

# ドイツにおけるおとり捜査の法的帰結

宮 木 康 博

## 目次

- 一 はじめに
- 二 判例における違法なおとり捜査の法的帰結
  - 一 訴訟障害によるアプローチ
  - 二 人的処罰阻却事由によるアプローチ
  - 三 量刑によるアプローチ
  - 四 連邦憲法裁判所の動向
- 三 学説における違法なおとり捜査の法的帰結
  - 一 手続法的アプローチ
  - 二 実体法的アプローチ
  - 三 その他のアプローチ
- 四 欧州人権条約と欧州人権裁判所判決の影響
- 五 むすび

## 一 はじめに

平成一六年七月二二日に下されたおとり捜査に関する最高裁決定は、訴訟法的観点から、おとり捜査の許容性についてはじめて判断した。本決定では、おとり捜査は、刑法一九七条一項の任意捜査として許容されるとした上で、<sup>①</sup>適法性の判断基準について、次の三つの要件をあげた。①直接の被害者がいない薬物犯罪等の捜査であること。②通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難であること。③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とすること。もちろん、「少なくとも」と前置きされていることから明らかなように、これら三つの要件は、おとり捜査が許容されるための必要条件であって、十分条件ではない。しかしながら、これらの要件を満たさなかった場合には、「少なくとも」、おとり捜査は許されない。加えて、下級審レベルでは、これまで、具体的な判断要素として、必要性（事案の重大性、摘発の必要性と困難性）と相当性（おとり投入以前に被告人に対して存在した嫌疑、おとりの働きかけの態様、強度、目的、犯行の決意や遂行に与えたおとりの影響力、被誘発者が犯行を思い止まろうとした事実と真摯さ）が検討されてきた。

では、以上のような判断枠組みによっておとり捜査の適法性を判断した結果、当該おとり捜査が違法と判断された場合、いかなる法的効果もたらされるのだろうか。この点につき、おとり捜査のリーディングケースとされる最高裁昭和二八年三月五日決定は、「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

の手続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ことはできない」としていた。この判示からは、最高裁が、おとり捜査が違法となる可能性を否定し、そのため被誘発者について、違法なおとり捜査の訴訟法的効果が生じることに否定的であるとの姿勢を読み取ることもできる。<sup>(3)</sup>しかし、本決定に対しては、「その後のデュー・プロセス思想の進展の中で最高裁が今日もなおこの立場に固執しているかは疑問であり、その判例は実質的拘束力を失っている」<sup>(4)</sup>との指摘がなされ、最近の学説は、一般に本決定の射程範囲を限定的に捉え、一定の場合に法的効果が生じることを肯定してきた。<sup>(5)</sup>また、下級審において、傍論ではあるが、違法なおとり捜査の存在可能性を認めていると思われる判決があり、最高裁においても、違法なおとり捜査であるとした少数意見が見受けられる。<sup>(7)</sup>他方で、違法収集証拠の排除法則を採用し、証拠の排除を認めた最高裁判例や限定的にはあるが公訴権濫用論を理論上認めた判例<sup>(8)</sup>もある。こうした状況を見ると、昭和二八年決定当時とは、状況に変化が生じているようにも思われる。とするならば、違法なおとり捜査が実施された場合、いかなる法的効果・法的帰結となるのかについて検討を加える意義は小さくないと思われる。

こうした検討にあたって有益と思われるのが、ドイツにおけるおとり捜査の考察である。わが国では、昭和二八年の横浜地裁における一連の無罪判決<sup>(10)</sup>のほかには、おとり捜査を違法とした裁判例は存在しない。これに対して、ドイツでは、一九八〇年代に入り、連邦通常裁判所第二刑事部が違法なおとり捜査の法的効果として訴訟障害を承認した。また、第五刑事部は、一九八三年二月二〇日に、傍論ではあるが、違法なおとり捜査の法的効果として人的処罰阻却事由の可能性を肯定し、無罪となる余地を認めた。これらに対し、ドイツにおけるおとり捜査に関する判例の

転換点である一九八四年五月二三日の連邦通常裁判所第一刑事部は、訴訟法的効果を否定し、量刑上斟酌する方法を採用した。本判決以降、一九八五年三月二〇日の第二刑事部判決をのぞき、おとり捜査の法的帰結は、量刑上斟酌する方法に統一されている。これに対して、学説では、これら一連の判決に刺激を受け、おとり捜査の法的帰結につき活発な議論が展開されている。

そこで、本稿では、わが国における違法なおとり捜査の法的効果・法的帰結について検討する一助として、判例・学説上、注目すべき動きが見られるドイツにおける違法なおとり捜査の法的効果・法的帰結について考察を加えることにしたい。こうした考察をふまえ、最後に、わが国におけるおとり捜査の実施の法的効果・法的帰結の今後の議論の方向性について、若干の考察を加えることにしたい。

## 二 判例における違法なおとり捜査の法的帰結

ドイツ連邦通常裁判所では、一九七五年六月一〇日に第一刑事部が、おとり捜査が法的に違法となる可能性を認めたとの、本判決を含め、その後の判決は、違法な犯罪誘発の法的効果について、統一した結論を提示してこなかった。<sup>①</sup>このため、違法なおとり捜査の法的効果について、各刑事部は、異なる帰結を導き出していたのである。大別すると、連邦通常裁判所では、許されないおとり捜査の法的効果を導くため、次の三つのアプローチ方法を提示してき

たといえよう。①訴訟障害によるアプローチ<sup>12</sup>。②人的処罰阻却事由によるアプローチ<sup>13</sup>。③量刑によるアプローチ<sup>14</sup>。以下では、判例で示されたこれら三つのアプローチ方法について整理するとともに、どのような変遷をたどって現状に至ったのかを概観したい。<sup>15</sup>

## 一 訴訟障害によるアプローチ

訴訟障害 (Verfahrenshindernis) による解決とは、刑法法二〇六条 a 一項および二六〇条三項に基づいて、訴訟障害がある場合には、決定または判決をもって手続を打ち切る方法をいう。ここでいう訴訟障害となる事由は、条文上、具体的に明記されておらず、判例および法理論により確定されるべきものと解されている。<sup>16</sup> それゆえ、ドイツ法では、違法なおとり捜査が、新しい訴訟障害として認められる余地がある。

一九八一年二月六日の連邦通常裁判所第二刑事部判決では、次のように判示された。<sup>17</sup> すなわち、前科も嫌疑もなかった被告人に、おとりがヘロインの入手を申し出た事案で、おとりによって繰り返され、長期に及ぶ説得や強く執拗な働きかけがなされるといった強い影響があった場合、その犯罪誘発は、行為者自身の犯罪への寄与の影を薄めるほど、重大なものとなる。国家机关の委託や承認の下で行動するおとりが、行為者に著しい影響を及ぼすことで、被誘発者をはじめて法の道から踏み外させた時、国家がこの者を再び法の道に連れ戻すために刑事訴追の対象にしようとするならば、国家は矛盾し、奸知に長けた行動ゆえに非難される。このことは法治国家秩序の枠内では許されない。こうした判断から導かれる帰結として、第二刑事部は、職権で考慮されるべき訴訟障害として、被誘発者の刑事訴追

が禁止されるとした。

また、一九八一年二月二三日の決定において、第二刑事部は、同様の根拠で訴訟障害によるアプローチを説明し、原判決を破棄した。<sup>(20)</sup>州レベルでも、一九八三年八月一〇日デュッセルドルフ上級地方裁判所は、かつて麻薬法違反で有罪判決を受けたことのある被告人におとりがコカインの入手を依頼した事案について、職権として考慮されなければならぬ訴訟障害の存在を認めた。そこでも、おとり捜査に訴訟障害を認める理由として、連邦通常裁判所第二刑事部判決と同様に、国家自身が犯罪行為を誘発し、その後再び法の道に連れ戻すために、その犯罪者を訴追しようとするならば、「国家は矛盾し奸知に長けた行動をしているという非難にさらされる」という点があげられた。<sup>(21)</sup>こうした対応は、法治国家秩序の内部では許されず、国家の刑罰請求権は喪失すると解されたのである。

この「国家の刑罰請求権の喪失 (Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs)」に基づく訴訟障害の考え方は、その後の判例に重要な影響を及ぼし、多数の判決に採用された。<sup>(22)</sup>これらの判決は、国家が刑罰権を喪失する根拠として、もし国家があらかじめ国家自身によって誘発された犯人を再び法の道に連れ戻すために訴追することを企てるならば、国家が矛盾して、あるいは奸知に長けて行動していることになるといふ点を強調した。

また、連邦通常裁判所第二刑事部は、一九八四年七月一三日の決定の中で、犯罪者に対して過度の影響がある場合には、職権として考慮されなければならない訴訟障害があると判示した。<sup>(23)</sup>理由として、市民を後に処罰するために、過剰な方法で犯罪へとそそのかすことが、法治国家原則と一致しない点があげられた。その際、連邦通常裁判所第二刑事部は、「疑わしきは被告人の利益に (in dubio pro reo)」の原則を適用した。したがって、第二刑事部は、違法な

犯罪誘発の疑いがあれば、それだけで既に刑事司法の合法性への信頼を損なうのに十分であると考えていたといえよう。<sup>(25)</sup> こうして、許されないおとり捜査がなされた場合、手続を打ち切るといふ第二刑事部によって提示された解決方法が、一度は定着した感があった。<sup>(26)</sup> しかし、別の刑事部では異なった法的帰結が導き出されたのである。

## 二 人的処罰阻却事由によるアプローチ

人的処罰阻却事由 (Straf ausschließungsründe) によるアプローチは、一身の刑罰阻却事由によるアプローチとも称され、行為者の特殊な身分関係によつて、裁判で無罪判決を言い渡すことが可能となる方法をいう。

一九八三年一月二〇日の連邦通常裁判所第五刑事部の決定では、原審の認定した事実から、おとり捜査官の態様につき、被告人に「卑劣な方法で麻薬の譲渡を迫ったものではない」とし、「<sup>(27)</sup> 国家の矛盾し奸知に長けた行動」を理由とする訴訟障害は問題とならない旨判示した。しかし、他方では、傍論においてではあるものの、おとりが違法な行動をとつたと認定できる場合、処罰阻却事由を認め、国家の刑罰権がそもそも発生しないと構成する方法を提示した。ただし、人的処罰阻却事由によるアプローチを示したのは、本件のみであり、しかも、いかなる理由に基づいて、違法な犯罪誘発の場合に人的処罰阻却事由が導かれるかは明らかにされなかった。

## 三 量刑によるアプローチ

(1) 判例の転換 一九八四年五月二三日の連邦通常裁判所第一刑事部の判決では、それまで判例および学説に

おいて採用されていた多様な見解を検討したうえで、量刑によるアプローチ (Strafzumessungslösung) を採用した<sup>28)</sup>。

(a) 訴訟障害によるアプローチの批判的検討 第一刑事部は、それまで最も有力であった訴訟障害によるアプローチに対して、「訴訟障害が考慮されるためには、はっきりと説明されているか、あるいは文脈から読み取ることができるような立法意思に基づけば、当該障害が、手続全体の許容性を左右するほど刑事手続にとって重要な事情でなければならぬ<sup>29)</sup>」とする。法治国家原理に対する他の法律違反との比較がこのことを証明しているとし、具体例として、基本法一〇一条一項後段の法定の裁判官の裁判を受ける権利や基本法一〇三条一項の法的審問請求権<sup>31)</sup>に対する違反のケースをあげる。これらの違反は、これまでの判例に従えば、ただ手続の瑕疵 (Verfahrensmangel) ではあるが、訴訟障害にはならなかった。たとえば、基本法一〇三条一項によって保障された法的審問請求権を侵害する被告人の公判への不出頭は、訴訟障害ではなく、刑法法三三八条五号の絶対的上告理由になる<sup>32)</sup>。このように、他の法治国家原理違反と比較して、連邦通常裁判所は、法治国家原理から導かれる公平な手続を受ける権利の侵害を訴訟障害の根拠とすることを拒んできたのである。さらに、第一刑事部は訴訟障害によるアプローチに反対する本質的な論拠として次の点をあげる。すなわち、訴訟障害は一定の事実があるか否かで決まる。しかし、おとりの行動が法治国家としての許容される限界を超えたか否かの問題は、価値評価<sup>33)</sup>を介してのみ結論づけることができ、その評価に際しては、被告人の責任、被告人に対する嫌疑の程度、被告人の犯罪意思、被告人の他者にコントロールされていない積極性、おとりの影響力の行使の態様、程度、目的がメルクマールとなる。それゆえ、公判であらゆる事情についての広範な審理を経なければ、おとりの行動が法治国家としての許容される限界を超えたか否かを結論づけることができな

い訴訟障害によるアプローチは、こうした問題への対応として適していないとする。

また、アメリカ合衆国の「エストoppel原理 (estoppel — Prinzip)」を引き合いに出して訴訟障害を肯定しようとする見解に対して、アメリカ合衆国のおとり捜査についての判例が適切に理解されていないと批判する。すなわち、「エストoppel原理」は、実体法上の制度 (Institute) であり、手続法の制度ではない。コモン・ローでも、「エストoppel原理」によって刑事訴追義務が免除されることはない。だからこそ、アメリカ合衆国の裁判は違法なおとりの投入の領域で新たに「エントラップメント法理 (doctrine of entrapment)」を発展させてきたのであると説くのである。ただし、「エントラップメント法理」も、訴訟障害を基礎づけるものではなく、無罪判決に通じるものであるも指摘する。<sup>(34)</sup>

(b) 人的処罰阻却事由によるアプローチの批判的検討 人的処罰阻却事由によるアプローチに対しては、次の二点を批判する。第一に、第五刑事部が訴訟障害とは別のアプローチを用いて「国家の刑罰請求権の喪失」を認めようとする点である。ここでは、刑罰請求権の喪失という考えは、民法上のカテゴリーの刑法への許されない転用に基づいているとされる。確かに、信義誠実に反する行動による喪失という考え方は、公法においても妥当することは一般的に承認されている。しかし、公法の分野、とりわけ、おとり捜査のケースでは、法益保護機能が問題となっていないのであって、国家は、その名において行動する個人々の行動の誤りによって法益保護義務を免れるものではないし、その遂行が妨げられるものでもない。刑罰権の喪失を認めれば、国家の保護に委ねられている法益が、結果的におとりの活動に委ねられることになるも指摘する。

