OUKA
Osaka University Knowledge Archive

Title	「おとり捜査」について（一）
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2008, 57(5), p. 19-41
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55182
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（一）

松田岳士

一　はじめに

(1)　「おとり捜査」とは、「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」とされる（最（一小）決平成一六年七月一二日刑集五八巻五号三三三頁）。

この「おとり捜査」という捜査手法をめぐっては、かねてより、①「おとり行為」を行った捜査官またはその依頼を受けた捜査協力者の刑事責任（いわゆる「アジャン・プロヴォカトゥール（agent provocateur）」の刑事責任）のほか、②「おとり行為」によって惹き起こされた犯罪の成否、そして、③その捜査手続としての適否もしくは当否、およびそれが違法または不当とされた場合の「法的帰結」の問題が論じられてきた。

(2)　このうち、①および②の問題について、最高裁判所は、すでに昭和二〇年代に、麻薬取締法違反事件に関して、「機会提供型」おとり捜査が行われたとの認定を前提として、「他人の誘惑により犯意を生じ又はこれを強化された者が犯罪を実行した場合に、わが刑事法上その誘惑者が場合によつては〔当時の〕麻薬取締法五三条のごとき

（阪大法学）57（5-19）673〔2008.1〕

規定の有無にかかわらず教唆犯又は従犯として責を負うことのあるのは格別、その他人である誘惑者が一私人でなく、捜査機関であるとの一事を以てその犯罪実行者の犯罪構成要件該当性又は責任性若しくは違法性を阻却し又は公訴提起の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のできないこと多言を要しない」と判示し（最（一小）決昭和二八年三月五日刑集七巻三号四二八頁）、さらに、「犯意誘発型」のおとり捜査が行われたとみられる事案について、同決定を引用しつつ、「いわゆる囮捜査は、これによって犯意を誘発された者の犯罪構成要件該当性、責任性若しくは違法性を阻却するものでないことは、既に、当裁判所の判例とするところである」と判示して（最（二小）判昭和二九年一一月五日刑集八巻一一号一七一五頁）、「犯人の可罰性の問題について終止符を打った」とされる(1)。

また、③の問題について、最高裁判所は、最近、「少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、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、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、刑訴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」と判示した（最（一小）決平成一六年七月一二日前掲）。同決定に関しては、「『少なくとも』という文言を付して……事案に即した判示をし」たものであり、また、「その背景にある価値判断、判断枠組までを具体的に示しているわけではない」ものの、「一定の犯罪類型について一定の要件の下での『任意捜査』としてのおとり捜査の許容性を肯定」することによって、「おとり捜査の法的根拠と訴訟法的観点からの適否について〔最高裁判所として〕初めての判断を示し、……潜在、巧妙化する薬物事犯に対する捜査方法としておとり捜査に積極的な評価を与えた」との解説がなされている(2)。

(3)　他方、学説においては、とくに、「おとり捜査」の手続法上の問題をめぐって、従来は、「アメリカ合衆国の

判例理論（『わなの理論』）に影響を受けつつ、おとり捜査を……〔あらかじめ犯意を有している者に働きかけて犯罪を実行させる〕『機会提供型』と、犯意を有していない者に働きかけて犯意を生じさせ犯行に至らせる『犯意誘発型』とに区別し、前者は許される場合があるものの、後者は許されないとする」、いわゆる「二分説」を前提として、「違法な犯意誘発型おとり捜査にいかなる法的効果をもって臨むかが議論の焦点とされてきた」[3]が、最近では、むしろ、「おとり捜査が違法とされる根拠、すなわち、おとり捜査の違法性の実質」についての理論的解明にその問題関心が移ってきているものとされる[4]。

ここでは、おとり捜査の手続的問題が、(a)その捜査行為としての許容性または適法・違法の判断の問題と、(b)それが「違法」と判断された場合の「法的効果」ないし「法的帰結」の問題に分類され、わが国の学説は、かつては、いわゆる「二分説」に典型的にみられるように、(a)の判断内容・基準をかならずしも十分に検討することなく、(b)の問題を扱ってきたとの反省のもとに、最近では、むしろ、(a)の「おとり捜査の違法性の実質」、すなわち、「おとり捜査がいかなる理由で違法となり得るか」[5]という問題に、その関心を移してきているとされるのである。

そして、この「おとり捜査の違法性の実質」となりうる事情としては、一般に、①相手方の「人格的自律権」、あるいは、「国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由」を侵害する可能性があること、②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おそれがあること、③捜査の公正さを侵害するおそれがあることという三つの事情が挙げられているが、最近では、①については、「強要・脅迫等により対象者の意思決定の自由そのものが侵害・制約されて否応なく犯行に追い込まれたという特殊な場合は別として、事前の犯意の有無を問わず、対象者が当該犯行に及ぶこと自体の意思決定について、特段の自律的決定の侵害を認めることは困難」であり、また、「対象者には、そもそも国家機関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

いわざるを得ない」としたうえで[6]、とくに、②ないし③の事情を、その「具体的状況の下における捜査手段としての相当性」の判断において消極的に考慮されるべき要素として指摘する見解が有力に主張されている[7]。その背景には、おとり捜査も、「捜査」の一環として行われる以上、その許容性ないし適法・違法は最（三小）決昭和五一年三月一六日刑集三〇巻二号一八七頁の示した枠組にしたがって判断されるべきであるとの基本的認識がある。

