

なりすまし捜査の適法性と違法収集証拠排除

——鹿児島地裁加治木支部平成 29 年 3 月 24 日判決を契機として——

金子 章

第一章 はじめに

第二章 鹿児島地裁加治木支部平成 29 年 3 月 24 日判決の概要

第三章 なりすまし捜査の適法性について

第一節 なりすまし捜査とおとり捜査の関係

第二節 なりすまし捜査の違法性の実質とその適否の判断基準

第一款 本判決の問題点

第二款 なりすまし捜査の違法性の実質の検討

第三款 本判決の評価

第四章 違法収集証拠排除について

第一節 最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決の登場—議論の出発点

第二節 その後の展開—排除の対象の観点から

第三節 本判決の位置付け

第五章 おわりに

第一章 はじめに

一 本稿は、鹿児島地裁加治木支部平成 29 年 3 月 24 日判決¹⁾を素材として、そこにおいて生起する問題を取り上げ、理論的検討を加えようとするものであ

1) 鹿児島地裁加治木支部平成 29 年 3 月 24 日判時 2343 号 107 頁。

る。

まず、本判決は、財産犯について、いわゆる「なりすまし捜査」の適法性を論じたものである。もっとも、このような捜査手法の適法性について正面から論じた裁判例はこれまでになく²⁾、その意味において、本判決は注目されるべきものであるといえよう。そこで、本判決を素材としながら、そのような捜査手法の適法性の判断のあり方について、理論的検討を行う。

また、本判決は、結論として、なりすまし捜査を違法と判断したうえで、その違法の程度は重大であるなどとして、当該捜査と「直接かつ密接な関連性を有する」証拠の証拠能力を否定したものである。この点は、違法収集証拠排除の枠組みにつき、一定の示唆を与えているようにも思われる。そこで、それが意味するところ、ないしその位置付けについて、従来判例を踏まえつつ、検討を行う。それにより、これまでに蓄積された膨大かつ錯綜した議論を踏まえて、違法収集証拠排除に関する考察を進めていくうえでの一つの基点ないし足掛かりを得ることとしたい。

二 本稿の構成は、以下のとおりである。まず、鹿児島地裁加治木支部平成 29 年 3 月 24 日判決の概要を確認する (第二章)。続いて、なりすまし捜査の適法性について検討を行う (第三章)。最後に、従来判例を踏まえつつ、違法収集証拠排除について、その対象という観点から、検討を加えることにする (第四章)。

第二章 鹿児島地裁加治木支部平成 29 年 3 月 24 日判決の概要

本判決の事案は、以下のとおりである。

2) なお、広島高判昭和 57 年 5 月 25 日判タ 476 号 232 頁は、警察官が、電車内で泥酔した乗客を対象とした仮睡盗事案が頻発していることを受けて、酔客を装って電車内で横臥していたところ、犯人が財布を抜き取ろうとしたので窃盗罪により現行犯逮捕をしたという事案に関するものであるが、ここでは、捜査の適否は特段問題とされていない。

1 車上狙いの散発的発生及びそれに対する捜査の経過

(1) 被告人の自宅がある鹿児島県伊佐市 c 付近では、平成 28 年（以下の事実は全て同年である。）3 月から 7 月までの間に、鹿児島県 D 警察署に対する車上狙いの被害申告が 9 件あった（その内訳は、3 月に 4 件、5 月に 1 件、7 月に 4 件である。）。そして、それら 9 件の被害状況の特徴等は、次のとおりである。（ア）全件において、被害車両が被害当時無施錠であった。（イ）9 件中 5 件において被害車両が軽四輪貨物自動車（軽トラック）であり、残りの 4 件は軽四輪乗用自動車である。（ウ）9 件中 8 件において現金のみが盗まれ、その被害額は、1000 円未満が 2 件、1000 円以上 5000 円未満が 4 件、その他は約 4 万 5000 円、13 万円である。なお、残り 1 件では、エンジンキーのみが盗まれた。（エ）9 件中 8 件において、被害時間帯に夜間が含まれている。

(2) D 警察署は、上記各被害につき所要の捜査を行ったが、いずれも犯人の特定には至っていなかったところ、同警察署警部補 C（以下「C 警察官」という。）は、7 月 11 日ころ、同日ころに伊佐市 a で発生した車上狙い（上記 9 件のうち 6 件目のもの）の被害者から、深夜にその付近を徘徊し、自動販売機の釣り銭を拾うなどしている疑わしい人物として被告人のことを聞いた。

(3) 上記 (2) の情報提供を元に C 警察官らが調べたところ、被告人は、3 月 16 日午前 3 時 28 分ころ、マスクを着用し、婦人用自転車で伊佐市 d を走行していたところを、警察官から職務質問を受けていたことが分かった。この時、被告人は、警察官に対し、氏名を名乗った上で、午前 3 時ころから午前 5 時ころまで散歩代わりに自転車で走っているなどと述べ、また懐中電灯 2 個及びエコバッグが在中するポーチを所持していた。

(4) 被告人は、7 月 27 日午前 3 時 50 分ころ、伊佐市 d において、マスクを着用し、自動販売機の前に立っていたところを警察官から職務質問を受けた。この時、被告人は、警察官に対し、氏名を名乗った上で、いつも午前 3 時 30 分ころから午前 5 時 30 分ころまで自転車で運動をしているなどと述べた。また、被告人は、この時、自転車のハンドル右下金具に手袋を被せていたほか、

手袋、LEDライト及びマスク等が在中するショルダーバッグを所持していた。

(5) 警察官ら（捜査主任はC警察官）は、上記(2)ないし(4)の事情のほか、上記9件の車上狙いがいずれも被告人の自宅の周辺地域で発生していること（特に、そのうち7件は被告人の自宅から約700メートルの範囲内で発生している。）を総合的に考慮して、被告人が上記9件の車上狙いの犯人ではないかと考えた。なお、被告人は、窃盗の前歴2回（平成14年の倉庫荒らし及び平成24年の自転車盗）を有している。

(6) そのような中、8月30日、D警察署に対し、同月29日午後6時から同月30日午前7時までの間に、伊佐市dにおいて無施錠の自動車から財布等在中のポーチが盗まれたとの新たな被害申告があった（以下、以上の全10件の車上狙いを「一連の車上狙い」という。）。

2 被告人に対する行動確認捜査の経過

(1) C警察官らは、①8月30日午後10時ころから同月31日午前6時10分ころまでの間、②同月31日午後10時ころから9月1日午前5時30分ころまでの間、③同月2日午前2時ころから午前6時ころまでの間、④同月3日午前3時20分ころから午前6時25分ころまでの間の4回にわたり、警察官3名ないし4名の態勢で、被告人につき張込みや尾行等による行動確認捜査を行った。

(2) これらの捜査において、C警察官らは、自動車や自転車を使用するなどして被告人の行動確認捜査を行い、その間被告人を見失い又はその行動をよく観察できない時間帯も少なくなかったものの、被告人に関し、(ア)午前3時30分ころに自宅を出て、徒歩又は婦人用自転車で付近を徘徊し、遅くとも午前6時30分ころまでには帰宅すること、(イ)同外出の際、白いマスクを着用し、上着のフードを被っていることが多いこと、(ウ)同外出の際、自宅から北東方向へ百数十メートルの位置にあるスーパーマーケット「AストアーB店」の西側に隣接する同店の駐車場（以下「本件駐車場」という。同駐車場は、一辺が約30メートルのほぼ正方形の形状で、北側及び西側が道路に面しており、全体がアスファルト舗装されているが、夜間もチェーンによる施錠等はされず

自由に入出りできる。)付近をよく通ること(上記①ないし④の全ての時)、(エ)同外出の際、自動販売機の釣り銭口に手を入れたり(上記①、④の時)、駐車中の他人の自動車の中を覗き込んだり(上記②、④の時)することがあること、といった行動が観察された。

3 本件当日の捜査経過及び被告人の現行犯逮捕

(1) C警察官らは、9月6日(以下「本件当日」という。)午前1時30分ころ、警察官4名の態勢で、本件駐車場を捜査拠点として、次の態様の下で被告人の行動確認捜査を開始した。

ア 警察官ら4名は、うち3名が本件駐車場内に張り込み、その余の1名が同駐車場の道路を挟んですぐ北側にある車庫の裏に張り込んだ。

イ 本件駐車場の北東角に、上記スーパー建物に隣接して白色の軽四輪貨物自動車(本件軽トラック)1台を駐車した。本件軽トラックは、捜査用車両(いわゆる覆面パトカーを含む。)でなく自家用車である。また、本件軽トラックは、無人であり、施錠もされておらず、その助手席上には本件発泡酒(発泡酒24本入りの箱1個)及びパン(食パン2袋及びロールパン(5個入り)1袋)の入ったビニール袋(以下「本件パン」という。)が置かれていた。

なお、本件当日、本件駐車場には、警察官らが駐車した本件軽トラック等の他に五、六台の自動車が駐車されていたが、C警察官らは、それらの各自動車の施錠状況を確認しなかった。

(2) C警察官らが本件駐車場で上記(1)のとおり張り込んでいたところ、午前3時30分ころ、被告人が自宅方面から徒歩で現れ、本件駐車場において本件トラックの車内を運転席ドアの窓越しに覗き込んだが、同軽トラックのドアを開けることなく、そのまま本件駐車場を出て自宅方面へ立ち去った。

(3) 午前3時40分ころ、被告人が自宅から婦人用自転車に乗って出掛けたので、C警察官らは尾行等により被告人の行動を観察しようとしたが、しばしば被告人を見失うなどして、その行動を十分に観察することはできなかった。

(4) 午前6時25分ころ、C警察官らが本件駐車場で張り込んでいたところ、

被告人が自転車に乗って同駐車場に現れた。この時、本件駐車場には上記 (1) の時と同じ位置に本件軽トラックが駐車されていたが、同軽トラックは無人であり、施錠もされていなかった。また、運転席ドアの窓が約 12 センチメートル、助手席ドアの窓が約 14 センチメートルそれぞれ開いていたほか、助手席上には上記 (1) の時と同じく本件発泡酒及び本件パンが置かれていた。

