

任意捜査の限界

—偽装型捜査の許容性とその限界—

大久保 隆 志

- 第1 はじめに
 - 1 問題の所在—捜査の高度化の在り方—
 - 2 本稿の課題と検討対象
- 第2 任意捜査の限界
 - 1 任意捜査における法益侵害
 - 2 適正手続との関係
 - 3 黙秘権との関係
 - 4 小括
- 第3 「秘匿型」の捜査—消極的な偽装型捜査—
 - 1 通信傍受
 - 2 会話傍受と秘密録音
 - 3 秘密写真撮影
 - 4 コントロールド・デリバリー (CD)
 - 5 電子機器を用いた追跡監視
 - 6 小括
- 第4 「偽装型」の捜査—積極的な偽装型捜査—
 - 1 積極的な偽装型捜査の在り方
 - 2 おとり捜査
 - 3 身分を偽装した捜査
 - 4 偽装した物の提供による捜査
 - 5 目的を偽装した任意同行
 - 6 偽装による領置
 - 7 小括
- 第5 おわりに
 - 1 本稿のまとめ
 - 2 残された課題—捜査情報コントロールの在り方—

第1 はじめに

1 問題の所在—捜査の高度化の在り方—

従来から、取調べの重要性を前提としたとしても、極度に取調べに依存した捜査からの脱却は、それ自体、方向としてはあるべき方向であると言われてきた⁽¹⁾。平成23年4月に公表された「捜査方法、取調べの高度化を図るための研究会」の「中間報告」に引き続き、同24年2月に公表された同研究会の「最終報告」においても、DNA型データベースの拡充、司法取引、刑事免責、王冠証人制度、量刑減免制度、証人を保護するための制度などと並んで、通信傍受、会話傍聴のような消極的な「秘匿型」の捜査、さらには、仮装身分捜査（潜入捜査）のような積極的な「偽装型」の捜査も議論されているところである⁽²⁾。これらのうち、データベースの拡充は、情報保管の問題、他の目的への情報流用の問題など、情報管理上の問題による個人の利益侵害の

-
- (1) 佐藤隆之「被疑者の取調べ」法学教室263号（2002年）137頁、椎橋隆幸「捜査の科学化」ジュリスト852号（1986年）84頁、川出敏裕「新たな捜査手法の意義と展望」刑事法ジャーナル29号（2011年）3頁、松尾浩也「検討会議提言を読んで」ジュリスト1249号（2011年）58頁（同『刑事訴訟の理論』（2012年）454頁以下所収）など。さらに、「検察の在り方検討会議」による提言「検察の再生に向けて」（平成23年3月31日）（<http://www.moj.go.jp/content/000072551.pdf>）28頁以下、法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」第1回会議（平成23年6月29日）議事録における法務大臣挨拶（<http://www.moj.go.jp/content/000077447.pdf>）参照。さらに、平野龍一「現行刑事訴訟法の診断」『団藤重光博士古稀祝賀論文集』第4巻（1985年）414頁参照。
- (2) これらの報告書については、警察庁のHP参照（<http://www.npa.go.jp/seisaku/index.htm>）。さらに、田口守一「新しい捜査・公判のあり方」ジュリスト1249号（2011年）68頁。議論の出発点として、司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書」（2001年6月12日）中の「新たな時代における捜査・公判の在り方」ジュリスト1208号（2001年）207頁参照。

問題は生じるものの、収集過程特有の問題があるわけではないように思われる。また、司法取引等については、供述証拠獲得の方法として、当事者の処分権をめぐる真実主義の在り方という重大な問題を含んではいるものの⁽³⁾、証拠収集の問題としては、主として供述をめぐる自己決定の問題、さらに言えば、黙秘権の本質とも関連して、捜査側からの何らかの利益提供がなされた場合に正当な自己決定と言えるかという問題に収斂されるように思われる⁽⁴⁾。

これに対し、「秘匿型」ないし「偽装型」の捜査は、消極的にせよ積極的にせよ、捜査側が何らかの欺罔的方法を用いる点で、単なる利益提供を超えた新たな侵害を伴うようにも思われる。これまで、主として供述証拠の獲得をめぐる、利益提供ないし利益供与の可能性について検討し、その結果、一定限度の利益提供は許容する余地があるのではないかという方向性を提示するとともに⁽⁵⁾、同時に、供述証拠の獲得については、憲法上の自己負罪拒否特権、さらには黙秘権との関係に照らし、欺罔的方法を用いて自己決定を引き出すことは相当でないという限界をも示してきたところである⁽⁶⁾。他方で、これまでの検討を踏まえて非供述証拠の獲得に目を転じると、供述証拠の獲得に際して一定程度の利益提供が許容される余地があるのであれば、非供述証拠の取得過程においても、同様の余地がある可能性はあり得るであらう

(3) 宇川春彦「司法取引を考える(9)」判時1598号(1997年)21頁、田口守一【刑事訴訟の目的】(2006年)88頁、同「新しい捜査・公判のあり方」ジュリスト1249号(2011年)69頁、池田公博「新たな捜査手段—いわゆる「司法取引」との関係を中心に」ジュリスト137号(2009年)98頁、川出敏裕「司法取引と刑事訴訟法の諸原則」刑法雑誌50巻3号(2011年)338頁参照。

(4) 川出敏裕・前掲注(3)342頁。さらに、宇川春彦「司法取引を考える(8)」判時1598号(1997年)29頁参照。

(5) 拙稿「訴追の前提—捜査における利益提供の可否—」広島法科大学院論集7号(2011年)49頁以下、同「取調べの限界—主体的選択と「任意性」の在り方を巡って—」同8号(2012年)61頁以下。

(6) 拙稿・前掲注(5)広島法科大学院論集7号121頁。

うし、また、非供述証拠の取得については、自己負罪拒否特権ないし黙秘権という意味での自己決定の自由に対する侵害はあり得ないので、一定程度の欺罔を用いた「偽装型」の捜査も許容される余地があり得るのではないかとも思われる。非供述証拠の獲得に際して、果たして、そのような「偽装型」の捜査は許されるのであろうか。本稿の関心はこの点にある⁽⁷⁾。

2 本稿の課題と検討対象

(1) 本稿の課題

そこで本稿では、任意捜査の限界という基本的視点から、非供述証拠の獲得について、「秘匿型」及び「偽装型」の捜査を許容する可能性を検討しようとするものである。取り分け、一定限度の秘匿については、いわゆる通信傍受法によって正面から容認されているので、必要な限度でこの点を検討した上で、おとり捜査を含めて捜査目的を秘匿した捜査の許容性、身分を秘匿した捜査の許容性などを検討するとともに、さらに、積極的に偽装工作を施した捜査、例えば、虚偽事実を申し向けて証拠物を取得するような捜査、積極的に偽装した物を提供し犯罪に利用させて検挙する捜査、身分を偽装して組織に潜入する捜査などを検討し、任意捜査の限界を踏まえた整合的な捜査の在り方を検討しようとするものである⁽⁸⁾。そして、このような捜査方法においては、捜査機関がその保有する情報を消極的に秘匿するのみならず、積

(7) さらに、ボーダーレス社会において急速に進行する情報革命を背景として、「近代型」（ないし前近代型＝日本型）の捜査から「現代型」の捜査への転換が暗黙のうちに行っているのではないかと、もはや旧来の日本の特色に依拠するような捜査は成り立ち得ないのではないかと認識（田宮裕「日本の刑事裁判—その近代化と現代化」法学教室214号（1998年）36頁。さらに、松尾浩也【刑事訴訟法講演集】（2004年）61頁、同【刑事訴訟の理論】（2012年）34頁参照。）を訴訟法レベルで確認することも、広い意味での関心である。

極的に偽装工作を施して捜査対象者を「騙す」ことも想定されているのであるから、必然的に捜査対象者の「自己決定」、さらには「自己情報コントロール権」を侵害することになりかねない⁽⁹⁾。その意味において、究極的には、捜査機関側が「騙す」こと、さらに言えば、捜査機関側による「捜査情報のコントロール」と、捜査対象者の「自己情報のコントロール」との先鋭な対立が顕在化することになる。それ故、両者の調整をどのように図るのか、そもそもそのような調整を図ることができるのかについて、慎重に検討しなければならないものと思われる。そして、その検討に際しては、捜査対象者の自己決定の在り方との関係を十分に考慮する必要があることは言うまでもないが、さらには、黙秘権との関係を踏まえて、黙秘権における自己決定の問題と、その他の証拠提供等における自己決定の問題とは区別する余地があるのかどうか、あるとすればどのように区別できるのか、これらの点についてもきちんとした議論を行っておく必要があると思われる。

なお、欺罔的な捜査方法は、強制捜査においても問題となり得るが、強制捜査の場合には、令状によって重要な基本的人権が適法に侵害されることが当然の前提となっているので、欺罔による法益侵害は、仮にそれがあつたとしても、令状による重要な権利・利益の侵害に伴う付随的ないし派生的な侵害にとどまり、余り顕在化することはないように思われる。したがって、強

(8) なお、これらの捜査手法については、いずれもかなりの学問的蓄積があるが、本稿の関心は「秘匿」ないし「偽装」の許容性にあるので、その観点から必要な限度で横断的に検討するととどまり、その全てを網羅的に検討するものではないことを予め確認しておきたい。

(9) 「自己決定」の問題については改めて検討する必要があるが、取り敢えず、上口裕「刑事手続と自己決定」刑法雑誌41巻3号(2002年)62頁以下、高田昭正「被疑者の自己決定と弁護」(2003年)109頁以下、高山加奈子「自己決定とその限界(上)(下)」法学教室284号(2004年)55頁以下、同285号(2004年)39頁以下など参照。さらに、佐藤幸治「日本国憲法と「自己決定権」—その根拠と性質をめぐって」法学教室98号(1998年)6頁以下参照。

制捜査に関しては、令状呈示との関係で事前告知が問題となる場合について検討するとどめることとし、欺罔による法益侵害の可能性が正面から顕在化するとと思われる任意捜査の限界を中心に検討したいと考えている。

（2）本稿の検討対象

問題は多岐にわたり錯綜している。そこで本稿では、取り敢えず、次の2点の検討を当面の目的としておきたい。すなわち、第1点は、一定程度の偽装を用いた捜査については、捜査技法として許容される可能性があるのかという点である。第2点は、仮にそのような可能性があるとするれば、その限界はどのように策定されるべきかという点である。そして、この目的のために、第1に、任意捜査の限界についてその判断基準を改めて検討した上で、第2に、消極的な「秘匿型」の捜査について、これまで議論されてきたいくつかの捜査類型に沿って、秘匿の観点から見たその許容性と限界を検討し、第3に、積極的な「偽装型」の捜査について、想定される捜査類型に沿って、偽装の観点から見たその許容性と限界を検討した上で、最後に、いわゆる「適正手続」との関係を押まえて、秘匿ないし偽装に伴う「捜査情報のコントロール」と捜査対象者の「自己情報のコントロール」との対立調整について、可能な限りその方向性を展望したいと考えている。

第2 任意捜査の限界

1 任意捜査における法益侵害

任意捜査と強制捜査の区別については、種々議論がなされているが⁽¹⁰⁾、強制の処分とは、「人の重要な権利・利益を本人の意思に反して制約すること」⁽¹¹⁾とする理解が多くを支持を集めているように思われる⁽¹²⁾。仮に、このような意思に反する重要な権利・利益の侵害を強制とするならば、意思に反しない

場合には強制と言えないことはもとより⁽¹³⁾、仮に意思に反するとしても、重要でない権利・利益の侵害は任意捜査の範疇に含まれることになるであろう⁽¹⁴⁾。

そして、任意捜査の限界として、警察比例の原則を援用して、必要性・緊急性、相当性を検討するのが一般的と思われるが、その限界を設ける理由として、「強制手段にあたらぬ有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがある」ことが挙げられているから⁽¹⁵⁾、限界の基準を措定する要素としては、法益侵害の程度が最も重要であるように思われる。もっとも、「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当

- (10) 三井誠『刑事手続法(1)』[新版](1997年)79頁以下、安富潔『演習刑事訴訟法』[第2版](2001年)4頁以下、井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法の争点』[第3版](2002年)46頁以下、同「判批」刑事訴訟法判例百選[第8版](2005年)4頁、酒巻匡「刑事手続法を学ぶ[第2回]捜査手続(1)総説」法学教室356号(2010年)68頁など参照。
- (11) 井上正仁『強制捜査と任意捜査』(2006年)18頁。
- (12) 田口守一『刑事訴訟法』[第6版](2012年)46頁、上口裕『刑事訴訟法』[第3版](2012年)64頁、福井厚『刑事訴訟法』[第5版](2012年)101頁、安富潔『刑事訴訟法』(2009年)39頁、寺崎嘉博『刑事訴訟法』[第2版](2008年)93頁、白取祐司『刑事訴訟法』[第7版](2012年)95頁、光藤景皎『刑事訴訟法I』(2007年)27頁など。これに対し、「相手方の権利・利益を実質的に侵害・危殆化する処分」か否かによって区別するという見解も主張されている(三井誠・前掲注(10)81頁)ほか、侵害される権利・利益の質ではなく、個人の意思を制圧するような態様の行為か否かで区別するという見解もあり得る(この点につき、川出敏裕「任意捜査の限界」[小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集][下巻](2006年)27頁参照。さらに、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』(2011年)13頁参照)。
- (13) 真摯な承諾があれば、法益侵害を容認し、権利・利益を放棄していると評価できるから(酒巻匡「刑事手続法を学ぶ[第3回]捜査手続(2)総説(続)・捜査の端緒」法学教室357号(2010年)72頁)、理論的には、「承諾捜査」でも容認され得るし(田宮裕『刑事訴訟法』[新版](1996年)112頁参照)、「承諾留置」についても容認する余地を認める見解もある(井上正仁・前掲注(11)9頁)。
- (14) 井上正仁「科学的捜査の限界—盗聴を中心として」法学教室114号(1990年)21頁。
- (15) 最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁。

と認められる限度」とされているから、法益侵害の態様も考慮できないわけではないであろう⁽¹⁶⁾。法益侵害の程度のみならず、法益侵害の態様も考慮され得るとすれば、捜査態様の社会的相当性も考慮されることになるとも考えられよう。その場合、捜査のやり方や方法が、法益侵害の態様とは独立した要素として考慮されると考えることも可能であるが、他方、これらが法益侵害の態様として（したがって、侵害の程度に影響を及ぼす要素として）機能すると考えることも可能であるように思われる。

この点、そもそも令状主義は、国家権力による個人の領域への不当な侵入を防止するためのものであって、基本的には個人のプライバシー⁽¹⁷⁾侵害を問題とするのであるから⁽¹⁸⁾、任意捜査においても、仮に捜査のやり方において社会倫理に反するとしても、個人の法益侵害を全く伴わないような場合には、そもそも相当性の逸脱を想定することは困難であるように思われる⁽¹⁹⁾。そう

(16) 最高裁判所判例解説刑事篇昭和51年度75頁〔香城敏磨〕によると、「本質的には具体的事情に基づく比較考量による」とされる。

(17) プライバシー概念は、当初「一人に放っておいてもらう権利」とされていたが、その後、①静穏のプライバシー、③人格的自立のプライバシー（私的領域における自己決定の利益）、③情報プライバシー（自己情報をコントロールする利益）に分類されるに至り、さらに、①及び②は人格的自律権の問題であり、プライバシーは③に限る見解が多いようである（佐藤幸治『憲法』〔第3版〕（1995年）453頁）。さらに、芦部信喜『憲法学Ⅱ人權総論』（1994年）368頁以下、平川宗信「プライバシーの保護」ジュリスト852号（1986年）59頁以下参照。なお、西原博史編『監視カメラとプライバシー』（2009年）34頁以下、星周一郎『防犯カメラと刑事手続』（2012年）61頁以下にプライバシー概念の発展が簡潔に整理されている。

(18) 田宮裕・前掲注（13）100頁、光藤景皎・前掲注（12）140頁。なお、令状主義の沿革について、井上正仁・前掲注（11）23頁以下、山中俊夫「令状による搜索差押」判タ296号（1973年）384頁以下参照。さらに、渥美東洋『罪と罰を考える』（1993年）202頁参照。

(19) 酒巻匡・前掲注（13）73頁（「相当」でないとは、「合理的権衡状態からの逸脱」であり、違法の「程度」の問題とされる。）、同「おとり捜査」法学教室260号（2002年）107頁参照。

だとすれば、仮に捜査態様を判断要素として考慮するとしても、独立した要素としてではなく、せいぜい法益侵害に影響を及ぼす要素として考慮するにとどめるのが相当であろう⁽²⁰⁾。例えば、写真撮影において、隠しカメラによるか超望遠カメラによるか、あるいは、遠距離から狙い撃ちで撮影するか近距離から公然と撮影するか等の撮影方法の違いは、確かに重要である。隠し撮りで撮影するか公然と撮影するかは、被撮影者の認識の有無に相違をもたらすから、少なくとも、相手方が撮影を拒否する意思を表明することができたか否かの違いをもたらすことにはなる。また、知らないうちに撮影されることは一種の騙し討ちであって不公正とも考えられよう。しかし、それが直ちに相手方の法益侵害の程度に量的差異をもたらすか否かは疑わしい⁽²¹⁾。密かに撮影するよりも公然と撮影する方が法益侵害が小さいとは言にくいし、むしろ、相手方の意思を無視して公然と撮影する方が心理的ダメージは大きいと考えることさえできるように思われる。この点については、後に改めて検討する予定であるが、撮影態様の違いは、それによって相手方に心理的ダメージあるいは不公正感情を惹起するという意味において、一種の侵害と考える余地はあり得るとしても、せいぜいそのレベルにとどまり、個人のプライバシー侵害を越えた独立の違法要素とまでは言えないように思われる。

ところで、捜査のやり方が法益侵害の態様として機能する余地があるとなれば、捜査の「廉潔性」も考慮される余地があり得るかもしれない。しかし、捜査機関が廉潔性を保とうが、偽装的方法を用いようが、そのようなことは

(20) 酒巻匡「刑事手続法を学ぶ〔第9回〕捜査手続(8)その他の捜査手段」法教366号(2011年)31頁。したがって、最決平20・4・15刑集62巻5号1398頁における「相当な方法」という指標に独自の意味があるかどうか疑わしいとされる。

(21) 酒巻匡「通信傍受制度について」ジュリスト1122号(1997年)38頁参照(通信傍受との関係であるが、「密行性」の故に「法益侵害にさらに何が付加されることになるかは、必ずしも明らかでない」とされる。)

法益侵害に影響はないとも考えられる。確かに、司法の廉潔性は、しばしば違法収集証拠排除法則の根拠となる理由として掲げられている。しかし、それは、捜査機関ないし司法機関の活動それ自体の違法性の根拠ではなく、その違法な捜査活動によって得られた証拠を排除するための根拠であるに過ぎない⁽²²⁾。すなわち、廉潔性それ自体が違法性を導く根拠となっているわけではなく、そこでは既に違法であることが前提とされ⁽²³⁾、廉潔性は、そのような違法な活動によって得られた証拠（既に別の理由で違法性を帯びた証拠）を排除する根拠として用いられているに過ぎない。それ故、廉潔性は、違法の有無や程度を直接左右する要素とまでは言えないように思われる。そして、その限りでは、捜査機関がダーティーな方法を用いたからといって、そのみによって、法益侵害と無関係に直ちに違法となることはないように思われる。違法となるのは、あくまで何らかの法益侵害が生じていることこそが本質的な理由であると考えるのが相当ではあるまいか。

しかし、違法の実質を法益侵害に純化する前に、念のため、適正手続との関係について、この段階において必要な限度で瞥見しておきたい。

2 適正手続との関係

刑訴法における適正手続は、憲法31条以下の人権規定に由来するものであって⁽²⁴⁾、憲法の詳細な人権規定を踏まえて刑訴法の具体的な手続が定められ

(22) 田宮裕・前掲注(13) 397頁。

(23) 証拠収集手続が重大な違法となる場合として、①憲法35条に違反した場合、②被疑者等の基本的人権を侵すような方法がとられた場合、③刑法上処罰に値するような違法行為が行われた場合、④刑訴法上の強行規定に違反した場合等が挙げられている（田宮裕・前掲注(13) 402頁）。

(24) 田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』（1972年）138頁、渥美東洋『全訂刑事訴訟法』（第2版）（2009年）6頁など。

たものであるから、その解釈運用に当たっては、常に、人権宣言の総則的規定である憲法31条の適正手続の趣旨に則り、被疑者・被告人の基本的人権を尊重するように努めなければならない⁽²⁵⁾。そうすると、刑事訴訟法における適正手続は、刑事手続において憲法上の基本的人権の侵害が生じないようにすべきことを要請するものである⁽²⁶⁾。そして、それらの基本的人権は、結局のところ、個人のプライバシーを中心とした個人の利益に由来すると考えられるから⁽²⁷⁾、そのような個人の基本的利益が侵害されないような手続を保障することが最も肝要であろう。仮にそうだとすれば、適正手続違反とは、個人の基本的人権に基づく利益の侵害を中核とするものであって、これと直接関連

(25) 田宮裕・前掲注(13) 5頁(「憲法的刑事訴訟」と言われる)、鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』(1988年) 4頁、松尾浩也『刑事訴訟法下』[新版補正第2版](1999年) 341頁、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法』[第4版](2009年) 3頁など。さらに、松尾浩也＝田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』(1966年) 1頁以下〔田宮裕〕参照。なお、憲法的観点からの利益衡量論を説く見解として、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』[改訂版](1990年) 18頁、田口守一・前掲注(12) 22頁。

(26) 三井誠「適正手続の思想—「処罰される側の思想」」小林直樹ほか編『現代日本の法思想』(1976年) 292頁。

(27) 基本的人権の維持を社会的基盤と考えたとすれば、単純に個人的法益に還元することはできないであろう(渥美東洋『罪と罰を考える』(1993年) 246頁、同『刑事訴訟法を考える』(1987年) 165頁参照)。その意味で、社会的法益としての秩序を想定し、そこに個人とは独立した法益保護の必要性を想定することは可能であろう。しかし、そのような社会的基盤としての憲法秩序も、個人と無関係に秩序それ自体として意味があるわけではなく、そもそも個人の利益の不当な侵害を防止するための制度であろうから、社会的基盤それ自体が個人の利益を超えて、これと無関係に独自の存在価値を認めなければならない必然性があるわけではないように思われる。なお、ドイツにおける犯罪誘発型捜査の違法性の根拠として「法治国家原則違反」を主張する見解も、実質的には「行為者の基本権に対する重大な侵害」を捉えており、両者は「同じ行為事象をどちらの側から評価するかの差異」であって「表裏一体」と解することができる(内藤大海「おとり捜査の研究(四) —ドイツ法理論の発展を手掛かりに—」北大法学論集59巻2号(2008年) 352頁、同「同(五)」北大法学論集61巻4号(2010年) 148頁参照)。

しない形式的なルール違反や捜査機関の態度、取り分け「ダーティー」あるいは「不誠実」それ自体を殊更取り出して論じるものではないように思われる⁽²⁸⁾。そうすると、単に捜査機関の「不正」を常に適正手続違反と評価するのは必ずしも相当ではなく、具体的な基本的人権侵害が生じる場合にのみ適正手続違反として論じられるべきであって、結局のところ、いかなる基本的人権が侵害されたかを中心として判断されるべきであるように思われる。

しかしながら、仮に個人の人権侵害が適正手続違反の中核であったとしても、これを越えた適正手続違反（例えば、「廉潔性」のような価値の侵害）を想定することも十分に可能であるから、そのような想定についてもなお慎重に検討するべきであるかもしれない。そこで、当面、本稿においては、後者の理解については結論を留保した上で、前者の中核的部分を中心として検討を進めることとし、その結果、さらに必要があれば改めて後者についても検討を加えることにしたい。

なお、憲法31条は、米国におけるデュー・プロセスに由来するとされるので⁽²⁹⁾、参考までに米国におけるデュー・プロセスについても瞥見しておく、当初、弁護権の充実という内容から次第にその対象が拡大したものであるが⁽³⁰⁾、その後のミランダールールにせよ、違法捜索に基づく証拠排除にせよ、また、二重の危険、迅速裁判、反対尋問権の保障にせよ、いずれにしても、被疑

(28) おとり捜査との関係であるが、「捜査の公正さの侵害」は、「基準としてあまりにも漠然としている」ので、これを独立の要素として捜査の違法の実質に取り込むことには疑問があると言われる（最高裁判所判例解説刑事篇平成16年度280頁〔多和田隆史〕）。さらに、小早川義則「デュー・プロセス論の意義と問題点」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』下巻（2007年）55頁参照。

(29) 樋口陽一ほか『注釈日本国憲法上巻』（1984年）699頁、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ』（第3版）（2001年）375頁など参照。

(30) 弁護人依頼権の拡充の経緯について詳細に紹介したレポルターージュとして、アンソニー・ルイス〔山本浩三・山中俊夫訳〕『アメリカ司法の英知』（1972年）117頁以下参照。

者・被告人の基本的人権の侵害を問題としてきたものであって⁽³¹⁾、少なくとも捜査機関の単なる「ダーティー」や「不誠実」のみを捉えてデュー・プロセス違反としてきたわけではないようである。もっとも、同条は米国のデュー・プロセスとは文言の相違があり、必ずしも米国の考え方に捕らわれるべきではないとも言われている⁽³²⁾ことも付言しておきたい。

3 黙秘権との関係

被疑者から供述証拠を獲得するためには、取調べという方法を用いる。これに対し、被疑者には、包括的黙秘権があるとされている⁽³³⁾。黙秘権を侵害して得た供述証拠は、任意性がないものと評価されるので⁽³⁴⁾、これを証拠として用いることができないとされている⁽³⁵⁾。しかし、これは供述証拠の問題である。そこで、供述証拠以外の証拠については、黙秘権の侵害は問題とならないと言われている。例えば、いわゆるポリグラフ検査についても、黙秘権侵害であるとの見解⁽³⁶⁾が有力に主張されていはいるものの、多くの見解は、

(31) 田宮裕「刑事訴訟におけるデュー・プロセスについて」法学セミナー312号(1981年)10頁以下、田宮裕「適正手続」高田卓爾＝田宮裕編『演習刑事訴訟法』(1972年)3頁以下、三井誠・前掲注(26)297頁、小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁判所I』(2006年)6頁以下参照。さらに、田宮裕『刑事訴訟とデュー・プロセス』(1972年)172頁以下、下山瑛二「憲法第31条とdue process of law」法律時報33巻4号(1961年)4頁以下参照。

(32) 樋口陽一ほか・前掲注(29)700頁。

(33) 田宮裕・前掲注(13)335頁、松尾浩也『刑事訴訟法上』[新版](1999年)119頁、田口守一・前掲注(12)133頁、上口裕・前掲注(12)184頁、福井厚・前掲注(12)186頁など。

