



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	おとり捜査の研究（五）：ドイツ法理論の発展を手掛かりにして
Author(s)	内藤, 大海; Naito, Hiromi
Citation	北大法学論集, 61(4), 115-191
Issue Date	2010-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/44545
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR61-4_003.pdf



論
說

おとり捜査の研究（五）

——ドイツ法理論の發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和利用目的

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展開

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諸問題に対する試論

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——

第二章 おとり捜査および類似の捜査手法

第一節 アジャン・プロヴォカトゥール (agent provocateur)

.....
(以上、五八卷二号)

第二節	潜入捜査官 (Verdeckte Ermittler)	
第三節	連絡員 (V-Mann, V-Person, V-Leute) および情報提供者 (Informant)	
第四節	アンダー・カヴァー・エイジェント (under-cover-agent)	
第五節	ドイツにおけるおとり捜査の担い手	
第三章	ドイツ判例理論	
第一節	はじめに	
第二節	犯意の具体化理論 (Konkretisierungstheorie)	
第一款	判例	
第二款	理論の出発点——「既存の犯意の具体化」——	
第三款	評価の視点	
第四款	許されざる犯罪誘発行為の法的帰結	
第五款	検討	
第三節	重大な影響 (erhebliche Einwirkung) 基準	
第一款	判例	
第二款	理論の出発点——「被告人に対する重大な影響」——	
第三款	評価の視点	
第四款	許されざる犯罪誘発行為の法的帰結	
第五款	検討	
第四節	量刑的解決	
第一款	連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決	
第二款	その他の判例	
	(以上、五八卷四号)
	(以上、五八卷五号)

- 第三款 量刑説の理論構造
- 第四款 評価の視点
- 第五款 最近の判例の問題意識
- 第六款 検討
- 第五節 小括
- 第四章 ドイツ学説の発展
 - 第一節 はじめに
 - 第二節 証拠禁止説
 - 第一款 学説
 - a リューダーセンの理論
 - b フランツハイムの理論
 - c ベルツの理論
 - d フィッシャー／マウルの理論
 - 第二款 刑法法一三六条aから導かれる証拠禁止の妥当性
 - 第三款 基本権侵害を根拠とする証拠禁止の妥当性
 - 第四款 検討
- 第三節 刑事訴権限失効論
 - 第一款 学説
 - a ブルンスの理論
 - b フォートによる批判
 - c タシユケによる反論
 - d デンカーの理論
 - e ゲッセルの理論

- f カツオルケの理論
 - 第二款 理論の出発点
 - 第三款 他の捜査方法との類似性
 - 第四款 検討
- 第四節 刑事訴訟目的喪失論
 - 第一款 学説
 - シューマンの理論
 - 第二款 理論の出発点
 - 第三款 評価方法
 - 第四款 検討
- 第五節 憲法的訴訟障碍論
 - 第一款 学説
 - a リースの理論
 - b ヒレンカンプの理論
 - c ヴォルフスターの理論
 - d ヴォルフスラストの理論
 - 第二款 理論の出発点
 - 第三款 評価方法
 - 第四款 検討
- 第六節 無罪説(刑罰阻却事由説)
 - 第一款 学説
 - a ゼールマンの理論

.....

(以上、五九卷二号)

- b ヴォルターの理論
- c クラウス・ロクシンの理論
- d インメ・ロクシンの理論
- e シューネマンによる批判
- f プツペによる批判
- 第二款 理論の出発点
- 第三款 評価方法
- 第四款 検討
- 第七節 量刑説
- 第一款 学説
- エルボーゲンの理論
- 第二款 理論の出発点
- 第三款 評価方法
- 第四款 検討
- 第八節 小括
- 第五章 わが国におけるおとり捜査に関する議論
- 第一節 はじめに
- 第二節 判例の変遷
 - 第一款 昭和二〇年代の横浜地裁における無罪判決
 - 第二款 昭和二〇年代末期における最高裁判例の変遷
 - 第三款 昭和二〇年代の下級審裁判例―主観説的判断基準の検討
 - 第四款 主観面を重視する判例
 - 第五款 客観面を考慮する判例

第六款 最高裁平成一六年七月二日決定

第七款 検討

..... (以上、本号)

第三節 学説の展開

第四節 判断基準の検討

第五節 法律効果の検討

第六節 小括

第六章 おとり捜査の規制

結びに代えて

第六節 無罪説（刑罰阻却事由説）

一九九五年のインメ・ロクシン (Imme Roxin) の分析によれば、学説のほとんどは手続法的解決を主張し、実体法的解決はほとんどみられないという。そして、事実、唯一ゼールマン (Seelmann) のみが極端に強い誘発がなされた事案における手続法的解決について詳細な議論を行い、人格的処罰阻却事由 (persönlicher Strafausschließungsgrund) を認めようとした唯一の論者であったという⁽¹⁾。ただし、クラウス・ロクシン (Claus Roxin) による最近の分析によれば、かつて散発的に肯定されてきた処罰阻却事由の存在は、近年かなり幅広い論者によって支持されているという⁽²⁾。例えば、ヴォルター (Volter)⁽³⁾、フロイント (Freund)⁽⁴⁾、ダンヴィッツ (Danwitz)⁽⁵⁾らが挙げられるが、これらの論者は連邦通常裁判所が刑罰阻却事由の存在を否定することに対して反論する⁽⁶⁾。

以下では、違法な犯罪誘発行為に対して刑罰阻却事由の承認を最初に主張したゼールマンをまず最初に紹介し、以降、比較的最近の学説を中心にみていくことにする。

第一款 学説

a ゼールマン (Sehmann) の理論

ゼールマンは、まずアジャン・プロヴォカトゥール自身の可罰性については連邦通常裁判所の見解を支持し可罰性を否定する⁽⁷⁾。次にアジャン・プロヴォカトゥールによって扇動を受けた者の不可罰性については、構成要件レベルでの不可罰の可能性を否定し、正当化事由も責任阻却事由 (Schuldausschließungsgrund) も認められない⁽⁸⁾。さらに、一九八三年の論文公表時判例において新たに用いられるようになった「悪意的で矛盾に満ちた行為」という視点について検討を加える⁽⁹⁾。ゼールマンは、当時の判例による刑事訴追権限の失効の承認を、民法的概念の承継であり、民法二四二条の信義誠実に則った、「過去の悪意の抗弁 (exceptio doli praesentis)」および「矛盾行為禁止 (venire contra factum proprium)」の原則あるいはアメリカ法の「エストツペル」といった弁済の概念が背後に存在することを指摘する。そして、以下に述べる二つの点からこのような判例理論に否定的な態度を示す。まず、「秘密裏な犯罪誘発行為は、処罰によって裏切られる可能性のある信頼を作り出していない」と述べ、信義則違反状況の存在そのものを否定する。そして次に、民事法上のカテゴリーに由来する概念を軽率に一般法理念に格上げすることに否定的な態度を示すのである⁽¹⁰⁾。このように、信義則違反に基づく訴追権限の失効という判例理論を否定し、結論としては客観的処罰条件 (objektive Strafbarkeitsbedingungen) か人格的処罰阻却事由 (persönlicher

Strafausschließungsgrund) の領域での被誘発者の不処罰が導かれるとする⁽¹¹⁾。彼の見解によれば、国家が犯罪行為の主導権を握りながら自らの利益のために訴追するという点に、刑法の機能の喪失 (Funktionsverlust) が求められるという。そして、通常、そのようにして惹起された行為は、それ自体としては社会秩序や国家的利益に反したりはせず、まさに国家的利益の中において実現される相互作用として存在するのだという⁽¹²⁾。

b ヴォルター (Wolter) の理論

ヴォルターは、刑法法および刑法システムにおける憲法の役割ないし関係性について論じるにあたり、一つの例としてアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発事例を挙げる。彼は、犯罪誘発事例について論じる前に、あまりにも長すぎる未決勾留を理由とする刑罰取消事由 (Strafaufhebungsgrund) の発生について詳論する。彼は、長期間に及ぶ未決勾留が行われた場合には、被勾留者は十分な責任がないまま自由刑に類似した措置を受けることになり、したがって自由刑の本質的内容が侵害されるという。そして、このような場合には、憲法的刑事訴追禁止 (verfassungsrechtliches Verfolgungsverbot) が支持されるのみならず、刑法システムにおいても「国家によって招来された刑罰取消事由 (staatlicher veranlaßter Strafaufhebungsgrund)」が存在する⁽¹³⁾という。つまり、ヴォルターは手続法上刑事訴追禁止を認めつつ、実体法上も無罪判決を支持する見解を示すのである。さらに以下のように続ける。「確かに、行為は違法であり責任も存在する。しかし、刑罰取消事由は、手続打切りのみならず、無罪の意思表示 (Votum) を必要とする⁽¹⁴⁾」。と。そして、この場合において決定的なのは公訴の消費 (Verbrauch der Straflage) が生じるという視点であり、実体判決としての無罪判決 (Freispruch) あるいは「決定による無罪の言い渡し (Freisprechung durch Beschluß)」が、行為者の責任の贖罪、被害者に対する補償あるいは予防という出発

点の消滅を直ちに表現する手段であるという。そのため、「行為者は、憲法的訴追禁止に基づき刑事訴訟から解放されるばかりでなく、可罰性に関する憲法的な視点からも『無罪』とされなければならない」⁽¹⁴⁾のだ、という。

ヴォルターは、以上のような理論構成を用いて基本権の中核領域における刑事手続法および刑法システムの総合作用からの不処罰的処理を説明付け、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発の場合もこのような処理が及ぶ例の一つであるという。彼は、人間の尊厳 (Menschenwürde) を侵害する誘発行為に着目し、以下のように述べる。「個々の事案において、潜入捜査官が個人的な従属関係を著しく利用して被誘発者の人格の中核的内容に踏み込むことが実際にあったならば、刑罰を科すことに対する国家の権限は最初から存在しない。被誘発者であり同時に被告人である者は、国家によって引き起こされた処罰阻却事由を理由に、無罪を言い渡されなければならない」⁽¹⁵⁾、と。

c クラウス・ロクシン (Claus Roxin) の理論

クラウス・ロクシンは、まず、量刑説を否定し、さらにかつての判例が訴訟障碍事由および証拠禁止については詳論してきたものの、刑罰阻却事由についてはそれ程論じてこなかった点を批判する⁽¹⁶⁾。彼の主張する刑罰阻却事由は、ヴォルターとは異なり、基本法一条および同二条に対する侵害を認めない。彼の見解は次のようなものである。すなわち、被誘発者に対して嫌疑が存在しなかった (unverdächtig) か、あるいは彼が特別な圧力に曝された場合合には、被誘発者に対して処罰阻却事由が認められる、という。被誘発者に対して嫌疑がなかった場合には、法的な授權根拠 (Ermächtigungsgrundlage) が欠如しており、他方、特別な圧力に曝された場合には、公法全体 (ganzes öffentliches Recht) を支配する比例原則 (Verhältnismäßigkeit) に対する侵害から非許容性が導かれる、という⁽¹⁷⁾。また、連邦通常裁判所第一刑事部一九九九年一月一八日判決⁽¹⁸⁾に対する評釈の中では、欧州人権条約六条一項の「公

正な裁判の原則 (fair-trial-Prinzip)」を根拠に挙げる。嫌疑のない者に対する国家的扇動を根拠に刑罰阻却事由を認めるのであれば、この状況のみが法的根拠を与えうるとい¹⁹⁾う。国家による反法治国家的行為は、手続においてはじめて関係するのではなく、行為の発生の時点ですでに関係しているのであり、したがって、刑罰請求権 (Strafanspruch) の発生は妨げらる(むしろはじめから存在しない)、という。つまり、国家による修復不可能な行為を理由に刑罰権が発生しないのであるから、「これを理由に刑事手続を行い、そのような方法で獲得された証拠を利用することは公平でない²⁰⁾」というのである。

この見解は一部で訴訟障碍説と共通する。例えば、刑罰権の失効という点では刑事訴追権限失効論と、また、公正な裁判および修復不可能性といった点では憲法的訴訟障碍論と共通性をみせる。しかし、このように実体法上の結論を導くことには、以下のような理由があるという。すなわち、「純粹に訴訟法的な視点は問題の核心を射抜いていない」とし、「法的共同体 (Rechtsgemeinschaft) の制裁の要請」を重視する。というのは、法的共同体の制裁の要請の存否が問題となるは、実体法の問題であると考えられるからである。ロクシンは、このような関係はかつて連邦通常裁判所によって報告された「わなの理論」の枠内にもみられ、また欧州人権裁判所の判決の背後にも存在するとい²¹⁾う。

d インメ・ロクシン (Imme Roxin) の理論

インメ・ロクシンは、まず最初に許されざる犯罪誘発行為の法的帰結に関する議論が、連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決 (一一〇) によって大きく方向を変えた点を指摘する。このような手続法から実体法への問題の転換に鑑み、これまで実体法に潜在するリソースはこれまでほとんど考慮されてこなかったというシューマン (Schumann) の見解が的確か否かについて検討を加えている²²⁾。そして、具体的には、「嫌疑のない者に対する誘発行

為は市民の犯罪行為の挙行を妨げ誘発しないという国家の義務に矛盾し、嫌疑のある者に対する特に執拗な働き掛け (Beinflussung) は過剰禁止 (Übermaßverbot) に反する」とす。²³⁾

彼女は、刑罰阻却事由が構成要件に該当する違法かつ有責な行為について認められる概念であることを指摘し、「刑罰阻却事由の場合は、行為の挙行時にはすでに処罰を妨げる状況が存在していなければならない点」に訴訟障碍との決定的な差異が存在するという。この点、許されざる犯罪誘発行為においては、被誘発者が行為の実行を決意し、誘発活動が成功した場合は、アジャン・プロヴォカトゥールの反法治国家的行為はすでに終了している。この点にも、刑罰阻却事由と訴訟障碍の間に重大な違いが存在するという。すなわち、刑罰阻却事由においては、国家刑罰権は一度も発生していないのであり、反対に訴訟障碍においては国家刑罰権は発生するものの刑事訴訟におけるその実現が妨げられるに過ぎない、と指摘する。²⁴⁾ このような違いから、インメ・ロクシンはその前提となる根拠の違いについても言及する。彼女の支持する刑罰阻却事由による解決においては、先に挙げた二つの場合に国家は刑罰請求権 (Strafanspruch) を獲得しなすが、このことは「矛盾行為禁止 (venire contra factum proprium)」の原則という民事上の概念を出発点とせず、憲法上の考慮から発生することになる。²⁵⁾

さらに、刑罰権の発生および獲得が法治国家的な方法で行われなければならない点に触れ、そもそも刑罰自体の侵害性を指摘しつつ以下のように述べる。すなわち、刑罰は市民に対する重大な侵害の一つであり、刑罰を受ける者の人格の自由な発展 (基本法二条一項および同二項) に大きく作用する。このような侵害権限 (Eingriffsrecht)、つまり刑罰請求権は、基本的に行為が違法かつ有責で構成要件を満たす場合に発生する。したがって、法律の留保原則 (Prinzip vom Gesetzesvorbehalt) から、侵害行為に対応する授權根拠が法律の中に存在しなければならず、場合によっては法律の指示 (Rechtsverordnung) や授權根拠が存在しなければならない。侵害権限の法的有効性および法的信頼

性 (Rechtswirksamkeit und -beständigkeit) は、侵害の根拠が憲法に指定された方法で生じ、その原則に矛盾しないことにある。「つまり、国家は侵害権限を法治国家に相応しい方法によってのみ獲得することができるのである」と。以上のように述べ、許されざる犯罪誘発行為においては国家は侵害権限を反法治国家的な方法で取得するため、法的に有効な刑罰請求権は生じえない⁽²⁶⁾という。

以上、無罪説を主張する数人の論者についてみてきたが、ここで挙げた論者以外にも、ボイルケ (Beulke) など多くの論者による支持を集めている⁽²⁷⁾。なお、無罪説に対しては一九八〇年代にすでにフォート (Foth) およびシューネマン (Schünemann) による批判があった。最近のドイツ学説においては、刑罰阻却事由の承認に基づく無罪という見解が支配的となっているが、無罪説を検討するにあたり、これら両論者の見解をここで紹介しておこう。

反対論者 (シューネマン)

学説における支配的な見解とは対照的に、シューネマンは以下のような見解に立つ。すなわち、許されざる国家の誘発行為は、原理上被誘発者の可罰性に何ら影響しないという。シューネマンは、刑法の目的は個々の役人 (Amtsträger) の処分に任せることの許されない法益保護にあるため、国家の矛盾に満ちた悪意的行為 (widerspruchsvoller und arglistiger Verhalten) を考慮して刑罰権の失効を導き出すことは禁じられると考える⁽²⁸⁾。そのため、傷害の罪 (Verletzungsdelikt) および具体的危険犯 (konkrete Gefährdungsdelikt) の場合には、被誘発者の可罰性は除去されないことになる⁽²⁹⁾という。ただし、シューネマンは、具体的危険犯の場合における実体法的解決を否定したのであり、抽象的危険犯の場合にはこれとは異なる見解を示している。なお、これと似た見解は、連邦通常裁判所第一刑事部

