

中華人民共和国における秘密捜査手法（三）

——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、第129巻第12号）

第二章 潜 入 捜 査

第一節 潜入捜査の現状と課題

第二節 課題解決の努力—比較法的検討（以上、第130巻第1・2号）

第三節 潜入捜査に関する改革提案

第三章 情報提供者を活用する捜査

第一節 情報提供者を活用する捜査の現状（以上、本号）

第三節 潜入捜査に関する改革提案

一（1）これ迄述べて来たように、刑事訴訟法第153条（2012年時点で第151条）第1項は身分秘匿捜査を定め、これは、潜入捜査や情報提供者を用いた捜査など、捜査官等の身分を隠す捜査の概括的な根拠を与え、中華人民共和国の潜入捜査制度の第一段階の構築に寄与したと言える。これは、相当な範囲における、潜入捜査や情報提供者を用いた捜査、更に罔捜査などが適法であるという点を明確にしたが、立法上根拠を与えたということは、それら捜査の体制が完璧であるということの意味する訳ではなく、第二節で触れたような各国の潜入捜査法制度との対比で考えれば、中華人民共和国の立法はまだ単純で簡素な情況に止まっているという見解が有力である¹⁰³⁾。

(2) このような立場からは、適用範囲・捜査官の罪責問題・潜入期間・捜査官の身元の守秘・潜入捜査によって得られた証拠の取り扱いといった、潜入捜査に関する諸問題の大部分は、中華人民共和国刑事訴訟法上は解決を見ておらず、潜入捜査に対する法的要件の規律は不十分ということになる。そこで、以下では、かかる諸問題に関する中華人民共和国の学界・実務界における改革提案について素描してみたい。

二 (1) 第一に、潜入捜査の主体の範囲について、既に触れたように、英米法系諸国においては、主体範囲は多様で分散しており、刑事法の捜査機関のみならず、行政執行機関、情報機関、軍隊、非政府組織、個人に及ぶ傾向があるが、大陸法系諸国は相対的に集中する傾向があり、基本的には警察機関がこれを担う。但し、オランダのように、市民が警察を支援する潜入捜査の形態もあるため、潜入捜査の主体は警察の身分を有する者のみに限定されている訳ではない。

(2) この点、中華人民共和国においては、潜入捜査の実施主体は捜査権を有する機関とし、当該捜査機関の内部の人員に捜査主体を限定する見解も有力である。①一般市民を潜入捜査の主体とすると、複雑で危険な犯罪組織に潜入して調査・証拠収集等をし、犯罪活動を阻止し、組織を崩壊させることは荷が重くなること、②情報提供者を犯罪組織に侵入させることは、その証言がしばしば不当に扱われ（特に犯罪歴のある人の場合、裁判官にこの証言を排斥する心理がしばしば働く）、また、捜査機関と情報提供者との信頼関係は弱いので、情報提供者が提供する資料等を捜査機関が信用出来ないことなどがその理由である¹⁰³⁾。この立場からは、潜入捜査の実施主体は公職の身分を有する捜査官に限定することが合理的となり、大陸法的なアプローチはこの方向に親和的と言える。ただ、本見解に対しては、潜入捜査には、①犯罪組織内部の構成員を説得して公安機関の潜入捜査の一

103) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』252頁など。

104) この点については、情報提供者や非捜査官に、捜査知識、証拠収集等の捜査能力向上に関するトレーニングを行うことなどが対策として考えられよう。

員にするという形態と、②捜査官または（捜査機関が任命する）非捜査官¹⁰⁵⁾が犯罪組織に潜入し、犯罪組織の一員として捜査活動を行う形態があり、中華人民共和国の捜査実務の現状においては、①であれ②であれ、一般市民を潜入捜査活動に従事させており、犯罪組織の内部の捜査などにアドバンテージが大きく、低コストで効率的である点等に鑑みると、潜入捜査の実施主体を捜査官のみに限定することは、捜査の現実の需要を満たしていないとの批判が提起されている。ただ、捜査官に限定しないとしても、非捜査官の選出については厳格な制約を設けるべきであるとも主張されている。

(3) また、刑事訴訟法第153条第1項の文言上は、身分秘匿捜査の決定権は公安機関責任者にあるから、身分秘匿捜査、潜入捜査の実施主体も公安機関に限定され、これ以外の国家安全機関・検察機関といった捜査関係機関は潜入捜査の権限がないことになる¹⁰⁶⁾。この点については、そのように限定すると、政権を転覆させようとする組織的犯罪を統制することが困難となるとの懸念が示されている¹⁰⁷⁾。

三 (1) 潜入捜査の適用範囲について、英米法系国家の法律は広範でアバウトな定め方をする¹⁰⁸⁾一方、大陸法系国家は、通常、具体的罪名と組織犯罪に限定する傾向がある¹⁰⁹⁾。この違いの理由は、国にもよるが、英米法系国家は、身分秘匿捜査の発現形態・種類について厳格に区分しないために適用範囲が相対的に広くなるところ、大陸法系国家は、潜入捜査・

