

# 秘密捜査に対する規律について（三）

鈴木 一 義

はじめに

## 第一章 オーストラリアにおける秘密捜査規律の動向

第一節 Ridgeway判決以前の情況

第二節 Ridgeway判決

第三節 Ridgeway判決以降の動向（以上、本誌第128巻第11・12号）

第四節 オーストラリアにおける秘密捜査規律の考慮要素

## 第二章 我が国における秘密捜査の規律に関する情況

第一節 秘密捜査の諸相

第一款 秘密捜査を規律する裁判例の基準

第二款 尾行・張込

第三款 コントロールド・デリバリー、GPS、無人機などによる監視

—

二（以上、本誌第129巻第1・2号）

三

第四款 傍受

第五款 潜入捜査

第六款 囲捜査

第七款 被疑者のPCやスマートフォンへの監視ソフトの導入など

第八款 写真撮影・ビデオ監視（以上、本号）

第九款 秘密捜査に対する統制の必要性

第二節 秘密捜査の民主的統制

おわりに

### 第三款 コントロールド・デリバリー, GPS, 無人機などによる監視

三 (1) GPS発信機は, GPSシステムの運用する複数の人工衛星から電波を発信して, 地球上での位置情報を取得し, 当該位置情報を外部に送信する機能を持ち, GPS発信利用者は, 位置を追跡したい対象物にGPS発信機を設置することによって対象物を物理的に追尾することなく, パソコン等の端末機器からGPS発信機がどこにあるかを把握することが可能となる。かかる特質を持つGPS発信機は, 捜査官が対象者の車両を追尾し, 移動経路・目的地を確認することで, 尾行を補完するものであり, 対象者が尾行されていることを警戒して頻繁に車両を乗り換えたり, 車両での尾行が困難になるような高速度で走行するようなことを繰り返す場合に有効な手法であるとされる<sup>99)</sup>。

(2) GPS捜査の適法性については, 初期においては, 警察庁が全国の都道府県警察に宛てて「移動追跡装置運用要領」を発出し, 任意捜査として無令状で実施されていたが, 様々な事例で活用されていたこともあって<sup>100)</sup>, 下級審においては, 裁判例は, ①任意処分として適法である, ②強制処分に該当するが重大な違法はない, ③強制処分に該当して重大な違

99) 伊丹俊彦監修『適法・違法捜査ハンドブック』(平成29年 立花書房) 391頁など。無論, 既に触れた通り, 単なる補完手段に止まるものではない。

100) 一つには, GPS情報には携帯電話・スマートフォンに内蔵するGPS機能により携帯電話会社等が取得出来るものがあり, 実務においてはかかるGPS情報について検証許可状乃至捜索差押許可状の発付を受けて携帯電話会社等に示し, 検証乃至捜索・差押によって取得する手法も存在する(非装着型, 吉開多一・緑大輔・設楽あづさ・國井恒志・前掲書『基本刑事訴訟法Ⅱ—論点理解編』20頁など。これと類似する手法として, 電子機器にGPS情報を発信するアプリケーションをインストールしてGPS情報を取得する場合もある。堀田尚徳「刑事裁判におけるGPS情報と違法収集証拠排除法則」『法学セミナー』第805号〔令和4年〕24頁など)が, ここで問題となるのは, 携帯電話会社等が介在せず, 捜査機関が令状発付もなく, 秘かに対象車両にGPS端末を取り付ける装着型である。

法があると判示するものに分かれていたが、前掲の最高裁平成29年3月15日大法廷判決は、窃盗事件に関して組織性の有無・程度、被告人の組織内における役割その他犯行の全容を解明するため、約6.5か月の間、被告人や共犯者等の車両19台に令状なく、警察官がGPS端末を秘かに設置して位置情報・移動状況を把握したという事案において<sup>101)</sup>、大要、①「GPS捜査は、対象車両の時々刻々の位置情報を検索し、把握すべく行われるものであるが、その性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする。このような捜査手法は、個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得るものであり、また、そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきである。」、②「憲法35条は、『住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利』を規定しているところ、この規定の保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準ずる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑事法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制的処分に当たる（最高裁

---

101) 第一審は本件GPS捜査には重大な違法があり関連証拠を排除したものの（大阪地決平成27年6月5日判例時報2288号138頁）、その他の証拠に基づいて被告人を有罪と認定したが（大阪地決平成27年7月10日判例時報2288号144頁）、控訴審は本件GPS捜査に違法収集証拠排除される程の重大な違法はないと判示した（大阪高判平成28年3月2日判例タイムズ1429号148頁）。

昭和50年（あ）第146号同51年3月16日第三小法廷決定・刑集30巻2号187頁参照）とともに、一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行うことのできない処分と解すべきである。③「GPS捜査は、情報機器の画面表示を読み取って対象車両の所在と移動状況を把握する点では刑訴法上の『検証』と同様の性質を有するものの、対象車両にGPS端末を取り付けることにより対象車両及びその使用者の所在の検索を行う点において、『検証』では捉えきれない性質を有することも否定し難い。仮に、検証許可状の発付を受け、あるいはそれと併せて捜索許可状の発付を受けて行うとしても、GPS捜査は、GPS端末を取り付けた対象車両の所在の検索を通じて対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うものであって、GPS端末を取り付けるべき車両及び罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を抑制することができず、裁判官による令状請求の審査を要することとされている趣旨を満たすことができないおそれがある。さらに、GPS捜査は、被疑者らに知られず秘かに行うのでなければ意味がなく、事前の令状呈示を行うことは想定できない。刑訴法上の各種強制的処分については、手続の公正の担保の趣旨から原則として事前の令状呈示が求められており、他の手段で同趣旨が図られ得るのであれば事前の令状呈示が絶対的な要請であるとは解されないとしても、これに代わる公正の担保の手段が仕組みとして確保されていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る。これらの問題を解消するための手段として、一般的には、実施可能期間の限定、第三者の立会い、事後の通知等様々なものが考えられるところ、捜査の実効性にも配慮しつつどのような手段を選択するかは、刑訴法197条1項ただし書の趣旨に照らし、第一次的には立法府に委ねられていると解される。仮に法解釈により刑訴法上の強制的処分として許容するのであれば、以上のような問題を解消するため、裁判官が発する令状に様々な条件を付す必要が生じるが、事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断によ

り、多様な選択肢の中からの的確な条件の選択が行われない限り是認できないような強制の処分を認めることは、『強制的処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない』と規定する同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえない。以上のとおり、GPS捜査について、刑訴法197条1項ただし書の『この法律に特別の定のある場合』に当たるとして同法が規定する令状を発付することには疑義がある。GPS捜査が今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい。」と判示した。

（3）本判決の任意捜査（処分）と強制捜査（処分）の区分に関する判断基準については、連続して対象者の行動を把握したとしても、それが公的領域から対象者の動静を観察することと同じであれば、それは尾行とほぼ等しい筈であり、住居の中のように当該対象者が他人からプライバシー侵害を受けることがないと期待する領域への公権力による侵害になるのか疑問がない訳ではないとする見解も存する<sup>102)</sup>。ただ、確かにGPS捜査においては公共の場所における行動を把握することをも目的としている面もあり、必ずしも私的領域への侵入のみを予定した捜査ではないとも言い得ようが、個人の行動を継続的・網羅的に把握することによって、公共領域のみならず私的領域における行動も捜査機関にとって把握し易い面もあるため、私的領域における侵襲の程度において、公道上の尾行とほぼ等しいと迄は言えないように思われる<sup>103)</sup>。また、本判決は令状主義へのこだわり

