

# ドイツにおけるおとり捜査に関する一考察

池 田 秀 彦

## 目 次

- 一 はじめに
- 二 おとり捜査の許容性
- 三 おとり捜査の具体的事例
- 四 不当なおとり捜査の法的効果
- 五 おわりに

## 一 はじめに

薬物の濫用、薬物事犯の増加は、世界的な現象であり、ドイツもこの例に漏れない<sup>(1)</sup>。これに対処するため、ドイツでは、一九九二年に不正な麻薬取引その他の組織犯罪の現象形態の対策のための法律<sup>(2)</sup>（組織犯罪対策法）（Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität）（OrgKG）が施行されている。これは、実体法的には、資産刑（Vermögensstrafe）の導入（刑法四三条a）、資金洗浄（Geldwäsche）の犯罪構成要件の創設（刑法二六一条）、麻薬法（Betäubungsmittelgesetz）違反に対する法定刑の引き上げ（麻薬法二九条a以下）等をその主要な内容とし、手続法的には、証人保護の強化（刑法六八条等）、データベースによる探索（Rasterfahndung）（刑法九八条a）、住居に対する視聴覚的監視装置の設置（刑法一〇〇条c）、覆面捜査官（Verdeckte Ermittler）の使用（刑法一一〇条a）等をその内容としている<sup>(3)</sup>。

ところで、これらの手続法的対策のうち後の二つは、薬物事犯が通例、犯罪組織の深い関与の下に行われ、その摘発が容易でないためにとられた措置であるが、このような薬物事犯の特殊性から、従来も、おとり捜査という他の犯罪捜査では用いられることの稀な捜査方法が活用され一定の成果を上げてきた。もっともこの捜査方法については、その許容性が必ずしも明らかでなく、また許容されるとしてその限界がどこに求められるか、それを判断する基準は何か、さらにその限界を超えた場合にはどのような法的効果が生ずるのか、といった点について学説、判例で種々の見解が提示されてきた。学説の展開状況については、特にわが国と異なるところは無いが、判例については、わが国では数も少なく、内容的にも見るべきものが少ないのに対して、ドイツでは多くの判例があり、しかも、そこに示されている見解も多様である。そこで、本稿では、判例をできるだけ詳細に検討することを通して、上記の点について

考察を加えることとする。

なお、筆者は、かつてドイツにおけるおとり捜査に関する判例の動向について紹介を試みたことがあるが、そこでは許された紙幅が極めて限られていたこともあり、専ら、違法なおとり捜査が行われた場合の法的効果をめぐる判例の動向を簡潔に考察したにとどまるので、本稿では、これを踏まえさらに上記の点について論及することとする。

## 二 おとり捜査の許容性

特別に危険で解明困難な犯罪、特に麻薬犯罪対策において、おとり捜査が必要であり、許されることは、一九七五年六月一〇日の連邦通常裁判所刑事事第一部の判決以降、判例上、異論なく認められている。もっとも、おとりの行動が常に正当化されるわけではなく、そこに、一定の制約があることも一般的に承認されている。この点に関し、一九八〇年四月一五日の連邦通常裁判所刑事事第一部の判決は、「警察のおとりの犯罪誘発的な行動には、限界があり、それを逸脱することが国家に帰責される法律違反として『刑事手続』に影響を及ぼす」ことは、疑問の余地がない。基本法と刑事訴訟法に内在する法治国原理は、刑事訴追機関が犯罪の実行に影響を及ぼすことにつき、その理由がこの原理に照らして認められない場合には、それを禁ずる」と述べている。そして、これを判定する具体的な基準として「被告人の嫌疑の根拠と程度、おとりの影響力行使の方法、強さ、目的さらに被告人の犯罪行為を行う意思、他人にコントロールされていない被告人自身の積極性」を挙げたうえ、これらの勘案により「被告人が教唆によって国家の行為の単なる客体におとしめられた」といえる場合には、「国家の刑罰請求権は、発生しなかったとか、失われた」ということができる、という趣旨のことを述べている。

また、一九八一年二月六日の連邦通常裁判所刑事事第二部の判決は、この判例の見解を引用した後に、「著しい影響——例えば、再三再四の、長期にわたる説得の試み、強くかつ執拗な働きかけ——があれば、おとりの誘発的行動

は、行為者自身の犯罪への寄与の影を薄くするほどの重要性をもつ。国家機関の委託でまたはその承認の下に活動するおとりが、行為者にこの意味での著しい影響を及ぼすことによってはじめて正しい道を踏み外させたときに、国家がこの者を再び正しい道に連れ戻すために刑事訴追の対象としようとするならば、国家は、その矛盾した、悪賢い行動について非難されよう。これは、法治国秩序の枠内では許されることではない。ここから生ずる結果は、教唆された行為者に対する刑事訴追の禁止であり、それは、職権で調査されるべき訴訟障害の効果として生ずるものである」と説いている。

この二つの判例の見解は、その趣旨が必ずしも明確でないところもあるが、ともかく、その後の判例に多大な影響を与えた。

### 三 おとり捜査の具体的事例

ここで、具体的なおとり捜査に関する判例の検討を通して、裁判所は、どのような場合におとり捜査が許される範囲内にあると判断し、またその限界を超えると判断したかを見ていくこととする。

なお、不当なおとり捜査の法的効果として手続障害を認める判例が一九八五年三月二〇日の連邦通常裁判所の判例を最後とし、またおとり捜査の適否の判断基準それ自体もこれ以後根本的に変化するもので、ここでは右判例以前のものに限って紹介することとする。

#### (1) 適法なおとり捜査とされた事例

① 一九八〇年四月一五日の連邦通常裁判所刑事第一部の判決<sup>9</sup> 被告人は、一九七九年六月二二日に、ヘロインの調合物を警察官に密売した。この警察官は、以前、出会った際に、被告人に対して自分があたかも麻薬の売人の大物

であるかのように振る舞った。被告人は、彼に対する劣等感からコネクションを自慢し、自分は、多量のハッシシを調達することができる、と述べた。警察官は、被告人が取るに足らない密売人に過ぎないとは思っていなかったのであるが、多量のヘロインを買い取る用意がある、と伝えた。このような言質などにより、警察官は、被告人を多量のヘロインの取引に携わらせた。翌日、被告人は、入手したヘロインをこの警察官に手渡した後に、逮捕された。同裁判所は、おとり捜査の許容性に関する評価基準として「被告人の嫌疑の根拠と程度、おとりの影響力行使の方法、強さ、目的さらに被告人の犯罪行為を行う意思、他人にコントロールされていない被告人自身の積極性」を示したうえ、本件において、これらの重要な基準を勘案すると「被告人は、教唆によって国家の行為の単なる客体におとしめられ、それゆえ、国家の刑罰請求権は、発生しなかったとか失われたとか」いうことはできない、として、手続障害を否定した。

② 一九八一年二月六日の連邦通常裁判所刑事第二部の判決<sup>10</sup> 被告人は、前科もなく、品行方正でこれまで麻薬取引の容疑もかけられたことがなかったのであるが、Nに声をかけられ「多量のヘロインを譲ってくれないか」と言われた。Nは、当時、麻薬法違反の軽罪につき起訴されていた。彼は、警察官に麻薬の売人をつきとめ、その訴追に際しては、協力するつもりである、と述べた。これに対して、警察官は、成功報酬を約束した。しかし、Nは、これ以外に係属中の事件での便宜を期待した。被告人は、初め、Nの無理な要求を拒否したが、その後、一度心当たりになつてみることを約束した。その後、彼は、二度、Nと話し合いをし、その結果、彼は、Nにヘロイン一〇〇グラムを一万二千から一万三千マルクで提供するということになった。このことをNは、警察官に報告した。警察官は、行動方針を示したうえ、見せ金を与え、取引の進展を観察した。そして、ヘロインの引き渡しの際に被告人を逮捕した。本裁判所は、上記①の判例のおとり捜査の許容性に関する評価基準を援用したうえ、「しかしながら、かかる嫌疑のなかったことだけをとらえて、その後行われた犯罪行為についての刑事訴追の許容性に疑問を投げかけるのは、十