一九八四年五月二三日判決⁽³⁰⁾において示されており、さらにそれ以前にフォート (Foth)⁽³¹⁾が主張していたことはすでに触れたところである⁽³²⁾。

e シューネマン (Schinemann) による批判

シューネマンは、抽象的危険犯 (abstrakte Gefährdungsdelikt) においては上で述べたことは妥当せず、その典型例として麻酔剤犯罪がこれに該当するという。しかしながら、手続法的解決のために実体法的解決が顧みられてはいないという。シューネマンによれば、実体法的視点は、抽象的危険犯の領域においては、多くの場合において、すでに、「営業活動 (Handeltreiben)」という構成要件メルクマールについての伝統的な制限的理解の過程で、麻酔剤の一回限りの売却における被誘発者の無罪 (Straflosigkeit) が結果として生じるという。加えて、その他の点では、目的論的な還元 (Reduktion) により、全く危険でない行為は抽象的危険犯の適用領域から排除されるべきであるという。このような場合においては、刑法二二条および同二三条(未遂およびその可罰性)と結びついた麻酔剤法一九条二項(同条一項第一文一号、二号、五号、六号)に該当する行為の未遂の可罰性)において可罰的とされる未遂行為およびその処罰が国家によって導かれているため、何らの処罰の必要性も生じず、したがって処罰することはできないことになるとい⁽³³⁾う。

f プッペ (Puppe) による批判

さらに、実体法的な検討を試みている論者として、プッペが挙げられる。すなわち、法律の外で発展した新たな裁判官の権利を根拠にして、刑の免除 (Absehen von Strafe) を主張する。その根拠付けに当たっては、被誘発者が国

家の利益のために一般公衆にもたらした特別な犠牲 (Sonderopfer) に着目する。そして、許容される誘発行為同様、許されざる誘発行為からも、犯罪闘争 (Verbrechensbekämpfung) のために投入されるアジャン・プロヴォカトゥールによって買収された者 (Korruptierte) は有利に取り扱われうる、という。このように刑罰を免除することは、それ以上の犯意のない者に対して特に強力な影響が与えられた場合には、十分に考慮されるべきであるという。³⁴⁾

第二款 理論の出発点

以上、刑罰阻却事由説を主張する代表的な論者についてみてきたが、刑罰阻却事由を基礎付ける理論的根拠は必ずしも一致しているわけではない。例えばゼールマンは、犯罪行為に対する国家の寄与度を重視し、ヴォルターは被誘発者の人格の中核的領域に対する侵害を重視する。ゼールマンは、国家によって誘発された行為は、通常、社会秩序に反したり国家的利益に反したりしないため刑罰阻却事由が認められるとする。また、ヴォルターは、違法な捜査行為に対する一般論としては訴訟障碍を承認しつつも、違法な犯罪誘発行為に対しては刑罰阻却事由による解決を主張する。そして、その理論的根拠は、基本権の中核領域、つまりは人間の尊厳に対する侵害にあった。

これに対し、クラウス・ロクシンおよびインメ・ロクシンによる見解は、被誘発者に対する嫌疑が存在しなかったか、あるいは、被誘発者が強い圧力に曝された場合に、刑罰阻却事由が認められるとする点で共通する。このうちクラウス・ロクシンは、嫌疑の欠如という視点を捜査開始の授權根拠との関係で根拠付ける。一方、インメ・ロクシンは、犯罪を防止し誘発しないという国家の義務から、嫌疑の欠如という視点を導く。インメ・ロクシンのいうこのような国家の義務は、おそらく前領域 (Vorfeld) における犯罪予防義務であると思われる、その意味においてクラウス・ロクシンの見

解と共通するものと解されよう。次に、彼らは国家による関与の強度を問題とするが、これについては両者とも比例原則を用いて根拠付けている。特に、クラウス・ロクシンは「公法全体を支配する比例原則に対する侵害」から違法性が導かれるとし、インメ・ロクシンも「過剰禁止 (Übermaßverbot)」という根拠を持ち出している。

第三款 評価方法

前述の通り、ゼールマンやヴォルターらの主張は、違法な犯罪誘発行為として刑罰阻却事由を導こうとする点では共通するものの、違法の根拠を主観的側面に求めるか、客観的側面に求めるかという点で一致していないように思われる。これに対して、クラウス・ロクシンおよびインメ・ロクシンによる主張は、この両者を取り込んだものとなっている。したがって、嫌疑の存否とアジャン・プロヴォカトゥールの寄与度が問題となる。しかしながら、判断枠組みこそ示されているものの、具体的な評価方法については詳論されていない。以下、四款ではこれらの理論に示唆を得つつ、刑罰阻却事由を根拠とした無罪判決の存否に関する具体的判断基準について検討を加える。

第四款 検討

クラウス・ロクシンおよびインメ・ロクシンといった論者による比較的最近の見解を見る限り、犯罪誘発行為の違法の根拠は二つの側面に存在することが分かる。まず、アジャン・プロヴォカトゥールによる被誘発者に対する影響の強さ、あるいは被誘発犯罪に対する行為寄与度といった点を重視し、いわゆる重大な影響基準的と共通する理論枠組みが

示される。他方、被誘発者に対して存在する嫌疑の存在を重視するが、これは一見したところ犯意の具体化理論と共通性を持つ。このように、許されざる犯罪誘発行為の問題点を主観面あるいは客観面のどちらか一方ではなく双方に見出す点、これまでの判例および学説とは異なる理論枠組みが示されることになった。これは、主観面および客観面という犯罪誘発行為の二つの側面に同時に着目している点で犯罪誘発行為の違法を多角的に捉えており評価できる。また、実体法上の無罪という結果を指向するため、被告人の救済という点ではかなり魅力的な見解である。

ただ、刑罰阻却事由に基づく解決はなお検討の余地を残す。というのは、許されざる犯罪誘発行為の法的帰結として刑罰阻却事由を考慮する場合、そもそも刑罰阻却事由自体がどのような概念かが明らかにされる必要があるためである。通常、可罰性の前提条件とは、構成要件該当性、違法性、有責性の三つであると説かれる。しかし、刑罰阻却事由は、これら三要件の枠外において存在する要素である。刑罰阻却事由の一例として近親相姦（刑法一七三条）において一八歳未満であること（刑法一七三条三項⁽³⁶⁾）が挙げられる。この場合、当罰性（Strafwürdigkeit）および要罰性（Strafbedürfnis oder Strafbedürftigkeit）から不処罰（nicht bestrafen）が説明付けられている。これに関しては学説において様々な見解がみられるが、いずれにしても刑罰阻却事由を刑法外における政策的衡量と理解している⁽³⁶⁾。近親相姦の場合、構成要件該当性、違法性、有責性という犯罪成立要件は充足されているものの、行為者が一八歳未満である場合にはむしろ被害者の立場にあることが想定され、そのため処罰を科す価値（当罰性）あるいは必要性（要罰性）がないと判断されるのである⁽³⁷⁾。しかし、許されざる犯罪誘発事例のように、明文で規定されていない場合にまで刑罰阻却事由を認めても良いのか、仮にこれが許されるとして、どのような場合に限定されるのかは共通の理解を有しているとはいえない。先にみたように、刑罰阻却事由による問題解決にはその基礎の部分において訴訟障碍事由と共通性がみられる。このことは、クラウス・ロクシンおよびインメ・ロクシンの見解が、かつての判例理論である犯意の具体化理論および

重大な影響基準と共通する部分を有するところからも明らかであろう。クラウス・ロクシンは、シュミットホイザー(Schmidhäuser)の見解に依拠しつつ、許されざる犯罪誘発行為の法的帰結は実体法的処理方法である刑罰阻却事由を導くとする。クラウス・ロクシンは、実体法的処理(つまり刑罰阻却事由の承認)においては行為との直接関連性の有無が問題となり、訴訟障碍は行為後の事象が問題となるとする。そして、犯罪誘発行為は行為後の事象ではなく行為時の事象が問題となるため、訴訟障碍事由の承認による解決を支持する⁽³⁹⁾。

このように、刑罰阻却事由による解決を主張する理論は、まず、刑法上の犯罪成立とは関係のない①政策的な見地から刑罰阻却事由を認めること、次に、②まさに行為時の事象が問題となるため訴訟障碍とはなじまないことを理論的根拠とする。これらのうち、②の点に対しては、カツオルケ(Katzorke)から、むしろ訴訟障碍を認めるべきだという批判が投げられている。カツオルケは、無罪判決よりも訴訟障碍事由の承認に基づく手続切りの方が、被告人の早期解放という点からみてより有益だとする。つまり、無罪判決では被告人の社会復帰効果という点では大きな期待はできないとし、より実質的な考慮から刑罰阻却事由による解決を批判する。しかしこれに対しては、「国家的犯罪誘発の場合には『行為事情』まで審理しなければ違法な国家行為があったかを確定でき「ない」⁽⁴⁰⁾」ので、どちらにしても解放時期に違ひはないといった見解も述べられている。また、①の点については目立った反論は見受けられないようであるが、政策的衡量が具体的にどのようなものを意味するのかはかなり曖昧といえよう。確かに、犯罪誘発行為は行為および行為時に関係する事象が問題となっており、そのため実体法的な処理を行うというのは説得的であるように思われる。しかし、実体法領域においても、通常の刑法の理論領域外における政策的衡量を基準にした刑罰阻却事由の承認が許されるのかは、「政策的」の内容などいくつかの点でなお疑問の余地を残しているように思われる⁽⁴¹⁾。

第七節 量刑説

最後に量刑説を主張する学説について紹介する。第三章で示した通り、ドイツでは邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決(一〇)⁽⁴²⁾以降、わずかの移行期間を経てからは全ての刑事部において量刑説が維持されることとなった。これに対し学説においては、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として何らかの形での不処罰処理を導出しようとする見解が支配的である。連邦通常裁判所の判例においても、一九八〇年代前半においては訴訟障碍による解決が示唆され、学説もこれに呼応するように訴訟障碍説を主張するものが登場した。さらに近年、これと理論的根拠を同じくしつつ刑罰阻却事由の承認による無罪処理を支持する学説が増えている。いずれにしても、量刑による解決を図る判例と対決するものがほとんどであったといえる。その反面、量刑的解決を支持する学説はほとんど見当たらないが、近年、エルボーゲン (Ellbogen)⁽⁴³⁾ が判例理論を支持している。以下、学説による量刑的解決の理論構造についてみておこう。

第一款 学説

エルボーゲン (Ellbogen) の理論

エルボーゲンの理論は判例変更を行った連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決(一〇)⁽⁴⁴⁾の理論とほぼ同じである。すなわち、エルボーゲンが理論的基礎として重視するのは、法益保護は国家の権利であるのみならず義務でもあるという点である。彼は、「このような「違法な犯罪誘発行為の法的帰結として減輕事由の存在を認めらるにとどまる第一刑事部の」見解は賛同に値する、というのは、法益保護は国家にとって喪失可能な都合のよい法的

事象 (günstige Rechtsposition) などではなく作為義務なのであって、国家は瑕疵ある行為を理由にこれを免除されることはない」からだという。したがって、国家刑罰権 (staatlicher Strafanspruch) は「許されざる犯罪誘発行為が確認される場合においてもなお存続する」という。⁽⁴⁵⁾

さらに、エルボーゲンは、訴訟障壁説を否定し量刑説を支持する実質的根拠として、以下の点を指摘する。まず、訴訟障壁による解決が適切でない点については、訴訟障壁が刑事訴追機関に対する「懲戒的機能 (Funktion der Disziplinierung)」とならないことを理由として挙げる。⁽⁴⁶⁾ 次に、量刑説の利点として種々の犯罪誘発事例への適応力を指摘する。すなわち、訴訟障壁の承認では許されざる犯罪誘発行為の多様性が十分に考慮されず、「全か無か (Alls oder Nichts)」の法則に基づいた判断を甘受しなければならなくなる。被誘発者によって実現された不法 (Unrecht) にとつて、このような判断は場合によつては適切でない。⁽⁴⁷⁾ ただし、犯罪誘発行為は被誘発者の責任 (Schuld) を減じるため、行為の全体状況ならびに誘発行為の性質と方法が刑を減じる方向で考慮されなければならないとする。⁽⁴⁸⁾ 具体的な量刑の方法については、一九八五年の第一刑事部判決【二〇】において示されたのと同様の見解が示された。すなわち、通常の (つまり、犯罪誘発行為を受けなかった場合の) 責任に相当する (schuldangemessen) 刑罰を下回り、特に重大な場合 (besonderer schwerer Fall) を否定し、または法定刑の下限に遡ることも可能であるという。さらに、誘発行為が重大な意味を持つような場合においては、減輕は法定刑の下限を下回るように考慮され、場合によつては、刑法四七条二項 (例外的場合における短期の自由刑)⁽⁴⁹⁾ と結びついた同五九条 (刑の留保を伴う警告)⁽⁵⁰⁾ の適用も可能となるという。⁽⁵¹⁾

エルボーゲンは、かかる法的結論を導き出す前提として、許容される犯罪誘発行為の限界についても論じている。彼は、これまでの判例において、犯行の決意を有しておらず嫌疑もない市民に対する犯罪誘発行為や、アジャン・プ

ロヴォオカトールによる長期間の説得行為、強力な働き掛け、欺罔 (Täuschung) や従属関係 (Abhängigkeitsverhältnis) を利用した犯罪誘発行為等が問題となってきた点を指摘し、アジャン・プロヴォオカトールによる犯罪誘発行為の様々な類型を紹介する。そして、実体刑法的示唆として、「国家は必要的緊急避難 (Nötigungsnotstand) に至らない限り国民に対し犯罪誘発行為に屈しないことを期待する」という見解は支持しうるという⁽⁵²⁾。このことは、例えばアジャン・プロヴォオカトールが「薬物を調達しなければ殺す」などという脅迫を用いて被誘発者に犯行を挙行させるような場合には、実体法上必要的緊急避難が認められるが、そのような緊急避難状況に至らない範囲での犯罪誘発行為は許容されるという趣旨であろう。さらに、後に刑法により制裁を加えるという目的のためだけに犯行の機会を作り出すという事象は、少なくとも重要ではないという。それとは反対に、品行方正で嫌疑のない市民をその法的誠実性という点で支援し、犯罪行為の挙行から守ることは、法治国家の本質的な要素の一つであるという点を強調する⁽⁵³⁾。前述の通り、エルボーゲンは犯罪誘発活動は抑止的 (repressiv) 活動であるとし、かつてジーク (Sieg) が主張していたような予防的犯罪誘発行為は存在しえないとする⁽⁵⁴⁾。したがって、犯罪誘発行為は抑止的警察活動であるため、嫌疑のない者に対する犯罪誘発行為の授権根拠としては、刑訴法の規定のみが考慮される。この点、刑事訴訟法典における授権根拠としては、同一五二条二項 (起訴法定主義) および一六〇条一項 (捜査手続) の意味における嫌疑の存在を前提とする。よって、嫌疑のない者に対する犯罪誘発行為を許容することはできないという⁽⁵⁵⁾。

エルボーゲンは、このような嫌疑の要件をアジャン・プロヴォオカトールの投入に関する最低条件 (untere Grenze) と位置付け、嫌疑の要件を欠く投入は許されないとする。彼はそのような嫌疑の要件を欠いたアジャン・プロヴォオカトールの投入は、被誘発者を「国家的行為の単なる客体」におとしめることになり、この場合アジャン・プロヴォオカトール自身が可罰的となるとする⁽⁵⁶⁾。

第二款 理論の出発点

エルボーゲンの理論の出発点は、法益保護という国家的義務の放棄不可能性にある。国家的任務である法益保護は、刑事訴追権および刑罰請求権という権利としての側面を有するのみならず、義務としての性質を有するという。また、彼は被誘発行為に対する被誘発者の責任という側面を重視し、その責任に応じた問題解決の可能性という点から、量刑的解決を支持することがうかがえる。だとすれば、エルボーゲンの主張する理論は、まさに連邦通常裁判所の判例において示されてきた理論と符合することになる。刑法四六条一項第一文は行為者の責任は量刑の基礎となることを規定しているが、エルボーゲンが刑法四七条二項(例外的場合における短期の自由刑)および同五九条(刑の留保を伴う警告)を引き合いに出すのは、ここでの問題を責任に関するものとして捉えているということを明らかにする。

このような責任に応じた法律効果の付与という点は、すでにインメ・ロクシンによっても指摘されており、以下のように述べられている。「しかしながら、このことは教唆(Anstiftung)の全ての場合に対して妥当し、つまり警察の連絡員による許されざる誘発行為と同様に、許容される誘発行為であっても減輕事由として評価されなければならないことになる。したがって、許されざる犯罪誘発行為は、許容される犯罪誘発行為と同様の重みしか有さない。許されざる誘発行為の反法治国家性という本来決定的であるはずの視点は、無視されたままになっている」⁽³⁷⁾と。しかし、これに対しては、判例は、許されざる犯罪誘発行為によつて生じた行為の量刑に当たっては、詳細な場合分けに基づく刑の減輕を示しているため、犯罪誘発行為の許容限界を無視しているとはいえない、という反論もある⁽³⁸⁾。

第三款 評価方法

以上のように、エルボーゲン¹は犯罪誘発行為を行為者の責任の問題として捉え、犯罪誘発行為が行われた場合には、その時点で行為者の責任が減少し、量刑において減軽が行われるという。他方、許容される犯罪誘発行為の限界については、これまでの判例においては様々な点が問題とされてきたが、嫌疑のない者に対する犯罪誘発行為は許されないとみなす。これについては、犯罪誘発のためのアジャン・プロヴォカトゥールの投入が抑止的警察活動であり、したがって刑法一五二条二項(起訴法定主義)および一六〇条一項(捜査手続)の意味における嫌疑を必要とするという見解が背景にある。ただし、エルボーゲンは、この嫌疑の要件を決定的なものではなく「最低条件 (untere Grenze)」として位置付けているため、これ以外にも投入条件が存在することを想定しているように思われるが、明確には述べられていない。

