The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	「おとり捜査」について（二）
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2008, 58(1), p. 35-57
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54925
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

「おとり捜査」について（二）

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、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
五　「おとり捜査」の手続的問題性
六　おわりに

三　従来の議論状況（その二）――「二分説」に対する批判と修正

(1)　学説において「二分説」的な発想が定着をみていくなか、当初は、一般に、「おとり捜査を全面的に合法とした趣旨」に理解されていた最高裁昭和二八年決定の判例としての射程範囲についても、これを「機会提供型」のおとり捜査に限定して理解すべきだとする見解が示されるようになる。

すなわち、最高裁昭和二八年決定は、「犯人の訴追に影響がないといっただけで、捜査方法として合法か違法かは、論断しなかった。いな、『誘惑者が場合によっては……教唆犯又は従犯としての責を負う』というのであるか

ら、一定の場合に違法（可罰的な違法）なことは当然で、ただ、どういう場合に違法で、どういう場合に合法かを明言しなかった、といった方がよいかもしれない」[58]、あるいは、「最高裁のリーディングケースは、文言上は犯意誘発型についても断を下したかの如くでありながら、実はすべて機会提供型の事案に対するものであるので、〔犯意誘発型のおとり捜査について述べている部分〕は傍論と見る……余地もあ」り、したがって、「下級審としては、右判例が出された当時との事情の変更を理由に、おとり捜査について最高裁に再考を促すことができるのはもちろん、犯意誘発型のものについては、右判例と抵触せずに、無罪、免訴ないし公訴棄却といった結論を出すことも可能」[59]であるだけでなく、「少なくともおとり捜査によって得た証拠に関して、違法収集証拠の排除という観点からの検討はなされていないので、この点についてはいまだブランクの状態である」[60]との指摘がなされるようになったのである[61]。

(2)　他方、その後の下級審判例にも、――とりわけ一九七〇年代後半以降は、覚せい剤取締法違反事件を中心として――具体的事案において「おとり捜査」が行なわれたことを認定または仮定したうえで、その具体的状況を検討し、被告人側からの「犯意誘発型」のおとり捜査がなされた旨の主張を退ける判断を示すものが少なくなく、この点をとらえて、学説上、当時の下級審判例が、最高裁昭和二八年決定以降も、「二分説」的な発想にたって、「犯意誘発型」のおとり捜査は違法、「機会提供型」のそれは適法との基準で問題を処理してきた旨の指摘がなされることが多い[62]。この点、たしかに、当時の下級審判例のなかには、「公の捜査機関が、訴追の目的のもとに、詐術によって元来犯意を有しなかったものに犯意を誘発させ、その結果犯罪を実行するにいたった場合には、その起訴が憲法三一条に違反する違法な捜査に基づくものであるから刑事訴訟法三三七条を類推して被告人を免訴すべきであると解するのが相当である（横浜地横須賀支判昭和五〇年一一月二一日刑裁資料一二二号二五三頁）」との一般論[63]

を示すものもなかったわけではない。しかしながら、このように、明確に「二元説」的な発想に依拠したと思われる判示を行なう判例は、むしろ、例外的であったことには注意が必要であろう。

たとえば、当時の判例のなかには、当該具体的事案においては、「捜査機関そのものが被告人の犯意を誘発したとする根拠は全く存しない」としたうえで、「仮りに、本件が『おとり』捜査であったとしても、『おとり』は覚せい剤の入手方を求めたに止まり、その入手先を指示したものでもなく、被告人が正常な自己の自由意思により、本件犯行を決意したものであることは、十分にこれを認められるところであるから、被告人の本件犯行の構成要件該当性、違法性及び有責性に何ら消長を及ぼすものではない（東京高判昭和五四年八月七日東高時報三〇巻八号一〇九頁）」とするものあるが、これは、「おとり捜査」によって惹き起こされた「犯罪」の実体法上の「構成要件該当性、違法性及び有責性」に影響を与えうる事情がありうるとすれば、それは、被告人が「正常な自己の自由意思により、……犯行を決意した」か否かなのであって、[64]「捜査機関そのものが被告人の犯意を誘発した」か否かではないとの判断を示すものである。[65]

他方、当時の判例のなかには、被告人側の「〔犯意誘発型の〕『おとり捜査』は捜査機関が詐術を用いて人をわなにかけるものであって、その者の人格を無視し、個人の尊厳を著しく毀損する点において憲法一三条に、また適正手続条項にもとる点において同法三一条にそれぞれ違反する違法違憲な捜査方法というべく、かかる違法違憲な捜査に基づいてなされた本件の覚せい剤不法所持にかかる公訴の提起に対しては、刑訴法三三八条四号を準用して公訴棄却の判決をすべきであつた」旨の主張に対して、当該事案においては、「被告人の新たな犯行が誘発されたものではない」ことを理由に挙げて（東京高判昭和五四年一一月八日東高時報三〇巻一一号一六一頁）、あるいは、「あえて被告人にその犯意を惹起させていながら、被告人のみに刑事責任を負わせることは、憲法三一条、一四条

に違反する不公正な手続であるから、……刑訴法三三八条四号により公訴棄却すべきであった」旨の被告人側の主張に対して、当該事案においては、「被告人の新たな犯行が誘発されたものではない」こと、あるいは、「犯意のなかった者にその犯意を誘発させたというのではなく、かねてから……犯意を有していた者に、その現実化及び対外的行動化の機会を与えたに過ぎない」ことを理由として（東京高判昭和五七年一〇月一五日判時一〇九五号一五五頁）、これを退けるものもあるが、これらの判例においては、「機会提供型」と「犯意誘発型」の区別にいかなる法的意義が認められるかについての判断は積極的には示されていないというべきであるように思われる。

