HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	おとり捜査の研究（2）　：　ドイツ法理論の発展を手掛かりにして
Author(s)	内藤，大海
Description	論説
Citation	北大法学論集，58(4)，105 [1733]-164 [1792]
Issue Date	2007-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/30242
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(4)_105-164.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

おとり捜査の研究（二）

――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
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
　第四款　評価の視点

（以上、本号）

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

第二章　おとり捜査および類似の捜査手法

ドイツにおいては、わが国でいうところの「おとり」は、アジャン・プロヴォカトゥール（agent provocateur）あるいはロックシュピッツェル（Lockspitzel）と呼ばれる。この他にも、類似する欺罔的捜査手法がある。すなわち、以下で紹介する潜入捜査官（Verdeckte Ermittler = VE）、連絡員（V-Mann）[1]、情報提供者（Informant）である。これらの名称は、それぞれの名称から推察される活動を担う者を指すようであるが、必ずしも名称と活動内容は一致しない。一般には、対象者に働き掛けて犯罪を誘発させ、検挙するのがおとり捜査であると定義し、一方で、犯罪組織等に潜入し、公判手続において証拠となる情報の収集活動を行うのが、潜入捜査官や連絡員であると考えられる。しかし、実際には、連絡員と呼ばれる者が、犯罪誘発を伴う「おとり捜査」を行う場合も多い。本稿では、各々の捜査活動の内容とその担い手の名称のズレに基づく混乱を避けるため、一般には単に情報収集活動を行うと考えられる連絡員と呼ばれる者が犯

罪誘発行為を行う場合も、おとり捜査の問題として取り扱うこととする。

第一節　アジャン・プロヴォカトゥール[2]（agent provocateur）

右で示したように、アジャン・プロヴォカトゥール（agent provocateur＝教唆する捜査官）およびロックシュピッツェル（Lockspitzel＝警察のまわし者）は、わが国でいうおとりに該当する（以下、両者を総称する場合「アジャン・プロヴォカトゥール」とする）。この用語の定義については、その捜査手法を実行する「人物」を意味するものであるとする見解[3]と、捜査手法そのもの、すなわち「戦略」を意味するとする見解[4]とがあり、かなり多義的であり明確ではない[5]。

アジャン・プロヴォカトゥールを人物を示す用語であるとする場合、彼が警察官であるか民間人（私人）であるかで区別することになるが、潜入捜査官（VE）や捜査協力者（V-Leute）などがアジャン・プロヴォカトゥールとして活動する場合も考えられるため、アジャン・プロヴォカトゥールを捜査手法（戦略）の一類型として定義付けておく方が便宜であろう。そこで、本稿では、アジャン・プロヴォカトゥールを、他人に犯罪行為を教唆し、被教唆者が犯罪を実行するのを待って摘発する捜査手法と定義付けることとする[6]。中でも、その典型的な類型として浮かび上がるのが偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）ということになろう。偽装バイヤーとは、捜査官あるいはその捜査協力者などが身分を秘して麻薬などの売人に近づき、薬物の売買の話を持ち掛け、対象者が犯行に出たところを検挙する、という捜査手法を実行する買手役のことである。さらに、偽装バイヤーについては、後に説明する潜入捜査官（VE）と異なり、一時的、単発的に身分を隠して活動しその任務が公にされない捜査官である単発的潜入捜査官（Gelegenheit-VE）の一類型であるとも説明される[7]。

ところで、アジャン・プロヴォカトゥールが捜査のためにどのような権限を有するのかについてはこれまで議論があったが、一九九二年の組織犯罪対策法による刑事訴訟法一一〇条a以下の立法に伴い、その問題はかなりの程度解消したように思われる。アジャン・プロヴォカトゥールの有する権限についてその詳細を明確にするには、潜入捜査官の権限について理解を深めることが有効であると考える。その理由は、潜入捜査官に付与された権限との比較からアジャン・プロヴォカトゥールの権限の範囲が明確になると考えられるからである。この点、先に触れた単発的潜入捜査官（Gelegenheit-VE）に関するヒルガー（Hilger）[8]による解説が興味深い。ヒルガーによれば、単発的潜入捜査官の投入は、基本法によって排除されるものではなく、基本権侵害を伴わないその投入は刑訴法一六一条および一六三条によって認められるのというのである。さらに刑訴法一一〇条a（対象犯罪）、同一一〇条b一項ならびに二項一号（検察官、裁判官による同意）の要件は、単発的潜入捜査官には適用されない[9]。同時に、刑訴法一一〇条a以下に規定される潜入捜査官の権限に関する規定が単発的潜入捜査官に適用されることもない[10]。したがって、潜入捜査官の投入のための要件を回避するために単発的潜入捜査官の利用が図られることについて若干の懸念も存在する[11]。

第二節　潜入捜査官（Verdeckte Ermittler）

ドイツ刑訴法一一〇条a以下の規定は、潜入捜査官について規定する。すなわち、「潜入捜査官とは、警察職務に携わる公務員で、彼に与えられたある程度永続的な偽りの身分（架空身分：Legende）を用いて捜査を行う人物のことをいう。彼は、その架空身分を用いて法律行為に関与することができる」、と。要するに、身分を秘した捜査官による潜入捜査、スパイ活動であると考えられる[12]。

このような潜入捜査官の投入にあたっては、いくつかの要件が設けられており（刑訴法一一〇条a以下）、それらの要件を満たす場合にのみ投入が許容される。すなわち、潜入捜査官は、主に薬物事犯や組織犯罪などの重大犯罪の解明のために投入され（刑訴法一一〇条a一項）、特定の犯罪カタログに該当する犯罪類型のみを対象とする。その投入にあたっては、原則的に検察官の事前の同意を必要とし（一一〇条b一項）、さらに一般の立入りが認められない住居への立入りを伴う場合は裁判官の同意を必要とする（一一〇条b二項）。

一方で、潜入捜査官は、彼に与えられた架空身分を維持するために文書を作成・変造・利用することが許され（一一〇条a三項）、投入後の身元の秘密保持も保障されている（一一〇条b三項）[13]。また、潜入捜査官によって収集された証拠は、法廷で被告人の不利益な証拠として利用されることが予定されている。

第三節　連絡員（V-Mann, V-Person, V-Leute）および情報提供者（Informant）

連絡員の利用もまた、アジャン・プロヴォカトゥールの投入と区別しておく必要のある捜査手法である。潜入捜査官（VE）については、その意義・概念については刑訴法上定義付けがなされている。この点、連絡員（V-Mann等）については法的な定義付けがなされていないため[14]、その意義も一義的ではない。しかしながら、刑事手続および過料手続に関する一九七七年一月一日の準則の付則D[15]により、これらの捜査手法についての定義付けが与えられており、これを参考にすることができる[16]。

まず、同準則の付則D二・二によれば、「連絡員は、刑事訴追機関に属さずに、犯罪の解明に際して比較的長期間にわたり自ら進んで秘密裡に刑事訴追機関を支援する者であり、その身元は原則的に秘密にされる。」と定義付けられて

いる。この連絡員は、単なる警察の任意の協力者にすぎないという点で[17]、潜入捜査官とは区別される[18]。連絡員として活動する一般私人の例としては、旅館の主人、ウェーター、タクシー運転手、守衛、売春婦などが挙げられ[19]、いわゆる密通者・協力者であるとされる[20]。おとりと比較した場合、連絡員は情報収集および捜査機関への情報提供が主たる目的であり、犯罪への関与が存在するアジャン・プロヴォカトゥールとは異なる[21]。

一方、情報提供者（Informant）とは、前掲の準則の付則D二・一によれば、「個々の事案において、秘密の保持と引き替えに自ら進んで刑事訴追機関に情報を提供する者」と定義付けられる[22]。より具体的には、個別の事件に対する情報提供者であるとされ、いわゆるタレコミ屋、情報屋を意味するといわれている[23]。具体的には、「職業上ないし立場上（タクシー運転手、ボーイ等）知り得た情報を提供する者」が、情報提供者（Informant）にあたるとされ、連絡員と共通のイメージが浮かび上がる。しかし、連絡員は潜入捜査官と同様「比較的長期間にわたる警察との協力関係」[24]を有するが、一方で情報提供者は「個々の事件ごとに」情報を提供するという点で両者を区別することができよう。

ところで、潜入捜査官と異なり、連絡員および情報提供者は任意の捜査協力者である。そのため、潜入捜査官の投入に際して求められるような特別な要件は存在しない。したがて、刑訴法一一〇条a以下の規定は、これらの捜査手法には適用されない。また、潜入捜査官が身分の秘密保持を保障されたまま証人として証言することを予定されているが、同様のことは連絡員および情報提供者には妥当しないと考えられる。これについて、寺崎嘉博は、証拠法上、おとりも情報提供者も一般の証人と異ならず、身元を明かさずに、その供述を証拠としたい場合には証拠法上の問題が生じる、と指摘する[25]。他方、クライ（Krey）は、情報提供者（Informant）および連絡員（V-Mann）を目撃証人として供述させることが将来的に許されないとまではいえないとする[26][27]。

第四節　アンダー・カヴァー・エイジェント（under-cover-agent）

アンダー・カヴァー・エイジェントとは、「長期間にわたり具体的な任務を伴わずに犯罪的状況（kriminelle Szene）に投入される警察官であり、かなり自由に行動し、場合によっては犯罪行為を行うことを許された者」[28]であると定義される。

アンダー・カヴァー・エイジェントは、潜入捜査と類似する捜査手法であるが、次の二点において潜入捜査官とは区別される。すなわち、アンダー・カヴァー・エイジェントは、①厳格な管理下に置かれておらず、具体的任務を伴わずに長期間投入され、②投入に際して必然的に付随する犯罪行為を行うことができる。これに対し、潜入捜査官は、具体的な任務のために犯罪的状況（kriminelle Szene）に投入され、また、原則として何らの犯罪行為も行うことは許されておらず、その点でアンダー・カヴァー・エイジェントとは区別されるということになる。アンダー・カヴァー・エイジェントはアメリカ合衆国において用いられている捜査手法であるが、その広範な権限による人権侵害、コントロールの困難性などが指摘されている[29]。わが国同様、ドイツにおいても実務上このような捜査手法が用いられたり、あるいは正面から認められたりした形跡はなく、本稿との関係上アンダー・カヴァー・エイジェントについては以上の紹介にとどめておく。

第五節　ドイツにおけるおとり捜査の担い手

以上、アジャン・プロヴォカトゥール、潜入捜査官、連絡員、情報提供者およびアンダー・カヴァー・エイジェント

について紹介した。このうち、ドイツではアンダー・カヴァー・エイジェントは用いられていないので、アジャン・プロヴォカトゥール、潜入捜査官、連絡員、情報提供者の四者の区別が問題となる。先にも示した通り、潜入捜査官と連絡員は情報収集活動を行うという活動内容はほぼ共通するが、その担い手が警察官であるか私人であるかによって区別される。これらの捜査方法は、主として情報収集活動に狙いを定めたものであるが、犯罪誘発行為を行う場合もある。すなわち潜入捜査官Aが刑訴法一一〇条a以下の規定に則って投入されている期間に、犯罪誘発活動をすることもありうる。この場合Aは潜入捜査官として情報収集活動に従事する側ら、アジャン・プロヴォカトゥールとしても活動しているといえる。すなわち、潜入捜査官として活動するAは常に潜入捜査官として定義付けられるわけではなく、Aが犯罪誘発行為を行う場合はアジャン・プロヴォカトゥールとなるのである。つまり、情報収集活動を担う主体を潜入捜査官（私人の場合は連絡員）とし、犯罪誘発行為を担う主体をアジャン・プロヴォカトゥールと定義付けることとする。

以下、第三章では、ドイツにおいてアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為が問題となった裁判例を紹介し、分析・検討を加えたいと思う。

第三章　ドイツ判例理論

第一節　はじめに

ここからは、ドイツにおけるアジャン・プロヴォカトゥールの活動の違法性判断基準について、判例理論の変遷に沿って検討を行う。ドイツにおいては、判例において一九七〇年代から「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」と

呼ばれる違法性判断基準が採用されていた。この理論は、わが国における主観説と類似した判断基準であった。しかし、その後判例は、客観面を重視した「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準の採用へと移行することとなった。周知の通り、ドイツにおいては、一九九二年の組織犯罪対策法の導入以降、アジャン・プロヴォカトゥールなどの「おとり型」の捜査手法ではなく、潜入捜査官の投入による「情報収集型」の捜査手法が主流となっていくこととなる。しかしながら、一九九二年以降もまれではあるが「おとり型」の捜査手法が問題となった判例[31]が登場しており、その中にこれらの両理論の影響をみてとることができる。したがって、アジャン・プロヴォカトゥールの投入よりも、潜入捜査官の投

[30]

