

## 「おとり捜査」の協力要請の違法性

（福岡高判平成二十三年二月三日判タ一三七二号一〇二頁）

大場 史朗

### 【事案の概要と経緯】

#### 1. 事案の概要

本件は、強盗計画に関与し、これを警察に通報した本件原告（被控訴人ともいう）が、佐賀警察署により、「おとり捜査」（原告に計画通り行動させることにより、共犯者を特定し、検挙する方法による）に協力させられた上、身柄拘束までされ、また、虚偽の報道発表がされた結果、あやまった新聞報道がなされ、精神的苦痛を受けたと主張して、被告佐賀県（以下、控訴人ともいう）に対し、国家賠償法1条1項に基づき、損害賠償を求めた事案である。

佐賀地判平成二十二年八月二十七日判例タイムズ一三七二号一〇三頁（以下、原判決という）によれば、本件の事実、大要、次の通りである。

（1）平成十九年七月二十一日、原告の中学時代の同級生であるRは、原告の中学時代の後輩であるE、Rの知人であるY、Rの知人の紹介により加わることになった少年A、及び原告を集め、佐賀市内の男性宅（以下、被害者宅

という)を下見するとともに、同宅に押し入り強盗する計画(以下、本件強盗計画という)を伝え、七月二十二日に決行すること、E、Y及び少年Aが実行役、原告が運転手役をすることが決まった。しかし、二十二日はYの都合が悪くなり、延期となった。原告は二十二日に再度下見をし、翌二十三日にはRの指示で目出し帽を三つ購入した。

その後、Yの代わりに、Rの知人の紹介により少年Bが実行役として加わり、七月二十八日に本件強盗計画を実行することが決まった。

七月二十八日午前九時ごろ、原告は、かねて面識のあった福岡県警察本部のS刑事に電話し、本件強盗計画について話した。その後、佐賀警察署より、原告に電話があり、原告は、佐賀警察署に出頭するよう求められた。同日午後1時ごろ、佐賀警察署に出頭した原告に対し、同署において、I係長による取調べが行われ、強盗予備事件の自白調書が作成された。本件強盗予備事件の捜査指揮を担当することになったF課長らは「犯行使用予定車両であるワゴンR(本件車両)にて共犯者を迎えに行き、共犯者と犯行現場に臨場した時点で身柄確保する」という捜査方針を決定し(以下、本件捜査という)、原告は本件捜査に協力することとなった(以下、本件捜査協力という)。

そこで原告は、一旦自宅に戻り、本件車両に乗り換えた。その際、本件車両から降ろされていたボール2本を再度本件車両に積載した(なお、原告には捜査員が追尾同行していた)。

同日、午後二時二十五分ごろ、原告は本件車両に乗って自宅を出発し、途中で少年A、少年B及びEをそれぞれ乗せ、被害者宅に向かった。そして、本件車両が被害者宅前に停車したところで、原告ら四名は、配備中の警察官から職務質問を受け、佐賀警察署に任意同行された。そして、原告ら四名に対し、逮捕状が請求され、七月二十九日午前一時ごろ、原告ら四名は強盗予備の嫌疑で逮捕され、翌二十九日午後、Rも強盗予備の嫌疑で逮捕された(なお、原告の逮捕の被疑事実は七月二十八日より前の予備行為であり、他の共犯者とは異なっていた)。

原告は、上記強盗予備の被疑事実で勾留されたが、八月十七日に不起訴処分（起訴猶予）となり、釈放された。

(2) 七月二十九日未明、原告ら四名を逮捕した事実が、警察より関係機関を通じて報道各社に配信された。その配信された内容は「強盗予備事件被疑者の逮捕について」というタイトルの下、「被疑者」として、原告、E、少年A及び少年Bを挙げた上で、「事案の概要」として、「被疑者らは、共謀の上、佐賀市内の民家に押し入り強盗すること企て、目出し帽ボール等を準備したうえ軽乗用自動車に積載携行し、同車両に乗り込んで目的とする民家前まで至り、強盗の予備をしたもの。」「逮捕の経緯」として、「匿名情報に基づき、張り込み、内偵等所要の捜査を実施した結果、犯罪事実が判明したため逮捕したもの。」というものであった。これらの報道発表に基づき、新聞社数社が本件強盗予備事件につき、原告の実名入りで報道した。

## 2. 両者の主張

本件の実情につき、両当事者間にはほとんど争いはない。争いがあるのは、①「捜査協力時の原告の意思（捜査協力時の指示及び同意の有無）」、②「逮捕に関する原告の認識」、③「警察官による原告に対するボール積載の指示」についてである。「本件捜査の違法性」についての両者の認識の違いもこの点にかかわる。原審段階の両者の主張は次の通りである。

### (1) 原告の主張

原告は、①「捜査協力時の原告の意思」について、「…Rからの指示に従っていたが、たとえば『運転手役』でも窃盗とか強盗の片棒を担ぐことは当初よりしないと決めていた。」「但し七月二十八日までに原告はRに対して七月二十八

日に予定されていた強盗の運転手役を降りる（断る・拒否する）ということまでの意思表示は出来ていなかった。」「Rは本強盗を七月二十八日午後〇時ごろと計画していた。」（原文改行）しかし、原告はこの日ワゴンRに目出し帽とボール二本を載せて共犯者らを同車に同乗させて犯行現場まで行くことを無視し、仕事のために鳥栖で開かれた中古車のオークション会場に出かけた。」（原文改行）それだけではなく福岡県警察本部のS刑事に同日強盗計画のことを連絡した。」「S刑事への電話の後佐賀警察署からすぐ原告に電話があった。原告は同電話でもその日の強盗計画の内容を話した。佐賀警察署は電話だけでは済まらずに原告に対して『すぐ出向いてきてくれ』と要請した。しかし原告は仕事を優先し鳥栖で仕事をしていた。その後も佐賀警察署から2回同じように出向いてきてくれとの電話があった。そこで原告は午後〇時頃に鳥栖のオークション会場を離れ佐賀警察署に出向き、午後一時頃に同署に出頭した」「∴原告は原告が犯罪と考える強盗には加担しないという意思と行動で完全にその日の強盗計画から離脱したのである」と主張した。

次に、⑥「逮捕に関する原告の認識」については、「逮捕されるとの認識がなかった」旨主張し、⑦「警察官による原告に対するボール積載の指示」については「原告がボールを載せる際には警察官が『証拠になるので載しとってもらわないと困る』と指示している。」「証拠固めという目的のために、ボールを積ませたり、犯行現場まで共犯者で行かせたりしているが、これは原告の意思に基づかないことをさせて証拠としており、目的及び手段において違法である」と主張した。

原告は以上のように主張し、「本件捜査は、七月二十七日までとは異なる新たな強盗予備という犯罪を警察が作り出したものであり、警察の下記基本使命に反し違法である。（原文改行）すなわち、警察の責務は犯罪を予防、鎮圧することにあるところ（警察法二条一項、警察官職務執行法五条）、本件において、佐賀警察署は、原告の申告によって強

盗予備罪という犯罪が発生したことを知ったのであるから、同署は、その強盗予備罪をそれ以上強盗へと進ませないようにしなければならなかった。(原文改行) しかるに、同署は、原告に対して、申告した強盗予備行為につき、強盗の直前まで進ませる行為をするよう指示した。これは、本来犯罪を予防・鎮圧すべき立場にある警察が、原告を使って、新たな強盗予備という犯罪を作り出したものであり、重大な背理である。」「本件捜査は、他の共犯者との関係では、いわゆる『おとり捜査』となり違法である」とし、本件捜査は必要性も相当性も満たさないため、違法であるとした。

## (2) 被告の主張

それに対し、被告は、①「捜査協力時の原告の意思」について、「原告は本人尋問において、離脱の意思を有していた」と供述するが、犯行当日に至るまでRらにかかる意思を告げた事実はない。」「Rは暴力団関係者であり、原告はRの誘いを断ることにによる報復を恐れていたと考えるのが自然である。」「原告は、本件において警察官などの指示通り共犯者らを犯行予定場所まで乗せていった。その際、原告には無<sup>マヤ</sup>線等<sup>マヤ</sup>（に）による指示などはなされていなかった。原告が被告による捜査協力の内容につき、事前に説明を受け十分に理解していたことは、この一事からも明らかである。」「その上で、原告は捜査協力の要請を受けこれを承諾した。その際、明確に警察に対し捜査協力に反対したことはなかった。」「警察が原告に捜査協力を求め、それによりRにばれないように犯行から離脱するという提案は、少なくとも原告にとっては『渡りに船』であり、積極的に反対するものではなかったと言わなければならない」と主張した。

