

# おとり捜査の刑事訴訟手続における問題点

法学部法学科四年 千邑 竜也

## I. はじめに

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」（最決平成 16 年 7 月 12 日刑集 58 卷 5 号 333 項）とされる。このおとり捜査という捜査手法は、昭和 20 年代における終戦後の混乱期に多発した薬物犯罪等を検挙するために活用されるようになった経緯があり<sup>1</sup>、これに応じておとり捜査をめぐる裁判例・最高裁判例もいくつか出ることとなった。

特に、上記平成 16 年 7 月 12 日の最高裁決定以後は、研究者、司法関係者間において一層活発に議論がかわされている。また、法律家のみでの議論・関心ではなく、昨年もおとり捜査による私人の逮捕者が出た事案がニュースとして取り上げられる機会もあり、決して世論の関心が低いものとも言えない。

こうしたおとり捜査は、従来から、①おとり捜査を行った捜査官またはその依頼を受けて協力した私人の刑事責任、②おとり捜査によって惹起された犯罪の成否、③おとり捜査自身の捜査手法としての適否及び違法とされた場合の法的帰結が問題とされてきた。尤も、前二者については、すでに最高裁判例（最決昭和 28 年 3 月 5 日刑集 7 卷 3 号 428 項、最判昭和 29 年 11 月 5 日刑集 8 卷 11 号 1715 項）において、その議論がほとんど終結したと評される<sup>2</sup>。そこで、本稿では、主として③の問題関心にあるようなおとり捜査の刑事訴訟手続上の議論について扱い、私見についてまとめたいと思う。

結論を先取りすると、本稿は近時有力に主張されるおとり捜査の「違法性の実質論」の主張としての問題性を明らかにした上で、二分説が形成する問題意識を改めて確認し、検討すべきおとり捜査の刑事訴訟手続上の問題点に言及するものである。そのための本稿の構成としては、上述の結論に向かうべく、おとり捜査の刑事訴訟手続上の問題の議論を、その議論の生成過程にも着目して、整理し、それらに再検討を加えた上で、最後にまとめを行う。

## II. おとり捜査の適否についての判断基準

### 1. 二分説

従来、おとり捜査の適否を判断するにあたっては、「二分説」が中心となって議論が展開されてきた。この「二分説」では、まず、おとり捜査の類型を 2 つに区分けする。すなわち、誘惑者が、被誘惑者に働きかけて犯意を発生させて犯罪を実行させる「犯意誘発型」のおとり捜査と、誘惑者が既に犯意を有している被誘惑者に犯行の機会を提供して、犯罪

<sup>1</sup> 江原伸一「おとり捜査」に関する一考察 警察学論集 第 60 卷第 2 号 105 項では、昭和 26 年から平成 11 年までのおとり捜査に関する判例・裁判例を検索した結果が記載されている。また、石神千織「捜査手続きにおけるおとり捜査」警察学論集 第 58 卷第 9 号 159 項 等も参考にした。

<sup>2</sup> 多和田隆史 最高裁判所判例解説刑事篇（平成 16 年度）269 項。

を執行させるという「機会提供型」のおとり捜査の二種類である。そして、後者の「機会提供型」のおとり捜査は許されるが、前者の「犯意誘発型」のおとり捜査は許されないものとされる。ここで、許されないとされた「違法」なおとり捜査に対して如何なる法的帰結がもたらされるかはまた別に議論があるところである<sup>3</sup>。

かかる「二分説」は、アメリカにおける「わなの抗弁（entrapment defense）<sup>4</sup>」に影響を受けたものとされる。アメリカの「わなの抗弁」は、II-3-（1）で紹介するが、我が国ではこれに準じて二分説が展開されるようになったと考えられている。下級審判例ではあるが、例えば、東京高裁判決昭和57年10月15日では「被告人は…以前から覚せい剤を密売のため所持することを反覆的、継続的に行っていたと推認され、今回の場合もAの譲り受けの申し込みは、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というのではなくかねてからよい客があれば覚せい剤を売ろうとして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」と判示しており、二分説に依拠しているとされる裁判例もある。

## 2. 違法性の実質論

一方で、近時、有力説となりつつあるのが、おとり捜査自体が持つ「違法」の問題を具体的に解明し、おとり捜査自身が強制捜査に当たらないか、当たらないとしても任意捜査の限界を超えないかといったような捜査法の範囲でおとり捜査の適否を判断する見解である。