そして、この最近の有力説を採る論者のなかには、「二分説」について、「おとり捜査が捜査手段として疑問視される根拠を、本来犯罪を抑制すべき国家が新たに犯罪を惹き起こす点に求め」るものと理解したうえで、同説が、「おとりが『犯意（＝事前の犯罪的傾向、犯行の素地）』のない対象者に犯罪を実行させた場合、……そのおとり捜査を違法とする一方、もともと『犯意』を有する人に犯行の機会を提供した場合には、国家が犯罪を創り出したとはいえないから、これを適法とする」点について、「対象者の『犯意』の有無にかかわらず、おとり捜査は常に犯罪の創出を伴うことになる」以上、「それが違法の根拠とするところと、適法・違法の判断基準との間に齟齬がある」との批判[8]や、「『犯意』の有無という要因が、〔最決昭和五一年三月一六日前掲が示した任意捜査の適法性に関わる一般的な判断枠組の〕中で、どのように位置づけられるのか、明確であるとはいい難く、二分説が、この観点からの理論的な検証に、はたして十分耐え得るものか、疑問が残る」との批判[9]を向けるものもある。

(4)　しかしながら、「おとり捜査の違法性の実質」を志向する最近の学説による右のような「二分説」批判は、それ自体の妥当性に疑問があるだけでなく、かえって、同見解の理論的な射程の限界を浮き彫りにするものであるようにも思われる。なぜなら、同見解と「二分説」とでは、そもそも、「おとり捜査」の「問題の核心」についての理解それ自体に根本的な差異があり、しかも、両者は相互に排斥しあう関係には必ずしもないというべきであると考えられるからである。

この点、最近の有力説は、「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況」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」しようとする[10]。すなわち、この見解は、「おとり捜査」の問題性を、主として、「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、捜査機関等による「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に求めるのである。

これに対して、「二分説」は、元来、おとり捜査の主たる問題性を、「捜査機関が被疑者を『わな』にかけその犯意を誘発」することそれ自体というよりも、むしろ、「〔そう〕しておきながら、他方でこれを非難し処罰するという点（傍点引用者）」[11]に求めてきたのであり、同説が問題とする「機会提供型」と「犯意誘発型」の区別も、「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」ることそれ自体の許容性というよりも、むしろ、「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」し、訴追し、処罰することの許容性の判断基準として提示されたものであるように思われる。

「二分説」のこのような問題意識は、とりわけ、「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「免訴説」を採る論者において顕著であるように思われる。この点に関しては、「免訴説」の根拠が、「『おとり捜査』により国家が被告人の犯意を誘発した場合には、国家は『処罰適格』を欠くことになり、刑罰権を行使しえない」ことに求められており、また、同説を採用ないし支持する論者が、公訴棄却説に対して、「『公訴提起手続の違法』と個個の捜査手続の違法とをいかに結びつけるかという点に問題を残している」との批判を、また、違法収集証拠排除説に対して、「『おとり捜査』と直接関係なく収集された証拠で有罪とされる可能性が残る」との批判を向けていた[12]ことに注意しなければならない。なぜなら、このことからは、同見解においては、「機会提供型」と

「犯意誘発型」の区別が、「おとり行為」の「個個の捜査手続」としての許容性ないし適法・違法の判断というよりも、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」の是非の判断を念頭において論じられてきたということができるように思われるからである。

そして、この――国家が、「おとり行為」によって自ら創出ないし作出した犯罪を「理由」として、その「相手方」を「訴追」ないし「処罰」することが許されるか否かという――問題は、それ自体、捜査機関による「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・違法の問題とはいちおう別個に、「訴追」ないし「処罰」に妥当する法規範に照らして判断されるべきものであるように思われ、そうであるとすれば、「二分説」を採る論者の主たる問題関心が、「おとり行為」の「違法性の実質」にではなく、「犯意誘発型」のおとり捜査が行われた場合の「法的帰結」に向かったことには、むしろ、理論的な必然性があったというべきであろう(13)。

(5)　以上の指摘に理由があるとすれば、おとり捜査の手続的問題を考察するためには、捜査機関による「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・違法およびその法的帰結を検討するだけでは十分ではなく、それとは別個に、国家自身がおとり捜査によって創出ないし作出した具体的「犯罪」に、その創出ないし作出に関わる事情に照らして、その犯人――すなわち、おとり捜査の対象者――を訴追し、処罰する「理由」としての適格を認めることができるか否か、という観点からの検討も必要となるように思われる。

さらに、後者の点は、「訴追」ないし「処罰」に限らず、国家によって惹き起こされた具体的犯罪を「理由」として行われる刑事司法上の処分一般について問題となりうるものと考えられるから、たとえば、おとり捜査の対象者その他の者を「逮捕」をはじめとする捜査上の諸処分の対象とすること――あるいは、同人に、それに伴う権利・利益の侵害・制約を受忍させること――が許されるか否かについても、令状主義等、これらの処分を規制する

法規範に照らして検討されなければならないというべきであろう。

従来の「二分説」には、この二つの問題の差異を明確に意識することなく、「機会提供型」と「犯意誘発型」の区別基準や、「犯意誘発型」のおとり捜査がなされた場合の「法的帰結」を論じてきたところがあり、そのために、おとり捜査の刑事手続上の諸問題、とりわけ、捜査機関による「おとり行為」の許容性ないし適法・違法の判断基準をめぐる議論に混乱をもたらしたことは否定できない。しかし、他方で、最近の有力説のように、おとり捜査の刑事手続上の諸問題を検討するにあたって、「おとり捜査」の「違法性の実質」の理論的な意義を、「様々な議論の出発点となるはず」[14]のものとして過度に強調することは、この問題に関してこれまでに蓄積されてきた議論の正当な評価を妨げるおそれがあるのみならず、「おとり捜査」がもつ手続法上の問題性を、捜査機関による「おとり行為」の捜査行為または個別の「処分」としての許容性の問題に矮小化することになりかねないという意味において、疑問があるといわなければならない。

本稿においては、以上のような問題関心から、わが国において「おとり捜査」の手続的諸問題をめぐって現在までに展開されてきた議論を改めて検証しなおすとともに、その基本的な検討枠組のあり方について、考察を加えてみることにしたい。