次に、②「逮捕に関する原告の認識」については、「自首時に原告は、すでに自己も強盗予備罪の被疑者であることを明確に認識し、それにより逮捕されることも了承していた。」と主張した。

さらに、③「警察官による原告に対するボール積載の指示」については、「ボールの積載は、原告がRら共犯者に怪しまれないために、原告の意思によりなされたものである」「ボール積載指示については、被告申請の各証人はいずれも否定するところであり、存在しない。(原文では改行) また、仮にボール積載に関し何らかの指示がなされていたとしても、前記の通り原告は捜査協力として共犯者と犯行使用予定車両にて被害者方へ移動することは了承していたのであるから、このような指示の有無が捜査協力の適法性の有無や、判断に原告の精神的苦痛の存否を左右するものではない。」と主張した。

被告は以上のように主張し、「本件捜査協力は、原告の承諾のもと、原告の安全も考慮して行われたものである」「そもそも本件捜査協力は、『警察の指示ないし強制』により行われたものではなく、原告の自発的意思によりなされたものである。」「そして、原告が自発的意思により捜査協力に応じたのは、警察に捜査協力する方法によって、本件強盗を阻止するほかに、本件犯行から離脱する方法がなかったことによるものである。」とし、「本件における犯罪予防の必要性」もあつたとした。また、「原告が主張するおとり捜査の違法性は、他の共犯者との間で問題となるにすぎ」ず、「本件捜査は、おとり捜査ではなく、『現場設定』という捜査手法である」(なお、被告によれば「現場設定」とは「犯行が生じること(おそれ)が明らかであるが、被疑者が不明・所在不明等である場合に、被害者や関係者にあえて被疑者の指示通りに行動してもらい、被疑者が臨場し犯行に着手したところを現認の上摘発する捜査手法」であるとされる)<sup>①</sup>とした。

### 3. 原判決の判断

原判決は次のように判示し、原告の主張を支持した。

まず、「本件捜査の違法性」（本件捜査協力の適法性）について、「…原告は、警察に本件強盗計画を申告し、自首したものであり、七月二十八日の本件強盗計画に係る強盗行為（予備行為を含む。）を行う意思はなかったものである。本件捜査協力の要請は、このように犯意を喪失していた原告に対し、本件強盗計画の計画どおり行うことを要請するものであり、原告が指摘するとおり、犯罪を作出する面があることは否定できない。（原文改行）そうすると、捜査に關しては、必要性のみならず、相当性が要求されるところ、このように自首してきた被疑者に、計画どおり犯罪行為の一部行うよう要請することは、警察の責務に照らし、許容される限度を超えるものといわざるを得ず、相当性を欠くものとして、違法というべきである」とした。他方、原判決は「なお、本件捜査が『おとり捜査』に当たるか（あるいは『現場設定』なのか）という点も争われているが、本件捜査の適否自体は、本来、他の共犯者との関係で問題となるものであること、また、上記のとおり、その呼称いかにかわらず、本件捜査協力を要請すること自体は、違法と判断されることから、この点の検討はしない」として、本件捜査が他の共犯者との関係で「おとり捜査」にあたるかについては明言しなかった。

次に、「報道発表の違法性」について、「警察による逮捕事実等の捜査情報に関する報道発表については、捜査とも密接に関連することから、警察の裁量事項であると解され、発表内容をどの程度具体的なものとするか（逆にいえば、概括的なものにとどめるか）」ということは、警察の裁量的判断に委ねられていると解される。もともと、被疑者や関係者の名誉を害することは許されないというべきであるから、誤った内容を報道発表することは、裁量権を逸脱するものとして、違法となる」「…本件は、共犯者間の役割分担が問題となっているのではなく、原告が本件捜査協力として行った行為、すなわち、およそ犯罪として成立する余地のない行為につき、これを犯罪行為として行ったと発表したものであり、…このようにおよそ犯罪行為とならない行為を犯罪行為として発表したものであるから、誤った内容

を発表したものととして、前記裁量権を逸脱し、違法であるといわざるを得ない」とした。

なお、原判決は④「捜査協力時の原告の意思（捜査協力時の指示及び同意の有無）」については、「原告が、当初から自首するつもりで佐賀警察署に出頭したとは認められない。」とし、⑤「逮捕に関する原告の認識」については、「原告は、本件捜査協力を行うという意味で警察に対する協力者であるが、他方で、警察の捜査対象である被疑者であるといういわば相矛盾するような立場にあったのであるから、逮捕の説明を受けても、それも捜査協力の一環であるという誤解が生じたとしても不思議ではなく、逮捕されるとの認識はなかった旨の原告の供述が、不自然であるとは断定できない」とし、⑥「警察官による原告に対するバール積載の指示」については「原告は、同行した警察官が、バールについて、証拠になるので載せておいてもらわないと困ると述べた旨供述するが、証人Xがこれを否定する供述をしていること、警察官とのやりとりに関する原告の供述は、全面的に曖昧な面があることから、この発言内容については、証人Xが自認している限度で認定した。」とした。

このように、原判決は本件捜査協力及び本件報道発表は違法であると認定し、原告の受けた精神的苦痛に対する慰謝料を認めた。

#### 4. 控訴理由

被告は「刑事訴訟法上の違法性の判断は示されていないこと」、「国家賠償法上の違法性の不存在」（被控訴人の権利利益侵害の不存在、控訴人の故意・過失の不存在）を理由として控訴を申し立てた。もともと、事実認定については特に控訴理由とはされておらず、もっぱら「本件捜査の違法性」が問題とされている。

控訴人は「原判決は前記の通り、単に『捜査の相当性を満たさない』とするのみで、本件捜査協力要請行為につき



任意捜査の限界について論ずることなく、違法と判示している。(原文改行) これは、後述の通り刑事訴訟法においてなされている任意捜査の限界についての議論を踏まえれば、あまりにも杜撰な法令解釈であるといわざるを得ない」と述べ、判例の論理を引きつつ「本件捜査においては」任意捜査とされている行為が、被処分者の重要な利益を侵害していないかどうかを検討されると同時に、任意捜査として見なされる場合であっても、必要性、緊急性、相当性の基準に照らして許容される任意捜査かどうかを検討されなければならない」として任意捜査の基準に照らして本件捜査の性質を理解しようとする。そこで問題とされているのは、本件捜査の「必要性」、「緊急性」、「相当性」である。

まず、本件捜査の「必要性」及び「緊急性」については、次のように主張された。

「他に考え得る捜査手法では、上記のとおり問題があり、本件捜査協力によって警察の責務を果たす上で最善と考えられたのである。あまつさえ、被控訴人が警察に通報したことが共犯者に知られないようにする必要がある、単に共犯者の身柄を確保すれば良いというものではなかった(必要性)」、「また、本件捜査は、強盗の具体的危険性と緊急性が認められる中で、共犯者らの素性が被控訴人にも明らかでなく、被控訴人の申告内容を裏付けながら、適宜、捜査方法を判断していかなければならない、困難性と緊急性をはらんでいた(緊急性)」。

次に、本件捜査の「相当性」については、次のように主張された。

「本件捜査協力は、強盗の実行行為から秘密裡に離脱し、警察に通報したことが共犯者に知られないようにして欲しいという、被控訴人の意思に沿ったものであり、現実には、被控訴人自身、釈放時まで謝意を示していたのであり、被控訴人に何ら負担を強いるものではない。(相当性)」、「本件捜査は、被控訴人の同意を得た上で行われたものであり、被控訴人に対する不当な利益侵害もなく、捜査を行うべき必要性、緊急性、相当性が認められ、任意捜査として許容されるものであった(相当性)」、「本件捜査協力は、被控訴人が、自らの車両に共犯者を同乗させ、強盗予備罪として

の一連の行為の中で、単に共犯者らを被害者宅の前まで移動させたにすぎず、被控訴人自身が新たな犯罪を作出したのではないことは明確であるとともに、被控訴人自身も犯罪行為を行ったものではなかった（相当性）、「『おとり捜査』でさえ、通常の捜査方法では当該犯罪の摘発が難しかったり、犯意を有していた者にその現実化、対外化の機会を与えたにすぎない場合など、一定の要件の下では、任意捜査として許容されているのであるから、本件捜査は、任意捜査の範囲を逸脱したものではなく、通常とりうる捜査手法といえる（相当性）」。

