

平成24年（ネ）第8050号 各個人データ抹消等控訴事件

控訴人 ○○ ○○

被控訴人 東京都，国

控 訴 理 由 書

2013年（平成25年）1月31日

東京高等裁判所第20民事部二係 御 中

控訴人訴訟代理人弁護士 清 水 勉

同 弁護士 鈴 木 克 昌

同 弁護士 堀 敏 明

同 弁護士 増 田 利 昭

同 弁護士 三 角 俊 文

同 弁護士 稲 毛 正 弘

同 弁護士 出 口 か お り

1 はじめに

犯罪は日々定量的に生産される工業製品ではない。国家が何を犯罪とするかによっても犯罪発生件数は著しく異なるし、犯罪を犯す者にしても同じ者が毎日、毎月、毎年、同じ場所で同じ犯罪を繰り返しているわけではないから、犯罪発生件数を正確に予測することはできないし、現場の警察官（巡査、巡査部長、警部補）が毎日、毎月、毎年、ほぼ同数の犯罪者を摘発することもできない。

ところが、個々の警察官の現場での働きぶりを直接見ているわけではない官僚が、現場の警察官の人事を管理する上で各自の働きぶりを査定する方法は、数値に客観化された「実績」によっている。この実績こそが犯罪検挙件数である。

警察庁が毎年の摘発目標件数を設定すれば、それは警視庁、道府県警察に摘発目標件数は配分され、その先では警察署ごとに配分され、各警察署において各警察官に対して摘発目標件数の実現が求められる。個々の警察官が相互に実績を争うことは、犯罪検挙件数を挙げることを競い合うことを意味する。警察組織内部の効率的な人事管理という観点からすれば十分に合理性がある。

しかし、摘発される犯罪は強盗殺人のような重大犯罪から条例違反のような軽罪まで様々あるが、被疑者と目された一般市民は、身に覚えがあろうとあるまいと、身柄を突然、拘束されたり財産を取り上げられたりするという、通常の市民生活では生涯起こり得ないような、衝撃的な生活ないし人生の激変を強いられる。その究極は誤判による死刑執行であるが、そこに至らなくても、起訴にさえ至らなくても、数週間、数日、数時間の異常な体験をきっかけに、当人は周囲との人間関係が悪化したり、職を失ったりという不利益を被ることもある。その家族も深刻な悩みを抱えることになる。数時間の身柄拘束の事案では、家族に心配させないために本人が一人だけで悩み続けることになりやすい。警察権力の行使は一方的な強権の発動であり、その影響は甚大であるから、現場の警察官には極めて慎重な対応が求められる。

本件訴訟は、これまで明確に問題とされて来なかった日本の警察官の街頭活動（職

務質問をきっかけとする犯罪の摘発)がノルマになっていることにより日常的に人権侵害が行われ、さらに犯罪者が作り上げられていることの問題性を問うものである。

2 職質ノルマ

(1) はじめに

一審原告は、原審において、職務質問による犯罪の摘発、任意捜査の被疑者の顔写真の撮影および指紋の採取が、現場の警察官にとってノルマになっていることを指摘した(甲25, 26, 29~35)。

(2) 警視庁警察官が津波の被災地で行った「職質」

東日本大震災の津波の被災地で瓦礫撤去のボランティア活動をしていた市民に対して、警視庁から派遣されていた警察官が都内で行っているのと同じ感覚で「職務質問」(およそ警職法2条1項の要件など充たしていない。)を行い、十徳ナイフを持っていたことに着目して銃刀法違反で摘発しようとした。「いつまた起こるかわからない災害に備え、乾パンや財布などと一緒にバッグに入れて持ち歩いていた」と説明しても聞き入れない(甲25)。警視庁の回答書(甲27)は「この度の登庁警察官の取扱いは、適正に行われたものです。」「職務質問は、法令に基づいて適正に行っています。」と断言している。

津波被災地で瓦礫撤去のボランティア活動をしていた男性に対する警視庁警察官の対応、犯罪としての摘発は正しかったのだろうか。警視庁ではこれを当然としている。しかし、宮城県警は、警視庁警察官の対応を適法だったと説明しながら、改めて男性を取り調べない、事件として送検しないと結論づけた。これを事件扱いすれば、宮城県内ではそのこと自体が警察批判の大事件になる。そのことがわかっているから、宮城県警は送検どころか取調べを続けること自体を止めたのである。仙台南署の警察官が男性に「運が悪かったと思って、あきらめて」(甲25)と言ったのは、宮城県警の警察官から事件化することはないが、職質ノルマに熱心な警視庁

の警察官が事件として持ち込んでしまった以上、対応せざるを得なくなってしまったという意味合いであろう。警視庁警察官の普段どおりの行動が、宮城県では警察批判の大事件になるところだったのである。

警視庁警察官がしようとしたことは犯罪（者）の摘発ではなく、まるで犯罪（者）づくりである。犯罪を作り犯罪者でない者に犯罪者の烙印を押すことは警察の権限ではない。

（3）一般市民の苦悩

ごくふつうの市民生活を送って来た者がある日突然、警察官に犯罪者扱いされ、数時間に解放されるということが、「職質」による軽犯罪法1条2号違反事件ではよくあることである。日常的に行っている警察官側にとっては何のショックもないが、それまで自分が犯罪を犯しているとは思っていなかった本人にとっては、事実上身柄を拘束された数時間だけが屈辱的な時間なのではなく、その後も「自分は犯罪者なのか」と悩みが続くことになる。

検察庁では、突然犯罪者扱いされた者（「被疑者」）の苦悩など一切考えず、ろくに記録も読まずに「起訴猶予」処理で済ませている。

犯罪者扱いされた者の沈黙と、検察庁の「起訴猶予」という表（公判）に出ない処理のお陰で、問題は顕在化せず、警察官は着々と職質ノルマを挙げることができる。

まじめな市民生活を送って来た一般市民の犠牲の下に、警察の実績を示す警察官のノルマは達成されているのである。

（4）「警察の「点数」制度」

広中俊雄・東北大学名誉教授が著書『警察の法社会学』（創文社）に書いている「警察の「点数」制度」（264頁以下）は、一番原告が問題にしているノルマについて詳述したものである。

そこでは、「警察の「点数」制度が問題とされなければならない理由」として、第一に、「警察官の間でさえ肯定されているように、この制度は、警察官による人権侵

害（それらのほとんどすべては犯罪捜査に関連するものである）を導く一つの原因となっている、ということが注意されるべきであろう」としている。

そして、広中は、「点数」制度は、どのような実際の運用をとおして、個々の警察官の行動を方向づけ、「士気を昂揚」しているのであろうか、と問題提起し、「重要と思われるもの」について説明している。

「月間順位、年間順位というふうな評定順位の決定が個々の巡査ごとにおこなわれ、且つ、評定結果は、口達・閲覧・印刷配布などの方法によって被評定者に「周知」せしめられる（従来は「公表」されていた）。そして、このことによって成績をあげようという意欲はいっそう奮いたたされる。」

成績の良否はよい地位の獲得に影響する（警察官を評価する用具は「点数」制度のみではないが、しかし、これが圧倒的に重要なものであることはいうまでもない）。成績が悪いと、たとえば、本庁へ栄転したり内勤（特に「警察のホープ的存在」たる捜査係）にまわしてもらったりすることができなくて、「万年警邏」をかこたなければならぬことになるとか（なお捜査係にいて成績がよくなかったりするとよく警邏にまわされる）、あるいは、昇任試験の際に大きくものをいう平素の勤務成績（署長の具申）が悪いということになる結果、学科試験を何度がんばっても巡査から巡査部長にあがることができなとかいうことになるのである。・・・。

成績優秀者は、種々の形で定期的にその労を報いられる。たとえば、一定期間ごとに、「訓授場」などに全員が集められ、成績優秀者（5位までとか10位までとか）が皆の前で表彰されるというような形は、最も一般的である。この場合、賞状・「金一封」・記念品などが与えられることも多いが、重要なのは、表彰されるということ自体のもたらす「名誉」である。・・・。

成績優秀者が「賞揚」される一方、考慮すべき理由なくして二ヶ月以上実績がきわめて低調であった者については「特別の監視指導を実施する」ことになっている。その者の範囲は、たとえば、署の総平均点を基準として内容の記載される「勤務特別指導状況表」がつくられる。指導方法としては、たとえば同行警邏と称されるも

のがあり、「監督者」が当人の警邏に同行して勤務状況を観察し、強制すべき点を発見する（そして、たとえば「一緒に歩いた間、一度も職務質問をしなかった」というふうなことが指摘される）等々の方法がとられる。」

警職法2条1項の要件を充たす者に出会わなければ、職務質問をしないのが当然である。しかし、「監督者」、すなわち、警察組織において監督者として相応しいと評価されている立場の者は、「一緒に歩いた間、一度も職務質問をしなかった」ことが問題だと感じているのである。

この論文は1950年代に書かれたものであるが、警察の実態はその後も今日に至るまで変わらない。

(5) 実績評価書

だれが現場の警察官にノルマを強いているのか。

国家公安委員会・警察庁では毎年、実績評価書（甲34）を作成している。

①平成18年8月実績評価書（甲34-1）

平成18年8月実績評価書(甲34-1)をみると、「実績評価を実施する場合は、警察行政における主要な目標（基本目標）を設定し、当該基本目標を実現するための個別の政策が目指す具体的目標（業績目標）を選択し、業績目標ごとに設定した業績指標を1年以上の一定期間測定することにより、業績目標の実現状況を評価することとされている。」とした上で、「基本目標1 生活の安全と平穏を確保する」の「業績目標4 地域住民に身近な犯罪の予防・検挙活動の推進」では、「評価期間」を5年として、「業績指標」では、「2 地域警察官の職務質問による刑法犯検挙件数を継続的に測定する。」としている。

「業績指標」とは、言い換えれば、ノルマである。「地域警察官の職務質問」による「刑法犯検挙件数」に着目し、これを「継続的に測定する」としているのであるから、職務質問がノルマとなり、検挙件数を挙げるのがノルマになっているのである。

②平成19年7月実績評価書（甲34-2）

平成19年7月実績評価書（甲34-2）では、「基本目標 市民生活の安全と平穩の確保」「業績目標 地域警察官による街頭活動の推進」の「業績目標の説明」で、「・・・地域に密着した活動を行っている地域警察官の街頭活動を強化する。」として、「業績指標①」で、「達成目標：地域警察官の職務質問による刑法犯及び特別法犯検挙件数を前年よりも増加させる。」「基準年：17年 達成年：18年」「目標設定の考え方及び根拠：地域警察官の職務質問による刑法犯及び特別法犯検挙件数の増加が、地域警察官の街頭活動の強化の一つの指標となるため」としている。そして、「(効果の把握の手法)」で「各業績指標について、基準年に対する達成年の状況を測定する。」とし、「(結果)」の「実績指標① 地域警察官の職務質問による刑法犯及び特別法犯検挙件数」では、「地域警察官の職務質問による刑法犯及び特別法犯検挙件数は、増加傾向にあり、18年中は19万5,096件（刑法犯検挙件数15万6,189件、特別法犯検挙件数3万8,907件）と、17年に比べ5,699件（3.0%）増加した。」「業績指標①については、地域警察官の職務質問による刑法犯及び特別法犯検挙件数が前年よりも増加しており、目標を達成した。」としている。

「指標」に「地域警察官の職務質問」による「特別法犯検挙件数」が掲げられている。これが現場の警察官にとってノルマとなる。特別法犯には軽犯罪法違反も含まれる。「達成目標」は「地域警察官の職務質問」による「特別法犯検挙件数を前年よりも増加させる。」とあるから、これがノルマとなる。

③平成20年7月「平成19年実績評価書」（甲34-3）

「平成19年実績評価書」（甲34-3）では、「業績目標 地域警察官による街頭活動の更なる推進」の「業績目標の説明」では「・・・地域に密着した活動を行っている地域警察官の街頭活動を更に推進する。」「業績指標①」で「達成目標：刑法犯及び特別法犯の総検挙人員に占める地域警察官による検挙人員の割合について、過去5年間並の高水準を維持する。」「基準年：14～18年 達成年：19年」「目標設定の考え方及び根拠：刑法犯及び特別法犯の総検挙人員に占める地域警察官に

よる検挙件数の割合は、地域警察官による街頭活動の推進の度合いを測る一つの指標となるため」とし、「(結果)」の「実績指標① 刑法犯及び特別法犯の総検挙件数に占める地域警察官による検挙人員の割合」では、「増加傾向にあり、19年中は45万2,116人のうち37万5,533人(83.1%)と、18年に比べ0.2ポイント向上した。」「業績指標①については、刑法犯及び特別法犯の検挙件数に占める地域警察官による検挙人員の割合が過去5年間並の高水準を維持しており、目標を達成した。」

まるで車の販売実績の評価かなにかのように錯覚しそうな内容である。ノルマ処理の過程で深刻な人権侵害が起こっているかもしれないという配慮は一切ない。ノルマを達成していることを、警察庁及び国家公安委員会が積極的に評価している。平成18年までは「地域警察官の職務質問による」という表現がなされていたが、平成19年からは「地域警察官による」という表現に変わっている。実態は変わらないと考えられる。

④平成21年7月「平成20年実績評価書」(甲34-4)

「平成20年実績評価書」(甲34-4)では、「業績目標の説明」で「地域警察官による街頭活動の強化を図る。」とし、「業績指標①」で「達成目標：刑法犯及び特別法犯の総検挙人員に占める地域警察官による検挙人員の割合について、過去5年間並の高水準を維持する。」「基準年：15～19年 達成年：20年」「目標設定の考え方及び根拠：刑法犯及び特別法犯の総検挙人員に占める地域警察官による検挙件数の割合は、地域警察官による街頭活動の推進の度合いを測る一つの指標となるため」とし、「(結果)」の「実績指標① 刑法犯及び特別法犯の総検挙件数に占める地域警察官による検挙人員の割合」では、「42万346人のうち34万8,647人(82.9%)で、19年に比べ0.2ポイント低下した。」「業績指標①については、20年中は19年に比べ若干低下したが、刑法犯及び特別法犯の検挙件数に占める地域警察官による検挙人員の割合について過去5年間並の高水準を維持するという目標を達成した。」

職務質問の文言は、「業績目標達成のために行った施策」の3番目に「職務質問技能指導者等の指定及び育成」についての記述がある。

⑤平成22年7月「平成21年実績評価書」(甲34-5)

「平成21年実績評価書」(甲34-5)では、「業績目標」で「地域警察官による街頭活動の強化」を掲げ、「業績指標①」で「達成目標：刑法犯及び特別法犯の総検挙人員に占める地域警察官による検挙人員の割合について、過去5年間並の高水準を維持する。」「基準年：16～20年 達成年：21年度」「目標設定の考え方及び根拠：刑法犯及び特別法犯の総検挙人員に占める地域警察官による検挙件数の割合は、地域警察官による街頭活動の強化の度合いを測る一つの指標となるため」とし、「(結果)」の「実績指標① 地域警察官の職務質問による刑法犯及び特別法犯検挙件数」では、

⑥平成23年7月「平成22年実績評価書」(甲34-6)

「平成22年実績評価書」(甲34-6)では、「業績指標①」の内容は、基準年及び達成年が1年ずれるだけで、他は平成21年と同じ内容である。「(結果)」の「実績指標①」では「21年度と同じであった。」としている。

これは国家公安委員会及び警察庁が作成している文書である。現場の警察官にとっては、警察組織の最高峰の人たちが自分たちの仕事をこのような視点で評価しているということである。警察官僚が設定した目標を達成すべき立場にあるのであり、前記広中論文を合わせて読めば、職務質問が現場の警察官にとってノルマになっていることはあまりにも明らかである。

(6) 警視庁が設定する活動指標 (甲29, 30)

警視庁本部が、毎年、各警察署ごとに、職務質問をきっかけとする検挙件数が活動指標 (ノルマ) として設定し、通知しているものである。

3 犯罪の認知件数の推移

(1) 全体状況

平成23年の警察白書（甲38-2）によれば、平成13年から平成22年までの主な街頭犯罪の認知件数は総数としては1,664,309件から729,407件と半数以下に大幅に減少している（64頁）。その中で、ナイフなどの凶器を犯行の手段として利用している可能性のある犯罪についてみると、路上強盗：2,509件→1,221件、強姦：806件→349件、強制わいせつ：5,786件→4,245件、略取誘拐：179件→121件、傷害：19,400件→12,602件、恐喝：13,856件→2,836件といずれも大幅に減少している（同頁）。侵入強盗の認知件数は平成15年（2,865件）をピークに2,335件から1,680件に大幅に減少している（65頁）。

（2）軽犯罪法1条2号違反

警視庁の統計（甲44）によれば、平成14年から平成22年までに、警視庁が軽犯罪法1条2号違反で検挙した件数・人員は以下のとおりである。

平成14年：1,512件	1,488人
平成15年：2,474件	2,421人
平成16年：5,724件	5,648人
平成17年：4,941件	4,849人
平成18年：7,494件	7,421人
平成19年：7,735件	7,685人
平成20年：6,015件	5,986人
平成21年：5,950件	5,912人
平成22年：2,929件	2,908人
平成23年：650件	641人