（1）前掲の最高裁平成一六年決定に関する多和田隆史「判解」法曹時報五九巻七号（二〇〇七年）一九六頁。
（2）多和田・前掲註（1）一九五頁、二一九頁。
（3）大澤裕『演習 刑事訴訟法』（有斐閣、二〇〇五年）一七八頁。
（4）佐藤隆之「おとり捜査の適法性」法学教室二九六号（二〇〇五年）四二頁。
（5）多和田・前掲註（1）二〇四頁。

(6) 酒巻匡「おとり捜査」法学教室二六〇号（二〇〇二年）一〇五頁以下。佐藤・前掲註(4)四三頁以下も参照。

(7) 佐藤隆之「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、第七版、一九九八年）二六頁以下、酒巻・前掲註(6)一〇二頁以下、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）三頁以下、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、佐藤・前掲註(4)三七頁、長沼範良＝上冨敏伸「対話で学ぶ刑訴法判例――おとり捜査」法学教室三一八号（二〇〇七年）七七頁以下、多和田・前掲註(1)一八九頁以下等。

(8) 佐藤隆之「おとり捜査の適法性とその限界(一)」法学七〇巻六号（二〇〇六年）五頁以下。酒巻・前掲註(6)一〇五頁も参照。

(9) 佐藤・前掲註(4)四三頁。

(10) 酒巻・前掲註(6)一〇六頁。

(11) 鈴木茂嗣「おとり捜査」平野龍一編『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、新版、一九七一年）二七頁。

(12) 鈴木・前掲註(11)二七頁。

(13) そもそも、「二分説」においては、「おとり捜査」の語は、捜査機関の「捜査行為」ないし単一の「処分」としての「おとり行為」だけでなく、それによって惹き起こされた犯罪を理由として、「現行犯逮捕等により検挙する」ことまでをも含む、より一般的な、「捜査手法」を意味するものとして用いられてきたように思われる。

(14) 佐藤・前掲註(8)五頁。

二　従来の議論状況（その一）――「二分説」の生成と展開

(1) 「おとり捜査」という捜査手法は、わが国においても、すでに昭和二〇年代には、薬物事犯の取締りの必要性を背景に、占領軍の影響もあり、積極的に活用されていたとされる。(15)

そして、この問題への対応を求められた当時の下級審判例のなかには、おとり捜査が行われたことを認定した上

で、それによって惹き起こされた犯罪について、被告人を無罪としたものも存在した。昭和二六年に、いずれも麻薬取締法違反（不法所持）事件について言い渡された一連の横浜地裁の無罪判決（横浜地判昭和二六年六月一九日高刑集四巻一三号一九六四頁、横浜地判昭和二六年一〇月一一日高刑集五巻九号一五一九頁、横浜地判昭和二六年一〇月一七日刑集八巻一一号一七二二頁）がそれであるが、その理由は、主として、おとり捜査は、「国家は一方において誘惑にかかり易い人を導いて犯罪を実行させ堂々と犯人を製造しておきながら他方直ちにこれを逮捕して処罰するという非難を免れることができずかような矛盾極まる措置は官権偏重の専制警察国家において行われるものならば格別、主権在民の近代的文化国家においては到底これを容認することはできない」のであり、このような措置を正当と肯定し、被告人の行為を「刑罰を以て処罰」することは、「国政は国民の厳粛な信託による」とする憲法前文および個人の尊重を保障する憲法第一三条に抵触すること、そして、麻薬所持罪は、麻薬の不適正な使用が人の健康に有害な影響を与える「抽象的な危険が存在せず又は除去されているような場合には不法所持罪が成立しない」と解すべきであること[16]に求められた（横浜地判昭和二六年六月一九日前掲）。

もっとも、当時の裁判例の大多数は、同じく麻薬取締法違反（不法所持）事件について、おとり捜査が行われたことを認定ないし仮定しながら、それによって惹き起こされた犯罪について、被告人に刑事責任を問う可能性を認めていた。

その理由については、まず、おとり捜査によって惹き起こされた麻薬所持行為についての麻薬所持罪の成否という実体法上の問題に関しては、麻薬取締法の解釈の問題として、「麻薬取締法は麻薬の統制外の所持は、一般的に……いわゆる抽象的危険が附随することを前提として取締の対象としているものと解すべきであるから、本罪の成否を判断するに当つては右のような危険の有無を考慮に入れる必要は毫も存しない（東京高判昭和二六年一一月二

六日高刑集四巻一三号一九三三頁）[17]」、あるいは、麻薬の不法「所持が処罰されるには一般的流通状態におかれる危険が存在することを必要とするものとは認められない」が、「仮りに……麻薬の所持が処罰されるには一般的流通状態におかれる危険が存在することを必要とするものとしても」、当該事案においては、「検挙が遅れたら本件麻薬が一般的流通状態におかれる危険が多分にあつたことが窺はれる（東京高判昭和二六年九月二六日高刑集四巻一三号一八〇七頁）」としてこれを肯定するものや、おとり捜査の態様と関連づけて、仮におとりが被告人の「犯意を誘発したもの」であるとしても、「行為を犯すと否とは被告人等の全く自由な意思決定によつたものであるから他にその責任を転嫁すべき筋合でもなく特別の犯罪阻却事由のない限り被告人等はその責を免れることは出来ない」のであり、右「事情はたゞ情状としてその裁判に於て斟酌を受けるべき事柄に過ぎない（京都地判昭和二六年一〇月一日刑集七巻三号四九八頁）」とするものがあった[18]。

