

## 判 例 研 究

### いわゆるおとり捜査に準ずるものとして、 搜索差押許可請求が却下された事例

(福岡地裁小倉支部昭和46年(む3)第122号, 123号, 124号, 125号, )  
(窃盗被疑事件, 同46年5月1日命令, 判タ264号349頁以下)

鈴 木 教 司

事実および判旨については、命令書をそのまま引用しよう

## 主 文

本件請求はいずれもこれを却下する。

## 理 由

1 本件搜索差押許可請求の要旨は、被疑者は別紙一記載の如き犯罪事実を犯した疑いがありその捜査について必要であるので、同二記載の物件を差押えるため、同三記載の各個所を搜索し又は検証することの許可を求めるというにある。

2 よって一件記録を検討するに、本件の場合、昭和44年、同45年の2年間に亘って、北九州市小倉区浅野町2番地所在の小倉郵便局取扱いの郵便物の不着事故がその取扱い量に比較して計155件と高率を示し、その内容も現金封入ないしこれに類似した郵便物の事故が多かったことから同郵便局の職員中に容疑者がいることが疑われ、熊本郵政監察局福岡支局において右事件の捜査を開始したこと、捜査官たる郵政監察官は試験郵便なる名目の下に日常一般の郵便物中に小倉郵便局区内の居住者の中から了解を得た特定の住民を対象として名宛人とし、郵政監察官又はその家族に了解を得た上で差出人を選定し、従来の不着郵便物に外形を類似させるため便箋のほか現金500円ないし2,000円を封入した試験郵便物合計361通を普通

速達通常郵便物中に混入して昭和46年4月9日から同年5月1日まで19回に亘って配達を実施したこと、右配達実施分について配達終了後各名宛人について配達の有無を確認したところ、そのうち別紙1記載の合計6通の郵便物が不着となり、かつ同局に持戻された形跡もないところから盗難にかかったものと認められたこと、被疑者は郵政事務官として右不着郵便物の配達作業日のすべてに作業の応援を行っていたことから同監察局は被疑者の右窃盗容疑が濃厚であるとし、右6件を窃盗事件として立件し、被疑者について前記の如き搜索差押の許可を求めてきたことが認められる。

3 右事実によれば、本件はすべて郵政監察官の作成した試験郵便物の窃盗にかかわる事案であってそれ以前の不着事故とかかわりのある事案とは認められない。そこで本件について考察するに、もともと、司法警察職員は犯罪を予防し鎮圧する責務を有するものであるから、たとい犯罪捜査のためとはいえ意識的に新たに他人に対し犯罪を誘発しやすい状況を設定して提供することは相当でないと思料されるし、父予期したとおり犯罪が発生した場合に更にこれを捜査するために右状況の被提供者に対し身体若しくは住居等の搜索或いは差押等の強制捜査を行なうことは、当該犯罪が重大である等の理由から特に必要が認められる場合以外は極力さけることが訴訟法上の信義則に合致するものと思料する。即ち、刑事訴訟法第1条は同法の目的の一つを公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とに置き、これを受けて同規則第1条は訴訟上の権利は誠実にこれを行行使し濫用してはならないと規定しているが、本件のような捜査方法は公共の福祉の名のもとに個人の基本的人権を侵害する虞れが多いと考えられるし、訴訟上の権利の誠実な行使の理念にももとより、国家とこれを構成する個人との間の信義則を破るものともなりかねない不適法な捜査と解するのが相当である。本件は既に行なわれた犯罪を犯人自ら暴露させるような方法で用いられる形式の捜査とは本質的に異なるものがあり、これがいわゆるおとり捜査になるか否かはともかくとしてこれに準ずるものとして理解するのが相当であり、従って、いわゆるおとり捜査の方法により犯罪を実行し、その実行を証明された者が犯罪構成要件該当性又は責任性若しくは違法性を

