

平成25年（ネ才）第982号

上告人 ○○ ○○

被上告人 東京都、国

上 告 理 由 書

2013年（平成25年）12月10日

最高裁判所 御 中

上告人代理人 弁護士 堀 敏 明 代

同 弁護士 清 水 勉

同 弁護士 増 田 利 昭 代

同 弁護士 三 角 俊 文 代

同 弁護士 稲 毛 正 弘 代

同 弁護士 出 口 かおり

第1 はじめに

我が国では、殺人や強盗、放火などの重大事件が戦後の一時期をピークに、その後減少の一途を辿っているが、その一方で、職務質問による微罪事件の摘発が日常化している。摘発されるのは、圧倒的多数が、前科前歴のない未成年や成人である。彼らは決して犯罪者予備軍ではない。ごくふつうの市民生活を送っていたつもりが、ある日突然、犯罪者に仕立て上げられてしまうのだ。しかも、警察官に声をかけられてから、警察署に連行され、型どおりの供述調書を作成され、姿写真や顔写真の撮影、指紋の採取が、要領よく短時間のうちに進められてしまうため、当事者は弁護士を呼ぶどころか、冷静な判断をする暇もないまま終了し、解放され、あとは一瞬の悪夢だったと自分に言い聞かせ、周囲の人々には相談しない。それが、職務質問による微罪事件の摘発の現実である。

しかし、新人警察官からベテラン警察官までもがこのような仕事の仕方をしていたので、いざ重大事犯が起ころうとしたとき、起こったとき、的確迅速な捜査などできるはずがない。重大事犯での警察の対応が問題になることが多い昨今であるが、その背景には、警察官の日常業務における異常ぶりの常態化があるのである。

本件は、ごく真面目な大学の研究者が当事者である。そのような者が深夜までの研究を終えて帰宅途中のウォーキングの途中でたまたま警察官らに声を掛けられたために、「犯罪者」にされてしまったという事案であり、警察官らに声を掛けられていなければ、その後はそれまでと同じようにごくふつうの大学の一研究者としての人生を送っていたのである。

警察官らの対応は、犯罪を予防したのではなく、「犯罪者」をつくっただけである。このような活動を治安活動として正当化すべきではない。警察官らには、地域住民のためになるまともな仕事をさせるべきである。

以下、原判決及び原判決が引用する第1審判決の誤りについて論じる。

第2 職務質問の違法性について

1 原判決の判示

原判決は、第1審判決の事実認定および法律判断をそのまま採用している。

第1審判決は、警職法2条1項の当てはめに関して、上告人が電気施設を振り返ったのは不自然だ、パトカー内のA警部補がパトカー内から上告人を発見したときに上告人が辺りをキョロキョロ見回しながら、パトカーをみると一瞬顔をそらせたという事実を認定して、「原告が法2条1項の『異常な…者』に該当するとしたA警部補らの判断は首肯し得るものであった蓋然性が高いといえる。少なくとも、他に本件職務質問が法2条1項の要件を満たさないものであったことを認めるに足りる証拠はない。」(第1審判決22頁)と判断している。

2 原判決の誤り

しかし、第1審判決の事実認定を前提としても、本件では、警職法2条1項の職務質問の要件を欠いていることは明らかであるから、原判決および第1審判決には重大な理由不備があるから、破棄されるべきである。

警職法は、「この法律は、警察官が警察法（昭和二十九年法律第百六十二号）に規定する個人の生命、身体及び財産の保護、犯罪の予防、公安の維持並びに他の法令の執行等の職権職務を忠実に遂行するために、必要な手段を定めることを目的とする。」(1条1項)と規定しており、目的範囲は警察活動全般である。

他方で、警察活動を広く許容することは広範に人権侵害を招きかねないから、警察権力の行使を抑制するために、同法1条2項では、あえて、「この法律に規定する手段は、前項の目的のため必要な最小の限度において用いるべきものであって、いやしくもその濫用にわたるようなことがあってはならない。」と規定している。拡大解釈は許さないと解すべきである。

警職法2条1項では、職務質問の要件について、「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」であって、「疑うに足りる相当な理由」の存在が必要とな