少し敷衍すると、任意捜査とは、強制処分によらない捜査（197条1項反対解釈）のことを言うが、おとり捜査は相手方の意思を制約するものではなく<sup>5</sup>、強制処分には当たらないことから任意捜査とされる。しかし、かかる任意捜査も無限定に許されるわけではなく、何らかの法益を侵害し、又は侵害するおそれがあることから限界が存する<sup>6</sup>。ここで問題となるのが、おとり捜査に伴う法益侵害がどのように観念されるのかという点である。法益侵害がなければ、それすなわち任意捜査としての限界が存しないことにもなりえる。そこで、おとり捜査のもつ「違法性の実質」とは何かということを中心として議論がなされている。

---

<sup>3</sup> 違法なおとり捜査に対する法的帰結としては、処罰適格が欠けるとする免訴説（団藤重光 新刑事訴訟法綱要 第七版 159 項）、起訴を無効とする公訴棄却説（田宮裕 刑事訴訟法 I 138 項）、違法収集証拠としておとり捜査によって得られた証拠を排除する違法収集証拠排除説（高田卓爾 刑事訴訟法 二訂版 340 項）などがある。

<sup>4</sup> 詳細については、ローク・M・リード（訳 酒巻匡）「「わな」の抗弁とデュー・プロセス」ジュリスト No. 778 29 項以下、渡辺修「囮捜査と畏抗弁」法学論叢 105 卷 1 号 44 項以下。

<sup>5</sup> 「人格的自律権を侵害する可能性がある」（三井誠 刑事手続法(1)新版 89 項）と指摘して、強制処分にあたる見解もある。

<sup>6</sup> 判例は任意捜査について「強制手段に当たらない有形力の行使であっても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるから、状況のいかんを問わずに常に許されるとするのは相当ではな [い]」（最決昭和 51 年 3 月 16 日刑集 30 卷 2 号 187 項）とする。

この「違法性の実質」をいかにとらえるかについては以下の3つの見解がある（相互に排他的なものではないと考えられる）。

#### ①人格的自律権（憲法13条）の侵害

「犯意」のない者に対して犯罪を実行させるのは、人格的自律権（憲法13条）を侵害するものとして違憲・違法であるとする見解である。しかし、かかる見解は、「犯意」の有無と人格的自律権の侵害がどのように関係してくるのかが不明瞭であるし、そもそも強制・脅迫等の手段を用いて働き掛けが行われたい限り、働き掛けられる対象者にとって、所詮それは誘惑にすぎず、意思決定の自由は存することから、「何事からも全くの影響を受けず、ないしは、最大限の情報を得て、意思決定を行う自由」が人格的自律権として保障されていると極端に解さない限り、違憲・違法の問題とされるとは言えないであろう<sup>7</sup>。

#### ②捜査の公正に対する侵害・司法の廉潔性の侵害

おとり捜査のように詐術的手法を用いた捜査を行うことは「よくない」という観点から、おとり捜査の違法性を基礎づける見解<sup>8</sup>である。かような規範的問題を生ずる法律上の規定は厳密に言えば存在しないが、刑事訴訟法1条ないしは憲法31条をその趣旨を定めた規定として解釈するものである。しかし、かような考えは解釈論としてやや無理があるだろう。せいぜい、詐術的な手法を用いたおとり捜査は「道義的」に問題があるとするのできる程度である。とすれば、こうした「道義的」な問題を含んだおとり捜査は法的レベルにおいても違法と評価されるといった議論を展開できるかという問題には直面せずにはいられないであろう。また、仮に道義的問題を捜査の違法性を基礎づける要素と考えることができたとしても、「何が公正で、何を汚いとするかは、文化、社会、犯罪の性質、内容とも関連し、相対的、主観的にならざるを得ず、基準としてあまりに漠然としていると思われる<sup>9</sup>」という批判は、もっともであるように思われる。

#### ③国家による犯罪創出等による一般法益の侵害

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性を自ら惹起ないし創出するという点が、おとり捜査の違法性を基礎づけるとする見解<sup>10</sup>である。いふなれば、国家機関がおとりを用いて犯罪の教唆・ほう助等を行うことは、刑事法規を用いて犯罪を予防し、法益侵害の危険を減少させようとしていることと矛盾する挙動になり、ここにおとり捜査の違法性が生じることがあるとするのである。そして、この点に違法性の実質があるとする、「その法益侵害性の強弱に応じ違法性の程度に違いがあること<sup>11</sup>」から、その法益侵害をもたらす因果性の程度と、反対利益たる秩序維持という公益との比較考量によって、おとり捜査が捜査法上違法となるかどうかという判断の枠組みを作ることが考えられるのである。

