HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	おとり捜査の研究（１）　：　ドイツ法理論の発展を手掛かりにして
Author(s)	内藤，大海
Description	論説
Citation	北大法学論集，58(2)，41 [531]-94 [584]
Issue Date	2007-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/28003
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(2)_41-94.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

おとり捜査の研究（一）

――ドイツ法理論の発展を手掛かりにして――

内藤大海

目　次

序章
第一節　問題の所在
第一款　おとり捜査の必要性と利用目的

第二款　おとり捜査の問題点――法益侵害――
第二節　研究の目的
第一款　わが国における理論の発展
第二款　違法性判断の基準の不明確性
第三款　違法性判断の実質的担保――違法なおとり捜査に対する法律効果――
第三節　論文の射程
第一款　おとり捜査に関する試論
第二款　組織犯罪対策についての展望
第一章　おとり捜査と捜査概念――犯罪発生前の捜査の適否――
第一節　問題の所在
第二節　わが国における議論の展開
第一款　警察活動に関する議論の史的発展
第二款　目的的区分論
第三款　伝統的区分論
第四款　検討
第三節　ドイツにおける議論の紹介
第一款　ドイツにおける捜査概念
第二款　おとり捜査と捜査概念
第三款　検討――被作出犯罪の訴追に向けられたおとり捜査――
第四節　小括――おとり捜査と事後捜査限定説――……以上本号
第二章　おとり捜査および類似の捜査手法
第三章　ドイツ判例理論

第四章　ドイツ学説の発展
第五章　わが国における議論
第六章　おとり捜査の規制
結びに代えて

序章

第一節　問題の所在

第一款　おとり捜査の必要性と利用目的

近年、深刻化する組織犯罪対策の一環として、捜査手法としてのおとり捜査の活用が関心を集めている状況にある。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」捜査手法である、と一般に解されている(1)。このような捜査手法は、主にけん銃や麻薬等の密売事犯に用いられることが多く、効果を上げている。その理由としては、これらの犯罪が、一定の犯罪組織によって反復・継続して行われる傾向が強く、社会に対して多大な害悪を及ぼすものであることが挙げられる。加えて、組織防衛のための否認・黙秘、罪証隠滅工作等が徹底して行われることにより、供述証拠等に頼った通常の捜査手法によっては、最も責任を問われるべき首謀者・組織幹部を

検挙し処罰することが極めて困難であることが多いためであるといわれている。[2] 今日、組織犯罪に対抗する手段としておとり捜査が注目を集めている理由は、主にこれらの点に求められる。

ところで、わが国の薬物犯罪を時系列的にみた場合、戦前は薬物の使用が大きな社会問題になることはなかったようであるが、戦後、軍用に備蓄されていた麻薬が民間に放出され、それに伴い大量の中毒患者が生まれ、その取締りが社会問題化したといわれている。また、戦時中も、軍需工場での生産能率向上や前線での兵士の戦意昂揚のために覚せい剤が多用されていた結果、多くの覚せい剤中毒者が生まれたともいわれている。覚せい剤についても、戦後麻薬と同様軍用備蓄の放出により、中毒拡大に拍車がかかったとされる。[3] これらの時代背景と対応して、昭和二〇年代にはすでにおとり捜査が問題となる判例が登場するに至った。

その後、一九八〇年代に入ると、暴力団等の犯罪組織による薬物密売が社会問題化するようになった。薬物密売は暴力団等の犯罪組織の強力な資金源の一つとされ、市民を薬物犯罪の被害者となることから守ることは勿論のこと、このような資金源の枯渇も重大な命題となるようになった。[4] その結果、薬物事犯の取締りは特に組織犯罪対策の一つとして位置付けられるようになってくる。

このように、今日では薬物事犯は組織犯罪の一類型として位置付けられるようになっていることは周知の事実であろう。国際的な状況に目を向けた場合もこのことは同様であり、組織犯罪対策は、国際社会が克服すべき重要な課題となってきた。そこで、ここでは組織犯罪対策の一部としての薬物事犯対策、およびその対処方法の一つとしてのおとり捜査の必要性について説明を加えておきたい。そして、本稿との関係上、組織犯罪対策が国際社会で注目を集めてきた状況について述べることにする。

国際組織犯罪は、国際社会の安全と主権国家の安定にとって、ますます大きな脅威となりつつある。国際組織犯罪は、

国際経済および世界的な金融制度、法の支配、ならびに基本的な社会的価値観の信頼性を損なうとともに、汚職腐敗を生む要因となり、また、特に新生民主主義国家や開発途上国をむしばむことが、深く憂慮される。さらに、麻薬犯罪、マネーロンダリング、暴力行為および恐喝、汚職腐敗行為、女性や児童の不法取引、銃器の不法製造および不法取引、不法入国者の密輸、環境犯罪、カード詐欺、コンピューター関連犯罪、盗難車両不正取引、産業スパイ、海賊行為、知的所有権侵害その他の組織犯罪が、様々な国々において重大な問題となってきている。

国連では、こうした深刻な状況に対応するために、まず、一九九四年に国連組織犯罪対策閣僚級会議が開催され、「国際組織犯罪に対するナポリ政治宣言及び世界行動計画」が採択された。その後、一九九八年一二月九日に採択された国連総会決議五三／一一一に基づいて、国際組織犯罪対策条約起草特別委員会が設立されるに至った。この国連組織犯罪対策条約案では、国際組織犯罪と戦うために、犯罪組織への参加の犯罪化、マネーロンダリング行為の犯罪化、犯罪収益没収規定の制定、証人への贈賄行為ならびに証人および公務員への脅迫行為の犯罪化などが提案されており、捜査に関しては、コントロールド・デリバリー（Controlled Delivery）、電子的またはその他のかたちでの監視（Electronic Surveillance）、おとり捜査（Undercover Operation）などといった特別な捜査手法の活用を求め、各国は、刑事手続において、そうした新しい技術の導入可能性を探求する必要が生じてきた[5]。その後、二〇〇〇年一一月一五日に作成された国際組織犯罪条約の中では、おとり捜査の活用を求める条文は存在しないものの、このような世界的な動向に伴い、その活用を求める動きも高まってきている状況にあると考えられる。

このような世界的な動向に対応したものとして、特にドイツの状況について紹介しておく必要があろう。ドイツにおいては一九九二年に「不正な麻薬取引その他の組織犯罪の現象形態の対策に関する法律」（以下「組織犯罪対策法」とする）[6]が施行された。この法律により、ドイツ刑事訴訟法典には新たにいくつかの条文が付加されることになったが、中でも

一一〇条a～同条eは潜入捜査官に関する規定であり、[7]薬物事犯対策および本稿のおとり捜査との関係上注目すべきものであると考えられる。このような問題意識は、いくつもの国境を接する先進ヨーロッパ諸国や多民族国家といわれるアメリカ合衆国だけにとどまらず、わが国でも意識されるようになってきている。

わが国の警察庁も新たな捜査手法として、外国の刑事法制や捜査実務を参考にしつつ、おとり捜査、コントロールド・デリバリー、潜入捜査等の高度な捜査技術や捜査手法について具体的に研究し、その導入・活用に向けた制度や捜査運営のあり方を検討しており、[8]注目に値する。

このように、組織犯罪対策が重大な課題とされる昨今においては、おとり捜査はなくてはならない捜査手法の一つであるということができ、今後ますます利用が増えていく可能性が高まっているといえる。また、おとり捜査の実施に伴って生じる権利侵害もまた増加する可能性がある。加えて、警視庁が検討課題の一つとしている潜入捜査も、おとり捜査と類似する捜査手法であるが、これらの捜査手法が今後一層利用されるようになることを念頭に置きつつ、現段階での法的問題の解決、不必要な権利侵害の回避について検討することが必要であるように思われる。

第二款　おとり捜査の問題点――法益侵害――

おとり捜査の問題点については、わが国においても様々な指摘がなされてきた。おとり捜査が問題とされる理由としては、主に、①おとり捜査が詐術的性質を帯びる点、②国家が犯罪を作り出す点が挙げられよう。詐術的手段の使用については、これは汚い手段であり、信義誠実の原則ないし公序良俗に反する可能性があるという指摘を甘受せざるをえないが、[9]より具体的に法的な問題としては、司法の廉潔性および適正手続の観点からの批判が存在する。[10]また、国家

による犯罪の創造という点についてコメントするならば、本来国家は犯罪の防止がその責務であるにもかかわらず、犯罪の創造を伴う捜査手法を用いることは矛盾しているのではないかということがいえる。さらにこの点について附言すれば、刑事訴訟法は、すでに発生した犯罪を前提としているにもかかわらず、おとり捜査を仕掛ける時点では後に摘発されることになる一個の犯罪は未だ発生していないため、この点で、おとり捜査が刑事訴訟法上の捜査ということができるか否かが問題となる[11]。これら二点を総合的に勘案すれば、おとり捜査とは、本来、犯罪の防止を目的とし、また、犯罪が発生した場合においてのみ、その解明を目的とする警察活動において、捜査機関がその所属員およびその協力者をして未だ発生していない犯罪を発生せしめ、あるいは助長する点に、その問題性を見出すことができるということがいえよう。また、詐術的手段を用いるという点がフェアな方法ではないという批判も強い。その他、最近ではあまり議論されなくなったが、教唆犯としてのおとりの罪責も問題となるのであり[12]、おとり捜査が必要とされる一方で、それを運用するために解決しなければならない法的問題点は山積した状態であると考えられる。

第二節　研究の目的

第一款　わが国における理論の発展

わが国においては、リーディング・ケースとされる最高裁昭和二八年三月五日決定[13]（以下、本稿では単に「昭和二八年決定」とする）をはじめとして、数多くの裁判例が蓄積されており、それに伴い学説もこの問題を意識的に論じるようになってきた。まず、この点を史的にみてみると、戦後最も早い時期におとり捜査が問題とされた事案である、横

浜地裁昭和二六年六月一九日判決[14]およびその直後の横浜地裁昭和二六年七月一七日判決[15]は、抽象的危険のないことを理由として被告人を無罪とし、おとり捜査が常に犯罪の成否、訴訟手続に影響を及ぼすことを指摘したうえで、いわゆる「違法説」を明確にした。しかしながら、その後、昭和二八年決定は、おとり捜査がなされたか否かは、犯罪の成否または訴訟手続に影響を及ぼすものではないとし、犯意が捜査官あるいはその協力者によって誘発されたとしても、違法性、責任性は阻却されないという立場を明らかにしている。最高裁はしばらくこのような立場に立ち判断を行ってきたが、高裁レベルでは昭和二〇年代の後期には、すでに「わなの理論」[16]に基づくいわゆる「二分説」が登場している[17]。この「二分説」は、その後も判例・学説に影響を持ち続けることになる。その内容は、おとり捜査を大きく二つに分け、一方を「犯意誘発型」のおとり捜査、もう片方を「機会提供型」のおとり捜査とし、前者であれば違法、後者であれば適法であるとする見解である。おとり捜査を一律に違法か適法か判断するのではなく、一応の類型化を行い、おとり捜査の中にも違法なものと適法なものが存在するとした点で、この二分説は評価を受けてきたと考えられる。今日でも、二分説に立脚した見解を示している下級審の判例[18]を確認することができる。しかしながら、類型化がなされたとはいえ、二分説は、おとり捜査を単に二つのパターンに区別するにとどまるものであり、この二分説も、「画一的な基準で一律に判断できるものではない」[19]という指摘を甘受しなければならなくなった。このように、最近では、二分説とは異なるかたちで、学説上諸説が展開されることとなる。そのような諸説においても[20]、そのほとんどは、どちらかというと二分説にいうところの犯意誘発型のおとり捜査についてはこれを違法とし、機会提供型のおとり捜査の中に違法なものを見出そうとする傾向がうかがえる[21]。また、最高裁平成八年一〇月一八日決定[22]（以下、本稿では単に「平成八年決定」とする）の反対意見は、おとり捜査一般を「司法の廉潔性に反する」とし、個別事案における特別な必要性から例外的に認められるとの限定を付した。

このように、最近では、おとり捜査の違法性判断について様々な説が展開されるようになったが、先に挙げた平成八年決定の反対意見のように、おとり捜査一般を違法とし、例外的に運用の可能性を認めるという見解は、ほかに見受けられないようである。やはり近年、学説の大部分は、二分説を基礎としつつそれにほかの諸要件を付加して考慮するという見解か、二分説を基礎としていないともいいきれないものの、主に相当性、必要性（代替手段の欠如など）を総合的に考慮し、各事案に即して個別具体的に判断するという見解のいずれかを主張する傾向にあると考えられる。判例についても、犯意の既存、代替手段の欠如を違法性判断の要素として考慮する下級審判決[23]が存在し、おそらくわが国におけるおとり捜査の違法性判断についての見解は、判例・学説の双方において出揃った感がある。

