

中華人民共和国における秘密捜査手法（一）

—— 我が国の方向性に対する示唆 ——

鈴木 一 義

はじめに

第一章 罔 捜 査（以上，本号）

はじめに

一 2012年改正刑事訴訟法において、中華人民共和国は技術捜査・秘密捜査の手法を正面から条文に規定するに至った¹⁾。中華人民共和国において、秘密捜査は、①賭博罪・性犯罪・麻薬販売罪等といった、所謂「被害者なき犯罪」における証拠収集が困難性となっていること、②都会化に伴い匿名化が進み、広大な中国の中で被疑者が逃亡した場合、捕捉が困難となっていることといった事態の打破に有効であり、犯罪の予防を含む犯罪の統制に有効である。しかし、反面、秘密捜査は隠密性が高く、侵害性が強いという特性を持つため、①傍受装置や監視カメラの広汎な設置等によって、人々は自分が監視されているという感覚となり、過剰な社会統制となってしまう可能性がある、②言論の自由、通信の自由、プライバシー権、住居に侵入されない権利、（被疑者が知らない間に供述を記録されている

1) 鈴木一義「中華人民共和国における秘密捜査」『法学新報』第129巻第6・7号（令和5年）。本稿において、秘密捜査と技術捜査の厳密な使い分けは行わない。

などといった意味での) 自己負罪拒否特権等の公正な裁判を受ける権利などの人権が容易に侵害され易い, ③不道徳的と思われかねない手法を用いるため, 司法倫理・社会倫理を侵害し易い可能性がある, ④犯罪を教唆したり誘引したりする等して新たな犯罪を創出する可能性があるといったマイナス面も持つ²⁾。

二 言う迄もなく, かかる秘密捜査の有効性というプラス面とマイナス面を衡量し, 各国は法整備に努めており, 法律にどの程度具体的・詳細に定めるかは国によるが, 総じて言うならば, 大陸法系国家は, 刑事訴訟法に秘密捜査条項を定めるのに対して, 英米法系国家は, 統一的刑事訴訟法典を持たず, 個別法に秘密捜査手法を定める形式を採ることが多いと言えよう。この点については, 中華人民共和国は, 大陸法的なアプローチを採用したと考えられる。このように統一的な刑事訴訟法典によって規律するというモデルは, 当該法典の完成度が高い場合, 法執行機関が正確に法律を理解することが出来, 統一的な法執行が可能となるという点に大きなメリットがあるものと思われる。しかし, 中華人民共和国の刑事訴訟法典は, 技術捜査(秘密捜査)に一節・五条文を充てただけであるので, ——従前の刑事訴訟法に比較すれば, 発動範囲, 条件, 許可手続などが相対的にクリアになり, 立法としての権威を高めたと言えるが——, 対象犯罪のリストアップが不充分であるとか, 審査機関が明確に定められていない点, 技術捜査の対象となった被疑者に対する救済手段の不備などが依然課題として指摘されており³⁾, 秘密捜査(技術捜査)に伴う人権侵害というマイナス面を緩和させるためのアカウンタビリティには改善すべき点が残ると言えよう。

三 本稿においては, かかる課題を解決するための検討の一環として, 中華人民共和国において, 現実にどのような秘密捜査が行われているのか, また, それを規律するために如何なる方策が議論されているのかという点

2) 李明『秘密偵査法律問題研究』(2016年 中国政法大学出版社) 14頁以下など。

3) 鈴木・前掲「中華人民共和国における秘密捜査」「おわりに」参照。

について、中華人民共和国の議論動向を瞥見する。そして、その過程で、我が国の秘密捜査に対する規律について示唆を与える点がないかについても検討したい。具体的には、囮捜査、潜入捜査、情報提供者の活用、コントロールド・デリバリー、傍受、ネットワーク監視といった秘密捜査手法を、以下において検討する。

第一章 囮 捜 査⁴⁾

一 改正刑事訴訟法では、囮捜査について明確に規定しておらず、ただ、同153条第1項⁵⁾において、「事件の内容を明らかにするため必要なときは、警察（公安機関）の責任者の決定を経て、係員にその身分を隠して捜査を行わせることができる。ただし、人に犯罪を唆してはならず、公共の安全に危害を及ぼす可能性のある方法又は人の身体に重大な危険を伴う方法を使用してはならない」と定めている。この点は、秘密捜査と囮捜査とは類似点はあるものの同視することは出来ないけれども⁶⁾、身分秘匿捜査の中に囮捜査が含まれていると言え⁷⁾、公安機関・警察に、相当な限度で囮捜査を行うことを許容したものと見えよう。ただ、囮捜査の発動対象、適法