いわゆるおとり捜査に準ずるものとして、搜索差押許可請求が却下された事例 25

阻却されず、公訴を提起された場合に右捜査手続きの違法性のみをもってしては有罪の判決を受けることを免れないことは明らかである（最高裁判所昭和28年 3月5日決定、最高裁判所刑事判例集7巻3号481頁）としても、前記のような捜査に続く強制捜査自体を適法なものとして容認することは社会通念上相当でなく、結局本件請求は他にこれを認めるに足る特別の事情もないから同法第1条に照らし不適法なものとして認定する。

4 以上の次第により、本件搜索差押許可請求は不適法であるのでこれを却下することとし、主文のとおり命令する。（石井恒）

<別紙 1>

犯 罪 事 実

被疑者は北九州市小倉区浅野町2番地所在の小倉郵便局に郵政事務官として勤務し、郵便物の配達作業等に従事したものであるが、昭和46年4月9日午後4時ごろ同局集配課事務室において普通速達通常郵便物の道順の組立作業に従事中、同局長板倉静雄の管理にかかる

差出人 東京都渋谷区2-0-0

受取人 北九州市小倉区足原1丁目0-0

あての普通速達通常郵便物（在中現金800円）1通を窃取したのをはじめ、昭和46年4月29日までの間に前記の手段方法により前後4回にわたり、別紙犯罪1覧表のとおり配達にかかる普通速達通常郵便物 合計6通（在中現金6,700円）を窃取したものである。

<別紙 2>

被害郵便 6通（在中現金6,700円）<中略>

<別紙 3>

1. 北九州市小倉区浅野町2番地 小倉郵便局〇〇課に配置されている同課員甲使用の被服箱および机

2. 北九州市小倉区〇〇町〇の〇の〇〇甲方居宅および附属建物

3. 右同所甲の着衣および所持品

4. 右甲使用の軽4輪乗用車<車両番号略>

## （研究）

## Ⅰ．意　義

本決定（命令）は従来の判例の立場を前進させる意義を有すると考えられる。

通常、おとり捜査とは、捜査機関がおとりとなって、あるいは、捜査機関に頼まれた私人がおとりとなって、犯人をおびき出す方法であると定義される。捜査機関あるいは捜査機関に頼まれた私人が犯罪を教唆し、被教唆者の犯罪の実行をまって直ちにこれを逮捕あるいは証拠を押収する方法については、周知のように、大陸法系の刑法理論においては、いわゆるアジャン・プロヴォカトゥールとして論じられている。この場合、被教唆者の刑事責任は当然に存在するものと考えられている。

しかし、おとりの刑事責任が問題とされる以上、おとりを使った捜査方法自体の違法性も問題とされざるをえない。そこで、もしおとり捜査が違法であるとするならば、おとり捜査の対象となった者の刑事責任の存否もしくはこれに対する訴訟手続にいかなる影響を与えるかが問題とされるに至った。アメリカにおいて19世紀の70年代以降判例にあらわれてきた「わなの理論」がこれである。すなわち、おとりの示唆によりはじめて犯意を生じこの結果犯罪を実行した者は「わなの抗弁」を主張して有罪判決を免れるが、はじめから犯意が存在しており、おとりの示唆は犯罪実行の機会を与えたにすぎない場合は、この抗弁をなしえない。わなの抗弁の認められる犯罪は、麻薬・酒類等の取締法違反事件が多かった（（田中政義「民理論の展望」5巻3号・4号参照）（一）（二完）法曹時報）。

麻薬取締についておとり捜査が半ば公然とおこなわれるようになったのは、わが国においては、第二次大戦後のことである。大戦後の物質的・精神的荒廃や、あらゆる面におけるアメリカの圧倒的影響によると思われる麻薬事犯の激増に対処するためであった。捜査の困難性の要求とともに、麻薬取締法53条（現58条）がおとり捜査を容認するかのような文言をもつ規定であったことも原因と考えられる。そこで、麻薬事犯の取締におい

