

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

宮 木 康 博

目次

- 一 はじめに
- 二 おとり捜査の基本的枠組
 - 一 おとり捜査の担い手と投入類型
 - 二 おとりの不可罰性
- 三 おとり捜査の許容性
 - 一 判例の動向
 - 二 学説の展開
- 四 適法性の判断基準
 - 一 判例の動向
 - 二 学説の展開
- 五 むすび

一 はじめに

平成一六年七月二日、おとり捜査^①に関する最高裁決定が下された^②。それまで、リーディングケースとされていた最高裁昭和二八年三月五日決定は、おとり捜査の実施は、被告人の罪責に影響しないとしていた。しかし他方で、その判文中では、おとり捜査を実施した捜査官が教唆等として処罰される余地があることも言及されていた。そのため、昭和二八年三月五日決定が、訴訟法上も常に適法であるとしているかは不明であり、おとり捜査の訴訟法的な観点からの適否の問題は、積み残されたままとなっていた。

この点につき、学説では、詐術的要素を含むおとり捜査を無制限に認めることはデュー・プロセスや司法の廉潔性に反するとの批判がなされ、アメリカ合衆国の判例理論である「わなの抗弁」の影響を受けたアプローチが有力に主張された^③。すなわち、訴訟法的観点から、あらかじめ犯意を有している者におとりが働きかけて犯罪を執行させる場合（機会提供型）と犯意を有していない者におとりが働きかけて犯意を生じさせ、犯罪を執行させる場合（犯意誘発型）に分けて検討し、前者は一般的に許され、後者は違法とする、「二分説」によっておとり捜査の適法性を判断しようとする見解である^④。下級審レベルでは、この見解に基づき、おとり捜査の適法性を判断した判決もみられた^⑤。本決定は、こうした状況の中で、おとり捜査の訴訟法的な許容性について、最高裁として初めて判断を示したものである。

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たとした上で、適法性の判断基準として、「少なくとも」次の三つの要件が必要との姿勢が示された。^⑥①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に行うこと。このうち①・②の要件は、おとり捜査の必要性から導かれたものであろう。また、③の要件からは、従来より有力に主張されてきた二分説との親和性が窺われる。^⑦

このように、本決定によって、おとり捜査の許容性や適法性の判断基準について、最高裁の考え方がある程度示されたわけである。しかしながら、本決定によってもおとり捜査が許容される範囲については、明確にされたとは言い難い。というのも、「少なくとも」との前置きが付されていることからわかるように、本決定で示されたのは、必要十分条件の基準ではないからである。また、そもそも機会提供型と犯意誘発型に二分することを前提にしている点にも疑問を差しさむ余地があろう。実際の事案では、二つの型のいずれか判然としないケースや入り混じったケースが少なくないと思われるからである。こうしたケースでは、おとり捜査の必要性や相当性といった具体的な判断を可能にするためのファクターも重要となるはずである。^⑧このように、おとり捜査の適法性の判断基準や判断方法については、なお検討が十分なされていない点も少なくなく、その「精緻化」^⑨は、依然としてわが国の刑事訴訟法上の重要なテーマであるといえよう。近年、わが国においても、組織犯罪が深刻化し、その対処法として、おとり捜査が注目されており、この問題を検討する意義はますます高まっている。^⑩

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。ドイツでは、一九七〇年

代以降、国際的犯罪組織による麻薬犯罪を始めとした組織犯罪が顕在化し、その対策の一環としておとり捜査が積極的に用いられるようになった。^① そうした中で、一九七五年六月には初めて正面から法的におとり捜査自体の違法性について言及した連邦通常裁判所判決も下された。また、おとり捜査の許容範囲、要件、判断基準などについては、その後の判例において幾度となく検討が加えられ、その中で興味深い変遷をたどってきた。また、学説においてもこうした判例の動向をふまえ、激しい議論が戦わされてきた。ドイツでは、こうした判例・学説の展開の中で、おとり捜査をめぐる議論が精緻化されてきたのである。

そこで、本稿では、わが国のおとり捜査の許容性や適法性の判断基準について検討する足がかりとして、同様の問題についてのドイツの対応につき考察を加えることにしたい。具体的には、まず、ドイツにおけるおとり捜査の基本的な枠組をおさえておくために、おとり捜査の担い手と投入類型を整理し、おとり自身の不可罰性について確認する。そのうえで、次に、おとり捜査の許容性や適法性の判断基準についての判例と学説を概観する。そして最後に、以上の考察をふまえ、おとり捜査をめぐるわが国における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 おとり捜査の基本的枠組

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を検討するにあたって、ドイツでのおとり捜査がどのように実施されているのか、その基本的枠組を確認しておくことは有益であろう。そこで以下では、おとり捜査の担い手と投入類型を概観するとともに、犯罪行為を唆すにもかかわらず、おとり自体が基本的に教唆犯等で処罰されていない点について、ドイツでどのように説明がなされているのか、確認しておきたい。

一 おとり捜査の担い手と投入類型

(1) おとり捜査の担い手 ドイツでは、「おとり」¹²⁾を指す用語として、agent provocateur と Lockspitzel¹³⁾が用いられるが、これらは同義語である。おとり捜査では、おとりが嫌疑をかけられた者の罪状立証のために犯罪を決意させる任務を与えられているという特殊性を有するが、警察官やその協力者が本当の身分を秘匿した状態で捜査を行うなど身分秘匿捜査 (Verdeckte Ermittlungen) の一手法として理解されている¹⁴⁾。また、おとり捜査の担い手であるおとりは、主に身分秘匿捜査の担い手である身分秘匿捜査官 (Verdeckte Ermittler) や秘密連絡員 (V.P.) である¹⁵⁾。それゆえ、おとりやおとり捜査の概念は、身分秘匿捜査の内部における独自の人的グループを特徴づけるわけではなく、ある種の行動モデルや戦略を指し示しているといえる¹⁶⁾。

(2) おとり捜査の投入類型 ドイツでは、おとり捜査が、嫌疑を証明する面と犯罪を予防する面を併せもって

いると解されている。そのため、その性質としては、司法警察活動と行政警察活動の両方が想定され、適用法令も司法警察活動を定めた刑法と行政警察活動を定めた警察法によるものと捉えられている。⁽¹⁷⁾ おとりが投入される類型としては、広義では次の五つが予定される。⁽¹⁸⁾ 第一に、連続犯罪者すなわち、既に犯された(同種の)犯罪に関する証拠獲得のための犯罪誘発。第二に、ある具体的な嫌疑に基礎づけられた犯罪誘発。第三に、これまでのところ具体的な嫌疑がないが、将来、犯罪行為を行うであろうという蓋然性はある者に対する犯罪誘発。第四に、嫌疑がなく、犯罪傾向にない者に対する犯罪誘発。第五に、犯罪環境の存在および程度についての情報収集活動。とくに、第四の類型は、いわば犯罪から距離のある者に対して犯行を唆すわけであるが、実務上、こうしたおとり捜査も稀ではないとの指摘もある。⁽¹⁹⁾ ドイツでは、ある犯罪行為を行う決意を固めていない者や犯罪の嫌疑がないような者に対して、秘密連絡員や身分秘匿捜査官が、比較的長い期間継続して説得、強い影響、個人的な従属関係の利用、または欺罔による犯罪の唆しを行なっているとされるのである。⁽²⁰⁾

二 おとりの不可罰性

おとり捜査では、警察官や秘密連絡員などのおとりが対象者の犯罪実行を誘発する。このため、おとりが教唆や幫助として処罰されないのが、おとり捜査をめぐる法的議論の当初の主要テーマであった。すなわち、おとり捜査の問題性は、おとりが被誘発者とともに共犯者として処罰されるのではないかという点にあったわけである。では、教唆犯や幫助犯と解し得るおとりは、いかなる理由で不可罰とされ、おとり捜査が実施されてきたのだろうか。

おとりの不可罰性の根拠としては、おとりが当該犯罪の完遂を欲したのではなくて、ただ試み（未遂）を欲したのだという点に求められている。²¹ というのも、教唆の故意は既遂に向けられたものでなければならぬからである。ただ、それでは、おとりが既遂に至るような犯罪行為を惹き起こすことを欲したならば、その意図が、犯罪者の犯罪を最終的に証明しようとするためのものであっても、おとりは論理的には処罰されることになる。²² このようなシチュエーションは次のような場合におこりうる。たとえば、おとりが麻薬ディーラーと目される者に高い購入価格を約束してヘロインを入手することを決意させ、その後警察と一緒にこのディーラーの家に現れて麻薬を押収するような場合である。麻薬取締法（BtMG）二九条一項一号の構成要件は、麻薬を調達することを禁止しており、この時点で犯罪は既遂に達していることになり、おとりにも、教唆犯が成立することになる。このような抽象的危険犯以外にも法益侵害の完了に先行する準備罪などの犯罪類型の場合にも同様のことが生じうる。²³

おとり捜査は主として、薬物犯罪を対象に実施されている。では、おとりは処罰されているのであろうか。処罰されないとして、その理論構成はいかなるものなのだろうか。この点について、統一的な指針（Linie）は、判例および学説上、いまだ形成されておらず、いくつかの見解が対立している。²⁴ たとえば、薬物犯罪の領域では、制限的に構成要件を解釈することによっておとりの刑の免除を根拠づけようとする見解がある。判例上、麻薬取締法（BtMG）二九条一項一号における「取引（Handeltreiben）」の意義としては、ただ偶然で一回限りのあるいは単なる仲介的な行為であったとしても利己的な利益を目指したものと理解されている。²⁵ 加えて麻薬法（BtMG）二九条一項一号は、結果犯ではないため、麻薬の代金が支払われない場合でさえ、すでに構成要件該当性が満たされていることになる。²⁶