105) 犯罪組織の内部構成員ではないが、犯罪活動と一定の関係があり、比較的容易に犯罪組織に接触出来る一般市民などがこれに該当するであろう。

106) 廖斌・張中等・前掲書『技術偵査規範化研究』147頁など。

107) 検察機関が自ら捜査するとしても、潜入捜査等の場合は公安機関を介することになるという憾みが生ずるであろう。

108) その代わりに、合理的根拠とか相当理由といった事実的根拠を求めて手続的な制約を図っていると言えよう。

109) その中でも、例えば、フランスの潜入捜査適用犯罪は、ドイツの場合よりも広い。

囹捜査・情報提供者を用いる捜査等に分けて立法するため、相対的に、具体的罪名と行為で潜入捜査の適用範囲を限定する傾向がある点に求められると言えよう。これらの動向を踏まえて、大陸法系国家と相対的に類似する司法システム・法制を採用している中華人民共和国において潜入捜査を構築するに際しては、国家安全に危害を加える犯罪、テロ犯罪などの組織的・集団的な犯罪で、且つ被害者なき犯罪である場合に適用犯罪を厳格に制限すべきであるとも主張されている¹¹⁰⁾。これはそもそも技術捜査の適用範囲を定める刑事訴訟法第150条第1項が適用対象をそのような犯罪に限定している（国家の安全に危害を及ぼす犯罪、テロ犯罪、黒社会の性質を持つ組織犯罪、重大な薬物犯罪又はその他の社会に危害を及ぼす重大な事件）ためであるし、また、アメリカ合衆国において潜入捜査の適用範囲を特段限定してはいないものの、中華人民共和国において捜査機関自体での審査手続よりは相対的に厳格な審査体制を敷いている面があること、大陸法系のフランスでは適用範囲を制約している点などを視野に入れたものであると言えよう¹¹¹⁾。但し、「国家の安全に危害を及ぼす犯罪、テロ犯罪、黒社会の性質を持つ組織犯罪、重大な薬物犯罪又はその他の社会に危害を及ぼす重大な事件」という限定では、その内容も依然曖昧としており、更なる限定が必要であるとの異論も見られるところである¹¹²⁾。

(2) 次に、潜入捜査の発動条件については、必要性原則・比例性原則に則ることはほぼ争いはないと言えようが、これに加えて、幾つかの国家の法律において、他の捜査手法では解決が困難な場合に発動されるという最

110) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』258頁、李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』243頁など。

111) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』257頁など参照。潜入捜査による対象者への侵襲の程度が高いため、対象を重罪に限定することによって、潜入捜査に伴うリスクを限定しようという発想もあろう。

112) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』257-8頁〔組織犯罪といった特定の犯罪類型と特定の環境下という点を要件とすべきと述べる〕。

後の手段でなければならないという原則が採用されている¹¹³⁾。これには、潜入捜査における対象者に対する侵襲の程度が高くリスクが大きい点に鑑み、捜査権力の濫用を抑制すると共に、潜入捜査官の安全を保護するという機能が、その本来の意図は妥当であるけれども、傍受のような手法の場合は格別、捜査の現実には符合しない面があるという反論も存する。①組織犯罪などは隠蔽性が高く、所謂被害者なき犯罪を扱うことも多いので、主導的・予測的・犯罪と同時並行的といったプロアクティブな性格を持つ捜査が必要とされるところ、これは犯罪活動が発生する前に捜査を行う必要がある場合もあるため、潜入捜査は最後の手段であるべきという原則を徹底すると、潜入捜査の発動が遅れてその効能が発揮出来ず、犯罪発生の予防・統制が出来ない、②上記の通り、組織犯罪は潜行的に犯罪を行うので一般的な捜査手法では証拠収集が困難であり、もし一般的捜査手法を行って困難なことが分かって始めて潜入捜査が可能ということになるならば捜査資源の浪費となるという点が当該主張の根拠である。尤も、本主張を是としつつも、潜入捜査においては、捜査機関による権力濫用を懸念すると共に、正に捜査官の身体の安全に配慮するがゆえに、潜入捜査発動に際しては慎重な検討が行われており、実質的には最後の手段でなければならないという原則が採用されているに等しいという評価もなされている¹¹⁴⁾。

四（１）潜入捜査の許可・監督について、アメリカ合衆国では、潜入捜査の制約を立法に拠らずに内部的ガイドラインに拠っている。これは一種の内部授権であり、連邦捜査局（FBI）は、自ら授権し、自ら監督している形となる。一方、大陸法系国家の場合は、検察と警察が一体であるというメカニズムの下、ドイツ・フランス・オランダでは、検察官に申請して許可を得ることが必要で、捜査官が自ら決めて実行することは出来ない。

113) 中華人民共和国における議論として、廖斌・張中等・前掲書『技術偵査規範化研究』146頁など。

114) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』244頁、また246頁。

ここからは、その差異は相対的ではあるものの¹¹⁵⁾、アメリカ合衆国やイギリスなどは（捜査機関における）内部監督（統制）が主、フランスやドイツなどは（捜査機関以外の外部部門による）外部監督（統制）が主であると対比して位置付けることが出来よう。

監督面における運用については、英米法系国家においては実体抗弁によって制約する傾向がある（例えば、アメリカ合衆国では、捜査の必要上、対象者に犯罪実行を働き掛ける場合は、刑法上免責される）¹¹⁶⁾のに対して、大陸法系国家においては、検察官による許可モデルに基づき、潜入捜査活動の監督責任により制約するということになる。

以上を踏まえ、中華人民共和国においては、英米や独仏と区分して、捜査機関による自己監督を基礎とし、これに加えて検察が監督し、補的に裁判所も監督するという建付けを採った。そして、刑事訴訟法第153条第1項の文言上は、身分秘匿捜査を行うに当たっては、公安機関責任者の決定を要し、公安部の手続規程第262条第1項も郡レベルの公安機関責任者を許可の主体としている。

(2) このような自庁内での授権、内部監督方式は、潜入捜査制度の構築には寄与せず、権力の濫用を容易にし、潜入捜査に対する有効な統制を没却する方向を助長することになるとの批判も見られる。この点については、外部機関による監督が必要であるが、中華人民共和国において司法審査のメカニズムがまだ確立していない点に鑑みると、許可と監督権限を人民法院の刑事裁判官に付与することは中華人民共和国の国情に適合しないため、検察機関を国家監督機関として、潜入捜査を監督する権能を付与することが、中華人民共和国の現実の状況により適合しているとも主張され

115) 例えば、英米にせよ、独仏にせよ、潜入捜査終了後に、司法機関による一定のレビューを受ける点では共通点も見られる。

116) 但し、アメリカ合衆国においては、秘密捜査について、捜査機関に国会に対する年次報告を要求しており、かかる外部機関による監督は有効な監督手法と言えよう。

る¹¹⁷⁾。この主張は、比較法的に見て、裁判所による令状主義によって潜入捜査の統制を行っている例が必ずしも多くない点¹¹⁸⁾、潜入捜査発動に際しては秘密保持と柔軟性が必要であるところ、検察機関はこの要件を充たし、また捜査（公安）機関と検察機関の連携は緊密であるものの、検察機関は比較的中立的な立場を保っており、捜査機関の提出する、潜入捜査発動の理由が充分でないとして退けるなどの牽制も出来る¹¹⁹⁾と評することも可能である点、司法機関による監督は、事後的に違法収集証拠排除の形で行うことも可能である点からも¹²⁰⁾、中華人民共和国において相応の説得力を有していると言うことが出来よう¹²¹⁾。

117) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』250頁以下〔検察機関内部に、潜入捜査に関する専門の許可委員会を設立することを提案する〕。捜査機関と検察が訴追に関する利益を共有していると見るならば検察の監督は内部監督方式とも言えるが、捜査機関と検察は抑制・均衡の関係にあり、検察による監督は司法的統制と同視することは出来ないけれども、検察は、捜査機関とは別部門において法的な監督の職責を負っているため、捜査機関による内部的な統制とも異なると位置付けられている。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』258-9頁〔裁判所による監督ということになると、権力の分配の見直しということになって難度が高くなり、現実的な選択ではないとする〕。

118) 既に触れたように（第二節）、英米では執行機関による内部統制であり、オランダでは裁判官の承認を必要としておらず、ドイツにおいても原則として必要とされていない。

119) 廖斌・張中 等・前掲書『技術偵査規範化研究』145頁、151頁など参照〔中華人民共和国において検察機関は、監督の役割を有する法的主体であり、変転する情況に、機密性のある程度保持しつつ柔軟に対応するには、検察機関が監督主体となるのが適格的であると述べる〕。

120) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』243頁。

121) 無論、中華人民共和国においては、共産党の下に司法機関・検察機関があり、我が国におけるような意味で権力が抑制・均衡を見ている形態とは異なるから（例えば、小口彦太『中国法』〔令和2年 集英社〕21頁、171頁以下、190頁以下、射手矢好雄『中国ビジネス法大全』〔令和4年 時事通信社〕18頁以下、石本茂彦他編『中国のデジタル戦略と法』〔令和4年 弘文堂〕122頁以下〔森

五 (1) 潜入捜査自体が法律の根拠を付与されて、その限りで適法化されたとしても、その過程で、潜入捜査官が犯罪行為に関与することはあり得る。しかし、刑事訴訟法においてこの点の手当はなされていない¹²²⁾。潜入捜査官の罪責の問題については、英米法系国家では、実体抗弁によって決せられることが通常であり、公判での反対尋問を通じて潜入捜査官の罪が免責されるか否かが決せられる。これに対して、大陸法系国家では相対的に制定法の伝統を重視し、法律の明文の規定によって潜入捜査官の罪責を規律しようとする¹²³⁾。この点については、犯罪組織の構成員の信頼を得るためには、犯罪遂行を全く避けることは出来ず、潜入捜査官が犯罪

協章] など参照)、かかる中華人民共和国の動向をその儘我が国に導入出来る訳ではない。

122) 手続的な観点から見れば、中華人民共和国において、抽象的な根拠条文を越えた、適法な潜入捜査を授権する具体的な根拠条文はなく、捜査機関は潜入捜査官の刑事責任について基本的には自ら決するが、潜入捜査には検察官の同意を必要とするから、併せて検察の自由裁量的な統制によって、潜入捜査官の刑事責任を問わないことが出来ると捉えることが可能であると主張されている。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』240頁以下。

123) アメリカ合衆国もドイツも潜入捜査官の刑事責任を厳しく問うが、アメリカ合衆国においては刑事責任を問わない例外を多く取る点で、ドイツの方が潜入捜査官に対する刑事責任の姿勢が厳しいと捉える見解として、李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』227頁。但し、既に触れたように、ドイツの場合も刑事訴訟法第110条cによって私人領域の保護は相対的に重視されているものの、潜入捜査官の刑事責任の問題は立法上詰められている訳ではない。ただ、ドイツの刑事法理論において、捜査官の刑事責任と一般市民の刑事責任とで区別は特段なされておらず(大陸法系国家は、潜入捜査官と一般市民とでは犯罪構成要件該当性などは同じであるが、適法な潜入捜査の場合は当該捜査官の刑事責任を否定するのに対して、ドイツの場合は潜入捜査の違法性を認め、従って潜入捜査官の刑事責任を追及する傾向があるとも言われる。李明・同書『秘密偵査法律問題研究』230頁など)、従って、必罰主義から潜入捜査官の刑事責任も厳しく問われるが、潜入捜査の実効性確保のため、実務上は捜査官に対する免責・減刑の例外は相当程度認められるということになる。

を遂行することを一律に禁止すれば潜入捜査の遂行が阻害されるだけでなく、組織構成員の信頼を得られなくなって捜査官の身に危険が及ぶリスクも発生することになるという特殊性を潜入捜査は持つため、このように潜入捜査官を保護しつつ、捜査の犯罪統制に対する有効性を高める一方で、潜入捜査の適法性を担保するという相反し得る要請を両立させて行く必要がある。かかる要請を踏まえて、潜入捜査官に一定の裁量を与えることが必要であると考えられている¹²⁴⁾。中華人民共和国においては潜入捜査の過程で捜査官が犯罪に関わる点については違法性が阻却されて刑事責任を負わないとする見解が多数説のようであるが¹²⁵⁾、この点は、潜入捜査官が潜入捜査活動中に犯罪に関与する理由には多様なものがあるので、一律に違法か否かを決するのは妥当でないとする見解も有力である。

後者の見解のもとでは、例えば、①犯罪遂行を犯罪組織から脅迫された場合には、当該捜査官は、捜査機関とも連携した上で対応すべきであり、その上で犯罪を行った場合には自己の生命を守るための止むを得ない選択と言えるし、また、②組織犯罪の弊害が大きくなっている状況において、潜入捜査の発動を過度に厳格化することは、犯罪統制上必ずしも合理的選

124) 具体的には、被害者なき犯罪に限定して、犯罪の遂行に起因する、または当該犯罪の遂行に使用される製品・文書・情報等の取得、所有、輸送、分配等を可能とするとか、身分証明に際して、捜査官に文書の偽造を許すことなどが主張されている。許志・前掲書『秘密偵査制度研究』262頁。