ところで、これらの東京高裁の二判決は、右に引用した判示部分に引き続いて、それぞれ、「本件覚せい剤事犯のような犯罪の捜査にあたつては、その犯罪の特殊性に鑑みて捜査官の身分秘匿による捜査活動もある限度においては認めざるをえないものと考えられ、……なんら犯人その他の者の人権を侵害する危険も存在しない」との事情を、当該事案への違法収集証拠排除法則の適用を否定する理由として挙げ（東京高判昭和五四年一一月八日前掲）、また、「覚せい剤の弊害が大きく、その密売ルートの検挙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」との事情を、当該捜査が、「公訴提起手続を無効にするほど、適正手続等の条項に違反した、違法ないしは著しく不当な捜査方法であったとは認められない」とする理由として挙げている（東京高判昭和五七年一〇月一五日前掲）。これらの判示は、いずれも、当該事案における「おとり捜査」が機会提供型であったとの認定を前提としてなされたものであり、また、それぞれ、「おとり捜査」ではなく、「捜査官の身分秘匿による捜査活動」および「検挙の端緒を得ようとしたこと」との表現を用いていることからすれば、「機会提供型」と「犯意提供型」の

区別の問題とはいちおう別個に、この種の「捜査方法」の適法要件として、その当該具体的「事犯」ないし「事案」の性質に照らしての必要性を要求する趣旨に理解することも可能であるように思われる。[66]

もっとも、この点については、「本件被告人らの検挙に至る過程において、おとり捜査がなされたことは明らかであるが、それによつて、被告人らの覚せい剤取引に関する犯意が誘発、惹起されたものでなく、当初からあつた犯意が持続、強化されたにすぎないというべきであり、本件事案の重大性、特殊性をも考慮すれば、右のおとり捜査は、捜査として許される限度を越えた違法なものとはいえず、著しく不当であるともいえない（東京高判昭和六二年一二月一六日判タ六六七号二六九頁）」[67]として、当該事案における「おとり捜査」が「犯意誘発型」ではなく、「機会提供型」に当たることを、「事犯」ないし「事案」の「重大性、特殊性」[68]とあわせて、「おとり捜査」の適法性ないし相当性を肯定する理由として挙げる判例もあった。[69]

(3) 他方、学説上は、とくに、一九七〇年代から九〇年代にかけて、おとり捜査の手続法上の問題について、イギリス、アメリカ、（西）ドイツ等の関連判例・学説の動向を紹介・検討しつつ、[70]「二分説」が提示する「機会提供型」と「犯意誘発型」の区別の意義ないし基準を見直す動きがみられるようになる。

当初、それは、「機会提供型」と「犯意誘発型」の区別を「おとり捜査」の許容性ないし適法・違法の判断基準として理解したうえで、「犯意誘発型」の「おとり捜査」がなされた場合の「法的帰結」に関して、従来の「二分説」が、無罪説、公訴棄却説、免訴説、違法収集証拠排除説のいずれをとるべきかを、択一的な問題として議論してきたことに対する修正というかたちをとった。すなわち、「犯意誘発型」の「違法」なおとり捜査がなされた場合に、これに、刑事手続上、とりわけ、公訴棄却または免訴による手続打切りによって対処すべきか、それとも、証拠排除によって対処すべきかは、かならずしも択一的な問題ではなく、むしろ、個別の事案におけるおとり捜査

の「違法」の具体的内容に応じて異なった解決が導かれうるとする見解が提示されるに至ったのである。

代表的な学説としては、たとえば、おとり捜査が、「極度に違法性の高い場合」――すなわち、「単に犯意誘発型のものであるというに止まらず、当該犯罪に対しておとり捜査を用いたことの必要性ないし緊急性……、犯人の犯罪への傾斜度……、教唆の執拗性の程度……、犯罪の重大性等幾つもの判断基準に照らして、通常人であれば誰もが許しがたいであろうほどに程度のひどい場合」――には、「最後の手段」として、形式裁判による手続打切りによって対処すべき場合がありうることを認めつつも、「従前の実績に徴しても、アメリカなどに比べて、……極端な事例はあまり起こらないであろうと思われる」わが国においては、このように「条件を絞って考える限り、実際には免訴となるようなことは、稀有であるであろう」から、「この方法ではおとり捜査に対するチェック〔は〕、あまり実効性を期待しえない」との認識のもとに、「現在のわが国としては、……一番実効性があり現実的な方法」として、「証拠排除の問題としてこれをとらえること」をも認める見解[71]、および、「囮捜査の問題を証拠排除で解決する」とき、または、「無罪判決や手続打切りで処理するとき考慮に入れるべき基本的な視点」として、「当該被告人の処罰の相当性」、「司法の無瑕性ないし廉潔性の保護」ないし「違法捜査の抑制という政策」の三つを挙げ、「これらの視点は相互に排他的なものと考える必要はない」としたうえで、「囮捜査の多様性を考えるとき、一つの視点だけで処理するのでは、必ずしも妥当な解答は得られ」ず、「囮捜査によって犯行に至った者をどのように扱うかを考えるさいには、証拠排除を認めながらも、右の三つの視点を総合した手続打切り論の方向をも、今後探究すべき」であるとする見解[72]を挙げることができよう。

(4)　右の二見解は、それぞれ当時のイギリス法およびアメリカ法に関する詳細な紹介・検討から導かれたものであり[73]、また、その具体的な主張内容には相違があるものの、「囮捜査によって犯行に至った者をどのように扱うか」

という問題について、「囮捜査の多様な形態」[74]に応じた解決、あるいは、「具体的な事案毎にバランスのとれた合理的解決」[75]を志向する点、そして、これを、「捜査過程における違法に対処する方法」[76]の問題の一環として検討しようとする点において共通しているということができるように思われる。

すなわち、両見解は、「犯意誘発型」のおとり捜査がなされた場合に、それによって惹き起こされた犯罪について被告人を「実体法上無罪とすること」には否定的ないし消極的な立場をとる一方で、[77]「おとり捜査」の手続法上の問題に対しては、その他の「捜査過程における違法」の場合と同様に、刑事手続上、形式裁判による手続打切り、違法収集証拠排除法則の適用といった対処方法をとることが、「当該被告人の処罰の相当性」、「司法の無瑕性ないし廉潔性の保護」ないし「違法捜査の抑制という政策」といったそれを導く実質的根拠に照らして、「果たしてわが国の現実に照らして、ポリシーとして上策であるか」[78]を、事案毎にその「違法」の具体的内容を考慮に入れて検討すべきことを説き、[79]その判断にあたっては、「機会提供型」と「犯意誘発型」という「被告人の主観的傾向性」に着目した区別にくわえ、「捜査方法の客観的評価」[80]をも行なう必要があると説く点において、問題関心を共有していたのである。

