

刑事判例研究 (2)

中央大学刑事判例研究会

被告人に対するなりすまし捜査が違法とされ、関連証拠が排除されて被告人が無罪とされた
事例

鈴木 一 義

〔窃盜被告事件、鹿兒島地方裁判所加治木支部平成二八年（わ）第四三号、平成二九年三月二四
日判決、裁判所ウェブサイト（確定）〕

【事実の概要】

本件事実の概要は、以下の通りである。

- 1 車上狙いの散発的発生及びそれに対する捜査の経過
- (1) 被告人の自宅（鹿兒島県伊佐市c）付近では、平成二八年三月から七月迄の間に、鹿兒島県D警察署に対する車上狙いの被害申告が九件あった。それら九件の被害状況の特徴等は、(ア)全件において、被害車両が被害当時無施錠であった、(イ)九件中五件に

において被害車両が軽四輪貨物自動車であり、残りの四件は軽四輪乗用自動車である、(ウ)九件中八件において現金のみが盗まれ、残り一件では、エンジンキーのみが盗まれた、(エ)九件中八件において、被害時間帯に夜間が含まれている、というものであった。

(2) D警察署警部補C（以下「C警察官」）は、上記車上狙い中一件の被害者から、疑わしい人物として被告人のことを聞いた。

(3) 上記(2)の情報提供を元にC警察官らが調べたところ、被告人は、三月一六日午前三時二八分頃、マスクを着用し、婦人用自転車伊佐市dを走行していたところを、警察官から職務質問を受けていたことが分かった。また、被告人は、七月二七日午前三時五〇分頃、伊佐市dにおいて、マスクを着用し、自動販売機の前に立っていたところを警察官から職務質問を受けた。この時、被告人は、警察官に対し、氏名を名乗った上で、いつも午前三時三〇分頃から午前五時三〇分頃迄自転車で運動をしているなどと述べた。

(4) 警察官ら（捜査主任はC警察官）は、(2)乃至(3)の事情のほか、上記九件の車上狙いがいずれも被告人の自宅の周辺地域で発生していることを総合的に考慮して、被告人が上記九件の車上狙いの犯人ではないかと考えた。なお、被告人は、窃盗の前歴二回を有している。

(5) そのような中、八月三〇日、D警察署に対し、伊佐市dにおいて無施錠の自動車から財布等在中のポーチが盗まれたとの新たな被害申告があった。

2 被告人に対する行動確認捜査の経過

(1) C警察官らは、八月三〇日午後一〇時頃から同月三一日午前六時一〇分頃迄の間など四回にわたり、警察官三名乃至四名の態勢で、被告人につき張込みや尾行等による行動確認捜査を行った。

(2) これらの捜査において、被告人に関し、(ア)午前三時三〇分頃に自宅を出て、徒歩又は婦人用自転車で付近を徘徊し、遅くとも午前六時三〇分頃迄には帰宅すること、(イ)同外出の際、白いマスクを着用し、上着のフードを被っていることが多いこと、(ウ)同外出の際、自宅から北東方向へ百数十メートルの位置にあるスーパーマーケットの西側に隣接する同店の駐車場（以下「本件駐車

場) 付近をよく通ること、(エ)同外出の際、自動販売機の釣り銭口に手を入れたり、駐車中の他人の自動車の中を覗き込んだりすることがあること、といった行動が観察された。

3 本件当日の捜査経過及び被告人の現行犯逮捕

(1) C警察官らは、九月六日(以下「本件当日」)午前一時三〇分頃、警察官四名の態勢で、本件駐車場を捜査拠点として、次の態様の下で被告人の行動確認捜査を開始した。

ア 警察官ら四名は、三名が本件駐車場内に張り込み、一名が同駐車場の道路を挟んですぐ北側にある車庫の裏に張り込んだ。

イ 本件駐車場の北東角に、上記スパー建物に隣接して白色の軽四輪貨物自動車(本件軽トラック)一台を駐車した。本件軽トラックは、捜査用車両(覆面パトカーを含む)でなく自家用車である。また、本件軽トラックは、無人であり、施錠もされておらず、その助手席上には本件発泡酒(発泡酒二四本入りの箱一個)及びパン(食パン二袋及びロールパン「五個入り」一袋)の入ったビニール袋(以下「本件パン」という。)が置かれていた。

(2) C警察官らが本件駐車場で上記(1)の通り張り込んでいたところ、午前三時三〇分頃、被告人が自宅方面から徒歩で現れ、本件駐車場において本件軽トラックの車内を運転席ドアの窓越しに覗き込んだが、同軽トラックのドアを開けることなく、その儘本件駐車場を出て自宅方面へ立ち去った。

(3) 午前六時二五分頃、C警察官らが本件駐車場で張り込んでいたところ、被告人が自転車に乗って同駐車場に現れた。被告人は、本件軽トラックに近付き、その車内を運転席ドアの窓越しに覗き込んだものの、一旦同軽トラックから離れて、自己の婦人用自転車をすぐ近くの別の場所に駐輪した上で、本件駐車場に戻ってきた。そして、午前六時二七分頃、被告人が本件軽トラックの運転席ドアを開けて上半身を同車内に入れ、助手席にあった本件発泡酒を両手で持ってそれを車外に持ち出したところ、C警察官らは被告人に声を掛け、被告人をその場で現行犯逮捕した。

4 本件の捜査及び公判の経過

(1) 被告人は、現行犯逮捕及びそれに続く勾留の後、九月一日、本件につき起訴された（公訴事實は、「被告人は、平成二八年九月六日午前六時二七分頃、鹿児島県伊佐市 a b 番地 A ストアー B 店敷地内において、同所に駐車中の軽四輪貨物自動車の無施錠の運転席ドアを開け、同車助手席に置いてあった C 所有の発泡酒一箱（時価二五〇〇円相当）を窃取した。」というものである）。

(2) 第一回公判期日において、被告人は公訴事實記載の事實を認め、弁護人もこれを争わず、検察官請求にかかる各書証を証拠とすることに同意したため、鹿児島地方裁判所加治木支部は同各書証を採用し、取り調べるなどして、弁論を終結した。しかし、同裁判所加治木支部は、第二回公判期日において、被告人の現行犯逮捕時における捜査の違法性の有無を検討するため、職権で弁論を再開する旨の決定をした上で、検察官請求にかかる追加書証を取り調べ、また同日には職権で被告人の勾留を取り消した。そして、同裁判所加治木支部は、第三回公判期日において検察官請求の追加書証を取り調べ、第四回公判期日において検察官請求にかかる C 警察官の証人尋問及び被告人質問を実施した後、第五回公判期日において補充的な被告人質問を実施した上で、検察官の論告及び弁護人の弁論等を行い、弁論を終結した。

【判決要旨】

鹿児島地方裁判所加治木支部は、以下の通り判示し、被告人を無罪とした。

第1 認定事実に基づく本件当日の捜査手法の推認

1 本件当日の捜査手法の推認

まず、本件では、車上狙いの嫌疑につき被告人の行動確認捜査を行っていた C 警察官が、その捜査の最中に、自ら被告人による車上狙いの被害に遭い、猶且つ直ちにその場で被告人を現行犯逮捕しているのであって、このこと自体がかなり特異な出来事と言える。そして、これに加え、C 警察官が捜査現場に駐車した自動車が自家用車であり、且つ被害品である発泡酒一箱（本件発泡酒）