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
【1】	連邦通常裁判所第1刑事部判決	1975年6月10日	「犯意の具体化理論」
【2】	連邦通常裁判所第1刑事部判決	1980年4月15日	「犯意の具体化理論」
【3】	連邦通常裁判所第4刑事部判決	1980年9月11日	「犯意の具体化理論」
【4】	連邦通常裁判所第1刑事部判決	1980年10月21日	「犯意の具体化理論」
【5】	連邦通常裁判所第2刑事部判決	1981年2月6日	「重大な影響」基準
【6】	連邦通常裁判所第3刑事部判決	1981年3月25日	「犯意の具体化理論」
【7】	連邦通常裁判所第2刑事部決定	1981年11月13日	「重大な影響」基準
【8】	連邦通常裁判所第2刑事部決定	1981年12月23日	「重大な影響」基準
【9】	連邦通常裁判所第2刑事部判決	1983年9月23日	「重大な影響」基準
【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

＊【10】判例は、本稿第三章第四節で紹介する。

【州】

番 号	裁判所・刑事部	判決・決定年月日	判断基準・その他
【AG-1】	ハイデンハイム区裁判所判決	1980年11月27日	「犯意の具体化理論」
【LG-1】	フェーアデン州裁判所判決	1981年10月22日	「犯意の具体化理論」
【AG-2】	オースターホルツ－シャームベック区裁判所判決	1982年2月18日	「重大な影響」基準
【LG-2】	ベルリン州裁判所判決	1984年2月23日	「重大な影響」基準
【OLG-1】	デュッセルドルフ上級地方裁判所決定	1983年8月10日	「重大な影響」基準

入が目立つようになった今日でも、なおこれら両理論は影響力を有していると考えられる。

ドイツ判例理論の変遷をみると、概ね三つの類型に分けることができる。以下ではドイツの判例を、一九七五年（【1】判例）から一九八一年頃（【6】判例）までの「犯意の具体化理論」、一九八一年頃（【5】判例）から一九八三年（【9】判例）までの「重大な影響」基準、一九八四年（【10】判例）以降の量刑説的理論の三つの類型に分類し、これらについて検討を加える。

本章では連邦通常裁判所の判例に時系列順に【1】から【23】の番号を割当てる。(32) 判例の変遷をみる限り、リーディングケースといえる一九七五年の【1】判例から一九八〇年の【4】判例は「犯意の具体化理論」を用いた判断を行っていることが確認できる。その後、一九八一年の【5】判例から一九八三年の【9】判例は「重大な影響」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、一九八〇年から一九八一年にかけては「犯意の具体化理論」から「重大な影響」基準への過渡期であったことは想像に難くないところ、一九八一年の【6】判例は重大な影響基準よりは「犯意の具体化理論」に近寄った判断が行われているように思われる。時系列的な順序は一部前後することになるが、本稿では【6】判例を「犯意の具体化理論」の判例として分類しておく。その後、【10】判例の第一刑事部一九八四年五月二三日判決が、これまでの判例の理論とは大きく異なる見解を示すこととなる。すなわち、それまでの判例理論は犯罪誘発行為の違法性判断については多少の差異こそあったものの、違法な場合には概ね訴訟障碍が認められるという見解を示していた。しかし、【10】判例の第一刑事部は、違法な犯罪誘発行為があったことが認められるとしても、せいぜい減軽事由しか認められないという結論を示したのである。その後二〇〇一年の【23】判例に至るまで、連邦通常裁判所はこのような量刑説的見解を維持し続けることになる。

第二節　犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）

「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」は、わが国における主観説と類似した違法性判断基準である。簡単に述べるとすれば、被告人に存在する既存の犯意を具体化して犯行に及ばせたにすぎない場合は、当該犯罪誘発行為は適法と判断される。この基準によれば、アジャン・プロヴォカトゥールの活動が違法となる根拠は、基本法一条一項の「人間の尊厳（Menschenwürde）」に求められ、さらにそこから導かれる具体的準則としての「人を国家の単なる客体」とすることの禁止が問題とされる。いかなる場合に、人が「国家の単なる客体」として取り扱われたのかは、以下に示す四つの評価の視点によって判断されることとなる。すなわち、（a）被告人に存在する「嫌疑の基礎と程度」、（b）アジャン・プロヴォカトゥールの「働き掛けの態様、強度および目的」、（c）「被告人の犯意」、（d）犯罪実行への被告人の「固有の能動性」である。先にも指摘した通り、犯意の具体化理論は、被告人の主観面に重点を置く基準であるため、四つの評価の視点のうち特に、aとcの視点が重要となる。すなわち、被告人に犯意が存在したか否かということが、違法性判断の中核的部分となり、それを外部的に判断するためにbとdの視点が用いられることになる。

犯意の具体化理論に基づいて違法性判断を行ったと思われる判例は、連邦通常裁判所第一刑事部一九七五年六月一〇日判決[33]をはじめとして、一九八〇年頃にかけて数件みられる。以下、紹介する。

なお、本稿【事実の概要】および【判決要旨】、【決定要旨】中、（【1】判決参照）、（Franzheim, NJW1979, 2014[2015]）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。

第一款　判例

【1】連邦通常裁判所第一刑事部一九七五年六月一〇日判決

【事実の概要】

偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）である警察官Gは、譲渡目的で薬物を有する被告人に対し当該薬物の譲渡を申し出たところ、被告人はこれに応じた。彼は、警察官Gが活動するよりも以前から、譲渡目的で所持する薬物を購入希望者に譲渡する意思を固めていた。したがって、薬物の所有（Besitzerlangung）によってすでに可罰的な被告人に、直ちに売却の意思表示をさせるために特別な説得は必要ではなかった事案である。

【判決要旨】

上告人（Beschberdeführer）は、手続法上の観点からいくつかの反論を行っているが、その内容は以下の通りである。すなわち、偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）であった警察官Gの行為により被告人は本件薬物犯罪を唆されたのであるから、州裁判所は警察官Gを証人として尋問してはならなかったはずである。同様に、鑑定人であるM博士と証人Fの尋問は許容されないという結果が導かれるべきである、というのは、これら証人の知識の前提は、証人Gの違法な活動によってはじめて獲得されたものだからである。許されざる方法で獲得された証拠は、被告人の不利に利用されてはならない。したがって、刑訴法一三六条a三項第二文に規定される証拠禁止が妥当する、と主張するのである。

このような反論は、的を射ていない。確かに、後に彼を刑事訴追機関に引き渡すために他人に犯罪行為を行わせようとする全ての活動が、行為者が有罪であることを証明するというそれ自体としては認められた目的によって、直ちに正当化されるわけではない。ただし、本件では、被告人は警察官Gの働き掛け以前から犯意を有しており、また、本件取引においては特別の説得も必要なかったのであるから、警察官の活動は、実質的には単に犯行の決意

（Tatentschluss）の具体化に向けられたものであり、しかし同時に行為結果の失敗に向けられたものであるといえる。このような状況において犯罪を誘発する行為は、危険または解明困難な犯罪との闘いにおいて、また、薬物犯罪への対応においても、認められえないものではないということは、承認されている法原理にも適う。

したがって、このような状況においては、刑訴法一三六条aから導かれる尋問禁止または証拠使用禁止に、直接あるいは間接に違反しているということは問題とならない。

以上のように、本件第一刑事部は、「危険または解明困難な犯罪」に対しては犯罪誘発行為が放棄できないことを指摘しつつも、犯罪誘発行為の適否を判断するにあたり、既存の犯意の存在を主たる判断要素としている。その上で、それを確認する要素として警察官による特別の働き掛けという点に着目しているといえる。また、当該犯罪誘発行為が違法となる場合に、刑訴法一三六条aに基づく証拠禁止を考慮している。

【2】連邦通常裁判所第一刑事部一九八〇年四月一五日判決(34)

【事実の概要】

被告人は、一九七九年六月二二日に、ヘロイン調合物の一部を、警察官に販売した。この警察官は、以前会った際に、大規模な薬物商人という偽りの身分で登場しており、被告人は、彼に対して「劣等感から」「コネクション」をひけらかし、より大量のハッシッシュを調達することができると自慢していた。この警察官は、実は被告人は小規模な売人であると知っていたが、彼に対し、「必ず（wesentlich）大量に買い取る」だろうといっていた。このような確約と、さらに「少量ならば持参するな（kleine Menge doch nicht bringe）」という指示により、警察官は被告人に

大規模な薬物取引を行うよう説得した。三日後、両者は、被告人がフランクフルトで約四〇グラムのコカインを購入し、どのくらいの量を譲渡するかについては、帰ってきた後に電話で伝えるということを取り決めた。同年六月二七日、被告人はフランクフルトでトルコ人の売人から約四〇グラムのコカインを購入した。同日、彼は二一時に警察官と会い、三六グラムの薬物を彼に譲渡した。この譲渡の後、被告人は逮捕された。

【判決要旨】

特に危険で解明困難な犯罪との闘争において、警察のロックシュピッツェル（アジャン・プロヴォカトゥール）は放棄しえないということは、これまでの判例でも確定していることである（【1】判例参照）。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の限界設定がなされなければならないという問題がある。すなわち、その限界というのは、無視された場合には当該法律違反が国家に帰責されなければならず、刑事手続に影響が及ぶようなものである。基本法と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、この原則に勝る根拠がないまま、犯罪行為の遂行を目指すことを禁じている。

本件の状況では、法治国家原則違反は確認されない。被告人は、生計の向上を図るなどの目的で長期的な視野で薬物を取引する意思を有しており、警察官に対して、売人として、四ないし五グラムのヘロイン調合物を提示したといえる。彼は「コネクション」を誇示し、より多量のハッシッシュを調達することができると述べている。このような取引の明白な行為および被告人の意思表明は、かなり重大な――すでに行われた、あるいは（与えられた機会を）待っているということに関する――薬物取引の嫌疑に対する十分な根拠とみなすことができる。被告人に影響を与えるために述べられたことは、大量取引は大量の報酬を生むという内容のものだったことは明らかである。また、アジャン・プロヴォカトゥールの活動は、このような巨額の利益を可能にするパートナーを演じることにとどまっている。その

他一切のことは、被告人に任されていた。彼は、購入価格を示し、直ちに購入先を探し出している。彼の行動は、日常的に行われているものであった。また、彼は、警察が誘発したような質および規模の取引を当初から嫌っていたわけではない。被告人には、すでに存在する犯意（Bereitschaft）があり、そのため彼に与えられた犯行の機会を利用したのである。その結果、本件の状況は、ロックシュピッツェルが単に一般的な犯行の決意（Entschlossenheit zur Tatbegehung）を具体化した状況と完全に比肩可能であるといえる（【1】判例参照）。

すべての本質的な評価の視点（Wertungsgesichtspunkt）――被告人に存在する嫌疑の基礎と程度、警察官の働き掛けの態様、強度および目的、被告人の犯行の準備および他人にコントロールされていない固有の能動性――によれば、被告人が誘発行為によって「国家的行為の単なる客体におとしめられた」ということはいえない（Franzheim, NJW 1979, 2014 [2015]）し、それゆえ国家刑罰権が発生しなかったり、失効したりすることはない。取決めに背き購入したヘロインを譲渡せずに所持している可能性が彼には残っていたという事実は、被告人にとって有利に働かない。構成要件の充足を望み、あるいはこれを受け容れたアジャン・プロヴォカトゥールの可罰性の問題は、ここでは論議の対象としない。

本件も【1】判例と同様、第一刑事部によって判断がなされた事案である。そのため、【1】判例とほぼ同じ判断枠組みが用いられているが、多少詳細に述べられている。理論の骨子はほぼ共通するところ、本件においても、第一刑事部は、被告人が「国家的行為の単なる客体におとしめられた」か否かを問題としており、その判断にあたって既存の犯意の存在の有無を重要視しているのである。本件第一刑事部は、フランツハイムの見解に影響を受けていることが明らかであり、そのため基本法一条一項および二条一項によって保護されるべき人間の尊厳に対する侵害を重視した見解で

あることがうかがえる。また、既存の犯意の有無を確認する要素として四つの評価の視点を示している。

【3】連邦通常裁判所第四刑事部一九八〇年九月一一日判決(35)

【事実の概要】

被告人らは、警察のロックシュピッツェルであるKにより、一万ドイツマルクの報酬と引き替えに、あるディスコに放火するよう説得された。Kは、彼らの犯行と思われるアーヘン地方のあるバーに対する放火事件について尋ねた。被告人らはこの犯行を認めなかったが、Kは彼らの「非の打ちどころのない完璧な仕事」であったと褒め称えた。

その後、被告人らは、Kおよび自称ディスコ所有者（実際は司法警察職員（Kriminalbeamte）であった）と密接に連絡を取りながら、必要と思われる準備を整えた。それからしばらく経った一九七九年二月のある夜、犯行現場のすぐ近くに駐車されていた自動車の車内で、Kは被告人らに前もって犯行の継続（Weitermachen）を説得した。その後、被告人らは、放火目的でディスコの裏口のドアを開けようとした際に逮捕された。

被告人らは、放火および保険金詐欺の未遂で一年六月の自由刑の有罪判決を受けた。

【判決要旨】（被告人らに対するKの犯罪誘発行為について）

被告人の有罪判決に対して、以下のような法的懸念が存在しうる。承認されてきた判例の理解によれば、特に危険で解明困難な犯罪との闘いにとって警察のロックシュピッツェル（アジャン・プロヴォカトゥール）は放棄しえないという事実は、確かに確定している。しかしながら、一方で以下のような問題も残る。すなわち、それを無視すれば国家に帰責されるべき法律違反として「刑事手続にまで［影響が］及ぶ」ような、ロックシュピッツェルの犯罪誘発行為の限界が存在しなければならないのである。基本法と刑事訴訟法に内在する法治国家原則は、この原則に勝る根