(5) 上記 (4) で本件駐車場に現れた被告人は、本件軽トラックに近付き、その車内を運転席ドアの窓越しに覗き込んだものの、一旦同軽トラックから離れて、自己の婦人用自転車をすぐ近くの別の場所に駐輪した上で、本件駐車場に戻ってきた。そして、午前 6 時 27 分ころ、被告人が本件軽トラックの運転席ドアを開けて上半身を同車内に入れ、助手席にあった本件発泡酒を両手で持ってそれを車外に持ち出したところ、C 警察官らは被告人に声を掛け、被告人をその場で現行犯逮捕した。

本判決は、「C 警察官らは、本件当日、被告人を車上狙いの現行犯で検挙する目的のもと、本件軽トラックを無人かつ無施錠の状態ですべて駐車し、その助手席上に本件発泡酒や本件パンが放置された状況を作成した上で、被告人がこれに対して車上狙いの実行に出るのを待ち設けていたものと認められる (以下、C 警察官らによるこの捜査を「本件捜査」という。また、本件捜査のように、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、捜査対象者が自己等に対する犯罪を実行しやすい状況を秘密裡に作成した上で、同対象者がこれに対し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を、以下、仮に「なりすまし捜査」という。)」としたうえで、本件捜査の適法性について、次のように述べた。

「(1) なりすまし捜査は、任意捜査の一類型として位置付けられるところ、本件においてその捜査手法が許容されるか否かは、本件捜査の必要性やその態様の相当性等を総合的に考慮して判断するのが相当である。

ところで、なりすまし捜査に類似する捜査手法にいわゆる『おとり捜査』があるが、おとり捜査が『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もの』(最一小決平成16年7月12日・刑集58巻5号333頁)と定義され、相手方に対する犯罪実行の働き掛けを要素とするのに対し、なりすまし捜査ではそのような働き掛けは要素となっておらず、これらの両捜査手法はこの点において区別される。しかし、これらの両捜査手法は、本来犯罪を防止すべき立場にある国家が犯罪を誘発しているとの側面があり、その捜査活動により捜査の公正が害される危険を孕んでいるという本質的な性格は共通しているから、おとり捜査が許容される場合として上記判例が示した要件、すなわち、①機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象としていること、②直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の捜査手法のみでは当該犯罪の摘発が困難であること、との要件は、両捜査手法の間の上記差異のためにその要件判断の厳格さに多少の差異があり得るにせよ、なりすまし捜査の必要性及びその態様の相当性に関する判断のあり方を具体化するものとして、なお有用であると解される。

(2) そこで、本件でも上記要件に沿って検討することとし、まず被告人の犯意の点から見ると、被告人が連日深夜に自宅の周辺を徘徊し、その際、(ア)自動販売機の釣り銭口に手を入れるなどするとともに、駐車中の他人の自動車の中を覗き込む行動を取っている、(イ)その際、夏場であるのにマスクを着用し上着のフードを被るなど、人目を避けるような服装をしている、(ウ)手袋や懐中電灯等を携帯している、といった行動が観察されており、また過去約半年の間に被告人の自宅の周辺地域で夜間を含む時間帯に車上狙いの被害が散発的に発生していたことなどによれば、C警察官らが、上記のような捜査結果を踏まえて、本件捜査の時点において、被告人には機会があれば無施錠の自動車に対して車上狙いを行う意思があるものと判断したことには一応の理由があるものと認められる。よって、被告人は、機会があれば車上狙いを行う意思があると疑われる者に当たるものといえる(なお、上記のような事情によって一

連の車上狙いと被告人とを結び付けてよいかは疑問がないわけではないが、一連の車上狙い以外の事情のみを見ても被告人には車上狙いの犯意が十分に窺われるので、その点はひとまず措くこととする。)

ただ、他面で、上記のような被告人の犯意の疑いを前提としても、被告人の行動範囲内（被告人の自宅の周辺は小さな集落である。）に被告人が車上狙いを実行できるような自動車（搬出が容易な財物を積載した無施錠の自動車）がそれほど頻繁にあるとは思えない上、被告人には手当たり次第に他人の自動車に触れてその施錠状況を確認したりその車内を物色したりするような行動などは観察されておらず、被告人がかなり慎重な態度で車上狙いの実行に臨んでいる様子が見て取れる。これらの事情を考慮すると、被告人には上記のとおり機会があれば車上狙いを行う意思があるものと疑われるものの、その犯罪傾向は、本件捜査を行わなくても被告人は早晚別の車上狙いを行うはずであるといえるほど強いものとは思えない。そうすると、本件捜査において、C 警察官らが、被告人が狙いをつけそうな車種である本件軽トラックを、無人かつ無施錠で窓も少し開いた状態で被告人のよく通る場所に駐車し、その車内の見えやすい位置に本件発泡酒や本件パンが放置された状態にしておいたことにより、被告人の車上狙いの実行が促進された面が多分にあるというべきである。そして、このことを踏まえると、本件におけるなりすまし捜査の必要性及びその態様の相当性の判断は、特に慎重な態度でこれを行う必要があるものと思われる。

(3) そこで、次に、本件におけるなりすまし捜査の必要性を検討すると、C 警察官らは、被告人には車上狙いの嫌疑があるものの、その捜査が困難なため、被告人を現行犯逮捕により検挙しようと考えて本件捜査を行ったものと認められる。しかし、以下のとおり、このような目的によっては本件捜査の必要性を十分に基礎付けることはできない。

すなわち、まず、密行性が高く犯罪事実の把握すら困難な薬物犯罪等とは異なり、車上狙いは、被害者の申告等により捜査機関が犯罪の発生をほぼ確実に把握できる種類の犯罪であって、証拠の収集や犯人の検挙が困難な犯罪類型で

はない。

また、本件を具体的に見ても、捜査対象者である被告人の住居は把握されている上、被告人の行動時間や行動範囲は概ね限定されており、かつその行動方法は徒歩又は婦人用自転車であるから、C警察官らにおいて被告人の行動を追跡することは比較的容易であったといえる。そして、これに加え、車上狙いは屋外で行われ、また自動車のドアの開閉を伴う点で一般に他者から観察しやすい犯罪であり、実際にもC警察官らには被告人が駐車車両の中を窓の外から覗き込んでいる様子を観察したことが何回かあることも考慮すると、仮に被告人が車上狙いの実行に出た場合、行動確認捜査中のC警察官らにおいてその犯行を現認することは十分可能であったというべきである。また、以上のような捜査方法によらず、新たな被害申告を受けた後で捜査に着手するとしても、本件について、通常の見当捜査手法ではその捜査を遂げるのが特に困難であると認めるべき事情も見当たらない。なお、本件では、捜査を困難とする事情として、(ア)被告人の行動時間が夜間で人通りのない時間帯であるために、張込みや尾行等の捜査が被告人に気付かれやすい、(イ)被告人が手袋を使用しており、指紋等の犯行の痕跡が残りにくい、(ウ)被害品が現金である場合、それが被告人の所持金と混和しやすい、といった点が挙げられるものの、このような事情は捜査実務上しばしば見られるところであり、これらの事情のみでは通常の見当捜査手法によって犯人を検挙することが困難であったということは到底できない。

さらに、C警察官らが被告人に嫌疑を掛けていた車上狙いの内容は、その被害額は概して少額である上、その手口も自宅の周辺を徘徊中に見つけた無施錠の駐車車両から現金を盗み取るというだけの単純なものであり、その犯行頻度も約半年間に10件といった程度であって、これらによれば、被告人に対してなりすまし捜査を行わない場合に生じ得る害悪も決して大きなものとはいえない。

したがって、本件では、被告人には機会があれば車上狙いを行う意思がある

ものと疑われることを踏まえても、なりすまし捜査を行うべき必要性はほとんどなかったと評価するのが相当である。

(4) 以上によれば、本件捜査は、なりすまし捜査を行うべき必要性がほとんどない以上、その捜査の態様のいかんにかかわらず、任意捜査として許容される範囲を逸脱しており、国家が犯罪を誘発し、捜査の公正を害するものとして、違法であるといわざるを得ない。」

次に、本判決は、本件捜査が違法であることを前提として、本件捜査と直接かつ密接な関連性を有する証拠の証拠能力について、以下のように述べた。

「(1) 本件捜査が違法であることを前提に、本件各証拠の証拠能力を検討すると、まず、(ア) 本件ではなりすまし捜査を行うべき必要性がほとんどなく、適法手続からの逸脱の程度は大きいといえること、(イ) 前記のとおり、本件捜査により国家が犯罪の発生を一定程度促進する結果となってしまうこと、(ウ) C 警察官らは、地道な捜査を厭い、手っ取り早く被告人を検挙しようと考えて安易に本件の違法捜査に出たものであり、同警察官らには捜査方法の選択につき重大な過失があったといえること、(エ) 本件がそれほど重大な犯罪に関するものではないこと、(オ) C 警察官らには、被告人の検挙においてなりすまし捜査を行った事実を捜査書類上明らかにせず、また公判廷においても同事実を否認する内容の証言をするなど、本件捜査の適法性に関する司法審査を潜脱しようとする意図が見られること等に照らすと、その違法は重大であるといわざるを得ない。

(2) また、本件捜査の性質に照らすと、今後も本件と同様の違法捜査が繰り返し行われることは大いにあり得るところであるから、本件捜査により獲得された証拠を許容することは、将来における違法捜査の抑制の見地からして相当でないというべきである。

(3) したがって、取調べ済みの各証拠のうち、少なくとも違法な本件捜査と直接かつ密接な関連性を有する被害届〔甲 1〕、搜索差押調書〔甲 2〕、実況見分調書〔甲 3〕及び現行犯人逮捕手続書〔甲 12〕は、いずれも証拠能力を欠く

ものとして、これらを証拠から排除するのが相当である。」

第三章 なりすまし捜査の適法性について

鹿児島地裁加治木支部平成 29 年 3 月 24 日判決は、警察官らによる捜査を違法とした上で、それと直接かつ密接な関連性を有する証拠を排除し、被告人を無罪としたものである。

以下では、まず、本件捜査の適法性に関する部分に焦点を当てて、理論的検討を加えていくことにしたい。

第一節 なりすまし捜査とおとり捜査の関係

一 本判決は、本件捜査について、「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、捜査対象者が自己等に対する犯罪を実行しやすい状況を秘密裡に作出した上で、同対象者がこれに対し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」、すなわち、「なりすまし捜査」に該当するとしているが、これに類似する捜査手法として、「おとり捜査」がある。