4) 本章に関しては、鈴木一義「中華人民共和国における囮捜査（一）」（平成23年）、『法学新報』第117巻第9号、同「中華人民共和国における囮捜査（二・完）」、『法学新報』第118巻第1・2号（平成23年）がある。中華人民共和国の囮捜査に関する詳細は上記論攷を参照されたい。近時の中華人民共和国の論攷として、李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』161頁以下など。

5) 条文は、囮捜査に関して2012年改正刑事訴訟法と基本的に内容が変わっていない2018年改正刑事訴訟法で引用する。訳文は、基本的に、松尾浩也監修及び翻訳『中華人民共和国刑事訴訟法』（法務資料第463号 平成25年 法曹会）に拠った。

6) 王传道『偵査学理論探索』（2014年 中国人民公安大学出版社）165頁以下など。

7) 张玉鑲主編『刑事偵査学』（2014年 北京大学出版社）170頁など。但し、第二章をも参照。

な囲捜査の限界の画定、違法な人権侵害等が生じた場合の違法収集証拠による排除等については定められておらず、これを立法の課題であるとする見解も有力と言え⁸⁾、囲捜査を刑事訴訟法197条の一般原則で対応しようとする我が国と、対応すべき課題情況は近いと捉えることも可能であろう。

二(1) 中華人民共和国においては、我が国や台湾(中華民国)その他諸外国の学説を調査し⁹⁾、囲捜査(誘惑捜査)について、捜査機関が対象者に犯意を創出させることと理解するとか、捜査機関乃至協力者が、対象者に犯罪機会や便宜を与えて、犯意を発生させるか強化させて犯罪を実行したところで逮捕すると捉えるなど、その定義は多様であるとの認識が示されているが、多数説は、囲捜査は、犯意誘発と犯罪機会提供の両方の手法を包含する、犯罪証拠収集のための捜査手法であると捉えていると言えよう¹⁰⁾。この点は、捜査機関が、罠(アメリカ合衆国においては、実体的無罪抗弁事由に該当する)に相当する明らかに違法な囲捜査を仕掛ける場合もあれば、単なる犯罪機会の提供を行うこともあり、当該捜査活動は連続性を持つこともあって、捜査態様が犯意誘発かそこ迄行くかを区分することも必ずしも容易でないため、犯意誘発と犯罪機会提供の両方の手法を包含すると広く捉えて捜査の規律を図って行こうとする方向性は基本的に妥当と思われる¹¹⁾。

(2) 囲捜査は、当然ながら秘密捜査一般に共通する手段の欺瞞性を伴

8) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』161頁など。

9) 特に、我が国の法学界では1950年代初頭からアメリカ合衆国の動向を参照した論文が輩出しており、中華人民共和国の学界は直接的にはこれを引用し、そこからアメリカ合衆国の動向を研究したと指摘される(馬海帆『偵査措置新論』[2012年 法律出版社] 617頁)。この点からも、我が国と中華人民共和国の問題意識には共通のものが見られると言えよう。

10) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』162頁。

11) 罠とかアジャン・プロボカトゥールといった極端な事例を定義上典型的な囲捜査と区分するアプローチも、規律面においては当該極端な事例も視野に入れるのであれば、同一の問題意識に基づくものと解して良いであろう。

