

矢島の体系整理テキスト2016

刑事訴訟法

・はじめに～NEW「知識編」を活用した合格対策

この講座で試験に必要な重要基本知識を習得しつつ、司法試験の論文試験の過去問を直近のものから順番に遡って最低でも6年分から7年分くらいを検討していきましょう。過去問検討の際は、試験考査委員が法務省のホームページで公表している「採点実感」を読みながら検討すると、論文試験で求められている知識や思考方法の質を具体的に把握することができて合格に有利になります。予備試験の受験生は予備試験の論文試験の過去問に加えて司法試験の過去問を検討しておく、予備試験合格後に慌てずに済んでよいと思います。

平成28年9月16日（公開収録用の原稿）

LEC専任講師 矢島 純一

・記憶する事項 重要ランク

論文試験で規範（要件）や法律効果などとして答案に書くことがある事項のうち、内容を理解して答案に書けるようにしておかなければならない知識を重要度の高いものから順番に「●」、「◆」、「▲」と記号を付しました。これら事項については重要度の高いものから順番に理解と記憶をして規範として答案に書けるようにしてください。

・理解する事項 重要ランク

論文試験で規範として答案に直接書くことは通常はないが、より深い答案を作成するために内容を理解しておくことが必要な知識を重要度の高いものから順番に「○」、「◇」、「△」と記号を付しました。これら記号がある事項については、重要度の高いものから読んで内容を納得できる程度の学習をしてください。

・条文の略記：I＝1項 ①＝1号 本＝本文 但＝ただし書 前＝前段 後＝後段

・ナンバリングの大小関係：第1 1 (1) ア (ア) a (a)

・刑事訴訟法「知識編プラス」～「刑訴法」科目に関する予備試験対策用オプション講座

予備試験の短答知識に関する体系的な講義（3時間1コマ）を別売り講義で実施します（予備試験パンフレットに掲載）。「知識編」の刑訴法全4回の講義の受講生であれば、どなたでも追加で受講申込みできます。

第1編 総則

1 刑事訴訟法の目的

→刑事訴訟法1条は、同法の目的が、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することであると規定している。これは、同法が①実体的真実の発見と、②適正手続の要請を目的としていることをあらわすものと解されている。○

・参考～実体的真実

刑事訴訟法における「事案の真相」(真実)は、当事者が認めればそれが真実になるという民事訴訟における形式的真実とは異なり、可能な限り真相に近いという実体的真実である。実体的真実といっても、あくまでも訴訟法的な真実であるので、絶対的に正しい真実(絶対的真実)という意味ではない。

2 当事者主義と職権主義

→現行の刑事訴訟法は、審問官(国家)が一方的に犯人を審問するという糾問主義ではなく、訴える者(検察官)・訴えられる者(被告人)・裁く者(裁判官)が分離された弾劾主義を採用している。○

・現行の刑事訴訟法は、弾劾主義の訴訟構造(3面的訴訟構造)の下で、当事者(検察官・被告人)が訴訟進行の責任を負うという当事者主義的な訴訟構造を原則とし、裁判所が訴訟の進行の責任を負うという職権主義を例外的に採用している。○

・当事者主義をあらわす刑訴法の規定

起訴便宜主義(248)、起訴状一本主義(予断排除)(256VI)、当事者の証拠調べ請求権(298I)、検察官の訴因の設定権限(256III)、検察官の訴因の変更請求権(312I) ○

・職権主義をあらわす刑訴法の規定

職権証拠調べ(298II)、訴因変更命令(312II)

第2編 捜査

第1章 捜査の意義・原則

1 捜査の意義

→捜査とは、犯罪の証拠を収集し、被疑者の身柄を確保することをいう。○

2 任意捜査の原則と強制処分法定主義

→197条は「捜査はその目的を達成するために必要な取調べをすることができる。但し、強制処分は、この法律に特別の定めがある場合でなければ、これを行うことができない。」と規定する。

・197条本文及び但書は、次の3つの原則・主義をあらわしたものである。

- ① 捜査の中でも人権侵害のおそれが比較的小さい任意捜査が原則で、人権侵害のおそれが大きい強制処分が例外であるという**任意捜査の原則** ●
- ② 強制処分は、個人の重要な権利利益を侵害するものであることに鑑み、法律の特別の定めがある場合に限りすることができるという**強制処分法定主義** ●
- ③ 任意捜査、強制捜査を問わず、捜査の手段方法は、その必要性に見合う相当なものでなければならないという**捜査比例の原則（警察比例の原則）** ●

3 令状主義と強制処分

→強制処分は、個人の重要な権利利益を侵害する処分であることに鑑みて、捜査機関の恣意的な処分を排除しなければならない。そこで、強制処分に司法的コントロールを及ぼし、強制処分は原則として裁判官が発する令状がなければできないという**令状主義**の原則が憲法上要求されている（憲法 33, 35）。●

- ・強制処分は法律の規定によらなければならないとする**強制処分法定主義**と、強制処分をするには裁判官が発する令状によらなければならないとする**令状主義**による歯止めがかけられている。
- ・憲法は、**令状主義の例外**として、無令状逮捕である現行犯逮捕や、無令状搜索差押えである逮捕の現場での搜索差押えを一定の要件のもとで許容している。

4 強制処分の意義

(1) 意義

→かつては逮捕、勾留、搜索、差押え等、物理的な強制力を加える場合（直接強制）が強制処分に当たると解されていた。**しかし**、現代社会では写真撮影や科学的捜査等、物理的な強制力を加える場合（直接強制）に当たらない新たな捜査方法によって個人の意思（黙示の意思をも含む）に反してプライバシーなど個人の重要な権利・利益を侵害することがあり、このような捜査にも強制処分法定主義や令状主義による規制をかける必要がでてきた。そこで、強制処分の意義を、個人の意思に反して、個人の重要な権利・利益を侵害する処分と定義付けるのが現在の通説である。当該事案における捜査行為が個人の意思に反するかは、明示の意思だけでなく推定的意思に反するかという観点からも判断する。○

〔論証例〕 強制処分の意義

科学技術が発達した現代においては、逮捕勾留、搜索差押え等の物理的強制力を加える捜査方法のみならず、新たな捜査手法によりプライバシー権等の個人の重要な権利利益を侵害されるようになってきているところ、このような捜査にも強制処分法定主義や令状主義からの歯止めをかける必要性がある。そこで、強制処分とは、個人の意思に反して、個人の重要な権利利益を侵害する処分をいうと考える。

・判例における強制処分の定義 ◇

強制処分とは、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とした判例がある（最決昭 51.3.16・呼気検査事件）。

- ・判例は強制処分の意義を、「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達成するものと捉えているといえる。身体、住居、財産等は代表的な個人の重要な権利・利益の例示であるので、ここにプライバシー権等の他の重要な権利・利益を含むものと解されている。