第二款　違法性判断の基準の不明確性

わが国におけるおとり捜査の違法性判断に関する理論状況は、右で述べたような変遷を辿ってきた。おとり捜査を「犯意誘発型／機会提供型」の二つの場合にのみ振り分けて、それに基づき「違法／適法」の判断を下すという二分説の弱点の克服を試み、新たな判断要素について検討の必要性を訴える今日の一部の判例および学説の通説的見解は、画一的判断を回避しようとする点で、その意図するところは評価に値する。しかしながら、今日のこのような理論状況も、決定的な批判を免れないであろう。すなわち、これらの理論は、（おおむね同旨の主張をしていると思われるが）いずれも基準の明確性を欠いたものといわざるをえないのである。思うに、手段の相当性・必要性、あるいはそれが社会的に認められる範囲、犯罪の性質（重大性、密行性、組織性、証拠収集・犯人検挙の困難性など）、対象となる人物の有する嫌疑などは、おとり捜査の違法性判断を多角的に行う上で確かに看過しえない要素であろう。問題は、それらの要素

がいかなる関係にあるのかが不明であり[24]、それゆえ違法性判断の基準は不明確なままとなっている点である。本稿は、このようなわが国におけるおとり捜査の違法性判断の基準の不明確性を克服することを目的とし、違法性判断に新たな解決を図りたいと考える。

第三款　違法性判断の実質的担保――違法なおとり捜査に対する法律効果――

昭和二六年の横浜地裁の判決[25]およびその控訴審判決[26]を除いては、おとり捜査を違法と判断したものは、ほぼ存在しない[27]。このような状況については、違法視すべきおとり捜査が存在しないというわけではなく、これまでの違法性判断の基準[28]とその適用方法に問題があり、違法と見るべきおとり捜査が看過されてきてたのではないかという指摘もなされている。おとり捜査の違法性判断がより実質的な意味を有するためには、その積極的で活発な運用が期待されるべきであり、より積極的におとり捜査の違法性判断がなされなければならないと考えられる。また、おとり捜査の違法性判断を実質的に担保するためには、違法なおとり捜査がなされた場合の処置をどうするか、ということも考えなければならない。わが国においても違法収集証拠排除法則が認められて久しいが、実際に排除法則が適用されて証拠排除がなされた例は乏しい[29]。そのため、排除法則が実際に違法捜査の抑止に役立っているか否かは疑わしいところであるが、このような状況を避けるため、おとり捜査の違法性判断については、積極的な判断を期待するとともに[30]、違法なおとり捜査がなされた場合の法律効果として、判断の実効性を担保できる手段を考慮したい。

第三節　論文の射程

第一款　おとり捜査に関する試論

先に示したとおり、おとり捜査を取り巻くいくつかの問題に対して新たな示唆を提示することが本稿の目的である。すなわち、おとり捜査の違法性判断に対して、より実質的に違法性判断を導きうる判断基準を導くこと、およびその結果として違法なおとり捜査が行われた場合にどのような法律効果を付与することが妥当かについて、本稿では論及したいと考えている。

まず、おとり捜査に関する諸問題を検討するにあたり、ドイツの議論を参考にしたいと考えている。前述のとおり、ドイツにおいては一九九二年に組織犯罪対策法が施行され、その結果刑事訴訟法一一〇条a以下の条文が新たに刑事訴訟法典に導入されることとなった。これにより、潜入捜査官の投入が立法化されたのである。そのため、潜入捜査官（＝覆面捜査官）の投入に際しては、検察官および裁判官の同意、すなわち事前の司法審査が必要となった。ドイツにおいては、一九九二年以前も潜入捜査官を用いた潜入捜査は行われていたようであるが、刑事訴訟法一一〇条a以下の条文により、法の規制を受けることとなったわけである。一方で、アジャン・プロヴォカトゥール（またはロックシュピッツェル）と呼ばれる「おとり」を用いた犯罪作出型の捜査は、このような新たな法規制を受けることはなかった。この点は看過し得ない点である。すなわち、潜入捜査官の投入は事前の司法審査を必要とし、アジャン・プロヴォカトゥールの投入にはそれが必要とされない、という点である。この点に鑑みれば、一見したところ、潜入捜査官による情報収集活動の方がより強い法益侵害を伴うのではないかとも考えられる。つまり、アジャン・プロヴォカトゥールには許されない処分を、潜入捜査官は行うことが許されるが、そのため、潜入捜査官の投入には事前の司法審査が必要とされると考えられるのである。他方、わが国では一般的に任意捜査と考えられ、現にドイツでも司法審査を投入要件としない

おとり捜査は、そうではない潜入捜査活動と比べて、時としてドラスティックな結果を生じさせる場合がある。というのは、おとり捜査が違法となる場合、わが国においても、ドイツにおいても、何等かのかたちでの不処罰処理がなされるべきだという見解が強く存在する。しかし、潜入捜査に関して、ドイツ学説においてはそのような主張はみられず、せいぜい証拠禁止が主張されるに止まる。要件論の部分では、制約の小さいものが、なぜ、効果論の部分では大きな制約を受けることになるのか。このような、いわば逆転現象ともいえる状態は、何に起因するのか。この点を明らかにすることに、おとり捜査の違法性論を説き明かす示唆が存在するように思われる。

次に、違法なおとり捜査が行われた場合の法律効果の問題も本稿の主たるテーマの一つであるが、ここでもドイツの議論を参考にしたいと考えている。もちろん、そこには違法性判断においてドイツの議論を参考にするため法律効果についても同様に参考にするという理由もあるが、より実質的には、ドイツにおいては違法なおとり捜査に対して手続打切りというドラスティックな結果が導かれるということが理由として挙げられる。違法なおとり捜査が行われた場合に、どのような法律効果が導かれるのが妥当かという議論については、わが国でも諸説が主張されているが、実際におとり捜査が違法と判断された案件が皆無に等しく、この種の議論もそれほど活発でないというのが実情である。おとり捜査の違法性判断を実質的に担保するためには、違法なおとり捜査が行われた場合に、実質的な判断に入る前に手続そのものを打ち切ってしまうことが必要であると考える。そのため、ドイツの議論を参考にわが国におけるこのような議論の演繹可能性を模索したい。

さらに、違法性判断に付随して、強制処分と任意処分の限界設定についても考察を加える。すなわち、先にも述べたとおり、同種の捜査手法であると考えられるおとり捜査が任意捜査であり、一方潜入捜査が強制処分であると考え、その違いからおとり捜査に許容される範囲を明確化するのであるならば、その過程で、このような捜査手法における強制

と任意の限界が明確にされるはずである。したがって、この点から、捜査における強制処分と任意処分の限界設定に一つの試論を提示することができればと考えている。

第二款　組織犯罪対策についての展望

本稿では、おとり捜査に関する諸問題の解決を主たる課題としつつも、その過程では、ドイツの組織犯罪対策法について触れることになる。組織犯罪対策が世界的な問題意識としてとらえられており、わが国においても同種の問題意識は高まっている。したがって、実務においては今後おとり捜査あるいは潜入捜査を積極的に用いようとする傾向が認められる。目下のところ、潜入捜査が問題となった判例は見当たらず、また、このような捜査手法の問題性について論じた文献も存在しないようである。したがって、ドイツにおけるアジャン・プロヴォカトゥールの概念の対比として潜入捜査官に関する議論を考察する際に得られる知識をもとに、わが国において潜入捜査は認められるべきか、認められるとしたらどのような場合であるか、あるいはその許容範囲について検討を試みたい。また、組織犯罪対策全体の中で、これらの捜査手法がどのような位置に属するのか、その他の手続法上の諸施策としてどのような処分が考えられるか、本稿においてできる限り紹介をしたいと考える。

第一章　おとり捜査と捜査概念――犯罪発生前の捜査の適否――

第一節　問題の所在

近年、おとり捜査の適否が論じられる場合、まずおとり捜査の捜査としての性質について論じられることが見受けられるようになった。というのは、従来の考え方によれば、捜査とは犯罪の発生後に行われる刑事訴追に向けた活動であるのに対し、おとり捜査は犯罪の発生前に行われる活動であることが問題とされるようになってきたのである。しかしながら、従来より長い間おとり捜査の議論の中心はその適否に関するものであり、どのような類型のおとり捜査が適法とされるのかを明らかにしようと試みるものが大半であった。したがって、おとり捜査全般を捉えて違法あるいは適法とする議論はほとんどみられず[31]、その中に適法とされる余地があるということが議論の前提とされてきた。

他方、一九九〇年代以降組織犯罪対策の強化が叫ばれるようになってくると、犯罪発生前の捜査の問題性が指摘されるようになってきた。特に、通信傍受法[32]の立法に際しては、これまで定説であったとされる「行政警察活動（犯罪防止）＝犯罪発生前」、「司法警察活動（犯罪訴追）＝犯罪発生後」という警察活動の概念が、立法化の大きな障壁となった。さらに、通信傍受令状発付の要件のうち犯罪の嫌疑について、「将来犯罪」に対する嫌疑を加えたため（同法三条一項二号および三号）、従来の捜査概念を広げる必要があった。すなわち、将来犯罪に対する通信傍受が正当化されるためには、「将来の犯罪に対する捜査」も捜査である必要が生じたのである。

もっとも、通信傍受立法に反対する論者らは、先に挙げた伝統的な捜査概念を維持し、通信傍受法案のうち、特に将来犯罪に対する通信傍受について痛烈な批判を行った[33]。これに対し、井上正仁をはじめとする通信傍受立法推進派の論者は、伝統的な捜査概念とは異なる捜査概念を唱えて将来犯罪に向けられた捜査が捜査であることを論証しようとした[34]。周知の通り、通信傍受法は一九九九年八月一八日に公布され、翌年八月一五日に施行されることとなった。しかし、同法の成立前に行われた活発な議論は、通信傍受の枠を超え、捜査概念そのものをみつめなおす契機となった。

将来犯罪に対する捜査を捜査として観念しうるか否かという問題は、まさにおとり捜査に直結した問題といえよう。

というのは、おとり捜査は犯罪発生前の「捜査」であることが疑われるためである。より具体的にいうと、おとり捜査を仕掛ける時点においては、それにより後に訴追されることとなる犯罪は発生していないのだが、行政警察・司法警察区分論（以下「伝統的区分論」[35]とする）によれば、これを刑事訴訟法上の捜査として許容することは困難となる。つまり、伝統的区分論に依拠する限り、犯罪発生前の時点では警察はその防止に向けた行政警察活動しか許されないことになるはずである。

これまでも、おとり捜査のこのような性質については、まったく説明がなかったわけではない。例えば、おとり捜査を犯罪捜査のための準備活動と位置付け、捜査とは異なるものと捉えたり[36]、あるいは過去の犯罪捜査のためにおとりを用いるという考え方が示されてきた[37]。しかし、前者については「捜査の準備活動」という概念が不明瞭である[38]、後者については将来発生する一個の犯罪に着目すれば「将来の捜査」であることは否定できない[39]、といった批判がある。

一見したところ、おとり捜査を犯罪訴追に向けられた捜査であると位置付けるならば、従来の区分論では説明できなくなってしまうように思われる。また、昭和二〇年代の横浜地裁の一連の判例[40]等を除いては、これまでおとり捜査を一律に違法とする主張は見当たらない。すなわち、判例も学説もともに、おとり捜査の中に一定の許容領域があることを承認するのである。おとり捜査においてその違法性判断が議論の中心に存在するのは、そのことを前提とする。しかし、そうである以上、犯罪発生前に着手されるおとり捜査が捜査として許される根拠が示されなければならない。すなわち、従来の伝統的区分論に対する説明が必要となるはずである。伝統的区分論を維持するのか、新たな捜査概念の枠組みを構築するのかはひとまずおき、将来犯罪に対する捜査という点を念頭に置きつつ捜査概念の枠組みについてみておくこととする。

第二節　わが国における議論の展開

第一款　警察活動に関する議論の史的発展

以上述べたように、わが国においてはおとり捜査の議論を行う場合、これまではおとり捜査の捜査としての性格よりもその違法性判断が主な論点となっていた。しかしながら、特に通信傍受法の成立までの間に活発に交わされた警察活動に関する議論を契機として、おとり捜査の捜査としての性格そのものの問題も脚光を浴びるようになった。したがって、おとり捜査について論じる場合、そもそも犯罪発生前の活動を含むおとり捜査が捜査として観念されうるのか否かということについて明らかにしておく必要がある。そのため、わが国において警察活動がどのように考えられているのかについて論じておく必要がある。

長い間警察活動には二種類があり、一つは犯罪の発生を未然に防止する「行政警察活動」であり、もう一つは発生した犯罪の捜査を行う「司法警察活動」であるとされてきた。このような伝統的な捜査概念を本稿では「伝統的区分論」と呼ぶことにし、後に触れる「目的的区分論」と区別しておく。この伝統的区分論は最近までほとんど疑いなく受け容れられてきたのであるが、通信傍受法が、将来犯罪の捜査の一環として行われる通信傍受を認めるため、この点を伝統的区分論では説明できなくなったのである。そこで、行政警察活動と司法警察活動を区分する場合、犯罪発生の時期ではなく警察活動の目的を根拠とする学説が登場することとなった。すなわち、「目的的区分論」の登場である。目的的区分論を主張する論者は、伝統的区分論は大陸法系の職権主義的手続を継承した旧法時代の産物であり、英米法に倣った現行法制下における当事者主義的訴訟構造の下では、もはや実質的根拠に乏しい旨主張する(41)。本稿の対象であるお

