

# 中華人民共和国における秘密捜査手法（六）

—— 我が国の方向性に対する示唆 ——

鈴木 一 義

はじめに

第一章 四 捜 査（以上、本誌第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、本誌第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、本誌第130巻第3・4号）

第二節 情報提供者を活用する捜査の課題（以上、本誌第130巻第5・6号）

第三節 情報提供者を活用する捜査に関する改革提案

第一款 比較法的議論

第二款 改革提案

第三款 小 括（以上、本誌第130巻第11・12号）

第四章 監視付移転

第一節 監視付移転の導入

第二節 監視付移転の法的位置付け

第三節 監視付移転の問題点

第四節 監視付移転の改革提案（以上、本号）

## 第四章 監視付移転

### 第一節 監視付移転の導入

— (1) 監視付移転（コントロールド・デリバリー、制御下交付）は、比較的近時、新たに発生した秘密捜査手法と言えよう。20世紀後半、薬物犯罪を筆頭に、次いで、各々重なる面もあるが資金洗浄（マネーロンダリング）犯罪、汚職犯罪、組織犯罪等が国を跨いで増大し、その活動が各国及び国際社会の安全と秩序に大きな脅威を与えたため、各国ともこれらの統制に強い関心を抱かざるを得なくなった。例えば、薬物犯罪については、1970-80年代に、東南アジアのゴールデン・トライアングル、南西アジアの黄金の三日月地帯、南アメリカの銀色の三角地帯で麻薬製造が同時に発生し、最盛期を迎えた。ゴールデン・トライアングルの麻薬は主としてヨーロッパ及び北米へ、三日月地帯の麻薬は主にイラン、パキスタン、トルコなどの山岳地帯から西ヨーロッパ、そして北米へ、銀色の三角地帯の麻薬はメキシコ、カリブ海等からアメリカ合衆国に輸送されるというルートが取られ、北米が世界最大、西ヨーロッパがこれに次ぐ第二の市場となっていた。麻薬密売は集団作業である点が特徴であり、原産地から消費地の間を長時間・遠距離に互って人力が投入される必要があるため、特殊なシンジケートなど、国を跨ぐ麻薬密売集団が発達、結果として世界中を麻薬が席捲することとなった結果、国際社会はこれに対する迅速な対応を迫られたのである。

上記のように、薬物犯罪を初め、組織犯罪等を行う主体は組織性が強く、分業体制も明確で<sup>244)</sup>、捜査機関による捜査に対抗する能力が高かったため、単一の国家ではこれら犯罪を統制・解決することが困難となっていた。

---

244) 結果として、組織の首魁は取引に直接関与しないため、捜査機関は首魁の特定・逮捕が困難な状況にあった。

このもとに、国内及び国を跨いで流通する法禁物を捜査機関の統制下において監視し、秘密裡に国境を跨いで活動する犯罪組織の構成員を一網打尽に捕捉するような新たな捜査手法が求められ、1980年代に、監視付移転の捜査手法としての大きな有用性が認識され、その実現可能性などについて関連国際機関等で論議された上で、監視付移転が発動されるに至った。この意味で、監視付移転は、一国だけでは解決出来ない地球規模の問題を国際社会が協力して統制しようとして生まれた手法であり、国際条約等に法的根拠の一があったと言える<sup>245)</sup>。

監視付移転の定義としては、捜査機関が認識し、統制し得る状況のもとで、違法乃至その疑いのある物品を流通させた儘にして、犯罪に関与した人間を特定する捜査手法であるとか、法禁物が国境を通過する際に、これを押収等することなく流通させ、捜査機関が監視し、各国の捜査機関が相互に協力して追跡を継続することで、目的地の犯罪組織や被疑者等を一網打尽にする捜査手法であるなどと主張されている。論者によって差異はあるが、①捜査機関が大枠を把握しつつ、被疑者側には完全な情報を与えず

---

245) 監視付移転は、以上のように1970-80年代の麻薬犯罪に対する国際社会の取組みの中で原型が出来上がって来たとしつつ、その発展の淵源を、1936年6月26日、ジュネーブで署名された「1936年の危険薬品の不正取引の防止に関する条約」に求める見解として、許志・前掲書『秘密偵査制度研究』277-8頁など。1912年国際アヘン条約（ハーグ条約）、1925年ジュネーブ条約、1931年麻薬製造制限条約の3条約によって、ドラッグの合法的取引のための仕組・ルールが整備されたが、これによってドラッグの不正取引も増大したため、これを取り締まるための条約の必要性が主張されて、「1936年の危険薬品の不正取引の防止に関する条約」の署名に至った。これについては、落合雄彦「国際ドラッグ統制システムの史的展開」『龍谷法学』第45巻第4号（平成25年）303頁以下、同編著『アフリカ・ドラッグ考』（平成26年 晃洋書房）第8章〔落合〕など。

また、監視付移転に見られるような、一種の「息の長い計画を立ててより大きな成果を手にする」捜査手法の嚆矢は、1931年における、アメリカ合衆国麻薬取締局による実務に求められるとも言われる。程雷・前掲書『秘密偵査比較研究』538頁。

に行うという意味で、秘密捜査手法に含まれる、②捜査機関は犯罪を傍観者的に監視し、犯罪に積極的に関与しない形態を採る、③捜査機関は法禁物等の流通を監視し、関係する犯罪組織の構成員を一網打尽にしようと企図しているといった点で共通の特徴を有する<sup>246)</sup>。そして、この中で特に本質的な特徴は②の監視行為であり、監視型秘密捜査に属すると言うことが可能であろう<sup>247)</sup>。

(2) 監視付移転は、「麻薬及び向精神薬の不正取引の防止に関する国際連合条約」(1988年。United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances) を初めとする国連の3つの条約に定められており、且つその制定の過程で更なる発展を遂げたと見えようが、中華人民共和国もこれらに署名している。条約は加盟国において有効であっ

---

246) 廖斌・張中 等・前掲書『技術偵査規範化研究』227-8頁、許志・前掲書『秘密偵査制度研究』272頁など。

我が国においても、監視付移転は、「取締り当局が、禁制品であることを知りながらその場で押収せず、捜査機関の監視の下にその流通を許容し、追跡して、その不正取引に関与する人物を特定するための捜査手法」、「捜査機関が、薬物や拳銃等の禁制品の存在を把握しながらも、直ちにその所持者や輸入者を検挙することなく、そのまま追跡・監視を続け、その禁制品の届け先を確認したうえで、一網打尽に関係者を検挙する捜査手法」、「税関で密輸入された麻薬やけん銃を捜査機関の監視の下に(あるいは、搜索差押令状の発付を得てけん銃等を無害物に置き換えて)移転させ、受取先の犯罪関与者を一網打尽に検挙する(という手法)」、「人が携行したり郵便等で配送されたりする荷物の中に違法な薬物等が封入されていることが判明した場合に、それらの人物や荷物を監視下に置きつつ荷物の運搬・配送を続行させて、薬物取引等に関わっている人物を突き止めようとする捜査手法」などと定義されており(田口守一『刑事訴訟法[第7版]』[平成29年 弘文堂]49頁、宇藤崇・松田岳士・堀江慎司『刑事訴訟法[第2版]』[平成30年 有斐閣]185頁、椎橋隆幸・安村勉・洲見光男・加藤克佳『ポイントレクチャー刑事訴訟法』[平成30年 有斐閣]67頁、池田公博・笹倉宏紀『刑事訴訟法』[令和4年 有斐閣]36頁など)、メルクマールは共通していると言えよう。

247) 程雷・前掲書『秘密偵査比較研究』545-6頁。

て、基本的に遵守すべきであり、そのために必要な措置を取るべきであるから<sup>248)</sup>、これが中華人民共和国における国内法を支える根拠の一つとなり<sup>249)</sup>、監視付移転は国内の薬物捜査などにおいて、広く活用されている。

(3) そして、(2) の条約の動向を国内法で明確化すべきとの要請を受けて<sup>250)</sup>、2012年刑事訴訟法は、第151条第2項<sup>251)</sup>において、「警察（公安機関）

