裁判における証拠としての使用の場面においては、撮影主体で比較してみると、捜査機関の場合には厳格に、私人については緩やかに許容されるというのが一般的な理解となっている。しかし、肖像権自体から出発して考える場合、このような撮影主体によって大きく結論が分かれること自体にも違和感が残る。そこで、私人間の撮影（録画）と比較しながら、肖像権の内実を考察してみたい。

私人の間においても肖像権が厳格に捉えられているとするならば、例えば他人が撮影されることになる私的な撮影は、観光地での撮影のように不可避免的に他人が撮影対象となってしまう場合で、他人もそれについては承諾していると考えられる場合にものみ許される、ということになろう。もちろん、この場合も私的な管

---

(50) 至る所で防犯カメラが設置されるということになると、被撮影者の意識の点から許容限度を超えということにもなるとの指摘として、村井敏邦「判批」判例評論 360号 64頁(1989年)参照。

(51) 肖像の侵害による不法行為の成否について最高裁が初めて判断したのものとして、最判平 17・11・10民集 59巻 9号 2428頁がある。なお、ここでも最高裁は「肖像権」という文言自体を用いてはいない。

理が許されるにすぎず、これを公表した場合には被撮影者の肖像の使用に関する問題が生じる。しかし、ビデオカメラ等の普及により私的な撮影がこのような制約の下になされているとは言い難いし、防犯カメラは市民生活の中に広く根付いてきているようにも思われる<sup>(52)</sup>。このような実態自体には、肖像権の観点から問題があり、私人による撮影にも一定のルール化が必要であろう。とりわけ、写真や動画撮影機能付き携帯電話の普及により、「一億総カメラマン」といえる現状からは、肖像権問題はインターネットによる画像流出の深刻化を含め早急に対策を検討すべき課題といえよう。このような実態が問題を含むものであるとしても、これを前提として考えるならば、肖像権は無意識的に侵害されているとはいえないだろうか。その反面、市民のもつ生活の安全への意識からは、防犯カメラへの抵抗感よりも安全の観点からこれを肯定的に受け容れるところが大きいようにも思われる。撮影されたとしても安全性が確保されればよいと考える、すなわち肖像権よりは安全をというわけである。私人の撮影した映像がいても容易に刑事裁判に用いられることも肖像権保障の形骸化といえようが、これに余り関心が向けられないのはそのような理由によるものであろう。

また、撮影主体が捜査機関であれば、「捜査のために撮影する必要性」と肖像権侵害との対立の問題となり、撮影主体が私人であれば、被撮影者が撮影されること（私人の撮影した映像が刑事裁判に用いられること）により生ずる肖像権侵害が問題となる。そして、刑事裁判における証拠としての使用が認められるかどうかに関しては、前者は捜査の必要性との利益衡量が求められるが、後者では「刑事裁判の目的」との関係で肖像権侵害自体が問われるという形となっている。ここで、「刑事裁判の目的」の中にその準備段階としての捜査を含めて考えることができ、それが捜査であれば捜査活動としての基準が妥当しよう。しかし、ここでは撮影について捜査活動であるかはまったく問題とならない。捜査活動が問題とならなければ、肖像権の保障にも拘わらず、私人の撮影の緩やかな使用は許されてよいのであろうか。被撮影者の視点からみた場合、実質論としては撮影主体がどうであれ肖像権自

---

<sup>(52)</sup> スーパーストア等の防犯カメラによる撮影についても、防犯目的に限り正当性が認められるのであって、映像の管理には十分な注意が払われなければならない。