しかし、それにもかかわらず、この規定において禁止されているのは、麻薬を消費者に至る経路上で先へ先へと引き渡すような行為であって、麻薬が警察に渡され、その麻薬が警察によって回収されるケースは含まれないと制限的に解し、おとりは、麻薬法二九条一項一号の構成要件を満たしているわけではないと説くのである。²⁷⁾

これに対して、解決策を意図の段階に求める見解も有力である。この見解によれば、決定的なのは、おとりの意図が、実際上の法益侵害を生じさせないことに向けられているか否かにある。おとりが実質的な法益侵害を生じさせないという意図を有している場合、対象者の犯罪行為は単に未遂に終わるか、あるいは形式的には犯罪が完成しているが、おとりが介入することによって実質的な価値損害の意味での法益侵害は阻止されるはずだからである。²⁸⁾ それゆえ、おとりが修復不可能な損害を生じさせるような実質的な犯罪の完遂を望んでいる場合にだけ処罰する必要性が生じると考えるのである。²⁹⁾

また、仮に誘発する行動が構成要件に該当するとしても、違法性阻却事由によって、おとりは処罰されないと考えられている。その際、個人法益の場合には、違法性阻却事由として、とくに侵害された法益の所有者の同意あるいは推定上の同意が問題になる。³⁰⁾ 他方、一般的 (Allgemeinheit) あるいは個々人の一身専属的ではない法益に対する犯罪行為の場合は、刑法三四条による正当化が議論される。³¹⁾ とくに薬物犯罪の領域においては、麻薬法四条が関連する。同条は連邦機関や州の機関が職務上の活動の領域において麻薬を許可なく取り扱うこと (Umgang) を禁止しており、この規定に従えば、許可を得ておとりとして投入された警察職員は処罰されないことになる。

このように、おとり捜査を実施した場合に、おとりが不可罰とされる理論構成としては、なお多様なものが唱えら

れ、判例・学説上、依然として一致をみていない。ここでの議論は、理論構成はさておき、おとり捜査が無制限に許容されるわけではなく、おとりが不可罰とされうるのは、おとり捜査が許容され、適法とされた場合であることを前提にする。すなわち、おとり捜査が許容されず、違法とされる場合には、おとり自体が処罰される可能性が認められるのである。では、ドイツにおいて、おとり捜査が、許容されている根拠は何なのか。また、仮に許容されているとして、その限界は何に求められるのであろうか。次に、おとり捜査の許容性と適法性の判断基準が問題になる。

三 おとり捜査の許容性

ドイツでは、旧西ドイツ時代の一九七〇年代から国際的犯罪組織の増大に悩まされ、これに対処するため薬物犯罪を中心におとり捜査を積極的に活用するようになった。しかし、こうした捜査手法が多用されるにつれ、法的問題が指摘され始めた。おとり捜査の法的問題は、大きく実体法的なものとして訴訟法的なものに分類することができる。すなわち、実体法的には主として犯意を誘発した者の刑事責任が問題とされるのに対し、訴訟法的には、主に犯意を誘発ないし強化された者の刑事責任および刑事責任に及ぼす法的効果が問題とされる。当初、おとり捜査の問題は、前者の実体法的问题として議論され、犯罪誘発者の可罰性を肯定する見解と否定する見解とが共犯論の領域で対立していた。⁽³³⁾しかし、今日では、後者のおとり捜査が被誘発者の刑事責任に及ぼす法的効果の問題が中心にな

っている。

そこで、以下では、ドイツにおいて、判例・学説上、おとり捜査がそもそも訴訟法上許容されているのかについて整理したい。

一 判例の動向

(1) リーディングケース おとり捜査の違法性の問題に法的観点からはじめて言及したのは、一九七五年六月一〇日の連邦通常裁判所第一刑事部判決であった。本件の事実の概要は、警察官が身分を秘して被告人に麻薬の購入を申し出たのに対し、被告人が受諾して自身の所持する麻薬を身分を秘した警察官に譲渡したというものであった。³⁴⁾

連邦通常裁判所第一刑事部は、薬物犯罪のような「特別に危険な、または解明困難な犯罪」を捜査するために、おとり捜査が許容されることは「承認された法原則に適合している」と判示した。また、本件事では、被告人は事前「自己が所持する麻薬を関係者に譲渡することを決意していた」のであり、捜査機関は、被告人に麻薬を譲渡させるための「特別な説得は全く不要であった」として、「既に存在する犯意の具体化」に向けられていたことを理由に、本件のおとり捜査を適法と判示した。さらに、後に詳述するが、本判決では、おとり捜査が適法となるための一定の基準（「特別に危険あるいは解明困難な犯罪」を捜査するために、「既に存在する犯意の具体化」に向けられていたこと）を明示した。裏を返せば、本判決は、上記基準を満たさなかった場合には、おとり捜査が違法となる余地が残ることを認めたとはいえよう。しかし、本判決では、なぜおとり捜査が違法となるのかについての根拠は明示されな

った。

(2) 違法なおとり捜査の根拠と基準 一九八〇年四月一五日の連邦通常裁判所第一刑事部判決⁽³⁵⁾は、おとり捜査が違法となる根拠を明示した。本件の事実関係は次のとおりである。麻薬購入者を装った警察官が、かねてから密売人と目されていた被告人から少量のヘロインを購入した。その際、被告人は、ハシシを大量に調達できるとおとり捜査官に話した。おとり捜査官は、少量では意味がないが、ヘロインを大量に買い取る用意があると伝え、取引するよう被告人を説得した。数日後、被告人は、入手したヘロインを警察官に譲渡した。本判決では、「特に危険で解明困難な犯罪との闘争において」、おとり捜査は許容されるが、「犯罪を誘発するおとりの活動には限界があり、その逸脱は国家の責に帰すべき法律違反として『刑事手続に影響を及ぼす』ことは、疑問の余地がない」とした上で、「基本法と刑法に内在する法治国家原理は、この原理に照らして刑事訴追機関が犯罪の実行に影響を与えることについて、理由がないときは禁止する」と判示した。さらに、「法治国家原理」違反の内容について、「被告人が国家の活動の単なる客体にされた」といえる場合とした。本判決では、おとり捜査が違法となる根拠として、「法治国家原理」を挙げ、具体的に、「被告人が国家の活動の単なる客体にされた」場合には、基本法一条一項の「人間の尊厳」を侵害するとして、おとり捜査は違法となるとしたのである。⁽³⁶⁾

一九八一年二月六日の連邦通常裁判所第二刑事部⁽³⁷⁾は、前科も嫌疑もなかった被告人に対して、おとりがヘロインの入手を申し出た事案で、先の一九八〇年四月一五日連邦通常裁判所第一刑事部判決を引用しつつ、国家機関の委託や承認の下に活動するおとりが、被誘発者に「著しい影響 (Erhebliche Einwirkung)」を及ぼすことによってはじめて

法の道を踏み外させた場合、国家がこの者を再び法の道に引き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、その「矛盾し奸智に長けた行動」のために非難されるのであり、こうした行動は法治国家秩序の下では許されないとした。このように、おとり捜査の違法性の根拠を「法治国家原理」違反に求めていく傾向は、その後の判例でも踏襲されていくことになった。⁽³⁸⁾

(3) 欧州人権条約の影響 こうした中、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は、おとり捜査が違法となる根拠として、新たに、欧州人権条約六条一項の「公正な手続の原則」⁽⁴⁰⁾に違反するか否かを考慮する必要性をあげた。契機となったのは、一九九八年六月九日の欧州人権裁判所判決である。⁽⁴¹⁾ 本件は、ポルトガルにおける事案である。事案は、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、Bに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、嫌疑があつたか否かは明確でなく、前科はなかった。本件について、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が何もなく、私服警察官が犯罪を唆したことを指摘して、私服警察官の活動は、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、こうした私服警察官の犯罪行為への関与や刑事手続において証言が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。

欧州人権条約は、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。⁽⁴²⁾ それゆえ、欧州人権条約は、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。⁽⁴³⁾ それゆえ、欧州人権裁判所がおとり捜査との関係で判示した欧州人権条約六条一項の解釈がドイツのおとり捜査の裁判にいかなる影響を及ぼすかが注目された。この問題点に正面から取り組んだのが、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である。本件は、コカインを手配できる者を知らないかとの秘密連絡員の数回にわたる問いかけに対して、嫌疑のない被告人はその都度拒絶していたが、四回目の問いかけに心当たりがある旨返答し、その後はコカイン提供者と秘密連絡員との仲介役として関与し続け、取引が完了した後に逮捕されたという事案に関するものであった。当該裁判所は、判決において先の欧州人権裁判所判決を判文中で詳細に検討し、本件と欧州人権裁判所判決の事案には差異があるが、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て、本件のおとり捜査は、欧州人権条約六条一項第一文の公正な手続に違反するとの判示がなされた。

このように、ドイツの連邦通常裁判所は、基本的に、おとりの投入は許されることを出発点としつつ、⁽⁴⁵⁾ 法治国家原理違反や公正な手続に違反する場合に、おとり捜査が違法になるとの理解を示してきた。その上で、どのような場合に、法治国家原理や公正な手続の原則に違反することになるのかをめぐって、連邦通常裁判所の各刑事部間で判断基準が示され、精緻化されてきたのである。