も捜査活動とは全く無関係であること、同警察官の駐車車両の車種が一連の車上狙いにおいて多く被害に遭った車種と同じであること、同警察官の駐車車両が施錠されていなかったことも併せて考慮すると、以上の事情のみによっても、C警察官らは被告人に車上狙いを実行させる目的で本件発泡酒を本件軽トラックに積載していたのではないかとかなり強く推認することが出来る。

さらに、本件については、C警察官作成の被害届はあるものの、異例なことに被害者（同警察官）の供述調書が一通も作成されておらず、公判前に作成された証拠には重要な情状である被害品の所有・管理の経緯や処罰感情が全く現れていないのであって、このような犯行後の捜査状況からも本件の特殊性を見て取ることが出来る。

そこで、以上の諸事情を総合すると、C警察官らは、本件当日、被告人を車上狙いの現行犯で検挙する目的の下、本件軽トラックを無人且つ無施錠の状態で駐車し、その助手席上に本件発泡酒や本件パンが放置された状況を作出した上で、被告人がこれに対して車上狙いの実行に出るのを待ち設けていたものと推認することが出来る。

2 C警察官の供述の信用性の検討

(1) C供述の要旨

C警察官は、本件の捜査経過について、公判開始後に捜査報告書（以下「C報告書」）を作成し、また当公判廷で証言しているが、その内容は概ね次の通りである（以下、これらを併せて「C供述」と言う）。

「私たちは、一連の車上狙いの発生後、捜査用車両や自転車を用いて被告人に対する行動確認捜査を行っていたが、被告人が警察の捜査を警戒する様子が見て取れたため、私は、……自動車自体を被告人の尾行に用い……る目的で、私の知人から本件軽トラックを借りた。……私は、借用の謝礼として捜査費で本件発泡酒を購入した上で、本件当日午前一時ころ、他の警察官らとともに、本件軽トラックの助手席上に本件発泡酒及び捜査に従事する警察官らの夜食用に購入したパン……を積載して、同軽トラックで本件駐車場へ行き、被告人に対する行動確認捜査を開始した。……午前六時二七分ころ、被告人が本件軽トラックから本件発泡酒を盗んだので、被告人を現行犯逮捕したが、以前の一連の車上狙いの被害品がほとんど現金だったので、本件発泡酒や本件パンが盗

まれるとは全く思っていなかった。」

(2) C供述の信用性の検討

ア まず、本件軽トラックを知人から借りて捜査に使用したとの供述部分について、その借用の事実を前提として良いのかについてそもそも疑問がないではない。この点はひとまず措くとしても、その述べる本件軽トラック借用目的はいずれもわざわざ無関係の市民から自動車を借りる必要性を基礎付けるようなものとは言えず、その説明は説得力に欠ける。また、本件軽トラックを九月六日朝に返却することを知人と約束した時期について、看過し難い供述の変遷が見られる。

イ 次に、被害品の所有・管理の経緯や処罰感情に関する被害者の供述調書等が全く存在しないのは明らかに不自然である。

ウ また、本件軽トラックに積載していた本件パンは食パンやロールパンであつて、張込みや尾行等の捜査活動に従事しながら食べるのに全く適さない種類のものであるから、捜査員らの夜食用であるとするC警察官の供述は明らかに不自然・不合理である。

エ そして、すぐに被告人の尾行を行えるよう本件軽トラックを無施錠のままにしておいたとの供述部分に関しても、仮に同軽トラックを施錠していたとしても、その施錠を解いた上で遅れずに被告人の行動を追跡することは十分可能であつたと言えるから、いささか説得力に欠ける。

オ その他、従前の一連の車上狙いの被害品がほとんど現金だったので、本件発泡酒や本件パンが盗まれるとは全く思っていなかったとの供述部分は、一般論としてもおよそ理解不能な弁解であるし、C警察官らが被告人の困窮状況を十分認識していたことに照らすと、その弁解の不自然さは一層明らかである。

また、C警察官らがその供述どおり本件軽トラックへの車上狙いの可能性を重視していなかったと仮定すると、本件駐車場を捜査拠点とし、集中的に警察官を配置しているにもかかわらず、同警察官らが同軽トラック以外の五、六台の駐車車両の施錠状況を全く確認しなかったというのも、やはり不可解と言う他ない。

カ 以上の通り、C警察官の供述には、その信用性に疑問を抱かせる事情が少なからず認められる。よって、C供述の信用性は

全体的に低い。

3 小括

以上によれば、C警察官らは、本件当日、被告人を車上狙いの現行犯で検挙する目的のもと、本件軽トラックを無人かつ無施錠の状態ですり、その助手席上に本件発泡酒や本件パンが放置された状況を作出した上で、被告人がこれに対して車上狙いの実行に出るのを待ち設けていたものと認められる（以下、C警察官らによるこの捜査を「本件捜査」と言う。また、本件捜査のように、捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、捜査対象者が自己等に対する犯罪を実行し易い状況を秘密裡に作出した上で、同対象者がこれに対し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を、以下、仮に「なりすまし捜査」と言う）。

第2 本件各証拠の証拠能力について

1 本件捜査の違法性の有無

(1) なりすまし捜査は、任意捜査の一類型として位置付けられるところ、本件においてその捜査手法が許容されるか否かは、本件捜査の必要性やその態様の相当性等を総合的に考慮して判断するのが相当である。

ところで、なりすまし捜査に類似する捜査手法にいわゆる「おとり捜査」があるが、囲捜査が「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」（最一小決平成一六年七月二二日・刑集五八巻五号三三三頁）と定義され、相手方に対する犯罪実行の働き掛けを要素とするのに対し、なりすまし捜査ではそのような働き掛けは要素となっておらず、両捜査手法はこの点において区別される。しかし、両捜査手法は、本来犯罪を抑止すべき立場にある国家が犯罪を誘発しているとの側面があり、その捜査活動により捜査の公正が害される危険を孕んでいるという本質的な性格は共通しているから、囲捜査が許容される場合として上記判例が示した要件、即ち、①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として、②直接の被害者がいない

薬物犯罪等の捜査において、通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難であること、との要件は、両捜査手法の間の上記差異のためにその要件判断の厳格さに多少の差異があり得るにせよ、なりすまし捜査の必要性及びその態様の相当性に関する判断のあり方を具体化するものとして、猶有用である。

(2) そこで、本件でも上記要件に沿って検討することとし、まず被告人の犯意の点から見ると、被告人が連日深夜に自宅の周辺を徘徊し、その際、(イ)自動販売機の釣り銭口に手を入れるなどすると共に、駐車中の他人の自動車の中を覗き込む行動を取っている、(ロ)その際、夏場であるのにマスクを着用し、上着のフードを被るなど、人目を避けるような服装をしている等といった行動が観察されており、また過去約半年の間に被告人の自宅の周辺地域で夜間を含む時間帯に車上狙いの被害が散発的に発生していたことなどによれば、C警察官らが、上記のような捜査結果を踏まえて、本件捜査の時点において、被告人には機会があれば無施錠の自動車に対して車上狙いを行う意思があるものと判断したことには一応の理由がある。よって、被告人は、機会があれば車上狙いを行う意思があると疑われる者に当たると言える。

