

Title	「おとり捜査」について（四・完）
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2009, 58(5), p. 21-42
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54806
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

「おとり捜査」について（四・完）

松 田 岳 士

- 一 はじめに
- 二 従来の議論状況（その一）——「二分説」の生成と展開（以上、阪大法学五七巻五号）
- 三 従来の議論状況（その二）——「二分説」に対する批判と修正（以上、阪大法学五八巻一号）
- 四 「おとり捜査」の「違法性の実質」論と最高裁平成一六年決定（7）まで、阪大法学五八巻二号）
- 五 「おとり捜査」の手続的問題性
- 六 おわりに（以上、本号）

四 「おとり捜査」の「違法性の実質」論と最高裁平成一六年決定（続き）

(8) このように、おとり捜査の「違法性の実質」を志向する最近の有力説が、捜査機関による「おとり行為」の「弊害」として指摘する、「おとりの働きか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」や「捜査の公正さに対する国民の信頼を動揺させる」といった事情は、——「個人の内心に一般的・探索的に干渉し、順法精神の強さを試すもの」、あるいは、「警察力による過度の国民行動に対する監視」となるおそれがあるがゆえに、

「捜査の公正さに対する国民の信頼を動揺させる」点を除けば——「おとり捜査」に固有の「弊害」ではなく、むしろ、「将来犯罪に関する捜査」や「身分秘匿捜査」の問題に還元されることになるものと思われる。

もちろん、このことは、——「おとり行為」も「将来犯罪に関する捜査」ないし「身分秘匿捜査」の一つである以上は——「おとり捜査」の捜査法に照らしての許容性ないし適法・違法を判断する際に、これらの「弊害」を考慮する必要がないということまでを意味するものではない。すなわち、「おとり行為」の比例原則に照らしての許容性ないし適法・違法を判断するに当たっては、これらの「弊害」と「これを正当化する反対利益との比較衡量」が行われなければならず、「基本的には、おとり捜査を用いる必要性が強いこと、他に犯人検挙のための適切な方法がないこと、おとり捜査によりもたらされる弊害が極力少なくなるやり方をとること……等の諸点が考慮されるべき要件になる⁽¹⁷⁾」ものと考えられる。

(9) いずれにしても、このように、「おとり行為」の捜査法に照らしての「違法性の実質」が、それによって作らないし創出される犯罪による（潜在的または顕在的な）法益侵害ないし「捜査の公正さに対する国民の信頼」の侵害に求められ、かつ、そこにおいては、「その直接の対象となった者に、権利・利益の制約（は）認められない⁽¹⁸⁾」とすれば、捜査機関による「おとり行為」が「違法」と評価される場合があるとしても、その内容は、「その捜査によって検挙された犯人」を対象とする刑事手続との関係では直接的な問題を孕むものではないことになろう。

したがって、「おとり捜査」が、右のような意味で必要性または相当性を欠くが故に「違法」と評価される場合の「法的帰結」は、それによって惹き起こされた当該犯罪を「理由」とする刑事司法上の処分との関係では、多かれ少なかれ政策的な性格をもつものとならざるをえず、また、ここでは、おとり捜査の「違法」には、相対的な意義しか認められないことになろう。その意味で、「おとり捜査」の捜査法に照らしての「違法性の実質」を志向す

る見解の多くが、違法なおとり捜査の「法的帰結」に関して、おそらくは、司法の無瑕性論ないし違法捜査抑止論を前提とした違法収集証拠排除説を採用ないし支持していることは、理由のないことではない。⁽¹⁷⁶⁾

もつとも、これらの見解のなかには、少なくとも理論的には、その「違法性の程度が著しく強い場合」には、「免訴あるいは公訴棄却となり得る余地」を認めるものも少なくない。⁽¹⁷⁷⁾ しかしながら、ここにいう「違法性の程度が著しく強い場合」として、具体的にいかなる場合が想定されているのか（いいかえれば、この場合の「違法性の実質」は何処に求められるのか）、あるいは、この場合に、「免訴あるいは公訴棄却」による手続打切りが帰結される実質的な根拠が何処に求められるのかは、かならずしも明らかではない。⁽¹⁷⁸⁾

(10) 一九九〇年代後半に入ると、判例においても、「おとり捜査」の手続的問題を、「捜査法」の枠組みにおいて、すなわち、捜査を規制する諸規範に照らしての許容性ないし適法・違法の問題として扱う傾向がより顕著に見られるようになる。

この点、たとえば、最（三小）決平成八年一〇月一八日に付された大野正男・尾崎行信両裁判官の反対意見は、「人を犯罪に誘い込んだおとり捜査は、正義の実現を指向する司法の廉潔性に反するものとして、特別の必要性がない限り許されないと解すべきである。そして、その必要性については、具体的な事件の捜査のために必要か否かを検討すべきものであって、……ある特定の犯罪類型について一般にその捜査が困難であることを理由としてその必要性を肯定すべきではない。もし、そのような一般の必要性によりおとり捜査の適否を決するとすれば、重大な犯罪に関しては無制限におとり捜査を認めることにもなりかねず、憲法、刑事訴訟法の理念に反することとなる」とする。同意見が、「人を犯罪に誘い込んだおとり捜査」がいかなる意味において「正義の実現を指向する司法の廉潔性に反する」ものとしているのかはかならずしも明らかではないが、⁽¹⁸⁰⁾ 少なくとも、ここで問題とされている