っている。「異常な挙動」や「その他周囲の事情」という客観的事実をもとに、主観的な判断によってではなく、「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」があると判断される必要がある。

しかるに、本件では、上告人の、特に犯罪に直結するようなものではない行動を「異常な挙動」と判断しているだけであって、「その他周囲の事情から合理的に判断」することをしていない。上告人のこのような「異常な挙動」だけでは、仮にこのような事実があったとしても、「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」があるという判断はできない。これでは、深夜、一人歩きしている人はだれでも職務質問の対象になってしまいかねない。それは、職質法1条2項が許容するところではない。したがって、「その他周囲の事情から合理的に判断」することが不可欠なのである。第1審判決は、A警部補らが上告人に対して、職場を出発した時間や経路についてまで訪ねるのが通常であるという経験則は存在しないと認定している(22頁)が、深夜の時間帯にひとりで歩いている理由を知るにはこのような質問をする以外に方法はなく、これらの事実を確認しなければ、「その他周囲の事情から合理的に判断」することはできない。

第1審判決が、「その他周囲の事情から合理的に判断」することをしていないのは、警職法2条1項の解釈運用を誤っており、理由不備と言わざるを得ない。

この点において、本件職務質問を適法と判断した原審判決は破棄を免れない。

第3 所持品検査の違法性について

一般に所持品検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる限度で、警職法2条1項の職務質問に付随して行うことができるものとされている(最高裁昭和53年6月20日判決・刑集32巻4号670頁)。つまり、所持品検査は、職務質問自体が適法であり、不審事由を解明するうえで必要かつ有効なものでなければならない(控訴理由書35頁参照)。

しかし、第1審判決においては、そもそも原告が何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていたのかということについて、具体的に認定されていない。それでは、不審事由の解明のためにそもそも職務質問が必要であったか、どのような手段が有効であったかということについても判断することはできない。

この点で、第1審判決および原審判決には、理由不備の違法があり、破棄を免れない。

第4 身体検査の違法性について

確かに、身体検査といっても、その程度や態様は重いものから軽いものまで様々であるとしても、いずれにしろ身体検査を受ける相手方の身体に触れることになるから、それによって相手方が身体的、心理的圧迫を受けることには変わりがない。この点では、単にバックの中身を見るというような、物に対する搜索である所持品検査の場合とは、格段の差異があるというべきである。

そうであるならば、仮に、身体検査を、職務質問に付随する任意捜査として認めるうる場合があるとしても、上記の原則禁止の趣旨からすれば、単に不審事由の解明に必要かつ有効というだけでは不十分であり、現に個人の生命・身体・財産が現に侵害され、もしくは、今まさに侵害されようとしていること、犯罪が現に行われ、もしくは、今まさに行われようとしていること、または、公共の安全が現に侵害され、もしくは、今まさに侵害されようとしているなどの、具体的な侵害状況が警察官の目の前に存在し、かつ、そのような侵害状況等を停止・回避等するために令状の発付を待つてはられないほどの切迫した状況にあること、そして、その場において警察官が相手方の身体検査を行うことが、上記侵害状況等を停止・回避等するために有効であることが当然に要求される。

そのうえで、当該身体検査も任意捜査の手段であることから、相手方の承諾を得ることが必要であり、そのような承諾を得ることができない場合には、身体検査を行う必要性、緊急性、これによって侵害される個人の法益と保護されるべき公共の

利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される場合があると解すべきである（最高裁判所昭和53年9月7日判決・刑集32巻6号1672頁，最高裁昭和53年6月20日判決・刑集32巻4号670頁参照）。

ところが、第1審判決および原審判決においては、本件身体検査時に具体的にどのような侵害状況が発生し、または、発生しようとしていたか、その侵害状況を停止・回避等するために令状の発付を待ってられないほどの切迫した状況があったのか否か、そして、その場において身体検査を行うことが、上記侵害状況等を停止・回避等するための手段として有効な物であったのかどうかというようなことについて、全く検討されていない。したがって、第1審判決および原審判決における身体検査の違法性についての判断は、理由不備として違法というべきである。

