

# 刑事判例研究(3)

中央大学刑事判例研究会

銃砲刀剣類所持等取締法違反被告人事件の有罪確定判決に対して、囹（おとり）捜査に重大な違法があり得られた証拠を排除すべきであり、刑事訴訟法第四三五条第六号に該当するとして再審開始決定を認めた事例

鈴木 一 義

〔銃砲刀剣類所持等取締法違反被告人事件、札幌地方裁判所平成二五年（た）第二号、平成二八年三月三日決定、裁判所ウェブサイト〕

## 【事実の概要】

再審請求に至る迄の経緯は以下の通りである。<sup>(1)</sup>

### 1 確定判決迄

(1) 請求人は、平成九年一月一三日、けん銃一丁、実包一六発等を持って小樽に入港し、翌二四日、けん銃及び実包を持っ

て船舶から降り、船舶が停泊していた場所からほど近い現場で、北海道警察本部生活安全部銃器対策課の警察官らにより、銃刀法違反の罪で現行犯逮捕された。<sup>(2)</sup>

(2) 確定審において、確定審弁護人は、請求人は、C・Dを利用した違法な囲捜査によつて逮捕されたものであり、その際に収集された証拠は違法収集証拠として排除されるべきであつて、請求人は無罪であると主張した。

(3) 確定審では、捜査官や上記捜査協力者C・Dの証人尋問等が実施されたが、証人は、C・Dは捜査協力者ではなく、Cは現場にいなかったと証言した。

(4) 確定判決（札幌地判平成一〇年八月二五日）は、証人らの証言の信用性を認め、囲捜査はなかったと判断し（確定審においては、捜査機関による違法な囲捜査の有無等が争いとなつたが、確定判決は、検察側証人五名の証言等に基づき、そもそも警察が関与した囲捜査自体が存在しなかったと認定して、請求人側の無罪主張を退けた）、請求人にけん銃加重所持罪により有罪判決（懲役二年の実刑）を言い渡し（平成一〇年九月九日確定）、請求人は服役した。

## 2 確定判決後

(1) 請求人服役後、平成一四年七月一〇日に、Aが覚せい剤取締法違反により（緊急）逮捕され、その捜査過程及び公判期日におけるAの供述により、<sup>(4)</sup>銃器関係事犯における、北海道警察の組織ぐるみの囲捜査等の実態が明らかになった。<sup>(5)</sup>

同時に、確定審における捜査官らによる「請求人の逮捕現場に捜査協力者がいなかった」旨の証言が偽証だったことや、捜査官らが虚偽有印公文書作成・行使を行つたことも明らかとなった。<sup>(6)</sup>

(2) 請求人及び請求人の確定審弁護人は、平成一七年七月に札幌地裁に対し、捜査機関の違法行為等を理由に、国及び北海道を被告とする国家賠償訴訟を提起した。そこにおいては、千葉刑務所で服役中であつたAの証人尋問（所在尋問）<sup>(7)</sup>が実施され、Aは、C・Dが捜査協力者だったことや、Aが日頃から同らら捜査協力者に対して外国人に外国からけん銃を日本に持つて来させるように指示していたこと等を証言した。<sup>(8)</sup>

(3) 同国家賠償訴訟では、平成二二年三月一九日、原告（請求人）の被告北海道に対する請求を一部認容する第一審判決が下された。<sup>(9)</sup> 同判決では、請求人に対して罔捜査が実施されたこと、当時の捜査官らが偽証及び虚偽有印公文書作成・行使を行ったことが認定されたが、本件捜査が違法な罔捜査であつたと断定することは出来ないとして、罔捜査の違法性を正面から認定することは回避した（控訴「札幌高判平成二三年二月二四日」・上告「最高裁平成二五年四月一六日」各審の判断を経て確定）。

(4) 更に、Aは出所後である平成二五年四月二一日、請求人弁護士らに対し、改めて、請求人を逮捕した現場にCがいたことや、Aが普段からC・Dを含む捜査協力者に対して、手段の適法・違法を問わず、けん銃を持って来させるように指示していたこと等を供述した。

(5) 請求人弁護士らは、確定審後のAの供述等を新証拠として、平成二五年九月二五日、札幌地裁に再審請求を行った。請求人は、新旧両証拠を総合評価して認められる事実を前提にすると、本件捜査は違法な罔捜査であり、改めて請求人に無罪が言い渡されるべきであるとして、刑事訴訟法第四三五条第六号所定の事由があると主張したのである。<sup>(10)</sup>

具体的な主張は以下の通りである。<sup>(11)</sup>

(1) 本件捜査が違法な罔捜査であること

罔捜査は、秩序維持という公益を目的として、取締りが困難な犯罪を摘発するために行われるが、一方で、国家が犯罪に関与して法益侵害を惹起するという側面を有する。また、罔捜査の適法性が問題となるのは、捜査機関が罔捜査を選択したことの適否が問われる場面である。従って、その適法性の判断基準は、①「⑦『捜査の時点における対象者の嫌疑の程度』と④『法益侵害を惹起させるための働きかけの強度』との相関により判断される違法性の程度」と、②「おり捜査の目的である公益」を比較衡量し、更に③補充性をも加味して判断すべきである。そして、上記①⑦の「対象者の嫌疑」については、当該具体的事案に即して、罔捜査（働き掛け）開始時点で存在・入手していた情報をもとに「捜査開始時点での合理的な嫌疑」があるか否かで判断すべきである。その結果、仮に対象者に捜査開始時点での合理的な嫌疑がないという場合には、最早当該捜査は「捜査」とすら言えないものであり、

その余の判断要素を考慮する迄もなく、当該捜査は違法性の程度が極めて高いと言える。

この点、本件においては、①⑦捜査機関は、囲捜査の開始時点で、請求人がけん銃を日本に持ち込もうとしている等の情報を有していなかったのであるから、捜査対象者である請求人に対する嫌疑は、小さいどころか全く存在しなかった。よって、本件囲捜査はその違法性の程度が極めて高い。さらに、①④法益侵害を惹起させるための働き掛けは、ロシア人の船員たる請求人にとって非常に価値のある日本製の車両の提供を申し出るという、程度の強いものであったのであるから、本件囲捜査の違法性の程度が極めて高いことはなお明らかである。