い、犯罪発生後に回顧的に捜査を行う部分と同等か或いはそれ以上に、犯罪発生前に主導的・邀撃的（proactive）に対象者に働き掛け、且つその働き掛けは対象者の（プラス・マイナス両面における）心理的利益を誘発する（例えば当該社員の心理的弱点を突くなど）性質のものであって、従って捜査と犯罪事実・犯罪過程の関係性が緊密である（捜査官と被疑者の遣り取りの中で犯罪が発生するという側面がある）という特性もあるため¹²⁾、適法性の明確な線引きが難しいという憾みがある。その線引きとも関連するが、囹捜査の類型としては、第一に、アメリカ合衆国や台湾で有力となっており¹³⁾、また、異論もあるものの¹⁴⁾、我が国でもそれなりに有力に主張されている犯意誘発型と機会提供型の分類がある。前者の犯意誘発型の囹捜査は、対象者の人格的自律権を侵害するなど解して違法とするのである。第二に、捜査機関が特定対象者に誘引を働き掛けるもので、対象者の身元が明確な類型（例えば、薬物事案の被疑者で、捜査官は被疑者が麻薬の売人であると知ってはいるものの、その証拠がない場合に、捜査官が身分を仮装して麻薬を購入したと働き掛けて、販売して来たところを逮捕するという手法である）と、対象者を特定せずに広く網を掛ける類型（強制性交累犯捜査事案で、被疑者が特定出来ないが、犯行が継続的に行われている場合、捜査官が被害を受けやすい形に仮装して、犯罪者を逮捕する手法である）に分ける分類である。前者の場合は、働き掛けの対象が特定されており、適用範囲は狭いため、権利制約は限定的と言えようが、後者の場合は、働き掛けの対象が特定されておらず、謂わば潜在的犯罪者というものを数多く創り出してしまい、容易に人民（市

12) 馬海帆・前掲書『偵査措置新論』621頁、劉晨琦『中国技術偵査の程序控制研究』（2001年 中国社会科学出版社）。

13) 鈴木一義「囹捜査の研究（二）」『法学新報』第116巻第11・12号（平成22年）第二章、同「台湾における囹捜査」『法学新報』第118巻第9号（平成24年）109頁以下。

14) この点については、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法 第3版』（令和3年有斐閣）196頁以下など。

民)の権利を侵害してしまう可能性がある点で、前者の手法よりも派生的な副作用が大きいため、相対的に厳格な規制が必要となるであろう。

三 (1) かかる囹捜査の適法性を画する基準については、既に触れたような研究の経緯もあって、特にアメリカ合衆国の基準を参考にしつつ¹⁵⁾、比較法的研究が進められている。もし囹捜査の法制化を行う場合には、囹捜査の適法性・違法性を画する基準の策定がその前提となる考慮事項となるため、この点に主としてフォーカスが当てられている。

(2) その第一は、主観的基準(主観説)で、囹捜査発動時に、対象となる被疑者に犯罪の傾向性(criminal predisposition)があるか否かを基準とする見解である。捜査機関が囹捜査を発動する際に被疑者に既に犯罪傾向があるのであれば、捜査機関は犯罪機会を被疑者に提供したに止まるから、捜査機関の働き掛けは違法と言えず、被疑者・被告人は罨の抗弁を主張出来ない(逆に、捜査機関が囹捜査によって、被疑者・被告人の脳に犯罪意図を埋め込んだ場合は、被告人・被告人の行為は犯罪構成要件に符合しないとして罨の抗弁が成立する。この罨の抗弁が成立するためには、①被告人に犯罪傾向が存しないこと、②働き掛け(誘引行為)は、情報提供者を含む政府の法執行官が行うこと、③弁護側が政府側の働き掛けを立証し、訴追側が、被告人に犯罪傾向がなかったことを立証しなければならないとされている)と論じられる。この基準は、1932年以降¹⁶⁾、長期に亘って有効な判例法理となっていると言えようが、犯罪傾向とは、本質的に被疑者の主観的状态であるため、証拠によって証明することが困難であるという実務上の難点がある。この点については、被告人による過去の類似行為、捜査機関による働き掛けに対する反応、その後の被告人の行為・言動、被疑者・被告人の評判・評価といったファクターが、被疑者・被告人の傾向性を判断する指標として屢々主張されているが、

15) アメリカ合衆国のかかる点の動向については、鈴木・前掲「囹捜査の研究(二)」第二章第一節、同「アメリカ合衆国における囹捜査(一)(二・完)」『比較法雑誌』第43巻第3号(平成21-22年)。

16) *Sorrells v U.S.*, 287U.S. 435 (1932).