第二に、刑罰を排除する根拠について、他の法規定と比較すると、解決できない価値矛盾に通じてしまう点である。たとえば、上司の指示に拘束される公務員と服従義務のある兵士は、職務上の指示や命令に従って犯罪を犯した場合であっても刑法上の責任を負うのであって、犯罪を遂行する指示に従うことは許されていない<sup>(45)</sup>。人的処罰阻却事由によるアプローチは、国家は自ら命じたことについて処罰することはできないとの考慮に基づくことになろうが、先の場合にそうした主張はなされていないと指摘する。

(c) 証拠の禁止によるアプローチの批判的検討 証拠の禁止によるアプローチは、学説において主張されているが、本判決では、このアプローチについても簡潔に拒んでいる。すなわち、国家の矛盾した行動を根拠になされた刑罰請求権が喪失するという主張を否定する以上、証拠の禁止を想定することに賛成する本質的な論拠もまた失われると説くのである。

(d) 量刑によるアプローチの正当化根拠 このように、第一刑事部は、他の部の見解や学説を批判したうえで、自らが採用する量刑によるアプローチを説明する。裁判所には犯行へと至ったあらゆる事情を適切に顧慮する裁量が十分に与えられており、本質的に刑を軽減することができる。軽罪に関しては、とくに重大な場合 (Besonders schweren Fall) に該当することを否定することができ、重大性の低い場合 (minder schweren Fall) にあたると想定することができるにとどまらず、刑法一五三条<sup>(46)</sup>、一五三条 a にしたがって手続を停止することまで可能であるし、重罪の場合にも、刑法四七条二項と五九条によって、刑罰留保<sup>(47)</sup>の警告 (Verwarnung mit Strafvorbehalt) を利用すれば足りるのであろうとする。具体例をあげると、本件の原審は、おとりの影響を理由に、約二六四グラムというコ

カインの譲渡量にもかかわらず、麻薬法二九条三項四号によるとくに重大な場合に該当することを否定し、同法三〇条二項による重大性の低い場合であると認定し、執行猶予付きの自由刑を言い渡している。

ただし、第一刑事部のような解決方法をとれば、犯罪者が完全に刑罰を免れることがなくなる。この点について、マクルツキ (Patric Makrutski) は、第一刑事部はアメリカ合衆国で採用されているエントラップメント原理を引き合いに出してこの不都合性を甘受していると指摘する<sup>(40)</sup>。なぜなら、アメリカ合衆国では、訴訟障害によって解決を図ろうとする見解が用いるエントラップメント原理を採用しているが、重大な犯罪には適用されておらず、刑罰を免れるわけではないからである。

この点については、本判決の約二ヵ月後に下された一九八四年八月九日連邦通常裁判所第四刑事部判決において批判されている<sup>(41)</sup>。つまり、第四刑事部は、確かに量刑によるアプローチは大多数のケースで満足のいく解決をもたらすが、重罪の場合の限界事例において、そもそも刑の免除の可能性がない点で、懸念が残ると指摘したのである。

(2) 呈示決定 このように、第一刑事部は他の刑事部で提示された訴訟障害などのアプローチを斥け、量刑による解決の正当性を主張した。それゆえ、各刑事部間での法的取り扱いの差異は一層明確になった。そこで、連邦通常裁判所第二刑事部は、連邦通常裁判所の拡大部 (Troger Senat) に訴訟障害によるアプローチと量刑によるアプローチのいずれが正当であるかにつき、裁判所構成法一三七条による呈示決定を求めた<sup>(42)</sup>。拡大部は、一九八五年一月七日の決定において、今回の請求が裁判所構成法一三七条による呈示決定の要件を充足していないとした。そのため、拡大部は、正面から答えることはなかったが、呈示決定を求める際に、第二刑事部が訴訟障害によるアプローチ

を放棄し、量刑によるアプローチを採用する旨を明らかにしていたことから、おとりの不当な影響力の行使が訴訟障害を基礎づけるとの見解は、第二刑事部が放棄した以上、連邦通常裁判所の判例において、今後主張されることはないであろうと付言した<sup>(4)</sup>。現に、一九八五年三月二〇日の連邦通常裁判所判決を最後に、連邦通常裁判所においては、量刑によるアプローチ以外の方法は採用されていない。

(3) 量刑によるアプローチの精緻化 量刑によるアプローチについては、一九九二年六月四日の第四刑事部の判決が、より具体的な検討を加えている。本判決の事案では、連邦通常裁判所の基準に照らせば、違法な犯罪の誘発はなかった。しかし、第四刑事部は罪責から独立した刑の軽減事由が適用されなければならないという認識のもと、次のように判示した<sup>(5)</sup>。刑の量定が、法治国家の枠組の中で均衡を失っていない場合であっても、身分秘匿捜査官の影響を刑を軽減する形で評価することは、裁判所や裁判官といった裁き手に許されている。むしろ、おとりによる犯罪者へのあらゆる影響が量刑の枠組の中で考慮されねばならない。加えて、刑を軽減する二つの段階が区別されねばならない。第一に、犯罪者は、秘密連絡員が犯行にそもそも影響を及ぼしているならば、秘密連絡員がどのような形態で犯行に関与したかには無関係に刑の軽減を受けることができる。第二に、秘密連絡員の投入が許されないものであったならば、より一層誘発された者の量刑にあたって、この事情が有利に働かなければならない。このほか、危険犯との関係では、誘発された犯行が警察によって監視され、管理されていた場合には、刑を軽減する第三の段階も認められている。その際、「より僅かな結果無価値 (geringeren Erfolgsunwert)」であることから出発しなければならぬという。すなわち、「おとりの助力を得て誘発された犯行が法益侵害の危険を相当程度排除するほどに監視されていた

ならば、このことは、犯行によって生じた結果無価値が僅かであるという観点から、量刑にとって意味を獲得する<sup>(46)</sup>。誘発された犯行が警察によって監視され、管理されていた場合には、法益侵害の危険性が低下することを根拠に刑を軽減することを認めているのである。

さらに、一九八〇年六月二日のシュトゥットガルト上級地方裁判所は、秘密連絡員によって直接的にそそのかされたわけではない共犯者についても刑法五七条二項の便宜が与えられなければならないとした<sup>(47)</sup>。同裁判所は、おおむね次のように判示した。「秘密連絡員によって麻薬取引について話を持ちかけられた被告人Xが、被告人Yの住居に何度も電話したという事実のみが、間接的に被告人Yが犯行を犯すことに影響を与えたに違いない。「この出来事がないければ、被告人Yはそのような手段で法との矛盾に陥ることはなかったであろう」として、おとりによって直接的に犯行を唆されたわけではない者に対しても、刑の軽減を認めた。

(4) 量刑上斟酌する判断要素 判例は、違法なおとりの投入も許されるおとりの投入も、量刑に際して、刑罰の緩和の根拠として顧慮することになる。<sup>(49)</sup> 言い換えれば、次の三つのレベルで刑の軽減の可能性を検討するのである。

① 犯罪者に対して違法な影響を与えた場合。そこでは、次の三つの状況が想定されている。

(a) 嫌疑がない犯罪者に影響を与えたとき

(b) 具体的な犯行を実行する意思をもっていない犯罪者に影響を与えたとき

(c) 犯罪の誘発に際して、犯罪者に過度の影響を与えたとき

② 犯罪者に許される程度であっても影響を与えた場合<sup>(50)</sup>

③ 犯罪が管理されていたため、僅かな結果無価値にとどまったとしても、何らかの影響を与えた場合<sup>(51)</sup>

連邦通常裁判所は、このように量刑という実体法的な解決を採用しているが、これらのレベルのうち一つでも該当すれば、連邦通常裁判所は刑の軽減を考慮するのであり、その際、複数のレベルに重疊的にあてはまれば、量刑もそれに応じて大幅に軽減されることになる<sup>(52)</sup>。また、これらのレベルのうち一つが存在することへの疑いに際して「疑わしきは被告人の利益に (in dubio pro reo)」の原則が妥当する。

#### 四 連邦憲法裁判所の動向

連邦通常裁判所では、一九八四年五月二三日の第一刑事部判決を契機に、これまで訴訟障害によって解決を図ってきた第二刑事部が態度を変更して以来、量刑によるアプローチが採用されてきた。同判決において、第一刑事部は、訴訟障害によるアプローチは妥当ではなく、採用できない旨明示した。では、行政行為等の合憲性を審査する連邦憲法裁判所<sup>(54)</sup>は、どのように考えているのであろうか。連邦通常裁判所と同様に、訴訟障害によるアプローチを拒絶しているのであろうか。

連邦憲法裁判所<sup>(55)</sup>は、人間の尊厳の侵害あるいは法治国家原理の侵害を理由とする訴訟障害を全て斥けてきたわけで

はない。たとえば、連邦憲法裁判所は、一九八七年三月一〇日決定<sup>(56)</sup>において、有罪認定のためのおとりの協力が関係者に対する国家の刑罰請求権の行使を妨げるか否かは未だ解決していない問題であるが、訴訟障害は、法治国家原理を根拠に、特別な例外的ケースにおいては問題になりうるとした。また、法治国家原理は、単に関係者の利害を保障するのみならず、活動権限のある刑事司法の利害をも保障するとした。結論的には、本事案では、「手続の実行が法治国家原理あるいは他の基本権の観点の下で、もはや受容することができなくなったという推定を排除する<sup>(57)</sup>」として、訴訟障害を否定し、その際の判断基準として、このような事態に該当するのは、「犯罪者が刑事訴追機関の行動の単なる客体になったとき」であるとした<sup>(58)</sup>。ただし、それまでの連邦憲法裁判所判例では、国家の利害にその都度優位が与えられており、その理由のみで訴訟障害が認められてこなかったとの指摘もある<sup>(59)</sup>。

また、一九九四年一〇月一九日の連邦憲法裁判所判決<sup>(60)</sup>でも、例外的な場合においては、訴訟障害が問題になるとの見解が明示された。本判決において、連邦憲法裁判所はいかなる場合に例外的なケースとなるのか明確にはしなかったが、学説上は、判決理由からは、人間の尊厳を侵害する場合に、訴訟障害が考えられるべきという姿勢が見て取れるとの指摘がある<sup>(61)</sup>。また、具体的な例外的場合として、重大な基本権侵害を伴う捜査方法および刑訴法一三六条aの意味で禁止された尋問の方法などを意味するとの指摘もある<sup>(62)</sup>。連邦憲法裁判所は、本件の犯罪誘発が抗告人の人間の尊厳を傷つかなかったという理由を挙げて訴訟障害を否定した。しかし、連邦憲法裁判所は、憲法の規定を根拠とした訴訟障害の可能性について、原理的に否定したわけではない<sup>(63)</sup>。

総じて、連邦憲法裁判所は、該当する者が国家の行動の客体に格下げされたときに訴訟障害の可能性を認める。た

だし、これら連邦憲法裁判所の判例では、例外的なケースを個別的に判断し、障害にあたるか否かを決定するための具体的な検討が加えられているわけではない。それゆえ、ヴァイゲンド (Thomas Weigend) は、連邦憲法裁判所の議論においては、全ての本質的な問題が未解決のままであると評する<sup>(64)</sup>。しかしながら、少なくとも、連邦憲法裁判所の判例は、憲法の規定を根拠にした訴訟障害を原理的に否定しているのではないとしていることは確認できよう。

### 二 学説における違法なおとり捜査の法的帰結

連邦通常裁判所では、現在、違法なおとり捜査の法的帰結として、量刑によるアプローチが採用されている。これを支持する学説もみられ、現に、一九九九年一月一八日の連邦通常裁判所第一刑事部判決では、「学説においても量刑によるアプローチが圧倒的な支持を受けてきた<sup>(65)</sup>」としている。しかし、そこで挙げられた量刑によるアプローチを支持する学説をみても、理論的な説明が積極的になされているわけではない。むしろ、他説を批判し、量刑上斟酌することで解決を図れば、多くのケースで妥当な結論を導くことが可能となるといった実質的な側面に力点がおかれているように思われる。

例えば、エルボーゲン (Klaus Ellbogen)<sup>(66)</sup> は、量刑によるアプローチを支持して次のように説明する。法益保護は、国家にとって喪失の可能性がある法的権利ではなく、自らの落度によっても免除されない義務である。それゆえ

国家の刑罰権は、許されない犯罪誘発が存在した場合にも残る。加えて、刑事訴訟障害の機能は、刑事訴訟官庁を規律に服させることにはない。さらに、訴訟障害を認めると、「オール・オア・ナッシング (Alles oder Nichts)」となり、場合によっては、誘発された行為者によって実現された犯罪にふさわしくない結論を甘受しなければならなくなってしまう。そのうえで、エルボーゲン<sup>(8)</sup>は、犯罪誘発は被誘発者の責任を緩和するのであり、刑を軽減するような方法で行為の全体的な状況および誘発の方法が、顧慮されなければならないとして、一九八四年五月三日の連邦通常裁判所第一刑事部判決で提示された量刑によるアプローチを支持した。

このように、判例では、一九八四年五月二三日の連邦通常裁判所第一刑事部判決以降、量刑によるアプローチが採用され、学説においても、同様のアプローチが有力に主張されている。ただし、学説ではこうした量刑によるアプローチに批判的な見解も多数みられる。そこで以下では、これらの学説について整理しておきたい。<sup>(9)</sup>

## 一 手続法的アプローチ

(一) 国家の刑罰請求権の喪失を理由とする訴訟障害 国家の刑罰請求権の喪失 (Verwirkung) を理由とする訴訟障害とは、民法上の信義誠実の原則に含まれる「自己背反行為の禁止」の原則を公法に転用して、国家が矛盾した行動をとった場合には、その矛盾ゆえに、国家の刑罰請求権が喪失し、訴訟障害として訴訟が打ち切りになるとする見解である。この見解の代表的な論者としては、ブルンス (Hans-Jürgen Bruns)、デンカー (Friedrich Denker)、ゲッセル (Karl Heintz Gösse) を挙げる<sup>(10)</sup>ことができる。

