

おとり捜査の違法性判断を巡る欧州の動向(二・完)

—— 欧州人権裁判所の判例理論の分析を中心にして ——

内藤 大海

序

第一節 秘密裡な情報収集活動とおとり捜査

第二節 おとり捜査を巡るわが国の議論

第三節 試論—— 欧州人権裁判所判例の分析から得られる示唆

第一章 *Teixeira de Castro* 対ポルトガル事件

第一節 事案の紹介

第二節 分析

第二章 ドイツにおける人権裁判所判例の受入れ

第一節 連邦通常裁判所第一刑事部一九九九年一月一八日判決

第二節 連邦通常裁判所第一刑事部二〇〇一年五月三〇日判決

第三節 小括——おとりの投入が人権条約違反となる要件

第一款 対象者の嫌疑およびおとりの影響の關係

第二款 おとりによる行為の国家への帰責性

(以上、一三二号)

第三章 欧州人権裁判所による違法性判断基準の精緻化

第一節 近年の人権裁判所判例の動向——連邦通常裁判所判例との違い

第一款 *Ramanuskas* 対リトアニア判決

第二款 *Pyrgiatakis* 対ギリシャ判決

第三款 *Bannikova* 対ロシア判決

第二節 犯罪誘発行為の主観的違法性判断

第一款 犯罪誘発行為 (*Tatprovokation*) と「概念自体の相違

第二款 わが国における議論との關係——犯意と嫌疑

第三款 犯罪誘発行為の帰責性の範囲——間接的犯罪誘発行為 (*mittelbare Tatprovokation*)

第三節 違法な犯罪誘発行為に関する慎重な真実解明と挙証責任——挙証責任の転換論

第一款 効果的な防衛権行使の保障

第二款 連絡員の供述と証人審問権の保障——免責証人 (Enlastungszeuge) としての利用

第四章 ドイツにおける最新の動向——連邦通常裁判所第五刑事部二〇一三年二月二一日判決

第一節 事案の紹介

第二節 分析

むすびにかえて

(以上、本号)

第三章 欧州人権裁判所による違法性判断基準の精緻化

第一節 近年の人権裁判所判例の動向——連邦通常裁判所判例との違い

前章でみたように、連邦通常裁判所は *Tenxera de Castro* 事件の直後に示された二件の事案では、おとり捜査の違法性判断にとって嫌疑は絶対的なモーメントとはみなされず、おとりの働き掛けとの関係で相対化されうるものであること、そもそもたんなる問い合わせにとどまる場合は犯罪誘発行為 (Tatprovokation) とはいえないため、そのような基準をもって判断する必要がないことが明示された。連邦通常裁判所はこのような見解を、*Tenxera de Castro* 事件における人権裁判所の見解と矛盾しないものとして理解していた。しかし、前述の通り、近年の人

権裁判所判例の登場によってこのような理解は誤りであることが明示されることとなった。以下、事案をみておう。

第一款 *Ramanuskas* 対リトアニア判決⁽⁷⁷⁾

【事実の概要】

申立人は、行為時、検察官であった。この申立人に対し、リトアニア内務省の特別汚職対策部の職員である AZ は、一九九八年末から一九九九年初めにかけて申立人の知人である VS を介し、三〇〇〇米ドルの支払いを対価に、ある第三者の無罪判決を保証して欲しい旨依頼した。申立人は当初拒否したが、AZ による申出が何度も繰り返された後に承諾した⁽⁷⁸⁾。AZ は、特別汚職対策部の上司に対し申立人が賄賂を受け取ること同意した旨報告した。そして、特別汚職対策部は、検察から疑似犯行モデル (criminal conduct simulation model)⁽⁷⁹⁾ の実施許可を受け、実施するに至った⁽⁸⁰⁾。このモデルの枠内で、申立人には当初約束された「取引」の実行に対する報酬として二五〇〇米ドルが譲渡された⁽⁸¹⁾。その後申立人は免職され、収賄を理由に訴追された⁽⁸²⁾。彼は自らの罪責を認め、AZ と VS は違法にも犯行を行うように彼を説得してきたのだと主張した。事実審裁判所は収賄の罪で申立人を有罪とし、AZ の証言と疑似犯行モデルの過程で作成された録音媒体 (AZ との会話の秘密録音) を判決の主たる基礎とした。VS は発見されず、そのため本人を裁判所の面前で尋問することはできなかったが、公判前に作成された尋問調書が朗読された⁽⁸³⁾。リトアニア政府は、AZ と VS は、固有の、私的な判断から、彼らが嫌疑を掛けている申立人に対して働き掛けたのだと主張した⁽⁸⁴⁾。

これに対し申立人は、本件で行われた犯罪誘発行為に由来する証拠の使用は、公正な手続を受けるといふ自ら

の権利を侵すものであるとして異議を申し立てた。

【判決要旨】

当裁判所は、違法な犯罪誘発行為によって獲得されたあらゆる証拠の使用は、公正な手続から排除されなければならないという自らの確立した判例を確認する。そうしなければ、犯罪誘発行為を受けた対象者は、一貫して公正な手続を受けることがないという危険に曝されることになるし、司法の機能性もまた、かかる証拠の使用を公正な手続の下で正当化することはできない。このことは、汚職の場合と同様に組織犯罪の場合においても、すべての犯罪行為において妥当する。人権裁判所は、一般的に証拠調べおよび証拠使用の適法性判断を行うことそれ自体を目的としているわけではない。しかし、人権条約六条に反するいかなる違法な証拠獲得および証拠使用もなされないことが、保障されなければならない。⁽⁸⁵⁾

警察に帰責されるべきアンダーカバー・オペレーションの担手が、本質的に受動的な態様での犯罪行為の解明に止まらず、——後の訴追を可能にするために——働き掛けがなかったら行われなかったはずの犯罪行為を行うように対象者を唆すことにより影響を与えたときは、違法な犯罪誘発行為が存在することになる。警察によって誘発行為が計画・準備され、警察の指導を受けた私人によって実行される場合にも、このことは妥当する。「対象者に」潜在的な犯罪傾向が存在したとしても、違法な犯罪誘発行為が行われたことが否定されることにはならない。犯罪誘発行為のような秘密裡な捜査手法が必要であるという事実は、公正な手続を受ける権利の侵害を当然に正当化するものではない。「おとりとなる」連絡員の投入に対しては法治国家による監視が行われなければならない、嫌疑なき者が犯罪行為を唆される場合に踏み越えられることになる明確な「適法」限界が設定されなければならない。⁽⁸⁶⁾

この基準に従えば、本件においては人権条約六条に反する犯罪誘発行為が存在することになる。このことは、疑似犯罪モデルの実施以前のAZ&VSの最初の行為から推論される。また、申立人は以前からとくに汚職犯罪を犯していたわけではない点、そして申立人とAZとのすべての接触がAZの主導で行われていた点が確認される。したがって、申立人の犯行の決意に関して——噂以上の——客観的な証拠が示されることのないまま、AZとVSが同人に犯罪行為を行うように明らかな刺激を与えたということは、当裁判所に強い印象を与えている⁽⁸⁷⁾。さらに、国家によって雇われた者による誘発行為のリトアニア国家への帰責性も、それが——職務上の義務の履行に当たって行為した——汚職対策当局の職員による独自の私的な判断に基づくものであったという主張によって排除されることはない。このことは、とくに次のような場合に妥当する。すなわち、この私的な判断に基づく行為が——本件のように——それ自体刑法上訴追されず、国家によっても本質的には解明されない場合である。したがって、申立人の犯行の決意を惹起した最初の行為は、法的枠組ないし司法的権限付与を欠いたまま実施されたものであったとしても、リトアニア国家とその司法に帰責される⁽⁸⁸⁾。

人権条約六条が遵守されているといえるのは、申立人が自らに対する手続の中で扇動 (incitement) の問題を効果的に指摘できた場合のみである。それゆえ、政府の主張とは異なり、武器対等あるいは防衛権という一般的保護手段の遵守だけでは、この目的は達成されない⁽⁸⁹⁾。

被告人の主張が完全にありそうにもないというわけではない場合、扇動がなかったことの証明は検察側に課せられる。そのような証明がなされない場合、扇動が存在したか否かを判断するために、事件の事実関係を調査し、真実を解明するための必要な措置を講じることは、司法機関の役割である。扇動があったことを認めるべきときは、司法機関は人権条約と調和した結論を導かなければならない⁽⁹⁰⁾。