平成22年に検挙件数・人数ともに半減し、平成23年には更に600件・人台という意識的な抑制がなされたとしか考えられない極端な減少をしている。

（3）激減の評価

警察官らによるそれまでの街頭活動が効を奏した結果と見るのは、数字の減少

の極端さからして合理的ではあるまい。また、平成22年、平成23年の激減を、現場の警察官の職務怠慢とみるべきでもない。むしろ、社会常識を逸脱した異常な職務質問による過剰な取締り（甲1、2、3参照）が少なくなったとみるべきである。

（4）激減の原因

平成21年3月26日に軽犯罪法違反被告事件について最高裁で無罪判決が出ているが、平成20年とほぼ同数の検挙件数であることからすると、この判決は軽犯罪法1条2号違反の摘発実務に影響を与えていないと考えられる。

他方、原告代理人らは、この間、これまで弁護士会や弁護士有志が取り組んでこなかった、『任意捜査における指紋採取・顔写真撮影に関する電話相談』を、平成22年5月に現職警察官及び一般市民を対象に実施した。このとき、職務質問の異常ぶりに関する電話が現職警察官からも一般市民からも殺到した。悪質な事案については、関係警察署に質問書を送ったり、責任者と話し合ったりすることもするようになった。検挙件数しか見ていない管理職の警察官等は、摘発の現場の出鱈目ぶりに驚いたに違いない。平成22年12月には、職務質問、軽犯罪法1条2号違反の摘発の実情を問う初めての裁判として本件訴訟を東京地裁に提起した。平成23年9月にも、同種事案の2件目の訴訟（平成23年(ワ)第29379号）を東京地裁に提起し、現在、係属中である。職務質問に関する苦情が多いため、平成23年9月、平成24年12月にも一斉電話相談を行っている。このような活動が上記の変化に相当程度の影響を与えていると考えられる。

4 『スタンダード・スパルタン』

（1）はじめに

一審原告が携帯していて、軽犯罪法1条2号の「人の生命を害し、又は人の身体に重大な害を加えるのに使用されるような器具」に該当すると、警察官ら及び担当検察官に判断されたのが、スイスに本社を置くビクトリノックス・ジャパン株式会

社製の『スタンダード・スパルタン』（甲6）である。これを単純に軽犯罪法1条2号の「刃物」に該当すると解するのは誤りである。以下で、ビクトリノックス社と同社の製品について説明する。

（2）ビクトリノックス社

1884年、ドイツとフランスで刃物作りの修行を積んだ創業者カール・エルズナーが、故郷スイスのイーバッハという小さな村で開設した工房から始まった。その創業から7年後の1891年、カール・エルズナーはスイス軍兵士が野営訓練で馬具やライフルなどのメンテナンスや、食料の缶詰を開けたりするために使う道具をコンパクトにまとめた「ソルジャーナイフ」を開発し、スイス陸軍に納入を始めた。その「ソルジャーナイフ」がポケットナイフ、またはマルチツールとして知られる今日の製品の元祖である。1897年には「オフィサーナイフ」が特許を取得した。どちらも、様々な目的にかなう機能を融合した製品を創り出すことという発想から生まれたものである。堅牢性、卓越した技術、革新的なデザイン、極めて高いクオリティが、すべてのモデルが持つ特徴である。人々の日常生活をサポートするとともに、様々なアドベンチャーの現場でも利用されている。

日本では、ドクターヘリの普及に努めるNPO法人へムネット（理事長：国松孝次氏）やその基地局である日本医大千葉北総病院、東北の被災地に子どもの健康的な遊び場を提供する「日本冒険遊び場づくり協会」（代表：大村虔一氏）などを支援している。また、野外活動や手作業を通してこどもたちの五感を育む教育を啓蒙する「五感教育研究所」（代表：山口英一氏）の活動にも協力している。

（3）『スタンダード・スパルタン』（甲7）

『スタンダード・スパルタン』についている機能は以下の33とおりである（甲7参照）。

ラージブレード（大刃）、スモールブレード（小刃）、マイナスドライバー（小）、カン切り、栓抜き、マイナスドライバー（大）、ワイヤーストリッパー、リーマー（穴あけ）、ソーイングアイ（糸穴）、コルク栓抜き、キーリング、ピンセット（毛抜き）、

ツースピック（つまようじ）、はさみ、マルチフック、のこぎり、うろこ落とし、針外し、スケール、爪やすり、金属やすり、爪そうじ、金属のこぎり、精密ドライバー、のみ、プライヤー、端子つぶし、ワイヤーカッター、フィリップス型プラスドライバー、ルーペ、ボールペン、ピン、眼鏡ドライバー。

これら1つ1つの機能が本来は別々になっているところを、『スタンダード・スパルタン』1つだけで済むというのは、これらすべての機能を使いこなす人でなくても、これらのうちのいくつかを生活上、仕事上使う必要があつて、特にあちこちに移動するときに持ち運びに極めて便利である。

『スタンダード・スパルタン』はいわば便利グッズであるから、軽犯罪法1条2号との関係では、単なる「刃物」と言うことが出来ず、また、「正当な理由」への該当性が十分に考えられる物である。

（4）警察官等の認識

ところが、警視庁では、警察官らにスイスアーミーナイフがどのようなものであるかを指導していないし、D警部補も知らなかった（D調書15～16頁）。これでは、警視庁の警察官らがスイスアーミーナイフにブレード（ナイフ）部分があることだけに着目して、「正当な理由」を慎重に検討せず、「犯罪」検挙ノルマに邁進してしまう危険性は大きいにある。

5 軽犯罪法1条2号の成否

（1）はじめに

原判決は、一審原告について軽犯罪法1条2号違反の成立を認めているが、一審原告はこの成立を争うものである。

（2）軽犯罪法の取締り

軽犯罪法は、明治41年（1908年）に施行された警察犯処罰令（内務省令第16号）に替わって昭和23年（1948年）から施行された。警察犯処罰令はかつて社会主義運動や反体制的活動家を弾圧する手段として機能していたとのことで

あるから、その廃止に伴い施工された軽犯罪法では恣意的な運用は現に慎む必要がある。4条に「この法律の適用にあたっては、国民の権利を不当に侵害しないように留意し、その本来の目的を逸脱して他の目的のためにこれを濫用するようなことがあってはならない。」とあえて明文を設けているのはこの趣旨である。地域実務研究会編著『地域警察官のための初期捜査活動』（立花書房）（甲48）では、基本的な心構えとして次のように書いている。

「軽犯罪法違反の取締りに当たって、法に規定された事柄を厳格に解釈し、これ無条件に運用すると、国民に対して過酷にわたるおそれが生ずる。その反面、同法には悪質重大な犯罪の予備的行為とみとられるものも規定されているので、これが適切に運用されると、悪質重大な犯罪を未然に防止する効果を発揮することができる。また、一般的にいつてこの法律は、国民の公德心の向上に寄与するものである。したがって、幹部はもとより、第一線に活動するすべての者が、この法律の正しい理解と解釈の上に立って、その執行に当たることが大切である。」

（3）判断基準

『地域警察官のための初期捜査活動』（甲48）では、続けて、軽犯罪法違反の取り締まりにおける悪性の判断基準について、次のように説明している。

「同法1条には、1号から34号まで33の罪種が定められているが、これが定形、明白でないため各個にその悪性の基準を定めることができない。しかし、取締りに当たっては、正しい擬律判断の上に立ち、次に示す基準によって段階的に妥当な方法で行うことが必要である。」

- 被疑者の行為内容、前歴などから再犯の危険性はないか
- 行為の時間・場所などから計画的な犯行ではないか
- 組織的な犯行ではないか
- 公害等社会的事犯ではないか
- 真実の反省があるかどうか

（4）段階的な取締り

『地域警察官のための初期捜査活動』（甲48）では、事案が軽微な場合があることを想定して、段階的な取締りとして、現場注意で済ませる場合、「始末書」措置とする場合、送致する場合があるものとしている。

（5）1条2号の解釈

1号2号の文言からすれば、「正当な理由がなくて刃物、鉄棒その他人の生命を害し、又は人の身体に重大な害を加えるのに使用されるような器具を隠して携帯していた者」と規定している。これを分割すると、①「刃物、鉄棒その他人の生命を害し、又は人の身体に重大な害を加えるのに使用されるような器具」を、②「正当な理由がなくて」、③「隠して携帯していた」ことが犯罪成立要件になる。これらのいずれかを欠けば同条違反には該当しない。2号は、このような携帯自体を重大犯罪と考えているわけではなく、このような行為の延長に傷害事件等の発生の危険性を予想しているものである。だからこそ、②③の要件を加えているのである。

①「刃物、鉄棒その他人の生命を害し、又は人の身体に重大な害を加えるのに使用されるような器具」

この条文の書き方からすると、すべての「刃物」が該当するのではない。「人の生命を害し、又は人の身体に重大な害を加えるのに使用されるような器具」に該当する「刃物」のみがこれに該当すると解すべきである。「使い方によっては人の生命を害し、又は人の身体に重大な害を加えるのに使用される」という解釈は認められるべきではない。このような解釈を許すならば、刃物のついでに物は何でもこれに該当することになりかねない。それでは「人の生命を害し、又は人の身体に重大な害を加えるのに使用されるような」という条件をつけたことの意味が失われてしまう。

②「正当な理由がなくて」

喧嘩の際の護身用として携帯することなどは、正当な理由に当たらない典型的なものといえるが、その判断は、客観的な社会通念によって決せられることになる（甲47．57頁参照）。「正当な理由」の有無は、個別具体的な事情ごとに判断するほ

かないが、その場合には、物の形状だけで判断するのではなく、当該物（「刃物」）がどのような商品として作られたものか、実際にどのような場面でどのように利用されているか、その利用法からして当該所持者が所持していることが不自然で、他人に重大な危害を加えるような危険が伺えるかなどを総合的に検討判断すべきである。

最高裁平成21年3月26日第一小法廷判決（刑集63巻3号265頁）では、「本号にいう「正当な理由」があるというのは、本号所定の器具を隠匿携帯することが、職務上又は日常生活上の必要性から、社会通念上、相当と認められる場合をいい、これに該当するか否かは、当該器具の用途や形状・性能、隠匿携帯した者の職業や日常生活との関係、隠匿携帯の日時・場所、態様及び周囲の状況等の客観的要素と、隠匿携帯の動機、目的、認識等の主観的要素とを総合的に勘案して判断すべきものと解される」としており、「正当な理由」と隠匿携帯を別個の要件とせず、隠匿携帯する正当な理由と読み替えてしまっている。これは条文の解釈として誤りである。両者は別個の犯罪成立要件である。ただ、その点を除けば、当該器具の用途や形状・性能、携帯した者の職業や日常生活との関係、携帯の日時・場所、態様及び周囲の状況等の客観的要素と、携帯の動機、目的、認識等の主観的要素とを総合的に勘案して判断すべきとしている点は適当である。

③「隠して携帯していた」

原判決は、「隠して携帯していた」とは、「同号所定の器具を人の視野に入らない状態で、かつ、直ちに使用しうる状態に置いていることを指すと解するのが相当である」（28頁）としている。

しかし、この解釈は文言解釈として恣意的である。

「人の視野に入らない状態」は常に隠す行為の結果として生じる状態ではない。また、「直ちに使用しうる状態に置いていること」という解釈を導くこともできない。「直ちに」という言い回しにしても、どれくらいの時間的余裕を指しているのか不明である。突然、殴りかかってくる相手に対抗できるくらいの時間なのか、10秒、

20秒の時間的余裕があるのか、さらに長い時間なのか不明である。これでは解釈の基準たり得ない。

本号にあえて「隠して」との要件を加え、公然に携帯する行為を処罰しないこととした理由は、公然に携帯している場合には、人に警戒心を与えることとなって、その危険性が低くなるが、隠して携帯している場合は、一般的にその危険性が高いとみられるからだと説明されている（甲47. 59頁）。「隠して」という行為は、日常生活上の行動ではない。当該刃物によって危害を加えようとしている相手など攻撃対象となる人を明確に、あるいは漠然と意識して、その人に見えないようにすることを意図している行動である。如何なる敵対者も意識しないでごくふつうに仕舞っていることは、単に見えない状態になっているだけであって、「隠して」に該当しないと解すべきである。

（6）本件の場合

ア ①について

原判決は、本件マルチツールに約6.8センチメートルの長さを有する刃物（ラージブレード）を備えていることだけをもって「刃物」と判断している（29頁）。

しかし、本件マルチツールは多機能ツールであり、単なるナイフとは形状も機能も全く異なる。それを、ラージブレードだけに着目して、ナイフや包丁などと同じ「刃物」の分類に入れるべきではない。原判決は、あえて、スモールブレード（小刃）については言及していないが、一審裁判所はこれは「刃物」に該当しないという判断なのだろうか。そうだとすれば、どのような基準で「刃物」かそうでないかの区別をしているのか不明である。使用方法によっては、「人の生命を害し、又は人の身体に重大な害を加えるのに使用」できないではないとしても、それを本件マルチツールに妥当するものとしてしまうと、これに該当する物は無限に広がってしまう。本件マルチツール全体の機能、及び実際の多様な使用法からすれば、本件マルチツールは「刃物」に該当しないと解すべきある。

イ ②について

原判決は、「原告の職業にかんがみると、本件マルチツールを職業上用いる必要性や午前3時過ぎに本件マルチツールを携帯している必要性に乏しい」と指定している(29頁)が、一審原告は、職業上の必要で携帯していたなどと主張も供述もしていない。本件マルチツールは日常生活の便利グッズであるから、携帯している人の職業は全く関係がないのである。最高裁判決に倣うのであれば、最高裁判決が最初に挙げている当該器具の用途や形状・性能にこそ着目すべきである。4(2)(3)で説明したとおり、日常生活上の様々な用途に使える便利グッズである。一審原告の職業には関係ないが、日常生活上様々な用途に使えるものである。そのような物を自分の移動と一緒に携帯することは極めて合理的であり、たまたま帰宅時間が遅くなって午前3時頃に携帯していただけのことであり、何ら異常ではない。携帯の動機ないし目的は、災害時ないし非常時用である。緊急時の安心・安全生活術として『マグニチュード手帳』(甲20)では、「必要最低限にして最も強力なサバイバル・ツールです。」(58頁)と宣伝しており、警視庁も『地震のときはこうしよう～あなたと家族の安全ノート』(甲22)で、非常時持ち出し品の準備で、「救助隊や救援物資が来るまでの最低限必要な物を準備しておきましょう。」として、「生活用品など」の1つとして「多機能ナイフ」を挙げている。非常時はいつどこで起こるかわからないのであるから、非常時用の品々を常に持ち歩くことも許容していると解すべきである。そして、一審原告は本件マルチツールを災害時ないし非常時のために懐中電灯や方位磁針などと一緒にジップロックの中に入れていたのであり(甲4)、犯罪に利用するつもりがないことは所持形態からも明らかであるから、「正当な理由」があるというべきである。

ところが、A警部補もD警部補も一審原告のリュックサックの中には懐中電灯や方位磁針などはなかったと述べ、原判決もこれらの供述を事実として採用した。その理由は、A警部補が、懐中電灯が入っていなかったと記憶している理由について、懐中電灯が入っていれば侵入盗の疑いが生じるので、もし入っていれば覚えているはずである旨の供述をしており、警ら中の警察官であったA警部補の立場に照らし

て合理的な理由であり、その内容は信用できるとしている。

しかし、これは、A警部補の思いつきの出鱈目な供述である。

侵入盗であれば、本件マルチツールのような小型の便利グッズなどではなく、通常サイズの各種ドライバーや破壊力のあるバール等を所持しているはずである。本件マルチツールとともに懐中電灯を持っていたら侵入盗の疑いが生じるなどと判断するとすれば、全くの捜査の素人である。およそ警察官を職業とする者が言うようなことではない。A警部補の警察官という職業立場に照らせば、合理性はなく、その内容は信用できない。

また、原判決は、D警部補が一审原告のリュックサックの中を他の警察官に確認させたところ、懐中電灯や方位磁針等が発見されなかった旨供述しており、同人の当時従事していた職務内容等に照らすなどすれば、同人の供述内容も信用に値するなど判示している。

この認定も、D警部補が真面目に捜査をしていたのであれば、あればあり得ない対応である。すなわち、D警部補は一审原告の姿写真を撮影している。証拠にするためである。それだけの判断能力がある警察官であれば、軽犯罪法1条2号の「正当な理由」の有無に深く関わる事情として、本件当時、一审原告がリュックサックの中にどのような物が入っていたかという事実を確認し、他に災害用グッズのような物が何もないければ、そのこと自体が一审原告の弁解の虚偽性と「正当な理由」の欠如を証明しているのであるから、当然、写真撮影して証拠化したはずである。そうしなければ、自分たちが「正当な理由」がないと心証を得たことを検察官に引き継ぐことができない。検察官が改めて一审原告を呼び出したときにリュックサックの中身を摩り替えられる可能性も、捜査機関としては考えておかなければならない。しかるに、D警部補はリュックサックの内容物について写真撮影をしなかった。他の警察官等もだれも写真撮影しようとしなかった。警察官だれもが有罪証拠をあえて作成しなかった。なぜ、そうなったのか。理由は簡単である。写真をとっても有罪証拠にならない、言い替えれば、一审原告の言うとおりに他にも災害時用のグッズ

がいろいろ入っていた（甲4参照）からである。捜査機関は有罪証拠を集めることはあっても、無罪証拠をわざわざ作ってはくれない。それだけのことである。本件において、一審原告には「正当な理由」があったというべきである。

