

刑事判例研究(3)

中央大学刑事判例研究会

覚せい剤及びコカインの営利目的所持等の事案につき、私人である被告人を麻薬取締官による覚せい剤密売人に対する囲捜査に巻き込んだことを理由として、公訴棄却或いは違法収集証拠排除を求める弁護人の主張を排斥し、また、被告人の薬物取引を容認した麻薬取締官の対応が、被告人による覚せい剤等の取引を助長した面があることは否定出来ず、被告人の意思決定に不当な影響を与えたとして、量刑上、被告人に対する非難が一定程度下がるとされた事例

鈴木 一 義

〔覚せい剤取締法違反、麻薬及び向精神薬取締法違反被告事件、大阪地裁平二七(わ)二三九五号、同三〇四二号、平成二九年四月二二日判決、判例時報二三四三号九八頁〕

【事実の概要】

被告人は、法定の除外事由がないのに、平成二十七年四月一日頃から同月二二日迄の間に、大阪府内、兵庫県内またはその周辺において、フェニルメチルアミノプロパンまたはその塩類若干量を自己の身体に摂取し、もって覚せい剤を使用した。また、みだりに、平成二十七年四月二二日、営利の目的等で、覚せい剤及び麻薬（コカイン）を所持した。

これに関して、弁護人は、①被告人は、近畿厚生局麻薬取締部（以下「近麻」）のD麻薬取締官のエス（スパイ）になり、違法薬物の密売人に対する情報を収集すると共に、囲捜査の囲役、即ち薬物取引の相手方となるなど捜査に協力し、その結果として本件各所持に至っており、これをD取締官と被告人との関係で見れば、D取締官が、違法薬物の世界から足を洗っていた被告人に働き掛けて違法薬物取引等に関与することを決意させ、密売人の検挙のために被告人に違法薬物の取引等をさせていたのであり、私人である被告人を囲捜査に巻き込み、その犯意を誘発して違法薬物の取引等をさせていたのであるから、近麻の行為には重大な違法がある。本件では別組織である大阪府警が被告人を検挙しているが、適正な国家刑罰権の行使や捜査の公正の観点からすれば、その違法性は波及すると言うべきであって、上記違法捜査の結果なされた本件公訴提起には重大な違法があり、被告人が受けた不利は重大であり、本件公訴は棄却されるべきである、②本件各所持に係る覚せい剤等は、D取締官が被告人に対して行った強度の働き掛けに係る長期間に亘る囲捜査の結果得られたもので、約一キログラムもの多量の違法薬物が遣り取りされるなど、公益侵害の程度は高く、令状主義の精神を著しく没却するものであり、更に、近麻は供述調書や任意提出書を偽造するなど違法捜査をしていることに加え、D取締官らは当該違法捜査の事実を糊塗する虚偽証言を繰り返している。大阪府警は近麻に事実確認をするなどの捜査の違法性の波及効を食い止める措置を取ることなく被告人を検挙しており、将来の違法捜査抑止の見地からは、本件各所持に係る証拠を排除すべきである、③被告人は、D取締官による、強固な犯意を有する密売人に対する機会提供型の囲捜査に囲役として協力しており、本件所持はその捜査協力の一環として行われたもので、社会生活上正当なものとして許容され、正当行為として違法性が阻却され、また、被告人は近麻において「偉い立場」にいるD取締官の「違法薬物の取引等をして大丈夫だ。」との

発言を信用し、違法薬物の所持等について包括的承認を受けているので自分は検挙されることがないと信じて囮捜査に協力していたもので、被告人には違法性阻却事由（正当化事由）の錯誤があるか、または違法性の意識がなく、そのことについて相当な理由があるので、責任故意が認められない、④被告人は外国人密売人に拉致され、捜査機関のスパイではないかと疑われて殺害される危険がある中で、自分の身を守ろうと考え、仲間であることを証明するためにやむを得ず本件使用をしたのであるから、緊急避難が成立すると主張した。

【判決要旨】

以上の弁護人の主張に対して、大阪地方裁判所は以下のように判断した。

① 大阪府警は別件被疑者からの情報等に基づき、かねてより被告人に対する薬物密売に係る内偵捜査を進めていたところ、裁判所から各搜索差押令状の発付を受け、覚せい剤等を発見、押収した。大阪府警は、上記内偵捜査の過程で、被告人が近麻関係者と携帯電話等で頻繁に連絡を取り合っている事実を把握したものの、上記強制捜査を実施するに当たっては、近麻に対し連絡を取ることがなく、近麻が把握していた被告人の情報を探査に利用したことはなかった。

② 被告人が所持していた覚せい剤は約七八七グラム、コカイン約一二〇グラムと多量であり、特に覚せい剤の内一部は、一グラム弱の概ね均等な重量に小分けされ、名前やこれに対応する種類のシール等により纏まった単位で他と区別出来るように保管されていたこと等に照らすと、トランクルーム・手提げ鞆に所持していた覚せい剤についてはいずれも営利目的を有していたことが高度に推認され、また、覚せい剤取引先に纏めて有償譲渡することや、末端使用者への密売用に自宅等で小分け作業を行うことを予定していたと見るのが自然である。

③ 被告人とD取締官との電子メールでの遣り取りを見ても、被告人が単に密売人と接触して情報収集を行うに止まらず、時には相手方との間で薬物取引に及び、その状況をD取締官に伝え、D取締官も情報収集の一環としてこれに対応していたことが窺え、

D取締官は、被告人が密売人と接触した際に覚せい剤等の取引に及ぶことを十分分かった上で、被告人を通じて密売人情報を収集するため、少なくともこれを容認していたものと認められる。ただ、一方で、被告人が、本件各所持に係る覚せい剤等を入手することをD取締官の指示乃至依頼に従い、専ら捜査に協力する目的で行っていたかについては慎重に検討する必要がある、被告人は多量の覚せい剤等を密売目的等で所持しており、入手時にも当然その目的があったものと認められ、その意味では被告人には覚せい剤等の入手について自らの利益を積極的に図る意図があったと認められる等の点に照らすと、被告人が名古屋グループ（「エディ」と呼称する名古屋在住の外国人密売人らのグループ）と覚せい剤等の取引を自己の利益を図る目的で行う際に、その情報をD取締官に提供し、D取締官もこれを容認していたと認めるのが相当である。

このもとに、弁護人の主張に関して、大阪地方裁判所は、

(1) 公訴権濫用等に関しては、本件各所持に係る覚せい剤等については、D取締官の具体的な指示乃至依頼により専ら捜査協力のため入手したのではなく、自らの利益を図るため、密売人らと覚せい剤等の取引を行って入手したものであって、被告人はD取締官らと関係を持つ前にも覚せい剤等の密売を手広く行っており、専ら捜査協力のために本件各所持に至った訳ではないと認められることに照らせば、被告人とD取締官らとは、いわば「持ちつ持たれつ」の関係にあり、「被告人を薬物犯罪に巻き込んだ」とする弁護人の主張は当を得ない。そして、大阪府警と近麻との間で、被告人を検挙するための情報共有や捜査協力をしていた事実はなく、捜索差押令状の取得の際に用いた疎明資料中には近麻から得られた情報等は含まれていない。大阪府警の捜査手続自体には何等違法、不当な点は見当たらず、捜査の違法を言う弁護人の主張はこの点からも失当と言うべきである。

更に、検察官の証拠開示への対応に問題がなかった訳ではないが、検察官が、故意に手持ち証拠を隠していたとか、関係機関への照会を意図的に杜撰なものとしていたような場合でなく、本件の審理経過（起訴後二年以内に審理を終えて同期間内の判決宣告期日が指定された。）に照らすと、未だ公訴維持が耐え難い程に著しい遅延が生じているとは言えない。従って、この点を理由とする公訴棄却の主張もまた採用出来ない。

