【論　説】

イギリスにおけるおとり捜査の判断基準と法的効果（二・完）

宮木康博

一　はじめに
二　罠をめぐる論議の展開
(1)　罠が問題となる捜査手法
1　テスト購入
2　スティング捜査
3　天からのマナ捜査
4　私人による罠
(2)　判例の展開と立法等の対応
1　R. v. Sang事件判決以前の展開
2　R. v. Sang事件判決以降の展開
3　R. v. Looseley事件判決　（以上前号）

三　罠捜査の判断基準
(1)　罠か否かの判断基準
1　能動的・積極的（Active）か受動的・消極的（Passive）かの区別の放棄
2　特別でない機会（unexceptional opportunity）の判断基準
3　合理的な疑い（reasonable suspicion）と適切な監督（proper supervision）
4　R. v. Looseley 事件判決にみる罠捜査の判断基準
(2)　罠の判断要素
1　犯罪行為の性質
2　警察の関与行為の性質
3　事後的な事実によって確認することの可否
四　罠捜査の法的効果
(1)　法的効果の根拠
1　R. v. Looseley 事件判決までの法的効果の根拠
2　R. v. Looseley 事件判決における法的効果の根拠
(2)　証拠の排除と手続の打切り
五　おわりに

三　罠捜査の判断基準

ここまでで見てきたように、イギリスでは、当該捜査手法が許されるのか否かの一つの分水嶺として、「罠」に当たるか否かが判断基準となっている。では、そもそもなぜ「罠」は許されないのだろうか。詳細は、後に検討する法的効果との関連で四に譲るが、端的に言えば、罠捜査によって犯された犯罪は、「国家によって創られた罪（state-created crime）」[1]という点にある。つまり、R. v. Looseley 事件判決でニコルズ卿が判示したように「国家が法執行官を通して市民を法律によって禁じられた行為を犯すよう誘い込み、そのように行動したことに対して市民を起訴することは決して受容できるものではない」[2]とするのである。では、いかなる捜査活動が罠に該当すると考えられているのだろうか。ここでは、罠捜査の判断基準および関連する判断要素について見ておきたい。

(1)　罠か否かの判断基準

1　能動的・積極的（Active）か受動的・消極的（Passive）かの区別の放棄

罠に当たるか否かの判断基準については、先に触れた一九九四年の R. v. Smurthwaite, R. v. Gill 事件判決[3]において、ガイドライン[4]が示された。そこでは、警察官は主に消極的であったか、あるいは積極的であったか、つまり、警察官の行動が能動的であったか受動的であったかということを判断基準の一つとしていた。この区別

というのは、作為と不作為（act and omission）の違いや行動と無行動（action and inaction）の違いに対応するものではない。Smurthwaite and Gill 事件では、身分秘匿捜査官が要求に応えてカバー（偽）を守るために犯罪プランの一部に追従的に参加した。これは全て受動的であるが、犯罪計画を遂行するうえで何らかの貢献をするような行動を伴うものである。裁判所にとって重要なのは、これらの行動が許容可能なものであるかという点であり、当該行為が唆し等に値するかということである。そこで、能動的な行為と受動的な行為の違いは、判断の際の手助けにはなっていないのではないかと指摘された[5]。R. v. Looseley 事件判決において、ホフマン卿とハットン卿は、明示的に能動的・受動的区別を役に立たないものとみなした[6]。

2　特別でない機会（unexceptional opportunity）の判断基準

前記の能動的（積極的）・受動的（消極的）基準に変わって、R. v. Looseley 事件判決では、「特別ではない機会の判断基準」を採用した[7]。これは、Nottingham City Council v. Amin 事件判決において、ビンガム卿が判示した内容と同様である。「一方では、もし被告人が法執行官によって勧められたり教唆されたり説得されたりプレッシャーを受けたり、甘い言葉で唆されたりしたからこそ犯した犯罪のために有罪となり罰せられたとすれば、それは一般的な公平の観念に大きく反する。他方で、法執行機関は法律を実行する一般的な義務を社会に対して負っており、もし法執行官が被告人に法に反する機会を与えたとして、その機会というものが他の誰かによって与えられたとしても同じような行動をとったであろう被告人を罰するというのは問題がない」。Nottingh-

am City Council v. Amin 事件判決で重要な問題であったのは、警察がタクシーを呼び止める際に、一般人が行動するのと同じように捜査官が行動したかということであった。R. v. Looseley 事件判決では、この点について、ニコルズ卿が「犯罪行為の前にあった警察の行為がその状況における他の人からも予測できるようなものと何ら変わりないか」[8]と説明している。

3 合理的な疑い（reasonable suspicion）と適切な監督（proper supervision）

ホフマン卿は、R. v. Looseley 事件判決において、「特別でない機会の判断基準」を採用する際、以下の点を付言した。すなわち、免許を受けていない量の酒類を販売したり、未成年者には禁じられているビデオを販売したり、免許なしにタクシー業務を行なっているケースとは異なり、「一般の人は、麻薬の取引や強盗の相談や殺し屋の依頼などの重大な犯罪に関与することは稀なため、そのようなケースにおける法執行官や警察官らの適切な行動基準というのはより一層問題になる」[9]。この問題がどのように解決されるべきかを決めるうえで、ホフマン卿は、人権法（Human Rights Act 1998）に対応して作成された「身分秘匿捜査に関する実務規程（Undercover Operations Code of Practice）」[10]を挙げ、「合理的な疑い」と「適切な監督」という二つの要素の必要性を強調した。

（1）合理的な疑い　「合理的な疑い」の要求は、アメリカ合衆国において判例法として採用され、欧州人権裁判所でも是認されている事前傾向（predisposition）の代替案として提示された。事前傾向の意義は必ずしも

明らかではないが、犯罪を遂行する傾向が事前にあること、すなわち、「犯罪を犯す覚悟と意欲」[11]を意味し、そのテストは、「不注意で善良な者」と「不注意な犯罪者」を区別するものであるとされる。[12]事前傾向のテストは、現時点では何ら疑いももたれていない人たちに適用されるかぎりにおいて前科のある人を不公平に罰することになるとして、R. v. Looseley 事件判決では拒絶された。[13]合理的な疑いを要求する考え方は、ハットン卿によって、「いかなる犯罪行為にも関与している疑いをもたれていない人に対して犯罪を犯す機会を与えるのは、警察の権力の適切な行使とはみなされない。警察参加の唯一の適切な目的は、誰かが今にでも行なおうとしているか、既にその者が関与していると疑っている犯罪行為の証拠を得るためのものである。その者たちの悪性格を明らかにし、処罰するために犯罪を犯すよう人を誘惑するためではない」[14]と表現されている。ただし、この要素の有無の判断は、理由がどれだけ合理的かということを吟味する程度によることになる。例えば、暗殺者事件の Smurthwaite and Gill 事件のように、犯罪が計画されている途中であると警察に報告があった場合、あるいは、一連の犯罪が引き続き行われているのであれば、確かにそこには合理的な疑いがあるとしてよいように思われる。他方、裏切りに満ちているといわれる麻薬の世界では、密告者になるようプレッシャーを受けたり騙されたりしている者がおり、疑いの理由の合理性を判断するのは難しい問題になる。[15]それゆえ、どの程度の証拠による証明が必要かは別途議論が必要になろう。

