

犯罪捜査のため容ぼう等の写真撮影が許可される限度

一京都府学連事件最高裁判決（最高裁昭和44年12月24日大法廷判決）

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 海上保安大学校 公開日: 2025-06-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 前田, 正義 メールアドレス: 所属: 海上保安大学校
URL	https://doi.org/10.15053/0002000117

【判例研究】

犯罪捜査のため容ぼう等の写真撮影が許容される限度——京都府学連事件最高裁判決（最高裁昭和44年12月24日大法院判決）

前田 正義

【目次】

1. 事実の概要
2. 判旨
3. 評釈
 - 3.1 はじめに
 - 3.2 本判決における強制処分法定主義の含意
 - 3.2.1 本件下級審判決
 - 3.2.2 本判決
 - 3.2.3 爾後の判例
 - 3.2.4 本判決の含意
 - 3.3. 強制処分法定主義の意義
 - 3.3.1 手続的側面
 - 3.3.2 実体的側面
 - 3.4 むすび

1. 事実の概要

「被告人は、……大学管理制度改悪反対、憲法改悪反対を標榜する集団行進集団示威運動に参加し、……集団行進集団示威運動の過程における許可条件違反等の違法状況の視察探証の職務に従事していた京都府山科警察署勤務巡査……が、京都府公安委員会が附した許可条件に違反するとして前記集団先頭の行進状況を写真撮影するや、『どこのカメラマンか』と難詰抗議し、同巡査が殊更にこれを見做す挙動に出たところから憤慨し、所

携の旗竿を以て同巡査の下顎部を一突きし、よつて同人をして治療約一週間を要する下顎部挫創の傷害を蒙らしめ、以て同巡査の職務の執行を妨害したものである^り。」

第一審は、本件捜査行為を適法とした。そして、控訴審は、被告人の控訴を棄却した。被告人は、上告した。

2. 判旨

「主文

本件上告を棄却する。……

理由

……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うべきである。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

^り 京都地判昭和39年7月4日刑集23巻12号1655頁（本件第一審判決）。同判決は、許可条件に対する違反の態様について、「本件……集団の先頭より四列乃至五列目位までは七名乃至八名位の縦隊で、道路のほぼ中央辺りを割合整然と行進していた。右の状況は、……『行進隊列は四列縦隊とする』……及び……『車道の東側端を通行する』という許可条件に外形的に違反する状況であることは間違いない。」と認定した。また、写真撮影の態様については、「右違反状況を現認した……巡査は、東側歩道上から前示認定のごとく写真撮影をした。」と認定した。

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ます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訴法二一八条二項のような場合のほか、次のような場合には、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。

……巡査の右写真撮影は、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ったと認められるから、たとえそれが被告人ら集団行進者の同意もなく、その意思に反して行なわれたとしても、適法な職務執行行為であったといわなければならない。²⁾

3. 評釈

3.1 はじめに

本判決は、個人の肖像が憲法13条によって私生活上の自由として保障されているのであり、本件被疑者（個人）の肖像の承諾なき写真撮影について強制処分法定主義における「強制的処分」（刑事訴訟法197条1項但書。以下、「強制的処分」という。）に該当しない処分（捜査）として措定のう

²⁾ 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁。

え、その違法性について規範を定立し、判示した。本判決において、被疑者の肖像の承諾なき写真撮影が憲法上は主たる争点となった。本稿においては、被疑者の肖像の承諾なき写真撮影という本判決の文脈をとおして、刑事訴訟法上規定され、令状主義（憲法 33 条・35 条）など憲法との関係において捉えられている強制処分法定主義³⁾（刑事訴訟法 197 条 1 項但書⁴⁾）の意義について、考察を加えることを目的としている。そして、肖像権の侵害如何の問題についても、「強制的処分」の定義など前述の問題に関わる範疇において言及されることとなる⁵⁾。

そのため、本稿では、その前提として、かかる強制処分法定主義に対して沈黙を貫いた本判決、そして強制処分法定主義について本判決において語られることのなかった含意に対して、本件の下級審両判決および爾後の判例の文脈より考察する。そして、強制処分法定主義および同主義に内在する「強制的処分」の定義に関わる判例をふまえたうえで、憲法上位置づけられている強制処分法定主義の効用について、再考するものである。

3.2 本判決における強制処分法定主義の含意

3.2.1 本件下級審判決

前述のとおり、本件は、被疑者の承諾なき肖像の写真撮影を憲法上の争点とした。ただ、本判決が強制処分法定主義に関して沈黙を貫いたこととは対照的に、本件の第一審である京都地裁判決⁶⁾および控訴審である大阪高裁判決⁷⁾（以下、本件下級審両判決という。）においては強制処分法定主義について言及していたという解釈、また本判決は本件下級審両判決が本件処分を「強制的処分」として認定したことを暗黙の前提としていたと考

³⁾ 強制処分法定主義の沿革については、以下参照。小木曾綾「強制処分法定主義の現代的意義」法学論集（駒澤大学）58 号、1999 年、125 頁。

⁴⁾ 以下参照。刑事訴訟法 199 条 1 項（逮捕）、218 条 1 項（差押え・捜索・検証）、刑事訴訟法 222 条の 2 および犯罪捜査のための通信傍受に関する法律 3 条 1 項（通信傍受）。