控訴人は以上のように説き、「仮に本件において、差し迫った犯罪に共犯者の特定や裏付け捜査等に時間を要し、手をこまねいて本件強盗が実現されてしまったり、若しくは本件強盗犯による強盗その他の犯罪が実現されてしまえば、それこそ警察の責務を果たし得ないものとなる。（原文改行）したがって、警察の責務に照らしても、このような捜査協力を被控訴人に求め、被控訴人の承諾のもと捜査を実施したことは適切であったものである」とした。

加えて、控訴人側（被告側）の意見書によれば次のように説かれている。

「近時の組織犯罪の実情に鑑みれば、本件捜査は共犯者である通報者（原告）の保護、及び捜査の端緒時における組織犯罪の実態と本件犯行に加わった共犯者を明らかにするためには、必要且つ相当なものであり、従って適法なものである。」「いわゆる『おとり捜査』以外にも、『わな』をはじめ、相手方の誘発する捜査手法は、従来から諸外国においても我が国でも行われているのであり、これらの手法を具体的、個別事例の実態を考慮せずに、一般原則で規律するのは、適切でも賢明でないことは、従来、わが国等の先例に照らしても明らかである」、「このような組織犯罪の共犯関係の実態を解明し、事案の真相を解明するには、場合によって『潜入捜査』『おとり捜査』『現場監視』等々の *sting operation* = トリック計画」という手法が用いられるようになって来ているのである」、「原告が離脱による圧力を暴力団から受けて、人生で大きな困難から原告を解放するためにも、本事案のような『トリック計画』

string operationを用いる必要は高かったのである。つまり、本件でのトリック計画という手法は、犯行の拡大防止、犯罪の防止、抑止、再犯防止をと<sup>マ</sup>して治安の確保を目指す警察として用いる『必要な捜査手法』であった。(原文改行) 本事実案のような暴力団幹部を首謀者とする、相互に面識のない者を集めて行う強盗という特徴を十分に考慮に入れずに下した原判決の余りにも抽象的で形式的な法律解釈は、本件のような組織犯罪の実情に対応できる捜査活動を不当にも不可能にする」。

## 【判決要旨】

福岡高判平成二十三年二月三日判タ一三七二号一〇一頁(以下、本判決という)は「当裁判所も、被控訴人の請求は原審が認容した限度で理由があり、その余は理由がないものと判断する」とし、「本件捜査の違法性」(本件捜査協力の適法性)について、以下のように判示した。

(1) 警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防及び鎮圧等に当たることをもってその責務とするところ(警察法二条一項)、警察官が、犯意を喪失して警察に犯罪計画を申告した者(以下、単に「協力者」ともいう。)に対して当該犯罪計画の実行又は続行を要請してこれに着手させることは、実質的に当該犯罪行為を教唆し犯罪を作出するものであるから、それが犯罪の予防及び鎮圧等にとって必要であり、かつ、ほかに採り得る方法がないという場合でない限り、警察官としての職務上の義務に反するものというべきである。

他方、協力者は、犯意を喪失して、犯罪を予防し鎮圧すべき警察に犯罪計画を申告しているのであるから、警察官

がそのような協力者に対して当該犯罪計画の実行又は続行を要請してこれに着手させることは、協力者の側から執拗にこれを申し出るなどしたために警察官においてやむを得ず行つたなどの特段の事情がない限り、犯意を喪失した協力者が犯罪をするように翻意させられないという利益を不当に損なうものといわなければならない。そして、上記警察法の趣旨及び刑罰法規が法益侵害の抑止を目的としていることなどに鑑みると、協力者の上記利益は、法的保護に値する人格的利益であると解するのが相当である。

したがって、警察官が、その職務上の義務に反し、協力者に対して当該犯罪計画の実行又は続行を要請してこれに着手させたときは、上記特段の事情がない限り、協力者の上記人格的利益を侵害するものとして国家賠償法上違法となるというべきである。

(2) これを本件についてみるに、被控訴人は、警察に本件強盗計画を申告し、自首したものであつて、7月28日の本件強盗計画に係る強盗行為(予備行為を含む。)を行う意思はなかった(犯意を喪失した)ものである。しかるに、本件の捜査官は、被控訴人に対して本件強盗計画の続行(本件捜査協力)を要請してこれに着手させたものである。そして、警察は、被控訴人からの事情聴取等により被害者宅を特定していたのであるから、被害者方を警備することなどにより七月二十八日の本件犯行を阻止することができた(控訴人は、本件捜査には緊急性があつた旨主張するが、この点からして失当である。)また、警察は、その後も、被害者宅の警備を継続しつつ、被控訴人を更に取り調べるなどして共犯者についての捜査を進めることで本件強盗計画に基づく犯行を抑止しつつ共犯者を検挙することができたものと考えられる。したがって、被控訴人に対して本件捜査協力を要請してこれに着手させることが犯罪の予防及び鎮圧等にとって必要であつたということとはできないから、本件の捜査官は、警察官としての職務上の義務に反したものであるというべきである。

そして、本件全証拠によっても、協力者である被控訴人の側から執拗に本件強盗計画の続行を申し出るなどしたために本件捜査官においてやむを得ず行つたなどの特段の事情を認めるに足りない。

以上によれば、本件の捜査官は、その職務上の義務に反して被控訴人の前記人格的利益を違法に侵害したものであるべきであり、被控訴人は、国家賠償法一条一項に基づき、本件の捜査官の上記行為によって被控訴人が被つた損害を賠償する責任を負うものである。

(3) これに対して、控訴人は、①被控訴人に対して本件捜査協力を要請してこれに着手させなければ共犯者全員を確保できないおそれが高かつた、そして、②これら共犯者は新たな犯行を計画する可能性があり、必ず本件の被害者宅を襲うとは限らないから、共犯者全員が確保されない限り、不特定多数の善良な一般市民が危険にさらされることとなつた旨主張する。しかし、本件全証拠によっても上記①の事実を認めるに足りない。また、上記②の主張については何らの具体的な裏付けもなく、到底採用することができない。

また、控訴人は、被控訴人が自ら本件捜査協力を申し出た旨主張する。しかし、…被控訴人が佐賀警察署に出頭するころまでには、本件捜査を実施して共犯者を特定するという方針が決定されていたものであり、本件全証拠によつても上記主張事実は認められない…。

さらに、控訴人は、被控訴人は本件強盗計画を警察に通報したことが共犯者に発覚することを恐れており、本件捜査協力は被控訴人の意思に沿うものである旨主張する。しかし、前判示のとおり被控訴人が逮捕するか釈放した上で整備することにより被控訴人の安全を確保しつつ、捜査を進めることもできたのであるから、上記主張は採用することができない。

(4) なお、控訴人は、本件の捜査官が被控訴人に対して本件捜査協力を要請したことが違法であるというために

は、少なくともそれが刑事訴訟法上の違法な捜査方法であることを要するなどと主張する。しかし、警察官が協力者に対して当該犯罪計画の実行又は続行を要請してこれに着手させることが違法となる根拠は、前判示のとおり、犯罪の予防及び鎮圧等に当たることをもってその責務とする警察が、実質的に犯罪行為を教唆し犯罪を作出するところ（刑罰法規が法益侵害の抑止を目的としているのに、捜査機関がその法益侵害を惹起、助長する活動を行うところ）にあるのであり、刑事訴訟法に違反するか否かを論じるまでもない。控訴人の上記主張はいずれも失当である。

## 【評釈】

### 1. 本判決の位置づけ

近年、「取調べ中心主義」<sup>②</sup>からの脱却という問題意識から、「新しい捜査手法」の導入が推進されており、供述以外に主眼をおいた捜査手法である通信傍受及び会話傍受、身分等秘匿捜査、DNA型データベースなどの制度のあり方が問題となっている。とくに、「捜査機関あるいはその協力者が、その身分や捜査の意図等を秘して捜査対象者あるいは関係者と接触し、証拠の収集等を行う捜査手法」である身分等秘匿捜査は、さまざまな課題を残しつつも、犯罪事実に関する「生」の言動等を直接把握できるという利点があることから、法制度としての導入が積極的に検討されている。<sup>③</sup> 本件は、原告がこの身分等秘匿捜査の一類型とされる「おとり捜査」に協力させられたと主張して国家賠償請求をした事案である。判例によれば、「おとり捜査」とは、「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙する」捜査手法とされる。<sup>④</sup>