(2) 違法収集証拠に関して、前記で述べた通り、被告人が本件各所持に係る覚せい剤を入手する過程において、被告人が述べるような経緯があった訳ではなく、且つ近麻とは無関係に行われた大阪府警の捜査等に違法な点もないので、これにより収集された証拠やその派生証拠について証拠排除すべき事情は見当たらない。また、弁護人は、D取締官らの一連の薬物捜査に違法な点が多々あり、D取締官が虚偽証言もしていると、違法捜査の抑止の観点から証拠排除すべきであるとも主張するが、D取締官らは本件の捜査に従事した訳ではないので、当裁判所において証拠排除の当否を判断する上でこの点を考慮するのは相当ではなく、これらがあるとなれば別途の手続で正されるべきものである。

(3) 所持罪の成否に関して、前記認定の通り、被告人は、本件各所持を密売目的乃至使用目的等で行っていたのであるから、正当行為にならないことは明らかである。違法性阻却事由の錯誤乃至違法性の意識に関する主張についても、被告人は自分の行っている覚せい剤等の所持が、検挙される恐れのある違法なものであるという点については、十分理解していたと認められる。

(4) 使用罪の成否に関して、被告人が日頃より自宅等で覚せい剤等を吸引使用していたことが認められ、エディらに連行された時以外に覚せい剤を一切使用していないということ自体、疑わしいと言える。また、仮に密売人と接触の際に被告人が覚せい剤等を摂取したことがあったとしても、それは被告人の自由意思で行ったものと認めるのが相当である。本件使用については、被告人が平成二七年四月一七日から翌一八日にかけて、密売人と会った際に使用したのではなく、平成二七年四月一日頃から同月二一日の期間内の別の機会に使用した可能性が高く、仮に密売人と会った際に使用したことがあったとしても、緊急避難が成立するような情況下で使用したものではなかった。

と論じて、被告人を懲役八年六月及び罰金三〇〇万円に処すると判示した。そして、量刑理由として、本件各所持に係る覚せい剤及びコカインは多量であり、被告人は累犯前科を含め、違法薬物の密輸入、所持及び使用等の様々な前科があり、現在に至る迄相当長期間の懲役刑及び高額の罰金刑を何度か受けながら、またしても密売目的等で多量の違法薬物を所持し、覚せい剤の使用もしたのであるから、被告人のこの種事犯に対する常習性、親和性は顕著であって、本件の犯情は悪質と言う他ないとした上で、尤

も、本件については、麻薬取締官の被告人への対応が、被告人による覚せい剤等の取引を促進、助長した面があることは否定出来ず、捜査機関の一翼を担う麻薬取締官の行動が、被告人の罪の意識を減じさせているという意味で、被告人の意思決定に不当な影響を与えている点は、被告人に対する非難を一定程度下げることとして考慮されるべきと考え、被告人に対する刑を量定する上で考慮することとし、(懲役一三年、罰金三〇〇万円、覚せい剤一八八袋・コカイン二八袋の没収) こととした(本件身体拘束が長くなつて懲役八年六月に止める(その他罰金三〇〇万円、覚せい剤一八八袋・コカイン二八袋の没収) こととした(本件身体拘束が長くなつている点については、未決勾留日数の算入において一定程度考慮することとした)と述べた。⁽¹⁾

〔研究〕

一 問題の所在

(1) 本件は、近畿厚生局麻薬取締部(近麻)の取締官が情報提供者として用いていた被告人が、かねてより被告人に対する薬物密売に係る内偵捜査を進めていた大阪府警により、覚せい剤所持・使用の罪で逮捕された事案である。近麻が、単独で乃至大阪府警と連携して、働き掛けに応じた被告人が犯罪の実行に出たところで逮捕等している訳ではなく、また、大阪府警が、搜索差押令状の発付を受けて覚せい剤等を発見・押収した際に近麻から被告人の情報を得ていたとの認定もなされていないから、本件は、「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日)⁽²⁾という囹捜査の定義にも合致せず、被告人に対する囹捜査の要素はなかつたと言えよう。⁽³⁾

(2) このもとに、本件検挙が、被告人を情報提供者として活用していた近麻と別組織の大阪府警によって、また囲捜査とは無関係に行われていて、府警の捜査手続に違法がない点を特徴として掲げることが出来よう。大阪地方裁判所は量刑段階で、麻薬取締官の被告人への対応を一定程度考慮したが、司法機関である裁判所が、量刑という裁判所が専属的に判断すべき段階で、行政機関、且つ当該捜査を行った上で起訴した行政機関と異なる行政機関の行為をどの程度斟酌すべきかは論点となり得ると考える。

(3) 第二に、大阪地方裁判所は、麻薬取締官の被告人への対応が被告人の意思決定に不当な影響を与えている点を減刑事事情として考慮した。本件では直截的に被告人の意思決定に対する影響を問題としている。大阪府警や近麻の行為は違法とはされておらず、この意味で一般の量刑理論として責任を減弱させているファクターを考えるべきであるが、この考察に当たって、近麻の行為には必ずしも相当とは言えない要素が含まれているため、いわゆる「違法捜査と量刑」の議論を踏まえて検討することが可能である点に特徴を有すると言えよう。

二 違法捜査と量刑について

(1) 証拠排除に値する程違法の度合いが強くない場合に、これを量刑事情として斟酌し得るかという問題については、捜査段階での違法を「犯罪（犯行）後の情況」の一つとして考慮することを肯定した下級審裁判例が現れ、その評価について賛否が分かれたこと⁽⁷⁾から、関心が顕在化した⁽⁸⁾。本判決は、麻薬取締官が行っていたことを違法捜査であるとは断定しておらず、あくまで相当でないというレヴェルの評価がなされているに止まるうから、捜査機関の不当な行為が量刑に如何なる影響を及ぼすかが論点となり、「違法捜査と量刑」の知見がその儘該当する訳ではないで

あるうが、参考とすることは許容されよう。

(2) その違法捜査と量刑の問題に関連する裁判例としては、例えば、以下のようなものがある。

① 東京地判昭和四六年二月一八日⁽⁹⁾

酒に酔い自動車を運転した疑いで巡査が職務質問を行い任意同行を求めた際に、被告人兩名が同巡査の胸部・顔面を殴打するなどした公務執行妨害罪につき、逮捕後警察官から暴行傷害を受けた(警察官により後手錠・足手錠を掛けてその両手錠を背面で縄で結び、逆のえび型に緊縛されて仰向けに転がされた儘、午前七時四〇分頃から少なくとも午前九時三〇分頃迄放置され、この間背中を踏み付ける等の暴行を受け、このため、第八、七、六肋骨骨折、右前腕関節部両下腿足関節部挫傷の傷害を負うに至った)ことを理由に、「その国の警察権の担当者が、その事件で拘束されている被告人に対し前記のような不法行為をなしたということは、刑政の根本である衡平に反する。被告人に対する加害者の訴追や被告人の受けた傷害治療費の求償の途が別にあるとしても、判示程度の公務執行妨害の捜査手続中に前記程度の傷害が加えられたということは、本件刑事手続自体においても少くとも量刑上大きく考慮してよい事由である」として懲役一五日の刑を言い渡した事例で、懲役一五日という刑が同種事犯の量刑に比してかなり低く、異例と言っても良い程度のものであることは明らかであって、それだけに裁判所が捜査手続中における警察官の暴行傷害行為を非常に重視したことが窺えると評されている。⁽¹⁰⁾

