

## 【紹介】

# おとり捜査の限界——シードマンの研究

渡 辺 修

一 本稿は、Louis Michael Seidman, *The Supreme Court, Entrapment, And Our Criminal Justice Dilemma*, 1981 SUPREME COURT REVIEW 111 を素材とし、アメリカにおける「おとり捜査」とこれに対する「わな抗弁」に関する最近の状況の紹介を目的としている。

さて、周知のように、昨年六月、日立製作所、三菱電気社員が、IBMのコンピュータ関連情報の不正入手を行い、これをFBIの「おとり捜査」<sup>(1)</sup>によって摘発されたとのニュースが、我国国民を驚かせた(所謂IBM産業スパイ事件)。当時、FBIは、シリコンバレーにおける最先端技術の機密流出に手を焼き、「灰色市場解明作戦(PENGEM)」を八一

年夏から開始しており、右作戦実施のために偽装コンサルタント会社である「グレンマー社」(社長のハリソンは、実はFBI捜査官ギャレットソン)を設立していた。<sup>(2)</sup> FBIは、事前に情報提供者から日立製作所がIBMの機密情報を入力している事実を知り、焦点を日立にあて、右のハリソンとIBM機密保護担当顧問でFBIの情報提供者でもあるキャラハンが、被告人のひとりである林技師と接触を開始した。この間の会談は、ラスベガス、サンノゼのホテル、グレンマー社内で行なわれたが、その一部始終がビデオテープに収録されている。特に、一月六日の「ラスベガス会談」では、下の<sup>(3)</sup>のような会話がなされている。

おとり捜査の限界——シードマンの研究 渡辺

(六八一)三〇一

キャラハン氏、「あなたは(林氏)はこの十年間いろいろなIBMの情報を手に入れてきたけれど、ソフトウェア関係ではいい物はなかったのだろう」。

林氏、「その通りだ。あなただつてIBMの新機種発表前に情報入手したいだろう。われわれはソースコードを入手したい」。

ギャレットソン氏、「これはかなり危険を伴う仕事だ。なぜならIBMから盗まなければならないからだ」。

キャラハン氏、「それは磁気テープになっているだろう」。

ギャレットソン氏、「そうだ。しかし盗まなければ駄目だよ」。

林氏、「いまサンノゼの研究所で開発中のはずだ」。

キャラハン氏、「えっ、どこでだつて」。

林氏、「サンノゼだ。研究所だから入手はかなり困難だ」。

ギャレットソン氏、「盗んできた人にあなたの会社はいくら払うのか」。

林氏、「中身次第だ。交渉の余地がある」。

(ここで林氏は紙片に金額を書き込む)。

ギャレットソン氏、「五万ドルから十万ドルか。大金が絡む話だから検討してみる必要がある」。

キャラハン氏、「サンノゼにあるという話は確かだな」。

林氏、「この話については他言は無用にしてほしい」。

右会談後も交渉が続けられ、林技師側からIBMの最新鋭コンピュータの設計文書の入手方の依頼、報酬金額の提示、中沢工場長の渡米、ギャレットソン等との会談といったやりとりがあった後、六月二一日、右設計文書が日立側に手渡され、翌日、林技師らは逮捕されたというものである。ただ、日立関係者に関する「盗品移送共謀罪」被疑事件については、昭和五八年二月八日、「答弁取引」を行うことで検察官、被告人、弁護人が合意に達し、事件の一応の結着はついた。(5)この結果、今回の「おとり捜査」が、従来の合衆国判例法上どのように評価されるかという法律上の争点は、回答をえられないままに終わった。ただ、事件の政治、経済的背景に関連して、コンピュータ産業で日本側企業の追い上げが著しいところから、米政府当局が軍事防衛上も重要なIBMのコンピュータ開発を保護し、日本企業を「たたく」ことを目的としていたのではないかとの観測が一般的である。この点は別にしても、おとり捜査を誰に対して仕掛けるのか、また、被疑者複数の場合に誰に対して「刑事免責(imunity)」と引換えに「情報提供者」になるよう働きかけるか(ストレー

トに言えば、「誰に仲間を裏切らせるのか」等は一切、捜査当局の裁量に委ねられているのが、アメリカにおける現状なのである。とすれば、右の如き政治的目的がFBIの捜査方針決定に影響を与えていないとは言ひ切れまい。さらに、ターゲット選定が自由裁量に任ざれつつ、対等な立場に立つ私企業間の企業秘密保護のため、国家機関が、事実上特定企業保護を目的として「おとり捜査」を行うことには、疑問が残る。また、「ひっかけられた」ビジネスマンの立場からすれば、競争会社の情報を知るとは業務上も要求されているところであり、「多少とも危ぶない橋を渡っても会社のためになるならば」といった心理は、サラリーマンの誰もが持つ願望といつてもいい。むしろ、だからといって、情報入手のために窃盗をしたり、背任を教唆する等の明らかな犯罪行為が認められる訳ではない。だが、反面、国家が偽装会社を設け、計画的な誘惑行為を長期に渡って執拗に反復して、不正入手情報の買い取り等を持ちかけるまでの必要があるのかも疑問である。人間的な弱みにことさらつけこんで、犯罪へと使喚することが許されるならば、サラリーマン全員が潜在的犯罪者と扱われて、無差別・無制限におとりを仕掛けてもよいということになりかねまい。こうした意味で、かかる「お

おとり捜査の限界——シードマンの研究 渡辺

とり捜査」には、強い疑義が残されている。

- (1) 朝日新聞昭五七・六・二三付夕刊。
- (2) 朝日新聞昭五七・六・二五付朝刊。朝日新聞昭五七・六・二九付夕刊には、FBI特別捜査官と朝日新聞との会見内容が報じられており、この点について、詳細である。
- (3) 毎日新聞昭五八・六・二八付夕刊。
- (4) 事件の流れについて、朝日新聞昭五七・六・二九付朝刊、「IBM産業スパイ事件米連邦捜査局の告発状(要旨)」朝日新聞昭五七・六・二四付朝刊、「IBM事件起訴事実要旨」朝日新聞昭五七・七・一付夕刊等参照。
- (5) 朝日新聞昭五八・二・九付夕刊。
- (6) 角間隆「日本先端技術産業直撃を狙った」アメリカの陰謀」週刊東洋経済昭五七・七・三号、特集「産業スパイ シリコン谷の怪」朝日ジャーナル昭五七・七・九号、「FBIおとり捜査にまつたコンピュータ・ウォーズの戦士たち」週刊朝日昭五七・七・九号、「IBMの逆襲——どうなる日米コンピュータ戦争」週刊東洋経済昭五七・七・一〇号、特集「コンピュータスパイ事件」サンデー毎日昭五七・七・一一号など参照。
- (7) 拙著「論壇 疑問残るFBIおとり捜査」朝日新聞昭五七・七・一〇付朝刊。

二 さて、アメリカにおいても、かかる疑問を出発点として、「おとり捜査」に対しては、場合により「わな抗弁(entrapment defense)」が認められ、被告人は不処罰とされるとい

う判例法が確立している。

連邦判例法を概観すると、「わな抗弁」の基準としては、所謂主観説が主流となっている。これは、「わな抗弁」に関する連邦最高裁の四つのリーディング・ケースであるソレルズ、シャーマン、ラッセル、ハンプトン事件において法廷意見が抛って立った理論であり、連邦下級裁も全体としては、これに従っているといえる。この考え方によると、被告人がおり捜査以前に当該犯罪を実行する「傾向性」(predisposition)