⁵⁾ なお、本件公安条例に対する憲法 21 条違反との主張について、本判決は、控訴審判決同様、同じ先例（最大判昭和 35 年 7 月 20 日刑集 14 卷 9 号 1243 頁）を参照し、集団示威運動に対する公安委員会の「許可を義務づけており、不許可の場合を厳格に制限しているので……憲法二一条の規定に違反するものでない」とした。

⁶⁾ 京都地判昭和 39 年 7 月 4 日刑集 23 卷 12 号 1655 頁。

⁷⁾ 大阪高判昭和 40 年 4 月 27 日刑集 23 卷 12 号 1660 頁。

えられるという解釈，双方の解釈を認めることができる⁸⁾。したがって，本判決を正確に把握するには，双方の解釈をふまえた多面的な考察が必要となる。

はじめに，京都地裁判決は，本件捜査により制約を受ける自由について，「勿論、人はその承認がなければ、みだりに写真を撮影されない自由を有する。然しその自由も公共の福祉という観点から正当な理由がある場合には制限を受けることはやむを得ない。⁹⁾」とした。すなわち，京都地裁判決は，本件捜査において制約の対象となる自由について，「人」（個人）が享有するこの「自由」は，「憲法」上明示的に位置づけられた「自由」とはしていない。しかしながら，京都地裁判決は，被疑者の肖像ではなく，「人」の肖像に対する「自由」を享有するとしていることから，その享有主体は，刑事訴訟における法律の文脈ではなく，より広汎な憲法の文脈において，捉えることもできる。そして，京都地裁判決においてはかかる「自由」が憲法上の概念でもある「公共の福祉という観点から」の制限を受けるものとしている以上，京都地裁判決における肖像の「自由」についても，憲法上位置づけることを許すものである。その意味においても，本判決と京都地裁判決とは，後述するように，比較のうえで文脈上パラレルな関係として捉えることも可能となる。

そして，京都地裁判決は，かかる自由に対する制約について，「同法〔刑事訴訟法〕一九七条一項には『捜査については、その目的を達するため必要な取調べをすることができる（以下，〔 〕内は執筆者による。）。但し、強制的処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない。』と規定〔されている〕」とした。これは，「強制的処分」によるかかる自由の制約が令状審査（司法裁量）を要件とした強制処分法定主義（立法裁量）の下にある，とする司法判断である。この判断は，本判決後のGPS捜査事件最高裁判決（以下，GPS捜査事件判決という。）に比肩することとなる。

そのうえで，京都地裁判決は，この強制処分法定主義における立法裁量

⁸⁾ 實原隆志「被疑者の写真撮影と肖像権（最大判昭和44・12・24）」憲法判例百選Ⅰ〔第7版〕，2019年，37頁。

⁹⁾ 京都地判昭和39年7月4日刑集23巻12号1655頁。

の中核をなす「強制的処分」の定義について、「個人の権利に直接的、物理的侵害を加え、又は国民に法的義務を負わせる場合については特別の規定を設けている¹⁰⁾」とした。これは、刑事訴訟法 197 条 1 項但書の強制処分法定主義における「強制的処分」の定義について、同但書のほかに、「個人の権利に直接的、物理的侵害を加え、又は国民に法的義務を負わせる場合」に該当する（強制）処分が潜在する可能性を示唆するものでもある。強制処分法定主義に対するこの判示は、いわゆる物理的強制説に近似する立場であると評されている¹¹⁾。かかる判示は、個人の権利に対する侵害と「国民」（個人）に対する法的義務の賦課について、本件事案の文脈に依拠して「直接的、物理的侵害」として理解する場合、物理的強制説として評されることとなる。いずれにせよ、後述するように、京都地裁判決は「強制的処分」の定義について本判決後の判例および有力な学説と大きく乖離する立場を示していた、こととなる。

さいごに、京都地裁判決は、かかる自由を制限する強制処分法定主義に徴し、個人の権利に対する「直接的、物理的侵害」を伴わない本件処分が「強制的処分」に該当するものではない、とした。そして、「強制的処分」に該当しない任意捜査（処分）の適法性について、「その程度『強制的処分』に達しない捜査方法は、何らかの意味において、人に不利益を及ぼすことがあつても、捜査の有効、迅速という公益上の理由がありかつ、その方法が社会的に見て相当であると認められるときはいわゆる任意捜査として許容される。¹²⁾」とした。すなわち、京都地裁判決は、令状審査を要しない任意捜査にあつても、当然に捜査機関の自由裁量の下にあるのではなく、その「理由」（目的）の公益性（「捜査の有効、迅速」）、およびその「方法」（手段）の社会的相当性という（抽象的な）基準を規定する規範を定立した。そして、京都地裁判決は、かかる任意処分の適法性に関する規範を本件捜査に適用して、適法としたのであった。