また、ある特定の個人が犯罪に関与していると疑うに足りる合理的根拠が必要なのか、より広くある場所を頻繁に訪れる人々が犯罪に関与していると疑う合理的な根拠でも良いのかも問題となろう。この点については、R.

v. Looseley 事件判決において、ニコルズ卿が以下のように述べている。[16]「疑いの合理的な理由があることは、一つの誠実さ（good faith）を示す方法であるが、ある特定の個人に対して疑いをもつ理由があることは常に必要ではない。ときには疑いはある特定の場所を中心にするものかもしれない。例えばパブなどである」。[17]疑いの合理的根拠が要求される対象について、このように広く解釈することに対しては、学説から疑問が呈されている。例えば、アシュワースは、本判決は、たまたま関係する場所にいて知らずに逮捕されてしまう市民については何も述べられていないと指摘する。加えて、その点について触れているカナダの最高裁判決のように、「合理的な疑いをもたれてしまった場所にたまたまいた市民の倫理性をランダムに試すことは許容できるものである」とするのであれば疑問があるとしている。[18]また、デービット（David Ormerod）やアンディ（Andy Roberts）は、そのような状況に対する適切な対応は、犯罪に関与しているであろうという合理的な理由のある個人を監視等によって明らかにする行動であるべきとし、そのような場合にのみ、個人をターゲットにすべきであるとする。[19]いずれの見解も、このような解釈・方法をとることが、疑いの合理的な理由なくして国家による誘惑の対象と個人はなるべきではないという原則を維持することに繋がると考えているのである。[20]

合理的な疑いはR. v. Looseley 事件判決と Attorney General's Reference (No. 3 of 2000) 事件判決とを区別する理由の一つであったといえる。前者、つまりR. v. Looseley 事件判決では、被告人が麻薬の売買に関与していると疑う合理的な理由があった。なぜなら彼の電話番号が情報提供者により警察に与えられていたからである。他方、後者つまり Attorney General's Reference (No. 3 of 2000) 判決では、被告人はクラスBド

ラッグに関与することは知られていたが、彼をヘロインと繋げるものは何もなかったのである。

（2）適切な監督　R. v. Looseley 事件判決において、ホフマン卿は、「警察が犯罪を作り出しているのか、それとも察知しようとしているのかの判断とそれらの者〔担当官〕の行動を監督することは、密接な関連性を有している」[21]と指摘する。こうした考えの背景には、監督のない下で、警察官あるいは情報提供者に罠に関する行為を行なわせることは、重大な危険性を孕んでいるとの危惧感がある。すなわち、彼らが自分の業績を上げようとするだけではなく、対象者に対する圧迫（oppression）、強要（extortion）、買収（corruption）の危険性を否定できないからである。[22]この点については、欧州人権裁判所による Teixeira de Castro v. Portugal 事件判決においても、警察が職務上許可された捜査の範囲内で行動していなかったという事実が重要視されている。

4　R. v. Looseley 事件判決にみる罠捜査の判断基準

R. v. Looseley 事件判決から、罠捜査に該当するか否かの基準としてどのようなものを抽出することが可能であろうか。これまでの検討を整理すると、およそ次のようになる。[23]

①　法執行官が個人がある特定の犯罪に関与しているという合理的な疑いをもっており、あるいは犯罪に関与している場所に人々がよく行っているという合理的な疑いがあること

② 実務規定（Undercover Operations Code of Practice）に基づいて担当官がそのような業務を行なう正当な許可を受けていること

③ 捜査官が、その個人に対して、犯罪を犯すために特別でない機会を与えるだけで、それ以上のことをしないこと。

①と②の条件が満たされることを前提に、③の条件をも充足すれば、当該捜査行為は罠に該当しない。

(2) 罠の判断要素

R. v. Looseley 事件判決から、イギリスにおける罠の判断基準を推察することができるわけだが、ホフマン卿が、いみじくも指摘しているように、唯一の要素あるいは公式（formular）で罠の問題を解決することは不可能である。つまり、いくつかの関連する要素群を見い出すことはできるが、最終的には、個々の要素の相対的重さや重要性は、事案の個別の事情によらざるをえない。[24] ただし、罠の問題が今では法執行官が基準を超えたかどうかという問題で提示されている今、その基準というのがどこにあるのかということに関する十分明確なガイダンスを法執行官に与えることが重要となる。すなわち、上級の警察官は、捜査をどのように行なうのかということを決めなければならないし、検察官は合法性についてのアドバイスを与えなければならず、裁判所はそこに手続の濫用があったのか否かを決めなければならないのである。

そこで、以下では、R. v. Looseley 事件判決において、検討された判断要素についての議論を整理しておきたい。

1　犯罪行為の性質

ホフマン卿は、犯罪行為の性質は関連性を有するとした。[25] なぜなら、実務規程が提示するように積極的な警察行為（proactive policing）は他のより介入度の小さい捜査方法が成功する可能性が低い場合でなければ許されないからである。例えば、禁制品の売買、賄賂のように直接の被害者がいないような事案、犯罪被害者が通報するのを躊躇するような事案は、こうした方法の最たる候補となる。[26] なお、ホフマン卿が付言するように、犯罪の重大性自体は、当該捜査行為を許容する十分な根拠とはならない。[27]

2　警察の関与行為の性質

麻薬販売の有無を確かめたい場合、警察官はどの範囲までならば適切な行動として活動することができるとされているのだろうか。先の**三(1)4**で示した条件は満たされていることが前提である。つまり、対象者を疑う合理的な理由、あるいは少なくともある特定の場所を疑う合理的な理由がある、そしてその捜査行為が適切に許可されているという状況にある。警察官は、電話もしくは直接対象者に接触し、（販売していると合理的に疑われている）麻薬を販売しているかどうかを尋ねることはできる。それが R. v. Looseley 事件で起きたことであり、