いわゆるおとり捜査に準ずるものとして、搜索差押許可請求が却下された事例 27

でおこなわれるおとり捜査が憲法前文もしくは憲法3章のいずれかの条項、または、刑訴訟1条に違反するのではないかが問題となった。昭和26年横浜地裁において下された一連の無罪判決がきっかけとなって、その後昭和32年頃まで、学界・実務界においておとり捜査の合憲性・違法性が激しく論議された。このような論議がおこなわれるなかで、最高裁がはじめておとり捜査についての見解を明らかにしたのが、昭和28年3月5日の決定である。この決定が従来判例の矛盾を統一し、現在までリーディングケースとして機能してきた。

## Ⅱ．判例の動向

### (1) 違法説

おとり捜査の論議の出発点となった横浜地裁の一連の判決がある(横浜地裁昭和26.6.19裁時87巻3号、同昭26.7.17, 昭28.10.11判例集未登載)。最初の判例は、「……犯罪の予防及び鎮圧を職責とする警察職員が(警察法第1条第2条、警察官職務執行法第1条)一面において犯罪捜査の必要があるからと云っ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になるがこれでよいのか」とし、このような捜査は憲法前文および同13条に違反するから違法であって、国家は刑罰をもって臨むことはできないとした。この判決では、「新たな犯罪の実行を誘発するような陥穽を設ける」という表現をしているが、この表現からは、被告人がおとりの懲慥行為以前にすでに犯意を有していたかどうかは、明らかではない。事案は、おとりから麻薬を売ってくれと頼まれた被告人が、おとりを警察官であるとも知らずに、他から入手し所持していたところ、麻薬不法所持罪で逮捕されたものである。他の二つの判決においては、いずれも麻薬事犯につき、この区別をしておらず、おとり捜査=違法(憲法前文および同13条違反)としている。被告人はあらかじめ検挙されるべくして麻薬を所持するに至ったのであるから、抽象的危険がなく、罪とならずとしている(同旨、東京高判昭27.7.29(刑集5.9.1502))。ただ、注意すべきは、昭和26年6月19日および同26年10月11日の判決においては、おとり捜査と直接関連する当該行為を処罰することはできないといっているのみであって、おと

り捜査がおこなわれる以前にすでになされていた犯罪については、そのおとり捜査が端緒となって証拠が蒐集されたにしても、有罪は免れえないとしている点である。

## （2）折衷説

折衷説は、上記の無罪判決とは異なり、おとりの懲遷行為以前にすでに被告人が犯意を有していたかどうかによって、合法か違法かを決定する。上記の、一連の無罪判決に対する控訴審判決において主としてあらわれてきた見解である。東京高判昭26.11.26<sup>（高裁刑集4.13.1933）</sup>は、いわゆる「わなの理論」に倣って、おとりの懲遷行為が犯意を誘発した場合は違法であるが、被告人がすでに犯意を有しており、おとりの懲遷行為は単に犯行の機会を与えたにすぎない場合は、合法であるという見解を示した。いくつかの控訴審判決には、この判決と基本的に同じ立場に立つものがみられる。ただ、いまだ犯意を有していなかった行為者に対し犯意を新たに生ぜしめた場合を明示的にあるいは黙示的に違法としているにすぎない（明示的に違法とするものとして、東京高判昭26.12.11高裁刑集4.14.2074、大阪高判昭27.6.30刑集7.3.503。黙示的に違法とするものとして、東京高判昭26.8.8高裁刑集4.9.1110、東京高判昭27.3.18高裁刑特29.87、札幌高判昭28.4.16高裁刑特32.19、東京高判昭27.7.31高裁刑特34.139、東京高判昭26.9.26高裁刑集4.13.1807）。この見解によっても、事件の具体的解決においては、有罪としたものがほとんどである。弁護人は、被告人はおとりの懲遷行為により犯意を誘発されたものであると主張するが、裁判所は、おとりの懲遷行為は単なる犯行の機会を与えたかもしくは犯意を強化したにすぎないのであって、被告人はすでに犯意を有していたと認定し、合法＝有罪という論理をとっている。犯意の認定は、弾力的になされているように思われる。事実、控訴審判決においては、被告人はおとりの懲遷行為によりはじめて犯意を誘発されたものであると認定された事例は見当らない。たとえおとり捜査が違法の程度に至っても、その捜査の違法は実体法上もしくは訴訟法上いかなる影響も与えないというのが、判例の態度のように思われる（たとえば、京都地判昭26.10.1<sup>（刑集7.3.498）</sup>）。前掲東京高判昭26・12.11は次のようにいう。

