

論文

機会提供型おとり捜査の違憲性

(最高裁第一小法廷平成16年7月12日決定評釈)

— 合わせて最高裁昭和51年3月16日決定並びに
最高裁大法廷平成29年3月15日判決を読み直す —

清水 晴 生

Unconstitutionality of Entrapment

SHIMIZU Haruki

- 1 昭和51年決定における強制捜査性の規範
 - (1) 「もみ合い」と「けんか・闘争」
 - (2) 急迫性
 - (3) 必要性和相当性
 - (4) 強制捜査・任意捜査の規範への具体的事実のあてはめ
 - (5) 強制捜査性・任意捜査性の規範に対する実質的観点
- 2 昭和45年大法廷判決における「偽計による自白」の規範
- 3 平成29年GPS捜査違憲大法廷判決における強制処分法定主義並びに適正手続保障の規範
 - (1) 原判決
 - (2) 原々判決
 - (3) 最高裁判決

4 おとり捜査の強制捜査性

- (1) 最高裁第一小法廷昭和28年3月5日決定
- (2) 最高裁第一小法廷平成16年7月12日決定

5 実体法的観点から見た「機会提供型」の概念

- (1) 行為処罰原則違反
- (2) 行為以前の主観的要素
- (3) 身分秘匿捜査令状

1 昭和51年決定における強制捜査性の規範

機会提供型おとり捜査の強制捜査性について検討することが本稿の目的である。そのためにまず最初に、強制捜査と任意捜査のそれぞれの規範を示した昭和51年決定¹から見ていこうと思う。

(1) 「もみ合い」と「けんか・闘争」

本決定の事案は、酒酔い運転の呼気検査をさせるために、急に退室しようとした被告人の手首を警察官が掴んで制止しようとした行為の適法性如何が問われたものである。

よく知られている、最高裁が示した規範は次のようなものであった²。

捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものである。しかしながら、ここにいる強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段

1 最高裁第三小法廷昭和51年3月16日決定刑集30巻2号187頁。

2 刑集30巻2号190頁以下。

を意味するものであつて、右の程度に至らない有形力の行使は、任意捜査においても許容される場合があるといわなければならない。ただ、強制手段にあたらぬ有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである。

この最高裁が示した強制捜査と任意捜査に関する規範は、実は控訴審が示したものをそのまま繰り返したようなものであった。控訴審の名古屋高裁判決³も次のように判示していた⁴。

一般に、任意捜査の手続においては、強制にわたることは許されないのは当然であるが、具体的事案において、通常の方法によつては所期の説得の効果があげえない状況が存し、かつ、捜査上緊急の必要性が認められるため、やむなく軽度の実力を用いたとしても、これが直ちに任意捜査の適法性の限界を超える強制力の行使とはいえない場合があると解され、そうとすれば、その限界は、実力行使が当該事案における捜査の必要性、緊急性に即して客観的に相当と認められるか否かによつて決するのが相当と考えられる。

そしてこの判示もまた、検察官の控訴趣意が示した「被告人の酒気検知拒否に対し翻意を促すためにとつた必要かつ相当な説得行為」⁵という主張を容れたものであった。

3 名古屋高裁昭和49年12月19日判決刑集30巻2号206頁。

4 刑集30巻2号209頁。

5 刑集30巻2号207頁。

これに対して第一審⁶は強制捜査性を認めて、公務執行妨害罪について無罪としていた。次のような事実認定がなされている⁷。

(七)、しかして、右問答があつた直後にわかに、被告人が立ち上がつて出入口の方へ行きかけたので、一番奥の椅子に腰をかけていた前記加藤巡査は、被告人が逃げ去るのではないかと思いこれを引き止めようとして、これを追いかけて追越し、通路の東西方向のほぼ中央付近で出入口まで約二メートルの地点にまで至つていた被告人の斜め左前に立ちはだかり、「風船をやつてからでいいではないか。」旨言いながら、両手で被告人の左手をつかんだ。被告人は、同巡査がつかんだ手を引いたり持ち上げたりして振りほどいたものの、引続いてその場で、出入口の方へ行こうとする被告人とこれを止めようとする同巡査との間でもみ合いとなり、その最中各自の右目的を達するため、被告人においては、同巡査の制服の襟首や肩章をつかんで引張り、その顔面を手拳で殴打する等の暴行をなし、同巡査においては、両手で被告人を押ししたり等したもので、その際右肩章のボタンがちぎれるに至つた。

高裁判決と最高裁決定では、このような「もみ合い」の状況はもはや表れていない。

一審岐阜地裁判決では、警察官がつかんだのは「左手」とされており、やや穏当な印象を与えそうな「左手首」であつたのかは定かではない。

最高裁や高裁の認定では警察官がつかんだあと、ただちに振り払って制服をつかんで引っぱり肩章を引きちぎり、さらに殴打したというように一方的に攻撃をしている印象を与える。

しかし一審判決では、「被告人は、同巡査がつかんだ手を引いたり持ち上げたりして振りほどいたものの、引続いてその場で、出入口の方へ行こ

6 岐阜地裁昭和49年4月6日判決刑集30巻2号202頁。

7 刑集30巻2号204頁以下。

うとする被告人とこれを止めようとする同巡査との間でもみ合いとなり、その最中各自の右目的を達するため、被告人においては、同巡査の制服の襟首や肩章をつかんで引張り、その顔面を手拳で殴打する等の暴行をなし、同巡査においては、両手で被告人を押ししたり等したもので、その際右肩章のボタンがちぎれるに至つた。」とされている。

つまり、どちらか一方が攻撃し、他方が防禦に終始していたというのではなく、互いの攻撃と防禦とが入り混じったいわゆる「けんか・闘争」状態にあったと認定されているのである。

