

行動監視捜査の規制

—イギリスにおける秘匿捜査法の分析を通じて—

丸 橋 昌太郎

I はじめに

わが国においても、尾行、張り込み捜査は頻繁に行われており、捜査上、重要な役割を果たしているといえる¹。ところが、わが国では、行動監視に伴って利用された写真・ビデオ撮影や防犯カメラについての議論はあるものの、尾行、張り込み捜査などの行動監視そのものに関する議論はほとんどみられない²。

他方、イギリスでは、相手に気づかれぬままに行う捜査を秘匿捜査 (Covert Investigation) と名付けて、この秘匿捜査に関する基本法 (Regulation of Investigation Police Act 2000. 以下、RIPA として参照する) を置いている。同法は、大きく、身分秘匿情報員、行動監視捜査、通信・会話の傍受捜査の3類型に分けて、実体要件、手続要件を定めている。

前稿では、秘匿捜査のうち、おとり捜査を含む身分秘匿捜査について取り扱った³。本稿では、秘匿捜査のうち、上記の行動監視捜査を包括的に規律する枠組みを検討したい。まずは、わが国におけるビデオ撮影の問題状況についてみていきたい。

¹ 尾行、張り込みなどの内偵や行動監視をともなう捜査に関する事例は、たとえば後述する最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁など多数にのぼる。

² 最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁は、後述のとおり、写真・ビデオ撮影の問題を中心に議論がなされている。近時の防犯カメラに関する論文として、星周一郎『防犯カメラと刑事手続』(2012年)がある。

³ 丸橋昌太郎「おとり捜査・潜入捜査の現在—イギリスにおける秘匿捜査を中心に」刑事法ジャーナル29号9頁(2011年)。

II わが国における行動監視捜査の議論状況

(1) 最高裁平成20年4月15日決定

行動監視捜査には、しばしば写真撮影やビデオ撮影が用いられる。行動監視捜査におけるビデオ撮影が問題となったリーディングケースとして、最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁（以下、平成20年決定とする）⁴がある。行動監視捜査の位置づけを確認する上で有益なので、詳しく見ておきたい。

平成20年決定は、行動監視捜査にともなって行われたビデオ撮影やごみの傾置が問題となったものである。事件の概要は、最高裁の認定によれば、次のとおりである。

「(1) 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。

(2) 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。

(3) 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、同年12月ころ、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

⁴ 本件の評釈として、豊崎七絵「判批」法学セミナー643号124頁（2008年）、辻本典央「判批」季刊刑事弁護57号177頁、笹倉香奈「判批」法律時報81巻4号121頁（2009年）、菅原暁「判批」研修731号17頁（2009年）、宇藤崇「判批」平成20年度重要判例解説208頁、緑大輔「判批」速報判例解説3号213頁、松代剛枝「判批」法学論集59巻6号1頁（2010年）、伊藤博路「判批」名城ロースクール・レビュー18号235頁、酒巻匡「判批」刑事訴訟法判例百選（第9版）20頁がある。調査官解説として、鹿野伸二・判解（刑事篇）平成20年度289頁がある。

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、平成15年1月、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。

(4) 略

(5) 前記(3)の各ビデオ撮影による画像が、防犯ビデオに写っていた人物と被告人との同一性を専門家が判断する際の資料とされ、その専門家作成の鑑定書等……は、第1審において証拠として取り調べられた。」

弁護人は、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、主張した。これに対して、最高裁は、弁護人が引用する最判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁（以下、44年判決とする）、最判昭和61年2月14日刑集40巻1号48頁を欠前提として退けた上で、職権で次の通り、判示した。

「……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。

……（領置手続については略）」

(2) ビデオ・写真撮影と行動監視

最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁⁵は、強制処分について、強制処分法定主義の観点から、「……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」としている。同判例の理解として、意思の制圧に独自の意義を見出す見解⁶もあるが、当該処分によって侵害される権利・利益の重要性が強制処分の基準になるという点に争いはないといつてよい⁷。写真・ビデオ撮影は、様々な形態が考えられるため、一般的に任意捜査か、強制捜査かという問題の立て方自体が適切ではなく、ある程度、一般化しつつも、具体的な類型に応じた検討を行うべきである⁸。

⁵ 同決定の評釈として、大澤裕「判批」刑事訴訟法判例百選（第9版）4頁（2011年）、井上正仁「判批」刑事訴訟法判例百選（第8版）4頁（2005年）、吉田統宏「判批」研修574号65頁（1996年）、松尾浩也「判批」刑事訴訟法判例百選〈第6版〉6頁（1992年）、中林英二「判批」警察実務判例解説〔任意同行・逮捕篇〕26頁（1990年）、高田卓爾「判批」刑事訴訟法判例百選〈第5版〉12頁（1986年）、加藤晶「判批」警察関係基本判例解説100・57頁（1985年）、田宮裕「判批」警察研究51巻6号（1980年）、朝岡智幸「判批」判タ339号（1976年）、光藤景皎「判批」昭和51年度重要判例解説がある。また同決定の調査官解説として、香城敏磨・判解（刑事篇）昭和51年度64頁がある。

⁶ 川出敏裕「任意捜査の限界」小林先生・佐藤文哉先生古希祝賀論集（下）23頁（2006年）。

⁷ 井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」刑事訴訟法の争点〔第3版〕46頁〔同『強制捜査と任意捜査』（2006年）所収〕参照。

⁸ 多くの見解が、類型ごとの分析を行っている。最近のものでは、星・前掲注2書167頁、池田公博「写真・ビデオ撮影」法学教室364号10頁（2011年）、酒巻匡「捜査手続(8)その他の捜査手段」法学教室366号27頁（2011年）などがある。とくに、星・前掲注2書167頁以下は、大きく(1)撮影カメラの態様と対象、(2)写真撮影の時期に分けて、詳細に判例分析を行っている。

昭和44年判決は、写真撮影によって制約される利益について、「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」を観念して、公道上で行われた違法なデモ行進に対する撮影について、法律上の根拠がなくても許される場合があることを示した。平成20年決定も、「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」における撮影であり、このような場所における撮影は、これを任意捜査と呼ぶかどうかはともかくとして、法律上の根拠なく無令状で行うことは実務上ほぼ固まったとあってよいであろう⁹。

