

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 26 年 5 月 30 日現在

機関番号：15401

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2011～2013

課題番号：23530077

研究課題名(和文) 裁判員時代の捜査

研究課題名(英文) The investigation of the lay judge era

研究代表者

大久保 隆志 (OKUBO, Takashi)

広島大学・法務研究科・教授

研究者番号：20346472

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,800,000円、(間接経費) 540,000円

研究成果の概要(和文)：これまでの捜査の行き詰まりを打破し、新たな展望を見出すためには、従来の捜査手法を超えた新たな捜査を検討すべきであると言われている。しかし、これを我が国の刑訴法と整合的に接合するためには、新たな捜査と従来の捜査の適法性の共通基盤を見出す必要があるところ、その基盤は、結局のところ、従来から議論のあった「自己決定」と「利益衡量」の在り方に収斂されるように思われる。そうすると、新たな捜査は、自由な「自己決定」を害することなく、適正な「利益衡量」に支えられた捜査であることが前提となる。その意味において、「自己決定」と「利益衡量」とが、捜査を支える「指導理念」の中核的概念であると考えられる。

研究成果の概要(英文)： It is said that you should examine the new investigation beyond the conventional investigation technique to defeat deadlock of the past investigation, and to find the new prospects. However, it is necessary to find a common ground of the legality of the new investigation and the conventional investigation to join this to the Criminal Procedure Code of our country conformally. The base seems to arrive at the way of the controversial "self-determination" and "profit weighing" conventionally. Then, as for the new investigation, it becomes the premise to be the investigation supported by appropriate "profit weighing" without injuring free "self-determination". In the meaning, it is thought that "self-determination" and "profit weighing" are the core concepts of "an instruction idea" supporting the investigation.

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・刑事法学

キーワード：自己決定 利益衡量 任意捜査 捜査の限界

1. 研究開始当初の背景

近時、刑事手続においては、裁判員裁判の実施を背景として、証拠収集手続の「透明化」が注目を集めている。取り分け、取調べにおける密行主義に対しては、厳しい批判が向けられており、従来の捜査は、これまでにない大きな転換点を迎えている。そこで、新たな捜査手法の検討は喫緊の課題となっているが、従来、この課題に対しては、せいぜい欧米における捜査手法の一般的な紹介にとどまり、その具体的、実務的な検討がなされるに至っていないのが実情であった。このような実情に鑑み、個々の捜査手法それ自体の是非についての検討も必要ではあるものの、それ以上に重要な点は、その目指すべき新たな捜査の依って立つべき「指導理念」を解明した上で、従来の捜査との適切な接合を検討することであるように思われた。そこで、このような背景を踏まえ、そのような「指導理念」のもと、どのような捜査手法が想定できるか、という視点に立って、今後のあるべき捜査の未来像を検討しようと考えたものである。

2. 研究の目的

本研究の最終的な目的は、刑事訴訟法の本来の理念との関係で、あるべき捜査手法の理念型を念頭に、個別の捜査手法の限界を明確にするとともに、それらを通じた限界を根拠付ける「指導理念」を導き出すことにあった。そのために、供述証拠の収集をめぐる問題、取り分け、被疑者取調べの問題を検討した上で、供述以外の各種証拠の収集をめぐる様々な問題を検討することを通じて、適法捜査の限界を明らかにし、ひいては、あるべき捜査の「指導理念」を見出すことを目指したものである。

3. 研究の方法

各種文献の調査と判例研究等を中心として検討した。

4. 研究成果

(1) 供述証拠について

供述証拠は、極めて重要な価値を有する。取り分け、自白は証拠の女王とされ、直接証拠として、間接証拠に優る価値を有する。しかし、供述は、証拠物と異なり、人の記憶を外部的に取り出して言語表現に固定するものであるから、心理的、物理的圧迫が微妙な影響を及ぼす。それ故、外部的事情としては、任意捜査の一環として、「社会的相当性」が要求され、内情的事情としては供述の任意性の一環として、「自己決定（ないし意思決定）の自由」が要求される。両者は、微妙に錯綜

しながらも、それぞれの役割を果たしているが、同時に、両者の核心部分については共通性も認められる。そこで、任意捜査として認められる限度内の一定程度の圧迫と、自己決定の自由が害されたとまでは言えないと評価される程度の圧迫とは、ほぼ同様の判断基準で考えることができるのではないかとの仮説を立て、その検証を通じて、そこから何らかの方向性を見出すことができるか否かを検討することとした。