が、「おとり捜査」の捜査法に照らしての許容性ないし適法・違法であることは明らかであるように思われる。すなわち、同意見は、「おとり捜査の適否」を判断するに当たっては、同捜査手法は、「正義の実現を指向する司法の廉潔性に反するもの」であるから、比例原則に照らして、それを正当化するだけの「特別の必要性」が要求されるものとし、さらに、その必要性の判断方法として、「ある特定の犯罪類型について一般にその捜査が困難であることと理由としてその必要性を肯定すべきではな」く、「具体的な事件の捜査のために必要か否かを検討すべき」としたものと理解することができる。⁽¹⁸⁾

他方、同時期の下級審判例においては、おとり捜査の捜査法に照らしての許容性ないし適法・違法を問題としたうえで、その判断にあたり、「主観説プラス客観的判断要素」⁽¹⁹⁾を援用するものが少なくない。このことは、たとえば、「おとり捜査の適否については、おとり捜査によることの必要性とおとり捜査の相当性を総合して判断すべきもの」としたうえで、「麻薬取締官側が行った被告人に対する働き掛けは、すでに犯意を有する被告人に対して実行の機会を与えたにすぎない」⁽²⁰⁾ことを、「おとり捜査の態様」の相当性を肯定する理由として挙げる大阪高判平成一五年七月七日刑集五八巻五号三五二頁⁽²¹⁾に典型的にみられるところであるが、同様の判断枠組・基準は、たとえば、「本件は、覚せい剤所持の犯意のなかった者にその犯意を新たに誘発させるといった類いのものではないのであって、そのことに加えて、……被告人は買受けた覚せい剤を、捜査機関への発覚を恐れて譲渡する直前まで仕入れ先に置いておくなどの工夫をしているように、捜査が困難であるという覚せい剤事犯の特殊性を考え併せれば、仮に……おとり捜査が本件で行われていたとしても、それは違法な捜査方法ではなく、本件各公訴提起手続を無効にするものではないのはもちろん、これによって得られた証拠も違法収集証拠ではないことは明らかである」とする東京地判平成九年一月一六日判タ九五七号二八五頁⁽²²⁾や、「本件おとり捜査によって、被告人のけん銃取引に

ついでに犯意が初めて誘発、惹起されたものではないことは明らかである上、本件における捜査機関の関与の程度は捜査方法として不相当とまではいえないこと、本件のようなけん銃取引事犯は、暴力団等の組織を背景に極秘に行われるのが通例であり、直接の被害者もいないため、通常の方法による捜査では証拠の収集、犯人の検挙が非常に困難であつておとり捜査の必要性が高いことなどに照らせば、本件おとり捜査は捜査として許される限度を超えて違法なものでないことはもち論、著しく不当であるともいえない」とする横浜地判平成一〇年三月一八日判時一六四六号一七一頁等にもみられるところである。⁽¹⁸⁵⁾

(11) このような状況のもと、最高裁判所は、前掲の最決平成一六年七月一二日において、「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である」としたうえで、「少なくとも、①直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、②通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、③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におとり捜査を行うことは、刑法一九七条一項に基づく任意捜査として許容されるものと解すべきである〔①～③は引用者〕と判示した。

このうち、①は、一般に、おとり捜査の「対象犯罪」に関する適法要件を示したものとされ、それが、「直接の被害者がいない薬物犯罪等」とされている論拠については、直接の被害者がいない犯罪は密行的に行われることが多いという意味で、おとり捜査の必要性が高まることに求められることについては争いはないが、さらに、この種の犯罪によって侵害・危殆化される法益が特定の個人のものでないことにも求められるかについては議論がある。⁽¹⁸⁷⁾ また、②は、一般に、おとり捜査の必要性（補充性）に関する適法要件を示すものであり、⁽¹⁸⁸⁾ また、ここにいう「犯罪」とは、「おとり捜査の結果犯人が犯した特定の犯罪」ではなく、「その犯罪につながるような同種の被疑事実」

を意味するものと理解されている。⁽¹⁸⁾

これに対して、③に関しては、同判示が、「一応主観的な流れをくむ基準」、あるいは、「二分説的な考え方に従うもののようにみえる」⁽¹⁹⁾基準を示している点をどう理解するかが問題となる。この点、①～③の事情が、本件「おとり捜査」が「刑法一九七条一項に基づく任意捜査として許容される」理由として挙げられていることからすれば、同決定が問題としているのは、「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」ること——すなわち、「おとり行為」——の許容性であって、「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」ことの許容性でないことは明らかであるように思われ、そうであるとすれば、同決定は、「相手方が〔捜査機関等の働き掛け〕に依って犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙」することの許容性を問題としてきた）二分説本来の問題関心からではなく、むしろ、捜査機関による「おとり行為」の捜査法に照らしての許容性という観点から、「機会提供型」と「犯意誘発型」の区別に新たな位置づけを与えたものと理解するのが妥当であろう。⁽¹⁹⁾

ところで、この問題に関連して、同決定の「少なくとも」の文言は、①の点のみならず、②および③の点にもかかるものと理解し、「本件は、機会提供型の事案であったこともあり、……本決定が〔①～③の〕三要件に該当するものではないおとり捜査について、適法とする余地を全く排除しているとは言えない」とする見解も示されている。⁽²⁰⁾この見解によれば、同決定は、「犯意誘発型」の「おとり捜査」の許容性をかならずしも全面的に否定するものではないということになる。しかし、かりにそうであるとしても、それは、あくまで、捜査を規制する諸規範に照らして、捜査機関がそのような「おとり行為」を行うことが、——たとえば、「おとり捜査の結果犯人が犯した特定の犯罪」ではなく、それと「同種の被疑事実全般」の摘発の手段として——許容される場合があるということ