拠が存在しえない場合、刑事訴追機関に対して、犯罪行為の遂行を目指すことを禁じている。それゆえ、州裁判所は、この点に関しても状況を解明しなければならないであろう（被告人に対する放火の嫌疑の程度、その危険性、目的と彼らの犯意（Tatentschluß）に対するKの影響、彼らの犯行準備の程度、Kにコントロールされていない彼ら固有の能動性（Tataktivität）、犯行の遂行に対する継続するKの影響力の行使、犯行を断念しようとする考慮の程度および真剣さなど）。その上ではじめて、Kの行為は単に被告人に存在する保険対象物の放火の決意（Entschluss）の具体化を導いたにすぎないのか否か、また、その後もKは犯罪行為の遂行に対して決定的な影響を与えていないのか否か、あるいは、彼はただ被告人を犯行へと突き動かし、後に彼の挙行を途中で断念しないことまでをも説得し、そして、そのことにより被告人が刑事訴追機関によって国家的行為の単なる客体におとしめられたか否か、といったことが最終的に判断されうるのである。最後の場合においては、行為の法治国家性と比較して判断して危険な連続犯罪の解明のためになお甘受されうること、という限界を超えていると思われる。その場合、国家刑罰権は失効することになる。

本件は第四刑事部によって判断がなされた事案であるが、本件も【１】および【２】判例の第一刑事部と同様の見解が示されている。

【４】連邦通常裁判所第一刑事部一九八〇年一〇月二一日判決(36)

【事実の概要】

州裁判所は、被告人H. K.について、火器を輸送した罪の観念的競合（Tateinheit）、武器（Kriegswaffen）を無許可で譲渡したことに関する共犯、ならびに無許可で武器（Kriegswaffen）を製造した罪で、一年六月の自由刑の有罪

判決を言い渡し、被告人HおよびMについては、無許可で武器（Kriegswaffen）の事実上の権限を譲渡したことに関する共犯で、Hに対しては火器を輸送した罪との観念的競合（Tateinheit）で一年七月の、Mに対しては一年一〇月の自由刑の有罪判決を言い渡した。被告人らによる上告は、実体法および手続法違反を非難するものである。HおよびMの上告は全面的に、Kの上告は部分的に認められた。被告人全員による異議申立は、ここでは問題とはならない。なお、州裁判所は以下の点について十分な確認を行っていない。すなわち、有罪判決を受けた武器の譲渡がそもそも最初から単に州警察（Landeskriminalamt）によってイニシアチブが取られたものにすぎないのか否かという点、そして本件取引は購入者として行動する警察官により開始されているが、被告人はそれを遂行するよう甚だしい精神的な圧迫を及ぼされていたのか否かという点である。しかしながら、新たな公判手続に対しては、警察のロックシュピッツェルの犯罪誘発行為に関して以下のことが指摘される。

すなわち、州裁判所の事実認定によれば、これらの武器取引のきっかけは警察によって与えられているということが出発点とならなければならない。確かに、判決は、「自称Le」という男の役割を未解決のままにしているが、しかし、いずれにせよ、彼は、被告人MとA（表向きは仕入れ人であったが警察のために活動していた）およびHとを引き合わせる役割を担っていた。

しかし、州裁判所の事実認定は、被告人Mに違法な武器取引をさせ、それに関する交渉の過程で、彼の家族に対する報復するという威嚇により圧力を掛けるために、警察がどのような外的誘因（Anlaß）を与えたのか、という点を明らかにしていない。州裁判所の判決からは、Mはすでに以前から武器商人として活動していたという結論を引き出してはならないし、また、そのことに関する嫌疑も説明されていない。被告人はどうやら武器商人との繋がりを自由に利用できていなかったようでもある。というのは、彼はいずれにせよ共同被告人Hのところに行っているが、そ

の時が初めてであり、ただの偶然であったためである。さらに、Hは、最終的に武器を供給することになった男、すなわちこれまで彼の側では武器商人として現れることのなかった共同被告人H．Kのことを、後になってはじめて想起したのであった。

【判決要旨】

確かに、違法な武器取引も含まれる特に危険で解明困難な犯罪との闘争において、警察のアジャン・プロヴォカトゥールが投入されることについては、基本的に法的な懸念は存在しない。一方で、それを無視することが国家に帰責されるべき法律違反として「刑事手続」に影響するような、警察のロックシュピッツェルの犯罪誘発行為の限界が与えられなければならないという問題も存在する。基本法および刑事訴訟法に内在する法治国家原則は、この原則に勝る根拠が存在しえない場合、犯罪行為の遂行を目指すことを禁じている。国家は、基本的に品行方正な市民を惑わせて、犯罪の遂行へと向かわせてはならない。

しかし、これまでに行われた不十分な事実認定では、本件で実際にロックシュピッツェルの投入を正当化する前提条件が存在したのか否かという疑いは残る。特に、Mに対して存在する嫌疑の基礎と程度は明らかになされないままになっている。またどのようにしてLは武器取引をするように被告人Mを説得したのかということについても、判決は述べていない。同様に、もしかするとMに対して与えられていたかもしれない威嚇に関する懸念も、単に、警察がその行為に対して原因となっていないという考慮をもって、一掃されうるわけではない。したがって、行為者の意思決定が不安定であったということ、そして、これから犯行を行うことになるであろう行為者を、犯行を遂行するように威嚇することが適切であったかいなか、という点は論じられていない。あるいは、ロックシュピッツェルによって心を動かされた行為者が犯行の継続から離脱することに対して、本件のような手段で抵抗することは法治国家原則と

相容れないだろうということも、議論されていない。

本件第一刑事部は、州裁判所の事実認定の不備を指摘しつつ、被告人の既存の犯意の存否が、犯罪誘発行為の適否判断の中心的な要素となることを指摘している。この点は、これまでの判例と同様である。また、本件では、品行方正な市民を犯罪へ向かわせることへの批難が示されている。

【6】連邦通常裁判所第三刑事部一九八一年三月二五日判決(37)

【事実の概要】

被告人は、連絡員Fとの折衝の過程で、すでに一九八〇年の二月初旬には、三キログラムのハッシッシュと三キログラムのマリファナを調達することを提案していた。その後、Fは被告人に協力することになる。Fがこのように協力するに至ったのは、同年二月一二日に警察によって被告人に電話をかけさせられたということが契機となっている。そして、Fは一万ドイツマルクを自由に使うことがでるようになっていたのだが、同年二月初旬に被告人が三キログラムのマリファナの調達を提案したのは、これよりも前のことであった。したがって、Fは、被告人に大規模な薬物取引の契約の機会を提供するように見せ掛けるという点においてのみ、被告人に影響を与えたことになる。被告人は、――すでに先に説明した犯意（Bereitschaft）に従って――見込まれる利益のために、直ちにこの架空のチャンスを活かそう決意した。彼は、一キログラムのハッシッシュを九三〇〇ドイツマルクで元売人（もとうりにん）に譲渡するということについてFと同意した。これに関する手配の大部分は被告人の手で行われ、警察がそれに対して影響を与えたことはなかった。被告人が仲介者として協力していた元売人（もとうりにん）と購入者を演じていた警察官は、二度の接触で実行方法について意見

が一致しなかった。このことのみが理由となり、この取引は実行に至らなかった。

【判決要旨】

上告審裁判所の見解は、有罪とされた行為を理由になされた被告人の訴追を否定しない。行為の内容は、警察の連絡員（仲介者）および警察官（購入希望者）という架空の購入方に対して、被告人が仲介役としてハッシッシュの取引に協力したというものであった。判例においては、特に危険で解明困難な犯罪、とりわけ薬物事犯との闘いに際しては、ロックシュピッツェル（アジャン・プロヴォカトゥール）は放棄されえないということが認められている（【1】～【4】判例）。連邦通常裁判所は、それを無視した場合には国家刑罰権の失効という観点から被誘発行為が訴追されないという結果に至るロックシュピッツェルの誘発行為の限界は、法治国家原則から導かれるということを、確かに繰り返し強調してきた。本質的に、行為者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、強さおよび目的、行為者の準備ないしは「他人にコントロールされていない」固有の能動性によって決せられる（【2】判例）この限界は、しかしながら本件では遵守されている。被告人は、先に示された基準によれば、行為に際して「国家的行為の客体におとしめられて」はいなかった。彼に対する連絡員の投入においては、彼が麻酔剤の取引者として活動しているということを十分な嫌疑が根拠付けている。彼は同種事犯で前科を有していた。認定された事実においては、警察の行為は法治国家原則と矛盾しない。

本件でも、これまでの裁判例と同様の判断枠組みが用いられている。その上で、被告人が麻酔剤の取引に従事していることに対する嫌疑、および同種事犯で前科を有していることなどから、被告人が国家的行為の客体におとしめられていないことを認定し、本件犯罪誘発行為を適法としている。

以上、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」を採用していると思われる判例を紹介した。これらの判例に共通し、その後の判例においても必ず確認されていることは、特に危険かつ解明困難な犯罪との闘いにおいてはアジャン・プロヴォカトゥールの投入は放棄しえないという点である。しかし、もちろん、そのような犯罪類型の捜査にとってアジャン・プロヴォカトゥールが必要であるとしても、そのことから直ちに正当化が導かれるわけではない。具体的に求められるのは、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為の限界が設定されなければならないのである。先に示した判例は、この点も十分に意識している。

さて、「既存の犯意（Tatentschluss）の具体化」という言葉をはじめて用いたのは、連邦通常裁判所第一刑事部一九七五年六月一〇日判決（【1】判例）であった。この事案では被告人が以前から犯行の「意思を固めていた」点、アジャン・プロヴォカトゥールの側で彼に対する「特別な説得」が必要でなかった点を指摘し、この事案におけるアジャン・プロヴォカトゥールの犯罪誘発行為を「実質的には単に既存の犯意の具体化に向けられたもの」にすぎないと評価して、適法と判断した。このように、当該犯罪誘発行為が犯意の具体化にとどまるか否かを指標とする基準は、その後も【2】判例によって維持された。第一刑事部は、【2】判例において犯意の具体化をメルクマールとしつつ、さらに「国家的行為の単なる客体におとしめられた」といえるか否かが問題であるとした。【2】判例で登場した「国家的行為の単なる客体」という用語はその後も【3】判例の第四刑事部一九八〇年九月一一日判決で用いられている。さらに、【4】判例の第一刑事部一九八〇年一〇月二一日判決ではこの用語は用いられていないが、「品行方正な市民を惑わせて、犯罪の遂行へ向かわせてはならない」という表現が用いられ、対象者の意思決定という側面を意識しているようにも思わ

れる。

この点、【2】判例の第一刑事部の見解をみると、後に紹介するフランツハイム（Franzheim）の学説に依拠していることがうかがえる。フランツハイム（Franzheim）は、対象者の有罪判決のために彼が「国家的行為の単なる客体」におとしめられる場合、「人間の尊厳（Menschenwürde）」が侵害されることを指摘する[38]。したがって、【2】判例の第一刑事部および【3】判例の第四刑事部の見解から、その背景にアジャン・プロヴォカトゥールによる人間の尊厳に対する侵害への考慮が読み取れる。また、その後の【4】判例の第四刑事部の見解も、品行方正な市民に対して犯罪誘発行為を行うことを非難の対象としており、意思決定の自由を包含する「人間の尊厳」に対する侵害を理論的根拠としていることがうかがえる。

第三款　評価の視点

では、犯意の具体化を違法性判断のメルクマールとする判例が、基本法一条一項によって保障されるべき「人間の尊厳」を理論的出発点としているとして、次に、どのような場合にこの基準に触れるのかが問題となる。すなわち、当該犯罪誘発行為が犯意の具体化にとどまるものであるか否かを判定する場合、どのような評価の視点を用いるのであろうか。

この点、【1】判例の第一刑事部は、評価の視点を示してはいない。同じ第一刑事部が取り扱った【2】判例においてはじめてそれが示されている。【2】判例では、評価の視点として、「被告人に存在する嫌疑の基礎と程度」、「警察官の働き掛けの態様、強度および目的」、「被告人の犯行の準備」および「他人にコントロールされていない固有の能動性」

が示された。次の【3】判例でもこれとほぼ同じ評価の視点が示されつつ、加えて以下のものが指摘された。すなわち、「目的」と「対象者の犯意に対するアジャン・プロヴォカトゥールの影響」、「犯行の遂行に対するさらなるアジャン・プロヴォカトゥールの影響力の行使」、「犯行を断念しようとする考慮の程度等」である。【4】判例は、前提となる事実認定が不十分なため、嫌疑の基礎と程度は明らかになされていない点を指摘している。したがって、【4】判例の第一刑事部も嫌疑の基礎と程度を評価の視点の一つと考えているといえる。