があったときには、抗弁は認められない。逆にいえば、「犯意が政府官憲に由来し、彼等が無実の人の心に当該犯罪の遂行の傾向性を植付け、起訴することを目的として犯罪遂行を誘引しているとき」には、抗弁が認められることとなる<sup>(5)</sup>。但し、「傾向性」の有無は、事実問題であって、被告人側が国家による誘惑行為の存在に関する証拠提出責任を尽くしたと認められれば、原則として、陪審の判断に任される(従って、例外的に、明らかに傾向性がない場合には裁判官の職権判断で「法律問題」として抗弁の成立が認められることもある)。

「法律問題」として抗弁の成立が認められることもある)。抗弁の実質的根拠は、犯罪行為を処罰する法律の制定にあたり、議会は「おとり捜査」により「傾向性」なき者を使喚して犯罪に至らしめた上、罰することは企図していないとい

う、議会意思<sup>(6)</sup>、法律解釈に求めている。別言すれば、国家が被告人に「傾向性」を植付けて実行せしめた行為は、国家刑罰権の対象となるにふさわしい「犯罪」ではないと考えられているといってもよからう。ただ、この説の適用上、「傾向性」という概念の具体的意味、認定の方法、許容される証拠についてなおはっきりしない点が残されている。

主観説に対する客観説は、違法なおとり捜査の抑止、司法の無瑕性の保護という法政策を「わな抗弁」の実質的根拠とし、被告人の主観的事情と関わりなく、当該捜査態様の客観的な違法性を抗弁成否の基準とするものである。これは、今のところ、連邦最高裁の少数意見の他、一部の連邦下級裁判例、並びに若干の州最高裁(アラスカ、ニュー・メキシコ、ミシガン、アイオワ)が採用しているにとどまる。

また、ラッセル事件において、主観説に基づく「わな抗弁」とは別個に、「法執行機関員の活動があまりに法外(outragious)であって、適正手続原理が、有罪判決を獲得するために政府が司法手続に依存することを絶対的に禁止するような情況」がありうるものが一般論として肯定されたので、これを手掛かりとして、「デュープロセスの抗弁」が主張されるようになってきている<sup>(8)</sup>。

- (1) Sorrells v. United States, 287 U. S. 435 (1932).
  - (2) United States v. Sherman, 356 U. S. 369 (1958).
  - (3) United States v. Russell, 411 U. S. 423 (1973).
  - (4) Hampton v. United States, 425 U. S. 484 (1976).
  - (5) "predisposition" を訳すかは、一つの問題である。従来の判例上も、この具体的中身、特に、「故意」その他の通常の主観的要素との異同を詳しく論じたものはない。このため、右概念については、後述のシードマンのように謂はば被疑者の犯罪的生活態度の徴候とみる立場から、当該犯罪の故意に近接した犯罪遂行の意思とみる立場など、ヤヤ、リネーションのある理解がなされてくるようである。この場合は、特定犯罪実行の意思である「故意」と区別しつつ、幅のある含みを持たせることと、筆者自身も、シードマンの指摘するように、右概念が、当該被告人と犯罪社会一般乃至被疑犯罪と同種の犯罪との距離を示す意味を有していると考えられており、その意味で、「傾向性」と訳出しておきたい。なお、リード『『わな』の抗弁とデュー・プロセス』ジュリヌ七七八号(昭五七)二九頁参照。
  - (6) 287 U. S. at 442.
  - (7) 411 U. S. at 431-432.
  - (8) 全般的に、Hardy, The Traps of Entrapment, 3 Am. J. Crim. Law 165 (1974); Abramson/Lindeman, Entrapment and Due Process in the Federal Courts, 8 Am. J. Crim. Law 139 (1980).
- 「無罪の答弁」と「わな抗弁」の同時主張を許さないとする所謂「非両立ルール」については、Note, Denial of the Crime

おとり捜査の限界——シードマンの研究 渡辺

and the Availability of the Entrapment Defense in the Federal Courts, 22 BOSTON COL. L. REV. 911 (1981).

三 ただ、右の主観説と客観説「デュー・プロセスの抗弁の実際上の差と相互関係については、なおはっきりしないところが多い。そこで、シードマンは、第一に、主観説・客観説の理論的な違いを吟味すること、第二に、実体法上の責任論との関係、第三に、国家刑罰権の抑制機構一般と「わな抗弁」の役割、第四に、「わな抗弁」の刑事政策的意味、とくに犯罪抑止効について改めて検討しようとしている。以下、まず、その内容を紹介しよう。

(1) アメリカの最近までの判例の動向と、「おとり捜査」を容認するアメリカ的法文化の諸相については、道田信一郎『わなと裁判 アメリカと日本』(昭五八)が詳細である。なお、他に、拙稿「罠捜査と異抗弁—アメリカ合衆国判例を中心に」法学論叢一〇五巻一号(昭五四)四四頁。

◆ ◆ ◆  
 「わな抗弁」の歴史をふりかえると、ソレルズ事件以後、抗弁の存在そのものをあらためて疑問とする者もいない反面、理論的構成についても先例拘束性に頼る他には特段の進展がみられない。逆にいうと、積極的に理論的説明をなす必

要性が認識されていなかったともいえる。実務上、「わな抗弁」が認められることがほとんどないこともそのひとつである。しかし、「わな抗弁」の法理には、次のような意義もあつたのである。刑事政策的にみて、「わな抗弁」とは、刑罰賦課に必要な行為選択の自由と責任非難に関する実体法上の理論が不十分な状況を前提として、処罰を妥当なものとする調整メカニズムであつたことである。別言すると、国家が担っている犯罪抑止のための社会的コストを平等に配分する権限が限界にきた結果、うみ出された手段であるともいえる。いずれにせよ、「わな抗弁」とは、国家刑罰権の制約をもたらす意味で注目に値するのである。以下、かかる視角から、判例の法理を紹介、分析していくこととする。

## 第一章 傾向性 (predisposition)・勧誘・「不注意な犯罪者」

連邦最高裁は、連邦法違反の被告人について、当該法律の解釈上事前に被疑犯罪行為を執行する「傾向性」を欠いていないと、捜査機関が勧誘してこれを実行せしめることは許されないとしている。所謂主観説である。この結果、捜査機関の勧誘行為の合理性は、「わな抗弁」の成否と関わりがなく

なり、「過剰な (excessive) 勧誘がなされたとしても「傾向性」があれば、抗弁は成立しないこととなる。担し、ラッセル事件に於て、極めて「法外な (outrageous)」捜査活動がなされたときには、「わな抗弁」と別個に、「デュー・プロセス」違反の主張が認められ、「傾向性」のある被告人であっても処罰は禁止されることが認められている。

さて、現在は、主観説と客観説の対立・論争が主な問題となつているものの、実は、次の二つの論点が未解明のまま残されている。第一に、両説の実際上の具体的な差異が何処にあるのか不分明であること、第二に、その前提として、「傾向性」並びに「不相当な勧誘 (improper inducement)」という両説の基本概念が必ずしも、はっきりしていないことである。この点をもう少しみてみよう。

