

捜査における欺罔・不告知と捜査の密行性

内藤 大海

はじめに

第一章 密行的捜査手法の種類

第一節 「捜査行為秘匿類型」および「捜査行為直接行使類型―捜査秘匿型」

第二節 捜査行為直接行使類型―捜査秘匿型における錯誤

第二章 捜査行為秘匿類型に関する裁判例―最大判平成二九年三月一五日における制約利益の評価方法を中心に

第一節 強制処分性判断の枠組み

第二節 重要な法的利益に対する侵害の評価

第三節 小括

第三章 密行的処分に関する裁判例

第一節 DNA鑑定のための唾液の採取——東京高判平成二八年八月二三日【判例①】

第二節 アルコール検査等を目的とした尿の採取

第三節 当事者録音

第四節 その他の事案

第五節 小括

第四章 「捜査の密行性」論

第五章 動機の錯誤と同意の有効性

第一節 動機の錯誤を問題としない見解

第二節 動機の錯誤に基づく同意の有効性を否定する見解

第三節 小括

むすびにかえて

はじめに

近年、最高裁大法廷によるいわゆるGPS判決^①をはじめとして、監視型処分等の密行的捜査手法に対する法的取扱いが注目を集めている状況にある。尾行や張込みに代表されるように、密行型の情報収集活動は従来より広く用いられてきた処分であるが、科学技術的發展に伴い様々な補助機器が用いられることで、当該処分によって取得される情報の質、量ともに飛躍的な変化を遂げてきたといつてよい^②。大法廷はGPS判決において、令状によらなければ許されない強制処分であることを明示したうえで、さらに現行刑事訴訟法上これを許容する規定がないとして立法による解決を要請した。GPS捜査をめぐっては、これを任意処分と解するものと強制処分と解するものが対立しており、また類型化したうえで任意処分として認められるものと強制処分となりうるものに区分する見解（いわゆる二分説）も有力に主張されていた。二分説は尾行等の際の補助手段としての使用にとどまる場合を任意処分とし、継続的・集中的に位置情報が取得される場合を強制処分とする見解であり、一定の支持を集めていたようにも思われる。しかし、大法廷はこのような見解に立つことなく、GPS捜査を一律に強制処分とする判断を下した。すなわち、大法廷は最高裁昭和五十一年三月一六日決定^③（以下、「昭和五十一年決定」とする）を引用したうえで、個人の意思を制圧し、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訴訟法上特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たると位置づけたのである。これに対し、二分説からは追尾補助型のGPS捜査については、任意処分としたりうえで必要性、緊急性、相当性の三要件で事後的に規制すれば足りるとする批判も存在する^④。なるほど、理論上は追尾補助型のGPS捜査は、継続型のそれと比べて権利制約のレベルは低く、任意捜査と位置づけるかどうかはひとまずおいておくとしても、両者を分けて論じることがなされてもよかつたようにも思われなくも

ない。この点、以下で論じるように、大法院が両者を区分せずに一律の判断を下した背景の一部には、GPS捜査の有する密行性・秘匿性に起因する濫用の危険性があるとの分析がある。たしかに、尾行補助型のGPS捜査であれば権利侵害はそれほど大きなものといえなくはない。しかし、密行的処分であるがゆえに継続的・網羅的な処分が行われてもそれが明るみにならない以上、統制は困難である。そうであれば、GPS捜査を一律に強制処分として強制処分法定主義、令状主義の下で規律するしかないというのである。^{5,6}

他方、従来は、捜査活動における多少の偽計の使用あるいは捜査状況等の不告知は任意捜査として許容する見方が多かったとされる。⁷この点、いわゆる「捜査密行の原則」は旧刑法以来の伝統であり、現行法には明文の規定はないものの、「捜査の秘密は相応に保持されるべきである」というのが検察実務側の主張である。⁸判例も概ねこれに調和的な判断を行ってきたと見受けられる。事実、これまでも密行的・秘匿的捜査手法の多くが任意処分として利用されてきた事実があり、多くは任意処分として処理されてきたといつてよい。^{9,10}しかし、右大法院判決の他にも、下級審ではあるが、ある種の密行的処分について対象者の意思に反する処分であることを認めて強制処分とする裁判例が散見されるようになってきている。東京高裁判平成二八年八月二三日判決¹¹では、窃盗事件の捜査に従事していた捜査官が、現場から得られたDNA型と被疑者のDNAの同一性を確認するために、任意捜査として、自らが警察官であることおよびDNA採取目的であることを秘したまま、お茶の入った紙コップを被疑者に手渡し、使用後の紙コップを回収し、そこから唾液を採取してDNA型鑑定を行ったことの違法性が争われた。東京高裁は、このような捜査手法は強制処分に当たるとしたうえで、その鑑定書について違法収集証拠に当たるとして証拠能力を否定した。¹²このように密行的、さらには欺罔的な手法により相手方を一種の錯誤に陥れ、これを利用して相手方から情報を取得するというやり方は、これまで伝統的に利用されてきたものである。¹³

DNA採取については比較的最近の鑑定技術に関するものであるため、管見の限りでは他に類似の事案はないようであるが、足跡痕の秘密採取や一種の詐術を用いた尿の採取はこれまでも用いられてきた実例があり、その多くは任意処分とされてきた。⁽¹⁴⁾しかし、密行的処分に限らず捜査全体についていえることかもしれないが、最近の裁判例はむしろ謙抑的な方向で捜査手段をコントロールする傾向を示しているように思われる。⁽¹⁵⁾ただし、これらの捜査手法においては、真実を知っていればそのような情報提供行為には及ばなかったという意味での動機の錯誤が問題となるのであり、その点で当該捜査活動が全く知覚されなかったGPS捜査とは性質を異にする。仮に、目下捜査目的の秘匿を含む密行的捜査手法全体についてこのような謙抑的傾向がみられるとしても、それが確固たるものであり今後も加速していくのか否かは、まだ明らかでない。⁽¹⁶⁾このような状況に鑑み、以下ではまず欺罔的捜査手法を類型ごとに整理したうえ、捜査の密行性、あるいは欺罔的要素が適法性判断に与える影響について検討を加える。

第一章 密行的捜査手法の類型

第一節 「捜査行為秘匿類型」および「捜査行為直接行使類型―捜査秘匿型」

中谷裁判官は、東京高判平成二八年八月二三日⁽¹⁷⁾に関する評釈において捜査全般に関する分類を行われており、本稿においてもこれが参考になるように思われるため、以下、これに従って整理することとする。⁽¹⁸⁾まず、捜査行為それ自体について認識していたか否かで大きく二分することができる。すなわち、「捜査行為直接行使類型」と「捜査行為秘匿類型」である。前者は、捜査行為を被処分者に直接行使するものであり、後者は捜査行為を被処分者に対して秘匿するものであって、被処分者は捜査行為に直面することはない。前者はさらに、「捜査明示型」と「捜

「秘密型」とに区分される。前者は、捜査行為ないし処分それ自身が相手方に認識されるばかりでなく、それが「捜査」であることが認識される類型である。通常の搜索・差押え、検証、鑑定、逮捕などの活動はここに分類される。⁽¹⁹⁾これに対し、後者は、捜査行為それ自体は認識されているものの、被処分者に対しそれが「捜査」であることが秘匿される類型である。これには、まさに前出の東京高判平成二八年八月二三日で問題となった、DNA鑑定のための唾液の採取などが該当しよう。すなわち、被処分者である被告人は、相手方が警察官であること、同人が捜査の一環で自らを訪問しており、お茶の提供から紙コップの回収に至るまでの一連の行為が捜査行為であることは認識していないもの、お茶の提供を受け、使用後の紙コップを提供しているという事実については認識している。これに対し、大法廷判決で問題となったGPS捜査においては、被処分者は自らの行動がGPS機器を用いて監視されているという事実それ自体を認識していない。中谷分析に従えば、これは捜査行為秘匿類型に該当することとなる。⁽²⁰⁾

ところで、大法廷判決におけるGPS捜査、東京高判平成二八年八月二三日で問題となった紙コップの回収行為は、いずれも強制処分として判断されている。強制処分と任意処分の区分に関しては、昭和五一年決定に関する分析を介して、意思に反する重要利益の侵害があった場合を強制処分とする重要利益侵害説⁽²¹⁾と重要利益の制約がなくとも行為態様において意思制圧があれば強制処分とする意思制圧説⁽²²⁾があり、大法廷判決が前者に親和的であることはすでに述べたところである。同様に、東京高判平成二八年八月二三日も、重要利益侵害説に立つものと理解される。⁽²³⁾重要利益侵害説では、昭和五一年決定が強制処分性の認定の一要件として掲げる個人の意思の「制圧」を文字通り「制圧」と解するのではなく、たんに「意思に反する」と理解することになる。そのため、密行的処分においても昭和五一年決定で示された強制処分の定義が妥当することになり、合理的に推定される個人の意思に反する

重要利益の侵害があれば、強制処分と判断されることになる。したがって、密行的捜査手法の場合、常に相手方の意思に反することになるはずだが、従来の判例では、とくに捜査行為直接行使類型―捜査秘匿型においてはこの点あまり問題とされていなかった。というのは、この類型において問題とされるのはいわゆる動機の錯誤の問題であって、真の理由を知っていれば相手方の要求に応じなかったという意味での錯誤が介在するものの、紙コップや尿の占有移転それ自体については同意しているという考えを基礎に反意思性が十分に評価されてこなかったと思われるのである。他方で、通信傍受等の捜査行為秘匿類型に該当する捜査手法が強制処分として論じられているのは、意思に反することが認められやすかったためだと考えられる。

