

# 会話の傍受に関する規制について

——イギリスにおける秘匿捜査法を通じて——

丸 橋 昌 太 郎

## 目次

第一章 はじめに

第二章 イギリスにおける会話の傍受

第一節 総説

第二節 通信傍受に関する規制

第三節 会話傍受に関する規制 —通信傍受との分岐点

第四節 小括

第三章 わが国における会話の傍受

第一節 会話の傍受の法的性質 —任意捜査か、強制捜査か

第二節 強制捜査としての会話の傍受

第四章 おわりに

会話の傍受に関する規制について

(都法五十六―一)

五三五

## 第一章 はじめに

特殊詐欺や薬物犯罪などの組織犯罪は、手口が巧妙化、不透明化して、増加の一途をたどっている。<sup>(1)</sup>これらの組織犯罪が、銃器等を購入する犯罪組織の資金源になっていることに鑑みると、ただの財産犯、薬物犯では済まされないといふべきである。<sup>(2)</sup>

組織犯罪の特徴は、振り込め詐欺を例にすれば明らかとなり、架け子、出し子などの徹底した役割分担<sup>(3)</sup>がなされており、単に出し子を捕まえただけでは、主犯まで検挙できないことが多い。<sup>(4)</sup>また違法薬物の「運び屋」<sup>(5)</sup>なども、知情性の立証や背後者の解明などが強く求められる。

知情性や役割分担の立証は、客観証拠だけでは難しく、取調べによることにも限界があるところである。その中であって、犯罪組織に関する情報を得る手段として、通信傍受のほか、通信を伴わない会話の傍受<sup>(6)</sup>も注目されている。

二〇一四年九月に、法制審議会は、新時代の刑事司法制度特別部会（以下、「特別部会」とする）<sup>(7)</sup>が取りまとめた「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」について採択して、法整備の「要綱（骨子）」を含めて法務大臣に答申した。要綱（骨子）<sup>(7)</sup>では、取調べの録音録画制度の導入が提言される一方で、通信傍受法の対象犯罪拡大等の捜査権限の拡大が提言されている。そのなかで検討課題として掲げられながらも、会話の傍受については、次の点を指摘したうえで、要綱（骨子）への記載が見送られた。

「会話傍受については、振り込め詐欺や暴力団犯罪の捜査、あるいは、コントロールド・デリバリーの手法による薬物銃器犯罪の捜査の際に、共謀状況や犯意に関する証拠を収集する上で必要であり、理論的にも制度化は可能であるとの意見があった一方で、通信傍受以上に個人のプライバシーを侵害する危険性が大きく、場面を限ったとしてもなお捜査手法として認めるべきでないとして制度化自体に反対する意見があったところである」<sup>(8)</sup>」

このような反対意見の当否はともかく、通信網以外の会話の傍受については、立法に至るほどの十分な議論が尽くされていないように思われる。<sup>(9)</sup> もちろん、通信網以外の会話の傍受の議論も、これらの通信傍受の基礎理論の上に立つものであるから、現在は、わが国における会話の傍受を実施する理論的枠組みを各論的に明らかにしていくことが求められているといえよう。

そして、会話の傍受を実施する理論的枠組みを検討するにあたっては、すでに通信傍受法が存在するため、通信傍受法との関係で検討していくことが有益であると思われる。

イギリスでは、通信傍受法と、会話の傍受に関する規定がそれぞれ設けられているところ、両者の区別が問題となることしばしばある。そこで、本稿では、イギリスにおける秘匿捜査法のうち、通信傍受、会話傍受の法制度の検討を通じて、わが国における会話の傍受を実施する理論的枠組みを明らかにすることを試みたい。

(1) 警察白書平成二六年八頁以下。

(2) 福岡地判平成二六年三月二六日公刊物未登載（TKC二五五〇三七八九）では、対戦車弾一発、自動装てん式けん銃一丁（実包二八発）、回転弾倉式けん銃一丁（実包三〇発）、自動装てん式けん銃三丁を所持していた被告人は、保険金詐欺により不法に財産を得ていた。

(3) 振り込め詐欺グループの役割分担については、原田義久「特殊詐欺の犯人と取締りについて」警察学論集六六巻八号六八頁(二〇一三年)が詳しい。

(4) 実務上、振り込め詐欺の首謀者と、出し子や受け子の共犯関係が認められなかった場合には、銀行に対する財産犯として処理されている。出し子の罪責につき、窃盗罪として認めたものとして、東京高判平成一七年一月一日東京高判時報五六巻一「一二・一〇七頁、東京高判平成一八年一〇月一〇日東京高判時報五七巻一「一二・五三頁などがある。研究者による理論分析として、橋爪隆「銀行預金の引出しと財産犯の成否」研修七三五号三頁(二〇〇九年)参照。実務家による事例分析として、田辺泰弘「いわゆる振り込め恐喝事案において、預金の引出しが窃盗罪に当たるとされた事例―東京高裁平成一七年一月一日、上告棄却・確定、公刊物未登載」警察学論集五九巻六号(二〇〇六年)、大口奈良恵「自己名義の口座から振り込め詐欺による被害金を払い戻す行為につき、詐欺未遂罪を適用して処理した事例」研修七三四号一二七頁(二〇〇九年)、松田俊哉「振り込め詐欺の被害者に振り込ませた現金をATMで引き出すことをの擬律について」植村退官記念論集第二巻第二編六一頁(二〇一一年)、隈良行「最新・判例解説(第一四回) 振り込め詐欺の本犯者との共犯関係が認められない出し子が現金自動預払機で自己名義の預貯金口座から詐欺金相当額の現金を引き出した行為について窃盗罪の成立を認めた事例」捜査研究六一巻一二号三一頁(二〇一二年)等。

(5) 最判平成二四年二月二三日刑集六六巻四号四八二頁は、被告人が他人から頼まれてチョコレート缶に隠されていた覚せい剤を運んだという事案において、第一審の裁判員裁判がチョコレート缶に入っていた覚せい剤に関する知情性を認定しなかった点を高等裁判所が事実誤認としたことについて、「第一審判決の説示が論理則、経験則等に照らして不合理であることを十分に示したものとはいえない」として、破棄した。同事例について、前田雅英教授は、「高裁の判断は、『どちらが正しいか』はなく、『許容し得ないほどずれてしまっているか』に変容していく」とする。前田雅英「判批」警察学論集六五巻六号一五三頁(二〇一二年)一六四頁。より一層、第一審における立証活動の重要性が増してきており、今後は、裁判員にも理解しやすい証拠の収集に努めていかなければならないことになる。

(6) 本稿という傍受には、単に録音すること含まれるものとする。以下、同じ。

(7) 「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】及び「要綱(骨子)」については、<http://www.moj.go.jp/content/000125178.pdf>。以下、特別議会の議事録、配布資料について、「特別議会第〇回」として参照する。同案に関する文献として、「特集 法制審特別部会」は課題に答えたか…「新たな刑事司法制度の構築」を読む」法律時報八六巻一〇号(二〇一四年)、川崎英明「三島聡編『刑事司法改革とは何か…法制審議会特別部会「要綱」の批判的検討』(二〇一四年)、大澤裕「上野友慈」小野正典「香川徹也」露木康浩「小木曾綾」川出敏裕「新たな刑事司法制度」の構築に向けて―法制審

議會答申の検討」論究ジュリスト二二卷四頁（二〇一四年）などがある。

（8）「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」一一頁

（9）通信傍受の基礎理論研究については枚挙に暇がないが、通信傍受法制定時の主要なものとして、井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（一九九七年）「以下、『通信・会話』として参照する」、小田中聡樹「川崎英明」「村井敏邦」「白取祐司」『盗聴立法批判―おびやかされる市民の自由』（一九九七年）、奥平康弘「小田中聡樹（監修）」『盗聴法の総合的研究―「通信傍受法」と市民的自由』（二〇〇一年）等参照。