---

248) 条約の国内における有効性については、条約が国家の権利義務を規定するもので、国家の構成員等に直接義務付けるものでないため、条約にその儘国内法的効力を認める国であっても、交付された条約がその儘国内の私人の権利関係を規律するとは限らない（大沼保昭『国際法』[平成17年 東信堂] 76頁など）。一般に、直接適用可能か否かは、立法者意思、条約規定の文言・内容の明確性、条約上の義務の性格、国内法制の状況等を総合的に考慮すべきである（阿部浩己・今井直・藤本俊明『テキストブック国際人権法 [第3版]』[平成27年 日本評論社] 40頁）などと論じられており、条約が直ちに中国国内法となる訳ではないが、国内法を支える根拠の一になることは明らかであり、かかる点を踏まえて、中華人民共和国行政機関と各国行政機関との間で、薬物対策のセミナーが開催されたり、相互協力に関する覚書が交わされるなどし、また、捜査機関相互の意見交換も行われている。監視付移転は各国の司法管轄権などとも抵触し得るから、運用面で抵触しないようにするための配慮の一として機能しているとも言えよう。

249) 更に、近時、薬物犯罪、密輸犯罪、反腐敗等の領域において、二国間・多国間・地域協定が締結されており、ここにおいて、監視付移転の手法も規定されている。

他方、中華人民共和国においては、1989年に公安部と最高人民検察院が共同で公布した「重大な経済事件に技術的な捜査手段を適用することについて、人民検察院と協力する公安機関の取組に関する問題に関する通知」、1993年国家安全法第10条、1995年人民警察法第16条において、公安機関・国家安全機関は、厳格な承認手続のもとで、犯罪捜査において技術捜査手段を用いることが出来る旨定められていたが、具体的な措置手段は明確に規定されていなかった。鈴木・掲掲「中華人民共和国における秘密捜査」222-3頁など。

250) 張述元 主編『刑事訴訟法条文理解適用与司法実務全書 中巻』（2023年中国法制出版社）1129頁など。事情は台湾でも同様で、台湾は条約の加盟国ではないが、国際社会の一員として、制御下交付（監視下運送移転）の法的根拠

は、薬物等の禁制品又は財物の交付に関わる犯罪について、捜査の必要に応じて、関連規定に基づき、監視付き移転（制御下交付）を行うことができる」と定めて、監視付移転を適法と認め、法的根拠を与えた。但し、刑事訴訟法第151条第2項自体は簡単な規定であって原則を定めるものに過ぎないので、実務上生起する手続法上・実体法上の争点について直ちに解決を与えるものではない。学界においても徹底した研究はなく、監視付移転の具体的な発動方式、技術捜査・秘密捜査の体系における位置付け、発動が濫用に互らならないような手当などが明らかにされないと、実務当事者が少なからず困惑・懸念を抱くであろうとも指摘されており<sup>252)</sup>、併せて監督・救済手続等も立法上明確にすべき課題となろう<sup>253)</sup>。

二 (1) 「麻薬及び向精神薬の不正取引の防止に関する国際連合条約」第1条(g)は、監視付移転を、「第3条第1項の規定に従って定められる犯罪を執行し又はその実行に関与した者を特定するため、1又は2以上の国の権限のある当局が、事情を知りながら、且つ、その監視の下に、麻薬、向精神薬、この条約に附属する付表I若しくは付表IIに掲げる物質又はこ

---

を定めるべく、2003年、薬物危険防止条例を改訂した。黄朝義『刑事訴訟法五版』（2017年 新学林出版股份有限公司）375頁、邓立军・前掲書『中国港澳台地区秘密侦查制度研究』305-6頁など。

251) 2018年刑事訴訟法第153条第2項。

252) 廖斌・張中 等・前掲書『技術偵査規範化研究』225頁など。同書233-4頁は、監視付移転は、被疑者等に勘付かれないように実行するという点で秘密捜査に属し、また、対象が国内及び国を跨いで流通するため、これを見失わないようにGPSその他の科学技術を用いる点で技術捜査に属すると解する。

その他、刑事訴訟法第151条第2項が監視付移転の発動主体を警察（公安機関）に限定している（宋英輝他・前掲書『刑事訴訟法修改的历史梳理与阐释』246頁など参照）点は狭く、法的権限のある機関程度に主体を拡張すべきとも批判される。許志・前掲書『秘密偵査制度研究』271頁など。

253) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』285-7、289-91頁、陳光中 主編『《中華人民共和國刑事訴訟法》修改条文 釈義与点评』（2012年 人民法院出版社）225-6頁など。

れらに代わる物質の不正な又はその疑いがある送り荷が当該1又は2以上の国の領域を出、これを通過し又はこれに入ることを認めることとする方法」と定義している<sup>254)</sup>。その後、国際的犯罪組織等の国を跨いだ挑戦が激化し、銃器・爆発物・核物質等が世界中に拡散し得る危険などにも対応すべく、2000年の「国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約」(United Nations Convention against Transnational Organized Crime) 2条(i)も、基本的に同じ枠組であるが対象範囲を広く取って<sup>255)</sup>、監視付移転を、「犯罪を捜査するため及び犯罪を実行し又はその実行に関与した者を特定するため1又は2以上の国の権限のある当局が、事情を知りながら、且つ、その監視の下に、不正な又はその疑いがある送り荷が当該1又は2以上の国の領域を出、これを通過し又はこれに入ることを認めることとする方法」と定義し<sup>256)</sup>、更に、汚職によって多様・多額の資産が国境を跨いで移動する

---

254) “Controlled delivery” means the technique of allowing illicit or suspect consignments of narcotic drugs, psychotropic substances, substances in Table I and Table II annexed to this Convention, or substances substituted for them, to pass out of, through or into the territory of one or more countries, with the knowledge and under the supervision of their competent authorities, with a view to identifying persons involved in the commission of offences established in accordance with article 3, paragraph 1 of the Convention. 邦訳は、基本的に、外務省訳に拠った。

255) 「麻薬、向精神薬、この条約に附属する付表I若しくは付表IIに掲げる物質又はこれらに代わる物質の不正な又はその疑いがある送り荷」から、「不正な又はその疑いがある送り荷」と表現が変わっており、対象範囲が拡大したと解して良いと思われる。

256) “Controlled delivery” shall mean the technique of allowing illicit or suspect consignments to pass out of, through or into the territory of one or more States, with the knowledge and under the supervision of their competent authorities, with a view to the investigation of an offence and the identification of persons involved in the commission of the offence. 邦訳は、基本的に、外務省訳に拠った。

ことにより、社会の調和と安定が脅かされること等を防ぐべく、2003年の「腐敗の防止に関する国際連合条約」（国連腐敗防止条約）（UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST CORRUPTION）第2条(i)も、「犯罪を捜査するため、及び当該犯罪を実行し、又はその実行に関与した者を特定するため、一又は二以上の国の権限のある当局が、事情を知りながら、且つ、その監視の下に、不正な又はその疑いがある送り荷が当該一又は二以上の国の領域を出ること、これを通過すること又はこれに入ることを認めることとする方法」と、同様に定義している<sup>257)</sup>。

(2) このようにして、監視付移転は、国連の条約の内容を踏まえて、捜査機関が、禁制品をその場で押収せずに、その監視の下で流通の継続を許容し、不正取引に関与する者を把握するための捜査手法という形で理解されるに至っている。そして、一の第151条第2項の規定からは、監視付移転の対象が禁制品に限定されず、財物に及んでいる点で、国連の条約よりも拡大されていると考えることが出来るが、金員が含まれるかという点が争点となっている。この点は、上記の国際条約上は明らかでないが、「国連腐敗防止条約」第50条第4項は、「監視付移転を国際的に利用することの決定には、関係締約国の同意の下に、物品又は資金を差し止めた上で、当該物品若しくは資金をその儘にして又はそれらの全部若しくは一部を抜き取って若しくは差し替えて、当該物品又は資金が引き続き送付されることを認める等の方法を含めることが出来る。」と定めており、ここから現実には金員も監視付移転の対象に組み入れられていて、中華人民共和国においても、金員も対象とされると主張されている<sup>258)</sup>。