つぎに、本件の控訴審である大阪高裁判決¹³⁾においても、前掲の京都地

¹⁰⁾ 京都地判昭和 39 年 7 月 4 日刑集 23 卷 12 号 1655 頁。

¹¹⁾ 實原隆志「被疑者の写真撮影と肖像権（最大判昭和 44・12・24）」憲法判例百選Ⅰ〔第 7 版〕、2019 年、37 頁。

¹²⁾ 京都地判昭和 39 年 7 月 4 日刑集 23 卷 12 号 1655 頁。

¹³⁾ 大阪高判昭和 40 年 4 月 27 日刑集 23 卷 12 号 1660 頁。

裁判決同様、「強制の処分」の定義について、「右写真撮影行為は違法なデモ行進の状態および違反者を確認するために、違反者またはデモ行進者に物理的な力を加えたり特別な受忍義務を負わすことなく行われたもので刑事訴訟法上の強制処分とはいわれないから、もとより裁判官の令状審査を要するものではない。¹⁴⁾」とされた。すなわち、大阪高裁判決は、「強制の処分」の定義について、「物理的な力を加えたり特別な受忍義務を負わす」処分として、京都地裁判決以上に、いわゆる物理的強制説を鮮明に判示するものであった。

さいごに、大阪高裁判決は、本件被疑者の肖像の承諾なき写真撮影の適法性について、「肖像権が認められるとしても、現に犯罪が行われておる場合には現行処分に準じて、被疑者の意思に反しても捜査のための写真撮影は許されるものと解するのが相当である¹⁵⁾」とした。大阪高裁判決は、前掲の京都地裁判決が判示した「強制の処分」の定義の下、本件被疑者の肖像の承諾なき写真撮影について令状審査を要しない任意捜査としたうえで、その適法性の規範として、現行犯に準じた、いわゆる事件との時間的近接性を定立そして適用して違法ではない、と判示したのであった。この適法性の規範の定立は、本件の文脈にその適用範囲を限定することとなるとともに、後述のとおり、本判決の射程を画定することともなる。

以上のことから、京都地裁判決および同判決に準ずる大阪高裁判決については、本件捜査に対する自由（権利）の保障および制約規範（適法性）において、本判決と基本的にパラレルに捉えることができる。

3.2.2 本判決

本判決は、前述のとおり、本件被疑者の肖像の承諾なき写真撮影について、「強制の処分」の該当性如何に一切斟酌（言及）することもなく、「強制の処分」に該当することはないものと措定した。そして、かかる処分の適法性については、事件との時間的近接性、証拠保全の必要性・緊急性、および撮影方法の相当性、という3つの要件を定立そして適用して違法ではない、と判断したのであった。

¹⁴⁾ 大阪高判昭和40年4月27日刑集23巻12号1660頁。

¹⁵⁾ 大阪高判昭和40年4月27日刑集23巻12号1660頁。

はじめに、本判決は、本件捜査により制約を受ける自由について、前述した本件下級審両判決とは異なり、「憲法一三条は、……何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・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。」とした。したがって、本判決は、個人の「容ぼう」等を撮影されない自由を憲法上の自由として、最高裁としても初めて判示した。

そして、本判決は、本件捜査による制約の対象となるその肖像（「容ぼう」等）について、「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。」とした。ここにおいても、個人の肖像の承諾なき写真撮影について、「自由」および「肖像権」に言及した本件下級審両判決とは異なり、本判決が「憲法」上の保障であると明言したことは、前述したとおりである。

さらに、本判決は、憲法上保障される肖像に対する制約について、「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〔憲法 13 条〕の規定に照らして明らかである。」とした。このことは、前掲の京都地裁判決も肖像の制約に関しては文言上は同じ「公共の福祉」という術語を用いていたことから、肖像に対して、憲法上の保障について明言した本判決が「自由」の保護について言及した¹⁶⁾京都地裁判決の趣旨を踏襲していた、という推論を可能とすることとなる。さらに逆説的には、京都地裁判決についても、肖像に対する憲法上の保障を示唆するものとして捉えることも、また可能となる。

つぎに、本判決は、本判決が憲法上保障されたとした肖像を制約することとなる写真撮影について、何らの根拠を示すこともなく、また本件下級審判決を参照することもなく、結論としては本件下級審両判決と同じく「強制の処分」に該当することはないと（措定）した。そのうえで、本件捜査の適法性に関して、「〔個人の容ぼう等が含まれていても〕許容される場合がありうる」として、つぎのとおり、その規範を定立した。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

¹⁶⁾ かかる「自由」は、必ずしも憲法上の保障が否定されるものではなく、開かれたものとしても受容可能である。

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。」としたのであった。

これらのことから、本判決における本件捜査の適法性に関する規範の定立について、本件の下級審両判決の経緯から位置づけることが可能となる。すなわち、本判決において定立された本件捜査の適法性の規範は、前述のとおり、事件との時間的近接性、証拠保全の必要性・緊急性、および撮影方法の相当性から構成されており、前者（事件との時間的近接性）が大阪高裁判決に相当し、および後二者（証拠保全の必要性・緊急性および撮影方法の相当性）が京都地裁判決にそれぞれ相当するもの、として捉えることが可能となる。その意味において、本判決は、本件下級審両判決の（任意）捜査の適法性の規範を縫合したものであるがゆえに比較的に厳格度の高い規範を定立したものの、として評価することは可能である。また、この大阪高裁判決の任意処分に対する（前者の）適法性の規範の採用を以て、本判決の射程が事実上本件の如き、事件との時間的近接性という画定された文脈上に規定されることともなる。