第四款 検討

結局のところ、判例における共通理解を構成する量刑的解決が、特に学説において精緻化された部分を見出すことは困難であるように思われる。判例と同様に、量刑的解決を支持するエルボーゲンの論拠の実質は、訴訟障碍や刑罰阻却事由の承認といった不処罰的解決では結果が画一的すぎるためこれを回避し、段階的な評価を行いうるという点にあると考えられよう。確かに、犯罪誘発行為を段階的に評価するという発想は、法治国家原則に反する類型のもの以外にも量刑レベルで影響が波及するという意味では意義深い。ただし、許されざる犯罪誘発行為が行われた場合については判例と同様の減軽の枠組みが示されたものの、許容される場合にはどのような減軽が考慮されるのかについては説明はなされていない。かかる場合においては、おそらく通常の教唆犯の場合と同様に取り扱われるものと思われるが、その

点についても明言されるべきであるように思われる。

しかし、いずれにしても、問題を量刑のレベルに押しやっってしまうことは、問題の本質を捉え切れていないように思われる。例えば、シューマン (Schumann) は、量刑説は教唆者 (Anstifter) が警察のアジャン・プロヴォカトゥールではない場合でも、減輕事由が認められる点を指摘する⁽⁵⁹⁾。シューマンの批判は判例に対して行われたものであるが、量刑説が教唆の理論を用いた減輕という構成をとることを示唆している。彼のいうように、犯罪誘発の問題を単に教唆犯と行為者の問題にしてしまうことは、ここでの固有の問題である刑事訴追機関の犯行への関与という問題点が看過されてしまうことになり、妥当ではない⁽⁶⁰⁾。

第八節 小括

以上、ドイツ学説を大別すると実体的処理方法と手続法的処理方法とに分類でき、それぞれ、実体的なものとして刑罰阻却事由の承認および量刑的解決、手続法的なものとして証拠禁止と訴訟障碍という解決方法とがあった。本稿では、このうち訴訟障碍に関する学説をさらに三類型に分けて分析を試みた⁽⁶¹⁾。では、これらの処理方法のうちどの類型の処理方法が最も妥当といえるのであろうか。先に行った検討を踏まえて、違法性の実質論、違法・適法の判断方法等に着目しつつ再度検討してみたいと思う。

まず、判例の支持する量刑説(減輕事由説)については、学説のほとんどが否定的な態度を示している。比較的初期の議論が証拠禁止説を主張している以外は、学説の多くは訴訟障碍事由あるいは刑罰阻却事由を承認するため、結果として不処罰処理が導かれることとなる。一方、量刑説を支持する論者は、許されざる犯罪誘発事例において訴訟障碍に

よる手続打切りという画一的でドラステイックな判断を回避するために、犯罪誘発行為の態様ごとに段階的な判断が可能となる量刑説を支持する。学説の多くが量刑説を否定することの理論的根拠は、かかる見解が問題を単に教唆犯と実行行為者の問題に格下げし、国家の代理者たるアジャン・プロヴォカトゥールによる教唆の場合と、通常の私人による教唆の場合とを同一視している点にあるように思われる。判例およびこれを支持するエルボーゲンは、段階的処理可能性という実質的根拠に固執するために量刑説を支持するものと考えられるが、アジャン・プロヴォカトゥールと通常の教唆犯とを同一視することは、国家による犯罪誘発という視点を大きく欠くものであるというべきであろう。

次に、証拠禁止説については、刑法一三六条aを根拠とする証拠禁止および憲法的証拠禁止の双方とも支持しない。まず、前者については、刑法一三六条aの適用範囲が尋問と供述に限られ、これが犯罪誘発事例にまで及ぶとは考えられにくい点、また、同条の意味における欺罔の内容として、国家的関与という真実の不告知という不作為まで含まれるのかも問題となる。次に、憲法的証拠禁止に対しては概ね三点について批判があった。すなわち、対象者は間接正犯の事案における道具になっていないし、また、犯罪とは禁じられた行為なのであるから、アジャン・プロヴォカトゥールによる扇動を受けたとしても犯罪を行う意思決定は行為者自身に委ねられていた、さらに嫌疑のない者に対する誘発行為が許されないのは、社会的信頼に対する侵害ではなく刑法一六〇条一項の要求する嫌疑を欠く捜査だからである、というのである。このように、被誘発者の人間の尊厳および人格権に対する侵害は根拠付けられないという批判は、同様の侵害から訴訟障碍を導こうとする見解に対しても妥当することになる。よって、犯罪誘発事例におけるこれらの諸権利に対する侵害の有無については、訴訟障碍事由について考察する際にあらためて検討する。では、かかる基本権侵害が根拠付けられれば、憲法的証拠禁止という理論構成は根拠付けられうるのであろうか。刑法一三六条aを根拠とする場合についてもいえることであるが、証拠禁止説を唱える論者は何を証拠として想定しているのである

うか。証拠禁止説は、例えば嫌疑のない者に対する犯罪誘発行為が被誘発者の人間の尊厳ないし人格権を侵害した結果、何らかの証拠が獲得される点を問題視しているようである。確かに、偽装バイヤー (Schleimaufkäufer) が介入する偽装取引の場合には、授受される薬物等が証拠となることが想定されよう。しかし、問題は誘発行為によって行為そのものが作り出される点にあるのではないだろうか。リユードーセン (Lindenssen) をはじめとする論者は、包括的証拠禁止を認めることで実際には訴訟障碍と同様の効果を期待しているが、それならば、行為そのものの生成という点に着目し、直接的に不処罰的処理方法を模索する方が目的に適うように思われる。

以上のような理由から、証拠禁止および量刑による解決は支持しえない。許されざる犯罪誘発行為によって問題となるのが行為そのものの作出であるとすれば、かかる被作出犯罪の処罰の可能性自体を否定する不処罰処理が望ましい。このような要請に適う処理方法としては、訴訟障碍および刑罰阻却事由の承認による解決が考えられる。このうち近年多くの支持を集めているのは刑罰阻却事由の承認に基づく無罪を指向する理論であるが、まずこちらから検討を加えておこう。

先に示した通り刑罰阻却事由説のうちインメ・ロクシンおよびクラウス・ロクシンによる見解は、行為者に対する嫌疑とアジャン・プロヴォカトゥールの働き掛け、影響という主観・客観の両面から違法性判断を行う点、これまでの議論にはみられなかった新規性があり評価しうる。ただし、クラウス・ロクシンおよびインメ・ロクシンの主張する刑罰阻却事由説においては、①嫌疑の不存在と基本権侵害とを関係付けない点、そして②比例原則あるいは政策的衡量という要素が介在する点で疑問が残る。まず、①の点については、嫌疑のない者に対する犯罪誘発行為は、被誘発者がアジャン・プロヴォカトゥールの道具となるわけではないため、「国家的行為の単なる客体」におとしめることにはならないという。このことを前提とする限り、基本権侵害がないという結論を導くことも可能であろう。しかし、「国家的行為

の単なる客体「道具」という命題自体が疑わしい。確かに、間接正犯の場合における道具とされる者が単なる客体におとしめられたということ自体は妥当であろう、しかし、国家的行為の単なる客体がいわゆる「道具」に限定されるのだとすれば、狭きに失するように思われる。この点、刑罰阻却事由説を支持するインメ・ロクシンは、このような嫌疑の不存在が捜査開始の要件の欠如であることを指摘し、そこから違法評価を導く。しかし、刑法一六〇条一項が捜査開始の要件として嫌疑を求めていることが憲法的に根拠付けられている点等に鑑みれば、同条の趣旨も最終的には基本法二条一項と結びついた一条一項によって保護されるべき人間の尊厳と結びついているように思われる。⁽⁶³⁾したがって、嫌疑のない者に対する犯罪誘発行為が、専ら捜査開始の要件の欠如としてのみ捉えられ、基本権侵害はないとする点で問題がある。確かに、嫌疑の欠如が刑法一六〇条一項の捜査開始の要件の欠如に該当するという主張自体は支持しうるが、それはあくまで基本権侵害との関係上説明付けられる要件と捉える必要がある。⁽⁶⁴⁾

次に、②の点は、刑罰阻却事由自体の曖昧さを示しているといえよう。刑罰阻却事由とは、いずれにしても刑法外における政策的衡量と解されている。この点、親族間の性交における一八歳未満の者の不処罰（刑法一七三条三項）のように明文の根拠が存在する場合は問題ない。しかし、明文で不処罰を規定している場合以外に、非典型的に新たに刑罰阻却事由を認める場合、単に政策的判断から処罰の当否あるいは要否を決するというのでは、立法者の明示した意思を超えた正義の判断を裁判所に委ねることになってしまうという危険性は否めない。

しかし、ゼールマンの主張する刑罰阻却事由説は、国家が犯罪行為の主導権を自ら握り、自らの利益のために訴追する点にその根拠を求める。このような構成から想起されるのは、ブルンス (Brunns) をはじめとした論者の主張する刑事訴追権限失効論⁽⁶⁶⁾である。ゼールマンが述べていることからは明らかではないが、国家の矛盾行為を根拠とする国家刑罰権の失効から、最終的に訴訟障碍ではなく刑罰阻却事由を認めるという構成もありえないように思われる。た

だ、ゼールマンは、刑罰阻却事由自体をどのような性格のものとして理解しているのかが明らかではなく、刑罰請求権の失効に基づく刑罰阻却事由の承認を主張することが可能なか、また、彼がこのことを主張しているのか否かは、なお検討の余地を残そう。しかしその可否を検討する以前に同様の構成から訴訟障害を導く方が、より無理のない解決法であるように思われる。

その訴訟障害による解決法であるが、ドイツ学説には三つの類型があった。このうち最もシンプルな理論構成により訴訟障害を説明付けているのは、刑事訴追権限失効論であるように思われる。この点において、憲法的訴訟障害論および刑事訴訟目的喪失論は後退することになる。憲法的訴訟障害論は、重大で回復不可能な法治国家原則違反を根拠としている点で、説得的であるようにも思える。しかし、ここにいう重大な違法が、どのような内容のものであるのかが不明確である。例えば、ヒレンカンフ (Hiltenkamp) は、訴訟の継続が甘受しえないほどの重大な違法という要件を示している。しかし、違法がある一定程度重大であるから訴訟障害が導かれるのであり、訴訟障害が導かれるほどの重大な違法があるから訴訟障害が導かれるという説明は、結局違法の重大性の程度の説明にはなっていない。また、リース (Ries) は、非典型的訴訟障害を極めて限定的な場合にしか認めず、違法な犯罪誘発行為に対しては訴追禁止という新しいカテゴリーを用いて処理を図ろうとする。彼のいう訴追禁止とは訴訟障害との関係でどのように位置付けられるかは明らかではないが、少なくとも手続の打切りという点では同様の効果を有するものである。この際、リースは重大で治癒不可能な法治国家原則違反を要件として挙げているが、その内容は具体的には示されていない。このように「重大な」基本権侵害を訴訟障害の要件とするならば、侵害の重大性の評価が訴訟障害の承認に大きく影響を与えることになる。だとすれば、人間の尊厳という基本権の中核領域に対する侵害を全て重大な基本権侵害とみなし、この場合に訴訟障害事由の存在を認めるとすることも必要であるように思われる。

次に、刑事訴追目的喪失論は、刑罰秩序の実証を通じて公衆の法意識を確認し、犯罪により脅かされた法的平穩を回復させる点に、刑事訴訟の目的を見出す。そして、このような目的が失われる場合に訴訟障碍事由が発生すると考え、国家がアジャン・プロヴォカトゥールを介して犯罪に関与し、生成された行為が主として彼の所産とみなされる場合はこのような目的は喪失するという。おそらく、許されざる犯罪誘発行為においては刑事訴追のための刑事訴追が行われ、そのため刑事訴訟の目的が喪失するというのであろう。しかし、公衆の法意識の確認という刑事訴訟の目的設定が今ひとつ明確ではない。他方、刑事訴追目的喪失論も刑事訴追権限失効論と同じ点に着目し、違法の根拠を国家が一方で犯罪を作出しておきながら他方でこれを訴追する点に求める。つまり、この両者の違いはこの点をどのように評価するかの違いに存在するといえるが、それならば不正な権限獲得に基づく権限の執行という説明の方が明確であり、理解しやすい。

このようにみえてくると、やはり最もシンプルな理論構成は訴追権限失効論である。すなわちその骨子は、国家刑罰権の取得に瑕疵があるから、その権利が失効するというのである。この理論に対する批判は、民事法上のカテゴリーの刑事法への転用や、そもそも民事法上の原則である矛盾行為禁止の原則は実体法上の概念であるのにこれを刑事手続において用いる点に対して投じられた。すでに、かかる批判に対しては、民事法上の概念が刑事法領域に及ばないことに対する具体的な説明がなされていないこと、そして民事の場合と異なり刑罰請求権は手続においてはじめて認められることが指摘される⁽⁶⁷⁾。むしろ、民事法領域においては私人による自己矛盾行為に基づく権利取得が許されないものであるから、いわんや国家が同様の行為を行うことに対してはより厳格な規制が設けられるべきであろう。確かに、ブルンスらによって主張された刑事訴追権限失効論は、判例の重大な影響基準を矛盾行為禁止の原則を用いることによりさらなる理論的補強が図られたといえる。ただ、刑事訴追権限失効論においては、自己矛盾的な訴追権限の獲得という国家的行為の反

法治国家性という点のみが、許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠を説明付けることになるが、対象者の人格権侵害からの根拠付けも検討されなければならない。

アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発事例において人間の尊厳および人格権に対する侵害を問題とする理論は、憲法的証拠禁止説および憲法的訴訟障碍論であった。証拠禁止説については、直接的に訴訟障碍を導くのではなく(包括的)証拠禁止を経由して不処罰処理(無罪)を導く必要性等に疑問がある。また、憲法的訴訟障碍論は、重大(極端)な人権侵害という内容の不透明性、機能的刑事司法と公正な裁判とから導かれる比例原則を持ち出す点、機能的な違法性判断を期待しにくい。とはいえ、これらの理論が許されざる犯罪誘発行為における何らかの人権侵害の存在を認める点には意義がある。議論を整理しておく、許されざる犯罪誘発行為の違法性を人権侵害に求める場合、①基本法二条一項から導かれる人格権、すなわち具体的には決定の自由に対する侵害、そして②基本法一条一項の保障する人間の尊厳に対する侵害の二つが考えられる。このうち、前者に対しては、法的意味において自由な決定が行われているという批判があり、後者に対しては間接正犯の場合の道具とはなっていないという批判がある。許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠として人権侵害があると主張する場合、これらの批判のいずれかに反論する必要がある。まず、決定の自由に対する侵害の存在については、否定的にならざるをえないだろう。というのは――行為者が間接正犯の道具にまでおとしめられていない――許されざる犯罪誘発事例に被誘発者に決定の自由を認めるのであれば、犯罪を行うか否かを決定する自由を認めることになるからである。その点で、インメ・ロクシンによる同様の指摘は正当である。では、人間の尊厳に対する侵害の有無という点についてはどうだろうか。これは人間の尊厳の内容および範囲と深く関係する問題である。しかし、人間の尊厳の保護領域を規定するのは困難であり、この場で保護領域の確定を試みることは不可能である。⁽⁶⁸⁾確かに、これまで「付与理論(Mitgifttheorie)」および「能力理論(Leistungstheorie)」とどう二つの理論によっ

て、人間の尊厳に対する積極的意味付けが試みられてきた。前者は、「人間それ自体の固有価値、独自性、本質、性質」と説明する。これに対し後者によれば、人間の尊厳は独自の自己決定を基礎にした概念であると説明される。後者の理論では、哲学的伝統は拘束力を有しないなどの利点がある一方、行為無能力者や意思無能力者は人間として尊重されないことにもなりかねない。その意味では、前者の「付与理論」の方が妥当だと思われる。しかし、ここでより実質的に意味を持つのは積極的意味付けではなく、どのような場合に人間の尊厳に対する侵害が存在するかを問題とする消極的意味付けであろう。連邦憲法裁判所は、いわゆる「客体定式」を用い、人間の尊厳に対する侵害を「人間を国家の単なる客体にする事」とし、これを禁じた。具体的には「辱め、烙印、迫害、追放」が禁じられたのである。⁽⁶⁹⁾ 連邦憲法裁判所は、人間の尊厳に対する介入を、自己の主体性を原理的に問題視する取扱いであり、人間の尊厳を恣意的に無視することであるととした。そして、それは人間が当然に持っている価値の軽視という意味での軽蔑的取扱いであるという。⁽⁷⁰⁾ さらに、連邦憲法裁判所の中にもより広く人間の尊厳に対する侵害を認める見解があり、人間は非人間的に取り扱われるはならず、対象のように取り扱われてはならないとする見解がある。⁽⁷¹⁾ しかし、その明確化は、結局、人間の尊厳に対する侵害が問題となりうる場合を考えられる領域ごとに具体化するということに限定されざるをえない。⁽⁷²⁾ アジャン・プロヴォカトールによる犯罪誘発に関しては、それがこの問題領域に含まれるか否かということが検討の対象となるのである。

これまで、人間の尊厳に対する典型的な侵害として考えられてきたのは、奴隷的取扱いや人身売買等の人間の平等の著しい侵害、拷問および身体傷害、侮辱および陵辱といった身体的・精神的アイデンティティおよびインテグリティの著しい侵害、最低限度の生活の保障といった社会権の観点から導かれる社会国家的・法治国家的責任の著しい怠慢、であった。⁽⁷³⁾ では、許されざる犯罪誘発行為における国家的行為の違法を撞着法理から根拠付けるだけでなく、人間の尊