これらを基に、傾向性について法執行側が先行判断しなければならないというのは——これらファクターが伝聞的性格が強かったり、他人の品格等の評価であるゆえ曖昧であるなどのため、やはり容易でない。また、囹捜査の働き掛けの前に、被告人に傾向性があるという合理的根拠を捜査機関に課すということになると、捜査機関に課されるバーは更に高くなるという見解も見られる。

（３）かかる主観的基準の弊を回避するために¹⁷⁾ 捜査機関の行為にフォーカスするのが客観的基準（客観説）で、通常は法を遵守している人に犯罪遂行させるような働き掛けといった仮定的な基準を用いる¹⁸⁾。尤も、「通常は法を遵守している人」という基準も曖昧であり、地方警察などの指針にはならない等の批判も見られるところである。

（４）そこで、これら主観説・客観説、或いは更に正当手続基準説を融合しようとするのが混合基準（混合説）である¹⁹⁾。これは基準としては相対的に完成されたものであるが、立証責任の分配が課題であるとも論じられる²⁰⁾。

（５）かかる基準の中で、中国刑事訴訟法は囹捜査の適法性に関して如

17) 被疑者・被告人に犯罪傾向性がある場合であっても、捜査機関の働き掛けが過剰であった場合の対応として、正当手続基準（デュー・プロセス抗弁）も主張されているが、アメリカ合衆国の裁判所の多くでは支持されていない。

18) アメリカ合衆国連邦最高裁においては、ソレルズ事件・シャーマン事件では客観説は補足意見において主張されていたが、ラッセル事件・ハンプトン事件では少数意見において主張されている。鈴木・前掲「囹捜査の研究（二）」第二章第一節第一款をも参照。カナダは客観説を採用していると分析されている。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』173頁。鈴木一義「カナダにおける囹捜査」『比較法雑誌』第43巻第2号（平成21年）をも参照。

19) 刘晨琦・前掲書『中国技術偵査的程序控制研究』44頁など。イギリスは混合説を採用していると分析されている。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』178頁。鈴木一義「イギリスにおける囹捜査」『法学新報』第116巻第1号（平成21年）をも参照。

20) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』178頁。

何なる態度を示しているであろうか。この点、既に触れたように、刑事訴訟法第153条第1項は、「事件の内容を明らかにするため必要なときは、警察（公安機関）の責任者の決定を経て、係員にその身分を隠して捜査を行わせることができる。ただし、人に犯罪を唆してはならず、公共安全に危害を及ぼす可能性のある方法又は人の身体に重大な危険を伴う方法を使用してはならない」と定めている。「ただし、人に犯罪を唆してはならず」の部分は、犯意誘発型の囹捜査を許容せず、機会提供型の囹捜査のみを認めている（主観説）と解するのが相対的に自然であると言えるが²¹⁾、「公共安全に危害を及ぼす可能性のある方法又は人の身体に重大な危険を伴う方法を使用してはならない」と定める部分は捜査機関に囹捜査発動方法に関する指針を示している点で客観的要素を有しているとも言える。ただ、公安機関による刑事事件取扱いに関する手続規定（2020年9月1日施行改正版）においては、大要、「捜査の必要がある場合において、県レベルの公安機関の責任者の決定を経て、捜査官等は身分秘匿捜査を行うことが出来るが、その際、他人に犯罪意図の発生を促すような方法を使用することは出来ず、公共安全に危害を及ぼす可能性のある方法又は人の身体に重大な危険を伴う方法を使用してはならない」旨定めており（第271条第2項など）、主観説に相対的に接近した基準を用いていると言え²²⁾、これにより、実務上、機会提供型の囹捜査は適法で許容されるが、犯意誘発型の囹捜査は認められないとされる²³⁾。

四（1）このように、刑事訴訟法は、囹捜査の根拠と言い得る条項を定めたが、囹捜査の法律化という観点からは充分でないとの批判も提起されている。かかる批判は、①囹捜査の適法性の基準が依然明確でない、②囹

21) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』183頁。

22) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』181頁。

23) 张玉鑲主編・前掲書『刑事偵査学』170頁。この点は、既に、2000年の最高人民法院座談会においても述べられていた。鈴木・前掲「中華人民共和国における囹捜査」。

捜査発動の手續規定がなく、また、捜査官等が違法・不相当な囲捜査を行った場合の制裁規定にも欠ける（責任を取らせる制度が法定化されなければ、囲捜査の適法な実施も保障されないし、適法な基準策定も困難となる。また、関連して、証拠法上は、違法な囲捜査によって得られた証拠を排除する規定が必要である）、③刑事訴訟法第153条の文言上は公安機関のみに囲捜査を行使する権限を認めたように読めるが、通常犯罪でも囲捜査は必要な場合があるから、檢察機関にも認める旨明確に規定すべきである。一方で、第153条が比例原則的な発想に依拠している以上、囲捜査でなければ捜査が困難であるといった発動すべき犯罪の限定、対象者の犯罪傾向性の認定には合理的根拠を要するといった制約を課すべきである——といった主張をその内容とする²⁴⁾。