ウ ③について

原判決は、「原告は本件マルチツールをリュックサックの中という人の視野に入らない状態に置いていたものである」「原告が背負っているリュックサックを開けて、ビニール袋から取り出せば本件マルチツールを使用することができたのであるから（なお、本件マルチツールが入っていたビニール袋は封などがされていたわけではなく、本件マルチツールをくるんでいたに過ぎず、また、同ビニール袋が入っているチャック付きビニール袋は指を2本使えば容易に開封できる形状のものであるから、本件マルチツールは短時間で取り出すことができたものといえる。）、原告が本件マルチツールを直ちに使用しうる状態に置いていたことは明らかである。」として「隠して携帯していた」（28頁）に該当するとしている。

しかし、そもそも条文の解釈が誤りであることはすでに指摘したとおりである。

また、原判決が書いているような手順で本件マルチツールを取り出していたら、何者かの攻撃に対抗できるはずがない。これを「短時間で取り出すことができた」と言ってみたところで、何の意味もない。

一審原告は、本件マルチツールを喧嘩対策にこっそり隠し持っていたわけではなく、災害時ないし非常時のために懐中電灯や方位磁針などと一緒にジップロックの中に入れ、鞆の中に一緒に入れておいただけのことであり、社会通念上、これを「隠して携帯していた」という言い方はしない。もし、これを「隠して携帯していた」と言うのであれば、同じように仕舞ってあった他の品々も「隠して携帯していた」ことになる。これらについても、だれに対しても、隠して携帯する必要などないことは明らかである。「隠して携帯していた」という要件も欠くというべきである。

エ 2号不成立

2号の条文全体の解釈は、軽犯罪法4条に十分留意した解釈運用が義務づけられ

ているから、その観点からすれば、上記①②③の要件すべてを欠いていると言える。仮に、「刃物」に該当すると解するとしても、②③の要件を欠いている。

よって、一審原告が本件マルチツールを所持していたことについて、軽犯罪法1条2号は成立しない。

6 供述の信用性

(1) 真実か虚偽か

本件においては、職務質問の違法性が問題となっているが、その前提として警察官らと一審原告の間にどのようなやりとりがあったかという事実関係が重要であるところ、一審原告と一審被告の主張が著しく異なっている。このような場合、いずれかが虚偽の主張をしているとみるべきである。

(2) 記憶の鮮明度の著しい差が生じる原因

過去の特定のエピソードについて、それに関わっただれもが同じように記憶しているわけではない。記憶の鮮明度は、そのときどきのその人の置かれている立場によって著しく異なる。自分にとって日々繰り返されるような日常的な出来事は、ほとんど記憶に残らない。他方、しかし同じことが、他の者にとっては極めて非日常的な出来事で衝撃的であったならば、その後も鮮明に記憶に残るということが大いにあり得る。

記憶を喚起して証言しようとした場合、鮮明に記憶している者は、記憶どおりに証言すれば足りる。これに対して、ほとんど記憶していない者は、「記憶していない」と述べるしかない。しかし、自分が正しかったことを説明しようとする、必然的に偽証することになりかねない。

(3) 一審原告側の事情

一審原告には前科前歴はなく、本件当日も深夜まで大学の研究室で仕事をして散歩をして自宅に帰る途中だった。そして、一審被告は縷々主張するが、事実経過としては、結局、歩道上で取り上げたマルチツール以外に犯罪に関連するような事実

は全く出ていない。一審原告自身、長年、上記マルチツールを携帯しており、その携帯が犯罪に当たるという意識はなかった。したがって、警察官らに声を掛けられても、隠すべき犯罪の痕跡はなかった。

しかも、一審原告にとってこのときの体験は、それまでの自分の人生にはなかった衝撃的な出来事であり、生涯忘れられないものである。

(4) 警察官側の事情

他方、警察官らにとっては路上で通行人に声を掛け、所持品の内容を確認する動作は日常的におこなっていることであり、ごく単純な類型化した内容の自白調書を作成し、任意提出書・所有権放棄書を作成し、顔写真を撮影し、指紋を採取するという工程が決まっているだけに、これらの作業を終えた時点で完結したという意識になり、その後、警察から検察庁に送検しても、検察官は被疑者を呼び出すことなく、起訴猶予処分にするのを通例としているから、担当警察官らが自分の対応を思い返すべき場面がない。そうであるから、警察官らが年月の経過によって個々の当事者とのやりとりを忘れてしまっているのが当然であって、記憶しているとすればそれこそ異常である。詳細な事実を述べるようであれば、むしろ、事実のねつ造がなされている可能性があると考えべきである。

(5) 原判決の観点

ところが、原判決は、原告の言い分と警察官らの言い分を並べて単に原告の言い分が不自然だと結論づけているに過ぎない。上記のような、人の記憶に関する基本的な問題意識が全く欠落している。これでは、証言を主な証拠とする本件のような裁判では的確な事実認定ができるはずがない。

原判決は、2008年6月26日当時、原告が背負っていたバッグ内の所持品に関して、「証人Aの上記供述に反する原告の供述をたやすく採用することはできず、他に原告の上記主張を裏付ける的確な証拠はない」と結論づけ、続くカッコ内で、「なお、甲第4号証の再現写真は、本件職務質問から約2年半も経過してから撮影されたものであって、これが当時原告が所持していたリュックサックの中に入って

いた物品を正確に再現したものであることを裏付けるに足りる証拠はないことからすれば、これをもって本件職務質問当時、懐中電灯や方位磁針が原告のリュックサックの中に入っていたと認めることができないことは明らかである。」としているが、この認定は、原告の上記（２）の事情を無視するだけでなく、原告が当時、本件マルチツールのほかに懐中電灯や方位磁針なども携帯していた理由を無視するものである。原告は当日、本件マルチツールのほか懐中電灯や方位磁針などを携帯していたのではない。大地震などの災害時を想定して常時、持ち歩いていたのである。その生活習慣は本件以前から今日まで続いているものであるから、「約２年半も経過して」いるから記憶が正確ではないというものではないのである。

原告の主張、陳述書、法廷供述からこのことは明らかである。それを原判決が「本件職務質問当時、懐中電灯や方位磁針が原告のリュックサックの中に入っていたと認めることができないことは明らかである」と断定するのは、およそまともな事実認定になっていない。

他方、原判決は、「本件職務質問を実施した証人Aは、懐中電灯が入っていなかったと記憶している理由について、懐中電灯が入っていれば侵入盗の疑いが生じるので、もし入っていれば覚えているはずである旨供述しているところ、このような理由は警ら中の警察官であった証人Aの立場に照らして合理的なものであり、その内容は信用できるといえる。」（２７頁）と認定しているが、それこそ、日常業務の１つに過ぎない約２年半前の原告に対する対応や原告のリュックサックの内容を記憶している方が異常であるし、法廷で証言している証人Aの立場からすれば、リュックサックの中に懐中電灯や方位磁針なども入っていたと証言することは、原告が本件マルチツールを携帯していた理由が大災害時のためであったことを認めることになる。それは即ち、軽犯罪法１条２号の「正当な理由」があったことを認めてしまうことであり、原告の身体の探索、警察への強引な連行、被疑者としての取調べ、任意提出書・所有権放棄書の作成、顔写真の撮影、指紋の採取がすべて違法になることに直結しているから、「見なかった」と証言するのが当然なのである。このよう

な不利な証言を証人Aがするはずがない。このような常識的な推測さえ原審裁判所の裁判官3人にはできていない。

さらに、犯罪を摘発する警察側こそが有罪の証拠を揃えるべきである。軽犯罪法1条2号が成立するには、「正当な理由」が存在しないことが要件になっている。取調べに対して原告が「災害時のために携帯していた」と述べたのであれば、警察側において他の所持品も確認して写真撮影し、「正当な理由」がないことを証明する証拠とすべきである。しかるに、数人の警察官らが関与していながらだれもこの写真撮影をしようとしなかった。それは彼らが「正当な理由」がないことを証明する証拠化することに関心がなかったからである。このような職務怠慢の警察官らの一人である証人Aの証言が信用できるとするのは、証拠採用として誤りである。

7 任意性と承諾と真意

(1) 任意性と承諾と真意の違い

本件では、任意性が問題になる場合（職務質問、所持品検査、同行、任意提出）、承諾が問題になる場合（顔写真の撮影、指紋の採取）、真意が問題になる場合（所有権放棄）とがある。これらは分けて検討する必要がある。任意性が認められても、本人の承諾がない場合、さらには本人の真意に基づかない場合がある。本人の承諾を必要とする場合には、任意性が認められても違法である。本人の真意に基づく承諾が必要な場合は、単に承諾があっただけでは足りない。

(2) 犯罪捜査規範

犯罪捜査規範(甲42)は、「警察官が犯罪の捜査を行うに当って守るべき心構え、捜査の方法、手続その他捜査に関し必要な事項を定めることを目的と」して儲けられている。

100条では任意捜査において相手方の承諾を求める際の注意事項を定めている。「承諾を強制し、またはその疑を受けるおそれのある態度もしくは方法をとらないこと。」(1号)、「任意性を疑われることのないように、必要な配慮をすること。」(2

号) というものである。このような規定があえて設けられているのは、捜査の現場において、「承諾を強制し、またはその疑を受けるおそれのある態度もしくは方法」がとられるようなことがあるからであり、だからこそ、「任意性を疑われることのないように、必要な配慮をする」ように指示しているのである。

現場の警察官が承諾を強制したり、その疑いを受けるおそれのある態度や方法をとるはずがないと考えるべきだということは、警察組織においては了解事項なのである。

8 職務質問の違法性

(1) 警職法2条1項

警察官の職務質問の法的根拠は警職法2条1項である。そこでは、「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思われる者を停止させて質問することができる。」と規定している。

「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る相当な理由のある」か、「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思われる」かのいずれかに該当しなければ、一審原告は職務質問の対象にならない。

(2) 一審原告の行動に不審事由がないこと

本件当時、一審原告は、本件当時、職場である〇〇大学〇〇キャンパスから〇〇区〇〇の自宅に徒歩で帰る途中、時差ボケ解消のためのウォーキングを行うこととして、自宅を通り過ぎた板橋区の石神井川辺りまで遠回りして歩いた後、自宅に戻ろうとして本件現場付近に差し掛かったところで(甲18参照)、警察官(原告の記憶によればB巡査部長)に声をかけられた。

A警部補らも原判決も上記事情を一切無視しているが、当時の一審原告の行動が不審かどうかを検討するのであれば、当然これらの事情も合わせて検討すべきである。これを無視するところに恣意的判断になる原因がある。

ア 深夜3時頃のウォーキングは不審ではない

一審原告は、ウォーキングを趣味としており、大学からの退勤時に、〇〇区〇〇所在の〇〇大学〇〇キャンパスから、〇〇区〇〇の自宅まで、1時間ほどの道のりを歩いて帰ることを日課としていた（甲24・陳述書3頁、一審原告本人調書23頁）。本件当時は、サマータイムで日本とは6時間の時差があるギリシャから4日ほど前に帰国したばかりで、時差ボケが続いていたことから、一審原告は、時差ボケ解消のために、普段より3時間ほど余分にウォーキングしたということである（甲24・陳述書3頁、一審原告本人調書24頁）。実際、本件現場（北区滝野川5丁目41番先路上）付近から一審原告の自宅（〇〇区〇〇〇丁目〇番〇号）までは、歩くと、距離として1.4kmほど、歩行時間としては約20分程度であるから、ウォーキングの行き帰りに本件現場付近を通過したとしても、何ら不自然なこともない。実際、一審原告は、本件現場の周囲付近を何度も通ったことがあるということである（一審原告本人調書2頁）。

一審原告は研究者であるから、一般的に、肉体労働者や営業職のように、仕事で身体や足を使うということはあまりない。そのため、健康維持のために散歩を日課とすることは、ごく普通のことである。

また、東京は夜間でも街灯で街中が明るく照らされており、コンビニエンスストアはじめ24時間営業や深夜営業を行っている店舗など多いことから、仕事が終わった深夜帯にウォーキングやサイクリングなどをして健康維持・増進に努めることも、ごく普通のことである。実際、催涙スプレー携帯の軽犯罪法違反が否定された最高裁平成21年3月26日判決・刑集第63巻3号265頁（判例タイムズ1296号141頁）では、被告人は、健康上の理由で医師から運動を勧められ、日常、ランニングやサイクリング等の運動に努めていたところ、事件当日は、夕方か

ら夜まで寝てしまい、午前2時頃、自宅から新宿方面にサイクリングに出かけることにした事案である。

したがって、本件当時、一審原告が時差ボケ解消のためのウォーキングをして、深夜3時頃に本件現場付近を通りかかったことは何ら不審ではない。

イ 警察官らが発見したときの一審原告の行動は不審ではない

一審原告は、本件現場付近で、歩道脇の電気設備をふと振り返った時に、B巡査部長に声をかけられたということである（甲24・陳述書4頁、一審原告本人調書7～8頁、28頁）。歩行している最中に、道端にある物をふと注視したり、振り返って見るということは、ごく普通の行動であって、それ自体何ら不審な行動ではない。本件の電気設備は、電気設備は人の背丈ほどもあり、横幅も1メートル以上はあるそれなりに巨大な機器である（甲16・写真5～8参照）。しかも、本件当時は深夜3時頃で、人通りも車の通行も少ない状況であったのであるから、普段多くの人が通っている時には気にならないようなことが、ふと気になるということも、ごく普通のことである。したがって、その脇を通り過ぎた後で、ふと、電気設備の気配を感じて振り返ったとしても、何ら不審な行動ではない。

ウ 一審原告が現に犯罪を犯そうとしていた事情が全くないこと

一審原告は、大学の研究者という社会的な地位にある研究者であって（甲24・陳述書1頁）、前科前歴もない、ごく普通の真面目な一般市民である。

しかも、本件現場に指しかかるまで、または、本件現場付近において、何らかの犯罪を自ら犯し、または、何らかの犯罪に関与したという事実は、皆無であるし、この点は一審被告側も何ら争いのないところである。

もちろん、本件では、本件マルチツールの携帯が軽犯罪法違反であるかどうかの問題となっているものの、一審原告は、警察官にそのように指摘されるまでは、本件マルチツールの携帯が何らかの犯罪に当たる可能性のある行為であるとは、夢にも思っていなかった（甲24・陳述書1～6頁、一審原告本人調書6頁、10頁等参照）。本件マルチツールの携帯が軽犯罪法違反にあたる点については、一審原告は

全面的に争うところではあるけれども、仮に軽犯罪法違反にあたるとしても、少なくとも本件現場に差し掛かった時点での一審原告の認識としては、自分が何か犯罪となるような物を所持しているという認識は全くなかったのであるから、そのような認識に基づくと思われる行為（あたりをキョロキョロ見回す、パトカーから目をそらすとか、パトカーから足早に通り過ぎようとするなどの行為）を行うはずがないことも、明らかというべきである。

エ 一審原告が不審な行動をとる理由についての説明がないこと

一審被告は、本件現場付近に通りかかった時の一審原告の行動として、パトカーから不自然に目を背けて、足早に通り過ぎようとしたという点を挙げて、不審事由があったとする。しかし、そもそも一審原告がなぜそのようなそのような不審な行動をとったのかについては、一審被告からは何らの主張立証もされていない。

上記のように、そもそも一審原告は、本件マルチツールを携帯することが犯罪に当たるという認識は全く持ち合わせていなかった。また、それ以外に、当時、犯罪行為を行い、または、これから行おうとしていたという事情も全く存在していない。しかも、一審原告は、これまで何の前科前歴もなく、社会的なルールを遵守して真面目に生活をしてきた一般市民であるから、警察官を怖れたり、忌避したりするような特別な事情（警察官を憎んでいたり、警察官に酷い目に合わされた経験があるなど）はない。

したがって、もし、仮に、一審原告が本件現場付近で不審な行動を行っていたというのであれば、何か特別な事情があるはずであるが、その点については、一審被告からは何らの主張も立証もされていない。

もし、警察官らが、一審原告が不審な行動をしていたと確認したのであれば、職務質問時に、どうしてそういう不審な行動をしていたのか質問していたはずである。しかし、本件では、そのような不審事由を解明するための質問も取り調べも行われていない。これは、警察官ら自身、一審原告に何らかの不審事由があったものとは考えていなかったからである。警察官らの関心は、一審原告の不審事由を解明する

ことにはなく、一審原告が本件マルチツールを携帯していたことだけに向けられていたということである。

以上のように、そもそも一審原告には不審事由がなかったことは明らかである。

(3) 不審事由についての原判決の事実誤認

ア 原判決の認定

原判決は、警職法2条1項の「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」という、職務質問の要件（以下、当該要件を「不審事由」という。）について、以下の理由によりその存在を認めた。

- ① A警部補が警ら中に本件現場付近を歩行中の一審原告を発見した際、一審原告は辺りをキョロキョロ見回しながら、本件パトカーを見ると一瞬顔をそらした（原判決書20頁イ・第1段落参照）。
- ② 本件職務質問が行われたのは午前3時という真夜中であること（原判決22頁(3)）。

しかし、これらの事実があったとしても、それで、「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」と判断できるとするのは、あまりにも強引な認定である。

そもそも一審原告は①のような不審な行動を行っていない。②については、少ない人数ではあるとしても、深夜帯の町中で歩いている人がいることはままたま見かける光景であり、特に異常なことではない。午前3時に一審原告が本件現場付近を通りかかること自体、当時の一審原告の職場と自宅の地理関係、ここを中心とするウォーキング中であつたこと、時差ボケで深夜まで仕事をしてしまったことなどの行動