ここまでみたところ、「犯意の具体化理論」に立つ判例は、対象者に存在する既存の犯意や犯行の準備、固有の能動性といった点を評価の視点としつつも、アジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けの程度も評価の対象とする。すなわち、対象者の側に着目した主観的視点のみならず、犯罪誘発行為の態様に着目した客観的視点も提示されているのである。確かに、「犯意の具体化理論」は、犯罪誘発の対象者に既存の犯意があり、それを具体化するにとどまっている場合を適法な犯罪誘発行為と評価するため、主観面に重点をおいた理論であることは明らかである。そのため、主観的視点のみからの判断も可能であるようにも思われる。しかし、【1】判例では特別の説得の必要性が、【2】判例および【3】判例では働き掛けの態様、影響が評価されるべきポイントとして挙げられている。犯意に重点をおいた犯意の具体化理論をいわば主観説的な判断基準であると捉えれば、これら客観的視点はどのような意義を有するのであろうか。

この点について判例は明確に述べていない。ただ、先に示した判例が「犯意」に重点をおいた評価を行っていることからすれば、嫌疑の基礎と程度、犯行準備といった主観的視点が主たる評価の視点となっていると考えられる。そして、アジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けの態様および影響といった客観的視点の検討は、主観的視点を検討して導かれた結果に対して補強的役割を担う。例えば【2】判例で第一刑事部は、まず、被告人が「生計の向上などの目的で長期的な視野で薬物を取引する意思」を有していた点、被告人に「薬物取引の嫌疑に対する十分な根拠」があった点を先

に認める。これらの点から、当該犯罪誘発行為が既存の犯意の具体化にすぎなかったことを認めることも、おそらく可能であろう。しかし、同刑事部は、これらに加えて、アジャン・プロヴォカトゥールが巨額の取引のパートナーを演じているにすぎない点も指摘し、当該犯罪誘発行為が既存の犯意の具体化にとどまるものである点を確認している。

第四款　許されざる犯罪誘発行為の法的帰結

「犯意の具体化理論」においては、アジャン・プロヴォカトゥールの犯罪誘発行為が対象者の既存の犯意の具体化にとどまるものであれば適法とされ、他方、既存の犯意等のない被告人が「国家的行為の単なる客体」にされる場合は違法とされる。すなわち、「犯意の具体化理論」における違法の根拠は、基本法一条一項によって保護される人間の尊厳の侵害ということになる。では、人間の尊厳を侵害するような態様の犯罪誘発行為が行われた場合、これを違法と評価するとして、その評価の帰結はどのようなものであろうか。

まず【1】判例において第一刑事部は、この事案における犯罪誘発行為が適法なものであったことを確認しつつ、当該犯罪誘発行為は刑訴法一三六条aの尋問禁止および証拠禁止に違反していないとした。この第一刑事部の見解からすれば、違法な犯罪誘発行為が行われた場合の法的帰結として、刑訴法一三六条a一項および同三項に基づく証拠禁止が導かれるかのようである。しかし、その後の【2】および【3】判例においては、当該犯罪誘発行為が適法であるため国家刑罰権の失効はないということが確認されている。おそらく、判例は証拠禁止から国家刑罰権の失効へと態度を変えているが、いずれの判例をみても当該法律効果が導かれる根拠については触れていない。あえていうならば、犯罪誘発行為の法治国家的限界が踏み越えられたため国家刑罰権の失効が導かれると考えているといえよう。

いずれにしても、判例をみる限りでは、これ以上のことは明らかにならない。ただ、学説との関係では、リューダーセン（Lüderssen）の一九七五年の論文が違法な犯罪誘発行為の法的帰結として一三六条aに基づく証拠禁止を主張していたことが、【1】判例が同様の指摘をした点に影響をあたえているかも知れない[39]。また、違法な犯罪誘発行為が国家刑罰権の失効を導くとするのであれば、学説において近年広く支持を得ている刑罰阻却事由による無罪処理、あるいはブルンス（Bruns）らの主張する「矛盾行為禁止の原則（venire contra factum proprium）[40]」違反を理由とする訴訟障碍論とも一部共通性を有することになろう[41]。これらの学説の理論状況については後述する。

第五款　検討

以上、犯意の具体化理論に立つ一九八〇年までの判例についてみてきたが、これまでに示された理論の大枠は次のようなものであった。すなわち、犯罪誘発行為が違法となる場合、その根拠は、嫌疑のない対象者に犯罪を扇動することで彼が「国家的行為の単なる客体」とされることにあるというのである。そしてこのような違法は基本法一条一項の「人間の尊厳」を侵害するという。つまり、犯意の具体化理論を示した判例は、違法な犯罪誘発行為は基本法一条一項によって保護される人間の尊厳を侵害するため許されない、という見解を基礎としているのである。理論の枠組みを示すことにより、この種の議論は学説に大きな影響を与えたといえる。また、判例においてはいくつかの評価の視点を示したものもあった。ただ、「犯意の具体化理論」は「既存の犯意の具体化」という限界線をポイントとするため、どうしても主観面に頼る判断基準となる。わが国でも犯意誘発型と機会提供型とで違法・適法とする二分説が存在するが、犯意の誘発を基準とするこのような見解は、犯行に及んだのは犯意が存在したからだという前提の下で犯意の認定が甘くなる

可能性が指摘されている。[42] また、実際には外面的状況に着目した評価の視点を用いて既存の犯意の具体化であるか否かが判断されることになるとしても、理論上は犯意がすでに存在したことが確定していれば、どのような働き掛けであっても許されるということに繋がりかねない。その意味で、犯意の存否を基準にした違法性判断には限界があるといわざるをえない。いずれにせよ、その後の判例理論は外面的・客観的事象に着目した違法性判断を行う「重大な影響」基準の採用へと移行していくこととなる。[43]

第三節　重大な影響（erhebliche Einwirkung）基準

「重大な影響（erhebliche Einwirkung）基準」は、おとりの働き掛けの強弱、影響の度合いを違法性判断の中心に据え、客観的な判断をもたらす基準である。この基準においては、おとり捜査の違法の根拠は、法治国家原則から導かれる「矛盾し悪意に満ちた国家の活動の非難」という点に求められる。したがって、犯意を有していたか否かということよりも、国家の働き掛けに判断の重点が置かれることとなるのである。具体的には、「犯意の具体化理論」のところで紹介した評価の視点のうち、ｂおよびｄの視点を中心的に考慮する。すなわち、（ｂ）アジャン・プロヴォカトゥールの「働き掛けの態様、強度および目的」、（ｄ）犯罪実行への被告人の「固有の能動性」である。そして、ａおよびｃの視点は、ｂおよびｄの視点を評価する際に用いられるにとどまる。「重大な影響」基準は、先に挙げた「犯意の具体化理論」とは異なり、かなり客観的な側面に評価の重点をおくため、いわゆる機会提供型のおとり捜査においても違法となる場合がある。逆に、犯意誘発型のおとり捜査についても、適法となる場合がでてくる。以下、これらの判例をみておこう。

【5】連邦通常裁判所第二刑事部一九八一年二月六日判決(44)

【事実の概要】

証人Nは、前科もなく品行方正で、薬物取引についてその時点まで嫌疑のなかった被告人に対し、「運を天に任せて」話しかけられ、「大量のヘロインを供給することができる」かどうか尋ねた。当時自己の麻酔剤法（Betäubungsmittelgesetz）違反行為に関する手続が停止していたNは、警察に対して、自分は薬物取引者に関係する捜査のために尽力し、当該人物の有罪認定に際して協力したいということを述べていた。それと引き替えに、成功した場合は、警察から報酬が与えられることが約束されていた。その上さらに、彼は、この協力行為によって、自らの手続における見返りを期待していた。被告人は、当初はNの（不可能な）要求を断ったものの、彼に対して「一度、方々に問い合わせる」ことを約束した。その後の二週間以内に、被告人はNと二回話し合い、その結果、被告人はNに対し一〇〇グラムのヘロインを一万二〇〇〇から一万三〇〇〇ドイツマルクで提供すると述べた。その後Nは、彼に行動基準を示し、「見せ金（Vorzeigegeld）」を与えて、取引の実行を監視し、このことを警察に報告した。その後、警察はヘロインの譲渡の際に被告人を逮捕した。州裁判所は、被告人に無許可の麻酔剤（Betäubungsmittel）取引の罪等で二年三月の自由刑の有罪判決を言い渡し、同時に、押収されたヘロイン調合物の没収が命じられた。

被告人上告棄却。

【判決要旨】

本件においては、被告人は警察の指導を受けたロックシュピッツェル（アジャン・プロヴォカトゥール）によって

犯罪行為を扇動されていたのであるから、職権で考慮すべき訴訟障碍（Verfahlenshindernis）が被告人の訴追を阻害するのか否かを考慮するための根拠が存在する。この問題は、結論として否定されなければならない。

確立した連邦通常裁判所の判例によれば、薬物取引も含まれる特に危険で解明困難な犯罪との闘いの領域においては、警察のロックシュピッツェルの投入は基本的に必要であり、適法である（【1】および【2】など）。

このことは、しかし、絶対的ではない。ロックシュピッツェルの犯罪誘発行為に対しては限界が設定されており、その限界が考慮されない場合は、国家に帰責されるべき法律違反として被告人に対する刑事手続に影響が及ぶことになる。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、この原則に勝る根拠が存在しえない場合、犯罪行為を遂行するように影響を与えることを禁じている。その場合、根本的には、その判定にあたって、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影響の態様、強度および目的、行為の準備、および彼が影響を及ぼした行為者の他人にコントロールされていない固有の能動性が、考慮される（【2】および【3】判例等）。

しかしながら、これらの評価の視点によれば、本件では被告人の有利に働く訴訟障碍は考慮されない。確かに、被告人は、Nが「運を天に任せて」大量のヘロインの調達を彼に要求した時点では、すでに薬物を取引したことがあるとか、薬物取引に関与したいと考えているといった嫌疑を有していなかった。それにもかかわらず、自らに着せられた嫌疑の不存在は、当時行われた行為の刑事訴追の許容性を否定するのになお十分ではない。重大な影響（erhebliche Einwirkung）――例えば、繰り返しなされる、長期にわたり持続する説得の試み、徹底的かつ執拗に影響を与えること――があった場合、ロックシュピッツェルの誘発行為は、それに対して行為者の固有の寄与が背後に退く程に影響力を有しうる。国家機関の任務あるいは同意の下に活動するアジャン・プロヴォカトゥールが、――文

字通り――重大な影響によってはじめて行為者を法の道から逸脱させるのであれば、彼を再び法の道へと連れ戻すためにのみ国家が行為者を訴追する場合、国家は、矛盾し悪意に満ちた行為という非難に曝される。このことは、法治国家秩序においては、許されえないことである。そこからもたらされる結論は、誘発を受けた行為者に限定された刑事訴追の禁止ということになろう。それは、職権で考慮すべき訴訟障碍（Verfahrenshindernis）の効力を生じさせる。

しかしながら、この訴訟障碍の前提条件は本件においては存在しない。認定された事実ならびに自由な証明（Freibeweis）の過程で考慮された記録によれば、Nは、被告人にヘロインの取引、売却および譲渡をするように説得するために、持続的な方法で影響を与えてはいない。そのことは必要ではなかったのである。むしろ被告人は、――当初彼に示された要求を拒否したにもかかわらず――すぐにNと取引関係に入る準備ができていたのである。このことは、彼がすでに最初の接触の際にNに、「一度、方々に問い合わせる」と約束したことに示されている。すなわち、そのことによって彼は、協力に対するその一般的な犯意（Bereitschaft）を表明したのであり、二週間以内に薬物取引を終わらせるという協議の方向を自ら示しているのである。その後は、被告人自らが、取引を成功させるために必要なことを行ったという点が出発点となっている。すなわち、もはやその時から、Nは、被告人に当初断られた行為をさせるために、被告人に影響を与える必要はなかったのである。このような状況において、被告人に対する麻酔剤（Betäubungsmittel）取引に関する刑事訴追に対しては、何らの訴訟障碍も妨げとはならない。

警察に行為者の立証および薬物の押収を可能にするために、警察のロックシュピッツェルとして他人に薬物取引をするように説得する者は、可罰的とはならない。その他の手続的非難は明らかに事実無根である。

被告人上告棄却。

本件は、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為の適否について、第二刑事部が判断を行った初めての事案である。第二刑事部は、犯罪誘発行為の適否判断にあたってこれまでの判例とほぼ同様の評価の視点を用いつつも、重点の置き方を異にした判断枠組みを示しているといえる。すなわち、本件第二刑事部は、アジャン・プロヴォカトゥールによって行為者の固有の寄与が背後に退く程の影響が与えられたか否かを重視し、これまでの判例のように既存の犯意の有無より重要な判断要素としているのである。このように、アジャン・プロヴォカトゥールによる「重大な影響」を犯罪誘発行為の適否判断の中心的要素とする背景には、法治国家原則から導かれる撞着法理が挙げられている。すなわち、国家は矛盾し悪意に満ちた行為を行ってはならないのであるから、国家（アジャン・プロヴォカトゥール）が被告人に重大な影響を与え犯罪を行わせることは許されないというのである。本件では、被告人が犯行に及ぶまでに持続的に影響を与えることは必要でなかった点を指摘し、当該犯罪誘発行為は適法と判断している。また、犯罪誘発行為が違法となる場合の法律効果として、刑事訴追禁止を理由とする訴訟障碍を考慮している。

