

おとり捜査の違法性判断を巡る欧州の動向(一)

——欧州人権裁判所の判例理論を参考にして——

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、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

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一日判決

第一節 事案の紹介

第二節 分析

むすびにかえて

序

第一節 秘密裡な情報収集活動とおとり捜査

近年、わが国では、取調べの可視化（以下、たんに「可視化」とする）の導入に向けた具体的な議論が行われるなか、法制審議会における新時代の刑事司法制度特別部会（以下、たんに「特別部会」とする）では、これに対応するための新しい捜査手法の導入が検討されている。そのなかで、特別部会では、旧来から用いられてきたおとり捜査の積極的活用を検討するとともに、いわゆる潜入捜査と称されてきた情報収集に特化した仮装身分捜査の導入の必要性を主張されている⁽¹⁾。特別部会における議論によれば、仮装身分捜査とは、捜査員が秘匿捜査や潜入捜査を行う際に、警察官であるという身分を隠して犯罪者に接触するものであるとされ、捜査官の保護と並んで情報収集

の容易化を図るための補助的措置として考えられているが、その捜査手法としての実体は、やはり仮装身分を利用したおとり捜査ないしは潜入捜査ということになろう。⁽³⁾しかし、このような議論はそれほど新しいものではなく、可視化の議論が活発化する以前から、その必要性はすでに捜査実務の側では主張されていた。例えば、警察庁は、二〇〇三年に潜入捜査の導入の必要性に触れ、組織犯罪・テロ犯罪対策においては、警察における情報の集約と早期的介入が必要であり、そのために新たな情報収集および情報管理の在り方が必要であると主張していた。⁽⁴⁾特別部会における導入論も、このような警察庁における議論と概ね同じ問題意識を出発点とするものと考えられる。

広い意味での仮装身分捜査のうち、おとり捜査についてはわが国でも議論が行われてきたところであるが、潜入捜査については少なくとも判例上は問題とされてこなかったように思われる。その反面、学説においては、諸外国の議論に対する関心がみられ、とくにドイツにおける導入例を紹介し、検討するものが多くみられた。⁽⁵⁾ドイツでは、一九九二年の組織犯罪対策法⁽⁶⁾により、刑法一一〇条 a 以下に潜入捜査官の投入等に関する規定が新設された。この新たな捜査手法は、一九八〇年代からの薬物犯罪の増加等に伴うドイツ国内における組織犯罪対策のための法整備の一環として行われたものである。⁽⁷⁾思うに、潜入捜査が奏功すれば、薬物密売組織などの中枢に迫り、その首謀者の犯行関与の状況を直接的に捕捉することができ、潜入捜査官の知覚情報を証拠に首謀者の検挙・訴追が可能となる。反面、薬物の架空取引を持ち掛け、対象者がこれに乗じて犯行に及んだところを検挙するおとり捜査の場合、末端売人の検挙・訴追は可能となっても、その背後にいる黒幕の訴追のためには、さらなる突き上げ捜査が必要となってくる。そのため、潜入捜査は、従来型のおとり捜査にとつて代わるものと思われた。しかし、実務においてはなおおとり捜査が行われ、判例および学説においてもなお議論が重ねられているといつてよい。⁽⁸⁾

ドイツにおける議論状況をみた場合、とくに学説の分析によれば、おとり捜査が刑事訴追機関の関心を引くのは、

それによって作出された犯罪の訴追よりも、むしろそれを契機に得られる他の犯罪に関する捜査の手掛かり (Ermittlungsansätze) の点においてであるとの指摘がある⁹⁾。実際のところ、おとり捜査の相手の大部分は、秘密裡に捜査を行う警察官 (NOEP)¹⁰⁾ あるいは連絡員 (V-Mann) であるとされるが、その背景的事情として、潜入捜査の過程で潜入捜査官あるいは連絡員の活動が、純粹な情報収集活動を越えておとり捜査に発展する場合が少なくないという実情があると考えられる¹¹⁾。このような現状に鑑みれば、両者を全く別個の捜査手法として位置づけ個別に論じるよりも、両者に共通する関係を意識した検討が必要であるように思われる。

本稿は、欧州人権裁判所判例におけるおとり捜査の違法性判断基準について検討を試みるものである。しかし、おとり捜査の伝統的イメージが、後に訴追されることになる犯罪の惹起という点によって特徴づけられてきたのに対し、近年では主に組織犯罪を意識した犯罪闘争 (Verbrechensbekämpfung) における戦略的情報収集手段としても意識されるようになってきている¹²⁾。事実、これまでの分析によれば、おとり投入の七〇八割のケースで薬物犯罪との「闘争 (Bekämpfung)」に効果があるとされる¹³⁾。具体的に考えられるのは、おとり捜査によって直接検挙された対象者から情報を聞き出し、当該薬物取引を取り巻く状況ないし背後の黒幕に対する捜査上の手掛りを獲得する¹⁴⁾とか、まさに取引されるその薬物を市場における流通から除去し、社会への散逸を防止するという作用である。しかし、このような見解に対しても、実際は、背後の黒幕の捜査という目的には適しておらず、事実、「小さな犯罪者 (Kleinkriminelle)」のみを対象に誘発行為が行われているという批判も少なくない¹⁵⁾。そのため、仮に、このようないわゆる「犯罪闘争」を目的としたおとりの投入が許されるとすれば、その目的達成可能性——例えば、背後者への到達可能性——が前提条件となつてこよう¹⁶⁾。

しかし、このような捜査手法の合目的性を当該措置の正当化要件に組み込むことは、当該目的自体の正当性を

前提とする。したがって、おとり捜査の目的・機能の理解如何によって、正当化のための要件設定も異なるし、違法性判断を論じる際も、本来であれば目的・機能との関係を整理した上で、それぞれの類型毎に検討を行う必要がある。しかし、犯罪闘争目的でのおとりの投入、あるいはおとり捜査にその機能を期待することは、この捜査手法に本来の意味での刑事訴追機能を越えた行政警察的機能を期待することにも繋が¹⁷⁾、本稿ではどうい¹⁷⁾捕提することのできるものではない。そこで、まず、本稿ではわが国と同様、ドイツや欧州人権裁判所においても従来より議論の対象となってきた、犯罪訴追 (Verbrechensverfolgung) を目的とするおとり捜査、すなわち被作出犯罪に係る被誘発者の訴追を目的としたおとり捜査に焦点を当て、検討を行う。

第二節 おとり捜査を巡るわが国の議論

他方、わが国の議論に目を転じてみると、最高裁判平成一六年七月一二日決定によれば、おとり捜査とは、一般に「捜査機関又はその依頼を受けた捜査協力者が、その身分や意図を相手方に秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙する」捜査手法である¹⁸⁾と定義づけられ、学説も概ねこのような理解を前提に議論を行ってきたとい¹⁹⁾ってよい。そして、従来、対象者に予め犯意が存在する場合は適法であるが、犯意のない者に対して働き掛け、犯行に向かわせた場合は違法とする主観説(二分説)が、判例・学説において有力に主張されてきた。しかし、これに対しては「犯行に及んだのは、犯意があったからに違いない」という推定の下で犯意の認定が甘くなりやすいといった批判もみられ¹⁹⁾、学説においては、犯意という内面ではなく、おとりないし国家の働き掛けという外面に着目した機能的な違法性判断を志向する客観説が登場することとなった。これに対し、判例は、あくまで犯意の有無を違法性判断の中核的メルクマールとしつつも、その判定