第二節 捜査行為直接行使類型―捜査秘匿型における錯誤

捜査行為直接行使類型―捜査秘匿型に分類される捜査手法としては、おとり捜査、会話の一方当事者による秘密録音、目的を秘匿してお茶やタバコを提供した後に紙コップや吸殻を回収して鑑定サンプルを取得する行為、同じく指紋や靴底の型を採取する行為、トイレが使用できないなどの虚偽を述べてバケツ等に排尿させた尿を取得する行為などが考えられる。いずれの場合においても、対象者はそれが検査目的のものであることを知っていれば、例えば唾液の付着した紙コップや尿を提供しなかったはずであり、その意味で錯誤に陥っているといえる。これに対し、捜査行為秘匿類型としてはGPS捜査や通信傍受などが考えられるが、これらはその活動自体が対象者に認識されないものという²⁴⁾こととなる。つまり、この場合、不利益な情報の提供について、同意を認める余地は全くないことになる。先にも触れたように、前者の類型については、いわゆる動機の錯誤が問題となるのであって、処分や監視活動の存在自体が相手方に認識され得ない後者の場合とは違い、意思の制約はそれほど重要ではないという見

方もある。⁽²⁵⁾しかし、東京高判平成二八年八月二三日では、「当事者が認識しない間に行う捜査について、本人が知れば当然拒否すると考えられる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利・利益を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらぬ」として、対象者の意思に反することを認めて強制処分性を認定した。他方、飲酒運転が疑われる事案においてアルコール検査目的であることを秘匿して尿を採取した事案では、東京高判昭和四八年一月二六日⁽²⁶⁾は、そのような採取行為が被告人の意思に反するという認定を行っていない。⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾ たしかに、採取対象が高い個人識別機能を有するDNAであるか尿であるかという違いは、制約される権利の重要性には差を生じさせよう。しかしながら、ここでのポイントは、捜査目的を秘して検査対象物を取得する行為が相手方の意思に反するか否かという点である。自白については偽計を用いた獲得が違法となることに異論はない。⁽³⁰⁾これとは反対に供述証拠ではない物証の場合は、過去の下級審裁判例のように多少の偽計を用いて提供させる手法は、意思に反することにならず強制処分にあたらないとしてよいものか、改めて検討する必要がある。

以下、捜査行為秘匿類型に当たるGPS捜査に関する大法廷判決についてみた後、捜査行為直接行使類型―捜査秘匿型に関する裁判例を中心に分析を加えることとする。

第二章 捜査行為秘匿類型に関する裁判例

——最大判平成二九年三月一五日における制約利益の評価方法を中心に

第一節 強制処分性判断の枠組み

GPS大法廷判決は、問題となった追尾補助型のGPS捜査の強制処分性を判断するに当たり、GPS捜査一般について以下のように述べている。

「GPS捜査は、対象車輛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、対象車輛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。」（傍点は引用者）

大法廷は、本件GPS捜査の具体的態様を前提としたものではなく、GPS捜査が一般に継続的な情報取得の可能性を有することを指摘したうえで私的領域への侵入を認めている。さらに、昭和五二年決定を参照しつつ、憲法三五条の保障範囲には私的領域に侵入されない権利も含まれるのが相当であるとして、GPS捜査については次のように述べている。

「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、刑法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる。(傍点は引用者)

このように大法廷は密行的処分であるGPS捜査についても、強制処分の定義に関する昭和五一年決定の枠組みを用いつつ、個人の意思の制圧があるとしているものと理解される。この点、前述の通り、昭和五一年決定の判断枠組を巡っては、いわゆる重要利益侵害説⁽³³⁾と意思制圧説との対立があった。両者の違いが現れる場面の一つとして、とくに密行的処分について昭和五一年決定の射程が及ぶか否かという点が挙げられるが、右に引用した判示部分を見る限り大法廷は重要利益侵害説に親和的である。昭和五一年決定は、①個人の意思を制圧し、②身体、住居、財産等に制約を加えて捜査目的を達成する行為を強制処分と定義づけているところ、重要利益侵害説によれば、とくに密行的処分においては①の要件を文字通り意思の「制圧」と解するのは相当でなく、合理的に推定される意思に反すればこの要件を満たすものと解される。⁽³⁴⁾大法廷は、密行的捜査手法についても個人の意思の制圧があることを前提として判断しているため、少なくとも意思制圧説とは異なる見解に立ったことになる。⁽³⁵⁾

このようにみると、大法廷は①処分対象者の意思に反する(合理的に推定される個人の意思に反する)こと、および②憲法の保障する重要な法的利益である領域プライバシー侵害を、強制処分性の判断の基礎としたことが分かる。⁽³⁷⁾問題は、後者について法的利益を如何にして認定するかである。

第二節 重要な法的利益に対する侵害の評価

大法廷判決に対しては、私的領域への現実の侵入という結果ないし事実をメルクマールとせず、可能性として想

定されうるプライバシー侵害が問題とされている点に特徴があることは、すでに多くの論考において指摘されている通りであり、その可否を巡って議論の対立がある。⁽³⁸⁾ 太田元検察官は、私的領域への侵入とは、本来①継続的・網羅的情報取得があり、②密かな装着があるときに認められるべきであるとして大法廷判決に対して批判的な態度を示される。⁽³⁹⁾ 他方、指宿教授は、大法廷がこのような判断を下したのは、機器装着前は、プライバシーの期待の高い場所に入るか否か、入るとしていつ入るかは不明であり、そのため、「類型的にモニタリングとしては一体としてプライバシーの侵害が高いと言わざるを得ないのではないか」、「事前規制しようと思えばそれしかない」と述べられている。⁽⁴⁰⁾ 少なくとも大法廷判決を前提とする限り、対象者側で認識できる処分と認識できない処分とは取扱いに違いがあるということになるのではないか。最高裁はこれまでも通信傍受等の密行的処分の強制処分としていることを念頭に置きつつ大法廷判決を理解する場合、強制処分性の判断においては「ひそかに装着する」というところが非常に重要な部分で、これが権利侵害の程度を決定的に高めている要因である⁽⁴¹⁾とする指宿教授の分析は参考になるように思われる。

では、密行性の要素はなぜ権利侵害性を高める要素として理解されるのか。密行的処分は対象者が認識しないため、国民が知らないまま情報を取得される危険性を孕むことになる。これまでも密行的処分の多くが任意処分として事前の司法審査を経ずに行われてきたが、それらについて適法性が問題となるのはその存在が発覚した場合のみである。その場合にのみ、その都度、任意処分としての許容性の限界内にあるか否かが検討されてきたわけである。しかし、発覚しなかったものについては事後的にその可否を争う機会も保障されず、違法な処分が実施される危険性も存在する。指宿教授が密行的処分についてとくに濫用の危険を強調されるのは、このためである。すなわち、実施する側がその存在を隠匿してしまえば、適切なコントロールの機会を得ないまま違法な情報収集が放置

される危険が大きいのである。多くの論者が指摘するように、大法院は密行性に起因する濫用危険性に着眼しGPS捜査一般について強制処分性を認めており、このような思考がこれまで任意捜査として運用されてきた密行的処分についても同様に妥当するのかが問題となる。

第三節 小括

密行的手段によって得られた情報が証拠方法として直接使用されることになれば、公判手続等において当該手法の存在が発覚することになる。そのため、事後的ではあるものの、その当否が判断される機会が存在する。反対に、証拠として使用されることがないばかりでなく、令状請求時の疎明資料としても使用されることがなく、あくまでも捜査情報等の内部資料として使用されるにとどまる場合は、その存在が外部的に明らかになることは稀有であろう。この場合にこそ濫用の危険の深刻さが存在する。

では、大法院判決を前提にした場合、密行的処分の強制処分性を判断する際は、可能性として想定されうるあらゆる権利制約を前提とすべきであろうか。たしかに、処分が密行的であるという性質は濫用の危険性を相当程度高める要素となる。しかし、GPS捜査は従来の尾行や張込みとは分けて考えられているため、大法院判決が密行的処分について想定されうるあらゆる権利制約を前提とした判断枠組を提示したとまではいえまい。一部の論者が指摘するように、両者の違いとして実施方法の容易さがあり、濫用の危険性もこの点と関連付けて考慮されるべきであろう。すなわち、GPS捜査は、密行的性質のものであるがゆえに対象者による抵抗や妨害を排除することを要しないのもちろんのこと、他人の協力も必要とはしない⁴⁴。他方、対象車輛に機器を設置しさえすれば、あとはパソコン等を用いた所在のモニタリングが可能であり、経済的にも、人的資源という意味でも低コストで実行可能

な手法である。したがって、その分、対象者に知られることのないまま容易に個人情報取得が、換言すると権利制約が可能となる。大法廷はこのようなGPS捜査の性質を捉えて強制処分とし、尾行や張込みといった従来型の監視捜査とは区別したのではないか。そうすると、最終的に想定される権利制約の大きさと、それがどの程度容易に実現されるかという二点が問題とされているとみて良いだろう。

ただし、本件は捜査行為秘匿類型に該当する人の行動監視に関する判例である点に注意すべきである。以下で取り上げる捜査行為直接行使類型―捜査秘匿型、すなわち動機の錯誤が問題となる類型においては、錯誤があるといえ一応は同意のうえで占有放棄等に応じているといえ、自らの全く気づかり知らないところで行われる情報収集活動とは性質が異なるとも考えられるからである。また、処分に要するコストという点からも両者には差があると見え、これらの点に起因する濫用の危険には自ずから差異が存在する。

第三章 密行的処分に関する裁判例

すでに確認したように、密行的捜査手法は、捜査行為の存在自体が相手方に認識されない「捜査行為秘匿類型」と何らかの行為自体は認識しているもののそれが捜査行為であることが認識されない「捜査行為直接行使類型―捜査秘匿型」とがあり、後者は一般に動機の錯誤の問題として裁判例でも取り上げられてきたものであった。前述の通り、密行的捜査手法は古くから広く用いられており、様々な手法が存在しうる。本来であればその全てについて網羅的に分析を行うべきところではあるが、紙幅の都合上本稿では、DNA鑑定のための唾液の採取、アルコール検査等を目的とした尿の採取、当事者録音等を対象に、これまでの裁判例を紹介し、分析を行うこととする。