もつとも昭和44年決定や、平成20年決定において用いられた捜査手法を写真・ビデオ撮影の問題としてとらえることには根源的な問題として疑問が残る。なぜなら、写真・ビデオ撮影は、捜査官の監視・観察を電子的に記録、保存するものにすぎないのであるから、そもそもとして、捜査官が当該行動を監視・観察すること（以下、行動監視とする）自体が許されるかどうかを検討されなければならないように思われるからである¹⁰。捜査官の行動監視が許されるとすれば、捜査官の記憶に残った視覚情報を刑事手続において証言することは当然許されるというべきであるから、写真・ビデオ撮影の問題は、当該データが目的外で利用される危険性、つまり管理、利用の問題に過ぎないともいえる¹¹。そうだとすると、行動監視自体の許容性が検討されなければならないというべきであろう。

以上のような問題意識から、本稿では、イギリスにおける行動監視捜査に

⁹ なお、写真撮影と、ビデオ撮影は、捜査手法の法的性質を論じるうえで異なるところはないというべきである。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」都法43巻2号111頁（2003年）115頁以下、菅原・前掲注4論文20—21頁、池田・前掲注8論文14頁、酒巻・前掲注8論文27頁。これに対して、静止画と動画の差が大きいとするものとして、村井敏邦「判批」判例時報1294号223頁・226頁。

¹⁰ 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（2011年）、池田・前掲注8論文12頁。宇藤・前掲注4論文208頁・210頁が呈する「立ち入り自体は必ずしも自由ではないような場所でも、立ち入りが許容されさえすれば、ただちに本決定と同様の取扱いになるのか」という問題意識は、本稿の問題意識のいわば裏側からの指摘であると思われる。

検討を加えて、わが国における行動監視捜査の法的性質と、行動監視捜査を規律する仕組み—実体要件およびその手続的担保の仕組みについて明らかにしたい。

III イギリスにおける行動監視捜査の規制枠組み

1 RIPA の構造

(1) 制定法の経緯

監視に関する法は、1984年に監視装置の使用方法について定めた内務省のガイドライン (Guidelines on the Use of Equipment in Police Surveillance Operations)¹²が出されるまで存在しなかった。同ガイドラインは、監視装置の使用許可を警察本部長に行わせるとするものであったが、特に、監視の定義等について細かく定めたものではなかった。

そして、このガイドラインは、Khan v. United Kingdom¹³などの度重なる EU 裁判所への上訴を受けて、Police Act 1997, Part 3 にまとめられた¹⁴。そして、翌年に、運用規範 (Code of Practice on Intrusive Surveillance 1998) が制定されて、この体制が RIPA 制定まで維持された。

また監視に関する基礎理論は、EU 裁判所の判決に由来するものが多い。秘匿捜査は、プライバシー権に重大な侵害をもたらす¹⁵ので、必要性と比例

¹¹ 鹿野・前掲注 4 論文309頁も、ビデオ撮影と、肉眼による監視の違いは、事後利用の可能性にあり、「見られない利益」を害しているという点では同じであると指摘する。同旨として、坪内和彦「写真撮影」三井誠ほか編『刑事手続 (上)』(1988年) 151頁。これに対して、池田・前掲注 8 論文12頁は、「写真撮影は、とりわけ自己に関する情報が意図しない形で記録・共有されることへの不安を生じさせるのであって、ここに、人間が見て記憶する場合とは異なる、『個人の私生活上の自由』への制約と評価すべき点が認められよう」とする。データ化することで、事後利用の可能性が生じるので、確かに、事後利用に対する不安は別途生じるというべきであろう。ただ、これも、究極的には、データの管理、利用の問題であるといえよう。

¹² House of Commons Library, 19 December 1984.

¹³ (2001) 31 EHRR 45

¹⁴ Khan 事件が大きな触媒になったと指摘されている。Ben Emmerson QC and Andrew Ashworth QC, Human Rights and Criminal Justice, 1st ED (2001).

原則に従った法律の根拠がなければできない¹⁶ことや、法律は、簡潔で、明確でなければならない¹⁷ことなどは、いずれも EU 判決に由来するものである¹⁸。

このように、RIPA は、EU 法や人権法に適合するべく定められたものであるが、実務家や学者の評価は分かれている。たとえば、RIPA がこの国の責務を果たすことに成功するであろうという指摘がある¹⁹一方で、プライバシーの価値があまり尊重されていないとも指摘されている²⁰。RIPA の仕組みは、後述するように同法80条による性格付けもあって、やや実効性に疑問が投げられている面もあるが、その仕組みをみることは、プライバシーと捜査の調整方法の一つとして有益であろう。

(2) 2つの監視類型 — 直接監視と侵害監視

監視という概念は、極めて幅広く、定義するのが困難であるが、RIPA は、対象とする監視について、一般的に、対象者に秘匿のうちに行われることと、個人のプライベート情報を得ることを求めている。これらに該当しないものは、少なくとも RIPA の監視には当たらない。そして、実務上、実質的な要件として争われるのは、第1に、実際に監視が行われたことに対象者が気付いていたかどうか、第2に、実際に監視が行われていたかどうか、という点とされる²¹。

RIPA は、監視の行為態様についても細かく定めている。RIPA の定める

¹⁵ Kopp v. Switzerland (1987) 27 EHRR 91, ECtHR.

¹⁶ A v. France, (1993) 17 EHRR 462, ECtHR.

¹⁷ Malone v. the United Kingdom, (1985) 7 EHRR 14, ECtHR.

¹⁸ RIPA の明確性については疑問が呈されている。Simon McKay, *Covert policing Law and Practice*, (Oxford University Press, 2011), at 139. EU 人権裁判所は、民主基盤の防衛と、個人の権利のバランスが重要としている。

¹⁹ Ferguson and Wadham, 'Privacy and Surveillance: A Review of the Regulation of Investigatory Powers Act 2000' [2003] EHRLR SI 101.

²⁰ Emmerson and Ashworth, *supra note 14*, at 208.

²¹ R v. Rosenberg, [2006] EWCA Crim 6.