(34) 黙秘権と自白法則との融合する傾向につき、田宮裕・前掲注(13)336頁、松尾浩也・前掲注(33)118頁、光藤景皎・前掲注(12)104頁、福井厚・前掲注(12)186頁。

(35) 上口裕・前掲注(12)187頁、田宮裕・前掲注(13)342頁など。

供述に関連してはいるがあくまで血圧や脈拍などの身体的反応の検査であって、黙秘権侵害には当たらないとしており、判例も同様の立場に立っていると言われている⁽³⁷⁾。供述と関連性の深い検査でさえ黙秘権侵害の問題が生じないとすれば、呼気検査⁽³⁸⁾等、供述にかかわりなく得られる証拠について、黙秘権の問題が生じないのは当然と言って良いであろう。

しかしながら、黙秘権の存在根拠が、仮に自己決定の自由、更には言えば、自己情報コントロール権に遡るとすれば⁽³⁹⁾、結局のところ、被疑者が保有する犯罪情報を自らの意思で捜査機関に委ねる否かという問題に突き当たるので、その意味において、供述証拠収集以外の捜査に関しても、黙秘権との関係について改めて確認しておく必要はあるように思われる。

ところで、供述証拠の獲得以外の捜査においても、例えば、おとり捜査やコントロールド・デリバリー、あるいは秘密録音や写真撮影など、さらには、身分泌匿捜査や秘密捜査員の投入のような捜査などにおいても、捜査の相手方は、何がしかの権利・利益の侵害を被る可能性がある。捜査においては、

(36) 田口守一・前掲注(12)135頁、上口裕・前掲注(12)187頁、田宮裕・前掲注(13)341頁、光藤景皎・前掲注(12)107頁など。

(37) 平野龍一『刑事訴訟法』(1958年)107頁、三井誠・前掲注(10)146頁、池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義』〔第4版〕(2011年)205頁、安富潔・前掲注(12)210頁など。東京高判昭41・6・30高刑集19巻4号447頁。

(38) 最決平9・1・30刑集51巻1号335頁。この判例の考え方によると、血液、尿の採取、指紋、足跡の採取、身体測定等、さらには、同一性確認のために言葉をしゃべり文字を書き、特別な動作をすることなどにも、その射程が及ぶものと解されている（最高裁判所判例解説刑事篇平成9年度54頁〔三好幹夫〕）。

(39) 上口裕・前掲注(12)185頁、椎橋陸幸「黙秘権」川端博ほか編『基本問題セミナー刑事訴訟法』(1994年)212頁、高田昭正・前掲注(9)95頁、同「黙秘権について」季刊刑事弁護38号(2004年)68頁参照。さらに、平野龍一『捜査と人権』〔刑事訴訟法研究第3巻〕(1981年)94～95頁、三島聡『刑事法への招待』(2004年)49頁参照。なお、黙秘権の存在理由については必ずしも明確ではないが、「個人の人格の尊厳」に関わる点では一致があるとの指摘がなされている（笹倉宏紀「自己負罪拒否特権」法学教室265号(2002年)107頁）。

できる限りそのような侵害がないような捜査方法を執るべきであるし、警察比例の原則に照らしても、被侵害利益を最小化しよう努めるべきは当然であろうが、捜査である以上、最低限度の法益侵害はある程度やむを得ないと言わざるを得ない。それにもかかわらず、任意捜査として許容される余地があり得るのであれば、結局のところ、相手方の自己決定の自由を侵害してもなお許される場合があり得るということに帰着せざるを得ない。黙秘権は憲法上の自己負罪拒否特権に由来する権利であり、これを侵害して得られた供述を使用することはできず、場合によっては黙秘権を行使する被疑者を取り調べることも自体が違法となるほど重要な権利である⁽⁴⁰⁾。しかし、その他の捜査においては、自己決定の自由を侵害して証拠を獲得することは、必ずしも常に違法となるわけではない。自己決定が向けられる対象にもよるし、対象となる事象の性質にもよる。人間性の本性にかかわるような自己決定もあれば、単なる我が儘に類する自己決定もある。あるいは、犯罪を行う自己決定もあり⁽⁴¹⁾、犯罪に至らぬまでも倫理に反する自己決定もあるかもしれない。このような多種多様な自己決定を、全て一元化して肯定否定の二分論で割り切ることは相当とは思われない。事情と場合によって、自己決定の侵害が許されないこともあれば、曖昧なグレーゾーンと言わざるを得ないこともあり得るであろう。そしてまた、自己決定を侵害しても何ら問題とならない場合もあり得るのではあるまいか。このように見てくれば、たとえ黙秘権の問題が生じない場合であっても、自己決定の自由という問題は生じ得ると思われるが、それは、黙秘権の場合と異なり、必ずしも常に違法の問題を生ずるわ

(40) 田口守一・前掲注(12)135頁、上口裕・前掲注(12)188頁など。さらに、松尾浩也・前掲注(33)67頁参照。なお、札幌高判平14・3・19判時1803号147頁参照。

(41) このような場合には、そもそもプライバシーの利益を期待ないし主張することができかどうかさえ疑わしいとも言われる(井上正仁・前掲注(11)187頁)。さらに、権橋隆幸・前掲注(1)90頁(犯罪に関する会話は、「プライバシーへの期待がないか、極めて乏しい」とされる)。

けではないというべきであろう。したがって、問題とすべき自己決定とそうでない自己決定とを区分して検討する作業が必要であるように思われる。この意味において、同じく自己決定の自由が問題となったとしても、その比重は黙秘権の場合と全く異なっていると言って良いように思われる。

それでは、このような場合の自己決定の自由は、任意捜査における法益侵害にどの程度の影響を及ぼすのであろうか。先にも検討したとおり、任意捜査の相当性判断は、捜査側の利益、すなわち当該捜査の必要性の利益と、侵害される相手方の権利・利益との利益衡量アプローチによると考えられるが⁽⁴²⁾、後者の利益との関係において、自己決定の利益はどのように位置付けられるべきであろうか。既に検討したように、基本的には、侵害される相手方の権利・利益の大きさこそが衡量対象の核心部分であることは疑いがない上、場合によっては自己決定の自由を侵害してもなお許される場合があり得ると考えられる。そうだとすれば、自己決定の利益は、せいぜい相手方の被侵害利益に加算される利益として考慮されるにとどまるように思われる⁽⁴³⁾。もとより、その計量は極めて困難であって、そもそも計量可能か否かも判然としない。とはいえ、自己決定それ自体の固有の利益は、相当性判断における利益衡量において、必ずしも決定的に重要な要素ではないと考えられるし、少なくとも結論を左右するような核心的な要素ではないことは明らかであるように思われる。

4 小括

以上のとおり、任意捜査の限界については、概ね、当該捜査の必要性と被

(42) 相当性判断については、「処分による被制約利益と処分の必要性との権衡」であって、「いわゆる比例原則」の「具体化」と言われている（大澤裕「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕（2011年）5頁）。

侵害利益との衡量によって判断されるという枠組みが多く支持を集めているが、その具体的内容については、必ずしも明らかとなっているわけではない⁽⁴⁴⁾。しかしながら、少なくとも、被侵害利益との関係において、相手方の自己決定の要素が、必ずしも決定的な要素とまでは言えないとすれば、相手方の自己決定に影響を及ぼす捜査方法として、一定程度の欺罔的な方法を用いることも、必ずしも一概に否定されるものではないように思われる。要は、利益衡量の問題であるから、捜査の必要性が高い限り、少なくとも消極的な（あるいは不作為の）欺罔ともいべき消極的な秘匿型捜査については、これを許容する余地は大きいように思われる。また、そうであれば、場合によっては、積極的な欺罔を用いて相手方の自己決定に影響を与える捜査方法についても、およそ衡量の対象とする余地がないとまでは言えないように思われる⁽⁴⁵⁾。その意味において、このような捜査方法について許容する可能性があるか否か検討する余地は残されていると言えよう。

そこで、まず消極的な秘匿型の捜査について、その許容性を検討する。

(43) 例えば、最決昭51・3・16刑集30巻2号187頁の事例も、明らかに相手方の意に反して有形力行使した事案であるが（もっとも、被疑者は任意同行に応じて取調べを受けていたのであるから、それまでの経緯において意に反する事情は認められなかった事案であり、そのような経緯が重視されるとされる〔最高裁判所判例解説刑事篇昭和51年度77頁（香城敏磨）〕。）、相当性判断の利益衡量としては、「説得のためにとられた抑制の措置」であって、「その程度もさほど強いものではない」こと、したがって、被侵害利益の「質」と「量」を検討するにとどまっており、意に反するか否かは重視されていないように思われる。また、写真撮影に関する最大判昭44・12・24刑集23巻12号1625頁も、任意捜査であるとは明言していないが（捜査手段としての写真撮影は、刑訴法が予想しなかったところであるから、強制か任意か割り切らなかつたと言われているが〔最高裁判所判例解説刑事篇昭和44年度493頁（海老原震一）〕、任意捜査との評価を前提としていると評されている〔酒巻匡「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕（2011年）21頁〕。）、「たとえそれが被告人ら集団行進者の同意もなく、その意思に反して行われたとしても、適法な職務行為であった」としている。

(44) 井上正仁・前掲注(11)22頁（類型化する方向での「建設的作業」が緊要とされる。）。

第3 「秘匿型」の捜査—消極的な偽装型捜査—

1 通信傍受

通信傍受⁽⁴⁵⁾も一種の秘匿型捜査である。捜査機関が、傍受通話の対象者に対して、傍受の事実を秘匿したまま傍受を行うのである。もとより、対象者に対していちいち傍受する旨を告知していたのでは、およそ傍受することができないので、傍受することを相手方に秘匿したまま傍受することが不可欠であることは疑いない。したがって、仮に令状が発付されたとしても、これを相手方に対して事前に直接呈示することは想定できないから、憲法35条違反であるとの見解⁽⁴⁷⁾も主張されたことがある。しかし、令状の事前呈示は、そもそも憲法上の要請ではないし⁽⁴⁸⁾、当事者が不在である場合を考えれば、呈示がない場合における令状執行も想定されているのであるから、呈示それ

(45) 捜査には、「公正さの観念」が要求され（松尾浩也・前掲注（33）127頁）、意思の自由を侵すことも、権利を侵害することもなしとしても、「手続の公正さ」を「侵害する」ことは問題とされている（光藤景皎・前掲注（12）31頁）。もっとも、これらはいずれも「おとり捜査」を巡る指摘であるから、「おとり捜査」を取り扱う際に改めて検討することとする。また、任意捜査にも「手続き一般の理念であるデュー・プロセスの要請」が妥当すると指摘されているが、これは「相当かつ合理的なもの」の言い換えとして説明されているにとどまる（田宮裕・前掲注（13）65頁）。

(46) 「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」（1999年成立）以前は、刑法に規定のない強制処分であるから許されないとするのが多数説であり、検証令状によるとする裁判例に対しても「新たな強制処分の創出」として概ね批判的であった（井上正仁「捜査手段としての通信・会話の傍受（1）」ジュリスト1103号（1996年）73頁）。さらに、井上正仁・前掲注（14）23頁参照。

(47) 川崎英明「盗聴の規制と令状主義・強制処分法定主義」石松竹雄判事退官記念論文集『刑事裁判の復興』（1990年）72～73頁、高田昭正「判批」法学セミナー448号（1992年）127頁など。ただし、少数説とされる（渡辺修「令状による電話の傍受」法律時報61巻1号（1989年）104頁）。

自体が令状主義の保障の内容をなすものではないとされている⁽⁴⁹⁾。しかしながら、権利侵害に対して全く不服を述べる機会がないことは明らかに不当であるから、少なくとも憲法31条の要請として、何らかの形で「告知」「聴聞」の機会が付与されることは必要であるように思われる⁽⁵⁰⁾。ただし、この「告知」については、常に事前でなければならないというわけではない⁽⁵¹⁾。要は、事後的にであれ異議や不服を申し立てて、処分の取消しを求めて損害を回復することが可能であれば良いのであるから、必ずしも処分前に告知することが不可欠というわけではない⁽⁵²⁾。その意味で、いかに必要性が高度であるからといって、直ちに告知を要しないとしない理由にはならないとしても、必要性が極めて高度である場合には、事後の告知でも足りるとするバランス考慮

-
- (48) 憲法上の要請ではないとするのが多数説であるとされる(井上正仁「捜査手段としての通信・会話の傍受(3)」ジュリスト1107号(1997年)96頁注(160)、後藤昭【捜査法の論理】(2001年)6頁、松尾浩也監修・前掲注(25)223頁参照)。
- (49) 井上正仁・前掲注(11)125頁、同「捜査手段としての通信・会話の傍受(3)」ジュリスト1107号(1997年)91頁、鳥田仁郎「電話の盗聴するにはどのような令状が必要か」新関雅夫ほか編【増補令状基本問題(上)】(1996年)58頁、稗田雅洋「通信内容の傍受の可否」平野龍一ほか編【新実例刑事訴訟法〔I〕】(1998年)28頁、東京高判平4・10・15高刑集45巻3号83頁。また、例えば、執行に緊急を要する場合など、やむを得ない合理的理由がある場合には、事後の呈示でも足りるとするのが一般的である(上口裕・前掲注(12)154頁)。さらに、最決平14・10・4刑集56巻8号507頁参照。
- (50) 長沼範良「電話検証—最決平成11・12・16刑集53巻9号1327頁」法学教室256号(2002年)26頁及び27頁注(9)。
- (51) 井上正仁・前掲注(11)125頁、酒巻匡「通信傍受制度について」ジュリスト1122号(1997年)38頁。さらに、最大判昭37・11・28刑集16巻11号1593頁における入江俊郎裁判官補足意見(「憲法31条は、国家権力が個人に対しその権利、利益を侵害するすべての場合に、常に必ずその者に予め告知、聴聞の機会を与えて、意見を開陳し弁解、防禦をなすことを得せしめるべきことを要請したものだとは考えない」)参照。
- (52) この点、通信の秘密との関係で、刑訴法100条3項の趣旨を考慮し、可能な範囲で通話当事者に対する事後通知を行うことを検討すべきであるとの見解もある(稗田雅洋・前掲注(49)28頁)。

は可能であるように思われる⁽⁵³⁾。本件のような通信傍受の場合は、そのような場合に当たると言って良いのではあるまいか。それ故、事後的な告知がなされるのであれば、必ずしも憲法31条には違反しないと言えよう⁽⁵⁴⁾。

ところで、通信傍受法が制定される以前に、検証許可状に基づいて電話傍受が実施された事案につき、最高裁は、「検証許可状による場合、法律や規則上、通話当事者に対する事後通知の措置や通話当事者からの不服申立ては規定されておらず、その点に問題がある」としながらも、「電話傍受は、これを行うことが犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められる場合に限り、かつ、前述のような手続に従うことによって初めて実施され得ることなどを考慮すると、右の点を理由に検証許可状による電話傍受が許されなかったとまで解するのは相当でない」⁽⁵⁵⁾と判示している。この判例によれば、事後的な

- (53) 井上正仁・前掲注(11)125頁。なお、例えば、公訴提起については、少なくとも公訴提起前における事前の告知は不要であり、争いがあるのは、起訴状謄本の送達に翻訳文を添付すべきか否かである。この点、公判手続全体を通じて告知と弁解の機会が付与されていれば憲法31条に違反しないとされている(東京高判平2・11・29高刑集43巻3号202頁参照。なお、能勢弘之「判批」判例評論388号(1991年)62頁参照。)。これに対し、所有権を没収するような高度な権利侵害の場合には、事前の告知を要するとされる(最大判昭37・11・28刑集16巻11号1593頁、特に、入江俊郎裁判官補足意見(第三者没収については、当該第三者を訴訟手続に参加させ、何らかの方法で「予め告知、聴問の機会を与え」ることが憲法31条の要請である。))。なお、最高裁判所判例解説刑事篇昭和37年度226頁(脇田忠)参照。)
- (54) 長沼範良「電話検証をめぐる二、三の問題点」ジュリスト1121号(1997年)84頁。なお、現行のいわゆる通信傍受法においては、そのような事後的な救済措置が講じられている。傍受令状の呈示は、傍受場所の管理者などに対して行うのみであるが(傍受法9条)、傍受終了後、原則として30日以内に、通信当事者に対して法定の事項を通知しなければならないとされており、通知を受けた当事者は、傍受記録中の当該通信を聴取・閲覧・複製することができるほか、不服申立てをすることができることとされている(傍受法23~26条)。
- (55) 最決平11・12・16刑集53巻9号1327頁。さらに、原審である札幌高判平9・5・15判時1636号153頁参照。

聴聞の機会がなくても直ちに憲法に反するわけではないとしたように思われ、「告知」「聴聞」の制度的保障がない場合であっても、例外的に許されることを認めているように思われる⁽⁵⁶⁾。

以上のように、検証許可状の執行という強制捜査によって傍受を実施する場合であっても、少なくとも事前の告知は不要とされているから、対象者に対してどのような捜査活動を行うかということを秘匿したまま捜査を行うことは、当然に許されるであろう。

それでは、任意捜査として会話傍受が実施される場合にも同様に扱うことができるのであろうか。そこで次に、通信傍受の周辺領域として、会話傍受と秘密録音について検討しておきたい。

2 会話傍受と秘密録音

(1) 許容性の限界

通信を用いない会話の傍受は、いわゆる通信傍受法の対象ではない(刑訴法222条の2, 通信傍受法2条参照)。そこで、このような会話の傍受は、捜査一般の問題として議論されているところ、両当事者の同意を得ないで対話内容を録音することは、個人のプライバシーないし人格権に対する侵害がある以上⁽⁵⁷⁾、法律上明文の授權がない限り許されないというのが、学説のほぼ

(56) 最高裁判所判例解説刑事篇〔平成11年度〕232頁〔池田修・飯田喜信〕, 安村勉「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕73頁, 椎橋隆幸「判批」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕(2005年)73頁参照。なお, 前掲最決平11・12・16刑集53巻9号1327頁における元原裁判官の反対意見は、「少なくとも傍受終了後合理的な期間内に処分対象者に対し処分の内容について告知をすることが必要である」として, 検証許可状による電話傍受は許されないとする。

(57) 古い裁判例として, 静岡地浜松支判昭40・3・5下刑集7巻3号317頁参照(「秘密の談話を欺罔手段により盗聴した」事案につき, 「このような秘密録音は, 個人の人格権を侵害する違法なものである」と述べる。)

一致した結論であるとされている⁽⁵⁸⁾。

これに対し、捜査機関が対話の一方当事者となっているような会話の傍受の場合であれば、予め録音していることを相手方に告知せず相手方が知らないうちに録音することも、任意捜査として許される場合があるとされている⁽⁵⁹⁾。しかし、その限界は必ずしも明確とは言えない⁽⁶⁰⁾。この点につき、原則として違法であるが、例外的に許される場合もあるとして、「録音の経緯、内容、目的、必要性、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」においてのみ許されるとした裁判例⁽⁶¹⁾がある。この裁判例は、機械で録音され同一性の証拠として利用される可能性があることを知っていれば、当然拒否することが予想されるところ、相手方にその機会を与えないことが「プライバシーないし

(58) 井上正仁・前掲注(11)184頁。さらに、稗田雅洋「判批」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕(2005年)24頁、岩尾信行「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕(2011年)24頁。ただし、東京高判昭28・7・1東高刑時報4巻1号17頁参照(対象者が間借りしていた居室の家主の承諾を得てマイクを設置して盗聴した事案で適法とした)。なお、酒巻匡・前掲注(51)43頁参照(現行法上の検証令状によっても会話傍受はできないとされる。これに対し、稗田雅洋・前掲注(49)37頁。)

(59) 井上正仁・前掲注(11)180頁参照(これまでの多数説とされている)。これに対し、このような場合も強制処分であるとした上、脅迫電話の傍受のように「正当防衛状況」ないし「現行犯的状况」がある場合に限って許されるに過ぎないとの見解も主張されている(村井敏邦編・現代刑事訴訟法〔第2版〕(1998年)89頁〔川崎英明〕、小田中聰樹『ゼミナール刑事訴訟法(下)演習編』(1988年)92頁、浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』(1994年)151~152頁。さらに、奥平康弘ほか監修『盗聴法の総合的研究』(2001年)97頁〔川崎英明〕参照。)。さらに、このような場合であっても立法によるべきであるとの見解もある(山名京子「判批」平成12年度重要判例解説ジュリスト1202号(2001年)181頁)。

(60) なお、私人が電話による会話を秘密録音したテープにつき証拠能力を肯定したものとして、最決昭56・11・20刑集35巻8号797頁、最決平12・7・12刑集54巻6号513頁、松江地判昭57・2・2判時1051号162頁参照。

(61) 千葉地判平3・3・29判時1384号141頁。

人格権を多かれ少なかれ侵害する」こと、このような資料を刑事裁判で用いることは「司法の廉潔性」の観点から慎重たるべきことを理由として挙げている。これに対し、原則として適法であるが、例外的に違法となる場合があるとし、その限界は、「録音の目的、対象、手段方法、対象となる会話の内容、会話時の状況等の諸事情を総合し、その手続に著しく不当な点」があるか否かによって判断するとした裁判例⁽⁶²⁾もある。この裁判例は、同意しなかった相手方の人格権をある程度侵害することは認められるが、「会話の秘密性を放棄しその会話内容を相手方の支配下に委ねた」ということを原則として適法とする理由に挙げている。後者の裁判例では、前者の裁判例において重視されていた「拒否の機会を与えずに秘密録音すること」については、特に言及されていないが、「同意しなかった対話者の人格権」が考慮されていることから、この中に拒否する機会を奪われたという趣旨を含むと見る余地はあり得るように思われる。しかし、後者の裁判例において重視されたのは、前者の裁判例においては比較的軽視されていた「秘密性」の放棄と相手方の「支配下に委ねた」ことである。果たして、秘密性を重視すべきであろうか、それとも拒否の自由を重視すべきであろうか⁽⁶³⁾。

(2) 秘密性の放棄

そこですで、秘密性の点についてみると、会話の一方当事者が録音を承諾しているような場合においては、他方当事者は少なくとも相手方との関係においては秘密性を放棄しているが、会話内容の支配を相手方に委ねたか否かについては、聴覚を通じた記憶までは委ねたとしても、それを超えて機械的録音・再生については委ねていないとも言えよう⁽⁶⁴⁾。しかし、この点は写真

(62) 東京地判平2・7・26判時1051号162頁。

(63) 長岡哲次「供述録音テープの証拠能力」平野龍一ほか編『新実例刑事訴訟法〔Ⅲ〕』（1998年）86頁参照（「種々の事情を総合考慮」するしかないから、原則的に適法とか違法とかは、それほど意味はないとされる。）。

撮影と類似の関係を認めることができるので、公開された会話の録音は、公道上の容ぼうの写真撮影と同様、任意捜査の枠内において、これと同様の判断基準で対応することは可能と思われる⁽⁶⁵⁾。したがって、写真撮影について検討する際に、併せて検討しよう。

(3) 自己決定の侵害

これに対し、拒否する機会を奪った点についてはどうであろうか。仮にこの点を重視すれば、常に事前の告知を要することになり、秘密録音は殆ど不可能となってしまふ。したがって、仮に秘密録音を認めるのであれば、告知しないで録音することを許容せざるを得ないであろう。確かに、告知をしないまま録音することを容認すれば、録音を拒否する自由を奪ったと考える余地はあり得るとしても、その前提として、相手方は予め録音の告知を受けるべき地位にあったと言えるのであろうか。また、さらに一般的に、そもそも捜査されない自由があったのであろうか。

この点、供述証拠の採取については黙秘権が保障されており、その告知も要求されているのに対し（刑法198条2項）、それ以外の任意捜査については、特に告知が求められないことが考慮されるべきであらう。しかも、黙秘権についても、そもそも捜査されない自由ではなく、捜査されることはやむを得ないがその場合でも供述を拒否できるという程度の保障に過ぎない。そ

(64) 井上正仁・前掲注(11)186頁、椎橋隆幸・前掲注(1)88頁。さらに、一般的にプライバシーの放棄があったと考えることに無理があるとの見解もある（鯉越滋弘「判批」刑事訴訟法判例百選〔第7版〕（1998年）25頁）。

(65) 会話当事者間の秘密の放棄は、不特定多数に対する公開ではないが、通信の他方当事者との関係ではこれと同程度に公開されているのであるから、その限りではこれと同様に取り扱うことが可能であらう。なお、井上正仁・前掲注(11)187頁参照。これに対し、秘密性に関するプライバシーは相手方に委ねたが、記録した物をどう使うかというプライバシーは依然として話者に残るとの見解もある（椎橋隆幸・前掲注(1)90頁）。

うだとすれば、捜査されない自由は、供述証拠の獲得においてさえ保障の対象外と考えられる。捜査機関は「犯罪があると思料するとき」は捜査すべきものとされ(同法189条2項)、捜査を行うについては、「必要な取調」を行うことができる(同法197条1項)。したがって、強制捜査についてはもとより、任意捜査についても、少なくとも適法な捜査である限り、そもそも捜査されない自由を認める余地はないというべきであろうと思われる。

そこで、さらに検討の余地があるのは、予め告知を受ける権利である。仮に捜査を受けることを拒否する自由はないとしても、だからといって捜査を受けることを予め告知される権利がないとは言えない。確かに、告知、聴聞の権利は、憲法31条によって保障されているが、既に検討したとおり、告知は必ずしも事前である必要はなく、場合によっては事後の告知でも憲法に反しない。したがって、少なくともこの観点からは、相手方に秘匿しておく捜査側の必要性が強く、それなりの合理性がある場合には、相手方に対して事前に告知しない録音も許容されよう。

(4) 廉潔性

次に、前者の裁判例によって挙げられた「司法の廉潔性」の点についてはどうであろうか。確かに、この点は違法収集証拠排除の根拠として挙げられるのが一般的である。しかし、既に検討したとおり、それはあくまで証拠排除の理由であって、当該行為を違法にする理由とされているわけではない⁽⁶⁶⁾。違法は、あくまで権利・利益の侵害に根拠を有するのであって、これと全く無関係に「司法の廉潔性」が独立した違法の根拠となるわけではないように思われる⁽⁶⁷⁾。司法に対する信頼は、違法に収集された証拠を利用することに

(66) 田宮裕・前掲注(13)397頁。

(67) 大谷直人「違法に収集した証拠」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法の争点』〔第3版〕(2002年)194頁など参照。

