

1997年5月2日

「組織的な犯罪に対処するため  
の刑事法」に関する意見書

日本弁護士連合会

## 「組織的な犯罪に対処するための刑事法」に関する意見書

### 第一 はじめに

昨年10月8日法務大臣は、「最近における組織的な犯罪の実情にかんがみ、早急に、この種の犯罪に対処するため刑事の実体法及び手続法を整備する必要があると思われる所以、別紙の事項に関して、その整備要綱の骨子を示されたい」（諮問第42号）と法制審議会に諮問した。法制審議会は、これを受けて10月8日に開かれた第120回会議において審議を法制審議会刑事法部会にゆだね、現在同部会において審議検討がなされている。部会での審議の過程で、法務省刑事局から部会審議の参考素材として「組織的な犯罪に対処するための刑事法整備要綱骨子に関する事務局参考試案」（本意見書添付資料1、以下参考試案という）が提出されている。

諮問別紙事項は次のとおりである。

### 第一 組織的な犯罪に関する刑の加重等

#### 一 一定の組織的な犯罪の刑の加重

犯罪実行のための組織を作り又は団体の不正な権益に関連した犯罪（以下「組織的な犯罪」という。）に該当する一定の罪（例えば、賭博開張図利、殺人、逮捕監禁、強要、詐欺、恐喝等）につき、その刑を加重すること。

#### 二 組織的な犯罪に係る犯人蔵匿等の刑の加重

組織的な犯罪に係る犯人蔵匿等、証拠隠滅等及び証人等威迫の罪につき、その刑を加重すること。

#### 三 予備罪の刑の加重及び新設

組織的な犯罪に該当する殺人の罪につき予備罪の刑を加重し、組織的な犯罪に該当する営利目的等略取及び誘拐の罪につき予備罪を設けること。

### 第二 犯罪収益等による事業経営の支配等の処罰

一定の罪（例えば、財産上の不正な利益を得る目的で犯した死刑又は無期若しくは長期5年以上の懲役に当たる罪及び懲役以上の刑に当たる罪であつて多額の財産上の不正な利益を生ずることが多いもの）の犯罪行為により得た財産等を犯罪収益等とし、これについて、次の行為を処罰すること。

#### 1 犯罪収益等の出資、貸付け等による影響力をを利用して、法人等の事業経営を支配し、又はこれに干渉する行為及び法人等の事業経営を支配し、又はこれに干渉する目的で犯罪収益等の出資、貸付け等をする行為

#### 2 犯罪収益等を隠匿する行為及びこれを收受する行為

### 第三 没収及び追徴の拡大

#### 一 犯罪収益等の没収及び追徴

犯罪収益等については、その没収の対象を金銭債権に拡大し、その他その没収及び追徴の制度を整備すること。

#### 二 犯行供用物件等の没収

法人等の構成員が法人等の物を組織的な犯罪の犯罪行為の用に供した場合等にその没収を可能にすること。

### 第四 令状による通信の傍受

一定の罪（例えば、死刑、無期懲役又は無期禁錮に当たる罪、薬物又は銃器に関する罪、略取及び誘拐の罪等）に関連して行われる電話その他の電気的通信を傍受する制度を設けること。

#### 第五 証人等の保護

証拠の閲覧及び証人尋問に際して、証人等の氏名、住居等、その他特定に関する事項の取扱いにつき、証人等の安全に配慮する措置を講じること。

#### 第六 没収に関する手続等

第三の一の没収の範囲の拡大に伴い、必要な手続等を整備すること。

法務省は、法制審議会の答申を早期に得たうえで法案化し、当初は現在開会中の通常国会に提出したいとの希望を表明していたが、現在では法制審刑事法部会の審議の状況にかんがみ、通常国会への法案提出を断念し、今秋にも予定されている臨時国会に間に合わせたいとの意向を示している。

しかしながら、組織的犯罪に係る今回の諮問事項等は、わが国の刑事法制の根幹に及びかねない内容をもつものであり、とりわけ通信の傍受は憲法上の問題を含め、社会的にも大きな影響を及ぼすものであるから、その是非、あり方は慎重な検討が強く求められる。

今回の諮問事項の重大性から考えて、論議は、各界の意見を聞く機会を設けるなどしながら進められるべきであり、少なくとも臨時国会に間に合わせるなどという期限を設定すべきではない。すでに朝日、毎日、読売等の新聞各社はその社説で「広く国民の間で議論すべき」ことを求めており、刑法学者有志による「声明」も「全国の刑法学者から・・・多様な意見を汲みつくし」「市民からも広く意見を聞く」ことを求めている。こうした声に応え、法制審議会刑事法部会の審議内容を開示しつつ、直接国民各層各界の意見を聞くなどその審議過程に工夫を加え、幅広い合意のもとに「要綱骨子」の作成作業をすべきである。

#### 第二 立法事実、立法目的について

一 立法事実、立法目的として法務省から説明されているものは次のとおりである。

- 1 近年、暴力団による薬物・銃器犯罪が増加し、オウム真理教のような大規模な組織的形態による凶悪事犯が発生し、会社等の法人組織を利用した悪徳商法等の大規模な経済事犯があとを絶たない。
- 2 組織的な犯罪は、犯罪収益が巨額であり、その資金が事業活動への投資、犯罪への再投資に使用されている。
- 3 組織的な犯罪の犯行態様は、密行性が高く、近年は、薬物犯罪、銃器取引等は、電話（携帯電話も含む）でのやりとりで動いている。
- 4 犯罪組織の犯罪活動によって、わが国のみならず世界各国において、平穏な市民生活が脅かされ、各国の社会・経済の健全な発展に悪影響が及んでいる。こうした中で、犯罪収益の規制措置など国際的にも協調した対応が強く求められていて、主要国での法制度の整備が進んでいく。
- 5 組織的犯罪は、犯罪目的実現の確実性が高く、引き起こされる結果が重大であって、その犯行態様がきわめて悪質でかつ密行性が強く、捜査・公訴の維持が困難で、犯罪収益が多額とい

う特質を有している。かかる組織的な犯罪に適切に対処して行く必要がある。そこで今回、違法性が十分評価されていないものを正し、犯罪収益を規制し、従来の捜査方法では対応できないものを手当てし、証人や親族の保護措置をとるため、当面の緊急対策を法制化する。

## 二 立法事実等について

1 近年、組織的な犯罪が多発、重大化し、日本社会の発展に悪影響を与えかねない状況となっているか、は慎重に吟味されなければならない。

まずわが国の組織的な犯罪事情が急速に悪化しているか、事実把握が問題となる。

平成8年版犯罪白書はわが国の犯罪情勢を概括して次のように述べている。

「近年の犯罪一般の情勢を見ても全体としては顕著な変動はないことなどに照らせば、我が国は依然として『世界で最も安全な国の一つ』との評価もなされ得るのかもしれない。しかしながら・・・近年の凶悪事犯の中には前例を見ないほどに残忍・凶悪な様相を呈しているものもあることなど、犯罪の質的変化が見受けられることに加えて、現在の我が国が抱えている政治、経済、教育その他各方面にわたる困難な問題や、不安定な事態などからは、犯罪抑止要因の減少をもたらしかねない社会情勢にあると思われ、今後の犯罪情勢には警戒を要すべき点も多い」

犯罪情勢全般としては近年急速に悪化しているということはないというのが犯罪白書の結論である。たしかに白書もいうとおり、オウム事件の発生、銃器犯罪の拡散と凶悪化、少年による覚せい剤事犯の大幅な増加（ただしピークであった昭和57年の約4割の検挙人員）など見逃し得ない犯罪情勢もあり、暴力団の寡占化、広域化が進行し、暴対法以降その活動は潜在化、広範化していることが指摘されている。しかしオウム事件が今後のわが国の犯罪情勢をそのまま示すものとは言えないであろうし、暴力団を始めとする組織犯罪が看過し難いものであるとしても、刑罰の強化等の刑事法での対処ですむ問題ではない。政治・経済のあり方（巷間流布されている政界・経済界と暴力団の癒着など）を検討し、実態を解明し、総合的に組織犯罪への対処を定め、その中の刑事司法のあるべき途を定める、これが本筋であるべきであろう。国会、政府が暴力団等の組織犯罪の実態を調査、解明し、総合的対策を立案、実施することこそ緊急な課題といえよう。

2 國際的組織犯罪に対し国際的な協調が求められていることは確かであるが、政治・経済のあり方、犯罪情勢など国ごとに差があるのであるから、そのるべき対応策は一律ではあり得ない。1994年12月国連総会で承認された「国際的組織犯罪に対するナポリ政治宣言及び世界行動計画」は、「国際的組織犯罪を防止し、これと闘うための共同戦略の実施」を宣言しつつ、その政治宣言の5で「我々は、組織犯罪の世界的関連を認めながら、その防止及び規制が、国及び地域によって異ならざるを得ず」として、各国の状況に見合った対応を認めている。

麻薬等の薬物犯罪についてはすでに「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律」（いわゆる麻薬特例法）で資金洗浄罪（マネーロンダリング罪）、不法収益の没収、追徴、保全が規定されていて、わが国としてはこの面では、すでに国際的要請にこたえている。