このような問題関心の背景には、当時のイギリスおよびアメリカにおける関連判例・学説の紹介・検討を通じて、「おとり捜査」をめぐる法的問題を考えるにあたっては、「当該事案における当該被告人の処罰が妥当か」を問題とする「主観説」的な視点だけでなく、「捜査の違法性そのものを抗弁の基準とし、被告人の犯罪性を顧ることなく、手続を打ち切ることを主張」する「客観説」的な視点からもその手続上の問題性を検討する必要性が意識されるようになったことにくわえて、[81]当時のわが国の判例・学説において、公訴権濫用論および違法収集証拠排除法則を中心として、「違法捜査」に対する刑事手続上の対処方法に対する理論的関心が高まっていたとの事情の存在を

指摘することができるように思われるが、いずれにしても、これらの見解においては、「犯意誘発型」の「おとり捜査」の「法的帰結」の問題が、基本的に、その「捜査方法」としての「違法」評価の「法的効果」として、あるいは、「捜査過程における違法」に対する当該刑事手続上の「対処方法」の問題として、論じられていたのである。

もっとも、右の二見解も、たとえば、「おとり捜査」の「違法」に形式裁判による手続打切りをもって対処すべき場合に、免訴によるか公訴棄却によるかについては、「捜査の違法が犯意誘発という形で当該犯罪と実体的に関連しあっているところからして、どちらかというと免訴にする方がよい」とし[82]、また、「おとり捜査」の問題を違法収集証拠排除法則の適用により解決することについても、「おとり捜査の場合には、……犯人を処罰すべきか否かが問題なのであり、むしろ犯人を処罰すべきでないとの結論が先行して、その手段として……排除法則を用いようとするものである[83]」、あるいは、「囮捜査と関わりのない証拠により有罪とされる余地が依然として残る[84]」との指摘を行なっていること、そして、「おとり捜査を、犯意誘発型のものと機会提供型のものとに分けて考え、専ら前者についてその法的効果を論じ……る」ことについて、「この両者の間には、その不正の程度に質的な差異があると思われるので、これを区別して考えることは、基本的にみて正しい方向である[85]」としていることからすれば、「おとり捜査」の問題性を、「国家が自己の手で犯罪人をつくりながら、これを処罰する」ことに求める従来の「二分説」の問題認識を、基本的には継承していたということができるように思われる。

にもかかわらず、これらの見解は、――前述のとおり、「おとり捜査」の「法的帰結」を、「捜査過程における違法に対処する方法」の問題の一環として扱うために――「当該被告人の処罰の相当性」を、「司法の無瑕性ないし廉潔性の保護」および「違法捜査の抑制という政策」とともに、「捜査過程における違法に対処する方法」を検討する際に考慮に入れられるべき一要因として位置づけており、その結果、従来の「二分説」においては、――「犯

意誘発型」であれば、即「処罰の相当性」が否定されるという意味で――「国家が被告人を処罰しうるかどうか」を判断するための絶対的な基準として提示されていた「犯意誘発型」と「機会提供型」の区別の意義を、「当該犯人を処罰することによって得られる公共の利益を一方の秤に乗せ、将来の違法なおとり捜査に対するチェックとしての効果、司法の廉潔性ないし公正さに対する犯人および一般市民の信頼の回復等のメリットを他方の秤に乗せて、利益衡量がなされた結果、後者が前者より優越する」[86]か否かという判断のなかで相対化する契機を内包していたのである。[87]

実際、右見解においては、たとえば、「おとり捜査」の「違法」に、形式裁判による手続打切りという方法によって対処するには、「単に犯意誘発型のものであるというに止まらず（傍点引用者）」、その必要性・緊急性、犯人の犯罪への傾斜度、教唆の執拗性の程度、犯罪の重大性等の「幾つもの判断基準に照らして」、「極度に違法性〔が〕高い」と認められる必要があるとする一方で、違法収集証拠排除法則の適用に関しても、「おとり捜査は、捜査における違法の中でもかなり程度の高いものといえるので、……その手段があまりにも卑劣なものであり、且つ必要性もあまりなかったような場合には、たとえ機会提供型のものであっても、〔証拠排除〕の対象とすることができる（傍点引用者）」と指摘されていたのである。[88]

いずれにせよ、こうして、「おとり捜査」の手続法上の問題については、従来の「二分説」の基礎にあった「当該事案における当該被告人の処罰が妥当か」という「主観説」的な観点からだけでなく、「捜査の違法性そのもの」を問題とする「客観説」的な観点からも検討する必要性が認識されるようになったこともあり、その後の学説においては、「犯意誘発型」と「機会提供型」の区別について、「おとり捜査」の「適法・違法」またはその「法的帰結」の判断基準としての合理性を改めて問い直そうとする動きがみられるようになる。

もっとも、このような意味で「二分説」の合理性を検討しなおそうとする学説のなかにも、①「犯意誘発型」のおとり捜査が違法であることを前提に、「機会提供型」であっても、「違法」とされる場合があることを強調する見解と、反対に、②「犯意誘発型」のおとり捜査であっても、「適法」と評価されるべき場合があることを強調する見解があったことに注意しなければならない。

(5)　このうち、①の方向性を代表するものとしては、「『犯意誘発型――違法、機会提供型――適法』という命題の下で犯意の有無を違法の分水嶺とする（〔当時のわが国の〕下級審判例の主流的な）思考それ自体の中に、あるいは犯意の有無の具体的な認定方法の中に、個別事案における違法判断を妨げる要因があった」との問題認識のもとに、「おとり捜査の違法の判断基準の精緻化」の必要性を説き、当時の（西）ドイツにおける関連判例・学説を紹介・検討したうえで[89]、その「我が国への援用可能性」を認め、「おとり捜査の訴訟法的規制を論ずる場合には、刑事訴追の利益を適正手続の限界内に枠付けるために、司法の無瑕性理念を根拠として、『個人の尊厳』を媒介として規制すべきおとり捜査と、司法の無瑕性の直接的確保のために規制すべきおとり捜査とを基本的類型として考察の出発点とすべき」であるとし、「おとり捜査の違法の判断基準」として右の二類型にそれぞれ対応する「『犯意の具体化』基準と『重大な影響』基準の並存という、……二元的基準」を提示する見解を挙げることができる（「二元的基準」説）[90]。