(a) ブルンスの見解　ブルンス<sup>(66)</sup>は、違法な犯罪誘発について、自己背反行為の禁止 (venire contra factum proprium) の原則を根拠に訴訟障害を主張する。ブルンスは、ドイツ法では、「自己背反行為の禁止」はすでに長い間、法原理として承認されているとし、同一の国家が一方でその執行する権力によって、他方でその判決を下す権力によって対立する意味で行動するということは、原則的にありえないはずであるとす。また、もし秘密連絡員が当該官庁の遮断説明 (Sperrerklärung) によって証人になれなくなるならば、<sup>(70)</sup> 国家は矛盾して行動しているということが、同様に認められるという。なぜなら、一方で、国家が犯罪を告発しておきながら、他方で、被告人が、自己に不利な証言をする重要な証人である秘密連絡員に対して尋問することを妨げているからである。その際、ブルンスは、非難の重点は国家が奸知に長けた行動をとったということにあるのではなく、むしろその矛盾性にあるとし、アメリカの「エストoppel原理 (estoppel - Prinzip)」を引き合いに出す。<sup>(71)</sup> しかしながら、これに対しては、被誘発者は、おとりの背後に国家がいることを行為時に認識していないのであるから、信頼事情はそもそもなく、身分秘匿の犯罪誘発に際しては、通常自己矛盾禁止に要求される信頼事情が欠けているとの批判が加えられている。<sup>(72)</sup> この批判について、ブルンスは、先の一九八一年二月六日の連邦通常裁判所第二刑事部判決がその点に触れていないことに依拠して、公法の領域では、信頼事情は不要であり、国家態度の矛盾だけで十分であると反論する。<sup>(73)</sup>

(b) デンカーの見解　デンカー<sup>(74)</sup>は、訴訟障害のみが、犯罪者を処罰しない選択肢をもつ正しい解釈上の処方箋であるという。デンカーは、この見解について、理論的根拠を示してはいないが、<sup>(75)</sup> 一九八一年二月六日の連邦通常裁判所刑事第二部判決に賛成していることから、そこに根拠の一端をみることはできよう。本判決では、結論として

は、訴訟障害にならないとしたが、違法な犯罪誘発に際して、国家が奸知に長け、矛盾する行動をとった場合には、訴訟障害になると判示した。また、デンカーは訴訟障害に至らない程度の犯罪誘発に対しても、証拠の利用の禁止や刑の軽減といった制裁を考慮することが可能であるとす。しかし、デンカーの考え方によれば、原則的におとりの投入は基本法二条一項の基本権を侵害し、この行動に授權根拠を与える法律はないので、犯罪誘発はすべて違法になるのではないかとの疑問が呈せられている。<sup>(80)</sup>

(c) ゲツセルの見解　ゲツセルは、デンカーの見解に理論的根拠を与えている。ゲツセルは、次のように説明する。国家が犯罪を誘発する場合、国家は自身に課せられた犯罪行為防止義務に反する行動をとることになる。<sup>(81)</sup> いわば、国家の刑罰権は詐取されたのであり、それゆえ、当然に刑罰権は実現されてはならない。このような国家の行動は、全体として刑事手続上容認できず、訴訟障害となりうるとする。<sup>(82)</sup> これに関連して、タシケ(Jürgen Tschike)は、国家の行動の矛盾性について、犯罪誘発に際して本質的な問題は、意図にあり、国家は犯罪者を誘発された犯罪行為を理由に罰するためにそのかすのであるから、矛盾して行動しているとす。<sup>(83)</sup>

(2) 刑事法の目的に合致しないことを理由とする訴訟障害　刑事法の目的に合致しないことを理由とする訴訟障害とは、訴訟目的との関係で、刑事訴訟に内在するものとして、国家の違法捜査に基づく訴訟障害を承認する見解である。本見解の代表的な論者としては、シューマン(Heribert Schumann)を挙げる事ができる。<sup>(84)</sup> シューマンは、「目的に外れた訴訟障害(Verfahrenshindernis wegen Zweckverfehlung)」と称するアプローチを主張する。この見解において、解釈上の基礎にあるのは、刑事手続はその根本的な目的が満たされ得ないときには、もはや遂行され

てはならないという考慮である。加えて、シューマンは、フォルク (Klaus Volk)<sup>(87)</sup> の見解を引き合いに出し、刑事手続の目的を第一次的には、刑法の秩序の確証 (Bewährung) による一般の法意識の確証 (Bestätigung) の中にみるとともに、最終的には犯罪によって攪乱された法的平和の回復に求める。そして、おとり捜査の担い手が民間人である秘密連絡員の場合には、その者の違法な犯罪への関与では目的に合致しない訴訟障害の十分条件ではなく、警察の犯罪への関与が違法であってはじめて、刑事手続は法の確証の道具としての資格を剥奪されるとする。また、「罪状立証 (Überführungsmittel)」のために国家が犯罪を誘発するという本来の意図も決定的な観点ではないとする。結局のところ、「境界線 (Grenzlinie)」は、犯罪が国家による「産物 (Produkt)」としてみなされるときにはじめて踏み越えられるとする。<sup>(88)</sup> その際、シューマンは、「過度 (übergewichtigen)」な犯罪関与のメルクマールに着目している。シューマンは、ブルンスらによるオーソドックスな訴訟障害の解決に対し、フォート (Eberhard Foh)<sup>(89)</sup> に依拠して、殺人のような重い犯罪へと誘発がなされた場合にも、訴訟障害にいたらなければならないと批判する。理由は、これらのケースにおいては、誘発された犯罪者を犯罪と刑罰に巻き込むことが特に重大である点を挙げる。

(3) 憲法の規定に直接の根拠を求める訴訟障害 憲法の規定に直接の根拠を求める訴訟障害とは、憲法に抵触することを根拠とする訴訟障害である。本見解の代表的論者としては、ヒレンカンプ (Thomas Hillenkamp) とボルフスラスト (Gabriele Wolfstast)<sup>(91)</sup> を挙げる事ができる。<sup>(92)</sup>

(a) ヒレンカンプの見解 ヒレンカンプは、刑事訴訟法が法治国家原理と一致しなければならないという点から、違法な犯罪誘発への対応として、憲法を根拠とする訴訟障害を認める余地があるとみる。<sup>(88)</sup> ただし、この解決方法

は補足的な「最終手段 (ultima ratio)」と捉えられている。ヒレンカンプは憲法を根拠とする訴訟障害が考慮されるための必要条件として次の三点をあげる。<sup>94)</sup>①単純法による対応が不可能であるという補充性 (Subsidiarität)。<sup>95)</sup>②法治国家への侵害を修復する可能性の欠如 (Irreparabilität)。<sup>96)</sup>③法治国家性のはなはだしい軽視。

法治国家原理への違反の重さを具体的に検討するための方法として、ヒレンカンプは「均衡性の原理から導かれる全体的な考量 (Ichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips vorzunehmenden Gesamtabwägung)」を採用する。この全体的な考量をする際、人間の尊厳と刑事司法の機能的な有用性とのバランスが検討されなければならないとされる。この考量によって、人間の尊厳が優位に立つならば、確実に法治国家として放棄することができない不可欠なものを守ることができていないことになる。<sup>97)</sup>この「極端な事例 (Extremfalls)」であると結論づけるために、ヒレンカンプは一九八〇年四月一五日の連邦通常裁判所第一刑事部が挙げた要素を用いる。①被告人に向けられた嫌疑の根拠と程度。②誘発者の影響の性質、強度、目的。③被告人の犯罪への決意。④犯罪者自身の主体的活動（とくに誘発者によって繰り返し比較的長く持続的な説得の試み）<sup>98)</sup>がなされたか否か。ヒレンカンプは、こうした考量の際、四つの要素を用いることによって発生する「法の不確定性 (Rechtunsicherheit)」の危険にも留意する。しかし、ヒレンカンプは、「このことは、ドイツの刑事司法の法治国家的な利益にとって中心的なテーマを量刑のアプローチでもって憲法の光から量刑の闇の中へ消えさせる、そして、それによってそのテーマを画面から消えさせることに比べれば（法の不確定性の危険は）まだ耐えられる」<sup>99)</sup>とする。

また、ヒレンカンプは、連邦通常裁判所の量刑によるアプローチや第一刑事部によって批判された訴訟障害による

アプローチを再検討し、憲法上の規定に基づく訴訟障害は単純法を根拠とした訴訟障害とは比較できないとする。すなわち、憲法上の規定を根拠とした訴訟障害は、「事柄の本来の性質 (Natur der Sache)」からして単純法を根拠とした訴訟障害と異なるとするのである。なぜならば、憲法上の規定を根拠とした訴訟障害は、刑事訴訟の目的設定だけではなく、比例性の原則という憲法の目的設定を考慮しなければならぬからである。「極端な事例」に該当するような、手続の遂行を妨げる事実の重大性を決定するには、「機能的刑事司法」や「公正な裁判 (fair trial)」を保障する法治国家原理から導かれる憲法的な目的設定が前提になっている。そして、手続の遂行を妨げる事実の決定は、それ自体が先の補充性や修復可能性の欠如の判断を含んでいる。しかし、このことは、あらゆる付随事情を熟慮する価値判断によってのみ可能となる。そして、ヒレンキャンプは、具体的に連邦憲法裁判所の二つの決定を引合いに出し、憲法上の規定を根拠とした訴訟障害は、極端な例外的な状況において完全には排除されていないと主張する<sup>(10)</sup>。具体的に、おとり捜査の事例をあげ、薬物犯罪を撲滅するための機能的刑事司法の要請と、欺罔の禁止や自己負罪拒否といった公正な裁判の要請が考慮され、総合判断に基づいて憲法に抵触する極端な事例が存在すると説くのである<sup>(11)</sup>。

(b) ボルフラスラストの見解 ボルフラスラスト<sup>(12)</sup>は、違法な犯罪誘発の場合には刑罰権が失効し、そこから訴訟障害が生じるとする。ボルフラスラストはその方法論として、国家的な法違反の重大さと犯罪行為の不訴追から国家と社会に生じる結果との間の考慮を出発点とする。十分に重い法への違反の際に、手続が全体として機能障害に陥るときにのみ、法治国家に反する行動によって制裁を加えるものと評価できるとする。その理由として次の二点が挙げられている。第一に、手続は法秩序の妥当性と法の平和を確保するという目的をもちや満たすことができない。第二に、

この場合には、刑罰目的の観点からみても一般予防的または特別予防的な効果をもはや達成できない。この端緒に基づけば、次に、いつ違反の程度が手続を全体的に機能障害に陥っていると示すのに十分と評価できるかが問題となる。

ボルフスラストは、まず刑事訴追官庁が、捜査に際して刑法に背くならば、そのような「重大な程度」に達しているかと想定する<sup>(10)</sup>。解釈上の根拠づけのために、ボルフスラストはアメルンク (Knut Amelung) の見解を引き合いに出す。アメルンクは、国家は刑法の違反によって証拠手段を獲得したならば、とにかくその時には刑罰の正当性を失うとする。刑法は社会の倫理的・法的な最低限の基準を表しており、国家がそれに違反するならば、自らを自らに対する矛盾や国家の目標・目的に対する矛盾の中に置くことになる。その際、刑法違反の背後にある意図も何らの役割を演じてはならないとされる。なぜなら、法治国家の原則に則した刑事司法のみが真に有効でありえ、意図はあらゆる手段の投入を正当化しないからである。ボルフスラストによれば、要求される「重大な程度」は、国家が刑罰権を欺罔によって入手したときに達している<sup>(10)</sup>。この欺罔による入手は、犯罪誘発の中だけに見出されるべきではなく、犯罪者がその意味につきだまされ、自らにとって不利な証拠として利用されるまでに至って初めて見出されうる。しかも、この場合には、人間の道具化、人間の国家の行動の客体への軽視があり、このことは結局、人間の尊厳の侵害を意味していると説く。

また、ボルフスラストは、ヒレンカンプと同様に単純法から導かれる訴訟障害と憲法の規定を根拠とした訴訟障害の間を区別しようとし、その訴訟障害の特異性として次の二点を指摘する。第一に、単純法から導かれる訴訟障害と

は異なり、法令上、ある程度正確に記述でき、またそこに記述された事実を根拠に導き出すことが求められない。第二に、価値評価に左右される事情が問題になっている。このことは、訴訟障害の基礎が憲法の中に見出されうるといふ特殊性から出てくると説く。さらに、ボルフスラストは、憲法が原因の訴訟障害の際に、単純法を根拠にした訴訟障害に対して存在する差異を用語上もはっきりさせるために、リース (Petri Riess) と同様に手続禁止 (Verfahrensverbot) という用語を用いることを提案する。<sup>10)</sup>

(4) 証拠の禁止による解決 証拠の禁止による解決とは、違法な犯罪誘発によって証拠を収集することやそれによって獲得された証拠を公判廷で利用することを禁じる見解である。<sup>11)</sup> 本見解の代表的論者としては、リュダーゼン、ベルツ (Ulrich Berz)、フランツハイム (Horst Franzheim)、フィッシャーとマウル (Thomas Fischer/Heinrich Maul)、フォッラー (Thomas Voller)、シュレーゲル (Patricia Schlegel) を挙げることができよう。

(a) リュダーゼンの見解 リュダーゼンは、違法な犯罪誘発は証拠収集の禁止ないしは証拠利用の禁止につながるとする。その結果、他の証拠では有罪認定ができない場合には、無罪判決が下されることになる。違法な犯罪誘発の特殊性は、証拠を集める際にすでに事実の資料 (Tatsachennaterial) が違法な形で生みだされたということが確定していることである。この理由から犯罪誘発によって獲得された情報は、そもそも証拠の対象にされてはならないと説く。万一裁判官が証拠収集の禁止を見逃したならば、その証拠利用は判決の際に許されなくなり、その結果遅くとも上告審において無罪判決が下される。リュダーゼンは、証拠の禁止の制度によって違法な犯罪誘発のあらゆる状況が考慮できるので、訴訟障害によるアプローチは必要でないとする。ただし、公判の開始以前にすでに犯罪誘発が

違法なことから法的帰結が引き出されるならば、事実上、訴訟障害と同様の帰結となる。<sup>(11)</sup>

(b) フランツハイムの見解　フランツハイム (Horst Franzheim)<sup>(12)</sup> は、証拠の利用の禁止をドグマ的に犯罪誘発が人間の尊厳という不可侵の確信領域を侵害し、その場合に認められている証拠収集の禁止を呼び起こすと説く。その際、フランツハイムは、支配的な見解に従えば、あらゆる証拠収集の禁止が証拠の利用の禁止に通じるわけではないことを認める。しかし、連邦通常裁判所が判決を下すに際しては、証拠の利用の禁止が法的帰結とならなければならないという。そもそもこの証拠の利用の禁止の波及効こそが重要とするのである。支配的な見解とは異なり、フランツハイムは国家の禁じられた行動からの国家の刑事訴追に反する行動は、非常に重要なので、あらゆる証拠集めの結果は、無効にしなければならないという論拠によって波及効を肯定する。フランツハイムによれば、解決として波及効をもった証拠の利用の禁止が問題になり、その禁止は事実的に刑事訴訟障害と同等のものとなる。<sup>(13)</sup> ただし、フランツハイムによる証拠の禁止と訴訟障害は同様の帰結に至るとの主張は、証拠の禁止の効果として、事実上、無罪判決に至るとする趣旨か、証拠禁止の結果、手続の打ち切りが認められる場合があるという趣旨かは明らかでない。