国際的に要請されている内容を吟味するとともに、それが日本国憲法の諸規定、わが国の法制度に与える影響を勘案して、わが国の対応を決めるべきであろう。

### 第三 質問事項、参考試案の問題点

#### 一 質問事項、参考試案の各項目の関連性

質問事項等の各項目間には、必ずしも関連性がなく（例えば「組織的な犯罪に関する刑の加重」と「通信の傍受」）、今回の立法目的は明瞭ではない。

質問第42号は「最近における組織的な犯罪の実情にかんがみ、早急に、この種の犯罪に対処するため刑事法の実体法及び手続法を整備する必要があると思われる」として「組織的な犯罪」に対処するための刑事法の実体法及び手続法の整備を質問しているが、質問事項や事務局参考試案では、第一のみが「組織的な犯罪に関する刑の加重」となっていて、一応組織的犯罪といえる側面をもっているが、第一の一部、第二ないし第六は組織的でないものをも対象としていて、必ずしも組織的犯罪である必要はないことになっている。これらをひっくるめて「組織的な犯罪に対処するための刑事法」といってよいのか疑問が生じる。

#### 二 組織的な犯罪に関する刑の加重等について（質問事項、参考試案第一）

##### 1 組織的犯罪の刑の加重規定

参考試案第一、一、1は、「一定の組織的な犯罪の刑の加重」として加重の3類型を掲げている。それは、(1)犯罪を実行するための法人その他の団体を作り、実行したもの、(2)団体の活動として犯罪を実行するため、その内部に組織を作り、又は団体若しくはその一部を構成する組織をそのための組織とし、実行したもの、(3)団体に不正な権益を得させ、または団体の不正な権益を維持し若しくは拡大する目的をもって、実行したもの、の3つである。

法務省刑事局は、法制審刑事法部会の審議を経る中で、上記の3類型を次の2類型に条文化する案（条文化案の全体は本意見書添付資料2）を提出してきている。そこでは、(1)次の各号に掲げる罪に当たる行為が団体の活動として、当該行為を団体の活動としてこれを実行するための組織により行われる〔行われた〕場合において、当該罪を犯した者は、当該各号に定める刑に処する。(2)団体に不正な権益を得させ、又は団体の不正な権益を維持し若しくは拡大する目的で、前項各号（第1号、第2号及び第9号を除く）に掲げる罪を犯した者は、前項と同様とする、としている。

##### 2 加重対象犯罪の量刑の実情

参考試案の別表1に掲げられている犯罪の場合に、現実に刑の言い渡しが法定刑の上限に集中してきているといった刑の加重を必要とする事象は生じていない。ここ10年間その傾向に基本的変化はない。現行法のもとでの法定刑では不都合であるとする量刑上の問題は、発生していないのである。

量刑上問題が生じていない現状では、刑を加重する必要性はないといわざるをえない。

##### 3 現行刑法の法定刑と別表一の罪

現行刑法の各罪の構成要件は、包括的で、類別化することなく、殺人なら殺人、窃盗なら窃盗と一くくりに規定し、法定刑の幅もきわめて広く定められている。このような特徴のあるわが国刑法の下で、上記2の量刑の実状にある現時点であえて一部の犯罪を取り出して刑の加重類型を規定する必要はないというべきである。

参考試案に掲げられた別表1の若干の罪について個別に検討してみよう。

常習賭博、賭博場開張図利、逮捕及び監禁、強要、身の代金目的略取、威力業務妨害などは、

もともとその罪の性質上、組織犯罪を視野にいれて構成要件化されたものであろう。また殺人は、その法定刑の上限が死刑を含んでいるものであって、刑を加重する格別の理由はないというべきである。暴力行為等処罰ニ関スル法律（以下「暴行法」という）3条に「集団による殺人、集団による強要、集団による威力業務妨害等のための利益の供与、収受」を処罰する規定が置かれているにもかかわらず、暴行法は、集団殺人、集団強要、集団威力業務妨害を処罰する規定を置いていない。これは、殺人、強要、威力業務妨害にはもともと集団によるものも包括して規定されていたから、暴行法にはわざわざ規定する必要性がなかったということを示している証左といえよう。

#### 4 構成要件の明確性

参考試案、条文化案の構成要件に記載されている「団体」「組織」「不正な権益」などは、その定義が一義的でなく、組織的犯罪の加重規定は、構成要件として無限定であり、不明確である。参考試案に「法人その他の団体」とあるように、団体には会社、労働組合、社団法人等も含まれてしまうのである。

これらに関する、法務省刑事局による定義は次のとおりである。

※団体「共同の目的を有する多数人の継続的結合体であって、その組織により活動を行うもの」

※組織「指揮、命令系統を有し、あらかじめ定められた任務の分担に従って構成員が一体として行動する人の結合体」

※不正な権益「典型的には、例えば、暴力団の繩張やシマといわれるものがこれに当たり『犯罪その他の違法な行為により又は他人の営業その他の活動に〔正当な理由なく〕介入することにより一定の区域又は分野において不正な利益を得ることができる継続的な支配力』」

上記の説明によっても、団体、組織の目的、性格上の限定はなく、どのような団体、グループ（二人以上であればすべて）も含み得るし、不正な権益に関しても「他人の活動に〔正当な理由なく〕介入する」「一定の区域又は分野」「不正な利益を得ること」「継続的な支配力」という規定では、明確な概念とはいってはできない。

#### 5 組織性ある犯罪の違法性

法制審議会刑事法部会での法務省刑事局の「組織的な犯罪に対処するための刑事法整備要綱骨子に関する事務当局参考試案の説明」（以下説明という）は、「法人等の団体を作つて実行した犯罪やこれに匹敵する程度の組織性のある犯罪は、通常計画性が強度で、これに従つて多数人が統一された意思のもとに犯罪を実行するという点で、その目的実現の可能性が著しく高く、また、重大な結果を生じやすい、あるいは、ばく大な不正の利益を生ずることが多い」といい、組織性のある犯罪は違法性が高いとしている。しかしこうした結論を軽々にしてよいのかは疑問がある。「法人等の団体」「これに匹敵する組織」というものの組織としての強度、犯罪との結びつきの強さ等を問題とせずに、組織性のある犯罪は一般的に違法性が高いということはできない。個人の犯す犯罪でも計画的で重大な結果を導くものも少なくないからである。

#### 6 団体と個人の関係

参考試案の刑の加重規定は、法人等の団体の犯罪行為を認めそれを処罰するものではなく、あくまでも法人等の団体に係わっている個人の犯罪行為を処罰するものであるというのが法務省刑事局の説明である。個人の犯罪行為を評価するに当たつて法人等の団体に係わっていたこ

とをもって通常の刑より重く処罰するというのである。そのうえその犯罪行為は多衆が共同して行なう必要もないとされている。

現在のわが国の刑事法制では、団体との係わりのみによっては刑の加重事由とはしていない。暴行法第1条では「団体若クハ多衆ノ威力ヲ示シ・・・第208条、第222条又ハ第261条ノ罪ヲ犯シタ」場合に刑法の刑が加重されている。「威力を持った」団体の存在を前提にその威力を外形的に示したことを刑の加重事由としているのであって、「威力を持っている」団体に所属していること、団体のためにしたことのみをもって刑の加重事由とはしていない。

「威力を持った」団体に所属しているからといってそこに所属していた者の犯す暴行（刑法208条）等の罪の加重事由とはしていないのである。団体と個人の係わりをもって一般的に定型的に刑の加重事由とするには、個人が団体と係わっていたということだけではなく、その団体と個人の犯罪行為との結びつきが定型的に違法性を増大させるもの（「威力を示す」など）がなければならないのである。

犯罪行為を行う個人と法人等の団体の結びつきのありかた、それが刑の加重理由になる、違法性を増大させる根拠を明示する必要があるのである。これは個人責任の原則から当然のことといわねばならない。しかるに参考試案ではその点は明示されていない。

## 7 団体助成罪

参考試案の第3類型、第一、一、1、(3)（条文化案第2類型）は、「犯罪と親和性の高い団体が強化されることは社会にとってきわめて危険」として設けられた規定であり、一種の団体助成罪というべきものである。この罪を犯す者は、団体の構成員に限られない。団体の構成員に限られるのであれば、組織的犯罪の範疇といえなくもないが、この規定は、それとは違って団体所属に係わりなく、団体の意思とも関係なく成立する規定なのである。先に指摘したとおり、きわめてあいまいな概念である「不正な権益」を維持する目的を持って、団体との意思疎通の有無に係わりなく犯せば成立する犯罪規定となっている。かかる無限定の規定の新設には賛成し難い。

## 8 犯人蔵匿罪等の刑の加重

参考試案第一、二、犯人蔵匿罪等の刑の加重にも賛成できない。

この加重規定も団体・組織の構成員が犯す場合に限っていないものである。そのうえ蔵匿されるものが行なった犯罪は別表1に掲げる罪に限定されず、禁固以上の刑の罪であればよいとされている。要するに禁固以上の罪を参考試案第一、一の(1)ないし(3)の形態で犯した者を蔵匿、隠避等した者は、団体・組織の所属に係わりなく通常の蔵匿等の罪より重く処罰するというのである。しかしながら団体の一員としてあるいは団体の意を受けて犯人蔵匿した時はまだしも、団体に無関係に蔵匿した時も定型的に違法性が高いとは言えず、重く処罰しなければならない格別の事由があるとは言い難いし、その必要性もないと言わねばならない。

また、犯人蔵匿、証拠隠滅についていえば、法定刑の上限近くの刑が宣告されている例は少ないので、この点からも刑を加重する必要性は低い。ただし、証人威迫については、科刑が上限になっているようなので、組織的犯罪として取り上げるのでなく、正面から刑法の一部改正の問題として検討すべきである。