---

102) 伊丹俊彦監修・前掲書『適法・違法捜査ハンドブック』394頁〔但し、同判決の基準性は肯定する〕。

103) 吉開多一・緑大輔・設楽あづさ・國井恒志・前掲書『基本刑事訴訟法Ⅱ—論点理解編』21-2頁など。その他、例えば、GPS捜査につき、秘かに対象物にGPS機器を装着しても尾行する際の補助手段として利用するに留めることが出来ない訳ではないが、最高裁平成29年判決は、GPS機器の装着により対象者の位置情報を通じてその者の行動を継続的・網羅的に把握可能な状態に置くこと

を強く示しており、監視型捜査手法を通じてプライバシーが制約されることによる不利益を令状審査において適切に衡量することが難しいとの批判も主張されているが<sup>104)</sup>、いずれにせよ、本判決を前提にすれば、まずは個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するか否かという観点から強制処分として特別な法的根拠が必要とされるものを決定して行くことが求められるであろう<sup>105)</sup>。そして、本捜査において対象者

---

自体が、憲法第35条が保障する令状によらずに私的領域へ侵入を受けることのない権利の侵害であって強制処分に当たると判断したのであり、また、当該判決は、GPS捜査により侵害される権利の内容を、個人の所有物への機器の装着時に生じるプライバシー侵害ではなく、その性質上、対象車両及びその使用者の位置情報から個人の行動を逐一把握されてしまう状態になる点に認めると論じるものとして、田淵浩二『基礎刑事訴訟法』（令和4年 日本評論社）35-6頁。また、河村有教『入門刑事訴訟法〔第2版〕』（令和4年 晃洋書房）169頁は、相対的に広い視点から、GPS設置を重視して財産権の物理的侵入という構成を採ると、非装着型のGPS捜査を規制出来ないこと、我が国においてはtrespass法理を採らず、外表接触型の所持品検査が任意捜査として許容されることから、アメリカ合衆国の財産権を基軸とする構成は採られなかったと解する。この点、椎橋隆幸「GPS捜査平成29年3月15日最高裁大法廷判決の意義と射程（前）」『研修』第843号（平成30年）9頁も、最高裁平成29年判決におけるGPS端末の車両への秘かな装着は、判旨全体の中で強制処分性を肯定する上で軽視出来ない要素であるが中心的要素ではないと位置付けるのが穏当なところであろうと述べる。同「GPS捜査平成29年3月15日最高裁大法廷判決の意義と射程（後）」『研修』第851号（令和元年）8頁以下、柳川重規「位置情報とプライバシー」『法学新報』第125巻第11・12号（平成31年）610頁以下をも参照。これについては、装着による財産権侵害とその後のGPS捜査によるプライバシー侵害とは異質なものであるから、両者を合算することで初めて重要な法的利益の侵害となると論じることは困難であるとの見解もあろうが、本件における装着は、正に判旨が述べるように公道上の所在をカメラで撮影する手法等とは異なる手法であり、トータルで見てもその後のGPS捜査によるプライバシー侵害を明確にするものと考えられる。議論状況について、川出敏裕・前掲書『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕第2版』219頁など参照。

104) 緑大輔・前掲書『刑事捜査法の研究』70頁以下など。

のプライバシー乃至人格権（憲法第13条）の制約が問題となると言えよう<sup>106)</sup>が、尾行や張込等によるプライバシー侵害の取り扱いについては一侵害の程度にもよるであろうが一本判決の射程外ということになるものと思われる<sup>107)</sup>。

（４）その本判決の射程については、純粹に尾行行為の補助手段としてGPS発信機を設置して対象車両の所在の検索を伴わずに行う場合も強制処分に該当するのか、対象者の所有するスマートフォンの位置情報を、プロバイダー等の協力を得て探知する方法は適法かなどの問題の解決が課題となろう<sup>108)</sup>。

---

105) 川出敏裕・前掲書『刑事手続法の論点』37頁。同時に、この基準のもとで強制処分に当たらないとされる捜査手段についても、それに合理的な歯止めを掛けるという観点から、一定の密度を持った法的規制を加えるべき場合がないかどうかを考えて行くべきことになろうとする。

106) 吉開多一・緑大輔・設楽あづさ・國井恒志・前掲書『基本刑事訴訟法Ⅱ—論点理解編』13頁、河村有教・前掲書『入門刑事訴訟法〔第2版〕』170頁など。

107) 川出敏裕・前掲書『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕第2版』218頁など。尾行を強制処分とすることは考えられないと論ずる見解として、檀上弘文「科学的捜査の行方」『法学新報』第125巻第11・12号（平成31年）571頁。尾行中の撮影とGPS発信機の取り付けによる位置情報取得とを比較すると、後者の方が長期に亘る広範な監視を行う結果、プライバシー侵害の程度が甚大なものとなると主張する見解として、指宿信・前掲書『電腦空間と刑事手続』37頁、45頁、最高裁平成29年大法廷判決は、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、個人の行動の継続的・網羅的な把握を可能にするからこそ、個人のプライバシーを侵害し得る強制処分性を認めたものと理解されるところ、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間をも含めない形での情報取得であれば必ずしも強制処分性を基礎付けられない余地があることを示唆しており、肉眼による張込や足を使った尾行が任意処分であると理解されていることも、その現れであると述べる見解として、星周一郎「デジタル時代の捜査とプライバシー概念との相関」『警察政策』第24巻（令和4年）149頁、152頁。

108) 辻本典央『刑事訴訟法』（令和3年 成文堂）133頁、指宿信『GPS捜査とプ

#### 第四款 傍受<sup>109)</sup>

一 GPS同様、捜査に従事する捜査官の生命等に対するリスクは低い点が長所となる反面、その規模が大きい場合には、設備・維持コストが大きくなるという憾みがある。また、当然のことながら、相手方が虚偽の会話・通信を行う可能性もあり、かかるリスクには留意が必要となる<sup>110)</sup>。情報源となる者を活用し、その者からの情報を踏まえて通信傍受を行うことも多いであろう<sup>111)</sup>。

---

ライバシー保護』(令和30年 現代人文社) 76頁以下 [高木浩光] など。

猶、既に行われたGPS捜査については、例えば捜査機関が検証許可令状請求をしていたり、使用方法が謙抑的で取得していた位置情報が網羅的でなかったりしたなど、GPS捜査自体の違法が重大でない場合には証拠排除されないが、それ以外の場合における証拠排除の範囲については、「違法な捜査によっても当該証拠が発見可能であったか」が実質的なメルクマールとなっているとされる。栗田知穂『規範あてはめ刑事訴訟法』(令和3年 立花書房) 315頁など。

109) これも各国が国家安全保障上の理由で行うことはしばしばあり(最近の事例では、中華人民共和国国家情報法第10条・第15条の国家情報活動には、通信傍受・インターネットを通じた諜報活動等が含まれる。中国のこれらガバメントアクセスの背景には、経済・情報分野を含んだ総体的国家安全観の実現・推進が国家目標となっているということがある。浅井敏雄『中国データ・情報関連法』[令和3年]), 政治大国・経済大国では当然行っている政治活動の一つであると言っても過言ではないとされる。中谷昇・前掲書『超入門 デジタルセキュリティ』56頁。猶、衛星画像もそうであるが、捜査当局が活用するのは、安全保障や軍におけるトップレベルのシステム等のグレードを少し落としたものであるとされる。中谷昇・前掲書『超入門 デジタルセキュリティ』74-5頁。

110) 従前、警察無線はアナログ波を使用していたため、警察無線は無線マニアによって傍受可能であったが、昭和59年のグリコ・森永事件を機に一般人が傍受出来ない警察無線の導入が決まった。しかし、平成10年・14年の時点で革マルは警察無線を日常的に傍受しており、それだけの高度な技術と専門知識を有していることが明るみになっている。大島真生・前掲書『公安は誰をマークしているか』89頁以下。