二 学説の展開

(一) リュダーセンの問題提起 ドイツにおいて、訴訟法的観点から被誘発者への法的効果に着目して、おとり捜査の違法性を最初に研究したのは、リュダーセン (Klaus Lüderssen) であった。⁴⁶⁾ リュダーセンは、それまでの議論は、犯罪誘発者の刑罰の可否といった実体法(刑法)との関係で論じられてきたが、本来この問題は、被誘発者の観点、すなわち、おとり捜査という捜査手法自体の違法性が訴訟法上いかなる法的効果をもつかにあるとして、従来とは異なる視点からおとり捜査を理論的に検討したのである。⁴⁷⁾

リュダーセンは、おとり捜査が違法となる根拠を、実体法上違法となる場合とそうでない場合に分けて考察した。実体法上違法となる例は、抽象的危険犯であるために、犯罪誘発者自身に教唆犯が成立する麻薬法違反の場合などである。リュダーセンは、犯罪誘発者の構成要件該当行為が許されるためには、それを許す法的根拠規定が必要であり、現行法に何ら規定がない以上、違法であると説いた。⁴⁸⁾ 他方、リュダーセンは、おとり捜査が、実体法上違法でない場合であっても、被誘発者は、おとりの活動であることを知っていたならば、犯罪に関与しなかったであろうから、刑法一三六条 a の禁止された尋問方法の一つである「欺罔 (Täuschung)」に該当し、手続法上は違法であると指摘した。また、基本法との関係で、犯罪誘発者は、被誘発者の意思を不法へと動機づける点において、人格の自由な発展を侵害し、基本法一条一項で保障されている「人間の尊厳 (Würde des Menschen)」や二条一項で保障されている「人格を自由に発展させる権利 (das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit)」⁴⁹⁾ さらには、補充的に二〇条の社会国家理念に反する点も、おとり捜査が許されない理由として挙げた。⁴⁹⁾ このようにリュダーセンは、被

誘発者側に着目し、訴訟法的観点からみた議論の枠組みを提示した。この研究を契機として、その後のドイツでは、刑事手続法的観点からのおとり捜査に関する議論が活発になった。

(2) その後の学説の展開　その後の学説をみると、リュエダーセンが挙げた憲法上の諸権利のほかに、人権および基本的自由の保護のための条約（欧州人権条約）六条の公正な手続等の侵害を挙げ、おとりの投入が許されるためには、法的な根拠が必要であるとする見解がみられる⁽¹⁰⁾。

これに対して、実務家である連邦検事総長レープマン（Kurt Rebmann）は、刑事法の運用指針である「刑事および過料手続に関する指針」（RiStBV）の付属文書D（Anlage D）がおとり捜査の担い手である身分秘匿捜査官や秘密連絡員について概念を明らかにし、投入方法や特定の犯罪対策としての必要性を規定していたことから、刑法一六一条（検察官の権限）、一六三条（警察の職務）の規定を併せれば、おとりの活動の根拠規定としては、十分であると説いた⁽¹¹⁾。また、ロキシン（Claus Roxin）は、リュエダーセンの主張に対して、犯罪を促された者が自由な意思決定を保つ限りにおいて、人格的自主性（Persönlichkeitsautonomie）は侵害されておらず、社会国家理念から生じる矛盾性についても、おとりは矛盾した態度をとっているわけではなく、むしろただ嫌疑者の有罪立証に向けて活動していると指摘した⁽¹²⁾。

このように、学説では、判例と異なり、おとりの主たる担い手として秘密連絡員が含まれることから、そもそも投入に際して、特別な根拠規定を要するか否かが争われている。ただし、学説においても、判例と同様に特定の犯罪類型に対しておとり捜査の必要性を肯定する点では争いがないといつてよい。また、おとりの投入を肯定する見解も、

無制限に許容するのではなく、判例と同様に法治国家原理の範囲内でのみ許されると解している。例えば、マッヘ(Hans - Michael Mache)やエルボーゲン(Klaus Ellbogen)は、法治国家原理の具体化である「人間の尊厳」は、国民の法的誠実性を支援し、犯罪に関与しないように防止することを国家に求めるとする。それゆえ、法的誠実性を侵害するようなおとり捜査は、人間の尊厳に反するのである。また、フランツハイム(Horst Franzheim)は、犯罪を究明するために人を「国家の活動の単なる客体」にするようなおとり捜査は、不可侵領域である人間の尊厳に反するとする。さらに、ブルンスは、国家が犯罪を誘発しておきながら、その犯罪を理由に犯人を処罰することは矛盾に満ちた行動であるとして、「国家の矛盾し奸智に長けた行動」は許されないとする。では、いかなる場合に、おとり捜査は法治国家原理に違反すると考えられているのであろうか。この点については、次で検討したい。

四 適法性の判断基準

おとりによる犯罪誘発を一定の範囲で認める場合、その適法性の基準は何に求められるのだろうか。具体的な判断基準やファクター、さらには、それらの判断方法が示されなければ、法治国家原理の意義の広範性ゆえに、適法性の判断は、恣意的になされる危険性を含んでいる。そこで、以下では、おとり捜査の適法性を判断する際に、判例はいかなる基準を提示してきたのかを概観し、続いて、それに対する学説の見解を整理することにした。

一 判例の動向

(1) 「犯意の具体化」基準 判例は、おとりによる犯罪誘発が法的に許されているという立場を採るが、無制限に許容するわけではない。⁽⁵³⁾ 連邦通常裁判所も一定の限界を認めている。この点について、おとり捜査の違法性の問題に法的観点からはじめて言及した一九七五年六月一〇日の連邦通常裁判所第一刑事部判決では、おとり捜査は、①「特別に危険あるいは解明困難な犯罪」を捜査するために、②「既に存在する犯意の具体化」に向けられていた場合には適法になるとした。本判決では、この二つの基準を満たさなかった場合には、おとり捜査が違法となる余地を認めたと、なぜ違法になるのかという理由や具体的な判断要素は提示されなかった。これらの点に言及したのが、一九八〇年四月一五日の連邦通常裁判所第一刑事部判決である。本判決では、犯罪誘発は、「特に危険で解明困難な犯罪」に対しては許容されることを確認した上で、次のように判示した。「ドイツ基本法と刑事訴訟法に内在する法治国家原理は、刑事訴訟官庁によって犯罪が実行されるように影響を与えることが、この原理に照らして不合理である場合に、これを禁止する」⁽⁵⁴⁾。そして、この「法治国家原理の枠内」にあるかという限界を具体化して、国家の犯罪誘発は、誘発される人が教唆によって「国家の活動の単なる客体」とされるならば違法である⁽⁵⁵⁾とした。また、本判決は、いつ誘発される者が「国家の活動の単なる客体」になるかの判断要素として、「評価の観点 (Wertungsgesichtspunkt)」を挙げた。「評価の観点」は、次の四点からなる。①被告人の嫌疑の根拠と程度。②警察による影響力の行使方法、強度、目的。③被疑者自身の犯罪を犯すという心の準備。④他者にコントロールされていない被告人自身の積極性。最終的に、本判決は、当外事案について「評価の観点」を考慮すると、被誘発者は、自身もつ既存の犯意に基づい

て、提供された機会を利用したとし、被誘発者の「犯意が具体化」した事案であるとして、法治国家原理に違反しないとした。

(2) 「著しい影響」基準 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、おとり捜査の違法性を判断する際、具体的な判断基準として、先の「評価の観点」を援用しつつ、「犯意の具体化」とは異なる判断基準を提示した。本判決では、被告人に嫌疑や犯意がないからといって、おとり捜査を違法とするには不十分であるとし、おとりの誘発行動が、「著しい影響」例えば、繰り返し長期にわたる説得の試みや強力で執拗な働きかけがある場合、誘発行為に比して行為者の固有の寄与が背後に退くほどの重要性を獲得する」とした。この場合には、「国家は、矛盾し奸智に長けた行動」を行ったとして、法治国家原理に違反するとする。

また、これらの判決で用いられた「評価の観点」は、唯一絶対な判断基準ではなく、全体の事実関係との関連で機能する。それゆえ、事案によっては、大枠を維持しつつではあるが相違点がみられる。例えば、一九八〇年九月一日の連邦通常裁判所第四刑事部判決⁵⁷⁾では、「嫌疑の程度、被誘発者の危険性、犯罪実行の意思、自主性、犯罪を中止しようとした際の真摯さ」を判断基準として挙げている。また、一九八三年九月二三日の連邦通常裁判所第二刑事部では、「評価の観点」を援用した上で、おとりが「犯罪経過のあらゆる局面で行為を共同支配し、制御しているか」を加えて判断している。⁵⁸⁾

これらの「評価の観点」という具体的な類型的基準については、異なる理解も示されている。一九八四年五月三日の連邦通常裁判所第一刑事部は、「評価の観点」の各ファクターについて、個々の基準が重要なのではなく、大事

なのは「行為者自身の寄与の影を薄くするほどにおとりの誘発行動が重要性を有するか否か」という決定的な問題に答えるために必要な総合評価のための枠組みであるとする。⁽⁵⁹⁾

この他、一九八五年三月二〇日の連邦通常裁判所第二刑事部は、「評価の観点」を考慮し、「おとりによる被告人に対する継続的で、強く、執拗な働きかけがあったとはいえない」とした。しかし、他方では、違法な犯罪誘発は、犯罪者に向けての強度の影響力の行使がなくてもありうることも述べた。たとえば、秘密連絡員が不当な方法を使用する場合であり、具体的には、薬物中毒者に協力の報酬として麻薬を与えることを約束するといった特に犯罪者の苦境あるいは切羽詰った状況を利用することが挙げられた。⁽⁶¹⁾ 本判決では、おとり側の重大な影響だけではなく、被誘発者の境遇を考慮に入れて、判断している。