(c) ベルツの見解　ベルツは、リュダーセンと同様に、証拠の収集・利用のカテゴリーで違法な犯罪誘発の効果が検討されなければならないとする。ベルツは、犯罪誘発は犯罪者の基本権とりわけ基本法一条一項、二条一項を侵害するので、証拠を収集し獲得することは許されないとする。ベルツは、犯罪誘発と基本法一条の具体化とされる刑訴法一三六条 a とを結びつけて検討する。<sup>(14)</sup> ベルツはその際、支配的な見解によれば、違法な証拠収集から異論のない形で証拠の利用の禁止が出てくるわけではないことに配慮する。ベルツは、このことは考量によって決定されねば

ならず、その際、均衡のテストの枠組みの中で、一方では当該の者の基本権が、他方では刑事司法の利害が対置させられねばならないという。そして、これまで嫌疑の無かった者を犯行へと誘発することは常に許されず、証拠利用の禁止に通じるとするのである。嫌疑をかけられていた者のケースにおいては、もし誘発された者にかけている嫌疑の重さが、刑法一〇〇条aの犯罪に対応しないならば、<sup>18)</sup> その場合にのみ、この点は当てはまるとする。また、ベルツは、「公正な裁判 (fair trial)」の原則について言及し、この原則にしたがうと、とにかくおとりの行動が被疑者の嫌疑を強めるのではなく、これまで嫌疑の無かった者を恣意的に選び出すことよって犯行へと誘惑するならば、その時には、証拠利用の禁止が仮定されたとする。先のフランツハイムの見解では明らかでなかった証拠禁止が訴訟障害と同様の帰結に至るとする主張について、証拠の禁止の効果は、被誘発者の「全犯罪行為」に及ぶのであり、このことは被疑者を起訴する際に要求される刑法一七一条一項の「十分な根拠」を欠くことになる。それゆえ、証拠利用の禁止は、事実上、訴訟障害の効果をも有することになると説く。

- (d) フィツシャーとマウルおよびフォッターの見解 <sup>19)</sup> フィツシャーとマウルやフォッターは、同様に憲法から派生する証拠の禁止を支持する。彼らは、国家の犯罪誘発に対する授權根拠の欠如から証拠収集の禁止を根拠づける。犯罪誘発の際に一般的な人格権という確信領域への重要な侵害ないしは人間の尊厳への侵害が問題になっており、それらが問題になる限りにおいて証拠の利用が禁止されると説くのである。このような基本権の侵害が認められるときには、常に証拠の利用が禁止されると解するのである。
- (e) シュレーゲルの見解 <sup>20)</sup> シュレーゲルは、犯罪誘発が一般的な人格権への侵害となると主張し、そこから犯

罪の証明のためのあらゆる証拠に関して、その利用の禁止を導き出す。基本権の侵害があることを決定する際に、シュレーゲルは連邦憲法裁判所の領域理論 (Sphärentheorie) に依拠し、犯罪誘発は私的領域に関連しているとみる。作用の強度に応じて、犯罪誘発は、人間の尊厳あるいは一般的な人格権を侵害するという。つまり、犯罪誘発が人間の尊厳を侵害するときは、あらゆる場合に証拠の利用が禁止されるべきだといっているのであるのに対して、一般的な人格権への単なる侵害のケースにおいては、被疑者の個人の権利と刑事訴追の利害との間の利益衡量がなお企てられるべきであり、この利益衡量によって個人の利益が勝っていることが明らかになったときにのみ証拠の利用の禁止が認められるべきであるとする。この利益衡量に際して、刑事訴追の利益は、刑法一〇〇条 a にあげられているような特に重い犯罪が<sup>127)</sup> 解明されるためにある場合に、通常は勝るといって結論に至るのである。これに反して、被疑者の利益は、あらゆる犯罪の嫌疑が欠けている場合や犯罪の誘発が全く必要でなかった場合に勝ることになる。<sup>128)</sup> シュレーゲルは、利益衡量につき、抽象的な基準を打ち出すことはできないのであって、具体的な個々の事実について、判断されるべきであるとする。<sup>129)</sup>

(5) 手続法的アプローチに対する批判 以上みてきたような手続法的アプローチによる解決に対しては、次のような批判がなされている。第一に、訴訟障害を認める見解に対して、そもそも訴訟障害は、事実と結び付けられるのであり、価値判断の結果ではないと指摘される。具体的な訴訟障害事由として、児童の刑事責任無能力 (刑法一九条)、裁判権の欠如 (同法三条以下)、被告人が在廷しない場合の訴訟不能 (刑法三三一条 a) など、事実の存否が明らかにしやすいものが対象となる。それゆえ、おとりが被告人の犯行の決意を法治国家の限界を超えて惹起した

かどうかは価値判断の結果として、公判において吟味されるべきであり、そのような場合に訴訟障害を認めるならば、かえって訴訟障害の輪郭が失われてしまいかねないと指摘されるのである。<sup>(15)</sup> また、国家の刑罰請求権の喪失を理由とする見解は、先に見たように、国家の自己矛盾態度を強調する。しかし、犯罪誘発がなされる場合、被誘発者は、誘発者の背後に国家が存在することを認識しておらず、自己矛盾の態度を禁止する法理が要求する「信頼事情」はそもそも存在しないと批判される。さらに、国家は、嫌疑を有する者の有罪立証を目指して活動しているのであり、矛盾した態度は認められないとも指摘される。このように、国家の自己矛盾態度を挙げ刑罰請求権が失効することを理由に訴訟障害を導く見解は、根本的な批判にさらされている。そこで、これらの批判を回避するために、憲法に直接的根拠を求め、あるいは刑事訴訟法の目的に合致しないとして訴訟障害を認める見解が主張されたのである。これらの見解については、根本的な批判は指摘されていないように思われる。しかしながら、前者については、論者であるヒレンカンプ自身が認めているように憲法の規定に直接根拠を見出す解決方法は、極端なケースにのみ認められる補足的な「最終手段 (ultima ratio)」である。それゆえ、この見解の適用範囲には制限があり、全体的な解決方法を提供し得ない難点がある。また、後者については、訴訟目的が欠如すれば訴訟障害が生じるとする根拠が明確でなく、訴訟目的が喪失する基準が不明瞭であるとの指摘もなされている。

刑訴法一三六条aの適用について、おとりの活動は、同条が規定する「尋問 (Vernehmung)」とは状況を異にするのであり、直接適用できない点で争いが無いが、類推適用についても、犯罪誘発は本条が意味する「欺罔 (Täuschung)」ではないと指摘される。<sup>(16)</sup> 欺罔の禁止は、意思の実行あるいは意思の決心の自由を侵害するような欺罔

にのみ関係する。おとり捜査においては、行為者が誘発行為に応じるか否かを決定するに際して、法的に重要な事情、すなわち、当該行為が犯罪になるか否かについて認識している。結局、自己の利益に反する情報をどの程度おとりに提供するかは被誘発者に委ねられている。また、被誘発者が警察官に認知されずに犯罪を実行することができるということは、刑事法が保護する意思決定の自由の領域に属しないとされる。

## 二 実体法的アプローチ

実体法的アプローチは、違法な誘発行為がなされた場合に、それを処罰を阻却する事由として無罪を導こうとする見解である。本見解の代表的論者として、イム・ロキシン (Imme Roxin)、ルドルフィー (Hans-Joachim Rudolph)、ゼールマン (Kurt Seelmann) を挙げる<sup>(17)</sup>ことができる。

(1) イム・ロキシンの見解　イム・ロキシンは、違法な犯罪の誘発に際しては、犯行者に有利な一身専属的な処罰阻却事由にかかわる問題として扱うべきであるとする。イム・ロキシンは違法な犯罪の誘発に際して、法的な処罰阻却事由の本質的なメルクマールが見出されるかどうかを探究する。イム・ロキシンは、違法な犯罪誘発と法的な処罰阻却事由の共通点として、次の三点を指摘する。①犯罪構成要件に該当し、違法かつ有責な行為がある。②刑罰を科す必要性が欠如している。③刑罰の排除の根拠は、犯罪の時点において存在しているものでなければならぬ。イム・ロキシンによれば、とくに③のメルクマールが犯行の誘発に際して決定的であり、ここに手続法的な解決モデルとの違いがあるとされる。すなわち、法治国家原理への違反はその成功した場合に完了されているものだから

らである。<sup>(129)</sup> 処罰阻却事由を想定するならば、国家の刑罰権は決して発生しない。他方、訴訟障害の場合に単に刑罰権の実現が可能とならないとどまる。処罰阻却事由の場合は、刑罰権がそもそも全く発生しないので、刑罰権の実現が阻止されることはない。イム・ロキシンはこの点を捉えて、訴訟障害による解決は問題性を考慮するのがあまりに遅いと批判する。

処罰阻却事由による解決を正当化する根拠については、自己背反行為の禁止の原理では説明しえないとし、法治国家的な考慮で説明する。市民の法領域への最も重い介入としての刑罰は原則的に法的根拠を必要とする。しかし、許されていない犯罪誘発の場合は、国家に介入権限を付与するための根拠を違法な手段で入手するのであり、その場合には、結果として刑罰権がまず全く発生しえない。そこから導かれる法的帰結は一身専属的（人的）処罰阻却事由であるとすると。具体的には、おとりにより犯行をそそのかされた者にそもそも嫌疑がない場合やおとりの過剰な影響により刑責を問われることになった場合、被誘発者に処罰阻却事由があるとして、無罪が言い渡されるべきであり、他の場合は、量刑によって解決する余地を承認する。<sup>(130)</sup>

(2) ルドルフィーの見解 ルドルフィーは、国家によって違法な犯罪誘発が行われた場合、被誘発者を罰する必要性はないとし、法益保護を理由に一身専属的な処罰阻却事由を支持する。規範違反に該当するのは、被誘発者ではなく、むしろ国家自身であり、とりわけ国家のために行動している者に対して強調されなければならないとする。そうでなければ、国家の倫理的（道義的）な権威は失われることになる<sup>(131)</sup>と説く。

(3) ゼールマンの見解 ゼールマンもまた一身的処罰阻却事由を支持して次のように主張する。<sup>(132)</sup> 極度の犯罪誘

発の場合は、刑法の機能が喪失する。すなわち、目的論的 (teleologisch) にみれば、刑法には誘発された者を処罰する機能がなく、あるいはその機能に反するとさえいえる。誘発された犯罪は、共同社会秩序と国家の利益に対する完全な相反を意味するのではなく、むしろ共同社会秩序との相互作用の中にあるとともに、法確証に資するという意味では、まさしく国家の利益に役立つとする<sup>(13)</sup>。また、ゼールマンは、先のイム・ロキシンと同じ意味で、客観的な処罰可能条件および一身の処罰阻却事由の観点から誘発された者に刑罰を科すことは、機能を奪うことになるとする。さらにゼールマンは国家自身が犯罪行為を行う場合には、社会的秩序の崩壊は明らかになっていないので、犯罪者が法秩序に違反していても説明する。ここから、犯罪者は法秩序への反対者として現れておらず、行為責任を帰属する基準にあてはまらないという事実を裏付けるとの結論に至っている<sup>(14)</sup>。

(4) 実体法的アプローチに対する批判 違法なおとり捜査がなされた場合に、人的処罰阻却事由を認める見解に対しては、最終的に行為者は自ら犯罪行為を行うことを決意したのであり、このような場合に処罰阻却事由を認めるとすれば、国家の法益保護義務を軽視しすぎているとの批判が加えられている。また、立法者は、例えば妊娠中絶について規定した刑法二一八条の三項で、妊婦が手術の時に特別の困窮状態にあったときは処罰を免除すると規定するなど個別に人的処罰阻却事由を定めている。こうした規定は、通常その行為者に存在する人的な事由に基づいており、犯罪行為を自らの意思で決定した者には認めるべきではないと指摘される。さらに、処罰阻却事由説が依拠する基本権侵害のための法的根拠の欠如や比例性の原則に違反するだけでは、根拠として不十分であるとも指摘される。

## 三 その他のアプローチ

(一) プッペの見解 プッペ (Ingeborg Puppe)<sup>(註)</sup> は、犯罪者への利益を図り、刑罰の賦課を思いとどまること  
が、連邦通常裁判所が提示した適法性の判断基準によって違法な犯罪誘発と評価されたケースへの妥当な対応である  
とする。プッペは、犯罪者をそそのかす行為の違法性は、責任と刑罰へ被誘発者を巻き込む点にあり、この違法性は  
刑罰によってさらに深められるということが、違法な犯罪誘発の場合に生じる本来の矛盾であるとする。ここから  
犯した犯罪の刑事責任とは別個の刑を軽減する根拠を導き出し、さらに違法性と責任を軽減する根拠を見出す。そし  
て、その根拠はそれだけですでに刑罰の必要性の下限を指し示しうると解すべきであるとする。同時に、三つの異な  
る根拠が刑を軽減または免除すると説く。すなわち、①結果無価値の欠如。②犯罪の軽微性。③罪とは別個の減免の  
根拠。この累積が犯罪者への処罰の回避を正当化するという。さらにプッペは、誘発された犯罪者は、国家の刑事訴  
追の利益において投入されるので、この犯罪者を罰することには、どのような公共の利益も存在せず、ある種の「特  
別の犠牲 (Sonderopfer)」状態を生み出すと論じる。

(二) プッペの見解に対する批判 このように、プッペは、犯罪誘発がなされた場合、被誘発者に「特別の犠  
牲」をもたらすことになり、ここから、裁判官による刑の免除が導かれるとする。こうした見解に対しては、おとり  
捜査が許容性の範囲内で実施された場合にもなぜ「特別の犠牲」を認めるのか、裁判官が刑の免除を作り出すことは  
三権分立に反するのではないかといった疑問が呈されている。

#### 四 欧州人権条約と欧州人権裁判所判決の影響

先に見たように、連邦通常裁判所では、一九八四年五月二三日に第一刑事部が量刑によるアプローチを採用し、第二刑事部が訴訟障害によるアプローチを放棄して以来、量刑によるアプローチが採用されている。確かに、連邦憲法裁判所は、違法なおとり捜査の極限的な事案について、訴訟障害によるアプローチを否定したわけではないが、量刑によるアプローチを否定しているわけでもない。それゆえ、判例は、違法なおとり捜査が実施された場合、量刑上斟酌する方法で対応しているといつてよい。しかし、ポルトガルにおけるおとり捜査が問題となった一九九八年六月九日の欧州人権裁判所判決<sup>59)</sup>では、被誘発者が公正な手続を受けなかったとして、人権および基本的自由の保護のための条約（以後「欧州人権条約」）六条一項の「公正な手続の原則」に違反するとされた。ドイツは、欧州人権条約の締約国である。それゆえ、このような欧州人権裁判所の判断と、ドイツの連邦通常裁判所が採用する量刑によるアプローチが整合するのかが問題となる。

