

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 6 月 4 日現在

機関番号：17401

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2013～2014

課題番号：25780051

研究課題名(和文) 刑事手続きにおける新たな情報収集活動の多角的研究

研究課題名(英文) The multilateral research of new information-gathering operation in criminal procedure

研究代表者

内藤 大海 (Naito, Hiromi)

熊本大学・法学部・准教授

研究者番号：00451394

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,800,000円

研究成果の概要(和文)：本研究では、以下の点を明らかにできた：すなわち、おとり捜査が犯罪対策の場面でも有効な措置として利用されること、具体的には、犯罪の検挙のみならず、むしろ犯罪関連情報の事前収集に役立てられること、その点で、おとり捜査と潜入捜査とは共通する目的を有すること、捜査協力型司法取引による供述促進策は法的な問題があるのみならず、その効果にも過度な期待ができないこと、電磁的記録媒体に対する処分により処分対象が格段に広がった点、捜査手法ごとの個別の検討のみならず、それらの複合による権利製薬の増大という点に新たな問題があること、である。

研究成果の概要(英文)：The following points were manifested in the research; The Entrapment is used also as a countermeasure for the crime, Concretely speaking, it is used not only for the solution of the crime, but also for the pre-gathering of the information about crimes, For that reason, there are similarity between the purpose of the entrapment and that of the undercover operation, The sentence commutation to encourage the statement about the crime of other person cannot be expected, as well as it has some regal problems, The restriction of the right of people was expanded by the disposition of computer, Each of the measures of investigations must be examined, but also the multiple use of these measures involve the increase of the infringement of human rights, then there is a new problem must be examined.

研究分野：刑事訴訟法学

キーワード：情報収集 おとり捜査 潜入捜査 仮装身分捜査

1. 研究開始当初の背景

法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」(以下、「特別部会」とする)では、取調べの可視化に対応すべく新しい捜査手法の導入を巡る議論がなされていた。そこでは、通信傍受の拡大および司法取引制度の導入を中心に、仮装身分捜査(特別部会第11回会議議事録22頁参照)の新設等も併せて議論することとされていた。また、これとは別に、警察庁はすでに2003(平成15)年に潜入捜査という呼称でこの種の捜査手法の導入が必要であることを主張していた(警察庁「緊急治安対策プログラム」平成15年8月)。そこでは、組織犯罪・テロ犯罪対策として、警察における情報の集約と早期的介入が必要であり、そのために新たな情報収集および情報管理の在り方が必要であるとされていた。しかし、情報の秘密裏な収集には、自己負罪拒否特権等、対象者の諸権利との関係上問題があることは、すでに研究代表者が先行研究において明らかにしたところである。また、テロ対策として発生前の段階で犯罪情報を収集することになれば、これまで議論の前提とされてきた捜査活動としての許容生とは別の問題、すなわち行政警察活動上の問題が生じることになる。そこで、捜査手法として行われる秘密裏な情報収集活動がどのような問題を有するのか、同様の措置の活用が考えられる行政警察活動等との関係性も考慮した検討が必要とされる状況にあった。

2. 研究の目的

本研究では、仮装身分捜査等の秘密裏な情報収集活動が捜査手法として許容されるか、行政警察活動領域における情報収集活動をいかに規制するか、集約された情報の管理・利用をどのように規制すべきか、という3点を明らかにすることを目的とする。これらの各論点の具体的な考察を行うにあたり、まず特別部会における新たな証拠収集手段の導入の可否を巡る議論が、純粹に刑事司法(司法警察)領域に限定されるものであるのか、あるいはテロ対策等の行政警察領域にも及びうるものなのかを明らかにし、各論的考察の対象を明確化する。各論毎の検討を通じて、各警察活動毎の情報収集の在り方について検討を加えるとともに、収集された情報の管理・利用についても予備的な考察を行う。

3. 研究の方法

本研究は、現状把握(わが国の議論状況の確認、整理)、ドイツおよび欧州における状況把握、各捜査手法の検討、予備的検討(警察活動毎の規制の在り方、情報の目的外使用に対する規制の検討)について、順に検討を加える。わが国においては、とくに潜入捜査(架空身分捜査)のような秘密裏な情報収集活動に関する議論は乏しく、諸外国の法制を基礎にした比較法的考察を行わざるを得ない。そのため、本研究の中核は、上

記の作業になる。基本的には文献調査をメインに、文献に現れていない情報の収集はドイツでのインタビュー調査を通じて行い、同時に当地の研究者からはインタビューおよびメール等を通じて資料の所在等に関する情報収集を受けるという手法をとる。

