

## 科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成 24 年 6 月 15 日現在

機関番号：13601

研究種目：若手研究 B

研究期間：2010-2011

課題番号：22730055

研究課題名（和文） おとり捜査の実体要件の研究

研究課題名（英文） Research on required conditions for Entrapment

研究代表者

丸橋 昌太郎 (MARUHASHI SHOTARO)

信州大学・経済学部・准教授

研究者番号：60402096

研究成果の概要（和文）：

おとり捜査の許容要件及び許容要件の存在を担保する仕組みを明らかにした。具体的に、おとり捜査の許容要件は、おとり捜査の具体的必要性であり、その許容要件を担保する仕組みは、裁判所による審査のほか、検察庁などの組織内規律も検討すべきことを提唱した。

研究成果の概要（英文）：

I have examined required conditions and the authorization procedure of Entrapment Investigation in Japan and argued that the required conditions of Entrapment eventually came down to its necessity. I mentioned that in the case of Entrapment Investigation, it may be plausible to introduce another system in which prosecutors issue the warrant instead of the judgement in Japan.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2010 年度	800,000	240,000	1,040,000
2011 年度	600,000	180,000	780,000
年度			
年度			
年度			
総計	1,400,000	420,000	1,820,000

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：おとり捜査、秘匿捜査、令状主義、強制処分法定主義、新しい捜査

## 1. 研究開始当初の背景

## (1) おとり捜査研究の必要性

現在、取調べの全面可視化が実現する可能性が高まっている。取調べの全面可視化は、取調べ過程を透明化し、取調べの適正化に資する一方で、とりわけ組織犯罪に対する情報収集力が低下することも否定できない。取調べの全面可視化論とは別個に、組織犯罪に対する情報収集の方法を検討することが求められているといえる。組織犯罪に対する情報収集の方法は、様々なものが考えられるが、その中でも、おとり捜査は、わが国の捜査実

務において既に用いられており、組織犯罪の資金源や道具となる違法薬物や違法銃器の取引に対する情報収集手段として、今後も十分な効果を期待できるものといえる。

## (2) 先行研究

先行研究は、おとり捜査を犯意誘発型と機会提供型に分ける二分説に主として従って、とりわけ違法の実質論、法的効果に集中して行われてきた。現在の任意捜査に関する理解を前提にすれば、いわゆる犯意誘発型のおとり捜査がいかなる権利を侵害しているのか

について議論が進むことは必然であった。

ただ、主として違法性を判断する犯意誘発型と、主として適法性を判断する機会提供型という基準は、それぞれ別の独立した基準であり、両者の間にはいわゆるグレーゾーンが存在することに注意を要する。すなわち犯意誘発でなければ、すべて機会提供になるのではなく、機会提供でなければすべて犯意誘発になるというものではない。そうすると、犯罪を誘発する捜査の違法性の実質を明らかにすることとは別に、いかなる機会提供であれば許されるのか、というの解明も求められているといえる。

### (3)申請者の「捜査とプライバシーの調整方法」に関する研究とおとり捜査への応用

適法性の基準は、いうまでもなくプライバシーと捜査の必要との比較衡量において判断されていくべきことであるが、申請者は、この調整問題について捜査の必要性の範囲を明確にすることにより、調整を行うべきとの理論的枠組みを提示してきた。すなわち、現在の捜査の実体要件は、任意、強制問わず、捜査の必要性から定立されている（そして今後もされるべき）ことを明らかにし、令状主義は、この実体要件を担保するシステムであることを提唱してきた。

このような令状主義の理解からは、具体的な権利侵害を明らかにする必要なく、捜査の必要性を具体的に類型化していくことにより、捜査の適法基準を示すことができる。そして、おとり捜査の実体要件を定立できれば、既存の令状主義構造において規律することが可能となる。

### (4)なぜ比較対象国がイギリスか

比較対象国をイギリスとする理由は、申請者が今まで研究してきた内容との整合性を取りやすいことのほか、イギリスは、様々な種類のおとり捜査が行われており、事例が豊富なことと、捜査の存在自体を秘匿して行う捜査（Covert Investigation.以下、秘匿捜査とする。）全般を規律する基本法とも言うべき制定法（Regulation of Investigation Powers Act 2000.以下 RIPA と表記する。）が存在することから、おとり捜査の研究に適していることが挙げられる。