125) その論拠としては、①職権行為説（潜入捜査官は国家の職員として法的な職務行為を行っており、犯罪の意図はないため、処罰されないと解する）、②執行命令説（潜入捜査官は、上長からの命令によって、捜査過程で犯罪行為を行うのだから、刑事責任を問われないと解する）③緊急避難説（潜入捜査官が犯罪行為を行うことは、重大犯罪探知のために行うやむを得ない緊急避難行為であって、悪いと言えないと解する）、④法益権衡説（潜入捜査官の犯罪遂行は、それが保護すべき法益がそれが侵害する法益を上回る場合、利害得失を踏まえて止むを得ない選択であり、違法性が阻却されると解する）などに分かれる。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』230頁以下など〔同書233頁は④説に賛成する〕。

択ではないとも言えるため、これらの場合について、裁判において、当該捜査官を減刑等することもあり得るとされる。いずれにせよ、潜入捜査活動において、潜入捜査官が犯罪に関わることが可能か、可能であるとしての程度関わる事が出来るかという限界ラインをある程度明確に法制化しておかないと、捜査活動中、常に法的なリスクに晒されることになるため、この論点での法制化が要請されているところである¹²⁶⁾。

(2) 潜入捜査官の罪責の各論的問題としては、潜入期間中に捜査官に人身の危険が生じた時、これを防衛した場合に正当防衛が成立するか、潜入捜査において第三者に法益侵害が生じた場合、捜査官を緊急避難として免責出来るかといった論点が議論されているが、特に、潜入捜査の過程で捜査官が他者に犯罪遂行の働き掛けを行った場合について注目が寄せられている。この点に関しては、既に触れたアメリカ合衆国のアプローチを参考にする見解が有力に主張されていて¹²⁷⁾、そのアメリカ合衆国の判例の解釈としても二分論は誤りで総合判断が妥当とする見解も有力と言える¹²⁸⁾。

六 (1) 潜入捜査官は、常に高いリスクに晒されるため、各国とも潜入捜査官の保護については厳格な配慮を行っている。まず、潜入捜査官の身元の秘密保持については、フランス刑事訴訟法が詳細に定める¹²⁹⁾など各

126) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』260頁など。但し、比較法的に見ても潜入捜査官の犯罪関与についての適法なラインを明文で明確に画定することは難しいと述べる。同書231頁。

127) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』263頁など。

128) 例えば、孫長永『偵査程序与人権保障：中国偵査程序的改革和完善』（2009年 中国法制出版社）398頁以下〔比較法的観点からも、総合判断説が妥当であるとする〕。

129) ドイツ刑事訴訟法においても、公務上の書類について、公然化が連邦又は州の利益を害する恐れがあると最高位の監督官庁が表明した時は、提出等を要求してはならないと第96条が定め、同第110条は、検察官以外の公務員による、捜索を受けた者に属する書類の検閲を制限している。これによって、秘密捜査官の生命・身体・自由に危害が及ぶ恐れや、秘密捜査の継続的実行に影響が与える恐れを予防出来るのである。

国が重視する点であるが、これらを参考にして、潜入捜査官の身元を知り得る人間の範囲を限定し、秘密を厳守する体制を整備して、捜査官の身元が開示された場合は、関係者の責任を問うべきであると主張されている¹³⁰⁾。逆に、潜入捜査官が他の捜査官とか家族などに潜入捜査で得られた機密資料を漏洩等した場合についても犯罪と捉え、その処罰範囲を明確にしておくことも求められている¹³¹⁾。当該漏洩行為の抑止になると同時に、このような情報に接する可能性のある潜入捜査官やその家族を慎重に保護する点に寄与するためである。

(2) 潜入捜査においては、捜査官は犯罪組織の構造を理解した上で、物証・書証など多様な証拠を収集する。その中には犯罪者の会話の録音やビデオ画像、犯罪組織による犯罪計画書面などが含まれており、これらに関して、身体安全の保護の観点から、原則として捜査官は法廷で証言せず、捜査情報を提供するに止めるべきとされるが¹³²⁾、重大な案件においては、出廷しないと事実認定に重大な影響が生じたり、被告人の反対尋問権を侵害する可能性があるため、捜査官は直接法廷で証言したり¹³³⁾、目撃犯罪の証言に参加する必要がある場合もある¹³⁴⁾。そして、これらの中で、潜

130) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』264頁など。

131) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』260頁など。

132) その結果、捜査機関が公然と証拠を収集出来、被疑者を逮捕出来るようにし、場合によっては潜入捜査官の証言なしで有罪判決が可能であるようにして、組織に深く入り込んだ潜入捜査官の出廷を回避するように配慮する。捜査官が原則として出廷しない点を、アメリカ合衆国では政府特権、イギリスでは公共利益に基づく免除、ドイツでは国家利益の法理、台湾では国益違反の可能性という根拠によって説明し、その考え方は各国で同一ではない。

133) この場合、犯罪の目撃者等として事件事実を証言することになる。

134) その他、代理人を出廷させる場合、証言書面を提出する場合、裁判官が公判外で確認する場合などがある。これらは、程度の差はあるけれども伝聞法則に抵触していると言え（但し、伝聞証拠だからと言って、必ずしも証拠能力が否定される訳ではない）、また、当事者による効果的な反対尋問権を侵害する可能性があって、順に違法・侵害の程度が高くなると指摘されている。李明・前

入捜査官による法廷証言については、これもフランス刑事訴訟法が規定しているが、対審で秘密捜査官についてなされた質問は、直接的乃至間接的にその身元を明らかにするような形で行われてはならず、潜入捜査活動を遂行した司法警察員乃至エージェントが身元を明かして証言する場合のみ、当該司法警察官乃至エージェントの陳述のみに基づいて有罪判決を下すことが出来る。中華人民共和国において¹³⁵⁾潜入捜査官の法廷証言に関わる規定は刑事訴訟法第154条であり、これによれば、潜入捜査活動によって取得された資料は、証拠の形に変換をする必要なく、直截的に刑事訴訟において証拠として使用することが出来る。また、証拠の使用によって、潜入捜査官の身元が明らかになり、当該捜査官の人身上の安全が脅かされる恐れ、またはその他の重大な悪影響を引き起こされる恐れがある場合、当該捜査官の身元を明らかにしないような保護措置を講じなければならず、更に必要のある場合、裁判官が法廷外で潜入捜査によって収集された証拠を確認することが出来る。