三 (1) 監視付移転は、類型化が可能とされている。一つの視点は、実施範囲であり、国内における監視付移転と越境監視付移転とに区分される。前者は、違法乃至その疑いのある貨物等が運送等されるのを完全に一国領

---

257) 邦訳は、基本的に、外務省訳に拠った。

258) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』323頁。



土内において監視する形態であり、他国の国家主権とか司法管轄権の問題は原則として発生しないのに対して、後者では複数の国家を跨ぐので、監視付移転の手法について当該国家間において協力する必要がある、運用面で複雑な問題が発生する可能性があるため、より慎重な考慮が必要とされる。この点について、「国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約」第20条（特別な捜査方法）が、「締約国は、自国の国内法制の基本原則によって認められる場合には、組織犯罪と効果的に戦うために、自国の権限のある当局による自国の領域内における監視付移転の適当な利用及び適当と認める場合には電子的その他の形態の監視、潜入して行う捜査等の特別な捜査方法の利用が出来るように、可能な範囲内で、且つ、自国の国内法により定められる条件の下で、必要な措置を取る。」、「国連腐敗防止条約」第50条（特別な捜査方法）第1項が、「締約国は、腐敗行為と効果的に戦うため、自国の国内法制の基本原則によって認められる限り、且つ、自国の国内法によって定められる条件に従い、自国の権限のある当局が自国の領域内において監視付移転及び適当と認める場合にはその他の特別な捜査方法（電子的その他の形態による監視、潜入して行う捜査等をいう。）を適宜利用することが出来るようにするため、並びにこれらの特別な捜査方法から得られた証拠の裁判における使用を可能とするため、自国の有する手段の範囲内で必要な措置を取る。」と定め、また、「国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約」第20条第2項が、「締約国は、この条約の対象となる犯罪を捜査するため、必要な場合には、国際的な協力において1に規定する特別な捜査方法を利用するための適当な二国間又は多数国間の協定又は取極を締結することを奨励される。このような協定又は取極は、国の主権平等の原則を完全に遵守して締結され及び実施されなければならない。且つ、当該協定又は取極に定める条件に厳格に従って実施されなければならない。」、「国連腐敗防止条約」第50条第2項が、「締約国は、この条約の対象となる犯罪を捜査するため、必要な場合には、国際的な協力において1に規定する特別な捜査方法を利用するための適当な二国間又は多数国間の協定又は

取極を締結することを奨励される。このような協定又は取極は、国の主権平等の原則を完全に遵守して締結され、及び実施されなければならず、且つ、当該協定又は取極に定める条件に厳格に従って実施されなければならない。」と定めている。このように、上記国際条約において、監視付移転は、一国内においても国を跨ぐ形でも許容されているが、前者の場合は、単一の国内における活用であるから他国の司法権等を侵害しないけれども、後者の場合は、異なる国家間での活用であるため他国の司法権等に抵触する可能性があり、国家間の協定等によって調整する必要がある。

(2) 第二の視点は、監視付移転の対象である、法禁物等の運搬方式の違いである。即ち、運搬について人と物が一緒に移動するか否かの違いであり、前者は、被疑者等<sup>259)</sup>が法禁物その他財物を直接携行・運搬する形態で、より伝統的な方式と言え、多くの場合この方式が用いられて来た<sup>260)</sup>。後者は、人と法禁物等が同行せず、法禁物その他財物が、航空貨物運送とか宅配便等の手段<sup>261)</sup>で別途送付される形態で、犯罪者が捕捉されるリスクが大幅に下がるために、犯罪者によるこの形態の活用が日増しに増加している<sup>262)</sup>。そして、前者においては、監視付移転の監視の重点は法禁物といった対象物を所持・運搬している人間に向けられる<sup>263)</sup>のに対して、後者に

259) 犯罪組織のメンバー、組織に高賃金で雇用されている者、犯罪組織による犯罪活動であることを知らない者など、運搬する者は多様である。

260) 運搬する者が携行する荷物に薬物等を入れて飛行機等に乗る形態が代表的と言えようが、比較的近年では運搬者が薬物を飲み込む形態も見られるようになっており、この場合は運搬者に対する危険性は極めて高くなる。

261) 法禁物（禁制品）が容易に見えられないこれらの運送手段が開発されたことも背景事情として掲げられよう。配送情報は宅配業者等の明細に記載されているが、当該記載情報には虚偽の記載が多く、また、目的地で貨物を受け取る者は犯罪組織の末端の人間であることが多い点なども捜査の困難性を高めている。

262) 犯罪者側の捜査機関に対抗する能力が高まっている点が背景にあり、捜査の困難性が高まるために、この形態において、監視付移転の役割は更に重要となる。

においては、対象物の移動（対象物の輸送方向・目的地）乃至対象物自体に重点が向けられる<sup>264)</sup>。

(3) 第三の視点は法禁物その他の財物が交換されたか否かに関わり、無害の監視付移転（クリーン・コントロールド・デリバリー）と有害の監視付移転（ライブ・コントロールド・デリバリー）に区分される。無害の監視付移転は、捜査機関が法禁物を発見した後、無害（適法な）物質と秘密裡に入れ替えた上で<sup>265)</sup>流通を継続させてこれを監視する手法である<sup>266)</sup>。本手法によれば、対象物のコントロールが困難になって一般社会に流入することになっても、社会に与える危害・リスクを低減することが可能となる。これに対して有害の監視付移転は、捜査機関が対象物が法禁物である旨を発見した後で、無害物に入れ替えずにオリジナルの状態の儘で運搬させて<sup>267)</sup>、これを継続的に監視する手法である。この二つの手法は、具体的事案に応じて使い分けられるが、有害の監視付移転だと、コントロールが不十分であれば、監視対象者が逃亡するとか、対象物である法禁物がなくなるといったリスクがある<sup>268)</sup>ために、一般的には、無害の監視付移転が用いられる傾向がある。この点は、対象物の危険性とか、無害物と交換する時間があるかという点、犯罪者側に気付かれる可能性等を考慮に入れることになる。

263) 監視対象には法禁物も含まれる。

264) 貨物の動きを密かに監視するとか、情報提供者や潜入捜査官を用いて監視するなどの工夫が必要となって来る。

265) ヘロインを白い小麦粉に置き替えるなどによる。

266) 1989年、広州からニューヨークに運送された女性用折り畳み傘に含まれていたヘロインが中華人民共和国の法執行機関によって押収されたが、その際に本手法が用いられた。廖斌・張中等・前掲書『技術偵査規範化研究』232頁。

267) 対象物の梱包が厳格になされているために内容物の分析と無害物等との入れ替えが捜査機関にとって困難であるとか、時間が切迫しているために捜査機関に無害物と入れ替える余裕がなかったとか、オリジナルの状態を保持しないと被疑者側に露顕して捜査が失敗しかねない等の事情による。

268) その結果、法禁物が一般社会に流入して社会に危険が及び得るため、「有害の監視付移転」と呼称される。

(4) 情報提供者等の情報に基づいて法禁物が発見されると<sup>269)</sup>、警察・税関といった法執行機関は、監視付移転を行える要件が充足されていることを確認した上で、リスクを衡量して、発動の可否を決定する。その際、実施の方式として、国内における監視付移転・越境監視付移転、無害の監視付移転・有害の監視付移転いずれを行うかをも、当該法禁物の蔓延の状況、関連法執行機関の協力が実現可能か、無害物質に入れ替える時間的余裕があるか等々のファクターを勘案した上で選択する。次いで実施段階では、変装捜査官や情報提供者を用いるなど、監視方法を決定しつつ、最終的に監視付移転の成功情況、延長の必要性等を踏まえて、いつの時点で終了するか<sup>270)</sup>を判断することになるとされる<sup>271)</sup>。

