

**2022年度同志社大学大学院司法研究科**  
**履修免除試験問題解説**  
**刑事訴訟法**

1 解説

(1) 出題の趣旨

本問は、おとり捜査の違法の根拠・判断基準及びこれを踏まえた本件捜査の適法性、並びに伝聞法則の趣旨・伝聞証拠の定義及びその当てはめなど、刑事訴訟法に関する基本問題を問うことにより、基本的な知識やこれを踏まえた解釈能力、及び解釈で導いた法理論等を具体的事案に適用できるかという法適用能力を試すものである。

(2) 問(1)について(おとり捜査の適法性)

ア 問題の所在

問(1)では、警察官K1において、捜査協力者Aを介して、身分や意図を秘して甲の配下の被疑者乙に大麻購入を持ちかけ、乙がこれに応じて大麻を持参したところで現行犯逮捕等により検挙している。

おとり捜査とは、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働きかけ、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をいう(最決平成16・7・12刑集58巻5号333頁、百選(10版)10事件、判例教材(5版)46頁が示した定義)ところ、まさしく本事例におけるK1の捜査手法はおとり捜査に該当する。

本問では、このようなおとり捜査の適法性が問題となるので、解答に当たっては、まずは判例の示したおとり捜査の定義を意識し、本件捜査がこれに該当する旨の指摘が必要である。

イ 法解釈—おとり捜査の適法性判断枠組み

このようなおとり捜査の適法性については、かつては我が国の裁判例でも二分説(おとり捜査の対象者の主観に着目し、犯意(事前の犯罪的傾向)を有していたかどうかで、機会提供型・犯意誘発型に区分し、後者を違法とする。)を採用するものがあったが、近時は、おとり捜査の違法の根拠に着目し、そこから適法性の判断枠組みを導く見解が有力である。

(ア) おとり捜査の違法の根拠

これについては、①おとり捜査は、本来犯罪を防止すべき国家が一種の詐術を用いて人を犯罪に誘い込むという点で不公正な捜査であり、その違法性の根拠は、「捜査の公正」ないし「司法の廉潔性」に反するとする**司法の廉潔性説**、②おとり捜査は、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ないし創出しており、その違法性の根拠は、創出される犯罪の被害者(又は国民一般)に対する法益侵害に求められるとする**保護法益侵害危険惹起説**、③おとり捜査は、被疑者の人格的自律権を侵害するあるいは国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由という人格的価値を制約するものであり、その違法性の根拠は、対象者の法益侵害に求められるとする**対象者法益侵害説**などがある(古江・事例演習刑事訴訟法(3版)193頁～195頁参照)。

(イ) おとり捜査の適法性判断枠組み

まず、実務では、当該事案において**おとり捜査による必要性**が認められ、かつ、おとりが犯人に働きかける態様を考慮し、当該事案における**おとり捜査の**

態様が相当であったと認められる場合に適法と考える、とする見解（「**必要性・相当性の相関関係説**」が有力である。違法の根拠としては、司法の廉潔性説又は保護法益侵害惹起説とも結びつき得るであろう。

また、前記平成16年判例がおとり捜査を任意捜査と位置付けたことから、任意捜査の適法性についての一般的判断枠組みを示したとされる昭和51年判例（**岐阜呼気検査拒否事件・最決昭51・3・16日刑集30巻2号187頁百選(10版)1事件**，**判例教材(5版)2頁**）の判断枠組みを参考に、おとり捜査の必要性和、それによる法益侵害とが合理的な均衡を保っているかどうかとする比例原則説も説かれている。

ここで必要性和と対置されるべき法益侵害とは、おとり捜査によって人格的自律権が侵害されること（対象者法益侵害説）あるいは創出される犯罪による国民一般の法益侵害（保護法益侵害惹起説）などが考えられよう。

いずれの見解を採用してもよいが、違法の根拠から適法性の判断枠組みを導くことが望まれる。

#### ウ 平成16年判例の位置付け

おとり捜査の適法性について判示した最高裁判例として、次の平成16年判例が存在している。

○**大阪大麻所持おとり捜査事件・最決平16・7・12刑集58巻5号333頁**，**百選(10版)10事件**，**判例教材(5版)46頁**

【判示】（法解釈部分）

「以上の事実関係によれば、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、直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査において（※本稿注①・対象犯罪の性質）、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（※本稿注②・捜査の困難性）、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者（※本稿注③・対象者の犯意）を対象におとり捜査を行うことは、刑訴法197条1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。」**