この見解によれば、「おとり捜査の違法の根拠」は、「矛盾し狡智にたけた国家の活動の非難」、すなわち、「国家が犯罪に加担しておきながらその汚れた手で被誘発者を訴追し処罰することを問題視する……司法の無瑕性理念」に求められるが、この「司法の無瑕性理念を根拠として禁止されるべきおとり捜査の中には、〔憲法一三条の〕『個人の尊厳』の侵害を伴うが故に正当化が不可能という意味において禁止されるべき類型と、かかる侵害を伴わぬと

しても司法の無瑕性理念――矛盾の禁止の観点から直接的に禁止されるべき類型とがありうる」。そして、このうち、「司法の無瑕性理念を根拠として、『個人の尊厳』を媒介として規制すべきおとり捜査」類型には、「犯意の具体化」基準による違法判断が、また、「司法の無瑕性の直接的確保のために規制すべきおとり捜査」類型には、「重大な影響」基準による違法判断がそれぞれ対応し、前者においては、「『被告人に対して存在する嫌疑の基礎と程度』および『被告人の犯意』、従って捜査機関の側からいえば犯意の存在を認めるに足りる合理的根拠の有無が違法判断を左右することになる」のに対して、後者においては、「犯罪実行への『能動性』という被告人の客観的態度との関連において、おとりの働きかけの『態様、強度および目的』が違法判断を左右することになる」とされ、[91]両基準から「相互補完的関係において独立に」違法判断が導かれる結果、「違法とされる犯意誘発型のおとり捜査の範囲が拡張されうる」とともに、「機会提供型のおとり捜査についても違法判断が下されうる」ことになるとされるのである。[92]

「二元的基準」説は、「おとり捜査」の問題性を、「国家が一方で犯罪を誘発しておきながら、他方でその国家が犯罪実行者を処罰すること」[93]、あるいは、「国家が犯罪に加担しておきながらその汚れた手で被誘発者を訴追し処罰すること」[94]に求め、このような「『矛盾極まる態度』を避けようとすれば起訴を無効とするほかない」[95]とする点においては、従来の「二分説」の基本的な問題関心を継承するものであるということができるように思われる。ところが、他方で、同見解は、「犯意の具体化」基準および「重大な影響」基準を「おとり捜査の違法の判断基準」として提示し、この「二元的基準」による「おとり捜査の違法判断」を前提として、「起訴の無効、すなわち訴訟障害」を論じている。しかし、その根拠とされる「司法の無瑕性理念」が、「国家が犯罪に加担しておきながらその汚れた手で被誘発者を訴追し処罰することを問題視する」ものであるとすれば、それによって「禁止」されるのは、

「国家が犯罪に加担する」ことそれ自体ではなく、むしろ、「国家が……汚れた手で被誘発者を訴追し処罰する」ことであるというべきであり、[96]そうであるとすれば、両基準は、「犯罪誘発行為」たる「おとり捜査」の「違法」判断の基準としてではなく、むしろ、それ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」の許容性の判断基準として提示されるべきものではなかったか。[97]

その意味で、この見解は、「おとり捜査において国家の直面する矛盾は、国家による犯罪誘発と国家による犯罪処罰との間に存在する」[98]としながらも、「おとり捜査の訴訟的規制」という問題関心のもとにその「違法の判断基準の精緻化」を志向したために、「国家による犯罪処罰」の許容性と「国家による犯罪誘発」の許容性というそれぞれ異なる法的関心に属する問題を混同ないし同一視するという従来の「二分説」がもっていたあいまいさをも引き継いでしまっていたことは否定できないように思われる。[99]

(6)　これに対して、②の方向性を代表するものとしては、「下級審判例や学説の多数説が示すように、おとり捜査の結果、犯意なき者に犯罪を行わせた場合には常に犯罪者を処罰できないとする見解は、おとり捜査の弊害を重視しすぎているきらいがあり、今後、右にあたる事例であっても、対象犯罪が大量の薬物の所持事犯の場合のように社会に与える害悪の程度がきわめて大きく、かつ、犯罪の隠密・巧妙化の度合いが進んで他の方法をもっては犯人を検挙しえない等の特別事情の存する場合には、なお犯罪者を処罰できるとする判断が可能とされるべき」であるとし、そのために、「おとり捜査のもたらす弊害の程度いかんを唯一の基準として判断することを避け、むしろ、その弊害の程度と対象犯罪のもたらす法益侵害の程度との比較衡量のほか、対象犯罪の重大性、他の捜査方法をもってしては検挙しえないという犯罪の隠密・巧妙化等、おとり捜査の使用をやむをえないとする諸般の要件をも勘案できるような判断の枠組」を提示する見解[100]が挙げられる（総合判断説）。

この見解の出発点となる問題関心は、「おとり捜査のあり方」を、「捜査技術の巧妙化・技術化の問題」の一環として、すなわち、「これを必要とする犯罪取締上の要請とそれの実施に伴う各種の弊害〔の〕対立」が問題となる一場面として位置づけて検討しようとするところにあり、[101] その結果、同見解においては、「おとり捜査」の問題性が、もっぱら、「捜査法」上の許容性の枠組――具体的には、「これを必要とする犯罪取締上の要請とそれの実施に伴う各種の弊害という二つの側面の比較衡量」[102] ――のなかで、「おとり捜査を用いることが認められるか、また、どの限度において認められるか」[103] という観点から捉えなおされることになる。[104]