このように、刑事訴訟法第154条は、潜入捜査官の出廷に関する関連規定を定めた。本条は、一見すると、規律内容として整っており、潜入捜査官の身体の安全などに配慮しているけれども、①潜入捜査官が違法に証拠収集した場合でも、本条によって適法な証拠として証拠能力を認められるのか¹³⁶⁾、②潜入捜査官の身元を秘密にする保護措置と言うが、潜入捜査

掲書『秘密偵査法律問題研究』252頁。

135) そもそも、既に触れたように、中華人民共和国において証人は基本的に法廷で証言しないし、警察官や潜入捜査官の証言は更に少ないけれども、場合によっては、有罪判決と量刑に関して、潜入捜査官が法廷で証言する必要があるとされていた。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』259頁。

136) この点に関しては、台湾で「隠秘探話」と称される捜査手法がある。これは、潜入警察官や情報提供者が、自己の身元を隠した上で、被疑者・被告人から別件の知見について供述等を獲得する捜査手法であり、既に発生した犯罪について、潜入警察官や情報提供者が被疑者・被告人や情報を知っている人間に近付き、他人に不利な内容の供述等を取得する。かかる手法は、自己負罪拒否特権、

官と、当該捜査官嫌疑を掛けて捜査対象としていた被告人とが共に法廷で証言した場合、潜入捜査官に対する保護措置は機能するのか、その具体的な方法が不分明である、③必要な場合は、裁判官が法廷外で証拠を確認出来るというが、必要な場合の画定はどのようにするのか、また裁判官がどのように証拠を確認するのか明確でない等の点で、潜入捜査官が法廷で証言する定めとしては完璧なものではないとの批判も存する。そして、①については¹³⁷⁾、中華人民共和国においては、暴力や脅迫などの重大な違法によって得られた供述証拠は違法収集証拠として排除されるが、そのような事例でない場合、潜入捜査は一般的な承認を得て行われる以上、その過程で犯罪に参加することで得られた証拠は原則として証拠能力を有するが、この点を前提にするならば、適法性を担保するために、潜入捜査の過

黙秘権、権利の告知、弁護士の援助を受ける権利といった対象者の基本権を侵害する可能性があり、これを許容すると、法律によって保護された権利が空文化されることにもなりかねないため、疑義が呈せられている。しかし他方で、かかる証拠収集手法を一切禁じてしまうと、潜入捜査の効果が十分に発揮出来ないことになって犯罪制圧にはマイナスとなる。それゆえ、対象者の人権侵害と犯罪制圧という二つの要請の衝突・衡量を検討し、潜入捜査官側と会話したことによって得られた被疑者の供述が任意であるか否かを画定する必要がある。

本論点については、鈴木一義「中華人民共和国における秘密捜査官の関与と自己負罪拒否特権の侵害」『白門』（2023年秋号掲載予定）を参照。

137) この点について、比較法的には、(i) 潜入捜査は許可を得ている以上適法な行為だから、その過程で得られた証拠は適法であるとする国もあり、また、(ii) 潜入捜査官が犯罪に参加することを禁止している国の場合、その犯罪参加によって証拠を取得することは違法であるが、その使用自体は必ずしも違法ではなく、捜査官の違法の重大性などを踏まえて裁判官が別途判断すべきであるとされるなど、国によって運用が分かれるものの、犯罪参加によって得られた証拠に概ね証拠能力を認めるのが各国の動向で、ただ個別事案において、潜入捜査官による犯罪の程度・方法、証拠取得によって企図した犯罪統制によって得られる利益とを衡量して証拠を排除することがある場合があると捉えるのが相当であるとされる。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』249頁など参照。

程での証拠収集に対する監督のメカニズム（検察機関による監督とか、捜査機関が報告書を作成し、ファイルを裁判所に送って審査を受ける等の方法による）を構築する、②については、変声器とか遮蔽技術・顔を隠す方法（ビデオ方式にして画像処理する手法を含む）で、当事者の反対尋問権を確保した上で秘密の保護を図る¹³⁸⁾、③について、必要な場合の画定は、裁判例に拠るべきであり、裁判官室や裁判所の密室で証拠を確認・評価すれば良いとの提言が見られる¹³⁹⁾。

(3) 更に、潜入捜査官の証言後に、その家族を含めて保護を図る点も重要である。例えば、生活や活動の拠点を変更し、犯罪組織による報復などがないように環境面で保護する必要があると共に、潜入捜査官の身元が割れないように情報管理などの予防措置に努めることも重要であるとされている。

七 潜入捜査活動は、その過程で制御不能なミスなどが発生することがあり得、また、一定の犯罪行為を惹起することもあり得るため、被疑者・被害者・関連第三者、更に捜査官自身が危害や不当な損失を被ることがある¹⁴⁰⁾。そこで、潜入捜査が原因となった損害に対する救済手続を整備す

138) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』260頁など。

139) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』266頁。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』260頁、253頁は、潜入捜査官による法廷証言は裁判官の裁量によるところが大きい、潜入捜査官の証言が被告人の有罪・量刑に直接的に影響する場合は、当該捜査官の法廷証言は必要的であり、裁判官の裁量を加えるべきではないけれども、「証拠使用により、その他の重大な結果が生じる可能性のある場合」に関して、重大でない犯罪や組織犯罪でない犯罪などの場合は潜入捜査官による法廷証言を強制する必要はなく、法廷外での確認とか、書面による証言のような証言方法で良いと述べる。潜入捜査官による特別な証言方法を認めないと犯罪統制が不十分になるというリスクと、捜査官自身が危険に晒されるという二重のリスクがあり、これらと、証言の真实性の担保、冤罪等発生の防止、公平な裁判の保障などとの衡量を踏まえたものと言えよう。