<sup>7</sup> 多和田・前掲註(2) 278項以下、佐藤隆之「おとり捜査の適法性」法学教室 No. 296 43項。

<sup>8</sup> 佐藤・前掲註(7) 44項以下、松尾浩也 刑事訴訟法(上) 127項。

<sup>9</sup> 多和田・前掲註(2) 280項。

<sup>10</sup> 酒巻匡「おとり捜査」法学教室 No. 260 106項。

<sup>11</sup> 酒巻・前掲註(10) 106項。

①～③より、違法性の実質については、国家による犯罪創出等による一般法益の侵害をおとり捜査という捜査手法の持つ違法性として捉え、その上で、捜査法の範囲で任意捜査の枠組みを用いておとり捜査の問題を考えるのが「違法性の実質論」の中で現在有力な見解であると考えられる。

### 3. 諸外国の議論との対比

こうしておとり捜査の適否の問題について、二分説からおとり捜査の違法性の実質を具体的に解明しようとする学説へと興味・関心が移ったのは、1970年代から1990年代にかけてアメリカやドイツにおける判例を分析してなされた議論が蓄積した結果である。以下で整理していこうと思う。

#### (1) アメリカにおけるおとり捜査に関する判例

アメリカでは、おとり捜査に対するわなの抗弁が認められてきたことは周知のとおりである。このわなの抗弁について、我が国で言及される際に念頭に置かれてきたものは1932年における連邦最高裁判所のソレルス対合衆国事件判決である。ここでヒューズ首席判事による法廷意見はわなの主張を抗弁として認め、被告人に対する「刑事訴追」を禁止する根拠として、「制定法解釈の理論 (statutory construction theory)」をあげた。これは、法律を執行する手続きが、同法を制定した立法機関の意図を逸脱して行われた際は、「当該刑罰法規は適用されない」とするのが制定法自体に内在した制約であるとするものであった。つまり、実体法レベルで、おとり捜査による「わな」が行われた際は当該犯罪を処罰する法令を当該被告人に適用できないというように解釈したと考えられるのである。ここでわなのテストは、被告人の犯罪遂行の事前傾向性 (predisposition) を基準として行われる。

しかし、我が国では、ロバーツ裁判官他二名による反対 (補足) 意見がいうように、実体法上は有罪だとしても、裁判所は不当な手続きによる公訴がなされた場合は、かかる公訴を棄却すべき責務を課されたものとして、手続法レベルの問題として捉えた見解がより受容されやすいものとして考えられた<sup>12</sup>。ここではわなの抗弁の根拠を「公共政策の原則 (public policy)」に求め、「裁判所自身の機能の保護と裁判所自身の殿堂の純潔性 (purity) の維持」のために、裁判所が認定するものとし<sup>13</sup>、この場合のわなの基準は、被告人の犯罪遂行の事前傾向性を問題とせず、司法の純潔性 (purity)・無瑕疵性 (integrity) の保護、さらにはこれに加えて、違法なおとり捜査の抑止という観点から検討すべき問題としていた<sup>14</sup>。

