HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	おとり捜査の研究（3）：ドイツ法理論の発展を手掛かりにして
Author(s)	内藤, 大海
Citation	北大法学論集, 58(5), 65-135
Issue Date	2008-01-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/32304
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	58(5)_65-135.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

おとり捜査の研究（三）

――ドイツ法理論の発展を手掛かりにして――

内藤大海

目次

序章
第一節　問題の所在
第一款　おとり捜査の必要性と利用目的

第二款　おとり捜査の問題点――法益侵害――
第二節　研究の目的
第一款　わが国における理論の展開
第二款　違法性判断の基準の不明確性
第三款　違法性判断の実質的担保――違法なおとり捜査に対する法律効果――
第三節　論文の射程
第一款　おとり捜査に関する試論
第二款　組織犯罪対策についての展望
第一章　おとり捜査と捜査概念――犯罪発生前の捜査の適否――
第一節　問題の所在
第二節　わが国における議論の展開
第一款　警察活動に関する議論の史的発展
第二款　目的的区分論
第三款　伝統的区分論
第四款　検討
第三節　ドイツにおける議論の紹介
第一款　ドイツにおける捜査概念
第二款　おとり捜査と捜査概念
第三款　検討――被作出犯罪の訴追に向けられたおとり捜査――
第四節　小括――おとり捜査と事後捜査限定説――
……（以上、五八巻二号）
第二章　おとり捜査および類似の捜査手法
第一節　アジャン・プロヴォカトゥール（agent provocateur）

第二節　潜入捜査官（Verdeckte Ermittler）
第三節　連絡員（V-Mann, V-Person, V-Leute）および情報提供者（Informant）
第四節　アンダー・カヴァー・エイジェント（under-cover-agent）
第五節　ドイツにおけるおとり捜査の担い手
第三章　ドイツ判例理論
第一節　はじめに
第二節　犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）
第一款　判例
第二款　理論の出発点――「既存の犯意の具体化」――
第三款　評価の視点
第四款　許されざる犯罪誘発行為の法的帰結
第五款　検討
第三節　重大な影響（erhebliche Einwirkung）基準
第一款　判例
第二款　理論の出発点――「被告人に対する重大な影響」――
第三款　評価の視点
第四款　許されざる犯罪誘発行為の法的帰結
第五款　検討
……（以上、五八巻四号）
第四節　量刑的解決
第一款　連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決
第二款　その他の判例
第三款　量刑説の理論構造
（以上、本号）

第四款　評価の視点
第五款　最近の判例の問題意識
第六款　検討
第五節　小括
第四章　ドイツ学説の発展
第五章　わが国における議論
第六章　おとり捜査の規制
結びに代えて

第四節　量刑的解決

以上見てきたように、連邦通常裁判所は一九八〇年代の初期の判例においては、いずれの判断基準にせよ違法とされる犯罪誘発行為に関しては、その結果生じた行為について訴訟障碍（Verfahrenshindernis）ないし刑罰阻却（Strafausschließung）を認めてきた。しかしながら、連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決（【10】判例）が、違法な犯罪誘発行為の法律効果としては減軽事由が認められるにすぎないと表明して以降、判例は一部の例外を除いてこれまでほぼ一貫して量刑説を維持してきた。

ところで、本章第二節および第三節では、犯罪誘発行為の違法性の判断基準に着目して、連邦通常裁判所の判例の見解を犯意の具体化理論と重大な影響基準とに分類した。[1] しかし、ここでの分類は判断基準に着目したものではなく、

当該犯罪誘発行為が違法とされた場合の法律効果に着目したものである。すなわち、それまでの判例が違法な犯罪誘発行為の法的帰結として訴訟障碍（Verfahrenshindernis）ないし刑罰阻却（Strafausschließung）を認めようとしてきたのに対し、【10】以降の判例は量刑による解決を主張する点でそれまでとは路線を大きく変えているのである。そのため、本稿ではこのような判例の変遷に着目し、違法な犯罪誘発行為の法的帰結は量刑的解決に限られるという【10】判例以降の判例を一つのカテゴリーとしてまとめることとした。以下、今日での定着した判例の見解である量刑説についてみていこう。

第一款　連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決

まず、判例理論の変遷においてターニングポイントとなった第一刑事部一九八四年五月二三日判決（【10】判例）から紹介する。この判例で第一刑事部は、それまで違法な犯罪誘発行為に対して訴訟障碍（Verafahrenshindernis）事由の存在を認めてきたのに対し、これを否定し、そのような場合でも単に減軽事由が認められるにすぎないという見解を示すこととなった。このような見解は、その後の【11】および【12】判例という第二刑事部判決においては支持されなかった。第二刑事部も【13】判例において自らの見解を変更し第一刑事部の示した量刑説に従うこととなった。以下では、これまでと同様、判例に番号を割当て、この番号を用いて説明を行う。なお、本文中【事実の概要】および【判決要旨】、【決定要旨】中、（【10】判例参照）、のように、丸括弧で表記されているものは、元となった判例本文に含まれる標記である。

【10】連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決(2)

【事実の概要】

州裁判所は、大量の麻酔剤（Betäubungsmittel）の違法輸入について、麻酔剤（Betäubungsmittel）の違法取引との観念的競合（Tateinheit）において、被告人Lに対し刑訴法二六〇条三項に基づき判決を言い渡した。事実審裁判所（Tatgericht）は、国家刑罰権の失効を示した。その理由は、大量のコカインを供給しようという被告人の意思決定（Entschluss）は、およそ六ヶ月に及ぶ――バーデン－ヴュルテンベルク州の刑事局の警察官である――警察のロックシュピッツェルからの毎週の電話によって惹起され、彼の誘惑に対する抵抗力は、当該電話の通話から見込まれる「莫大な金額」にもはや耐えられなかったためである、とした。

州裁判所は、共同被告人Mに対しては、麻酔剤（Betäubungsmittel）の違法輸入について、麻酔剤（Betäubungsmittel）の違法取引との観念的競合（Tateinheit）において、有罪を言い渡した。しかしながら、共同被告人Lに対する警察のロックシュピッツェルによる働き掛けがあっ

本稿で紹介する判例

【連邦】

番号	裁判所・刑事部	判決・決定年月日	判断基準・その他
【10】	連邦通常裁判所第１刑事部判決	1984年５月23日	「量刑的解決」
【11】*	連邦通常裁判所第２刑事部判決	1985年２月１日	「重大な影響」基準
【12】*	連邦通常裁判所第２刑事部判決	1985年３月20日	「重大な影響」基準
【13】	連邦通常裁判所第２刑事部呈示決定	1985年６月４日	「量刑的解決」
【14】	連邦通常裁判所刑事拡大部決定	1985年11月７日	「量刑的解決」
【15】	連邦通常裁判所第２刑事部決定	1985年11月８日	「量刑的解決」
【16】	連邦憲法裁判所決定	1987年３月10日	「量刑的解決」
【17】	連邦通常裁判所第１刑事部決定	1989年８月29日	「量刑的解決」
【18】	連邦通常裁判所第４刑事部判決	1992年６月４日	「量刑的解決」
【19】	連邦通常裁判所第１刑事部決定	1994年１月４日	「量刑的解決」
【20】	連邦通常裁判所第５刑事部決定	1994年10月13日	「量刑的解決」
【21】	連邦通常裁判所第４刑事部判決	1995年３月16日	「量刑的解決」
【22】	連邦通常裁判所第１刑事部判決	1999年11月18日	「量刑的解決」
【23】	連邦通常裁判所第１刑事部判決	2001年５月30日	「量刑的解決」

＊【11】および【12】判例は、本稿第三章第三節で紹介した。

たため、およそ二六四グラムというコカイン調合物（作用物質量一四五グラムのコカイン水素塩化物）の供給量にもかかわらず、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）三〇条二項に基づく中程度の事案とされ、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条三項四号に基づく特に重大な事案であることは否定され、それゆえ執行猶予を伴う六ヶ月の自由刑のみが下された。

被告人Lの上告は、事実に関する異議申立を根拠とするものであったが、これに対し検察官は、被告人Lに関する手続打切り（Einstellung）ならびに被告人Mに関する量刑に対して反論した。

認定された事実に基づけば、被告人Lは以下のようにして本件に関与している。すなわち、あるとき被告人Lのもとへ大量のコカインを一キロ当たり一四万スイスフランで取引するという内容の電話がかかってきた。しかし、被告人Lはこのような提案を一度も断らず、気を持たせるような態度をとり続けた。それどころかむしろ、コカインの供給についての話し合いを目的とするにもかかわらず、一九八三年の三月に、住居のあったベルン地方からわざわざヴァイル・アム・ラインまで赴いた。それまで、この話し合いで会うこととなるロックシュピッツェルと被告人Lとは、単に電話で話したことがあるに過ぎなかった。その際、彼は、収益の希望にも支配されていた。その接触において、彼は、「力の及ぶ限り、出来るだけ大量のコカイン取引のために尽力し、さらに、供給者を伴うこれから先の接触の手はずも整える」と述べた。被告人Lは、一九八三年三月二〇日に共同被告人Mを同伴して、ヴァイル・アム・ラインにおけるこの二度目の接触を行った。その際、自称購入者によって表明された、コカインを総額四〇万ドイツマルクで購入するという準備は、その後――引き続きなされたロックシュピッツェルによる電話での要望（Drang）によって――共同被告人Mの貯金のうち四万オランダ・ギルダーを用いてより大量のコカインをアムステルダムで調達するという被告人の意思決定を導いた。オランダから輸入した薬物を一九八三年六月一一日にシュトゥットガルトで引き

渡すために、被告人Lは、再び自らスイスを発った。

【判決要旨】

被告人Lの固有の関与に鑑ればこのようにして決定された行為を国家機関がコントロール（Steuerung）していたとか、ましてや支配（Beherrschung）していたと、みることはできない。被告人は――ロックシュピッツェルに惹起され、そして生き生きと持ち続けられた高額の利益に対する希望が無視されるような――常に、被告人Lの意思決定（Entscheidung）の支配者であり続けたのであり、特に取引に関する個別の詳細の全てを自ら計画しなければならなかったのである。被告人の、重大で、他人にコントロールされていない能動性を考慮すれば、彼はこれまで品行方正であったという州裁判所によって重視された視点には、何らの決定的な意味も与えられない。

これに基づく限り、被告人Lに対する手続の打切り（Einstellung des Verfahrens）は、すでに事実に関する理由からもはや認められない。当刑事部は、加えて、以下のような見解をとる。すなわち、許容されるロックシュピッツェルの投入の限界を超えること自体、「国家刑罰権の失効」という固有の性質を有する訴訟障碍（Verfahrenshindernis）を導くことはない。

州裁判所は、確かに、連邦通常裁判所の判断とは反対の見解を引き合いに出している。ここでの本質的な問題に関する連邦通常裁判所の判例は、確かに、なお、完全には明確かつ強固なものとはなっていない。

当刑事部は、一九八〇年に二つの判決（【2】および【4】判例）において、以下のことを示している。すなわち、警察のロックシュピッツェルによる犯罪誘発行為の限界を無視することは、「国家に帰責されるべき法律違反」として、刑事手続に「影響を及ぼす（hineinwirken）」。というのは、基本法および刑事訴訟法に内在する法治国家原則は、刑事訴追機関に対して、「この原則に優る理由が、そのために存在しえない場合は」、犯罪行為の訴追を目指すことを禁

じているためである。その刑事部は、これら二つの判決においては、刑事手続におけるこれらの作用の性質の特徴を詳細に示してはいない。むしろ、単に、認定された状況に基づくならば、「国家刑罰権は生じない、あるいは失効しなければならない」ということは何ら問題となりえないということを、一事案において詳論したにすぎなかったのである（【2】判例）。

その後、一九八一年のはじめ、第二刑事部（【2】判例）は、はじめて、「被告人の有利に働く訴訟障碍」の可能性を以下のような理由から肯定した。すなわち、国家機関の指示（Auftrag）あるいは承認の下で活動するアジャン・プロヴォカトゥールの重大な影響によって法の道から逸脱させられた行為者を、国家が再び法の道に連れ戻すために訴追する場合、国家は、矛盾に満ちた悪意の手続という非難に曝される。このような見解によれば、本件においては、「誘発を受けた行為者に限定された刑事訴追の禁止」が承認され、それは、「職権で考慮すべき訴訟障碍（Verfahrenshindernis）の効力を有する」。特に決定的な事案においては、そのような訴訟障碍は、事実上の理由から否定されるだろう。しかしながら、さらに別の判断においては、第二刑事部は、事実審裁判所がこの問題の検討を怠ったために、異議申立のあった判決を破棄している（【7】判例）。

第三刑事部は、その判断（【6】判例）において、この判例を理由に、犯罪誘発を伴うロックシュピッツェルの投入の限界が超えられたことを、事実審裁判所によって認定された状況に基づき否定した。

他にも、第四刑事部は、一九八〇年四月一五日の当刑事部［第一刑事部］の判決（【2】判例）に関連して、国家刑罰権の失効の可能性を肯定した、しかし、具体的事案解決においては、その前提は否定した。[3]

第五刑事部は、差し当たり法理論的な詳論を差し控え、一九八三年一二月二〇日のその決定において（傍論で）以下のように述べている。すなわち、第五刑事部は、ここで詳論されている訴訟障碍の存在に関する判例に従う意思

はなく、むしろ、そのような事案においては、「法治国家原則から演繹される刑罰阻却事由（Strafausschließungsgrund）」を肯定する方がよい、というのである。

職権で考慮される訴訟障碍の承認は、すでにはじめから、ここで考慮される問題の解決にとっては適切ではない。以下のような状況のみが、訴訟障碍として考慮される。その状況とは、明確に表明されている法の意思、あるいは文脈から明らかな法の意思に基づく限り、当該手続が存在しないことに完全に依存させられなければならない程に、手続の許容性がそれ自体にとって重大である状況である。

これは、法治国家原則違反にも妥当する。法治国家原則の広がりおよび漠然性、ないしはその中に存在する反対性（Gegenläufigkeit）という点で、同原則違反に対して画一的な手続法的制裁を実現することは自ずと不可能である。実務も全体としてこれに適合する。したがって、――刑訴法三三八条一号から導かれるように――基本法一〇一条一項第二文（法律の定める裁判官）の無視は、手続的瑕疵のみを結果として生じさせ、手続障碍（Prozeßhindernis）は生じない。一般的な見解によれば、基本法一〇三条一項によって保護される法的審問（rechtliches Gehör）の侵害に対して、同様のことがいえる。公判手続において、被告人が規則に反して在廷しないことも、訴訟障碍としてではなく、単に――形式的正当性に関する非難として考慮される――刑訴法三三八条五号に基づく絶対的上告理由とみなされるにすぎない。したがって、連邦通常裁判所は、例えば、遅延裁判継続の結果に関する問題の場合[4]や、あるいは被告人の防御計画に関して検察官が知っていたことが問題となる場合[5]においても、法治国家原則から導かれる公正な手続の要請に対する違反を訴訟障碍を肯定する理由として採用することを、これまで常に認めてこなかった。もちろん、連邦通常裁判所の予備審問委員会（Vorprüfungsausschuß）は、近頃、迅速な裁判の要請（Beschleunigungsgebot）に対する侵害に関する連邦通常裁判所の判例に対して懸念を示している[6]。予備審問委員会の判断は、しかしながら、

このような考慮に基づいていない。それは、「刑事訴訟法が、例えば刑訴法一五三条の適用による手続打切りの可能性を自由に使わせるような極端な事案」のみに関係している。連邦憲法裁判所の所轄刑事部は、この問題について、なお見解を述べていない。

訴訟障碍は事実と関連する。個々の事案においてこのことを突き止めることは困難である、しかし――それらが適切であるとみなされなければならない場合は――評価された考察が許容されるとか、あるいは本当に必要であるということと関係なく、手続の継続の妨げになる。警察のロックシュピッツェルが、法治国家的限界を超えて被告人の犯行の決意（Tatentschluß）を惹起したか否かという問題は、特に被告人の責任と分かちがたい以下のことと結びついている。すなわち、彼に対してはじめから存在した嫌疑の程度、彼の犯意（Tatbereitschaft）および、他人にコントロールされていない彼の能動性、ならびにロックシュピッツェルの影響の性質、強度および目的である。それゆえ、ロックシュピッツェルが被誘発者の犯行の決意を惹起したか否かの判断は、公判手続に基づき事件のあらゆる状況を包括的に考慮して合目的的に判断されうる価値判断の結果導かれる。[7] 単にそのような評価に関連しようとするのであれば、訴訟障碍の法的イメージの輪郭はなくなってしまうだろう。