#### 2. 研究の目的

##### (1)イギリスにおける秘匿捜査及びおとり捜査の意義

イギリスにおいて秘匿捜査は、上述のとおり、RIPA によって規律されている。同法で規定される秘匿捜査は、通信・会話・データ

傍受（Interception）、監視（Surveillance）、身分秘匿情報源（Covert human intelligence sources）の3類型である。身分秘匿情報源の捜査には、わが国にいうおとり捜査の類型も含まれる。

まずは、同法による秘匿捜査の体系的な規律の構造と、これによって獲得される情報を分析することで、イギリスにおける秘匿捜査の意義と、わが国との捜査法体系の相違を明らかにする。

とりわけ、わが国において、犯罪組織の活動実態、資金源、人間関係等の情報の多くは、関係者の取調べによって獲得されることが多い。イギリスでは、取調べを厳格に制限しているため、秘匿捜査実務が発展しているものと考えられる。また、実は、イギリスのおとり捜査によって獲得される証拠は、供述証拠に集中している。これは、わが国における取調べよりも前の段階において供述を押さえるという、いわば捜査の前倒し現象が起きていると指摘することができる。

また RIPA がおとり捜査の判例法へに与える影響についても明らかにする。

##### (2)わが国における、おとり捜査の意義と実体要件の定立

研究期間内の最後に、上記の体系的相違を踏まえて、日英の法制・事例から、おとり捜査の必要性を類型化して、おとり捜査の実体要件を明らかにしていきたい。とりわけイギリスにおいて実体要件を具体的に示している R. v. Smurthwaite and Gill, (1994) 98 Cr.App.R. 437 と R. v. Looseley;Att.-Gen's Reference(No.3 of 2000), [2002] 1 Cr.App.R. 29 (H.L.)の関係、意義を重点的に行う。そのほか、具体的には、対象犯罪、必要性を認める要素、緊急性の要否、取得する証拠の種類を検討していく。とりわけ対象犯罪について、薬物や銃器などの取引犯罪に加えて、他の応用可能な犯罪類型の分析に努めたい。

#### 3. 研究の方法

研究の方法は、文献研究が中心となった。

22年度は、イギリスにおける秘匿捜査（Covert Investigation）を総合的に研究した。具体的には、Regulation of Investigation Powers Act 2000（以下、RIPA とする。）に規定される、(1)通信・会話・データ傍受（Interception）、(2)監視（Surveillance）、(3)身分秘匿情報源（Covert human intelligence sources）にまたがる、体系的な規律の構造の分析を進めた。

年度中に、イギリスに渡航し、文献を収集・分析するとともに、現地実務家に、秘匿

捜査について情報を収集した。

23年度は、前年度に研究した体系的な規律構造をもとに、具体的な身分秘匿情報源の実体要件及びRIPAの判例法への影響を分析し、わが国への示唆を検討した。年度中に、イギリスに渡航して、文献の収集・分析を行った。

具体的に、イギリスのおとり捜査の研究は、事例に関する文献研究が中心となった。イギリスでは、おとり捜査は、伝統的に畏の抗弁とならず (Sang, [1980] A.C. 402.)、「必要」があれば行いうるとの立場が取られている (例えば、古いものであるが明示的に「必要性」を示しているものとして Sneddon v. Stevenson, [1967] 1 W.L.R. 1051 等。)。この「必要」とされる場合の研究・分析を行った。そして、特に、次の2つのリーディングケースに関して集中的に分析を行った。

(1)R. v. Smurthwaite and Gill, (1994) 98 Cr.App.R. 437

(2)R. v. Looseley;Att.-Gen's Reference(No.3 of 2000), [2002] 1 Cr.App.R. 29 (H.L.)