このように見ると、手拳での顔面への殴打も、無抵抗の相手に対する確信的な殴打といったものでは決してなく、必ずしも意図的ともいえないような、互いに腕をからませ合いもみ合う中で、また相手の手を払いのける中で手拳がたまたま顔面に当たったという程度のものであったことが推定されうる。これをもって公務執行妨害罪として起訴したのは、いわゆる転び公妨に類するようなものであり、事案としては無罪に相当するものであったとも考えられる。

そこまでいえなかったとしても、岐阜地裁がいわば「けんか・闘争」にあたる状況を認定し、さらにこれを前提として被告人の行為を正当防衛だったと認定したことからすれば、やはり被告人により突然に一方的な攻撃がなされたという最高裁・高裁の認定は、一審認定の内容とは大きく異なっているといえる。

岐阜地裁は、一般に正当防衛が成立しないとされる「けんか・闘争」のケースとして認定した上で、警察官の側の行為が強制にわたるもので違法であるから、いわゆる「不正対不正」ないし「正対正」が混淆する「けんか・闘争」といった状況ではなく、警察官の行為を違法・不正として、被告人の行為を正当防衛により違法阻却としたのである。

(2) 急迫性

しかも岐阜地裁はさらに、被告人にとって警察官らの行為は「急迫不正

の侵害と認めるべきもの」⁸として、正当防衛を認めたわけである。「自分は逮捕されていないので自由だから」⁹と考えていた被告人にとって、立ちはだかり、手をつかんで、押したりもしてきた「任意とは称しながら実質上逮捕するのと同様の効果を得ようと」した警察官らの行為は、急迫不正の侵害にあたとされたのである。

これに対して、高裁は「被告人が立ちあがり出入口の方へ行こうとした行為は、突然の出来事であつたと認められ、捜査の支障となる行為が急迫してなされたものというべき」¹⁰とし、最高裁も「被告人が急に退室しようとしたため」¹¹になされたとして、警察官らの行為の必要性・緊急性を考慮に入れてその適法性を判断していた。

このように第一審と第二審・上告審とでは、急迫性・緊急性の認められる側が入れ替わっているのである。

(3) 必要性和相当性

以上で見てきた内容というのは、最高裁が規範をあてはめる中で二度繰り返した「説得のために」行われ、「その程度もさほど強いものではない」という必要性和相当性との根拠となる評価を裏付けるための事実認定であったといえよう。

すなわち、裏返された急迫性・緊急性は、警察官らの行為があくまで「説得のために」継続されていた行為の中で、急の必要に迫られてなされた一部分に過ぎないという必要性・緊急性を基礎づける。

また「もみ合い」や「けんか・闘争」ではなく、一方的な攻撃に対して防禦に終始していたという認定は、警察官らの立ちふさがり手をつかんだような行為も被告人の攻撃と対比し、これに応じようとしたものとすれば、

8 刑集30卷2号205頁。

9 刑集30卷2号204頁。

10 刑集30卷2号209頁以下。

11 刑集30卷2号192頁。

「その程度もさほど強いものではない」ということができ、当該行為の相当性を基礎づけうる、というわけである。

(4) 強制捜査・任意捜査の規範への具体的事実のあてはめ

では最高裁が強制捜査と任意捜査の規範を具体的事実にもどのようにあてはめていたのかに戻ろう。

先にあげた強制捜査と任意捜査に関する規範はよく知られているとおりのものであり、またあたりまえともいえるが両者はそれぞれ別個のものである。

しかしそれらに対するあてはめは、実は最高裁においてまったく同じ内容であった。以下のとおりである¹² [下線筆者]。

これを本件についてみると、加藤巡査の前記行為は、呼気検査に応じるよう被告人を説得するために行われたものであり、その程度もさほど強いものではないというのであるから、これをもつて性質上当然に逮捕その他の強制手段にあたるものと判断することはできない。また、右の行為は、酒酔い運転の罪の疑いが濃厚な被告人をその同意を得て警察署に任意同行して、被告人の父を呼び呼気検査に応じるよう説得をつづけるうちに、被告人の母が警察署に来ればこれに応じる旨を述べたのでその連絡を被告人の父に依頼して母の来署を待っていたところ、被告人が急に退室しようとしたため、さらに説得のためにとられた抑制の措置であつて、その程度もさほど強いものではないというのであるから、これをもつて捜査活動として許容される範囲を超えた不相当な行為ということはず、公務の適法性を否定することができない。

12 刑集30巻2号192頁。

今見たとおり、任意捜査と強制捜査とで異なる規範を掲げておきながら、そこにあてはめられた具体的事実は、等しく「説得するために／説得のために」行われ、「その程度もさほど強いものではない」ということだったのである。

一方では強制処分性について、「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」¹³かどうかという規範へのあてはめがなされた。

また他方で任意処分の適法性につき、「必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される」¹⁴かどうかへの具体的事案のあてはめがなされている。

適法な任意捜査であるとの結論を導く以上は、このようなあてはめになることも不思議ではないとする向きもあるかもしれない。しかし本件は、一審で強制捜査性が肯定され無罪となり、二審でこれが否定され逆転有罪となったほどのいわば限界事例である。

つまり、前段の「説得するために行われたものであり、その程度もさほど強いものではない」ということについて、これが「性質上当然に逮捕その他の強制手段にあたるもの」とは判断できないというのは、すなわち逮捕等に相当するほどには強いものではなかった、という意味に解するの
なければ本来おかしいはずである。

他方で後段の「説得のためにとられた抑制の措置であつて、その程度もさほど強いものではない」という方については、これが「捜査活動として許容される範囲を超えた不相当な行為ということはできず」というのは、いわば説得の一環として行われたにとどまる範囲の実力行使に過ぎなかった、といった意味に解する必要がある。

このように、強制捜査性のあてはめ評価においては、逮捕のような典型

13 刑集30巻2号191頁。

14 刑集30巻2号192頁。

的態様の強制捜査に匹敵・相当するものであったかどうかという審査がなされていた¹⁵。これを背後で支えているのは、「もみ合い」といういわば事実上の拘束状況を継続するためある程度持続的な実力行使が警察官らによってなされていたことを隠蔽した事実認定である。