に際して働き掛け等の客観的事情も考慮するものが登場するようになる。⁽²⁰⁾ しかし、どのような判断基準を採用すべきであるかは、おとり捜査が犠牲にする利益は何か、すなわちおとり捜査の違法の根拠がどこに求められるかというところに帰着することになり、学説も基本的にこの点を軸に対立してきたといつてよい。⁽²¹⁾

これに関して、これまで学説では、人格的自律権侵害、司法の廉潔性侵害、おとり捜査による新たな法益侵害の創出という三つの違法の根拠が主張されてきた。このうち、おとり捜査の違法性の根拠を人格的自律権に求める見解は、むしろ昭和二〇年代の下級審判例にもみられた。⁽²²⁾ このような見解は、学説において早くから主張されていた主観説と親和的であり、犯意のない者に犯意を生じさせて犯行に及ばせるおとり捜査が許されないのは、対象者の人格的自律権を侵害するためであると主張する。⁽²³⁾ しかし、主観説に対しては、犯意という内心を認定することの困難さに起因する前述の批判があり、また、理論的にも犯罪を行うか否かに関する自己決定の自由は認められないため人格的自律権侵害を観念することはできない。⁽²⁴⁾ などの強い批判が存在する。他方、国家ないしおとりの働き掛けを違法性判断のメルクマールとする客観説のほとんどは、対象者の権利ではなく捜査の公正性侵害にその根拠を見出し、対象者を誘い寄せ、犯罪行為に陥れることが「公正さに欠け」、⁽²⁵⁾ 本来犯罪を抑制すべき国家が犯罪を誘発する点に問題があると主張する。⁽²⁶⁾ さらに近年では、「国家が犯罪の教唆・幫助等を行い……本来……刑事実体法により保護すべき法益侵害の危険をみずから惹起ないし創出」する点に違法の根拠を求める見解が登場する。⁽²⁷⁾ すなわち、犯罪を処罰すべき国家が自ら犯罪を創出しようとする「背反的状况」が問題の核心であるという点で、捜査の公正性侵害を違法の根拠とする第二の見解と共通するが、むしろこれを再構成したものととも理解できる。⁽²⁸⁾

第三節 試論——欧州人権裁判所判例から得られる示唆

私見は、人格的自律権侵害を違法の根拠とする理論と捜査の公正性ないし司法の廉潔性を害する点にそれを見出す理論とは相互に矛盾するものではなく、両者はいわば表裏の關係にあり、捜査の公正性侵害の具体的理由に遡って追求すると、人格的自律権侵害に帰着する場合もありうるし、その逆もまたありうると思われるものである。²⁹⁾むしろ、捜査の公正性侵害に違法の根拠を求める見解の多くが、その背後に対象者の内面的側面に対する介入を考慮しているように思われ、³⁰⁾仮に対象者の権利侵害とは全く別個に捜査の公正性侵害ないし司法の廉潔性侵害が想定できるとすれば、司法に対する信頼の毀損、具体的には国家による法益侵害の惹起という第三の違法の根拠論に帰着することになる。しかし、この見解に対しても違法の本質が曖昧になるといった批判がみられ、³¹⁾通説を形成するまでは至っていないといつてよい。やはり、対象者に対する権利侵害に起因しない公正性侵害を想定しうるとしても、捜査が公正でなければならぬことと捜査対象者の人権保障とは、基本的な部分において無關係ではないと考えるべきであるように思われる。³²⁾捜査の公正性侵害に違法の根拠を見出す学説の多くが対象者の権利侵害を意識しているように思われるのも、このような背後関係があるからではないかと推察される。

他方、欧州に目を投じてみると、一九八〇年代初頭のドイツ判例理論では、既存の犯意の有無という主観面に着目した犯意の具体化理論 (Konkretisierungstheorie) が用いられていたものの、その後は国家の影響を重視する「重大な影響 (erhebliche Einwirkung)」基準が採用されるようになっていった。後に紹介するように、現在連邦通常裁判所は、主観・客観を総合的に考慮する判断基準を採用していると分析できるが、学説では依然として客観的な違法性の根拠を基盤とする客観説が支配的であるようである。一方で、欧州人権裁判所 (以下、たんに「人

権裁判所」とする)ではむしろ主観面を重視した判断基準が採用されており、具体的には、嫌疑なき者に対する働き掛けは欧州人権条約(以下、たんに「人権条約」とする)六条一項の保障する「公正な手続を受ける権利(right to fair trial)」と相容れないため違法となるという。わが国の議論に引きつけて考えてみた場合、むしろ、捜査の公正性ないし司法の廉潔性³³⁾という客観的な違法性の根拠から、嫌疑という対象者側に着目した主観的判断基準が導かれており、この点に、捜査の公正性侵害と人格的自律権侵害とは表裏の関係にあるという前述の私見に通ずるものがあるように思われる。

以上述べたような趣旨から、本稿はドイツ連邦通常裁判所判例との比較を用いながら、人権裁判所の判例理論の分析を試みることにする。

- (1) 法制審議会新時代の刑事司法特別部会第一六回会議事録三四頁以下。
- (2) 特別部会第一六回会議事録三四頁「島根発言」。
- (3) 特別部会では、仮装身分捜査が情報収集一般について有効であることが以下のように指摘されている。

最近では暴力団員が直接犯罪実行の場面に手を出さず、暴力団の意向を受けて活動するような素行不良者に会社の経営を行わせ、その会社を通じて詐欺取引や恐喝を実行することが多くなっている。警察官が同業者を装ってこのような会社経営者に近づき、その取引などを通じて様々な情報を収集することができれば、当該会社ないしは暴力団の関係の実体を把握する上で極めて有効である。(特別部会第一六回会議事録三五頁「露木発言」)
- (4) 警察庁「緊急治安対策プログラム」(平成一五年八月)。
- (5) 例えば、新屋達之「いわゆる『隠密捜査官』をめぐる若干の検討」岡本勝ほか編『刑事法学の現代的課題——阿部純二先

- 生古稀祝賀記念論文集』(第一法規、二〇〇四年)四六七頁、宮木康博「ドイツにおける身分秘匿捜査」同志社法学五七巻一号(二〇〇五年)一一五頁、拙稿「ドイツにおける潜入捜査」北大法学論集五六巻四号(二〇〇五年)二九七頁など。
- (6) 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)。なお、組織犯罪対策法の立法に至るまでのドイツにおける組織犯罪対策の動勢については、拙稿・前掲(註5)二九九頁以下参照。
- (7) 拙稿・前掲(註5)三〇四頁。
- (8) 最新の判例としてBGH, Urt. v. 11.12.2014 - 5 StR, 240/13, StV 2014, 321 ff. = HRRS 2014, Nr. 163. 他方、学説においては、欧州人権裁判所判例の見解を考慮して議論を展開するものが多くみられる。最近公刊されたものとして Pierre Hauck, *Heimliche Strafverfolgung und Schutz der Privatheit*, 2014; Goya Tyszkiewicz, *Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme*, 2014 など。
- (9) *Arthur Kreuzer*, *Die Lockspitzelfälle*, in *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber*, 2003, S. 225, 226; *Tyszkiewicz*, aa.O. (Fn. 8), S.24. なお、判例においても、おとり捜査が犯罪の解明のみならず、薬物取引の背後の黒幕の解明や、大量の薬物の流通からの除去など、犯罪闘争(Verbrechensbekämpfung)の面でも効果があることが指摘されている(BGH, Beschl. v. 19.5.1987 - 1 StR 202/87, StV 1987, 435)。なお、連邦通常裁判所第一刑事部一九九九年一一月一八日判決は、おとり捜査に犯罪の検挙と同時に、予防・鎮圧効果があることを認める(BGH, Urt. v. 18.11.1999 - 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321, 336)。
- (10) NOEP (=Nicht offen ermittelnde Polizeibeamte)と類似の概念である潜入捜査官(Verdeckter Ermittler=VE)と称し、後者が一定期間(auf Dauer)投入されるといふ点で区別される。しかし、このような「期間」による区別においては、