## 第二章 イギリスにおける会話の傍受

### 第一節 総説

イギリスでは、一九八五年通信傍受法（Interception of Communications Act 1985, c. 56（IOCA）<sup>（10）</sup>）制定まで、通信傍受の根拠となる法律は存在しなかった。そして、内務大臣が通信傍受結果をバリスタ評議会等に開示すること<sup>（11）</sup>を許可したマリナン事件を契機として、一九五七年に、それまでガイドラインで広範に実施されてきた通信傍受について、その実施範囲、目的、使用方法などについて調査して、その実施要件、適正な履行の担保、公開方法などについて提言を行ったバーケット報告書が作成された。

バーケット報告書によると、当時、制定法の根拠がなかった背景には、イギリスでは古くから令状による手紙の開封が行われ、またそれを国民が受け入れてきたことがあると指摘される<sup>（12）</sup>。そして、手紙から電報に広がり、電話の傍受も広範に行いうるとの見解が醸成されていたのだという<sup>（13）</sup>。そして、バーケット報告書は、通信傍受の有効性を認めた上で、対象犯罪や要件、手続について具体的な提言を行ったものの、立法化には至らなかった。

その後、立法化の引き金となったのはマーロン大法官裁判所判決<sup>(16)</sup>である。マーロン事件は、複数の盗品故買の罪で起訴されたマーロン被告人に対して、通信傍受を行っていたことが明るみに出て、刑事事件で無罪判決後、電話の傍受がヨーロッパ人権条約八条に違反して違法である等として、被告人であったマーロン氏が大法官裁判所に提訴したものである。これに対して、大法官部 (Chancery Division) は、要約すると次の六点を根拠に、被告人の主張を退けた。

- (一) 被告人は通信傍受によって財産的権利を侵害されていない<sup>(17)</sup>。
- (二) イギリス法では包括的プライバシー権も個別的な通信のプライバシー権も存在しないため、これらの権利が侵害されたということはできない<sup>(18)</sup>。
- (三) 郵便局等は、当該個人との契約で電話サービスを提供しているのであるから、人権条約の通信の秘密を尊重する必要はない<sup>(19)</sup>。
- (四) 明示的に禁止されていなければすべて許されるという原則からは、通信傍受を禁止する法は存在しないのであるから、通信傍受が違法とは言えない<sup>(20)</sup>。
- (五) 人権条約八条のプライバシー権はイギリス法の一部ではなく、直接、被告人に権利を付与するものではない。この権利の主張はヨーロッパ人権裁判所等に対してのみ行いうるものである<sup>(21)</sup>。
- (六) 裁判所は、イギリス法の適用において解釈を行う際にも、立法上の根拠がないので、ヨーロッパ人権条約を参考にすることはできない<sup>(22)</sup>。

その上で、メガリティー判事は、通信傍受の規制は、司法の問題ではなく、本質的には議會の問題であり、制定法によることが望ましいと付け加えた。<sup>(23)</sup> 司法からこのように指摘された政府は、一九八〇年に、新たに通信傍受に関するコマンドペーパー（一九八〇年報告書とする<sup>(24)</sup>）を作成し、議會に提出した。一九八〇年報告書は、バーケット報告書の内容を最新版に更新したものであり、基本方針は、ほぼバーケット報告書を踏襲したものであった。この報告を受けても、政府の腰は重く、内務大臣は、効果的な運用の観点から議會による監視は望ましくないとして、立法化はできないとしたのであった。<sup>(25)(26)(27)</sup>

そして、立法化の動きを決定づけたのは、マーション事件に対するヨーロッパ人權裁判所判決であった<sup>(28)</sup>。マーション事件の弁護人らは、イギリスの通信傍受は人權条約八条に違反するとして、ヨーロッパ人權裁判所に訴えていたのである。結論的にいえば、ヨーロッパ人權裁判所は、イギリスの通信傍受は法に基づいていないとして、被告人の主張を容認した。<sup>(29)</sup>

政府もようやく重い腰を上げ、立法に向けて作成されたコマンドペーパー（一九八五年報告書とする<sup>(30)</sup>）において、政府の立法の目的を「公共システムの会話を傍受することが、公共の信頼を得る方法で権限づけられて、コントロールされているという、制定法上の明確な枠組みを提供すること<sup>(31)</sup>」とした上で、その骨格を明らかにして、ついにICOAを制定するに至った。

このようにしてようやく制定に至ったICOAであったが、同法は、第三者による審査機関である審判所<sup>(32)</sup>、委員会<sup>(33)</sup>を設置したものの、傍受の対象が公共通信網の伝達過程のみに限定されており、私的通信網（private network）には一切適用されないなど、十分な保障があったとはいえなかった。実際に、実務では無令状の傍受が多用され<sup>(34)</sup>、多くの国内裁判において問題となったとされる<sup>(35)</sup>。

そして、コミュニケーション手段が発展し、また一九九八年に人権法 (Human Right Act 1998, c. 42) が制定されたことにより、IOCAと人権条約への適合性が問題となり、新たに秘匿捜査に関する基本法 (Regulation of Investigation Police Act 2000, c. 23 (RIPA)) に、通信傍受に関する制度が規定されることとなった<sup>(36)</sup>。

イギリスのRIPAによる会話の傍受は、大きく、通信網に対する傍受と、それ以外に分けて規制されている。通信網の会話に対する傍受は、原則として、通信傍受の規定 (PART I) による規制を受けて、それ以外には、行動監視の規制 (PART II) を受けることになる。通信網に対する傍受であっても、一方当事者の同意がある場合には、通信傍受ではなく、行動監視の規制を受ける<sup>(37)</sup>。またその一方当事者が捜査機関である場合には、行動監視ではなく、身分泌匿情報員の規制となる<sup>(38)</sup>。

それでは、次節において、RIPAの通信傍受に関する規制を検討した上で、その他の会話の傍受との関係を検討していくこととしたい。

## 第二節 通信傍受に関する規制

### (一) 通信傍受の対象と要件

RIPAによって規制される通信傍受は、公共通信網に加えて、新たに私的通信網も対象となった<sup>(40)</sup>。IOCAの下では、私的通信網に対する傍受が規制の対象となっていなかった<sup>(41)</sup>ので、これによりすべての通信網が対象となったことになる。

RIPAによる規制の基本構造は、IOCAに引き続き、通信網を通じてなされる会話の傍受について、原則として犯罪とした上で、権限がある場合に限り、許されるという構成を取っている<sup>(42)</sup>。この点は、他のRIPAの規定が、



RIPA八〇条の性格上、捜査官を保護する色彩が強く、違反しても直ちに不法行為にならない場合があることに比べると、実効性の点で強いものがあるといえる。<sup>(43)</sup>

根拠となる権限には、RIPAによるものと、他の制定法によるものがあり、前者は、さらに令状のものと、無令状によるものとの分かれる。<sup>(44)</sup>

令状による傍受の要件は、基本的には必要性要件によって定められている。<sup>(45)</sup> すなわち、令状発付の要件は、①一定の目的に基づいて必要性が認められること（必要性要件）、および、②傍受とこれにより到達しようとしていることと釣り合いがとれていること（比例原則）、である。<sup>(46)</sup> またこれらの要件を判断するに当たっては、他の手段による合理的な獲得可能性も考慮しなければならない。<sup>(47)</sup> 緩やかに補充性を求めたものである。

RIPAに規定される一定の目的とは、IOCAと同様の、(a)国防の利益、(b)深刻な犯罪の予防及び捜査の目的、(c)イギリスの経済安定を図る目的、のほか、(d)国際相互協力条約 (international mutual assistance agreement) を達成する目的も加えられた。<sup>(48)</sup> もっとも、これは国家間の協力の必要性が高まったことを受けて、条約が締結されたことによる立法的対応であって、<sup>(49)</sup> IOCAが拡大されたものではない。

犯罪捜査にのみ関連して言えば、深刻な犯罪に限られている点は、侵害監視と同様であり、身分秘匿情報員や直接監視<sup>(50)</sup>と異なっている。これは、通信傍受という監視形態が、住居や自動車等の監視と同レベルの侵害があるものと位置づけられていることを示すものといえよう。