第一節 DNA鑑定のための唾液の採取——東京高判平成二八年八月二三日【判例①】⁽⁴⁵⁾

事案は概ね以下のようなものであった。窃盗事件の捜査に従事していた捜査官が、現場の遺留品から得られたDNA型と被告人のDNAの同一性を確認するために、任意捜査として、自らが警察官であることおよびDNA採取目的であることを秘したまま被告人を訪問し、紙コップを被告人に手渡しお茶を提供した。その後、警察官は使用後の紙コップを回収し、そこから唾液を採取してDNA型鑑定を行った。被告人はこのような一連の捜査手法の適法性と鑑定書の証拠能力を争った。これに対し、原審は「DNA採取目的を秘して被告人に使用したコップの管理を放棄させ、そこからDNAサンプル採取をすること自体は、なんら被告人の身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたりしたわけではないのであるから高度の必要性と緊急性、相当性が認められる限りは、令状によらなくても違法であるとはいえない」とした。そして、本件については、「DNAサンプルの採取についての高度の必要性、緊急性が認められ、Aらが警察官であることを明らかにせず、採取目的を秘したとしても、積極的に虚偽の事実を述べたわけでもなく、相当性を欠いて違法であるとはいえない」として、鑑定書の証拠能力を認めた⁽⁴⁶⁾。これに対し、東京高裁は、強制処分⁽⁴⁶⁾の定義に関して昭和五一年決定を引用したうえで以下のように判示し、その鑑定書の証拠能力を否定した。

まず、昭和五一年決定が提示した個人の意思の制圧の有無については、密行的処分については「合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利・利益を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらない」としており、重要利益侵害説に立つことが明確にされた。

次に、被処分者の意思に反するとしても直ちに強制処分性が認められるわけではなく、「法定の強制処分を要求する必要があると評価すべき重要な権利・利益に対する侵害ないし制約を伴う場合にはじめて、強制処分に該当す

る」とする。そして、本件処分の最終的な目的がDNA検査であるところ、「DNAを含む唾液を警察官らによってむやみに採取されない利益（個人識別情報であるDNA型をむやみに捜査機関によって認識されない利益）は、強制処分を要求して保護すべき重要な利益である」と判断した。

本判決においても、大法廷判決同様、密行的捜査についても昭和五一年決定の射程が及び、意思の制圧が合理的に推認される当事者の意思に反することと理解された点、加えてDNA型をむやみに捜査機関によって認識されない利益が強制処分を要求して保護すべき重要な利益である点が注目される。しかし、本件では強制処分性を認定する際に処分の密行性が殊更影響を及ぼした形跡は見受けられない。この点は、大法廷判決と異なる点である。というのも、推定的意思に反することを意思の制圧と認めてはいるものの、大法廷判決のように可能性として想定される権利侵害を基礎に重要利益侵害を認めたものではない。DNA型鑑定のサンプル取得においても、その後の検査方法の如何によって権利侵害が増加するという見解も取れないわけではない。⁴⁷しかし、東京高裁は現実に制約を受けたのがDNAにかかる個人識別に関わる利益であり、それ自体が重要な利益であることを認めたため、結果的に可能性として想定される権利侵害を措置した判断を行う必要がなかったものと考えられる。⁴⁸

第二節 アルコール検査等を目的とした尿の採取

アルコール検査等の目的でその目的を秘して尿を採取する事例は、昭和五〇年前後に多くみられたが、管見の限りでは二件の無罪判決がある。いずれも地裁判決であり、控訴審では破棄されている。まず、飲酒運転の捜査に関するものとして東京地判昭和四九年一月一七日【判例③】⁴⁹がある。事案は、飲酒運転の疑いを持たれた被告人が呼气検査等を拒否したため、当直の看守係が、尿意を訴えた被告人に対し、検査目的を秘して立会の幹部が来られな

いから便所に連れて行くことができない旨述べて、便器を留置場内に差し入れて排尿させ、尿を採取したというものであった。東京地裁は、「第一に、「本件尿は」いわば偽計を用い、被告人を錯誤に陥し入れて採取したものと同様にみることができし、第二に、真意を告知しないことよって、被告人の体内またはその占有に属する物を、その意思に反して取得する「に当たり」、裁判官の発する令状を必要とする憲法三五条、刑訴法二一三条、²⁹二二五条または二一八条等の定める令状主義の原則を潜脱したことになる」（括弧内は引用者）として鑑定書の証拠能力も否定した。これに対し控訴審の東京高判昭和四九年一月二六日【判例④】³⁰は、立会の幹部が来られなかったことが単なる口実ではないことを認め、たうえで次のように述べ、採尿手続を適法とした。すなわち、「酒酔い運転の罪の容疑によつて身柄を拘束されている被疑者が自然的生理現象の結果として自ら排尿の申出をして排泄した尿を採取するような場合、法律上いわゆる黙秘権が保障されている被疑者本人の供述を求める場合とは異なり、右尿をアルコール度検査の資料とすることを被疑者に告知してその同意を求める義務が捜査官にあるとは解せられないのであるから、右のことを告知して同意を求めなかつたことをもつてその採取行為を違法とする理由の一とすることには賛同できない」と。³²つまり、処分の真の目的を告げずとも問題はなく、非供述証拠の取得に関して動機の錯誤があつたとしても意思の制圧には直結しないことが正面から認められている。

採尿手続の違法を認め無罪としたもう一つの地裁判決としては、大津地判昭和五二年一月一四日【判例⑤】³³がある。事案は覚せい剤使用に関するものであつたが、捜査官は、被告人から尿の提供を求める際に、目的を曖昧にしたまま明らかにせず、覚せい剤使用の嫌疑についても事情聴取することがなかつた。大津地裁は採尿が適法であるためには、「被疑者の真意に基づく明示的同意」があり、かつその方法、程度が社会的に相当と認められるものである必要があるとした上で、「被疑者の真意に基づく」といふためには、被疑者自身その採尿の目的を知つ

ていることが前提になる」として、本件では「被告人の真意に基づく明示的同意が得られたとはいえない」とした。⁽⁵⁴⁾これに対し控訴審の大阪高判昭和五三年九月一三日【判例⑥】は同意の有効性を認めているが、その判断の違いは、覚せい剤検査のための採尿であることが被告人に説明されていたという事実認定の違いに基づくものであった。

その他、東京高判昭和四八年二月一〇日【判例②】では、飲酒運転の捜査において、逮捕に伴う身柄拘束中に尿意を催し便所へ行かせてくれと訴えた被告人に対し、捜査官が房内にバケツを差し入れ排尿させた点について、やはり「被告人の放尿行為は、その意に反して強制的に行われたものでない」とされている。⁽⁵⁷⁾

二件の無罪判決は、動機の錯誤がある場合の同意の有効性を認めなかった。昭和五一年決定の文言に照らし合わせると、捜査行為直接行使類型―捜査秘匿型においても意思の制圧は認められると判断されたことになる。しかしながら、それらの控訴審判決を含めた三件の高裁判決はこれとは反対の見解を示しており、尿の提供が動機の錯誤に基づき行われた場合でも意思の制圧は認められないことが明らかにされたといえよう。⁽⁵⁶⁾⁽⁵⁸⁾⁽⁵⁹⁾

第三節 当事者録音

会話の一方当事者が相手方の同意を得ないままその内容を秘密裏に録音するいわゆる当事者録音については、原則違法説を除く多くの学説がこれを任意捜査と位置づけている。⁽⁶¹⁾当事者録音には私人間におけるものと、捜査機関またはその依頼を受けた者によるものが想定されるが、後者については東京地判平成二年七月二六日【判例⑦】、千葉地判平成三年三月二九日【判例⑧】の二つの事件が存在する。いずれも脅迫事件に関するものであり、当事者録音にかかる事実関係はかなりの部分で類似する。すなわち、被害者自身が録音した犯人からの脅迫電話の声と被

告人の声を比較するために、搜索・差押えの際に警察官が被告人との会話を録音することによって声音サンプルを採取したというものである。両者はいずれも適法と判断しているものの、その内容には若干の違いがみられる。

まず、東京地判平成二年七月二六日は、録音を知らない会話の一方当事者の人格権がある程度侵害される恐れが生じることを認めつつも、「相手方に対する関係では自己の会話を聞かれることを認めており、会話の秘密性を放棄しその会話内容を相手方の支配下に委ねたものと見得る」としている。つまり、会話の秘密に関する権利放棄性を認めただけで、任意捜査としており、録音した声音を声紋鑑定の資料とするという目的の不告知は考慮されていない。

次に、千葉地判平成三年三月二九日であるが、むしろ以下のように述べて権利放棄性を否定し、原則違法としたうえで例外的に適法との判断を示している。

「事情を知らない会話の一方当事者は会話のプライバシーを放棄しているという見方は、」相手方が単に会話の内容を記憶にとどめ、その記憶に基づいて他に漏らす場合に妥当なことであって、相手方が機械により正確に録音し、再生し、さらには話者（声質）の同一性の証拠として利用する可能性があることを知っておれば当然拒否することが予想されるところ、その拒否の機会を与えずに秘密録音することが相手方のプライバシーないし人格権を多かれ少なかれ侵害することは否定でき「ない」（括弧内は引用者）。

このように、千葉地裁は、録音の真の目的ないし実態を知っていれば拒否したといえる場合、つまり、動機の錯誤が介在する場合の同意の有効性を否定したものと考えられ、意思に反することが認められたことになろう。⁶⁵なお、千葉地裁も結果としては本件録音を適法としているが、その理由として録音された会話が内密性のある内容ではなかったことなどを挙げている。そのなかで、「被告人は相手方が警察官であること」、「搜索差押の被疑事実の

概要を了知した上で警察官との会話に応じていること」も、本件録音が例外的に適法化される理由として掲げられている点に留意すべきである。千葉地裁は、これらの事情も含めた総合考慮の結果、「被告人の法益を侵害する程度が低い」としている。そのため、録音を取り巻く状況ないし被疑者としての危険性についての一定の認識は、制約利益の重要性評価のなかに取り込まれていることになる。しかしながら、自らが捜査対象者とされており、そのような状況下で警察官と対峙しているということを認識していたという事情、つまり一種の警戒感を持ち得た状況は、一般論としては同意の有効性を高める事情ともなり得るように思われる。というのも、先にみた東京高判平成二八年八月二三日の事案では、これとは対照的に、被告人は対峙している相手が警察官だとは認識していなかったがためにお茶を飲んだということが認定されており、そのことが動機の錯誤を惹起した一要素として考慮されているからである。自らが捜査対象者とされている点、会話の相手方が警察官であることを認識していた点について、千葉地裁がこれらの事情を同意の有効性に関連づけて評価していたと断じることができないが、意思制圧の有無を評価する一つの考慮要素として考える余地はあるように思われる。⁶⁷