いずれも、おとり捜査が実体法上の抗弁にならないことを再度確認した上で、おとり捜査の許容されるための要件を示したものである。これらの事例で示された要件を整理して、他の事例の分析を行った。

またわが国では、最決平成16年7月12日刑集58巻5号333頁において、最高裁として初めて、おとり捜査に関する規律の枠組みが示された。まず、同判例が示した実体要件および規律構造の枠組みを上記の成果を踏まえた上で、集中的に検討を行った。

その他、わが国におけるおとり捜査に関する先行研究の成果との関連性および相違点について明らかにするべく、研究を進めた。

#### 4. 研究成果

(1)イギリスにおける秘匿捜査の意義と規律の構造

イギリスのRIPAにおける秘匿捜査の目的は、具体的な事件の証拠の収集というよりも、事件の端緒をつかむことにあることがわかった (通信傍受等によって得られた会話の内容は、後の公判において証拠として用いることはできない。)

またおとり捜査によって収集される証拠のほとんどは供述証拠であることが確認されたが、「取調べの前倒し現象」とまでいえるかは明らかにできなかった。

RIPAによる秘匿捜査の規律構造は、捜査の秘密との兼ね合いから、原則として、捜査機関の幹部による令状発付、すなわち組織内規律によって制度設計がなされていた。

(2)イギリスにおける身分秘匿情報員の実体要件

身分秘匿情報員の実体要件は、次のとおりである。

(a)一定の理由に基づいて、その許可が必要であること

(b)許可された利用が、それにより到達しようとする事と釣り合いがとれていること

(c)身分秘匿情報員の個別案件のためにRIPA29条(5)を満たす体制が整っていること

(a)の必要性要件は、人権条約の文言に影響を受けたものと考えられる。必要性を認める一定の理由は、(a)国防の利益

(interests of national security)、(b)犯罪の抑止、捜査、秩序の維持の目的

(preventing or detecting crime or of preventing disorder)、(c)イギリスの経済

安定の利益 (the economic well-being of the United Kingdom)、(d)公共の安全の利益 (the

interests of public safety)、(e)公衆の衛生を保持する目的 (protecting public

health)、(f)納税義務等を調査・徴収する目的、さらには、(g)国務大臣がなす命令によ

って、本項の目的のために特定された ((a)~(f)に当たらない) 目的、と極めて広範に

及ぶ。必要性要件は、目的が定まってはじめて判断できるものであるから、必要性要件

によって規律する場合には目的を定めることが不可欠である。その意味では、必要性を

認める理由として(a)~(g)の目的を掲げている趣旨は、別の独立した要件を定めると

言うよりは、必要性要件を判断するための要素として位置づけるのが適切である。

(b)は、比例原則を定めたものである。この比例原則は、人権条約8条と適合するため

に不可欠な要素とされる。ただ、注意しなければならないのは、比例原則といっても、

制約される権利と、捜査の必要性を直接比較することを求めているのではない点である。

「許可された利用が、それにより到達しようとする事と釣り合いがとれていること」と

いう表現は、制約の範囲・本質と、制約する根拠を比較することを求めているのである。

したがって、ここにいう比例原則は、必要性判断と独立した要件ではなく、必要性判断

において、必要性の「有無」ではなく、必要性の「程度」、すなわち必要「最小限度性」を

求めているものと位置づけることができよう。そうだとすると、比例原則は、理論的に

は必要性判断に解消されるものといえる。

また、(c)で示されているRIPA29条(5)は、実施する組織の体制を求めたもので

ある。これは、情報員の安全を保証するための手続的な要請である。

以上の点から、身分秘匿情報員を利用する

ための実体要件は、身分秘匿情報員による捜査の必要性に集約することができる。

(3)イギリスにおける、おとり捜査の判例法  
ルースリー判決 (R. v. Looseley; Att.-Gen's  
Reference(No.3 of 2000), [2002] 1 Cr.App.R.  
29 (H.L.)) は、おとり捜査の許容性に関する  
基準について、(a)免許制の酒類販売やタク  
シーの無許可営業等の一般人が接すること  
のある犯罪類型と、(b)大規模の違法薬物取  
引や強盗の共謀等の一般人が接することが  
ない犯罪類型に分けて言及している。

ルースリー判決は、主として(a)の類型に  
ついて、合衆国法の「事前の傾向性テスト」  
の採用を否定した上で、「犯罪を犯す日常の  
機会(unexceptional opportunity)を警察が  
与えたにすぎないものかどうか」という基準  
(以下、「日常の機会」基準とする。)を提示  
した。