ただ、他面で、上記のような被告人の犯意の疑いを前提としても、被告人の行動範囲内に被告人が車上狙いを実行出来るような自動車がある程頻繁にあるとは思えない上、被告人がかなり慎重な態度で車上狙いの実行に臨んでいる様子が見て取れる。これらの事情を考慮すると、被告人には機会があれば車上狙いを行う意思があるものと疑われるものの、その犯罪傾向は、本件捜査を行わなくても被告人は早晚別の車上狙いを行う筈であると言える程強いものとは思えない。そうすると、本件捜査において、C警察官らが、被告人が狙いをつけそうな車種である本件軽トラックを、無人且つ無施錠で窓も少し開いた状態で被告人のよく通る場所に駐車し、その車内の見え易い位置に本件発泡酒や本件パンが放置された状態にしておいたことにより、被告人の車上狙いの実行が促進された面が多分にある。

(3) そこで、次に、本件におけるなりすまし捜査の必要性を検討すると、C警察官らは、被告人には車上狙いの嫌疑があるものの、その捜査が困難なため、被告人を現行犯逮捕により検挙しようと考えて本件捜査を行ったものと認められる。しかし、このよ

うな目的によつては本件捜査の必要性を十分に基礎付けることは出来ない。

即ち、まず、薬物犯罪等とは異なり、車上狙いは、証拠の収集や犯人の検挙が困難な犯罪類型ではない。

また、本件を具体的に見ても、捜査対象者である被告人の住居は把握されている等、C警察官らにおいて被告人の行動を追跡することは比較的容易であった。そして、これに加え、車上狙いは一般に他者から観察し易い犯罪であり、実際にも仮に被告人が車上狙いの実行に出た場合、行動確認捜査中のC警察官らにおいてその犯行を現認することは十分可能であった。また、以上のような捜査方法によらず、新たな被害申告を受けた後で捜査に着手するとしても、本件について、通常の見解ではその捜査を遂げるのが特に困難であると認めべき事情も見当たらない。

更に、C警察官らが被告人に嫌疑を掛けていた車上狙いの被害額は概して少額である等、被告人に対してなりすまし捜査を行わない場合に生じ得る害悪も決して大きなものとは言えない。

(4) 以上によれば、本件捜査は、なりすまし捜査を行うべき必要性が殆どない以上、その捜査の態様の如何にかかわらず、任意捜査として許容される範囲を逸脱しており、国家が犯罪を誘発し、捜査の公正を害するものとして、違法であると言わざるを得ない。

2 本件各証拠の証拠能力

(1) 本件捜査が違法であることを前提に、本件各証拠の証拠能力を検討すると、まず、(ア)本件ではなりすまし捜査を行うべき必要性が殆どなく、適法手続からの逸脱の程度は大きい、(イ)前記の通り、本件捜査により国家が犯罪の発生を一定程度促進する結果となっている、(ウ)C警察官らは、手つ取り早く被告人を検挙しようと考えて安易に本件の違法捜査に出たものであり、同警察官らには捜査方法の選択につき重大な過失があった、(エ)本件がそれ程重大な犯罪に関するものではない、(オ)C警察官らには、被告人の検挙においてなりすまし捜査を行った事実を捜査書類上明らかにせず、また公判廷においても同事実を否認する内容の証言をするなど、本件捜査の適法性に関する司法審査を潜脱しようとする意図が見られる等に照らすと、その違法は重大である。

(2) また、本件捜査の性質に照らすと、今後も本件と同様の違法捜査が繰り返し行われることは大いにあり得るところであるから、本件捜査により獲得された証拠を許容することは、将来における違法捜査の抑制の見地からして相当でない。

(3) 従つて、取調べ済みの各証拠の内、少なくとも違法な本件捜査と直接且つ密接な関連性を有する被害届、搜索差押調書、実況見分調書及び現行犯人逮捕手続書は、いずれも証拠能力を欠くものとして、これらを証拠から排除するのが相当である。

第3 結論

以上によれば、公訴事実については、被告人の自白があるものの、それを補強すべき証拠がないから、刑事訴訟法第三一九条第二項により被告人を有罪とすることは出来ない。

よつて、被告人は無罪であるから、刑事訴訟法第三三六条により、主文のとおり判決する。⁽¹⁾

【研究】

一 問題の所在

(1) 囹捜査は、「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」(最一小決平成一六年七月二二日)と定義されるが、これと似て非なるものとして、詐術的捜査の問題が指摘される。⁽²⁾ 詐術的捜査は窃盗等の実行行為を働き掛けたとは言えないから、囹捜査の範疇には入らないが、証拠収集の段階におけるその適法性を考える上で囹捜査と同種の検討を要するなど論じられる。⁽³⁾

(2) そして、本判決で、「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、捜査対象者が自己等に対する犯罪を実行しやすい状況を秘密裡に作出した上で、同対象者がこれに対し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」と定義された「なりすまし捜査」は正にこの詐術的捜査と同義乃至その一部をなすものと言えよう。⁽⁴⁾ 本判決は、なりすまし捜査の定義を明確にした上で、囹捜査との類似性を踏まえて、その適法性の限界を探討しており、この点に検討の意義が認められると考える。

二 従前の囹捜査類似の詐術的捜査の例

(1) 五で述べるように、本判決の先例と言える裁判例は見当らないと言つて良いと考えるが、本判決と関連性のあ
る裁判例・制度を中心に、詐術的捜査の例に關して概観を加えてみたい。

我が国においては、平安時代に既に檢非違使庁の支配下に、放免された囚人に犯罪を探查させた放免（ほうべん・ほうめん）という制度があり、彼らは囹捜査も実行していたと言われる。また、江戸時代には、主として犯罪者が仲間を密告して許され、同心に養われて働くようになった「目明かし」が登場しており、彼らによつて囹捜査類似の手法が活用されていた可能性も否定出来ないものと思われる。更に、第二次世界大戦以前において、司法巡查が古物商または質屋に盜難品の品触れをした上で彼等を囹として、贓物を持ち込んだ窃盜犯人を檢挙するとか、司法巡查自らが客を装い、賭場に入つて賭場開帳又は賭場行為者を檢挙することや、度量衡法（量目をこまかして販売してはならないという規定）違反の摘発のために係官が客を装つて商品を買ひ、その場で量目を調べて足りない時は直ちに一斉檢挙をする方法等が既に行われていて、囹捜査の一種とも言えたようである。⁽⁵⁾ 囹捜査の手法が自覺的に採用されたのは戦後C I Dの示唆によるものであるが、それ以前に囹捜査類似の手法、即ち詐術的捜査と言ふべきものが我が国において用いられていたということは肯定出来そうである。