第5 任意同行の違法性について

任意同行の要件は、その場で職務質問を続けることが本人に対して不利であり、または、交通の妨害になると認められることであるが（警職法2条2項）、任意手段であるため、付近の警察署等へ同行を求めるための必要性と有効性があることが、必要と解すべきである。

にも関わらず、第1審判決は、警職法2条2項の形式的な要件該当性と、強制にわたらないことのみをもって、本件任意同行が適法であるとしているだけであり、その前提となる、任意同行の必要性も有効性も何ら明らかにしていない。

したがって、第1審判決の判断は理由不備といわざるを得ない。

第6 顔写真撮影，指掌紋採取について

1 はじめに

原判決は、第1審判決の事実及び理由の第3の8を引用して、「本件職務質問から本件提出行為に至るまで、原告の意思を制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、上記供述部分及び陳述書記載部分はたやすく信用することはできない。加えて、原告は本件写真撮影及び本件被疑者写真等作成に対して特段の異議を述べることなく応じた（証人 D，原告本人）ものであることからすれば、原告はこれらの行為に少なくとも黙示的には承諾していたものであることが推認され、同推認を覆すに足りる証拠はない」と判示した（原判決 9 頁，第 1 審判決 32～33 頁）。

すなわち、原判決は、第 1 審判決と同様に、顔写真撮影及び指掌紋採取が、いずれも任意捜査として行われたものであることを前提として、「少なくとも黙示的には承諾していたもの」として、任意捜査の原則（刑事訴訟法 197 条 1 項，顔写真についてさらに被疑者写真の管理及び運用に関する規則，指掌紋について指掌紋取扱規則）に反しないと判断したものと思われる。

しかし、次に述べる通り、原判決は個人の肖像権や指紋採取されない憲法上の自由に配慮することなく、上記各規則が定める要件も無視して、ただ「少なくとも黙示的には承諾していた」というだけで顔写真撮影及び指紋採取を適法としたものであり、個人の肖像権や指紋採取されない自由を認めた憲法 13 条に反するので、破棄されるべきである。

2 顔写真撮影について

憲法上、個人は公権力によってその容ぼう等を撮影されない自由（憲法 13 条）を有している。最高裁判例も、「何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう等を撮影されない自由を有するものというべきであり、公権力が、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 13 条の趣旨に反し許されない（最高裁判所昭和 44 年 12 月 24 日大法廷判決，刑集 23 卷 12 号 1625 頁参照）」と判示している。

このような憲法上の権利の制約は、必要最小限でなければならない。

本件のように身柄を拘束されていない被疑者の場合、刑事訴訟法218条3項が適用されることはなく、被疑者写真撮影を正当化する法的根拠は、被疑者写真の管理及び運用に関する規則だけである。

同規則が個人の肖像権を制約するものであることから、その運用は厳格になされるべきである。同規則によると、身柄を拘束されていない被疑者の写真は、①必要があると認めるときに、②その承諾を得て被疑者写真を撮影することになっている。

ここで、同規則に基づく顔写真の撮影は、前記姿写真の撮影とは位置付けが異なる。姿写真の撮影が、軽犯罪法1条2号違反の捜査としてなされるのに対して、顔写真の撮影は、すでに運転免許証で本人確認済みであっても、犯罪捜査一般に資することを目的として、同号違反の捜査が終わった後も組織的に管理、運用されるためになされる。すなわち、同号違反の捜査のためというだけでは、顔写真撮影の必要性を説明できないのである。

にもかかわらず、原判決は必要性を検討しなかったばかりか、承諾についても、任意捜査における任意性とは明らかに異なるにもかかわらず、同規則の解釈として黙示的な承諾で許されるかを検討することすらなく、「少なくとも黙示的な承諾があった」と認定しただけで、顔写真撮影を適法とした。

このように、原判決の判断は、同規則が憲法上の権利の制約として身柄を拘束されていない被疑者の顔写真撮影を許容する要件として、必要性和被疑者の承諾とを課したことを無視しており、憲法13条に違反することが明らかである。

3 指掌紋採取について

「指紋は、指先の紋様であり、それ自体では個人の私生活や人格、思想、信条、良心等個人の内心に関する情報となるものではないが、性質上万人不同性、終生不変性をもつので、採取された指紋の利用方法次第では個人の私生活あるいはプライバシーが侵害される危険性がある。このような意味で、指紋の押なつ制度は、国民の私生活上の自由と密接な関連をもつものと考えられる。