また、②本件囲捜査は、Aらが自身および所属組織のけん銃摘発実績を上げるためだけに実施したものであり、そこに公益目的は一切存在しない。

そして、本件においては、上記の通り請求人に対する嫌疑が存在しないのであるから、③補充性を検討する余地すらない。

以上の通り、本件囲捜査は、①違法性の程度が極めて高く、②捜査に公益目的が存在せず、③補充性を検討する余地すらないものであるから、これを適法と判断する余地はない。

(2) 本件捜査の違法の程度が極めて高く、全ての証拠が証拠排除されること

証拠物の収集手続に明白且つ著しい違法がある場合には、各証拠につき証拠毎に違法の重大性や将来の違法捜査抑制の見地から見た証拠許容の相当性を判断する迄もなく、適正手続の保障の確保の観点から、法律上当然に一律且つ全面的に証拠が排除されなければならない。本件においては、囲捜査開始時点で請求人に一切の合理的嫌疑が存在せず、且つ捜査の必要性も全くない状況下で働き掛け行為が実施されたことに加え、請求人がけん銃を日本に持ち込んだ後においても、けん銃を船外に出して犯罪創出を完遂させるための強いおびき寄せ行為があった。更に、逮捕後には、警察官らが囲捜査を隠蔽して捜査機関の手柄を捏造するために、虚偽公文書作成・偽証を行っており、かかる捜査機関の態度も合わせて考慮すれば、本件囲捜査に基づく証拠収集手続には、「明白且つ著しい違法」があり、本件捜査により得られた本件各証拠は、全て一律且つ全面的に証拠能力を否定されるべきである。

(3) 以上より、本件においては、囃捜査によって得られた一切の証拠の証拠能力が否定される結果、確定判決において有罪認定に用いられた証拠は全て証拠排除されることとなり、刑訴法第四三五条第六号の再審事由が存在する。

### 【決定要旨】

1 札幌地方裁判所は、旧証拠・新証拠・事実取調べの結果を総合して、以下のような事実認定を行った。

(1) Aは、警察官として長年に亘り銃器犯罪捜査に携わり、平成五年頃から北海道警察本部の銃器対策部門に配属されていた。平成八年終わり頃から平成九年初め頃には、捜査協力者であるBを通じて、ロシア人相手に中古車販売業を営むCやそのいとこのDと知り合い、捜査協力者として用いるようになった。Aは日頃から、Cら捜査協力者に対し、「何でもいからけん銃を持ってこさせろ。」と指示をしていた。

請求人は、事件当時、ロシアの船員として稼働しており、ロシア本国における前科前歴はなく、ロシアマフィアや銃器取引に関与したことを窺わせるような事情もなかった。平成九年八月頃に初めて来日した際、Dの案内で、車で中古車販売店を回っていたところ、車内でDから「イタリア製かアメリカ製のけん銃が欲しい。あれば車と換えることができる。」「けん銃があれば欲しい中古車と交換してやる。」などと話しかけられ、その二日後にも、請求人が、Dに対し、プレゼントされた土産物のお礼として、かにも持って来ようかと申し出たところ、Dからは、「かにはいらなけれども、けん銃ならいいよ。」と言われた。

その後、請求人はロシアに帰国し、同年十一月一日頃に再び日本に向けて渡航することになったが、たまたま父の遺品である本件けん銃等を所持していたことから、タダ同然のけん銃と中古車を交換出来ればラッキーと考え、本件けん銃等を日本に持ち込むこととした。同月一三日、小樽に着いた請求人は、Dらと札幌の中古車販売店を訪れた帰り道に、Dに本件けん銃のポラロイド写真一枚を渡した。

同日夜、Aの下に、Bを通じて、請求人が日本にけん銃を持ち込み、Cに売り込んでいるとの情報もたらされた。これを受けて、

銃器対策課では捜査会議が開かれ、翌朝に、Cらを使って、請求人が船外へ本件けん銃等を持ち出すように仕向けて、請求人を現行犯逮捕するという方針が決定された。更に、この捜査会議の前後に、捜査書類の作成等に当たり、Cの存在を隠すことが決められ、Aらにも伝えられた。<sup>(12)</sup>

翌一四日午前八時頃、CとDが請求人らを迎えに来た際、請求人は、Dから、「Cにピストルが必要なので、本件けん銃と日産サファリを交換する。」旨の話を告げられ、その後請求人は、実際にCから、一万ドルの値札が付けられた日産サファリを見せられた。

Cと共に港に戻ると、請求人は、Cからけん銃を持って来るように言われたため、船からこれを持ち出し、埠頭に止めた車の中で待機していたCに渡そうとした。しかし、Cはこれを受け取らず、「警察、プロブレム。」と言って車を降り、請求人についてくるよう指示して、本件逮捕現場の方へと向かった。そこで、請求人は、Cの後を追いつ、本件逮捕現場において、着衣から本件けん銃を取り出してCに手渡そうとしたところ、その場で待機していた警察官らによって取り囲まれ、現行犯逮捕された。<sup>(13)</sup>

(2) このように、Dは、日頃捜査協力者に対し「何でもいいからけん銃を持って来させる。」と指示していたAの意を受けて、請求人らロシア人船員に対し、日本にけん銃を持って来るように働き掛けを行い、請求人がけん銃を日本に持ち込むや、Bらを通じてAに情報提供をした。

自ら捜査協力者に対して「持って来させる。」等と指示していたAは勿論、その他の銃器対策課の警察幹部についても、何故單なる中古者販売業者に過ぎないCやDに対してけん銃の売り込みがあったのか、その経緯を全く確認していないこと等からすると、捜査協力者であるCらが請求人に対して日本国内にけん銃を持ち込むよう何等かの働き掛けを行った可能性を認識しながら、それがどのような働き掛けであろうと意に介することなく、請求人を検挙しようとしたものと認められる。

2 以上の事実関係を前提に、以下のように、本件囹捜査（平成九年八月にDが請求人に対して働き掛けてから、同年一月一四日に請求人が現行犯逮捕される迄、銃器対策課による囹捜査が実施されたと認定している）の適法性について札幌地方裁判所は検討した。

「一般に、おとり捜査は、密行性の高い犯罪を摘発するのに有用である一方、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が相手方に犯罪を実行するよう働きかけることにより、刑事実体法で保護しようとする法益を国家が自ら危険にさらすという側面も有しているため、常に許されるべきものではないといえる。とりわけ、本件おとり捜査は、既に見たとおり、典型的な犯意を誘発するタイプのものと位置づけられるので、その適否を慎重に見極める必要がある。」

(1) 捜査機関による誘引の強さの程度について、一万ドルもの値札のついた日産サファリが交換品として提示されている一方で、請求人のけん銃は単に父の形見として持っていた、請求人によってタダ同然のものであったというのであるから、中古車との交換という働き掛けは、請求人に対しては、それなりに誘引力の強いものであった。請求人がけん銃等の密輸商人であったのならば、本件捜査も犯罪実行のきっかけを与えた程度に過ぎないということにもなるが、武器の密輸商ではなく、ロシアマフィアに関係するとか、銃器犯罪の犯罪性向を有していたなどの証拠は全く存在せず、これ迄銃器犯罪に縁のない者であっても、新たに犯意を誘発されるだけの働き掛けが行われた訳であり、誘引力の強さはそれなりのものであった。