② 横浜地判昭和六二年四月二七日⁽¹¹⁾

覚せい剤所持事件において、覚せい剤所持の犯意のなかった者にその犯意を誘発させたものと言うことは出来ず、所持の犯意を有していた者にその現実化及び対外的行動化の機会を与えたに過ぎないもので、捜査方法も著しく不公

正と迄は言い難いなどとして、囹捜査が違法乃至著しく不当な捜査方法であつたとは認められないとされた事例で、本件の場合には囹捜査による検挙であつたため覚せい剤が社会に拡散される危険性は当初から少なく、現実に本件覚せい剤は押収されており、拡散するに至らなかつたものであることなどを被告人に有利に斟酌出来る事情として掲げた。

③ 浦和地判平成元年一二月二二日⁽¹²⁾

強制採尿が、その必要性の判断を誤つて行われた点で違法である（被告人が排尿して任意提出した容器への署名指印を拒否しただけでは、犯罪の捜査上真にやむを得ないと認められる場合における最終的手段として、強制採尿が法律上是認されることにはならない等と述べられた）とされ（但し、強制採尿の必要性に関する前記のような捜査官の判断の誤りは尿の鑑定書の証拠能力を否定しなければならぬ程重大なものとは言えないとして、尿鑑定書の証拠能力は肯定した）、また、違法な捜査によつて、被告人が、本来法の予定する以上の苦痛を受けた事実を、広義の「犯行後の情況」の一つとして量刑に反映させるべきであるとした事例であり、嫌がる被告人を担ぎ上げて数人がかりで取調室へ連行する等の違法捜査は、（被告人の刑の執行を猶予するのが相当であるとは認められないもの）⁽¹³⁾ 刑期を定めるに当たつては相当程度考慮に容れる必要があると述べた。この結果、異論はあるものの、覚せい剤四グラムの所持及び自己使用一回の事案につき、（求刑懲役三年にして）懲役一年六月という比較的寛大な刑を言い渡したと評されている。⁽¹⁴⁾

④ 浦和地判平成三年九月二六日⁽¹⁵⁾

覚せい剤使用の前科があり、一部精神錯乱を疑わせる言動をしている被告人に対し、警職法三条の保護手続を取つたことが違法であるとされ、採尿手続に先行する保護手続に違法はあるものの、当該違法は令状主義の精神を没却する程重大な違法ではなく、採尿手続自体も諸般の事情から任意捜査の範囲内にあるとして、尿の鑑定書の証拠能力が

肯定されると共に、本件の保護手続が違法であり、採尿手続にもやや強引なところが見受けられるところ、犯罪捜査のため被疑者が受忍すべき不利益は、刑罰権行使にとり必要不可欠のものとして法が許容した限度に限定されるべきであり、これを超えて捜査機関が被疑者に不利益を課すならば、それによって被疑者が苦痛を受けた事実自体（捜査の違法を明らかにするために長期の裁判を余儀なくされた不利益も含まれる）が広い意味での「犯行後の状況」に当たり、諭え被告人が有罪とされる場合であっても、その量刑に相応の影響を及ぼすと考えるべきであると述べた事例である。本件被告人には過去に同種事案の前科が二犯あるが（その内一犯は累犯前科となっている）、被告人が出所後特段更生の兆しを見せない儘再び本件を敢行した割には刑が軽いように思われるのは、違法な保護手続により被告人が苦痛を受けた事実自体が広い意味での「犯行後の状況」に当たり、量刑に相応の影響を及ぼすと考えるべきであるとしている⁽¹⁶⁾。点が強く影響したものであろうと評されている⁽¹⁷⁾。

⑤ 大阪高判平成四年一月三〇日

覚せい剤自己使用二件と覚せい剤所持一件（任意同行先の警察署で採取された被告人の尿から覚せい剤が検出され、その後、これに基づいて覚せい剤の自己使用容疑で逮捕された時に覚せい剤が見つかり、提出した尿からも覚せい剤が検出された）で起訴された事案で、大阪高裁は、採尿手続について、警察官が、拒む被告人をパトカーに押し込んで警察署に連行し、警察署においても、被告人が執拗に退去させるように求め、実際に二度に亘って帰りかけたところを実力で阻止したものと認定し、当初の採尿行為は、違法な連行に引き続き、これを直接利用したもので、違法性も重大であると認定して尿の鑑定書等の証拠能力を否定した（当初の覚せい剤使用は無罪）が、逮捕された後に提出した尿の鑑定書や発見された覚せい剤等の証拠能力は否定せず、後の覚せい剤使用及び所持については有罪と認定した。そして、量刑理由に

において、本件では捜査手続に違法が認められ、起訴された事実の内一部が無罪となったこと、その他諸般の情状を斟酌しても、被告人の刑事責任を軽く見ることは出来ず、主文の量刑が相当である旨述べられて懲役一年八月の実刑とされた。本件については、第一審が、二件の覚せい剤自己使用と一件の覚せい剤所持に対して懲役二年を言い渡したのに対し、覚せい剤の自己使用及び所持各一件に対して懲役一年八月としており、量刑理由の記載に照らしても、刑を軽くする要素としてさほど考慮した様子は窺われないと評されている。¹⁸⁾

⑥ 熊本地判平成四年三月二六日¹⁹⁾

暴力団抗争に起因して敢行した殺人未遂、殺人事件における上位指揮者グループの共謀共同正犯の成否につき、その一部について共謀を認め、他は認められないとした事例で、量刑理由において、被告人乙については、「本件の捜査段階において、警察官相当数から、被告人乙に対して暴行が加えられ、これによって被告人乙が重度の傷害を負うに至ったことは、本件記録上明らかであるところ、右暴行は、現行刑事訴訟法における捜査史上、ほとんど他例をみないほどの峻烈窮まりないものであり、被疑者の人権にも意を用いるべき義務を有する警察官の右義務違背の程度は、まさに前代未聞の名に値する。そして、これにより被告人乙の被った肉体的苦痛、精神的屈辱感の甚大さ、警察官の非違行為の程度の重大さに鑑みると、裁判所としては、右違法行為がたとえ裁判所と別個の機関によってなされたものであるとはいえ、等しく刑事司法に携わる国家機関として、刑罰権の発動を相当程度に自制すべきであるといふべきである。」と述べ、この点を含めた各事情を総合的に考慮し、懲役二四年に処した。また、被告人丙については、「捜査段階で、同被告人が警察官から峻烈な暴行を受けて重度の傷害を負うに至っており、その肉体的・精神的苦痛の大きさと警察官による違法の程度は、先に被告人乙について述べたのとほぼ同様であって、裁判所としても、刑罰

権の発動をある程度自制すべきであること等を総合考慮すれば、被告人丙に対しては、主文掲記の刑（筆者注…懲役八年）を科するのが相当である。」と述べた。本件については、罪質や判決で認定された各被告人の関与形態等からすると、より重い刑を科すこともあり得た事案のように思われ、警察官による暴行は、一定程度、刑を軽減する方向で影響を与えたものと言えようかと評されている。⁽²⁰⁾ また、本件は、捜査機関の違法行為が、別の機関である裁判所が行うべき量刑判断に影響を与える点の説明を行っており、一(2)の論点に示唆を与え得るものとも言えよう。

