

罊の法理の史的変遷とおとり捜査論議の問題関心

宮木 康 博

- 一 はじめに
- 二 罊の法理の幕開け
- 三 罊の法理と連邦最高裁の対応
- 四 おわりに

一 はじめに

おとり捜査は、薬物事犯や銃器事犯のように、直接的な犯罪被害者がおらず、当事者間で秘密裏に実行されるなど、証拠の収集や犯人の検挙が困難な犯罪類型への一つの対処方法として実施されてきた。もともと、こうした手法に対しては、必要性や有効性が肯定される一方で、ダーティーなイメージも手伝って、当初から、無制限に許容されるべきではないとする点には一定のコンセンサスがあった。

わが国のおとり捜査論議は、米国の罊の法理を参考にして本格的に開始され⁽¹⁾、被告人の主観面である犯罪性向

(predisposition)の有無によって「犯意誘発型」と「機会提供型」に分類し、前者は無罪(ないし違法)、後者は有罪(ないし適法)と判断する二分説が有力化していった。しかし、二分説に対しては、近時、おとり捜査の「違法性の実質」の理論的解明に取り組み、それを国家が刑事実体法によって保護される法益侵害を生じさせるおそれがあること(および捜査の公正さを侵害するおそれがある点)に求める見解から、①対象者の犯意(犯罪性向)の有無にかかわらず、おとり捜査は常に犯罪の創出を伴うことになる以上、それが違法の根拠とするところ(犯罪創出の有無)と、適法・違法の判断基準(犯意〔犯罪性向〕の有無)との間に齟齬がある、②犯意の有無という要因が、任意捜査の適法性に関わる一般的な判断枠組みの中でどのように位置づけられるかが明確であるとはいい難く、理論的な検証に十分耐えうるものかとの疑問が向けられた⁽³⁾。そこで、現在では、捜査機関の働き掛けに着目し、おとり捜査は、国家が犯罪を創出し、刑事実体法によって保護される法益を侵害する可能性があるとともに、刑事司法制度の基礎をなす「捜査の公正」を侵害するおそれがあるため、これらの弊害を考慮してもなお同手法によるべき特別な事情が認められるか否かが捜査比例の原則に照らして判断されるべきであるとする見解(客観説)が有力となっている⁽⁴⁾。

しかし、こうした議論の展開に対しては、近時、客観説は捜査機関が身分や意図を秘して相手方に犯罪を実行するよう働き掛けることの許否ないし許されるとすればいかなる場合であるかを問題とする一方、二分説は、捜査機関の働き掛けによって国家が自ら惹起した犯罪を理由に対象者を訴追ないし処罰することの許否ないし許されるとすればいかなる場合かを問題としてきたのであり、両者は基本的な問題関心を異にするとの指摘がある⁽⁴⁾。この見解によれば、そもそも両者は必ずしも対立的に議論されるべきものではないということになる。わが国の議論が同一問題に対する見解の相違なのか、それとも、一見すると二項対立的だがその実は問題関心を異にする

るものなのかを明らかにすることは、おとり捜査論議の本質に関わる問題であるため、今後の議論の精緻化に必要となるように思われる。

そこで、本稿では、わが国のおとり捜査論議の原点である米国における毘の法理の展開を跡付けること⁽⁵⁾で、おとり捜査論議の本質的な問題関心を確認してみたい。

二 毘の法理の幕開け

米国において、毘の抗弁が一般的に受け入れられるようになったのは、二〇世紀に入ってから経過した後のことであるが、そこに至る過程では、政府が犯罪に関与する点に着目した州のケースが影響を与えている。

1 州のケース

(一) Board of Commissioners v. Backus 事件 (一八六四年)⁽⁶⁾

捜査当局者等によって、被告人が犯罪を実行するに際し、何らかの誘発 (inducement) があつた場合への対応が問題として意識され始めた当初、裁判例では、犯罪の実行を取りまく状況がいかなるものであれ、「犯罪は犯罪である」という態度が一般的であつた。こうした態度は、例えば、一八六四年のニューヨーク州最高裁における Board of Commissioners v. Backus 事件で次のように象徴的に表現されている。

「もし本件に犯罪を行う誘発が存在すると推定できたとしても、被告人の主張は、この世界と同じぐらい古く、最初に樂園で差し挟まれた言い訳の繰り返しにしかならない。すなわち、『蛇が私を欺き、私は確かに食べました。』この抗弁は偉大なる神（立法者 [Lawgiver]）によって却下されており、我々がどのような評価をし、あるいはどのような批判が悪魔（誘惑者 [tempter]）の性格あるいは行動についてなされたとしても、それ以来、この言い訳は、犯罪をかばい、あるいは犯罪者に免責を与えることはなく、……いかなる文明化した法体系の下でもそうすることはないと行って間違いない。」⁷⁾

(2) Saunders v. People 事件（一八七八年）⁸⁾

しかし、こうした予想に反し、比較的早い段階で米国の裁判官は、主に行き過ぎた法執行手法を拒絶するため、罾のテストを採用するとともに、抗弁としての罾の必要性を認識するに至った。

まず、Saunders v. People 事件では、弁護士が契約書や公文書を入力する目的で法廷に盗みに入った件で訴追された。侵入窃盗を成功させるため、Saunders は、事前に Webb（警察官）に法廷のドアの鍵を開けておくように依頼していた。Webb から相談を受けた上司は、罾を仕掛けるべくその機会を利用することにした。公判において、裁判所は反対尋問における Webb の被告人との違法な付き合いに関する質問を認めなかった。第一審裁判所によるこの拒絶を排斥する上で、ミシガン州最高裁は犯罪における罾の背景は証人の信頼性に関する証拠として陪審に入手可能であるべきとして次のように述べた。

「もし証人 (Webb) が事実の通りに証言したのであれば、彼は明らかに起訴された犯罪を黙認し、援助していた。そして、彼自身が言っているように、被告人を犯罪へと誘惑する手段によってではなく、彼 (被告人) が探

し求め、依頼した機会を彼（被告人）に与えることのみによってこれをしたかもしれない。しかし、それは証人を疑わしい立場に置いたのであり、陪審は、当事者間の以前の関係がこの取引に当てたであろうすべての光の利点を得るべきであった。」⁹⁾

同意意見では、警察の活動はより厳しく直接的に非難された。

「私は……本件において警察によってとられた異常な成り行きが気づかれず、非難されることなく看過されることを黙って許すことはできない。……本件において警察官によって追求された道は全く弁解の余地がない。犯罪を實行しようとしている者が警察官に接触し、その援助を求めるとき、義務と正義の最も単純な原理によると、そのような援助を与えることを拒否し、犯罪の實行を防止する手段をとり、犯罪者予備軍の更なる悪化ではなく、改善と更生 (elevation) に気を配ることが警察官の義務であるように思われる。一部の裁判所は、犯罪者の罪を發見するために捜査官によって採用されたいくつかの非常に疑問の余地のある手法について捜査官に奨励を与えるのに大きな役割を果たした。しかし、彼ら〔一部の裁判所〕は、捜査官が間違った義務感の下で彼らを逮捕・処罰するために犯罪を行うよう働き掛けたり、援助する助けあるいは励ましを与えるほどにはなっておらず、そうなることは決してないと信じている。犯罪の實行を検討している人物が常習犯であるという単なる事実は、言い訳はもちろぬ、本件において採用され、追求された成り行きの正当化事由にはならない。もし犯罪を實行しようとしていた者が常習犯であることが事実であれば、彼の過去の不法行為を説明したり、あるいはそれについて彼を処罰することに役立つことのない新しい犯罪の實行について彼が積極的に援助・奨励されるべきではないより大きな理由が存在するように思われる。なぜなら、彼らが起訴され、裁判にかけられている特定の犯罪の有罪あるいは無罪とは無関係に、法は彼らの一般的な悪い、あるいは犯罪的な行為に基づいて有罪判決および処罰を