「……全然罪を犯す意思もなく又かつて同種の犯罪を犯したこともない

者を執拗に詐術を理いて強いて罪を犯かさせてこれを検挙するというようなことは違法な捜査方法と認めるのを相当とすべきであろうが、しかし、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、その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全く別個の問題である。」

おとり捜査が違法になることがあることを認めながらも、その捜査の対象となった者の実体法上もしくは訴訟法上の効果は害されないというのであるから、違法な捜査を抑制するためには、おとりの行政法上あるいは刑法上の責任追及（処分あるいは処罰）が実効的でなければならない。

### (3) 合 法 説

上記のような判例の動きのなかで、最高裁ははじめておとり捜査について判断を下したのが、最決昭28.3.5（<sup>刑集</sup>7.3.482）である。

「……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の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私人でなく、捜査機関であることの一事を以っ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。」

この決定は、一般には、おとり捜査を全面的に合法としたものと解されているようである。たしかに、本決定以前の控訴審判決とは異なり、犯意の存否を問題としてはいない。しかし、おとり捜査は被告人の行為について実体法上も訴訟法上もいかなる影響も及ぼさないという点については、前述の控訴審判決を踏襲している。一般に解されているように、この決定はおとり捜査を全面的に合法としたといえるであろうか。この点に疑問を提して、田宮裕教授は次のようにいう（<sup>総合判例研究叢書</sup>刑訴法（16）57頁）。

「……本判決は、厳密にいうと、二つのことをいっており、しかもそれにつぎるのである。その一つは、おとりが犯人に誘因を与えたか機会

を作ったにすぎないかは区別の意義がないということであり、もう一つは、おとりにかかった犯人について、実体法的にも訴訟法的にも何らの効力を及ぼさないということである。

…犯人の訴迫に影響がないといっただけで、捜査方法として合法か違法かは、論断しなかった。いな、『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った、といった方がよいかもしれない」と。

したがって、この決定は、第一に、犯意を誘発したか否かを合法、違法のメルクマールとした前述の控訴審判決と矛盾するとは必ずしも思われないうし、第二に、従来の下級審判決に繰り返しあらわれていたところのおとり捜査の違法は被告人の行為について実体法上も訴訟法上もいかなる影響も与えないという見解(たとえば、前掲東京高判昭26.12.11、<sup>1)</sup>京都地判昭26.10.1)を確認したもののようである。この決定の背後には、おとり捜査の違法は、刑法上の抑止手段によるべきで、捜査の違法に対して実体法上もしくは訴訟法上の効力を与えるのは実体法と訴訟法の間のバランスを乱すという考えがあるのだろうか。この判例を踏襲したと思われる判例をみると、第一の点については、積極的に犯意を誘発した場合は違法となる可能性があることを默示的に示しており(景判昭29.8.20刑集8.8.1239、大阪高判昭29.1.28<sup>2)</sup>、第二の点については、犯意を誘発された場合(景判昭29.11.5刑集8.11.1715、東京高判昭29.5.18<sup>3)</sup>や、単に犯行の機会を与えられた場合(前掲最判昭29.8.20、大阪高判昭29.1.28<sup>4)</sup>も、当該行為について実体法的に影響しないとしている。この決定後、おとり捜査を違法とする下級審判決は跡を絶ち、現在に至るまでリーディングケースの地位を保ってきたものである。

### Ⅲ. 学説の動向

学説は、一般に、おとり捜査を全面的に合法とはしない。一部の学説は、おとり捜査は不法であるにしても、その弊害はおとりを行政的にあるいは刑事的に罰すればなくなるので、とくにおとりにかかった者の刑事責