(2) 捜査の必要性について、本件ではロシアからの銃器の密輸入が多数に上るなど、囲捜査をしてでも密輸ルートを解明することが喫緊の課題であったというような事情は何ら窺われない上、Dが働き掛けた時点では、請求人にロシアマフィアや銃器犯罪への関与を示す事情などは全く存在せず、銃器犯罪の具体的嫌疑は何ら認められなかった。具体的嫌疑のない者に対して迄わざわざ積極的に関わりけん銃を日本に持ち込ませるよう働き掛けるのは背理であり、元々銃器犯罪を行う意図のない者に対して迄犯意を誘発するような強い働き掛けを行う必要性等は到底認められないし、却ってけん銃という危険物を本邦内に招き入れ、国民の生命、身体を殊更危険に晒したのと言える。

誘引の具体的態様等に関わる事情について、「何でもいからけん銃を持ってこさせろ。」というAの指示を間接的な形で受けていたDが、その指示内容に従って、囲捜査の限界等につき全く顧慮すること等ない儘、なりふり構わずにけん銃の日本への持ち込みを積極的に誘引していたのであり、捜査協力者に対してフリーハンドで誘引等を任せきりにし、中には国家が犯罪を作出するよ

うな違法なものが混じっていたとしても、それはそれで構わないという態度がありありと見て取れ、警察が国民の生命、身体を殊更危険に晒したという点は、こうした誘引の具体的態様にも良く反映されている。

(3) 「以上の点のみからいっても、本件のおとり捜査は、その必要性が認められず、かえって、具体的な嫌疑もない者に対して犯意を誘発するような働きかけを行うことで、犯罪を抑止すべき国家が自ら新たな銃器犯罪を作出し、国民の生命、身体の安全を脅かしたものであるといえ得るところ、更に本件では、次に示すような事情も認められる。」

銃器対策課の捜査官らは、事件後、こぞって内容虚偽の捜査書類を作成した上、裁判で囲捜査の違法性が争われるや、内部で口裏合わせをした上、CやDは捜査協力者ではなく、囲捜査は行っていない等と全く真実に反する証言をし、組織ぐるみで本件囲捜査の存在を隠蔽しており、こうした捜査官らの行為は、事案の真相を明らかにして、適正に刑罰法規を適用するという刑事裁判の目的を根本から覆し、請求人が公正な裁判を受ける権利を踏みにじるものである。これ程悪質な隠蔽工作を図ったのは、銃器対策課の捜査官自身、本件囲捜査は到底許されないものであり、裁判でこれが明るみに出れば大変な事態になることを認識していたからであろう。検察官は、捜査協力者を報復から守るために、Cが捜査協力者であること等を隠したいに過ぎない等と言うが、<sup>(14)</sup>そうであればCらの名前や素性を伏せれば足りる筈であるし、そもそもCが逮捕現場迄請求人を誘導したことを請求人自身が認識している以上、偽証したところで、Cの保護には繋がらず、結局、重大な違法を孕んだ囲捜査が行われたからこそ、銃器対策課が組織ぐるみで隠蔽工作を行ったというのが事の真相と言ふべきである。

(4) (1)乃至(3)で述べた事情を総合すれば、本件囲捜査は、およそ犯罪捜査の名に価するものではなく、重大な違法があるのは明らかである(本件の問題は、日本にけん銃等を持ち込ませるに至った一連の経緯、即ち囲捜査全体の適否が問われており、請求人が本件けん銃等を日本国内に持ち込んだ後の捜査のみを切り出すものではない)。

3 「結局、本件おとり捜査には、令状主義の精神を逸脱し、没却するのと同等ともいえるほど重大な違法があると認められるから、本件おとり捜査によって得られた証拠は、将来の違法捜査抑止の観点からも、司法の廉潔性保持の観点からも、証拠能力を認める

ことは相当でない。」殊に、銃器対策課が本件囹捜査の存在を組織ぐるみで隠蔽しようと画策していたことからすると、違法性を認識しながら請求人を逮捕したものと認められ、そのような捜査によって得られた証拠を用いることは到底許されるべきことではない。少なくとも、現行犯逮捕によって得られた各証拠（本件けん銃、実包、弾頭及び空薬莢、それらの鑑定書並びに逮捕時の状況に関する捜査報告書等）は証拠排除されるべきである。

「そうすると、請求人が真正なけん銃やこれに適合する実包を所持していたことは請求人自身認めているものの、この自白を補強すべき証拠がなく、結局、刑法三一九条二項により犯罪の証明がないことに帰するから、請求人に対し無罪の言渡しをすべきである。本件再審請求は、刑法四三五条六号所定の有罪の言渡しを受けた者に対して無罪を言い渡すべき明らかな証拠を新たに発見したときに該当する。よって、刑法四四八条一項により、本件について再審を開始することとする。」

## 【研究】

### 一 問題の所在

本決定は、

① 対象者の犯意を誘発した違法な囹捜査であることを示した事例<sup>(15)</sup>

② その結果、令状主義の精神を逸脱し、没却するのと同等とも言える程重大な違法があると認められるから、本件囹捜査によって得られた証拠は排除されるべきであり、結果として、請求人の自白に補強証拠がないこととなつて、犯罪の証明がなく無罪を言い渡すべき明らかな証拠を新たに発見したときに該当すると判断した事例という点で新しさが認められよう。

そこで、本稿では、それらの個々の論点について分析を加え、本決定の意義について考察を行いたい。

## 二 囲捜査を巡る裁判例の推移<sup>(16)</sup>

(1) 囲捜査は、主として戦後、GHQの示唆のもと、麻薬事犯摘発のために使われるに至った。その中で、最高裁昭和二八年三月五日第一小法廷決定（刑集七卷三号四八二頁）が登場した。捜査協力者であるAとBが、Xに麻薬の入手を依頼し、Xが更にYに依頼して麻薬を入手した事案で、X・Yは麻薬所持によって起訴されたが、囲捜査による処罰は許されないと争ったところ、最高裁は以下のように述べた。

「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「現五八条」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私人でなく、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ことのできないこと多言を要しない。」

本決定は、文言上は、如何なる形態の囲捜査でも適法としているようにも読めたが、囲行為をした捜査官が教唆犯又は従犯として責を負う可能性を認めており、囲捜査が違法となることを前提としていると考えられた。また、本件事案は機会提供型であったから、犯意誘発の事案に迄本決定の射程は及ばないとも解することが可能であった。