よって害されるのであるから、そうであれば既に違法が前提とされているし、少なくとも違法それ自体の直接的な根拠ではないように思われる。

（5）小括

このようにみえてくると、相手方が録音を拒否する自由を必ずしも決定的な要素とみる必要はないし、少なくともそのことのみを理由として録音が違法と評価されるものでもないように思われる。そうだとすれば、相手方には録音を拒絶するか否かを決定する機会がなかったことは事実であるし、また、事前に知った場合には拒絶する可能性があったであろうこともその通りではあるが、それは、知った場合に拒絶する可能性があるというだけであって、知らない場合にまで拒絶するか否かを決定する自由を保障したものとまでは言えないように思われる。現実には拒絶することと、拒絶するか否かを決する潜在的な機会を得ることとは、一見すると盾の両面のように見えるが、実は全く別の事柄というべきであろう。比喩的に言えば、決定に直面した場合には決定の自由が保障される余地があるとしても、決定に直面していない場合にまで「直面する状態にしてもらう権利」が保障されているわけではない。したがって、捜査機関には、少なくとも常に相手方を「直面する状態にしてやる義務」まではないというべきであろう⁽⁶⁸⁾。そうすると、この場合においても、捜査対象者に秘匿したまま捜査を行うことは許されると言えよう。

3 秘密写真撮影

（1）許容性の限界

(68) なお、知らないから反対しないが、知れば当然に反対する場合には、価値的には意思の制圧があったのと変わらないと評価されているが（井上正仁・前掲注（11）10頁）、そのことと告知義務を認めるか否かとは、別の問題であろう。

犯人特定の資料とするため、相手方が不知の間に、密かに相手方の顔写真等を撮影することがある⁽⁶⁹⁾。例えば、目撃者に顔写真を示して面割りする必要から⁽⁷⁰⁾、あるいは犯人の同一性を確認するために⁽⁷¹⁾、当該犯罪を犯したと疑うに足りる合理的な理由がある者の顔写真を密かに撮影するような場合である。あるいは、速度違反の検挙のために、道路上方に自動速度監視装置を設置して、速度違反を犯した者を自動的に撮影するような場合⁽⁷²⁾である⁽⁷³⁾。前者については、写真撮影を予め告知すれば通常の場合には撮影を拒否するであろうから、そもそも撮影することができないことになる。それ故、仮に面割り写真作成等のための撮影を許容するのであれば、他に適切な方法はないのであるから、このような態様による密かな撮影を認めざるを得ない。他方、後者については、事前に予告掲示(警告板の設置等)を行うことによって、撮影を予め告知することは可能であるから、いわば「騙し討ち」であるとの非難を回避する余地はあり得よう。そうする、少なくとも後者については、そのような警告板の設置等による事前告知の義務があるのではないかと。捜査の公正を確保するためにも、事前警告すべきではないかとの疑問があ

(69) ここでは、公共的空間における撮影を前提としており、居宅、ホテル客室等の外界から遮断された空間における撮影は強制捜査とされるのが一般的である(井上正仁・前掲注(11)12頁)。さらに、清水真「捜査方法としての遮蔽空間の探知に関する考察」明治大学法科大学院論集8号(2010年)31頁以下参照。

(70) 東京地判平1・3・15判時1310号158頁。

(71) 東京地判平17・6・2判時1930号174頁, 最決平20・4・15刑集62巻5号1398頁。その他, 京都地判平2・10・3判時1375号143頁参照。

(72) 最決61・2・14刑集40巻1号48頁, 東京高判平5・9・24判時1500号192頁。

(73) その他, 手配車両の走行を把握するために設けられた, いわゆる「Nシステム」の「自動車ナンバー自動読取装置」にも高感度テレビカメラが組み込まれており, 車両搭乗者の容貌が撮影されることがある。しかし, ナンバーの照合に使用されるだけで, 容貌の映像それ自体が記録, 保管, 使用されることはないとされている(東京高判平17・1・19判時1898号157頁, 東京地判平19・12・26訟務月報55巻12号3430頁及びその控訴審東京高判平21・1・29判タ1295号193頁参照)。

る。

ところで、このような事前警告は、一般には、いわば捜査を行っていること（あるいは、もし違反行為があれば即刻捜査を行うこと）を告知することになるので、仮にそのような告知をしなければならぬとすれば、捜査を行うためには事前に相手方に捜査開始を告知する義務を認めることになる。この点、一般論としては、相手方が捜査の対象となっていることを知ると、直ちに証拠を秘匿し隠滅する可能性がある上、もし捜査情報が外部に明らかになれば、関係者の名誉を害する危険も高いと考えられるので、少なくとも一定の時点までは、相手方が捜査の対象となっていること自体を秘匿しておかなければ、適切な捜査を行うことはできない。捜査の密行性には、それなりの合理性と有用性がある⁽⁷⁴⁾。そうだとすれば、少なくとも一律に事前告知を認めることは相当ではあるまい。その限りにおいては、予告揭示の義務はないし、これを写真撮影の要件とするべきではないとする見解が多いことは理解できる⁽⁷⁵⁾。最高裁判所も、「違反者の防御権を侵害しあるいは囹捜査に類似する不合理な捜査方法とは認められない」と述べている⁽⁷⁶⁾。

(2) 自己決定の侵害

これに対し、そのような捜査一般論が問題なのではなく、憲法上の自由ないし肖像権を制約・侵害するような捜査方法を用いるに際しては、予告揭示が任意捜査の「相当性」の要件とされるべきではないかという問題であるとした上で、予告揭示にもかかわらず違反した者はもはや肖像権等を主張できないというべきであるから、予告揭示は撮影を「相当」とするための要件と

(74) 捜査の密行性につき、後掲注(116)参照。

(75) 久米喜三郎「被撮影者の承諾を欠く写真の証拠能力」判タ594号(1986年)28頁、遠藤顯史「判批」別冊判タ26号【警察基本判例・実務200】(2010年)364頁参照。また、最高裁判所判例解説昭和61年度刑事篇22頁〔松浦繁〕も、常に指導、警告が要求されるのか「疑問である」とする。

考えるべきであるとの見解⁽⁷⁷⁾も主張されている。確かに、面割り写真撮影の場合と異なり、相手方に告知してもおよそ捜査目的を達し得ないというわけでないから、より侵害の少ない他の選び得る手段があり得るのであれば、その方法を選ぶべきであるとも言えよう。しかし、そもそも予告警告をすることが、相手方の被侵害利益を減少させる機能を果たすのであろうか。仮に予告警告があれば、それにもかかわらず違反を犯すか、警告に従って違反を差し控えるか、いずれかの自己決定をなすことができる⁽⁷⁸⁾。警告がないことによってその機会を剥奪されることは、それ自体既に損害であるとも考えることも可能かもしれない。しかしながら、そもそも犯罪を犯すか否かの決意の自由を保護すべき法益と考えることができるのであろうか。本来、犯罪を犯す

(76) 最判昭61・2・14刑集40巻1号48頁。「事前警告が十分でなく困捜査に類する」との主張も排斥されたと解されている(松浦繁「判批」ジュリスト864号(1986年)96頁)。もっとも、判決の説示が簡潔であることから、警告板の設置を含め、なお議論の余地があるとの見方が多いようである(三井誠「判批」法学教室70号(1986年)108頁、田口守一「判批」法学セミナー382号(1986年)105頁など)。なお、第一審(東京地判昭59・1・12)は、警告板の設置は「本件写真撮影の許否の要件の充足の判断に関係しない」と述べている(刑集40巻1号84頁参照)。その後の裁判例として、東京高判平5・9・24判時1500号192頁(「予告板の有無は、右装置による写真撮影の結果を捜査及び刑事訴追に利用することについてなら影響を及ぼすものではない」とする)。

(77) 酒巻匡「判批」刑事訴訟法判例百選〔第5版〕(1986年)31頁。なお、撮影しなければ証拠保全ができないというわけではないから、単に効率化のためであれば、警告板設置が必要と解すべき余地があるとの見解も主張されている(上口裕「判批」昭和61年度重判解ジュリスト887号(1987年)176頁)。また、一般論としてはあるが、運用いかんによっては、違法、違憲となる余地もあるとの指摘もなされている(小早川義則「自動車速度監視装置による写真撮影の合憲性—最高裁昭和61年2月14日第2小法廷判決をめぐって—」ジュリスト861号(1986年)84頁)。やや異なる観点から予告要件を不要するものとして、堀金雅男「判批」別冊判タ12号『警察実務判例解説(取調べ・証拠篇)』(1992年)155頁。

(78) 東京高判昭59・7・17高検速報59年263頁参照(警告板を認識しつつ速度違反を行う者は、「撮影を認容したものと推定されてもしかたがない」とする)。

自由それ自体が認められないのであるから、その決意をなすか否かの自己決定も保護に値しないというべきであろう⁽⁷⁹⁾。

そこで、考えられるのは、犯罪とは別に、撮影を拒否する自由を奪われたという意味において、自己決定を侵害されたとみる余地である。自己決定をそのように考えると、面割り写真を得るための撮影についても同様の問題が生じることになる。そこで、そのような写真撮影を拒否する機会を奪われたことをもって、被侵害利益とすることができるであろうか。もとより、そのような機会が付与されていれば、その機会が剥奪されたことを損害とみる余地があるかもしれない。しかしながら、そもそもそのような機会が付与されなければならないのであろうか。逆にいうと、そのような機会を留保することは、そもそも相手方たる被撮影者の権利なのであろうか。仮に権利だとすれば、いかなる態様の撮影であっても、常に付与されなければならないことになるが、果たしてそうであろうか。換言すれば、自己決定の機会利益は、肖像の利益ないし権利とは別に、独立した利益ないし権利として別途考慮されるべきであろうか。

確かに、全く嫌疑のない相手方について無断で撮影した場合を想定すれば、撮影を拒否する機会の利益は、一般論としては、肖像の利益ないし権利とは別に検討する余地はあり得るかもしれない。しかし、問題となるのは、捜査対象者に対する捜査活動としての写真撮影である。その場合、仮に撮影を拒

(79) 東京高判平5・9・24判時1500号192頁参照（「犯罪行為を行う者に対して事前に証拠保全のための写真撮影が行われることを告知しておく必要はない」とする）。その他、現行犯性を強調するものとして、東京高判昭58・4・25高検速報58年91頁。なお、おとり捜査との関係であるが、正確な情報に基づいて犯罪を実行する利益はない（酒巻匡「おとり捜査」法学教室260号（2002年）106頁，最高裁判所判例解説刑事篇平成16年度279頁〔多和田隆史〕）から、犯罪実行に関わる意思決定過程を国家から保護する必要性は認め難いと言われる（佐藤隆之「おとり捜査の適法性」法学教室296号（2005年）43頁）。ただし、この点は争いもある（大澤裕「判批」平成16年度重要判例解説ジュリスト1291号（2005年）191頁参照）。

否するか否かの自己決定の機会を保護しようとするれば、必然的に撮影することを事前に告知するほかない。すなわち、一定の犯罪捜査の対象となっていて、そのことを予め相手方に告知することになる。しかし、そのような告知義務が認められるべきでないことは、既に検討したとおりである。そして、捜査側に告知義務がないとすれば、相手方にもこれに対応する権利を認めることはできないというべきであろう⁽⁸⁰⁾。

それでは、捜査であることを告知するのではなく、単に撮影することのみを告知する義務はどうであろうか。仮に、そのような義務を問題とするのであれば、純然たる私人間の場合と異ならないように思われる。私人間であれば、おそらく「みだりに撮影されない利益」の一環として、自ら決定する権限を留保していると言って良いであろう。確かに、この権限を「みだりに撮影されない利益」と別個独立した利益と評価することも不可能ではない。しかしながら、撮影を拒否したにも関わらず敢えて撮影すれば、直ちに「みだりに撮影されない利益」が侵害され、撮影を承諾すればこの利益が侵害されないという関係にあるから、結局のところ、撮影を承諾するか否かの自己決定に関する利益は、「みだりに撮影されない利益」の侵害を左右するゲートとして機能するにとどまり、ゲートそれ自体に独自の利益が内在しているわけではない。「みだりに撮影されない利益」が存在しないところには、撮影に関する自己決定に関する利益も存在しないのであるから、前者から独立した後者のみの利益を想定することは困難であるように思われる。その意味において、撮影を拒否するか否かの自己決定の利益は、「みだりに撮影されない利益」とは異なる独立した利益としての実質を有していないと考えられる。仮にそうだとすれば、そこで侵害される利益は、結局のところ、「みだりに

(80) 刑訴法上、捜査側に告知義務が定められている黙秘権(刑訴法198条2項)についてさえ、憲法38条1項との関係では、告知義務がないとするのが判例である(最判昭25・11・21刑集4巻11号2359頁)。

撮影されない利益」それ自体であって、それは、捜査機関が撮影する場合であると否とを問わないのであるから、この利益をどこまで侵害することが相当性の範囲として許容されるかにかかっているように思われる⁽⁸¹⁾。また、「みだりに撮影されない利益」の侵害は、一般には意に反する撮影であるが、それにもかかわらず撮影が許される場合があるとすれば、そのような場合には、自己決定権を行使して反対の意思を表明したとしても、いずれにしても撮影が許されるのであるから、仮に意思決定の機会を奪われたとしても、被侵害利益にはさほど大きな変化がないように思われる。そうだとすれば、仮に撮影の許諾に関する自己決定の機会が剥奪されたとしても、必ずしも直ちに被侵害利益が加算されるわけではないと言って良いであろう。撮影の許諾に関する自己決定は、よしんばそれが利益の一部を構成するとしても、撮影されることそれ自体に比べれば遥かに小さな利益にとどまるように思われ、少なくとも、それが事態を左右するほどの重要な意味を持つ利益とは考えられない。

(3) 小括

このように見てくれば、相手方に撮影を予告しないことは、相当性判断に殆ど影響しないのではないかと考えられ、そうだとすれば、相手方の容貌等の写真撮影については、一定程度の捜査の利益が認められる限り、相手方に対して秘密裡に撮影を行うことも許されるものと考えられる。その限りに

(81) 民事事件においても、「みだりに自己の容ぼう等を撮影されない」「人格的利益」が肯定されており、不法行為として違法となるか否かは、「被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうか」によるとされている（最判平17・11・10民集59巻2号2428頁）。なお、この基準は、比較衡量基準による総合的判断とされるが、実質的には、最大判昭44・12・24刑集23巻12号1625頁と概ね同様と評価されているようである（最高裁判所判例解説刑民事篇平成17年度793頁〔太田晃詳〕）。

において、少なくともこのような態様の捜査については、不作為による欺罔ないし偽装を用いることそれ自体は、捜査の違法性に殆ど影響しないと評価することができるように思われる。

4 コントロールド・デリバリー (CD)

(1) CDの根拠と限界

麻薬及び向精神薬の不正取引の防止に関する国際連合条約⁽⁸²⁾ 1条 (g) によると、コントロールド・デリバリー (「監視付移転」。以下、「CD」という。) とは、「第3条1の規定に従って定められる犯罪を実行し又はその実行に関与した者を特定するため、一又は二以上の国の権限のある当局が、事情を知りながら、かつ、その監視の下に、麻薬、向精神薬、この条約に附属する付表I若しくは付表IIに掲げる物質又はこれらに代わる物質の不正な又はその疑いがある送り荷が当該一又は二以上の国の領域を出、これを通過し又はこれに入ることを認めることとする方法をいう。」と定義されている。日本においては、CDを直接規定した実定法はないが、「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律」(以下、「麻薬特例法」という。) 3条及び4条において、入国審査官及び関税長が規制薬物を所持する外国人の上陸及び通関を認める特例を設けており、また、同法8条において、薬物犯罪を犯す意思をもってする規制薬物としての物品の授受等を犯罪としており、これらの規定によって、ライブCD (禁制品を押収しないで通過させるCD)

(82) 同条約は、1988年12月20日国際連合麻薬委員会条約採択会議において採択され、1990年11月11日発効しているが、我が国においては、平成4年8月28日条約第6号として効力を有するに至っている。採択の経緯につき、黄朝義「コントロールド・デリバリーといわゆるプライバシー法理—アメリカ合衆国を中心として—」法学政治学論究13号 (1992年) 184頁注(2) 参照。

及びクリーンCD（禁制品を他の物品に入れ替えて通過させるCD）を実施する場合に障害となる出入国管理関係法上の障害を取り除くことが可能になったとされている⁽⁸³⁾。したがって、これらの規定は、いずれも、刑訴法上CDを実施できることを前提に、その場合の法的障害となる可能性のある手続を円滑に行うためのものであって、いわば邪魔な手続を取り除くためのものである⁽⁸⁴⁾。それ故、CDそれ自体は、刑訴法197条1項に規定する任意捜査の一環として、その限界内において実施することができる⁽⁸⁵⁾とされている。

また、銃刀法31条の17において、けん銃等、けん銃部品又はけん銃実包以外の物品をけん銃等であるとの認識のもとに、輸入し、譲渡し、所持等した場合に処罰する旨を規定しているが、この規定は、クリーンCDの実施を想定したものとされている⁽⁸⁶⁾。

(83) 古田佑紀ほか編『大コンメンタールI 薬物五法〔麻薬特例法〕』（1994年）48頁。

(84) 佐藤隆之「コントロールド・デリバリーをめぐる諸問題（1）」エコノミア47巻4号（1997年）47頁。

(85) 井上宏「コントロールド・デリバリーの可否」平野龍一ほか編『新実例刑事訴訟法〔I〕』（1998年）44頁、中村芳生「コントロールド・デリバリー」松尾浩也ほか編『実例刑事訴訟法I』（2012年）75頁、最高裁判所判例解説刑事篇平成9年度236頁（注1）〔三好幹夫〕。なお、運用の実態について、田所健一「麻薬特例法等の適用状況と今後の課題」警察学論集46巻11号（1993年）123頁、友利文男「薬物密輸入取締りの現状」法律のひろば49巻1号（1996年）18頁参照。CDが密輸入ルート of 遮断に有効である点につき、伊藤智「薬物濫用と警察の薬物対策の現状」法律のひろば49巻1号（1996年）25頁参照。ただし、特例法11条（現行法8条）については、クリーンCD以外の場合、例えば、税関職員が誤って物品を渡したような事例でも適用の余地があると言われる（猪瀬慎一郎「麻薬等特例法の新犯罪類型について」判タ812号（1993年）15頁）。

(86) 徳永崇「[おとり捜査]、コントロールド・デリバリー等新しい捜査手法について」警察学論集48巻8号（1995年）98頁。なお、ライブCDについては、対象荷物が国外からのものである場合、税関手続等の特例法が法律上認められていないから、けん銃等については実施困難とされている（同頁）。

(2) 被侵害利益の検討

このような捜査方法は、その本質において、監視していることを相手方に知られないことが最も肝要である⁽⁸⁷⁾。したがって、相手方に接触することなく密かに実施されることになる。その意味で、秘匿捜査の一種であって⁽⁸⁸⁾、捜査することを相手方に対して事前に告知することは、およそ想定することができない。監視の方法としては、運搬方法や経路について十分な情報を収集した上で、散逸を防止し、相手方の行動を確認し得るに十分な人員、無線機等を配置して、尾行や張り込み等を行うことが想定されている⁽⁸⁹⁾。そうすると、この場合、相手方の権利・利益の侵害は、せいぜい、①配送先を特定されない利益、②輸送経路を知られない利益、③そもそも国家から監視されない利益、さらには、④もし監視されていることを知ったとすれば監視を拒否する利益などが考えられるにとどまり⁽⁹⁰⁾、それ以上の直接的な利益侵害は想定しにくいように思われる⁽⁹¹⁾。これらの利益は、果たして刑訴法上保護に値する利益であろうか。あるいは、仮に保護に値するとしても、捜査の必要

(87) なお、情報の一部がマスコミに漏れ、カメラ等を持参して周辺を徘徊するなど、捜査上の支障が生じた事例が報告されており、厳格な秘密保持が強調されている(田所健一・前掲注(85)138頁)。

(88) なお、監視追跡した後に最終地点で内容物を押収するためには、日本では、現行犯逮捕に伴う場合を除いて令状が必要とされているが、米国では、「先行令状」と呼ばれる令状が用いられるとともに(佐藤隆之「コントロールド・デリバリー実施過程における捜索・差押え」阿部純二先生古稀祝賀論文集『刑事法学の現代的課題』(2004年)504頁)、政府職員が一度適法に開披し内容物が非合法な物であると確認した以上、保護されるプライバシーの利益が残っていないので、再度封印したとしても合法的に侵害されたプライバシーを回復させないことから、無令状で押収できるという取扱いもなされているとのことである(黄朝義・前掲注(82)170頁)。

(89) 古田佑紀ほか編・前掲注(83)18頁。

(90) 被監視者は、監視されていることを全く知らないのであるから、自己決定に因果を有する影響を受けたとは言い難いであろう。そうすると、人格的自律権が侵害されたとは言にくい。その意味で、侵害を問題とするとすれば、自己の情報をコントロールする利益の侵害であろう。

性との関係において、これを凌駕するほど保護に値するものであろうか。

第1に、配送先を特定されない利益については、宅配便等の専門輸送機関を利用して移転を行うような場合であれば、少なくとも輸送機関に対しては配送先が告知されており、配送伝票の表示等によって輸送機関以外の者もこれを知る余地があり得るし⁽⁹²⁾、また、輸送機関は公共空間を移動して輸送するので、その限度ではある程度公開された情報と言い得る。仮に保護されるとしてもその程度は低いものと言って良いであろう⁽⁹³⁾。これに対し、発送関係者が自ら輸送を行う場合には、配送荷物それ自体から配送先を知ることは殆ど不可能である。仮にCDを実施したとしても、実際の最終配送先に到達して初めてその配送先が明らかになるに過ぎないから、結局のところ、次に

(91) なお、宅配等を利用するに際してCDが実施されることによって、捜査機関による「行為支配」が生じたと解すれば、支配されない自由のようなものも想定し得るかもしれないが、CDは、あくまで薬物が散逸しないように「監視」するのであって、そもそも「行為支配」とまでは言えないと思われる(最決平9・10・30刑集51巻9号816頁、島田聡一郎「判批」ジュリスト1163号(1999年)157頁。さらに、三好幹夫「時の判例」ジュリスト1132号(1998年)110頁参照。)。むしろ、CDの介在によって因果関係が切断されるとの見解も主張されている(齋野彦弥「判批」平成9年度重要判例解説ジュリスト1135号(1998年)157頁)。

(92) 宅配便については、郵便物と異なり、実定法上、通信の秘密の保護に関する規定は存在しない。したがって、例えば、宅配業者による任意提出に基づく領置も適法と解することは可能と思われる(笹倉宏紀「判批」平成21年度重要判例解説ジュリスト1398号(2010年)209頁参照)。ただし、これに対し、最決平21・9・28刑集63巻7号868頁は、そのような考え方を黙示的に否定したとする理解も示されている(緑大輔「判批」法学セミナー増刊『速報判例解説』Vol.6〔2010年〕212頁注15)。なお、上記最決の第一審である大阪地判平18・9・13判タ1250号339頁は、宅配物のX線撮影につき、荷送伝票の記載を読んで荷送人・荷受人の住所氏名等や品名を知るなどの方法で調査する場合と性質を異にし、内容物の形状や材質を窺い知ることが可能になる点で、「荷送人・荷受人の私的な領域に一步踏み込むもの」としており、伝票を読み取ることについては、必ずしも「私的な領域」に「踏み込む」とまでは評価していないようにも見受けられる。

述べる輸送経過が明らかとなった結果として付随的に、いわば経過の延長として配送先が判明するにとどまる。そうだとすれば、仮に、輸送経過を知られない利益とは別に、配送先について独立した保護利益が認められるとしても、それは前者に比べ遥かに軽微と言うべきであろう。また、仮にこの点は措くとしても、そもそも違法薬物等の輸送を行うのであって、配送先はその受取人であるから、発送関係者は、そもそも配送先を知られない利益を期待することができる立場であるか否かは疑わしいとも言えよう。いずれにしても、配送先を特定されない利益については、仮に保護に値する利益があるとしても、軽微なものと言うべきであろう。

第2に、輸送経路を知られない利益についてはどうであろうか。専門輸送機関に委ねる場合にせよ、また発送関係者が自ら輸送する場合にせよ、輸送経路は全て公共空間である。そうすると、移動それ自体について秘匿したいと希望しても、そもそも公衆監視の下で移動するほかないのであるから、その限りにおいて、その経路は殆ど公開されていると考えることもできる。写真撮影や発信機の装着等の措置が講じられた場合には、別途法益侵害が想定できるとしても⁽⁹³⁾、単なる目視による監視にとどまる限り、これによる法益侵害は軽微と言うべきであろう。

第3に、そもそも国家から監視されない利益についてはどうであろうか。

(93) 米国においては、公共空間における行動には、「プライバシーの合理的期待」がないから、保護される利益はないとされているが、我が国では、公共空間であるから常にプライバシーがないとまでは言えないとの見解もある(壇上弘文「科学機器・技術を用いた行動監視とプライバシー—electronic tracking deviceいわゆるビーバーの有効かつ適切な利用とその限界及び要件についての検討—」法学新報112巻1=2号(2005年)199頁、大野正博「携帯電話による位置認識システムの活用とプライバシー」朝日法学論集39号(2010年)85頁、108頁)。なお、プライバシーの合理的期待が否定される場合に関する米国判例の分析につき、大野正博「プライバシーの合理的期待—近時の科学的捜査に関する判例を題材として—」朝日法学論集36号(2009年)85頁参照。

確かに、そのような利益をプライバシーの一環として主張することは可能かもしれないし、それなりに尊重されるべきであろう。しかし、張り込み、尾行等が許容されるとすれば⁽⁹⁵⁾、監視もこれと逕庭ないように思われる。そして、張り込み、尾行等は、相手方の行動の自由を制約することも、意思決定の自由を制約することもないのであって⁽⁹⁶⁾、少なくとも直接的な権利・利益の侵害は想定できない⁽⁹⁷⁾。せいぜい、プライバシーとしての「見られない自由」とでもいうべき利益であろう。しかし、公共空間に自らを晒す以上、公

(94) 走行行程を目視等で追跡するのは許容範囲だが、ピーパー等の監視装置を用いて監視するのは、自由な活動を萎縮させるので、このような方法で監視されないことには「合理的」な「期待」があるとの見解が主張されている(香川喜八郎「監視とプライバシー」高岡法学2巻1号(1991年)246頁)。これに対し、ピーパーによる監視が公道上等の一般公衆に晒されている状況下にある限り任意捜査として許容されるとする見解として、井上宏・前掲注(85)47頁、中村芳生・前掲注(85)79頁など。なお、ピーパーによる監視に関する1980年ころまでの連邦下級審レベルの裁判例につき、対象物が禁制品か否か、場所が公道か商業施設等か、機器の性能の程度はどうかなど、「様々な要素が錯綜して、ケース・バイ・ケースで判断されている」と言われていた(山名京子「科学捜査とプライバシー保護に関する一考察(二)ーアメリカ合衆国ピーパー(電子追跡装置)の判例を中心にー」関西大学法学論集34巻1号(1984年)126頁)。