##### 一 欧州人権条約六条一項と一九九八年六月九日の欧州人権裁判所判決

(1) 欧州人権条約六条一項 欧州人権条約は、世界人権宣言が、権利の普遍的かつ実効的な承認および遵守を確保することを目的としていることから、ヨーロッパ諸国がこれを集団的に実施するために、一九五〇年一月四日

に調印され、一九五三年九月三日に発効した。同条約は、一九五二年八月七日の承認法(Zustimmungsgesetz)二条によってドイツ法を構成し、連邦法の地位を獲得した。<sup>(17)</sup> それゆえ、ドイツにおいて直接適用が可能となり、裁判所は国内法の解釈に際して、考慮することが義務づけられている。<sup>(18)</sup>

欧州人権条約六条一項は、「すべての者は、その民事上の権利及び義務の決定又は刑事上の罪の決定のため、法律で設置された、独立の、かつ、公平な裁判所による妥当な期間内の公正な公開審理を受ける権利を有する(以下略)」と規定する。この公正な手続を受ける権利への抵触が、次に述べる欧州人権裁判所判決で問題とされたのである。

(2) 一九九八年六月九日欧州人権裁判所判決 問題となった事案は、以下のとおりである。私服警察官が麻薬を取り扱っている疑いのあるAに買付け人を装って声をかけた。私服警察官は、Aにハシシの供給元を執拗に尋ねたが判明しなかった。そのため、私服警察官は、Aにヘロインの購入を申し入れた。Aは、Bならば、ヘロインを調達できるが、住所はしらないと答えた。私服警察官はAとともにBの住所をつきとめ、購入の意思を伝えた。Bは、この申し出に応じ、私服警察官に渡した。その後Bは、逮捕された。なお、Bにもともと麻薬取引の嫌疑があったか否かは明確ではなく、前科はなかった。

本事案について、欧州人権裁判所は、私服警察官の関与がなくてもBが犯罪を犯したということを示す証拠は何もないとして、私服警察官が犯罪をそそのかしたことを理由に、その活動は、身分秘匿捜査官に許された行動の限界を越えるとした。また、このように私服警察官が犯罪行為に関与したり、刑事手続において証言し、証拠として用いられたことは、最初から最後までBが公正な手続を受けなかったことを意味し、公正な手続を受ける権利を定めた欧州

人権条約六条一項に違反するとした。

## 二 一九九九年一月一八日連邦通常裁判所第一刑事部判決

一九九八年六月九日の欧州人権裁判所判決では、判文中に、違法なおとり捜査が実施された場合の法的効果として、訴訟障害や証拠利用の禁止を想定していると思われる記述がみられた。すなわち、私服警察官の行動や刑事手続における供述が利用されたことにより、Bが「最初から公正な手続」を受けなかったことになることことから、当裁判所は、Bに対して、そもそも刑事手続は実施されてはならなかったと述べたようにも読めるのである。他方、証拠の許容性について判示した箇所、本件のような方法で獲得された私服警察官の供述を裁判所が証拠として利用することを問題視し、結論として、本件のように私服警察官の誘発によって獲得された証拠の利用を公益が正当化しうるものではないとしており、証拠利用の禁止を認めたと解することもできる。そこで、この欧州人権裁判所の判決が、量刑によるアプローチを採用するドイツの連邦通常裁判所判例と整合するのか、それとも何らかの修正を迫るのかが注目されていた。

こうした問題点に正面から検討を加えたのが、一九九九年一月一八日の連邦通常裁判所第一刑事部判決<sup>10)</sup>である。本判決は、先の欧州人権裁判所判決を判文中で詳細に検討し、連邦通常裁判所の見解との関係を判示した。本件事案は、次の通りである。秘密連絡員が、保険の仕事を装って被告人Xに話しかけた。秘密連絡員は、一キロのコカインを手でできる者を知っているか否か尋ねた。被告人Xは、自分は、コカインを売買する仕事をしていないし、そうい

った人間関係もないと答えた。秘密連絡員は、数週間間に、同様の相談を二度もちかけ、報酬として五〇〇マルクを約束した。しかし、被告人Xは、いずれの機会においても秘密連絡員の申し出を断った。一ヶ月が経過した四回目の申し出で、被告人Xは、心当たりにならぬと約束した。被告人Xは、麻薬を自己使用していることを知っていたAに話を持ちかけたところ、Aは、共同被告人Yのところに行くよう指示した。共同被告人Yは、被告人Xから秘密連絡員を紹介された。秘密連絡員は、自分には資力のある買い手がいるため、キロ当たり、一〇万マルク以上支払う用意があると告げた。共同被告人Yは、コカインの自己使用のために確保していた供給元である共同被告人Zが入手ルートをもっていると考えていた。そこで、共同被告人Yは、秘密連絡員にコカインの供給元を手配すると約束した。被告人Xは、秘密連絡員の仲介人として関与し続けた。共同被告人Yは、共同被告人Zに相談し、Zは、自身の供給元に問い合わせた。供給元は、キロ当たり六万マルクで売却するつもりであった。両共同被告人は、依頼された一〇万マルクから差し引き四万マルクの利益を見込み、それを秘密連絡員と分けようと考えた。共同被告人Yと秘密連絡員との間で、受け渡し場所や支払方法が綿密に話し合われた。取引の日に、秘密連絡員が連れてきた買い手を装った警察官との間で、一キロのコカインと代金が授受され三名とも逮捕された。

本判決では、身分秘匿捜査官や秘密連絡員の投入が許容される犯罪類型として、「特別に危険で解明困難な犯罪」であるという従来の判例を確認したうえで、違法なおとり捜査が実施された場合の法的効果・法的帰結に関するこれまでの諸判例を概観し、量刑によるアプローチが確立していることを確認した。第一刑事部は、欧州人権条約に違反するようなおとりの投入がなされた場合、個々の事案において必要とされる条約違反に対する償いとして、量刑によ

るアプローチが適当であると確認し、先の一九九八年六月九日の欧州人権裁判所判決を取り上げた。欧州人権裁判所判決では、先述したように、私服警察官が犯罪をそのかしたと、私服警察官の関与がなくても被誘発者が犯罪を行ったということを示す証拠が何もなかったことを理由に、私服警察官の行動は、許されるおとり捜査の範囲を逸脱しているとした。このような関与形態や私服警察官の供述を証拠として利用することは、被誘発者が欧州人権条約六条一項が保障する公正な手続を受ける権利を侵害すると判示したのである。先述したように、欧州人権条約は、ドイツにおいて連邦法の地位を獲得しており、国内法を適用するに際して、考慮しなければならないことになっている。本判決でも、欧州人権裁判所による欧州人権条約六条一項の解釈は、考慮されなければならないとして、本件事案との比較を試みている。そして、本件の事案と欧州人権裁判所判決の事案では、①嫌疑や犯意の有無、②誘発者の身分（秘密連絡員、警察官）、③有罪立証のための供述証拠の主体（誘発者、非誘発者）といった点で差異があるもの、いずれの相違点も本判決が、欧州人権裁判所判決と異なった判決を下すことを正当化するものではないとした。

次に、欧州人権裁判所判決との関係で、違法なおとり捜査の法的効果について言及した。まず、被誘発者が公正な裁判を受けなかったと判示した点については、おとりによる犯罪誘発によってなされた刑事手続が訴訟障害を理由に最初から実施されるべきではなかったと判示しているわけではないとした。また、欧州人権裁判所判決では、公正な手続の違反の有無は、広範な総合評価が必要となるとしていた。そこで、欧州人権裁判所は、総合考慮して、おとり投入や刑事手続での供述の利用を欧州人権条約六条一項違反であるとしたのである。また、欧州人権裁判所は、欧州人権条約の基本原則を具体的に整備する際には、国内法に従うとしてきた。それゆえ、今回の欧州人権裁判所判決

では、不当な犯罪行為の誘発があれば、それだけで公正な手続に違反することになるのか、それとも、不当な犯罪行為の誘発とその後の刑事手続とが相俟って条約違反を導くのかは未決定であるとした。そして、ドイツにおけるおとり捜査の法的帰結の転換点となった先述の一九八四年五月二三日の第一刑事部判決であげられた訴訟障害によるアプローチへの疑問を示すとともに、次の二点で批判する。第一に、訴訟障害によれば、嫌疑がない者に対する犯罪誘発を一律に取り扱うことになるが、バリエーションに富む被誘発者のその後の有責な行動を正当に評価するものではないし、当初無関係であったが、その後共犯者となった者の処理や住居侵入窃盗における第三者の所有権や身体および生命といった個々の法益侵害も考慮されるべきである。第二に、ドイツ法上、「公正の原則」の重大な違反とされている刑法一三六条 a 違反でさえ、証拠利用の禁止となるにとどまり、訴訟障害を基礎づけられないという体系的な観点も考慮にいれるべきであるとされた。

また、証拠の利用の禁止については、欧州人権裁判所判決は、不当な犯罪誘発によって収集された全ての証拠方法について、証拠の禁止とならなければならないとするものではないとした。そして、証拠利用の禁止となるのは、個々の不当な捜査行為であり、誘発された犯罪行為についての全証拠調べではないとした。

本判決では、結論として、嫌疑および犯罪意思がなかった者に対する犯罪誘発は、欧州人権条約六条一項第一文の公正な手続に違反しており、これに対する「正当な補償」は、量刑上考慮すること、すなわち、刑を軽減することに依って行われると、量刑による解決を再確認したのである。

## 五 五 五 五 五

ドイツでは、違法なおとり捜査が実施された場合の法的効果として、被誘発者の刑を軽減している。こうした対応は、一九八四年五月二三日の連邦通常裁判所第一刑事部判決において、量刑によるアプローチが採用され、訴訟障害によるアプローチを採用していた第二刑事部が、その解決方法を放棄して以来、一貫して用いられてきた。また、嫌疑のない者に対するおとり捜査の事案で、欧州人権条約六条一項に違反するとした欧州人権裁判所判決も、連邦通常裁判所が採用する量刑によるアプローチを変更するには至らなかった。連邦通常裁判所が一九八〇年代前半に定着したかに思われた訴訟障害によるアプローチから量刑によるアプローチに転換した主な理由としては、理論面もさることながら、①訴訟障害事由を認定するために実体審理を進行させた場合には、もはや打ち切るメリットが少なくなること、②量刑事由として構成すれば、事案の具体的事情に応じた段階的処理が可能となり、妥当な解決を導くことができることなどが挙げられよう。学説において量刑による解決を支持する見解も自説を積極的に理論づけるよりは、訴訟障害によるアプローチでは、「オール・オア・ナッシング」の対応になり、被誘発者が行った犯罪にふさわしくない結論が甘受されなければならないだろうと指摘しており、同様の考慮が働いているものと思われる。また、誘発されたとはいえ、被誘発者自身が決意し犯罪を犯した事案では、この点が手続の打切りや証拠利用の禁止を判断する際に不利に作用する可能性を否定できず、量刑上斟酌される方が被告人にとって有利になりうるとも

いえよう。

他方、量刑による解決を批判する見解の主たる理由は、量刑上斟酌するとはいえ、被誘発者が無罪となる余地がないことである。この点については、量刑によるアプローチを支持する判決においても提示された懸念事項である。すなわち、嫌疑や犯意がない者に対する犯罪誘発やおとりが被誘発者に過度な影響を与えた場合であっても量刑事情とされるにとどまることになる。訴訟障害や処罰阻却事由によるアプローチは、このようなケースでは、むしろ手続の打切りや無罪処理といったドラステイックな解決がなされるべきであるとの認識があるように思われる。

わが国では、違法なおとり捜査の法的帰結について明示した最高裁判例は存在しないが、近時、違法捜査の法的効果として、ドイツと同様に、量刑に影響を与えることの是非が議論されており、若干ではあるが、違法捜査により苦痛を受けた場合に「犯行後の状況」として量刑上考慮することを肯定する下級審判決も見受けられる<sup>(4)</sup>。学説では、違法捜査の法的効果として、量刑上で考慮することについて、積極説と消極説の両方が主張されている。積極説は、以下のように主張する。第一に、国家の側が自らの瑕疵に目をつぶって、行為者の過ちを厳しく追及するのはいかにも妥当性を欠くように思われるとして、「行為者の罪を問う側の適格性」の不十分さは、それ自体で必要的に刑を軽減するものと評価されねばならず、「(可罰的)責任」に関する事情として組み込む方途を検討すべきである<sup>(5)</sup>。第二に、違法捜査の法的効果に関する問題の所在は、「違法しかし証拠能力あり」と自由裁量的に処理され、権利侵害が全く救済されないまま終わるといふ現実の壁をどのように打開していくかにあるとし、違法捜査に基づく証拠を排除しても、他の証拠により有罪を認定できる場合や、おとり捜査における機会提供型の場合には、救済の必要性から、量刑

上の考慮が働く余地を認めてよい。<sup>(14)</sup> 第三に、捜査機関の違法行為が検察官に訴追禁止を要求する程度に至らなくても、訴追価値を著しく低減させる場合もあり、一定枠を下回る量刑も可能になるとする。それゆえ、法の許容しない苦痛があったからといって直ちにこのことを刑罰の量から差し引くのは適切ではないが、犯罪後の情況の一つとして、あるいは訴追価値を著しく低減させたものとして、量刑上考慮することは可能である。<sup>(15)</sup> 第四に、捜査法上の違法に対する事後的処理の観点から、量刑上の考慮の当否を検討し、捜査機関の違法が「処罰の相当性」に影響を与え、さらに、「処罰不相当」に関わる諸事情を狭義の情状、すなわち、「犯罪後の情況」として、量刑上考慮する可能性が理論的に肯定されうる。<sup>(16)</sup> 量刑事情としては、「科刑による規範安定化の必要性」に関連し、責任主義や目的主義では説明できない量刑事情の一種の「犯行後の一事情」として考慮する。<sup>(17)</sup> 第五に、量刑上考慮され得るのは、違法捜査自体ではなく、違法捜査により受けた被告人の精神的・肉体的な苦痛であるとし、犯行後被告人が受けた違法捜査は、刑罰の先取りであるから、これらの事情を量刑上考慮することは、先取りされた苦痛や害悪を清算しようとするものであって、特に責任主義や目的主義と関連しない、それ自体ニュートラルな価値中立的な調整原理であり、違法捜査により加えられた苦痛は、「犯行後の一事情」として量刑上考慮することが許されるとの見解がある。<sup>(18)</sup>