二 傍受とは、現に行われている他人間の通信について、その内容を知るため、当該通信の当事者のいずれの同意も得ないで、これを受けること<sup>112)</sup>を言い、既に通信が終了し、傍受実施時点で受信者側のサーバーの記録領域やパソコンに記録されている電子メール等は「現に行われている通信」を受ける場合ではないから「傍受」に該当せず<sup>113)</sup>、記録命令付差押や捜索差押、検証等によることになる。傍受の対象となる通信は、電気通信の内、その伝送路の全部又は一部が有線であるもの又はその伝送路に交換設備があるものに限られる。通信傍受が憲法第35条の要請を満たし得るかについては嘗て争いがあったが、悪質化する組織犯罪の全容解明のためには関与者間の通信を傍受することが有用であったため、通信傍受法が平成11年成立、同12年施行された<sup>114)</sup>。そして、振り込め詐欺を始めとす

---

111) マイケル・モレル（月沢李歌子 訳）『秘録CIAの対テロ戦争』（平成28年〔原著2015〕朝日新聞出版）148頁など参照。

112) 犯罪捜査のための通信傍受に関する法律（通信傍受法）第2条第1項。傍受・盗聴には、ワイヤータッピング（通信回線の過程に器具を設置し、当該回線を通じて行われる会話を傍受する）とバグging（室内や端末電話機に集音用の機器を設置し、その場所で行われる会話を傍受する）の2つの手法があり、我が国では主としてワイヤータッピングの手法が採られていて、裁判例（最高裁平成11年12月16日決定。刑集53巻9号1327頁）において限定的に適法とされていたが、通信傍受法は—その性格上、従来の強制処分とは異なる取り扱いが必要であるとの観点から別途制定されたが（廣上克洋『令状請求ハンドブック』〔平成26年 立花書房〕218頁など）—この流れに位置付けられる。辻本典央・前掲書『刑事訴訟法』126頁以下など。

113) 幕田英雄・前掲書『実例中心捜査法解説〔第3版〕』248頁など。争いはあろうが、SNSでの遣り取りも傍受に含まれるとされる。中島宏・宮木康博・笹倉香奈『刑事訴訟法』（令和4年 日本評論社）64頁〔笹倉香奈〕など。

114) 平成11年迄は、刑事訴訟法に明文の規定はなかったが、前掲・最高裁平成11年12月16日決定は、一定の場合に検証令状によって傍受が許される旨判示している。通信傍受法の成立に伴い、電話傍受等を検証許可状によって行うことは許されなくなり、その限りで本決定の意義は失われたと言えるが、本決定が通信傍受法の規制対象外である住居内の会話傍受等に対し、先例としての意義を

る特殊詐欺等の犯罪が増加すると共に、暴力団組員が一般市民を標的として組織的に行ったと見られる殺傷事犯も相次いだことから、平成28年刑事訴訟法・通信傍受法改正によって、対象犯罪が拡大されると共に、通信管理者等の常時立会等を要しない通信傍受の実施手続が導入された<sup>115)</sup>。近時は特殊詐欺取締対応のツールの一つとしても傍受の重要性が強調されている<sup>116)</sup>。

---

持っているかについては、見解が分かれているとされる。橋樑隆幸他『ポイントレクチャー刑事訴訟法』（平成30年 有斐閣）70頁〔洲見光男〕など。

- 115) 馬場嘉郎「通信傍受令状」田中康郎監修・前掲書『令状実務詳解』100頁以下、伊丹俊彦監修『捜索・差押えハンドブック』（平成28年 立花書房）232頁以下、川出敏裕「通信傍受法の改正について」『東京大学法科大学院ローレビュー』（平成27年）103頁以下など。鈴木一義「台湾における通信傍受の動向」『法学新報』第122巻第3・4号（平成27年）第四章七をも参照。
- 116) 田村太郎「詐欺事犯者の実態と処遇」『罪と罰』第59巻第1号（令和3年）71-2頁など。一方で、スポット傍受（該当性判断のための傍受）の際に無関係な通信を傍受出来てしまい、必要最小限の限定が出来ているか、限定付きの別件傍受・緊急傍受は令状主義に違反しないかは批判のあるところで（田淵浩二・前掲書『基礎刑事訴訟法』102頁は、通信傍受法第15条の緊急傍受は例外的措置であり、被疑事実に関する犯罪関連通信が行われていない通信手段であることが判明した後も、緊急傍受した犯罪事実に関する捜査のために傍受を継続することは、令状主義に反して違法と言うべきであるとする）、特に、通信傍受法の規制対象ではない、会話の傍受（バグキングの形態）については、住居内でのプライベートな空間での会話は、傍受装置を設置するために住居等に秘かに立ち入ることもあるため、保障されるべきプライバシーの利益が電気通信よりも高度であることから認められないとの見解も有力に主張されている。中島宏・宮木康博・笹倉香奈『刑事訴訟法』（令和4年 日本評論社）66頁〔笹倉香奈〕、吉開多一・緑大輔・設楽あづさ・國井恒志・前掲書『基本刑事訴訟法Ⅱ—論点理解編』16頁など。猶、ドイツにおいては2005年刑事訴訟法典改正によって、一定要件のもとに住居内の会話の傍受を認めるに至っている（刑事訴訟法第100条c）。井上正仁『強制捜査と任意捜査（新版）』（平成26年 有斐閣）169頁以下、204頁以下。イギリスの例として、丸橋昌太郎「会話の傍受に関する規制について」『法学会雑誌』第56巻第1号（平成27年）547頁以下。

## 第五款 潜入捜査

一 対象組織に潜入し、主として人的情報源から情報を収集する捜査活動である。情報収集衛星によって取得する画像情報などは国家による軍事基地の動向等の把握には有効であるが、これよりも小規模の犯罪組織・テロ組織等の内情把握には充分でなく<sup>117)</sup>、また、画像情報等だけでは組織犯罪者の内心の意図は完全には推測出来ない。ここに潜入捜査を行う意味（メリット）がある。犯罪組織における違法取引や個人情報など多くの成果が潜入捜査によって得られるのである。他方、潜入捜査員は対象組織に潜入し、対象者と直接接触する必要があるため、遠隔から情報を収集するGPSや傍受によるアプローチと異なり、潜入捜査員に生命の危険が及ぶリスクが相対的に高く、潜入捜査官が偽装した身分の秘匿を維持することが前提となり<sup>118)</sup>、捜査官やその家族等の安全の確保を確立することが必要となる。また、潜入組織側に取り込まれて二重スパイとなってしまう等のリスクもあり、この点は協力者・情報提供者の活用の場合も同様であろうが、捜査側が対象者側に操作され得る点が大きなリスクと言えよう。更に、

---

117) 例えば、オウム真理教の一連の事件では、サリン・VXガスといった神経剤のみならず、エボラウイルス、ポツリヌス菌などにも着目していたと言われており（吉村剛史『アジア血風録』[令和3年 エムディエヌコーポレーション] 99-100頁など）、バイオテロに対しては、有事の場合の危機対応の専門家を基軸としたスクランブル体制のもと、エビデンスをもとに費用対効果を計算する、パブリックヘルスの概念が必要であるけれども（木村盛世「誰も書けない『コロナ対策』のA級戦犯」[令和3年 宝島社] など。猶、福田充『リスクコミュニケーション』[令和4年 平凡社] 169頁以下などをも参照）、その前提として、かかる内情を詳しく知るには、潜入捜査も必要となろう。

118) 従って、潜入捜査官は、自分の顔が相手側に知られることがないように万全の注意を尽す必要がある。この点では、東京のような都市部よりも、漁業や農業を主体にした非都市型コミュニティの方がお互いがお互いをよく知っている（烏賀陽弘道『フェイクニュースの見分け方』[平成29年 新潮社] 161頁など参照）ため難度は高まるとは言えよう。