単純に時間に関する基準のみが問題となるのではなく、「期間」はその時々々の捜査任務に応じて判断される (Werner *Bauke*, Strafprozessordnung, 12. Aufl., 2012, S. 184, Rn. 267; *Tyszkiewicz*, a.a.O. (Fn. 8), S. 24 f.)。

- (11) *Tyszkiewicz*, a.a.O. (Fn. 8), S. 27.
 - (12) *Tyszkiewicz*, a.a.O. (Fn. 8), S. 24.
 - (13) *Kreuzer*, a.a.O. (Fn. 9), S. 225, 229; *Tyszkiewicz*, a.a.O. (Fn. 8), S. 28. しかし、むしろデュムキエヴィッチュは犯罪闘争効果に否定的である。
 - (14) *Tyszkiewicz*, a.a.O. (Fn. 8), S. 28. なお、背後の黒幕への到達可能性を巡っては、麻酔剤法三一条の「王冠証人規定」に関する問題が派生的に生じた (Vgl. *Harald Hans Körner/Jörn Patzak/Mathias Volkmer*, Betäubungsmittelgesetz, 7. Auflage, 2012, S. 998, § 31 Rn. 4 f.[Jörn Patzak])。
 - (15) *Tyszkiewicz*, a.a.O. (Fn. 8), S. 29. なお、デュムキエヴィッチュは、その論争において、*Ingeborg Puppe*, Verführung als Sonderopfer, NStZ 1986, 404; *Arthur Kreuzer*, a.a.O. (Fn. 9), S. 225, 234を挙げた。
 - (16) *Tyszkiewicz*, a.a.O. (Fn. 8), S. 29.
 - (17) 一九八〇年代初頭のドイツにおいて、おとり捜査が危険防除目的に資すると主張した論者としては、ジークが挙げられる (*Hans Otto Sieg*, Staatlich provozierte Straftat, StV 1981, 636, 637)。
- しかし、その後レッシェにより、おとり捜査は直接的には犯罪の行為を創造することになるため危険防除とは評価されないと反論を受けることとなる (*Heiko Lesch*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.11.1999, JR 2000, 434, 435 ff. 同様の指摘を行なったのは *Klaus Ellbogen*, Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten, 2004, S. 51が挙げられる)。この点について、拙稿「おとり捜査の研究(一)」北大法学論

集五八卷二号（二〇〇七年）七二頁参照。

(18) 最決平成一六年七月一二日刑集五八卷五号三三三頁。

(19) 川崎英明「おとり捜査の規制」島大法学三〇巻一号七三頁、福井厚『刑事訴訟法講義〔第五版〕』（法律文化社、二〇一二年）九八頁以下。

(20) 大阪高判平成一五年七月七日刑集五八卷五号三五一頁、大阪地判平成一三年九月二一日刑集五八卷五号三四〇頁〔平成一六年決定の第一審〕、横浜地判平成一〇年三月一八日判時一六四六号一七一頁、大阪高判昭和六三年四月二二日高刑集四一巻一号一二三頁など。

(21) 後藤昭「判批・最決平成一六年七月一二日」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第九版〕』（有斐閣、二〇一一年）二七頁。

(22) 横浜地判昭和二六年一〇月一七日刑集八巻二一号一七二三頁なお、本判決を維持した東京高判昭和二七年七月二九日高刑集五巻九号一五〇二頁は、最判昭和二九年一月五日刑集八巻二一号一七一五頁によって破棄されている。

(23) 三井誠『刑事手続法（一）〔新版〕』（有斐閣、一九九七年）八九頁、田口守一『刑事訴訟法〔第六版〕』（弘文堂、二〇一二年）四九頁。

(24) 酒巻匡「おとり捜査」法教二六〇号（二〇〇二年）一〇六頁。亀井源太郎『ロースクール演習刑事訴訟法』（法学書院、二〇一〇年）二四頁註一一。その他、通常の教唆との違いを説明できないといった批判もある（白取祐司『刑事訴訟法〔第七版〕』（日本評論社、二〇一二年）一二二頁）。

(25) 松尾浩也『刑事手続法上〔新版〕』（有斐閣、一九九八年）二二八頁、光藤景皎『刑事訴訟法Ⅰ』（成文堂、二〇〇七年）三一頁。

- (26) 白取・前掲書(註24) 一一一頁。最高裁平成八年一〇月一八日決定における大野・尾崎両裁判官による反対意見は、「人を犯罪に誘い込んだおとり捜査は、正義の実現を指向する司法の廉潔性に反する」というが、これも同様の見解に立つものと思われる。
- (27) 酒巻・前掲論文(註24) 一〇六頁、佐藤隆之「判批・東京高判昭和五七年一〇月一五日」松尾浩也Ⅱ井上正仁編『刑事訴訟法判例百選「第七版」』(有斐閣、一九九八年) 二七頁、同「判批・東京高判平成一〇年八月一七日」現代刑事法一二号(二〇〇〇年) 八八頁。なお、佐藤教授は、法益侵害惹起説ともいべきこの見解の提唱者であるとされるが、国家による法益侵害の惹起と捜査の公正性とは別個の基準とされる(酒巻・前掲論文(註24) 一一〇頁註二四参照)。
- (28) 酒巻・前掲論文(註24) 一〇六頁。最近では、寺崎嘉博『刑事訴訟法「第三版」』(成文堂、二〇一三年) 七七頁。
- (29) 後藤・前掲論文(註21) 二七頁。
- (30) 鴨博士は、「犯罪を行なう蓋然性が証拠によって十分に認められないのにこの種の擬装手段を用いることは、善意の市民を恣意的に捜査の実験台におくことを意味し、個人にとって耐えがたい名誉、自由の侵害といわなければならない」とされる(鴨良弼『刑事訴訟法の新展開』(日本評論社、一九七三年) 一九四頁)「傍線部は引用者」。また、光藤博士も、おとり捜査の違法の根拠は捜査の公正性侵害にあるとしながらも、おとりの働き掛けによってはじめて犯意を生じた場合に適法となる余地がある客観説に疑問を呈され、判断基準については主観説を採用されている(光藤・前掲書(註25) 三三三頁)。
- (31) 白取・前掲書(註24) 一一一頁。
- (32) 三井教授は、憲法三一条の適正手続の保障は同一三条の個人の尊厳とは無関係ではないとしたうえで、違法の根拠として人格的自律権侵害が挙げられることを主張される(三井・前掲書(註23) 八九頁)。
- (33) 客観的違法性の根拠について、一般的には「司法の廉潔性」に反するという表現が用いられることが多いように思われる