最高裁平成 16 年 7 月 12 日決定³⁾は、最高裁として初めて正面からおとり捜査の適否に関して判断を下したものであるが、その判示の中で、おとり捜査について、「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もの」と述べている。

上記のように、おとり捜査は、相手方に対する犯罪の実行の働き掛けをその要素とするものである。もっとも、それ以前のおとり捜査が問題となった裁判例において、その態様は、捜査機関側による相手方への積極的な働き掛けが認

3) 最決平成 16 年 7 月 12 日刑集 58 卷 5 号 333 頁。

められたものであったし⁴⁾、また、実際、上記最高裁平成 16 年決定の事案においても、その適否が問題となったおとり捜査は、捜査機関側による相手方への積極的な働き掛けが認められるものであったことから、おとり捜査は、捜査機関側による相手方への積極的な働き掛けの態様を伴うものである、あるいはそれに限るとの理解が前提とされてきたように思われる^{5) 6)}。そして、本判決

-
- 4) 最決昭和 28 年 3 月 5 日刑集 7 巻 3 号 482 頁、最決昭和 29 年 11 月 5 日刑集 8 巻 11 号 1715 頁、東京高判昭和 57 年 10 月 15 日判時 1095 号 155 頁、東京高判昭和 62 年 12 月 16 日判タ 667 号 269 頁、東京高判平成 10 年 8 月 17 日高等裁判所刑事裁判速報集 (平 10) 号 67 頁など。渡辺裕也「警察官が、車上狙いの犯人を検挙するために、助手席に発泡酒等を置いた無施錠の車両を駐車し、同車両の車上狙いに及んだ被疑者を現行犯逮捕した行為は、違法な『なりすまし捜査』であるとされた事例」研修 841 号 (2018 年) 25 頁参照。
 - 5) 酒巻匡「おとり捜査」法学教室 260 号 (2002 年) 103 頁、渡辺・前掲注 4) 32 頁、鈴木一義「被告人に対するなりすまし捜査が違法とされ、関連証拠が排除されて被告人が無罪とされた事例」法学新報 124 巻 5 = 6 号 (2017 年) 273-274 頁、コメント・判例時報 2343 号 108 頁、長沼範良 = 上富敏伸「おとり捜査 (最小決平成 16 年 7 月 12 日刑集 58 巻 5 号 333 頁)」法学教室 318 号 (2007 年) 81、91 頁 [上富発言]、81-82 頁 [長沼発言]、川出敏裕『判例講座刑事訴訟法 [捜査・証拠篇]』(2016 年) 196 頁【以下、「川出①」として引用】、川出敏裕『刑事手続法の論点』(2019 年) 91 頁【以下、「川出②」として引用】、田野尻猛「おとり捜査」松尾浩也 = 岩瀬徹編『実例刑事訴訟法 I』(2012 年) 57、64 頁、玉本将之「薬物犯罪に関するおとり捜査について適法性が肯定された事例」警察学論集 72 巻 9 号 (2019 年) 185 頁、江原伸一「『おとり捜査』に関する一考察」警察学論集 60 巻 2 号 (2007 年) 104、121、125 頁参照。なお、池田修「いわゆるおとり捜査の適否」新関雅夫ほか『増補令状基本問題 (上)』(1996 年) 42 頁参照。
 - 6) そうだとすれば、警察官が、電車内で泥酔した乗客を対象とした仮睡盗案が頻発していることを受けて、酔客を装って電車内で横臥していたところ、犯人が財布を抜き取るうとしたので窃盗罪により現行犯逮捕をしたという事案 (広島高判昭和 57 年 5 月 25 日判タ 476 号 232 頁参照) につき、そこで用いられた捜査手法は、おとり捜査とはいえないであろう。酒巻・前掲注 5) 103 頁、渡辺・前掲注 4) 26 頁、長沼 = 上富・前掲注 5) 81 頁 [上富発言]、81-82 頁 [長沼発言]、川出①・前掲注 5) 196 頁、田野尻・前掲注 5) 57 頁、江原・前掲注 5) 123、125-126 頁、池田・前掲注 5) 46-47 頁参照。田口守一『刑事訴訟法 (第 7 版)』(2017 年) 49 頁、甲斐行夫「おとり捜査」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選 (第 8 版)』(2005 年) 27 頁、山本和昭「『おとり』を使った捜査の適法性」専修ロージャーナル 2 号 (2007 年) 87 頁も参照。

もまた、そのような理解を前提とした上で、積極的な働き掛けの態様を伴うおとり捜査とは区別された、消極的な働き掛けの態様を伴うなりすまし捜査という新たな捜査類型が提示されたものと考えられよう。

他方で、事案との関係を捨象し、最高裁平成16年決定が示したおとり捜査の定義をそれ自体として一般的に捉えるならば、相手方に対する犯罪の実行の働き掛けを要するにすぎず、積極的な働き掛けの態様のみならず、消極的な働き掛けの態様を含めて、おとり捜査の範疇に属するものとして評価することも可能であり、その意味で、本判決が、おとり捜査とは区別して、なりすまし捜査という新たな捜査類型を創設したことに対しては、異論もあり得るところであらう^{7) 8)}。

二 このように、おとり捜査となりすまし捜査の関係は整理することができるように思われるが、しかしながら、本判決において認められたような消極的な働き掛けの態様を伴う捜査手法を、おとり捜査とは区別された新たな捜査類型として見るのか、あるいは、おとり捜査の範疇に属する捜査類型として見るのかは、結局、最高裁平成16年決定が示したおとり捜査の定義に対する理解の仕方に基づく類型分けないし分類の問題に過ぎないのであって⁹⁾、それ自体

7) 中島宏「おとり捜査に類する捜査手法の適法性」法学セミナー750号(2017年)110頁、堀田周吾「演習教室・刑事訴訟法」受験新報825号(2019年)100-101頁、内藤大海「なりすまし捜査の適法性と証拠能力」新・判例解説Watch23号(2018年)203頁、丸橋昌太郎「違法な『なりすまし捜査』(おとり捜査)であるとして証拠排除して無罪とした事例」刑事法ジャーナル56号(2018年)130-131頁参照。なお、城祐一郎『盗犯捜査全書—理論と実務の詳解—』(2016年)607頁参照。

8) このような理解からすると、先述した仮睡盗事例における捜査手法についても、おとり捜査として論ずることが可能であらう。酒巻匡『刑事訴訟法』(2015年)172頁、佐藤隆之「おとり捜査の適法性とその限界(一)」法学70巻6号(2007年)5頁参照。城・前掲注7)609頁も参照。

9) 植村立郎『骨太刑事訴訟法講義』(2017年)148頁参照。

としては、必ずしも理論的に意義があるものではなかろう。むしろ、理論的に重要なのは、本判決がなりすまし捜査として定義した捜査手法によって、どのような弊害が生じるのか¹⁰⁾、換言すれば、いわゆる違法性の実質をどのように考えることができるのかを明らかにすることにある。

以下では、相手方に対する犯罪の実行の働き掛けという点で共通性を有するおとり捜査に関する議論の蓄積を参考にしながら¹¹⁾、なりすまし捜査の違法性の実質およびその適否の判断基準について、検討を進めていくことにしたい。

第二節 なりすまし捜査の違法性の実質とその適否の判断基準

第一款 本判決の問題点

一 さて、本判決は、なりすまし捜査の違法性の実質、およびその適否の判断基準について、どのような立場を示しているのであろうか。まずは、この点について確認することから始めよう。

本判決は、なりすまし捜査について、おとり捜査と同様、「本来犯罪を抑止すべき立場にある国家が犯罪を誘発しているとの側面」があることを指摘したうえで、「捜査の公正」を害するものと述べており、なりすまし捜査の違法性の実質を、「捜査の公正」の侵害という、いわば国家の行為無価値に求めている。

他方で、なりすまし捜査の適否の判断基準については、なりすまし捜査の必要性及びその態様の相当性を総合的に考慮して判断するとの立場を示しているところである。

たしかに、なりすまし捜査の違法性の実質について、「捜査の公正」の侵害を念頭に置く本判決の立場を前提とすれば、その適否の判断基準として、なりすまし捜査の必要性とその態様の相当性を総合的に考慮するという立場を採用

10) 酒巻・前掲注 5) 103 頁参照。

11) 川出①・前掲注 5) 196 頁、川出②・前掲注 5) 90 頁参照。

することは、合理性が認められるように思われる¹²⁾。しかしながら、このような本判決の理解の妥当性という点では、いくつかの疑問が提起されよう。

二 まず、本判決が、なりすまし捜査の違法性の実質を、捜査の公正の侵害に求めている点である。すなわち、捜査の公正なる道徳的・倫理的価値の侵害が¹³⁾、果たして、何ゆえになりすまし捜査の違法性を基礎付けうるのか、疑問が残る。むしろ、なりすまし捜査の違法性を基礎付けるためには、それによって、いかなる権利侵害（憲法13条違反）が生じ得るのか、別言すれば、捜査の公正の侵害と言われるところの内実が解明されなければならないというべきである¹⁴⁾。もちろん、なりすまし捜査について、何らの権利侵害も想定し得ないのであれば、それに対する法的規制の契機を欠くことになるが¹⁵⁾、果たして、そのような評価が妥当といえるのかは、あらためて問われなければならないであろう。

また、本判決は、「なりすまし捜査は、任意捜査の一類型として位置付けられる」と述べている。この点、最高裁昭和51年3月16日決定¹⁶⁾は、任意捜

- 12) 酒巻・前掲注5) 107頁、池田・前掲注5) 40-43頁、古江頼隆「おとり捜査」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点（新・法律学の争点シリーズ6）』（2013年）99頁参照。
- 13) 多和田隆史「判解」法曹時報59巻7号（2007年）207頁、多和田隆史「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成16年度）』279-280頁【以下、「多和田①」として引用】、大澤裕＝川上拓一「任意同行後の宿泊を伴う取調べと自白の証拠能力」法学教室312号（2006年）82頁、長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』（2005年）179頁〔大澤裕〕参照。
- 14) 拙稿「一、おとり捜査の許容性 二、大麻の有償譲渡を企図していると疑われる者を対象にして行われたおとり捜査が適法とされた事例」甲南法学47巻4号（2007年）121頁、拙稿「強制処分概念とその規律について—従来の議論に対する批判的検証の試み—」横浜国際経済法学21巻3号（2013年）163頁等、一連の拙稿参照。
- 15) 長沼ほか・前掲注13) 61-62、179頁〔大澤裕〕、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（2011年）121頁【以下、「古江①」として引用】、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法（第2版）』（2015年）148-149頁【以下、「古江②」として引用】、古江・前掲注12) 98頁、佐藤隆之「おとり捜査の適法性」法学教室296号（2005年）42頁参照。
- 16) 最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。