(95) 極端に至近距離に接近して行う「密着尾行」は違法となる可能性はあるが、相手方が知らない状態で行う「秘匿尾行」はもとより、相手方が気付いてその意に反する「公然尾行」となったとしても適法とされている(大阪高判昭50・8・30判時855号115頁。ただし、原審大阪地判昭50・2・25判時781号55頁は、さらに制限している。)。この点につき、宮崎一夫「警察活動における尾行」警察学論集33巻10号(1980年)24頁、山崎裕人「尾行・張込みの適法性」別冊判タ9号【警察関係基本判例解説100】(1985年)92頁、渡辺修「警察官の尾行行為の要件」同志社法学29巻6号(1978年)66頁、夏目文雄「判批」判時868(判評277)号(1978年)159頁参照。これに対し、情報収集活動としての尾行、張り込みについて、「公然尾行」は違法となる可能性が指摘されている(河上和雄「情報収集活動の限界」警察学論集27巻10号(1974年)186頁)。なお、張り込みにつき、東京地判昭56・6・22判時1034号141頁(「合理的必要性」がある限り適法とする。))。

(96) 中村芳生・前掲注(85)77頁。

衆から「見られない自由」を主張することはかなりの困難を伴うし、仮にそのような自由があったとしても、極めて軽微な利益と考えるほかないように思われる。そうすると、仮に、監視されない利益が侵害されたとしても、せいぜい軽微な侵害に止まるであろう。

第4に、もし監視されていることを知ったとすれば監視を拒否する自由については、どうであろうか。この点については、類似の利益状況をめぐって既に検討した通りであって⁽⁹⁸⁾、そもそもそのような利益を独立して保護する必要はないように思われる。

以上のとおり、仮に自由の侵害として多少の利益侵害が認められるとしても、その程度は軽微であって、殆ど保護に値しない程度であるようにも思われるし、少なくとも、大量の違法薬物の摘発という極めて重要な捜査の利益と比較すると、極めて小さな法益侵害にとどまると考えるのが相当であるように思われる。

(3) 小括

このように見てくれば、CDという捜査方法においては、仮に幾ばくかの監視されない自由ないし利益が認められ得るとしても、その程度は軽微であると考えられる上、仮にその侵害があったと仮定しても、想定し得る違法の実質は、「秘匿されたこと」にあるというよりもむしろ「監視されたこと」にあると考えられるように思われる。そうだとすれば、少なくともこのような態様の捜査において、秘匿ないし不作為による偽装を用いることそれ自体は、捜査の違法性に殆ど影響しないように思われる。

(97) 仮に、国家から監視されていることを知ったとすれば、行動を自粛するという意味で、一定の「萎縮効果」はあるかもしれないが、そのような間接的利益侵害については、立ち入らないこととする。

(98) 前述第3の2(3)及び同3(2)参照。

5 電子機器を用いた追跡監視

（1）CDとの相違

いわゆるCDに限らず、見張りや張り込みによる行動監視ないし行動確認に代えて、電子機器を用いた行動監視ないし追跡監視が行われることがある。この場合も、侵害される権利・利益は、CDの場合における監視と殆ど異ならないようにも見える。しかし、CDは最終配送先で最終受取人を一網打尽に検挙するためのものであるから、輸送中の「人」の監視ではなく、あくまで輸送中の「物」の監視である⁽⁹⁹⁾。したがって、途中で「人」が入れ替わっても「物」の同一性が維持される限り、全く影響がない。CDにおいて問題となるのは、むしろ発送人又は荷受人のプライバシーであるから、「人」については、いわば「物」の監視を通じた間接的利益侵害と言えよう。これに対し、人の移動に関する追跡監視は、当該被監視者自身のプライバシーのみが問題となるから、「人」に対する直接的利益侵害と言えよう。その意味において、CDにおける追跡監視と人の移動に対する継続的な監視とは、必ずしも同列に論ずることはできないように思われる。

また、CDにおける捜査の必要性は、具体的な特定薬物について、具体的な配送先を特定して検挙するという極めて明確かつ限定的なピンポイントの必要性である上、仮に見失った場合には薬物の害悪が拡散するという危険と背中合わせの監視であるから、高度の監視体制が必要であって⁽¹⁰⁰⁾、このような捜査目的を達成するためには、より制限的でない他に選び得る方法はないと言って良いように思われる。その意味において、必要性の程度は極めて高度であって、その監視体制は極めて厳格でなければならない。これに対し、

(99) 井上宏・前掲注(85)47頁、滝沢誠「GPSを用いた被疑者の所在場所の検索について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（2010年）746頁。

(100) 佐藤隆之・前掲注(84)50頁。

単なる見張りないし行動監視の方法としての追跡監視は、その必要性においてやや漠然としており、他に採るべき手段がないか否かについても多様であって、必ずしも一概には言えない。その意味において、対象とする捜査によってその必要性の程度はかなり異なるように思われる。

そうすると、仮に任意捜査に分類されるとすれば、許容性の限界がCDの場合とは異なる可能性は十分にあり得る。しかも、CDの場合には、監視される対象は主として薬物等の法禁物の運搬であって、それ自体不法な所持状態としての犯罪を継続しているのであるから、相手方には、そもそもこれを運搬する自由はなかったとも言えるのである⁽¹⁰¹⁾。これに対し、単なる行動監視ないし追跡監視の場合には、被監視者は原則として行動の自由を有するのが通常であって、いわば単なる市民の延長線上にあると言って良い。したがって、侵害される権利・利益の点においても、CDの場合と比べ、一層厳格に保護されなければならないであろう。

(2) 電話傍受との共通性

電子機器を用いた追跡に関連して、追尾監視ビデオ撮影については、いわゆる電話傍受との共通性があるので、強制捜査としての規制を及ぼすべきであるとの見解⁽¹⁰²⁾が主張されている。ここで追尾監視ビデオ撮影とは、「場所を特定せず、特定人物の行動を尾行監視しつつ、犯罪発生に備えてビデオ撮影を行うもの」⁽¹⁰³⁾とされている。電話傍受との共通性につき、①追尾監視ビ

(101) 禁制品に対するピーパーによる追跡監視に関する米国の裁判例には、禁制品にはプライバシーは期待し得ないという捉え方があると言われている(山名京子「科学捜査とプライバシー保護に関する一考察(二)ーアメリカ合衆国ピーパー(電子追跡装置)の判例を中心にー」関西大学法学論集34巻1号(1984年)123頁,同「(一)」同33巻6号(1984年)47頁)。

(102) 指宿信「ハイテク機器を利用した追尾監視型捜査ービデオ監視とGPSモニタリングを例に」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』〔下巻〕(2007年)174頁。

(103) 指宿信・前掲注(102)169頁。

デオ撮影は、特定対象者の行動が継続的に無制限に記録される点で、特定電話番号に掛けられた電話の傍受と共通していること、②犯罪発生を待ち受けるものであるから犯罪と無関係な生活が撮影される点で、無関係会話の傍聴も許容される電話傍受と共通すること、③いずれも対象者以外の第三者のプライバシーが侵害されること、④いずれも憲法上重要な権利の侵害であること、⑤いずれも物理的有形力の行使がないこと等が主張されている。確かに、両者に共通性を見出すことは可能であろう。しかし、決定的に異なるのは、追尾監視型ビデオ撮影において想定されているのは公道上の行動監視であって、一般市民から注視されることはやむを得ないのに対し、電話傍受においては、一般市民から傍受されることはそもそもあり得ない点で、プライバシーの要保護性には決定的な相違があるのではないかとと思われることである。もとより、追尾監視型ビデオ撮影においても、例えば、ストーカーまがいの「つきまとい」のような異常な継続監視の場合には、たとえ公道上であったとしても、到底やむを得ない方法とは言いがたい。しかし、「つきまとい」のようなケースであれば、対象者に知られることになるのが通例と思われるので、そうであれば、通常の場合にはそもそも監視の意味がないことになる。したがって、追尾監視としては、そのような密着監視ではない監視、相手方に気付かれることのない監視のみを想定すれば足りるように思われる。そして、公道上の通常の行動監視であれば、一般市民の誰からでも注視され得ることはやむを得ないであろう。その意味において、電話傍聴とのプライバシー侵害の程度の差は明らかであるように思われる。

(3) ビデオによる追跡監視

次に、公道上の監視に関し、目視による追跡監視とビデオ監視が決定的に異なる点は、「監視の記録化＝証拠化」であるとされる⁽¹⁰⁴⁾。確かに、目視と写真ないしビデオ撮影との決定的違いがデータの記録化であり、その後いつでもどこでもいくらかでも正確な情報を利用することが可能となり、その意味

で情報流出によるプライバシー侵害拡大の可能性が大きいことは事実である。デジタル機器によるデータ収集は、まさにこの点で極めて大きな意味がある。確かに、データを保管するだけでなく、そのデータを他のデータと突合し、繋ぎ合わせ、あるいは比較検討することによって、そこから対象者の行動パターンや生活パターン、ひいては趣味・嗜好に至るまでの個人情報を読み解き析出することが可能となり、単なるデータの集積以上の新たな価値を生み出すことによって、全く新たなプライバシー侵害が新たに発生する可能性を否定することはできない。しかしながら、このような累積データの新たな活用は、その保管と管理の方法についての規制を設けることによって対処すべきであって、そのような侵害可能性の故にデータの収集それ自体を一律に規制するのは、本末転倒であるように思われる⁽¹⁰⁵⁾。この点で、さらに、監視対象にされているかもしれないという不安を与えることによって、その行動を萎縮させ、思想の自由・表現の自由その他の憲法上の権利の享受を事実上困難にするおそれも否定できないことが指摘されることもある⁽¹⁰⁶⁾。しか

(104) 指宿信・前掲注(102)182頁。さらに、椎橋隆幸・前掲注(1)88頁参照。なお、東京地判平19・12・26訟務月報55巻12号3430頁参照(Nシステムをめぐる損害賠償請求事件につき、容貌を含めて撮影はされてもそのまま「記録、保存」されることはない、「人間が視覚的に認識することは一切できない」として、肖像権の侵害にはならないとした。なお、控訴審東京高判平21・1・29判タ1295号193頁も、一審判決を容認して控訴を棄却した。)。同旨、東京地判平13・2・6判時1748号144頁。さらに、東京高判平17・1・19高刑集58巻1号1頁参照(「国民の私生活上の自由の侵害」はないとする。)

(105) Nシステムにおいてもそのような問題が主張されており、東京地判平19・12・26訟務月報55巻12号3430頁は、情報の性質、収集の目的、保存・利用の方法、管理の厳格さなどを総合して判断するとしている。

(106) 大阪地判平6・4・27判時1515号116頁(損害賠償請求事件)。なお、いわゆるNシステムとの関係について、確かに「萎縮効果」も想定し得るが、そのためにはシステム廃止を主張する必要はなく、目的・方法の明確化・限定化、設置場所の限定等で対応可能であるとの見解が主張されている(小泉良幸「判批」平成21年度重要判例解説ジュリスト1398号(2010年)11頁)。

し、そのような不安による萎縮は、追尾監視に限らないし、自らが捜査対象になったことを知れば、多かれ少なかれ生じる可能性がある。また、追尾監視は、そもそも対象者に知られないように行うことに本質があるのであるから、そのような不安感を抱かれないように行うのが本来の在り方であろう。対象者に萎縮効果が生じてしまえば、対象者の行動自体が本来の行動から逸脱するのであって、そもそも追跡監視の意味がないことにもなりかねない。この点では、いわゆる監視カメラによる継続監視とかなり異なっているものと言えよう。さらに、仮にこの点は措くとしても、そのような不安や萎縮は、追跡監視にともなう直接的な権利・利益の侵害ではなく、したがって、本来の追跡監視によっては生じてはならない態様の侵害であって、いわば不適切な追跡監視の方法によって付随的に派生するに過ぎないのであるから、そのような侵害を理由に本来のあるべき追跡監視を制約することは、これまた本末転倒の誹りを免れないように思われる。

このようにみれば、追跡監視型ビデオ撮影それ自体を取って強制捜査として規制を行うまでの論理的必然性はないように思われるし、せいぜい任意捜査の限界として検討するのが相当と言うべきであろう。

（４）GPSによる追跡監視

それでは、GPSを利用した追尾監視型捜査についてはどうであろうか。この場合、ビデオ監視と異なり、単なる位置情報のみの取得に止まり、容姿情報や動作情報は全く取得できないが、対象者に気付かれるおそれは殆どないこと、ビデオ撮影による追尾監視と異なり、極めて緻密で正確な位置情報が得られることなどの点で優れていると言えよう。このような位置情報の取得については、どのようなプライバシーがどの程度侵害されるのであろうか。まず、GPSを利用するためには、対象者の自動車等に無断でGPSを装着することが必要である。その上で、衛星を通じて送信される電波を受信して電子情報として処理し、これを連続してモニタリングしつつ地図上にマッピング

することによって、極めて精度の高い位置情報が時間経過とともに得られる。したがって、何時何分何秒からいつまでどこにいたか、どこをどの位の速度でどこまで移動したかなどの情報が、精密に得られるのである。しかし、対象者の個別の容姿情報やその場所での対象者の動作情報は全く得られない。その意味では、プライバシーの侵害は小さいとも考えられる。問題は、位置情報の詳細が把握されることである⁽¹⁰⁷⁾。

この点で参考となるのは、携帯電話から発せられる微弱な電波からその位置を検索する捜査手法である⁽¹⁰⁸⁾。この場合、一般には電話会社に対する検証令状の発付を得て令状執行という形で実行されているようである⁽¹⁰⁹⁾。これとGPSによる位置検索との類似性を理由に、GPSを利用した位置検索も強制捜査の範疇に属するというべきであるとの見解が主張されている⁽¹¹⁰⁾。しかしな

(107) 米国では、GPSのデバイスを車両に取り付けて追跡することにつき、州法域及び連邦巡回控訴審において、合衆国憲法修正4条に違反するか否かが争われていたが（指宿信「GPSと犯罪捜査」法学セミナー619号（2006年）4頁、清水真「自動車の位置情報把握による捜査手法についての考察」法学新報117巻7＝8号（2011年）453頁参照）、連邦最高裁は、2012年1月23日、GPSのデバイスを令状なしに取り付けることは、同条に違反すると判断した（法廷意見）。なお、Alito判事の補足意見（Ginsburg判事ら3裁判官同調）では、モニタリングして監視を継続すること自体が「我々の社会が合理的だと承認した期待」を侵害するとされている（United States v. Jones, 565U.S.,Part2. <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-1259.pdf>）。また、ドイツの判例、学説につき、滝沢誠・前掲注（99）734頁参照。

(108) この点につき、池田弥生「携帯電話の位置探索のための令状請求」判タ1097号（2002年）27頁参照。

(109) 強制捜査とされる理由は、携帯電話の位置検索については、位置情報を探知されることがない期待を有していること、長期間継続的な把握を可能とする点でプライバシー侵害が大きいたことが挙げられるが、任意に知り得ない情報を携帯電話会社から取得することも大きな理由とされている（池田弥生・前掲注（108）28頁、32頁注（4））。位置情報というプライバシーは、携帯電話会社に課せられている守秘義務によって保護されているという関係にあるから、実質的な被侵害利益は、携帯会社の利益と個人の位置情報であると解されている（池田弥生・前掲注（108）30頁）。

がら、携帯電話による位置検索は、あくまで電話会社のみが受信することができる電波を捜査機関が取って利用するものであるから、通話内容の傍受と異なるとは言え、いわば通信傍受に近い類型とも言える。その意味で、検証令状は電話会社に対して呈示され執行される。これに対し、GPSの利用による位置検索は、捜査機関が直接設置した機器を用いて自ら直接に電波を受信するのであって、他人の電波の利用ではなく、いわば自分の電波の利用に過ぎない。確かに、位置を検索される側からみれば、いずれにせよ位置情報というプライバシーが侵害されるのであるから、このような相違は大した相違ではないかもしれない⁽¹¹¹⁾。しかし、携帯電話の位置情報については、専用電波ではあっても、電話会社に対しては開かれているのであって、これを捜査機関が利用するために電話会社に対する令状を得てしまえば、捜査機関に対しても開かれる状態となるのである。他方、GPSの利用の場合には、GPS利用者にはそもそも開かれているのであるから、デバイスの装着に令状があるか否かについては別途検討の余地があるとしても、この点を乗り越えれば、捜査機関に対しても開かれた電波を捜査機関が利用するというに過ぎない。その意味において、携帯電話による位置検索の場合とは異なっているというべきであろう⁽¹¹²⁾。

また、携帯電話の場合には概ね身に付けて携帯しているのが通常であるが、GPSの場合には、自動車に装着されるので、自動車の利用者が乗車している場合には利用者の位置情報が得られるものの、利用者が乗車していない場合はもとより、そもそも利用者が誰であるかさえもGPSによって解明すること

(110) 指宿信・前掲注(102)180頁、同・前掲注(107)5頁。

(111) 池田弥生・前掲注(108)32頁注(4)及び注(5)も、強制捜査とする主たる理由は、プライバシー侵害が大きいことにあるようである。したがって、携帯電話会社が捜査機関の照会に対して任意に情報提供することは、司法審査の潜脱とされる(同頁注(5))。

(112) 滝沢誠・前掲注(99)744頁(「別レベル」とされる)。

ができない。それ故、利用者のプライバシー侵害は、間接的な侵害に止まるとも言えよう。

このように考えると、携帯電話の位置情報の検索とGPSによる位置検索とは、必ずしも同等に論ずることはできないように思われる。携帯電話会社の守秘義務を突破することが不可欠である前者に令状を要求し、そのような強硬突破を要しない后者に令状を要求しないことは、必ずしも矛盾ではないように思われる。

以上のようにみてくれば、GPSによる位置情報の把握は、その機械的正確性と連続性において、人的追跡等に比べて遥かに精密ではあるが、そもそも公共空間における特定自動車の位置情報にとどまり、それ以上の個人情報が把握されるわけではないのであるから、その後の分析如何によっては情報の累積効果が生じ得るとしても、なお任意捜査の範疇と言って良いのではないかと考えられる⁽¹¹³⁾。そうだとすれば、捜査の必要という公益的利益との衡量の問題に解消されるように思われる。

6 小括

以上、相手方が知らないうちに捜査を行う消極的な偽装捜査においては、第1に、相手方の認識がないという点において、したがって、知らず知らずのうちに捜査対象とされ、捜査機関によって個人情報が収集されるという点において、何がしかのプライバシー侵害があり得るのではないかと考えられよう。しかしながら、捜査活動それ自体については、そもそも捜査対象者に対して捜査を行っていることを告知する必要はなく、捜査していることを

(113) 滝沢誠・前掲注(99)746頁(限定付きながら、「情報を集積すること」も肯定される。)、清水真・前掲注(107)475頁(プライバシーの期待は「主観的期待」に過ぎないとされる。なお、「主観的期待」につき、渥美東洋・前掲注(25)96頁参照。)

相手方に秘匿することは正当な偽装であるから、その故をもって直ちに権利侵害であると評価することは困難であろう。次に、第2に考えられる侵害は、監視されること、注視されること、追跡されること、位置情報が収集され記録されること、さらには収集された情報がデータとして集積され分析されることなどによる侵害である。確かに、これらの行為によって、個人の自己情報コントロール権を侵害していると考え余地もあり得よう。しかしながら、集積された情報の保管・管理については、その規制の在り方を含めて別途検討する必要があるとしても、監視や撮影や追跡等が公道上等の公共空間においてなされる限りにおいて（そして、通常はその限りにおいて実施されることが想定されている。）、公道上等ではプライバシー保護の要請が相当程度低下していることを考慮すれば、個人が捜査機関による監視や追跡等を一切拒絶することを正当化することは、原則として困難であるように思われる。写真撮影に関する判例⁽¹¹⁴⁾を前提とする限り、公道上においても個人のプライバシーは保護されるべきではあるが、少なくとも令状による以外には侵害し得ないような強度の権利・利益とまでは言えず、公共の利益との比較衡量の対象とされ得るものと考えられる⁽¹¹⁵⁾。そして、以上の検討を踏まえれば、そこで想定され得る侵害利益は、秘匿それ自体による侵害はもとより、それを越えた広い意味でにおける個人の自己情報コントロール権の侵害にしても、全体的としては比較的軽微であると考えられるから、捜査利益との比較衡量においても、結局のところ、原則として適法と評価することができるように思われる。その意味において、消極的な偽装捜査は、多くの場合、任意捜査として適法と判断されて良いであろう。

そこで、次に、相手方に対して虚偽事実を明示又は黙示で告知するような

(114) 最大判昭44・12・24刑集23巻12号1625頁。

(115) もっとも、憲法13条に由来する「みだりに撮影されない自由」に加えて、同法35条の保障する重要な法益が併せて侵害される場合には、「強制的処分」に当たると主張される（酒巻匡・前掲注（43）21頁）。

積極的な偽装捜査については、どう考えるべきであろうか。ここでは、単なる秘匿以上の権利・利益の侵害が考えられるように思われる。果たして、任意捜査の範疇で適法性を判断し得るのであるだろうか。

第4 「偽装型」の捜査—積極的な偽装型捜査—

1 積極的な偽装型捜査の在り方

(1) 積極的偽装による被侵害利益

積極的な偽装型捜査を検討するに先だって、これらの捜査に共通する許容性及び偽装によって侵害される被侵害利益を検討しておきたい。

ところで、捜査においては、捜査官と捜査対象者との駆け引きという側面があり、また、捜査の秘密も保持しなければならないから(刑訴法47条⁽¹¹⁶⁾参照)⁽¹¹⁷⁾、捜査対象者に対して、常に捜査情報の全てを正直に告知しなけれ

(116) 同条の趣旨につき、最判昭28・7・18刑集7巻7号1547頁参照(「訴訟関係人の名誉を毀損し公序良俗を害しまたは裁判に対する不当な影響を引き起すことを防止する趣旨」)。捜査においては、「捜査の密行性」に直接に結び付くとされる(松尾浩也監修・前掲注(25)105頁)。さらに、最決昭49・3・13刑集28巻2号1頁参照(付審判請求の手続は「捜査に類似する」とした上、「密行性」を解除するには、弊害に優越する特段の必要性を要するとする。最高裁判所判例解説刑事篇昭和49年度319頁〔寺澤榮〕参照。)。また、刑訴法196条は、関係者の名誉の保護と捜査妨害の禁止を掲げている(旧刑訴法253条は「捜査ニ付テハ秘密ヲ保チ」と規定し、いわゆる「捜査密行主義」を明記していた。。「捜査密行の原則」は、関係者の名誉を尊重し、罪証隠滅を防止するためと言われる(検察講義案〔平成18年版〕15頁)。なお、刑訴法47条における書類保管者の裁量についても、関係者の名誉、プライバシーの侵害等が重視されている(最決平16・5・25民集58巻5号1135頁。なお、加藤正男「判批」ジュリスト1282号(2005年)181頁、最高裁判所判例解説民事篇平成16年度356頁〔加藤正男〕参照。提出拒否が裁量逸脱とされた事案として、最決平17・7・22民集59巻6号1837頁、最決平19・12・12民集61巻9号3400頁。))。

ばならないわけではない。後に検討するとおり、例えば、おとりを用いた捜査、身分を偽装した捜査などは、捜査情報を秘匿して行う典型的な場合であるが、そのほかにも、尿の採取に際して、警察署のトイレが故障していると嘘をついてバケツに排尿させるとか、ゴミとして捨ててやる旨嘘をついて鑑定資料を入手するような場合なども考えられよう。さらに、強制捜査においても、搜索差押許可状の執行のために搜索場所へ立ち入るに際して、捜査官において、搜索場所のドアを開扉させるため「宅配便です」と虚偽の事実を告知し、あるいは、ホテル客室のドアを開扉させるため「シーツの交換に来ました」と虚偽の事実を告知するような事例もある。このような積極的な偽装型捜査の許容性を解明するためには、そもそも偽装とは何かについて、その本質を理解し、その違法性の有無と程度を見極めた上で、その因果関係の及ぶ範囲と程度を見極める必要があるように思われる。

このうち、強制捜査に伴う場合はどうであろうか。例えば、搜索に際して搜索場所に立ち入ることは、搜索を行うための不可欠の前提であって、一種の準備行為と解することもできるし、また、搜索に「必要な処分」（刑法111条1項）と解することも可能であろう⁽¹¹⁸⁾。したがって、いずれにしても、立ち入るために必要であれば、相当な手段を講ずることができよう。その際、虚偽を告知することは、物理的な侵害や抑圧を伴うわけではないとしても、そのほかに何らかの権利・利益の侵害を伴うのであろうか⁽¹¹⁹⁾。この点、確かに、もし真実を知ったならばドアを開扉しなかったであろうと言い得るとしても、そもそも令状執行のための立入りであるから、仮に拒否したとしても、

(117) 「秘匿性」は、警察捜査の「必然的性格」と言われる（江原伸一「「おとり捜査」に関する一考察」警察学論集60巻2号（2007年）124頁）。

(118) 大阪高判平6・4・20高刑集47巻1号1頁参照。さらに、東京高判昭59・3・29刑裁月報15巻3号247頁参照（「佐藤です」と偽名を用いて戸を開けさせようとした事案であるが、呈示前の立入りについて適法としたのみで、偽名を用いた点については特に判断していない。）。

その意に反して強硬突破することができるのであって、現にドア付近のガラスを破って立ち入った場合でも適法とした事例も見られる⁽¹²⁰⁾。そうだとすれば、この場合、真実を知ったならば開扉しなかったであろうという利益は、相手方にはそもそも認められないと考えることもできる。騙されたことによる幾ばくかの心理的ダメージはあり得たとしても、それは刑事手続上の違法と評価されるような権利・利益の侵害とは言えないように思われる⁽¹²¹⁾。

これに対し、任意捜査においてはどうかであろうか。例えば、捜査対象者の住居の内部を視覚的に見分するため、「ガス管の点検に来ました」などと偽って相手方の住居に立ち入り、点検を装って屋内を見分するという場合はどうかであろうか。確かに、もし捜査官が見分目的で立ち入ろうとしていること

- (119) 宮城啓子「判批」平成6年度重要判例解説ジュリスト1067号(1995年)172頁(「社会的により相当な方法」という理解はあり得るとしつつ、本質的には110条の提示の問題であるとされる〔この点につき、松代剛枝「搜索差押状に伴う「必要な処分」の変容」ジュリスト1148号(1999年)101頁も同旨〕)、山室恵「判批」刑事訴訟法判例百選〔第7版〕(1998年)51頁参照(「欺罔的」な点で、「抵抗を感じる向き」もあろうが、破壊に比べ「穏当な方法」とされる。)。なお、破壊して立ち入る場合も、欺罔による立入りの場合も、「令状事前提示原則の例外」の問題として統一的に解決しようとする見解として、大野正博「搜索・差押えに伴う「必要な処分」の意義—来訪来意告知を欠く搜索対象場所への立入りの有無を素材として—」朝日法学論集33号(2006年)40頁。この点につき、岩下雅充「搜索令状・差押え令状の提示：事前提示の原則とその例外との関係」京都学園法学3号(2010年)55頁参照。さらに、加藤克佳「判批」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕(2005年)51頁参照。
- (120) 大阪高判平7・11・1判時1554号54頁。なお、原審は、令状の事前提示ができない場合でも、執行に来た旨の告知をするなど採るべき措置を採っていないとしてガラスを破損して立ち入ることを違法としている(和歌山地判平6・10・5判時1532号109頁)。
- (121) 米国における欺罔立入と異なり、日本においては、「四捜査類似の開扉誘発行為+開いている入口を通り抜けての立入」と言うべきかもしれないとの指摘もなされている(松代剛枝「搜索差押令状執行に伴う立入—最高裁平成14年(2002年)10月4日決定を契機として—」阿部純二先生古稀祝賀論文集『刑事法学の現代的課題』(2004年)538頁)。

