

KONAN UNIVERSITY

<判例研究> 一、おとり捜査の許容性 二、大麻の有償譲渡を企図していると疑われる者を対象にして行われたおとり捜査が適法とされた事例(最高裁第一小法廷平成16年7月12日決定刑集58巻5号333頁)

著者	刑事判例研究会, 金子 章
雑誌名	甲南法学
巻	47
号	4
ページ	121-152
発行年	2007-03-30
URL	http://doi.org/10.14990/00000646

一、おとり捜査の許容性
二、大麻の有償譲渡を企図していると疑われる者を
対象にして行われたおとり捜査が適法とされた
事例

最高裁第一小法廷平成16年7月12日決定刑集58巻5号333頁

刑事判例研究会

【事実の概要】

被告人（X）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6年等に処せられた前科のあるイラン・イスラム共和国人で、上記刑につき大阪刑務所で服役後、退去強制手続によりイランに帰国し、平成11年12月30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（Y）は、大阪刑務所で服役中にXと知り合った者であるが、自分の弟がX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、Xに恨みを抱くようになり、平成11年中に2回にわたり、近畿地区麻薬取締官事務所に対し、X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。Xは、平成12年2月26日ころ、Y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、Yは、大阪であれば紹介できると答えた。Xの上記電話があるまで、YからXに対し、大麻樹脂の取引に関する働き掛けはなかった。Yは、同月28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、Yの情報によっても、X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、Xを検挙することが困難であったこ

判例研究

とから、おとり捜査を行うことを決めた。同月29日、同事務所の麻薬取締官とYとで打合せを行い、翌3月1日に新大阪駅付近のホテルでYが麻薬取締官を買手としてXに紹介することを決め、同ホテルの一室を予約し、YからXに対し同ホテルに来て買手に会うよう連絡した。同年3月1日、麻薬取締官は、上記ホテルの一室でYから紹介されたXに対し、何が売買できるかを尋ねたところ、X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、自分が東京に出向くことは断り、Xの方で大阪に持って来れば大麻樹脂2kgを買い受ける意向を示した。そこで、X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、X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2日、Xは、東京から大麻樹脂約2kgを運び役に持たせて上記室内にこれ運び入れたところ、あらかじめ捜索差押許可状の発付を受けていた麻薬取締官の捜索を受け、現行犯逮捕された。Xは出入国管理及び難民認定法違反（不法入国）及び大麻取締法違反（大麻樹脂の営利目的所持）で起訴されたが、本件では違法なおとり捜査が行われており、これに基づく証拠は違法収集証拠として排除されるべきであるなどと争った。

一審判決（大阪地裁平成13年9月11日判決）は、「おとり捜査の適法性の判断については、まず、犯意誘発型か機会提供型かを検討し、次に機会提供型であっても捜査機関側の働きかけが相当性を逸脱しているかどうかを検討し、機会提供型で働きかけが相当である場合におとり捜査の適法性が認められる」との判断枠組みを示した上で、本件捜査は、従前から大麻を密売したいと考えていたXに対し取引の機会を提供したのは明らかであり、捜査機関側の対応は、買い手を尋ねてきたXに対し、Yが買い手を紹介し、麻薬取締官は東京まで戻って大麻を持ってくるというXの提案に応じて待っていたのであり、いずれも受動的なものにとど

（甲南法学'07）47-4-122（668）

まり、被告人に対する働きかけは相当である。従って、「本件で行われたおとり捜査は、機会提供型で捜査機関側の被告人に対する働きかけは相当と認められ、適法であったと考えられる」と、おとり捜査の適法性を認め、懲役6年及び罰金100万円の有罪判決を言い渡した。これに対し、X側は、本件におけるおとり捜査は、犯意誘発型の違法なものであって、このような違法なおとり捜査によって得られた証拠物である本件大麻樹脂は、違法収集証拠として証拠能力が認められないが、本件おとり捜査は適法として証拠能力を認め、これを有罪認定の証拠とした原判決には、判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反があるなどと主張して控訴した。

原審（大阪高裁平成15年7月7日判決）は、「いわゆるおとり捜査の適否については、おとり捜査によることの必要性とおとり捜査の態様の相当性を総合して判断すべきものと解される」との判断枠組みを示した上で、おとり捜査の必要性の点については、本件は、大麻樹脂約2キログラムの営利目的所持という重大薬物事犯であり、一般に、この種薬物の取引は隠密裡に行われ、その証拠収集には困難を伴うが、本件では、Yからの情報によっても、Xの住居や立ち回り先、大麻の隠匿場所等を把握できず、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は極めて困難であったとして、おとり捜査による証拠収集の必要性は強かったと認めた。さらに、おとり捜査の態様の相当性、特に、Yらを含む麻薬取締官側のXに対する働き掛けの程度を検討し、Xから大麻樹脂の取引を持ちかけてきたもので、麻薬取締官側は被告人に対して犯意を誘発するような働きかけを行っておらず、東京までの往復の交通費は持つなどと一定の働き掛けが認められるが、それは「すでに犯意を有する被告人に対して実行の機会を与えたにすぎないのであって、おとり捜査の態様もまた相当なものといえる」とし、「本件おとり捜査は、証拠収集の必要性の強い事案において、相当な態様で行われたといえるから、何

判例研究

ら違法な点はなく、その結果得られた本件大麻樹脂も、証拠能力に欠けるところはない」とした。X側は、本件大麻樹脂の取引は捜査機関側からXに対し執拗に働き掛けてきたもので、Xは大麻樹脂の取引にかかわりたくないと考えていたものの、Yから大麻樹脂が用意できなければ自分の立場が危ないと懇請され、その頼みを断りきれず大麻樹脂を調達したものであり、かかるおとり捜査は憲法13条及び31条に違反するなど主張して上告した。

【決定要旨】

上告棄却。最高裁第一小法廷は上記の上告趣意について、「原判決の認定に沿わない事実関係を前提とするものであるから、所論は前提を欠くなどとしてこれを退けた上で、本件おとり捜査の適否について職権で判断し、次のように判示した。

「おとり捜査は、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙するものであるが、少なくとも、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象におとり捜査を行うことは、刑訴法197条1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2kgを買い受ける意向を示し、
(甲南法学'07) 47-4-124 (670)

被告人が取引の場に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」。

【研究】

一 はじめに

本稿では、もっぱらおとり捜査の適否に焦点を当てて検討を加える。本決定は、おとり捜査が違法と認定された場合には違法収集証拠排除の適用があり得ることを示唆するが、本稿ではおとり捜査が違法と評価された場合のその法的効果に関する問題については扱わない。

以下では、まず、本決定が現れるまでのおとり捜査の適否に関する従来の裁判例の動向を概観し、⁽¹⁾その上で本決定に対して分析を加えることにしたい。

二 従来の裁判例の動向

一 おとり捜査は戦後まもなく、主に薬物犯罪を対象に用いられ、⁽²⁾その捜査手法の適法性をめぐっては下級審で再三争われた。⁽³⁾そして、下級審裁判例でのおとり捜査の適否の判断枠組みの形成に対しては、アメリカの判例法理である「わな（entrapment）の理論」が多大な影響を与えてきた。すなわち、捜査対象者の主観に着目し、あらかじめ「犯意（predisposition to commit the crime）」を有している者に働きかけた場合（機会提供型）を適法とする一方、犯意を有していない者に働きかけた場合

(1) おとり捜査に関する判例の紹介については、三好幹夫「判例にみるおとり捜査について」原田國男ほか編『刑事裁判の理論と実務（中山善房判事退官記念）』（1998）65頁以下参照。