や日常生活に照らして、何ら不審なことではない。

イ キョロキョロ見回していたという行動について

(ア) 原判決の事実認定の誤りについて

A警部補の証言においては、「キョロキョロ見回していた」という一審原告の行動は、不審事由に当たる重要な事実であるとしており、この点については原判決の認定においても特段相違はない。

「キョロキョロ見回していた」という一審原告の行動については、最終準備書面において指摘しているように、A警部補の陳述書（乙2）では全く触れられておらず、同人の法廷証言で突然指摘されたものであるから、その証拠評価は慎重に行うべきである。「キョロキョロ見回していた」という行動と、その直後に「本件パトカーを見ると一瞬顔をそらした」という行動は、一連のものであり、動作としても連続した流れとして証言されているものであるから、一審原告の行動を不審なものとして判断するに際しては一体をなしているはずである。とするならば、A警部補の陳述書（乙2）において、その前段部分（キョロキョロ見回していた）のみが抜け落ちているということは、常識的に考えてありえない。上記のように、当時の一審原告には、本件現場付近で、ふと歩道脇の電気設備を振り返ったということはあるとしても、それ以外に、辺りをキョロキョロ見回すような動作を行う理由も動機も存在していない。

つまり、当時の一審原告の行動として、「キョロキョロ見回していた」ということはありえない。

そうであるならば、A警部補の陳述書（乙2）において敢えて述べられていない「キョロキョロ見回していた」という行動が、法廷証言の段階で突如として供述されたということであり、重要な事実に関する不自然な変遷である。A警部補の陳述書の記載だけでは、一審裁判官が一審原告を不審と感じるのはおかしいと判断されると、その後の一連の手續も違法とされるおそれがあるから、A警部補としては、法廷で、一審裁判官に対して一審原告の不審ぶりをアピー

ルする必要があったのである。その結果、供述内容が不自然に変遷することになったのである。

ところが、原判決は、一審原告の進行方向（板橋方面から巣鴨方面）と一審原告がパトカーから顔を背けるような動作をしていたという、変遷していない部分のみを取り上げて、A警部補の証言が一貫しているとするだけで（原判決書21頁）、相違する部分（キョロキョロ見回していた）の重要性の検討も行わず、陳述書段階で全く触れられていないのにどうして法廷段階で供述されたのかの原因の検討も行わず、そしてそのような変遷が不合理とはいえない特段の事情があるのかどうかについての検討も行っていない。つまり、陳述書と法廷証言との相違する部分についての信用性評価のために肝心な部分の検討を全く行っていない。もちろん、A警部補には職務上の立場から、実際には覚えていないことでも、一審原告の不審さを強調し、自ら行った職務の適法性を印象付けるような内容の証言をしなければならないという強い動機があることについても、全く目を向けようとしていない。そもそも一審原告が周りをキョロキョロ見回して歩いていたというのは、上記のように、本件当日の一審原告の行動経路や目的（ウォーキングを終えて自宅に戻る途中）等に照らしても、およそありえない行動である。その点についての検討も原判決は全く行っていない。

このように、原判決には、A警部補の証言の信用性の評価についての重大な誤りがある。

(イ) キョロキョロ見回すというだけでは何ら不審ではない

上記のように、本件では、そもそも原告がキョロキョロ辺りを見回していたというA証言は、重要な事実の不合理的な変遷があり、およそ措信することはできないし、本件当日の一審原告の行動経路や目的（ウォーキングを終えて自宅に戻る途中）に照らしても、およそありえない行動である。したがって、そもそもそのような原告の不審な行動が存在していなかったのは明らかである。

仮に一審原告がそのようなキョロキョロ見回していたとしても、一般的に、

知っている場所でも、普段と違う時間帯等に歩いていたりすれば、周りの様子
ががらりと違って見えるということはよくあることであるから、そのために周
りをキョロキョロ見回したとしても、そのような行動自体は何ら不審なもので
はない。

深夜、辺りをキョロキョロ見回すという行為から、何らかの犯罪行為を行お
うとしているものとする場合には、侵入盗などの犯罪が考えられる（A警部
補の証人調書28頁「もし仮に懐中電灯を持っていれば、別の罪になるおそれ
もあるんですよ。）。しかし、本件ではそもそも一審原告が侵入盗などの犯罪行
為を行っていたという事情は何ら存在していない。しかも、これらの犯罪行為
は、人目に付かないところでこっそりと行われることが通常であり、深夜帯で
人も車両も少ないとはいえ、本件現場のような幹線道路上で、人目も憚らずキ
ョロキョロ辺りを見回すなどという大袈裟な動作で物色することは考え難い。
むしろ、幹線道路から裏道に入って物色する方がよほど自然である。この点か
らしても、本件現場付近をキョロキョロ見回して歩いていることは、何ら、犯
罪を行おうとしていることを窺わせるものではないから、不審事由というわけ
ではない。

ウ 一瞬顔をそらした事実はない

A警部補の陳述書（乙2）では、一審原告が顔をそらしたとする点について、「不
自然に顔をそらした」としている。他方、A警部補の証言では、主尋問においては
「一瞬顔をそらしました」、反対尋問においては「若干顔をそらす」としており、し
かも、その「若干顔をそらす」というのも、言葉ではなかなか言い表せないくらい
の微かなものであったとしている。このようなA警部補の証言は、不審事由として
おそらく決定的に重要な事実であるはずの「パトカーから顔をそらす」という行動
についてすら、「不自然」→「一瞬」→「若干」（言葉ではなかなか言い表せないく
らい）と大きく変遷してしまっている。この証言内容は、実体験したことを記憶に
基づいて証言しているものとは考えられない。

そもそも、一審原告は大学の研究者であり、それまでに何ら前科前歴もない。また、そもそも本件マルチツールを携帯していることが何らかの犯罪に当たるという意識さえなかったほどであるから、パトカーを見て顔をそらす必要性など全くない。この意味でも、上記のA警部補の証言内容は虚偽である。

この点、原判決では、「その際原告がパトカーから顔を背けるような動作をした」という点で証人Aの供述は一貫しており」（原判決書21頁）とするが、A陳述書（乙2・2頁）では「不自然に顔をそらして」、A証言（A証人調書）では、「一瞬顔をそらしました。」（2頁）、「若干顔をそらすというような動作」（19頁）とされており、A証言で一貫しているのは、「顔を背けるような動作をした」ということではなく、「顔をそらした」ということである。しかも、そのそらせかたも、結局は、言葉では言い表せないくらいに「若干顔をそらせる」というものに過ぎない。ましてや、どうして一審原告がパトカーを見て不自然に顔をそらさなければならなかったのかについても、A警部補は一審原告に問い質していない。それはD警部補にしても同様である。一審原告に不審を抱いた原因がそこにあるのであれば、真っ先にこの点について問い質すはずである。それをだれもしていないのは、そもそもそのような行動などなかったからである。したがって、「原告がパトカーから顔を背けるような動作をした」とする原判決の認定は誤りである。

（4）一審原告の供述等の不自然さについて

ア 電気設備を振り返ったことについて

原判決は、本件現場付近を歩いていた際、道端の電気設備を振り返ったとする原告の主張について、進行方向前方にあった電気設備を振り返るのは、特段の事情がなければ不自然な行動であるとする（原判決書20頁）。

しかし、原判決が一審原告の行動として上記事実を認定することは不合理である。原判決は、A警部補の陳述書及び証言内容が信用できるとしたのであるから、そこに出て来ない上記事実を認定して、一審原告に不利に事実認定するのは背理である。

一審原告が電気設備を振り返ったのは事実であり、それは何ら不自然なことでは

ない。電気設備は人の背丈ほどもあり、横幅も1メートル以上はあるそれなりに巨大な機器である。特に、本件のように、深夜遅くで人通りが少ない状況であれば、普段多くの人が通っている時には気にならないようなことが、ふと気になるということも、よくあることである。したがって、その脇を通り過ぎた後で、ふと、電気設備の気配を感じて振り返ったとしても、ごく普通の行動であって、何ら不自然なものではない。

そもそも原判決の言うように、進行方向前方にあるものについては、特段の事情がなければ振り返らないというのは、世の中には様々な人がいて、様々なことに興味関心を抱き、ほとんどの人が関心を持たないことにふっと関心を抱く人がいるという現実を無視する暴論である。

イ 職務質問中の警察官の全員が職務質問を中断することはないとする点について

原判決は、職務質問中の警察官が全員職務質問を中断するという事態は経験則上容易に想定しがたいなどとする（原判決書20頁）。

しかし、そもそも原告は、警察官らは、パトカーの先に停まっていた紺色の車のところで「何かをしていた」（原告本人調書7頁、48頁、51頁）と証言しているのであって、職務質問をしていたとは言っていない。単に道を聞かれて説明していたのかもしれないし、知り合いと雑談をしていただけかもしれない。職務質問を切り上げようとしていたところかもしれない。いずれにしても、B 巡査部長が一審原告に関心を抱いて話し掛けた後、他の警察官2名（A 警部補、C 巡査長）が、紺色の車からすぐに離れて、一審原告のところに駆け寄って来たとしても何ら不自然なところはない。

なお、一審原告の法廷供述によれば、紺色の車のそばにいたのは、警察官2名（A 警部補、C 巡査長）であって、B 巡査部長は、甲16・写真8左端に写っている電気設備の手前付近の車道に停めてあったパトカー近くの植え込みのそば（甲16・写真8のガードレールの長方形の柵の右端から2番目付近）に立っていた（原告本

人調書48～50頁参照)。つまり、B巡査部長は、電気設備を通り過ぎた一審原告の直ぐ間近にいたということであって、他の2名と違い、前方の紺色の車のところで何かをしていたということではない。したがって、原判決の言うように、紺色の車の職務質問をしていた警察官3名がそれを放り出して、いっせいに一審原告の職務質問にとりかかったということを一審原告が証言している事実もない。

結局、この点に関する原判決は、一審原告が証言していない事実をねつ造して、当該証言は経験則に反しているとしているものであり、前提とする事実が異なるから、それを前提に一審原告の供述は信用できないとするのは重大な誤りである。

9 所持品検査の違法性

(1) 事実経過

本件の所持品検査の経緯は、一審原告の陳述書(甲24・4頁)や証言(原告本人調書8頁, 28～29頁, 50頁)で述べているところによれば、一審原告が本件現場付近を通りかかり、歩道脇の電気設備の方を通り過ぎざまにふと振り返ったところ、一審原告の直ぐそばにいたB巡査部長が、「何を振り返っていたんだ」、「タクシーを止めようとした訳じゃないだろう」と横柄な態度でぶっきらぼうに声をかけてきたことから、「別になんでもありません」と答えてそのまま通り過ぎようとしたところ、前方の紺色の車の近くで何かをしていたA警部補、C巡査長が近寄ってきて、A警部補から「鞆の中を見せて下さい」と言われたというものであって、警職法で定めるように、まず職務質問がなされて、職務質問の中で生じた不審事由を解明するために行われた、というものではない。

ところが、原判決は、職務質問が適法であること、そして、原告主張の所持品検査の経緯はA証言に反すること、警察官が原告に高圧的な態度で臨むはずはないと言うことを理由に、所持品検査が適法であったとする。この点に関する原判決の認定は、事実認定を大きく誤っているだけでなく、そもそも所持品検査の適法性の検討を行っていないことからして、かかる結論は間違いである。

(2) 所持品検査は違法

本件においては、職務質問自体が警職法2条1項の要件を欠いて違法であるから、職務質問が適法であることを前提とする所持品検査も違法である。

(3) 所持品検査の適法性の判断について

ア 職務質問に付随して行う所持品検査の適法性判断のメルクマール

職務質問が適法であっても常に所持品検査が許されるわけではない。職務質問に付随して行う所持品検査の適法性判断は、次の要件を検討して判断すべきである(渡辺咲子著『任意捜査の限界101問〔四訂〕』平成22年・立花書房刊48～49頁参照)。

- ① 職務質問自体が適法であり、所持品検査が不審事由を解明するうえで必要かつ有効であること
- ② 原則として、相手方の承諾、協力を得て行うべきであり、いきなり実力行使に出ることは許されない
- ③ 相手方の承諾が得られない場合には、
 - i 捜索にあたらぬ程度の行為で、
 - ii 強制にわたらないものであること、
 - iii 所持品検査の必要性・緊急性、これによって侵害される個人の法益との権衡を考慮し、具体的状況の下で、相当と認められる範囲内のものでなければならない

【相当性判断】

- (a) 相手方が罪を犯し、または、犯そうとしている者か、犯罪について知っているにすぎない者か、
- (b) 容疑犯罪の種類、性質(重大性、危険性)
- (c) 容疑の程度
- (d) 対象物所持の疑いの有無

- (e) 対象物の危険性の有無
- (f) 所持品検査の箇所，態様
- (g) 被質問者の人数と警察官側の態勢
- (h) 警察官の言動，態度，所持品検査実施までの手順および被質問者側の対応
- (i) 緊急性の有無

イ 本件における所持品検査の適法性のあてはめ

(ア) メルクマール①（職務質問の適法性と手段としての必要性・有効性）

不審事由がないのであるから，所持品検査の必要性がない。仮に，現場で一審原告がキョロキョロ辺りを見回していたり，パトカーから若干顔をそらせたりしていたということであったとしても，それに対しては，一審原告に口頭で質問をすれば十分であって，所持品を検査する必要性はなかった。

したがって，メルクマール①は充足していない。

(イ) メルクマール②（一審原告の承諾）

警察官らは，一審原告に対し，所持品検査が強制ではないこと，すなわち，応じたくなければ応じなくてもいい旨の説明を行っていない。また，実際には，一審原告は，警察官からカバンの中を見せろと言われて，それに従ってしまったということであるから，一審原告の真意に基づく承諾があると認められる事案ではない。

したがって，メルクマール②も充足していない。

(ウ) メルクマール③（相当性）

一審原告は，単に，午前3時という真夜中に時差ぼけ解消のためのウォーキングをしていただけであるから，自ら犯罪を犯そうとしていた訳ではないし，犯罪について知っていた者でもない ((a))。また，所持品検査に及ぶ前には，警察官らは，一審原告が何らかの犯罪を犯しているという具体的かつ合

理的な疑いを有していたわけではなく ((c)), 容疑犯罪の重大性, 危険性も存在していない ((b))。したがって, 予め何らかの犯罪に当たると思われる対象物を所持している疑いはなく ((d)), 結果的に発見された対象物は日常生活に用いられる便利グッズであって, その物の自体の危険性はほとんどないと言っていいほどのものにすぎない ((e))。しかも, 一審原告は所持品をビニールに2重に梱包するなど, 厳重な携帯をしており, その点からしても, 本件マルチツールの危険性は格段に低いものでしかない。所持品検査の箇所は, カバンの中であり, 中身を一審原告自身に提示させる方法であったこと自体は, 相当性を大きく逸脱するものではないとしても ((f)), 警察官3名に対して一審原告は1名であり ((g)), 警察官の言動や態度も高圧的かつ一方的なものであったことは ((h)), 相当性を大きく逸脱するものであった。しかも, 本件において所持品検査を行うべき緊急性は皆無であった ((i))。

(エ) 所持品検査の適法性についての結論

以上のように, 本件所持品検査は, 適法性判断のメルクマールにいずれも該当していないものであるから, 違法と評価されるべきである。

(4) 警察官の高圧的な態度?