また任意捜査としての適法性のあてはめ評価については、説得という典型的な任意捜査に類するものであったかどうかという審査がなされていた。これを背後で支えるのが、裏返された急迫性、いい換えれば正当防衛状況の逆転であり、説得中の退室行為には高い緊急性があるといった事実に対する評価である。

(5) 強制捜査性・任意捜査性の規範に対する実質的観点

このように、強制捜査性にせよ、任意捜査性にせよ、そのそれぞれの典型的な類型に「相当」するかどうかというのが一つのメルクマールとなりうる。

しかし、違うもの同士を比較対照する以上、そこにはむしろ異同の程度という量的観点が加わってくる。

このようにして、実は強制捜査性にせよ、任意捜査性にせよ、そこには典型類型と比べて、どの程度それに「相当」しているかという程度判断、比例性判断が加わるのである。

そしてこの評価は、実はこれまで見てきたところからも示唆されていたように、正当防衛の成否に関する違法阻却の判断に類するところがある。

正当防衛に関する違法阻却の可否の判断は、その実質において不正対正の構造として捉えた上で、急迫性、必要性、相当性を考慮するものである。

これは違法行為が疑われる相手に対して、急迫性・必要性を加味した上で、相当な範囲内で処分が行われたかどうかによって適法性を判断する任意処分の規範（判断基準・判断構造）と近似している。

15 強制採尿に関する最高裁第一小法廷昭和55年10月23日決定刑集34巻5号300頁につき、斉藤司『刑事訴訟法の思考プロセス』126頁参照。

相手の「意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加え」¹⁶たり、そうでなくとも「何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがある」¹⁷行為が、刑事司法作用の実現等の法益を保護するために正当化されるか否かという違法性・違法阻却の判断である以上、これは不思議なことではなからう。

このように、違法性・違法阻却の判断は、判例がいうとおり「必要性、緊急性なども考慮したうえ」¹⁸で、具体的状況に鑑みてなされるものではある。

しかし当然批判されうるように、比例性を満たしているかという実質判断には明確な基準がない。前提となる事実の評価如何によって違法にも適法にもなるというのは、これまで見てきたとおりである。

したがって、そこでもう一度顧みられなければならないのが、「典型的な類型」に相当するかどうかという観点である。先にも触れていたとおり、昭和51年決定も「逮捕その他の強制手段にあたる」ものとは判断できないとし、また「説得のためにとられた抑制の措置」であるから許容範囲を超えず不相当ではないとしたのである。

①どのような典型類型が提示されているか、また適切な比較対象が提示されているか、②適切な比較対象である典型類型にどの程度相当しており、またその異同の程度に対する評価は適切であるか、といった実質的な観点（これを端的に**非類型性**と呼ぶ）から、昭和51年決定の示した強制捜査性と任意捜査の適法性に関する各規範が、具体的事案において適切にあてはめられているのかどうかについて、常に吟味・検証しなければならないだろう。

16 刑集30巻2号191頁。

17 刑集30巻2号192頁。

18 刑集30巻2号192頁。

2 昭和45年大法廷判決における「偽計による自白」の規範

本件は、被告人が妻と共謀して拳銃と実包を隠匿所持した罪に問われたものであるが、その取調べにおいて妻がすでに自供したとの虚偽を申し向けられ、観念して自供すれば妻が罪を免れるかもしれないことを示唆された（いわゆる切り違え尋問）がためになされた自白の任意性が争われた。

原審大阪高裁判決¹⁹はこれにつき、次のように判示していた²⁰。

偽計を用いた尋問方法は決して望ましいものではないにしても、単に偽計を用いたという理由のみでこれを違法視することはできない。けだし、頑強に否認する被疑者に対しては事案の真相を明らかにするためかかる尋問方法を用いることもやむをえない場合があり、偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れたとしてもそれによつて得られた自白は自白の動機に錯誤があるに止まり虚偽の自白を誘発する蓋然性は少いからである。換言すれば、偽計に虚偽の自白を誘発する蓋然性の大きい他の要素が加わつた場合にのみ、よつて得られた自白は任意性なきものとして排除されるべきである。

このように、原判決では「頑強に否認する被疑者に対しては事案の真相を明らかにするためかかる尋問方法を用いることもやむをえない場合があり」とまでいい、これをほとんど違法視していない。

なぜ違法視する必要がないかといえば、それは「偽計を用いて被疑者を錯誤に陥れたとしてもそれによつて得られた自白は自白の動機に錯誤があるに止まり虚偽の自白を誘発する蓋然性は少いから」という。

そのため、任意性がないものとして排除されうるのは「偽計に虚偽の自

19 大阪高裁昭和42年5月19日判決刑集24巻12号1693頁。

20 刑集24巻12号1697頁。

白を誘発する蓋然性の大きい他の要素が加わった場合にのみ」ということになるとしていたのである。

「偽計による自白」の任意性への影響について、いわゆる虚偽排除の観点から²¹これを小さいものとみなし、なぜならその自白には「動機の錯誤」があるにとどまるからだとした。

しかし自白に関していえば、否認していた被疑者に動機の錯誤を与えて自白に転じさせたということは、身に覚えのないことでも自分がやったと自白させることにほかならない。したがって、自白の「動機の錯誤」は、虚偽自白を誘発する蓋然性がむしろ高いと評価せざるをえない。

そしてこのような評価は最高裁昭和45年大法廷判決²²も容れるところとなった。次のとおりである²³。

もしも偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には、右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべきであり、このような自白を証拠に採用することは、刑訴法三一九条一項の規定に違反し、ひいては憲法三八条二項にも違反するものといわなければならない。(中略) 要するに、本件においては前記のような偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、虚偽の自白が誘発されるおそれのある疑いが濃厚であり、もしそうであるとするならば、前記尋問によつて得られた被告人の検察官に対する自白およびその影響下に作成された司法警察員に対する自白調書は、いずれも任意性に疑いがあるものといわなければならない。