そこでまず、意思決定の自由の観点から検討すると、第1に、物理的に自由な環境が保持されなければならない。しかし、これは、あらゆる物理的圧迫が全て供述の自由を奪うことを意味するわけではない。圧迫にも程度があるので、程度によっては自由を害しないと評価することは可能である（佐藤隆之「被疑者の取調べ」法学教室 263号（2002年）138頁、井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」『刑事訴訟法の争点〔第3版〕』（2002年）47頁など）。第2に、精神的にも自由な環境が保持されなければならない。脅迫による圧迫のような場合には、むしろ第1の場合と共通するが、誘惑・甘言による場合には、必ずしも一概には言えない（山田道郎『証拠の森』（2004年）115頁、米山正明「利益誘導と自白の任意性」判タ 922号（1997年）44頁、大澤裕「自白の任意性とその立証」前掲『刑事訴訟法の争点〔第3版〕』172頁など）。さらに、利益誘導ないし利益提供による場合には、提供される利益を理性的に評価し、決定のリスクを自ら引き受けた上で意思決定を行うことも十分に考えられるが、そうであれば、自己決定が害されたとは言えないであろう。このようにみれば、少なくとも一定程度の利益提供については許容する余地があり得るように思われる。

次に、任意捜査の観点から検討すると、「社会的相当性」は、捜査利益と個人の利益侵害との比較衡量によって判断され得るとされているが（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）32頁、酒巻匡「刑事手続における任意手段の規律について」法学論叢 162巻 1-6号（2008年）95頁、大澤裕「判批」『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』（2011年）5頁など）、取調べに即して言えば、取調べそれ自体の心理的苦痛の要素と取調べ前の圧迫等の間接事実を区別し、後者を「心理基底」とし、これに取調べそれ自体による心理的圧迫を計測して加算し、その上で被侵害利益を計量するとともに、他方において、捜査における取調べの必要性を計量し、この両者の計量結果を比較衡量することによっ

て、初めて適切な相当性判断を行うことができると思われる。そのような観点から、いくつかの代表的な取調べ事例を検討してみると、身柄拘束型の取調べにおいては、捜査の適法性の限界と自白法則における任意性の限界とはほぼ重複するように思われるが、情報提供型の取調べにおいては必ずしもそうは言えないように思われる。

そこで、後者（情報提供型の取調べ）について検討すると、一定程度の誘導を伴い、あるいは利益提供を行って供述を得るとしても、なお許容範囲と言える場合が想定できるのであるが、それは、結局のところ、自己決定が維持されたと評価できるか否かにかかっていると考えることができる。歴史的にみれば、「期待を抱かせるような甘言」に基づく供述には任意性がないとされてきたが（稲田隆司「イギリスの自白法則」『能勢弘之先生追悼論集激動期の刑事法学』（2003年）157頁注（1）、同「自白法則の虚偽排除 コモンローにおけるその成立と展開」法制理論30巻4号（1988年）41頁）、それは、実質的には圧迫と評価し得る程度の甘言であって、全ての利益提供を一律に禁止しなければならないわけではないように思われる。

以上のような検討の結果、任意捜査における任意性と自白法則における任意性とは必ずしも常に一致するわけではないこと、任意捜査の限界という観点からは、捜査側の利益と取調べを受ける者が被る損害との比較衡量によって取調べの相当性を判断することが可能であり、その場合、後者の損害は、取調べそれ自体によって被る直接的な心理的苦痛であると考えられること、そのような観点から任意捜査としての取調べを検討すると、身柄拘束型の取調べと情報提供型の取調べとは区別して検討するのが適切であること、身柄拘束型の取調べにおいては、任意捜査の限界と自白法則との関係は大きな相違は生じないが、情報提供型の取調べにおいては、取調べを受ける者の直接的損害は必ずしも容易に想定することができないこと、情報提供型の取調べについて取調べを受ける者の直接的損害は想定し難いとしても、それにもかかわらず後者の取調べによって得られた供述には強い疑惑が抱かれており、その観点を考慮すると、「著しく不当な利益提供」を用いて取得された供述はやはり排除されるのが相当であることなどを確認することができた。

（2）非供述証拠について

次に、非供述証拠について検討する。ここでは、利益提供と関連して、一定程度の欺罔

を用いた捜査手法が許容される余地があるかを検討することとした。消極的に情報を秘匿した捜査と、積極的な欺罔を作出して証拠を得る捜査とについて検討することを通じて、少なくとも一定程度の欺罔であれば、なお許容する余地があるのではないかと、その限度で一定の欺罔を活用した新たな捜査を導入する余地があるのではないかと検討することを通じて、従来、当然に否定的に考えられてきた捜査手法についても、なお活用の余地があることを明らかとすることを目指した。

