

Title	「おとり捜査」について (三)
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2008, 58(2), p. 37-53
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/55000">https://doi.org/10.18910/55000</a>
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 (三)

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、本号)
- 五 「おとり捜査」の手続的問題性
- 六 おわりに

## 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

(1) 以上、検討してきたところによれば、わが国の学説は、一般的な傾向として、「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ないし訴追の許容性から、「おとり捜査」の捜査法上の許容性へとその問題関心を移してきており、その結果、とりわけ一九九〇年代後半以降は、「主観説」的な観点から前者の問題を扱ってきた従来の「二分説」に代わって、むしろ、「客観説」的な観点から後者の問題を扱う「総合判断説」が通説的な地位を占めるに至ったということができるよう思われる。<sup>(14)</sup>

この「総合判断説」は、「おとり捜査」の手続的問題を、基本的に、その捜査法に照らしての許容性ないし適法・違法の問題として扱うものであり、当初は、これを、「捜査技術の巧妙化・技術化」の問題の一場面として捉え、「おとり捜査の必要性、手段の補充性、手段の相当性、おとり捜査によりもたらされた被誘惑者の被害法益と被誘惑者の犯罪による被害法益の比較衡量等という総合的判断<sup>(10)</sup>」を行なう前提として、「これが必要とする犯罪取締上の要請」および「その実施に伴う各種の弊害<sup>(11)</sup>」を特定することに関心が向けられたが、最近では、さらに、捜査を規制する諸法規範の趣旨および相互関係についての理論的関心の高まりを背景として、このような「弊害」が、「おとり捜査」の「違法」を根拠づける場合があるとすれば、それはいかなる法規範に対するいかなる意味での違背なのかという問題にも関心が及んできている。

より具体的には、「おとり捜査」の「弊害<sup>(11)</sup>」としては、主として、①「処分の直接の対象者」の「不適正な手続によって被疑者として取り扱われることのない憲法二三条にもとづく人格的権利・利益」が侵害されること<sup>(12)</sup>、または、「国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由」という「人格的価値」が制約を受けること<sup>(13)</sup>のほか、②「国家が犯罪を創り出し、その結果、刑事実体法によって保護される法益を侵害する<sup>(14)</sup>」こと、あるいは、「国家机关が犯罪の教唆・補助等を行い、犯罪結果（法益侵害）発生の危険、本来国家が刑事実体法により保護すべき法益侵害の危険をみずから惹起ないし創出する<sup>(15)</sup>」こと、そして、③「おとりを用いて相手を誘い寄せ、犯罪行為におとし入れる」点で「公正さに欠ける<sup>(16)</sup>」こと、「本来犯罪を抑制すべき捜査機関がトリックを用いて犯罪を惹き起こすという矛盾を伴う点に、刑事司法制度の基礎をなす、捜査の公正さの侵害が認められること<sup>(17)</sup>」等の事情が指摘される。他方、このような「弊害」によって「おとり捜査」が「違法」と評価される法的根拠については、一般に、刑訴法上、「おとり捜査」を規制対象とし、その要件・手続を定める明文規定は存在しないため<sup>(18)</sup>、その許容性ないし適法・

「おとり捜査」について (三)

違法は、捜査を規制する一般的な法規範、すなわち、より具体的には、刑訴法一九七条一項の定める強制処分法定主義ないし比例原則（必要性・相当性要件）に照らして、あるいは、これらの法規範に関して前掲の最高裁昭和五一年決定が示した「任意捜査の適法性に関わる一般的な判断枠組み」にしたがって判断されることになるものとされるのである。<sup>(12)</sup>

もっとも、基本的にこのような問題関心を共有すると思われる諸見解においても、「おとり捜査」の「弊害」として右の①～③のいずれを強調するか、また、その各「弊害」を、捜査を規制するいかなる法規範に対するいかなる意味での違背を根拠づけるものと考えるかについては、必ずしも意見の一致をみているわけではない。そこで、以下では、この「おとり捜査」の「違法性の実質」をめぐる最近の議論<sup>(13)</sup>の具体的内容について、検討を加えておくことにしたい。