他方で、「日常の機会」基準は、一般人が  
日常で接することのない(b)の類型につい  
ては有効に機能しないため、ルースリー判  
決は、(b)の類型について、警察官が潜  
入する目的は、近い将来行われようとし  
ている、あるいは、既に行われている犯  
罪に関する証拠を収集することであると指  
摘し、実体要件として「犯罪の合理的疑  
い」(以下、「合理的嫌疑」とする。)と、  
「適切な監督」が求められることを示  
した。合理的嫌疑の要件は、証拠を収  
集する目的に照らせば、そのような必要  
性を認める要素として位置づけることが  
でき、おとり捜査を正当化する根拠とし  
ておとり捜査の必要性を要求したもの  
と理解することができる。

ルースリー判決の特徴は、許容基準を、  
対象者の主観面(事前の傾向性)からで  
はなく、捜査の側(警察官の行為)から  
定立した点にある。確かに、事後的に問  
題となる実体法の抗弁事由ならともかく  
、事前に求められるおとり捜査の実体  
要件として対象者の主観面を要求する  
ことは、実際上の判断が困難であり、  
結果として対象者の前科や前歴といっ  
たものに結びついてしまう危険性はは  
らんでいる。警察官の行為に着目し、  
それを正当化する要件を考えていくア  
プローチが訴訟法的には望ましいとい  
うべきである。

そして、警察官の行為に着目してみれば  
、「日常の機会」基準は、一般人が日常  
的に行うる態様については特に実体要  
件がなくともなしうとするものであり  
、「客観」基準は、一般人が日常的に行  
わない、侵害性、密行性の高い態様  
については実体要件として犯罪の嫌疑  
および適切な監督者を要求するものと  
整理することができる。そして、ルー  
スリー判決が、(a)の場合であっても、  
相応な理由(good reason)なしに、  
不特定多数の者に対する適用や、大  
規模な倫理性テ

トのように用いられるべきではないとし  
ていることに鑑みると、結局は前者に  
ついては捜査機関側に行態様に応じた  
「相応な理由」を求めており、両基準  
の連続性を肯定することができる。

そうすると、イギリスの判例法にみ  
られる、おとり捜査の実体要件も、結  
局のところ、捜査の必要性ということが  
明らかになったといえよう。

#### (4)RIPAの判例法への影響

RIPAによる身分秘匿情報員の規律は  
、おとり捜査に関するイギリス判例法  
の適法性を担保するものとして位置づ  
けることができる。このことは、同法  
が警察官の適法性を担保することを目  
的とするものであるという指摘がある  
ことから推察することができる。

#### (5)わが国への示唆

以上の研究成果を踏まえて、わが国  
におけるおとり捜査論に対して、次の  
ことを提言した。

①おとり捜査の実体要件は、おとり  
捜査の違法論、すなわちおとり捜査  
によって制約される権利・利益から  
ではなく、おとり捜査の必要性を具  
体的に類型化していくことによって  
定立していくべきである。

②わが国におけるおとり捜査の違法  
論は、強制処分か、任意処分かを区  
別する段階において考慮されるべき  
要素である。

③わが国の平成16年判例は、おとり  
捜査が任意処分としてなしうとした  
点、及び、おとり捜査の実体要件と  
して具体的な必要性・補充性を要求  
した点に意義がある。

④わが国におけるおとり捜査が任意  
処分だとすれば、おとり捜査の実体  
要件を担保する仕組みは、違法収集  
証拠の排除法則のほか、組織内規律  
も検討していくべきである。具体的  
には、検察官による令状発付もあり  
うることを指摘した。

今後は、①～④を踏まえて、他の  
秘匿捜査法、具体的には、行動監視  
捜査、通信・会話傍受捜査の規律に  
応用していくことが期待できる。

#### 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1件)

①丸橋昌太郎, おとり捜査・潜入捜  
査の現在—イギリスの秘匿捜査を中  
心に, 刑事法ジャーナル29号, 9  
頁~17頁, 2011年, 査読無

6. 研究組織

(1) 研究代表者

丸橋 昌太郎 (MARUHASHI SHOTARO)

信州大学・経済学部・准教授

研究者番号：60402096

(2) 研究分担者

( )

研究者番号：

(3) 連携研究者

( )

研究者番号：