第四節 その他の事案

東京高判昭和五八年一〇月二〇日⁶⁸【判例⑨】では、次のような捜査手法の適法性が問題となった。すなわち、一連の侵入盗事件の捜査に当たっていた捜査官が靴店の協力を得て靴底に傷をつけた靴を被告人に購入させた後、後日発生した窃盗事件の現場から採取した足跡と購入させた靴の足跡が酷似している旨の鑑定書を作成し、提出されたというものである。捜査協力者である靴店側が被告人と接触して件の靴を販売しており、被告人自身も一応は現場に足跡が残ること自体は前提に活動しているであろうから、⁶⁹捜査行為直接行使類型―捜査秘匿型に分類されるこ

とになる²⁰⁾。東京高裁は、「人の行動を観察して証拠とすることが可能であるとしても、それは、実際問題として、犯罪現場に残された足跡を事後的に収集する以外は、単に観念上可能であると認められるだけであるから、事後的な観察を可能とするため特殊な足跡を残すような工作を靴に施したからといって、人の居室に立入るなど通常許されない方法でその行動を直接観察する場合と同視するのは相当でない」（傍点は引用者）とし、強制処分に準じるような権利制約はないとした。東京高裁は、このような捜査手法が相手方の意思に反するか否かについては論じることなく、重要利益の制約がないことを理由に任意処分とした。本件では、足跡の収集による行動監視が観念上可能であるということだけでは権利制約の測定において問題とされなかった。このことは、本稿との関係で留意すべき点であろう。

第五節 小括

以上では「捜査行為直接行使類型―捜査秘匿型」に関するこれまでの裁判例を概観した。事案は昭和五一年決定以前のものも含まれるが、これらの裁判例は概ね同決定の示した強制処分性の判断枠組のなかで、さらに重要利益侵害説に親和的な立場から判断を示している。すなわち、相手方の意思に反した重要利益の侵害が認められる場合に、当該捜査手法を強制処分であると認めているのである。後者について、先にみたGPS捜査に関する大法廷判決では、可能性として想定されうる権利制約を基礎とした重要利益侵害の評価がなされていたが、ここで紹介した裁判例においてはそのような可能性論を基礎とした権利制約の評価はなされていない。というのも、これらの裁判例は、可能性論を俟つまでもなく重要利益の制約が明白であることを認めたもの【判例①】、同意の有効性が認められたために強制処分性を根拠づけるもう一つの要素である重要利益制約の判断に立ち入る必要がなかったもの

【判例②④⑥⑦】、とくに言及しないものの当該行為が重要利益侵害に該当することを前提としたと思われるもの【判例③⑤】、明確には述べていないが強制処分性が認められるほどの権利制約がないことを前提に任意捜査の適法性判断の枠組みのなかで当該処分の適否を論じるもの【判例⑧】、人の行動監視が觀念上可能となることは認めつつも重要利益の侵害に当たることを否定するもの【判例⑨】とに分類されるためである。これらの事案はいずれも動機の錯誤が問題となっており、問題の中心は権利放棄が有効な同意に基づくものといえるか否かという点にある。以下では、動機の錯誤に基づく権利放棄が昭和五一年決定のいう意思の制圧に当たるか否かについて、これを否定する見解が依拠していると思われる捜査の密行性論について確認したうえで、動機の錯誤と同意の有効性に関する学説の見解を確認することとする。

第四章 「捜査の密行性」論

GPS捜査大法廷判決を前提にすると、捜査密行の原則を前提とした主張は困難であるように思われる。そこで、以下ではまず「捜査の密行性」概念について従前の見解を概観したうえで、これと関連する範囲でGPS大法廷判決の分析を行う。というのは、その理解如何によっては、以前は「捜査の密行性」を理由として許容されてきた捜査手法が、場合によってはむしろ強制処分となり令状をもってして行われなければ違法となる可能性もあるように思われるからである。

従来、捜査の密行性は一定程度保護されるべきものとして理解されてきた。その根拠として主張されているのは、以下のような事情である。すなわち、相手方に捜査対象者であることが察知されると、協力を拒否されるばかりで

なく、罪証隠滅、逃亡を招くことになる場合もあり得るため、相手方に事情を知られることなく資料を入手する方法をとる必要に迫られるというものである。⁽⁷¹⁾そのため、捜査官が「捜査目的等について告知義務ないし説明義務を負うとする考え方は一般的でない」という見解は、現在もなお根強い。当然ながら、とくに捜査機関側の見解としてはこの傾向はひとしお強く、元検察官である大久保教授は、「ひとり捜査機関のみが潔癖な廉潔性を堅持して高い闘いを挑むことによって、全ての犯罪を解決できるとは到底思われない。ある場合には捜査機関がその保有する情報を提供して誘導し、ある場合にはこれを秘匿しあるいは偽装して、犯人を検挙しあるいは犯人から有益な情報を獲得することも、情報化時代の駆け引きとして許容される余地があり得るのではあるまいか」との見解を示されている。⁽⁷²⁾

一般に、捜査機関はできる限り捜査の目的、意図を秘匿しようとするし、場合によっては、その意図を秘して相手方を錯誤に陥れ、捜査目的を達成することがあるといわれてきた。⁽⁷³⁾そして、右で述べたように、捜査実務家を中心に主張されてきた「捜査意図を相手方に告知する義務はない」という見解を基礎に、脅迫電話の逆探知、片通しの鏡を用いた面通し、タバコを勧めて唾液を採取する行為、お茶を勧めて茶碗から指紋を採取する行為などが用いられてきた。原田元検察官は一九七四年の論考で、「これらの例が、犯人を錯誤に陥し入れるという手段を用いたからといって、個人の尊厳を基調とする基本的人権を侵害し、刑事手続の公正と正義の観念に反するもので許されないと考える人はまずいであろう」と述べられていた。⁽⁷⁴⁾他方で、このような捜査機関側の姿勢に対しては、當時から在野法曹や研究者による強い批判があった。⁽⁷⁵⁾

そもそも、捜査実務家によって主張されてきた捜査の密行性の規範的根拠はどこに求められるのか。旧刑法二五三条は、「捜査ニ付イテハ秘密ヲ保チ被疑者其ノ他ノ者ノ名誉ヲ毀損セサルコトニ注意スヘシ」と規定し、同

二九六条では予審についても同様の規定が置かれていた。ところが、旧法二五三条に対応した刑訴法一九六条は、同様の規定ぶりでありながら、秘密を保つという部分が消えることになった。この点について、団藤博士はすでに一九五〇年の段階で、これら新旧両条文の変化を重視し、従前の全面密行をやめて、関係者の名誉保護、捜査遂行に必要な限度だけで秘密にする趣旨で理解すべきだと主張されていた⁽⁷⁷⁾。また、久岡教授は、「被疑者は「起訴・不起訴の処分のみならず」個々の捜査行為によっても、それが強制処分でもある捜査行為（強制捜査）によるものであれ、強制処分ではない捜査行為（任意捜査）によるものであれ、将来の起訴・不起訴または有罪・無罪に連なる点において、権利の侵害または重大な損失をこうむる虞のある者」である（括弧内は引用者）ことを指摘し、故に捜査の密行性概念は否定され、そのことで手続的保障が被疑者にも認められなければならないとされる⁽⁷⁸⁾。かくして、戦後の現行刑訴法の施行後、学説においては捜査の密行を否定する、あるいは縮小する方向で理解する見解が支配を強めていったといつてよい。しかしながら、捜査実務においては捜査の密行性論は強力に維持され、最高裁昭和四七年十一月一六日判決⁽⁷⁹⁾も、「事実調査の実行の確保、被疑者その他の関係者の名誉の保護等のため、密行性をも重視」すべきで、「密行性のかかなり広範な解除による真実歪曲の危険および被疑者ならびに捜査協力者らの名誉、プライバシーの侵害の可能性など、そのもたらす弊害が必ずしも小さいとはいえず……そのような方式による審理は、一般的には、事案の真相解明の上にもなほどうか傾斜をきたすおそれのあることも予測されないでもない「い」とした。最高裁は、弊害に優越する特段の必要性があれば、広範な密行性解除も正当化されることを認めているが、実際にはこの要件はかなり厳格に運用されているようである⁽⁸⁰⁾。

このような実務の傾向は近年もなお根強く残っており、少なくとも捜査機関においてはこのような状況を背景に様々な捜査手法が任意処分の名の下に許されてきたのではないかという指摘もなされている。指宿教授は、捜査機

関は、おそらく他人の妨害を排除するとき、あるいは他人の協力を仰ぐときに令状を必要とするのではないかと指摘され、装着型GPS捜査の場合は、それらの必要がなかったため、令状による必要もなかったのではないかとされる⁽⁸¹⁾。指宿教授は、GPS大法廷判決がこのような運用の行き過ぎに対する問題意識を基礎としていることを前提に分析を加えておられるが、このような理解を前提とすれば不告知に対する危険性を最高裁も認めたことになり、捜査のあり方に対する見解に今後大きな影響を与えることになるだろうし、欺罔に基づく錯誤を利用する場合はより問題視されることになろう。

第五章 動機の錯誤と同意の有効性

すでに確認したように、強制処分⁽⁸²⁾の定義に関する昭和五一年決定の判断枠組が密行的処分に及ぶことは大法廷判決によって明確にされた。しかし、同決定にいう個人の意思の制圧が、捜査行為⁽⁸³⁾秘匿類型の場合にのみ認められるのか、捜査行為⁽⁸⁴⁾直接行使類型―捜査秘匿型（目的の秘匿、偽装⁽⁸⁵⁾動機の錯誤）の場合にも認められるのか、については議論の分かれるところである。すでにみたように、東京高判平成二八年八月二三日を前提とすれば、動機の錯誤の場合にも意思の制圧が認められることになる。しかしながら、同判決は下級審によるものであり、また、かつての裁判例はむしろこのような場合に同意に基づく有効な権利放棄があったものと認める傾向がみられた。加えて、本判決に対しては捜査実務側の論者のみならず、研究者や裁判官の側からもやや懐疑的な評価が与えられている。まずは従来の判例の立場に比較的近いと思われるこれらの見解からみておこう。