しかし、本判例は、被害者がいないという対象犯罪の性質、捜査の困難性、対象者に事前の犯意があったことを適法性の要素として指摘しているが、あくまで「少なくとも」との判示文言があるとおとり、おとり捜査の適法性についての一般的な判断枠組みを示したものではない。したがって、本事例にあっても、必ずしも同判例への言及が必須というわけではない。

もっとも、本事例は、平成16年判例の事案と類似していることから、この判例の判示を用いて適法性の判断することもあり得よう。

#### エ 法適用及び結論—本件おとり捜査の適法性

##### (ア) 対象犯罪の性質

本件における検挙対象犯罪は、大麻密売事件であり、まさしく「直接の被害者がいない薬物犯罪等」に該当するところ、かかる事情は、直接の被害者がおらず密行的に行われるため、証拠収集及び犯人検挙が困難であるという、類型的な捜査困難性に関わる要因として評価できよう。

また、本件大麻密売事件は、暴力団Y組幹部甲による大麻樹脂の大量

密売事件という悪質重大な事件であって、おとり捜査によってでも検挙すべき必要性の高い事件と評価できよう。

(イ) **捜査の困難性**

本事例では、大麻保管場所等の情報その他甲を検挙する証拠が入手できておらず、「通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難」であり、これは、おとり捜査という捜査手法採用の必要性を示すものと評価できる。

このおとり捜査の必要性については、平成 16 年判例がそうであるように、事案において具体的検討されるべきであって、抽象的に「薬物事犯は密行的でおとり捜査が必要である」などの類型的判断のみでは不十分であろう。

(ロ) **対象者の犯意**

平成 16 年判例のいう「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者」とは、機会提供型を念頭に置いたものであり、ここでいう「犯罪」とは同種犯罪を指すと解される（多和田・平成 16 年度判例解説（刑事）290 頁）。

本件では、ここでいう対象者とは検挙対象の狙いとする人物甲であり、確度の高い情報から配下組員乙らを使って大麻密売を行っていると思料され、事前の犯意があったと認められよう。

この事情は、当該犯人を対象とする**おとり捜査による必要性**を基礎付けるとともに、捜査機関の働きかけの**程度、態様として「相当性」**の重要な基礎事情ともなる。なぜなら、かかる事前の犯意を有すると疑われる者であれば、働きかけの程度も低いものであろうし、それだけ**詐術性が低く捜査の公正さを害する面が弱い**ことなどの評価が可能だからである。

現に、本事例では、K 1 は、甲や乙らが事前の密売意図を有していたことから、通常の大麻客を装って売却を申し込んでいるに過ぎず、例えば乙に売却を無理強いしたとか自ら極端に高額な対価を示したなどの過剰な働きかけではなく、働きかけの態様も相当であったと認められる。

(エ) **結論**

以上の事実関係を指摘し適切に評価するならば、本件おとり捜査は、適法であるとの結論となる。本事例は、平成 16 年判例の事案に類似していることから、同判例を学修しておれば、容易に解答方針を出すことができたものと思われる。

(3) 問（2）について（伝聞証拠・メモの証拠能力）

ア 問題の所在

本件メモは、作成者甲が密売担当者乙に対し注意喚起を促す内容を記載したものであり、甲の公判外供述を記載した書面であるので、これを「公判期日における（甲の）供述に代えて」書面を証拠とする場合には、伝聞法則（法 320 条 1 項）により証拠能力が否定されるのではないか。

イ 法解釈—伝聞法則の趣旨・伝聞証拠の定義

伝聞法則の趣旨は、供述証拠にあつては、内容たる事実が、知覚、記憶、表現、叙述という供述過程を経て公判廷に顕出されるものであるところ、かかる供述過程には人の精神活動に由来する誤りが混入するおそれがあるので、反

対尋問によってその供述内容の信用性を吟味（担保）する（チェックする）必要がある（※1）にもかかわらず、公判廷外の供述の場合（※2）には、原供述者（公判廷外の供述者）に対して反対尋問をなしえないため、これを事実認定の資料から排除し、もって事実認定の正確性を担保することにある。

そこで、かかる趣旨から、伝聞法則で排斥される伝聞証拠とは、〈1〉公判廷外供述（※2から導かれる）を内容とする証拠（320条1項の文理から導かれる）で、〈2〉その供述内容たる事実の存在の立証に用いられるもの（※1から導かれる。）をいう、との前記形式説の定義が導かれる。

