

機関番号：32663

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2009～2010

課題番号：21730065

研究課題名（和文）身分泌匿捜査に関する諸外国の動向とわが国の対応

研究課題名（英文）The trend of foreign countries about the undercover operations and corresponding measures in our country

研究代表者

宮木 康博（MIYAKI YASUHIRO）

東洋大学・法学部・准教授

研究者番号：50453858

研究成果の概要（和文）：おとり捜査に関するアメリカ連邦最高裁は、ソレルズ判決以降、一貫して国家が創出した犯罪を理由に対象者を処罰することを法は予定していないとしてきた。こうした懸念は、ドイツやイギリスにも共通し、立法や指針等、目に見える形で規制している。身分泌匿捜査やおとり捜査の法的性質からは、明文規定が必須であるとまでは言えないが、わが国でも一定の指針の下に実施していく必要はあろう。本研究の研究成果として、その際の考慮要素を示すことができたと考えている。

研究成果の概要（英文）：U.S. Supreme Court after the Sorrels Case has continued to rule that the law does not assume to punish targets for crimes created by state. Such concern are also shared by Germany and Great Britain, and they control them by statutes and guidelines. Statutes may not necessarily be essential, considering the legal nature of undercover operations and sting operations, but Japan also needs to conduct them under certain guidelines. As fruit of this study, I was able to point out factors that need to be considered in such cases.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2009年度	500,000	150,000	650,000
2010年度	500,000	150,000	650,000
年度			
年度			
年度			
総計	1,000,000	300,000	1,300,000

研究分野：法学

科研費の分科・細目：法学・刑事法学

キーワード：身分泌匿捜査、おとり捜査、罠の理論

1. 研究開始当初の背景

薬物事犯等の組織的犯罪に対しては、従来型の「突き上げ捜査」では首謀者まで辿りつくことはできず、十分な成果を出すことができない事態に陥っていた。

この点につき、諸外国では、covert investigation（イギリス）、undercover operation, sting operation（アメリカ）、

verdeckte ermittlung, agent provocateur（ドイツ）などのいわゆる「身分泌匿捜査」によって、こうした犯罪類型に対処しようと試みている。ドイツでは、立法化がなされ、米国では、司法長官の指針というかたちで運用されている。

わが国では、こうした捜査手法の導入を検討する足掛かりとして、これらの諸外国の手

法を参考に、組織的犯罪等に適切に対応する捜査手法を模索することが喫緊の課題とされる状況にあった。

2. 研究の目的

組織犯罪対策の1つとして、身分秘匿捜査やその1類型としてのおとり捜査が考えられる。そこで、組織犯罪が深刻化し、すでに当該手法の対策に取り組んでいる諸外国の動向を検討し、わが国への示唆を得る。また、後者のおとり捜査については、わが国でも明治期より議論のあるところであるが、最高裁判平成16年決定が出た後も、依然として議論は収束しておらず、その法的性質や適法性の判断枠組・基準、違法なおとり捜査の法的効果などを検討する必要がある。また、わが国のおとり捜査論議は、アメリカの罫の理論に示唆を得た経緯があるが、わが国での発展経緯は、異なる展開を辿ってきており、議論の前提として、その吟味も必要となる。さらに、前者の身分秘匿捜査については、そもそもわが国での実施状況が定かではないため、総合的な検討が必須である。これら3点が本研究の主たる目的である。

3. 研究の方法

身分秘匿捜査については、わが国には手ごかりがほとんどない状況であるため、主たる研究対象は、外国法ということになる。とりわけ、ドイツ・イギリスについては、すでに研究対象としていたことから、そこでの知見をもとに、わが国のおとり捜査に多大なる影響を与えたアメリカの動向を中心に比較法という手法で研究する。