21 同様に、「単に偽計を用いたという理由のみでこれを違法視することはできない」というのも、手段自体に着目した違法排除を否定する趣旨に読める。

22 最高裁大法廷昭和45年11月25日判決刑集24巻12号1670頁。青木孝之「自白排除法則再考」琉大法学77号200頁、特に182頁以下も参照。

23 刑集24巻12号1673頁。

心理的強制による虚偽自白誘発のおそれを基準として、任意性に疑いがあると結論づけている点からすれば、やはり任意性説に立った判示であろう。

しかし、高裁が虚偽自白を誘発する蓋然性は小さかったと断じたのとは異なり、最高裁は虚偽自白誘発の「おそれ」があれば、「右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべき」としており、違法排除²⁴的なニュアンスも示していよう²⁵。

そしていずれにせよ、最高裁は「本件においては前記のような偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、虚偽の自白が誘発されるおそれのある疑いが濃厚」だと認定したのである。

この点について、差戻し後の大阪高裁判決²⁶はさらに丁寧次のように認定していた²⁷。

被告人の差戻後の当審における供述によれば、被告人は右説得の結果、もし自己が妻との共犯関係を否認すれば二人とも処罰されるかも知れず、そうなるや家庭が崩壊しその苦痛は耐えることはできない。もし自己が共犯関係を認めれば妻が処罰を免れ家庭の崩壊を食止められるかも知れないと考えた末自供するに至つたことが認められ、これによると被告人は前認定のような偽計によつて明らかに自供するか否かの意思決定および意思活動を著しく阻害された心理状態すなわち心理強制を受けた状態にあり、虚偽の自白が誘発されるおそれがある場合に該当し、前記尋問によつて得られた被告人の検察官に対する自白は任意性に疑いがあるものといわなければならない。

24 平田元「偽計による自白」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕（別冊ジュリスト174号）165頁も「この判決は違法排除説へ大きく踏み出した最高裁大法廷の画期的な判例であったと評価することができよう」という。

25 本件についても、誘発の「おそれのある疑い」が濃厚だとして、おそれの疑いで足りるとする認定をしている。

26 大阪高裁昭和47年2月9日判決刑裁月報4巻2号231頁。

27 刑裁月報4巻2号236頁以下。

このように、偽計によって「意思決定および意思活動」が「阻害された心理状態」すなわち「心理強制を受けた状態」ともなりうることを判例も認めているのである。

3 平成29年GPS捜査違憲大法廷判決における強制処分法定主義並びに適正手続保障の規範

(1) 原判決

GPS捜査を強制処分法定主義違反で違憲とした平成29年大法廷判決の原審大阪高裁平成28年3月2日判決²⁸は、原々審大阪地裁平成27年7月10日判決²⁹の「本件GPS捜査には令状主義の精神を没却するような重大な違法がある」³⁰との判断を覆して、これを否定していた。

本件GPS捜査は、被告人のみならず被告人の知人女性も利用する蓋然性のある自動車やバイク合計19台に、16個の発信機を最短でも2週間、最長では合計3か月近く、全体で6か月半にわたり取り付け、そのうちの1個では3か月で1000回以上位置情報が取得され1200回検索され、また6個についても数ヶ月で約480～680回の位置情報取得、約550～800回の検索がなされ、取り付けや3～4日に一度の交換³¹のために、それぞれの管理権者の承諾も得ることなしにスーパーの駐車場やコインパーキング、ラブホ

28 刑集71巻3号171頁。

29 刑集71巻3号149頁。

30 刑集71巻3号168頁。

31 刑集71巻3号154頁。バッテリーがおおよそ3～4日しかもたないために、その都度本体ごと取り換えていたという。約6か月半の間相当回数交換したことになるから、管理権者の承諾なしの立ち入りも相当な回数にわたり、恒常的に行われていたものと見ることができる。GPS捜査では我々が普段の生活でスマートフォン等の充電に煩わされると同様の頻度での日常的な交換を要するのだとすれば、犯罪をも構成しうる違法な立ち入りがいかに頻繁に行われなければならないものか、容易に想像がつこう。

テルの駐車場にも立ち入っていたというものであった³²。

原判決はこのような捜査について、次のように判示した³³。

本件では、車両によっては位置情報が取得された期間が比較的長期に及び、回数も甚だ多数に及んでおり、……一審証拠決定がその結論において言うように、このようなGPS捜査が、対象車両使用者のプライバシーを大きく侵害するものとして強制処分に当たり、無令状でこれを行った点において違法と解する余地がないわけではないとしても、少なくとも、本件GPS捜査に重大な違法があるとは解されず、弁護人が主張するように、これが強制処分法定主義に違反し令状の有無を問わず適法に実施し得ないものと解することも到底できない。

そして、そのように結論づける主な理由は「本件GPS捜査の実施には令状が必要であったと解してみても、その発付の実体的要件は満たしていたと考え得る」³⁴から、というものであった。

しかし、上で見たとおり非常にプライバシー侵害の程度が大きいため強制捜査に相当するというとき、つまり昭和51年決定の「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加え」³⁵に該当するというときに、単に捜査の理由や必要性の実体が認められたという理由によっては、直ちに違法の重大性を否定することはできない。それらの要素は、せいぜいその理由や必要性に比例する範囲での、同種の任意捜査の適法性を根拠づけるものにとどまる。意思の制圧の程度如何、権利制約の程度如何が従来からの検証一般に比しうる範囲を超えていたならば、その捜査は違法の重