潜入捜査官の育成には手間・時間を要する点もデメリットとなろう<sup>119)</sup>。加えて、潜入捜査の過程で情報提供者に情報の対価として支払う報酬については、犯罪組織の資金となり得、コンプライアンス上の疑義が生じるであろうし<sup>120)</sup>、また、潜入捜査に伴う囮捜査等において捜査官が犯罪行為に関与、更に誘発する可能性もあり、対象者の人格権等の侵害のみならず、捜査の公正さに疑念を抱かせる懸念もある。かかる意味で、潜入捜査は秘匿性が高く、且つ潜入捜査官個人の資質によるところが大きいため、適正な統制が困難であるという憾みがある。

二 潜入捜査は一で触れたように、薬物犯罪その他の組織犯罪対策に用いられ<sup>121)</sup>、広義では、捜査官という身分を隠して犯罪情報を取得したり、情報提供者を活用して犯罪情報を収集することなどが含まれ、捜査機関と情報提供者の連携が重要となる。他方、狭義では、捜査官が積極的に乃至消極的にその身分を隠して犯罪集団・犯罪組織に接触し、その犯罪活動を掌握し、証拠を収集する活動を指すことになろう。広義の潜入捜査と狭義の潜入捜査との主たる違いは、主体に捜査官(公務員)以外に、民間の情報提供者を含めるか否かにあると言えよう。そして、潜入捜査については、

---

119) 無論、尾行の場合も、担当捜査官について、忍耐力などの訓練にコストは要するものと思われる。

120) 少なくとも、情報提供と情報手当の均衡は必要となろう。

121) 関連して、サイバー犯罪捜査にも用いられる。鈴木一義「サイバー犯罪に対する捜査手法について(二)」『法学新報』第112巻第11・12号(平成28年)243頁以下、岡部正勝「サイバー空間の脅威と対処の現状」『比較法雑誌』第49巻第4号(平成28年)55頁以下。猶、潜入捜査については、囮捜査との区分などにつき我が国でも一定の議論が見られるが、アメリカ合衆国の議論を参考にする程度で、20世紀末の時点の我が国においては、—無論、戦前においても、潜入捜査、それに伴う情報提供者の活用、特に囮捜査の問題点については認識されていたし、戦後、囮捜査の問題点については相当数の議論の蓄積を見ているが一、それ程議論の蓄積は多くなかったようである。鈴木・前掲「囮捜査の研究(一)」126頁、149-150頁など。そこで本款においては、外国の文献も若干参照した。

犯罪活動を統制するために、法治社会においては必要悪であるとしてこれを肯定する見解と、捜査機関の人員が充実しており、科学捜査が普及している現状では潜入捜査は必要ないとか、政治闘争の道具に使われる、当該捜査の過程で犯罪誘引などの様々な違法手段が取られかねない、潜入捜査官に対するリスクが大きいなどの理由で、これに反対する見解に分かれる。

三 我が国における潜入捜査の実態は必ずしもクリアではないが、行われていることは文献等から明らかと言える<sup>122)</sup>。ただ、潜入捜査は、その過程で、傍受、秘密録音・録画、秘密搜索、囮捜査など多様な手段が取られるため、それらの態様によって、強制処分に該当することもあるし、任

---

122) 鈴木・前掲「囮捜査の研究（一）」160頁以下。捜査とは異なるが、沿革的には忍びなどが目付として敵方に派遣され、情報を探った事例などがそれに相当するであろう（わざと敵地に逃げ込むふりをしてそこで下人等になって時を待ったり、合戦の混乱に乗じて陣所に紛れ込むなどの方法で潜入、情報を集め、攪乱・破壊工作等を行ったという。平山優『戦国の忍び』〔令和2年 KADO KAWA〕31頁、37頁、248頁以下など。それ以前に、楠木正成も、忍び〔身分を偽って立ち働く密偵〕を使って敵情を探り、また、フェイクニュースのような噂を広める情報戦等を展開しており、その軍略は、戦国時代の武将にも影響を与えたとされる。安田登『太平記』〔令和4年 NHK出版〕29-30頁。そして、明治以降も、例えば、西南戦争において、土佐が薩摩に呼応して立つのではないかと警戒して、政府は土佐に対してスパイを多数送り込んでいたという。半藤一利・佐藤優『21世紀の戦争論』〔平成28年 文藝春秋〕228-9頁）し、戦後では菅生事件などが議論されている。菅生事件は、現在では、昭和25年朝鮮戦争勃発により共産党やそのシンパへの公職追放に拍車が掛かり、国警大分県本部警備部長がシナリオを描いたものであるとされており、主役を演じたときされる警察官は、地元の地主であり、村議会議長で農協組合長・製材所・酒類販売店を営む村の顔役宅に住み込み、ここを拠点にスパイ活動を繰り広げ、農民運動を指導していた青年達を駐在所の爆破現場に誘き出したものと論じられている。坂上遼『消えた警官』（平成21年 講談社）、鈴木・前掲「囮捜査の研究（一）」167頁、宮木康博「ドイツにおける身分秘匿捜査」『同志社法学』第57巻第1号（平成17年）117頁、内藤大海「ドイツにおける潜入捜査」『北大法学論集』第56巻第4号（平成17年）301頁など。

意処分に止まることもあろうから、一律に強制処分・任意処分と断じることは出来ないものと思われる。

四(1) 我が国では潜入捜査を規律する制定法は現時点で存在しないが、イギリス・アメリカ・ドイツ・フランスでは、制定法乃至それに準じる形態によって規律されている<sup>123)</sup>。既に16世紀以降、ヨーロッパにおける国民国家は、自己の政治的・軍事的・経済的権益を守るために秘密捜査の手法を広範囲に用い、情報提供者を活用し、またスパイを敵方に送り込んだ。そして、学理的にも、1970年前後から、北米やヨーロッパにおいて、秘密捜査・秘密警察の問題点が公の議論の俎上に乗せられるに至っており、これは組織犯罪などの重大犯罪と戦うための効率的で必要な手段であると同時に、プライバシー侵害、人々の間での信頼感の喪失など失うものも大きい。民主主義社会における捜査戦略上の必要悪として論議されて来た。

(2) イギリスにおいては、19世紀に、分権化された警察組織では工業社会に伴う犯罪や秩序紊乱に対応出来ず、適当でなく、他方、軍隊もその代替機関とならないという議論が優勢となり、専制政治に繋がりがねないという批判は存したもののフランスモデルをも参考にしつつ、予防警察の考え方を基礎として、1830年代に、まずは秘密警察よりも制服を纏った警察を正面に打ち出した。しかし、これは10年程度で奏功しないと分かり、

---

123) これら各国の制度の概要について、例えば、*Undercover Police Surveillance in Comparative Perspective*, edited by Cyrille Fijnaut Gary Marx, 1995, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands; Heidi Boghosian, *Spying on Democracy*, 2013, City Light Books, United States; Clive Harfield and Karen Harfield, *Covert Investigation*, Fourth Edition, 2016, Oxford University Press, United Kingdom; Tony Cook, Steve Hibbitt and Mick Hill, *Blackstone's Crime Investigators' Handbook*, Second Edition, 2016, Oxford University Press, United Kingdom; Gregory Feldman, *The Gray Zone*, 2019, Stanford University Press, United States, 李明『秘密偵査法律問題研究』(2016年 中国政法大学出版社) 217頁以下など。

中央に小規模の捜査機関を設置し、独仏などと同様に、捜査官は地下世界における犯罪者と接触し、身分を偽装して潜入捜査を行うようになった。このようにして、秘密捜査はイギリスの新しい警察の通常の見守り戦略となるに至ったが、そこにはアイルランドにおけるテロリスクを統制しようとか、ロシア・フランス・ドイツからの政治的難民を監視しようという政治的要請も存したと言えよう。このようにしてイギリスにおける秘密捜査機関は、その専門性を評価されて来たとも言い得るであろう。