とり捜査について考える場合も、伝統的区分論の枠内では、おとり捜査を捜査として位置付けることは困難であるようにもみえる。すなわち、おとり捜査は未だ犯罪の発生していない時期に仕掛けられ、おとりの働き掛けが成功した場合にはじめて、訴追すべき犯罪が誕生することになるからである。だとすれば、英米法系の現行法制下においては伝統的区分論を放棄し、新たな捜査概念の枠組みを構築した方が便宜であるようにも思われる。

しかしながら、伝統的区分論は今日においても厳として存在しており[42]、そのことが最も特徴的に現れたのは、通信傍受法の成立までに幾度となく主張された消極派による批判であったといえよう[43]。確かに、英米法に由来する当事者主義的訴訟構造を継承した現行法制下では、これまでの行政警察・司法警察の区別はもはや通用しなくなったようにみえなくもない。しかし、現行法制下でも伝統的区分論はなお消滅していない（むしろ伝統的区分論を支持する論者は少なくない）ことは非常に興味深い。よって、まず伝統的区分論がいつ頃どのようにして登場し、なぜ今なお存在し続けるのかについて、わが国の刑事訴訟制度の移り変わりと関係付けながら注意深くみていくことにしたい。

これまでに指摘されてきたように、警察活動を行政警察活動と司法警察活動とに区分する考え方は大陸法に由来する。わが国最初の刑事訴訟法典である治罪法（一八八〇年公布・太告三七号）は、フランス人法学者ボワソナードにより、フランス治罪法典を中心に諸外国の法を参考にして起草された[44]。フランスの警察活動概念に目を向けると、行政警察・司法警察の区分論はフランス革命に由来する。フランス革命においては三権分立の名の下で行政権と司法権の分離が図られ、行政組織である警察は司法から分離されることとなり、主な職務は「秩序の直接的実現」すなわち犯罪の防止とされた。これとは対照的に、検察は（準）司法官とされ公判において司法活動を行うとともにその準備活動である捜査を主宰することとなり、司法活動である捜査において警察は検察の指揮下に置かれることとなった[45]。このようなシステムは隣国であるドイツにも普及し、今日においても受け継がれている。

大陸法を受け継いだ戦前までのわが国の法制下においては、捜査概念もフランスおよびドイツと同様のものが引き継がれることとなった。わが国最初の刑事訴訟法典である治罪法（フランス型）においては、九二条で「検察官ハ後ニ記載シタル告訴告発現行犯其他ノ原由ニ因リ犯罪アルコトヲ認知シタル時ハ其証憑及ヒ犯人ヲ捜査シ第百七条以下ノ規則ニ従ヒ起訴ノ手続ヲ為スベシ」と規定する。その後に新たに公布・施行された刑事訴訟法（いわゆる「明治刑訴法」、一八九〇年公布・法律九六号）四六条は「検事ハ後ニ記載シタル告訴、告発、現行犯其他ノ原由ニ因リ犯罪アルコトヲ認知シ又ハ犯罪アリト思料シタルトキハ其証憑及ヒ犯人ヲ捜査ス可シ」と、さらにドイツ法の影響を受けた旧刑事訴訟法（いわゆる「大正刑訴法」、一九二二年公布、法律七五号）二四六条は「検察官犯罪アリト思料スルトキハ犯人及証拠ヲ捜査スヘシ」と規定している。その他旧刑事訴訟法に限ってみても、一二七条、一二八条、二四七条が「司法警察官」という文言を用いており、二四八条は「庁府県ノ警察官」（同条一号）および「憲兵ノ将校、准士官及下士」（同条二号）について「検察官ノ補佐トシテ其ノ指揮ヲ受ケ司法警察官トシテ犯罪ヲ捜査」すべきものとしている。ここからみてとれるように、戦前は大陸型の糺問的訴訟手続が維持され、捜査はすでに行われた犯罪について検察官の指揮監督の下で行われるものとされた。学説も戦前から行政警察は犯罪の予防機能を有するものであり、司法警察活動は事後的な犯罪捜査機能を有するものとされた(46)。

このような伝統的区分論は、英米法系の現行刑事訴訟法が制定された戦後においてもなお残ることとなった。確かに、戦後は英米型の刑事訴訟法を採用し、糺問主義・職権主義的な訴訟構造から、弾劾主義・当事者主義的な訴訟構造への変化を遂げた。したがって、それまで（準）司法官であった検察官は一方当事者となり、警察と協力して証拠の収集等の捜査を行うこととなった。そのため、検察官は、司法官というよりも行政官としての地位を獲得したといっていいだろう。それに伴い、現行法制下では捜査は司法の色を失い「行政的活動」となった(47)。しかし、通説はあくまで行政警察・

司法警察を二分した考え方、すなわち伝統的区分論を維持し続けることとなったし、現行刑事訴訟法の文言にも「司法警察」という用語が残ることとなった。

一見したところ、目的的区分論を唱える学者のいうように、現行法制下において伝統的区分論を維持し続けることは矛盾しているかのようにも思える。ではなぜこのような状況が生じているのであろうか。これについては様々な要因が考えられるが、例えば、田宮裕は、先に挙げたように現行法上「司法警察」あるいは「罪を犯した」という表現が存在することを指摘するとともに、司法コントロールが骨抜きになることに対する不安などを挙げる[48]。他にも、伝統的区分論が消滅しなかった理由として、行政警察活動と司法警察活動が交錯する場面において、従来の考え方でも説明ができたこと、「捜査のための準備行為」という説明により事前行為が許容されていたことを挙げる見解も存在する[49]。いずれにせよ、通信傍受法の成立に向けた動きの始まる一九九〇年代まで、伝統的区分論に基づく事後捜査限定論ともいうべき捜査概念は、ほぼ問題なく存在し続けていたことは確かであろう。このことはおとり捜査についても例外ではなく、先に挙げた「捜査のための準備行為」などの説明を用いることにより、この種の問題は回避されてきた。

ところが、一九九〇年代以降このような状況は、変化の兆しを見せ始めることとなる。その契機となったのが、通信傍受法の制定に関する議論であった。通信傍受法案（当時）が将来行われるであろう犯罪に対する通信傍受を認めていたため、このことは特に問題とされた。通信傍受の場合、過去の犯罪捜査の一環として行うことも想定されうるが、その対象の多くは将来における犯罪となるであろうことが指摘されている。さらには通信傍受法は将来の犯罪捜査に対する通信の傍受を認めた方がメリットは大きいという[50]。ただし、将来犯罪に関係する会話等を傍受することになれば、それまでの伝統的区分論では説明できなくなってしまう。そこで新たに持ち出された理論が、警察活動の目的によって区別を行う目的的区分論であった。これによれば、たとえ発生していない犯罪についてであっても、後の刑事訴追のた

めにあらかじめ証拠を集めておくことは司法目的を有する司法警察活動、すなわち捜査ということになる。したがって、将来犯罪に対する通信傍受も、このような捜査概念の枠内においては捜査として説明できることとなる。

このように、通信傍受法の制定に関する議論の中で生まれた警察活動、捜査に関する議論は、その他の捜査手法についても捜査とは何かをあらためて問いかけることとなった。このことは、本稿の対象であるおとり捜査についても同じであり、おとり捜査を将来犯罪に対する捜査として位置付け、正当化する見解も存在するようになった(51)。

以上述べたように、わが国では旧法時代の訴訟構造を背景にして、「犯罪発生前＝行政警察活動＝犯罪予防」、「犯罪発生後＝司法警察活動＝犯罪捜査」という図式が構築されていた。これは戦後も長い間維持され続けてきたが、近年この図式とは異なる新たな捜査概念、警察活動概念が構築され提唱されるようになってきた。そこで、ここではおとり捜査が捜査として正当化されるのかという議論へと発展させていくことを目的として、本来警察活動はどのようにあるべきなのか、伝統的区分論と近時の目的的区分論とを十分に検討しておくこととする。

第二款　目的的区分論

先に紹介した通り、行政警察・司法警察という区分論の是非および理解に関する議論は、一九九〇年代における通信傍受法案に対する賛成・反対の主張の中で活発化し、発展を遂げたといえよう。時代的な流れに着目し論じるのであれば、先に登場した伝統的区分論から論じるべきであるようにも思われる。しかしながら、今日伝統的区分論を主張する論者の多くは、通信傍受法の制定に向けて登場し発展した目的的区分論に対する批判の中で、自己の主張を確認し発展させていったという経緯が認められる(52)。そこで、本稿では、まず先に目的的区分論を繰り上げて検討し、その後に、

対立する伝統的区分論について紹介することとする。

目的的区分論は、警察活動を行政警察活動と司法警察活動に分ける区分論自体は維持しつつ、伝統的区分論と異なる定義付けを行い、将来犯罪に対する捜査を可能にすることを目的とする。このような解釈の背景には、通信傍受法案が将来犯罪を対象とした通信傍受を含んでいたことがある。当然、伝統的区分論においては、警察は犯罪の発生前は犯罪の防止に努めなければならず、捜査は行えないことになる。したがって、伝統的区分論に基づく限り、将来行われるであろう犯罪について、事前に情報収集等の捜査を行うことは認められないことになる。事前捜査を認めるとする事前捜査積極説を主張する場合、以下に挙げる二つの選択が考えられる。すなわち、①そもそも、警察活動を行政・司法の二つに区分する区分論自体を放棄する、あるいは②区分論自体は維持しつつもその内容・解釈を変更する、このいずれかを選択しなければならないこととなる。事前捜査積極説を主張するための手段として、区分論自体の放棄を選択することも考えられた。しかし、事前捜査の積極的運用のために主張されたのは、概ね後者であった。おそらく、今日事前捜査を積極的に認める学説が区分論自体を否定していないことの理由としては、現行法が「司法警察職員」という用語を維持していることが大きいと考えられる[53]。いずれにせよ、事前捜査積極説を主張する論者の多くは、行政警察・司法警察という区分論を維持しつつ、その定義を変更するという手法をとることとなった[54]。

目的的区分論とは、行政警察活動と司法警察活動という警察活動の区別を認めつつも、これまでとは異なりその機能・内容を基準に分類を行おうとするものである。目的的区分論によれば、犯罪の防止や鎮圧[55]を目的とする活動は行政警察活動とされ、犯罪の訴追や処罰を目的とする活動は司法警察活動とされることになる。この限りにおいては伝統的区分論も同じなのだが、両者の差異は警察活動の対象となる犯罪の発生時期を問題とするか否かという点にある。つまり、犯罪の訴追や処罰を目的とする活動であれば、対象となる犯罪が未だ発生していない時点であっても、「捜査」として

許容されるというのである。従来の概念と異なり犯罪の発生時期を問題としないことについては、以下のような理由付けがなされている。すなわち、捜査かどうかがその時期によって区別される場合が多いのも事実であるが、しかしそれは「それぞれの目的による区分に従って、実例を積み重ねた結果にすぎず、それぞれの活動が、本来的・論理的に過去または将来の犯罪を対象とするものに限定されることまで意味するものではあるまい」[56]、というのである。要するに、このような理論に立つ論者は、「特定の活動の法的性格を決めるものは、その目的の内容であって、対象とする犯罪が過去のものか将来のものかという事実は、その区分にとって本質的な問題ではない」[57]、と考えるのである。

このように、区分論自体を維持しつつ、その定義を変更することによってもたらされる結果は、どのようなものであろうか。当初、目的的区分論者達が目指したのは、将来犯罪に関する通信を傍受することの正当化であったことは容易に推測される。すなわち、伝統的区分論では、およそ未発生の犯罪に対しては捜査をすることが許されないはずであるが、目的的区分論ではこれが可能となるためである。したがって、対象犯罪が将来訴追されることを予定し、そのための証拠収集を目的として通信傍受が行われる場合、たとえそれが未発生の犯罪であっても捜査として許容されることとなるのである。このことは、将来犯罪に対する捜査を可能とするという点で、大きな意味を持つ。

また、本稿の対象とするおとり捜査についても、これまでの説明とはかなり異なる正当化ができることとなる。これまで伝統的区分論の下では、おとり捜査を刑事訴訟法上の捜査として正当化するための説明としては、次に挙げる二通りの方法がとられてきた。すなわち、[58]①おとり捜査を仕掛ける行為そのものは捜査とはいえず、あくまで捜査のための準備行為として正当化できる、あるいは②反復して行われている犯罪に対して、過去の犯罪捜査のためにおとり捜査を用いる、[59]というのである。この点、①については、捜査のための準備行為という概念が不明確であるし、「自らが作り出す犯罪の捜査の準備行為を刑訴法上の捜査の範疇に入れることができるかに疑問があり」、捜査の準備行為が「程

度の差はあれ対象者の法益を侵害する」のであるから根拠規定もなく許されない、という批判がなされる。[60] 次に、②についても、「将来発生する予定の一個の犯罪に着目すれば、それとの関係では『将来の犯罪捜査』である」という批判も成り立つ。[61] したがって、これまでの伝統的区分論の下でおとり捜査を捜査として説明しようとする場合、どこかで矛盾を残したままになっていた感があることは確かであった。