考えたり、(実際に)そうすることを認めてはいないからである。人の本性は良くても十分に弱く、悪事を行うのにいかなる奨励も必要としない。⁽⁴⁰⁾」。

(3) O'Brien v. State 事件 (一八七九年)⁽⁴¹⁾

毘の教義の初期の発展に関するもう一つの主要判例は、一八七九年の O'Brien v. State 事件である。O'Brien 事件では、被告人は殺人の容疑者を逃走させるために看守に賄賂を渡そうとした罪で有罪判決を受けた。証拠からは被告人と看守のいずれが最初に賄賂を示唆したのかは不明確であったが、看守が被告人を毘にかけるために計画に従うかのように行動したことは明らかであった。このような事情の下、事実審は陪審への説示 (charge) において、政府当局者を買収することは誰が最初に犯罪を引き起こしたかにかかわらず違法行為になり、買収を提示した政府当局者は、既存の制定法の下では共犯者にはならないと述べた。これに対し、上訴審は次のような異議を唱えた。

「政府当局者がある人に対して自身の監督下にある囚人を解放する見返りに賄賂を受け取る自身の意欲を最初に示唆し、それによって犯罪的な意図を生じさせ、被告人を毘にかけるためだけに最初に示唆した犯罪行為について被告人に加わった場合、その事案は刑法典の精神 (spirit of the Criminal Code) の範囲内ではない。……先例の分析によると、我々は現在検討している法的部分に関して、事実審によって表明された見方を支持するいかなる判決も発見することができなかった。⁽⁴²⁾」。

これらの二つの州の事案があつたにもかかわらず、抗弁としての毘は一般的には承認されていなかった。他の初期の州の事案でも、政府による毘の慣行を非難し、Saunders 事件と O'Brien 事件に従つたが、被告人が毘にか

けられたために無罪の資格があると実際に判示した事案は少なかった。⁽¹³⁾

2 連邦のケース

(1) *United States v. Whittier* 事件(一八七八年)⁽¹⁴⁾

初期の連邦事件の中にも抗弁としての罾に同情的な見方を示したものがある。その最初のケースが *United States v. Whittier* 事件である。本件で被告人は、悪徳弾圧協会(Society for the Suppression of Vice)の係官(agent)による誘発を主張し、罾の抗弁を提起した。被告人は他の理由で釈放されたが、同意意見は罾の慣行を非難した。

「いかなる裁判所も推定違反者を察知するのを助けるためだとしても、実定法の違反、あるいは犯罪を実行するよう人を誘発することへの計略の肩を持つべきではない。違反者を探知するための者による法律違反は違反者を正当化せず、あるいは彼にとって抗弁として利用可能にはならないが、違法な手法を用いることは奨励されるべきではない。」⁽¹⁵⁾

後の連邦の事案である一八九四年の *United States v. Adams* 事件⁽¹⁶⁾では、被告人は、「郵送できない印刷物」に関する制定法上の犯罪(受胎の予防についての情報を違法に郵送した罪)で起訴された。被告人による郵送は、政府の検査官(inspector)が問い合わせたおとり(decoy)の手紙に応えたものであった。裁判所は *Whittier* 事件と *Saunders* 事件を引用し、事実に基づくといかなる犯罪も行われなかったと結論づけた。

(2) Woo Wai v. United States 事件 (一九一五年)⁽¹⁾

連邦裁判所でも当初は州の裁判所と同様に、畏は一般的には、単なる「不愉快」の対象にとどまっていた。こうした状況に変化をもたらしたのが、一九一五年の Woo Wai v. United States 事件である。本件の被告人は、中国国籍の者をメキシコから米国に密入国させる共謀の罪で有罪判決を受けた。公判で、被告人は訴追された行動は政府の捜査官に誘発されたものであるため、いかなる法律違反もないと主張した。事実審は、仮に事実が被告人の述べた通りであったとしても、起訴に対する法的抗弁を構成しないと陪審に説示した。

もっとも、被告人が犯行に至る過程には、次のような経緯があった。被告人は、事前に何らかの違法行為に関与していると疑われたからではなく、彼が他人の違法行為についての情報を有していると疑われたために捜査官に接触され、犯罪を行うよう誘発されたのであり、捜査官の意図は彼が知っていることを疑われたために犯罪の実行へと誘発することにあつた。また、被告人は、数か月間にわたる度重なる勧誘の後、最終的に説得されたわけだが、当初は「これは法に反することだ。できない。」と述べて計画に参加することに躊躇を示していた。

こうした事情を踏まえ、第九巡回区裁判所は有罪判決を覆す上で次のように述べた。

「我々は、本件の証拠によって明らかにされたやり方で得られた有罪判決を維持することはパブリック・ポリシーに反しており、……健全なパブリック・ポリシーは、そのように刑法典の文言を侵害する行為を行うよう誘発された者たちの犯罪性を否定することのみによって維持される。⁽⁸⁾」

裁判所は、犯罪への抗弁としての畏に抵抗した過去の事案を次のように区別した。

「それらの全ての事案においては、犯罪を行うという犯罪的な意図は、その発端が被告人の精神の中にあつた。……本件では、犯罪的な行為の示唆は政府の捜査官から来た。計画全体が彼らから生じたのである。⁽⁹⁾」

こうしてみると、連邦裁判所における畏の初期の発端は、被告人の意図を強調しているようにみえる。

三 畏の法理と連邦最高裁の対応

連邦最高裁が畏の抗弁に興味を示すようになったときには、米国の裁判所における抗弁への支持は順調に進んでいた。

1 Casey v. United States 事件（一九二八年）⁽³⁾

こうした状況下の一九二八年、連邦最高裁の前に畏の教義に関心を向ける事案が現れた。Casey v. United States 事件の被告人は麻薬中毒者の囚人に対してモルヒネを提供したことに関連して、それを違法に購入した罪で起訴された。被告人は法律相談のために囚人を頻繁に訪れた弁護士であった。看守は、被告人が訪れた後の囚人たちが麻薬の影響を受けていることに気がついた。そこで、被告人を畏にかけるために綿密な計画が立てられた。

Casey 事件における中心的争点は、オリジナルの認証を受けたパッケージに入っていないモルヒネを所持していたことが違法に購入したという起訴を維持するのに十分な証拠であるかという点であった。それゆえ、多数意見では、畏の論点については、「Casey は、躊躇なく、そして当然のこととして同意した Cicero による簡単な依頼以上には、全く犯罪を行うよう誘発されていなかった。」⁽³⁾として簡潔に排斥された。しかし、本判決は

Brandeis 最高裁判事が政府の行動に焦点を当てた強い反対意見を述べたことで注目を集め、後の有力説（客観的アプローチ）が主張される道を拓くとともに、罫の論点がクローズアップされることに繋がった。