このような観点から、総合判断説は、従来の「二分説」に対し、「いかなる特別事情が存する場合であっても、犯意なき者に犯意を生ぜしめて犯罪を実行させた場合にあたるかぎり、その犯罪者を処罰しえなくなる」とする点において、「絶対的・画一的基準に過ぎる」との批判を向ける。[105] そして、「おとり捜査」の許容性判断において、かりに「犯意なき者に新たに犯意を与えて犯罪を実行させるという要素」に意義が認められるとしても、それは、単に、「犯罪の重大性や手続の補充性等の要件は、いわば犯罪意欲をもたない者についてはほとんど考えにくい要件であり、逆にこれらの要件を満たす犯罪は、おのずと潜在的犯意を有する者あるいは現に犯罪を犯している者（たとえば、薬物の所持事犯）についての犯罪ということになる」るため、「犯意なき者に新たに犯意を誘発させたとなれば、おそらく、同時にその他の要件をも満たさないことにもなる」という意味で事実上のものにとどまるとする。[106] すなわち、ここでは、従来の「二分説」においては、「おとり捜査」によって惹き起こされた「犯罪」を理由とする「当該被告人の処罰の相当性」の判断基準として絶対的かつ規範的な意義をもつものとして提示されていた「犯意誘発型」と「機会提供型」の区別が、「おとり捜査」の捜査法上の許容性判断という異なる法的「文脈」におきなおされた結果、「これを必要とする犯罪取締上の要請とそれの実施に伴う各種の弊害という二つの側面の比較衡

量」のなかで相対的かつ事実的な意義を認められるにすぎないものとして扱われているのである。

いずれにせよ、このように、「おとり捜査」の問題性を、もっぱら「捜査法」、すなわち捜査を規制する諸規範の枠組において検討する手法は、当時、最高裁昭和二八年決定を援用しつつ、「実体法的に見て、国が犯人に犯意を生じさせたからといって、その自由意思を制圧したものではなく、単に犯罪を犯すきっかけを与えたにすぎず、犯罪の実行は、あくまで本犯の責任においてなされている以上、それだけで国に処罰適格がないと言い得るか大いに疑問がある」[107]として、「犯意誘発型」のおとり捜査について従来の「二分説」が指摘してきた問題性それ自体を否定する見解[108]が有力に主張されていた状況とあいまって、その後のわが国の学説の方向性を決定づけていくことになるのである。

(7)　とはいえ、この時期においても、右の「二元的基準」説以外に、従来の「二分説」の問題関心を基本的に継承する見解が存在しなかったわけではない。

たとえば、「犯罪の意思を持たない者に罠をかけて犯行を思い立たせ、犯意を強化して犯罪を実行させたとすれば、捜査機関、延いては国家が犯罪を創り出し、国家自らが創出した犯罪を根拠に当該行為者を罰することになる。このような行為は法治国家原則（撞着法理）からして許されない」ことを理由として、このような事情を「非典型的訴訟条件事由」または「訴訟障碍事由」とみるべきであるとする見解[109]や、「違法なおとり捜査が存在し、国家に憲法違反的活動があった場合には、刑罰はその憲法的基盤を失い、社会的紛争を効果的に解決することができない状態に陥らざるをえない場合が生じうる」として、そのような意味で「許されざるおとり捜査については、わが国においても処罰阻却事由に基づく無罪としてこれを処理すべき」であるとする見解[110]も提示されたが、これらの見解には、いずれも、「おとり捜査」の問題性の核心を「国家が自己の手で犯罪人をつくりながら、これを処罰するこ

と」に求める従来の「二分説」の基本的な問題関心との親和性を認めることができるように思われる。

しかしながら、これらの見解も、「二元的基準」説と同様に、「おとり捜査」の法的問題性を検討するにあたって、「国家が犯罪を創り出す」こと、すなわち「おとり行為」の許容性の問題と、「国家みずからが創出した犯罪を根拠に当該行為者を罰すること」の許容性の問題を混同ないし同一視し、あるいは、前者の不許容性を後者の許容性を否定するための前提条件として位置づけていたために、[113] 両問題性の差異ないし関係について理論的な検討を行なう契機を提供するには至らなかったのである。

実際、その後のわが国の学説の趨勢は、次節においてみるように、とりわけ強制処分法定主義や比例原則といった捜査を規制する一般規範に関する理論的関心の高まりを背景として、「おとり捜査」の手続的問題性を、「捜査法」上の問題として――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・違法という観点から――検討する方向に傾き、[114]「機会提供型」と「犯意誘発型」の区別の意義も、そのような枠組のなかで換骨奪胎されていくことになったのであるが、その一因が、「二分説」あるいはその問題関心を継承する諸見解が抱えていた右のようなあいまいさにあったことは否定できないように思われる。

(58) 田宮・前掲書註(22)五七頁。

(59) 島田・前掲註(38)六四頁。

(60) 島田・前掲註(38)三八頁。

(61) 渡辺修「囮捜査と罠抗弁――アメリカ合衆国判例を中心に――」法学論叢一〇五巻一号（一九七九年）七四頁も、島田論文を引用しつつ、「最高裁は、犯意誘発型の扱いについては解答を与えておらず、また、機会提供型の囮捜査であっても、『その手段があまりにも卑劣なものであり、且つ必要性もあまりなかった場合』であれば、……割り切って有罪とするのかどうかについても未解決であるといえよう」とし、福井厚「おとり捜査」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の

争点』（有斐閣、新版、一九九一年）九一頁は、「最高裁は違法収集証拠の排除法則を採用し……、また公訴権濫用論を肯定しているので……、犯意誘発型のおとり捜査が最高裁によって違法とされる余地は存在しているといってよいであろう」とする。

(62) 一九九〇年代前半までの文献で、このような指摘を行うものとして、田口守一「おとり捜査の限界」法学セミナー三九八号（一九八八年）一〇三頁、大林宏「おとり捜査」研修四八三号（一九八八年）一一四頁、寺崎嘉博「おとり捜査」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、第六版、一九九二年）二二五頁、伊藤鉄男「おとり捜査」捜査研究四二巻四号（一九九三年）七二頁等がある。そのほか、当時の下級審判例の動向を紹介・検討するものとして、松浦恂「おとり捜査」Law School 一二六号（一九八〇年）七七頁、大泉隆史「おとり捜査と刑事責任」商事法務一〇二二号（一九八四年）二四頁、徳永崇「『おとり捜査』、コントロールド・デリバリー等新しい捜査手法について」警察学論集四八巻八号（一九九五年）九四頁、三好・前掲註(28)八二頁以下、洲見光男「おとり捜査」田口守一＝寺崎嘉博『判例演習刑事訴訟法』（成文堂、二〇〇四年）三八頁、江原伸一「『おとり捜査』に関する一考察」警察学論集六〇巻二号（二〇〇七年）一〇四頁以下、多和田・前掲註(1)二二七頁以下等を参照。