四 (1) 次に、監視付移転は、犯罪過程を監視する手法であるため、対象への働き掛けの程度によっては囮捜査と変わらないのではないかという点が、一特に中華人民共和国に限定されないが一学界・実務界において多くの論者によって議論されている<sup>272)</sup>。この点について、①囮捜査は被疑者に犯罪機会を積極的に付与するのに対して、監視付移転の場合、犯罪行為が開始された後で捜査機関が関与し、また、働き掛けは、被疑者に直接接触せず、原則として(例外的に、必要があれば一時的に犯罪組織に潜入する

---

269) 法執行機関が日常検査で密輸品等が発見する場合も考えられるが、その数は多くないと考えられる。

270) 監視付移転によって麻薬等が社会に流入する危険性があるから、捜査機関はそのリスクが高いと判断した時には監視付移転を適切なタイミングで終了させなければならない(马海舰・前掲書『偵査措置新論』629頁などをも参照)、これが、秘密性、合意性(国乃至地区の捜査機関・捜査部門と緊密な連携を取る必要があるため)、犯罪組織の首魁等を捕捉するといった大魚を釣るという意味で、捜査機関に主導性があるといった点と合わせて、監視付移転の特徴であるとも説かれる。张玉鑲主編・前掲書『刑事偵査学』175-6頁など。

271) 程雷・前掲書『秘密偵査比較研究』543頁以下など。

272) 現実にも、監視付移転と囮捜査等は同時に発動されることも多く、実務上明確に区分出来ないという事情もあると思われる。

こと等はある得よう）対象物の流通を監視するに止まるものであって消極的であるから<sup>273)</sup>、両者は全く異なると捉える見解<sup>274)</sup>、②監視付移転は、囲捜査と実質的に区別出来ないと捉える見解（同一であるが、呼称が異なる）、③監視付移転は囲捜査の典型的な形式であるとして両者を包摂関係にあると捉える見解、④捜査官が変装したり、捕捉した麻薬密売人を用いて薬物を搬送させ、関係者を一網打尽にするといった大きな成果を期待する場合などは機会提供型の囲捜査に属すると解し、かかる場合に限定して、監視付移転は囲捜査に含まれる（この意味で監視付移転と囲捜査は重複する関係にある）と捉える見解などに諸説は分類されている<sup>275)</sup>。

(2) いずれにせよ、監視付移転は、被疑者等に知られない状態で行うという点で、秘密捜査の一種であり、傍受や潜入捜査、情報提供者を活用する捜査などと一括して論じられることも多く、各捜査手法を組み合わせる用いることで犯罪摘発など捜査効率上もパフォーマンスは良いであろうが、手段などは各捜査手法で同一ではないので、明確に区別して認識しておくことが重要であると言えよう<sup>276)</sup>。

---

273) この見解からは、④の説く例外的な場合においても、捜査によって犯罪の流れは変更されておらず、犯罪機会の提供が付与されたとは言えないと主張される。

また、囲捜査は被疑者を対象とするが、監視付移転は、被疑者が対象物を運搬している結果である場合を別として、運搬されている法禁物などを監視対象としており、原則として被疑者等を監視対象としてはいないという点も相違点と言えよう。

274) 評価の程度にも拠ろうが、秘密性とか、対象犯罪が通貨偽造とか薬物犯罪等である点で類似性もあるものの、実際には異なる捜査手法と捉える見解も大枠ではこの見解に属すると言えよう。

275) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』325頁以下、廖斌・張中等・前掲書『技術偵査規範化研究』234-5頁、許志・前掲書『秘密偵査制度研究』273頁など。

276) 潜入捜査との関係については、監視付移転に比して、潜入捜査の方が犯罪組織に潜入する点で捜査官等に対する危険性が高く、また、発動主体も、監視付

五 (1) 監視付移転の合理性については、確かに犯罪が実行され、その状態を持続させる点で、捜査機関が社会に犯罪の危険性を発生させており、見方によっては国家が犯罪を創造したと言えなくもないという問題点はあるけれども、いつでも中止出来る形での移転であり、犯罪組織、ネットワークを消滅させるために、監視付移転を発動する現実の合理性があるとも主張される。組織犯罪・テロ関連犯罪、高度な科学技術犯罪などは国を跨いで日増しに拡大しており、特に、薬物犯罪は一国で完結するものではなく、主要な薬物の産地は世界各国にある。これら越境犯罪捜査のためには、国を跨いだ捜査協力が重要であるところ、監視付移転は犯罪者・犯罪組織のネットワークを一網打尽にして消滅させるために有効であると主張されている<sup>277)</sup>。

(2) この点は、上記のような、薬物犯罪・組織犯罪等を効率良く統制出来るという監視付移転のメリットと、それと表裏の関係にある監視付移転のリスク・デメリットを衡量し、前者が後者を上回る状態が成立していなければ、監視付移転の合理性は認められないという問題意識が中華人民共和国の議論には存在していると言えよう。即ち、監視付移転のデメリットとしては、①コントロールに失敗した場合に法禁物が社会に流入・拡散するリスク<sup>278)</sup>、②①のリスクを回避しようとして無害の監視付移転に拠る場合、交換された法禁物を被告人を有罪とするための証拠に出来ないので

---

移転の場合は、一論者によって差があり、警察（公安機関）とか、より広く法的権限のある機関、法執行機関などと解するにせよ一相対的に限定的であるが、潜入捜査の場合は、捜査官のみならず、犯罪前科を有する者や、更に一般市民など広範囲に及ぶといった相違点がある。許志・前掲書『秘密偵査制度研究』275頁。

277) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』327頁。

278) 監視付移転の場合、以下で触れるように、被疑者等に対する権利侵害性は相対的に軽微であるにせよ、社会に法禁物が広まるリスクは非常に大きく、この点が他の秘密捜査と比較した場合の監視付移転の特殊性であるとされる。程雷・前掲書『秘密偵査比較研究』554頁。

はないか、仮に出来たとして量刑にどのように用いるのかという、証拠法上のリスク、③捜査官の人身安全に対するリスク、④被疑者等に対する権利侵害のリスク（傍受のような秘密捜査に比べて干渉の度合は低いので、監視付移転において、権利侵害性は一般的には軽微とは言えようが<sup>279)</sup>、捜査過程等は被疑者に開示されず、司法的救済の機会を奪われているという点で、被疑者等の財産権は侵害され易く、潜在的な権利侵害性があり、また、監視付移転は監視型の秘密捜査であり、被疑者等の個人情報等を収集するなど、そのプライバシー権を侵害する可能性がある）などが論じられている。しかし、このようなデメリットにもかかわらず、財産権やプライバシー権の保護も絶対的なものではなく、犯罪等を予防して国家・社会の安全を維持するために必要な場合には、人権の保障と犯罪の統制という二つの要請を衡量した上で、これらの侵犯は一定程度許容され得るところ、監視付移転の対象となる法禁物に関する犯罪は被害者なき犯罪であって物証が重要であり、また、監視付移転の法益侵害性は軽微である点に鑑み、監視付移転を用いて犯罪を統制することに正当性はあるという形で、監視付移転の合理性・正当性が論じられているのである<sup>280)</sup>。

六（1）既に触れたように、監視付移転の適用範囲は比較的広く、当初

279) 監視付移転については、傍受などの電子監視手法に比べると、人と法禁物等が同行しない形態の場合は、主たる監視対象は法禁物となるから、市民の財産権の問題は関係するものの法禁物である以上適法な財産権の問題は生じず、人と法禁物等が同行する形態の場合であっても、犯罪者の計画したルートに従って密輸品を輸送している以上、被疑者等に対する権利侵害性は相対的に軽微であると解されている。程雷・前掲書『秘密偵査比較研究』547-8頁など。猶、この点は我が国の場合にも議論となり、事案・態様によっては刑事訴訟法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制処分にあたるとも論じられている。江口和伸「コントロールド・デリバリー」田中康郎監修『令状実務詳解』（令和2年 立花書房）84-5頁。佐藤隆之「コントロールド・デリバリー」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点 [第3版]』（平成14年 有斐閣）87頁なども参照。