手続を通じて、申立人は犯罪を行うよう扇動を受けた旨主張していたことが確認される。したがって、リトアニアの捜査機関および裁判所は、少なくとも、疑似犯罪モデルによって授権された限界を檢察当局が逸脱しているか、換言すれば、彼らが犯罪行為を扇動したか否かについて、完全な調査 (thorough examination) を行わなければならないであったのである。そのために、彼らはとくにこの戦略 (operation) が使用された理由、問題となった犯罪への警察の関与の程度、および被告人が受けたあらゆる扇動ないし圧力の性質を確認しなければならなかった。元々AZを申立人に紹介し、賄賂を提供するに至るまでの経過の中で重要な役割を演じたと思われる人物はVSであるが、追跡不能のために本件では証人として召喚されなかった。この事実に鑑みれば、このことはとくに重要である。申立人は、これら全ての点において自らの申立てを行う機会を与えられなければならなかった。⁹¹⁾

にもかかわらず、国内の各機関は、警察による扇動の存在を否定し、その影響に関する人の主張に対する司法レベルでの厳密な調査 (serious examination) を実施するためのいかなる措置も執っていない。より明らかなのは、異議申立てを受けている警察の扇動の結果獲得された証拠を基礎とするにもかかわらず、申立人の有罪判決では、準備段階 (preliminary phase) においてAZが私的に発動した (initiative) 理由を含め、本件における主導者によって演じられた役割は明らかにしようと試みられていない。

事実、リトアニア最高裁は、そのような証拠は申立人自身が認めている同人の犯罪行為を裏付けているのであるから、これらを排除する必要はないとしている。申立人の犯罪行為が確認された段階で、彼の犯罪挙行意思に対して外的影響が存在したか否かということが問題とされていない。しかし、扇動の存在およびその影響のいずれも、扇動の結果挙行された犯罪に関する自白によって消去されることはない。⁹²⁾

結果として、捜査官の職務の重要性および困難性に留意したとしても、当裁判所は前述の内容に鑑み、AZとVSの行為は申立人が有罪とされた犯罪の挙行を同人に扇動するような影響を有しており、彼らの介入 (intervention) がなくとも同様の犯行が行われたことを示すものは存在しないものと考えられる。このような介入およびその介入が異議申立てのあった刑事裁判の中で利用されている点に鑑みれば、申立人に対する手続は人権条約六条によって保障された公正性を欠いたものである⁽⁹³⁾。

以上のことから、人権条約六条一項違反が認められる。

第二款 Pyrgiotakis 対ギリシャ判決⁽⁹⁴⁾

【事実の概要】

本件で問題となったポイントは、警察が薬物密輸業者であるPを検挙するために偽装取引を行う際に、それまで嫌疑をかけられていなかった申立人を仲介人として関与させ、後に訴追した点であった。警察から申立人への接触に関してはTという人物を通じて行われている。Tの依頼に基づき、申立人は、「仲介者」として活動し、その際、秘密裡に活動していた買受役の警察官をPに引き合わせている。この時点では申立人に対しては、彼が違法な薬物取引に関与していることに関する嫌疑は何ら存在しなかった。事実審裁判所は、薬物の偽装バイヤーとして振る舞い、偽装取引を主導した警察官の証言を主たる根拠に、申立人に対しても薬物取引の仲介を理由として「厳罰」を言い渡した⁽⁹⁵⁾。

【判旨】

人権裁判所は、*また* *Teixeira de Castro* 事件以降一貫して確認されてきた以下の見解を確認する。すなわち、人

権裁判所の役割は、個別具体的な証拠の許容性判断ではなく、証拠方法が獲得された態様ないし方法を含む手続全体の公正性判断を行う点にある。⁽⁹⁶⁾そして、問題とされる公務員による介入をまさに犯罪行為の誘発要因とみなすことができ、その介入がなかったとしても同様の行為が行われたということを示唆するものが存在しない場合は、その介入は許容される連絡員の行為を踏み越えた、許されざる犯罪誘発行為 (Tatprovokation) と評価することができる、その影響は手続の公正性に疑義を抱かせる、と。⁽⁹⁷⁾その上で、とくに間接的誘発行為の問題については、次のように述べる。

「本件においては、警察官は、虚偽の薬物取引を企てることによってPの犯罪行為を終結させるために、「おとり」の投入を開始した。申立人は、最終的に、知人の求めに応じて警察をPに引き合わせているため、仲介者の役を引き受けているという非難に、直面することになった。したがって、まずは彼が責任を問われている犯罪行為が、警察の影響がなくとも行われたかということが、適切に調査されなければならない。購入者として自己紹介した警察官の「真の」身許を申立人が知っていたか否か——当事者間で争いのあるところであるが——とは無関係に、申立人が本件における決定的であるその日にのみ登場しているということ、そして、その役割はPが滞在していた場所に導いたことに限定されることが、記録から明らかである。申立人に前科があったということ、あるいは彼がいずれにせよ薬物取引に関与したということを確認する十分な根拠を当局が握っていたということは、明らかにされていない。逮捕以前の申立人の行為は、警察の影響がなくとも、申立人が問題となっている犯罪行為を行う意思があった (Berat) という結論を導くことを可能にしたかもしれない。しかし、いずれにしても、国内裁判所の判断のなかでは、逮捕以前の同人の行為は確認されていない。したがって、本件公務員は申立人に決意する機会を与えることによって、——まだ潜在的ではあるものの——すでに固まっていた犯罪の意思を明らか

かにするにとどまったのだとする主張も支持できない。⁽⁹⁸⁾」

第三款 *Bannikova* 対ロシア判決⁽⁹⁹⁾

【事実の概要】

申立人（女性）は、知人であるSからカンナビスの供給を受け、これを「客」として振る舞っていたB（アンダーカバー・エイジェント）に売却した。取引の際、しるしをつけた紙幣が使用されており、取引後に申立人が逮捕された際に、身体からこの紙幣が発見された。その後、家宅捜索が行われ、さらに少量のカンナビスが発見された。

申立人は、Bの介入（intervention）がなければ、本件犯行を犯すことはなかったし、また、この取引に際しては、ウラジミール（Vladimir）という人物からの強い働き掛けが行われ、大量の薬物取引を行うように勧める執拗な電話と脅迫があったと主張した。さらに、申立人およびその弁護士は、公判において予備的捜査（preliminary investigation）で得られた資料にアクセスできなかったため、申立人に対する扇動（incitement）の申立てを効果的に行うことができなかつたと主張し、これらの事実から、自らに対する刑事手続において公正な審理（fair hearing）を受けることができなかつたのだと申し立てている。

【判旨】

Ramanuskas 事件において当裁判所が示したように、エントラップメントの抗弁があった場合、まず、当局の介入（intervention）がなくとも当該犯罪が行われたか否かが明らかにされなければならない⁽¹⁰⁰⁾。そして、捜査が「本質的に受動的」であったか否かを判断する際、当裁判所は、アンダーカバー・オペレーションの実施を根

拠づける理由およびその実施に当たった当局の活動を審査する。その際、当裁判所は、申立人の犯罪活動への関与あるいはその犯罪傾向を示す客観的嫌疑 (objective suspicions) の有無を根拠とする。⁽¹⁰⁾ *Teixeira de Castro* 事件でも、申立人の薬物取引関与を疑わせる十分な理由が重要であると強調されている。⁽¹¹⁾ 事前に存在した犯意 (criminal intent) に関する事前情報が証明可能であることの要請は、*Eurofinacom* 事件⁽¹²⁾、*Vanyan* 事件⁽¹³⁾、*Khudobin* 事件⁽¹⁴⁾でも引き継がれ、発展している。当局は、アンダーカバー・オペレーションを実施するための十分な理由があったことを、いかなる段階においても論証することができなければならない。⁽¹⁵⁾

当裁判所は、たとえ申立人が過去に有罪判決を受けたことがあったとしても、このこと自体から目下犯罪が進行中であるということが示されることにはならないということを具体的に述べてきた。⁽¹⁶⁾ 一方、特定の事案における状況下では、申立人が薬物の時価に精通していることや、それほど手間を掛けずに薬物の入手が可能であったこと、取引で金銭を得ていたことは、既存の犯罪行為ないし犯意 (pre-existing criminal activity or intent) を示すものとして考慮される。⁽¹⁷⁾