したがって、本判決は、以上の本件下級審両判決をふまえるならば、本件捜査について、制約される「自由」、「強制の処分」非該当性、および違法性の判断において、結果的には本件の下級審両判決を統合したものの、として捉えることも可能である。

しかしながら、前述のように、本判決は、本件下級審両判決とは異なり、本件写真撮影について、強制処分法定主義に判決理由上一切依拠することなく、強制処分法定主義が内包する「強制の処分」に該当することはないと措定したうえで、また翻るならば、「任意捜査（処分）」という術語についても用いていないにもかかわらず、かかる捜査の適法性に関して判示している。したがって、本判決は、本件処分が「強制の処分」に該当しない根拠（強制処分法定主義が内包する「強制の処分」ないしその定義に対する該当性）については沈黙を貫いていたことから、畢竟、強制処分法定主義に関して意図的に忌避していた¹⁷⁾もの、として捉えるほうが合理的であることとなる。

¹⁷⁾ 海老原震一「最高裁判所判例解説」法曹時報22巻4号、1970年、138～139頁。

3.2.3 爾後の判例

つぎに、同じく強制処分法定主義に関わる爾後の判例から、本判決について遡及的に考察する。

最高裁昭和51年3月16日第三小法廷決定（以下、昭和51年決定という。）は、その後のGPS捜査事件判決において参照されており、「強制の処分」（「強制手段」）の定義について、「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¹⁸⁾」とした。昭和51年決定は、任意捜査に関する決定という同決定の射程の問題¹⁹⁾に対する限界はあるけれども、「強制の処分」の定義について、本判決とは異なり、さらには前掲の本件下級審両判決とは袂を分かち、有力な学説²⁰⁾に奇しくもここに合流する判断を下したもので、として学説上は評価されている²¹⁾。

その後、GPS捜査の「強制の処分」の該当性が争点となったGPS捜査事件判決²²⁾は、捜査による制約の対象となるプライバシーについて、「GPS捜査は、……個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得るものである〔る〕」とした。GPS捜査事件判決は、GPS捜査が「個人の行動を継続的、網羅的に把握することを」前提として、プライバシー侵害の可能性を肯定している。そのうえで、GPS捜査事件判決は、かかるプライバシー侵害の可否について、「そのような〔個人のプライバシー〕侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきである。」とする。したがって、GPS捜査事件

¹⁸⁾ 最三決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。香城敏磨「最高裁判所判例解説」法曹時報31巻6号、1979年、146頁。

¹⁹⁾ 有形力の行使を伴う任意捜査については許容される場合がある、という文脈上に同決定はある。伊藤雅人・石田寿一「最高裁判所判例解説」法曹時報71巻6号、2019年、131頁。

²⁰⁾ 井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』有斐閣、2014年、12頁。

²¹⁾ 實原隆志「被疑者の写真撮影と肖像権（最大判昭和44・12・24）」憲法判例百選Ⅰ〔第7版〕、2019年、37頁。

²²⁾ 最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁。

判決によるならば、本件の如き公道上における個人の肖像の写真撮影については、個人の肖像（「行動」を含む。）と「行動」というプライバシー上の差違こそあるけれども、個人の行動に対する把握の継続性および網羅性に劣るものとされることにより、個人のプライバシーについて強い保護を受けることのできない状況に該当することを示唆しているのかもしれない。また、GPS 捜査事件判決のかかる判示からは、同判決が本件の如き公道上における個人の肖像の承諾なき写真撮影についての一般的規範とはなりえないという証左だけではなく、個人の肖像を含むプライバシーが強い保障を受ける空間と弱い保障を受けるにとどまる空間とが併存すること、ひいては、本件の如き公道上におけるプライバシーの制約が「強制的処分」に該当しない可能性も、看取される。

さらに、GPS 捜査事件判決は、かかるプライバシーと憲法上の令状主義との関係について、「憲法35条……の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。²³⁾」とした。したがって、GPS 捜査事件判決によるならば、本件の如き、公道上における個人の肖像の承諾なき写真撮影については、個人の肖像と位置情報（同判決）という差違こそあるけれども、同判決が令状主義を規定する憲法35条に関わるとする「私的領域」に該当する個人の行動の把握における継続性および網羅性に劣るとして、個人のプライバシーが強い保護の及ぶことのない「私的領域」に該当するもの、とされる余地を生む。

そして、GPS 捜査事件判決は、当該文脈において²⁴⁾、刑事訴訟法197条1項但書の「強制的処分」の定義について、「合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑事訴訟上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制的処分に当たる（最高裁昭和……51年3月16日第三小法廷決定・刑集30巻2号187頁）……から、令状がなければ行うことのできない処分と解すべきである。」とした。GPS 捜査事件判決は、令状審査を要することなく執行が許されるこ