### A. 主観説

ソレルズ事件では、「犯罪意思 (criminal design) が政府官憲に由来し、彼等が無実の人の心に当該犯罪の遂行の傾向性を植付け」たとき、抗弁が成立するとされた (287 U. S. at 442)。問題は、その解釈である。当該の具体的犯罪を捜査機関が現に誘惑した事実がある以上、犯罪実行意思は被告人に「由来」したのではないことになる。とすると、こ

こにいう「傾向性」とは、より一般的な抽象的なものと解しなればならない。つまり、「捜査員が現に誘惑したのと類似の犯罪を行う一般的な意思」を指すことにならうか。後にウォーレン長官は、シャーマン事件で、「不注意な無実の人に対するわな (the trap for the unwary innocent)」と「不注意な犯罪者に対するわな (the trap for the unwary criminal)」との間に一線を画さなければならぬ」と述べたが (356 U. S. at 372)、それは、上記のような一般的意思の有無で区別することを意図したものと見える。

しかし、こうした主観説には、次のような疑義がある。この説によれば、現になされる誘惑行為の態様と全く別個に、「不注意な犯罪者」つまり犯罪を行う用意と意思とを有している者を識別しようという前提に立っている。だが、犯罪実行の用意と意思を持つに至るかどうかは、見返りとして何を得られるのか、つまり、どのような誘惑行為がなされたのかと切離しえないのではなからうか。犯行に至る者が、犯罪のリスクを負おうとする意思は、提供される刺激により変わるのである。無論、いかなる勧誘があろうとも、法遵守を踏み外さない誠実な人がいないではない。しかし、現に「わな」にかかった者は、こうしたグループには属していなかったの

である。正に現に誘惑に屈服しているのである。とすると、かかる被告人に対して、更に、事前の意思の有無により抗弁の成否を判断する場合、およそいかなる勧誘にも屈しないという意味で事前の「傾向性」をとらえるとするれば、抗弁は常に否定され、議論は無意味となる。

とすると、「傾向性」と「犯罪実行に対する用意の整っていること (readiness to commit crime)」を同一とするのならば、勧誘行為の程度を明確にすることなく「傾向性」の定義を行うことはできないのではないかと「傾向性」行為の「相当」さを考慮しなければならないのではないか。つまり、「相当な」勧誘行為に対して、相手が積極的に応じてきたときには、「傾向性」があるということになるのではないか。

結局、主観説とは、誘惑が「相当」なものであれば積極的に応じたと思料される者に対して、「過剰」な誘惑があったときにも、有罪とされるという意味で、主観を重視することとまことにならう。

#### B. 客観説

客観説は、「勧誘行為の相当性 (propriety of the inducement)」にのみ焦点をあてている。これは、「客観的に考

察して、犯罪を実行する用意と意思のある者のみわなにかけるであろう可能性」によって判断するとされている（フランクファーター判事, 356 U. S. at 384）。

しかし、右の可能性も、対象とされるグループによって変わってくる。警察が「傾向性」を有していると思われる者のみに注意を向けている限り、「わな」のもつ危険性は、そもそも少ないのであり、従って、誘惑行為も是認せられる。つまり、ここでも、「傾向性」のある被告人に対する誘惑は許されるのである。従って、警察が「わな」を実行する時点で、合理的に判断して相手に「傾向性」があると考えたが、実際には、「傾向性」はなかったというまれな事例については、「面説で扱いが異なり、主観説では、「わな抗弁」は成立するが、客観説では、不成立となる。

次に、被告人側は、誘惑の不当さだけでなく、誘惑により犯罪実行へ至ったこと、因果関係についても証明を求められている。この要件についても疑問がある。まず、被告人が「傾向性」があり相当な勧誘に対してはこれに応じるような者であるならば、勧誘が相当であっても同一犯罪を犯したであろうと思料されるため、犯行が不相当な誘惑により惹起されたとは主張しえなくなるのではないか。逆に、相当な誘惑

に応じたことが明らかになると、かかる事実「傾向性」を示していると解釈されることになろう。すると、客観説であっても、主観説と同一の結果になってしまうであろう。

#### C. 傾向性と勧誘行為

では、「傾向性」なき被告人が抵抗しうる程度の「相当な」勧誘と抵抗しえない「過剰な」勧誘とはどう区別しえるのであろうか。

第一の方法として、勧誘行為が現、実生活、上、反復、可能性の高いものであるときには、「相当」と解することができる。つまり、捜査機関の干渉があまりに大規模であり、他に被告人がそうした勧誘に直面することはありえないと思料されるときには、「過剰」とするものである。被告人は、通常も行なわれることがあると考えられる勧誘を受け入れる用意があるという意味で、「傾向性」を有するといえることになろう。

ただ、「過剰」な勧誘をここまで限定すると、「合理的」な乃至「平均的」な人であっても応じうるような行為が適法とされることになる。しかし、ソレルズ事件では、酒類取締官が、第一次大戦中同一の大隊に所属していた思い出を語る傍ら、酒の購入を申込んだ行為が問題とされ、シャーマン事件では、薬物中毒をなおそうとして治療中の被告人に対し、



同じ治療を受けていた捜査協力者が禁断症状の苦しみなどを打明けて薬物の入手を執拗に頼んだ行為の当否が争われた。

平均人であれば、こうしたセンチメンタルな勧誘、同情を引くような勧誘にはひっかかり易いのであり、かかる人を誘惑に応じたとして処罰することは、ある意味で不当と思われるのである。そこで、連邦最高裁は、いずれの事件についても「わな抗弁」の成立を肯定し、有罪判決を破棄している。つまり、最高裁も、許されない勧誘をあまり限定してしまいう前記の方法はとっていないのである。

第二に、上記の反省から、「平均人 (average person)」が屈服するような勧誘は相当でないと解釈する方法がでてこよう。しかし、「平均人」であれば、ソレルズ、シャーマン事件でみられたようなアピールに同情するとまではいえませんが、その平均人が直ちに法違反を行うまでに至るかどうかなると、なお疑問が残る。「平均人」は、密造酒や麻薬を容易に入手しうるアクセスはないと予定するのが自然だからである。従って、ある程度の「傾向性」のあるもののみが、勧誘に応じて犯行に至る現実的地位にあると解されるのである。第三に考えられるのは、右の「平均人」基準を修正して、平均人を被告人の地位に置いたときどのような行為に出るの

かという問題設定をすることが考えられる。ただ、この場合、「平均人」を被告人が置かれていたのと全く同一の条件（内心的、客観的事情一切を含めて）のもとにおくことはできない。少なくとも、平均人に比し、被告人の有する意思の弱さという要因を捨象しなければならない。さもなければ、結局、平均人も被告人と同じように犯罪に走るからである。もっとも、多分こうした設定は、人の意思が周囲の事情と切離して認識しうることを前提とすることになる。だが、この点で疑問が残る。原則として、分離が可能だとしても、当該事情のもとで人の意思を規定すると思料される諸要素を摘出して、考慮外に置く困難な作業が残されることになる。また、この方法によつては、具体的にみて、シャーマン事件の事実を説明しえないのではないか。被告人は以前に薬物を常用するに至つた意思の弱さを現に有しており、それ故にこそ、最高裁は、かかる意思の弱さをことさらに利用したことを不当と判断した訳である。従って、平均人基準の判断にあたり、かかる被告人の意思の弱さを除外してしまふなら、シャーマン事件でも抗弁は成立しないことになりかねない。