客観的嫌疑の存否という基準と密接に関係するのは、アンダーカバー・エイジェントがたんに犯罪行為に「参加」したにすぎないのか、それを扇動した (instigated) のかという点である。*Sequeria* 事件⁽¹⁸⁾では、捜査機関による介入が行われたのは、申立人がすでにポルトガルに向けたコカインの船積みを企図して第三者 A に接触した後のことである。その接触の後に A (および C) と警察との協力関係が開始されている。警察は、その後の状況を監視し、検察に情報提供を行っていたため、当局は、申立人が薬物取引業務への着手を望んでいるということに疑うべき十分な理由を得ていた。*Teixeira de Castro* 事件とは異なり、このような状況の下では、A らの活動はアンダーカバー・エイジェントとしての域は超えられていないと判断された。⁽¹⁹⁾ このように申立人が犯行を企図

し、その実行に着手しようとしているという情報を第三者から得た後に、捜査機関が介入するという数多くの事案において、当裁判所は同様の見解を示してきた⁽¹¹⁾。

アンダーカバー・エイジェントの適法な潜入 (infiltration) と犯罪の扇動 (incitement) との区別に当って、当裁判所は、「申立人が犯罪を行うように圧力を受けていたか否かを審査」する。具体的には、申立人との接触の際に主導権を握る、申立人が当初断つたにも関わらず改めて申出を行う、執拗に刺激を与える、平均よりも価格を上げる、あるいは禁断症状に言及し申立人の同情に訴え掛けるといった行為があった場合、捜査当局の受動的態度は否定されやすい⁽¹²⁾。

当裁判所はこの基準を用いる。そして、挙証責任を訴追機関の側に課し、「被告人の主張が全くありえないとはいえない場合、扇動 (incitement) がなかったことの証明は検察に課される」こととなる⁽¹³⁾。

申立人は、自らの犯行はカンナビスを売るように彼女を誘導した (induced) 捜査官によるエントラップメントの結果であること、そして予備的捜査 (preliminary investigation) で得られた資料にアクセスできなかったため、彼女と弁護士は扇動 (incitement) の抗弁を効果的に行うことができなかったことの二点を主張し、自己の刑事裁判において公正な審理 (fair hearing) を受けることができなかったと申し立てた⁽¹⁴⁾。

【後者——証拠へのアクセスの可否——について】

そのような抗弁が効果的に申し立てられているというためには、裁判所が対審手続において、このような戦略 (operation) が用いられた理由、犯罪への警察の関与の程度および申立人が受けた扇動 (incitement) または圧力の性質を確認しなければならないということを、当裁判所は再度繰り返し返しておく。本件では、申立人とウラジミールの取引はアンダーカバー・オペレーションの一部であったとする、申立人による——まったくありえな

いとはいえない——主張に直面したとき、事実審裁判所は、扇動がなかったことの証明という檢察に課せられている挙証責任に留意しつつ、事実を明らかにするために必要な措置を講じるべき義務を負っていた。したがって、事実審裁判所は、事件の記録 (case file) に存在する情報を評価し、そして必要であればアンダーカバー・オペレーションの関係資料を再調査し、捜査官、その他の関係個人を尋問して、ウラジミールが申立人に接近し薬物の販売を依頼するように捜査当局からあらかじめ指示を受けていたか否かを確認する必要があった⁽¹⁶⁾。

本件では、関係機関の捜査官Bが召還され、公判廷で証人尋問を受けたという事実が認められる。そして、ウラジミールなる人物の身許、および申立人が当該機関の情報提供者あるいはアジャン・プロヴォカトゥールであると主張するその役割について、同人がBに質問する機会を有していたことが確認される。その結果、このような人物は実際には存在しないということが確認されている。さらに、同機関の捜査官であるTへの質問が、申立人の論旨を支持する論拠を与えるとは考えられない。また、申立人が薬物販売を行ったという事実自体は争われていないため、試し買いに關する記録へのアクセスを不要とみなし棄却した裁判所の判断は正当である⁽¹⁷⁾。

よって当裁判所は、国内裁判所は、真実を明らかにし、申立人がアジャン・プロヴォカトゥールによる扇動を受けた結果犯罪を犯したのか否かに關する疑いを払拭するための必要な措置を執っており、申立人による扇動の抗弁 (plea of incitement) に適切に対応していると評価する。したがって、エントラップメントは存在しなかったとする国内裁判所の結論には関連性が認められ、十分な証拠の合理的な評価に基づいたものであるといえる⁽¹⁸⁾。

申立人による扇動の抗弁に対する裁判所による再調査の射程を尊重しつつ、当裁判所は、申立人に対する手続は人權条約六条の要請する公正な手続の観念と矛盾しないと認める⁽¹⁹⁾。

第二節 犯罪誘発行為の主観的違法性判断

第一款 犯罪誘発行為 (Tatprovokation) とその概念自体の相違

前述のとおり、Teixeira de Castro事件では、連絡員等によって犯罪行為の扇動 (incitement) が行われなかったとしても当該犯罪が行われたか否かということが、本質的に受動的な捜査であったか否か、換言すれば、連絡員の活動がアンダーカバー・オペレーションの域内にとどまっているか、あるいは違法なエントラップメント (アジャーン・プロヴォカトゥールとしての活動)⁽¹⁰⁾ になっているかを分ける基本ラインだとされている。具体的な評価の視点としては、対象者に対する嫌疑の有無が掲げられていた。にもかかわらず、前章でも確認したように、連邦通常裁判所は、嫌疑の存否という判断要素自体は採用するものの、そもそもある程度の重大な影響がなければ犯罪誘発行為はないのだと考えている。そのため、両者には少なくともその意図するところにおいて犯罪誘発行為という概念に違いがあるとの指摘がある⁽¹¹⁾。

時系列は前後するが、まずPyrioukakis事件からみてみよう。前述の通り、連邦通常裁判所は、犯罪誘発行為が行われたというためには、ある程の度重大な刺激が加えられていなければならないとしている。しかし、Pyrioukakis事件において、このような理解は人権裁判所の見解とは相容れないことが明示されることとなった。

この事案では、当初申立人には嫌疑は掛けられておらず、因果関係の厳格な証明が不要であるのと同様に、申立人に対してとくに重大な影響が及ぼされたことの認定は必要ではなく、Tに対する間接的誘発行為が行われたという事実を基礎に、直ちに人権条約六条に反する許されざる犯罪誘発行為の存在が認定されている⁽¹²⁾。すなわち、嫌疑不存在であるにもかかわらず犯罪誘発行為が行われ犯罪が実行されたのであれば、連絡員らの態度は本質的に受動

的なものにとどまっていたとはいえないから、誘発行為によってはじめて犯行が惹起されたものとみなされることになるのである。そして *Teixeira de Castro* 事件では、嫌疑の不存在を推認させる要素として、前科がないこと、予備的捜査が実施されていないこと、捜査機関が捜査の過程でたまたま対象者を知ることとなったこと、薬物入手に他人の協力を必要としたことが挙げられている⁽¹³⁾。

反対に *Banikova* 事件では、対象者が犯罪関与を疑わせる十分な理由を有していたこと、時価に精通していること、手間を掛けずに薬物を手入することが可能であったこと、取引に関する利益を得ていたことが、既存の犯罪行為のないし犯意を推認させる要素として示された⁽¹⁴⁾。他方、対象者との接触の際に主導権が連絡員にあったこと、対象者が当初断ったにもかかわらずおとりが改めて申出を行っていること、執拗な刺激を与えること、平均よりも高い価格を提示すること、禁断症状に言及して同情を乞うなどの行為が、捜査当局の受動的態度を否定する要素として示されている⁽¹⁵⁾。

Teixeira de Castro 事件以降、人権裁判所は、誘発行為が行われなかったとしても当該犯罪が行われたか否かというメルクマールを用いつつ、その判定においては犯罪の嫌疑を主たる判断要素としてきた。しかし、その一方で、捜査機関の活動が、本質的に受動的な態様での犯罪行為の解明にとどまっていたかという点も問題とされている⁽¹⁶⁾。問題はこの両者の関係をいかなるものとして理解するかという点にある。すなわち、この両者はおとり捜査をそれぞれ主観面、客観面から捉えた評価方法ということができるわけだが、*Ramanuskas* 事件においては、潜在的な犯罪傾向が存在するとしても、違法な犯罪誘発行為の存在が否定されることにはならないとされているため⁽¹⁷⁾、少なくとも違法性の判断基準の枠組としては主観、客観の両面において適法とされる場合でなければ、人権条約六条違反が承認されると理解すべきであろう。