「裁判所が——相対的な社会的価値を誤解し、望ましい目的は不正な手段を正当化しないことを忘れ——処罰しようという熱意の中で財産および個人的な権利に対する犯罪行為、あるいはさらに忌まわしい捜査官による他の慣行によって得られた証拠の使用を是認したことを私は承知している。しかし、ここでの異議は異なる性質のものである。……訴追に対する障害は、主張された犯罪が政府の捜査官によって引き起こされたという事実にある。すなわち、政府が被告人を処罰しようとしている行為は、その実行を誘発しようとする彼ら（捜査官）の犯罪的な共謀の結果だということである。政府は、犯罪者を罫にかけるためにおとりを配置してもよい。しかし、政府は犯罪を引き起こし、あるいは作り出し、そして創造されたものである犯罪者を処罰してはならない。……「もつとも」彼らの行為は、抗弁にはならない。なぜなら、いかなる政府当局者も、議会制定法の違反を許可する権限を有さず、いかなる当局者の行為もその違反（議会制定法の違反）を正当化することはできないからである。しかし、捜査官によって作り出された犯罪者が処罰されることを裁判所が我慢しなければならぬという点では必ずしもない。それを許すことは、当局者に権限付与されていない不当な行動を政府が承認することに等しい。……「被告人の」何らかの権利が否定されたからではなく、政府を守るためにこの訴追は止められるべきである。政府をその当局者による違法な行為から守るためである。その裁判所の廉潔性を保つためである。」⁽²⁾

2 Sorrells v. United States 事件 (一九三二年)⁽²⁾

(1) Sorrells 事件は、胃の教義の理論的な基礎を提示した初めての連邦最高裁判例として注目を集め、連邦および州の裁判所における教義の範囲や法的性質などに影響を与えた。このように Sorrells 事件の影響は、多数意見のものに限定されていたわけではなく、Roberts 最高裁判事の少数意見もまた、この教義をめぐる議論に多大な影響を持つことになり、その後の司法や学会を二分するほどに強力であった。

(2) 今日適用されている胃の抗弁は、Sorrells 事件において明白になった緊張関係を反映している。Sorrells 事件は、政府の係官が被告人の家を訪問し、多量の酒を確保するように彼を繰り返し説得した禁酒法に関する事案であった。係官が戦争体験による仲間意識をかき立てた三度のアプローチの後、被告人は対価を受けて半ガロンの酒を提供した。政府は、「被告人は『ラムの密売人』として一般的に評判であった」と証言した証人を呼んだが、連邦最高裁は「被告人が起訴された行為は禁酒法の係官によって引き起こされており、……被告人は当該犯罪を行う犯罪性を有していなかった」と判示した⁽³⁾。単に犯罪を行うための機会や施設を提供することそれ自体では訴追を阻止しないと認めた上で、多数意見は「犯罪的な計画が政府当局者から生じ、彼らが無実の人の心に犯罪を行う犯罪性を植えつけ、彼らが起訴できるようなその実行を誘発する場合、異なる課題が提起される⁽⁴⁾。」とし、真に罠にかけられた被告人は処罰されるべきではないとの命題のために多数の事案を引用した。とりわけ注目したのが第八巡回区裁判所の Butts v. United States 事件⁽⁵⁾である。

「それまで一度も頭の中でも、また行動においても有罪ではなく、また、もし警察官が彼に対してそれを行うよう動機づけをし、扇動、説得、誘惑をしなければ明らかに有罪になることはなかったであろう犯罪の実行につ

いて処罰することはパブリック・ポリシーに反しており、確立された国法 (law of the land) と正反対である。⁽²⁷⁾

(3) 続けて連邦最高裁は「立法者意思」(legislative intent) を伴う理論的な正当化事由に議論を進めて次のように述べた。

「法の道理を犠牲にし、不条理な結果あるいは甚だしい不公平を作り出す制定法の文字通りの解釈はしばしば非難されてきた。……この制定法を成立させる上で、当局者が探知および執行手続に人々を誘い出し、処罰するためにさもなければ無実の人々を扇動することによって濫用されることを議会が意図していたと結論づけることはできない。……これは、そのような事案において政府が訴追を禁じられ、あるいは裁判所が訴追を禁止すべきであるという根本的かつ支配的な考えである⁽²⁸⁾と考える。」

こうして連邦最高裁の多数意見により、罽の教義の根拠は立法者意思であることが示される一方、多数意見は次のように述べて仮に問題になっている制定法が被告人に適用可能であれば、罽にかけられた被告人に対して連邦最高裁が刑事免責 (immunity) を与える権限を有するという見方を明確に拒絶している。

「制定法が罽であるにもかかわらず適用可能であり、被告人を有罪と取り扱っているにもかかわらず、裁判所が刑事免責を与え、あるいはそのための手続を採用する権限を有するという見方は承認することができない。……被告人が制定法の範囲内であると判断された犯罪について正当に訴追され、当局が訴追を進めることを求めた場合、裁判所は、被告人を自由することを望むことを理由として、合憲的手法で審理を拒絶することはできない⁽²⁹⁾」。

このような判示を見る限り、立法者意思は、連邦最高裁によって罽の抗弁の必要な基礎とみなされたといえる。

(4) 立法者意思の教義——刑法を罽にかけられた被告人に対して拡大適用することを議会は意図しなかったとい

う考え——は、胃に関して議論の焦点となってきた二つの教義を示唆する。⁽³⁰⁾ 一つ目の教義は、制定法は胃にかけられた被告人に適用されないため、胃にかけられた被告人はその犯罪について無実であるというものである。したがって、この見方の下では、胃は直接被告人の罪に関する申立てに進み、被告人は有罪ではないため、政府は訴追を禁じられる。Sorrells事件における連邦最高裁は、胃にかけられた被告人は当該犯罪について有罪ではないと明確に述べた。

「この抗弁は、被告人は有罪だが自由になってもよいという視点からではなく、政府は、当局者が彼の行為の扇動者である場合に彼がその犯罪について有罪であると主張することを許されてはならないために利用可能なものである。」⁽³¹⁾

二つ目の教義は、犯罪性向に関するものである。前述の通り、立法者意思の見方は、刑法は「さもなければ無実」である人々に適用されないと主張する。この特徴づけは、胃にかけられた被告人は、政府の誘発がこの傾向を侵害する以前は特定の無実の精神状態にあることを意味する。定義上、胃は、胃にかけられた被告人は犯罪を行う犯罪性向を有していないという考えを包含する。それゆえ、被告人の犯罪性向は極めて重要になる。

「提起された論点および提示された証拠は、被告人が……さもなければ無実な人であるか否かに関するものでなければならぬ。」⁽³²⁾

この点に関連し、Sorrells事件の多数意見は、犯罪性向の性質上、通常の場合下では先入観を与えたとして証拠として認められない証拠を認める必要性があったとした。

「もし被告人が胃を理由に無罪判決を求めないのであれば、その問題に関係があるとされる彼自身の行動および犯罪性向についての適切で綿密な審問に文句を言うことができない。結果的に彼が不利益をこうむったとしても、

それは抗弁の性質が自身にもたらしたものである。⁽³⁾」

(5) これに対し、反対意見では、罊の根拠は被告人の精神状態（主観的テスト）ではなく、不適切な警察の行為（客観的テスト）であるべきと主張した。Sorrells事件の判決理由の主な焦点は、被告人の精神状態と抗弁をめぐる手続的な問題の双方に異なる態度を示している。

反対意見を書いた論者（BrandeisおよびStone最高裁判事）の意見として、Roberts最高裁判事は、数多くの過去の事案で述べられ、多数意見によって承認された罊の抗弁のパブリック・ポリシーによる正当化事由を強調した。もつとも、彼は、この基礎は、立法者意思というフィクションも、有罪な被告人の免責のいずれも必要としないと述べた。