原判決は, A警部補らがいきなり鞆の中を見せるように求めたりすれば, 相手方の無用な反発を招き, かえって職務質問の目的を達成できなくなったり, 職務質問が長期化しかねないことにかんがみると, A警部補らがいきなり鞆の中を見せるように求めるなどという高圧的な態度で一審原告に臨むという事態は想定し難い, などとする(原判決23頁)。

しかし, 一審原告は, 陳述書(甲24・4頁)でも, 法廷証言でも(原告本人調書8頁, 50頁), 一貫して, A警部補から「鞆の中を見せて下さい。」と言われたとしているのであって, 高圧的な態度で鞆の中を見せるように要求されたとは述べていない。

なお, 一審原告は, 陳述書(甲24・4頁)では, いきなり鞆の中を見せるよう

に求められたことについて「一方的な横柄な態度」だったとしているが、これは、鞆の中を見せるように求めたA警部補の対応というよりも、その直前のB巡査部長の声の掛け方が「横柄でぶっきらぼう」であったことに対応しているものであり、A警部補からの所持品検査の要請が直ちに「横柄」であったということではない。A警部補からの所持品検査の要請を含めて「横柄」という評価になるとしても、一審原告としては「特に隠し持っている物がある訳ではなかったですし、拒否しない方が善良な市民だとすぐに分かって貰えると思い」、鞆の中をA警部補らに見せることにしたのであるから、A警部補らの態度は「横柄」ではあっても、一審原告の無用な反発を招くほどに高圧的であったというものではない。

原判決は、一審原告が述べてもいないこと（相手方の無用な反発を招くほどの高圧的な態度による所持品検査の実施）を前提とするものであるから、的外れである。

（5）A警部補の証言の不自然さ

A警部補の証言およびその陳述書では、いずれも一審原告がぶっきらぼうな言葉遣いをしていたとする。

しかし、これは警職法2条1項の要件を充たしていたことを印象づけたいための事実のねつ造である。一審原告は大学の研究者という職業柄、「です・ます」調で話すことを通常としているのであって、深夜、ウォーキングしながら帰宅する途中で声を掛けられた警察官に対して唐突にぶっきら棒な話し方をする必要はない。むしろ、普段どおりの語調で話していたとみるのが自然である。しかも、D警部補の証言によれば、一審原告は「です・ます」調の丁寧な言葉遣いをしていたということである（D警部補の尋問調書32～33頁参照）。A警部補らにはぶっきら棒な話し方をして、D警部補に対しては「です・ます」調で話したという使い分けをしたというのは不自然である。A警部補が虚偽の証言をしたのである。

丁寧な言葉遣いの一審原告を相手に3人の警察官らは、カバンを開けさせ、本件マルチツールを取り上げ、身体検査をし、やりたいようにしていたのである。

10 本件マルチツールの占有の違法な取得

本件マルチツールは、歩道上にいた時点で、A警部補から「それを渡して」と言われて取り上げられたものである（原告調書11頁）。そして、A警部補はその場では一番原告に返さず、一番原告の承諾を得ずに、B巡査部長に渡してしまった（A調書30頁）。このとき以降、一番原告は本件マルチツールを見ていない。だれがどのように保管しているのかさえわからなかった。

常識的に考えれば、他人に突然、「それを渡して」と言われて、これに応じたとしても、それはその場で対象物を見るために手渡しているだけであって、それ以降、自分の意思と関係なしに勝手に他人に渡されてしまい、返してもらえなくなるという事態は想定していない。

A警部補の行動からすると、同人は本件マルチツールを見ただけで、「これで軽犯罪法1条2号違反で検挙できる」と結論づけてしまい、「それを渡して」と言った時点ですでにこれをすぐに一番原告に返すつもりがなかったと考えられる。また、A警部補は本件マルチツールを手にした直後に、その場で、「任意提出してください」という言葉さえ発していないから、一番原告には任意提出の手続がなされていることさえわからない。したがって、本件マルチツールの提出を黙示的でさえ承諾するということはあり得ない。そもそも任意提出の場面がなかったのであるから、提出行為が自由意思に基づいていたかどうかという問題（原判決31頁）は起こり得ない。

A警部補らが歩道上で一番原告にしたことは、一番原告の錯誤を利用して本件マルチツールの占有を違法に奪ったというものである。

11 身体検査の違法性

(1) 事実経過

一番原告は、本件マルチツールを持っているだけで犯罪に当たるとする警察官らの対応に疑問を感じ、後日、行政機関に抗議するために、警察官らの氏名を明らか

にするよう繰り返し求めたところ、最終的に、A警部補から「名前を教えてやるから、代わりに警察署に任意同行してもらおう。」と告げられた。警察署に連れて行かれるということは、犯罪者として取り扱われることになると思われたことから、冤罪事件の始まりだと思い、一審原告は警察署への同行を拒否し続けたが、警察官らも執拗に同行を求め続けた。そうこうしているうちに、C巡査長から「ボディーチェックをさせろ」と言われたので、これに応じて異常がないことが確認されれば、帰らせてもらえるのではないかと思い、応じることにした。

ところが、C巡査長は、胴体から両足、靴に至るまで、一審原告の身体全体にわたり、しっかりと掌を押しつけるようにして、完全かつ徹底したボディーチェックを行ったということである（甲24・7頁）。

（2）原判決の認定

このような身体検査について、原判決は、①警職法2条4項から直ちに犯罪予防、鎮圧といった目的のために行われる職務質問に付随する身体検査までが禁止されていると解することは出来ない、②断る自由があることを告げなくても、一審原告の承諾が自由な意思に基づいて行われたものではないと認められることは出来ないという理由で、身体検査を違法ではないと判断している。

しかし、これは法令の解釈適用を大きく誤っているので、その点について指摘する。

（3）身体検査は強制捜査であること

身体検査は、所持品検査とは異なり、身体に対する捜索であるから、令状なしの身体検査は違法であるのが大原則である（刑事訴訟法218条）。

これに対し、警職法2条4項は、逮捕された被疑者については、例外的に、危険防止・自傷防止の行政目的での令状なしの身体検査を適法としているものである。

したがって、警職法2条4項その他の法令によっても、逮捕された被疑者については、令状なしの身体検査が直ちに違法であることは、論を待たない。ましてや、犯罪予防、鎮圧目的であれば、逮捕された被疑者についても令状なしの身体検査が

できるかのごとき原判決の判示は、およそ法律の専門家である裁判官の言うこととは思われない。

実際、職務質問に付随して行う所持品検査を限定的に認めた最高裁判決昭和53年6月20日・刑集32巻4号670頁においても「搜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合があると解すべきである。」としているから、身体の搜索（身体検査）は職務質問に付随していても、令状なしに認められるものではないことは明らかである。

なお、原判決の趣旨を善解すれば、所持品（物）に対する搜索である所持品検査と、身体（人）に対する搜索である身体検査の区別が付いていないことによる誤った判断である可能性はある。その場合は、上に述べた所持品検査のメルクマールを当てはめて判断すべきと言うことになるが、カバンに対する所持品検査と同様、本件ではメルクマールをいずれも満たさず、違法な身体検査（所持品検査）となることになる。とはいえ、本件では、胴体から両足、靴に至るまで、一審原告の身体全体にわたり、しっかりと掌を押しつけるようにして、完全かつ徹底したボディーチェックを行ったということであるから、着衣の上からポケット部分を触って確かめるという程度のものではないから、身体に対する搜索そのものであって、所持品に対する搜索にとどまるものではない。この意味でも、原判決は、身体（人）に対する搜索である身体検査であるのに、あたかも所持品（物）に対する搜索である所持品検査であるかのごとき判断をしているのであって、きわめて重大な過ちを犯しているといわざるを得ない。

（4）断る自由があることを知らされなくてもいいか？

そもそも身体検査は、強制捜査であるから、仮に一審原告の同意があったとしても、それだけで違法性が阻却されるものではない。実際、本件では、胴体から両足、靴に至るまで、一審原告の身体全体にわたり、しっかりと掌を押しつけるようにして、完全かつ徹底したボディーチェックを行ったということであり、これは、所持品（物）に対する搜索の限度を超え、身体（人）に対する搜索に当たるものである

ことからしても、当然である。

本件における身体検査を、職務質問に付随して行う所持品検査だと解するとしても、それは任意捜査であるから、原則として、被疑者の承諾を得ることが大前提になるし、仮に承諾を得られない場合には、所持品検査の必要性・緊急性、これによって侵害される個人の法益との権衡を考慮し、具体的状況の下で、相当と認められる範囲内のものでなければならない。

本件の身体検査は、所持品検査の必要性・緊急性はなく、相当性も欠くものであるから、断る自由があることを知らされた上で、一審原告が真意に基づいて承諾しなければ、違法である（もっとも、内容的に強制捜査に含まれるべきものであるから、一審原告の承諾があっても、令状がなければ直ちに違法とするのが一審原告側の判断であるが）。

そして、本件では、午前3時頃という深夜帯に、通行人や通行車両もほとんどないような歩道上で、一審原告がただ一人で、警察官3名に取り囲まれて、執拗に同行を要求され続けたことから、身体検査に応じれば同行を免れるのではないかと思いい、仕方なく応じたものであって、もともと真意に基づく承諾はない。一審原告の意思は制圧されていたものである。

したがって、本件の身体検査を、職務質問に付随して行う所持品検査と解するとしても、真意に基づく承諾がないから、違法である。

1 2 任意同行の違法性

(1) 事実経過

上記のように、一審原告が警察官らの対応に疑問を感じ、後日、行政機関に抗議するために、警察官らの氏名を明らかにするよう繰り返し求めたところ、最終的に、A警部補から「名前を教えてやるから、代わりに警察署に任意同行してもらおう。」と告げられた。一審原告は、警察署に連れて行かれるということは、犯罪者として取り扱われることになると思われたことから、冤罪事件の始まりだと思い、途中、実

家の母親に電話して事情を説明するなどして、警察署への同行を拒否し続けたが、警察官ら3名から執拗に同行を求められ続けた。一審原告は「ええ、何ですか」と、同行の理由を尋ねても、警察官らはこれに答えず、「巣鴨署まで任意同行して貰う」の一点張りで、警察署で何をするのかも一切説明しなかった。

ボディチェックを受けた後も、警察官らは一審原告に同行を執拗に求めたので、同行要求に応じないで帰らせてもらえることはないと判断して、つまり、選択肢がない状態で、やむなく同行に応じたのである（甲24・7～8頁参照）。

（2）原判決の認定

原判決は、①認定事実からすれば、本件同行は警職法2条2項の要件を満たしていること、②一審原告が自由の拘束があったと言えるほどの強い心理的圧迫を受けていなかったことが推認され、その他一審原告主張は認めるにたりないことを理由として、本件任意同行を違法ではないと判断している。

しかし、このような原判決の判断も、法令の解釈適用ならびに事実認定を大きく誤っている。

（3）任意同行の適法性判断

ア 警職法上の要件適合性

警職法2条2項は、①その場で職務質問をすることが本人にとって不利であるか、または、②交通の妨害になると認められる場合に、職務質問をするために、付近の警察署、派出所等に同行を求めることができると規定している。

しかし本件では、そもそもその場で職務質問をすることは、何ら一審原告にとって不利と認められる状況ではなかった。むしろ、その場で質問された方が、一審原告からこれに対して回答して、速やかに解放されれば、自宅に早く帰れることになるから、一審原告にとって有利な状況であった。付近のマンション住人が様子を伺っていたというような指摘もあるが、そもそも午前3時頃という時間帯に付近のマンション住人が一審原告と警察官のやりとりを見ているということは考えにくい。仮に、そのような状況があったとしても、警察官らから不当な扱いを受けていると

考えていた一審原告にしてみれば、周囲の目がある方が、警察官らに酷い対応をされずに済むという安心感を持てたのであるから、むしろ歩道上の方がよかったのである。

交通の妨げという点からしても、当時の現場は、深夜帯で人通りはなく、車両の通行もまばらな幹線道路の歩道上であったから、その場で質問を続けることは、何ら交通の妨害になることではなかった。

したがって、本件においては、そもそも警察官らが一審原告に対して警察署への任意同行を求めるための要件を欠いていた。

イ 「任意同行」という実質的逮捕

任意同行とはいえ、実質的逮捕に等しいような「強制」が加えられる場合がある。一般的に、逮捕は、人の身体を直接束縛して自由を拘束することをいい、必ずしも手錠をかけるなどの方法によらなくても、逮捕者が被逮捕者の身体によりそって監視し、いつでもその身体を束縛しうる状態で、その逃走を防止する方法によって自由を拘束する場合も含まれる（大阪高判昭和32・10・10裁特4巻20号534頁参考）と考えられているところから、抽象的には、たとえ表面上任意同行という形式がとられていたとしても、実質的に逮捕と同視すべき強制が被疑者に加えられているときは、任意同行ではなく逮捕であると評価すべきである。

問題となるのは、どのような場合に逮捕と同視すべき強制が被疑者に加えられたとみられるかである。

その判断は事案ごとに具体的事情を総合的に考慮してなされることになる。一般には、①任意同行を求めた日時・場所、②任意同行の方法あるいは状況、③任意同行の必要性、④任意同行後の状況、とくに取り調べ時刻及び時間、取調べの方法、食事、用便、休憩、監視の状況などがあげられる。

(ア) 任意同行を求めた日時・場所

一審原告が警察官らから任意同行を求められたのは、深夜帯の人通りのない暗い歩道上であり、そのような状況下で、しかも、3名の警察官らに執拗に求

められたものである。そのような時刻に、3名の警察官らから執拗に同行を求めるといふことは、それだけ強制的な要素が強いといふべきである。

また、そもそも本件では、当初、現場から最寄りの巣鴨署への同行と告げられていたが、なかなか着かないことから不審に思った一審原告が尋ねて、ようやく目白署であると告げられたものである（甲24・8頁）。本件現場は北区滝野川五丁目41番付近であり、最寄りの警察署は、板橋署、巣鴨署、滝野川署などであり、目白署は最寄りとはいえない。一審原告の自宅から遠方になることへの配慮が全くない。このような同行場所の告知の状況および実際の同行場所からして、強制的な要素が強いといふべきである。

（イ）任意同行の方法あるいは状況

本件では、一審原告1名に対して、警察官3名が30分以上もの長時間執拗に同行を要求し続けたものであるから、それだけでも強制的な要素が強い。

（ウ）任意同行の必要性

警職法上の要件のところでも指摘しているが、その場で質問すればいいことであり、一審原告が拒絶しても、30分以上もの時間をかけて同行を求める必要性はない。

午前3時頃という時間帯からして、警察署で取調べ等の一連の手續に時間をかけると、一審原告の睡眠時間を奪うことになってしまい、その日の仕事に重大な支障を及ぼすことになりかねない。大学の准教授という職業・地位や軽犯罪法1条2号違反容疑という事案の軽微さからすれば、一審原告が逃亡することは考えにくく、改めて取調べをする日を決めて帰宅させてよかつたはずである。

したがって、同行の必要性はなかつた。

それをあえて帰宅させなかつたのは、折角、マルチツールを携帯している一審原告に出会えたのに、これをすぐに検挙しておかないと、帰宅後、一審原告がA警部補らの対応に疑問を抱いて、弁護士に相談し、弁護人がつくようなこ

とになる可能性がある。そうなったら、自白調書を作ることはできなくなるし、顔写真の撮影、指紋の採取も拒否され、これらのノルマも果たすことができなくなる。検挙ノルマが果たせなくなることこそ、A警部補らが最も恐れたことである。だから、A警部補らは、どうしても一審原告を警察官しかいない領域である警察署に連行したかったのである。

(エ) 同行後の状況

目白警察署での取り調べが終わって一審原告が解放されたのは、午前7時過ぎであるから、午前3時から7時という深夜・早朝の時間帯において、3～4時間という長時間の取り調べを一審原告に強いたものである。この点からして、当該取り調べのための同行は、強制の要素が強く、任意性を認める余地はないというべきである。

以上より、本件の同行は、実質逮捕というべきである。

1.3 脅迫的言動の有無

(1) 原判決の内容

原判決は、一審原告は目白警察署内の椅子に座っていただけであるから、そのような一審原告に対してD警部補らが警棒を振り挙げて一審原告を取り囲む合理的理由は見当たらず、一審原告の供述内容は不自然であることなどから、警察官らが警棒を振りかざしながら一審原告を取り囲み、大声で怒鳴りつけたとは認められないなどと判示している。

(2) 原判決の誤り

しかし、その場面の一瞬だけを捉えて、警察官らがそのようなことをする合理的理由がないと結論づけるのは、如何にも短絡的である。一審原告がその場に来るまでの経緯からすれば、警察官らが警棒を振り上げて一審原告を取り囲み、怒鳴りつけて一審原告を威嚇したということは大いにあり得るのである。

すなわち、目白署の警察官らは、A警部補から一審原告を同行するに至った経緯

等の説明を受けたというのである（A調書12頁，D調書2頁）から，その際，本件現場において警察官に同行を求められた一審原告が同行に応じるまで30分程度もの長時間を要しており，このことも聞いているはずである。そうであれば，目白警察署の警察官らは，一審原告が取り調べや任意提出書・所有権放棄書の作成，姿写真の撮影，顔写真の撮影，指紋の採取にも一々抵抗して手間を取らせるのではないかと幾ばくかの危惧を抱いていたのであるから，これらの諸手続をスムーズに進めるために一審原告を脅しておくのが効果的だと考えて威圧的言動を取ったのであり，警察官らにとっては原告を威圧する合理的理由があったのである。

また，一審原告が供述している事実は，一般常識では考えられない，想像では思い付かない出来事であればこそ，一審原告があえて虚偽の事実をねつ造して裁判で訴える合理的理由はないのである。一般常識ではあり得ないことであればこそ，一審原告は畏怖し鮮明に記憶しているのである。

1.4 供述調書作成の違法性

(1) 原判決の内容

原判決は，①本件当時，一審原告のリュックサックの中に懐中電灯や方位磁針が入っていたとの一審原告の主張を採用することはできず，②一審原告には軽犯罪法1条2号が成立するから，D警部補が一審原告を同法同条同号違反の被疑者として供述調書を作成したことについて違法な点は存在せず，③D警部補が供述調書の作成に当たり，供述拒否権を告知せず，供述調書の読み聞かせを行わなかったと認めることはできないし，④一審原告は供述調書作成の段階で逮捕されておらず，同行が実質的な逮捕に該当するともいえないから，D警部補が一審原告に対し弁護人選任権を告知しなかったことも違法ではない旨判示している。

(2) 原判決の誤り

しかし，①は事実誤認であり，②については一審原告に対して軽犯罪法1条2号は成立していなかったのであるから，D警部補が一審原告を同法同条同号違反の被

疑者として供述調書を作成したことは違法である。しかも、D警部補は、一審原告のリュックサックの中身をみて犯罪が成立しないことを知っていたのであるから、一審原告を意図的に被疑者扱いしている。検挙ノルマを挙げるためである。

(3) 供述拒否権の不告知

原判決は、D警部補が供述調書の作成に当たり、供述拒否権を告知せず、調書の読み聞かせを行わなかったと認定することができない事情として、一審原告の供述を裏付ける具体的な証拠がないことを挙げている。