任あるいはその刑事手続への法的影響は論ずる必要はないとする（小野清一郎「刑事判例評釈集」15巻57頁、平野竜一「刑事訴訟法」80頁）。しかし、大勢としては、アメリカ法の「わなの理論」に倣って、被告人がオリジナルな犯意を誘発された場合は、その捜査手続を違法とし（中武靖夫「おとり捜査」憲法判例百選旧版132頁、石川才彌「おとり捜査」憲法判例百選新版126頁、高田卓爾「おとり捜査」現代法律学演習講座141頁、田中政義「おとり捜査に関する諸問題」21—22頁、鈴木茂嗣「おとり捜査」刑事判例百選旧版18頁新版26頁、団藤重光「わな（エントラップメント）の理論」刑法雑誌2巻3号26頁以下、青柳文雄「刑事訴訟通論」208頁、吉川経夫「おとり捜査」判例百選二版168頁、奥村正策「いわゆる隠捜査はそれによって犯意を誘発された者の犯罪の成否および訴訟手続に影響するか」神戸法学雑誌3巻2号431—432頁、江家義男「おとり捜査をめぐる諸問題」時の法令249号28頁、萩原玉味「隠捜査について」法学雑誌6巻4号159頁）、すでに犯意を有しており、単に犯行の機会を与えたにすぎない場合は、適法な捜査権の範囲内にあるとしている（前掲、中武、石川、青柳）。

しかし、おとり捜査の違法が及ぼす法的効果については、見解は岐れる。刑法理論からいって犯罪が成立しないと解する説は見当らず、大部分の説は訴訟法的に解決しようとする。これには、犯罪は成立するが可罰性が阻却されるから（憲法13条、刑訴336条）、刑訴336条により無罪判決をすべしとする説（田中・前掲）、おとり捜査により得られた証拠は違法収集証拠として排除すべしとする説（高田・前掲141頁、萩原・前掲159頁）、刑訴338条4号により公訴棄却にすべしとする説（青柳「テキスト刑事訴訟法」35頁、奥村・前掲433頁）、おとり捜査は、一方で捜査機関が犯意を誘発しておきながら、他方でこれを処罰する点が問題となるのであるから、国家は「処罰適格」を欠くことになり、刑罰権を行使しえないのであって、刑訴337条を類推すべしとする説（鶴「刑事訴訟法における技術と倫理」73頁、前掲・鈴木・団藤・石川・中武）がある。

最後の説を支持する者が多いようである。本来犯罪の予防・鎮圧の責務を負う捜査機関（国家）がおとり捜査により犯意を誘発するのはまさしく犯罪（犯人）を創造するのであり、これを処罰するというのは、憲法13条あるいは31条に違反すると解される。「目的は手段を正当化しない」ということが銘記されるべきで、国家はつねにグリーンハンドであることを要請される。憲法の遵守はまず国家機関に向けられなければならない（憲99参照）、この意味で、誘惑者がたとえ捜査機関（国家）であっても、一私人が犯罪を誘発した場合と異なるところはないという、前述の最高裁のリーディングケースの考えは、正当とは思われない。

#### Ⅳ．本決定の意義

(1) 違法なおとり捜査の範囲について、判例はむしろ、学説の立場をも前進させたものと解される。

アメリカにおける「わなの理論」およびこれに倣っているわが国の通説において、おとりの懲罰行為以前の犯意の存否を違法判断の基準としている理由は何であろうか。つまるところ、捜査の必要と基本的人権のいずれが優先するかを決定する基準として、「犯意」がきわめて有用であるからと思われる。

まず、「犯意」は実体法上の基本概念であって、論理構成の手段としうる。この実体法上の概念を訴訟法的に転用することによって、違法判断の理論構成を論理的にすることができよう。

次に、犯意を有していれば、すでに犯罪の危険性があるということは、容易に首肯できる。犯罪の予防・鎮圧の責務を負う国家が犯意を有している者と犯意を有していない者とを区別して取扱うのは、十分な根拠をもつといえる。犯意の認定を弾力的におこなうことによって、刑事政策的にも、おおむね妥当な解決がはかられよう（前田信二郎『「わなの理論と刑事政策」近大法学1巻2号98頁以下は、常習犯、職業犯について、おとり捜査は）適法とする）。