「この考え方は、自然犯とより重大でない制定法上の犯罪との区別を必要としない。また、制定法の解釈を必要とせず、有罪な被告人にいかなる利益があるとも考えない。政府とその手続の廉潔性を守るパブリック・ポリシーの中にこの教義の真の土台を率直に認める。」⁽⁴⁾

Roberts最高裁判事は多数意見の立法者意思の教義を「不当な法解釈」と批判した上で、次のように付言した。

「罊の教義は、……パブリック・ポリシーの根本的な規範に基づいている。自身の機能の保護および自身の神殿（temple）の廉潔性の維持は、裁判所にのみ属する。刑法のそのような墮落から自身と政府を守ることは、裁判所の、そして裁判所のみを管轄である。」⁽⁵⁾

続けて、Roberts最高裁判事はパブリック・ポリシーを正当化事由とする自然な帰結として、罊の問題は陪審ではなく、裁判官が解決すべき問題であるべきと述べ、多数意見が被告人の過去に関する捜査および証拠について賛同したことに対して痛烈に批判した。

「政府当局者によるそのような行為が許され、被告人が悪い評判を有していた、あるいは過去に罪を犯したという事実によって〔当局者の行為が〕無害な状態にされているということは、裁判所の手続が嫌悪すべき取引の完了を拒絶した理由を完全に無視することになる。……認められる手続は、実際には、事前の評判あるいは過去の何らかの行為あるいは起訴状に言及されていない被告人の行為で展開することになる。」⁽³⁾

(6) *Robens* 最高裁判事の意見は、妥当な代替手段の表現としてよりも、多数意見および「立法者意思」の批判としてより効果的であった。また、この意見は、適切な焦点は被告人ではなく、政府の行為に対するものであることを示唆したが、どのような政府の行為が罾として十分であるかについてはほとんど説明がなかった。それゆえ、被告人の犯罪性向への言及なしに政府の行為の適否をどのように評価するのかという課題を残した。

3 *Sherman v. United States* 事件（一九五八年）⁽³⁾

(1) 連邦最高裁は、*Sherman* 事件で罾の抗弁を再考した。*Sherman* 事件の事実関係は、罾に対する二つの対立するアプローチのメリットとデメリットを評価するための興味深い素材を提供した。本件の被告人は麻薬中毒からの回復のために治療を受けていた病院で出会った政府の情報提供者に麻薬を販売したとして有罪判決を受けた。政府の情報提供者は、同じような状況で数回会っているうちに友情が芽生えたため、被告人に麻薬の供給元の名前を聞き始めた。情報提供者による「苦しみ」を想起させる繰り返し返しの要請の後に被告人は麻薬を提供した。証拠からは被告人は犯罪を行うよう誘発されたのみならず、麻薬への依存に戻るようにも誘発されていたとされている。

(2) Sorrells 事件の連邦最高裁判決を再考した後、Sherman 事件の多数意見は、根拠は必ずしも明らかではないが、罨は法的問題としては確立されたと結論づけた。⁽⁴⁾ 連邦最高裁は、判決理由を被告人の犯罪性向の欠如に集中させ、Sorrells 事件の判断を注意深く再確認した。

「上訴人は、一九四二年に違法に麻薬を販売したとして有罪判決を受けた。彼は一九四六年にも違法に麻薬を所持したとして有罪判決を受けた。しかし、とくに当時彼が麻薬の習慣の克服に努めていたことが記録から推察される場合、九年前の販売の有罪判決および五年前の所持の有罪判決は、「情報提供者が」接触した時点で上訴人が麻薬を販売する前向きな姿勢を有していたと証明するには不十分である。」⁽⁴⁾とした。

他方で、本件における連邦最高裁の結論の根拠は、被告人の犯罪性向あるいはその欠如ではなく、政府の情報提供者の慣行についての議論に見つけることができるかもしれない。

「係争中の事案は、罨の抗弁が打開することを意図している悪を説明している。政府の情報提供者が麻薬を避けようと試みている誰かに対して違法な販売を行うのみならず、使用の習慣に戻らせようと誘惑する。そして、適切なタイミングを選んで情報提供者は政府の係官に伝える。でっち上げは、情報提供者が売人にどのような形で出会ったかについての質問もなく係官に受け入れられる。したがって、政府は無実の当事者の弱みを利用して、さもなければ試みることはなかったであろう犯行へと彼を欺く。法執行は、このような手法を必要としない。」⁽⁴⁾ともある。

(3) Sherman 事件は、罨についての少数派の見方を発展させる格好の機会を提供した。Frankfurter 最高裁判事は、Sorrells 事件における Roberts 最高裁判事による少数派の意見を引用して多数派の見方を批判した。二つの厳しい批判が多数意見の主観的（犯罪性向）テストに向けられた。一つ目の問題性は、このテストは、これらの困難な

状況における適切な警察の行動について、適切な基準を提供しなかったというものである。Frankfurter最高裁判事は次のように主張した。

「陪審の評決は、特定の事案における毘の問題を解決するかもしれないが、将来に対する当局の行動への重要な指針を与えることができない。裁判所のみが、蓄積された先例における明確な基準の段階的な進展を通して、刑事司法が求める賢明な統治を幾分かの確実性をもって行うことができる」⁽⁴⁴⁾。

Frankfurter最高裁判事によると、多数意見のもう一つの欠陥は、最高裁のテストは奇妙で危険なフィクションである立法者意思に基づいているということである。

「被告人が政府当局者あるいは情報提供者によって毘にかけられた場合、『議会が、その制定法が無実の人々を違反へと誘惑することによって施行されることを意図したはずがない』ため、有罪判決を得ることはできないと示唆することは間違いなく全くのフィクションである。毘の抗弁を提起しているこれらの事案において、何らかの道理の現れをもって制定法から抽出できる唯一の議会の意図は、まさに被告人が関与した行為を犯罪にするというものである。その行為は、犯罪を構成するために必要なすべての要素を含んでいる。強制がなく、それが必要条件の場合には『認識』があれば、被告人は制定法の命令に違反したことになる。彼が通常の懲罰的な帰結から救済されるのであれば、それは決して彼が犯罪について無実だからではない。また、これらの状況下では、誘惑者が私人であるか、政府の係官あるいは情報提供者であるか否かにかかわらず、行為が誘惑の結果であるために犯罪性がより低下するわけではない。裁判所は、彼の行為が制定法の禁止領域に入らないからではなく、もし彼の罪が認められたとしても、有罪判決をもたらすために政府のために用いられた手法が容認できないため、有罪判決を拒絶するのである」⁽⁴⁵⁾。

(4) なお、先述した *Sorells* 事件において客観的アプローチを提唱した *Roberts* 最高裁判事が残した課題（どのよう
に客観的な基準が適用されるべきか否か）については、以下の *Frankfurter* 最高裁判事の判決理由においても示
されず、その内容は多数意見への批評に留まっている。⁽⁴⁶⁾

「このテストは、特定の被告人の記録と犯罪性向への注目から警察の行為とそれが犯罪を行うことについてや
る気に満ちている者たちのみを罠にかける客観的に考慮された可能性へと注意を移す。これは、客観的なテスト
であり、警察の嫌疑の合理性が判断され、あるいは被告人の犯罪的な傾向が適度的に評価されなければならない
場合に、欠けている警察の行為を規制する上での指針を与える。それは、訴追の手段としての『罠』の非法化
につながった根本的な直感に直接的に迫る。犯罪を探知するのではなくむしろ推進し、放っておかれていれば法
に従ったであろう者達の失墜をもたらすのに用いられた場合、政府の権力は濫用され、そのために制定されてい
ないものに向けられている。人間の本性は十分に弱く、政府が誘惑を追加し、犯罪を作り出さなくても、誘惑に
十分に取り囲まれている。