²³⁾ 最三決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。

²⁴⁾ 伊藤雅人・石田寿一「最高裁判所判例解説」法曹時報71巻6号、2019年、131頁。

とのない「強制の処分」について、昭和 51 年決定を踏襲し、「合理的に推認される個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するもの」として定義したうえで、強制処分法定主義において規定されていない GPS 捜査を「強制の処分」に該当するとしたのであった。

さいごに、GPS 捜査事件判決は、同判決により刑事訴訟法上法定されていない、いわば強制処分に該当するとされた当該 GPS 捜査が刑事訴訟法上規定されている字義どおりの強制処分法定主義（刑事訴訟法 197 条 1 項但書）を超越して許容される場合について、以下のとおり判示している。すなわち、「事案ごとに、……多様な選択肢の中からの確な条件の選択が行われない限り是認できないような〔人権保障という令状主義の『趣旨を満すことができないおそれがある』〕強制の処分を認めることは、……同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえない。」としたのであった。これは、強制処分法定主義を規定する刑事訴訟法 197 条 1 項但書（「同項ただし書」）について、直截には文言解釈を以て踏襲するものである。そして、GPS 捜査事件判決は、その GPS 捜査について、「憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが〔「第一次的には」〕望ましい。²⁵⁾」とした。これは、GPS 捜査（GPS 捜査事件判決においては強制処分）について、「法解釈により刑訴法上の強制の処分として許容するのであれば、」裁判官による令状発付の条件の賦与に対して、「多様な選択肢の中からの確な条件の選択が行われない限り是認できない」として、いわば司法府により二次的になされるかかる令状発付の条件の賦与は、「第一次的」とされた強制処分法定主義を超越する強制処分（「新しい強制処分」）を司法裁量の下に許容するものではなく、立法裁量への敬譲の下に許容される、という。ここでも、強制処分法定主義の墨守ともいうべき（爾後の）判例の姿勢を窺い知ることができる。ただし、強制処分法定主義における「強制の処分」が「的確な条件の選択」をなしていることを必ずしも意味するものではないこと

²⁵⁾ 最大判平成 29 年 3 月 15 日刑集 71 卷 3 号 13 頁。

なお、GPS 捜査事件判決補足意見は、同判決における GPS 捜査に対する「立法的な措置」の要請に関連して、「それ〔法制化〕までの間、裁判官の審査を受けて GPS 捜査を実施することが全く否定されるべきものではないと考える。」としている。GPS 捜査事件判決補足意見では、「新しい強制処分」説に通底する見方が示されている。したがって、GPS 捜査事件判決は、「新しい強制処分」を全否定するものとはならない。

は、いうまでもない。それは、立法裁量に基づく「強制の処分」の法定がつねに（合憲性〔憲法 81 条〕さえも超越して）「的確」であるという保障のないことは論を俟たないためである。いずれにせよ、GPS 捜査事件判決のこの判示には、裁判所による「強制の処分」に対するかかる令状審査の条件の賦与に関して、少なくとも民主主義的正統性に基づく立法裁量の存在を看取することができる。

3.2.4 本判決の含意

以上により、飽くまでも、GPS 捜査事件判決は、当該 GPS 捜査そのものが「強制の処分」に適応していないことを示唆するものであった。たしかに、個人のプライバシーに対する制約について、GPS 捜査事件判決の GPS 捜査と、本判決の被疑者の肖像の承諾なき写真撮影との比肩において、位置情報と肖像（本件においては位置情報も含む。）におけるプライバシーの保障について本件に優位性こそ認められるとしても、「（公道上を含む）私的領域」と公道上とに対する「私的領域」の存否、および個人の行動に対する把握の継続性および網羅性の存否を総合的に斟酌して、本件処分を「強制の処分」に該当することはないとする推論には、一定の整合性が認められる。しかしながら、本判決は、本件処分について、前述のとおり強制処分（「強制の処分」を含む。）について沈黙を貫いていただけではなく、「任意捜査」という術語自体についてさえも沈黙を貫いていたのであった。このことは、「強制の処分」および「新しい強制処分」を含む広義の強制処分と、任意捜査といういわば二分論に対して等閑視することにより、捜査一般の適法性を判断することともなり、結果としては強制処分法定主義に対する尖鋭的な忌避を包含することともなる。したがって、本判決は、刑事訴訟法上規定される強制処分法定主義にとどまることなく、これに併せて解釈されている憲法上の令状主義の形骸化を結果的には含意することともなる。

そして、このように、本判決の如く強制処分法定主義における「強制の処分」の該当性に沈黙する場合、GPS 捜査事件判決における GPS 捜査に対する「立法的な措置」の要請に徴するならば、「これ〔法制化以前の GPS 捜査の令状発付〕を認めるとしても、本来的に求められるべきところとは異なった令状によるものとなる以上、刑訴法 1 条の精神を踏まえたすぐれ

て高度の司法判断として是認できるような場合に限定されよう。」として、「新しい強制処分」について厳格に限定する指向性を具える GPS 捜査事件判決補足意見を等閑視することとなる。かように、「強制の処分」について広汎な裁量を司法に委ねることは、実定法上、かつ最高法規である憲法上の令状主義との関係からも捉えられている、既存の強制処分法定主義の主意には客観的に背反することとなる。かかる点において、本件下級審両判決が強制処分法定主義自体を前提として判示していたことは至当であった、こととなる。