国賠法一条一項の「違法」については、一般に、公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務（公権力の行使に当たって遵守すべき行為規範）に違背したとと解されており、また、公務員が行政法規に違反した行為をしたとしても、当該個人の法律上保護された利益を侵害していない限り、当該個人との関係で違法性は否定されているため、国家賠償を請求する者の主張する利益が法律上保護されるものであることが必要であるとされる<sup>6)</sup>。

原判決と本判決は、いずれも「本件捜査協力を要請してこれに着手させること」（以下、本件捜査協力の要請等という）を違法としているが、その論理は異なる。原判決は「犯意を喪失していた原告に対し、本件強盗計画の計画どおり行うことを要請するものであり：犯罪を作出する面があることは否定できない」と断りつつも、もっぱら捜査の「相当性」に着目し、「自首してきた被疑者に、計画どおり犯罪行為の一部行うよう要請することは、警察の責務に照らし、許容される限度を超えるものといわざるを得ず、相当性を欠くものとして、違法というべきである」とした。

それに対して、本判決は、本件捜査協力の要請等の違法性判断をより具体化し、①公務員の職務上の法的義務違背と②個人（原告）の法律上保護された利益について次のように判示した。

まず、①について、本判決は、警察法2条1項にいう「警察の責務」を援用し、「警察官が、犯意を喪失して警察に犯罪計画を申告した者：に対して当該犯罪計画の実行又は続行を要請してこれに着手させることは、実質的に当該犯罪行為を教唆し犯罪を作出するものであるから、それが犯罪の予防及び鎮圧等にとって必要であり、かつ、ほかに採り得る方法がないという場合でない限り、警察官としての職務上の義務に反する」とした<sup>7)</sup>。

また、②について、本判決は、犯意を喪失した協力者に対し、警察官が犯罪計画の実行又は続行を要請してこれに着手させることは、「協力者の側から執拗にこれを申し出るなどしたために警察官においてやむを得ず行ったなどの特段の事情」がない限り、「犯意を喪失した協力者が犯罪をするように翻意させられないという利益」を不当に損なうも



のであり、かつ、「上記警察法の趣旨及び刑罰法規が法益侵害の抑止を目的としていることなど」に鑑みると、その利益は「法的保護に値する人格的利益」であるとした。

そして、本判決は、上記①及び②を踏まえたうえで、「警察官が、その職務上の義務に反し、協力者に対して当該犯罪計画の実行又は続行を要請してこれに着手させたときは、上記特段の事情がない限り、協力者の上記人格的利益を侵害するものとして国家賠償法上違法となる」とし、本件捜査協力の要請等を違法と判断している。本判決は下級審の事例であるが、本件捜査協力の要請等を違法と判断した事例として貴重である<sup>(8)</sup>。

このような本判決の判断には、従来の刑事判例の理論的蓄積、すなわち「犯意誘発型」か「機会提供型」かという刑法における「おとり捜査」の違法性の判断枠組みの影響がみられる。もともと、本判決は、控訴人の主張に應えて、上記のとおり本件捜査協力の要請等が違法となるため、本件捜査が「刑事訴訟法に違反するか否かを論じるまでもない」ともしている。しかし、警察活動の法的根拠が警察法2条をはじめとした法規範にあり、その具体的要件が刑法に規定されていることに鑑みれば——刑法上の違法性と国賠法上の違法性との関係が別途問題となるもの——本判決が示した論理は刑法上の「おとり捜査」の違法性を考えるにあたっても参考になる<sup>(9)</sup>。確かに、「おとり捜査」については、これまで種々の議論が戦わされてきたが「従来の議論は、おとり捜査に関する、最も基本的な問題である、その違法性の実質を説明することに成功していないように思われるのである」と説かれていたところであり、近年では「犯意誘発型」の「おとり捜査」も許容しうるとの見解も示されている<sup>(10)</sup>。さらに、「おとり捜査」と「将来の犯罪に対する捜査」との関係が問題となっていることや、判例によれば「おとり捜査」は任意捜査であるとされている<sup>(13)</sup>ことも考慮すれば、本判決の検討はそれらの問題に関する示唆を得ることにもなる<sup>(12)</sup>。

以下では、本判決が、刑法における「おとり捜査」の違法性の判断枠組みの影響を受けていることから、従来の



「おとり捜査」に関する刑事判例及び裁判例の流れ等を整理したうえで、本判決の意義について検討していくことにする（なお、本判決においては「報道発表の違法性」も争点となっているが、さしあたり本稿では検討の対象から外す）。

## 2. 「おとり捜査」の刑事判例及び裁判例の動き<sup>(14)</sup>

### （1） 初期の事例

「おとり捜査」に関する我が国の戦後初期の事例は、「おとり捜査」が行われた場合、実体法上、その対象者は不可罰（手続法上、無罪）となるのか、それとも可罰的なのかについて判断が分かれていた。

不可罰の論理としては、大きく分けて、①国家が自ら犯罪を実行させたにもかかわらず、犯人を逮捕・処罰するのは、憲法に違反するとするもの、②捜査官により作出・監視された犯罪には抽象的危険がないとするものが見られた。

①に関して先鞭をつけたのは、周知のように、横浜地方裁判所の一連の判決である。<sup>(15)</sup>たとえば、横浜地判昭和二十六年六月十九日高刑集四卷一三号一九六四頁は、麻薬中毒患者を装う司法警察吏員が被告人Aに対して麻薬を売ってくれとの申込を受けて承諾し、相被告人Bのところに行つてBより麻薬を買ひ受けて自宅まで戻つたところ、警察吏員に現行犯逮捕された事案について、「このような捜査のやり方は：既に麻薬を不法に所持していた被告人Bの犯罪発見の方法として有効適切で、同人を処罰することに何人も異議はない」としつつ、被告人A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憲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」とした。そして、憲法前文及び一三条を援用しつつ「前記のような措置を正当と肯定することはこれらの憲法の条文に違背し、国家机关に国政の信託せられる趣旨を忘却するものであり、国民Aを個人として尊重せず、同人の自由及び幸福追求に対する権利を国政の上で軽んじるものとする外はない。被告人Aの行為を刑罰を以て処罰すべきものとする見解は叙上憲法の規定の趣旨に抵触するものである」とし、捜査対象者Aを処罰することはできないとした。この一連の横浜地裁判決では、明示的にアメリカの「わなの抗弁」が援用されており、上記の判示にその影響がみられることは明らかである<sup>16)</sup>。

この①の論理とは、別個に、又は並行して用いられたのは、上記②の捜査官により作出・監視された犯罪には抽象的危険がないとして無罪とする論理であった<sup>17)</sup>。たとえば、東京高判昭和二十七年七月二十九日高刑集五卷九号一五〇二頁は、捜査対象者は「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を演じたに過ぎ」ず、「麻薬所持の犯行に疑似する形骸はあるが、犯罪行為としての核心たる反社会的危険性が存在しない」ことを根拠に、麻薬所持罪は成立しないとした。

他方、「おとり捜査」が用いられた場合であっても実体法上可罰的とする論理としては、(a)「犯意誘発型」と「機会提供型」の区別を前提に、対象者は犯行当時すでに「犯意」を有していたこと（機会提供型であること）を理由に有罪としたもの、とりわけ対象者が「自由な意思決定」により犯罪を行ったために「機会提供型」であるとしたもの、(b)手続の違法と実体法の問題を区別して有罪としたもの、(c)「おとり捜査」は実体法上何ら影響を及ぼさないことを前提としつつも「おとり捜査」の存在を量刑事情としたものが見られた<sup>20)</sup>。そして、とりわけ(a)及び(b)の論理は、上記の横浜地裁が示した論理を牽制する働きを持ちえたといえよう。

たとえば、(a)についていえば、東京高判昭和二十六年十一月二十六日高刑集四卷一三三号一九三三頁（前掲・横浜地判昭和二十六年六月十九日の控訴審判決）は、(i)警察官吏のトリックは被告人に「本件麻薬を所持するに至る一

の機会を与えたものではあるが、これによって同被告人の右麻薬所持の犯意及び実行行為そのものに関する意思決定を左右したものとすることはできない」こと、(ii)「若し被告人Yにおいて右婦人警察吏員の申入れを拒絶しようとするれば自由にこれを拒絶することができて、これに対し何等障碍はなかったものと認められる」ことを理由に、本件は「機会提供型」であるために「おとり捜査」は違法でなく、被告人は有罪であるとした<sup>(21)</sup>。