許容されるものとされた。しかし、それを超えて、どこまで警察官の行為は許容されるのだろうか。

ニコルズ卿は「警察によってなされた誘惑行為が大きければ大きいほど、そして、警察の行為がより強ければ強いほど、またしつこければしつこいほど、裁判所は警察は境界を踏み越えたとより容易に判断するだろう」[28]とした。ホフマン卿は、麻薬の事案では「ある程度のしつこさは必要かもしれない」[29]と述べた。そしてハットン卿もある程度のしつこさは許容範囲であると考えているようである。[30] R. v. Looseley 事件判決で、それぞれの裁判官がこうした考えに至ったのは、麻薬事件というものが能動的な警察行為無くしては捜査することが難しいだけでなく、麻薬の販売人は知らない人からの注文を拒絶することが多いこと、少なくともその要求が何回か繰り返されるまではその要求を受け付けないこともあるといった実際上の理由があるのであろう。この点につき、アシュワースは、対象者に関する合理的な理由の基準を警察が充たすことができたとしても、彼らが行うことができる接触の数には限界があると指摘する。[31]

また、ニコルズ卿は、「ある者には重要な誘因であるかもしれないが、他の者にはそうでないかもしれない」として、対象者の弱点を含む状況を、警察官による誘因の重みを算定する場合に考慮する必要性があるとしている。[32]

3　事後的な事実によって確認することの可否

警察が、勘を持っている、または合理的な疑いよりは低いけれども何らかの情報を持っている場合もありえよ

う。その勘やあやふやな情報に基づく捜査の着手後に、犯罪を犯す用意があることを示すような証拠が出てきた場合、どのように考えられているのだろうか。R. v. Edwards 事件判決では、合理的な疑いの事後的な確認が可能であるとの考え方が採られているように見受けられる。「麻薬の要求に対する反応を含む被告人の行動や被告人が麻薬の販売状況についてよく知っていること（それは彼が俗語〔slang〕を理解したことから示されているが）、被告人が、今後の販売は安くするという合意をした行動からすると、身分秘匿捜査官が彼に接触した時点で、既に経験のある麻薬の販売人であったことが明白である。……このような事案において警察官が被告人に対して犯罪を犯すよう誘惑したということは間違った言い方になる」[33]。同じような考え方は、R. v. Shannon 事件判決でも採られている。「裁判官が判断したように、上訴人が現在のコカインの価格を明らかに知っていたこと、要求された数量や品質をえるために彼が即座にアドバイスしたことは、彼が明らかに麻薬の販売の状況について詳しいことを示しており、その事実自体が、彼がその一部になろうとする傾向があるということを示唆するものである」[34]。ただし、こうした考えに対しては、合理的な疑いの欠缺を事後的に補うことを認めれば、明確な証拠ではなく勘に基づいて警察官が行動することを許すことになるのであって、先の合理的な疑いの基準に反するものであると批判されている[35]。

(1) *R. v. Looseley, Attorney General's Reference (No. 3 of 2000)* [2001] UKHL 53, para. 20.
(2) *Ibid.*, para. 1.

(3) *R. v. Smurthwaite, R. v. Gill* [1994] 1 All ER 898.

(4) ガイドラインについては、拙稿「イギリスにおけるおとり捜査の判断基準と法的効果（一）」東洋法学五一巻一号（二〇〇七）四九頁参照。

(5) Andrew Ashworth, 'Re-drawing the Boundaries of Entrapment', [2002] *Crim. L.R.* p.165. また、同様のことは、欧州人権裁判所における Teixeira de Castro v. Portugal 事件判決についてもいえる。裁判所は次のように判示した。「二人の警察官は Castro 氏の犯罪行為を実質的に受動的な方法で捜査するのみならず、犯罪を犯すよう誘惑をするような影響も与えた」。「実質的に受動的である」という基準は、その考え方の弱さを自認しており、「事実関係には警察の介入がなくても犯罪を犯したということを示すものがない」（*Teixeira de Castro v. Portugal* [1999] 28 EHHR. 101, paras. 38-39）。

(6) *R. v. Looseley, Attorney General's Reference* (*No. 3 of 2000*) [2001] UKHL 53, paras. 69-71, 110.

(7) *Nottingham City Council v. Amin* [2000] 2 All ER 946.

(8) *R. v. Looseley, Attorney General's Reference* (*No. 3 of 2000*) [2001] UKHL 53, para. 23.

(9) *Ibid.*, para. 55.

(10) 本実務規定は、全イギリス警察と税関局（Her Majesty's Customs and Excise〔HMCE〕）の合同で作成された。本規定では、身分秘匿捜査官（undercover officers）、テスト購入者（test purchasers）、おとり（decoys）についての定義（身分秘匿捜査官とは、特別な訓練を受けた法執行官であり、許可を受けた捜査において指示の下、身分を隠して既に存在する共同謀議（conspiracy）に潜入したり、被疑者を逮捕したり、国家レベルのセキュリティを脅かす者に対して対抗する者である。テスト購入者は、適切に教育された法執行官であり、許可を受けた行為によってその所持、使用、提供が犯罪となるような商品やサービスの性質やその有無を明らかにしようとする者である。おとりとは、犯罪者を逮捕する目的をもって犯罪の被害者になるような立場に自分を受動的な形で状況に置く者である〔実務規定における定義では、decoysはわが国でいうところのおとりの一種であるといえよう。それゆえ、便宜上、「おとり」と訳して定義を紹介しているが、ここでの定義は、すべてのおとりの定義というわ

けではない」）がなされ、その上でこれらの者の投入について、合理的な疑いと適切な監督の必要性に関する条項が設けられている。

(11) 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――」法学会雑誌四六巻二号（二〇〇六）三四三頁。

(12) Sherman v. United States, 356 U. S. 369. 會田正和「おとり捜査」河上和雄編『刑事裁判実務大系一一巻・犯罪捜査』（青林書院、一九九一）二三〇頁以下。

(13) *R. v. Looseley, Attorney General's Reference (No. 3 of 2000)* [2001] UKHL 53, paras. 67-68, at paras. 22 and 29.

(14) *Ibid.*, para. 56.

(15) Ashworth, *op. cit.*, p.168.

(16) *R. v. Looseley, Attorney General's Reference (No. 3 of 2000)* [2001] UKHL 53, para. 27.

(17) この点については、すでにカナダの最高裁が、R. v. Mack 事件判決において、ある特定の人がある一定の服装をし、ある一定の場所に行くということによりこの合理的疑いの基準は充たされると判示している（R. v. Mack [1988] 2 SCR 903）。

(18) Ashworth, *op. cit.*, p.168.