（2）まず、既に触れた点と重なるが、囲捜査の適法性基準について、基本的には二分説が基調であるものの、その具体的基準の観点では、学界と実務界において理論的視点と基準が統一出来ている訳ではないので、刑事訴訟法・捜査法において明文化されていない。ここでは、囲捜査を行うに当たって、犯罪が発生している／するであろう事前の合理的嫌疑が必要か、囲捜査を行うに当たってはリスクも大きい社会的に許容される範囲で行うべきであるところ、例えば、強制性交事案において、婦人警官を身分偽装して対象者に働き掛けさせる場合、挑発の度合いによっては通常なら犯罪を犯さない者に過度の犯罪機会を提供しないかとか、重大事案において犯罪解決に対する社会的圧力が強い場合に、捜査機関が強い囲捜査戦略を採ることで「罨」に相当する事態が発生しないかなど、囲捜査の態様によっては、人権侵害と司法の公正に違背しかねないという論点が問題提起されている。

24) 廖斌・張中 等『技術偵査規範化研究』（2015年 法律出版社）169頁以下、李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』185頁以下、208頁以下、張玉鑲主編・前掲書『刑事偵査学』171頁以下、馬海艦・前掲書『偵査措置新論』621頁以下など。

(3) 次に、囲捜査については発動統制手続と有効な監督が不十分であり、この双方の充実が必要とされている。実務においては、①捜査機関が囲捜査を行う場合、形式的審査のみで、事案の嫌疑の程度とかそれを裏付ける証拠の程度といった実質的審査が行われておらず、審査機関との間で基準の統一も行われていない、②囲捜査を実行する際に、捜査主体の内部的統制は充分でなく、また、司法機関による外部的監督も不備であり²⁵⁾、捜査機関の裁量の程度は大きく、濫用の危険性が高い、③不当、違法な囲捜査に対する司法審査体制が構築されておらず、権利侵害を受けた者の救済措置がない(公安機関による刑事事件取扱いに関する手続規定第268条は技術捜査において得られた証拠を使用する場合に一定の制約を課すなど、一定の配慮を行っているので、違法な囲捜査の場合、これが適用される可能性もあるものの、既に触れたように、囲捜査の違法性の基準が法定されておらず、違法な囲捜査によって得られた違法収集証拠に関する証明責任を定めた規定がないため、事後、被告人が違法収集証拠排除の抗弁をすることが難しくなる²⁶⁾)、④不当・違法な囲捜査を行った捜査官等に対する制裁規定がない(権限と責任は表裏一体である以上、民事・刑事²⁷⁾・行政責任、また国家賠償責任を定めるべきである) — とい

25) 例えば、公安機関による刑事事件取扱いに関する手続規定第265条第2項は、公安機関が技術捜査を行った場合には人民検察院に通知する旨定めており、これは報告による、人民検察院による一定の監督的機能を持つと思われるが、充分とは言えないと論じられている。廖斌・張中 等・前掲書『技術偵査規範化研究』171頁。

26) 手続的救済としては、他に手続き打ち切りもあり、比較法的には、多くの国は単一の手続き的対応という選択を行わず、例えば、イギリスは打ち切りが主で証拠排除が従、ベルギーは証拠排除が主、打ち切りが従であって、このような多層的な対応を中華人民共和国においても導入すべきであるとの見解も見られる。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』191頁(現時点で手続き打ち切り制度はなく、証拠排除が相当とする。同206頁)。

27) 犯意を誘発する囲捜査を行う捜査官は、法執行機関の基本的職責に反し、また、人類固有の基本的人間性に違背するので、刑事責任を負う(反面、対象者は刑事責任を免除されるべきである)と論ずる見解として、李明・前掲書『秘

た憾みが主張されている。

（４）第三に、腐敗の防止に関する国際連合条約（国連腐敗防止条約）第50条第1項は、腐敗行為と効果的に戦う目的で、締約国²⁸⁾はコントロール・デリバリー及びその他の特別な捜査方法（電子的監視・潜入捜査など）を適宜利用等することが出来るようにするため、自国の有する手段の範囲内で必要な措置を採る旨定めているところ、かかる特別な捜査には囹捜査を含み、且つ検察機関は腐敗行為と戦う重要な職能を有する以上、この点を法的に明らかにすることは、条約の要求である旨主張されている。