どのような警察の行為が、さもなければ犯罪を行うことについてやる気に満ちていない者たちを誘発する可能
性が高いという理由で非難されるべきかは、異なる犯罪および新しい探知の手法を伴う新しい状況が発生するに
つれて、ケースバイケースで抽出されなければならない。⁽⁴⁷⁾」

4 *United States v. Russell* 事件（一九七三年）⁽⁴⁸⁾

(1) 連邦最高裁は一九七三年の *Russell* 事件において、罠についての多数派の見方をさらに固めた。

Russell事件では、政府の係官は、メタンフェタミン(「スピード」)を製造できるように入手困難な必須の材料を被告人に供給しており、犯罪の実行にかなりの程度に関与していた。係官は麻薬が製造された後に被告人を逮捕した。⁽⁴⁹⁾

控訴審は、政府の行為は行き過ぎであったとして有罪判決を覆し、法律問題として、胃が起きたと判示した。すなわち、「刑事訴追に対する抗弁は、容認し得ない程度の犯罪的な活動への政府の関与に基づいて基礎づけることができる。」としたのである。⁽⁵⁰⁾

多数意見を書いたRehnquist最高裁判事は、「この事案について異なる見方を採用した。判事はSorrells事件からSherman事件までの胃の教義をたどり、⁽⁵¹⁾ 主要な問いかけは、適切にも、政府の関与ではなく、個人の精神状態に焦点を当ててきたと結論づけた。

「胃は比較的制限された抗弁である。これは、『熱心すぎる法執行』であると感じた訴追を却下する司法の権限ではなく、禁止された犯罪のすべての要素を行ったがそれを行うよう政府によって誘発された被告人に対する刑罰を議会が意図していたはずがないという考えに基づいている。⁽⁵²⁾」

(2) 多数意見は、被告人によってなされた有罪判決は第四修正および第五修正の排除ルールに類似した根拠に基づき覆されるべきであったという主張を斥けた。

「被告人は、裁判所が排除ルールを違法な捜索・差押え(Weeks v. United States事件、Mapp v. Ohio事件)および自白(Miranda v. Arizona事件)に適用することにつながったのと同じ要素が本件にも考慮されるべきであると主張する。しかし、被告人は、犯罪行為への警察の関与を理由に、あらゆる訴追が完全に禁じられることを要求することによって、望ましくない政府の行動を阻止することについてさらに踏み込むよう連邦最高裁に求め

ている。比喩はいずれにしても不完全である。なぜなら、排除ルールの採用の背後にある主たる理由は、政府が『自身の法を遵守しなかったこと』であるからである。Mapp 事件や Miranda 事件の判断を生じさせた状況とは異なり、ここでの政府の行為は被告人のいかなる独立した憲法上の権利も侵していない。また、Shapiro (おとり) は、被告人の麻薬事業に潜入する上で、いかなる連邦制定法ならびに規則を犯したり、あるいは犯罪を行っていない⁽⁵³⁾。

被告人によるデュー・プロセスの主張も議論された。被告人は、憲法上の問題として有罪判決を有効とできないほど政府の過度な関与は言語道断であり、パブリック・ポリシーに著しく反していると主張した。多数意見は、そのような主張が提起されること自体は否定しなかったが、⁽⁵⁴⁾ 本事案の事実関係ではこの原理の適用を正当化することはできないとして次のように判示した。

「係官による既に進行中の犯罪事業へのプロパノンの提供はほとんど異議のあるものではない。化学物質はそれ自体では無害な物質であり、その所持は合法である。政府は、被告人が一員であった麻薬組織にとってその化学物質を入手することをより困難にしようとしていたのかもしれないが、……証拠はそれにもかかわらずプロパノンが入手可能であったことを示している。ここでの法執行は、第五修正のデュー・プロセス条項によって要求されている、『根本的な公正性を犯す、あるいは、普遍的な正義感にとって衝撃的であること』からは程遠い⁽⁵⁵⁾」。

(3) *Rehnquist* 最高裁判事は、特に麻薬製造犯罪などへの政府関与の必要性に多くの時間を割いた。

「麻薬の違法な製造は散発独立の犯罪事象ではなく、継続性のある違法な事業である。しかし、違法に製造された麻薬事犯について有罪判決を得るために過去の違法行為について証拠を収集することは、しばしば不可能同然の任務となる。そこで、法執行官は、唯一実行可能な探知手段に頼った。すなわち、麻薬組織への潜入および

違法な現在の活動への限定的な関与である。そのような潜入は承認されており、許容可能な捜査手段である。そうであれば、麻薬組織が必要とする物資を供給することもまた一般的に許容可能なはずである。捜査官は、彼らに提供できる価値のある何かをもっていなければ、違法な企業家に信用されないからである。このような法執行は、『根本的な公正性』に反している、あるいは『普遍的な正義感にとって衝撃的である』⁽⁵⁶⁾とはとても言うことはできない⁽⁵⁷⁾。

また、単に身分秘匿捜査官が犯罪性向を有さない仮定の個人を誘惑したかもしれない誘導にさらしたという理由で、犯罪を行うことを計画・実行した者に対し、法が訴追からの完全な免責を与えることが望ましいとも思えない⁽⁵⁸⁾。

(4) これに対し、反対意見のStewart最高裁判事は、Roberts最高裁判事とFrankfurter最高裁判事の意見に賛同し、畏の抗弁は立法者意思では根拠づけられないと主張し、「そのような被告人が『さもなくば無実である』あるいは犯罪を行う『犯罪性向を有していない』ということは、誤解を招く恐れがある。彼が〔犯罪を〕行ったという事実自体が、……彼がその犯罪について無実ではないということを決定的に示している。」⁽⁵⁹⁾と述べた。ここでも再び、畏の抗弁の政策的根拠および犯罪への政府の過度な関与を監視する重要性が強調されたのである。

続けて、Stewart最高裁判事は自身の見解を次のように説明した。「このアプローチの焦点は、特定の被告人の傾向や犯罪性向にはなく、『特定の事案において明らかにされた警察の行為が、一般的な感情が反応する政府権力の適切な使用の基準以下に落ちるか否か』である。換言すると、問題は、関与した特定の被告人の犯罪性向に関係なく、政府の捜査官が犯罪行為を引き起こし、あるいは作り出す可能性が高いような形で行動したか否かである。このアプローチの下では、政府の行為の適法性の判断は——これはすべて法執行手法の適法性に関連す

る問題であるため——陪審ではなく事実審の裁判官によってなされなければならない。

私の考え方によると、*Sorellis* 事件における *Roberts* 最高裁判事および *Sherman* 事件における *Frankfurter* 最高裁判事によって提案された罫に対する客観的アプローチが、この抗弁の根本的な論理的根拠と唯一、真に一致する。実に、罫の抗弁の基礎自体が、被告人が『犯罪性向を有していた』あるいは『さもなければ無実であった』か否かではなく、むしろ政府の捜査官の行動に焦点を当てるアプローチの遵守を要求している。⁶⁰」。

(5) 反対意見の論者は、これらの原理を当てはめ、次のように述べて被告人は法律問題として罫にかけられており、この事案は陪審にかけられるべきではなかったと結論づけた。