- ・強制処分と任意処分の区別を示した重要判例を紹介する。酒気帯び運転の嫌疑で取調室で取調べを受けている被告人が「マッチを取ってくる。」といいながら急に椅子から立ち上がって出入口の方へ小走りに行きかけたので、A巡査が、被告人が逃げ去るのではないかと思い、被告人の左斜め前に近寄り、「風船をやってからでいいではないか。」と**両手で被告人の左手首を掴んだ**行為の適法性が問題となった。次の最高裁の判旨は、強制処分と任意処分の区別基準、及び、有形力の行使と任意捜査の限界の判断枠組みを示したものとして重要な意義がある。

最高裁は、「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、緊急性などをも考慮したうえ、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」との**判断枠組み**を示した。

同最高裁は、その上で、「A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。」として**強制処分**の該当性を否定した上で、結論として、任意捜査の限界も超えていないとした。

注：任意捜査の限界の点については別項目に掲載。→第3章の2

- ・なお、判例は、昭和51年決定のような**有形力行使型の事例**では、「意思の制圧」の有無に着目しているが、**有形力行使型以外的事例**では、意思の制圧の有無を明示していない（**最決平 11.12.16**、**最決平 21.9.28**）。もっとも、判例は、**有形力行使型以外的事例**においても、捜査行為が推定的意思に反するかを当然の前提として判断していると解されているため、強制処分の意義を、相手方の意思に反する重要な法益侵害と解してよい。○

(2) エックス線による荷物の検査と強制処分

- ・強制処分と任意処分の区別が問題となった重要な判例を紹介する。

かねてから覚せい剤密売の嫌疑で大阪市内のA社（「本件会社」）に対して内偵捜査を進めていたが、本件会社関係者が東京の暴力団関係者から宅配便により覚せい剤を仕入れている疑いが生じたことから、警察官らは、同事務所に配達される予定の宅配便荷物のうち不審なものを借り出してその内容を把握する必要があると考え、宅配便の営業所の長に対し、協力を求めたところ、承諾が得られたので、平成16年5月6日から同年7月2日にかけて、5回にわたり、同事務所に配達される予定の宅配便荷物各1個を同営業所から借り受けた上、関西空港内大阪税関においてエックス線検査を行った。その結果、1回目の検査においては覚せい剤とおぼしき物は発見されなかったが、2回目以降の検査においては、いずれも、細かい固形物が均等に詰められている長方形の袋の射影が観察された（以下、これら5回の検査を「本件エックス線検査」という。）。警察官らは、本件エックス線検査について、荷送人や荷受人の承諾を得ていなかった。

最高裁は、本件エックス線検査が違法となるかにつき「前記の事実関係を前提に検討すると、本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、その射影によって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**に当たるものと解される。そして、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」とした（**最決平 21.9.28**）。

(3) GPSによる行動の把握

→捜査機関が、捜査対象者の自動車等にGPS（Global Positioning System・全地球測位システム）端末を設置して、対象者の移動状況等を把握することが強制処分当たり強制処分法定主義及び令状主義による規制を受けるかが**問題**となる。

この問題について、裁判例は、当該事例の具体的事実関係ごとに判断している状況である。おおまかにいえば、相手方の推定的意思に反するもので、プライバシー侵害の程度が重大なものであれば強制処分となり、GPSによる位置情報の把握は捜査官が五官の作用で事物の状態を認識する処分であるため検証許可状（検証令状）が必要となり、プライバシー侵害の程度が重大とまではいえないものであれば任意処分として許容され得るが、当該捜査の必要性、緊急性と、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を考慮して、具体的状況の下において相当と認められる限度において許容されると考えられている。●

- ・捜査機関が、平成25年5月23日から同年12月4日頃までの間、被告人やその関係者が使用していると疑われる複数の自動車やバイクに対し、令状の発付を受けることなく、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したことの適法性が問題となった事案がある。

本件の公判において、**検察官**は、本件GPS捜査は尾行等を機械的手段により補助するものに過ぎず任意捜査である**主張**したが、**大阪地裁**は、「尾行等に本件GPSを使用するということは、少なくとも失尾した際に対象車両の位置情報を取得してこれを探索、発見し、尾行等を続けることにはほかならず、失尾した際に位置情報を検索すれば、対象が公道にいるとは限らず、私有地、ラブホテル駐車場の場合同様、プライバシー保護の合理的期待が高い空間に所在する対象車両の位置情報を取得することが当然にあり得るといふべきである」などとして「本件GPS捜査は、その具体的内容を前提としても、目視のみによる捜査とは異質なものであって、尾行等の補助手段として任意捜査であると結論付けられるものではなく、かえって、内在的かつ必然的に、大きなプライバシー侵害を伴う捜査であったといふべきである」としている。結論として、同地裁は、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、強制処分に当たり、本件GPS捜査は、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いふべきで、検証許可状によることなく行われた本件GPS捜査は、無令状検証のそしりを免れず、違法であるとした（大阪地決平27.6.5）。○

・なお、平成27年大阪地裁決定の控訴審は、一般論として、「GPSの技術を用いた車両の位置探索捜査は、一般に、相手方の承諾なく車両やこれを使用する者の所在位置をある程度正確に把握することができ、GPS発信器が車両に装着されている限り、継続的な尾行・追跡が困難な場合、対象の所在位置の手がかりが全く存しなくなったような場合にも、ある程度即時にその位置情報が得られるものであって、実施方法等いかんによっては、対象者のプライバシー侵害につながる契機を含むものである」とした。○

同控訴審は、その上で、「[本件の] 方法によると、警察官が対象から離れた場所においても、相当容易にその位置情報を取得でき、本件では、車両によっては位置情報が取得された期間が比較的長期に及び、回数も甚だ多数に及んでおり、そのほか、P8株式会社では、サービス利用者が事前に登録した時間帯における対象の位置情報及びサービス利用者が検索取得した対象の位置情報が、過去1か月分及び当月分に限られるものの保存されており、警察官らは、このような位置履歴ファイルをパソコンにダウンロードして、対象の過去の位置（移動）情報を把握することが特に妨げられない状況にあったと認められるところであり、このような点に着目して、一審証拠決定がその結論において言うように、このようなGPS捜査が、対象車両使用者のプライバシーを大きく侵害するものとして強制処分に当たり、無令状でこれを行った点において違法と解する余地がないわけではない」とした。○

もっとも、同控訴審は、「本件GPS捜査の実施には令状が必要であったと解してみても、その発付の実体的要件は満たしていたと考え得るのであり（1審証拠決定も、本件GPS捜査は、相当程度の部分で検証許可状が発付された可能性が十分あったと思われる旨指摘している。）、そのほか、本件GPS捜査が行われていた頃までに、これを強制処分と解する司法判断が示されたり、定着したりしていたわけではなかったことをも併せ考えると、その実施に当たり、警察官らにおいて令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとまでは認め難いというべきである」ため、これにより取得した証拠に重大な違法はないとして証拠排除しなかった（**大阪高判平 28.3.2**）。

第2章 捜査の端緒

1 捜査の端緒の意義

→捜査機関は、「犯罪があると思料するとき」に捜査を開始する（189Ⅱ）。捜査機関が、犯罪があると思料するに至った理由を捜査の端緒という。何が捜査の端緒になるかについては特に制限はなく、例えば、職務質問、自動車検問、告訴、告発、検視、自首、新聞報道、たれ込み、など多様なものがある。○