連邦通常裁判所によってここで考慮されているような訴訟障碍の肯定を、アメリカの「エストッペル」の原則と比較することによって教義上「保護する」ということが、学説において試みられている。[8] しかし、そこでは、アメリカの裁判所の判例は適切に評価されていない。「エストッペル」の原則は、手続法上の制度ではなく、実体法上の原則である。国家は、慣習法によっても「エストッペル」の原則によって、刑事訴追というその義務から解放されえないのであるから、アメリカ合衆国の裁判所は、独自の「わなの法理（doctrine of entrapment）」を発展させてきたのである。この法理は、ロックシュピッツェルによる許されざる犯罪誘発活動が行われた場合には、被告人の無罪判決

を導くというものであり、すなわち、まさに何らの訴訟障碍も根拠付けないのである、加えて、特に重大な犯罪に対しては妥当しないのである。

警察のロックシュピッツェルの犯罪誘発行為が法治国家的限界を超えることは、「国家刑罰権の失効」についてその他の法的構成をとったとしても、考慮されることはない。当刑事部は、とりわけ第五刑事部によって考慮された法治国家原則から導かれる刑罰阻却事由（Strafausschließungsgrund）の考えには、結果として帰着することはできない。

「国家刑罰権」の失効を承認することは、刑法における民法的な基本概念の許されざる転用に基づくものである。確かに、一般的には、誠実に反する行為による権限の失効（国家刑罰権の失効）という法的観念は公法においても妥当すると認められている。[9] しかし、失効の対象は、そこでもまた、実体法かあるいは手続上の権限である（BVerfGE 32, 305, 308f.）。「刑罰請求権」という曖昧な文言は、ここで問題となっているのは、失効しうる有利な法的地位ではなく、国家の機能、可罰的行為の訴追による法益保護という国家の義務なのであるという点について、誤解を生じさせる。国家は、国家の名を用いた個々の行為者の瑕疵ある行為によって、この義務から解放されることはありえないし、まして、その義務の履行が妨げられることはない。フォート（Foth）は、[10] 刑法における失効の観念についての一般的な承認について、これを認めるのであれば、国家的保護に委ねられている法益は、結果的には、その権限を踏み越えることよって国家から与えられた任務を濫用する警察のロックシュピッツェルの自由裁量に任せられていることになってしまう、という。

加えて、ここで考慮されている事案においては、失効の適用に対して本質的な信頼の保護（Vertrauensschutz）という視座は欠けている。警察のロックシュピッツェルは、国家の「代理人」として認識されるように振る舞うわけ[11]ではなく、したがって、無罪（Straflosigkeit）の信用を生じさせる訳ではない。デンカー（Denker）は、犯罪誘発行為

を行うロックシュピッツェルの投入による「一般的な基本的信頼（Grundvertrauen）の崩壊」に言及するが、これは刑罰権の失効制度の基礎となる法理念に順応しない。さらに、犯罪誘発を伴うロックシュピッツェルの投入の限界が超えられた場合に刑罰阻却事由（Strafausschließungsgrund）を認めることは、――その教義的な根拠付けに関係なく――法定された規定と比較可能な状況であるという評価の点で解決できない矛盾に至る。

指示に拘束された公務員および服従義務のある兵士は、刑法上彼らが職務上の指示（Anordnung）あるいは命令（Befehl）に基づいて犯す犯罪行為に対して責任を負う。彼らは、犯罪行為の挙行指示を遵守することは許されない（例えば、軍人法一一条二項）。このような状況においては、推定される「国家的」行為の矛盾は特に明らかとなり、それどころかむしろ、「信頼の保護（Vertrauensschutz）」という視座が容易に想起されるにもかかわらず、国家は、国家自身が命令したことを処罰することができないという考慮に基づく刑罰阻却事由（Strafausschließungsgrund）に関する見解は、これまで――いみじくも――一度も主張されたことなかった。このことが示すのは、「責任官庁（Zurechnungsinstanz）」が「自ら犯罪の挙行に」関与しているという考慮に基づく行為者の処罰に対する異議は、義務違反と誘発行為を行うロックシュピッツェルの行為との許されざる同一視に基づいているということである。

可罰性の領域にある国家の「代表者」の犯罪誘発行為を考慮する場合の限界の最も外側は、判例が拘束される立法者の明白な価値決定によれば、犯罪行為の際の刑罰の予見可能性に存在する。このことは、彼らが軍刑法五条二項を軍事上の指示の遵守という特別な状況に適用することを予定していることにもみてとれる。極端な事案において、これらの規定がロックシュピッツェルの投入に関して類推され、その類推が許されるのか、またどのような前提条件の下であれば刑罰権の執行が行われ、許されるのかということは、ここでは判断を必要とされていない。

国家的行為の矛盾を理由とする刑罰請求権の失効を否定することによって、学説においてたびたび支持されてきた

証拠禁止の見解[12]に関する本質的な見解ももはや考慮されない。したがって、例えば、刑訴法一三六条aに対する類推が教義上そもそも支持しうるものであるのか、そして、実務上得心できる結果をもたらしうるか否かは、未だ未解明のままなのである。

ここで支持される見解（量刑的解決）は、刑事手続において許容されるロックシュピッツェルの投入の限界を考慮しないことを無視しない。

行為者に対するロックシュピッツェルの持続的で重大な影響は、実質的な減刑事由（Strafminderungsgrund）となる。軽犯罪（Vergehen）において、このようにして行為者の自由裁量に任されている行為という結果を導くあらゆる状況を適切に考慮するための余地は、いくつかの列挙事項（Regelbeispiel）の存在するところではあるが、特に深刻な場合を否定すること、およびより深刻でない場合を認めることを超えて、刑訴法一五三条、一五三条aに基づく手続打切り（Einstellung des Verfahren）に達する。重罪（Verbrechen）においては、ここでも一般的に刑法四七条二項、五九条による刑罰の留保を伴う戒告（Verwarnung）の可能性を利用して法定の最低刑にまで遡ることで、法的には十分といえよう。そこで、犯罪誘発を伴う警察のロックシュピッツェルの投入により法治国家的限界が超えられたことを理由とする完全な刑の免除（Straflosigkeit）が排除されることは、その他の点では、さらに十分な結果の支持者によって模範として引き合いに出される特に重大な犯罪――すでに言及したように――に対しては適用されないアメリカの「わなの法理」と一致する。

許されざるロックシュピッツェルの行為があった場合は、誘発を受けた行為者の責任に関係なく有罪判決の宣告を妨げようとする試みは、明らかに、法定されていない警察の措置を無効たらしめ、そうしてその利用を増長させる刺激を取り除こうという、少なくとも理解可能な目的に基づいている。このような主張を行う論者らは、刑事手続は被

告人の責任と結び付いたものであるということを見落としている。加えて、ゼールマン（Seelmann）は、ロックシュピッツェルの投入の実務に影響を与えようとする刑事裁判所の同様の試みはかなり不適格である、と正当に指摘する。[13] 許容される限界を超える警察のロックシュピッツェルおよび彼の行為に対する共同責任といった事後的な手続上の縛りは、違法捜査抑止の動機付けにならない。また、法治国家にそぐわない捜査方法を必要な限り断固として阻止することは、刑事訴追機関、および必要とあらば立法者の任務である。

法治国家にそぐわない、具体的なロックシュピッツェルの投入の認定が、法倫理的にも誘発者の処罰と必ずしも矛盾しないということは、連絡員による犯罪誘発行為を一般的に認められないと評価する他の法秩序への展望を示す。アメリカの裁判所によって発展させられた「わなの法理」は、イギリスにおいては、ロックシュピッツェルの投入に対する激しい批判にもかかわらず、裁判所によって承認されなかった。

オーストリアの刑事手続法は、二五条において、ロックシュピッツェルの投入の禁止を明確に規定している。[14] にもかかわらず、上級裁判所は、これまで常に、この規定に対する違反を理由として、被誘発者に対する刑事手続に関して、手続上、あるいは実体法上の結論を導くことを否定し続けてきた。

このように【10】判例において、第一刑事部は違法な犯罪誘発行為に対して訴訟障碍による処理および証拠禁止による処理を否定し、行為者へのアジャン・プロヴォカトゥールの「持続的で重大な影響」は、「実質的な減軽事由（Strafmilderungsgrund）」となるとした。これまでの、連邦通常裁判所の判例の流れの中でこの【10】判例を位置付けるとすれば、当該犯罪誘発行為の違法性判断においては重大な影響基準を用いていると思われる点は同じ流れをくむものであることが分かる。[15] ただし、違法とされる犯罪誘発行為の法的帰結としては訴訟障碍ではなく減軽による処理を

考慮している点、これまでの判例理論とは大きく異なる。

では、違法性の判断において重大な影響を考慮しつつも違法と判断された場合の法律効果が異なるのは、どのような点に理由があるのだろうか。それまでの判例が支持してきた重大な影響基準は、アジャン・プロヴォカトゥールの重大な影響は法治国家原則違反となるため当該犯罪誘発行為を違法とした。もし、重大な影響が意味する法治国家原則違反という違法の前提が同じであるというのであれば、そこから訴訟障碍が導かれるということにおいても同じである必要があるようにも思われる。これに対し、【10】判例の第一刑事部は、①訴訟障碍の法的性格と犯罪誘発行為の評価とは相容れない点、②その性質上の違いからアメリカ法におけるエストッペル法理は訴訟障碍を承認するにあたって参考にしえない点、③「国家刑罰権の失効」に基づく刑罰阻却事由（Strafausschließungsgrund）の承認という法的構成の矛盾を挙げ、訴訟障碍による解決を否定する。[16] では、以下で上記①～③の点についてみていこう。

まず①の点については、第一刑事部は訴訟障碍の法的性質を以下のように指摘する。すなわち、訴訟障碍は「事実」と関連するのであり、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為が法治国家的限界を超えたものであるか否かという法的な「評価」を必要とするものではないという。この点、犯罪誘発行為が違法であるか否かは、公判手続において事件のあらゆる状況を包括的に考慮して判断されうる価値判断の結果であり、このような評価に関連付けるのであれば、訴訟障碍の法的輪郭は曖昧になるという。

次に、②の点についてであるが、【10】判例の第一刑事部がここでエストッペル法理について触れたのは、学説を意識したためであろう。すなわち、【10】判例においても挙げられているブルンス（Bruns）、[17] リューダーセン（Lüderssen）[18] らは、違法な犯罪誘発行為の法的帰結としての訴訟障碍の承認を、アメリカ法におけるエストッペル法理を引き合いに出すことで支持しようとする。[19] しかし、第一刑事部は、エストッペル法理は手続上の制度ではなく実体法上の原則であるため、

無罪判決を導くことはあっても、訴訟障碍を根拠付けることはないという。

最後に、国家刑罰権の失効と関係する③の点を整理する前に、この指摘の対象となる理論について簡単に説明しておく。違法な犯罪誘発行為が国家刑罰権の失効を導くという見解は、連邦通常裁判所の判例においても存在した。しかし、違法な犯罪誘発行為がなぜ国家刑罰権の失効を導くのかという点については、それらの判例は詳論していない。この理論的根拠を示したのは、ブルンスをはじめとした論者であった。詳しくは後述するが、[20] ブルンスは、訴訟障碍を承認するにあたって憲法的視座や刑訴法一三六条aを用いるのではなく、矛盾に満ちた国家的行為という撞着法理を根拠とする。すなわち、彼は、矛盾に満ちた行為によって（刑罰）請求権（Anspruch）が発生する場合、その請求権は失効するという民事法における「矛盾行為（venire contra factum proprium）禁止の原則」を引き合いに出す。つまり、国家が矛盾に満ちた行為によって刑罰請求権（Strafanspruch）を獲得する場合、当該国家刑罰権は失効するというのである。[21]

このような国家刑罰権失効理論に対して、第一刑事部は二つの点からこれを否定する。まず、ブルンスらの主張する理論は、民法上の基本概念の刑事法領域への許されざる転用である点を主張する。すなわち、民事法における請求権とは異なり、ここで問題となるのは、国家の機能、可罰的行為の訴追による法益保護という国家の義務であるためである。思うに、国家刑罰権とは国家による刑罰の請求権である反面、義務でもあるといえる。[22] そのため、第一刑事部は、「国家は、国家の名を用いた個々の行為者（Handelnder）の瑕疵ある行為によって、この義務から解放されることはありえないし、まして、その義務の履行が妨げられることはない。」というのである。[23]

さらに、刑罰権の失効についても矛盾行為の原則が妥当するとしても、この原則において前提となる「信頼の保護（Vertrauensschutz）」が問題となるという。すなわち、民事法における矛盾行為禁止の原則は信義則違反に対応するものであるが、アジャン・プロヴォカトゥールは「無罪（Straflosigkeit）」になることを信じさせながら、一方で国家

刑罰権を獲得するわけではない、というのである。

また、これとの関係では軍刑法および軍人法の規定からも、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として刑罰阻却事由を認めることはできないという。というのは、上官の指示によって違法な行為をした場合でも行為者は処罰されるのであり、したがって立法者は犯罪誘発事例の場合にも国家刑罰権の失効を想定していないというのである。

このように、【10】判例において第一刑事部は、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として国家刑罰権の失効を認めない見解を示すとともに、刑訴法一三六条aの適用範囲の問題から証拠禁止をも否定する。

最終的に、第一刑事部は単なる消極的選択で量刑説を支持するにとどまらず、量刑による問題解決に対して積極的な理由付を行っている。すなわち、軽罪（Vergehen）においては、行為結果を導くあらゆる状況を適切に考慮する余地が残されているとし、特に重大な場合に該当することを否定することもできるし、重大でない場合であることを認定すること以上に、刑訴法一五三条、一五三条aに基づく手続打切り（Einstellung des Verfahren）に達する場合もあるという。重罪（Verbrechen）の場合は、刑罰の留保を伴う戒告（Verwarnung）の可能性を利用して法定刑の最低刑を適用することで、法的に十分であるという。実際に、本件ではおよそ二六四グラムという（大量の）コカイン調合物が供給されたにもかかわらず、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）三〇条二項に基づく中程度の（重大でない）事案とされ、同二九条三項四号に基づく特に重大な事案であることは否定された。その結果、執行猶予を伴う六月の自由刑のみが下されている。

第二款　その他の判例

以上、連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決についてみてきたが、当事案における第一刑事部の見解は、違法な犯罪誘発行為を訴訟障碍事由と認めず、単に減軽事由として取り扱うにすぎないものであった。現在までこのような判例理論は変わらずに維持されている。以下、その後の判例についてみておこう。

【13】連邦通常裁判所第二刑事部一九八五年六月四日呈示決定（Vorlagebeschluss）[24]

【事実の概要】

起訴状によれば被告人は以下の罪責が認められる。被告人は一九八一年一月から同年三月六日まで、トルコ国内における三四五二キログラムのヘロイン購入ならびにドイツ連邦共和国内への薬物の輸入に際する協力によって、違法な麻酔剤（Betäubungsmittel）取引を行った。

フランクフルト州裁判所は、一九八二年一〇月一一日に（一九七二年麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）の規定に基づく）違法な麻酔剤（Betäubungsmittel）取引に関して六年の自由刑を科し、三年六月の自由刑を含む全体で七年六月の自由刑を言い渡した。被告人の上告趣意によれば、当刑事部は一九八三年九月二三日判決（【9】判例）において同様の有罪判決を排除しているという。加えて、当刑事部は全体の自由刑（Gesamtfreiheitstrafe）の言い渡しに関する検察官上訴を不利益と見なし、刑訴法三〇一条[25]を用いて被告人に有利な判断を行っている。

本件刑事部は、有罪宣告における法的瑕疵を以下の点に認めた。すなわち、州裁判所は、二つの部分の有罪判決において警察の連絡員（Vertrauensperson）Kの「完全に重大な寄与（ganz erheblichen Tatbeitrag）」に、単に「完全に重大な減軽的価値（ganz erhebliche milderndeBedeutung）」しか認めず、すでに法的評価に際して国家刑罰権の失効の問題を論議する原因を確認しなかった点である。認定されている警察の連絡員の犯行への寄与（Tatbeitrag）に