監視とは、秘匿のうちに、対象者の私的情報を得る蓋然性が高い態様で行う捜査、オペレーションをいう²²。単に視覚によるだけでなく、対象者の動き、会話、その他の行動、コミュニケーションについて、対象者に気付かれないように、モニタリングすること (monitoring)、観察すること (observing)、聞くこと (listening) も含まれる²³。またそのことを記録したり、監視装置を使用したり、することも、監視に含まれる²⁴。ただし、これらの監視を身分秘匿情報員によって行う場合は、監視に含まれず、身分秘匿情報員の規定によって規制される²⁵。また郵便サービス、テレコミュニケーションサービスシステムによる通信過程の会話の傍受も、原則として会話傍受の規定によって規制される²⁶。

そして、以上の一般的な定義に加えて、RIPA は、通常の監視を直接監視 (directed surveillance) としたうえで、そのうち特に侵害性の高いを侵害監視 (intrusive surveillance) として、別に手続を定めている²⁷。

直接監視は、3つの要件からなる。すなわち、第1に、特定の捜査やオペレーションの目的があること、第2に、個人のプライベート情報を得る手法で行われること、第3に、許可を取ることができる状況であること、が求められる²⁸。

直接侵害にあたるかどうかに関するリーディングケースは、C v. Police and Secretary of State²⁹ (以下、C判決とする) である。同事例は、ある警察

²² RIPA s. 26 (2). 「秘匿のうちに」とは、対象者が監視に気付かれないように計算された方法によることをいう。RIPA s. 26 (9).

²³ RIPA s. 48 (2)(a).

²⁴ RIPA s. 48 (2)(b) and (c).

²⁵ RIPA s. 48 (3).

²⁶ ただし、一方当事者の同意を得て、無令状で行う場合に限り、監視に含まれる。RIPA s. 48 (4).

²⁷ RIPA 制定以前は、実務上、直接監視と侵害監視を質的に区別する認識はなかった。McKay, *supra* note 18, at 138. Friedl v. Austria (1995) A/305-B, ECmHR, paras 49-50.

²⁸ RIPA s. 26 (2).

²⁹ No IPT/03/32/H, 14 Nov 2006.

官が仮病で休んでいた疑いがあるとして非違事案の調査が行われ、そのなかで監視が行われたというものである。この監視がRIPAによる授權が必要かどうか争われたものであるが、裁判所は、とりわけ捜査目的かどうかの点を検討した。そして、裁判所は、この条項の解釈はRIPA全体の趣旨にかんがみて行われなければならないとして、具体的な基準について、「原理的に、許可を求めることができ、また許可を受けることができたかどうか」とした。犯罪と非違事案の捜査が重なっているような場合には、特に争われることになるが、いずれも事例に即した判断が求められるとされる³⁰。

そのほかに、直接監視の該当性が検討された事案として、R v. Rosenbergs³¹とR v. Leadbetter³²がある。R v. Rosenbergでは、ドラッグ捜査にあたって、隣人の家の中からのCCTVの映像が用いられた事案において、本件ではこれ見よがしにカメラが設置されていたとして、秘匿にあたらぬとされた。R v. Leadbetterでは、動物愛護者の監視に、RIPAの授權がなければならぬと争われた事案において、下級審は、RIPAが適用されるべきとした。

以上のように、直接監視に当たるかどうかは、実質的に、監視の目的や秘匿の態様によって判断されているといえよう。

他方、侵害監視とは、住居もしくは個人所有の車両に対して行う監視のことをいう³³。撮影対象の場所による区別といってよい。侵害監視は、住居内と車両内において、人もしくは記録装置を用いて監視が行われることが要求される³⁴。

³⁰ McKay, *supra* note 18, at 145.

³¹ [2006] EWCA Crim 6.

³² (Unreported), decided by District Judge Parsons in Bournemouth Magistrates Court on 4 Nov 2009.

³³ RIPA s. 26 (3).

³⁴ RIPA s. 26 (4). これは、「人」よりも「場所」を守るものであると批判されている。Nick Taylor, *Covert Policing and Proportionality*, *Covert Policing Review* (2006), at 31.

公共スペースにある住居については一定の制限がある。たとえば、間借部屋や刑務所の独房などは、本条でいうところの住居には当たらないとされる³⁵。位置情報のみを取得する場合には、侵害監視にあたらない。車両内の会話を傍受する場合は、会話傍受に関する規定で処理されるため、侵害監視には当たらない³⁶。車両も個人使用のものに限られる。タクシーなどの料金を徴収して運航に用いられる車両は、RIPAの対象とならない。

このような侵害監視に関する基準は、法案段階においても強く批判されていた。たとえば、当時の情報委員長は、侵害監視を、個人がプライバシーの合理的期待をもつ住居をすべて含めるべきと主張している³⁷。また、Whittaker は、直接と侵害の区別が将来大きな混乱をもたらすと指摘し、直接監視が、十分侵害的であるにもかかわらず、RIPAによる手厚い保護を受けることになると指摘する³⁸。これらの議論は、後述のとおり、侵害監視類型がわが国における強制処分と同等の規律を行っていることから、強制捜査として行うべき行動監視類型を検討する上で参考になろう。

なお、財産や無線テレグラフィーへの侵害を伴う場合には、Police Act 1997 などが適用される。

(3) 授権の手続き

(i) 実体要件

直接監視の許可要件も、必要性と比例原則から構成されている³⁹。すなわち、(a)一定の理由に基づいて、その許可が必要であること（必要性）、(b)許

³⁵ Code of Practice, para 2.15.

³⁶ ただし、住居、車両外にある機械による場合でも、住居内、車両内にあるのと同等の水準をもつ機械である場合には、侵害監視にあたる。RIPA s. 26 (5).

³⁷ Response of the Data Protection Commissioner to the Government's Regulation of Investigatory Powers Bill (March 2000).

³⁸ Starmer et al, Criminal Justice, Police Powers and Human Rights (2001), at 66.