したがって、本判決については、前述した本件下級審両判決との関係から解釈する際においても、とりわけ京都地裁判決も示唆していたように、制度論上、立法裁量がその範疇とする強制処分法定主義に触れないわけにはゆかなかった、といわなければならない。この点において、本判決が強制処分法定主義について沈黙を貫いたことは、「強制の処分」の定義そのものについての本件下級審両判決との齟齬を忌避することにあつたもの、と合理的には推察されることともなる²⁶⁾。

3.3 強制処分法定主義の意義

3.3.1 手続的側面

前述のとおり、本判決における本件捜査において「強制の処分」の該当性が争点となり、強制処分法定主義に言及する必要があることを前提とする場合、同主義に言及する理由は、昭和 51 年決定および GPS 捜査事件判決などに依拠するならば、直接的には立法裁量に基づくこととなる。そし

²⁶⁾ 前述のように、本判決は、被疑者の肖像の承諾なき写真撮影が「強制の処分」に該当することのない根拠について、沈黙を貫いた。ただし、この沈黙は、語られることのなかった「強制の処分」を内包する強制処分法定主義自体について、必ずしも否定するものでもない。たしかに、本判決は、被疑者の肖像の承諾なき写真撮影について、本件下級審両判決を前提として「強制の処分」に該当することはないと措定したがゆえに、強制処分法定主義について語ることがなかったに過ぎない、と解する余地はある。實原隆志「被疑者の写真撮影と肖像権（最大判昭和 44・12・24）」憲法判例百選 I [第 7 版]、2019 年、37 頁。

しかしながら、かかる場合、本判決においてついに語られることのなかった強制処分法定主義は、法定された「強制の処分」以外の強制処分（いわゆる「新しい強制処分」）との関係において、強制処分法定主義の形骸化をきたすことともなることは、前述したとおりである。

て、その後背には少なくともその民主主義的正統性の基盤が控えていることとなる²⁷⁾²⁸⁾。

また、有力な学説では、令状主義から峻別される強制処分法定主義固有の文脈において、「強制処分法定主義は、そもそも刑事手続において当の処分を用いることを一般的に許すかの判断を、誰がどのような形式で行うかを定めるものである」とされている。そして、「強制的処分」に対して許容する判断については、「国民自身〔誰〕が、その代表である国会〔形式〕を通じて、意識的かつ明示的に決断すべきである趣旨をも含む²⁹⁾」と示唆している。

さらに、爾後の判決である GPS 捜査事件判決を参照するならば、同じく強制処分法定主義における「強制的処分」の該当性に対する規範の定立において、「第一次的」には「立法的な措置」が要請されていた。したがって、GPS 捜査事件判決が「第一次的」とした「立法的な措置」の要請における民主主義的正統性の根源へさらに遡及するならば、いわば窮極的には、便宜上の有権者（の意思）に帰納されることとなる。

以上により、有力な学説はもとより、GPS 捜査事件判決においても、強制処分法定主義については、立法府（の裁量）、そしてその立法者を選挙する人権享有主体である便宜上の有権者（個人）に依拠する場合、その手続的側面が看取されることとなる。

3.3.2 実体的側面

そして、前述した京都地裁判決、昭和 51 年決定、および GPS 捜査事件判決などは、強制処分法定主義へ依拠していたことについては言うに及ばず、「強制的処分」について各々定義していた。さらに、その強制処分法定主義の根幹をなす「強制的処分」の定義について、本判決においては前述のとおり「強制的処分」、そしてその定義について沈黙が貫かれていたけれ

²⁷⁾ 稲谷龍彦「刑事手続におけるプライバシー保護（八）・完——熟議による適正手続の実現を目指して——」法学論叢 173 巻 6 号、2013 年、2～4 頁。

²⁸⁾ また、本判決が具えていない、立法による予見可能性をあげることができる。緑大輔「強制処分法定主義（197 条）」法学教室 411 号、2014 年、16 頁。

²⁹⁾ 井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』有斐閣、2014 年、28～29 頁。なお、令状主義については、「許すとした場合の条件と個々具体的な処分についての許否の手続を規律するものである」とされる。

ども、前述のとおり、爾後、最高裁においては、有力な学説に結果的には符合するかたちで言及されてきていた。すなわち、有力な学説（重要権利・利益侵害説）において、「強制の処分」は、当事者の意思に反するだけではなく、「法定の厳格な要件・手続によって保護する必要があるほど重要な権利・利益に対する実質的侵害ないし制約を伴う³⁰⁾」ものとされている。この「強制の処分」の定義については、判例上および有力な学説上の「強制の処分」の定義の「強制」性という主観的要因について、当事者（個人）の「意思に反〔すること〕」が要件とされてきている。また、強制処分法定主義における「強制の処分」の定義の「処分」性という客観的要因については、「重要な権利・利益」ないし「憲法が保障する重要な法的利益」に対する制約が要件とされている³¹⁾。