が、後藤・前掲論文(註21)二七頁は、同じ文脈で「捜査の公正性」という用語を用いており、両者に違いはないものと思われる。

(34) わが国の学説においては、光藤・前掲書(註25)三一頁以下も同様の見解に立つものと思われる。

第一章 *Teixeira de Castro* 対ポルトガル事件⁽³⁵⁾

第一節 事案の紹介

おとり捜査に関する人権裁判所のリーディング・ケース的な判例は、一九九八年六月九日の *Teixeira de Castro* 判決である⁽³⁶⁾。これまでの人権裁判所判例をみても、本判決で示された基準をどう理解するかを巡って議論が蓄積されており、人権裁判所の見解を概観する上で重要な判例といえることができる。

【事実の概要】

本件は二名の私服警察官が、ハッシッシュの自己使用について嫌疑を掛けられていた *M.S.* という人物を足掛かりにその供給元の売人を突き止めようとして、派生的に申立人にたどり着いたという事案であった。事実の概要は以下のようなものである。

二名の私服警官は、身分を秘して *M.S.* に近づき、ハッシッシュの買受を申し出たところ、*M.S.* は売人を捜すことに同意したものの、売人をなかなかみつけれなかった。その後、警察官らはヘロインの供給方を求めて *M.S.* を再度尋ねて行くが、このとき *M.S.* は申立人であれば供給可能ではないかと返答したが、その居場所について

は知らなかった。そこで警察官二名とV.S.は、申立人の居場所を知っていると思われるM.O.という人物を訪ね、同人の案内で申立人の居宅へ赴いた。そして、申立人の居宅で警察官らと申立人とで偽装交渉が行われ、交渉成立後に申立人が「P.O.というさらに別の人物からヘロインを入手し、これを警察官らに引渡そうとした」ところで現行犯逮捕が行われた。

事実審裁判所は、申立人を有罪とし、六年の自由刑を宣告したが、これに対し申立人は、人権条約六条に依拠しつつ、公正な審理 (fair hearing) を受ける権利を侵害されたとして上告した。ポルトガル最高裁は、二名の警察官による関与について、これらの人物が申立人のところに案内してもらうまでにかなり執拗に迫っていた (extremely pressing) ことを認めつつも、それが「関係人らによって」選択された経過であったことはごく自然であるとした。

これに対しても、申立人は、人権条約六条一項を根拠に、二名の私服警官によって、有罪判決の根拠となった犯罪を行うよう扇動を受けた (incited) 点で公正な手続を受けていないと主張し、人権裁判所に申立を行った。

【判旨】

これに対し、人権裁判所はこれら二名の警察官による働き掛けが許容されるレベルを越えているとして、人権条約六条一項違反を認めた。

当裁判所は、本判決において、証拠の許容性判断に関する自らの役割についてこれまでに繰り返し返されてきた一般原則を確認する。すなわち、証拠の許容性は元来国内法の規制する問題であり、提出された証拠の評価 (asses) は国内裁判所に委ねられており、「証拠の獲得手段を含む全体としての手続が公正であったか否かを判断すること」が人権裁判所の使命である。当裁判所は、それが正当化される場合、捜査段階において匿名の情報

提供者のごとき情報源に頼ることは排除しない。しかし、その後の手続において有罪認定を行うために彼らの供述を利用することは、これとは別の問題である。^⑩さらに、公正な手続（公正な法執行：fair administration of justice）が、組織犯罪対策という便宜のために犠牲になることはなく、警察による扇動（incitement）の結果得られた証拠の利用が公共の利益によって正当化されることはない。^⑪

本件では、二名の警察官の活動がアンダーカバー・エイジェントの活動を越えたものであったか否かが判断される必要がある。当裁判所は、本件警察官らの干渉行為（intervention）が、裁判官によって命じられ、監督された反薬物取引活動（anti-drugtrafficking operation）の一部として行われていることについて、「ポルトガル」政府が論じていない点に言及する。その上、本件所轄官庁が、Teixeira de Castro氏が薬物の売人であるとの嫌疑を抱く十分な理由を抱いていた事実も明らかにされていない。反対に、彼には前科（criminal record）がなく、彼に関する予備的捜査も行われていない。実際、警察は彼のことを知らなかったのであり、たんに仲介者V.S.およびF.O.を通じてはじめて接触することになった人物にすぎない。さらにいうと、本件薬物は申立人の自宅にあったわけではなく、彼はその薬物を、さらに別人から入手した第三者から入手しているのである。そしてまた、ポルトガル最高裁も、逮捕時に申立人が警察官らの要求を超える大量の薬物を所持していたのであるから、当該行為が警察によって扇動された（incited）内容を越えていたのだということも指摘（明示）していない。また、申立人は犯罪を犯す意思があった（pre-disposed）とする政府の主張を支持する証拠は存在しない。これらの状況から必然的に導かれる推論は、二名の警察官は、本質的に受動的な態度でTeixeira de Castro氏の犯罪行為を捜査するにとどまらず、犯罪の挙行を扇動する（incite）ような影響を及ぼしているということである。最後に、当裁判所は、国内裁判所はその判断のなかで、申立人は主に二名の警察官の供述に基づいて有罪

を宣告されたということを描しているということに言及しておく。⁽¹²⁾

以上すべての点を考慮し、当裁判所は次のように結論づける。すなわち、二名の警察官の行為は、犯罪を扇動する (instigate) ものであり、またかかる干渉 (intervention) がなくとも当該犯行が行われたというを示すものがないため、アンダーカバー・エイジェントの活動を越えている。このような干渉とそれを係争中の (impugned) 刑事手続のなかで使用することは、まさに被告人が最初から公正な手続きを奪われていたということを明白に意味する。結果として、六条一項に対する違反が存在する。⁽¹³⁾

第二節 分析

このように、本判決で人権裁判所は、おとり捜査が人権条約六条一項の保障する公正な手続を侵害するか否かの判断にあたっては、おとりの干渉がなくとも当該犯行が行われたか否かという点を重視している。その際、おとりの活動が本質的に受動的なものにとどまっているか否かという客観的要素も考慮されるが、あくまでも嫌疑の存否の判断が第一義的な意味を有するという分析が多くみられる。⁽¹⁴⁾ ドイツに目を移した場合、翌一九九九年と二〇〇一年におとり捜査に関する連邦通常裁判所判決が出されることになるが、必ずしもこのような人権裁判所の見解を正確に反映したものとはなっていないように思われる。⁽¹⁵⁾

(35) *Teixeira de Castro v. Portugal*, no. 44/1997/828/1034 - 9.6.1998.

(36) ただし、人権条約八条との関係でおとり捜査の問題を取り扱ったものとして *Lidi v. Switzerland*, no. 12433/86 - 15.6.