（５）そして、かかる法の欠缺は、捜査機関による人権侵害等のリスクを産むから、かかるリスクを最小化するために、比較法的検討を踏まえつつ、囹捜査に対する規律を立法化することは、中華人民共和国の民主法治化への一過程として重要な意義があるとも有力に主張されているのである。

具体的に立法すべき内容としては、繰り返しになるが、まず、囹捜査の適法性の基準という実体的問題がある。これについては、主観説が基本的方向性として妥当であるが、犯罪傾向性とは心理学の問題になり、単純な主観説では問題解決に足りないため²⁹⁾、犯意誘発型についても、被疑者に本来的に犯意が存在している型、犯意を強化する型、犯意継続型などに細分化出来、従って、二分論と言ってもその中間領域の判断の正確性には疑問があり、そこから客観説も配慮した総合審査的方向性が実務上先端的な考え方となっていて、捜査機関の働き掛けと対象者の犯罪行為・犯罪結果との因果関係を判断すべきである等と説かれる³⁰⁾。

密偵査法律問題研究』197頁、205頁。

28) 中華人民共和国も締約国である。

29) 犯意を立証する場合、具体的には、被疑者に犯意があると捜査機関が判断する際に合理的根拠が存したかが問題になり、幾つかの種類の犯罪を犯すという犯意の合理的嫌疑と、特定地域における特定犯罪を犯すという犯意の合理的嫌疑などに分類されると論じられる。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』209頁。

30) この過程で、捜査機関による囹捜査発動段階、承認段階、実行段階における

次に、捜査の手続的問題があり、①**囹捜査発動**に関しては、(i) **囹捜査の適用範囲**（一般に薬物犯罪・組織犯罪・テロ犯罪・偽造貨幣の製造／販売などに対して発動されるが、そのメルクマールは、犯罪の重大性と捜査の困難性であると論じられる³¹⁾）、(ii) **実施主体**（囹捜査の人権等侵害リスクを踏まえると多数の国では実施主体を司法行政機関に限定しているところ、中国の刑事訴訟法では、公安機関、人民検察院、国家安全機関、軍隊守護部門、監獄・税関押収部門等が、各自管轄する刑事事案を捜査すると定めた上で、刑事訴訟法と公安機関規定は、技術捜査を公安機関に委ねており、刑事訴訟規則は検察院に汚職犯罪に対する技術捜査を認めている³²⁾。これらに鑑み、公安機関が囹捜査の実施主体として個別の捜査機関を指揮・統制する形が妥当とする見解も存する一方で、検察機関にも囹捜査の実施主体としての地位を付与すべきとの見解も主張されている）、(iii) **適用対象**（囹捜査は公正の価値を毀損するリスクが高いので、内外の多くの学者は、囹捜査の対象者が犯罪を実施するとの合理的嫌疑を要し、そこで犯罪前の段階の嫌疑と介入の合理性・必要性を考慮すると主張しているところ、中華人民共和国の場合も、対象者が実質的に犯罪に着手してしないがその可能性がある場合に、捜査機関や情報提供者によって得られた情報を総合的・客観的に判断すべきと主張されたりする）の問題が論じられ、②**承認手続**に関して、囹捜査は手続的正義の要求に服すべきのみならず、マイナス面も大きいから具体的で厳密な手続的規制が必要だが、本質的に秘密性を保つべきで、捜査の効率性とマイナスのリスクを回避する点を考慮して、手続は可能な限り、秘密性・独立性を保って、申請・実行・承認は統一的捜査機関が行うのが中華人民共和国の国情と現状に則しているという見解も主張されている。そして、③**実施手続**に関し

瑕疵、リスク統制等を検討することになる。廖斌・張中 等・前掲書『技術偵査規範化研究』173頁以下。

31) 軽微な犯罪などに広範に囹捜査を活用すると、社会の雰囲気悪くするので、被害者なき重大犯罪の捜査などに発動すべきと主張される。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』209頁。