## 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

体に本質的な差異はないといえるのではなからうか。このことが特に防犯カメラについての議論を難しいものになっているように思われる。

刑事裁判における証拠として用いるとき、仮に、私人設置の防犯カメラによる録画は社会に広く認められており被撮影者も承諾しているといえるのであれば肖像の撮影は問題とならない。これに対して、私人設置の防犯カメラによる録画について必ずしも被撮影者が承諾していないとすると、証拠として利用するとき、刑事裁判における正義の実現の観点から肖像権の制約を認めることになる。この場合には、撮影段階で捜査の要素はまったくなく、証拠として使用する必要性と肖像権とを対立軸として利益考量を行い、証拠としての許容性が判断されることになる。撮影が捜査と無関係であることは証拠としての許容性を高める要素となるが、被撮影者が承諾していないのであれば肖像権侵害が問題となるから、この点への配慮がもう少し必要ではないだろうか。捜査と無関係だから容易に刑事裁判に利用できることに疑問が残るといわざるをえない。今後の判例の動向を見守らなければならない。

なお、これまで人に対する撮影の問題を検討してきたが、証拠物に対する撮影に関して、証拠物に対するエックス線検査の適法性が争われた事例についての最高裁判例（最決平 21・9・28 刑集 63 巻 7 号 868 頁）があるので、最後にコメントしておきたい。被告人 3 名が共犯者と共謀し、営利目的で情を知らない宅配便業者を介し、覚せい剤を受領し、覚せい剤を譲り受ける行為等を業とし、覚せい剤を所持したとして起訴された覚せい剤取締法、麻薬取締法違反の事案で、捜査情報を下に宅配便荷物を選別し、その内容を確認するため、宅配便業者の承諾を得て（荷送人や荷受人の承諾は得ていない）空港内税関にてエックス線を照射する捜査についてその適法性が争われた。第 1 審（大阪地判平 18・9・13 判例タイムズ 1250 号 339 頁）は、本件エックス線検査は、プライバシーを侵害するものであるが、その程度は「極めて軽度」であるとして、これを任意捜査に当たるとし、任意捜査として許されるとして、控訴審もこれを是認した。第 1 審は、プライバシー侵害の程度は「極めて軽度」といえることの理由として、エックス線検査では内容物の具体的内容を特定することはできないから、これと荷物を開被したうえで内容物を見分した場合とを比べるとプライバシー侵害の程度には格段の差があると述べた<sup>(53)</sup>。

他方、最高裁は、このような配達途中の荷物に対する捜査としてのエックス線検査は、「荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、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って、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ものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たる」とした<sup>(54)</sup>。

---

53) なお、第1審におけるプライバシー侵害の程度に関する判断に対して、具体的な内容物が特定できないことをもって、直ちに「極めて軽度」と言いうるか疑問が残るとの指摘として、豊崎七絵「判批」法学セミナー637号118頁(2008年)参照。論者は、プライバシー侵害の程度を考慮することにも問題があるとする。この点につき、正木祐史「判批」法学セミナー660頁128頁(2009年)も参照。もっとも、實際上、程度の考慮自体は不可避であろう。笹倉宏紀「判批」平成21年度重要判例解説209頁参照。

54) また、本件検査の射影の写真等を一資料として発付された搜索差押許可状に基づいて実施された搜索において発見された証拠の証拠能力は肯定した。しかし、本件検査を強制処分に当たり違法としていることから、令状なしで強制処分がなされた場合には違法が重大であると解されるため、違法の重大性を重視し証拠排除するという判断もあり得たようにも思われる。他方、本件検査により得られた証拠を派生的証拠とみると違法を直接承継するのではないこと、本件検査が令状を要する処分なのかどうかの判断が下級審と最高裁とで分かれたところからすると、プライバシー侵害の程度の評価の問題を含んでおり、少なくとも捜査官には令状主義の潜脱の意図はなかったと推認できることは証拠能力を肯定する要素となりうる。微妙な問題であるが、少なくとも違法捜査の抑止の点からは証拠能力は否定されないということになるのではなかろうか。そして、違法収集証拠排除法則の適用に際して、重大な違法と違法捜査の抑止の2つの基準が重畳的に適用されると、排除されないとの結論を導きうるであろう。なお、最高裁は、「本件エックス線検査については検証許可状の発付を得ることが可能だったのであって、検証許可状によることなくこれを行った本件エックス線検査は、違法であるといわざるを得ない」と判示している。これは違法性を肯定する一要素に関して述べているものであるが、少なくとも本件においては上記のように本件検査が令状を要する処分なのかどうかの判断がプライバシー侵害の程度の評価に関わる微妙な問題を含んでいたことから、証拠排除の重要な要因とはならないように思われる。