(2) 田宮裕「おとり捜査」別冊判タ9号（1985）103頁。

(3) 三井誠『刑事手続法（1）〔新版〕』（1997）88頁。

(犯意誘発型)を違法とし、その場合は実体法上無罪とする枠組みである。⁽⁴⁾

二 昭和20年代には多くの下級審裁判例があるが、おとり捜査を犯意の有無で区別し、犯意のない者に働きかけて犯罪を実行させた場合(犯意誘発型)は違法だが、既に犯意を有する者に働きかけ犯罪を実行させた場合(機会提供型)には適法な場合があるとする立場、すなわち二分説が主流であった。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

(4) 罌の理論につき、団藤重光『『わな』(エントラップメント)の理論』刑法2巻3号(1951)26頁、渡辺修「囹捜査と罌抗弁—アメリカ合衆国判例を中心に」論叢105巻1号(1979)44頁、ローク・M・リード(酒巻匡訳)『『わな』の抗弁とデュープロセス—アメリカにおける『おとり捜査』の法規制』ジュリ778号(1982)29頁など参照。

(5) 川崎英明「おとり捜査の規制—違法の判断基準を中心に—」島法30巻1号(1986)73頁、渡辺修『捜査と防御』(1995)77頁など。裁判例として、東京高判昭和26年9月26日高刑集4巻13号1807頁、東京高判昭和26年11月26日高刑集4巻13号1933頁、東京高判昭和27年3月18日高判特29号87頁、大阪高判昭和27年3月25日刑集8巻8号1245頁など。

(6) もっとも、おとり捜査は違法な捜査手法であることを前提に、無罪を導いたものがある。例えば、横浜地判昭和26年6月19日裁判所時報87号3頁は、いわゆる機会提供型の事案において、被告人に対する警察職員の行ったトリックを同人に対する関係においても正当な手段として肯定されるべきものとすると、「国家は一方において誘惑にかかり易い人を導いて犯罪を実行させ堂々と犯人を製造しておきながら他方直ちにこれを逮捕して処罰するという非難を免れることができずかような矛盾極まる措置は官権偏重の専制警察国家において行われるものならば格別、主権在民の近代的文化国家においては到底これを容認することはできない」などと述べ、憲法前文及び13条に違反するとして無罪とした。この判決は、既存の犯意の有無を問わず、おとり捜査を全面的に違法とするものである(川崎・前掲注(5)72頁)。続く横浜地判昭和26年7月17日刑集4巻14号2083頁および横浜地判昭和26年10月17日刑集8巻11号1722頁もまた、憲法前文及び13条に違反することを指摘し、おとり捜査を全面的に違法とし、被告人に無罪を言い渡している。しかしながら、横浜地裁判決のような全面的違法説は下級審裁判例における主流にはなり得なかったのである。なお、違法なおとり捜査につき、無罪の可能性を認める論稿として、宇藤崇「違法捜査と不処罰処理(一)(二)」論叢133巻2号(1993)39頁、133巻6号(1993)75頁参照。

三 このような下級審裁判例の状況の下で、最高裁の判断が現れた。最決昭和28年3月5日刑集7巻3号482頁は次のように判示する。「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っては麻薬取締法53条のごとき規定の有無にかかわらず教唆犯又は従犯として責を負うことのあるのは格別、その他人である誘惑者が一人ではなく、捜査機関であるとの一事を以てその犯罪実行者の犯罪構成要件該当性又は責任性若しくは違法性を阻却し、又は公訴提起の手續規定に違反し若しくは公訴権を消滅せしめるものとするのでないこと多言を要しない」。

四 本決定をどのように理解するかには議論がある。

まず、本決定に対しては、おとり捜査の存在は訴追および処罰に影響せず、おとり捜査の適法性を全面的に肯定したものであると理解する見解がある。⁽⁷⁾そして、むしろこのような理解が通説であるともいわれる。⁽⁸⁾

しかしながら、これに対し、田宮教授は次のような理解を示している。

昭和28年決定は「一般には、おとり捜査を全面的に合法とした趣旨に理解されている」が、「これは判例の正しい解釈ではない」。むしろ、本決定は「『誘惑者が場合によっては……教唆犯又は従犯としての責を負う』というのであるから、一定の場合に違法（可罰的な違法）なことは当然で、ただ、どういう場合に違法で、どういう場合に合法かを明言しなかつた」⁽⁹⁾のである。

確かに、おとり捜査の訴訟法上の違法性の問題とその法的効果如何の問題とは別個の問題であり、⁽¹⁰⁾このことを考えると、おとり捜査を全面的

(7) 河上和雄『刑事訴訟の課題とその展開』(1983) 117-8頁、高田卓爾『刑事訴訟法〔2訂版〕』(1984) 340頁など。近時では、内藤大海「判批」北法56巻6号(2006) 297頁。

(8) 三好・前掲注(1)65頁、田宮・前掲注(2)104頁、田口守一『基本論点刑事訴訟法』(1989) 71頁。

(9) 田宮裕『総合判例研究叢書刑事訴訟法(16)』(1965) 57頁。

に適法とする伝統的な理解とは異なった、このような判例の理解の仕方には合理性が認められるように思われる。⁽¹¹⁾

このように、昭和28年決定は、違法なおとり捜査の存在を認めたもの

(10) 東京高判昭和26年12月11日高刑集4巻14号2074頁は、「捜査の端緒の不法と、起訴の不法若しくは無効とは区別すべきである。又、詐術にかかって罪を犯した者の行為が犯罪を構成するかどうかということはまったく別個の問題である」と説示している。

(11) なお、昭和28年決定はおとり捜査を全面的に適法としたとする通説的な理解に対し、一方で、以下のような有力な理解も存在する。具体的事案に立ち入ってみると、昭和28年決定は、いわゆる機会提供型の事案であり、「他人の誘惑により犯意を生じ」た場合に関しては、傍論にすぎないと見ることも不可能ではない。他方、最判昭和29年11月5日刑集8巻11号1715頁は、いわゆる犯意誘発型の事案について次のように判示する。「いわゆる囲捜査は、これによって犯意を誘発された者の犯罪構成要件該当性、責任性若しくは違法性を阻却するものではないことは、既に当裁判所の判例とするところである。(昭和27年(あ)第5470号同28年3月5日第一小法廷決定)」。以上の二つの最高裁判例について、犯意誘発型であれ機会提供型であれ、おとり捜査は、その対象者の実体法的な犯罪の成否に影響を与えないことは明確にされたが、犯意誘発型の事案に限っては、公訴棄却・免許には触れていないことから、その訴追への影響の可能性も残されていると見て、最高裁は犯意誘発型と機会提供型を区別し、犯意誘発型のおとり捜査については違法判断をする余地を残していると理解するのである(三好・前掲注(1)87頁、光藤景皎『口述刑事訴訟法(上)(第2版)』(2000)34頁、福井厚『刑事訴訟法講義(第2版)』(2003)83頁、田口守一『刑事訴訟法(第4版補正版)』(2006)47-8頁など)。しかしながら、原審が「唯単に犯意を強めたに過ぎない」として有罪としたのに対し、昭和28年決定は、本件は犯意を誘発した場合であるとの上告趣意につき、かような場合であっても同様の効果が生じること、すなわち、本決定は、機会提供型か犯意誘発型かに関係なく、おとり捜査の存在は犯罪の成否および訴追に影響を及ぼすものではないことを明示したと見るべきである(田宮・前掲注(9)57頁、田宮裕・多田辰巳『セミナー刑事手続法(捜査編)』(1990)196頁)。このことは、昭和28年決定が、「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」として両者を区分しない立論を採用していること、昭和29年判決が昭和28年決定を引用して「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はないことは、既に、当裁判所の判例とするところである」とすることとも整合的である。

の、おとり捜査の適否の判断基準について直接に論じたものではなく、その基準は一切明らかにされなかったと言え、この点が今後の課題として残されていたと見るべきであろう。

五 その後、最高裁の明示的な判断は現れなかったものの、下級審においては、おとり捜査の適否に関して、おとり捜査を犯意誘発型と機会提供型に分け、前者は違法、後者は適法な場合があるとする二分説を基調とする裁判例が積み重ねられていった。⁽¹²⁾