そこで、まず消極的な欺罔型捜査を検討した。従来から、一定の情報を秘匿した捜査として、通信傍受が認められていたが、これを踏まえて、通信を用いない会話の秘密録音、秘密写真撮影、さらには、コントロールド・デリバリー、電子機器を用いた追跡監視等を検討した結果、確かに一定程度のプライバシー侵害があることは認められるものの、捜査を実施していることそれ自体を相手方に告知すべき義務は認められない上（東京高判昭49・11・26高刑集27巻7号653頁、東京高判平5・9・24判時1500号192頁など。さらに、最判平61・2・14刑集40巻1号48頁、松浦繁「判批」ジュリスト864号（1986年）96頁参照。）、公共空間ないしそれに類する場所における捜査活動であるから、捜査の必要性に比較して利益侵害の程度が軽微であると評価できた。例えば、電子機器を用いた追跡捜査、特にGPSによる監視は、収集できる情報の正確性と網羅性において、単なる目視による尾行等とは格段の相違があるが、自動車等移動手段の位置情報に限られるのであるから、捜査活動それ自体を直ちに禁ずべきとまでは言えないと考えられ、なお許容することができるかと評価し得よう（清水真「自動車の位置情報把握による捜査手法について」法学新報117巻7=8号（2011年）453頁参照）。

このような個別検討の結果、消極的な偽装型捜査ないし秘匿型捜査については、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が、そのような侵害は、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く、したがって、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大きいことなどが明らかとなった。

次に、積極的な偽装型捜査について検討し

た。ここではまず、おとり捜査を検討し、一定限度において許容性を認めることができたので、引き続き、身分を偽装した潜入捜査、目的を偽造した任意同行、さらには、偽装による領置等を検討したが、いずれも、偽装行為それ自体が、当該捜査をめぐって求められる相手方の意志決定の自由に対し、必ずしも決定的な影響を及ぼすものではないことを明らかとすることができた（これに対し、庭山英雄「判批」ジュリスト 615 号（1976 年）163 頁）。したがって、確かに、捜査機関が用いる欺罔によって相手方の一定程度の利益侵害が生じるものの、そのことが、直ちに相手方が行う任意提出や情報提供に直結するわけではなく、その影響は比較的軽微であって、直ちにその証拠能力を失わしめるものとはまでは言えないものと考えることができた。例えば、欺罔による領置についてみると、提出行為については、動機の錯誤はあったとしても、提出行為それ自体には錯誤はないのであるから、欺罔の故をもって直ちに提出行為に瑕疵をもたらすわけではないのである（臼井滋夫「尿の無断採取行為の適法性」研修 311 号（1974 年）48 頁、鈴木信夫「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 頁など参照）。したがって、これを通じた領置それ自体に瑕疵を生じさせるわけではなく、適法な証拠として利用することができると言って良いと考えることができる。

このような個別検討の結果、積極的な偽装型捜査ないし狭義の偽装型捜査についても、その被侵害利益は、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く、しかも、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、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が、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。

（3）捜査の適法性に関する総括

以上を踏まえて、捜査全体を通じた許容性

をめぐる共通の指標を見出すように努めた。取り分け、立法論を含めて議論されている司法取引ないし協議・合意制度、秘密捜査員の投入、通信傍受の拡大などについては、結局のところ、広い意味での「自己決定」にかかわる領域と、広い意味での「法益侵害」ないし「適正手続」にかかわる領域とに区分され得るところ、そのいずれも従来から議論されながら、必ずしも十分な解明がなされていなかった根本的な問題であって、これらについて態度決定を行うことが新たな捜査手法を検討する上で、基本的基盤になるものと考えられる。そこで、捜査の許容性をめぐる共通基盤という意味で、この両者を検討することとした。

まず、捜査、取り分け任意捜査の適法性については、自己決定に働き掛けない捜査（法益侵害型）と自己決定に働き掛ける捜査（自己決定型）とに区分し、両者それぞれの特徴に相応しい要素に基づいて判断するのが有益であると考えた。確かに、両者は、相互に錯綜しており、必ずしも明確に区分できないのではないかとの疑問もあるが、法益侵害型については、その違法の本質はあくまで法益の侵害であるから、たとえ自己決定の阻害ないし侵害があったとしても、その阻害ないし侵害は違法に影響しないと考えた。他方、自己決定型については、自由な意思決定が害されたか否かが決定的に重要であるから、その阻害ないし侵害を広義の法益侵害と評価し得たとしても、端的に意思決定の自由のみを検討すれば足り、これを敢えて法益侵害として評価する必要はないのではないかと考えた。