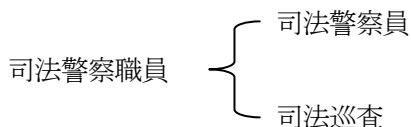
・司法警察活動と行政警察活動

捜査の端緒は治安の維持等を目的とする行政警察活動に属するが、司法警察活動（犯罪の捜査活動）と同様の人権侵害がなされる危険がある。そこで、行政警察活動にも任意捜査と同様、比例原則から歯止めをかける必要があり、行政警察活動は、その必要性、緊急性を考慮した上で、具体的状況のもとで相当といえる限度で許容される。○

・用語：警察官の種類

司法警察職員は、警察官などの一般司法警察職員と、麻薬取締官などの特別司法警察職員に区別される。刑事訴訟法上では単に「司法警察職員」と規定されている（218Ⅰなどを参照）。

一般司法警察職員（以下「司法警察職員」）は、司法警察員と司法巡査とに区別される。**司法警察員**は特定の犯罪の捜査という司法警察活動を任務とし、**司法巡査**はパトロールや立ち番などの犯罪の予防その他特定の犯罪の捜査以外の活動である行政警察活動をすることを主な任務としている。



- ・司法警察員にのみ認められて司法巡査には認められない権限がある。

例：捜索差押許可状の発付の請求→司法警察員（218Ⅳ）

通常逮捕状の請求→司法警察員（指定警部以上）（199Ⅱ）

2 職務質問

(1) 意義

→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 2 I）。本項にあたる事由を**不審事由**ということがある。不審事由がないのになされた職務質問は違法になる。

○

・職務質問は、特定の犯罪の発生を必ずしも要件としていないため、特定の犯罪を対象とする捜査活動とは区別して理解しておく。ただし、職務質問と捜査活動の区切れ目は実際上は明確ではない。職務質問の結果、特定の犯罪の嫌疑が生じ、その嫌疑について質問を続けることは捜査活動となる。

・職務質問のための任意同行

職務質問をする際に、その場で質問すると本人に不利であり又は交通の妨害になると認められる場合との要件を満たすときは、職務質問をするために付近の警察署等に任意に同行を求めることができる（警職法 2 II）。職務質問や職務質問のための任意同行はあくまでも任意のものでなければならず強要されることはない（警職法 2 III）。○

・警察官が、覚せい剤常用者特有の顔つきのAを発見し職務質問をするために声をかけたところ、Aが返答せず反転して逃げ出したため、警察官4人で追いかけて暴れるAを取り押さえた。その後、警察署への任意同行を拒むAが、片手をパトカーの屋根上に、片手をドアガラスの上に置き、突っ張るような状態で乗車を拒むので、説得したところ、Aは、渋々ながら手の力を抜いて後部座席に自ら乗車したため警察署に同行したという事案で、警察署へのAの同行は、Aが渋々ながら手の力を抜いて後部座席に自ら乗車した点をいかに解しても、その前後のAの抵抗状況に徴すれば、同行について承諾があったものとは認められないとして、任意同行を違法とした（最決昭 63. 9. 16）。○

(2) 職務質問のための停止を求める行為と有形力の行使の限界

→職務質問のための停止を求める際の有形力の行使の限界をどのように解すべきかが**問題**となる。

職務質問は強要されるものであってはならないので（警職 2Ⅲ），停止を求めるために強制の手段を用いることはできないが，職務質問の実効性を確保するためにある程度の有形力の行使を認めざるを得ない。そこで，警察比例の原則から，職務質問のために停止を求める際の有形力の行使は，必要かつ相当なものといえる限度のものであれば許容されると解されている。●

- ・判例も，警職法 2 条 1 項に基づく職務質問のために停止させる方法は，必要かつ相当な行為であれば適法になると解している（**最決昭 53.9.22，最決平 6.9.16** 等）。これは，後掲の任意捜査の有形力の行使の限界についての判例の判断枠組みと同じ趣旨で警察比例の原則をあらわしたものと解されている。
- ・警察官が，職務質問中に逃げ出した者を追跡して追いついたところを「どうして逃げるのか。」と言いながらその者の背後からその者の腕に手をかけて停止させた行為を適法とした原審の判断を是認した判例がある（**最決昭 29.7.15**）。○
- ・交通取締中の警察官が，赤色信号を無視して交差点に侵入した X の自動車を停車させたら，X が酒臭かったため酒気の検知に応じるよう説得したところ，X は，反抗的な態度を示してエンジンのかかっていた自動車のギアを操作して発進させようとしたので，警察官が，運転席の窓から手を差し入れ，エンジンキーを回転してスイッチを切って運転を制止した行為にき，警職法 2 条 1 項の職務質問を行うための停止させる方法として必要かつ相当な行為であるとした判例がある（**最決昭 53.9.22**）。○

(3) 職務質問の現場での留め置きの限界

ア 意義

→職務質問の結果、覚せい剤使用の嫌疑が濃厚となった場合に、捜査官は、強制採尿令状を裁判官に請求して、その令状の発付を得て令状を執行するという手法が捜査実務では採られている。このような場合、令状の発付を受けて執行するまでの間、令状がないまま被疑者を職務質問の現場に留め置くことの適法性が問題となる。なお、遅くとも捜査官が令状請求をした時点では、行政警察活動としての職務質問は、法的には、特定の犯罪の捜査という司法警察活動に切り替わっている。

関連問題：H28 司法論文第2 問設問1

- 判例には、留め置きの適法性が問題となる事例について実質逮捕の該当性の議論を省略して任意捜査の限界の問題として適法性を判断するものが少なくない（**最決平 6.9.16** 等）。しかし、この問題を刑訴法の体系に則して整理すると、留め置きは、身体の自由や移動の自由を制限する点で逮捕と同様の性質を有する処分といえることから、まずは留め置きが強制処分としての**実質逮捕**に当たるかどうかを**検討**することが必要となる。留め置きが実質逮捕に当たると判断されるときは、無令状による逮捕として違法となる。**一方**、実質逮捕に当たらないと判断された場合は、さらに**任意捜査の限界**の問題として適法性を**検討**していくことになる。○
- 職務質問に引き続く現場での留め置きが**実質逮捕**に当たるかは、留め置きの**時間**、留め置きの**態様**、被疑者の**態度**などの考慮要素から、被疑者の意思に反して、重要な権利利益である**身体の自由・移動の自由が侵害された**といえるかを判断する。●
- 判例は、職務質問の現場での留め置きが**任意捜査の限界**を逸脱するかについて、**嫌疑の程度**、**留め置きの時間**、**留め置きの態様**、**被疑者の態度**などを考慮要素として総合的に判断する傾向にある（**最決平 6.9.16**、東京高判平 19.9.18、東京高判平 22.11.8、東京高判平 26.12.18 等）。●

イ 判例

- ・職務質問の現場に覚せい剤使用の嫌疑がある被疑者を約6時間半以上、留め置いた措置について、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した判例を紹介する。この判例の事案では、職務質問のための停止を求める行為についての有形力の行使の適法性と、その後の留め置きの適法性が問題となった。