280) 廖斌・張中 等・前掲書『技術偵査規範化研究』236頁以下など。

は薬物犯罪の統制が主たる目的であったが<sup>281)</sup>、次第に違法取引にも対象が拡大されるに至り、密輸犯罪、ホワイトカラー犯罪、更にその他の組織犯罪に及ぶようになった<sup>282)</sup>。

(2) 発動する主体は、各国の刑事法執行機関であり、国によって異なるが、中華人民共和国において、一般の犯罪は公安機関、汚職犯罪は検察機関であるとされている。

(3) 発動する際の前提として、①監視付移転が、対象者の人権を制約する特別な捜査であるために令状原則と最終手段原則を要するとする見解、②監視付移転は任意捜査の範疇に属するから、運用上、対象犯罪類型を限定し、捜査機関の責任者の承認で発動可能と解する見解、③監視付移転は任意捜査の手法と強制捜査の手法を組み合わせるが、任意捜査の局面では裁判官による審査は必要でなく、対象者の重大な権利を侵害せずに任意捜査の範疇で監視を行っている局面では最終手段原則も必要なく、検察官や上級警察官による許可・授權で足りるし、国内で監視付移転を発動する際には、国際条約のような対象犯罪類型の限定の必要はないと解する見解、④監視付移転は市民の財産権やプライバシーの保護を受ける権利を侵害し、且つ法禁物を社会に流入させる大きなリスクがあるという意味で強制処分に属するものの、傍受とか秘密録音録画等に比べれば権利干渉の程度は軽いため、その必要性によっては重罪に対象犯罪を限定する必要はないし、証拠収集の難易度とか、侵害の可能性等を総合衡量するべきであって、最終手段原則に拘泥すべきではないと解する見解などに分かれている<sup>283)</sup>。

(4) 発動の可否に当たっては、個別事案において、対象物の数量・価値、状況が緊急か否か、証拠収集の難易度、権利侵害の程度、関係する犯罪組

---

281) 「麻薬及び向精神薬の不正取引の防止に関する国際連合条約」(1988)。

282) 「国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約」(2000)。

283) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』333-5頁、廖斌・張中等・前掲書『技術偵査規範化研究』255-8頁。



織の規模、必要な時間、待機する空港などのエリア、管轄権など様々なファクターを総合的に衡量する必要がある。その上で発動に際しては、対象者に対する権利侵害の程度は必要最小限に抑え、社会と捜査官自身の安全や、捜査の過程で得られる情報の秘密保持に配慮しつつ適法な証拠収集を行うべきことが要求される<sup>284)</sup>。

## 第二節 監視付移転の法的位置付け

一 (1) 中華人民共和国においても、捜査において強制処分を用いれば、一般的には令状原則の規律を受けることになり、令状は強制処分に適用されるから、監視付移転の性質に関しては、①監視付移転の市民（国民）の権利に干渉する度合はどの程度か、②強制処分かという視点から検討されていると言えよう<sup>285)</sup>。

(2) この点、監視付移転の手法は固定化されたものではなく、状況に応じて柔軟に変化して行くものであり、任意捜査の要素（追跡捜査・周辺監視・観察など）と強制捜査の要素（傍受・押収など）とを伴いつつ、これらの措置が絶えず組み合わせられている。

二 (1) そして、監視付移転の性格については、捜査によって対象者の人権が侵犯されている訳でないから、追跡捜査同様任意捜査の一種であるとか、対象物が流通しているのを（消極的に）監視しているだけで、当該物の搜索・押収に及ぶ訳ではないから任意捜査の一種であるなどと説かれることが多い<sup>286)</sup>。

---

284) 捜査機関による権限濫用を防止するために、内部での監督では足りず、外部による監督が必要とも説かれる。廖斌・張中等・前掲書『技術偵査規範化研究』260-1頁など。ただ、外部による監督という場合、検察機関による監督や、検察機関が自ら捜査する場合、上級検察部門の承認が必要と説かれることもあり、我が国における議論とは異なる面があることにも留意は必要と思われる。

285) 廖斌・張中等・前掲書『技術偵査規範化研究』247頁。

286) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』330頁、廖斌・張中等・前掲書『技術偵査規範化研究』247-9頁。

(2) 確かに、追跡行為の一種であるという点にフォーカスすれば、監視付移転は任意捜査と捉えることが出来ようが、一で触れたように、単なる追跡に止まらず、対象物について搜索・押収に及ぶ点にフォーカスする場合には、任意捜査と強制捜査の両面を備えた総合的捜査手法に属することになるから、任意捜査・強制捜査いずれに該当するかという二分法は妥当しないという見解も主張されている<sup>287)</sup>。更に、監視付移転は市民の財産権・プライバシーの保護を受ける権利に容易に干渉し、また法禁物を社会に流入させることで、社会に大きな危害を及ぼすから、強制処分に属すると解する見解もある<sup>288)</sup>。

---

287) 因みに、かかる見解においては、監視付移転を個別事案において発動するか否かは、捜査機関の裁量に係っているから、監視付移転の発動は、全ての犯罪はきちんと捜査されるべきであるという考えが核心にある捜査法定原則（本原則は、大陸法系の法定原則に由来しており、捜査官に犯罪発生を疑うに足る証拠を要求し、また、濫用的起訴を防ぐために検察官に起訴の条件の充足等を要求する）には違背しないと捉えられている。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』330-2頁、廖斌・張中等・前掲書『技術偵査規範化研究』244-6頁など。

猶、上記捜査法定原則と少しニュアンスを異にするが、手続法定原則（大陸法系の法律留保原則と英米法系の正当手続原則を包含する）の捜査手続における下位原則である強制捜査法定原則を、技術捜査などの強制処分は法律の定める条件のもと、法の定める手続によってのみ実施することが出来ると理解する見解として刘晨琦『中国技术偵査的程序控制研究』（2021年 中国社会科学出版社）125頁以下など。

288) 廖斌・張中等・前掲書『技術偵査規範化研究』251頁。令状（許可状）を要求するにせよ、中華人民共和国の現状は、独立した裁判官によらずに捜査機関内部における許可に止まり外部による監督はなく、また、令状の特定・内容などについても明確でない（例えば、法禁物を泳がせておく部分については、単独の令状を申請することになるが、これに付随して傍受等が行われる場合、別途令状を申請するかといった論点がある）との問題点を指摘する。同書253頁以下。

### 第三節 監視付移転の問題点

一（1）監視付移転については、第一節でも検討したように、発動条件・発動原則等が学説上議論されているが、議論の度合は相対的に低いけれども重要な論点として事実認定・証拠法上の議論がある。即ち、①麻薬など対象物の所有者が誰か、②犯罪者が故意をもって犯罪を犯したか、③麻薬などの対象物の量がどの程度あるか、という事実認定の問題が重要となっており、他の秘密捜査の手法と比較して、これらの事実認定を裏付ける証拠の真実性に疑問があることが多く<sup>289)</sup>、従って、—監視付移転によって得られた証拠を法廷で使用すること自体は適法であるが<sup>290)</sup>—監視付移転の対象となっている被疑者が、実際には麻薬の所有者でないことが判明するなど、冤罪の問題が先鋭化することが多いと指摘されている<sup>291)</sup>。裏付けとなる証拠が不十分であれば、被疑者に故意があったかを立証することは困難になることが多くなるし、被疑者が自分が捜査機関に罠に掛けられたと主張することも可能であるし、取引した実際の対象物は法禁物でなくて代替品であったなどと主張することも可能になる<sup>292)</sup>。

（2）このような問題を回避するためには、物証、人証によって、当該薬

289) 捜査官に証拠法の知識が充分にないとか、物証等をきちんと収集しようという責任感に欠けている等が原因として掲げられよう。

監視付移転における証拠の特徴として、①被害者が明確でないことが多い、②隠密裏に行われるため、証拠の種類が少なく、③間接証拠が多い、④隠密裏に行われていて、捜査状況を知る人が少なく、被疑者・被告人の供述に信頼性が低いという点を掲げるものとして、廖斌・張中 等・前掲書『技術偵査規範化研究』261頁以下。