そこで、まず、法益侵害型の捜査における許容限界を検討した。この場合における適法性の限界は、侵害される被侵害法益と捜査利益との比較衡量によると考えられるところ（酒巻匡「捜査手続（2）総説（続）捜査の端緒」法教 357 号（2010 年）72 頁など）、捜査利益と対抗して衡量されるのは、証拠を提供する側の法益侵害の量ないし程度であるが、それ以外の要素、例えば、捜査機関の悪意あるいは潜脱意図のような主観的要素も、衡量要素として考慮可能ではないかと考えるに至った（山口雅高「判批」ジュリスト 1268 号（2004 年）213 頁、笹倉宏紀「判批」ジュリスト 1304 号（2006 年）192 頁参照）。もっとも、このような要素は、いわば定性的要素であるから、定量的要素である法益侵害と併せて計量できるのか、できるとしても、果たして衡量要素として機能することが可能かについて、なお疑問が残った。また、そ

もそも定量的要素とされる侵害利益についても、その全てが定量的とまでは言えないのではないか、したがって、もともと全ての要素を定量的に計量して比較衡量することが可能であったのかについても疑問が残った。いずれにせよ、法益の比較衡量は、単なる定量的要素の単純比較というわけではなく、定性的要素を含んだ、その意味では価値的規範的な衡量であったと考えざるを得なかった。その意味で、それは、あくまで規範的な価値判断としての衡量判断であると考えられた。

他方、自己決定型の捜査における許容限界は、客観的合理性を踏まえつつも、なお主観的納得を基軸として検討する必要があると考えるに至った。その際、取引型については、取引対価の等価性が求められるものの、その等価性とは、ある程度客観的ではあるが、その限度において、主観的納得が重要な要素として考慮される（加藤克佳「日本の刑事裁判と合意手続」刑事法ジャーナル 22号（2010年）11頁など参照）。また、非取引型については、自己決定の環境が整備される必要があるが、その際、多少の虚偽情報の提供や多少の圧迫については、ある程度許容される余地もあり得るところ（堀江慎司「判批」刑事訴訟法判例百選〔第9版〕（2011年）17頁など参照）、その限界は、一般的に言えば、証拠提供者の主観的納得を確保できる程度であると考えられる。そのような限度と範囲内において自己決定がなされたのであれば、これに基づく証拠収集は適法な捜査と評価して良いのではないかと考えられた。

以上の考察の結果、新たな捜査方法と言われている捜査手法についても、その適法性の限界は、結局のところ、以上の2つの類型を基礎として検討することができるように思われ、その意味において、適法捜査の限界に関わる重要な指導理念は、「利益衡量」と「自己決定」に収斂され得るのではないかと考えるに至ったものである。

（4）今後の展望

捜査は、いかなる説明をしようと、その本質を突き詰めれば、その実態は極めて峻厳な国家権力の明示的発動である。それ故、必然的に国民の基本的な人権の侵害を惹起する。捜査による真相解明（処罰主義）と適正手続による捜査規制（不処罰主義）とは、車の両輪であると言われているが、今回の研究を通じて、両者は相克しながら調和しなければならないことを改めて痛感するとともに、同時に微妙なバランスの上に辛うじて均衡を保っていることを明確に自覚するに至った。しかも、この両者のバランスは、表面的な均衡に

もかかわらず、容易に妥協することができない峻厳な根源的対立関係にあることを、今回の検討を通じて、強く痛感せざるを得なかった。その意味において、この問題が、刑事手続における永遠の課題であることを改めて確認するとともに、問題の大きさと深さとに思いを致さざるを得なかったものである。そして、このことは、これまで縷々述べてきた具体的成果以上に大きな成果であったと考えている。

今回の一連の検討を通じて得たこのような自覚をますます深化させ、一層深いレベルにおいて両者の調和を目指すべく、さらに研鑽を重ねたいと考えている次第である。

5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕（計4件）

1 大久保隆志、適法捜査の限界 - 法益侵害と自己決定に関する覚書 - , 広島法科大学院論集, 査読無, 10号, 2014, pp101 - 170

2 大久保隆志、目的外に使用されない「期待」, 研修, 査読無, 779号, 2013, pp3 - 12

3 大久保隆志、任意捜査の限界 - 偽装型捜査の許容性とその限界 - , 広島法科大学院論集, 査読無, 9号, 2013, pp117 - 219

4 大久保隆志、取調べの限界 - 主体的選択と「任意性」の在り方を巡って - , 広島法科大学院論集, 査読無, 8号, 2012, pp61 - 133

〔学会発表〕（計 0件）

〔図書〕（計 0件）

〔産業財産権〕

出願状況（計 0件）

取得状況（計 0件）

〔その他〕

ホームページ等

なし

6. 研究組織

(1)研究代表者

大久保 隆志 (OKUBO, Takashi)

広島大学・法務研究科・教授

研究者番号：20346472

(2)研究分担者

なし

(3)連携研究者

なし