#### (2) ドイツにおけるおとり捜査の判例

---

<sup>12</sup> 奥村正策「いわゆる囹捜査はこれによって犯意を誘発された者の犯罪の成否および訴訟手続に影響するか」神戸法学雑誌3巻2号428項。

<sup>13</sup> 渡辺・前掲註(4)48項。

<sup>14</sup> ローク・前掲註(4)30項、渡辺・前掲註(4)50項。

ドイツにおいては、おとり捜査について、その適法性の判断を以下の二点から行っているものと解されている<sup>15</sup>。第一に、「特に危険で解明困難な犯罪か否か」、第二に、「法治国家原理に反するか否か」という点である。ただし、後者に関しては嫌疑や犯意の存否に着目する「犯意の具体化」の基準、おとり捜査に強度の影響を与えたか否かの「著しい影響」の基準、「嫌疑の有無」の基準で法治国家の原理に反するか否かを判断しているといった判例の変遷がみられる点には注意が必要である。このような変遷を経た理由としては、おとり捜査の適法性の問題を、違法なおとり捜査が行われた際の「法的帰結」の前提として議論していた点があげられる。ドイツの判例においては、当初、違法なおとり捜査は訴訟障害事由としてその法的帰結は訴訟手続きの打ち切りであったが、その後、裁判所が違法なおとり捜査が行われたことを量刑によって解決する手法を採用した。これは「犯意の具体化」の基準や「著しい影響」の基準で用いられる具体的判断要素である「評価の観点<sup>16</sup>」が量刑を斟酌する際の判断資料として組み込まれた結果である。

### (3) まとめ

ここでは主観説と客観説という括りが議論を整理する便宜になると思われるため、それを先に述べる。主観説とは、おとり捜査の違法・適法の分水嶺を、その対象者があらかじめ犯意を持っていたかという被誘惑者側の心理状態に着目して区別する基準である。一方、客観説はおとり捜査の外形・外枠から、すなわち、誘惑者側の行為に着目しておとり捜査の違法性を基礎づける基準である。

では、これらを踏まえた上で、各判例を要約する。

まず、アメリカの判例においては、具体的事案ごとに制定法解釈に反しないか、ないしは公共政策の原理に反しないかという判断を行う上で、犯罪遂行の事前傾向性といった被誘惑者の主観的傾向に着目した区別（主観説）に加えて、誘惑者の行為たる捜査方法の客観的評価も行う必要性（客観説）が問題関心として存在していた。一方、ドイツの判例では、こうした主観説的観点と客観説的観点の存在を前提として、「犯意の存在」といった要素がおとり捜査の違法性判断の枠組みの中でどのような位置にあるかが問題関心として存在していた。

こうしたアメリカやドイツの判例を分析した結果、我が国においては、おとり捜査によって創出された犯罪を、それを理由として処罰できるかという主観的な観点からだけでなく、おとり捜査において捜査の違法そのものを抗弁として、当該被告人の犯罪性を顧みることなく、手続き打ち切りを主張するという客観的な観点からもおとり捜査の問題性に着

<sup>15</sup> 宮木康博「ドイツにおけるおとり捜査の許容性と適法性の判断基準」同志社法学 57 卷 5 号 79 項以下

<sup>16</sup> 宮木・前掲註 (15) 64 項以下では、「評価の観点」については、(a) 被告人の嫌疑の根拠と程度、(b) 警察による影響力の行使の方法・強度・目的、(c) 犯罪者自身の犯罪に対する心理状態、(d) 他者にコントロールされていない被告人自身の積極性、(e) 犯罪行為の具体的な経過や経過支配性といったファクターがあるが、実際にどの要素が重要であるか等については（ドイツの）判例も言及しておらず、総合的な考慮の下で検討していることがうかがわれるとしている。

目されるようになった<sup>17</sup>。そして、二分説がいう「犯意」の有無をおとり捜査の違法性の分水嶺とするのは、個別の事案における違法判断を妨げる要因であって、おとり捜査の違法性の判断基準の精密化が必要であると主張されたことにより、「犯意」の有無以外のおとり捜査の違法判断枠組みが我が国で受容可能かどうかを検討されるようになったのである。

この結果として、二分説が客観説的観点からの見直しがなされたこと、すなわち、おとり捜査の「おとり行為」に着目して議論が進んだこと、また、客観説的観点から犯意の有無という基準のみでその違法性を基礎づけることへの疑問が生じたこと、これらから今日のおとり捜査の「違法性の実質」を志向する学説が台頭するようになった経緯がうかがわれるのである。

### Ⅲ. 学説の議論状況とそれに対する再検討

#### 1. 違法性の実質論から二分説への批判

上記のような経緯を経て生成された「違法性の実質論」であるが、この違法性の実質論を探求しようとする論者からは二分説に対して以下のような批判が加えられるようになってきている。まず、二分説を前提として、その法的帰結ばかりが議論の焦点となっており、おとり捜査のもつ違法性の実質、すなわち捜査法の観点から、その許容性ないし適法性を検討することを怠ってきたとし、そして、二分説のいう区別は、「おとり捜査の違法性の所在と論理的に結び付いたものではなく、「違法なおとり捜査が存在するという考え方の定着に多大な貢献を果たし」てきたが、「理論的には反省が必要な時を迎えている」と批判する見解<sup>18</sup>がある。