290) 刑事訴訟法第154条など。

291) 李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』338頁。

292) 従って、無害物質と入れ替えられた法禁物等を適正に保管しておくことが重要となる。更に、現実は無害の監視付移転を行った場合、取引を行ったものはオリジナルの法禁物ではないので、被告人は犯罪事実を認めず、有罪判決を宣告することが難しくなるという可能性も生じて来る。

物などの対象物が被疑者の所有物であることを客観的に証明するようにして、監視付移転によって無罪の者が有罪に陥れられることがないように、検察機関・公安機関が相互に協力して、証拠を収集・保全<sup>293)</sup>することが必要となる<sup>294)</sup>。ここにおいては、①麻薬取引の日時・場所・数量等について、麻薬中毒者の供述と被疑者の供述が符合するかを確認することが必要であり、また、②捜査部門が公開調査をしている過程で法禁物が発見されたら、その状態を確認した後で監視付移転を行い、その上で、速やかに証拠を収集するという形で、二段階の証拠収集を重視すると、被疑者と法禁物の関係が証明し易くなる、③タイムリーで標準化された証拠収集に留意すべきである、④監視付移転は、被疑者である運搬者と対象物が分離し、法禁物の代替品が流通する可能性もあるため、実行する捜査機関内部の承認手続によるだけでなく、第三者の目を入れないと、その適法性の立証が難しい<sup>295)</sup>、⑤獲得した証拠は補強証拠によって裏付けを取り、事件の全ての部分は関連証拠によって裏付けるようにし、矛盾する事実がないか確認するようにすべきである、⑥捜査官を法廷で証言させて法律に則った捜査が促進されるようにすべきである、⑦監視付移転において、被告人等の

---

293) 証拠保全について、廖斌・張中 等・前掲書『技術偵査規範化研究』266-7頁など。

294) 監視付移転においては、対象物は長時間に亙って、非常に秘匿性が高い状態で運搬が行われるため、犯罪の認識等も推定せざるを得ず、「国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約」第5条第2項では、認識、故意、目的又は合意は、客観的な事実の状況により推認することが出来る旨、また、「国連腐敗防止条約」第28条第2項では、犯罪の要件として求められる認識、故意又は目的は、客観的な事実の状況により推認することが出来る旨定められている。

295) 例えば、密輸品の代替品について監視付移転を行う場合、捜査機関は税関に連絡して、監視付移転の実行過程を確認・記録して貰い、必要に応じて法廷に証人として出廷、当該監視付移転の適法性を証言して貰うといった形が想定される。監視付移転において密輸品の代替過程等を録画することが証拠の信用性を最も高めるアプローチであると指摘するものとして、廖斌・張中 等・前掲書『技術偵査規範化研究』264-5頁。

適法な権利に重大な侵害を与えることによって得られた証拠は、違法収集証拠として排除すべきである<sup>296)</sup>といった課題・方策が主張されている<sup>297)</sup>。

二 次に、監視付移転において法禁物の運搬等は厳格な監視・統制のもとに行われるから、当該行為、例えば、統制・監視の対象となっている違法薬物の売買行為が、真に達成されることはない。そこで、この情況（統制・監視下にある違法薬物の売買行為）が犯罪の準備・予備に該当するのか、既遂・未遂に該当するのかが論議されており、学界には多様な議論がある<sup>298)</sup>。また、明確な立法がある訳ではなく、最高人民法院や各地の司法機関の対応も一定している訳ではないとされている。

#### 第四節 監視付移転の改革提案

一 第一節で触れたように<sup>299)</sup>、刑事訴訟法第153条第2項<sup>300)</sup>は、監視付移転について定め、その適法性を明らかにしたが、「警察（公安機関）は、薬物等の禁制品又は財物の交付に関わる犯罪について、捜査の必要に応じ

---

296) 刑事訴訟法第56条参照。

297) この他、越境監視付移転の場合、海外の捜査機関と協力して証拠収集に当たることになるが、各国間の法制の間で抵触が発生することもあり、国際法の基本原則等に重大な違背がある場合には、被疑者・被告人の適法な権利・利益に対する重大な侵害があるとして、当該得られた証拠の証拠能力を排除すべきであるとの問題意識も見られる。許志・前掲書『秘密偵査制度研究』343-4頁。

298) 例えば、行為者には主観面で故意があり、客観的に当該実施行為に法益侵害の緊迫する危険があれば犯罪の未遂とされる可能性があるが、法益侵害の危険がなければ不能犯として不可罰であるとする見解などが主張されており、監視付移転の情況も犯罪既遂の判断に影響するが、既遂となる基準の理解については論者によって多様であるとされている（例えば、麻薬販売について、売り手・買い手の意思が合致すれば既遂となると解する見解、無害の監視付移転は未遂と解する見解などである）。李明・前掲書『秘密偵査法律問題研究』348頁以下など。

299) 一 (3)。

300) 2012年刑事訴訟法第151条第2項。

て、関連規定に基づき、監視付き移転を行うことができる」と定めるのみであるため、捜査機関の権限濫用によって市民の権利が自由裁量によって侵犯されかねないという憾みがあると評されている。例えば、①中華人民共和国の刑事訴訟法は、捜査部分の比重が小さいため、対象範囲の記載が一般的に過ぎたり、狭い、②刑事訴訟法において、監視付き移転は、技術捜査措置の節に規定されており、監視付き移転が技術捜査の下位概念であると捉えられているが、学説上はそのようには確定しておらず、技術捜査と監視付き移転の関係には議論がある、③中華人民共和国の出入国管理法や関税法といった国内法は、市民や貨物等の出入国が禁止される場合の要件を定めており、これを遵守すると監視付き移転が奏功しないことがある、③監視付き移転の発動条件に客観的基準がないため、捜査機関の自由裁量の余地が大きくなり、発動の承認に際して人治的色彩が強くなっている、④法文上に比例原則が体现されていない、⑤監視・制御手続が欠けている、⑥権利侵害に対する救済手続が欠けている一などがこれである<sup>301)</sup>。

二（1）一で掲げたような問題意識を前提に、中華人民共和国においては、刑事訴訟法第153条第2項の改善提案が主張されている<sup>302)</sup>。改正の方向としては、中華人民共和国監視付き移転法という単行の専門立法を制定する方向と、刑事訴訟法を改正する方向が差し当たり考えられよう。

（2）次に、監視付き移転の具体的実施手続として、①比例原則中、必要性和相当性を踏まえた客観的・明確な発動基準を定める、②対象物の範囲を拡大する、③本来は裁判所による審査が理想であるが、直ちに実現することは現実的でないため、捜査の効率性とのバランスを取って、公安機関が承認するが、併せて検察機関にも報告するという形で審査を行う、④当該捜査手段の被疑者等に対する権利侵害の程度を踏まえた、捜査機関・検察機関・司法（裁判）機関における承認プロセスの最適化を行う、⑤無害の

301) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』318頁以下、330頁以下。

302) 一や、また第三節で見たような問題意識と改善提案が、論理的に対応している訳ではない。

監視付移転を優先的に発動すべきとし<sup>303)</sup>、無害物質と入れ替えているという点で個人の財産権を侵害するから検察機関に報告する一などが提言されている。

(3) 第三に、捜査協力が円滑に進むと監視付移転のパフォーマンスも向上するため、情報の共有、守秘義務の明確化、協力機関が職務を履行出来るように協力責任を明確化する等を内容とする、監視付移転における捜査協力のメカニズムについて提言されている<sup>304)</sup>。そして、国内における監視付移転の場合は、同じ公安機関であっても、省・区・市といった各地域の公安機関との円滑な連携が、監視付移転のパフォーマンスを向上させることになるので、規律の標準化を行い、各地区が円滑に法令遵守を可能とする体制の整備を行うべきとされる。また、越境監視付移転については、公安部インターポール中国国家中央局のような中央の責任機関が、国際的な協力活動に参加し、アメリカ合衆国・カナダ・東南アジア諸国のような法禁物が輸送される国との協力手続を構築するなど、継続的な努力が求められると述べられる。