ところが、目的的区分論を用いることにより、おとり捜査も捜査として容易に説明することができる。すなわち、目的的区分論に立ち、将来犯罪の検挙・訴追に向けて証拠等を収集する警察活動も捜査であるとすれば、その働き掛けの結果行われる将来犯罪に関しても、おとり「捜査」を行うことが正当化されるのである。[62] このように考える論者の中には、むしろ「おとり捜査の核心は、将来の犯罪の解明・訴追にあると捉えるべき」であり、殺人などのように深刻な法益侵害を伴わない場合には、当該犯罪に関わる情報を収集し、その発生後に検挙した方が、当該犯罪を未然に防止するよりも社会の安全を守るために大きな効果をもたらしうる、と主張する論者も多い。[63]

以上のように、行政警察活動と司法警察活動の区分を両者の目的・機能から根拠付け、事前捜査を積極的に容認する立場の論者は、おとり捜査についてもそれが犯罪発生前の捜査であることを正面から認めることになろう。そして、このような主張の背後には、犯罪の防止による直接的な社会治安の維持よりも、犯罪の検挙・訴追によるその効果の方が大きいとする考えがあるものと思われる。[64] しかし、このような実質論のみから、過去の犯罪との関係の如何に関わらずおとり捜査が許容されるという結果が導かれるのだとすれば、目的的区分論に対して慎重にならざるをえまい。

第三款　伝統的区分論

警察の職務は行政警察活動と司法警察活動という二つに区分され、前者は犯罪発生前における犯罪の防止を、後者は犯罪発生後における犯罪の捜査を担う、というのが伝統的区分論である。前述の通り、この理論は治罪法から旧刑事訴訟法時代に定着した理論であり、大陸法の影響を色濃く受けたものとなっている。[65] しかし、組織犯罪対策の一環として通信傍受法が成立し、将来犯罪に対する通信の傍受が捜査として認められたことにより、これまでの捜査概念に大きな変化がもたらされることとなった。すなわち、目的的区分論の登場による事前捜査正当化論がこれにあたる。これは、通信傍受法がまだ法案であった段階で、これまでの警察活動概念あるいは捜査概念では説明のつかない将来犯罪に対する捜査を根拠付けるために、積極派の論者によって唱えられ始めた理論であった。最終的に、通信傍受法は将来犯罪に対する通信傍受を含んだまま成立し、事実上将来犯罪に対する捜査が認められることとなった。[66] では、通信傍受法の立法により、将来犯罪に対する捜査が一部容認されることとなったが、伝統的区分論は妥当性を失ったのであろうか。むしろ、通信傍受立法批判を通じて、伝統的区分論の理論的根拠は以前に増して明らかにされた感がある。伝統的区分論から導かれる具体的な帰結に踏み込む前に、まずは伝統的区分論がどのような根拠に基づくものであるかというところから説明しておくこととする。

伝統的区分論の根拠には、理論的根拠と実質的根拠の二つがあると考えられる。理論的根拠には、刑事訴訟法の条文の文言、近代法における犯罪概念、国家が国民に対して保障すべき人権保障があるように思われる。以下、これらの理論的根拠について説明する。

伝統的区分論の理論的根拠としてまず最初に挙げられるべきであろうものは、刑事訴訟法上の条文の文言であろう。刑事訴訟法一八九条二項は、「司法警察職員は、犯罪があると思料するときは、犯人及び証拠を捜査するものとする」、と規定している。また、同一九九条は通常逮捕の要件として、「被疑者が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由が

あるとき」に、「裁判官のあらかじめ発する逮捕状」を要求する。まず、このことから、刑事訴訟法が想定している捜査は事後的活動に限定されると解されるのである。

次に考えられるのは、近代法における犯罪の概念である。すなわち、伝統的区分論に基づき捜査を観念する場合、「犯罪の発生を捜査と強制処分の前提とする」ことになるが、これは、近代刑法が、「犯罪を個人の内心ではなく、個人の外部的行為としてきた」ことに対応する。そして、「犯罪が個人の外部的行為である限り、犯罪行為の存在は客観的に認識・確認できることを前提として、そのような客観的事実の存在を前提条件とする」のであるから、その前提条件により捜査権限が枠付けられる。[67] まず理論的には、このような発想が伝統的区分論の前提として存在する。

さらに、犯罪捜査ではなく犯罪予防を優先すべきであることの理由に、憲法一三条の個人の尊重を挙げる見解もみられる。その骨子は以下の通りである。憲法一三条後段は、「国民の権利」は「立法その他の国政の上で、最大の尊重」を必要とする旨規定されている。つまり、国家は人権に対して最大の尊重を義務付けられており、例えば法益侵害を放置することは、その義務をないがしろにしていることになる、というのである。すなわち、「侵害の事前の防止と事後の救済とでは、いうまでもなく前者の方が人権の保障にとって優れている。それゆえ、人権の最大限の保障のためには、国家は事前防止にまず努めなければならないということになるはずである。このように考えると、犯罪予防の任務が課せられている警察は、予防の措置が可能な場合にはまずは予防に努めるべきであり、それを怠り、犯罪の発生を黙認することは、人権に対する『最大限の尊重』の要請に反する[68]」ことになる、と。

次に、歴史的な経験的事実に由来する根拠について説明する。戦前は、行政執行法（一九〇〇年公布法律八四号）一条の「検束、仮領置[69]」および行政警察規則二四条の「怪シキ者」に対する強制連行[70]が濫用されたという。これらの措置は、いずれも行政警察の領域において強制的な処分を認めるものであり、「公安ヲ害スル虞アル者」および「怪シキ者」

という「過去の事実に枠づけられていない予測的要件」に基づく処分であったことが濫用を招いたとされている。例えば、司法警察活動の代表例である逮捕には令状主義の要請が働く、しかし右の「検束、仮領置」は行政警察活動としてその枠外に置かれる。警察が逮捕したいと思っている被疑者について令状発付に至るほどの嫌疑が生じていない場合でも、「検束、仮領置」を悪用すれば、司法目的で被疑者の身柄を拘束することが可能となる。反対に、司法警察活動が行政警察目的に利用されることも懸念される[71]。問題は、行政警察活動と司法警察活動とが、どちらがどちらの領域で濫用されているかということではなく、この両者が混交・融合されたまま悪用・濫用されやすくなることにある[72]。要するに、「両者を厳格に峻別して、それぞれの領域での規制を厳格化することが、歴史的経験的に要請されている[73]」、と考えられるのである。

今日においても、伝統的区分論を維持し行政警察と司法警察を厳格に区分する議論の背景には、以上のように理論的根拠と実質的根拠の二種類の理由が存在する。しかし、当然、これらに対しては目的的区分論の側からも批判が加えられている。以下では、これらの理論を参考にしつつ、捜査の概念はどのように観念されるべきかを模索したい。

第四款　検討

伝統的区分論の理論的根拠ならびに実質的根拠については、先に示した通りであるが、これに対して井上正仁からいくつかの反論が唱えられている。まず、理論的根拠のうち刑事訴訟法の条文の文言を根拠とすることについて、以下のような批判がなされた。すなわち、逮捕については刑事訴訟法一九九条が「罪を犯した」という過去形の文言を用いているため、「現行法上、未だ行われていない犯罪を理由にして人を逮捕することができない」ということを確認する。

さらに、「犯罪が実行される前に実行しそうな人を逮捕すれば、［中略］当該逮捕は予防的処分以外の何ものでもない」と述べ、ある種実質的な理由からも犯罪発生前の逮捕を否定し、「その規定を改正するという方法によっても、これを可能にすることはできないであろう」[74]、という。しかし、他方、「捜索・差押えや検証については、刑訴法二一八条一項が『犯罪の捜査をするについて必要があるとき』にそのような処分をすることができるとして、過去形の文言を用いてはいないため、法律上も、未だ行われていない犯罪[75]を対象にしてそれらの処分を行うことに、逮捕の場合と同じような意味での障碍があるわけではない」、と主張する。また、刑事訴訟法一八九条二項にいう「犯罪がある」という文言の解釈についても、「伝統的な司法警察観念を離れて、その文言自体から、そう解さなければならない必然性があるとまでいえるかは、疑わしい」[76]として、刑事訴訟法その他の条文の文言が事前捜査限定説の根拠とすることを否定する。

このような反論に対しては、以下のような再反論がある。すなわち、井上正仁は将来犯罪に関する逮捕は立法によっても許されるべきでないとするが、そうだとすれば、憲法三三条と関連する同三五条も同様に理解されるべきである、というのである。憲法三三条と関連付けて規定された規範構造からすると、「憲法三五条は、将来の犯罪については、逮捕の場合と同じく捜索・押収も許していないというのが理論的である。この意味においても、憲法三五条の『正当な理由』とは過去の犯罪との関係で規定された令状発付の要件なのである。そして、憲法三五条が同三一条の適正手続を『特化』[77]した規定である限り、憲法三五条自体が将来の犯罪については捜査権の発動を否定しているのである」、と。

次に、伝統的区分論が近代法の犯罪概念を根拠とすることについてであるが、これに対しては訴訟法的視点からの批判が展開されている。すなわち、訴訟法的視点に立てば、「犯罪の成否は裁判の結果はじめて明らかにされるはずのもの」であり、したがって捜査開始時には訴訟法上の犯罪は存在するはずがない、という趣旨の主張である[78]。つまり、訴訟法上、判決が確定するまでは被疑者・被告人は無罪であるため犯罪は存在しない、だとすれば「犯罪の存在」を捜査開

始の要件とすることは論理矛盾である、というのである。

また、戦前に行政警察活動が濫用されたことに対する反省という伝統的区分論の実質的根拠に対しては、両者を区別しないことが必ずしも悪い結果をもたらすとはいえないという。その一つに、行政警察活動と司法警察ないし犯罪捜査の活動とは、「どちらが強力で、権利侵害性の強いものでるかは、一概にはいえない」点を指摘する。また、この両者においては、司法警察活動に対する法的規制や手続的保障の方がより厳格で手厚いものとなっている、という点も挙げられる[79]。なるほど、司法警察活動においては、強制捜査は法定されているものについて、裁判官の発付する令状に基づいて許可されるため、処分に対する事前のチェックが働きやすいというのであろう。さらに、旧法時代に行政検束などの処分が濫用されてきた事実は、司法警察活動が行政警察目的のために濫用されやすいことを示すものではなく、むしろ、行政警察が司法警察目的のために濫用される危険があることを示すものである。したがって、両者の融和と警察権限の濫用は無関係であると主張する[80]。さらに、戦前の反省から伝統的区分論の解釈が生まれたのではなく、行政警察と司法警察とを峻別する議論は、ヨーロッパ大陸法に伝統的に存在し、わが国でもすでに治罪法時代から存在した。このことを捉えて、戦前の歴史的経験的事実に対する反省を伝統的区分論の理論根拠とすることはできない、という反論も主張されている[81]。

以上のように、目的的区分論を主張する論者からは、伝統的区分論の依拠する論拠に対していくつかの批判が加えられている。しかしながら、これに対しても、伝統的区分論の側から再批判が行われている。

まず、逮捕の場合と違い、捜索差押え等については、条文上将来犯罪に限定する書き方にはなっておらず、事前捜査限定の論拠として条文を持ち出すことは疑わしいという批判がなされた。これに対しては、憲法三五条は同三三条と関連付けて捜索差押えについて令状主義を規定しているが、その関連に対する説明が十分に果たされていない。また、憲

法三三条と同三五条を別個に考える場合、逮捕に伴う捜索・差押えについては先行する逮捕が過去の犯罪を対象としていなければならないのに、令状による逮捕の場合には対象は過去犯罪に限定されないことになる。しかし、なぜ憲法が両者についてそのような差別化を行ったのかが問題となる。(82)

さらに、犯罪とは外部的行為であるという近代法の原則が、司法警察と行政警察の区別の前提になっているという主張に対しては、実証的根拠に欠けるという批判がなされていた。しかし、この主張に対しても、「『客観的事実の存在を前提条件とすることで捜査権限を枠づけようとする発想』が『近代法の原則』のまさに『論理的』要請である、という点」にあり、人の内面を処罰することを許さない近代法の原則は、「『個人の外部的行為』という認識・確認可能な行為を客観的枠づけとすることによって、捜査権限の発動を抑制する」ことになり、「これを『近代法の原則』の『理論的要請』とみても、何の問題もない」という反論がなされている。(83) また、この点に関して、井上正仁は、「訴訟法的にみれば、犯罪の成否は裁判の結果はじめて明らかにされるはずのものであるから、その裁判を求める訴訟行為である公訴の権限の発生が犯罪の成立を前提にしていることは論理矛盾である」という。(84) しかし、捜査の前提として存在しなければならない犯罪というのは、「観念上の犯罪」であればよく、「訴訟法上の犯罪」があることを前提としないのは明らかであろう。(85) そうでなければ、憲法三三条にいう「犯罪」という文言も論理矛盾ということになりかねない。

また、実質的論点として、行政警察権が司法警察の分野で濫用されたという戦前の状況に対する反省から、伝統的区分論が維持されるべきだとする主張に対する井上正仁の批判は、的を射ていない。というのは、井上正仁は、行政警察活動と司法警察活動とでどちらが強力で侵害的な性質を有するかは一概にはいえないとするが、問題はそれが融和、混交された場合の悪用の危険性にあるためである。