第四の解釈として、連邦最高裁判所のいう「傾向性」とは当該犯罪と同一行為を実行しようとする事前の意思という意

味ではなく、「性格 (temperament or character)」といったものと解することができる。つまり、被告人の一般的な生活態度、行動様式が犯罪と関わりのあるものであるという趣旨で、“criminal disposition”を有するとするのである。こうした犯罪との“関わり”は、被告人の行う個々の特定犯罪と別途に存在を認めよう。

もちろん、連邦最高裁が、かかる意味で「傾向性」をとりえていることを明示する文言はない。しかし、「傾向性」の有無が、具体的な誘惑の態様と全く別個に判断できるとする立場は、上記のようにとらえてはじめて納得できるものなのである。「性格」としての「傾向性」は、特定の犯罪行為に関わるものではない以上、これを形成するに至った当該事件の下での外部的要因にふれる必要はないからである。つまり、誠に穏当な誘惑方法に応じた場合でも、「傾向性」がないとすることが可能となるのである。連邦最高裁は、ソレルズ事件では、長年定職に就いていた事実、シャーマン事件では、現に薬物中毒の治療に専念していた事実を根拠として、それぞれ被告人の「傾向性」を否定しているが、これらも、「性格」としての「傾向性」を証明するものという解釈を立てば、納得しうる。また、「傾向性」の有無は、事実問題として陪

審に任されているが、この結果、当該被疑事実と別に、通常の生活態度一般を考慮するという判断方法を、事実上予定せざるをえなくなるのである。現に、検察側も、被告人の性格評判、過去の犯罪の容疑に関する伝聞証拠等、他の刑事裁判では許容されない証拠を用いて、「傾向性」の立証をすることが許されているのである。

要するに、現在、「わな抗弁」は、被告人の性格一般、生活態度に照らして、「犯罪者」とはいえない者が、官憲の誘惑により犯行に至らしめられたとき、その処罰を妨げるのに役立つといえよう。しかし、それにしても、「傾向性」概念は曖昧であるし、伝聞証拠を許容するという点でも疑問がある。そうまでして、「わな抗弁」を必要とする理由については、今一度、つきつめてみるべきであろう。

## 第二章 わな抗弁の存在理由

抗弁を認める根拠については、主観説に立つ連邦最高裁の判例上実各種々の要素が指摘されている。

第一に、一般的には、「権力の著しい濫用」(287 U. S. at 441)であり、「強制自白、違法な搜索と同じく……非難されるべきもの」(356 U. S. at 372)という評価がなされて

いる。

第二に、ある意味で、被告人は「無実」であり処罰に値しない旨も指摘されている (356 U. S. at 372 ; 411 U. S. 434-36)。

更に、第三として、違法捜査の抑止、並びに、司法の無罪性の保護という点も意識されている (387 U. S. at 446)。

ただ、第一の点はさておき、第二の点については、従来、私人の仕掛けた「わな」にかかった者は、「無罪」とされないとされており、必ずしも「わな抗弁」の存在根拠として充分ではないとの批判がなされよう。第三の点についても、主観説では、捜査の違法性は「わな抗弁」成否の基準とされていないため、直接の連関を見出すのは難しいといえる。但し、主観説も、こうした諸利益の調整を行った上で主張されているとは説明できる。則ち、「わな抗弁」が認められると、正に有責任乃至犯罪性を欠くという意味で「無罪」なのであるが、私人による「わな」をも抗弁の根拠とすることを許すと、私人間のなれあいにより「わな」があったとして恣意的に抗弁を援用することを妨ぎえなくなる。そこで、この点は、政策的に制限したといえる。また、主観説も、一定限度で違法捜査の抑止と司法の無罪性の保護を根拠としているといえ

る。私人の「わな」を抗弁の根拠とすることを認めないのは、右目的に関連しないからであるといえる。他方、常習的犯罪者まで無罪とすることのデメリットも考えると、上記の利益との一定のバランスを行う必要がでてくる。「傾向性」なき者への「わな」は許されないとする判断が、それである。もっとも、さしずめ、右のように云えても、責任論と抑止効論については、今少し、考察を重ねる必要があるであろう。

#### A. 責任論 (culpability) と「わな抗弁」

まず、傾向性のない者に対して「わな」が仕掛けられたときには、その者は「責任」を阻却されるという意味で、「無実 (innocent)」であるとす理論について考察する。連邦最高裁は、かかる理論の根拠を、当該連邦法律による犯罪の定義に内在する限界に求めている (主観説が法律解釈とも称されるのはこのためである)。

しかし、被告人は、現に法の禁止する外部的行為を行っているし、また、要件とされている「主観的精神状態」(故意等)も備わっている。しかも、連邦法上、「傾向性」の存在を「責任」の一要件とすることを議会が意図していると伺わせるような規定はない。それどころか、主観説による「わな

抗弁」についてであっても、連邦議会は、これを立法化することに躊躇を示してきているのである。とすると、犯罪を規定した立法者意思の設けた内在的限界を根拠として、「無罪」という結論を当然に出せるとはいいいくいのではないか。

もっとも、従来から認められてきている様々な抗弁との関わりをみて、そのひとつに位置づけられないかを吟味する余地はある。従来の抗弁は、二つの類型に分類できる。そのひとつは、「duress (強要)」、「necessity (緊急避難)」、「self-defense (正当防衛)」、<sup>1)</sup>「外部的圧力 (external pressure)」のもので、<sup>2)</sup>または、これに対抗して行為に出でたことを理由とするもので、この場合、社会も認容し若しくは期待する行為を本人が行っているので、違法性は阻却されることになる。では、「わな抗弁」は、かかる類型に含まれるであろうか。

さて、連邦最高裁は、被告人に「傾向性」がないときには、国家が「わな」によって事実上犯罪を創造し、被告人を処罰することになるとし、かかる「外部的圧力」によりなされた犯罪の処罰を妨げるのが「わな抗弁」であるとしている。(287 U. S. at 444)。

しかし、連邦最高裁の主観説は、「傾向性」なき被告人か

否かのみ焦點を置いている。従って、相当の道義的確信を有する通常人であれば断固はねのけたと思われる「わな」であっても、「傾向性」の欠如を理由に「無罪」とするのである。しかし、従来の「責任」概念を前提としては右のような結論は認められないのではないか。ただ、先述のように、「平均人」も抵抗しえない「誘惑」に応じた者の免責を認めるよう「傾向性」の定義を修正して整合性を保つことは考えられるが、今のところ、連邦最高裁の「傾向性」概念はかかるものとして予定されていない。また、同一の犯行であっても、私人による誘惑であれば責任非難がなされ、たまたま官憲が誘惑者ならば非難されなくなるといふ矛盾を生じよう。

ただ、右の矛盾に関しては、私人による誘惑であっても、「わな抗弁」が成立することも考えられるのである。しかし、この点は、現在の違法性阻却原理ではまかないきれなくなる。何故なら、外部的圧力による抗弁は、自己の正当な利益に対する不当な脅威の存在する場合に認められるのである。例えば、「necessity (緊急避難)」<sup>3)</sup>では、より大なる不正を避けるために刑法に反する行為に出でることも社会が已むべきものとして正当化しているのである。これに対し、「わな」乃至誘惑の存在は、自己の意思決定の選択枝が広げ

られることも意味しているし、更に、これに応じ犯行を行ったことで社会的に是認される利益を実現することにもならない。それゆえ、私人による誘惑にまで正当化事由を拡大しないのである。