査の適否の判断基準につき、法益侵害の質・程度と当該手段方法の広義の必要性とが合理的権衡を保っており、具体的状況の下で相当といえるかを検討する必要性を示しており¹⁷⁾、このような判断枠組みがすでに判例上確立しているところ¹⁸⁾、この最高裁決定が示した適否の判断枠組みと本判決が示した適否の判断枠組みとの整合性が当然に問われることになる。

以上のような認識を踏まえたうえで、次款では、なりすまし捜査の違法性の実質について、あらためて検討を加えることにしたい。

第二款 なりすまし捜査の違法性の実質の検討

一 さて、なりすまし捜査の違法性の実質については、いかなるものが想定され得るであろうか。

まず、捜査対象者に着眼し、そこにおいて生じる人格的権利の侵害・制約という点に目を向けると、捜査対象者については、意思決定の自由は確保されているものの、意思決定に至る過程で国家の働き掛けを受けていることに着目し、「国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由」¹⁹⁾ (ないし、意思決定の過程において公権力から干渉を受けない権利²⁰⁾) というものが制約され

17) 井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点(第3版)』(2002年)47頁〔井上正仁『強制捜査と任意捜査』(2006年)所収〕、井上正仁『強制捜査と任意捜査(新版)』(2014年)7頁【以下、「井上①」として引用】、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造(2)」法学教室284号(2004年)64-67頁【以下、「酒巻①」として引用】、酒巻匡「捜査手続(2)総説(続)・捜査の端緒」法学教室357号(2010年)72-73頁、酒巻・前掲注8)33-36頁、佐藤・前掲注15)43頁、川出①・前掲注5)12-13、18頁。

18) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁、最決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁、最決平成元年7月4日刑集43巻7号581頁、最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁。

19) 長沼ほか・前掲注13)180頁〔大澤裕〕。

20) 三井誠『刑事手続法(1)〔新版)』(1997年)89-91頁、田口・前掲注6)46頁、大澤裕「おとり捜査の許容性」『平成16年度重要判例解説』ジュリスト1291号(2005年)191頁。

ていると見ることが考えられよう。

しかしながら、このような見解に対しては、いくつかの疑問が向けられ得るように思われる。

第一に、この見解は、意思決定過程に対する国家の干渉を問題とするものであるが²¹⁾、もっとも、憲法学上、そのような国家の干渉一般が問題視されているわけではない。すなわち、「個人が一定の私的事項について権力による介入・干渉を受けずにみずから決定することができる権利」²²⁾あるいは「自己に関わる一定の私的な事柄について政府に干渉されることのない権利」²³⁾の侵害が問題とされていることから窺われるように²⁴⁾、国家による干渉といっても、それは、一定の私的事項との関係で問題となるのであって、他方で、犯罪にかかわる公的事項にまで憲法上の保護が及ぶものとは考えられていないのである²⁵⁾。

第二に、さらにいえば、そもそも、なりすまし捜査の場面において、国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由における「意思決定」とは、具体的には、「犯罪を実行するか否かの意思決定」を意味するのであって、それゆえ、憲法上保護される価値として、「国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由」というものが存在するとは、およそ考えられないのである²⁶⁾。

このようなことからすると、なりすまし捜査の違法性の実質として、「国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由」の制約といったものを想定

21) 長沼ほか・前掲注13) 180頁〔大澤裕〕参照。

22) 浦部法穂『憲法学教室（第3版）』（2016年）48-49頁。

23) 松井茂記『日本国憲法（第3版）』（2007年）593頁。

24) 市川正人『憲法』（2014年）103頁、佐藤幸治『憲法（第3版）』（1995年）459頁、佐藤幸治『日本国憲法論』（2011年）188頁、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第5版）』（2011年）125頁、初宿正典『憲法2〔第3版〕』（2010年）137頁なども参照。

25) 佐藤・前掲注13) 43頁参照。

26) 佐藤・前掲注15) 43-44頁、川出①・前掲注5) 198頁、古江②・前掲注15) 150頁、古江①・前掲注15) 122-123頁、古江・前掲注12) 98頁参照。

することは困難であるように思われる。そうだとすれば、なりすまし捜査の違法性の根拠を見出すことはできず、それに対する法的規制の契機は存しないようにも見える。

もっとも、先に述べたのとは異なる視点から²⁷⁾、なりすまし捜査の違法性の根拠を指摘することが可能であるように思われる。すなわち、本判決は、なりすまし捜査について、おとり捜査と同様、「本来犯罪を抑止すべき立場にある国家が犯罪を誘発しているとの側面」があることを指摘しているところであるが、本来国家が刑事実体法により保護すべき法益侵害の危険を自ら惹起しないし創出すること²⁸⁾になりすまし捜査の違法性の実質を見出すことができよう²⁹⁾。この見解は、なりすまし捜査の対象者ではなく、むしろ、国家の働き掛け行為により対象者が実行しようとする犯罪の法益侵害性に着目するものである³⁰⁾。

このようになりすまし捜査の違法性の実質を把握することには特段の異論はないように思われる。しかしながら、他方で、なりすまし捜査の対象者には、果たして、何らの権利侵害も想定し得ないのかについては、疑問なしとしない³¹⁾。すなわち、国家が対象者に働き掛けて犯罪を誘発していることは

27) 長沼ほか・前掲注 13) 179-180 頁〔大澤裕〕参照。

28) 酒巻・前掲注 5) 106 頁、佐藤隆之「おとり捜査」松尾浩也=井上正仁編『刑事訴訟法判例百選 (第 7 版)』(1998 年) 27 頁【以下、「佐藤①」として引用】、佐藤・前掲注 15) 44 頁、佐藤隆之「銃刀法違反事件においておとり捜査が適法とされた事例」現代刑事法 12 号 (2000 年) 88 頁【以下、「佐藤②」として引用】、佐藤隆之「おとり捜査の適法性」ジュリスト 1367 号 (2008 年) 133 頁【以下、「佐藤③」として引用】、長沼=上富・前掲注 5) 84-85、90 頁〔長沼発言〕、川出①・前掲注 5) 205 頁、川出②・前掲注 5) 90 頁、古江・前掲注 12) 98 頁、多和田①・前掲注 13) 280 頁参照。

29) この点をなりすまし捜査の違法性の実質として捉えるものとして、渡辺・前掲注 4) 33 頁、川出②・前掲注 5) 90 頁。

30) 酒巻・前掲注 5) 106 頁参照。

31) これに対し、渡辺・前掲注 4) 33 頁。酒巻・前掲注 5) 106 頁参照。

確かであるが、本来犯罪を抑止すべき国家の立場を踏まえると、その過程において、みだりに犯罪を行う方向に動機づけられない自由、あるいは、みだりに犯罪を行う方向に促進されない自由ともいべき人格的権利の侵害³²⁾をなりすまし捜査の違法性の実質として想定することも可能であるように思われるのである。

二 以上のように、なりすまし捜査が、本来国家が刑事実体法により保護すべき法益侵害の危険を自ら惹起ないし創出するものであり、また、みだりに犯罪を行う方向に動機づけられない自由、ないし、みだりに犯罪を行う方向に促進されない自由を侵害するものであるとすると³³⁾、上記最高裁昭和51年3月16日決定が示した強制処分の定義についての有力な理解³⁴⁾、すなわち、強制処分を、相手方の意思に反して、重要な権利利益を実質的に侵害・制約する処分と捉える見解³⁵⁾からは³⁶⁾、なりすまし捜査は、任意捜査の範疇に属するも

-
- 32) 拙稿「一、おとり捜査の許容性 二、大麻の有償譲渡を企図していると疑われる者を対象に行われたおとり捜査が適法とされた事例」甲南法学47巻4号(2007年)145頁参照。
- 33) なお、なりすまし捜査の違法性の実質について、本来国家が刑事実体法により保護すべき法益侵害の危険を自ら惹起ないし創出することに加え、それとは別に、捜査の公正の侵害を違法性の根拠とする見解もあり得るかもしれない(川出②・前掲注5)90頁。おとり捜査の違法性の実質につき、佐藤①・前掲注28)27頁、佐藤・前掲注15)44-45頁、佐藤②・前掲注28)89頁、佐藤③・前掲注28)135頁、川出①・前掲注5)205頁、川出②・前掲注5)90頁、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)』(2006年)36頁参照)。しかしながら、そのような捜査の公正の保護の必要性が認められるとしても(佐藤・前掲注15)45頁参照)、その侵害が違法性を根拠づけるものといえるのかは別問題である。
- 34) 大澤裕「強制捜査と任意捜査」法学教室439号(2017年)63頁、堀江慎司「GPS捜査に関する最高裁大法廷判決についての覚書」論究ジュリスト22号(2017年)140頁参照。
- 35) 井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」井上正仁=酒巻匡編『刑事訴訟法の争点(新・法律学の争点シリーズ6)』(2013年)55-56頁、井上①・前掲注17)11-12頁。
- 36) なお、強制処分の定義に関する私見につき、拙稿「強制処分概念とその規律について—従来の議論に対する批判的検証の試み—」横浜国際経済法学21巻3号(2013年)173-175頁など参照。

のと位置付けられることになる。もっとも、任意捜査といえども、一定の権利利益の侵害・制約を伴う以上、無条件で許容されることはあり得ず、先述したように、法益侵害の質・程度と当該手段方法の広義の必要性とが合理的権衡を保っており、具体的状況の下で相当といえるかを検討することによって、その適否が判断されることになるのである³⁷⁾。

第三款 本判決の評価

一 前款において述べたように、なりすまし捜査の適法性は、法益侵害の質・程度と広義の必要性とが合理的権衡を保っており、具体的状況の下で相当といえるかによって判断される³⁸⁾。すなわち、そこでは、刑事実体法によって保