以上のことから、戦後、アメリカ法の影響を受けた現行刑訴法下においても、なお「伝統的区分論――事後捜査限定

説」は生き続ける、と考えなければならないのである。ただ、冒頭にも指摘した通り、事後捜査限定説の下では、おとり捜査を捜査として位置付けることが困難であるようにも思われ、問題は残る。以下では、代表的な大陸法国でもあり、旧刑訴法（大正刑訴）のモデル国でもあったドイツの議論を参考に、おとり捜査と事後捜査限定説の整合性を明らかにしていきたい。職権主義的訴訟構造を有し捜査を事後的なものとするドイツにおいてもおとり捜査は行われており、この点、本章の問題意識にとってみるべき示唆は多いように思われるからである。では、このような趣旨から、以下ドイツの捜査概念についてみていこう。

第三節　ドイツにおける議論の紹介

第一款　ドイツにおける捜査概念

すでに指摘してきたように、わが国における行政警察・司法警察の区別の源流は旧法時代まで遡り、また、旧刑訴法はドイツ法を模範として作られたものであった。周知の通り代表的な大陸法国であるドイツでは、司法権を一手に担う検察官の指揮の下、検察官が捜査を行う。このような位置付けにおいては、検察官は、裁判官が判断を行うために必要な証拠を収集することにある。したがって、有罪証拠のみならず無罪証拠も調査しなければならない。したがって、わが国とは状況が若干異なり、ドイツの検察官は司法官としての地位を与えられる。また、実際の捜査の場面においては警察が活動することになるが、警察が捜査を行う場合、常に検察官の指揮監督下に置かれなければならないのはこのためである。それゆえ、司法官の指揮監督の下で、裁判、すなわち司法のために行われる警察活動は司法警察活動という

ことになる。このような、犯罪捜査のための警察活動は抑止的（repressiv）警察活動といわれ、すでに発生し存在する犯罪のみを対象とする。一方で、未発生の犯罪、すなわち将来犯罪については、警察が独自に活動を行うことができる。犯罪発生前においては、警察はその予防・防止に努めなければならず、訴追に向けた捜査手続ではないためである。ドイツでは、このような警察活動が予防的（präventiv）警察活動として位置付けられ、抑止的活動と明確に区別されてきた(86)。

犯罪発生前と後とで、警察活動にどのような差異があるのかについては、以上の説明から概要を得ることができよう。しかしながら、おとり捜査を捜査手続として位置付けることを試みる本稿においては、犯罪に対する二面的な国家的作用の、よりクリティカルな限界の設定が必要となる。そこで、以下、前領域（Vorfeld）と捜査可能な領域との区別について説明する。これら二つの領域を区分するメルクマールとなるのは、「初期段階の嫌疑（Anfangsverdacht）」である。初期段階の嫌疑とは、刑訴法一五二条の規定する「起訴法定主義（Legalitätprinzip）」の実効的な機能のために重要な位置を占める。すなわち、同条一項は、公訴提起が検察官によってなされることを規定し（国家訴追主義）、さらに同条二項は、「検察官は、明文による別の規定が存在しない場合、十分な事実に関する根拠が存在する限り、訴追可能な全ての犯罪行為に関して訴えを提起することを義務付けられる」と規定する。そして、刑訴法一六〇条一項は、「検察官は、通報その他の経路で、犯罪行為について嫌疑の認識を得たときは、公訴（öffentliche Klage）を提起すべきか否かを決定するために、事実関係（Sachverhalt）を究明しなければならない」、と規定する。すなわち、訴追権を担う検察官は、ある犯罪の存在について十分な根拠が存在する場合、犯罪の解明を行わなければならないのである。刑訴法一六〇条一項における「嫌疑」は初期段階の嫌疑といわれ、捜査開始の要件とされる。初期段階の嫌疑とは、一般に、すでに行われた犯罪に関する嫌疑をいう(87)。この初期段階の嫌疑の発生する前の段階は前領域といわれ、発生後の段階と

は区別される。前領域においては捜査を行うことはできず、国家はあくまで「危険防除（Gefahrenabwehr）」に努めなければならない[88]。反対に、初期段階の嫌疑が発生した後の段階では、検察は捜査をすることができるだけでなく、捜査を義務付けられるのである。ただ、このような危険防除と犯罪訴追の明確な区別は、一九七〇年代以降徐々に切り崩されていくこととなった[89]。

特に、一九九二年七月一五日の「違法な薬物取引およびその他の組織犯罪の現象形態の克服のための法律（das Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität）」（以下、本稿では単に「組織犯罪対策法」とする）により、新しい捜査手法がいくつか導入され、伝統的な捜査概念に影響を与えたことは記憶に新しい。ただ、これに対する学説の反応は厳しいものであった[90]。

第二款　おとり捜査と捜査概念

ドイツにおいては、犯罪に対する国家の反応として「危険防除」と「犯罪訴追」の二つが、明確に区分されることについては以上に紹介した通りである。そして、大陸法国であるドイツにおいては、少なくとも理論上、この両者の区別がわが国以上に明確でなければならないことも明らかである。他方、おとり捜査は、おとりの投入によって発生する被作出犯罪との関係でみれば、将来発生する犯罪――すなわち将来犯罪――を対象とした活動であるかのような外観を呈する。もしそうだとすれば、犯罪発生前においては国家は犯罪の予防・阻止に努めるべきだとする大前提からは大きく乖離することになってしまう。しかしながら、実際、ドイツにおいてもおとり捜査は多く行われており、被作出犯罪が訴追され有罪判決を受けることも多い。すなわち、判例は――わが国における理論状況と同様に――おとり捜査を画一

的に違法とはみなさない。ドイツにおいても、おとり捜査が訴追に向けられた国家的行為として位置付けられているのである。このことは、判例のみならず学説についてもいえる。学説において[91]、おとり捜査が将来犯罪に対する捜査である点を指摘して、全て違法だとする見解はほとんど見当たらない。したがって、おとり捜査と捜査概念との間の整合性を保つために、何らかの解釈が介在しているはずである。したがって、わが国でも「伝統的区分論――事後捜査限定説」を維持しつつ、おとり捜査を捜査として位置付けるための示唆が、ドイツの議論には存在するのではないかと推察される。

ところで、先に、ドイツにおいては、おとり捜査が将来犯罪に対する捜査である点を指摘して全て違法だとする見解は、ほとんど見当たらないと指摘した。しかし、中には、おとり捜査を被作出犯罪との関係では捜査とみなさない学説もある。ジーク（Sieg）は、伝統的な捜査概念を支持しつつも、これとの関係でおとりの投入自体を違法とはいわない。ジークの理論を簡単に説明すると、次のようになる。

「刑訴法一六三条の手法としての国家による犯罪誘発行為は、すでに行われた犯罪の嫌疑を前提とするのであるから、そのような嫌疑を伴わない誘発行為は認められない。したがって、いずれにせよ、誘発された行為の起訴およびその処罰は排除される[92]。」

ジークは、被誘発行為との関係では、おとりは刑事訴追に向けた活動であってはならないという。そして、おとりの投入が刑事訴追目的を有しうるのは、それがすでに行われた犯罪の解明に向けられたものである場合のみであると考えるのである。

では、彼の見解では、おとりの投入は被作出犯罪との関係で、どのように正当化されるのであろうか。ここで彼は「危険防除」のためのおとりの投入という視点を持ち出す。すなわち、国家による犯罪誘発が、例えば麻薬の撲滅を目的と

している場合であれば許されると考えるのである。[93] 例えば、すでに薬物を所持してこれをヤミ社会の流通に乗せようとしている人物がいるが、捜索差押を行うことができないような場合でも、犯罪予防のためのおとり捜査によって当該薬物を保全することはできる、というのである。もちろん、予防的警察活動であるから、その場合でも、おとり投入前段階ですでに発生していた犯罪（例えば、所持罪）については訴追可能であるが、被作出犯罪（例えば、譲渡罪）に関しては訴追することは許されず、危険防除――例えば違法薬物の流通からの排除など――のみが許されることになる。

国家が発生を阻止しなかった――場合によっては助長した――被作出犯罪については訴追を認めないというジークの見解は、おとり捜査の法的性格を十分意識したものであり、対象者が被作出犯罪との関係で訴追されないという結果を導く点でユニークなものではある。ただ、このような理論の持つ弊害も同時に意識されなければならない。結論からいうと、危険防除のためのおとりの投入は認められるべきではないからである。以下、これについて説明する。

危険防除のためのおとりの投入がありえないことについては、近年レッシュ（Lesch）およびエルボーゲン（Ellbogen）が指摘している。レッシュは、「おとりの投入は、危険防除とは評価されない。というのは、正確には、おとりは直接的には阻止（Verhinderung）ではなく――反対に――犯罪行為の創造（Hervorbringung）に向けられたものであるからである」[94]、という。つまり、おとりの投入による犯罪誘発においては、特定の人間によるコントロールされた犯罪において、刑法が妨げようとしている危険が具体化することを甘受しなければならない。しかし、警察は、目前に迫っている犯罪を阻止することを義務付けられている。[95] したがって、警察に義務付けられた直接的治安維持とおとりの投入とは一致しないと考えるのである。また、エルボーゲンも同様に述べ、流通している薬物や偽造通貨等の没収（abschopfen）のためにおとりを投入することも問題となりうるとしつつも、犯罪誘発行為によってはじめて新たな流通が開始されることになるため、犯罪誘発行為を抑止的措置として位置付ける理論構成には矛盾があるという。[96] また、エルボーゲン

も指摘するように、連邦通常裁判所も、偽装購買（Scheinaufkauf）[97]は予防的手段ではなく、抑止的手段であることを確認している。[98]

結果、ジークの主張するように、おとりの投入が、被作出犯罪に対しては予防的に、過去の犯罪に対しては抑止的に働くという構成をとることには、理論上無理があることになる。

第三款　検討――被作出犯罪の訴追に向けられたおとり捜査――

ジークの主張する危険防除のためのおとり捜査という見解を取りえないことは、以上の説明から明らかとなった。では、危険防除のためのおとり捜査を否定するレッシュは、おとり捜査によって発生する被作出犯罪との関係をどのように説明するのであろうか。フィッシャー／マウル（Fischer/Maul）やレッシュは、被作出犯罪の訴追が可能であることを想定した上で、おとりの投入を捜査として位置付ける。ここで、被作出犯罪が、未だ初期段階の嫌疑の生じていない将来犯罪とはみなされないのかが問題となる。思うに、おとり捜査の問題は、おとりの投入によって発生する被作出犯罪との関係こそが重要なのであり、過去犯罪の処理をどうするかという問題とは別なのである。[99]例えば、違法なおとり捜査と適法なおとり捜査の限界設定に関しても、当該被作出犯罪の処理との関係で重要なのである。ジークの理論では、おとりの働き掛けの態様とは無関係に、常に被作出犯罪は訴追対象とはみなされないことになりうる。しかし、伝統的な捜査概念を堅持するフィッシャー／マウルおよびレッシュといった論者でも、おとり捜査によって発生した被作出犯罪の訴追を完全には排除しない。フィッシャー／マウルおよびレッシュが、被作出犯罪をどのような理論を用いて被作出犯罪とみなすのかは、今ひとつ明確にはされていない。しかし、過去犯罪との関係で被作出犯罪の発生を限定する点

に、おとり捜査が将来犯罪に向けられたものではないことに関する示唆が存在するように思われる。以下、第四節では、わが国における学説の理論を考慮に入れつつ、おとり捜査と事後捜査限定説の両立可能性について検討したい。

第四節　小括――おとり捜査と事後捜査限定説――

以上、わが国およびドイツにおける捜査概念について概観した。近年、わが国では、捜査概念の新しい考え方が主張され、警察活動に関する伝統的区分論およびそれに基づく事後捜査限定説にとらわれない新しい捜査概念が生み出されている。すなわち、目的的区分論に基づく事前捜査積極説であり、伝統的区分論とは反対に、将来犯罪に対する事前捜査を認めるという学説である。もし、「目的的区分論――事前捜査積極説」を認めれば、おとり捜査と捜査概念も容易に説明することが可能となる。というのは、被作出犯罪は一見したところ将来犯罪にみえるが、事前捜査を積極的に解せば何ら問題とはならないためである。しかしながら、事前捜査を積極的に容認する見解には同意できないことは、すでに述べてきた通りである。まず理論的な根拠としては、わが国の刑訴法一九九条における「罪を犯した」という過去形の文言であったり、近代法における犯罪の概念などが挙げられる。これらの根拠から、司法警察活動すなわち捜査は事後的なものに限られるということがいえる。また、実質的根拠として、戦前における行政警察・司法警察の混交による治安維持の暴走がある。今日においても、「目的も根拠法令も異なる司法警察・行政警察を融合させることは、結局は治安維持という大義名分に手続法上の制約を譲歩させることになりかねない」[100]のである。したがって、伝統的区分論を放棄することはできず、捜査とはあくまで過去犯罪のみを対象とするものであって、将来起こりうる犯罪に対しては予防に努めなければならないのである。

では、捜査概念をこのように限定付けた上で、おとり捜査をこの限界内に位置付けることは可能なのであろうか。わが国では、おとり捜査を「捜査行為のための準備行為」[101]と位置付ける正当化論と、過去の犯罪との関係で用いられる場合を正当化する理論との二つがあった。このうち、前者については、捜査活動のための準備行為と捜査との限界の不明確性もさることながら、犯罪作出という捜査の準備行為を刑訴法上の捜査の範疇に入れることができるのかという点や、そのような準備行為は程度の差はあれ対象者の法益を侵害する点に、問題が生じる[102]。