無令状によるものは、他の制定法に基づいて事務所や精神病棟などを傍受する場合のほか、たとえば企業内の電話の監視などの企業活動を目的とする傍受<sup>(51)</sup>、郵便サービスや通信サービスを提供する者による傍受や一方当事者の同意がある場合<sup>(52)</sup>などが規定されている。<sup>(53)</sup> 無令状の規制の対象は、国家権力以外の監視が主たるものと考えてよ

いであらう。

## (二) 令状手続と審査体制

令状による場合には、原則として国務大臣が令状に署名し、発付する<sup>(56)</sup>。緊急の場合には、幹部官の署名によって行うこともできるが、その場合も、令状自体は、国務大臣により権限づけられることになっている<sup>(57)</sup>。また、令状の請求権者も、各機関の長 (Director, Chief, Commissioner) に限定されており、厳格に制限されているといえる<sup>(58)</sup>。

令状の記載事項として、IOCAでは、令状に、通信を伝達するために使用される「アドレス」を特定しなければならなかった<sup>(59)</sup>。そのため、電話回線であれば、電話番号の特定が求められたが、時代が進み、各人が複数の「アドレス」を容易に持てるようになり、同一の対象者が「アドレス」を変更するたびに、同じ理由に基づく令状の発付や更新をしなければならない状況が生まれていた<sup>(60)</sup>。政府は、この状況に、一つの令状で対応できるようにするべく、RPAでは、通信傍受の対象となる「人」または「場所」の特定で足りるようにして、「アドレス」の特定は不要とした<sup>(61)</sup>。確かに、すべての「アドレス」について、同一の理由で令状発付が認められるのであれば、個々の「アドレス」に令状発付を求める実益はなく、それを束ねる概念として、「人」または「場所」とすることには一定の合理性が認められよう。これは、特定方法の一つとして参考にならう。

令状発付権者が国務大臣であることに對しては、批判が根強くある<sup>(62)</sup>。ヨーロッパ人権裁判所では、個別事案において乱用の危険性が高く、民主主義社会全体に弊害をもたらすような場合には、令状権者は司法であることが望ましいとされている<sup>(63)</sup>。しかしながら、その裏返しとして、乱用の危険性が低く、民主主義社会全体に弊害をもた

らさない場合には、司法以外による令状発付も人権条約に抵触しないとの考えが示されているといえる。実体要件の担保という令状審査の機能面に着目するのであれば、令状発付権者は、司法に限られる必要はなく、これは国務大臣であつてもその役割を果たすことができる。<sup>(64)</sup>問題は、組織の独立性をどのように考えるかであろう。

国務大臣による令状審査の適正な運用を担保するために、RIPAは、IOCAに引き続き、通信傍受審査委員会 (Interception of Communications Commissioner)、捜査権限行政審判所 (Investigatory Powers Tribunal) と二つの独立した審査機関を用意している。<sup>(65)</sup>

通信傍受審査委員会は、通信傍受に関わる国務大臣および執行手続等について、一般的に審査し、違反等があれば首相に報告する権限を有する。<sup>(66)</sup>また同委員会は、通信傍受に関する年次報告書も作成する。<sup>(67)</sup>年次報告書については、バーケット報告書において公開することについて強い批判があつたことから、首相は、公共の利益に反するなどの事情がある場合には、議会に提出された年次報告書から当該事項を削除することができるようになってくる。<sup>(68)</sup>

通信傍受審査委員会の委員は、侵害監視手続を審査する監視委員会と同様に、高位の司法職を有する者から首相によって任命される。<sup>(69)</sup>このような構成に鑑みると、同委員会による審査は、質的には、司法審査と同じ水準のものといえるであろう。<sup>(70)</sup>

捜査権限行政審判所は、RIPAに定める手続等に関する不服申立てに対して、審査をして、決定する権限を有する。<sup>(71)</sup>同審判所は、通信傍受に関しては、令状を破棄し、または令状によって得られた情報等の破棄を命ずることが出来る。<sup>(72)</sup>同審判所の審判員は、通信傍受審査委員会と同様に、高位の司法職等から任命されるため、質的には、同委員会と同様に、司法審査と同じ水準である。

### (三) 傍受内容の証拠制限

RIPAによる通信傍受の規制において最も特徴的な点は、傍受によって得られた情報の取り扱いにある。<sup>(77)</sup>まず、国務大臣は、傍受内容が開示される人数、範囲等が必要最小限になる体制等を整えなければならない。<sup>(78)</sup>また傍受によって得られた情報は、必要なくなったら直ちに消去されなければならない<sup>(79)</sup>、原則として、司法手続において証拠として使用することができない。<sup>(80)</sup>

バーケット報告書においても、証拠としての使用の禁止について言及されている。イギリスでは、古くから通信傍受は、ギャング組織や、密輸組織などによる盗品運搬、密輸などに対して、裁判や審問における証拠としてはなく、犯罪の発見のためだけに用いられてきた。<sup>(81)</sup>また通信傍受は、スパイを防止するため、コミュニストやファシストにつながるりのある人物の雇用を阻止する手段として、議会でも認められてきた。<sup>(82)</sup>バーケット報告書は、組織犯罪等に対する通信傍受という手段の有効性について高く評価する一方<sup>(83)</sup>で、通信傍受を利用する多くの機関から、情報の開示が通信傍受の有効性を大きく損ねるという指摘<sup>(84)</sup>を受けて、通信傍受によって得られた情報について、接することができる人物の限定や証拠としての使用の禁止を提言し、通信傍受を犯罪の「発見」に限定するべきとの提言を行った。<sup>(85)</sup>

この提言が一九八五年のIOCAにおいて採用され、RIPAの立法過程にも同様の議論<sup>(86)</sup>がなれて、RIPAに引き継がれたのである。イギリスでは、通信傍受の手段の有効性と、証拠開示による利益の比較衡量の結果、通信傍受の手段の有効性を優先したといえる。

問題は、このような情報の偏在が、ヨーロッパ人権条約六条によって保障される武器対等の原則から許されるか、である。この点について争われたのが、*Preston v. UK*<sup>(87)</sup>である。同事件は、大麻密輸の共謀の事件において、

IOCAに基づいて通信傍受がなされたことが明るみに出たことを受けて、申立人が、ヨーロッパ人権裁判所に、通信傍受の内容を証拠として利用できないこと及び、検察側が提出した通話行為の証拠を排除しなかったことが人権条約六条に保障される武器対等の原則に反するなどとして訴えたものである。これに対して、人権裁判所は、IOCAが証拠の提出についていずれか一方当事者だけを制限したものではないとして、被告人の主張を斥けている。<sup>(88)</sup>

確かに、通信傍受の範囲を公開すれば、犯罪組織は、その範囲を通じて連絡を取らなくなり、イタチごっことなる。わが国においてこのような議論そのまま妥当するかどうかは慎重な検討を要するとして、少なくとも一口に通信傍受といっても、公判の証拠として利用する以外の機能があることについては、通信傍受という捜査手法を考えるうえで、注目に値するといえよう。

### 第三節 会話傍受に関する規制―通信傍受との分岐点

わが国における会話の傍受を考えるにあたっては、通信傍受法が制定されている現状に鑑みれば、通信傍受法を基準に検討していくことが求められるため、通信傍受と会話傍受の法制的違いを検討していくことが有益である。本節では、イギリスにおける会話傍受の法制を概観した上で、通信傍受との違い、分岐点を検討する。

イギリスにおける通信網によらない会話の傍受については、原則として行動監視捜査の一類型として規制されている。<sup>(89)</sup> 行動監視捜査は、通常の監視を直接監視 (directed surveillance) としたうえで、そのうち、住居もしくは個人所有の車両に対して行う監視など、特に侵害性の高い監視を侵害監視 (intrusive surveillance) として、別に手続を定めている。