(3) 「評価の観点」を用いた判断基準の総括　ここまでの判例の動向を総括すると、判例によって提示されてきた犯罪誘発が許されるか否かの判断基準は、「法治国家原理の枠内にあるか否か」であり、これらを判断するため必要条件およびそれを判断するファクターは、次のようにまとめることができる。⁽⁶³⁾

- ①特に危険で解明困難な犯罪であること。
 - ②国家による犯罪誘発が、被誘発者を単なる捜査処置の対象としていないこと。あるいは、被誘発者の犯行の寄与を薄くするほどおとりの行動が重要性をもっていないこと。
- その際、これらに該当するか否かを定める判断要素として、

- (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

ただし、「評価の観点」については、提示されたファクターが重疊的に存在しなければならないのか、それとも択一的に存在すればよいのか、また、個々のファクターの重要性に差があるのか、判例上、必ずしも明らかではないと指摘されている。⁶⁴⁾

(4) 「嫌疑の有無」による判断基準 一九八〇年代前半は、おとり捜査の適法性の判断基準として右の「評価の観点」が用いられたが、一九八四年五月二三日の連邦通常裁判所判決以降の判例をみると、あまり用いられることはなく、「嫌疑」の有無で判断されている。⁶⁵⁾ たとえば、一九九五年三月一六日の連邦通常裁判所第四刑事部判決では、ヘロインの偽装売買の事案で、刑法一六〇条一項の嫌疑が要求され、これがない場合には、犯罪誘発は許されないものとなる⁶⁷⁾と述べた。また、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、それまでの判例を検討して、第二、第四、第五刑事部が、一九八四年五月二三日の連邦通常裁判所判決に追従した際、「おとりが行動した時点で、刑法一五二条、一六〇条の意味での嫌疑が対象者に存在していなかった場合、おとりの投入は違法である

とされた」と評価した。さらに、二〇〇一年五月三〇日の連邦通常裁判所刑事第一部判決では、まずどのような場合におとり捜査で議論される犯罪誘発活動がなされたといえるかを明らかにし、次に適法性の判断基準を示している。前者については、犯罪誘発は、おとりが単に共犯であることを超えて、犯罪の準備に着手させたり、犯罪計画の意図を起こさせるという方向にむかって、犯罪者に著しい影響を与えたような場合であるとする。そして、後者については、警察のおとりによる影響の強度が右にいう基準に到達している場合、被誘発者に刑法一五二条二項ないしは一六〇条の意味における嫌疑がある場合は適法であるとする。具体的には、既に犯された犯罪へと関与していたとか、あるいは将来の犯罪に向けた準備をしていた場合を挙げる。また、嫌疑は投入がもともと犯罪誘発にいたるところまで予防的な危険防止としてなされていたのか、あるいは当初は制圧的な性格をもっていたのかとは無関係に必要であるとする。

このように、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、おとり捜査の適法性の判断基準については、「評価の観点」を用いて法治国家原理違反か否かを判断するのではなく、おとりの投入時における「嫌疑の有無」で判断がなされている。こうした変化の要因としては、違法なおとり捜査の被誘発者に対する法的効果との関連性が指摘されている。すなわち、判例が違法なおとり捜査の法的効果として訴訟障害から量刑による解決に変更した点を捉えて、訴訟障害説では、限度を超えていると判断される場合には、手続の打ち切りという極めて強い効果が生ずるため、それが認められる場合を厳しく限定する必要があるのに対して、量刑事由説では、単に量刑上斟酌するということにとどまるので、合理性のある明確な規準であれば足り、あまり限定的に構成する必要がないという実際

的考慮が働いているのではないかと分析されているのである。⁽⁶⁸⁾

(5) 欧州人権条約六条一項違反 近時の連邦通常裁判所判例では、刑法や基本法に基づく法治国家原理に依拠して適法性を判断するだけでなく、欧州人権条約や欧州人権裁判所判決をも考慮に入れている。前にも触れたように、一九九八年六月九日の欧州人権裁判所判決は、おとり捜査が欧州人権条約六条一項で保障する「公正な手続」に抵触する場合があることを認めた。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は、この欧州人権裁判所判決を判文中で詳細に検討し、本件のおとり捜査は違法であると結論づけた。具体的には、「嫌疑がなく、犯罪意思を有してなかつた者」に対する犯罪誘発は、欧州人権条約六条一文の「公正な手続」に違反するとしたのである。ただし、欧州人権条約や欧州人権裁判所判決に触れた連邦通常裁判所判決は、今のところまだ件数が少ないため、「公正な手続」に違反するか否かを、被誘発者の嫌疑と犯罪意思の有無のみで判断するかについては、今後の判例の蓄積を待たなければならない。

二 違法ないし違法なおとり捜査の疑いがあるとされた裁判例

これまで検討してきたような判例で示された適法性の判断基準のみでは、具体的な限界がどこにあるのかを把握することは難しい。そこで、以下では、違法なおとり捜査およびその疑いがあるとされた裁判例を概観しておきたい。

(1) 違法なおとり捜査とされた事例

(a) 一九八〇年一月二七日ハイデンハイム区裁判所判決 (AG) 被告人 A (女性) は、時折、自己使用のた

めに効果の薄い麻薬を微量購入することがあった。しかし、Aは麻薬密売組織にそれまで現れたことがなく、麻薬密売組織についても関心を示していなかった。秘密連絡員は、Aと親しくなり、愛人関係になるなどして麻薬の密売人Bを検挙するために利用した。Aは、秘密連絡員の働きかけに応じ、指示に従って麻薬犯罪を犯した。

判決では、被告人は、重大犯罪の嫌疑がなく、犯罪意思を有しておらず、麻薬密売元を究明するために、おとりが愛情関係を仮装して麻薬取引の補助をさせたことなどを考慮して、本件のおとり捜査を違法とした（刑罰法二六〇条三項⁽⁷⁰⁾による手続の打切りの判決）。

(b) 一九八四年二月二三日ベルリン地方裁判所判決(UG) 被告人Cとその友人Dは強盗を計画していた。この情報を掴んだ秘密連絡員がこれら二名に対して接触を試みたところ、一緒に強盗しようと言話を持ちかけられた。Cは強盗のターゲットである自動車会社の出納係として雇用されていた。そのため、Cは強盗を自ら実行するつもりはなかった。Cは秘密連絡員に、他の共犯者を確保するよう依頼した。秘密連絡員は執拗な方法で共同正犯になるよう説得し、EとFとGを仲間にした。Eは、これまで犯罪とは無縁な者であったが、再三の勧誘と自身の生活の苦しさから参加を決意した。Fには、前科があったものの、保護観察中であることや当時高い給料をもらっていたので、再び犯罪を犯すつもりはなかった。現に、当初は強盗の打ち合せをする集まりにも参加しなかった。しかし、秘密連絡員による再三の懇請によって了解した。Gも同様に、最初は断っていたが、強い説得によって、結局メンバーに加わる決意をした。秘密連絡員は、詳細な犯行プロセスを計画した。また、秘密連絡員は逃走用の自動車を手配するとともに、変装用のアイテムやガス銃が入ったポリ袋を共犯者に手渡した。襲撃を始めてすぐに、居合わせた警察官によ

って逮捕された。

判決では、おとりにコントロールされていない被告人の犯罪行為への積極性は、確認されず、おとりの行動は、行為者自身の犯罪への寄与を薄くするほどの重要性をもったものであり、おとり捜査の限界を越えるとした（E、F、Gについて刑法二五〇条の重い強盗の通謀に関する手続を打切った⁽²⁾）。

(c) 一九九五年三月一六日連邦通常裁判所第四刑事部決定 被告人Hは、自身の賭博熱のためにかなり経済的困窮していた。このような困窮状態を知った秘密連絡員は、Hに麻薬取引で報酬を得ればどうかと提案した。当初、Lは拒絶したが、長期間に及ぶ説得によってついに麻薬取引に協力することを承諾した。秘密連絡員は、Hを他の秘密連絡員二人に引き合わせた。この二人の秘密連絡員は、麻薬取引の買い付け人として登場した。二人の秘密連絡員は、ヘロインを一キロあたり四〇〇〇〇ドイツマルクで購入しようとした。Hには利益配当として、一〇〇〇〇ドイツマルクが与えられることになった。Hは麻薬取引との接点がなかったので、うまく適当な売り手を見つけることができなかった。こうした状況を見かねて、秘密連絡員はLを利益損失に対する償還請求権（訴求請求権）で脅迫し、必要であればHの車を差し押さえる用意があると脅迫した。その後においても依然としてHは売り手を見つけることができなかった。秘密連絡員は、ヘロインを購入することができない場合には、殺害するとしてLにピストルを突きつけて脅した。さらに、秘密連絡員は、もし購入することができなかった場合、Hの家族を爆死させると脅迫した。ついにHは八キログラムのヘロインを四〇〇〇〇〇ドイツマルクで販売する売り手を見つけ出した。ヘロインを引き渡す際、Hは逮捕された。

決定では、犯罪誘発的行動は、法治国家の枠内でしか許されないとし、当該犯罪を計画し、または関与しているという刑法一六〇条一項の意味における嫌疑がある者に対してだけ、おとり捜査は実施されてよいとした。⁽⁷³⁾

