

令和 6 年 6 月 13 日現在

機関番号：17401

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2019～2023

課題番号：19K01348

研究課題名（和文）捜査手続の密行化と任意捜査のコントロールに関する検討

研究課題名（英文）Study regarding of the secrecy of investigations and the control of not compulsory investigations

研究代表者

内藤 大海（Naitoh, Hiromi）

熊本大学・大学院人文社会科学部（法）・教授

研究者番号：00451394

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 2,000,000円

研究成果の概要（和文）：わが国において捜査は強制捜査に対しては厳格な規制がかかるのに対し、後者についてはかなり緩やかに実施されるという二項対立的な状況が存在する。これに対し本研究では、任意捜査においても相当程度権利制約を伴う、あるいは濫用の危険が高いものもあるという認識から、立法等による一定程度の規制の必要性があるのではないかとすることを明らかにした。他方、判例等においても、捜査に対する同意や承諾をめぐる理解に変化の兆しがあることを明らかにした。加えて、ドイツにおけるおとり捜査等に関する立法論をめぐる刑事訴訟における法律の留保原則について議論が活性化していることについて調査をした。

研究成果の学術的意義や社会的意義

強制処分性を基礎づける反意思性と権利の重大性の理解について、下級審判例を中心に従前の議論状況から一歩進んだ解釈がなされていることを明らかにし、その理論的分析を行なった。また、任意捜査（とくに密行型）についても、権利制約性が比較的強いもの、濫用の危険のあるものについては事後の相当性判断のみに委ねるのは妥当ではなく、立法による規律を及ぼすことで適正な運用が図られるべきことを明らかにした。

研究成果の概要（英文）：In Japan, compulsory investigations are carried out under strict conditions. The investigations with consent, on the other hand, are not subject to such strict conditions. I have dealt with this problem in this work. In my opinion, voluntary investigations sometimes have a significant impact on fundamental rights or pose a risk. Therefore, such investigations may need to be subject to legal conditions. Incidentally, I have found that the Japanese situation regarding the discussion of consent to investigative activities is changing in case law. I have researched that the discussion of the new draft legislation on incitement to commit a crime provides a very interesting clue to the understanding of the reservation of law in criminal prosecution.

研究分野：刑事訴訟法

キーワード：法律の留保 刑事訴訟における法律の留保 密行的捜査 任意捜査の立法的コントロール

1. 研究開始当初の背景

強制捜査に対しては強制処分法定主義および令状主義のコントロールが及ぶ一方、任意捜査に対してはこれらの規律は及ばず、付随する権利制約と必要性・緊急性とを用いた相当性判断の下で適否判断がなされる。前者については強制処分法定主義(刑訴法 197 条 1 項但書)のコントロールの下で刑訴法における個別規定の規律を必要とし、その具体的な方法として原則として令状が要求されるのに対し、後者については刑訴法 197 条 1 項本文、すなわち捜査に関する一般条項を根拠とし、令状も要求されないまま比較的柔軟に実施することが許されている。

ところで、とくに現代的捜査は密行性・非対面性、情報の大規模性、情報処理の高度化という特徴を有する。刑訴法において、密行性・非対面性という特徴を有する処分として規定されているものとしては通信傍受が存在し、その他にもいわゆる GPS 捜査のように、判例上強制処分性が確認されたものの未だ立法には至っていないものも存在する。しかし、その多くは任意処分に分類される。任意処分として刑訴法に規定されているものとしては、捜査関係事項紹介(刑訴法 197 条 2 項) 保全要請(同 3 項)があるが、多くは刑訴法 197 条 1 項の一般条項を根拠に実施されており、立法上具体的な規制は存在しない¹。

2. 研究の目的

以上のような問題意識から、本研究は、任意捜査、とりわけ対象者ないし利害関係者が権利制約の実態をおおよそ把握することができない密行的・非対面的処分について、新たな規律枠組みを提示することを目指した。

3. 研究の方法

そのための手法としては、ドイツ刑訴法における捜査の規律を対象とした比較研究を採用することとした。その理由の 1 つとして、ドイツ捜査法は以下に述べるようなわが国との共通性を有する点が挙げられる。すなわち、捜査は強制処分(Zwangsmassnahme)²とそれ以外の処分とに区分され、法律の留保(Gesetzesvorbehalt)原則の支配の下、前者については個別の授權根拠が必要とされ、後者については捜査に関する一般条項(刑訴法 161 条および 163 条)を根拠に実施することができるとされている。また、強制処分は原則として裁判官による命令により実施されなければならない(裁判官留保)。このように、ドイツにおいても強制処分は、立法および司法の両面においてコントロールを受ける³。ただし、以下で

¹ なお、前述の事項紹介、保全要請についても規律の内容が十分かという疑問は残る。

² ここでは Zwangsmassnahme を「強制処分」と訳出した。しかし、以下で述べるようにドイツにおける Zwangsmassnahme とわが国の強制処分とは、その対象とする範囲、規制方法ないし強度においてかなりの違いがある。したがって、同義のものと理解されるべきではない。