例えば、①東京高判昭和57年10月15日判時1095号155頁は、警察官が覚せい剤所持の嫌疑で取調べ中の被疑者に密売元に電話をかけさせ、取引に赴いた被告人を覚せい剤所持で現行犯逮捕した事案につき、「被告人は……以前から覚せい剤を密売のため所持することを反復的、継続的に行っていたと推認され、今回の場合もAの譲り受けの申し込みは、覚せい剤所持の犯意のなかった者にその犯意を誘発させたというのではなくかねてからよい客があれば覚せい剤を売ろうとして所持の犯意を有していた者に、その現実化及び対外的行動化の機会を与えたに過ぎない」ことをおとり捜査の適法性を基礎付ける事由としている。

②東京高判昭和62年12月16日判タ667号269頁もまた、被告人は覚せい剤を密売しようと企て、買主を装った捜査協力者との間で交渉を重ねた末、約10キログラムの覚せい剤を売買することになったが、その受け渡しの現場で、覚せい剤所持で現行犯逮捕されたという事案につき、「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ものにその現実化、行動化の機会を与えたにすぎない」ことをおとり捜査の適法性を基礎付ける事由としている。

(12) 二分説に立つ裁判例は、犯意の存在を適法性を基礎付ける必須条件とする点で一致するが、それで十分かについては一致を見ない。初期の下級審裁判例の多くは、犯意の存在で足りるとするが、最近の下級審裁判例は、事案の重大性、おとり捜査の必要性など何らかの客観的事情を考慮することが多い。

さらに、薬物取引事犯だけでなく、銃器取引事犯でも、③東京高判平成10年8月17日高等裁判所刑事裁判速報集(平10)号67頁は、Aは被告人と拳銃の取引を行うことになったが、警察に対して取引の情報を提供することをかねてから約束しており、本件の取引日時や場所について事前に警察官と打ち合わせた上、被告人に連絡した結果、拳銃20丁及び適合実包300個を携帯して取引現場に赴いた被告人を現行犯逮捕したという事案で、本件おとり捜査につき、「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」としているが、これもまた、少なくとも「犯意を誘発」していないことをおとり捜査の適法性を基礎付ける事由として⁽¹³⁾と解せられる。

以上のように、二分説は裁判実務に定着を見るとともに、それは「現在のおとり捜査論の到達点」であり、「違法なおとり捜査が存在するという考え方の定着に多大な貢献を果たし」と、一定の評価が与えられている。⁽¹⁵⁾本決定の原々審(大阪地裁平成13年9月11日判決)もまた、「まず犯意誘発型か機会提供型かを検討し、次に機会提供型であっても捜査機関側の働きかけが相当性を逸脱しているかどうかを検討し、機会提供型で働きかけが相当である場合におとり捜査の適法性が認められる」としている⁽¹⁶⁾ので、やはり二分説を基調とする従前の下級審裁判例に従ったものといえよう。

六 もっとも、近時、おとり捜査の適否の判断枠組みについて異なっ

(13) 二分説を基調とする裁判例として、ほかに、東京高判昭和60年10月18日刑月17巻10号927頁、横浜地判平成10年3月18日判時1646号171頁など。

(14) 佐藤隆之「おとり捜査の適法性」法教296号(2005)40頁。

(15) 大澤裕「演習」法教242号(2000)171頁。

(16) 学説では、二分説を基調としつつ、機会提供型でも、相手方に執拗に働きかけるなど捜査機関の働き掛けが常軌を逸するような場合には違法とする見解が有力に主張されていた。松尾浩也『刑事訴訟法(上)[新版]』(1999)128頁、光藤・前掲注(11)33頁など。

た態度も見られた。最高裁平成8年10月18日決定（公刊物未登載）の反対意見⁽¹⁷⁾で、2人の裁判官（大野正男、尾崎行信両裁判官）が、「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」とした上で、「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り」、「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」と述べたのである。これは、おとり捜査は原則として違法とし、例外的に許容しようとするものであり、事案に即した具体的な「特別の必要性」の充足を要求することで、おとり捜査を厳格に規律しようとするものに見えることができる。おとり捜査に対する評価およびその適否の判断枠組みの点で、二分説とは異なるものといえよう。

以上概観した状況の下で、本決定は、最高裁として初めて正面からおとり捜査の適否に関して判断を下したものである。以下順次、その説示内容について分析する。

三 おとり捜査と「捜査」

一 本決定は、おとり捜査は刑訴法197条1項に基づく任意「捜査」として許容され得ることを認めた。上述したおとり捜査の適否に関する従来の下級審裁判例もまた、正におとり「捜査」という表現からも窺われるように、おとり捜査は「捜査」であることを当然の前提としていたように思われる。しかしながら、近時、捜査の意義いかんという問題が正面から自覚的に学説において議論され、おとり捜査は果たして「捜査」といえるのかについて根本的な疑問も提起されるようになった。そのような状況において、本決定がおとり捜査を刑訴法197条1項に基づく任意「捜査」と明確に位置づけたことは極めて重要な意味を持つと思われる。

(17) 尾崎久仁子「最近の判例から」ひろば50巻7号（1997）71頁参照。

そこで、おとり捜査の適否を論じる前提として、そもそもおとり捜査はいかなる意味で「捜査」の範疇にあると評価することができるのかという点を検討しておくことにしたい。⁽¹⁸⁾

二 警察活動は行政警察活動と司法警察活動（捜査）に区分され、伝統的な見解によれば、捜査は既に発生した犯罪の解明・訴追を目的とする活動であり、行政警察活動は将来発生する犯罪の予防・鎮圧を目的とする活動と理解されてきた。このような理解によれば、将来の犯罪の解明・訴追を目的とする活動は「捜査」ではない。それゆえ、おとり捜査もまた、これから行われる将来の犯罪の解明・訴追に向けられた活動といえるため、刑法197条に基づく「捜査」として行うことは認められないのではないかと⁽¹⁹⁾の疑問を呈する見解もあった。

しかしながら、このような伝統的な見解に対しては、そもそも司法警察か行政警察かというのは、警察作用の法的性格の問題として、その区分の基準は、その目的ないし機能、すなわち、犯罪の訴追と処罰に向けた活動なのか、その防止のための活動なのかに求められるはずであり、⁽²⁰⁾その区別は犯罪発生の前後と結びつく必然性はないとし、「特定の具体的な犯罪の嫌疑（過去・現在・将来を問わない）が存在することが認知され、その刑事訴追を目的として犯人の発見と証拠の収集保全を行う捜査機関の活動であれば」捜査といふべきとの有力な見解がある。⁽²¹⁾ この見解

(18) 将来の犯罪と捜査の関係につき、井上正仁『捜査手段としての通信・会話の傍受』（1997）141頁以下、川出敏裕「組織犯罪と刑事手続」ジュリ1148号（1999）238頁以下、「論争・刑事訴訟法 捜査の概念」法セ561号（2001）86頁以下、酒巻匡「おとり捜査」法教260号（2002）102頁以下【以下、「酒巻①」として引用】、酒巻匡「『捜査』の定義について」研修674号（2004）3頁以下【以下、「酒巻②」として引用】など参照。

(19) 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』（1997）173頁など。

(20) 川出・前掲注(18)240頁、川出敏裕「行政警察活動と捜査」法教259号（2002）79頁。

によれば、将来の犯罪の訴追・処罰に向けられた活動であっても、それは「捜査」として認められ、「捜査」である以上、刑事手続法規による厳格な法的統制の対象となる。⁽²²⁾⁽²³⁾

「捜査」の意義に関するこのような有力説に立てば、将来の犯罪の解明・訴追に向けられた活動であるおとり捜査も、刑訴法197条1項に基づく任意「捜査」の範疇に位置づけることが可能になる。本決定が、おとり捜査を刑訴法197条1項に基づく任意「捜査」として明確に位置づけたのは、前記批判に対するこのような有力説の見解に立って「捜査」の意義を理解していると評価することが可能であろう。