直接監視は、捜査の必要性に基づいて、指定権者 (Designated persons) と呼ばれる警視以上の捜査官が許可を

すれば行うことができるの<sup>(91)</sup>に對して、侵害監視は、通信傍受と同様に、実体要件として、対象犯罪が深刻犯罪に限定される上に、必要性に加えて補充性まで要求される<sup>(92)</sup>。また侵害監視の許可権者は、国務大臣と幹部権者 (Senior authorising officers) <sup>(93)</sup> に限られる<sup>(94)</sup>。さらに、侵害監視の許可は、緊急の場合を除き、警察機関から独立した監視委員事務局 (Office of Surveillance Commissioners) <sup>(95)</sup> に属する監視委員<sup>(96)</sup>の書面による承認を得なければ効力を有しない<sup>(96)</sup>。監視委員は、通信傍受審査委員会と同じ資格が要求されており、<sup>(97)</sup>第三者機関による審査の仕組みとしては通信傍受と同様といつてよいであろう<sup>(98)</sup>。

もつとも、侵害監視の手續の嚴格さは、通信傍受と同等とはいへ、得られた情報については証拠として使用することができる。このため、通信傍受に当たるかどうかは、実体上も、手續上も、大きな分岐点となる。通信傍受と、それ以外の会話の傍受の分岐点は、通信傍受の定義に求めることができる。すなわち、RIPAの通信傍受は、通信網の「伝達の過程」 (in the course of its transmission) <sup>(99)</sup> について傍受しなければならないとされ、そうでない会話については、少なくとも通信傍受にはあたらないとされる<sup>(99)</sup>。したがって、通信網の「伝達の過程」の傍受にあたるかどうかは、通信傍受とそれ以外の類型を分ける分岐点となる。

「伝達の過程」という文言は、IOCAでも用いられていた<sup>(100)</sup>。RIPAにおいて「伝達の過程」は定義されていないが、RIPAが貴族院を通過する過程において、ベッサム卿 (Lord Bassam) は、次のように説明していた。

『郵便サービスまたは電話システムによる伝達の過程』という文言は、ある特定の状況に対応するために、国会の法律専門家によって慎重に選ばれたものである。伝達の過程は、郵便サービスあるいは電話システムが、会話を最初に変換した時点から始まる。電話でいうと、人の声から発せられる音波が、受話器のマイクによって受け取られた時点から、電話システムによる伝達の過程に入る。…この用語法は、ある人が、電話をしている他人と同じ部

屋にいて、たまたま話している内容を耳にしまった場合には、技術的に通信傍受に当たらないことを担保するものである。同様に、話者の電話からの声を聞くことも通信傍受に当たらない。音波が変換された電話システムから離れており、技術的に、伝達の過程に当たらない。<sup>(10)</sup>」

判例の態度もこの説明に沿うものであった。R v O, Farrell, McDonald and Raftery<sup>(12)</sup>において、Astill 裁判官は、警察官と諜報員が共同して、IRA のメンバーである被告人らの受話器に録音機を取り付けて、会話を録音した事案について、次のように詳細に分析した上で、通信傍受には当たらないとした。

「(通信の) システムは、発話者の音波が電子信号に変換された A 地点から始まり、電子信号が音波に変換されて受話者に受け取られた B 時点で終わる。∴ 通信傍受は、A 地点から B 地点の間の干渉のことをいう。その前後は関係ないのである。」<sup>(13)</sup>

PART I と PART II の区別が正面から問題となったのが R v E<sup>(14)</sup>である。本事案は、捜査官が、被告人 E の車に傍受装置を装着し、被告人 E が車中においてハンズフリーの電話によりなされた会話を傍受したというものである。本会話の傍受が通信傍受にあたれば、その会話の内容は RIPA または PACE により証拠として使えない<sup>(15)</sup>ことになり、また捜査官は、侵害監視許可状を取ったものの、通信傍受の許可状を得ていなかったため、本件傍受行為は RIPA により犯罪となる<sup>(16)</sup>という状況であった。これに対して、裁判所は、「ある時点において電話を使用している事実と独立した人の声の記録は、彼が話したことが録音装置だけではなく、別の経路で電気通信網にも入ったというだけにすぎないから、通信傍受にあたらない」という R v Allsopp and Others 判決<sup>(17)</sup>を援用して、本件事案も、被告人の言葉が伝達されている同時刻において、一〇〇〇分の一秒ずれて記録されたものにすぎないけれども、通信網から独立しており、通信傍受にあたらないとした。<sup>(18)</sup>



表 イギリスにおける会話の傍受の要件と手続

類型	傍受の対象	対象犯罪	実体要件	許可権者	第三者審査機関	証拠
通信傍受	公的通信網 私的通信網	深刻犯罪	必要性+補充性	国務大臣	通信傍受審査委員会 ※	禁止
侵害監視	住居 個人所有の車輛	深刻犯罪	必要性+補充性	国務大臣 幹部権者	監視委員会 ※	制限なし
直接監視	上記以外	限定なし	必要性	指定権者	※	制限なし

※捜査に対する個別の不服申立ては、いずれの類型も捜査行政審判所に対して行うことができる。

このような「伝達の過程」の解釈によって、通信傍受と、それ以外の傍受を分けて、手続が変わっていくことについては、実務家や学者から強い批判がなされている。<sup>⑩</sup>ただ、通信傍受と侵害監視の手続上の違いは、証拠として使用できるかどうかの点が大きい。通信傍受によって得られた情報の証拠としての使用制限は、通信傍受の範囲や方法を公開すると効果的な捜査が行われなくなることにあつた。そうだとすると、少なくともイギリスにおいては「伝達の過程」で区別することには一定の合理性があるように思われる。問題の本質は、区別の基準ではなく、証拠としての使用制限の是非にある。<sup>⑪</sup>

#### 第四節 小括

以上、見てきたとおり、イギリスでは、会話の傍受について、通信傍受、侵害監視、直接監視の三類型を観念して、異なる手続を用意している（表「イギリスにおける会話の傍受の要件と手続」参照）。

実体要件が必要性という観点から設定されている点は、三類型に共通する。「伝達の過程」が否かで区別される通信傍受と侵害監視の決定的な違いは、得られた情報を証拠として使用できるか否かにある。証拠制限の趣旨は、通信傍受による効果的な捜査を担保するためにあることから、「伝達の過程」による区別は一定の合理性があるといえる。効果的な捜査、という視点と、証拠制限の裏返しとして、通信



傍受に証拠として使用する以外の機能があることは、わが国においても参考になろう。

また証拠制限以外の点で、通信傍受と侵害監視は、許可権者と第三者審査機関の点で多少相違はあるものの、実は、実体要件、手続の厳格さは、両者に大きな違いはない。侵害監視が住居や個人所有の車両といったプライバシーの期待が高い場所に対する監視であることに鑑みると、イギリスにおいても、プライバシーの期待の高い会話の傍受については、司法機関に準ずる第三者機関による審査を介在させているといえる。そうすると、通信網に対する傍受、という点は、手続の本質を左右するほどの意味はないといえるであろう。

他方で、直接監視といわれる類型は、プライバシーの期待の低い場所を対象とする監視である。このような場所であれば、第三者機関の審査を経ることなく、組織内の許可だけで実施できる体制になっている。この類型は、わが国における任意捜査に相当するものと理解することができ、要件論を含めて参考になろう。

以上の通り、通信網に対する一般的信頼は手続の本質を決定づけるものではなく、イギリスにおいても制約されるプライバシーの質から実体要件、手続が規定されているといえることができる。

- (10) Repealed (2.10.2000) by 2000 c. 23, s. 82(2). 同法の邦語文献として、椎橋隆幸「イギリスにおける通信傍受の法制度」法曹時報五〇巻三号一頁（一九九八年）、清水隆雄「イギリス…通信傍受法（The Interception of Communications Act 1985）」外国の立法二八巻六号二四九頁（一九八九年）、倉持孝司「イギリスにおける通信の傍受と市民的自由に対する法的アプローチ（一）」（三）」名古屋大学法政論集一〇二号一頁（一九八四年）、一一二号一八七頁（一九八六年）、一一五号二六九頁（一九八七年）参照。

- (11) Cmd.283, "Report of the Committee of Privy Counsellors appointed to inquire into the interception of communications", published October 1957 (Hereinafter as Birkett Report). マリナン事件とは、パリスタの職業倫理違反行為に関する刑事事件において、マリナン被告人の通信傍受の内容について、パリスタ評議会の議長等に開示されたことで波紋を広げたものであ

る。事件の概要については、Birkett Report, para 94. トリナム事件については、同報告書も厳しく批判している。Birkett Report, paras 95-101.

