



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	おとり捜査の研究（４）：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，59(2)，293-364
Issue Date	2008-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/34626
Type	departmental bulletin paper
File Information	59-2_p293-364.pdf



論
説

おとり捜査の研究(四)

——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和利用目的

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 目的的分論

第三款 伝統的分論

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、五八卷二号）

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	
		(以上、五八卷四号)
		(以上、五八卷五号)

第三款 量刑説の理論構造

第四款 評価の視点

第五款 最近の判例の問題意識

第四章 ドイツ学説の発展

第一節 はじめに

第二節 証拠禁止説

第一款 学説

a リューダーセンの理論

b フランツハイムの理論

c ベルツの理論

d フィッシャー／マウルの理論

第二款 刑法一三六条aから導かれる証拠禁止の妥当性

第三款 基本権侵害を根拠とする証拠禁止の妥当性

第四款 検討

第三節 刑事訴追権限失効論

第一款 学説

a ブレンスの理論

b フォートによる批判

c タシュケによる再反論

d ゲッセルの理論

第二款 理論の出発点

第三款 他の処理方法との類似性

第四款 検討

第四節 刑事訴訟目的喪失論

第一款 学説

シューマンの理論

第二款 理論の出発点

第三款 評価方法

第四款 検討

第五節 憲法的訴訟障碍論

第一款 学説

a リースの理論

b ヒレンカンブの理論

c ヴォルフスラストの理論

d ヴォルターの理論

第二款 理論の出発点

第三款 評価方法

第四款 検討

第六節 無罪説（刑罰阻却事由説）

第一款 学説

a ゼールマンの理論

b ヴォルターの理論

c クラウス・ロクシンの理論

d インメ・ロクシンの理論

e シューネマンによる批判

.....
（以上、本号）

f	ブツベによる批判
第二款	理論の出発点
第三款	評価方法
第四款	検討
第七節	量刑説
第一款	学説
a	キューパーの理論
b	エルボーゲンの理論
第二款	理論の出発点
第三款	評価方法
第四款	検討
第八節	小括
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

第三款 量刑説の理論構造

以上、連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月三三判決（【10】判例）以降の判例を紹介した。これらの判例の共通性は、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として量刑による解決を肯定する点にある。【10】判例の第一刑事部の判断は、

少なくとも法律効果に関する議論においてはその後の判例をリードし続け、これが今日でも維持されているのである。

【10】判例の理論構造については、先に紹介した通りであるが、以下ではその後の判例が【10】判例における第一刑事部の見解をその後どのように維持し、発展させていったのかみていくことにする。

ところで、【10】判例が登場した後、第二刑事部は、【11】および【12】判例において、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として訴訟障碍による解決という見解を維持し続けた。⁽¹⁾しかし、同刑事部も【13】判例においてこの見解を変更することとなる。第二刑事部も、この事案において【10】判例の見解を前提とする点が見受けられる。特に、訴訟障碍の法的性質に関する部分について、【13】判例は【10】判例の理論を引き継いでいるとみられる。第二刑事部は、犯罪誘発行為が問題となる場合における訴訟障碍の承認の判断は、全体考察や評価と同じ意味を有するとする。そして、このような判断は評価によって始めて明らかになるため、「実際に手続を妨げるのではなく、基本的には実体判決(Sachurteil)を妨げる」のであるから、訴訟障碍の法的性質に矛盾するというのである。また、第二刑事部は、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として訴訟障碍を承認する場合、要件と法的結果の関係が曖昧であること、量刑による処理こそが事案に適合した解決であること、犯罪誘発事例における被誘発者の処罰の問題は正犯性(Täterschaft)の問題と一致することを挙げて、減輕事由の承認による解決が優れていると主張し、判例変更を高々と宣言した。

さて、その後の判例は、変遷なく減輕事由の承認による解決を認めるにとどまるが、これらの判例の理論構造をみておく必要がある。ここまで【10】判例における第一刑事部の見解、【13】判例における第二刑事部の見解についてみてきたが、どちらかという訴訟障碍による被告人の不処罰というドラスティックな結果を回避するため量刑による解決を選択するという、いわば消極的な選択による説明が主であった。したがって、これらの判例においては許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠がどの点にあるのかについては、明確かつ十分な説明はなされていない。しかし、許されざ

る犯罪誘発行為の法的帰結を論じる場合、当該行為がどの点で許されないのかが大きく影響してくるものと思われる。これまでにみてきた、「犯意の具体化理論 (Konkretisierungstheorie)」および「重大な影響 (erhebliche Einwirkung)」基準においては、許されざる犯罪誘発行為が人間の尊厳あるいは法治国家原則中の撞着法理に反するため違法となるということが言明されていたのである。この点、【10】および【13】判例以降の判例は、どのように考えているのであるか。

先にも述べた通り、【10】判例の第一刑事部および【13】判例の第二刑事部は、この点について明確な論証をしているとは見受けられない。ただ、【17】および【21】判例は、特に重大で解明困難な犯罪との闘いのためにアジャン・プロヴォカトゥールの投入は必要であるが、その投入には法治国家的限界が設定されているということを確認している。⁽²⁾確かに、違法な犯罪誘発行為の判断方法をみても、被誘発者の嫌疑および既存の犯意を考慮するもの【17】、【19】、【20】、【21】、【22】、【23】判例、アジャン・プロヴォカトゥールの重大な影響の有無および働き掛けを考慮するもの【16】、【18】、【20】、【21】、【22】、【23】判例などがあり、一見したところ、犯意の具体化理論および重大な影響基準と一部共通する違法性判断が行われているとみることもできる。また、【20】判例の第五刑事部は、「国家的行為の単なる客体におとしめられた」という点を減輕事由として考慮すべきであると述べている。また、同様に【21】判例の第四刑事部も、被誘発者が「国家的行為の単なる客体におとしめられた」点を指摘し、そのように評価される違法が当該事案では刑の免除 (Aufhebung) にも達するという。したがって、これらのことから、量刑による解決を主張する連邦通常裁判所の判例も、違法の根拠に関してはこれまでの判例理論と同様に解しているのではないかと考えられる。なお、違法性の判断方法等については、本節第四款「評価の視点」で詳論する。