三 もっとも、「捜査」の意義に関する伝統的な理解に立っても、おとり捜査は「捜査」であるとの帰結を得ることが可能であるとの主張もあり得る。例えば、①おとり捜査が発生した犯罪との関連で行われている場合、即ち既になされた犯罪摘発の一方法、あるいは既になされた犯罪につき犯罪検挙の端緒となる場合におとり捜査は許容される、あるいは、②おとり捜査を実行する際には、既に行われた犯罪の嫌疑が全く存在しないような場合は考え難く、その犯罪の捜査と併行して将来の犯罪への対応を見込んでいたとしても、そのことから直ちに違法な捜査ということとはできないとする。⁽²⁵⁾

(21) 酒巻②・前掲注(18)7頁。さらに、井上・前掲注(18)141頁以下、川出・前掲注(18)238頁以下参照。

(22) 酒巻①・前掲注(18)104頁。

(23) なお、東京高判昭和63年4月1日判時1278号152頁は、犯罪が行われる以前から、犯罪の発生が予測される場所をテレビカメラで継続的に撮影・録画していた事案について、「当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合であり、あらかじめ証拠保全の手段、方法をとっておく必要性及び緊急性があり、かつ、その撮影、録画が社会通念に照らして相当と認められる方法でもって行われるときには」、このような撮影・録画も捜査の一環として許されるとしている。これは、将来の犯罪に対する捜査を認めていると理解できる。

(24) 三井・前掲注(3)89-90頁。

これらは、要するに、おとり捜査が過去の犯罪の解明・訴追に向けられた活動と評価できる場合に限って、「捜査」として許容する。すなわち、おとり捜査を過去の犯罪の解明・訴追に向けられた活動と理解することで、「捜査」の範疇に押し止めようとするものである。

しかしながら、おとり捜査の主眼は、捜査対象者に新たな犯罪を実行させてこれを検挙し、そこで収集した証拠を新たに行われた犯罪を立証するの⁽²⁶⁾に用いようとする点にある。したがって、伝統的な理解を前提に、おとり捜査を「捜査」の範疇に取り込もうとする試みは、おとり捜査の本質を黙過し、あるいはおとり捜査の実質的機能を正面から捉えようとしない立論であり、⁽²⁷⁾妥当とは思われない。

本件事案に着目すると、本件では捜査機関の働きかけの結果として訴追の対象となっているのは、将来の犯罪である大麻樹脂の営利目的所持の事実（新大阪のホテルの一室において大麻樹脂を所持していたこと）である。また、本決定の一般論はおとり捜査が許容される対象者として「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者」のみを指摘している。他方で、本決定は（おとり捜査の本質は既に発生した犯罪の解明・訴追だとすれば必ず言及するはずであるが）本件おとり捜査の対象となるべき過去の具体的犯罪の嫌疑には触れていない。このようなことなどからすると、本決定は、おとり捜査は将来の犯罪の解明・訴追を目的と

(25) 池田修「いわゆるおとり捜査の適否」新関雅夫ほか『増補令状基本問題（上）』（1996）40頁。

(26) 酒巻①・前掲注(18)104頁も、「将来の犯罪への対応を見込む部分、すなわち新たに犯罪の実行に着手させてこれを検挙し、そこで収集した証拠を主として新たに行われる犯罪を立証するのに用いることを見込んでいる点こそが、おとり捜査の核心部分であるから、その理論的説明としては、これも捜査であると位置付けるのが適切」とする。

(27) 山上圭子「おとり捜査」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法〔I〕捜査』（1998）9頁。

した活動であることを前提にしていると見るのが自然であるように思われる。

四 以上のとおり、「捜査」を犯罪の解明・訴追を目的とする活動と理解することで、将来の解明・訴追を目的とする活動であるおとり捜査を「捜査」と位置付けることが可能であり、おとり捜査を刑法197条1項に基づく任意「捜査」と位置付けた本決定も同様の理解に立つと解するのが妥当⁽²⁸⁾というべきである。

四 おとり捜査の違法性の実質とその適否の判断基準

一 従来から一般に、おとり捜査は任意処分⁽²⁹⁾の範疇に含まれるとはいえず、①本来犯罪を防止すべき国家が自ら犯罪を作り出すとともに、②国家が対象者に対して一種のトリックを用いて犯罪に導いている面があるため、捜査の「公正さ（廉潔性）」を侵害するものとして一定の法的規制⁽³⁰⁾を受けるべき捜査手法であると理解されてきた。すなわち、従来は一般

(28) なお、将来の犯罪の解明・訴追を目的とする活動であるおとり捜査が、刑法197条1項に基づく任意「捜査」として認められるとしても、将来の犯罪の発生が見込まれる場合に、警察官が行政警察活動として予防・鎮圧せず、犯罪の実行を待って検挙することは不当ではないかとの政策的な主張もありうる（白取・前掲注(19)174頁、村井敏邦「盗聴立法は憲法要件を具備しうるか」法セ507号(1997)14頁、奥平康弘・小田中聰樹監修『盗聴法の総合的研究』(2001)198頁〔三島聡〕)。それに対する反論として、井上・前掲注(18)148頁、酒巻①・前掲注(18)104頁、川出・前掲注(18)240-1頁、佐藤・前掲注(14)41頁参照。

(29) 瀧賢太郎「おとり捜査の必要性をめぐって」警察研究57巻5号(1986)25頁、會田正和「おとり捜査」河上和雄編『刑事裁判実務大系11 犯罪捜査』(1991)236-7頁、大澤・前掲注(15)171頁、和田雅樹「おとり捜査—検察の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅰ』(2002)180頁など。

(30) 會田・前掲注(29)236-7頁、三井・前掲注(3)90頁、酒巻①・前掲注(18)106頁など。おとり捜査の違法性の根拠として、公正さを指摘するものとして、松尾・前掲注(16)127-8頁、田宮裕『刑事訴訟法(新版)』(1996)69頁、光藤・前掲注(11)31頁、白取祐司『刑事訴訟法(第3版)』(2004)110頁など。

に、捜査の「公正さ」の侵害という、いわば「国家の行為無価値」⁽³¹⁾におとりに捜査の違法性の実質を認めてきたのである。⁽³²⁾

しかしながら、おとり捜査の違法性の実質を捜査の「公正さ」の侵害と理解する従来の一般的な立場を前提にすると、下級審裁判例および学説において有力であった二分説、すなわち対象者の犯意の有無に従い「犯意誘発型」「機会提供型」に区分し、それを介しておとり捜査の適否を判断する判断枠組みは果たして妥当なものと言えるのかには疑問が生じる⁽³³⁾。二分説は、犯意誘発型は違法、機会提供型は適法な場合があるとするが、おとり捜査の対象者の犯意の有無に関係なく、本来犯罪を防止すべき国家が自ら犯罪を作り出し、国家が対象者に対して一種のトリックを用いて犯罪に導いている以上、捜査の「公正さ」の侵害はいずれにも認められる。したがって、犯意の有無に関係なく、おとり捜査は違法である。そうだとすれば、おとり捜査の適否の判断枠組みとして、対象者の犯意の有無という主観に着目する二分説に依拠する合理的な理由は存在しないと言わざるを得ない。⁽³⁴⁾つまり、おとり捜査の違法性の実質としての「公正さ」の侵害と、おとり捜査の適否の判断枠組みとしての二分説には合理的な関連性が認められないのである。

このように、二分説を採用することに合理的な理由が認められず、下級審裁判例および学説において有力であった二分説の理論的正当性が疑

(31) 大澤・前掲注(15)171頁。

(32) 松尾・前掲注(16)127-8頁、田宮・前掲注(30)69頁、光藤・前掲注(11)31頁、白取・前掲注(30)110頁など。前述した最三決平成8年10月18日(公刊物未搭載)の反対意見も、「正義の実現を指向する司法の廉潔性に反する」としていた。