を意味するにすぎず、⁽¹⁹⁴⁾したがって、同決定のもとでも、「犯意誘発型」の「おとり行為」によって惹き起こされた当該犯罪を「理由」として、その対象者に対して逮捕、訴追、処罰等の刑事司法上の諸処分を行うことが許されるか否かは依然として問題となりうるというべきであろう。⁽¹⁹⁵⁾

そして、この問題に関する判例の立場に関しては、前掲の最高裁昭和二八年決定および同昭和二九年十一月五日判決のもとでも、「機会提供型のおとり捜査の存在は、実体的な犯罪の成否に影響せず、かつ、公訴棄却、免訴という訴訟法の結果を導かない」のに対して、「犯意誘発型のおとり捜査の存在」は、「実体的犯罪の成否に〔は〕影響しない」としても、公訴棄却、免訴という訴訟法の結果を導く余地を示唆する有力な見解があること⁽¹⁹⁶⁾に注意しなければならない。⁽¹⁹⁷⁾

(174) 瀧・前掲註(10)二八頁。この点、尾崎久仁子「最近の判例から」法律のひろば五〇巻七号(一九九七年)七九頁は、「おとり捜査の必要性については、犯罪の重大性、及び犯罪の秘密性・隠密性・組織性からくる捜査上の困難等を勘案して具体的事案に即して判断することが必要」であると、具体的には、「犯罪の構造としては関与者のすべてが犯行の秘匿性を保とうとする種類の犯罪であるとともに、おとり捜査により国が新たな被害を作り出すものでない、いわゆる被疑者なき犯罪を対象とし、犯罪者についても同種の犯罪を犯す傾向を有するもので国の関与によって何ら犯罪性向のない者に犯罪を犯させたという要素を伴わない者を相手とし、またおとり捜査を用いなければ検挙の効果を挙げられないほど社会的に問題となっている犯罪であること等の諸要件が考慮されるべき」であると。また、三井・前掲書註(113)九〇頁は、「(過去の)犯罪嫌疑の存在」に加え、「手段の必要性と補充性」、「捜査の困難性」、「被害法益の重大性」、「悪用の危険の乏しさ」を要件として挙げる。

(175) 佐藤・前掲註(4)四四頁。この点、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刊行会編『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会』下巻(判例タイムズ社、二〇〇六年)三二六頁も、「おとり捜査については、それを制約する実質的根拠として、対象者の個人的利益には還元できない捜査の公正さの保

持が考慮されている」とする。

(176) 大泉・前掲註(62)二四頁、會田・前掲註(113)二四四頁、池田・前掲註(145)四四頁、尾崎・前掲註(174)七八頁、三好・前掲註(28)八八頁、佐藤・前掲註(7)二七頁、山上・前掲註(150)一五頁、和田・前掲註(123)一八二頁、河合・前掲註(150)一九〇頁、多和田・前掲註(1)二二三頁以下等。なお、この点に関しては、「最高裁判例……が、任意捜査の限界を超えた違法があると認定した事例について、いずれも排除していないことを考えると、任意捜査として許容されない違法なおとり捜査について証拠排除されるといえるのか、疑問がある」との指摘もあるが(安富・前掲註(150)六五頁)、これに対しては、「おとり捜査は、任意捜査に属し令状主義が前提となるものではないこと、国家が犯罪をじゃつ起させる点に違法の本質があり、既存の犯罪についての証拠収集場面での違法とは質が異なることからすると、違法収集証拠排除の法則が直ちに妥当するか検討を要するところであるが、その法理の根底にあるもの、すなわち、違法な捜査活動に事後的に司法が手を貸さない(司法の廉潔性)という思想は、おとり捜査にも妥当するのではないかと思われる」との意見もある(多和田・前掲註(1)二二三頁以下)。

(177) 池田・前掲註(145)四四頁。そのほか、佐藤・前掲註(7)二七頁、山上・前掲註(150)一五頁、多和田・前掲註(1)二二三頁以下等。

(178) この点、佐藤・前掲註(7)二七頁は、「例えば、犯罪の嫌疑が認められないのに、おとりが執拗に働きかけを継続して対象者を犯行へと導く場合などには、必要のない犯罪を惹き起こす点において、その違法は特に重大であるうえ、公訴の提起と違法な捜査との間に極めて強い因果性が認められるため、司法の無瑕性の保持および違法捜査の抑止の見地からは、証拠の排除にとどまらず、形式裁判によって手続きを打ち切ることも許されないように思われる」とする。また、多和田・前掲註(1)二二三頁も、「犯意誘発型で違法性が極度に高い場合(働き掛けも強度で、国家が犯罪を行ったに等しいような場合)には、公訴棄却、免訴といったドラスティックな処理もあり得る」とする。

(179) 尾崎・前掲註(174)七一頁、多和田・前掲註(1)二二三頁以下。

(180) この点について、酒巻・前掲註(6)一〇六頁は、「その実質的意味を考えると、国家が偽岡・詐術を用いて対象者を罠にかけてだますという……側面に加えて、犯罪を処罰すべき国家みずからが犯罪を創り出そうとしている側面犯罪に加担しているという背反的状况が問題の核心であるように思われる」とし、そうであるとすれば、「そのような

捜査機関の活動は原則として手続法上も違法と言うべきである」とする。これに対して、尾崎・前掲註(174)七九頁は、おとり捜査を、「その具体的必要性や態様等に関わらず人を犯罪に誘い込むものであり特別の必要性がない限り原則として司法の廉潔性に反すると断定することには疑問が残る」とする。この点に関しては、長沼上富・前掲註(7)八五頁以下も参照。