まず、**有形力の行使の適法性**について、**最高裁**は、駐在所に意味不明の電話をかけてきた覚せい剤使用の疑いがあるAの自動車を停止させて、警察車両2台をA車の前後に停車した上で、積雪で路面が滑りやすい状況の中で、Aが自動車を発進するのを阻止するために警察官が自動車の窓から手を入れてエンジンキーを抜き取った行為の適法性について、「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」として適法とした。

次に、留め置きの適法性について、同最高裁は、**その後**、警察無線でAに覚せい剤取締法違反の前科が4犯あることが判明し、強制採尿令状の発付を請求して執行するまで、その場に約6時間半以上もAを留め置いた措置は、当初は適法であることや、Aの覚せい剤使用の嫌疑が濃厚であったことを考慮しても、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、A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、留め置きを**違法**とした。(最決平6.9.16)。○

- ・学説は、平成6年決定に対して、移動の自由を長時間にわたり奪ったという人身の自由の制約があるのであれば、意思の制圧と重大な法益侵害の両方の側面において強制処分(実質逮捕)に当たるといふべきであるとの批判をしている。○
- ・なお、留め置きの適法性を判断するにあたり、純粹に任意捜査として行われている段階と、警察官が被疑事実の嫌疑が高いと判断して強制採尿令状などの令状請求の準備に取り掛かった段階とを区別して、後者の段階の方が留め置きの適法性が広く認められるとする見解がある(二分論・

東京高判平 22.11.8)。しかし、警察官による嫌疑の判断時点を境界として留め置きの適法性に違いが生じることは説得力のある立論とはいえないとの批判がされている（東京高判平 26.12.28）。現在は二分論は一般的な見解とはなっていない。

*最決平 6.9.16 職務質問のための停止させる行為の適法性、留め置きの適法性
〔決旨〕

（事実の概要 省略）以上の経過に即して被告人の尿の鑑定書の証拠能力について検討する。

- 1 本件における強制採尿手続は、被告人を本件現場に6時間半以上にわたって留め置き、職務質問を継続した上で行われているのであるから、その適法性については、それに先行する右一連の手続の違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断する必要がある。
- 2 そこで、まず、被告人に対する職務質問及びその現場への留め置きという一連の手続の違法の有無についてみる。
 - (1) 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。
 - (2) これに対し、その後被告人の身体に対する捜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。
 - (3) しかし、右職務質問の過程においては、警察官が行使した有形力は、エンジンキーを取り上げてこれを返還せず、あるいは、エンジンキーを持った被告人が車に乗り込むのを阻止した程度であって、さほど強いものでなく、被告人に運転させないため必要最小限度の範囲にとどまるものといえる。また、路面が積雪により滑りやすく、被告人自身、覚せい剤中毒をうかがわせる異常な言動を繰り返していたのに、被告人があくまで警越自動車道でf方面に向かおうとしていたのであるから、任意捜査の面だけでなく、交通危険の防止という交通警察の面からも、被告人の運転を阻止する必要性が高かったというべきである。しかも、被告人が、自ら運転することに固執して、他の方法による任意同行をかたくなに拒否するという態度を取り続けたことを考慮すると、結果的に警察官による説得が長時間に及んだのもやむを得なかった面があるといえることができ、右のような状況からみて、警察官に当初から違法な留め置きをする意図があったものとは認められない。これら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。

(4) 所持品検査

ア 法的根拠

→警察官が職務質問の際に、相手方の所持品の開示を要求することがある。所持品検査については、明文がないが、法律による行政の原理から法的根拠が必要である。

この点について、最高裁は、所持品検査は、職務質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるのに必要かつ有効なものであることから、職務質問に付随する行為として警職法2条1項を根拠に許容されるとしている（**最判昭 53.6.20**・米子銀行強盗事件）。●

イ 所持品検査の限界

→所持品検査は本人の承諾を得て行うのが原則である。もっとも、承諾がない場合でも、所持品検査の実効性を確保するために、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、必要性、緊急性を考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度で許容されると解されている（**最判昭 53.6.20**・米子銀行強盗事件）。●

- ・所持品検査の態様につき相手方のプライバシーの利益の侵害が小さいものから並べると、①所持品を外部から観察し所持品について質問する行為、②相手方に内容物の開示を要求する行為、③相手方の衣服や携帯品の外部に手を触れて検査する行為、④相手方の衣服の内側やポケットの内部に手を入れて検査をしたり、鞆を開けて中身を取り出して検査をしたりする行為などがある。○

上記①と②は職務質問の一態様として適法であることは争いが無い。適法性が問題となるのは③と④である。

- 判例の判断枠組みからすると、前記④〔相手方の衣服の内側やポケットに手を入れて検査をしたり、鞆を開けて中身を取り出して検査をしたりする行為〕については捜索に至る行為として違法といえる。この点について、警察官が、覚せい剤を所持していると疑われる被告人の承諾なく、被告人の上着の内ポケットに手を入れて、中にあったり紙の包みや注射器を取り出した行為について、所持品検査の適法性に関する米子銀行事件の最高裁が示した判断枠組みに則して、「B巡査が被告人に対し、被告人の上衣左側内ポケットの所持品の提示を要求した段階においては、被告人に覚せい剤の使用ないし所持の容疑がかなり濃厚に認められ、また、同巡査らの職務質問に妨害が入りかねない状況もあったから、右所持品を検査する必要性ないし緊急性はこれを肯認しうるところであるが、被告人の承諾がないのに、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うえ検査した同巡査の行為は、一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において捜索に類するものであるから、上記のような本件の具体的な状況のもとにおいては、相当な行為とは認めがたいところであって、職務質問に附随する所持品検査の許容限度を逸脱したもの」として、違法であるとした判例がある（**最判昭 53.9.7**）。

なお、この判例は、最高裁として初めて違法収集証拠排除法則の判断枠組みを示したものとして有名である。最高裁は、本件の事案では、警察官による前記行為は所持品検査の限界を超えて違法であるとしつつも、その違法の程度が重大ではないとして前記ちり紙に包まれていた覚せい剤の証拠能力を否定しなかった。

- 前記③と④の中間的な形態として、猟銃と登山ナイフを所持した4人組による銀行強盗事件発生の通報を受け、緊急配備についていた警察官が、通りかかった乗用車を停止させたところ手配人相に似た被告人らが乗車していたので、職務質問を開始したところ、被告人らが携行していたボーリングバッグとアタッシュケースの中身を問い、開披するよう再三説得したが、被告人らは黙秘し開披の要求にも応じなかったため、被告人らの承諾がないままボーリングバッグのチャックをあけて中を一べつした行為が、職務質問に付随する所持品検査として適法であるとした判例がある（**最判昭 53.6.20**・米子銀行強盗事件）。○

本件の警察官の所持品検査の態様については、強制の度合い小さいものといえないが、職務質問を受けた被告人ら2名の人相が手配人相と似ていたことや、本件が猟銃や登山ナイフを用いた銀行強盗という重大事件で、被疑者が犯人だとすると猟銃や登山ナイフを所持している可能性が高かったことなどの具体的事実関係からすると、本件所持品検査の必要性と緊急性が極めて高かったため、なお相当な行為と評価されたものと考えられる。

[判旨]