これら積極説に対しては、次のような批判がなされている。<sup>(19)</sup> 第一に、量刑で考慮されるとする正当化根拠がないとし、事実認定そのものの資料とならないような手続的事情を量刑資料とすることは、正当な範疇を超えた資料収集である。第二に、仮に量刑上考慮することが許されるとしても、その判断基準や限界が明らかでない。第三に、違法捜査の抑制の観点からは、多少の違法は発生しても量刑によって裁判所が違法を治癒してくれるという期待を捜査官に

抱かせる恐れがないわけではない。<sup>(15)</sup> 第四に、本来違法収集証拠排除法則の適用判断やおとり捜査の違法性の判断で考慮されるべき事柄が、実体審理後の自由裁量に委ねられることになって、デュー・プロセスの要請に反することになる懸念がある。第五に、実務的な視点から、どの程度軽減すべきかは困難な面がある。<sup>(16)</sup>

仮に違法捜査が行われた場合の法的効果として、近時いくつかの下級審判決で示された積極説のように、量刑事情として、斟酌できると解したとしても、これまでの事案は、強制採尿あるいは任意採尿による尿の採取過程での違法や勾留中の被疑者に対する拘置所職員による処遇における違法を「犯行後の状況」として量刑上考慮したものである。おとり捜査のように、犯罪を行う以前あるいはその過程での誘発行為に違法性が認められる場合にも、これらの判決とパラレルに考慮できるかについてはさらなる検討が必要になるように思われる。また、わが国において一般的に適法とされる機会提供型のおとり捜査について量刑上の考慮が働く余地を認めてよいとの見解についても議論の余地は少なくないといえよう。<sup>(17)</sup>

薬物犯罪を含む組織犯罪対策が急務のわが国において、その一環としておとり捜査が活用される可能性は否定できない。違法なおとり捜査に対してどのような措置をとりうるかという根本的問題の解決については、これまで学説において主張されてきた①無罪説<sup>(18)</sup>、②免訴説<sup>(19)</sup>、③違法収集証拠排除説<sup>(20)</sup>、④公訴棄却説<sup>(21)</sup>に加え、量刑による解決も検討対象とした理論面ならびに実際上の妥当性を多面的に検討する必要があるように思われる。

- (1) 学説においては、おとり捜査を刑法一九七条一項の任意捜査とする見解が通説である(酒巻匡「おとり捜査」法学教室二六〇号〔二〇〇二〕一〇五頁、田中開「おとり捜査(1)」長沼範良・酒巻匡・田中開・大澤裕・佐藤隆之著『演習刑事訴訟法』〔有斐閣、二〇〇五〕一七五頁以下)。
- (2) 田宮裕「おとり捜査」佐々木史朗・田宮裕・河上和雄・加藤晶編『警察関係基本判例解説一〇〇』別冊判例タイムズ九号(一九八五)一〇五頁。
- (3) この立場は、最高裁昭和三六年八月一日第三小法廷決定でも確認されている(最決昭和三六年八月一日刑集二三九号二頁)。
- (4) 村井敏邦編著『現代刑事訴訟法』(三省堂、第二版、一九九八)一一八頁。
- (5) 佐藤隆之「おとり捜査」別冊ジュリスト一四八号『刑事訴訟法判例百選』(有斐閣、一九九八)二七頁、三好幹夫「判例にみるおとり捜査」『刑事裁判の理論と実務—中山善房判事退官記念』(成文堂、一九九八)八六頁、大澤裕「おとり捜査の許容性」ジュリスト一二九号(二〇〇五)一九一頁。
- (6) 東京高判昭和五七年一〇月一五日判例時報一〇九五号一五五頁、東京高判昭和六〇年一〇月一八日刑事裁判月報一七卷一〇号九二七頁、東京高判昭和六二年二月一六日判例タイムズ六六七号二六九頁など。
- (7) 最高裁平成八年一〇月一八日第三小法廷決定。本判決は公刊物未登載である。大野正男『弁護士から裁判官へ』(有斐閣、二〇〇〇)一八九頁以下、指宿信「もぎたて判例紹介」おとり捜査の存在とその適法性」法学セミナー五〇九号(一九九七)八二頁以下、尾崎久仁子「最近の判例から覚せい剤取締法違反事件にかかるおとり捜査の適法性」法律のひろば五〇巻七号(一九九七)七頁以下を参照。
- (8) 最判平成一五年二月一四日刑集五七卷二二二頁。
- (9) 最判昭和五五年二月一七日刑集三四卷七号六七二頁。ただし、その後の下級審では、公訴権濫用論によって裁判を打ち切った例はほとんどない(指宿信「公訴権濫用論」の現在と将来—裁判例の検討を通して—)『転換期の刑事法学—井戸田侃先生古稀祝賀論文集』(現代人文社、一九九九)二五三頁以下)。
- (10) 横浜地判昭和二六年六月一九日高刑集四卷一三三号一九六四頁、横浜地判昭和二六年七月一七日高刑集四卷一四号二〇八三頁、横

浜地判昭和二十六年一〇月一七日刑集八卷一一号一七二〇頁。横浜地判昭和二十六年六月一九日は、被告人が麻薬中毒患者を装った婦人警察吏員から、麻薬の購入を持ちかけられ、警察吏員とは知らずに麻薬を買受け、自宅まで持ち帰ったところを逮捕されたという事案であった。横浜地判昭和二十六年七月一七日は、横須賀憲兵調査部係員が、ある被疑者を取調べ中に、当該被告人から麻薬を譲り受けたとの供述を得たので、その被疑者に電話で麻薬を譲り受ける申し込みをさせ、当該被告人が麻薬を購入して持参したところを逮捕した。横浜地判昭和二十六年一〇月一七日は、司法巡查が麻薬取締法違反の容疑で取調べ中の被疑者に対して、対象事件の寛大な処分を条件として、当該被告人に麻薬の譲り受けを依頼させ、当該被告人宅にいかせたところ、事情を知らない当該被告人が隣家から麻薬を入手して交付した。

- (11) 判例の展開については、Friedrich Dencker, Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktbeteiligung, in Festschrift für Hans Dünnebier, 1982, 447, S. 447 ff.; Hans-Jürgen Bruns, „Widerspruchsvolles“ Verhalten des Staats als neuartiges Strafverfolgungsverbot und Verfahrenshindernis, insbesondere beim tatprovokierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel, NSZ 1983, 49 ff.; Harald Hans Körner, Zum Betäubungsmittelgesetz, NSZ 1981, 16 ff.; Armin Schoret, Vorgehen gegen das Betäubungsmittelgesetz — Rechtsprechungsübersicht 1981, NSZ 1982, 63 ff.; Gerd Pfeiffer / Klaus Mießbach, Aus der (vom BGH nicht veröffentlichten) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen zum Verfahrensrecht, NSZ 1983, 208, S. 209.
- (12) AG Heidenheim NJW 1981, 1628; JG Verden StV 1982, 364; OLG Düsseldorf StV 1983, 450; JG Frankfurt StV 1984, 415 ff.; JG Berlin StV 1984, 457; BGH NJW 1981, 1626; BGH NSZ 1982, 126 (156); BGH NSZ 1983, 80; BGH StV 1985, 272; BGH StV 1985, 273.
- (13) BGH StV 1984, 59.
- (14) BGHS 32, 345 ff.; BGH MDR 1985, 858; BGH NSZ 1986, 162; BGH MDR 1986, 331; BGH JZ 1986, 453; BGH NSZ 1988, 550; BGH NSZ 1992, 275; BGH StV 1993, 115; BGH StV 1993, 127; BGH NSZ 1994, 169; BGH StV 1995, 323.
- (15) 違法なおとり捜査の法的帰結について、ドイツの判例の動向を詳細に検討した邦語文献として、川崎英明「西ドイツにおけるおとり捜査の規制」法学雑誌三二巻一号（一九八四）三三二頁以下、同「おとり捜査の規制—違法の判断基準を中心に—」鳥大法学三〇巻一号（一九八六）六七頁以下、宇藤崇「違法捜査と不処罰処理（一）」法学論叢一三三巻二号（一九九三）三九頁以下、同

「違法捜査と不処罰処理（二・完）」法学論叢二二三巻六号（一九九三）七五頁以下、寺崎嘉博『訴訟条件論の再構成—公訴権濫用の再生のために—』（成文堂、一九九四）二二七頁以下、白川靖浩「ドイツにおける刑事手続の諸問題（四）」警察学論集四七巻一号（一九九四）二二三頁以下、池田秀彦「西ドイツにおけるおとり捜査に関する判例の展開」創価大学創立二〇周年記念論文集（一九九〇）四五八頁以下、同「ドイツにおけるおとり捜査に関する一考察」創価法学二二六巻一号（一九九六）五一頁以下、同「ドイツにおけるおとり捜査と欧州人権条約—連邦通常裁判所第一刑事部一九九九年一月一日判決—」創価法学三一巻一・二合併号（二〇〇一）三六七頁以下、同「ドイツにおけるおとり捜査に関する判例の動向—おとり捜査の対象者に対する法的効果を中心に」創価大学通信教育部論集六巻（二〇〇三）六一頁以下などがある。

- (16) ドイツ刑法二〇六条 a 一項は、公判開始の決定後、訴訟障害があることが判明したときは、裁判所は、公判手続外で、決定で手続を打ち切ることができると規定する（条文の訳出にあたっては、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』（法曹会、二〇〇一）を参照した）。

(17) ドイツ刑法二六〇条三項は、訴訟障害があるときは、判決で、手続の打ち切りを宣告すると規定する（条文の訳出にあたっては、法務省大臣官房司法法制部編・前掲注（16）を参照した）。

(18) 川崎英明「違法捜査と訴訟障害—西ドイツ訴訟障害論の最近の動向について—」島大法学二二巻三号（一九八八）三九頁。

(19) BGH NJW 1981, 1626.

(20) BGH NSZ 1982, 156

(21) OLG Düsseldorf StV 1983, 449.

(22) OLG Düsseldorf StV 1983, 449 (450).

(23) AG Heidenheim NJW 1981, 1628; OLG Düsseldorf StV 1983, 450; OLG Stuttgart StV 1984, 197 (200); LG Frankfurt StV 1984, 415 (418); BGH NSZ 1981, 70; BGH NJW 1981, 1626; BGH StV 1981, 276; BGH NSZ 1982, 156; BGH NSZ 1984, 519; BGH StV 1985, 273.

(24) BGH NSZ 1984, 520.

(25) Patric Makrutski, Verdachte Ermittlungen im Strafprozess — Rechtswissenschaftliche Analyse-Rechtsvergleichende Studie mit dem

U.S.-amerikanischen Prozeßrecht, 2000, S. 254.

- (26) 川崎英明教授は、当時のドイツにおける違法なおとり捜査の法的効果について、「おとり捜査の違法の効果として訴訟障害を肯認するという西ドイツの判例の到達点は、ほぼ定着したものとみうけられる」と評されている(川崎英明「おとり捜査の規制―違法の判断基準を中心に―」島大法学三〇巻一号(一九八六)九一頁)。
- (27) BGH StV 1984, 59.
- (28) BGHSt. 32, 345 ff.
- (29) BGHSt. 15, 287 (290).
- (30) ドイツ基本法一〇一条一項では、「例外裁判所は、許されない。何人も法律の定める裁判官(の裁判を受ける権利)を奪われない」と規定する(本条文の邦語訳は、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集』(信山社、第三版、二〇〇一)による)。
- (31) ドイツ基本法一〇三条一項では、「裁判所においては、何人も、法的審問を請求する権利を有する」と規定する。なお、本条文の訳は、高田敏・初宿正典編訳・前掲注(30)による。
- (32) 刑法法三三八条は、絶対的上告理由をあげているが、そのうち、五号で、「検察官または法律上在廷を要する者が在廷していないにもかかわらず公判を行ったとき」とある(条文の訳出にあたっては、法務省大臣官房司法法制部編・前掲注(16)を参照した)。
- (33) BGHSt. 32, 351.
- (34) Vgl. Makutzki, aa.O. (Anm. 25), S. 289 ff. アメリカ合衆国の「エストoppel原理」や「エントラップメント法理」について紹介した邦語文献として、渡辺修「囲捜査と異抗弁―アメリカ合衆国判例を中心に」法学論叢一〇五巻一号(一九七九)四四頁以下、ローク・M・リード著酒巻匡訳『わな』の抗弁とデュー・プロセス―アメリカにおける『おとり捜査』の法規制』ジュリスト七七号(一九八二)二九頁以下、内山良雄「エントラップメントの抗弁における被告人の犯罪性向と政府機関の働きかけ」『アメリカ刑事法の諸相―鈴木義男先生古稀祝賀』(成文堂、一九九六)一八三頁以下参照。
- (35) 本判決では、具体的に、連邦公務員法(Bundesbeamtenengesetz;BBG)五六条二項第三文、公務員大綱法(Beamtenrechtsrahmen-gesetz;BRiRG)二八条二項、軍人法(Soldatengesetz;SoldG)一一条二項などをあげている。

(36) ドイツ刑法一五三条は、一項で「手続の対象が軽罪である場合、検察官は、行為者の責任が微弱であり、刑事訴追に公の利益が存在しないと認める場合には、公判開始に関して管轄を有する裁判所の同意を得て、公訴を提起しないことができる。法定刑の下限が加重されていない軽罪の場合で、犯罪行為により惹起された結果が軽微である場合には、裁判所の同意は必要でない」、二項で「公訴提起後は、裁判所は、手続のどの段階でも、前項の要件下で、検察官および被告人の同意を得て、手続を打切ることができる。被告人の同意は、刑法二〇五条に定める事由により公判手続を行うことができないう場合、または二二一条二項、二二二条もしくは二二三条の場合で、公判手続が被告人の出頭なしに行われるときは必要ではない。裁判は、決定で行う。この決定に対しては、不服申立てができない」と規定する(条文の訳出に際しては、法務省大臣官房司法法制部編・前掲注(16)を参照した)。

(37) ドイツ刑法一五三条aでは、一項で、「検察官は、軽罪の事件につき、所定の賦課事項または遵守事項が刑事訴追による公の利益を消滅させるのに適しており、かつ責任の程度がこれを妨げないと認める場合には、公判の開始について管轄権のある裁判所および被疑者の同意を得て公訴の提起を暫定的に猶予し、被疑者に賦課事項や遵守事項を課すことができる」とし、賦課事項や遵守事項として、一〜六号をあげている。また、二項で、「公訴提起後は、裁判所は事実の確定を最終的に審査できる公判段階の終結までは、検察官および被告人の同意を得て、暫定的に手続を中止し」して、賦課事項や遵守事項を被告人に課すことができるとしている(条文の訳出に際しては、法務省大臣官房司法法制部編・前掲注(16)を参照した)。

(38) ドイツ刑法四七条二項は、「法律が罰金刑を定めていない場合で、かつ、六月またはそれを越える自由刑が問題外であるときは、第一項により自由刑を科すことが不可欠とはされない場合には、裁判所は罰金刑を科す。法律が自由刑の最下限を高めて定めるときは、前段の罰金の最下限は、前段の場合においては、定められた自由刑の最下限によって決定する。その際、三〇日分は一月の自由刑に相当する」と規定する(条文の訳出にあたっては、宮澤浩一訳『ドイツ刑罰法典』〔法務大臣官房司法法制調査部司法法制課、一九八二〕を参照した)。

(39) ドイツ刑法五九条は、一項で、「一八〇日分以下の日数罰金に処せられるべき場合において、次の各号に該当するときは、裁判所は、有罪の宣告にあわせてその者を警告し、刑を定め、かつこの刑の言い渡しを留保する」として、一〜三号をあげている。また、二項では、「行為者が行為以前の最近三年間に刑を留保して行い警告または刑の言い渡しを受けた場合は、刑を留保して行い警告

ドイツにおけるおとり捜査の法的帰結

同志社法学 五七卷六号 五三六 (二二六)

は、原則として排除される」と規定する。さらに三項では、警告と併せて追徴、没収、使用不能を宣告できる一方、改善および保安処分と併せて刑を留保して行う警告は認めていない(条文の訳出にあたっては、宮澤浩一訳・前掲注(38)を参照した)。

(40) Makrutski, a.a.O. (Ann. 25), S. 256.