⑦ 東京高判平成七年八月一日⁽²¹⁾

勾留中に拘留所職員から暴行・凌虐等を受け、精神的・身体的な苦痛を被ったという事情は、量刑事情の一つとなり得るとしても、本件事実関係においては量刑を左右するものとは認められないとされた事例で、弁護人が、「原判決は、被告人を懲役五年に処したが、被告人は、本件で勾留中に拘留所職員から、いわれのない人種差別的暴言や暴行を受け、このような暴虐行為により精神的、肉体的に多大の苦痛を受けた。このように国家机关である拘留所職員により暴虐行為がなされた以上、国家が犯人処罰の適格性を欠くに至り形式裁判により刑事手続きを打ち切らなければならぬこともあり得るといふべきであるが、少なくとも、国家がこのような違法行為をあえてした以上、情状事実としてこれを考慮すべきであつて、このような事情を考えると、原判決の量刑は著しく不当であるから、原判決は破棄されるべきである。」などと主張した。これに対して、東京高裁は、「刑事被告人が、勾留されている間に、拘留所職員により暴行、凌虐等を受け精神的、身体的な苦痛を被ったという事情は、それが事実であれば、当該事件が原因となって被告人の心身に生じた事情として、量刑事情の一つとなることを否定することはできない。しかし、勾留中の者が、拘留所職員により暴行、凌虐等を受けるなどした場合には、被害事実について告訴するなどして当該拘留

所職員の非違行為を司直の手に委ねることが可能であるし、国家賠償請求訴訟の提起により、その者の被った肉体的、精神的損害の賠償を求めることもできるのである……。したがって、そのことが所論のいうように国の犯人処罰の適格性を欠く事由になるなどとい得ないことはもとより、刑の量定が犯人の責任を基礎とすべきものである点からみて、通常、その者が犯した犯罪についての量刑を決定的に左右するような事情になるとも思われない。これを本件について見ると、前記国家賠償請求訴訟を本案とする証拠保全手続きにおいてなされた被告人の身体の検証、鑑定の結果等によれば、被告人の身体に、被告人において、拘留所職員から受けたという暴行等と因果関係があると認められる顕著な傷害の痕跡等は見当たらず、少なくとも被告人が、これにより、その身体に重大な傷害を負った事実があったとは認めがたいところであり、量刑の基本となるべき本件事案の性質、態様等と対比し、それが本件において、原判決の定めた被告人の量刑を左右するものとは認められない。」と述べて、控訴を棄却した。

⑧ 東京地判平成九年一月一六日⁽²²⁾

営利目的による覚せい剤の譲渡及び所持の事案につき、情報提供者者を利用した違法な囲捜査であることを理由として公訴棄却、違法収集証拠排除を求める主張を、囲捜査はしていないという警察官証言を一応信用出来るとした上で、仮に囲捜査が行われていても、被告人が一定量の覚せい剤の密売を定期的に行っていたこと、情報提供者者（警察協力者）の被告人に対する働き掛けが単に申し込みに止まっただけで、覚せい剤所持の犯意のなかつた者にその犯意を新たに誘発させるような類のものでないこと、覚せい剤事犯の捜査の困難性等を理由に、違法な捜査方法ではない（本件各公訴提起手続を無効にするものではないのは勿論、これによって得られた証拠も違法収集証拠ではない）として排斥した事例であるが、量刑理由として、本件所持分の内、約三〇グラムについては、警察協力者の申し込みに応じて仕入れていたも

のであって、被告人から更に社会に拡散される危険性はそもそも少なかったことなど、被告人に有利に斟酌出来る事情も認められるので、懲役四年六月及び罰金一〇〇万円の量刑が相当であると述べた。

⑨ 福岡地判平成九年五月二日⁽²³⁾

被告人が弁護士への連絡を申し出てからその連絡が可能になる迄、約六一時間も経過しており、しかもこの遅延は、被告人から採尿するために、警察官らが意図的にサボタージュしたことによるものであるとして、弁護士選任権侵害の違法があると論じて、覚せい剤使用に関する鑑定書の証拠排除が求められた事案において、福岡地裁は、事件の引継ぎの際に弁護士への連絡の伝達及びその連絡の有無の確認を怠った過失があり、弁護士選任権侵害の違法があることを認めた。しかし、本件採尿が、別件の銃砲刀違反被疑事件の手續において生じたものであって、本件採尿の被疑事実である覚せい剤取締法違反被疑事件とは一応別個の事件であること、本件採尿自体は、結果的には、被告人の申出によって任意になされたものであること、仮に弁護士選任権侵害の違法がなかったとしても本件採尿は行われたであろうと考えられること、等を併せて考慮すれば、本件弁護士依頼権の侵害が本件採尿手続に及ぼす影響は軽微であり、これによって得られた証拠を被告人の罪証に供することが違法捜査抑制の見地から相当でないとは認められないため、鑑定書の証拠能力については肯定するのが相当であるとした。但し、被告人に有利な量刑事情として弁護士選任権の侵害が考慮されると判断し、(求刑二年六月のところ)被告人に懲役一年八月を言い渡した。

⑩ 大阪高判平成十一年三月五日⁽²⁴⁾

被告人の承諾なく自動車内に入り、所持品(ポシェット)を持ち出した警察官の所持品検査は違法であるが、被告人に薬物事犯の嫌疑が濃厚であったことなど所持品検査の必要性・緊急性に関わる具体的事情を指摘した上、警察官

が車内で捜索に亘る行為をしていないこと、ポシエットは被告人の直接的支配下を離れて車内に外から見える状態で見られており、プライベートシー侵害の程度は低いこと、警察官に令状主義を潜脱する認識はなかったこと等も掲げて、捜査手続に証拠能力を否定する程の重大な違法はないとし、また尿の任意提出手続が違法であったとしても、所持品検査の違法の程度が大きくなく、尿は被告人の任意の意思に基づいて提出されたものであり、そのことによつて違法の程度が弱まり、尿の鑑定書の証拠能力を否定すべき重大な違法ではないとされた事例であり、捜査の過程において被告人の被つた不利益を犯行後の状況として考慮するのが相当と解されるような事例のあることは否定出来ないといつ、大阪高裁は、所持品検査によつて受けた被告人の不利益を犯行後の状況として量刑上考慮するのが相当であるとは認め難いと述べた。

⑪ 神戸地判平成一六年一〇月二八日⁽²⁵⁾

覚せい剤使用事犯について、弁護人が、被告人のA警察署への任意同行は実質的には強制力を伴つた逮捕と言ふべきで、同署におけるその後の取調べも凡そ任意の取調べとは言えず違法であつて、また、同警察署において実施された被告人車両に対する搜索差押手続は、搜索差押許可状によらず、或いは同車両の違法な搜索により得られた証拠により発付された令状に基づきなされた重大な違法があり、被告人に対する強制採尿令状は、これら種々の重大な違法捜査手続の積み重ねの後の違法な現行犯逮捕に引き続き違法な身柄拘束中に取得された証拠に基づいて発付されたものであるから、このような令状により採尿された被告人の尿の鑑定書は、違法収集証拠として証拠能力がなく、この証拠を除くと、本件公訴事実は証明がないから、被告人は無罪であると主張した。神戸地方裁判所は、車両の搬送手続の適法性について疑問が生じるものの、少なくとも被告人が事後的に承諾したと考えられるので、適法性逸脱の程