分でない。アジャン・プロバカールが犯罪の実行を決意させるために、行為者に消しがたい影響を与えた場合にだけ、別の判断が求められよう。著しい影響——例えば、再三再四の、長期にわたる説得の試み、強くかつ執拗な働きかけ——があれば、おとりの誘発的行動は、行為者自身の犯罪への寄与の影を薄くするほどの重要性をもつ。国家機関の委託でまたはその承認の下に活動するおとりが、行為者にこの意味での著しい影響を及ぼすことによって始めてまっとうな道を踏み外させたときに、国家がこの者を再びまっとうな道に連れ戻すために刑事訴追の対象としようとするならば、国家は、その矛盾した、悪賢い行動について非難されよう。このことは、法治国秩序の枠内では、許されることではない。ここから生ずる結果は、教唆された行為者に対する刑事訴追の禁止であり、それは、職権で調査されるべき訴訟障害の効果として生ずるものである<sup>11</sup>と説いたうえで、本件において、おとりは、被告人にヘロインの取引を決意させるに当たって執拗な働きかけをしたわけではなく、被告人がその要求をはじめ拒否したものの、すぐに「一度心当たり当たってみる」と約束した点などからみて、むしろ被告人には、麻薬取引に関与する意思が見られる、として、手続障害を否定した。

③ 一九八一年三月二五日の連邦通常裁判所刑事第三部の判決<sup>12</sup> 本件でのおとりの利用は、被告人が麻薬の密売をしているという十分な嫌疑に基づくものであった。被告人は、麻薬犯罪の前科があり、おとりとの話し合いの中でかなりの量のハッシシとマリファナの調達を申し出た。おとりは、かなり多量の麻薬取引のお客であるかのように装っただけである。被告人は、以前から有していた意思にしたがって、予期される利益のゆえに、直ちにこの機会を利用しようとした。取引の準備は、ほとんど彼が行った。刑事第三部は、判例①の示した評価基準に照らして本件においてはおとりの行動は、許容される範囲内にあり、「被告人は、国家の行為の客体におとしめられていない」として、手続障害の存在を否定した。

④ 一九八二年二月一八日のオースタホルツ・シャームベック区裁判所 (Amtsgericht Osterholz-Scharmbeck)

の判決<sup>13</sup> 被告人の一人は、ハッシッシを調達できるかという警察の密偵の質問に対して可能だと返答した。彼は、ま  
ず二九・ニグラムを調達して、これを四〇〇マルクで密偵に売った。もっと多量の、具体的には一キロのハッシッシ  
の入手が可能かとの質問に対して、彼は、問題ではない、と答えた。価格、受け渡し場所、受け渡し日が決められた。  
ハッシッシを調達した二人目の被告人も同席した受け渡しのときに、被告人たちは、逮捕された。

オースタホルツ・シャームベック区裁判所は、両被告人は、密売の用意があったとして、刑事訴追の禁止を否定し  
た。

⑤ 一九八三年一月二〇日の連邦通常裁判所刑事第五部の決定<sup>14</sup> 本裁判所は、原審の認定した事実関係によれば  
警察官は、被告人に「あくどい方法で麻薬の譲渡を迫ったわけでない」ことを理由に手続障害は、問題とならない、  
と述べた。

⑥ 一九八四年五月二三日の連邦通常裁判所刑事第一部の判決<sup>15</sup> 原審のシュトゥットガルト地方裁判所は、被告人  
Lに対する麻薬の無許可取引およびこれと科刑上一罪の関係にある多量の麻薬の密輸に関する手続を、おとりの行動  
が許される限界を超えていたとして刑法二六〇条三項により打ち切った。原審の見解では、被告人Lは、麻薬取引  
の嫌疑があったわけではなく、多量のコカインを譲渡しようとした被告人の決意は、おとり——バーデン・ヴュル  
テンベルク州刑事警察庁の警察官——のおよそ六カ月にわたる、週毎の電話により生ぜしめられたものであり、誘  
惑に対する抵抗力は、この電話で約束された法外な金額の報酬によって生じなかったことを理由として、国家の刑罰  
請求権は失われている、とした。また、原審は、共同被告人MをLと同一の犯罪につき有罪としたが、その際、被告  
人Lに対するおとりの影響を理由に、コカイン調合物の約二六四グラムという譲渡量にもかかわらず麻薬法二九条三  
項四号<sup>16</sup>による「特に重大な場合」(ein besonders schweren Fall)にあたることを否定し、同法三〇条二項<sup>17</sup>による  
「さほど重大でない場合」(ein minder schweren Fall)を認定した。その結果、執行猶予付きの六カ月の自由刑し

か言い渡されなかった。これらを不服として検察官が上告した。本裁判所は、この上告を認め、おとりの行動は、許される範囲内であると判断したが、それは、やや詳しくは次の事実関係を基礎にしている。即ち、おとりから電話で品行方正な被告人に——被告人にとって思いもかけず——多量のコカインをキロあたり一四万スイスフランで調達するようにとの要求があった。被告人は、それ以後の電話を断らず、その気があるかのような態度をとった。彼は、おとりとは面識がなく、電話でのやりとりだけであったが、儲けを期待して、おとりとの会談に出向いた。彼は、できる限り、多量のコカインの調達に努力することの他に、麻薬の供給元との会談を用意することを申し出た。この会談でいわゆる買い手からコカインを、しめて四〇万マルク買う用意がある旨の発言があった。この発言や電話の際のおとりの懇請により、被告人は、共同被告人の協力を得て多量のコカインをアムステルダムで四万ギルダーで調達して、自ら引き渡す決意をした。おとりによるそれ以外の、幾度もの申し出に、被告人は、良い反応を示した。おとりの懇請に被告人は、次第に強い興味を示し、幾度も彼と話し合った。多量の麻薬の調達や購入代金の立て替えは、一人被告人に任されていた。おとりによるこの決定的な部分のコントロールや、いわんや支配は、存在しなかった。調達に関する細々としたことは、被告人自らが計画しなければならなかった。こうした事実関係を基にしての刑事第一部による総合評価は、おとりの行動は、許される限界を超えなかった、というものである。刑事第一部は、連邦通常裁判所の判例において展開された重要な評価基準、即ち、「被告人に対して存在する嫌疑の根拠と程度、影響力行使の仕方、強さおよび目的、行為者の犯罪を行う意思、他人にコントロールされていない被告人自身の積極性」については、個々の基準が問題となるのではなく、それはむしろ総合評価のための枠組みであり、「行為者自身の寄与の影響を薄くするほど、おとりの誘発的行動が重要性をもつかどうか」という決定的な問題がこの総合評価によって回答され得る、とする。刑事第一部の見解によると、「本件においては、おとりの行動が支持しがたいほど、優位を保っていたとはいえない<sup>(18)</sup>」。



⑦ 一九八四年八月九日の連邦通常裁判所刑事第四部の判決<sup>(19)</sup> 刑事第四部は、ヴァッパートール地方裁判所 (Landgericht Wuppertal) の麻薬法についての裁判を次のような理由付をもって正当と確認する。即ち、被告人自身の可罰的行為がおとりのはるかに重大な影響に比べてその影が薄いとか、被告人をいわば国家の行為の単なる客体におとしめた、ということとはできない。確かに、警察のおとりは、最初、かなり強く被告人にハッシッシの調達を働きかけた。また、その際、さもなければ被告人の雇い主に前科を報告すると脅した。脅しが実行されるのではとの不安から、被告人は、五〇マルクでハッシッシを入手した。しかし、おとりは、その後の話し合いのおりには、脅しをかけなかった。おとりの要求は拒めないで被告人が考えていたわけではなかった。というのは、ヘロインとコカインを入手するようにとのおとりの要求を被告人は、拒否したが、脅しは、実行されなかったからである。一〇キロのハッシッシを調達するようにとのおとりの新たな要求を受けて、被告人は、自ら広範な活動を展開したが、おとりに強要されたわけではなかった。彼は、ディーラーにハッシッシを注文し、引き渡し方法を取り決め、雇い主から必要な金を借りた。そして、ディーラーと会って、麻薬を受け取り、それを検査し、代金を支払った。その後、被告人は、おとりとその後の段取りについて協議した。