第一節 動機の錯誤を問題としない見解

大久保教授は、「捜査段階においては刑法訴訟四七条の趣旨に照らし『捜査の密行性』が前提とされている」としたうえで、とくに偽計を用いた尿の採取については、「鑑定資料となることを知っていたなら提出しなかったであろうという事情があったとしても、そもそも捜査資料として利用されない権利が認められるわけではなく、……秘匿の本質は、結局のところ捜査であることを告げない点にあるから、『捜査の密行性』をも考慮すれば、秘匿をもって直ちに違法とするには疑問が残る」とされる。⁸⁴⁾ つまりは、身分や目的の秘匿あるいは偽装を伴う捜査は、被処分者の提供意思自体に錯誤を惹起するものでなければ任意捜査の枠内で許されるとの見解に立たれるのである。⁸⁵⁾ しかし、捜査密行の原則は、第一義的には被疑者、被告人その他の訴訟関係人の名誉等の利益を守ることを目的とするものであり、⁸⁶⁾ 捜査密行の必要性を前提とした秘匿や偽計の正当化には慎重であるべきである。

池田教授は、個人の意思の制圧に関する大法廷判決の趣旨について、処分を全く知らない場合を処分の可否を決する可能性の全面否定と理解したうえで、個人の意思の制圧は限定的な文脈のもとで理解することも可能であるから、大法廷判決で示された合理的に推認される個人の意思に反するか否かの検討を、事案を離れて一般化して行うことには慎重であるべきとされる。⁸⁷⁾ また、中谷裁判官も、行動監視型捜査においては、対象者の私的領域に侵入するに至らない限りは事前の告知義務を捜査機関側に課す根拠はない旨主張される。⁸⁸⁾ 中谷裁判官は、意思決定の自由、その実現の自由に対する侵害を強制処分性を認める要件の一つである意思の制圧と理解される。そして、意思決定の自由が奪われたと評価する際、対象者の一般的行動意思ないし行動性向との関係で、捜査機関の働き掛けによりこれに反する想定外の行動意思を生じさせたか否かを問題とされる。このような池田教授、中谷裁判官の見解によると、処分応諾に関する意思決定の機会保障（あるいは意思決定の自由）が問題になる。これに対し、以下で紹介

する見解は動機の錯誤に基づく同意を瑕疵ある同意とみなす。⁽⁸⁸⁾

第二節 動機の錯誤に基づく同意の有効性を否定する見解

捜査の密行性を根拠とする見解に対して、久岡教授は以下のように反論される。まず、法治国家においては、例えば法律の留保原則からも、人の権利、利益および生活領域に介入する際には同意もしくは授權根拠を要することを主張される。そして、同意による場合には、インフォームド・コンセントが問題となり、これは専用のキットを用いた口腔内細胞の任意提出の際にも心掛けられていることから明らかである点を指摘される。また、処分の相手方と被疑者の罪証隠滅⁽⁹⁰⁾や逃亡は直結しておらず、仮にそのような危険が存在するとしても、強制処分による対応が制度上予定されており、一般に捜査の密行は前提とされていないため、一般に捜査密行の原則を認めることに疑問ありとされる⁽⁹¹⁾。そして、ドイツの議論に触れつつ、むしろ「『当事者が認識しない間に行う捜査』であることは、それ自体で重要な権利・利益に対する侵害ないし制約の強度を上げるもので、強制処分法定主義による保護（強制処分への該当性・意思制圧性の肯定もしくは具体的な強制処分の不許可）の必要性を高めることになる」と主張される⁽⁹²⁾。このような見解はGPS捜査に関する大法廷判決とも共通するものであるが、捜査の密行的性質が権利制約性を高める理由については触れられていない。また、GPS捜査のような捜査行為秘匿類型と動機の錯誤が問題となる捜査行為直接行使類型―捜査秘匿型との違いはここでは意識されていないようである。私見は、基本的に密行的性質が通常の処分と比較して大きな権利制約を生じさせるといふ見解に同調するものである。しかしながら、例えばGPS捜査等においては、①密行的性質によって生じる可能性として想定される権利制約と、②それがどの程度容易に実現されるかという二点が問題となりうるどころ、捜査行為直接行使類型―捜査秘匿型においてこれら

両要素が充足されるのか、なお検討の余地を残すように思われる。

久岡教授と同様に、白取教授も、自己情報を提供するか否かの意思決定に際して必要な情報を与えられる必要があるとされる。すなわち、犯罪捜査規範一〇二条一項は、任意出頭要請時に「日時、場所、用件その他必要な事項」の告知を定めているのは、任意性を確保するのに重要な要素となるためであり、「これを被疑者との関係でいえば、自由な意思決定を保障されるためには、意思決定に必要な十分な情報を与えられる必要がある〔り〕」、「情報が隠されたままでは、『任意』の意思決定とはいえない」と⁽⁹³⁾。さらに、被処分者に承諾を求める際の告知は、同人が執行に際して無用の有形力を受けることを避けるか、敢えて抵抗するかを決する機会を保障するものであり、これこそが人格の尊厳、尊重であるとして、「捜査官の偽計、欺罔はこの意味での人格の尊厳、人格の尊重に反する捜査手法である」と結論づけられる⁽⁹⁴⁾。

第三節 小括

近年の判例をみると、動機の錯誤による意思形成が行われた場合には、同意の有効性が否定される傾向にあるように思われる。しかし、現在でもなお、合理的に推認される当事者の意思に反するか否かの解釈を巡っては慎重な論者も多くみられる。とくに捜査実務家らは、動機の錯誤を問題としない根拠を實質的には捜査密行の原則に求められているようであるが、同原則の法律上の起源は明らかでなく、また、本来被疑者等の関係人の名誉等の保護を目的に論じられていたことに鑑みれば、そのような立論が現在でもなお成り立ちうるのかは疑問である。他方、意思決定の自由の制約は、捜査機関の行為が対象者をして通常はとらない行為に向かわせた場合に認められるという見解は、検討を要する。例えば、指紋採取目的で、被疑者が常連になっている居酒屋に従業員になりました捜査員を

配備し、飲料を提供した後にグラスを回収し保全する場合などに、動機の錯誤がある場合に同意の有効性を否定する見解との違いが現れる。この場合、白取教授らの見解によれば、同意の有効性は否定されるものと思われるが、中谷裁判官の見解によれば、お茶を勧められて初めて紙コップに口をつけた東京高判平成二八年八月二三日⁽⁹⁵⁾の事案とは異なり、被疑者が飲み物を注文しそれを店側に返却するという行為は、初めから被疑者の一般的行動傾向として認められるため意思の自由に影響を及ぼしていないということになる⁽⁹⁶⁾。たしかに、このような見解は、端的に捜査機関の影響がなくとも存在しえた行為か否かを問題とするもので、明快かつ説得的であるようにも思われる。しかし、犯罪捜査の場面において不利益情報を相手方に提供するか否かは重要な意味を持ち、これに関する意思決定も重要な意義を有する。この点、久岡教授、白取教授の見解は、自己の行為の意味を知って行為したといえるか否かという点に着眼したものであるが、中谷裁判官の見解はこのような視点を欠いたものといえよう。思うに、問題の核心は、自己の不利益情報ないしプライバシー情報の放棄の認識の有無という点にあるのであって、それが当事者に一般的傾向として認められる行動によって提供される場合も、捜査機関によって影響を受けた結果なされる場合も有意的な差異があるかは疑わしい。

このように考えた場合に問題となるのが、おとり捜査や当事者録音に関する判例との整合性であることはすでに指摘されているとおりである。同意の有効性におけるポイントが、自己の不利益情報の放棄に関する認識の有無とということになると、おとり捜査においては自己の行動を観察されることについて対象者は同意していないことが問題となる。他方、おとり捜査の適否に関する最決平成一六年七月一二日⁽⁹⁷⁾はこれを任意捜査としており、学説においてもおとり捜査が任意捜査であることについては異論がない⁽⁹⁸⁾。たしかに、これまでの学説も、概ね、おとり捜査において意思の制圧がなく任意捜査として理解される旨の主張を行ってきた⁽⁹⁹⁾。しかしながら、最高裁はおとり捜査

がなぜ任意処分に該当するのかについて述べておらず、学説でもこの点についての議論は活発でなかった。しかも、GPS捜査に関する大法廷判決を前提とすると意思の制圧は、「合理的に推認される個人の意思」に反することであると、おとり捜査に関する判例のいう意思の制圧が同じ意味で用いられているかも知然としない。思うに、おとり捜査における対象者の権利の制約の一つとして、捜査機関に自己の犯罪行為を自らを観察されることを想定することが可能であるように思われるが、それは同じ監視型捜査のGPS捜査と比べると比較的軽いものと考えられる。というのも、GPS捜査の場合は、モニタリングが私的領域に及びうることもあれば、それが継続的に実施される場合も想定されるところ、おとり捜査における行動の観察は基本的に犯罪の実行行為ないしはそれと接続したその前の行動に限定されると考えられるからである。したがって、対象者の意思に反してはいるものの、強制処分性を認めるだけの権利制約がないことを理由に任意捜査となるという説明も可能であろう。⁽¹⁰⁾結果、おとり捜査においても相手方に自己の不都合、不利益な行為を観察されたくないという意味での反意思性は認められ、東京高判平成二八年八月二三日との整合性に関する問題は解消されよう。

むすびにかえて

本稿では、捜査における欺罔・不告知によって被疑者を錯誤に陥らせ、不利益証拠となる物等を提出させたうえこれを取得する捜査手法について検討を加えた。冒頭でも述べたように、このようなテーマを選択した背景には、密行的あるいは欺罔的捜査手法に対する新たな判例の潮流が感じられたこともあるが、他方で、偽計を用いた自白の採取あるいは物証等の採取の間に、反意思性という点では実は違いがないのではないかという疑問もあった。す