さて、抗弁の第二類型は、「insanity（心神耕弱・心神喪失）」、「infancy（刑事未成年）」、「mistake（錯誤）」など被告人の内心の思考過程上の障碍を理由とするものであり、意思の自由を欠くため責任が阻却されるのである。

ところで、連邦最高裁のいう「傾向性」を欠く者が、一般的に犯行の誘惑に抵抗しえない精神的な弱さを生来的に有しているといえるのであれば、通常人に対するのと同基準でその有責任を判断しえないのは当然で、その意味で、「無罪」とするとの解釈もありうる。だが、右の前提自体に疑義がある。最高裁のいう「傾向性」を犯罪性乃至犯罪者的特徴と解したとして、これらを欠く者は、自己の行動統禦能力が劣っており、故に、責任は軽減されることになるといえるであろうか。世間並みの通常の生活をしている個人は、完全に社会内化しており逸脱的行為には抵抗することができるのである（少なくとも、そう仮定乃至期待されている）。かかる個人が犯行に至った時に、社会が「驚く」のは、正に、右のよ

うな期待を有しているからこそである。

別言すると、実は、「傾向性」基準は、「責任」原理と矛盾する契機も有しているのである。一寸した犯罪の誘惑にもすぐに応じてしまうような者は、正に、行動統禦上弱点を有しているからこそ、犯行へと走り易いのであり、右事実責任を減少させることにならう。他面、大規模で通常一般社会ではありえないような捜査機関によるおとり捜査に対しては屈服してしまうような者は、逆に、ささいな誘惑には充分に抵抗しうるのである。しかし、それは、肉心的な行動統禦力のあることを示しているのであり、従って、意思自由の欠如乃至障碍を理由とする抗弁を用いえないことにならないか。逆説的に言うと、「傾向性」なき者こそ「わな」に応じたならば、強い責任非難が加えられるのである。

このように考えていくと従来の責任論では「わな抗弁」を充分に根拠づけえないようである。

#### B. 抑止論と「わな抗弁」

以上のように、実体法上、「無罪」の意味について説得力ある解釈を与ええないとすると、「わな抗弁」とは、当該被告人個人の救済を目的としないことを示唆することになる。むしろ、有責的な被告人であっても、放免するのは、か

かるコストが捜査機関の活動を適正なものへと修正するために、払うに値するものと考えられたからであると解釈するのである。

なお、違法捜査の抑止論は、主観説、客観説いずれからも支持されうる。ソレルズ事件の法廷意見でも、「国家自身の利益のために公訴を打切ること、官憲の違法な活動から国家を守ること、裁判所の純潔性を維持すること」が、抗弁の實質的根拠のひとつとして論及されている(287 U. S. at 446)。客観説に立つフランクファーターは、シャーマン事件で、「不法な手段、乃至合理的に表現される正義の基準を侵害する手段が、刑事司法の運用の道具とされる限り、裁判所は、かかる手段による法執行を断固として否定する義務、つまりそれらに有効とし支持を与えることを拒絶する義務がある」と述べている(356 U. S. at 380)。

だが、この抑止論には、次のような疑義がある。

①主観説は、そもそも「傾向性」の有無のみで抗弁の成否を判断しているのであり、国家の側の違法性は関連性がないはずである。

②もっとも、誘惑行為の具体的態様を「傾向性」の有無の判断要素とし、両者に関連性を与えたとしても、何故、

国家の誘惑行為が抑止されるべき違法なものとして評価されるのかという疑問に答えなければならぬ。

③まず、国家の誘惑行為は、"innocent people (無辜の市民)"をも墮落させるが故に、望ましくないとの立論は、誘惑に应じる者を「無辜」の者と前提している点で一面的である。

④国家が、犯罪に加功すること自体が違法であるともいえるが、これでは、犯行の誘惑をする「わな」は、違法であると先験的に宣言したのとどまる。

⑤個人のプライバシーの侵害になるので、禁止されるべきであるともいえる。ただ、④右のプライバシー侵害を個人の自律権に対する干渉という趣旨でとらえると、要するに、「わな」は、自由意思の抑圧になるから禁止されるべきであるということであって、責任阻却の問題を言い換えたにとどまる。加えて、国家がことさら強要・脅迫等の手段を用いたなら格別、通常「わな」は、むしろ選択の機会を拡大を意味してさえている。⑥ただ、個人が秘密にしておきたい自己の犯罪的傾向を欺罔行為により暴露させるという意味で、プライバシー侵害になると考えることもできる。この点は、理論的には説得性を持つよ

うに思うが、連邦最高裁は、United States v. White, 401 U. S. 745 (1971) & On Lee v. United States, 343 U. S. 747 (1952) に於て、捜査官との協力を約した共犯者が被告人から自己負罪供述をひき出すべく会話を打ちかけることを必ずしも違法とはしていないため、「わな抗弁」の文脈で、右の趣旨でのプライバイシー侵害を肯定するかは疑問である。

⑥ 国家の誘惑行為の存在とこの結果としてなされる被告人の犯行の存在とは、その分だけ現に反社会的行為を生ぜしめていることになるともいえる。さらに、付け加えると、④被告人を正に犯罪に導いたという事実、⑤秘密捜査官による薬物の購入を考えればわかり易いが、犯罪市場の需要を増やすことにより、その拡大に現に貢献することになる、⑥捜査官が身分を秘匿する目的で正に抑止しようとしている種類の反社会的行為に従事することになる、という意味で、反社会的行為を助長しているといえよう。

しかし、シャーマン事件でも述べているように、「法執行の機能」とは、「犯罪の予防、犯人逮捕にあり、この機能が犯罪自体の創造を含まないことは自明である」

おとり捜査の限界——シードマンの研究 渡辺

と反論しえる (356 U. S. at 372)。また、問題は、当該の捜査戦術が現に犯罪を創造、助長しているか否かではなく、それ以上の犯罪量を抑止しうるか否かを問わなければならないのである。とすると、おとり捜査は、④將來、同種犯行を行う虞れある当該被告人に対する抑止、⑤現におとり捜査が使われているという事実が知れ渡ることによる一般抑止という二点で、抑止上の有効性があるともいえるのである。

ただ、右の④については、ソレルズ事件、シャーマン事件の事例のように、傾向性がなく不処罰とされた被告人が、密造酒や麻薬を現に所持しまたは入手してきているのであり、かかる事実は将来の再犯の危険を根拠づけないかという疑問が残る。また、いづれにせよ、国家の加担による犯罪創出量と抑止される犯罪の潜在的數量、当該被告人の再犯防止効果と一般抑止効果の大小といった点については、裏付けとなる根拠はないのが現状である。

さて、ラッセル事件では、おとり捜査があまりに法外なものとなったときには、デュー・プロセスを侵害するとして、被告人の救済を認め、かくして、おとり捜査に伴う「社会的

コスト」を評価する大枠の基準を示したといえる。とすると、今のところ、右の大枠にある限り、「社会的コスト」上著しいアンバランスのないおとり捜査に対し、なお、「わな抗弁」をわざわざ認める意味はないということになりはしまいか。もちろん、右に対しては、警察に対して犯人を創造する権限を与えることになり、「好ましからざるグループ」に対し差別的に運用されるおそれがでくるとの批判はありえよう。しかし、不平等捜査、「デッチ上げ」の危険、不当起訴