## 9 殺人予備罪の刑の加重等

予備罪は、未定型な犯罪である。着手時期等明確ではない。そこに新たな予備を新設すること、殺人予備の刑を加重することには賛成し難い。

殺人予備で最も問題となると思われる銃器に関して言えば、銃刀法の改正によって銃器に関する罪が格段に重くなり、殺人予備で立件するより、銃刀法違反で立件したほうがはるかに有効な仕組みが作られている。またサリン法も新設され、予備罪も設けられている。すでに殺人予備的な行為を重く処罰する法ができている中で今回緊急に殺人予備を重くする必要性があると言えるのか、またその効果が期待できるのか。疑問なしとしない。

営利目的等略取及び誘拐の予備罪の刑の新設の必要性については、あいまいな組織的な犯罪の予備罪としてでなく、刑法の一部改正としてのぞむべきである。ただしわいせつ目的、結婚目的略取、誘拐の予備とりわけ後者の必要性は考え難い。

#### 10 参考試案の評価

組織的な犯罪の刑の加重規定、犯人蔵匿罪等の刑の加重、殺人予備罪の刑の加重等は、加重の必要性、その効果、構成要件の不明確性等の理由でいずれも認めることはできない。ただし、証人威迫罪の刑の加重、営利目的略取および誘拐の予備罪の新設については、その必要性があるとするなら刑法の一部改正の問題として提起し論議すべきである。

### 三 犯罪収益等による事業経営の支配等の処罰、没収・追徴の拡大、没収に関する手続（保全手続等）の問題点（諮問事項、参考試案第二、第三、第六）

#### 1 麻薬特例法マネーローンダリング罪運用実態の解明の必要性

いわゆるマネーローンダリング罪（資金洗浄罪・・・犯罪で得た利益の起源を隠匿し偽装する目的でその財産を金融機関を経由する方法等で転換することなどの罪）、犯罪収益の剥奪（没収等）などがこことの問題となる。

現在わが国ではいわゆる麻薬特例法（「国際的な協力の下に規制薬物に係る不正行為を助長する行為等の防止を図るための麻薬及び向精神薬取締法等の特例等に関する法律」）が施行されて5年近くになるが、その運用の実態は必ずしも明らかではない。とりわけ麻薬特例法に新設されたマネーローンダリング罪適用の実態とその効果についてはまったくといってよいほど不明である。1989年（平成元年）の暴力団白書でわが国暴力団の資金源が大きくとり上げられているが、そこでは、覚せい剤によるものが34・8パーセントを占めているとされている。その後1991年（平成3年）に麻薬特例法が成立しマネーローンダリング対策がとられて以後、こうした暴力団の資金源に変化が生じたのかも明らかではない。今回の諮問にあるとおり「最近の組織的な犯罪の実情にかんがみる」のであれば、麻薬特例法の運用実態を分析し、その効果、不足面などをつまびらかにする中から他の前提犯罪への拡張など今回の規定の必要性が導かれるはずである。

#### 2 前提犯罪について

当連合会は、かつて麻薬特例法立法化の際、刑事法の基本原則に係わる重大な問題を含んでいることを指摘しつつ、人間性を破壊し社会の根幹に害悪を及ぼす麻薬汚染が持っている特殊性、国際条約（いわゆる麻薬新条約）批准の立場から「麻薬特例法に限る措置として」是認した。

今回の立法化を考える際には、犯罪収益罪の対象となる犯罪（前提犯罪）のそれぞれについて麻薬特例法と同じ状況（国際条約批准のごとき状況、麻薬汚染と同じような人類、国際社会に与える影響の特殊性）があるといえるか否か、の点を検討する必要がある。

参考試案は、前提犯罪を「財産上不正な利益を得る目的で犯した死刑若しくは無期若しくは

長期5年以上の懲役に当たる罪若しくは別表4に掲げる罪」「売春防止法、銃刀法、サリン法の資金提供罪」とし、組織犯罪に限らず、単独の窃盗なども含まれるほどきわめて広い範囲に拡張している。

国際的には前提犯罪は「薬物取引その他の重大犯罪」とされていて、「どの重大犯罪を資金洗浄の前提犯罪として指定するかは、各国が定める」とした規定、「各国が多様な法制度及び金融制度を有しており、それゆえすべての国が同一の措置をとることができないこと・・・したがって、勧告は、・・・各国がそれぞれの状況及び憲法の枠組みに従って実施するべきものである」とした規定（いずれも資金洗浄に関する金融活動作業部会FATF）をみても、前提犯罪の範囲はその国の実情に応じて決めることができるとされている。参考試案のような広範囲の前提犯罪が国際的要請として直ちに導かれる訳ではないのである。

また長期5年以上の懲役に当たる罪は、刑法の罪だけで118、特別法の罪はこれよりさらに多い。窃盗、放火など罪質的に組織犯罪の犯罪収益の前提犯罪になじまないものが多く含まれている。その多くは麻薬・薬物のような特殊性をもっているものでもない。

参考試案の掲げる前提犯罪は広きに失する。

### 3 麻薬特例法と同様の問題点

犯罪収益等による事業経営の支配等の処罰を除けば、参考試案は、その構造において、麻薬特例法に規定されたマネーローンダリング処罰（隠匿・収受の処罰）、麻薬犯罪収益（麻薬特例法はこれを不法収益という）剥奪と基本的に違ひはない。その問題点は次のとおりである。

#### (1) 犯罪収益等

行為の客体である「犯罪収益等」に含まれる財産は、ほとんど無限定というべき広範囲なものとなっている。

犯罪収益等には、犯罪収益、犯罪収益に由来する財産、混和財産が含まれる。犯罪収益とは、前提犯罪の犯罪行為により得た財産、前提犯罪の犯罪行為の報酬として得た財産、売春防止法などの資金提供罪等に係る資金をいい、犯罪収益に由来する財産とは、①犯罪収益の果実として得た財産、②犯罪収益の対価として得た財産、③上記の①、②の対価として得た財産、④そのほか犯罪収益の保有または処分に基づき得た財産をいう。犯罪収益に混和した財産とは、犯罪収益、犯罪収益に由來した財産とこれらの財産以外の財産が混和した財産をいう。

これでは、犯罪収益の範囲は果てしなく広がってゆかざるをえない。

#### (2) 犯罪収益等隠匿の罪

「犯罪収益等の取得若しくは処分につき事実を仮装し、又は犯罪収益等を隠匿」する行為だけでなく「犯罪収益の発生の原因につき事実を仮装」する行為が処罰される。「発生の原因につき事実を仮装する」という行為はどのような行為かきわめて分かりにくく特定し難い。

#### (3) 没収の拡張

没収の対象を有体物だけでなく金銭債権に拡張し、そのうえ犯罪収益と犯罪収益に由来する財産をも没収することができるとしている。これによって「犯罪収益」を保有していたことによって得た利益（例えば利息、投資利益）まで剥奪（没収）できることになるが、刑罰としての没収としては罪刑の均衡上問題があり、前提犯罪と没収の対象となるべき財産との牽連性がきわめて希薄となる。

#### (4) 保全手続

付加刑である没収は、有罪判決確定後執行すべきであるのに、判決前に保全できるとしている麻薬特例法第5章は、現行刑法の原則を歪めるものであるが、参考試案も「裁判所は・・・被告事件に関し・・・没収保全命令を発して・・・その処分を禁止することができる」「裁判官は・・・公訴が提起される前であっても・・・（同様の）処分をすることができる」として判決前の没収保全手続を認めている。

付加刑とはいえ没収はあくまでも刑である。保安処分ではない。その点では死刑、懲役等の刑と変わることはない。ところが、判決前の没収保全手続は、付加刑である没収の言い渡しがなされる前に、有罪を前提として行われることになる。これは、被告人は有罪判決があるまでは無罪と推定されるという無罪推定の侵害となる。

また銀行預金に対する保全手続がなされた場合、銀行との取り引きが停止されることはまず間違いないし、預金以外のものが保全されたときにも取引上の信用が失墜することは疑いない。その後無罪になったとしてもかかる事態は取り返しがつかず、第三者に不測の事態をもたらすおそれが強い。

#### (5) 推定規定

参考試案には、麻薬特例法第18条の推定規定（取得した価額が不相當に高額の場合には不法収益と推定するとの規定）は記載されていない。この点は一定の評価ができるものではあるが、日本政府が「犯罪の防止及び犯罪者の処遇に関する第9回国際連合会議」でのナショナルステートメントにおいて、推定規定の有効性を強調しているところからみれば、いずれこうした規定も導入される可能性は否定できない。

### 4 麻薬特例法以上に拡大している問題点

#### (1) 諮問事項、参考試案では、麻薬特例法より広く、犯罪収益等を運用して企業支配干渉することも犯罪とするとしているが、ここまで処罰範囲を拡大することには賛成できない。

事務局説明では「犯罪収益が他の犯罪に再投資されることを防止するだけでなく、合法的な経済活動に悪影響を与えることを防止すること」が支配、干渉を犯罪とすることの理由とされているが、これはいわゆる麻薬新条約が定めたマネーロンダリング本来の定義・目的を越えているものである。確かに最近は「合法的経済に投資する」ことにも広げられつつあるが、国際的な状況から言えば、アメリカのRICO法に似た規定があるが、その他の主要国の国内法では、そこまでは拡張されていないのが実情である。