32 刑集71巻3号14頁、176頁以下。

33 刑集71巻3号178頁。

34 刑集71巻3号179頁。

35 刑集30巻2号191頁。

大性の観点からもまた強制処分法定主義を逸脱するものであり、当然また証拠排除を基礎づけうるのである。

昭和51年決定に表れているように、強制捜査性と任意捜査性とを分けるのは、「個人の意思を制圧」するほどに「身体、住居、財産等に制約を加える」捜査かどうかという点にあるとき、このGPS捜査が検証令状で足りないと最高裁によって判断されたのは、先に見たとおりの、長期間、広範囲な対象、被告人以外の第三者への波及、多数の装置の同時利用、数百から数千回にわたる操作、これらにもかかわらず容易に行えること、といったGPS捜査の性質が、およそ「同種の任意捜査」というものを想定できないばかりか、さらに、本稿ですでに確認したとおり、およそ相当する適切な比較対象たりうる強制捜査の典型類型さえ想起することが不可能なほどのものであった（非類型性が肯定された）からであろう。

(2) 原々判決

ここまで見てきた内容をさらに整理していこう。

というのも、実は原々判決³⁶と最高裁判決は、本件の問題性に関して令状主義違反と強制処分法定主義違反の双方を慎重に吟味しているものの、原審高裁判決はこの点に関して単に、検証令状「発付の実体的要件は満たしていた」と強弁するばかりだったからである。

高裁判決は「一審証拠決定も、本件GPS捜査は、相当程度の部分で検証許可状が発付された可能性が十分あったと思われる旨指摘している」³⁷とうそぶくのであるが、第一審がそう指摘するのは、それにもかかわらず令状請求を検討さえしなかった令状主義軽視の態度を批判するためだった

36 大阪地裁平成27年7月10日判決刑集71巻3号149頁（149頁から証拠決定、164頁から第一審判決）。

37 刑集71巻3号179頁。

のである³⁸。

確かに原々審は結論としては検証令状によることを是認していたが、しかし強制処分性を明確に基礎づける中で、自然とその強制処分法定主義の観点での疑義も示していたものといえる。

最高裁大法廷判決が違憲性の基礎とした内容のほとんどは、原々審がすでにその証拠決定に関して判示する中で鋭く指摘していた点であった。

すなわち、被告人以外の者の管理領域やプライバシー領域への不可避的な立ち入りによってGPS端末を取り付け、また頻繁な交換も余儀なくさせるGPS捜査とは、次のようなものだけというのである³⁹。

目視のみによる捜査とは異質なものであって、尾行等の補助手段として任意捜査であると結論付けられるものではなく、かえって、内在的かつ必然的に、大きなプライバシー侵害を伴う捜査であったというべきである。

そして、この「大きなプライバシー侵害を伴う捜査」の内実について、さらに次のようにも具体的に指摘していた。

警察官らは、本件GPS捜査に不可欠な手順であるGPS端末の取付け、取外しの際に、管理権者の承諾も令状もなく、私有地に立ち入っている。警察官らが、私有地への立入りを違法であると認識した上で、立入りの時間が短時間であれば問題ないと考えていたことをも考慮すれば、こうした点にも警察官らの令状主義軽視の姿勢を認めることができる⁴⁰。

38 刑集71巻3号158頁以下参照。

39 刑集71巻3号157頁。

40 刑集71巻3号159頁以下、160頁。

運用要領には、GPS 端末の車両への取付けや取外しは、「犯罪を構成するような行為を伴うことなく」行わなければならない旨の要件があるところ、本件 GPS 捜査においては、前記のとおり、ラブホテルの駐車場においてこれを行うなど、建造物侵入罪を構成しかねない場合があった⁴¹。

このように、令状主義軽視、令状主義違反を指摘する中で、原々審判決はGPS捜査に不可避免的に伴われる頻回の端末取り付け等の重大な権利侵害性について厳しく指摘していたのである。そしてここで指摘された内容が、最高裁大法廷による違憲判決へと受け継がれていく。

(3) 最高裁判決

平成29年最高裁大法廷違憲判決⁴²は、GPS捜査の強制処分性を認定するのに、やはり昭和51年決定の規範をまず持ち出している⁴³。

憲法 35 条は、「住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利」を規定しているところ、この規定の保障対象には、「住居、書類及び所持品」に限らずこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記のとおり、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法である GPS 捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制的処分に当たる（以下略）

41 刑集71巻3号160頁。

42 最高裁大法廷平成29年3月15日判決刑集71巻3号13頁。

43 刑集71巻3号16頁。

実はここで、プライバシーを侵害され、意思が制圧されるのは被告人ばかりではない。むしろ被告人と共に自動車を使用する知人女性であったり、端末の取り付け等のために頻繁に無断の立ち入りを強いられる各地の管理者らであり、つまり被告人以外の多数の者である。

なぜなら最高裁はGPS捜査を次のように定義するからである⁴⁴。

GPS 捜査は……、その性質上、公道上のもののみならず、個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるものも含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を逐一把握することを可能にする。このような捜査手法は……、個人のプライバシーを侵害し得るものであり、また、そのような侵害を可能とする機器を個人の所持品に秘かに装着することによって行う点において、公道上の所在を肉眼で把握したりカメラで撮影したりするような手法とは異なり、公権力による私的領域への侵入を伴うものというべきである。

ここで、機器・端末を「秘かに装着することによって」、「私的領域への侵入を伴う」というとき、ここでの「私的領域」とは、「所在」し「移動」する先々の、「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間に関わるもの」のすべてである。また、ここでの「侵入」の名宛人には、被告人ばかりではなく、むしろ被告人以外の多くの者も含まれてくるのである。