この強制処分法定主義、そして同主義が内包する「強制の処分」(の定義)については、前述のとおり、GPS 捜査事件判決が「第一次的」に要請されるとした「立法的な措置」、さらにはその根源まで遡及するならば、窮極的には立法者を選挙する便宜上の有権者³²⁾の意思に帰納されることとされていた。また、有力な学説においても、GPS 捜査事件判決と同様、便宜上の有権者（「国民自身」）の意思に帰することとされていた。

前述のとおり、強制処分法定主義は立法裁量に依拠しているものであり、その立法裁量は、民主主義過程（民主主義的正統性）の下、便宜上の有権者という民主主義的基盤に手続的に依拠していた。併せて、判例上および有力な学説上、強制処分法定主義における「強制の処分」の定義の主観的要因とされている個人の「意思に反〔すること〕」については、実体的には裁判官の令状審査に基づく「強制の処分」に対する便宜上の有権者の事前の条件付き承諾が民主主義的（正統性の下）に擬制されることとなる。そして、かかる民主主義的正統性の擬制の下、「強制の処分」に対する便宜上の有権者の事前の条件付き承諾については、「強制の処分」の定義の主観的要因にいう「個人の意思に反」するという点において、事前に（令状という）条件を付して承諾していることから強制性が弛緩されることにより、

³⁰⁾ 井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』有斐閣、2014年、12頁。

³¹⁾ 以下参照。最大判平成29年3月15日刑集71巻3号13頁。

³²⁾ 井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』有斐閣、2014年、28～29頁。

任意捜査の原則³³⁾の下、「強制の処分」が実体的側面において正当化されるとともに、民主主義的および自由主義的意味における強制処分法定主義の正当化へと還元されることともなる^{34) 35)}。

³³⁾ 刑事訴訟法 197 条 1 項本文および犯罪捜査規範 99 条。

³⁴⁾ このことを現象学的に換言するならば、強制処分法定主義においては、将来自己（便宜上の有権者）が犯罪の嫌疑を受けて、裁判官により正当にも令状が発付されることを条件として、不本意ながらもかかる令状（「強制の処分」）に応じる用意（意思）があること、となる。逆説的には、強制処分法定主義を充足しないいわゆる「新しい強制処分」においては、将来自己（便宜上の有権者）が犯罪の嫌疑を受けて、裁判官により正当にも令状が発付されることを条件としても、かかる「処分」（捜査）には応じる用意（意思）は必ずしも持ち合わせているものではないこと、ともなる。

他方、「強制の処分」について令状を条件として事前に承諾する意思をもたない便宜上の有権者についても、民主主義的正統性の下、「強制の処分」に対する便宜上の有権者の令状を条件とする事前の承諾の擬制（強制処分法定主義）により、当該「強制の処分」自体について、法の予見可能性に基づく被処分者の承諾の可能性という意味において、強制性が弛緩されることともなる。

以上の意味において、「強制の処分」に対する便宜上の有権者（個人）の令状を条件とする事前の承諾の擬制により、「強制の処分」の強制性は、「強制の処分」に対する条件付きの事前の承諾という強制性の弛緩と「強制の処分」自体の強制性の弛緩という、二重の意味において強制性が弛緩されることともなる。

同時に、GPS 捜査事件判決において言及された令状呈示（の原則）については、被処分者が令状の存在および受忍範囲を確認して事後の不服申立の可能性の保護を目的とするものと解されている。後藤昭『捜査法の論理』岩波書店、2001 年、6 頁。かかる場合、法の予見可能性に基づいて令状執行前に被処分者が承諾する可能性を保障することとなり、令状（「強制の処分」）執行における強制性の弛緩が担保されることともなる。

なお、強制処分法定主義に関連して、犯罪捜査規範 108 条は、「任意の承諾が得られると認められる場合においても、捜索許可状の発付を受けて捜査をしなければならない。」と規定している。同条は、捜索は被処分者の不利益が大きいため承諾も想定し難く、また被処分者が任意性を伴わない（真のある）承諾を行った場合、捜索許可状（令状）の発付により承諾の任意性の問題を政策的に回避するものとして解されている、という。たとえば、以下参照。中島宏・宮木康博・笹倉香奈『刑事訴訟法』日本評論社、2022 年、43 頁（コラム 5-2）<<https://www.nippyo.co.jp/shop/book/8729.html>>（2024 年 7 月 21 日閲覧確認）[笹倉香奈執筆]。かかる解釈に依拠する場合、この被処分者の承諾を得た捜索において捜査機関が令状の発付を受けるという、犯罪捜査規範上の義務については、令状の呈示により法の予見可能性に基づく捜索に対する被処分者の承諾の可能性を保障することにより、令状（「強制の処分」）執行における強制性の弛緩としての法的効用を認めることも可能となる。

³⁵⁾ 本件被疑者の肖像の承諾なき写真撮影については、憲法上のプライバシー権における自己情報コントロール権の問題として捉えられている。佐藤幸治『日本国憲法論 第2版』成文堂、2020 年、202～205 頁。そして、この自己情報コントロール権に依拠して、強制処分法定主義については、被疑者の実体的な権利として捉えられている。辻本典央「刑訴法上の『強制の処分』概念について(2)」近畿大学法学 57 巻 1 号、2009 年、8～9 頁。また、「本判决〔GPS 捜査事件判決〕を出発点として、国家による『監視』の規律