1 所持品検査の適法性

所論のうち憲法31条、35条1項違反をいう点は、Aの明示の意思に反してポーリングバッグを開披したB巡査長の行為を職務質問附随行為として適法であるとした原判決の判断は、警察官職務執行法（以下「警職法」という。）2条1項の解釈を誤り、ひいて憲法35条1項に違反し、違法収集証拠を本件の証拠とした点において憲法31条に違反する、というのである。

- 一 原判決の認定した事実及び原判決の是認した第一審判決の認定した事実によれば、本件の経過は次のとおりである。（一）岡山県総社警察署巡査部長Cは、昭和46年7月23日午後2時過ぎ、同県警察本部指令室からの無線により、米子市内において猟銃とナイフを所持した4人組による銀行強盗事件が発生し、犯人は銀行から600万円余を強奪して逃走中であることを知った、（二）同日午後10時30分ころ、二人の学生風の男が同県吉備郡a町b附近をうろついていたという情報がもたらされ、これを受けたC巡査部長は、同日午後11時ころから、同署員のB巡査長ら4名を指揮して、総社市cのD営業所前の国道三叉路において緊急配備につき検問を行った、（三）翌24日午前零時ころ、タクシーの運転手から、「E線F駅附近で若い二人連れの男から乗車を求められたが乗せなかった。後続の白い車に乗ったかも知れない。」という通報があり、間もなく同日午前零時10分ころ、その方向から来た白い乗用車に運転者のほか手配人相のうちの二人に似た若い男が二人（被告人とA）乗っていたので、職務質問を始めたが、その乗用車の後部座席にアタッシュケースとポーリングバッグがあった、（四）右運転者の供述から被告人とAとを前記F駅附近で乗せ倉敷に向う途中であることがわかったが、被告人とAとは職務質問に対し黙秘したので容疑を深めた警察官らは、前記営業所内の事務所を借り受け、両名を強く促して下車させ事務所内に連れて行き、住所、氏名を質問したが返答を拒まれたので、持っていたポーリングバッグとアタッシュケースの開披を求めたが、両名にこれを拒否され、その後30分くらい、警察官らは両名に対し繰り返し右バッグとケースの開披を要求し、両名はこれを拒み続けるという状況が続いた、（五）同日午前零時45分ころ、容疑を一層深めた警察官らは、継続して質問を続ける必要があると判断し、被告人については3人くらいの警察官が取り囲み、Aについては数人の警察官が引張るようにして右事務所を連れ出し、警察用自動車に乗車させてG警察署に同行したうえ、同署において、引き続き、C巡査部長らが被告人を質問し、B巡査長らがAを質問したが、両名は依然として黙秘を続けた、（六）B巡査長は、右質問の過程で、Aに対してポーリングバッグとアタッシュケースを開けるよう何回も求めたが、Aがこれを拒み続けたので、同日午前1時40分ころ、Aの承諾のないまま、その場にあったポーリングバッグのチャックを開けると大量の紙幣が無造作にはいつているのが見え、引き続きアタッシュケースを開けようとしたが鍵の部分が開かず、ドライバーを差し込んで右部分をかじ開けると中に大量の紙幣がはいっており、被害銀行の帯封のしてある札束も見えた、（七）そこで、B巡査長はAを強盗被疑事件で緊急逮捕し、その場でポーリングバック、アタッシュケース、帯封1枚、現金等を差し押えた、（八）C巡査部長は、大量の札束が発見されたことの連絡を受け、職務質問中の被告人を同じく強盗被疑事件で緊急逮捕した、というのである。

二 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、**捜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。もっとも、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、所持品について捜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、捜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。

三 これを本件についてみると、所論のB巡查長の行為は、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A及び被告人の両名が、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とした原判決の判断は正当である。

【以下の判旨はアタッシュケースをこじ開けた行為の適法性～逮捕の現場での無令状捜索差押え】

2 アタッシュケース及びその在中物の証拠能力

所論のうち憲法31条、35条1項違反をいう点は、アタッシュケースをこじ開けた前記B巡查長の行為を警職法に違反するものと認めながら、アタッシュケース及び在中の帯封の証拠能力を認めた原判決の判断は、上記憲法の規定に違反する、というのである。しかし、前記ボーリングバッグの適法な開披によりすでにA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、A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捜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ない。

第3章 任意捜査の種類

1 意義

→任意捜査と強制捜査の区別は前に説明した。ここでは様々な態様の任意捜査の適法性について学習する。

2 任意捜査の際の有形力の行使の限界

→前に説明した呼気検査事件において、**最高裁**は、「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**などをも考慮したうえ、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」との**判断枠組み**を示した。●

同最高裁は、その上で、「A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。」として**強制処分**の該当性を否定した。

また、同最高裁は、「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とはできず、公務の適法性を否定することができない」として**任意捜査**としても適法とした（**最決昭 51.3.16**・呼気検査事件）。

3 任意同行と任意の取調べ（在宅被疑者の任意同行と取調べ）

(1) 意義

→捜査機関は、犯罪の捜査のため必要があるときは、身柄を拘束されていない在宅被疑者に対して警察署への任意の出頭や同行を求めて（任意出頭・任意同行）、任意の取調べをすることができる（在宅被疑者の取調べ）。**但し**、在宅被疑者は、出頭を拒むことができ、出頭後もいつでも退去できる（198 I 参照）。ここでは、逮捕・勾留されていない在宅被疑者の任意同行や任意の取調べの限界について学習する。

○

- ・なお、ここで学習することは、違法な任意同行の後の逮捕に続く勾留請求の可否の問題に発展する。また、違法な任意同行の後の取調べにより得られた自白の証拠能力（自白の任意性、違法収集証拠）の問題にも発展する。これらの問題は別項目で説明する。○

注：身柄拘束中の被疑者の取調べは後で別の項目で説明する。

(2) 任意同行及び任意の取調べと称する実質逮捕

→捜査のために被疑者を警察署に任意同行することは、強制処分たる逮捕と異なり、被疑者が全くの任意に協力するものでなければならない。任意同行後の取調べについても同様である。もっとも、同行の態様から強制的程度が強く、任意同行と称して被疑者の自由意思を奪って強制的に警察署に連行したり、連行した後に被疑者の自由意思を奪って取調べをしたりしたといえるときは、無令状の実質逮捕と評価されうる。

- ・ **違法な任意同行とそれに引き続く取調べの実質逮捕**の問題については次のとおり考えていく。まず、同行や同行後の取調べのための留め置きが、もはや任意のものとはいえず、同行あるいは警察署での身柄の留め置きが**実質的には逮捕**に当たると評価されれば無令状による**違法な身柄拘束**となる。捜査機関の上記行為が**実質逮捕**に当たるとかの**判断**は、①同行を求めた時刻場所、②同行の具体的態様、③被疑者の態度、④同行後の看視（監視）の状況等の諸般の事情から、被疑者の自由意思によらない身柄拘束であると評価できるかによって決する。●

