

紹介

おとり捜査の違法の帰結に関するドイツ判例の動き

——連邦通常裁判所第二刑事部二〇一五年六月一〇日判決を手がかりに——

内藤 大海

【目次】

- 一 はじめに
- 二 欧州人権裁判所二〇一四年一〇月二三日判決「フルヒト対ドイツ事件」
- 三 連邦通常裁判所第二刑事部二〇一五年六月一〇日判決
  - (一) 事案の紹介
  - (二) 分析
    - 1 違法性の判断基準
    - 2 おとり捜査の違法の効果
- 四 おわりに

## 一 はじめに

わが国において、おとり捜査を巡る議論は、戦後間もない頃から判例および学説において盛んに行われてきた。しかし、その多くはおとり捜査の適否に関するものであり、違法なおとり捜査が行われた場合にどのような法的処理が行われるかについては、少なくとも判例上は、昭和二〇年代の下級審判例を除いてほとんど論じられてこなかったといつてよい。なお、近年、下級審レベルにおいて違法なおとり捜査の法的帰結として証拠排除を認めたものも存在するが、学説の多くは、公訴棄却、免訴あるいは超法規的刑罰阻却事由による無罪など、何らかの形で不処罰的処理を志向するものがほとんどである。ただ、判例において実際に違法判断が行われた実績がほとんどないためか、違法なおとり捜査が行われた場合の法的処理に関する議論は、違法性判断のそれと比べて活発ではなかったといえよう。

他方、ドイツに目を転じてみると、一九八〇年頃におとり捜査の違法性判断を巡る議論が活発に行われるようになる、それに伴い違法なおとり捜査の法的処理として学説においては手続打切りによる解決が主張された。他方、判例においては、連邦通常裁判所一九八四年五月二三日判決が、違法なおとり捜査は量刑判断の際に減軽事由として考慮されるに過ぎないとし、近年に至るまでこの見解が維持されてきた。

これに対し、欧州人権裁判所（以下、「人権裁判所」とする）は、おとり捜査が違法とされた場合の法的処理のあり方として、

一貫して証拠排除による解決を維持してきており、量刑的解決を維持するドイツ国内裁判所との齟齬がみられた。ただし、この点に関してドイツが当事国として人権裁判所の判断を直接受けることはなかったため、理論上の問題は指摘されていたものの、法的効力を伴う是正が図られることはないままであった。このような状況が続くなか、ついに二〇一四年一〇月二三日のフルヒト判決において、ドイツ判例における量刑的処理が人権裁判所において直接の判断を受けることになる。人権裁判所は、欧州人権条約六条違反（以下、「人権条約」とする）が認められるおとり捜査が行われた場合の補償手段として量刑的解決は妥当ではなく、警察による犯罪誘発行為の成果として得られた証拠の資料は、いわゆる犯罪との闘争（*Verbrechensbekämpfung*）という理論によつては正当化されえず、人権条約違反を理由とする証拠使用禁止が認められなければならないとの判断が下された。その後、連邦通常裁判所第二刑事部二〇一五年六月一日判決は、おとり捜査が違法とされた事案における法的処理のあり方として、手続きの打切り（*Einstellung des Verfahrens*）を宣言し、これまで自らが維持してきた量刑説からの離脱を図った。人権裁判所が証拠禁止による解決を図るのに対し、連邦通常裁判所は手続きの打切りを図ったことにより不処罰的処理が確実になるという点では一歩踏み込んだ解決が図られたようにも思われるが、この点の相違も含め、ドイツの議論状況を紹介しておくことは、わが国における議論にも参考になるものと

思われる。

なお、以下では人権裁判所フルヒト判決および連邦通常裁判所第二刑事部判決の二つの判例を紹介するが、事実の概要および判旨のいずれも一部を除いては要約である。重要と思われる箇所は抜粋し、「」を用いて原文の忠実な訳を記載することとした。また、第二刑事部判決の本文中に引用されている先行判例および文献の多くは引用を省略したが、とくに重要と思われるものについては、文末註で冒頭に「\*」を付したうえ表示することとした。なお、この際の文献等の出典表記方法はより明確な方法を用いることとした。

## 二 欧州人権裁判所二〇一四年一〇月二三日判決「フルヒト対ドイツ事件」<sup>8)</sup>

### 【事実の概要】

二〇〇七年一〇月一八日、薬物取引の嫌疑で、複数の潜入捜査官および連絡員が六名の被疑者に対して投入された。この段階では、申立人には犯罪歴がなく、薬物取引に関与した嫌疑も掛けられておらず、監視の対象とはされていなかった。警察は、被疑者の一人であるSの不動産取引のパートナーであり、親友でもある申立人を介して、Sと潜入捜査官との接触を図ることを決めた。同年一月一六日、潜入捜査官PおよびDは、虚偽の不動産取引を持ち掛けることで申立人との

接触を図り、翌週に物件の案内をすることとなった。その後、申立人は、違法なタバコの密輸のために潜入捜査官らとSとのコネクション作りを行った。Sは潜入捜査官Pと直接連絡を取ることを拒否し、今後申立人を介して連絡を取ることを提案した。二〇〇八年一月二三日、潜入捜査官Dは、タバコの密輸は期待される利益と比べて捕まるリスクが高いことを述べたところ、申立人は、彼ら（Sおよび申立人自身も含む他の者たち）がコカインとアンフェタミンの取引にも興味があることを打ち明けた。しかし、申立人は、取引自体は関わりたくないが、仲介は行う旨を伝えた。これに対し、潜入捜査官らは、薬物の密輸と購入に関心を示した。同年二月一日、申立人は、レストラン経営以外のビジネスには関心がないことを伝えた。同月七日、裁判所は、潜入捜査官Dの一月二三日の供述を考慮し、前年一〇月一八日から行われている潜入捜査活動の対象を申立人にも拡大する判断を下した。翌八日、潜入捜査官Pは申立人の不信任や不安感を紛らわすために働き掛けを行った。その結果、申立人はコカインとアンフェタミンの取引計画を継続した。潜入捜査官らはSから、二〇〇八年二月一六日にアンフェタミンとコカインを、同年三月一二日にアンフェタミンを入手し、申立人とSは同日逮捕された。なお、この後者の取引で申立人は五万ユーロの手数料を受け取ることとされていた。

二〇〇八年一〇月二二日、アーヘン州裁判所はこれら二件

の取引に関して有罪とし、五年の自由刑を宣告した。公判では潜入捜査の過程で作成された書面が同意に基づき朗読され、申立人もその真正性を認めた。申立人は、一月二三日の件については、自分のみならず潜入捜査官Dも関与しており、自らは申出に応じただけである旨主張した。なおこの点に関して、潜入捜査官らは、捜査手続きの全過程において、薬物の種類や量を自ら提案することはしないように注意していたことが認定されている。州裁判所は、量刑判断において、取引された薬物の量が多かった点は厳罰方向で考慮したが、申立人に前科がないこと、取引されたアンフェタミンが強力でなかったことは、減輕事由として考慮された。また、潜入捜査官の関与がなければ、薬物が自由に取引引きされる危険は存在しなかったであろうという点も認められた。

州裁判所は、申立人に前科がなく、薬物取引に関与していることについて嫌疑が掛けられていなかったこと、そして、警察が知覚していたのは、申立人が嫌疑を掛けられていたSの友人であり、一緒に不動産取引を行っていたことのみであることを確認した。そして、申立人は、潜入捜査官は申立人がタバコの密輸を行うまで一貫して待ちの姿勢であり、その関係で不動産取引は不調に終わったこと、また薬物取引についても同様に待ちの姿勢であったことを指摘し、本件で問題となった犯罪を行うよう挑発を受けてはいないという見解に立っている。

これに対する申立人の上告は棄却されたため、当裁判所に人権条約六条一項違反を理由とする申立てが行われた。

### 【判旨】

#### 「違法性の判断基準」

潜入捜査官は、違反があった場合の補償を伴う明確化された制約の下で活動が許される。規律に従った司法を受ける権利は、合目的考慮の犠牲となりえない地位を有する。そのため、「犯罪との闘争 (the fight against crime)」はすべてを正当化するわけではない。まず当裁判所は、警察の挑発 (incitement) あるいはエントラップメントが存在したのか否かを確認する。警察の挑発行為が存在するのは、次のような場合である。すなわち、関与した警察官が、受動的な犯罪捜査にとどまらず、もしその挑発行為がなければ行わなかったはずの犯罪を行うように犯罪者に影響を与え、犯罪の認定を可能にする目的で働き掛けを行う場合である。警察の任務は犯罪の抑止と捜査であって、それを挑発することではない。人権条約六条一項に反する挑発行為と適法な潜入捜査の区別について、当裁判所は以下の判断基準を發展させてきた。すなわち、「純粹に受動的 (essentially passive)」であるか否かが問題であるが、その判断に際しては、潜入捜査の根拠と、それを実施した公務員の態度が吟味されることになる。当裁判所は、申立人が犯罪行為に関与したことがあるか、あるいは

は犯意があったことに関する客観的嫌疑が存在するか否かという点に依拠する<sup>15)</sup>。そして、とくに以下の点を確認する。すなわち、ある人物に対して前科がなく、捜査も開始されておらず、警察が接触を図る前の時点ですでに犯意を示していたことが示唆されていない場合は、捜査機関は、同人が薬物取引に関与していることを疑うべき理由を有していない。加えて、本事実の状況についていえば、申立人が薬物の実際の価格を熟知しているとか、短期間で薬物を供給できる能力は、既存の犯罪行為や犯意を推認する手掛かりとなる<sup>16)</sup>。適法な潜入捜査と違法な犯罪の挑発とを区別する場合、申立人が犯罪の実行に向けられた圧力に屈したかどうかという点を吟味する。薬物事犯においては、潜入捜査官が自ら申立人に接触を図った場合、いったんは申立人に断られたにもかかわらず改めてしつこく要求する場合、市場価格を上回る価格を提示して誘惑する場合、禁断症状があると見せかけて申立人の同情を引く行為と関連づけられる場合は、捜査機関は受動的態度を放棄したものとみなされる<sup>17)</sup>。

〔違法性の判断基準の当てはめ〕

本件申立人が人権条約六条一項に違反する働き掛けの結果として薬物取引を行ったのか否かについて、確認する。二〇〇七年一月における最初の接触の際、申立人には嫌疑が存在しておらず、前月の一〇月一八日に潜入捜査官らが投入された時点では、申立人はその監視対象とはされていなかった。

すなわち、当初、申立人本人に嫌疑が掛けられていたのではなく、彼が捜査対象者であったSと親友であったがために、Sとの接触の糸口とみなされていたことが、前科のない同人が捜査官らの接触を受けた理由であった。この点に関して、ドイツ政府は、申立人には犯意があり、自ら関与しているのだと主張する。というのは、申立人は自ら薬物の量を提示し、Sのグループの一員としてSと連絡を取ることができた状態にあったのだと。しかし、捜査対象者が犯意を有していたか否かに関する客観的嫌疑が存在したか否かについては、その人物が最初に接触を受けた時点が問題である。すでに確認したように、潜入捜査官が二〇〇七年一月に接触を図った時点では、捜査機関は申立人が犯意を有しているとは考えていなかった。申立人はその時点ではレストラン経営以外には関心がないことを表明していたのであるから、潜入捜査の対象を同人にも拡大するとした裁判所の決定がそのような犯意の推定に基づくものであったというのは不適切である。申立人によれば、検察官はこの重要な情報を裁判所に伝達することすらしていない。このような状況の下では、ドイツ政府の指摘する各要素は、申立人が薬物取引の犯意を有していたことの証明に与しない<sup>18)</sup>。