(19) D. Ormerod and A. Roberts, 'The trouble with *Teixeira* : developing a Principled Approach to Entrapment' [2002] International Journal of Evidence and Proof at pp.51-52.

(20) Ashworth, *op. cit.*, p.169.

(21) *Ibid.*, paras. 60-61.

(22) *Ibid.*, para. 60.

(23) Ashworth, *op. cit.*, p.170.

(24) *R. v. Looseley, Attorney General's Reference (No. 3 of 2000)* [2001] UKHL 53, para. 48.

(25) *Ibid.*, para. 66.
(26) ニコルズ卿も、「犯罪活動の密行性、発見の困難性、犯行手段は関連する検討事項である」として、同様の見解に立っている（*Ibid.*, para. 26）。
(27) *Ibid.*, para. 66.
(28) *Ibid.*, para. 28.
(29) *Ibid.*, para. 69.
(30) *Ibid.*, para. 102.
(31) アシュワースは、「もしそのガイドラインが、要求の最大の回数を書くとすれば、それは違反者にすぐに知られることになるであろう。どのような裁判官も要求を行う最大の回数を提示することは避けるであろう。そしてその回数というものは状況によると間違いなくいわれることであろう。複数回におよぶ要求というものは罠に値しないといくつかの事案で判断されている。警察官が一般的な顧客が行うように行動しており、Teixeira de Castro 事件におけるように札束を見せるなどの余分な誘惑行為を行っていない限り、その警察官による接触が何回されたかということは重要ではないと主張することは説得力がない。繰り返し行うしつこさというのはそれ自身で力があり、警察は尋問技術からそれを知っているし、力があることは、罠に関する判決でも示されている」とする（Ashworth, *op. cit.*, p.172）。
(32) *Ibid.*, para. 28.
(33) *R. v. Edwards* [1991] Crim. L.R. 45.
(34) *R. v. Shannon* [2001] 1 Cr. App. R. 168 at p.192.
(35) Ashworth, *op. cit.*, p.173.

四　罠捜査の法的効果

イギリスと同じコモン・ローの国々においても、罠のケースの対象者に対する救済方法ともいうべき法的効果は、一様ではない。例えば、アメリカ合衆国では、罠は連邦裁判所における実体的な抗弁である。[1] その根拠は、「議会が、罪がない人々を違反に誘い込むことによって、その法規が実施されるはずであったことを意図したはずがない」[2]という立法者の意思の推定に基づいている。[3] 他方、カナダでは、訴訟手続の打切りを認めた。[6] これに対して、オーストラリアでは、罠が実体的な抗弁ではないことを踏まえ、手続の打切りは不適当であるとした。その上で、事実審裁判官は、法執行官による不法な、あるいは妥当でない行為によっては、犯罪の証拠を排除する裁量を有しているとする。[4] 同様に、ニュージーランドでは、裁判所は、不公平の回避によって手続の濫用を妨げるために、証拠を排除する内在的な管轄を持っているとしている。[5]

イギリスでは、罠は実体的抗弁にはならないということを確認、踏襲し、[7] 二〇〇一年にR. v. Looseley事件判決が明示的に手続の打切りを認めるまでには、幾多の変遷があったことは既に見てきた通りである。[8] では、イギリスにおいては、罠捜査に対して、手続の打切りを認める正当化根拠をどこに求めているのであろうか。

R. v. Looseley事件判決では、罠捜査の法的効果として手続の打切りを認めたわけであるが、その過程では、先のR. v. Sang事件判決を批判的に検討している。R. v. Sang事件判決では、罠の法的効果として、証拠の排除の可否が争点となったため、必ずしも明らかではないが、手続の打切りを認めない姿勢を読み取ることが

できる。そこで、以下では、R. v. Sang事件判決が、なぜ手続の打切りを認めなかったのかについて、理由を整理したうえで、R. v. Looseley事件判決が手続の打切りを認めた正当化根拠について検討する。

(1) 法的効果の根拠

1 R. v. Looseley事件判決までの法的効果の根拠

R. v. Sang事件判決において、貴族院は、罠を実体的抗弁ではないとした控訴院決定[9]を支持した。ディプロック卿は、多くの犯罪が他者の勧めによって犯されることを指摘し、それが犯罪に対する量刑を減軽するうえでは関連するかもしれないが、相談者などが警察官あるいは警察の情報提供者であるという事実は、犯罪者の有罪に影響を与えることはないとした。つまり、「対象者が告発されている犯罪のフィジカルな要素（actus reus：犯罪の構成要件として規定されている行為）とメンタルな要素（mens rea：故意）の両方が彼の場合には存在する」とするのである[10]。同様に、フレイザー卿は、有罪について、事実面およびメンタル面の要素が全て存在しており、有罪以外の結論は論理的に不可能であるとしたうえで、罪の程度は誘因によって修正されるかもしれず、それは適切に判決で反映されることができるとした[11]。加えて、フレイザー卿は、イブが禁じられた果物を食べたことで非難された際に、「大蛇は私をだました」と答えたとき、彼女の弁解は完全な抗弁ではなく、せいぜい減軽を求める申し立てであったとした。

また、R. v. Sang事件判決では、個々の不利益な事実に対する承認（admission）および有罪を全面的に認め

る自白（confession）を除いて、裁判所は証拠が得られた方法については関与しないとも判示した。つまり、おとりや他の不公平な、あるいは妥当でない手段によって得られた証拠は、証拠を排除するための事実審裁判官の裁量行使の理由とはならないとしたのである。その理由として、証拠の排除を認めることは裏口から罠の抗弁を入れることになると説明する。スカーマン卿は、罠と関連性があるのは、減軽価値が高い場合における刑の言渡しの問題であるとした。(12)

このようなR. v. Sang事件判決の考え方は、一九八四年に警察・刑事証拠法（PACE）が制定され、R. v. Smurthwaite, R. v. Gill事件判決で明確に退けられた。本判決において、テイラー卿は、PACE七八条は罠自体が抗弁にならないという実質的な規則を変更しなかったとし、証拠が罠によって得られたという事実それ自体は、裁判官にそれを除外するように要求しないとしたが、他方で、証拠を承認するべきかどうか決めるうえで、裁判官は、警察官が、さもなければ犯さなかったであろう犯罪を犯すように被告人を誘惑していたか否か、罠の性質、あるいは証拠を得るうえで警察官の役割がどれだけ能動的または受動的であったか、というような問題を考慮に入れてもよいとした。(13)