³⁹ これは身分秘匿情報員と同一である。身分秘匿情報員について、詳しくは、丸橋・前掲注3論文参照。

可された利用が、それにより到達しようとするものと釣り合いがとれていること（比例性）、が求められる⁴⁰。一定の理由は、(a)国防の利益（interests of national security）、(b)犯罪の抑止、捜査、秩序の維持の目的（preventing or detecting crime or of preventing disorder）、(c)イギリスの経済安定の利益（the economic well-being of the United Kingdom）、(d)公共の安全の利益（the interests of public safety）、(e)公共の衛生を保持する目的（protecting public health）、(f)納税義務等を調査し、あるいは、徴収する目的（assessing or collecting any tax, duty, levy or other imposition, contribution or charge payable to a government department）、さらには、(g)国務大臣がなす命令によって、本項の目的のために特定された（(a)～(f)に当たらない）目的と極めて広範に及ぶ⁴¹。

他方、侵害監視の実体要件の枠組み自体は、直接監視と同一である。すなわち、(a)一定の理由に基づく必要性があること（必要性）、および、(b)傍受とこれにより到達しようとしていることが釣り合いがとれていること（比例性）、である⁴²。ただし、一定の理由は、(a)国防の利益、(b)深刻な犯罪の予防、捜査の目的、(c)イギリスの経済安定を図る目的に限られる⁴³。とりわけ対象となる犯罪が「深刻」に限られる点に注目する必要がある。深刻な犯罪とは、(a)18歳以上（ロンドン及びウェールズ）の者が3年以上の懲役にあたることが合理的に予想される罪、あるいは、(b)暴力を使用した犯罪、重大な財産上の損害を与えた犯罪、多数の者で同一の目的の下に行った犯罪のことという⁴⁴。

⁴⁰ RIPA s. 28 (2).

⁴¹ RIPA s. 28 (3). すべての機関がすべての目的の直接監視を行えるわけではない。例えば、重大詐欺局は、犯罪目的の直接監視しか行う権限を有しない。Serious Organised Crime and Police Act 2005 (Consequential and Supplementary Amendment to Secondary Legislation) Order 2006 (SI 2006/594), Sched para 40 (3)(d).

⁴² RIPA s. 32 (2).

⁴³ RIPA s. 32 (3). 公正取引局の局長は、(b)の事由以外で侵害監視を許可することはできない。RIPA s. 32 (3A).

⁴⁴ RIPA s. 81 (3).

また侵害監視の必要性を判断するに当たっては、他の手段による合理的な獲得可能性も考慮するべきとされる⁴⁵。これは、補充性を求めたものといえよう。

犯罪捜査に限っていえば、犯罪の重大性と、手段の補充性が加わる点において、侵害監視の実体要件は、より厳格になっているといえるであろう。

(ii) 授権手続

直接監視と侵害監視は、いずれも許可権者による監視の許可が必要であることは同じである。ただ、具体的な授権手続は、直接監視と、侵害監視で大きく異なる。RIPA による監視手続は、警察のみならず、諜報機関や軍なども利用することができ、手続きも若干異なるが、ここでは警察機関の授権手続を検討する。

直接監視の許可権者は、指定権者 (Designated persons) と呼ばれる警視以上の捜査官である⁴⁶。指定権者は、原則として当該捜査に参加できない⁴⁷。許可を申請する捜査官は、次の10項目にわたる書式に必要事項を記入しなければならない⁴⁸。

- 1 特定の事件に授権が必要な理由および RIPA28条(3)上の根拠
- 2 監視の本質
- 3 監視対象者の識別 (判明している場合に限る)
- 4 諜報事案の概要と、適切な個別諜報番号 (該当する場合に限る)
- 5 監視の結果、入手したい情報の説明
- 6 潜在的な二次的侵害の詳細と当該侵害が正当化される理由
- 7 監視の結果、入手されるであろう秘匿情報の詳細

⁴⁵ RIPA s. 32(4).

⁴⁶ RIPA ss. 27, 30. ただし、緊急の場合には、警部でも許可できる。

⁴⁷ やむを得ず関与する場合には、次回の調査時に、監視委員会か、幹部警察官に報告しなければならない。Code of Practice, para.5.7.

⁴⁸ Code of Practice 5.8

- 8 監視がそれによって実現しようとしているものに比例していると判断する理由
- 9 監視のために求められる（判断が難しい場合は推奨される）授權のレベル
- 10 授權が以前に誰によって、いつ与えられたか、拒否されたか、に関する事後的な記録

指定権者は、以上の事情にかんがみ、上記の実体要件がある判断すれば、許可を出すことができる。

許可は、原則として書面を持って通知されなければならないが、緊急を要する場合には、口頭による方法も認められる⁴⁹。この場合、記録に緊急性が認められる理由を付さなければならない。

書面による許可の有効期間は、3カ月である⁵⁰。許可は、更新を行うことができ、特に回数に制限はない⁵¹。更新する際には、前回申請時から事情の変化、更新の必要性等を申請しなければならない⁵²。指定権者は、監視の理由がなくなった場合には、許可を取り消さなければならない⁵³。

以上の直接監視の対して、侵害監視の許可権者は、国务大臣と次の各組織の幹部権者（senior authorising officers）⁵⁴に限られる⁵⁵。

- (a) ロンドンを除くイングランドおよびウェールズにあるすべての警察組織の警察本部長（chief constable）

⁴⁹ RIPA s. 43.

⁵⁰ RIPA s. 43 (3)(c). 口頭による許可の場合には72時間である。RIPA s. 43 (3)(a). なお、身分秘匿情報員の場合には、12か月となっている。RIPA s. 43 (3)(c)

⁵¹ RIPA s. 43.

⁵² RIPA s. 43.

⁵³ RIPA s. 45 (1)(a).

⁵⁴ RIPA s. 32 (6).

⁵⁵ RIPA s. 32 (1).

- (b) 都市警察 (Police of the Metropolis) の長官 (Commissioner) および副長官 (Assistant Commissioner)
- (c) ロンドン市警察 (City of London) の長官
- (d) スコットランドにあるすべての警察組織の警察本部長 (chief constable)
- (e) 北アイルランド警察の警察本部長 (chief constable) および警察本部長代理 (Deputy Chief Constable)
- (f) 国防警察 (Ministry of Defence Police) の警察本部長 (chief constable)
- (g) 王立海軍警察 (Royal Navy Police) の警務隊長 (Provost Marshal)
- (h) 王立陸軍警察 (Royal Military Police) の警務隊長 (Provost Marshal)
- (i) 王立空軍警察 (Royal Air Force Police) の警務隊長 (Provost Marshal)
- (j) 英国空港警察 (British Transport Police) の警察本部長 (chief constable)
- (k) 重大組織犯罪対策機構 (Serious Organised Crime Agency) の総裁 (Director General) および総裁が指定した職員
- (m) 英国歳入関税庁 (Her Majesty's Revenue and Customs) の長官が指定した幹部歳入関税職員
- (n) 公正取引局 (Office for Fair Trading) の局長 (chairman)

これらの階級は、直接監視における警視に比べると、格段に高く、厳格な手続きになっているといえる。

さらに、侵害監視の許可は、緊急の場合を除き、警察機関から独立した監視委員事務局 (Office of Surveillance Commissioners) に属する監視委員⁵⁶

⁵⁶ 監視委員長を除く。RIPA s. 81 (1).