37) なお、人格的価値に対する制約は、その重要性に鑑みて、およそ許されないとの理解もあり得るかもしれない(佐藤・前掲注 8) 4 頁、佐藤隆之「在宅被疑者の取調べとその限界(一)」法学 68 巻 4 号(2004 年) 15 頁、佐藤隆之「被疑者の取調べ」法学教室 263 号(2002 年) 140 頁参照)。しかしながら、人格的利益といえども、その内容は多様であり、その利益の質的な差異を観念することは可能であるし、一義的にその保護の必要性が決まるものでもない(宇藤崇「演習」法学教室 283 号(2004 年) 118 頁参照)。したがって、人格的価値に対する制約が認められるとしても、ただちにそのような制約はおおよそ許されないということにはならないであろう。

38) なお、本判決は、なりすまし捜査につき、任意捜査の一類型と位置付けたくうえで、その許容性は捜査の必要性とその態様の相当性を総合的に考慮して判断されるとしつつ、その判断のあり方を具体化するものとして、おとり捜査が許容される場合として最高裁平成 16 年 7 月 12 日決定が示した要件、すなわち、①機会があれば、犯罪を行う意思があると疑われる者を対象としていること、②直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難であることを指摘する。もっとも、これらの要件ないし要素(コメント・判例時報 2343 号 108 頁、長沼=上富・前掲注 5) 86 頁〔長沼発言〕、川出①・前掲注 5) 203、206 頁、川出②・前掲注 5) 77-78 頁)は、最高裁平成 16 年 7 月 12 日決定の具体的事案に即し、おとり捜査を適法と結論付けるにあたっての判断要素が示されていたに過ぎないのであって(佐藤・前掲注 15) 48 頁、大澤・前掲注 20) 192 頁、多和田①・前掲注 13) 268 頁、小倉哲浩「いわゆるおとり捜査」高麗邦彦=芦澤政治編『令状に関する理論と実務 I (別冊判例タイムズ 34 号)』(2012 年)

護される法益を侵害する危険とみだりに犯罪を行う方向に動機づけられない自由という人格的利益の侵害とがそれぞれ広義の必要性和合理的権衡を保っているといえるかが評価の対象となる。したがって、例えば、前者の法益侵害と広義の必要性が合理的権衡を保っているとしても、後者の法益侵害との関係では、それと広義の必要性が合理的権衡を保っているとはいえないとして、当該なりすまし捜査は違法と評価されることもあり得ることになる。また、なりすまし捜査により惹起される上述の弊害に鑑みると、一般的には、広義の必要性として、犯罪の嫌疑（蓋然性）の程度、犯罪の重大性、なりすまし捜査を用いる（狭義の）必要性の程度³⁹⁾に加えて、なりすまし捜査を用いる補充性があったかなども考慮されることになろう⁴⁰⁾。

本件は、車上狙いにつき、なりすまし捜査が用いられた事例であるが、まず、刑事実体法によって保護される法益を侵害する危険という点については、警察官4名の態勢で本件駐車場を捜査拠点として、警察官らは被告人が同駐車場で車上狙いの実行に出ないか重点的な張込みを行っており、検挙態勢は十分に整えられていたものといえる。また、駐車場に駐車されていた本件軽トラックの発泡酒等は警察官らが置いていたものである⁴¹⁾。その意味で、法益を侵害す

21頁、田野尻・前掲注5) 65頁、玉本・前掲注5) 181頁参照)、本判決が示した、なりすまし捜査の適法性の判断枠組みとこれらの要件ないし要素の関係、あるいは、本判決が示した、なりすまし捜査の適法性の判断枠組みとの関係におけるこれらの要件ないし要素の位置付け、ないし意味は、必ずしも明らかではないように思われる。渡辺・前掲注4) 38頁参照。

39) 酒巻①・前掲注17) 67頁。

40) 酒巻・前掲注5) 107-108頁、酒巻・前掲注8) 174頁、佐藤・前掲注15) 46-47頁、佐藤②・前掲注28) 89-90頁、佐藤③・前掲注28) 135頁、大澤・前掲注20) 192頁、田野尻・前掲注5) 62頁、長沼範良ほか『刑事訴訟法（第5版）』（2017年）132頁〔田中開〕参照。

41) 丸橋・前掲注7) 130-131頁、渡辺・前掲注4) 42頁参照。

る危険の程度は相当に低かったものと評価することができるように思われる。また、みだりに犯罪を行う方向に動機づけられない自由という人格的利益の侵害との関係では、捜査機関側の働き掛けの態様が問題となるところ⁴²⁾⁴³⁾、駐車場に駐車されていた本件軽トラックは無人であり、施錠されていなかったこと、運転席ドアの窓が約 12 センチメートル、助手席ドアの窓が約 14 センチメートルそれぞれ開いていたほか、助手席上には発泡酒(発泡酒 24 本入りの箱 1 個)及びパン(食パン 2 袋及びロールパン(5 個入り) 1 袋)の入ったビニール袋が置かれていたことが認められるが、その働き掛けは相対的に弱いものといわざるを得ず⁴⁴⁾、それゆえ、みだりに犯罪を行う方向に動機づけられない自由の侵害の程度は低かったものと評価することができるように思われる。

それに対し、広義の必要性という点については、どうであろうか。まず、犯罪の嫌疑(蓋然性)については、本件前の約半年の間に被告人の自宅の周辺地域で夜間を含む時間帯に車上狙いが散発的に発生していたことなどを総合的に考慮し、被告人にそれら車上狙いの嫌疑を認めていたこと⁴⁵⁾、被告人は、窃

42) 酒巻・前掲注 5) 106 頁参照。

43) 本判決は、なりすまし捜査の許容性判断につき、捜査の必要性やその態様の相当性を総合的に考慮するとするが、態様の相当性においては、捜査機関側の働き掛けの態様・強度がそれ自体として客観的・外形的に考慮されることになろう。池田・前掲注 5) 40-41 頁、渡辺・前掲注 4) 37、40-42 頁、古江①・前掲注 15) 124 頁参照。本判決は、犯罪の嫌疑(蓋然性)が低いとの評価から、働き掛けが強かったとの判断を導いているように見えるが、そのような判断のあり方は妥当とは思われない。渡辺・前掲注 4) 40-41 頁参照。なお、大澤・前掲注 20) 192 頁、長沼=上富・前掲注 5) 90 頁〔上富発言〕、川出①・前掲注 5) 205 頁、田野尻・前掲注 5) 64 頁、玉本・前掲注 5) 182 頁、山本・前掲注 6) 96 頁、多和田①・前掲注 13) 281-283 頁参照。最決平成 16 年 7 月 12 日刑集 58 巻 5 号 333 頁の原審も参照。これに対し、酒巻・前掲注 8) 172 頁、酒巻・前掲注 5) 108 頁、長沼=上富・前掲注 5) 90 頁〔長沼発言〕参照。

44) 中島・前掲注 7) 110 頁、渡辺・前掲注 4) 42 頁参照。

45) 酒巻・前掲注 5) 104 頁、大澤・前掲注 20) 192 頁参照。

盗の前歴2回を有していたこと、また、被告人の行動確認捜査を行い、被告人が連日深夜に自宅の周辺を徘徊し、その際、(ア)自動販売機の釣り銭口に手を入れるなどするとともに、駐車中の他人の自動車の中を覗き込む行動を取っている、(イ)その際、夏場であるのにマスクを着用し、上着のフードを被るなど、人目を避けるような服装をしている、(ウ)手袋や懐中電灯等を携帯しているといった行動が観察されていることからすると、機会があれば車上狙いを行う意思があると疑われる者に当たるものといえ、犯罪の嫌疑(蓋然性)は十分に認められると思われる⁴⁶⁾。次に、犯罪の重大性については、基本的には実体刑罰法令の定める法定刑が判断基準となるが⁴⁷⁾、窃盗罪の法定刑は、10年以下の懲役又は50万円以下の罰金とされており、また、窃盗罪は、直接の被害者が存在する犯罪類型であることも考慮すれば、本件では発泡酒1箱(時価2,500円相当)の窃取(という比較的軽微な被害)が問題とされたものであるにしても、犯罪の重大性は認められるように思われる。また、狭義の必要性という点については、たしかに、一般的には、密行性が高く犯罪事実の把握すら困難な薬物犯罪等とは異なり、車上狙いは、証拠収集や犯人の検挙が困難な犯罪類型ではないといえるが、しかしながら、この必要性は事案に即して具体的に検討されなければならないのであって⁴⁸⁾、本件なりすまし捜査に至るまでの経緯を踏まえると、それ以前に、警察官3名ないし4名の態勢で、4度にわたり、被告人に対し張込みや尾行等による行動確認捜査を行ったにもかかわらず

46) 本判決は、機会があれば車上狙いを行う意思があると疑われるとしつつも、その強さを否定するが、そのような評価との関係において、本判決が示した事情(車上狙いを実行できるような自動車がそれほど頻繁にあるとは思えないこと、車上狙いにかなり慎重な態度で臨んでいること)がいかなる意味を持つのかは、必ずしも明らかではない。

47) 酒巻①・前掲注17) 67頁。

48) 酒巻・前掲注5) 108頁、佐藤①・前掲注28) 27頁、佐藤・前掲注15) 46-47頁参照。最決平成8年10月18日公判物未搭載の反対意見参照。

らず、実際に犯行を現認できなかったのであり、なりすまし捜査を用いる必要性が認められるにとどまらず、通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難であるという意味において、補充性も認められるように思われる⁴⁹⁾。

以上からすると、本件なりすまし捜査は、法益侵害の質・程度と広義の必要性とが合理的権衡を保っており、具体的事情の下で相当と評価され、適法と結論付けることも可能であったようにも思われる⁵⁰⁾。