(2) そして、昭和二〇年代に囹捜査は頻用されるに至るが、ヘロイン禍は昭和四〇年代前半に衰退し、覚せい剤再流行も胎動期にあったため、昭和四五年前後には囹捜査に関する裁判例も公刊物には見られなくなった。ただ、この中で、囹捜査に準ずる事例として、福岡地裁小倉支部昭和四六年五月一日命令⁽⁶⁾が見られる。昭和四四年・四五年の二年間に亘って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一五五件と高率を示し、特に現金封入乃至これに類似した郵便物の事故が多かったことから、同郵便局職員中に容疑者がいると疑われ、郵政監察官が、捜査のために、差出人・名宛人を選定した試験郵便物を普通郵便物に混入して配達を実施させたところ、その内不着となった六通の一時郵便物の配達作業日に全て被疑者が作業の応援を行っていたため、右試験郵便物の窃盗を被疑事実として被疑者について搜索・差押の許可が求められたという事案で、小倉支部は当該捜査方法を不相当として許可請求を却下した。その理由は、①「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、たとひ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、又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……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とどり、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。」、②「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、これがいわゆる囹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、いわゆる囹捜査

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（最高裁第一小法廷昭和二八年三月五日決定、最高裁判所刑事判例集七卷三号四八二頁）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（筆者註：刑事訴訟法）第一条に照らして不適法なものと認定する」というものであった。

(3) その後、覚せい剤の流行は激増し、昭和五〇年代になると、囮捜査に関する裁判例が公刊物に頻繁に認められるようになる。刑事裁判に携わっているとかなりきわどい囮捜査が目につくことも必ずしも稀ではないとの指摘も実務家からなされていた。⁽⁷⁾

(4) かかる過程で、広島市内において路上の仮睡者を狙う窃盗事件が多発したので、警察官が仮睡者を装って横臥していたところ、被告人らが窃盗目的で仮睡者を物色中、財布を発見して抜き取って現行犯逮捕されたという事案において、警察官の財布に対する占有の意思が問題となった（財布は抜き取られることを予定して持っていたものであり、被害者とされる者が管理支配する意思がなかったものであるから窃盗罪は成立しないと主張された）が、広島高裁昭和五七年五月二五日判決は、「同巡査において積極的に被告人の窃取行為を誘発したり、又は自ら財布を差し出すなど、皮財布に対する占有を放棄したとみられる事実が全く認められない本件においては、犯人検挙のためであるとの一事をもつて所持品に対する占有の意思を否定するいわれはない」と判示した。⁽⁸⁾ かかる事例は窃盗の実行を働き掛けたとは言えないから囮捜査とは言えないであろうが、任意捜査の一態様として囮捜査と類似の問題点は含むであろう。⁽⁹⁾ そして、

前段の事実があれば占有放棄と見られる場合もあり得るなど、捜査側の働き掛けの一態様を示す事例として参考の意味は持ち得ると思われる。

(5) 更に、昭和五六年一月から昭和五七年四月頃迄に警視庁管内において一〇〇件余りの忍込み窃盗事件が発生し、その手口、態様ことに醬油等を家具類等に散布するという特異な手口が含まれていたことから同一手口歴のある被告人がその被疑者とされ、同年五月六日以降被告人の追跡捜査が開始されたものの、尾行を警戒する被告人の巧みな行動のために右捜査が難航し、また指紋、足跡、目撃者等の有力な証拠も得られない儘推移する内、捜査に従事していた司法警察員が、被告人が品川区内の靴店で頻繁に靴を買い換えることを知って、同靴店の店員からズック靴五足を借り受け、その靴底裏面に切り傷を付けて返し、被疑者に販売させ、窃盗の犯行現場に残された二つの足跡と前記ズック靴の足跡が酷似しているとして犯人と割り出した事案について、東京高判昭和五八年一月二〇日（高刑集第三六卷第三号二八五頁）は、「所論は、警察官がひそかに切傷をつけた靴を靴店で被疑者に販売してその行動を監視する捜査方法は、国民の行動の自由を害し、任意捜査としては許容されないと主張する。しかし、足跡によって人の行動を観察して証拠とすることが可能であるとしても、それは、実際問題として、犯罪現場に残された足跡を事後的に収集する以外は、単に観念上あると認められるだけであるから、事後的な観察を可能とするため特殊な足跡を残すような工作を靴に施したからといって、人の居宅に立入るなど通常許されない方法でその行動を直接監視する場合と同視するのは相当でない。また、そのような工作による捜査が、直ちに人に対し強制処分に準じるような身体的又は精神的な負担を課し、行動の自由を奪うものとも認められない。したがって、捜査の目的を達するため相当と認められる限り、足跡を採取するため靴に一定の工作を施すことも、任意捜査として許されると解される。本件についてみ

ると、前記のとおり、多数の窃盗事件の被疑者と目すべき事情があり、その捜査が困難で他にこれにかわる有効適切な捜査方法が見当らず、しかもその態様が靴底裏面に切傷をつけたズック靴を靴店の協力を得て被告人に販売し後に単に回収したというだけであるから、右の捜査方法は任意捜査として許容される限度にとどまるものであるということが出来る。そうすると、所論指摘の各証拠の証拠能力を否定すべきいわれはない」と判示している。本件も窃盗の実行行為を働き掛けたものではないから、囮捜査には属さないであろうが、捜査態様の相当性・必要性に関して参考の意味は持ち得るものと思われる。

(6) 囮捜査と類似する面のあるかかる詐術的捜査について、学説においては、囮捜査によることの必要性和囮捜査の態様の相当性を検討して囮捜査の適法性を判断するアプローチを妥当とした上で、囮捜査と類似する問題も同様の方法で判断することが出来ると捉え、そのもとで、昭和五七年五月二五日広島高裁判決については、囮による働き掛けが極めて消極的であるから本来の囮捜査の問題とは異なるところがあるけれども、同種の問題を含み、捜査態様の相当性には問題がなく、必要性が存在する以上、適法な捜査と考えられるとも主張される。また、東京高判昭和五八年一〇月二〇日についても、囮捜査の問題ではなく、証拠収集の段階における詐術的捜査の適法性の問題であるが、捜査態様の相当性と必要性に照らすと適法な捜査と考えることが出来るとも評されている。⁽¹⁰⁾しかし、一方で、囮捜査の定義として、犯罪の実行を働き掛けることが要素とされることにより、例えば、スリを検挙するため、捜査官が電車内で仮睡客を装うような捜査は、犯人に対する具体的な働き掛けが認められないので、囮捜査には該当せず、囮捜査に関する適法性の判断基準等は、そのような捜査手法には当て嵌まらないことにならうと指摘する見解も有力に主張されている。⁽¹¹⁾

(7) そして、近時においては、買い受け捜査と呼ばれる手法が、わいせつ物頒布事件捜査や商標法違反事件捜査、サイバー犯罪捜査などで用いられている。⁽¹²⁾ 例えば、インターネット上でわいせつ物や児童ポルノといった違法・有害情報を提供する形態のサイバー犯罪は、直接の被害者がいない、インターネット上で現物を直接確認することが出来ない、出品の殆どは匿名で被疑者特定に繋がる具体的な情報入手が期待出来ないといった捜査上の障碍を持つので、末端被疑者の検挙に止まらず、上位被疑者等の検挙を図ることをも目的として、警察官またはその依頼を受けた捜査協力者が、その身分を秘して相手方からわいせつ物等を購入し、事実を確認して捜査を進める手法が活用されている。これは囲捜査の一つとも認識されている。⁽¹³⁾