- (12) 公に初めて手紙の開封令状について言及されたのは、一六六三年五月二五日に発せられた布令 (the Proclamation of May 25th, 1663) とされる。同布令は、手紙の開封について、國務大臣の令状を要求した。Birkett Report, para 9.

- (13) Birkett Report, paras 11, 17 and 39.

- (14) Birkett Report, para 51.

- (15) 具体的な提言の概要については、Birkett Report, para 153-169.

- (16) Malone v Commissioner of Police of the Metropolis (or Metropolitan) (No 11), CD, [1979] 2 All ER 620.

- (17) *Id.*, at 631, 640.

- (18) *Id.* at 644.

- (19) *Id.*, at 645-47.

- (20) *Id.*, at 630, 638, 640-642, 649.

- (21) *Id.*, at 627 - 628, 638, 647..

- (22) *Id.*, at 648-649.

- (23) *Id.*, at 649.

- (24) Cmnd. 7873, "The interception of communications in Great Britain", published April 1980 (Hereinafter as 1980 Report).

- (25) 1980 Report, para. 1.

- (26) Hansard, 1 April 1980, Col 207. さらに、その後、王立委員会の報告書でも、立法と司法審査の提案がなされた (Cmnd. 8092, "Royal Commission on Criminal Procedure Report", para 3.53-3.60) が、政府はこれを拒否した。

- (27) さらに、法務大臣は「1980年報告書の通りに通信傍受が適切な目的と手続に従ってなされているかどうかについて」独立した継続機関の審査 (continuous independent check) が望ましいと判断して、幹部司法職員による年次報告書提出のための審査を行っているとした。Hansard, 1 April 1980, Col 207-8. この点を再度確認するべく、さらにダイプロック卿によるコメントペーパー (ダイプロック報告書<sup>28)</sup>) (Cmnd. 8191, "The Interception of Communications in Great Britain", published March 1981 (Hereinafter as Diplock Report)) が作成されて、議会に提出された。ダイプロック報告書では、通信傍受が適正に運用がなされていると報告された。

- (28) Malone v United Kingdom, (1985) 7 EHRR 14.

- (29) *Id.*, para. 80.
- (30) Cmnd. 9438, “The interception of communications in the United Kingdom”, published February 1985 (Hereinafter as 1985 Report).
- (31) 1985 Report, para 7.
- (32) IOCA, s. 7. 審判所は、個人からの不服申立てに基づき、審査する組織である。審判所は、個人の不服申立てを受けて調査を行い、令状の取り消しを含めた必要な対応を行う権限を有している。*Id.*
- (33) IOCA, s. 8. 委員会は、通信傍受が適正に行われているかを監視し、また審判所の求めに応じて必要な援助を行う組織である。委員会は、関係機関から必要な情報の開示を得ることができ、不適切な事案があれば、首相へ報告する。*Id.*
- (34) Nick Taylor, “*Covert Policing and Proportionality*”, *Covert Policing Review* (2006) at 27.
- (35) *E.g.* R v Effik, [1994] Crim LR 832; R v Preston, [1993] 4 All ER 638; R v Ahmed, [1995] Crim LR 246.
- (36) Cm 4368, “Interception of Communications in the United Kingdom”, published Jun 1999 (Hereinafter as 1999 Report).
- (37) RIPA, S.3(1). 1 方当事者に同意があると信じる場合にも、除外されていたが、2011 年に削除された。The Regulation of Investigatory Powers (Monetary Penalty Notices and Consents for Interceptions) Regulations 2011, SI 2011/1340.
- (38) RIPA, S.48(4). ただし、通信傍受の令状が発付されている場合には適用されない。*Id.*
- (39) RIPA, S.48(3) (a) and (b).
- (40) RIPA, S.1(2). なお、ホテルや企業内のネットワークは、私的通信網に含まれる。1998 Report, para. 3.8.
- (41) なお、私的通信網が対象となっていなかったのは、前述のとおり、「公共システムの会話を傍受することが、公共の信頼を得る方法で権限づけられて、コントロールされているという、制定法上の明確な枠組みを提供する」という目的から、IOCA を立法したからであって、私的通信網を保護する必要性がないとしたからではなかった。
- (42) RIPA, s. 1(1) and (2). 私的通信網では、そのシステムの使用・運用を制御する権限を有する者は、刑事責任を免除される。RIPA, s. 1(2) and (6). 罰則は、公共通信網に対する違法傍受が正式起訴による 2 年以下の懲役または罰金、私的通信網に対する違法傍受が略式起訴による法律上の制限を超えない罰金となっている。RIPA, s. 1(7).
- (43) RIPA, s.80 について、詳しくは、丸橋昌太郎「行動監視捜査の規制—イギリスにおける秘密捜査法の分析を通じて」信州大学法学論集 二二号一頁（二〇一三年）「以下、「行動監視」として参照する」二〇頁以下参照。
- (44) RIPA, s. 1(5).
- (45) 刑事訴訟法上の捜査の実体要件は強制捜査、任意捜査を問わず、捜査の必要性から定立されていることについては、丸橋

昌太郎「身柄に関する処分の実体要件の意義―イギリスにおける停止権限及び逮捕権限の分析を通じて」信州大学法学論集一〇号四一頁（二〇〇八年）、同「証拠を収集する処分の実体要件の意義―イギリスにおける搜索権限の分析を通じて」信州大学法学論集一二号二七頁（二〇〇九年）、同「おとり捜査・潜入捜査の現在イギリスにおける秘匿捜査を中心に」刑事法ジャーナル二九号九頁（二〇一一年）「以下、「おとり捜査」として参照する」、同・前掲注（43）書「行動監視」参照。

- (46) RIPA s. 5(2).
- (47) RIPA s. 5(3).
- (48) RIPA s. 5(3). (a) は、(b) の要件と同等の状況と評価される場合でなければならない。RIPA s. 5(3) (d). また (c) は、イギリス国外の人物の行動、意図に関する情報でなければならない。RIPA s. 5(5).
- (49) 1999 Report, Ch. 9.
- (50) RIPA s. 32 (3) (b).
- (51) RIPA s. 29 (3) (b).
- (52) RIPA s. 28 (3) (b).
- (53) これは、企業等において、詐欺等を防止するために、企業内の電話を監視するニーズがあったためである。1999 Report, para. 3.9.
- (54) このため、誘拐犯と家族の会話や恐喝電話の他、身分泌匿情報員の会話も傍受することが可能となっている。身分泌匿情報員の問題は、身分泌匿情報員の規定によって規制されることになる。Clive Harfield and Karen Harfield, *Covert Investigation* (2<sup>nd</sup> ed), at 123.
- (55) RIPA ss. 3 and 4.
- (56) RIPA s. 5(1).
- (57) RIPA s. 5(2) and Code of Practice Interception of Communications, para. 4.6. このように手続が厳格であることに起因して、緊急手続でも時間がかかるため、イギリスの捜査官は、会話傍受を迅速な捜査の主要な手段として位置づけていないとされ<sup>26</sup>。Harfield, *supra* note 54, at 125.
- (58) RIPA s. 6.
- (59) IOCA, S. 3(1) (a) repealed (2.10.2000) by 2000 c. 23, s. 82(2), Sch. 5 (with s. 82(3)).
- (60) 1999 Report, para. 7.4 – 7.7.
- (61) RIPA s. 8(1) (a) and (b).