判例には明示されていないものの、ここでは「告知と聴聞」について厳格な態度を示した、同じく大法廷による第三者没収違憲判決⁴⁵の精神がはっきりと表れている。

だからこそ、最高裁は令状主義違反にとどまらず、強制処分法定主義違反にあたるかどうかの規範を提示し、GPS捜査一般をこれにあてはめてい

44 刑集71巻3号15頁以下（波線筆者）。

45 最高裁大法廷昭和37年11月28日判決刑集16巻11号1593頁。

くのである⁴⁶。

GPS 捜査は、GPS 端末を取り付けた対象車両の所在の検索を通じて対象車両の使用者の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うものであって、GPS 端末を取り付けるべき車両及び罪名を特定しただけでは被疑事実と関係のない使用者の行動の過剰な把握を抑制することができず、裁判官による令状請求の審査を要することとされている趣旨を満たすことができないおそれがある。さらに、GPS 捜査は、被疑者らに知られず秘かに行うのでなければ意味がなく、事前の令状呈示を行うことは想定できない。刑法上の各種強制の処分については、手続の公正の担保の趣旨から原則として事前の令状呈示が求められており（同法 222 条 1 項、110 条）、他の手段で同趣旨が図られ得るのであれば事前の令状呈示が絶対的な要請であるとは解されないとしても、これに代わる公正の担保の手段が仕組みとして確保されていないのでは、適正手続の保障という観点から問題が残る。

原々審が繰り返し厳しく指摘していた、共同使用者や管理権者など被疑者・被告人以外の者への長期間・頻回にわたって日常的になされる重大な権利侵害は、他の強制手段に類するような令状請求も令状提示もおよそ不可能であり、これは第三者没収のケースと同様に「適正手続の保障という観点から」問題が残るとしたのである。

つまり、ここでの最高裁大法廷による、令状主義違反にとどまらない、強制処分法定主義違反という結論を根拠づけたのは、被疑者・被告人以外の者のプライバシー侵害の重大性であり、同時にまた被疑者・被告人以外の者に関しての令状請求・令状審査・令状呈示の不全性だったのである。

46 刑集71巻3号16頁以下（波線筆者）。

このこともまた、非類型性が違憲判決を決定づけたということを示しよう⁴⁷。つまり、被疑者・被告人の権利侵害ではなく、それ以外の者への重大かつ日常的な権利侵害が問題となっているという非類型性と、処分の対象が被疑者・被告人に限られず（知人や家族、また被疑者らが行く先々の駐車場や宿泊施設等）広汎にわたるがゆえに、既存の令状請求・令状審査・令状呈示の類推やそれらの併用・付条件⁴⁸でも憲法31条の「適正手続の保障」の要請を満たすことができないという非類型性によって初めて、強制処分法定主義違反ゆえに違憲との判断が導かれえたのである。

そしてこのように、この大法廷違憲判決は、憲法35条に関してのみならず、むしろよりいっそう憲法31条に関して、適正手続保障に違背する強制処分法定主義違反にあたるかどうかの一つの具体的規範を提示したものとして再評価されなければならない。

4 おとり捜査の強制捜査性

(1) 最高裁第一小法廷昭和28年3月5日決定

最高裁第一小法廷昭和28年3月5日決定⁴⁹は、おとり捜査⁵⁰につき次のように判示していた⁵¹。

47 裏を返せば、特別法が必要となった通信傍受との類型性、すなわち令状の事前提示が不可能、無関係部分の切り分けの必要性、実施期間や範囲画定の特別の必要性といった観点の類型性からすれば、通信傍受が特別法の下で初めて許容されている一方で、GPSは特別法なしで許容されるとはいい難いことになるのである。

48 刑集71巻3号16頁以下参照。

49 刑集7巻3号482頁。

50 葛野尋之「おとり捜査の適法性」葛野尋之・中川孝博・瀧野貴生編『判例学習・刑事訴訟法』9頁は「おとり捜査は、すでに発生した犯罪を対象とするのではなく、将来発生が見込まれる犯罪に対する捜査である」というが、すでに発生した犯罪に対する嫌疑を踏まえた捜査であるという側面を見出す余地もあるように思われる。

51 刑集7巻3号484頁以下（波線筆者）。

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つては麻薬取締法五三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一人人でなく、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のできないこと多言を要しない。

ここで、犯意誘発型と機会提供型とが区別されていない点もさることながら、注目すべきは「教唆犯又は従犯として責を負うこと」がありうると判示している点である。

とりわけ範囲誘発型であれば、それは教唆犯というよりもむしろ判例上共同正犯にさえ相当するのであるから、いわゆるチッソ川本事件最高裁決定⁵²のいう「公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合」⁵³にあたり、公訴権濫用による公訴棄却、公訴打ち切りさえ妥当しよう。

そして、GPS違憲大法廷判決の原々判決が、問題となったGPS捜査における端末の取り付け・取り外しにつき、「建造物侵入罪を構成しかねない場合があった」⁵⁴と指摘していたことを、ここで想起したい。

大法廷判決においてGPS捜査が令状主義違反にとどまらず、令状請求・令状審査・令状呈示の全てにおける不全性を指摘して強制処分法定主義違反、憲法31条の適正手續違反を指摘したとき、そのGPS捜査行為は端的に「建造物侵入罪を構成しかねない」行為だったのであり、いわば「公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合」に比類するもの

52 最高裁第一小法廷昭和55年12月17日決定刑集34巻7号672頁。これにつき例えば、正木祐史「公訴権濫用」葛野尋之・中川孝博・瀧野貴生編『判例学習・刑事訴訟法』108頁以下参照。なお、適正手續侵害による公訴権濫用・手續打ち切りもあるべきとするものとして、川崎英明「公訴権の濫用」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕（別冊ジュリスト174号）89頁も参照。

53 刑集34巻7号676頁。

54 刑集71巻3号160頁。

だったのである。

そしておとり捜査もまた共犯ないし共同正犯を構成しかねないものであることは、すでに判例が認めていたところだったというわけである。

(2) 最高裁第一小法廷平成16年7月12日決定

最高裁第一小法廷平成16年7月12日決定⁵⁵の方はというと、次のように判示していた⁵⁶。

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、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、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。