(33) おとり捜査の違法性の実質を「公正さ」に求めた上で、二分説を採用する学説として、田宮・前掲注(30)70頁、松尾・前掲注(16)128頁、光藤・前掲注(11)31-3頁など。

(34) 酒巻①・前掲注(18)107頁、さらに佐藤隆之「おとり捜査」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第7版)』(1998)26頁【以下、「佐藤①」として引用】、佐藤隆之「判批」現刑12号(2000)88頁【以下、「佐藤②」として引用】。

わしいとすれば、おとり捜査の適否の判断基準が改めて検討されなければならぬことになる。

二 それでは、おとり捜査の違法性の実質を「公正さ」の侵害と理解する従来の立場からは、おとり捜査の適否の判断基準としてどのような見解が主張されているのであろうか。

おとり捜査の違法性の実質を捜査の「公正さ」の侵害と理解する従来の立場からは、理論的に難のある二分説に対し、おとり捜査の適否の判断基準として、おとり捜査の「必要性」「相当性」という枠組みが主張されている。すなわち、おとり捜査が違法なものであるか否かを判断する際には、おとり捜査を行うことの必要性とおとり捜査の態様の相当性を総合的に評価すべきとし、おとり捜査を行うことの必要性として「対象とされる犯罪の種類・性質、捜査の困難性、犯人が犯罪に関与している疑いの有無・程度など」が、おとり捜査の態様の相当性として「おとりが犯人に働きかける態様など」が⁽³⁵⁾考慮されるとする。おとり捜査の違法性の実質を捜査の「公正さ」に求める限りは、このような判断枠組みには合理性があると思われる。

本決定の原審（大阪高裁平成15年7月7日判決）が、おとり捜査によることの「必要性」とおとり捜査の態様の「相当性」を総合して判断すべきと判示しているのは、おとり捜査の適否に関する上述の見解に沿ったものであろう。⁽³⁶⁾

(35) 池田・前掲注(25)40頁。同様の枠組みを採るものとして、尾崎・前掲注(17)75頁、山上・前掲注(27)7、10-2頁、石神千織「最近の判例から」ひろば58巻1号(2005)56頁など。

(36) また、「正義の実現を指向する司法の廉潔性に反する」とし、おとり捜査が許容されるには「特別の必要性」が必要とする、上述の最三決平成8年10月18日（公刊物未搭載）の反対意見も、おとり捜査の違法性の実質を「公正さ（廉潔性）」の侵害に求める立場から、二分説の妥当性に疑問を呈し、新たな判断基準を提示したものと位置づけることができるだろう。

三 しかしながら、このような議論には問題があるように思われる。

おとり捜査の違法性の実質は捜査の「公正さ」の侵害にあるとの理解の背後には、「おとり捜査は……直接には何人の法益をも侵害するものではない⁽³⁷⁾」との見方が存在する。しかしながら、そもそも何人の具体的な法益も侵害せず、個人の利益侵害（憲法13条違反）を見出せないのであれば、おとり捜査の違法性を基礎付けることはできないのではないかと、何故おとり捜査が法的に規制されねばならないのか、疑問が残る。⁽³⁸⁾任意捜査であるおとり捜査に一定の法的規制を加えるためには、おとり捜査によって生じる具体的な法益侵害を見出さなければならないはずである。そして、任意捜査に関する判断枠組みを提示したと理解されている最高裁昭和51年決定⁽³⁹⁾もまた、（強制処分は対象者の重要な権利・利益の侵害・制約を伴う処分であるが、それに該当しない）任意捜査といえども何らかの法益侵害又はそのおそれがあるゆえに無制約には許されず一定の法的規制が必要であることを前提とした上で、その規制のあり方として、法益侵害の性質・程度と捜査の対象となった犯罪の性質及びその重大性、捜査目的の達成にあたっての当該手段方法の必要性及び緊急性など広義の必要性が合理的権衡を保っていること、すなわち、具体的状況の下で捜査手段として「相当」といえるかを検討する必要性を示していたのである。⁽⁴⁰⁾任意捜査ないし任意手段の適否に関するこのような判断枠組みは既に判例上確立したものとなっている。⁽⁴¹⁾

(37) 高田・前掲注(7)340頁。

(38) 大澤・前掲注(15)171頁参照。

(39) 最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。

(40) 井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点（第3版）』（2002）47頁、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造（2）」法教284号（2004）64-7頁【以下、「酒巻③」として引用】。

(41) 最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁、最判昭和53年6月20日刑集32巻4号670頁、最決昭和59年2月29日刑集38巻3号479頁、最決平成元年7月4日

前記のとおり、本決定は、一定の場合におとり捜査は「任意」捜査として許容されると判示しているところ、任意捜査の適否の判断基準としては、最高裁昭和51年決定の比較衡量の枠組みが判例として確立しているのであるから、本決定もこの枠組みに則っていると考えるのが合理的・整合的であると思われる。

これに対して、本決定は二分説を採用したと評価する評釈が多く見られる⁽⁴²⁾。確かに、本決定には「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」という従来の二分説を前提にしたかのような表現も見受けられることから、そのように読むことも可能とは思われる。しかしながら、仮に本決定が二分説を採用したのであれば、二分説を採用した第一審判決に準じて、「犯意誘発型」「機会提供型」という文言を明示的に用いたであろうことを考えると、本決定は二分説を採用したと見るべきかにはなお疑問が残るように思われる（このことは、控訴審が採用した必要性・相当性という判断基準にも同様に妥当する）。前記説示も、本件が機会があれば犯罪を行う意思があった対象者の事案であったことを客観的に述べたに止まり、これをおとり捜査の適否の結論に直結する判断基準に用いているとはいえないであろう。

このように、おとり捜査の適法性判断について、最高裁昭和51年決定が示したような、具体的状況の下での比較衡量の枠組みに本決定が従っているとすれば、その前提として、おとり捜査による具体的な法益侵害が想定されているはずである。それでは、いかなる法益侵害を認めることができるのだろうか。次にこの点を検討することにしよう。

刑集43巻7号581頁。

(42) 土本武司「おとり捜査の許容条件」捜査研究639号（2004）114頁、石神・前掲注(35)56頁、松本裕「おとり捜査の適法性が認められた事例」研修683号（2005）19頁、田中開「おとり捜査（1）」長沼範良ほか『演習刑事訴訟法』（2005）176頁など。

四 おとり捜査による具体的な法益侵害の内容として、(1)本来国家が刑事実体法により保護すべき法益侵害の危険をみずから惹起ないし創出することに求める立場、(2)人格的権利(利益)の侵害に求める立場がある。もっとも、このおとり捜査の違法性の実質に関する立場は必ずしも択一的ではないと見ることもできるように思われる。おとり捜査が持つ側面である上述の①に着目し、それによっていかなる具体的な利益が制約されるかという観点から導かれたものが(1)であり、同様に②に着目し、それによっていかなる具体的な利益が制約されるかという観点から導かれたものが(2)だからである。

五 まず、(1)につき、この法益侵害の側面を明示した佐藤助教授は、おとり捜査の違法性の実質は、「国家が犯罪を創り出し、その結果、実体法によって保護される法益を侵害する(薬物事犯であれば、薬物の濫用によって使用者の心身が蝕まれる危険が生じる)ことに求めることができる⁽⁴³⁾」と指摘している。酒巻教授もまた、「国家機関が犯罪の教唆・幫助等を行い、犯罪結果(法益侵害)発生の危険、本来国家が刑事実体法により保護すべき法益侵害の危険をみずから惹起ないし創出する点がおとり捜査の問題点であり、それは「おとり捜査の対象者ではなく、むしろおとりの働きかけ行為により対象者が実行しようとする犯罪の法益侵害性……に着目するものである⁽⁴⁴⁾」と指摘している。従来から、学説上、殺人や傷害などの人身犯罪に対しておとり捜査を用いることには否定的な主張が見られたところであるが、おとり捜査の違法性の実質をこの点に求める限り、それを理論的に基礎付けることが容易である⁽⁴⁶⁾。