- (62) E.g. *Emmerson and Ashworth, Human Right and Criminal Justice* (Sweet & Maxwell, 2001), at 221.
- (63) *Klass v. Germany*, (1979) 2 EHRR 214, at 235.
- (64) 丸橋・前掲注(45)書「おとり捜査」・丸橋・前掲注(43)書「行動監視」参照。
- (65) *RIPA, Part IV.*
- (66) *RIPA s.57(2)*. 審査は、ディプロック卿が用いたランダムチェックを採用をした。Report of the Interception of Communication for 2006, HC 252, para.7. また同委員会は、行政審判所による審判等に対する協力する任務も負う。Id. s.57(3). なお、情報機関については、別に、情報機関委員会が設置されている。*RIPA s.59*. 以下では、通信傍受委員会を中心として検討する。
- (67) *RIPA s.58(4)*.
- (68) *Birkett Report*, para. 121.
- (69) *RIPA s.58(7)*.
- (70) *Police Act 1997*, s91(1). 詳しうは、丸橋・前掲注(43)書「行動監視」一四頁以下。
- (71) *Constitutional Reform Act 2005*, c.4, s.60(2) に定義されるもののほか、枢密院の司法委員会に所属している(所属していた)メンバーも含まれる。*RIPA s.57(5)*.
- (72) *RIPA s.57(1) and (5)*.
- (73) あとは、令状発付権者と同様に、組織の独立性の問題をどのように考えるかである。
- (74) *RIPA s.65*. 管轄については、*RIPA s.65(2)*. これにより、人権条約に関わる不服は、司法の管轄から外れたとされる。R (on the application of A) v B, SC, [2009] UKSC 12.
- (75) *RIPA s.67(7) (a) and (b)*.
- (76) *Constitutional Reform Act 2005*, c.4, s.60(2) に定義されるもののほか、枢密院の司法委員会に所属している(所属していた)メンバーも含まれる。*RIPA s.57(1) (a)*.
- (77) *RIPA, s17*.
- (78) *RIPA ss. 15 and 16*.
- (79) *RIPA ss. 15(3)*.
- (80) *RIPA s. 17(1)*. なお、*RIPA s.3* 4 に基づく傍受によって得られた情報は、証拠として使用することができる。*RIPA s. 18(4)*.
- (81) *Birkett Report*, paras 92, 103-105.

- (82) Birkett Report, para 105.
- (83) Birkett Report, paras 106-113.
- (84) Birkett Report, para 119. 特に国防については、「我々は、将来において、定期的であれ、不定期であれ、国務大臣によつて「通信傍受の」統計が開示されることは誤りであると強く考えている。政府に敵対して活動続ける人物たちが、国防目的の通信傍受の範囲をおおよそであつても予見することができるようなることは、彼らのオペレーションに大きく資することになる。」と強く反対している。 Birkett Report, para 121.
- (85) Birkett Report, paras 101, 152.
- (86) Hansard HC vol 345 col 773.
- (87) Application No. 24193/94 (2 July 1997).
- (88) IOCA, s. 9.
- (89) その他「通信傍受の証拠について争われたものとして」 Valenzuela Contreras v. Spain, (1998) 28 EHRR 483, Lambert v. France, [1998] ECHR 23618/94.
- (90) RIPA, Part II. 行動監視捜査について、詳しくは、丸橋・前掲注(43)書「行動監視」参照。
- (91) RIPA ss. 27, 30. ただし、緊急の場合には、警部でも許可できる。
- (92) RIPA s. 32(2) and (3).
- (93) RIPA s. 32(6).
- (94) RIPA s. 32(1).
- (95) 監視委員長を除く。 RIPA s. 81(1).
- (96) RIPA ss. 35 and 36(2).
- (97) Police Act 1997, s91(1).
- (98) 最も通信傍受は「通信傍受審査委員会の許可がなくても実施することができる。この点において、侵害監視の方が、第三者機関の権限が強いという点でも優れている」。
- (99) RIPA s. 2(2).
- (100) IOCA s.1(1).
- (101) Hansrd, HL Vol613 col 1435.
- (102) [2005] EWCA Crim 1945.

- (103) [2005] EWCA Crim 1945, para.24.
- (104) [2004] EWCA Crim 1243.
- (105) RIPA s. 17, PACE s. 78.
- (106) RIPA s. 1.
- (107) [2005] EWCA Crim 703, para 20.
- (108) [2004] EWCA Crim 1243, paras 21-23.
- (109) Ormerod and McKay, "Telephone Interception and their Admissibility", [2004] Crim LR 15, at 15; Simon McKay, *Covert policing Law and Practice*, (Oxford University Press, 2011), paras 3.91-3.94
- (110) イギリスも、証拠としての使用については、引き続き、議論がなされていく。See, Cm. 7324, "Privy Council Review of Intercept as Evidence", published January 2008; Cm. 760, "Intercept as Evidence", published December 2009.

### 第三章 わが国における会話の傍受

#### 第一節 会話の傍受の法的性質―任意捜査か、強制捜査か

それでは、わが国において会話の傍受は、どのような枠組みで考えていくべきであろうか。

まずは、会話の傍受という捜査手法は、刑事訴訟法一九七条一項但し書の強制処分にあたるかどうかが問題となる。ここにいう強制処分とは、判例によれば、「有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段<sup>(11)</sup>」のことをいい、同判例の理解として、意思の制圧に独自の意義を見出す見解<sup>(12)</sup>もあるが、当該処分によって侵害される権利・利益の重要性が強制処分の基準になるという点にはば争いはないといっ

てよい。<sup>113</sup>

ただ、会話の傍受といっても、様々な態様が考えられるため、一般論として、強制処分かどうかを検討していくのは適切ではなく、一定の類型ごとに検討していくことが求められる。類型の整理としては、イギリスの直接監視と、侵害監視の区別が参考になる。

イギリスでは、第二章で検討した通り、住居や個人所有の車両の中を監視する場合には、侵害監視として、通信傍受と同等の手続が要求された。これに対して、それ以外の公共の場における監視は、警察内部の許可手続によって行うことができる。

確かに、住居や個人所有の車両は、一般的に、法律上の根拠がなければ捜査機関が入れない場所であり、わが国においても、重要な権利の制約を伴う強制処分、すなわち法律上の根拠がなければ許されないというべきであろう。そして、これらの強制処分としての会話の傍受と、通信を対象とする傍受の区別は、通信傍受を、会話がなされる場所に関わらず、通信網が有するプライバシーの期待の高さから、一般的に強制処分として考えるのであれば、わが国においても、「伝達の過程」かどうかで判断されることになろう。したがって、ベランダにおいて携帯電話で話している内容を、下のベランダから録音する行為は、通信傍受には当たらず、会話の傍受や行動監視捜査として検討されるべきである。<sup>114</sup>

他方で、捜査機関が自由に立ち入ることのできる公共空間においては、読唇術等により、視覚データから音声データへの変換が技術的に可能なことに鑑みると、ビデオ撮影と録音に質的な違いがあるとは思われない。そこで、このような場所における会話の傍受は、ビデオ撮影等の監視に準じて考えるべきである。判例は、捜査機関が自由に出入りできる場所におけるビデオ撮影について、「通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受忍せ



ざるを得ない場所におけるもの」として、一定の場合に法律上の根拠なく、行いうることを示している<sup>(15)</sup>。わが国においても、捜査機関が自由に立ち入ることのできる空間については、尾行、監視に準じて、法律上の根拠がなくても許される場合があるというべきである。

もつとも、任意捜査として、法律上の根拠なくして行いうる場合であっても、無制限に許されると考えるべきではない<sup>(16)</sup>。その監視や傍受を正当化する要件が求められることは、強制処分と同じである。特定の犯罪について、知情性や役割分担などに関する会話がなされる蓋然性が高く、傍受する必要性がある場合に限り、許されるというべきである。

またイギリスでは、一方当事者の同意があれば無令状で会話を傍受することができる。捜査機関が行う場合にも、身分を秘匿することにつき、別個の令状が求められるものの、会話の傍受については無令状で行うことができる。

一方当事者の同意を得て秘密録音することについて、わが国の判例は、一定の事情のもとにおいては、相手方の同意を得なくても違法とはならないとしている<sup>(17)</sup>。この点について、わが国の多くの学説は、法的性質につき任意捜査<sup>(18)</sup>としつつも、制約される権利・利益につき、会話内容の秘密性にとどまらず、会話の自由や自由な会話への委縮効果を指摘する<sup>(19)</sup>。一般に、会話内容の秘密性自体は、他者に話した時点において、特に、口止め、守秘義務等の事情により、秘密性が別に担保されている状況にない限り、話をした相手方との関係では消滅しているというべきである<sup>(20)</sup>。そして、その話を聞いた相手方は、特に、秘密にしなければならない事情がない限り、その他の者に伝える権利が憲法二二条により保障されているというべきであるから、このような場合において、会話を録音することは、それを記憶に基づいて口頭で伝えるか、機械的な記録によって伝えるかの違いにすぎず、相手方の同意