(2) そして、従前の最高裁判例が囲捜査の許容基準など未解決の問題を残していたこともあって、昭和五〇年代以降下級審で囲捜査の適否が争われる事例が散見されるようになった。裁判例の関心も、如何なる働き掛けなら許されるのかという具体的な許容基準に比重が移行しつつあった。この時期、裁判実務を支配していたのは犯意誘発型と機会提供型を区別する二分説であったと評される<sup>(17)</sup>。ただ、一方で、下級審裁判例の事案は、その全てが、当該囲捜査

が機会提供型であったことを前提にそれを適法としたものであって、逆に犯意誘発型に当たるとして違法とした裁判例は存在しなかったから、犯意誘発型か機会提供型かということが、裁判例において真に囲捜査の適法性を判断するための基準とされているのか否かは明らかでなかったとも評されている。<sup>(18)</sup>

(3) かかる情況下で最高裁が正面から囲捜査の適法性につき判断を示した。

最高裁平成一六年七月一二日第一小法廷決定(刑集五八巻五号三三三頁)がそれであり、X(被告人)から、捜査協力者であるAに対して、大麻樹脂の買い手を紹介してくれと依頼があったため、Aがそれを麻薬取締官事務所に連絡した。そして、同事務所の麻薬取締官とAが打ち合わせを行い、麻薬取締官をXに買い手として紹介し、Aの立会のもと、Xと当該麻薬取締官がホテルの一室で会った翌日、Xが、大麻樹脂二キログラムを同室内に運び入れたところを予め発付されていた搜索差押許可状によって搜索がなされ、大麻所持の現行犯人として逮捕されたという事案において、最高裁は囲捜査の適否について職権で判断した。

最高裁は、「本件において、いわゆるおとり捜査の手法が採られたことが明らかである。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、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である場合に、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、刑訴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。」と述べ(傍線・番号筆者)、本件囲捜査は適法で、本件の捜査を通じて収集された大麻樹脂を始めとする各証拠の証拠能力を肯定した原判断は、正当として是認出来るとした。異論はあるものの、基本

的には犯意誘発型―機会提供型の二分論（二分説）的な考え方（又はそれに準じる考え方）を採用した上で、機会提供型の囲捜査について、任意捜査として適法な囲捜査であることを明言した（従前の下級審裁判例の方向性を是認する）ものと言うことが出来る<sup>(19)</sup>。

一方、上記①から③の根拠付けが具体的に展開されている訳でないため、①から③のファクターの内容が必ずしも明瞭でなくなっているとも指摘されており、その具体的根拠付けのためには、囲捜査が何故問題性を持つかの根拠を明らかにすべきであるとの要請が顕在化する。このようにして、囲捜査の違法性に関する問題意識が、最高裁判成一六年決定から要請されることになったと解することが可能になろうが、札幌地裁平成二八年三月三日決定は、「おとり捜査は、密行性の高い犯罪を摘発するのに有用である一方、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が相手方に犯罪を実行するよう働きかけることにより、刑事実体法で保護しようとする法益を国家が自ら危険にさらすという側面も有しているため、常に許されるべきものではない」と述べて、この点に対する一つの応接をも示していると言うことが出来るよう。

### 三 囲捜査の違法性の根拠

(1) 本件決定は、「とりわけ、本件おとり捜査は、既に見たとおり、典型的な犯意を誘発するタイプのものと位置づけられるので、その適否を慎重に見極める必要がある。」（傍線筆者）と述べており、二分説を念頭に置いていると思われるけれども、犯意誘発型即重大な違法としている訳でもない。

この点、そもそも二分説の根拠も明確であるとは言えない。二分説については、本来犯罪を抑制すべき捜査機関が

新たに犯罪を惹起している点を違法根拠としているとも解されている。即ち、もともと「犯意」を有する者に働き掛けて犯行の機会を提供した場合には国家が犯罪を創り出したとは言えないが、「犯意」のない者に働き掛けて犯罪を実行させた場合には、犯罪を抑制すべき国家が犯罪を創り出したという点で、両者が結論を異にするとも捉えられている。<sup>(21)</sup>

しかし、これについては、(犯罪実行の決意をしていない者に犯行を働き掛けることが教唆、既に決意を有する者に対する場合が幫助という、実体法上の共犯の区分やその処罰と、訴訟法上の適法・違法の判断が常に一致すべき理由はなく)機会提供に過ぎない場合でも「囹の働き掛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は出来ない以上、なお犯罪が国家によって創り出されていると評することは十分可能であるとも反論可能である。<sup>(22)</sup>

尤も、これに対して、更に、犯意誘発型は、法益侵害に対する因果性の強さという点で、国家が犯罪を創出したという面が強く、違法の度合いが大きいものに対して、機会提供型は、囹捜査が行われなくとも別の機会に同種犯罪が行われた蓋然性のある場合であるから、違法性は小さいと言えるとも論じられている。<sup>(23)</sup>

このように、二分説を受容するか否かについては、学説は分かれる。ともあれ、本決定は、犯意誘発型即違法としておらず、慎重な検討を行っており、また、「刑事実体法で保護しようとする法益を国家が自ら危険にさらす」というフレーズも用いているため、囹捜査の違法性に関する他の根拠を参照してみる意味があるう。

## (2) 囹捜査の違法性・弊害に関する学説<sup>(24)</sup>

### ① 人格的自律権・個人の尊厳に対する侵害を重視する見解

憲法第一三条は、プライバシー権や公権力から干渉を受けない権利(人格的自律権)など人格的権利・利益を保護す

るものであるとし、犯意を誘発するような類型の厠捜査の場合は、その者の人格的権利・利益を実質的に侵害・危殆化する行為として、任意捜査を超えると見られる場合も起り得ようと捉える<sup>(25)</sup>。

この見解に対しては、(i) 人格的自律権として、(意思決定の自由そのものを奪うものでないことを前提とするから)<sup>(26)</sup> 国家から詐術的手段による犯罪の誘惑を受けないという権利、正確な情報に基づいて犯罪を実行する権利が問題となると思われるが、そのような権利・利益迄が憲法上保障されていると解するのは困難である、(ii) 人格的自律権（自己決定権）の本質が、私的事項についての「意思決定の自由」にあるとすれば、厠捜査自体はその性質上「誘惑」に止まるから、直ちに「意思決定の自由」を侵害することにはならず、国家（捜査機関）が強制等の手段により国民の意思を制圧して犯罪を行わせたような場合でない限り、憲法第一三条との関係で憲法違反の問題は生じないと思われる——との批判がなされており、①の見解は、厠捜査の直接の対象者に対する利益侵害・制約に着目することにより、他の任意手段の規制手法とほぼ共通の枠組みで問題を検討することが出来る点で、説明としての整合性に優れるが、このように対象者の意思決定への侵害・制約を問題とすること、通常の任意捜査の規律と同様の枠組みに問題を押し込めることが、果たして適切か疑問がない訳ではないとも評される<sup>(28)</sup>。