【7】 連邦通常裁判所第二刑事部一九八一年一一月一三日決定[45]

【事実の概要】

イラン人Sは被告人に大量のヘロインの仲介を頼んだ。被告人は、その時ヘロイン中毒であり、自己の中毒を満たすために必要なヘロインを、一六歳のトルコ人Cから購入した。他方、Sは、刑事の指導の下、司法警察（Kriminalpolizei）目的で連絡員（V-Mann）として活動している人物である。Sは、被告人のヘロイン中毒を認識しており、彼を仲介してヘロインの取引を行おうとし、被告人と関係することとなった。Sと被告人との間で行われたその後の交渉過程において、被告人は、取引が成功した場合少なくとも一〇グラムのヘロインを報酬として受け取る

ことを期待していた。彼はSの売却益についてCに伝え、彼は被告人の仲介によって、Sおよび購入者を演じていた警察官との間で、五〇〇グラムのヘロインを四万五〇〇〇ドイツマルクで売却することに同意した。ヘロインの譲渡の際に、これに協力した被告人は逮捕された。

州裁判所は、被告人に麻酔剤（Betäubungsmittel）の違法取引で五年の自由刑を言い渡した。

【決定要旨】

被告人の主張は以下の通りである。すなわち、被告人は、証人Sによって知らされたヘロイン売却行為の開始へと本格的に攻め立てられたが、そのような要求を長い間激しく拒んでいた。しかし、最終的に被告人はヘロインを必要としており、取引されるヘロインの一部が報酬として与えられることが約束されたため、取引に同意するに至った、というのである。（州裁判所の）刑事部は、このような主張を取り上げなかった。州裁判所がそれまでの事情（Vorgeschichte）を考慮して証人Sの異なる供述を支持し、これが「証人Tの供述によって支持（確認）され」、そしてSの証言の信憑性を証明する限りは、結局は、このことは単に取引開始の継続、および購買者の側から金が呈示された時点、ならびにヘロインの譲渡における過程に関係する。しかしながら、これに対して、州裁判所は、Sおよび警察官が上で再現した被告人の関与について意見を述べたのか否か、あるいは場合によってはどのようにして意見を述べたのかということについても、また、この問題に対する自己の信念が形成されたか否かということについても、伝えてはいない。

しかし、重要なのは次の点である。当刑事部は、その一九八一年二月六日判決（【5】判例）の中で、連邦通常裁判所によって別の機会になされた判断に言及して以下のように説明している。

「重大な影響（erhebliche Einwirkung）――例えば、繰り返しなされる、長期間にわたり持続する説得の試み、

強力で執拗に影響を与えること――があった場合、ロックシュピッツェルの誘発行為は、それに対して行為者の固有の寄与が、それに対して背後に退く程に影響力を有しうる。このことは、法治国家秩序においては、許されないことである。そこからもたらされる結論は、誘発を受けた行為者に限定された刑事訴追の禁止ということになろう。それは、職権で考慮すべき訴訟障碍（Verfahrenshindernis）の効力を生じさせる。」

当刑事部がその事案の関係において、ロックシュピッツェルが重大な影響によりはじめて行為者を法の道から逸脱させているということに言及する範囲では、単に一つの事例が問題となるに過ぎない。すなわち、ヘロイン中毒であり、それゆえに違法な方法ですでに麻薬業界（Drogenszene）に関与している人物の説得も、――例えば、まさに彼の中毒とそこから生じる抵抗力の欠如が利用される場合は――許容できない。とりわけ、ヘロインの譲渡が協力に対する報酬として見込まれている場合は、許されない。

本件も【5】判例と同様、第二刑事部によって判断が行われたものである。ここでも、第二刑事部は、重大な影響の有無を犯罪誘発行為の適否判断の中心的要素とし、長期的説得や強力で執拗な影響が与えられた場合に、違法となることを示唆している。本件では、ヘロイン中毒者の被告人に対してヘロインを報酬として与えることが重大な影響として考慮され、当該犯罪誘発行為に対して違法との評価がなされている。

【8】連邦通常裁判所第二刑事部一九八一年一二月二三日決定(46)

【事実の概要】

前科のない被告人Mは、警察のために連絡員として働いていたAと名乗る同郷のイラン人（実際はSという名前で

ある）によって、彼にヘロインを調達するようにたびたび求められていた。被告人は当初これを断っていたものの、最終的には、一九八一年にヘロイン取引に進んで協力する旨明言した。この取引においては、ドイツ警察の連絡員の他に、AおよびアメリカA合衆国の国家機関の構成員も関与していたとされる。この取引は当時まだ成立してはいなかったが、その後、連絡員Aは、被告人に対しヘロインを調達するように絶え間なく要請した。同年の二月中旬に、被告人は、純度不明のヘロイン調合物を、それから二、三日後、七・一五グラムの純粋なヘロインを含む一二七・二グラムのヘロイン調合物を譲り渡した。

州裁判所は、複数回にわたる麻酔剤（Betäubungsmittel）取引行為で、被告人に対し三年六月の自由刑を言い渡した。州裁判所は、警察の連絡員の協力があったという事実からは、何らの結論も導かなかった。被告人上告。

【判決要旨】

警察のロックシュピッツェルの犯罪誘発行為には、それを無視した場合に国家に帰責されるべき法律違反として、行為者に対する刑事訴追の禁止が効力を生じるような限界が設定されている。

重大な影響――例えば、繰り返し長期間にわたって永続的に行われる説得の試み、徹底的かつ執拗な影響――があった場合、ロックシュピッツェルの誘発行為は、それに対する行為者の固有の寄与が背後に退く程の重みを有することになる。国家機関の指示または承認の下で活動するアジャン・プロヴォカトゥールが、行為者を――文字通り――重大な影響によってはじめて法の道から逸脱させるのであれば、行為者を再び法の道に連れ戻すためにのみ彼を訴追する場合、国家は矛盾し悪意に満ちた行為という非難に曝される。このことは、法治国家秩序においては許容されない。すなわち、そこから生じる結果は、誘発を受けた行為者に限定された刑事訴追の禁止であり、それは職権で考慮すべき訴訟障碍（Verfahrenshindernis）という効果を生じさせる。そのような刑事訴追の禁止は、ロックシュピッツェル

によってさせられた薬物取引において、薬物が国家の側で供給されたとされる場合にのみ、生じるわけではない。このことを、州裁判所は誤認している。

行為者が、国家機関の指示または承認の下で活動するアジャン・プロヴォカトゥールによって法の道から逸脱させられるのであれば、あらかじめ彼によって計画され実行された行為のみならず、アジャン・プロヴォカトゥールの持続的な影響の結果行われた全ての行為に対して、刑事訴追の禁止が根拠付けられうる。いずれにせよ、最初の犯行と時間的・事実的に密接な関係にあり、警察のロックシュピッツェルが行為者を引き続き扇動したような同様の後続行為にとっては、犯罪誘発行為のそのような著しい影響は基本的には排除されていない。もちろん、行為者が比較的長期間にわたり種々の行為を犯しているという事実は、それに対する犯罪誘発行為が背後に退く程に彼の行為の重さにとって重大なものとなる。

本件においては、アジャン・プロヴォカトゥールは、持続的態様で被告人に対して影響を与えている。最初に計画された行為とその後実行された度重なる行為の間には、これまでの判決の事実認定によれば、時間的・事実的に密接な関係が存在し、そして警察のロックシュピッツェルは、被告人をしてこのような繰り返された犯行の両方の行為をも扇動している。当刑事部は、しかしながら本件に関する最終的な判断は行わない。

本件においても、第二刑事部は「重大な影響」基準を用いた判断を行っている。第二刑事部は、本件犯罪誘発行為の適否については具体的な判断を避けているものの、アジャン・プロヴォカトゥールが被告人に対して持続的に影響を与えている点を指摘しており、本件犯罪誘発行為について違法とする判断を示唆したものと評価できよう。

【9】連邦通常裁判所第二刑事部一九八三年九月二三日判決(47)

【事実の概要】

州裁判所は、被告人に対して、麻酔剤（Betäubungsmittel）の無許可取引で六年の自由刑を言い渡し、全体で七年六月の自由刑を宣告した。被告人による上告は、公平の権利の侵害を非難するもので、判決の取消を導くことを主張するものである。被告人が本件薬物取引を行い、逮捕されるまでの経緯は以下の通りである。

一九八〇年の夏、当時トルコに住んでいた被告人は、その売上金で借金を埋め合わせるために土地を売却した。購入者であるDが、換算するとおおよそ一二万ドイツマルクになる残額を支払い終わるとすぐに、土地登記所における名義変更がなされることになっていた。その後、Dはドイツ連邦共和国に滞在し、被告人に金を取りに来るように求めたので、被告人は、そのために一九八〇年の一二月にフランクフルトに行った。被告人はそこで、同郷人であるDに歓迎された。被告人は、Öおよび密かに警察のために連絡員として活動していたKと非常に密に連絡をとっていた。このKは被告人のことを非常に気に掛け、彼に対して彼の大私有地を売却したのはなぜか尋ね、被告人に対して、なぜその大私有地を売却せずに済むようにヘロインを持ってこなかったのか尋ねた。Kは、ヘロインの売れ行きを考えてみるように勧めた。そのような経緯で、被告人は、数度にわたり、かつて彼が住んでいたイスタンブールに電話をかけ、親友からHという男の電話番号を教えられ、そこに電話をかけ、ヘロインを注文した。Hは、被告人に対して、被告人が、ヘロインを仕込み隠すのに適したドイツの登録番号の付けられた自動車（メルセデスの乗用車かマイクロバス）をトルコに送らなければ、薬物は供給できないと伝えた。資金のない被告人は、彼に協力を約束したKにこのことを伝えた。

Hとのその後の長距離通話で、被告人は、ヘロインの供給にかかる準備は、彼がドイツ連邦共和国内での旅行者と

しての滞在許可を有している期間よりも長くかかるだろうということを伝え聞いていた。したがって、彼は、ひとまずHからの輸送を取りやめた。彼がこのことをKに伝えたとき、Kは彼を激しく非難した。Kは、被告人のために直ちに滞在許可の都合を付けることができたのであり、すでに、そのようなことを何度もしたことがあったのである。そういうわけで、被告人は、二日後イスタンブールにいるHにあらためて電話をかけた。今回は、Kと共同で行うこととなった。このことは、Kの指導にあたり、当該機関の同意を得て、およそ四週間に達する被告人の滞在許可の延長をもたらした刑事の思惑を超えていた。Kは、輸送に際して生じるあらゆる損害に対して準備ができており、被告人は三から四キログラムのヘロインを注文した。

被告人が、ミュンヒェンに行って車両と運転手を得るための金をKに求めたので、Kは二〇〇〇ドイツマルクを提供した。ミュンヒェンで、被告人とある別の人物は――おそらくはそこへ行くのに使われた自動車の所有者である.Ö だと思われる――密輸のためにタクシー運転手Rを雇い入れた。彼らはKからさらに二五〇〇ドイツマルクを送ってもらった後、Rが適切だと認めた一台の古いフォルクス・ワーゲン・バスをその値段で購入した。その後、Rとの間で、その旅の全ての段階のこと、トルコにいるRとの連絡のこと、ならびに戻ってきた後のヘロインの受渡しのことについて、取決めが行われた。一九八一年の二月二三日から同月二七日までの期間に、この車両に荷物が積み込まれた。被告人は、ほとんど毎日Hのところに電話をかけ、その際、輸送の準備の状態についてその都度、報告を受けた。一九八一年二月二七日に、Rは帰路についた。

その後、輸送者の出迎えについては少なくとも被告人とK、SならびにSeの間で、何度も協議がもたれた。KoとKは、まずトルコで製品の代金を支払うことを計画した。それから、Sは代金の支払いを受けたとされ、Koは、Sの住居でヘロインを見張っていたとされる。被告人は、二度にわたり――かつてKも所属していた――グループのメンバー

ら数人とミュンヒェンに行った。そこでは、ミュンヒェンでのRとSeの最初の接触、ならびにSeによるミュンヒェンからフランクフルトまでのフォルクス・ワーゲン・バスの動向について準備行為が行われた。このために、Kはさらに一三七〇ドイツマルクと二〇〇ドイツマルクを与えた。被告人は、SeにR、Kの写真を与え、それから、フランクフルトにあるÖの住居へ行った。そこで、彼らは、Rが一九八一年三月六日にミュンヒェンに到着することを電話で知らせられた。被告人は、Rのフランクフルト到着が目前に迫っていることを、Söに知らせた。彼の住居にはヘロインが運び込まれることになっていた。

同日の警察によるフォルクス・ワーゲン・バスの押収の後、その空洞に九二五・三グラムの純粋なヘロインを含有する三四五二・四グラムのヘロイン調合物が仕込み隠されているのが発見された。同時に、R、SおよびSöは逮捕された。被告人は、三週間後に、別のヘロイン取引に関連して逮捕された。