³ なお、ドイツにおいては、判例および文献中、「強制処分」に当たる“Zwangsmassnahme”という用語はしばしば目にするものの、任意捜査に当たる“freiwillige Massnahme”の用語は一般に用いられていないようであり、強制処分(Zwangsmassnahme)に当たるか否かという視点から検討が加えられる。わが国における任意捜査という用語は用いられていないものの、分類ないし検討の大枠はわが国と共通する。

述べるように、わが国における強制処分法定主義および令状主義と、ドイツにおける法律の留保および裁判官留保 (Richtervorbehalt) には違いがある。本研究はこの点に着目し、ドイツとの比較から捜査の規律を考えることとした。

4. 研究成果

(1) 「強制捜査」の意義

最決昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 卷 2 号 187 頁は、強制の処分とは、有形力の行使を伴う手段をいうのではなく、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」旨判示した。ここから、最高裁はいわゆる重要利益侵害説に立つものであるという分析が広く支持を得ており、通説化していると言ってよい。とはいえ、強制処分性を基礎付ける重要利益の侵害がどの程度のものを指すのかについては必ずしも明確ではなく、現在においても明確な閾値がどこにあるのかは明らかでない。

ドイツにおいても、わが国と同様強制処分 (Zwangsmassnahme) に当たるか否かの判断は、基本権介入をメルクマールとして論じられる。しかしながら、強制処分を基礎づける侵害強度はわが国と比べると格段に低く、何らかの基本権介入が認められる場合は強制処分とされ、個別の授權根拠を必要とされる。とくに情報収集についてみた場合、人格関連情報の取得がある場合多くが強制処分と位置づけられる。例えば、わが国において任意捜査の典型例として挙げられる尾行・張込みに相当する処分として、長期的監視 (längerfristige Observation) が存在する。これについて刑訴法 163 条 f は、通じて 24 時間を超える、あるいは 2 日以上に及ぶ監視を実施する場合、重大犯罪が行われたことについて事実に関する十分な手掛かりが存在する場合に裁判官による命令によりこれを実施することができる旨規定する。このように、わが国と比較すると、ドイツにおいては強制処分の範囲は相当に広ことが明らかである。

ただし、ドイツにおける強制処分性の基準をわが国における任意処分にも及ぼし、強制処分として規律することが妥当かは慎重な検討を要する。少なくとも、ドイツにおける“Zwangsmassnahme”とわが国における「強制処分」とではその射程にかなりの開きがあり、ドイツの議論に倣った分類をするには相当程度の擦り合わせが必要となる。

他方、ドイツでは強制処分ごとに、その強度や態様に応じた実施要件が設定されている。そのため、強制処分と一口で言ってもその実施要件は画一的、類型的ではない。加えて、とくに裁判官留保については広範な例外が認められており、多くの処分で急を要する場合には裁判官の命令に変えて検察官の命令によることが認められており、それすら必要とされない場合も存在する。そのため、強制処分 (Zwangsmassnahme) という呼称は有するものの、わが国における強制処分がごくわずかの例外を除き令状主義のコントロールに服すのとは大きく異なる。すなわち、ドイツにおける Zwangsmassnahme の中にわが国では任意処分と分類される処分が取り込まれているとしても、これらに対してわが国同様の規制が掛かっているわけではなく、比較的軽い強制処分に対してはその分緩やかなコントロールしか及ばないということができる。

しかしながら、前述の通り、ドイツにおいてはそもそも強制処分に分類される捜査の範囲が広いことに留意すべきである。したがって、強制処分に対する規律が比較的緩やかに行われるとしても、一応は立法および司法によるコントロールが及ぶという利点はある。加えて、先に触れたように、強制処分に関する規定もわが国とは比較にならないほど細分化されて

おり、嫌疑のレベル、実施可能となる被疑事件（対象犯罪）、実施期間等の要件は異なる。何よりも、当該処分特有の要件が具体化された規定ぶりになっている。

以上のように、ドイツにおいて、強制処分に対する法律の留保および裁判官留保は、わが国における強制処分法定主義および令状主義とはかなりの相違点を有している。まとめると次のようにいうことができよう。すなわち、ドイツでは捜査手法の多くが強制処分として法律の留保および裁判官留保のコントロールを受け、その内容や強度に応じて適切な実施要件の下で運用されているのである。この点、わが国における任意処分のほとんどは、事後の司法審査に服することこそあっても、実施の可否に関する判断は基本的に現場の捜査官に委ねられているわが国の現状とは大きく異なる。