具体的には、身分秘匿捜査やおとり捜査に関する立法・指針を分析するとともに、蓄積された判例・学説を整理・検討する方法でわが国への示唆を得る手法による。

4. 研究成果

2年間の研究成果は、以下の3つに分類することができる

(1) おとり捜査の分析

おとり捜査の違法性の実質について

わが国では、アメリカの判例法理論である罫の理論より示唆を受け、対象者の犯意の有無で適否を判断するいわゆる二分説が通説および下級審の裁判動向として展開してきた。すなわち、おとり捜査を犯罪を犯す意思のある者に働きかけて犯罪を実行させる機会提供型と犯意のない者に働きかけて犯罪を犯させる犯意誘発型にわけ、前者を適法、後者を無罪（あるいは違法）とする考え方である。

しかし、こうした二分説の考え方に対しては、近時、違法性の実質の観点からの批判が有力化している。すなわち、二分説は、本来であれば犯罪を防止すべき国家が犯罪を創出する点に違法性の実質があるところ、機会提供型であろうが、犯意誘発型であろうが、いずれにしても捜査機関の働きかけによって、犯罪が犯されたことにかわりがないのであるから、違法性の実質と適法性の判断基準との間には齟齬があるとするのである。

なるほど、二分説を上記見解のようにとらえれば、このような批判はあてはまるようにも思われる。しかし、二分説はそもそもそのような見解であったのだろうか。このことが検討の出発点であった。

そこで、本来の姿を模索すべく、アメリカのおとり捜査の違法性の実質を分析・検討することとした。

アメリカでは、違法性の実質が様々な角度から指摘されている（詳細は、論文参照）。

おとり捜査の違法性の実質は、文字通り捜査における違法性の実質と捜査以外の観点から、すなわち、国家が犯罪を創出しておきながら、その国家が対象者を処罰することは、立法者意思としては予定していないとするものがある。これらは、相対立するものではなく、そもそも、視点の違いであるから併存・両立するものといえる。

もっとも、罫の理論は、後者の見解であるから、それをわが国に導入して議論が展開されたことを考えると、二分説は、捜査法としての適否の基準として、犯意の有無を考えていたわけではなく、有罪か無罪か、より端的には、無罪（および無罪と同等の効果を生じる）となる判断要素として犯意を考えていたといえよう。

当時の議論が法的効果の方に主眼をおいて議論を展開したのは、その証左であるといえるように思われる。

そうした見方が正しいとすると、捜査の適否と無罪（および無罪と同等の効果を生じる）となる判断基準は、別個に考えられるものといえるように思われ、そうした2つの視点からおとり捜査を分析する必要があるように思われる。

こうした2つの分析の結果として導かれるおとり捜査の適否の問題がこの問題の本質をついた議論の解決のあり方であるように思われる。この点は、今後の研究に委ねたい。

事前傾向の判断方法について

を踏まえ、日本のおとり捜査論議の前提として、やはりアメリカの罫の理論を詳細に分析しておく必要があるとの問題意識から、主たる特色である predisposition（事前傾向・犯罪性向）について、いかなる判断要素で有無を判断しているのかを分析する必要

があると考えた。

アメリカでは、ソレルズ事件判決以来、事前傾向（犯罪性向）によっておとり捜査の対象者の有罪・無罪を判断してきており、その判断要素が精緻化されてきている。このこと自体は、わが国のおとり捜査についても、二分説が長らく通説・下級審判例の立場として推移してきたことから、ある程度同様の判断要素に至っているといえる。

他方、事前傾向（犯罪性向）の有無をいつの段階で判断するのか、すなわち、捜査機関が接触する前の段階で犯罪性向を裏付ける合理的な理由（証拠）が存在している必要があるのか、あるいは、当初の接触の際には必要がなくても、犯罪の実行を働きかける段階で存在していれば足りるかなども議論がある。

先述したように、二分説に対しては、有力な批判がなされる昨今ではあるが、最高裁平成16年決定も二分説的発想に立っているとの分析も可能であることからすれば、犯意の有無の判断基準のみならず、どの段階で必要かについても検討しておく意義は小さくないように思われる。