別の視点から見てみると、R. v. Sang事件判決は、罠を被告人の有罪あるいは量刑といった裁判における処理（conduct）の問題として捉えていたともいえよう。R. v. Sang事件では、証拠を排除する根拠となるかを指摘することで十分であったが、暗黙のうちに、罠のケースでの手続の打切りを否定した。このことは、スカーマン卿が、裁判所は、手続の濫用から自分自身を守ることを義務づけられているが、それは、「このケースではな

い」としているところからも推察することができよう。[14]

このようなR. v. Sang事件判決が批判されていくのは、被告人の有罪あるいは裁判における実際の処理以前の問題として、まったく異なった次元の問題を提起することが明確に意識されはじめたからである。つまり、罠が起こるとき、被告人による犯罪の実行は国家自身によって引き起こされており、これが罠のケースと、他の原因によって引き起こさせられた犯罪との極めて重大で重要な相違になるという問題意識である。

R. v. Horseferry Road Magistrate's Court, ex parte Bennett事件判決[15]において、貴族院は、裁判所が行政権の重大な濫用があったことを知った場合、裁判所は手続を打ち切り、被告人の解放を命じる権限を有すると判示した。すなわち、裁判所は、それを裁判所の手続の濫用とみなすことによって、警察や検察によるこのような職権濫用の利用を拒否することができるとしたのである。グリフィス卿は、裁判所は、「法の手続が濫用されていないかを確かめる責任を行政官へ移管することは少しも考えられない」[16]というデヴリン卿の言葉に共感し、司法は、行政の行動を監督し、「基本的人権あるいは法による統治を脅やかす」行動を容認することを拒否する自発的意思を含む法による統治の維持に対する責任を受け入れるべきであるとした。[17]本件は、罠のケースではなかったが、R. v. Latif, R. v. Shahzad事件判決[18]において、罠のケースにも同じ原則が適用可能であることを貴族院は確認した。[19]

このように、イギリスでは、罠は実体的な抗弁ではないが、裁判所は関連する刑事手続を停止させることができるとともに、一九九四年のPACE七八条によって証拠を排除することを可能にした。

2 R. v. Looseley 事件判決における法的効果の根拠

R. v. Looseley 事件判決では、罠捜査が許されず、ターゲットにされた者に対する救済を正当化する理由として、裁判所の役割や機能に着目して二点挙げられている。

（1）保護的・予防的理由　一つ目は、罠を理由に刑事訴追を裁判所が止めることに対する保護的または予防的理由である。これは、ホフマン卿が「行政の権力の濫用を防止する権限」[20]と説明したものであり、ニコルズ卿が次のように詳細に述べたところのものである。

「国家が担当官（agent）を通して市民を法律では禁止されている行為をするように仕向け、実際に犯罪を犯したときに刑事訴追するということは断じて許されるべきではない。それは罠となる。罠は国家権力の濫用にあたるとともに、裁判所の手続の濫用にもあたる。このような国家の行動が魅力的ではない結果をもたらし、そして極端な事案においては、とても恐ろしく邪悪なものになってしまうということは明らかである。裁判所の役割は、国家と市民の間に立ちはだかってこのようなことが起きないようにすることである」[21]。この最初の正当化根拠は、保護的・予防的なものであるといえよう[22]。

この保護的・予防的な正当化根拠について、アシュワースは、この正当化根拠は、少なくとも手段的道具（instrumental one）であるとし、その目的が個人を不適切な行動によって得られた証拠に基づいて刑事訴追することを避けることにある点を挙げる[23]。また、保護という考え方は、市民は国家の担当官によって行われる行為のある一定のものの対象とはならない権利を市民が有していることを暗に示すものであると

し、国家によるある一定の行為とは、ニコルズ卿が「国家により作られた犯罪」と呼んだものであるとする。[24] さらに、日常生活は誘惑に満ちており、犯罪を犯すことへの誘惑もあるが、市民は、担当官等によって意図的で強すぎる誘惑の対象とさせられるリスクを負うべきではないとする。このような考慮から、アシュワースは、「意図的で不法な一般の生活、私的な生活への侵入から守られるという貴重な権利を市民は持っている」[25]とし、国家の担当者が市民の前に罠をおいて騙しの手法を使える範囲というのは限界があるはずであると説く。[26]

（2）廉潔性の原則　二つ目のそして同じ程度に重要とされる正当化根拠は廉潔性の原則（the integrity principle）である。罠に基づく刑事訴追は、「刑事司法制度の廉潔性を守るため」[27]に止められなければならないとするのである。この点について、ホフマン卿は、カナダの Amato v. Queen 事件判決におけるエスティ裁判官の次の指摘を引用した。「国家によるとても破廉恥で恥ずかしい手続に巻き込まれてしまったことにより、裁判所が経験する嫌悪感は、有罪判決を下し、最低限の刑罰を科すことにとどめたとしても消えることはない。有罪を決定し、その後に、悪影響をより軽い刑罰を科すことにより無かったことにしようとすることを含めて、そのような不正義に参加することは正義の公平な実施に対する信頼を取り戻すことからはとても遠く、その逆の結果に資することになる」[28]。そして、「裁判の停止が認められるべきなのは、被告人が無実だったからではなく、また彼が公平な裁判を受けられなかったからではなく、警察を教育するためでもなく、刑事司法システムの廉潔性を守るためにされるのである」[29]と説いた。

廉潔性の原則は貴族院が一九七九年に R. v. Sang 事件判決を出したときには明示的に認められていなかった

が、[30] その考え方はイギリス連邦の裁判所や学者において支持を増やした。[31] そこでの説明を要約すると、法執行官の許されない行動に基づいて得られた成果に基づいて裁判所が行動するのであれば、それは裁判所の廉潔性をあやうくする。言い換えれば、刑事司法制度は法律を執行する者も法律に従うべきであるというように裁判所が主張しないのであれば、刑事司法制度はその道徳的権威を失うことになると説くのである。[32] したがって根本的には一貫性の原則（principle of consistensy）であり、人権と法による統治の守護者である裁判所が人権や法による統治に反する方法によって得られた証拠に基づいて行動するということは一貫性を欠くということになろう。[33] この原則は、R. v. Horseferry Road Magistrates' Court, ex parte Bennett 事件判決において貴族院によって採用され、[34] R. v. Looseley 事件判決によってそれが再度認められたことで、イギリス法において定着したとみることができよう。[35]