関して、本件刑事部はさらに詳論する。

前述の目的のそのような手続は、法治国家的視座の下ではもはや甘受されえない。警察の同意を得て活動していたロックシュピッツェルの行為は、無条件に彼の希望に応じなければならない程に他人を自己の支配下に置いた場合にのみ、許容限界を踏み越えるわけではない。彼が他人を本件で確認されるような強度で（新たな）可罰的行為を唆し、ならびにその後の経過において当該犯罪行為をあらゆる局面においても支配、コントロールした場合は、国家機関に帰責されるべき犯行への寄与は――後に被告人によって発展させられた活動を考慮したとしても――支持しえない程に重大である。前提となっている被告人の行為（Tathandlung）は、それがKによって主導され、被告人によって口頭での交渉の段階においてなお中止されてしまったことに照らすと、その他の何らの意義も認められない。したがって、州裁判所の刑事部は、事実の基礎に基づいて正当化されるのよりもより大きな規模の責任を認めている。そのため、第一審判決の破棄に対する審議中の根拠は、警察のロックシュピッツェルの投入の許容限界が超過された場合は、国家刑罰権の失効が導かれ――先行しその後も受け継がれた判決の中で当刑事部によって説明されたように（【5】、【7】、【8】、【11】および【12】判例参照）――訴訟障碍事由を根拠付けるという、当刑事部［第二刑事部］の法的見解であった。

新たに審理を行った州裁判所の刑事部は、反対に、ヘロインの購入および輸入に際する被告人の（正犯としての（täterschaftlich））協力を確認した。しかしながら、この刑事部は、被告人は、経済的な窮地、トルコにいる債権者に対する恐れおよび性格の弱さに特徴付けられる状況において、この状況を利用した警察の証人により激しく急き立てられたからこそ、犯行全体の挙行に至ったのであり、このような被告人の関与（Einlassung）を否定できないとした。犯行への寄与を検討する際に、州裁判所の刑事部は、連絡員の犯行への寄与を支持できない程に重大であると評

価し、訴訟障碍の存在を肯定して刑訴法二六〇条三項に基づき手続を打ち切った。[26]

検察官は、州裁判所の判決に対し、手続に異議を申し立て事実上の権利侵害を非難する上告を行った。

【決定要旨】（本件刑事部による上訴の判断）

判決において引き合いに出される本件証拠評価および事実認定における実体的法的瑕疵（sachlichrechtliche Fehler）は、確認されない。他方、本件の事実認定によれば、連絡員の犯行への寄与が被告人と比べて「支持できない程に重大である」という州裁判所の認定も支持されることになる。二人目の事実審裁判所判事（Tatrichter）によって認定された事実に基づき事件の判決の免除を妨げ、それゆえ手続が刑訴法二六〇条三項によって打ち切られる場合、これは、一九八三年九月二三日判決（【9】判例）において当刑事部によって明らかにされた法的見解と対応する。

法的視点の下ではもはや甘受されえないアジャン・プロヴォカトゥールの影響が、被告人の刑事訴追にどのように影響するのかという問題においては、しかしながら当刑事部はこれまでの見解を変更する。当刑事部は、これまでに説明してきた見解から離れて一九八四年五月二三日判決の第一刑事部（【10】判例）の見解に従う。この見解によれば、そのような影響は何らの訴訟障碍も根拠付けず、量刑の枠内において考慮されるべきであり、実体に即して考慮されうる。

（呈示決定について）

棄却された（angefochten）一九八四年七月二日の州裁判所判決がなお妥当であるか否かということは、この問題の解決にかかっている。

警察のアジャン・プロヴォカトゥールの許容されない投入が訴訟障碍を根拠付けるとすれば、棄却された判決は裁判官の吟味に耐えうる妥当なものであろう。

これに対して、その影響が量刑においてのみ考慮されうるのであれば、その判決は棄却される。これまでの認定を根拠とすれば、有罪判決の言い渡しが考慮される。

本件刑事部は、以前の法的見解から逸脱することが妨げられるとは考えない。本件刑事部の見解は、それを是正しなければならないと考える。連邦の上級裁判所全体の刑事部によって一九七二年二月六日決定[27]において発展させられた原則も、このことを示している。

秘密裏に投入される警察官または連絡員の影響が、特に彼らの活動が法治国家的許容限界を超えた場合に、被誘発者に対する手続にどのように影響するのかという法的問題は、根本的な意義を有する。当刑事部は、法の形成（Fortbildung）のために、そして――とりわけ、連邦通常裁判所の内部で一致した見解がなお形成されておらず、学説においても多数の様々な見解が存在するということに鑑みて――画一的な判断を維持するために、刑事拡大部（Großer Senat）の判断は必要であると考える。

（訴追の問題に関する本件刑事部の法的見解）

本件刑事部は、警察のアジャン・プロヴォカトゥールの影響はもっぱら行為者に対する量刑においてのみ考慮されるべきであり、したがって、彼らが法的な許容限界を踏み越えた場合も訴訟障碍の承認には至らないとした、連邦通常裁判所第一刑事部によって主張された見解に従う。法的見解の変更は、さらに前述の判断の根拠と十分に調和する以下の検討に基づいている。

量刑の枠内においては、警察のアジャン・プロヴォカトゥールによる扇動（Anstiftung）は、二種類の視座の下で考慮されうるし、考慮されなければならない。

通例、彼らは行為者の責任を軽減する。他人の影響が刑法三五条[28]において前提となっている強度に達する場合、

責任は完全に阻却される。

さらに、量刑においては、責任に関係のない一定の事情が考慮されなければならない。刑法四六条二項[29]は、それについて二、三挙げている。それに加えてどのような事情が考慮されるのかということについての根拠は、遅延裁判（überlagen Verfahrensdauer）に関する判例から明らかになる。したがって、被告人には、あらゆる場合において彼らによって引き起こされた有罪の心証（Belastung）の他に、刑事訴追機関によって引き起こされた欧州人権条約六条一項第一文から生じる、彼の事件が相当な期間に係属することの要請の侵害が、刑を減軽する方向で評価されなければならない。

アジャン・プロヴォカトゥールの事案においては、犯罪の究明および犯罪闘争という明白な利益のために国家の指示において被誘発者（Provozierte）が利用されるという状況をさらに考慮することがこれに適う。タシュケ（Taschke）[30]の考えるように、その場合、被誘発者はただ彼に要求された犯罪を理由に有罪にされるためにだけ唆されるわけではない。連絡員（V-Leute）の投入は組織犯罪に対して向けられたものであり、少なくとも何人かの共同作業において行われる犯罪に向けられたものである。その投入の目的は、犯罪界（kriminelle Szene）に侵入し、犯された犯罪および進行中の（im Gang befindlich）犯罪を捜査すること、ならびにそれとの関係で上述の対象を証明することである。このことは特に薬物犯罪の領域についていえる。かかる犯罪捜査においては、個々の犯罪嫌疑者（Tatverdächtige）が端緒となる。関与者の有罪立証、彼らの結び付きの解明ならびに手元にある薬物の押収のために適切な方法で彼らに（捜査機関によって推測される）可罰的行為を止めさせるという目的によって、彼らに影響が与えられる。

被誘発者（Provozierte）が、そうでなくとも犯意を有していた（tatbereit）ことが明らかとなり、したがって、働

き掛けの影響が、基本的に彼によってすでに予定されていた薬物の販売にうってつけの具体的な機会の獲得という点に限定される場合、もちろん、当刑事部の見解によれば、その影響が行為者に刑を減軽するように有利に働くとする事由は存在しない。このことは、もくろみあるいは打算のみを引き合いに出す反対の立場が、連絡員の強力な影響によって反駁される場合にも妥当する。

しかし、可罰的行為に対するいずれにせよ強い懸念から、はじめから犯意を有していたわけではなく、そして、連絡員によって及ぼされた影響がその行為の挙行にとって決定的な原因となった人物も、誘発行為を受けることになりうる。そのような状況も、ロックシュピッツェルの投入においては甘受される。このような場合に公的な利益のために対象者を責任および刑罰へ巻き込むことは、重大な意味を持つ。加えて、彼らは麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）三一条[31]の観点からも影響を受ける、というのは、（警察当局が関知している）アジャン・プロヴォカトゥールの犯罪への関与を暴露することが、同規定の意味する被告人による暴露を意味せず、それゆえ、予定されている減軽等の許可を導きえないからである。被誘発者に負担されるこのような状況が、個々の事案における彼にふさわしい重さ――加えて誘発行為によって生じる責任の減軽（Schuldminderung）――に応じて刑罰を減軽する方向で評価することが求められるように思われる。

これによって、警察のアジャン・プロヴォカトゥールの影響が存在するあらゆる場合において、事案に適合した解決が可能となる。確かに、刑法三五条によっては排除されるまでには至らないが、行為者の責任がわずかであり、その他の減軽事由の前提条件が大規模に存在する限界事例においては、とりわけ刑訴法一五三条および一五三条ａの規定、ならびに、刑法四七条二項と結びついた同五九条の規定は、甘受しうる結果を導く。

これに対して、当刑事部の見解によれば、ここで論じられる問題にとって、連絡員が法的許容性の限界を守ってい

るか否かということは決定的ではない。場合によっては生じうる手続的瑕疵は、刑法上、服務規定上あるいは労働法上の措置によって対応されるべきである。被誘発者に対するその他の手続上の結論を導き出す事由は、存在しない。

訴訟障碍制度の適用が関係することは、――必要性の欠如は別として――さらなる重大な根拠からそのような解決に対して反対する。

あらゆる状況によって有効な訴訟障碍を根拠付けるとされる状況の限定は、不可能である。これまでの徒労がこのことを示している。その徒労においては、実際、吟味する際に抜き出され、相互に慎重に考慮されるべき個々の状況のみが作り上げられうるにすぎない。これについては、以下のようなことが挙げられている。被告人に対して存在する嫌疑の基礎と程度、ロックシュピッツェルの働き掛けの態様、強度および目的、犯意（Tatbereitschaft）、および彼が影響を与えた人物の固有の、他人にコントロールされていない能動性である。それにもかかわらず、どのような前提条件の下でロックシュピッツェルの投入が許容されないとみなされ、訴訟障碍が根拠付けられるのか今ひとつ明らかではない。[32] この点、ヘルツォーク（Herzog）は、「ロックシュピッツェルの投入にとって必要な嫌疑の規模」[33]でさえなお具体化されてはいないということを適切に述べている。そのための根拠は、もちろん、以前ヘルツォークが直接試みた、侵害の強度が嫌疑の程度に左右されることに関する考察から生じる。例えば、薬物取扱者が居酒屋を訪れること、そして隣のテーブルの人にそこで薬物購入は可能かどうか質問することは、それはまず第一に、薬物の隠し場所や購入先の発見に関係する被質問者に対して嫌疑がない場合でさえ許容されるとみなされるべきである。初期段階の嫌疑（Anfangsverdacht）が後の捜査によって確認されなかったような場合には、ロックシュピッツェルあるいは彼に委任をした公務員の錯誤が引き起こされたか否かが重要となるように思われる。影響を及ぼされた者の犯意（Tatbereitschaft）および能動性に関する問題は、行為（Tat）および正犯（Täterschaft）に関する問題と一致する。

したがって、アジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けに基づく訴訟障碍の存在に関する判断は、通例、客観的および主観的犯行状況、さらにまた――犯罪の他に存在し、部分的には偶発性に左右される――嫌疑の根拠およびロックシュピッツェルならびに彼に依頼した公務員の動機の全体考察（Gesamtbetrachtung）、評価および考慮と同じ意味を有する。

明確でない全ての事案――その場合大多数が問題となりうる――において、判断は証拠調べ（Erhebung）によってはじめて規則に適うものとなりうる。したがって、これらの前提条件は、それらが公判手続の前に存在するにもかかわらず、実際に手続を妨げるのではなく、基本的には実体判決（Sachurteil）のみを妨げる。確かに、このことは、その訴訟障碍としての分類に必然的に矛盾する。一九六八年九月三〇日まで有効であった草案における秩序違反に関する法律七条三項および一九五四年の無罪法（Straffreigesetz）の明文で規定されている訴訟障碍においては、これに相当する状況が生じうる。[34] しかしこれらの規定は、いずれにせよ、一定の事実と関係する。つまり、訴訟障碍は特定の事実に関係する。そして、少なくとも、手続の流れの中ではじめて登場するわけではなく、基本的にすでに手続のはじめに罪責の問題の判断（Beurteilung der Schuldfrage）とは別に確認可能である場合に、直ちにその後の手続の続行（Prozedieren）を妨げる、ある程度明確に限定された状況に関係する、原則の例外とみなされなければならない。[35]

いずれにせよ、アジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けを根拠とする訴訟障碍は明確に限界設定されていない。そうではなくて、その存在あるいは不存在は、多数の全体考察に基づいて、部分的には犯罪構成要件と一致すると確認され、部分的には存在する事実の外側で確認されうる。このことから生じる懸念はより重大である。したがって、場合によっては、アジャン・プロヴォカトゥールの犯行への寄与が重すぎたことを理由に、わずかな状況の差異あるいは評価の差異が、大規模な有罪の行為者を訴追しないことにとって決定的要因となりうる。あるいは、強い嫌疑を

理由に許容される方法で行為者に与えられた重大な影響が、比較的わずかな不法価値介在により、行為の釈明を導く判断にとって決定的要因となる場合もありうる。

訴訟障碍の存在に関する問題は、手続のあらゆる状況において職権で吟味されなければならない。上告手続においては、しかしながら、訴訟障碍の前提条件のみが吟味するのに理解しやすい。それは、罪責の問題（Schuldfrage）にとって明らかな状況から明確に切り離される。これに対して、個々の点で重なりが生じ、訴訟障碍の存在が行為にとって実質的な事実認定に影響される場合、上告審裁判所は事実審裁判所（Tatgericht）の事実認定に拘束される。ここで詳論されているような場合においては、ロックシュピッツェルの影響の強さは行為者の責任と一緒に判断されうるにすぎないのであるから、上述の原則の適用に際しては、いずれにせよ、第一審の判決が永続性を有する範囲で、訴訟障碍が存在するか否かという考察における固有の確認が、上告審裁判所において利用される。事実に関する資料（Tatsachenstoff）の領界によって限定されなければならない。

上述の見方は、訴訟障碍の法的性格（Rechtsfigur）という点に着目し、これを利用して問題を解決することには反対である。憲法上の原則がそのような解決の選択を勧めるということは、明らかではない。これとは反対に、あらゆる関係者に関して、刑法および刑事訴訟法をその行為のために自由に用い、定める基準を利用することは、実体に適している（sachgerecht）とは思われない。

本件は、連邦通常裁判所第二刑事部一九八三年九月二三日判決（【9】判例）の事案が一度原審に差し戻され、その後再び連邦通常裁判所に上告された事案である。周知の通り、その後、【10】判例の登場により、連邦通常裁判所第一刑事部は、アジャン・プロヴォカトゥールによる違法な犯罪誘発行為が認められる場合においても、訴訟障碍あるいは

刑の免除等の法律効果が生じることを認めず、単に減軽事由が認められるに過ぎないと判断した。その後も、第二刑事部は【11】および【12】判例で、「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準を採用し、違法な犯罪誘発行為が認められる場合に訴訟障碍を承認してきた。そこで、【9】判例の差し戻し審から再度上告を受けた連邦通常裁判所第二刑事部は、連邦通常裁判所拡大部において法律解釈の統一を図ることとなる。本件は、拡大部における決定を仰ぐ前段階のものということになる。

本件第二刑事部は、自らが【9】判例においては、違法な犯罪誘発行為があった場合に手続の打切りを支持していたことを明示しつつも、遅延裁判事例においても量刑的解決が図られていることを指摘し、またフォート（Foth）の議論に依拠しつつ、事案に則した解決の可能性という点で量刑説を支持することを明らかにした。また、このような量刑説的解決の理論的根拠として、訴訟障碍は一定の事実と結びついたものであるが、アジャン・プロヴォカトゥールの事案においては、事実そのものではなく、事実の評価ないし考慮の結果が問題となるため、訴訟障碍の本来的な性質とは異なるという点を指摘している。