次に、潜入捜査官が申立人に対して、犯罪行為を行うように圧力を用いたか否かについて検討する。この点、州裁判所は、潜入捜査の全過程において潜入捜査官らによって作成さ

れた報告書および申立人の陳述を引き合いに出し、潜入捜査官らは、その時々のお話の相手方や申立人あるいはSが最初の一步を踏み出すまで、具体的な違法取引を提案したり、薬物の種類や量を自ら伝えたりしないように気をつけていたことを認定したことが確認される。この点、ドイツ政府が主張するように、完全に潜入捜査官らがそのような覚悟をさせたものであり、Sが彼らに薬物を販売するのを狙ったものであったという状況の下になされたものであるとはいえず、申立人はSを通じて薬物取引ができることに自ら触れていたことが確認できていくことが重要である。<sup>17)</sup>

ただし、二〇〇八年二月一日に申立人が潜入捜査官Pにもはや薬物取引への参加に関心がないことを明言している点を超えることはできない。それにもかかわらず、Pは連絡を取りSを通じて薬物取引の計画を続行するように説得を行っている。申立人に対するこのような手続きによって、捜査官は明らかに受動的な態度から逸脱し、申立人に犯罪を行わせている。当裁判所に提出された資料から、捜査官らは、薬物取引を実現させ申立人とSの両名に対する刑事訴追を行うために、改めて申立人への接触を図っているという状況が明らかである。<sup>18)</sup>

よって、本件潜入捜査は既存の犯罪行為に対する純粹に受動的な捜査を超えるものであり、人権条約六条一項に関する当裁判所の判例の定義する挑発行為である。さらに、警察の

挑発行為によって獲得された証拠は、申立人に対するその後の刑事手続において証拠として使用されている。<sup>19)</sup>

〔違法の効果——人権条約違反に対する補償〕

当裁判所は、人権条約違反に対する補償は第一義的には国内機関の処理に従うということを変更して確認する。条約違反に対する国内法レベルでの対策として妥当かつ十分な補償という点については、一般論としては事案の全体状況が問題であり、その際とくに考慮されるのは確認された条約違反の態様である。<sup>20)</sup> 人権条約六条一項に反する警察の挑発行為があった場合、当裁判所はこれまでの判例において、重大犯罪との闘争に関する公共の利益が、警察の挑発行為の結果として獲得された証拠方法の使用を正当化することはできないことを繰り返し述べてきた。したがって、人権条約六条一項の意味で手続きが公正であるというためには、警察の挑発行為の結果として獲得されたすべての証拠が排除されるか、あるいはそれと比肩可能な帰結に至る手続きが行われなければならない。<sup>21)</sup>

国内裁判所が同条の違反を認めているか否かということを選択するに当たって、当裁判所は以下の点を認める。すなわち、申立人に対する有罪判決において、州裁判所は潜入捜査に基づく事実を詳細に認定し、申立人が国家机关から本件犯行を挑発されている (incited/verleitet) <sup>22)</sup> が、教唆され (instigated/angeschiftet) <sup>23)</sup> したことを確認している。当裁

判所の認定は、当裁判所の判例に照らして本件潜入捜査は六条一項の意味における挑発であったという事実を基礎としているが、州裁判所もこのことを基礎とした認定を行っている。すなわち、本件潜入捜査は、当裁判所の判例において六条一項の意味における挑発であったと。とくに州裁判所は、潜入捜査開始時点では薬物取引への関与についてはいかなる嫌疑も存在せず、申立人が薬物取引から距離を取った後に、同人が慎重な態度であったにもかかわらず改めて接触を図ってその不信感と畏怖心を晴らしていることを強調しているのである。<sup>26)</sup>

しかしながら州裁判所は、ドイツ政府の申立てに従い、人権裁判所の判例の意味における警察の違法な挑発 (undue police incitement)<sup>26)</sup> が存在したことを認定しようとしなかった。そして、人権条約六条一項についても、警察の挑発行為に関するドイツ基本法上の権利あるいは連邦通常裁判所判例についても、これらを参照するように指示していない<sup>27)</sup>。州裁判所は、国家からの挑発行為自体が刑を減軽するとくに重要な要素であると明言しているため、その事実認定から六条一項違反が承認されることを前提としたものであるか否かという問題は明らかにっていない。<sup>28)</sup>

大幅な減軽が人権条約六条一項違反に対する十分な補償となりうるかどうかを判断するに際して、当裁判所は以下のことを確認する。当裁判所の一貫した判例によれば、警察の挑

発行為の結果として獲得された証拠方法の使用は、人権条約六条一項により許されない。同条の意味において手続きが公正であるというためには、警察の挑発行為のあらゆる成果が排除されるか、あるいはこれと比肩可能な帰結を伴う手続きが行われなければならない。このような判例を前提とすれば、以下のような結論に至らなければならない。すなわち、このような証拠方法の公判からの排除あるいはこれと比肩可能な帰結以外の、その他のいずれの処理方法も人権条約六条一項に対する違反に対する十分な補償とはならない。<sup>29)</sup>

本件では、警察の挑発の結果獲得された証拠方法が使用されており、申立人に対する有罪認定はこの証拠に依拠したものである。相当程度の減軽は、問題となる証拠方法の排除と比肩可能な結果を伴う手続きとみなすことはできない。結果として、申立人は人権条約六条一項違反に対する十分な補償を受けていない。<sup>30)</sup> なお、たしかに刑の減軽は納得しうる処理方法にも思われるが、精密・詳細な刑の減軽を判決の中で確認することはできない。そのため、明確な測定は不可能である。よって、人権条約六条一項違反が認められる。<sup>31)</sup>

人権裁判所は、警察官の態度が受動的なものであったか否かがおとり捜査の適否を決ずるとして、その具体的な判断に当たっては客観的嫌疑の存在と犯罪実行に向けたおとりからの圧力の有無をメルクマールとしている。後にみるように、連邦通常裁

判所第二刑事部は嫌疑と働き掛けという二つの視点を相対化させて違法判断を行っているようにみえるが、本事案をみる限り人権裁判所が違法判断の枠組みのなかでこれらの視点をどのよう位置付けているのかは明確ではない。いずれにせよ、潜入捜査官が申立人に接触を図った時点では薬物取引の嫌疑は存在しなかったこと、また同人から明確な拒否の意思表示があったにもかかわらず執拗な働き掛けが行われたことから、本件捜査は「本質的に受動的」なものとはいえず人権条約六条一項違反が認められるとした。嫌疑（主観面）と働き掛け（客観面）をそれぞれ独立した基準として用いるこれまでの人権裁判所の基準に照らしても、同様の帰結が導かれよう<sup>②</sup>。

とくにドイツ国内裁判所との関係において本判決が有する意義は、人権条約違反となるおとり捜査が行われた場合に、量刑的解決を図ることで十分な補償とはならないことが明言されたことである。人権裁判所は、これまでも一貫して証拠排除による解決を図ってきたが、ドイツ刑事司法が直接の当事者として判断の変更を迫られたこともなかったこともあり、一九八四年以降一貫して量刑による解決が図られてきた。しかし、フルヒト判決を受け量刑的解決からの離脱を迫られることになった。

### 三 連邦通常裁判所第二刑事部二〇一五年六月一〇日判決<sup>③</sup>

#### (一) 事案の紹介

本件は、違法なおとり捜査が行われた場合の法律効果として、刑を減軽すべきとしていたこれまでの判例を変更し、手続きの打切りを認めた画期的判決である。以下ではまず事案を紹介し、後に分析を加えることにする<sup>④</sup>。なお、本件で問題とされた違法なおとり捜査が潜入捜査の過程で行われていることとの関係上、以下の点に留意する必要がある。詳細は後に譲ることにするが、第二刑事部は、問題となる捜査手法が完全に受動的なものにとどまるか否かという点に着眼し、当該捜査手法の適否を決する上で重要な要素としている。潜入捜査官の活動が純粋な行動監視にとどまる場合、受動的な捜査活動であったと認められることになろう。しかし、それにとどまらずおとり捜査を実施する場合、この点が問題となる。ただ、純粋な監視活動を超えて何らかの働き掛けが行われる場合も、直ちに違法となるわけではなく既存の嫌疑との関係で一定程度の枠内での働き掛けは許されることになる<sup>⑤</sup>。この点、本件潜入捜査官らは、被告人に対して最終的に虚偽の薬物取引を持ち掛けているが、その態様および影響の如何が問題視されている。

#### 【事実の概要】

アーヘン検察はある誘拐事件に関するDに対する捜査の過程で、被告人BとJに対し資金洗浄に関する嫌疑を抱いた。



二〇〇九年三月、兩人に対して開始された捜査の過程で、裁判官により被告人Jに対する長期的監視 (längfristige Observation)、ならびに被告人Bに対する遠隔通信の監視が命じられた。この監視中、Dならびに被告人BおよびJは同年六月一三日にオランダ国内において、国際的な麻薬取引で捜査対象となっていたAと接触していることが確認された。

その後、同年九月一〇日、やはり裁判官によって命じられた車輛内部の監視により、被告人JとDの間で交わされた会話が録音された。そこで、兩人はMDMAに関する会話を行っている。被告人Bは、同年一〇月二七日に、氏名不詳者と電話で話しているが、この際、この人物が持参したというほぼ一〇〇%の純質の「人形」に関する被告人Bの発言から、被告人Bは会話の相手方およびAとの間でのアンフェタミン取引を仲介したことが推察された。被告人らはAと接触した後翌二〇一〇年四月末にオランダから再入国したが、その際に実施された税関検査は失敗に終わった。

同年一〇月、被告人Bの居住地を管轄するボン検査は、麻酔剤犯罪の嫌疑に関する両被告人の捜査を開始した。その後、アーヘン検査は、被告人らの国際的な麻酔剤取引への積極的関与の嫌疑を根拠づけると考えられる情報をボン検査に提供した。

実際、同年四月末の税関検査以降、疑わしい会話はもう録音されていない。警察は、それ以降被告人Bが国外の共犯者

との連絡にその他の方法を利用していることが想定され、もはや会話傍受に頼ることはできなくなったとの見解を有していた。そこで、検査は同年一月二十九日に潜入捜査官の投入を申請し、区裁判所は同年二月一日の決定でこれを認めた。期限付きの許可は、裁判官の決定により、結果的に同年八月一〇日の被告人の逮捕までその都度延長された。検査からの司法共助の要請に基づき、ロッテルダム検査は翌二〇一一年三月一六日から八月九日の期間、複数の命令によりドイツとオランダの捜査官による潜入捜査の実施を許可した。その他、二〇一〇年二月一日の決定で、被告人の監視および電気通信の監視が許可された。なお、この決定も被告人らの逮捕まで延長された。

二〇一一年一月一三日までは、ドイツの潜入捜査官NおよびDaは、被告人Bが営む飲食店に客として何度も訪れて同人との接触を開始し、徐々にその度合いを強めていった。二〇一一年二月一〇日、NとDaは、オランダの潜入捜査官であるApとKを被告人Bに引き合わせた。その翌週、NとDaは被告人Bの飲食店の常連客となった。