厳に対する侵害からも根拠付けるとするならば、どのような説明付けが可能となるのであろうか。犯意の具体化理論を示した一九八〇年代初期の判例によれば、許されざる犯罪誘発行為を人間の尊厳に対する侵害から根拠付ける場合、ポイントとなるのは被誘発者の側の嫌疑および犯意といういわば内心的状況、主観面であった。したがって、嫌疑もなく犯意も存在しない者に対して犯罪誘発を行うことが禁じられたのである。このような犯罪誘発行為が許されざるものと評価されるのは、対象者が「国家的行為の単なる客体」として取り扱われるためであった。このように考えれば、人間の尊厳に対する侵害からも犯罪誘発行為の違法性を根拠付けることは可能であるように思われる。しかし、先にみたように、国家的行為の単なる客体の意味をめぐっては、対象者が「道具」となっている状態まで求める見解があり、このような見解に従えば嫌疑のない者に対する犯罪誘発行為は人間の尊厳に対する介入ではないことになる。先に挙げた人間の尊厳に対する侵害が問題となりうる典型領域をみても明らかのように、人間の尊厳に対する侵害は、平等および自由権ないしは法治国家・社会国家原理との体系的関連性と関係する⁷⁴。だとすれば、国家による介入ということと無関係に、間接正犯における「道具」を人間の尊厳に対する侵害の基準とすることには首肯できない。犯罪誘発事例において「間接正犯における道具であること」のみが人間の尊厳に対する侵害であるとすれば、国家的犯罪誘発行為は単に刑法の共犯理論においてのみ説明されるに過ぎず、「国家」の責任において行われた行為であることが軽視されてしまう。もちろん、クラウド・ロクシンらのように、嫌疑のない者に対する犯罪誘発行為が適法とならないように、そのような犯罪誘発行為の違法性を刑法一六〇条から説明することも可能であろう。しかし、先にも示した通り、同条の規定が捜査開始の要件として嫌疑の存在を求めていることは、人間を国家行為の単なる客体として取り扱わないという基本法一条一項の趣旨と無関係ではないように思われる。このような枠組みにおいては、憲法的訴訟障論のいう重大な基本権侵害に基づく訴訟障論という理論構成の可能性も残されているといえよう。ただし、訴訟障論が導かれる重大な基本権侵

害がどのような場合に認められるかが、ある程度明らかにされる必要がある。何が重大な基本権侵害であるかについては、実際は、個々の事案ごとの検討に委ねざるをえないという面は否めないが、少なくとも嫌疑が全く存在せず、犯意もないような人物を対象に犯罪誘発行為を用いる場合には、刑法一六〇条一項およびその背後に存在する基本法一条一項の保障する人間の尊厳に対する侵害を認め、重大な違法有りと判断すべきであろう。

以上、ドイツにおける学説の議論を中心に、一部判例理論も参考にしながら、許されざる犯罪誘発行為の違法性の根拠について検討を加えた。右で述べたことをまとめると以下ようになる。すなわち、許されざる犯罪誘発行為に対しては主観（人権侵害）と客観（法治国家原則違反）の両面から違法性が根拠付けられる。まず、客観的根拠付けについては、ブルンスらを中心に提唱された刑事訴追権限失効論による訴訟障碍の認定、その結果導かれる手続の打切りという処理が、最も明解で説得的である。これに対し、証拠禁止説は、刑法一三六条aの適用範囲の問題、包括的証拠禁止を経由した訴訟障碍と同様の結果の期待の意味という点で、疑問が残る。また、同じく訴訟障碍事由を認定する理論でも、刑事訴訟目的喪失論は、公衆の法意識の確認という刑事訴訟の目的設定の不明確性に問題を残す。さらに、刑罰阻却事由においてもアジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けに着目した判断がなされるが、そもそも、刑法における犯罪成立要件の枠外で考慮される政策的判断としての刑罰阻却事由の内実がどのようなものを指すのか、という点に分かりにくい。特に、実質的な懸念としては、非典型的刑罰阻却事由を新たに認める場合に、政策的判断が介在することによって実際には刑罰阻却がほとんど認められないという可能性も否定できない。次に、主観的根拠付けについては、犯罪誘発行為を適法と評価するにあたり刑法一六〇条一項を根拠に嫌疑の存在を求めることは妥当であろう。ただし、嫌疑の要件が表面上は刑法一六〇条一項等の規定から導かれるからといって、これが基本権保護と全く関係していないというわけではない。すなわち、同条の規定の背後には、基本法一条一項によって保護される人間の尊厳の

尊重が存在すると考えるべきである。

さて、これまで度々、主観あるいは客観という用語を用いてきたが、これらはそれぞれ人権侵害を重視するか、反法治国家的国家行為を重視するかという違いに置き換えることができる。反法治国家的行為は人権侵害に繋がり、また、人権侵害を重視する場合も、侵害される対象者に着目するか、あるいは侵害行為を行う国家側に着目するかという差に帰着する。もちろん、この両者の差異は全くないわけではなく、主観（人権侵害）を重視する場合と客観（反法治国家的行為）を重視する場合とで、ある一個の行為の評価が異なる場合も生じうる。しかし、結局のところ、犯罪誘発行為においては基本権に「介入する」という事象と「介入される」という事象が表裏一体の関係にあるように、主観も客観も大体においては同じ行為事象をどちらの側から評価するかの違いに過ぎないように思われる。したがって、許されざる犯罪誘発行為の違法性の所在を明らかにする場合、反法治国家的行為というところに違法性の所在を求めることができるのであれば、その反射として基本権侵害にも違法性の所在を求めることができると考えるべきであろう。

第五章 わが国におけるおとり捜査に関する議論

第一節 はじめに

わが国においては、昭和二〇年代に多くの判例⁽⁷⁵⁾がおとり捜査を取り扱ったことが議論の始まりとなっている。かつては、対象者の取扱いと並んでおとり自身が法禁物の譲受、所持という点で可罰的になるのではないかという点も問題とされるケースがあった。いずれも昭和二〇年代の事案であるが、判例はこのようなおとり自身の行為の責任を問わない

ことを明らかにしている。⁽⁷⁶⁾ 問題となった事案ではおとりが私人であったためかかる問題が生じたものの、その後、麻薬及び向精神薬取締法や覚せい剤取締法により、麻薬取締官および麻薬取締員あるいは警察官は一定の条件下で麻薬を譲り受けることが認められるようになりおとり自身の可罰性は論じられなくなった。⁽⁷⁷⁾ むしろ今日まで議論の中心にあるのは、どのような場合におとり捜査が適法あるいは違法とされるかという点である。確かに、リーディング・ケースといわれる最高裁昭和二八年三月五日決定⁽⁷⁹⁾（以下、本稿では単に「昭和二八年決定」とする）にみられるように、以前はおとり捜査それ自体について適法である（あるいは違法である）とするかのような議論もみられた。⁽⁸⁰⁾ しかし、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することを明確にし、この両領域の間にいかに適正かつ明確な線引きを行うかを目指すものとなっていた。最高裁平成一六年七月二二日決定⁽⁸¹⁾（以下、本稿では単に「平成一六年決定とする」）も、このことを前提におとり捜査の違法性判断を行っているし、学説もまた同様である。このような議論の所在をみても分かるように、おとり捜査の問題点の第一はおとり捜査の適否がどのようにして決せられるかという点、すなわちおとり捜査の違法性判断にあるといえる。

ところで、先にみたドイツの議論においては、むしろ議論の中心は違法なおとり捜査があつた場合にどのような処理方法が適切かという点にあつたが、この点わが国における議論は、違法なおとり捜査の法的処理ではなく、おとり捜査の適否の判断に焦点が当てられてきた。法律効果について、昭和二八年決定はおとり捜査であつても実体法上の犯罪成立条件および公訴権に対して影響は及ばないとしているが、果たして今日でも裁判所がこのように考えているのかは明らかではない。ドイツと異なり、わが国においてはおとり捜査が違法と判断された事案が極めて少なく、そのため少なくとも判例においては、違法なおとり捜査の法律効果に関する議論は発展してこなかったのではないかと推察される。他方、学説においては違法なおとり捜査に対する法律効果を中心に検討を加えたものも存在するが、依然として議論の

中心は違法性判断にあるように思われる。

本稿はまず違法性判断についてどのような枠組みが示されるべきか検討を加えた上で、おとり捜査の違法の所在がどこにあるのかという点を意識しつつ、これまで特に判例上あまり問題とされてこなかった法律効果についても、検討を加えたいと考える。

第二節 判例の変遷

第一款 昭和二〇年代の横浜地裁における無罪判決

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、ほとんど見当たらないが、昭和二〇年代にいくつかの事案で無罪としたものがある。その代表的なものが、横浜地裁昭和二六年六月一九日判決⁸³⁾および同昭和二六年七月一七日判決⁸⁴⁾である。いずれの判決も同一の裁判所ではほとんど同じ時期のものであるためか、判旨の重要部分において一字一句同一の内容になっているところが認められる。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。そこで、両判決の事実の概要を示した後に、判旨部分についてはまとめて紹介することとする。

これら二つの横浜地裁の判決における事実の概要は概ね以下のようなものである。

「一」横浜地裁昭和二六年六月一九日判決

【事実の概要】

被告人は、麻薬中毒患者を装う婦人警察吏員Uから麻薬を売ってくれとの申込を受け、Uが警察官であることを知らずに承諾した。その後、すぐに被告人Y方に行き同人より麻薬を買い受け、約一時間後に自宅まで持ち帰ったところ、待ち受けていた警察官に現行犯として逮捕され、所持の麻薬を押収された。

【二】 横浜地裁昭和二六年七月一七日判決

【事実の概要】

横須賀憲兵調査部係官MがSを麻薬取締法違反等の被疑事件につき取調中、同人が所持していた麻薬が被告人より譲受けたものと供述を受けた。そこでMはSに命じて自己の面前で被告人に電話をかけさせ、再び麻薬を買うからSの自宅まで持ってきてくれと申入れた。被告人は委細を知らずにCより買受けて本件の麻薬を所持したところ、待ち受けていた前記係官M等に逮捕され、所持の麻薬を押収された。

【判旨】 【一】 および 【二】

先にも述べた通り、横浜地裁によるこれら両判決の内容は、極めて類似するものである。そこで、以下では、これら両判決の判旨を一緒にまとめておくこととする。

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ではいのかという点」⁸⁵⁾を指摘する。そして、国家が一方において犯罪を実行させ「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、他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」、⁽⁸⁶⁾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」⁽⁸⁷⁾であり、被告人の所為は罪とならない、という。しかし、おとり捜査全体を指して憲法一三条違反となるとする点、またおとり捜査における薬物の所持等には抽象的危険が存在しないため無罪となるという見解は、昭和二〇年代の間いくつかの判例において支持を得ていたもの⁽⁸⁸⁾、その後は支持を得られなくなっていく⁽⁸⁹⁾た。

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、ここでは、「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」⁽⁹⁰⁾（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。

第二款 昭和二〇年代末期における最高裁判例の変遷

先に横浜地裁による二件の無罪判決をみたが、その後の最高裁昭和二八年三月五日判決はこれとは異なる見解を示した。すなわち、おとり捜査があったこと自体は対象者の罪責等に影響しないというのである。これに対し、控訴審、第一審ともにわなの理論を意識した違法性判断に言及した部分が見られる。以下では、これら下級審判決をもとに事実関

係を確認しつつ各審及の判断についてみていこう。

〔三〕 最高裁昭和二八年三月五日決定⁽⁹¹⁾

【事実の概要】——第一審および控訴審の認定

第一審の京都地裁昭和二六年一〇月一日判決⁽⁹²⁾では、次のような事実が認定されている。すなわち、被告人YはかねてS、Hから麻薬の入手方を依頼され、被告人Cに依頼したところ、同被告人Cはこの求めに応じて麻薬塩酸デアセチルモルヒネ約六七六gを他より入手し、YはCよりこれを受け取った。そこで、被告人YおよびCについて同禁止薬物の所持罪が問われた。

弁護人は、犯罪当局に關係あるS、Hがおとりとなつて最初から犯意をもたない被告人等の犯意を誘発し本件麻薬を所持するに至らしめ麻薬取締法違反として捜査当局が同人を逮捕したという事実の主張を前提にして、次の三点について争った。すなわち、①被告人らの所為は「法益侵害の危険性がないから違法性が阻却され無罪」となるべきであり、②善良な国民をして犯罪を誘発し、犯罪捜査の道具として利用した後処罰するようなことは憲法二一条および一三条の保護する基本的人権を侵害する、③おとり捜査は違法であり憲法三一条に違反する、と。

これに対し京都地裁は、所論の前提たるおとり捜査の存在を全面的に肯定したわけではなかったものの、その可能性もできないとして右三点について次のように述べている。

まず、①本件麻薬の所持における抽象的危険の存在の有無については、麻薬が使用されない以上具体的に危険が生じたということはいえないが、「一般的にいってそれが不正使用される虞がある」ため抽象的危険が存在する⁽⁹³⁾とした。次に、②憲法一三条違反の主張については、意思決定の自由が認められるためこれを否定し、犯罪成立要件が具備されている

（犯罪阻却事由が存在しない）以上無罪となることはないが、ただし情状面においておとりによる影響が考慮されるとした。また、③憲法三一条違反については、「かような方法による捜査が適法でないとしても本件行為が犯罪を構成しその裁判手続が法律上適法に行われる以上処罰に何等妨げのないことは明である」として弁護人の主張を退けている。加えて本件京都地裁は、わなの理論を意識した二分説と一部共通する見解を示している点で興味深い。すなわち、麻薬取締法五三条（麻薬取締官等による麻薬所持の違法性阻却）は犯意誘発型のおとり捜査には妥当しないものの、その場合はおとり自身が教唆犯として処罰されることを示唆するに止まっている。

控訴審の大阪高判昭和二十七年六月三〇日⁽⁹⁴⁾は、右事実関係を前提として次のような判断を下している。まず被告人Cの所持については、被告人Yがおとりとして働き掛けた結果生じたものではないとして、その起源がおとり捜査にあったとしてもおとり（SおよびH）によって犯行を誘発せられたという関係は中断されてしまっているとした。次に被告人Yについては犯意誘発型のおとり捜査が行われたことを否定し、犯意誘発型のおとり捜査であれば、憲法二一条、一三条違反の問題を生ずる余地があることを示唆しつつ、弁護人の控訴趣意を退けた。そこで被告人らは上告したが、最高裁は右事実関係を前提に以下のような判断を下している。

【決定要旨】

「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実行した場合・・・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のできないこと他言を要しない。」（括弧内は引用者）

本件においては、第一審の京都地裁および控訴審の大阪高裁は、わなの理論を意識した違法性判断を示唆していた。

京都地裁判決は、犯意誘発型のおとり捜査でない限り無罪とならないと述べつつも〔**事実の概要**〕②の点、仮に適法でない（おとり）捜査があったとしても行為が犯罪を構成しその裁判手続が法律上適法に行われる以上、憲法三一条は処罰の妨げとならないとする（〔**事実の概要**〕③の点）。また、犯意誘発型のおとり捜査に触れつつも、おとり自身の教唆犯としての処罰可能性を示唆するに止まる。さらに大阪高裁は犯意誘発型のおとり捜査であれば憲法違反（憲法三一条、一三条）を指摘するが、その効果として不処罰が導かれるか否かという点については言及されていない。このような状況において、本件最高裁は犯意誘発型のおとり捜査であっても行為者の処罰可能性には影響がなく、せいぜいおとり自身の処罰可能性が問題となるに過ぎないことを明確にしたといえる。このようにおとり捜査が被告人の罪責等に関して影響を及ぼさないという見解は、その後も一部の下級審裁判例において採用された。⁽⁹⁵⁾

ところが、翌年最高裁は一見したところこれとは異なる判断を示している。すなわち、最高裁昭和二十九年八月二〇日判決（以下、本稿では単に「昭和二十九年八月判決」とする）は、すでに犯意を有する者を対象に行ったおとり捜査であることを理由に当該おとり捜査を適法とし、いわゆる主観說的判断を行っているのである。以下、昭和二十九年八月判決についてみておこう。

〔四〕最高裁昭和二十九年八月二〇日判決⁽⁹⁶⁾

【**事実の概要**】——第一審および控訴審の認定

本件では、捜査機関の命を受けた捜査協力者Mがおとりとなり被告人Gに働き掛け麻薬の入手を依頼し、依頼を受けたGがその入手先を被告人Gに求めたというものであった。その結果、被告人HおよびGの間、被告人Gおよび捜査協

力者Mの間での薬物の譲渡譲受行為が問題となった。

第一審の京都地判昭和二五年一二月二八日⁽⁹⁷⁾は、被告人Gに対し、被告人Hから譲り受けたモルヒネ若干量をMに譲受したとして有罪判決を宣告した。被告人Gの弁護人は、Gの所為は被告人HとMとの間の売買を仲介したものであるため幫助罪であると主張したが、H、M間には直接売買契約は成立しておらず、被告人Gの転売が認められた。また、MがCIDの依頼により本件麻薬の買主となった点については、麻薬取締法にいわゆる譲渡譲受と解するに支障を来さないとして、犯罪の成立が認められた。

控訴審の大阪高判昭和二七年三月二五日⁽⁹⁸⁾は、まず被告人Hの行為について、同人は相手方が誰であろうとかねてから麻薬譲渡を企図しており、おとりの関与を知らない被告人Gに譲渡したという事実がある以上、抽象的危険はすでに十分存在するとした。そのうえで、国家（おとり）の関与は、「麻薬の害毒が他に波及する現実の危険を僅かに遮断し得たに過ぎない」として実体法上犯罪が成立することを明確にしている。そして、被告人Hに対する（被告人Gを中継した）おとり捜査の適否については次のように述べている。すなわち、麻薬の譲渡譲受罪においては被害者が存在せず、捜査に格別の困難がある。そのため、麻薬取締員は、麻薬取締法五三条の規定にかかわらず、何人からも麻薬を譲受ることができ、麻薬事犯の特殊性に鑑み犯人検挙のため、ある程度のおとり捜査を用いたとしてもやむをえない。このように述べ、麻薬取締法五三条の規定を確認規定と理解してMの譲受行為の正当性を導く。結局、Gの所為とおとりであるMの関与に関しては、少なくとも、本件のようにすでに麻薬譲渡の犯意ある者に対しMおよび同人がおとりであることを知らないGを通じて検挙したおとり捜査は、憲法の保障する個人の尊厳を害するものとはいえないとした。