【14】連邦通常裁判所刑事拡大部一九八五年一一月七日決定[36]

前出の連邦通常裁判所第二刑事部一九八三年九月二三日判決[37]の案件が、刑事拡大部（Großer Senat）で審議された事案である。本件の問題の中心は、裁判所構成法一三七条に基づく呈示（Vorlage）の前提条件[38]が存在したか否かである。本件拡大部は、本稿との関係では、おとり捜査の違法の効果について量刑事由を確認しているので、この点について紹介する。

第二刑事部は、刑事拡大部に対し、法形成の継続（Fortbildung des Rechts）および統一的な判断確保のために、以下の法的問題を判断するように提出した（裁判所構成法一三七条）。

一．秘密裏に投入された警察官および連絡員による働き掛けから、――罪責を減軽する効果（schuldmindernden Wirkung）に関係ない――被告人の有利となるように、独立の刑罰減軽事由（Strafmilderungsgrund）が生じるのか？

二．同様の働き掛けは、それが法治国家的許容限界を超えた場合に、訴訟障碍（Verfahrenshindernis）の承認までも導くのか？

これに対して、本件拡大部は、連邦検事総長（Generalbundesanwalt）は以下のように決定しなければならないと回答する。

一．秘密裏に投入された警察官および連絡員（V-Mann）の働き掛けからは、――罪責を減軽する効果（schuldmindernden Wirkung）以上に――何らの独立した減軽事由も、被告人の有利となるようには発生しない。

二．同様の働き掛けは、それが法治国家的許容限界を超えた場合であっても、訴訟障碍（Verfahrenshindernis）の承認までは導かない。

以上のような見解を明示しつつ、これまでの判例との関係上次のようにまとめている。

【決定要旨】

以下の点について言及すべきである。すなわち、第二刑事部が呈示決定において否定して以降、連邦通常裁判所の判例においては、秘密裏に投入される警察官あるいは連絡員の許されざる働き掛けは、訴訟障碍を根拠付けうるという見解は、現在ではもはや支持されない（例えば、【10】判例参照）。

先に述べたように、連邦通常裁判所第一刑事部は【10】判例で量刑説を明らかにし、その後第二刑事部は【11】および【12】判例で従前の見解を維持していたため、連邦通常裁判所においても違法な犯罪誘発行為に対する法律効果について、若干の見解の相違が存在することとなっていた。そこで、【9】判例を取り扱った第二刑事部は、再上告審となった【13】判例で【10】判例の量刑説に従うことを示唆し、判例の統一を図るべく拡大部が招集されることとなった。本件拡大部は、【10】判例で示された第一刑事部の見解をほぼ全面的に支持することとなり、実質上、これ以後判例は違法な犯罪誘発行為の法律効果については減軽事由が認められるにとどまるという見解を維持することとなった。

【15】連邦通常裁判所第二刑事部一九八五年一一月八日決定[39]

本決定は先にみた【14】判例の呈示決定をうけて、再度第二刑事部が自ら行った判断である。

【事案の経緯】

州裁判所は、いわゆるロックシュピッツェルによって犯行の実行へと「唆さ」れた被告人に対し、麻酔剤（Betäubungsmittel）取引に関してそれぞれ三年六月の自由刑を言い渡した。

彼らの上告は、刑罰請求権に関する部分に限り事実に関する異議申立によって認められた。加えて、それらは刑訴法三四九条二項の意味において根拠付けられてはいない。

【決定要旨】

州裁判所の刑事部は、本件行為を特に重大な取引の事案（besonders schweren Fall des Handelbetriebens）と評価したが、これは法的に瑕疵のある根拠に基づくものである。被告人らは、確かに三三九．九グラムのヘロイン調合物（純粋なヘロインの含有量三二％）を取引しそれによって麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条三項四号規定のメルクマールを実現化した。しかしながら、特に危険な事案に対する重大な根拠については、州裁判は十分には考慮しなかった。

被告人Kに関しては、彼は警察のロックシュピッツェルの影響の下で本件行為を挙行したということが、特に考慮されなければならなかった。州裁判所は、この犯罪誘発行為を訴訟障碍（Verfahrenshindernis）を根拠付けるのに不適切であるとするのみならず、その点において、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条三項四号の列挙事項（Regelbeispiel）の存在する場合の特に重大な取引の事案を否定するのに十分な根拠も認めなかった。その見解は以下のことによって根拠付けられている。すなわち、警察のロックシュピッツェルの犯罪誘発行為は、それに対して行為者の独自の寄与が背後に退き、行為者がいわば単なる国家的行為の単なる客体におとしめられている、といえる程の重大さまでには至っていないというのである。本件では、ロックシュピッツェルは、許容される連絡員活動（V-Mann-Tätigkeit）[40]の境界を踏み越えておらず、その行為は、いかなる時点においても、被告人がもはやその決定の支配者（Herr der Entscheidung）ではなかったという程度に達していなかったという。

本件刑事部は、一九八五年六月四日決定（【14】判例）で詳論された理由から、犯罪誘発行為は何らの訴訟障碍も根拠付けないという州裁判所の見解に同意する。

もちろん、州裁判所による刑罰の範囲の確定（Strafrahmenbestimmung）に関する詳論には従うことはできない。

行為者に対する警察のロックシュピッツェルの働き掛けは、基本的に量刑において、そしてそこではとりわけ適用されるべき刑罰の範囲に関する決定において正当に評価されるべきである（例えば、【10】判例参照）。このことは、あらゆる警察のロックシュピッツェルの働き掛けに対して一様に妥当する。

ある行為者が第三者によってはじめて行為を行うように説得されたに違いない場合は、通例、行為者の責任は減軽される。他人の影響が刑法三五条に規定される強度に達する場合、彼の責任は完全に阻却される。このことは、行為者が警察のロックシュピッツェルによって唆されたのか、あるいはその他の人物によって唆されたのかということには、もちろん関係ない。

侵害される法益を重大な危険に曝すことが排除されるような形で、ロックシュピッツェルの協力によって誘発された可罰的行為が監視される場合、当該行為の軽微な結果無価値性という視点から、このことは量刑にとって重要となる。

警察のロックシュピッツェルによる犯罪誘発行為の後では、責任に左右される状況は、刑罰の範囲の確定（Strafrahmenbestimmung）および狭い意味における量刑に対して、さらに被告人の有利となるように影響しうる。そのような状況を被告人の有利となるように考慮することは、刑法四六条二項（量刑理由）と調和しうるし、判例においても、遅延裁判（überlagen Verfahrensdauer）の効果として量刑による解決が認められている。[41]

いずれにせよ犯意のあったわけではない人物が、国家的任務の中で活動する警察のロックシュピッツェルに犯行の挙行にとって決定的なきっかけを与えられた場合、当該犯罪誘発行為の中に、全体評価（Gesamtwürdigung）の枠内で被告人に有利に作用する罪責に関係しない量刑事由（schuldunabhängiger Strafzumessungsgrud）が存在する。このような場合、犯罪の解明および犯罪闘争（Verbrechensbekämpfung）の利益のために甘受されるところの、はじめ

から犯意のある者（Tatbereiter）を責任および刑罰に関与させることの特別な危険が実現される。被告人が公共の利益（öffentliche Interesse）のためにそのような危険に曝される場合、この危険は彼にとってさらに量刑事由として評価されなければならない。このような場合においては、法定刑の枠内で（innerhalb der gesetzlichen Strafrahmen）、そうでなかった場合の罪責に対応する刑罰も求められうる。

本件においては、被告人は彼に求められた可罰的行為に対して強い懸念を有しており、はじめから犯意を有していた（tatbereit）わけではなかった。警察のロックシュピッツェルによって実行された働き掛けは、行為の挙行にとって決定的な原因となっていた（【14】判例）。被告人は、経済的な窮地にあり、この理由から彼に近寄った誘惑に最終的に屈したのである。彼は、ヘロイン取引においても単に売り手とロックシュピッツェルによって彼に紹介された偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）との間で仲介者として行為したにすぎない。彼は、彼の行為によってもちろん高額の報酬を期待していた。この仲介取引は、――被告人も認識していたように――もちろん粗悪な質の大量のヘロイン調合物に関係したものであった。このような事案においては、事実審裁判所判事（Tatrichter）は、特に、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条一項の刑罰の範囲が、被告人にとって有利、不利な全ての相当な状況の全体評価において量られており、十分であったかどうかを判断しなければならなかったはずである。異議申立のあった判決は、このような全体評価を混同させている。

確かに、被告人Kは警察のロックシュピッツェルによって教唆を受けたわけではなかったが、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）三一条の減軽事由が認められた。このことには瑕疵がある。州裁判所の刑事部（StrK）は、全体考察の枠内で、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条一項の刑罰の範囲、あるいは刑法四九条（特別法定減軽事由）[42]と結びついた麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）三一条に基づく同二九条三項の減軽された刑罰の範囲が、

被告人に有利に適用されるべきか否か吟味しなければならなかったのである。

本件事案は、【9】判例を発端とする一連の事案が、最終的に同刑事部において事案判断されたものである。第二刑事部は【9】判例を原審に差し戻したが、その後再度上告され（【13】判例）、その後拡大部が招集されて（【14】判例）量刑による解決が確認されたわけだが、それを受けて再度第二刑事部で当該事案について判断がなされたものである。第二刑事部は、【10】判例で示された量刑説の見解を踏襲し、自らも量刑説に立つことを明らかにした。そして、刑法三五条の免責的緊急避難が認められる状況下においては、責任が完全に阻却されることを述べるにとどまっている。加えて、違法な犯罪誘発行為の法律効果として減軽事由が認められるに止まるとしながらも、あらゆる犯罪誘発事例において量刑的考慮が働くべきであるとした点興味深い。

【16】連邦憲法裁判所一九八七年三月一〇日決定[43]

【事実の概要】

被告人Bfは、違法な麻酔剤（Betäubungsmittel）の製造を説得され、麻酔剤（Betäubungsmittel）の生成に利用された実験室からはかなりの量の薬物が押収されるに至った。Bfは連絡員の働き掛けによって行為へと突き動かされたわけではなく、ヘロインとモルヒネを供給するという申し出によって自らこの行為に関係していくこととなった。被告人は、行為の挙行について広い範囲で独自のイニシアティブを有し、薬物取引に関して高額の経済的利益を得ていた。これに対し、被告人側からは、激しく徹底的に行為を挙行するように圧力を受けたという憲法上の不服申立（Behauptung der Verfassungsbeschwerde）がなされたが、連邦憲法裁判所が出発点とした判決の事実認定の中には

何らそのような事実を支持する根拠は確認できない。

被告人Bfは、薬物の取引に関して有罪とされた。彼の有罪判決においては、警察の連絡員の投入に関する彼の憲法上の抗告（Verfassungsrechtlichebeschwerde）は、本質的に十分な成功の見込みがないため受理されない。

【決定要旨】

異議申立のあった判断には、何らの憲法上の懸念も存在しない。

行為者に対する有罪判決において国家刑罰権の執行を妨げる、対象者（＝行為者）に対するロックシュピッツェルの協力が、そもそも適切でありうるか否かということは未確定である。これを基本的に可能であると考えるとしても、このことの禁止は、特に類似の例外事例においてのみ法治国家原則から演繹されうる。このことは、すでに、この原則の保護領域（Gewährleistungsbereich）が、被疑者の利益のみならず、効率的な刑事裁判の利益をも包含することから結論される。法治国家原則（Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit）が、本質的な構成要素として正当性の理念を含んでいる限りにおいては、正当性が現実化されえなくとも、この原則は機能的な権利保護の維持を求める。連邦憲法裁判所は、それゆえ、可能な限り完全な真実の捜査という点で公共の利益を重視し、重大犯罪の解明を法治国家的公的機関の本質的使命と位置付ける効果的な刑事訴追の必要性を、再三にわたって認めてきた。その上、法治国家原則およびそこから帰結される公正な手続の原則（Grundsatz des faire Verfahren）は、憲法においては部分的にのみ詳細かつ具体的に述べられており、また、基本的に立法者によって予定されるべき調整（Ausgestalgung）を必要とする。この原則の広大さおよび漠然さから、以下の結論が導かれる。すなわち、あらゆる状況、特に法治国家原則自体に存在する矛盾を考慮して、法治国家上断念できない必要性がもはや保たれないということを明確に確認してはじめて、そこから具体的な結論が導かれうるのである。

本件においては、そのような状況は存在しない。連邦憲法裁判所は、法治国家上必要な犯罪行為の訴追のためのその任務が大体において正当に評価される限りは、薬物犯罪との闘争（Bekämpfung）において、刑事訴追機関はいわゆる連絡員の投入なしには効果的に対処できないということを認めてきた。連絡員の投入は、組織犯罪に向けられたものであるし、いずれにせよ、通常数人の共同作業において挙行される犯罪行為に向けられたものである。そのような投入の目的は、犯罪界（kriminelle Szene）に潜入（eindringen）し、行われている犯罪行為を捜査すること、ならびにそれによって関係する物を押収することである。この際、（決心が付いていると捜査当局が推定する）その可罰的行為を、関係者の有罪判決のために適した方法でコントロールするという目的によって、個々の被疑者に影響を及ぼすことができる（【13】判例）。

本件で認定されている状況からは、Bfの訴追に関する正当な利益は、検察の連絡員の協力のためにもはや存続せず、法治国家原則あるいはその他の基本権を考慮する限り、その手続の実行はもはや甘受されえないという結論は認められない。

州裁判所の刑事部は、警察の連絡員の尋問の間、傍聴人とBfを不当にも閉め出したという非難は、認められない。というのは、その限りにおいては法律上の手続は利用し尽くされていないからである（連邦憲法裁判所法九〇条一項第一文）。Bfは、そのために重要な判断を州裁判所の刑事部に完全に伝えておらず、また、その文言に基づいてその上告の根拠付けにおいて伝えることを明らかに怠っている。したがって、上告の申立（Revisitionsvortrag）は、刑訴法三四四条二項第二文（上告理由たる瑕疵ある事実の提示）に規定される形には適合しないし、それゆえ上告審裁判所によって調査されえない。法律上の手続を利用し尽くした結果というには、したがって十分ではない。

Bfが、刑事部による遮断の宣言（Sperrerklärung）を根拠にその弁護人の質問権は不当に制限されていると反論す

る限りでは、憲法に基づく固有の権利に対する侵害の可能性は、十分には明らかにはされていない（連邦憲法裁判所法九二条）。憲法上の不服申立書（Verfassungsbeschwerde-Schrift）およびその添付書類は、不服申立ての説明の内容をはっきりと認識したものでもなく、また、どのような質問が個別的に却下され、あるいは答えられないのかということを明らかにしていない。Bfの申立ては、したがって、憲法上考察するにあたって十分に適切なものでないということが明らかとなる。憲法上の不服申立の開始期間の終了後、このような根拠付の瑕疵はもはや治癒されない。

警察の連絡員は公判手続における尋問に際して身分は秘密のままにされていたというBfの申立は、憲法違反を導かない。Bfは、事実審裁判所判事（Tatrichter）は量刑に際して刑を減軽するような状況を十分には考慮していないという申立によって、意見を聞いてもらうこともできない。さらに、承認された刑罰の重さは、憲法に基づき不服を申し立てられるべきではない。

本件は連邦憲法裁判所による判断であるが、連邦憲法裁判所も基本的には【10】判例の第一刑事部によって示された量刑説の見解を支持している。また、本件では、効果的な刑事裁判・刑事訴追と公正な手続の原則を対比的に捉え、本件が組織的犯罪であったことに鑑み、効果的な刑事裁判・刑事訴追を重視しているように思われる。加えて、証拠法の問題として証人の遮断の問題が登場している。伝聞証拠が採用されていないドイツの問題であるが、今後潜入捜査官による情報収集活動が活発化すれば、この種の問題はより深刻化するものと思われる。

【17】連邦通常裁判所第一刑事部一九八九年八月二九日決定(44)