(181) 最高裁判平成八年決定に関する評釈として、指宿信「もぎたて判例紹介」法学セミナー五〇九号（一九九七年）八二頁、尾崎・前掲註(174)七八頁を参照。

(182) 内藤・前掲註(114)三〇九頁。

(183) 前掲の最高裁判平成一六年決定の控訴審判決である。なお、同事件に関する第一審判決（大阪地判平成一三年九月一日刑集五八卷五号三四〇頁）は、「おとり捜査の適法性の判断については、まず、犯意誘発型か機会提供型かを検討し、次に機会提供型であっても捜査機関側の働きかけが相当性を逸脱しているかどうかを検討し、機会提供型で働きかけが相当である場合におとり捜査の適法性が認められる」としていた。

(184) もっとも、同判決は、「本件所持分のうち、約三〇グラムについては……、警察協力者の申し込みに応じて仕入れていたものであって、被告人からさらに社会に拡散される危険性はそもそも少なかったこと」を、刑の量定にあたって「被告人に有利に斟酌できる事情」の一つに挙げている。

(185) 同判決に関する評釈として、佐藤隆文「実務刑事判例評釈60」警察公論五三卷九号（一九九八年）一〇五頁以下を参照。

(186) 同時期の下級審判例のなかには、東京高判平成一一年一〇月二日高刑速平一〇五頁（同判例に関する評釈として、清野憲一「実務刑事判例評釈64」警察公論五六卷七号（二〇〇一年）五四頁以下参照）等、おとり捜査の捜査上の許容性ないし適法性を肯定するにあたり、当該おとり行為が「機会提供型」であったとの事情のみに言及するものもある。

(187) 大澤裕「おとり捜査の許容性」『平成一六年度重要判例解説』（有斐閣、二〇〇五年）一九二頁、長沼上富・前掲註(7)八七頁。もっとも、このことは、「必ずしも、直接の被害者のいる犯罪、すなわち個人的法益を保護法益とする罪が対象犯罪から排除されるということまで意味するものではない」との指摘もある（多和田・前掲註(1)二二六頁）。

(188) 大澤・前掲註(187)一九二頁は、②の事情は、「補充性ともいふべき特別の必要性」を要求するもので、平成八年決定の大野・尾崎両裁判官の反対意見と同様に、「具体的事情をも要求する趣旨と見ることができるとする。この点に關しては、多和田・前掲註(1)二二七頁も参照。

(189) 多和田・前掲註(1)二二七頁(本件についていえば、捜査協力者の情報から疑われた薬物の不法所持、密売等の疑いがこれに当たるといえよう」とする)、長沼上富・前掲註(7)八九頁。もつとも、大澤・前掲註(187)一九二頁は、③の要件に關してではあるが、「本決定の一般論は、おとり捜査が許容される対象者について、『機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者』というのみで、現に犯罪を行つてゐる嫌疑までは要求していない」、また、『犯罪を行う意思があると疑われる』のは、既に行われた同種犯罪の嫌疑が存在することを理由とする場合が多いであろうが、常にそうでなければならぬわけではない(本決定は、本件おとり捜査の対象となるべき、被告人に対する過去の具体的犯罪の嫌疑には触れていない)」とする。

(190) 内藤・前掲註(14)三〇九頁。

(191) 大澤・前掲註(187)一九二頁。

(192) この点につき、多和田・前掲註(1)二〇八頁は、「犯意誘発型は、法益侵害に対する因果性の強さという点で、国家が犯罪を創出したという面が強く、違法の度合いが大きいのに對し、機会提供型は、おとり捜査が行なわれなくても別の機会に同種犯罪が行われたがい然性がある場合であるから、創出と言う面が薄く、違法性は小さいといえる」として、「おとり捜査の違法性の実質」を「国家による犯罪の創出等」に求める立場からも、「二分説に理論的基盤がないとはいえない」と指摘している。また、大澤・前掲註(187)一九二頁は、おとり捜査が「機会提供型」であるとの事情は、「法益の侵害・危殆化がいずれは発生するはずのものである」という意味において、あるいは対象者の意思決定への干渉の度合いが小さいという意味において、制約される権利・利益の限定性をも基礎づける」とする。もつとも、これに對しては、本決定は、「全体としては、主観説を維持しつつ客観的判斷要素を部分的に採り入れた判斷基準を示した」とする見解(内藤・前掲註(14)三〇九頁)や、本決定は、「二分説的構成……の枠組みに立脚している」としてよく、そうであるとすれば、「おとり捜査の違法の根柢を人格的自律權の侵害に求める見解に近しいもの」とする見解(川崎・前掲註(90)一〇二頁)もある。

(193) 最高裁判平成一六年決定に関する石神千織「最新判例解説」捜査研究六三九号（二〇〇四年）六頁（なお、同「最近の判例から」法律のひろば五八巻一号（二〇〇五年）五五頁、同・前掲註(150)一五八頁以下も参照）。これに対して、土本武司「おとり捜査の許容条件」捜査研究六三九号（二〇〇四年）一五頁は、同決定は、「おとり捜査の対象となるものを『機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者』に限定して、機会提供型のおとり捜査のみが適法で、犯意誘発型のそれは違法であることを明確にした」ものとする。なお、多和田・前掲註(1)二一七頁は、③は、「機会提供型のおとり捜査を念頭に置いた説示になっているが、ここにも、『少なくとも』という文言が掛っている」としたうえで、「いわゆる犯意を有しないものに対しおとりが働き掛けた場合に、その強弱を問わず、およそ違法となるかどうかは、本決定の判示するところではない」とする。