などは、「おとり捜査」固有の問題とはいえないし、かかる技術が、他の場合よりも容易にかつ著しく不平等な取扱いを生むわけでもあるまい。

とすると、抑止論によっても、「わな抗弁」は正当化しえないことになる。

### 第三章 おとり捜査と我国刑事司法のディレンマ

だが、「わな抗弁」を支えている二つの「直観的判断」が存在している。第一に、なんらかの誘惑に負けて犯行に走った者は、やはり責任がやや軽いのではないか、というものである。第二は、国家が相当の誘惑行為を行い、平均的な市民の道義をテストする権限を持つことは、きわめて危険ではな

いか、というものである。こうした「直観」も、確かに、「わな抗弁」の存在に説明を与えてはくれるが、今一歩つきつめると、この「直観」とは、結局、「道義的並びに政治的感受性」に由来するとしかしいようがない。

そこで、抗弁が客観的に実現している機能をみることで、これを支える根拠を探っていく有効な視角の抽出を試みてみよう。

#### A. 「わな」とリスクの配分

「わな抗弁」で禁止しようとしているおとり捜査は、一定の人々に対し、「犯罪者となるリスク」を負わせる技術であるといえる。つまり、「良識ある市民」であっても、ときに犯罪の誘惑にかられるが、実際に重大な犯罪を実行するよう誘惑をうけることはほとんどない。また、現に、そうした誘惑があっても、社会的に安定した地位についている者は、その誘惑がよほどのものでない限り、これに応じることはない。

ところが、一定のサブ・カルチャーに生きる人々には、例えば、武装強盗は日常的な行為の一選択枝として考えられている。そうしたグループ内には、pimp, pusher, hustler等の犯行の誘惑者も存在しているのである。他方、警察は、概ね、良識的な社会の価値観を有している。このため、事実上、国



家は、すでに犯罪者となるリスクを負っている逸脱的サブカルチャー内の者に「おとり捜査」を集中することになるのである。

主観説とは、通常の生活様式をしている者に「犯罪者となるリスク」を負わせないことを目的としたものといえる。犯罪がよく行なわれ相互間の犯罪の誘惑がみられるサブ・カルチャーと「通常の社会」との区別を前提にして市民社会の秩序が保たれているとすれば、「わな抗弁」とは、「傾向性」概念を利用して、後者内で生活している人々に「犯罪者となるリスク」を負わせないようにする装置といえる。

#### B. 「わな」と意思自由論、権利論の後退

功利主義的な刑罰観によると、刑罰は、特定の者に苦痛を科することにより、犯罪の惹起する、より大きな、そしてより広範囲に及ぶ社会的ロスを回避するものである。かかる刑罰を科される者の「セレクション」の条件として、今のところ、法律により行為前に犯罪とされていた行為を現に実行したことが、他行為可能性、則ち、非難可能性(Blameworthiness)が必要とされている。

ただ、刑罰賦課を右の限度にとどめるには、一定の対価を支払っていることにも注意しておくべきである。功利主義の

ひとつのあり方としては、「無過失」責任を貫くこともできるのである。つまり、実行行為又は責任非難が欠ける場合であっても、刑罰を科するという方法である。もともと、その行為に対する責任非難とその人の危険性ととくに必然的な関連性があるわけではない。刑罰の要件として前者を無視するのならば、責任非難はしえなくとも社会に害悪をもたらす可能性のある者を処罰することができるようになる。また、それは、一般予防上も有益といえよう。

しかし、かかる方法をとると、我々は常に刑罰を受ける恐怖に直面していなければならない。つまり、抑止効果を高め、犯罪の被害者になるリスクを回避するには、右の別のリスクが伴ってくる。そこで、犯罪抑止と処罰回避という二つの利益の「バランス」をはかる作業が必要となってくる。先に紹介した、刑罰賦課の二つの要件とは、現在、我々の選んだバランスの方法なのである。

ところが、責任非難可能性の前提となっている意思自由論(theory of choice)に対し、最近、決定論(Determinism)からの批判がでてきている。意思自由論は、人の意思とこれに対して働きかける外部的諸力とを区別しようと考えているが、この点の批判である。もっとも、人は、「外部的諸

力によって自己の行為を決定されない権利」を有するとの「権利論」により、意思自由論を補強することもできる。ただ、他面で、かつて「自然権」と考えられていたものが、現在は、好ましい社会的結果をもたらすために相衝突する諸利益を自由に操作して得られた「差し当たりの調整」としか評価されなくなってきた。こうした理論状況のもとで考えてみると「わなの理論」もまた、責任非難可能性乃至意思自由論が有意義な概念ではなくなりつつあることの兆候のひとつともいえる。

つまり、個人が外部的事情から全く自由な主体であり、自由に意思決定をなしようとすれば、犯罪の道を拒み、故に、官憲の誘惑をも拒むことができたはずである。とすると、にも拘わらず、犯罪の道を「選択」したのであれば、責任非難は免がれ難い。「わな抗弁」は不要に帰する。

「権利論」に拠って、人は「外部的圧力を受けずに自由に生活をする権利」を有していると考えたとすると、「わな抗弁」とは、かかる外部的圧力の範囲を定め、これにあたるときは責任を阻却するという理論、今予定されているのとは全く異なった理論となってしまう。だが、今や、国家は、社会目的の実現のため個人を操作する内在的制約を持たない権

限を有していると考えられている。従って、外部的圧力ではなく、被告人の人格を根拠に責任阻却を認める理論を予定せざるをえないのである。

だが、意思自由論の後退は、犯罪抑止の利益と刑罰による不利益とのバランスをくずすことになってくる。責任非難論が充分でなくとも、刑事司法システムを維持するために頼るべき「調整メカニズム」が必要となる。「わなの理論」とは、被告人等が現に選択した行為を基準としてではなく、その「生活様式、性格、社会的地位」を基準として、一定範囲の者に限り、非難を加え処罰を科すための手段なのである。かくして、「多数者たる我々」は、安全に生活を送れることになるのである。

#### 第四章 結論―「わな」と犯罪

「わな抗弁」とは、社会の主体乃至多数者である「我々」なるものが、社会的に有害な行為を処罰する範囲を制限するルール、制度、実務のひとつである。例えば、刑事未成年、心神喪失・心神耕弱、挑発行為などの刑の減免事由は、社会がかかる事由あるときに自らも犯行に至るとの認識があるが故に、その処罰を抑制しておこうとするものといえる。実務

上、酩酊運転、大気汚染、水汚染に対し寛大な処置のなされるのも、社会が、一面でかかる行為から利益をもえており、他面で自らも潜在的犯罪者であると自覚していることの反映といえる。

今や、意思自由—責任非難という“exculpatory theory”だけでは、国家刑罰権の効果的な抑制はなしえなくなっている。然も、その裏面で、「我々」なるものが潜在的犯罪者または利益享受者であるとの認識に立って、有害行為をあまりにも多く放置し抑止しないという結果も導かれている。さらに、犯罪に対する怒りとフラストレーションのもたらす刑事制裁強化の声は、限られた範囲内で行使される刑罰の峻厳化をもたらす。このため、「我々」乃至社会の多数者によって、刑罰の対象グループに入れられた者は不平等、不公平な処罰をうけていると考え、自らも被害者と信ずるようになりかねない。抑止効は、機能しえなくなる。