(43) 佐藤①・前掲注(34)27頁。

(44) 酒巻①・前掲注(18)106頁。

(45) 會田・前掲注(29)240頁、田宮・前掲注(30)70頁、藤原精吾「おとり捜査—弁護の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅰ』(2002)187頁。

(46) 佐藤②・前掲注(34)88頁、大澤・前掲注(15)171頁。

おとり捜査の違法性の実質として、このような利益制約の側面が存在することには、おそらく異論はないであろう。

六 他方、学説上議論があるのは、おとり捜査の違法性の実質を、おとり捜査対象者の人格的利益の制約に求める場合である。以下、順次それぞれの主張を検討する。

(a)三井教授は、国家が国民をわなにかけることは、その対象者の人格的な権利・利益と無縁ではありえないとし、機会提供型と異なり、犯意誘発型は意思の自由を奪うからというよりも、むしろ「公権力から干渉を受けない権利」という人格的自律権を侵害するから違法だとし、機会提供型は、自律権を実質的に侵害するとまではいえない場合が多く、捜査として許容されるとする。⁽⁴⁷⁾田口教授もまた、「国民には、公権力から干渉を受けないという人格的自律権があるので（憲13条）、その権利を侵害するのではないか」とし、犯意誘発型のおとり捜査は、人格的自律権を侵害するので許されず、法律規定があっても許されないとし、機会提供型のおとり捜査は任意捜査として法律規定がなくとも許されるとして⁽⁴⁸⁾いる。

ここでは、おとり捜査の違法性の実質として、「公権力から干渉を受けない権利」の侵害が想定されている。これは、意思決定の自由があることを前提に、意思決定の過程における捜査機関の働きかけ自体に着目するもの⁽⁴⁹⁾とすることができる。それでは、このような利益侵害をおとり捜査における違法性の実質として認めることができるのであろうか（なお、論者は、犯意誘発型か機会提供型によっておとり捜査の違法性が区別されるとする二分説的な判断基準を採用している。しかしながら、いずれの類型にせよ、権利侵害が認められるから違法となるはずである。そ

(47) 三井・前掲注(3)89-91頁。

(48) 田口・前掲注(11)47頁。

(49) 三井・前掲注(3)89頁。

うだとすると、このような判断基準の理論的正当性は疑わしいように思われる)。

確かに、「公権力から干渉を受けない権利」の侵害を任意捜査の範疇に位置づけることは可能である⁽⁵⁰⁾。しかしながら、このような権利の侵害をおとり捜査の違法性の実質として認めることには疑問がある。

第一に、国家の干渉を受けないという利益が、最高裁昭和51年決定の示した具体的な比較衡量の枠組みに馴染むものであるかは疑わしい。そのような利益侵害は程度を問題とし得ないからである。

第二に、そもそも、憲法学上、国家の私人への干渉一般を問題視しているわけではない。「個人が一定の私的事項について権力による介入・干渉を受けずにみずから決定することができる権利」⁽⁵¹⁾あるいは「自己に関わる一定の私的な事柄について政府に干渉されることのない権利」⁽⁵²⁾の侵害を問題にしていることから窺われるように、国家による意思決定過程に対する干渉の拒否も、それは一定の私的事項に限られるのであり、犯罪に関わる公的事項にまで憲法上の保護が及ぶとは考えられていないのである⁽⁵³⁾。

したがって、このような「公権力から干渉を受けない権利」という人

(50) なお、人格的価値に対する侵害・制約は強制処分としても許されなはずであるとの指摘もありうる(佐藤隆之「在宅被疑者の取調べとその限界(一)」法学68巻4号(2004)15頁参照)。しかしながら、人格的利益といえども、その内容は多様であり、その利益の質的な差異を観念することは可能であるし、一義的にその保護の必要性が決まるものでもない(宇藤崇「演習」法教283号(2004)118頁参照)。したがって、ここで想定される利益もそれ自体は重要な権利・利益とはいええず、そのような利益の侵害を任意捜査の範疇に含ましめることは可能であるように思われる。

(51) 浦部法穂『憲法学教室(全訂第2版)』(2006)46頁。

(52) 松井茂記『日本国憲法(第2版)』(2002)568頁。

(53) ほかに、佐藤幸治『憲法(第3版)』(1995)459頁、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第4版)』(2007)121-2頁など。

格的利益の侵害をおとり捜査の違法性の実質として認めることはできないように思われる。

(b)これに対して、大澤教授は、意思決定の自由は確保されているが、意思決定に至る過程で国家の働きかけがあることは確かだとし、「国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由というものが存在するとすれば、少なくともそのような意味での人格的価値が制約を受けることは否定できない」と指摘する⁽⁵⁴⁾。そして、意思決定の過程で外部から受けた働きかけについては、人格的な価値に対する制約として、その程度を問題とし得るとし、これと必要性とを比較衡量することは理論的に正当化できるとする⁽⁵⁵⁾。

確かに、「国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由」という利益の侵害もまた、任意捜査の範疇に含めて考えることが可能である。しかしながら、このような利益の侵害をおとり捜査の違法性の実質として認めることには疑問がある。

第一に、仮に国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由の制約があっても、その程度は想定できず、比較衡量はありえないように思われる。なぜなら、そのような利益に対する侵害は、あるかないかの性格を有するにすぎないからである。

第二に、そもそも、おとり捜査の場面における、国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由は保護に値する価値と言えるかは疑問である。おとり捜査の場面における国家の干渉を受けることなく独自に「意思決定する自由」とは、具体的には「犯罪を実行するか否かの意思決定の自由」を意味するのであり、それゆえ、憲法上保護される価値として「国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由」というものが存在するとは考えられないからである⁽⁵⁶⁾。

(54) 大澤・前掲注(15)171頁。

(55) 大澤裕「演習」法教234号(2000)121頁、大澤・前掲注(15)171頁。

したがって、このような「国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由」という意味での人格的価値の侵害をおとり捜査の違法性の実質として認めることはできないように思われる。

七 このように考えると、おとり捜査の違法性の実質を対象者の人格的利益の侵害に求めることは困難であるように見える。このこともあって、他方で、おとり捜査による対象者の利益侵害いかんとは視点を異にした見解も唱えられている。

(c) 佐藤助教授は、捜査機関がトリックを用いて犯罪を惹き起こすという点に、刑事司法制度の基礎をなす、捜査の公正さの侵害が認められることも、おとり捜査の弊害であると指摘する⁽⁵⁷⁾。これは要するに、おとり捜査の対象者に対する利益侵害ではなく、捜査の「公正さ」という超個人的な利益の侵害をおとり捜査の違法性の実質として認めるものと考えられる⁽⁵⁸⁾。

しかしながら、この見解は国家の行為無価値におとり捜査の違法性の実質を求めてきた従来の見解と実質的にいかなる違いがあるのであろうか。また、そのような利益を想定するとしても、そもそも果たしておとり捜査の違法性を法的に基礎付けるものと評価できるのかという根本的な疑問は解消されないのである。おとり捜査の違法性を法的に基礎付けるには個人の利益侵害（憲法13条違反）を見出さなければならないはずである。

したがって、捜査の「公正さ」という利益をおとり捜査の違法性の実質として認めることはできないように思われる。

八 以上の検討からすると、おとり捜査の対象者には何らの利益侵害

(56) 佐藤・前掲注(14)43頁、酒巻①・前掲注(18)106頁。

(57) 佐藤①・前掲注(34)27頁、佐藤②・前掲注(34)88-9頁、佐藤・前掲注(14)44-5頁。

(58) 佐藤・前掲注(14)44-5頁。

も認めることができないことから、おとり捜査の違法性の実質としては、本来国家が刑事実体法により保護すべき法益侵害の危険を自ら惹起ないし創出する点のみを認めるのが正しいようにも見える。⁽⁵⁹⁾しかしながら、このような帰結が果たして妥当といえるのであろうか。国家がおとり捜査の対象者を介して法益侵害の危険を惹起させるという側面とは別に、その働きかけの過程において、おとり捜査の対象者に対する法益侵害を想定することが可能なのではなかろうか。