140) 例えば、①被疑者・被告人について、犯罪への不当な誘引をされた結果としての冤罪（不当な量刑を含む）、②違法な潜入捜査の結果、被害者となった者

る必要がある¹⁴¹⁾。特に、犯罪遂行の不当な働き掛けは有害で冤罪をも惹起し得るため、相応の違法行為が認定されれば、それによる証拠は違法収集証拠として排除され、当該犯歴は抹消されるべきであるし、精神・財産に損失が認定されれば相当の損害賠償が支払われる必要がある。更に被害者の救済も図られるべきであるし、併せて潜入捜査官が違法のラインを踏み超えた場合は、当該捜査官の責任も問われるべきである¹⁴²⁾—以上の点はほぼ共通了解とされていると思われる¹⁴³⁾。

八 以上のように、中華人民共和国において、潜入捜査の一応の根拠規定は刑事訴訟法第153条第1項に求められており、これによって潜入捜査は中華人民共和国において合法とされた、しかし、捜査の主体の範囲、適用範囲、発動条件、許可手続、監督手続、潜入捜査官の罪責等については刑事訴訟法に定めがなく、真に潜入捜査制度の構築を完全なものにするためには、刑事訴訟法においてこれらの論点につき明確に規律して行くべきとの問題意識が生じている¹⁴⁴⁾。我が国において潜入捜査を規律する場合、強制捜査（処分）の領域と任意捜査（処分）の領域に区分しつつ、最高裁

の権利侵害・損失、③潜入捜査官自身が被る危害、長期の潜入に伴う精神的緊張から発生する精神障害、犯罪に参画した結果、自身が犯罪者となるリスクなどがこれである。

141) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』261頁など。

142) 他方で、潜入捜査活動完了後、潜入捜査官は元の社会に復帰することになるが、スムーズに元の生活状態・健康状態・心理状態の儘で復帰出来るように支援すべきであるし、仮に潜入捜査の過程で違法薬物中毒などに陥った場合は、その状態から回復出来るように生活保護等の配慮をすべきことになる。

143) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』266-7頁、李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』261頁など。

144) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』257頁など。これらの点は、中華人民共和国においてだけ不備である訳ではなく、比較法対象国であるドイツなどにおいても一進んでいる点は参照しつつも（鄧立軍『外国秘密偵査制度』[2013年 法律出版社] 268頁など）—不備はあるとの認識が示されている。程雷・前掲書『秘密偵査比較研究』308頁など。

昭和51年3月16日決定¹⁴⁵⁾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を掲げ
ると共に、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枠組みに依
拠して、具体的事案をこれに当て嵌めて行くことになるであろうが、かか
る中華人民共和国における立法のための議論には、例えば、捜査対象・適
用範囲など、強制処分・任意処分いずれの分野に該当するかにかかわらな
い要件も含まれているし、承認手続・監督手続の議論も強制処分に限定さ
れたものではないので、強制捜査の規律のみならず、任意捜査の適正化の
議論においても、我が国に示唆を与える点が多いように思われる。

第三章 情報提供者を活用する捜査

第一節 情報提供者を活用する捜査の現状

— (1) 情報提供者を活用する捜査は、秘密捜査の中で、科学技術を用
いる側面よりも欺罔的手法を用いる身分秘匿・変装捜査の側面が強く、囹
捜査¹⁴⁶⁾・潜入捜査¹⁴⁷⁾と並んで中華人民共和国を含む多くの国々で一般的
に用いられている捜査手法である。特に、科学技術・通信技術が急速に発
展している現在においては、法執行機関が犯罪活動に関する隠された大量
のデータを捕捉することは困難であるから、データの収集のためには犯罪
組織内部にいる人間などを活用する必要に迫られており、かかる情報提供
者は刑事等の数倍いるとも言われている。

(2) 中華人民共和国の刑事法執行において、捜査機関は、社会の人々の
中から情報提供者を見出して捜査活動に協力させる態勢を構築している。
情報提供者は、捜査機関の職員ではなく、犯罪者であったり、犯罪者に近

145) 刑集30巻2号187頁。

146) 第一章参照。

147) 第二章参照。

い存在であることもあり、捜査機関に協力する能力・意思があり、捜査機関による統制が可能な人物である。中華人民共和国では「特情」（特殊情報員¹⁴⁸⁾）と呼ばれることが多く、香港・マカオ・台湾では狭義の「线人」（情報提供者。警察の情報収集を助けたり、事件解決の端緒を探す人などと認識されている）と呼ばれて、両者を区別する見解もあるが、捜査実務の中で長期に互り慣習的に用いられて来た語であり、区別出来ないとする見解も有力である¹⁴⁹⁾。

(3) 情報提供者は捜査機関と協力して犯罪の端緒を発見したり、被疑者を監視・追跡したり、犯罪活動に参加して捜査機関の事件捜査・調査に協力するといった諸活動を行う。中華人民共和国における情報提供者の活用は、技術捜査乃至秘密捜査一般の活用状況と同様であるが、犯罪捜査目的のみならず、長期に互って政敵などに対する闘争に用いられ、更に最近では国家安全保障領域においてもより多用されるなど、広範に行われている。国家安全保障目的で活用されている点で、当該発動に関する根拠となる文書や、現実の発動状況の詳細などについては、機密管理の要請は高いと言える。

このもとで、情報提供者を活用する捜査の主な根拠となるのは、公安部

148) 元来はロシア語の翻訳から来ており、第一次国内革命（1921年中国共産党成立から1927年国共分裂迄）・抗日戦争（1937-45年日中戦争）・解放戦争（第二次国共内戦）時期に「秘密捜（偵）査力量」と呼ばれており、1949-50年に「特情」とか「耳目」と呼ばれていたものの、基本的に「特情」で一括されるようになり、1981年の『刑事特情工作細則』（試行）後、特情と呼ばれることに最終的に固まったとされる。程雷『秘密偵査的中国問題研究』（2018年 中国検察出版社）166-7頁。