注：①～④の各考慮要素の使い方は次のとおりである。

① 同行を求めた時刻場所 ○

同行を求めたのが早朝や深夜のように通常は人が外出しない時間帯だと、同行が意思に反して強制されたと評価しうる事情の1つとなる。同行を求めた場所が、被疑者の職場であるなど、被疑者が警察から事情を聞かれている姿をその場に居る他人に見られたくないと思われる場所だと同行が意思に反して強制されたと評価しうる事情の1つとなる。

② 同行の具体的態様 ○

同行を求める際に警察官の人数が多かったり、同行を求める際の警察官の口調が脅迫的であったり、同行を求める際に有形力を行使するなどした場合は、その程度にもよるが同行が意思に反して強制されたと評価しうる事情の1つとなる。

③ 被疑者の態度 ○

被疑者が自由な意思で任意同行に応じたり、同行後の取調べに協力したりしたといえるような態度を示していたかどうかを具体的事案から判断する。

④ 同行後の看視（監視）の状況等 ○

例えば、取調べの休憩時間や被疑者がトイレに行く際も警察官が被疑者を看視している事実があるなど、警察署に同行した後の被疑者に対する看視状況から実質的に身柄を拘束されているといえれば、同行後に被疑者が警察署にとどまっていることは被疑者の任意の意思によるものでないことが疑われる。

なお、同行の際には何の強制もなさそうな事案では、④の要素を中心に任意同行後の警察署への留め置きが被疑者の任意の意思ではなく、その同行が強制されたものといえるかどうかを判断する。そして、その同行が強制されたものと判断されれば、当該留め置きを実質逮捕と評価することになる。

・任意同行が違法な実質逮捕と判断された裁判例を紹介する。警察官らが、被告人が同意するなら飯山署に同行しようと考えて、被告人の意向を確かめたところ、被告人としては同行を承諾する意思はなかったが、なかば自暴自棄になり勝手にしろといった調子で「どこにでも行ってよい」などと述べたところ、同警部補は被告人が同行を承諾したものと考え、覆面パトカーの後部座席中央に被告人を乗せ、その両側にI部長とJ警部補が被告人を挟むようにして乗り、前部には運転者のほか助手席にD部長が乗り、合計五名の警察官が同乗して同所を出発し警察署に同行した行為は、被告人が始めに「どこにでも行ってよい」旨述べたとはいえ、その場所〔駐在所から警察署に同項〕・方法・態様・時刻〔午後10時30分頃〕・同行後の状況等からして、逮捕と同一視できる程度の強制力を加えられていたもので、実質的には逮捕行為にあたる違法なものとした裁判例がある（東京高判昭54.8.14）。○

・上記昭和54年東京高判の事案と異なり、午前7時15分頃に被疑者宅前で求めて実施した任意同行について、任意同行それ自体は違法とはされなかったが、任意同行後の取調べが実質逮捕として違法になると判断された事案がある。

富山地裁は、「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べは、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時ころからの取調べは夜間にはいり、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べは、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、任意の取調べであるとすると他の特段の事情の認められない限り、任意の取調べ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時以降の取調べ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」とした（富山地決昭54.7.26）。○

・昭和58年東京高判及び昭和54年富山地決は、後掲の「任意同行が違法な場合の逮捕後の勾留請求の許否」が問題となった事案である。この点については、逮捕・勾留の項目で学習する。

(3) 在宅被疑者の宿泊を伴う取調べ

→任意同行後の取調べをした上で、翌日以降の取り調べに被疑者の出頭を確保するために、捜査機関が、被疑者を警察署の近くのホテルに宿泊させた上で翌日以降も取調べをすることの適法性が問題となる。

最高裁は、任意同行後の宿泊を伴う在宅被疑者の取調べの適法性の**判断枠組み**を次のとおり示した。まず、警察署に任意の出頭や同行を求めた後の在宅被疑者の任意の取調べは、まずもって実質逮捕など強制手段によることはできない〔第1段階の判断〕。**次に、強制手段に至らず任意捜査にとどまるものであっても、任意捜査の原則からの歯止めをかける必要性がある。**そこで、在宅被疑者の取調べは、①事案の性質、②容疑の程度、③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**〔第2段階の判断〕（**最決昭 59.2.29・高輪グリーンマンション殺人事件**）。●

関連問題：H26 司法論文刑事系第2問設問1

・強制手段の該当性の判断（第1段階の判断） ○

第1段階の判断として、前日に被疑者を宿泊施設に宿泊させた上で取調べを行ったことが、**強制手段**を用いた取調べと**評価**されるのか否かにつき、宿泊に至った経緯、費用負担、警察による監視の有無、翌日の出頭経緯及び取調べ状況等を具体的に指摘しつつ、それらが被疑者の意思を制圧するに至っているか、被疑者の行動の自由を侵害しているかという観点から評価することが求められる（H26 司法論文の出題の趣旨と同旨）。

・相当性の判断（第2段階目の判断） ○

取調べが強制手段を用いたものではないとの結論に至った場合には、**第2段階の判断**として、**任意捜査としての相当性**を欠くか否かについて検討することになり、前記判例の例示も踏まえ、事案の性質、被疑者に対する容疑の程度、被疑者の態度等につき具体的事情を適切に抽出・評価する必要がある。**相当性の判断**においては、これら具体的事情を漫然と並べて判断するのではなく、自らの立場により、**捜査の必要性と甲の被侵害利益（意思決定の自由や行動の自由等）との権衡**を失っていないか、あるいは、社会通念上、捜査機関に許されている任意処分の限度を超えていないか等の視点を定め、それに即した検討が望まれる。**なお、第2段階の相当性の判断においても、宿泊を伴うことは判断要素の一つとなる。****第1段階**においては、強制手段を用いることになっていないか、すなわち被疑者の意思決定の自由及び行動の自由を侵害していないかという視点から検討したのに対し、**第2段階**においては、強制手段による取調べには当たらないことを前提に、**任意捜査としての相当性を欠くか否かという視点から検討**するのであり、**検討の視点が異なる以上、**両者を混同することなく、**段階を追った検討**が求められる（H26司法論文の出題の趣旨と同旨）。

・任意捜査の適法性判断（第2段階目の審査）の考慮要素①②

～事案の性質，容疑の程度 ○

事案が重大事件で，被疑者が犯人であることの容疑が強い場合は，被疑者を取り調べる必要性，緊急性が高まり，そのこととの関係で，軽微事件や容疑が低い被疑者に対する取調べと比べると，長時間の取調べも相当なものと判断されやすくなる。

・任意捜査の適法性判断の考慮要素③ ～被疑者の態度 ○

被疑者が退出の申し出をした事実の有無や，その申し出をしていなくても，退出の意思があったと推測させる事実の有無に着目して，そのような事実があるといえるときは，任意の取調べとして許容される範囲を超えていないと判断することは難しくなる。

- ・高輪グリーンマンション殺人事件における**最高裁**は，前記判断枠組みに則して本件の事実関係を次のとおり検討した。「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，第一日目の夜は，捜査官が同宿し被告人の挙動を直接監視し，第二日目以降も，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被告人の動静を監視しており，高輪警察署との往復には，警察の自動車が使用され，捜査官が同乗して送り迎えがなされているほか，最初の三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，被告人は，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い難い。しかしながら，他面，被告人は，右初日の宿泊については前記のような答申書【注：被告人の申出により被告人が作成した高輪警察署長宛の「私は高輪警察署でDさんをころした事について申し上げましたが，明日，さらにくわしく説明致します。今日は私としても寮に帰るのはいやなのでどこかの旅館に泊めて致だきたいと思います。」と記載した答申書】を差し出しており，また，記録上，右の間に被告人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跡はなく，捜査官らが，取調べを強行し，被告人の退去，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，**被告人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のである。」