しかし、問題がないわけではないだろう。第一に、「犯意」概念は事実認定を弾力的にする危険をもつことは否定できまい。麻薬事犯においては、被告人が犯意の存在を肯定するのは、きわめて稀であろう。犯意の存否に関する供述がなされようと、なされまいと、裁判所は、被告人の、犯意に関する供述に拘束されない。いきおい、いままで全然犯罪を犯したことがないかまたは類似の犯罪を犯したこともない者がおとりによってある犯罪的行為をなすに至った場合は、「犯意を有していなかった」と認定されようし、同種または類似の犯罪をこれまでに犯したことがある者がこのような行為をなした場合は、「犯意を有していた」と認定されることがあるであろう（たとえば、大阪高判昭41.5.9刑集20.9.1061、（登録昭41.11.22刑集20.9.1035参照））。つまり、当該行為の「犯意」の認定は、当該行為とは別個の諸事情（たとえば、常習性、余罪、（前科、悪性格））を立証することによっておこなわれざるをえない。当該行為についての具体的な犯意

と、以前から抽象的に犯罪の意図をもっていたかどうかを截然と区別するのは、容易でないことがあるであろう（小野前掲56頁）<sup>（参照）</sup>。

第二に、犯意の存否は、全く被告人の主観的事情である。すでに犯意を有していた場合、すなわち、犯罪の機会を与えたかまたは犯意を強化したにすぎない場合は、おとり捜査は合法とされ、おとりの行為態様は看過されがちである。いまだ犯意を有していなかった場合、すなわち、おとりがオリジナルな犯意を誘発し、犯罪を実行させた場合は、前の場合に比較して、おとりの行為態様はいくらか顧慮されよう。しかし、いずれの場合でも、犯意が被告人の主観的事情である以上、前述の立証上の制約から、おとりの行為自体が十分に顧慮されない面をもたざるをえないだろう。

本件は、普通郵便物のなかに差出人および名宛人を特定した郵便物を混入させたところ、被疑者が窃取したと疑われたというのであるから、郵政監察官が直接にはたらきかけ、その有形的な行為の結果、はじめて犯意を誘発され、窃取したというわけではない。むしろ、以前、判例においてしばしば問題となったような、捜査官が麻薬密売者とめぼしをつけた者に接近して、捜査官たることを隠し、麻薬中毒者をよそおって麻薬の購入を申込み、その結果、相手を麻薬の所持に至らしめたような場合、すなわち、おとりは単に犯行の機会を与えたにすぎないとされた事例よりも、もっと典型的に「犯行の機会を提供した場合」といえよう（判例タイムズ）<sup>（264号 349頁）</sup>。しかし、本決定は、犯行の機会を提供した場合をすべて違法といているわけではない。「本件は郵政監察官の作成した試験郵便物の窃盗にかかわる事案であってそれ以前の不着事故とかかわりのある事案とは認められない」し、「既に行なわれた犯罪を犯人自ら暴露させるような方法で用いられる捜査とは本質的に異なるものがある」というのであるから、郵政監察官のおとり捜査以前にすでになされていた窃盗についてこのような捜査方法をとることまですべて違法といているわけではない。このような、新たな犯罪の発生を予期する、おとり捜査に準ずる捜査方法は、この捜査と直接かわりをもつ被疑事実につき訴追するためであれば違法（しかし、「当該犯罪が重大である等の理由から特に必要と認められる」場合は、違法とならぬことがあるとし、全面的に違法とまではいっていない。）<sup>（下）</sup>だが、すでに存在する犯罪につき犯人また

は証拠の発見・蒐集の場合については、判断を示していない。後者の場合、黙示的に合法と読めなくもない（同旨，前掲横浜地判昭26.7.17，同昭26.10.11）。本件の捜査方法が違法とされた根拠は、刑訴1条および同規則1条に違反しかつ国家と個人との信義則あるいは刑訴法上の信義則を破るという点である。当然、このような考え方は、憲法13条・31条を前提にしていると思われる。近時捜査へのデュープロセスの浸透の必要性ということが主張されているので、本決定がそれほど急進的ともいえないだろう。