(2) 「おとり捜査」の「違法性の実質」となりうる事情として第一に問題とされるのは、それが、①「処分の直接の対象者との関係」で、その権利・利益の制約・侵害を伴うか否か、伴うとすればいかなる権利・利益の制約・侵害かである。この点については、<sup>(14)</sup>「国家によって国民が『わな』にかけられることは、それがどのような態様であれ、かけられた者にとって人格的な権利・利益と無縁ではありえ」ず、「国民は不適正な手続によって被疑者として取り扱われることのない憲法一三条にもとづく人格的権利・利益を有〔する〕」としたうえで、「おとり捜査は、本来的に任意捜査ではないとはいえないにしろ、たとえば犯意を誘発するような類型の場合には、その者の人格的権利・利益を実質的に侵害・危殆化する行為として、任意捜査の限界を超えるとみられる場合もおこりえよう」とする見解も提示されているが、これに対しては、<sup>(15)</sup>「強制・脅迫等の手段を用いない限り、対象者の意思の自由は確保されており、また、犯罪が禁止されることを理解している以上、意思決定に必要な最低限の基盤は与えられて

いる」ことを理由として、「対象者が自らの判断で犯行に及ぶ場合、その人格的自律権が侵害されたとするは困難」であるとする有力な批判がある<sup>(127)</sup>。

もっとも、⑥説は、それ自体の内容の当否はともかく、少なくとも⑥説に対する批判としては妥当性を欠いているように思われる。なぜなら、⑥説が問題とする「人格的権利・利益」とは、「不適正な手続によって被疑者として取り扱われることのない……権利・利益」を意味するものとされており、これは、⑥説が問題とする（犯罪を行うか否かについての）「意思の自由」ないし「意思決定の自由」とはその内容を異にするものと考えられ<sup>(128)</sup>、実際、⑥説も、捜査機関による「おとり行為」それ自体については、それが、「誘惑が強く意思に反して犯行に及べばともかく、多くの場合、意思の自由を犯すとはではないかない」とする点においては、⑥説と変わりはないものと考えられるからである<sup>(129)</sup>。

この点、かりに⑥説について疑問が提示されうるとすれば、それは、むしろ、このような「不適正な手続によって被疑者として取り扱われること」を、「おとり捜査」の刑訴法一九七条一項但書に照らしての許容性の問題として扱うことの妥当性についてであろう。なぜなら、同見解が、「人格的権利・利益」の「実質的な侵害・危殆化」として問題としているのは、実質的には、捜査機関が、「おとり行為」によって自ら創出ないし作出した当の犯罪を「理由」として、その対象者を「被疑者として取り扱」うことの是非であるように思われるが、そうであるとすれば、このような取扱いを受けない「人格的権利・利益」は、捜査機関による「おとり行為」それ自体によってではなく<sup>(130)</sup>、それによって創出ないし作出された犯罪を「理由」として、同人に対して現行犯逮捕等の具体的処分が行われることによってはじめに「実質的に侵害・危殆化」されるというべきであるから、これは、むしろ、これらの処分の許容性ないし適法・違法の問題として論じられるべきであるように思われるからである<sup>(131)</sup>。

(3) いずれにしても、右の二見解は、捜査機関による「おとり行為」が、通常は——すなわち、「強制・脅迫等の手段を用いない限り」、あるいは、「誘惑が強く意思に反して犯行に及ばばともかく」——その対象者の、当該犯罪を行うか否かについての「意思の自由」あるいは「意思決定の自由」を制約・侵害するものではないとの認識それ自体は共有していたように思われるが、このこと自体についても異論がないわけではない。すなわち、㉞「おとり捜査」によって、その「直接の対象者」が、「国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由……の制約を受けることは否定できない<sup>(131)</sup>」、あるいは、「おとり捜査」は、「公権力から干渉を受けないという人格的自律権……を侵害するのではないか<sup>(132)</sup>」として、「おとり行為」それ自体によるその対象者の「利益制約」の可能性を指摘する見解も提示されているのである<sup>(133)</sup>。

しかし、このような「利益制約」については、㉟説の立場から、——これを、「そのような捜査手法を用いる必要性とそれによって制約される利益とを比較衡量し、相当性が認められること」という適法要件との関係で「違法性の実質」となりうるとするか、<sup>(137)</sup>それとも、「機会提供型のおとり捜査であれば、任意捜査として法律規定がなくとも許容される」が、「犯意誘発型のおとり捜査は、人格的自律権を侵害するので許容されない」とするかはともかく——、そもそも、「個人に、犯罪を実行するか否かを決める利益を想定すること自体の正当性」に疑問を投げかけるとともに、「犯罪を実行するか否かに関わる意思決定は、それが対象者の人格的評価に関わる領域に属するとしても、犯罪が社会の安全を脅かす行為である以上、国家の干渉が全く許されない事柄とはいえ<sup>(138)</sup>」、あるいは、「対象者には、そもそも国家机关にだまされない利益、正確な情報に基づいて犯罪を実行する利益……はないと言わざるを得<sup>(139)</sup>」ず、また、「国家にだまされて犯罪を決定した部分を取り出せば、……犯行の意思決定自体には何ら侵害・制約はないと言わなければならない」との指摘<sup>(140)</sup>がなされている。