1992が挙げられる (Vgl. *Robert Esser*, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, 2002, S. 168

- ff.; *Dörthe Korn*, Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren, 2005, S. 107 ff.)。しか
し、人権裁判所による「きつ」による捜査に固有の問題を取り扱う機会となったのは *Teixeira de Castro* 判決である。
「*Van Mechelen* (Vgl. *Korn*, S. 110.)」
- (37) *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, no. 21363/93; 21364/93; 21427/93 - 23.4.1997. (拙稿「ドイツにお
ける伝聞証拠の問題性(三・完)」国士館法学四四号(二〇一一年)三三二頁参照)。
- (38) 「*ibid.*」では、「いわゆる証拠価値の評価という意味ではなく、証拠能力の評価という意味であると思われる。」
- (39) *Ibid.*, § 34. 本件では「それ以上の言及はみられないが、*Van Mechelen* 事件等の他の判例およびそれらに関する解説を
みても、本来、個別的な証拠の使用の可否については、人権裁判所は判断を行わないものと考えられた。」
- (40) *Ibid.*, § 35.
- (41) *Ibid.*, § 36.
- (42) *Ibid.*, § 38.
- (43) *Ibid.*, § 39.
- (44) *Karsen Gaede und Ulf Buemeyer*, Beweisverwertungsverbote und "Beweislastumkehr" bei unzulässigen
Tatprovokationen nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR, HRRS 2008, S. 279 ff.; *Korn*, a.a.O. (Fn. 36),
S. 134 ff.; Esser, a.a.O. (Fn. 36), S. 174. たまた「*Henrich*」は *Teixeira de Castro* 判決からあまり時間が経過してい
ない二〇〇二年の時点では、「人権裁判所が「既存の嫌疑 (bestehend [atverdacht])」のみを問題として扱うことは可能
なものと見ていた。」
- (45) *Van Mechelen v. Netherland* (a.a.O. (Fn. 37)).

第二章 ドイツにおける人権裁判所判例の受入れ

ドイツ連邦通常裁判所は、*Teixeira de Castro* 判決の翌年である一九九九年と二〇〇一年におとり捜査の適否に關する判断を行う機会を有することになり、その際に *Teixeira de Castro* 判決との整合性を迫られることとなった。ただし、人権裁判所は *Teixeira de Castro* 判決において詳細についてまで明確に論じておらず、同判決の理解を巡っては学説からの疑問が投げられることとなった。

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⁴⁶⁾

【事実の概要】

イタリア人である被告人は同国人である連絡員と保険契約業務で知り合い、その際に連絡員から一キログラムのコカインを入手できる者を知らないかと尋ねられた。しかし、被告人はそのような取引の経験がなく、取引に必要な連絡先も知らないと断った。翌週、連絡員は二度にわたり同様の問合せを行い、五〇〇マルクの報酬の提示を行ったが、被告人は再度断った。しかし、被告人は、最初の問合せから一ヶ月後に行われた四度目の問合せの際に、ようやく薬物の供給方について当たってみるようになった。被告人は、薬物使用者である知人を介して本件の共同被告人である I、C と面識を持つことになり、これらの人物と共同して薬物の供給を行うことになった。その際、被告人、I および C の三名は、六〇万マルクで仕入れたコカインを一〇〇万マルクで売却し、差額の四〇

万マルクを三者間で分配する算段をしていた。警察は本件偽裝取引に際して偽裝バイヤー (Scheinaufkäufer) を取引場所に向かわせ、購入代金の受領後に被告人ら三名は逮捕された。

なお、連絡員は、この取引が行われた初夏から夏の時期にかけてバイエルン州刑事庁 (Bayerisches Landeskriminalamt) の公務員から内密の承諾を得ており「誰も唆さないように (keinen anzustiften)」この指導を受けていたとされている。

原審は、薬物取引の主導権はもっぱら連絡員が有しており、麻酔剤の無許可取引の構成要件は充足されるが、量刑の際に被告人の有利な事情として考慮されなければならないとの見解を示した。

【判旨】

当刑事部は、被告人が人権条約六条一項第一文の規定する公正な手続の保障に反し、国家に帰責されるべき許されざる犯罪誘発行為 (Tatprovokation) によって有罪認定を受けた犯罪行為を唆されていた (verleitet) ことを認める。原判決が訴訟障碍を承認せず、被告人を有罪とした点に法的瑕疵はないが、公正な手続原則に対する違反が判決理由中で明示され、法律効果の決定の際に補填される必要があったといふべきである。⁽¹⁷⁾

薬物犯罪に代表されるとくに危険で解明の困難な犯罪との闘いにおいては、連絡員や潜入捜査官の投入は基本的に許されており、さらにこれらの人物がおとり (Lockspitzel) として活動する場合も同様である。許されざるおりの活動限界が踏み越えられた場合も基本的には訴訟障碍が導かれることはなく、犯罪誘発行為は「法治国家原則によって設定された限界内」においてのみ許されるが、その判定にあたっては全体評価 (Gesamtwürdigung) から、警察のおとりの活動が、これに対して行為者の独自の寄与が背後に退くほどの重みを有することが明らかとなつているか否かがポイントとなる (連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決)⁽¹⁸⁾。さらに、近年で

は、おとりの行為発生時に刑法一五二条⁽⁵⁰⁾および一六〇条⁽⁵²⁾の意味における嫌疑が存在しなければ、その時点で直ちに違法となるとしている。このような場合には「後に被告人となる人物に干渉する (Einschreiten) ための法的前提条件が欠如した状態で、同人が犯罪闘争 (Kriminalitätsbekämpfung) の利益のために可罰的行為を唆されて (verleiten) おり、責任とは別に存在する (schuldunabhängig) 減軽事由が認められなければならない⁽⁵³⁾」。

さらに、第一刑事部は、先に紹介した人権裁判所一九九八年六月九日の *Teixeira de Castro* 対ポルトガル判決に言及しつつ、次のように述べる。

警察官たる潜入捜査官 (Verdeckter Ermittler) が問題となっているのか、私人である連絡員 (V-Person) が問題となっているかという点において、*Teixeira de Castro* 事件と本件とは状況が異なる。しかし、犯罪誘発行為の関与者が公務員か私人かという両者の違いは、国家への帰責性 (Zurechnung) という点では問題はない。というのは、本件では私人である連絡員が一ヶ月の間に四度の問合せを行っており、「連絡員の指導者には」このことが分かっていたのであるから、少なくとも阻止することは可能であったといえるからである。次に、原有罪判決が連絡員の供述ではなく、自白と偽装バイヤーの証言に基づいていたという事情も、犯罪誘発行為について人権裁判所と異なる評価を行うことを正当化しない⁽⁵⁴⁾。この点、*Teixeira de Castro* 判決では、「二名の潜入捜査官の行動と彼らの証言の使用が公正な手続の保障に反しているとし、犯罪誘発行為の開始以前に未だ嫌疑が存在していなかったため、申立人に対して「手続」を開始したことが違法であるとされた。しかし、人権裁判所判決の他の箇所からは、「公正な手続違反が存在するか否かの問題に対しては、(科刑の重さも含めた) 包括的な (umfassend) 全体評価が必要⁽⁵⁵⁾である」という結論を導き出すこともできる」。人権裁判所は、「たんに許されざる

犯罪誘発行為があったというだけで直ちに公正な手続原則に対する違反が存在するのか、あるいは犯罪誘発行為が後の刑事手続（とくに「かなり重い刑罰」と相俟ってはじめて条約違反が認められるのかは、最終的に未解明のまま⁽⁵⁶⁾）にしている。