【事実の概要】

被告人Cに関しては、実体法上の（sachlichrechtlich）理由から量刑に対する重大な懸念が存在する。

事実認定によれば、警察のロックシュピッツェルHiは、本件行為の前に数回にわたり頻繁に――もしかすると六週間から二ヶ月にわたって――被告人Cに対して以下のような提案を行った。その提案とは、得られる報酬で彼の負債を清算するために、大量の薬物を、彼――Hi――から仲介された購入者に対して売却する旨のものであった。経済状況がますます厳しくなったときに、被告人Cははじめてこの提案に応じた。被告人Cが麻酔剤（Betäubungsmittel）取引に関与していることについて嫌疑が存在したか否かということに関しては、判決は何らの詳論も行っていない。被告人は、麻酔剤（Betäubungsmittel）犯罪に関する前科もなかった。したがって、判決は、量刑に影響を与えうるような瑕疵を含んでいる。

【決定要旨】

ロックシュピッツェルおよび秘密裏に活動する警察官の投入は、とりわけ薬物犯罪も含まれる特に危険かつ解明困難な犯罪との闘争（Bekämpfung）のためには、必要であり、許容される。一方で、警察のロックシュピッツェルによる犯罪誘発行為は、法治国家原則によって設定される限界の内側においてのみ甘受されうる（【10】判例）。本質的な境界線は次の点に求められる。いずれにせよ彼に対して、相当する犯罪行為を計画しているとかそれに関与しているということについて、すでに刑訴法一六〇条一項の意味における嫌疑が存在するような人物に対してのみ、前述の捜査手法の投入が許されるというところに存在する。このことは、刑訴法の規定（刑訴法一五二条、同一六〇条および同一六一条）に照らして明らかである。これらの規定によれば、警察および検察官は、基本的に可罰的行為に関する嫌疑のある場合のみ捜査手続の権限を与えられ、同時に捜査を義務付けられるのである。警察の捜査活動についてのこのような限界を考慮する必要性は、まさにロックシュピッツェルおよび秘密裏に活動する警察官の投入において

明らかであろう。というのは、彼らの活動は、常に――上述の限界を考慮する場合でさえ――自発的に犯意のあったわけではない人物が、――嫌疑の有無に関係なく――可罰的行為に関与させられるという危険を根拠付けるからである。

許容される国家的犯罪誘発行為の前提条件を考慮しないことは、確かに、行為者の訴追および処罰を妨げない。しかしながら、通例そこには行為者に有利に働く重大な減軽事由（gewichtiger Strafzumessungsgrund）が存在する（例えば、【10】判例）。

加えて、州裁判所は、警察のロックシュピッツェルを証人として尋問すべきでなかったという、三人の被告人全員によりなされた申立ては、判決の破棄（Aufhebung）を導く。

抗告人Cは、供給された九七〇・八グラムのヘロインにとどまらず、さらに約一・五キログラムのヘロインの供給を約束したという非難に対しては、以下の点で釈明を行った。すなわち、彼は最初の接触で偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）に確かに二・五キログラムを提供した、しかし、彼は、この量を自由に使うことができたわけではなく、交渉におけるより良い地位を得るために、ロックシュピッツェルの助言を受けて偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）に対してそのような薬物の存在に言及したのである。

このような被告人の関与を、州裁判所は反駁されたものとみなした。その限りにおいては、それは、公判手続において聴取された[45]、彼の側で偽装バイヤーを尋問した証人である刑事主任（Kriminalhauptmeister）Kの供述に従ったものである。偽装バイヤーは、公判廷における直接的な尋問のために自由に利用することはできなかった。というのは、バイェルン州の内務大臣が、相当する遮断の宣言（Sperrerklärung）を行ったためである。

前述の被告人Cの釈明の申立てを考慮して、州裁判所の刑事部（Strafkammer）は、刑訴法二四四条二項により自

らに義務付けられた解明義務に基づいて、判決において名前を挙げられている警察のロックシュピッツェルHiを、公判手続において証人として尋問したものと考えられる。

連邦通常裁判所は、連絡員の供述が、彼を尋問した警察官によって、つまり伝聞証人（Zeugen vom Hörensagen）によって公判手続に持ち込まれる場合には、事実審裁判所判事（Tatrichter）は、その心証形成（Überzeugungsbildung）にあたっては、このようなあまり事実に近接していない証拠の証拠価値（Beweiswert）を特に慎重に吟味し、評価することを義務付けられている、ということを常に判例の中で示唆してきた。[46] 裁判所は、これに際して、その心証形成（Überzeugungsbildung）の限界を常にはっきり認識していなければならず、[47] それゆえ事実認定は通例その他の重要な視点によって確認される場合にのみ、証人の供述を根拠としうる。事実審裁判所判事は、それゆえ、その後の説明において彼がその状況を別なように判断しうるというほんのわずかの可能性でもある場合は、すでに、考慮される証拠を利用し尽くすことを義務付けられているのである。

本件では、Hiが、被告人による弁明の申立（Verteidigungsvorbringen）を公判手続において確認した場合、州裁判所の刑事部は、被告人Cによる更なる一・五キログラムのヘロインの提供に関して事象を別なように評価したかもしれないということは排除されえない。というのは、被告人が実際に提供のあった一・五キログラムのヘロインを自由に取り扱うことができたということについて、州裁判所の刑事部にはその他の客観的根拠は存在しないのである。

瑕疵ある偽装購入（Scheinaufkäuferung）が、協力者として有罪判決を受けた被告人UおよびYにも有利に働きうるのであるから、全体として原判決はもはや有効ではない。

第一刑事部は、これまでと同様に法律効果の点では量刑説を維持しつつ、判断基準の点では刑訴法一六〇条一項の意

味における嫌疑の存在を犯罪誘発行為の前提条件として要求している。なお、【16】判例と同様に、本件でも伝聞供述の問題が争われている。本件第1刑事部は、証拠評価証明力の問題として取り扱っており、供述の内容についてその他の客観的な根拠がないことを理由に原判決の判断を否定している。

【18】連邦通常裁判所第四刑事部一九九二年六月四日判決(48)

【事実の概要】

潜入捜査官として活動していた刑事「Be」は、ノルトライン・ヴェストファーレン州刑事局（Landeskriminalamt）の指示により、一九八八年の秋に、調理業界で働いていた被告人BおよびStと連絡をとることとなった。この接触開始の目的は、まず第一に、賄賂の嫌疑のある警察官について情報を収集することであった。詐欺を行っている建設コンサルタントの架空身分（Legende）を用いて活動していた潜入捜査官に対し、被告人は、Beの架空の活動と関係した数多くの犯罪行為へ関与することを提案した。この提案の一つはイタリアからの偽造通貨の調達に関係するものであったが、それ以降「Be」の任務は拡張された。警察当局は、過去の捜査に基づき、イタリアの保管金庫の中に一〇〇万単位の偽造ドイツマルクが存在すると推定しており、そのため「Be」はBおよびStについてイタリアの偽造通貨の源泉の解明に努めなければならなくなったのである。したがって、「Be」は、BおよびStの提案に理解を示し、彼らに、二〇〇万ドイツマルクという購入金額で額面価値六〇〇万の偽造通貨を調達するように依頼した（最終的にはBの希望により額面価値一〇〇〇万ドイツマルクとなった）。以下の点が議論の前提となっているが、両被告人は反論していない。すなわち、偽造通貨が違法な「金庫営業」の範囲内で本物の金の代わりに用いられ、第三者には立ち入ることのできないようにして銀行の貸金庫に保管されることになっていたという点である。

両被告人が、一部では別々に、一部では協力して金の調達のために徹底的に尽力していたにもかかわらず、計画されていた行為の実行は、予定されていた偽造通貨の額が大きすぎたため極度に厳しくなった。被告人らには同様の犯罪行為の挙行にとって必要な経験も不足していたし、偽造通貨製造者との必要な繋がりもなかった。六ヶ月以上の期間にわたる偽造通貨供給者を探す試みの経過において、「Be」は、被告人らに対し、時間を厳守した調達の実行のために尽力するように何度も圧力を掛け、その地位ゆえに彼が自由に利用できる「購入金」を二度提示して、Bに対して行為への強い刺激（starker Tatanreiz）を与えた。「Be」によって「金庫営業」を実行できる最終時点と言及されていた期日である一九八九年六月六日に、偽造通貨の使用の計画は変更された。この時点では偽造通貨が依然として使用可能ではなかったが、しかし、被告人らはすぐに用立てられる状態にあると考えていた。というのは、この金はその時「Be」によって表向き計画された他の事業に対して投入され、これにより直接的に流通に混入された。

BおよびStは、仲介商として被告人RおよびMの介入の下で、無名のままのイタリアの偽造通貨供給者とのコンタクトを確立し、彼らに良質の一〇〇ドイツマルク紙幣の印刷をさせるに至った。この――総額一一〇九万一五〇〇ドイツマルクの――偽造通貨は、一九八九年六月一四日に被告人B、MおよびMaによって、イタリアからオーストリアを経由してドイツに輸送された。警察は、「Be」から行為経過についてほぼ完璧な情報をその都度伝えられており、目的地で偽造通貨を押収し、本件犯行の関与者を逮捕した。州裁判所は、被告人StおよびBに対し、通貨偽造に関して四年三月（Bに対し）および三年九月（Stに対し）の自由刑を、被告人R、MおよびMaに対しては、通貨偽造幇助として二年（Rに対し）、二年六月（Mに対し）そして一年九月（Maに対し）の自由刑を宣告した。押収されたこの偽造通貨は、没収（einziehen）された。

【判決要旨】

検察官による上告は認められない。

州裁判所による包括的で詳細に根拠付けられた量刑の考慮（Strafzumessungserwägung）は、それ自体瑕疵はない。特に、事実審裁判所判事（Tatrichter）は、検察官の見解に反して、本件行為が警察の潜入捜査官の協力によって成功した点を適切に評価している。

州裁判所の刑事部は、通貨偽造は、確かに――本件のように――それが国際的かつ百万単位で行われる場合、かかる犯罪との闘争（Bekämpfung）のためにロックシュピッツェルの投入が必要で許容される特に危険かつ解明困難な犯罪に該当する（【17】判例参照）という点を出発点としている。捜査当局が法治国家原則によって設定される国家的犯罪誘発行為の限界を踏み越えていなかったということについても、州裁判所の刑事部は誤認していない。というのは、被告人BおよびStは、犯罪行為の挙行に対する「Be」による永続的な圧力がなくとも、偽造通貨の取引について犯意を有していたのである。その上、潜入捜査の働き掛けは、犯行準備（Tatvorbereitung）および犯行の実行の経過において、決して「支持できない程重大」ではなかったのである（【10】判例参照）。

しかしながら、事実審裁判所判事は、それが法治国家的な限界内にある場合であっても、量刑の枠内において潜入捜査官の協力を刑を減軽するように評価することを禁じられない。検察官は、反対の見解を主張するために、不当にも、連邦通常裁判所一九八九年八月二八日決定（【18】判例）を引き合いに出す。この決定は、許容される国家的犯罪誘発行為の前提条件を考慮しないことには、通例、被告人の有利となる重大な量刑事由（Strafzumessungsgrund）が存在するという。適法な犯罪誘発行為は、どんな状況においても刑の減軽（Strafmilderung）をもたらさないという、このことからBfによって導かれる逆の推論は、達成されていない。反対に、行為者に対する警察のロックシュピッツェルによるあらゆる働き掛けは、量刑の枠内で評価されなければならない。どのような範囲で刑の減軽が考慮されるの

かは、本質的に、行為者に対する潜入捜査官による働き掛けの程度によって決まる。この点、事実審裁判所判事に対しては、行為を導いたあらゆる状況を適切に考慮するための裁量の幅が認められる。この余地は、ロックシュピッツェルによる永続的で重大な影響（nachhaltige erhebliche Einwirkung）があった場合において、一あるいは二、三の列挙事項（Regelbeispiel）の存在にもかかわらず特に危険な場合（besonder schwerer Fall）を否定すること、そして、あまり危険でない場合（minder schwerer Fall）を認めること以上に、刑訴法一五三条、一五三条aに基づく手続の打切りにまで達するし、あるいは当該犯罪における法定の最低刑への減軽にまで及ぶ（【10】判例）。

州裁判所の刑事部がこの余地を超えたということは、本件では明らかとなっていない。州裁判所の刑事部は、潜入捜査官の影響およびその他一連の減軽事由（Strafmilderungsgrund）の存在にもかかわらず、被告人によって示された犯意（Tatbereitschaft）、彼らによって発展させられた固有の主導権および偽造通貨取引が大規模であることを考慮して、例えば刑法一四六条二項の例外的刑罰の枠（Ausnahmestrafrahmen）ではなく、刑法一四六条一項の法定刑の枠（Regelstrafrahmen）を基礎として用いている。

最初から潜入捜査官に協力する用意のできていた被告人ら（tatbereite Angeklagten）においては、罪責に関係なく（schuldunabhängig）独自に存在し、公共の利益（öffentliche Interesse）のために責任と刑罰へ巻き込まれることの中に存在する減刑事由は、明らかにみてとることはできない。したがって、いずれにしても、州裁判所の刑事部の評価は、検察官によって挙げられた一九八五年六月四日第二刑事部呈示決定（Vorlagebeschluß）（【13】判例）の中で主張されている法的見解とは矛盾しない。むしろ、州裁判所は、上記決定と一致して、潜入捜査官の働き掛けの責任減軽効果（schuldmindernde Wirkung）を出発点としている。この関係においては、州裁判所が以下のことを考慮する場合、何らの懸念も生じない。すなわち、（表向きは）彼のみが自由に利用することのできた財力のために、偽造

通貨を売却するも、そのためのかなり高額な購入資金を調達するも、すでに彼の協力に「その成功がかかっていた」潜入捜査官が、犯行を刺激（Tatanreiz）し、偽造通貨取引の規模をはじめから非常に大きいものに設定し、時間を厳守した取引の実行のために尽力するようにStおよびBに圧力を掛けたという点である。

最終的に、「支払流通への偽造通貨の流入は、買い手としての『Be』の関与があったために、最初から排除されていた」という状況を、刑を減じる方向で考慮することも、認められている。ロックシュピッツェルの協力によって誘発された可罰的行為が、重大な危険に曝される法益の著しい危殆化（Gefährdung）が排除されるように監督されているのであれば、当該行為の軽微な結果無価値性という観点から、このことは量刑に対して意義を有しうる。

ドイツにおいても、犯罪誘発事例の多くは薬物事犯であるが、本件は通貨偽造罪およびマネー・ロンダリングが問題となった事案であり珍しい。本件においても、これまでの判例と同様に、【10】判例で示された見解に従った判断がなされている。また、法律効果については、実際に犯罪が成立しないことが予定されていたという結果無価値的な見地から、あらゆる犯罪誘発事例において減軽事由が認められることを示している。

【19】連邦通常裁判所第一刑事部一九九四年一月四日決定[49]

【事実の概要】

被告人に対して潜入捜査官が投入された。この投入は、犯行時すでに施行されていた刑訴法一一〇条a、同一一〇条bの規定に違反するものであった。被告人は潜入捜査官の働き掛けの結果、麻薬取引を行ったが、彼女が違法麻酔剤（Betäubungsmittel）取引の領域で犯罪行為を計画していたということに関する根拠は存在しなかった。したがって、

潜入捜査官がはじめて彼女に違法な麻酔剤（Betäubungsmittel）取引を行うという考えを抱かせたといえる。また、潜入捜査官の投入に対して、検察官の同意は与えられていなかった。

【決定要旨】

手続法的な視座からみたこのような瑕疵からどのような結論が生じるのか、特に、潜入捜査官の投入によって獲得された知識に対する証拠使用禁止（Verwertungsverbot）が問題となるのか否かということは、本件刑事部は検討することはできない。というのは、手続的瑕疵がそのための前提条件であるからである。しかしながら、被告人はそのような手続に関する異議を示していない。

事実に関する異議によって、刑罰の言い渡しは破棄されなければならない。州裁判所は、潜入捜査官による犯罪誘発行為の評価にあたって、単に、「被告人Mも……潜入捜査官の活動によってはじめて本件犯行へと突き動かされた」ということを検討するにとどまっている。両被告人に対して、違法な麻酔剤（Betäubungsmittel）取引の嫌疑は全く存在しておらず、全体として彼らは潜入捜査官によってはじめてそのような行為を行うという考えを抱かされたという点は、十分に検討されていない。このような状況は、量刑に際しては重大である。その際、そうでなかったとしたら罪責に妥当するであろう刑罰よりも軽くなるように、特に重大な場合を否定することのみならず、法定される最低刑を基準とすることも考慮の対象となる。すなわち、行為および犯罪誘発行為の全体状況が決定的となる（例えば、【10】および【17】判例）。