もっとも、①説および②説においても、「おとり捜査」による、その対象者の「犯行に及ぶ」か否か、あるいは、「犯罪を実行するか否か」についての「意思（決定）の自由」の侵害・制約の問題が、そもそも、いかなる法的關心から検討の対象とされているのかはかならずしも明らかではない。<sup>(14)</sup>この点、右の諸見解は、「誘惑が強く意思に反して犯行に及べばともかく、多くの場合、意思の自由を犯すとはではないか」とを、「おとり捜査」が、「任意捜査の枠内におかれることになる」理由として挙げ、あるいは、「おとり捜査」により、「対象者が自らの判断で犯行に及ぶ場合、その人格的自律権が侵害された」とすることは困難である」ことから、「捜査を実施することが対象者の意思に反しているとしても、……相手方の権利・自由の侵害も通常認められないため、おとり捜査は任意捜査の範疇に含まれ……」との結論を導いていることからすれば、これを、刑法一九七条一項但書に照らしての「おとり捜査」の許容性ないし適法・違法を左右する事情として扱っているようにも思われる。<sup>(15)</sup>

しかしながら、たとえば、「おとり行為」の過程において、「強制・脅迫等の手段」が用いられ、あるいは、「誘惑が強く〔対象者が〕意思に反して犯行に及んだこと」によって、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・侵害された場合を想定してみると、このような犯罪の実行それ自体の「強制」が、「捜査担当者あるいはその補助者」または「犯人」の実体法上の罪責を左右する事情となると<sup>(16)</sup>、同規定が定める強制処分法定主義の趣旨に照らして、「おとり行為」の「強制的処分」性をいかなる意味で根拠づけるものであるかについては、なお検討の余地があるように思われる。<sup>(17)</sup>

(4) いずれにしても、最近の学説においては、「おとり捜査」は、「有形力の行使を伴わず、また、相手方の権利・自由の侵害も通常認められないため、……任意捜査の範疇に含まれ、その法的根拠は刑法一九七条一項本文に求められる<sup>(18)</sup>」との前提に立ちつつも、「任意捜査であればいかなる方法の捜査も許容されるというものではなく、おと

り捜査についても、……その違法の有無……が問題となる」とし、その判断は、「おとり捜査を行なうことの必要性とおとり捜査の態様の相当性の総合的評価」によって行われるとの理解<sup>(14)</sup>が、共通認識となりつつあるということができるよう思われる<sup>(15)</sup>。問題は、そうであるとして、「おとり捜査」が、「任意捜査」として違法になる場合があるとすればそれは何故か<sup>(16)</sup>、あるいは、「これを法的に規制する理由・必要<sup>(17)</sup>」があるとすればそれをどこに求めるかである。

(5) この点に関して、最近では、②「国家が犯罪を創出し、また、その実行を助長することによって、国家が刑事実体法により保護される法益の侵害に関与する<sup>(18)</sup>」という側面、あるいは、「国家機関が犯罪の教唆・幫助等を行い、犯罪結果(法益侵害)発生の危険、本来国家が刑事実体法により保護すべき法益侵害の危険をみずから惹起ないし創出する点<sup>(19)</sup>」を、「おとり捜査」の「手続上の違法を基礎づける要因」、あるいは、「任意捜査として実行される手続の『違法』の有無を決定するため……の法的に保護されるべき利益・自由等の価値(の)侵害・制約」として指摘する見解が有力に主張されている<sup>(15)</sup>。

このような「国家による犯罪の創出等」という「弊害」が、「おとり捜査」の「違法性の実質」となりうる理由については、これを、④「おとり捜査」が、「[司法の]廉潔性・公正さに反すると言われることの実質」として捉える見解<sup>(15)</sup>と、むしろ、⑤「法益侵害の内容・性質それ自体が、捜査の公正さの侵害とは別に、直ちに捜査の違法を基礎づける場合のあること」を認める見解<sup>(15)</sup>とがあるが、いずれの見解も、「おとり捜査」の手続的な問題性を、「眼前の法益侵害・危殆化ということ」はある限度で甘受しつつ、この犯罪を摘発することによる犯罪抑止を優先させること、あるいは、「眼前に発生するはずの犯罪の予防・鎮圧という責務については、この際むしろ犯罪発生を容認するという逆方向において、一時的に断念する」ことに見いだす点<sup>(15)</sup>においては、変わりはないものと考えられる。



これらの見解からは、「一般に、殺人や傷害などの人身犯罪に対するおとり捜査は許されないと指摘される」ことについて「説明が容易」であるとされるものも、そのためであろう。<sup>(10)</sup>