(8) 更に、最近の特殊詐欺事犯においては、暴力団員がこれを新たな資金源として実行している傾向が看取されるものの、それに止まらず、暴力団程の組織性はなく、中心メンバーが離合集散を繰り返して短期間で新たな組織を作る等、流動的且つ柔軟な組織形態となっており、これに対処するためには、出し子（振込型において、詐取金を預貯金口座から引き出す役割の者）・受け子（現金受取型・キャッシュカード受取型において、現金等を被害者から直接受け取る者）を検挙することを端緒として、架け子（架電によって被害者を欺罔する者）の拠点等犯行拠点を解明・摘発するなどして上位の被疑者を段階的に特定・検挙し、グループの中核へと突き上げて行く徹底した突き上げ捜査と、犯罪組織に関する情報の収集・分析により、首魁クラスの摘発、グループの解体を図り、また、警察各分野の情報を端緒とした内偵捜査により拠点を急襲して関係者を一網打尽にする摘发型捜査をこれ迄以上に強化して組織そのものの多角的な検挙を目指すべきであるといった点も有力に主張されるところである。そして、ここにおいても、振り込め詐欺等の欺罔電話を受けた被害者からの通報に基づき、被害者に騙された振りをして貰って受け子が現金を受け取りに来るよう

に仕向けて貰い、これに乗って現金を受け取りに来た受け子を予め配置しておいた捜査員が検挙するという「騙された振り作戦」が取締りの観点から重要とされており、これも囮捜査に類似する手法と言えよう。⁽¹⁴⁾

三 本判決に言う「なりすまし捜査」の特徴

(1) 本判決は、「なりすまし捜査」を「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、捜査対象者が自己等に対する犯罪を実行しやすい状況を秘密裡に作出した上で、同対象者がこれに対し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」と定義した。そして、なりすまし捜査は、任意捜査の一類型として位置付けられるところ、本件においてその捜査手法が許容されるか否かは、本件捜査の必要性やその態様の相当性等を総合的に考慮して判断するのが相当であると述べた上で、なりすまし捜査に類似する捜査手法に囮捜査があるが、囮捜査が「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」(最一小決平成一六年七月二二日)と定義され、相手方に対する犯罪実行の働き掛けを要素とするのに対し、なりすまし捜査ではそのような働き掛けは要素となっておらず、両捜査手法はこの点において区別されるけれども、両捜査手法は、本来犯罪を抑止すべき立場にある国家が犯罪を誘発しているとの側面があり、その捜査活動により捜査の公正が害される危険を孕んでいるという本質的な性格は共通しているから、囮捜査が許容される場合として上記判例が示した要件、すなわち、①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としていること、②直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において、通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難であること、との要件は、両捜査手法の間の上記差異のためにその要件判断の厳

格さに多少の差異があり得るにせよ、なりすまし捜査の必要性及びその態様の相当性に関する判断のあり方を具体化するものとして、猶有用であるとする。

(2) このように、「なりすまし捜査」は囹捜査とは区別されるが、類似の捜査手法であり、囹捜査の適法性を判断するためのアプローチは「なりすまし捜査」の適否を判断するために参考となるという考え方は、二で検討した従前の詐術的捜査の特徴、適法性を考えるアプローチと、大枠としては共通するものと評価することが可能であると言えよう。

(3) そして、本判決は、まず被告人の犯意の点から見ると、被告人が連日深夜に自宅の周辺を徘徊し、その際、(ア)自動販売機の釣り銭口に手を入れるなどとともに、駐車中の他人の自動車の中を覗き込む行動を取っている、(イ)夏場であるのにマスクを着用し、上着のフードを被るなど、人目を避けるような服装をしている等といった行動が観察されており、また過去約半年の間に被告人の自宅の周辺地域で夜間を含む時間帯に車上狙いの被害が散発的に発生していたことなどによれば、C警察官らが、被告人には機会があれば無施錠の自動車に対して車上狙いを行う意思があるものと判断したことには一応の理由があり、被告人は、機会があれば車上狙いを行う意思があると疑われる者に当たるものと言えるとしている。ただ、他面で、被告人がかなり慎重な態度で車上狙いの実行に臨んでいる様子が見て取れるといった事情を考慮すると、被告人には機会があれば車上狙いを行う意思があるものと疑われるものの、その犯罪傾向は、本件捜査を行わなくても被告人は早晚別の車上狙いを行う筈であると言える程強いものとは思えない。そうすると、本件捜査において、C警察官らが、被告人が狙いをつけそうな車種である本件軽トラックを、無人且つ無施錠で窓も少し開いた状態で被告人のよく通る場所に駐車し、その車内の見え易い位置に本件発泡酒や本件パ

ンが放置された状態にしておいたことにより、被告人の車上狙いの実行が促進された面が多分にあると判断する。

その上で、本件におけるなりすまし捜査の必要性については、C警察官らは、被告人には車上狙いの嫌疑があるものの、その捜査が困難なために本件捜査を行ったものと認められるが、①薬物犯罪等とは異なり、車上狙いは、証拠の収集や犯人の検挙が困難な犯罪類型ではないこと、②本件を具体的に見ても、捜査対象者である被告人の住居は把握されている等、C警察官らにおいて被告人の行動を追跡することは比較的容易であったし、車上狙いは一般に他者から観察し易い犯罪であり、実際にも仮に被告人が車上狙いの実行に出た場合、行動確認捜査中のC警察官らにおいてその犯行を現認することは十分可能であったこと、③本件のような捜査方法によらず、新たな被害申告を受けた後で捜査に着手するとしても、通常の捜査手法ではその捜査を遂げるのが特に困難であると認めるべき事情も見当たらないこと、④嫌疑を掛けていた車上狙いの被害額は概して少額である等、被告人に対してなりすまし捜査を行わない場合が生じ得る害悪も決して大きなものとは言えないことから、本件捜査は、なりすまし捜査を行うべき必要性が殆どないと認定し、従ってその捜査の態様の如何にかかわらず、任意捜査として許容される範囲を逸脱しており、国家が犯罪を誘発し、捜査の公正を害するものとして、違法であると言わざるを得ないと述べたのである。

四 「なりすまし捜査」の適法性に関する判断の分析・評価

(1) 前提として、本判決が第一小決平成一六年七月一二日の示した要件を、なりすまし捜査の必要性及びその態様の相当性に関する判断のあり方を具体化するものとして、猶有用であると評価する点には一定の合理性はあると考えらる。なりすまし捜査は、対象者に積極的な働き掛けをすることなく、対象者が犯罪に出るところを待つて検挙するも

のであるから、最一小決平成一六年七月一二日の定義からは囹捜査とは異なるが、一方、捜査機関が犯罪実行を積極的に働き掛けたのか、犯罪を誘引する情況を作出したに過ぎないのかの線引きは必ずしも明確でなく、後者に該当する事例であっても、一種の詐術を用いて相手方を犯罪へと導いている以上、囹捜査と共通の問題が生じ得ると解することは可能と思われるからである。