おとり捜査は捜査の「公正さ（廉潔性）」を侵害する捜査手法であり、それには①本来犯罪を防止すべき国家が自ら犯罪を作り出す面と、②国家が対象者に対して一種のトリックを用いて犯罪に導いている面があると指摘されてきたことは上述した。ここで改めて②の側面に着目すれば、おとり捜査の問題の核心は正に、国家がおとり捜査の対象者に対し犯罪を行うように働きかけ、その者を犯罪行為に陥れてしまう点にあると考えられる。⁽⁶⁰⁾そこで、この点を国家の行為無価値や対象者の意思決定の自由とは別個の、固有の利益制約の視点から再構成するならば、おとり捜査の違法性の実質は、「みだりに犯罪を行う方向に動機づけられない自由（あるいは、みだりに犯罪を行う方向に促進されない自由）」ともいえるべき人格的利益を侵害する点に求めることができるように思われる。

このような法益を想定すれば、その侵害の程度を考えることができる。それはおとり捜査の対象者に対する働きかけの態様との関係で決まるのであり、おとりの働きかけが強い場合、例えば、おとりによる働きかけが執拗であるなどの場合であれば、⁽⁶¹⁾そのような法益侵害の程度は高いと評価できるであろう。このように考えるならば、「みだりに犯罪を行う方

(59) 酒巻①・前掲注(18)106頁。

(60) 田宮・前掲注(30)69—70頁、池田・前掲注(25)40—2頁、松尾・前掲注(16)128頁、光藤・前掲注(11)31—2頁、田口・前掲注(11)47頁。

(61) 松尾・前掲注(16)128頁、池田・前掲注(25)41—2頁参照。

向に動機づけられない自由」という法益の存在を認めた上で、その侵害の程度をおとりの働きかけの態様との関連で想定し、おとり捜査の適法性判断における具体的な比較衡量の枠内でそれを斟酌することは可能であり、かつ合理的であるように思われる。

九 以上の検討から、おとり捜査の違法性の実質、すなわち、法益侵害の具体的内容は、第一に、国家が犯罪を創出することにより、刑事実体法によって保護される法益を侵害する危険を自ら創出すること、第二に、「みだりに犯罪を行う方向に動機づけられない自由」を侵害することに求められるように思われる。本決定は確かに、おとり捜査の違法性の実質を必ずしも明示しているわけではない。しかしながら、①本件おとり捜査は適法との帰結を導く一事情として、「『直接の被害者がいない』薬物犯罪等の捜査」であることを指摘していること、②また、「麻薬取締官が、取引の場所を準備し、被告人に対し大麻樹脂2kgを買い受ける意向を示し、被告人が取引の場に大麻樹脂を持参するよう仕向けたとしても」おとり捜査は適法として、捜査対象者に対する働きかけの態様に着目していることなどを踏まえると、本決定もまた、おとり捜査の違法性の実質を上述した二点に置いていると理解することも可能であるように思われる。

五 本決定の評価

一 最後に、おとり捜査の違法性の実質、及びおとり捜査の適否の判断基準に関する検討を踏まえて、本決定の評価を行うことにする。検討すべきは、法益侵害の性質・程度とおとり捜査の広義の必要性が合理的権衡を保ち、具体的事情の下で「相当」であったといえるかである。ここでは、国家が犯罪を創出することにより、刑事実体法によって保護される法益を侵害する危険と「みだりに犯罪を行う方向に動機づけられない自由」という人格的利益の侵害とがそれぞれ広義の必要性と合理的権衡(甲南法学'07) 47-4-146 (692)

衡を保っていると言えるかが評価の対象となる。したがって、前者の法益侵害と広義の必要性が合理的権衡を保っているとしても、後者の法益侵害との関係では、それと広義の必要性が合理的権衡を保っているとは言えないとして、当該おとり捜査は違法と評価されることはあり得る。また、おとり捜査により惹起される上述の弊害に鑑みると、一般的には、広義の必要性として、犯罪の嫌疑（蓋然性）の程度、犯罪の重大性、おとり捜査を用いる（狭義の）必要性の程度に加えて、おとり捜査を用いる補充性があったかなども考慮されることになろう。

二 それでは、以下、本件おとり捜査が「相当」な捜査手法と認められるかを具体的事案に即して検討することにする。

まず、おとり捜査を正当化する広義の必要性に属する事情として、本決定が認定した事実からは、次のような事情を指摘できる。

犯罪の嫌疑（蓋然性）について、本決定は、「捜査協力者から被告人に対しては、大麻樹脂の取引に関する働き掛けはなかった」にもかかわらず、被告人は捜査協力者に対して、大麻樹脂の買手を紹介してくれるよう電話で依頼しており、「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」と認定している。このことからすると、大麻樹脂の取引の意思の存在のみならず、取引の対象である大麻樹脂の準備が可能⁽⁶²⁾なことも窺われる⁽⁶⁴⁾。さらに、被告人は、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6年等に処せられたものとして同種事犯の前科があったとも認定されている。

したがって、これらの事情を踏まえると、犯罪の嫌疑（蓋然性）があったと評価でき、しかも、その嫌疑の程度は高度なものであったと評価できると思われる。

(62) 酒巻③・前掲注(40)67頁。

(63) 酒巻①・前掲注(18)107頁など。

(64) 佐藤・前掲注(14)47頁。

次に、おとり捜査を用いる必要性については、本決定は、「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」と認定している。「捜査協力者の情報によっても」把握することができなかったという文言からは、様々な捜査手段を駆使しても、被告人の住居等を把握できなかったとの事情が窺えるのであり、ここからはおとり捜査を用いる必要性の存在が認められるとともに、その必要性の程度は高度であったと評価できると思われる。また、「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」と認定しており、ここからはおとり捜査を用いる補充性もあったことが認められる。

次に、捜査対象となる犯罪の重大性という点からすると、本件での捜査対象は大麻樹脂の営利目的所持(大麻取締法第24条の2第2項)⁽⁶⁵⁾であり、法定刑は「7年以下の懲役、又は情状により7年以下の懲役及び200万円以下の罰金」である。そして、約2kgという「多量」(第一審の量刑理由)の大麻樹脂の営利目的所持が問われた本件では、出入国管理及び難民認定法違反(不法入国)と合わせ、併合罪加重により、懲役6年、罰金100万円の刑が言い渡されている。さらに、本件の捜査対象である大麻樹脂の営利目的所持罪の趣旨は、大麻の濫用によって広く国民の心身の健康が害されることを防止することにある⁽⁶⁶⁾。したがって、保護法益は、

(65) なお、大麻取締法には麻薬及び向精神薬取締法58条や銃砲刀剣類所持等取締法27条の3、あへん法45条のようなおとりに関する規定はないが、それは一定の場合におとり捜査の許容性を新たに規定したのでない単なる確認規定であって、このような規定がなくとも、おとり捜査は具体的事案に応じ、訴訟法上適法と認められる範囲で行うことができると解するのが一般である。瀧・前掲注(29)18頁、會田・前掲注(29)236頁、山上・前掲注(27)6頁など。創設規定と見るものとして、平野龍一『刑事訴訟法』(1958)86頁、三井・前掲注(3)90頁。