を知っていたとすれば、その立入りを拒否できたにもかかわらず、騙されたために拒否する自由を剥奪され侵害されたという余地はあり得るかもしれない。しかし、この場合においても、屋内への立入りの承諾それ自体は有効になされていると考えられる。そして、立ち入る以上、住居の内部を見られることも、原則として包括的に承諾していると評価することができるから、立ち入って室内を事実上見分されることは、承諾の範囲に含まれていると考える余地もあり得よう。もっとも、立入りそれ自体については承諾しているが、立入りの目的については錯誤を有するのである。そのような目的であれば承諾しなかったのに、そのような目的でないと思ったから承諾したと考えることも可能である。逆に、承諾それ自体については何らの錯誤はないから、その意味において、有効な承諾であると評価することも可能であろう。目的の錯誤は、承諾とは無関係なのであろうか。

この点、承諾した者にとっては、おそらくガス管の点検であったか否かという個別具体的な事実が問題なのではなく、例えば、水道や電気の点検であっても、あるいは耐震構造や保健衛生上の検査であっても、納得できれば良かったのであろうと思われる。そうだとすれば、要するに、その者が屋内に立ち入るための「正当な理由」があったか否か、立入りを認めるのが相当と考えるに足る合理的な事情を認識したか否かが問題であったと思われる。そして、捜査官による見分も、それが客観的にみて正当な捜査活動であると仮定すれば、相手方は正当な目的による立入りを正当な目的による立入りと思って承諾しただけだと考えることもできる。もっとも、「正当な理由」があったか否かの判断は、具体的な身分や事情が分からない限り困難であるのが通例であろうから、これらの点を抽象化して、単に言われるままに「正当な理由」があったと判断した場合、果たして真摯な承諾と言えるかという問題は残る。しかし、それは事実上真摯な承諾とは言にくいという認定の問題であって、論理的に真摯な承諾とは言えないということではないと思われる。それにもかかわらず、なお疑問が残るとすれば、それは結局のところ、

相手方が捜査か否かに拘るかどうかということにかかっているように思われる。捜査官による立入りを捜査ではないと誤解していたに過ぎない場合に、真摯な承諾がないと言えるかどうかという問題であろうか。しかし、仮にそうだとすると、捜査の実施に当たって、捜査機関にはそもそも捜査であることを告知するべき義務がないとすれば、相手方にも捜査であることの告知を受ける権利があるとは言にくいのではあるまいか。その意味で、立入目的が客観的に正当である限り、相手方のそのような錯誤は法的保護に値しないと考える余地はあり得るようにも思われる。しかし、果たして本当にそうであろうか。この点については、更に項を改めて検討することとする。

(2) 供述証拠獲得との関係

ところで、捜査機関が供述証拠の収集に当たって被疑者に虚偽情報を提供し、これによって自白を得ることは、偽計に基づく自白として任意性が否定されるのが通例である⁽¹²²⁾。そこで、まず、これとの関係について検討しておくことにしよう。

例えば、共犯者が自白したと虚偽の情報を告げて被疑者の自白を獲得し、あるいは、遺留物から検出されたDNAが被疑者のそれと一致したと虚偽の情

(122) 最高裁判所判例解説刑事篇昭和45年度410頁〔鬼塚賢太郎〕、龍岡資晃「約束・偽計による自白」判タ379号(1979年)20頁、大野平吉「自白法則」ジュリスト500号特集・判例展望(1972年)455頁、山本仁「判批」別冊判タ12号【警察実務判例解説(取調べ・証拠篇)】(1992年)40頁、小島淳「判批」別冊判タ26号【警察基本判例・実務200】(2010年)444頁、三井誠「自白排除法則の根拠〔2〕」法学教室247号(2001年)64頁、同「判例における自白排除の根拠」法学教室248号(2001年)84頁、松尾浩也・前掲注(25)42頁、光藤景皎「口述刑事訴訟法中」(1996年)176頁、田口守一・前掲注(12)384頁など。ただし、虚偽排除の見地からは、偽計自白も必ずしも常に自白法則に反するとされてきたわけではない(鬼塚賢太郎・前掲409頁、下村幸雄「判批」判タ260号(1971年)113頁参照)。虚偽排除の観点に立つ限り、偽計自白の証拠能力なしとするのは「事実上不可能に近い」との指摘もなされていた(小田中聰樹「判批」昭和45年度重要判例解説ジュリスト572号(1971年)157頁)。

報を告げて自白を獲得したような場合には、自白の任意性が否定されているから⁽¹²³⁾、そのような情報を提供する取調べも許されないものというべきであろう⁽¹²⁴⁾。そこで、偽計に基づいて供述以外の証拠の収集、例えば、証拠物としての尿の採取が行われた場合にも、供述証拠の収集と同様の取扱いがなされるべきであるとして、尿の証拠能力を否定するべきであろうか。仮にそうだとすれば、そのような捜査方法を適法として許容する余地はそもそもないとも考えられる。したがって、仮に、これを許容する余地を認めるのであれば、両者の相違とこれを許容するための理論的根拠を明らかにする必要がある。そこで、念のためにこの点について予め検討しておくことにしよう。

供述証拠の収集は、その性質上、取調べによって行われる。取調べは、質問とこれに対する答弁とから成る。答弁は任意でなければならないから、供述するかしないかについて供述者の自己決定を前提とする。黙秘することができるにもかかわらず、敢えて黙秘権を放棄して供述を決意し、この決意に基づいて答弁するのである⁽¹²⁵⁾。質問に虚偽情報が含まれていた場合には、それが供述を得ることに直接向けられた虚偽情報である限り、これに基づいて得られた供述は、虚偽情報を直接の原因として得られたものである。そのような虚偽情報を含む質問は、供述するという動機に直接働き掛けるものであるから、誤った動機形成に直接寄与する可能性が高いという点で、自己決定

(123) 前者につき、最大判昭45・11・25刑集24巻12号1670頁、後者につき、東京地判昭62・12・16判時1275号35頁参照。

(124) 我が国では取調べのための細則の定めがないので、「自白法則の適用を通じて適正化が促されることになる」と言われている(田宮裕・前掲注(13)351頁)。なお、近時、取調べの適正化をめぐる可視化の議論が進んでいるが、これとは別に、「被疑者取調べの適正化のための監督に関する規則」(平成20年国家公安委員会規則4号)が制定され、2009年4月から施行されている。これらにつき、佐藤隆之「被疑者取調べの適正化」ジュリスト1370号(2009年)102頁参照。

(125) 黙秘権が放棄できることにつき、田宮裕・前掲注(13)342頁、田口守一・前掲注(12)135頁。さらに、平野龍一・前掲注(37)230頁参照。

に瑕疵を生じさせる虞が大きい。したがって、このような質問に基づいて得られた供述は、いわば典型的に瑕疵ある自己決定に基づくと言えよう。それ故、そのようにして形成された供述内容は、虚偽情報を前提として答弁がなされた点で、典型的に瑕疵ある自己決定に基づいた内容である。ところで、供述証拠は、これを提出するという認識なしに提供されることは通常考えられない⁽¹²⁶⁾。それ故、供述者は、そのような内容の供述を提供するという認識のもとに供述を提出するのである。このように考えると、瑕疵ある動機は、これを認識しながら供述することを通じて、単に提供の契機にとどまらず、多かれ少なかれ供述内容にも影響を及ぼしていると考えることができよう。

この点、提供者が証拠として認識しているか否かという提供者の主観は重要ではなく、決定的なことは客観的影響の有無であるとも考えられる。しかし、供述の提供は、内心の決意に基づく言語を用いた表現である。したがって、証拠として提供するという意識は、内心の決意を通じて、供述者の心理と精神状態とに大きな影響を及ぼし、これを介して供述内容にも波及することになる。供述動機が決定的であればあるほど、供述の内容、したがって証拠内容に対する影響は大きいように思われる。その意味において、供述証拠を提供しているという供述者の主観的認識は、供述内容にも直接の影響を及ぼし、その結果として、供述内容に客観的影響を及ぼしていると評価することができる。少なくともその可能性を排斥することはできないであろう。

これに対し、物の提供については、いかなる自己決定に基づいたとしても、証拠それ自体の価値には全く影響がない。証拠として提出する意思があったか否かを問わず、その主観的意思が証拠内容に影響することはない。仮に、提出者の提出動機に錯誤があったとすれば、当該物を提出するための動機形

(126) 麻酔分析のような場合を除き、無意識の供述はあり得ないであろう。麻酔分析は、内心の抑制力を奪うので、まさしく黙秘権の侵害であるとされ(田宮裕・前掲注(13) 340頁)、薬品の作用で人格を分裂させるものであるから、捜査手段としては一切許されないとと言われる(鈴木茂嗣『刑事訴訟法』[改訂版](1990年) 94頁)。

成に瑕疵があったことは事実である。しかし、提出された証拠それ自体の証拠価値には全く影響しない。尿の提出過程にどのような錯誤があったとしても、その瑕疵は、提出された尿の存在や価値に影響があるわけではない。仮にそのような瑕疵が証拠に影響するとすれば、それは違法収集証拠排除法則が適用されるような場合に限られる。この場合、その影響は、証拠排除という結果を導くことになる。そして、判例によれば、収集過程に重大な違法があることが要求されるから、虚偽情報の提供が重大な違法と言えなければなるまい⁽¹²⁷⁾。しかるに、提出行為それ自体に瑕疵が認められない以上、提出行為の動機形成過程に錯誤を生じさせることが直ちに重大な違法を導くとは思われない。仮に重大な違法を導くとすれば、捜査機関はそのような事態を回避しなければならないが、そのためには、捜査機関は、提出者の錯誤を解消するよう努めなければならないが、したがって、提出された物が証拠として使用されることを相手方に認識させなければならないことになるであろう。そうだとすれば、捜査機関に対して、捜査を行っていることを告知する義務を認める必要があるように思われる。しかしながら、供述採取の場合と異なり、物の提出については、相手方に黙秘権のような権利が認められていないことに照らすと、当該提出が捜査の一環であることを逐一相手方に告知する義務を捜査機関に認めることは困難であろう。捜査の秘密を考慮すればなおさらである。そうだとすれば、提出者が、提出行為それ自体について捜査の一環か否かを知ることができなかつたとしても、捜査機関にはその責を負わせるべきではなく、提出者の責任において自己決定がなされたものと評価するのが相当であると考えられる。その意味において、提出動機の瑕疵は、提出行

(127) 「重大な違法」と「違法捜査の抑制」との関係につき、重疊説と競合説とが主張されているが、判例の傾向は前者であると言われている（田口守一・前掲注（12）378頁，池田修＝前田雅英・前掲注（37）483頁，椎橋隆幸「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕（2011年）197頁，最高裁判所判例解説刑事篇平成15年度36頁〔朝山芳史〕など参照）。

為の適法性に波及することなく、提出行為についての自己決定が真意に基づく限り、その責任は捜査機関ではなく提出者自身が負うべきであろう。したがって、証拠物の提供に際して提出動機に付着する瑕疵は、少なくとも重大な違法を導く理由とはならないと考えられる⁽¹²⁸⁾。

このようにみれば、供述証拠の収集の場合と異なり、証拠物の収集の場合には、同じく自己決定と言っても、その内容的意味は異なっており、前者について偽計は許されないとしても、後者についてはある程度の、少なくとも重大な違法に至らない程度の偽計は許されると考える余地はあり得るであろう。問題は、その限界である。ある程度の偽計とはどの程度であろうか。その限界を検討するためには、積極的な虚偽情報の告知を伴うこれまで捜査方法として、一定限度において適法といわれてきた捜査方法について検討することが有益であると思われる。そこで、いくつかの捜査方法について順次検討を加えた上で、改めてその限界を検討してみようと思う。

2 おとり捜査

(1) おとり捜査の相当性判断

判例は、いわゆるおとり捜査について、少なくとも一定の場合には「任意捜査として許容される」としている⁽¹²⁹⁾。そこでは、3つの条件が掲げられており、そのことから、おとり捜査が「一定の利益の制約ないし侵害」を伴うことを認めたものとみることができると言われている⁽¹³⁰⁾。3つの条件とは、第1に、「直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査」であること、第2に、「通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難」であること、第3に、「機

(128) 重大な違法でなければ、その侵害利益は、捜査の必要性との関係で比較衡量の対象となり得ると考えられるので、必ずしも常に適法であることが不可欠であるわけではない。その意味で、任意捜査の限界として検討の余地があり得ると考えられる。

会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者」が対象であることである。第1の条件は、おとり捜査は、身分や意図を相手方に秘して犯罪実行を働き掛けるものであるから、相手方による犯罪の実行を想定しており、これによって相手方が犯罪被害を発生させる蓋然性が格段に高まるので、直接の被害者がいる犯罪についてそのような危険を冒すことは、法益侵害の危険の大きさに照らして許されないという趣旨であろう⁽¹³¹⁾。他方、第2の条件は、他に選べる方法がないという補充性の意味において、広い意味で捜査の必要性

(129) 最決平16・7・12刑集58巻5号333頁。この判例以前に任意捜査一般と同様の基準で総合判断すれば良いとしていたものとして、池田修「いわゆるおとり捜査の適否」新聞雅夫ほか『増補令状基本問題(上)』(1996年)40頁、島田仁郎「英国におけるおとり捜査について」司法研修所論集56号(1975年)67頁、三井誠・前掲注(10)89頁、和田雅樹「おとり捜査—検察の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅰ』(2002年)181頁など。なお、同決定は、「おとり捜査」の意義につき、「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するもの」としている。おとり捜査に関する近時の包括的研究として、内藤大海「おとり捜査に関する研究(一)～(五)—ドイツ法理論の発展を手掛かりに—」北大法学論集58巻2号(2007年)41頁以下、同58巻4号(2007年)105頁以下、同58巻5号(2008年)65頁以下、同59巻2号(2008年)292頁以下、同61巻4号(2010年)115頁以下、鈴木一義「囮捜査の研究(一)～(三・完)—20世紀の議論を中心として—」法学新報116巻9=10号(2010年)125頁以下、同116巻11=12号(2010年)61頁以下、同117巻1=2号(2010年)53頁以下、松田岳士『刑事手続の基本問題』(2010年)151頁以下など参照。近時のドイツのおとり捜査につき、宮木康博「ドイツにおけるおとり捜査の許容性と適法性の判断基準」同志社法学57巻5号(2006年)49頁以下、同「ドイツにおけるおとり捜査の法的帰結」同志社法学57巻6号(2006年)489頁以下、米国のおとり捜査につき、鈴木一義「アメリカ合衆国における囮捜査(一)(二・完)」比較法雑誌43巻3号(2009年)247頁以下、同43巻4号(2010年)141頁以下、英国のおとり捜査につき、鈴木一義「イギリスにおける囮捜査」法学新報116巻1=2号(2009年)211頁以下参照。

(130) 後藤昭「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕(2011年)27頁、大澤裕「判批」平成16年度重要判例解説ジュリスト1291号(2005年)191頁。さらに、甲斐行夫「判批」刑事訴訟法判例百選〔第8版〕(2005年)27頁参照。

の大きさを意味しており、また、第3の条件は、既に犯罪を決意している幫助型の方が、未だ犯罪を決意していない教唆型よりも違法の程度が低いことを含意するものと思われる。これを捜査の必要性和相手方の権利・利益の侵害との利益衡量という枠組みに沿って考えれば、捜査の必要性については、他に捜査方法がないほどやむを得ない程度の必要性があることが想定されており、他方、権利・利益の侵害については、おとりが実行する犯罪による法益侵害の可能性と、働き掛けによるおとり自身が被る法益侵害の可能性との2つが検討されているように見える。

ところで、一般に任意捜査の限界として検討されている権利・利益の侵害は、捜査対象者の権利・利益の侵害であるから、おとり捜査に即してみれば、後者、すなわち、働き掛けによるおとり自身が被る法益侵害の可能性のみが想定されていると思われる。これに対し、前者、すなわち、おとりが実行する犯罪による法益侵害の可能性についてはどのように位置付けられるのであろうか。ここでは、第三者に被害を発生させることが想定されているのであるから、そのような方法で損害を生じさせる可能性の大きさも比較衡量の対象要素とされているとみる余地がある。そうすると、その限りにおいて、おとり捜査の違法性を検討する際には、おとり自身が被る個人としての法益侵害のみならず、おとりが実行する犯罪によって侵害する可能性のある法益への危険性をも併せて考慮する必要があるであろう。この両者の権利・利益の侵害及び侵害の危険性と、おとり捜査の必要性とが比較衡量されて相当性判断がなされるとすれば、おとり捜査が許されるか否か、許されるとすればどのような場合に許されるかについては、上記両者の権利・利益の侵害及び危険性の大きさについて検討する必要があることになる⁽¹³²⁾。

(131) ただし、冒頭に「少なくとも」としているから、個人的法益を保護法益とする犯罪を除外する趣旨まで意味するものではないとされる（最高裁判所判例解説刑事篇平成16年度289頁〔多和田隆史〕）。

(132) この点につき、酒巻匡・前掲注(79)106頁参照。

任意捜査に関する判例を踏まえれば、当面、以上のように考えることができるように思われる。しかしながら、上記両者の権利・利益の侵害及び侵害の危険性が、そもそもおとり捜査においてどのように位置付けられているかによって、比較衡量における考慮要素の比重が異なってくる可能性も考えられる。そこで、上記両者の位置付けを確認する必要があるが、そのためには、おとり捜査の違法の実質に遡ってその内容を検討しておかなければならないように思われる。そこでまず、この点を検討しておきたい。

(2) おとり捜査の違法の実質

おとり捜査の違法の実質として論じられているのは、主に次の3点である⁽¹³³⁾。第1は、犯罪を防止すべき捜査機関が自ら犯罪を引き起こすことによる司法の廉潔性、司法に対する国民からの信頼を害するという点である⁽¹³⁴⁾。第2は、教唆ないし幫助の形態によって犯罪が引き起こされることによって当該犯罪による法益侵害の危険が生じるという点である⁽¹³⁵⁾。第3は、働き掛けられた被疑者自身の法益、例えば人格的自律権の侵害である⁽¹³⁶⁾。すなわち、公権力

(133) 前田雅英「おとり捜査とその違法性」研修677号(2004年)5頁、松田岳士・前掲注(129)192頁参照。

(134) 松尾浩也・前掲注(33)127頁、光藤景皎・前掲注(12)31頁、鈴木茂嗣・前掲注(126)63頁など。なお、犯意を誘発するよう詐術を弄することを違法捜査とする見解(田宮裕・前掲注(13)70頁)、おとり捜査が許されない理由は「自家撞着性」であるとする見解(寺崎嘉博・前掲注(12)67頁。なお、「撞着法理」については、寺崎嘉博『訴訟条件論の再構成』(1994年)241頁以下、特に254頁注(33)、内藤大海・前掲注(129)「おとり捜査(四)」332頁以下参照。)、違法性の根拠は「法治国家原則」であり、一方で犯罪を引き起こし、他方でこれを処罰するという「矛盾」に違法の根拠があるとする見解(川崎英明「おとり捜査の規制」島大法学30巻1号(1986年)92頁、86頁)も同様であろうか。

(135) 佐藤隆之「判批」刑事訴訟法判例百選〔第7版〕(1998年)27頁、同「おとり捜査の適法性」法学教室296号(2005年)44頁、酒巻匡・前掲注(79)106頁。

(136) 三井誠・前掲注(10)89頁、田口守一・前掲注(12)49頁。

から干渉を受けない権利を侵害されたとするのである。このように、おとり捜査における侵害法益をどのように考えるかについては、必ずしも見解が一致しているわけではない⁽¹³⁷⁾。

ところで、刑訴法は、捜査について「強制的処分は、この法律に特別の規定ある場合でなければ、これを行うことができない」(197条1項但し書)と規定しており、明文で規定された手続によってのみ強制処分を行うことができるとされている⁽¹³⁸⁾。そして、憲法31条を踏まえて、憲法の規定を具体化する形で令状主義が採用されている。令状主義の本来の趣旨は、国家による個人に対する不当な侵害を排除する趣旨であるとされているから⁽¹³⁹⁾、これによって守られるべきは、個人の私的領域に無断で立ち入れない利益、さらに突き詰めて言えば、個人のプライバシーにはほかならない。法律で(しかも原則として令状審査という形式で)規制することによって守られるべき利益がそのような利益だとすれば、捜査において策定されたルールは、結局のところ、個人のプライバシーの不当な侵害を防止するためのものであって、ルールそれ自体に対して抽象的・形式的な違反があったか否かが問題なのではないように思われる⁽¹⁴⁰⁾。そうだとすれば、そこで重要なことは、実質的な法益

(137) さらに、任意捜査の枠内で検討する以上、捜査の違法は相対的であり、違法の質と量は一義的には決められないとの見解も主張されている(松田岳士・前掲注(129)208頁、宮木康博「判批」刑事法ジャーナル20号(2010年)104頁)。

(138) 井上正仁・前掲注(11)18頁。その意味で、刑事訴訟における「罪刑法定主義」とパラレルに考えられている(酒巻匡「強制処分法定主義[197 I 但]」法学教室197号(1997年)30頁、後藤昭「強制処分法定主義と令状主義」法学教室245号(2001年)10頁など)。ただし、田宮裕・前掲注(13)72頁参照。

(139) 令状主義の趣旨は、「一般令状による搜索・押収ないし身柄の拘束は不合理なものであるから許されない」という点にあると言われている(井上正仁・前掲注(11)39頁)。

(140) 形式的違反があれば、原則として個人の実質的な権利・利益の侵害があると推認されるであろうから、通常は実質的法益侵害を伴うが、その場合にも、形式的違反それ自体がアプリアリに重要というわけではない。

侵害ないしその危険があったか否かということに帰着すると考えられる。

このような観点からおとり捜査をみると、上記第3の点こそが最も重要であって、その実質的解明こそがおとり捜査における違法の実質の中核をなすものと思われる。これに対し、上記第2の点は、犯罪実現へと働き掛けた捜査機関ないしその協力者の行為が、刑法上違法であるか否かを問題とするのであって、仮にその行為が違法であったとしても、それは、刑事実体法上の違法という意味であるから、捜査機関の働き掛けが、刑事実体法上、教唆犯ないし幫助犯として、違法の実質を備えているというに過ぎない⁽¹⁴¹⁾。しかし、刑事実体法上の違法があったとしても、それはあくまで捜査活動の一環であるから、仮に手続法の立場から正当な捜査行為とする余地があり得るのであれば、刑法35条によって違法性が阻却され処罰されないということもあり得るように思われる⁽¹⁴²⁾。仮に、捜査として行ったという理由でおとり捜査を適法とする余地があり得るのであれば、その限りにおいて、実体法上の違法性が阻却され、おとり捜査は実体法上も適法となり得よう。しかし、一般におとり捜査は、違法の場合もあれば適法の場合もあるのであって、その区別をどうするかが検討されている⁽¹⁴³⁾。そうだとすると、実体法上の違法が直ちに手続法上の違法に直結するわけではないと思われる。同様に実体法上の法益侵害が生じているのに、一方では適法、他方では違法となるのであれば、それは、実体法上の違法の問題とは異なった判断を行っていると言うほかなく、

(141) この点、対象者が実行しようとする犯罪による法益侵害という意味での「利益制約の側面が存在することは、おそらく異論はないであろう」との指摘もある（金子章「判批」甲南法学47巻4号（2007年）141頁。

(142) 最判昭50・4・3刑集29巻4号132頁（現行犯逮捕に伴う傷害につき刑法35条の適用を肯定）、東京高判昭56・4・1刑裁月報13巻4＝5号341頁（中学校教師による生徒に対する暴行を懲戒権の行使として刑法35条の適用を肯定）参照。なお、法の規定に基づく限り「優越的利益」（西田典之『刑法総論』〔第2版〕（2010年）197頁）、あるいは「法益衡量の原理」（山口厚『刑法総論』〔第2版〕（2007年）107頁）などで説明される。

その意味において、実体法上の違法とは別の観点から違法判断を行っていると言うべきであろう。

さらに、第1の点については、刑訴法ないし司法制度それ自体に対する信頼の侵害であるから、少なくとも強制捜査あるいは任意捜査が想定している法益侵害とはやや異なった利益の侵害であるように思われる。確かに、そのような利益も、社会の秩序を維持し公共の福祉を実現するために必要であることは疑いないが、そのことは、強制捜査ないし任意捜査をめぐる捜査の違法の実質とは異なっていると考えるべきではなかろうか⁽¹⁴⁴⁾。その意味において、任意捜査としてのおとり捜査における違法の実質という枠内に収まりきれない司法制度全体に関わる問題と言って良いであろう。このような利益は、おとり捜査との関係においては、より上位の政策的な利益であって、法政策的に保護されるべき利益であるから、刑事司法制度全体として、そのような政策的利益も守るべき必要があることを確認するにとどめておきたい⁽¹⁴⁵⁾。

そこで、ここでは、上記第3の点をめぐる議論を中心に検討しておくこと

(143) 上田信太郎「おとり捜査」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法の争点』【第3版】(2002年)85頁、田宮裕・前掲注(13)70頁、松尾浩也・前掲注(33)128頁、田口守一・前掲注(12)50頁など。なお、近時、従来からの「二分説」に代わって「総合判断説」が通説的な地位を占めるに至ったと評されているが(松田岳士・前掲注(129)192頁)、少なくとも対象者が犯す犯罪行為の行為態様や結果のみによって、おとり捜査の適法・違法が決まるわけではない。

(144) いわば「国家の行為無価値」であるが、このような「公正さ」の侵害と従来二分説との間には「合理的な関連性」が認められないと批判されており、判例上確立された任意捜査の判断枠組みに照らしても「疑問が残る」と言われる(金子章「判批」甲南法学47巻4号(2007年)136頁、138頁)。ただし、従来は第1の点が違法の理由として強調されることが多かった(上田信太郎・前掲注(143)85頁参照)。

(145) おとり捜査の本質を「公正さの観念」に求める見解として、松尾浩也・前掲注(33)127頁、光藤景皎・前掲注(12)31頁、最決平8・10・18(公刊物未登載。尾崎久仁子「判批」法律のひろば50巻7号(1997年)71頁参照)における大野正男裁判官及び尾崎行信裁判官の少数意見など。

