

おとり捜査に関する最高裁決定平成16年7月12日 刑集58巻5号333頁の射程と二分説

—松本実務研究会研究報告(6)¹—

丸 橋 昌太郎

一 はじめに

第8回松本実務研究会において、本学大江裕幸専任講師から、論点が多分野にまたがる札幌地裁平成22年3月19日判例時報2095号87頁に関する報告（以下、大江報告とする）が行われた。大江報告は、報告者の専門分野である行政法からの報告・検討ではなく、同研究会の実務家・研究者メンバーの各専門分野に向けて疑問を投げかける（喧嘩を売る）という斬新なスタイルであった。そして、本稿は、同報告の内容が掲載された本誌18号173頁において、「本格的」で、「的確かつ説得的な解説」を行うよう要望されたことを受けて（さらなる挑発を受けて）、刑事法研究者の立場から整理検討を行った（応戦した）ものである²。

大江報告において呈された、刑事法領域に関する主たる疑問は、上記裁判例がおとり捜査の適法性（違法性）判断に際しておとり捜査のリーディングケースである最高裁決定平成16年7月12日刑集58巻5号333頁（以下、16年

¹ 松本の法曹実務について、信州大学と地域の法曹実務家が定期的に開いている研究会である。

² 大江報告については、大江裕幸「警察のおとり捜査及び警察官の偽証等によって実刑判決を受けたとして国家賠償請求が認容された事例（札幌地判平成22年3月19日判例時報2095号87頁）についての民事法上（損害論）・刑事法上（おとり捜査の違法性）の疑問点とその検討；松本実務研究会研究報告(4)』信州大学法学論集18号167頁（2011年）。また、大江報告に対する民事法の立場からの検討については、栗田晶「最高裁判所判決における「機会喪失」についての2つの理論モデル：松本実務研究会研究報告(5)』信州大学法学論集20号105頁（2012年）。

決定とする)に一切言及せず、二分説の立場から判断しているように読めることについて、16年決定の射程の問題として処理しうるものなのか、つまり上記裁判例の事例に即して考えれば二分説による処理も16年決定の射程と矛盾しないというものなのか、という点にあった。

また、大江報告の背景には、国家賠償法における違法性と刑事訴訟法における違法性の関係性という壮大なテーマが見え隠れする。国賠法における違法性の判断基準は、民法の不法行為法における議論と同様に、結果不法説、行為不法説、相関関係説の対立が見られるところ、刑事訴訟法における違法性の判断基準との関係を考えるにあたっては、少なくとも刑事訴訟法上の判断基準を明らかにすることが有益であるように思われる。

そこで、本稿では、16年決定の意義、とりわけ二分説との関係及び射程を検討しつつ、刑事訴訟法上の違法判断基準に関する整理を試みたい³。

二 16年決定の射程と二分説

1 事実の概要

最高裁が認定する本件経緯は次のとおりである。

(1) 被告人は、我が国であへんの営利目的輸入や大麻の営利目的所持等の罪により懲役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。

(2) 上記捜査協力者(以下、単に「捜査協力者」という。)は、大阪刑務所で服役中に被告人と知り合った者であるが、自分の弟が被告人の依頼に基づき大麻樹脂を運搬したことによりタイ国内で検挙されて服役するところとなったことから、被告人に恨みを抱くようになり、平成11年中に2回にわたり、

³ 筆者は、おとり捜査の基礎理論について、既に、丸橋昌太郎「おとり捜査・潜入捜査の現在 イギリスにおける秘匿捜査を中心に」刑事法ジャーナル29号9頁(2011年)に公表している。本稿は、そこで提示した理論に依拠して検討を行うが、同理論について詳しくは、そちらにゆずりたい。

近畿地区麻薬取締官事務所に対し、被告人が日本に薬物を持ち込んだ際は逮捕するよう求めた。

(3) 被告人は、平成12年2月26日ころ、捜査協力者に対し、大麻樹脂の買手を紹介してくれるよう電話で依頼したところ、捜査協力者は、大阪であれば紹介できると答えた。被告人の上記電話があるまで、捜査協力者から被告人に対しては、大麻樹脂の取引に関する働き掛けはなかった。捜査協力者は、同月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、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29日、同事務所の麻薬取締官と捜査協力者として打合せを行い、翌3月1日に新大阪駅付近のホテルで捜査協力者が被告人に対し麻薬取締官を買手として紹介することを決め、同ホテルの一室を予約し、捜査協力者から被告人に対し同ホテルに来て買手に会うよう連絡した。

(4) 同年3月1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、自分が東京に出向くことは断り、被告人の方で大阪に持って来れば大麻樹脂2kg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。