## ② 捜査の公正に対する侵害を重視する見解

捜査機関が厠を用いて相手を誘い寄せ、犯罪行為に陥れるのであるから、公正さに欠けるという批判を免れないと捉える<sup>(29)</sup>。

この見解に対しては、(i) 「捜査の公正」の観点は、捜査において詐術的な方法を用いることは良くないという訴訟法的な規範の存在を前提とするものと思われるが、憲法第三一条の「適正」や刑事訴訟法第一条にかかる趣旨迄読み

込むのは解釈論として些か無理があるうとか、(ii)道義の問題としても、捜査手法として見た場合に、基準として余りに漠然としていたといった批判がなされている。

③ 国家による犯罪の創出等を重視する見解<sup>(30)</sup>

国家が犯罪を創り出し、その結果、刑事実体法によって保護される法益を侵害することに囲捜査の違法性の実質があると捉える。

例えば、調査官解説<sup>(31)</sup>は、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のは、その局面だけ見れば国家意思の矛盾であって、違法と言わざるを得ないであろうところ、かかる活動の結果、法益侵害を生ぜしめることに違法の実質を求める③の見解は、基本的に正当であるとし、囲捜査の詐術的側面は、この③の観点から考察すると、法益侵害の惹起に向けられた働き掛けの強度に関わる要素として位置付けられ、法益侵害性という違法判断の中で考慮されるべきものである。そして、法益侵害性に違法の実質があるとする、法益侵害性の強弱に応じて違法性の程度に違いがあるということになり、ひとまず犯意誘発型Ⅱ教唆犯、機会提供型Ⅱ幫助犯とみれば、それぞれの類型での違法性の程度の違いを觀念し得るのではないか(犯意誘発型は国家が犯罪を創出したという面が強く、機会提供型は創出という面が薄く、違法性は小さいと言える)——と論じる。そして、囲捜査は、対象者の犯罪性向如何により、犯罪を創り出す力の強弱に違いが生ずると見ることが出来るから、必ずしも二分説に理論的基盤がないとは言えないであろうと述べる点で、以下で触れる佐藤説・酒巻説とは異なるものと思われる。

次に、酒巻教授は、従来から囲捜査は「司法の廉潔性」「公正」に反すると言われて来たが、その実質的意味は、国家が欺罔・詐術を用いて対象者を罠に掛けて騙すという側面に加えて、犯罪を処罰すべき国家自らが犯罪を創り出

そうとしている側面、犯罪に加担しているという背反的情况が問題の核心であるように思われ、この点を中核に据えて、理論的枠組みを構成するとすれば、国家机关が犯罪の教唆・補助等を行い、犯罪結果（法益侵害）発生の危険、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乃至創出する点が囲捜査の問題点であるということになる<sup>(33)</sup>とする。

第三に、佐藤教授は、犯罪の実行を働き掛ける囲捜査には、その定義上、国家が犯罪を創出し、また、その実行を助長することによって、国家が刑事実体法により保護される法益の侵害に関与する側面が常に認められ、かかる国家の犯罪への関与を、手続上の違法を基礎付ける要因と考えることは可能だと思われる<sup>(34)</sup>と述べ、捜査活動を規律する契機が、従来、直接処分の対象となった者に帰属する権利・利益の制約に求められて来たことは事実であるが、理論的にそのように解すべき必然性は見出し難く、また、囲捜査の対象者が実行する犯罪によって被害を受ける第三者（特定の個人に限られない）の法益を侵害する点を、手続法上の違法を基礎付ける要因と考えることを妨げる理由もないものと思われる<sup>(35)</sup>と論じる。

(3) 以上の①から③の見解の中では、②乃至③が有力と言えよう<sup>(36)</sup>。但し、③と②を加味する見解（後出する佐藤教授）や、①と③を併せて考慮する見解<sup>(37)</sup>も有力である。

いずれにせよ、本決定は、犯意誘発型で③のアプローチを採っている。考えられる理由としては、(i)弁護人の主張に対応した（そもそも弁護人が依拠したとされる最高裁判平成一六年七月一二日決定に関する調査官解説では、既に触れたように、③のアプローチを良しとしている）、(ii)③のアプローチの有用性<sup>(39)</sup>、(iii)本件事案が、正に「刑事実体法で保護しようとする法益を国家が自ら危険にさらす」情況に相応しいもので、③のアプローチの定式に適合するものと言えたといった点が

考えられよう。

但し、本決定は、③のアプローチだけではなく、「更に本件では、次に示すような事情も認められる。」と述べ、銃器対策課が組織ぐるみで隠蔽工作を行った点を指摘している。この点、③だけで②は不要とする見解は、司法の廉潔性・公正さに反すると言われることの実質が国家による犯罪結果惹起の危険創出という害悪であると捉えるが、③以外に②を別個の基準とする見解は、――犯罪を惹き起こした当の国家が、もともと犯罪を抑止する責務を負っており、また、当該対象者の処罰進行う点で、国家が犯罪に関与することから生じる矛盾が深刻であるために、捜査活動のあり方に對する疑問が国民の間に生じるとすれば、そのことは、刑事実体法によって保護される法益の侵害とは別異の問題として把握するのが適當だろうと思われる。そして、囹の身分や意図を秘匿した儘行われる働き掛けを、対象者の人格的自律権や自己決定権の制約と捉えることが困難であるとしても、積極的な欺罔を要素とする手法を用いること自体に對する抵抗感を無視出来ないとするれば、トリックの利用には、対象者の人格的価値の制約を超えた問題が含まれていると言うべきである。例えば、捜査機関の犯罪関与の程度や囹の働き掛けの内容・態様<sup>(41)</sup>によっては、適法性の判定に、看過出来ない影響を及ぼすことはあり得ると解される――と論じる。かかる見解に鑑みると、本事案における、虚偽公文書作成・行使、偽証の指摘は、②の見解を意識したものと考えられなくもないようにも思われる。

#### 四 虚偽公文書作成・行使、偽証の意味

(1) 国家賠償訴訟（札幌地判平成二年三月一九日）においても争点になっていたが、捜査協力者を利用した囹捜査であつたことを隠していた点を違法な囹捜査の隠蔽であると原告が主張したのに対して、被告は、捜査協力者の生