この点、カーステン・ゲーデ／ウルフ・ビュアマイヤーによる共著の論考⁽¹⁷⁾では、このような両者の違いに鑑み、いみじくも次のような指摘が行われている。

誘発行為がなくとも具体的な行為が挙行されたであろうということを示唆するものがないのに、犯罪誘発行為 (Tatprovokation) が行われたこと「自体」を認定するための付加的要件として、さらに「重大な刺激」の存在を求めることには慎重でなければならない。そして、少なくとも具体的に利益の発生する取引話の持ち掛けがあった場合は、連邦通常裁判所は十分な影響 (erhebliche Einwirkung) があつたと認めるべきである⁽¹⁸⁾。また、私人による通常の教唆 (Anstiftung) の場合とは異なり、犯罪誘発事例においては重大な影響を及ぼした場合にしか国家の共同責任を認めようとしなない点で連邦通常裁判所の態度には問題があるし、憲法裁判所も犯罪行為の「防止 (Steuerung)」のみを許容してきたのであって、反対に国家による行為がなければ挙行されなかったと思われる行為の教唆 (Anstiftung) を認めてはいない⁽¹⁹⁾。加えて、連邦通常裁判所は、犯罪誘発行為が行われたことを認定するために必要な「重大な影響」が、どのレベルのものかについても未だ明確にしているとはいえず、この点にも問題がある⁽²⁰⁾。

第二款 わが国における議論との関係——犯意と嫌疑

このように、人権裁判所における議論では、「嫌疑 (suspicion)」という概念がおとり捜査の適否を判断する際の重要なメルクマールとして理解されている。そして、この嫌疑の存否という判断基準は、私見における主観的違法性判断を補強するものと考えられる。ただ、わが国における主観説が主たるメルクマールとしている犯意が対象者の内面に着目した概念であるのに対し、嫌疑を得ていたか否かというのはむしろ捜査機関側の事情であろう。そ

して、犯意と嫌疑との概念の差異は次のような場合に現れることとなる。すなわち、嫌疑なき対象者に対するおとり捜査が奏効し、対象者を検挙した後「実は元々犯行に及ぶ意思(＝犯意)が存在した」という事実が明確化した場合である。このような場合、事前の犯意の存在を根拠におとりの投入を正当化できるか。人権裁判所は、嫌疑という概念を用いるものの、犯意との関係性については明言していないように見受けられる。この点、嫌疑要件を、捜査機関側が犯罪情報をどれだけ取得しているかという客観的事情として理解すれば、人権条約六条の保障する公正な手続原則に対する違反の有無を判定するための事情として整合するようにも思われる(嫌疑なき人物を捜査の対象とすることの禁止)。ただし、この点に関するドイツの議論をみても、嫌疑要件は影響の重大性とは異なり主観的要素として考えられており、また、わが国の議論に立ち返ってみた場合も、例えば平成一六年決定は「機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者」への機会提供は、刑法一九七条一項の所期する任意捜査として許されるとしている。これは、実体面において犯罪を行う意思(犯意)があることを要件としつつ、形式面においては犯罪を行う意思(犯意)があると疑われること、すなわち嫌疑の存在を要件として求めたものとして理解することも不可能ではないだろう。人権裁判所の嫌疑要件も、形式的・手続的に犯意の存在が疎明されること、すなわち觀念的な犯意の存在が認定されることであると理解すれば、犯意そのものが重要なのではなく、犯意が存在するといふ嫌疑がむしろ重要となってくるものと考えられる。

第三款 犯罪誘発行為の帰責性の範囲——間接的犯罪誘発行為 (mittelbare Tatprovokation)

許されざる犯罪誘発行為を理由に人権条約六条違反が承認される場合、当該行為が国家に帰責されるべきものであることが前提となる。問題は、国家の直接の監視下にないところで犯罪誘発行為が派生的に行われる場合である。

具体的には、公務員の監督・指導を受けた連絡員が嫌疑を有する対象者に架空の薬物取引を持ち掛け、この対象者がさらに監督者たる公務員の関知しない第三者に対して薬物供給を依頼するような場合である。人権裁判所は、*Pyrgiatakis*事件において、このような場合も、「間接的犯罪誘発行為」として国家への帰責性が認められるとした。⁽¹⁴⁾本事件について、ゲーデ／ビュアマイアーは次のような分析を行っている。すなわち、間接的犯罪誘発行為の対象者となった申立人について、前科もなく、警察の企てがなくとも本件行為を実行したことを裏付けるその他の状況証拠も存在せず、申立人による行為を問題視すべき特別の根拠がない場合は、警察の行為に問題がある。つまり、犯罪行為を唆した要因が公務員による干渉であるとみなすことができ、その影響がなくとも当該行為が行われたことを示唆するものがない場合、直接の対象者であるTによる間接的誘発行為が行われる高度の見込みがあれば、人権条約六条に反する犯罪誘発行為が人権裁判所によって認定されることになる。そのため、国家が申立人に対してとくに重大な影響を及ぼしたという認定は、因果関係の厳格な証明と同様に不要であり、むしろ、Tを介した間接的な誘発行為が行われたことの証明があれば十分である。したがって、すでに嫌疑を掛けられている者の犯罪行為を誘発行為によって証明しようとするとき、直接にも間接にも嫌疑なき者を仲介者として関与させることは許されず、その仲介者は当局による誘発行為がなければ自らの行為に及ばなかったであろうという結論を導くことができる。⁽¹⁵⁾と。そして、その後の*Bamnkoua*事件でも、国家機関がアンダーカバー・オペレーションを監督していなかったことを理由に、挙証責任から解放されることはないことが確認されることとなった。⁽¹⁶⁾人権裁判所は、やはりこのような第三者についても上述の基準（本節第一款参照）が妥当すると考えているようであり、*Pyrgiatakis*事件では、第三者に対しては嫌疑要件が充足されず国家的行為が正当化されないまま、同人をして責任と不法に卷込むことになるという問題が明示されている。⁽¹⁷⁾

これに対し、ドイツ連邦通常裁判所は、「連絡員の指導に関して責任を負うべき公務員が関知した状態で、許されざる犯罪誘発行為が行われた場合や、あるいはその公務員がいずれにしてもこれを阻止することが可能であった場合は、公正な手続の保障に鑑み当該誘発行為は国家に帰責されなければならない」とする。つまり連邦通常裁判所は、帰責性を認める要件として公務員による関知あるいは阻止可能性を掲げ、当該第三者に対する嫌疑を問題としていないが、ここにも人権裁判所の見解との違いが明確化することとなった。

第三節 違法な犯罪誘発行為に関する慎重な真実説明と挙証責任——挙証責任の転換論

第一款 効果的な防御権行使の保障

人権裁判所の違法性判断を巡る最後のポイントは、その手続的側面に関するものである。人権裁判所は、おとり捜査に関する「被告人の主張がまったくありえないわけではない場合、扇動 (incitement) がなかったことの証明は検察に課される」とし、挙証責任の転換を認める。このような見解の背景には、人権条約六条三項の要請する防御権 (証人審問権) 保障がある。すなわち、被告人は、犯罪誘発行為を受けたこと証明するために、自らの防御権を効果的に行使用することができなければならず、そのため裁判所は検察に課せられるこのような挙証責任の内容に留意しつつ、真実説明のための必要な措置を講じるべき義務を負うことになるわけである。しかし、最近まで連邦通常裁判所はこのような見解を受容しておらず、対応が注目される⁽¹⁸⁾ところであった。この点に関して、第五刑事部は二〇一三年に新たな判断を示しており、次章で紹介することとする。