かかる背景のもとに、2000年調査権限規制法（Regulation of Investigatory Powers Act2000）<sup>124)</sup>が、秘密の人的情報資源（Covert Human Intelligence Sources）の活用について定めており、これには秘密代理人、情報提供者、秘密捜査官などの活用が含まれる。イギリスにおいては、現状、不法侵入になるような私的財産への捜査機関による干渉を許可する1997年警察法と、捜査対象に気付かれずに証拠を収集するための特殊手段の活用を捜査機関に許可する2000年調査権限規制法の二本立てで秘密捜査が行われていると言え、2000年調査権限規制法においては、秘密捜査の基本的手段として、会話の傍受、直接監視（directed surveillance）、侵害監視（intrusive surveillance）、秘密の人的資源（ヒューミント情報）（CHIS）が定められている。全ての秘密捜査は、発動の前に許可を受ける必要があり、一般的には侵襲（侵害）の程度が強い程、許可のレベルも上がることとなり、犯罪の重大性の増大とのバランスが図られている。監視は対象者に知られないように行われ、対象者の観察・追跡・傍受、それらの行為の記録を含み、直接監視は、秘密捜査の枠組みの中では侵襲性の低いものであって、秘匿的だが侵害的ではなく（住居や個人車両等においては行えない）、特定の捜査等の目的で行われ、個人情報を入力する可能性がある。但し、自然発生的な事象に対して即時的に反応して行う観察は対象外となる（例えば、パトロール中に、家屋の近くで怪しげな行動をしている者を見た捜査官が、近くの塀の後ろか

124) 本法に関しては、丸橋昌太郎「秘密捜査の規律の構造について」『刑法雑誌』第56巻第2号（平成29年）50頁以下など。

ら対象者を観察する行為においては、直接監視のための許可を必要としない)。次に、侵害監視は、直接監視より侵襲性が強いもので、より上位者の許可に基づき、重大犯罪（暴力犯罪や、前科のない21歳以上の者による懲役3年以上の犯罪等）の捜査目的に限定して発動され、対象者の住居内とか個人車両といった私的生活に対して侵入・監視する活動である。そして、秘密の人的資源（ヒューミント情報）には、秘密捜査官、試験的購入を行う執行官、情報提供者などがあるが、技能の担保、運用リスクのヘッジ等のために、秘密捜査官、試験的購入を行う執行官については、国家的に認定されたトレーニングが存在し、国家警察署長会議（The National Police Chiefs' Council）は、情報提供者は、訓練されたスタッフによって管理・活用されるべきであると勧告している。

（3）アメリカ合衆国においては、その沿革上イギリスと似た面があり、またそれ以上に独立のための闘争という歴史的経緯もあったために、永続的な中央集権化された警察組織というものを警戒する傾向があった。しかし、アメリカが都市化の増大と人種の多様性を経験するに至って、イギリス以上に特殊な警察組織を受容せざるを得なくなり、19世紀後半には、情報提供者の活用とか秘密捜査手段など、警察と犯罪者との間に組織的な関係を構築する必要に迫られると共に、その数を増す計画的で共謀的な犯罪者や暴力集団等に対応するために欺罔的手法も必要とされるに至った。このような集団の場合などにおいては、公然とした手段では証拠収集が困難であるため、秘匿的収集手法の開発が要求され、捜査部門が発展したが、その捜査手法は法に違背する者と接触し、潜入捜査や売春行為の容認、贓物の回収等を行う過程で磨かれて行った。ただ、ヨーロッパ程の中央集権的な性格の国家警察は志向されず、それもあって、民間機関がその欠を補い、合理的な秘密捜査手法が洗練され、更に、南北戦争後は法執行の必要性が南部にも及ぶようになったため、この傾向は更に後押しされた。そして、20世紀に至り、より組織的で専門的な捜査機関が設立され、連邦警察の発展と相俟って秘密警察活動も促進された。例えば、ポルノ製作者に関



する証拠収集のため、郵政当局は策略的手法を用いたし、薬物やアルコールに対する禁制化は、独創的で問題点も含む秘匿の運用をも伴った。FBIの前身である捜査局も1908年に設置され、情報提供者の広範な活用を行い、犯罪組織から情報を収集すると共に、その後のFBI捜査官も、証拠収集目的で患者を装って精神病院に入るとか、被疑者の観察目的で職場に入るといった、今日的な潜入捜査といった秘密捜査の手法を用いるようになった。尤も、一論者によって評価は分かれるものの—FBIは、イメージ低下に配慮し、合衆国財務省や薬物局と異なり、従来型の犯罪とか組織犯罪に対して複雑な秘密捜査活動を行うことには積極的でなかったとされており、反面、共産主義やファシズムへの対応といった政治目的では秘匿捜査は活用された。更に1970年代、FBIのトップであるフーヴァー長官逝去に伴い、秘密捜査活動が範囲・形態共に拡大し、従前行わなかった組織犯罪にも潜入捜査・秘密警察活動を積極的に行うようになり、秘密捜査の数は1973年と83年を比べると10倍以上になったとされる。これは犯罪の性質の変化、法規の増大、農業主体の警察のない社会から工業化された都市化社会へとといった社会構造の変化が背景にあると言えようが、現代的な行政国家現象の発達により、秘密捜査に対する規律・手法の洗練化も進んだと言えよう。また、当然ながら、冷戦時代などに、FBIのみならず、CIAやIRS（内国歳入庁）などによる監視活動が行われており、防諜活動のためのネットワークは相当広範囲に及んでいたとも指摘されている。そして、かかるアメリカ合衆国における秘密捜査については、固有の法律による規制によらずに、主として、判例や法執行部門の内部準則によって規律されており<sup>125)</sup>、外部の統制と内部的統制によって規律が図られている。

（4）フランス革命やナポレオン帝政の影響によって、フランス流の警察監視態勢の影響がドイツにも及び、19世紀初頭には警察制度の再編、中

---

125) 1980年の合衆国司法省による秘密捜査行動指針などがその例である。かかる動向は我が国にも紹介された。鈴木・前掲「四捜査の研究（一）」序。

央による内部統制が行われると共に、秘密警察のネットワーク構築、スパイの活用も行われた。そして、ナポレオン帝国凋落以降は、政治的脅威の監視のための警察組織創出、秘密情報収集が企図され、1848年頃、政治的警察への動きが活発化、その後も秘密捜査戦略が政治・刑事警察の重要要素となり、情報収集目的で情報提供者が活用され、騒乱行為の予防、犯罪被疑者の逮捕等が行われた（警察による監視、秘密警察活動は都市部における犯罪捜査の必須の手段とされるに至っており、一方で違法な捜査に至らないように一定の配慮はなされていた）。このような沿革を踏まえて、ドイツにおいては、1992年に組織犯罪法案が制定され<sup>126)</sup>、刑事訴訟法も改正されて、その第110条 a から e において隠密捜査官について定められた<sup>127)</sup>。具体的には隠密捜査官投入の要件、検察庁・裁判官の同意、隠密捜査官による住居立ち入り、隠密捜査官の投入についての権利者への通知などについて定める。隠密捜査官とは、警察の職にある公務員で、ある程度永続的に変更された身分（架空身分）を与えられて捜査に当たる者と定義され（第110条 a 第2項）、その身元は、投入の終了後においても秘密にしておくことが可能とされている（第110条 b 第3項）。

(5) フランスにおいては、18世紀後半にパリの警察に秘密捜査部門が設置され、警察官は秘密捜査官として情報提供者を用いて、政治および犯罪事項について市民の私的・公的生活についての情報収集に従事し、パリ市民の生活は侵襲された。秘密捜査官の活用はパリのみに止まらず、治安の維持や犯罪捜査目的で他の地域でも用いられ、フランス革命後も、国内外の敵に対して秘密捜査体制は強化され、19世紀末に近代的な国家警察体制が構築された。ヨーロッパ初の警察による情報収集システムが形成されたが、社会全域を監視し、ナポレオン帝国全域に日常情報を収集するとい

