

学位論文題名

おとり捜査の研究

－ドイツ法理論の発展を手掛かりにして－

学位論文内容の要旨

世界的な動向として組織犯罪に対する対策強化が叫ばれ、これを促進する様々な条約が締結されている。組織犯罪の撲滅・克服という国家的命題を担っているという点では、わが国も例外ではない。このような状況の中、警察庁は今後おとり捜査を含む実効的な捜査手法の積極的活用を検討しているが、その前提として解決しておかなければならないいくつかの課題が存在する。本稿は、かような今日的状況のもとで、「おとり捜査」の捜査法における役割と限界、違法性の判断基準と違法の効果について、ドイツ法の知見を参考にしながら検討を加えるものである。

従来より、おとり捜査の違法性判断の基準に関しては、わが国でも様々な議論がなされ、また、法律効果についても議論が行われてきた。もちろん、本稿もこれらの議論について再検討を行う。しかしながら、近年では、通信傍受法の立法に際して、将来の犯罪に対する捜査の許否が問題とされるようになってきた。これは、その成功によって犯罪が作出されることになるおとり捜査においても、共通した問題である。そこで、本稿ではまず、最初に、おとり捜査が刑事訴訟法上の捜査といえるのかについて検討を加え、その後、おとり捜査の違法性判断基準の構築、違法とされるおとり捜査の法律効果について自説を述べる。全体の構成としては、1. 伝統的な捜査概念を維持した場合のおとり捜査の位置付け、2. 違法性論の検討、3. 上記2を前提とする違法性判断基準の構築、4. 上記2を前提とする法律効果の検討の順で考察が加えられる。

1. 司法警察活動とは、すでに発生した犯罪に対して訴追目的で行われる捜査活動である。これは、伝統的な捜査概念に基づく定義である。このような伝統的区分論において、おとり捜査を捜査として位置付けることができるのか、このことが本稿が取り組んだ最初の問題である。伝統的区分論を形式的に捉えれば、確かに、被作出犯罪との関係では、おとり捜査を捜査として位置付けることは困難である。しかし、伝統的区分論の本質、すなわち実質的理由を検討することにより、おとり捜査を捜査として位置付けることは可能である。本稿は、すでに被作出犯罪の挙行に向けた外部的行為が現れている状態であれば、当該犯罪を対象におとり捜査を行うことは許されるものであることを明らかにする。

2. おとり捜査の違法性判断基準構築、あるいは法律効果の検討に際して、まず最初に検討すべきことは、おとり捜査の違法性の実質である。本稿は、二元的違法論を基礎付け、「人格的自律権侵害」および「国家行為の不当性」の両面に、おとり捜査を違法とする基

礎があると考え。近年では、後者の側面が重視され、人格的自律論は支持を失いつつある状況にある。しかし、ドイツ基本法1条1項が規定する「人間の尊厳の尊重」には、国家は個人を客体として取り扱ってはならないという客体定理も含まれる。したがって、犯意や嫌疑といった犯罪的兆候の全くない人物に対して、実験的に犯罪行為の実行を働きかける行為は、この点から許されないということになる。わが国での理論化を考える場合も、基本法1条1項の「人間の尊厳の尊重」と、日本国憲法13条の「個人の尊厳の尊重」の立法の背景に着目すれば、客体定理を根拠付けることは可能だといえる。したがって、おとり捜査においては、国家行為の不当性のみならず、人格的自律権侵害も問題とされなければならない。

3. 二元的違法論を前提とすれば、ここから2つの判断基準が導かれることとなる。まず、人格的自律論から、主観的基準が導かれなければならない。ここでは、対象者の内面（主観面）が主となり、国家の関与（客観面）は従となる。従来の「人格的自律論——折衷説」においては、仮に、対象者が犯意を有していなかったとしても、国家の関与が非常に弱かったとすれば、当該おとり捜査が適法とされる余地を残す。しかし、実効的な判断を担保するためには、「主観面から認定される違法性の客観面における希釈化」が、可能とされてはならない。したがって、対象者が犯意を有していない場合、そのことのみから違法なおとり捜査と判断しなければならない。