第四章 違法収集証拠排除について

本章では、本判決の判示を契機として、従来判例を踏まえつつ、違法収集証拠排除について、検討ないし確認を行いたい。

第一節 最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決の登場—議論の出発点

違法な手続によって収集・獲得された証拠、すなわち、違法収集証拠について、証拠能力は認められるのであろうか⁵¹⁾。これが、違法収集証拠排除の間

49) 川出②・前掲注 5) 92 頁。

50) なお、本件捜査が違法とされたことに批判的なものとして、渡辺・前掲注 4) 25 頁。

51) 大谷直人「違法に収集した証拠」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点 (第 3 版)』(2002 年) 194 頁、長沼ほか・前掲注 40) 348 頁〔長沼範良〕、川出①・前掲注 5) 437 頁、緑大輔『刑事訴訟法入門 (第 2 版)』(2017 年) 319 頁、酒巻・前掲注 8) 495 頁、中谷雄二郎「違法収集証拠の排除—裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開 (下)』(2017 年) 395 頁、辻川靖夫「違法収集証拠の証拠能力」松尾浩也＝岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅲ』(2012 年) 133-134 頁、石井一正「最新重要判例解釈 (108)」現代刑事法 6 巻 4 号 (2004 年) 75 頁〔石井一正『刑事訴訟の諸問題』(2014 年) 所収〕、三井誠「違法収集証拠の排除 (1)」法学教室 263 号 (2002 年) 149 頁、池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義 (第 6 版)』(2018 年) 483 頁、白取祐司『刑事訴訟法 (第 9 版)』(2017 年) 392 頁、松尾浩也『刑事訴訟法 (上) (新版)』(1999 年) 131 頁、安富潔『刑事訴訟法講義 (第 4 版)』(2017 年) 307-308 頁、土本武司『刑事訴訟法要義』(1991 年) 337、433 頁、亀井源太郎

題である。

この点、違法な手続によって得られた証拠の排除を明示的に定めた法規定は存在しない⁵²⁾。もっとも、これに対し、最高裁として、違法収集証拠の証拠能力を否定する可能性を理論的に認めたのが、最高裁昭和53年9月7日判決⁵³⁾であった⁵⁴⁾。

最高裁は、違法な所持品検査の結果、発見・押収された覚せい剤の証拠能力が争点とされた事案において、次のように判示している。

「(一) 違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当であるところ、刑訴法は、『刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的な人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。』(同法1条)ものであるから、違法に収集された証拠物の証拠能力に関しても、かかる見地からの検討を要するものと考えられる。ところで、刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのためには事案の真相をできる限り明らかにすることが必要であることはいうまでもないところ、証拠物は押収手続が違法であっても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証

ほか『プロセス講義刑事訴訟法』(2016年)155頁〔堀田周吾〕、関正晴編『刑事訴訟法(第2版)』(2019年)109頁〔緑大輔〕、寺崎嘉博編『刑事訴訟法講義』(2007年)198頁〔伊藤博路〕、井戸田侃『刑事訴訟法要説』(1993年)230頁、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(第2版)(第7巻)』(2012年)320頁〔安廣文夫〕。

52) 川出①・前掲注5) 437頁、緑・前掲注51) 319頁、酒巻・前掲注8) 495頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法(第2版)』(2018年)417頁。

53) 最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁。

54) 松田岳士「違法収集証拠の証拠能力」法学教室389号(2013年)26頁、酒巻・前掲注8) 495頁、大谷・前掲注51) 194頁。

抛物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないというべきである。しかし、他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法 35 条が、憲法 33 条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、搜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑事訴訟法が搜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法 31 条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法 35 条及びこれを受けた刑事訴訟法 218 条 1 項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な搜索の抑制の見地からして相当でない認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。

（二）これを本件についてみると、原判決の認定した前記事実によれば、被告人の承諾なくその上衣左側内ポケットから本件証拠物を取り出した P 巡査の行為は、職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性和緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかった被告人に対し、所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであって、もとより同巡査において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があったものではなく、また、他に右所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められないので、本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいえないのであり、これを被告人の罪証に供することが、違法な搜索の抑制の見地に立ってみても相当でないとは認めがたいから、本件証拠物の証拠能力はこれを肯定すべきである。」

最高裁は、司法の無瑕性（廉潔性）の保持と違法搜索の抑制の見地から⁵⁵⁾、

55) 最高裁が、違法収集証拠を排除すべき理論的根拠について、どのような立場に立つかは必ずしも定かではないが、一般に本文で示した立場に立つものと理解されている。松

「令状主義の精神を没却するような重大な違法」⁵⁶⁾ (違法の重大性) と「これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合」(排除の相当性) がともに認められる場合に⁵⁷⁾、違法収集証拠の証拠能力が否定されることを示している。

このように、最高裁が、違法の重大性と排除の相当性が認められる場合に違法収集証拠が排除されるとの立場を採用していることは明らかである。もっとも、問題は、そのことを前提としたうえで、そもそも、排除の対象とされる違法収集証拠とは何か、すなわち、違法な手続によって収集・獲得された証拠とは何を意味するのか、その意義である。この点は、違法収集証拠排除論の出発点として、きわめて基本的かつ重要な位置付けを有するにもかかわらず、従来、正面から自覚的に論じられることは必ずしもなかったように思われる。

田・前掲注 54) 27 頁、松田岳士「毒樹の果実」長沼範良ほか編『警察基本判例・実務 200 (別冊判例タイムズ 26 号)』(2010 年) 398 頁参照。

56) 本判決の「令状主義の精神を没却するような」との文言は、例示とされる。宇藤ほか・前掲注 52) 424 頁〔堀江慎司、堀江慎司「違法収集証拠の証拠能力 (1)」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選 (第 8 版)』(2005 年) 137 頁、三好幹夫「違法排除法則—裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅲ』(2002 年) 344 頁参照。

57) 松田・前掲注 54) 28 頁、長沼範良「排除法則に関する判例理論の展開」現代刑事法 5 巻 11 号 (2003 年) 30、36 頁、酒巻・前掲注 8) 500-502 頁、川出①・前掲注 5) 441-443 頁、川出敏裕「いわゆる『毒樹の果実論』の意義と妥当範囲」〔松尾浩也先生古稀祝賀論文集 (下巻)』(1998 年) 529-530 頁、緑・前掲注 51) 321-322 頁、渡邊ゆり「違法収集証拠の排除—検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開 (下)』(2017 年) 381 頁、中谷・前掲注 51) 395-397 頁、大谷・前掲注 51) 195-196 頁、大澤裕 = 杉田宗久「違法収集証拠の排除 (最二小判平成 15 年 2 月 14 日刑集 57 巻 2 号 121 頁)」法学教室 328 号 (2008 年) 68-69、71、86 頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅱ』(2013 年) 157 頁、亀井ほか・前掲注 51) 274-275 頁〔安井哲章〕。これに対し、違法の重大性と排除の相当性とを競合のないし併行的な関係として理解するものとして、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』(1985 年) 557 頁、高橋省吾「違法排除法則—裁判の立場から」三井誠ほか編『刑事手続 (下)』(1988 年) 610、612-613 頁。

本件事案においては、職務質問に伴う所持品検査を違法としたうえで、「違法な所持品検査及びこれに続いて行われた試薬検査によってはじめて覚せい剤所持の事実が明らかとなった結果、被告人を覚せい剤取締法違反被疑事実で現行犯逮捕する要件が整った本件事案においては、右逮捕に伴い行われた本件証拠物の差押手続は違法といわざるをえない」とし、そのような違法な差押手続により得られた証拠物の証拠能力が論じられている⁵⁸⁾。すなわち、本件では、違法な差押手続により直接獲得された証拠の証拠能力が問題となっているのであって、ここからは、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠が違法収集証拠に該当し、排除の対象となることが明らかというべきであろう。もっとも、本判決によれば、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠が違法収集証拠に該当し、いわゆる違法収集証拠排除法則の適用対象となることは確かであるとしても、他方で、違法収集証拠に該当するのは、それに限られるのか、あるいは、それ以外の余地も認められるのかは、必ずしも明らかではなかった。この点との関係で注目すべきは、最高裁平成 15 年 2 月 14 日判決⁵⁹⁾である。

第二節 その後の展開—排除の対象の観点から

一 最高裁平成 15 年 2 月 14 日判決は、違法逮捕当日に採取された被告人の尿に関する鑑定書の証拠能力が争われた事案において、次のように判示している。

「(1) 本件逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていない・・・という手続的な違法があるが、それにとどまらず、警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、・・・逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚

58) 松田・前掲注 54) 28 頁、川出①・前掲注 5) 440-441、450 頁。

59) 最判平成 15 年 2 月 14 日刑集 57 巻 2 号 121 頁。

偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。そして、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと思われるから、その証拠能力を否定すべきである・・・。

(2)・・・本件採尿は、本件逮捕の当日にされたものであり、その尿は、上記のとおり重大な違法があると評価される本件逮捕と密接な関連を有する証拠であるというべきである。また、その鑑定書も、同様な評価を与えられるべきものである。

したがって、原判決の判断は、上記鑑定書の証拠能力を否定した点に関する限り、相当である。」

このように、本判決は、違法な逮捕に密接に関連する証拠の証拠能力を否定すべきであるとしているところ、違法収集証拠の範囲を拡張する判断を示したように思われる。すなわち、最高裁は、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠にとどまらず、違法な手続と密接に関連する証拠についても、違法収集証拠に該当するとして、排除の対象となること、つまり、違法収集証拠排除法則の適用の対象ないし前提となることを明確に認めたものと理解すべきである⁶⁰⁾。別の言い方をすれば、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠を違法収集証拠として排除の対象とすることを基本としつつも、それに準ずるもの、あるいはそれと実質的に同等と評価されるものとして、違法な手続と密接に関連する証拠についても、違法収集証拠として排除の対象に含ませたものと理解することができよう。

60) なお、小川賢一「判批」研修663号(2003年)99-100頁参照。

もっとも、他方で、本判決が言及する密接関連性については、排除の要件である排除の相当性との関係で考慮されるべき要素として理解されるのが有力ないし一般的であるように見える⁶¹⁾。そして、そこでは、違法な手続と関連性(因果性)のある証拠が違法収集証拠排除法則の適用対象であることが前提とされているものと思われる⁶²⁾。

しかしながら、本判決が言及する密接関連性については、むしろ、違法収集証拠排除法則の適用対象を示したものというべきである⁶³⁾。したがって、排除の相当性とは無関係というべきであるように思われる⁶⁴⁾。