しかし、そうであるとすれば、これは、「おとり捜査」に固有の問題であるというよりも、むしろ、「将来の犯罪への対応を伴う捜査」一般に妥当する問題であるというべきであるように思われる。<sup>(10)</sup> 実際、この問題に関しては、論者自身、「将来の犯罪発生が見込まれるのに、警察官が、……それを予防・鎮圧せず、犯罪の実行を待って検挙する」ことの可否の問題は、「尾行・張込み・監視と、おとり捜査に共通する問題」であるとし、また、「殺人のように、回復不能な重大な法益の侵害が見込まれる場合に、その現実的な危険が生じるまでこれを黙認・放置することは相当でないといえるが、逆に、その程度まで深刻かつ重大な法益への侵害を伴わない場合に、当該犯罪に関わる情報を収集し、その発生を待って検挙した方が、犯罪の発生を未然に防ぐよりも、社会の安全を守るために、大きな効果をもたらすことがある」との事情を、「おとり捜査という手段」が「将来の犯罪に対する捜査」の「一つの例」として許容される理由として指摘していることに注意しなければならない。<sup>(10)</sup>

(6) もっとも、この点に関しては、④説が、「(おとり捜査が) 廉潔性・公正さに反すると言われることの実質が国家による犯罪結果惹起の危険創出という『害悪』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上も違法と言うべきである」としたうえで、「このようなおとり捜査の原則違法状態を例外的に正当化するに足りる高度の必要性・不可欠性(補充性)と、想定される法益侵害結果の程度・性質・第三者や対象者に及ぶ危険の程度との総合的考量により、例外的に許容される場合があり得るとい構成を採る」<sup>(10)</sup>のは、「(司法の) 廉潔性・公正さ」という観点からは、「犯罪を処罰すべき国家自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」には、単に、「将来の犯罪発生が見込まれるのに、警察官が、……それを予防・鎮圧(しない)」こ

との問題には還元できない固有の問題性が含まれるとの認識のあらわれとも解される。

しかし、その問題性が、かりに「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法益侵害性」という、「対象者を介したおとりの活動自体の違法性」に求められるとすれば、このような本来的には実体法的な関心に属する「違法性」から、「おとり捜査」の手続法上の「原則違法状態」が導かれる法的根拠は、同見解によっても充分に示されているとはいいがたく、<sup>(14)</sup> また、実際、同見解が想定する「犯罪結果発生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」<sup>(15)</sup> による「おとり捜査」の許容性ないし適法・違法の判断のあり方と、「将来の犯罪発生が見込まれるのに、警察官が、……それを予防・鎮圧せず、犯罪の実行を待って検挙する」ことの当否の判断方法との間に、いかなる差異が認められるのかも明らかではない。その意味で、「将来の犯罪への対応を伴う捜査」の「一つの例」としての「おとり行為」の許容性ないし適法・違法の判断において、このような「犯罪結果発生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」が要求されることは否定できないとしても、②の「弊害」に、「おとり捜査」の「問題の核心」を求め、「この点を中核に据えて、理論的枠組みを構成する」<sup>(16)</sup> ことの妥当性については、疑問が提示されうるように思われる。

(7) これに対して、㉔説は、「おとり捜査」の「必要性・相当性判断」において消極的に考慮されるべき「弊害」として、②の事情とは別個に、<sup>(17)</sup> ③「捜査の公正さの侵害」、すなわち、「国家の矛盾した態度やトリックの利用が、捜査の公正さに対する国民の信頼を動揺させる」という事情を指摘する。<sup>(18)</sup> しかし、ここでも、「捜査の公正さの侵害」と呼ばれる事態の具体的内容およびその手続的問題性は、かならずしも明確に示されているとはいえないように思われる。<sup>(19)</sup>

実際、同見解は、「国家の矛盾した態度」が「捜査の公正さの侵害」をもたらすとするが、ここでの「矛盾」が、

具体的に何と何の間の「矛盾」を意味するかは明らかではない。この点について、論者は、「犯罪を惹き起こした当該国家が、もともと犯罪を抑止する責務を負っており、また、当該対象者の処罰まで行う点で、国家が犯罪に関与することから生じる矛盾が深刻であるために、捜査活動のあり方に対する疑問が国民の間に生じる」可能性を指摘するが、<sup>(10)</sup> かりに、これが、国家の「犯罪を抑止する責務」と「犯罪に関与すること」の間の「矛盾」を問題とする趣旨であるとすれば、同見解の問題関心は、結局のところ、②の「弊害」を「(司法の) 廉潔性・公正さに反する」と言われることの実質」として理解する④説のそれと一致することになるものと思われる。<sup>(11)</sup> 他方、これが、「犯罪を惹き起こした当該国家が、……当該対象者の処罰まで行う」ことの「矛盾」を問題とする趣旨であるとすれば、同見解は、実質的には、従来の「二分説」と同様に、「おとり捜査」の捜査法に照らしての「違法性の実質」ではなく、「処罰の相当性」ないし「国家の処罰適格」を問題とするものであるということになる。