憲法13条は、・・・個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有するものというべきであり、国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制することは、同条の趣旨に反して許されず」と最高裁判所平成7年12月15日第三小法廷判決（刑集49巻10号842頁）と判示しているように、個人が公権力から指紋の押なつを強制されない自由も憲法上保障されているから、これに対する制約は必要最小限でなければならない。

顔写真の場合と同様に、身柄を拘束されていない被疑者の場合、刑事訴訟法218条3項の適用はなく、指掌紋採取を正当化する法的根拠は、指掌紋取扱規則だけである。

同規則がプライバシー権を制約するものであることから、その運用は厳格になされるべきである。同規則によると、身柄を拘束されていない被疑者の指掌紋は、①必要があると認めるときに、②その承諾を得て指掌紋記録を作成できることになっている。

同規則に基づく指掌紋記録の作成も、軽犯罪法1条2号違反の捜査の範囲を超えている。指掌紋記録も、犯罪捜査一般に資することを目的として、同号違反の捜査が終わった後も組織的に収集、管理、運用されるためになされる。すなわち、同号違反の捜査のためというだけでは、指掌紋記録作成の必要性を説明できないのである。

にもかかわらず、原判決は指紋採取の必要性を検討しなかったばかりか、承諾についても、任意捜査における任意性とは明らかに異なるにもかかわらず、同規則の解釈として黙示的な承諾で許されるかを検討することすらなく、「少なくとも黙示的な承諾があった」と認定しただけで、指紋採取を適法とした。

このように、原判決の判断には、同規則が憲法上の権利の制約として身柄を拘束されていない被疑者の指紋採取を許容する要件として、必要性和被疑者の承諾とを課したことを無視しており、憲法13条に違反することが明らかである。

第7 所有権放棄手続の違法性

1 はじめに

上告人は、一審、二審とも所有権放棄手続の違法性を問題にしたにもかかわらず、第1審判決でも原判決でも、全く触れられていない。

仮に、原判決が判断したように上告人を同号違反の被疑者として扱ったことが違法でないとしても、所有権放棄手続は次の通り、所有権放棄の意思表示を内容とする点で、一時的な占有移転に過ぎない任意提出とそれに続く領置手続とは、法的効果も異なる全く別の手続である。

にもかかわらず、原判決は、第1審判決の事実及び理由の第3の7を基本的に引用しつつ、所有権放棄手続も「本件提出行為」に含めたかのようにして、もっぱら提出行為について任意性に欠けることがなかったことのみを理由に違法ではないと判断した。所有権放棄手続における所有権放棄の意思表示が真意に基づくかどうかを検討しなかったことに、理由不備の違法（民事訴訟法312条2項6号）があることは明らかである。

2 所有権放棄は意思表示である

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。

このように所有権放棄の場合に真意に基づく意思表示が要求されるのは、財産権（憲法29条）としての所有権の重要性に鑑みれば、当然である。

3 検察官による所有権放棄の手続

所有権放棄が所有者の憲法上の権利である財産権に対する重大な制約であることから、原則として、この手続は、警察段階ではなく、証拠品事務規程（法務省訓令）（甲41）に則り、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。

4 本件について

所有権放棄手続の経緯に関する事実は、一審でも原審でも全く確定されていない。

本件マルチツールが上告人から警察にわたり、目白署長が東京区検察庁検察官に送致した後に破壊廃棄処分となったことに争いが無いにもかかわらず、一審も原審も、所有権放棄手続とその後の破壊廃棄処分の違法性を全く判断していない。

一審・原審とも、上告人について所有権放棄の意思が認定できないことをわかっていながら、判決で無視し続けた理由不備の違法は重大である。

第8 財産権侵害

真意に基づかない所有権放棄手続によって本件マルチツールに対する所有権を奪われ、破壊廃棄処分されたことは、本件マルチツールに対する上告人の財産権を侵害するものであり、これを適法とした原判決には憲法 29 条違反がある。