(2) 違法なおとり捜査の疑いがあるとされた事例

(a) 一九八三年八月一日デュッセルドルフ上級裁判所決定 (OLG) 被告人Aは、一九七五年と一九七七年に麻薬法違反の罪で有罪判決を受けたことがあった。秘密連絡員は、事件当時には犯罪の嫌疑がなかった被告人Aに対し、飲食店において転売する目的のコカインを入手してほしいともちかけた。Aはこの申し出を一旦は断った。しかし、Aは秘密連絡員による再三の働きかけ(一ヶ月間ほぼ毎日電話した)や金銭状況の悪化により、秘密連絡員の申し出に応じた。

判決では、およそ一ヶ月間、何度もコカインの取引に関与するよう説得した点を重視して、被告人が犯罪を実行する決意をするに際して、おとりの著しい影響は否定できな⁽⁷⁴⁾いと⁽⁷⁴⁾した。(訴訟障害が問題になるとして原判決を破棄、差し戻し)。

(b) 一九八三年九月二三日連邦通常裁判所刑事第二部判決 (LG) 多額の借金を背負い込んだトルコ人の被告人Bは、アルコールおよびギャンブルの虜になり、情緒不安定な状態であった。Bは借金を返済するために、Cに所有地の一部を売った。Bは知らなかったが、Cは何年も前からヘロイン取引の仕事をしていた。BのCに対する不動産の売却代金の受け渡し場所は、当時Cが住んでいたフランクフルトアムメインであった。しかし、BはCから売却代金を受け取ることができな⁽⁷⁵⁾かつた。金銭上の状況およびBの肉体的な弱さが秘密連絡員に知られた。秘密連絡員

は、ヘロインの取引のためにBを口説き落とそうとし、Bと密接にコンタクトをとった。それまで、麻薬取引との関わり合いがなかったBは、秘密連絡員からの要請について協力を拒んでいた。次第に、Bと秘密連絡員との従属関係は強くなっていった。というのも、Bは、依然として法兰克福に住んでいたが、相変わらずお金に困っていたからである。Bは、何度かヘロインを調達するために地元のイスタンブルに電話をかけた。しかし、調達にはかなりの時間を要するし、Bは旅行者であったため、滞在許可の期間内に入手できない可能性があることなどから、取引を断った。秘密連絡員は資金を用意し、Bに滞在の延長許可を用意したりするなど、着々と準備を整えていった。遂にBはヘロインの取引の手はずを整えることを承諾した。輸送手段のための車や運転手の費用は秘密連絡員が提供した。Bは、ほぼ毎日、イスタンブルのヘロイン供給者に電話し、輸送準備の状況等を連絡した。

判決では、おとりが、本件で認定されたような強度で被告人を犯罪行為へと駆り立て、その後の行為を支配、制御する場合には、その後の被告人の積極性を勘案しても、おとりの寄与は、重要であるとした(原判決を破棄して、差し戻し⁵⁾)。

(c) 一九八四年七月一三日連邦通常裁判所第二刑事部決定 秘密連絡員はかつて被告人Dの雇い主であった。秘密連絡員の会社の倒産によってDは仕事を失った。しかし、その後も秘密連絡員とDには強い信頼関係があった。秘密連絡員は、倒産により無職のDに、仕事を世話することができるといふ口実で、会う約束をした。その際、秘密連絡員はDに麻薬取引について協力するように説得しようとした。これまで、品行方正であったDはこの説得に応じなかった。秘密連絡員は何度も説得を試みたが、Kは頑なに拒否した。その後、Kは交通事故によって経済的な苦境

に陥った。その結果、Kは麻薬取引に協力することを決意した。

決定では、おとりが麻薬取引への協力を拒んでいた被告人に対して、数週間にわたって何度も協力を求め、高い利益を約束したような場合、おとりの誘発行為は、被告人の関与が背後に退いてしまうほど重要性をもっているとした（原判決破棄、差し戻し）⁽⁷⁶⁾。

二 学説の展開

学説では、判例が提示した適法性の判断基準について、対象犯罪および「評価の観点」で示されたファクターを中心に検討が加えられている。以下では、各判断基準について、検討を加えたい。

(1) おとり捜査の対象犯罪 一九七五年六月一〇日の連邦通常裁判所第一刑事部判決以降、一連の判決を通じて、判例では、おとり捜査の対象犯罪を「特に危険で説明困難な犯罪」としてきた。学説上は、この「特に危険で説明困難な犯罪」の解釈について、単に「犯罪類型」によって対象犯罪を限定するのではなく、「犯罪態様」のレベルでも限定を加える必要性が主張された。すなわち、対象犯罪を人的結びつきを基礎にした組織犯罪や職業的犯罪に限定しようとするのである。⁽⁷⁷⁾しかし、組織犯罪という概念自体の不明確性が指摘されており、どこまで絞りをかけることができるかには疑問が呈されている。こうした曖昧さを克服するために、ドイツ刑法一〇〇条aの通信傍受に規定される犯罪類型を対象犯罪にするといった試みがなされている。⁽⁷⁸⁾ただし、現在のところ、対象犯罪でおとり捜査を違法と判断した判例は見当たらない。

(2) 「評価の観点」 一九八〇年四月一五日の連邦通常裁判所第一刑事部判決が提示した「評価の観点」は、フランツハイムの研究が契機になっている。フランツハイムは、犯罪の決意を有していない者に対して、国家機関が犯罪を立証するために唆すことは、被誘発者を国家活動の単なる客体におとしめる点で人間の尊厳を侵害すると説いた。フランツハイムの研究を引き合いに出して、本判決は、具体的な判断のメルクマールとして「評価の観点」を提示し、「犯意の具体化」にとどまる場合のおとり捜査を適法とした。「評価の観点」は、学説において一定の支持を得た。例えば、おとり捜査の違法性の根拠を「法治国家原理」違反を具体化した「人間の尊厳」を侵害することと捉えるマツヘは⁽⁸⁾、「人間の尊厳」は、刑事手続の場面では、「品行方正で嫌疑のない市民」の「法的誠実性 (Rechtstreue)」を支え、犯罪に関与しないよう保護することを要請する。それゆえ、嫌疑がなく、犯意を有していないような市民におとり捜査を実施することは、その者の「法的誠実性」を侵害するのであり、「人間の尊厳」を侵害するとする。そして、このような観点から、各ファクターのうち、「嫌疑の根拠と程度」、「犯罪者自身が犯罪を犯す心の準備を有しているか否か」の二点を重要視する。ただし、マツヘは、「評価の観点」を「おとりの法治国家的活動に対する最低限の要求」とし、各ファクターを全て必要な要素と捉える。

シーグ (Hans O Sieg) は、西洋古来の法原則である「誘惑し導くことの禁止 (Nicht-in-Versuchung-Führen)」は、「行為者が国家の介入がなくても刑法上重要な行為を行ったであろう場合のみ訴追し処罰することができる」ことを意味するとする。そして、すでに行われた犯罪の解明および計画された犯罪の阻止のためのおとり捜査は許容されるとする。すなわち、誘発行為によって犯罪遂行の意図が引き起こされた場合は処罰が許されず、ただ犯罪遂行

の意図が具体化した場合のみ許容されるとして、判断要素として「評価の観点」を正当なものと評価する。これらの見解は、「犯意の具体化」基準を提示した判例を支持し、その具体的判断要素として「評価の観点」を正当なものとしてきた。このため、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「評価の観点」を引用しつつ、嫌疑の欠如だけではおとり捜査を違法とするには十分ではないとして、おとりによる「著しい影響」が与えられることを判断基準としたことに批判がなされたのである。

しかし、一九八〇年代前半になされたおとり捜査の適法性の判断基準をめぐる議論は、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が出され、他の部もその見解に追従したことによって沈静化していった。本判決では、先に述べたように、「評価の観点」についての見解が示されただけでなく、違法なおとり捜査がなされた場合の法的効果として、手続法上の効果を否定し、量刑によって斟酌する方法を採用した。それゆえ、違法なおとり捜査と判断されても、一九八〇年代前半の判決のように手続の打ち切りなどの帰結を導くものではなく、量刑上の考慮要素とされるにとどまったのである。キンツイヒ (Kinzig) は、本判決を受けて、おとりの投入が許されないものとみなされるのか、そして、どの基準によって許されないものとみなされるのかといった問題を議論することは意味がなくなつたと指摘している。⁽⁸¹⁾ 現に、本判決以降、おとり捜査の適法性の判断基準としての「評価の観点」に関する議論はあまりなされないようになった。⁽⁸²⁾

(3) 嫌疑の要否 判例は、先に見たように、おとり捜査の適法性の判断基準として、刑法一五二条二項、一六〇条一項の意味における嫌疑の有無を挙げる。この点について、学説では、嫌疑の有無のみで適法性を判断するわ