32) 孫謙主編『《人民検察院刑事訴訟規則（試行）》理解与适用』（2012年 中国検察出版社）203頁以下など。

て、人権等の侵害リスクを最小化することが重要で、各国司法もこの点に関心を持っているところ、既に触れたように、中華人民共和国において、刑事訴訟法第153条第1項は、「人に犯罪を唆してはならず、公共安全に危害を及ぼす可能性のある方法又は人の身体に重大な危険を伴う方法を使用してはならない」と定め、公安機関規定第258条は、技術捜査の実施に際しては、措置の種類、適用対象や執行期間について厳格な承認手続が必要である旨定めるのみで、これらは囲捜査の執行に一定の指導的作用は持つものの、捜査の際の具体的行為規範としては、より詳細な実施手続を定めた法が必要であるとされ、正常な秩序に干渉しない、適度な執行行為（捜査機関が主導的に犯罪を惹起したか、犯罪を製造したと言えるか、対象者の意思・行為へ影響力を及ぼしたかなどを判断する）、適切な執行方法（社会倫理に違背し、社会にショックを与える性質の手法—例えば、捜査官が牧師・弁護士に偽装して被疑者に自白・有罪陳述させるなど—であると、囲捜査のトータルな適法性・司法の権威の維持・人権保障の要求に切実な問題が生じる）、執行に伴うリスクの統制（犯罪の程度や結果の統制など）がかかる実施手続の法制化によって要求されると論じられる。更に、④監督手続に関して、これが欠落すると捜査機関の権力濫用が発生し、人権等侵害リスクが高まるなど、囲捜査のマイナス面が強くなるところ、法律上明確な規範はなく、実務上も監督のメカニズムは完全でないためこれを強化すべきであるとして、例えば、囲捜査の監督は外部的監督（人民検察院が法律監督機関として、逮捕等及び起訴決定の許可を行う）と捜査機関における内部的監督の両面から整備されるべきであるとも説かれる³³⁾。

第三に、司法審査制度については、捜査機関が囲捜査によって得た犯罪の証拠を検察機関に移送し、検察機関が公訴提起を行い、裁判所が証拠によって被告人の有罪を認定するという流れとなるから、中立的な存在とし

33) 比較法的見地から、囲捜査など秘密捜査を行った点を、捜査目的に反せず、公共・人身の安全に影響しない形で限定的に、対象者に事後告知すべきか否かも議論されている。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』208-9頁。

ての裁判所・裁判官が、司法的過程として、囲捜査を総合的に評価することになる。そして、比較法的検討からは、この司法審査の内容には、①囲捜査の(犯罪結果に対する影響という観点からの)適法性審査、②囲捜査によって得られた証拠の審査(既に触れた点とも重なるが、審査の結果、囲捜査が違法とされた場合、中華人民共和国の学説の多数は違法収集証拠排除に賛同するが、刑事訴訟法に違法収集証拠排除に関する規定は定められているものの、独立した裁判官が不足していて外部の様々な干渉に抵抗することが困難であるなど、現行の司法体制では、違法な囲捜査に対する証拠排除は困難であるから、違法な囲捜査を、取調べによる自白強要等の違法な方法に含めるという司法解釈を発付し、立法の機会を待つべきである等と説かれる)³⁴⁾、③囲捜査の実行行為と(これと概ねオーバーラップするが)手続的瑕疵の審査が含まれると整理する見解もある³⁵⁾。この見解の場合でも、結局は囲捜査の重大な違法性の認定とその被告人に対する手続的乃至実体的効果の判断が主要な争点となるものと思われる。

五 以上の囲捜査を巡る議論動向からは、近時は、囲捜査を規律するための法制化に重要な関心が寄せられていると言えよう³⁶⁾。我が国でも任意捜査の場合でも法制化を妨げるものではないという問題意識が示されている³⁷⁾が、かかる議論に近時の中華人民共和国の動向は一定の示唆を与えてくれるものと思われる。

(日本比較法研究所嘱託研究所員)

34) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』210頁。違法証拠排除規則に技術捜査によって得られた証拠の排除は明定されておらず、且つ実務運用上は統一されておらず、排除に肯定的ではないため(量刑による対応が証拠の肯定に影響する)、証拠を排除しない、制裁措置としては手続打ち切りが望ましいと説く見解として、廖斌・張中等・前掲書『技術偵査規範化研究』188-90頁。

35) 廖斌・張中等・前掲書『技術偵査規範化研究』187頁以下。

36) 特に、近時においては、違法な囲捜査への実体・手続面での対応に加えて、2012年改正刑事訴訟法における課題と連動して、囲捜査の許可手続、監督手続に関する議論が活発化しているように思われる。

37) 鈴木・前掲「中華人民共和国における秘密捜査」「おわりに」参照。