同最高裁は、その上で、本件の取調べは、「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、被告人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、速やかに被告人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。」として適法とした（**最決昭 59.2.29**・高輪グリーンマンション殺人事件）。○

*最決昭 59.2.29 4泊5日の宿泊を伴う取調べ ～高輪グリーンマンション殺人事件

[決旨]

- 1 省略〔事実関係〕
- 2 右のような事実関係のもとにおいて、昭和52年6月7日に被告人を高輪警察署に任意同行して以降同月11日に至る間の被告人に対する取調べは、刑法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」（最高裁昭和50年（あ）第146号同51年3月16日第三小法廷決定参照）を用いることが許されないという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様態及び限度において、許容されるものと解すべきである。
- 3 これを本件についてみるに、まず、被告人に対する当初の任意同行については、捜査の進展状況からみて被告人に対する容疑が強まっており、事案の性質、重大性等にもかんがみると、その段階で直接被告人から事情を聴き弁解を徴する必要性があったことは明らかであり、任意同行の手段・方法等の点において相当性を欠くところがあったものとは認め難く、また、右任意動向に引き続くその後の被告人に対する取調べ自体については、その際に暴行、脅迫等被告人の供述の任意性に影響を及ぼすべき事跡があったものとは認め難い。
- 4 しかし、被告人を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、前後5日間にわたって被疑者としての取調べを続行した点については、原判事のように、右の間被告人が単に「警察の庇護ないしゆるやかな監視のもとに置かれていたものと見ることができる」というような状況にあったにすぎないものといえるか、疑問の余地がある。すなわち、被告人を右のように宿泊させたことについては、被告人の住居たるC荘は高輪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、捜査官が同宿し被告人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被告人の動静を監視しており、高輪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、被告人は、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い難い。

しかしながら、他面、被告人は、右初日の宿泊については前記のような答申書【注：被告人の申出により被告人が作成した高輪警察署長宛の「私は高輪警察署でDさんをごりした事について申し上げましたが、明日、さらにくわしく説明致します。今日は私としても寮に帰るのはいやなのでどこかの旅館に泊めて致したいと思います。」と記載した答申書】を差し出しており、また、記録上、右の間に被告人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跡はなく、捜査官らが、取調べを強行し、被告人の退去、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、被告人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のである。

- 5 被告人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い難いところがあるものの、被告人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、速やかに被告人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。
- 6 したがって、右任意取調べの過程で作成された被告人の答申書、司法警察員に対する供述調書中の自白については、記録上他に特段の任意性を疑うべき事情も認め難いのであるから、その任意性を肯定し、証拠能力があるものとした第一審判決を是認した原判断は、結論において相当である。

(4) 在宅被疑者の任意同行後の徹夜での22時間もの取調べ

→在宅被疑者について午前11時過ぎ頃の任意同行後、翌日午後9時頃まで徹夜で22時間の取調べをして犯行を自白させた事案で、**最高裁**は、昭和59年判例高輪グリーンマンション殺人事件)の判旨を参照して、任意の取調べの適法性の**判断枠組み**につき「昭和58年2月1日午後11時過ぎに被告人を平塚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日決定**参照。）」とした上で、**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い**とした。

同最高裁は、その上で、警察官は、本件取調べの冒頭、被告人から**進んで取調べを願う旨の承諾**を得ていた事実や、被告人が**取調べを拒否して帰宅しよう**したり、**休息させてほしいと申し出た形跡はない**などの事情に加え、**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ない**として本件取調べを適法とした（**最決平元.7.4**）。

4 写真撮影・ビデオ撮影

(1) 意義

→写真撮影については、刑法218条3項が、身体の拘束を受けている被疑者を写真撮影することは、被疑者を裸にしない限り、令状によることを要しないと規定するのみで、それ以外の写真撮影について明文で規定していない。そこで、犯罪捜査のための同条同項以外の写真撮影の適法性をいかに解するかが問題となる。

捜査のための写真撮影は、捜査官が五官の作用で事物の状態を認識する処分であることから、その法的性格は検証としての性質を有するものと解されている。そして、住居内での写真撮影など憲法13条が保障する個人のプライバシーの中でも要保護性が高い権利を侵害するものは重要な権利利益を侵害するものとして強制処分に当たり、検証許可状が要求されるものとなる。一方、公道上など不特定多数人の目に付く場所での写真撮影は、要保護性の程度がそれほど高くないプライバシーの権利〔判例：憲法13条が保障する個人の私生活上の自由の1つとしてのみだりに容ぼう等を撮影されない自由〕を侵害することにはなるが、住居内での写真撮影で害されるような要保護性の程度が高いプライバシーの権利までは害されないため、重要な権利利益を侵害するものとははいえず任意処分にとどまる。もつとも、任意捜査の限界による歯止めがかかる。○

・**最高裁**は、警察官によるデモ行進の状況を公道上で写真撮影した行為の適法性について、それが任意処分であることを前提に、①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、②証拠保全の必要性および緊急性があり、③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は適法であるとの判断枠組みを示した。また、同最高裁は、このような要件を満たす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13条、35条に違反しない〔適法である〕とも判示している。●

同最高裁は、その上で、上記判断枠組みに則して、本写真撮影は、現に犯罪が行なわれていると認められる場合になされたものであって、しかも多数の者が参加し刻々と状況が変化する集団行動の性質からいって、証拠保全の必要性および緊急性が認められ、その方法も一般的に許容される限度をこえない相当なものであるとして本件の写真撮影を適法とした（**最大判昭 44.12.24・京都府学連事件**）。

- ・京都府学連事件の上記①の現行犯性の要件は、当該事案における写真撮影の必要性と緊急性に関する要件を示したものに過ぎず、絶対的な要件ではないと解されている。後の最高裁もこのことを述べている（**最決平 20.4.15**）。○
- ・補足：公道上の写真撮影の強制処分の該当性については、公道のような不特定多数人の目につく場所では個人の容貌等に対するプライバシー権の要保護性は相当程度に弱まっているといえるため、警察官が、公道上で個人の容貌等を写真撮影することは、プライバシー侵害が認められるとしても、その程度は重大なものとはいえず、重要な権利利益の侵害をする強制処分には当たらないと解することができる。そうすると、警察官が、公道上で個人の容貌等を写真撮影することは任意捜査ということになるが、任意捜査も人権侵害のおそれがあり無制限に許容することはできないため、その許容性を判断する必要がある。任意捜査の限界は、当該捜査の必要性、緊急性を考慮して、具体的状況のもとにおいて相当な方法といえるかという一般的な判断枠組みで判断することも不可能ではないが、判例は、写真撮影という事案に即して具体的に任意捜査の限界を判断するために、上記のような判断枠組みを構築したものだと考えられる。