しかし、警視庁の警察官らにとって「職務質問」をきっかけとして軽犯罪法1条2号違反で摘発することは類型化した事件処理であり、ノルマになっていた。警察官等は「刃物」が見つかりさえすれば犯罪として検挙するという姿勢で臨んでいたから、「正当な理由」の有無や「隠して携帯」していたか否かについて、丁寧に事実関係を記録しようという意思がなかった。どうせ起訴猶予で終わる事案だから（法務省の統計（甲43）によれば、警視庁から東京地検に送られて来る軽犯罪法違反事件のほとんどが、毎年、起訴猶予になっている。）、裁判官や弁護士に見られることもない。裁判官や弁護士の厳しい目に晒される可能性のない供述調書であれば、手抜き作業になるのは自然なことである。「刃物」の現物が見つかった事案において、D警部補が供述拒否権を伝える必要があると考えず、言い忘れたとしても何ら不合理ではない。もし仮に、D警部補が一審原告に供述拒否権を告知してたら、初めて被疑者としての体験をさせられている一審原告がそのことについて何らかの質問をし、それに対してD警部補が何らかの説明をするなどのやりとりがあったはずである。そのようなやりとりが一切なかったのは、D警部補が一審原告に供述拒否権の告知をしていなかったからだと解するのが合理的である。

(4) 供述調書の読み聞かせもしていない

一審原告は、本件訴訟提起段階から供述調書を読み聞かせされていない旨主張していた。

これに対し、一審被告東京都の準備書面でもD警部補の陳述書にも、D警部補が

読み聞かせをした旨記載されていただけであり、D警部補が一审原告に供述調書を閲覧させたなどとは一切記載されていなかった。供述調書の読み聞かせの有無は本件の重要な争点であるから、D警部補が読み聞かせだけでなく、閲覧までさせていたとしたら、準備書面及び陳述書において、閲覧もさせている旨が記載されていて当然である。ところが、D警部補は、法廷で証言するに至って、初めて、調書の読み聞かせだけではなく、閲覧させたと供述した（D調書8頁）。明らかに供述内容が変わっている。なぜ、このような変化が生じたのか、D警部補は何ら説明していない。このようないい加減な証言をしているD警部補の証言内容の真実性について全く検討していない。

仮に、読み聞かせがなされていれば、本件マルチツールを携帯していたことを犯罪だと思っていない一审原告は、犯罪不成立の内容になる供述調書の作成を強く求めたはずである。一审原告がそのような態度をとっていないのは、D警部補が一审原告に対して供述調書の読み聞けをしていなかったからである。D警部補は、類型化された形式的な供述調書の作成だということで、わざわざ読み聞けをする必要などないという態度で対応していたのである。

（5）弁護人選任権の告知がなされていない

本件同行は実質的には逮捕であり、A警部補から同行に至るまでの説明を受けていたD警部補もこのことを充分承知していた。従って、D警部補は、逮捕されている一审原告に対し弁護人選任権を告知する義務（刑訴法203条1項）があったのであり、これを怠ったD警部補の行為は違法である。

15 任意提出書・所有権放棄書の署名指印の強制

（1）原判決の内容

原判決は、①D警部補が本件マルチツールの提出を求める際に、一审原告に対して一切の説得も行わずに、逮捕するなどと言って提出を強要するといった事態は想定し難い、②D警部補が一审原告にマルチツールの提出を求めた際、提出行為が任

意に行われたかどうかは、当該提出行為を行った者が自由意思に基づいて提出したかどうかをもって判断すれば足りるのであって、提出を断ることができることや提出を断っても不利益のないことを説明しなくとも、直ちに提出行為の任意性が欠けることにはならず、警察官によって一審原告の意思を制圧するような行為が行われたとは認められず、③同行の直前にA警部補らが本件マルチツールを預かった行為について、一審原告は強い心理的な圧迫を受けていなかったことが推認でき、A警部補らが本件マルチツールを預けることについても承諾していたことが推認できるとして、違法とはいえないとし、④本件マルチツールがA警部補らによって適法に預けられた後に、一審原告はその状態を認識しつつ、本件マルチツールの任意提出に応じたものと認められるから、本件提出時に一審原告が本件マルチツールを所持していなくとも、本件マルチツールの提出行為は存在する旨判示している。

(2) 本件マルチツールの占有の違法な取得

10で説明したとおり、本件マルチツールの占有が一審原告からA警部補に移転するときに任意提出手続がなされていないから、一審原告が任意提出手続を承諾することはあり得ない。実態は、A警部補らが歩道上で一審原告にしたことは、本件マルチツールの占有を違法に奪ったというものである。

(3) D警部補による提出の要求行為は存在しない

原判決は、「原告は、D警部補が本件マルチツールの任意提出を求めた際に・・・主張する」(31頁)としているが、一審原告はこのような主張などしていない。本件マルチツールは歩道上でA警部補に取り上げられた後、だれがどのように保管しているのか一審原告は知らされておらず、全く目にしていない。D警部補が一審原告に任意提出書に署名指印するよう求めたときも、本件マルチツールは一審原告に一旦返されることもなければ、見せられることもなかった。D警部補が一審原告に求めたのは、任意提出書への署名指印であって、任意提出ではない。

したがって、D警部補との関係では、任意提出が自由意思に基づいていたかどうかという問題は存在しない。

(4) 任意提出書及び所有権放棄書の署名指印は強制だった

原判決は、D警部補が取調の際に一審原告に携帯電話の充電を許したり、母親への架電を許可していたのであるから、このようなD警部補が本件マルチツールの提出を求める際に逮捕するなどと言う事態は想定し難いと判示している。

(3) に書いたとおり、D警部補に求められたのは、任意提出書及び所有権放棄書への署名指印であって、本件マルチツールの提出ではない。原判決は、この点について事実認識を誤っている。問題は、任意提出書及び所有権放棄書への署名指印がD警部補の強制によるものだったか否かであり、署名指印を拒否すれば逮捕するという趣旨の発言があったか否かである。あったなら、一審原告がこれを信じ恐怖するのは当然であり、明らかに違法な強制である。

一審裁判所は、警察官の行動パターンを全く理解しない。

被疑者を目の前にした警察官にとって重要なことは、如何にスムーズに捜査を終了させるかである。軽微な類型的事案であれば、さっさと手続を済ませたいという意識は当然に働く。D警部補が一審原告に携帯電話の充電を許したり、母親への架電を許したのは、そうすることがその後の取調べ等をスムーズに進める上でプラスになる、少なくともマイナスにはならないと考えたからである。このとき以前の母親との電話で、母親が「捜査に一切協力するな」というようなことを言っていれば、D警部補は母親への架電を了解しなかったはずである。「捜査」の妨害にならないことを承知していたから、母親への架電を許したのである。携帯電話の充電も同様である。

任意提出書及び所有権放棄書への署名指印を拒否するとどうなるか、という質問は、「捜査」への支障という点で、携帯電話の充電や母親への電話とは全く異なる。これらを拒否されたら、D警部補としては、さっさと終了させようとしていた「捜査」が終わらないどころか、拒否され続けたまま「捜査」を終結させるか、差押許可状を申請しなければならなくなる。被疑者としての顔写真の撮影や指紋の採取も拒否されることにもなりかねない。そうなれば、それらのノルマも果たせないこと

になる。D警部補にとってはどうしても回避したい展開である。D警部補が強硬な態度に出たとしても不自然ではない事態があったのである。

一審原告はこれまで任意提出書や所有権放棄書に署名指印したことがない。それまでの推移からして、署名しなくて済むものなら署名しないで済ませたいと考えるのは当然である。そこで、恐る恐る、「提出しなかったらどうなるのか」という質問が出て来る。一審原告がこのような質問をすれば、D警部補としては何らかの説明をしなければならなくなる。当然、署名指印してもらえるものと思っているところに、このような質問をされれば、一審原告はできれば拒否したいと考えていることがわかる。しかし、拒否をそのまま受け入れたのでは、折角、本件マルチツールを取り上げて軽犯罪法違反として1件処理できると思っていたことが駄目になる。このとき、D警部補が「署名指印するかどうかは自由だ」と答えれば、一審原告は署名指印をしない。しかし、実際には、一審原告がこれらの書面に署名指印することを拒否するような展開にはならなかった。それは、D警部補の単純な一言で、それまでの一審原告の意向とは逆の選択をすることになったからである。その一言が「逮捕する」という言葉である。現職の警察官にこのように言われて、一審原告は拒否できないという結論になり、署名指印したのである。D警部補の違法な強制があったことは明らかである。

1 6 所有権放棄手続の違法性

(1) はじめに

検察官が廃棄処分をした本件マルチツールは、2007年初め頃に、一審原告が母親から貰い、以後、日常的に災害時用として他の災害時用グッズと一緒に携帯していたものである。当然のことながら、本件マルチツールを携帯していることが違法だという認識はなかった。それが、2008年6月25日の深夜、見ず知らずの警察官等によって取り上げられことを発端として、警察署において一審原告の所有権放棄書が作成された。一審原告はこの所有権放棄手続の違法性を問題にしている

にもかかわらず、原判決は全く検討していない。

(2) 犯罪の不成立

本件において、一審原告には軽犯罪法1条2号が成立していないから、警察官らが一審原告に軽犯罪法1条2号違反が成立することを前提に所有権放棄させたことは違法である。

(3) 所有権放棄は意思表示である

警察官らが一審原告を被疑者として扱ったことが違法でないという一審被告の主張を前提にしても、任意提出書が捜査の必要のために作成されるのと異なり、所有権放棄書は捜査の必要のために作成されるのではなく、捜査終了後押収する必要がなくなった証拠品の処分のために作成されるものである。そうだとすれば、所有権放棄が有効かどうかは、これが任意になされたかではなく、民法上の所有権放棄の意思表示として有効かどうか、すなわち真意に基づく必要がある。

この点に関連して、判例（最判平成17年4月21日判決，最高裁判所裁判集民事216号579頁）は、犯罪被害者が自己の所有物に関して廃棄処分されたことに対する慰謝料請求事件において、「犯罪の被害者は、証拠物を司法警察職員に対して任意提出した上、その所有権を放棄する旨の意思表示をした場合、当該証拠物の廃棄処分が単に適正を欠くというだけでは国家賠償法の規定に基づく損害賠償請求をすることができないと解すべきである。」と判断しており、「所有権放棄の意思表示」としているのである。

(4) 検察官による所有権放棄の手続

所有権放棄の手続は、本来、証拠品事務規程（法務省訓令）（甲41）に則って検察官又は検察事務官が行うことを想定している。すなわち、犯罪捜査は最初から検察が行うこともあるが、通常は警察が先行して行い、検察が引き継ぐ関係になっている。証拠品は、警察で押収し、検察で受け入れから処分に至るまでの事務を行うことになる（1条）。証拠品としての必要性がなくなるのは検察段階で捜査が終了し、あるいは刑事判決が確定したときであるから、証拠品だった物を所有者に返還する

か廃棄するかという判断の必要性はこの時期に顕在化するのである。

ある者の所有物が犯罪捜査に証拠品として必要な場合、捜査機関としては、任意提出や差押によって占有を取得し、証拠品として使用出来るようになれば十分であり、所有者に所有権を放棄させる必要はない。他方、占有を奪われる側からすれば、違法薬物や尿などについては、判決によって没収されなくても所有権放棄するであろうが、犯罪の証拠品とならなければ所有を継続できたような物については、所有権を放棄しないと考えるのは極めて自然であり、合理的である。

規程44条1項において、所有者から「証拠品について所有権放棄の申立てがあるときは」所有権放棄書を徴すると規定し、所有者側からの積極的な意思表示を要件としていることは、このような実情に整合する。例外的に、所有者が積極的に所有権放棄を言い出さないときであっても、「公安を害し、又は風紀を乱す等のおそれがあるため還付することが相当でない」と認められる証拠品又は不要と認められる証拠品については、所有者に対し、所有権放棄の意思の有無を確認する。」(同条2項)としており、この場合であっても所有者の所有権放棄の意思が必要なのである。

(5) 警察における所有権放棄の手続

犯罪捜査規範(甲42)にも、所有権放棄書の作成に関する規定がある。すなわち、「任意の提出に係る物を領置した場合において、その所有者がその物の所有権を放棄する旨の意思を表示したときは、任意提出書にその旨を記載させ、または所有権放棄書の提出を求めなければならない。」(第109条第2項)と規定している。

ここでは、任意提出と所有権放棄が同列一体の手続のように書かれているが、法理論的に明らかに誤りである。捜査機関として必要なのは証拠品として占有を取得することであり、処分権としての所有権ではない。両者は全く別個のものと考えて、各手続を行う必要がある。実際問題としても、犯罪の成否について警察と検察の判断が異なった場合、例えば、警察が犯罪成立と判断した事案について検察官が犯罪不成立と判断した場合、警察で行った所有権放棄手続は検察においてどのように処理することになるのか。所有権放棄は個人の意思表示であって警察側の処分では

ないから、検察において取り消すということはありません。本人が還付請求することによって所有権放棄の意思表示が錯誤無効だったとして返還することになるのだろうか。それとも、犯罪成立という警察の判断に追従し、面倒な手続を回避することになるのか。このような事態が起り得るのは、警察段階で安易に所有権放棄手続が行なわれているからである。警察において所有権放棄手続がなされること自体が慎重でなければならない。

(6) 本件について

所有権放棄手続の経緯は、一審原告が述べるように、D警部補は所有権放棄書類の説明などせず、「署名しないとどうなるんですか」という一審原告の質問に対して、「逮捕する」と言った、というのが真実である。そうだとすれば、一審原告から所有権放棄の意思の申立てなどないのに無理やり所有権放棄の手続をさせたものであり、真意に基づく所有権放棄の意思表示はなかったとみるべきである。

これに対して、D警部補は、一審原告が「こんなだったらいけないというようなことを言っていました」、「所有権放棄書の書類の趣旨」を説明した、「三つ1枚物」の書類に一審原告が「いりません」と書いた、と述べている（D調書9頁）。しかし、一審原告はこれらを否認している。一審原告は警察官等の突然の一方的で強引な対応に怒りや恐怖を感じることはあるとしても、「こんなだったらいけない」という積極的に所有権を放棄するようなことを言うとは考えられない。仮に口走ったとしても、「こんなだったら」とは何を指しているのか意味不明であるから、D警部補としてはその真意を一審原告に確認すべきであった。そこで「正当な理由」や「隠して携帯」する形態でなければ携帯していて構わないのだという説明を受けていれば、「こんなことだったらいけない」という意思表示を即座に撤回したに違いない。また、D警部補の「所有権放棄書の書類の趣旨」の説明も具体的に何と述べたのか不明である。「所有権放棄しなければ、捜査が終了した時点で返してもらえる」という説明をすれば、一審原告はやはり「こんなことだったらいけない」という意思表示を即座に撤回したに違いない。一審原告の撤回の意思表示がなかったのは、そも

そもD警部補が述べるような事実経過がなかったからである。

D警部補は、一審原告が任意提出書の備考欄に「いません」と書いたと述べているが、この証言以外にこの事実を裏付ける証拠はない。これだけの立証で足りるとすれば、警察官が証言すれば、裁判所はなんでも事実として認定することになりかねない。立証として不十分だというべきである。仮に、一審原告が書いていたとしても、それはD警部補が必要な説明をしなかったことが原因となっているのであるから、真意に基づく意思表示とは言えない。

したがって、D警部補が行った一審原告の所有権放棄手続は違法であり、また、一審原告は真意に基づく意思表示として所有権放棄の意思表示をしていないから、一審原告が本件マルチツールの所有権を失ったことについて、一審被告東京都は一審原告に対し、損害賠償責任を負う。

1 7 廃棄処分の違法性

(1) 犯罪不成立として返還すべき

警察から送致を受けた検察官は、一審原告に軽犯罪法1条2号違反の罪が成立するか否か検討し、本件では前述したとおり、同号違反が成立しないのであるから、犯罪不成立を理由に、本件マルチツールを一審原告に返還すべきであった。

(2) 所有権放棄手続の違法

仮に犯罪が成立するという認識に立ったとしても、本件においてはD警部補が一審原告を脅して所有権放棄書が作成されており、所有権放棄手続は違法であるから、検察官としては本件マルチツールを一審原告に返還しなければならなかった。

(3) 所有権放棄の意思表示の確認を怠った

(1)(2)を置いても、前述の通り、捜査終了後の証拠品の返還(還付)・廃棄は、本来、捜査を終結する検察官が行うべき事務である。所有権放棄手続も、本来は検察官が行うべき事務であって、警察が行うべき事務ではない。そうであればこそ、検察官は、送致された事件記録を確認した際、所有権放棄手続が適正になされてい

るか否か、真意に基づく意思表示として行われているかについて、特に慎重に確認すべきであった。

本件マルチツールはそれ自体所持が禁止されている物品ではなく、使い捨て品でなく長く使うことが予定されており、日常生活で何通りもの使い道がある品物であるから、所有者である一審原告が自発的に所有権を放棄するとは考えにくい。検察官としては、真意性の確認方法として、一審原告に電話するか又は問い合わせの書類を送付するだけでよかったのであるから、検察事務官に指示して行わせればよく、ごく簡単な確認作業であった。

検察官がこのような確認作業すら行わず、所有権放棄書類が形式的にそろっていただけで漫然と所有権放棄の意思表示を有効と認め、本件マルチツールの廃棄処分を指示したことは、重大な過失による違法行為である。