(4) 更に、監督手続についても提言されている<sup>305)</sup>。この見解においては、現代の法治国家においては厳格な監督のメカニズムが制度設計されるが、中華人民共和国においては、監督・救済の制度設計が甘いという問題意識に照らして、事前・発動過程・事後における監督について提言を行う。まず、①事前の監督について、捜査機関による自己承認では監督機能が不十分であり、検察機関が起訴目的含めて捜査活動を監督することが望ましいところ、そのような制度もなく、且つ中華人民共和国においては歴史的に

---

303) アメリカ合衆国は個人の人権保障を理由とし、日本は、社会に対する法禁物の流入防止を理由とする点で、英米法系と大陸法系の違いが表れているとする見解として、許志・前掲書『秘密偵査制度研究』339頁。

304) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』340頁以下。

305) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』344頁以下、程雷・前掲書『秘密偵査比較研究』576-7頁。

捜査機関の地位が優越していて、検察機関が捜査機関を毅然と監督するような情況になく<sup>306)</sup>、制度を変革して検察機関の監督能力を増強することが求められている—と述べた上で、逮捕（原則2か月以内の身柄拘束措置。日本の勾留に相当する<sup>307)</sup>）については検察機関が承認し、これ以外の捜査手段は捜査機関が内部承認する形が相当である（捜査の効率性と、監視付移転が市民の権利の最も重大な侵犯を行っている訳ではない点に鑑み、監視付移転は捜査機関の内部承認とした上で、検察機関に報告する。検察機関が直接承認するのではなく、監督作用を発揮するという現実的な妥協策である）と論じる。次に、②実施中の監督については、外部による監督を機械的に要求することは、その場の情況に臨機応変に対応する必要がある監視付移転にそぐわないため、捜査機関の自己統制に委ねつつ、イギリスの例を踏まえて、電子的記録を整備する（監視付移転の過程を録音・録画する）ことが、捜査機関に対する有効な監督になり司法の公正に寄与すると共に、裁判における証拠にもなり、非常に意義があると捉える。更に、③事後監督については、実施結果を検察機関等に報告することが、捜査機関に対する抑止力となり、公権力の恣意を防止し、司法の公正の維持に寄与すると論じるのである<sup>308)</sup>。

(5) 違法な捜査に対する救済としては、①違法収集証拠排除法則適用の

---

306) また、検察機関自体が公訴を職能とする以上、自ら犯罪を訴追しようという傾向があるため、客観的な中立性を貫けないという憾みもあった。

307) 刑事訴訟法第80条は「逮捕犯罪嫌疑人，被告人，必须经过人民检察院批准或者人民法院决定，由公安机关执行。」と定める（「被疑者又は被告人の勾留は、検察の承認又は裁判所の決定を経て、警察がこれを執行する」〔独立行政法人日本貿易振興機構北京事務所 知識産権部訳「被疑者又は被告人の逮捕は、人民検察院の許可又は人民法院の決定を経た上で、公安機関が執行しなければならない」〕）。

308) その他、秘密捜査活動を公開する立法を制定することが捜査機関に対する監督となり、また、市民も、法規制を理解することで自己の行為を規制し、犯罪の発生を減らし、回避することになるであろうとも説かれる。許志・前掲書『秘密偵査制度研究』348-9頁。



活発化、②捜査手続に対する異議申立権の明確化、③賠償請求権の明確化、④違法処罰メカニズムの規律が提言される<sup>309)</sup>。

三（1）我が国の場合、監視付移転について刑事訴訟法などで直接認めてはいない。「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律」（麻薬特例法）第3条<sup>310)</sup>・第4条<sup>311)</sup>は、薬物犯罪捜査について充分な

---

309) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』349頁以下。

310) （上陸の手続の特例）

第三条 入国審査官は、出入国管理及び難民認定法（昭和二十六年政令第三百十九号。以下「入管法」という。）第五条第一項第六号に掲げる者である疑いのある外国人から入管法第六条第二項の申請があった場合において、法務大臣から、薬物犯罪の捜査に関し、当該外国人を上陸させることが必要であるとの検察官からの通報又は司法警察職員（麻薬取締官、麻薬取締員、警察官又は海上保安官に限る。次項及び次条第一項において同じ。）からの要請があった旨並びに規制薬物の散逸及び当該外国人の逃走を防止するための十分な監視体制が確保されていると認められる旨の連絡を受けているときは、入管法第九条第一項の規定にかかわらず、入管法第五条第一項第六号以外の事項について入管法第七条第一項の審査をした上、当該外国人の旅券に入管法第九条第一項の上陸許可の証印をすることができる。

2 入国審査官は、入管法第五条第一項第六号に掲げる者である疑いのある外国人につき入管法第十四条第一項、第十四条の二第一項若しくは第二項、第十五条第一項若しくは第二項又は第十六条第一項の申請があった場合において、法務大臣から、薬物犯罪の捜査に関し、当該外国人を上陸させることが必要であるとの検察官からの通報又は司法警察職員からの要請があった旨並びに規制薬物の散逸及び当該外国人の逃走を防止するための十分な監視体制が確保されていると認められる旨の連絡を受けているときは、入管法第五条第一項第六号以外の事項について審査をした上、当該外国人の上陸を許可することができる。

3 入国審査官は、法務大臣から、第一項の規定による上陸許可の証印又は前項の規定による上陸の許可を受けている外国人について、引き続き本邦に在留させておくことが適当でないとする旨の連絡を受けたときは、速やかに、当該外国人の本邦への上陸の時において当該外国人が入管法第五条第一項第

監視体制が取られている場合には薬物の上陸を許可することが出来るとして、有害の監視付移転（ライブ・コントロールド・デリバリー）を可能とした規定と言え<sup>312)</sup>、また、同法第8条<sup>313)</sup>は、無害の監視付移転（クリーン・

---

六号に該当したか否かを審査しなければならない。

- 4 入国審査官は、前項の規定による審査により、同項に規定する外国人が入管法第五条第一項第六号に該当したと認めるときは、当該外国人についての第一項の規定による上陸許可の証印又は第二項の規定による上陸の許可を取り消すものとする。

311) (税関手続の特例)

第四条 税関長は、関税法（昭和二十九年法律第六十一号）第六十七条（同法第七十五条において準用する場合を含む。以下この項において同じ。）の規定による貨物の検査により、当該検査に係る貨物に規制薬物が隠匿されていることが判明した場合において、薬物犯罪の捜査に関し、当該規制薬物が外国に向けて送り出され、又は本邦に引き取られることが必要である旨の検察官又は司法警察職員からの要請があり、かつ、当該規制薬物の散逸を防止するための十分な監視体制が確保されていると認めるときは、当該要請に応ずるために次に掲げる措置をとることができる。ただし、当該措置をとることが関税法規の目的に照らし相当でない認められるときは、この限りでない。

- 一 当該貨物（当該貨物に隠匿されている規制薬物を除く。）について関税法第六十七条の規定により申告されたところに従って同条の許可を行うこと。
  - 二 その他当該要請に応ずるために必要な措置
- 2 前項（第一号を除く。）の規定は、関税法第七十六条第一項ただし書の規定による郵便物中にある信書以外の物の検査により、当該信書以外の物に規制薬物が隠匿されていることが判明した場合について準用する。この場合において、当該規制薬物については、同法第七十四条の規定は、適用しない。

312) 田口守一・前掲書『刑事訴訟法 [第7版]』49頁、宇藤崇・松田岳士・堀江慎司・前掲書『刑事訴訟法 [第2版]』185頁、松尾浩也監修『条解 刑事訴訟法 [第4版増補版]』（平成28年 弘文堂）372頁など。

313) (規制薬物としての物品の輸入等)

第八条 薬物犯罪（規制薬物の輸入又は輸出に係るものに限る。）を犯す意思をもって、規制薬物として交付を受け、又は取得した薬物その他の物品を輸入し、又は輸出した者は、三年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