第二款 連絡員の供述と証人審問権の保障——免責証人 (Entlastungszeuge) としての利用

ところで、欧州における議論では、秘密裡に情報収集を行う捜査協力者（私人）を連絡員といい、公務員である潜入捜査官 (Verdeckter Ermittler) に対応した概念として理解されている。⁽⁸³⁾ そして、連絡員へのアクセスを遮断したまま代替証拠を用いて他人の知覚内容を有罪立証の根拠とすることが、直接主義、ひいては人権条約六条三項d号の規定する証人審問権保障に抵触しないかが問題とされてきた。⁽⁸⁴⁾ とくに連絡員がおとりとして犯罪誘発行為に関与した場合、犯罪誘発行為の内容、具体的には働き掛けの態様や、国家機関から受けていた指示の内容について供述を行うことのできる証人となりうることが想定され、さらには、被告人にとって有利な証人となることが十分考えられるところである。この場合に連絡員が遮断されてしまうことになれば、被告人にとっては防衛権の効果的な行使が相当程度困難な状況が生じることになる。この点に関してゲーデ／ビュアマイアーは、被告人が自己に有利な決定的申立を行う場合、その申立を効果的に証明する機会を与えられなければならないと主張する。⁽⁸⁵⁾ 効果的な証明の機会が得られなかった場合、当該手続のなかで効果的な補填が図られなければならないと主張する。

実際に拳証責任の転換が問題となった事実としては、*Bambicova* 事件が挙げられる。この事実では、申立人がウラジミールなる連絡員から執拗な働き掛けを受けたと主張し、これがまったくありえないとはいえない主張であると認められたため、事実審裁判所が事実を明らかにするために必要な措置を講じたかどうかの問題とされた。人権裁判所は、対審手続において当該戦略 (Operation) が用いられた理由、犯罪への警察の関与の程度、申立人が受けた扇動 (incitement) なごし圧力の性質を確認する必要があるとの見解を示した。その上で、具体的には、事件記録 (case file) に存在する情報の評価、アンダーカバー・オペレーションに関する関係資料の再調査、関係

人の尋問を通じて、ウラジミールなる人物が警察の指示を受けていたか否について確認する必要があったが⁽⁸²⁾、この人物の身許、アジャン・プロヴォカトゥールであるとされる役割については、申立人が公判廷で関係機関の捜査官を尋問することが可能であったことなどから、扇動の抗弁に対する裁判所の対応としては問題がなかったとしている⁽⁸³⁾。

挙証責任の問題は、(少なくともわが国の議論の現状と比較すると) 発展的な問題ではあるが、連邦通常裁判所の対応が注意されるとともに、わが国でも参考になるのではないかと思われる⁽⁸⁴⁾。

(77) *Ramanuskas v. Lithuania*, no. 74420/01-5.2.2008.

(78) *Ibid.*, § 11.

(79) いわゆる偽装取引に関するおとり捜査を意味するものと思われる。

(80) *Ibid.*, § 14.

(81) *Ibid.*, § 23.

(82) *Ibid.*, § 20.

(83) *Ibid.*, § 24.

(84) *Ibid.*, § 12.

(85) *Ibid.*, § 49-54.

(86) *Ibid.*, § 55-61.

(87) *Ibid.*, § 67.

説

(88) *Ibid.*, § 62-64.

(89) *Ibid.*, § 69.

(90) *Ibid.*, § 70.

(91) *Ibid.*, § 71.

(92) *Ibid.*, § 72.

(93) *Ibid.*, § 73.

(94) *Pyryiolakis v. Greece*, no. 15100/06-21:2:2008. なお、人権裁判所の公式ウェブサイトに於ける判例データベースに於て利用可能なデータはフランス語版のみであるため、*Ulf Buermeyer* (im Übrigen bearbeitet von Karsten Gaede) の以下の翻訳 (in HRRS 2008 Nr. 500) を基礎とした。

(95) *Ibid.*, § 6-10.

(96) *Ibid.*, § 18.

(97) *Ibid.*, § 20.

(98) *Ibid.*, § 21.

(99) *Bannikova v. Russia*, no. 18757/06-4:11:2010.

(100) *Ibid.*, § 37.

(101) *Ibid.*, § 38.

(102) *Ibid.*, § 39.

(103) *Eurofinacom v. France* (dec.), no. 58758/00-7:9:2003-24:6:2004.

- (10) *Yanyan v. Russia*, no. 53203/99-15.12.2005.
- (10) *Khudobin v. Russia*, no. 59696/00-26.10.2006, § 134.
- (10) *Bannikova* (Fn. 99), § 40.
- (10) *Ibid.*, § 41.
- (10) *Ibid.*, § 42.
- (10) *Sequeria v. Portugal* (dec.), 6.5.2003, no. 73557/01, ECHR 2003-VI.
- (10) *Bannikova* (Fn. 99), § 43.
- (11) *Ibid.*, §§ 44-46.
- (12) *Ibid.*, § 47.
- (13) *Ibid.*, § 48.
- (14) *Ibid.*, § 66.
- (15) *Ibid.*, § 73.
- (16) *Ibid.*, § 76.
- (17) *Ibid.*, § 77.
- (18) *Ibid.*, § 78.
- (19) ドイツにおいては、このような身許を偽装した捜査の相手の活動内容は、一九七七年の「刑事および過料手続に関する規則」の付則D (Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren v. 1. Januar 1977., Anlage D. Siehe *Lutz Meyer-Göbner und Bertram Schmitt*, Strafprozessordnung, 57. Aufl., 2014, Anhang 12., S. 2303 ff.) に於て

定義づけが行われている。その後、一九九二年の組織犯罪対策法（正式名称は「麻薬取引およびその他の組織犯罪の現象形態に対する法律（Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität = OrgKG）」により、刑事法に新設された一一〇条 a で潜入捜査官（Verdeckte Ermittler = VE）に「*じゅうじ*」警察職務に携わる公務員で、付与された一定程度永続的な偽装身分（架空身分：Legende）を用いて捜査を行う人物」という定義づけがなされた。また、その他の類似の捜査手法ないしその担手について、一九九三年のフォルカー・クライの論考は、連絡員（V-Mann, V-Person, V-Leute）、情報提供者（Informant）に「*じゅうじ*」は、前述の「刑事および過料手続に関する準則」の付則 D に従いつつ、アンダーカバー・エイジェント（undercover agent）についても定義づけを試みている。これによれば、アンダーカバー・エイジェントは潜入捜査官と類似する捜査手法であるが、①厳格な管理下に置かれておらず、具体的な任務を伴わずに長期間投入される点、②投入に際して必然的に付随する犯罪行為を行うことができる点で区別されると「*じゅうじ*」（Volker Krey, Rechtsprobleme des Strafprozessualen Einsatzes VE, 1993, S. 31f, Rn. 8ff. なお、拙稿「おとり捜査の研究（二）」北大法学論集五八巻四号（二〇〇七年）一〇八頁以下も参照）。

人権裁判所の判例においては、連絡員等の活動がアンダーカバー・オペレーションの枠内にとどまっているか、違法なエントラップメントになっているかという表現が散見される。この表現に従えば、一般に前者は適法であるが、後者は違法ということになる。しかし、前述のクライの見解によれば、アンダーカバー・オペレーションの担手と思われるアンダーカバー・エイジェントには、むしろ問題性があることが指摘されている（Krey, aaO, S. 31f, Rn. 8ff.）。しかし、人権裁判所がいうアンダーカバー・オペレーションは、欺罔的捜査手法のなかでも、対象者に犯罪を唆すという積極的介入を伴わない、純粹な情報収集活動を意味するものと思われる。

- (20) *Karsten Gaede und Ulf Buernmeyer*, Beweisverwertungsverbote und “Beweislastumkehr” bei unzulässigen Tatprovokationen nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR, HRRS 2008, S. 284.
- (21) *Pyrgioulakis* (Fn. 94), § 21.
- (22) *Teixeira de Castro* v. Portugal, no. 44/1997/828/1034-9.6.1998, § 38.
- (23) *Bannikova* (Fn. 99), § 42.
- (24) *Ibid.*, § 47.
- (25) *Ibid.*, § 37-38.
- (26) *Ramanaukas* (Fn. 77), § 55-61.
- (27) *Gaede/Buernmeyer*, a.a.O. (Fn. 120).
- (28) *Gaede/Buernmeyer*, a.a.O. (Fn. 120), S. 285.
- (29) BVerfG, Beschl. v. 10.3.1987-2 BvR 186/87, NJW 1987, 1874, 1875; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 18.3.2003-2 BvB 1, 2, 3/01, BVerfGE 107, 339, 366 ff.
- (30) *Gaede/Buernmeyer*, a.a.O. (Fn. 120), S. 285.
- (31) *Pyrgioulakis* (Fn. 94), § 21.
- (32) *Gaede/Buernmeyer*, a.a.O. (Fn. 120), S. 282.
- (33) *Bannikova* (Fn. 99), § 48.
- (34) Vgl. *Gaede/Buernmeyer*, a.a.O. (Fn. 120), S. 285.
- (35) BGH, Urt. v. 30.5.2001-1 StR 42/01, BGHSt 47, 44, 48; vgl. auch BGH, Urt. v. 18.11.1999-1 StR 221/99, BGHSt