他方、③説は、「トリックの利用」による「捜査の公正さの侵害」の内容について、「おとりの身分や意図を秘匿したまま行われる働き掛けを、対象者の人格的自律権や自己決定権の制約と捉えることが困難であるとしても、積極的な欺罔を要素とする手法を用いること自体に対する抵抗感を無視できない」と説明する。この点、たしかに、「おとりの身分や意図を秘匿したまま行われる働き掛け」は、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」を制約・侵害するものではないとしても、それ自体、同人に、「おとりの身分や意図について錯誤に陥」らせるという意味で、「積極的な欺罔を要素とする」ものであることは否定できず、このことが「捜査の公正さに対する国民の信頼を動揺させる」とすれば、このような「弊害」が「おとり行為」の捜査法上の「違法性の実質」となりうる場合があることも、また、否定できないものと思われる。もっとも、そうであるとしても、このような事情は、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者がその「身分や意図を秘匿したまま行われる働き掛

け」一般に妥当するものであり、その意味で、かならずしも「おとり行為」に固有の「弊害」であるとはいえないということに注意する必要がある。

この点、かりに、「積極的な欺罔を要素とする手法を用いる」という意味で、「おとり行為」に固有の「弊害」が指摘されうるとすれば、それは、むしろ、「おとりの身分や意図を秘匿したまま行われる働き掛け」が、「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」<sup>(119)</sup>、あるいは、「警察力による過度の国民行動に対する監視」<sup>(120)</sup>となるおそれがあることに求められるように思われる。なぜなら、このような事情は、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が犯罪を実行するように、働き掛ける「おとり行為」に固有の問題であるとともに、その対象者が、実際に「働き掛け」に応ずると否とにかかわらず、「捜査の公正さに対する国民の信頼を動揺させる」ものと考えられるという意味で、「働き掛け」行為それ自体の問題でもあるからである。

(114) わが国における判例・学説の展開を紹介・分析するものとして、上田信太郎「おとり捜査」松尾浩也Ⅱ井上正仁編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、第三版、二〇〇二年)八四頁、最高裁平成一六年決定に関する内藤大海「判例研究」北大法学論集五六巻六号(二〇〇六年)二九三頁以下を参照。

(115) 瀧・前掲註(101)二三頁。

(116) 瀧・前掲註(101)一四頁。

(117) 三井・前掲書註(113)八九頁。

(118) 大澤・前掲書註(3)一八〇頁。

(119) 佐藤・前掲註(7)二七頁。

(120) 酒巻・前掲註(6)一〇六頁。

(121) 松尾浩也『刑事訴訟法上』(弘文堂、一九九九年)二二七頁以下。

(122) 佐藤・前掲註(7)二七頁。

(123) この点に関しては、麻薬及び向精神薬法取締法五八条およびあへん法四五条が、麻薬取締官等は、麻薬・あへん等に関する犯罪の捜査に当たり厚生労働大臣の許可を受けて麻薬・あへん等を譲り受けることができる旨の規定をおき、また、銃砲刀剣類所持取締法二七条の三が、警察官等は、けん銃等に関する犯罪の捜査に当たり公安委員会の許可を受けてけん銃等を譲り受けることができる旨の規定をおいていることとの関係が問題とされるが、一般に、これらは、「おとり捜査の根拠を創設的に定めた規定……ではなく……、おとり捜査の許容性を確認的に規定する……と同時に、一定の制約を定めた規定である（會田・前掲註(113)二三五頁以下）」とされる（木村・前掲註(62)三六頁、瀧・前掲註(10)一八頁、吉浦正明「おとり捜査の適法性について」研修六二三号(二〇〇〇年)二二八頁、和田雅樹「おとり捜査——檢察の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅰ』(悠々社、二〇〇二年)一七九頁以下、佐藤・前掲註(4)四五頁等)。なお、三井・前掲書註(113)九〇頁は、「麻回法五八条」について、「単なる確認規定ではなく……、譲り受け形態による麻薬取締官等のおとり捜査が許される場合があること、しかしそれは〔同〕規定の範囲に限ることを創設的に定めたものというべきである」とする。