昭和28年決定は、実体法上も手続法上も何ら影響しない、問題ないことは多言を要しないと断じていた。

これと比較すると平成16年決定は、「少なくとも」、「直接の被害者がいない」犯罪の捜査で、「通常の捜査方法のみ」では摘発困難なとき、「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる」者を対象にする限り、任意捜査として許容されると判示して、かなり制限的な理解を示している。

まず最初に「少なくとも」というのであるから、以上の要件を満たさない多くの場合ではむしろ任意捜査として許容されず、場合によっては強制捜査として違法となりうることさえ言外ではのめかしているものといえる。

55 刑集58巻5号333頁。

56 刑集58巻5号335頁以下（波線筆者）。

「直接の被害者がいない」犯罪の捜査であるということは、昭和51年決定の任意捜査の適法性に関する規範に照らせば、捜査の相当性を基礎づける要素であろう。

「通常の捜査方法のみ」では摘発困難だというのは、同様に捜査の必要性を基礎づける要素であるが、本稿の観点からみればこれはおとり捜査の非類型性を認めているものにとらえることになる。

「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる」者を対象にする限りというのは、同様に捜査手法の相当性を基礎づける事情である。

総合すると、「通常の捜査方法のみ」では摘発困難であるという、必要性要件を満たす事情がまずある。

そして「直接の被害者がいない」という点で権利侵害性の小さい捜査である。また「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる」者を対象にしているのであり、決して犯意なき者に犯意を誘発しているのではない、すなわち犯意誘発型ではなく機会提供型にとどまるという点で、これも権利侵害性の小さい捜査であることを意味する。したがって手段の相当性要件の観点で見ても、通常の捜査方法のみでは摘発困難であるという高い必要性に比して、その手段の権利侵害性は小さい。

畢竟、これらの要件を満たす限りは捜査比例の原則を満たす、すなわち「任意捜査として許容される」というわけである。

しかし、ここでGPS大法廷判決が示していた懸念をもう一度想起するならば、本決定が「少なくとも」として制限的に示した、これらの許容される諸要件を満たす限られた場合に当たるかどうかの判断は、捜査官らによって、また令状審査に及ぶ裁判官らによって、的確になされうるのであるか。

GPS大法廷判決は次のように判示していた。

捜査の実効性にも配慮しつつどのような手段を選択するかは、刑法197条1項ただし書の趣旨に照らし、第一次的には立法府に委ねられていると解される。仮に法解釈により刑法上の強制の処分として許容するのであれば、以上のような問題を解消するため、裁判官が発する令状に様々な条件を付す必要が生じるが、事案ごとに、令状請求の審査を担当する裁判官の判断により、多様な選択肢の中からの確な条件の選択が行われない限り是認できないような強制の処分を認めることは、「強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない」と規定する同項ただし書の趣旨に沿うものとはいえない。

すなわち、平成16年決定は「直接の被害者がいない薬物犯罪等」というが、この「等」に含まれるかどうかがおとり捜査の適法性に決定的な意味を有するとき、その範囲如何の解釈を捜査官や令状審査を担当する裁判官に委ねることは「同項ただし書の趣旨に沿うもの」といえるのか。「第一次的には立法府に委ねられている」のではないか。

同様に、「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる」者かどうかの判断も、現場の捜査官らの判断に委ねてもよいのか。疎明される必要さえないのだろうか。「機会があれば犯罪を行う意思がある」かどうかの判断というものを考えてみると、一度でもそのような行為に手を染めたことがある者、犯罪を行う者らと行動を共にすることがある者、その種の犯罪が行われやすいと考えられる場所に入出入りしている者など、かなり広範囲にこの意思があると肯定されかねないことがわかる。いかなる犯罪について、どのような具体的事情から「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる」のかどうかを、一般令状や探索的な捜査を禁ずる令状主義の観点からチェックする必要性は本当に認められないのだろうか。

さらに、「通常の捜査方法のみ」では摘発困難であるという事情は、必要性要件を満たす事情であるのと同時に、非類型性を示す事情でもある。

しかも、ここでいう「通常の捜査方法」には、強制捜査も含まれるはずである。なぜなら通常の強制捜査によって摘発可能なら、令状審査により許容される限りで強制捜査を行う方が強制処分法定主義の要請に適うのであり、「通常」ではない、その正当性にも疑義があり、要件充足性のチェックも困難な、曖昧で違法捜査と境を接するような捜査を任意捜査として行うべきではないからである。このような場合にはもはや任意捜査の原則は妥当しないといわなければならない、しかもそもそも任意捜査にあたるかどうかには疑義があるような捜査手法に関しては、むしろ「同項ただし書の趣旨に沿うもの」かどうかについて「第一次的には立法府に委ねられ」なければならないはずである。したがって、「適正手続の保障という観点から」⁵⁷見れば、おとり捜査が「今後も広く用いられ得る有力な捜査手法であるとすれば、その特質に着目して憲法、刑訴法の諸原則に適合する立法的な措置が講じられることが望ましい」⁵⁸といわなければならない。

また、すでに見たとおり、偽計による自白に関する昭和45年大法廷判決は次のように判示していた⁵⁹。

もしも偽計によつて被疑者が心理的強制を受け、その結果虚偽の自白が誘発されるおそれのある場合には、右の自白はその任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を否定すべきであり、このような自白を証拠に採用することは、刑訴法三一九条一項の規定に違反し、ひいては憲法三八条二項にも違反するものといわなければならない。

ここで最高裁大法廷判決は「偽計によつて被疑者が心理的強制を受け」ることがありえ、それは「任意性」を疑わしめるものでありうることを判

57 刑集71巻3号17頁。

58 刑集71巻3号17頁以下。

59 刑集24巻12号1673頁。

示していた。さらに、そのときには証拠能力が否定され、証拠採用することは憲法違反であるとも断じている。

また同様にして、いわゆる約束による自白のケースでも、最高裁は全く同様の判断を示している⁶⁰。次のとおりである⁶¹。

被疑者が、起訴不起訴の決定権をもつ検察官の、自白をすれば起訴猶予にする旨のことは信じ、起訴猶予になることを期待してした自白は、任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を欠くものと解するのが相当である。