149) 程雷・前掲書『秘密偵査的中国問題研究』166頁など。更に、類似の語としては「間諜」があり（既に春秋時代の『孫子』などに見られた）、軍事面をも含めて多様な局面で用いられていた。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』262頁など。

特情については、実質を見れば、捜査協力者と解することも考えられるであろうが、本稿では差し当たり情報提供者の語を用いる。

が1984年公布した『刑事特情工作細則』であるが、機密管理されていて外部には知られていなかった¹⁵⁰⁾。そして、その後、法律レベルでは、既に触れたように、2012年刑事訴訟法第151条により、公安機関責任者の決定によって身分秘匿捜査の実行が可能となり、このもとで情報提供者を活用する捜査についても、公安機関に発動許可が包括的に委任されていると解することが出来よう。

二 (1) 情報提供者の機能としては、例えば、計画的情報提供者、統制的情報提供者、情報収集の情報提供者という分類がある¹⁵¹⁾。

(2) 計画的情報提供者の機能とは、主要な刑事事件に関して、既に発生乃至今後発生し得る事件の捜査を行うもので、犯罪組織、勾留されている被疑者などの捜査対象に近付き、また、組織の内部に入るなどして、犯罪又は犯罪の意図を直接捜査し、捜査対象の活動状況のコントロールを図るものである。特徴的な作用は、組織に入り込み、欺罔的手法等を用いて被疑者など捜査対象に張り付く点にあり、情報収集とコントロールの双方を行う。この意味で、欺罔の程度や対象者への関わり方が強くない通常の身分仮装捜査・変装捜査に比して、長期間、深く張り付くという程度が高いということになる¹⁵²⁾。次に、情報収集の情報提供者の場合は、通常は、

150) 程雷・前掲書『秘密偵査の中国問題研究』167頁。また、情報提供者は、原則として公安機関・捜査機関の職員ではなく（職業的情報提供者という分類は存するが）、潜入捜査官や証人とも区別される。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』264頁以下、廖斌・張中等・前掲書『技術偵査規範化研究』192頁など。

151) 专案特情、控制特情、情報特情。情報提供者の分類としては、他に、（相互に重複する面もあるが）①職業的な情報提供者か否か、②前科のある違法な情報提供者か否か、③報償目的か、犯罪根絶・安全維持という正義の実現が目的か、報復目的か、④捜査機関が主導的に指示するか、情報提供者側が自発的に行うか、④一般市民か否かといった観点からの分類も主張されている。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』265頁以下、廖斌・張中等・前掲書『技術偵査規範化研究』194頁以下。

152) この類型の一として、獄内特情（監所〔刑務所〕特情）と呼ばれる手法があ

具体的な目標・捜査対象はなく、社会生活における犯罪の手掛かり・情報をランダムに認識する。更に、統制的情報提供者の場合は、犯罪者に対して食事・宿泊施設・交通機関・職業等を提供し、関連するスタッフが犯罪情報をランダムに収集するという形態が一般的であり、明確な目標と任務を持つ計画的な情報提供者とは異なっている。

(3) このように情報提供者は広く活用されており、技術捜査手法を用いるにせよ、その捜査の端緒は情報提供者が提供する情報であることがしばしば見られるなど、情報提供者を活用する捜査は、中華人民共和国においても、秘密捜査の中の重要な手法と認識されていると言えよう。

三 (1) 情報提供者を活用する捜査は、典型的な技術捜査の場合程の専門性は必要とされないことが多いこともあり、その発動の主体の範囲は比較的広い。例えば、公安機関（国内安全防衛、犯罪捜査、経済捜査、文化防衛、薬物案件等の個別捜査部門に分かれる）はもとより、国家安全機関、軍事安全保障部門、刑務所捜査部門など、殆どの捜査機関が情報提供者を活用する捜査を行うことが出来る。

(2) 情報提供者を活用する捜査を発動する権能が検察機関にあるかという論点は、特に議論が必要な問題である。中華人民共和国において、検察機関による情報提供者を活用する捜査についての根拠規定はなく、公安機関の内部規定は公安系統内部に関するものであり、他の捜査機関には適用出来ないため、政策判断の問題となる。この点、最高人民検察院は明確な規定を定めておらず、ただ、1991年に最高人民検察院が発行した「人民検察院の事件処理業務における秘密保持規定」第15条には、技術捜査手段や各種捜査措置に情報提供者を用いる場合は、情報提供者の管理を厳格に行うものとする旨定めており¹⁵³⁾、人民検察院が自ら捜査する場合には、情

る。これは、対象者である被拘禁者の考え方を理解し、監視・統制したり、また、関連する犯罪状況について調査し、取り調べの進行に協力する目的で刑務所内に情報提供者を配置する手法であり、第二章第三節で触れた「隠秘探話」と軌を一にするアプローチと言えよう。

報提供者を使用することが可能である旨を示していると解されている¹⁵⁴⁾。

四 情報提供者を活用する捜査の発動対象についても、法律上明確な規定はない。台湾の警察職権行使法（公共安全等を侵害したり、個人の身体・生命の重大な侵害となる事案、有期拘禁3年以上の刑の可能性がある事案、職業犯罪・組織犯罪等を対象とする）等が参酌されることはあるけれども、公安部の内部ガイドラインとの比較についての明確な説明も、情報提供者を活用する捜査案件の種類に関する明確な範囲制限もない。ただ、情報提供者の活用は長期間に亘って政争の領域で用いられて来たという経緯があるため、政党・政府機関等内では許可すべきでない、人民の間での争いにおける発動は許可されないなどの情報提供者の発動を制約する原則は存した。尤も、中華人民共和国における経済・社会状況の変化に伴い、汚職犯罪摘発等の要請に変化が生じているため、この原則も調整する必要が生じているとされている。

五 情報提供者の条件については広く考えられているようである。例えば、公安部の『刑事特情工作細則』によれば¹⁵⁵⁾、犯罪者を見付けたり、近付いたりすることが出来る能力、一定の行動能力、自己管理能力がある者とされている程度である。但し、捜査の実務経験上は、活用の際してリスクが高い点に鑑み、重大な犯罪組織の主要メンバー、再犯者、詐欺師、麻薬中毒者、身元不明の重大犯罪の被疑者、警察官の親戚、16歳未満の未成年者などは情報提供者として相応しくないとされている。未成年者は精神的に汚染され易いとか、重要な社会的関係を利用することは当該関係の価値を没却することになるなど、これらの限定は経験則に基づいている¹⁵⁶⁾。従って、例えば、未成年者活用の事例では、捜査機関にとって有