(194) この点に関しては、東京高判昭和七一年一〇月一五日前掲が、「覚せい剤の弊害が大きく、その密売ルートの検索の必要性が高いのに、検挙は通常『物』が存在しないと困難である実情にも鑑みると、……捜査員が取調べ中のAの自発的申し出に基き、Aの供述の裏づけをとる一方で、Aとつながる密売ルートの相手方の検挙の端緒を得ようとしたことは当該状況下においては捜査上必要な措置であったと認められる」ことを理由として、おとり捜査の「捜査方法」としての違法性ないし不当性を否定し、また、東京高判平成九年四月三日東高時報四八巻三三頁（本判例の評釈として、室井和弘「判例紹介」研修六一〇号（一九九九年）一〇三頁参照）が、「被告人の場合、……おとり捜査の対象とされた密売目的の覚せい剤に関して刑責を問擬されているのではなく、その検挙の場に居合わせたことがきっかけとなって発覚した、右とは別の覚せい剤の所持及び覚せい剤の使用の刑責が問われているのであって、おとり捜査との関わりは間接的である」ことを理由として、「本件おとり捜査の違法を前提とする所論は容れることができない」としているのが参考になろう。

(195) 最高裁判平成一六年決定に関する紹介・評釈として、以上に掲げたもののほか、岡田悦典「最新判例演習室」法学セミナー六〇二号（二〇〇五年）一二四頁、松本裕「新判例解説」研修六八三三号（二〇〇五年）一九頁以下、甲斐行夫「おとり捜査」井上正仁編「刑事訴訟法判例百選」（有斐閣、第八版、二〇〇五年）二六頁、金子章「判批」甲南法学四七巻四号（二〇〇七年）一二一頁以下等がある。

(196) 三好・前掲註(28)八七頁。多和田・前掲註(1)一九九頁も参照。もともと、最高裁判昭和二九年判決に関する竜岡資

久「判解」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和二九年度』（法曹会、一九五五年）三三二頁は、同判決が、昭和二八年決定に則っていることは、「改めて説明することもない」とする。

(197) なお、最高裁判成一六年決定後の下級審判例として、東京高判平成一九年六月一日公刊物未搭載および同裁判例に関する宮木康博「刑事裁判例批評(73)」刑事法ジャーナル一〇号（二〇〇八年）一三二頁以下を参照。

五 「おとり捜査」の手続的問題性

(1) 「おとり捜査」も、捜査活動の一環として行なわれるものである以上、最近の有力説が指摘するとおり、その手続上の問題を考察するにあたっては、「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」る行為、いいかえれば、「おとり行為」の、捜査を規制する諸規範に照らしての許容性ないし適法性の要件を検討する必要がある、また、その結果、かりに同行為が捜査法に照らして「違法」と判断される場合があるとすれば、その「法的帰結」を考察するためにも、それが、具体的にいかなる規範に対するいかなる意味での違反なのかという問題、いいかえれば、その「違法性の実質」を説明する必要があることは、否定できない。

しかしながら、同見解が「おとり捜査」の「違法性の実質」となりうるものとして指摘する「おとりの働きか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」や「捜査の公正さに対する国民の信頼を動揺させる」といった「弊害」は、——「個人の内心に一般的・探索的に干渉し、順法精神の強さを試すもの」、あるいは、「警察力による過度の国民行動に対する監視」となるおそれがあるがゆえに、「捜査の公正さに対する国民の信頼を動揺させる」点を除けば——前節においてみたように、「将来犯罪の捜査」ないし「身分秘匿捜査」の問題に還元され

るのであって、「おとり捜査」に固有の手続的問題性であるということではできないように思われる。

(2) ところが、最近の有力説は、「おとり捜査」の手続的問題性は、このような「おとり行為」の捜査を規制する諸規範に照らしての許容性ないし適法・違法に尽きると考えているようにも思われる。このような理解は、とりわけ、「犯罪結果発生の危険創出の側面とこれを正当化するに足りる反対利益との比較考量」に「おとり捜査」の「問題の核心」を見出し、「この点を中核に据えて、理論的枠組みを構成する」ことを説く見解に典型的にみられるほか、「対象者の『犯意』の有無にかかわらず、おとり捜査が常に犯罪の創出を伴うとすれば、二分説には、違法性の実質と、適法・違法の判断基準との間に齟齬があるといわざるを得ない」との「二分説」批判にもうかがうことができる。なぜなら、ここでは、本来、「おとり捜査」によって惹き起こされた犯罪を理由とする訴追ないし処罰の許容性を問題としてきたはずの「二分説」までもが、「本来犯罪を抑制すべき捜査機関が新たに犯罪を惹き起こしている点に、「おとり捜査」が違法とされる根拠を求めるもの」として、すなわち、「おとり行為」の捜査法に照らしての許容性を問題とする見解として扱われているからである。

しかし、そうであるとすれば、逆に、最近の有力説については、同見解が、「おとり捜査の核心」を、「将来の犯罪への対応を見込む部分、すなわち新たに犯罪の実行に着手させてこれを検挙し、そこで収集した証拠を主として新たに行なわれる犯罪を立証するのに用いることを見込んでいる点」⁽²⁰⁾、あるいは、「将来の犯罪の解明・訴追」に求めていることとの理論的整合性が問われなければならないように思われる。なぜなら、同見解が「おとり捜査」の「違法性の実質」の中核におく「おとりの働きか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」は、当該「おとり捜査」が、将来の犯罪の解明・訴追に向けられたものであるか、過去の犯罪の解明・訴追に向けられたものであるかを問わず問題となる「弊害」であるというべきだからである。その意味で、おとり捜査の「違法性