の書面による承認を得なければ効力を有しない⁵⁷⁵⁸。

監視委員事務局は、1997年警察法91条 (Police Act 1997, s91) にもとづいて設置されたものである。委員長および委員は、最高裁、控訴院、高等法院などの裁判官が所属する高等司法事務所 (high judicial office)⁵⁹あるいは枢密院の司法委員会に所属している (所属していた) メンバーから首相によって任命される⁶⁰。このようなメンバー構成にかんがみると、同委員会は、司法機関に準じたものとして位置付けることができよう。

監視委員は、許可の通告があった場合には、ただちに許可内容を精査して、承認するかどうかを決定しなければならない⁶¹。許可の基準は、実体要件の存否となる⁶²。承認する場合は、告知書を許可権者に送付しなければならない⁶³。許可の効力は、当該告知書を許可権者が受領した時点とされる⁶⁴。この点については、オフィスをミスで受領できなかった場合などに問題が起こる余地が指摘されており、このような場合には、裁判所も同条に拘束されないとの見方が示されている⁶⁵。

また監視委員は、承認しない場合には、その結果を最高幹部に通知しなければならない⁶⁶。

緊急の場合には、監視委員による事後確認あるいは取り消しに従うことを条件に、許可した時点で効力が発生する⁶⁷。監視委員会に通告した後に、緊急を要する事態になった場合には、監視委員会にその旨を通告すれば、その

⁵⁷ RIPA s. 35.

⁵⁸ RIPA s. 36 (2).

⁵⁹ Constitutional Reform Act 2005, c.4, s.60 (2).

⁶⁰ Police Act 1997, s91 (1).

⁶¹ RIPA s. 35 (4).

⁶² RIPA s. 35 (4).

⁶³ RIPA s. 35 (4).

⁶⁴ RIPA s. 35 (4).

⁶⁵ McKay, *supra note 18*, at 155.

⁶⁶ RIPA s. 36 (6)(7).

⁶⁷ RIPA s. 36 (3).

時点から効力を有する。これは、監視委員への通告にもとづいて効力を持つのか、緊急事件に基づいて効力を持つのか、運用規範上はあいまいであるが、幹部警察官は、いぜんとして緊急発付の権限を持っていることから、立法者は、後者の解釈が正しいとみていると考えるべきとされている⁶⁸。

監視委員は、承認後であっても、実体要件がなくなったと判断すれば、承認を取り消すことができる⁶⁹。監視委員は、緊急手続において、緊急性がないと判断すれば、幹部権者の許可の時点に遡って許可を取り消すことができる⁷⁰。その場合において、監視委員は、刑事裁判、民事裁判のために保全が要求されている場合を除き、監視データの破棄を命ずることができる⁷¹。

幹部権者は、監視委員の決定（データの破棄命令も含む）について、監視委員長に不服を申し立てることができる⁷²。監視委員長は、侵害監視について実体要件があると判断する場合には、不服を容れなければならない⁷³。監視委員長は、不服を却下する場合においても、正当な理由があれば監視委員の決定を修正することができる⁷⁴。

不服申立ての決定は、不服申立者と、判断した監視委員に通知される⁷⁵。また却下の場合には、報告書が担当大臣にも送付される。決定の理由は、重大な場合を除いて通知されない⁷⁶。

書面による許可の有効期間は、直接監視と同様に3カ月である⁷⁷。侵害監視の許可も、更新を行うことができ、特に回数に制限はない⁷⁸。

⁶⁸ M at para94

⁶⁹ RIPA s. 37 (2) and (3).

⁷⁰ RIPA s. 37 (4).

⁷¹ RIPA s. 37 (9).

⁷² RIPA s. 38 (1). 不服は、監視委員の決定から7日以内に申し立てなければならない。

⁷³ RIPA s. 38 (4).

⁷⁴ RIPA s. 38 (5).

⁷⁵ RIPA s. 39 (1).

⁷⁶ RIPA s. 39 (3) and (4).

⁷⁷ RIPA s. 43 (3)(c). 口頭による許可の場合には72時間である。RIPA s. 43 (3)(a). なお、身分泌匿情報員の場合には、12か月となっている。RIPA s. 43 (3)(c)

⁷⁸ RIPA s. 43(0).

上記の直接監視と侵害監視の要件、手続の他に、運用規範では、一般的模範運用指針 (General best practice guidelines) として、適正な審査をする体制や責任の所在などが定められている⁷⁹。とくに地方機関の幹部責任官 (senior responsible officer) は、組織指導者チーム (corporate leadership team) の一員として、監視委員会の年次報告の政策を遵守する責任があるなどと定められている⁸⁰。このような体制は、反対尋問に耐えうる証人や、最良の証拠を得るために必要であるとされている⁸¹。

2 行動監視捜査における RIPA の役割

(1) 写真・ビデオ撮影と人権条約 8 条との適合性

イギリスは、伝統的に包括的なプライバシー権に関しては消極的であった⁸²。しかしながら、ヨーロッパ人権条約 8 条やそれを受けて制定された 1998 年人権法制定により、近年、イギリスにおいてもプライバシー権は、認められるようになってきている⁸³。

特にイギリスの国内法に大きな影響をもたらしているのは、ヨーロッパ人権裁判所 (以下、EU 裁判所とする) の判決である。写真撮影とプライバシーに関する EU 裁判所の立場は、1996 年に公刊された Naismith 事務弁護士による論文において詳細に分析されている⁸⁴。同論文の分析によると、EU 裁判所の判決は、2 つの基準からなる。まず第一は、写真撮影の態様が、より厳格な意味でのプライバシーの侵害 (たとえば、被撮影者の住居に侵入するなど) があったかどうか、と、当該写真が私事に関するものか、公共に関

⁷⁹ Code of Practice, paras. 3.27-3.30.

⁸⁰ Code of Practice, para. 3.29.

⁸¹ McKay, *supra* note 18, at 148.

