



Title	刑事判例研究
Author(s)	内藤, 大海
Citation	北大法学論集, 56(6), 293-317
Issue Date	2006-03-27
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/8615
Type	bulletin (article)
Note	判例研究
File Information	56(6)_293-317.pdf



[Instructions for use](#)

刑事判例研究

内藤 大海

直接の被害者がいない薬物事犯等の捜査において、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てい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とされた事例

最高裁第一小法廷平成一六年七月一二日決定（平成一五年（あ）第一八一五号 大麻取締法違反、出入国管理及び難民認定法違反被告事件）
刑集五八卷五号三三三頁

【事実の概要】

本決定において最高裁が前提とした事実は以下のとおりである。

(1) 被告人は、我が国であへんの営利目的輸入や大麻の営利目的所持等の罪により懲役六年等に処せられた前科のあるイラン・イスラム共和国人で、上記刑につき大阪刑務所で服役後、退去強制手続によりイランに帰国し、平成十一年二月三〇日偽造パスポートを用いて我が国に不法入国した。

(2) 上記捜査協力者(以下、本評釈では単に「捜査協力者」という。)は、大阪刑務所で服役中に被告人と知り合った者であるが、自分の弟が被告人の依頼に基づき大麻樹脂を運搬したことによりタイ国内で検挙されて服役するところとなったことから、被告人に恨みを抱くようになり、平成十一年中に二回にわたり、近畿地区麻薬取締官事務所に対し、被告人が日本に薬物を持ち込んだ際は逮捕するよう求めた。

(3) 被告人は、平成十二年二月二六日ころ、捜査協力者に対し、大麻樹脂の買手を紹介してくれるよう電話で依頼したところ、捜査協力者は、大阪であれば紹介できると答えた。被告人の上記電話があるまで、捜査協力者から被告人に対し

ては、大麻樹脂の取引に関する働き掛けはなかった。捜査協力者は、同月二八日、近畿地区麻薬取締官事務所に対し、上記電話の内容を連絡した。同事務所では、捜査協力者の情報によっても、被告人の住居や立ち回り先、大麻樹脂の隠匿場所等を把握することができず、他の捜査手法によって証拠を収集し、被告人を検挙することが困難であったことから、おとり捜査を行うことを決めた。同月二九日、同事務所の麻薬取締官と捜査協力者とで打合せを行い、翌三月一日に新大阪駅付近のホテルで捜査協力者が被告人に対し麻薬取締官を買手として紹介することを決め、同ホテルの一室を予約し、捜査協力者から被告人に対し同ホテルに来て買手に会うよう連絡した。

(4) 同年三月一日、麻薬取締官は、上記ホテルの一室で捜査協力者から紹介された被告人に対し、何が売買できるかを尋ねたところ、被告人は、今日は持参していないが、東京にあれば大麻樹脂を売ることができると答えた。麻薬取締官は、自分が東京に出向くことは断り、被告人の方で大阪に持って来れば大麻樹脂二kgを買い受けたい意向を示した。そこで、被告人がいったん東京に戻って翌日に大麻樹脂を上記室内に持参し、改めて取引を行うことになった。その際、麻薬取締

官は、東京・大阪間の交通費の負担を申し出たが、被告人は、ビジネスであるから自分の負担で東京から持参すると答えた。

(5) 同月二日、被告人は、東京から大麻樹脂約二kgを運び役に持たせて上記室内にこれ運び入れたところ、あらかじめ搜索差押許可状の発付を受けていた麻薬取締官の搜索を受け、現行犯逮捕された。

【決定要旨】(上告棄却)

本決定が上告棄却にあたり、本件おとり捜査の適法性を認定するにあたって述べた見解は、以下のとおりである。

以上の事実関係によれば、本件において、いわゆるおとり捜査の手法が採られたことが明らかである。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が、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。

これを本件についてみると、上記のとおり、麻薬取締官において、捜査協力者からの情報によっても、被告人の住居や大麻樹脂の隠匿場所等を把握することができず、他の捜査手法によって証拠を収集し、被告人を検挙することが困難な状況にあり、一方、被告人は既に大麻樹脂の有償譲渡を企図して買手を求めていたのであるから、麻薬取締官が、取引の場を準備し、被告人に対し大麻樹脂二kgを買受ける意向を示し、被告人が取引の場到大麻樹脂を持参するよう仕向けたとしても、おとり捜査として適法というべきである。したがって、本件の捜査を通じて収集された大麻樹脂を始めとする各証拠の証拠能力を肯定した原判断は、正当として是認できる。よって、刑訴法四一四条、三八六条一項三号、一八一条一項ただし書、刑法二二条により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。

【検討】

一・問題の所在

おとり捜査とは、捜査官、あるいはその協力者が、身分を秘

して第三者に働きかけ、その犯意を誘発しもしくは強化させ、その者が犯行に及んだところを檢舉する捜査方法であると、一般に解されている。⁽¹⁾ これまでのおとり捜査の議論の中心は、その違法性判断を対象とするものがほとんどだったといえよう。リーディング・ケースといわれる最高裁判昭和二八年三月五日決定にみられるように、以前はおとり捜査そのものが違法か適法かという議論もみられたが、昭和三〇年代以降の議論は、おとり捜査の中に違法な領域、適法な領域の二つが存在することを前提とし、この両領域の間いかに適正かつ明確な線引きを行うかを目指したものであった。本決定も、おとり捜査に違法な部分と適法な部分が存在することを前提に、おとり捜査の違法性判断を行っているものと解される。具体的には、「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ている者を対象におとり捜査を行うこと」(丸数字は引用者)という要件が満たされていれば、適法なおとり捜査といえるとしている。最高裁で、おとり捜査の違法性判断に正面から取り組み判断基準を示したものはほとんどなく、⁽³⁾ その意味で本決定は注目に値する。以下、本決定の示した上記①～③の要件が、おとり捜査の違法

性判断において適切か否かということを中心に検討する。

二・従来の判例・学説

本決定は、最高裁がおとり捜査の違法性判断を正面から取り上げた判例として注目を浴びている。従前の判例との関係で本決定がどのような関係を有し、今後どのように展開していくのかを占うため、まず、従前の判例および学説における違法性の判断基準を示しておくことにする。

1. 昭和二〇年代の判例の見解

これまで、おとり捜査について違法であるという判断を下した裁判例は、概観したところ二件のみである。すなわち、横浜地裁昭和二六年六月一九日判決および同昭和二六年七月一七日判決⁽⁴⁾である。いずれの判決も同一の裁判所⁽⁵⁾でほとんど同じ時期になされたものであるためか、判旨はほぼ同一の内容になっている。すなわち、まず手続法上の問題点を指摘し、さらに実体法上の視点を加えて結論を導くのである。具体的内容は概ね以下のようなものである。

まず、手続法上の問題としては、「犯罪の予防及び鎮圧を職責とする警察職員が(警察法第一条第二条、警察官等職務執行

法第一条) 一面において犯罪捜査の必要があるからと云つて他面新たな犯罪の実行を誘発するような陥穽を設けることが看過せられることになるがこれによいのかという点⁽⁶⁾を指摘する。