の「実質」論には、——おとり捜査の「違法性の実質」と「適法・違法の判断基準」との間には齟齬はないとしても、その前提としての——おとり捜査の「核心」とその「違法性の実質」の理解との間に齟齬があるといわなければならぬ。

おとり捜査の「違法性の実質」論は、「おとり捜査が、何らの法益侵害も伴わないならば、これを法的に規制する理由・必要を欠くこととなる」との認識を前提に、「その過程で制約される法益を特定する必要」⁽²⁸⁾を指摘する。しかしながら、「おとり捜査」の問題性は、「おとり行為」それ自体によって惹き起こされた——いいかえれば、国家によって作出ないし創出された——犯罪を「理由」として、逮捕、訴追、処罰等の刑事司法上の諸処分が行われることによって、その対象者の権利・利益が不当に制約・侵害されるおそれがあるところに求められるべきではないか。そうであるとすれば、従来の「二分説」が指摘していたように、「おとり捜査」に固有の手続的問題は、「おとり行為」それ自体の許容性ないし適法・違法というよりも、むしろ、それによって引き起こされた犯罪を「理由」として行われるこれらの刑事司法上の諸処分の許容性にあるというべきではないか。

(3) かくして、「おとり捜査」の手続的問題性を検討するにあたっては、①「おとり行為」の捜査を規制する諸規範に照らしての許容性だけでなく、②「おとり行為」によって創出ないし作出された犯罪を「理由」として行なわれる——逮捕をはじめとする捜査上の諸処分のほか、公訴権の行使、または処罰権の行使等——刑事司法上の諸処分の許容性ないし適法・違法の問題を論ずる必要があり、また、これこそが、「おとり捜査」に固有の手続的問題性であるというべきであるように思われる。

もちろん、そうであるとしても、②の問題について、いかなる場合に、国家自身が創出ないし作出した具体的「犯罪」に、その対象者を逮捕、訴追、処罰する「理由」としての適格性を認めることができるかを判断する基準

については、従来、「二分説」により提示されてきた「機会提供型」と「犯意誘発型」の区別の合理性も含めて、改めて検討しなおす必要がある。もっとも、「おとり捜査」の手続的問題に関する基本的な検討枠組を考察の対象とする本稿においては、この問題それ自体の検討に立ち入ることは控え、以下では、①の問題と②の問題のあいだの関係を検討するにとどめることにしたい。

(4) この点、第一に、②「おとり行為」によって創出ないし作出された犯罪を「理由」として行なわれる刑事司法上の諸処分の許容性は、①の観点からの「おとり行為」それ自体の許容性ないし適法・違法とはいちおう無関係に——いいかえれば、「おとり行為」が、それを規制する諸規範に照らして許容されると否とにかかわらず——問題とされうるものと考えられる。なぜなら、これは、逮捕（その他の捜査機関による諸処分）、訴追、処罰といった諸処分の、各処分を規制する諸規範に照らしての許容性の問題であって、これらの処分を規制する諸規範は、「おとり行為」を規制する諸規範とは異なるからである。このうち、処罰の許容性については、学説上、すでに議論の対象とされているところであり、⁽²⁴⁾また、実体法の領域にも属する問題であるので、以下では、とくに、逮捕と訴追の許容性ないし適法・違法の問題を採り上げておくことにする。

まず、「おとり行為」によって惹起された犯罪を「理由」として行なわれる逮捕の許容性ないし適法・違法の問題については、逮捕を規制する諸規範に照らして判断しなければならぬ。そして、逮捕を規制する諸規範のうちその「理由」に関するものとしては、令状主義が挙げられなければならないように思われる。なぜなら、憲法三三條が定める令状主義の趣旨が、「相当な」理由のない逮捕⁽²⁵⁾の禁止に求められるとすれば、そのような「理由」それ自体が捜査機関自身によって（まさしく、その対象者を逮捕することそれ自体を目的として）不当に創出ないし作出された場合には、なおさら、逮捕は許されないものと考えられるからである。⁽²⁶⁾

つぎに、「おとり行為」によって創出ないし作出された犯罪を「理由」とする訴追の許容性についてはどうか。この問題に関しては、「おとり捜査」の「違法性の実質」を志向する最近の学説においてはいうまでもなく、いわゆる「二分説」においても、おとり捜査が「違法」とされる場合があることを前提として、公訴棄却または免訴による手続打切りをその「違法」な捜査の「法的効果」として論ずる傾向がみられた。いいかえれば、わが国の学説においては、「おとり行為」によって創出ないし作出された犯罪を「理由」とする訴追の許容性の問題は、「違法捜査に基づく起訴」の問題の一環として論じられるのが一般的であったのである。

しかしながら、ここで問題とされているのが、国家によって創出ないし作出された犯罪の公訴権行使の「理由」としての適格性であるとすれば、それは、「訴追」それ自体の許容性を直接的に問題とするものであり、その問題は、「違法捜査に基づく起訴」というよりも、むしろ、「嫌疑なき起訴」のそれに類するものであるというべきであるように思われる。なぜなら、いわゆる「嫌疑なき起訴」の問題の核心は、「理由」のない公訴権の行使によって、その対象者に訴追に伴う負担を不当に負わせる点に求められるように思われるが、²⁰⁷ かりに、このように「理由」のない起訴が許されないとすれば、国家が（まさしく、その対象者を訴追することを目的として）不当に作出ないし創出した犯罪を「理由」とする公訴の提起ないし維持は、なおさら許されないとすべきであるように思われるからである。

