

## なりすまし捜査の適法性と証拠能力

【文献種別】 判決／鹿児島地方裁判所加治木支部  
【裁判年月日】 平成29年3月24日  
【事件番号】 平成28年(わ)第43号  
【事件名】 窃盗被告事件(なりすまし捜査無罪判決)  
【裁判結果】 無罪(確定)  
【参照法令】 刑事訴訟法1条・197条・317条・319条  
【掲載誌】 判時2343号107頁

LEX/DB 文献番号 25448594

### 事実の概要

伊佐市内において、平成28年3月頃から車上狙いが発生していた。被害車両はすべて軽自動車でありそのうち半数以上が軽トラックである点、全件無施錠の車両であった点、犯行は概ね夜間に行われていた点などの共通性がみられた。警察は所要の捜査を実施したものの、犯人の特定に至っていなかったところ、7月に被害者から現場付近を深夜に徘徊し、自動販売機の釣りを漁る被告人の情報を得た。これらの事情に加え、被告人が犯行現場付近に居住していること、窃盗の前科が2件あることなどから、警察は尾行・張込み等の行動確認を実施した。その際、被害現場であるスーパーの駐車場で駐車中の他人の自動車を覗く行動が確認された。警察は、9月10日に同所において捜査車両ではない一般から借り受けた無人、無施錠の軽トラックの助手席に発泡酒24缶、食パン等を置いた状態で駐車させ、捜査官4名を待機させた。そこへ被告人がやってきて数度の物色を行うなどしたのち、6時27分に同車両のドアを開け、置いてあった発泡酒を持ち出したため、待機中の警察官らが被告人を現行犯逮捕した。

### 判決の要旨

#### 1 認定事実に基づく本件当日の捜査手法の推認

本件では、逮捕当日の被告人の行動確認捜査の最中に、警察官の1人が自ら車上狙いの被害に遭い、なおかつ現場で現行犯逮捕しており、このこと自体がかなり特異な出来事といえる。これに加え、問題となった自動車も捜査用車両ではなく自家用車であり、かつ盗難品も捜査活動とは全く無

関係であり、当該車両の車種は以前に届出のあった被害車両と同じであった。これらを併せ考慮すると、警察官らは被告人に車上狙いを実行させる目的で本件発泡酒を本件軽トラックに積載していたのではないかとかなり強く推認することができる。

警察官らは、トラックは被告人の行動確認のために借用したものであるというが、そうであるとすれば覆面パトカー等でも目的は達成されるし、本件車両借用前は2台の自転車が使用されていた。また、本件車両の借用にかかる日付について、捜査報告書と尋問時で看過し難い供述の変遷がみられる。被害物件たる発泡酒は本件車両の持主に対する謝礼として購入したものであるというが、起訴前作成の捜査書類にはこれに関する記載がない。また食パン等については捜査員の夜食用であったと述べるが、トースターやマーガリンもない状況下で尾行等の捜査活動に従事しながら食すのに全く適さない種類のものであり、この点に関する警察官の供述は明らかに不自然・不合理である。

本件車両は、すぐに尾行を開始できるように無施錠の状態に置かれた旨の供述があるが、以前は自転車で尾行を実施していたのであり、施錠を解いた上で遅れずに被告人を追跡することは十分可能である。

さらに、届出のあった事案においては現金が被害に遭っており、発泡酒やパンが盗まれるとは全く思っていなかった旨の警察官の供述は、一般論としてはおおそ理解不能な弁解であるし、警察官らが被告人の困窮状況を十分認識していたことに照らすと、その弁解の不自然さは一層明らかである。また、本件駐車場を捜査拠点とし、集中的

に警察官を配置しているにもかかわらず、同警察官らが他の駐車車両の施錠状況を全く確認していなかったというのも、やはり不可解である。

以上によれば、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、本件車両を無人、無施錠の状態で駐車し、その助手席上に発泡酒、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受けていたものと認められる（このように、「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「なりすまし捜査」という）。

## 2 本件各証拠の証拠能力について

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、これと類似した「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もの」（最決平16・7・12）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。これに対し、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いない点に違いがある。しかし、これら両捜査手法は、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する。したがって、おとり捜査の許容要件として上記判例が示した、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、通常の方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、両者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。

本件では、被告人による前記釣り銭漁り、他人

の自動車に対する物色行動、その際のマスク着用等人目を避ける格好、被告人宅周辺地域での被害発生といった事実が認められる。これらから、警察官が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。ただし、本件被告人はかなり慎重な態度で車上狙いの実行に臨んでいるのが見て取れ、その犯罪傾向は、本件捜査を行わずとも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われない。そのため、本件なりすまし捜査により本件犯行の実行が促進された面が多分にあるというべきである。