第9 検察官の捜査手続違法性

1 原判決の判示

原判決は、第1審判決の事実及び理由の第3の9を引用し、第1審判決同様、「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」との最高裁判所昭和60年11月21日第1小法廷判決（民集39巻7号1512頁）に基づき、「(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),) 検察官が控訴人の取調べを行わなかったこと自体を、控訴人に対して負担する職務上の法的義務違背に当たると解する余地はない」旨判示し(原判決10頁)、上告人(第1審原告及び原審控訴人。以下「上告人」という)の国に対する国家賠償請求を否定した。

2 原判決の誤り

しかしながら、以下に述べるとおり、原判決には、理由を付せず、または理由に食違いがあり、民事訴訟法第312条2項6号に掲げる事由が存在するので、原判決は破棄されるべきである。

3 最高裁判所の判例と相反する原判決の判断について

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)〔昭和60年判決〕、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)〔昭和53年判決〕、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)〔平成元年判決〕

(1) 昭和53年判決

昭和53年判決は、以下のとおり判示する。

「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起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・遂行、起訴後の勾留が違法になるということはない。けだし、逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められる限りは適法であり、公訴の提起は、検察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存在につき審判を求める意思表示にほかならるのであるから、起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、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からである。」。

すなわち、同判決は、検察官が公訴を提起し遂行するにあたり、「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」その公訴提起・遂行が違法になることはないが、そうでなければ公訴提起・遂行は違法になり、国賠法1条1項に該当すると判示している。

(2) 平成元年判決

最高裁平成元年6月29日判決は、以下のとおり判示する。

「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。したがって、公訴の提起後その遂行時に公判廷に初めて現れた証拠資料であって、通常捜査を遂行しても公訴の提起前に収集することができなかつたと認められる証拠資料をもって公訴提起の違法性の有無を判断する資料とすることは許されないものというべきである。」

すなわち、同判決は、最高裁昭和53年10月20日判決が判示した検察官の公訴提起が違法になるか否かの判断基準（「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過程により有罪と認められる嫌疑」の有無）について、さらに詳細（「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」の有無）に判示したものである。

(3) 横浜地方裁判所川崎支部昭和56年5月28日判決

ア 上記(1)(2)の各最高裁判例によれば、本件軽犯罪法違反被疑事件（以下「本件被疑事件」という）について検察官が上告人に対してなした起訴猶予処分すなわち有罪の処分とそれに至る検察官の捜査が国賠法1条1項の国家賠償の対象となるか否かの基準は、「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」があったか否かということである。

すなわち、本件被疑事件において検察官が上告人に対してなした起訴猶予処分すなわち有罪の処分が国賠法1条1項に違反しないと認定するためには、検察官が事案の性質上当然なすべき捜査を行って適切な証拠収集に努めたこと、また、そのようにして収集した証拠資料（通常要求される捜査を遂行すれば収集し得た証拠資料

を含む)を総合勘案して合理的な判断過程により有罪の嫌疑があると判断したことを証拠に基づき論証することが不可欠である。そして、その論証は当然のことながら判決理由として判示されなければならない。

ところが、原判決は、本件被疑事件において検察官が上告人(被疑者)に対して負担する職務上の法的義務を上告人(被疑者)の取調べに限定し、刑訴法198条1項を根拠に検察官の職務上の法的義務違反はない旨判示するだけである。上記(2)(3)の各最高裁判例の判断基準に照らし本件被疑事件の検察官の職務行為が合法であると判示したことに関する理由は全く判示されていない。

原判決には、理由不備、理由齟齬の違法がある。

イ 検察官の職務行為が国賠法1条1項に違反するか否かに関する上記(2)(3)の各最高裁判例の判断基準をさらに具体化したものが、横浜地方裁判所川崎支部昭和56年5月28日判決(以下「川崎支部判決」という)である。同判決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、かつ、これにつき検察官には過失があると言わざるを得ない。」

4 原判決の理由不備・理由齟齬

(1) 本件被疑事件において警察から検察官に送致された証拠資料について

前項(1)(2)の各最高裁判例及び同(3)の川崎支部に基づき、本件被疑事件における検察官の職務行為が国家賠償法1条1項に違反するか否かの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。