---

126) ドイツの情況については、宮木康博・前掲「ドイツにおける身分秘匿捜査」、内藤大海・前掲「ドイツにおける潜入捜査」など参照。

127) 訳文は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』（平成13年法曹会）に拠る。

う考え方自体は伝統的観念に基づいていた。その中で、パリ犯罪捜査局局长となったウジェーヌ＝フランソワ・ヴィドック（Eugène François Vidocq）の秘密捜査手法は従前の手法を継承したものであったが、その秘匿捜査の技術は卓越しており、創造的で積極的な姿勢に立脚していた。政体の変化にもかかわらず、この秘密捜査手法は存続し、パリ警察は公的な法執行機関員でないスパイ等の力を借りていたが、他の大都市も秘密警察に依拠していたとされる。そして、1855年には、政敵の監視を広く行うための国家特殊警察が設立されるに至った。このようにフランスにおいては、沿革的に政治警察と犯罪捜査の領域が混淆していた面があり、1960年以降、議会によって規律されるようになって来たが、通話傍受などは広範に行われていたという。このような秘密捜査手法は、傍受やコントロールド・デリバリーなど、法律に規律されることで限定的に承認されるもの、内部的な実務規範に規律されるもの等があるが、警察による情報提供者の活用は適法であるものの、法執行機関の裁量に委ねられており、これらは、市民・対象者への侵襲の程度にもよるであろう。このような経緯を経て、フランス刑事訴訟法第81条において、予審判事は事実の真相解明のための一切の捜査活動を行う旨規定されており、潜入捜査に関しては、対象犯罪を限定すると共に、検察官・予審判事のチェックを受けることなどが要求されている。

（6）これら諸国の知見に照らすと、①いずれも、潜入捜査を強制処分と一元的に捉えて裁判所による厳格な令状制度を一律に要求するには至っておらず、②アメリカ合衆国は適用条件などは比較的厳格であるが、英米共に潜入捜査の適用範囲は比較的広く、必ずしも明確な制約がないのに対して、独仏は法律によって要件が相対的に明確化されている（これは、アジャン・プロボカトゥールといった違法な囲捜査に対する警戒心が、アメリカ合衆国に比してヨーロッパでは強いことが一因であろう）、③監督の方式は、イギリスは専門の裁判所を置き、アメリカ合衆国は内部的統制と裁判所による審査、独仏は検察官・裁判官による監督によっており、各々同一ではない

——といった特徴が指摘出来よう<sup>128)</sup>。

## 第六款 囲捜査

一 一般に犯罪捜査は既に発生した事件について捜査の端緒を得た後に犯人検挙・犯罪事実立証のために種々の証拠を収集するのが本則であるが、薬物事犯・銃器事犯・風俗事犯など直接的な被害者がおらず、典型的に密行性が高い犯罪については、捜査の端緒を掴み難く、証拠も湮滅され易く、関係者の供述も得難いため、通常の見学手法では検挙が困難であることが多く、囲捜査が活用される<sup>129)</sup>。囲捜査は、刑法上これを規律する明文の規定がないが、最決平成16年7月12日<sup>130)</sup>が、「おとり捜査は、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕により検挙するものである」と説示したため、これを一応の定義とする論稿が多い。

二 囲捜査においては、アメリカ合衆国において、犯罪の傾向性がない者に働き掛けて犯意を誘発させた場合には無罪の抗弁が可能となるという罫の理論が発達しており、戦後我が国の議論でも、犯意誘発型は違法、犯行の機会を提供するに過ぎない場合は適法という二分説の枠組みが有力であった。この二分論的発想は、国家が犯罪を作出することを防ぐという観点を言い換えたものと言え、裁判例でも多くの場合に踏襲されて来たと言える<sup>131)</sup>。この中で平成16年最決は、囲捜査が刑事訴訟法の捜査であるこ

128) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』225-6頁など。猶、EUにおいては、人身売買など、国境を跨ぐ犯罪ネットワークに対して秘密捜査活動が行われており、そこでは被疑者の仕事場や近隣等に情報提供者をネットワークのように配置して、犯罪関連証拠を収集している。

129) 伊丹俊彦監修・前掲書『適法・違法捜査ハンドブック』195頁など。

130) 刑集58巻5号333頁。

131) 伊丹俊彦監修・前掲書『適法・違法捜査ハンドブック』197頁。但し、裁判例においても、犯意誘発型か機会提供型かだけで囲捜査の適法性を区別してい

とを前提に、対象者の意思を制圧して関連法益を侵害するような捜査手法でない点に鑑み、強制捜査でなく任意捜査であり、その上で任意捜査であっても無制限に許容される訳ではないという最決昭和51年の枠組みに乗り、また、法益を保護すべき国家機関である捜査機関が相手方に対してその身分や意図を秘しつつ犯罪を惹起・助長するような活動を行って法益侵害の危険性を自ら生じさせている点に問題があるとの認識のもと、その問題性に勝るような正当化根拠を要するとして、①直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査であること、②通常の見つけ方のみでは犯罪摘発が困難であること、③機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象にする場合であることの3要件を例示的要件として、このような要件を充たす類型の捜査であれば任意捜査として許容し得るという判断を示したと解されている<sup>132)</sup>。

三 そして、捜査においては、対象者は自己の意思で犯罪を実行している以上、その権利・利益の侵害・制約は認められないから、捜査対象者の権利・利益の侵害・制約の程度と、捜査の必要性との権衡を衡量出来ないのではないかと考えられる<sup>133)</sup>。この立場を徹底するならば<sup>134)</sup>、捜査においては、捜査によって国家が本来保護すべき法益を国家が自ら侵

---

る訳でなく、捜査機関による働き掛けの具体的態様をも考慮要素としていると言えよう。川出敏裕・前掲書『判例講座 刑事訴訟法 [捜査・証拠篇] 第2版』241頁以下、椎橋隆幸他・前掲書『ポイントレクチャー刑事訴訟法』70頁 [椎橋] など。

132) 矢野直邦「おとり捜査」田中康郎監修・前掲書『令状実務詳解』95頁以下。

133) 笹倉宏紀「強制・任意・プライベート」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（平成31年 有斐閣）268頁など参照。

134) 必ずしも徹底されている訳ではない。学説の概要について、鈴木一義「刑事判例研究 銃砲刀剣類所持等取締法違反被告事件の有罪確定判決に対して、おとり捜査に重大な違法があり得られた証拠を排除すべきであり、刑事訴訟法第四三五条第六号に該当するとして再審開始決定を認めた事例」『法学新報』第123巻第8号（平成29年）374頁以下など。

害し、乃至その危険を惹起していることを問題とすべきということになり<sup>135)</sup>、かかる法益侵害・危険を国家が創出する囲捜査は原則として違法となるが、それを正当化するだけの捜査の必要性があり、法益侵害・危険を惹起することへの国家の寄与度と捜査の必要性とが権衡している時に当該囲捜査に相当性が認められることとなる<sup>136)</sup>。

四 このように考えた場合、最高裁昭和51年3月16日決定の枠組みは囲捜査には及ばないと考えることも可能ではあるが、そこにおいて国家の寄与度を考える際に、捜査機関による働き掛けの強度と対象者の犯罪性向が併せて考慮されることになるのであれば<sup>137)</sup>、それらの衡量の結果として、「合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査」が判断されることになるとも言え、最高裁昭和51年3月16日決定の枠組みは猶活用可能とも考えられる<sup>138)</sup>。まず最高裁昭和51年3月16日決定の判示中任意処分の限界の領域については国家の寄与度と捜査の必要性との権衡は馴染み易いと思われる。次に、例えば、囲捜査の違法性の実質としての「国家による犯罪の創出」を一義的に捉えず、囲捜査の対象者を選出する段階において、①合理的根拠をもって捜査を開始することを前提とする捜査機関の裁量を逸脱したこと、実施段階においては、②犯罪の実行に対