度は大きいとは言えず、また、車内全体の見分をしようとして四枚のドアを一斉に開き、その結果、覚せい剤のパケ二袋を発見するに至った限度で被告人の承諾のない搜索である点においてその適法性についても疑問が生じるが、車内をくまなく探索するような行為に及んだ訳ではないこと、発見後に改めて搜索差押許可状の発付を得てパケ二袋を押収したことに照らすと、その適法性逸脱の程度もまた大きいものとは言えないと述べた。そして、逮捕に至る迄取調室に被告人を約六時間半に亘って留め置いた点については強制的留め置き要素の濃いものであるから違法であり、被告人を覚せい剤所持の現行犯人として逮捕した点も、前記各適法性に疑問のある手続に続く、前記違法な見分による覚せい剤を発見したことに基づきなされたものである点において違法であることに鑑み、覚せい剤取締法違反事犯の一連の捜査手続として、前記違法な見分及び違法な現行犯逮捕手続により得られた状態を利用してなされた強制採尿手続もまた違法であると言わざるを得ないとした。ただ、前記各適法性に疑問のある手続の違法の程度はさほど大きいものではなく、その違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであるとは言えないし、本件採尿手続により得られた被告人の尿の鑑定書に証拠能力を付与することが将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないとも認め難いから、前記尿の鑑定書の証拠能力は肯定すべきであると述べた。そして、量刑理由において、本件捜査手続に違法があるとする被告人の主張に一部理由があることなど被告人のために斟酌すべき事情を考慮しても、懲役二年四月の刑は免れないと判示した。本件については、累犯前科があった様子は見受けられない事案において、一件の覚せい剤自己使用で懲役二年四月を言い渡していることなどに照らすと、然程刑を下げの要素としては考慮されていないのではないかとも思われる旨評されている。⁽²⁶⁾

⑫ 大阪地判平成一八年九月二〇日⁽²⁷⁾

被告人は覚せい剤取締法違反(営利目的所持)の嫌疑により現行犯逮捕された。C警察官は、取調べにおいて、被告人に対して共犯者との供述の不整合について追及していた際、一方的に被告人の顔を殴り、更に取調室内のスクリーンを被告人の方へ押し出した上これを蹴って、その角の部分を被告人の胸部に強打させる暴行を加え、被告人に肋骨骨折の傷害を負わせた。被告人は公判で公訴事実を認めたものの、弁護士は、右暴行後に収集された証拠は任意性がないまたは違法収集証拠であるから排除すべきである等と争った。これに対して、大阪地方裁判所は、証拠を排除すべきであるとの弁護人の主張は排斥したが、捜査官側が被告人に対して違法を働いたという点は、当該違法の重大さ・深刻さからしても、これが被告人の量刑判断に影響を及ぼすことは避け難く(現在の刑事裁判実務では、刑事訴訟の過程で被告人が如何なる苦痛を被ったということも広い意味での「犯行後の状況」として量刑上考慮されるべき一事情になり得るものと解されているが、捜査過程で捜査官の側が被告人に対して違法を働いたという事情もその一種として位置付けられる)、ことに捜査官による違法捜査によって被告人が精神的・肉体的苦痛を被った場合には、衡平の見地からも量刑事情として軽視すべからざるものと考えざるを得ないとし、具体的な考慮の程度については、捜査の違法の程度、被告人の苦痛の程度と、この違法や苦痛を事後的に消却・沈静化させる実効的措置の存在・現実的可能性とを総合的に考慮すべきである旨判示し、C警察官の行為は著しく妥当性を欠いた違法な取調べであったと認められ、これにより被告人の被った肉体的・精神的苦痛も大であったと考えられるところ、それを消却・鎮静化する事後的措置として別途被告人が国家賠償訴訟を提起することも考えられるものの、それ自体負担を伴うばかりか、必ずしも勝訴が確実と迄は言えないことに照らすと、現実的・実効的な消却・鎮静化措置であるとは言いがたく、結局、本件違法の重大性や被告人の苦痛の大きさを総合勘案すると、国家賠償訴訟において勝訴し得る可能性を考慮しても猶、本件においては違法な暴

行により被告人が苦痛を被った事実を、量刑判断において相当程度考慮することが必要であると述べ、求刑懲役四年・罰金一〇〇万円のところ、被告人を懲役二年六月・罰金二〇万円に処した。本件は、捜査の違法により被告人に苦痛が生じた点を量刑上考慮する考慮要素を具体的に示した事例として参考になるものと思われる⁽²⁸⁾とされ、また、事案に照らすと、捜査官の暴行を考慮して大胆に刑を引き下げたとは言えないが、やや軽い刑のように思われ、一定程度考慮に入れて刑を下げる要素となっているものと思われる⁽²⁹⁾とも評されている。

⑬ 大阪地判平成二〇年三月二四日⁽³⁰⁾

自室に招き入れていたデリバリーヘルス嬢の胸部及び腹部をナイフで何度も突き刺して殺害した事案で、取調べの際に、被告人が警察官から右手の拳で顎を一〇回程殴られ、髪の毛を掴まれて振り回され、靴を履いた儘の足で頭や顔を蹴られるなどの暴行が加えられたと認め、当該取調べにより作成された供述調書の任意性を否定した上で、被告人は、本件犯行の数日前からアルコールを断続的に飲酒したことによって、犯行当時、複雑酩酊または複雑酩酊とほぼ同等の状態にあり、心神耗弱の状態にあったと認定し、量刑判断において、被告人が取調べ時に捜査官から違法な暴行を受けるなどして相当の肉体的・精神的苦痛を被ったことも量刑上一定程度考慮し得る事情ということが出来る旨述べ、懲役一五年の求刑に対して被告人を懲役六年に処した。本件については、(心身耗弱が認められたことが大きく影響していると考えられるもの) 捜査の違法の程度が一定程度考慮されているものと思われる旨評⁽³¹⁾されている。

⑭ 東京高判平成二七年一〇月八日⁽³²⁾

被告人は、(i)平成二五年の覚せい剤自己使用、(ii)平成二六年の覚せい剤の自己使用及び所持で有罪となったが、この内(ii)において、弁護士は、(a)エチゴヤ前付近及びローソン前から駅前ロータリー迄の間での、警察官による被告人

に対する有形力の行使が任意捜査の限界を超えていたことは明らかである、(b)そもそも交通法規を遵守している以上、高速道路を走行するか一般道を走行するかは自由であるにもかかわらず、高速道路と一般道の選択に当たって、パトカーが、搜索差押許可状が持参されていないにもかかわらず、高速道路を走行させないように本件タクシーの進路を封鎖したものであって、このようなことは任意捜査の限界を超え、違法な捜査と言うべきであると主張した。これに対して、東京高裁は、(a)について、被告人が明確に捜査への協力を拒否し、その場から立ち去る言動を取っていたことに加え、法律専門家である弁護士が、令状がない以上その場に止まる理由がない旨明確に述べ、被告人と共に帰る意思を明示して移動を始めたのであって、警察官は強制的にその場に止まらせることは出来ないことは明らかであり、また、弁護士は、警察官が被告人を押ししたり、掴んだりした際などにやめるように警察官に述べている。弁護士がこのような態度を明確に示しているにもかかわらず、警察官がそれを無視する形で被告人に「痛い」と言わしめる程の、また被告人を転倒させる程の有形力を行使することは、最早任意捜査の限界を超える程の違法なものと云わざるを得ないと述べた。次に、(b)について、搜索差押許可状が発付されたとは言え、本件停止場所にあった警察官は当該搜索差押許可状を所持していなかった。しかも、弁護士は警察官に対して令状を持って来るように再三述べていたところ、本件停止場所でも令状がないことから、このような進路妨害が違法である旨抗議した上、本件タクシーの運転手に発進するよう依頼しているが、パトカーで三方から挟み込んで本件タクシーを動けない状況にしたのは、搜索差押許可状の円滑な執行の必要性を考慮しても任意捜査の限界を超えたものと言わざるを得ないとした。そして、被告人に対する有形力の行使及びパトカーによる本件タクシーの進路封鎖が違法であり、この違法は令状主義の精神を没却する重大な違法と迄は認められないものの、弁護士のいる下で、同弁護士から違法行為をやめるように言われている