命・身体の安全の保護のためであると論じていたところ、札幌地判平成二二年三月一九日は、捜査協力者を利用した  
囹捜査であったことを隠蔽した事実、銃器対策課の警察官が本件捜査の適法性に問題があると考えていたことを強  
く推認させる事実であるとしつつ、本件捜査が違法な囹捜査であったと断定することは出来ないが、銃器対策課の警  
察官が本件捜査の適法性に問題があると考えていたことからすると、札幌地検の場合によっては原告について起訴猶  
予としていた可能性もなくなかったと述べた。<sup>(43)</sup>

(2) 本札幌地裁平成二八年三月三日決定においては、更に違法な囹捜査を隠蔽するもの、組織ぐるみでの隠蔽工  
作と認定され、令状主義の精神を逸脱し、没却するものと同等とも言える重大な違法があると認定された。この点、  
最高裁平成一五年二月一四日第二小法廷判決（刑集五七巻二号一二二頁）は、警察官が（逮捕時に逮捕状の呈示がなく、緊  
急執行もなされていないという）手続の違法を糊塗するため、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作  
成し、更に公判廷において事実と異なる証言をした点を令状主義の精神を潜脱・没却するような重大な違法としてい  
たが、本決定において、公判証言は、囹捜査後、時間が相当程度経過しており、「事情を総合すれば」と表現してい  
る点は、最高裁平成一五年二月一四日第二小法廷判決の判旨とも符合していると言えよう。<sup>(44)</sup>

## 五 おわりに

(1) 本件事案は犯意誘発型の事案であり、これを前提に当該囹捜査を違法としたのであるから、犯意誘発型が機  
会提供型かという点が、裁判例において囹捜査の適法性・違法性を判断するための一応の基準とされるに至ったこと  
が示されたとも言い得る。ただ、本件の場合、「典型的な」犯意誘発型と認定されており、この点を前提とすれば、

その違法性は明らかとも言い得る事案であったため、そこ迄違法性が明確でない事例での判断についてはクリアでない。また、犯意誘発以外にも幾つかのファクターを検討しているため、本事例だけで二分説の基準としての有効性を全面的に肯定するところ迄は難しいであろう。<sup>(45)</sup>

(2) 囲捜査の違法性の実質については、対象者の不利益として、捜査機関による直接の働き掛けによるものではなく、間接的な不利益ということになるが、再審の場合、冤罪という事態になり得、甚だしい犯意誘発型の対象者の場合において、無意味に逮捕・勾留、有罪判決を受けたといった不利益が生じ得ることとなるが、本決定でかかる可能性が顕在化したと言えよう。

(3) また、虚偽公文書作成・行使、偽証という点で、捜査の公正に対する侵害という基準・根拠の一例も本件において示されたと言えよう。そして、捜査の公正に対する侵害と、「刑事実体法で保護しようとする法益を国家が自ら危険にさらす」点を別個に捉えることが出来るとして(三(3)参照)、両者が全く独立に並列する関係にあるのか否かについて検討することが次の課題とも言えよう。

(4) いずれにせよ、本決定の事実認定を前提とするならば、けん銃は捜査機関の手にほぼ確実に帰するとは言えず、けん銃の散逸・悪用によって国民の心身に危害が及ぶ危険はそれなりに存し(実害発生の危険は必ずしも間接的とは言えない)、実施が許されない程重大・高度のものとも言える。また、本件の請求人は本件犯行に主体的に関与していたとは言えないとすれば、捜査機関側の犯罪関与の程度や働き掛けの内容・程度は、捜査の公正さに大きく影響したとも言えよう。ここからは、捜査の過程で侵害される法益の性質・内容と捜査上の必要性とが合理的権衡を保っているとは言えず、本件における囲捜査は、少なくとも任意捜査としては許容されないとと思われる。

(5) 更に、本決定では、犯罪事実の有無・犯人性等の実体判断の問題ではなく、有罪の証拠とされた物が「違法収集証拠」という訴訟手続法上の事実によって証拠とすることが出来ないため、本人が犯罪の成立自体は否定していないとしても、「自白の補強証拠がない」として「無罪を言い渡すべき」だとされた点が、従前の再審開始決定が出された事件と決定的に異なっており、有罪の根拠とされた証拠が違法収集証拠であったこと等の訴訟法上の事実が再審開始の事由にされるとすると、違法収集証拠の主張に関連する再審請求の余地が大きく拡大することになると評されたり、再審手続において、訴訟法上の事実（本件では、証拠能力及び証拠排除法則を巡る事実）<sup>(46)</sup>に関する証拠が刑事訴訟法第四三五条第六号における証拠に含まれるか否かについて学説上争いがあったところ、本決定はこれを肯定した初めての事例という意味においても極めて画期的なものであるとも評価されている。<sup>(48)</sup>ここから、再審が刑事裁判において果たす機能が、「冤罪の救済」だけでなく、違法収集証拠という判断を通じて「捜査の適法性の検証」にも及ぶという意味で、大きく変わることになるとも評されるように、<sup>(49)</sup>このこと自体の意義も大きいと思われるが、この点は翻って、違法な図捜査に対する手続的対応としての証拠排除的アプローチのインパクトの大きさをも同時に示しているように思われる。

(6) 本決定は検察によって即時抗告がなされていたが、平成二八年一〇月二六日、札幌高裁は本決定を支持して検察側の即時抗告を棄却した。そして、同三一日、札幌高検は札幌高裁の決定について、最高裁に特別抗告しないと発表した。<sup>(50)</sup>

(1) 岸田洋輔「札幌地裁のロシア人元船員『おとり捜査』再審開始決定について」『ポストーク』二五号（平成二八年）二〇―

一頁、岸田洋輔「違法なおとり捜査に違法収集証拠排除法則を適用して認めた初の再審開始」『季刊 刑事弁護』第八六号

〔平成二八年〕、稲葉圭昭・『警察と暴力団 癒着の構造』（平成二六年 双葉社）、稲葉圭昭・『恥さらし』（平成二八年 講談社〔単行本版 平成二三年〕 一六五頁以下）。

（2） 従前から、AはCらに「けん銃持つて来させたらカネやるぞ」と声を掛けており、Cは中古車貿易で知り合ったロシア人船員（請求人）に声を掛け、中古の四駆とけん銃を交換すると約束したところ、数か月後、請求人は本当にけん銃を持つて来たという。稲葉圭昭・前掲書『恥さらし』一六六頁。