さらに、被告人Gに対するMの関与については、GがMに対して「麻薬の欲しい人があれば売ってくれ」などの言動を用いており、本件以前にすでに麻薬譲渡の決意があったと認定し、Mがおとりとなっていたことは事実であるが、G

がすでに犯意を有していた以上、「囮たるMの行動は本件麻薬事犯の犯意及びその実行行為を決定的に左右したものとはいいい難く、単に同被告人Gに犯行の機会を与えたに過ぎない」とした。

大阪高裁は、被告人HおよびGに対するMの関与について、被告人らの犯意の存在を前提にこれを許容しているように読み取ることができ、いわゆる二分説（主観説）的な判断方法が用いられていると理解される。ただし、Hに対する判示中「少くとも」機会提供型のおとり捜査は個人の尊厳を害しないと述べている点、犯意誘発型のおとり捜査について必ずしも違法とならない余地を残したとみるべきであろう。⁹⁹⁾

なお、麻薬譲渡罪の成否に関しては第一審の京都地裁と同様の認定を行ない、本件Gの行為は単なる転売に止まらない旨判示している。

【判旨】——最高裁昭和二九年八月二〇日

被告人GはおとりであるMの「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、右M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ことは原判決の認定しているところである」。Mの行為の処罰適格は「すでに犯行の決意を以て右Mが囮たることを知らないで本件犯行に出た被告人の刑責を左右するものではない。（昭和二七年（あ）五四〇七号同二八年三月五日第一小法廷判決。判例集七卷三号四八二頁参照）」（傍線は引用者）

以上のように、昭和二九年八月判決は、おとりの働き掛けが被告人らの罪責に影響しないことの前提として、同人の既存の犯意の存在を指摘する。この点、いかなるおとり捜査であろうとも被告人の罪責に影響しないとした昭和二八年決定とは異なる判断基準が示されたことになる。しかしながら、右で示した通り本判決はMの処罰適格が被告人の刑事責任に影響しないと述べるに当たって、先の昭和二八年決定を参照すべきことを指示している。そのため、この点を

素直に理解するならば、本判決は昭和二八年決定を踏襲したものと考えられなくもない。しかし、昭和二八年決定がその文理において「犯意を生じ」させた場合にも被告人の責任に影響がないとしているため、この点が最高裁判例の理解を困難にさせている。いずれにせよ、最高裁は同年一月五日判決（以下、本稿では単に「昭和二九年一月判決」とする）で昭和二八年決定と同様の見解に立つことを明確にしたため、おとり捜査が被告人の罪責に影響することはないという最高裁判例の態度は一応の決着をみることとなる⁽¹⁰⁾。

〔五〕最高裁昭和二九年一月五日判決⁽¹⁰⁾

昭和二九年一月判決の第一審の横浜地判昭和二六年一〇月一七日は、捜査機関がその捜査協力者Sを介し有被告人に麻薬入手の依頼を行った結果、同人が麻薬を所持するに至ったというおとり捜査の事実を認めた。被告人は、その情を知らずにSの求めに応じWから入手した麻薬をS方に持参し、Sの案内で来訪した捜査官に麻薬代金を支払った直後に逮捕されている。横浜地裁は、「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抵触するが故に、結局かような行為は罪とならないものと解すべき」であるとして無罪を言い渡し、先に示した二件の横浜地裁における無罪判決（「一」および「二」）と同様に憲法一三条違反を認めておとり捜査を違法とした。これに対し検察官は、①取引の具体的内容、詳細について当局は関知しておらず、取引菓物の指定や準備金の申し出は捜査協力者Sの独自の意思によるものであって、捜査当局の計画外の処置であるため捜査官の企画と被告人の麻薬携帯所持とは因果関係が中断されている、②被告人による本件薬物所持には抽象的危険が存在し犯罪は成立する旨主張し控訴を申し立てた。第一審の東京高判昭和二七年七月二十九日は、右控訴趣意の第一点目について、捜査機関は本件おとり捜査の大綱は定めたが、その具体的詳細については捜査協力者Sの適宜取計らうところに

委託したといえるから、その結果犯意のない被告人らを麻薬取締に誘導すべく努力したものであるとして本件所持と捜査機関の意思によるものであったと認定し、犯意誘発型のおとり捜査を違法とする主観説に立つことが明らかにされた。次に、控訴趣意の第二点目については、「いわば終始検挙そのものために行動し尽した」のであって「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」、「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」「いわば機械的動作」を演じたに過ぎない」ため「反社会的危険性が存在しない」として抽象的危険を欠くことを認めこれを退けた。これに対して検察官が上告したのが最高裁昭和二十九年一月五日判決である。

最高裁は、昭和二八年決定を指摘し、「いわゆる囹捜査は、これによつ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」とし、原判決を破棄しこれを差し戻した。

このように、昭和二八年から翌年にかけて、最高裁はいったんは主観説的判断によりおとり捜査に一定の絞りを掛けようとしたかにみえた。しかしながら、昭和二十九年一月判決は、犯意誘発型のおとり捜査であっても、少なくとも法律効果の面においては被告人の罪責に影響しないことを明確にした。同判決自体は極めて簡潔なものとなっているが、判断の前提たる控訴審判決をみる限り犯意誘発型の事案であったと思われ、⁽¹⁰⁶⁾ 本判決により機会提供型のおとり捜査であつても被告人の罪責に影響はないとする最高裁としての態度がより明確に確認されたといえよう。⁽¹⁰⁶⁾ 学説においては、昭和二八年決定が実際には機会提供型の事案であつたことを指摘して、おとり捜査を全面的に適法とする趣旨ではないのではないかとするものもみられる。⁽¹⁰⁷⁾ また、東京高裁昭和四四年八月七日判決は、昭和二八年決定を有罪判決の論拠として挙げているものの、実際の事案は機会提供型のおとり捜査であつたことが確認される。確かに、一見したところ昭和二八年決定は犯意誘発型のおとり捜査をも——つまりおとり捜査全体をして——これを適法とする趣旨であるかのよ

うにみられなくもない。しかし、昭和二八年決定は、犯意誘発型のとおり捜査であつてもあくまでも被告人の罪責について影響なしというに止まっているのであつて、現在の議論に引きつけていうならば法律効果について述べたに過ぎないと解することも可能であらう。⁽¹⁰⁾

このような最高裁の見解は、その後もいくつかの下級審裁判例において引用、支持されてきた。⁽¹¹⁾しかし、最高裁の判断が示される以前から、下級審裁判例においては機会提供型であるから憲法一三条に反しないとする主観說的判断が示されていた。以下では昭和二〇年代における下級審裁判例の分析を試みるとともに、再度昭和二八年決定および翌年の二件の最高裁判例の見解について考察を加える。

第三款 昭和二〇年代の下級審裁判例——主観說的判断基準の検討

昭和二〇年代に主観說的基準を示した下級審裁判例は一〇件ほどあるが、これらの判例理論が犯意誘発型のとおり捜査に対してどのような効果を考えるのかは今ひとつ分からない部分がある。例えば、東京高裁昭和二六年九月二六日判決は、機会提供型のとおり捜査であるため憲法一三条に反しないと⁽¹²⁾する。そのまま反対解釈すると、犯意誘発型のとおり捜査であれば憲法一三条に違反する、ということになりそうである。しかし、例えば京都地裁昭和二六年一〇月一日判決は、犯意誘発型のとおり捜査の事案であつたが、被告人の罪責には影響がない旨判示する。すなわち、意思決定の自由が認められるため憲法一三条違反は存在せず、犯罪阻却事由が存在しない以上無罪となることはないとして、単に情状においておとりの影響が考慮されるに止まるとしたのである。京都地裁は、その上でおとりが教唆犯として処罰を受ける可能性があると⁽¹³⁾しており、この意味でおとりの捜査が違法となる可能性を示唆する。したがつてこの京都地裁判

決からは、当時の主観說的判例が、おとり自身が教唆犯として可罰性を帯びるという意味で犯意誘発型のおとり捜査が違法となると考えていたことが伺われる。以下、時系列的に見ていくと、東京高裁昭和二六年一月二六日判決⁽¹³⁾は、機会提供型の事案である点を強調しつつ「少くとも、本件においてはこれを以て被告人Bの個人としての尊厳を犯して憲法⁽¹⁴⁾の精神に違背したものと断ずることは正当でない」(傍点は引用者)とする。ここでは「少くとも」という限定詞が付されたことで、犯意誘発型の場合であれば直ちに憲法一三条に反するという解釈が否定される余地がかいまみえる。さらに東京高裁昭和二六年二月一日判決⁽¹⁴⁾は、犯意誘発型のおとり捜査は違法であるが、「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」である旨明言する。その後、東京高裁昭和二七年三月一八日判決⁽¹⁵⁾、東京高裁昭和二七年七月三一日判決⁽¹⁶⁾、大阪高裁昭和二九年一月二八日判決⁽¹⁷⁾は、機会提供型の事案であったことを理由に憲法一三条違反を否定している。しかし、機会提供型のおとり捜査であっても被告人の罪責に影響はないとした昭和二八年決定が存在するだけに、これと矛盾しない解釈方法を検討すべき余地がある。だとすれば、これらの下級審裁判例は、犯意誘発型のおとり捜査であれば直ちに憲法一三条違反となる趣旨まで含むものではないと解すべきであろうし、このことは右で示した東京高裁昭和二六年二月一日判決や大阪高裁昭和二七年三月二五日判決⁽¹⁸⁾の示唆するところであろう。

このように考えると、判例は、犯意誘発型のおとり捜査であっても被告人の罪責に影響はしないが、場合によってはおとり自身が教唆犯として処罰されうるという意味で当該捜査が違法となる場合があると理解していたのではないかと考えられる。ここで留意すべきは、今日の議論の中でいう「主観説(二分説)」は、犯意誘発型のおとり捜査を違法とした上で何らかの形で被告人の救済を試みるという点である。これに対し、この時期の主観説「的」判例基準は、被告人の犯意を違法性判断の基準としているものの、彼に対する法律効果という点で「主観説」とは大きく異なるのである⁽¹⁹⁾。したがって、一見したところおとり捜査を全面的に適法としたかのようにみえる昭和二八年決定、昭和二九年

一二月判決ならびにこれを引用する下級審裁判例と、主観說的判断を示した昭和二九年八月判決および下級審裁判例との間には、実は違いがないように考えられる。⁽¹²⁾

第四款 主観面を重視する判例

昭和二〇年代～三〇年代において、すでに学説においてはおとり捜査の違法性の本質を憲法一三条違反と結びつけて論じ、違法なおとり捜査においては被告人の可罰性は否定され、刑訴法三三六条により無罪とされるとする見解が登場した。⁽¹²⁾ これに対し、判例においては昭和四〇年代にはいわゆる「主観説」に立つものが現れるようになる。

東京高裁昭和四六年五月二五日判決⁽¹³⁾では、被告人が自ら犯行の機会を求めていたという機会提供型の事案において、「おとり捜査によつてはじめて犯意が誘発されたばあいには、その方法によつて得られた証拠の証拠能力等に関連して、種々困難な問題を生ずる余地もありうる」とした。昭和二〇年代にみられた主観說的判断とは異なり、ここでは犯意誘発型のおとり捜査を違法とした上で、その訴訟法上の効果として証拠排除が示唆されている点に留意すべきである。⁽¹⁴⁾

その後、東京高裁昭和五七年一〇月一五日判決⁽¹⁵⁾は、おとりの働き掛けにより薬物を所持するに至ったという薬物所持に関するおとり捜査について、機会提供型のおとり捜査であったとして、公訴提起手続きを無効にするほど適正手続きに違反した重大な違法はないと判示した。ここでは違法なおとり捜査であった場合、免訴、公訴棄却等の手続き打ち切りによる解決が示唆されている。さらに、東京高裁平成九年四月三日判決⁽¹⁶⁾は、被告人が取引の申し込みを受けて数時間のうちに覚せい剤を仕入れた状況、申し込まれた量超える覚せい剤を持参した点、薬物犯罪の前科内容、被告人と同行して取引現場に訪れた者たちの同種前歴などから、被告人は、かねてよりまとまった量の覚せい剤取引に従事していた

もので、本件も日常的な密売活動の一環であったことがわかれるとして、機会定業型のおとり捜査であるため適法であるとしている。この事案では、犯意誘発型のおとり捜査でなはなかったことの論拠として、被告人の行動に関する客観的事実関係が比較的詳細に認定されているところが注目される。しかしこれ以前にも、実は昭和二〇年代にはおとり、の働き掛けという客観面との間で犯意という主観面を相対的に評価する判例が存在した。

第五款 客観面を考慮する判例

東京高裁昭和二六年九月二六日判決⁽¹²⁸⁾は、「本件において警察職員が使つたトリックは単に警察職員たる身分を隠して麻薬を買い受けたいと申出でただけであるから、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」(傍線および傍点は引用者)として、憲法二三条違反の主張を退けている。このように、最終的には被告人の主観面、すなわち既存の犯意の有無をおとり捜査の適否を決する決定的な検討命題としつつも、その検討の際に客観面を考慮した判例は昭和二〇年代から存在した。昭和二八年決定が登場するまで、東京高裁は数件の事案でこのような客観面からの犯意の認定を行った判断を示している。例えば、東京高裁昭和二六年一月二六日判決⁽¹²⁹⁾は、おとりによる捜査において捜査官憲の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、単にすで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すぎない場合は、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。また、東京高裁昭和二七年一月一四日判決⁽¹³⁰⁾は、おとりが用いたトリックが、身分を隠して麻薬を買受けたいと申し出ただけであるから犯意がなければ断れたはずだとして、被告人に犯意が存在したという認定を行っている。このうち、東京高裁昭和二六年九月二六日判決および同昭和

二六年一月二六日判決は、麻薬買い受け人の物色や麻薬調達の意味がある旨の発言といった被告人の側に現れた客觀的事実からも犯意の認定を行っており、まず主觀面を主觀的要素——すなわち被告人側の事情——から認定し、さらに客觀的要素——すなわちおとりの働き掛けの強弱——と相対化させることよって犯意の認定を行っている。これらに對し東京高裁昭和二七年一月一四日判決は、純粹に客觀的要素との相關關係において犯意の有無を判断しているように読めるが、判決理由が極めて簡潔であるためその真意は不明とすべきか、その判断はなお慎重であるべきであろう。⁽¹³⁾

昭和三〇年代は、先にみた昭和二八年決定の影響もあつてかこのような判断手法をとる判例はみられなくなる。しかし、横浜地裁昭和六二年四月二七日判決⁽¹⁴⁾は、次のような判断を行っている。まず被告人はおとりが接触してくる以前から、海外から密輸される覚せい剤を国内で密売しようという意図が認められるとして、犯意の認定を行っている。そして、覚せい剤所持の犯意を有していた者に、その現実化および対外的行動化の機会を与えたに過ぎないとして、本件おとり捜査を適法としている。つまり、基本的には主觀説の流れを汲んだ判例であるが、やはりここでも客觀面が考慮されている。例えば、被告人は、一度は密売話が流れた後も覚せい剤取引の話を持ち掛けられてはその話に乗じ、積極的に日時・数量・価格の決定に關与している。判決理由中、この事實はむしろ被告人に既存の犯意があつたことを基礎付ける要素として用いられている。つまり、表からみれば国家側の主体性、主導性が弱かつたことを示す事情となるべき事情であるところ、取引における被告人の關与の主体性を示す要素として評価されているのである。また、捜査機關および捜査協力者（おとり）が被告人に執拗に接触したとする弁護側の主張を退け、その結果犯意の誘発はなかつたと認定している。同時に、交渉時におけるおとりの側からの積極的働き掛けがあつた点も否定している。さらに、本件では、捜査機關が多額の現金を覚せい剤の代金として持参し、被告人らに呈示したという事實が認められる。しかし、このような働き掛けは、薬物取引において一般的に用いられる行為であるから著しく不公正ではないとする。以上のことから、「国

家側の働き掛け、関与の弱さ¹³⁾「犯意不存在を推認させる事情」という判断枠組みを用いていることが分かる。本件では、弁護側がおとりの働き掛けと国家の関与の程度が大きかったことを主張していることが判決理由から明らかであり、これに答える形になっているため客観面が取り上げられることとなった。さらにこの横浜地裁判決の控訴審が東京高判昭和六十二年一月十六日である。東京高裁は、被告人に対する覚せい剤取引話が流れた後、「何回も話が流れてしまつて」「買手の」社長に対し面子がないよ（括弧内は引用者）との言辞がおとりによって用いられている事実について、それまでの経過からして極く自然の発言であつて、被告人らに対する覚せい剤取引の強要にあたらな¹⁴⁾として¹⁵⁾いる。やはり、東京高裁も概ね第一審の横浜地裁判決を支持しおとり捜査を適法としているが、以下のような表現を用いており興味深い。

「原判示のとおり、覚せい剤所持の犯意を新たに誘発させたものではなく、従前からその犯意を有していた者にその現実化、行動化の機会を与えたにすぎないものというべきであり、本件事案の特殊性、重大性からして、著しく不公正な捜査方法であるということはできない。」（傍点は引用者）