にもかかわらず、その要請を無視する形で行われたという点で、軽微なものとする事は出来ず、本件発覚の端緒に關わる違法であり、このような違法を甘受せざるを得なかつた被告人に対しては、量刑上相応の配慮をすべきであるから、任意捜査の限界に關する判断を誤つた結果、捜査の違法を量刑上一切考慮しなかつた原判決の判断は、重過ぎて不当であり、破棄を免れない旨判示し、被告人を懲役三年四月に処した（原審における未決勾留日数中二〇〇日をその刑に算入。覚せい剤四袋を没収）。

(3) 以上のように、裁判例においては、「犯行後の状況」と位置付けたり(③・④・⑫など)、衡平感を維持する方途(①)などとして違法捜査が量刑に影響する事情であることを——現実にとの程度考慮しているかは事案によるか(③③)——肯定しているものがそれなりに見られる(34)。本判決もこのような流れと矛盾はしないと見えようが、被告人が直接的な苦痛を受けない点で従前の裁判例と異なつた部分もある(35)うし、犯罪後に違法捜査が行われたのではなく、被告人に捜査機関による不相当な働き掛けがなされ、それが影響して被告人が覚せい剤使用、覚せい剤及び麻薬の所持を犯した点に本判決の特徴があるとも言えよう。

(4) 捜査の違法性を量刑に組み込むことを否定的に評価する見解は、①手続的観点からは、(ア)収集過程の諸事情は、収集手段の適法違法によつて事実認定のあり方に影響を与えることはあつても、それ自体が事実認定を左右するものとはならない筈である、(イ)これ迄一般に量刑事情に加えられて来なかつた諸事情を斟酌することになり混乱する、(ウ)仮に考慮が正当化され得たとしても、判断基準が不明確である(その結果として、発動の方向に傾かず、救済の矮小化に繋がる)、(エ)違法捜査の抑止の観点からも、多少の刑の縮小程度では、違法捜査へのブレーキとして期待出来ないのではないか、②実法法的観点からは、捜査機関の違法を被告人の責任と関連付け得ないのは明らかであり、その上で予

防の側面を考えても、捜査手続の違法には被告人の規範意識を確認・強化する必要性の判断に資する要因が存在して
いないという理由を掲げる⁽³⁶⁾。しかし、①(ア)については、そもそも量刑と事実認定とは、連関はするものの、異なる作
業であると反論出来るであろうし、(イ)については、量刑に際して被告人の更生のために多様な諸事情を考慮するのが
本則であり、従来考慮されて来なかったファクターを否定する理由はないと言えよう。また、②に關しても、捜査手
続の違法による苦痛を考慮されないということは、被告人に司法に対する信頼を損なわせ、そこから遵法精神を鈍麻
させるといふ形で消極的に規範意識に影響を与えると思われる。従つて、消極説に必ずしも充分な説得力はなく、捜
査過程の違法は、犯情とは無関係であるものの、猶狹義の情状としての「犯罪（犯行）後の情況」の一要素となるこ
とがあると考えられる⁽³⁷⁾。特に、本件においては、被告人に捜査機関による不相当な働き掛けがなされ、それが影響し
て被告人が犯罪を遂行したのであるから、犯罪自体の情状に該当し得ると言え、捜査機関による、必ずしも相当でな
い働き掛けが被告人の量刑に一定程度影響を及ぼし得ることは肯定することが出来るようにも思われる。

(5) しかし、本件の場合、囹捜査が行われた訳ではないので、機会提供型の囹捜査という分類は不正確であるもの
の、近麻の被告人への働き掛けは、被告人の犯意を誘発して違法薬物等の取引をさせていたという弁護人の主張は裁
判所によって退けられており、囹捜査における機会提供型の程度の働き掛けに止まっていたと解することが可能では
ないかと思われる。

この点、違法捜査を減刑事由とすることに消極的な見解も、囹捜査については、(i)教唆は原則として被告人の責任
を軽減する、(ii)囹捜査においては、行為に出る積りのなかった者を責任と刑罰に巻き込むという犯罪解決・犯罪防止
の利益に内在する特別な危険が現実化しているから被告人を処罰する必要性が低い点などを理由に、積極説を理論的

に基礎付けることも可能であると⁽³⁸⁾。しかし、量刑段階で問題となる囲捜査の態様は、証拠排除に迄は至らないとされる場合であるから、⁽³⁹⁾いわゆる機会型乃至それに準ずるものであることが通常の筈である。だが、その場合には、消極説が囲捜査については肯定する、右の(i)(ii)の理由付けは充分には妥当しいと思われる。即ち、(i)機会型は—論理的に厳密に対応するものではないが—教唆ではなく寧ろ幫助に対応し易いであろうし、(ii)機会型乃至それに準ずる態様の囲捜査では、「特別な危険」を現実化させたとは言えない場合が多いだろうからである。⁽⁴⁰⁾結局、囲捜査の処理に関して、量刑段階で問題とすべきなのは、いわゆる機会型（乃至それに準ずるもの）への対応なのであり、積極説を志向するならば、機会型（乃至それに準ずるもの）を「令状主義の精神を没却する程の違法と迄は言えないが、単なる違法宣言では足りない場合」にどのよう⁽⁴¹⁾に当て嵌めるかをこそ検討すべきであると思われる。仮にこのような場合を想定出来ないのならば、量刑による処理は認める必要がないし、救済の矮小化に繋がるから却って認めるべきでないということになるが、減刑処理が正に妥当する領域というのは、囲捜査の場合、必ずしも想定し易いものではないと⁽⁴²⁾考えられる。囲捜査に関してこのように考えることが可能であるのならば、本件の近麻による働き掛けも、囲捜査ではないけれども機会提供型の囲捜査に相当する程度を伴ったものであって、必ずしも減刑に相応しいものであるかについては、慎重な考慮を要するのではないかとも思われる。

(6) この点、本判決は、「本件については、麻薬取締官の被告人への対応が、被告人による覚せい剤等の取引を促進、助長した面があることは否定出来ず、捜査機関の一翼を担う麻薬取締官の行動が、被告人の罪の意識を減じさせているという意味で、被告人の意思決定に不当な影響を与えている点は、被告人に対する非難を一定程度下げる事情として考慮されるべきと考え、被告人に対する刑を量定する上で考慮する」旨述べた。かかる場合が、捜査の相当でない

部分を量刑上考慮することが「正義」とか「公平」などに適うような場合に該当するかが問題となる。 「違法薬物の世界から足を洗っていた被告人に働き掛けて違法薬物取引等に関与することを決意させ、密売人の検挙のために被告人に違法薬物の取引等をさせていた」訳ではなく、「私人である被告人を囮捜査に巻き込み、その犯意を誘発して違法薬物の取引等をさせていた」訳ではなく、「本件各所持に係る覚せい剤等については、D取締官の具体的な指示乃至依頼により専ら捜査協力のため入手したのではなく、自らの利益を図るため、密売人らと覚せい剤等の取引を行って入手したものであり、被告人はD取締官らと関係を持つ前にも覚せい剤等の密売を手広く行っており、専ら捜査協力のために本件各所持に至った訳ではない」と認定されており、被告人の犯意が誘発された訳ではなく、働き掛けのレヴェルで言えば囮捜査における機会提供型に相当する事案ではあるが、「麻薬取締官の被告人への対応が、被告人による覚せい剤等の取引を促進、助長した面があることは否定出来ず、捜査機関の一翼を担う麻薬取締官の行動が、被告人の罪の意識を減じさせているという意味で、被告人の意思決定に不当な影響を与えている点は、被告人に対する非難を一定程度下げた事情として考慮されるべきと考え⁽⁴⁾」るとされたのである。これが、単純な機会提供型に相当する事案であるが、犯罪機会を提供したがゆえに減刑事情として考慮するということであれば、適法な囮捜査には量刑上考慮する必要性が認められないのと同様の観点から、賛成出来ない⁽⁴⁾。そうではなく、証拠排除する程の重大な違法性はないが、量刑事情として考慮するに値するような不相当性があると考えるのであれば、その不相当性とは何かが問題となるであろう。この点は、本件事案における麻薬取締官の対応の態様（被告人が名古屋グループと覚せい剤等の取引を自己の利益を図る目的で行う際に、その情報をD取締官に提供し、D取締官もこれを容認していたと認定されている）が、囮捜査における機会提供型に相当する程度の態様ではあるものの、被告人の意思決定に不当な影響を与えている点を、（証