- (136) *Ramanuskas* (Fn. 77), § 69.
- (137) *Bannikova* (Fn. 99), § 73.
- (138) *Gaede/Buermeyer, a.a.O.* (Fn. 120), S. 286f.
- (139) 拙稿「おとり捜査の研究(二)」北大法学論集五八巻四号(二〇〇七年)一一一頁。
- (140) 拙稿「ドイツにおける伝聞証拠の問題性(一)〜(三・完)」国士館法学四二〜四四号(二〇〇九〜二〇一二年)八八頁、六九頁、一頁以下参照。
- (141) *Gaede/Buermeyer, a.a.O.* (Fn. 120), S. 287. なお、証人遮断に伴う証人審問権の制約と手続的補填の関係については、拙稿「ドイツにおける伝聞証拠の問題性(三・完)」国士館法学四三号(二〇一一年)一頁以下参照。
- (142) *Bannikova* (Fn. 99), § 73.
- (143) *Ibid.*, § 76.
- (144) *Ibid.*, § 77-78.
- (145) *Gaede/Buermeyer, a.a.O.* (Fn. 120), S. 287. は、挙証責任を転換するほどの十分な根拠がどのような場合に存在するのかについて、人権裁判所でも明確な説明は行われていないとしていたが、*Bannikova*事件である程度の示唆が行われたように思われる。
- (146) わが国においては、すでに渡辺修教授が検察官に挙証責任を課すべきことを主張されており、立法論として検察官が違法なおとり捜査でないことを合理的な疑いを超えて証明できない場合、公訴棄却すべきであるとされる(渡辺修『捜査と防御』(三省堂、一九九五年)九五頁以下、一〇五頁)。

第四章 ドイツにおける最新の動向——連邦通常裁判所第五刑事部二〇一三年二月一日判決

第一節 事案の紹介

前二章でみてきたように、ドイツ連邦通常裁判所はおとり捜査の違法性判断について人権裁判所判例の示した判例理論を十分には受容できていないように思われる。そして、そのことは近年の人権裁判所判例における違法性判断基準の精緻化により明示されるところとなった。そのため、連邦通常裁判所も、これまで維持してきた自らの見解の変更を迫られることとなり、おとり捜査に関する最新の判例である連邦通常裁判所第五刑事部二〇一三年二月一日判決⁽¹⁴⁾において現実化することとなった。

【事実の概要】

五名の被告人のうち、手続的な瑕疵に関する申立を行ったのは被告人Aと被告人Bの二名であった。

二〇〇九年九月初旬、被告人Aに対してヘロイン取引に関する嫌疑が掛けられていた。架空身分を与えられた連絡員Mは、カフェAで被告人Aに接触し、南米からヘロインを密輸し、ブレーマーハーフェン港から陸揚げしてドイツ国内に流通させるという架空の薬物取引の話を持ち掛けた。

二〇一〇年二月二三日に、MはAに対する働き掛けを行っているが、Mは警察の指導員に対し、A主導で取引話が進展しており、Aは取引を熱望していたと報告した。Aはコカイン取引に魅力を感じており、コカイン取引についての経験不足を隠蔽するため、自由に利用できるコネがあると事実と事実を反することを述べた。

二〇一〇年五月初旬までに、有益な情報が得られなかったため、Mは、連絡員の指導員（V-Mann Führer）から、もっと積極的に迫るように依頼された。その内容は、—— 実際は潜入捜査官であった—— プレーマーハーフェンの港湾労働者の男性にAのことを執り成しておいたと述べて、Aを取引に引き込むことを指示するものであった。Mは、プレーマーハーフェンの税関にコンテナの担当をしている仲間がおり、完全に信頼できる男で被告人とも協力する意思があると信じ込ませた。しかし、Mは、警察の指導員（seine polizeiliche Führung）に対し、A自ら実行の詳細に至るまで聞いてきたと虚偽の報告を行っている。

なお、被告人Aに対する捜査開始からこのときまで九ヶ月間、コカインおよびヘロイン取引に関する手掛りを得られていなかった。

二〇一〇年八月六日、被告人Aと連絡員Mは、港湾労働者Bに会うためにプレーマーハーフェンに赴いた。そして、このときに、被告人Aは、Bが南米からのコカイン密輸に協力することができると否かについて同人と話し合っている。Bは、五万ユーロの報酬を条件に協力することを承諾した。Aは「このようなまたとない機会を……逃すこと」はしたくないと考えた。翌日、Mに対する原供述者尋問（Quellenvernehmung）が行われ、Mは、Aはマケドニアで二七〇キログラムの薬物取引を画策したが、輸送船が港に入らないので失敗したと打ち明けてきたと供述した。しかし、マケドニアは内陸国であるため、この話は虚偽である。⁽¹⁸⁾

二〇一〇年一〇月初旬、AはSaへの取引（密輸）話を持ち掛け、SaはこのAの提案を受け入れた。二〇一〇年一〇月二〇日、B（潜入捜査官）、M（連絡員）、Aの三者が接触し、具体的な密輸の段取について打ち合わせを行った。

ところで、二〇一一年二月八日の原供述者尋問（Quellenvernehmung）において、Aはある薬物供給が不

調に終わったと告白したことがMによって報告されている。そういった事情から、Aはコカイン調達に自信を喪失していたが、Mによる「名誉心への訴え」や圧力により、取引の続行を決意している。そして、二〇一一年二月一八日にAはSaをベネズエラに送った。しかし、Saは、コカイン取引に着手しないまま同三月一日にドイツに帰国し、その後、同三月二九日、SaとAは、さらなる話し合いをするため、Mの主導でKと接触している。

本件取引は、上述のような(本件戦略の実行開始から)一年半に及ぶ経過の後に、ようやく実施されることになった。その後、Aは被告人Sと知り合うことになり、さらにSの知人のオランダ人がこの取引に参加することになった。

二〇一一年四月から五月にかけて、AとSがオランダへ向かい、その際にコカインについても話し合いがもたれ、Aは税関通過が可能であることについても述べている。そこで、Sの知人のオランダ人は、南米とのコネを有する人物への接触開始を約束している。

二〇一一年五月一七日、連絡員の指導員(V-Mann Führer)から連絡員Mに対して、Aにコカインのことは忘れるように伝えよとの指示があった。

二〇一一年五月二五日、A、Sおよび前述のオランダ人が接触し、さらにオランダ人の知人であるアラビア人等がこれに加わり、密輸が可能であるかどうかに関する話し合いが行われている。

その後、数回にわたり連絡員M、被告人Aと潜入捜査官Kの接触が行われている。その際、Aらは中間保管場所である空家の下見をし、手付金を払ってKから鍵を受け取っている。

二〇一一年八月一七日、密輸船が入港し、AとMは、空家に向かい、そこで、Kに一万二〇〇〇ユーロの支払いが行われ、さらに残金の支払い期日等について話し合われた。同八月一八日(翌日)、KとA(および運び

屋)は、港湾敷地に向かい、午前一〇時頃、コンテナから三つのバッグを回収し、これを上記空家に搬入した。その後、ベルリンまでの輸送のため、(前科のある)仲間Uを呼び出している。同日午前一一時二〇分、Uほか一名は、別の場所で待ち合わせ、空家に向かったところで逮捕されている。

州裁判所は、伝聞証人のみを通じてもたらされ、判決理由の中で詳細には論じられていないM供述に「低い証拠価値 (geringer Beweiswert)」しか認めなかった。その背景的事情として、Mが犯罪界 (Kriminelles Milieu) の出身であり、被告人Aの有罪立証 (Überführung) に関しても経済的利害関係を有していたことが考慮された。そして、州裁判所は、MがAに対して著しい誘惑と圧力を用いて働き掛けていたことを認め、初期段階の嫌疑を完全に超えた行為の実行が捜査機関によつて容易化され、しかもその期間が長期間に及んだことから、反法治国家的犯罪誘発行為が行われたと認定した。