世界行動計画は「行政、事業体、金融機関及び関連機関における高度な倫理基準」の採用を求めており、合法的な経済活動への悪影響の防止には、まさに政界、経済界などと「我が国の組織犯罪の主な主体である暴力団」（日本政府ステートメント）の係わりを含め、総合的対策が必要とされているのである。とりわけ世界行動計画にもあるとおり、事業体、金融機関の高度の倫理が必要であり、企業情報の開示等がまざなされなければならない。こうした対策を抜きに一人刑事法の分野だけが突出することは、刑法の謙抑性の観点からも好ましいものではない。

そのうえ「影響力を利用して」「支配」「干渉」はいずれも不明確な概念で、その内容が一義的ではない。構成要件として不明確と言わざるをえない。

#### (2) 「事業経営への支配・干渉」の規制は、第三者の権利との関係が問題となる。

出資、株式取得、犯罪収益の供与、貸付等は契約関係だが、正常な取引、不正常な取引

を見分けるメルクマールは何か、不明である。それによって生じる収益を剥奪するということになると、民事上錯綜した問題が生じ、第三者に不測の事態を生じかねないことになる。このシステムが経済界、取引社会に与える影響は予測できないものがある。

- (3) 「犯罪供用物件等の没収及び追徴」として、法人等の处罚規定がないのに、第三者である法人等の物を没収できるとしているが、現行刑法の没収規定の本質をゆがめるものとなる。

## 5 参考試案の評価

したがって、(1)死刑若しくは無期若しくは長期5年以上の懲役に当たる罪等を前提犯罪とし、(2)犯罪収益等による事業経営の支配等を处罚する規定を設け、(3)団体の財産を犯行供用物件として没収し、(4)判決前に犯罪収益等を保全する手続には反対する。

# 四 令状による通信の傍受（諮詢事項、参考試案第四）

## 1 憲法上の問題点と盗聴の本質

通信の傍受を問題とする場合、その憲法との係わりをまず検討しなければならない。

通信（郵便物、電信、電話等）の秘密の不可侵（憲法21条2項）は、①個人の生活の秘密、プライバシー保護（憲法13条）、②思想の自由、言論の自由（憲法21条1項）等と結びついてプライバシー保護、思想・表現の自由の保障の一つという観点から定められたものである。通信の秘密が侵されることとは、思想表現の自由が抑圧されることである。それだけでなく、情報産業と国家が情報組織として肥大化した現代の情報化社会で通信による表現は、市民レベルでの自由な表現形態の重要な構成部分でもある。その意味でそれは民主社会を形成する上で重要な権利である。

現代の情報化社会では、生活のあらゆる分野で個人のプライバシーが侵害される事態が発生している。国家（情報機関等）による個人情報の収集がなされていることは言うまでもない。かかる時代には古典的とも言われる「国家からのぞき見されない自由」は十分に保障されなければならない。中でも盗聴は、ひそかにのぞき見することによって表現された内容のすべてを把握するものである。それにより、日常生活、活動が監視され、思想の自由、言論の自由、結社の自由、プライバシー等の基本的人権が侵害される。わが国においては、これまで共産党大会での盗聴器発見、社会党委員長宅の電話盗聴等警察が盗聴をしていることをうかがわせる事件が報告されてきたが、公安警察による盗聴を明るみに出したのは、1986年に発覚した共産党幹部宅電話盗聴事件であった。東京地方裁判所は神奈川県警によるこの盗聴を「違法と評価されることは論を待たない」と断じたが、警察による情報収集活動の一環として盗聴が行なわれている事実は、基本的人権上由々しき事態といわねばならない。

捜査上の盗聴も会話、通信内容を証拠としようとするものであるから、公安警察の盗聴とその本質を異にすることはない。捜査機関が行なう盗聴は、プライバシー、言論の自由とのきびしい緊張関係をもたらすものなのである。

## 2 憲法31条、35条との係り

通信の秘密がプライバシー、言論の自由の保障の観点から定められたものであっても、犯罪捜査による制約（内在的制約）を受けないわけではない。刑事訴訟法は、憲法35条に基づき郵便物の差押えの場合を定めている（法222、99、100）。電話等の電気通信にもこの理は該当する。

通信の秘密が犯罪捜査による制約を受けないわけではないからといって、ただちに捜査上の

盗聴が認められるわけではない。それが強制処分に係る憲法上の規制を受けることは言うまでもない。盗聴が通信の秘密、プライバシーを侵害する行為だからである。盗聴に憲法上の規制がかけられるとなると、適用される憲法の条項は、31条か35条なのかが問題となるが、盗聴の権利侵害の危険性からして両条項が適用されるとすべきである。強制処分である盗聴には、憲法31条から要請される立法化（強制処分法定主義）と適正な手続、憲法35条から求められる令状主義の規制が必要となる。

### 3 盗聴の必要性について

現代情報化社会において、犯罪現象も電気通信機器を利用し、功妙化してきているといわれている。捜査上の盗聴の必要性、有用性として法務省もこの点を強調している。しかしたんな必要性、有用性からだけで盗聴が認められてはならない。盗聴は、ひそかに全生活を監視し、言論の自由、プライバシーの侵害の危険性をもつものだからである。盗聴以外に捜査手段がないというほどの必要性が必要なのである。

捜査方法としての盗聴は、わが国ではすでに検証令状によって実行されてきた。検証令状による盗聴（立法によらない盗聴は認められない）は法務省によれば4例である。この4例はいずれも覚せい剤取締法違反事件であるが、法務省の示した事例説明によても、4事例とも盗聴以外の捜査手段がないほどの事例であったと言えない。また、法制審刑事法部会のこれまでの審議の中でも一般的有用性、必要性の議論は出ているが、特定の犯罪における盗聴の不可欠性までは示されていない。

### 4 参考試案による通信の傍受規定の問題点

上記のとおり盗聴は憲法上の疑義があるものであり、立法化の議論に際しては、その本質、危険性を踏まえ、その可否を具体的に、慎重に検討すべきである。

そこで電気通信の傍受の立法化の具体的な規定案を示している参考試案の個別の項目について以下検討を加える。なお参考試案は、盗聴を通信の傍受と呼んでいるので以下それに従う。

#### (1) 令状なしの通信傍受の禁止規定と処罰規定の必要性

参考試案は、通信傍受の一般禁止規定と令状なく通信傍受した場合の罰則を規定していない。

通信傍受が通信の秘密、プライバシーを侵害し、憲法の基本的人権を侵すものであることからして、法律中に通信傍受禁止規定、違反した場合の処罰規定を設けることは当然のことである。電気通信事業法、有線電気通信法に通信の秘密の保護が定められているからといって、新たに規定することの必要性が変わるものではない。

電気通信事業法、有線電気通信法は、通信の秘密を犯した者に1年以下の懲役又は30万円（有線電気通信法は20万円）以下の罰金を科すことを定めているが、公務員を特別に重く処罰する規定はない。しかし捜査機関に令状による通信傍受が新たに認められることになるとすると、令状による通信傍受を行なわずに無令状の通信傍受を行なった場合には、捜査機関は電気通信事業法等の定め以上に重く処罰されしかるべきである。捜査機関の無令状通信傍受の刑は懲役5年以下が相当と思われる。また捜査機関による無令状傍受の処罰規定を設けても、検察官がその違反者を訴追するとは限らないので、刑を加重するだけでなく、公務員職権濫用罪等の規定と同じく準起訴手続の請求ができるようにしなければならない。刑事訴訟法262条1項に無令状通信傍受の罪を加えるべきである。

さらに通信傍受を禁止しておきながら機器類の製作・販売を野放しにしておくことは適

当でないので、これらの禁止が検討されるべきである。

## (2) 対象犯罪の限定

参考試案は、傍受要件の一つである対象犯罪を、死刑又は無期懲役若しくは無期禁固の定めのある罪又は別表5に掲げる罪として「組織的に行なわれ易い犯罪」に限定せず、広く認めている。死刑又は無期懲役若しくは無期禁固に当たる刑法の罪は、外患誘致、強盗致死等20を越え、特別法にも20数個ある。そこには、詔書偽造、現住建造物放火、汽車転覆、強姦致死傷、強盗致傷などがあり、その犯罪の性格から組織的に行なわれ易い犯罪といえないものも広く含まれている。

令状による通信の傍受は、憲法上疑義があり、後に述べるとおり現行の捜査の性格を変える「特別の処分」であるから、その対象犯罪が絞り込まれなければならないことは言うまでもない。そのうえ、今回の法務大臣の諮問は「最近における組織的な犯罪の実情にかんがみ」組織的犯罪に対処するための「刑事の実体法及び手続法の整備」を求めている。しかるに、参考試案は、対象犯罪を「組織的に行なわれ易い犯罪」でかつ通信傍受がその捜査に必須ともいべき役割をもつものに絞られていない。

法制審議会刑事法部会の中での必要性を強調する意見でも、通信傍受の対象犯罪として上記のすべての犯罪の必要性を述べたものではなく、捜査上の必要性が強調されたのは麻薬・薬物事犯だったのである。

参考試案は、対象犯罪が「数人の共謀によるものであると疑うに足りる状況があるとき」を令状発付の要件としている。この面から組織的犯罪の性格を打ち出そうとしたものであろう。しかしここにいう数人には二人も含まれること、共謀は必ずしも組織性を意味しないことからこの要件で組織的犯罪性が出てくるものではない。ちなみに、この場合、カナダの規定「共同して行動する多数の者により計画され組織された継続的犯罪活動の一環であると信ずるに足る合理的理由があるもの」が参考になる。