(66) 伊藤栄樹ほか編『注釈特別刑法第8巻』(1990)309頁[吉田敏雄]、植村立郎

国民の心身の健康ということになり、それは重大な価値を有するものと評価しよう。また、一般に薬物犯罪は犯行が組織的に、あるいは少なくとも複数人が関与して行われることが多い。これは、犯罪の重大性を一層高める方向に作用するとも考えられる。本決定は、「被告人は、東京から大麻樹脂約2kgを運び役に持たせて」として、現に運び役の存在を認めており、本件犯罪は組織的に、あるいは少なくとも複数人が関与して行われたことを窺わせるものといえよう。

したがって、当該刑罰法令が規定する法定刑やその保護法益などを具体的に考慮すると、本件の捜査対象である犯罪は重大なものであったと評価することが可能である。⁽⁶⁷⁾

三 それでは、このようなおとり捜査を正当化する事情に対して、おとり捜査の違法性を基礎付ける事情としての法益侵害の性質・程度はどうかであろうか。次に、それを具体的に検討する。

本件おとり捜査によって惹起される具体的な法益侵害は、(i)大麻の濫用によって国民の心身の健康を害する危険、及び(ii)「みだりに犯罪を行う方向に動機づけられない自由」という人格的利益の侵害である。このような法益侵害のいずれも、性質上、重大なものと評価することができる。

(i)に着目すると、確かに、本件おとり捜査の対象は、大麻樹脂の営利目的所持という薬物犯罪であり、上述したような重大な法益侵害を惹起するものと言えるが、特定個人の法益を直接的に侵害する犯罪と比べると、侵害される法益の重大性という点では相対的に劣り、その意味で法益侵害は限定的であったと言える。⁽⁶⁸⁾

「大麻取締法」平野龍一ほか編『注解特別刑法5—II 医事・薬事編(2) [第2版]』(1992)9頁など。

(67) 酒巻③・前掲注(40)67頁。

(68) 酒巻①・前掲注(18)108頁。

また、(i)に関する具体的事情として、本件では、麻薬取締官が準備した取引場所において、被告人が「東京から大麻樹脂約2kgを運び役に持たせて上記室内にこれを選び入れたところ、あらかじめ捜索差押許可状の発付を受けていた麻薬取締官の捜索を受け、現行犯逮捕された」と認定されている。ここからは、取引場所における検挙態勢は充分整えられていたことが窺われるのであり、そうだとすると、法益侵害の危険の程度はそれほど重大ではなかったと評価することができる。また、東京から大阪まで運搬する過程での大麻の散逸に伴う危険を問題にすることも可能である。しかし、被告人の意図などを考慮すると、東京から取引場所への運搬過程における散逸によって発生する危険の程度もまた、それほど重大ではなかったと評価できる⁽⁶⁹⁾ように思われる。

他方、(ii)に関する具体的事情としては、本決定は、働きかけの態様につき、「麻薬取締官が、取引の場所を準備し、被告人に大麻樹脂2kgを買い受ける意向を示し、被告人が取引の場に大麻樹脂を持参するよう仕向けた」とし、さらに「麻薬取締官は、東京・大阪間の交通費の負担を申し出た」と認定している。もっとも、この働きかけについて、「みだりに犯罪を行う方向に動機づけられない自由」の侵害がどの程度であったかという観点から検討を加えると、それは取引を成立させる過程において通常見られるものとも言えるのであり、「みだりに犯罪を行う方向に動機づけられない自由」の侵害の程度はそれほど重大なものではなかったと評価できるように思われる。

四 以上を纏めると、本件で問題となる法益侵害は、(i)大麻の濫用によって国民の心身の健康を害する危険と(ii)「みだりに犯罪を行う方向に動機づけられない自由」という人格的利益の侵害であるが、(i)は、重大な法益侵害であるとはいえ、特定個人の法益を直接的に侵害する危

(69) 佐藤隆之「コントロールド・デリヴァリーをめぐる諸問題(1)」エコノミア 47巻4号(1997)50頁参照。

險を惹起させるものではなく、その意味で法益侵害は限定的であること、しかも、その危険の程度はそれほど重大とはいえないこと、(ii)に関しても、法益侵害が認められるとはいえ、その侵害の程度はそれほど重大とはいえないという事情があるのに対し、おとり捜査を正当化する広義の必要性に含まれる事情としては、本件では、捜査対象となる犯罪が重大であること、犯罪の嫌疑（蓋然性）の程度が高度であったこと、おとり捜査を用いる必要性が高度であったこと、おとり捜査の補充性があることが具体的に認められることから、おとり捜査によって惹起される法益侵害の性質・程度とおとり捜査を用いる広義の必要性とは具体的状況の下で合理的権衡を保っており、本件おとり捜査は「相当」な捜査手段であったと評価することも許されると思われる。

なお、本決定は、一般論として、「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」を許容条件として挙げているが、これらは「少なくとも」と前置きが付されているように、本件の具体的状況の下で「相当」と認められる場合を簡潔にまとめたものであると評価することができよう。⁽⁷⁰⁾

(70) 大澤裕「おとり捜査の許容性」『平成16年度重要判例解説』ジュリ1291号（2005）192頁参照。もっとも、実際には、「通常の捜査方法のみでは当該犯罪のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合」という補充性、あるいは「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者」という犯罪の嫌疑（蓋然性）を基礎付ける事情を欠いた場合に、おとり捜査の適法性を認定することは、およそ想定できないと思われる。また、「直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査」という事情については、おとり捜査は直接の被害者がいない犯罪に限定されるべきとする見解もある（堀田周吾「おとり捜査における違法性判断の基本構造—アメリカ合衆国の規制アプローチを題材として—」法学会雑誌46巻2号（2006）362-3頁）。確かに、人身犯の場合はおよそ許されるべきでないといえようが、財産犯の場合などには、極めて限られるとはいえず、なお「相当」であると評価される余地はあり得よう（例えば、組織的なスリ集団により行われる窃盗事例など）。

本決定は、最高裁が初めて、おとり捜査につき、刑訴法197条1項に基づく任意捜査として許容される場合があるとした上で、おとり捜査が適法とされる一事例を示したものであり、おとり捜査の許容性判断にあたり、理論的にも、実務的にも大きな意義を有するものと思われる。⁽⁷¹⁾

(2007年1月5日脱稿)

*本稿は、刑事判例研究会2006年7月例会（於：同志社大学）での発表に加筆・修正を行ったものである。また、本研究は、文部科学省21世紀COEプログラム「21世紀型法秩序形成プログラム」成果の一部である。

(金子 章)

(71) 本決定の評釈・解説等として、石神千織「おとり捜査の適法性」捜査研究639号(2004)2頁、土本武司「おとり捜査の許容条件」捜査研究639号(2004)117頁、前田雅英「おとり捜査とその違法性」研修677号(2004)3頁、石神千織「最近の判例から」ひろば58巻1号(2005)52頁、岡田悦典「最新判例演習室」法セ602号(2005)124頁、実務判例研究会編著『判例から学ぶ捜査手続の実務Ⅱ』捜査研究643号(2005)12頁、甲斐行夫「おとり捜査」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選(第8版)』(2005)26頁、松本裕「おとり捜査の適法性が認められた事例」研修683号(2005)19頁、佐藤隆之「おとり捜査の適法性」法教296号(2005)37頁、大澤裕「おとり捜査の許容性」『平成16年度重要判例解説』ジュリ1291号(2005)190頁、石神千織「捜査手続におけるおとり捜査」警論58巻9号(2005)158頁、堀田周吾「おとり捜査における違法性判断の基本構造—アメリカ合衆国の規制アプローチを題材として—」法学会雑誌46巻2号(2006)317頁、内藤大海「判批」北法56巻6号(2006)293頁、多和田隆史「時の判例」ジュリ1316号(2006)169頁、川崎英明「おとり捜査の適法性」法時78巻11号(2006)99頁がある。

【追記】本稿脱稿後、江原伸一「『おとり捜査』に関する一考察」警論60巻2号(2007)101頁、古江頼隆「演習」法教316号(2007)124頁、長沼範良=上富敏伸「おとり捜査」法教318号(2007)77頁に接した。