(41) BGH StV 1984, 406.

(42) 裁判所構成法一三七条は、「判決部 (erkennender Senat) は、基本的意義をもつ問題につき拡大部 (Großer Senat) による裁判が法の発展または統一的な判例の確保のために必要であると思われるときは、それを求めることができる」と規定している(訳出にあたっては、篠塚春世訳『ドイツ裁判所構成法条文及び註釈』(法務大臣官房調査課、一九五三)を参照した)。ただし、本条は一九九〇年一月一七日の改正法では削除され、内容を同じくする規定が一二三条四項におかれた。

(43) 第二刑事部の呈示理由書によれば、被告人は、フランクフルト地方裁判所の有罪判決を不服として連邦通常裁判所に上告した。連邦通常裁判所第二刑事部は、原審がおとりの過剰な犯罪関与について刑の減輕事由としてのみ考慮し、刑罰権の喪失の問題を検討しなかったことに法的瑕疵を認め、原審に差し戻しした。差し戻しを受けたフランクフルト地方裁判所は、刑罰権の喪失に基づく訴訟障害を理由に刑訴法二六〇条三項によって手続を打ち切った。これに対して検察官は上告し、これを受けた第二刑事部は審理を中止して呈示決定を求めた。また、第二刑事部は、これまでの訴訟障害による解決から量刑事由による解決を採用するとした(NJW 1986, 75)。

(44) BGHSz 33, 362.

(45) BGH NSZ 1992, 488.

(46) BGH StV 1992, 489.

(47) ドイツ刑法五七条二項は、「有期自由刑の半分の執行が終了した後であれば、裁判所は次の各号に該当する場合に、残刑の執行を延期することができる」として、一―三号をあげる(条文の訳出にあたっては、宮澤浩一訳・前掲注(38)を参照した)。

(48) OLG Stuttgart StV 1983, 381.

(49) 連邦通常裁判所が、許容されない犯罪誘発の場合のみならず、許容される犯罪誘発の場合にも量刑上考慮するとしたことについ

ては、イム・ロキシンは、許されるおとり（回し者）の投入も既に量刑のレベルにおいて顧慮すべきだとするならば、連邦通常裁判所は、許される犯罪の誘発と違法な犯罪の誘発の境界をなくしてしまつたと批判している。これに対しては、違法な犯行の誘発の場合に連邦通常裁判所はとにかくさらに続く相当な刑罰の緩和に行き着いており、その結果、連邦通常裁判所が許される犯行の誘発と違法な犯行の誘発の間を十分に区別していないといふことはできないとの反論がなされている（Makrutzi, a.a.O. (Ann. 24), S. 257）。

(50) それゆえ、どのような場合においても犯罪者は、秘密連絡員が関与している場合には、刑が軽減されることになる（Makrutzi, a.a.O. (Ann. 25), S. 258, Fn. 26）。

(51) このことはまた、抽象的危険犯（abstrakten Gefährdungsdelikten）の場合にも、そしてまさに抽象的危険犯の場合において妥当する（Makrutzi, a.a.O. (Ann. 25), S. 258, Fn. 27）。

(52) 重畳的な刑の減輕のためのわかりやすい例をフランクフルト区裁判所が提示している。本件の事案では、二人の被告人はこれまでに罪を犯したことはなかったし、自分自身で積極的な活動をほとんど試みなかったし、多かれ少なかれ犯罪は監督された下で起こった。本件では、これらの事情によつて、刑がより軽減された（AG Frankfurt StV 1993, 134）。

(53) Makrutzi, a.a.O. (Ann. 25), S. 258.

(54) 連邦憲法裁判所は、違憲立法審査権や憲法異議の訴願に対する審査を行う権限などを有している。すなわち、連邦通常裁判所などの他の裁判所は、適用しようとする法律が違憲であると考えるときは、手続を停止して連邦憲法裁判所の判断を求めなければならぬし、個人が基本権を侵害され、他の裁判所で救済を受けられなかった場合には、連邦憲法裁判所に憲法異議の訴えを提起することができ、これらを受けて、連邦憲法裁判所は、当該法律等の合憲性を審査する。連邦憲法裁判所の判決の効力は、連邦および各州のすべての裁判所や行政庁を拘束する。違憲判決がなされた場合には、官報に掲載され、法律と同様の効果をもつ。違憲とされた法律は、適用できない（財団法人最高裁判所判例調査会編『世界の裁判所』（財団法人最高裁判所判例調査会、一九九五）六七頁、村上淳一／ハンス・ペーター・マルチュケ著『ドイツ法入門』（有斐閣、改訂第四版、二〇〇〇）四六頁以下）。

(55) 秘密連絡員の国民の権利を侵害するような投入（volkerrechtswidrigen Einsatzen）に関するもろもろの連邦憲法裁判所の判決とし

ては以下が主。BVerfG NSZ 1986, 468; BVerfG NJW 1986, 1427; BVerfG NJW 1995, 651.

(56) BVerfG NJW 1987, 1874.

(57) BVerfG NJW 1987, 1875.

(58) BVerfG NJW 1987, 1874 f. Vgl. BVerfG NJW 1985, 1767; BVerfG NSZ 1986, 468 f.; BVerfG NSZ 1995, 96. ナックは、おとりの投入による訴訟障害が生じる余地があるケースとして、重大な基本権侵害をする捜査方法および刑罰法一三二六条aの意味での禁止された尋問の方法のような重大性に達したような捜査方法の場合をあげる (Arnulf Nack, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, Hrsg. von Gerd Pfeiffer, 5. Aufl. 2003, § 110c, Rn. 14)。ドイツ刑罰法一三二六条aは、一項で「被疑者の意思決定および意思活動の自由は、暴行、疲労、傷害、薬物の投与、苦痛、欺罔または催眠術によって侵害してはならない。強制は、刑罰法が許容する範囲でのみ、用いることができる。刑罰法の規定により許容されていない処分によって強要および法律に規定されていない利益を約束することは、禁止される」、二項で「被疑者の記憶力または思考力を侵害する処置は許されない」、三項で「前二項の禁止は、被疑者の同意のいかんにかかわらず、効力を有する。禁止に違反して獲得された供述は、被疑者が同意したとしても使用してはならない」と規定する (条文の訳出に際しては、法務省大臣官房司法法制部編・前掲注(16)を参照した)。

(59) Makrutzki, aa.O. (Ann. 25), S. 268

(60) BVerfG NJW 1995, 651 (652); BVerfG NSZ 1995, 95 (96).

(61) Makrutzki, aa.O. (Ann. 25), S. 267.

(62) Nack, aa.O. (Ann. 58), § 110c, Rn. 14.

(63) 一九八四年五月二三日の連邦通常裁判所第一刑事部判決のように、訴訟障害は事実上際にのみ問題になるとし、また、法治国家原理に対する他の違反との比較を通して根拠づけると考えるならば、連邦憲法裁判所のように、訴訟障害を肯定することは、できないのかもしれないと指摘されてくる (Makrutzki, aa.O. (Ann. 25), S. 267)。

(64) Thomas Weigend, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 18.4.90, JR 1991, 257, S.258.

- (65) BGH StV 2000, 57.
- (66) Klaus Ehlbogen, Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten, 2004, S. 55 f.
- (67) 違法なおとり捜査の法的効果について、ドイツの学説状況を詳細に検討した邦語文献として、川崎英明「西ドイツにおけるおとり捜査の規制」法学雑誌三一巻一号（一九八四）三二五頁以下、同「新しい刑事訴訟禁止および訴訟障害としての国家の『矛盾にみちた』活動、特に犯罪誘発的なおとり捜査の場合―刑事訴訟法への『エストツベル』原則の導入について―」警察研究五五巻七号（一九八四）八二頁以下、同「おとり捜査の規制―違法の判断基準を中心に―」島大法学三〇巻一号（一九八六）六七頁以下、宇藤崇「違法捜査と不処罰処理（一）」法学論叢二二三巻二号（一九九三）三九頁以下、同「違法捜査と不処罰処理（二・完）」法学論叢二二三巻六号（一九九三）七五頁以下、寺崎嘉博「訴訟条件論の再構成―公訴権濫用論の再生のために―」（成文堂、一九九四）二二七頁以下、白川靖浩「ドイツにおける刑事手続の諸問題（四）」警察学論集四七巻一号（一九九四）一三三頁以下などがある。
- (68) この他に、国家の刑罰請求権の失効を理由に訴訟障害を認める論者として、カツオルケ（Klaus-Dieter Katzoke）を挙げることができる。カツオルケの見解については、宇藤崇「違法捜査と不処罰処理（一）」法学論叢二二三巻二号（一九九三）四四頁以下に詳しく紹介されている。
- (69) Bruns, aa.O. (Anm. 11), 49 ff.
- (70) 官庁による遮断説明（Sperrerklärung）については、拙稿「ドイツにおける身分秘匿捜査」同志社法学五七巻一号（二〇〇五）一八一頁以下を参照されたい。
- (71) Bruns, aa.O. (Anm. 11), S. 53.
- (72) Imme Roxin, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 2. Aufl., 1995, S. 206.
- (73) ブルンスは、一九八四年五月三日の連邦通常裁判所第一刑事部決定が、刑罰権の喪失の考えを退けた後、ブルンスもまた訴訟障害に関する自身の従来の見解を変更した。その際、ブルンスは、第一刑事部による刑罰権の喪失に反対する論拠については、表面ドイツにおけるおとり捜査の法的帰結

的なもので、ほとんど納得させるものではないと批判しつつ、国家の矛盾した行動は、訴訟障害としてではなく、手続の瑕疵 (Verfahrensangel) になるとする。ブルンスはこの新しい見解を違法な犯罪の誘発に際して他の法治国家への侵害の帰結とパラレルなものが認められうることによつて根拠づける。これまでの訴訟障害に対する長所は、手続の瑕疵においては、上告裁判所が手続法が正しく解釈されたかどうかを単に検査するのみならず、下級裁判所が正しく事情の確認を行ったかどうかをも検査するというところにあるとする。なお、ブルンスは、たとえば証拠の禁止のような他の解決のモデルを刑訴法一三六条 a に対する類推において退けるのではなく、第一刑事部の原則的決定と矛盾しない解決を展開しようと試みている (Hans-Jürgen Bruns, Zur Frage der Folgen tauprovizierenden Verhaltens polizeilicher Lockspitzel, StV 1984, 388, S. 393)。しかしながら、ブルンスの見解は、訴訟障害による被告人に対する手続の中止に対し、手続の瑕疵による上告手続における判決の却下は、具体的にいかなる利点も持ちえないと指摘されている (Makrutzki, a.a.O. (Ann. 25), S. 261)。

- (74) Dencker, a.a.O. (Ann. 11), S. 453.
- (75) Imme Roxin, a.a.O. (Ann. 72), S. 39.
- (76) BGH NJW 1981, 1626.
- (77) デンカーは、刑訴法一三六条 a 三項第二文を用いる。
- (78) ドイツ基本法二条一項は、「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に違反しない限りにおいて自己の人格を自由に発展させる権利を有する」と規定する (本条文の邦語訳は、高田敏・初宿正典編訳・前掲注 (30) による)。
- (79) Dencker, a.a.O. (Ann. 11), S. 457.
- (80) Makrutzki, a.a.O. (Ann. 25), S. 262.
- (81) Karl Heinz Gössel, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 9.12.1983, NSZ 1984, 419, S. 421.
- (82) 一九八〇年十一月二七日のハイデンハイム区裁判所判決でも「犯罪を防止するという警察機関の義務に反して、被告人を国家行為の純然たる客体にした」と同様の説明がなされている (Heidenheim AG NJW 1981, 1628)。
- (83) 但し、ゲッセルは、他の違法捜査の場合に、法治国家原理違反を理由に「極めて例外的事案」には訴訟障害の可能性を認めている

- る。それゆえ、(3) の憲法に抵触することを理由とする訴訟障害に分類することも可能であると思われる(宇藤崇・前掲注(8) 四八頁)。
- (84) タシユケは、国家の行動の矛盾性を論じる際、ブルンスの見解を引き合いに出している(Jürgen Tasche, Verfahrenshindernis bei Anstiftung durch einen Lockspitzel?, StV 1984, 178, S. 178)。
- (85) この他、刑訴法の目的に合致しないことを理由に訴訟障害を認める論者として、シユリユビター(Ellen Schlichter)を挙げる(とがべき)。シユリユビターの見解については、宇藤崇・前掲注(8) 五六頁に紹介されている。
- (86) Heribert Schumann, Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agents provocateurs?, JZ 1986, 66, S. 70 ff.
- (87) Klaus Volk, Prozessvoraussetzungen im Strafrecht: zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht, 1978, S. 204 ff.
- (88) フォルクの見解については、宇藤崇・前掲注(8) 五三頁以下に詳しく紹介されている。
- (89) Schumann, a.a.O. (Anm. 86), S. 72.
- (90) Eberhard Foth, Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?, NJW 1984, 221, S. 221 f.
- (91) この他、憲法に抵触する(とを理由とする)訴訟障害の論者として、リース(Peter Rieß)やヴォルター(Jürgen Wolter)を挙げ(とがべき)。リースやヴォルターの見解については、宇藤崇・前掲注(8) 四八頁以下に紹介されている。
- (92) Thomas Hillenkamp, Verfahrenshindernis von Verfassungs wegen, NJW 1989, 2841, S. 2841 ff.
- (93) 訴訟障害については、以下も参照: Jürgen Meyer, Zur prozessrechtlichen Problematik des V-Mannes, ZStW 95 1983, 834, S. 850 ff.
- (94) Hillenkamp, a.a.O. (Anm. 92), S. 2847.
- (95) この他にレンカンプは、刑訴法一五三条 a、一五四条 a、一五四条 a に基づく刑事手続的な可能な方法をあげており、同様に「数え切れない刑の減軽を考慮するバリエーション」の存在をあげている(Hillenkamp, a.a.O. (Anm. 92), S. 2847)。
- (96) Edgar Weiler, Irreparable Verletzung des Rechts des Beschuldigten auf ein faires rechtsstaatliches Strafverfahren als Verfahrenshindernis, GA 1994, 561, S. 584; Uwe Scheffler, Die überlange Dauer von Strafverfahren: materielle und prozessuale Rechtsfolgen, 1991, S. 176 ff.