## (3) 令状発付の要件その1（嫌疑要件）

憲法35条は、捜索・差押について、正当な理由に基づいて発せられ、捜索場所・押収物を明示する各別の令状を要求している。「正当な理由」とは、①犯罪の相当な嫌疑の存在、②捜索場所・差押目的物と事件との関連性の存在、③捜索・差押の必要性の存在とされている。

参考試案は、令状発付の要件として、①犯罪の嫌疑に関し下記のア、イ、ウの場合のいずれかであって「前記対象犯罪が数人の共謀によるものであると疑うに足りる状況があるとき」、②犯人により犯罪を実行し又は実行することに関連する通信が行なわれると疑うに足りる状況があること、③犯人を特定し又は犯行の状況若しくは内容を明らかにするため他に適当な方法がないと認められることの3要件を掲げている。

3要件のうちまず犯罪の嫌疑要件に関し検討してみよう。試案は次の3つの場合を想定している。

- ア 上記犯罪が犯されたと疑うに足りる充分な理由がある場合、
- イ 上記犯罪が行なわれ、かつ、更に継続して行なわれると疑うに足りる 充分な理由がある場合、
- ウ ある犯罪が上記犯罪の実行のために必要な行為として行なわれ、上記 犯罪が行なわると疑うに足りる充分な理由がある場合、

ア、イ、ウのうち、アは、犯罪がすでに発生した場合に対応したものであるが、イ、ウは、いずれも犯罪がまだ発生していない段階での通信傍受の要件となっている。「説明」によれば「イは、過去に行なわれた犯罪と引き続き行なわれる犯罪の全体を対象とするもので薬物の連続密売事案がその一例であり」「ウは、前記対象犯罪の実行を目的とする一つの計画の下に一連の犯罪が行なわれているような事案」とされている。要するに薬物を密売しているものはまたやるであろうから、過去の薬物犯罪を根拠にこれからやるであろう薬物犯罪の通信傍受という強制捜査をするということであり、また殺人を実行する目的で対象犯罪に限らないある犯罪（例えば自動車窃盗）が行なわれたら、将来行なわれるであろう殺人の通信傍受を行なうということである。

捜査は「犯罪があると思料するとき」開始される（刑事訴訟法189条2項）。刑事訴訟法は、犯罪捜査は犯罪発生後行なわれることを前提としている。強制捜査である捜索・差押は、当然のことながら、犯罪発生後になされる。しかるに前記イ、ウは、犯罪発生前になされる強制捜査となる。すでにある犯罪が行なわれているのにその犯罪では強制捜査をせずに、後に行なわれるであろう犯罪の強制捜査をするということだからである。イについては組織的犯罪としてみれば前後一体のものであると評価できるから犯罪後の捜査に当たらないとする見解もあるが、すでに行なわれた犯罪と「継続して行なわれる」犯罪とは刑法上別の犯罪として処罰されるものであるから、あわせて過去に発生したあるいは現在進行中の犯罪ということはできず、やはり「継続して行なわれる」犯罪は、いまだ発生していない犯罪といわざるをえない。イ、ウのように犯罪発生前の通信傍受を認めることは、現行法の捜査の概念を変更し、広げるものとなる。

わが国の法体系は、これまで行政警察と司法警察の活動を区分してきた。それぞれの活動を根拠づける法は異なっており、強制権限行使の規制のあり方も違えてきたのである。行政警察権の発動を根拠づける基本的な法律は、警察官職務執行法であり、司法警察権の発動を根拠づける法律は、刑事訴訟法とされている。警察官職務執行法は「この法律は、警察官が警察法に規定する個人の生命、身体及び財産の保護、犯罪の予防、公安の維持並びに他の法令の執行等の職権職務を忠実に遂行するために、必要な手段を定めることを目的と」し、質問、保護、避難時の措置、犯罪の予防・制止、立入および武器の使用について規定している。行政警察の行なう犯罪の予防活動は、犯罪の捜査とは法的に明確に区別されてきたのである。しかるに参考試案のように司法警察活動として将来の犯罪に関する通信の傍受を認めることは、予防的通信の傍受を認めることとなり、行政警察活動と司法警察活動の区別を法的に不明確にしあいまいにすることになる。警察組織は、行政警察と司法警察の双方を束ねているものであるから、行政警察活動と司法警察活動の法的境界があいまい化することは、そのそれぞれの活動根拠規定をあいまいにし、警察権限の濫用につながりかねない危険性を増すものといわざるをえない。

通信傍受の嫌疑要件であるア、イ、ウのうち、イ、ウは嫌疑要件として認められない。

#### (4) 令状発付の要件その2（関連性の存在）

次いで参考試案の「犯罪を実行し又は犯罪を実行することに関連する通信が行なわれる」と疑うに足りる状況」の要件を検討する。

この規定では「関連する」が「犯罪を実行し」にも掛るのか、「犯罪を実行すること」にのみ掛るのか分かりにくいか、いずれにせよ「関連する」との文言はあいまいであり、

その外延が明確でないので、傍受対象となる通信が広範囲に広がりかねないものといわねばならない。

アメリカでの要件「当該犯罪に関する特定の通信 (particular communications) を傍受できると信じるに足りる相当の理由があること」をも満たしていない。

#### (5) 令状発付の要件その3（補充性の要件）

試案が掲げる3番目の要件である「犯人を特定し又は犯行の状況若しくは内容を明らかにするため（通信の傍受以外に）他に適当な方法がない」ことを検討する。

この要件は、いわゆる補充性の要件であり、「説明」によれば通信の傍受の性質にかんがみて、事案の解明のために他に適当な方法がない場合に限って認めることが適當として規定されたというものである。しかし「適當」とはふさわしいことという意味であって、相対的な概念である。通信の傍受は、通信の秘密・プライバシーの権利と鋭く対立するものであるから、「通信の傍受」でなければ、証拠収集ができないという必要性がなければならぬ。

アメリカではこの要件は「通常の検査手続が試みられたが失敗に終わったこと、通常の検査手続が成功する見込はないと考えられる合理的な理由があること、又は通常の検査手続は危険すぎると考えられる合理的な理由があること」となっている。

検証令状による通信傍受に際しては「検証による方法以外に本件を明らかにする検査手段がない」との補充性の要件が求められていたが、参考試案における補充性の要件は、それをも弱めるものとなっていてとうてい賛成し得ない。

#### (6) 通信設備特定の要件

試案は、上記の3要件に加えて、電話その他の通信設備の特定の要件を次のとおり規定している。これは憲法35条の検査場所の特定に対応するものである。

通信の傍受は「被疑者が設置し若しくは使用している電話その他の通信設備その他傍受の対象となる犯罪の実行に関連する通信が行われると疑うに足りる通信設備につき行うことができるものとする」。

ここに規定された通信設備は大きく二つに分かれている。まずは「被疑者が設置し若しくは使用している電話その他の通信設備」もう一つは「その他傍受の対象となる犯罪の実行に関連する通信が行なわれると疑うに足りる通信設備」である。被疑者が設置し若しくは使用している設備でない場合にも当該設備の傍受ができるように後者の規定が定められている。

前者の規定には「傍受の対象となる犯罪の実行に関連する」が欠けているが、「被疑者が設置し若しくは使用している電話その他の通信設備」が「当該犯罪の実行に関連する」通信に使用される蓋然性がなければならないであろう。なお「当該犯罪の実行に関連する」は「当該犯罪の実行に関する特定の通信」としなければならぬことは先に述べたとおりである。

上記の通信設備は「もっぱら」傍受の対象となる犯罪に利用されているものには限られない。犯罪に関連のない会話がほとんどでたまに犯罪に利用される通信設備が必ずしも排除されていないのである。

#### (7) 傍受対象となる通信

参考試案は、通信傍受の対象となる通信を「電話又は、ファクシミリによる通信、コン

ピュータ通信その他の電気通信であって、その全部又は一部が有線によって行なわれるもの」としている。

ここで問題となるのは、コンピュータ通信である。コンピュータ通信にはリアルタイム型のものと蓄積交換型のものがあるが、両者とも通信傍受の対象となる通信となっている。電気通信事業者から「インターネット、電子メール等については、その利用形態、秘密保護システム等が現在確立途上でもあり、電話等と異なる技術的特性を有することなどから、これらを試案の対象から当面除外し、十分議論を尽くしたうえ、立法化すること」との要望が出されている。コンピュータ通信が発展している今日、犯罪組織がコンピュータ通信を利用して犯罪行為を行うことは否定できるものではないが、コンピュータ通信の保護のあり方を含め解決されなければならない問題が残されている現時点で、コンピュータ通信を通信傍受の対象となる通信としていることは問題である。

#### (8) 通信傍受対象通信内容の特定一令状の記載事項

憲法35条は、令状に搜索場所、差押物の「明示」を要求している。「明示」とは、その場所および物の特定性を明らかにすることをいう。一般令状によって捜査機関が好き勝手に捜索し、何でもかんでも押収すること、無差別捜索・差押を許さない趣旨である。刑事訴訟法219条は、憲法35条の規定を受けて「令状には、被疑者・・・の氏名、罪名、差し押えるべき物、捜索すべき場所」等を記載すべきものとしている。

参考試案は「傍受令状には、被疑者の氏名、罪名、傍受すべき通信、その通信が行なわれる電話の番号その他傍受の対象とすべき通信設備を特定するに足りる事項、傍受の方法及び場所、傍受ができる期間」等を令状に記載するとしている。