いずれにしても、このように、①と②の問題が、それぞれ異なる法的関心のもとに論じられるべきものであるとすれば、捜査機関等が「おとり行為」を行うことそれ自体は、捜査を規制する諸規範に違反しないとしても、それによって創出ないし作出された当該犯罪を「理由」として、その相手方を逮捕その他の捜査機関による処分の対象とし、訴追し、処罰することは許されない、もしくは違法であると評価される場合や、あるいは、その逆の場合も

ありうることになる。具体的には、たとえば、①の観点からは、「犯意誘発型」の「おとり行為」であっても、これを既に行なわれた犯罪についての犯人発見の手段ないし証拠収集の手段として用いることが、比例原則に照らして許される場合がありうるとしても、このことと、この場合に、②の観点から、それによって創出ないし作出された当該犯罪を「理由」として、その対象者を逮捕し、訴追し、あるいは、処罰することが許されるか否かは別問題である——「二分説」によれば、許されないことになる——というべきである。⁽²⁰⁾ 反対に、「二分説」によれば、「機会提供型」の「おとり捜査」であるがゆえに、②の観点からは、それによって惹起された当該犯罪を「理由」としてこれらの刑事司法上の諸処分を行うことが許されないとはいえない場合であつても、①の観点からは、当該「おとり行為」を行なうことが、具体的な捜査目的との関係で必要性ないし相当性を欠くがゆえに「違法」とされる場合もまたありうるものと考えられる。⁽²⁰⁾

(5) 第二に、①の問題を扱う際の「おとり捜査」と、②の問題を扱う際の「おとり捜査」では、その意味内容が異なるといわなければならない。⁽²¹⁾

そもそも、「おとり捜査」という概念については、これを直接規定する実定法の明文規定があるわけではなく、これをどのように定義するかは、その法的問題関心の内容により左右されることになるものと思われる。この点、①の観点からは、捜査機関の「おとり行為」の捜査を規制する法規範に照らしての許容性ないし適法・違法が問題とされるのであるから、「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」る行為として定義されるのが相当であろう。これに対して、②の問題関心からは、「おとり捜査」の核心問題は、国家が逮捕、訴追、処罰等の刑事司法上の諸処分を行う「理由」となる犯罪を自ら作出ないし創出するところに求められるのであるから、その概念には、「おとり行為」のみならず、

「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」ところまでが含まなければならぬことになる。

したがって、たとえば、「既に行なわれた犯罪について犯人発見の手段ないし証拠収集の手段としておとりを利用する捜査方法」は、①の意味での「おとり捜査」概念には含まれるとしても、②の問題関心からは、「誘発の要素に欠けるものとしておとり捜査の概念から排除しておくのが妥当」であるということになるものと考えられる。⁽²¹²⁾

(198) 酒巻・前掲註(6)一〇六頁。

(199) 佐藤・前掲註(4)四二頁、酒巻・前掲註(6)一〇七頁。

(200) 酒巻・前掲註(6)一〇四頁。

(201) 佐藤・前掲註(4)四一頁。

(202) 山上・前掲註(15)九頁も、「おとり捜査は、おとりにかけようとする者に犯罪を實行させてこれを検挙することに主眼があ〔る〕とする。

(203) 佐藤・前掲註(4)四二頁。

(204) この問題に関しては、前掲註(107)(108)(111)掲記の諸文献を参照。

(205) 令状主義の意義に関しては、堀江慎司「令状主義」法学教室二六八号(二〇〇三年)一四頁以下、井上正仁「強制捜査と任意捜査」(有斐閣、二〇〇六年)二三頁以下等を参照。

(206) この問題に関しては、前掲註(113)も参照。

(207) 「嫌疑なき起訴」をめぐる議論については、寺崎・前掲書註109九九頁以下、鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造上巻』(成文堂、一九九六年)一九四頁以下、三井誠『刑事手続法Ⅱ』(有斐閣、二〇〇三年)八三頁以下等を参照。

(208) この点については、従来、①と②の問題性を区別することなく、将来の犯罪に対する「捜査」が観念できるか否かという観点からの「おとり捜査」の許容性の問題として論じられてきたために(三井・前掲書註(113)八九頁、池田・前掲註(145)四〇頁、佐藤・前掲註(4)四〇頁等)、議論に若干の混乱がみられるように思われる。

(19) もちろん、前述のように、「おとり行為」の捜査法に照らしての違法の「法的帰結」として、たとえば、将来の違法捜査抑止ないし司法の無瑕性担保の観点からの「違法捜査に基づく起訴」に対する手続打ち切り、あるいは、違法収集証拠排除が導かれるか否かは別問題である。

(20) 池田・前掲註(14)四四頁は、おとり捜査が違法とされた場合の法的効果に関する「見解の相違・対立は、それぞれの論者がおとり捜査としてどのような態様のものを想定しているかということにもかかっているように思われる」と指摘する。

(21) 酒巻・前掲註(6)一〇三頁。この問題に関連して、長沼Ⅱ上富・前掲註(7)八一頁は、前掲の最高裁判平成一六年決定が、おとり捜査の「一種の定義づけのようなものを示した」のは、当該「事案を解決するために、必要な要素を過不足なく摘示して問題領域を設定したもの」、あるいは、「本件を解決するためには、こういう定義をすれば必要にして十分だということ、これから適法性を判断するための土俵を設定した」ものとして理解されるとする。

(22) 川崎・前掲註(90)七〇頁（論者によれば、「かかる捜査方法〔は〕おとり捜査とは別個に、身分秘匿というトリックを用いる捜査方法の問題としてその適否を独自に吟味すべきものである」）。