「この事案では、*phenyl-2-propanone* が独立の供給源から入手可能だったと仮定しても、被告人が起訴された三つすべての起訴に関連したメタンフェタミンに使用されたもの——つまり、一九六九年二月一〇日に製造されたもの——は、政府によって供給されたという事実が残る。この必須の材料は、議論の余地がないほど入手困難であるが、被告人が有罪判決を受けた犯罪を行うのに使用されたものは捜査官自身が率先して被告人に対して提示し、必要な量が被告人に直ちに提供されたものである。もしこの化学物質が他の場所でも簡単に入手できるのであれば、なぜ捜査官は被告人自身がその材料を入手し、麻薬を製造するまで単純に待ち、その後には彼からそれを買わなかったのであろうか。麻薬への見返りとして *phenyl-2-propanone* の供給を提示することが捜査官自身に課せられた義務であると感じたという事実自体が、化学物質が捜査官の介入なくして簡単に入手することが可能であり、したがって捜査官は単に犯罪行為を行う機会を提供しただけであるという説明に著しい疑問を投げかける。

本件においては、化学物質の材料は免許をもった者のみ入手可能であり、政府自身が供給者に対して、免許を

有する人々に対してさえも販売しないよう要請していた。それにもかかわらず、政府の係官は、その材料を免許を有さない者に直ちに提示・供給し、違法な麻薬を作るよう依頼した。そして、政府は係官がとても親切に提供した材料から麻薬を作ったことについて訴追した。これは、法律問題として罍を構成すると判断されるべきである行動のまさに典型例であるような印象を受ける。⁽⁶¹⁾」。

5 Hampton v. United States 事件(一九七六年)⁽⁶²⁾

(1) 連邦最高裁は、Hampton 事件において、主観的(犯罪性向)テストを再確認した。Hampton 事件は、被告人が販売したとして起訴されたヘロインは、(買い手を装った)他の政府当局者に対してヘロインを販売するよう被告人を罍にかけた政府の情報提供者によって供給されたものであると被告人が主張した事案である。情報提供者による証言は、被告人の供述と一致していなかったが、弁護側は次のような陪審への説示を要求した。

「もしあなたが被告人による麻薬の販売が政府によって雇用され、あるいはそのために行動している情報提供者によって供給された麻薬の販売であると判断した場合、法は政策的問題としてそのような事案における彼の有罪判決を禁止しているため、あなたは被告人を無罪としなければならない。

また、この特定の抗弁の下では、あなたは起訴された犯罪を行う被告人の犯罪性向を検討することを必要としない。なぜなら、もし情報提供者を介した政府の関与が、私があなたたちの頭の中に今まさに描写したレベルに到達しているのであれば、被告人の犯罪性向は問題とならないからである。⁽⁶³⁾」。

事実審と控訴審は、いずれも Russell 事件に依拠し、これらの説示を却下した。上訴において、弁護人は

Russell事件におけるまことにその判断——犯罪性向の再確認——を覆ってほしいという要求をとりやめた。⁽⁶⁴⁾代わりに、弁護人は、デュー・プロセスの原則が適用されるのに十分に理不尽な状況の可能性を示唆するRussell事件における意見に依拠した。最高裁の多数意見は、本件における政府の役割はRussell事件よりもより重大であったことは認めつつも、被告人のデュー・プロセスの主張を斥けた。

「第五修正のデュー・プロセスによる制限は、問題となつてゐる政府の行動が被告人の何らかの保護された権利を侵害する場合にのみ作用する。……しかし、ここでの警察の行動は、Russell事件がRussellから何らの権利もはく奪しなかつたのと同様に被告人から米國憲法によつて保障された権利をはく奪してゐない。」⁽⁶⁵⁾

加えて、Hamptonのデュー・プロセスの主張を議論する上で、本来的 (pareo) ルールを明確に述べてゐる。

「Russell事件において、我々は、本件のように被告人の犯罪を行う犯罪性向が立証された場合、罽の抗弁が提起されている事案における政府の違法行為に根拠づけられる可能性を排除した。……政府の捜査官の行動に関しては、彼によつて働き掛けられた刑事事件の被告人への救済は罽の抗弁だけにある。

したがつて、多数派は、デュー・プロセスの保障の中に内在する根本的な公正性の概念は、取りまく状況を踏まえた警察の行動の理不尽さに関係なく、犯罪性向を有する被告人の有罪判決を阻むことはないと言つてゐる。⁽⁶⁶⁾」

Powell最高裁判事とBlackmun最高裁判事も判決およびHamptonの主張に特に向けられた多数意見のほとんどのに加わつたが、デュー・プロセスの主張の広範な却下は受け入れなかつた。これらの二人の最高裁判事は、デュー・プロセスと同様に「理不尽な警察の行動を理由に犯罪性向を有する被告人の有罪判決を妨げる我々の監督権限への依拠」の問題を未解決のままにしておくことを選んだといえる。⁽⁶⁸⁾

(3) Brennan、StewartおよびMarshall最高裁判事は反対意見を述べた。彼らは、Sorrells事件⁽⁶⁹⁾におけるRoberts最

高裁判事の考え方を採用し、警察の行動——違法な物質を提供したこと——は「明らかに法律問題として畷を構成すると判示される」と結論づけた。⁸⁶⁾

「いずれにしても、申立人の有罪判決の破棄は畷の抗弁に対する『主観的』アプローチに従う者たちにとってもまたやむを得なかったと私は考える。……本件の犯罪活動における政府の役割は、Russell事件における政府の関与よりも広がっていた。さらに、Russell事件が——我々の監督権限あるいはデュー・プロセスの原則に基づき——そのような抗弁を行使する権利を有する個人が『犯罪性を有していた』としても、当局の行動が十分に不快な場合には有罪判決を禁止することを除外していないという点についてPowell最高裁判事と私は同意する。私の考えでは、本件における警察の活動は許容できる限度を超えていた。

二つの事実が本件をRussell事件と区別する。一つ目に、その事案において供給された化学物質は禁制品ではなかった。Phenyl-2-propanoneを所持し、販売することは合法であり、政府はメタンフェタミンの製造に必須の材料を供給したが、政府は禁制品自体を供給したわけではなかった。対照的に、申立人は、彼が販売したと起訴されている麻薬自体が政府の係官によって供給されたと主張している。

二つ目に、Russell事件の被告人は、「政府係官が登場する前に始まり、政府係官が去った後も継続した違法な麻薬製造事業への活発な参加者であった」。Russellは違法にメタンフェタミンを製造し、精製したとして起訴されており、彼の罪は進行している事業への参加であった。対照的に、申立てによると、申立人が有罪判決を受けた二つの販売は政府係官によって引き起こされ、政府による販売によって完結されたものである。したがって、犯罪の開始と終わりが本件に関係している犯罪活動への政府の参加および離脱と完全に一致しているが、Russell事件においては、政府は同じように関与したわけではない。

Russell事件との状況の違いが程度の問題であるか、種類の問題であるかに関わらず、これらは明らかに異なる帰結を必要とすると考ええる。政府係官が禁制品を供給し、別の係官を見込みある顧客として連れてくることによって意図的に被告人をはめた場合、政府の役割は許容限度を超えている。⁽⁷¹⁾

反対意見を述べた最高裁判事は、デュー・プロセスの議論に至ることを慎重に避けた。代わりに、事案は「刑事訴追の対象が政府係官によって被告人に提供された禁制品の販売である場合、法律問題として」弁護側に有利に解決されるべきであると結論づけた。

(4) Hampton事件では、連邦最高裁の多数意見は、Sorrells事件とRussell事件の主観的な罍のテストを明確に再確認した。他方で、三人の最高裁判事のみが罍の抗拒に対するデュー・プロセス条項の適用可能性に対して否定票を投じた。その意味では、Hampton事件における判決文は幾分曖昧なものとなっている。