4. 研究成果

本研究では、各論的におとり捜査を中心とする身分秘匿型の捜査、捜査協力型司法取引、電磁的記録媒体に対する処分の在り方について検討を加え、総合的監視(Totalüberwachung)と呼ばれる状況について分析を進めるとともに爾後の発展的研究を継続している。

(1) おとり捜査および潜入捜査等について

おとり捜査に関しては、わが国でもある程度の関議論の蓄積はみられる。他方、潜入捜査(身分秘匿捜査)に関する議論は、ドイツ等の法制を紹介したいくつかの比較法論文があるものの、なお外国の法制を参考にした議論が必要であるといえる。そこで本研究では、ドイツの理論状況を参考に検討を加えることとした。

ドイツにおける判例および論考によれば、捜査対象者に対して犯罪の実行を働き掛ける「おとり」捜査の担手の多くが、元々潜入捜査官(Verdeckte Ermittler)あるいは連絡員(V-Mann)として投入されていたことが明らかである。一般的に、前者は具体的な犯罪の検挙のために用いられると考えられるが、捜査機関はむしろ対象犯罪の検挙より捜査上の手掛かりを得る点に関心があるとされる。一部では7~8割の事件で「犯罪との闘争」にとって効果があり、直接の対象者から情報を収集し、当該犯罪を取り巻く状況、背後の黒幕の存在を明らかにするとともに、薬物等の流通からの除去という行政警察目的にも適うものであるというのである。しかし、これに対して、Tyszkiewiczらから、おとり捜査では結局のところ末端の犯罪者しか検挙されず、全貌解明効果に期待し得るかの判断はなお慎重を要する。

おとり捜査の違法性判断については、ドイツ連邦通常裁判所との比較を通じた欧州人権裁判所の判例の分析から、おとり捜査の違法性の基礎に関して一定の示唆を得ることができた。人権裁判所は、公正な手続き原則(欧州人権条約6条)を違法性判断の基礎としつつ、対象者の嫌疑を適否のメルクマールとする。このことは、おとりの影響が重大でなかったとしても、対象者に犯罪の嫌疑がなければ違法とする点で、明確になっている。わが国では、違法性の根拠を捜査の公正性、司法の廉潔性に求める見解は一般に客観説と呼ばれ、国家側(おとり)の働き掛けに着目した違法性判断に結びつきやすい。しかし、人権裁判所は公正な手続きという客観説に

共通する違法性の根拠を基礎としつつ、対象者の嫌疑という主観的要素を判断基準の中核に置く。ここに、おとり捜査の違法性判断に関する主観面と客観面は、いわば表裏の関係にあるという私見との共通性が明確になった。

また、直接の対象者がさらに別の者を犯罪に巻き込むような間接的犯罪誘発行為があった場合、かかる巻き込み行為が国家に帰責されるかについて、人権裁判所は、国家の直接の監視下にないところで第三者に対して間接的に影響が及んだとしても、同人に嫌疑がなければ国家に責任が及ぶことを明確にしている点、わが国における議論にも示唆的であろう。加えて、対象者側から違法なおとり捜査があったという抗弁があった場合、基本的にはおとり捜査が違法ではなかったことを証明する義務は、国家側が負うものとされ、公正な手続き原則の手続的保障という観点からもとくに注目すべきである。

仮装身分捜査については、特別部会の議論に登場したものの、今回は立法化に向けた具体的な動きはみられなかった。ただ、捜査機関側からの秘密裏な情報収集と情報の集積、集約の要請は以前にも増して認められるところであろう。ドイツにおいて、潜入捜査に関する判例ないし論考は、以前と比べると減少したように思われるが、そこで収集された情報が証拠として顕在化することなく、捜査情報（例えば、おとり捜査の端緒）等として利用され、問題化していない可能性も考えられよう。仮装身分捜査がどのように利用されるのか、その目的等を考察する上でも参考になるように思われる。

(2) 捜査協力型司法取引

特別部会の答申では、捜査協力型司法取引の導入が盛り込まれていた。これと同様の措置として、ドイツではいわゆる「王冠証人（Kronzeuge）」制度が規定されており、本研究でも検討を加えた。その成果は、論考として公刊する予定（脱稿済）である。現行のドイツ王冠証人制度は、刑法典に規定され（刑法46条b）、一般刑法犯まで対象が拡大された。2009年の立法当初は、量刑上の恩恵を受けるべき犯罪と、解明ないし阻止の対象となる犯罪との間に牽連性（Konnexität）が求められていない点に問題が指摘されていた。論考では、この点について改正が施された2013年法について分析加えた。