刑事第四部の見解によれば、このような事実関係の下では、おとりの行動は、許される限界を超えたものではない。

⑧ 一九八五年二月一日の連邦通常裁判所刑事第二部の判決<sup>(20)</sup> 刑事第二部は、不当なおとりの行動を理由とする手続障害の存在を否定した。二人のおとりが初めて被告人にヘロインの引き渡しを頼んだときには、被告人は、既に麻薬の取引に深くかかわっていた。それゆえ、同部の見解によれば、嫌疑のない者に働きかけがなされた、と非難することはできない。働きかけの程度も許される限界を超えていない。確かに、最初の出会いでは、被告人は、希望量の一キロのヘロインの調達はできない、と声明した。しかし、二度目には、被告人は、その筋と関係があることと引き渡しのできることを自慢し、ヘロインのサンプルを示した上、代金について取り決め、最後に、一定の期日内のヘロ

インの引き渡しを約束した。買い手側は、強要しなかった。その後、被告人は、何度も電話で引き渡し期日などを確認した。

⑨ 一九八五年三月二〇日の連邦通常裁判所刑事第二部の判決<sup>(21)</sup> 刑事第二部は、刑事訴追禁止を基礎づける要件を充たしていないことを理由に、手続障害を否定した。その際、「おとりの犯罪誘発的行動が行為者自身の寄与の影を薄くするほどの重要性をもつかどうかが重要である」とした。刑事第二部によれば「これについての重要な判断基準は、行為者に対する嫌疑の根拠と程度、おとりの影響力行使の強さと目的、おとりが働きかけた者の犯罪行為を行う意思、他人にコントロールされていないその者自身の積極性である。おとりが消しがたい影響を与える方法で——例えば、再三再四の、かなり長期にわたって説得を試みたり、強く執拗に働きかけたりして——行為者に働きかける場合には、許される行為誘発の限界は、超えられうる」。しかし、刑事第二部の見解によれば、本件事案においてこのメルクマールは、存在しなかった。確かに、被告人がヘロインの入手をおとりに初めて頼まれたとき、被告人は、それにかかわるつもりはないし、売人も知らない、と述べた。しかし、彼は、再度懇請されたとき、おとりとの接触を完全に断つつもりはなかったので、気をもたせるような態度をとった。というのは、おとりは、職業紹介所を営んでおり、将来仕事を紹介してもらうことを被告人は、期待していたからである。その後すぐに、被告人は、ヘロインを調達できるという農民と知り合いになった。被告人は、おとりに電話して会談を取り決め、自動車を借りて、ヘロインの売人と共に待ち合わせ場所に赴いた。刑事第二部は、「この経過に照らすと、この場合に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」「確かに、犯罪誘発は、行為者に対する強い働きかけがなくとも、行為決定を惹起するために許されない手段を用いるとき、特に、行為者の苦境や窮地をあくどく利用するときには、許されないことがありうる」。しかし、被告人が行為時に無職で、おとりから職を紹介してもらうことを期待した、という事情では十分でなく、「明らかに、行為者の苦境とか窮地とまではいえなくても困難

な状況をおとりがあくどく利用し、かつ相当程度——単に強さについてだけいえば問題がないけれども——行為者に影響を与えるときにも、おとりの行為寄与は、支持できないほどの優位を獲得し得る」。しかし、本件においておとりの働きかけは、「それが——被告人の無職の利用と相俟ったとしても——手続障害を基礎づけ得る」ほどのものではなかった。

## (2) 違法なおとり捜査とされた事例

① 一九八〇年一月二七日のハイデンハイム区裁判所 (Amtsgericht Heidenheim) の判決<sup>(22)</sup> 被告人A (女性) は、時折自ら利用するために、いわゆる弱い麻薬を微量、購入することがあったが、重大な麻薬犯罪に関する容疑は、なかった。おとりCは、麻薬密売人の検挙のために利用する目的で、Aと親しくなり、愛人関係となった。Aは、Cの働きかけの応じて麻薬犯罪を犯したのであるが、その際、Cの指示にしたがっていた。

区裁判所は、おとりCが被告人Aを専ら自分の知らない麻薬の密売人の検挙のための道具として利用し、その働きかけがなければ、被告人は、犯罪を犯さなかったと考えられることからして「彼は、犯罪を防止するという警察機関の義務を無視して、被告人を国家の行為の純然たる客体とした。これは、基本法一条一項で保障されている人間の尊厳に対する侵害を意味する。また、こうした国家机关の行動は、著しく法治国原理に反する。重大な犯罪が教唆されたこと、被告人がそれまで嫌疑をかけられたこともなく、また自らこうした犯罪を犯す意思もなかったこと、犯罪に際し、おとりと被告人Bとの間の仲介者としての役割しか果たしていないこと並びにおとりの行動の態様と諸事情を考慮すると、この違反は、正当化の余地はない。以上により、被告人に対する国家の刑罰請求権は、喪失していることを確認することができる。これは、治癒することのできない手続障害である」<sup>(23)</sup> (趣旨) として、刑法二六〇条三項<sup>(24)</sup>により手続を打ち切っている。

② 一九八一年一〇月二二日のフェールデン地方裁判所 (Landgericht Verden) の判決<sup>(25)</sup> 本裁判所は「警察のおとりの誘発的行動に比して被告人自身の行為寄与の影が著しく薄くなるほど、警察のおとりの行動が重要性をもった」ことを理由に、警察のおとりの行動は、許されないものであり、それゆえ、職権で顧慮さるべき手続障害が存在する、と結論した。

本裁判所の認定する事実関係によれば、被告人は、通勤途上のハンブルグの高速鉄道の車中で警察の密偵の「ヤーコプ」(Jacob) に話しかけられたときには、麻薬とは、何のかかわりももっていなかった。二、三週間後に初めて、「ヤーコプ」は、被告人に麻薬の入手を頼んだ。被告人は、麻薬とかかわるつもりのないことを彼にほめかせた。しかし、「ヤーコプ」は、彼に麻薬の密売人と接触するように強く懇願し、わずかばかりのお金を与えた。被告人は、失業していたのでこれを受け取った。被告人は、「ヤーコプ」が警察の連絡員であると気づいた。そして、彼のために働こうと考えた。彼は、ハッシッシの密売人とコンタクトをとるのに成功した。彼は、「ヤーコプ」に場所を伝え、入手の方法を教えた。三・五キロのハッシッシを買うには、密売人に三万五千マルク渡さなければならない、と伝えた。しかし、「ヤーコプ」は、事前に物を見たいので、別の引き渡し方法を取り決めるように被告人に頼んだ。この条件に基づいて被告人は、引き渡し日と場所を取り決めた。当日、被告人と連れ立った「ヤーコプ」は、ハッシッシのサンプルを調べ、良質であると判定した。最終的な全部の引き渡しは、その日の夜に行うことを決めた。被告人は、確かに引き渡し場所に行ったが、取引の成立に必要なすべてのことが行われたのを見届けると、すぐに立ち去った。ハッシッシの引き渡しの際、四人の密売人が逮捕された。

おとり「ヤーコプ」の求めに基づき、被告人は、別の接触をも図ろうと試みた。しかし、その事件以後、彼は、警察のおとりと考えられたために、その試みは、うまく行かなかった。