この点、ドイツにおいては過去犯罪との関係を重視した見解が示されていた。すなわち、初期段階の嫌疑が認められる犯罪が存在する場合でなければ、被作出犯罪に対しておとりを投入することは許されないのである[103]。このうち、被作出犯罪を「危険防除（Gefahrenabwehr）」とみなす見解は妥当でないことは、すでに述べた通りである。では、被作出犯罪との関係でおとりの投入を捜査とみなす見解はどのような理論に基づくのだろうか。実は、ドイツ学説においても、この点は明確には述べられていない。単に、先行犯罪について初期段階の嫌疑があれば、被作出犯罪の訴追に向けたおとりの投入が許されるというのである。

おそらく、過去犯罪と被作出犯罪との関係の精緻化が図られれば、この理論は強い根拠を有することになろう。そして、ドイツにおけるこのような議論は、過去犯罪との関係でおとりの投入を正当化するわが国の学説とかなり共通する部分を有し、わが国における議論の補強にも繋がる。そこで、ドイツ学説およびわが国の類似の学説が、どのような見解に基づいておとり捜査を捜査と位置付けるのかを模索したい。

わが国における伝統的区分論およびドイツの議論とも、おとり捜査によって発生させられる被作出犯罪を、先行犯罪との関係で捉えていることに注目すべきであるように思われる。わが国の議論を素材に考えると、例えば以下の類型については説明が付く。

過去犯罪との関係でおとりの投入を認める見解において説明できる類型は、例えば、最高裁平成一六年七月一二日決定[104]（以下、本稿では単に「平成一六年決定」とする）の事案における、所持罪との関係で役立てられるおとり捜査である。すなわち、薬物所持に関して比較的濃い嫌疑があり、この譲渡先を探している可能性のある者に対して、おとりが一定の働き掛けをする場合、おとりが投入される時点ですでに所持罪については成立している。したがって、当該おとり捜査の中でおとりに交付された薬物は所持罪の証拠であり、かかる証拠獲得のためにおとり捜査が利用されるという構成をとることは、理論上可能であろう。

ただし、これらは被作出犯罪との関係でおとり捜査を説明したものではない点に注意しなければならない。確かに、被作出犯罪ではなくてそれまでにすでに存在した罪（例えば薬物の所持罪）についてのみ起訴が行われたという事案も存在しないではない[105]。しかし、実務の運用をみれば、むしろ被作出犯罪の摘発のためにおとり捜査が用いられていることが明らかである。また、これまでの判例および学説も、被作出犯罪との関係で議論が行われてきた。では、被作出犯罪の捜査のためにおとり捜査を用いるという場合、どのような処理を施せば、おとり捜査を「将来の犯罪に対する捜査」という命題から外すことができるのであろうか。

ここであらためて伝統的区分論の趣旨を確認しておこう。まず理論的根拠として、刑訴法一九九条の「罪を犯した」の文言、近代法の犯罪概念、国民一般を犯罪から守るという国家の義務が挙げられてきた。そして、実質的根拠として、司法警察活動の行政警察活動への侵入による両者の混交が、それぞれの警察活動の濫用を招くのではないかという懸念があった。

まず、刑訴法一九九条の「罪を犯した」の文言であるが、先に示した通り、憲法三三条と同三五条の関係から刑訴法が捜査は犯罪発生後に行われることを想定していることは明らかである。刑訴法の形式上、理論上、捜査は犯罪発生後

に行われるものという図式が明らかになっているため、被作出犯罪との関係でおとり捜査を捜査と位置付けることは困難であるようにも思われる。すなわち、おとり捜査は犯罪訴追に向けた警察活動であるため、その意味で「捜査」であることは間違いなく、他方、被作出犯罪はおとり投入の時点ではまだ構成要件該当行為として存在しないためである。しかしながら、刑訴法一九九条にどのような実質的根拠が存在するのかによって、ある程度例外が認められうるような解釈を導くことも可能であるとの考えも成り立ちえないわけではない。すなわち、現行刑訴法は捜査の対象をすでに発生した過去の犯罪であると理解しているが、そのような理解はある実質的な根拠に基づくのであり、かかる根拠に矛盾しない限り、事後捜査限定の例外が認められる場合が存在すると考えられるのである。

では、現行刑訴法が事後捜査限定説的な理念に基づくものであり、その現れが刑訴法一九九条にみられるとして、そのような見解の背景にはどのような根拠が存在するのであろうか。先にも示した通り、事後捜査限定説の論拠としては、刑訴法一九九条の解釈、近代法の犯罪概念、国民一般の法益保護という観点、さらに司法警察と行政警察との混交に対する反省が挙げられる。このうち刑訴法一九九条については、その他の実質的根拠が刑訴法上条文として現れたものであるということができよう。要するに、刑訴法一九九条の解釈以外の根拠が示す指摘が、おとり捜査の場合に問題とならなければよいのである。

まず、近代法における犯罪は外的行為であるという指摘に対しては、以下のようにいうことができよう。確かに、近代法においては法は内面を処罰するものではないため、犯罪は外部的行為と理解されなければならい。しかし、おとり捜査のある種のものは、人の内面に向けられた捜査手法ではない。おとり捜査が行われる事案を想起してみると、対象者の側ですでに仲介人を通じて薬物の取引相手を探しているといったように、準備行為が認められるような場合、あるいはさらに進んで譲渡行為の実行の着手が認められるような場合は、対象者の外部的行為の表れがあったとみることも

できるだろう。[106] ただし、被作出犯罪等について嫌疑のない対象者に対し、単に遵法精神を試すためだけに行うような類型のおとり捜査は、当該人物の内面を観察することになり許されない。この点、ドイツにおけるフィッシャー／マウルおよびレッシュの求める「初期段階の嫌疑（Anfangsverdacht）」が、おとり捜査が対象者の内面に向けられたものでないことを担保する要件だったとみれば、説明がつく。

さらに、国家には犯罪の存在によって発生する危険から国民を守る義務があるが、おとり捜査は国家の管理の下で行われる点が考慮されなければならない。ある人物が譲渡目的で薬物を所持し、取引相手を探しているような場合、おとり捜査によって法益侵害が発生したことが認められても、それが拡大したとは考えられないだろう。すなわち、薬物犯罪では抽象的危険が問題となるところ、右のような場合には、国家が取引の相手方になるため、実際に当該薬物に対して警察の支配が及んだ時点で、危険は消滅すると考えられるからである。確かに、所持から譲渡に移る時点で、観念上はさらに所持のときよりも高度の危険が生まれることになるかもしれない。しかし、このような所持から譲渡に移ることでの危険の上昇は、国家が取引相手とならず、他の者が譲り受けた場合のときでも生じることになる。また、この人物がすでに取引相手を捜している場合などでは、譲渡に関する危険発生の蓋然性は極めて高いといえる。このことは、たとえ当該おとり捜査が失敗に終わり、薬物が社会に散逸したとして同じであろう。なぜならば、そもそもその薬物は社会に流通するはずだったからである。この意味では、法益侵害および危険の上昇はない。このように考えれば、少なくとも、譲渡目的で薬物を所持し、取引相手を探している人物に対しておとり捜査が行われる場合は、国民一般に対する法益侵害の発生は問題とならないといえる。

最後に、伝統的区分論の実質的根拠として指摘される行政警察と司法警察の混交による問題について述べる。おとり捜査は、司法警察活動として犯罪が発生する前に投入されるが、これが行政警察的な目的を帯び治安維持を名目に濫用

されないことが明らかにされなければならない。おとり捜査によって達成されるのは、一義的には秘密裏に行われる薬物密売等の検挙であり、また当該薬物および収益へ繋がる証拠の獲得であることが想定される。このような活動に行政警察活動、治安維持濫用が結び付くかどうかが問題となる。この点、通信傍受の濫用の場合は、日頃から犯罪活動について一般的な嫌疑のある犯罪組織を対象にこれを行うことにより、個別の犯罪とは関係なく包括的に当該組織を丸裸にしてしまうことも可能となる。つまり、本来の目的である具体的な犯罪の摘発と関係なく、通信傍受が犯罪予防、治安維持のために利用されることも懸念される。一方、一定のおとり捜査においては、このように具体的な行為を超えて対象者の行動、思想等を包括的に露呈させ、それにより治安維持が図られるということは想定されないように思われる。したがって、おとり捜査の場合にはこのような懸念はそれ程問題とならないように思われる。

以上みてきた通り、伝統的区分論に基づく事後捜査限定説の立場においても、この理論の実質的な根拠に矛盾しない限りにおいて、おとり捜査も許される領域があるように思われる。

（1）最決平成一六年七月一二日刑集五八巻五号三三三頁。なお、寺崎嘉博「囮捜査」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『囮』と呼ばれる。これらの諸点を視野に入れて、囮捜査の問題を考える必要があろう」と述べられており、内偵捜査（あるいは潜入捜査）もおとり捜査の一類型とされる（なお、寺崎嘉博『訴訟条件論の再構成』（成文堂、一九九四年）二五二頁以下註二八参照（以下、本稿では単に「寺崎『訴訟条件論』」とする））。ただし、おとり捜査と潜入捜査とは問題の本質が異なるため、それぞれ異なる捜査手法として捉えておく必要がある。すなわち、おとり捜査は「犯罪誘発→摘発」を、潜入捜査は「情報収集」を狙った捜査手法であり、前者においては犯罪そのものが作出される点が問題となり、後者においては証拠収集方法が問題となる。この点、潜入捜査制度を有するドイツにおいては、違法なおとり捜査に対する救済策

として学説の多くが刑罰阻却事由の承認に基づく無罪判決、あるいは訴訟障碍事由の承認に基づく手続打切りを主張する。他方、違法な潜入捜査の場合には、そのような不処罰処理ではなく証拠禁止が導かれることになる（拙稿「ドイツにおける潜入捜査」北大法学論集五六巻四号（二〇〇五年）二九七頁以下参照）。

また、証拠収集活動である潜入捜査を除いたとしても、おとり捜査と類似する捜査手法が存在する。本稿がどのような捜査手法を対象とするのかを明らかにするためにも、ここで整理しておきたい。例えば、常習スリ犯の検挙のために、当該人物が乗り込んだ電車の同じ車両に捜査官が同乗し、彼が実際に犯行に出るのを待って検挙する場合がある。また、出店荒らしが頻発している地区で捜査官が犯人に狙われていると思われる店舗内に待ち伏せし、実際に出店荒らしが行われる時点でこれを検挙するという場合も考えられる。これらは、「犯罪の挙行に向けた国家による働き掛け」を必要としない捜査手法である。したがって、国家が犯罪の挙行を働き掛けるという問題点が含まれないため、犯罪誘発行為がないという意味でおとり捜査とは異なる。おとり捜査の問題点が、まさに犯罪を行うように国家が働き掛ける点にあるとするならば、これらのいわゆる「迎撃捜査」とは問題の本質が異なる（「迎撃捜査」の用語については、井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（有斐閣、一九九七年）一四七頁（以下、本稿では単に「井上『傍受』とする、先出「捜査手段としての通信・会話の傍受（五）」ジュリスト一一一号（一九九七年）二一六頁）参照）。同様に、違法客引きをしている行為者の前を単に通り過ぎるだけの行為や、違法なわいせつなサービスを提供している風俗店に客として入店する行為も、犯罪誘発行為が欠けるため、おとり捜査ではない。しかし、街娼に対して売春をする意思の有無を確認する行為は、おとり捜査の範疇に含まれることになろう。

このように考えると、わが国の判例上問題となってきたおとり捜査は、禁制品（違法薬物、銃器）の密売を対象としており、ドイツのように街娼による売春、強盗、放火に対するおとり捜査は行われていない。そこで、本稿でも、もっぱら禁制品の売買を対象とするおとり捜査について論じていくこととする。

（2）佐藤隆文「銃器事犯につき、違法、不当なおとり捜査であるとの主張が排斥された事例」警察公論五三巻九号（一九九八年）一一一頁参照。

（3）横浜地判昭和二六年六月一九日裁時八七号三頁、同昭和二六年七月一七日高刑集四巻一四号二〇八三頁（いずれもおとり捜査を違法と判断した）を皮切りにおとり捜査に関する判例が登場するようになり、その後リーディングケースとされ