本件では、機会提供型のおとり捜査であつたという主観説による適法判断が下されており、犯意の有無を相対的に判断する要素として働き掛け方（客観面）が用いられている。しかし、右引用部分において興味深い点は、最終的に「著しく不公正な捜査方法」でなかつた点を指摘して結ばれている点である。不公正な捜査方法でないから適法なおとり捜査であるというのであれば、むしろ違法性判断の本質は国家行為の相当性に求められることになりそうである。しかし、引用部分の前半はむしろ学説の主観説の内容と一致する。このように今日では、おとり捜査の違法性判断ないし法律効果論においては、違法性の本質がどこにあるのかといことが当然の前提となつてい¹⁶⁾るといえる。「著しく不公正な捜査方法」という文言は第一審の横浜地裁判決でも用いられている。少なくともこれら両判決からは、客観面を考慮した主

観説に立ちつつ、違法性の本質については「捜査方法の不正さ」という国家側の態度に見出していることをうかがうことができる。

このように、被告人の既存の犯意を違法性判断における決定的なモーメントとしつつ、これを主観面のみならず客観面との相対化の中で判断しようとするものとして、東京地裁平成九年一月二六日判決⁽¹³⁴⁾、東京高裁平成一一年一〇月二二日判決⁽¹³⁵⁾などがある。

・最高裁平成八年一〇月一八日決定⁽¹³⁶⁾における反対意見

おとりの働き掛け、国家の関与という客観面をさらに重視したと思われるのが、最高裁平成八年一〇月一八日決定（以下、本稿では単に「平成八年決定」とする）における大野裁判官と尾崎裁判官による反対意見である。多数意見がおとり捜査の存在そのものを否定し、仮におとり捜査があったとしても適法であったとする原判決を支持したのに対し、反対意見はおとり捜査の存在を認め次のように判示している。

「人を犯罪に誘い込んだおとり捜査は、正義の実現を指向する司法の廉潔性に反するものとして、特別の必要性がない限り許されないと解すべきである。そして、そ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って、原判決のように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。」（傍線および傍点は引用者）

反対意見は、右引用部分の冒頭部分で「人を犯罪に誘い込〔む〕」という客観面に着目し、「正義の実現」、「司法の廉潔性」に反したかどうかという点を判断している。すなわち、ここでは「正義の実現」、「司法の廉潔性」という国家行為の相対性に反すること——ドイツという法治国家主義違反と共通する理解と思われる——が違法性の本質と理解され、具体

的判断要素としておとりの働き掛け（犯罪への誘い込み）が用いられているものと思われる。反対意見は、（存在したはずの）おとり捜査を実施する必要性がなかったとして、おとり捜査が違法であると判断している。以下、反対意見が前提とする事実関係と照合しながら事案への当てはめについてみておこう。

本件では、警察官Bの依頼で捜査協力者Aが被告人に覚せい剤の購入方を申し出ている。しかし、当初断られたので、AはBに報告したところ、「B刑事からしつこく頼んでみるように言われ、何度か被告人方を訪ねるうちようやく被告人の承諾を得「て」」取引を行った。Aは、平成四年一月二二日B刑事の指示により電話で被告人に覚せい剤を注文し、もう少しで着くなど述べて警察の配備が整うまでの時間稼ぎを行っている。その後、捜査機関が被告人方を捜索し、覚せい剤密売に関与した疑いを抱かせる証拠物が押収されている。

反対意見は、別件殺人事件のため被告人の身柄を拘束する目的でなされ、本件おとり捜査が本件捜索を別件逮捕を行うための布石として使われた疑いがあると指摘する。その概要は次のようなものである。すなわち、本命の殺人事件の捜査の目的で、本件覚せい剤所持を理由とする逮捕をしようとした（いわゆる別件逮捕）。しかしB刑事としては、覚せい剤所持についても捜索差押えが不成功に終わる可能性が見込まれたため、これを避けるため捜索差押えの執行時には覚せい剤を確実に所持させる必要性があった。そこで用いられたのが、本件おとり捜査だというのが反対意見の前提とする事実である。

このように、反対意見は、Bが、おとり捜査によって確実に覚せい剤を所持させた被告人方に捜索を行い、発見された覚せい剤を疎明資料として別件逮捕を行うことを企てていた疑いを抱いている。そのため、そもそも本件捜索差押許可状の請求に先立ち用いられた疎明資料自体が疑わしい存在であることを指摘し、そもそもおとり捜査（あるいは捜索を含めた本件捜査手法全体）まで用いなければならなかった必要性はないとした。

平成八年決定における反対意見は、「司法の廉潔性」に反するという違法性の根拠を示しつつ、その評価の視点として「人を犯罪に誘い込(む)」ことを指摘した。したがって平成八年決定は、むしろ客観説に立つものと解することもできよう。⁽¹³⁸⁾ いずれにせよ、近年の裁判例は、少なくとも判断基準においては客観面も考慮するようになっており、両面から違法性判断を行うのが主流となってきたといえる。さらに、その中にも客観面との相対化において主観面を評価するのではなく、主観面と客観面をそれぞれ独立させて判断しようとしているようにみられる判例も存在する。

まず、拳銃密売事件に関するおとり捜査が行われ注目された、横浜地裁平成一〇年三月一八日判決⁽¹³⁹⁾についてみておこう。

「被告人は当初からD「暴力団員の知人」に依頼されてけん銃密売を仲介する意思を有し、その取引の機会をうかがう過程において、E「知人」の口きがあつてA「暴力団員、おとり」に対しけん銃取引の話を持ち込んだものであつて、本件おとり捜査によって、被告人のけん銃取引についての犯意が初めて誘発、惹起されたものではないことは明らかである上、本件における捜査機関の関与の程度は捜査方法として不相当とまではいえない」(括弧内および傍点は引用者)。

このように、横浜地裁は、主観面について判断した「上」で、さらに客観面について判断している。⁽¹⁴⁰⁾ 控訴審の東京高裁平成一〇年八月一七日判決⁽¹⁴¹⁾も基本的には横浜地裁と同様の見解に立ちつつ、「本件捜査が被告人の犯意を誘発ないし強化したものと認められないことはもとより、警察官が犯罪の創造に関与したものともいえない。」とする。ここに、東京高裁が違法性の本質として「国家による犯罪の創造」を觀念していることがうかがえる。また、平成一六年決定の下級審判決である大阪地裁平成一三年九月一日判決⁽¹⁴²⁾および大阪高裁平成一五年七月七日判決⁽¹⁴³⁾も、同様の判断を行っている。本事案は、第一審から最高裁に至るまで概ね同一の事実を基礎に判断を行っているが、平成一六年決定については後に個別に検討を加えるため、あらかじめここで事実関係を紹介しておくこととする。

【事実の概要】

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人で、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、平成十一年二月三日偽造パスポートを用いて我が国に不法入国した。

捜査協力者A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、以前から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ていた。

被告人は、平成十二年二月二十六日ころ、A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、A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、A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。Aは、同月二十八日、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。同月二十九日、同事務所の麻薬取締官とA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A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、A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。

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、東京に来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を買い受ける意向を示した。

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。

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。

大阪地裁は犯意誘発型のおとり捜査であることを認めつつ、次のように捜査機関側の働き掛けについても言及する。すなわち、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、麻薬取締官は東京まで戻って大麻を持つてくるという被告人の提案に応じて待っ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掛けは相当なものであったという。この点について大阪地裁は、機会提供型のおとり捜査であると述べた後改行し、「そして」働き掛けは相当なものである、と述べている。ここに、主観面、客観面の両面を独立した別個の判断要素として用いているとみることができる。さらに控訴審である大阪高裁は、おとり捜査の必要性とおとり捜査の態様の相当性を総合考慮して判断すべきとの見解を示している。そして、必要性については、本件が重大薬物事犯であること、そしてAからの情報によっても、麻薬取締官において、被告人の住居や立ち回り先、大麻の隠匿場所等を把握することができず、他の捜査手法によつて証拠を収集し、被告人を検挙することは極めて困難であったと認められる点を指摘し、おとり捜査による証拠収集の必要性は強かったと判示している。次に、おとり捜査の態様の相当性、特に、被告人に対する働き掛けの程度については、機会提供型のおとり捜査であったことを前提にして適法性判断がなされている。さらに具体的取引方法に関する話し合いという働き掛けの態様については、犯意を有する被告人に対して単にその取引場所についての働き掛けを行ったに過ぎないとし、この面からも適法する判断を

行っているようにみることができると。その上で、「すでに犯意を有する被告人に対して「主観面」実行の機会を与えすぎない「客観面」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。」(括弧内および傍点は引用者)という結論を導いている。少なくともその文理から判断するに、ここには主観面と客観面を関連づけ両者の対関係においておとりの働き掛けの態様を判断しようとする姿勢がみられる。また、大阪高裁は、おとり捜査の必要性と態様を「総合考慮」して適法性判断を行うべきと述べているため、この点に鑑みれば主観面と客観面の総合判断によるべきとの判断が下されたと考えるべきであろう。

第六款 最高裁平成一六年七月一二日決定

近年の判例は主観説の判断基準である犯意の有無を重視しながら、おとり捜査における客観的事情を考慮して違法性判断を行う傾向にある。このような流れの中で登場したのが、平成一六年決定であった。本決定は、最高裁がおとり捜査の適否について正面から取り上げ、また犯意誘発型の通り捜査を適法とすることを示した初の判例である点で注目されるため、個別的に検討を加える。

「六」最高裁平成一六年七月一二日決定^(四)

【決定要旨】

最高裁が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、以下の通りである。

「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、取引の場所を準備し、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。」

平成一六年決定は、昭和三〇年代以降、おとり捜査の違法性判断に関する問題を初めて正面から取り上げた最高裁判例である。本決定は、「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、刑法一九七条一項に基づく任意捜査として許容される」とした。すなわち、おとり捜査を外形的に規制する「犯罪の特殊性」、「おとり捜査の補充性」という要件を挙げつつも、実体的な判断に関しては少なくとも機械提供型のおとり捜査を適法とした。すなわち、対象犯罪を外形的に絞りながら、実質的な判断が求められる部分では主観説による判断を支

持したのである。ただし、「少なくとも」という文言が付されているため、このような要件が満たされていない場合でもおとり捜査を違法とする趣旨ではないだろう。これがどこまでの広がりを持つのかは判断しかねるところであるが、文理通りに理解すれば、ここで示されたのは十分条件であって、必要条件ではないことになる。

このような最高裁の流れは、主観面を重視してきた多くの判例の見解とそう異ならない。ただ、平成一六年決定の下级審も含め、近年の判例の傾向としては、主観説による判断も維持しつつ、おとりの働き掛けを考慮するものがみられるようになってきている。平成一六年決定でも、一般論としては先に示した基準が述べられ働き掛けの態様は求められていないが、事案解決としては、当該犯行までの被告人の行為経過（すでに買い手を求めていた点）、麻葉取締官の働き掛け（取引場所の準備、大麻2kgの購入意思表示など）が考慮されている。

第七款 検討

本節ではおとり捜査に関する判例を四つの類型に分けて整理しておいたが、そこから明らかなように昭和三〇年代以降の判例は概ね主観面を軸に違法性判断を行う用になっているといえる。ここでは、それ以前の横浜地裁の二件の無罪判決（「一」および「二」）の理論が完全に克服されたといえるのかについて、またリーディング・ケースといわれる昭和二八年決定（「三」）の先例的意義についてあらためて検討を加える。さらに、主観面のみを重視する判断から客観面を重視する方向へとシフトしつつある判例理論について検討を行う。

まず、昭和二〇年代の横浜地裁における二件の無罪判決からみておこう。横浜地裁昭和二六年六月一九判決（以下「一」とする）および同昭和二六年七月一七日判決（以下「二」とする）の判断内容は、手続法的指摘と実体法的

指摘の二つから構成されている。手続法的指摘は、おとり捜査が犯罪を作出し後にこれを処罰する点の矛盾、そして対象者が個人として尊重されない点を指摘する。この点「一」においては、被告人が従前より犯意を有していたとか薬物取引に従事していたということについては明らかでなく、また、おとりとなった婦人警察吏員の働き掛けとしては、警察官の身分を秘していることおよび麻薬購入の申込みの二点が確認できる。他方「二」においては、被告人が以前から麻薬取引に従事していたことがうかがえ、その意味では犯意誘発型のおとり捜査ということもできよう。しかし、横浜地裁はこれらの主観的あるいは客観的側面を意識して、おとり捜査の矛盾ないし個人の尊重に対する侵害性を指摘するわけではない。むしろ今日の判例の傾向を見れば、「一」および「二」におけるこのような事情は、おとり捜査を適法化するファクターとして働きうるのである。にもかかわらず横浜地裁が「一」および「二」におけるおとり捜査を違法とするのは、おとり捜査全体を違法とみるためである。つまり、横浜地裁は全てのおとり捜査について「犯人を製造」するものであり、そのため個人の尊厳を侵害すると主張するように解されるのである。今日、判例・学説においておとり捜査それ自体を指して違法視する見解は見当たらないが、このような横浜地裁の見解の妥当性について検討を加えておく。

おとり捜査が用いられる場合、確かに「おとりなくば犯罪なし」という条件関係の意味においては国家が犯罪を作出したことになるし、同じ国家がこれを処罰するという矛盾が生じよう。しかし、例えばすでに薬物等の違法取引を目論み、適当な売却相手を探している薬物ディーラーに対しておとり捜査を用いる場合にまで、犯人を製造したといえるのであるか。このような場合にまで、おとり捜査全体を指して犯人を製造するものであるから個人の尊厳を侵害するということとはできないように思われる。

これら横浜地裁の判例とは正反対の見解を示したのが、昭和二八年決定であった。最高裁は、昭和二八年決定におい

ていわゆる犯意誘発型のおとり捜査が行われたとしても、実体法上被告人の犯罪成立に影響はないとし、また手続法上も公訴提起の正当性に影響はないとする。しかし、昭和二八年決定はおとり捜査全般を捉えて「適法」と述べたわけではなく、昭和二九年一月判決との相互関係から、犯意誘発型のおとり捜査であつても被告人の罪責には影響しないという趣旨で理解されるべきことは既に確認したとおりである。

その後、昭和三〇年代以降の判例においては、直接の被害者がいないことを理由とする捜査の困難性、覚せい剤事犯などの重大犯罪であることが、おとり捜査を適法化する要素として用いられることとなつた。つまり、昭和三〇年代以降、多くの判例は、おとり捜査の許容要件として、対象犯罪の重大性、おとり捜査の補充性、対象者の既存の犯意を要件として挙げるようになっていくのである。ただし、おとり捜査が薬物事犯等の重大で摘発の困難な事案にのみ用いられることは通例であり、これに反するおとり捜査が行われたということは今のところない⁽¹⁶⁾。また、事案の重大性、おとり捜査の補充性という要件は、問題になるとも比較的客観的に判断することが可能である。おとり捜査を外形的に規制することになるこれらの視点は、比例原則から当然に求められる要件であろう。しかし、より重要なのは、既存の犯意の有無という評価の視点である。学説においてはこのような評価基準は、対象者の内面に着目するため主観説と呼ばれてきた⁽¹⁶⁾。では、違法性評価に際して主観面の検討が行われるのはなぜだろうか。判例の中には、主観面の考察から対象者の「正常かつ自由な意思決定」を認定するものがある⁽¹⁷⁾。そのように考えれば、犯意の有無という視点は行為者が自由な意思決定に基づいて行為を行うことができたか否かという点の評価に用いられることになる。このことを前提とすれば、主観面の検討が意思決定の自由に対する侵害の有無をみる要素として捉えられていることになる。しかし、これとは逆に、主観面の検討を国家の側の行為態様の是非を判断する基準として用いる判例も見受けられる。例えば、主観面を重視する東京高裁昭和四六年五月二五日判決は、「国家みずからが犯罪をつくり出す」ことを問題としており、そ

の判断に対象者における犯意の存在を確認している。⁽¹⁴⁾このように、おとり捜査の適否の判断において表面上は犯意の存在に代表される主観面に着目しつつも、そこから国家による犯罪作出の有無を考察しようとする判例は多くみられる。他に東京高裁昭和六二年一月一六日判決⁽¹⁵⁾および東京高裁平成九年四月三日判決⁽¹⁶⁾がこのような構造になっている。学説においては、国家による犯罪の作出を違法の根拠に据えつつ対象者の主観面に着目することのような構造には齟齬があるとする見解もある。ただし、そのような見解を主張する論者においても、国家による犯罪作出をおとり捜査における違法の実質としつつ、その主要判断要素となるおとりの働き掛けの強弱を判定するために副次的に対象者の犯意の有無を用いることは肯定する⁽¹⁷⁾。したがって、先に主観面を重視する判例としてカテゴライズしたものの中にも違法の実質を国家行為の中に見出すものと、対象者の人格権侵害に求めるものがあることになる。概観したところ多くの判例は国家による犯罪作出という矛盾点におとり捜査の違法の実質を見出すようである。むしろ国家による犯罪作出、より実体に即した表現を用いるならばおとりによる犯罪作出があつたか否かを判定するのであれば、対象者ではなくおとりの側に着目した判断が行われる方が適切であるようにも思われる。先に示した学説による指摘も、この点を考慮したものであると考えられる。だとすれば、おとり捜査の違法の実質を国家による犯罪作出とする以上、違法性判断における主たる着眼点は国家、すなわちおとりの側に存在すべきである。この点、本稿では客観面を考慮する判例として紹介した平成八年決定における反対意見は、おとり捜査の違法性の実質を「司法の廉潔性」と捉え、その判断に際して「人を犯罪に誘い込「む」」行為であつたか否かを検討すべきとする見解を示している。ただ、これら客観面を考慮する判例をみても、違法の実質と判断する差異の評価の視点の間には必ずしも強い関係性があるように思われない。平成一六年決定においても、おとり捜査の適否についてあらためて見解が示されることとなつたが、犯意を有する者におとり捜査を行うことは許容されるとし、同時に事案解決において国家の関与が適切であつた点に触れ当該おとり捜査を適法としたが、お