(63) もっとも、同判決も、当該事案においては、「被告人がもともと有していなかった麻薬販売の犯意を〔捜査協力者によって〕誘発されたものと認めることはできない」としている。

(64) この点について、後の判例においては、「被告人らの本件覚せい剤取引に関する行動はその正常かつ自由な意思決定に基づいて行われたものである」ことを、当該「おとり捜査が容認されるべき限度を越えたものとは考えられない」とする理由の一つとして（東京高判昭和六〇年一〇月一八日刑月一七巻一〇号九二七頁）、あるいは、「被告人らは相手がおとりとは知らなかっただけで、自由な意思決定に基づいて行動していた」ことを、当該おとり捜査が「違法ないしは著しく不当な捜査方法であったとは認められない」とする理由の一つとして（横浜地判昭和六二年四月二七日判タ六六七号二六九頁）挙げる傾向もみられる。

(65) これに対しては、「固より他人の誘惑に因るものであっても被告人の任意の意思に出たものである限り本〔麻薬所持〕罪の構成要件は之を充足しその責任性違法性に欠くるところがないから本罪の成立を阻却すべき筈はないが斯様な経緯は情状として刑の量定に際り相当の斟酌をされて然るべきである（名古屋高判昭和二八年六月二四日刑判特報三三号三三九頁）挙げる傾向もみられる。

頁）」として、量刑上の考慮の必要を示唆するものもあった。なお、この点については、大林・前掲註(62)一一五頁以下を参照。

(66) 「事犯」の性質に照らしての「おとり捜査」の「必要性」について、東京高判昭和六〇年一〇月一八日前掲は、「覚せい剤等の薬物事犯は、その授受が関係者の間で極秘になされるのが通例であり、直接の被害者もいないことが多いため、通常の方法による捜査では証拠の取得、保全及び犯人の検挙が著しく困難であり、かつ、覚せい剤等が社会に甚大な害悪を及ぼすものであることを考慮すると、この種の事犯の捜査においては捜査官あるいはその協力者が覚せい剤等の取引に関与していると目ぼしを付けた者に近づき、覚せい剤等の入手を申込み、それに応じて取引が行われるときその関係者を逮捕するいわゆるおとり捜査の方法を利用することも一定の限度で容認される」とする。

(67) 横浜地判昭和六二年四月二七日前掲の控訴審判決である（なお、原判決も、「本件捜査方法はいわゆるおとり捜査の大仕掛のものであつたことは否定し難いものの、この種事犯の特殊性を考え併せると、当該状況下においては捜査上やむを得ない必要な措置であつた」ことを、当該おとり捜査が、「違法ないしは著しく不当な捜査方法であつたとは認められない」とする理由の一つに挙げている）。

(68) この点、大阪高判昭和六三年四月二二日高刑集四一巻一号一一三頁は、「尼崎中央署保安係が、風俗営業等取締法違反の嫌疑のあるマイアミに、証拠収集の手段として捜査協力者を送り込んで、ホステスから同法違反にあたる接待を受けさせたうえ、その供述を得、これに基づき被告人らを検挙した捜査方法」について、「いわゆるおとり捜査に該当する」としたうえで、「本件事案が、客の自由に出入りできる店内で半ば公然と行われている比較的軽微な犯罪であることなどからすれば、おとり捜査の方法を採らなければならない必要性は当然には認めがたいものの、本件事犯が、半ば公然と常態的に行われていて、必ずしも犯罪を誘発したとは言えないこと、客自身犯罪に問われる性質のものではないにしろ、客がホステスから受けた接待の内容が他聞をはばかるものであることから、その供述を得ることが必ずしも容易でないことを考慮すると、おとり捜査の方法を採つたことは、相当性を欠いたものであるが、違法とまではいえない」とする。

(69) この点、東京高判昭和五〇年五月六日高検速報二一〇六号は、「捜査機関の囮の誘惑によって犯罪が実行された場合、その一事をもって直ちに当該公訴の提起が手続規定に違反し、若しくは公訴権を消滅せしめるものとすることはできない」が、「いわゆる囮捜査がその欺罔の方法、内容において捜査の公正を著しく逸脱し、刑事訴訟法一条にいう公共の福

祉の維持と個人の基本的人権の保障とのバランスを喪わしめる場合には、いわゆる捜査権濫用の問題が生じる」としたうえで、当該事案における「囮捜査について特に捜査権の濫用を認めることはできない」とする理由として、「拳銃、実包等の法禁物捜査の困難さ、特に本件捜査の経緯からみて、捜査官において強制捜査に踏み切れなかった事情等」とともに、「〔捜査協力者の働きかけが〕被告人に対し、本件犯罪の実行を積極的に要請ないし教唆する内容のものではなかった」との事情を挙げる。

(70)　以下、本文中において個別的に紹介・検討する諸文献のほか、一九七〇年代から九〇年代前半にかけての文献で、「おとり捜査」の法的問題に関するイギリス、アメリカ、ドイツ等の諸外国の法制・運用・議論状況を紹介・検討するものとして、道田・前掲書註(15)三頁以下、河上和雄「おとり捜査の発展」判例タイムズ四七五号（一九八二年）三八頁、ローク・M・リード（酒巻匡訳）「『わな』の抗弁とデュー・プロセス」ジュリスト七七八号（一九八二年）二九頁、渡辺修「おとり捜査の限界――シードマンの研究」神戸学院法学一四巻三号（一九八三年）三〇一頁、川崎英明「西ドイツ刑事訴訟におけるおとり捜査の規制」大阪市立大学法学雑誌三一巻一号（一九八四年）三三五頁、瀧賢太郎「おとり捜査」判例タイムズ六八三号（一九八九年）一八頁、佐藤芳男「おとり捜査」青山法学論集三四巻三・四号（一九九三年）一頁等がある。