また、(b)についていえば、たとえば、東京高判昭和二十六年十二月十一日高刑集四卷一四号二〇七四頁（横浜地判昭和二十六年七月十七日高刑集四卷一四号二〇八三頁の控訴審判決）は、「たとえその麻薬を所持するに至った原因動機に捜査係官の恣憑行為が行わっており、右捜査係官の行為が不法であってもそのために本件被告人の行為の違法性乃至責任性を阻却すべき何等の理由をも発見することはできない」とし、捜査の違法と実体の違法とは区別されるべきとして、被告人を有罪とした。

このような裁判例にみられるように、横浜地裁の一連の判決にみられた論理は、(a)対象者が「自由な意思決定」により犯罪を行ったために「機会提供型」である、あるいは(b)かりに「犯意誘発型」であっても手続法上の違法と実体法の問題とは区別されるべきであるという論理によって乗り越えられていくことになる。

なお、捜査官に協力して「おとり捜査」を行った捜査協力者については、自己の行為の違法性を認識せず、かつ認識しなかったことに過失はなかったとして無罪とした事例<sup>(22)</sup>、…麻薬の不法取扱いに関する犯罪の検挙に協力する目的のもとに名を麻薬の売買授受の斡旋に藉りて麻薬を所持する所為が、その違法性を欠き、麻薬の不法所持罪等の犯罪を構成するものでないことは、明らかである」として無罪とした事例<sup>(23)</sup>、麻薬取締法五三条及び刑法三五条の趣旨に鑑み、その行為が違法性阻却されるとして無罪とした事例<sup>(24)</sup>があり、はやくから無罪とする実務が定着していた。

## (2) 昭和二十八年決定以降

周知のように、最決昭和二十八年三月五日刑集七卷三号四八二頁（以下、単に昭和二十八年決定という）は、このような下級審裁判例の動向に一定の道筋をつけた。すなわち、「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五三条のごとき規定の有無にかかわらず教唆犯又は従犯として責を負うことのあるのは格別、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きないこと多言を要しない」としたからである。この判例の論理によれば、かりに「犯意誘発型」の「おとり捜査」が用いられた場合でも、その対象者は——そして誘惑者も——実体法上、犯罪が成立することは免れないとされた。

その後の判例及び裁判例においては、基本的には、従来の上記（a）又は／及び（b）の論理を踏襲しつつも、当然ながら、昭和二十八年決定の存在を背景として、明示的に捜査の違法性と実体法の問題を切り離す上記（b）の論理が強調された。もつとも、依然として「犯意誘発型」と「機会提供型」という区別を前提に、「おとり捜査」の違法性を判断する上記（a）の論理も展開された。<sup>(25)</sup> その理由としては、次のような考慮を指摘することができよう。すなわち、かりに実体と手續を切り離して「おとり捜査」の手續法上の違法性を考えとしても、捜査手法が直接的に刑罰法規に触れるという「おとり捜査」の性質上、捜査官又はその協力者の行為（おとり行為）は実体法上、犯罪となりうる。そうすると、捜査対象者が処罰される一方で、同じ「犯罪者」である捜査官又はその協力者が処罰されないという矛盾は依然として残る。そして、この矛盾は犯罪を抑止する捜査官が、警察法等の規範に反してみずから犯罪に手を染めながら、自らが教唆した対象者を処罰するという前記の横浜地裁判決の問題意識でもあった。こうして、

「犯意の誘発」の有無は、重要なメルクマールとして、以降の判例及び裁判例の中に生き続けることになった。

昭和五十年代以降の「おとり捜査」に関する判例は、任意捜査と強制捜査の区別に関する最高裁昭和五十一年決定や違法収集証拠排除に関する昭和五十三年決定を背景として、「犯意の誘発」の有無という事情を捜査の違法性を総合評価して判断する際の一資料とする事例や、弁護側から提起された違法収集証拠排除の主張と関連付けた事例が現れるようになった。

### (3) 平成八年決定及び平成十六年決定

昭和五十年代以降の下級審判例の流れに一定の警戒感を示したのが、最決平成八年十月十八日公判判例集未登載の次のような反対意見（裁判官大野正男、同尾崎行信）である。

「原判決は、Aの行為により被告人の犯意が誘発されていないことのほか、覚せい剤事犯の重大性や捜査の困難等を根拠に、仮におとり捜査があつたとしても違法ではないとしているが、原判決の説くところは、おとり捜査を正当化する要件として十分とはいえない。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つて、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。もし、そのような一般的必要性によりおとり捜査の適否を決するとすれば、重大な犯罪に関しては無制限におとり捜査を認めることにもなりかねず、憲法、刑事訴訟法の理念に反することとなるからである。」

このような判示は、ともすれば「総合評価」の名の下で、「おとり捜査」の必要性が強調されがちであつた昭和五十

年代以降の下級審における「おとり捜査」の違法性の判断方法に鑑みれば、貴重であろう。もっとも、その後も下級審においては「総合評価」による違法性判断が有力に展開されていたが、この流れを決定づけたのは、最決平成十六年七月十二日刑集五八巻五号三三三頁（以下、単に平成十六年決定という）であった。

周知のとおり、平成十六年決定は、「おとり捜査」の違法性について次のように判示したからである（丸文字は引用者）。

「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等により検挙するものであるが、少なくとも、①直接の、被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、②通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難な場合に、③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」<sup>(29)</sup>

この平成十六年決定の論理は、①～③の要件をもって、「おとり捜査」を任意捜査としており、「犯意の誘発」の有無は、捜査の適法性判断の一つの考慮要素となっている<sup>(30)</sup>。

さらに、近年の学説等では、平成十六年決定を前提とし、任意捜査の要件に照らして一元的理解を採る見解（以下、一元説ということがある）が有力となっている<sup>(32)</sup>。たとえば、「機会提供と犯意誘発の二種類があることを前提として、そのいずれに当るかを検討するという方法自体の妥当性について批判的に検討する必要があると思われる。このように考えると、二類型を所与の前提として当てはめを考える手法によるのではなく、むしろ、おとり捜査の違法性についても任意捜査の違法性判断一般と同様に事案に即して判断していけばよいように思われる。具体的には、おとり捜査特有の問題も考慮し、捜査の目的の正当性、必要性、対象犯罪の重大性、手段の相当性（対象犯罪による法益侵害

の程度と捜査による弊害の比較衡量)、補充性(他に適当な捜査手法のないこと)等の事情を総合して判断すればよいのではなからうか<sup>33)</sup>」というのがそれである。この見解によると、かりに「犯意誘発型」であつても、捜査の必要性、相当性等を総合評価して、「おとり捜査」を適法とする余地も生まれることになる。

しかし、これまでみてきたように、判例においては、形を変えつつも、未だ「犯意誘発型」と「機会提供型」という枠組みは捨て去られていない。学説においては、上記横浜地裁の一連の判決のように、「おとり捜査」が違法とされる根拠を、憲法を出発点として深化させることが必要であるとの指摘もなされている<sup>34)</sup>。

### 3. 本判決の意義

#### (1) 本件捜査協力要請等の違法性の根拠

本判決は、犯意を喪失した者に対し、犯罪の実行又は続行を働きかけることは、特段の事情のない限り「犯意を喪失した協力者が犯罪をするように翻意させられないという利益を不当に損なうもの」であり、この利益は「法的保護に値する人格的利益」であると判示した。この捜査官による「犯意の誘発」を認定とする根拠となつたのは、原告が犯罪を申告して、その後は仕事に従事していたにもかかわらず、警察官が原告を警察署まで呼び出し、本件捜査協力を要請等した事実である。

周知のように、学説においては「おとり捜査」を任意捜査として一応承認しつつ、その違法性の実質を憲法一三条に基づいた「個人の尊厳を原理とし、自律した人格の担い手として人が生き続けるうえで必要不可欠な権利・利益」<sup>35)</sup>すなわち「人格的自律権」に求める見解がある。その見解によれば、「犯意誘発型」と「機会提供型」という区別の重



要な点はあくまでも「第三者の人格的権利・利益が侵害されるような態様・内容をもったものかにある」とされ、許容される「おとり捜査」を「犯意継続型」のみに再構成することが説かれる<sup>(36)</sup>。