とり捜査の違法の実質については特に言及はない。この平成一六年決定に限らず、おとり捜査の適否の判断において評価すべき視点を指摘してはいるものの、それがどのような違法の実質と結び付いているのかが明らかになっていない判例は少なくない。⁽¹⁸⁾ おそらく、これまでのところ多くの判例が、背後にある違法の根拠との関係性をそれ程意識しないままおとり捜査の適否に関する評価の視点を論じてきたのではないかと推察される。ただし、これまでの判例が辿ってきた道筋から、今日の判例がおとり捜査の適否をどのように判断するのにはある程度方向付けられるのではないだろうか。

判例の流れを概観してみると、少なくとも判断基準においては次のように分類することができよう。まず、おとり捜査自体を指して全般的にこれを違法とした昭和二〇年代における横浜地裁判決、昭和二八年決定およびその影響を受けた下級審裁判例（主観説的な判断基準を示しつつも被告人の罪責に影響はないとする）、いわゆる主観説を採用し証拠排除等の法律効果を考慮する判例、そして平成八年決定の反対意見に現れるような客観面を考慮する判例である。最近の傾向としては、被告人の犯意の有無という主観面をおとり捜査適否のメルクマールとしつつ、①その判断においておとりの働き掛けの強度、国家の関与の程度という客観面を考察対象とするもの（主観説プラス客観的判斷要素）、あるいは②主観面の判断と併せて客観面においても適否を判断する二元説的なものが判例の流れを形成しているといえる。したがって、客観面の評価の仕方に差違はあるものの少なくとも違法性判断に客観面を取り込むことがトレンドとなっており。しかし、このような中で平成一六年決定は、少なくとも、必要性、補充性が認められる場合に、犯意誘発型のおとり捜査を行う場合は許容されるとし、客観的判斷要素が除かれた判断基準が示されることとなった。しかし、実際には取引場所の準備や大麻購入の意思表示というおとり側の事情も確認されており、いわゆる判例として規範性を有する部分としては現れていないもの、なお客観的判斷要素が放棄されたとみるかは慎重であるべきであろう。また、平成一六年決定は、違法の根拠をどこに求めるかについては述べていない。平成八年決定の反対意見や下級審判決にお

いて散発的に論じられてきたが、違法性判断の枠組みを議論する前提として、今後は許されるおとり捜査の違法の根拠がどこに求められるのかという点が明らかにされる必要がある。

- (1) *Imme Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 2. Aufl., 1995, S. 41f.
- (2) *Claus Roxin*, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 18.11.1999, JZ 2000, 369f. なお、インメ・ロクシンが、処罰阻却事由を承認する最近の論者として、ウォルター・クラウス・ロクシン等を挙げ、*Imme Roxin*, aa.O. (Anm. 1)), S. 43。
- (3) *Wolter*, Verfassungsrecht im Strafprozess- und Strafrechtssystem, NSStZ 1993, 9f.
- (4) *Wolter/Frensd* (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 8.
- (5) *Damwiz*, Anmerkungen zu einem Irrweg in der Bekämpfung der Drogenkriminalität, StV 1995, 431 ff.
- (6) なお、シノーネマン (*Schinemann*) やエルボーゲン (*Ellbogen*) も共犯論の中で議論を展開しており、不処罰を導かならざる点を刑罰阻却事由とは異なるものの、実体法的処理とどう点では共通する。
- (7) *Vgl. Seelmann*, Zur materiel-rechtlichen Problematik des V-Mannes, ZStW 95 (1983), 799ff. ギールブレンは、アジャン・プロヴォカトール自身の可罰性について、従来の議論は、不法価値の内容、特に共犯の処罰根拠を明らかにすることの契機となってきたが、アジャン・プロヴォカトールに関する今日の問題は多様化していることを指摘する。そして、緊急避難規定の適用、許容根拠 (*Entschuldigungsgrund*) ないしは刑罰阻却事由を用いた解決等について検討を加え、連邦通常裁判所のとった方法が適切であると評価し、いずれにせよアジャン・プロヴォカトールの可罰性は共犯の規定に基づき認められなると言う (*Vgl. Seelmann*, aa.O., S. 807f)。ただし、連邦通常裁判所はアジャン・プロヴォカトールによる犯罪誘発行為については懸念を抱いており、その懸念は専ら被誘発者に影響を与えることとなった (*Vgl. Seelmann*, aa.O., S. 817)。
- (8) *Vgl. Seelmann*, aa.O. (Anm. 7)), S. 819. これに対して、伝統的な基準の下では、アジャン・プロヴォカトールに対する単に一回ぎりの薬物の売却であれば、売却したディーラーの人格という点においても「麻酔剤の取引を営んでいること

「Handelstreiben」にはならず、警察による犯罪誘発行為は、客観的構成要件を欠く可能性があるという見解がある。しかし、ゼールマンはこれを否定する (Vgl. Seelmann, aa.O. (Anm. (7)), S. 819)。また、行為の完遂が警察によってコントロールされている場合は、当該行為は客観的にそれ程危険ではないという見解も存在し、量刑に際して被誘発者に有利に働くモーメントとされたことも指摘する (Vgl. Seelmann, aa.O. (Anm. (7)), S. 819f.)。

- (9) Vgl. Seelmann, aa.O. (Anm. (7)), S. 820ff.
- (10) Seelmann, aa.O. (Anm. (7)), S. 822f.
- (11) Seelmann, aa.O. (Anm. (7)), S. 826.
- (12) Seelmann, aa.O. (Anm. (7)), S. 827.
- (13) Wolter, aa.O. (Anm. (3)), S. 10. このように、ヴォルターはあまりにも長すぎる未決勾留が問題となる場合には、刑法システムにおける訴追禁止と刑法システムにおける刑罰取消事由とが考慮されるとする。しかし、もしそうでなかったとしても、予定される刑罰に未決勾留期間を算入することを考慮すれば、刑罰目的は喪失するという。したがって、国家の処罰権限は長引く手続進行によって相殺され、それゆえもはや存在しないとする (Wolter, aa.O. (Anm. (3)), S. 10.)。

- (14) Wolter, aa.O. (Anm. (3)), S. 10.
- (15) Wolter, aa.O. (Anm. (3)), S. 10.
- (16) Claus Roxin, aa.O. (Anm. (2)), S. 369f.
- (17) Claus Roxin, Strafverfahrensrechts, 25. Aufl., 1998, S. 64f., Rn 28.
- (18) BGH (I. Senat), Urt. v. 18.11.1999, BGHSt 45, 321 ff. 本稿第三章【22】判例（拙稿「おとり捜査の研究（三）」北大法学論集五八巻五号（二〇〇八年）一一八頁）参照。
- (19) Claus Roxin, aa.O. (Anm. (2)), S. 369.
- (20) Claus Roxin, aa.O. (Anm. (2)), S. 369; ders., aa.O. (Anm. (18)), S. 64f., Rn 28.
- (21) Claus Roxin, aa.O. (Anm. (2)), S. 370.
- (22) Imme Roxin, aa.O. (Anm. (1)), S. 207f.
- (23) Imme Roxin, aa.O. (Anm. (1)), S. 210.

- (24) *Imme Roxin*, aa.O. (Anm. (1)), S. 209.
- (25) *Imme Roxin*, aa.O. (Anm. (1)), S. 210.
- (26) *Imme Roxin*, aa.O. (Anm. (1)), S. 210f.
- (27) 例えば、ポイルケは実体法的解決を試みる論者の一人であるが、国家が単なる監視（連絡員の場合）を超えて犯罪誘発行為を行うような場合、アジャン・プロヴォカトゥールの影響の程度に着目し、極端な場合には、唆された者（*Verführte*）に対して責任阻却事由（*Schuldausschließungsgrund*）を認め、*Beulke*, *Die Vernehmung des Beschuldigten*, einige Anmerkungen aus der Sicht der Prozeßrechtswissenschaft, StV 1990, 183)。なお、ポイルケは責任阻却事由の用語を用いるが、自己の見解がクラウス・ロタシンやインメ・ロタシンらと共通する点を述べており（Vgl. *Beulke*, aa.O., S. 183, Fn. 39）、彼らの主張する刑罰阻却事由の承認による解決と内容を同じくするものと思われる。その他、刑罰阻却事由の承認または何らかの形で無罪処理を支持する論者としては、フォルク（無罪説に同調するが、根拠が明確でない。Vgl. *Volk*, *Verfahrensfehler und Verfahrenshindernisse*, StV 1986, 37）やランフト（ランフトは、人格的刑罰取消事由（*der persönliche Strafaufhebungsgrund*）を考慮に入れる。ランフトは、「具体的行為が最終的に国家のあるいは国家的に守られた行為によって惹起されたという状況を考慮する」ものとして人格的刑罰取消事由の可能性を指摘する。ただし、彼は、減輕事由および刑法一五三条、同一五三条aに基づき手続打切りの承認も否定しない。Vgl. *Ranft*, *Strafprozeßrecht*, 1991, S. 240。）らが存在する。
- (28) *Schinemann*, Die polizeiliche Lockspitzel - Kontroverse ohne Ende?, StV 1985, 428.
- (29) *Schinemann*, aa.O. (Anm. (28)), S. 430.
- (30) BGH (I. Senat), Urt.v. 23.5.1984, BGHSt 32, 345ff. 本稿第三章【10】判例（拙稿（註18）七〇頁参照）。
- (31) *Foth*, Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?, NJW 1984, S. 221f.
- (32) 本稿第四章第三節第一款（拙稿「おとり捜査の研究（四）」北大法学論集五九卷二号（二〇〇八年）三二六頁以下）参照。
- (33) *Schinemann*, aa.O. (Anm. (28)), S. 429f.
- (34) *Puppe*, *Verführung als Sonderopfer*, NSStZ 1986, 404.
- (35) ドイツ刑法一七三条は以下のように規定している。

一項 直系血族で下の代に当たると性交した者は、三年以下の自由刑または財産刑に処す。
 二項 直系血族で上の代に当たると性交した者は、二年以下の自由刑または財産刑に処す。なお、この規定は親族関係が消滅した場合にも適用される。また、お互いに性交した実の兄弟姉妹も処罰される。
 三項 下の代に当たるとあるいは兄弟姉妹が、行為時において未だ一八歳に達しない場合は、この規定に基づき処罰されることはない。

また、このように刑罰阻却事由とされているのは、他に、「刑を無効化にする罪」において親族であること(二五八条六項)、議員の刑事免責(二二六条および基本法四六条一項)、治外法権(裁判所構成法一八条以下)などがあるとされる。(宇藤崇「違法捜査と不処罰処理(一)・完」法学論叢二二三巻六号(一九九三年)七七頁(以下、本稿では単に「宇藤・前掲論文②」とする))参照)

(36) Vgl. *Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, S. 1042ff., Rn. 21ff.*

(37) Vgl. auch *Claus Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl., 1973, S. 36; Volk, Enkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Delikttaufbaus, ZStW 97 (1985), 892ff.; Schönte/Schröder, Strafgesetzbuch, 1977, Rn. 128ff. zu vor 32ff.*

(38) Vgl. *Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl. 1975, § 2, Rn. 14ff., § 12, Rn. 1f., § 13, Rn. 6ff.*

(39) わが国においてかかるドイツの理論を整理したものととして、宇藤・前掲論文②(註35)七七頁以下参照。

(40) 宇藤・前掲論文②(註35)八二頁註一四。

(41) 例えば、宇藤崇は、刑罰阻却事由について国法的利益衡量がなされうる点を肯定する。しかし、インメ・ロクシンが「基本権侵害のための授權根拠の存否」と「比例原則」から法治国家原則違反を導くことや、刑罰請求権の違法な創造を問題とする点について触れ、このような主張が十分ではないとしつつ以下のように述べる。すなわち、嫌疑のない者に対する犯罪誘発行為の違法の内実は、基本法一条、同二条によって保護されるべき人間の尊厳に対する侵害であると理解する方が無理がなく、また、嫌疑を有する者に対する重大な影響が及ぼされる類型においても、「決定の事由」の表面的保持のみをもって、人格的自立権の侵害がおよそ存しないとはできない」という。最終的には、犯意不存在類型においても、過度の働き掛けの類型においても、基本法一条および同二条に対する違反を根拠とする。(宇藤・前掲論文②(註36)八〇頁)

(ト)

- (42) BGH, aa.O. (Anm. (30)).
- (43) *Ellbogen*, Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten, 2004.
- (44) BGH, aa.O. (Anm. (30)).
- (45) *Ellbogen*, aa.O. (Anm. (43)), S. 55f.
- (46) *Ellbogen*, aa.O. (Anm. (43)), S. 56. なお、エルボーゲンとは、ヒレンカンブもこれに同意する点を指摘する (Vgl. *Hillenkamp*, *Verfahrenshindernis von Verfassung wegen*, NJW 1989, 2848.)
- (47) *Ellbogen*, aa.O. (Anm. (43)), S. 56.
- (48) *Ellbogen*, aa.O. (Anm. (43)), S. 56.
- (49) ドイツ刑法四七条 (六月以下の自由刑)
- 一 項 裁判所は、行為者の行為あるいは人格に存在する状況が、行為者への影響あるいは法秩序の保護のために科刑を絶対が必要とする場合にのみ、六月以下の自由刑を科す。
- 二 項 法が罰金による威嚇を行っておらず、六月またはそれ以上の自由刑が考慮されていなければ、一項に基づき自由刑を科すことが絶対に必要な場合、裁判所は財産刑を科す。法が、引き上げられた自由刑の最低限度によって威嚇する場合、第一文の場合における財産刑の最低限度は威嚇される自由刑の最低限度に基づいて決せられる。なお、その際、三〇日分の罰金金額が一月の自由刑に相当する。
- (50) ドイツ刑法五九条一項は刑の留保を伴う警告 (*Verwarnung mit Strafverbehalt*) について、以下のように規定する。すなわち、日割にして一八〇日以下の罰金の罰金刑に対しては、裁判所は、ある一定の場合に有罪宣告とは別に刑を確定した上で、この刑の宣告を留保することができるとする。刑の留保事由は、一号から三号まであり、一号は、刑の宣告がなくとも行為者が将来においてもはや犯罪を行わないだろうと見込まれること、二号は、行為および行為者の全体評価によって、刑罰を科すべきでない特別なことを示す特別な状況が存在すること、三号は、法秩序の保護にとって刑の宣告が必要でないこと、である。

- (51) *Ellbogen*, aa.O. (Anm. (43)), S. 56.
- (52) *Ellbogen*, aa.O. (Anm. (43)), S. 50f.
- (53) *Ellbogen*, aa.O. (Anm. (43)), S. 51.
- (54) 犯罪誘発行為と予防／抑止の関係に関するジークおよびエルボーゲンの見解については、本稿第一章第三節第二款（北大法学論集五八巻二号（二〇〇七年）七二頁以下）参照。
- (55) *Ellbogen*, aa.O. (Anm. (43)), S. 51.
- (56) *Ellbogen*, aa.O. (Anm. (43)), S. 52. なお、このような視点はわが国における初期の裁判例にも共通する（後述・本稿第五章第二款および第三款）。
- (57) *Imme Roxin*, aa.O. (Anm. (1)), S. 166f.
- (58) Vgl. *Mahnitzki*, *Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess*, 2000, S. 257. また、キュッパーも、連邦通常裁判所が重大な減軽事由を認めた事案は、総じて許容限界が無視された場合ばかりである（*Krippner*, Anm. zum OLG-Bayern, *Beschl. v. 26.6.1999*, JR 2000, 258）。
- (59) ドイツ刑法二八条（教唆・幫助の場合の減軽）
 一項 共犯（教唆あるいは幫助）において行為者の可罰性を根拠付ける特別な人格的メルクマール（一四条一項）を欠く場合、当該刑罰は四九条一項に基づき減軽されなければならない。
 二項 法が特別な人格的メルクマールは刑罰を加重、減軽あるいは排除すると定める場合、それが存在する関与者（行為者または共犯）に対してのみこのことは妥当する。
- (60) Vgl. *Schumann*, *Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agent provocateurs?*, JZ 1986, 70.
- (61) このようにドイツにおける訴訟障壁説を更に三類型に分ける論者として、宇藤崇「違法捜査と不処罰処理（一）」法学論叢二二三巻二号（一九九三年）四四頁以下、宮本康博「ドイツにおけるおとり捜査の法的帰結」同志社法学五七巻六号（二〇〇六年）五〇五頁以下などがある。
- (62) もちろん、前述の通りリューダーセンを初めとした証拠禁止を主張する論者は、包括的証拠禁止を認めることで実質的には訴訟障壁と同様の効果を期待できるとする。その意味では、証拠禁止説も実質的には不処罰処理を目指した見解であ

るということもできよう。

- (63) この点、宇藤崇は、インメ・ロクシンの主張する刑罰阻却事由の承認に基づく無罪説を概ね支持し、わが国における解釈論の基礎とする。しかし、嫌疑のない者に対する犯罪誘発行為については、インメ・ロクシンとは異なる理解を示す。すなわち、「犯意誘発事例で問題となる非嫌疑者に対する捜査の禁止（無罪推定の原則）は、憲法的に根拠付けられているのであり、刑事戦略上の必要性により覆されることはない」とされていること。また、この場合に行為者が「犯罪撲滅のための単なる客体」に貶められていると解され得ることを考慮すれば、実際にそこで語られている違法性の内実は、基本法一条、二条等により保護されるべき「人間の尊厳」の侵害であると理解するほうが、無理がないのではなからうか」と述べ、嫌疑のない者に対する基本権侵害の存在を肯定する。また、インメ・ロクシンは基本法二条一項の保障する一般的人格権の侵害は問題とならない旨主張するが、これは決定の自由の対象が「自らに罪責を負わせる行為を行うか否かという点」に限定されていることを前提とする。しかしながら、この点に関しても、宇藤崇は、「決定の自由」の表面的保持のみをもって、人格的自律権の侵害がおよそ存しないとはできないであろう」と述べ、基本法一条、二条違反の可能性を示唆する。（宇藤・前掲論文②（註35）八一頁）

- (64) ただ、ゼールマンおよびヴォルターの主張は、このようなクラウス・ロクシンおよびインメ・ロクシンらの理論とは異なる。ゼールマンは、国家が犯罪行為の主導権を自ら握り、自らの利益のために訴追する点を違法とみなし、また、ヴォルターは、個人的な従属関係を著しく利用した人格の中核的領域に対する侵害を違法とみなす。したがって、基本権侵害を根拠とする刑罰阻却事由の承認の可能性もありうる。

- (65) 確かに、おとりの関与、国家の働き掛けという客観面と、対象者の犯意の有無という主観面とを別々のメルクマールと捉え、二元的判断基準を構築することにメリットはある（拙稿「判批」平成一六年六月二二日）北大法学論集五六巻六号（二〇〇六年）三〇五頁参照）。ただし、国家行為として許されざる活動が法治国家原則違反となるのは、一般的にそのような行為が何らかの権利・利益を侵害するためであると考え（詳しくは本稿第六章「別稿」）。

- (66) 本稿第四章第三節（拙稿（註34）三三四頁以下）参照。

- (67) 本稿第四章第四節（拙稿（註34）三三七頁以下）参照。

- (68) ボード・ピエロト＝ベルンハルト・シュリンク著／永田秀樹・松本和彦・倉田原志記『現代ドイツ基本権』（法律文化

社、二〇〇一年）一一六頁以下。

(69) BVerfG, Beschl. des Ersten Senats v. 19. 12. 1951 gem. § 24 BVerfGG - 1 BvR 220/51 -, BVerfGE 1, 104.