(71)　島田・前掲註(38)六三頁以下。島田仁郎『捜査法入門』〔中武靖夫＝高橋太郎編〕（青林書院新社、一九七八年）二九三頁以下も参照。

(72)　渡辺・前掲註(61)七三頁以下。

(73)　この問題に関する当時の日英米における議論状況について、島田・前掲註(38)三九頁は、「一般に捜査過程における違法に対処する方法としては、それをその捜査の延長である訴訟手続とは全く別個に処理しようとする態度を一方の端に置くとすると、それを理由に無罪、免訴または公訴棄却にするという解決方法がその対極におかれ、それによって得た証拠を排除するという行き方が両者の中間に位置するものといえよう。これをおとり捜査についてみると、わが国が従前右のうち前者の端をとってきたのに対し、アメリカは『わなの抗弁』を認めることによってその対極の行き方をとり、英国は、……ことおとり捜査に関しては最近それにより証拠を排除した裁判例が出る等かなり厳しい線が打ち出されており、……方向としては少なくとも右の中間のところを目指してきている」旨指摘する。

(74) 渡辺・前掲註(61)七四頁。
(75) 島田・前掲註(38)六八頁。
(76) 島田・前掲註(38)三九頁。
(77) この点、島田・前掲註(38)六四頁は、「犯意誘発型」のおとり捜査によって惹き起こされた犯罪の成否について、「これを実体法上無罪とすることには賛成しがたい」とし、渡辺・前掲註(61)七六頁は、「伝統的な犯罪論の枠組で考え、あるいは、『犯罪』概念を実質的にとらえて構成要件該当性を否定する方向は、……さしあたりは多くの困難が伴うであろう」とする。
(78) 島田・前掲註(38)六七頁。
(79) 渡辺修「おとり捜査」佐々木史朗ほか編著『刑事訴訟法の理論と実務』（判例タイムズ社、一九八〇年）二六九頁は、証拠排除と手続打切りの関係について、「『証拠排除では充分でない強度の違法がある場合』と『証拠採取と結びつかない処分であるため排除法則が有効に働きえない場合』に手続打切り乃至『訴追の排除』で救済するのが基本的枠組であろう」とする。この点に関しては、田宮裕『刑事訴訟法Ⅰ――捜査・公訴の現代的展開』〔田宮裕編著〕（有斐閣、一九七五年）一三八頁および四四五頁も参照。
(80) 渡辺・前掲註(61)七一頁。
(81) 渡辺・前掲註(61)六八頁。
(82) 島田・前掲註(38)六六頁。その「理論構成」としては、「政府が犯罪を自ら作り出した点をとがめるのに、……検察官の〔客観義務ないし不起訴義務〕違反という媒介項をおくことはむしろ迂遠である」ので、「端的にそれ自体が訴訟障害事由を形成し、公訴を無効ならしめるという直接的な構成をとる見方」に従うとする。
(83) 島田・前掲註(38)六九頁。
(84) 渡辺・前掲註(61)七三頁。
(85) 島田・前掲註(38)六四頁。
(86) 島田・前掲註(38)六七頁以下。この点について、渡辺・前掲註(61)七五頁は、「処罰不相当事由の有無の判断に際しては、犯罪の重大性や捜査態様の違法性のほか、司法の無瑕性、違法捜査の抑制などをも比較考量の要素に加える余地が

ある」とする。

(87)　もっとも、渡辺・前掲註(79)二六九頁は、「刑事訴訟における第一義的な問題は、当該被告人は犯罪成立要件、換言すれば被処罰適格を具備しているかどうかと、これが認められても当該おとり捜査に鑑み国家が処罰することは相当かどうか、換言すれば処罰適格の有無にある」のに対して、「抽象的・政策的に将来の違法捜査の抑止を考えることは、少なくとも二義的・副次的問題」であるとする。

(88)　島田・前掲註(38)六七頁。

(89)　この点については、川崎・前掲註(70)三二五頁以下も参照。

(90)　川崎英明「おとり捜査の規制――違法の判断基準を中心に――」島大法学三〇巻一号（一九八六年）九二頁。

(91)　川崎・前掲註(90)八六頁は、「『重大な影響』基準は、犯意誘発型のおとり捜査の適法性と機会提供型のおとり捜査の違法性という帰結をもたらすという点で、両面性を有している」と指摘する。

(92)　川崎・前掲註(90)九三頁以下。

(93)　川崎・前掲註(90)七〇頁。

(94)　川崎・前掲註(90)九三頁。

(95)　川崎英明『現代刑事訴訟法』〔村井敏邦編著〕（三省堂、第二版、一九九八年）一一九頁。

(96)　この点に関して、川崎・前掲註(90)七〇頁は、「既に行なわれた犯人発見の手段ないし証拠の手段としておとりを利用する捜査方法は、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ろう」とする。しかし、この場合に欠けているのは、「誘発の要素」ではなく、むしろ、おとりによって惹き起こされた犯罪を理由として「国家が犯罪実行者を処罰する」ことであろう。論者は、「犯意の具体化」基準に対応する問題性を、「犯罪誘発の過程で国家が『人間の尊厳』を侵害する事態（傍点引用者）」、あるいは、「〔憲法一三条〕の『個人の尊厳』の侵害」に求めるが、そうであるとすれば、このような「事態」は、「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」についても、同様に問題となりうるというべきではないか。なお、この点に関しては、論者による最高裁平成一六年決定に関する評釈である川崎英明「おとり捜査の適法性」法律時報七八巻一一号（二〇〇六年）九九頁以下も参照。

(97) この点に関して、川崎・前掲書註(95)一一九頁は、「国家が一方で犯罪を誘発しておきながら、他方でその国家が犯罪実行者を処罰する」という「『矛盾極まる態度』を避けようとすれば起訴を無効とするほかはない」とし、このことは、「国家の不当な応訴強制に対する妨訴抗弁の権利に基礎づけられる訴訟条件の性格にも合致する」旨指摘する（この点に関しては、川崎英明「違法捜査と訴訟障害――西ドイツ訴訟障害論の最近の動向について――」島大法学三一巻三号（一九八八年）三五頁以下も参照）。しかし、そうであるとすれば、この問題性は、手続打切論ないし訴訟障害論との関係では、「違法捜査に基づく起訴（または訴追）」に属するものというよりも、むしろ、正当な「理由」に基づかない公訴権の行使ないし「国家の不当な応訴強制」という意味で、「嫌疑なき起訴（または訴追）」のそれに近い――そして、その意味で「おとり捜査」の「違法」判断を介在させる必要はかならずしもない――というべきではないか。