（3） 事案の詳細迄は明らかでないが、稲葉圭昭・前掲書『恥さらし』二四七頁以下によれば、捜索令状で尿を捜索・差し押さえられ、覚せい剤の陽性反応が出たので、逮捕状が出たとされている。

（4） 稲葉圭昭・前掲書『恥さらし』二六八頁以下、稲葉圭昭・前掲書『警察と暴力団 癒着の構造』一四七頁以下。

（5） Aには平成一五年四月二一日懲役九年、罰金一六〇万円の有罪判決が言い渡され、平成二二年六月二二日仮出所した。稲葉圭昭・前掲書『恥さらし』二七七頁、二八〇頁。

（6） かかる事実の判明を受け、確定審判護人は、当時の捜査官及び捜査協力者らを虚偽有印公文書作成・行使、偽証、銃刀法違反教唆等で告発したが、不起訴処分となった。

（7） 刑務所内での非公開の証人尋問が行われた。稲葉圭昭・前掲書『警察と暴力団 癒着の構造』一〇三頁。

（8） 但し、違法捜査が組織的なものであった点は明言しなかったという。稲葉圭昭・前掲書『警察と暴力団 癒着の構造』一〇三頁。

（9） 『判例時報』二〇九五号八七頁。

（10） 平成二五年九月、請求人弁護士（岸田洋輔弁護士ら）が再審請求した。請求に際しては、A（稲葉圭昭氏）が、国家賠償請求訴訟における刑務所内での非公開の証人尋問においては、仮釈放が白紙になってしまったことを懸念して証言しなかった点、請求人の逮捕は、「けん銃捜査で実際の逮捕者を出したい」という道警幹部の思惑から起こったものであり、組織的に行われたという点、「犯人」は別に請求人でなくても良かった点等を供述したという。稲葉圭昭・前掲書『警察と暴力団 癒着の構造』一〇三頁以下。かかる点は、本件再審請求審において三度の三者協議が開かれた後、事実の取調べとしてAの証人尋問が実施され、そこにおいて、Aは、普段からC・Dに対して、「何でもいから、誰でもいいから、けん銃を持つて来させろ」と指示していたこと、捜査当局は、事件前に請求人が日本にけん銃を持ち込むという具体的な情報を有しておらず、そもそも請求人の名前すら把握していなかったこと、本件囲捜査には公益目的等は存在せず、単なる成績稼ぎの目的のため

に行われたものであること、C・Dの働き掛け行為は捜査機関の指示に基づいた行為であったこと、逮捕後には、警察が組織的に囲捜査を隠蔽し、捜査機関の手柄を捏造するために、虚偽公文書作成・偽証を行ったこと等を証言したとする岸田弁護士指摘（岸田洋輔・前掲「違法なおとり捜査に違法収集証拠排除法則を適用して認めた初の再審開始」に拠る）と概ね符合する。

(11) 岸田洋輔・前掲「違法なおとり捜査に違法収集証拠排除法則を適用して認めた初の再審開始」に拠る。

(12) Cから銃対課に、「自分が情報を流したとバレれば、命がなくなる。それに、これからここで商売して行きたい。だから、現場でも捜査書類上でも自分の存在をいえないことにしてくれ」と言われ、それを受諾すると、何故二人でいたのに、Cは逮捕されず、自分だけなんだと請求人が言い、公判中にも問題にされることは容易に想像出来たので、幹部達も迷ったが、請求人逮捕の直前に、捜査会議でCの要求をその儘受け入れることになったという。稲葉圭昭・前掲書『警察と暴力団 癒着の構造』九二―三頁。また、稲葉圭昭・前掲書『恥さらし』一六八頁以下は、けん銃の受け渡しはCが行うことになっていたにもかかわらず、請求人だけを逮捕してCを捕まえないのは、請求人にとって余りにも不公平であり、慎重に捜査を進めないと公判で道警の主導した違法の囲捜査であると指摘されることは明白であったから、請求人の身柄だけを安易に押さえるのは銃器対策課にとっても危険なことであった。しかし、銃対課は、けん銃所有者の身柄を確保出来るなら何としてでも逮捕したいと考えており、道警の金んだ功名心が銃対課に無理な捜査を行わせることになったと述べる。

(13) Aもその上司達も請求人については全く知らず、初めて見たのが逮捕の時であったという。稲葉圭昭・前掲書『警察と暴力団 癒着の構造』九二頁。

(14) 既に触れた稲葉氏（A）の著作からも分かるように、このような認識が持たれていた。稲葉圭昭・前掲書『警察と暴力団 癒着の構造』九二―三頁。一方、国家賠償訴訟判決では、捜査協力者の働き掛けがなされる前から、対象者は場合によってはけん銃を日本に持ち込む意思を有していた疑いが残ると言わざるを得ないと認定していた。

(15) 請求人に銃を持って来させたのは、Aのスパイ（エス）であり、請求人は誘われなければけん銃を日本には持って来なかったから、この捜査は犯意誘発型であったと回顧されている。稲葉圭昭・前掲書『恥さらし』一六七頁。

(16) 文献として、川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法（捜査・証拠篇）』（平成二八年 立花書房）一九八頁以下、鈴木一義『囲捜査の研究（二）』『法学新報』第一一六巻第九・一〇号（平成二二年）など参照。

- (17) 古江頼隆『事例演習刑事訴訟法(第2版)』(平成二十七年 有斐閣) 一五二頁以下など参照。
- (18) 川出敏裕・前掲書『判例講座 刑事訴訟法(捜査・証拠篇)』二〇一頁など。
- (19) そして、この二分論を「基調」とするアプローチは、東京高判平成一九年六月一日高検速報(平成一九)二四〇頁(平成一六年決定を踏まえつつ、被告人らは当初から大麻樹脂売却を企図していて、犯罪行為が誘発されたといった関係になく、当該捜査は任意捜査として許容され、囹捜査の範囲を逸脱したものと解されない旨述べられた)や、本決定にも受け継がれている。
- (20) 岡田悦典「おとり捜査の許容性」『法学セミナー』六〇二号(平成一七年)第二二四頁。
- (21) 佐藤隆之「おとり捜査の適法性」『法学教室』第二九六号(平成一七年)四二頁、古江頼隆・前掲書『事例演習刑事訴訟法(第2版)』一五二頁などを参照。
- (22) 佐藤隆之・前掲「おとり捜査の適法性」四二―三頁など。
- (23) 多和田隆史「おとり捜査の許容性 大麻の有償譲渡を企図していると疑われる者を対象にして行われたおとり捜査が適法とされた事例」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成一六年度)』(平成一九年 法曹会) 二八一頁。
- (24) 多和田隆史・前掲「おとり捜査の許容性 大麻の有償譲渡を企図していると疑われる者を対象にして行われたおとり捜査が適法とされた事例」二七七頁以下、古江頼隆・前掲書『事例演習刑事訴訟法(第2版)』一四八頁以下、川出敏裕・前掲書『判例講座 刑事訴訟法(捜査・証拠篇)』一九七頁以下など参照。
- (25) 三井誠「刑事手続法(上) 新版」(平成九年 有斐閣) 八九頁など。
- (26) 大澤裕「おとり捜査の許容性」『ジュリスト』第二二九一号(平成一七年)一九一頁。
- (27) 川出敏裕・前掲書『判例講座 刑事訴訟法(捜査・証拠篇)』一九八頁は、相手方の意思決定の自由を奪い、犯罪を行うことを強制すれば、それは強制捜査となるが、しかし、そのようなものは、最早囹捜査とは言えないであろうとする。
- (28) 酒巻匡「おとり捜査」『法学教室』第二二六〇号(平成一四年)一〇六頁。
- (29) 松尾浩也「刑事訴訟法(上) 新版」(平成一二年 弘文堂) 一二七―八頁など。
- (30) 猶、②や③の見解だと、対象者の基本的で価値の高い重要な権利・利益の侵害は通常認められないから、囹捜査は任意捜査として位置付けられると評される。佐藤隆之・前掲「おとり捜査の適法性」四五頁など参照。