他方、おとり捜査の手続的問題に関しては、「警察職員が使つたトリック〔が〕単に警察職員たる身分を隠して麻薬を買受けたいと申出でただけである」場合には、「被告人等にもし売却する意思がないならば、自由にこれを拒絶して犯行を避けられるのであるから……警察職員の執つた手段を目して憲法第一三条に規定する自由権の保障に違反するものとは認められない（東京高判昭和二六年九月二六日前掲）」とするものや、「全然麻薬犯罪に関与する意思のなかつた被告人等が新たにその意思を生じて本件犯行を犯すに至つたものとは認められない」場合には、当該「犯行はいわゆる捜査官憲の陥穽により発生したものではないから、被告人等の本件犯行を罰することは憲法前文又は同法第一三条の趣旨に反するものでもなく又その犯罪性又は可罰性を欠くものと認むべき場合にも該当しない（東京高判昭和二七年三月一八日刑判特報二九号八七頁）」とするもの、また、「捜査機関の囮が全然犯意のない者を誘つて新に犯意を生ぜしめ犯罪を実行せしめた上、これを検挙し処罰したという場合には憲法第一一条第一三条違

反の問題を生ずる余地がある」が、「唯単に犯意を強めたに過ぎない本件にあっては右の憲法違反を以て論ずべき限りではない（大阪高判昭和二七年六月三〇日刑集七巻三号四二八頁[19]）」と指摘するものもあった。

さらに、「おとり捜査」の違法と、それによって惹き起こされた犯罪の成否ないし起訴の不法・無効の関係については、「麻薬を所持するに至った原因動機に捜査係官の慫慂行為が行わっており、右捜査係官の行為が不法であってもそのために本件被告人の行為の違法性乃至責任性を阻却すべき何等の理由をも発見することはできない。ただ所謂詐術陥穽が捜査の方法として適法であるかどうかということは問題である。……全然罪を犯す意思もなく又かつて同種の犯罪を犯したこともない者を執拗に詐術を用いて強いて罪を犯かさせてこれを検挙するというようなことは違法な捜査方法と認めるのを相当とすべきであろうが、しかし、捜査の端緒の不法と、起訴の不法若しくは無効とは区別すべきである。又、その詐術にかかって罪を犯した者の行為が犯罪を構成するかどうかということは全く別個の問題である（東京高判昭和二六年一二月一一日高刑集四巻一四号二〇七四頁[20]）」とするものがあった。

(2) 当時の学説においては、これらの裁判例は、「おとりにかかった者のおとりにかかった際行われた犯罪についての刑事責任いかん[1]」の問題について、これを否定する「消極説（無罪説）」と、これを肯定する「積極説（有罪説）」、そして、「囮の示唆がある以前に、既に犯行を決意していれば被告人は有罪であり、囮の示唆によって始めて犯行の決意をしたものであれば被告人は無罪と解」する「折衷説（有罪無罪二分説）」という三つの立場に分類されるのが一般的であったが[21]、このような分類に対しては、「積極説（有罪説）」に分類される裁判例も、その大多数は、「捜査機関によって『誘発』されたものでなく、たんに『機会』を与えられただけだから、合法、したがって有罪、といっているに止まる[22]」との指摘もあった[23]。

いずれにせよ、当時の下級審判例においては、アメリカ合衆国の連邦最高裁判所が採用するいわゆる「わなの理

論」の明示的・黙示的な影響も指摘され[24]、すでに、「二分説」的な発想が支配的となっていたことを確認することができる[25]。もっとも、そこでは、「犯意誘発型」と「機会提供型」の区別の意義――すなわち、この区別は、おとり捜査の許容性ないし適法・違法の判断基準として示されているのか、それとも、それによって惹き起こされた犯罪を理由とする処罰の是非を左右する事情として提示されているのか、そして、その前提として、「犯意誘発型」のおとり捜査にいかなる問題性が認められるか――については、共通の理解が形成されていたようには思われない。

(3)　このようななか、最高裁判所は、麻薬取締法違反（所持）事件について、原審の「被告人……は、囮……に初めて犯行を誘発せしめられたものであることはできない」との事実判断は肯認できるとしたうえで、「他人の誘惑により犯意を生じ又はこれを強化された者が犯罪を実行した場合に、わが刑事法上その誘惑者が場合によつては〔当時の〕麻薬取締法五三条のごとき規定の有無にかかわらず教唆犯又は従犯として責を負うことのあるのは格別、その他人である誘惑者が一私人でなく、捜査機関であるとの一事を以てその犯罪実行者の犯罪構成要件該当性又は責任性若しくは違法性を阻却し又は公訴提起の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のできないこと多言を要しない」と判示し（最決昭和二八年三月五日前掲[26]）、また、その後も、いずれも麻薬取締法違反事件に関して、おとり捜査が行われたとの認定ないし仮定のもとに、同決定によって示された基本的立場を確認した（最（二小）判昭和二九年八月二〇日刑集八巻八号一二三九頁、最（二小）決昭和二九年九月二四日裁判集九八号七三九頁、最判昭和二九年一一年五日前掲[27]、最（二小）判昭和三三年一〇年三日刑集一二巻一四号三二〇五頁、最（三小）判昭和三六年八年一日裁判集一三九号一頁[28]）。

この昭和二八年決定によって示された最高裁判例の立場は、当時、一般に、おとりにかけられた者の刑事責任を問うことを全面的に肯定する「積極説（有罪説）」に与するものと理解され、学説は、そのような理解を前提として、

これを基本的に支持するものと[29]、「他人の誘惑により犯意を生じ又はこれを強化された者が犯罪を実行した場合に、……その他人である誘惑者が一私人でなく、捜査機関であるとの一事を以てその犯罪実行者の犯罪構成要件該当性又は責任性若しくは違法性〔が〕阻却〔される〕……ものとすること〔は〕できない」とした点についてはこれに賛同しつつも、捜査機関の「誘惑により犯意を生じ」たか「これを強化された」かにかかわらず、「公訴提起の手続規定に違反し若しくは公訴権を消滅せしめる」場合を一律に否定したかにみえる判示をした点については[30]、これを不当とするもの[31]に分かれた。

(4)　当時の学説が、右のような意味で最高裁昭和二八年決定によって示された判例の立場を支持するか否かは、基本的には、当時、比較的詳細に紹介されていたアメリカ合衆国の連邦最高裁判所が採用するいわゆる「わなの理論」[32]が、わが国においても妥当しうると考えるか否かに依存していたということができる。