二〇一一年四月五日に上記飲食店で会った際、Apは、すでに麻酔剤犯罪の前科があることが判明していた被告人Bに対し、オランダでの接触を仲介することはできないかと質問した。Apは、薬物供給者との間でトラブルを抱えており、翌週のオランダでの取引がうまくいかなかったことで、この

問題はなおも拡大しているということになっていった。被告人Bは、この取引へのいかなる関与も断った。Nによって仲介された同月一日の接触の際、Apは被告人Bに対しその晩に使用するコカインについて尋ねたが、それに対してBは薬物とは何の係わりも持ちたくないと考えている旨Apに注意喚起した。同夜、Apは、被告人Bに、改めて薬物供給のためにオランダとの仲介役となって欲しい旨要求したが、被告人Bは再度拒否している。さらに、BはApに対して、気持ちが変わることはない、もう問い合わせさせてこないように要求した。さらに、同月一四日あるいは一五日に、Apは、取引が成立しないことで、彼の顧客が怒っているKを待ち伏せて脅すので、彼は電話番号を変更し、住居も転居して知人宅に居るのだと虚偽の事実を伝えた。そして、Apは再度被告人Bに協力を依頼し、いくらでも払うし、それ以上何もしなくて良い旨を伝えた。被告人Bはこの依頼も断っている。

翌五月三〇日の接触の際、NとApは被告人Bに対し、状況が切迫していてNもセルビア人の客に脅かされていると伝えた。両人は、改めて被告人Bにオランダでの薬物供給を仲介してくれるように頼んだ。被告人Bは、改めて、薬物取引とは一切関係を持ちたくないのだと述べた。というのは、彼は保護観察下にあり、生活を建て直しているところであったためである。しかし、Apのさらなる要求に対し、被告人Bは協力を得られるかどうか友人に聞いてみると述べ、同日被告人J

と連絡を取った。この友人は、オランダの薬物供給のために連絡を取るように説明を受けたが、翌日のオランダでの接触の際に関心がないと述べ、被告人Jに対して関心を持っている別の供給者を提示して、オランダの某所で会うように提案した。

二〇一一年六月六日、被告人らは、供給者と取引について詳しい話し合いをするためにNおよびApと会った。その際、被告人Jは、単独の関与者として供給者と直接接触を図り、他の者たちはその情報を伝えた。また、Apは、切迫した状況にあることを理由に、次の金曜までに四万錠のエクスタシーを至急供給するように強く求めた。なおその際、正確な購入額は未定のままであった。

同月一〇日に、Apおよび被告人Jは、訴外Wと会い、WはApと被告人Jに四万錠のエクスタシーを渡した。この際、現場で一錠あたり一・二ユーロとする取り決めが行われたので、Apは用意してきた金の中から一部を前金として支払った。被告人Jは金額を確かめ、Wの車で金を受け取ることになっていた供給元の人物の元へ向かった。被告人BおよびNは受渡しのときは同所にいたが、薬物取引には関与しなかった。州裁判所は、被告人らが上記行為に対する報酬を受け取ったのか、あるいは少なくとも受け取るようになっていたのかを認定することができなかった。

同日、Nは被告人らの協力に感謝し、Apは再び平穏を取

り戻し、被告人らの好意に対して深謝していると伝えた。同年一九日、Nは改めて被告人Bに接触し、新たな薬物取引のために供給元の人物と個人的に会いたい旨のApの希望を伝えた。被告人Bは怪しいと思いつつも、被告人Jに連絡を取ってみることに同意した。同時に、彼は今後の取引に一切関わりたくないとの意思を明らかにした。結果として、被告人Jが仲介したApと供給元の人物との再三にわたる接触の試みは頓挫した。これらの関係者の会話の中で、同年八月初旬頃あるいはその他の時点で、Nは被告人Bに、取引を遂行しなければApはユーゴスラビア人に殺されると伝えている。結果として、被告人Jは新たなエクスタシーの供給に合意した。同年八月一〇日、訴外Wは二五万錠のエクスタシーを用意し、これを持ってオランダの某所に向かった。ApおよびJのほか、新たに加わったオランダの潜入捜査官Fがこの取引に居合わせていた。Wはこのことで当惑したが、Jが落ち着かせた後、彼はApとJに錠剤を見せ、包みをショッピングカートに積み込んだ。ApとJはFの助けを借りてこれを車に乗せた。この接触の際に、Apが見せ金に入ったバッグをWに手渡したところで警察の介入が行われた。被告人Bはその場に居合せなかったが、別の場所で逮捕された。被告人Jは協力の報酬としてNから五〇〇〇ユーロを得ることになっていた。他方、被告人Bが報酬を受けることになっていたか否かについては、州裁判所は認定することができなかった。

潜入捜査官Nに対しては捜査当局による部分的遮断<sup>36)</sup>により視聽覚的機器を用いた尋問のみが行われ、公判手続における人格的印象を欠いたため、州裁判所はその供述の信憑性には確信を抱かなかった。それ以上に、潜入捜査官の投入に関する書類が不明確であり、供述に整合性がなかったりしたことから、N供述の信憑性には根本的な疑いが生じた。これらの理由から、裁判所は、反駁を受けていない被告人らの供述(Litigation)のみに依拠して有罪判決を下した。

以上の事実関係から、州裁判所は被告人らの二件の行為を薬物取引の幫助とした。というのは、彼らは量、価格あるいは転売に自ら影響を及ぼすことなく、ただ外国での取引を仲介し、同行したに過ぎず、同時に報酬の受諾は確認できず、また受諾された報酬額も売上総額に鑑みれば比較的少額であったためである。

量刑に際して、州裁判所は、二件の取引への誘因・刺激(Motiv)はNおよびApという二名の潜入捜査官に原因があり、彼らから、薬物取引はオランダで行われドイツへの再輸送は計画されていないのだからリスクはないとの説明を受けていたことを、両被告人に対する減輕事由と認めた。加えて、潜入捜査官の活動が前科との関係で相当であったことも、減輕事由として考慮された<sup>37)</sup>。

【判旨】

本件手続きを打ち切る。本件には、職権で考慮すべき訴訟

障碍につながる反法治国家的犯罪誘発行為が存在する。当裁判所は、人権条約六条一項第一文に反する反法治国家的犯罪誘発行為の前提条件を認める。

〔違法判断について〕

人権裁判所の判例によれば、関与した捜査官が完全に受動的な犯罪捜査にとどまらず、対象者に対して、以下のような態様で犯罪行為の挙行をそそのかす場合は人権条約六条一項第一文に反する犯罪誘発行為が存在する。それは、対象者が捜査官の影響がなければ挙行されなかったはずの犯罪行為を挙行するように誘惑され、しかもそれが犯罪行為の証明、すなわち証拠の獲得および刑事訴追の開始という目的を有するようなどきである。この禁止は、捜査機関の任務が犯罪を未然に防止し、調査することにより、犯罪を引き起こす (provocieren) ことにはないという点に見出すことができる。<sup>(38)(39)</sup> 人権裁判所は、捜査が「基本的に受動的であった (Wesentlichen passiv)」「かどうかの吟味の枠内で、捜査官が潜入捜査を実施した理由も調査している」。

その点について、当裁判所は、対象者がすでに犯罪活動に関与していること、あるいは犯罪を挙行しようと考えていることに関する嫌疑について客観的手掛かりが存在したか否かという点を問題とする。その際、対象者に前科があるかという点 (ただし、そのみで十分な間接証拠 (Indiz) となるわけではない)、そしてすでに彼に対する捜査手続が開始さ

れているかという点が重要となる。当裁判所の見解によれば、この判断の際には、具体的な事案について以下の点が犯行意思の認定に肯定的に働く。すなわち、違法な薬物取引における通常価格を行為者が明らかに熟知していること、短期間で薬物を用意する能力を有すること、彼が当該取引から利益を得ることになっているという状況である。<sup>(40)</sup>

捜査官の活動を吟味するにあたっては、人権裁判所は、対象者に対して犯罪の挙行に向けた圧力が及ぼされているかどうかを調査する。同裁判所の見解によれば、薬物事犯においては、以下の行為態様は、捜査機関が受動的措置の領域から逸脱していたことを示す材料を提供する可能性がある。すなわち、対象者との接触の際に主導権を握っていたこと、当初拒否したにもかかわらず再度改めて申し出を行うこと、行為を行うように執拗に要求すること、平均値以上に価格を上げること、あるいは対象者の同情を引くために禁断症状があるように見せかけることである。<sup>(41)(42)</sup>

連邦通常裁判所の判例によれば、潜入捜査官 (あるいは公務員の指導を受けた連絡員) がたんに「参加」を超えて、犯意を惹起すべく、または彼自身により犯行計画を著しく強化すべく、行為者を刺激して影響を及ぼすとき、国家による犯罪誘発行為が存在する。犯罪誘発行為は、すでに行われた犯罪行為に関与したということ、あるいは将来の犯行を行う意思があるということについて、刑法一五二条二項、一六〇

条と比肩可能なレベルの嫌疑がある人物に対して用いられる場合のみ許容される。これに対し、非嫌疑者および犯意のない者には、国家に帰責されるべき態様で犯罪を行うよう挑発する (verleiten) ことは許されない。はじめから初期段階の嫌疑 (Anfangsverdacht) が存在する場合であったとしても、対象者に対する働き掛け (Einwirkung) が初期段階の嫌疑との関係で「肯定しえないほど強すぎる」ときは、反法治国家的犯罪誘発行為 (Tatprovokation) が存在しうる。この場合、とくに対象者に対して存在した嫌疑、働き掛け (Einflussnahme) の性質、強度および目的、ならびに他人にコントロールされていない対象者自身の活動が考慮されなければならぬ。<sup>(15)</sup>

両基準に照らすと、潜入捜査官の行為は、公正な手続原則および法治国家原則によって設定された限界を踏み越えている。<sup>(16)</sup>

潜入捜査官による活動は、人権裁判所が行為者に対する適法な働き掛けとして想定しているような、ほぼ「受動的な犯罪捜査」にとどまるものではなく、積極的な激しい働き掛けであり、被告人の犯行関与はそのことに起因するものであった。<sup>(17)</sup>

密行的手段 (verdeckte Maßnahme) を用いる際に人権裁判所判例によって求められる根拠を吟味するに当たっては、両被告人に薬物事犯の前科があったことが考慮されなければな

らない。しかし、前科はそれだけで、その他の犯罪の初期段階の嫌疑を基礎づけるものでもなければ、潜在的な犯行意思を認めるための十分な手掛かりを提供するものでもない。そうでなければ、前科者の再社会化は一般に疑問視されることになってしまう。加えて、本件では、潜入捜査官の投入の開始時点で被告人が実際に薬物の世界に属していたという事実が、犯行への誘引 (おとり捜査) が成功した後においても確認できなかった点が考慮されなければならない。被告人B自身はもはや当該接触を行っておらず、麻酔剤取引を行うために共同被告人Jを誘い込まなければならなかった。Jは、まず自分の知らない人物に呼び掛けているが、その人物もまた薬物取引には関心がなく、さらに別の供給者の所へ行くようにJに指示している。<sup>(18)</sup>