ドイツ刑法46条bは、一定の犯罪を犯した者が、自由意思により自らの知識を明らかにすることにより、自らの犯罪行為と関係のある一定の犯罪の解明に寄与したとき、あるいはそれらの犯罪を阻止しうるタイミングで自由意思により自らの知識を公務所に知らせたときは、刑の減輕が認められることを規定している。この規定は、テロ対策および組織犯罪撲滅のため、犯罪内部からの切

り崩しを目的に導入された。前記については、すでに発生した犯罪の検挙を目的とするものと思われるが、計画中の犯罪（未発生の犯罪）の阻止・予防を目的とするものであり、おそらくは発生自体を阻止しなければ、事後の検挙・訴追には意味のないテロ犯罪を念頭に置いたものと思われる。

この王冠証人制度には、とくに責任主義に関する実体法の問題と、手続法の問題との2つの側面から問題が指摘されており、論考では双方について分析を行っている。本研究との関連では、情報収集、供述獲得のあり方という観点から後者がとくに関連性を持つ。手続法の問題のうちとくに批判があったのは、以下の点である。まず、情報収集（供述の促進）と自己負罪拒否特権との関係（なお、刑法136条、136条a等）で問題がある。次に、弁護人の役割が情報（供述）獲得を目指す国家側との折衝役、仲介役になることは否めず、ややもすれば弁護人が国家側の情報収集に加担してしまう危険性もある。さらに、依頼人である被告人が虚偽供述を行っている危険性のある場合、弁護人は耐え難いプレッシャーに陥ることになることが指摘されていることを明らかにした。

また、本研究ではこの点についてインタビュー調査を行った。具体的には、王冠証人制度がどのように用いられ、具体的な成果をあげているのかという論考に現れにくい点について、当地の研究者、検察官および裁判官に見解を聞く機会を得た。とくに興味深かったのは、ドイツでは王冠証人制度の利用はそれほど活発ではなく、その理由として、テロ組織および（その他の）犯罪組織の緊密性ゆえに、報復に対する恐怖から王冠証人となることを選択しない者が多いからではないかというコメントを裁判官から得たことである。感覚としては、立法目的であるテロおよび組織犯罪との関係では、王冠証人制度の利用は活発ではないが、報復等のおそれが比較的小さいと思われる経済事犯では利用があるとのことであった。個人の感覚によるところもあるため、今後はデータに基づいた分析が必要となる。

ただ、ドイツでは刑法100条a以下で、多種多様な情報獲得、情報利用に関する措置が立法されている。裁判官による前述のコメントが正しければ、これら「人」を介しない情報収集措置の需要はなお高いということになる。今後も継続して検討を行う。

(3) 電磁的記録媒体に対する処分の在り方

平成23年の刑法改正により、電磁的記録媒体に対する処分の在り方に変更が加えられた。具体的には、記録命令付差押（刑法99条の2、218条1項）電磁的記録にかかる記録媒体の差押えの代替的執行方法（刑法110条の2）リモートアクセス（電気通信回線で接続している記録媒体からの複写）

(刑訴法 99 条 2 項) 保全要請 (刑訴法 197 条 3 項、同 4 項) 電磁的記録の記録媒体についての差押状の執行を受ける者等に対する協力要請 (刑訴法 112 条の 2) である。コンピュータのハードディスク等に代表される電磁的記録媒体の情報保管能力は、紙に代表される従来の情報記録媒体と比較にならない。しかし、従来の差押えの執行方法では、対象となる記録媒体を 1 個の処分対象とするため、その中に保管されている大量の無関係情報も同時に取得されるという問題点が以前から指摘されていた。他方で、クラウドコンピューティング等の普及により、差押対象コンピュータの中に証拠となるべきデータは存在せず、他のコンピュータ内に存在するという事態も生じている。すなわち、従来のように有体物を 1 個の単位とした処分では、権利制約がいたずらに拡大し、あるいは本来の捜査目的を達成できないことになる。

前者との関係では、代替的執行方法が新設された点が注目される。たしかに、電磁的記録媒体内に保全対象となるべき電磁的記録が存在する場合、当該情報のみを対象とした代替的処分を行えば無関係情報は処分対象とされず、不要の権利制約を回避することができる。しかしながら、法は代替的執行方法を優先すべきであると規定しなかった。他方、リモートアクセス権が認められることになったことで被処分範囲は拡大することになった。アクセス先から取得されるデータが十分に特定されていれば、いたずらに権利制約が拡大することはないのかもしれないが、膨大な情報が処分の対象とされる危険性は以前とは異なる。このことは、総合的監視 (Totalüberwachung) という問題を検討するうえで特に重要であるように思われる。