(4) 小括

以上から、犯罪不成立にもかかわらず本件マルチツールを廃棄処分したこと、所有権放棄手続が違法であるにもかかわらず本件マルチツールを廃棄処分したこと、一審原告が真意に基づく意思表示として所有権放棄をしていないのに真意性の確認を怠り本件マルチツールを廃棄処分したことは、いずれも違法であり、一審被告国は、これによる損害について一審原告に対し損害賠償責任を負う。

18 姿写真撮影の違法性

(1) 原判決の内容

原判決は、①一審原告が本件マルチツールを所持していた行為が軽犯罪法1条2号違反であると認められるから、同法同条同号違反の被疑者ではないにも関わらず、一審原告の姿写真を撮影した行為は違法であるとの原告の主張には理由がない旨判示し、②本件職務質問から本件提出行為に至るまで、一審原告の意思を抑圧するような行為が警察官によって行われたと認めるに足りる証拠はなく、一審原告が写真撮影に対して特段の異議を述べることなく応じたものであるから、一審原告は、姿

写真の撮影に少なくとも黙示的には承諾していたと推認され、同推認を覆すに足りる証拠はない旨判示している。

(2) 原判決の誤り

一審原告が本件マルチツールを所持していた行為は、軽犯罪法1条2号違反ではなく、警察官らもこのことを当然認識していたのであるから、一審原告の姿写真の撮影は違法である。

軽犯罪法1条2号違反が成立するとしても、その場合には本人の承諾が必要である。一審原告は、本件現場で3人の警察官に取り囲まれた挙句、目白警察署まで同行させられ、さらに、目白警察署に同行された後、警察官しかいない建物内で3人の警察官と対峙させられており、実質的に逮捕されていたのであり、警察官の要求を断れば、もっと酷い目に遭うかもしれないと考えていたのだから、警察官の要求を断ることができるはずもなく、一審原告の意思が抑圧されていたことは明らかである。

また、身体の拘束を受けている被疑者であれば、刑事訴訟法218条3項により、被疑者写真の撮影を受忍する義務があるが、一審原告は、形式上、身体の拘束を受けておらず、被疑者写真の撮影に応じる義務がなかった。そして、身柄を拘束されていない被疑者（繰り返すが、一審原告は、一審原告に軽犯罪法1条2号違反が成立すると認めるものではない。）は、撮影された姿写真がどのように保管され、あるいは使用されるかを知らず、断る自由があることも知らない。そして、一審原告も、写真の保管や使用について知識を有せず、断る自由があったことも知らなかった。従って、D警部補には、一審原告に対し、写真の保管や使用について説明をし、また、断る自由があることを説明する義務があったのである。そして、このような説明義務が尽くされなかった本件では、一審原告の承諾の前提行為を欠いているのであり、一審原告の承諾は認められない。

さらに、黙示的承諾は、承諾する内容について知悉していることが前提になっていればこそ認め得るのであって、この前提を欠いている状態では認められるべきで

はない。私人間においてすら、対等な当事者間において認められるものであって、事業者と消費者のような非対等な当事者間では、消費者が黙っていたからといって黙示的承諾など容易に認められるものではない。まして、本件は身柄を拘束していない被疑者と警察官との関係であり、その非対等性は顕著であるから、黙示的承諾など認められるべきではない。また、警察官しかいない建物内において、3人の警察官に対峙させられた一審原告が異議を述べられるはずもない。

19 顔写真撮影・指紋採取の違法性

(1) 原判決の内容

原判決は、①顔写真及び指掌紋の作成について、一審原告が本件マルチツールを所持していた行為が軽犯罪法1条2号違反であると認められるから、同法同条同号違反の被疑者ではないにも関わらず、一審原告の顔写真及び指掌紋を作成した行為は違法であるとの原告の主張には理由がない旨判示し、②一審原告は、本件職務質問から本件提出行為に至るまで、一審原告の意思を抑圧するような行為が警察官によって行われたと認めるに足りる証拠はなく、一審原告が顔写真及び指掌紋に対して特段の異議を述べることなく応じたものであるから、一審原告は、顔写真及び指掌紋の作成に少なくとも黙示的には承諾していたと推認され、同推認を覆すに足りる証拠はない旨判示している。

(2) 原判決の誤り

一審原告が本件マルチツールを所持していた行為は、軽犯罪法1条2号違反ではなく、警察官らもこのことを当然認識していたのであるから、一審原告の顔写真の撮影及び指掌紋の作成は違法である。

一審原告が軽犯罪法1条2号違反の被疑者であるとしても、その場合には、被疑者写真の管理及び運用に関する規則（以下「被疑者写真規則」という。）及び指掌紋取扱規則（以下「指掌紋規則」という。）の規定に従って行われるべきである。

被疑者写真規則2条2項は、「警察署長等は、身体の拘束を受けていない被疑者に

ついて必要があると認めるときは、その承諾を得て被疑者写真を撮影し、被疑者写真記録を作成するものとする。」と定め、指掌紋規則3条2項も「警察署長等は、身体の拘束を受けていない被疑者について必要があると認めるときは、その承諾を得て指掌紋記録等を作成するものとする。」と定めている。この規定の仕方からすれば、「必要があると認めるとき」とそうでないときがあるということである。しかも、一般市民にはどのような場合が「必要があると認めるとき」なのか、自分が「必要があると認めるとき」に該当するのかがわからない。したがって、このような規定の仕方からすれば、現場の警察官は被疑者に対して「必要があると認めるとき」の内容を具体的に説明することによって、被疑者「の承諾」を得ることができるのである。これがこれらの規定の構造である。

本件では、D警部補が一審原告に対し、被疑者写真撮影及び指掌紋の作成に関する必要性を全く説明していない。時間、場所、一審原告の態度等当時の状況から判断して、D警部補が一審原告に対し説明をすることに何ら困難はなく、説明をすることは容易だった。従って、D警部補が一審原告に対し何らの説明をしていない以上、一審原告の承諾の前提が欠けており、一審原告の承諾は認められない。

なお、原判決は、一審原告が特段異議を述べていないから、少なくとも黙示的承諾が認められるなどと判示しているが、異議を述べないことから直ちに黙示的承諾があったと認定してよいかどうかは、それ自体、独自に検討する必要がある。黙示的承諾は、承諾する内容について知悉していることが前提になっていればこそ認め得るのであって、この前提を欠いている状態では認められるべきではない。私人間においてすら、対等な当事者間において認められるものであって、事業者と消費者のような非対等な当事者間では、消費者が黙っていたからといって黙示的承諾など容易に認められるものではない。まして、本件は身柄を拘束していない被疑者と警察官との関係であり、その非対等性は顕著であるから、黙示的承諾など認められるべきではない。また、警察官しかいない建物内において、3人の警察官に対峙させられた一審原告が異議を述べられるはずもない。

(3) 契約の自由から消費者の保護へ

警察官の集団と一市民との関係は、契約の自由から消費者の保護への変化と同質の問題がある。

資本主義経済社会においては、経済取引は平等な立場に立つ当事者がそれぞれの自由意思に基づいて行われ、国家機関はこれに干渉しないという契約自由の原則が前提とされている。しかし、現実の経済社会においては、消費者は事業者 비해、知識、経験、情報の収集等の点で弱い立場にあり、様々な消費者問題が顕となった。そこで、事業者と消費者の間の対等性を回復するため、裁判例においても柔軟な解釈がなされただけでなく、消費者基本法等が制定された。そして、たとえば、消費者基本法2条では、「商品及び役務について消費者の自主的かつ合理的な選択の機会が確保されていること」、「消費者に対し必要な情報及び教育の機会が提供されていること」が消費者の権利とされ、消費者契約法4条は、重要事項について事実と異なることを告げること、当該告げられた内容が事実と誤認された場合、重要事項または当該重要事項に関連する事項について当該消費者の利益となる旨を告げかつ不利益となる事実を故意に告げなかったことにより、当該事実が存在しないと消費者が誤認をし、それによって契約をした場合などに契約を取り消しうるものとしている。

このように、私人間の取引社会においてすら、実質的に対等な立場ではない者の間では、事業者に対し説明義務を課すなどして対等性を回復し、説明義務が尽くされない場合には、契約の取消という法的効果だけでなく、たとえば、商品先物取引事件においては、事業者の行為の違法性が肯定される。

これを、警察官と身柄を拘束されていない被疑者（以下「被疑者」という。）との間の関係と比較して考えてみるとどうか。そもそも、警察と被疑者とは、権力行使をする側とされる側という一方的な力関係にある。取引社会では、契約の申込と承諾、互いの債務の履行といった双方の意思表示や行為の存在が前提となっているが、警察官と被疑者でない者との間では、警察官から被疑者に対し、一方的に不利益を

課されるのである。そして、取引社会で被る消費者の不利益は一般に経済的不利益であるのに対し、本件で問題となっているのは、プライバシーといった回復し難い不利益であり、撮影された顔写真及び採取された指掌紋は半永久的に保管、管理される。しかも、被疑者は、顔写真や指掌紋がどのように保管され、使用されるかを知らない。しかも、被疑者でない者は、断る自由があることも知らない。このように、警察官と被疑者との関係は、事業者と消費者との関係より遥かに非対等的なものであるから、消費者問題の場合と較べても、市民は警察官との関係でより一層保護されねばならない。従って、警察官は、被疑者に対し、具体的行為の法的意味ないし法的効果の説明を尽くす義務、断ることができる自由があること説明を尽くす義務があり、このような説明が不十分であった場合には、被疑者でない者は真意に基づいた承諾をすることができないから、承諾はなかったことになる。

本件で、一審原告は、顔写真や指掌紋の保管・使用について知識を有せず、断る自由があったことも知らなかった。従って、D警部補には、一審原告に対し、写真の保管や使用について説明をし、また、断る自由があることを説明する義務があったのである。そして、このような説明義務が尽くされなかった本件では、一審原告の承諾の前提行為を欠いているのであり、一審原告の承諾は認められない。また、黙示的承諾は、私人間においてすら、対等な当事者間において認められるものであり、事業者と消費者のような非対等な当事者間では、消費者が黙っていたからといって黙示的承諾など容易に認められるものではない。まして、被疑者でない者と警察官との関係であり、前述のとおり、その非対等性は顕著であるから、黙示的承諾など認められるべきではない。さらに、警察官しかいない建物で警察官と対峙させられた一審原告が警察官に対し異議など述べられるはずもない。

20 顔写真・指紋データの抹消を求める訴えの適法性

(1) 原判決の誤り

原判決は、一審被告東京都に対する指紋データ抹消請求及び一審被告国に対する

指紋及び顔写真データ抹消請求部分について、一審原告は本件写真及び本件指紋データの抹消を求める私法上の給付請求権を有しておらず不適法であるとして、却下した。

しかし、次に述べる通り、本件写真及び本件指紋データの抹消はいずれも私法上の給付請求権であり、国及び地方自治体に対してデータ抹消という民事上の請求を行うことができるのであり、このことが行政権の主体たる国又は地方自治体に対して行政権限の発動・行使を強制することにはならない。

原判決は、大阪国際空港事件最高裁判決（最高裁判所昭和56年12月16日大法廷判決、民集35巻10号1369頁）のいう「行政権の行使の取消変更ないしその発動を求める請求を包含する場合」を広く捉え過ぎている。行政権の行使を盾に行政が保管・運用する個人情報の抹消をおよそ認めないとすれば、裁判上の救済を受ける途を閉ざすこととなり、人格権・プライバシー権（憲法13条）の保障が無意味となりかねない。

（2）本件写真及び本件指紋データの抹消請求が民事上の請求であることについて

（ア）人格権・プライバシー権に基づく妨害排除請求権

本件写真及び本件指紋データの抹消請求は、憲法13条の幸福追求権の一環として保障される人格権・プライバシー権に基づく妨害排除請求権の行使である。

そもそも「憲法13条は、国民の私生活上の自由が公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であり、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有するものと解される（最高裁判所昭和44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁参照）」。

このことを公権力が収集し、管理・運用する個人情報について言えば、上記の憲法上の自由は、次のような具体的請求権として認められる。名古屋高裁金沢支部判決平成18年12月11日（判例時報1962号11頁）では以下のように述べている。

「国家機関等の公権力が、他者に知られたくない個人の私生活上の情報を密かに収集し、それをみだりに他者に開示したり、そのような情報に基づき、直接にあるいは間接に個人の私生活に対して干渉する事態が生ずることになれば、個人の私生活における平穩が侵害され、個人が自由に自らの生き方を決定するという人格的自律が脅かされることになるから、このような国家機関等の公権力による個人の私生活上の情報の収集、公開及び私生活に対する干渉からの自由は、憲法13条が保障している幸福追求権の一内容として、個人の私生活上の自由及び平穩に関する利益で、個人の人格的自律ないし人格的生存に必要不可欠な利益（上記個別規定で保障されている基本権と同等の憲法的価値を有する人格的利益）を内容とする人格権に基づくプライバシーに関する権利（以下「プライバシー権」という。）として、すべての国民に保障されているものというべきであり、国家機関等の公権力といえども、正当な理由がなく、社会生活上当然に受忍すべき限度を超えて、上記のような私生活上の平穩を害し、あるいは、その自由・自律に干渉するような態様において、個人の私生活上の情報を収集し、管理し、利用（他者への開示を含む。）することは、憲法13条が保障するプライバシー権を侵害するものとして許されない。

したがって、国民は、国家機関等の公権力が、正当な理由がなく、社会生活上当然に受忍すべき限度を超えて、上記のような私生活上の自由及び平穩を違法に侵害する行為に及んだときには、憲法13条に違反するものとして、その差止め等の救済を求めることができる」

以上のように、憲法13条に基づいて差止等の救済を求めることができることからすれば、公権力が収集・管理・運用している個人情報に訂正ないし削除すべき場合には、法令に明文の根拠がなくとも、憲法13条に基づき、人格権に基づく妨害排除請求権の行使として、当該個人情報（本件写真及び本件指紋データ）の削除が認められるべきである。

（イ）大阪国際空港判決のあてはめを誤った原判決

被疑者写真規則及び指掌紋規則によれば、捜査機関が被疑者の顔写真を撮影し、

指掌紋を採取するのは、「犯罪捜査に資する」ためである（1条）。刑事訴訟法の捜査の必要性が主な目的となっている。データの管理という点に着目すれば、行政権が無関係ではないといえるかもしれない。

しかし、そこから直ちに行政事件とみるべきかは疑問である。

本件写真及び本件指紋データ抹消請求が民事訴訟か行政訴訟かを検討するに当たり、まず行政事件と民事事件の区別について検討する。

判例は、行政事件と民事事件の区別について、「原則として訴訟物である権利又は法律関係の性質によって決する」という建前をとりながら、「訴訟物となった個々の権利又は法律関係が公法上のものか私法上のものかという性質の判定」に移っている、という。すなわち、形式上は私法上の権利に基づく請求であっても、「侵害状態の形成又は除去に関して、有効な公権力の行使による支配＝服従関係が存在することが認められる」場合には、訴訟物はもはや私法上の権利ではなく、その侵害状態の形成又は除去に関する公権力の行使・不行使の適否であると解されるのである（加茂紀久男・最判解説民事篇昭和56年度744頁参照）。

ここで、「侵害状態の形成又は除去に関して、有効な公権力の行使による支配＝服従関係が存在することが認められる」場合とは、単に行政権の行使が関係するというものではなく、訴訟物たる権利又は法律関係が私法的規制に服するという原則を否定するだけの具体的・実質的根拠を要することに注意しなければならない。決して、侵害状態の形成又は除去に関して行政権の行使が必要になるというような、単純な論理ではない。

この点、大阪国際空港判決の多数意見は、単に空港管理権の行使そのものが公権力の行使に当たると判断したわけではなく、同空港の供用が空港管理権と行政規制権という二種の権限の不可分一体的な行使の結果であり、二種の権限が特殊な関係にある点に着目して、差止請求の適否を検討している（同・最判解説749頁）。

大阪国際空港判決は、人格権ないし環境権に基づく差止請求という本来私法的規制に服する請求が、公権力の行使との関係で、例外的に、実質において公権力の行

使の取消変更又はその発動を求めるものというだけの具体的・実質的根拠を詳細に検討した上で結論を導いたのであって、行政事件と民事事件の区別について「訴訟物である権利又は法律関係の性質によって決する」という原則を否定する立場に立つものではない。

同判決が例外的な判断であるからこそ、「多数意見の依拠する法理論の内容は判文上必ずしも明確に示されていないので、民事上の差止め請求を排除する本判決に示された判断の射程距離がどこまで及ぶのかは明瞭ではない。」と説明されており（加茂紀久男・最判解説民事篇昭和56年度761頁）、同判決が妥当すべき範囲は慎重に検討する必要がある。

原判決は、「本件写真及び本件指紋データの抹消を求める行為は、行政権の行使の一環として行われている本件写真及び本件指紋データの保管管理権の変更取消ないし発動を求めるものに他ならない。」という理由だけで、大阪国際空港判決を引用して民事上の請求を否定したが、これは同判決の趣旨を誤って引用したものであり、行政事件と民事事件との区別に関する判例の原則的な考え方を無視するものである。

（ウ）本件写真及び本件指紋データ抹消請求は民事上の請求である

本件写真及び本件指紋データ抹消請求の訴訟物は、人格権ないしプライバシー権に基づく妨害排除請求権としてのデータ抹消請求権であり、この訴訟物たる権利又は法律関係に着目すれば、民事上の請求であることは疑いない。