州裁判所の刑事部は、量刑判断に際して、「警察の連絡員（V-Person）がかなり著しく犯行に寄与している」という状況には、その限りにおける決定的な行為の指揮に対する「かなり著しく斟酌された意義」しか認められず、一方で、被告人は、彼が絶対にその願望に従わざるをえない程に「Kに支配されてはいなかった」という点を強調した。最後に挙げられた見解から十分に分かるように、州裁判所は、法的評価に際して国家刑罰権の失効の問題を論じる機会を何ら認めなかった。

【判決要旨】

連邦通常裁判所の確立した判例によれば、薬物犯罪との闘いのためのロックシュピッツェルの投入は認められている。同様に、犯罪誘発行為は、法治国家原則によって保護されている限界内においてのみ許される。したがって、判断するにあたって重要なのは、行為者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、犯行の準備、およびロックシュピッツェルが影響を及ぼした被告人の行為が他人にコントロールされていない固有のものであること、である。

これまでの事実認定によれば、いずれにせよ行為経過において、被告人が当初約束を取り消したことがあったことから、警察に帰責される働き掛けは許容される枠内にあったとの評価は認められない。ヘロイン取引の事実上の実行は――Kの主張に従ったとしても――被告人の協力に依存しており、したがって、後にフランクフルトに持ち込まれたヘロインは被告人の関与なしには輸入されなかったであろうという可能性は、未解決のままにされている。原判決の事実認定によれば、Kは、運転手を雇い、適当な車両を調達して薬物の保管のための準備を行わなければならないことについて事前に知っていた。販売はすでに別の人物によって確保されていたということに関する根拠は、判決の根拠を導きえない。すなわち、Kは、被告人に単なる独立の援助者だと信じ込ませていたのである。このような状況においては、Kは被告人の後続の行為によって現存する購入システムおよび販売システムを明らかにしようとしたのではない。本件はそういう事案ではない。すなわち、被告人を（場合によっては他の者をも）魅力的な協力に向かわせるために、嫌疑のないことの明らかな状況で誘発行為が行われたにすぎないのである。このことは、被告人に有利な事情として考慮されなければならない。後に警察に帰責されるべき取引に対するKの働き掛けは以下の点に存在する。すなわち、Kは、まず、被告人が行為を行うことを断念したことに対して激しい非難を行っており、滞在許可の延長を可能にし、あらゆる損害に対する保障の約束を与え、彼に、Kのいる前で、再度ヘロイン――目下、具体的な量は三から四キログラム――を確実に注文させているのである。さらに、彼は、被告人およびSeに、車両と運転手の調達および輸送の受入れのために必要な金――次々に渡された四回にわたる個々の額の総計は六〇七〇ドイツマルクに上る――を自由に使用できるようにし、受け入れおよび送られた物の受入れおよび保管の準備行為に際して深く協

力し、その後の販売協力の約束の際に、被告人と収益の利用について協議しているのである。

先に挙げた目的のためのこのような行為は、法治国家的観点からはもはや甘受されえない。警察の承認によって活動するロックシュピッツェルの行動は、州裁判所の刑事部が前提とするように、彼の希望に従わなければならない程に他人を自己の支配下に置いている場合にのみ許容される限界を超えているのではない。彼が、他人をして、本件で認定されている強度であらためて可罰的行為へと向かわせ、その後の過程において行為をあらゆる局面に至るまで支配し、コントロールする場合は、国家機関に帰責されるべき犯行への寄与は――被告人によって後に発展させられた行為を考慮したとしても――支持できない程に重大であるように思われる。先行する被告人の犯罪行為は、それらもKによって準備され、なお口頭の交渉の段階で被告人によって調整されたという点に鑑みれば、ここでは何らの異なる評価も認められない。したがって、州裁判所の刑事部は、事実的根拠に基づいて正当と認められる以上に、より広範な責任の範囲を認めている。このため、原判決を破棄、差し戻す。

本件は、アジャン・プロヴォカトゥールが被告人を自己の支配下に置いた上で犯行を行わせたという事案ではない。第二刑事部はこの点を指摘しつつ、本件犯行をあらゆる局面に至るまで支配し、コントロールした点を重視し、国家による重大な影響を認めて本件犯罪誘発行為を違法と示唆している。

【11】連邦通常裁判所第二刑事部一九八五年二月一日判決(48)

【事実の概要】

州裁判所は、麻酔剤（Betäubungsmittel）取引との観念的競合（Tateinheit）にある三件の違法な麻酔剤の大量輸入

の罪で、被告人に対し全体で五年九月の自由刑を言い渡した。被告人の上告は、却下され、検察の上告は、刑の言い渡しの点において、判決の破棄を導いた。

事実認定は以下の通り行われた。一九八二年の九月以前から、被告人E. B.は、彼の（共同被告人であり、その間に有罪の確定した）妻、および三人の息子と共同で、自分およびその家族のための追加収入を得る目的で、麻酔剤（Betäubungsmittel）取引を行った。彼およびその家族は、オランダおよびドイツの薬物グループ内で、特にヘロインの供給者として知られていた。オランダのヘールレン（Heerlen）にある彼の住居は、その一部はドイツの国境に近い地方の出身者である他の薬物取引業者および消費者にとって、接触場所となっていた。冷蔵庫には、購入希望者が吟味できるように、すでにヘロインの入れられた注射器が準備してあった。様々な購入希望者に対して、被告人は、「わずか五〇グラムという最低買取量のヘロインであっても、ドイツに供給する」用意があると明言していた。州裁判所の刑事部は、量刑判断にあたって、「薬物取引の実行に関して、確かに職業的であるとされる被告人の組織は……」と強調した。

州裁判所の刑事部は、個別的に、以下のように認定している。

一九八二年の九月に、被告人は、彼の妻と共同で、自動車内の五〇グラムのヘロイン調合物（純粋なヘロインの含有量二〇％）を、注文主の女性Nのもとへ届け、彼女とともに、何回かの取引ですでに買い手として知っていた証人Dの住居に運んだ。そこで、彼らによって薬物の吟味が行われ、同じくその場に居合わせていたHに九〇〇〇ないし一万ドイツマルクが支払われた。

それからしばらくして一九八二年の一〇月に、被告人は、妻と共同で、同様の方法で、同質・同量のヘロイン調合物を、Dからの電話注文によって直接にその住居に届け、再度Nのいる前で、DおよびHに売却した。

オランダのマーストリヒトでの購入希望者と詐称するヘッセン州刑事局の二人の情報提供者の問い合わせに対して、同年一二月一七日に、被告人は、一九八二年の一二月二二日にフランクフルトでパキスタン産のヘロイン一キログラムを一一万ドイツマルクで供給することを約束した。その後のある日、彼は電話で取決めを確認した。一九八二年一二月二二日、彼は、妻と共同で、その日彼が自由に処分できた二三六・八グラムのヘロイン調合物（純粋なヘロインの含有量八四・五グラム）をフランクフルトへ運び、そこで二人とも逮捕された。

【判決要旨】（ロックシュピッツェルの働き掛けについて）

認定された行為の訴追に対する訴訟障碍は、存在しない。

警察の情報提供者（Gewährsleute）が、被告人に対して一九八二年の一二月の薬物取引の売買契約の締結させた態様および方法は、本件可罰的行為の訴追に対する禁止を何ら正当化することはない。被告人は、ヘッセン州刑事局の二人のロックシュピッツェルが、一九八二年一一月に彼にはじめてヘロインの供給を依頼したときに、すでに薬物取引に深く関与していた。このような状況の下では、準備が行われているのであるから被告人は犯罪誘発行為に対して異議を申し立てることはできない。認定されている影響の強度は、許容される程度を越えていない。最初の接触は、被告人が要求された一キロという量のヘロインの供給をできる能力がないと明言することによって、終了した。マーストリヒトにおける一九八二年一二月一七日の二度目接触の際には、被告人は、ドイツ連邦共和国内においては（薬物を）自由に扱えること、供給可能であることを自負し、支払金額について交渉し、彼の息子によってヘロインのサンプルを運ばせ、最終的に一九八二年一二月二二日にヘロインをフランクフルトに運ぶことを約束した。なお、この過程において、偽装バイヤー（Scheinaufkäufer）によって加えられた圧力の根拠が明白であるということは全くなかった。その後の数日間、彼は、再度、取決めの引渡期日および受渡しについて、電話で確認をとっている。被告人はこ

のような状況を否認している。すなわち、彼は単に、一キログラムという量のヘロインの供給を約束したと主張するにすぎないのである。なお、オランダ警察の情報提供者が、一九八二年一二月二二日に、従わなければドイツ人の購入希望者に雇われている二〇人のオランダ人の派遣従業員が、職場を失うかもしれないということに言及しながら、自由に扱える分のヘロインを供給することを求めたという事実が、被告人によって主張されている。しかしながら、以上のような被告人の犯行への寄与に鑑みれば、証拠申請に際して彼によって主張された事実は、国家刑罰権の失効を導かない。

本件第二刑事部は、偽装バイヤーによる圧力があったことを認めなかった。反対に、被告人が薬物の引渡期日等について電話で確認をとっている点を重視し、被告人の犯行への寄与を認めることで、偽装バイヤーが被告人に対して重大な影響を与えていないとして、国家刑罰権の失効を否定した。

【12】連邦通常裁判所第二刑事部一九八五年三月二〇日判決(49)

【事実の概要】

失業中であった被告人は、職業紹介事務所を営んでいるロックシュピッツェルZによってヘロインを調達して欲しいという話を持ち掛けられた。はじめてこの話を持ちかけられた時、彼はヘロインを取引できる人物も知らないし、それを行う気もないと述べ、Zからのこの申し出を断った。しかし、Zによってあらためてヘロイン調達が可能かどうか話を持ち掛けられたとき、彼は断ることも約束することもせず、回答を留保した。というのは、いつの日か仕事を仲介してもらえるかもしれないという望みを持っていたためであった。その直後に、彼は、ヘロインを調達するこ

とができるといっていた同国人と連絡をとり、そしてZに電話をかけ、彼との接触を取決め、自動車を借り、ヘロインの供給者とともに、その後交渉することになっている約束の接触場所に行った。

なお、犯行時の被告人の生活環境は、確かに苦しい状況にあり、彼は銀行からおよそ九〇〇〇ドイツマルクの借金をしており、月々約一〇〇〇ドイツマルクの失業給付金を受け取っていた。そして、本件では、被告人には、一キログラムというヘロインの取引に関して一〇万ドイツマルクという高額の報酬が期待されていた。

【判決要旨】（許容される犯罪誘発行為について）

州刑事局のために活動した証人Zの犯罪誘発行為を理由とする訴訟障碍は、存在しない。

これに関して、許容されるロックシュピッツェルの投入の限界を踏み越えることが訴訟障碍を導きうるか否かという、連邦通常裁判所の刑事部によって多様に判断されている問題は、判断を必要としない。というのは、これまでの連邦通常裁判所の刑事部の判例によると、本件においては、刑事訴追禁止を根拠付けるために存在しなければならない前提条件を欠くためである。

この連邦通常裁判所の理論によれば、ロックシュピッツェルの犯罪誘発行為が、行為者の固有の寄与がそれに対して背後に退く程に強力であるか否かということが、基準となる。これに対する本質的な判断基準は、行為者に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）、ならびにロックシュピッツェルが影響を与えた人物の他人にコントロールされていない能動性である。許容される犯罪誘発行為の限界は、ロックシュピッツェルが執拗な方法で――例えば、繰り返し、長期間にわたる説得の試み、徹底的かつ執拗な影響を用いて――行為者に影響を与える場合に、踏み越えられうる。

このようなメルクマールは、ここで判断されるべき事案には存在しない。

認定されている事実経過を見れば、ロックシュピッツェルによる被告人に対する執拗かつ徹底的で、強固な影響は、ここでは問題とならない。なぜなら、被告人は、ヘロインを調達して欲しいというZの要求に対して、一度目だけは明確に拒否したが、しかしその後、このような提案の単純な繰り返しにはもはや何らの反論も行わず、――特に追及されたり、圧力を掛けられたりすることもないまま――さっそく、彼に与えられた機会を利用し、相当の量の薬物取引を成功させるために、他人にコントロールされていない固有の活動を展開したのである。

もちろん、ロックシュピッツェルが犯行の決意（Tatentschluss）の惹起のために不公正な手段を用いる場合、特に、行為者の苦境および窮地を策略的に利用する場合、行為者に対する追い立てるような影響がなかったとしても、犯罪誘発行為は許容されえない。しかしながら、本件では、それに対して十分な根拠は示されていない。確かに、被告人は失業中であり、職業紹介事務所を営んでいるZとの接触に就職の仲介を期待していた。とはいえ、このことは、Zを通じて被告人を犯行の決意へと向かわせたことが策略的に苦境および窮地を利用したものとみなされるためには、十分ではないのである。犯行時における彼の本質的な生活環境は確かに緊張状態にあった――彼は銀行からおよそ九〇〇〇ドイツマルクを借金しており、月々約一〇〇〇ドイツマルクの失業給付金を受け取っていた――、しかしここでは訴訟障碍の前提条件となる意味における苦境は存在しない。確かに、ロックシュピッツェルの犯行への寄与は、それがなお確かに苦境および窮地の域を超えないが、行為者の困難な状況を策略的に利用し、それ以外にも――単に強度にのみ基づくならばなお問題はないのだが――かなりの規模の影響を彼に与える場合にも、支持しえない程重大なものとなる。彼が犯意の惹起のために両方の手段を用いた場合、犯罪誘発行為は、あらゆる状況の全体考察において許容されないことが明らかとなりうる。しかし、そのような状況は存在しない。ロックシュピッツェルの働き掛けは、それが――被告人の失業状態を利用したとしても――訴訟障碍を根拠付けうる程重大なものとはいえない。認定