そして、国家が一方において犯罪を實行させ犯人を製造しておきながら、他方でこれを逮捕して処罰するという矛盾極まる措置は、到底これを容認することはできないとする。さらに、憲法一三条の個人の尊厳を引き合いに出し、おとり捜査は、対象者を「個人として尊重せず、同人の自由及び幸福追求に対する権利を国政の上で軽んじるものとする外はない」、として当該おとり捜査を違法と判断する。

また、実体法上は、麻薬の不法所持は抽象的な危険性の段階を取締の対象とするものであるが、当事案においてはそのような抽象的危険は存在しないため、無罪とする。すなわち、国家が管理した擬製の麻薬取引において被告人が入手して持参する麻薬には「抽象的な危険は客観的には取り除かれているものとすべき⁽⁸⁾」であり、被告人の所為は罪とならない、という。

なお、両判決の理由中、アメリカ法におけるわなの理論に触れた部分がある。しかし、そこでは、「我国ではこの法理の研究は十分なされておらず「中略」直ちに我国に適用し難いと思われるけれどもその基本となる民主主義的な考方において上記

「当判決の内容」と共通するものがある⁽⁹⁾(括弧内は引用者)と述べるにとどまり、わなの理論を採用するまでには至っていない。

その後、かつてリーディング・ケースとされた最高裁昭和二八年三月五日決定では、「おとり」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實行した場合……その「おとり」が場合によっては……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「おとり」が一人ではなく、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續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のでできないこと他言を要しない⁽¹⁰⁾(括弧内は引用者)、という判断が下されている。先の横浜地裁の判断とは異なり、おとり捜査を全面的に積極に解する見解が示されたことになった。本決定においては、いわゆる主観説においても違法とされる犯意誘発型のおとり捜査も適法とされている。さらに、最高裁昭和二九年一月五日判決においても、おとり捜査によって故意を誘発された者の構成要件該当性、責任性および違法性に問題はないとして適法であるという判断が示されている⁽¹¹⁾。

なお、最高裁昭和二九年八月二〇日判決は、機会提供型のお

とり捜査について、「誘発的行為前にすでに犯行の決意をもつていたものであつて、「おとり」の行為は単に同被告人に犯行の機会を与えたにすぎない」(括弧内は引用者)という見解を示している。先に挙げた昭和二十九年一月五日判決と時期は前後するが、おとり捜査に適法な領域と違法な領域があることを示しており、主観説的な判断基準が示されている。⁽¹³⁾

2. 主観説

以上、戦後間もない頃のおとり捜査に関する判例の立場を紹介したが、おとり捜査を全体として違法あるいは適法とする判断は、今後、アメリカ法のわなの理論の影響を受け減少していくこととなる。全体としては、判例・学説ともに主観的判定要素を軸とした主観説の採用へと流れていくことになる。

いわゆる主観説は、おとり捜査を犯意誘発型と機会提供型という二つの類型に分け、前者ならば違法、後者は適法として処理するものである。この理論は、おとり捜査の違法・適法の基準を行為者の主観面に求めるため、二分説ともいわれる。判例では、このような主観説を用いた判断は、既に昭和二〇年代後半にはみられるようになっていた。たとえば、東京高裁昭和二十六年一月二六日判決⁽¹⁴⁾は、おとりによる捜査において捜査官憲

のとつた言動が犯人の故意および実行行為そのものに関する意思決定を左右するに至らず、単に既に犯罪の企図を有する犯人にその実行の機会を与えたに過ぎない場合は、その捜査手続は、憲法の精神に違反せずまた犯人の罪責に何らの影響を及ぼさない、と判示している。⁽¹⁵⁾ 今回の最高裁判成一九六七年七月二日判決は、「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われている者」を対象とすることを、適法なおとり捜査であるための要件に挙げており、主観説の流れをくむものであることがわかれる。学説においても、比較的最近に至るまで主観説を中心に議論が展開されてきており、概ね判例と似たような発展を遂げたと考えられる。しかしながら、最近では、主観説とは異なり、おとり捜査の客観面からも違法性判断を導こうとするものが見受けられるようになってきた。以下、そのような見解について紹介する。

3. 主観説プラス客観的判定要素

学説をみたところ、最近では、既存の犯意の有無という主観的要素に客観的要素を付加して、おとり捜査の違法性判断を行うものが見られるようになってきた。純粹な意味での客観説を主張する学説も一部には見られるが、あくまでも主観説を中心

に据えつつ付加的に客観的判断要素を吟味するという形態を有するのが一般的であろう。ここでいう客観的要素だが、対象者に対する捜査機関の働き掛けの強度、捜査の困難性、被害法益の重大性（相当性）、悪用の危険の有無などが挙げられる⁽¹⁷⁾。

ところで、先に、純粹な意味での客観説と述べたのは、あくまで客観的要素を中心におとり捜査の判断を行う説という意味である（以下、本評釈ではこのような見解を単に「客観説」とする）。このような客観説に立つならば、犯意も犯罪の嫌疑も全く存在しない対象者が、捜査機関による働き掛けの弱いおとり捜査によって犯罪を挙行した場合であっても、適法なおとり捜査として判断されてしまう可能性が強くなる。おそらく、純粹な客観説があまり主張されてこなかったのは、このような理由によるものと推測される。

違法判断において客観的判断要素を採り入れる説は、国家的活動としてあるべき捜査という点に違法の根拠を見出しつつ、以下のような判断要素を考慮する。すなわち、おとり捜査の必要性の有無および相当性、おとり捜査によって生じる社会に対する法益侵害の危険の有無である。まず、必要性の判断にあたっては、犯罪の性質、おとり捜査の補充性、嫌疑の存在が考慮される⁽¹⁹⁾。さらに、相当性判断においては、捜査機関の関与・働き

掛けの程度を考慮する⁽²⁰⁾。

判例は、本決定の原審である大阪高裁平成一五年七月七日判決⁽²¹⁾および原原審である大阪地裁平成一三年九月一日判決、横浜地裁平成一〇年三月一八日判決、大阪高裁昭和六三年四月二二日判決⁽²⁴⁾などが、おとりの働き掛けの相当性という点を考慮している。本決定の原審および原原審については後に再度触れる⁽²⁵⁾。いずれの判例もおとり捜査の態様およびおとりの働き掛けなど相当性の要件を考慮するものの、捉え方は微妙に異なるように思われる。右大阪地裁判決（原原審）および横浜地裁判決は、主観的判断要素である犯意の有無に加えて働き掛けの相当性という要件を考慮する。一方で、本決定の原審である大阪高裁判決は、「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和おとり捜査の態様の相当性を総合して判断すべき」とし、「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のであって、おとり捜査の態様もまた相当なものといえる⁽²⁶⁾」と判示する。先に挙げた二つの判例と異なるのは、「犯意がある者を対象にしたおとり捜査は働き掛けは相当」とみる点である。原審の大阪高裁が、犯意の有無という要素とおとりの働き掛けという要素をどのようにみるのかは難しいところだが、「働き掛けが相当だっ

たのに犯行に対象者が及んだのは、犯意を有していたからだ」という結論に行き着く可能性もある。あくまで、犯意の有無という主観面を違法判断の中心に据えつつ、その判断材料として働き掛けの態様をみるのであろうか。なお、右大阪高裁昭和六三年四月二二日判決では、比較的軽微な事案についておとり捜査が用いられ、「おとり捜査の方法を採ったことは、相当性を欠いたものであるが、違法とまではいえない」と判示されているが、どの点で相当性を欠くと判断したのかは不明確である。