次に、国家行為相当性論に基づく客観的基準である。目下、このような基準を主張する学説は、わが国において支配的となっており、判例においても同様の基準を読みとることができる。しかし、主観面と客観面を十分に分離させ、客観面を主とし、主観面を従とした判断基準が構築されなければならない。なぜならば、ここでも、客観面から認定される違法性が、主観面における事情によって希釈化されることが懸念されるためである。

そこで、本稿では、二元的違法論に基づき二元的判断基準を構築し、これらを別個の基準としてパラレルに存在させることで、おとり捜査を二元的に規制することが必要であることを明らかにする。

4. 違法なおとり捜査の存在が認められる場合に、どのような処理方法が適切かという点に関しては、これまで公訴棄却説と免訴説が広く支持を集めている。本稿もこの点に異論を唱えているわけではない。ただ、本稿は、違法なおとり捜査の法律効果についても、二元的違法論を出発点とするため、これまでの議論とは多少異なる結論が導かれることとなる。すなわち、国家行為相当性論において違法とされるおとり捜査の場合、国家刑罰権の獲得方法が問題となり、したがって、その発動が回避されるべきであると考えられる。この場合、不当な国家刑罰権の発動の回避という性格を有する免訴によって、手続を打ち切ることが望ましい。他方、国家刑罰権の獲得の過程を問題としない、人格的自律論において違法となるおとり捜査の場合には、非典型的訴訟障碍事由とみなし、刑訴法338条4号による公訴棄却による処理が望ましいと考える。

以上のように、本稿は、おとり捜査が捜査として位置付けられるのか、という最近の問題意識に答えるとともに、従来の議論についても再検討を行った。特に、従来の論点の検討にあたっては、問題を違法性論にまで遡らせ、二元的違法論を根拠付けた点で、判断基準および法律効果に関する新しい理論を示すことができた。

学位論文審査の要旨

主 査 教 授 白 取 祐 司

副 査 教 授 中 山 博 之

副 査 教 授 小 名 木 明 宏

学 位 論 文 題 名

おとり捜査の研究

— ドイツ法理論の発展を手掛かりにして —

本論文は、いわゆる「おとり捜査」について、その捜査としての法的位置づけ、違法性の根拠、違法性判断の基準、法的効果を、ドイツの判例・学説などを参考にしながら、検討を加え、具体的提言を行うものである。論文は、序章を加え全7章からなる。その概要は以下のとおりである。

序章では、著者の問題意識、近時の各種組織犯罪対策とおとり捜査の関係、本研究の射程範囲などが明示される。

第1章では、おとり捜査が、その性格上「犯罪」発生以前から開始されることから、伝統的犯罪概念から説明がつくのか、大陸法的な司法警察・行政警察区分論と調和しうるのかという問題について、これを「捜査の準備活動」あるいは過去犯罪との関係で捜査と位置づける従前の見解のいずれにも理論的難点があるとし、伝統的犯罪概念を採用するドイツの議論を参考にしつつ、将来犯罪の捜査にならないための要件として、「犯罪実行の着手のための準備行為が外部的行為として現れている状態」であることを要求する。

第2章では、ドイツで立法化された潜入捜査官、連絡員など、おとり捜査に類似する捜査手法を取り上げ、おとり捜査の外延を画定するとともに、その特質を明らかにする。

第3章は、おとり捜査に関するドイツ判例の変遷をたどる。そこでは、当初、違法性判断について「犯意の具体化理論」がとられ、おとりの活動が既存の犯意の具体化に向けられたものであるときは適法とされた。その後、1981年判決を機に「重大な影響基準」が採られるようになる。この基準は、おとり捜査の違法の根拠を法治国家原則から導かれる矛盾した国家活動への非難に求め、おとりの働き掛けの強弱、影響の度合いなど客観的側面を重視するものである。捜査開始の基準について判例は、「嫌疑の要件」を中心とした基準から、嫌疑と働き掛けの「総合作用」をみる基準へ動いていることが確認された。

第4章では、ドイツの学説を、おとり捜査の法律効果に着目して6類型に分類し、検討を加える。この6類型を大別すると、実体的処理方法と手続的処理方法とに分けることができ、前者はさらに、①刑罰阻却事由の承認と②量刑的解決、後者は、③証拠禁止と④訴訟障碍、すなわち④-1 刑事訴追権失効論、④-2 刑事訴訟目的喪失論、④-3 憲法的訴訟障碍論に区部できる。そしてこれらの学説を、判例の検討を踏まえ、違法性の実質論、違法・適法の判断方法に着目しながら検討し、次のような帰結を得た。すなわち、許されざる犯罪誘発行為は、人格的自律権侵害（主観）と法治国家原則違反（客観）の両面から二元