これによれば「差し押えるべき物」と「傍受すべき通信」、「捜索すべき場所」と「その通信が行なわれる電話の番号その他傍受すべき通信設備を特定するに足りる事項、傍受の方法及び場所、傍受ができる期間」が対応していることが分かる。それぞれの後者の特定が問題となる。

ところで、対象がまだ存在していない「将来の通信」を傍受の対象とせざるをえない通信傍受の特性からして、「傍受すべき通信」をあらかじめ確定することはきわめて困難であるといわれている。

通常の捜索・差押においても、差し押さるべき物を、その物の名称、形状、特質などだけから、客観的に特定するのが本来あるべき姿であることは言うまでもないが、流動的である捜査の段階で、それを客観的に特定することは困難なことが多い。そこで通常の捜索・差押においても、差押物のある程度の概括的な記載を認め、当該事件との関連性において特定せざるをえないとされている。「将来の通信」は、差押物以上にその内容の客観的特定が困難である。

通信傍受を認めた検証令状には、被疑者氏名が「不詳」、罪名が「覚せい剤取締法違反」、検証すべき内容が「〇〇番に発着信される通話内容及び同室内の機器の状況（ただし、覚せい剤取引に関する通話内容に限定する）」とした例があるが、これと同様の記載では、傍受すべき通信が特定できたとはいえない。傍受すべき通信が「覚せい剤取引に関する通話」とだけ記載されている令状で「令状に記載されたものかどうか」の判断を捜査機関にゆだねることは、捜査機関の裁量の範囲が広くなりすぎ相当ではない。傍受すべき通信の内容そのものをできるかぎり他の通信の内容と区別できるよう記載するとともに、

被疑事実を特定し、それとの関連で特定性が浮かび上がるようにならなければならない。そのうえ、特別法違反事件では特別法には多数の罰則規定が含まれているのだから、罰条の記載がなければ事件の特定上問題が生じる。傍受令状に罪名のみの記載を求め、被疑事実の記載を要するとしている参考試案は、特定性に関し問題があることになる。

また、参考試案は、被疑者の氏名が不詳の時はその旨令状に記載すればよいとしている。ここには被疑者不詳も含まれるという。しかし該当性判断のためには、被疑者の氏名が不詳であっても、その被疑者の特性など被疑者を明示し他の者と識別可能な個別具体的な記載が必要である。だれが通信しているかが分かることが傍受すべき通信を特定し、無関係な通信を除外する一つの要素になるからである。この立場からすれば被疑者不詳の場合には、傍受すべき通信の特定に問題が生じることとなり、かかる場合には特定性にかけることになる。

#### (9) 該当性判断のための傍受

聞いてみなければ通信内容が判明しないというのが「通信傍受」の本質である。したがって通信内容が令状に記載されたものに該当するものか否かを判断するためにまず聞いてみなければならないことになる。通信内容特定のためにも聞いてみなければならないのが通信傍受である。参考試案は、これを「該当性判断のための傍受」として令状に記載されたものに該当するか否かを判断するために必要な範囲で通信を傍受できるとし、外国語または暗号による通信であって傍受を実施する者が傍受のときにその内容を知ることが困難なものは、全体を記録できるとしている。

該当性判断のための傍受は、傍受すべき通信内容を発見するためになされる一種の捜索的な傍受と考えられる。

参考試案は、「必要な範囲で」該当性判断のための傍受ができるとしている。傍受すべき通信かどうかは、聞いてみなければ分からないので、通話が開始されたときにはスイッチを入れて通話内容をまず聞いてみて、傍受すべき通信かどうかを判断し、傍受すべき通信でなければ傍受を中止し、傍受すべき通信であれば引き続きそのまま傍受を続行する、というものである。通常の物の捜索において、差押目的物を探索する過程で、捜索場所にある物の情報の内容を点検するのと該当性判断のための傍受は、同じというのであろう。

物や人の捜索の場合には「捜索する場所を明示する」令状すなわち場所を特定する令状によってなされる。参考試案によれば、通信傍受の場合には、通信設備の特定、傍受の方法および場所、傍受できる期間の記載があることになる。しかし通信は通信設備の一方が特定されていても、さまざまな場所からさまざまな人が参入することが可能なので、傍受範囲の空間的限定が困難である。傍受期間が長ければ長いほど、傍受すべき通信と無関係の通話が多数入り込んでくる。捜索的な傍受である「該当性判断のための傍受」を限定するには、傍受期間を限定する必要がある。参考試案はこの期間を10日以内（延長可能）としているが、これまで検証令状で認められている最大5日以上の期間を認めることには問題がある。

該当性判断のための傍受の次の問題は、傍受行為は捜索であるだけでなく、同時に差押なのではないかということである。物の捜索の場合には、捜索と差押は別個の行為である。通信傍受はどうであろうか。通信傍受を聞くことと記録することに分離し、前者を捜索、後者を差押とする考え方もあり得るが、参考試案における通信傍受では、両者を必ず同時

に行うことになっているので、該当性判断の時点ですでに差押が行なわれているのではないかという疑いは払拭できないと思われる。

該当性判断のための傍受ができるかぎり限定する方法としてはアメリカでは「最小化の手続」がとられている。

#### (10) アメリカ合衆国における最小化の手続

アメリカ合衆国法典18編119章「有線及び電子的通信の傍受並びに口頭通信の傍受」2518条(5)には、傍受の許可命令又は期間延長の命令には、傍受の許可は、本来は傍受の対象とできない通信の傍受は最小限となるような方法により執行されなければならない旨の条項を含めなければならないとされている。このいわゆる最小化の方法は、法文上規定されていないが、それはおおよそ次のようにして行なわれるといわれている。

傍受対象の電話で会話が始まると、傍受実施者は、その冒頭の部分を聴取して、会話の内容が犯罪に関係あるものか否かを判断する。冒頭部分の傍受の結果、犯罪に関係のない会話であると判断されると、実施者は、聴取スイッチを切り、傍受を中断する。しかし、途中から犯罪に関係のある会話に転じることもあり得るし、途中で会話の当事者が変わる場合もあるので、傍受実施者は、数分程度聴取を中断した後、会話が継続されれば、もう一度聴取装置のスイッチを入れ、再度会話内容を聴取する。その結果会話の主題が犯罪に関係あるものに変わっていれば、そのまま傍受を続けるし、依然として犯罪に関係のない事項であれば、再度聴取装置のスイッチを切る。その後も会話が継続していれば、聴取装置のスイッチを入れ、会話の内容を判断するために聴取する。会話が継続する限り、同じ手続が継続される。このような手続は、「スポットモニタリング」又は「スポットチェック」と呼ばれる。

この最小化の手続は「傍受及び最小化に関する指示」で具体化される。

ある連邦検事補が発信した「傍受及び最小化に関する指示」は、有線通信の傍受に当たって検査官が従うべき手続を次のとおり定めている。

その概要は、(1)目的は、本件の検査に関連ある会話をモニターし録音することにより、また、関連性のない会話または特権の対象となる会話を最小化することにより。電子的監視許可命令を執行することである。法に従って最小化することを怠れば、傍受の結果得られた証拠に基づく訴追が危うくなるし、あなた方またはその所属機関が民事上の金銭賠償を負うこともあり得るし、あなた方が刑事責任を問われることも考えられる。①本来は傍受の対象ではない通信の傍受が最小限となるような方法により傍受を実施しなければならない。②会話がモニターされたときは、常に録音がなされなければならない。同様に会話が録音されたときは、常にモニターがなされなければならない。(2)モニター担当検査官が十分理解することのできる言語による会話をモニターするときは、①最初に、当該会話が本件の検査に関連するものであるか否かを判断しなければならない。会話の性格を確認するのに必要な時間に限り、各会話の冒頭部分を聴取しなければならない。ただしその時間中に、当該会話は「関連性を有すること」、つまり我々の得た許可の範囲内であることを確認した場合は、この限りでない。当該会話は関連性を有するものではないと判断したときには、聴取装置と録音装置のスイッチを切ること。できる限り速やかに会話の性格を見極めるために最善の努力を尽くさなければならない、②会話が関連するものか否かを確認するために、最善の判断をすること、③傍受の最初の段階—犯罪組織の性格及び範囲並び

に参加者の身元をより良く知るようになる前一では、会話が関連性を有するものか否かを判断するために、相対的に、より長い時間モニターすることが必要かも知れない。本件の犯罪活動、その参加者、彼らの使う言語をより良く知るようになったときには、1分半から2分を超えない時間のモニターで、当該会話は関連性を有するものか否かを判断するようにするべきである。当該会話は関連性を有すると判断されたときは、傍受を継続することが許される。しかし、当該会話は、関連性を有しないと判断されたときは、ただちに傍受を中止しなければならない、④会話が関連性を有しないものであることを理由に傍受を終了したときには、その性格が変化したかどうかを確かめるために、当該会話のスポットモニターをすることが許される。話者及び／又は会話の性格は変化するかもしれないで、当該会話は依然として関連性のないものであるかを確認するために、30秒の間隔を置いた後、およそ10秒装置を作動することが許される。このようなスポットモニターの手続は、当該会話の間中続けることができる。しかし、会話が変化したか否かを確認するために必要な最小限にとどめなければならない。スポットモニターの間に、関連性を有するものと確認されたときは、関連性を有するものであり続ける限り、当該会話の傍受が許される。