がなくても許されるというべきである<sup>(12)</sup>。

会話の自由や委縮効果についても、もともと会話の秘密性やその期待がなければ、会話の自由への侵害や委縮効果も発生しないので、両利益は、突き詰めて考えると、会話の秘密性やその期待である。確かに、守秘義務や口止め約束などの事情により、秘密性やその期待が認められて、かつ、それを前提に情報を入手したような場合には、秘密性が解放されているとはいえず、法律上の根拠自体は要しないまでも、少なくともその利用については、口止めや守秘義務を破ることの正当な理由が求められるというべきである<sup>(12)</sup>。正当な理由として、秘密録音をする必要性、すなわち、脅迫罪や名誉毀損罪などの内容自体が犯罪を構成する場合も含めて、特定の犯罪に関する会話がなされる蓋然性が高いと事前に認められる場合などがあげられよう。

また捜査官が行う場合にも、この秘密性を前提にして情報を入手した場合に準じて考えるべきであるが、問題の本質は、秘密性を前提にした情報を入手することが許されるか、すなわち捜査官が身分を秘匿して捜査対象者に接することが許されるか、ということにある<sup>(12)</sup>。

## 第二節 強制捜査としての会話の傍受

法制審議会特別部会は、次の場面を対象として、会話の傍受の可否について検討してきた<sup>(12)</sup>。

- ① 振り込め詐欺の拠点となっている事務所等
- ② 対立抗争等の場合における暴力団事務所や暴力団幹部の使用車両
- ③ コントロールド・デリバリーが実施される場合における配送物

前節の基準からすると、①、②は、明らかに強制処分といふべきである。また③も、配送物が、令状なくして侵入しえない場所に入っていくことを考えれば、法律上の根拠を要するといふべきであらう。問題は、対象の特定性や手続である<sup>(126)</sup>。

まず対象の特定性については、通信傍受の場合に比して、会話の傍受は、そこに入ってくる範囲の人が不特定多数となり、無限定に拡大する恐れがあるとの懸念が示されている<sup>(127)</sup>。

この点は、前章で検討した通り、イギリスにおいて、近時、時代の変化に合わせて、通信傍受令状の対象を、特定の「アドレス」から「人」または「場所」に変更されたことが参考になる。この変更は、特定性を緩和したのではなく、複数の令状を要求したところで、同一の理由で発付が認められるのであるから、同一の理由で発付できる単位として、「人」または「場所」を認めたものであった。わが国においても、通信傍受の「アドレス」と比較しつつ、対象の特定性を検討していくことが適切であると思われる。

そこで、このような観点から検討すると、確かに、①～③において、一定の無関係の会話も傍受することになることは否定できないであらう。ただ、通信傍受も、本質的には同じことが当てはまり、一定の無関係の会話があることだけで、会話の傍受そのものを否定する根拠にはならないように思われる<sup>(128)</sup>。一定の傍受の対象が特定できて、かつ、その特定の範囲について、無関係な会話の混入も含めて、会話の傍受が正当化できるかどうかである。特に、①、②は、当該事件関係者以外の会話が混入されることは考えにくく、仮に入ったとしても特定性の要件を満たさないことにはならないであらう<sup>(129)</sup>。そして、①、②の事件解明に不可欠な共謀や知情性に関わる会話がなされる蓋然性が高く、傍受する必要性も高く認められる場合には、①②を対象とする会話の傍受も、理論的には正当化できるというべきである。

③も、コントロール・デリバリーという性質上、その運搬者も、客観的構成要件には該当しており、受取人も含めて、事件関係者の会話が中心となる。コントロール・デリバリーの対象という特定があり、またそのコントロールの対象となっている配送物の物理的周辺という特定がなされている以上、通信傍受と比して、特定がなされていないとはいえない<sup>(13)</sup>。またコントロール・デリバリーの対象となっている配送物は、それ自体が犯罪組成物であり、その運搬途中でなされる会話にはその知情性を示す会話がなされる蓋然性が高く、実体要件として求められる必要性要件を満たしているといえる。また取引犯罪に関する知情性の立証は、客観証拠によることが難しいことに鑑みると、このような捜査手法を取る補充性も満たすといえよう。

なお、緊急性の要件は、例えば緊急逮捕の令状の事後請求などのように、手続的な例外を根拠づけるものであつて、実体的な捜査の必要性を高めるものではない。緊急性は、会話の傍受そのものの正当化には無関係というべきである。

ところで、上記の会話の傍受について、検証令状で行いうるか、という点が問題となろう。

最決平成十一年二月一六日刑集五三卷九号一三七頁（以下、平成十一年判例とする）は、通信傍受法制定前に、検証令状で実施した通信傍受を適法と判断している。通信傍受については、刑事訴訟法二二二条の二において、明確に検証令状から外れたが、通信網を介さない会話の傍受については、検証として可能と考える余地もある<sup>(14)</sup>。

この点は、第一に、検証令状によって会話の選別が許されるか、第二に、不服申立ての機会の付与が不可欠か、が問題となる<sup>(15)</sup>。

第一の点について、確かに、現行法は、検証のための搜索を認めていない。そのため、平成十一年判例が、無関係な会話を検証の対象外としつつ、刑事訴訟法一二九条所定の「必要な処分」で行い<sup>(16)</sup>うるとしていることについ

ては、そもそも検証できない物を対象としてなぜ必要な処分として行うことができるのか疑問である。この点は、検証目的物の存否の確認も、検証対象に含まれると考えるべきであるように思われる。例えば、身体の注射痕の存否およびその形状を検証することが目的であるとすれば、検証の対象は、注射痕がないところも含めて、これを許可しているはずであり、それが故に、注射痕がないところも含めて検証しうるのである<sup>(134)</sup>。これと同様に、会話の傍受にいう検証の目的は、特定の犯罪に関する会話の存否及びその内容を認識することであるから、検証の対象は、特定の期間、場所においてなされる会話全体であって、その会話内容が関係あるかどうかも含めて検証の対象として許可することができると思われるべきである。そうすると、究極的には、無関係の会話も含めて、一定の空間においてなされる一定期間の会話全体を傍受することが正当化されるかどうかの問題となろう。そして、前述のとおり、上記①～③のような場合には、無関係の会話も含めて、特定性の要件を満たす傍受がありうることを否定できないように思われる<sup>(135)</sup>。

第二の点について、不服申立ての機会は、事後通知を含めて通信傍受法においては規定されているところである<sup>(137)</sup>。もちろん被処分者の不服申立ては、適正な手続を担保する方法として、優れた法技術だといえる。ただ、これが憲法三十一条の不可欠の要請<sup>(138)</sup>とするのは疑問がある。現行法は、少なくとも検証に限っていえば、捜査機関が行う場合には、当事者の立会を定めた法一三条の準用はなく、被疑者の立会を認めることはできる（法二二条六項）が義務ではなく、弁護人、被告人はそもそも立会いできず、また住居等について検証をする場合には、住居主を立ち会わせることを原則とするが、それができない場合には、隣人でもよいことになっている（法一一四条Ⅱ）。現行法は、検証については、制度全体として、被処分者に対して処分を告知することを担保しているとはいえず、不服申立てを、適正な手続を担保する一つの手法としつつも、不可欠の要件とはしていないというべきである<sup>(139)</sup>。

イギリスの制度設計に見るように、捜査機関の適正な手続を担保する仕組みがほかにあれば、不服申立ての方法がなくても許されるという政策決定はありうる。検証という司法審査は、まさにそのための一つの仕組みであり、必ずしも不服申立ての機会がなければ許されないものではないというべきである。<sup>(14)</sup>平成十一年判例も、このような趣旨から不服申し立ての機会を不可欠の要件としなかったと考えることができる。