的に違法性が根拠づけられ、ここから2つの違法性判断基準が導かれる。

第5章では、わが国における判例、学説をていねいに整理・分析する。まず判例であるが、昭和20年代に違法なおとり捜査を理由に無罪を言い渡した下級審判例がだされた後、主観面を重視し、犯意誘発型・機会提供型の二分説を採用する最高裁判例がいくつか続き、その後は、行為者の犯意の有無だけでなく働き掛けの相当性などの客観面を重視する判例へと変化してきた。2004年、最高裁は、正面からおとり捜査の適否を取り上げ、補充性などの要件をあげながら、機会提供型のおとり捜査を適法としたが、事案の解決において捜査官の働き掛けを考慮したものであった。学説上、おとり捜査が違法である根拠について、国家行為相当性論にたち、違法性判断についても客観説をとるのが通説であるが、人格的自立論に立脚する論者は、自律権、人格利益を侵害するような捜査方法がとられたか否かを違法性のメルクマールと考える。法律効果については、訴訟障害事由を認めて手続を打ち切るべきだとする通説（公訴棄却説・免訴説）のほか、証拠排除説、無罪説が主張されているが、後2者については十分な論証がなされているか、疑問があるとされる。

第6章では、以上を踏まえたうえで、本論文の結論として、(a)おとり捜査の法的性格論、(b)違法性の根拠について二元論、(c)二元的判断基準、(d)手続打ち切り（公訴棄却）論を展開する。すなわち、(a)については、おとり捜査に初期段階の嫌疑＝犯罪実行のための準備行為を要求することで伝統的捜査概念との調和を図り、(b)については、人格的自律権をドイツ法を参考に再評価し、同時に国家行為相当性論の意義を確認することで、二元的違法論を唱え、(c)について、この違法二元論からそれぞれ違法判断の基準、人格的自律権から主観的基準、国家行為相当性論から客観的基準をそれぞれ抽出し、おとり捜査が適法であるためにはそのいずれもクリアすることを要求する。(d)では、反法治国家的な違法があった以上、不処罰処理が妥当すること、さらに不処罰的处理の中では不当な応訴強制からの早期解放という点で、公訴棄却による処理が妥当であるとする。

本論文に対する評価であるが、何よりもまず、法の明文もなく適法性の限界・基準に今日なお争いのある「おとり捜査」を取り上げ、比較法的考察を踏まえた周密で本格的な検討を行い、問題点の解明と具体的な提言を行った点は高く評価される。その結論も、客観説と主観説を、違法性の根拠にさかのぼった考察の上で止揚する説得的なものであり、組織的犯罪対策の名のもとに行きすぎが懸念される立法および捜査実務にも歯止めをかけようという著者の意図は成功していると言える。比較法研究の論文としてみても、近時ドイツのおとり捜査の議論を紹介する論文は散見されるが、本論文は、おとり捜査をめぐるドイツの判例・学説を徹底的に渉猟したうえで、理論的な整理と分析が加えられており、さらに近時のドイツにおけるおとり捜査類似の各種捜査方法に関する立法との比較も行うなど、おとり捜査という古くて新しい問題について、その全体像を骨太に提示した優れた比較法の論文と評価できる。しかし他面において、わが国のおとり捜査理論に多大な影響を与えたアメリカ法についての言及がないこと、おとり捜査が「犯罪」発生前の捜査として正統性をもちうるかの論証になお異論の余地が残ることなど、問題点も指摘された。しかし、2004年に重要な最高裁判例がだされ、学説・実務界の強い関心を集めながら、これまで何故か本格的な研究が乏しかった「おとり捜査」について、従来の伝統的理解を問い直し、違法とされる根拠と基準につき説得的な提言をした本論文の意義からみて、これらの瑕瑾はむしろ今後の課題とみるべきであり、本論文の価値を貶めるものとはいえないであろう。

以上の次第で、本論文は、審査委員全員一致をもって博士（法学）の学位授与に値するとの結論を得た。