このことを踏まえると、本件なりすまし捜査の必要性及び態様の相当性の判断は、特に慎重な態度で行う必要がある。本件は、密行性が高く犯罪事実の把握すら困難な薬物事犯等とは異なり、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、犯行は屋外で行われるなど観察しやすく、仮に被告人が車上狙いの実行に出た場合、行動確認捜査中の警察官らにおいてその犯行を現認することは十分に可能だったというべきである。さらには、新たな被害申告のあとで捜査に着手するとしても、通常の方法で特に困難と認めるべき事情もない。加えて、嫌疑の掛かっていた車上狙いの被害額は概して少額であり、頻度も半年で10件程度であり、なりすまし捜査を実施し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。

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。

このことを前提に、本件各証拠の証拠能力を検討すると、本件ではなりすまし捜査を行う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、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、警察官らは地道な捜査を厭い、安易に本件捜査に出ており、捜査方法の選択につき重大な違法があったといえること、本件事案がさほど重大な事案でないこと、本件警察官らには、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み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。

また、本件捜査の性質に照らすと、今後も本件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、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抑制の見地からして相当でないといふべきである。

## 判例の解説

### 一 おとり捜査との実質的差異

本判決は、「なりすまし捜査」をおとり捜査とは別の捜査手法と定義し、相手方に対する犯罪実行の働き掛けが要素となっていない点で区別した。ただし、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になったことは認めつつも、そのことを働き掛けとは認めていない。そのため、捜査機関と対象者とのコミュニケーションの存否に両捜査手法の差異を見出すものと思われる。問題は、両捜査手法の区別にどのような意義があるかということになる。

結局のところ、本判決は基本的におとり捜査の適法性判断に関する最決平 16・7・12<sup>1)</sup> (以下、「平成 16 年決定」とする) の示した基準の中核的部分が参考になるとしているため、両捜査手法の違いは呼称の違いにすぎないとも思われる。本件と類似した手法としては、①仮睡客を装って対象者がスリを働いたところで検挙する手法<sup>2)</sup>、②盗難の疑いのある不着郵便物の捜査でダミー郵便物を通常の郵便物に混入させ、被疑者の関与した作業日にも不着が発生したことを疎明資料として令状請求をするもの<sup>3)</sup> などがある。これらの事案は、禁制品の取引が問題となる典型的なおとり捜査の場合とは異なり、対象者とのコミュニケーションを欠くものの、身分や意図の秘匿や犯行の実行を待つという点でおとり捜査と共通する。本判決が指摘するように、働き掛けの如何についてある種の違いが認められるとしても、国家が犯罪の発生に関与する点、当該犯罪が訴追対象となる点で、なりすまし捜査同様これらの手法も、問題の本質はおとり捜査と共通するものと思われる。

では、なりすまし捜査における犯罪発生を一定程度促進する要素と、おとり捜査における働き掛けとは質的に何が違うのか。一見したところ、本判決は別々の呼称を用いることで、それぞれ異なる捜査手法であることを強調しているようにも読める。しかしながら、被害物件を用意し窃盗の実現を可能にする行為も、間接的ではあれ働き掛けといえなくもなく、むしろ弱い働き掛けと評価することができるようにも思われる<sup>4)</sup>。また、結果的におとり捜査に関する判断基準が用いられているため、両捜査手法を区別することに実益があるか否かは本判決からは明確でない<sup>5)</sup>。

## 二 違法性判断の枠組み

### 1 相当性・必要性

本判決は、①対象者の犯行意思の存在、②通常の見込み捜査による摘発の困難性を要件として、なりすまし捜査の適法性判断を行っている。近年、おとり捜査の適法性判断については、働き掛けの強弱を犯意の存否と関係づけて評価項目に取り込んだ下級審判例がみられるが<sup>6)</sup>、本判決が判断基準として明示した部分は主観面を重視する平成 16 年決定に概ね従ったものといえる。本件事案においては、被告人に犯意があるとの警察官らの判断に一応の理解を示しているため、機会提供型の事案であること自体は認めているものと思われる。しかしながら、本件捜査がなされなかったとしても、早晚別の車上狙いを実行したといえるほどの強い犯罪傾向が被告人には認められず、本件捜査によって犯罪が促進されたことを指摘し、「このことを踏まえると」と前置きしてから必要性判断に入っている点が注目される。たとえ本件捜査が機会提供型の事案であるにせよ、犯罪実行に寄与した部分（すなわち犯行促進効果）は認めない。したがって、そのような負の側面に見合った必要性があるか慎重な評価が求められる。このような理解は、最決昭 51・3・16<sup>7)</sup> の示した任意捜査の許容性に関する判断の枠組みと共通する。本判決もこれに従ったものと思われるが、その結果違法な任意捜査であったことを認めた点に意義があるといえる。