それでは、本決定は正当であろうか。

「本件のような捜査方法は公共の福祉の名のもとに個人の基本的人権を侵害する虞れが多いと考えられるし、訴訟上の権利の誠実な行使の理念にももとより、国家とこれを構成する個人との間の信義則を破るものにもなりかねない不適法な捜査と解するのが相当である」という表現からは、おとり捜査の違法判断のメルクマールは明確ではない。おとり捜査がどの程度に至れば国家と個人との間の信義則を破るのか。本件はおとり捜査に「準ずるものとして理解するのが相当である」というのであるから、おとりがオリジナルな犯意を誘発した場合は、当該捜査は、当然に、違法となるわけであろう。本決定は、通説を押し進め、おとりが犯行の機会を与えた場合、すなわち、「たとい捜査のためとはいえ意識的に新たに他人に対し犯罪を誘発しやすい状況を設定すること」も違法としているようである。この点では、基本的人権の保護を捜査の必要性に優先させている。ただ、「予期したとおり犯罪が発生した場合に更にこれを捜査するために右状況の被提供者に対し身体若しくは住居等の搜索或いは差押等の強制捜査を行なうことは、当該犯罪が重大である等の理由から特に必要が認められる場合以外は極力さけることが訴訟法上の信義則に合致する」としていることである。この反対解釈によれば、おとり捜査の結果発生した「犯罪が重大である」場合には、当該犯罪の捜査のために強制捜査も許されるようにもとれる。しかし、当該犯罪が重大であれば、おとり捜査以前に存在した犯罪との均衡上、場合によっては、逆に、そのおとり捜査の対象となった者の人権侵害は大きいともいえよう。

それでは、犯行の機会を提供し、これにより新たに犯罪が発生した場合、当該犯罪以前にすでに犯罪が存在していたときには、どうなるのであろうか。おとり捜査の違法判断の基準を捜査機関の主観的意思にかからせることが不当であるのは、いうまでもない。人権保障をより重視した立場に立てば、おとり捜査以前にすでに存在していた犯罪と、おとり捜査により発生した犯罪との比較衡量によって決するほかないだろう。そうすれば、合法となるのは、前者が重大で、後者が軽微な場合ということになるう(しかし、おとり捜査と直接かわりをもった犯罪につき訴追することはできない)。

(2) おとり捜査を刑法犯にまで拡大している。

既述したように、アメリカにおいて「わなの理論」が認められたのは、主として麻薬取締法や禁酒法違反事件であった。わが国でおとり捜査が問題となった事件も、麻薬取締法違反事件が大部分で、そのほかは、僅かに銃砲刀剣類所持等取締法違反事件が一件あるにすぎない(前掲東京高判昭和27.7.31)。このように、おとり捜査は特別法違反事件に限定してなされてきたのであって、昭和26年6月2日発生のいわゆる菅生事件を除いては、用いられなかった。本件は、まずこの点で注目される。この点、捜査の困難性と犯罪の隠密性を根拠にして、おとり捜査を安易に刑法犯にまで拡大するのは、妥当でないと考えられる。人的・場所的・事項的制約がなくなれば、それだけ人権保障に欠ける点が生ずる虞れがあるからである。

(3) 捜査段階でおとり捜査を抑止しようとする。

本決定も述べているように、おとりの懲慥行為により犯罪を実行した者は、たとえそのおとり捜査が違法であっても、一旦起訴されてしまえば、有罪判決は免れえないというのが、判例の確立した態度である。そこで、この範囲内でおとり捜査を抑制するためには、おとりの処罰・各種の令状請求の却下・証拠排除などの方法が考えられる。検察官がおとりを教唆犯あるいは従犯として起訴することは期待できない(前掲青判)から、令状請求の却下という方法をとったものと考えられる(なお、おとり捜査の違法は証拠排除の効果を生ずるという判例は、いまだ見当たらない)。