⁸² e.g. Wainright v. Home Office, [2003] 4 All E.R. 969.

⁸³ イギリスにおけるプライバシー概念の展開について、詳しくは、星・前掲注 2 書 107 頁以下参照。

⁸⁴ SH Naismith, Photographs, privacy and freedom of expression, (1996) 2 EHRLR 150. その後の判決は、同論文の分析を言い直すか、再確認するか、に過ぎないといわれている。McKay, *supra* note 18, at 167.

するものか、である（以下、態様基準とする）。第二は、写真を撮影、利用する目的である。とくに、委員会は、利用する目的が限定されている事実や写真が不特定多数に利用されていない事実を重視しているとされる（以下、目的基準とする）。

態様基準に関する事例として、Friedl v. Austria⁸⁵がある。同事件では、デモ参加中に写真撮影をされて、身元を確認されたという申立人の不服に対して、ヨーロッパ人権裁判所は、捜査機関が、住居に侵入してそこで写真撮影をしたという意味での私生活の内側（the inner circle）に入っていないという点を考慮して、人権条約 8 条に違反しないとの判断を示した。またそれより以前の X v. United Kingdom⁸⁶においても、人権裁判所は、侵害性の欠如と、イベントの公共性という言葉を用いて、申立人の不服を退けている⁸⁷。

また目的基準に関しては、多くの事例が捜査目的であれば、人権条約 8 条で保護される私事の枠外であるとされている⁸⁸。逆に、目的があいまいであるような場合には、8 条違反に求められるプライバシーの侵害性は低いもので足りるとされている⁸⁹。

目的基準に沿った判断をしたイギリス国内の事例として、R (on the application of Wood) v Metropolitan Police Commissioner（以下、Wood 事件とする）⁹⁰がある。

⁸⁵ [1996] 21 EHRLR 83.

⁸⁶ Application No. 5877/72, decision of October 22, 1973, Collection of Decisions, Vol. 45, p. 90.

⁸⁷ その他、警察官が免許証やパスポートの写真を利用する場合にも同様の基準が用いられている。Lupker and others v. The Netherlands, Application No. 18395/91, decision of December 7, 1991, and Doorson v. The Netherlands, Application No. 20524/92, decision of November 29, 1993.

⁸⁸ Lupker and others v. The Netherlands, Application No. 18395/91, decision of December 7, 1991

McVeigh, O'Neill and Evans v. United Kingdom, Application Nos. 8022/77, 8025/77 and 8027/77, report of March 18, 1981.

⁸⁹ Naismith, *supra note 84*.

⁹⁰ [2009] EWCA Civ 414.

Wood 事件の概要は次のとおりである。申立人 (Wood) は、武器取引反対キャンペーン (CAAT) のメンバーの一人であった。申立人は、前科も逮捕歴もないが、他の CAAT のメンバーには、反対活動に関連して犯罪行為を繰り返す EA 氏などのメンバーをいた。申立人は、武器産業を含む産業展示会と関連のある企業の年次定例会議に出席した。警察は、同会議に EA 氏らも参加することがわかっており、何らかの犯罪行為が行われるのではないかと考えて彼らをマークしていた。そして、私服の警察官が、今後、犯罪行為が行われた場合の犯人の同一性の確認に役立つだろうと考えて、会議終了後に地下鉄に向かう途中の申立人を写真撮影した。その事実を知った申立人が、当該写真撮影と保管行為によってヨーロッパ人権条約 8 条にもとづくプライバシーの権利を侵害されたとして司法審査を申し立てた。原審は、申立人の主張を棄却した。

これに対して控訴院は、「公共の場所において単に個人の写真を撮る行為は、一貫してプライバシーを侵害しないと判示されている。シャッターを切る行為自体は、それ以上の行為が加わらなければ、何の権利も侵害しない」⁹¹とする一方で、人権条約 8 条の適合性を判断するためには保管や利用も含めて全体で考察しなければならないとし、犯罪行為を行っていないばかりか、犯罪行為に関与することを疑う理由もない人物の同一性を確認する目的で撮影された写真を保管できるのはせいぜい数日であり、それを超える部分については正当化されないとして、控訴を受け入れた。

このように、Wood 判決は、写真撮影の点だけではなく、その後の保管、利用の点を含めて全体として判断した。そして、Wood 判決は、写真撮影自体というよりも、保管、利用の点に重きをおいて分析した⁹²。これは、イギリス法が、警察官による写真撮影の問題を伝統的にデータ保護法によって対

⁹¹ [2009] EWCA Civ 414, para. 36

⁹² 同様に、公道上の写真撮影自体については問題ないとしつつ、利用・公開する点を問題としたイギリス国内や EU 裁判所の事例は、Campbell v. Mirror Group Newspapers Limited, [2004] UKHL 22; Peck v. U.K., Application No44647/98, ECHR 2003 など多数にのぼる。両事例の分析について、詳しくは、星・前掲注 2 書109頁以下。

処してきたこととも整合する⁹³。目的基準は、この保管、利用に関する人権条約8条の適合性を判断する枠組みといえよう⁹⁴。

(2) RIPA とビデオ・写真撮影

CCTV などによるビデオ撮影や ANPR などの自動ナンバー認識システムは、明示的に行われる限り、RIPA の授權を要しない⁹⁵。また秘匿の態様であっても、被撮影者が気づいていれば、直接監視や侵害監視にはあたらない⁹⁶。しかしながら、CCTV であっても、対象者に認識されない態様や、明示的であっても特定の人間を秘匿のうちに追跡する方法であれば、直接監視に該当する⁹⁷。その意味では、RIPA の対象となるかどうかは、総合的に判断される。

もっとも、RIPA の授權を要する監視態様であるにもかかわらず、授權を得ずに実施した場合であっても、ただちに不法行為を構成するわけではない点に注意が必要である。RIPA80条において、明示的に RIPA 違反がただちに不法行為を構成しないと規定されているのである。運用規範でも、直接的に、PACE などの他の根拠法があれば、RIPA による必要がないことが規定されている⁹⁸。判例上も、R (NTL Group Ltd) v. Crown Court at Ipswich⁹⁹では、RIPA によらないで、PACE によって Email を取得した事案について、犯罪を構成しないとされた。

つまり、RIPA80条は、RIPA に任意規定のような性格を与えてしまったといえるのである。これをうけて、学説から、RIPA が新しい仕組みを創出したものとはいえないといった指摘がなされている¹⁰⁰。ただ、RIPA による

⁹³ イギリスにおけるデータ保護法について詳しくは、星・前掲注2書85頁以下。

⁹⁴ ただ、これも究極的には、比較衡量の問題である。McKay, *supra* note 18, at 168.