されている事件経過が示すように、本件ではすでに、ヘロインを調達して欲しいという提案の単なる繰り返しが、なお特別な説得あるいはさらなる影響を要せずに、被告人において薬物取引に関与するという内心的犯意（Bereitschaft）を惹起しているといえる。

本件被告人は、Zによるヘロイン調達の要求を一度目のみ断っているが、その後は何の反論も行っていない。また、彼によって特に追及されたり、圧力を掛けられたりしたこともなかった。他方、Zから持ち掛けられたこのような機会に乗じて、自ら犯行に及んでいる。第二刑事部はこの点を指摘し、本件において被告人に対する「重大な影響」の存在を認めなかった。なお、第二刑事部は、行為者の苦境および窮地を策略的に利用する場合、行為者に対する追い立てるような影響がなかったとしても、犯罪誘発行為は許容されえない点を認める。この点、本件被告人は経済的に困窮した状況にあったが、それだけではZが策略的に苦境および窮地を利用したとはいえないとする。

第二款　理論の出発点――「被告人に対する重大な影響」――

以上紹介した五件の判例は、いずれもアジャン・プロヴォカトゥールの重大な影響がある場合に当該犯罪誘発行為を違法とみなしている。はじめてこのような見解を示したのは、【5】判例における第二刑事部であった。この第二刑事部は、まず最初に、特に危険で解明困難な犯罪との闘いにおいては警察のアジャン・プロヴォカトゥールの投入は許されるが、その犯罪誘発行為に対しては限界が設定されていることを確認する。そして、基本法および刑訴法に内在する法治国家原則は、刑事訴追機関に対して、この原則に優る根拠が存在しえない場合、犯罪行為を遂行するように影響を

与えることを禁じているという。つまり、この点から、「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準における許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠は法治国家違反にあることがみてとれる。さらに、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」とほぼ同様の評価の視点を示しつつ、犯罪行為に対する行為者（対象者）の固有の寄与とアジャン・プロヴォカトゥールの影響とを比較し、前者が後者の背後に退くような影響がある場合に違法とするとした。そして、「重大な影響によってはじめて行為者を法の道から逸脱させるのであれば、彼を再び法の道へと連れ戻すためにのみ行為者を訴追することを彼が行う場合、国家は矛盾し悪意に満ちた行為という非難に曝される」という。同第二刑事部は、その後の【7】判例においても同様の見解を示し、そのような場合には「職権で考慮されるべき訴訟障碍（Verfahrenshindernis）」の効力が生じるという。なお、法律効果に関する理論の詳細については後に説明するが、「重大な影響」基準を採用する判例は、重大な影響が法治国家秩序に矛盾するため訴訟障碍が承認されるとする点に注目すべきであろう。同様の見解は、その後の【8】および【9】判例においても維持されている。(50) また、【10】判例の第一刑事部が違法な犯罪誘発行為の法的帰結に関して量刑説を示した後も、第二刑事部は【11】および【12】判例において自らの見解を維持したといえよう。

これら【5】、【7】、【8】、【9】、【11】、【12】の六つの判例はいずれも第二刑事部によるものであり、そのためアジャン・プロヴォカトゥールによる重大な影響の有無を違法性判断のメルクマールとするのは、第二刑事部独自の考え方とみることもできよう。いずれにせよ、これら四件の事案において第二刑事部が示した「重大な影響」基準の理論的基礎は、犯罪誘発行為の対象者が、アジャン・プロヴォカトゥールの重大な影響によりはじめて法の道から逸脱させられ、その者を再び法の道に連れ戻すためだけに刑事訴追が行われることを違法の根拠とする。すなわち、この点に国家的行為の矛盾点を見出し、いわゆる撞着法理を用いて違法な犯罪誘発行為を説明する点に、先に紹介した「犯意の具体化理

論」との違いがみてとれる。

第三款　評価の視点

以上みてきた通り、重大な影響基準を示した第二刑事部の見解は、当該行為に対する行為者の固有の寄与とアジャン・プロヴォカトゥールの影響の度合いを比較して、前者が後者の背後に退くような場合に、当該犯罪誘発行為を違法とする。この表現は、一見分かりやすくもみえるが、実際のところどのように評価すべきか曖昧で分かりにくい。そこで、「重大な影響」基準によって違法性判断を行う判例も、「犯意の具体化理論」の判例とほぼ同様の評価の視点を示す。すなわち、（a）被告人に存在する「嫌疑の基礎と程度」、（b）アジャン・プロヴォカトゥールの「働き掛けの態様、強度および目的」、（c）「被告人の犯意（Tatbereitschaft）」、（d）犯罪実行への被告人の「固有の能動性」である。ただ、重大な影響基準においては、それまでの判例が示したこれらの評価の視点を用いてはいるが、その評価の重点の置き方という点で「犯意の具体化理論」とは違いがみられる。以下では上記aからdまでの評価の視点が、どのように評価されているかそれぞれの評価の視点の位置関係に着目しつつ判例をみていこう。

【5】判例において、第二刑事部はアジャン・プロヴォカトゥールが被告人（対象者）に対し「運を天に任せて」犯罪行為を誘発した事案であった。すなわち、当初被告人には過去あるいはこれからの薬物取引について嫌疑がなかったことが確認されている。しかし、【5】判例において第二刑事部は、「嫌疑の不存在」は「刑事訴追の許容性を否定するのになお十分でない」とする。「犯意の具体化理論」においては、いくつかの評価の視点のうち特に被告人の内面に着目した主観的視点が重視されていた。つまり、被告人に存在する既存の嫌疑は、犯意の具体化の当否をみる上で重要な

要素であり、これが違法性判断に大きく影響していた。しかし、【5】判例においては第二刑事部はこれとは反対の評価方法を用いているのである。すなわち、嫌疑のなかった対象者であってもそのことから直ちに違法な犯罪誘発行為であるということはできず、その場合でもアジャン・プロヴォカトゥールの影響が重大でなければ違法とはならないというのである。反対に【7】判例においては、被告人の嫌疑等の要素について触れず、麻薬中毒者に報酬として麻薬の譲渡を約束するというアジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けの態様を重くみて違法とする判断を行っている。この【7】判例では、被告人に薬物取引等の嫌疑が存在したか否かについては、第二刑事部は何も述べていないが、被告人が麻薬中毒者であった点等からすでに麻薬に関係する環境に身を置いていた人物であることがうかがわれ、犯罪に対する嫌疑を認定することが可能であったかもしれない。しかしながら、第二刑事部はこの点については何も述べずに、アジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けの態様から、当該犯罪誘発行為の違法性判断を導いている。なお【8】および【9】判例においても当該犯罪誘発行為が違法であるという示唆がなされている。これらの事案においては、被告人に犯罪の嫌疑等がなかったと思われ、そのため「犯意の具体化理論」を用いても無罪となる可能性は高いと考えられる。しかしながら、第二刑事部は、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯行への働き掛け、関与の態様を重視した判断を行っている。【12】判例でもまた、アジャン・プロヴォカトゥールによる働き掛けの程度、被告人の固有の能動性が、主たる評価の視点として持ち出されている。

次に、アジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けの態様という評価の視点が、具体的にはどのような場合に当該犯罪誘発行為を有罪方向に導くのかが問題となる。この点、【7】判例は、「長期間にわたり、繰り返しなされる説得の試み、強力で執拗な影響」を例示する。ただし、【7】判例自体は、犯罪行為遂行の執拗な説得等が確認される事案ではなく、ヘロイン中毒の対象者にヘロインを見返りとして提供することにより、アジャン・プロヴォカトゥールが対象者に重大

な影響を与えたという事案であった。このように報酬が行為者を支配するこのような類型を精緻化すれば、おそらく極端に多額の報酬をアジャン・プロヴォカトゥールが提示しているような場合も違法と評価されることになろう。[51] これに類似した判例として【12】判例があげられる。【12】判例の事案では、失業中の被告人は就職の仲介を期待してアジャン・プロヴォカトゥールの犯罪誘発行為に従った。これについて、第二刑事部は、行為者に対する追い立てるような影響がなくても、行為者の苦境および窮地を利用する場合は当該犯罪誘発行為は許容されないとした。ただ、当該事案においては、当時の被告人の置かれた状況は、策略的に苦境および窮地を利用したものというには十分でないとされた。【7】判例で示されていたような、執拗な説得によって当該犯罪誘発行為が違法とされる類型には、【8】判例が妥当しよう。すなわち、この事案では前科のない対象者に対し、アジャン・プロヴォカトゥールが持続的態様で影響を与えていることが確認されている。[52] 反対に、【5】判例では、被告人はアジャン・プロヴォカトゥールによって違法な薬物取引の話が持ち出されたとき、当初は要求を断りつつもその時点で一度問い合わせてみることを約束しており、その後取引はスムーズに進められた。したがって、アジャン・プロヴォカトゥールの側の働き掛けとしては、行きすぎはなかったと評価されたわけである。最後に【9】判例であるが、この事案は、アジャン・プロヴォカトゥールの当該犯罪行為への関与の仕方が問題とされた類型である。すなわち、【7】判例を「過剰報酬類型」、【8】判例を「長期・反復的説得類型」とすれば、【9】判例は「犯行支配類型」とでもいえよう。【9】判例をみると、被告人が滞在許可期間の関係でいったん犯行を断念した時点でアジャン・プロヴォカトゥールが、①激しい非難を行っている点、②当該犯行を可能ならしめるために滞在許可の延長を可能にした点、③あらゆる損害に対し保証を約束した点、④当該犯行の遂行に必要な資金を工面した点、⑤その他準備行為に際して深く協力した点、⑥収益の利用について被告人と相談している点が指摘されている。そして、これらの事実から、この事案におけるアジャン・プロヴォカトゥールの行為は、被告人をして

当該犯罪におけるあらゆる局面に至るまで支配しているため、許されないとした。

第四款　許されざる犯罪誘発行為の法的帰結

では、以上のような違法の根拠、評価の視点の検討から当該犯罪誘発行為が違法と認められる場合、これら第二刑事部の判例はどのような法律効果が適当であると考えているのであろうか。この点、【5】および【8】判例が「職権で考慮すべき訴訟障碍」を考慮していることが明らかである。そこで、これらの判例からみていこう。

まず、【5】判例において第二刑事部は、重大な影響の存在を理由に、国家が「矛盾し悪意に満ちた行為という非難」を甘受すべきことは、法治国家秩序においては許されず、そこから導かれる帰結は刑事訴追の禁止であり、これは職権で考慮すべき訴訟障碍という効果を生じさせるという。このような表現は、そのまま【8】判例においても用いられており、実際【8】判例では訴訟障碍を示唆する判断が出されている。これらの判例は、撞着法理に触れる国家的行為の矛盾は法治国家原則に反するため、そこから刑事訴追禁止を経由して訴訟障碍を導く見解を示しているといえる。したがって、【7】および【9】判例も、訴訟障碍に触れた部分はないが、違法の根拠を【5】および【8】判例と同じくするため同様の帰結を想定しているものと推測される。(53)

ところで、【11】判例は国家刑罰権の失効を示唆しており、(54)【12】判例は訴訟障碍について示唆している。しかしながら、これらの判例は当該犯罪誘発行為が違法な場合にそのような効果が生じることを示唆するにとどまり、その理論的根拠については述べられていない。また【12】判例においては、訴訟障碍を刑事訴追禁止と関連付けていると考えられなくもない。犯罪誘発行為の前提を行為者の固有の寄与とロックシュピッツェルの犯罪誘発行為の比較に求める点、

そしてこれら一連の判例が第二刑事部において比較的短期間に取り扱われた事案である点を勘案すれば、少なくとも【12】判例については【5】および【8】判例と同様の理論構成を基礎とした訴訟障碍事由説に立つものと推察される。しかし、同じ時期になされた判断であるにもかかわらず、【11】判例が許されざる犯罪誘発行為の法的帰結として刑罰阻却事由という用語を持ち出している点、興味深い。判決文をみる限り、その理由は、明らかではない。二つの処理方法がいずれにしても被告人の不処罰結果を導くという側面においては共通するが、第二刑事部は理論・根拠等については明確な説明を行っていない。むしろ、これらの処理方法の理論的根拠付けは学説に委ねられ、そこで議論が展開されていくこととなった。(55)

第五款　検討

以上みてきた一連の第二刑事部の判例は、撞着法理に触れるような国家的行為を許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠とし、アジャン・プロヴォカトゥールによる重大な影響が認められる場合に当該犯罪誘発行為を違法とみなしてきた。先に紹介した「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」と大きく異なるのは、違法の根拠をアジャン・プロヴォカトゥールあるいは国家の側に見出す点である。すなわち、「犯意の具体化理論（Konkretisierungstheorie）」では犯罪誘発行為の対象者の犯意の有無が結論に大きく影響したのに対し、「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準ではアジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けの行きすぎや、国家による犯行の支配の程度が重視されることとなるのである。したがって、ほぼ同じような評価の視点を掲げつつも、重大な影響基準においてはアジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けをみる外面的な評価の視点、すなわち客観的視点が主観的視点に優越して評価されることとなった。