本判決は「人格的自律権」という言葉自体は使っていないものの、その趣旨に鑑みれば、本判決がいう「犯意を喪失した協力者が犯罪をするように翻意させられないという利益」ないし「法的保護に値する人格的利益」とは、憲法一三条に根拠をもつ「人格的自律権」と理解することが許されよう<sup>(37)</sup>。判例も憲法一三条は「国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定している」<sup>(38)</sup>として、「人格的利益」の存在を認めている。

しかし、この「人格的自律権」説には以前から次のような批判が寄せられていたところであつた。すなわち、「…意思決定に際して他の主体から影響を受けることは、私たちが日常的に経験するところであり、行政指導に見られるように、正当な理由が認められれば、国家が個人の意思決定に関与することは禁止されるわけではない。他方で、意思決定の自由の侵害が、人格的価値に対する制約にあたるとすれば、その重要性に鑑みて、いかなる必要性が認められようとも、その制約はおよそ許されないことにもなりそうである。しかしながら、これまで、判例・学説上、おとり捜査を適法に行い得る場合があるとされてきたことは、右の（人格的評価に関わる）領域における意思決定に、国家が関与することが全く許されないわけではないことを示しており、おとり捜査がいかなる意味で人格的自律権を制約するか、不分明な点があるように思われる」という批判がそれである<sup>(39)</sup>。

しかし、すでに指摘されているように<sup>(40)</sup>、「意思決定の自由の侵害」と「人格的自律権の侵害」とは同じものではない。論者が「事前の犯意がない者に対して犯意を誘発することは、意思の自由を奪うからというよりもむしろ人格的自律権を侵害するから違法となるのである」と述べていることから明らかなように、「人格的自律権」は「意思決定



の自由」よりも高次のものとして捉えられている。<sup>(4)</sup>

他方、「人格的自律権」説に対しては、国家が個人に犯罪を「教唆」する場合と、私人が私人に犯罪を教唆する場合とでは「人格的自律権の侵害に異なるところがない」という理解を前提に、「おとり捜査」の違法性の根拠としては採りえないという見解もみられる。<sup>(5)</sup>しかし、この見解も、その前提としての「人格的自律権」についての理解に難があるように思われる。すなわち、論者が「公権力から干渉をうけない権利（人格的自律権）」（圈点引用者）とわざわざ断っているように、「人格的自律権」とはあくまでも、国家から個人の権利・利益を侵害するものといえる。そして、国家が個人に対して犯罪を「教唆」することが、「人格的自律権」を侵害しうる根拠は、本来、犯罪を刑罰をもって非難すべき非行とみずから規定し、かつそれゆえ犯罪を防止すべき国家がみずから犯罪を創出することにある。本判決も、原告の「法的保護に値する人格的利益」を析出するにあたり、「警察法の趣旨」（警察法二条一項の趣旨）及び「刑法規が法益侵害の抑止を目的としていること」などを挙げている。

## （２）「人格的自律権」と「意思決定の自由」との関係

本判決は、本件捜査協力の要請等の侵害利益を「犯意を喪失した協力者が犯罪をするように翻意させられないという利益」としたが、ここではさらに「人格的自律権」と「意思決定の自由」との関係をさらに論及しなければならぬ。なぜなら、すでにみたように、学説の中にも両者を混同する傾向がみられ、また裁判例の中には、「犯意の不在」の事実それ自体を証拠に基づいて認定するのではなく、いわば「おとり捜査」により犯罪を実行した事実をもって「犯意」を認定し、「犯意誘発型」のおとり捜査ではないとして、当該「おとり捜査」を適法とする傾向が見受けら

れるからである（上記（a）参照）。

学説の中にはこれらの点を指摘し、判例のいう「犯意誘発型」の判断手法では、犯罪を実行したのは犯意があったからだという前提の下に犯意の認定が甘くなる可能性があることを指摘するものもある。<sup>43)</sup>

現に、被告側は原審において「原告が自発的意思により捜査協力に応じた」こと、「原告が本件捜査協力の要請に対し承諾していた」ことを、本件捜査の適法性の論拠としている。たしかに、本事例においては、捜査官により原告に対して本件捜査協力の要請が行われ、原告はこれを承諾している。したがって、本件においては、原告が捜査協力の要請に対して承諾していることをもって、本件捜査協力の要請等を適法とする方向性もありえたように思われる。

しかし、この点に関して、原判決は「本件捜査は任意捜査であって、原告の意思に反することはできず、原告の承諾があることはむしろ当然のことであるから、原告の承諾があるということから直ちに、本件捜査協力を要請することが正当化されるものではない」とした。本件捜査協力の要請等によって「意思決定の自由」が侵害されれば、それは「強制」であって任意捜査は当然違法となるが、「意思決定の自由」が侵害されないまでも「人格的自律権」が侵害されると本件捜査協力は違法となることを示したものであろう。従来刑事判例における緩やかな認定を掣肘するものとして注目される。本判決も、原判決の判断を是認している。

### （3） 本判決と比較衡量論との関係

すでにみたように、上記の平成十六年決定以降、学説では「おとり捜査」の許容性を任意捜査一般のそれと同じように考える一元説が有力化していた。現に、被告側は控訴理由において、任意捜査の基準を援用し、本件捜査には「必要性」、「緊急性」及び「相当性」があったと主張している。

しかし、本判決はそのような比較衡量論を採らず、「犯意誘発型」か「機会提供型」かというアプローチを採用した。ここでは、上記平成十六年決定の論理、すなわち、「少なくとも」と断りつつも、対象犯罪を「直接の、被害者がいない薬物犯罪等」に限定し、さらに「通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難な場合」という限定を加えたうえで、「機会提供型」のおとり捜査を許容した判断方法の影響がみられる。

学説においても、一元説的な論理に警戒感を示しながら、あくまで「おとり捜査」を例外的なものとし、「必要性」と捜査活動の態様を限定する見解も依然として有力なのである。

たとえば、「おとりを用いて相手を誘い寄せ、犯罪行為におとし入れるのであるから、公正さに欠けるとの批判を免れない。それ故、一般論としては、おとり捜査は必ずしも適切な捜査手法ではない。しかし、一方で、麻薬や覚せい剤に関する犯罪のように、社会に重大な害悪を及ぼす罪でありながら、捜査に多大の労苦を要する場合があるのも事実である。この種の犯罪はしばしば組織的かつ秘密裡に行われ、また、いわゆる被害者なき犯罪としての性格を有し、犯人の特定や犯行状況の解明に困難が大きい半面、不正の利益を求めて反復履行されやすく、その利欲的傾向を捉えておとり捜査が効果を挙げることになる。したがって、例外的にもせよおとり捜査の手法を認める必要は否定できないと思われる。（原文改行）その場合、捜査側の行動は、犯行への単純な機会提供の域に止まることが必要で、相手方に対する必要な働きかけや、過大な報酬の提示、威迫的な言辞の使用など、不当に犯意を誘発して犯罪に導くようなことがあってはならない。もしこのような捜査活動の結果として公訴が提起されたときは、裁判所はその違法の程度に応じ、公訴棄却、または証拠排除の措置をとるほかはない」という見解などがそれである。

「おとり捜査」は上記の平成十六年決定が示した要件のもとで、任意捜査と理解されてきたが、これを前提とすれば、本件捜査協力に関する本判決の論理は、捜査一般の許容性についても大きな示唆を与えるように思われる。たし

かに、一元説が示すように、個別具体的な事案に対する捜査の違法性判断においては、捜査の利益とそれによって侵害される利益等との比較衡量を避けることはできない。しかし、この捜査における利益衡量は、あくまでも憲法の枠内ないし警察の権限の枠内でのそれであり、それを踏み越えた利益衡量は許容されないのではないかという示唆がそれである。

従来、任意捜査の「相当性」については、「この『相当性』という道具は、結局捜査の適否の結論を言い換えているに過ぎないのではなからうか」<sup>(45)</sup>などとして、独立した要件としての地位を疑われていたように見受けられるが、上記のように考えると、この「相当性」要件は、捜査の超えてはならない大枠を画した概念とみることもできよう。その意味で、捜査の「相当性」要件は任意捜査だけではなく、強制捜査にも妥当する。<sup>(46)</sup> むろん、適正な強制捜査である限りにおいて、「相当性」が許容される部分も広がりと思われるが、やはり、「人格的自律権」を侵害するなど絶対に超えてはならない一線があると思われる。

周知のように、任意捜査と強制捜査の区別を「重要な権利・利益の質」によって判断する立場<sup>(47)</sup>においても、「問題となる権利・利益が、個人の人間としての存在にとって本質的なものであるなど、極めて重大なものであるときには、強制処分としてもそれを侵害することは許されないと考えるべきであろう」<sup>(48)</sup>と説かれている。