本件第一刑事部も、法律効果について【10】判例と同様の見解を示しつつ、また、犯罪誘発行為の許容条件として嫌疑の存否を十分に考慮すべきであることを指摘している。

【20】連邦通常裁判所第五刑事部一九九四年一〇月一三日決定[50]

【事実の概要】

被告人は本件犯行に及ぶまで品行方正で、彼に対する嫌疑も存在していなかった。本件において、ロックシュピッツェルは、被告人が犯行の継続を拒んだ場合に一定程度経済的損失が生じることを主張し、その場合には黒幕による脅し等を用いて行為の継続を要求した。

【決定要旨】

州裁判所は、以下の点を正当に指摘している。すなわち、被告人に対する嫌疑（Tatverdacht）がないのに彼を当該行為へと巻き込む場合、本件でロックシュピッツェルとして活動していた連絡員Kは、警察によって投入されるロックシュピッツェルの許容限界を明らかに踏み越えているのである。

このことは、もちろん、訴訟障碍（Verfahrenshindernis）や、刑罰が完全に除外されるということには繋がらない（例えば、【10】判例参照）。これに対して、すでに被告人によって取引されたヘロインの量（二キログラムに関する取引および六八．五グラムの作用物質を含む一．四キログラムの供給）、および、被告人が、自分の報酬を期待して薬物を取引したという状況は不利な証拠となる。本件でシュピッツェル（まわし者：Spitzel）が被告人に対して行った許されざる働き掛けは、ここでは量刑の枠内で考慮されうる。これについては、判例が、本件態様の場合に対する判断において、そうでなければ当該罪責に相当した刑罰を下回ることの可能性を必要であるとみなしているのであるから、なおさらである。

州裁判所は、刑罰を麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条a二項[51]から導き、刑罰を確定するにあたっても犯罪誘発の状況を例外的な刑罰の範囲（Ausnahmestrafrahmen）内で減軽する方向で考慮することにより、確かにこの

ことを考慮しようとしている。警察の指示の下で成功報酬のために適法に活動するロックシュピッツェルが、これまで品行方正で嫌疑もなく、以前に犯罪をする気もなかった被告人を、経済的損失を示すことで惑わして犯行に及ばせるということ、そして、それ以上の犯行の実行を拒んでいる彼に対し、黒幕による脅し等によって、行為の挙行の続行を強要したという事実は、実際に行為が発生した場合、明らかに刑の減軽（Strafmilderung）を強制する。州裁判所は三年の自由刑を言い渡しているが、――共犯者Mに対する本質的には厳しくない処罰をみれば分かるように――被告人が――いわゆる共犯者と異なり――扇動行為（Anstiftung）およびその後の圧力によって、国家的行為の単なる客体におとしめられたということを正当に評価していない。

本件第五刑事部も、犯罪誘発行為が許容される前提条件として、嫌疑の存在を挙げている。また、行為者が国家的行為の単なる客体となっていたか否かという点も、犯罪誘発行為の適法性の判断基準の一つとしてみている。したがって、判断基準という側面においては、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」と「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準を併用した基準を用いた判断を行っていることがうかがえる。ただし、そのようにして画される適法な犯罪誘発行為の限界が踏み越えられた場合であっても、やはり【10】判例と同様、訴訟障碍ないし刑の免除が認められるわけではないとする。

【21】連邦通常裁判所第四刑事部一九九五年三月一六日判決[52]

【事実の概要】

州裁判所は、大量の違法な薬物取引について、二名の両被告人をそれぞれ二件の事案で有罪とした。被告人Bには

四年の、そして被告人Aには全体で三年九月の自由刑を宣告した。量刑に関する被告人らの上告は認められた。

これに関して、刑の言い渡しはもはや効力を維持しえない。州裁判所は、二人の被告人を違法な薬物取引に関与させたことに関して、刑事訴追機関に存在する帰責性の問題が特に重大であることを、十分には評価していない。

事実認定によれば、被告人Bは賭博好きがこうじてかなりの借金を有していた。このような状況に関する認識を利用して、――州裁判所がそうみなしている――警察の連絡員Kは、一九九三年の九月に、薬物取引によって巨額の金を稼ぎそれで被告人Bの借金を清算することを彼に提案した。Bは当初これを断ったが、度重なる電話と「K」の強い買い気のために最終的には薬物取引への関与することとなった。「K」は、Bが一九九三年一〇月初旬に二人のヘロイン供給者の逮捕を知り、もうこれ以上薬物取引に協力しようとは思わなくなったとき、その不安を取り除く行為に出た。Kは被告人Bを「Th」および「T」と引き合わせた。これらの者たちは、――一人は潜入捜査官であり、後の一人は連絡員であるが――大量のヘロインの購入者として行動し、そのような手法で大規模な薬物取引業者に接近し、この有罪を立証するために、捜査当局によって投入されていた。「Th」は、被告人に、七キログラムから八キログラムのヘロインを一キログラム当たり四万ドイツマルクで供給するヘロイン供給者を手配して欲しいと要求した。この件に関しては、被告人には一万ドイツマルクの手数料が見込まれていた。当初被告人Bはヘロイン供給者をみつけられなかったので、最終的に彼は「K」に、Yの所に行くようにと助言した。しかし、彼は被告人にヘロインを売る気はなかった。「Th」と「T」は、ヘロイン取引のために銀行から引き出した金額を理由に、被告人Bはおよそ二万ドイツマルクの損失利息を負担しなければならないといって脅した。「T」は、加えて、彼に彼の自動車をその利息（Zinsschuld）の清算のために奪うといい脅しを掛けた。このようなわけで、被告人Bは、同様に賭け事による多額の借金を有する被告人Aにこれまでの経緯を相談した。被告人Bは被告人Aに、薬物取引に関与することでこの借

金を返済することができると約束をした。同時に、Bは、Aに対し、Bの買い手は圧力を掛けてきているということを説明した。被告人Aは被告人Bと親しくしており、彼に協力しようと思っていたため、Aは、ヘロイン供給者が現れるのを待っているところだということを彼に伝えた。Aは、一九九三年の一一月に、Gを見つけ出すことに成功した。この人物は、二人の被告人の仲介によって「Th」および「T」と七キログラムのヘロインを一キログラム当たり四万五〇〇〇ドイツマルクで供給することに合意した。以上のことが明確に約束されたが、最終的に薬物の供給は行われなかった。というのは、Gは「Th」を信用しなかったためである（事案一）。しかし、被告人Bおよび偽装バイヤーは、その後も互いにコンタクトを取り続けた。一九九三年一二月の接触で、Tは被告人にピストルを示し、彼がヘロインの供給者を見つけなかったら、殺すと述べて脅迫した。その後の一九九四年の接触では、「T」は被告人Bに対して、彼のためらいがちの態度が「Th」の怒りを買っているのだと述べた。Tは、ThがBの家族を木っ端微塵にするといって脅し、被告人Bの顔面を殴った。Thの絶え間ない問い合わせによって、Bは、「もっと他にヘロイン供給者を知っていないか」再び被告人Aに問い合わせた。そのような経緯で、二人はロッテルダムのArの所へ向かった。彼は、その後の協議の後に、八キログラムのヘロインを四〇〇万ドイツマルクでドイツに供給する用意があると述べていた。「Th」は、被告人Bに対して、ヘロインを上記の条件で引き受ける用意があると言明した。偽装バイヤーとArとの直接の接触は成立しなかった。交渉はBによって取り仕切られ、一九九四年四月一九日のヘロイン（七・九五二キログラム、作用物質量二八パーセント）の供給に際して、被告人らは逮捕された（事案二）。

【決定要旨】

州裁判所の刑事部は、これら二つの案件の中で、両被告人について、「被告人らは起訴事実を認めており、むしろ前科が軽微なものではなかったという状況にもかかわらず」、そして「麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）三一条お

よび――部分的には――刑法二一条の優遇措置を考慮しても」、「事案一では供給されることになっており、そして事案二では供給された大量の薬物」という点に鑑みて、麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条a二項の比較的重大でない事案（minder schwerer Fälle）であることを否定した。すなわち、事案一では、州裁判所の刑事部は、被告人らに対し、それぞれ二年の単独自由刑（Einzelstrafe）を、事案二については、被告人Bに対して三年の単独自由刑を宣告し、被告人Aに対しては二年九月の自由刑を宣告した。

このような州裁判所の判断は、法的な検討には耐えられない。狭い意味における刑罰の範囲の決定（Strafrahmenwahl）および量刑による処理では、被告人Bが警察のロックシュピッツェルの許されざる影響によって国家的行為の単なる客体におとしめられてしまったという状況は正当に評価されない（【20】判例参照）。本件においては、このことは、被告人に対して下された刑の免除（Aufhebung）をも導く。

州裁判所の刑事部は、被告人Bに対して有利となるように以下のことを認定した。すなわち、「彼は警察の連絡員たちによって、犯罪へと導かれた」のだという。確かに、ロックシュピッツェルおよび秘密裏に捜査を行う警察官の投入は、薬物犯罪も含まれる特に危険で解明困難な犯罪との闘い（Bekämpfung besonderes gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität）のために必要であり、許容される。しかし、犯罪誘発行為は、法治国家原則によって設定される限界の中でのみ甘受されうる。このことから以下のことが導かれる。すなわち、相当する犯罪行為を計画しているとかそれに関与しているということについて、刑訴法一六〇条一条の意味における嫌疑がすでに存在する人物に対してのみ、このような捜査手法が投入されうるのである。一九九二年七月一五日成立の組織犯罪対策法によって導入された刑訴法一一〇条aから同一一〇条eにわたる規定も、この点については異ならない。犯罪誘発行為の許容限界に配慮しないことは、確かに誘発を受けた行為者の訴追および処罰（Bestrafung）を妨げない（【10】判例）。し

かし、この点には罪責に左右されない重大な減軽事由（Strafmilderungsgrund）が存在する。

州裁判所の判決をみても、州裁判所の刑事部がこのことに留意したという結論を導き出すことはできない。しかし、ここでは、明確な詳論を行うための根拠が存在しない。というのは、「K」が被告人Bに薬物取引に関与するように働き掛けた時点では、被告人Bに対しては麻酔剤（Betäubungsmittel）との違法な関わりについて何らの嫌疑も存在していなかったということについて、判決は何らの示唆も含んでいないためである。このような状況はまた、量刑にとって一定の意義を有する（刑訴法二六七条三項一号）。――本件のように――薬物取扱者の黒幕および供給の根源をみつけ出し、あるいは大量の薬物を流通から排除する場合にも、警察のロックシュピッツェルを投入することができるが、このことは嫌疑の有無が量刑に影響を及ぼすことと矛盾しない。いずれにせよ、被告人が彼の有罪立証のために必要な規模以上に関係させられるようなそのような行為の不法（Unrecht）は、より軽く（milder）判断されるべきである。しかし、判例が以前から嫌疑を有する行為者に対しても刑の減軽を認める場合、このことは品行方正な人物を巻き込む場合はより一層妥当することになる。その場合、連邦通常裁判所の判例によれば、そうでなかった場合の罪責に相当する刑罰を下回ること、したがって、重大でない事案（minder schweren Fall）を認めることは、すでにこのような根拠から示されうるのである（【19】判例）。判決がこのことを説明していないことには、法的瑕疵が認められる。

加えて、州裁判所の刑事部は以下の点を十分には考慮していない。すなわち、州裁判所は、被告人Bが「警察の連絡員によって犯行へと導かれ」てしまったことを総合的に刑を減軽する方向で考慮しているが、それ以上に被告人Bに対する潜入捜査官および連絡員（V-Person）の行為が特別に強いものであったという点を考慮することはしていないのである。というのは「K」、「Th」および「T」は、最初から犯意のあった（tatbereit）わけではない被告人に対

して、行為への決定的な刺激を与えるにとどまったわけではないからである。むしろ、彼らはヘロイン供給者をみつけ出すように特に執拗かつ非難されるべき方法で被告人Bに働き掛けており、その間彼らは、被告人Bが最終的に説得された後も、重大な経済的損失の存在を主張することで、さらには被告人B自身そして彼の近親者に向けられた脅しによりBの行為の続行を達成したのである。これに際して、州裁判所の刑事部は、表向きの損失利息のために彼を利用するという脅し、そしてその上、彼がヘロイン供給者を連れてこなかった場合は彼の自動車を奪うという脅し、同様に、彼ならびに彼の家族を殺すという「T」による脅しが、刑法二四〇条、同二四一条に照らし可罰的行為であることを懸念しなければならない。「アジャン・プロヴォカトゥール」が、誘発に際して可罰的行為を用いるという手段に出たことは、しかし量刑においては考慮されずともよい。

これに対して、州裁判所の刑事部が、本件薬物取引の大規模性を本質的には刑を加重する方向で考慮する場合、このことは確かにそれ自体としては不服を申し立てられるべきではない。この点、本件連絡員の投入はまさに「大きな薬物取引者の存在を解明し、加えて「Th」が被告人に対し七キログラムから八キログラムのヘロインの供給を仲介するように明白に「要求」するためになされたのである。そのため、これらの状況の価値は決定的に軽減されているところ、州裁判所はこの点を考慮したということは明白にされていない。

被告人Bが共同被告人Aとヘロイン取引に関与した点は厳罰に評価されるところではあるが、最終的に抜本的な法的懸念に出くわすこととなる。州裁判所は、本件の特殊性を十分に考慮していないのである。というのは、BがAに問い合わせたことは、まさに、連絡員は、B自身は明らかに必要なコネクションを持っていなかったのにもかかわらず、圧力を掛けることで被告人Bを犯行への関与およびその続行へと急き立てたのである。しかし、一方で国家官庁による扇動（Anstiftung）を刑を減軽する方向で評価し、しかし、彼に及ぼされた圧力によって発展した被告人の行

為を刑を加重する方向で評価することは適切でない。

本件においても第四刑事部は、薬物犯罪も含まれる特に危険で解明困難な犯罪との闘いにおいて、アジャン・プロヴォカトゥールの投入は必要であることを認めている。しかし、このようにおとり捜査の対象犯罪を絞った上で、さらに具体的な許容基準として刑訴法一六〇条一項の意味における嫌疑の存在を掲げている。また、【20】判例の第五刑事部と同様に、行為者が国家的行為の単なる客体におとしめられていたか否かという点を重視する。そのため、本件第四刑事部も、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」と「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準を並立的に用いた判断基準に従った違法性判断を行っていることがうかがえる。法律効果に関する点においては、【10】判例の理論を踏襲し量刑説に立っている。

【22】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[53]

【事実の概要】

州裁判所は、被告人に対し、大量の違法な麻酔剤（Betäubungsmittel）取引について、三年九月の自由刑を言い渡した。同時に、被告人の自動車運転許可を取消し、運転許可の一年間の再交付禁止を決定した。被告人の上告は、州裁判所が、ロックシュピッツェルの投入を十分に評価しなかった点を非難するものである。本件上告の結果として、法律効果の言い渡しの取消しが認められる。

州裁判所は以下の事実を認定している。一九九七年七月に、警察の連絡員は、イタリア国籍の被告人に対し保険の関係で話を持ち出した。この会話の経過の中で、連絡員――被告人と同国籍である――は、一キログラムのコカイン

を調達できる者を知っているかどうか尋ねた。被告人は、そのような取引は行わないし、そのための連絡先についても知らない旨答えた。その後の数週間に、連絡員によってさらに二度にわたる問い合わせが行われた。連絡員は、その際、被告人に、およそ五〇〇〇ドイツマルクの額の報酬を与える約束をしている。被告人はその都度あらためて断っている。四度目の問い合わせ――最初の問い合わせの約一ヶ月後――の後ではじめて、被告人は、この件について方々に問い合わせてみる旨同意した。

被告人は、彼が薬物消費者として知っていた「エンゾ（Enzo）」に話を持ち掛けた。彼は、被告人に対して、共通の知り合いである共同被告人Ｉのところに行くように指南した人物である。彼は、さらに別の同国人であり、自らがいつも自己使用のためにコカインを購入している相手方である共同被告人Ｃが十分な供給源について認識があるということは、ありうることだと考えていた。Ｉは、被告人から連絡員を紹介された。連絡員は、自分の背後に経済力のある購買者がいて、その人物は、一キログラムのコカインに対して一〇万ドイツマルク以上を支払う用意ができているということを、理解させようとした。Ｉは、供給者のところに出向いてみると約束した。