(5) 同月2日、被告人は、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を運び入れたところ、あらかじめ捜査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。

弁護人は、本件大麻樹脂の取引は麻薬取締官やその意を受けた捜査協力者から被告人に対し執ように働き掛けてきたもので、被告人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、捜査協力者から大麻樹脂が用意で

きなれば自分の立場が危ないと懇請され、同人の頼みを断り切れずに大麻樹脂を調達したものであって、かかるおとり捜査は憲法13条及び31条に違反する旨主張した。

2 決定要旨

最高裁は、弁護人の主張に対しては欠前提としつつ、職権で次のように判断した。

「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、おとり捜査として適法というべきである」。

3 検討

(1) はじめに

本決定は、おとり捜査について、訴訟法上の観点から最高裁として初めて言及したものである⁴。

かつて、おとり捜査は、機会提供型と犯意誘発型に分けて、前者を適法と

し、後者を違法とする判断枠組み（二分説）が有力に主張されてきた。ただ、二分説は、もともとおとり捜査を実体法上の問題と位置づける米法に由来するものであり、主として訴訟法上の問題と位置づけるわが国では様々な問題があった⁵。近年、とりわけ問題とされたのが、二分説による判断枠組みと、最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁により形成された捜査法の一般的枠組みとの関係である。

(2) 最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁の枠組み

最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁は、警察官が被疑者に対して有形力を行使した事案について、「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するものであって、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである」と判示した。学説は、この判例から、強制捜査か否かの基準として、(a)意思の制圧と、(b)重要な権利の制約、を読み取り、各捜査類型の違法性を判断するにあたっては、特に(b)の制約される権利を中心的に検討してきた。つまり国賠法の違法性との関係でいえば、捜査論における違法性は、結果不法論を中心

⁴ おとり捜査に関する最高裁判例および下級審裁判例については、多和田隆史・判解平成16年度262頁参照。

⁵ わが国では、判例上、最決昭和28年3月5日刑集7巻3号482頁、最判昭和29年11月5日刑集8巻11号1715頁において、おとり捜査が実体法上の犯罪の成否に影響をもたらさないことが確立している。

に議論が進められてきた。

そして、おとり捜査に関する議論も、この枠組みの中で検討されるべきとの認識が広がり、おとり捜査の違法性の実質論と、違法だった場合の法的効果論にシフトしていった。しかしながら、おとり捜査は、職務質問などの場合と異なり、対象者に気づかれずに行われる処分であることもあり、制約される権利に関する学説が乱立し、混迷を深めていった⁶。

このような混乱の原因は、①当該捜査手法の法的性質（強制処分と任意処分の区別）の問題と、②当該捜査手法の実体要件（許容要件）およびその実体要件の存在を手続的に担保する仕組みの問題を混同してきた点にある⁷。①の点は、その意義を強制処分法定主義の点、すなわち法律上の根拠を要する処分か否かという点から理解するのであれば、制約される権利・利益の重要性から検討されるべき問題である⁸。他方、②の点は、そのような権利、利益の制約があることを前提に、いかなる場合に正当化できるか、そして、正当化された状態を手続的にどう担保するかという観点から考えていくべき問題である。そうだとすると、②の点は、そのような権利・利益の制約を正当化する根拠や基準が探求されるべきであり、これは権利・利益の性質のみから解を得られるものではないのである。51年判決も、法律上の根拠を要するか否かの判断に際しては、制約される権利を一つのメルクマールとして掲げるものの、捜査の許容要件（実体要件）に関しては、「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される」としか言及していない。そうすると判例上、制約される権利・利益を特定する意義は、主として①の法律上の根拠を要するかいなかを判断する局面において現れるのである。

⁶ おとり捜査の違法論に関する学説については、多和田・前掲判解277頁以下参照。

⁷ 詳しくは、丸橋・前掲論文。

⁸ 井上正仁『強制捜査と任意捜査』（2006年）10頁以下 [初出：井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」刑事訴訟法の争点 [第三版] 46頁（2002年）]。(1)の点は、程度を求めかどうかの点に争いはあるものの、権利・利益の制約を基準とすることに異論はないといつてよい。

本決定は、一定のおとり捜査について、「刑訴法197条1項に基づく任意捜査として許容される」とした。前述の通り、おとり捜査によって制約される権利・利益は、いまだ解明されているとは言い難い。このような中で、制約される権利・利益を特に指摘することなく、法律上の根拠を要しないとしたことは、制約される権利・利益が明らかでなければ強制捜査ではないことを意味するものといえよう。