(4) 総合的監視 (Totalüberwachung)

現代型捜査の特徴として、密行性、情報取得の大規模性が指摘される。最近では、取得された情報の蓄積・集約に付随して生じる問題に関心が示されているが、この点についてドイツの議論について考察を試みた。それ自体としては許容される個々の情報収集活動が複合的に利用されることにより、私生活の包括的把握が生じる危険があることを指摘したうえで、個別の捜査手法の適法性について検討を加えるばかりでなく、このような総合的監視という問題についても検討を加える必要があることを指摘した。また、ある事件の捜査目的で収集された情報が、蓄積・集約され他の事件の証拠または捜査情報として利用されることについては、近年わが国においても問題が指摘され始めている。今後は、情報収集のための複数措置の同時利用の問題のみならず、取得情報の事後的再利用による権利制約の変化についても分析を加える必要がある。

(5) まとめ・今後の課題

以上を総合すると、本研究においては、身秘匿型捜査 (おとり捜査、潜入捜査) は捜査手法として許容される場合が認められるが、直接の対象事件以外の事件、黒幕等の把握を念頭に置いた投入が行われる場合もある点で、捜査 (私法警察) と行政警察の双方にまたがる活動となりうる余地があることが明らかとなった。おとり捜査の適否については嫌疑をメルクマールとする見解が示されているが、ここでいう嫌疑も従来の意味における犯罪の嫌疑とは異なることを示した。しかし、捜査活動として理解すべきか、行政警察上の活動として理解すべきかについてはインタビュー調査等においても明確にならず、ドイツ実務においてはさほど問題として意識されていないようであった。

次に、その他の行政警察活動領域における情報収集活動の規制について、ドイツ王冠証人規定は計画中の犯罪の阻止に有益な供述の提供に対しても恩恵を付与する旨規定する。刑訴法ではなく刑法上の量刑規定である点に注意を要しようが、これは具体的な事案を念頭に置いたものであり、情報の蓄積・集約のための供述獲得とは異なる。

現代型捜査は、密行性、有体性を持たない情報の取得、取得情報の大規模性、その蓄積・集約の容易性によって特徴付けることができよう。これによれば、電磁的記録媒体に対する処分は必ずしも密行性を伴うものではないが、概ね現代型捜査と評することができる。本研究は、当初、このようにして収集された情報の蓄積、集約と利用の規制について検討を加える予定であったが、及ばなかった。しかし、刑事訴訟法学的見地からこの点を観察するとき、ドイツでは総合的監視 (Totalüberwachung) という問題として論じられることが明らかとなった。この点についてはすでに上記 (4) で触れたとおりであるが、それ自体を単独で観察した場合問題のない情報収集措置であっても、総合的監視の一部を担うことで単体としての価値を超える位置価値を有することもありうる。いわば、入口と出口の問題であり、双方ともに重要であるが、蓄積後の情報利用の規制方法について検討する以前に、情報取得の規制方法についても新たな視覚からの検討が必要であることが明らかとなった。今後は、取得後の情報利用の規制と併せて、総合的監視を念頭に置いた個別の情報収集活動の規制について検討を加える必要がある。

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 3 件)

内藤大海 「おとり捜査を巡る欧州の動向 (1)」熊本法学 131 号 (2014 年) 131-163

頁、査読有

内藤大海「おとり捜査を巡る欧州の動向(2・完)」熊本法学 132号(2014年)175-213

頁、査読有

内藤大海「通信傍受(盗聴)」季刊刑事弁護 82号(2015年)18-22頁、査読無

〔学会発表〕(計2件)

内藤大海「おとり捜査の違法性判断を巡る欧州人権裁判所判例の動向」刑法学会九州部会第114回例会(2013年11月30日/於熊本大学)

淵野貴生・豊崎七絵・内藤大海・松代剛枝/共同研究「新時代の刑事司法と刑訴法理論」(「通信傍受の拡大」を担当)刑法学会関西西部会(2015年1月25日/於キャンパスプラザ京都)

〔図書〕(計1件)

内藤大海「[捜査] 犯罪対策と新しい捜査手法」川崎英明・白取祐司編著『刑事訴訟法理論の探究』(日本評論社、2015年)63-76頁所収、査読無

6. 研究組織

(1) 研究代表者

内藤大海 (NAITO, HIROMI)

熊本大学・法学部・准教授

研究者番号：00451394

(2) 研究分担者 (0)

(3) 連携研究者 (0)