(124) 佐藤・前掲註(7)二七頁。

(125) 「違法性の実質」の語を用いるものとして、大澤・前掲註(3)一七九頁、佐藤・前掲註(4)四二頁、多和田・前掲註(1)二〇四頁等がある。

(126) 三井・前掲註(113)八九頁。

(127) 佐藤・前掲註(7)二六頁以下。そのほか、酒巻・前掲註(6)一〇五頁、長沼Ⅱ上富・前掲註(7)八四頁、多和田・前掲註(1)二〇六頁、白取祐司『刑事訴訟法』(日本評論社、第五版、二〇〇八年)一一五頁等。

(128) 同様の問題関心は、「おとり捜査」について、「本来犯罪を防止すべき立場にある国家機関が、逆に犯罪を作り出すことになってしまふ」という弊害を指摘したうえで、その問題性を、「現行法下における捜査官の責務は、犯罪の防止と犯罪者の摘発であるにもかかわらず、「さもなくば無罪の者 (persons otherwise innocent) を犯罪に関与させること」に求め、「いわゆる犯意誘発型のおとり捜査は原則として許されないものと解さざるを得(なご)」とする見解(會田・前掲註(113)一三六頁)にも見ることができ。

(129) この点、三井・前掲書註(113)九一頁は、「事前の犯意がないものに対して犯意を誘発することは、意思の自由を奪うからというよりもむしろ人格的自律権を侵害するから違法となるのである」としていることに注意しなければならない。な

お、島田・前掲書註(38)二九三頁は、おとり捜査は、「直接強制力を用いないし、相手方の意思の自由を犯すことも、その権利を侵害することもないので、強制処分とはいえないが、一種の詐術によって犯人を『わな』にかけるものであり、とくに、国家が犯罪者を作成するものであるという点で、その適法性が問題とされねばならない(傍点引用者)」としていた。

(130) この点について、内藤・前掲註(114)三〇二頁は、①説は、「犯意のない対象者がおとりの働き掛けにより犯行に及ぶまでに行った意思決定に対する侵害の有無ではなく、そもそもそのような人物を単なる国家の客体として扱うこと」を問題とするものであり、「客観説からの批判はその対象がずれている」と指摘する。もっとも、佐藤・前掲註(4)四三頁は、②説について、「人格的自律権として、いかなる内容を想定しているのか、必ずしも明らかではない」とする。③説は、「無と対象者の人格的権利・利益とが、いかなる意味で関連するの、もまた明らかではない」とする。

(131) 三井・前掲書註(113)八九頁。

(132) この点、三井・前掲書註(113)八九頁は、「おとり捜査は、……第三者を『わな』にかける行為態様が問題とされ、事態によってはそれが憲法三二一条違反となる」とする。「憲法三二一条違反説」について、「一見すると捜査機関の行為の態様のみに着目しているようであるが、裏を返せば、国民は不適正な手続によって被疑者として取り扱われることのない憲法三二一条にもとづく人格的権利・利益を有し、それが侵害されると解することができる」と指摘していることに注意しなければならない。

(133) 同様の問題は、同論者による、「すでに発生した犯罪とは関係なく、「対象者」を『わな』にかけ、犯行に及んだところを現行犯逮捕するという方法は、いわば将来発生するであろう犯罪を見込んで行なわれる活動であり、現行法の容認するところではない」が、「覚せい剤所持のようなケースについては、過去の覚せい剤所持の嫌疑につき捜査を進めているものの、証拠固めが容易でないので、所持事犯摘発の一方法としておとり捜査の手段をとる」ことは許されるとの指摘(三井・前掲書註(113)八九頁)についても妥当するというべきであろう。なぜなら、ここでも、論者の問題関心は、実質的には、「おとり行為」それ自体の許容性ではなく、むしろ、捜査機関が、それによって「自らを作り出す犯罪」を「理由」としてその対象者を「現行犯逮捕」することの許容性にあると理解することができるように思われるからである。

(134) 大澤・前掲書註(3)一八〇頁。

(135) 田口守一『刑事訴訟法』(弘文堂、第四版補正版、二〇〇六年)四七頁。

(136) そのほか、前田雅英「おとり捜査とその違法性」研修六七七号(二〇〇四年)六頁以下も、「被疑者の『意思の自由』が失われるほどの事態はほとんどない」としながらも、『犯意』のない者に犯罪を実行させたり、『犯意』を強めるのは、人格的自律権を侵害するから違法だということもできよう」とする。