(3) まとめると、会話が関連性のないものであるか、法的な特権の対象となるものであるか、その他傍受の対象となるものでないと思われるときには、傍受（モニター及び録音）は中斷しなければならない。微妙なとき [in close cases] は、慎重を期する方に誤ること [err on the side of caution] とし、傍受を中断すること、としている。

アメリカにおける最小化の手続は、上記のとおり詳細なものであるが、わが国でこうした手続を考慮するときには、アメリカ以上に時間的制約をより厳しくし、マニュアルではなく法律化あるいは規則化しなければ捜査機関によって順守されないおそれが強い。

#### (11) 外国語または暗号による通信

参考試案が「外国語又は暗号による通信」は、その全体を傍受できるとしている点について検討を加える。

傍受を実施する者がその内容を知ることが困難な通信は、該当性判断そのものが傍受時点ではできない。この場合参考試案は、事後的にとる措置として「速やかに、犯罪を実行し又は実行することに関連する通信であるか否かを確認しなければならない」と定めている。令状に記載されたもの以外のものを除外することは必須であるが、事後的にとられる手続きの規定としては、試案の規定では不十分である。アメリカでは「実際上可能な限り速やかに、当該言語に堪能な他のモニター担当捜査官又は言語専門家が、このメモの他の箇所で説明する最小化に関するすべての手続に従って、当該録音を聴取することになる。そして、当該会話のうち、これらの最小化の手続により傍受することが許される部分を翻訳あるいは反訳することが許される」と事後的な最小化の手続を規定している。

#### (12) 業務上の秘密の保護

参考試案は「医師、歯科医師、助産婦、看護婦、弁護士（外国法事務弁護士を含む）、弁理士、公証人又は宗教の職にあるもの（傍受令状に被疑者と記載されているものを除く。）との通信であって、その職務に関するものは傍受してはならない」としている。これは、刑事訴訟法105条（押収拒絶権）、149条（証言拒絶権）に対応する規定であるが、同法147条で証言拒絶権のある近親者は除外されている。近親者には押収拒絶権がないことがその理由であろう。しかし会話という側面から見ると、証言拒絶権のある近親者少なく

とも配偶者の通信にも業務上の保護と同じ保護が与えられても良いのではないかとも考えられる。一つの検討課題である。

また新聞等の報道関係者の取材との関係も問題となる。取材の自由は憲法上の権利である。報道関係者の業務上の通信の秘密の保護を考慮していない参考試案は問題である。

(13) 「他の犯罪に関連する通信」の傍受

参考試案は「傍受令状により傍受をしているときに、その傍受に係る犯罪以外の犯罪を実行し又は実行することに係るものと明らかに認められる通信」の傍受、いわゆる別件傍受を認めている。またこれは別の角度からみれば一種の緊急傍受でもある。別件傍受が通信傍受の場合に許される理由は、通信は記録しておかなければ一回限りで消えてしまうから、あらためて令状を求めるよう定めることは無意味だということにある。将来の犯罪の傍受を認めたうえでさらに別件傍受を認めることは令状主義に反するものとなる。また「犯罪を実行することに係るもの」というのは将来の犯罪の「共謀」等の通信を聞くことというものが法務省の説明である。将来の犯罪、それも傍受対象犯罪に限らない犯罪の証拠を事前に確保しておくというのである。これではますます傍受の範囲が拡大してしまう。別件傍受を認めることはできない。

犯罪を絞り、事後的に裁判所に令状を請求する制度（一種の緊急通信傍受）を設けることで令状主義の要請を満たすことができるかを検討すべきとの考え方もあり得るが、現行法上認められていない物の緊急差押許容の道を開きかねない問題でもあるのでにわかには賛成し難い。

(14) 相手方の通信設備を特定する事項の探知

参考試案は「相手方の電話番号その他通信設備を特定する事項を探知するには、別に令状を必要としない」として、いわゆる逆探知を認めている。該当性判断のための傍受開始と同時に逆探知が開始されるとのことである。

「傍受により通信の内容を知ることが許される要件が満たされている場合には、通信の相手方を知ることも許される」（説明）というのがその理由とされている。しかし通信の内容を知ることが許されていることから被疑者以外の通話者、それも傍受されるべき通信と無関係の通信内容の通話者を知ることの許容がただちに導かれる訳ではない。逆探知には賛成できない。

(15) 傍受期間

参考試案は、傍受ができる期間を原則10日以内としている。この期間は必要があると認められれば通じて30日を超えない範囲で延長可能で、終了時に通信が行なわれていればさらに継続可能で、必要とする特別の事情が認められれば傍受令状の再発行、再々発行も可能である。

参考試案によれば結局のところ傍受の期間は、再度以上の傍受を考慮すれば相当の期間延長可能であることになる。長期にわたって傍受がなさればなされるほど令状記載のものと無関係な通信が入り込む可能性は高くなる。期間の延長ましてや再度の傍受はみだりに認められるべきではない。「必要がある」「特別の事情」程度ではその延長は認め難い。

一定の期間にわたる通信の傍受は、令状の「一回性」の原則と微妙に関係している。通常の捜索・差押でも何日間かかることがあることから是認する考えもあるが、上記の期間はそれに比しても相当の長期間であり、期間に関してはさらに検討を要すると思われる。

通信の傍受は、捜索・差押、検証と異なり空間的な限定がない。空間的な限定がない通信の傍受において時間的限定を没却する長期の傍受には問題が多過ぎるというべきである。

期間に関連して言うならば、参考試案「10 終了時に通信が行なわれている場合の見分の継続」も検討を要する。これも通信傍受の特性から認めなければ2度と傍受できないことを理由とするものであろうが、空間的制限のない通信の傍受には期間の限定こそが不可欠であることを考えると安易に認められるべきものではない。

#### (16) 立会い

試案は「傍受令状により通信状況の見分をするとき」の立会いを規定している。立会を得ることによって傍受が適正に行なわれたことを担保しようというのであろう。しかし立会人の常時立ち会いは必ずしも必要ではないとされている。立会人の常時立会がないままなされる傍受の適正さはどのように担保されるのか疑問である。

また立会人には、これまで検証令状による通信傍受で要件とされてきた無関係部分の通話を切斷する権限を有するといった権限は認められていない。

立会人の常時立会、切斷権が認められなければ、捜査官の手続の適正さは担保されない。

#### (17) 傍受の実施等

通信事業者等への令状の呈示には、呈示だけでなく、謄本の交付もなされる必要がある。立会人の権限の行使にも必要となるからである。

参考試案の「2 必要な処分等」には傍受を行なう場所として「通信事業者等の管理に係る場所」以外の場所「人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若しくは船舶内」があり得る規定の仕方をしている。こうした場所の規定は無限に広いものであって、このような場所での通信傍受を広く認めることはできない。「通信事業者等の管理に係る場所」に限定すべきである。

参考試案は、傍受期間延長請求時、傍受期間満了後等に実施状況を記載した書面を裁判官に提出するシステムをとっている。これはこれで重要なことであるが、傍受を行なう捜査官には、アメリカのマニュアルにみられる、通信の見分場所で起こったすべての活動を正確に反映する日誌をつけ、裁判官に提出する義務を課し、捜査の適正さが担保されるようしなければならない。

#### (18) 通信事業者等の協力義務

参考試案は、通信事業者等に通信傍受に必要な協力義務を規定している。ところで一般的に市民には捜査に協力する義務はないのであるから、通信事業者といえども安易に捜査協力義務が認められるべきではない。公共的な通信事業によって利益を上げているのだから普通の市民と違ってかかる義務を課すことには問題はないとする考えもあり得るが、そうではあっても「必要な義務」の範囲を明確にして、業者の協力義務の外延をはっきりさせておかなければならない。

#### (19) 傍受記録の封印・保管等

傍受記録の封印、傍受記録の保管に関し参考試案では、捜査当局の恣意（権利濫用）を規制できるものとはなっていない。

法務省刑事局の説明によれば、傍受する際に傍受記録を2通作成し、その一方を原本とし「封印」して裁判所が保管し、他の1通を傍受記録の「複製物」として捜査側が保管するとのことである。すなわち原本も複製物も同時に記録、作成されるのである。その後捜

査側が複製物から無関係部分を削除し刑事手続に使用する傍受記録を作成するとされている。この作成過程に関しての規制手続は記載されていない。とすると捜査側の記録全部を別にして残す恣意的処理が可能となる。こうした記録を捜査側が他に流用しない歯止めはないことになる。傍受記録を捜査以外の目的に流用することの禁止を明示していない参考試案は問題である。

複製物の保管・管理が訴訟あるいは捜査終了後どのようになるのかも規定されていない。

#### (20) 被傍受者への令状の呈示、事後的通知

令状主義との関係では、被傍受者に令状の事前呈示がないことも問題となる。当然のことながら通信傍受の特質から令状は被疑者あるいは被傍受者には示されない。

参考試案では、事後的に刑事手続に使用する傍受記録に記録されている通信当事者の一方のみに通知されるだけである。令状の事前呈示を憲法の要請とする見解に立てば、通信傍受はこの点で憲法の要請を満たすことができないこととなる。

少なくとも刑事手続に使用する傍受記録に記録されている通信当事者だけでなく、通信傍受令状によって傍受した通信を記録した原本で判明しているすべての通信当事者に通知をし、それらのものが保管用の原本の聴取・閲覧、不服申し立ての手立てをとれるようすべきである。当事者が特定できずまたはその所在が明らかでないときには、通知不要としても、後日傍受された当事者であることを疎明した者が聴取等のできる手立てが参考試案には規定されていない。