すなわち、判例を支持する立場は、アメリカの「わなの理論」は、「公の政策（public policy）」を「根本理由」とし、「国家と被告人を対立させ、国家の側に不法があったのだから被告人を無罪にする」という「均衡的正義観念によって構成されたものである」ものであって、「わが法にも妥当するとはおもはない」とし、おとり捜査の規制は、むしろ、「不法捜査を行政的に禁止するとともに、そのような不法捜査に関係した者の行政的、場合によっては刑事的な責任を追及すること」によってなされるべきであるとしていた[33]。そこには、「誘発者が教唆犯又は従犯となるかどうか」を問題としても、「誘発されて犯罪を犯した者の刑事責任」をとくに問題としてこなかった大陸法的な発想の影響を見ることもできよう[34]。

これに対して、最高裁判例に批判的な学説は、「わなの理論」がわが国においても基本的に妥当しうるという認識のもとで[35]、「囮捜査の当否は、……囮の示唆によって、被告人が、はじめて、犯罪を犯す決意をしたかどうかという

ことによって決まる」として、おとり捜査を「機会提供型」と「犯意誘発型」に区別し、「犯意誘発型」の場合には、国家は、おとりにかかった者の刑事責任を問うことができないとするのが一般的であった[36]。

もっとも、このいわゆる「二分説」を採る学説においても、「犯意誘発型」のおとり捜査がなされた場合に、当該犯罪行為の実行者の刑事責任を問うことができない理由については、これを、「実体法の問題」として捉え、当該行為の「犯罪構成要件該当性又は責任性若しくは違法性が阻却される」ことに求めるのは、「〔誘惑者が〕捜査機関であるということ〔は〕、犯罪実行者の行為の理論性に、何らかの効果を及ぼしたとは到底考えられない[37]」、あるいは、「犯人が自分の自由な意思決定により、犯行をなすに至ったものである以上、被告人の刑責という点では、教唆者が私人であろうが捜査機関であろうが、変りはないといわざるをえないし、その起因がわなにあるからといって、行為の違法性が阻却されるということも、考えられない[38]」ため、無理があるとし[39]、これを、「訴訟法の問題」として理解するのが一般的であった[40]。

(5)　もっとも、このように、「二分説」を採りつつ、おとりにかかった者の当該行為を理由とする処罰の是非を「訴訟法の問題」として理解する学説においても、とりわけ、「犯意誘発型」のおとり捜査が行われた場合の「法的帰結」をめぐっては、無罪説、公訴棄却説、免訴説、違法収集証拠排除説が対立するものとされていた。

このうち、無罪説は、「行為者の犯罪行為が、囮の不当な示唆に原因した場合は、犯罪は成立するが可罰性が阻却される。そして、その可罰性阻却の法律上の根拠は、刑事訴訟法一条、憲法一三条に則るものであり、従って、刑訴法三三六条の『被告事件が罪とならないとき、』に該当し、被告人に対しては、無罪の言渡をするのが妥当」であると主張したが[41]、この見解は、「犯罪が成立するとする以上、三三六条を適用するのは無理である[42]」ことから、多くの支持を得るには至らなかった[43]。

他方、公訴棄却説は、その代表的見解によれば、「犯意誘発型」のおとり捜査は、「個人の自由権を侵害するものであり、刑事訴訟法第一条に違反するから、当該事件に対する公訴の提起は違法である。若し、かような事件について、公訴の提起がなされた場合は、公訴提起の有効条件を具備しない起訴であり、その公訴提起は無効であるから、刑事訴訟法第三三八条第四号により、公訴棄却の判決をなすべきである」と主張した[44]。しかし、これに対しては、「捜査の端緒の違法が……起訴の適法性乃至有効性に影響を及ぼすかどうかということは……別個の問題」であり、「捜査手続が違法であるからといって起訴手続も当然に違法であるとはいえない。刑法上犯罪の成立があり、公訴提起の方式を具備しているかぎり、その起訴手続は適法である[45]」というべきではないか、との批判があった。

これに対して、免訴説は、「国家が自己の手で犯罪人をつくりながら、これを処罰するということは、民主主義憲法の精神に反するといわなければならない。それで、この場合には、刑訴三三七条の趣旨をくんで――同条に列挙されていないが――免訴の判決をするのが適当と思われる」とし[46]、あるいは、「誠実義務違反に基づく公訴は、単なる公訴提起の形式上の瑕疵に関するものではな」く、「また、捜査手続上の単なる個別的な行為の瑕疵にとどまるものではない」から、「『おとり捜査』によって誘発された公訴提起に対しては、免訴の判決が与えられるべきである」とする[47]。

すなわち、免訴説は、「『おとり捜査』は、捜査機関が被疑者を『わな』にかけその犯意を誘発しておきながら、他方でこれを非難し処罰するという点に問題があるのであり、それはいかなる形式で被告人を訴追するかという単なる手続の問題ではなく、国家が被告人を処罰しうるかどうかという、むしろ実体法的問題……である」から、「国家の明示の意思表示により未確定の刑罰権の消滅する場合」を定める「三三七条を類推して免訴説によるのが最も妥当である[48]」とするのであり[49]、ここでは、「『おとり』によって犯意を誘発された」との事情は、論者によっては、

第一次的には、おとり捜査の「違法」を根拠づけるものと考えられていたとしても[50]、実質的には、むしろ、その「『わな』にかかった者」に対する国家の処罰適格ないし処罰の相当性を直接に損なわせる側面が強調され、そのため、公訴棄却説に対する右のような批判を免れるものと考えられていたのである。