#### 4. おわりに

本判決は、本件捜査協力要請等の違法性の根拠を「刑罰法規が法益侵害の抑止を目的としているのに、捜査機関がその法益侵害を惹起、助長する活動を行うところ」に求めた。そして、本判決は、①本件捜査協力によって侵

害されるのは「犯意を喪失した協力者が犯罪をするように翻意させられないという利益」（人格的自律権）であること、②捜査協力の適法性判断にあたっては協力者の自由意思の存在を前提とした上で「犯意誘発」の可否を判断すべきこと（協力者の自由意思の存在をもって「犯意誘発」を否定してはならないこと）、③捜査における利益衡量には警察の責務という観点から超えてはならない一線があることを示した。このような本判決の論理には、「おとり捜査」に関する刑事判例の影響がみられる。かりに、本判決の論理が、捜査協力者だけでなく、捜査の対象者にも妥当するとすれば、今後、「おとり捜査」をはじめとした刑事法上の身分秘匿捜査等の違法性を判断する際にも参考となるだろう。

冒頭でも述べたように、近年、刑事法の領域では「犯意誘発型」のおとり捜査をも許容しようという動きも見られる。しかし、捜査手法には、警察の責務等の観点から、絶対に踏み越えてはならない一線があるように思われる（なお、原判決・本判決ともに、本件捜査が対象者との関係で「おとり捜査」とまでは判断していないものの、かりに「おとり捜査」にあたるとすれば、本件捜査協力はその「おとり行為」に関する判断ということになる）。本判決が示したのは、通常の捜査手法と、本件の捜査手法との質的な違いである<sup>⑤0</sup>。本件においても主張されたように、捜査関係者からは検挙の必要性が説かれるかもしれない。しかし、そのような「安全回復のための行動が、新たな安全侵害Ⅱ人権侵害を生んでよいとするのは明らかな背理<sup>⑤1</sup>」といえよう。とりわけ、身分秘匿捜査の場合、その捜査手法の実情が明らかにならないことも多い（むしろそれゆえに捜査手法としての意義がある）ことから、なおさら、捜査手法の適否の判断には慎重さが求められる<sup>⑤2</sup>。

今後、「新しい捜査手法」——その中には「おとり捜査」のような「将来の捜査」も含まれよう——も数多く登場することが予想されるが、それらの「新しい捜査手法」の適法性を検討する場合には、「人格的自律権」などの憲法的思考が不可欠となつてこよう。本判決は捜査において踏み越えてはならない一線があることを示すと同時に、それゆえ

捜査における利益衡量にも絶対的な制約があることを示唆した事例として貴重といえる。

(1) 被告によれば、「現場設定」は、「おとり捜査」と比べると、被疑者が既に（機会があれば犯罪を行う意思を超え）特定の被害者を対象とした具体的な犯罪を行う意思を有していること、それゆえ、捜査機関やその協力者の行為は、被疑者の犯意を誘発する働きかけとなるものではないことの二点において大きく異なり、通常の捜査手法（任意捜査）として当然に許容されるべきとされる。

(2) 三井誠「刑事訴訟の課題」井上正仁Ⅱ酒巻匡『刑事訴訟法の争点』（二〇一三年）二七頁。

(3) 白井智之「新たな捜査手法―検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続の新展開（上）』（二〇一七年）四七四頁以下。また、捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会「捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会最終報告」（二〇一二年二月）三一頁によれば、「仮装身分捜査は、捜査に非常に有効であると考えられる上、個人の意思の制圧や身体・財産等への制約が想定されず、人権と衝突する側面が比較的少ないと考えられる。我が国においても、最高裁判所の判例により、一定の条件の下でおとり捜査が認められているところ、その実効性が向上されるという観点からも検討することが望ましい」とされる。組織犯罪対策のための秘匿・仮装捜査を積極的に検討するものとして、警察政策研究センター「ハ警察政策フォーラムⅤ組織犯罪対策のための秘匿・仮装捜査を用いて行う警察活動について」警察学論集六七巻八号（二〇一五年）一頁以下、また同フォーラムの基調報告・講演の趣旨を参照。

(4) 最決平成十六年七月十二日刑集五八巻五号三三三頁。なお、松田岳士『刑事手続の基本問題』（二〇一〇年）

一五一頁以下によれば、「おとり捜査」の手続的問題性を検討するにあたっては、①「おとり行為」の捜査を規制する諸規範に照らしての許容性ないし適法・違法と、②「おとり行為」によって創出ないし作出された犯罪を「理由」として行われる刑事司法上の諸処分（逮捕、起訴、処罰など）の許容性ないし適法・違法の問題を区別することが重要であるとされ、後者の②の問題こそが「おとり捜査」に固有の問題であるとされる。このような問題関心からすれば、「おとり捜査」を定義するにあたっては、「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」という「おとり行為」に加えて、「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」というところまでが含まなければならないとされる（同二二二頁）。

（５） 最判昭和六十年十一月二十一日民集三九卷七号一五二頁、最大判平成十七年九月十四日民集五九卷七号二〇八七頁参照。

（６） 最判平成十八年六月二十三日判時一九四〇号一二二頁など参照。本判決登載の判タ一三七二号一〇一頁以下の「解説」も参照。

（７） 酒巻匡「おとり捜査」法教二六〇号（二〇〇二年）一〇四頁は、「おとり捜査」に関して、将来の犯罪発生が見込まれるのに、警察官がそれを予防・鎮圧せず、犯罪の実行を待つて検挙するという問題は、「犯罪対策に関する戦術的選択の当・不当の問題」であるため、「個別具体的状況の下で、犯罪予防活動ではなく犯罪発生を見込んだ捜査活動の方を選択すること自体に、原則として違法の問題は生じないと思われる」が、「その裁量的選択が不適切であった（過失があった）ために、警察官が犯罪予防・鎮圧に出なかった不作為に違法性が認められてこれに起因する損害について国家賠償の問題が生ずることは考えられるが、その場合でも、現に

選択された捜査活動の方が直ちに違法になるとは思われない」とする。もつとも、本件は「警察官が犯罪予防・鎮圧に出なかった不作為」ではなく、まさに「現に選択された捜査活動」の違法性が問題となっているケースであることに注意が必要である。

- (8) 本件に関連して、国家賠償請求訴訟において原告が「おとり捜査」の違法性を主張した事例として、札幌地判平成二十二年三月十九日判時二〇九五号八七頁、福井地判平成十一年三月二十四日判時一六九四号一二六頁がある。前者の評釈として、大江裕幸「判批」信州大学法学論集一八号(二〇一二年)一六七頁以下、丸橋昌太郎「判批」同二二号(二〇一三年)一六五頁以下。

- (9) 国賠法の違法性判断が、刑事手続の実務を大きく動かしてきたことは、多くの接見国賠訴訟の事例をみれば明らかであろう。

- (10) 佐藤隆之「おとり捜査の適法性とその限界(一)」法学七〇巻六号(二〇〇六年)五頁。

- (11) たとえば、丸橋昌太郎「秘匿・仮装を用いた警察活動の課題・おとり捜査を中心に」警察学論集六八巻八号(二〇一五年)二十頁以下、山本和昭「判批」専修ロージャーナル2号(二〇〇七年)九六頁以下など参照。

- (12) 酒巻・前掲註(7)一〇三頁以下、佐藤隆之「おとり捜査の適法性」法教二九六号(二〇〇五年)四〇頁以下、川出敏裕「組織犯罪と刑事手続」ジュリ一四八号(一九九九年)二四〇・二四一頁、松田・前掲註(4)二〇〇頁以下など参照。なお、三井誠『刑事手続法(1)新版』八九頁によれば「すでに発生した犯罪とは関係なく、Xを『わな』にかけ、犯行に及んだところを現行犯逮捕するという方法は、いわば将来発生するであろう犯罪を見込んでおこなわれる活動であり、現行法の容認するところではないのである」とされる。これに対する反論として、酒巻・前掲註(7)一〇三頁以下など参照。



(13) 前掲註(4)・最決平成十六年七月十二日。

(14) 松田・前掲註(4)一五八頁なども参照。

(15) 本文中の横浜地判昭和二十六年六月十九日のほか、同昭和二十六年七月十七日高刑集四卷一四号二〇八三頁、同昭和二十六年九月十九日裁判所時報八七号三頁、同昭和二十六年十月十一日高刑集五卷九号一五一九頁、同昭和二十六年十月十七日刑集八卷一十一号一七二二頁。