---

135) 囲捜査の法的規律の必要性を導くに当たって、従来の見解は様々な根拠を提示して来たけれども、議論の出発点は、意外な程、「本来犯罪を防止すべき国家機関が自ら犯罪を作り出す」ことへの問題意識である点で共通していると指摘するものとして、稲谷龍彦「身分秘匿捜査の法的規律について」『法学論叢』第128巻第1・2・3号(平成29年)284-5頁。

136) 吉開多一・緑大輔・設楽あづさ・國井恒志・前掲書『基本刑事訴訟法Ⅱ—論点理解編』41-2頁など。

137) 吉開多一・緑大輔・設楽あづさ・國井恒志・前掲書『基本刑事訴訟法Ⅱ—論点理解編』42頁。

138) 猶、佐藤隆之「おとり捜査の適法性」『ジュリスト』第1367号(平成20年)134頁、大澤裕「おとり捜査の許容性」『ジュリスト』第1291号(平成17年)192頁参照。

して実質的な関与をしたことが、国家の矛盾した態度の現れとして各々問題とされなければならないと考える近時の見解<sup>139)</sup>は、捜査機関等の働き掛けが対象者の意思決定に干渉している側面は否定出来ないもののそれを被疑者の権利に対する侵害と捉えて法的規律を独自に確立する実益に乏しく、犯罪実行に対する心理的寄与の程度の問題に解消することが可能であるとしつつ、犯罪を抑止すべき国家がトリックを用いて捜査の公正さを侵害する側面が認められる点について、当該事案において囹捜査のような手法を用いる高度の必要性が認められない場合や、犯罪を実行しないという選択肢を対象者から実質的に奪うような場合を具体的類型として掲げる。この見解によっても権利・利益の重要性と侵害・制約の実質性によって判断がなされることとなり<sup>140)</sup>、最高裁昭和51年3月16日決定の枠組みと矛盾するものではないと考える。

#### 第七款 被疑者のPCやスマートフォンへの監視ソフトの導入など

一 21世紀の「監視」は、監視カメラによるよりも寧ろスマートフォンによるもので、今日の監視は、カメラを使うような文字通りの形ではなく、主にデータを通じて行われていると評される<sup>141)</sup>ように、データに対する監視技術も発達している。

二 このアプローチに基づく捜査手法の代表例が、オンライン検索（例えばトロイの木馬とかバック・ドアプログラムといった技術的仕掛けによって秘密裡に情報技術システムに侵入して情報を取得する行為<sup>142)</sup>）やラスター捜査（網

139) 堀田周吾「おとり捜査に対する法的規律の構造」秋吉淳一郎他編『池田修先生 前田雅英先生退職記念論文集 これからの刑事司法の在り方』（令和2年 弘文堂）169頁以下。

140) 大澤裕「強制捜査と任意捜査」『法学教室』第439号（平成29年）66頁など。

141) デイヴィッド・ライアン（松本剛史 訳）『パンデミック監視社会』（令和4年 筑摩書房〔原著2022〕）49頁、104頁。

142) 加藤克佳・辻本典央「ヴェルナー・ボイルケ著『ドイツ刑事訴訟法（4）』」『近畿大学法学』第63巻第1号160頁以下など。

の目捜査。刑事訴追機関とは別の様々な機関に保存された個人データ<sup>143)</sup>を集めて事件に特殊な犯罪捜査上の検査基準に照らして電子的に照合することによって、特定のメルクマールに該当する人物を抽出する捜査手法。目的は、プロフィールを充たす人の範囲を探知することにある<sup>144)</sup>である。ドイツにおいては、連邦刑事事庁は、犯罪捜査の前段階における警察活動としての国際テロリズムの危険防止については独自の権限を与えられていなかったため、改正連邦刑事事庁法が、2008年12月31日公布、2009年1月1日施行されたが、ここにおいてオンライン検索やラスター捜査も規定された<sup>145)</sup>。特に、オンライン検索については、これを定めていたノルトライン・ヴェストファーレン州憲法擁護法第5条第2項第11号の規定の合憲性が争われ、2008年2月27日、連邦憲法裁判所第一法廷は、これは一般的人格権等に違反して無効であるとの判決を下していたため<sup>146)</sup>、本法においてはオンライン検索の要件が

143) 住民登録、学生名簿、危険物取扱資格者名簿などがこれである。

144) 加藤克佳・辻本典央・前掲「ヴェルナー・ボイルケ著『ドイツ刑事訴訟法(4)』」176-7頁など。既に発生した事件の被疑者を探し出す場合と犯罪発生防止のための場合とがある。宮地基「安全と自由をめぐる一視角」『法政論集』第230号(平成21年)337-9頁。

145) ラスター捜査については、対象となる人物を効率的に抽出可能である一方で、抽出された多数の捜査対象者の殆どは、偶々テロリストと同じ特徴を持っていたに過ぎない無関係の人物である。従って、それらの人物が身辺調査によってプライバシーを侵害されることには憲法上の懸念も指摘されていた。連邦憲法裁判所は、2006年4月4日の判決により、重大な犯罪が発生する具体的危険がない段階で、抽象的な危険予防のためにラスター捜査を行うことは捜査対象者の情報自己決定権を侵害すると判断し、緩やかな要件によってラスター捜査の発動を認めていた州の警察法を部分的に違憲とする決定を言い渡していた。BVerfGE115, 320. 宮地基・前掲「安全と自由をめぐる一視角」345頁以下、同「2000年以降のドイツ連邦憲法裁判所判例の動向について」『明治学院大学法律科学研究年報』第30巻8頁、小西葉子「テロリズムに対抗する予防的警察活動と比例原則(1)」『一橋法学』第16巻第3号(平成29年)995頁以下など。

146) BVerfGE120, 274. 植松健一「連邦刑事事庁(BKA)・ラスター捜査・オンライン検索(2)」『鳥大法学』第53巻第2号1頁以下、宮地基・前掲「2000年以



詳細に規定された<sup>147)</sup>。即ち、①個人の身体、生命又は自由、②著しく重要な公共財のいずれかに対する危険があるという推定が一定の事実によって正当化される場合には、対象者に知られずに、技術的手段によって、対象者が使用する情報技術システムに侵入し、そこからデータを使用することが許されるというものである（措置が実施されなければ近い将来に被害を生じる点が充分な蓋然性をもっては認識されていない場合であっても、①・②の法益のいずれかに対して特定の人々によって個別に引き起こされる差し迫った危険を一定の事実が示す場合も同様である）。ラスター捜査に関しては、連邦刑事庁は、著しく重要な法益に対する危険を防止する目的で、他の保有データとの自動照合のため、公私の機関に対してデータファイルからの特定グループの個人データの伝達を要求することが出来るとする。オンライン検索・ラスター捜査共に、裁判所によって許された場合に限り認められ、遅滞により危険が生じる場合には、連邦刑事庁長官又はその代理者が命令を発することが出来るという緊急の必要を理由とする例外は認められない<sup>148)</sup>。

三 そして、オンライン検索に関する規定は、2020年12月31日に失効すると定められた。他方、刑事訴訟法には、オンライン検索の定義・根拠規定はなかったところ、2017年、刑事訴訟法第100条bに、犯罪捜査として