にしたい。このような議論として、「不適正な手続によって被疑者として取り扱われることのない憲法13条にもとづく人格の権利・利益」とする見解⁽¹⁴⁶⁾が主張されている。これをさらに自己決定の方向から評価し、「人格的自律権」とする見解に対しては、そもそも意思決定に必要な最低限度の情報は与えられているから、自らの判断で犯罪に及ぶ場合には、人格的自律権の侵害があるとは言えないとの批判⁽¹⁴⁷⁾がなされている。これに対し、国家の干渉を受けることなく意思決定をなす自由の侵害があるという反論⁽¹⁴⁸⁾、犯意を強めることもやはり人格的自律権を害すると言えるという反論⁽¹⁴⁹⁾などがなされている。しかし、これらに対しては、そもそも犯罪を行う自由は有しないから、犯罪者には騙されないで犯罪を行う意思決定の自由はおよそ存在しないという反批判がなされている⁽¹⁵⁰⁾。

また、被疑者として取り扱われない権利・利益については、確かにそのような利益があるとしても、それは、現行犯逮捕等の具体的処分が行われることによって初めて実質的に侵害・危殆化されるものであるから、むしろ具体的処分の適法性の問題として処理するべきであろうとの批判がなされている⁽¹⁵¹⁾。

確かに、犯罪を実行する決意、したがってその点における自己決定は、法的保護に値しないようにも見える。しかしながら、法的に否定されるのは犯罪の「実行」であってその「決意」それ自体ではない⁽¹⁵²⁾。内心の「決意」そ

(146) 三井誠・前掲注(10) 89頁。

(147) 酒巻匡・前掲注(79) 106頁。

(148) 長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』(2005年) 180頁〔大澤裕〕。

(149) 前田雅英・前掲注(133) 6頁。

(150) 酒巻匡・前掲注(79) 106頁、亀井源太郎『ロースクール演習刑事訴訟法』(2010年) 24頁注(11)。さらに、内藤大海「判批」北大法学論集56巻6号(2006年) 302頁参照。

(151) 松田岳士・前掲注(129) 196頁。

(152) 山口厚・前掲注(142) 42頁参照(「意思是、それが内心にとどまる限り処罰の対象とならない」)。

れ自体が法的に否定されるわけではないとすれば、「決意」に至る自由も人格的利益として法的に保護される余地はあり得るのではあるまいか。その意味において、この場合にもなお自己決定の自由を認めることができるように思われる。少なくとも、国家による干渉を受けない自由という広い意味での人格的利益は、たとえ犯罪者であったとしても、なお保護に値する利益と考えられて良いであろう。もっとも、仮にこれらの人格的権利・利益が認められたとしても、少なくとも、意思を制圧するものではなく、その意味で、明示の意に反する権利・利益の侵害とは言えないであろうし、また、常に事前の司法審査を求めるほどの重大な権利・利益の侵害とまでは言えないように思われる。おとり捜査が従来から任意捜査の枠内で論じられてきたのは、そのような理解が前提となってきたものと思われる。

そこで、問題は、任意捜査であるとしても常に許されるわけではないから、必要性和相当性の枠組みで検討するとした場合、どのように取り扱われることになるかである。この点については項を改めて検討することとするが、その前に、やや異なる観点としてデュープロセスの抗弁が主張されているので、この点についても必要な限度で検討しておこう。

(3) デュー・プロセスの抗弁の取扱い

米国のおとり捜査に関する先行研究によれば、わなの抗弁のほかに⁽¹⁵³⁾、デュープロセスの抗弁が論じられており、おとり捜査が違法とされる類型として、(a) 犯罪性向を有しない者を対象に実施した場合、(b) 捜査機関の関

(153) なお、罣の抗弁の正当化事由として、有責性説、国家コントロール説、効率性説、市民的権利説、自律権説、刑罰賦課根拠説などが主張されているようである(宮木康博「米国のおとり捜査における違法性の実質」東洋法学53巻1号(2009年)105頁以下、鈴木一義・前掲注(129)「アメリカ合衆国における罣捜査(一)」291頁以下)。さらに、宮木康博「罣の抗弁の判断基準における事前傾向の判断方法」東洋法学53巻2号(2009年)1頁以下参照。

与がなければ被告人が犯罪を実行し得なかったといえるほどの強い因果性を及ぼす態様で行われた場合、(c) 不公正な手段を用いて働き掛けを行った場合が挙げられている⁽¹⁵⁴⁾。これらは「捜査の公正」を保護利益とするから、そもそも法益の比較衡量によっては違法性を判断することはできないと言われている⁽¹⁵⁵⁾。

しかしながら、(a) については、「嫌疑の有無が二者択一的に判定される」場合とされているが、そもそも嫌疑の認められないような場合に実施されるおとり捜査は、本来の意味での捜査とは言えないというべきであるから、捜査か否かという段階で排除することができるようにも思われる。したがって、捜査機関が実施したとしても、それは単なる犯罪行為の教唆であって、およそ適法化する余地がないというだけのことではないかとも考えられる。次に、(b) については、「国家が犯罪を創造した」場合とされており、仮に犯罪の単なる創造であるとすれば、一種の権利の濫用であって、権限行使の外観を呈する犯罪行為と評価されてもやむを得ないものであるから、これも真正な捜査とは言えないように思われる。最後に(c)については、身体的圧力、脅迫、同情、愛情、性的関係の利用、執拗な誘引、説得などが挙げられているが⁽¹⁵⁶⁾、それらはいずれも対象者の自己決定に影響を及ぼし、場合によっては正しい自己決定を阻害したもので、そもそも真摯な承諾とは言えないような場合であるから、自己決定の侵害という個人的法益の侵害を考慮すれば足りるように思われる。この場合については、被侵害利益の「程度」を想定す

(154) 堀田周吾「おとり捜査における違法性判断の基本構造—アメリカ合衆国の規制アプローチを題材に—」法学会雑誌46巻2号(2006年)360頁。さらに、鈴木一義・前掲注(129)「囲捜査の研究(二)」71頁(この抗弁が支配的となるかどうかは不分明とされる)、ローク・M・リード〔酒巻匡訳〕「「わな」の抗弁とデュー・プロセス—アメリカにおけるおとり捜査の法規制」ジュリスト778号(1982年)32頁参照。

(155) 堀田周吾・前掲注(154)362頁,322頁。

(156) 堀田周吾・前掲注(154)350頁。

ることが可能であるから、捜査の必要性との相関関係によって適法性を判断する利益衡量が機能しても良いのではあるまいか。この点、デュー・プロセスの観点からは、おとり捜査を行うか否かの判断基準であって、必要性と相当性の相対判断の問題ではないと言われている。しかしながら、例えば、違法収集証拠排除法則についても、司法の廉潔性が排除根拠の一つとされ、明らかにデュー・プロセスの観点から排除されると言われながら、具体的な排除については相対的排除説が有力に唱えられ、重大な違法か否かの判断が求められている。したがって、デュー・プロセスの観点に立ったとしても、必要性と相当性の相対判断が不可能であるとは思われない。むしろ、(c)の場合には、働き掛けの程度に応じて違法の程度も相対的に変化することが想定可能であるから、任意捜査とした上でその枠内で被侵害利益との利益衡量アプローチを採ることが、むしろ適切な判断を導くようにも思われる。

このようにみてくれば、米国におけるおとり捜査の取扱いの観点からみても、個人的法益と捜査上の公益との利益衡量によって適法性を判断することは、必ずしも不整合とまでは言えないように思われる。

(4) おとり捜査における法益侵害

そもそもおとり捜査は、捜査機関等が「その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出た」⁽¹⁵⁷⁾ことを前提とするのであるから、相手方は、「身分」や「意図」について偽りの情報を提供され、これに基づいて犯罪行為に出る点において、虚偽情報を動機として犯罪実行へと踏み出すのである。したがって、相手方が犯罪を実行する意思を当初から有しているか否かを問わず、働き掛けを受けたことによって、具体的な当該犯罪行為の実行を自ら決定したことは間違いないであろう。その意味において、利益衡量の対象として、公益上の利益（捜査上

(157) 最決平16・7・12刑集58巻5号333頁。

の利益）と衡量されるべき法益侵害又はその危険は、働き掛けられる相手方個人の法益として的人格的自律権の侵害と言っても良いように思われる。相手方としては、全く犯罪を想定していなかったのに働き掛けを受けて犯罪決意を生じたのであれば、自己決定は全面的に侵害されているのに対し、自ら実行することを決めていたがなお具体的日時方法等が未定であったに過ぎない場合には、自己決定は部分的に侵害されているに過ぎず、場合によってはその働き掛けが犯罪へ踏み出す「最後の一滴」になったかもしれない。この意味において、そのような法益侵害には「程度」を想定することが可能であるように思われる。そうだとすれば、利益衡量の対象として、必要性との衡量関係に立つと考えることができよう。

（5）虚偽情報を提供した行為の位置付け

以上のように、必要性との利益衡量関係を前提とする限り、捜査機関があたかも捜査機関でないかのように装って相手方を騙し、これを前提として犯罪の実行を働き掛ける行為についても、これを適法とする余地がある⁽¹⁵⁸⁾。そして、その場合の被侵害利益については、主として、働き掛けに応じて実行を決意したという意味における自己決定が害される点にあると考えられるのであって、少なくとも捜査機関でないように装って積極的に騙した行為それ自体が問題とされていたわけではない。確かに、このような積極的な虚偽情報の提供行為も、相手方にとっては、もしその事情が予め分かっていたとすれば犯罪の決意をしなかったとも考えられ、その意味において決定的に重要な要素であったとも言える。それにもかかわらず、殆ど問題とされていない。せいぜい、捜査機関が犯罪を引き起こすという意味での廉潔性が問題とされ

(158) ドイツ刑訴法の「尋問」に関する136条aにおける「欺罔」についても、単に真実の身分を明らかにしなかっただけではこれに当たらないとするのが学説・判例とのことである（内藤大海・前掲注（129）「おとり捜査（四）」317頁）。

ているにとどまるのであって、捜査機関が私人を装って騙した点が直接問題となっているわけではない。問題となっているのは、あくまで犯罪行為へと働き掛ける行為であって、その前提としての主体を捜査機関でないように装った行為ではない⁽¹⁵⁹⁾。そうすると、少なくともおとり捜査においては、捜査活動であることを秘匿して、あたかも単なる私人の私的行為であるかのように装って積極的に相手方を騙して活動することは、それ自体としては必ずしも違法とは言えず、その上で、具体的な犯罪行為を働き掛ける行為にこそ違法の実体があるのではないかと考えられる。もとより、両者は密接に結び付き、前者は後者の前提となつてはいるが、違法の本質は後者にあるのであって、少なくとも前者にあるわけではない。前者は、単独で違法の実質を形成するわけではなく、せいぜい後者の有する違法の実質が前者にも及んでいるというに過ぎないようにも思われる。その意味において、前者は、それ自体としては違法の実体を有しないと云っても差し支えないのかもしれない。そして、そうであれば、少なくともおとり捜査においては、捜査機関ではないと積極的に偽ったことそれ自体は、敢えて利益衡量を行うまでもなく、むしろ当然に許される行為であると評価して良いかもしれない。

しかし、果たしてそうであろうか。この点について結論を急ぐ前に、捜査機関が捜査機関ではないと積極的に偽った行為が問題となる典型的なケースとして、身分を秘匿した捜査について検討しておくことにしよう。

3 身分を偽装した捜査

(1) 身分を秘した潜入捜査

(159) この点、客観説に立っても、働き掛け行為の態様が異常・執拗という点を重視するのであって、私人を装った点が問題とされているわけではない(光藤景皎・前掲注(12)33頁、田口守一・前掲注(12)50頁、上口裕・前掲注(12)84頁など参照)。

例えば、警察官がその身分を秘匿して犯罪組織に潜入し、組織内において捜査情報を収集し、場合によっては犯罪行為に加担するような場合、そのような捜査を適法と言い得るのであろうか。かつて、某政党の軍事活動が全国的に活発となり、緊迫した情勢にあった時代に、治安上情勢把握が緊急を要する事態にあった山村に上司の特命を受けて警察官の身分を隠して潜入し、某党员らの武器収集の実態を明らかにしようとした被告人が、同党员から依頼され上司の指示を受けて武器の材料を受け取りに赴き、それがダイナマイト等の爆発物であることを知りながら同党员に交付したという事案について、爆発物取締罰則違反の成立を肯定して刑を免除した事例⁽¹⁶⁰⁾がある⁽¹⁶¹⁾。ここでは、期待可能性がないとの主張のほかに、捜査としての正当行為性が主張されたのに対し、裁判所は、爆発物取締罰則違反の事実を現認した以上、直ちに上司に報告する等の事前の措置を講ずべきであって、これを講ずることなく本件行為に及んだのは、「国家法秩序に照らして、警察官の情報収集活動の手段方法として相当なものとは、とうてい認めることができない」と判断している。ここで問題となっているのは、実体法上の犯罪の成否であって、その関係で、潜入した捜査員が自ら犯罪に加担したことが捜査活動として正当行為と言えるか否かが問題となったものである。したがって、捜査員が身分を秘匿して組織に潜入し、組織内において犯罪情報を収集する活動を行うことそれ自体が問題となっているわけではない。むしろ、これらの活動

(160) 福岡高判昭34・9・12高刑集12巻7号724頁。なお、この判決は、第一審判決(大分地判昭33・8・4一審刑集1巻8号1152頁)が、期待可能性がないとして無罪としたのに対し、原判決が摘示するような「諸事情は、これをもつて期待可能性がないことを基礎づける事情と認めることはできないというべきである」として、これを排斥している。

(161) その他、広島高裁岡山支判昭27・7・24判決特報20号147頁がある(専売局監視員の身分を秘し、私立探偵であると詐称して被告人の自白を得たという事案につき、その任意性、信用性が争われたものであるが、このような偽計は「好ましい方法ではない」としつつも、虚偽を誘発する危険はないとする)。

は当然に適法なものであると考えられているように思われる⁽¹⁶²⁾。しかし、本当に全く問題はなかったのであろうか。その後の判例の展開を考慮すれば、このような捜査員の活動が仮に任意捜査だとしても、なお何らかの法益侵害ないし法益侵害のおそれがあり得るのではないかとも考えられるので、この点について改めて検討する必要があるよう思われる。

そこで、このような「秘密捜査官」の投入について、その法益侵害の可能性を含めて早くから検討されているドイツの議論について、先行研究を参考にして⁽¹⁶³⁾、本稿に必要な限度で検討しておくことにしよう⁽¹⁶⁴⁾。

(162) 前掲福岡高判は、身分を秘匿して潜入捜査を行うことを前提に、「武器の材料は後藤から頼まれたのだから、品物を受け取つた上は、後藤に渡さねばならないだろう。渡した後は、できるだけすみやかに報告せよ。」という上司の指示命令について、「小林部長の指示命令は、被告人を拘束するものではないし、それは適法な命令である」と述べており、潜入して捜査情報を得るなどの指示命令それ自体については適法であることを前提としているように思われる。さらに、「某党員らの間に潜入した後においても、自己の身分の露見という危険に絶えずさらされていたこと——もし、それが現実となつたならば、それまでの努力はすべて水泡に帰するばかりでなく、どんな事態が発生するかも知れないという不安と恐怖をひそかに感じていたであろうことは想像に余りあるところである——及びこうした危険をもとより覚悟の上、(中略)緊急重大課題を双肩になつて、きん然任務にてい身した、被告人の職務に対する熱意と意欲の旺盛さに対しては、理解と同情を惜しむものでもない。」とも述べている。

(163) 以下の記述は、主として、新屋達之「いわゆる「秘密捜査官」をめぐる若干の検討」阿部純二先生古稀祝賀論文集【刑事法学の現代的課題】(2004年)467頁以下、宮木康博「ドイツにおける身分秘匿捜査」同志社法学57巻1号(2005年)115頁以下、内藤大海「ドイツにおける潜入捜査—組織犯罪対策法と学説の検討—」北大法学論集56巻4号(2005年)297頁以下による。

(164) 身分秘匿捜査の歴史的経過を整理したものとして、辻義之「身分秘匿捜査(アンダーカバー・オペレーション)の普及とコントロールについて—主としてゲーリー・T・マルクス教授の研究に依拠して—」警察学論集55巻12号(2002年)37頁以下参照。

（２）隠密捜査官の投入

ドイツにおいては、1992年7月に制定された、いわゆる「組織犯罪対策法」3条によって、刑法110条a～同条eが新設された⁽¹⁶⁵⁾。これによって、いわゆる「隠密捜査官」の投入が、刑事訴訟法の明文によって認められることになった。110条a第2項1文によると、「隠密捜査官とは、警察の職にある公務員で、ある程度永続的に変更された身分（架空身分、Legende）を与えられて、捜査に当たる者」と定義されている⁽¹⁶⁶⁾。そして、架空身分を設定するのに必要な限度で、文書を作成し、変更し、又は使用することができ（同条3項）、このような架空身分を用いて法律行為を行うこともできるとされている（同条2項2文）。偽造された法的地位を取得するので、架空身分において訴訟行為や会社設立などを合法的に行うことができる⁽¹⁶⁷⁾。その意味では、社会に溶け込んで捜査活動を行うが、いわゆるアンダーカバー・エージェントと異なり、違法行為はできないとされており、法律の枠内でのみ活動することできるとされる⁽¹⁶⁸⁾。したがって、身分のみを合法的に偽った捜査官ということになろう⁽¹⁶⁹⁾。そして、隠密捜査官も、相手方に対して積極的に身分を偽る点において、一種の積極的な欺罔捜査と言って良いように思われる。

(165) ただし、110条d及び同条eは、2007年12月に削除されたほか、110条bも、「裁判官」が「裁判所」に変更されるなど、若干の修正がなされている（2008年1月1日施行。Vgl. BGBl. 2007 I Nr.70, S.3204.）。

(166) 条文については、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』（2001年）参照。

(167) Lutz Meyer-Goßner, StPO., 54.Aufl., 2011, S.448, Rn.8. Karlsruher Kommentar, StPO., 6.Aufl., 2008, S.254, Rn.10. Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26.Aufl., 2009, S.278, Rn.4. Beulke, Strafprozessrecht, 10.Aufl., 2008, S.169, Rn.267. Volk, Grundkurs StPO, 2008, 6.Aufl., S.81, Rn.60. Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, 2007, S.306, Rn.415. Kindhäuser, Strafprozessrecht, 1.Aufl., 2006, S.100, § 8. Rn.105.

(168) 新屋達之・前掲注（163）472頁，宮木康博・前掲注（163）134頁。

(169) Vgl. Karlsruher Kommentar, StPO., 6.Aufl., 2008, S.251, Rn.5.

ところで、秘密捜査官によって捜査情報が得られる場合、そのような捜査活動は任意捜査であろうか。1992年法制定以前の状況では、その法的根拠は必ずしも明確ではなかったとされているが、検察官及び警察官の一般的な捜査権限(検察官につき161条、警察官につき163条)を根拠とする見解が最も有力であったと言われている⁽¹⁷⁰⁾。仮にそうだとすれば、日本では197条に相当すると考えられるので、任意捜査として適法とすることも、あながち不当ではないように思われる⁽¹⁷¹⁾。1992年以降、検察官の同意を要件とし、さらに一定の場合には裁判官の同意を要件とすることとされたが(110条b第1項、第2項)、一層慎重な立法判断と考えられよう。

(3) 隠密捜査官の活動による法益侵害又は侵害の危険

任意捜査であるとするれば、利益衡量アプローチの対象となる被侵害利益については、どのように考えるべきであろうか。被侵害利益としてドイツで問題とされたのは、いわゆるプライバシーの権利であり、「個人の情報」の「自己決定権」であると言われている⁽¹⁷²⁾。この点、日本においても、被侵害利益としては、自己情報コントロール権の侵害が想定され得るように思われる。例えば、捜査官が身分を秘匿して被疑者に接触し、その供述を得る場合を想定してみると、私人との関係では殆ど問題とならない黙秘権の侵害が問題となり得るであろう⁽¹⁷³⁾。被疑者は、私人に対して供述する積もりで、したがって黙秘権など想定もしなかった者に対して供述したところ、実は黙秘権を

(170) 宮木康博・前掲注(163)150頁、内藤大海・前掲注(163)303頁、315頁。さらに、クラウス・ロクシン〔新矢悦二ほか訳〕『ドイツ刑事手続法』(1992年)78頁、203頁参照。

(171) 宮木康博・前掲注(163)198頁参照(ただし、特別な法的根拠の必要性が検討されるべきであろうとされる。)

(172) 新屋達之・前掲注(163)476頁、宮木康博・前掲注(163)122~123頁、内藤大海・前掲注(163)324頁、同・前掲注(129)「おとり捜査(二)」113頁。

(173) 広島高裁岡山支判昭27・7・24判決特報20号147頁参照。

行使できる相手方であったというのである。すなわち、実質的にみれば、黙秘権の有無について錯誤を来したと考えることもできるようにも思われる⁽¹⁷⁴⁾。なるほど、この点の錯誤があったとしても、供述することそれ自体及び供述内容については全く錯誤がないのであるから、相手方が任意に供述した以上、相手方の自己決定を害するものではないとも考えられる。しかし、供述が単なる独白ではない以上、相手方との相対関係によって供述するか否かの自己決定を行うのが一般的であると思われる。そうだとすれば、やはり相手方が何者であるかの認識は決定的に重要ではなからうか⁽¹⁷⁵⁾。その意味において、黙秘権の侵害を想定することは可能であって、その限度では、自己決定の侵害があり得るように思われる⁽¹⁷⁶⁾。もっとも、仮にそうだとした場合、それ故に直ちに強制捜査となるいわれはないので、任意捜査の枠内で相当性判断の重要な一要素として考慮すれば足りるように思われる。

これに対し、第三者から捜査情報を得る場合はどうであろうか。この場合にも、いわゆる供述拒否権が問題となる場合には、黙秘権と類似の問題が生

(174) ドイツの判例・通説によると、私人相手に供述したのであるから黙秘権侵害は問題にならないとされているようであるが、反対の見解も有力とのことである(宮木康博・前掲注(163)174頁)。この点につき、新屋達之・前掲注(163)479頁参照。連邦通常裁判所の判例につき、内藤大海・前掲注(163)315頁以下参照。

(175) もっとも、最大判昭23・7・14刑集2巻8号846頁は、黙秘権を告知しなくても憲法38条1項には違反しないとしている(同旨、最判昭25・11・21刑集4巻11号2359頁、田宮裕『注釈刑事訴訟法』(1980年)220頁、小野清一郎ほか・ポケット註釈全書『刑事訴訟法(上)』[新版](1986年)440頁)。この点は「学説上もおおむね異論がない」との指摘もあるが(出田孝一「黙秘権・弁護人先任権の不告知と自白の任意性」判タ896号(1996年)5頁)、反対の見解(田口守一・前掲注(12)132頁、福井厚・前掲注(12)186頁、光藤景皎・前掲注(12)111頁など)、場合によっては同項違反になるとの見解(平野龍一・前掲注(37)179頁、鈴木茂樹・前掲注(126)46頁、三井誠・前掲注(10)146頁)も少なくない。

(176) 内藤大海・前掲注(163)344頁。これに対し、新屋達之・前掲注(163)487頁は、この点は必ずしも重要ではないとする。

じ得るであろうが、その他の場合にはこの問題は生じない。せいぜい、おとり捜査において身分を秘匿することと類似した様相を呈するにとどまるであろう。しかも、おとり捜査と異なり、犯罪の実行を教唆ないし幫助しない点で、おとり捜査以上に適法とし易いように思われる。また、証拠物の収集に当たって身分を偽ることもあり得るが、この場合には供述拒否権の問題は全く生じない。確かに、単に、麻薬取引関係者であると漠然と偽るわけではなく、一層厳密に特定の身分者になりすますのであるから、相手方が錯誤に陥る程度は大きいとも考えられるが、結局のところ、相手方にとって決定的に重要な要素は捜査員であるか否かであろうから、その余の身分にまつわる諸要素はそれを確実にするための補助的要素に過ぎないと考えられる。

このように見てくれば、身分を秘匿した捜査において問題となるのは、実は私人に提供する積もりであったのに結果として捜査員に提供する結果となってしまったということであり、これを突き詰めていけば、最終的には、相手方が自ら捜査対象となっていることを認識していなかったということはどう評価するかという問題に帰着するよう思われる。そして、その点については、次に検討する偽装した物に基づく捜査及び捜査目的を秘した捜査の問題と密接に関連しており、本質的には共通の問題意識に基づくものであって、実質的にはこれらの問題と同様に考えることができるように思われる。

そこで、この点について結論を急ぐ前に、まず、偽装した物に基づく捜査について検討し、引き続き、捜査目的を秘した捜査について検討しておくことにしよう。

4 偽装した物の提供による捜査

おとり捜査に類似した捜査方法として、偽装した物を提供して相手方がその物を利用したことを通じて犯人特定に役立てる捜査方法が採られることがある。例えば、窃盗容疑者がいつも靴を購入する靴店の協力を得て、密かに

靴底裏面に切傷を付けた靴を容疑者に販売させ、窃盗の犯行現場に残された足跡とその靴底とが一致した事実からその購入者が犯人であることを割り出すような捜査方法である。このような方法が採られた事案につき、「事後的な観察を可能とするため特殊な足跡を残すような工作を靴に施したからといって、人の居宅に立入るなど通常許されない方法でその行動を直接観察する場合と同視するのは相当でない。また、そのような工作による捜査が、直ちに人に対し強制処分に準じるような身体的又は精神的な負担を課し、行動の自由を奪うものとも認められない。」とした上、「捜査の目的を達するため相当と認められる限り、足跡を採取するため靴に一定の工作を施すことも、任意捜査として許されると解される」とした裁判例⁽¹⁷⁷⁾がある⁽¹⁷⁸⁾。

この場合、靴底に切傷を付けた靴をそのような瑕疵がないものとして販売させた点において、捜査機関の依頼を受けた私人が相手方に対して偽ったことを利用した捜査として、一種のおとり捜査に近いとも考えられる。しかし、おとり捜査と異なるのは、犯罪の決意に対して働き掛けることがない点であ

(177) 東京高判昭58・10・20高刑集36巻3号285頁。

(178) そのほか、類似の捜査方法として、仮睡者を狙った窃盗事件が多発している状況下において、警察官が仮睡者を装って横臥していたところ、犯人が仮睡者を物色しながら近付いて同警察官を発見し、スポンのポケットから皮財布1個を抜き取った直後に現行犯逮捕されたという事案につき、「積極的に被告人の窃取行為を誘発したり、又は自ら皮財布を差し出すなど、皮財布に対する占有を放棄したとみられる事実が全く認められない」から、「犯人検挙のためであるとの一事をもつて所持品に対する占有の意思を否定するいわれはない」として窃盗既遂を認めた裁判例がある（広島高判昭57・5・25判タ474号232頁）。なお、このような捜査方法は「おとり役設定捜査」とも言われる（江原伸一・前掲注（117）124頁）。また、現金入りの郵便物の事故が多かったことから、郵便局員の中に犯人がいると疑った郵政監察官が、差出人と名宛人を特定した試験郵便物361通を混入して配達実施させたところ、不着になった郵便物に全て被疑者が応援作業に関与していたことが判明したため、令状請求した事案につき、引き続き強制捜査を適法とすることは「社会通念上相当でない」として搜索差押許可状の請求を却下した裁判例もある（福岡地小倉支命昭46・5・1判タ264号349頁）。