けではないが、従来から、おとり捜査を実施するためには、嫌疑を要求するものが多い。例えば、ベルツ (Ulrich Benz)⁽⁸⁵⁾ は、おとり捜査の適否について検討する際、一方では被誘発者の基本権が、他方では刑事司法の利害が対置されねばならないとして均衡のテストを用い、これまで嫌疑が無かった者を犯行へと誘発することは許されないとする。また、フィッシャーとマウル (Thomas Fischer / Heinrich Maul)⁽⁸⁶⁾ は、嫌疑がある場合とない場合の犯罪誘発を区別し、被誘発者に嫌疑がある場合は、一般的人格権を侵害するが、嫌疑がない場合は、人間の尊厳を侵害するために違法なとする。この見解によれば、おとり捜査を許容する明文規定を仮に設けたとしても、嫌疑がない場合のおとり捜査は認められないことになろう。さらに、ロキシン (Claus Roxin)⁽⁸⁷⁾ は、おとりが犯罪の嫌疑がない者や特別な強制を用いる場合の、違法性を指摘する。前者の場合は、警察職務の範囲外にあり、警察の職務命令の要件が欠け、後者の場合には、比例性の原則に違反すると説く。同様に、ジナーとクローザー (Stefan Sinner/ Gießen Kreuzer)⁽⁸⁸⁾ は、捜査をするためにはその前提として犯罪の嫌疑が必要であり、そうした嫌疑がない者におとり捜査を実施する場合には、犯罪誘発に引続く全ての手続は最初から違法になるとする。⁽⁸⁹⁾ この他、エルボーゲン (Klaus Ehlbogen)⁽⁹⁰⁾ は、犯罪誘発は制圧的な措置であり、嫌疑がない者に対してなされた場合は、被誘発者が国家的行動の客体へとおとしめられ、そのような者としてただ利用される点で法治国家原理に反すると主張する。⁽⁹¹⁾

五 む す び

ドイツでは、おとり捜査の適法性の判断基準として、第一に、特に危険で解明困難な犯罪であるか否かをあげ、第二に、法治国家原理に反するか否かをあげる。ただし、第二の点については、判例上、いくつかの変遷がみられる。すなわち、嫌疑や犯意の存否に着目する「犯意の具体化」基準から、嫌疑や犯意が存在しなくてもそれだけでは違法と評価するには十分ではなく、おとりによる強度な影響力があることを要求する「著しい影響」基準、さらに、一八八四年五月二三日の連邦通常裁判所第一刑事部判決以降、嫌疑や犯意の有無へと移り変わっているのである。しかし、こうした変遷は、違法なおとり捜査と判断された場合に訴訟法上、いかなる法的効果をもたらすかという議論に負うところが大きい。すなわち、量刑による解決を裁判所が採用したことにより、「犯意の具体化」基準や「著しい影響」基準で用いられた具体的な判断要素である「評価の観点」は、量刑を斟酌する際の判断資料として組み込まれることになった。そのため、おとりによる影響は、量刑上斟酌する際に考慮されるのである。

わが国では、適法性の判断基準につき、一般的にあらかじめ犯意を有している者におとりが働きかけて犯罪を實行させる場合（機会提供型）と犯意を有していない者におとりが働きかけて犯意を生じさせ、犯罪を實行させる場合（犯意誘発型）に分けて検討し、前者は一般的に許され、後者は違法とする、いわゆる「二分説」によっておとり捜査の適法性を判断していると解されてきた。ドイツでは、おとり捜査の担い手である秘密連絡員が有償で活動するのに対して、わが国ではその点は明らかではない。わが国のおとりが仮に単なる捜査協力者として活動するならば、見

返りを期待しない分、被誘発者に対して強度な影響力の行使が想定される場面は少なく、二分説は多くの場合に妥当な結論を導くように思われる。しかし、なぜおとり捜査は違法とされるのかといった根本に立ち帰れば、かつてのドイツ判例がそうであつてように、わが国の下級審判例において個別に示されてきた具体的な判断基準である①おとり投入以前に被告人に対して存在した嫌疑、②おとりの働きかけの態様、強度、目的、③犯行の決意や遂行に与えたおとりの影響力、④被誘発者が犯行を思い止まろうとした事実と真摯などを事案に照らして総合考慮すると、機会提供型といわれるおとり捜査の事案であつても違法となる余地があるように思われる⁽⁹⁰⁾。また、私人をおとりとして投入することがそもそも許容されるのかについても検討する必要がある。

さらに、おとり捜査に関する問題は、許容性や適法性の判断基準にとどまらない。ドイツでは、これらの問題が違法なおとり捜査が行われた場合に、いかなる法的効果や法的帰結を導くのかという問題の前提として議論されていることが見過ごされてはならない。すなわち、違法なおとり捜査がなされたことで、犯罪を誘発された者の刑事手続や刑事責任にどのような影響を及ぼしうるかである。まさにこの点がおとり捜査の最大の関心事となろう。

わが国では、昭和二八年三月五日の最高裁判決以来、判例上、おとり捜査が実施されても公訴提起の手続規定に違反したり、公訴権を消滅させることはないものとされてきた⁽⁹¹⁾。近時の平成一六年七月一二日の最高裁決定においても、事案が機会提供型であつたため、違法なおとり捜査であるとは判示されなかった。もつとも、下級審においては、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つたとした少数意見が見受けられる⁽⁹²⁾。また、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もある。こうした状況に照らせば、わが国の現状は、先の昭和二八年の最高裁判決とは状況を異にするように思われ、違法なおとり捜査の訴訟法的効果を検討することは重要性を増しているものと思われる。⁽⁹⁷⁾ この点についての検討は、別稿において取り組みたい。⁽⁹⁸⁾

(1) わが国では、おとり捜査について、明確な法的定義は存在しない。麻薬及び向精神薬取締法五八条では、麻薬取締官および麻薬取締員が、許可を受けて麻薬譲り受けることが認められている。また、銃砲刀剣類所持等取締法二七条の三では、警察官または海上保安官が許可を受けた場合に、けん銃等の譲り受けたり、借り受けることを認めている。その他、あへん法四五条にも同様の規定がある。ただし、これらの規定はおとり捜査との関係で解釈上議論がなされているが、通説は、これらの規定はおとり捜査一般の根拠規定にはならないと解されている(木村栄作「覚せい剤事犯のおとり捜査」研修四三三五号(一九八四)三六頁、山上圭子「おとり捜査」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法「I」捜査』(青林書院、一九九八)六頁、酒巻匡「おとり捜査」法学教室二六〇号(二〇〇二)一〇九頁)。わが国におけるおとり捜査の意義は、論者によって異なるが、一般的に、捜査機関またはその依頼を受けた捜査協力者が、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かけ、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と解されている(田宮裕「刑事訴訟法」〔有斐閣、新版、一九九六〕六九頁、三井誠『刑事手続法(一)』〔有斐閣、新版、一九九七〕八八頁、池田修「いわゆるおとり捜査の適否」新聞雅夫・佐々木史朗ほか著『増補令状基本問題(上)』〔判例時報社、一九九九〕三九頁以下、松尾浩也『刑事訴訟法(上)』〔弘文堂、新版、一九九九〕二二七頁、田口守一『刑事訴訟法』〔弘文堂、第四版、二〇〇五〕四七頁)。

(2) 最決平成一六年七月二二日刑集五八卷五号三三三頁。

(3) 「エストツベル原理」や「エントラップメント法理」など、アメリカ合衆国のおとり捜査について紹介した邦語文献として、困藤重光『「わな」(エントラップメント)の理論』刑法雑誌一卷三号(一九五二)二六頁以下、渡辺修「罔捜査と異抗弁—アメリカ合衆国判例を中心に」法学論叢一〇五卷一号(一九七九)四四頁以下、河上和雄「おとり捜査の発展」判例タイムズ四七五号(一九

- 八二) 三九頁以下、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』ジュリスト七七八号(一九八二)二九頁以下、渡辺修「おとり捜査の限界—シードマンの研究」神戸学院法学一四巻三号(一九八三)三〇一頁以下、木村榮作「寛せい刑事犯のおとり捜査」四三五号(一九八四)三六頁以下、渋谷慎吾「アンダーカバーオペレイション瞥見」国際商事法務一八巻五号(一九九〇)五〇〇頁以下、藤井紀雄「おとり捜査違法論の再評価」『刑事法学の総合的検討(下)』—福田平・大塚仁博士古稀祝賀(有斐閣、一九九三)三〇五頁以下、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。

(4) 藤永幸治・河上和雄・中山善房編『大コンメンタール刑事訴訟法(三巻)』(青林書院、一九九四)一五二頁など。これに対して、二分説のように捜査対象者の主観に着目するのではなく、おとり捜査の適法性の判断基準をおとり捜査によることの必要性とおとり捜査の客観的な態様の相当性の双方に求める見解も主張されている(池田修・前掲注(1)四〇頁以下)。

(5) 二分説を採用していると思われる下級審判例として、東京高判昭和二六年九月二六日高刑集四巻一三〇一八〇七頁、東京高判昭和二六年一月二六日高刑集四巻一三〇一九三三頁、大阪高判昭和二七年三月二五日刑集八巻八号一二四五頁、大阪高判昭和二七年六月三〇日刑集七巻三三五〇三頁、東京高判昭和五七年一月一日判例時報一〇九五号一五五頁、横浜地判昭和六二年四月二七日判例タイムズ六四〇号二二三二頁、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、大阪地判平成一三年九月一日刑集五八巻五号三四〇頁など。なお、わが国のおとり捜査の判例について、詳細に検討したものととして、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)六五頁以下がある。