また、SaおよびSoに対する影響は被告人Aを介した間接的なものであったが、まさに国家的影響があったため本件における密輸経路が確実に実在化することとなり、その結果彼らが本件犯行に寄与することになったという点を考慮し、国家による影響があったことが認められている。

州裁判所は以上のように述べ、連邦通常裁判所の判例に倣い、被告人らを有罪とした上で減輕を認める量刑的解決を図っている。

【判旨】

連邦通常裁判所は、被告人らの有罪判決は妥当であつて訴訟障碍は問題にならないとしたが、一方で、公正な手続原則違反の存在自体についてはこれを認定した。その概要は以下の通りである。

被告人Aは、反法治国家的な態様の誘発行為を受けているといえる。すなわち、Aに対しては当初確実な初期

段階の嫌疑 (Anfangsverdacht) が存在したが、全体考察から、犯罪誘発行為は「支持できないほど過大なもの」となっていたといえる (連邦通常裁判所第二刑事部一九八三年九月二三日判決^⑤)。この点に関する原審の認定は妥当である。

被告人Aに対しては、連絡員であるMからの直接的な働き掛けのみならず、潜入捜査官であるBからも間接的な働き掛けが行われている。加えて、働き掛けが行われた期間が長期間に及んでおり、誘発された行為は元々存在した嫌疑の規模をはるかに超えたものであった。一方で、他の捜査から被告人に不利な要素は得られていない。「全体を通じてみると、これまで前科のなかった被告人Aが、仮に捜査機関による著しい措置が講じられず、国家に帰責されるべき『M』の行為がなかったとしても、本件行為を行ったであろうということによって有利に働く事情は何も存在しない」。したがって、本件手続は人権条約六条一項第一文の意味において、公正な手続であったとはいえない。

さらにSA、Soについては、確かに連絡員Mおよび潜入捜査官Bは直接的な接触を行っておらず、国家による直接的な働き掛け (Einflussnahme) は行われていない。しかし、このような場合も、連絡員による (直接的な) 誘発行為を受けた人物が、さらに他の人物を行為に卷込む旨の連絡員からの指示に従うようなときは問題となるからである。本件では (連絡員Mからの) そのような明確な指示は認定されていない。しかし、原判決から、捜査機関が、被告人Aが単独で薬物密輸を実行するのではなく、協力者の存在を常に当てにしていたことを窺うことができる。そのため、誘発の効果 (provokierende Wirkung) が、被告人Aとは別の人物にも及ぶだろうということが捜査機関に認識されていたのである。薬物の量を勘案すれば、このような判断には納得すべきであろう。事実、SaとSoは、本質的に国家によって実行され、その期待通りに被告人Aによって伝えられたシナリ

オの影響を受けている。というのは、国家によって安全であるかのように思わされた輸入方法を考慮した上で、彼らは犯行に寄与したからである。そのため、当刑事部は、Sa、So兩名への間接的影響に関する評価には法的瑕疵がないと判断する。

連邦通常裁判所は、以上のように述べ、本件においては許されざる犯罪誘発行為が行われたことを認めた。しかし、これまでの判例に倣い、違法な犯罪誘発行為の法律効果として訴訟障碍を承認することはなく、むしろ量刑の枠内で考慮されるとの判断を示した。最後に、反法治国家的活動はなく、量刑上減輕を図る必要はなかったとする検察官の主張は、以下のような理由から否定されている。

州裁判所によるM供述の証拠価値の評価に、法的瑕疵は存在しない。すなわち、連絡員Mが犯罪界出身である点、Aが有罪判決を受けることに関連して経済的利害関係を有していた点、さらには彼の証言が伝聞証人を通じて公判廷に持ち込まれた点が考慮される必要があった。原審は、いみじくもこの点を考慮している。

また、警察は自らが任務を与えた連絡員を、可能な限り監督する義務を負っている。本件のように連絡員自身が犯罪界の出身者である場合が多く、国家が彼に与えた任務が悪用される危険も考えられる。そのため、州裁判所が正當に論じているように、連絡員に対する統制義務 (Kontrollpflicht) は、過去において「M」が信頼できる人物であったということについて詳細に具体化しないまま、そのことが明白であるという事実をもって相対化されることはない。しかしながら、実際には必要なコントロールは行われていなかった。Mは原供述者尋問 (Quellenvernehmung) において、事実に反する供述を何度も行つた可能性がある。そのため尋問官は、「M」供述の叙述それ自体が整合性を有し、その他の捜査結果と矛盾しないかを吟味する義務を負っていたはずであり、この点において、客観的情報を精査するあらゆる機会を得なければならなかったのである。

さらに加えて、本件捜査においては、記録の真实性 (Aktenwahrheit) および記録の完全性 (Aktenvollständigkeit) に関連して、度重なる違反がみられる。「M」の投入は、何ヶ月にもわたって記録上言及されないままであった。被告人Aと彼の最初の接触は、初めはたんに警察内部の報告書に記録されただけであり、起訴後にはじめて公的な書類で明らかにされた。このことは、一ヶ月間カフェAに向けて設置された監視カメラについて報告書が作成されないまま、その記録が評価されていることにも妥当する。さらに、そのビデオ・データは捜査官からみて有益ではなかったという理由で消去されている。しかし、Mに対する報酬の約束ないし実際の支払いの有無などは、正確に記録に残されなければならなかったはずである。

すなわち、捜査手続の記録記載義務は法治国家的要請であり、捜査機関の裁量に委ねられるものではなく、実審裁判所が手続の経過を余すことなく追体験することを可能ならしめるものでなければならない。法治国家原則の下では、捜査機関が何かを隠蔽しようとしたのではないかと疑われることすら、避けられなければならない。つまり、連絡員Mが対価として報酬を約束されていたか否か、また実際に受け取っていたか否かが、記録中に記載されなければならなかったのである。

刑事事部は、捜査機関に対する連絡員の協力に関する必要かつ包括的な証拠評価において、彼に対する(その都度の)報酬額とその結果の関連性は重要でありうるし、その判断にとって重大な意義を有するという点を指摘しておく。

以上のように述べ、第五刑事事部は原審の判断を支持し、本件におけるMを中心とした捜査機関側の犯罪誘発行為が、欧州人権条約六条一項の保障する公正な手続原則に反するものであると認定した。しかし、その法律効果においては、訴訟障害を承認せず、量刑のレベルで減輕事由として評価するにとどまった。

第二節 分析

第五刑事部は、連絡員Mおよび潜入捜査官△兩名による被告人らに対する働き掛けは違法であると判断したが、その法律効果として訴訟障碍が導かれることはなく、減輕事由が承認されるにとどまるとの見解を示した。

同刑事部は、被告人Aに対する働き掛けを違法と認定するにあたって、国家による働き掛けがなくとも被告人が本件犯行に及んだか否かという、これまで人権裁判所によって示されてきた基準を確認しつつ、その基準の適用に關しては以下の点を考慮している。すなわち、働き掛けが一年半という長期間に及んでいる点、被告人に前科がなかった点である。先にみたように、ドイツ連邦通裁判所は、嫌疑要件を違法認定のための絶対的要件とはみなさず、ある程度の重大な働き掛けの存在も併せて考慮している(第三章第二節第一款)。本件では働き掛けが長期間に及んでいることが認められるが、そのことが元々犯行意思を疑われなかった対象者が犯行に及んだ原因であるという認定が行われているわけではない。つまり、主観要素である嫌疑要件の判断に際して働き掛けが考慮されたというよりも、むしろ働き掛けという要件は併せて考慮されているとみてよい。したがって、この点については新規性は認められないように思われる。

次に、間接的犯罪誘発行為の国家への帰責性については、これまでの判例から一歩踏み出した見解が示されたことと評価することができそうである。すなわち、本件では直接の対象者であったAがS○およびS△等の第三者を犯行に卷込んでいるわけだが、連絡員Mから別人を関与させる旨の明確な指示はなかったものの、捜査機関は第三者への協力依頼を予見していたことが窺われる。つまり、国家が間接的に働き掛けの行われる可能性を認識していた点を考慮した上で、その帰責性が認定されている。問題となるのは、捜査機関等が第三者への協力依頼の可能性を實際