また、おとり捜査が法益侵害を伴う措置であることに着目すれば、薬物等の濫用および社会への散逸の危険なども考慮すべきだという見解⁽²⁸⁾も登場している。これらの見解は、主観説における犯意の安易な認定という危険を回避すべく主張されてきたが、おとり捜査の外形、外枠から違法性判断を試みる点で機能的であるという評価が高い。それなら、いっそのこと主観説を放棄して客観説に立つ方が良いとする見解もあるし、⁽³⁰⁾ 現実に、純粹な客観説を主張する論者も存在する。⁽³¹⁾

4. 客観説

純粹に客観説のみを主張する論者は、主観的判断要素としての「犯意」の有無について以下のような批判を行う。まず、主

観説は、対象者が犯意を持っていたかどうかという主観面に着目し、おとり捜査を犯意がある場合（機会提供型）とそうでない場合（犯意誘発型）の二類型に分けて、前者を適法、後者を違法とする。その意味で、主観説は二分説とも呼ばれてきた。このようなわなの理論に影響を受けた主観説は、その違法の根拠を「国家による犯罪の創出」に求めている。しかし、たとえ機会提供型のおとり捜査であっても、国家の関与がなければ作出犯罪は存在しなかったという条件関係は否定できない。したがって、「犯意」の有無が「国家による犯罪の創出」という違法の根拠の存否を測る要素であるというテーゼは、成り立たないことになる。つまり、「国家による犯罪の創出」という違法

性の実質と、具体的判断基準となる「犯意の有無」という要素との間には齟齬がある、というのである。ただし、客観説においても「犯意の有無」という要素は維持される。しかしながら、「犯意の有無」という要素は、行為者の権利侵害を評価するためではなく、あくまで客観的要素の評価のために用いられる。すなわち、客観的要素の一つであるおとり捜査の必要性は、犯罪の「嫌疑」からも判定されることになるが、そのような「嫌疑」をみるための視点として「犯意の有無」が用いられることになる。その意味で、客観説においても、行為者の主観面が考

慮されることになるが、客観的要素が主であるのに対し主観的要素は従の立場に退く。⁽³³⁾

近時の学説は、右に挙げた主観説の齟齬を意識して、犯意のない者に対するおとり捜査が違法になる根拠として人格的権利・利益に対する侵害を挙げる⁽³⁴⁾。しかし、先に挙げた純粋な客観説からは、おとり捜査の対象者にはこのような権利は認められず、結局、「おとり捜査の違法性の実質を、対象者の人格的価値に対する制約に求めることは難しい」という批判がなされている。おとり捜査において、その対象者の人格的価値が傷つけられないのか否か、そのことに違法の根拠を求めることは是非については後述する。少なくとも、純粋な客観説はこれを否定し、おとり捜査の違法性の実質を「国家の犯罪への関与と捜査の公正さの侵害」という点のみに求める。

5. 違法性判断の検討

以上みてきたとおり、近時おとり捜査の違法性判断においては、主観説の主観的判断要素である「犯意の有無」を中心に、客観的判断要素を考慮して総合的に判断を行うべきであるという見解が主流であろう。あくまでも主観説を維持しつつ客観説的な判断要素を検討するのであれば、異論はない。しかしなが

ら、客観説のいうように、おとり捜査における違法の根拠として対象者の人権侵害を考慮することはできない、といえるかについては疑問が残る。そこで、このような問題意識を抱き、違法の根拠がどこに求められるかということを考慮しながら、そこから導かれる違法性判断の基準について検討を加える。

おとり捜査の違法の根拠として対象者の人権侵害を考慮することができないのか否か、という命題の前に、まず、客観的要素のうちあまり問題となりにくいと思われる部分から論じる。先に示したとおり、最近ではおとり捜査の「必要性」「相当性」という部分が、違法性判断において考慮されるべきだとする見解が支持を受けている。このうち、必要性という要件について具体的にみていくと、①対象犯罪の重大性、②おとり捜査の補充性という視点が導かれる。①に関しては、重大犯罪であればそれだけ検挙・摘発の必要性も高まるといえる。また、②についても、①の要件を満たし検挙・摘発の必要性が認められる犯罪において、他の捜査手法ではそれが困難な場合におとり捜査を用いる必要性がある、ということができよう。実際、これまでもこれら①②の要件について対立的な議論が行われた形跡は見当たらない。具体的には、①の要件については、一定の刑罰が予定されている犯罪のみを対象とすることとし、②の要件に

については、直接の被害者の有無などにより、具体的な一個の事件に関するおとり捜査の必要性の判断が行われることになると思われる。これまでのところ、おとり捜査の対象犯罪のほとんどは、直接の被害者の存在しない薬物事犯であったし、銃刀法違反事件（売買）に対してもおとり捜査が用いられたこともあるが、いずれにしても重大犯罪⁽³⁶⁾で直接の被害者のいないため補充性の認められる類型⁽²⁾に該当する場合はほとんどであったといえよう。このような要件は、おとり捜査の具体的な違法性判断にとって画期的な改善をもたらすわけではないが、当然に確認されるべき要件であると思われる。

では、以下具体的な判断要素について検討する。まず、客観説の主張するように、本当に主観説ではおとり捜査の違法の根拠を説明できないのかについてみていくこととする。客観説による主観説批判では、主観説の違法の根拠である「国家による犯罪の創出」とその具体的判断要素である「犯意の有無」との間に整合性がないという。たしかに、国家的活動のあり方を違法の根拠としながら、対象者の犯意の有無を中心的な基準に据えることは矛盾しているように思われ、その点でこの批判は正しい。しかし、これまで主観的判断要素を維持してきた多くの学説においては、この矛盾を克服すべく新たに違法の根拠を模

索し、確立するに至ったといえるのではないだろうか。すなわち、おとり捜査の違法の根拠として人格的権利・利益に対する侵害を挙げ、その判断要素として犯意の有無を確認するのである。だが、客観説からは、おとり捜査の対象者には、「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対する批判も考えられ⁽³⁷⁾」(括弧内は引用者)という主張がなされている。

たしかに、憲法学で「人格的自律権」という場合、これは「自己決定権」とほぼ同旨の意味内容であるとされ、具体的内容は多岐にわたるものであるが、殺人・強盗・麻薬使用・賭博等々の犯罪の挙行に関しては自己決定権は認められない⁽³⁸⁾。しかし、対象者との関係で重要なのは、決定の自由よりも、犯意がない者が被疑者としての取扱いを受けてしまう点にあるように思われる。つまり、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が問題なのである。

「個人が国家の単なる客体としての扱いを受けることのない権利」は、ドイツ基本法一条一項の人間の尊厳の一内容であるといわれる。そして、ドイツではこの点をおとりの違法の根拠