(137) 大澤・前掲書註(3)一八〇頁。

(138) 田口・前掲書註(135)四七頁。

(139) 佐藤・前掲註(4)四三頁以下。

(140) 酒巻・前掲註(6)一〇六頁。

(141) この点に関しては、「おとり捜査」は、「個人が秘密にしておきたい自己の犯罪的性向を欺罔行為により暴露させるという意味で、プライバシー侵害になる」との指摘もあるが(渡辺・前掲註(70)三二四頁)、これに対しては、「そのようなプライバシーまで憲法は保障していない」との批判がある(多和田・前掲註(1)一〇六頁)。

(142) 三井・前掲書註(113)八九頁。

(143) 佐藤・前掲註(7)二七頁。

(144) もっとも、酒巻・前掲註(6)一〇五頁は、「おとり捜査が一定の場合『強制的処分』にあたるから、許されないという議論をすることに、意味があるかどうかは疑わしい」とし、また、田口・前掲書註(135)四七頁は、「犯意誘発型のおとり捜査は、人格的自律権を侵害する」との前提に立ちつつ、「犯意誘発型のおとり捜査は、法律規定があっても許されないであろう」と指摘する。

(145) この点につき、池田修「いわゆるおとり捜査の適否」新聞雅夫ほか『増補 令状基本問題 上』(判例時報社、一九九六年)四六頁は、「犯人の自由意思を失わせるような態様のおとり捜査は考え難いから、この点をおとり捜査の適法性の判断要素とすると、違法なおとり捜査はまず考えられないということになりかねない」と指摘する。

(146) たとえば、大林・前掲註(62)一六頁は、「捜査機関またはその手足となる者が、その申入れを拒絶する犯人に対し執拗に犯行を迫り、その結果、困惑畏怖した犯人が自己の意思に反して犯行に及んだというような場合」には、「捜査担当者あるいはその補助者に対し、教唆罪、さらには強要罪、脅迫罪等の成否が検討され、また、犯人については期待可能性を欠くといえるかなどが判断されることにな(る)ので、一般的には刑法理論で対処し得るはずであり、違法なおとり捜査と

いうことで、あえて、犯人を無罪、公訴棄却、免訴とし、あるいは証拠の排除を行うべきであるという解釈をする必要はない」とする。そのほか、木村・前掲註(108)四〇頁、大泉・前掲註(62)二四頁、飛田・前掲書註(108)二二七頁、尾崎久仁子「覚せい剤取締法違反事件にかかるおとり捜査の適法性」法律のひろば五〇巻七号(一九九七年)七七頁以下等も参照。なお、この点に関する判例の扱いについては、前掲註(64)を参照。

(147) もっとも、これは、強制処分法定主義の趣旨それ自体の理解に関わる問題でもあり(この点に関する私見については、松田岳士「刑事訴訟法一九七条一項について」三井誠ほか編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 下巻』(成文堂、二〇〇七年)一四五頁以下を参照)、「おとり捜査」の手続的諸問題の「基本的な検討枠組のあり方」について考察を加えることを目的とする本稿においては、これ以上立ち入らないことにする。

(148) 佐藤・前掲註(7)二七頁。

(149) 池田・前掲註(145)四〇頁以下。

(150) 會田・前掲註(113)二三六頁、伊藤・前掲註(62)七二頁、尾崎・前掲註(146)七四頁、山上圭子「おとり捜査」平野龍一  
|| 松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅰ』(青林書院、一九九八年)七頁以下、安富潔「いわゆる『おとり捜査』について」捜査研究五七四号(一九九九年)六三頁、河原俊也「暴力団によるけん銃不法所持事件の控訴審判決」法律のひろば五三巻二  
号(一九九九年)五九頁、吉浦・前掲註(123)一一〇頁、和田・前掲註(123)一七九頁以下、河合健司「おとり捜査——裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅰ』(悠々社、二〇〇二年)一八九頁以下、酒卷・前掲註(6)一〇五頁以下、前  
田・前掲註(136)七頁以下、佐藤・前掲註(4)四二頁以下、石神千織「捜査手続におけるおとり捜査」警察学論集五八巻九号  
(二〇〇五年)一七〇頁以下、長沼||上富・前掲註(7)八二頁以下、多和田・前掲註(1)二二三頁以下等。

(151) 酒卷・前掲註(6)一〇五頁。

(152) 佐藤・前掲註(4)四二頁。

(153) 佐藤・前掲註(4)四二頁。

(154) 酒卷・前掲註(6)一〇六頁

(155) そのほか、②の点を「おとり捜査」の「弊害」として挙げる見解として、瀧・前掲註(100)二六五頁、三井・前掲書註  
(113)九〇頁、前田・前掲註(136)六頁、多和田・前掲註(1)二〇七頁等がある。なお、池田・前掲註(145)四一頁も、「おとり



捜査により、おとり自身の生命や身体を犠牲にするようなおそれや、第三者に危害の及ぶおそれがある場合には、捜査方法として一般的に考えても、相当性を欠くことが多いであろう」とする。