六 おわりに

(1) 「おとり捜査」に関する法的問題は多岐にわたる。その手続的問題に限ってみても、わが国の判例・学説においては、捜査機関による「おとり行為」の捜査法に照らしての許容性の問題にくわえて、訴追、処罰といった刑事司法上の諸処分を行う「理由」となる犯罪が、国家によって不当に作出ないし創出されたということができるのはいかなる場合かという問題も提示されてきた。とりわけ、後者の問題は、捜査機関による「おとり行為」それ自体の許容性ではなく、むしろ、それによって作出ないし創出された犯罪を「理由」とする逮捕、訴追、処罰等の刑事司法上の諸処分の許容性を問題とするものであるから、これらの各処分に妥当する法規範に照らして個別的に判

断する必要があり、その意味で、この問題は、「捜査法」の領域にとどまるものではない。それは、「捜査法」のみならず、「公訴法」、「公判法」のすべての領域に及ぶ問題なのである。

(2) ところが、「違法性の実質」論をはじめとするわが国の最近の有力説は、「おとり捜査」の手続的問題をもっぱら「捜査法」の枠組内において扱う傾向にある。その前提には、「おとり捜査」も、「捜査」と位置づけられる以上、「捜査の適法性の判断枠組みを意識して、おとり捜査によって侵害される法益を明確にする」必要があるという問題関心⁽²³⁾があるように思われる。しかし、「わな」は、その対象者に対して捜査機関が「おとり行為」を行っただけでは成立せず、国家が、それによって惹き起こされた犯罪を「理由」としてその対象者を逮捕、訴追、処罰することによってはじめて完結するというべきであり、その意味で、「おとり捜査」においては、その対象者の権利・利益侵害はこれらの刑事司法上の諸処分によって——あるいは、それを利用して——なされるというべきではないか。最近の有力説は、おとり「捜査」という呼称の「わな」に陥っており、そのために、このような「おとり捜査」の「核心」の正当な理解から遠ざかっているようにも思われる。

(3) いずれにせよ、この「おとり捜査」の「核心」は、厳密には、それによって惹き起こされた犯罪を「理由」として行われる逮捕、訴追、処罰といった各処分ごとに、それを規制する法規範に照らして説明する必要があるが、一般的には、少なくとも、捜査機関により「強制・脅迫等の手段」が用いられ、あるいは、「誘惑が強く意思に反して犯行に及んだ」ことよって、その対象者の「犯罪を実行するか否か」についての「意思（決定）の自由」が制約・侵害されたような場合には、当該犯罪を「理由」とする刑事司法上の諸処分の許容性が否定されるべきことについては、おそらく争いはないものと思われる。

しかし、そうでない場合であっても、たとえば、従来、「二分説」が説いてきたように、「犯意誘発型」の「おと

り行為」によって作出された犯罪に、これらの刑事司法上の諸処分を行う「理由」としての適格が認められるか否かについては議論がありうるところであり、この問題に関しては、今後、比較法的知見も参考にしながら、⁽²¹⁴⁾ 慎重に検討を加えていく必要があるように思われる。

(213) 佐藤・前掲註(4)四三頁。また、大澤・前掲註(187)一九二頁も、「おとり捜査も任意捜査であるとすれば、その適法性の判断枠組みは、他の任意捜査と共通であることが合理的といえる」とする。

(214) なお、一九九〇年代後半以降の文献で、「おとり捜査」の法的问题に関する諸外国の議論状況を紹介・検討するものとして、池田秀彦「ドイツにおけるおとり捜査に関する一考察」創価法学二六卷一号(一九九六年)五一頁、柳川・前掲註(172)三九頁、池田秀彦「ドイツにおけるおとり捜査と欧州人権条約——連邦通常裁判所第一刑事部一九九九年一月一八日判決——」創価法学三二号一・二合併号(二〇〇一年)三六七頁、指宿信「おとり捜査と手続打切り——カナダ最高裁判例を参考にして——」光藤景皎先生古稀記念祝賀論文集編集委員会編『光藤景皎先生古稀記念祝賀論文集上巻』(成文堂、二〇〇一年)九一頁、同「イギリスにおけるおとり捜査と手続打切り」寺崎嘉博・白取祐司編『激動期の刑事法学——能勢弘之先生追悼論集——』(信山社、二〇〇三年)四五頁、堀田周吾「おとり捜査における違法性判断の基本構造——アメリカ合衆国の規制アプローチを題材として——」法学会雑誌四六卷二号(二〇〇六年)三二七頁、宮木康博「ドイツにおけるおとり捜査の許容性と適法性の判断基準」同志社法学五七卷五号(二〇〇六年)四九頁、同「ドイツにおけるおとり捜査の法的帰結」同志社法学五七卷六号(二〇〇六年)四八九頁、内藤大海「おとり捜査の研究(一)(二)(三)(四)——ドイツ法理論の発展を手掛かりにして——」北大法学論集五八卷二号(二〇〇七年)四一頁、同五八卷四号(二〇〇七年)一〇五頁、同五八卷五号(二〇〇八年)六五頁、同五九卷二号(二〇〇八年)二九三頁、宮木康博「イギリスにおけるおとり捜査の判断基準と法的效果(一)(二・完)」東洋法学五一卷一号(二〇〇七年)二五頁、同五一卷二号(二〇〇八年)一頁、同「罌の抗弁——マーカス教授へのインタビュー」東洋法学五二卷一号(二〇〇八年)一七五頁等がある。

* 本稿は、科学研究費補助金・基盤研究(C)「司法取引に関する日欧間の比較研究」(平成一九年～二二年)の研究成果の

一部である。