また、平成16年度決定が、任意捜査の適法性に関わる一般的な判断枠組みを示したとする立場に立ったうえで、二分説の示す「犯意」の有無という要素が絶対的・画一的な基準となりうるのか、また、その要素自体は任意捜査の枠組みの中でいかなる役割を果たすかが明確でなく、「この観点からの論理的検証に、はたして十分に耐えうるものか、疑問が残る<sup>19</sup>」と批判する見解もある<sup>20</sup>。

#### 2. 再検討

しかし、かかる批判は二分説の適切な理解に基づいた批判なのか、その妥当性に疑問が残る。なぜなら、二分説自身の問題意識は、捜査機関がおとり捜査をおこなったことを問題とするよりも、むしろ捜査機関が違法なおとり捜査を行っておきながらそれを処罰する

---

<sup>17</sup> 渡辺・前掲註(4) 68項。

<sup>18</sup> 大澤裕 演習刑事訴訟法[長沼範良他]180項以下。

<sup>19</sup> 佐藤・前掲註(7) 43項。

<sup>20</sup> 上田信太郎「刑事訴訟法の争点[第三版]」(松尾・井上編) 84項以下では、「犯意の安易な認定という危険回避の有益な指針となりうる」として、犯意認定の問題に言及し、二分説と異なるアプローチを採用する見解をいくつか取り上げている。

点に問題性を見出してきた<sup>21</sup>のであり、同説は、かかる違法な捜査自体としての許容性の基準ではなく、その捜査によって犯罪を把握し、それを「理由」として、訴追し、処罰することの許容性の判断基準として提示されたものであるからである。これは二分説が、その法的帰結を中心に議論を発展させてきたことの裏返しとして理解できるものである。おとり捜査が許容されないものと評価された際には、国家の処罰適格に疑念が生じるからこそ、その際の法的帰結がまさに問題とされるのである。

確かに、おとり捜査において「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」る行為、すなわち、おとり行為が、捜査を規制する訴訟法上の規範に照らして「違法」と評価されることがあれば、それが具体的にどのような規範に対していかなる意味で違法なのかという点は解明すべき問題であり、「違法性の実質」を議論する必要性は否定できない<sup>22</sup>。しかし、近時はおとり捜査の議論において、違法性の実質を検討し、捜査の枠組みでのみおとり捜査を検討することに終始しており、本来二分説が持っていた問題意識を継承した上でおとり捜査の問題の議論を行っていないように思われる。先に述べたように、二分説が本来意識してきたおとり捜査の手続的問題性とは、おとり捜査の「捜査」方法が適法かどうかという点にあるのではなく、おとりを用いて創出された犯罪を「理由」として処罰することの許容性の点にあった。現在の有力説はそもそもおとり捜査の「捜査」としての許容性を志向しているのに対し、二分説は「刑事司法上の諸処分（逮捕、訴追、処罰等）」の許容性を志向していることからして、前者が後者を批判する文脈は、その根幹にある問題意識が異なる以上、批判として噛み合わず、その妥当性は疑問があるものと言わざるを得ない。

また、おとり捜査を捜査法の範囲で把握しようとする違法性の実質論に対して、「「わな」は、その対象者に対して捜査機関が「おとり行為」を行っただけでは成立せず、国家が、それによって引き起こされた犯罪を「理由」としてその対象者を逮捕、訴追、処罰することによって初めて完結するというべきであり、その意味で、「おとり捜査」においては、その対象者の権利・利益侵害はこれらの刑事司法上の諸処分によってなされるというべきではないか<sup>23</sup>」と説き、これは、「捜査機関等が「おとり行為」を行うことそれ自体は、捜査を規制する諸規範に違反しないとしても、それによって創出ないし作出された当該犯罪を「理由」として、その相手方を逮捕その他の捜査機関による処分の対象とし、訴追し、処罰することは許されない、もしくは違法であると評価される場合や、あるいはその逆もありうる<sup>24</sup>」ことを無視しており、おとり捜査の問題性は公訴、公判の段階においても検討されるべきであることを示唆する見解もある。こうした点から、違法性の実質論が志向してきた、おとり捜査それ自体から生じる捜査手法としての違法性の具体的解明という課題は、