る。その点で、偽装は、犯罪実行に対して間接的であるに過ぎない。自己決定にかかわらないのであるから、むしろコントロールド・デリバリー（CD）に近いということもできる。しかし、CDと異なるのは、CDにおいて最も重要なその後の輸送について捜査機関による追跡監視がない点である。このように、意思決定に働き掛けることもなく、追跡監視を行うわけでもなく、単に、偽装した靴を相手方に購入させるだけである。その靴を利用して犯行に至るか否かは、全て当該相手方の決意にかかっている。

この場合、相手方の被害利益は何であろうか。瑕疵のない商品を購入できなかった点で確かに損害はあるが、それは単に民事的損害であって彼のプライバシーに対する侵害があるわけではない⁽¹⁷⁹⁾。したがって、刑法上考慮すべき侵害法益とは言えないであろう。そのほか、その靴を利用して犯罪を行う決意をしたが、仮に瑕疵を知っていたとすればその靴を利用しなかったであろうという意味で、誤った情報に基づく決意を行った点において、自己決定に瑕疵があったという見方はどうであろうか。確かに、相手方が靴に瑕疵があったことを知らなかったのはその通りであるが、その情報は犯罪を行うという自己決定の根拠となったわけではなく、その情報故に決断したものでもない。逆に、その靴でなくても自己決定したのであるから、当該情報と自己決定との間には、考慮すべき因果関係を想定することは困難であると思われる⁽¹⁸⁰⁾。そうだとすれば、この点について自己決定に瑕疵が生じたものとは考えられない。仮に何らかの因果性を想定できたとしても、それは極めて軽微であるというべきであろうから、殊更プライバシーの侵害を論ずるまでもないように思われる。また、当該靴が相手方に販売された後、犯行現場の

(179) 河上和雄「再び任意捜査の限界について」判タ531号（1984年）45頁参照。なお、店頭の商品を毀損する点で靴店にも損害はあるから、捜査側としては商品対価を支払うべきであろうと言われている（澤新「ある捜査事例に見る創意、工夫」判タ608号（1986年）33頁）。

(180) 澤新・前掲注（179）33頁。

靴跡が当該靴によるものかどうかについて比較検討による観察を受けているが、そのような観察によるプライバシー侵害は、「極めて間接的かつ軽微なもの」⁽¹⁸¹⁾であるから、到底捜査の必要性に勝るほどの権利・利益の侵害とは言えないというべきであろう。

ところで、相手方にはそもそもそのような捜査方法による捜査を受けない利益はあるのであろうか。この点、嫌疑がある以上、特段の事情がない限り、相手方に捜査を受けない利益を想定することは困難である。嫌疑を解明するための捜査は、相手方の権利・利益の侵害をもたらさない限り、当然に任意捜査として捜査機関の裁量に基づいて実施することができるから、その限度においては、捜査を受けない利益を想定することは困難というほかない。そうだとすれば、そのような捜査を受けることについて告知されなかったとしても、これによって特段の権利・利益の侵害を想定することは困難であるように思われる。それ故、仮に、靴に工作が施されていたことを知っていればその靴を購入しなかったし、またその靴を利用して窃盗を実行することもなかったと仮定しても、これに伴う負担は被疑者側が負うべきであって、捜査の必要性を妨げる衡量事情の要素とはならないと考えられる。

このように見てくれば、以上のような捜査は、捜査機関の裁量に基づき任意捜査として許容される捜査方法と言って良いと思われる。したがって、捜査機関が相手方に捜査を行っていることを秘匿し、靴の販売を通じて、あたかも捜査を行っていないかのように積極的に装う行為は、適法な捜査活動として許容されると言えよう。

5 目的を偽装した任意同行

(1) 法益侵害及び侵害の危険

(181) 河上和雄・前掲注(179)45頁。

捜査機関が、覚せい剤容疑で相手方に対して警察署への任意同行を求める際に、容疑を秘して同行を求めることがある。もっとも、容疑を秘したとしても、警察官であることを告げていたとすれば、同行の目的が少なくとも犯罪に関連する事情聴取であろうことは、概ね想定可能と考えられるので、仮に相手方が捜査目的を知らなかったとしても、少なくともそれのみによって直ちに重大な違法になるとは思われない。しかし、具体的な犯罪事実を告げていないのであるから、相手方が捜査目的を誤解することは十分にあり得る。このような捜査は、果たして適法であろうか⁽¹⁸²⁾。

ところで、この場合、任意捜査だとすれば、比較衡量の対象として考慮されるべき権利・利益はどのような内容であろうか⁽¹⁸³⁾。まず考えられるのは、誤った自己決定によって同行に応じざるを得なかったことである。覚せい剤捜査と知っていれば警察への同行には応じなかったのに、その事実を知らなかったために同行に応じたという点である。相手方の認識として、捜査目的を知らなかったとしても警察への同行それ自体については認識していた場合と、そもそも警察署への同行であるということそれ自体を誤解していた場合とがあり得るであろう。後者の場合には、実質的に見ると同行それ自体について同意がないのであって、単に目的を秘して同行したケースとは異なっている。この場合には、任意同行とは名のみであって、その実体は、そもそも同意を欠く同行として違法になるように思われる。問題は前者である。この場合、警察署への同行それ自体については、正しい認識と認容があったので

(182) なお、犯罪捜査規範102条1項は、「任意出頭」を求める場合には、「出頭すべき日時、場所、用件その他必要な事項」を呼出人に伝達しなければならない旨を規定している。

(183) 被侵害法益が、同意ないし承諾によって違法性が否定されることになる点では、刑法における被害者の同意と同様であろう。なお、刑法においては、違法性が否定される実質的根拠は、一般に「法益主体の処分意思(自由意思)」にあると言われていいる(塩見淳「錯誤に基づく被害者の同意」法学教室383号(2012年)63頁)。

あるから、少なくとも、警察署に向かって移動することについての錯誤はなく、ただその目的が捜査、すなわち、特定犯罪に関する事情聴取のためであったということを知らなかったに過ぎない。同意それ自体については真摯な同意があったが、その動機ないし目的について誤解があったのである。その誤解について、どのように考えるべきであろうか⁽¹⁸⁴⁾。この場合についても、犯罪捜査のための事情聴取だと認識していたが、捜査官が目的としていた犯罪ではなく別の犯罪の事情聴取だと誤解していた場合と、そもそも犯罪捜査以外の用件であったと認識していた場合とがあり得るように思われる。前者については、犯罪捜査のための事情聴取という限度では錯誤はないのであるから、任意同行の真摯な同意があったと評価することは可能であろう。確かに、任意同行は任意とはいえ身柄の移動であるから、相手方には事件単位の個別認識が必要だとも考えられるが、A罪の捜査のためであれば同行に応じないがB罪の捜査のためであれば同行に応じるという使い分けをすることは、必ずしも容易ではないし、客観的にみてもその被侵害法益に差があるとは言い難いように思われる。少なくとも何らかの事件についての事情聴取であることを認識している限り、A罪とB罪との錯誤は、原則として同意の効力に影響を及ぼさないと考えて良いように思われる。身柄拘束については、事件単位の原則が適用されるが、取調べについてまで事件単位の原則を適用すべきで論理的必然性があるとは考えられないので⁽¹⁸⁵⁾、取調べのために同行

(184) そもそも同行の目的について相手方に告知する義務はないとすれば（河上和雄「任意同行をめぐる若干の問題」警察研究41巻1号（1970年）47頁。なお、仮に質問されても、取調べ目的以外に被疑事実を答える必要もないとされる。）、その誤解も問題にならないであろう。

(185) この点については、別件逮捕、余罪取調べ等をめぐって多様な議論がなされているところ、取調べに対しても事件単位の原則を及ぼすべきであるという政策論はあり得るとしても、少なくとも論理的な必然性まで認めることはできないように思われる（田口守一・前掲注（12）126頁、上口裕・前掲注（12）129頁、三井誠・前掲注（10）136頁参照）。

を求める場合についても、事件単位の制約を認めるべき論理的必然性はないというべきであろう。そうすると、結局のところ問題となるのは、犯罪捜査以外の目的だと思って同行に応じた場合の取扱いである⁽¹⁸⁶⁾。

ところで、この場合には、捜査側の捜査目的を相手方が知らなかったことが問題となっているが、それは、例えば、鑑定に（すなわち捜査目的に）使用されることを知らずに尿を提出した場合と同様に考えることができるように思われる。すなわち、両者は、物の提出と行動の自由という点で相違があるものの、捜査目的を秘匿して行われた捜査という点では全く同質であって、その同意ないし承諾の解釈に関わる本質部分においては異なるものではないと思われるからである。それ故、その検討については、まとめて後者の検討に委ねることとし、ここでは、関連する裁判例を検討するにとどめておくこととする。

(2) 関連する裁判例

裁判例をみると、駐車違反の嫌疑で質問した際に覚せい剤の嫌疑が生じたため、警察署に同行する際、覚せい剤容疑を告げなかったという事案につき、①駐車違反が明白であって、この件のみでも同行を求めるに十分であったこと、②覚せい剤事案の嫌疑は警察官の主観に止まることなどを理由に、覚せい剤容疑を告げなかったことは「偽計あるいは欺罔という色彩があったとは到底認められず」とした裁判例⁽¹⁸⁷⁾がある。ここでは、捜査目的を告げないままの同行につき、偽計あるいは欺罔とは言えないとしているが、その理由は

(186) 名和振平「任意同行の目的の告知」別冊判タ11号『警察実務判例解説（任意同行・逮捕篇）』（1990年）44頁参照（告知の義務はないが、「相手方が同行に応ずるかを判断するに必要な程度」において告知するのが「望ましい」とし、具体的には「こういう事件について聞きたいことがあるので〇〇警察署まで来てもらいたい」という程度で十分とされる。）。

(187) 東京高判昭61・1・29刑裁月報18巻1＝2号7頁。

必ずしも十分に説得的とは思われない。①については、いわば独立に別の理由があったというだけであって、現実に駐車違反で同行したわけではないから、告知しないことを直ちに合理化する理由になるかどうかは疑わしいように思われる。また、②についても、嫌疑とはそもそも主観を無視するわけにはいかないであろうから⁽¹⁸⁸⁾、これもまた告知しないことを合理化する理由になるかどうかは疑わしい。①も②も、いずれも違法の程度が重大ではないという理由にはなり得るかもしれないが、そもそも適法であるとの理由になるとは思われない。本来、駐車違反で同行するのに十分な理由があったというのであるから、仮に相手方が覚せい剤容疑で同行することについて明確な認識・認容がなかったとしても、同行にはそもそも事件単位の原則が適用されるわけではないので、この点の錯誤は同意の効力に影響がないことを正面から論ずれば足りたのではないかと思われるところである⁽¹⁸⁹⁾。

その他、窃盗容疑で逮捕状を得ていた被疑者の住む自宅アパートまで赴き、「用があるから一寸警察まで来てくれ」と言っただけで行き先も告げず、取り囲んでタクシーに乗せ、警察署まで同行して取調べを行った事案につき、「連行の態様やその前後の状況」に照らして実質的にみて連行の際に「逮捕行為が開始された」とした裁判例⁽¹⁹⁰⁾がある。これは、目的を告げなかったこ

(188) 嫌疑には「客観的な事情」の存在を必要とするから、仮に単なる主観のみであったとすれば「恣意的な認定」として、そもそも適法な捜査と認めることさえ困難となるであろう（小野清一郎ほか・前掲注（175）412頁、松尾浩也監修・前掲注（25）358頁参照）

(189) 本件の一審判決（東京地判昭60・10・14判時1184号156頁）参照（「同行を求める目的の説明の仕方が若干詐術的色彩を帯びていた」が「違法たらしめるほどのものではない」としている。）。

(190) 神戸地決昭43・7・9下刑集10巻7号801頁。その他、佐賀地決昭43・12・1下刑集10巻12号1252頁参照（収賄の逮捕状を得ていた被疑者の事務所に赴き、「今から警察に行くけん分かっとうろが」と告げた後、警察車両に乗車させて同行した事案で、同行それ自体は違法とはしなかった。）。

とを実質逮捕か否かの総合判断の要素の一つと解したものと考えられるが、告知すべき義務を認めたものとは言えないであろう⁽¹⁹¹⁾。

次に、玄関先で「某署のものです、ちょっと尋ねたいことがあるので、上がってもよろしいか」と声を掛け、承諾があったとは認められないのに屋内に入って、横になっていたXに対し、「Xさん」と声を掛け、金融の取り立てだろうと認識したと窺えるXを自動車に乗せて警察署に同行したという事案につき、最高裁は、「承諾」のない立入り、「明確な承諾」を得ていない任意同行については、「任意捜査の域を逸脱した違法」としているが⁽¹⁹²⁾、捜査目的を告げなかったことについては、特に明示的な評価を示していない。この事案は、そもそも任意同行それ自体について承諾がなかったと考えられる事案であるから、ここで検討すべき場合、すなわち、少なくとも同行それ自体には同意があったと認められる場合とは事案が異なる。

以上、いずれもこの問題について、必ずしも適切な裁判例とはいえないように思われる。

(191) これに対し、秋田地決昭44・5・14(公刊物未登載)参照(放火事件につき警察官3名で不審者を検索中、被疑者を発見して「一寸一緒に来てくれ」と言って、警察車両に乗車させて同行した事案で、「如何なる事実、如何なる用件」を告知すべきことが「理の当然」としたが、この事情を含めて取調室で取調べを拒絶できないような状態になった時点で実質的に拘束されたとしている〔河上和雄・前掲注(184)44頁注(八)から引用〕。しかし、単に同行の任意性が疑わしい事情として挙げられていることからみて、法的な告知義務を認めたものか否かは疑わしい。〕。

(192) 最決昭61・4・25刑集40巻3号215頁。高谷六郎裁判官の反対意見は、警察への同行を求められて応じたものではないから、「任意同行とは到底評価し得ない」とする。また、原審(大阪高判昭60・2・27判タ555号339頁)は、本件同行は、「真に任意の承諾のもとに行われたと認めるには合理的な疑いがあり、この疑いが払拭されない以上、違法な任意同行といわねばならない」と述べる。これに対し、第一審(奈良地判昭59・9・3刑集40巻3号260頁)は、確実な承諾を得ないで被告人の「居宅に入り込んだ疑いは否定しきれない」が、その後、「任意に右居宅の外に出て」「警察官の車であることを知りながら任意にその車に同乗して」いることを認定している。

そこで、同行それ自体については同意があったものの、それが捜査目的であったことについては錯誤があった場合について、改めて検討しなければならないが、前述のとおり、この問題は、偽装による領置の問題と実質的には同様の関係にあると思われるので、先にこの点について検討しておくこととする。

6 偽装による領置

(1) 虚偽情報の提供に基づく提出・領置の問題点

証拠物の収集に際して、相手方に対して虚偽情報を伝えて提出を受け、これを領置する場合、その領置は適法であろうか。ここで2つの場合を想定してみよう。第1は、差押許可状が発付されていると虚偽を述べて尿の提出を求めたような場合である(①)。第2は、警察のトイレが故障しているなどと虚偽を申し向けてその場で尿の提出を求めたような場合である(②)。いずれの場合についても、捜査機関に対して提出した以上、その占有は捜査機関に移転されることになるが、その際、第1に、提出段階において、提出するという自己決定に瑕疵がなかったかどうか問題となり得るし、第2に、提出した際に(又は後に)において、提出者の意に反して勝手に他の目的に使用しないように要求する利益があるか否かが問題となり得よう。第1の問題は、「自己決定」の問題であり、第2の問題は「期待」の問題である。両者は、実質的には盾の両面という側面もあるが、第2の問題は提出するという自己決定がなされたことを前提とする点で主たる検討段階が異なるので、一応区別しておきたい。

ところで、上記①と②の相違は何であろうか。①は令状があると信じているのであるから、提出者の主観的意識として、仮に提出を拒否しても差し押さえられるから提出を拒否することはできないと考えており、その意味では一種の強要の色彩を帯びる⁽¹⁹³⁾。この場合、拒絶の自由はないと考えているか

ら、そもそも自由な「自己決定」とは言えないようにも思われる。確かに、提出それ自体を切り出してみれば、自らの意思に基づく提出行為であるが、「差押令状がある」という告知は、その「自己決定」に対して決定的な影響を及ぼす。仮にこれが動機の錯誤だとしても、行為の要素になっていると考えざるを得ないのではあるまいか。その意味において、①については錯誤を利用した強要的措置という側面を否定できないように思われる⁽¹⁹⁴⁾。ここでは、真摯かつ任意の「自己決定」を想定すること自体が困難である⁽¹⁹⁵⁾。

これに対し、②の場合には、そのような誤信があったとしても、提出する以外にないと考えているわけではない。トイレを使用することができないと考えたとしても、必ず提出しなければならないとは考えていない。確かに、

(193) なお、黙秘権との関係で、供述義務があると誤信している者に対して殊更に黙秘権を告知しなかったときや、積極的に供述義務があると誤信させたときには、「欺罔的手段による黙秘権の侵害」があるとされている(松尾浩也監修・前掲注(25)826頁。後者につき、出田孝一「黙秘権・弁護人選任権の不告知と自白の任意性」判タ896号(1996年)6頁[「黙秘権侵害の問題が生じるであろう」]、岡田雄一「判批」刑事訴訟法判例百選【第8版】(2005年)167頁[同旨]。)。ただし、前者につき、判例(最大判昭24・2・9刑集3巻2号146頁)は、仮に供述義務があると誤信していても「供述を強要したものである」として(反対、平野龍一・前掲注(37)179頁[「強要したものである」といわなければならない])。

(194) 東京地判昭62・11・25判タ661号269頁(自宅の搜索差押許可状が発付されていたのを利用し、採尿令状が発付されているように誤信させて採尿した手続は重大な違法があるとして無罪とした[確定])。なお、同判決につき、判タ「匿名解説」判タ661号270頁(極めて違法性が強い場合に当たるのは「当然」とする。)、鶴田六郎「判批」警察学論集41巻5号(1988年)159頁(「真の同意」ではなく「重大な違法」とする。)参照。

(195) その他、不衛生だから消毒をしてやると欺いて占有を移転させるような場合、修理を装って提出を受けるような場合なども同様であろう。この場合には、相手方は、もともと放棄意思がなかったのに虚偽情報を申し向けられて錯誤に陥り、捜査機関はその錯誤を利用して占有移転を受けたのであるから、放棄意思それ自体に錯誤が生じている。堀内国宏「被疑者から尿を入手することの適法性」捜査研究28巻7号(1979年)45頁参照。

その場で排尿せざるを得ないと判断したことはその通りだとしても、提出するかしないかについては全く自由に決断することができたのである。この場合、提出に関する誤信は全くない。その前段階における排尿場所について誤信があったに過ぎない⁽¹⁹⁶⁾。さらに、排尿後、尿の提出について、検査を行うことを秘し「捨ててやる」と申し向けての提出を受けた場合も類似の状況にある⁽¹⁹⁷⁾。この場合、提出者は、検査を受けることなく廃棄処分されるものと誤信していたが、ここでも自ら進んで提出したのであるから、提出するかしないかについては自由に決断できたとも考えられる。しかし、果たしてそのように言い切れるのであろうか。そこで、これらを含めて、ここで検討すべき対象としては、①ではなく②のような場合を想定することとする。⁽¹⁹⁸⁾

（2）法益侵害又は侵害の危険

上記のような場合において、どのような法益が侵害され、あるいは危殆化されているのであろうか。

第1に、尿には物としての価値はないとすれば、客体それ自体は無価値であるから⁽¹⁹⁹⁾、それ自体に財産的価値の侵害があるわけではない。仮に何らかの価値があるとすれば、これに伴う非財産的利益としてのプライバシーであろう。それは、捜査機関に個人情報を手渡さない利益、自己の情報を自ら管理する利益とも考えられる。より具体的には、「鑑定されない期待」であろう。この「期待」という点に限ってみれば、排出されたゴミの領置に近いと

(196) もっとも、「拘禁したまま放っておくこと」は、「不作為による排尿の強制」との見解もある（庭山英雄「判批」昭和50年度重要判例解説ジュリスト615号（1976年）162頁）。

(197) その他、廃棄することを依頼されたのに乗じて、検査目的を秘して占有を取得したような場合、あるいは、捨てたいので捨てる場所を教えて欲しいと言われたのに乗じて、事後に回収予定であることを秘して容易に回収可能な場所を教示して捨てさせたような場合なども同様であろう。

考えることもできよう。判例⁽²⁰⁰⁾によれば、このような「期待」については、これを権利というかどうかというレベルであろうと考えられるので、少なくとも、直ちにこれをもって重大な法益侵害とは言えないと思われる。しかし、全く無視できるとも考えられないので、この点については、後に改めて検討したい。

第2に、占有取得の方法として、「騙した」という点についてはどう考えるべきであろうか。確かに、騙されたことによって錯誤を生じ、これによる何らかの精神的・心理的負担を考える余地があるかもしれない。しかし、この負担は提出後に真実が判明した段階で初めて生じるものであって、それまでは騙されたと思っていないのであるから、特段の精神的・心理的負担があ

(198) 東京高判昭49・11・26高刑集27巻7号653頁(アルコール検査の意図を秘し、看守係の差し入れた便器内に排尿させ提出を受けた事案につき、告知する義務はないとして適法とした。なお、一審判決(東京地判昭49・1・17判時727号29頁)は、立会の幹部が来られない旨の偽計を用いて錯誤に陥らせたとして、採尿手続を違法とした上で無罪としたが、前掲控訴審は、立会の幹部が来られないのは真実であると事実認定を変更した上で有罪とした。上告棄却確定[最決昭50・12・4裁判集刑事198号623頁]。)、東京高判昭48・12・10高刑集26巻5号586頁(アルコール検査の意図を秘してバケツに放尿させた事案を適法とした。)及びその上告審である最決昭49・12・3裁判集刑事194号309頁(「尿の採取が違法であったとは認められない」として上告棄却)、大津地裁昭50・11・14判時884号128頁(採尿目的を明確に告知せず排尿させたと認定した上、強制処分法定主義違反として無罪とした。)及びこれを破棄した大阪高判昭53・9・13判時917号141頁(採尿目的を知っていたとして事実認定を変更)参照。そのほか、東京高判昭56・4・1高検速報56年128頁(房内の水洗便所に排泄した尿を無断で採取した事案で適法とした。)がある。

(199) 強制採尿について令状を要するのは、おそらく、客体の価値に注目したものではなく、身体の強制的侵襲に基づく占有取得の方法に注目したものであろうと考えられる。最判昭55・10・23刑集34巻5号300頁に至るまで、身体検査令状説、鑑定処分許可状説及びその併用説が主張されてきたことは、主な被侵害利益が身体に対する強制的侵襲に関わるものであったことを示唆しているように思われる(最高裁判所判例解説刑事篇昭和55年度175頁[稲田輝明]参照)。

(200) 最決平20・4・15刑集62巻5号1398頁。

ったとは言い難いであろう。仮に、何らかの負担が生じたとしても、少なくとも尿を提出することそれ自体については提出する積もりで提出したのであるから、カテーテルによる強制採尿に類するほどの違法は考えにくいであろう。偽計を用いたとしても、カテーテルのような強制力を用い積極的な意に反して「無理やり」採尿しているわけではない⁽²⁰¹⁾。その限りでは、負担は生じない。したがって、偽計を用いた採取方法について、強制に類するような態様と到底同視することはできない。その限りにおいて、「騙した」ことをもって、少なくとも重大な法益侵害とは言えないであろう⁽²⁰²⁾。

そこで第3に、最も問題となる点は、提出の動機における錯誤である。すなわち、この点に錯誤がある以上、正しい「自己決定」がなされていないのではないかという疑問である。そして、仮にこの点に瑕疵があったとすれば、提出行為それ自体に瑕疵を生じさせるのではないかという疑念である。尿の提出それ自体についての錯誤は全くないので、排尿それ自体についての自己決定は害されていないが、自己決定の契機には錯誤があったのである。いわば、動機の錯誤ともいえるべき態様であろう。この錯誤は、処分行為の有効性

(201) 白井滋夫「尿の無断採取行為の適法性」研修311号(1974年)48頁(「多少のトリック」は「ルールの枠内でのタクティーク」であるとする。), 鈴木信男「検査資料とすることを告げない尿の採取」法律のひろば28巻2号(1975年)45頁(「技術的手法」として許されるとする。), 本江威憲「判批」研修365号(1978年)85頁, 堀内国宏「被疑者から尿を入手することの適法性」捜査研究28巻7号(1979年)48頁, 伊藤栄樹「判批」警察学論集27巻5号(1974年)143頁, 吉田淳一「判批」警察学論集32巻6号(1979年)160頁など。これに対し, 松岡正章「判批」判タ309号(1974年)100頁(捜査官の意図を知らない場合には「意に反した」ものとする。), 庭山英雄・前掲注(196)162頁(実力支配下にある尿の採取は「強制」とする。), 熊本典道「判批」判時740(判評185)号(1974年)152(34)頁(令状主義違反とする。), 原田敏章「判批」別冊判タ9号『警察関係基本判例解説100』(1985年)122頁(殊更嘘を言った場合には問題となるとする。)

(202) 問題の核心は、「承諾の有無」にあるのであって、「偽計の有無」にあるのではないとの指摘もある(庭山英雄・前掲注(196)163頁)。

を奪うほど重要な要素であろうか。確かに、供述証拠についての自己決定であれば、黙秘権侵害として憲法問題となるほど重大であろう。しかし、排他物を提出するか否かの自己決定は、黙秘権侵害の問題ではない。強いて言うとするれば、憲法13条で保障される「幸福追求権」に含まれると言うことができるのかもしれない。しかし、犯罪捜査のために必要があってその手段として用いられる偽計であるから、黙秘権のように刑事手続上の特別の権利が法定されていれば格別、そうでない限り、この種の「自己決定」は公共の福祉によって制約されてもやむを得ないであろう⁽²⁰³⁾。その意味において、少なくとも、直ちに重大な権利侵害とまでは言えないように思われる。

以上のように見てくると、結局のところ、法益侵害ないしその危険の有無及び程度の問題として検討する必要があるのは、「期待」と「自己決定」をどのように考えるかという問題に行き着くように思われる。そして、この両者は、その根拠を遡れば、憲法13条に辿り着き、究極的にはプライバシーの利益をどう保護すべきかという問題に帰着するように思われる。そのうち、「自己決定」については、供述証拠との関係を踏まえて、既に上記第4の1において検討したとおり、提出動機に付着する瑕疵は、少なくとも重大な違法を導く理由にはならないと考えることができたので、ここでは「期待」について検討しておくこととする。