たしかに、資金洗浄に関する捜査の過程で獲得された情報を根拠に、捜査当局はなお法的に正当化できる態様で麻酔剤犯罪に関する初期段階の嫌疑を肯定し、二〇一〇年一月にこれに応じて捜査手続を開始した。しかし、この嫌疑はとくに強いものではなく弱いものであって、その上漠然とした状況を根拠としたものであった。この際、とくに考慮されるべきことは、二〇〇九年の一月の電話傍受で得られた情報からは、被告人が犯罪に関与していることを示唆する事情は他には得られなかったという事実である。二〇一〇年四月には国際薬物取引に関与した疑いで自動車検問が行われたが、新

たな情報は得られなかった。捜査機関は、被告人Bが別の連絡手段を使用しており、そのため捜査の成果が得られたなかつたのだと推定したが、結局は犯罪への一般的な関与に関するその他の手掛りもなく、犯罪学の経験によってもカバーされないたんなる空論である。なお、上述の状況を根拠にして出された同年二月の裁判官による潜入捜査官の投入の許可は、明文規定（*Gesetzliche Vorschriften*）によりなお支持されている。もちろん、これによって直ちに犯罪誘発行為が許容されるというわけではないし、同時に、その具体的な処分それ自体については、特別の法的規定は存在しない（刑法一一〇条c参照）。加えて、介入のための要件を満たしているか否かの判定にとっては、おとりが働き掛けた時点での対象者に対する嫌疑の状態が重要である。連邦通常裁判所の見解によれば、嫌疑が強ければ強いほど、その分だけ影響が持続的なものであっても許される<sup>⑩</sup>。しかし、嫌疑が弱ければ、その分だけ弱い刺激を与えることしか許されない。監視が実施され、働き掛けが試みられたにもかかわらず、犯罪誘発行為とは無関係に犯罪の挙行が計画または実施されたことを示す事情が全く存在しない場合は、最終的にとくに慎重であることが求められる<sup>⑪</sup>。

このような背景の下では、たしかに捜査機関側からみれば潜入捜査を命じるべき十分な根拠は存在したといえる。しかし、嫌疑の強度が脆弱であった点を考慮すると、ここでの誘

発行為にははじめから狭い限界が設定されており、その範囲内においてのみ許されるものであったことが確認されなければならない<sup>⑫</sup>。

さらに人権裁判所は、潜入捜査官が被告人に対して圧力を掛けたか否か、そしてその圧力がどのような態様のものだったのかという評価を行うことを求めるが、その際には、被告人に対する犯罪誘発行為がどのように行われたのかという具体的な状況が考慮されなければならない。まず考慮しなければならぬのは、当時オランダの潜入捜査官が、無許可のままドイツ国内で活動していたかどうかという点である。ApとKは、二〇一一年二月一〇日にはじめて投入されたが、許可は翌三月一六日にはじめて与えられている。この他にも、被告人Bは同年五月三〇日に恒常的で次第に強くなっていた圧力に最終的に屈してしまいが、同年四月初旬からその時点まで、オランダでの薬物取引の仲介を求める度重なるApの問い合わせを拒んできたことが確認されなければならない。その限りにおいて、被告人Bに対し、ApおよびNも怒りに震えたセルビア人の客から脅されていて、ApはKと一緒にそれまでの住居をすでに引き払ったという虚偽を事実と見せかけたことは、重大な意義を有する。薬物取引とは関わりたくないと言いつつ主張してきた被告人Bは、状況はなおおどろか友人に聞いてみる気があると明言するに至った。その際、

被告人B自身が連絡先を知っていて自由に連絡ができたわけではない。そのため、彼は被告人Jを介入させており、前述の説明により、同人に「生きるか死ぬか」の問題であるという印象を抱かせている。それにより、被告人Jは行為への関与を説得されたが、しかし、特定の供給者の協力を求めることができたわけではなく、そのような人物を新たに探さなければならなかったのである。その際、被告人らの行為については、ApとNのためを思っただけであって、その行為はいかなる時点においても独自の動機に基づいたものではなかったし、自らの利潤追求に起因するものでもなかった。問題となつているのは全くもって他人を利用した行為であって、それは被告人Bが（そして間接的にはJも）、潜入捜査官からの「圧力」を受けなければ行わなかったはずのことである。<sup>52)</sup>

このことは同様に第二取引にも妥当する。被告人Bは、たしかに第二取引の情報について被告人Jに情報提供を行っているが、同時に、薬物取引とはもう関わり合いになりたくないという意思表示を行っており、いずれにせよ取引にほぼ関心を持っていなかった。しかし、第二取引に関する働き掛けの対象は、このBに対してのみならずJにも及んでいる。被告人Jは、たしかに虚偽の脅迫により供給者との連絡を取り持つ意思を生じたのだが、それがなければ取引とは関わり合いになるつもりはなかった。しかし、被告人Jにも影響は及

んでいる。第一行為の後、刑事訴追機関は犯罪の解明を目的としその惹起を目的とはしないという視点からみて、新たにApの身体および生命に対する危険を示唆して第二行為を主導する正当な理由がもはや存在しないときは、このことはなお一層妥当する。<sup>53)</sup>

被告人らに対する潜入捜査官らのこのような行為によって、捜査機関は両事案で、公正な手続きの理念によって自らに課せられた、密行的に犯罪解明を行う場合の受動的態度から逸脱してしまっている。潜入捜査官らはむしろ——いざれにせよ被告人らに対しては微弱な嫌疑しか存在しなかったこと、そして被告人Bが他人の麻酔剤取引に関与することを一貫して、次の行為に至る限界まで拒否していたことを考慮しないまま——時の経過とともにその働き掛けを次第に強めていき、そして最終的にようやく潜入捜査官らが自ら計画した取引に被告人らに関与させている。したがって、人権裁判所の基準によれば、両事案において、人権条約六条一項に反する犯罪誘発行為が存在する。<sup>54)</sup>

そして、また連邦通常裁判所の判例に従っても、本件では違法な犯罪誘発行為が存在する。<sup>55)</sup> 潜入捜査官の行為は、その他の働き掛けを用いずただ被告人らに声を掛けた、あるいはさらに別の犯罪行為を挙行することに関する明らかに認識可能な犯意を利用したということにとどまるものではない。潜入捜査官らの行為は、むしろ——麻酔剤取引への関与に

対する再三の拒否にもかかわらず——まさに取引へ関与させることを目指したものであり、したがって、連邦通常裁判所の判例の趣旨においても直ちに国家による犯罪誘発行為と認められる。これは、微弱ではあるが嫌疑が存在した人物を対象にしている場合であっても許されない。たしかに、このような人物集団については、たんなる「参加」を超えた主導 (Initiierung) あるいは (本来の) 犯意 (Tatentschluss) の強化は基本的に許されないわけではない、しかし、ここにはおとりの投入に関する法治国家的限界も存在する。嫌疑のある人物または犯罪を行う気のある人物に対する働き掛けは、初期段階の嫌疑との関係で「是認できないほど重大な」ものであることは許されない。しかしながら、本件はまさにそのような場合に当たる。すでに詳論したように、被告人らがようやく取引への協力意思を示したのは、潜入捜査官らが数ヶ月以上もかけて被告人Bの信頼を得て、薬物購入者から脅されているということ信じ込ませた後になってからのことであり、彼らに対してはせいぜいのところ漠然とした初期段階の嫌疑しか存在しなかったのである。存在した初期段階の嫌疑と潜入捜査官らの再三にわたる執拗な働き掛け行為との間には、明らかな不均衡が存在する。<sup>(57)</sup>

それゆえ、人権裁判所と同様に連邦通常裁判所の判例によっても、反法治国家的誘発行為が認められなければならない。したがって、当刑事部は——第一刑事部が意見を述べてい

るように<sup>(58)</sup>——人権裁判所が人権条約六条一項の説明の際に示した犯罪誘発行為に関する基準が、連邦通常裁判所の裁判でも反映されているかどうか、あるいは連邦通常裁判所の判例は、法治国家的な犯罪誘発行為を認定するための前提条件に関してより緩やかなのか(嫌疑のある人物または犯行を行う意思のある人物に対する「正当化できないほどの重大な」働き掛けの禁止)、それゆえ(おそらく)今後も引続く人権裁判所の司法(本質的に「受動的な犯罪捜査」)に適合していたかということ、その立場において判断する必要はない。「違法なおとり捜査の法律効果について」

以上のようにして生じる人権条約六条一項第一文に対する違反は、本件において訴訟障碍を理由とする手続きの打切りを導く<sup>(60)</sup>。

たしかに、このような帰結は、違法な犯罪誘発行為はその結果として訴訟障碍をもたらしことはなく、たんに量刑の枠組みにおいてのみ考慮されなければならないとする、これまでの連邦通常裁判所の判例<sup>(62)</sup>とは合致しない<sup>(63)</sup>。

当刑事部は、人権裁判所の判例を考慮して(後述a)これまでの「量刑解決 (Strafzumessungslösung)」にはもはや固執しない。人権裁判所判例の求める考慮すべき点は(後述b)、いずれにせよ本件のような事案において人権条約違反に対する補償 (Kompensation) のために訴訟障碍が必要であるとする当刑事部の見解(後述c)を導く<sup>(64)</sup>。



a) 人権裁判所は、ドイツ判例の量刑解決が始めて直接的に検討され、人権条約違反に対する補償の手段としては否定された、二〇一四年一月三日のフルヒト対ドイツ事件判決（本稿二参照）において、被告人がはじめから公正な手続きを受けられない危険にさらされることになるため、犯罪との闘争（Verbrechenskämpfung）における公共の利益が、警察による犯罪誘発行為の成果として得られた証拠方法の使用を正当化することはないということを改めて強調している。

この判断の基礎には、潜入捜査官が対象者に接近した決定的時点において、彼らが違法な薬物取引に関与しているとか、そうでなかったとしても犯罪の挙行意思があったということに関する客観の手掛かりが存在しなかったという事案の状況が存在する。たしかに、対象者は、結果として、薬物売却が可能であることを申し出ている。しかしながら、対象者が薬物取引にはもう関心がないと表明した後も、潜入捜査官らは再度彼と連絡を取り、薬物取引の計画を続行するように説得したことを理由に、人権裁判所は、潜入捜査官の活動は完全に受動的な捜査活動の域を超え、人権条約六条一項違反を根拠づけるとの結論に至った。

州裁判所とした相当程度の刑の減輕によつて、人権条約違反に対する十分な補償が担保されるか否かという問題について、人権裁判所は、犯罪誘発行為の成果として獲得されたあらゆる証拠方法は排除されなければならず、そうでないとし

ても人権条約六条一項の意味において公正であるといいうるレベルの帰結を伴う手続きが保障されなければならない、ということを繰り返した。「したがつて、その他のいかなる措置も、人権条約六条一項違反に対する適切な補償としては十分であるとみなすことはできない」。以上の理由から、人権裁判所は、有罪証拠が許されざる犯罪誘発行為によつて得られたことの意義を考慮して、相当程度の刑の減輕も「非難されるべき証拠方法の排除と比肩可能な帰結を伴う手続き」とみなすことはできないという結論に至った。

b) 連邦通常裁判所は、反法治国家的犯罪誘発行為の法律効果を決する際、この判例を考慮しなければならない。

ドイツの法秩序においては、人権条約およびその準則（Zusatzprotokoll）は——それらがドイツに対して効力を有する範囲において——連邦法の地位を有する。そのため、ドイツの裁判所は、人権条約を他の連邦法と同様に理論上正当化できる解釈の枠内において考慮し、適用しなければならないことになる。また、人権裁判所の判断は、国際条約法（Völkerrechtsrecht）としての人権条約法（Konventionsrecht）に対する特別の意義を有する。というのは、人権条約およびその準則の実際の発展状況はその判例に反映されているからである。