このような強制処分法定主義の解釈は、刑罰と捜査という差異について、さしあたり別論とするならば、告知と聴聞という手続的側面において、適正手続を保障するとされている憲法31条の解釈とも親和的なものともなる。

なお、このような強制処分法定主義の効用においては、「強制の処分」の定義が要件としている「〔個人の〕意思に反〔すること〕」について、強制処分法定主義の下、有権者の恣意性等を端緒とした民主政過程をととして、「強制の処分」を法律上新たに追加等することにより、強制処分法定主義における犯罪捜査のエージェンシーコストを肥大化させる、というリスクも完全には否定することはできない。しかしながら、そのような場合、GPS捜査事件判決に徴するならば「第一次的」には立法府における便宜上の有権者の意思を含む党派性を基盤とした「全国民を代表する選挙された議員」（憲法43条1項）による民主主義的な熟議により、さらに同判決補足意見に徴するならば第二次的（敬議的）には司法府における便宜上の有権者の意思に直接拘束されることなき自由主義的な審査により、かかるリスクを回避する可能性が担保される³⁶⁾。その意味において、昭和51年決定およびGPS捜査事件判決から導くことのできる「強制の処分」に対する被疑者の事前の条件付き承諾は、窮極的には前述した強制処分法定主義における実体的側面としての民主主義的正当性ととどまることなく、手続的側面としての民主主義的正統性、さらに補完的および敬議的には司法的正当性に制度論上収斂されることともなる³⁷⁾。

3.4 むすび

前述のとおり、本判決は、強制処分法定主義について沈黙を貫いたにもかかわらず、本件被疑者の肖像の承諾なき写真撮影が強制処分法定主義に

をどのようなものとして構想するかは、国会、そしてそこに議員を送り出す我々主権者一人ひとりに与えられた課題」とする見解がある。笹倉宏紀「GPS捜査」メディア判例百選〔第2版〕、2018年、221頁。本稿は、これらの見解を礎石とすることとなる。

³⁶⁾ 稲谷龍彦「刑事手続におけるプライバシー保護（八）・完——熟議による適正手続の実現を目指して——」173巻6号、2013年、2～4頁。

³⁷⁾ また、刑事手続上の権利など実体的な権利と手続的（客観的）な制度については、「相互に関連し依存する」とされている。奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』有斐閣、1993年、290～304頁。以下参照。井上正仁『強制捜査と任意捜査（新版）』有斐閣、2014年、28～29頁。

おける「強制的処分」に該当することはないとして、結果的には判示することとなった。その意味において、本判決は強制処分法定主義について何ら語るところはなかった、こととなる。

しかしながら、前述のように、本判決は、強制処分法定主義について沈黙を貫いたことにより、言外において、反って強制処分法定主義の含意を反射的に顕在化させることともなったのである。その結果として、本判決は、強制処分法定主義の文脈に位置づけられる爾後の判例の形成にとどまることなく、強制処分法定主義の定義および意義に関わる刑事訴訟学界³⁸⁾さらには公法学界³⁹⁾における議論の進展への途を拓く端緒ともなってきた。前述のとおり、本判決が敢えて採用することのなかった「強制的処分」の定義に依拠していた本件下級審両判決の文脈をふまえるならば、かたやGPS捜査事件判決における「強制的処分」の定義とそれに基づくプライバシーの保障における差違そして「立法的な措置」の要請という文脈をふまえるならば、本判決が強制処分法定主義について明示的に沈黙を貫いたわけ(意義)は、存外、そのところにあつたのであり、過渡的であり、ひいては必然でさえあつた、ことともなる。そのように解する場合、本判決は、当時、語りえないことについては沈黙しなければならなかったこととなる。

³⁸⁾ 辻本典史「刑訴法上の『強制的処分』概念について(1)・(2)」近畿大学法学 56 巻 3 号, 2008 年, 1 頁以下・57 巻 1 号, 2009 年, 1 頁以下。井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』有斐閣, 2014 年, 1 頁以下。稲谷龍彦「刑事手続におけるプライバシー保護 (一) ~ (八)・完——熟議による適正手続の実現を目指して——」法学論叢 169 巻 1 号, 2009 年, 2 頁以下~173 巻 6 号, 2013 年, 1 頁以下(稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護——熟議による適正手続の実現を目指して』弘文堂, 2017 年, 1 頁以下)。宇藤崇「強制処分法定主義」法学教室 514 号, 2023 年, 92 頁以下。

³⁹⁾ 山本龍彦「京都府学連事件判決というパラダイム」法学セミナー 685 号, 2012 年, 46 頁以下。渋谷秀樹『憲法〔第三版〕』有斐閣, 2017 年, 240 頁。穴戸常寿『憲法解釈論の応用と展開〔第二版〕』日本評論社, 2014 年, 20~21 頁。山田哲史「強制処分法定主義の憲法的意義」公法研究 77 号, 2015 年, 225 頁以下。原田大樹「行政法学から見た強制処分法定主義」犯罪と刑罰 29 号, 2020 年, 93 頁以下。