(6) 学説においては、おとり捜査を刑訴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)。

(7) 大澤裕「おとり捜査の許容性」ジュリスト二二九一号(二〇〇五)一九二頁。

(8) 前田雅英「おとり捜査とその違法性」研修六七七号(二〇〇四)一〇頁。

(9) 川崎英明「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）六八頁。

(10) 今日、わが国において薬物犯罪、とりわけ中心的な覚せい剤事犯は「第三次覚せい剤乱用期」と称されるように、増加傾向を示しており、未だ終息の兆しが見えていない（安田貴彦「薬物問題の現状と警察の薬物対策」警察学論集五七巻二号〔二〇〇四〕一頁以下参照）。こうした状況下において、政府も対策に乗り出し、一九九八年に「薬物乱用防止五ヶ年戦略」が、五年後の二〇〇三年七月には、さらに向こう五年間の薬物対策の基本となる「薬物乱用防止新五ヶ年戦略」が策定された。また、二〇〇三年一月には、政府の犯罪対策閣僚会議が「犯罪に強い社会の実現のための行動計画―世界一安全な国、日本」の復活を目指して」において、薬物対策を重要なものとして位置づけている。このように、薬物事犯への対策は、今日のわが国においても緊要な課題となっているのである。また、今日では、単に薬物事犯だけが問題になっていくのではなく、それ以外の組織犯罪においても、組織性や密行性、さらには国際性の高まりから、通常用いられる捜査手法では、検挙が極めて困難なケースもある。たとえば、けん銃種事犯等があげられる。わが国の銃器情勢が深刻化した事態に対処すべく、一九九二年以降、警察庁や都道府県警察に銃器対策課（室）を設置し、取締りを強化したが、けん銃種事犯の組織性や密行性の特徴ゆえに新しい捜査手法が必要とされ、一九九五年に銃砲刀剣類所持等取締法の一部が改正され、けん銃捜査の方法として、警察官等がけん銃等を譲り受けることを可能とする規定が盛り込まれた。こうした状況を受けて先の犯罪対策閣僚会議では、組織犯罪対策としておとり捜査の拡充が検討された。ただし、犯罪閣僚対策会議の最終意見書では、おとり捜査の拡充は盛り込まれなかった。

(11) Klaus Lüderssen, Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovocation, Peters-Fest, 1975, S. 351.

(12) ドイツのおとり概念について、詳細に紹介したものととして、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）一二二頁以下がある。

(13) Henning Radtke, „Einsatz von verdeckten Ermittlern und sog. V-Leuten“, 2003, S. 5. なお、ラートケの論文は、http://www.jura.uni-mannburg.de/straf/radtke/seminar/dokumen/te7_2_1.docに掲載されている。

(14) ドイツにおける身分秘匿捜査については、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）一一五頁以下を参照。

- (15) Monika Schmitz, *Rechtliche Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler*, 1996, S. 7.
- (16) Klaus Ellbogen, *Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten*, 2004, S. 49.
- (17) Patric Makrutzki, *Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess — Rechtswissenschaftliche Analyse-Rechtsvergleichende Studie mit dem U.S.-amerikanischen Prozessrecht*, 2000, S. 128.
- (18) Makrutzki, a.a.O. (Anm. 17), S. 127; Radtke, a.a.O. (Anm. 13), S. 7; Thomas Fischer / Heinrich Maul, *Tatprovokierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme*, NStZ 1992, 7, S. 10.
- (19) Ellbogen, a.a.O. (Anm. 16), S. 50.
- (20) Z.B. AG Heidenheim NJW 1981, 1628; BGH StV 1982, 53; LG Stuttgart StV 1984, 197; LG Frankfurt, StV 1984, 415; BGH NStZ 1993, 594; BGH StV 1995, 364; BGH JZ 2000, 363.
- (21) BGH GA 1975, 333; BGH StV 1981, 549; Herbert Ostendorf / Christian Meyer-Seitz, *Die strafrechtlichen Grenzen des polizeilichen Lockspitzel-Einsatzes*, StV 1985, 73, S. 75; Karl Lackner / Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 24. Aufl. 2001, § 26, Rn. 4; Herbert Tröndle / Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetz*, Kommentar, 51. Aufl. 2003, § 26, Rn. 8; Johannes Wessels / Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 33. Aufl. 2003, Rn. 573; Jürgen Baumann / Ulrich Weber / Wolfgang Mitsch, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2003, § 30, Rn. 44.
- (22) Hans Wezel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 117.
- (23) ただし、おとりがある完成された犯罪へと誘発するようを欲していたが、同時に阻害的な事態あるいは法益侵害を妨げるような安全措置が見出されてくるような場合には、この結論は議論の余地があると思われる (Ellbogen, a. a. O. (Anm. 16), S. 52)。
- (24) Ellbogen, a.a.O. (Anm. 16), S. 53.
- (25) Ellbogen, a.a.O. (Anm. 16), S. 53.
- (26) BGHSt 30, 277 (278); BGH NJW 1979, 1259; BGH StV 1992, 516.

- (27) BGH StV 1981, 549; Kurt Seelmann, Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes - Die Strafbarkeit des Lockspitzels und Verlockten, ZStW 95 1983, 797, S. 799 ff.; Bernd Schünemann, Der polizeiliche Lockspitzel - Kontroverse ohne Ende?, StV 1985, 424, S. 429; Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienausgabe, 2. Aufl., 1993, 23/17.
- (28) Jürgen Seier / Horst Schlehof, Übungsklausur : Der hinterhältige Kommilitone, Jus 1983, 50, 52 f.; Christian Suhr, Zur Strafbarkeit von verdeckt operierenden Polizeibeamten, JA 1985, 629, S. 629 f.; Peter Schwarzbürg, Einsatzbedingte Straftaten Verdeckter Ermittler, NZStZ 1995, 469, S. 470; Claus Roxin, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 18. 11. 1999-1 StR 221/99, JZ 2000, 369, S. 370; Wessels / Beulke, aa.O. (Anm. 21), Rn. 573.
- (29) Jakobs, aa.O. (Anm. 27), 23/17.
- (30) Wessels / Beulke, aa.O. (Anm. 21), Rn. 573.
- (31) エンゲル刑法三四条による正当化を肯定する見解として Volker Krey, Zur Problematik strafprozessualer verdeckter Ermittlungen ohne Einsatz technischer Mittel im Kampf gegen die organisierte Kriminalität, in Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, 595, S. 601. 一方、正当化を拒絶する立場として Seelmann, aa.O. (Anm. 27), S. 811 ff.; Baumann / Weber / Misch, aa.O. (Anm. 21), § 30, Rn. 53; Lothar Senge, in Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, Hrsg. von Gerd Pfeiffer, 5. Aufl., 2003, § 48, Rn. 93.
- (32) Henner Hess, Mafia: zentrale Herrschaft und locale Gegenmacht, 1970.
- (33) Wilfried Kuper, Der "agent Provocateur" in Strafrecht, GA 1974, S. 321 ff. キューパーの論文を要約して紹介した邦語文献として、相内信「ヴィルフリート・キューパー著『刑法におけるマフィア・プロヴォカトール』」金沢大学法文学部論集(法学編)二五号(一九七七)一四三頁以下。なお、わが国においても、一九七八年には、おとり捜査が実体的な問題、とりわけ、未遂の教唆の問題として取り上げられ、検討されている(福田平「いわゆる未遂の教唆について」『現代の刑事法学(上)』平場安治博士還暦祝賀論集〔有斐閣 一九七七〕三七八頁以下)。
- (34) BGH Urt. Vom 10. 6. 1975, GA 1975, S. 333 f.

- (35) BGH NJW 1980, 1761.
- (36) 一九八〇年一月二七日のハイデンハイム区裁判所判決では、秘密連絡員は、警察に課せられた犯罪防止の責務に反して、「被告人を国家の行為の単なる客体にした」のであり、「このことは、基本法一条一項の保障する人間の尊厳に反する」とした (AG Heidenheim NJW 1981, 1628)。その他「国家行為の単なる客体」とされることの禁止を明示した判例として、BGH StV 1995, 131; BGH NSZ 1995, 506; 507.
- (37) BGH NJW 1981, 1626.
- (38) BGH NSZ 1981, 70; BGH 1981 StV, 163; BGH StV 1982, 151; BGH StV 1984, 4; BGHSt, 32, 345; BGH StV 1984, 406; BGH StV 1985, 272; BGH StV 1985, 273.
- (39) BGH StV 2000, 57.
- (40) 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 (山手治之ほか編『ベーンシッタ条約集』〔東信堂、六版、二〇〇五〕参照)。
- (41) EGMR StV 1999, 127.
- (42) BVerfGE 74, 358, 370.
- (43) BVerfGE 74, 358, 370.
- (44) BGHSt 45, 321. なお、本判決について、詳細に紹介したものととして、池田秀彦「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一八日判決―」創価法学三二巻一・二合併号 (二〇〇一) 三六七頁以下がある。
- (45) Makrutski, aa.O. (Ann. 17), S. 128.
- (46) Lidtarsen, aa.O. (Ann. 11), S. 349 ff. リュターセンの見解について詳細に紹介した邦語文献として、川崎英明「西ドイツ刑事訴訟におけるおとり捜査の規制」大阪市立大学法学雑誌三二巻一号 (一九八四) 三三一九頁以下。
- (47) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 22. Aufl., S. 133. ただし、訴訟法の問題のうち、被誘発者の刑事責任との関係で、おとりとなっ

た捜査官や秘密連絡員（Y-P）の供述については、伝聞証拠の問題として既に論じられてきた（上口裕「西ドイツ刑事訴訟における直接主義」南山法学一卷一号（一九七九）一七五頁以下）。