(156) 酒巻・前掲註(6)一〇七頁。また、前田・前掲註(15)六頁以下も、「おとり捜査の国民にとっての侵害性の、より直接的なものは、……犯罪行為を促進し、犯罪発生の危険性を高める点であろう」とする。

(157) 佐藤隆之「銃刀法違反事件においておとり捜査が適法とされた事例」現代刑事法二巻四号(二〇〇〇年)八八頁。佐藤・前掲註(4)四四頁も、「捜査の公正さの侵害」と、「刑事実体法によって保護される法益の侵害」とは、「別異の問題として把握するのが適当だ」とする。

(158) 長沼||上富・前掲註(7)八五頁。

(159) 大澤・前掲書註(3)一八〇頁。

(160) 後述のように、この問題は、「過去の犯罪に対する捜査の一方法として、おとり捜査を実施する場合」にもやはり妥当するものと考えられるから、「将来の犯罪の解明・訴追を目的とする」という意味での「将来の犯罪に対する捜査」に固有の問題であるというわけでもないというべきであろう。

(161) 酒巻・前掲註(6)一〇四頁。

(162) 佐藤・前掲註(4)四一頁。

(163) 酒巻・前掲註(6)一〇七頁。また、松尾・前掲書註(12)二二八頁は、「おとり捜査」は、「おとりを用いて相手を誘い寄せ、犯罪行為におとし入れるのであるから、公正さに欠けるといふ批判を免れない」ため、「一般論としては、……必ずしも適切な捜査方法ではない」が、「例外的にせよおとり捜査の手法を認める必要性は否定できない」とし、佐藤・前掲註(70)二八頁は、「おとり捜査」は、「国家による犯罪の作出」であり、「国家あるいは捜査機関に対する、公正な法の適用・処理についての国民の、信頼・期待に反するもの」であるから、「原則として……承認せられるべきものではない」が、一定の「条件を備えた場合に、辛うじて認められる余地がある」とする。

(164) なお、この点については、瀧・前掲註(10)二八頁、宇藤崇「演習」法学教室二八三号(二〇〇四年)一一八頁以下も参照。

(165) 酒巻・前掲註(6)一〇六頁。

(166) 酒巻・前掲註(6)一〇六頁。

(167) これに対して、多和田・前掲註(1)二〇七頁は、「おとり捜査の詐術的側面は、……法益侵害のじゃっ起に向けられた働き掛けの強度にかかわる要素として位置付けられ、法益侵害性という違法判断の中で考慮されるべきものであり、それ自体が独立して『捜査の公正』を侵害し、おとり捜査の違法性を基礎付けるものではない」とする。

(168) 佐藤・前掲註(4)四二頁以下。そのほか、松尾・前掲書註(121)二二八頁も、「おとり捜査」は、「おとりを用いて相手を誘い寄せ、犯罪行為におとし入れるのであるから、公正さに欠けるといふ批判を免れない」とし、三井・前掲書註(113)九〇頁も、「国家機関が一種のトリックをつかって事情を知らない第三者にわなをかける面」があり、「捜査方法として一般の抵抗感強」く、「捜査機関の活動の公正さに対する信頼を失わせる危険は小さくない」と指摘する。

(169) この点、多和田・前掲註(1)二〇七頁は、『捜査の公正』とは、結局のところ、人をだましてわなにかけるのはよくない、という素朴な道徳観念に行き着く」ものであり、また、「道義の問題としても、捜査手法として見た場合に、何が公正で、何を汚いとするかは、文化、社会、犯罪の性質、内容等とも関係し、相対的、主観的にならざるを得ず、基準としてあまりにも漠然としている」と指摘する。もっとも、この点について、佐藤・前掲註(4)四五頁は、「法益としてその内容が抽象的であることは、それを保護する必要がないことと同義ではない」から、「国家の矛盾した態度やトリックの利用が、捜査の公正さに対する国民の信頼を動揺させるとすれば、その点もまた、おとり捜査の弊害として位置づけられるべき」であるとす。

(170) 佐藤・前掲註(4)四四頁以下。

(171) この点については、論者自身、「国家が刑事実体法によって保護される法益侵害を生じさせることが、捜査の公正さの侵害といわれるものの内実であ……るとすれば、捜査の公正さの侵害を独立に問題とする必要はほとんど存在しないこととなる」と指摘している(佐藤・前掲註(4)四四頁)。

(172) 柳川重規「囲捜査の規律——事前規制の要件を中心に——」法学新報一〇三巻七号(一九九七年)五八頁。

(173) 瀧・前掲註(10)二六頁。