注）伝聞法則の趣旨として、上記本文で述べた①公判期日外の供述につき反対当事者による（供述と同時に行為されるべき）反対尋問の機会がないこと、のほか、②宣誓及び偽証罪による処罰警告による担保の不存在、③裁判所（事実認定者）による供述態度等（供述者の供述形成過程〔供述の出力〕）の直接観察の機会がないことも挙げられている。

解答に当たっては、問題文で指示されたとおり、伝聞法則の根拠条文が法320条1項であること、上記のとおり伝聞法則の趣旨を述べて、そこから伝聞証拠の定義を導かねばならない。

#### ウ 法適用及び結論—伝聞・非伝聞の区別

##### (ア) 非伝聞とは

本件メモは、確かに甲の公判外供述を記載した書面ではある。しかし、確かに、上記のとおり伝聞証拠の定義からすれば、記載内容の真実性（記載内容たる事実の存在）の立証に用いるものであれば伝聞証拠であるが、そうではなく、メモの存在及び記載内容それ自体が証拠となる場合には非伝聞証拠となる。

##### (イ) 法適用

本件メモの立証目標となる最終の事実、被告人甲と共犯者乙との大麻密売の共謀の存在である。

そうすると、メモの記載内容たる事実、例えば「Aの客（つまりK1）が怪しい事実」「K1が警察官かもしれない事実」の立証に用いても、共謀の立証には全く役に立たない。

むしろ、本件メモが、大麻密売組織の上位者である甲が、配下の密売担当者乙に対し、K1への密売用の大麻とともに授与したものであって、記載内容がK1の客としての不審の念の存在と注意喚起を伝えるものであることから、このような記載内容のメモが密売当事者間で大麻とともに授受されたこと自体、すなわちメモの存在及び記載内容それ自体で、甲と乙の共謀を推認するのに役立つ事実（いわゆる共謀の間接事実）となる。

したがって、本件メモは、記載内容の真実性の立証に用いるものではないので、伝聞証拠ではなく、非伝聞証拠である。

##### (ウ) 結論

本件メモは、伝聞法則（法320条1項）によっては証拠能力が否定されず、また、共謀立証の上で関連性も認められ、その他証拠能力を否定する理由（例、違法収集証拠かどうかなどは検討外との指示がある）はないので、証拠能力が認められる。

## 2 評価

(1) 事例に対する解決を求める問（１）及び問（２）については、問題解決に必要な一般的基準を法解釈により定立した上、本件事案から適切に具体的事情を抽出して当てはめて結論を示すことが必要である。これまでの入試説明でも繰り返し説明してきたとおり、法解釈や判断基準を示すことなく、問題文中の事実を並べて、これらを総合して適法（違法）であると述べるにとどまる答案是、法的三段論法を理解しないものとして低い評価にとどまる。

(2) 加えて、本問では、設問（１）にあつては、法適用に当たり、法適用の基礎となる事実を適切に問題文から抽出した上で、評価を加えた上で法規範に当てはめているかどうか、設問（２）については、問題文の指示に従い、根拠条文・趣旨・規範が確実に記載されているかどうか、自らの立てた規範に当てはめているかどうか、などを重視して評価した。

(3) 設問（１）においては、ほぼ全ての答案でおとり捜査の適法性の問題であるとの指摘があつたが、その定義を的確に示すものは案外少なかった。また、強制処分に該当するかどうか、任意処分であっても相当かとの判断枠組みを採用する答案が多かつたが、なぜおとり捜査が違法とされるのか、その具体的理由の指摘がないものが目立った。

法適用について、概ね平成 16 年判例の判示を踏まえたものが多かつたが、中には、対象者を甲ではなく乙と捉えているものもあつた。

(4) 設問（２）においては、概ね伝聞法則の趣旨、伝聞証拠の定義が示されていたが、趣旨の中で、反対尋問等の吟味・担保が欠けるのは「公判外供述」であることの指摘が落ちているもの、定義において、「公判外供述を内容とする証拠で」のうち「内容とする」部分が落ちているものが目立った。また、根拠条文について単に「法 320 条」とのみ指摘するものもあつた。条文・趣旨・定義については正確な理解を求めたい。

法適用について、非伝聞ではなく伝聞証拠とする答案も目立ったが、「供述内容の真実性が問題となる」との意味を正確に理解していないことに由来すると思われる。