したがつて、理論的に正当化しうる国内法の法解釈の枠内で人権条約の保障および人権裁判所の判断を顧慮することは、

法律および法 (Gesetz und Recht) に対する裁判所の義務に含まれる (基本法二〇条三項)。人権裁判所の判断に対する取り組みが不十分であることも、そしてそのことで優先的権利を侵した「型通りの」法執行が行われることも、連邦憲法裁判所の判例によれば、法治国家原則と結び付いた基本権を侵害する可能性がある。したがって、人権裁判所の判例は、国内法のレベルで、可能な限り緩やかに理論上独立した現行の国内法システムに順応させられなければならない。<sup>(12)</sup>

したがって、人権裁判所の判例との両立可能性を巡って学説上ははじめから議論の余地があつた量刑的解決は、反法治国家的犯罪誘発行為の帰結としてはもはや考慮されない。<sup>(13)</sup>

たしかに「国内法システムは、必ずしも人権裁判所による理論的評価に従わなければならないわけではない。というのは、人権条約六条一項第一文が公正性に求める内容的な要請が満たされる限り、人権裁判所は、この要請を国内法システムにどのように統合させるべきかの判断を、国内裁判所に委ねているからである」。人権裁判所は、これに対応して、「個々の証拠の許容性および評価の問題は、主として国内法の規定に委ねられており、他方、自らの使命は、手続きが証拠調べの態様を含めた全体として公正であるか否かを確認することにあることを、一般に強調する。これに応じて、人権裁判所は、人権条約六条一項第一文違反に対する十分な補償を担保する類似の帰結を伴う手続きであっても、基本的に妥当であ

るとする。<sup>(17)</sup>

しかし、人権裁判所が目下——すなわち、連邦通常裁判所が、過去再三にわたって量刑的解決を補償のあり方として十分であるとみなしてきた後の現時点においても——明確に確認しているように、「大幅な刑の減輕であっても、人権条約に違反した国家的犯罪誘発行為によって得られたすべての証拠方法の排除と比肩可能な帰結にはならない。したがって、量刑的解決は、それが完全な刑の免除に至らない限りは、人権条約四一条の意味における完全な補償とはならない。<sup>(19)</sup> そのため、人権裁判所の解釈における人権条約の最低水準の遵守は、量刑的解決によっては保障されない。<sup>(20)</sup>

c) 人権裁判所判例を国内法システムへ必要的に、そして慎重に適合させるに当たり、その結果求められる国家的犯罪誘発行為に対する再評価は、本件においては訴訟障碍の承認を導く。<sup>(21)</sup>

手続きが全体として公正とみなされるためには、誘発行為 (Provokation) の成果として得られたすべての証拠方法が排除されるか、それと比肩可能な帰結を伴う手続きが行われなければならないとする人権裁判所の基準は、たしかに包括的証拠使用禁止 (unfassendes Beweisverwertungsverbot) を承認するのに有利な条件となろう。<sup>(22)</sup>

しかし、すでに連邦通常裁判所が述べてきたように、「このような証拠禁止は、ドイツの刑事法システムの本質的評価

とは簡単には調和せず」、解決できない限界設定の困難さを導くことになろう。<sup>(85)</sup>

証拠使用禁止は、基本的に、違法に獲得された特定の証拠方法を罪責の確認のために直接使用することのみに関係するものである。「これに対して、違法な犯罪誘発行為の事案においては、人権条約六条一項第一文に違反した国家の違法行為は、証拠方法の獲得によつてはじめて問題になるわけではなく、結果としてそのような行為を伴うのである」<sup>(87)</sup>。その限りで、犯罪誘発行為によつて「獲得された」証拠は排除されなければならないという見解は、直ちに妥当する。加えて、この証拠を後に刑事手続で取り調べることは、もちろんはじめから違法というわけではない。事実審裁判所による証拠調べは、むしろ第一義的には、通常、主張されている犯罪誘発行為に関する事実の状況を明らかにし、そこから生じる帰結を吟味することを可能にするために求められる<sup>(88)</sup>。

それだけに、「可能性のある使用禁止の範囲に関していえば、犯罪誘発行為によつて『直接』、『間接』に獲得された証拠の区別はほぼ不可能である」<sup>(89)</sup>。このことは、被告人らの有罪判決が本質的にその自白に基づいている事案において典型的（exemplarisch）である。すでに連邦通常裁判所が人権裁判所の判例との関係で判断を下しているように、潜入捜査官（または連絡員）の供述が最も重要な証拠方法となっているか否かが焦点となるような場合は、許容される犯罪誘発行為

の限界には至っていない可能性がある。多くの事案においては潜入捜査官の供述は被誘発者の有罪認定にとつて必要ではない。というのは、たいいてい警察官も薬物の譲渡を監視しており、そしてその場合薬物の保全と行為者の逮捕に関与するため、被告人が後に自白をするかどうかということは、証明の評価にとつて決定的に重要とはならないことはよくあることである<sup>(90)</sup>。おとりの供述を立証から排除することのみでは、最終的に人権裁判所の判例と調和したその全体において公正な手続の実施は保障されない<sup>(92)</sup>。「間接的に獲得された証拠も含むすべての証拠の不使用は、結果からして訴訟障碍の結果に至る」<sup>(91)</sup>。

これに対して、訴訟障碍の承認は、ドイツの法システムに「広く」適合するものであるし、人権裁判所の示す基準を満たす<sup>(93)</sup>。

「訴訟障碍の承認は、被誘発行為それ自体に関係し、したがつて——証拠使用禁止とは異なり——反法治国家的行為の直接の結果に関係する。これは、これらの行為に関する手続きの打切り（刑法二〇六条a、二六〇条三項）を、つまり、警察の犯罪誘発行為の結果として獲得されたあらゆる証拠方法の排除と比肩可能な帰結を導く」<sup>(94)</sup>。

反法治国家的犯罪誘発行為の帰結として訴訟障碍を承認することに對しては、国内法システムに基づいた徹底的かつ理論的な反論も存在しない。「この解決法は、かつてすでに連

邦通常裁判所の判例<sup>⑧</sup>によって支持されていたし、今日においてもなお学説の一部において支持されている。訴訟障碍は、それが刑事訴訟法において一般的には定義されていないという事実はともかくとして、承認された理論的な性質を有するものであり、したがって——例えば法的に明文の規定のない刑罰阻却事由 (Strafpauschungsgrund) の承認とは違って——国内法秩序の観点から守るべき人権裁判所判例の尊重を可能とするものである。「訴訟障碍の存否を判断する際に事実に対する包括的な評価を必要とすることも、このこととは矛盾しない」。このような必要性は、その他の訴訟条件あるいは訴訟障碍を吟味する際、個々の事案をみてみると、例えば、反法治国家的訴訟遅延が問題となる場合、あるいは例えば相対的親告罪 (刑法二四七条・親族相盜) の訴追に特別の公的利益が存在する場合、刑事公訴時効が発生する場合、あるいは刑罰免除法違反がある場合にも生じうるものである。例えば、公訴権の消滅 (Strafklageverbrauchs) の場合においては、訴訟障碍が包括的な事実調査の後に初めて明らかになるという事実も、最初から排除されているわけではない。訴訟障碍は客観的に確認可能な事実に関する事項であり考量の結果ではないという視点は、人権裁判所の示した基準から明らかになつていようように、侵害の程度に基づいた考量の余地がないことが確認される場合は、後退することになる。

反法治国家的犯罪誘発行為の法的帰結としての訴訟障碍の

承認は、その射程にあるすべての事案の画一的な取扱いは、とくに被誘発者の有責行為の範囲に関する大きな相違を正当に評価できないとの反論を受けることもない。一方において、例えば、それまで嫌疑のなかつた薬物の売人にたまたま話し掛け、その結果、同人が麻醉剤取引の実施に向けた独自の大規模な行為を展開するような事案は、訴訟障碍を承認することが妥当ではないことの例として再三にわたり引き合いに出されてきたが、反法治国家的犯罪誘発行為とみなされるべき状況では決してない。他方で、当初の嫌疑の強さ、潜入捜査官の執拗さ、ならびに彼らによって犯行を誘発された人物の有責性に鑑み、区別を必要とされる対局的な事案の状況が存在する<sup>⑨</sup>といった、このような関係において援用される根拠は、いづれにしても人権裁判所の基準とはもはや調和しない主張である。反法治国家的犯罪誘発行為の前提条件を承認することにより、警察の誘発行為の結果として獲得された証拠方法は排除されなければならない、あるいは手続きが——全体として——公正であるとみなされうるのと比肩可能な帰結を伴う手続きが達成されなければならない。このことは、より広範な区分の可能性およびその必要性を排除する<sup>⑩</sup>。

訴訟障碍は、憲法上の基準とも矛盾しない。たしかに、連邦憲法裁判所は、反法治国家的犯罪誘発行為から訴訟障碍が導き出されうるか否かについては、これまで未解決のままにしてきた。しかし、「犯罪誘発行為が、たんに『自らの動機

がないまま、国家の捜査機関の客体としてあらかじめ設定された犯行計画を実行した』（その時まで）全く嫌疑のなかった人物に向けられたものであるときは、連邦憲法裁判所はもちろんな例外的な場合において、訴訟障害を演繹することは可能であると判断している<sup>(18)</sup>。しかし、訴訟障害の承認は、憲法上はもはや例外的な場合に限定されない。とくに、「これまでの『量刑的解決』も憲法自体からは演繹できない」。量刑的解決は、法律上根拠づけられるものである。連邦憲法裁判所が二〇一四年二月一八日決定<sup>(19)</sup>で明確に指摘した反法治国家的犯罪誘発行為に対する別の対応は、したがって憲法上は許容されるのである。それ以上に、連邦憲法裁判所が将来において反法治国家的犯罪誘発行為により直接獲得された証拠について（とくに犯罪誘発行為に直接関与した証人に関して）使用禁止を検討することを刑事裁判所に求める限り、これは連邦憲法裁判所法三一条一項に基づく拘束力（Bindungswirkung）は下級審には及ばないという<sup>(20)</sup>——もちろん憲法的考慮からは生じない——示唆である。

したがって、本件においては、被告人らに対して存在した嫌疑を考慮すれば、憲法を理由とする訴訟障害の前提条件は存在しないのだが、確認された反法治国家的犯罪誘発行為から訴訟障害が導かれる。認定された犯罪誘発行為の重大さから、本件では例外的事案であると認定することは問題とならない。したがって、反法治国家的犯罪誘発行為が問題となる

すべての事案において、人権的観点から訴訟障害の承認が求められるのか否か<sup>(21)</sup>、あるいはとくに例外的な場合においては、人権条約六条一項に基づく公正な手続き違反に対する補償として手続きの打切り以外の措置を取ること考えられうるのかということ、未確定であるということができる<sup>(22)(23)</sup>。