もっとも、この点、公訴棄却説を採る見解にも、「最初捜査機関のトリックによって憲法一三条の権利の侵害を受けた個人が、更に公共の福祉の名に於て訴追され憲法一三条の権利の制限を受けるということになれば、その個人は終始憲法一三条の保護を受け得ないという不当な結果をもたらすことになる」ことにくわえ、「或特定の犯罪を行為者及び行為の過程と結び付けてこれを放置することが公共の福祉に反するばあいに始めて訴追が許されるわけであり、本来善良であり平穏な生活を送り得た筈であるのに拘らず捜査機関のトリックによって犯罪者となった様な個人を放置しても公共の福祉に反するとは通常考えられない……のであって、結局かような訴追は妥当でない」ことを理由として、「かようならばあいには公訴提起の手続が無効として刑事訴訟法第三三八条第四号に従い公訴棄却をすべきではないか」として、「訴追」それ自体の相当性を問題とするもの[51]もあったことに注意しなければならない。

最後に、当時の違法収集証拠排除説には、おとり行為自体が犯罪を構成する可能性を認めた上で、「裁判官は、捜査の不法または不当が許すことの出来ないものであり、それによって得た証拠に基づいて被告人を処罰することが正義に反するものと認めるならば、断固としてこれを排斥すべきである」[52]とする見解や、「いかに狡猾な犯罪に対処するためとはいえ、国家が一種の詐術を用いて国民を罠にかけることは、国家じしんが犯罪者と同じ程度に堕落したことを意味する。これは、適正手続の要請にほど遠い」[53]との問題意識から、犯意誘発型のおとり捜査は、「憲法の予想する公権力の発動の枠を超えたものであり、このような方法によって得られた証拠は、違法収集の証拠の一種

として証拠能力を否定すべきもの[54]」とする見解があった[55]。しかし、これに対しては、「『おとり捜査』と直接関係なく収集された証拠で有罪とされる可能性が残る[56]」との批判があった。

(6)　こうして、二分説的な発想を前提として、「犯意誘発型」のおとり捜査がなされた場合の「法的効果」をめぐって展開された当時の議論においては、刑事手続上、「かかる事態にどう対処するか」という形式的・技術的な問題[57]に対して、無罪、公訴棄却、免訴、違法収集証拠排除という四つの解決方法が提示されると同時に、これらの具体的な「法的効果」を導く「実質的根拠」に関しても、様々な説明が試みられた。

しかし、このような諸説の対立にもかかわらず、当時の学説にあっては、論者の間で、「犯意誘発型」のおとり捜査がなされた場合には、国家は、そのようにして自ら創出した犯罪を理由として被告人を「訴追」ないし「処罰」することができないとの「結論」が予め共有されていたことに気をつけなければならない。すなわち、ここでは、「機会提供型」と「犯意誘発型」の区別は、形式的には、捜査機関による「おとり捜査」の捜査手続としての許容性ないし適法・違法の判断基準として提示されていたとしても、実質的には、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」の是非を問題とするものであったということができる。

もっとも、「二分説」においては、その生成期においてすでに、この二つの――それぞれ異なる法規範に照らして判断されるべきものであるがゆえに――本質的に異なる法的関心に属する問題が明確に区別されることなく、むしろ、同一問題の二つの側面を構成するものとして扱われていた点にあいまいさを残しており、このことが、その後の同説の展開に少なからぬ混乱をもたらしたことは否定できないように思われる。

(15)　当時、とりわけ麻薬犯罪の捜査に「おとり捜査」の手法が用いられるようになった経緯そしてその運用状況について

は、道田信一郎『わなと裁判』（中公新書、一九八三年）一五一頁以下を参照。なお、本田正義「おとり捜査問答」法律のひろば五巻一号（一九五二年）二五頁は、「戦時中中国に行っていた日本の憲兵も、麻薬犯罪を捜査するときには、密偵を使ったり『おとり』を使ったりしていた」旨、また、高田卓爾「おとり捜査」団藤重光編『法律学演習講座刑事訴訟法』（青林書院、一九五八年）三〇頁も、「わが国でもかような方法がとられたことは従来絶無ではなかったと思われるが、問題となったのは、戦後とくに麻薬犯罪の捜査についてである」旨指摘する。

(16)　この点、東京高判昭和二七年七月二九日高刑集五巻九号一五〇二頁（横浜地判昭和二六年一〇月一七日前掲の控訴審判決）は、被告人は、「普通の麻薬所持犯行の場合と異らざる意思はあつたにしても、現実に為すところは所持犯の場合に予想される危険性を生来的に欠いており、単に検挙網中において一名より麻薬を受取つて他の一名に伝達する機械的動作を為し、ひたすら捜査官の期待する検挙を受けるための軌道を邁進する役割を演じたに過ぎない」以上、「麻薬所持の犯行に疑似する形骸はあるが、犯罪行為としての核心たる反社会的危険性が存在しない」から、その「所為は罪とならない」とする。

(17)　横浜地判昭和二六年六月一九日前掲の控訴審判決である。

(18)　そのほか、東京高判昭和二七年七月三一日刑判特報三四号一三九頁は、銃砲所持取締令違反（拳銃不法所持）事件に関して、「被告人が逮捕の当時現実に所持していたと認められる本件拳銃はおとり捜査が所期の通り奏功すれば捜査官の手中に帰すべきものであつたろうが、おとり捜査は必ずしも奏功するとはきまつているわけではないから被告人の拳銃は勿論危険性のあるものであり、之を何らの危険性なき所持であり銃砲所持取締令第二条の所持と認むべきでないという議論〔は〕採用に値しない」とする。

(19)　原判決（京都地判昭和二六年一〇月一日前掲）も、「その犯行の誘因が所謂囮によつたものでありその囮行為は適法でないといつてもそのことのために本来違法であるべき被告人等の行為が適法になつたり放任されたりする理由〔は〕ない」としていた。