(2) 本判決は、当該捜査を違法としている限りでは、二で検討した従前の詐術的捜査に関する裁判例と大枠としては類似の判断枠組みによっているものと思われる。即ち、①福岡地裁小倉支部昭和四六年五月一日命令は、司法警察職員が他人に対して犯罪を誘発し易い状況を設定・提供することは相当でないとしつつ、当該捜査方法が（それに続く搜索差押と相俟ってではあるが）許容される要件として、「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」を呈示しているように解せられる。⁽¹⁶⁾ また、②昭和五七年五月二五日の広島高裁判決については、「巡査において積極的に被告人の窃取行為を誘発したり、又は自ら財布を差し出すなど」の場合には、「皮財布に対する占有を放棄したとみられる」とも解せなくはなく、巡査における被告人の窃取行為に対する積極的な誘発などは、不相当な働き掛けの有無のメルクマールを示すものと考えることが出来よう。更に、③東京高判昭和五八年一〇月二〇日は、「事後的な観察を可能とするため特殊な足跡を残すような工作を靴に施したからといって、人の居室に立入るなど通常許されない方法でその行動を直接監視する場合と同視するのは相当でない。また、そのような工作による捜査が、直ちに人に対し強制処分に準じるような身体的又は精神的な負担を課し、行動の自由を奪うものとも認められない。したがって、捜査の目的を達するため相当と認められる限り、足跡を採取するため靴に一定の工作を施すことも、任意捜査として許されると解される。本件についてみると……、多数の窃盗事件の被疑者と目すべき事情があり、その捜査が困

難で他にこれにかわる有効適切な捜査方法が見当らず、しかもその態様が靴底裏面に切傷をつけたズック靴を靴店の協力を得て被告人に販売し後に単に回収したというだけであるから、右の捜査方法は任意捜査として許容される限度にとどまるものであるということができよう。」と述べ、捜査の困難性・代替捜査方法の不存在、捜査方法の相当性をメルクマールとしていえると言えよう。そして、本判決も、証拠収集の困難性、通常の捜査手法による目的達成の困難性、被害額・犯行頻度といった、なりすまし捜査を行わない場合に生じ得る害悪に鑑みた捜査の必要性、捜査態様（なりすまし捜査を行う必要性が殆どないため、捜査態様を検討する余地はないとしているが）をメルクマールとしており、上記①から③の裁判例の判断基準と大枠では同じ方向性を示していると言つて良いように思われる。⁽¹⁷⁾

(3) そして、従前の裁判例の延長線上にあるとも言える、かかる証拠収集の困難性、通常の捜査手法による目的達成の困難性、被害額・犯行頻度といった、なりすまし捜査を行わない場合に生じ得る害悪に鑑みた捜査の必要性という大判断ファクターを掲げること自体は、概ね妥当であると思われる。但し、五で触れるように、詐術的捜査という大きな枠組みにおいては本件と従前の裁判例とに共通点はあると言えるが、本件の事案と従前の裁判例の事案とでは、捜査手法として差異も認められ、その点で、五で述べるように、従前の裁判例は本件の先例と迄は言えないと考えられるため、同一に解するべきではなく、具体的な当て嵌めにおいては相当の差異が生じて来るべきものと思われる。

五 本件の問題点

(1) 本判決は、被告人には車上狙いの犯意が十分に窺われ、機会があれば無施錠の自動車に対して車上狙いを行う意思があると疑われるとした上で、しかし、その犯罪傾向は、本件捜査を行わなくとも被告人は早晚別の車上狙いを

行う筈であると言える程強いものとは思えないから、本件なりすまし捜査によって被告人の車上狙いの実行が促進された面が多分にあると認定した。その上で、本件では通常の捜査手法ではその捜査を遂げるのが特に困難であると認めべき事情も見当たらず、なりすまし捜査を行わない場合に生じ得る害悪も決して大きなものとは言えないから、被告人には機会があれば車上狙いを行う意思があると疑われる点を踏まえても、なりすまし捜査を行うべき必要性は殆どなかったと評価するのが相当であるとして、なりすまし捜査を行う必要性が殆どない以上、その捜査態様の如何にかかわらず、任意捜査として許容される範囲を逸脱しており、国家が犯罪を誘発し、捜査の公正を害するものとして違法であると言わざるを得ないと論じた。

以上の点に関しては、二で検討した福岡地裁小倉支部昭和四六年五月一日命令においても、当該捜査方法については、司法警察職員が犯罪捜査のためとは言え、意識的に新たに他人に対して犯罪を誘発し易い状況を設定して提供することは相当でなく、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刑事訴訟法第一条に照らして不適法であるとしており、——今日的な意味における重大な違法に該当するか否かは措くとしても——既に詐術的捜査を違法とした例は存した。また、東京高判昭和五八年一〇月二〇日は、「多数の窃盗事件の被疑者と目すべき事情があり、その捜査が困難で他にこれにかわる有効適切な捜査方法が見当らず、しかもその態様が靴底裏面に切傷をつけたズック靴を靴店の協力を得て被告人に販売し後に単に回収したというだけであるから、右の捜査方法は任意捜査として許容される限度にとどまるものである」としたが、本件とは前提事情が異なる点で区別可能であるから、東京高判昭和五八年一〇月二〇日に本判決が抵触するということもないであろう。

(2) 問題は、本件違法が直ちに関連証拠を排除する程重大な違法であったと言えるかである。この点、本判決は、(ア)本件ではなりすまし捜査を行うべき必要性が殆どなく、適法手続からの逸脱の程度は大きい、(イ)前記の通り、本件捜査により国家が犯罪の発生を一定程度促進する結果となっている、(ウ)C警察官らは、手っ取り早く被告人を検挙しようと考えて安易に本件の違法捜査に出たものであり、同警察官らには捜査方法の選択につき重大な過失があった、(エ)本件がそれほど重大な犯罪に関するものではない、(オ)C警察官らには、被告人の検挙においてなりすまし捜査を行った事実を捜査書類上明らかにせず、また公判廷においても同事実を否認する内容の証言をするなど、本件捜査の適法性に関する司法審査を潜脱しようとする意図が見られる等に照らすと、その違法は重大であるとしており、(カ)から(エ)だけで重大な違法になるとしているのか、(オ)を加えて初めて重大な違法になるとしているのかは明確でない。ただ、(ウ)で警察官らに重大な過失があるとしている点で、本件なりすまし捜査を行ったこと自体で重大な違法があるとしているのかも知れないし、また、必要性が認められる状況のもとで、捜査態様が許容される限度を僅かに超えて行われたに過ぎないといった言い方もして⁽¹⁸⁾おらず、端的に、「本件捜査は、なりすまし捜査を行うべき必要性がほとんどない以上、その捜査の態様のいかんにかかわらず、任意捜査として許容される範囲を逸脱しており、国家が犯罪を誘発し、捜査の公正を害するものとして、違法であるといわざるを得ない。」と述べている点からは、本件なりすまし捜査自体重大な違法を孕むと解するのが素直な読み方であるようにも思われる。

(3) 但し、「重大な違法」としてしているとすると、東京高判昭和五八年一〇月二〇日(当該捜査を任意捜査として許されるところとしている)においても捜査対象者である被告人が特定されていた点で本件と同様であり、⁽¹⁹⁾通常の捜査手法ではその捜査を遂げるのが特に困難であると認めるべき事情も見当たらないという部分は東京高判昭和五八年一〇月二〇日