るものとして、最決昭和二八年三月五日刑集七巻三号四八二頁が挙げられる。

（4）麻薬・覚せい剤犯罪の推移と対策についてまとめられたものとして、藤永幸治編集代表『シリーズ捜査実務全書八・薬物犯罪』（東京法令出版、一九九五年）が参考に値する。本書においても、「我が国において、麻薬・覚せい剤が社会問題化したのは、第二次世界大戦後のことである」とされ、さらに三つの波があるとされ、以下のようにまとめられている。すなわち、「一つ目の波は、敗戦直後から昭和三〇年代初頭にかけての覚せい剤（ヒロポン）濫用の激増である。その濫用は、敗戦によって疲弊、混乱した社会情勢を背景に急速に全国に蔓延し、昭和二九年には五万五〇〇〇人の検挙者をみたが、昭和二九年、三〇年の二回にわたる罰則の強化、徹底した検挙、覚せい剤の害悪に関する国民的キャンペーンの実施により、急激に減少し、昭和三二年には約八〇〇件と減少し、鎮静化するに至った。二つ目は、ヘロインの濫用である。この濫用も戦後の混乱期から始まり、暴力団組織の介在、密売ルートの組織化等により、昭和三〇年代に全国的に流行して社会問題となり、昭和三八年には約二五〇〇人の検挙者を数えるに至ったが、法改正による罰則の強化、暴力団組織の徹底した取締り、厳正な処分、啓発活動の推進など官民一体となった対策の強化により昭和三九年以降急速に減少していった。三つ目は、昭和四五年から再び増加し始め現在に至る覚せい剤の濫用である。昭和三二年以降数百人台で推移していた検挙者は、昭和四五年にわかに急増して逐年増加を続け、昭和四八年の罰則の強化等により翌四九年やや減少したものの、享楽的な社会風潮やこの密売を資金源とする暴力団の組織的介在等により昭和五〇年には再び増加に転じ、昭和五五年には二万人を突破し、昭和六三年まで二万人台で推移していた。平成元年には二万人を割り、以降一万六〇〇〇人前後で推移しているが、検挙人員の減少は、事犯そのものが減少したためではなく、より潜在化したためであるとの指摘がなされている」（同書一七頁）とされ、戦後の薬物事犯の推移をみてとることができる。

（5）国連犯罪組織犯罪対策条約案については、「第一一六回国際研修（平成一二年八月二八日から同年一一月一五日）」（http://www.unafei.or.jp/activities/kensyu_116.htm 2007.3.28.）参照。

（6）Gesetz zur Bekämpfung des illegaren Rauschgifthandels und anderen Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität（＝OrgKG）

（7）ドイツ刑事訴訟法一一〇条a（潜入捜査官）

一項　隠密捜査官は、次の各号に照らして重大な犯罪が行われたことを示すのに十分な根拠となる事実があるときは、

その解明のためにこれを投入することができる。

一．違法な麻薬若しくは武器の取引又は通貨若しくは有価証券の偽造、

二．国家の安全（裁判所構成法第七四条a、第一二〇条）、

三．職業的又は常習的犯罪、

四．集団の構成員による犯罪その他組織化された犯罪

隠密捜査官は、特定の事実に基づき再犯の危険があると認められるときも、重罪の解明のためにこれを用いることができる。隠密捜査官の投入は、事案の解明が他の方法では達成の見込みがなく、又は著しく困難であるときにのみ許される。また、重罪の解明のためには、犯罪が特に重要なため隠密捜査官の使用が必要であり、かつ他の方法では達成の見込みがないときにも、これを投入することができる。

二項　隠密捜査官とは、警察の職にある公務員で、ある程度永続的に変更された身分（架空身分、Legende）を与えられて、捜査にあたる者をいう。これらの者は、架空身分を用いて法律行為を行うことができる。

三項　架空身分を設定し又は維持するために不可欠である限り、これに必要な文書を作成し、変更し、又は使用することができる」としており、以下同一一〇条bは検察官および裁判官の同意、身元の秘密保持について、同一一〇条cは住居への立ち入りについて、同一一〇条dは権利者への通知について、同一一〇条eは取得した情報の使用について規定している。

なお、ドイツ刑事訴訟法の邦訳として、法務省大臣官房司法法制部「ドイツ刑事訴訟法典」法務資料四六〇号（二〇〇一年）九頁以下があり、前述の一一〇条aの邦訳も基本的にこれに倣った。

（8）「緊急治安対策プログラム（警視庁、二〇〇三年八月）」（http://www.npa.go.jp/seisaku/soumu2/program.htm 2007.3.28.）参照。

（9）吉浦正明「おとり捜査の適法性について」研修六二二号（二〇〇〇年）一一九頁以下参照。

（10）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（以下、本稿では単に「佐藤・判批①」とする）、佐藤隆文・前掲論文（註2）一一一頁、尾崎久仁子「覚せい剤取締法違反被疑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）七四頁、三井誠『刑事手続法（一）［新版］』（有

斐閣、一九九七年）九〇頁（以下、本稿では単に「三井」とする。先出「任意捜査の限界（二）」法学教室一四二号（一九九二年）八七頁）等参照。

(11) 安冨潔「いわゆる『おとり捜査』について」捜査研究四八巻八号（一九九九年）六四頁。

(12) 最決昭和二八年三月五日刑集七巻三号四八二頁によれば、「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」とされ、本決定は教唆犯としてのおとりの処罰についてその可能性を示唆したものといえる。

(13) 最決昭和二八年三月五日刑集七巻三号四八二頁。

(14) 東京高判昭和二六年一一月二六日高刑集四巻一三号一九六四頁。

(15) 東京高判昭和二六年一二月一一日高刑集四巻一四号二〇八三頁。

(16) わなの理論とは、わなの抗弁（defence of entrapment）とも言われ、アメリカ合衆国において発展した理論である。アメリカにおいては、一般に、「捜査機関がおとりを用い、犯意のなかった者に犯意を誘発させて、犯罪を行わせるに至らしめたときは、そのことは当該犯罪による訴追に対する抗弁事由となる」（田中英夫編集代表『英米法辞典』）とされ、これが「わなの抗弁」と呼ばれる。その他、わなの抗弁について書かれたものとして、ローク・M・リード著・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）二九頁がある。

(17) 例えば、東京高判昭和二六年八月八日高刑集四巻九号一一一〇頁、大阪高判昭和二九年一月二八日高刑特報二八号七七頁など。

(18) 例えば、東京高判平成九年四月三日東京高裁（刑事）判決時報四八巻一～一二号三二頁、東京高判平成一〇年八月一七日高刑速報（平一〇）六七頁。

(19) 寺崎・判批（註1）二五頁。

(20) これと反対の姿勢を示す見解として、清野憲一「銃砲刀剣類所持等取締法違反に関するおとり捜査の適法性を認めた事例」警察公論五六巻七号（二〇〇一年）五六頁が挙げられる。これによれば、「事案の重大性やおとり捜査の必要性が高いこと等の事情がある場合には、犯意誘発型のおとり捜査を行うことも認めた上、これを行う場合の要件や手続きを準則

化することを考えてもよい時期に来ているのではないかとの見解も表明さている」と述べられている。

(21) このような姿勢を示す見解として、吉浦・前掲論文（註9）一一七頁、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」法律のひろば五二巻七号（一九九九年）五六頁などが挙げられる。また、おとり捜査の違法性判断について捜査機関の関与の程度及びおとりの働き掛けの態様・内容をファクターとするものとして、例えば、佐藤・判批①（註10）九一頁および尾崎・判批（註10）七一頁が挙げられる。後者によれば、「おとり捜査の必要性が認められ、さらに、おとり捜査の実施に際して生じた法益侵害の内容・性質が、なお相当とされる程度のものであったとしても、捜査の公平さとの関係で、捜査機関の犯罪関与の程度やおとりの働きかけの態様・内容によっては、許容される限界を超える場合も生じ得る」としている。

(22) 最決平成八年一〇月一八日（公刊物未登載／TKC判例ID: 28080113）。平成八年決定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・判批（註10）七一頁などがある。

(23) 例えば、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参照。

(24) あらゆる評価の観点を具体的事案に当てはめていくという方法でおとり捜査の違法判断を論じたものとして、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）三二五頁、同「おとり捜査の規制」島大法学三〇巻一号（一九八六年）六七頁（以下、本稿では単に「川崎・前掲論文②」とする）、寺崎『訴訟条件論』（註1）一二七頁以下が挙げられる。

(25) 横浜地判昭和二六年六月一九日裁時八七号三頁、横浜地判昭和二六年七月一七日高刑集四巻一四号二〇八三頁、横浜地判昭和二六年一〇月一七日刑集八巻一一号巻七二二頁。

(26) 東京高判昭和二七年七月二九日刑集八巻一一号一七二三頁。

(27) また、これまでおとり捜査を違法とした確定判決は、存在しない（福井厚『刑事訴訟法講義［第二版］』（法律文化社・二〇〇三年）八五頁）。

(28) 川崎・前掲論文②（註24）六八頁によれば、「実際には、昭和二六年の横浜地裁の一連の無罪判決およびこれを支持した控訴審判決を除いて、当のおとり捜査を違法と断じたものは未だ存在しない。しかし、実務上かなりきわどいおとり捜

査が目につくとの指摘もなされており、その意味では右の事態は違法視すべき事例がないということよりもむしろ、下級審判例が依拠するおとり捜査の違法の判断基準とその適用方法の問題性にその責が帰せしめられるもののように思われる」との指摘がなされている。

(29) 最判昭和五三年九月七日刑集三二巻六号一六五二頁は、違法収集証拠排除法則のリーディングケースとされ、その後それなりの年月を経たが、ほとんどの判例は捜査の違法を認めつつも実際に証拠排除をなした例は少ない。その数少ない例としては、最決平成一五年二月一五日刑集五七巻二号一二一頁があり、注目を集めている。

(30) これと同旨のものとして、寺崎・判批（註1）二五頁は、「ドラスティックな解決こそが囮捜査の違法性の本質に迫り得るもの」としている。他に川崎英明など、このような見解を示すものは少なくない。

(31) おとり捜査全般をして違法とする見解は、横浜地判昭和二六年六月一九日裁時八七号三頁および横浜地判昭和二六年七月一七日高刑集四巻一四号二〇八三頁がある。ただし、これらの裁判例も憲法一三条違反を根拠とするものであり、おとり捜査が犯罪発生前の捜査である点を直接に指摘するものではない。

(32) 正式名称は「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」（一九九九年八月一八日施行、法律一三七号）。

(33) 白取祐司「盗聴立法と警察機能」小田中聰樹ほか『盗聴立法批判』（日本評論社、一九九七年）一七三頁（先出・法律時報六九巻九号（一九九七年）四二頁）は、「司法警察とは、犯罪の嫌疑（過去または現在のもの）を前提とした捜査活動を指し、行政警察とは、犯罪の予防・鎮圧である。将来起こりうる犯罪のために証拠を収集する（たとえば盗聴する）ことは、右の伝統的な区別からすれば、いかなる意味でも捜査はありえない」と指摘する。

(34) 井上正仁が通信傍受に関して論じた代表的なものとして、井上『傍受』（註1）（先出・二〇七頁以下）が挙げられる。

(35) 「伝統的区分論」の用語は、岩下雅充「将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制（一）」筑波法政三五号（二〇〇三年）九四頁（以下、本稿では単に「岩下・前掲論文①」とする）でも用いられている。

(36) 村井敏邦ほか「（対談）捜査の概念」法学セミナー五六二号（二〇〇一年）九九頁［白取発言］は、「たとえば電車の中に痴漢、あるいはスリがいるという情報を受けておとりを立てて現行犯逮捕する。現行犯逮捕という捜査行為のための準備行為と見れば、言葉は不正確だけども特に任意的なものであるし問題ない」という。

(37) 三井（註10）九〇頁。

(38) 岩下・前掲論文①（註35）九一頁以下。
(39) 例えば、白取祐司『刑事訴訟法［第四版］』（日本評論社、二〇〇七年）一一四頁（以下、本稿では単に「白取」とする）、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）四〇頁（以下、本稿では単に「佐藤・判批②」とする）。
(40) 横浜地判昭和二六年六月一九日裁時八七号三頁、同昭和二六年七月一七日高刑集四巻一四号二〇八三頁。
(41) 例えば、田宮裕「変容を遂げる捜査とその規制」法曹時報四九巻一一号（一九九七年）九頁は、「現在では、行政警察・司法警察の区別は、少なくともこの旧法時代までの基準では、もやは通用しなくなったというべきであろう」と指摘する。
(42) 岩下・前掲論文①（註35）八八頁以下。
(43) 通信傍受法案に対する批判のなかで伝統的区分論を固持したものとして、白取・前掲論文（註33）一五六頁以下、川崎英明「盗聴立法の憲法的問題」小田中聰樹ほか『盗聴立法批判』（日本評論社、一九九七年）八七頁以下（先出・法律時報六九巻四号（一九九七年）四七頁以下）などが挙げられる。また、通信傍受法を推進する主張を行う井上『傍受』（註1）一四二頁（先出・ジュリスト一一一一号（一九九七年）二一三頁）も、将来発生するであろう犯罪について令状を発付することができるか否かという議論に関して、「少なくとも数のうえでは、なお消極説が多数を占める状況にある」ことを認める。
(44) 白取（註39）二〇頁。
(45) 芦田一良「行政警察と司法警察に関する考察（一）」警察研究一八巻七・八号（一九四七年）三六頁では、「警察の活動を行政警察と司法警察とに區分する考へ方は、フランス法に其の起源を見出すのである」との指摘が行われている。また、田宮・前掲論文（註41）八頁参照。
(46) 團藤重光『刑事訴訟法綱要』（有斐閣、一九四三年）一六九頁。
(47) 田宮・前掲論文（註41）九頁。
(48) 田宮・前掲論文（註41）一二頁。
(49) 岩下・前掲論文①（註35）八八頁以下。また、同八七頁は、捜査が犯罪発生後の活動とされる法原理上の理由について以下のように分析する。すなわち、「刑罰権の確認をゴールとする連鎖的な訴訟構造による限り、連鎖の一部に組み込まれた捜査もまた、犯罪の発生後に生じる（観念上の）刑罰権を前提とするのが自然だといえる。だとすれば、捜査の開始