このような視点の転換は、犯罪誘発行為の違法性判断を明確かつ客観的なものとし、実際に違法とする判断を導きやすくしたという点で画期的であったといえよう。なぜなら、犯罪誘発行為の対象者の内面に着目することは、犯行に及んだという事実が当初から犯意があったことを推認させる危険をはらむからである[56]。この点、「重大な影響」基準はそのような類推に左右されることのない違法性判断を期待できるし、実際に【7】、【8】、【9】判例では当該犯罪誘発行為が違法と判断された「実績」[57]がある。

ただ、指摘されているように、この理論が「犯意の具体化理論」に比べて全ての点で優っているわけではない点も看過しえない。例えば【5】判例においては、嫌疑のない対象者に対し、アジャン・プロヴォカトゥールが「運を天に任せて」薬物取引話を持ち出していたが、その働き掛けが重大ではなかったために適法な犯罪誘発行為と評価された。犯意の具体化理論を用いてこの事案における犯罪誘発行為の違法性判断を行う場合、違法と評価される可能性は高いといえよう。このようにアジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けさえ常識の範囲内にとどまるのであれば（例えば、試しに声を掛けてみる行為のように）、全く嫌疑のない対象者に対する犯罪誘発行為も全て許容されるのであろうか。検討の余地を残すところであろう。「重大な影響」基準もその評価の視点として内面にかかわる項目を示している点に鑑みれば、「重大な影響」基準の客観的判断を担保しつつ、（a）嫌疑の程度や（c）犯意（Tatbereitschaft）[58]といった評価の視点の検討がより効果的に機能する判断枠組みが示唆されても良いように思われる。

（1）V-Mann の他にも、V-Leute あるいは V-Person (VP)とも呼ばれる。なお、V の意味については、Verdeckte または Vertrauens といわれている。

（2）本稿では、アジャン・プロヴォカトゥールという用語をそのまま用いる。あえて邦訳を当てるのであれば、教唆する捜査官ということになろうが、わが国においてもアジャン・プロヴォカトゥールの用語がかなり以前から通用しているため、このようにする（例えば、平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、一九五八年）八五頁参照（以下、本稿では単に「平野」とする））。

（3）*Imme Roxin*, Die Rechts folgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 2. Aufl., 1995, S. 5f.

（4）最近では、エルボーゲン（*Ellbogen*）がこのような理解を示して、以下のように述べている。すなわち、「アジャン・プロヴォカトゥールならびにロックシュピッツェルという概念は、欺罔的捜査手法（die verdeckten Ermittlungen）の中で独立したパーソナルグループ（Personengruppe）という特徴を有せず、一定の行為類型（Handlungsmuster）ならびに戦略を意味するものである」とする（*Ellbogen*, Die verdeckte Ermiitlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten, 2004, S. 49.）。

（5）寺崎嘉博『訴訟条件論の再構成』（成文堂、一九九四年）二五二頁以下註二八参照（以下、本稿では単に「寺崎『訴訟条件論』」とする）。

（6）金子宏ほか編集代表『法律学小辞典［第四版］』（有斐閣、二〇〇四年）三頁参照。ただし、同書によれば、アジャン・プロヴォカトゥールは捜査手法ではなく、そのような捜査手法を行う人物として説明してある。確かに、アジャン・プロヴォカトゥールを人物として説明するのが一般的であろうが、先にも述べたとおりここでは捜査手法として位置付けておく。

（7）*Krey*, Rechtsprobleme des Strafprozessualen Einsatzes VE, 1993, S. 29, Rn 2.

（8）*Hilger*, Neue Strafverfahrensrecht durch das OrgKG -2. Teil-, NStZ 1992, S. 523.

（9）*Krey*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 30, Rn 5.

（10）*Krey*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 31f., Rn 7.

（11）*Krey*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 31, Rn 6.

（12）新屋達之「いわゆる『隠密捜査官』をめぐる若干の検討」『刑事法学の現代的課題――阿部純二先生古稀祝賀論文集』（二〇〇四年）四七一頁。

（13）新屋・前掲論文（註12）四八二頁。潜入捜査官の供述の利用については、その秘密保持との関係上様々な案が示されているが、定まっていない部分が多いようである。

（14）新屋・前掲論文（註12）四七二頁によれば、ここで論じる連絡員（V-Mann 等）とならんで情報提供者（Informant）については、潜入捜査官のような法律上の概念ではないため、論者によりニュアンスを若干異にする場合もあり、必ずしも一義的であるわけではないとする（なお、寺崎『訴訟条件論』（註5）二五二頁以下註二八参照）。

（15）Richtlinien für das Starfverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) v. 1. Januar 1977., Anlage D 2. 2.

（16）寺崎嘉博によれば、この点、前掲の準則の付則Dにより「情報提供者とおとり、隠匿捜査官（VE）についての定義の問題は、一応の解決を見たと考えてよいだろう」、とされる（寺崎『訴訟条件論』（註5）二五二頁以下註二八）。

（17）*Rogall*, Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren, JZ 1987, 847, 849 m. w. N.

（18）この点、寺崎は、潜入捜査官（VE）については、「国家の指図・了承」の存在が推認できるため、この点から連絡員と潜入捜査官を区別する必要があると指摘する（寺崎『訴訟条件論』（註5）二五二頁以下註二八）。

（19）*Krey*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 33 Rn 13.

（20）新屋・前掲論文（註12）四七一頁。

（21）新屋・前掲論文（註12）四七一頁。

（22）新屋・前掲論文（註12）四七一頁以下。また、寺崎嘉博によれば、Informant のほかに Hinweisgeber や Gewährsmann 等が情報提供者として挙げられている（寺崎『訴訟条件論』（註5）二五二頁以下註二八）。

（23）寺崎『訴訟条件論』（註5）二五二頁以下註二八参照。

（24）*Krey*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 33, Rn 13.

（25）寺崎『訴訟条件論』（註5）二五二頁以下註二八参照。

（26）*Krey*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 33, Rn 15.

（27）BGH (1. Senat), Urt. v. 21.7.1994, NStZ 1995, S. 354f. は、警察が故殺事件の解明のために被告人の身辺に連絡員を投入した事案について、公判廷で被告人の証言拒否権（Zeugnisverweigerungsrecht）が用いられる場合は、被告人の家族の

発言に関する連絡員の目撃証言を利用することができるとしている。

(28) *Rogall*, a.a.O. (Anm. (17)), S. 847ff.

(29) *Krey*, a.a.O. (Anm. (7)), S. 31f., Rn 8 ff.

(30) 正式名称は、「違法な薬物取引およびその他の組織犯罪の現象形態の克服のための法律」（本稿序章（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）四三頁以下および註6参照））。

(31) アジャン・プロヴォカトゥールの活動が問題となった最近の判例として、BGH (1. Senat), Urt. v. 30.5.2001, StV 2001, 492ff.（【23】）などがある。

(32) 以下、本稿ではドイツの連邦通常裁判所および憲法裁判所の判例を「【1】、【2】……【23】」と示し、下級審判例を「【AG-1】、【AG-2】、【LG-1】【LG-2】、【OLG-1】」と示す。また、第五章で紹介するの日本の判例を「［1］、［2］……［18］」と示すこととする。

(33) BGH (1. Senat), Urt. v. 10.6.1975, GA 1975, 333f.（【1】）

(34) BGH (1. Senat), Urt. v. 15.4.1980, NJW 1980, 1761.（【2】）

(35) BGH (4. Senat), Urt. v. 11.9.1980, NStZ 1981, 70f.（【3】）

(36) BGH (1. Senat), Urt. v. 21.10.1980, StV 1980, 163f.（【4】）

(37) BGH (3. Senat), Urt. v. 25.3.1981, StV 1981, 276f.（【6】）

(38) *Franzheim*, Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittelung von Straftätern, NJW 1979, 2014f.

(39) *Lüderssen*, Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?, Festschrift für *Peters*, 1975, S. 361f.

(40) 違法な犯罪誘発行為の法的帰結として訴訟障碍を導く見解のうち国家刑罰権の失効に基づく訴訟障碍を主張する論者として、ブルンス（*Bruns*）、タシュケ（*Taschke*）、デンカー（*Dencker*）、ゲッセル（*Gössel*）、カツォルケ（*Katzorke*）らが挙げられる。これら学説については本稿第四章「ドイツ学説の発展」において詳論する。

(41) 本稿第四章参照。

(42) 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）七三頁（以下、本稿では単に「川崎・前掲論文②」とする）。

(43) なお、下級審でも犯意の具体化理論を採用した判例が存在する。すなわち、【AG-1】ハイデンハイム区裁判所一九八〇年一一月二七日判決（AG-*Heidenheim*, Urt. v. 27.11.1980, NJW 1981, 1628.）および【AG-2】オースターホルツーシャームベック区裁判所一九八二年二月一八日判決（AG-*Osterholtz-Scharmbeck*, Urt. v. 18.2.1982, StV 1981, 276.）である。【AG-1】判例では、ハイデンハイム区裁判所は、アジャン・プロヴォカトゥールが被告人を「国家行為の単なる客体」とし、基本法一条一項で保障される人間の尊厳に対する侵害を行ったことを認めた。また、【AG-2】判例では、オースターホルツーシャームベック地区裁判所は、被告人がハッシッシュ売却の犯意があったことを認め、刑事訴追禁止を認めなかった。

(44) BGH (2. Senat), Urt. v. 6.2.1981, NJW 1981, 1626f. (【5】)

(45) BGH (2. Senat), Beschl. v. 13.11.1981, NStZ 1982, 126. (【7】)

(46) BGH (2. Senat), Beschl. v. 23.12.1981, NStZ 1982, 156f. (【8】)

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

(48) BGH (2. Senat), Urt. v. 1.2.1985, StV 1985, 273. (【11】)

(49) BGH (S. Senat), Urt. v. 20.3.1985, StV 1985, 272. (【12】)

(50) この【11】判例をみると、被告人は犯罪誘発行為が行われた時点ですでに薬物取引に深く関与していた点、準備（Anbahnungsversuch）が行われている点など、主観的側面も検討されている。一方で偽装バイヤーの与えた圧力についても適切な範囲内であったことを認める。また、重大な影響という文言はここでは登場しない。したがって、【11】判例が「重大な影響基準」を採用する判例として分類されるか否かの判断は微妙なところであるが、この時期における一連の第二刑事部による判断の一つとして「重大な影響基準」の判例として位置付けておく。なお、犯罪誘発行為が違法な場合の法律効果については国家刑罰権の失効を想定していると思われ、この点ではここで紹介する第二刑事部の他の判例と共通性をみせているといえよう。

(51) 例えば、これに類する事例として、薬物中毒者に薬物を報酬として与える約束をした事案（【7】判例）、および借金苦にあえぐ者に高額の報酬を約束した事案（【9】判例）がある。

(52) この事案においては、数週間にわたる説得が行われたとされる。

(53) これら【5】、【7】、【8】、【9】判例は、いずれも第二刑事部において比較的短い期間に出されたものであり、主たる部分における文言がほぼ一致している。したがって、そのことからも、違法と認められる犯罪誘発行為に対する法的帰結を同一に解していると推察されよう。

(54) ただし、第二刑事部の見解が、学説において近年有力に主張されている刑罰阻却事由の承認と共通する見解を有しているのか否かは明らかではない。

(55) 学説の状況については、本稿第四章参照。

(56) このような指摘はわが国のおとり捜査の議論においても行われてきた。

(57) 川崎・前掲論文②（註42）八五頁以下。

(58) なお、下級審にも「重大な影響基準」を採用した判例が存在する。【LG-1】フェーアデン州裁判所一九八一年一〇月二二日判決（LG-*Verden*, Urt. v. 22.10.1981, StV 1982, 364.）は、警察のアジャン・プロヴォカトゥールの犯罪誘発行為に対して被告人の固有の行為寄与度が背後に退く程に、アジャン・プロヴォカトゥールの行動が重大であった場合には、当該犯罪誘発行為は許されざるものであり、職権で考慮されるべき訴訟障碍が存在する、とした。同様に、【LG-2】ベルリン州裁判所一九八四年二月二三日判決（LG-*Berlin*, Urt. v. 23.2.1984, StV 1984, 457.）でも、行為者の行為寄与度が問題とされている。【LG-2】の事案では、生活苦にあえぐ対象者に対し、彼が当初拒否していたにもかかわらず、犯罪を挙行するように働き掛け、被誘発犯罪である強盗のための道具もアジャン・プロヴォカトゥールによって調達されていた。さらに、【OLG-1】デュッセルドルフ上級地方裁判所一九八三年八月一〇日決定（OLG-*Düsseldorf*, Beschl. v. 10.8.1983, StV 1983, 450.）でも、アジャン・プロヴォカトゥールによる対象者に対する重大な影響が問題とされている。