(20)　横浜地裁昭和二六年七月一七日前掲の控訴審判決である。

(21)　田中政義「囮捜査に関する諸問題――判例を中心として――」法学新報五九巻三号（一九五二年）九頁以下、萩原玉味「囮捜査について――判例を中心として――」大阪市立大学法学雑誌六巻四号（一九六〇年）一四七頁以下、鈴木茂嗣「お

とり捜査」平野龍一編『刑事訴訟法判例百選』（有斐閣、初版、一九六五年）一九頁等。もっとも、各裁判例を、とりわけ、「積極説（有罪説）」と「折衷説（有罪無罪二分説）」のいずれに分類するかについては、論者によって意見の違いが見られた。

(22) 田宮裕『総合判例研究叢書(16)』（有斐閣、一九六五年）五〇頁。この点、佐藤・前掲註(8)一〇頁も、当時の判例には、「当該被告人を無罪とするもの」と「場合によってはそれが違法となる余地を認めつつ、結論において当該おとり捜査は適法だとするもの」が見られたと指摘する。

(23) 当時の学説による判例の分類には、おとり捜査の許容性ないし適法・違法の問題とそれによって惹き起こされた犯罪を理由とする訴追・処罰の許容性の問題の混同が見られた。たとえば、田中・前掲註(21)九頁以下は、「消極説」を、「官憲のトリックによって犯された行為は、これを有罪として処罰することは妥当でないとする説」とする一方で、「積極説」を、「囮捜査は、全面的に適法であるという説」と定義している。

(24) 奥村正策「いわゆる囮捜査はこれによって犯意を誘発された者の犯罪の成否および訴訟手続に影響するか」神戸法学雑誌三巻二号（一九五三年）四二七頁。この点、横浜地判昭和二六年六月一九日前掲は、「米法にいわゆる陥穽の抗弁」に明示的に言及している。

(25) 「無罪説」に分類される横浜地判昭和二六年一〇月一一日前掲も、「かような捜査の方法により新たに犯罪と認められる行為を誘発した場合これを処罰することは憲法前文並びに第一三条に牴触するが故に、結局かような行為は罪とならないものと解すべき」であるとしていた。

(26) 京都地判昭和二六年一〇月一日前掲、大阪高判昭和二七年六月三〇日前掲の上告審決定である。

(27) 横浜地判昭和二六年一〇月一一日前掲、東京高判昭和二七年七月二九日前掲の上告審判決である。

(28) 昭和二〇年代から三〇年代にかけてのおとり捜査に関係する最高裁判例に関しては、三好幹夫「判例にみるおとり捜査について」原田國男ほか編『刑事裁判の理論と実務――中山善房判事退官記念』（成文堂、一九九八年）六五頁以下も参照。

(29) 小野清一郎「オトリ捜査とワナの理論および誘発者の理論」警察研究二五巻一一号（一九五四年）四四頁以下、中義勝「所謂囮捜査により犯意を誘発された者の犯罪の成否」関西大学法学論集五巻三号（一九五五年）五九頁以下。

(30) 後述のように、最高裁昭和二八年決定の「犯意誘発型」に関する説示部分については、その後、これを「傍論」と解する可能性が指摘されるようになったが、当時の学説は、この点に判例性が認められることを前提として、同決定の当否を議論していた。たとえば、奥村・前掲註(24)四三三頁は、「本件決定が具体的事案の解決としての当否はともかく、その決定理由に於て従来犯意があったかなかったかを区別することなく一律に公訴提起の手続規定に違反しないと判示した点に疑問をもつ」とする。

(31) 田中政義「囮捜査に関する最高裁判所の見解」ジュリスト三七号（一九五三年）五頁以下、奥村・前掲註(24)四二六頁以下をはじめとして、後述のように、当時、「二分説」的な発想を前提として「犯意誘発型」のおとり捜査が行われた場合の「法的帰結」を論じていた学説のほとんどが、判例の立場に批判的であった。なお、当時の議論状況一般を概説するものとして、横井大三「おとり捜査を解剖する――合憲と認めた最高裁判所判決から――」時の法令九七号（一九五三年）三〇頁以下を参照。

(32) 一九五〇年代から六〇年代にかけての文献で、アメリカ合衆国の「わなの理論」を紹介するものとしては、団藤重光「わな（エントラップメント）の理論」刑法雑誌二巻三号（一九五一年）二六頁、田中政義「罠の理論の展望(一)(二・完)」法曹時報五巻三号（一九五三年）二〇頁、同五巻四号（一九五三年）一六頁等がある。

(33) 小野・前掲註(29)四四頁以下。また、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、一九五八年）八六頁も、「教唆者も処罰すれば、違法なおとり捜査を抑えることができるから、立法論としてはとにかく、解釈論としては、被告人の〔わなの〕抗弁を認める必要はないであろう」とする。なお、下村康正「菅生事件とおとり捜査」ジュリスト二一八号（一九六一年）三四頁も、「違法な教唆者を処罰するという方法で、行き過ぎるオトリ捜査に控制を加えてゆくのが現実的な解決方法である」としつつも、「オトリ捜査〔は〕決してすすめらるべき好ましい方法でない」から、「犯罪学的・刑事政策的な立場から、特殊な職業犯・常習犯についてのみオトリ捜査を認めようとの考えも成立」し、「この意味で、オトリ捜査をすべて合法とするかの如き、最高裁判所の判例には、疑問の余地がある」とする。

(34) 小野・前掲註(29)四五頁。

(35) 当時のわが国の文献において、アメリカ合衆国連邦裁判所が採用する「わなの理論」に言及するときに主として念頭におかれていたのは、一九三二年の「ソレルス事件」判決であった。もっとも、わが国においては、「制定法の解釈は単に