153) 程雷・前掲書『秘密偵査の中国問題研究』169頁。

154) 検察機関が自ら捜査する場合における情報提供者の活用について体系的な制度は未だないが、北京や広州などの検察機関においては、当該制度構築の試みを開始しているという。程雷・前掲書『秘密偵査の中国問題研究』169頁。

155) 程雷・前掲書『秘密偵査の中国問題研究』170頁。

用であるため一律に排除するのではなく限定手的に活用すべきであるとの異なる経験則も提示され得るので、捜査実務に一律に適用されるという効力はないから、立法が本来望ましいと主張されるところである。

そして、その基に、情報提供者発動の許可手続、情報提供者の管理及び将来発生する可能性のある情報提供者の保護に対処するための情報提供者のデータベースの構築が必要とされる。様々な情報提供者の発動については、それぞれ異なる承認権限に従うことになるが、情報提供者の選択・発動については、実務上の多くの経験の概要が蓄積されており、これを用いることが出来る。

六（１）より具体的には、情報提供者の長期に亙る活用の経験及び政策規制を踏まえて、情報提供者の管理のために専門機関の設立が必要であるとされている。例えば、市レベルの捜査機関において、情報提供者を管理する専門機関を設置して、専門家の指導のもとに、情報提供者の活動を免責する規定の策定を計画したり、情報提供者の経費の管理、情報提供者の活動記録等の資料（極秘資料）や個人情報を取めるデータベースの管理、情報提供者の提供する証拠のタイムリーな取扱を行う—などがこれである。既に触れたように、情報提供者の発動は高度の秘密保持が必要であるため、直接使用する捜査官のみがその身元を管理すべきとも論じられる。

（２）情報提供者の活用には、遵守すべき限界・制約要件が必要である。『刑事特情工作細則』は原則的なルールであり、情報提供者を用いる捜査において遵守されるべき規律であると通常認識されている。情報提供者が犯罪を扇動、計画、誘引するよう指示することの禁止、共同犯罪に参加することの禁止、捜査機関を騙したり、善良な人を陥ることの禁止などを定めており、法律上の制約や一般的な内部規則上の制約とは一定の差異があるとされている。

156) かかる点からは、弁護士・医者など、守秘義務・高い職業倫理を求められる職業も情報提供者に相応しくないことになろう。

また、情報提供者を活用する過程において、関連内部規制やポリシーは、情報提供者を活用する者に、情報提供者に対する教育、監督等を必ず行うことを要求するが、これらの要求は極めて一般的・原則的なので、具体的に行う場合には裁量の幅はより広いと言える。

七 情報提供者の保護については、本人の身元・人身の保護、裁判における身元の保護、処罰の減免の論点がある。情報提供者の刑事訴訟における保護規定と政策実践からは、①情報提供者による事件探知の過程で得られた端緒・証拠資料などは、情報提供者のデータベースに含められるべきであり、また、調査ファイルに含める場合は、情報提供者の名前は全て偽名等を使用し、外部に提供しない、②情報提供者は一般的には証人として出廷せず、刑事訴訟における証拠となる資料を提供することはないが、仮に出廷・証言する必要がある場合は、責任者の許可と本人の同意を要し、公安活動における機密は厳守するよう教育した上で行うことになる。そして、情報提供者から得た資料等を用いる場合は、オープンに入手出来る証拠に変換して使用することが必要となる¹⁵⁷⁾、③捜査機関は、検察機関や裁判所に、情報提供者を用いた捜査の状況について連絡し、被疑者・被告人に質問する際に情報提供者と捜査活動における秘密事項について保護するように希望し、情報提供者が被告人として起訴されることがあれば、有罪判決・量刑宣告時に適切な検討をするように求める—という点などが導かれる。

八 (1) 情報提供者に関する現行規範と政策実践の性質の観点から眺めると、既に触れたように、情報提供者に関する現行規範は、法律によって明確になっている訳ではなく、公安部の内部規定に定められていて外部に公開されていない、活動細則のようなもので、情報提供者による捜査活動を促進するための内容が多く、規制は非常に広範囲に及び、多くは原則的

157) 例えば、情報提供者の提供する情報は、共犯者や関係者に質問することで、被疑者の供述、証人の証言に変換する。

な内容であると言える。その殆どは、ポリシーと宣言的なガイドラインのような性質を有している。

(2) それゆえ、既に触れたように、適用対象として具体的犯罪類型とか、発動する機関は定められておらず、許可手続についても、制約は余りない。当該情報提供者を活用することによる捜査のメリット（例えば、捜査機関では入手し難いような犯罪組織の内部情報が入手出来るとか、捜査機関と協力して犯罪組織を壊滅出来る等の効能）とデメリット（例えば、誤った情報が提供される可能性、二重スパイリスク、安全や報償が保障されないといった情報提供者の権利が軽視され易いというリスク、社会における信頼関係が毀損されかねないというリスク）を衡量した上で、発動の可否は捜査機関の裁量に委ねられ、手続は内部承認であって、通常の技術捜査の場合と比べて大幅に簡素化されていると言える。また、情報提供者の管理についても、当該提供者を使用する上位者が専ら直接の指揮によって管理しており、専門の管理機構が設置されている場合でも、その管理内容は情報提供者のデータをファイル等で保管するなどの日常的・一般的な事項に止まっていて、外部による監督などはないため、濫用防止のためのメカニズムとしては欠ける面がある。一方、日常の監督、教育、賞罰などは広く行われているが、これらは、情報提供者を直接管理している使用者の裁量に委ねられていて、制度的、定量的な判断基準、規範的手続的制約、情報提供者の処罰基準・免責規定などに欠けるところがある。

（日本比較法研究所嘱託研究所員・本学兼任講師）