(3) おとり捜査の実体要件論

前述の①の点が、②の点を法律で定めるべきかどうかの問題だとすれば、②の点は、①の点とは独立して検討されるべき問題である。現行法における捜査の実体要件は、たとえば搜索は、搜索の必要性（証拠物が存在する蓋然性）があれば、原則として被疑者以外の第三者の管理にかかわる住居であっても行うことが認められているなど、すべて捜査の必要性から定められている⁹。また前述の通り、51年判決も、捜査の必要性を基準に許容性を判断する枠組みを提示している。捜査による権利利益の制約を正当化する原理は、基本的に捜査の必要性に求められているのである。

このような観点から本決定をみると、本件の許容要件も、おとり捜査が必要となる犯罪類型の一例を示したものといえる¹⁰。つまり実体要件を、捜査官の行為態様から定めたものである。

「直接の被害者がいない薬物犯罪等」は、おとり捜査が必要とされる犯罪類型の典型といえよう。海外では、窃盗や殺人など、直接の被害者がいるような犯罪類型についてもおとり捜査が行われている。このような類型について、わが国でおとり捜査による必要性があるかどうかを検討されるべきであろう。わが国でも、たとえば振り込め詐欺などについては、おとり捜査を用いることが有効なケースも十分に考えられる。この場合、おとり捜査に失敗した時の被害を最小限に食い止める策を講じることなどが求められよう。

⁹ 詳しくは丸橋・前掲論文。

「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」という要件は、補充性を求めるものである。補充性の要件も、究極的にはおとり捜査の必要性の程度に関わる要素として整理することができるが、他のおとり捜査が必要な類型において必ずしも絶対的な要件とまではいえないであろう¹¹。

またおとり捜査の対象を、「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者」としたことについては、二分説を想起させるものになっているが、二分説的な整理であれば、とくに捜査の必要性を示すことなく許容されると考えるべきであるので、やはり捜査対象を必要性から限定したものとみるべきである。

以上のことからわかるとおり、刑事訴訟法上の捜査における違法性は、捜査官の行為態様を基準に定められており、国賠法の違法論に即して整理するのであれば、行為不法説と評価されるものであろう。

(4) 本決定の射程 一特に二分説との関係

本決定は、おとり捜査が許容される一類型を、捜査の必要性から示したものである。ただ、本決定の「少なくとも」という表現からも明らかなおとり、本決定はあくまで許容される一例であり、その他の許容される類型があることを強調するものである。この点を差し引いても、本件の意義として、おと

¹⁰ 大澤裕「判批」平成16年度重要判例解説1291号190頁・192頁、佐藤隆之「判批」ジュリスト1367号131頁（2008年）134頁以下。わが国において、おとり捜査について捜査の必要性を実体要件（正当化要件）に掲げる見解として、山本和昭「判批」専修ロージャーナル2号85頁（2007年）、佐藤隆之「判批」法学教室296号37頁（2005年）46頁、石神千織「捜査手続におけるおとり捜査」警察学論集58巻9号158頁（2005年）、前田雅英「おとり捜査とその違法性」研修677号3頁（2004年）8頁、多和田・前掲判解282頁、酒巻匡「おとり捜査」法学教室260号102頁（2002年）104頁、山上圭子「おとり捜査」新実例刑事訴訟法I11頁（1998年）、尾崎久仁子「判批」法律のひろば50巻7号（1997年）、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』39頁（1996年）、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12頁（1986年）等。

¹¹ 多和田・前掲判解283頁も、「おとり捜査の適否にかかわる一要素ではあるが、犯罪・犯人摘発の必要性・利益と相関させて考慮されるべきもの」とする。

り捜査は任意捜査として許容される場合があること、任意捜査として許容される限界は、制約される権利・利益からではなく、捜査官の行為態様、すなわち捜査の必要性から検討されていること、を指摘することができるであろう。

また16年決定は、「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者」という表現からも明らかなとおり、対象者の犯意と無関係ではない。もちろんこの犯意が二分説のような実体法上の犯罪の成否に関わるものではないことは前述のとおりである。これは、いまだ現実化していない犯罪を対象とする性質上、犯罪の嫌疑は存在しえず、その前段階の犯意としてしか把握できないことに起因するものと指摘することができる。つまりここでいう犯意は、他の捜査類型において許容ファクターとなる「犯罪の嫌疑」に相当するものとして位置付けられる。そうすると、16年決定の枠組みからしても、事実上、機会提供型と事前に判断できる事情、すなわち犯意を推認できる具体的事情あれば、犯罪の嫌疑が整っている場合と同じく、おとり捜査の必要性を肯定できる場合が多いであろう¹²。ただ、これはいわば偶然の産物であり、アメリカにおける罠の抗弁とは全く無関係のものと理解するべきである。したがって、本決定は、犯意誘発型とみられる類型について違法としたものではないことに注意が必要である¹³。