(70) BVerfG, Urt. des Zweiten Senats v. 15. 12. 1970 auf die mündliche Verhandlung v. 7. 7. 1970 - 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69 -, BVerfGE 30, 26.

(71) BVerfG, a. a. o. (Anm. (70)), BVerfGE 30, 33, 39f.

(72) ビエロート他・前掲書(註68)一一八頁以下。

(73) ビエロート他・前掲書(註68)一一九頁以下。

(74) ビエロート他・前掲書(註68)一一九頁以下。

(75) 最判昭和二年八月二〇日刑集八卷八号一二三九頁「四」の第一審である京都地判昭和二年一月二八日刑集八卷八号一二四四頁等を皮切りに、下級審裁判例を含めると二〇件以上の裁判例の蓄積がみられる。

(76) 福岡高判昭和二六年四月九日高等裁判所刑事判決特報一九号八頁、仙台高判昭和二七年九月二〇日高等裁判所刑事判決特報二二二号一七二頁。

(77) 麻薬及び向精神薬取締法五八条は、「麻薬取締官及び麻薬取締員は、麻薬に関する犯罪の捜査にあたり、厚生労働大臣の許可を受けて、この法律の規定にかかわらず、何人からも麻薬を譲り受けることができる。」と規定する。なお、同趣旨の規定は、昭和三年の同法改正により翌二四年から五二条の二第二項として施行された。同様に覚せい剤取締法一七条四項は、「法令による職務の執行につき覚せい剤を譲り渡し、若しくは譲り受ける場合には、前三項の規定は適用しない。」と規定している。許可を受けて、覚せい剤を譲り渡し、若しくは譲り受ける場合には、前三項の規定は適用しない。」と規定している。

(78) 確かに、麻薬及び向精神薬取締法五八条や覚せい剤取締法一七条四項は、厚生労働大臣の許可を受けた一定の職務従事者に対してのみ、当該薬物の譲受けを認めている。しかし、仙台高裁昭和二七年九月二〇日判決は、捜査機関の手足となつて犯罪捜査に協力した私人(おとり)には、違法性の認識がなく、このことに関する過失もないため、犯意を阻却し犯罪を構成しないととして、私人の場合にも罪に問わない旨判示している。今日でも、捜査協力者である私人がおとりとして活動することはありうるが、おとりとなった私人が不法薬物の所持で罪責を問われたり、そのことが争われた判例は存在しない。さらに、最決昭和二八年三月五日刑集七卷三号四八二頁「三」は、おとり自身が教唆犯あるいは従犯として罪責を

問われる可能性を示唆しているが、実際にそのような罪責の有無が問題とされた事案はない。

(79) 最決昭和二八年三月五日〔三〕(註78)。

(80) ただし、以下で論じるように、昭和二八年決定は犯意誘発型のおとり捜査であっても適法であることを明言したのではなく、その場合でも少なくとも被告人の罪責に影響が及ばないことを明確にしたと解すべきであろう。

(81) 最決平成一六年七月一二日刑集五八卷五号三三三三頁。

(82) わが国においておとり捜査を違法とした判例は、横浜地判昭和二六年六月一九日裁時八七号三頁〔一〕、同昭和二六年七月一七日高刑集四卷一四号二〇八三頁〔二〕などわずかである。

(83) 横浜地判〔一〕(註82)。

(84) 横浜地判〔二〕(註82)。

(85) 裁時八七号四頁。

(86) 裁時八七号四頁。

(87) 裁時八七号四頁。

(88) 京都地判昭和二六年一〇月一日刑集七卷三号四九八頁〔三〕の第一審、東京高判昭和二七年七月二九日刑集八卷一〇号一七二三頁〔五〕の控訴審 など。

(89) 横浜地裁〔二〕の控訴審である東京高判昭和二六年一月二六日高刑集四卷一三三三頁が抽象的危険がなく麻薬の所持罪の成立自体を否定した原判決を破棄し、最高裁昭和二九年八月判決〔四〕の控訴審である大阪高判昭和二七年三月二五日刑集八卷八号一二四五頁も同様の見解を示している。ただし、東京高判昭和二七年七月二九日刑集八卷一〇号一七二三頁〔五〕の控訴審で、抽象的危険の存在を否定していたが、最終的に最高裁昭和二九年一月判決〔五〕において、「犯罪行為としての反社会的危険性を欠くものとして、被告人に対し無罪を言渡した第一審判決を維持した原判決は法令の解釈を誤」ったものであるとの見解が示され、この問題についての一応の決着がみられた。

(90) 横浜地判〔一〕(註82)。

(91) 最決昭和二八年三月五日(註78)。

(92) 刑集七卷三号四九八頁。

- (93) 東京高判（横浜地判昭和二六年の控訴審）と同旨であると思われる。
- (94) 刑集七卷三号五〇三頁。
- (95) 例えば、東京高判昭和二九年五月一八日東京高裁（刑事）判決時報五卷五号一八〇頁も、昭和二八年決定を引き合いに出しつつ、自由意思の拘束がなく自由な意思決定がなされている点から、たとえ犯意が誘発されたとしても構成要件を欠くことはなく、さらに憲法一三条の個人の尊厳と幸福追求権には犯罪を犯す自由は含まれない旨判示している。また、東京高判昭和四四年一月八日東京高裁（刑事）判決時報三〇卷一十一号一六一頁は、おとり捜査によって犯意を誘発した場合でも犯罪の成立が妨げられないとする見解を示している（ただし、この事案ではおとり捜査が薬物所持罪の検挙の端緒となっており、所持罪との関係では犯意を生じさせた場合に論じられるおとり捜査とは異なる点指摘されている）。その他、同様の見解を見解を示すものとしては、他に、京都地判昭和二六年一〇月一日（三）の第一審（註88）、大阪高判昭和三三年一二月二三日判時一七四号三二頁がある。また、名古屋高判昭和二八年六月二四日高刑特報三三三三三三頁は、麻薬の不法所持事件において、おとりの誘惑によるとはいえ麻薬の買入ないし所持が任意の意思によるものであることを理由に犯罪の成立を肯定しており、昭和二八年決定と類似する。ただ、この事案において名古屋高裁は犯罪の成立を肯定しつつも、被告人がおとりの誘惑により罪を犯すに至ったことを刑を減じる理由の一つとしている点興味深い（本稿第三章のドイツの判例理論（本稿（註18）六八頁以下参照）。
- (96) 刑集八卷八号一二三九頁。
- (97) 刑集八卷八号一二四四頁。
- (98) 刑集八卷八号一二四五頁。
- (99) このように、おとり捜査の必要性が外形的に認められる場合において、「少なくとも」機会提供型のおとり捜査は適法であるとして、適法化のための十分条件を示す手法は平成一六年決定にもみられる。
- (100) このような昭和二八年決定の理解を継受した判例としては、東京高判昭和二九年五月一八日（註95）、大阪高判昭和三三年一二月二三日（註95）、東京高判昭和六〇年一〇月一八日刑月一七卷一〇号九二七頁などがある。ただし、昭和二八年決定はおとりの教唆犯としての処罰可能性を示唆しており、おとり捜査自体の違法（違法性判断）と、被誘発者の処罰可能性（法律効果）が無関係であることを示したに過ぎないと理解する余地を残している。

- (101) ただし、以下で述べるように、犯意誘発型のおとり捜査については捜査法上違法となる余地も残されたといえよう。同様の指摘をするものとして、多和田隆史「判解——最決平成一六年七月二日」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成一六年度）』（法曹界、二〇〇七年）二六九頁。
- (102) 最判昭和二十九年一月五日刑集八卷一七二一五頁。
- (103) 刑集八卷一一号一七二二頁。
- (104) 刑集八卷一一号一七二三頁。
- (105) 多和田・判解（註101）二六九頁。
- (106) 多和田・判解（註101）二六九頁。
- (107) 例えは、島田仁郎「英国の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。
- (108) 東京高判昭和五四年八月七日東京高裁（刑事）判決時報三〇卷一一号一六一頁。
- (109) 現に、昭和二八年決定は犯意誘発型のおとり捜査についておとり自身の可罰性を示唆しており、その意味でかかるおとり捜査が違法となることを想定しているともみることができる。
- (110) 前掲（註95）。
- (111) 高刑集四卷一三号一八〇七頁。
- (112) 刑集七卷三号四九八頁。
- (113) 高刑集四卷一三号一九三三頁（註89）。
- (114) 高刑集四卷一四号二〇七四頁。
- (115) 高裁刑事判決特報二九号八七頁。
- (116) 判夕二三号五八頁。
- (117) 高裁刑事判決特報二八号七七頁。
- (118) 刑集八卷八号一二四五頁。本判決においても、前掲東京高判昭和二六年一月二六日と同様「少なくとも」機会提供型のおとり捜査であれば憲法の保障する個人の尊厳を害するとはいえないとする。
- (119) なお、大阪高判昭和二十七年六月三〇日（註94）は、機会提供型の場合には憲法一条および一三条違反の問題が生じる

余地がある旨示唆しており、他の判例との整合性に多少の疑問を生じないわけではない。しかしながら、機会提供型のおとり捜査において直ちに憲法違反が問題となると主張するものではなく、やはり他の判例同様、おとり捜査の違法が被告人の罪責へいかなる影響を生じるかという点については慎重であつたのではないかとと思われる。

(120) 京都地判昭和二十六年一月一日(三三)の第一審(註88)は、犯意誘発型のおとり捜査であつたという弁護人の主張は情状面において考慮すべきものであることを指摘している。その意味では、この時期の主観説的判断基準が被告人の救済を全く無視していたわけではないということもできるかもしれない。しかしながら、今日におけるいわゆる「主観説」のそれとはその内容を大きく異にするといえる。

(121) ただ、大阪高判昭和三十三年二月二三日(註95)のように、昭和二十八年決定と昭和二十九年一月判決のみを参照すべきとの指摘をしつつ、あえて昭和二十九年八月二〇日判決(四)をこれに含ませていないものもみられる。

(122) 田中政義「おとり捜査に関する諸問題」法学新報五九卷三号(一九五二年)九頁以下。

(123) 刑集二六卷六号四二一頁(最決昭和四十七年七月二八日刑集二六卷六号三九七頁の原審。ただし、最高裁は違法なおとり捜査の主張に対して何も述べていない)。

(124) ただし、本件でも昭和二十八年決定および昭和二十九年一月判決を指摘し、いずれも機会提供型の事案であつたことを強調する(私見によれば後者は犯意誘発型の事例である。なお、多和田・判解(註101)二六九頁も同旨)。その意味では、少なくとも本件東京高裁は、自らの判断が昭和二十八年決定と同一の射程を有すると考えていることになる。

(125) 判時一〇九五号一五五頁。

(126) 東京高裁(刑事)判決時報四八卷一―一二号三二頁。

(127) 東京高判平成九年四月三日(註125)では、主観面の認定に当たり被告人の側に現れている客観的事情を考慮しているが、以下で述べる「客観面」とは、あくまでも「おとり」ないし「国家」側の事情という意味で用いる。

(128) 高刑集四卷一三号一八〇七頁。

(129) 高刑集四卷一三号一九三三頁(註88)。

(130) 東京高裁(刑事)判決時報二卷一号二頁。

(131) なお東京高判昭和二十七年三月一八日高裁刑事判決特報二九号八七頁は、犯意を有する者に対して実施されたおとり捜査

であるから「捜査官憲の陥穽により発生したものではない」ため、憲法一三条等に反しないとの判断を示している。ここでは、麻薬の不法取引等が捜査官の側で発生させられたものでないことを捉えて適法としている点で、むしろ国家による犯罪創出でないという客観面の認定のために主観面の事情が考慮されているようにみることが出来る。これら東京高裁判決をみていくと、主観面——既存の犯意の有無——か、あるいは客観面——国家による犯罪作出の有無——かのいずれかを決定的なモーメントとするかという違いはみられるが、いずれにしても判断要素としては主観面、客観面のいずれについても客観的事実を拾い上げようという意図を読み取ることができる。

(132) 判タ六四〇号二三二頁。

(133) 判タ六六七号二六九頁。

(134) 判タ九五七号二八五頁。

(135) 高裁刑事裁判速報集(平一一)号一〇五頁。

(136) 公刊物未登載(TKC文献番号8080113)。

(137) この点について反対意見は次の二点を指摘する。まず、警察官の説明によれば、令状請求時の疎明資料は内規による保
存期間を経過したため破棄されている。しかし、この疎明資料は第一審から内容が問題とされており、ねつ造された資料
であるとの弁護人の主張があった。さらに、弁護人は証拠開示命令の申立をこなっており、極めて不適切な措置である(公
刊物未登載のため確認できないが、反対意見によればこのことは原判決においても指摘されている)。

(138) もつとも、指宿信「判批・最決平成八年一〇月一八日」法七五〇九号(一九九七年)八三頁は、本反対意見が必要性と
いう客観的見地を強調したものであるが、「全く主観説の立場を排除しようとしたかは不明である」とする。その他、尾崎
久仁子「判批・最決平成八年一〇月一八日」ひろば五〇巻七号(一九九七年)七一頁参照。

(139) 判時一六四六号一七一頁。

(140) このような主観面、客観面の二元論的判断基準を示したかのようにみえる背景には、弁護人からこれら両面における違
法捜査の主張がなされている点に注意すべきであろう。

(141) 東京高裁(刑事)判決時報四九卷一―一二号五一頁。

(142) 刑集五八卷五号三四〇頁。

- (143) 刑集五八巻五号三五頁。
- (144) 最決平成一六年七月一二日刑集五八巻五号三三四頁〔六〕。
- (145) ただし、最決平成八年一〇月一八日決定(公刊物未登載。TKC文献番号28080113)における反対意見は、別の視点からおとり捜査の必要性を問題としている。また、大阪高判昭和六三年四月二二日高刑集四一巻一〇二二頁では、軽微な事案においておとり捜査が用いられたとされる。しかし、そもそも本件事案における警察官の活動がおとり捜査にあたるか否かが問題である。
- (146) あるいは機会提供型と犯意誘発型の二類型に分けて前者のみを適法とするところから二分説と呼ばれることも多い。
- (147) 東京高判昭和六〇年一〇月一八日(註100)参照。また、最判昭和二九年八月二〇日(註75)〔四〕は、被告人に違法薬物の所有権移転の目的があったことを認め、憲法一三条違反はないとする。ただし、昭和二九年八月判決は、昭和二八年決定、昭和二九年一月判決との関係で理解する必要があることは既に述べたところである。したがって、これをいわゆる主観説として理解すべきではない。
- (148) 刑集二六巻六号四二二頁(註123)。
- (149) 判タ六六七号二六九頁(註133)。なお、本判決は主観面から国家行為としての相当性を判断している。したがって、本稿では、最終的に違法の根拠を国家側の行為態様に求めていると分析して客観面を考慮する判例として分類した。
- (150) 東京高裁(刑事)判決時報四八巻一〜一二号三三二頁(註126)。
- (151) 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)四七頁参照。
- (152) 評価すべき点は指摘しているものの違法の実質が明らかになっていない判例として、東京高判昭和五七年一〇月一五日(註127)、東京地判平成九年一月一六日(註134)、横浜地判平成一〇年三月一八日(註139)、東京高判平成一〇年八月一七日高判速報(平一〇)六七頁、大阪地判平成一三年九月一日刑集五八巻五号三四〇頁(平成一六年決定の第一審)、大阪高判平成一五年七月七日刑集五八巻五号三五二頁(平成一六年決定の控訴審)がある。

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文(二〇〇七年三月二三日授与)に補筆したものである。