⁹⁵ RIPA s.26 (2) and (3) ; Code of Practice, para. 2.27.

⁹⁶ R. v. Rosenberg, [2006] EWCA Crim 6.

⁹⁷ Code of Practice, para. 2.27.

⁹⁸ Code of Practice, para. 1.15.

⁹⁹ [2002] 3 WLR 1173.

授權がなくても、違法とされない場合があるという点については、任意規定という性格が否定できないものの、RIPA に従っていれば不法行為責任等に問われることがない¹⁰¹ ことにかんがみれば、適法性の担保という意義は十分に有しているといえよう。実際に、イギリスの学説における問題意識も、違法性基準として機能していないことよりも、直接監視や侵害監視にあたらぬ場合には RIPA による保護を受けられないことがあげられている¹⁰²。適法性の担保という考え方は、我が国の議論に参考になろう。

3 小括

以上のように、イギリスでは、写真やビデオ撮影を伴う行動監視捜査は、写真・ビデオ撮影の点と、行動監視捜査の点にわけて規律されている。

イギリスにおける写真・ビデオ撮影は、少なくとも公道上においては撮影それ自体を問題とされることはない。むしろイギリスの判例は、撮影されたデータを保管、利用する点をデータ保護法や人権条約 8 条との関係で問題にする構造になっている。その際には、ヨーロッパ人権条約の影響も受けて、利用する目的が限定されていることなどが重視されており、捜査や犯罪防止などの明確な目的があれば正当化されることが多い。その意味では、捜査法、とくに行動監視の実体要件論が究極的には許容基準になっている。

写真・ビデオ撮影は、その実質において捜査官が肉眼で見ていること（あるいは見ることができること）（行動監視）のデータ化であることにかんがみれば、このように捜査官が行動監視の問題と、撮影されたデータの管理、利用の問題に分けて規律する構造は合理的であるといえよう。

そして、秘匿捜査として行われる行動監視捜査は、適法性を担保するという観点から、RIPA によって実体要件と、手続要件が定められている。

特に注目すべきは、住居や車両などを対象に行う監視は、侵害監視とし

¹⁰⁰ McKay, *supra* note 18, at 140.

¹⁰¹ RIPA, s.27 (2).

¹⁰² McKay, *supra* note 18, at 166.

て、授權を司法機関に準じた第三者機関の承認にかからしめるなど、令状主義に準じた規律をしている点と、その他の侵害性の低い監視は、直接監視として組織内の規律で行われている点である。わが国の文脈に直せば、前者は、強制処分として規律を行い、後者は、任意処分として規律を行っているものと評価することができる。そして、いわば任意処分でありながらも、組織内の事前審査にかからしめることによって、実体要件の存在を確認し、責任の所在を明らかにする点は、任意捜査を規律する仕組みとしてわが国においても参考になろう。

実体要件は、両類型とも共通して、捜査の必要性を比例性から定立されている。侵害監視には、さらに事件の重大性と補充性が加わる。事件の重大性や補充性は、より侵害性の高い捜査を正当化する要素として位置付けることができる¹⁰³。

IV おわりに

わが国においても、写真・ビデオ撮影の問題と、行動監視の問題は、区別されるべきである。捜査官が肉眼で観察できないものは、データ化することは許されないし、逆に、捜査官が肉眼で観察できるものは、原則としてデータ化することは許されるというべきである。そして、写真・ビデオ撮影は、撮影されたデータの管理、利用の問題として位置付けるのが適切である¹⁰⁴。ビデオ撮影によって生じる管理、利用の問題は、正当な行動監視捜査によって獲得された証拠であれば、厳格な刑事訴訟法の手続によって正当化される

¹⁰³ 比例性、事件の重大性、補充性などの要素は、究極的には捜査の必要性に還元できる。丸橋昌太郎「身柄に関する処分の実体要件の意義—イギリスにおける停止権限及び逮捕権限の分析を通じて」信州大学法学論集10号41頁（2008年）、同「証拠を収集する処分の実体要件の意義—イギリスにおける捜索権限の分析を通じて」信州大学法学論集12号27頁（2009年）。

¹⁰⁴ 行政機関によって撮影されたカメラの映像は、一定の場合、個人情報保護法による保護の対象となる。星・前掲注2書204頁以下。ただ、刑事訴訟における個人情報、刑事訴訟において利用される限りにおいては、個人情報保護法の適用外である（刑事訴訟法52条の2第2項）ので、實際上、問題とならない。

ので、究極的にはわが国においても行動監視自体の正当化が求められるというべきである¹⁰⁵。そうすると、平成20年決定が認定する被告人の嫌疑や犯人性（同一性）確認の必要性は、まさに行動監視自体の正当化要素と読むべきである。その意味では、平成20年決定は、ビデオ撮影のリーディングケースというよりも、行動監視捜査のリーディングケースとして位置づけられよう¹⁰⁶。

行動監視の法的性質は、イギリスにおける直接監視と侵害監視の基準が参考になろう。わが国においても、平成20年決定において指摘される通り、公道上は、一般的に、「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」であり、そこでの行動監視が法律上の根拠を要するほどの重要な権利・利益の制約をとまなうものとはまではいえないように思われる。他方、住居内や自動車内に対する撮影は、観察されること自体、受忍するべきとはいえず、原則として法律上の根拠なくしては許されないというべきである¹⁰⁷。

もっとも、「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

¹⁰⁵ 行動監視という観点から分析すると、防犯カメラは、監視対象を特定の人物ではなく、特定の場所とするものである。そうすると、防犯カメラは、明示的に行われている限り、特定の人物を行動監視してビデオ・写真撮影する場合とくらべて、侵害性は低いというべきであろう。酒巻・前掲注8論文28頁も、場所や物を撮影する場合とは異なり、人の容貌・容態の撮影は、別個固有の法益侵害が想定されるとする。