として「犯意の具体化理論 (Konkretisierungstheorie)」(主観説的判斷基準)が主張されていた。すなわち、犯意がない者にとり捜査を仕掛けることの違法は、当該人物が「国家の単なる客体として」取扱いを受けていることに他ならず、そのため違法となるのである。⁽³⁹⁾したがって、犯罪を行うか否かに関する自己決定以前の問題なのである。これは、犯意誘発型のおとり捜査において人格的権利・利益に対する侵害を違法の根拠とする学説が主張する内容とほぼ一致する。⁽⁴⁰⁾おそらく、犯意のない者に対するおとり捜査の違法の根拠に「人格的権利・利益」を挙げる論者は、このような意味内容を想定していると考えられる。また、これに対しても、ドイツ基本法一条一項の人間の尊厳の具体的内容である権利が、果たしてわが国の解釈論において有効といえるのか、という疑問が付されるかもしれないのである。その点について多少付言する。ドイツ基本法の「人間の尊厳」と日本国憲法の「個人として尊重される」の文言を見比べた場合、たしかに「人間」と「個人」、「尊厳」と「尊重」という用語の違いがあり、これらが同義かなどを問題にする余地もあるといえよう。⁽⁴¹⁾しかし、これらは憲法学の問題である。重要なのは、「個人が国家の単なる客体として取り扱われない権利」をわが国の憲法二三条前段からも読み取れるというレベルでの同

一性があるか否かである。わが国の憲法学においては、両者は同趣旨のものと解されてきたし、具体的にみても、両者は個人あるいは人間の人格を尊重するという基本原理であるという説明がなされている。⁽⁴²⁾したがって、犯意のない者に対しておとり捜査を仕掛け被疑者として取り扱うことは、当該対象者の人格を尊重しないことになるため違法となるのであり、この意味でドイツ基本法一条一項の意味する「人間の尊厳」と日本国憲法二三条前段の「個人の尊厳」には違いはないと考えられよう。⁽⁴³⁾

このように考えれば、犯意のない者に対するおとり捜査が違法となるのは、対象者の人格的権利・利益を侵害するためであるという説明も根拠付けられよう。したがって、犯意の有無という主観説の中心的判断要素は、被疑者の人権侵害という違法の根拠から裏付けられることになる。

次に、客観的判断要素について検討する。おとり捜査の違法性判断においては、主観説的違法の根拠を排除した客観説が不相当であることについては、上記の主観的判断要素である犯意の有無とその違法の根拠の理解の仕方でも説明できるように思われる。これまでの判例の多くも主観的判断要素である「犯意の有無」を中心に違法性判断を行ってきた、しかしながらほとんど⁽⁴⁴⁾の事実で犯意の存在が確認されている。これについては、実

際に犯意が存在したということよりも、対象者が犯行に及んだのは犯意を有していたからだという前提のもとで、犯意の認定が甘くなっているのではないかという指摘がなされてきた⁽⁴⁵⁾。また、主観説では、犯意の認定が甘ければ、かなり執拗な誘発行為があっても適法なおとり捜査であるという結果になりかねない⁽⁴⁶⁾。そこで、客観的な側面からおとり捜査を規制することで、有効的な違法性判断を担保するべく注目されたのが客観的判断要素ということになる。

ただ、客観的判断要素から違法性判断を行うとしても、その違法の根拠を示しておく必要がある。主観的判断要素が対象者の権利に対する侵害を根拠とするのに対し、客観的判断要素は国家行為の不当性を違法の根拠とする。そして、それは法治国家という用語で説明できるように思われる。すなわち、国家が一方で犯罪実行を働き掛けて法を逸脱させておきながら、他方でこれを処罰し法の道に連れ戻すことの中に違法の根拠があると考えられるのである⁽⁴⁷⁾。このように考えるならば、国家が法を逸脱させたといえるかどうかのポイントとなり、したがっておとりの働き掛けの程度が重要になる。

さて、以上のような趣旨で客観的判断要素を理解することに賛成できる。しかしながら、客観的判断要素をどのように取

り扱うのかが分かりづらい。つまり、適法なおとり捜査であるための要件をどのように考えているのかはつきりしにくいところがある。具体的には、①あくまで「犯意の存在」は絶対的要件であり、この要件が満たされる場合でも必要性、相当性および社会全体に対する法益侵害の惹起という要素を考慮して不当と認められる場合は、違法なおとり捜査と判断するという基準も考えられる。そして、②「犯意の有無」、「おとり捜査の必要性」、「補充性」等を総合的に考慮して違法性判断を行うということも考えられる。しかし、機能的な違法性判断の基準を考えるならば、①の枠組みの方が有効であるように思われる。

①の枠組みが有効であるように思われる理由は、おとり捜査の違法の実質には二つがあり、それぞれが独立した違法の根拠として存在しうると考えられるためである。すなわち、個人の尊重に対する侵害と国家的行為として不適切な捜査という二点である。これらは、お互いに矛盾するとは考えられず、前者からは犯意の有無という判断要素が導かれることについては既に説明したとおりであるが、後者からは捜査の必要性、相当性という判断要素が導かれる。また、仮に右で示した②のような判断枠組みが用いられれば、次に示すような推論に陥る可能性も考えられる。すなわち、(a) 犯意を有していない者がおとり

捜査によって犯行に及んだのは、おとりの働き掛けが相当ではなかったからだ、逆に、(b)働き掛けが相当だったのに犯行に及んだのは、犯意を有していたからに違いない、という推論である。(a)については問題ないとしても、(b)の場合には、犯意の有無という要素が働き掛けの相当性という要素に引つ張られて判断されることになってしまう。つまり、(b)の場合、おとり捜査の違法の根拠が二つあるにもかかわらず、一方の要素(たとえば主観的要素)に他方の要素(たとえば客観的要素)が引つ張られて判断されることになる。結局、右②のような判断枠組みにおいては、片面から違法性判断が行われることと変わらない状況に陥ることが懸念されるのである。

これら二つの違法の根拠とおとり捜査の違法・適法の結果の關係について述べると以下のようになる。すなわち、個人の尊厳に対する侵害があり、国家的行為として不適切なおとり捜査が行われた場合、当然に当該おとり捜査は違法と判断される。次に、個人の尊厳に対する侵害があるが、国家的行為として適切な領域でおとり捜査が行われた場合も、当該おとり捜査は違法となる。同様に、個人の尊重に対する侵害はないが、国家的行為として不適切なおとり捜査が行われた場合も、当該おとり捜査は違法となる。最後に、個人の尊重が侵害されることなく、

国家的行為としても適切な領域でおとり捜査が行われた場合のみ、当該おとり捜査は適法となる。要するに、二つの違法の根拠のうちいずれかの存在が認められる限り、当該おとり捜査は違法と判断されるべきであろう。⁽⁴⁸⁾

なお、国家的行為として許されるかおとり捜査であったか否かの具体的判断にあたっては、犯罪の重大性、おとり捜査の補充性といった必要性の要件、および国家の働き掛けが適切な程度のものであったか否かという相当性の要件が検討されることになる。

三．本決定に対する評価

1．本決定の判断枠組み

以上、わが国におけるおとり捜査の違法性判断に関する議論について簡単に説明したが、以下では、本件最高裁決定がどのような違法性判断の構成をとり、今日までの判例および学説の流れの中で以下に位置付けられるのかについてみていく。

本件最高裁決定の採った判断基準は、次のとおりである。すなわち、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