このように虚言・偽計による心理的強制は、相手のその後の行動の任意性を動揺せしめるのである。

そして、これらが任意性を奪い、憲法38条2項にも違反する違法・違憲なものといわなければならないとき、はたしておとり捜査についてはどのように考えるべきであろうか。

おとり捜査では、捜査官であるということ自体から秘匿して接触し、しかもたとえ「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる」者だったとしても、少なくとも当該犯罪行為自体については捜査官の方からその実行を懲慥するのである。つまり当該犯罪行為を計画立案し、その実行についてもイニシアチブを取り、犯罪行為全体をコントロールするのであるから、これは決して被疑者の正犯行為にせいぜい加担するものということとはできず、あくまで捜査官は少なくとも共同正犯の立場で行為支配を有しているといわざるをえない。単に偽計や約束を弄したというだけでなく、当該具体的犯罪行為を生み出し、全体を管理しながら実行しているのである。

60 最高裁第二小法廷昭和41年7月1日判決刑集20巻6号537頁。本判例につき例えば、池田公博「約束による自白」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』（別冊ジュリスト232号）162頁参照。

61 刑集20巻6号539頁。

そしてこの管理・コントロールの下で被疑者の行為は引き出されるものであり、しかもそれは、秘密裡の取引相手として信頼させた上で、また偽りの対価を約束するなどして、心理的にも当該行為の実行に出ることにつきコントロールを及ぼしているのである。

このように犯罪行為の実行につき、客観的事実としても、心理的側面としても、その全般にわたってコントロールを及ぼすことによって、計画通りの犯罪の実現（の未遂）を果たそうというのであるから、これはいわば偽計による自白や約束による自白のケースと同様かそれ以上の心理的制約を及ぼしているものと優に解することができる。

畢竟、GPS捜査につきGPS大法廷判決が「個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分当たる」⁶²と判示したのと同様に、おとり捜査においても、その身分を秘匿して、「（実行すれば刑罰という重大な権利制約も受けうるところの）犯罪を実行しないでおく」という重要な意思決定の自由・自己決定権という法的利益に対して、信頼できる相手であり、容易に対価等の利益を得られるなどの偽計を謀ることによって強い事實的及び心理的制約・コントロールを加えたことは、昭和51年決定の規範に照らして、「個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分当たる」⁶²というべきである。

62 刑集71巻3号16頁。

5 実体法的観点から見た「機会提供型」の概念

(1) 行為処罰原則違反

この「機会提供型」という概念は、一見あたかも、単なる場合分けのように見えるが、それは誤解である。

実のところ、「機会提供型」と「犯意誘発型」とを分けて、後者は違法だが前者は適法だとして訴追される場合、機会を提供したに過ぎない、裏を返せば犯意はすでにあったという事情は、訴追条件だということになり、これは実体法の観点からとらえれば構成要件の一部をなすとさえいえる。

しかし、当該犯罪実行の以前の事情を訴追条件や犯罪構成要件の一部として解釈で取り込むことは、行為処罰原則に悖る。さらに、実行行為以前の（そして実行時にも継続したであろう）主観的事情に重要な意味を与えるという点では、人格的要素を違法要素として過度に重視する点で行為者処罰であるとの批判も免れない。

つまり、機会提供型であることを理由として訴追・処罰を正当化することは、実行行為以前の、行為者の主観的事実を根拠にしている点で、行為処罰の原則に悖り、もはや行為者の人格を処罰しているものといわざるをえないのである。

(2) 行為以前の主観的要素

そしてまた別の観点の指摘もできる。機会提供型であるという事情は、いわばすでに一般的・抽象的な犯意・犯行意思・犯行計画を有しているということである。このような要素を訴訟条件ないし犯罪構成要件に含ませるということは、将来一定の犯罪を実行しようという事前の意思、犯行計画を実現しようという事前の意欲を処罰の決定的な要件とするものである。

このような行為以前の主観的事情という要件は、それと対称をなす事実とは無関係に、行為以前の主観的事情そのものを犯罪成立要件とするという意味で、行為以前の時点での思想・内心そのものを処罰対象の一部に含

むものだといわなければならない。この意味でもまた、行為処罰の原則に悖っている。

そして以上のような事前的主観要素は、行為実行が捜査官に誘発された犯意によるということが一般的な処罰阻却事由であると解しうるならば、この処罰阻却事由を阻却する事由すなわち処罰正当化事由・処罰条件として機能しうるところ、処罰を根拠づける要素が法定されていないのは罪刑法定主義違反であるから憲法31条に違反する。

(3) 身分秘匿捜査⁶³令状

逆におとり捜査が令状に基づいてなされる場合を考えてみれば次のようになろう。

行為以前の主観的・客観的事情というのは、正当化可能ないわゆる機会提供型のケースにあたるかどうかの審査すなわちおとり捜査令状請求・発付のための要件・理由となり、処罰のための実体要件そのものではないことになるから、①行為以前の②主観的要素を③法に基づかずに処罰条件とするという3点を回避しうることになる。

さらに、機会提供型かどうかという判断が裁判官による事前審査の対象とされることで、犯意誘発型の違法捜査を事前に抑制するとともに、そのような違法捜査による証拠によって捜査対象とされ訴追されるということも事前に抑止できることになる。

おとり捜査は入念な準備を必要とする意味で緊急性を要するものではないから、令状審査の下に置くことで捜査に支障を来すことはない。また機会提供型であることを認定するための理由を支える証拠はいずれにしても捜査の前に集まっているはずなのであるから、この収集が困難であるとい

63 「身分秘匿捜査」という用語について、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——」（東京都立大学）法学会雑誌46巻2号323頁註(2)参照。

うことは反対する理由となりえない。

(本学法学部教授)