（２）密行的捜査に対するわが国の議論状況の確認

そこで具体的な作業として、まず処分の相手方の知らないし錯誤を利用した捜査に関するわが国の議論状況を確認した。ここでは相手方にその存在自体を全く覚知されない通信傍受や GPS 捜査などの捜査手法ではなく、捜査対象者が自らの対峙する相手方が捜査官であること自体は認識しつつも、行われる行為（処分）の意味に気がついていないケースについて検討を加えた。例えば、使用した紙コップの処分を捜査官に委ねる際、紙コップと一緒に唾液や指紋も同時に捜査官の管理に委ねることになる。このように、自らの行為により個人情報提供されることについて十分に知悉していなかったとしても、当該物件の移転に伴う個人情報の移転がありうることに認識することが可能であったのだから同意があったと言えるかが問題となる。このようないわゆる動機の錯誤について、従来、裁判例はこれを問題としてこなかった。しかし、近時の下級審裁判例は、このような動機の錯誤があった場合に同意の有効性を否定する。すなわち、相手方の真の意図を理解していたならば上記のような提供行為をなさなかったという場合、同人の推定的意思に反することが確認されている。本研究もこのような見解を支持するものであり、「捜査における欺罔・不告知と捜査の密行性」熊本法学 148 号（2020 年 3 月）133-176 頁としてまとめた。

（３）個人情報の取扱いをめぐる日独の意識の違い

なお報告者は以前の課題研究で DNA 型鑑定をめぐる諸問題について日独比較を実施した。その際、わが国では鑑定サンプルの取得のための措置が強制処分として問題とされるのに対し、ドイツにおいてはそれとは別に鑑定自体が強制処分（Zwangsmassnahme）として規定されていることを指摘した。両者の違いは、例えば遺留物から唾液等のサンプルを採取し、これを鑑定にかけて個人情報を得る場合に現れる。また、わが国では DNA 型データベースの運用について立法的措置がなされていない点、問題であることを指摘した。これらについては、前回の課題研究の成果として実施したシンポジウムの講演録として「日独における将来の刑事手続のための情報保管の許容性」熊本法学 150 号（2020 年 12 月）150-152 頁として取りまとめた。このような個人情報の取得、とりわけ関係者の感知しない状態での情報利用に関する問題意識、両国における議論の相違点は本研究においても基礎とした。

（４）刑事訴追における法律の留保原則と任意処分に対する司法的コントロール（ドイツ刑法 110 条 a 以下の改正を例に）

以上は、わが国においても強制処分として強制処分法定主義および令状主義のコントロールに服すべき処分が、これまで任意処分として実施されてきたこと、あるいは未だ任意処分として実施されていることを問題として指摘するものである。判例および学説においては、意思に反する重大な権利制約があれば強制処分であるとする理解が広く支持を得ているが、ここでは反意思性の内容を明確にするとともに、何をして重大な権利利益の制約とな

るかについて検討を加えたことになる。これに対し、前述のようにドイツにおいては、わが国で任意処分と分類される処分についても、緩やかにではあるものの立法および司法によるコントロールが及ぶ。この点について各論的な検討として、ドイツ刑訴法 110 条 a 以下の規定の調査を行った。

ドイツ刑訴法 110 条 a 以下では、警察官が身分を秘して対象者と接触を図りのちに証拠となる情報を収集する潜入捜査官の利用について規定されている。これに対し同様の密行調査を私人が実施する場合（連絡員の利用）法律の留保原則との関係上問題が指摘されていた。学説の大勢は同原則違反を認め、連絡員の投入は許されないとする。これに対し、判例も立法者もかなり長い間（少なくとも 30 年以上）立法上の措置を講じる必要はないとしてきた。しかしながら、2022 年頃からまず判例が態度を変え、2024 年 3 月には連絡員の利用に関する規定を刑訴法 110 条 b として新設する法案が連邦参議院に上程された（その後、研究期間終了後の本年 4 月 26 日に可決された）。ここに至る一連の議論においては、一般条項（刑訴法 161 条、163 条）の射程が問題となっており、刑事訴追における法律の留保原則の内容を探る上で非常に参考になる。

他方、これらの捜査手法に関連して、その実施中に行われる犯罪誘発行為（Tatprovokation）について刑訴法 110 条 c が新設されることとなった。これはわが国でいうおとり捜査に該当する行為であるため、わが国であれば任意処分として分類される措置に関する立法例とすることができる。このような状況について論考をとりまとめていたところ、ごく最近になって立法に向けた動きがあったこともあり目下改正法の内容について分析を加えているところである。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計3件（うち査読付論文 1件/うち国際共著 0件/うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 内藤大海	4. 巻 150号
2. 論文標題 日独における将来の刑事手続のための情報保管の許容性	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 熊本法学	6. 最初と最後の頁 149-185
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 内藤大海	4. 巻 148
2. 論文標題 捜査における欺罔・不告知と捜査の密行性	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 熊本法学	6. 最初と最後の頁 133-176
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 内藤大海	4. 巻 2421
2. 論文標題 判批・東京高判平成30年3月2日	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 判例時報	6. 最初と最後の頁 1184-190
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8 . 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------