(3) 目的外に利用されない「期待」

まず、対象物の占有の放棄は真意であったところ、これを領置した捜査機関が提出者の意思とかわりなく鑑定等に付した場合を想定してみよう。この場合、提出者の意思として、仮に、鑑定に付すことを知っていたとすれば提出しなかったであろうという意思であったとすれば、そのような「期待」は保護に値するのであろうか。

(203) 憲法13条に由来する権利の制限につき、酒巻匡・前掲注(43) 20頁参照。

そこで、まず、捜査機関が、正当な差押許可状によって対象物の占有を取得した場合を想定してみよう。この場合、捜査機関は対象物の占有を適法に取得し、保管を継続できるのであるから、対象物の内容を確認する等の捜査上の必要があれば、「必要な処分」(刑訴法222条1項, 111条2項)をなし得る。その場合には、対象物の元の占有者、すなわち差押えを受けた者に対して承諾を求める必要はないし、新たな令状を要するわけでもない。必要があれば、刑訴法129条の処分をすることも可能と思われる⁽²⁰⁴⁾。したがって、少なくとも対象物が証拠としての価値を有するか否かについては、当然ながら検証その他の措置を執ることはできると考えられる⁽²⁰⁵⁾。

それでは、対象物の占有取得が領置によった場合はどうであろうか。この場合も、占有取得に瑕疵がない限り、捜査機関は適法にその占有を取得し、必要がある限り、返還請求を拒否して保管を継続できる。したがって、その占有取得の方法が差押えと異なるだけで、保管の継続においては差押えと異なるところがないと考えられている⁽²⁰⁶⁾。そうだとすれば、押収物についての「必要な処分」は、差押えの場合と全く同様になし得ることになる⁽²⁰⁷⁾。すなわち、提出者の意に反するか否かを問わず、捜査機関は必要があれば鑑定その他の措置を執ることができると考えられる。そうだとすれば、問題は、任意提出が真意に基づくものであったか否かにかかってくることになる。この点に何らの瑕疵が認められないのであれば、その後の手続に問題を生じ

(204) 松尾浩也監修・前掲注(25)226頁。ただし、反対の見解(小野清一郎ほか・前掲注(175)263頁)。

(205) 川出敏裕「物の占有とプライバシー」研修753号(2011年)7頁。なお、検証すべきか否かを決めるために必要な処分に限られるとの見解が多いが(田宮裕・前掲注(175)134頁, 三井誠ほか編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法』(2011)141頁[橋本晋]), 反対の見解も有力である(松尾浩也監修・前掲注(25)226頁)。

(206) 領置は、返還を拒否できる点においては強制処分の一種であると言われている(田口守一・前掲注(12)95頁, 田宮裕・前掲注(175)125頁, 上口裕・前掲注(12)141頁, 松尾浩也監修・前掲注(25)210頁など)。

ることではないからである。

それでは、任意提出の段階で、例えば、廃棄処分をしてもらう積もりで提出した場合には、提出者は、廃棄以外には用いない、したがって、対象物について鑑定をしないように要求する権利ないし利益を有するのであろうか。この点の「期待」について要保護性を認め、それ故にその後の鑑定等の処分を違法とすることはできるであろうか。

問題となるのは、占有提出の意思はあるが、その動機について錯誤があった場合である。廃棄の意図で提出したところ、廃棄されずに肥料として利用されたとすれば、動機に錯誤があったと言える。しかし、その場合、意に反するからといって、提出それ自体が必ずしも常に違法となるとまでは言えないであろう。そこで、潜在的とはいえ、仮に知っていれば拒否したであろうと想定できる場合に、それにもかかわらず鑑定に付されたようなときはどう考えるべきであろうか。占有の放棄が真意であれば、放棄した以上、それが鑑定に付されたとしても文句は言えないというべきであろうか。確かに、捜査機関による占有取得が正当である以上、したがって少なくとも提出者の占有放棄の意図が真意である以上、領置した物に対する「必要な処分」(刑訴法222条1項, 111条2項)が可能であるから、必要な限度で相当の範囲にとどまる限り、鑑定に付されることをも含めてこれを甘受すべきであるとも言えよう⁽²⁰⁸⁾。

しかしながら、当初から鑑定に付されると分かっていたら放棄しなかったであろうという場合には、一種の目的外使用であるとも言えるであろうから、別途その許容性の問題として検討する余地もあるように思われる。ただし、

(207) 松尾浩也監修・前掲注(25)226頁。したがって、刑訴法121条ないし124条の処分を行うこともできる(小野清一郎ほか・前掲注(175)246頁)。

(208) なお、犯行現場における遺失物のように、占有放棄の意思がなく占有を喪失した物についてさえも、これを領置した上で、付着した血痕等を鑑定に付することは許されよう(なお、検証との関係につき、松尾浩也監修・前掲注(25)226頁参照)。

仮に鑑定に付されることが分かっていたとしたら放棄しなかったであろうと仮定しても、それは、必ずしも放棄意思が真意ではなかったとまでは言えない⁽²⁰⁹⁾。放棄意思は真意であるが、その後の利用が想定外であったというに過ぎないからである。いわゆる潜在的意思に反するように見えるが、厳密には放棄の点で意に反するわけではない。その意味において、この問題は承諾の真摯性の問題とは異なっている。それは、結局のところ、放棄後の利用について放棄者の権限が及ぶかという問題である。この点、確かに、何らかのプライバシーないし「期待」の侵害があると考え余地はあり得よう。放棄した尿が、放棄者の全く知らない間に利用された場合に、放棄者が後日これを知ったとすれば、怒るのはもっともである。しかしながら、それは権利ないし利益の侵害があったからなのであるか。

この点、排出されたごみを領置した場合につき、「そのまま収集されて他人にその内容が見られることはないという期待があるとしても」と述べた判例⁽²¹⁰⁾がある。この判例の真意については必ずしも明確ではないが、排出されたごみについては、もはやプライバシーの権利がないという見方と、未だプライバシーの権利は残存しているが当時の状況においては権利性が弱くなり、捜査の必要性との関係では保護に値しないものとなったとの見方があり得るとされている⁽²¹¹⁾。確かに、領置については、第三者の放棄した物についても幅広くなし得ることを考慮すれば、そのような場合についても「期待」の利益が全くないとまでは言いにくいように思われる。しかしながら、ごみとして廃棄した場合には、当該物に対する所有権の放棄であり、当該物に対

(209) 原田國男「採尿検査をめぐる問題点」警察学論集27巻5号(1974年)37頁(自らの意思で廃棄した以上、リスクを負担すべきとする。)。これに対し、松岡正章・前掲注(201)100頁参照(捜査官の意図を知らない場合には「意に反した」ものとする。)

(210) 最決平20・4・15刑集62巻5号1398頁。なお、東京高判平8・5・9高刑集49巻2号181頁参照(「何ら違法の廉はない」としている。)

する全ての権限が放棄されて無主物に転化したのであるから、当該物に由来する情報についても、所有権の一部として全て放棄されたものと考えられることもできる。問題は、それだけにとどまるか否かである⁽²¹²⁾。すなわち、例えば、肖像権のような権利を想定すれば、それは個人的人格(ないし人間の尊厳)に由来する権利であって、少なくとも、古典的な所有権ないし占有権に由来する権利というわけではないように思われ、「期待」の利益についても、単に財産権に由来するものとしてのみではなく、財産権とは異なった幸福追求の権利としてのプライバシー権の一環として考えるべきではないかとも思われるところである⁽²¹³⁾。そして、仮にそうだと仮定した場合、鑑定等によって個人情報が明らかにされることがないことを期待する利益は、果たしてそのような人格的な権利として法的に保護に値するものと言えるのであろう

- (211) 鹿野伸二「判批」ジュリスト1371号(2009年)101頁(ただし、最高裁判所判例解説刑事事篇平成20年度316頁【鹿野伸二】は、占有取得後の必要な処分の際にはプライバシー侵害を伴うが、権利侵害の程度としては大きいとは言えないとする。)。後者の見方に賛成するものとして、宇藤崇「判批」平成20年度重要判例解説ジュリスト1376号(2009年)210頁、笹倉香奈「判批」法律時報81巻4号(2009年)124頁、伊藤博路「判批」名城ロースクール・レビュー18号(2010年)238頁、上口裕・前掲注(12)140頁注4など。なお、保護すべき重要なプライバシーが残っており領置はできないとの見解(山口直也「判批」受験新報2008年8月号35頁)、プライバシー保護の観点から領置を制限するか押収のための令状によるべきであるとする見解(緑大輔「判批」法学セミナー増刊「速報判例解説」Vol. 3(2008年)216頁)も主張されている。
- (212) この点、占有の取得段階において、「外形的に判断できない権利の有無」によって令状の要否を決することは「不可能」であるから、捜査機関による占有取得それ自体により侵害される利益は存在しないとした上、適法に占有を取得した物について必要な処分をする段階においては、権利の制限、侵害が発生し得るとの分析もなされている(鹿野伸二・前掲注(211)最判解312頁)。
- (213) 米国における「財産権的アプローチ」と「プライバシー的アプローチ」につき、緑大輔「刑事手続における遺留物の領置—合衆国における「放棄された財物」—」修道法学27巻2号(2005年)321頁以下参照。

か。それとも、そのような「期待」権は、所有権ないし占有権の放棄によって同時に放棄されたものと言えるのであろうか⁽²¹⁴⁾。

この点、例えば、肖像権の場合には、物に化体しておらず、まさに個人の尊厳にかかわる権利であって、いわば人格に化体しているとも評価する余地があるのに対し、鑑定等によって明らかにされ得る情報は、まさに物それ自体に化体しているものと言える。その意味において、所有権ないし占有権の放棄によって同時に放棄されたものとする余地はあろう⁽²¹⁵⁾。しかしながら、同時に、鑑定等によって得られた情報は、単にその物のみに関する情報ではなく、その物がかつて帰属していた人に関わる情報でもある。この点を踏まえば、単に物の所有権ないし占有権を越えた価値を有すると考えることができる。そうだとすれば、そのような人的利益を対象とする期待権は、物の廃棄によっては消滅しないものとも考えることもできよう⁽²¹⁶⁾。その意味において、このような「期待」は、単に主観的な感情利益にとどまらず、客観的な法的利益として、法的に保護に値する利益と評価する余地は十分あり得るように思われる。もっとも、仮に法的に要保護性が認められたとしても、極めて微弱かつ軽微な利益であろうから、捜査の必要性との関係においてその侵害が違法となるような利益とまでは言い難いというべきであらう⁽²¹⁷⁾。

それでは、ごみとして放棄する場合と異なり、血液等身体の一部である場合にはどうであろうか。この場合においても、尿の提出であれば、どうせ廃棄されるのであるから、一種のごみと同様に取り扱うことも可能であろうが、

(214) ごみの中のプライバシーについても権利放棄したと考えれば、私人が他人のごみから情報を収集する場合も一切の不法行為を構成しないことになるので、相当でないであろうと言われる（鹿野伸二・前掲注（211）最判解320頁（注17））。

(215) 川出敏裕・前掲注（205）11頁参照（ゴミについては、どのようなかたちであれ占有を離れた以上、期待がそのままのかたちで保護されるものではないとされる。）。

(216) 占有にかかわらず内容物のプライバシーが保護された事案として、最決平21・9・28刑集63巻8号868頁が指摘されている（川出敏裕・前掲注（205）10頁）。

血液の場合には、ごみと同視することはできないかもしれない。しかしながら、一旦提出した微量の血液は、財産的価値はもとより、主観的にも価値の対象となるとは思われないし、結局のところ、廃棄処分する以外にはないであろうから、仮に尿と異なる価値を認めたとしても、さほど重要度が高まるものとは思われない。その意味では、捜査の必要性との関係においては、その侵害が違法となるほど要保護性が高い利益とは言い難いように思われる。

このようにみてくれば、任意に提出した物につき、所有権ないし占有権を越えて法的保護に値する何らかの「期待」利益を想定することは可能であると思われるが、それは、捜査の必要性を凌駕して捜査を違法とするほど要保護性が高い利益であるとはまでは考えられない。そうだとすれば、一定程度の偽装的な情報提供に基づいて対象物の占有を得ることも、必ずしも常に違法な捜査となるわけではないと言えよう。

7 小括

これまで検討してきたところによれば、捜査機関が積極的な偽装を用いて相手方に働き掛けることによって、相手方に対して捜査側に有利な意思決定を促し、これを通じて一定の証拠を獲得するという捜査方法も、その全てが一概に違法であるとはまでは言えないことは明らかとなったと言って良いであろう。そして、これまで実際に用いられてきた偽装的な捜査方法についても、各種の方法があり、適法・違法の区分は必ずしも明確とは言えない場合も少なくない。しかしながら、少なくとも、消極的な態様（ないし不作為型）の虚偽情報を用いた捜査については、概ね適法とされることが多く、また、積

(217) 本質的には廃棄した物に含まれる情報であるから、当該物が廃棄された以上、運命をともにすべき情報である。証拠としての重要性があったとしても、個人の情報としては廃棄されたものであるから、要保護性の大きさは微弱と判断されてもやむを得ないように思われる。この点につき、緑大輔・前掲注(213) 333頁以下参照。

極的な偽装を用いた捜査においても、場合によってはこれを適法となし得ることが明らかになったように思われる。

問題は、その限界である。もとより、捜査の必要性（公益の利益）との比較衡量の問題である以上、相手方の法益侵害の程度と侵害法益の種類等によって、その限界を一義的画一的に定めることは不可能であるが、少なくとも、これまで検討してきた偽装的方法については、適法とすることが可能であるように思われる⁽²¹⁸⁾。したがって、その限度において、このような捜査手法を今少し積極的に活用することが検討されても良いと思われる。

しかし、それにもかかわらず、そのような捜査方法を用いることには躊躇を感じざるを得ないのは何故であろうか。もし、それが単に倫理の問題に過ぎないのであれば、これまでの法的検討とは直接関係がないことになる。しかし、それがなお法的問題を含んでおり、それ故に積極的に踏み出すことができないというのであれば、実はこれまでの検討のパラダイムが不十分であったと言わざるを得ない。そこで、その躊躇の内実を検討してみると、結局のところ、そのような捜査方法は「不公正」であるという疑念を払拭し難いからではないかという点に突き当たる⁽²¹⁹⁾。もとより、その感覚がそのような捜査方法を躊躇する唯一の原因であるか否かは必ずしも判然とはしないとしても、それが躊躇の主たる原因であることは間違いないように思われる。そうだとすれば、そのような「不公正」の内実が、果たして法的に払拭できるものであるのか、あるいは法的に払拭すべきものであるのか、その辺りについて、さらに詰めて検討しておく必要があるように思われる。

確かに、虚偽情報を利用する捜査方法は、偽装を用いるというその一点において、「不公正」という非難を被ることになるであろうし、倫理的に公正

(218) 偽装した物の提供による捜査に対する衡量バランスの具体的な適用の在り方を示すものとして、河上和雄・前掲注(179)45頁参照。

(219) 白取祐司「捜査官の欺罔による「承諾」と手続の適正」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』(2002年)510頁参照。

さを欠くという意味では到底誠実な方法とは言えない。しかしながら、任意捜査の限界について、捜査の必要という公益の利益と相手方の被害者利益との利益衡量アプローチを是認するのであれば、少なくとも「不公正」、したがって「適正手続」違反というだけで、一切を排斥し去ることは相当とは言えないように思われる。既に検討してきたように、いわゆる偽装（虚偽情報の提供）によって侵害される法益は、必ずしもさほど重大な法益とは言えないのであるから、そうだとすれば、少なくとも利益衡量アプローチに従う限り、一概に排斥されるとは言えない。それ故、これを排斥するとすれば、「適正手続」という概念は、利益衡量アプローチを越えた価値であって、これとは別次元の問題として検討する必要があるように思われる。しかしながら、憲法的刑事訴訟法が前提とする人権が「個人」という不可分の最小単位に付与された権利であるとすれば、「個人」の保護を越えた、「個人」以外の何か（例えば、社会それ自体）に属する人権を想定することは、必ずしも適切とは思われない⁽²²⁰⁾。誰にも属しない人権を、「制度としての人権」として保障し、これに反する一切の行為を人権侵害とするのは、果たして妥当なのであろうか。「個人」に還元できない「制度としての人権」に反するというのであれば、あらゆる捜査方法は、まず「制度としての人権」に反するか否かを検討すべきことになるであろうが、そのためには、「制度としての人権」の内実を明らかにし、「適正手続」違反の実体を解明して、個々の捜査活動がこれに反するか否かを予め決する必要がある。少なくとも、虚偽情報の提供が「不公正」であり、「不公正」であることが直ちに「適正手続」違反であるというだけでは、明らかに不十分と言わざるを得ないであろう。仮に、

(220) 刑訴法1条は、「適正」という表現と相俟って、「不当・不合理な基本的人権の侵害・制約になってはならぬ」という大原則を表明したものであるから、「適正」の概念は、「できるだけ具体的な基本権の内容を明示特定して」議論すべきであって、「裁判官の主観的信念」によるべきではないとされる（酒巻匡「刑事手続法を学ぶ〔第1回〕刑事手続の目的と基本設計図」法学教室355号（2010年）36頁，37頁）。

それだけだとすれば、その内実は、要するに「虚偽」ということに尽きるのであって、結局のところ、捜査活動に「虚偽」が用いられたというその一事をもって直ちに違法というに等しいことになるように思われる。そうだとすれば、そこではそもそも「人権」は何ら検討されていないし、ましてや「制度としての人権」も検討されていないと言わざるを得ないであろう。また、仮にそうでないとすれば、果たしてそのような「制度としての人権」については、どのように考えるべきであろうか。現時点においては、その結論は留保しておきたいと考えているが、仮に、人権が、「個人」に還元され得るものであるとすれば、利益衡量アプローチを越えた別次元の「適正手続」違反を理由に一切を排斥してしまうことは、必ずしも相当ではないように思われるが、どうであろうか⁽²²¹⁾。

しかしながら、翻ってみれば、そのような主体としての「個人」を越えた「制度としての人権」を想定した上で、その「制度としての人権」侵害が「適正手続」違反であるとする考え方もあり得るのかもしれない。そうだとすれば、本稿におけるこれまでの検討とは異なった次元において、「適正手続」とは何かを更に検討しなければならないことになる。ただし、現時点においては、この問題についてこれ以上検討する余力はない。本稿においては、取り敢えずそのような可能性を留保した上で、その検討については改めて他日を期したいと思う。

第5 おわりに

(221) 憲法31条の適正手続の内包及び外延については、必ずしも明らかではないが、その判断基準として、個人の尊重と幸福追求権(憲法13条)、米国のデュー・プロセス判例、憲法32条以下の諸規定を考慮しつつ、社会的現実を踏まえた利益衡量によって求められると言われている(市川正人「刑事手続と憲法31条」樋口陽一編『講座・憲法学』第4巻(1994年)212頁)。さらに、樋口陽一ほか・前掲注(29)707頁参照。

1 本稿のまとめ

本稿は、任意捜査の限界という基本的視点に基づき、非供述証拠の収集について、偽装型の捜査を許容する可能性を検討しようとしたものである。そこで、そのような捜査において侵害される捜査対象者の法益とは何かを中心に検討するとともに、そのような法益侵害が公益との関係においてどの程度許容される余地があるかについて検討してきた。その結果、当面、現時点においては、概ね次のように考えるに至ったものである。

まず、消極的な偽装型捜査ないし秘匿型捜査、例えば、秘密録音、秘密写真撮影、コントロールド・デリバリー（CD）、あるいは追跡監視などについては、第1に、その被害利益は、自己決定を中心としたプライバシーの侵害が核心であること、しかしながら第2に、そのような侵害は、消極的な偽装型捜査においては、必ずしも重要な権利・利益の侵害とは言えないから、原則として強制処分の対象となるものではないのはもとより、公益との比較衡量において、なお許容範囲内とされ得る場合が多いこと、第3に、その他の権利・利益の侵害は、プライバシーの侵害に比べて極めて軽微であるか又は殆ど想定する必要がないこと、したがって第4に、消極的な偽装型捜査は、その必要性を肯定することができる限り、原則として容認することができ、全体として許容する余地がかなり大きいことなどが明らかとなった。

他方、積極的な偽装型捜査ないし狭義の偽装型捜査、例えば、おとり捜査など人的関係や捜査目的を偽った捜査、身分を偽装して組織に潜入する捜査、虚偽事実を申し向けて証拠物を取得する捜査、さらには積極的に偽装した物を提供して犯罪に利用させて犯人を検挙する捜査などについても、第1に、その被害利益は、自己決定を中心としたプライバシーの侵害が問題となるが、ここでは、単に自己決定が「利用」されるにとどまらず、捜査機関によって意図的に「操作」され、場合によっては重要な錯誤によって行為者の真

意（保護に値する合理的真意）に反することにもなり得るので、その法益侵害は消極的な偽装型捜査に比べて大きいものとなり易いこと、第2に、この場合、単に自己決定の侵害にとどまらず、これを越えた期待等の法益侵害を想定できる場合もあり得るので、これらについても相応の考慮をする必要があること、したがって第3に、積極的な偽装型捜査は、消極的な偽装型捜査に比べて法益侵害が大きく、その許容範囲が限定されざるを得ないこと⁽²²²⁾、第4に、それにもかかわらず公益との比較衡量によって、積極的な偽装型捜査も、なお許容される場合があり得ることなどが明らかとなったように思われる。

もつとも、仮に偽装型捜査が許容されるからといって、そのような捜査方法には、捜査機関に対する市民の信頼を損なう可能性があることは否定できない。したがって、刑事司法全体からみて、法政策としてこれを容認すべきではないと考えることも十分に理由があるように思われる。それ故、偽装型捜査の許容性とその限界については、法政策的な観点からも一層慎重な検討が必要であると考えられるが、本稿ではこの点について論じる余裕はないので、将来の検討課題としておきたい。

2 残された課題—捜査情報コントロールの在り方—

ところで、このような捜査方法において通底する基本的な問題意識は、捜査機関による捜査情報のコントロールの在り方をどうするかという問題である。そもそも、捜査機関がその保有する捜査情報をどのように利用し、捜査対象者との関係でこれをどのようにコントロールしていくかは、原則として、

(222) 例えば、欺罔の実質が脅迫ないし抑圧にまで至るような場合には、単なる欺罔ではなく自由な自己決定を阻害していると解すべきであるから、許容することはできないであろう。その他、過度の利益誘導や取引にわたる場合についても、それぞれ個別に検討する必要があるが、課題としておきたい。

捜査機関の裁量に委ねられていると考えられるが、その限界は、やはり捜査対象者側の自己決定の在り方との対抗関係において決せられるものと考えられる。その意味において、捜査機関側にも一定限度の偽装(真正情報の秘匿と不真正情報の提供)が許容されるとともに、他方において、捜査対象者側にも譲ることができないプライバシー領域というものがあると言って良い。これまで検討してきた結果によると、捜査対象者側のプライバシーの中核となる要素は、広い意味での自己決定の利益ないし期待であると考えられるところ、この利益ないし期待は、捜査の必要という公益的利益によって相当程度の制約が可能であることが明らかとなったように思われる。そして、その限りにおいて、捜査機関は、新たな証拠を獲得するために、捜査情報の提供や秘匿を越えて、その保有する情報そのものをある程度操作するということを許容する余地もあり得るのではないかと考えられるところである。そこでさらに、単なる情報の秘匿ないし偽装を利用した捜査にとどまらず、捜査機関側がより積極的な情報操作によって証拠を収集する可能性についても検討する必要があるように思われる。すなわち、捜査対象者に対して、捜査機関側が保有する情報を適宜操作し、ある程度は虚実取り混ぜた情報を流通させ、その中で捜査対象者から有益な証拠を収集するという、一層高度な情報戦略を構築することを想定する必要があるのではないかと考えられるところである。

情報化社会の発展に伴い、犯罪者側もあらゆる社会的インフラを活用して緻密かつ秘密裡に犯罪を実行するのである。そのため、捜査機関といえども、少なくとも従来型の捜査方法のみによって有効な証拠収集活動を十分に行うことは、極めて困難な状況に立ち至っていると言わざるを得ない⁽²²³⁾。捜査機

(223) 既に27年も前から、犯罪の「科学化・情報化・国際化」に対応して、捜査の「科学化・情報化・国際化」が主張されていた(松尾浩也「刑事法の課題と展望」ジュリスト852号(1986年)11頁)。

関側がこれに対抗するためには、対抗するに足りる手段を容認する必要がある。確かに、公正を害する捜査方法は適切であるとは言い難い。しかしながら、そもそも捜査とは捜査対象者側の法益を侵害することを前提とした証拠収集活動である。それを公正というか否かについて、絶対的な基準があるわけではない⁽²²⁴⁾。そこでは、捜査の利益と捜査対象者側の利益との比較衡量によって、ある場合には許容され、ある場合には許容されないのである。そうだとすれば、捜査側の用いる対抗手段も、被侵害利益との比較衡量の対象となるのであって、その限りでは、絶対に許されない公正侵害が存在しているわけではない。捜査の公正は、あくまで相対的なものであって、比較衡量の対象となると考えても良いように思われる（公正の相対化）。その限りにおいて、例えば、虚偽情報の提供を利用する捜査のように、一見すると公正を害するような不誠実な方法も、許容される余地があり得て良いように思われる。

今後の捜査活動は、古典的犯罪捜査の時代と異なり、情報戦の傾向をますます強め、ある種神経戦の色彩を帯びるものと考えられる。そのような現代的犯罪との闘いにおいて、個人のプライバシーを全く侵害しないということは、もはや殆ど不可能ではないかとさえ思われる。むしろ、一定限度ではプライバシーを侵害し、自己決定を阻害してでも、なお客観的な証拠を収集する高度の必要性が認められることも十分あり得るのではあるまいか。もとより、その限界を明確に画定することは、その手法が利益衡量である限り、著しく困難であると言わざるを得ない。そこで、今後は、このような利益衡量の手法を維持しつつ、捜査情報のコントロールについて、一層明確な下位基準を設定し、細やかな衡量判断が可能となるような努力を積み重ねるほかにないように思われる⁽²²⁵⁾。情報戦と神経戦を制するための捜査基準とその限界設

(224) 憲法31条は、抽象的には絶対的基準ではあるが、具体的下位基準が絶対的に定まっている訳ではない。市川正人・前掲注（221）212頁参照。

定という大きな課題を残しつつ、取り敢えず本稿を閉じることとする。

追記：本稿は、平成23年度科学研究費補助金（基礎研究C）に基づくものである。

(225) 井上正仁・前掲注(11)22頁参照（類型ごとに許容性の限界を明らかにする必要があるが、「相当」概念は、全ての場面で同一内容か否か疑問があると指摘される）。