なわち、自白については黙秘権告知が適法認定のための必須要件とされ、偽計による自白が違法とされるのに対し、尿等の採取時には供述証拠と異なるため告知義務はないとされてきたが、その違いは意思に反するか否かではなく、重要な権利の制約があつたか否かという点に求められるのではないかと考えたためである。自白と物証の取扱い上の最大の違いは、黙秘権による保護があるか否かという点であろう。そのため、自白については黙秘権保障の観点から権利告知が重要となるのは当然である。翻つて物証の提供を求める場合は黙秘権による保護の射程外であるという考えが一般であるが、だからといって偽計を用いた採証活動が対象者の意思に反しないことにはならないのではないか。繰返しになるが、物証等の取得が自白採取と異なるのは、意思には反するが黙秘権のような重要な権利の制約はないという点にあると考えたのである。たしかに、黙秘権は自己の不利益情報を供述という形で提供するか否かの意思決定自体を権利内容とするものであり、不利益情報が化体した物を提供するか否かという選択それ自体は権利として保障されてはいないとみることも可能かもしれない。しかし、たとえそうであつたとしても、本当のことを知っていれば不利益情報を提供しなかつたという点、すなわち反意思性という点では両者に違いがなく、自白の場合は意思決定それ自体が保護の対象となるため偽計による自白採取が黙秘権侵害となり強制となるが、非供述証拠の場合は有効な同意が認められなかつたからといって直ちに強制となるわけではなく、意思決定の制約によつて実質的にどのような権利が制約を受けたかで強制となるか否かが決せられるという違いがあるように思われるのである。重要利益侵害説に立つて昭和五一年決定を理解するとき、個別の要件である意思の制圧と重要利益とでそれぞれ独立した二段階の評価が求められるとすれば、従来の判例の立場は両者を混交したものとなつてゐるのではないだろうか。

本稿は、強制処分⁽¹⁾の定義に関する昭和五一年決定の分析を基礎に、密行的捜査手法の法的性格について、とくに

強制処分性の判断について新たな理解も可能となるのではないかという考えから分析を試みた。この点、近年、従来の基本権制約を基礎とした強制処分⁽¹⁰⁵⁾の統制という見解に立たず、捜査法の目的を、「捜査機関が刑罰権の実現に寄与することによって国民全体の法益を増進するために与えられた権限と資源とを、不当な目的に濫用・消費することなく、真に国民の期待に沿う形で最大限に活用してもらおうための捜査機関統制構造を具現化すること」(論者はこれを「捜査活動の最適化」と呼ぶ)に求める見解⁽¹⁰⁶⁾も注目を集めている。また、強制処分法定主義の意義について、「立法府が強制処分⁽¹⁰⁷⁾について『意識的・自覚的な決断』をすべきという自己決定義務を定めたもの」であると、強制処分を「立法府がその内容・要件・手続を法定すべき処分(捜査機関の裁量にゆだねるべきではない処分)」とする見解⁽¹⁰⁸⁾など、強制処分概念について様々な見解が登場するに至っている⁽¹⁰⁹⁾。これらの見解を検討したうえで密行的処分に関する近年の裁判判例との関係の分析は今後の課題としたい。

かつて捜査実務においては、捜査は捜査機関と被疑者との知恵比べであり、一人捜査機関だけが清廉潔白である必要はないのだという傾向が強く⁽¹¹⁰⁾、そのため動機の錯誤の利用も広く容認されていた。しかし、被疑者は国家との関係で弱い立場に置かれており、真の意味で対等な力関係が認められるわけではない⁽¹¹¹⁾。密行的あるいは欺罔的な手法に対する近年の判例の傾向は、近年における情報の価値の高まりとも相まってそのような捜査の実情に適合したものと評されよう。

〔謝辞〕

平田先生と最初にお会いしたのは、二〇〇二年五月に南山大学で開催された刑法学会であった。以来、平田先生には長きにわたり指導、助言をいただってきた。とくに二〇一三年に私が本学に赴任して以降は、しばしば執筆中

の論考に関する相談相手になっていただき、貴重な指摘をいただいた。先生との対話は、研究対象、研究スタイル、文章表現（私の文体は「〜と思われる」が多すぎるとのご指摘には今なおお応えできておらず申し訳ない限りである）など、多岐に及んだ。雑談も含めた研究室でのおしゃべりは今後も有意義な時間の思い出として記憶にとどめておきたい。頂いたご恩に報いることができるとは到底思われないが、本稿を謹んで献呈申し上げる次第である。

注

- (1) 最大判平成二九年三月一五日刑集七一巻三号一三三頁。
- (2) 大規模な情報収集と蓄積を基礎にした情報分析の結果、従来想定されていなかった規模の情報取得が可能になることについて、近時学説の注目が集まっている。大法廷もいわゆるモザイク理論を明確に採用するには至らなかったものの、判決理由からそのような権利侵害の波及的効果に関する意識が垣間みえる。
- (3) 刑集三〇巻二号一八七頁。
- (4) 植村立郎ほか「座談会・GPS捜査の課題と展望——最高裁判平成二九年三月一五日大法廷判決を契機として」刑ジャ五三二号（二〇一七年）二八、四三頁（太田茂発言）。
- (5) 植村ほか・前掲（註4）四五頁（指宿信発言）。なお、伊藤雅人・石田寿一「判批・最大判平成二九年三月一五日」ジュリ一五〇七号（二〇一七年）一一〇頁は、二分説について、強制処分当たるかどうかを捜査機関の意図・目的によって判断するとすれば、現実には令状を請求すれば強制、請求しなければ任意というのに等しい結果になりかねないと指摘する。
- (6) GPS捜査を一律に強制処分として裁判官の令状審査に服させるとしても、密行的処分であるがゆえに捜査機関が徹底した隠蔽工作に及べばもとよりコントロールを及ぼすことは不可能である。だとしても、当該捜査手法が強制処分に該当し、令状をもってして行わなければならないことを法律で規定しておくことは、捜査機関への行動規範を明確にするという意義

を超え、違反があった場合の法的処理を考える上でも重要な意義を有することになる。

(7) 大久保隆志「偽計手段による証拠収集」法教四四六号(二〇一七年)一八頁、白井滋夫「尿の無断採取行為の適法性」研修三一一号(一九七四年)一二九頁。

(8) 大久保・前掲(註7)二〇頁。

(9) 例えば、おとり捜査や秘密録音、ビデオやカメラの隠し撮りなどが挙げられる。また、継続型のGPS捜査についても過去一〇年にわたって利用された事実があるかもしれないことが指摘されている(植村ほか・前掲(註4)四五頁(指宿発言))。

(10) この点、後藤教授は、一九九〇年代までは、明文規定のない捜査手法を判例が一定の条件下で正当化することが多く、その一つの手法は、任意捜査ないし任意処分として位置付ける方法であると指摘される(後藤昭「捜査の法的規制」法時九一卷五号(二〇一九年)一三五頁)。なお、二二世紀になってからは、このような傾向は変化し、「判例は、むしろ捜査手段を抑制する方向を示すようになっていっているように見える」とされる(同一三六頁)。

(11) 高刑集六九卷一六一頁。

(12) 本判決に対する評釈として、吉田雅之「判批・東京高判平成二八年八月二三日」研修八二四号(二〇一七年)一三頁、宮木康博「判批・東京高判平成二八年八月二三日」法教四三八号(二〇一七年)一三九頁、中島伸明「判批・東京高判平成二八年八月二三日」研修八二二号(二〇一六年)九三頁参照。

(13) また、最近の事案として佐賀地裁唐津支部平成二八年六月八日決定(判例集等未搭載)は、同様に窃盗事件において、被告人の足跡を無令状で密かに採取したことが違法とされている。なお、本決定であることは論文中では明示されていないが、これを紹介し検討を加えたものとして、宮田誠司「住居侵入、窃盗被告事件において、被告人の足跡痕を無令状でひそかに採取したことが違法な強制処分であるとされたうえ、犯人の足跡痕と被告人の足跡痕との同一性に関する鑑定書の証拠能力が否定された事例」研修八二二号(二〇一六年)八五頁に依拠した(この点について、大久保・前掲(註7)一九頁註九参照)。

(14) 東京高判昭和五八年一〇月二〇日高刑集三六卷三号二八五頁参照。また、房外のトイレを使うには立会人がいないなどの

口実でバケツ等に排尿させ尿を採取したことが争われた例として、東京地判昭和四九年一月一七日判時七二七号二九頁、およびその控訴審である東京高判昭和四九年一月二六日高判集二七卷七号六五三頁、目的を秘して同様の採取を行った例として、大津地判昭和五二年一月一四日判時八八四号一二八頁、およびその控訴審である大阪高判昭和五三年九月一三日判時九一七号一四一頁、東京高判昭和四八年二月一〇日高判集二六卷五号五八六頁、およびその上告審である最決昭和四九年一月二三日集刑一九四号三〇九頁がある。その他にも、報道等から推察するに、情を知らない被疑者に指紋のついたビール瓶の占有を放棄させたうえ捜査協力者である第三者から領置する例や、煙草を提供しケースに付着した指紋やフィルタに付着した唾液を採取するなどの例が考えられる。

(15) 捜査の密行性がとくに問題とされた事案ではないが、いわゆる「なりすまし捜査」について鹿兒島地加治木支判平成二九年三月二四日判時二三四三号一〇七頁は、必要性の欠如を理由に違法と判断している。この事案では、証拠能力の有無の判断の際に、捜査機関が安易にこのような違法捜査を実施している点、なりすまし捜査を実施したこと自体を隠匿しようとした点が問題とされており、密行的処分であるが故の危険性を確認することができる。

(16) 後藤・前掲(註10) 一三六頁。

(17) (註11)。

(18) 中谷雄二郎「判批・東京高判平成二八年八月二三日」刑ジャ五九号(二〇一九年)五一頁。

(19) ただし、刑訴法に規定のあるこれらの捜査手法であっても、例えば、被疑者の不在中に勝手に住居に上がり込んで捜索を行う場合など、それが相手方の不知のままに実施されれば捜査行為が秘匿類型に該当することも考えられる。検証について捜査行為が秘匿類型に分類されるものとして、最決平成二二年九月二八日刑集六三卷七号八六八頁参照。