9 Jacobson v. United States事件（一九九二年）⁽⁷⁴⁾

(1) Jacobson事件における身分匿捜査は、White最高裁判事の描写によると、一年半の間、「五つの架空の団体と偽の文通相手を通した二つの政府機関による」児童ポルノを郵便で注文するという「申立人の法律を破ることへの意欲を調査する繰り返しを試み」であった。⁽⁷⁵⁾

本件の論点は、被告人が政府に接触される以前から当該犯罪を行う犯罪性向を有していたことを検察が合理的な疑いを越えて証明したか否かであった。⁽⁷⁶⁾ 政府によって提示された証拠は三つの期間に集中しており、その証拠を分析した結果、基準に達していなかったと判断された。

(2) 第一に、最初に被告人をターゲットとするための論理的根拠である。郵便警察は、被告人の名前を、わいせつ物を送付したとして閉鎖されたカリフォルニアの書店の郵送先名簿で発見した。問題は、被告人がその書店から注文した物は注文時点では合法であったということである。連邦最高裁はこれは犯罪性向の判断の根拠にはならないと判示した。

「かつて合法であったことを行う犯罪性向の証拠は現在違法であることを行う犯罪性向を示すのにそれ自体では十分ではない。なぜなら、ほとんどの人は不賛成であっても法律に従うという共通の理解があるからである。この遵守は合法性に対する一般的な敬意あるいは訴追に対する恐れを反映しているかもしれないが、理由が何であれ、法による禁止は重要な事柄である」⁽⁷⁶⁾。

(3) 第二に、犯罪性向に関連する被告人による政府の誘発への反応の仕方である。連邦最高裁はここでもまた檢察は不十分であったと結論づけた。被告人が実際に違法なものを購入するまで、政府からの長期間にわたる一〇回以上の接触を必要とし、この全期間の被告人の反応は、「せいぜい、一三歳未満の子どもの性行為の写真を眺めること、およびロビー活動団体を支持することによって一定の議題を推進する意欲についての犯罪性向を含む特定の個人的な傾向について暗示するにすぎない」とした⁽⁷⁸⁾。

(4) 第三に、犯罪性向は、被告人が逮捕された後に発見された証拠によって証明することが可能であったが、被告人の所持品の中で唯一発見された違法な物は郵便当局によって彼に送付された一冊の雑誌であった点である。

多数派の意見は、ほとんど根拠もなく個人をターゲットにする拡大されたおとり捜査に対する強い非難である。White 最高裁判事によって指摘されたように、Sherman 事件と同様に、単に既存の犯罪計画を実現するための機会を与えるだけの事案ではなかった。

「本件の係官が単純に申立人に対して郵便で児童ポルノを注文する機会を提供し、……申立人が即座にこの犯罪的な機会を利用したとすれば、彼の毘の抗弁は陪審への説示を保障しなかったであろう。

しかし、ここで起こったことはそうではない。申立人が最終的に注文をした時点では、彼は既に政府の係官および架空の団体からの度重なる郵便および通信のターゲットに二六カ月の間なっていたのである。⁽⁹⁾」

(5) Jacobson 事件では、これまで主張されてきた少数意見が姿を消し、Sherman 事件において見られた主観的基準に対する注意深い精査への回帰を示した。

四 おわりに

米国における本格的な毘の教義の議論は、Woo Wal 事件の連邦控訴審が犯罪への「意図の発端」を強調するところから始まった。そこでは、毘の抗弁は、犯罪を行う意図が、被告人ではなく、政府係官の心で生じた事案にのみ適用されるとされたのである。その後、Casey 事件で Brandeis 最高裁判事が被告人の主観面ではなく、政府の行動に焦点を当てるべきとの反対意見を述べたことで、連邦最高裁においても毘の論点が注目を集めることとなった。

連邦最高裁判例としては、Sorrells 事件において初めて毘の教義の理論的な基礎が提示された。ここでは、その後の議論を二分する主観説（多数意見）と客観説（反対意見）が提示されたわけだが、両者は、真に毘にかけられた者は処罰ないし訴追されるべきではないことがパブリック・ポリシーによって正当化されるとする点では

一致をみていたのであり、畀の抗弁に関する対立は、その基礎を多数意見が立法者意思に求めたのに対し、反対意見は、それをフィクションであると批判し、端的に政府と裁判所の廉潔性に求めた点にあった。その後、続く Russell 事件、Hampton 事件についても、基本的に同様の対立であった。⁸⁰⁾

わが国の従来通説とされる二分説は、米国の連邦最高裁の多数意見が一環して依拠してきた主観説(立法者意思を基礎に据えたパブリック・ポリシーを根拠に対象者の犯罪性向の有無に着目する見解)を畀の抗弁の内容として参考にしたと推察されるが、そのままの形で継受したわけではない。二分説は、畀の抗弁を明確に意識しつつも、立法者意思に根拠を求めていない上、対象者の主観面に着目しつつも、その有無が①米国と同様に被告人の有罪・無罪の分水嶺となるのか、②捜査の適否の分水嶺となるのが不明瞭なまま展開してきた感があるのである。とりわけ、後者の点が、近時のわが国の議論の布石になっていたと思われる。すなわち、米国の客観説は、被告人の主観面とは無関係に警察の行為の不適切性に着目していることから、その判断の積み重ねが捜査規範として機能する面があったのに対し、主観説が基準とした犯意の有無は、そもそもそのような機能を直接的に想定したものではなかったにもかかわらず、わが国では、議論が展開していく過程で、被告人の犯罪性向の有無が訴追ないし処罰の適否の判断基準から捜査規範へと変異したために、近時の客観説によって捜査法との整合性に疑問が呈されることになったのである。

しかし、おとり捜査論議の問題の本質は、他の捜査手法のように、捜査法に照らした適否にあるわけではないだろう。畀の抗弁をめぐる米国連邦最高裁を二分した議論は根拠の差異(およびそれに起因する判断基準の差異)こそあれ、いずれも国家の犯罪創出とそれを利用した刑罰権の濫用に問題性を見出していたとみることができるところである。この点が他の捜査手法にないおとり捜査の特色といえる。もっとも、おとり捜査の本来の問題が不

当な訴追ないし処罰の阻止にあるとしても、そのことはおとり捜査後の手続の違法や公訴棄却・処罰阻却さえ論じればよいというわけでもないとも考えられる。なぜなら、捜査法は、捜査そのものを問題としているのではなく、当該捜査手法を規制することを通じて刑罰権実現の適正化を図っているからである。この点を強調するのであれば、いかなる場合が犯罪創出として捜査法上も禁じられるのかといった捜査手法そのものを統制しようような枠組みを構築すべきことになろう。その判断基準については別途検討を要するが、仮に犯意の有無を用いるのであれば、先述したところからは、政策的要素が強いものということになろう。なお、犯罪創出とまではいえないうおとり捜査については、上記特殊性はないのであり、他の捜査手法と同様に、任意捜査の限界として適否およびその帰結（違法の効果）を議論すればよいと思われる。

〔付記〕

杉浦一孝先生には、名古屋大学法学研究科に着任して以来、公私にわたり格別のご配慮を頂戴した。拙い論文で大変恐縮であるが、研究と教育に尽力することで少しでも御恩に報いていきたい。