も犯罪の発生した後にはじめて認めるのがより理論的である」、と。

(50) この点について、井上正仁は、以下のように述べる。「これから犯罪を行おうとしている者らが、そのため打ち合わせ等を電話等の通信手段や口頭により行ったり、あるいは、傍受実施の時点には着手されている犯罪の実行や関与者間の連絡の手段として通信システムが用いられるといったことの方が、実際にはずっと多いと考えられる。そうだとすると、通信・会話傍受の効用という点だけからいえば、その後者のような犯罪を知覚し、その摘発の根拠を得るというところにこそ、遙かに大きなメリットがあることになる」（井上『傍受』（註1）一四一頁（先出・二一三頁）。

(51) 佐藤・判批②（註39）四一頁以下。佐藤隆之は、おとり捜査が過去の犯罪に対する捜査の一環として将来犯罪に向けられる場合であっても、おとり捜査の本質は将来犯罪の解明・訴追にあるとして、以下のように述べる。「おとり捜査が成功したときは、まずはおとりの働きかけの結果行われる将来の犯罪に関して、確実な証拠が獲得されるという構造の下で、おとりの働きかけが、いまだ発生していない犯罪の確実な訴追を主たる目的として行われるとしても、それはむしろ自然な成り行きであって、おとり捜査の確信は、将来の犯罪の解明・訴追にあると捉えるべきであろう」。

(52) 目的的区分論に対してあらためて行政警察・司法警察という区分論の意義および目的について論じたものとして、白取・前掲論文（註33）などが挙げられる。

(53) 貴志浩平は、現行法が司法警察という用語を維持していることについて、「これは、現行の刑事訴訟法が、戦後の急激な法制度の改革の過程において、極めて短時間のうちの改正作業を余儀なくされた結果、旧刑事訴訟法時代上の記述を随所に引きずったままになっていることの結果に過ぎないと思われる」と述べ、全体としては、「司法警察・行政警察区分論は、立法政策論としても妥当なものとは思われない」と主張する（貴志浩平「司法警察・行政警察区分論に関する一考察」警察学論集五二巻一号（一九九九年）五八頁および六八頁以下）。

(54) このことに関して、目的的区分論を主張する田宮・前掲論文（註41）九頁以下は、以下のように説明する。戦後、わが国の刑事訴訟法は英米法の影響を受け当事者主義を採用し、検察官はむしろ行政官と位置づけられ、捜査活動を司法と呼ぶ必要はなくなった。また、現行法の下では、訴訟の形態においても訴追・捜査と裁判とは理念として断絶し、捜査は司法的な色彩を喪失し、「司法から離脱した行政的活動」となった、と。すなわち、田宮は、現行法制下においてはすでに区分論自体を放棄するべきだという主張を行うかに思われる。しかしながら、田宮は区分論自体を維持しつつその定義を

変える（目的的区分論）という選択を行う。その理由は次のように述べられている。すなわち、「おそらく『司法警察職員』という用語は今後とも容易に消失しないであろうし、捜査固有の規制は残るであろうから、新定義を試みる方が妥当だとは思われる。そしてその場合には、訴追・裁判の準備的活動というように機能・目的に即して定義しておけばよい」という（田宮・前掲論文（註41）二一頁）。

(55) このような定義を行う論者として、井上『傍受』（註1）一四八頁以下（先出・二一六頁以下）、川出敏裕「行政警察活動と捜査」法学教室二五九号（二〇〇二年）七三頁、辻裕教「検証令状による電話の傍受が適法とされた事例」研修五八二号（一九九六年）二七頁以下、佐藤・判批②（註39）四一頁、酒巻匡「おとり捜査」法学教室二六〇号（二〇〇二年）一〇三頁以下、田口守一「将来犯罪の捜査の意義と限界」研修六二四号（二〇〇〇年）五頁などが挙げられる。

(56) 佐藤・判批②（註39）四一頁。また、辻・前掲論文（註55）二七頁以下も、「犯罪の発生前・発生後という区別は、通常は」、犯罪の防止は犯罪発生前に行われ、犯罪捜査は犯罪発生後に行われるというにとどまり、「犯罪発生の蓋然性が高度な場合に、発生前に捜査を行うことを禁止する趣旨まで含むものではない」と主張する。

(57) 川出・前掲論文（註55）七九頁の註三。

(58) 村井ほか・前掲対談（註36）九九頁［白取発言］。

(59) 三井（註10）八九頁以下。

(60) 三井（註10）八九頁。

(61) 白取（註39）一一四頁。

(62) 佐藤・判批②（註39）四〇頁。

(63) 佐藤・判批②（註39）四一頁以下、川出敏裕「組織犯罪と刑事手続」ジュリスト一一四八号（一九九九年）二四一頁。また、スリや出店荒らしに対する迎撃捜査の場合に制服の警察官を配備してこれを防止するなどの措置を取ることについて、「必ずそのような措置を取らなければならないものとも、あるいは取るのが適切だとも、思われない」とする見解（井上『傍受』（註1）一四八頁（先出・二一六頁）や、「繰り返される犯罪については将来の一件のみを未然に防止するだけでは不十分であり、やはり犯罪の検挙が必要である」という見解（古田佑紀「犯罪の発生時期と捜査の開始時期」判例タイムズ五二八号（一九八四年）五四頁）も見られる。その他、将来犯罪に対する捜査を許容し、さらに有意義であるとす

る見解として、廣畑史朗＝松田伸一「電話検証をめぐる諸問題」警察学論集四五巻七号（一九九二年）一〇八頁など。

(64) 井上説の利益衡量は、まさにこれに当たるように思われる。

(65) 本節第一款「警察活動に関する議論の史的発展」参照。

(66) 傍受令状により通信の傍受をすることができる場合として、通信傍受法三条一項二号は、「別表に掲げる罪が犯され、かつ、引き続き次に掲げる罪が犯されると疑うに足りる十分な理由がある場合」を挙げる。また、同三号も「当該別表に掲げる罪が犯されると疑うに足りる十分な理由がある場合」という表現を含んでおり、将来犯罪に対する傍受を認めている。

(67) 川崎英明「盗聴の問題性格と理論性格」小田中聰樹ほか『盗聴立法批判』日本評論社（一九九七年）一三七頁（以下、本稿では単に「川崎・前掲論文④」とする）。

(68) 三島聡「人権保障の確実性の要請と盗聴立法」法律時報七〇巻二号（一九九八年）五二頁。

(69) 行政執行法一条（検束、仮領置）

一項　当該行政官庁ハ泥酔者、瘋癲者自殺ヲ企ツル者其ノ他救護ヲ要スト認ムル者ニ対シ必要ナル検束ヲ加ヘ戎器、凶器其ノ他危険ノ虞アル物件ノ仮領置ヲ為スコトヲ得暴行、闘争其ノ他公安ヲ害スルノ虞アル者ニ対シ之ヲ予防スル為必要ナルトキ亦同シ

二項　前項ノ検束ハ翌日ノ日没後ニ至ルコトヲ得ス又仮領置ハ三十日以内ニ於テ其ノ期間ヲ定ムヘシ

(70) 行政警察規則二四条

怪シキ者ヲ見認ル［ト］キハ取糺シテ様子ニ依リ特区内出張所ニ連行或ハ警部ニ密報シ差図ヲウクヘシ倉卒ノ取計アル可ラス

(71) 例えば、治安維持の目的のために逮捕や捜索・差押えが濫用されることは許されないというべきであろう。また、通信傍受は（発生時期の如何に関わらず）捜査目的、すなわち司法警察活動として行われるが、これが治安維持という名目の下で濫用されるのではないかという懸念も残る。

(72) 例えば、伝統的区分論を堅持する白取・前掲論文（註33）一六七頁以下も、「目的も根拠法令も異なる司法警察・行政警察を融合させることは、結局は治安維持という大義名分に手続法上の制約を譲歩させることになりかねない」と指摘す

る。

(73) 川崎・前掲論文④（註67）一三七頁以下。

(74) 井上『傍受』（註1）一五四頁（先出・二一九頁）。

(75) 井上『傍受』（註1）一五四頁以下（先出・二二〇頁）。

(76) 井上『傍受』（註1）一四九頁（先出・二一七頁）。

(77) 川崎・前掲論文④（註67）一三九頁。

(78) 井上『傍受』（註1）一四五頁（先出・二一五頁）。

(79) 井上『傍受』（註1）一四五頁（先出・二一五頁）。

(80) 井上『傍受』（註1）一六三頁註三五六（先出脚註なし）。

(81) 井上『傍受』（註1）一六五頁註三六九（先出脚註なし）。

(82) 川崎・前掲論文④（註67）一五一頁。

(83) 川崎・前掲論文④（註67）一五二頁。

(84) 井上『傍受』（註1）一四五頁（先出・二一五頁）。

(85) 岩下雅充は、「刑罰権の確認をゴールとする連鎖的な訴訟構造による限り、連鎖の一部に組み込まれた捜査もまた、犯罪の発生後に生じる（観念上の）刑罰権を前提とするのが自然だといえる」と述べる（岩下・前掲論文①（註35）八七頁）。

(86) なお、ドイツの捜査概念について分析したものとして、岩下・前掲論文①（註34）、同「将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制（二）」筑波法政三七号（二〇〇四年）二二一頁以下（以下、本稿では単に「岩下・前掲論文②」とする）、同「将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制（三）」筑波法政三八号（二〇〇五年）二五三頁以下（以下、本稿では単に「岩下・前掲論文③」とする）、同「将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制（四）」筑波法政三九号（二〇〇五年）二二三頁以下がある。本稿におけるドイツの捜査概念に関する部分も、これらの論稿に依拠するところが多い。

(87) Vgl. KK-StPO, § 152, Rn 18, 18c [*Schoreit*]; LR-StPO, § 158, Rn 9 [*Rieß*].

(88) Vgl. LR-StPO, § 160 Rn 18 [*Rieß*]; *Meyer-Gosner*, Strafprozesordnug, 48. Aufl., 2005, § 152, Rn 4; *Walder*, Grenzen der Ermittlungstätigkeit, ZStW 1983, 867.

(89) 岩下・前掲論文②（註86）一二五頁以下。

(90) Vgl. *Sieg*, Die staatlich provozierte Straftat, StV 1981, 637f.; *Fischer/Maul*, Tatprovozierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme, NStZ 1992, 10. また、ドイツ刑訴法一一〇条a以下にあらたに潜入捜査官に関する規定が盛り込まれることとなったが、自己負罪拒否特権等の観点からも学説の批判が多い（拙稿・前掲論文（註1）三一二頁以下参照）。

(91) ただし、後に紹介するジーク（*Sieg*）は、おとり捜査によって発生する被作出犯罪との関係では、当該おとりの投入を危険防除のための活動と位置付ける（Vgl. *Sieg*, a.a.O. (Anm. (89)), StV 1981, 637f.）。これに対しては批判がある（Vgl. *Lesch*, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.11.1999, JR 2000, 435ff.）。

(92) Vgl. *Sieg*, a.a.O. (Anm. (90)), S. 637.

(93) Vgl. *Sieg*, a.a.O. (Anm. (90)), S. 638.

(94) Vgl. *Lesch*, a.a.O. (Anm. (91)), S. 435ff.

(95) Vgl. *Lesch*, a.a.O. (Anm. (91)), S. 435.

(96) Vgl. *Ellbogen*, Die verdeckte Ermiitlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten, 2004, S. 51.

(97) 偽装購買とは、その担い手である偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）が対象者から禁制品を買う形式で行われるおとり捜査をいう。通常は、上位概念であるアジャン・プロヴォカトゥール（agent provocateur）ないしロックシュピッツェル（Lockspitzel）という用語が多用される。

(98) BGH (4. Senat), Beschl. v. 16.3.1995, NStZ 1995, 507.

(99) 三井誠は事後捜査限定説を支持し、おとり捜査においても訴追の対象となるのはおとりの投入前にすでに発生していた犯罪でなければならないと主張する。そのため、例えばおとり捜査によって薬物の授受が行われたとしても、それ以前の薬物所持が対象となるとする（三井（註10）八九頁以下）。

(100) 白取・前掲論文（註33）一六七頁以下。

(101) 村井ほか・前掲対談（註36）九九頁［白取発言］。

(102) 三井（註10）九〇頁。

(103) Vgl. *Sieg*, a.a.O. (Anm. (90)), S. 637 ; *Fischer/Maul*, a.a.O. (Anm. (90)), 10 ; *Lesch*, a.a.O. (Anm. (91)), S. 435.

(104) 最決平成一六年七月一二日刑集五八巻五号三三三頁。

(105) 東京高判昭和二六年八月八日高刑集四巻九号一一一〇頁。

(106) 刑法は一定の犯罪に対して予備および未遂を認める。これらは結果発生がない場合でも一定の危険が認められる場合には、行為者を処罰することを可能にする。薬物犯罪に関しては予備の規定はないが、いわば予備行為に該当するような準備行為を外部的行為の現れとみることはできるように思われる。