③ 一九八四年二月二三日のベルリン地方裁判所 (Landgericht Berlin) の判決<sup>(26)</sup> 本裁判所は、おとりの誘発的行

動が許される限界を超えたことにより、手続障害が存在するとして五人の関係者の中、三人についての重い強盗（刑法二五〇条）の通謀に関する手続を打ち切った。

本裁判所の認定するところによれば、おとりは、自動車会社の会計係とその知人が会社の金庫の襲撃を考えたものの、気付かれることを恐れて実行を見送ったことを耳にした。しかし、彼らは、強盗を実行する仲間を探していた。おとりは、みずから強盗を他の者を行うつもりである、と彼らに伝えた。彼らとおとりは、強盗の実行について詳細に話し合った。他の共犯者を見付け出す作業は、おとりに委ねられた。適当な協力者を捜し出すことは、極めて困難であった。最初に依頼された者は、これまで犯罪とは縁がなかった。しかし、彼は、危機的な生活状態にあったので、誘発者による何日もの勧誘によって最終的に参加することを決意した。二人目の共犯者は、確かに前科があったが、保護観察中であり、良い給料をもらって働いていたこともあり、再び犯罪を犯すつもりはなかった。そのために、彼は、おとりの要求を最初は、断り、決められた集まりにも出なかった。しかし、おとりは、彼を仲間に引き入れる努力をやめず、何時間も了解するまで懇請した。三人目の共犯者も、最初、断ったが、おとりの強い説得により参加する気になった。強盗の実行のプロセスと逃走については、おとり一人が練った。犯罪の道具も彼が調達した。彼にコントロールされていない被告人自身の積極性は、確認され得なかった。この極めて強い影響と誘発者が被告人らを自己の掌中に収めていた事実を考慮すると、おとりの犯罪誘発的行動は、行為者自身の行為寄与の影を薄くするほどの重要性をもった、と本裁判所は、結論する<sup>(27)</sup>。

(3) 違法なおとり捜査の可能性があるとされた事例

① 一九八〇年九月一日の連邦通常裁判所刑事第四部の判決<sup>(28)</sup> 被告人らは、おとり捜査官Kによって一万マルクの報酬でディスコに放火するよう説得された。Kは、被告人らの犯行といわれているバーの放火に際しての申し分な

く「立派な仕事」について彼らを称賛した（もっとも、彼ら自身は、この犯罪への関与を認めなかった）。彼らは、Kと自称ディスクの所有者（実は、警察官）と密接なコンタクトをとったうえ、必要な準備をした。その後、Kは、翻意しようとする彼らに続行を説得した後に、自動車で犯行現場の近くまで同行した。被告人らは、裏口のドアを開けようとしたときに、逮捕された。原審の地方裁判所は、保険金詐欺未遂と放火未遂につき被告人らをそれぞれ一年六月の自由刑に処した。これに対して、被告人らが上告した。

連邦通常裁判所は、「被告人らの放火犯としての嫌疑の程度、彼らの危険性、彼らの犯罪行為を行う意思、彼ら自身の自発性、さらに実行を中止しようとした際の真剣さ」に関してより詳細な説明がなされるべきであるとし、「この説明によってのみ、Kの行動が被告人らが共通して有していた被保険物を放火しようとする決意を具体化したにすぎないのか、あるいは、Kは、犯罪行為の実行に何ら決定的な影響を与えなかったのか、または彼こそが被告人らに犯罪を決意させ、かつその後犯罪を中止しないことをも——原判決の認定するところによれば、彼らは、それを望んでいた——決断させ、かくして被告人らを『国家の行為の客体におとしめ』たのかが確定的に判断され得るであろう。この後者の場合には、国家の刑罰請求権は、喪失するであろう」という趣旨のことを述べている。

② 一九八〇年一〇月二二日の連邦通常裁判所刑事第一部の判決<sup>(30)</sup> 刑事第一部は、警察のおとりがいかなる役割を果たしたか説明されなければならない、と指摘して、シュトゥットガルト地方裁判所の無許可の武器取引についての有罪判決を破棄したうえ、事件を差し戻した。

その際、刑事第一部は、同地方裁判所の認定したところからは、おとりの利用を正当化する重要な前提が存在したかどうか明確でなく、特に被告人の嫌疑の根拠と程度は、不明確である、と批判する。そして被告人が以前から武器の取引を行っていたということも、この点について彼に嫌疑が存在したことも明示されておらず、被告人は、武器商人との関係もないように見受けられる、と指摘し、さらにおとりがどのようなようにして被告人に武器の取引を行わせたか

ということについての認定もなされていない、と批判する。

③ 一九八一年一月一三日の連邦通常裁判所刑事第二部の決定<sup>(31)</sup> 被告人は、警察の協力者であるSによって多量のヘロインの仲介を頼まれた。被告人は、当時ヘロイン中毒であり、必要なヘロインを十六歳のトルコ人Cから入手していた。他方、Sは、警察の協力者として警察の指揮の下、活動しており、被告人のヘロイン中毒を知っていた。そして、被告人を介して麻薬の密売人に近付こうとした。被告人は、CにSの購入の意思について報告したが、それは、取引が成立した時点には、Sから少なくとも一〇グラムのヘロインがその報酬として提供されることを期待してのうえであった。被告人の仲介に基づいてSと買い手であるかのように装った警察官とに五〇〇グラムのヘロインを四万五千マルクで販売する取引が成立した。ヘロインの受け渡しの際に、被告人は、逮捕された。原審の地方裁判所は、被告人を麻薬法違反につき五年の自由刑に処した。これに対して、被告人は、上告した。

本裁判所は、被告人の供述、即ち「ヘロインの密売人に会わせるようSに執拗に要求されたが、自分は、こうした無理な要求を長い間、断固拒否して来た。しかし、喫緊にヘロインが必要となり、Sがこの提供を約束したので、これに応じた」との供述を原審が取り上げなかった点に、審理不尽の違法があるとして原判決を破棄して、事件を差し戻しているが、その際「ヘロインの依存者の中毒ゆえの抵抗力の欠如を利用することは、殊にヘロインの譲渡がその協力に対する報酬として約束されるようなときには、許されないことがありうる」(趣旨)と述べている。

④ 一九八一年二月二三日の連邦通常裁判所刑事第二部の決定<sup>(32)</sup> 刑事第二部は、おとりの行動の許容性に対する評価基準として、おとりにかかった者に対する著しい影響だけを挙げる。「再三再四の、長期にわたる説得の試み、強く、執拗な働きかけ」があった場合に、おとりの誘発的行動が「行為者自身の寄与の影を薄くするほどの重要性をもつときには、教唆された行為者に限っての、職権で顧慮さるべき手続障害の効果を生ずる刑事訴追の禁止が認められ得る、とする。刑事第二部は、おとりの影響についての原審の認定が不明確であり、一部、矛盾するとして原判決

を破棄した。なお、原審は、ヘロインを手に入れるよう求めるおとりの強要に、前科のない被告人が何週間も抵抗した、と述べる一方、おとりの働きかけは、その気のなかった者に対してなされたものではない、とし、また、おとりは、多量に取引を行う者であるかのように装って、ヘロインを手入れさせようとしただけである、と認定していた。

⑤ 一九八三年八月一〇日のデュッセルドルフ上級地方裁判所 (Oberlandesgericht Düsseldorf) の決定<sup>(38)</sup> 一九七五年と一九七七年に麻薬法違反について有罪判決を受けた被告人は、飲食店でおとりに話しかけられた。被告人は、コカインの入手を希望するおとりの無理な要求を拒否した。おとりは、ほぼ毎日、被告人に電話してコカインの取引に携わらせようとした。被告人は、懐具合が悪くなったときに初めて、これに応じた。被告人は、おとりの指定した者と接触し、この者からコカインとハッシシシなどを買った。その際の購入資金は、指輪を売って工面したものであった。そして、この麻薬の一部をおとりに渡した。

本裁判所は、右判例④の提示する評価基準に照らして、被告人の行為決定を惹起する、おとりの著しい影響は、否定し得ず、それゆえ、手続障害が問題となりうるとして、原判決を破棄して、事件を差し戻している。