注

- (1) 団藤重光「わな（エントラップメント）の理論」刑法雑誌二卷三号（一九五二）二六頁、田中政義「畏の理論の展望」（二）（二）（完）」法曹時報五卷三号（一九五三）二〇頁、同五卷四号（一九五三）一六頁。
- (2) 佐藤隆之「おとり捜査の適法性」法学教室二九六号（二〇〇五）四二頁以下など。
- (3) 酒巻匡「おとり捜査」法学教室二六〇号（二〇〇二）一〇五頁、佐藤隆之「おとり捜査の適法性とその限界（一）」法学七〇巻

- 六号 (二〇〇六) 五頁以下。なお、捜査の公正を考慮に入れない見解もあるが、両者を総称して客観説とよぶ。
- (4) 松田岳士『刑事手続の基本問題』(成文堂、二〇一〇) 一五四頁以下。
- (5) PAUL MARCUS, *THE ENTRAPMENT DEFENSE*, at §1.01-1.04G, 拙稿「おとり捜査に対する抗弁についての米国裁判例の動向(一)(二)(三)(完) — 関の抗弁と「チェュー・プロセス」 — 東洋法学五二巻二号 (二〇〇九) 一一三頁、同五三巻三号 (二〇一〇) 一五九頁、同五四巻一号 (二〇一〇) 一一一頁。
- (6) *Board of Commissioners v. Backus*, 29 How. Pr. 33 (1864).
- (7) *Id.* at 42.
- (8) *Saunders v. People*, 38 Mich. 218 (1878).
- (9) *Id.* at 220.
- (10) *Id.* at 221-22.
- (11) *O'Brien v. State*, 6 Tex. Ct. App. 665 (1879).
- (12) *Id.* at 668.
- (13) *Love v. People*, 43 N. E. 710 (Ill. 1896); *Commonwealth v. Bickings*, 12 Pa. D. 206 (1903); *Commonwealth v. Wasson*, 42 Pa. Super. 38 (1910).
- (14) *United States v. Whitier*, 28 F. Cas. 591 (C. C. E. D. Mo. 1878).
- (15) *Id.* at 594.
- (16) *United States v. Adams*, 59 F. 674 (D. Or. 1894); したがって *United States v. Grimm*, 50F. 528 (E. D. Mo. 1892) 参照。
- (17) *Woo Wai v. United States*, 223 F. 412 (9th Cir. 1915).

説
18) *Id.* at 415.

論
19) *Ibid.*

20) *Casey v. United States*, 276 U.S. 413 (1928).

21) *Id.* at 419.

22) *Id.* at 423–25.

23) *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435 (1932). *Sorrells* 事件の詳細は、拙稿・前掲注⑤ (一) 一三一頁以下参照。

24) *Id.* at 441.

25) *Id.* at 442.

26) *Butts v. United States*, 273 F. 35 (8th Cir. 1921).

27) *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435, 444–45.

28) *Id.* at 446–48.

29) *Id.* at 449–50.

30) *Marcus*, *supra* note 5, at §1.04B.

31) *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435, 452.

32) *Id.* at 451. 当局者による創造的な活動の成果として訴追され、処罰を求められている「さもなければ無実の人」であるか否かに
関するものでなければならぬ。

33) *Id.* at 451–52.

34) *Id.* at 455.

- (35) *Id.* at 455–56.
- (36) *Sorrells v. United States*, 287 U.S. 435, 457.
- (37) *Ibid.*
- (38) *Id.* at 459.
- (39) *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958). *Sherman* 事件の詳細は、拙稿・前掲注(5) (一) 一三六頁以下参照。
- (40) *Id.* at 373.
- (41) *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369, 375–76.
- (42) *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369, 376.
- (43) *Sherman* は、*Sorrells* 事件を手引きとして事実審によって有罪判決を受け、彼の巽の抗弁は拒絶された。この有罪判決は全員一致の控訴審によって支持されたように、*Sherman* 事件の事実関係は、被告人の犯罪性を過去の行為と評判から評価することの危険性を如実に表していると思われる。*United States v. Sherman*, 240 F.2d 949 (2d Cir. 1957).
- (44) *Id.* at 385.
- (45) *Id.* at 379–80.
- (46) *Id.* at 382.
- (47) *Id.* at 384.
- (48) *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973). *Russell* 事件の詳細は、拙稿・前掲注(5) (一) 一四〇頁以下参照。
- (49) *Id.* at 425–26.
- (50) *United States v. Russell*, 459 F.2d 671, 673 (9th Cir. 1972).

- (19) United States v. Russell, 411 U.S. 423, 433-34 (1973).
- (52) Id. at 435.
- (53) Id. at 430.
- (54) Id. at 431-32.
- (55) Id. at 432.
- (56) *Ibid.*
- (57) したがって、関与がそこまで必要不可欠なものであるため、反対派・客観的テストは実行不可能であり、またパブリック・ポリシー
 の反対派の「*必要不可欠なテスト*」をたなび (Marcus, *supra* note 5, at §1.04D.)。
- (58) United States v. Russell, 411 U.S. 423, 434.
- (59) Id. at 442.
- (60) Id. at 441.
- (61) Id. at 448-49.
- (62) Hampton v. United States, 425 U.S. 484 (1976). Hampton事件の詳細は、拙稿・前掲注(5) (一) 一四九頁以下参照。
- (63) Id. at 488.
- (64) Id. at 488-89.
- (65) Id. at 490-91.
- (66) Id. at 492.
- (67) Id. at 491.

- (68) *Id.* at 493.
- (69) *Id.* at 496 n. 1.
- (70) *Id.* at 497. 反対意見を述べた最高裁判事たちは、有罪判決は客観的なテストの下であっても覆されるべきであったと信じていた。彼らの意見は政府の行動に焦点を当てていた。
- (71) *Id.* at 497–99.
- (72) *Id.* at 500 n. 4.
- (73) *Id.* at 500.
- (74) *Jacobson v. United States*, 503 U. S. 540 (1992). *Jacobson* 事件の詳細は、拙稿・前掲注(5) (三) 一一二頁以下参照。なお、*Hampton* 事件から *Jacobson* 事件が審理されるまでの間、連邦最高裁では、一九八八年に *Mathews* 事件が審理されているが、(こ) では、「被告人が罾を主張する場合、彼は犯罪的な意図を有していたが、犯罪的な計画を被告人の頭に植えつけたのは政府のままであると主張」することが許されるかという一貫性のない抗弁の許否が主たる争点とされたものであり、罾の抗弁については、端的に連邦最高裁が発展させてきた主観的アプローチを再確認したものであった (*Mathews v. United States*, 485 U. S. 58 (1988)).
- (75) *Id.* at 543.
- (76) *Ibid.*
- (77) *Id.* at 551.
- (78) *Ibid.*
- (79) *Id.* at 550.
- (80) *Jacobson* 事件で少数意見が姿を消したことは、根強い異議があったにもかかわらず、連邦最高裁の多数意見が主観的アプローチ

チを採用し続けたことによるある種の諦め以上に、被告人の処罰ないしは訴追の適否という共通の問題関心の下、被告人の犯罪性
向の判断に捜査機関の働き掛けなどの対応が考慮されたことにもあったように思われる。(拙稿「罾の抗弁—マークス教授へのイ
ンタビュー—」東洋法学五二巻一号(二〇〇八)一八五頁以下、同「米国のおとり捜査における違法性の実質」東洋法学五三巻一
号(二〇〇九)一〇三頁以下参照)。

*本稿は、科学研究費補助金・若手研究(B)「組織犯罪対策に求められる国際社会の協力とわが国の刑事司法」(平成二四年～二六
年)の研究成果の一部である。