(2) 証拠の排除と手続の打切り

このように、R. v. Looseley 事件判決では、ホフマン卿が指摘した「行政の権力の濫用を防止する権限」やニコルズ卿の「罠は国家の権力の濫用にあたるとともに、裁判所の手続の濫用にあたる……裁判所の役割は、国家と市民の間に立ちはだかってこのようなことが起きないようにすることである」といった保護的・予防的理由とホフマン卿が指摘した「廉潔性の原則」を理由に手続の打切りを認めた。また、罠で獲得された証拠については、PACE 七八条により、証拠を排除することも可能である。この点について、ニコルズ卿は、これら二つの救済のうち、停止を認めることの方が、裁判における証拠の排除より、通常は罠のケースでの適切な対応と見な

されるべきであるとする。[36] その理由として、次の点を指摘する。「裁判からの証拠の排除は、しばしば訴訟手続を停止させる命令（決定）と実際には同じ結果となるであろう。例えば、身分秘匿捜査官による証拠がなければ、検察側は立証を進めることが不可能となるケースがしばしば見られるであろう。しかしながら、これは必ずしもそうなるわけではない。物的証拠（real evidence）、あるいは他の証人の証拠があるかもしれない。すべての検察側証拠を除外することは、もちろん、この点に関するいかなる例外にも対処するであろう」。「これらの実務的な考慮を別として、理念（principle）の問題として訴訟手続の、あるいは関連する訴追の打切りがより適切な救済方法である。罠に基づいた起訴は裁判所の手続の濫用になるであろう。裁判所は訴訟追行者（prosecutorial）がこのように振る舞うのを許さないであろう」[37]とする。また、ニコルズ卿は、手続の打切りを命じ、起訴を継続させることを拒否するとき、結果的にそのような効果を及ぼすことにもなろうが、裁判所は警察に対して監督する権限を働かせようとしているわけではないことを付け加えるべきであるとし、罠に基づく刑事訴訟手続に対する反対はもっと深いものであるとする。[38] そして、罠は、被告人の非難に値する（blameworthiness）あるいは有罪性についてのみに繋がるものではなく、つまり、その犯罪が行われた状況における国家の関与を考慮した場合、関連する罪に対して訴追がなされること自体の適切さに関わるのであるとあらためて強調している。[39] この点に関して、ホフマン卿は、「七八条に基づく裁量は裁判官に裁判の公平性を担保させることを可能にする。しかし、罠にかけられた被告人は、通常、ある証拠を認めることが彼の裁判手続の公平性を危うくすると主張しているわけではない。彼は証拠が何であれ、彼がそもそも裁判にかけられるべきではないといっているのであ

る。もしそうであるならば、適切な救済方法は、それは証拠の排除ではなく訴訟手続の打切りである」と説明し、ニコルズ卿と同様の立場を示した。

アシュワースは、R. v. Looseley 事件判決で示された手続の打切りを認めることについて、ニコルズ卿の「罠とはその犯罪を訴追すること自体が適切であるかどうかというものに関わるものである。とくに犯罪に関する国家のかかわりを検討したときに適切かどうかということである」[40]との説明を引用して支持する。また、ハットン卿が R. v. Latif, R. v. Shahzad 事件判決におけるスタイン卿の説明[41]を引用して、「重要な問題とは裁判官がより広い考慮事項である刑事訴訟法の信頼性を検討したときに、刑事訴追の手続をとめるべきであったかということである」[42]としたことについては、Teixeira de Castro v. Portugal 事件判決における欧州人権裁判所の罠に値するような行為があるときには、その結果というのは裁判の最初から被告人が公平な裁判を受けることを奪うというものであり、検察官は罠に相当するような行為に基づいて刑事訴追を始めるべきではないし、裁判所もそのような行為を奨励すべきではないとの判決[43]とも一貫すると評価する。また、アメリカの模範犯罪処罰法（Model Penal Code）や最高裁は罠の抗弁を認めているが[44]、それは裁判の打切りと比べると適切ではないとし、理由として、検察官が訴追を継続するのをやめさせることにつながらないのであれば、これは実際に裁判が行われるときになってはじめて効果を有することになる点を挙げる[45]。同様に、PACE 七八条に基づく証拠を排除する裁量のみに依拠する方法も不十分であるとし、その理由として、検察が直接的な証拠としてその誤った方法で得られた証拠に依拠することなく有罪を立証することが可能かもしれないからであると指摘する[46]。さらに、

もし裁判所が、訴追が停止されるべきであるという申し立てを認めなかったとしても、裁判では、PACE七八条に基づいて、不公平であるという理由や本来であれば裁判を止めるのが適切であったはずであるという理由で、この証拠は排除されるべきであるという抗弁を出すことは可能であるとする。[47] もし全てがうまくいかなかったとしても罠に限りなく近い行動があったという状況であれば、減軽するという手法も適切かもしれないともする。[48]

総じて、アシュワースは、もし法執行官が疑いの合理的理由を持っておらず、または持っているが特別でない機会の基準以上のことをして、犯罪を誘ったまたは犯罪の主要な原因となったといえるのであれば、そのような行為は罠に値し、訴追は止められるべきであるとして、R. v. Looseley 事件判決を評価する。

（1） アメリカのおとり捜査について、検討した邦語文献として、団藤重光「『わな』（エントラップメント）の理論」刑法雑誌二巻三号（一九五一）二六頁以下、渡辺修「囮捜査と罠抗弁――アメリカ合衆国を中心に」法学論叢一〇五巻一号（一九七九）四四頁以下、河上和雄「おとり捜査の発展」判例タイムズ四七五号（一九八二）三九頁以下、ローク・M・リード著酒巻匡訳「『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」ジュリスト七七八号（一九八二）二九頁以下、渡辺修「おとり捜査の限界――シードマンの研究」神戸学院法学一四巻三号（一九八三）三〇一頁以下、木村榮作「覚せい剤事犯のおとり捜査」研修四三五号（一九八四）三六頁以下、渋佐慎悟「アンダーカバーオペレイション瞥見」国際商事法務一八巻五号（一九九〇）五〇〇頁以下、藤井紀雄「おとり捜査違法論の再評価」『刑事法学の総合的検討（下）――福田平・大塚仁博士古稀祝賀』（有斐閣、一九九三）三〇五頁以下、内山良雄「エントラップメントの抗弁における被告人の犯罪性向と政府機関の働き

かけ」『アメリカ刑事法の諸相――鈴木義男先生古稀祝賀』（成文堂，一九九六）一八三頁以下，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――」法学会雑誌四六巻二号（二〇〇六）三一七頁以下などがある。

(2) *Sherman v. United States* [1957] 356 US 369 at 372.

(3) 従って問題は陪審によって決断されるものである。

(4) *Ridgeway v. The Queen* [1995] 184 CLR 19.

(5) *Police v. Lavalle* [1979] 1 NZLR 45.