被告人は、連絡員との仲介者として介入するにとどまっていた。共同被告人Ｉは、共同被告人Ｃに問い合わせ、Ｃは彼の供給者に問い合わせた。彼は、一キログラムのコカインを六万ドイツマルクで販売する用意ができていた。被告人は、その際に提供を約束された一〇万ドイツマルクという購入金額をあてにしており、両共同被告人は、連絡員と分け合おうと思っていた四万ドイツマルクの報酬を期待していた。関与者は、一九九七年一〇月に本件取引が行われることについて合意に達していた。被告人とＩおよび連絡員の間では、薬物の引渡し場所および支払い方法について何回かの話し合いがもたれた。その際、Ｉは代弁者として行動しており、被告人はこれを輔佐している。およそ一キログラムのコカインが連絡員によって手引きされた偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）に譲り渡され、購入金額が受

領された後に、三人の被告人は逮捕された。

連絡員の指導者であった、バイェルン州刑事局の刑事は、一九九七年の初夏から夏にかけての間連絡員に極秘の承諾を与えており、連絡員に「誘発行為を行わない」ように指導していた。彼は、一九九七年六月から、連絡員に本件事案について情報を与えていたが、はじめは名前は知らされず全てがかなり漠然としていた。

州裁判所は、本件薬物取引の発議（Initiative）は単に連絡員から出されており、被告人は四度目の説得の試みの後にはじめてこれに関与することを認めたという点を十分に認識していた。州裁判所の刑事部は、共同被告人を介した、「少しずつの、比較的時間のかかる、ヘロインの供給者と連絡の構築」以外に、被告人がその他の調達可能性を有していたということについて、最低限の根拠すら存在しなかったということを認めた。州裁判所の刑事部は、大量の違法な麻酔剤（Betäubungsmittel）取引の構成要件は満たされていると判断した。量刑判断においては、全体評価に基づき、比較的重大でない事案であったということを認めず、本件での自白および実際に前科等のない経歴を被告人の有利となるように考慮した。最初の段階ではロックシュピッツェルの要求はそれ程強力ではなかったものの、その後の執拗な犯罪誘発行為はかなり重大であった。

【判決要旨】（事案解決に関する部分）

異議申立のあった判決における量刑判断（Strafzumessung）は、国家による許されざる犯罪誘発行為を評価する場合の、いわゆる公正の原則の考慮という要請を正当に評価していない。

量刑判断は、確かに基本的には事実審裁判所（Tatgericht）の問題である。しかしながら、特に、事実審裁判所判事（Tatrichter）が法的に認められる刑罰目的を考慮しなかった場合に、上告審裁判所（Revisionsgericht）は介入することができる。

許容されない犯罪誘発行為は、罪科に左右されない特に重要な減刑事由となる。事実審裁判所判事は、まず第一にこのことを考慮しなければならない。事実審裁判所判事の裁量に任されている自由な領域は、比較的重大でない事案であることを認めること、および法定の最低刑に基づくことについての列挙事実（Regelbeispiel）が存在するにもかかわらず、特に重大な事案であることを認めないことから、刑訴法一五三条、一五三条aに基づく手続打切り（Einstellung des Verfahrens）まで、あるいは――重罪（Verbrechen）においてですら――刑罰の留保を伴う戒告までにわたる、連邦通常裁判所が一九八四年五月二三日判決（【10】判例）ですでに指摘した点に及んでいる。その際、同判決において挙げられている評価の視点も考慮されなければならない。その場合、とりわけ、働き掛けの性質、強度および目的、被誘発者の犯意（Tatbereitschaft）、犯行への寄与の仕方および規模、ならびに他人のコントロールの程度が重要となる。

本件被告人は、捜査当局に知られた者ではなく、麻酔剤（Betäubungsmittel）消費者でもなく、当該犯罪で処罰されたこともなかった。このような被告人に対する連絡員の投入の以前には、何らの嫌疑も存在しなかった。本件連絡員は、当初麻酔剤に関係する状況（Betäubungsmittelszene）ではなく、合法的な保険業の領域で被告人を訪れている。

本件行為の主導権は、執拗に活動した連絡員に存在した。三回に及ぶ明白な断りにもかかわらず、連絡員は四回目の訪問を行っている。情報提供者によるかねてからの情報提供や、以前から知られていた薬物供給の証明が問題となっているわけではない。連絡員による四回目の問い合わせの前から、被告人が犯行を行う気があったということを示す事由は存在しない。さらに、彼は、単に、共同被告人である二人の同国籍の人物を介して、供給者との連絡関係を作ったにすぎない。彼の唯一の自主的な行為は、このことのみであった。その後の交渉において、被告人は、単に口を差し挟むにすぎない状態のままであった、というのは、彼は同国人達の信頼を得ていたためであった。被告人は、交渉

の際の代弁者ではなかった。また、被誘発者の交渉が行きすぎたものとなることもなかった。すなわち、むしろ連絡員によって求められた量が正確に供給されている。

このような事実認定は、州裁判所が麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）二九条a二項に基づく比較的重大でない事案であることを認めずに、そして三年六月という重さの自由刑を宣告することを許容しない。以上述べたことに鑑みれば、最低刑の領域における制裁が当然であるし、なぜ、州裁判所の刑事部が、被告人の犯行への寄与がそれ程重くなく、また、もともと嫌疑のなかった被告人が許されない国家的犯罪誘発行為を通じて手段として利用されているにもかかわらず、最低刑とはかけ離れた刑が言い渡されたのかという点について、詳しい説明が必要であろう。

本件第一刑事部も、やはり【10】判例と同様の見解を示している。ただ、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為の違法性判断については、【10】判例よりも詳細に論じている側面がうかがえる。すなわち、本件第一刑事部は、働き掛けの性質、強度および目的、被誘発者の犯意（Tatbereitschaft）、犯行への寄与の仕方および規模、ならびに他人のコントロールの程度を考慮して、当該犯罪誘発行為の適否を断じるべきだというのである。どの要素が重視されるのかという点については具体的に論じられていないが、これまでの判例の傾向に鑑みれば、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」と「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準を並立した基準を観念していると考えられなくもない。本件事案においては、嫌疑の存しない被告人に対して、アジャン・プロヴォカトゥールとして活動していた連絡員が執拗に働き掛けたという事実が認められている。そして、被告人は自らのイニシアティブを発揮して犯行を遂行しているわけではない。これらの点から、第一刑事部は、本件犯罪誘発行為が違法であるという示唆をしたものと見受けられる。しかしながら、やはり、そのような犯罪誘発行為の法律効果を量刑の枠内で考慮するに止まっている。

【23】連邦通常裁判所第一刑事部二〇〇一年五月三〇日判決[54]

【事実の概要】

被告人は、居酒屋において、知り合いから警察の連絡員を紹介された。彼女（連絡員）はハッシッシュの消費者であるとされていた。連絡員がトイレに行った際、被告人は彼女に同行し、ハッシッシュを勧めた。連絡員は、この申し出に対応し、おおよそ七〇グラム（薬理成分含有量四．五グラム）を七〇〇ドイツマルクで売買するに至った。その後の接触で――この期間にさらに別のハッシッシュ取引が両者間で行われている（薬理成分含有量一．四グラムの二二．五五グラム）――連絡員は、被告人に対し、より上質のヘロインの入手に強い興味を持っているということを伝えた。被告人は――彼には、ヘロイン取引を行ったことがあるとか、あるいはそのようなことを行おうとしているといった嫌疑は存在しなかった――当初、このような取引は危険であるとして断っている。連絡員は虚偽の金銭的問題で苦言を述べた。それから二日後、彼は、その間に、ヘロイン取引に従事するBに電話で連絡をとることを試みた。被告人はその後の経過において、Bとの連絡にこぎ着け、連絡員とBの接触を調整し、被告人自らもそれに参加した。そして、三回の取引が行われるに至った。まず、薬理成分含有率が一．一五グラムである五．五二グラムのヘロイン調合物を四〇〇ドイツマルクで試験的に提供し、それからさらに八九．〇五グラムのヘロイン調合物（薬理成分含有量＝七．六四グラム）を七〇〇〇ドイツマルクで提供した。最終的に、連絡員は被告人が供給可能であるといっていた五〇〇グラムのヘロイン調合物を注文し、その後、連絡員はまず一．二キログラムのヘロインと八〇〇グラムのコカインを注文しようとした。この取引に際して、被告人は、連絡員の乗用車の中から電話で申し合わせを行った。その後、両者は、Bを別の場所で拾った。連絡員との交渉を行ったのは、実質的には被告人であった、そこではBほとんどドイツ語を話さなかった。被告人は、取引に対して、連絡員からもBからも手数料を受け取っているとされる。

州裁判所の刑事部は、被告人の関与を根拠に、以下の点を出発点としている。すなわち、連絡員は、被告人に対して、自らの身体および生命に対する危険を演じることにより――というのは、被告人は、見せかけだけの購買者にもはや良質のヘロインを提供できないのであるから――ヘロインを入手することを「懇願」し、その報酬を見込んでいた、という点である。その後、被告人はBと連絡をとり、この件とはもはや関わり合いを持たないようにしたが、彼が通訳として必要であったため、連絡員によってその後の関与に「急き立てられ」た。

州裁判所の刑事部は、欧州人権条約六条一項第一文の意味における公正な手続の原則（Grundsatz des faire Verfahren）に対する違反を否定した。確かに、被告人に対しては、連絡員の投入以前には、彼がまさにヘロイン取引をもくろんでいるということについて何らの嫌疑も存在しなかった。また最終的に、被告人が連絡員によってヘロインの取引を誘発（教唆：provozieren）されたということは排除されえない。「場合によってはありうる誘発行為」は、しかし、国家には帰責されないことになる。というのは、いずれにせよ、警察に認識され把握されていた連絡員の行為は、何らの犯罪誘発にもあたらないからである。それにもかかわらず、州裁判所の刑事部は、ヘロイン取引の誘因に関する量刑判断（Strafzumessung）にあたって、それまでに言い渡されていた自由型を五ヶ月減軽した。

【判決要旨】

判決理由中、ヘロイン取引に関する上告は認められた。州裁判所が、欧州人権条約六条一項第一文の意味における公正な手続に対する被告人の権利が侵害されていないとする上で根拠とした理由は、法的再吟味には耐えられない。被告人をしてまさにヘロイン取引へと向かわせ、州裁判所の見解とは異なるが、国家に帰責されるべき、警察の連絡員の行為は、場合によっては、容認できない。それゆえ同条約に反する犯罪誘発行為であることが明らかとなる。

当刑事部は、一九九九年一一月一八日判決（【22】判例）において、欧州人権条約六条一項第一文に基づく公正な

手続の原則（Grundsatz des faire Verfahren）を適用し、欧州人権裁判所によるその解釈[55]を考慮し、同条約違反のロックシュピッツェルの投入の場合には、そのような違反は判決理由において確認され、法律効果の確定に際して保障されなければならないと判断した。先に挙げた刑事部の判決によれば、嫌疑がないにもかかわらず、公務員の指導を受けている連絡員によって国家に帰責されるべき方法で犯罪行為が誘発され、そのことが刑事手続に繋がる場合には、欧州人権条約違反が認められる（【22】判例）。

当刑事部は、この基準をさらに以下のとこまで具体化する。すなわち、犯罪誘発行為は、連絡員が第三者をして、それ以外の影響を与えず、単に麻酔剤（Betäubungsmittel）を取引できるかどうかという話を持ち出したにすぎない場合は、存在しないのである。同様に、連絡員が単に明らかに認識可能な犯罪行為の挙行や継続の準備を利用したにすぎない場合にも、何らの誘発行為も存在しない。これに対して、連絡員が単なる「参加」以上に、犯意（Tatbereitschaft）の惹起あるいは犯行計画の強化という方向で、行為者にいくぶんか重大に影響を与える場合、連絡員は犯罪誘発を行うロックシュピッツェルとして活動することになる（【22】判例）。

警察のロックシュピッツェルによる影響の強さが犯罪誘発行為にまで達するのであれば、連絡員（ならびに潜入捜査官）が刑訴法一五二条二項および一六〇条において比肩可能なレベルで、すでに行われた犯罪に関与したとか、または将来の犯罪をする準備ができているということについて嫌疑がある人物に対して投入される場合にのみ、このことは許容される。これに関しては、十分な事実的根拠が存在しなければならない。このことは、連絡員の投入が純粋な（犯罪誘発までの）予防的危険防除（präventive Gefahrenabwehr）に役立つのか、あるいはそもそも抑止的性質を有するのかということには左右されない。

許されない犯罪誘発行為は、それが連絡員の指導に対して責任を負う公務員が認識している状況で行われた場合、

あるいはいずれにせよ連絡員がこれを阻止することができた場合には、公正な手続の保障を考慮して国家に帰責されなければならない。警察が連絡員に任務を与える場合、警察はこの人物を監督する機会と義務を有する。そこから生じる帰責性の例外は、警察が連絡員の誤った行為を考慮に入れることができない場合にのみ、存在しうる（【22】判例）。

このことから、連絡員の行為は本件では国家に帰責されないという州裁判所の評価は、本件では法的にみて支持されないということが明らかとなる。当刑事部は、判決理由の関係から、連絡員は密に指導を受けており、被告人およびBと彼の接触は監視されていたとみることができる。連絡員の行為は、明らかに彼に与えられた任務のライン上で行われている。

州裁判所の事実認定から、許されざる犯罪誘発行為は本件では何ら存在しなかったということが直ちに明らかとなる場合は、いずれにせよ上告棄却は妨げられないだろう。しかし、本件はそういう事案ではない。

州裁判所は、以下の点のみを出発点としている。すなわち、連絡員は、被告人に対して、まさに大量のヘロインの取引をするように唆しているという点である。州裁判所によって認定された事実によれば、犯罪誘発行為があったことは容易に推測できる。原判決は以下の点を出発点としている。すなわち、本件連絡員は、自分の生命および身体に対する虚偽の危険に言及しながらヘロインの供給を彼に嘆願しており、また、ヘロイン商人Bとの接触が成功した後に、通訳としてさらにヘロインの取引にも関与するようにしつこく催促したという点である。この点には、最終的に誘発の意味における犯行計画の強化を導く重大な影響が存在しうる。だが、そのような評価に際しては、存在する犯罪嫌疑の強度と警察のロックシュピッツェルによる重大な影響の規模の間に相互作用が存在しうる、ということもまた考慮に入れられなければならない。嫌疑が強ければ強い程、犯罪誘発行為の敷居に達しないうちは、犯行への助長（Stimulierung）は、それだけ一層影響の残るものであっても許される。

州裁判所が前提として認定した犯罪誘発行為は、許されないものであるはずである。というのは、被告人は本件犯行に至るまでは、単にハッシッシュの取引についてのみ嫌疑があったにすぎなかったからである。ヘロインの取引を唆し、実行させた点には、当該行為の不法価値のかなりの上昇が存在する。この点については、確かに基本的には構成要件の同一性が問題となる（麻酔剤（Betäubungsmittel）の違法取引）。しかし、誘発された行為は、薬物の性質および量によって特別な特徴を有することになる。いわゆるソフト・ドラッグの取引について嫌疑を有する者が、いわゆるハード・ドラッグの大量の取引を唆されて行う場合、不法価値は極めて重大なものへと上昇する。

ある人が国家に帰責されるべき方法で犯罪へと急き立てられるのであれば、以下の点に公正な手続の原則（Grundsatz des faire Verfahren）に対する侵害が存在する。すなわち、犯罪誘発行為の枠内で求められる薬物取引が、薬物の性質および量という点でもはや適切かつ当該犯罪に特徴的な関係において、被誘発者に対してその都度個別的に存在する嫌疑が、適切かつ犯罪に特徴的な関係にないという点である。連絡員の投入の経過において強度と違法性質の点について変化しうる嫌疑の性質は、被疑者が許容される方法で唆されうるまさにその行為の不法価値を限界づける。