三 最後に 大江報告に対する一応の回答

大江報告において取り上げられた平成22年判決は、とくに平成16年決定に言及することなく、働きかけ以前に原告が犯意を有していた疑いがあることを認定するのみで、おとり捜査の違法性を前提とする原告の主張を斥けた¹⁴。

¹² 多和田・前掲判解284頁は、二分説の機会提供型について、「犯罪創出の弊害が薄く、他方、摘発の必要性が高度である」とし、「よほどの事情がない限りは、……原則適法になる」とする。

¹³ たとえば、犯意があると事前に認められない者に対してであっても、働きかけの程度が弱い場合などには、適法とされる余地が残されている。多和田・前掲・判解285頁。

¹⁴ 「疑い」の程度で主張を斥ける点は、国賠法にもとづく訴訟であることによる。

16年決定に言及しなかった直接的な事情は、当事者からの主張がなかったことにあると推察されるが、前述の通り、機会提供型と認定できる事情があれば、原則として、16年決定の判断枠組みからも適法とされる場合が多い。ただ、これは機会提供型といわれる事案においては、事実上、捜査の適法要件が整っていることが多いことによるものである。そうすると、機会提供状況を、訴訟法上の要件に投影して検討することが求められる。

平成22年判決は、原告Aが、(a)入港した目的が明らかでないこと、(b)けん銃をきちんと手入れしていたこと、(c)けん銃の取引に慣れていたと推認できること、(d)Cの働きかけの程度がけん銃を日本に持ち込む意思が全くない者にその意思を生じさせるようなものであったとまではいえないこと、(e)Aがロシアマフィアの関係者である疑いがあることなどを総合して、前述の犯意があった疑いを認定している。

乙山警部補らは、Aがネフスカヤ号によってけん銃1丁を持参してきたことについて、十分な根拠を持って知りえたわけであるから、その後、下船させるなどの一連の働きかけをすることは、十分な必要性があり、51年判決からしても十分許容されるものといえよう。ただ、Aは、Cの働きかけによって具体的な犯意をもったことは明らかであるので、訴訟法上、問題となるのは、Cの働きかけや、乙山警部補がCの働きかけを利用することが、許されるかである。まず働きかけの程度は、(d)で認定されているとおり、ごくわずかなものであったといえる。そして、Cの働きかけ以前において、このような働きかけを正当化する事情は、強いてあげるのであれば(e)しかない。ただ、けん銃取引等の違法取引にロシアマフィアが関与していると強く疑われていることに鑑みれば、Aがロシアマフィアの関係者であることを疑う事情があれば、この程度の働きかけを行うことは訴訟法上も十分許容されるものといえよう。そうすると、16年決定からみても、本判決のおとり捜査の適法性は認められるものと考えられる。

そうだとしなくてもなお機会提供型であるからという理由のみしか示さずに違法性がないとした点については二分説に依拠した判断であることを否定でき

ない。

この点については刑事訴訟法上の違法性判断基準と、国賠法上の違法性判断基準が異なるとする思考があると読む余地もある。

国賠法上における違法性判断は、公権力の発動要件（行為態様）をメルクマールとして判断されているとすれば、前述の理論からは基本的に刑事訴訟における違法性判断と同一ということになる。ただし、国賠法上の違法性判断が、結果不法、すなわち被害法益をメルクマールとして判断されるものとすれば、両者の結論が異なりうる。とくに、おとり捜査のような被害法益が見えづらいものについては判断が分かれる場合もあろう。22年判決も、犯意誘発を結果不法とらえて違法性を判断したというのであれば、つまり結果不法説的な思考から、少なくとも機会提供型だとすれば、救済すべき法益が存しないので、適法としたと考えれば、刑事訴訟法上の違法性判断基準とは異なるものの、一応の筋は立つものといえよう¹⁵。

今日の敵は明日の友である。そして、明後日はまた敵かもしれない。いずれにせよ、このような知的好奇心を刺激し合える信州の研究者、実務家の仲間達に感謝したい。

¹⁵ 福岡高判平成23年2月3日判例タイムズ1372号101頁は、犯意を喪失した捜査協力者に対して当初の犯罪計画の実行または続行を要請してこれに着手させる行為を捜査協力者の人格的利益を侵害するものとして、必要性や補充性が認められない限り、国賠法上違法と判断している。これは、結果不法と行為不法の双方から判断する相関関係説の思考を読み取ることもできよう。