⑥ 一九八三年九月二三日の連邦通常裁判所刑事第二部の判決<sup>(39)</sup> 刑事第二部は、おとりの行動の許される限界の評価のために重要なものとして、判例(1)―①の基準、即ち、「嫌疑の根拠と程度、おとりの影響力行使の仕方、強さおよび目的、被告人の犯罪行為を行う意思、被告人自身の積極性」を挙げたうえ、「おとりが他人を意のままにして、無条件にその意向に従わせる場合」にだけ、おとりの行動は、許される限界を超えるものではなく、「おとりがここで認定されるような強さをもって他人を可罰的行為に駆り立て、かつその後の経過のあらゆる局面において行為を共同支配し、制御する場合には、国家機関に帰責される行為寄与は、——被告人のその後積極性を考慮しても——支持しがたいほど重要であるように思われる<sup>(40)</sup>」とする。

原審たるフランクフルト地方裁判所 (Landgericht Frankfurt) の認定するところによれば、トルコにすむ被告人



は、借金を返すために所有地を売ったが、この買い主は、フランクフルトに滞在していたので、被告人は、代金を受け取るために西ドイツに赴いた。そこで、被告人は、警察のおとりと接触したが、おとりは、これ以上の所有地の売却を避けるために、なぜヘロインをもってこなかったのかと被告人に尋ねた。おとりは、麻薬の販売の面倒を見ることを申し出た。これにより、被告人は、それまでヘロインとかかわったことがなかったが、何度かイスタンブールに電話をかけた。かなりの長期間の準備が必要であり、また被告人の旅行者としての滞在許可期間がそれ以前に満了するおそれがあることが判明したとき、被告人は、取引を断った。おとりは、彼を激しく非難し、滞在許可の延長の手続を申し出たところすぐに許可がおりた。その後、被告人は、イスタンブールで三、四キロのヘロインを手に入れた。輸送手段として必要な車と運転手の費用は、おとりが提供し、被告人は、売買交渉を行った。被告人は、ほぼ毎日、イスタンブールの供給者に電話して、輸送準備の状況について伝えた。また、被告人は、何度もおとりと発送物の受け取り、保管の組織と収益の利用について協議した。

本裁判所は、こうした事実関係により、おとりは、仕入れと密売組織の摘発のためではなく、被告人とことによると獲得されうる協力者を処断するために、誘発的行動をとったに過ぎないという被告人に有利な前提から出発すべきだとし、これ以外の諸事情についてもより詳しく審理を尽くすために、原判決を破棄したうえ、事件を差し戻すのが相当とした。

⑦ 一九八四年七月一三日の連邦通常裁判所刑事第二部の決定<sup>(\*)</sup> 刑事第二部は、麻薬法違反につき被告人を有罪としたアーヘン地方裁判所 (Landgericht Aachen) の判決を破棄したうえ、事件を差し戻している。認定された事実経過によれば、品行方正な被告人は、会社の倒産により職を失ったが、その後、雇い主であったA—警察の協力者—と深い信頼関係を堅持していた。Aは、無職の被告人に新しい仕事の世話をするという口実で、話し合いをした際、ヘロインの取引に協力させようと働きかけた。被告人は、これを拒否しただけでなく、ヘロインやコカインに

関する別の機会の説得も受け入れなかった。Aは、一月の中に三度誘いをかけたがいずれも徒勞に帰した。その後、被告人が経済的に窮乏して再びAに相談したときに初めて、ハッシッシの取引への協力を得ることに成功した。刑事第二部の見解によれば、「何人に対してといえどもこのような働きかけをしてドイツ連邦共和国にハッシッシを輸入させるのは、支持できないし、それは、法治国の諸原則とも調和しがたい」<sup>(37)</sup>。

#### 〈小括〉

以上、概観したところにより、次のようなことが確認できよう。即ち、おとりの活動が許容されるかどうかは、それが法治国原理に反するかどうかによって決定されること、それを判定する基準として一九八〇年四月一五日の刑事第一部の判決（事例①—①）において示された評価基準、即ち「被告人の嫌疑の根拠と程度、おとりの影響力行使の方法、強さ、目的さらに被告人の犯罪行為を行う意思、他人にコントロールされていない被告人自身の積極性」がほとんどすべての判例において採用されていること、そして、事例①—②以前においてはこの基準に照らして「被告人が国家の行為の単なる対象におとしめられた」といえるときには、おとりの活動は、法治国にそぐわないものであり、それゆえ、許容されない、とされているのに対してこれ以後の多くの判例においてはむしろ「おとりの誘発的行動が行為者自身の犯罪行為への寄与の影を薄くするほどの重要性を」もったかどうかが決定的な基準として用いられていることなどである。

ところで、連邦通常裁判所の各刑事部および下級審は、上記の事例①—①で示された評価基準の考慮に際して、重要と考える要素がそれぞれ異なっており、また同一の要素についてもその判断を異にしている。また、示された評価の要素がすべて存在しなければならぬのか、どれか一つ、またはその中のいくつかのものが存在すればよいのか、という点についても必ずしも明確ではない。そのうえ、こうした考慮により「被告人が国家の行為の単なる対象にお

としめられた」といえるかどうかの判断は、その性格上極めて恣意的なものとならざるを得ない。この意味で、決定的な基準はなく、裁判の帰趨は予見できない、とする見解<sup>(38)</sup>も、十分に説得力をもっている。

そこで、一九八一年二月六日の判決（事例①—②）において刑事第二部が「著しい影響——例えば、再三再四の、長期にわたる説得の試み、強くかつ執拗な働きかけ——があれば、おとりの誘発的行動は、行為者自身の犯罪への寄与の影を薄くするほどの重要性をもつ。この場合には、刑事訴追が禁止される」として、おとりの行動の許容性の判断は、最終的におとりの及ぼした影響力の程度による、との考えを打ち出したのもうなづけるのである。もっとも、上記の判決において刑事第二部は、まず事例①—①に示された刑事第一部の評価の基準に言及したうえで、おとりの影響力の程度を検討しているため、事例①—①の評価基準と事例①—②の評価基準との関係性が問題となるが、一九八四年五月二三日の判決（事例①—⑥）において刑事第一部は、決定的な問題は「おとりの犯罪誘発的な行動が行為者自身の寄与の影を薄くするほどの重要性をもったかどうか」であり、事例①—①の評価基準は、必要な総合評価のための枠組みである、とする。また、刑事第二部も、一九八五年三月二〇日の判決（事例①—⑨）において同様のことを論じている。つまり、「被告人の嫌疑の根拠と程度、おとりの影響力行使の仕方、強さ、目的さらに被告人の犯罪行為を行う意思、他人にコントロールされていない被告人自身の積極性」を総合的に考慮したうえで、「おとりの行動が行為者自身の犯罪行動の影を薄くするほどの重要性をもつ」場合には、おとりの行動は、許容されないものとなる、との趣旨であろう。

最後に、注目に値するのは、下級審の裁判を別とすれば、連邦通常裁判所がおとりの活動が許容される限界を超えたかどうかという点について原審の審理が不十分であるとして事件を差し戻している事例は、少なからず見られるものの、自らおとりの活動が限界を超えていると明確に認定した事例がないことである。

#### 四 不当なおとり捜査の法的効果

(1) 上記の圧倒的に多くの事例において、判例は、警察のおとりが反法治国的行動をとったばあいには、職権で顧慮さるべき手続障害を認めている。その理由を全く示していないものもあるが（事例(3)―②、(3)―⑥、(3)―⑦）、それを示したものとしては、国家の刑罰請求権の喪失を理由とするもの（事例(1)―③、(1)―⑧、(2)―①、(3)―①）と国家の矛盾した行動を根拠とするもの（事例(1)―②、(2)―②、(2)―③、(3)―④、(3)―⑤）——即ち「国家機関の委託でまたはその承認の下に活動するおとりが、行為者にこの意味での著しい影響を及ぼすことによって始めてまっとうな道を踏み外させたときに、国家がこの者を再びまっとうな道に連れ戻すために刑事訴追の対象としようとするならば、国家は、その矛盾した、悪賢い行動について非難されよう。このことは、法治国秩序の枠内では許されることではない。ここから生ずる結果は、教唆された行為者に対する刑事訴追の禁止である」——とに分けられる。