ところで、国家に帰責されるべき犯罪誘発行為に、犯罪の検挙と同時に予防・鎮圧効果が認められる場合がある。しかしこの場合も、犯罪誘発行為が帯びる第一義的的目的は前者（犯罪訴追）にあるため、刑法（一五二条二項、一六〇条）によるコントロールに服すべきである⁽⁵⁷⁾。

「この基準によれば、連絡員が第三者に対してそれ以外の影響を与えることなく、たんにその人物が麻酔剤を入手することができるかを問い合わせただけにとどまる場合は、犯罪誘発行為はまだ存在しないことになる。同様に、連絡員が、明らかに識別しうる犯罪行為の挙行あるいは継続のための準備（潜在的傾向）を利用したにすぎない場合も、誘発行為は存在しない。これに対して、たんなる『参加』を越えて潜在的犯罪傾向（Tatbereitschaft）の惹起（Weckung）または犯行計画の強化に向けて、行為者に相当程度の刺激をもって影響を与えた場合は、連絡員は犯罪を唆す（porovozitend）おとりとして行為することになる。」⁽⁵⁸⁾

原審における量刑では、国家による許されざる犯罪誘発行為を評価する際に要請される公正な手続原則に対する配慮が欠けている。そのような犯罪誘発行為の審査においては、第一刑事部一九八四年五月二三日判決⁽⁵⁹⁾で示された、影響（Einflussnahme）の態様、強度および目的、被誘発者に認められる潜在的犯罪傾向、被誘発者による犯行関与の態様および規模、ならびに他人によるコントロールの規模が評価の視点として考慮されなければならない。

本件被告人はこれまで捜査機関の関知する人物ではなく、麻酔剤使用者でもなかった。また、麻酔剤使用に関

する前科も存在せず、連絡員とは麻酔剤の世界 (Szene) ではなく合法的な保険業務の関係で知り合いになっている。犯罪の主導権は、三度にわたる明確な拒否があったにもかかわらず執拗に働き掛けた連絡員の側に認められ、それ以前に被告人が犯行に及ぶ気であったことを示唆する事情も認められない。加えて、被告人はたんに二人の共同被告人を介して供給者との連絡をとつたにすぎない。これは彼が自主的に行つた唯一の行為である。このような事実認定を前提とすれば、三年の自由刑を宣告した原判決は容認できない。

なお、本件では許されざる犯罪誘発行為があつた場合の法律効果として、原審が量刑による解決を行っている点も主たる争点とされている。しかし、人権条約六条は手続が全体として公正でなければならぬことを保障するものの、個々の証拠の許容性については何も述べておらず、同条約の基本理念・原理の具体的発展は国内法に基づいて保障されるべきである。そして、それは国内裁判所の担うべきことであり、許されざる犯罪誘発行為があつた場合に、そこから得られた証拠の証拠禁止ないしは訴訟障碍は基本的に承認されない。⁶⁰⁾

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⁶¹⁾

【事実の概要】

被告人は、あるレストランで知人を通じて警察の連絡員(女性)と知り合うことになった。この連絡員は、自らがハッシツシユの使用すること伝え、連絡員がトイレに行くとき、被告人は彼女について行き、ハッシツシユを提供した。連絡員は、約七〇グラムに対し七〇〇ドイツマルクの対価を支払った。その後の接触で——この頃、両者の間ではさらにハッシツシユの取引が行われていたが——連絡員は被告人に対し、自分たちが上質のヘロインの購入に強い興味を抱いていると述べた。被告人は、——彼に対してはヘロイン取引を目論んでいたと

か、目論んでいるという嫌疑が存在しなかったが——拒否の意味でそのような取引は危険であると回答した。しかし、連絡員が「意思の問題ではなく」入手能力の問題だと考え、このことについて苦情を述べた二日後に、被告人はヘロインのディーラーであるBに電話で連絡を取ることを試みている。その後、彼は連絡をとることに成功し、自らも参加することになる連絡員とBとの接触をコーディネートし、その後、三回の取引に至っている。最初に、四〇〇ドイツマルクで五・五二グラムのヘロイン混合物の試験的納入が行われ、その後、七〇〇ドイツマルクを対価とした八九・〇五グラムのヘロイン混合物の取引が二度行われた。最終的に、連絡員は、被告人が供給可能であると説明したヘロイン混合物五〇〇グラムを注文し、その後まず連絡員はまず一・二キログラムのヘロインを、そして八〇〇グラムのコカインを注文しようとした。取引に際しては、電話での約束の後に被告人が連絡員の車に乗り込んでくるというやり方がとられ、その後、二人が別の場所にいるBを拾うことになった。連絡員との取引は、本質的に被告人によって進行されており、その際Bはほとんどドイツ語を話していなかった。被告人はこの取引に関して、連絡員からも、Bからも手数料を受けている。原審刑事部は、連絡員は身体および生命に対する危険があると述べて——というのは、彼は見せかけだけの自分の買い手に、上質のヘロインをもちや納入することができなくなっていたということになっていたので——ヘロインの手配を「懇願」し、手数料を約束していたということを前提としている。Bとの接触が確立して、被告人がもはやこの事件との関わりを持つとは思わなくなった場合でも、彼は通訳として必要とされていたため、連絡員からさらなる参加を「迫られた」ということになるだろう。

原審刑事部は、人權条約六条一項第一文の意味における公正な手続の原則に対する侵害を否定した。その理由として、確かに被告人に対しては、連絡員の投入以前にまさにヘロインの取引を目論もうとしていた嫌疑は存在

しないし、また最終的に、被告人が連絡員を通じてヘロインの取引を唆されていたということも排除することはできないが、「場合によっては存在が認められる (eventuell) 誘発行為」は、国家には帰責されないと主張する。

【判旨】

まず、本件では少量の薬物取引から大量取引へ、ハッシッシュ取引からヘロイン取引へと行為の不法価値 (Unrechtsinhalt, Unrechtsehalt) の著しい高まりがあり、当初嫌疑を掛けられていた犯罪と誘発された犯罪とのズレが認められる。そして、一九九九年判決と異なる二点目は、連絡員が自らの生命・身体に対する危険を訴えてヘロインの供給を懇願し、被告人による仲介の成立後も同人に対して通訳人としての関与を迫っていたという点である。「もちろん、そのような評価を行うに当たって、存在する嫌疑の濃さ「強さ」と犯罪誘発行為の承認にとつて警察のおとりによる重大な影響との間には相互作用が認められることが考慮されなければならない。嫌疑が強ければ強いほど、犯行に向かわせるための刺激もまた、犯罪誘発行為の限界 (Schwelle) を超えない限りにおいて、その分だけ持続的な (nachhaltig) 影響が与えられることも許容されることになる」⁽⁶³⁾。

また、本件では、当初嫌疑を掛けられていた犯罪 (ハッシッシュ取引) と実際に唆された犯罪 (ヘロイン取引) との間に著しい不法価値の高まりが認められる。「犯罪誘発行為の許容性判断においては犯罪嫌疑が一つの要素とみなされるが、」このようなズレについては、基本的に同じ構成要件であるか否かが問題である。したがって、嫌疑なき者に対する犯罪誘発行為、嫌疑はあるが求められた行為を拒否した人物に対する働き掛けを行うことと並んで、不法価値という点で嫌疑の規模 (Tatverdachtslage) に対して著しく高められた行為の挙行を唆すことも、「公正性の原則」の影響を受けた国家的刑事司法とは相容れない⁽⁶⁴⁾。しかし、被誘発者に対して存在する嫌疑の不法の質 (Unrechtsqualität) の評価においては、犯罪特有の事情も考慮すべきであって、例えばカンナ