にも（対象者の追跡などを地道に行うことは不可能ではないであろうから）当て嵌まり得るようにも思われる（東京高判昭和五八年一〇月二〇日では、他にこれに代わる有効適切な捜査方法が見当たらないとはしているが）。東京高判昭和五八年一〇月二〇日の事案においては約五か月の間に一〇〇件余りの忍込み窃盗事件が発生している点で、本件と背景事情が異なること、また、本件では、本件捜査を行わなくとも被告人は早晚別の車上狙いを行う筈であると言える程被告人の犯罪傾向が強いものとは思えないと認定している点などに差異は認められようが、かかる差異が、東京高判昭和五八年における許される任意捜査との認定と、本件における重大な違法（と仮定した場合）の認定とを合理的に区別し得るだけのものになっているかは、猶検討を要するものと思われる。

(4) ただ、翻って考えるならば、既に触れたように、福岡地裁小倉支部昭和四六年五月一日命令、広島高裁昭和五七年五月二五日判決、東京高裁昭和五八年一〇月二〇日判決及び本判決は許術的捜査という大きな枠組みで見れば共通性を有するものの、仔細に見れば、捜査手法として異なる。即ち、福岡地裁小倉支部昭和四六年五月一日命令や東京高裁昭和五八年一〇月二〇日判決は、捜査機関による対象者に対する犯罪遂行のための働き掛けの要素が全くなく、対象者が当該犯罪行為を実施していることを証明するための証拠収集を目的としており、取立て性質の近い手法を探すならば、尾行に近い性質を持つとも言えよう。これに対して、本判決で言うところのなりすまし捜査は、囲捜査に比べて程度は弱いものの、対象者に対する微弱な働き掛けを行っているという点で上記裁判例とは異なる。この点で、上記二つの裁判例は本判決の先例とは言い難いと言えよう。そして、対象者に対する微弱な働き掛けという点では、本判決は広島高裁昭和五七年五月二五日判決と共通性があると言えようが、広島高裁昭和五七年五月二五日判決では捜査方法の適否そのものは直截的には問題とされていない。以上の意味で、本判決の検討に当たって、先行の

三つの裁判例は、任意捜査の限界を画する判断の大枠を考えるに当たって参考にはなるが、先例としての意味は持たないと言つて良いように思われる。

また、既に触れたように、なりすまし捜査（詐術的捜査）と囮捜査とは、一種の詐術を用いて対象者を犯罪へと導いているという意味で共通性を持つから、第一小決平成一六年七月二二日の示した要件を参照することに一定の意味はあると考えるが、囮捜査における対象者への働き掛けと本判決における働き掛けとでは程度が大きく異なるため、本判決の事案においては、通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難であることといった補充性の要件などを含めた、広い意味での捜査の必要性の程度は緩やかに解することが可能と考える⁽²⁰⁾。そして、特に車上狙いの場合、張込み等だけでは捜査方法として効率が悪いと思われ、C警察官らにおいて、本件で言うところのなりすまし捜査に見られる軽微な働き掛けを行うことには、一定の合理性も認められるものと思われる。

このように考えれば、本件事例の場合、四か月間で九件の車上狙いによる窃盗事件が発生した状況において、相応の嫌疑があつたと言える被告人に対して、本件の程度の働き掛けを行ったことについて、重大な違法があつたと迄認定すべきであつたかについては、疑問の余地がないとは言えないように思われる。また、補充性要件が緩和されるとすれば、本件ではいわゆるなりすまし捜査の必要性が殆どなかったという点についても再考の余地があり、更に、捜査の対象が薬物事犯などに限定される必要が必ずしもないとすれば、そもそも本件なりすまし捜査自体が違法と言えらるものかについても再検討の余地があり得るとも考えられよう。⁽²¹⁾

(5) 尤も、以上の点を措くとしても、本件の場合、C警察官らには、被告人の検挙においてなりすまし捜査を行つた事実を捜査書類上明らかにせず、また公判廷においても同事実を否認する内容の証言をするなど、本件捜査の適法

性に関する司法審査を潜脱しようとする意図が見られる点が認定されており、最高裁第二小法廷平成一五年二月一四日（刑集五七卷二号二二頁）の「本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものと評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない」との判示に鑑みても、結果的に重大な違法を認定された点はやむを得ないものと思われる。⁽²²⁾

六 おわりに

本件の場合、比較的軽微な窃盗犯罪であり、被告人の行動確認捜査において被告人の車上狙いを現認することは十分可能であつて、C警察官らは、手っ取り早く被告人を検挙しようと考えて安易に本件の違法捜査に出たものであり、同警察官らには捜査方法の選択につき重大な過失があつたとされている点、また、C警察官らには、被告人の検挙においてなりすまし捜査を行った事実を捜査書類上明らかにせず、また公判廷においても同事実を否認する内容の証言をするなど、本件捜査の適法性に関する司法審査を潜脱しようとする意図が見られる点が重大な違法の認定に当たつて重視されたものと思われるから、本判決を前提としても、なりすまし捜査を特に秘匿することなく、少なくとも当該犯罪が重大等の理由から特に必要が認められる場合で他に有効適切な代替捜査方法が見当らない場合に迄、本件のような詐術的捜査・なりすまし捜査が否定されるものではないように思われる。かかる意味で、本判決の射程は限定されるが、本判決は、なりすまし捜査の意味を明らかにし、その限界となる事例を呈示した点で意味があると思われる。また、その呈示する要件には異論もあり得、ポレミッシュな争点を提起したという点でも意義は大きいと考えられる。

- (1) 鹿兒島地検は平成二九年四月七日、前提となる事実には不満があるとしつつ、福岡高検と協議した結果として、控訴断念を發表した。平成二九年四月八日付産経新聞、平成二九年四月一三日付西日本新聞朝刊など。
- (2) 例えば、田口守一『刑事訴訟法』〔第七版〕（平成二九年 成文堂）四九頁、山本和昭『おとり』を使った捜査の適法性〔専修ロージャーナル〕（平成一九年）八七―八頁など参照。

白取祐司「捜査官の欺罔による『承諾』と手続の適正」同『刑事訴訟法の理論と実務』（平成二四年 日本評論社）六九頁以下は、捜査官の欺罔的手段（欺罔手段を用いた究極のものが囲捜査であるとする）を、囲捜査と異なり、国家が犯罪を創るものではなく、犯罪の発見（証拠の収集など）の便宜のために欺罔・偽計的手段を用いることが出来るかという点に関するものであり、違法性の程度は軽いとも言えるが、やり方にフェアネスを欠くという点では共通であろうと措定した上で、具体例として、偽計を用いた令状の執行、目的を秘した任意同行、尿の採取における捜査官の偽計、令状発付を装って行う任意捜査などを掲げる。
- (3) 山本和昭・前掲『おとり』を使った捜査の適法性一八七―八頁。
- (4) 本判決の事案における捜査機関の行動には仮装的な要素はあるものの、対象者への働き掛けの程度は弱いものであるから、「なりすまし捜査」という用語は必ずしも適切でないようにも思われるが、判文上用いられているため、本研究でも、この用語を適宜用いる。
- (5) 鈴木一義「囲捜査の研究（一）」『法学新報』第一一六卷九・一〇号（平成二二年）一六〇頁以下。
- (6) 判例タイムズ第二六四号三四九頁。
- (7) 鈴木一義・前掲「囲捜査の研究（一）」一三八頁以下など参照。
- (8) 判例タイムズ第四七六号二二二頁。また、抜き取り後直ちに逮捕されたものであり、窃盗罪が成立するとしても未遂罪であるとも主張されたが、既遂であることは明らかであるとして退けられている。猶、本件における捜査方法の適否については、控訴審において特に争われていない。
- (9) 山本和昭・前掲『おとり』を使った捜査の適法性一八七―八頁。囲捜査の概念には広狭二義があり、広い意味では犯人検挙の手段として囲を使用する捜査方法を言い、この意味では本件も囲捜査の範疇に入ると考えられる（但し、最小小決昭和二八年三月五日刑集七卷三号四八二頁から見ると、本件では捜査機関の何等の誘発行為がないのであるから窃盗の罪責は