(6) *R. v. Mack* [1988] 2 SCR 903.

(7) *R. v. McEvilly, R. v. Lee* [1973] 60 Cr App R 150; *R. v. Mealey, R. v. Sheridan* [1974] 60 Cr App R 59.

(8) 罠を理由に証拠を排除したもの（*R. v. Foulder* [1973] Crim LR 45; *R. v. Burnett* [1973] Crim LR 748; *R. v. Ameer, R. v. Lucas* [1977] Crim LR 104），刑の減軽要素としたもの（*R. v. McCann* [1971] 56 Cr App R 359）があることは既にみた通りである。

(9) *R. v. McEvilly, R. v. Lee* [1973] 60 Cr App R 150; *R. v. Mealey, R. v. Sheridan* [1974] 60 Cr App R 59.

(10) *R. v. Sang* [1979] 2 All ER 1222 at 1226.

(11) *Ibid.*, at 1238.

(12) *Ibid.*, at 1243.

(13) *R. v. Smurthwaite, R. v. Gill* [1994] 1 All ER 898 at 902.

(14) *R. v. Sang* [1979] 2 All ER 1222 at 1245.

(15) *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court, ex parte Bennett* [1993] 3 All ER 138.

(16) *Connelly v. DPP* [1964] 2 All ER 401 at 442.

(17) *Bennett v. Horseferry Road Magistrates' Court* [1993] 3 All ER 138 at 150.
(18) *R. v. Latif, R. v. Shahzad* [1996] 1 All ER 353.
(19) 両事件の事件概要については、吉井匡「イギリス刑事裁判における『手続の濫用』と『訴訟中止』――一九九三年 Benett 判決および同判決以降の貴族院判決の検討――」立命館法政論集四号（二〇〇六）一七七頁以下に詳しく紹介されている。
(20) *R. v. Looseley, Attorney General's Reference* (*No. 3 of 2000*) [2001] UKHL 53, para. 40.
(21) *Ibid.*, para. 1.
(22) Andrew Ashworth, 'Re-drawing the Boundaries of Entrapment', [2002] *Crim. L. R.* p.162.
(23) Ashworth, *op. cit.*, p.163.
(24) *Ibid.*
(25) *Bunning v. Cross* [1978] 141 C. L. R. 54, at p.75.
(26) Ashworth, *op. cit.*, p.163.
(27) *Ibid.*, para. 39.
(28) *Amato v. Queen* [1982] 2 SCR 418 at 462-463. なお、ここでのエステイ裁判官の指摘は、シャーマン事件判決の反対意見でフランクファーター裁判官によって述べられたことと大部分で一致する（*Sherman v. US* [1957] 356 US 369）。また、後にカナダの最高裁判所は、全員一致の意見を述べる際にこの考え方が詳細に論じられている（*R. v. Mack* [1988] 2 SCR 903）。
(29) *R. v. Looseley, Attorney General's Reference* (*No. 3 of 2000*) [2001] UKHL 53, para. 39.
(30) *R. v. Sang* [1979] 2 All ER 1222.
(31) Andrew L. -T. Choo, *Abuse of process and judicial stays of criminal proceedings* (1993), ch. 6
(32) Ashworth, *op. cit.*, p.163.
(33) *Ibid.*

(34) *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court, ex parte Bennett* [1993] 3 All ER 138.

(35) なお、廉潔性の原則については、「裁判所を中心とした (court-centred)」原則とも表現されている (P. Mirfield, *Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence* (1997), pp.23-28)。また、その趣旨としては、「国民の信頼 (public confidence) というより広く、わかりにくい考え方に依拠することを避けた」と指摘されている (Ashworth, *op. cit.*, p.163)。

(36) *R. v. Looseley, Attorney General's Reference* (*No. 3 of 2000*) [2001] UKHL 53, para. 16.

(37) *Ibid.*, para. 16.

(38) *Ibid.*, para. 17.

(39) *Ibid.*

(40) *Ibid.*

(41) *R. v. Latif, R. v. Shahzad* [1996] 1 All ER 353.

(42) *R. v. Loosely, Attorney General's Reference* (*No. 3 of 2000*) [2001] UKHL 53, paras. 103-104.

(43) *Teixeira de Castro v. Portugal* [1999] 28 E. H. R. R. 101, para. 39.

(44) *Sherman v. U.S.* [1957] 356 U.S. 369. Model Penal Code, s.2. 13.

(45) Ashworth, *op. cit.*, p.164.

(46) *Ibid.*

(47) *R. v. Looseley, Attorney General's Reference* (*No. 3 of 2000*) [2001] UKHL 53, para. 18, 44, 104.

(48) Ashworth, *op. cit.*, p.164.

五　おわりに

本稿では、イギリスのおとり捜査について概観してきた。イギリスでは、二〇〇一年のR. v. Looseley事件判決で、罠に該当するケースに対しては、法的効果として、手続の打切りが認められた。そこに至る過程では、前述のように、幾多の変遷があったが、手続の打切りを認めた理由としては、「罠は国家権力の濫用にあたるとともに、裁判所の手続の濫用にあたる」といった対象者への保護的予防的理由と刑事司法制度の「廉潔性の原則」が挙げられている。

わが国では、おとり捜査のリーディングケースとされる最高裁昭和二八年三月五日決定[1]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犯罪を実行した場合に、……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続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ことのできないこと多言を要しない」と判示し、おとり捜査が実施されたことは、犯人の罪責に影響しないと解しうる判断をしたため、おとり捜査は全面的に許容されるとの見方もあった[2]。しかしながら、下級審では、おとり捜査が違法となる場合があることを前提とした判断が積み重ねられ、学説においても、二八年決定の射程範囲を限定的に捉えるなどして、おとり捜査が違法となる場合があることを肯定し、一定の法的効果を生じさせる①無罪説[3]、②違法収集証拠排除説、③公訴棄却説[4]、④免訴説[5]などが主張されてきた。

こうしたわが国の法的効果をめぐる見解について、ここで詳細に検討する余裕はないが、イギリスにおいて認

められた手続の打切りとの関係で、とくに、わが国で主張される④公訴棄却説と⑤免訴説についての議論を見ておきたい。

公訴棄却説は、違法なおとり捜査に基づく公訴を公訴提起手続に瑕疵があるものとして捉え、刑訴法三三八条四号を適用して、公訴を棄却する見解である。この見解に対しては、刑訴法三三八条四号は、公訴提起自体の手続に瑕疵がある場合を想定した規定であり、捜査段階の瑕疵まで含めることは難しい[6]、おとり捜査の実体的側面が十分に考慮されない[7]といった批判のほか、公訴権濫用論や捜査段階の違法と公訴提起の効力の関係について言及した最高裁決定[8]からは、現段階において公訴棄却説を採用するのは困難であるとも指摘される[9]。