- (31) 多和田隆史・前掲「おとり捜査の許容性 大麻の有償譲渡を企図していると疑われる者を対象にして行われたおとり捜査が適法とされた事例」二八〇頁以下。
- (32) 多和田隆史・前掲「おとり捜査の許容性 大麻の有償譲渡を企図していると疑われる者を対象にして行われたおとり捜査が適法とされた事例」二八一頁。
- (33) 酒巻匡・前掲「おとり捜査」一〇六頁。
- (34) 佐藤隆之・前掲「おとり捜査の適法性」四四頁。
- (35) 佐藤隆之「刑事判例研究 第一一八回 おとり捜査の適法性」『ジュリスト』第一三六七号（平成二〇年）一三三頁。
- (36) 長沼範良・上富敏伸「おとり捜査」『法学教室』第三一八号（平成一九年）八四頁〔長沼〕は、②が恐らく通説的見解なのではないかとする。
- (37) 前田雅英「おとり捜査とその違法性」『研修』第六七七号（平成一六年）五頁以下など。
- (38) 岸田洋輔・前掲「違法なおとり捜査に違法取集証拠排除法則を適用して認めた初の再審開始」参照。
- (39) 長沼範良・上富敏伸・前掲「おとり捜査」八五頁〔長沼〕は、囲捜査は一種のバランスの世界であり、眼前の法益侵害・危殆化ということのある限度で甘受しつつ、この犯罪を摘発することによる犯罪抑止を優先させる点を念頭に置いていると思うが、③のアプローチはかかるバランスを探るアプローチに適合し、共感出来る旨述べる。
- (40) 酒巻匡・前掲「おとり捜査」一〇七頁、一一〇頁註24。
- (41) 佐藤隆之・前掲「おとり捜査の適法性」四四―五頁。佐藤隆之・前掲「刑事判例研究 第一一八回 おとり捜査の適法性」一三五頁は、最高裁平成一六年七月一二日第一小法廷決定は、囲捜査の適法性判断に当たって、「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である場合に、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」という事情と直接結び付かない麻薬取締官らの犯罪関与の程度や働き掛けの態様や内容に関わる事実も指摘しており、これらは、現実に生じた法益侵害には解消出来ない要因であるから、捜査の公正さの侵害といった別途の弊害によって、囲捜査の違法性を基礎付ける可能性が排除されている訳ではないように思われると述べる。川出敏裕・前掲書『判例講座 刑事訴訟法（捜査・証拠篇）』二〇五一六頁も、②と③の両面から検討する。

(43) 『判例時報』二〇九五号九八—九頁。

(44) 尤も、最高裁平成一五年二月一四日第二小法廷判決が、警察官の事後の態度について、逮捕手続の違法との関係でやや微妙な表現をしているのと異なり、本決定は当該事情を「重大な違法」に含めており、それと切り離して排除相当性に含めている訳ではない。そして、より直截的に違法捜査抑止の一環としている点で、囲捜査と偽証の関係は、最高裁平成一五年二月一四日第二小法廷判決の事案よりも近接していると解されているということになろう。

(45) 川出敏裕・前掲書『判例講座 刑事訴訟法（捜査・証拠篇）』二〇七頁は、最高裁平成一六年決定自体、文言上は、犯意誘発型であれば当然に違法になるとはされていないとする。

(46) 郷原信郎「札幌地裁『おとり捜査』再審開始決定が『画期的』である」の意味」<https://mobuogohara.wordpress.com/2016/03/04/%E6%9C%AD%E5%B9%8C%E5%9C%B0%E8%A3%81%E3%80%8C%E3%81%8A%E3%81%A8%E3%82%8A%E6%8D%9C%E6%9F%B8%E3%80%8D%E5%86%8D%E5%AF%A9%E9%96%8B%E5%A7%8B%E6%B1%B8%E5%AE%9A%E3%81%8C%E3%80%8C%E7%94%BB%E6%9C%9F%E7%9A%84/>〔平成二八年六月一七日確認〕

(47) 学説においては、供述証拠の証拠能力に関する事実認定の誤りはその信用性に影響を与え、事実誤認に繋がる（当該事実認定の誤りが構成要件的事実の誤りに繋がる場合には再審請求の対象となる）という見解が有力であり、そうであるとすると、証拠物の場合には、その採取過程に違法があってもその証拠価値に影響することはなく、その意味で証拠物については当該証拠能力に関する事実について誤認があっても「構成要件該当事実等の（認定の）誤り」には繋がらないから、再審理由にならないとも考えられる。しかし、この点については反論も有力に唱えられていた。学説について、河上和雄他編『大コンメンタール刑事訴訟法（第二版）』（平成二五年 青林書院）二八頁以下（川崎英明）参照。

(48) 岸田洋輔・前掲「違法なおとり捜査に違法収集証拠排除法則を適用して認めた初の再審開始」参照。

(49) 郷原信郎・前掲「札幌地裁『おとり捜査』再審開始決定が『画期的』である」の意味」参照。

(50) 『毎日新聞』平成二八年一月一日（朝刊）二七面など。

◆本決定に関する評釈として知り得たものに、宮木康博「違法なおとり捜査の法的効果と再審事由」『法学教室』第四三二号（平成二八年）一六七頁がある。