アメリカでは、この点に関する判例の解釈は割れている。しかし、その議論状況は十分にわが国にとって示唆があるものといえよう。

アメリカのおとり捜査の判例の動向について

・ のいわば各論的問題意識を踏まえて、当初の裁判例から、現在のものまで、広くアメリカの判例の動向を概観してみる必要性を感じた。

そこで、これまでアメリカのおとり捜査については優れた先行研究業績があるものの、あらためて、ある種の先入観を捨てて検証してみることにした。

アメリカでは、少なくとも連邦最高裁レベルの裁判例は、犯意の有無で有罪無罪を判断する主観的アプローチが一貫して採用されている。他方、下級審レベルでは、連邦最高裁の反対意見や少数意見にみられる客観的アプローチも見受けられる。

もっとも、主観的アプローチを採用する連邦最高裁も捜査機関側の働きかけを一切考慮していないわけではなく、それらは、犯意の有無の一判断要素として考慮されるほか、極限的な事例に限られるが、デュー・プロセス違反として、手続の打切り事由ともなりうる。

このように、国家が犯罪を創出し本来的に無実の者を有罪にしてしまうことを許さない法治国家原理と捜査機関側の働きかけというデュー・プロセスの問題の双方から捉えるアプローチは、おとり捜査の問題が多角的

なものであることを物語っているように思われる。

（2）身分秘匿捜査の懸念事項について

身分秘匿捜査については、2つの観点から検討を加えた。まず、投入される身分秘匿捜査官および秘密連絡員に生じ得る懸念事項である。身分秘匿捜査は、犯罪者と接触したり、犯罪組織へ潜入することで犯罪の証拠を収集する捜査手法であるが、投入される捜査官らは、生命・身体の危険のほか、現地化するなどの問題が指摘されている。

また、アメリカでは、身分秘匿捜査官が組織に潜入して犯罪行為を行うことも一定程度認めているが（そうしないと犯罪組織および犯罪者に簡単に見破られてしまうおそれがある）そのことが、社会全体の捜査機関への信頼を損なうことも懸念されているのである。

わが国で導入の是非を検討する際には、法的議論に加え、これら実際上の問題も含めて検討することが求められよう。

（3）今後の議論の方向性

今後の議論の方向性としては、わが国犯罪動向をにらみつつ、（1）・（2）で検討した身分秘匿捜査およびその1手法としてのおとり捜査について、前者は諸外国で指摘あるいは浮き彫りになってきた問題や懸念事項を考慮しつつ、導入の是非論をすべきであり、後者についても、おとり捜査の法的性格を再構成し、法的問題を整理し直すことが求められるように思われる。具体的には、捜査法としての問題性と訴追および処罰適格の問題性の双方からアプローチしていくことであると考える。

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5件）

宮木康博、おとり捜査に対する抗弁についての米国裁判例の動向 罍の抗弁とデュー・プロセス（三）・完、東洋法学、査読無、54巻1号、2010、111 - 160

宮木康博、おとり捜査に対する抗弁についての米国裁判例の動向 罍の抗弁とデュー・プロセス（二）、東洋法学、査読無、53巻3号、2010、159 - 192

宮木康博、インターネット上の薬物事犯に実施されたおとり捜査が適法とされた事例、刑事法ジャーナル、査読無、20号、2010、99 - 104

宮木康博、畏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、査読無、53巻2号、2009、1 - 45

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、査読無、53巻1号、2009、93 - 135

〔図書〕(計3件)

渥美東洋、椎橋隆幸編、刑事訴訟法基本判例解説、2011、11月公刊予定

瀬川晃編、成文堂、大谷實先生喜寿記念、2011、10月公刊予定

笠原俊宏ほか編、文真堂、日本法の論点、2011、9月公刊予定

6. 研究組織

(1) 研究代表者

宮木康博 (MIYAKI YASUHIRO)

東洋大学・法学部・准教授、

研究者番号：50453858

(2) 研究分担者 (0)

(3) 連携研究者 (0)