ている者を対象におとり捜査を行うこと、の三点である。

まず、右の①②の要素は、他の捜査方法では困難であるというおとり捜査の補充性を指摘したものであろう。対象犯罪に対する当該捜査がおとり捜査でなければならぬ、という必要性に通じる判断要素であり、その意味では対象者の内心とは無関係である。したがって、違法性判断において客観的要素を加味したといえなくもない。具体的に事案をみても、判例の指摘するように、本件においては、捜査協力者からの情報によっても、被告人の住居や大麻樹脂の隠匿場所を把握することができず、他の捜査手法によつて証拠を収集し、被告人を検挙することが困難な状況にあったのであるから、①②の要件が満たされていたということがいえるようにも思われる。ただし、あくまで形式的に特定の類型に含まれる犯罪と法定刑のみで必要性を判断することは適切ではなく、具体的な一個の事件についておとり捜査が用いられる必要性が検討されるべきである。なお反対意見ではあるが、最高裁判平成八年一〇月一八日決定における大野、尾崎両裁判官による意見は、「おとり捜査の」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つて、「中略」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」(括弧内は引用者)と述べており評価できる。

この点、本決定においては、先に示された捜査の困難性からくるおとり捜査の補充性に加えて、捜査協力者から被告人が薬物取引に関与しているという情報提供がなされており、おとり捜査の必要性は認められるのではないかと思われる。なお、本決定では触れられていないが、対象犯罪の重大性という点もおとり捜査の必要性の要件を判断するうえで必要なポイントとなる。

ただし、これまでのところ、おとり捜査の対象犯罪のほとんどは、直接の被害者の存在しない薬物事犯であつたし、銃刀法違反事件(売買)に対してもおとり捜査が用いられたこともあるが、いずれにしても直接の被害者のいないため補充性の認められる類型に該当する重大犯罪がほとんどであつたといえよう。また、具体的に犯罪の嫌疑が存在する場合に用いられるケースが多かつたのもたしかであり、おとり捜査の必要性が問題視されることはほとんどなかつたのではないかと思われる。したがつて、おとり捜査に客観的、外面的な規制を掛けていく場合、これら必要性の要素は新たな要件としてそれほど機能的であるとは思われず、客観的側面のうち別の視点からのおとり捜査の規制が求められることにならう。

次に、③の要素であるが、これはいわゆる主観説の中心領域ともいえる犯意の有無という判断要素に相当すると解される。

これについては、被告人は既に大麻樹脂の有償譲渡を企図して買い手を求めていたことが確認され、犯意の存在が確認される。

以上では、本決定がとおり捜査の違法性判断における一般論として示した三要件について検討を行った。しかしながら、右の三要件以外にも、事案解決において別の視点を呈示していると思われる部分があるので検討を加える。

本決定においては、先に示した三要件を一般論として挙げつつ、事案解決ににおいて以下のように述べている。すなわち、「麻薬取締官において、捜査協力者からの情報によっても、被告人の住居や大麻樹脂の隠匿場所等を把握することができず、他の捜査手法によって証拠を収集し、被告人を検挙することが困難な状況にあり〔①および②〕、一方、被告人は既に大麻樹脂の有償譲渡を企図して買い手を求めていたのであるから〔③〕、麻薬取締官が、取引の場所を準備し、被告人に対し大麻樹脂2kgを買受ける意向を示し、被告人が取引の場到大麻樹脂を持参するよう仕向けたとしても〔④〕、おとり捜査として適法」(丸数字および傍線は引用者)であるという。この④の要素は、麻薬取締官(国家)が本件薬物取引にどのように関与し、被告人

にどのような影響を与えたかを判断する要素となつていよう
に思われる。

右④の要件について、本決定の原原審である大阪地裁平成一三年九月一日判決⁽⁵⁴⁾および原審の大阪高裁平成一五年七月七日判決⁽⁵⁵⁾では、本決定とは異なる取扱いをしている点も見受けられる。まず、原原審の大阪地裁においては、「捜査機関側の対応は、買い手はいないかと尋ねてくる被告人に対して、Aが大阪には買い手がいると紹介し、「麻薬取締官IIおとり」は東京まで戻つて大麻を持つてくるという被告人の提案に応じて待つていたというもので、いずれも受動的なものにとどまり、捜査機関の被告人に対する働きかけは相当なものと認められる」(括弧内は引用者)とし、本件おとり捜査は、「機会提供型で働きかけは相当と認められるため適法であると判示した。大阪地裁は、違法性判断において、捜査機関による働きかけの相当性を正面から取り上げている点で評価できる。そして、以下で紹介する高裁判決とは異なり、「機会提供型で捜査機関の働きかけは相当と認められ」(括弧内は引用者)から本件おとり捜査を適法としている点、先に示した理想的な違法性判断の基準とかなり類似する判断基準が示されている。

次に、大阪高裁判決は、右④の要件について以下のように判

示している。すなわち、「[本件]取引は、被告人の方から買い手を探してくれと持ち掛けてきたものであつて、麻薬取締官およびAにおいても、被告人に対して犯意を誘発するような働き掛けは行っていないと認められる」(括弧内は引用者)、というのである。ここでも、先の地裁判決と同様に、おとりの働き掛けに対する検討が加えられている。ただ、地裁判決と異なり、客観的判断要素である相当性の要件は、あくまでも主観説における犯意の有無を評価するための材料として用いられており、独立した違法の根拠の具体的判断要素として相当性が考慮されているわけではない。⁽⁵⁹⁾

—学説においては、かつての主観説が主流であつた頃から脱却し、客観的、外形的判断要素を重視する違法性判断の基準が主張されてきた。もちろん、これまでの判例においてもおとり捜査の必要性という客観的判断要素は示されてきたが、一方でおとり捜査の相当性という視点についてはそれほど触れられてこなかつたように思われる。⁽⁶¹⁾

本決定においても、おとりによる取引場所の準備、取引への応諾、その結果薬物を大阪まで持参させたことを、おとり(国家)が本件取引に関与した点として捉えているように思われる。だとすれば、本件とは異なりおとりの働き掛けの相当強い場合

に、裁判所はこの点を相当性の要件として考慮していくのだからか。たとえば、前出の平成八年決定の反対意見⁽⁶²⁾においては、警察の依頼を受けたおとりが対象者に覚せい剤の購入方を申し入れたものの断られたが、捜査官からしつこく頼んでみるようにいわれ、被告人方を何度か訪ねるうちにようやく被告人が承諾したことが指摘されている。⁽⁶³⁾このような場合はどうか、国家の働き掛けとして相当性を欠き、当該おとり捜査は違法性を帯びるのであるのか、本決定の内容からは判断し兼ねるところである。とはいえ、本決定における右の④の指摘は、今後判例がおとり捜査の違法性判断において、客観的判断要素のうち相当性の要件も考慮していく可能性も残したとみることでもでき、その範囲で評価できよう。⁽⁶⁴⁾ただ、下級審においておとりの働き掛けがわりとしっかり考慮されているにもかかわらず、本決定は、この点について下級審ほど十分な考慮を行っていないことは残念である。

2. 本決定の位置付と射程

以上、本評釈では、わが国におけるおとり捜査の違法性判断の変遷を整理し、その後に本決定の判断枠組みについて具体的な検討を試みた。ここでは、この両者を用いて、本決定がこれ