## (二) 分析

### 1 違法性の判断基準

第二刑事部は、まずおとり捜査の違法性判断を行い、その後違法性の効果として手続打切りが妥当であると認定している。違法性判断の部分については、概ね、近年の連邦通常裁判所の判例が示してきた基準に依拠した判断が行われているといえるが、その際、法治国家原則ならびに人権条約六条一項の両方が拠り所とされている。さらに、第二刑事部は、まずこれまでの人権裁判所判例の基準に依拠し、潜入捜査官の態度が「本質的に受動的（im Wesentlichen passiv）」なものにとどまっていたか否かという点について検討を加える。そして、潜入捜査の開始時点では被告人らに対して薬物取引の嫌疑が存在するものの、それは決して強いものではなく微弱なものであって、そのため犯罪誘発行為はかなり限定的な枠内では許されないことを確認する。つまり、第二刑事部の見解によれば、当該嫌疑に相当する強度の働き掛けしか許されず、本件では嫌疑が微弱な分強い働き掛けは許されないことになる。この点、おとりとなつた

潜入捜査官らの活動、とくに被告人らに対して用いられた圧力の内実が詳細に認定されている。人権条約違反を導く上で具体的に指摘したポイントは、以下の点である。①二〇一一年四月初旬から五月三〇日まで何度も働き掛けが行われた点、②潜入捜査官らに切迫した身の危険が迫っているとの虚偽を申し述べている点、③被告人は、最終的に働き掛けに応じるまで、その都度拒否の意思表示を行っていた点、④被告人には、自ら薬物供給を仲介する能力はなく、さらに別人を介在させることではじめて、おとりと薬物供給者との接触を仲介することが可能となった点、⑤被告人の関与は、自らの利益追及のために行われたものではなく、いわばおとりに同情した被告人が彼らのためを思って関与した点である。第二刑事部は、これらの点を総合的に評価した結果人権条約違反を認めているが、このような視点はこれまでの連邦通常裁判所の判断においても用いられてきたものと共通する。以上のように、第二刑事部は、本件おとり捜査の違法性判断を行うに当たり、人権裁判所の示す基準との適合性を判断しつつ違法判断を導き、さらに連邦通常裁判所の判例においても同様の帰結が導かれると判断した。

なお、上記①および②の視点は働き掛けの内容に関するものであり、おとりに着目した視点である。そして、③は架空取引に応じるまでに再三にわたり働き掛けが行われたという執拗性を推認させる事情であるとともに、それだけ執拗な働き掛けが用いられてようやく取引に応じた被告人であるため、元々微弱

な犯意しか持っていなかったことを推認させる事情ともなろう。このように、主観(③④⑤)と客観(①②③)の両面を考慮して違法判断を行う姿勢は、これまでの連邦通常裁判所の判例と軌を同一にするといえる。

## 2 おとり捜査の違法の効果

本判決の特徴は、おとり捜査が違法となる場合の法律効果として、手続打ちりによる処理を図った点にある。第二刑事部は、連邦通常裁判所が一九八四年五月二三日判決以降一貫して採用してきた減軽事由(Strafmitdemigungsgrund)の承認による解決を明確に否定した。しかしながら、これまで、一貫して証拠排除説に立つ人権裁判所とドイツ国内裁判所が採用してきた量刑的解決との間には大きな溝があり、もはや人権条約六条一項違反に対する補償としては不十分だということが指摘されていた。

そして、本判決の前年である二〇一四年のフルヒト判決において、ドイツ刑事司法が直接の判断を受け量刑的解決が正面から否定されることとなった。他方、学説は、波及効を伴う包括的証拠禁止あるいは訴訟障碍事由、刑罰阻却事由(Straf ausschließungsgrund)などの承認に基づく不処罰的処理を志向するものがほとんどであったといえよう。そのため、フルヒト判決に対して学説は概ね好意的のようである。

ただ、本判決で選択された具体的処理方法は手続打ちりによる処理であり、人権裁判所のいう証拠禁止とは異なる。第二刑

事部は、まず手続面において、人権条約違反に対する補償を図る際の具体的処理方法は国内裁判所に委ねられている点を指摘する。そのため、被告人が受けた公正な手続き違反に対して、証拠禁止による処理方法と同レベルの補償が図られるのであれば、方法の如何は重要ではない。最終的に、当該手続きが、証拠調べの態様をも含む全体において公正であることが保障されているかというところが問題となるためである。

もちろん、第二刑事部が自ら指摘するように、人権裁判所判例に最も親和的な処理方法として考えられるのは包括的証拠禁止である。しかし、同刑事部は、人権裁判所のいうようなすべての証拠の排除、すなわち包括的証拠禁止は、ドイツ法システムと調和させるのが困難であるとする。その理由の一つは、ドイツの証拠禁止の射程が違法捜査によって獲得された証拠の有罪立証への直接利用にとどまる点である。また、学説においてもしばしば指摘されてきたように、違法なおとり捜査による犯罪誘発行為は、証拠の獲得の態様如何によって問題化するのではなく、違法な働き掛けの結果として証拠獲得が付随するに過ぎないことを指摘している。最終的な処理方法として訴訟障碍の承認に基づく手続打切りを選択しているところからしても、やはり問題の核心は既存の犯罪に対する証拠収集の態様にあるのではなく、犯罪の成否に関わる点、すなわち誘発行為にあるとみていると思われる。たしかに、違法な犯罪誘発行為はそれ自身が違法なのであって、事後の証拠獲得の有無とその違法と

は無関係である。その意味で、第二刑事部の判断は妥当であろう。なお、最終的な結果に着目した場合、一部の学説が指摘するように、人権裁判所のいう証拠禁止の射程に着目すれば、事実上訴訟障碍に至ることになる。その点では、おそらく本判決の示した訴訟障碍の承認は人権裁判所の要請に十分応えうるものであろうし、むしろより直接的であるとすらいえよう。

以上のように、第二刑事部は訴訟障碍事由の承認を認めるが、これはかつて連邦通常裁判所自身が採用していた解決方法である。しかし、前述の通り一九八四年以降、本判決に至るまで一貫して量刑的解決を維持し、手続打切りによる解決を否定し続けてきた。その根拠は、まず形式的側面において、訴訟障碍は、その判断において事実に対する包括的な評価を必要とするが、本来訴訟障碍はそのような評価を必要としない概念であるというものであった。また、実体的側面においては、訴訟障碍による解決だと、おとり捜査が違法となるすべての事案において手続打切りという画一的な取扱いが行われることになり、実態に即した判断ができないというものであった。反面、量刑による解決は事案毎の違法の程度に即した判断が可能である、と。しかし、右で紹介したように第二刑事部は、自らが指摘してきたこれらの批判が克服可能なものであるという論証を行い、最終的に訴訟障碍を承認した。

ところで、訴訟障碍に繋がる反法治国家的犯罪誘発行為がいかなるものなのかという判断方法との関係で、これまでの判断

と一部整合しないように思われる点が見受けられるので、触れしておくことにする。第二刑事部は、訴訟障碍の承認という一見画一的と思われる帰結が必ずしも妥当ではないとはいえない論拠として、法治国家原則違反となる働き掛けから以下のような場合を除外する。すなわち、おとりがたまたま話し掛けてみたに過ぎない非嫌疑者 (Unverdächtige) が、自ら薬物取引を主導したような場合である。また、第二刑事部は、嫌疑が強ければそれだけ持続的な働き掛けも許されるとしており、嫌疑と働き掛けを相対化させて違法性判断を行っているようである。しかし、近年の連邦通常裁判所の判例においては、嫌疑要件と働き掛けの強度は、主観面、客観面に關するそれぞれ独立した判断要素として用いられてきたはずである。これをどうみるべきか。本判決では、完全な非嫌疑者 (sanzüch Unverdächtige) に対する働き掛けについては、それ自体を問題視している。となると、第二刑事部がいう「たまたま話し掛ける行為」自体、そもそも働き掛け (Täpprovokation od. Einwirkung usw.) とはみなされていない可能性も考えられる。

#### 四 おわりに

冒頭でも述べたように、法治国家原則あるいは公正な手続き原則に反するおとり捜査があった場合に、手続打切りがありうるとした連邦通常裁判所第二刑事部判決の意義は大きい。具体的な処理の方法については見解が分かれるが、学説の多くは不

処罰的処理を志向するものであり、本判決は概ね好意的に評価されるのではないかと思われる。ただ、本件第二刑事部判決の示した基準をこれまで違法とされてきた事案に当てはめた場合も、手続打切りという帰結がもたらされるかについては、以下の点からなお検討の余地を残すように思われる。まず確認すべき点は、本件が、せいぜいのところ漠然とした嫌疑しか存在せず、なおかつおとりによる執拗な働き掛けが行われていたため、その両者が権衡を欠いた事案であったという事実である。そのため、連邦通常裁判所の判例によっても反法治国家的犯罪誘発行為が認定されたわけである。この点について、第二刑事部は、人権裁判所の示す違法性の判断基準が連邦通常裁判所判例に反映されているかを判断しないことを明示し、結果としては違法判断を導いた自らの基準が場合によっては人権裁判所のそれよりも緩やかである可能性を示唆した<sup>26)</sup>。したがって、本判決において第二刑事部は法治国家原則違反あるいは公正な手続き原則違反となるおとり捜査が訴訟障碍事由となる可能性は認められたものの、その認定に求められる違法のレベルは人権裁判所と比べて高い可能性がある。そのため、人権裁判所の基準では公正な手続き原則違反が認定されるような事案であっても、ドイツ国内では訴訟障碍は認められないことも可能性としては残ることになる。

本来であれば、本件第二刑事部判決を評価するに当たっては、反法治国家的犯罪誘発行為、すなわち違法なおとり捜査がどの



ような行為を指すのかという違法性の判断の基準に立ち返り、検討を加える必要がある。違法判断に求められる基準を上げ、その結果違法となる働き掛けを特定のレベルのものに限定し、そのような違法性の強いものに限定して訴訟障碍事由が承認された可能性も否定できないためである。そのため、本来は本件第二刑事部判決に対する学説の評価も踏まえて、分析を加える必要があるが、まだ出揃っていない感がある。第二刑事部判決の示した処理方法それ自体については概ね好意的な分析が多くなるものと思われるが、違法性判断の基準の評価も併せて一通りの学説の評価が出揃ったのちに改めて検討を加えたい。

註

- (1) 横浜地判昭和二六年六月一九日裁時八七号三頁、同昭和二六年七月一七日高刑集四卷一四号二〇八三頁。
- (2) 札幌地裁平成二八年三月三日決定は、違法なおとり捜査によって獲得された証拠の証拠能力を否定し、刑訴法四三五条六号に基づき再審開始を決定した。これに対する即時抗告審において、札幌高裁は、同号に基づく再審事由を肯定することはできないとした(ただし、同条七号ないし、刑訴法四三七条の各本文に該当する再審事由があることを認めて、再審開始自体は維持されている)。
- (3) 違法なおとり捜査の帰結として証拠排除を示唆するもの