### 2 捜査の公正性と犯意

おとり捜査をめぐることは、その違法の根拠が何かということがそもそもの議論の出発点とされて

きた。これまで、人格的自律権侵害、第三者に対する法益侵害の危険などを違法の根拠として主張する学説があったが、本判決は、捜査の公正が害される危険を指摘している。他方、捜査手法としての相当性判断にかかる具体的な判断基準として、本判決は犯行意思の存否を問題にしている。そのため、基礎の部分では国家としてのあるべき態度を問題としつつ、具体的な判断基準については対象者の内心に着目していることになり、一見したところ客観・主観が交錯した状態になっているようにも思われる。ただ、本件では補充性が問題となっており、違法性判断に関する具体的な基準は直接の問題関心とはなっていない。

### 三 違法な任意捜査を理由とする証拠排除

最判昭53・9・7<sup>8)</sup>によれば、令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、証拠として許容することが将来における違法捜査抑制の見地からして適当でない場合に証拠排除が認められるとされ、その後の判例も概ねこの基準に従ってきた。排除基準の1つとして令状主義違反に触れた部分があるため、違法な任意捜査によって得られた証拠が排除対象となり得るかは明らかでなかったところ、本判決は、任意捜査であるなりすまし捜査により得られた証拠を排除している点でも注目に値する。もっとも、前掲最判昭和53年は「令状主義の精神を没却するような重大な違法」（傍点は引用者）と述べており、文理上は任意捜査における証拠排除の余地も残されていた。なお、本件同様に違法なおとり捜査を理由とする再審請求審である札幌地決平28・3・3<sup>9)</sup>でも、当該捜査によって得られた証拠の排除が認められている。

ところで、本件ではなりすまし捜査の存在自体の隠蔽が認定されており、このことが違法の重大性に及ぼした影響も問題となる。この点、最判平15・2・14<sup>10)</sup>は、令状の不呈示という形式的違法を糊塗するためになされた隠蔽工作を、捜査官の態度を推認させる要素として読み込み、令状主義の精神不遵守の意図を認定している。これまでの判例を前提とする限り、この事案における客観的違法はそれだけで排除要件を満たすものではなく、捜査官の主観的意図を違法の重大性に還元させることで初めて証拠排除が可能となった事案であった。これに対し本判決では、捜査の必要性自体が否定されており、違法の内容は形式的な

のにとどまらない。そのためか、隠蔽の事実はその他の排除要素と並列に挙げられ、証拠排除に不可欠な要素として特に強調されているわけではない。他方、前掲札幌地決では、そもそも犯罪事実自体が存在しないなか請求人が犯人に仕立て上げられた事案であり<sup>11)</sup>、捜査の補充性が問題となった本件以上に違法の重大性が認められる事案であったといえるが、これに加えて隠蔽事実も違法の重大性を根拠づける要素として明示的に論じられている。そのため、おとり捜査等において客観的違法が認められる場合に、それだけで証拠排除が認められるのか、あるいは隠蔽工作によって初めて要件が満たされるのかはなお不明確であるといえよう。

### 四 おわりに

密行的捜査手法は捜査機関が組織ぐるみで隠蔽すれば明るみに出にくく、そのため濫用の危険も大きい。本件では、なりすまし捜査の存在自体が認められたことが大きかったといえ、これに関連する裁判所の詳細な事実認定が行われている点も看過できない点として特筆しておきたい。

#### ●—注

- 1) 刑集58巻5号333頁。
- 2) 広島高判昭57・5・25判タ476号232頁。
- 3) 福岡地小倉支命昭46・5・1判タ264号349頁。
- 4) 同様の評価をするものとして、中島宏「判批（鹿児島地加治木支判平29・3・24）」法セ750号（2017年）110頁。
- 5) なお、中島・前掲注4）110頁は、おとり捜査として論じる方が明解だったがそうしなかったのは、平成16年決定の射程をめぐる争いを避けるためではないかとする。
- 6) 例えば、平成16年決定の下級審である大阪地判平13・9・11刑集58巻5号340頁、大阪高判平15・7・7刑集58巻5号351頁など。
- 7) 刑集30巻2号187頁。
- 8) 刑集32巻6巻1672号。
- 9) 判時2319号136頁。ただし、即時抗告審ではおとり捜査は問題とされなかった（札幌高決平28・10・26判タ1436号133頁）。
- 10) 刑集57巻2号121頁。
- 11) 本件は先行する複数の車上狙いについて被告人の関与が疑われていた事案であるのに対し、この事案ではそもそも拳銃の密売自体が周辺地区で問題になっていたという事実すら存在しないことが認められている。