までの違法性判断との関係上どのように位置付けられるのか、そしてその射程はどこまで及ぶのかについて検討する。

本決定は、一般論として、「少なくとも」①直接の被害者の不在、②捜査の困難性、③対象者の犯意の存在、という三要件が満たされていれば、おとり捜査として適法と示した。まずこれについて検討を加えると、③の要件は主観説の中心的判断要件であり、一応主観説的な流れをくむ基準を示したとみることもできる。しかしながら、①②の要件をみると、おとり捜査の必要性という客観的要件が付されていることになり、かつての主観説にはみられなかった判断要素を加えている。これは、下級審判および学説においてわりと以前からみられた、「主観説プラス客観的判断要素」を用いた判断基準に若干類似したものであると評価できよう。したがって、おとり捜査の違法判断において、最高裁が主観的要素のみならず部分的ではあるが客観的要素を確認したことは一定の評価ができる。しかしながら、客観的要素のうち最も中核的要素であると思われる相当性の要件は、右の三要件中には示されていない。具体的には、おとり捜査の相当性を判定するため、おとりの働き掛けおよび国家の関与の程度という点が考慮されていない。この点、本決定の原審査や学説における客観的要素を採り入れた判断基準と

は、大きく異なる点であろう。

ただし、本決定は事案解決の中で、おとりによる取引場所の準備、本件取引への応諾、その結果被告人に大麻を持参させた点(④)にも触れている。本決定が、これらの事実を指摘したのはおとりの働き掛けおよび国家の関与の程度をみるためであったのか否かについては、本決定から判断するのは困難である。いずれにせよ、本決定においては、一般論として、「少なくとも」右三要件が備わっている場合、おとり捜査は適法とされたと示されているため、相当性がなくとも適法としている⁶⁵⁾。

全体としては、主観説を維持しつつ客観的判断要素を部分的に採り入れた判断基準を示したといえよう。基準としては示されなかったが、おとりおよび国家の関与の程度についても触れている側面があるため、今後これが要件として明確にされていく可能性も残されたのかもしれない。

四. おわりに

本決定は、最高裁がおとり捜査の違法性判断について正面から取り組み、一定の基準を示したという点で価値のある判例であったと思われる。しかしながら、これまで下級審で示されてきた違法性判断の基準を、最高裁が確認したという域を出ない

感があり、これまでの判例と同様、違法性判断の基準が機能的であるとは思われない点については右に示したとおりである。たしかに、本決定も、純粋な主観説からは離れ、おとり捜査の補充性などの客観的な判断要素を示し、また、事案解決において相当性についても触れており、その点では犯意の有無に縛られない判断を今後期待できそうな予感もある。しかし、より機能的な違法性判断を導くには、先に示した二つの違法の根拠のうち少なくともいずれか一方の違法の根拠が認められれば、おとり捜査を違法とすべきであろう。

なお、本決定では違法なおとり捜査の法律効果については論じられていないが、今後機能的な違法性判断が行われ違法判断が下されることを期待するとともに、そのような場合どのような法律効果を相当と考えるのか興味深い。最後に、これまでの判例と同様に、将来犯罪に対する捜査を認めるか否かという問題に関連して、おとり捜査を捜査としてどのように解釈するかという点も未解決のままにされている。これらの問題点についても、先に挙げた法律効果と同様、今後の判例の展開に期待したい。

(1) この点、おとり捜査と類似する捜査手法である迎撃捜査(夜間に店舗等に進入して物品を盗み出すという「出店荒らし」の事犯などが連続して発生しているときなどに、次に狙われる店舗等を予測し、捜査官がその場所に張り込んで、犯人が犯行に及んだところを検挙するという方法)や、疑わしい者を捜査官が監視していて、犯行に及んだところを現行犯逮捕するスリの検挙などは、国家の働き掛けの点でおとり捜査とは異なるものと理解される。また、犯罪誘発行為ではなく情報収集のために用いられる潜入捜査も、犯罪誘発行為の有無という点でおとり捜査とは区別される。ただし、寺崎嘉博「囲捜査(東京高裁昭和六二年一月一六日判決)」松尾浩也||井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第六版)』(有斐閣、一九九二年)二四頁によれば、「組織犯罪、テロ・グループの内偵のために投入される者も「囲」と呼ばれる」とし、潜入捜査(ないしは内偵捜査)も囲捜査の一類型とする見解もある。

(2) 最決昭和二八年三月五日刑集七卷三号四八二頁。

(3) 最高裁がおとり捜査の違法性判断に関与したものは、前掲(註2)の昭和二八年決定、最判昭和二九年八月二〇日刑集八卷八号一二三九頁、最判昭和二九年一月五日刑集八卷一一号一七一五頁)、平成八年一〇月一八日決定(公刊物未登載、なお後掲(註49)参照)における

反対意見などわずかである。

- (4) 横浜地判昭和二六年六月一九日裁時八七号三頁。
- (5) 横浜地判昭和二六年七月一七日高刑集四卷一四号二〇八三頁。
- (6) 横浜地裁昭和二六年六月判決(註4) 四頁および同昭和二六年七月判決(註5) 二〇八五頁。
- (7) 横浜地裁昭和二六年六月判決(註4) 四頁および同昭和二六年七月判決(註5) 二〇八六頁。
- (8) 横浜地裁昭和二六年六月判決(註4) 四頁および同昭和二六年七月判決(註5) 二〇八七頁。
- (9) 横浜地裁昭和二六年六月判決(註4) 四頁および同昭和二六年七月判決(註5) 二〇八六頁。
- (10) 最高裁昭和二八年三月決定(註2) 四八二頁。
- (11) 最判昭和二九年一月五日刑集八卷一七二五頁。
- (12) 最判昭和二九年八月二〇日刑集八卷八号二三三九頁。
- (13) ただし、昭和二九年の二つの判決は、ともに最高裁第二小法廷における判断であり、前者は犯意誘発型のおとり捜査でないから適法としたのに対し、後者はそのようなおとり捜査であっても許されるとしている点、判断が分かれた理由は推測しがたい。
- (14) 東京高判昭和二六年一月二六日高刑集四卷一三三三頁。
- (15) 同様に、機会提供型のおとり捜査を適法とする高裁判例としては、東京高判昭和二七年三月一八日高刑特報二九号八七頁、大阪高判昭和二九年一月二八日高刑特報二八号七七頁、東京高判昭和五七年一〇月一五日判例時報一〇九五号一五五頁、東京高判昭和六二年二月一六日判例タイムズ六六七号二六九頁などがある。
- (16) たとえば、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) 四二頁以下(以下、本評釈では「佐藤・前掲論文①」とする)。
- (17) 白取祐司『刑事訴訟法(第三版)』(日本評論社、二〇〇四年) 一一一頁。
- (18) ただし、佐藤・前掲論文①(註16) 四七頁は、おとり捜査の必要性(客観的要件)をみる一つとして「嫌疑」を挙げ、「犯意の有無」という要件は「嫌疑」の程度を評価する視点として説明される。
- (19) 渡辺修『捜査と防御』(三省堂、一九九五年) 八二頁、三井誠『刑事手続法(新版)』(有斐閣、一九九七年) 九〇頁以下、佐藤・前掲論文①(註16) 四六頁以下など。
- (20) 渡辺・前掲書(註19) 八二頁、佐藤・前掲論文①(註16) 四七頁以下、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、川崎英明「おとり捜査の規制」高法学三〇巻一号(一九八六年) 九四頁、木村榮作「覚せい剤犯のおとり捜査」研修四三五号(一九八四年)