他方、免訴説は、違法なおとり捜査が行われた場合、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として、刑訴法三三七条を類推して免訴する見解である。この見解に対しては、免訴事由は、刑訴法三三七条各号に該当せず、おとり捜査における捜査官の行動は、対象者の自由意思を制圧しておらず、犯罪の実行はあくまでも対象者の責任においてなされている以上、それだけで直ちに国家に処罰適格がないとはいえないなどの指摘がなされている[10]。

ここで、あらためてイギリスで手続が打切られたおとり捜査の事案をみてみると、警察官は被告人がA級ドラッグの供給に関わっていると疑う合理的な理由を有しておらず、さらに被告人に対して安い煙草を最初に与えてその代わりにA級ドラッグ（ヘロイン）をもらうというお互い様という雰囲気を作り出していたと認定された事案であった。本件をわが国に置き換えたとき、いかなる判断となるのかは定かではない。つまり、二分説に立つ

とされる判例も、明示的に嫌疑を要求しているわけではなく、犯意という言葉の曖昧性から、被告人にB級ドラッグの関与が認められる本件では、結果的に機会提供型であったとされる危険性を否定できないのである。

おとり捜査に関する弊害について、わが国では、判例・学説上、犯罪を防止すべき国家が自ら犯罪を創出し対象者を処罰することの矛盾性、対象者に欺罔・偽計を用いて犯罪へと導くことの不公正さという国家の行為無価値性に着目するもの[11]のほか、人格的自律権や個人の尊厳に対する侵害があるとする見解[12]や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・創出する点[13]といった国家行為の結果無価値性が指摘されている。こうした弊害があるにもかかわらず、犯罪の組織化や薬物犯罪などの犯罪の密行性などへ対抗する必要性から、おとり捜査が正当な捜査手法として受け入れられるためには、先の制定法上の限界に留保しつつ、違法なおとり捜査に対する厳格な対応が必要になるように思われる。

確かに、先に見た公訴棄却説・免訴説いずれの見解も成文法主義を採用するわが国の現行法の下では、克服すべき課題は少なくない。しかし、イギリスにおいて罠であるとして手続が打ち切られたケースのように、人間の尊厳を侵害するなど、憲法に抵触するような特に重大な違法がある場合や、捜査の違法と公訴の提起が強い因果力で結ばれており、当該捜査活動に基づく公訴の提起や処罰を許容することが刑事司法制度の廉潔性を損なわせるような場合には、裁判所の役割として、形式裁判によって、手続を打切ることが許される余地はあるように思われる[14]。そのようなケースか否かの判断に際しては、R. v. Looseley 事件判決で示された判断が参考となろう。ただし、こうした事態に至るおとり捜査は、いわば、極限的事例とも思われ、その程度にまで至らないおと

り捜査が実施されることが大半であろう。その場合の法的効果については、証拠の排除のほか、場合によっては、量刑上斟酌する方法も考えられるであろう。

なお、イギリスのみならず、アメリカ合衆国などの諸外国で取り組まれているおとり捜査官への行動指針ともいうべきガイドラインの作成は、わが国においても検討されてよい時期に来ているように思われる。

（1）最決昭和二八年三月五日刑集七巻三号四八二頁。

（2）高田卓爾『刑事訴訟法』（青林書院、一九八四、二訂版）三四〇頁。

（3）田中正義「囮捜査に関する諸問題――判例を中心として――」法学新報五九巻三号（一九五二）二〇頁、渥美東洋『刑事訴訟法要諦』（中央大学出版部、一九七四）一六九頁、高田卓爾ほか編『刑事訴訟法の基礎』（青林書院新社、一九七五）一二〇頁。

（4）渡辺修『捜査と防御』（三省堂、一九九五）八二頁、上田信太郎「おとり捜査」刑事訴訟法の争点（第三版、二〇〇二）八五頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』（成文堂、二〇〇七）三三頁。

（5）団藤重光「『わな』（エントラップメント）の理論」刑法雑誌二巻三号（一九五一）五〇頁、青柳文雄『刑事訴訟法通論（上巻）』（立花書房、五訂版、一九七六）二九七頁、鈴木茂嗣「おとり捜査」刑事訴訟法判例百選（一九七六）三一頁。

（6）澤登俊雄「おとり捜査と適正手続」セミナー法学全集刑事訴訟法一三四頁。

（7）鈴木茂嗣「おとり捜査」刑事訴訟法判例百選（一九七六）三一頁。

（8）前者について、最決昭和五五年一二月七日刑集三四巻七号六七二頁、後者について、最判昭和四一年七月二一日刑集二〇巻六号六九六頁。

（9）會田正和「おとり捜査」河上和雄編『刑事裁判実務大系一一巻・犯罪捜査』（青林書院、一九九一）二四三頁。

(10) 會田・前掲（注9）二四三頁。

(11) 田宮裕『刑事訴訟法』（有斐閣、一九九六、新版）六九頁、松尾浩也『刑事訴訟法（上）』（弘文堂、一九九九、新版）一二七頁。下級審では、「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においては到底これを容認することはできない」として国家の矛盾性を根拠としたものがある（横浜地判昭和二六年六月一九日高刑集四巻一三号一九六四頁）。また、最高裁レベルでは、平成八年一〇月一八日決定において、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」との反対意見を述べている（公刊物未搭載。ただしTKC法律情報データベースで閲覧可能）。本決定については、尾崎久仁子「〈最近の判例から〉覚せい剤取締法違反事件にかかるおとり捜査の適法性」法律のひろば五〇巻七号（一九九七）七一頁以下、指宿信「〈もぎたて判例紹介〉おとり捜査の存在とその適法性」法学セミナー五〇九号（一九九七）八二頁以下も参照。

(12) 三井誠『刑事手続法』（有斐閣、一九九七、新版）八九頁。

(13) 酒巻匡「おとり捜査」法学教室二六〇号（二〇〇二）一〇六頁、佐藤隆之「おとり捜査の適法性」法学教室二九六号（二〇〇五）三七頁以下。

(14) 島田仁郎「英国におけるおとり捜査について」司法研修所論集二号（一九七五）六三頁以下、佐藤隆之「おとり捜査」刑事訴訟法判例百選（一九九八、七版）二七頁、指宿信「イギリスにおけるおとり捜査と手続打切り」『激動期の刑事法学――能勢弘之先生追悼論集』（信山社、二〇〇三）七一頁。