として、高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』(青林書院新社、一九八四年)三四〇頁。

- (4) 川崎英明「おとり捜査の規制」島大法学三〇巻一号(一九八六年)六八頁、拙稿「おとり捜査の研究(一)」北大法学論集五八巻二号(二〇〇七年)五〇頁参照。

- (5) 一九八〇年代以降、違法なおとり捜査に対する法的処理に関する学説としては、証拠禁止説(Klaus Lüderssen, Verbrechensprophylaxe durch Verbrechenprovokation?, FS-Peters, 1975, S. 349, 363; Horst Franzheim, Der Einsatz von agent provocateur zur Ermittlung von Straftäten, NJW 1979, 2014 ff.; Ulrich Bez, Polizeilicher agent provocateur und Tatverfolgung, Jus, 1982, 416 ff.; Thomas Fischer und Heinrich Manl, Tatprovokierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmassnahme, NSIZ 1992, 7, 10)や「手続打ち切り説のうち刑事訴訟権限失効論に立つもの(Hans-Jürgen Buzns, „Widerspruchsvolles“ Verhalten des Staates als neuartiges Strafverfolgungsverbot und Verfahrenshindernis, insbesondere beim tatprovokierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel, NSIZ 1983, 49 ff.; Jürgen Tasche, Verfahrenshindernis bei Anstiftung durch einen Lockspitzel?, StV 1984, 178 ff.; Friedrich Denker, Zur Zulässigkeit staatliche gesteuerter Deliktbegehung, FS-Dünnebier, 1982, S. 447 ff. u. a.)や「同様に刑事訴訟目的喪失論に立つもの

- (Herbert Schumann, Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leute als agent provocateurs?, JZ 1986, 66 ff.)<sup>6</sup> 憲法学的議論をめぐっての④ (Peter Lies, Verfahrenshindernis von Verfahrenswegen?, JR 1985, 46f.; Thomas Hillekamp, Verfahrenshindernisse von Verfassungswegen, NJW 1989, 2841 ff., Gabriele Wolfslast, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, 1993, 357 ff.)<sup>7</sup> 刑罰阻却事由をめぐり無罪を主張する無罪説 (Imme Roxin, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspraxis, 4. Aufl., 2004, 207 ff.; Kurt Seemann, Zur materiel-rechtlich Problematik des V-Mannes, ZStW 95(1983), 797 ff.)<sup>8</sup> 判例と同様に量刑説をめぐっての④ (Klaus Ellbogen, Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten, 2004, S. 55 f.; Georg Klipper, Anm. zu OLG-Bayern, Beschl. v. 26. 6. 1999 – 4 St. RR 133/99, JR 2000, 257 f.)<sup>9</sup> をふたつ挙げる。
- (9) Case of Furcht v. Germany, Judgment of 13 October 2014 (Application no. 54648/09).  
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-1473229>
- (7) BGH, Urt. v. 10. 6. 2015 – 2 StR 97/14 [LG Bonn], StV 2016, 129 ff.
- (8) Ibid. (Fn. 6).
- (9) Ibid., para. 47.
- (10) Ibid., para. 48.
- (11) Ibid., para. 49.
- (12) Ibid., para. 50.
- (13) Ibid., para. 51.
- (14) Ibid., para. 52.
- (15) Ibid., para. 55.
- (16) Ibid., para. 56.
- (17) Ibid., para. 57.
- (18) Ibid., para. 58.
- (19) Ibid., para. 59.
- (20) Ibid., para. 62.
- (21) Ibid., para. 63.
- (22) Ibid., para. 64.
- (23) 原文ママ。
- (24) 原文ママ。
- (25) Ibid. (Fn. 6), para. 65.
- (26) 直前の段落 (para. 65) では、州裁判所は「incitement (挑発) はあったもののそれが教唆 (instigation) のレベルには達していない」という認定を行っており、「このことは敢えて「州裁判所が違法な挑発を認定しなかった」とことが確認されている。そのため、incitementはそれ自体が違法な概念ではなく、そのなかに違法なものが存在す

- るものと推察される。
- (27) Ibid. (Fn. 6), para. 66.
- (28) Ibid., para. 67. なお、アーヘン州裁判所は、これまでの連邦通常裁判所判例の量刑解決に従い、働き掛けの適否に関係なく、被告人が何らかの働き掛けを受けたこと自体を減輕事由として考慮しているものと考えられる。
- (29) Ibid., para. 68.
- (30) Ibid., para. 69.
- (31) Ibid., para. 70-72.
- (32) おとり捜査の違法性判断に関する人権裁判所の判例については、拙稿「おとり捜査の違法性判断を巡る欧州の動向 (一) (二)」熊本法学一三二号一三一頁、一三二号一七五頁 (二〇一四年) 参照。
- (33) BGH, aa.O.(Fn. 7).
- (34) 裁判所構成法一三二条二項は、連邦通常裁判所を構成する刑事部の一つが、他の刑事部の判断または刑事拡大部 (Großer Senat) の判断からの離脱を図ろうとする場合、これに対して拡大部が判断を行う旨規定する。そのため、本件のように判例変更が行われる場合は、判例における解釈統一のため拡大部の判断を仰ぐことになるものと思われるが、第二刑事部はその手続きは不要であるとする (Rn. 62)。そして、フルヒト判決は、人権条約に由来する義務が、違法な犯罪誘発行為の帰結に関する判例を、

- (35) これまでの判例と切り離して吟味する可能性を開き、同時に根拠づけたとする (Rn. 63)。結果として、本件で問題となるのは従来の判例理論からの離脱ではなく、人権裁判所の判断をから導かれる、「一時代に適合しない (überholt)」連邦通常裁判所の判例を吟味し適合させるという義務は、どの刑事部にとっても直接かつ同様に帰属する」のだから、この問題については、裁判所構成法一三二条に基づく照会手続 (Anfrageverfahren) および呈示手続 (Vorlageverfahren) は必要ではなくと説明している (Rn. 64)。
- いわゆる「おとり捜査」に対応する用語として、本件では「犯罪誘発行為 (Tatprovokation)」「あるいはたんに「誘発行為 (Provokation) 」「挑発 (Anstiftung) 」「誘惑 (Verleitung) 」などが用いられている。また、類似の概念として「影響 (Einwirkung) 」「刺激 (Anstos) 」などが登場する。第二刑事部の判決理由には、これらについてそれ自身が違法なものであることを意味するかのような表現をしている箇所も存在する。しかし、例えば「犯罪誘発行為」それ自身が必ずしも「違法な犯罪誘発行為」を意味するものではなく、その態様次第では適法となる場合もあることを前提とした議論が行われている。そのため、これらの概念はそれ自身が違法を意味するものではないように思われる。なお、この点に関する人権

(36) 裁判所判例の分析について、拙稿・前傾(註32)参照。  
 直接主義 (Unmittelbarkeit) の要請からは、証拠とされるべき供述の内容を直接知覚した潜入捜査官本人が公判廷で供述を行うのが原則である。しかし、潜入捜査官の身体、生命に対する危険や今後の利用可能性といった観点から、直接主義の要請に対する一定の限定が認められる場合がある。証人の遮断 (Sperrung) とは、広く通常の証人へのアクセスを遮る場合を意味し、概念としては完全な遮断から本件のような部分的な遮断まで幅が広い。本件は最終的に犯罪誘発行為が問題となっているが、元々実施されていた潜入捜査の過程で行われたものであり、このような状況はこの種の捜査手法には珍しくないとはいえよう。直接主義と遮断の問題については、拙稿「ドイツにおける伝聞証拠の問題性(一)」(三・完)「国士館法学四二巻八七頁、四三巻六七頁、四四巻一頁(二〇〇九〜二〇一一年)参照」。

(37) もちろん、嫌疑要素である前科との関係で潜入捜査官(おとり)の投入が相当性の枠内にあるのであれば、適法と判断されても良いようにも思われる。しかし、連邦通常裁判所の判例では、おとり捜査が行われたこと自体が減輕事由として考慮される。そのため、州裁判所は、本件における働き掛けを減輕事由としてのみ考慮し、それ以上の効果を認めなかったという趣旨だと思われる。

(38) \*Vgl. *EGMR*, Entscheidung v. 23. 10. 2014 – 54648/09 [Furcht gegen Deutschland] (= Fn. 6), JR 2015, 81, 84 mit Anm. *Petzsche*, S. 88 ff. = *StraFo* 2014, 504, 506 mit Anm. *Sommer* und *Judith Haer*, Anm. zu *EGMR*, Entscheidung v. 23. 10. 2014 – 54648/09 [Furcht gegen Deutschland], NJ 2015, 203; *Frank Meyer* und *Wolfgang Wohlers*, *Taiprovokation quo vadis – zur Verbindlichkeit der Rechtsprechung des EGMR (auch) für das deutsche Strafrecht*, JZ 2015, 761 ff.; *Jürgen Pautz*, Anm. zum *EGMR*, Urt. v. 23. 10. 2014 – Nr. 54648/09 [Furcht gegen Deutschland], StV 2015, 411 ff.; *Arndt Sinn* und *Simon Maty*, Zu den strafprozessualen Folgen einer rechtsstatwidrigen *Taiprovokation – zugleich Besprechung von EGMR*, Urt. v. 23. 10. 2014 – 54648/09 (Furcht v. Germany), NSIZ 2015, 379 ff.

(39) *BGH*, aa.O. (Fn. 7), S. 72, Rn. 20.

(40) *BGH*, aa.O. (Fn. 7), S. 72, Rn. 21.

(41) *BGH*, aa.O. (Fn. 7), S. 72, Rn. 22.

(42) \*Vgl. *EGMR*, Furcht gegen Deutschland, a. a. O. (Fn. 6, 38), S. 84, m. w. N.; s. auch *EGMR*, Entscheidung v. 04. 11. 2010 – 18757/06 [Bannikova gegen Russland], Rn. 37 ff.; *EGMR*, Urt. v. 18. 10. 2011 – 21218/09 [Prado Bugallo gegen Spanien], NJW 2012, 3502, 3503; *EGMR*, Urt. v. 05. 02.

- 2008 – 74420/19 [Ramanaukas gegen Litauni], NJW 2009, 3565, 3566 f.; *EGMR*, Urt. v. 09. 06. 1998 – 44/1997/828/1034 [Teixeira de Castro gegen Portugal], NSIZ 1999, 47, 48. なお、この点に関する人権裁判所およびドイツ国内裁判所の動向については、拙稿・前傾(註8)参照。
- (43) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 72 f., Rn. 23.
- (44) Vgl. *BGH*, Urt. v. 11. 12. 2013 – 5 SR 240/13, NSIZ 2014, 277, 279; v. 23. 5. 1984 – 1 SR 148/84, *BGHSt* 32, 345, 346 f.; *BGH*, Urt. v. 21. 9. 1983 – 2 SR 370/83, NSIZ 1984, 78, 79.
- (45) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 73, Rn. 24.
- (46) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 73, Rn. 25.
- (47) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 73, Rn. 26.
- (48) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 73, Rn. 27.
- (49) \* Vgl. *BGH*, Urt. v. 30. 5. 2001 – 1 SR 42/01, *BGHSt* 47, 44, 49.
- (50) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 73, Rn. 28.
- (51) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 73 f., Rn. 29.
- (52) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 74, Rn. 30.
- (53) \* Vgl. *BVerfG* (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 18. 12. 2014 – 2 BvR, 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14, NJW 2015, 1083, 1084.
- (54) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 74, Rn. 31.
- (55) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 74, Rn. 32.
- (56) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 74, Rn. 33.
- (57) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 74, Rn. 34.
- (58) \* *BGH*, Beschl. v. 19. 3. 2015 – 1 SR 128/15, NSIZ 2015, 541, 544.
- (59) \* Vgl. dazu *Meyer und Wohlers*, a. a. O. (Fn. 38), S. 769.
- (60) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 74, Rn. 35.
- (61) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 74, Rn. 36.
- (62) \* Vgl. nur *BGH*, Urt. v. 21. 10. 2014 – 1 SR 78/14, juris Rn. 7, insoweit in NSIZ 2015, 226 nicht abgedruckt; *BGH*, a. a. O. (Fn. 44), NSIZ 2014, 280; *BGH*, a. a. O. (Fn. 49), *BGHSt* 47, 47; Urt. v. 18. 11. 1999 – 1 SR 221/99, *BGHSt* 45, 321, 324 ff.; *BGH*, a. a. O. (Fn. 44), *BGHSt* 32, 348 ff.
- (63) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 75, Rn. 37.
- (64) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 75, Rn. 38.
- (65) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 75, Rn. 39.
- (66) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 75, Rn. 40.
- (67) \* *EGMR*, Furcht gegen Deutschland, §§ 64, 68. (= Fn. 6, 38)
- (68) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 75, Rn. 41.
- (69) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 75, Rn. 42.
- (70) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 75, Rn. 43.
- (71) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 75, Rn. 43.