免れ得なかったものと思われる)が、狭い意味では、捜査機関またはその依頼を受けた者が、犯罪を教唆または幫助し、その実行を待つて逮捕することを言い、この意味では、本件は囲捜査とは見られないであろうと、当時指摘されていた。判例タイムズ第四七六号三三二頁コメント参照。

- (10) 池田修「いわゆるおとり捜査の適否」新関雅夫・佐々木史朗ほか『増補 令状基本問題 上』(平成八年 判例時報社)四五頁以下。
- (11) 長沼範良・上富敏伸「おとり捜査」『法学教室』第三二八号(平成一九年)八一頁、田野尻猛「おとり捜査」松尾浩也・岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅰ』(平成二四年 青林書院)五七頁など。
- (12) 鈴木一義「サイバー犯罪に対する捜査手法について(一)」『法学新報』第一二二巻第七・八号(平成二八年)六五―六頁など。
- (13) 富田邦敬「サイバー犯罪における買受け捜査の活用について」『捜査研究』第六六九号(平成一九年)一一―三頁、森浩之「第一線でのサイバー犯罪捜査」『季刊現代警察』一三〇号(平成二二年)一五頁など。
- (14) 鈴木一義・前掲「サイバー犯罪に対する捜査手法について(一)」六六頁など。
- (15) 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)一九六頁など参照。
- 中島宏「おとり捜査に類する捜査手法の適法性」『法学セミナー』第七五〇号(平成二九年)一一〇頁は、本判決について、端的に機会提供型の囲捜査の適法性の問題として論ずる方が明確であったとする。ただ、本判決は、「被告人には機会があれば車上狙いを行う意思があるものと疑われるものの、その犯罪傾向は、本件捜査を行わなくても被告人は早晚別の車上狙いを行うはずであるといえるほど強いものとは思えない。」としており、対象者の犯罪傾向性について必ずしも明確にしている(その後が続いて、「本件捜査において、C警察官らが、被告人が狙いをつけそうな車種である本件軽トラックを、無人かつ無施設で窓も少し開いた状態で被告人のよく通る場所に駐車し、その車内の見えやすい位置に本件発泡酒や本件パンが放置された状態にしておいたことにより、被告人の車上狙いの実行が促進された面が多分にある。」と論じており、犯罪を創造とか犯意を誘発といった表現を用いていない点は機会提供型と捉えているように読めなくもないが)ため、本判決の事案が機会提供型か否かについて、本研究では立ち入らない。
- (16) 鈴木教司「いわゆるおとり捜査に準ずるものとして、捜索差押許可請求が却下された事例」『広島経済大学研究論集』第

一一号(人文・社会・自然科学編)(昭和五〇年)三四頁など。

(17) ただ、①の裁判例は郵便物窃盗は重大犯罪とは解していないように対して、②・③の裁判例は窃盗事犯を重大犯罪に該当しないとしていないと考えられる点で、若干の差異があるかも知れないが、窃盗事犯の態様に違いがあるため、①と②・③がこの点で抵触するとまでは言えないように思われる。

(18) 最高裁第一小法廷昭和五三年九月七日判決、刑集三二巻六号一六七二頁参照。

(19) もし機会を提供する態様のアプローチが望ましいのであれば、対象者に犯罪傾向性があることが認識されているという意味で、対象者の特定がなされている方が良いとは言えよう。

(20) 本判決は、最小小決平成一六年七月一二日が示した要件となりすまし捜査の要件とでは、囲捜査となりすまし捜査の手法の間の差異のためにその要件判断の厳格さに多少の差異があり得るとするが、両者の径庭は相当程度あると言えよう(九も、最小小決平成一六年七月一二日の要件との懸隔を強調すること、当該要件との懸隔は強調せずに、その当て嵌めを緩やかに行うこととの間には、結論に大差は存しないとは言えよう)。

この点に関して、例えば、本件の場合、買い受け捜査手法の場合のターゲットのように、いわゆる被害者なき犯罪の事案ではないが、なりすまし捜査・詐術的捜査は、被害者なき犯罪でなければ発動が許されないものではない。これについては、同様の詐術的捜査と言える、騙された振り作戦が、被害者なき犯罪でないと活用を許されないとはされていない点からも明らかと言えよう。既に触れた、本判決が、判断のあり方を具体化するものとして有用であるとする、最高裁平成一六年七月一二日第一小法廷決定が、囲捜査が任意捜査として許容される要件として掲げた、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囲捜査を行うことという点は、あくまで当該案件の事案に即した判断であり、囲捜査が許容される場合は①から③の場合に限られない(従って、「少なくとも」の文言が付されている)と指摘されている点(例えば、伊藤藤二「おとり捜査」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編「刑事訴訟法判例百選」第一〇版)〔平成二九年 有斐閣〕二三頁など)からも、①は不可欠の要件であるとは言えない。また、本件の場合、車上狙いの窃盗捜査の事案であり、警察官は発泡酒やパンを放置していたのであって、これが対象者以外の第三者に散逸したとしても、国民の生命・身体等に重大な危害が及ぶといった弊害も考え難いとも言えた。この意味で、本判決が薬物犯罪等と異なる類型である点を捜査の必要性を減殺

する要因の一とした点については、あくまで一つの要因であるに止まり、滅殺するための決定的要因にはなり得ないと解すべきものと思われる。

(21) 本件と類似した事案と言えようが、イギリスにおいては、二名の警察官が人通りの多い街路に車を止め、後部ドアを開けて煙草のカートンを外から見える状態にしておいたところ、被告人二名は誘惑に負け、煙草のカートンを車から運び出したという事例で、犯罪行為を犯すような説得または助長とは言えず、罠に当たらないと判示されている (Williams and O'Hare v DPP [1994] 98 Cr. App. R. 206)。Williams and O'Hare v DPP においては、警察は犯罪遂行について参加・誘引等は行っておらず、一方で、車両犯罪が高い率で発生している、混雑したショッピング・エリアにおいて、特定の対象に狙いをつけずに捜査活動が行われていた。See e.g. (1993) Crim. L. R. 775-6.

(22) この点、仮に本件なりすまし捜査自体が違法でなかったとしても、なりすまし捜査を否認する内容の証言等を行った点で、重大な違法を問われるのは致し方ないと考える。

(23) 更に、私見のように、囹捜査における対象者への働き掛けと本判決における働き掛けとは程度が大きく異なるため、最一小決平成一六年七月一二日の示した要件を参照することに一定の意味はあるけれども、当該要件に過度に依拠することは相当でないと捉え、補充性の要件などを相対的に緩やかに解して良いと考えるのであれば、許容される範囲はこのような場合に必ずしも限られないことになろう。

(日本比較法研究所囑託研究所員)