ビスの使用者がハードドラッグも扱っている売人を使うという事情（いわゆる薬物市場の単一性）も認められるところであるから、「やはり、薬物の売人は、十分な連絡手段と、調達すべき薬物の性質および量に関して調達能力のある別の売人との『取引関係（Geschäftsbeziehung）』を自由に利用できるということはよくあることであるということが考慮されなければならない」⁶⁵。つまり、「行為者の関与の質的な上昇が、連絡員によるかなり重大な影響を伴う場合（犯罪誘発行為）、許されざる犯罪誘発行為が問題となる事案が存在する。このような場合においてのみ、顧慮すべき人権条約違反を認めることができる（第一刑事部一九八四年五月二三日判決の基準による）」。

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関係

第一刑事部一九九九年一月一八日判決⁶⁶は、公正な手続原則に対する違反から訴訟障碍が導かれなかった点で原審の見解は支持しうるが、公正な手続違反を判決理由で明示し、その違反に対する補填を量刑の枠内で行うべきであるとした。

そして、犯罪誘発行為と公正な手続原則との関係については次のように述べる。まず、薬物違反に代表されるとくに危険で解明の困難な犯罪との戦いにおいては、連絡員や潜入捜査官が投入され、さらにおとりとして活動することも基本的に許されるとする。ただし、第一刑事部一九八四年五月二三日判決⁶⁷の見解を踏襲した上で、おとりの活動は「法治国家原則によって設定される限界内」においてのみ認められ、おとりの活動に対して対象者の独自の寄与が後退するようなレベルでおとりの活動が影響力を有することが明らかである場合は違法となるという。一九

八四年判決の見解を踏襲しているため、影響 (Einflussnahme) の態様、強度および目的、被誘発者に認められる潜在的犯罪傾向、被誘発者による犯行関与の態様および規模、ならびに他人によるコントロールの規模を総合的に評価して違法判断を行うことになるが、このような枠組みの中で *Teixeira de Castro* 判決を理解しようとする姿勢がみられる。事実、一九九九年判決は、*Teixeira de Castro* 判決において公正な手続原則違反を認定する上で嫌疑の欠如がポイントとなったことを認めつつも、その判断に際しては「包括的な全体評価」が必要であるという結論を演繹できる可能性を示唆している。そして、このように嫌疑を絶対的要件 (ミニマム・スタンダード) として理解せず、嫌疑に加え影響力の強度等も含めた全体的事情を総合的に評価する姿勢は、二〇〇一年判決にも現れている。すなわち、嫌疑の濃さと重大な影響の間には相互作用が認められ、嫌疑が強ければ、それに応じた強さの影響力を与えることも許されるというのである。

興味深いのは、一九九九年判決がおとり捜査に犯罪の予防・鎮圧効果があることを認めつつ、その第一義的目的が犯罪の検挙に向けられていることに着目し、おとり捜査を刑法一五二条および一六〇条の規定する「捜査手続」の枠内で理解しようとする点である。この点、刑法一五二条二項は起訴法定主義を規定した条文として理解されるところ、その文理から直接的に導かれるのは、犯罪の嫌疑が存在する場合の検察官の捜査開始義務の発生である。しかし、通説の見解によれば、嫌疑の存在が捜査開始義務の発生根拠となるだけでなく、反対に嫌疑の不存在が捜査開始を禁じる要件として理解されることになる。⁽⁸⁸⁾ とりわけおとり捜査との関係では、すでに一九九〇年代にトーマス・フィッシャー／ハインリッヒ・マウルや、インメ・ロクシンらによって、嫌疑なき対象者 (unverdächtige Provozierte) に対する働き掛けは法的前提条件を欠くため許されないことが主張されていた。⁽⁸⁹⁾ このような理論的背景に鑑みれば、一九九九年判決がおとりの投入を刑法一五二条および一六〇条によるコントロールの下で許容

しようとするのも、おとり捜査を刑法上の「捜査」として位置づけようとしているからに他ならないように思われる。

このように考えると、嫌疑なき者に対する働き掛けを違法とする *Teixeira de Castro* 判決と連邦通常裁判所のこれらの判例の理解には、共通する部分があるように思われる。しかし、両者が共通の理解を前提としていると結論づけるにあたっては、カーステン・ゲーデ／ウルフ・ビュアマイアーが指摘するように、次の二点において問題がある。まず問題となるのは、第一刑事部が、嫌疑の不存在をおとり捜査の違法判断を導くための絶対条件とはみなしていない点である。この点に関しては、連邦通常裁判所は自らの見解を人権裁判所の見解に適合しようとするのではなく、むしろ、自らが示してきたこれまでの判例理論に人権裁判所の判例を適合させようとしている²⁰ように見受けられる。

次に問題なのは、第一刑事部一九九九年判決は、薬物の供給可能性をただ問い合わせるにとどまる行為は、犯罪誘発行為とはいえないとする点である。すなわち、おとりによる犯罪誘発行為があったというためには、ある程度の「重大な刺激 (*erhebliche Einwirkung*)」がなければならぬという。この点、同判決が、たんなる「問い合わせ」をそもそも捜査とはみなしていないのか、たしかに捜査ではあるもののおとり捜査といえる干渉レベルには至っていないと考えているのか、その文理のみに着目した場合、判然としない。しかし第一刑事部は、その直前の部分において、刑法一五二条および一六〇条のコントロールについて述べた後、「その基準」との関係でたんなる問い合せについて論じており、そもそも捜査とはみなしていきなないと考えるべきだろう。では、たんなる問い合わせが捜査行為に該当しないとすれば、どのように理解されるべきであろうか。この点、例えば、嫌疑要件が充足されていない、いわゆる推定 (*Vermutung*) の段階においても許される警察活動として情報獲得のための質問

(Informatorische Befragung) と呼ばれるものがある。情報獲得のための質問は、被疑者質問 (Beschuldigtebefragung) とは異なり、具体的な人物を捜査対象とするわけではなく、事件について情報を得て、犯行現場に関する情報等を収集する活動であるとされる⁽¹⁾。そして、その活動を通じて犯罪の嫌疑が獲得されることもあるとされる⁽²⁾。そのため、わが国でいう職務質問 (警職法二条一項) のような性質のものではないかと考えられるが、薬物供給が可能か否かを問い合わせる行為であればその範囲で行うことも許されると理解することも不可能ではないかもしれない。しかし、薬物供給が可能か否かを問い合わせることを、情報獲得のための質問と同一視し、犯罪の検挙を旨とした捜査活動には該当しないと理解することが可能かについてはなお慎重な検討を要するように思われる。

さらに第一刑事部二〇〇一年五月三〇日判決⁽³⁾では、嫌疑とおとりの働き掛けの関係について、違法な領域に達しない限度で、嫌疑が強ければそれだけ持続的 (nachhaltig) な影響力を及ぼすことも許されるとされており、おとり捜査の適否を比例原則の中で理解しようとするものと考えられる。しかし学説からは、嫌疑の存否だけでなく、さらに働き掛けにも着目して総合的に違法性判断を行おうとする点で人権裁判所判例との齟齬がみられるとの批判も加えられている⁽⁴⁾。