61) 松田・前掲注 54) 30 頁、川出①・前掲注 5) 462 頁、緑・前掲注 51) 325-326 頁、緑大輔「違法収集証拠排除法則と捜査機関の後行行為」季刊刑事弁護 97 号 (2019 年) 50 頁、酒巻・前掲注 8) 504、506 頁、大澤裕「違法収集証拠の証拠能力 (3)」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選 (第 8 版)』(2005 年) 141 頁、長沼・前掲注 57) 33-34 頁。川出・前掲注 57) 532 頁参照。なお、これに対し、違法の重大性との関係で考慮するものとして、中谷・前掲注 51) 403 頁、石井一正『刑事訴訟の諸問題』(2014 年) 411 頁、朝山芳史「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成 15 年度』53 頁。石井一正「違法収集証拠排除の基準—最判昭 53・9・7 以降の判例を中心として—」判例タイムズ 577 号 (1986 年) 14-15 頁〔石井一正『刑事訴訟の諸問題』(2014 年) 所収〕【以下、「石井①」として引用】、石井一正『刑事実務証拠法 (第 5 版)』(2011 年) 151 頁、三好・前掲注 56) 345 頁参照。なお、違法の重大性および排除の相当性との関係で考慮するものとして、大澤=杉田・前掲注 57) 77-78 頁〔大澤発言〕、池田公博「違法な手続または証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠の証拠能力」ジュリスト 1338 号 (2007 年) 216 頁、小川佳樹「排除法則について」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』(2019 年) 678 頁参照。

62) 葛野尋之「『なりすまし捜査』の適法性と収集証拠の許容性」法律時報 90 卷 5 号 (2018 年) 147 頁、酒巻・前掲注 8) 498、505-506 頁、長沼・前掲注 57) 31、33 頁。川出・前掲注 57) 517-520 頁、川出①・前掲注 5) 458、462 頁、緑・前掲注 51) 326 頁、小川・前掲注 61) 666、670 頁、井上和治「違法性の承継論と毒樹の果実論」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』(2019 年) 707 頁参照。

63) なお、これに対し、酒巻・前掲注 8) 498 頁参照。

64) なお、違法収集証拠排除の要件である違法の重大性と排除の相当性はその理論的背景を異にし、前者は司法の無瑕性(廉潔性)の保持、後者は違法捜査抑制の見地から理論的

二 さて、このような排除の対象たる違法収集証拠の範囲の拡張の動き、あるいは、そのような違法収集証拠の意義ないし範囲をめぐる理解の妥当性は、その後において現れた最高裁判例によっても確認されているように思われる。

最高裁平成 29 年 3 月 15 日判決⁶⁵⁾は、GPS 捜査の許容性が問題となったものであるが、その判示において、「本件 GPS 捜査によって直接得られた証拠及びこれと密接な関連性を有する証拠の証拠能力を否定する一方で、その余の証拠につき、同捜査に密接に関連するとまでは認められないとして証拠能力を肯定し、これに基づき被告人を有罪と認定した第 1 審判決は正当であ〔る〕」と述べているところ⁶⁶⁾、違法な GPS 捜査によって直接得られた証拠及びこれと密接な関連性を有する証拠について、違法の重大性と排除の相当性が肯定され、証拠能力が否定されたものと理解することができる。そこでは、違法な手続によって直接に獲得された証拠及びこれと密接な関連性を有する証拠

に裏付けられるものである（川出①・前掲注 5）443 頁、川出・前掲注 57）530 頁、緑・前掲注 51）321 頁、酒巻・前掲注 8）500 頁）。もっとも、前者が認められれば、後者が否定されることはないとの運用上の指摘も見られる（緑・前掲注 51）322 頁、酒巻・前掲注 8）503 頁、川出①・前掲注 5）445 頁、川出・前掲注 57）530 頁）。実際、前掲最高裁平成 15 年 2 月 14 日判決も、排除の相当性については特段具体的な説示をすることなく、これを肯定しているように見える。しかしながら、理論的には、両者は明確に区別すべきであり、違法の重大性に対する排除の相当性の独自性が認識されなければならない（酒巻・前掲注 8）503 頁も、排除の相当性は「論理的には独立の要件要素とみるべきである」とする）。先に述べたとおり、排除の相当性は、違法捜査抑制の見地から裏付けられるものである。そこでは、当該違法行為の将来の反復可能性の有無が考慮ないし検討されなければならない（拙稿「違法に獲得された尿鑑定書の証拠能力が否定された事例」法学教室 471 号（2019 年）144 頁参照）。この点、前掲最高裁平成 15 年 2 月 14 日判決も同様の立場を前提にしていたものと解され、また、後掲東京高裁令和元年 7 月 16 日判決および鹿児島地裁加治木支部平成 29 年 3 月 24 日判決は、排除の相当性につき同様の理解に立つことを、より明確ないし鮮明に示しているものと解される。

65) 最大判平成 29 年 3 月 15 日刑集 71 卷 3 号 13 頁。

66) なお、本判決につき、井上・前掲注 62) 709-711 頁参照。

が排除の対象である、すなわち、違法収集証拠排除法則の適用の対象となるとの理解が当然の前提とされているのであり、本判決は、最高裁として、先の理解の妥当性を明示的に確認したものと位置付けられよう。そして、その後の、下級審裁判例においても、同様の理解に基づく判断が踏襲されているのである。

例えば、東京高裁令和元年 7 月 16 日判決⁶⁷⁾は、尿の鑑定書の証拠能力が問題となったものであるが、「本件鑑定書に係る被告人の尿は、・・・一連の捜査過程を経た本件令状請求に基づいて強制採尿に係る 捜査差押許可状が発付され、それが被告人に呈示された上で実施された採尿手続で採取され、差し押さえられたものである。本件の一連の捜査過程の違法は、覚せい剤の所持の嫌疑に係るものではあるが、本件令状請求が、覚せい剤の所持のみならず使用についても同じ疎明資料を用いて行われており、両者が相互に密接に関係することからすれば、本件鑑定書は、重大な違法がある・・・一連の捜査手続と密接な関連を有するものとして、一連の違法な手続の影響を免れないというべきである。また、警察官らは、・・・本件令状請求において、記載すべき事実を殊更に記載せずに、不正確な事実を記載したばかりか、原審裁判でも、これと同旨の証言を行ったのであり、これら一連の経過は、警察官らが手続的な違法を糊塗しようとするものであって、本件鑑定書を証拠として許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からしても相当でないといわざるを得ない。」と判示し、尿の鑑定書の証拠能力を否定した。

本判決は、違法な一連の捜査手続と「密接な関連を有する」尿の鑑定書について、違法の重大性と排除の相当性を認めて、尿鑑定書の証拠能力を否定したものと理解することができる。

67) 東京高判令和元年 7 月 16 日公刊物未搭載。

第三節 本判決の位置付け

一 鹿児島地裁加治木支部平成 29 年 3 月 24 日判決は、本件なりすまし捜査が違法であることを前提に、違法な本件捜査と「直接かつ密接な関連性を有する」証拠である被害届等について、違法の重大性と排除の相当性を認め、証拠能力を否定したものである。本判決は、違法な手続によって直接に獲得された証拠及びこれと密接な関連性を有する証拠が排除の対象であるとの立場を前提にして、被害届等がいずれにも該当することを認めたものと見ることができるのであり、その意味において、本判決は、最高裁の立場を踏襲したものと位置付けられるように思われる。

二 なお、本判決における違法の重大性の判断について、幾ばくか付言する。本判決は、先に述べたとおり、違法ななりすまし捜査と「直接かつ密接な関連性」を有する証拠について、違法の重大性と排除の相当性を認め、証拠能力を否定したが、違法の重大性を肯認するにあたり、「A 警察官らには、被告人の検挙においてなりすまし捜査を行った事実を捜査書類上明らかにせず、また公判廷においても同事実を否認する内容の証言をするなど、本件捜査の適法性に関する司法審査を潜脱しようとする意図が見られること」に言及している。

このように、本判決は、本件捜査の適法性に関する司法審査を潜脱しようとする意図が見られることを、違法の重大性を基礎付ける事情として指摘しているように見える。たしかに、捜査官の意図・態度といった主観的事情が違法の重大性を基礎付けることはあり得よう⁶⁸⁾。しかしながら、問題は、このようななりすまし捜査後の事後的な事情といったものが、いかなる意味でなりすまし捜査の違法の重大性を基礎付けることになるのか、という点にある。

68) 川出①・前掲注 5) 444 頁。前掲最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決は、違法の重大性を否定するに際して、「令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図」がなかったことを指摘する。

この点については、被告人の検挙においてなりすまし捜査を行った事実を捜査書類上明らかにせず、また公判廷においても同事実を否認する内容の証言をしたといった隠蔽行為を通して表れた、本件捜査の適法性に関する司法審査を潜脱しようとする法無視の意図・態度から推認されるところの、なりすまし捜査の実施当時において、警察官が違法を認識しつつあえて遂行したとの主観的な意図・態度が、違法の重大性の判断において考慮されていたと見ることができるように思われる^{69) 70)}。

また、前掲最高裁平成 15 年 2 月 14 日判決においても、違法の重大性を肯認するにあたり、逮捕の手続的な違法に加え、警察官が、その手続的な違法を糊塗するため、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしていることに言及されていたところである。その趣旨は、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしたという警察官の隠蔽行為を通して表れた、逮捕の手続的な違法を糊塗（し、司法審査ないし司法的統制を潜脱）しようとする法無視の意図・態度から推認されるところの、逮捕手続の遂行当時において、警察官が違法を認識しつつあえて行ったとの主観的な意図・態度が、違法の重大性の判断において考慮されていたと理解できるも

69) 川出①・前掲注 5) 444 頁参照。

70) 本判決は、「本件捜査の性質に照らすと、今後も本件と同様の違法捜査が繰り返されることは大いにあり得るところであるから、本件捜査により獲得された証拠を許容することは、将来における違法捜査の抑制の見地からして相当でないというべきである」と判示する。「本件捜査の性質」の意味するところは必ずしも定かではないが、上記主観的事情の存在を踏まえ、当該違法行為の将来の反復可能性を基礎付けるものと評価し、排除の相当性を認めたものと理解することができるように思われる。井上・前掲注 57) 560 頁、高橋・前掲注 57) 613 頁、酒巻・前掲注 8) 504 頁参照。これに対し、石井①・前掲注 61) 15-16 頁参照。なお、津村政孝「演習」法学教室 237 号 (2000 年) 157 頁も参照。