(2) この他に、連邦通常裁判所刑事第五部は、事例(1)―⑤の傍論において、おとりの許されない行動の場合に人的処罰阻却事由の肯定に傾いている、と明言した。これにより、判例の変化が予期されたが、刑事第一部は、一九八四年五月二三日の判決（事例(1)―⑥）においてこれとも異なる見解を打ち出した。即ち、おとりによる著しい影響は、手続障害となるのではなく、刑の減輕事由となるにすぎない、というのである。この判例は、これ以後の判例をリードする重要な判例であるので、ここでできるだけ詳しく見ることにしよう。

本裁判所は、まず、おとりの誘発的行動は、法治国原理によって画される限界の中でしか許されないことを確認したうえで、その限界を超えた場合の法的効果については、次のようにして手続障害説や人的処罰阻却事由説などを斥け、量刑事由説を妥当だとして採用する。

まず第一に、従来の判例の見解である手続障害説については、大略、次のように述べてこれを批判する。

即ち、「本裁判所は、おとり捜査の許容される限界を超えること自体は、『国家の刑罰請求権の喪失』を理由とする特別な手続障害をもたらさない、という見解である。

原審の見解は、確かに連邦通常裁判所の判例をその基礎としているが、この判例は、全く疑問の余地のないわけでも、確立したものでもない。

そもそも、職権で顧慮さるべき手続障害という考えは、ここで問題となっている争いの解決に適していない。

(a) 手続障害としては、その不存在に全体としての手続の許容性が依存せざるを得ないほどに、刑事手続にとって重要な事情だけが考慮される。

このことは、法治国原理違反についても妥当する。法治国原理の広範性や曖昧さなどに鑑みると、その違反に対する一律の区別のない制裁は、おのずから禁じられる。実務の対応もこれに即している。例えば、基本法一〇一条一項後段（法律上の裁判官）の違反は、手続上の瑕疵ではあるが、手続障害とはならない。一般的な見解によれば、このことは、基本法一〇三条一項によって保障された法的聴聞の侵害についても妥当する。この規定に違背する被告人の公判への不出頭は、手続障害としてではなく、単に刑法三三八条五号の絶対的上告理由と見られている。また、この理由から、連邦通常裁判所は、法治国原理から導き出される公平な手続をうける権利の侵害を、手続障害を肯定する根拠とすることを拒否して来たし、過度の手続の遅延の効果の問題や被告人の弁護計画を検察官が知った場合にも同様であった。

(b) 手続障害は、事実と結び付いている。しかし、おとりの行動が法治国として許される限界を超えたかどうかという問題は、価値判断を介してのみ結論づけ得るのであり、それは、被告人の責任、特に被告人に対する嫌疑の程度、その犯罪を行う被告人の意思、他の者にコントロールされていないその積極性、およびおとりの影響力行使の態様、程度、目的と別ちがたく結び付いている。それゆえ、公判弁論に基づく、事件のあらゆる事情についての広範な審理

を介してしか結論づけ得ないのである。このようなものを手続障害として認めるならば、これまで認められてきたその特徴は、曖昧なものとならざるを得ないであろう。

(c) 文献において連邦通常裁判所による手続障害の肯定を、ドグマティシュにアメリカの『エストップル』の原理との比較によって基礎づけようとする試みが行われているが、その際、アメリカの裁判所の判例は、適切に評価されていない。『エストップル』の原理は、手続法上の制度ではなく、実体法上の原則である。国家は、コモン・ロー上も『エストップル』の原理によって刑事訴追義務を免除されることはないので、アメリカの裁判所は、固有の『わなの法理』を展開したが、それは、おとりの誘発的行動が許容されない場合には、無罪判決をもたらす。かくしてそれは、まさに何ら手続障害を基礎づけるものではないし、またさらに、特に重大な犯罪については、適用されないのである<sup>(30)</sup>と。

第二に、人的処罰阻却事由説については、大要次のように述べてこれを斥ける。

即ち「本裁判所は、『国家の刑罰請求権の喪失』の別の法的構成、即ち、刑事第五部によって考慮された処罰阻却事由という見解には従うことはできない。

けだし『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ざる転用に基づいている。確かに、信義誠実に反する行動による喪失という法的思考は、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、『刑罰請求権』という誤解を招きやすい表現は、ここでは喪失可能な有利な法的地位ではなく、国家の機能、即ち、犯罪を訴追することによるその法益保護機能が問題となっていることについて思い違いをさせる。国家は、その名において行動する個々人の行動が誤っているからといってこの義務を免れ得るものではないし、いわんやその遂行を妨げられ得るものではない。『刑罰請求権の喪失』を認めれば、国家の保護に委ねられる法益は、結果的にその権限を逸脱する警察のおとりの措置に委ねられることになる。

また、処罰阻却事由説は、類似の状況に関する法規定との整合性を失う。即ち、指示に拘束される公務員と服従義務のある兵士は、職務上の指示または命令に基づいて行う犯罪に対して刑法上の責任を負う。彼らは、犯罪遂行の指示に従うことは、許されていない (§ 56 BBG; § 38 BRG; § 7 UZWG; § 11 SoldG)。しかし、処罰阻却事由説は、国家は、自ら命じたことにつき処罰することはできないとの考慮に基づくものであるが、上記の場合には、それは、主張されていない<sup>(40)</sup>と。

第三に、学説において主張されている証拠禁止説については「国家の矛盾した行動を理由とする国家の刑罰請求権の喪失を否定した以上、学説において種々主張されている証拠禁止説の重要な論拠も失われることになる<sup>(41)</sup>」として、これをあっさり否定する。

そして最後に、「ここで述べる見解は、許されるおとり捜査の限界を無視するものであるとの非難はあたらない」と前置した上で自説の量刑事由説を展開して、大略次のようにいう。

即ち「行為者に対しておとりが著しい影響を与えたことは、本質的な刑の減輕事由となる。これにより、裁判所は、輕罪につき、特に重大な場合 (ein besonders schweren Fall) にあたるものでもこれを否定し、さほど重要でない場合 (ein minder schweren Fall) を認定したり、また刑法一五三条<sup>(42)</sup>、一五三条 a<sup>(43)</sup> による手続の打ち切りを行うこともできる。また、重罪の場合には、刑を法律上の下限とした上で、刑法四七条<sup>(44)</sup>、五九条<sup>(45)</sup> による刑を留保して行う警告を利用すれば足りるであろう。

ところで、おとりの行動が許されない場合に、唆された行為者の責任の如何にかかわりなく有罪判決を阻止しようとする試みは、警察の違法な措置を効果のないものとすることによって、それを防止しようとする目的に基づいている。しかし、刑事手続においては、個々の手続の外にある目的を追及することは、許されない。また、許される限界を超えたおとりの行動に対して共同責任を負うものは、通常その後の刑事手続の結果によって動機づけされることは

ないであろう。さらに、反法治国的な実務を阻止するのは、刑事訴追機関の任務であり、必要のある場合には、立法者の任務である<sup>(46)</sup>」と。

(3) これ以後の裁判の中、一九八四年八月九日の刑事第四部の判決（事例(1)―(7)）は、おとりの活動が許される限界内にあるため、いかなる見解に従うか態度決定を行う必要はないと明言したうえで、あえて量刑事由説に言及し、この説によると重罪については刑の免除の可能性がないので限界的事例においては懸念が残るものの、ほとんどの場合においては望ましい結果をもたらしうる、と述べて肯定的な態度を示している。また、この判決以後も手続障害説を採用した事例(1)―(8)、(1)―(9)、(3)―(7)は、いずれも刑事第二部の裁判であるが、刑事第二部も事例(1)―(9)の一九八五年三月二〇日の判決以後、手続障害説から量刑事由説に見解を変更している。

(4) 連邦通常裁判所の刑事大部は、手続障害説と量刑事由説のいずれが正当であるかにつき、連邦通常裁判所刑事第二部から裁判所構成法一三七条<sup>(47)</sup>による呈示決定を求められ、その判断が注目された<sup>(48)</sup>。しかし、一九八五年一月七日の決定<sup>(49)</sup>において刑事大部は、裁判所構成法一三七条による呈示決定の要件が充たされていないとして、これに正面から答えることなく、ただ「おとりの不当な影響力の行使が手続障害を基礎付けるとの見解は、刑事第二部がこれを放棄した以上、連邦通常裁判所の判例において、現在のところ、主張されることはないであろう」と付言した。そして、確かに、この裁判に示されているように、今日、量刑事由説以外の見解は、判例に見ることはできない。