---

<sup>21</sup> 鈴木茂嗣「刑事訴訟法判例百選[新版]」平野龍一編 27 項以下。

<sup>22</sup> 松田岳士「刑事手続の基本問題」216 項。

<sup>23</sup> 松田・前掲註 (22) 223 項以下。

<sup>24</sup> 松田・前掲註 (22) 221 項。



おとり捜査の問題性の一つとして検討すべきものではあるが、それ以外をおとり捜査の違法性と結び付くものではないとして反故にすることはできないと解するのが適当であるように思われる。とすれば、違法性の実質論の論者からなされる二分説への批判は、おとり捜査の問題性を捜査手法としての問題性に限定してしまった結果、おとり捜査固有の問題をしっかりと把握していないため生まれたものであり、そのような限定された射程しか持たない違法性の実質論の見地からなされている批判は、それ自体妥当性を欠く。

では、二分説のいう「犯意の有無」という基準が、絶対的ないしは画一的すぎるという批判はどうだろうか。この点について、犯意の有無が違法性の実質論が志向するおとり捜査の捜査法上の許容性の問題に敷き直されていることは否めず、本来二分説が問題としてきた当該被告人の処罰の相当性判断の基準としての意義からは乖離している<sup>25</sup>。「犯意の有無」がおとり「捜査」の違法性を基礎付ける基準として使われるのか、はたまたおとり捜査による処罰の相当性を図る基準として使われるのかでは全く意味合いが異なる。とすれば、「犯意の有無」の役割の位置づけが不明というのも当然であり、批判は失当であろう。尤も、「犯意の有無」という基準で、おとり捜査によって創出された犯罪を国家がそれを理由として処罰することができるかという「処罰適格の有無」の判断を行うことが合理的かという点に問題を見出すのであれば、それは検討の余地がある。

### 3. おとり捜査で検討すべき固有の問題点とは

先に述べたように、おとり捜査の問題性は、捜査・公訴・公判といった刑事司法手続きの諸段階で把握すべきものであって、捜査のみに限るべきものではない。こうしたことから、おとり捜査の「違法性の実質論」はおとり捜査の問題性を把握しきれていないことがわかる。これは、おとり捜査の「捜査」という文言に着目するあまり、二分説が本来持っていた問題意識を継承して議論を展開することができなかつたためだと考えられる。とすれば、二分説の問題意識を再確認した今、検討すべきは、おとり捜査の違法性の実質を解明し、捜査法上の枠組みに当てはめて考えることではない。おとり捜査によって創出された犯罪を理由として、当該被告人に刑事司法上の各処分を行えるか否かの許容性の点こそが、通常の捜査には存しない、おとり捜査の刑事訴訟手続における固有の問題点であるように思われる<sup>26</sup>。

## IV. 結び

本稿では二分説とアメリカ・ドイツの判例分析を通じた二分説の問題意識の変遷、それによって生まれたおとり捜査の「違法性の実質論」の台頭といった議論状況を整理し、さらに違法性の実質論から二分説への批判を再検討した上で、違法性の実質論の問題性とお

---

<sup>25</sup> 松田・前掲註 (22) 188 項。

<sup>26</sup> 松田・前掲註 (22) 218 項以下。

とり捜査の検討すべき問題性を再確認してきた。以下、本稿の見解を簡潔にまとめる。

おとり捜査の訴訟法上の問題といっても、それは捜査法の範疇においておとり捜査の捜査手法としての許容性を問題視することに限られるものではない。確かに、「違法性の実質論」が志向してきたおとり捜査の「おとり行為」自体の問題は検討すべき問題ではある。しかし、そもそも二分説が志向してきた問題意識は、おとり捜査によって生じた犯罪を「理由」として、刑事司法上の諸処分を行える適格が国家にあるかという点にある。つまり、おとり捜査によって生み出された犯罪に対して、刑事司法上の諸処分を行う「理由」としての適格があるかという点が当初二分説の有していた問題意識であり、おとり捜査固有の問題性なのである。この観点から、おとり捜査によって創出された犯罪を「理由」として、捜査・公訴・公判といった諸段階において逮捕・訴追・処罰といった各処分を行えるかという点を、各処分を行う法規範に照らして解明していくことが今後のおとり捜査の課題であるように思われる。これは刑事訴訟手続において多岐にわたる問題であり、これについては刑事訴訟手続の学習に努めることで今後も検討を続けていきたいと思う。