- (72) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 75, Rn. 44.
- (73) \* Vgl. statt vieler I. *Roxin*, a. a. O. (Fn. 5), S. 179 ff.; *Lutz Meyer-Göbner und Bertram Schmitt*, Strafprozessordnung, 58. Aufl., Einl. Rn. 148a, beide m. w. N.
- (74) \* So auch *Meyer* und *Wohlers*, a. a. O. (Fn. 38), S. 769; *Sommer*, StraFo 2014, 508; *Peizsche*, a. a. O. (Fn. 38), S. 89; *Pauly*, a. a. O. (Fn. 38), S. 411 f.; *Sinn und Maly*, a. a. O. (Fn. 38), S. 381 f.
- (75) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 75, Rn. 45.
- (76) \* Vgl. *EGMR*, Furcht gegen Deutschland (Fn. 6, 42), S. 84; *EGMR*, Teixeira de Castro v. Portugal, a. a. O. (Fn. 42), S. 48; *EGMR*, Ramanauskas gegen Litauen, a. a. O. (Fn. 42), 3566, jew. m. w. N..
- (77) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 75 f., Rn. 46.
- (78) \* Dafür *Sinn* und *Maly*, a. a. O. (Fn. 38), S. 383.
- (79) \* Vgl. I. *Roxin* a. a. O. (Fn. 5), S. 181 f.
- (80) \* Vgl. aber *BGH*, Beschl. v. 19.5.2015 – 1 StR 128/15, NSZ 2015, 541 f., Rn. 7 f., wo die abschließenden Konsequenzen aus der neueren Rspr. des *Gerichtshofs* für die Strafzumessungslösung allerdings nicht ausdrücklich erörtert werden.
- (81) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 76, Rn. 47.
- (82) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 76, Rn. 48.
- (83) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 76, Rn. 49.
- (84) \* Vgl. schon *BGH*, a. a. O. (Fn. 62), *BGHSt* 45, 321, 334 f.; *BGH*, a. a. O. (Fn. 44), *BGHSt* 32, 355.
- (85) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 76, Rn. 50.
- (86) \* Vgl. *BVerfG*, a. a. O. (Fn. 53), S. 1085; *BVerfG* (I. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 9. 11. 2010 – 2 BvR 2101/09, NJW 2011, 2417, 2419; *Meyer-Göbner* und *Schmitt*, a. a. O. (Fn. 73), Einl. Rn. 55; *KK-StPO/Strengge*, 7. Aufl., Vor § 48, Rn. 82; *Claus Roxin* und *Bernd Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl., S. 169 f., § 24, Rn. 21.
- (87) \* Vgl. auch *Goyva Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, 2014, 233 ff.; *Karsten Gaede* und *Ulf Buerneyer*, Beweisverwertungsverbote und „Beweislastumkehr“ bei unzulässigen Tatprovokationen nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR, HRRS 2008, 279, 286.
- (88) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 76, Rn. 51.
- (89) \* Hierfür aber wohl *BVerfG*, a. a. O. (Fn. 53), S. 1086.
- (90) \* *BGH*, a. a. O. (Fn. 62), *BGHSt* 45, 331 f.
- (91) 本文の趣旨は「おとりとなつた潜入捜査官の供述に使用禁止を認めても、その他の警察官らが架空取引の様子を監視し、薬物の押取等を行うため、証拠禁止の対象とならなつたこれらの証拠から有罪認定がなされてしまつてい

- 1) 2) 3) 4) 5) 6) 7) 8) 9) 10)
- (6) \* So auch *Meyer* und *Wohlers* a. a. O. (Fn. 38), S. 765; ebenso wohl auch *Sinn* und *Maly*, a. a. O. (Fn. 38), S. 383.
- (6) \* So auch *Meyer* und *Wohlers* a. a. O. (Fn. 38), S. 769; „Bestrafungshindernis“, vgl. auch *Pauly* a. a. O. (Fn. 38), S. 418.
- (6) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 75, Rn. 52.
- (6) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 75, Rn. 53.
- (6) \* So auch *Petzsche*, a. a. O. (Fn. 38), S. 89; *Gaede* und *Buermeyer*, a. a. O. (Fn. 87), S. 286.
- (6) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 75, Rn. 54.
- (6) \* Vgl. nur *BGH*, Urt. v. 6. 2. 1981 – 2 StR 370/80, NJW 1981, 1626; *BGH*, Beschl. v. 13. 11. 1981 – 2 StR 242/81, NSiZ 1982, 126; v. 23. 12. 1981 – 2 StR 742/81, NSiZ 1982, 156.
- (6) \* Vgl. etwa *Tyskiewicz*, a. a. O. (Fn. 87), S. 225 ff.; *Gaede* und *Buermeyer*, a. a. O. (Fn. 87), S. 286; *Robert Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 178; *Sinner* und *Kreuzer*, Anm. zu Urt. v. 18. 11. 1999 – 1 StR 221/99 (LG München I), StV 2000, 114, 117; *Kipper*, a. a. O. (Fn. 5), S. 257; s. auch LR-StPO/Erb, 26. Aufl., § 163, Rn. 72.
- (10) \* Hierfür etwa I. *Roxin*, a. a. O. (Fn. 5), S. 220 ff.
- (10) \* A. A. I. *Roxin*, a. a. O. (Fn. 5), S. 210 m. w. N.
- (10) \* Vgl. *BGH*, a. a. O. (Fn. 44), *BGHSt* 32, 351.
- (10) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 76 f., Rn. 55.
- (10) \* So aber noch *BGH*, a. a. O. (Fn. 62), *BGHSt* 45, 333. ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿
- (10) \* Vgl. *BGH*, a. a. O. (Fn. 62), *BGHSt* 45, 333. ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿
- (10) \* So aber noch *BGH*, a. a. O. (Fn. 62), *BGHSt* 45, 333. ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿
- (10) \* Vgl. *BGH*, a. a. O. (Fn. 62), *BGHSt* 45, 333 f. ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿
- (10) \* Vgl. *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 77, Rn. 56. ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿
- (10) \* Vgl. *BVerfG* (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 10. 3. 1987 – 2 BvR 186/87, NJW 1987, 1874; *BVerfG*, BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 19. 10. 1994 – 2 BvR 435/87, NJW 1995, 651, 652; *BVerfG*, a. a. O. (Fn. 53), S. 1084. ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿
- (10) \* *BVerfG*, a. a. O. (Fn. 53), S. 1086. ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿
- (10) *BGH*, a. a. O. (Fn. 7), S. 77, Rn. 57. ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿
- (11) 原文は“... obwohl im vorliegenden Fall mit Blick auf die gegen die Angekl. bestehenden Tarverdacht die Voraussetzungen eines Verfahrenshindernisses von Verfassungen wegen nicht gegeben sind.” ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿
- (11) ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿

- 存在した嫌疑次第は、憲法を理由とする訴訟障壁も存在しうる」という見解を有しうるように窺える。
- (112) \* So wohl Meyer und Wohlers a. a. O. (Fn. 38), S. 770.
  - (113) BGH, a. a. O. (Fn. 7), S. 77, Rn. 58.
  - (114) BGH, a. a. O. (Fn. 7), S. 77, Rn. 59.
  - (115) BGH, a. a. O. (Fn. 44), BGHSF 32, 345 ff.
  - (116) Lutz Eidam, Anm. zum BGH, Urt. v. 10. 6. 2015, StV 2016, 129.
  - (117) Vgl. I. Roxin, a. a. O. (Fn. 5), S. 179 ff.; Meyer-Göbner/Schmitt, a. a. O. (Fn. 73), Einl. Rn. 148a; Meyer und Wohlers, a. a. O. (Fn. 38), S. 769; Sommer, StraFo 2014, 508; Petzsche, a. a. O. (Fn. 38), S. 89; Pauly, a. a. O. (Fn. 38), S. 411 f.; Sinn und Maß, a. a. O. (Fn. 38), 381 f.
  - (118) 前項・註の参照。
  - (119) Christian Jäger, JA 2015, 473.
  - (120) Vgl. Tyszkiewicz, a. a. O. (Fn. 87), S. 233 ff.; Gaede und Buemeyer, a. a. O. (Fn. 87), 286.
  - (121) Meyer und Wohlers, a. a. O. (Fn. 38), S. 765; Gaede und Buemeyer, a. a. O. (Fn. 87), 286; Pauly, a. a. O. (Fn. 38), S. 413; Jörg Kinzig, Bewegung in der Lockspitzelproblematik nach der Entscheidung des EGMR – Mus die Rechtsprechung ihre strikte Strafzumessungslösung verabschieden? Zugl. Anm. Zu EGMR, StV 1999, 127, StV 1999, 288, 291;

- Tyszkiewicz, a. a. O. (Fn. 87), S. 223 ff.; Eidam, a. a. O. (Fn. 116), S. 131.
- (122) BGH, a. a. O. (Fn. 98), NJW 1981, 1626; BGH, a. a. O. (Fn. 98), NSZ 1982, 126; BGH, a. a. O. (Fn. 98), NSZ 1982, 156.
  - (123) BGH, a. a. O. (Fn. 44), BGHSF 32, 351.
  - (124) Vgl. zB, BGH, a. a. O. (Fn. 62), BGHSF 45, 333.
  - (125) 拙稿「せりの捜査の違法性判断をめぐって欧州の動向 (11)」前掲(註32)一七五頁。なお、アイダムは、この点について人権裁判所と本件第二刑事部の見解の相違を指摘し、残された課題であるとして (Eidam, a. a. O. (Fn. 116), S. 130)。
  - (126) BGH, a. a. O. (Fn. 7), S. 74, Rn. 35.
  - (127) 管見の限りのため、Eidam, a. a. O. (Anm. 116); Wolfgang Mitsch, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 10. 6. 2015, NSZ 2016, 57f. 22124469°
- 〔付記〕本稿は、平成二七～三〇年度科学研究費補助金による若手研究 (B) 「捜査機関による情報の集約と総合的監視に関する比較法的検討」(研究代表者 内藤大海、研究課題番号15K16944) の成果の一部である。