(5) ところで、判例の転換点となった上記刑事第一部の判決は、まず、おとりの活動は、法治国原理によって画される限界の中でしか認められないことを確認し、自説がおとり捜査の許される限界を無視するものだとする批判があればそれは的外れである、と述べている。しかし、従来から、判例においては、許される限界内にある誘発的活動も刑の減輕事由として考慮されてきたことからして、この判決が許される誘発的活動と許されない誘発的活動との境界を意味のないものにしたとの批判は、間違っていない。



これに対して、一九八五年十一月八日の刑事第二部の決定<sup>(50)</sup>は、これを再度意味あるものとした。すなわち、同部は、上記裁判の量刑的アプローチをより厳密に規定し、警察のおとりによって誘発された者の行為は、一定の前提の下で二通りの刑の減輕の対象となりうる、とする。即ち、まず第一に「行為者が第三者によって犯罪の实行を説得された場合には、行為者に対する警察のおとりの影響は原則的に行為者の責任を減ずる。第三者の影響が刑法三五条<sup>(51)</sup>で前提とされている強さにまで至るならば、その責任は、完全になくなる。もちろん、これは、行為者が警察のおとりによって教唆されたか、他の者によって教唆されたかにかわりなく妥当する」とし、第二に「警察のおとりによる行為誘発にあっては、責任とは関係ない事情が付加的に刑の範囲の決定および狭義の量刑に際して被告人の有利に影響する。……総合的評価の枠内で被告人の有利に働きうる、責任とは関係のない量刑事由は、行為誘発にあっては、犯罪行為の意思のなかった者が国家の指示で活動する警察のおとりから犯罪実行に決定的な刺激を受ける場合に存在する。……このような場合においては、法律上の刑の範囲内において責任に応じた刑を下回ることも必要となりうる」とする。本決定は、このようにおとりの活動が許される限界を超えた場合には、量刑上二つの観点からの斟酌が可能である、とするのであるが、その許容される限界についても「犯罪行為の意思のなかった者がおとりから犯罪の实行につき決定的な刺激を受けた場合」というように従来よりも明確化が図られた点も注目し値する。

そして、この趣旨の判例は、その後相次いでいるが、許容性の限界については「犯罪行為の意思の有無」という基準より、むしろ「嫌疑の有無」というより客観的な基準が用いられる傾向にある<sup>(52)</sup>。例えば、一九九五年三月一六日の刑事第四部の決定は、次のように述べている。

即ち「なるほど、おとりや覆面捜査官の利用は、特に危険で解明困難な犯罪——麻薬取引もこれに含まれる——との戦いのために必要であり、許される。しかし、行為誘発的な行動は、法治国原理によって画される限界内でしか許容されえない。……当該犯罪を計画し、またはそれに係わっているという、刑法一六〇条一項<sup>(53)</sup>の意味における嫌

疑の存する者に対してだけこの捜査上の措置が講じられてよい、という結論がここから導き出される」と。<sup>(55)</sup>

## 五 おわりに

以上のようにドイツでは、一九七五年六月一〇日の連邦通常裁判所の判決で明確に麻薬犯罪のような「特別に危険で解明困難な犯罪」については、おとり捜査が必要であり、許されるとされて以来、今日に至っている。もっともおとりの行動に制約があるのは当然であり、その制約内にあるかどうかの判断基準として最初に提示されたのが「被告人の嫌疑の根拠と程度、おとりの影響力行使の方法、強さ、目的さらに被告人の犯罪行為を行う意思、他人にコントロールされていない被告人自身の積極性」という基準であり、これを勘案して「被告人が教唆によって国家の行為の単なる客体におとめられた」といえる場合には、許容される限界を超えている、とされたのである。しかしこの基準は、被告人の側の要素とおとりの側の要素の二つの要素を含むだけでなく、それぞれに主観的な要素と客観的な要素を含んでおり、極めて複雑であり、かつ曖昧である。そのためこの基準から「被告人が国家の行為の単なる客体におとめられた」といえるか否かを結論することは、多分に恣意的にならざるをえない。そこで、次に、この判断基準を大枠として維持しつつ「おとりの行動が行為者自身の犯罪行動の影を薄くする程の重要性をもった」か否かを基準とする見解が提示されるに至った。

ところでこの二つの基準は、おとりの行動が許容限度を超える場合には、被告人の訴追が禁止されるという手続障害説に立つ判例で採用されたのであるが、一九八四年五月二三日の連邦通常裁判所刑事第一部の判決以降の量刑事由説に立つ判例では、これらの基準はあまり用いられることはなく、むしろ「被疑者の嫌疑の有無」を基準とする見解が一般的に用いられるようになっていく。これは、手続障害説では、許容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面をかなり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にとどまるので、あまり限定的に構成する必要がないという実際の考慮が働いているのであろう。なお、その間に「犯罪意思の有無」を基準とする判例もあるが、それがおとり捜査を実行する際に捜査機関が被疑者に「犯罪意思」のあることを知っていることを要求するのであれば、それは結局「嫌疑」を要求することになるし、そうでないとすれば捜査行為の適否が偶然の事情によって左右されることになる。その意味では、「犯罪意思の有無」を基準とするよりも「嫌疑の有無」を基準とする見解の方が優れているであろう。

さて、おとりの行動が許容限度を超えていると判断される場合の効果としては、一九八〇年四月一五日の刑事第一部の判決で手続障害説が採用され、その後の判例に多大な影響を与えたのであるが、上記のように一九八四年の刑事第一部の判決で量刑事由説が採用され、判例の転換が図られて以来変わることなく今日に至っている。この転換の理由は、当該判決理由に示された理論的理由もさることながら、量刑事由説による方が事案に即した柔軟な対応が可能となるという実際的理由による側面も多分にあると思われる。その意味で、基本的に判例が今後変化するとは考え難いが、おとりの活動があまりに反社会的、反倫理的であるといった極端な事例においては、量刑上の斟酌というにとどまらず、例外的に手続障害説若しくは処罰阻却事由説の採用される余地は残っていると思われる。

# 注

- (1) Gropp (Hrsg.), *Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, 1993, S. 4 以下よれば、次の通り。薬物による死者は、一九八八年六七〇人、一九八九年九九一人、一九九〇年一、四九一人、一九九一年二、一二五人であり、警察の認知した薬物犯罪は、一九七八年四二、八七八件、一九八八年八四、九九八件、一九八九年九四、〇〇〇件、一九九〇年一〇三、六二九件、一九九一年一七、二〇四件（旧東ドイツ地域を含む）となっている。旧西ドイツ地域での麻薬取引による年間売上高は、二〇億マルクから四〇億マルクと推定されている。

- (2) BGBl. I, S. 1302.