---

降のドイツ連邦憲法裁判所判例の動向について」8頁、實原隆志「私生活における不可侵の核心領域の保護」『長崎県立大学国際情報学部研究紀要』第13号（平成24年）31頁以下、高橋和広「IT基本権論に関する一考察」『六甲台論集 法学・政治学篇』（平成27年）39頁以下など。但し、連邦憲法裁判所は、現実に即した正当な目的があり、情報技術システムに対する侵害に関する立法措置、事前の司法審査といった要件に基づいて、情報技術システムに対する干渉が許容される場合があり得ると認めていた。滝沢誠「ドイツにおけるオンライン検索について」山口厚・酒巻匡・大澤裕・川出敏裕編『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（令和3年 成文堂）183-4頁。

147) 山口和人「ドイツの国際テロリズム対策法制の新たな展開」『外国の立法』247（平成23年）54頁以下、61頁以下。

148) 山口和人・前掲「ドイツの国際テロリズム対策法制の新たな展開」62頁、60頁。

オンライン搜索を認める規定が新設された<sup>149)</sup>。捜査機関は、対象となる情報技術システムにスパイウェアをインストールするか、被疑者にオンライン搜索目的を気付かれぬような形で被疑者にプログラムをインストールさせる必要があり、結果としてオンライン搜索によって対象となる情報技術システムに蔵置されている全データが収集・保全されることになり、情報技術システムに対する重大な干渉となって<sup>150)</sup>、既に触れたように、従前から捜査手法として活用されている、室内会話の傍受と同様の重大な基本権侵害があると言える。そのため、実体要件について、被疑事件を列举された一定の重大犯罪に限定し、補充性の原則、室内会話傍受と同等の犯罪類型に限定されていること、手続要件として、地方裁判所の国家保護に関する専門部が発行する令状に基づいて行われることが必要とされている<sup>151)</sup>。

四 かかるオンライン搜索等は、被疑者の使用する情報技術システムに侵入し、そこに蔵置されているデータを収集・保全するものであるから、人格権、情報の自己決定などを含むプライバシー権に重大な侵害を与えるものであると言え、既に触れた強制処分<sup>152)</sup>の判断枠組みにおいても強制処分に該当すると言えよう<sup>152)</sup>。従って、重大な法益に対する侵害発生の具

149) この刑事訴訟法改正については、滝沢誠・前掲「ドイツにおけるオンライン搜索について」184頁以下を主として参照した。

150) このような結果として、ドイツで、情報を取るために被疑者のスマートフォンなどに遠隔で侵入出来るバックドアを作ることも可能になっている。また、民間が作った監視ソフトでは、対象者のスマートフォンの電子メール・メッセージ、通信・検索履歴等から対象者の行動が丸裸になると言われている。中谷昇・前掲書『超入門 デジタルセキュリティ』42頁以下、163頁以下。

151) 山田哲史「統・権利ドグマーティクの可能性 (2) : ドイツにおける裁判官留保」『岡山大学法学会雑誌』第70巻第1号 (令和2年) 154頁など参照。

152) 滝沢誠・前掲「ドイツにおけるオンライン搜索について」192-3頁 [搜索・差押、検証の性質を有すると言えようが、既存の搜索・差押、検証として位置付けることは困難であろうとする]。猶、櫻井よしこ・高市早苗『ハト派の嘘』(令和4年 産経新聞出版) 118-9頁 [高市] は、アメリカ合衆国のように、

体的危険性、これに対する捜査の必要性、他に代替的捜査手段がないか等を勘案して、立法による規律を図ることが重要と考える。

第八款 写真撮影・ビデオ監視<sup>153)</sup>

一 写真撮影・ビデオ監視は、犯行現場情況の証拠保全、撮影された犯人の映像と被疑者の容貌とを対照して同一性を確認するための捜査手法として、また、犯罪予防のための行政警察活動としてなど、多様に活用されている<sup>154)</sup>。かかる写真撮影・ビデオ撮影の法的性質に関する見解は分かれるが、この内、一律に任意処分とする見解は、今日におけるプライバシーの重要性に鑑み十分な説得力を有すると迄は言えないように思われる。他方、一律に強制処分と解する見解も、極めて軽微なプライバシー権侵害に止まる撮影行為をも強制処分と解する点で妥当とは言えないし、捜査の現実的必要性を十分に顧慮していない点にも問題があるように思われる。かかる点に鑑みれば、写真撮影・ビデオ撮影についても様々な段階があり、強制処分の場合もあれば任意処分の場合もあると言え、事案に応じて決すべきであって、一律に確定することは困難と考える。

二 この点、最高裁は、写真撮影・ビデオ撮影に関して、一般的に任意捜査とか強制捜査とは断じていない。しかし、既に第一款で触れたよう

---

令状を取得した上で、リバースウェアというウィルス（合法的に情報を収集するソフトウェア）を被疑者のデバイスに仕込むことは、法律の壁があるのみならず、国民に何えは、「監視社会になる」といった反対意見が多いであろうと想像する旨述べる。

- 153) 写真撮影・ビデオ監視に関する私見については、鈴木一義「ビデオカメラによる継続的監視（一）～（七・完）」『法学新報』第126巻第9・10号、第11・12号、第127巻第1号、第2号、第9・10号、第128巻第3・4号、第5・6号（令和2-3年）。本款については、鈴木・前掲「ビデオカメラによる継続的監視（六）」135頁以下を一部要約したものであり、文献などは同稿を参照されたい。
- 154) 例えば、辻本典央・前掲書『刑事訴訟法』123頁、河村有教・前掲書『入門刑事訴訟法〔第2版〕』139頁など。

に、強制処分(手段)とは何かという点に指標を提示し、任意捜査においても有形力の行使が許される場合があることを明らかにした点で注目すべき判断を示したと評される最高裁昭和51年3月16日決定の、①強制捜査に該当するか否かについて、個人の意思を制圧し、身体・住居・財産等に制約を加えるという指標と、②任意捜査に該当する場合でも、処分による被制約利益と処分の必要性との権衡を踏まえた制約の下でのみ許容されるとするアプローチがここでも妥当しようから、当該写真撮影の性質を当て嵌めれば、まず、当該撮影が任意捜査か強制捜査かを判断し、任意捜査に該当する場合には、②の意味での捜査比例の原則に基づき、当該撮影の許容されるべき限界が画定されるという形になろう。①については、GPSに関する最高裁平成29年大法廷判決の「合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査」か否かという基準はそれを言い換えたものであり、写真撮影・ビデオ撮影の場合にも基本的に妥当すると言えよう。

そして、②に関しては、最二小決平成20年4月15日<sup>155)</sup>が、広義の捜査の必要性と被侵害利益の程度とを衡量し、撮影の適法性を認めた。本決定については、過去に生じた犯罪捜査の一環として、犯人と被告人の同一性の確認という重要な判断の手掛かりを得るために被告人の容貌等を撮影することが許容される一類型とか、犯罪発生後の犯人逮捕に向けた人物特定の証拠を作出するための撮影という種類の指導的判例などと位置付けられるが、最高裁昭和51年3月16日決定における任意捜査の限界を具体的に判示したのものとして、その実質的な射程は広いと考えられよう。尤も、これについては、最高裁昭和51年決定が有形力の行使に関して述べた、必要性・緊急性などをも考慮した上、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるという判断枠組みはあらゆる任意処分との関係で適用される訳ではないとも主張される。しかし、確かに、最高裁平成20年決定は

---

155) 刑集62巻5号1398頁。

秘密捜査に対する規律について（三）（鈴木）

緊急性に言及してはいないけれども、20年決定の事案は、令状を請求出来ないような緊急性はなかったとも見られる事案であるため緊急性が一般的な要件にならなかっただけで、緊急性がある場合には、被侵害利益が大きくとも無令状の撮影が適法となることがあり得る点は20年決定は否定していないと考えられるから、写真撮影に関する20年決定は、最高裁昭和51年決定の枠組みの延長線上にあることは肯定出来るように思われる。

（日本比較法研究所嘱託研究所員）