のである^{71) 72)}。その意味で、違法の重大性の判断に関して示された最高裁の立場は、本判決においても踏襲されているものと見ることができよう。

-
- 71) 松田・前掲注54) 32-33頁、長沼ほか・前掲注40) 353頁〔長沼範良〕、長沼・前掲注57) 34頁、川出①・前掲注5) 461-462頁、大澤・前掲注61) 141頁、大澤＝杉田・前掲注57) 72-75頁〔杉田発言〕、緑・前掲注51) 328頁、酒巻・前掲注8) 503頁、宇藤ほか・前掲注52) 430頁〔堀江慎司〕、渡邊・前掲注57) 384頁、中谷・前掲注51) 401-402頁、合田悦三「先行手続の違法と証拠能力(2)」井上正仁＝大澤裕＝川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選(第10版)』(2017年)209頁、古江②・前掲注15) 400頁、佐藤文哉「違法収集証拠排除の新局面」法学教室275号(2003年)41-42頁、秋吉淳一郎「違法収集証拠」井上正仁＝酒巻匡編『刑事訴訟法の争点(新・法律学の争点シリーズ6)』(2013年)183頁、朝山・前掲注61) 42-43頁、辻川・前掲注51) 149頁、田口守一ほか「排除法則の現状と展望」現代刑事法55号(2003年)17頁〔山崎発言〕、加藤俊治「違法逮捕中に取得された物の証拠能力」長沼範良ほか編『警察基本判例・実務200(別冊判例タイムズ26号)』(2010年)383-384頁、大久保隆志『刑事訴訟法』(2014年)301-302頁、河上ほか編・前掲注51) 506頁〔安廣文夫〕、伊丹俊彦＝合田悦三編『逐条実務刑事訴訟法』(2018年)849頁〔辛島明〕参照。
- 72) なお、前掲東京高裁令和元年7月16日判決は、一連の捜査手続に重大な違法を認めているところ、判文上は必ずしも明らかではないが、違法の重大性を認めるに際し、令状請求において、記載すべき事実を殊更に記載せずに、不正確な事実を記載したばかりか、原審公判でも、これと同旨の証言を行ったという警察官の隠蔽行為を通して表れた、手続的な違法を糊塗(し、司法審査ないし司法的統制を潜脱)しようとする法無視の意図・態度から推認されるところの、一連の捜査手続の遂行当時において、警察官が違法を認識しつつあえて行ったとの主観的な意図・態度もまた考慮されていたものと理解すべきである。拙稿「違法に獲得された尿鑑定書の証拠能力が否定された事例」法学教室471号144頁参照。また、本判決は、「本件鑑定書を証拠として許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からしても相当でないといわざるを得ない」と判示するが、上記主観的事情の存在を、当該違法行為の将来の反復可能性を基礎付けるものと評価し、排除の相当性を認めたものと考えられる。拙稿「違法に獲得された尿鑑定書の証拠能力が否定された事例」法学教室471号(2019年)144頁参照。なお、警察官らによる、令状なく、「確信的」に侵害行為が行われた、その態度を、違法の重大性および排除の相当性において考慮し、尿の鑑定書等の証拠能力を否定したものとして、大阪高判平成30年8月30日判時2430号140頁参照。

なお、本判決は、違法の重大性の判断において、「警察官らには捜査方法の選択につき重大な過失があったといえること」にも言及している。このことから、なりすまし捜査の実施当時において、警察官が違法を認識しつつあえて遂行したとの主観的な意図・態度が違法の重大性の判断において考慮されたとの見方を否定することがあり得るかもしれない⁷³⁾。しかしながら、捜査方法の選択に重大な過失があったことと、なりすまし捜査の実施当時において、警察官が違法を認識しつつあえて遂行したとの主観的な意図・態度が認められることは別の問題であって、必ずしも矛盾するものではなく、前述した理解を妨げるものではないように思われる。

第五章 おわりに

一 本稿は、冒頭で述べたように、鹿児島地裁加治木支部平成 29 年 3 月 24 日判決を素材として、そこにおいて生起する問題を取り上げ、理論的検討を加えようとするものである。すなわち、具体的には、なりすまし捜査の適法性の判断のあり方について検討を行うとともに、違法収集証拠排除論について、その対象という観点から、検討を加えるものである。本章では、最後に、この点について簡潔に総括し、本稿の結びとしたい。

二 鹿児島地裁加治木支部平成 29 年 3 月 24 日判決は、「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、捜査対象者が自己等に対する犯罪を実行しやすい状況を秘密裡に作出した上で、同対象者がこれに対し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」を「なりすまし捜査」としている。

そのうえで、本判決は、なりすまし捜査について、おとり捜査と同様、「本来犯罪を抑止すべき立場にある国家が犯罪を誘発しているとの側面」があるこ

73) 葛野・前掲注 62) 147 頁。

とを指摘し、「捜査の公正」を害するものと述べているところ、「捜査の公正」の侵害という、いわば国家の行為無価値になりすまし捜査の違法性の実質を求める立場を示したものと理解することができる。また、なりすまし捜査の適否の判断基準についても、なりすまし捜査の必要性およびその態様の相当性を総合的に考慮して判断するとの立場を示しているところである。

たしかに、なりすまし捜査の違法性の実質を「捜査の公正」の侵害という点に求める立場を前提にすれば、なりすまし捜査の適否について、その必要性およびその態様の相当性を総合的に考慮して判断しようとすることには、十分な合理性を見出すことができ、むしろ、妥当な理論的帰結と評せよう。しかしながら、他方で、捜査の公正なる道徳的・倫理的価値の侵害が、何ゆえになりすまし捜査の違法性を基礎付けうるのか、その意味で、そもそも、なりすまし捜査の違法性の実質を「捜査の公正」の侵害に求めることが妥当性を有するかについては疑問の余地がある。そこで、なりすまし捜査の違法性の実質をどのように捉えるべきかが、あらためて問われなければならない。

本判決は、なりすまし捜査について、「本来犯罪を抑止すべき立場にある国家が犯罪を誘発しているとの側面」があることを指摘しているところであるが、まず、本来国家が刑事実体法により保護すべき法益侵害の危険を自ら惹起ないし創出することになりすまし捜査の違法性の実質を見出すことができる。これは、なりすまし捜査の対象者ではなく、むしろ、国家の働き掛け行為により対象者が実行しようとする犯罪の法益侵害性に着目するものである。他方で、なりすまし捜査の対象者には、何らの権利侵害も想定し得ないわけではない。国家が対象者に働き掛けて犯罪を誘発していることは確かであるが、本来犯罪を抑止すべき国家の立場を踏まえると、その過程において、みだりに犯罪を行う方向に動機づけられない事由、あるいは、みだりに犯罪を行う方向に促進されない自由ともいうべき人格的権利の侵害をなりすまし捜査の違法性の実質として想定することが可能である。

このような理解を前提とすれば、なりすまし捜査は、任意捜査の範疇に属す

るものとして位置付けられ、そのうえで、最高裁昭和 51 年 3 月 16 日決定が示した判断枠組みに従い、法益侵害の質・程度と当該手段方法の広義の必要性とが合理的権衡を保っており、具体的状況の下で相当といえるかを検討することにより、その適否が判断されることになる。そして、鹿児島地裁加治木支部平成 29 年 3 月 24 日判決の事案に即していえば、本判決は、本件なりすまし捜査について違法と結論づけるものの、他方で、適法と判断する余地も充分にあり得たのではないかと思われる。

三 違法な手続によって収集・獲得された証拠、すなわち、違法収集証拠について、証拠能力は認められるか。この点、最高裁として、違法収集証拠の証拠能力を否定する可能性を理論的に認めたのが、最高裁昭和 53 年 9 月 7 日判決である。同判決によれば、違法の重大性と排除の相当性が認められる場合に違法収集証拠が排除されることは明らかである。もっとも、問題は、そもそも、その排除の対象とされる違法収集証拠とは何か、すなわち、違法な手続によって収集・獲得された証拠とは何を意味するのか、その意義にある。

本件事案においては、違法な差押手続により得られた証拠物の証拠能力が論じられている。すなわち、本件では、違法な差押手続によって直接獲得された証拠の証拠能力が問題となっているのであり、ここからは、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠が違法収集証拠に該当し、排除の対象となることが明らかである。もっとも、本判決によれば、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠が違法収集証拠に該当し、いわゆる違法収集証拠排除法則の適用対象となることは確かであるとしても、違法収集証拠に該当するのは、それに限られるのか、あるいは、それ以外の余地も認められるのかは、必ずしも明らかではない。この点との関係で注目すべきは、最高裁平成 15 年 2 月 14 日判決である。

本判決は、違法な逮捕に密接に関連する証拠の証拠能力を否定すべきであるとするところ、違法収集証拠の範囲を拡張する判断を示したものと解される。すなわち、最高裁は、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠にとどま

らず、違法な手続と密接に関連する証拠についても、違法収集証拠に該当するとして、排除の対象となること、つまり、違法収集証拠排除法則の適用の対象ないし前提となることを明確に認めたものと理解することができる。換言すれば、違法な手続によって直接収集・獲得された証拠を違法収集証拠として排除の対象とすることを基本としつつも、それに準ずるもの、あるいはそれと実質的に同等と評価されるものとして、違法な手続と密接に関連する証拠についても排除の対象に含ませたものと評価することができるのである。

このような理解の妥当性は、その後において現れた最高裁判例によっても確認されている。すなわち、最高裁平成 29 年 3 月 15 日判決は、「本件 GPS 捜査によって直接得られた証拠及びこれと密接な関連性を有する証拠の証拠能力を否定する一方で、その余の証拠につき、同捜査に密接に関連するとまでは認められないとして証拠能力を肯定し、これに基づき被告人を有罪と認定した第 1 審判決は正当であ〔る〕」と判示するところ、違法な手続によって直接に獲得された証拠及びこれと密接な関連性を有する証拠が排除の対象である、すなわち、違法収集証拠排除法則の適用の対象となるとの理解が当然の前提とされているのであり、それゆえ、本判決は、最高裁として、先の理解の妥当性を明示的に確認したものと理解される。

鹿児島地裁加治木支部平成 29 年 3 月 24 日判決は、本件なりすまし捜査が違法であることを前提に、違法な本件捜査と「直接かつ密接な関連性を有する」証拠である被害届等について、違法の重大性と排除の相当性を認め、証拠能力を否定したが、本判決は、上述の理解と同様の立場を前提にしたものと理解することができるのであり、その意味で、最高裁の立場ないし理解を踏襲したものと位置付けることができるのである。

(2020 年 4 月脱稿)