(20) 中谷裁判官によれば、さらに各類型について能動型と受動型とがあるとされる(中谷・前掲(註18)五一頁)。

(21) 井上正仁「強制捜査と任意捜査」新版(有斐閣、二〇一四年)九頁以下。

(22) 川出敏裕「任意捜査の限界」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集下巻(判例タイムズ社、二〇〇六年)二八頁。

- (23) 堀田尚徳「判批・東京高判平成二八年八月二三日」北大法学論集六八巻四号(二〇一七年)八三八頁。
- (24) 尾行や張込み、コントロール・デリバリーなどの監視捜査もこの類型に該当する。他方で、最決平成二一年九月二八日(註19)で問題となった宅配物のX線検査は、発送者の管理下を離れた物に対する処分であり、自らの行動が捜査機関への情報に繋がるわけではないものの、自らのあずかり知らないところで個人情報取得されるという点では共通する。
- (25) 例えば、中谷・前掲(註18)。動機の錯誤に基づく尿の任意提出が問題となった昭和五〇年前後の一連の高裁裁判例も、動機の錯誤が同意に与える影響をほぼ重視していない(本稿第三章第二節参照)。
- (26) (註14)。
- (27) (註14)。
- (28) ただし、東京高判昭和四九年一月二六日(註14)は、目的を告げなかったことを認めつつも、黙秘権の場合とは異なり、呼気検査が法律で定められており、目的を告知して同意を求めないことを理由に尿についても目的を告げる必要はないことも述べている。
- (29) なお、東京高判昭和四九年一月二六日(註14)の原審である東京地判昭和四九年一月一七日(註14)は、このような採取方法は被告人の意思に反するとして令状によらなければならないとする。
- (30) 最大判昭和四五年一月二五日刑集二四巻一〇号一六七〇頁、東京地判昭和六二年二月一六日判時一二七五号三五頁、浦和地判平成元年一〇月三日判時一三三七号一五〇頁、浦和地決平成三年五月九日判タ七六四号二七一頁、浦和地決平成三年一月一一日判タ七九六号二七二頁、浦和地判平成四年一月一四日判タ七七八号一一七頁。なお、平田元「判批・東京地判昭和六二年二月一六日」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選「第八版」』(有斐閣、二〇〇五年)一六五頁参照。
- (31) 例えば、東京高判昭和四九年一月二六日(註14)は、「法律上いわゆる黙秘権が保障されている被疑者本人の供述を求めるときとは異なり、右尿をアルコール度検査の資料とすることを被疑者に告知して同意を求めるときは義務が捜査官にあるとは解されない」としており、非供述証拠の取得に関して一定の偽計を用いる余地を認めている(なお、本稿第三章第二節参照)。

(32) 憲法三五条の適用範囲であることに関して、指宿教授は、公道上の一種の情報の取得を憲法一三条で規制するのか、三五条で規制するのが問題となるが、「大法院は、住居などの閉ざされた空間の外側に『私的領域』をもうけ、三五条の列挙されている類型プラス私的領域まで拡大するという考え方、この私的領域概念を日本の最高裁として初めて明文条使っている。こうした保護領域を守りましょうということが大前提になったのではないか」と思うと述べられる(植村ほか・前掲註三論文三八頁)。

(33) 井上・前掲(註21)九頁以下。

(34) 川出・前掲(註22)二八頁。

(35) この点、意思制圧説が、密行的処分については意思の制圧は観念しえないため、昭和五一年決定の射程は直接的には明示的処分(捜査行為直接行使類型)にしか及ばないとするのは対照的である。

(36) なお下級審裁判例ではあるが、これに先行する東京高判平成二八年八月二三日(前掲(註11))も、意思制圧説とは異なる見解に立っていたといえる(宮本・前掲(註12)一三九頁、堀田・前掲(註23)八四一頁)。

(37) 本判決は、例えば、追尾補助型の事案において行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うとしている点など、読解が容易でない部分が存在する(緑大輔「監視型捜査」法教四四六号(二〇一七年)二四頁。なお、必然性の点について疑問を呈する論者として、植村ほか・前掲(註4)三五、三九頁(太田発言))。

(38) 例えば、植村ほか・前掲(註4)で、太田元検察官は、本判決が前提とする強制処分の定義は、これまでの判例や学説が築き上げてきた考え方との整合性の点からも問題であると指摘される(二九頁)、また、濫用危険性の観点から強制処分とすべきだという意見に対して、植村元裁判官は、政策論としては反対ではないが、「そうした視点が強制処分に当たるかどうかの重要な判断要素となることは本来違うことであ[る]」として、違和感を示されている(三四頁)。

(39) 植村ほか・前掲(註4)四二頁。前述の通り、太田元検察官は二分論に立ち、追尾補助型の場合、任意処分としたうえで必要性・緊急性・相当性の三要件で事後的に規制すれば足りるのだと主張される(同四三頁)。

- (40) 植村ほか・前掲(註4) 四二頁〔指宿発言〕。
- (41) 最決平成二一年一月一六日刑集五三卷九号一三二七頁。なお、最大判昭和四四年一月二四日刑集二三卷一二号一六二五頁は、写真撮影についても現行犯状況下での許容性を認めており任意処分であることを理由に許容性を認定しているわけではない。なお、下級審裁判例には、秘密録音について任意捜査としたものもある(東京地判平成二年七月二六日判時一三五八号一五一頁、千葉地判平成三年三月二九日判時一三八四号一四二頁)。
- (42) なお、最決平成二一年一月一六日(註41)は、通信傍受を強制処分と判断するに当たり昭和五一年決定を引用も参照もしておらず、また、個人の意思の制圧の有無にも触れていなかった。また、梱包物のX線検査を検証に当たるとした最決平成二一年九月二八日(註19)も同様である。そのため、対象者の不知のままに実施される処分について、昭和五一年決定の射程が及ぶかについてはかつては判例の態度は判然としなかった。
- (43) 植村ほか・前掲(註4) 四二頁〔指宿発言〕。
- (44) 植村ほか・前掲(註4) 四二頁〔指宿発言〕。
- (45) (註11)。
- (46) 原判決は判例集等未登載。原審の判示部分は、東京高裁の認定による。
- (47) 本判決は、「DNA型をむやみに捜査機関によって認識されない利益」を認めている点で、従来の取得時中心主義から一歩踏み出した判断とみる余地もあるように思われる。ただしここで問題とされているのは個人識別情報であって、非コード化領域以外のセンシティブ情報の取得については述べられていないが、鑑定サンプルの取得はセンシティブ情報の取得にも繋がりがうる可能性を有する。
- (48) DNA鑑定のためのサンプル採取は、検査次第で人格権の中核領域への侵入が可能となりうることはすでに触れた通りである(前掲(註47)参照)。しかし、本件東京高裁はそのような可能性として存在しうる権利制約を措置して重要利益侵害を認定したのではないことは引用した判示部分から明らかである。仮に、東京高裁の認定した個人として識別されない利益

が重要利益に当たらないとしても、検査方法や取得されたDNA型情報の利用方法次第ではさらに大きな権利の制約を生じさせる危険性も存在しうる。そのため、大法廷の判断枠組を当てはめれば、やはり可能性として想定されうる重要な権利制約の存在を認めることは可能となろう。なお、DNA型情報が単なる識別符号に止まらずインデックス情報として機能しうる点について、久岡康成「判批・東京高判平成二八年八月二三日」立命館法学三七八号（二〇一八年）三七六頁参照。

なお、堀田准教授は、重要利益侵害説に立つ場合、強制処分性を基礎づけるメルクマールの一つである権利制約の判断については、権利制約の質および程度という二つの側面からの検討が必要であるが、本判決はDNAについては権利の質が極めて高く、それだけで一般的に重要利益侵害が認められるものと判断されものと分析される（堀田・前掲（註23）三八頁）。

(49) (註14)。

(50) 控訴審の東京高裁は刑法二二二条の明らかな誤記であることを認める。

(51) (註14)。

(52) なお、東京高裁は、仮に強制処分に当たるとしても刑法二二八条二項（現三項）および道交法上の呼気検査規定から適法化しうるとする。

(53) (註14)。

(54) 本文中では、意思の制圧の有無との関係から、判決理由中同意に関する部分を紹介したが、大津地裁は本件採尿手続が違法である理由として、四時間近い間留め置いた点も考慮されている。

(55) (註14)。

(56) (註14)。

(57) なお、本件でも道交法上の呼気検査規定および刑法二二八条二項（現三項）の規定により適法となることが述べられている。

(58) なお、東京高判昭和四八年二月一〇日の上告審として最決昭和四九年二月三日（註14）があるが、「記録によれば、本

件における被告人の尿の採取が違法であったとは認められない」と述べるにとどまっているため、原審の判断を全面的に認めたとと思われる。

(59) このような判例の傾向に対しては、当時から研究者の側からの批判が強かった。そのなかには、尿はいずれ排出されなければならぬものであるため、とくに拘禁下において尿意を訴える者をそのままにしておくことは、「不作為による排尿の強制と同じ」とするものもある（庭山英雄「判批・最決昭和四九年二月三日」『昭和五〇年度重要判例解説』（ジュリ臨増六一五号、一九七六年）一六二頁）。

(60) 鴨良弼『刑事証拠法』（日本評論社、一九七〇年）三七七頁、渥美東洋『捜査の原理』（有斐閣、一九七九年）一二三頁、阪村幸男「盗聴」熊谷弘ほか編『捜査法大系Ⅲ』（日本評論社、一九七二年）二五五頁、椎橋隆幸「捜査の科学化」ジュリ八五二号（一九八六年）八八頁以下。

(61) 当事者録音を任意捜査とする見解としては、原則適法説（平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、一九五八年）一一六頁、松本時男「盗聴」熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅰ』（日本評論社、一九七〇年）二一〇頁、島田仁郎「科学捜査と人権」松尾浩也編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、一九七九年）八四頁）、留保付合法説（佐藤文哉「判解・最決昭和五六年一月二〇日」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和五六年度）』二六六）、利益衡量説（井上・前掲（註21）二二二頁以下、田宮裕「刑事訴訟法」『新版』（有斐閣、一九九六年）二二四頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』（成文堂、二〇〇七年）一七六頁、白取祐司「科学捜査と人権」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点「新版」』（有斐閣、一九九二年）八〇頁）がある。