ここで問題なのは、このような理解が、*Teixeira de Castro* 判決の理解として正確か否かである。*Teixeira de Castro* 判決で示されたメルクマールは、おとりによる干渉がなくとも当該犯行が行われたか否か、おとりの活動が本質的に受動的なものにとどまっているか否かという二点であった。人権裁判所の基準によれば、犯罪誘発行為が行われた場合、これら主観・客観の両側面から適否を判断することになるが、連邦通常裁判所の判例にみられるようにそれらは相対的な関係にあるのか否か、別個・独立した二重の基準として働くのが明らかにされる必要がある

る。さらにいうと、そのような議論の前提として、違法性判断の対象となる犯罪誘発行為とはいかなるものであるかが確定される必要がある。Teixeira de Castro 判決では必ずしも明確化されていない部分もあり、連邦通常裁判所は右に紹介したような見解を示したわけだが、その後の人権裁判所の判例においてこのような連邦通常裁判所の理解は誤りであることが明確化されるに至る。

第二款 おとりによる行為の国家への帰責性

また、連邦通常裁判所は、おとりとなった連絡員の活動を公務員が関知していた場合や、少なくとも当該行為を阻止できた場合であれば、当該行為の国家への帰責性が認められるとしている。そのため、例えば対象者が自ら薬物を入手することができないときに、さらに捜査機関の関知しない第三者をその偽装取引に関与させるような場合、当該第三者に対する働き掛け、すなわち対象者による誘い込みは、国家に帰責されないことになる。しかし、人権裁判所は *Pygmalionis* 対ギリシャ判決⁽⁴⁶⁾において、このような「対象者による第三者の誘い込み」も「間接的犯罪誘発行為」となると認めており、後に紹介するように連邦通常裁判所も最新の判例においてこの点に関する修正を余儀なくされた⁽⁴⁷⁾。

(46) BGH, aa.O. (Fn. 9).

(47) BGH, aa.O. (Fn. 9), S. 323.

(48) BGH, Urt. v. 23.5.1984, g.M.L.L. - 1 StR 148/84, BGHSt 32, 345.

(49) BGH, aa.O. (Fn. 9), S. 324.

- (50) BGH, Beschl. v. 29.8.1989 - 1 StR 453/89 = BGHR StGB 8 46 Abs. 1 V-Mann 6; Beschl. v. 13.10.1994 - 5 StR 529/94, StV 1995, 131; Beschl. v.16. 3.1995 - 4 StR 111/95 = NSTZ 1995, 506 = StV 1995, 364.
- (51) 刑法一五二条は国家訴追主義 (Offizialprinzip) および起訴法定主義 (Legalitätsprinzip) についで規定した条文と理解されるが、その内容は以下の通りである。
- 一五二条一項 「公訴の提起は検察官が職権でこれを行う。」
- 二項 「検察は、別に法律の定めのある場合を除き、十分な事実上の手掛かりが存在する限り、訴追可能な全ての犯罪行為に介入する義務を負う。」
- 二項の規定する起訴法定主義からは、事実上の手掛かり、すなわち嫌疑が存在する場合に検察の捜査開始義務が生じることを規定するのみならず、反対に、嫌疑なき場合に捜査を開始してはならないという規範も導かれる。
- (52) 刑法一六〇条一項および二項は、以下のように規定する。
- 一六〇条一項 「検察は、告発 (Anzeige) その他の方法で犯罪の嫌疑について知識を得たときは、公訴を提起するか否かを決定するために事実を調査しなければならない。」
- 二項 「検察は、「被疑者に」不利に働く事情のみならず、有利に働く事情についても捜査しなければならない、また、隠滅 (Verlust) のおそれのある証拠の調査に配慮しなければならない。」
- (53) BGH, aa.O. (Fn. 9), S. 326.
- (54) BGH, aa.O. (Fn. 9), S. 331.
- (55) BGH, aa.O. (Fn. 9), S. 332.
- (56) BGH, aa.O. (Fn. 9), S. 333.

- (17) BGH, aa.O. (Fn. 9), S. 337. ⁴⁵⁴⁸ BGH⁴⁵ ⁴⁵の論議に「*プーベス・フインジャー／ハインリッヒ・ブワン* (Thomas Fischer und Heinrich Maul, Tatprovokierende Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme, NSZ 1992, 7, 8) ⁴⁵⁴⁹ハンダ・キホトフ (Edda Weblau, Vorfeldermitlungen, 1989, S. 90) ⁴⁵⁵⁰の見解を」⁴⁵。
- (18) ⁴⁵⁴⁸ BGH⁴⁸ 'Peter Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 24. Aufl., 1989, § 163, Rn. ⁴⁵⁴⁸。
- (19) BGH, aa.O. (Fn.48).
- (20) BGH, aa.O. (Fn. 9), S. 334 f.
- (21) BGH, Urt. v. 30.5.2001, g.C. 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44.
- (22) BGH, aa.O. (Fn. 61), S. 49.
- (23) BGH, aa.O. (Fn. 61), S. 49.
- (24) BGH, aa.O. (Fn. 61), S. 50.
- (25) BGH, aa.O. (Fn. 61), S. 51.
- (26) BGH, aa.O. (Fn. 9).
- (27) BGH, aa.O. (Fn. 48), 351 f.
- (28) Vgl. Lutz Meyer-Gobner, Strafprozessordnung, 56. Aufl., 2013, S. 726, Rn. 4; Beulke, aa.O. (Fn. 10), S. 74 f., Rn. 113 f.; Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl., 2012, S. 316, Rn. 15; Gerd Pfeiffer (Hrsg.), Karlsruhe Kommentar, 3. Aufl., 1993, S. 718, Rn. 18a[Armin Schoreit].
シヨライトは「おどりの投入による犯罪誘発は、一五二条の意味における嫌疑が存在する前の段階では許されなことを明言する。」

- (69) *Fischer und Maul*, a.a.O. (Fn. 57), S. 8; *Imme Roxin*, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 2. Aufl., 1995, S. 142; *Korn*, a.a.O. (Fn. 44), S. 135[Fn. 510]; *Ulrich Sommer*, Anmerkung zu EGMR, Urt. v. 9.6.1998, NSTZ 1999, 48, 49; *Ralf Eschelbach*, Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten, StV 2000, 390, 394.
- (70) *Gaede und Buerneyer*, a.a.O. (Fn. 44).
- (71) *Beulke*, a.a.O. (Fn. 10), S. 74f., Rn. 113.
- (72) *Beulke*, a.a.O. (Fn. 10), S. 74, Rn. 113; *Andreas Gertling*, Informatrische Betrugung und Auskunftsverweigerungsrecht, 1987, S. 10 f.
- (73) BGH, a.a.O. (Fn. 61).
- (74) *Gaede und Buerneyer*, a.a.O. (Fn. 44).
- (75) *Pyrgiokakis v. Greece*, No. 15100/06 - 21.2.2008; in deutscher Übersetzung auszugsweise abgedruckt in HRRS 2008, Nr. 500[Bearbeiter: *Karsten Gaede*].
- (76) BGH, a.a.O. (Fn. 8).

〔付記〕 本稿は、平成二五―二六年度科学研究費補助金による若手研究(B)「刑事手続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25780051)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 Gaede* 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。