「わな抗弁」も、正に、犯罪者の枠を「我々」なるものは認しうる以上に広めないためのものといえる。だが、この結果、国家と「我々」、そしてターゲットとしてセレクトされた者の三者間に、上記のようなディレンマが生じることになっているのである。

おとり捜査の限界——シードマンの研究 渡辺

◆ ◆ ◆  
一 以下、感想を付しておく。「わな抗弁」が、社会を代表する「我々」の側の刑罰権に対する規制であるとしても、現在、シードマンの指摘するディレンマは、おとり捜査の拡張とともに、よりシビアになってきている。

従来のように、④売春、薬物取引、賭博等の風俗、薬物事犯に関し、そのサーヴィスの提供者の側を摘発するのが、おとり捜査の伝統とされているが、⑤そのサーヴィスの享受者側の摘発のためにも使われるようになってきている。⑥トラック、テレビ等の赃物故買摘発にあたり、組織暴力団等の特殊な犯罪者集団が統轄するアンダー・グラウンドのルートの探索だけでなく、⑦普通の小売商店をアトラウンドのルートとして赃物の故買を持ちかけるといったおとり捜査もなされるようになってきている。⑧強盗、暴行、強姦、侵入盗といった、現在アメリカでもっとも問題となっている路上犯罪「対策にもおとり捜査が用いられている（N・Y市警は、そのために特別の Street Crime Unit を組織している）。また、⑨警察官、検察官、裁判官など、刑事司法に携わる特に廉潔性の要求される公務員の賄賂犯罪や、⑩公務員一般の職務犯罪の摘発にもおとり捜査が利用されている。⑪もっとも

(六九九) 三一九

極端なものとして、連邦議員、自治体の長、議員など、市民の公選により選出された特別公務員（政治家）の賄賂罪摘発を目的として、大規模なおとり捜査がなされている。これは、FBIが、一九七七年から開始した「ABSCAM」と呼ばれる大規模な「おとり捜査」である。職業的詐欺師を協力者にしてアラブの大富豪が、アメリカへの移民と投資を考えているとの想定の下に、FBI捜査官が連邦議員等多くの公務員に次々と賄賂提供を持ちかけたものである。この結果、連邦議員を含む相当数の者が、有罪判決を言渡されている。<sup>(3)</sup>

しかし、②について考えると、この種のサーヴィスの享受は、ある程度、社会的に不問に付されている面がないではない。にも拘わらず、ことさら享受者側の摘発を目的としておとり捜査を仕掛けること（例えば、売春婦を装う婦人警官が、街頭に立ち客を誘う等）は、“通常の市民”を不必要に犯罪者にするものと評価しえよう。③も、正に、それまで法の枠内で営業をしている善良な市民を、犯罪に誘い込むものではない。④についても若干、検討を要する。政治家が、一般市民よりも、職務上高潔な倫理感を要求されるとしても、完全な聖人君子であることまで、市民が期待しているとは考えられない。また、そうした倫理性については、選挙による国

民の直接的判断に任ざれるともいえる。従って、現に賄賂犯罪の嫌疑が存在しているときに、その被疑事実の捜査上、おとり捜査を用いるのは格別、かかる嫌疑が全くないのに、大規模、用意周到な計画を樹て、国家財政による豊富な資金を用いて、漠大な賄賂を申込み、執拗に接衝を重ねて、政治家の“道義性テスト”を行う権限を、警察当局に与えることは好ましくあるまい。IBM事件との関連でも述べた通り、かかる捜査が開始されると、結局、“誰かをひっかけろまでやる”といったことになりかねないのである。また、政治目的による濫用のおそれもでてる。

ともあれ、このようにして、現在、アメリカでは、国家刑罰権の担い手である警察・検察は、“通常の市民生活領域”にも、捜査権・刑罰権の拡大をはかりつつあるのである。

しかも、こうした「おとり捜査」の有効性については、シードマンも述べていたように、必ずしも確証はないのである。N・Y市の Street Crime Unit に関する七四年の調査では、「路上犯罪」について、制服隊員の年平均二・六件の逮捕、一人一六七労働日ごとに一件の逮捕に比し、本特別班の隊員は、年平均二〇件の逮捕、一人九労働日ごとに一件の逮捕を行っている<sup>(3)</sup>と報告している。しかし、他方、薬物事犯などで

は、捜査官が組織に潜入して長期にわたり薬物の売買、運搬に従事して情報を収集するのが当然のこのようになされている。その分だけ、さしあたり、取引の回数、需要関係の変化をもたらし、犯罪の増大になっているはずである。コロラド州アスペン市で DEA の行った Operation Snowflake では、捜査官がコカイン一オンス四〇〇ドルで取引をしたため、市場価格が急騰し、今まで自己使用しかしていなかった者さえ、取引に参加することになったという事例も報告されている。長期的にみて、おとり捜査が、かかる犯罪の減少に役立つているのかは確かに疑問が残っている<sup>(4)</sup>。

(1) Marx, *The New Police Undercover Work*, 1980 URBAN LIFE 399, 404-405.

(2) See, e. g., *United States v. Myers*, 527 F. Supp. 1206 (E. D. N. Y. 1981); *United States v. Jannotti*, 673 F. 2d 578 (3d Cir.), cert. denied, 102 S. Ct. 2906 (1982); *United States v. Alexandro*, 675 F. 2d 34 (2d Cir. 1982).

(3) Marx, op. cit. at 411.

(4) Marx, op. cit. at 414-415.

二 しかしながら、既に、シードマンが指摘しているように、責任論を含む犯罪論では今のところ、対応しえない。また、連邦最高裁判所のいう「傾向性」概念を、シードマンのよう

に、犯罪的サブ・カルチャーに属するか否かと理解したとしても、おとり捜査の拡大は、通常の社会と右のサブ・カルチャーとの限界を曖昧にし、蚕食しつつあるともいえる。IBM 事件に於るようにライバル会社の情報がほしいという願望、風俗犯ではそうしたサーヴィスを受けたいとする欲望などは、良識ある通常の社会人でも有しているものともいえる。これらが、「傾向性」として把握されるおそれが残っている。とすれば、どうしても、端的に、かかる FBI その他の警察本部の捜査戦術とポリシー自体を批判し、かかる捜査に基づいて刑罰権を発動することを禁ずる何等かの手当てが必要にならなければならない。

連邦最高裁自身が、主観説による「わな抗弁」と、法外な活動に対する「デュー・プロセス」の主張という理論的枠組みを用意していたのは、こうした事態に対する備えといえなくもない。現に、右の ABCAM 事件に関連して、デュー・プロセス違反を肯定した判決もでている。また、次に紹介するトウィグ事件も、今後、「わなの法理」一般を再構築していく上で興味深い。

トウィグ事件の被告人ネヴィル、トウィグの両名は不法薬物製造、同共謀罪等を理由に訴追されたものである。この事

件は、訴外キュービカが、一九七六年に薬物製造を理由に逮捕されたことから始まる。検察側は、答弁取引の条件のひとつとして薬物取引者の逮捕に協力することを持ちかけ、これに同意したキュービカは、二〇年来の知己であるネヴィルと連絡をとり、兩名はその後、数ヶ月にわたり薬物製造について話を進めた。ネヴィルが資金、販売を担当し、キュービカは製造装置、原料、場所の確保を担当することとした。そこで、D E A は、キュービカに対し二・五ガロンのフェーニール21プロパノン、ガラス器具類二〇%あまり供与した他、農家を提供し、また、薬品会社に原料購入につき便宜をはかるように指示するなどの協力をしていった。その後、トウィグが計画に参加し、いよいよ製造が始められたが、化学知識のあるキュービカが全製造の責任を負い、ネヴィル、トウィグはキュービカの指示に基づいて手助けをしていた。やがて、薬物を持ったネヴィルが、キュービカの通報をうけた捜査官に逮捕され、トウィグも農家で逮捕されたものである。