例外的に、「侵害状態の形成又は除去に関して、有効な公権力の行使による支配＝服従関係が存在することが認められる」場合にあたり、実質において、公権力の行使の取消変更又はその発動を求めることにあたる事情は全くない。すなわち、本件写真及び本件指紋データを抹消するには、単に警察庁及び警視庁において当該データを抹消処理するだけで足り、何らかの公定力ある行為の取消変更を内容とするわけではないのである。

（エ）行政訴訟はできない

本件写真及び本件指紋データの収集・管理・運用はそれぞれ行政処分ではなく、

処分取消請求訴訟は提起できない。また、その抹消も処分ではないから、義務付け訴訟も提起できない。

(3) 小括

以上から、民事上の請求としてなされた本件写真及び本件指紋データ抹消請求は適法であり、これを不適法として却下した原判決は破棄されるべきである。

2 1 検察官が取調べなかったことの違法性

(1) 原判決の判示

原判決は、「国賠法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものであると解するのが相当である（最高裁判所昭和60年11月21日第1小法廷判決・民集39巻7号1512頁）」と判示し、これを前提として以下のとおり判示する。

検察官は犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる」と規定されているに過ぎず(刑訴法198条1項)、検察官が個々の被疑者に対して取調べを行う義務を負っていると解することはできない。

また、刑訴法193条の趣旨は、検察官が司法警察職員に対して指示ないし指揮を行うことにより、適正な公訴の提起や維持を図るという点にあり、公益の代表者として公訴を提起し、遂行していくために検察官に課されたものと解するのが相当で、同条所定の検察官による指示ないし指揮は、個々の国民との関係で検察官に課された職務上の義務とはいえず、検察官が同条に基づき警察官の捜査について事後的にその適正をチェックしなくとも違法とはいえない。

(2) 原判決の誤り

抽象的な前提論は正しいが、最高裁判所昭和60年11月21日第1小法廷判決(以下「昭和60年最高裁判決」という。)を本件に引用するのは的外れである。

昭和60年最高裁判決は在宅投票制度を廃止しこれを復活させなかった立法行為の違法性が問われた事件で、「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」と判示している。

本件はこのような事案と全く異なる。

(3) 問題の所在

本件では、検察官が一審原告の取調べをしないで起訴猶予処分にしたことの違法性が問題になっている。起訴猶予か起訴かの選択の違いは、起訴猶予の事情の有無であり、検察官にとって犯罪が成立しているという認識においては全く同じである。したがって、捜査機関内部においては、その後、同一人を被疑者として扱う場合、犯罪を犯した前歴がある者として見、評価判断することになる。「犯罪不成立」「嫌疑無し」であれば、そのようなことは起こり得ないから、弁解の機会を与えられないまま起訴猶予処分をされることは、被疑者にとって極めて重大な利害事項なのである。

起訴猶予処分、被疑者の取調べ（弁解の機会の保障）は、特定の意義者に向けられた公権力の行使であるから、一般国民に向けられた立法行為とは全く性質を異にしている。

(4) 参考にされるべき最高裁判決

本件における検察官の行為が国賠法1条1項に該当するか否かを判断するにあたって参考とされるべき最高裁判所判決は、最高裁判所昭和53年10月20日第2小法廷判決・民集32巻7号1367頁、最高裁判所平成元年6月29日第1小法廷判決・民集43巻6号664頁などである。

最高裁判所昭和53年10月20日判決は、「起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、・・・起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りるものと解するのが相当である」とし、最高裁判所平成元年6月29日判決は、「公訴の提起時において、検察官が現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば、右公訴の提起は違法性を欠くものと解するのが相当である。」としている。

犯罪の嫌疑の程度という点では、起訴猶予と起訴は同じであるから、上記の指摘は検察官が起訴猶予判断をする場合にもそのまま当てはまる。

そして、これらの最高裁判決では、起訴行為が検察官の公権力の行使にあたることを前提に、国賠法上の国の責任を検討しているのである。

(5) 横浜地方裁判所川崎支部昭和56年5月28日判決

上記のとおり、検察官の本件職務行為が違法であるか否かを判断するに当たっては、「検察官が現に収集した証拠資料及び通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑」があったか否かについて審理され判断されなければならない。

この点を具体化して、横浜地方裁判所川崎支部昭和56年5月28日判決・訟務月報27巻9号1644頁（以下「川崎支部判決」という）は以下のとおり判示する。

「公訴の提起は、検察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存否につき審判を求める意思表示に他ならないから、刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに違法となることはなく、起訴時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断をすれば有罪判決を得られるとの嫌疑がある限り適法である。そして、右にいう嫌疑とは、裁判所が素因について有罪判決をする場合のように合理的な疑いをさしはさむ余地がない程度の心証までは要しないが、逮捕・勾留の要件である罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由程度の心証では足り

ず、適切に収集した証拠資料に基づく合理的な嫌疑を指すものである。／したがって、検察官が事案の性質上当然なすべき捜査を怠るなど適切な証拠収集に努めず、不十分な資料によって安易に犯罪の嫌疑を認定したり、あるいは収集された証拠に対し合理性を肯定しえないような評価を下して事実を誤認するなど検察官としての職務上の権限を逸脱して、有罪判決を得る可能性が乏しいにもかかわらずこれを看過して公訴を提起するに至った場合には、かかる起訴行為は違法であり、あつ、これにつき検察官には過失があると言わざるを得ない。」

以下、同判決の判示に基づき本件について検討する。

(6) 本件送致資料

検討を進める前提として、本件被疑事件についてどのような証拠資料が警察から検察官に送致されたかが特定されなければならない。原審の証拠調べ等に基づけばその主な証拠資料は以下のとおりであると考えられる。

I) 捜査報告書

本件軽犯罪法1条2号違反(マルチツールの所持)事件に関する捜査の報告。

捜査報告書はどの事件についても作成され検察官に送致されている。

II) 一審原告の供述調書

一審原告(控訴人)の供述調書の内容は、その取り調べにあたったD警部補の証言によれば以下のとおりである。

i) 人定事項、職業など(D尋問調書16頁)

ii) 軽犯罪法1条2号の「正当な理由」

D警部補は「軽犯罪法の刃物所持携帯は正当な理由っていうところがいちばん大事なことで」と証言している(D尋問調書17頁)が、その録取した供述内容は、「災害に便利だから」という一審原告(控訴人)の供述だけである(D尋問調書8頁)。

D警部補は、本件マルチツールが災害用のものであるかどうか確認するため、一審原告(控訴人)のバッグの在中物を全部外に出して机に並べ確認したが、

災害用と思われる物は「まるっきりありませんでした。」と証言する（D尋問調書5頁）。

しかし、D警部補らはバッグの在中物の写真について全く撮影していない（D尋問調書23～24頁）。また、D警部補は一審原告（控訴人）に本件マルチツール以外に災害用グッズがないので、一審原告（控訴人）の言う災害用とはどのような趣旨なのかという質問もしたが、供述調書には一切記載していない旨証言している（D尋問調書38～39頁）。

また、D警部補は、第一審原告（控訴人）の服装（靴やズボンは災害の発生を想定した災害用の靴やズボンであった）についても何ら関心を示さず質問もしていない（D尋問調書30頁）。

iii) 軽犯罪法1条2号の「隠して所持」。

D警部補は、「バッグの中に、すぐ取り出せるような外付けのチャック付きのポケットに入れてあったというようなことで隠し携帯というふうに、私は判断しました」（D尋問調書18頁）と証言しており、本件における所持形態は当然に「隠して所持」になるという前提の供述調書になっていると思われる。

III) 本件マルチツール（証拠物）とその任意提出書・領置調書・所有権放棄書

IV) 本件当日の第一審原告の姿写真

(7) 検察官が行うべきであった職務行為

送致された以上の証拠資料の存在を前提として、本件軽犯罪法違反被疑事件において検察官が行うべきであった職務行為について以下検討する。

川崎支部判決は、検察官に対し事案の性質上当然なすべき捜査をすることを求めている。最高裁判所平成元年6月29日判決も、検察官に対し通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料も「有罪と認められる嫌疑」の判断資料とすべき旨判示している。そして、原判決も判示するように、刑訴法198条1項は、検察官は犯罪の捜査をするについて必要があるときは、被疑者の出頭を求めこれを取り調べることができると規定し、刑訴法193条は、適正な公訴の提起や維持を図る

ために検察官が司法警察職員に対して指示ないし指揮を行うことができる旨定めている。すなわち、本件において警察から送致された証拠資料だけでは一審原告（控訴人）を有罪と認める嫌疑を認定できない場合には、当該検察官は警察（司法警察職員）に対して補充捜査を求めるとともに被疑者である一審原告（控訴人）の取調べを行う義務が生じるのである。これらの捜査の結果として有罪と認める嫌疑が認定できれば、起訴あるいは「起訴猶予」で不起訴となり、有罪と認める嫌疑が認定できなければ「嫌疑なし」・「嫌疑不十分」で不起訴となる。

そこで、本件では警察から送致された証拠資料だけでは本件軽犯罪法違反被疑事件について一審原告（控訴人）を有罪と認める嫌疑を認定できず、検察官に補充捜査や一審原告（控訴人）の取調べをする義務があったかどうかが問題となる。問題は、警察から送致された証拠資料によって本件マルチツールの所持に軽犯罪法1条2号の「正当な理由」があり、かつ、その所持が「隠して所持」に該当するということが警察の送致資料により認定できるかである。

一審原告は、前科前歴のない、大学の准教授職にある者であり、本来、犯罪とは無縁の生活を送っている者である。本件マルチツールによって重大犯罪を犯そうという動機などあろうはずがない。上記のとおり、一審原告は本件マルチツールの所持の理由を「災害に便利だから」として災害に対処するための所持であると述べ、それは一審原告の供述調書にも記載されている。災害に対処するための本件マルチツールの所持が軽犯罪法1条2号の「正当な理由」に該当することは、取り調べにあたったD警部補も「具体的に総合的に判断して、他の（災害用の）グッズも持っていれば、そういうふうに私は判断します。」（D尋問調書33頁）、「（問）災害用のものであれば正当な理由に当たるということですね。／（答）ええ、私はそういうふうに思います。」（D尋問調書34頁）と証言している。したがって、一審原告が本件マルチツールの所持の理由として弁明した「災害に便利だから」という理由が真実であるか否かを判断するためには、本件当時本件マルチツール以外の災害用グッズを一審原告（控訴人）が所持していたか否かについて捜査することが不可欠で

あり、その所持品の写真撮影が不可欠である。ところが、D警部補はその所持品の写真撮影をしておらず、したがって、一審原告の所持品の写真は検察官に送致されていない。本件マルチツールの所持が災害対策用でないことを証する本件マルチツール以外の全ての所持品の写真や一審原告の軽犯罪法1条2号の「正当な理由」に関する取調べなどをしなければ、本件軽犯罪法違反被疑事件について一審原告を有罪と認める嫌疑が認定できなかつたことは明らかである。かかる状況のもと、検察官はなぜ所持品の写真撮影をしなかつたのか警察に問い質すとともに、本件マルチツールの所持の理由、任意提出、所有権放棄について一審原告を取り調べ、そのうえで、検察官がその所持に軽犯罪法1条2号の「正当な理由」があつたか否かを判断すべきは当然のことであつた。

D警部補は、軽犯罪法1条2号の「隠して所持」につき、「バッグの中に、すぐ取り出せるような外付けのチャック付きのポケットに入れてあつたというようなことで隠し携帯というふうに、私は判断しました」（D尋問調書18頁）と証言する。本件当時の一審原告の本件マルチツールの所持の形態が軽犯罪法1条2号の「隠して所持」に該当するか否かについても、本件当時の一審原告が本件マルチツールをどのような状態で所持していたか、その所持の状態が問題となる。それを明確に証明するのは、本件当時の本件マルチツールの所持の形態・状態に関する写真である。しかしこの写真も撮影されていない。かかる状況のもと、検察官はなぜ本件マルチツールの所持の形態・状態を写真撮影をしなかつたのか警察に問い質すとともに、本件マルチツールの所持の形態や状態とどうしてそのような形態や状態で本件マルチツール保管しているのかについて一審原告を取り調べ、そのうえで、検察官がその所持に軽犯罪法1条2号の「隠して所持」があつたか否かを判断すべきは当然のことである。

以上のとおり、本件当日の一審原告の所持品全部の写真及び本件マルチツールの所持・保管の形態および状態に関する写真は、本件軽犯罪法違反被疑事件における有罪の嫌疑の存否を認定するうえで不可欠のものである。しかし、D警部補はかか

る写真の撮影を一切せずに検察官に送致することもなかった。

ところが、かかる杜撰な証拠書類をもとに、検察官は上記の補充捜査や一審原告の取調べを一切することなく、本件軽犯罪法違反被疑事件について一審原告は有罪であるとして起訴猶予の処分を下したのである。

この検察官の行為が、最高裁判所昭和53年10月20日判決、最高裁判所平成元年6月29日判決、川崎支部判決に反するものであることは明らかであり、その違法性、故意過失の存在は明らかである。

(8) 一審原告が被った損害

一審被告である国は、原審において、起訴猶予は公訴提起という不利益処分をせず捜査の対象である被疑者という地位から解放するものであるから、原審原告に法的な不利益はなく事実上の不利益に過ぎないとする。

しかしながら、起訴猶予処分が検察官による有罪の嫌疑の肯定であることはまぎれもない事実である。無罪であるのに検察官から有罪の判定を下されることに対する精神的苦痛がいかに激烈なものであるかはいうまでもない。その精神的苦痛に対する損害賠償（慰謝料）は国賠法1条1項により当然に認められるべきである。

また、捜査機関に被疑者として扱われた者は無実であってもそのことだけで社会的信用は著しく傷つけられ、名誉を毀損される。

捜査を尽くし、その結果犯罪が成立しないことが判明した場合には、「犯罪不成立」を理由とする不起訴処分をしてこそ被疑者の社会的名誉は幾分なりとも回復するのである。かかる権限行使ができるのは検察官だけであり、不起訴とすれば被疑者の利益となるという国の主張は全くの思い上がりである。

不起訴の理由が、有罪前提の「起訴猶予」か、無罪前提の「嫌疑なし」「嫌疑不十分」「犯罪不成立」かでは、被疑者本人、被害者をはじめとする国民の受け取り方が全く異なるものであることを国そして捜査機関は銘記すべきである。例えば、不起訴にされた被疑者が、勤務先や取引先などから「あの事件はどうなったか」と問われたとき、無罪となったと説明できるかどうかは極めて重大な問題である。また、

何らかの犯罪の嫌疑を受けそうになった場合に、前歴に「嫌疑なし」「嫌疑不十分」で不起訴とあるか「起訴猶予」で不起訴であるかでは、捜査機関の対応や裁判所の対応が異なることは当然である。「起訴猶予」は、犯罪をしたことがあること、すなわち犯罪者であることの証しであるからである。この「嫌疑なし」「嫌疑不十分」で不起訴だったのか、「起訴猶予」で不起訴だったのかが、当該被疑者に対する国民の評価、検察官及び裁判所の評価・判断に影響を与えることは言うまでもない。一般国民の認識は、犯罪者は異質の存在（罪を犯した者は再び罪を犯す。まともな国民である私は罪など犯さない）で社会から排除されるべき存在であるという認識である。そして、検察官及び裁判所の対処が、過去に罪を犯したとされる者と初犯の者に対する対処が異なることは言うまでもない。検察官及び裁判所にとって、前科・前歴の存在は犯罪性向を示すものに他ならないからである。

以上のとおり、「起訴猶予」という不起訴理由が被疑者とされた一審原告にとって重大な損害を与えるものであることは明らかである。

加えて、一審原告は本件マルチツールの所有権を剥奪された。検察官が補充捜査及び一審原告の取調べを行っていたら、検察官は一審原告に本件マルチツールの所有権放棄の意思がないことを容易に把握できたのであり、一審原告はその返還を受けることができたのである。本件マルチツールに関する一審原告の損害の存在は明らかである。

2.2 終わりに

本件訴訟提起後、警視庁の警察官等による職務質問をきっかけとする軽犯罪法1条2号違反の摘発はすさまじいばかりに激減した。なぜか。これらは現場の警察官にとってノルマになっており、ノルマを果たすために警察官等はかなり無理をして来た。一般市民は、警職法や軽犯罪法の規定も解釈も知らないから、警察官等の餌食になっていた。一般市民が従順なのをいいことに警察官等のノルマ稼ぎはエスカレートした。一審原告のような真面目そうな一人歩きの男性を狙って、マルチツー

ルを持っていけば、それですぐ検挙という乱暴な「捜査」を行ってきた。それが軽犯罪法1条2号違反の摘発が急増した原因である。激減したのは、その実態の違法性、異常ぶりが本件訴訟で問われたからである。原判決で被告らは勝訴した。しかし、法廷で問われた、適法な職務質問とは何か、適法な所持品検査とは何か、適法な身体検査とは何か、軽犯罪法1条2号の解釈運用はどうあるべきか、顔写真の撮影・指紋の採取が強制されているのではないかなどの問題を、警視庁は組織として見直さなければならなくなった。一審裁判所は、現場の警察官等の悪あがきに迎合し許容したが、もともと現場の警察官等自身、このような脱法的な「捜査」などしたくない。誰かが問題にして止めてくれれば、やらずに済む。彼らが再び、軽犯罪法1条2号違反をノルマ稼ぎとして乱暴に摘発するようなことにならないよう、控訴審では、現場の警察官の酷い実情を直視されたい。

以上