ところで、警察官が自動車内を調べた行為の適法性が問題となった最決平成7・5・30刑集49巻5号703頁の調査官解説(今崎幸彦・最高裁判例解説刑事篇平成7年度229-230

## 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

エックス線検査は、その内容物を相当程度さらけ出してしまうものであることからプライバシー侵害は質的にみて高いといえ、任意捜査としては許容されず、最高裁がこれを強制処分として分類したのは、妥当であろう。そうであれば、任意捜査における有形力行使の限界に関する昭和51年最高裁決定（最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁）が、強制処分と任意処分の区別について判断基準の1つとして「個人の意思を制圧」するものかどうかという点は、この事案では荷送人や荷受人の承諾は得ていないものの、これらの者が拒否できない点から直ちに意思の制圧を肯定することは困難であろうから、昭和51年最高裁決定との関係が問題となりうる。意思の制圧という主観面は、非対面的処分についてはこれを考慮するとしても仮定的にならざるを得ない。任意処分と強制処分の区別については、あいまいな部分をなるべく残さない方が妥当であるから、客観的な基準が用いられるべきであろう。この平成21年最高裁決定によって、少なくとも非対面的な処分が問題となる場合には、権利・利益の侵害という点が重視されるべきことが示唆されるように思われる<sup>65)</sup>。そしてこの点は、写真撮影の問題についても妥当するかもしれない。

---

頁参照)において、当該行為が捜索として違法となると評価されても、重大な違法でない場合があることが示唆されていた。その判示事項である「所持品検査として許容される限度を超えたもの」については、捜索には至らないが任意処分としての限界を超えており違法だという意味に理解することができる。しかしそれが捜索自体も含むという意味ならば、違法の重大性の判断において当該行為が強制処分として違法か任意処分としての限界を超えて違法かという区別は決定的な意味をもたないことになる。平成21年最高裁決定も証拠排除しなかった。上記の示唆によれば重大な違法の範囲は狭くなるだろうが、その限界について検討が求められることになろう。

- 65) もっとも、最高裁は、プライバシー侵害が大きいことを理由に、「検証」としての強制処分該当性を認めている。エックス線検査と荷物を開被したうで内容物を見分する行為とはプライバシー侵害という点で共通することから、この判例の射程範囲や所持品検査一般が「捜索」に該当することになるのかといった点への影響の有無に関して今後の判例の動向を注視する必要がある。所持品によっては荷物の開被によって内容物が明らかになるという点に着目すれば、プライバシー侵害が大きいことを理由に「捜索」として違法となる場合が広く認められることになろう。そして、バッグを開被してその中を一瞥する場合

被処分者が認識していない撮影については、非対面的な処分と同様に考えられようし、撮影されていることを認識している場合には、そもそも意思の制圧ということでは考えられない場合が多いであろう。撮影を拒否している（と考えられる）場合には、その撮影の適法性を事案に応じて捜査の必要性和肖像権という対立する利益について利益考量的な判断により検討することになるろう。

---

であっても、内容物によってはそれを相当程度さらけ出してしまうこともありうるが、一般的にこれを内容物を取り出して見分するような行為とプライバシー侵害の程度が同等であるとはいえないとすれば、「搜索」に当たるとはどのような場合をいうのが問われることになる。他方、この判例の射程範囲をエックス線検査が「検証」に当たることを判断したにすぎないものと位置づける場合、あるいはこの判例の事案が非対面的な処分であることに着目し対面的な処分か非対面的処分かで分けて考えることを前提に対面的な処分の場合には、所持品検査についてまずは被処分者の承諾を求めるべきことになり、承諾が得られずに実施された所持品検査については事案に則して個別具体的にその適法性を検討することになるものと思われる。