そうすると、上記のように、特定の範囲について、検証の必要性が高度に認められる場合には、少なくとも、理論的には、検証令状によって行いうることを否定することはできないように思われる。

- (111) 最決昭和五十一年三月一六日刑集三〇巻二号一八七頁。
- (112) 川出敏裕「任意捜査の限界」小林先生・佐藤文哉先生古希祝賀論集（下）二三頁（二〇〇六年）。
- (113) 井上正仁「強制捜査と任意捜査」（二〇〇六年）「以下、「強制捜査」として参照する」二頁以下参照。
- (114) 東京高判平成二二年二月八日東高時報六一巻三七頁。もともと、同事案を任意処分として処理するには疑問が残る。
- (115) 最決平成二〇年四月一五日刑集六二巻五号一三九八頁。同判例を行動監視捜査に関する基準と考えるべきであることにについては、丸橋・前掲注（43）書「行動監視」参照。
- (116) 最決昭和五十一年三月一六日刑集三〇巻二号一八七頁。
- (117) 最決昭和五十六年一月二〇日刑集三五巻八号七九七頁。原則、違法とした下級審判決として、千葉地裁平成三年三月二九日判例時報一三八四号一四一頁がある。
- (118) 井上・前掲注（113）書「強制捜査」一七八頁以下、酒巻匡「刑事手続法を学ぶ 第九回 捜査手続（八）その他の捜査手段」法学教室三六六号二七頁（二〇一一年）三六頁、川出敏裕「判例講座 刑事訴訟法 第一一回 秘密録音・おとり捜査」警察学論集六七巻九号一六三頁（二〇一四年）一六七頁。強制処分とする見解として、村井敏邦編『現代刑事訴訟法（第二版）』（一九九八年）八九頁。
- (119) 井上・前掲注（113）書「強制捜査」一八五頁以下、川出・前掲注（118）論文一六六頁。酒巻・前掲注（118）論文三六頁は、「みだりに私的な会話を他人に聴取・録音されない自由ないし期待」とする。

(120) 佐藤文哉・判解(刑事篇) 昭和五十六年度二五八頁・二六八頁以下。

(121) 正確に伝えてもらう権利ならまだしも、会話の自由を保障するため、正確に伝えてもらわない権利などというものを観念することには疑問がある。私的な会話といえども、相手方との関係では、自己の発言に責任を持つべきである。なお、会話内容が著作物に当たるような場合は、録音は複製に当たるので、原則として許されない。著作権法二一条。

(122) 例えば、医師等の守秘義務(刑法一三一条)など、守秘義務の根拠が法律に基づき、かつ、刑罰権によって担保されている場合には、守秘義務を免除する法律上の根拠を用意するべきである。

(123) 佐藤文哉・判解(刑事篇) 昭和五十六年度二五八頁・二六九頁は、明示の口止めの約束がある場合ほか、話の相手方等の関係から秘密の合理的期待を認めてよい場合と、当初から悪用する目的で録音する場合も保護する方向で検討するべきとする。ただ、刑事訴訟法上、証拠価値(特定犯罪との関連性)を有するレベルの会話内容については、親子等の特別の関係にない限り、一般に国民の関心が高く、口止めをしなければ、通常、伝播性は高いというべきであるように思われる。そうすると、秘密性への期待は、刑事訴訟法において取り扱う限りにおいては、口止めが明示的に示されてない限り、保護するべき程度は、事実上、低いというべきである。

(124) その意味では、イギリスの法制度の設計は、合理性があるといえる。身分秘匿捜査について、詳しくは、丸橋・前掲注(45) 書「おとり捜査」参照。なお、証拠として用いる場合には、自白法則や黙秘権との関係も慎重な検討を要する。この点については、他日を期したい。

(125) 特別部会第一五回配布資料五一―二。

(126) 特定性の要件について、詳しくは、井上・前掲注(9) 書「通信会話」二三頁以下。

(127) 特別部会第一五回議事録二二頁「神幹事発言、後藤委員発言」、大澤ほか・前掲注(7) 論文二七頁「小野発言」。

(128) 通信傍受のスポット傍受は、できる限り、無関係な会話の傍受を避けるためのものであるが、これがなければ実施しえないものではない。スポット傍受は、実施しうる期間等を拡大させる要素と捉えるべきである。

(129) 大澤ほか・前掲注(7) 論文二七―二八頁「小木曾発言」。

(130) 特別部会第一五回議事録二〇頁―二二頁「酒巻委員発言」。

(131) 平野龍一ほか「新実例刑事訴訟法Ⅰ」(一九九八) 三六―三七頁「稗田雅洋」、笹倉宏紀「通信会話の傍受」法律時報八六卷一〇号二九頁(二〇一四年) 三六頁。なお、後藤昭「判批」ジュリスト一二五六号一九五頁(二〇〇三年) 一九八頁は、「通信傍受より」私生活への介入度の大きい室内会話盗聴を解釈によつて認めるのは、適当はない」とする。この点は、一般論として論じえないというべきであろう。



(132) 酒巻・前掲注(113) 論文三三頁。

(133) このような見解をとるものとして、新関雅夫ほか『増補令状基本問題上』五二頁(島田仁郎(一九九六年)五五頁。

(134) 河上和雄「電話内容の検証」研修五二二号三頁(一九九一年)一〇―一二頁は、同旨と思われるが、交通状況を例に挙げ  
る点は、井上・前掲注(9)書「通信会話」九八頁が指摘する通りの批判が当てはまり、適切ではないように思われる。

(135) 井上・前掲注(9)書「通信会話」九八頁以下も、量的な問題はあるにせよ、無関係な内容を一切排除しているわけではない。

(136) 特定性の観点から否定する見解として、緑大輔「物的証拠収集の新たな手段」法律時報八五卷八号(二〇一四年)二七・  
二八頁。

(137) 令状の事前提示を巡る議論については、井上・前掲注(9)書「通信会話」七三頁以下参照。

(138) 酒巻・前掲注(118) 論文三四頁。

(139) 椎橋隆幸「電話傍受の適法性について」法学新報一〇三卷七号二二頁(一九九七年)。井上・前掲注(9)書「通信会話」  
一〇〇頁以下は、現行法の検証について同様の認識を示しながらも、通信傍受と他の検証類型を事後回復の可能性から区別  
している。

(140) もちろん政策的に、被処分者を不知のままに置かないということは、当然、ありうるところである。井上・前掲注(9)  
書「通信会話」七九頁以下。

## 第四章 おわりに

以上のとおり、本稿では、会話の傍受に関する理論的枠組みについて検討してきた。

法制審議会の特別部会が提示した三類型に対する会話の傍受は、少なくとも理論的には、現行法の検証令状によ  
って、実施しうることを否定することはできないように思われる。ただ、このような争いがある分野については、  
立法による解決が望ましいことはいうまでもない。組織犯罪にどう立ち向かっていくのか、という観点から、議論



を積み重ねていき、あるべき法制度を構築していくことが求められているといえよう。

また会話の傍受は、現状では、発信機や録音機を有人的に設置して行うことを念頭に置いている。ただ、科学技術のめまぐるしい進歩により、発信機の超小型化はもちろん、そのような発信機すらなくてもできるようになることも十分に考えられる。このような科学技術の進展に合わせて、法制度を変えていくこともまた将来の課題となるう。

前田雅英先生には、私が東京都立大学の大学院生であった時代に、大変お世話になった。その際に、前田先生から、公的通信網と私的通信網を区別するイギリスの通信・会話の傍受は独特なので注意した方がいいといわれたことをよく覚えている。その後、イギリスも時代の流れに合わせて、法制度を大きく変化させてきた。わが国の法制度も、時代の変化に合わせて変えていくことが求められている。このような変化に対して、少しでも対応できる理論研究を進めていくことが、前田先生からいただいた学恩に報いる唯一の方法だと考えている。

※本研究は、科学研究費補助金若手研究(B)〔秘匿捜査の基礎理論研究〕課題番号25780046〕による成果の一部である。