(98) 川崎・前掲註(90)八七頁。

(99) 「二元的基準」説の問題関心の背景には、わが国の当時の「下級審判例においては、犯意の有無あるいはおとりの働きかけの態様が違法の判断基準として考慮されてきた」が、「かかる判断基準ないしその適用方法の問題性、あるいは判断基準の相互関係の不明確性が具体的事案における違法判断を妨げてきた（川崎・前掲註(90)七六頁）」との認識があったが、同見解によっても、この「不明確性」は充分に解消されたとはいえないように思われる。なお、同様の批判は、「川崎説」が「二元的基準」を採る点を「基本的に妥当」とし、「おとり捜査」については、「犯意の有無について判断し犯意誘発型にあっては犯意誘発行為を違法とし、それ以外にあっては創造的関与であるかどうかにより違法が決定されることになる」としつつ、その理由を、「官憲の犯罪行為への創造的関与が個人の自由・幸福を追求する憲法一三条の権利を侵害する」ことに求める見解（藤井紀雄「おとり捜査違法論の再評価」福田雅章ほか編『福田平・大塚仁古稀祝賀 刑事法学の総合的検討(下)』（有斐閣、一九九三年）三三一頁以下）については、いっそう妥当することになろう。

(100) 瀧賢太郎「おとり捜査」三井誠ほか編『刑事手続 上』（筑摩書房、一九八八年）一七〇頁。

(101) 瀧賢太郎「おとり捜査の必要性をめぐって」警察研究五七巻五号（一九八六年）一四頁。

(102) 瀧・前掲註(101)一四頁。

(103) 瀧・前掲註(100)一六七頁。

(104) 瀧・前掲註(101)一五頁は、このような「比較衡量」は、「具体的事情に基づく判断」であり、「一般的な論議にはなじ

みにくいもの」であるとする。

(105) 瀧・前掲註(100)一六九頁。

(106) この点に関しては、本田正義「賄賂罪のおとり捜査」法律のひろば三三巻八号（一九八〇年）六八頁も参照。

(107) 河上和雄『刑事訴訟の課題とその展開』（立花書房、一九八三年）一一三頁。

(108) 木村榮作「覚せい剤事犯のおとり捜査」研修四三五号（一九八四年）四〇頁、大泉・前掲註(62)二四頁、大林・前掲註(62)一一六頁、飛田清弘『覚せい剤事犯とその捜査』（立花書房、改訂、一九九二年）一七二頁以下等を参照。

(109) 寺崎嘉博『訴訟条件論の再構成』（成文堂、一九九四年）二二七頁。

(110) 宇藤崇「違法捜査と不処罰処理(二)・完」法学論叢一三三巻六号（一九九三年）九四頁以下。

(111) この点、当時においても、「麻薬犯罪のような特殊な犯罪の捜査は、いわゆるおとり捜査をしたからといって、国家の側が刑罰権を行使するのが不都合であるともいいきれない」が、「『国家の側に不都合があるために、国家に刑罰権が生ずることが正義に反すると考えられるような場合』には、超法規的処罰阻却を認められなければならない。国家が、正義に反するような刑罰権の行使をすることは、『公共の政策』にそぐわない」として（板倉宏「超法規的処罰阻却事由」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集第二巻』（有斐閣、一九八四年）三〇四頁）、あるいは、（「なお検討を要すると思われる点もあり、この問題の詰めは将来の課題としておきたい」としながらも）「犯意誘発型のおとり捜査などのように、すでに行為のときから国家に処罰適格が欠ける場合には、そもそも当該行為は可罰状態に達することなく、犯罪として成立する余地もないと考えることができよう」として（鈴木茂嗣「規範的評価と可罰的評価」石松竹雄ほか編『小野慶二判事退官記念論文集　刑事裁判の現代的展開』（勁草書房、一九八八年）三二頁）、「おとり捜査」によって惹き起こされた「犯罪」を理由とする「処罰の相当性」または「国家の処罰適格」を正面から問題とする見解も提示されていたが、ここでは、逆に、「おとり行為」の捜査法に照らしての許容性の問題や、おとり行為によって惹き起こされた「犯罪」を理由とするその後の刑事手続上の捜査機関ないし訴追機関による諸処分の許容性の問題が等閑視される傾向があった（もっとも、この点、鈴木茂嗣『刑事訴訟法』（青林書院、改訂版、一九九〇年）六三頁は、「『おとり捜査』〔は〕、単なる機会提供型のものはともかく、犯意誘発型のものは、捜査上の信義則に反して許されない（したがって、それによって得た証拠は排除される）。のみならず、実体法的にいっても、当該犯罪につき国家は処罰適格を欠くにいたるものと解す

べきであろう（したがって、無罪の言渡の余地がある）」としていた）。

(112) 寺崎・前掲書註(109)二二七頁は、本文に引用した部分に続けて、「そこで、囮捜査には許されるものと、許されないものがあ」り、「適法な囮捜査を機会提供型の囮捜査と呼び、違法な囮捜査を犯意誘発型の囮捜査と呼ぶ」とする。これに対して、宇藤・前掲註(110)九五頁は、その題名からも明らかであるように、「違法捜査事例の法律効果」という観点から「無罪説」を提示している。なお、植村立郎「大麻取締法」平野龍一ほか編『注解特別刑法第五―Ⅱ巻』（青林書院、第二版、一九九二年）九三頁は、反対に、「おとり捜査が許容されるとの前提に立つ限り、おとり捜査が適法であれば」、「おとり捜査によって検挙した者〔を〕処罰できる」旨指摘する。

(113) 一九九〇年代前半までの文献として、會田正和「おとり捜査」河上和雄編著『刑事裁判実務大系 第一一巻 犯罪捜査』（青林書院、一九九一年）二三八頁、三井誠『刑事手続法(1)』（有斐閣、改訂版、一九九七年）八八頁〔同「任意捜査の限界(2)――おとり捜査」法学教室一四二号（一九九二年）八六頁以下初出〕、伊藤・前掲註(62)六五頁等。これらの見解については、次節において改めて検討しなおすことにする。