- (48) Liderssen, a.a.O. (Anm. 11), S. 359 ff.
- (49) Liderssen, a.a.O. (Anm. 11), S. 362 ff.
- (50) Thomas Voller, Der Staat als Urheber von Straftaten, 1983, S. 89.
- (51) Kurt Rehnann, Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung, NJW 1985, 1, S. 1 ff.
- (52) Roxin, a.a.O. (Anm. 47), S. 133.
- (53) BVerfG NJW 1996, 448 ff.; BVerfGE 57, 250 (284 f.); BVerfG NStZ 1991, 445; BGHSt 32, 115 (120 ff.); BGHSt 33, 83 (90 f.); BGH NStZ 1991, 194; BVerwG JZ 1992, 360 ff.; BVerfG NJW 1981, 1719 (1724); BGH NJW 1980, 1761; BGH StV 1994, 368.
- (54) BGH NJW 1980, 1761.
- (55) 本判決では、被告人が教唆によって国家行為の単なる客体におとめられたといえる場合には、「国家の刑罰権は、発生しなかつたか失われた」といいうるを判示する。
- (56) その他、以下の判例も同様の基準を用いている。BGH NStZ 1981, 70; BGH StV 1981, 163; BGH StV 1981, 392; BGH StV 1981, 276; KG Berlin NJW 1982, 838; BGH StV 1982, 151; BGH NStZ 1984, 78; LG Berlin StV 1984, 457; BGHSt 32, 345; BGH NStZ 1984, 519; BGH StV 1984, 406; BGH StV 1985, 273; BGH StV 1985, 272; BGH StV 1995, 131; BGH NStZ, 506, 507. Vgl. Makutzki, a.a.O. (Anm. 17), S. 63 f.
- (57) BGH NStZ 1981, 70.
- (58) BGH NStZ 1984, 78 (79).
- (59) BGHSt 32, 345.
- (60) BGH NStZ 1985, 361. イト・ロキンは、この判例を的確に「一般条項」として用いられる「重量超過理論（重量オーバー理論）」と呼ぶ（Inne Roxin, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 2. Aufl., 1995, S. 23）。

f.)。

- (61) BGH StV 1982, 53.
- (62) BGH GA 1975, 333; BGH NJW 1980, 1761; BGH NJW 1981, 1626; BGH StV 1981, 276; BGH NSZ 1982, 127.
- (63) Makrutski, a.a.O. (Anm. 17), S. 130.
- (64) Hans O. Sleg, Die staatlich provozierte Straftat, StV 1981, 636, S. 637; Roxin, a.a.O. (Anm. 60), S. 23; Makrutski, a.a.O. (Anm. 17), S. 130.
- (65) BGH NSZ 1995, 507; BGH StV 1994, 368; BGH StV 1993, 127; BGH NSZ 1995, 507; BGH StV 1994, 368; BGH StV 1993, 127. (その他) 一九八七年三月一〇日の連邦憲法裁判所判決は、働きかける対象者を「嫌疑者」と呼んだ (BVerfG NSZ 1987, 276)。本判決以前にも、おとり捜査の実施に際して、犯行の嫌疑を必要条件とすることは、すでに一九八五年一月二七日の連邦憲法裁判所の判決において間接的にはあるが言及してこそ (BVerfG NSZ 1985, 131)。
- (66) ドイツ刑法一六〇条一項は、「検察官は、通報あるいはその他の経路で、犯罪の嫌疑について認識を得た場合には、控訴を提起すべきか否かを決定するため、事実関係を究明しなければならない」と規定する(条文の訳出については、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)。本条項でいう「嫌疑」とは、「単なる初期嫌疑 (einfache Anfangsverdacht)」を意味する。すなわち、具体的な事実によって裏つけられた訴追可能な犯罪行為が存在するとの刑事上の経験に基づく根拠が必要であり、それで足りる。このように刑事法学上の経験に基づく事実上の根拠とは、刑法一五二条二項の「事実に関する十分な根拠 (zureichende tatsächliche Anhaltspunkte)」から生じる (Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 37 Rn. 13; Gerd Pfeifer, Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 2001, §160 Rn. 3)。
- (67) BGH NSZ 1995, 507. 学説では、偽装売買に特別な問題ではなく、一般的に犯罪誘発は、予防ではなく、制圧的な手段であるとす
る見解がある (Elbogen, a.a.O. (Anm. 16), S. 51)。
- (68) 池田秀彦「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
育部論集六号 (二〇〇三) 七九頁。

- (69) BGHSt. 45, 321.
- (70) ケーレン刑訴法二二〇条三項は、「手続障害があるときは、判決において、手続の打切りを宣告する」と規定する。
- (71) AG Heidenheim NJW 1981, 1628.
- (72) LG Berlin StV 1984, 457.
- (73) BGH NSZ 1995, 506. ただし、本決定が出されたときには、違法なおとり捜査がなされた場合、量刑によって解決をはかる方法で判例が固まっていた。それゆえ、嫌疑がなく実施されたおとり捜査の法的効果は、刑の減軽となる。
- (74) OLG Düsseldorf StV 1983, 450.
- (75) BGH StV 1984, 4. なお、本判決は、原審に差し戻された後、一九八四年七月二日のフランクフルト地方裁判所において、違法なおとり捜査であるを判示された（LG Frankfurt StV 1984, 415）。
- (76) BGH NSZ 1984, 519 (520).
- (77) Ulrich Berz, Polizeilicher agent provocateur und Tatverfolgung, Jus 1982, 416, S. 420; Friedrich Dencker, Zur Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung, in Festschrift für Hans Dünnebier, 1982, 447, S. 459 f. なお、この点について詳細に論じた邦語文献として、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）七八頁がある。
- (78) Ostendorf / Meyer-Seitz, aa.O. (Anm. 21), S. 75 f.
- (79) Berz, aa.O. (Anm. 77), S. 420.
- (80) Hans-Michael Mache, Anmerkung zum BGH Urt. Vom 6. 2. 1981 - 2 StR 370/80, StV 1981, 599, S. 599 ff. Ähnlich Rainer Endris / Jörg Neuraigische Punkte des Betäubungsmittelstrafrechts, NJW 2001, 3217, 3221.
- (81) Jörg Kinzig, Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR: Muß die Rechtsprechung ihre strikte Strafzumessungslösung verabschieden?, StV 1999, 288, s. 290.
- (82) 例えば、おとり捜査の違法性の根拠を判例と同様に法治国家原理とするヒレンカンブ (Thomas Hillenkamp) は、特に、連邦通常裁判所第一刑事部が挙げた要因、すなわち、被告に対して存在する嫌疑の根拠と程度、誘発者の影響の性質、強度、目的、被告の

行為への心の準備ができていないこと、他から舵をとられたのではない自分自身の活動、繰り返され比較的長く持続的な説得の試みを用いる。ただし個々のファクターの重要度については、明らかにされていない。また、ヒレンキャンブは、「評価の観点」を判断基準を万能な基準とは考えておらず、これによって、「法の不確定性 (Rechtsunsicherheit)」が生じる危険性を指摘している (Thomas Hillenkamp, *Verfahrenshindernis von Verfassungs wegen*, NJW 1989, 2841, S. 2849)。

- (83) Betz, a.a.O. (Anm. 77), S. 416 ff.
- (84) Fischer / Maul, a.a.O. (Anm. 18), S. 7 ff.
- (85) Claus Roxin, a.a.O. (Anm. 47), S. 134.
- (86) Stefan Sinner / Gießen Kreuzer, *Anmerkung zu BGH, Urt. V. 18. 11. 1999 - 1 StR 221/99*, StV 2000, 114, S. 116 f.
- (87) ボイルケは、とくに理由を挙げていないが、嫌疑のない者に対するおとり捜査は、法治国家原理によって提示された限界を超えているとして、おとり捜査を実施する場合には、被誘発者に嫌疑があることを前提とする (Werner Beulke, *Strafprozessrech.*, 6. Aufl. 2004, Rn 424.)。
- (88) Ellbogen, a.a.O. (Anm. 16), S. 52.
- (89) 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。
- (90) わが国の適法性の判断基準について詳細に整理したものととして、上岡信太郎「おとり捜査」松尾浩也・井上正仁編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、三版、二〇〇二）八五頁がある。
- (91) 「他人の誘惑により、犯意を生じ又はこれを強化された者が犯罪を実行した場合に、わが刑事法上その誘惑者が場合によって麻薬取締法五三条のごとき規定の有無にかかわらず、教唆犯又は従犯として責を負うことのあるのは格別その他人である誘惑者が一人でなく、捜査機関であるとの一事を以てその犯罪実行者の犯罪構成要件該当性又は責任性若しくは違法性を阻却し又は公訴提起の手續規定に違反し若しくは公訴権を消滅せしめるものとするのでないことは多言を要しない」と判示した（最決昭和二八年三月五日刑集七巻三号四八二頁）。

(92) 田口守一・前掲注(1) 四七頁。ただし、最決昭和二八年三月五日以前には、麻薬事犯のについての下級審で、憲法前文および三条違反を理由に無罪とする判決がなされている(横浜地判昭和二六年六月一九日裁判所時報八七号三頁、横浜地判昭和二六年一〇月一七日刑集八卷一七二二頁)。

(93) 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。

(94) 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(最高裁判決平成8.10.18)』法律のひろば五〇巻七号(一九九七) 七一頁以下を参照。

(95) 最判平成一五年二月一四日刑集五七卷二二二頁。

(96) 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)。

(97) これまで、わが国において、違法なおとり捜査がなされた場合の法的帰結としては、①無罪説(田中正義『四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、②免訴説(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) 二九五以下)、③違法収集証拠排除説(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)、④公訴棄却説(光藤景峻『口述刑事訴訟法(上)』(成文堂、第二版、二〇〇〇) 三三二頁) などがある。

(98) 拙稿「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(二〇〇六)。