- (97) Hillenkamp, a.a.O. (Anm. 92), S. 284f.; BGH NJW 1980, 1761; BGH StV 1982, 151.
- (98) Hillenkamp, a.a.O. (Anm. 92), S. 284f.
- (99) Hillenkamp, a.a.O. (Anm. 92), S. 284f.
- (100) BVerfG StV 1985, 177; BVerfG NZStZ 1987, 276.
- (101) ブルンスは、連邦憲法裁判所が憲法を理由とする訴訟障害を極端な例外的事例において完全に排除しなかったことを受けて、訴訟障害に関する連邦通常裁判所の批判的な議論に対して、次のように論じた。連邦憲法裁判所が法治国家原理の極端な事例を審判する場合に、訴訟障害を仮定するならば、その時には、違法なおとりの投入の場合にそのような極端なケースが該当することは、手にとるように明らかであろう。しかしながらブルンスは、結論としては、憲法が原因の訴訟障害についての解釈を、連邦憲法裁判所の判例の更なる発展に留保を付して退けている (Bruns, a.a.O. (Anm. 73), S. 391)。
- (102) ヒレンカンフは、犯罪行為後の違法捜査については、「修復不可能性」の要件が欠けるとして、訴訟障害による解決は採用できな  
いとする。
- (103) Gabriele Wolfstast, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, 1995, S. 216 ff.
- (104) Wolfstast, a.a.O. (Anm. 103), S. 221.
- (105) Knut Arneburg, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess, 1990, S. 22.
- (106) Wolfstast, a.a.O. (Anm. 103), S. 224.
- (107) Wolfstast, a.a.O. (Anm. 103), S. 263.
- (108) Petr Rieß, Verfahrenshindernisse von Verfassungs wegen?, JR 1985, 45, S. 47 f.
- (109) 証拠の利用の禁止を支持する見解は、事情に応じて、同様に訴訟障害を仮定する。この点について、シューマンは、証拠の禁止の理論を検討し、これに関して包括的証拠の利用の禁止を仮定する際には、とにかく結果として事実に訴訟障害が問題となっており、しかも証拠利用の禁止を刑法二二六条 a との類比で正当化するか、当該の者の基本権の侵害で正当化するかどうかであるかに関わらず同様であると論じている (Herbert Schumann, Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agents pro-

vocaturs?, JZ 1986, 66, S. 66)。

- (110) Klaus Lüderssen, Die V-Leute-Problematik, JURIA 1985, 113, S. 122 ff.
- (111) 包括的な証拠禁止を想定した上での事実的な訴訟障害についてシュューレンと指摘する (Schumann, a.a.O. (Anm. 86), S. 66 f.)。
- (112) Horst Franzheim, Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittlung von Straftätern, NJW 1979, 2014, S. 2014 f.
- (113) Horst Franzheim, a.a.O. (Anm. 112), S. 2015.
- (114) Ulrich Berz, Polizeilicher agent provocateur und Tatverfolgung, Jus 1982, 416, S. 416 ff.
- (115) ドイツ基本法一条一項は、「人間の尊厳 (die Würde des Menschen) は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護すること  
が、すべての国家権力に義務づけられている」と規定する (本条文の邦語訳は、高田敏・初宿正典編訳・前掲注 (30) による)。  
が、すべての国家権力に義務づけられている」と規定する (本条文の邦語訳は、高田敏・初宿正典編訳・前掲注 (30) による)。
- (116) ドイツ基本法二条一項は、「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に違反しない限りにおいて自己の人格を自由に発展させる権利を有する」と規定する (本条文の邦語訳は、高田敏・初宿正典編訳・前掲注 (30) による)。
- (117) ベルツは前提が欠けていることを理由に、「この規定を直接的にも類推的にも適用したがらなく (Berz, a.a.O. (Anm. 115), S. 418)。
- (118) ドイツ刑法一〇〇条 a は、通信傍受の要件を定めた規定である。この要件は、同条各号に規定する犯罪について「正犯または共犯として罪を犯し、未遂が可罰的な場合にその実行に着手し、または犯罪行為によって実行の準備をした者があると疑う根拠となる事実が認められ、かつ、事案の解明または被疑者の居所の捜査が他の方法では見込みがないかまたは著しく困難である場合には」、命じることができると規定されている (条文の訳出に際しては、法務省大臣官房司法法制部編・前掲注 (16) を参照した)。
- (119) Thomas Fischer / Heinrich Meul, Tatprovokierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme, NSZ 1992, 7, S. 7 ff.
- (120) Thomas Voller, Der Staat als Urheber von Straftaten, 1983, S. 121.
- (121) Patricia Schlegel, Der verführte Dritte, 1985, S. 95 ff.
- (122) 刑法一〇〇条 a で挙げられている犯罪は次の通りである (条文の訳出に際しては、法務省大臣官房司法法制部編・前掲注 (16) による)。

一、 a 平和紊乱の罪、内乱の罪、民主的法治国家を危険にさせる罪、外患の罪、対外的存立を危険にする罪 (刑法八〇条から八

二条まで、八四条から八六条まで、八七条から八九条まで、九四条から一〇〇条 a まで、結社法二〇条一項一号から四号まで)  
(で)

b 国防に対する罪(刑法一〇九条 d から h まで)

c 安寧秩序に対する罪(刑法一二九条から一三〇条まで、外国人法九二条一項七号)

d 兵でない者による脱營教唆もしくは幫助または抗命教唆(軍刑法一条三項との関連における同法一六条、一九条)

e ドイツ連邦共和国内に駐在する北大西洋条約のドイツ以外の加盟国軍隊またはベルリンに現在する三国の軍隊の安全に対する罪(刑法八九条、九四条から九七条まで、九八条から一〇〇条まで、一〇九条 d から g まで、第四次刑法改正法七条との関連における軍刑法一六条、一九条)

二: 通貨または有価証券偽造(刑法一四六条、一五一條、一五二条)、刑法一八一條一項二号、三号に定める重い人身売買の罪

謀殺、故殺または民族謀殺(刑法二二一条、二二二条、二二〇条 a)

人身の自由に対する罪(刑法二三四条、二三四条 a、二二九条 b)

集団窃盜(刑法二四四條一項三号)または重い集団窃盜(刑法二四四條 a)

強盜または強盜的恐喝(刑法二四九條から二五一条まで、二五五條)

恐喝の罪(刑法二五三條)

業としての贓物犯、犯罪組織の一員としての贓物犯(刑法二六〇条)または犯罪組織の一員の業としての贓物犯(刑法二六〇条 a)

刑法二六一條一項、二項または四項にかかわる資金洗淨、不正収益隠匿の罪

刑法三〇六條から三〇六條 c まで、三〇七條一項から三項まで、三〇八條一項から三項まで、三〇九條一項から四項、三一〇條一項、三一三條、三一四條、三一五條三項、三一五條 b 三項、三一六條または三一六條 c における公共危険の罪

三: 武器法五二條 a 一項から三項まで、五三條一項一文一号、二号、二文、対外經濟法三四條一項から六項まで、または兵器規正法二二條もしくは二二條 a 一項から三項までとの関連における同法一九條一項から三項まで、もしくは二〇條一項、二二項の罪

四．麻薬法一九条三項二文一号の定める制限の下における同号の罪、または麻薬法一九条 a、三〇条一項一号、二号、四号、三〇条 a もしくは三〇条 b の罪

- (123) Schlegel, a.a.O. (Anm. 121), S. 144.
- (124) Schlegel, a.a.O. (Anm. 121), S. 145.
- (125) Makutzki, a.a.O. (Anm. 25), S. 281 f.
- (126) Schumann, a.a.O. (Anm. 86), S. 67.
- (127) Imme Roxin, a.a.O. (Anm. 72), S. 207 ff.
- (128) Imme Roxin, a.a.O. (Anm. 72), S. 209.
- (129) Imme Roxin, a.a.O. (Anm. 72), S. 199.
- (130) クラウス・ロキニン (Claus Roxin) は、刑罰阻却事由によるアプローチは、違法な犯罪誘発に対する正しい制裁であると指摘する。反法治国家の態度はまず手続に関係するのではなく、犯罪の発生に関係する、そしてそれに起因して既に刑罰権の発生を阻止する。そこから、処罰阻却事由は最も容易な仕方では法的に正しい構成になるとする (Claus Roxin, in 40 Jahre Bundesgerichtshof. Festveranstaltung am 1. Oktober 1990 mit Ansprache des Präsidenten des Bundesgerichtshofs, Vorträge von Othmar Jaernig und Claus Roxin, 1991, S. 85 f.)。
- (131) Hans-Joachim Rudolph, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, bearb. Von Hans-Joachim Rudolph, 1997, § 110c Rn. 11.
- (132) Kurt Seelmann, Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-manes, ZStW 95 1983, 797, S. 831.
- (133) Seelmann, a.a.O. (Anm. 132), S. 827.
- (134) Seelmann, a.a.O. (Anm. 132), S. 828.ゼールマンの見解と同様に、ヴォルター (Jürgen Wolter) は、実体法的な処罰阻却事由を強度な犯罪誘発の場合においては支持する。正当化のために、一般的人格権の確信領域への介入が認められる場合には、国家は初めから刑罰を科すための権限を喪失していると論じる (Jürgen Wolter, Verfassungsrecht im Strafprozess- und Strafrechtssystem, NSZ



えて捜査機関が被疑者に不利益を課すならば、それによって被疑者が苦痛を受けた事実自体（捜査の違法を明らかにする為に長期の裁判を余儀なくされた不利益も含まれる）が広い意味での「犯罪後の状況」にあたり、たとえ被告人が有罪とされる場合であっても、その量刑に相応の影響を及ぼすと考えるべきである」とする（浦和地判平成三年九月二六日判例タイムズ七九七号二七二頁）。平成七年八月二一の東京高裁判決（強姦致傷の事案）では、「刑事被告人が、勾留されている間に、拘留所職員により暴行、凌虐等を受け精神的、身体的な苦痛を被ったという事情は、それが事実であれば、当該事件が原因となって被告人の心身に生じた事情として、量刑事情の一つとなることを否定することはできない」とする（東京高判平成七年八月二一日判例時報一五六七号一四六頁）。

(143) 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（一）」早稲田法学六八卷三・四号（一九九三）七七頁以下、同「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（二・完）」早稲田法学六九卷一号（一九九三）一一頁以下。

(144) 松岡正章「違法捜査と量刑」『新・生きている刑事訴訟法』佐伯千仞先生卒寿祝賀論集（成文堂、一九九七）二一七頁以下。

(145) 長沼範良「違法捜査と量刑」長沼範良・酒巻匡・田中開・大澤裕・佐藤隆之著『演習刑事訴訟法』（有斐閣、二〇〇五）三二八頁以下。

(146) 宇藤崇「捜査手続の違法に対する事後的処理について」刑法雑誌三八卷二号（一九九九）一六頁以下。

(147) この点、「刑の必要性ないし刑に対する感応性」に関する量刑事情として、責任主義や目的主義では説明できない量刑事情に位置づける見解もある（井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究六九卷二号（一九九六）二九三頁以下、同「量刑理論と量刑事情」現代刑事法三卷一号（二〇〇〇）三五頁以下）。

(148) 原田國男・前掲注（141）一六六頁以下。

(149) 指宿信・城下裕二「採尿をめぐる捜査手続の違法を量刑事情に加えることの当否」判例タイムズ八一九号（一九九三）五〇頁以下、城下裕二「求刑・量刑をめぐる理論的課題」季刊刑事弁護創刊号（一九九五）九六頁以下、同「量刑事情としての『捜査手続の違法』・再論」刑事・少年司法の再生―梶田英雄判事・守屋克彦判事退官記念論文集（現代人文社、二〇〇〇）四二三頁以下、同「量刑事情の意義と限界」現代刑事法二二号（二〇〇一）二二八頁以下。

- (150) この点に関しては、将来の違法法捜査の抑制という政策目的にどれほどの効果があるのか疑問であるとして、別途救済方法が存在する以上、それを相当程度考慮するのは行き過ぎであろうとの指摘もある(本田守弘「刑事判例研究(二九一)」警察学論集四九卷一〇号(一九九六)二二七頁以下)。
- (151) 藤井敏明「量刑の根拠」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法「Ⅲ」』(青林書院、一九九八)二〇三頁以下。
- (152) 松岡正章・前掲注(144)二三〇頁。
- (153) 田中正義「兜捜査に関する諸問題」法学新報五九卷三号(一九六二)二〇頁以下、宇藤崇「違法捜査と不処罰処理(二)・完」法学論叢一三三卷六号(一九九三)八八頁以下。
- (154) 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)五〇頁、青柳文雄『刑事訴訟法通論(上巻)』(立花書房、五訂版、一九七六)二九五頁以下。
- (155) 高田卓爾『刑事訴訟法』(青林書院、二訂版、一九八四)三四〇頁以下。
- (156) 光藤景皎『口述刑事訴訟法(上)』(成文堂、第二版、二〇〇〇)三三二頁。