(16) 「わなの抗弁」については、団藤重光『「わな」(エントラップメント)の理論』刑法雑誌二卷三号(一九五一年)二六頁以下など参照。

(17) 併存して判示されたものとしては前掲の横浜地判の一連の判決参照。

(18) さらに「機会提供型」の事例を細かくみると、①直截に関連証拠によって対象者が「すでに犯意を有していた」ことを認定している事例と、②対象者が「自由な意思決定」で犯行を行ったために憲法の精神に反するものではない旨を判示した事例に分かれる。①については、東京高判昭和二十六年八月八日高刑集四卷九号一一一〇頁(おとり行為により「直接本件違反行為を誘発したものでなく既になされた犯行につき単に犯罪検挙の端緒となったに過ぎない」、東京高判昭和二十七年三月十八日高刑特二九号八七頁(被告人等が新たにその意思を生じて本件犯行を犯すに至ったものとは認められず、本件犯行は「捜査官憲の陥穽により発生したものではない」、大阪高判昭和二十七年三月二十五日刑集八卷八号一二四五頁(被告人は「本来麻薬譲渡の犯意があり」、たまたま相被告人の「本件譲受申入は本件犯行の機会となったものに過ぎず、その譲渡の犯意及び実行行為を左右したものではない」、大阪高判昭和二十七年六月三十日刑集四卷一三三五〇三頁(当初被告人は麻薬入手の世話を引受けた後、囹に面会してその決意を固めたことが認められ、何等犯意のなか

つた被告人が囹に初めて犯行を誘発せしめられたものであるということとはできない）参照。

(19) 本文中の東京高判昭和二十六年十二月十一日のほか、京都地判昭和二十六年十月一日刑集七卷三号四九八頁。

(20) 横浜地判昭和二十六年六月二十一日檢察研究所資料五四号一一六頁、名古屋高判昭和二十六年七月十七日檢察研究所資料五四号一一三頁、名古屋高判昭和二十八年六月二十四日高刑判決特報三三三三三三頁。

(21) 本文中の東京高判昭和二十六年十一月二十六日のほか、東京高判昭和二十六年九月二十六日高刑集四卷一三号一八〇七頁。また、東京高判昭和二十七年七月三十一日判タ二三号五八頁は、問題となった犯罪が対象者（被告人）の「自発的意思」に原因があるとしており、この類型に入れてよいだろう。

(22) 神戸地判昭和二十六年十月十九日檢察研究所資料五四号「おとり捜査について」（一九五二年）一〇九頁（以下、単に『資料五四号』という）。被告人が捜査官に恩義を感じて、捜査官の手柄になるのならと思ひ、捜査に協力した事案。

(23) 福岡地判昭和二十六年四月九日『資料五四号』一一二頁。占領軍の捜査官憲が麻薬事犯を検挙しようとした事案。

(24) 大阪地判昭和二十六年四月二十三日『資料五四号』一一〇頁。NはC・I・D（犯罪捜査分遣隊）の通訳であり、上級係官より麻薬事犯検挙を命ぜられ、同人は之をKを通じMに依頼し、Mは更に之を被告人Tに依頼し、その目標犯人たる台湾人Yを検挙しようとしたが、Yを取り逃がし、被告人のみが捕まった事案。

(25) 福岡地裁小倉支判昭和四十六年五月一日判タ二六四号三四九頁、東京高判昭和五十四年十一月八日東高時報三〇卷一一号一六一頁、東京高判昭和五十七年十月十五日判時一〇九五号一五五頁など。

(26) 東京高判昭和六十年十月十八日刑裁月報一七卷一〇号九二七頁など。また、前掲註（4）・最決平成十六年七

- 月一二日の控訴審判決である、大阪高判平成十五年七月七日刑集五八卷五号三五頁も参照。
- (27) 横浜地判昭和六十二年四月二十七日判タ六四〇号二三二頁、東京高判昭和六十二年十二月十六日判タ六六七号二六九頁など。
- (28) LEX / DB 2808013。評釈として、指宿信「判批」法セミ五〇九号（一九九七年）八二頁以下など参照。
- (29) 最決平成十六年七月十二日刑集五八卷五号三三五頁。
- (30) 大澤裕「おとり捜査の許容性」平成十六年度重判解・ジュリ一二九一号（二〇〇五年）一九〇頁以下も参照。
- (31) 最決昭和五十一年三月十六日刑集三〇卷二号一八七頁参照。
- (32) 酒巻・前掲註（7）一〇二頁以下、佐藤・前掲註（12）三七頁以下など。
- (33) 和田雅樹「おとり捜査―検察の立場から」三井誠他編『新刑事手続Ⅰ』（二〇〇二年）一八一頁。
- (34) 福井厚『刑事訴訟法講義第4版』（二〇〇九年）九〇頁以下。
- (35) 三井誠『刑事手続法（1）新版』（一九九七年）八九頁、田口守一『刑事訴訟法第五版』（二〇〇九年）四五頁。
- (36) 三井・前掲註（35）九二頁。なお、三井によれば、「犯意継続型」の場合でも「執拗な働きかけ」、「強制に近い誘惑」、「欺罔手段の行使」などがあればなお人格的自律権侵害が問題とされる余地は残るとされる。
- (37) 三井・前掲註（35）八九頁も、「国家によって国民が『わな』にかけられることは、それがどのような態様であれ、かけられた者にとって人格的な権利・利益と無縁ではありえないといえる」などとして、「人格的な権利・利益」という言葉も用いている。
- (38) 最大判昭和四十四年十二月二十四日刑集二三卷二二号一六一五頁。
- (39) 佐藤・前掲註（10）四・五頁。

- (40) 松田・前掲註(4) 一九五頁以下。
- (41) 三井・前掲註(35) 九一頁。
- (42) 白取祐司『刑事訴訟法第六版』(二〇一〇年) 一二〇頁など参照。
- (43) 川崎英明「おとり捜査の規制―違法の判断基準を中心に―」島大法学三〇巻一号(一九八六年)七三頁。横濱地判昭和二十六年十月十一日高刑集五卷九号一五一九頁も「…被告人が自由に申入れを拒絶して犯行を避けることができた筈であるということは被告人に帰責条件の欠缺がないことを意味するに止ま(る)…。被告人に意思の自由がなければこの故を以て当然に犯罪は不成立なのである。」と指摘する。
- (44) 松尾浩也『刑事訴訟法(上) 新版』(一九九九年) 一二七・一二八頁。
- (45) 酒巻・前掲註(7) 一〇七頁。
- (46) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改訂版)』(一九九二年) 六二頁以下は、強制捜査一般に通じる条件の一つとして、捜査の一般的な「必要性」と「相当性」があり、「犯意誘発型」の「おとり捜査」は「捜査上の信義則」に照らして許されないとする。
- (47) 井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」同『強制捜査と任意捜査』(二〇〇六年) 一〇頁以下など参照。また、同一一頁の註15) もあわせて参照。
- (48) 井上・前掲註(47) 一〇・一一頁。
- (49) 強制捜査の場合は、令状発付主体としての裁判所の責務もあわせて問われることになろう。
- (50) 学説の中には、「捜査機関による働きかけがなければ当該犯行はなかった」という条件関係を否定することができない以上、犯罪は常に国家によって創出されているとみることができるとして、「犯意誘発型」と「機会

提供型」の区別を相対化しようとする主張もみられる（佐藤・前掲註（10）三頁）が、むしろ、だからこそ原則として「おとり捜査」は許されないとみるべきであろう。

(51) 横山晃一郎『誤判の構造』（一九八五年）五二頁。なお、同『憲法と刑事訴訟法の交錯』（一九七七年）八一頁以下なども参照。

(52) このような点を考慮して、従来、裁判官の立場から「おとり捜査」の積極的な活用に対して慎重な意見が聞かれた。たとえば、河合健司「おとり捜査―裁判の立場から」三井誠編『新刑事手続Ⅰ』（二〇〇二年）一九一頁によれば、「対象犯罪に関する、和田論文は、薬物犯罪、銃器犯罪以外の領域においても積極的におとり捜査を活用することについて真剣に検討していく必要があると提案しているが、おとり捜査の実態が必ずしも明らかになっておらず、おとり捜査に対して抱く国民一般の意識もはっきりしていない現状を踏まえ、この点については、なお慎重な検討が必要であろう」と説かれる。