ア 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。

イ 一審原告(控訴人)の供述調書

上告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。

(ア) 人定事項、職業など(D尋問調書16頁)

(イ) 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」という上告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、上告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警部補は上告人が本件マルチツール以外に災害用グ

ズを所持していなかったもので、上告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する（D 尋問調書 38～39頁）。

また、D 警部補は、上告人の服装（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）。

（ウ） 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。

ウ 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

エ 本件当日の上告人の姿写真

オ リュックサック内のマルチツールの保管状況に関する写真

（2） 本件被疑事件における検察官の職務行為について

送致された上記（1）の証拠資料の存在を前提として、本件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。

ア 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する。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、また、第 1 審判決が判示するように、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。なお、原判決は刑訴法 193 条については第 1 審判決の判示を引用していない。

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上告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上告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。

イ 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上告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上告人の取調べをする義務があったかどうかの問題となる。

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。

ウ 上記のとおり、上告人は本件マルチツール所持の理由を「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、それは上告人の供述調書にも記載されている（D 尋問調書8頁）。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、上告人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上告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、また、その所持品の写真撮影が不可欠である。ところが、D警部補らはその所持品の写真撮影をしておらず（D 尋問調書23～24頁）、したがって、上告人の所持品の写真は検察官に送致されていない。

以上のとおりであるから、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上告人の軽犯罪法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上告人を有罪と認める嫌疑が認定できなかっ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っ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上告人を取り調べ、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」があったか否かを判断すべきは当然のことである。

エ 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)と証言する。

本件当時の上告人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、本件当時の上告人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。しかしこの写真は撮影もされていない。

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っ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上告人を取り調べ、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」があったか否かを判断すべきは当然のことである。

オ 以上のとおり、本件当日の上告人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、検察官に送致することもなかった。

(3) 本件被疑事件における検察官の職務行為の違法性について。

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上告人の取調べを一切することなく、本件被疑事件について上告人は有罪であるとして起訴猶予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。

(4) 結論

本項で主張してきたことは、第1審及び原審を通じて一貫して上告人が主張してきた事実である。

ところが、原判決は、かかる上告人の主張に一切答えず、また、本件被疑事件における検察官の職務行為が、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、川崎支部判決の判断基準に適合しているのか否かについての一切判断することなく、本件被疑事件において検察官が上告人（被疑者）に対して負担する職務上の法的義務を上告人（被疑者）の取調べに限定し、刑訴法198条1項を根拠に検察官に職務上の法的義務違反はない旨判示する。

よって、原判決には、理由を付せず、または理由に食違いがあり、民事訴訟法第312条2項6号に掲げる事由が存在するので、原判決は破棄されるべきである。

5 検察官の故意過失に基づく違法行為による上告人の損害

(1) 被上告人である国は、本訴訟において、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、上告人に法的な不利益はなく事実上の不利益に過ぎないと主張してきた。

(2) 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。この痛みがわからない検察官や裁判官に人を裁く資格はない。

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ものである。

（3）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」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。

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ものだからである。

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捜査機関の対応や裁判所の対応が異なることは公知の事実である。少なくとも経験則上明らかである。「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だからである。したがって、過去に罪を犯したとされる者と初犯の者に対する検察官及び

裁判所の対処が異なることはいうまでもない。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。

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。

(4) 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上告人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。

(5) 加えて、上告人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上告人の取調べを行っていれば、検察官は上告人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、上告人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上告人の損害の存在は明らかである。

6 結論～原判決における理由不備・理由齟齬の存在

前記第3項で詳述したとおり、原判決に理由不備及び理由齟齬の違法があることは明らかである。

そして、前記第4項で詳述したとおり、本件起訴猶予処分も検察官による有罪の嫌疑の認定であり、上告人は仮に「被疑者という地位から解放」されたとしても（検察官は起訴猶予処分をしても起訴できるのであるから、その地位は暫定的で不安定なものである）、重大な損害を受けるのである。

以上のとおりであるから、原判決には、理由を付せず、または理由に食違ひがあり、民事訴訟法第312条2項6号に掲げる事由が存在するので、原判決は破棄されるべきであり、上告人が被った前記第4項の損害は当然に回復されなければならない。

以上