四〇頁など。

- (21) 大阪高判平成一五年七月七日刑集五八巻五号三五二頁。
- (22) 大阪地判平成一三年九月二一日刑集五八巻五号三四〇頁。
- (23) 横浜地判平成一〇年三月一八日判例時報一六四六号一七一頁。
- (24) 大阪高判昭和六三年四月二二高刑集四一巻一号一三三頁。
- (25) 本評釈「三・本決定に対する評価」の「1. 本決定の判断枠組み」参照。
- (26) 大阪高裁平成一五年七月判決(註21) 三五六頁。
- (27) 大阪高裁昭和六三年四月判決(註24) 一三三頁。
- (28) 佐藤・前掲論文①(註16) 四七頁。
- (29) 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(第三版)』(有斐閣、二〇〇二年) 八五頁。
- (30) 白取・前掲書(註17) 一一頁。ただし、佐藤・前掲論文①(註16) 四二頁以下および同「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(東京高判平成一〇・八・七公判物未登載)」現代刑事法二巻四号(二〇〇〇年) 八九頁(以下、本評釈では単に「佐藤・前掲論文②」とする)、同「おとり捜査」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第七版)』(有斐閣、一九九八年) 二六頁
- 以下(以下、本評釈では単に「佐藤・前掲論文③」とする)、酒巻匡「おとり捜査」法学教室二六〇号(二〇〇二年) 一〇五頁において、主観説を否定し客観説のみで違法判断を行うべきだとする見解が示されているが、白取見解とは趣を異にするように思われる。
- (31) 佐藤・前掲論文①(註16) 四七頁。
- (32) 佐藤・前掲論文①(註16) 四二頁、同・前掲論文②(註30) 八八頁以下および同・前掲論文③(註30) 二六頁。
- (33) 佐藤・前掲論文①(註16) 四七頁。
- (34) 三井・前掲書(註19) 九〇頁以下。
- (35) 佐藤・前掲論文①四四頁。
- (36) 銃刀法違反事件においておとり捜査が用いられた事件として、横浜地判平成一〇年三月一八日判例時報一六四六号一七一頁、東京高判平成一〇年八月一七日高刑速(平成一〇年) 六七頁などが挙げられる。
- (37) 佐藤・前掲論文①(註16) 四三頁。また、酒巻・前掲論文(註30) 一〇五頁も、佐藤・前掲論文②(註30) を支持し、「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ろう」とする。
- (38) 佐藤幸治「憲法(第三版)」(青林書院、一九九七年) 四四七頁以下。また、人格的権利・利益に対する侵害であるとすると三井説も、憲法一三条に含まれる権利として

「プライバシー権や公権力から干渉を受けない権利(人格的自律権)」があることは認めるが、おとり捜査の違法の根拠に関しては「人格的権利・利益」という用語を用いている。三井説が敢えて「人格的自律権」という用語を避けたと感じられなくもない。いずれにしても、「人格的権利・利益」の内容として「国民は不適切な手続によって被疑者として取り扱われることのない」権利と考えている点から、憲法学における人格的自律説(前掲・佐藤幸治)のいう「人格的自律権」の内容とは異なると解すべきであろう。

(39) 川崎・前掲論文(註20)八〇頁以下参照。このように、ドイツにおいて基本法一条一項の人間の尊厳におとり捜査の違法の根拠を求める理論は、「犯意の具体化理論(Konkretisierungstheorie)」と呼ばれ、とくに一九八〇年代前半の判例において採用されていた。しかし、その後連邦通常裁判所は、客観的判断要素を重視した「重大な影響(ehebliche Einwirkung)基準」へと移行することとなる。他面、学説においては、基本法二条一項と結びついた同一条一項によって保護される一般的人格権による侵害を問題としつつ、おとりが慎重な対象者に対して積極的に影響を及ぼす場合も問題とする見解(Fischer/Maul, *Taiprovocierendes Verfahren als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme*, NSIZ 1992, 8ff.)、違法なおとり捜査の

メルクマールとして反法治国家的影響を挙げ、反法治国家的影響は、「とりわけ被告人がこれまで処罰を受けたことがない、あるいは麻薬依存者ではない」「嫌疑の有無」、またはとくに強い影響を受けている場合(括弧内は引用者)に存在するとする見解(Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25.Aufl., 1998, S. 63ff.)などがみられ、川崎・前掲論文(註20)で提唱されている二元的基準と共通した理解が示されている。一方で、既存の嫌疑の性質および程度、対象犯罪の危険性および解明の困難性、おとりによる影響の規模、被誘発者の積極性等の全体考察から、おとり捜査の許容限度が明確化されるとしつつも、これら個々の評価の視点の位置関係は未確定のままであるとするとする見解(Löwe/Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 24. neubearbeitete Aufl., 1989, S. 171, Rn 69.)なども存在した。

おとり捜査の違法性判断を取り扱った最近の判例としては、連邦通常裁判所第一刑事部二〇〇一年五月三〇日判決(BGH, Urt. v. 30.5.2001, Slv 2001, 492ff.)が挙げられる。当判決では、まず誘発行為の有無を問題とする。その際、おとりによる単なる参加以上に、対象者に重大な影響が及ぼされていること、犯行準備の惹起、犯行計画の強化が判断要素とされる。つまり、かつての判例理論にみられた「重大な影響基準」と類似の判断枠組みをま

ず適用する。しかし、それにより犯罪誘発行為があると判断された場合でも、犯罪に対する嫌疑が存在する場合は当該おとり捜査は適法と判断される。すなわち、連邦通常裁判所二〇〇一年五月三〇日判決は、影響(客観面)と嫌疑(主観面)の相互作用で違法性判断を行う。しかし、これら二つの判断要素のうちどちらかが満たされていれば当該おとり捜査は適法とされる点、二元的基準と異なる。この判決に対しては、犯罪誘発行為の重大さ(Übergewicht)という基準を用いてきた従来の判例理論を放棄した点について、学説からは批判もみられる

(Weber, Ann. zum BGH, Urt. v. 30.5.2001, NSZ 2002, 51.)。

(40) たとえば、三井・前掲書(註19)八九頁では、「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・利益を有し、それが侵害されると解することができる」と述べられており、「国民が国家の単なる客体として取り扱われることのない権利」と一致するように思われる。先に挙げた客観説からの批判は、三井説が「人格的自律権」を違法の根拠にしていると理解したうえでこの批判であるように思われるが、三井説自体「人格的自律権」という用語をできるだけ避け、「人格的権利・利益」という用語を用いているように感じられる(ただし、「人格的自律権」の用語自体は用いられている)。そして、その意味内容は本註前

段で示したとおりである。だとすれば、客観説からの批判はその対象がずれていることになる。

(41) 樋口陽一ほか『憲法』(青林書院、一九九四年)二四七頁。

(42) 樋口ほか・前掲書(註41)二四八頁(佐藤幸治執筆)。

(43) ここでは、違法判断における主観的判断要素の根拠を強化するためにドイツ法における理解を示したが、アメリカ法においても同様の理解がみられる。アメリカにおいては、嫌疑のない者に対しておとり捜査を仕掛けることは、対象者が犯行に及ぶか否かを試すことになり、「順法精神の強さを試すもの(test of virtue)」である。このようなおとり捜査は、政府の正当な役割に適うものではなく、「個人の内心に対する一般的・探索的干渉であり、不当なプライバシー侵害」であるとされる(柳川重規「おとり捜査の規制」法学新報一〇三巻七号(一九九七年)四七頁)。