なお、本判例は、当該写真撮影が強制処分なのか任意処分なのかには触れず、任意処分としての適法要件を示しているが、**論文試験**で写真撮影の適法性を論じるときは、まず、当該捜査が強制処分に該当するかどうかに軽く触れておく必要がある。仮に、当該捜査がプライバシー権侵害など個人の重要な権利利益を侵害するものとして強制処分に該当するのであれば、当該捜査をするには裁判官の司法審査を経た令状（検証許可状）が必要になり、その令状なくしてなされた捜査は、任意捜査としての適法要件を検討するまでもなく令状主義違反の捜査として当然に違法になるからである。例えば、警察官が、被疑者の家の外から、窓が開いているのをいいことに、望遠レンズを用いて被疑者の家の中の詳細な様子を写真撮影した場合は、プライバシー侵害の程度が大きいため、その写真撮影は、強制処分に該当することは当然である。

・現行犯性がない事例における写真撮影

既に発生した強盗殺人事件の犯人を特定するために、警察官が、公道上で被疑者の容貌をビデオカメラで撮影したり、パチンコ店の店長の許可を得て店内でパチンコをしている被疑者の容貌等をビデオ撮影したりしたことの適法性が問題となった事案がある。

最高裁は、「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、体型等と被告人の容ぼう、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被告人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被告人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」とした上で、「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」とした（**最決平 20.4.15**）。

・補足

平成20年決定の事案は、**京都府学連事件**の事案と異なり撮影の際に現行犯性がなかったものであったため、京都府学連事件判決が示した写真撮影の適法要件①の**現行犯性との関係**でどのように考えるのが問題となるも、この判例は、京都府学連事件判決は「警察官による人の容ぼう等の撮影が、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のほかは許されないという趣旨まで判示したものではない」として、現行犯性の要件を満たさなくても写真撮影やビデオ撮影が適法になりうることを肯定した。考え方の1つとして、現行犯性の要件は、写真撮影の必要性・緊急性が高い場合の一例を示したものに過ぎないと考えることが可能である。

- ・なお、この判例では、被疑者や被疑者の妻がごみ集積所に廃棄したゴミ袋を回収してその内容物を領置したことの適法性も問題とされているが、この点に関しては「領置」の項目を参照。

〔決旨〕

- 1 弁護人の上告趣意は、単なる法令違反、事実誤認の主張であり、被告人本人の上告趣意のうち、判例違反という点は、所論引用の各判例（**最高裁昭和40年（あ）第1187号同44年12月24日大法廷判決**〔注：**京都府学連事件**〕、最高裁昭和59年（あ）第1025号同61年2月14日第二小法廷判決）は、所論のいうように、警察官による人の容ぼう等の撮影が、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のほかは許されないという趣旨まで判示したものではないから、前提を欠き、その余は、憲法違反という点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認の主張であって、いずれも刑訴法405条の上告理由に当たらない。
- 2 (1) 〔事実関係の概略〕本件は、金品強取の目的で被害者を殺害して、キャッシュカード等を強取し、同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、窃盗未遂の事案である。平成14年11月、被害者が行方不明になったとしてその姉から警察に対し捜索願が出されたが、行方不明となった後に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、あるいは引き出されようとした際の防犯ビデオに写っていた人物が被害者とは別人であったことや、被害者宅から多量の血こんが発見されたことから、被害者が凶悪犯の被害に遭っている可能性があるとして捜査が進められた。その過程で、被告人が本件にかかわっている疑いが生じ、警察官は、前記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、被告人の容ぼう等をビデオ撮影することとし、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被告人をビデオカメラで撮影した。さらに、警察官は、前記防犯ビデオに写っていた人物がはめていた腕時計と被告人がはめている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、ある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。
- (2) **所論**は、警察官による被告人に対する前記各ビデオ撮影は、十分な嫌疑がないにもかかわらず、被告人のプライバシーを侵害して行われた違法な捜査手続であり、また、前記ダウンベスト及び腕時計の各領置手続は、令状もなくその占有を取得し、プライバシーを侵害した違法な捜査手続であるから、前記鑑定書等には証拠能力がないのに、これらを証拠として採用した第1審の訴訟手続を是認した原判断は違法である旨主張する。
- (3) **しかしながら**、前記事実関係及び記録によれば、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、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、体型等と被告人の容ぼう、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被告人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被告人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。

(2) 犯罪が発生する前からのビデオ撮影（将来捜査の適法性）

→ビデオ撮影を開始した時点では犯罪が発生していなかったが、犯罪が将来発生することを見越して公道上を監視カメラなどでビデオ撮影する捜査手法の適法性が問題となる。

公道上でのビデオ撮影が任意捜査として許されるとしても、その撮影をする必要性や緊急性がなければ違法になる。撮影を開始した時点で犯罪が発生していない場合は、撮影の必要性や緊急性がなく当該撮影が適法になる余地がないとも思える。

この点、昭和60年10月頃、東京浅草で争議団と暴力団の衝突事件が発生したことをきっかけに、犯罪の予防や、犯罪が発生した場合の証拠保全のために、これまで派出所に設置していた防犯用の監視カメラに録画用のビデオ装置を設置して、付近の状況のビデオ撮影と録画を継続していたところ、昭和61年9月20日に派出所前で発生した器物損壊事件の状況が撮影されていた本件ビデオテープが違法な捜査により取得された違法収集証拠に当たるとして証拠能力が争われた事件がある。

東京高裁は、「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13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〔注：京都府学連事件〕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、〔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〕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、〔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」との判断枠組みを示した。●

その上で、「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62年2月20日付証拠採用決定が適切に説示している」として、本件のビデオ撮影を適法とした上で、本件ビデオテープの証拠能力を肯定した（後掲東京高判昭63.4.1）。

関連問題：H19 司法論文刑事系第2問

・上記〔①〕は、京都府学連事件判決における現行犯性の要件に代わるものである。

刑事訴訟法 目次

第1編 総則	2
1 刑事訴訟法の目的	2
2 当事者主義と職権主義	2
第2編 捜査	3
第1章 捜査の意義・原則	3
1 捜査の意義	3
2 任意捜査の原則と強制処分法定主義	3
3 令状主義と強制処分	3
4 強制処分の意義	4
第2章 捜査の端緒	9
1 捜査の端緒の意義	9
2 職務質問	10
(1) 意義	10
(2) 職務質問のための停止を求める行為と有形力の行使の限界	11
(3) 職務質問の現場での留め置き限界	12
(4) 所持品検査	15
第3章 任意捜査の種類	19
1 意義	19
2 任意捜査の際の有形力の行使の限界	19
3 任意同行と任意の取調べ（在宅被疑者の任意同行と取調べ）	20
(1) 意義	20
(2) 任意同行及び任意の取調べと称する実質逮捕	20
(3) 在宅被疑者の宿泊を伴う取調べ	23
(4) 在宅被疑者の任意同行後の徹夜での22時間もの取調べ	27
4 写真撮影・ビデオ撮影	28
(1) 意義	28
(2) 犯罪が発生する前からのビデオ撮影（将来捜査の適法性）	32

※※※以下省略※※※