文理解釈によるのみでなく健全なパブリックポリシィに基づいて解釈されるべきで従って『わな』の場合は当該刑罰放棄を適用しないという但書が制定法自体に黙示的に内在しているのだと解釈して無罪と〔する〕（奥村・前掲註(24)四二七頁）」同判決の「法廷意見」よりも、むしろ、「実体法的には有罪であるが、裁判所はその不当な手続による公訴を棄却すべきである（小野・前掲註(29)四六頁以下参照）」とする「ロバーツ少数意見」のほうが、受け入れやすいものと考えられていたといってよい（後掲註(39)参照）。

(36) この点に関して、最高裁昭和二八年決定に関する調査官の解説は、同決定について、「捜査機関の誘惑によって犯意を生じ犯罪を実行した場合でも犯罪を構成しないとする何等の理論的根拠はないとする激しいものであって、英米法の見解を知り理論の柔軟性を信じた者にとっては期待外れの感があったであろう」と指摘していた（判例タイムズ三〇号（一九五三年）四三頁）。

(37) 田中・前掲註(31)七頁。

(38) 島田仁郎「英国におけるおとり捜査について」司法研修所論集五六号（一九七五年）六四頁。

(39) 当時の学説のなかには、「アメリカの多数の考え方」にならい、「国家は、一定の犯罪の発生を抑制するために刑事法の各条項を設定したのであるから、自ら犯罪を創造した場合は、『犯罪』の概念に当たらないと考えることも不可能ではない。……とくに重大な犯罪（人身犯罪）でないかぎり、おとりにかかった犯人への社会の反情も強くないから、実質的違法性を欠くともいいえよう。こうして、無罪にすることも、決して突飛な理論ではない」とするものもあったが（田宮・前掲書(22)六〇頁）、この点に関しては、むしろ、「刑罰法規に『わな』の場合は不適用という但書が常に内在しているとする見解〔は〕実定法の解釈としては余りに牽強付会であり事実上司法による立法の修正と考えられ、……妥当なものとは考えられない。米法の理論をそのままわが刑事実体法の解釈に採り入れることは、まず不可能と考えるよりほかない」との認識のほうが（奥村・前掲註(24)四二八頁）、一般的であった。

(40) 「犯意誘発型」のおとり捜査によって惹き起こされた行為についての犯罪の成否の問題を詳細に検討する当時の文献として、江家義男「囮捜査をめぐる諸問題」時の法令二四九号（一九五七年）二六頁、青柳文雄「麻薬犯罪と囮捜査」警察学論集一六巻七号（一九六三年）五四頁を参照。

(41) 田中・前掲註(21)二〇頁以下。

(42) 鈴木・前掲註(21)一九頁。また、島田・前掲註(38)六四頁以下も参照。

(43) 論者自身、その後、公訴棄却説に意見を変えている（田中政義「囮捜査と刑事責任」自由と正義八巻七号（一九五七年）二頁）。

(44) 田中・前掲註(43)二頁（なお、同・前掲註(31)七頁も参照）。

(45) 中・前掲註(29)六七頁、江家・前掲註(40)二六頁。

(46) 江家義男・前掲註(40)二六頁。

(47) 鴨良弼『刑事訴訟における技術と倫理』（日本評論社、一九六四年）七三頁。

(48) 鈴木・前掲註(11)二七頁。

(49) そのほか、免訴説を採用ないし支持するものとして、青柳・前掲註(40)五四頁以下、同『刑事訴訟法通論 上巻』（立花書房、五訂、一九六二年）二九七頁、中武靖夫「おとり捜査」『憲法判例百選』（有斐閣、一九六三年）一三三頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要』（創文社、七訂版、一九六七年）一五九頁、石川才顕「おとり捜査」『憲法判例百選』（有斐閣、第二版、一九六八年）一二七頁等がある。また、毛利与一「囮捜査」自由と正義八巻七号（一九五七年）一〇頁も、「免訴説は裁判所の潔癖性について徹底した考え方の上に立っているようである」とし、「その考え方には荘厳、襟を正さしめるものがあると思う」とする。

(50) この点、たとえば、鈴木茂嗣「公訴権行使の限界」熊谷弘ほか編『公判法大系Ⅰ』（日本評論社、一九七四年）七四頁以下は、犯意誘発型の「おとり捜査」の場合の手続打切を、「違法捜査に基づく起訴」の問題として扱っている。

(51) 奥村・前掲註(24)四三二頁。論者は、「囮捜査行為の違憲性と、その結果なされた犯罪を訴追することの違憲性を段階的に」検討しており、そこでは、「囮捜査行為」の捜査行為としての許容性の問題と「訴追」の許容性の問題が明確に区別されている。

(52) 大竹武七郎「不法な捜査と証拠の採否――菅生事件に関連して――」自由と正義八巻七号（一九五七頁）六頁以下。

(53) 高田卓爾『刑事訴訟法』（青林書院新社、二訂版、一九八四年）三四〇頁。この点につき、論者は、横浜地判昭和二六年六月一九日について、「ある下級審判決は『国政は、国民の厳粛な信託によるもの』とする憲法前文および憲法一三条の趣旨からいっておとり捜査は許されない、としたが、これも要するに適正手続違反を理由とするものと解してよい」とす

る。

(54) 高田・前掲書註(53)三四〇頁。

(55) そのほか、「犯意誘発型」のおとり捜査に関して、「証拠の面で何らかの制限を与える」可能性を示唆するものとして、萩原・前掲註(21)一五九頁参照。

(56) 鈴木・前掲註(11)二七頁。

(57) この点、たとえば、免訴説を採る青柳・前掲書註(49)二九七頁は、その理由について、「国家機関は犯罪を防止すべきであって、これを誘発すべきものではない。従って自らまたはその機関を通じて犯罪を誘発し、これを起訴するのは、単に犯行の機会を与えて犯人を起訴した場合と異なって clean hands の原則に反する」としたうえで、「その意味では法三三八条四号の公訴棄却でもよいわけであるが、再訴禁止の効力を認めるのが相当であるから免訴によって処理」すべきであると説明していた（なお、同・前掲註(39)五四頁以下も参照）。