このような限界設定は、単に、嫌疑のない者を正犯へと追いこみ、あるいは確かに嫌疑を有するが求められた行為を断った者に当該行為を唆すこと、あるいは嫌疑の状態に対してかなり不法価値が高められた行為の挙行へと惑わして向かわせることが、公正性の原則に義務付けられた国家的な刑法の保護という使命ではありえないということから明らかになる。犯罪誘発行為の許容性は、重大な犯罪を効果的に解明する法治国家の公的機関の指示に基づいている。犯罪学的（kriminalistisch）経験は、様々な取引の局面を隔絶することによって、あるいは陰謀的な特徴を有する不法な麻酔剤（Betäubungsmittel）取引の領域におけるそのような解明は、しばしば潜入捜査によってのみ達成され、

証明力のある証拠の提出が可能となる、ということを示している。本件状況では、国家は、犯罪誘発という手段に手を伸ばすことを禁じられてはいない、というのは、そうでなければ、その他の犯罪領域――まさに大規模な薬物取引――は、かなり未解明のままであり、犯罪組織はその発展を十分には妨げられないからである。

しかし、犯罪誘発という手段は、個々の事案ごとに重大な犯罪を解明する目的によって正当化されなければならない。誘発という手段によって――既存の犯意を超えて――嫌疑を有する者が明らかに質的により高度な不法に関与させられるという事態が生じ、すなわち、これがもはや既存の犯意の状態によっては支持されないのであれば、このことは公正な手続の原則（Grundsatz des faire Verfahren）（欧州人権条約六条一項第一文）に義務付けられる刑法の保護（Strafrechtspflege）の一般的な使命とは調和しない。それは、このことによって誘発行為の敷居が超えられていない場合は、嫌疑を有する者がかなり不法価値の高まった薬物取引に関与させられたという単なる推定調査（Nachfrage）、あるいはそのような方法で高められた不法に対する連絡員の単なる関与を排除しない。

被誘発者に対して存在する嫌疑の不法価値についての評価においては、初期段階の嫌疑（Anfangsverdacht）を基礎付ける実際の状況とならんで、犯罪に特徴的な状況も考慮すべきである。すなわち、カンナビスの消費者が、しばしば、ハード・ドラッグを取り扱う薬物取引においてハッシッシュを購入するのである。それは、当刑事部の経験からも、差し当たっては刑法上の危険も行為者の視点からみてあまりにも高いとはいえないような少量の取引を行い、信頼に基づいた売買の後に新たに結ばれる違法な薬物取引が行われているという実情とも適合する。最終的には、薬物商人は、しばしば、取引される薬物の性質および量に関して作業能力のある他の薬物商人との十分な連絡と「取引関係」を自由に駆使できる状態にある、ということを考慮しなければならない。つまり、その場合、彼らはそのような関係を直ちに利用でき、そこから自身の利益を引き出すために、進んでそうするのである。

このような状況において、ある人物に対して「単に」ハッシッシュについてのみ嫌疑があるのであれば、個々の嫌疑がそこまでの意味において明白になされていないのであるから、解明のために既存の犯意（Tatbereitschaft）を取り上げることは、ヘロイン取引の指示という意味において、犯罪誘発行為を正当化することにはならない。その場合、むしろ、行為者が彼に求められる犯行計画の強化に直ちに関与したかどうか、高い不法価値を有する行為も行う気があるのか、そしてそれに関与する気があるのかということが問題となる。被告人の関与の質的上昇が、連絡員による固有の重大性を有する影響（犯罪誘発行為）を伴うのであれば、許されない犯罪誘発行為が存在することになる。このような場合においてのみ、それに対応した考慮が支持される欧州人権条約違反が認められるのである。全く異なる場合には、警察の指導を受けた連絡員による犯行指示は、具体的な量刑判断において行為者の有利に考慮されうる状況となることが明らかである。

本件第一刑事部も、量刑説に立つという点で【10】判例と共通し、また、違法性判断についても比較的最近の判例と同様、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」と「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準とを併用した基準を考慮しているように思われる。本判決において特筆すべきは、欧州人権条約六条一項第一文の意味における「公正な手続（faire Verfahren）」に関する被告人の権利に対する侵害の有無が争われている点である。本件では、同条約に対する違反を認め、当該犯罪誘発行為を違法と示唆している。[56]

（1）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）一一四頁以下参照。

（2）BGH (1. Senat), Urt. v.23.5.1984, BGHSt 32, 345ff.（【10】）

（3）BGH (5. Senat), Urt. v. 20.12.1983, StV 1984, 58.

（4）BGH (1. Senat), Urt. v. 12.7.1966, BGHSt 21, 81 ; 24, 239 ; BGH (2. Senat), Urt. v. 10.11.1971, BGHSt 24, 239 ; BGH (2. Senat), Urt. v. 3.2.1982, NStZ 1982, 291 ; BGH (2. Senat), Urt. v. 1.12.1982, NStZ 1983, 135 m. w. Nachw.

（5）BGH (2. Senat), Urt. v. 9.12.1983, MDR 1984, 335.

（6）BVerfG (Vorprüfungsausschuß), Beschl. v. 24.11.1983, NJW 1984, 967.

（7）この点、本件第一刑事部はシェファー（*Schäfer*）およびゼールマン（*Seelmann*）の見解に依拠している。（Vgl. LR-StPO 23. Aufl., Einl. Kap. 1, Rn 7 [*Schäfer*] ; *Seelmann,* Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes, ZStW 95(1983), 831.

（8）第四章で検討を行うが、第一刑事部はブルンスの見解のことをこのように述べている（Vgl. *Bruns,* “Widerspruchsvolles” Verhalten des Staates als Strafverfolgungsverbot und Verfahrenshindernis, insbesondere beim tatprovozierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel, NStZ 1983, 53ff.）。

（9）Vgl. BVerfG, Urt. v. 26.2.1954, BVerfGE 3, 297, 299f. ; BVerfG, Beschl. v. 9.6.1963, BVerfGE 16, 262, 263, BVerfG, Beschl. v. 2.10.1964, BVerfGE 27, 231, 236 ; BVerfG, Beschl. v. 5.6.1972, BVerfGE 33, 265, 293.

（10）*Foth*, Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?, NJW 1984, 222.

（11）*Denker*, Zur zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung, Festschrift für Dünnebier S. 456, 459f.

（12）Vgl. *Lüderssen*, Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?, Festschrift für *Peters*, 1975, S. 363 ; *Franzheim*, Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittelung von Straftätern, NJW 1979, 2014 ; *Berz*, Polizeilicher agent provocateur und Tatverfolgung, JuS 1982, 416.

（13）*Seelmann*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 826.

（14）オーストリア刑事訴訟法二五条

安全保障機関（Sicherheitsorgane）およびすべての公務員ないし嘱託公務員（Vertragsbedienstete）は、被疑者をして

可罰的行為の計画へと誘惑し、あるいは裁判所に密告されることになる自白を秘密裏に選任された人物によって誘引することにより、嫌疑の根拠を獲得し、あるいは被疑者の有罪立証を目指すことを、最も厳罰な処罰をもって禁じられる。

なお、オーストリア刑事訴訟法二五条の邦訳として、横山潔「一九七五年オーストリア刑事訴訟法典（その一）」外国の立法二四巻六号（一九八五年）二六二頁。

(15) 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）六七頁以下は、【10】判例を重大な影響基準を採用した判例として分類している。

(16) 国家刑罰権の失効を根拠とする見解は、それまでの連邦通常裁判所の判例や学説においてもみられた。この点、【10】判例の第一刑事部は国家刑罰権の失効を刑罰阻却事由の承認と結び付けて考慮している。したがって、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として国家刑罰権の失効を主張する判例および学説と第一刑事部の批判には、微妙なずれがある可能性も考えられる。しかしながら、いずれにせよ国家刑罰権の失効が観念しえないのであれば、それに基づく訴訟障碍という理論構成も否定されることになる。その意味では、第一刑事部による国家刑罰権の失効の否定はこれを根拠とする判例および学説に対して打撃となる。

(17) *Bruns*, a.a.O. (Anm. (8)), S. 53ff.

(18) *Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (12)), S. 354f.

(19) ブルンスおよびリューダーセンの議論については、本稿第四章第二節および第三節で詳論する。

(20) 国家刑罰権の失効に関する議論は、本稿第四章第三節第一款で紹介する。

(21) ただし、国家刑罰権の失効を主張するブルンスをはじめとする論者は、国家刑罰権の失効によって処罰阻却事由（Strafausschließungsgrund）の発生という結論を導くのではなく、訴訟障碍を導く。【10】判例の第一刑事部は、国家刑罰権失効が処罰阻却事由という形で現れることを想定していると思われ、その点ではブルンスの理論と③の指摘は一部かみ合わないところもある。しかしながら、いずれにせよ国家刑罰権の失効が認められるか否かという点については、両者の議論は対応しているといえよう。

(22) 特に大陸法国のドイツでは、起訴便宜主義ではなく起訴法定主義が採用されている。そのため、可罰的行為の訴追は権利である一方で義務でもあるという色合いは強い。

(23) このような理論は、後述するフォートの見解に大幅に依拠していることが窺える。フォートの主張については、本稿第四章第三節第一款参照。

(24) BGH (2. Senat), Vorlagebeschl. v. 4.6.1985, StV 1985, 309ff. (【13】)

(25) ドイツ刑訴法三〇一条（検察官上訴の効力）

検察官によるあらゆる上訴も、異議申し立てを受けた判断を被告人に有利に変更または破棄するという効力を有する。

(26) LG-*Frankfurt / M*, Urt. v. 2.2.1984, StV 1984, 415.

(27) OBG (Gm. Senat), Beschl. v. 6.2.1973, BGHZ 60, 397f.

(28) ドイツ刑法三五条（免責的緊急避難）

一項　他の方法では回避できない、生命、身体または自由に対する現在の危険が存在する場合に、自己、親族またはその他の近親者に危険が及ぶのを避けるために違法な行為を行う者は、責任を阻却される。特に彼が自ら危険を惹起し、または特別な法的関係にあることを理由に、行為者が当該危険を甘受することを強いられる限りは、このことは妥当しない；しかしながら、行為者が特別な法律関係に鑑みずに危険を甘受する場合には、刑法四九条一項によって刑は減軽される。

二項　行為者が行為の挙行に際して第一項に基づき免責される状況を錯誤しているときは、当該錯誤を回避することができる場合にのみ彼は処罰されうる。この刑は刑法四九条一項により減軽されうる。

(29) ドイツ刑法四六条（量刑原理）

一項　行為者の責任は量刑の根拠となる。社会における行為者の将来の生活に対して見込まれる刑罰による影響が、考慮されなければならない。

二項　裁判所は量刑に際して、行為者に有利および不利に働く状況を相互に考量する。その際特に以下のことが考慮される：

行為者の動機および目的、

行為から明らかとなる心情、および行為に際して費やされた意思、

義務違反の規模、

行為の挙行の態様および惹起された行為結果、

行為者の前歴（Vorleben）、彼の人格的および経済的状況ならびに
行為後の彼の行動、特に損害を賠償のための尽力、ならびに負傷者との和解に向けられた努力。
三項　法定の構成要件メルクマールがすでに存在する状況は、考慮されてはならない。

(30) *Taschke*, Verfahrenshindernis bei Anstiftung einen Lockspitzel?, StV 1984, 178.

(31) 麻酔剤法三一条（刑の減軽および刑の免除）
行為者に以下のような事情が認められる場合には、裁判所は自らの裁量に基づき刑を減軽し（刑法四九条二項）、または二九条一項、二項、四項または六項に基づき刑を免除することができる。
一：行為者が自由意思による自らの意思の開示により、行為者自身の行為寄与以上に当該行為の解明に本質的に寄与した場合、あるいは、
二：行為者が、二九条三項、二九条a一項、三〇条一項、三〇条a一項の規定する犯罪行為に関してその計画を知っており、なおこれを阻止しうるという意味で、彼の意思を当局（Dienststelle）に対して時宜良く打ち明けた場合。

(32) Vgl. z.B. *Seelmann* a.a.O. (Anm. (7)), 797, 821f.

(33) *Herzog*, Rechtsstaatliche Begrenzungen der Verbrechensbekämpfung, NStZ 1985, 154.

(34) BGH (2. Senat), Beschl. v. 27.10.1961, BGHSt 16, 399 ; *Rieß*, Verfahrenshindernisse von Verfassungswegen?, JR 1985, 46f.

(35) LR-StPO 22. Aufl., S. 2f., Einl. Kap. 1 [*Schäfer*] ; *Meyer*, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 23.5.1984, NStZ 1985, 134.

(36) BGH (Großer Senat), Beschl. v. 7.11.1985, StV 1986, 47f. （【14】）

(37) BGH (2. Senat), Urt. v. 23.9.1983, StV 1984, 4f. 【9】）

(38) 拡大部は、各々の刑事部（Senat）が判例変更をしようとするときに招集され、長官および八人の裁判官から構成される。なお、裁判所構成法一三七条は現在廃止されているが、判決当時の内容は本文中に示した通りである。

(39) BGH (2. Senat), Beschl. v. 8.11.1985, NJW 1986, 1764. （【15】）

(40) 連絡員（V-Mann）と呼ばれる人物であっても、時として犯罪誘発活動に従事することがあり、捜査の担い手の名称とその活動内容が必ずしも一致しない場合がある。この点については、本稿第二章（北大法学論集五八巻四号（二〇〇七年）

一〇八頁以下）参照。

(41) なお、本件第二刑事部は、遅延裁判の法律効果として減軽事由を考慮した先例として、本文中で以下のものを挙げている。BGH (2. Senat), Urt. v. 10.1.1971, BGHSt 24, 239 ; BGH (2. Senat), Urt. v. 1.12.1982, NStZ 1983, 135 ; ebenso BVerfG, StV 1984, 97.

(42) ドイツ刑法四九条は以下のように規定する。

一項　この規定により減軽が規定され、あるいは認められる場合、以下の減軽に妥当する。

一．終身刑の代わりに三年を下回らない自由刑に変更する。

二．早期の自由刑において、最高でも威嚇された最大限度の四分の三にする判断を行うことができる。財産刑の場合は、日割罰金額の最大額に同様のことが妥当する。

三．高められた自由刑の下限は、

下限が一〇年または五年の場合は二年に減じる、

下限が三年または二年の場合は六月に減じる、

下限が一年の場合は三月に減じる、

加えて、法定の最低にまで減じる。

二項　裁判所がこの規定を指示する法に基づいて刑罰をその判断において減じる場合、法定刑の下限にまで下げることができ、あるいは自由刑の代わりに財産刑の判断を下すことができる。

(43) BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 10.3.1987, NJW 1987, 1874f. （【16】）

(44) BGH (1. Senat), Beschl. v. 29.8.1989, StV 1989, 518f. （【17】）

(45) つまり、監督者であるKが偽装バイヤーを尋問して、そのKが公判廷で供述し、その供述にしたがって州裁判所は判断を行っていることを意味する。

(46) Vgl. BGH (3. Senat), Urt. v. 1.8.1962, BGHSt 17, 385 ; BGH (5. Senat), Urt. v. 16.4.1985, BGHSt 33, 181 m. w. N.

(47) BGH (3. Senat), a.a.O. (Anm. (46)), S. 386 ; BGH (2. Senat), Urt. v. 5.12.1984, BGHSt 33, 88 ; BGH (5. Senat), a.a.O. (Anm. (46)), S. 181.

(48) BGH (4. Senat), Urt. v. 4.6.1992, NStZ 1992, 488f. (【18】)
(49) BGH (1. Senat), Beschl. v. 4.1.1994, StV 1994, 169. (【19】)
(50) BGH (5. Senat), Beschl. v. 13.10.1994, StV 1995, 131. (【20】)
(51) 麻酔剤法二九条a二項
　あまり重大でない事案においては、刑罰は三月以上五年以下の自由刑が科せられる。
(52) BGH (4. Senat), Beschl. v. 16.3.1995, NStZ 1995, 506ff. (【21】)
(53) BGH (1. Senat), Urt. v. 18.11.1999, BGHSt 45, 321ff. (【22】)
(54) BGH (1. Senat), Urt. v. 30.5.2001, StV 2001, 492ff. (【23】)
(55) EGMR, Urt. v. 9.6.1998, StV 1999, 127.
(56) しかし、欧州人権裁判所の判例によれば、このようにして違法と判断された犯罪誘発行為の法的帰結として、量刑的解決が図られるにとどまるわけではない。

〔付記〕本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇七年三月二三日授与）に補筆したものである。