- (3) 組織犯罪対策法を紹介したものは、法案段階のものを含めると実に数多いが、これを包括的に簡潔に紹介したものとして 45 Gropp (Hrsg.), a. a. O., S. 105-209; Rieß, *Neue Gesetz zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, NJ

1992, 491 があり、刑事手続法の改正内容に限って簡潔に紹介したものとしては、Hilger, Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG, NSStZ 1992, 1. Teil, 457; 2. Teil, 523 がある。これ以外の文献については、右各文献の参考文献欄および注に詳しい。

- (4) こうした組織犯罪の摘発の難しさに対処するために一九九四年一月二十八日の犯罪対策法 (Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und andere Gesetze) (Verbrechensbekämpfungsgesetz) では、手続法的対策として王冠証人 (Kronzeuge) の適用が拡大された他、電信電話の傍受の対象となる犯罪が拡張されている。これについては、宮澤浩一「ドイツの新犯罪防止法(その一)(その二)(その三)」時の法令一四八八号五四頁以下、一四九四号五七頁以下、一五〇六号六〇頁以下(一九九四～一九九五)川出敏裕「ドイツ犯罪対策法上・下」ジュリスト一〇七七号一〇三頁以下一〇七八号五一頁(一九九五)、ハインツ・シェッヒ／宮澤浩一訳「ドイツ連邦共和国の刑事対策に対する一九九四年一月二十八日の犯罪対策法の意義」刑法雑誌三六卷一号一八頁以下(一九九六)に詳しい。

- (5) 拙稿「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』四五八頁(一九九〇)。  
なお、ドイツでのおとり捜査に関して専ら訴訟条件論の観点から考察したものとしては、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三一巻一号三二五頁以下(一九八四)、同「おとり捜査の規制—違法の判断基準を中心に—」島大法學三〇巻一号六七頁以下(一九八六)、同「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—」島大法學三一巻三三三頁以下(一九八八)、寺崎嘉博「公訴抑制の法理と有罪判決阻止の法理(2)」山形大学紀要(社会科学)二二巻一号九五頁以下(一九九〇)がある。

- (6) GA 1975, 333.  
(7) NJW 1980, 1761.  
(8) NJW 1981, 1626.  
(9) NJW 1980, 1761.  
(10) NJW 1981, 1626.  
(11) A. a. O., S. 1626 f.  
(12) StV 1981, 276.  
(13) StV 1983, 247.  
(14) StV 1984, 95.  
(15) BGHSt. 33, 345.

(16) 因みに麻薬法二九条三項は「特に重大な場合には、刑は、一年を下回らない。原則として次の場合が、特に重大な場合に  
あたる」とした上、その四号として「行為者が少なからぬ量の麻薬を取り引きし、所持し、または譲渡する場合」としてい  
る。

(17) 因みに麻薬法三〇条二項は「さほど重大でない場合には、刑は三月以上五年以下の自由刑とする」と定めている。

(18) A. a. O., S. 347.

(19) StV 1984, 406.

(20) StV 1985, 273.

(21) StV 1985, 272.

(22) NJW 1981, 1628.

(23) A. a. O., S. 1628 f.

(24) 刑法二六〇条三項は「訴訟障害があるときは、判決において手続の打ち切りを言い渡すものとする」と定めている。な  
お、刑法の訳は、米沢慶治訳『ドイツ刑事訴訟法典』(一九八二)によっている。

(25) StV 1982, 364.

(26) StV 1984, 457.

(27) A. a. O., S. 460.

(28) NStZ 1981, 70.

(29) A. a. O., S. 70 f.

(30) StV 1981, 163.

(31) NStZ 1982, 126.

(32) StV 1982, 151.

(33) StV 1983, 450.

(34) StV 1984, 4.

(35) A. a. O., S. 5.

(36) NStZ 1984, 519.

(37) A. a. O., S. 520.

(38) Sieg, Die staatlich provozierte Straftat, StV 1981, 637.

- (39) BGHSt. 32, 348-352.
- (40) A. a. O., S. 352-354.
- (41) A. a. O., S. 355.
- (42) 刑法一五三条は、一項において、軽罪である行為につき行為者の責任が軽微でかつ訴追することについて公益が認められないときに起訴猶予が可能である旨を定め、また二項は、公訴提起後に裁判所が第一項と同じ要件のもとに手続を打ち切ることができる旨を定めている。
- (43) 刑法一五三条aは、一項において、軽罪である行為につき検察官が被疑者に同項一号乃至四号に定める賦課または遵守事項（損害の賠償など）を課し、仮に公訴を提起しないことを得る旨を規定し、また二項において、公訴提起後に裁判所が被告人にこれと同様の賦課または遵守事項を課し、手続を仮に中止しうる旨を定めている。
- (44) 刑法四七条は、一項において「行為または行為者の人格に存する特別な事情により、自由刑を科することが犯人に対する作用のためまたは法秩序の防衛のために不可欠である場合に限り、裁判所は、六カ月未満の自由刑を言い渡すものとする」とし、二項において「法律が罰金刑を定めていないときであって、六カ月またはそれを超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ることが不可欠でない場合においては、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には、前段の場合の罰金の最下限は、定められた自由刑の最下限に従って決める。その場合、三〇日分は、一カ月の自由刑に相当する」と規定している。なお、訳は、宮澤浩一訳『ドイツ刑法典』（一九八二）によっている。
- (45) 刑法五九条は、一項において「一八〇日分以上の日数罰金に処せられるべき場合において、次の各号にあたるときは、裁判所は、有罪の宣告に併せてその者を警告し、刑を定め、かつこの刑の言渡を留保することができる。
  - 1 刑の言渡を行わない場合にも、犯人が将来もはやいかなる犯罪行為をも犯さないであろうと期待しえ
  - 2 行為と犯人の人格の中に存する特別な事情を考慮して、その者に対し刑の言渡をしないでおくことが適切であり、かつ
  - 3 法秩序の防衛が刑の言渡を必要としないとき
 第五六条第一項後段は、これを準用する」とし、二項において「行為者が行為の前の最近三年間に刑を留保して行う警告を受けまたは刑の言渡を受けたときは、刑を留保して行う警告は、原則として排除される」と規定し、三項において「警告と併せて、追徴、没収、使用不能を宣告することができる。改善および保安処分と併せて刑を留保して行う警告をすることは許されない」と定めている。
- (46) A. a. O., S. 355 f.
- (47) 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大部 (Großer Senat) の裁判

が法の発展または統一的な判例の確保の上で必要と思われるときには、それを求めることができる」と規定している。なお、本条は、一九九〇年二月一七日の改正法 (BGBl. I S. 2847) では、削除され、同一内容の規定が一三二条四項に置かれている。

- (48) 刑事第二部が刑事大部に提出した呈示理由書によれば、事実の経過は、次の通りである。即ち、フランクフルト地方裁判所の有罪判決を不服とした被告人の申告に対して刑事第二部は、原審がおとりの著しい行為関与につき単に減刑事情としてしか考慮せず、刑罰権の喪失の問題を検討しなかった点に、法的瑕疵を見いだした。差し戻しを受けた同地方裁判所は、刑罰権の喪失に基づく訴訟障害を理由として刑法二六〇条三項により手続を打ち切った。これを不服とする検察官の申告に対して刑事第二部は、審理を中止した上、本文記載の裁判を求めたのであるが、その際、同裁判所は、現在では量刑事由説に立つ旨を明らかにしている。Vgl., NJW 1986, 75.

- (49) BGHSt. 33, 362.

- (50) NJW 1986, 1764.

- (51) 刑法三五条一項は「生命、身体または自由に対する他の方法をもってしては回避することのできない現在の危険の中で、自己、親族またはその他の自己と密接な関係にある者をその危険から回避させるために、違法行為を行った者は、責任なく行為したものである。このことは、事情上、殊に行為者がその危険をみずから生ぜしめたことを理由にして、または行為者が特別な法的関係にあったことを理由にして、その危険を甘受することがその者に期待しえた場合に限り、適用されない。ただし、行為者が特別な法的関係を考慮してでなく危険を甘受すべきであったときは、その刑は、第四九条第一項により、これを軽減することができ」とする。

- (52) 例えば、連邦通常裁判所の、一九九二年一月三日の刑事第一部の決定 (StV 1993, 127)、一九九三年一月七日の刑事第四部の決定 (StV 1993, 115)、一九九四年三月一七日の刑事第一部の決定 (StV 1994, 368)、一九九四年一〇月一三日の刑事第五部の決定 (StV 1995, 131) および一九九五年二月一六日の刑事第四部の決定 (StV 1995, 364) は、いずれもこの見解に拠っている。

- (53) 注 (52) に掲げた判例は、いずれも「嫌疑の有無」を基準としている。

- (54) 刑法一六〇条一項は「検事局が、通告により又はその他の方法で、犯罪の嫌疑を知ったときは、直ちに、公訴を提起すべきかどうかを決定するため、その事実関係を究明しなければならない」とする。

- (55) StV 1995, 365.