¹⁰⁶ 近年の東京高判平成22年12月8日東高時報61巻317頁は、捜査官が、マンション5階のベランダで携帯電話により通話する者の肉声を6階のベランダから録音したという事案を通信傍受の点をとらえて適法としている。同事案は、会話の傍受の点のみならず、行動監視の点も問題とされるべきであったといえる。

¹⁰⁷ この結論自体は多くの学説が唱えるところである。たとえば、井上・前掲注7書、酒巻・前掲注8論文28頁、同「判批」刑事訴訟法判例百選（第9版）21頁など。本稿では、この結論を支持するにとどまり、このような帰結に至るプライバシー概念について十分な検討を行うことができないが、プライバシーを主観的期待と客観的期待に分けて分析する見解が示唆的であるように思われる。同見解について、詳しくは、渥美東洋「テレビカメラによる不穏な状況と犯罪状況の警察による撮影・録画を適法とした事例」判タ684号36頁（1989年）。また近時の防犯カメラに関連するプライバシー概念は、星・前掲注2書61頁以下が詳しい。

ざるを得ない場所」であっても、公権力による行動監視は、「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」というかどくはともなくとして、何らかの権利を制約することになるのであるから、無制限に行うことは許されず、イギリスの RIPA の実体要件にみるように、各行動監視の目的にあわせた具体的な必要性が求められるというべきである。

昭和44年判決の現行犯現場である場合はもちろん、平成20年決定のように、犯人と観察対象者の同一性を図る目的であれば、観察対象者が犯人であることの蓋然性などを考慮して、行動監視を行うべき具体的な必要性があれば、すくなくともオープンスペースにおける監視は、許されるというべきである。また同一性の確認のほかにも、同種事案が反復して行われているような場合において、特定の人物の行動監視を行うことも許されるというべきである。その場合には、反復継続して行われている事件が同一犯によるものであることや、観察対象者がその犯人であることを疑う根拠などが必要性判断の考慮要素となろう¹⁰⁸。利益侵害の高い行動監視なれば、さらに、事件の重大性や補充性などの要素も考慮するべきである。

平成20年決定において問題となったパチンコ店内の行動監視は、公道上の監視とはオープン性に差をみることもでき¹⁰⁹、その意味では、事件の重大性を考慮したことは正当というべきである。

なお、昭和44年判決は、現行犯性を考慮要素の一つとして挙げ、昭和51年判決も、緊急性を考慮要素の一つとしてあげている。緊急性の要素は、現行犯逮捕や緊急逮捕に見るように、実体的な必要性を基礎づける要素ではなく、手続要件の時間的例外を基礎づける要素として位置付けるべきである¹¹⁰。

¹⁰⁸ 連続不審火においてこのような手法が用いられたものとして、東京地判平成17年6月2日判例時報1930号175頁。同判決は、不審火の犯人と疑う被告人の玄関をビデオカメラで撮影したことについて、被告人の嫌疑、事件の重大性、手段の必要最小限度性、緊急性を考慮したうえで、現行犯状況に準じるとして適法であるとした。本件評釈として、亀井源太郎「判批」平成18年度重要判例解説185頁、辻裕教「判批」警察学論集59巻12号。

¹⁰⁹ 笹倉・前掲注4論文123-124頁、松代・前掲注4論文11頁。

したがって、任意捜査の枠内において、実体要件が充足されていれば、緊急性は、必ずしも不可欠な要素ではないというべきである¹¹⁰。

今後は、秘匿のうちに行為される行動監視捜査をどのような仕組みで規律していくかという点を検討していくことが求められる。実体要件論としては、わが国の平成20年決定や、前述のイギリスにおける写真撮影の目的基準やRIPAの事例に則した実体要件論が参考になる。そして、現行法では、平成20年決定のように、行動監視捜査を任意捜査として位置づけて事後的な違法収集証拠の排除法則で実体要件をチェックする仕組みによるしかない¹¹²。しかしながら、住居内等の監視を行うなどの必要性が高まれば、やはり立法による手当が必要となろう¹¹³。その際には、行動監視の秘匿性にかんがみて、任意捜査であってもその実情に合わせた実体要件を担保する仕組みを検討することが望ましいといえる。

¹¹⁰ 丸橋・前掲注103論文。なお、松代・前掲注4論文7—8頁、緑・前掲注4論文215頁は、平成20年決定が緊急性を必要性に収斂させたと指摘する。緊急性は、その時点における必要性を示す要素であるという意味では必要性に収斂させることも可能であるが、緊急性がいくら高くても実体的な必要性そのものが高まるとはいえないので、実体的要素なのか、手続的な要素なのかは、区別するべきである。

¹¹¹ 昭和44年判決の現行犯性の要件が一般的要件でないことは平成20年決定において明示的に示されている。この点は多くの学説によって支持されている。星・前掲注2書183頁以下、鹿野・前掲注4論文・309頁、宇藤・前掲注4論文209頁など。

¹¹² 事後審査の限界は、多くの論者が指摘しているところである。三井誠『刑事手続(1) [新版]』(1997年)81頁以下、渥美東洋『刑事訴訟法(全訂2版)』(2009年)187頁以下、酒巻匡「刑事手続における任意手段の規律について」法学論叢162巻1～6号91頁(2008年)93頁。なお、椎橋隆幸「任意捜査と強制捜査の区別の基準」齊藤誠二背粘性古希記念(2003年)[同『刑事訴訟法の理論的展開』(2010年)所収]は、違法な任意捜査について、令状主義の精神から導かれる排除法則が適用されることに理論的な疑問を呈する。確かに、従来の令状主義の原則は強制処分についてのみ適用されるという理解からはさらなる理論的説明が求められるといえる。ただ、ここにいる令状主義の精神を、実体要件を司法審査によって担保する仕組みであると解するのであれば、強制捜査に限られず任意捜査であっても、その実体要件を司法審査すること、及び、その実効性を担保するために証拠排除を認めることが令状主義の精神から導かれるといえよう。

¹¹³ 鹿野・前掲注4論文・311頁。なお、酒巻・前掲注8論文28頁は、強制処分として令状を新たに創出する場合には、令状の事前提示ないしそれに準じた事後通知等の措置が憲法上、求められるとする。確かに、処分対象者に、処分事実を告知することは、準抗告等の救済手段の途を開くものとなろう。ただ、不服申し立ての機会がないとしても、適切に実体要件を司法が審査する仕組みがあれば、少なくとも憲法上の要請は満たされているように思われる。