通信当事者には、自己の通信にかかる部分の閲覧・聴取だけでなく、複製が認められなければ権利保護に不十分である。

また当事者への通知は「見分後30日以内」とされ、「捜査が妨げられる場合」には延長が可能となっている。捜査の必要性を優先させ、当事者らの権利擁護の点で問題があるといわなければならない。

#### (21) 保管用原本の聴取・閲覧

参考試案は、聴取・閲覧に関し「裁判官は、検察官、司法警察員、刑事手続に使用する傍受記録若しくはその内容を記載した書面が証拠として請求されている事件の被告人、弁護人又は傍受された通信の当事者の請求があった場合において、正当な理由があると認めるときは、必要と認める範囲で、保管用原本を聴取若しくは閲覧させ又はその複製物を作成させることができる」としている。

被告人と弁護人は、刑事手続で証拠として請求された場合にだけ聴取等が認められている。証拠請求の有無で聴取等を区別するのではなく、当該事件と関連のある通信傍受の保管用原本等については、検察官の証拠請求の有無にかかわらず、被告人、弁護人には聴取・閲覧、複製物の作成が認められなければならない。

また、技術的には困難を伴うと思われるが、通信当事者には請求があれば常にその当事者の通信部分のすべてを聴取・閲覧させ、その複製の作成を認め、通信当事者が通信内容を検証できるようにしなければならない。傍受されたものがその傍受内容をつねに検証できてこそ事後的救済が真に生きた制度となるのである。

さらに通信傍受過程で捜査官が作成した日誌、報告書類は、被告人と弁護人には閲覧・謄写を認め、通信当事者には関連部分の閲覧・当初が認められなければ事後的救済措置としては十分なものとはならない。

(22) 違法収集証拠排除の原則

違法傍受がなされたときには、違法収集証拠排除の原則が厳格に適用されなければならない。

参考試案には、違法手続があった通信傍受に関し、刑事手続に使用する傍受記録等の取消、抹消ができるシステムが記載されている。しかし違法が重大でないときは、傍受した通信が重要な証拠でない場合だけ抹消できるとし、さらに抹消した傍受通信が重要な証拠であった時には、傍受の手続に重大な違法がなければ、抹消部分の複製を作成することができるとしている。

令状による通信の傍受は、特別に認められた強制処分であるから、その手続は厳格に守られなければならない。定められた手続に違反することは、手続違背の重要度、証拠の重要性にかかわりなく許されるべきではない。

(23) 令状請求書等の裁判所による保管

通信傍受令状の請求書、その付属資料、通信傍受の見分実施中の記録類、裁判所への報告文書など傍受に係る資料、少なくともその写しを裁判所が保管する必要がある。

刑事訴訟規則によって逮捕、捜索・差押関係の資料は、捜査官に返却され、裁判所には何も残らない。被告人、弁護人が令状請求手続の違法性を争おうとしても、その判断の資料がないため、有効な訴訟活動ができない現実がある。このようなことは早急に改められなければならないが、少なくとも通信傍受に関しては、裁判所が保管することとすべきである。

(24) 令状を発する裁判官

事務局参考試案は、令状を発する裁判官を「地方裁判所の裁判官」に限っていない。簡裁裁判官を「急速を要し・・・」等の要件のもととはいえ、令状を発する裁判官としているのは問題である。ことの重大性および令状実務の現状から、令状を発する裁判官は地方裁判所の裁判官に限られなければならない。

(25) 令状請求権者

令状請求権者は、検察官（一定の範囲に限る）、司法警察員（一定の範囲に限る）とされているが、盗聴という行為が憲法上の疑義にも触れる重大な行為なのだから、慎重を期して検察官に限るべきである。

(26) 通信傍受費用とその効果

アメリカの経験では通信傍受の費用は相当の額に上るといわれている。1995年になされた傍受装置の平均費用が56,454ドルであり、この費用の大半は装置にかかるものと通信をモニターする職員にかかるものとされている。

通信傍受の対費用効果も慎重に検討されるべき問題である。

(27) 法律による報告義務

憲法31条は、法に基づく適正手続を定めているが、これは主権者である国民の民主的チェックを基礎づけるものでもある。したがって通信傍受に関しては、傍受件数、傍受事件名、起訴件数、有罪数、費用等につき、裁判官の報告義務、検察官の報告義務、警察の報告義務を定め、最高裁事務総局が国会に報告する制度を作り、通信傍受が国民の監視の下で行われるようにされなければならない。

参考試案は、通信傍受の対象犯罪を組織的犯罪に限定せず、通信傍受を将来発生する犯罪にまで広げ、コンピュータ通信をも傍受対象に加え、別件傍受、通信相手の探知を安易に認め、被傍受者への通知、不服申立て等の事後措置が十分でないなど多くの問題点を有している。

また簡易裁判所の裁判官を令状を発する裁判官に加え、令状請求権者に司法警察員を認める点で令状の発付を厳格にし、限定する姿勢に欠けている。

国会への報告制度といった国民が通信傍受を監視するシステムも欠如している。

参考試案における「通信内容の特定」、補充性の要件等は不十分であり、アメリカ合衆国のマニュアルの最小化手続の法律・規則化、令状に被疑事実等を記載する等の規定もみられない。

通信の傍受が通信の秘密、言論の自由、プライバシーを侵害する重大な権利侵害行為であることからして、通信の傍受の一般禁止、令状違反の検査官への重い刑は必須であるが、こうしたことへの配慮が参考試案にはない。

よって上記の問題点を有する「令状による通信の傍受」には反対である。

## 五 証人等の保護（諮詢事項、参考試案第五）

### 1 参考試案の規定概要

参考試案の証人等の保護の規定の概要は次のとおり。

- (1) 検察官は、刑事訴訟法299条による証拠開示に当たり、①氏名が記載されている証人等の身体、財産に害を加えまたはこれらのものを畏怖、困惑させる行為がなされるおそれがあると認めるときは、②弁護人に対し、この旨を告げこれらのもの住居が被告人等にみだりに知られないようにするなどの安全配慮を求めることができる。
- (2) 裁判長は次の場合、証人等の住居が特定されるべき事項についての尋問を制限できる。  
①証人等の身体、財産に害を加えまたはこれらのものを畏怖、困惑させる行為がなされるおそれがあつて、証人等が十分な供述をすることができないと認められる場合、②被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがない場合。

### 2 証人等保護規定の必要性・緊急性

証人等の保護規定の必要性およびその緊急性は存在しない。法制審議会刑事法部会に提出された「証人等の保護・安全に関する事例」には、6つの例が記載されている。6例ともすべて弁護人が証人等の住居を暴露したために問題が発生した事例ではない。

現実の検査、公判において証人等の保護が緊急の必要性のある課題として浮上してはいないのである。

### 3 検察官による弁護権・防御権の侵害

上記(1)は、検察官に弁護人に対し配慮を求める権限を認めることになる。当事者主義の構造をとっている現行刑事訴訟法の下で、対立当事者の方に他方への一定の権限を認めることは、当事者主義と抵触することになる。

弁護人が被害者等の住居等の開示を受けた場合に、それを被告人等に知らせるかどうかは、弁護人がその弁護権の範囲内で自主的に判断するものである。住居等の開示に際し、検察官が弁護人にそれを被告人等に知らせないよう求める権限を認めることは弁護人の弁護権の侵害となる。

検察官の求めに弁護人が抵触した場合の効果は参考試案では必ずしも明らかではないが、実際に弁護人が求めに反する行動をとった場合に、懲戒問題が生じる可能性も否定することはで

きない。こうしたことが予想される状況のもとでの「配慮の求め」は、弁護人の弁護活動を事実上畏縮させるものとなる。

#### 4 被告人の証人審問権の侵害

憲法37条2項は、被告人に証人審問権を保障している。被告人に証人等の氏名、住居を知る機会を与えるとした刑事訴訟法299条1項はその具体的な保障の一つである。証人等の氏名、住居を知ってその者に対する反対尋問を準備することは、被告人の防御権の行使として重要なことである。それはまた事件の事実関係を解明するうえからも必要なことでもある。住居等の事項に関する尋問の制限は、証人審問権の侵害となる。

裁判長の尋問制限には「被告人の防御に実質的不利益を生ずるおそれがないこと」との規定があるが、防御権に実質的不利益を及ぼすかどうかは、本来被告人が判断する事柄であり、裁判長の判断のみに任せられる問題ではない。この規定があることによって防御権が保障されるとは考え難い。

#### 5 参考試案の規定文言の問題

参考試案は上記(1)で「身体若しくは財産に害を加え」「畏怖困惑させる行為」「なされるおそれ」「みだりに知られないよう」「その他安全を害しないよう」、(2)では「身体若しくは財産に害を加え」「畏怖困惑させる行為」「なされるおそれ」「その他その通常所在する場所が特定されるべき事項」という文言を用いている。これらは漠然としたあいまいな規定であって、かかるあいまいな規定では、防御権、弁護権の行使を制限する運用がなされる危険性が大きいといわざるをえない。

#### 6 結論

証人等の保護規定は、上記の理由により認めることができない。

## 添付資料

資料 1 = 「組織的な犯罪に対処するための刑事法整備要綱骨子に関する事務局参考試案」

資料 2 = 「第一の事項について」（事務局参考試案における第一の一の条文化案）