(44) おそらく、「犯意がなかったこと」を認めた判例は存在しないのではないかと思われる。本評釈でも取り上げた横浜地裁の昭和二〇年代の二つの判決も、犯意の有無は問題としていない。

(45) 川崎・前掲論文(註20)七三頁は、主観説の第一の問題点として、「犯意のない通常人であったならばおとりの働きかけがあっても犯罪の実行には出ないはずだとい

う、いわば常識論に引きずられると、逆に、犯罪を実行したのは犯意があったからだという前提の下に犯意の認定が緩やかとなる可能性が存すること」を指摘する。同様の指摘がみられるものとして、上田・前掲論文(註29)八五頁、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(新版)』(有斐閣、一九九一年)九二頁。

(46) 上田・前掲論文(註29)八五頁。
 (47) 川崎・前掲論文(註20)八六頁。このような見解は、既にドイツの判例理論において一九八〇年代に登場していたことが確認される。たとえば、重大な影響基準を採用した連邦通常裁判所一九八一年二月六日判決(BGH, NJW 1981, 1626f.)は、前科もなく品行方正で、薬物取引について嫌疑の存在しなかった被疑者に対して、捜査協力者が大量のヘロインの取引きを持ちかけた事案である。この事案において連邦通常裁判所は、嫌疑が存在しなかったことは、当該行為に対する刑事訴追の許容性を否定するのになお十分ではないとし、「重大な影響」(erhebliche Einwirkung)——例えば、繰り返しなされる、長期にわたり持続する説得の試み、徹底的かつ執拗に影響を与えること——があった場合、おとりの誘発行為は、それに対して行為者の固有の寄与が背後に退くほどに影響を有しうる。国家机关の任務あるいは同意の下に活動するアジャン・プロヴォカトゥールが、「中略」重大

な影響によって初めて行為者を法の道から逸脱させるのであれば、彼を再び法の道へと連れ戻すためにのみ行為者を刑法上訴追する場合、国家は、矛盾し悪意に満ちた行為という非難に曝される。これは、法治国家的秩序においては、許され得ないことである」(NJW 1981, 1626f./なお括弧内は引用者)と判示している。この事案においては、嫌疑は存在しなかったもの、おとりによる影響は小さかったため、適法なおとり捜査とされている。同様に、重大な影響基準を採用した連邦通常裁判所の判例としては、BGH, Urt. v. 25.3.1981, Slv 1981, 276f.; BGH, Urt. v. 13.11.1981, NSZ 1982, 126; BGH, Beschl. v. 23.12.1981, NSZ 1982, 156f.; BGH, Urt. v. 31.8.1983, Slv 1984, 5; BGH, Urt. v. 23.5.1984, NJW 1984, 2300ff.などが挙げられる。

(48) この主張は、川崎・前掲論文(註20)八六頁以下において、「二元的基準」として主張されている理論の意味内容に合致する。

(49) 公刊物未登載。最決平成八年一〇月一八日に対する評釈として、指宿信「おとり捜査の存在とその適法性(否定)」法学セミナー五〇九号(一九九七年)八二頁、尾崎・前掲論文(註20)七一頁などがある。

(50) 横浜地裁平成一〇年三月判決(註23)一七一頁、東京高判平成一〇年八月一七日高刑速(平成一〇年)六七頁

など。

(51) なお、高裁レベルの判例を概観したところ、大阪高裁昭和六三年四月判決(註24)一三三頁は、風俗営業等取締法(昭和五九年法律七六号による改正前)違反という軽微な犯罪に対しておとり捜査が用いられた事案である。同大阪高裁判決は、必要性は認めがたく相当性を欠いたものであるが、違法とまではいえないとした(同一三〇頁)。

(52) たとえば、最高裁判平成八年一〇月決定(註49)の反対意見では、当該おとり捜査の具体的必要性が問題とされている。

(53) 最決平成一六年七月一二日刑集五八卷五号三三六頁。

(54) 大阪地裁平成一三年九月判決(註22)三四〇頁。

(55) 大阪高裁平成一五年七月判決(註21)三五一頁。

(56) 大阪地裁平成一三年九月判決(註22)三四九頁。

(57) 本評釈「二、従来の判例学説」の「五、違法性判断の検討」参照。

(58) 大阪高裁平成一五年七月判決(註21)三五四頁。

(59) 大阪高裁平成一五年七月判決(註21)三五四頁は、「本件働き掛けは、」すでに大麻樹脂譲渡の犯意を抱いている被告人に対し、単にその取引場所を大阪にするか東京にするかという点についての働き掛けを行ったにすぎない。そうすると、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のであって、おとり捜査の態様もまた相当なものといえる」(括弧内は引用者)、と判示する。

(60) たとえば、東京高判昭和六〇年一〇月一八日刑裁月報一七卷一〇号九二七頁、東京高裁昭和五七年一〇月判決(註15)一五五頁、横浜地裁平成一〇年三月判決(註23)一七一頁、東京高判平成九年一月一六日判例タイムズ九五七号二八五頁(おとり捜査自体の存在を否定したが、仮におとり捜査があったとしても「捜査が困難であるという覚せい剤事犯の特殊性」から、おとり捜査がされていても違法ではないとする)。

(61) おとりの働き掛けの相当性について触れた判例として、大阪高裁平成一五年七月判決(註21)三五一頁(本決定の原審)、大阪地裁平成一三年九月判決(註22)三四〇頁(本決定の原原審)、横浜地裁平成一〇年三月判決(註23)一七一頁(「捜査機関の関与は不相当とまではいえない」とした)、大阪高裁昭和六三年四月判決(註24)一三三頁(「相当性を欠いたものであるが、違法とまではいえない」とした)などがある。

(62) 前掲(註49)参照。

(63) このような事実関係はあくまで反対意見中で示されているものであるが、原判決の摘示および当事件の記録中の捜査協力者(おとり)の証言に基づくものであるとさ

れる。ただ、最高裁平成八年決定（註49）における反対意見は、このような持続的なおとりの働き掛けというよりは、おとり捜査の必要性に視点を当てており、当該働き掛けが相当性を欠くものであったか否かについては何も述べていない。

- (64) ただ、本決定に対する判例評釈である石神千織「大麻取引のおとり捜査を任意捜査として適法とした最高裁決定」法律のひろば五八巻一号（二〇〇五年）五五頁においては、事案解決において触れられた相当性の部分（本文中④の要件）を考慮せず、「機会提供型のおとり捜査については、刑事訴訟法上の任意捜査として、適法な捜査手段であることを明言したものとすることができる」という理解が示されている。石神千織「おとり捜査の適法性」捜査研究六三九号（二〇〇四年）六頁以下も同旨。
- (65) 先に挙げた二つの下級審判決が「相当」という言葉を明確に示し、本件おとり捜査が適法であることの一つの根拠であることを示しているのに対し、本決定では「相当」性を明確に示す言葉は用いられていない。この点からも、本決定は相当性の要件を重視しなかったとみることもできよう。