判決は、ネヴィルが積極的に製造に加わる意思を持っていたことが伺われるので、「傾向性」の有無を判断基準とする「わな抗弁」は成立しないものの、「デュー・プロセス」によって公訴が妨げられるとした。則ち、本来、本件の違法な

計画は被告人の発案によるものではなかったこと、本件計画実行上薬物製造方法等の化学知識が不可欠であるのにこれを有していたのは捜査協力者のキュービカだけであった事情を考慮した上、ネヴィルに関しては次のように判示した。

「キュービカが、D E A の指示に基づいてネヴィルとの接触を再びはじめたとき、ネヴィルはならん不法な薬物関係の犯罪に従事していなかった。D E A 捜査員はキュービカを道具としまた彼に積極的に加担してネヴィルを欺き、その心に犯罪意思を植えつけたのである。彼等はネヴィルを鼓舞し励まし、重要な物品や技術的知識を提供し、また、ネヴィルとキュービカが犯罪遂行上困難に直面したときにはその解決を助けていた。国家机关のかかる著しい行為 (egregious conduct) によって、被告人が法を守り穏やかに生活を送っていたのに……犯罪の責任追求のみを目的として被告人に犯罪を行なわせたのである。当裁判所が法執行官憲のかかる行為を認容することは基本的公正さに照らして許されず、かかる所為に基づく公訴は棄却される」<sup>(3)</sup>。

次に、トウィグについては、ネヴィルの誘いで計画に加担したものであり、私人による誘惑を除外している「わな抗

弁」は援用しえないが、「国家の行きすぎ(overreaching by the Government)」を理由とするときには、「基本的公正さに照らして諸事情全てを考慮し問題を解かざるをえない」とする。<sup>(4)</sup>以下、次のように判示している。

「トウィグは、密造所が製造を開始する一九七七年三月一日まで犯罪計画に関わっていなかった。彼が加わった理由は、ネヴィルへの負債を返すためであった。ネヴィルはトウィグをキュービカに紹介し、それから、キュービカはトウィグと連れ出でて残りの必要品の買い物へ赴いた。ただ、トウィグは、農場に戻ってからキュービカにこうした雑用の目的が何か教えられるまで、その点に気付いていた節はみられない。また、その後逮捕されるまでトウィグのなした行為は、国家の機関たるキュービカの個別的な命令に従ってなされたものである。さらに、トウィグは、技術、金銭、物品、計画策定いずれについても全く貢献していない。薬物販売の利益分配に与る意思もなかったようである。こうした事実<sup>(5)</sup>に照らすと、トウィグの有罪判決もまたDEA捜査員の行為により汚染されているのであって、基本的公正さに照らして破棄を要すると判断する」<sup>(6)</sup>。

おとり捜査の限界——シードマンの研究 渡辺

以上の判旨には、若干コメントを要する。ネヴィルに関連して、主観説に基く「わな抗弁」は成立しない、従って、「傾向性」ありとする陪審の認定は是認しつつ、デュー・プロセスの文脈では国家が「犯罪意思を植えた」としている。「傾向性」の証拠として検察側が提出したのは、キュービカの証言である。その内容は、ネヴィルは計画に積極的に参加しようとし、なんら躊躇を示さなかったこと、以前兩名は薬物不法製造を行ったことがあることであった。ネヴィルは証言台に立たなかったため、陪審は「傾向性」ありと認められた。判決は、少くとも主観説に基き、「傾向性」の有無の認定のみを問題とするのであれば、右認定自体不合理とすることはできないとしたのである。ただ、問題を国家の関与形態の当否、つまり、デュー・プロセス違反の有無というように広げて考えた場合、捜査協力者の証言のみが「傾向性」証明の証拠であるというのはいかにも脆弱な感を免がれない。加えて、この協力者は、「重罪の有罪判決を受けた者で、量刑の重さを減らそうと焦っていた」のである。<sup>(6)</sup>こうした点と先に紹介した犯行の推移中のキュービカの役割に照らすと、「国家のいきすぎた干渉・関与↓被告人に対する犯罪意思の植付け」という図式が成立することを認めたのである。

(七〇三) 三三三

この全体をとらえて、デュー・プロセス侵害としたわけである。

従来、客観説は被告人の主観的事情を考慮せずに国家の関与の違法性自体の評価を基準としていたが、本判決は、デュー・プロセスの文脈ではそうした国家の行為が被告人の主観に与えた影響力の程度をみるという視角から「傾向性」の有無をもとりこんでいる。他方、ラッセル事件によれば、デュー・プロセスによる抗弁は「わな抗弁」が不成立であることを前提にして（従って、「傾向性」の存在を前提にして）、なおかつ「例外的に」あまりに「法外」な国家の行為を放置しないためのものであったのであり、その意味では、デュー・プロセスの文脈で再度犯罪意思が植付けられたか否かという問題は樹てえないことになる。この点でも、本判決は、デュー・プロセス抗弁の新しい方向——主観説・客観説折衷の立場を示したといつてよいように思われる。然も、トウィグに関する判示でも明らかのように、「デュー・プロセスの抗弁」については、直接の誘惑者が国家でなくともその援用を許した点も注目に値する。つまり、国家が犯罪の主体的地位にあり被告人を自己の手足として使うほどに関与しているとき、もはやその「犯罪」に関しては何人であれ、処罰を認めない

のが、デュー・プロセスの要請のひとつとされたといえる。

(1) *United States v. Kelly*, 539 F. Supp. 363 (U. S. D. C. 1982).

(2) *United States v. Twigg*, 588 F. 2d 373 (3d Cir. 1978).

(3) *Id.*, at 381.

(4) *Ibid.*

(5) *Id.*, at 382.

(6) *Id.*, at 380.

三 このように、おとり捜査に基づく犯罪に対しては、国家の刑罰権行使の資格、換言すれば、処罰適格の有無を問う理論の可能性が、具体的に示されてきている。こうした状況を考えると、連邦最高裁には、次の三つの道が残されている。

第一は、あくまで従来型の主観説を維持する方法であるが、これでは、指摘してきた問題はとり残される。第二は、主観説から客観説へ立場をかえる、または、少くとも折衷的立場への修正を試み、多様なおとり捜査に柔軟に対処しようとする方法である。もともと、そのためには、先例変更を決断せねばなるまい。第三としては、固有の「わな抗弁」と別に、デュー・プロセスの主張をより中味のあるものとし、トウィグ事件のように、具体的救済を行っていく方法である。



だが、とすると、固有の「わな抗弁」の意義がなくなるし、多義的で抽象的な「デュー・プロセス」概念に頼りすぎると、かえって判断基準を不安定にさせかねない。

こうした困難が、いづれの道にも残る故に、シードマン自身も、「わな抗弁」の問題点は指摘したものの、自らの立場を鮮明にするに至っていない。連邦最高裁の英知が試される  
ときが、早晩くるであろう。今後の展開に注目したい。