- 2 薬物犯罪（規制薬物の譲渡し、譲受け又は所持に係るものに限る。）を犯

コントロールド・デリバリー）が行われた場合に、対象者を薬物犯罪で処罰出来るようにするための規定と言える<sup>314)</sup>。監視付移転は、任意捜査であり、捜査官の行為により被疑者に犯意を誘発させるものではなく違法とは言えず、捜査官自ら薬物を運搬した場合も同様に違法ではないとされており、法律に定めがなくても、発動可能である<sup>315)</sup>。ただ、有害の監視付移転において規制薬物を上陸させることについては、出入国管理及び難民認定法、関税法等の関係から問題があるために、麻薬特例法第3条・第4条で特例を認めたものである<sup>316)</sup>。これに対して、けん銃等については高度の殺傷能力を有するという麻薬等との性質の違いなどから、有害の監視付移転を認める麻薬特例法第3条・第4条に相当する規定は、「銃砲刀剣類所持等取締法」では設けられておらず<sup>317)</sup>、無害の監視付移転が行われた場合のみ、麻薬特例法第8条と同様の規定が設けられた<sup>318)</sup>。以上のように、我が国

---

す意思をもって、薬物その他の物品を規制薬物として譲り渡し、若しくは譲り受け、又は規制薬物として交付を受け、若しくは取得した薬物その他の物品を所持した者は、二年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。

- 314) 宇藤崇・松田岳士・堀江慎司・前掲書『刑事訴訟法〔第2版〕』185頁、池田公博・笹倉宏紀・前掲書『刑事訴訟法』36頁など。
- 315) 田口守一・前掲書『刑事訴訟法〔第7版〕』49頁。有害の監視付移転の場合は、禁制品の存在を知らながらこれを流通させることから、新たな犯罪・法益侵害が発生する恐れがあるものの、十分な監視体制が取られていれば問題はなく、無害の監視付移転の場合は、基本的にこの問題自体発生しないとされる。更に、捜査機関が放置したために発生した犯罪を理由として関係者を検挙する点で手続的正義の見地からの許容性も問われ得るが、監視付移転の場合は、囲捜査と異なり、捜査機関から被疑者に何等かの働き掛けが行われる訳ではないため、問題は比較的小さいと論じられている。宇藤崇・松田岳士・堀江慎司・前掲書『刑事訴訟法〔第2版〕』185頁。
- 316) 田口守一・前掲書『刑事訴訟法〔第7版〕』49頁、宇藤崇・松田岳士・堀江慎司・前掲書『刑事訴訟法〔第2版〕』185頁など。
- 317) 松尾浩也監修・前掲書『条解 刑事訴訟法〔第4版増補版〕』372頁など。けん銃等に関しては、無害の監視付移転の実施しか予定されていないとされる。江口和伸・前掲「コントロールド・デリバリー」79頁など。

においては、監視付移転は、刑事訴訟法第197条第1項本文により許容されていると解されており、麻薬特例法や銃砲刀剣類所持等取締法は、監視付移転を直接規定したのではなく、その実施を可能とし、または予定する規定と解されている<sup>319)</sup>。このような位置付けにおいて、我が国と中華

318) 銃砲刀剣類所持等取締法

第三十一条の十七 第三十一条の二第一項又は第二項の罪を犯す意思をもって、拳銃等として交付を受けた物品又は拳銃等として取得した物品を輸入した場合には、当該違反行為をした者は、三年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

2 次の各号のいずれかに該当する場合には、当該違反行為をした者は、二年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。

一 第三十一条の三の罪を犯す意思をもって、拳銃等として交付を受けた物品又は拳銃等として取得した物品を所持したとき。

二 第三十一条の四第一項又は第二項の罪を犯す意思をもって、物品を拳銃等として譲り渡し、若しくは貸し付け、又は譲り受け、若しくは借り受けたとき。

三 第三十一条の七第一項又は第二項の罪を犯す意思をもって、拳銃実包として交付を受けた物品又は拳銃実包として取得した物品を輸入したとき。

3 次の各号のいずれかに該当する場合には、当該違反行為をした者は、一年以下の懲役又は三十万円以下の罰金に処する。

一 第三十一条の八の罪を犯す意思をもって、拳銃実包として交付を受けた物品又は拳銃実包として取得した物品を所持したとき。

二 第三十一条の九第一項又は第二項の罪を犯す意思をもって、物品を拳銃実包として譲り渡し、又は譲り受けたとき。

三 第三十一条の十一第一項第二号の罪を犯す意思をもって、拳銃部品として交付を受けた物品又は拳銃部品として取得した物品を輸入したとき。

4 次の各号のいずれかに該当する場合には、当該違反行為をした者は、六月以下の懲役又は二十万円以下の罰金に処する。

一 前条第一項第二号の罪を犯す意思をもって、拳銃部品として交付を受けた物品又は拳銃部品として取得した物品を所持したとき。

二 前条第一項第三号の罪を犯す意思をもって、物品を拳銃部品として譲り渡し、若しくは貸し付け、又は譲り受け、若しくは借り受けたとき。

319) 江口和伸・前掲「コントロールド・デリバリー」79-80頁など。

人民共和国のアプローチには差異があると言えよう。

(2) 中華人民共和国においては、秘密捜査は、その性質上秘匿的であり、外部監督が不充分であって、権力濫用の土壌があるから、法定原則に則る必要があると主張される<sup>320)</sup>。比較法的には、英米法系諸国中、アメリカ合衆国は、監視付移転を立法の局面では規制せず、合衆国憲法、違法収集証拠排除法則によって規律し、オーストラリアは立法と内部のガイドラインで規律し、大陸法系諸国中、フランスは刑事訴訟法において規律、ドイツと日本は特別な立法によっては規律していない等と中華人民共和国において整理されている<sup>321)</sup>。監視付移転については立法で規律する国は必ずしも多くないけれども<sup>322)</sup>、だからと言って統制がない訳ではなく、検察官が個別事案で監視付移転を発動する必要性等があるかを判断するという形で一次的にスクリーニングを行う例がヨーロッパの国では多いとも指摘されているように<sup>323)</sup>、中華人民共和国の例も我が国の例も、監視付移転の統制に向かう亜種に過ぎないと捉えることも可能であろう。ただ、中華人民共和国においては、監視付移転の立法化は国家公共的価値の重視に傾くとの指摘も見られ<sup>324)</sup>、且つ公共の安全（秩序価値）と人権の保障との衡量において前者を優先する傾向にあるとの議論も存する<sup>325)</sup>。無論、立法の意義にはそれを法規によって許容することで、当該捜査手法のパフォーマンスを向上させる点も一定程度はあるであろうが、我が国の場合、立法によって捜査対象者の人権を保障するという要請もこれと少なくとも等価

---

320) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』286頁。

321) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』312頁以下。

322) 一つには監視付移転が比較的新しい捜査手法であるため、刑事訴訟法の規律が追いついていないということがあり、法律で明確に授權している訳ではないが、明確に禁止している訳でもないため、合理的解釈によって適法か否かが判断されることになる。

323) 程雷・前掲書『秘密偵査比較研究』563-4頁。

324) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』317頁など。

325) 許志・前掲書『秘密偵査制度研究』292頁など。

的に存在し、同様に、捜査の必要性（公共の安全）と人身の自由は少なくとも等価的に衡量すべきであると捉えるのが通常であるから、上記のような価値判断とは一定の径庭が存し、中華人民共和国の知見を直ちに持ち込むことが妥当でない点は、本手法においても同様である<sup>326)</sup>。しかし、このような差異にもかかわらず、監視付移転の発動要件などを詳細に検討している中華人民共和国の研究動向は、我が国にとっても一定の知見を与えてくれるように思われる。

(日本比較法研究所嘱託研究所員・本学兼任講師)

---

326) また、監視付移転の発動に際して、公安機関が承認するが、併せて検察機関にも報告するという形で内部承認の弊を担保するという方向性は望ましいが、それは公安機関と検察機関、更には裁判所が対等である場合に実効化されるのであり、仮に公安機関が検察機関や裁判所より上位にあるとすれば、結局は公安機関の内部承認と変わらないのではないかという批判はあり得よう。比較の観点からは、このような点についても慎重に検討する必要があるように思われる。