排除に値する程の適正手続違反と迄は言えないもの(43)公正さに欠けると捉えたようにも考えられる。かかる観点からは、不相当な働き掛けを行ったのは近麻であり、大阪府警の捜査手続自体に違法はないものの、被告人による情報提供を利用しつつ、被告人の犯罪遂行における意思決定に不当な影響を及ぼしているという形で国家が関与しているという意味で、公正さに欠けるという限りで、国家(刑事司法に携わる国家機関である点では、裁判所も大阪府警も近麻も同じであると言える)の処罰適格・非難適格といったものが減少していると捉えることも不可能ではないように思われる。

(7) ただ、本件被告人の覚せい剤等の所持は、D取締官の具体的な指示乃至依頼によって専ら捜査協力のために行われたものではなく、自らの利益を図るためのものであったと認定されている。この点は、既に触れた横浜地判昭和六二年四月二七日が覚せい剤が社会に拡散する危険性が当初から少なかったことを被告人に有利な量刑事情としていえる点、東京地判平成九年一月一六日が被告人が覚せい剤を捜査協力者の申し込みに応じて仕入れており、被告人から更に社会に拡散される危険性が少なかったことを量刑上被告人に有利に斟酌出来る事情としている点と整合するかが更に問題となろう。本件被告人の覚せい剤等の所持は、D取締官の具体的な指示乃至依頼によって専ら捜査協力のために行われたものではなく、自らの利益を図るためのものであった点で、覚せい剤等が社会に拡散される危険性もそれなりに認められると思われるからである。この点も斟酌した場合に、結果としての程度の減刑事情になったのは別途検討の価値があるもの(44)と考える。

三 おわりに

(1) 本判決は、捜査の違法性を量刑に組み込むことを肯定する従前の一定の裁判例と矛盾しない立場に立脚した上で、これを原則として囲捜査における機会提供型に相当するような捜査機関の働き掛けに適用した事例としての意義がある。また、捜査機関の一翼を担う麻薬取締官の行動が、被告人の罪の意識を減じさせているという意味で、被告人の意思決定に不当な影響を与えている点を、被告人に対する非難を一定程度下げた事情として考慮されるべきと捉えている点に本判決の特徴があり、事例判断としての意義を持つ。逆に言えば、捜査機関にとって、本件のような働き掛けについては、——D取締官は、被告人が密売人と接触した際に覚せい剤等の取引に及ぶことを十分分かった上で被告人を通じて密売人情報を収集するため、少なくともこれを容認していたものと認められると認定されており、大物犯罪者を検挙するために、被告人を泳がせつつ、情報を提供させようという狙いがあったのであろうが——充分留意すべきであるという警鐘としての意義をも本判決は有しているものと思われる。

(2) 尤も、本件程度の働き掛けの事案に減刑というアプローチを用いて良いかという点、仮に良いとしてその理論構成については、既に触れたような問題点があるものと思われる、それらの議論の深化は後の裁判例に委ねられているとも言えよう。⁽⁴⁵⁾

(1) 大阪高裁平成二九年九月二九日も第一審判決を支持した。産経新聞平成二九年九月二九日など。

(2) 刑集五八卷五号三三三頁。

(3) ただ、そうではあるものの、違法捜査と量刑の論点などにおいて、囲捜査に関連する論点の知見を一定程度本件に応用することは可能であると思われる。

- (4) 無論、証拠排除しつつ、減刑を行うというアプローチも考えられなくはないであろうが、証拠排除を行い、それでも残された証拠によって被告人を有罪に出来る場合に減刑する場合は格別、証拠排除可能な部分について証拠排除を完全に行わない代わりに減刑で代替するということであれば、被告人に対する救済の矮小化に繋がるから認めるべきではないと思われる。
- (5) 最高裁第一小法廷昭和二年五月四日判決（刑集四卷五号七五六頁）参照（刑の量定については、事実審裁判所において、犯人の性格、年令及び境遇並びに犯罪の状況及び犯罪後の状況を考察し、特に犯人の経歴、習慣その他の事項をも参酌して適当に決定するところに委かされている。」と述べる）。
- (6) 後出浦和地判平成元年二月二日『判例タイムズ』七二三号二五七頁、同平成三年九月二六日『判例タイムズ』七九七号二七二頁など。裁判例については、小倉哲浩「違法捜査等と量刑」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系第三卷 一般情状等に関する諸問題』（平成三年 判例タイムズ社）二七六頁以下をも参照。
- (7) 肯定的に評価する見解は、証拠排除する程でないが違法であるとする、証拠排除に関する判例の違法宣言の効果を補完するものと捉える。松岡正章「違法捜査と量刑」『佐伯先生卒寿・新・生きている刑事訴訟法』（平成九年 成文堂）二三〇頁など。
- 学説の分析については、藤井敏明「量刑の根拠」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』（平成一〇年 青林書院）二二一頁以下、小倉哲浩・前掲「違法捜査等と量刑」二九〇頁以下、宇藤崇「演習」『法学教室』第三〇六号（平成一八年）一一〇頁以下、峰ひろみ「捜査手続における違法を量刑上考慮することの当否について」『法学会雑誌』第五二巻第二号（平成二四年）一五〇頁以下、野村健太郎「国家机关の違法行為と量刑責任」『愛知学院大学論叢法學研究』第五六巻第三・四号（平成二七年）一三三頁以下などを参照。
- (8) 本項については、文献を含めて、鈴木一義「囹捜査の研究（三・完）」『法学新報』第一一七巻第一・二号（平成二二年）第三章第四節を参照。
- (9) 『判例タイムズ』二六〇号二七一頁。
- (10) 『判例タイムズ』二六〇号二七一頁「コメント」、小倉哲浩・前掲「違法捜査等と量刑」二八七頁参照。
- (11) 『判例タイムズ』六四〇号二三二頁。
- (12) 『判例タイムズ』七二三号二五七頁（確定）。

- (13) 小倉哲浩・前掲「違法捜査等と量刑」二八七頁参照。
- (14) 『判例タイムズ』七二三号二五七頁「コメント」。
- (15) 『判例タイムズ』七九七号二七二頁（確定）。
- (16) 『判例タイムズ』七九七号二七三頁「コメント」、小倉哲浩・前掲「違法捜査等と量刑」二八七頁参照。
- (17) 高刑四五卷一号一頁。
- (18) 小倉哲浩・前掲「違法捜査等と量刑」二八七頁参照。
- (19) 『判例タイムズ』八〇四号一八二頁（確定）。
- (20) 小倉哲浩・前掲「違法捜査等と量刑」二八八頁参照。
- (21) 『判例時報』一五六七号一四六頁（控訴・上告棄却）。
- (22) 『判例タイムズ』九五七号二八五頁（確定）。
- (23) 森尾亮「もぎたて判例紹介」『法学セミナー』第五二二号（平成一〇年）。
- (24) 『判例タイムズ』一〇六四号二九七頁（控訴棄却・確定）。
- (25) 裁判所ウェブサイト。
- (26) 小倉哲浩・前掲「違法捜査等と量刑」二八八頁参照。
- (27) 『判例時報』一九五五号一七二頁（確定）。
- (28) 『判例時報』一九五五号「コメント」一七二頁。
- (29) 小倉哲浩・前掲「違法捜査等と量刑」二八八―九頁参照。
- (30) 裁判所ウェブサイト。
- (31) 小倉哲浩・前掲「違法捜査等と量刑」二八八頁参照。
- (32) 『判例タイムズ』一四二四号一六八頁（確定）。
- (33) 小倉哲浩・前掲「違法捜査等と量刑」二八九頁は、暴行を加えて傷害を負わせた等の違法な行為により相当の肉体的苦痛等を受けた事案については量刑上ある程度考慮しているが、所持品検査等の逸脱等の被告人自身が直接的な苦痛を被るものでない場合には、実質的考慮は殆ど行われていないようにも思われると述べる。