(62) 私人による当事者録音が問題となったものとしては、最決昭和五六年一月二〇日刑集三五卷八号七九七頁および最決平成二二年七月一二日刑集五四卷六号五一三頁がある。

(63) （註41）。

(64) （註41）。

(65) ただし、千葉地裁は原則違法とは述べているものの強制処分に該当するため違法とはしていない。むしろ、「録音の

経緯、内容、目的、必要性、侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるべきもの」と述べているため、任意捜査と考えているものと思われる。なお、その場合でも同意の有効性の問題は残るといふべきであろう。

(66) (註11)。

(67) 一般に同意については、有効な同意が「ある」か「ない」かという二者択一的な判断が考えられる。たしかに、強制処分かの判断においては、最終的には有効な同意があったか否かという二者択一的な判断にならざるを得ない。しかしながら、その際も有効性は一定の幅のなかで考慮されるものであり、量的な判断が行われるということにならう。

(68) (註14)。

(69) 判決理由によれば、被告人は同靴店で頻繁に靴を買い換えていたことが認められている。

(70) この点、捜査協力者との物理的な接触の有無という点を重視すれば、捜査行為直接行使類型に該当するとの分類も考えられよう。しかし、不知の間に移動手段たる車輛にGPS機器を装着されたというのと、同様に靴底に印を入れられたということとの間に有意的な差異があるかは疑わしいように思われる。もちろん、本件では被告人が元々使用していた靴の底に密かに傷を入れたものではなく、あらかじめ準備したそのような靴を交付したという点で違いはあるが、自らの所持品に監視のための細工が施されていることについて認識がなかったという意味で両者に大きな違いがあるとは思われない。本稿では密行的な処分と動機の錯誤に基づく同意が問題となる場合とを中谷裁判官の分析に従って区分したが、このように考えると捜査行為秘匿類型と捜査行為直接行使類型―捜査秘匿類型との区分も、事案次第ではかなり曖昧なものにならざるを得ないのではないか。

(71) 吉田・前掲(註12) 一三頁。

(72) 吉田・前掲(註12) 二九頁。

(73) 大久保隆志「仮想型捜査と手続の適正」研修八二四号(二〇一七年)一〇頁。

- (74) 白取祐司「捜査官の欺罔による『承諾』と手続の適正」『内田文昭先生古稀祝賀論文集』（青林書院、二〇〇二年）四九三頁以下。
- (75) 原田國男「採尿検査をめぐる問題点」『警論二七巻五号（一九七四年）三四頁。
- (76) 捜査の密行性概念に対して批判的検討を加えた論考として、米田泰邦「付審判請求審と捜査密行論」『法時四五巻九号（一九七四年）二三頁以下、久岡康成「捜査における手続保障」『刑雜二七巻四号（一九八七年）四七頁以下など。
- (77) 團藤重光『條解刑事訴訟法』（弘文堂、一九五〇年）三五八頁。
- (78) 久岡・前掲（註76）六一頁以下。
- (79) 刑集二六巻九号五一五頁。なお、本最高裁判決は、付審判請求手続に関する事案であるが、その性質が捜査類似性を有することから、捜査の密行性論が問題となった。
- (80) 米田・前掲（註76）二五頁以下参照。その他、最判昭和四七年一月一六日を検討の素材としたものとして、久岡・前掲（註76）四七頁以下参照。
- (81) 植村ほか・前掲（註4）四九頁〔指宿発言〕。
- (82) （註11）。
- (83) この点について、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第四版〕』（弘文堂、二〇〇九年）一〇五頁を挙げられる（大久保・前掲（註73）一一頁註一一）。
- (84) 大久保・前掲（註73）八頁。
- (85) 大久保・前掲（註73）一〇頁。
- (86) 大久保教授が引用される松尾・前掲（註83）も、この点からの説明のほか、裁判に対する不当な影響の及ぶことを防止する観点から説明されており、捜査上の便宜を目的とすることについては触れられていない。河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法・第一巻〔第二版〕』（青林書院、二〇一三年）五四七頁、後藤昭・白取祐司編『新コンメンタール刑事訴訟法〔第三版〕』（日本評論社、二〇一八年）一三五頁〔高倉新喜執筆〕も同旨。

(87) 池田公博「判批・最大判平成二九年三月一五日」法教四四四号(二〇一七年)七七頁。なお、これを引用する鈴木一義「欺罔的捜査に関する覚書(四・完)」法学新報二二五卷九・一〇号(二〇一八年)三九頁、川出敏裕「偽計を用いた証拠収集」警学七一巻七号(二〇一八年)一五二頁以下も同旨。

(88) 中谷・前掲(註18)五三頁註二八(なお、大久保・前掲(註73)五頁を参照する)。この点について、吉田・前掲(註12)二四頁以下は、密行型の捜査において合理的に推定される意思に反するという見解が主張されたのは、元々は通信・会話の傍受のように被処分者が外形的事実さえ知らない場合を想定して展開されたものであるとして、おとり捜査や当事者録音に関する判例との不整合を指摘する。

(89) 鈴木・前掲(註87)四〇頁は、動機の錯誤による同意の有効性を否定する下級審裁判例のいう「合理的に推認される当事者の意思」の範囲を画一的に広く取るならば、被疑者は、捜査機関に侵襲されることには基本的に反対の筈であるから、殆ど全ての場合に「意思に反することになり、昭和五一年決定の掲げる個人の意思の制圧という要件は「実質的な基準」として意味を持たなくなってしまう「う」とする。

(90) 吉田検事は、東京高判平成二八年八月二三日(註11)が意思に反することを認めたことと、おとり捜査や当事者録音に関する判例の見解との整合性を問題視される(前掲(註12)二四頁以下)。これに対し、久岡教授は、おとり捜査等においては将来の行動が監視対象なのであり、監視の存在を告知していたら処分自体が成り立たなくなる(監視対象となる行動がなくなる)のに対し、DNA鑑定のためのサンプル採取は通常の強制処分でも可能となることを指摘される。そのため、密行的性質を必然的に伴わざるを得ない行動監視に関する処分と、すでに存在する対象を捕捉する処分とで判断に違いがあるのも不自然ではないとされる(久岡・前掲(註48)三七〇頁以下)。

(91) 久岡・前掲(註48)三七二頁。

(92) 久岡・前掲(註48)三七二頁。

(93) 白取・前掲(註74)五〇八頁。

(94) 白取・前掲(註74) 五〇九頁。この見解は、処分を甘受すべき者も一人の人格として扱われなければならないという思想が令状の呈示によって保障されているのだという奥平教授の憲法論(奥平康弘『憲法Ⅲ』(有斐閣、一九九三年) 三一―一頁)を前提に、偽計を用いた令状執行の適否に関する文脈で述べられたものであるが、基本的には任意捜査についても共通するものと思われる。

(95) (註11)。

(96) 詳細は中谷・前掲(註18) 五六頁。

(97) 刑集五八巻五号三三三頁。

(98) なお、なりすまし捜査に関する鹿児島地裁加治木支判平成二九年三月二四日(前掲(註15))も同旨。鹿児島地裁加治木支部は、本件なりすまし捜査を違法な任意捜査であるとし証拠排除を行っており、違法となる場合でも任意処分であることに変わりない点で注目される。

(99) 田宮・前掲(註61) 六九頁、三井誠『刑事手続法(二)「新版」』(有斐閣、一九九七年) 八八頁以下、白取祐司『刑事訴訟法「第九版」』(日本評論社、二〇一七年) 一二四頁、酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、二〇一五年) 一七二頁ほか。

(100) (註97)。

(101) 最決平成一六年七月一二日(註97)によれば、「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等により検挙する」捜査手法と定義されており、訴追対象となるのはこれによって作出される犯罪(薬物等の譲渡行為)である。この点、三井博士は、すでに発生した過去の犯罪(薬物等の所持)について一定程度の範囲でおとり捜査を行うことは可能であろうとされるが(三井・前掲(註99) 九〇頁)、見解に立った場合に問題となるのは証拠物としての薬物の提出ということになる。とくにポイントとなるのは、捜査官であること、真の目的が証拠物の取得にあることを秘し、架空の薬物取引を設定することで相手方を欺罔し、錯誤に陥った相手方が薬物を提出することであると思われるが、DNA鑑定のための

サンプル取得の可否に関する東京高判平成二八年八月二三日（註11）と同じように考えると、被告人の意思に反して所持品が取得されることになるため強制処分となる可能性がある。

(102) (註11)。

(103) 例えば、三井博士は、「一定の容器に排尿を求める行為は、被疑者の供述を求める場合（これは黙秘権によって保護されている）と同じではない」とされる（三井・前掲（註99）六一頁）。

(104) 稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護』（弘文堂、二〇一七年）五頁。

(105) 斎藤司『刑事訴訟法の思考プロセス』（日本評論社、二〇一九年）三二頁。

(106) その他、刑法一九七条一項但書にいう強制を、人に対する捜査協力の強制であるとする見解（捜査協力強制説）について、松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、二〇一〇年）二二七頁以下。

(107) 大久保・前掲（註73）一〇頁。

(108) 平田元「判批・最判昭和四一年七月一日」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選「第七版」』（有斐閣、一九九八年）一六二頁。平田教授は、「国家との関係で弱い立場に置かれ、取調べを受けざるを得ない被疑者の地位につけ込み、約束により自白を引き出すこと自体、対等な当事者主義を前提とする憲法三一条適正手続条項に究極的に反「する」と述べられる。取調受忍義務が認められるわが国での自白採取の方法に関する叙述であるが、そのようなわが国における捜査の実情に鑑みれば、非供述証拠の採取についても参考になるように思われる。

〔付記〕本稿は、平成二七～三〇年度科学研究費補助金による若手研究（B）「捜査機関による情報の集約と総合的監視に関する比較法的検討」（研究代表者 内藤大海、研究課題番号1526064）、および平成二九～三一年度科研費補助基金による国際共同研究加速基金「捜査法領域における犯罪関連情報の収集に関する日独比較」（研究代表者 内藤大海、研究課題番号16KK0082）の成果の一部である。