には予見していなかった場合である。第五刑事部の示した文理に従えば、このような場合は国家への帰責性は認められないことになりそうである。しかし、本件では、挙証責任論に関して連絡員に対する国家の指導ないし統制義務が強く認められている。この点を考慮すれば、捜査機関が連絡員を登用する場合、捜査機関は同人の行動をかなりのレベルで把握しておく必要があることになるため、実際に捕捉していなかった活動実態の帰責性から解放されることにはならないだろう。つまり、連絡員等を登用する国家機関には同人に対する強い監督義務が認められ、その義務の範囲で責任を負うことになるかと理解することが可能であるように思われる。

本判決でもっとも興味深い点は、連絡員M供述に対する証拠評価に関する点であろう。本件では捜査機関によるMの監督が不十分であった点だけでなく、同人が虚偽の報告をしていた点、公判手続において召還されず代替証拠が用いられていた点など、問題視すべき事情が多数存在したのも事実である。しかし、第五刑事部はさらにすでに捜査手続の記録化が法治国家的要請であることを明言し、裁判所による捜査過程の事後的確認が担保されなければならぬという。このような第五刑事部の見解は、必ずしも被告人の防御権保障という点から述べられたものではなく、むしろ裁判所の真実解明義務との親和性を有するよう思われる。しかし、少なくとも、捜査機関側がその活動の正当性を自ら担保しなければならないという点では、人権裁判所が示す違法な働き掛けの存否に関する挙証責任の転換論と共通し、効果としては国家に対して違法な働き掛けの不存在を証明する義務が負わされることになる。

(147) BGH, Urt. v. 11.12.2013-5-SR 240/13, HRRS 2014, Nr. 163.

(148) カフェAの店内をビデオ録画した記録があったが、捜査当局にとっては利益がないという判断により消去されている。

(149) つまり、Aに関するこのM供述が虚偽であるばかりでなく、A主導で取引話が進展していたという内容のこれまでの供述も信憑性に疑いが生じることになる。

(150) BGH, Urt. v. 23.9.1983-2 StR 370/83, NStZ 1984, 78, 79.

むすびにかえて

本稿冒頭で述べた通り、私見は、嫌疑の存否という主観面と、国家ないしおとりの働き掛けの強さという客観面の双方に着目した重畳的な判断基準が用いられるべきであると考えられるものである。問題となるのは主観基準、客観基準の違法性の根拠をどこに見出すかという点である。この点、人権裁判所は、嫌疑なき者に対するおとりの働き掛けが違法となる根拠として、公正な手続原則違反を根拠とする。しかし、わが国における客観説がそうであるように、捜査の公正性ないし司法の廉潔性を害する点に違法の根拠を求めるとすれば、むしろ直接的には客観面に着目した判断基準が導かれる方が自然であるように思われる。

では、違法性判断基準と違法の根拠の関係をどう考えるべきか。すでにみてきたように、ドイツにおいても、嫌疑なき者に対するおとり捜査は、捜査開始の要件たる初期段階の嫌疑（刑法一五二条二項、一六〇条）を欠くため許されないことになる。その根拠には、法は内心を処罰しないという理念がある。嫌疑なき者に対する捜査は、同人の内心への介入につながり、また対象者が国家的行為のたんなる客体として取り扱われることを禁じる客体公式（die Objektformel）⁽¹⁵¹⁾にも反することになる。

私見は人権裁判所およびドイツの議論を参考に、次のような理論構成を試みるものである。すなわち、おとりの働き掛けは対象者に対する一定の介入・干渉を伴う行為であるため「捜査」であると理解される。捜査である以上は、初期段階の嫌疑がその前提条件となる。したがって、嫌疑が欠如している「たんなる推定」の段階においては、おとりの投入は直ちに違法となる。反対に、初期段階の嫌疑が存在する状況でのおとりの投入が直ちに適法と評価するかについては、働き掛けの強度は嫌疑レベルとの比例性の下で正当化されることになる。ただし、おとり捜査が任意捜査として位置づけられるとしても、その介入・干渉の程度は比較的強いものであるため、捜査開始のために求められる最低限度のレベルの嫌疑ではなく——十分な嫌疑までには至らずとも——ある程度の具体性をもった嫌疑が必要となる。

このように考えれば、捜査による介入・干渉の程度と嫌疑との相関関係の枠組みの中でおとり捜査を理解することができよう。しかし、このような嫌疑と介入・干渉の相関関係を前提とする見解は、あくまで通常の捜査についていえることであって、おとり捜査についてそのまま妥当するかについては慎重であるべきであるように思われる。先に示した見解は、捜査開始の要件とおとり投入の要件とをパラレルなものとして理解し、おとり捜査を捜査手続の枠内で考えるものである。しかし、捜査開始の前提として観念的に犯罪がすでに存在すること、そして、形式的にみてそのことを具体的に示す手掛かり（＝嫌疑）が存在しなければならぬことと、同様に犯罪を行う意思（犯意）が存在し、そのことについて嫌疑が存在しなければならぬこととは本質を異にする。というのは、犯罪の存在はそれ自体処罰の対象となり刑罰権の発生根拠となるのに対し、犯意があることそれ自体としては処罰対象ではなく、刑罰権発生の根拠となりえないためである。したがって、通常の捜査開始の要件としての嫌疑とおとり投入の要件とされる嫌疑とは、本質的な意味においてその概念自体にズレがあるといわざるをえない。

この点に関して、わが国では犯罪発生前であっても当該犯罪の解明および検挙に向けた捜査を開始することが可能であるという有力学説が存在する。そして、このような見解に立てば、おとり捜査を捜査として観念することも可能となる。しかし、私見はそのような事後捜査積極説に与するものではない。ドイツに目を転じた場合、捜査は既に発生した犯罪に対して行われるものであるという理解が伝統的に維持されており、捜査開始の要件たる初期段階の嫌疑もすでに犯罪が行われたことに関する具体的な手掛りのことであると理解される。しかしながら、これから発生することが高度に見込まれる犯罪を訴追の対象として、おとりを投入することそれ自体を禁ずべきとする見解は学説の一部に存在するのみであり、判例および学説のほとんどは、被作出犯罪を対象におとり捜査を行うことそれ自体を違法とはみなしていない。

本稿は、ドイツにおいて、嫌疑要件という違法性判断における主観的要素が公正な手続の保障と関係するものであると分析を前提に、自説を補強しようとするものである。しかし、犯罪の嫌疑と犯罪意思の嫌疑とは根本において異なる概念である。そもそも、おとり捜査は発生前の犯罪に対する許されざる介入とはならないのか。実務においては、対象者の処罰よりも背後の黒幕に対する情報収集効果が期待されているという分析もみられるが、おとり捜査が何を狙ったものであるか——対象者の訴追か背後の黒幕の検挙か——、その性質に関するさらなる検討が望まれるところである。他日を期すこととしたい。

(151) 白取祐司『刑事訴訟法「第七版」』（日本評論社、二〇二二年）一二二頁など。

(152) 近代法においては、処罰の対象は行為のみであり、思想・信条・意思は、それが内心にとどまる限り処罰の対象とならない（法は内心を処罰しない）とされる。藤木博士は、「内心に、犯罪実現の意思が形成されただけでは、まだ犯罪として刑

罰を科せられることはない……犯罪とするために、犯罪実現の意思の発現と認められる外形的行為がなければならぬ」とされる(藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂、一九七五年)九一頁)。

(153) Vgl. Matthias Herdegen, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, 53. Auflage 2009, Art. 1 Abs. 1 Rn. 33.

(154) ジークは、おとり捜査が危険防除目的に資するものと見て正当化を図らうとする (Hans Otto Sieg, Staatlich provozierte Straftat, StV 1981, 636, 637.)

(155) Goya Tyszkiewicz, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, 2014, S. 28f. たまたま、テュシキエヴィッチェは、末端売人の代替可能性および組織の複雑性という点に鑑み、そのような犯罪闘争 (Kriminalitätsbekämpfung) 目的でのおとりの投入に懐疑的である。

[付記] 本稿は、平成二五年〜二六年度科学研究費補助金による若手研究 (B) 「刑事手続きにおける新たな情報収集活動の多角的研究」(研究代表者 内藤大海、研究課題番号2578051) の成果の一部である。また、欧州における議論状況について Karsten Gade 教授 (Bucerius Law School / ハンブルク) から情報および資料の提供を頂いた。ここに記して深謝申し上げる次第である。