- (34) 宇藤崇・前掲「演習」一二〇頁など。他方、⑤、⑦・⑩は、消極的な裁判例と位置付けられよう。
- (35) 囹捜査に関して、宇藤崇「コメント」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系第3巻 一般情状等に関する諸問題』三一八頁などを参照。猶、小倉哲浩・前掲「違法捜査等と量刑」三〇〇頁は、捜査機関による働き掛けが犯罪形成に影響する点に囹捜査の特徴を求める。本件における被告人への働き掛けは囹捜査ではないが、被告人に対する直接的な働き掛けがなされている点で、共通する側面はあるように思われる。
- (36) 指宿信・城下裕二「採尿をめぐる捜査手続の違法を量刑事情に加えることの当否」『判例タイムズ』八一九号（平成五年）五三頁以下、高田昭正「違法な強制採尿と量刑」『法学セミナー』第四二八号（平成二年）一一一頁、城下裕二「求刑・量刑をめぐる理論的課題」『季刊刑事弁護』No.1（平成七年）一〇〇頁など。
- (37) 小倉哲浩・前掲「違法捜査等と量刑」二九八頁以下、三〇九頁は、捜査手続において違法な行為が行われたことを量刑上考慮することは、理論的には必ずしも充分に説明し難い面があるように思われるが、責任や予防等の観点からは取り込みない要素であっても、正義・公平の観点から量刑上考慮することが出来る事情というものがあり得ること自体は肯定して良く、捜査の違法は、その違法の程度や被告人が受けた不利益の程度、その他の諸事情に照らし、これを量刑上考慮しなければ明らかに正義・公平に反すると考えられるような事案に限って、あくまでも個別的正義の観点からの例外的な措置として、裁判官の裁量により量刑事情として考慮することが出来るものと理解すべきではなからうかと述べる（捜査官が取調べにおいて相応の暴力を振るい被告人に傷害を負わせたというような、捜査手続における違法の程度や被告人が受けた不利益の程度が大きい場合に限定されることになるとする）。
- (38) 指宿信・城下裕二・前掲「採尿をめぐる捜査手続の違法を量刑事情に加えることの当否」五九頁。
猶、藤井敏明・前掲「量刑の根拠」二二三頁は、囹捜査のように捜査側によつて犯罪が誘発されたような場合は、捜査手続の違法の有無にかかわらず、犯罪が誘発されたという事情及びその程度如何を量刑上考慮することが出来ると思われる旨述べる。
- (39) これに対して、捜査上の違法の量刑への考慮は、違法収集証拠の排除とは異なる観点によるべきと主張するものとして、宇藤崇・前掲「演習」一一一頁。
- (40) この点、消極説における(i)(ii)の理由付けは、誘発型乃至それに準ずる態様の囹捜査の場合を想定しているが、かかる場合、

何故証拠排除等を発動しないのか、発動すべきとして、量刑斟酌との関係をどのように捉えるのかを説明する必要があるように思われる。

- (41) 小倉哲浩・前掲「違法捜査等と量刑」三〇五頁、三〇八頁が、捜査の違法は、その違法の程度や被告人が受けた不利益の程度、その他の諸事情に照らし、これを量刑上考慮しなければ明らかに正義・公平に反すると考えられるような事案に限って、あくまでも個別的正義の観点からの例外的な措置として、裁判官の裁量により量刑事情として考慮することが出来るものとして理解すべきではなからうかと述べる際に引用する、フランツ・シュトレンク（井田良・小池信太郎訳）「ドイツにおける量刑」『慶應法学』第八号（平成一九年）一五八頁は、捜査のケースを掲げて、国の側の矛盾した行動に目をつぶれば行為責任に見合うものの、国家機関の活動との関係では不相当に感じられる処罰を行うことと比較すれば、処罰により責任を（完全に）果たさせることを放棄することは、一般市民の法感覚を動揺させることがより少ないことである旨指摘する。ドイツの場合、一九八四年以降判例が量刑説を支持していたが、我が国の場合、少なくとも証拠排除による対応が可能であるから、局面は異なつて来得るように思われる（また、ドイツにおいても、連邦通常裁判所第二刑事部二〇一五年六月一日判決が、違法な捜査に対する法律効果として、判例を変更して手続打ちりを認めた。我が国の研究として、内藤大海「おとり捜査の違法の帰結に関するドイツ判例の動き」『熊本法学』第一三九号「平成二九年」五三頁以下）。

- (42) 本判決も、機会提供型の捜査に相当する程度の働き掛けは、全て、被告人による覚せい剤等の取引を促進、助長した面があることは否定出来ないから、麻薬取締官の行動が、被告人の罪の意識を減じさせているという意味で、被告人の意思決定に不当な影響を与えていると主張する趣旨ではないであろう。

- (43) 長沼範良「演習」『法学教室』第二〇六号（平成九年）一一七頁は、捜査の違法は犯情とは無関係であるから、想定される一定の量刑枠に影響を与えるものではないとしつつ、猶も被害感情、社会的な公憤や正義感に影響がないとは言えず、その意味で狭義の情状としての「犯罪後の情況」の一要素となること、更に手続法的事情をも考慮すると、公訴提起の効力を否定すべき程度迄には至らないが、猶も訴追価値に影響を及ぼすべき事態があることは否定出来ないとする。猶、宇藤崇・前掲「演習」二二頁をも参照。

- (44) 本件において科された刑は、求刑と比べるとそれなりに軽いと思われる。

- (45) 捜査の違法を理由とした刑の軽減の量刑体系上の位置付けについても、国家の処罰適格の減少が責任の問題として位置付

けられるべきとする見解（野村健太郎・前掲「国家机关の違法行為と量刑責任」一四四頁以下、一六四頁）、可罰的責任というカテゴリーに入るとする見解（岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（二・完）」『早稲田法学』第六九卷第一号「平成五年」五九頁以下）、責任評価にも予防的考慮にも関わらない独立のカテゴリーとして位置付ける見解（宇藤崇「捜査手続の違法に対する事後的処理について」『刑法雑誌』第三八卷第二号「平成十一年」二六頁以下。猶、井田良「量刑理論の体系化のための覚書」『法学研究』第二号「平成八年」三〇五頁は、長期に亘って未決勾留されたという事情につき、明らかに行為責任とは無関係であろうし、予防の必要性の考慮に直ちに影響するものではなく、かかる事情は個別行為の責任に影響する事情や予防的考慮に影響する事情とは区別するべきであるとする）等々に分かれているが、不相当な捜査に関しても、本判決から直ちに一つの帰結が導き出されるものでなく、以降の裁判例の推移を見守るべき、残された課題ということになると思われる。

（日本比較法研究所嘱託研究所員）