では、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為が行為者に有利に働く減輕事由となるためには、当該誘発

行為が法治国家的限界を逸脱する場合のみであろうか。判例は、法治国家原則違反を減軽のための必要条件とは考えていないとみるべきであろう。【15】判例の第二刑事部は、「あらゆる働き掛け」が量刑事由として考慮される点を指摘する。また【18】判例の第四刑事部もこのことを指摘した上で、アジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けは量刑の範囲の確定について考慮されるという。つまり、法治国家原則に反するような重大な影響を伴う働き掛けがあった場合はもちろん、そうでなくともアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為は減軽事由として考慮されるというのである。【15】判例で、第二刑事部は、犯意を有する者 (Täbereiter) を責任および刑罰に關与させるといふ特別な危険の実現を指摘する。そして、「被告人が公共の利益 (öffentliche Interesse) においてそのような「責任および刑罰に關与させられるという」危険に曝される場合、この危険は彼にとって更なる減軽事由 (Strafmilderungsgrund) として評価されなければならない。」(括弧内は引用者) とする。同様の指摘は、【17】判例においてもみられ、また【18】判例でも「公共の利益のために責任と刑罰に關係させられることの中に存在する減軽事由」が認められている。

以上のことに鑑みると、量刑的処理を図る連邦通常裁判所の判例の理論構成は、以下のようなイメージを浮かび上がらせる。すなわち、許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠として法治国家原則違反あるいは人間の尊厳に対する侵害が挙げられる。このことは、一定の犯罪類型についてはアジャン・プロヴォカトゥールの投入の必要性を認めつつも、法治国家的限界が存在するという指摘、および被誘発者が「国家的行為の単なる客体」におとしめられてはならないという指摘から明らかとなる。ただ、このような反法治国家原則的な犯罪誘発行為でなくとも「あらゆる」犯罪誘発行為が減軽事由として考慮される。なぜならば、被誘発者には可罰的行為に關与させられるという危険が及ぶからである、と。さらに、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為の問題は、正犯性 (Täterschaft) の問題と一致するという指摘もある。学説においては、アジャン・プロヴォカトゥールと被誘発者との關係を共犯の議論と關係づけて検討する

ものもみられる。⁽³⁾しかし、可罰的行為に関与させられるという危険性が全ての犯罪誘発行為において減輕事由としてのみ考慮されるという見解が正犯性の理論と結び付いたものであるということは、判例からはみてとることはできない。

第四款 評価の視点

以上説明したように、許されざる犯罪誘発行為の法的帰結として量刑的解決を狙う判例は、違法の根拠という点では、「犯意の具体化理論 (Konkretisierungstheorie)」および「重大な影響 (erhebliche Einwirkung)」基準と比べてもそれ程独自性はないように思われる。これらの判例を概観したところ、「法治国家」という用語を用いた説明がしばしばなされており、また、対象者を「国家的行為の単なる客体」としてはならない点が指摘されていることから、違法性の判断基準自体は従来の二つの判例理論と大差ないように感じられる。ただ、この点について附言しておくならば、量刑説に立つ判例は、被疑者の犯意ないし嫌疑を重視する傾向が強く感じられ、判断基準という点では「犯意の具体化理論」と近い理論であるようにも思われる。実際に判例をみると、これまで「犯意の具体化理論」および「重大な影響」基準で用いられてきた評価の視点とほぼ同様の視点が用いられていることが分かる。例えば、【20】判例では、被誘発者について、これまで品行方正であり嫌疑も存在しなかった点、また、以前に犯罪を行う気もなかった点が指摘され、他方、アジャン・プロヴォカトゥールについて、被誘発者に対し経済的損失を示し圧力を掛けたり、さらなる犯行継続を拒否する者に対して黒幕の存在を示して脅すことにより、続行を強要したことが指摘されている。また、【22】判例では、過去の判例に依拠しつつ、働き掛けの性質、強度および目的、被誘発者の犯意 (Tatbereitschaft)、アジャン・プロヴォカトゥールの犯行への寄与の仕方および規模、他人 (アジャン・プロヴォカトゥール) のコントロールの程度

などが評価の視点として挙げられている。また、実際に被誘発者の側に存在した嫌疑やアジャン・プロヴォカトゥールの働き掛けの回数など具体的事情を考慮して判断がなされている。**【23】**判例においても、嫌疑や働き掛けの仕方といった評価の視点が検討されており、特に「単なる参加」にとどまるか否かが適法か違法かの限界とみなされている。

量刑的处理のみを認める判例が以上のような評価の視点を検討課題とする背景には、これらの判例の考える違法の根拠がこれまでの判例理論と大きく変わらない点が存在するように思われる。すなわち、違法か否かは、被誘発者に対して重大な影響が存在したか否か、人間の尊厳に対する侵害があり被誘発者が「国家的行為の単なる客体」におとしめられたか否かで決せられる。だとすれば、その判断において用いられる評価の視点も変わらないということになる。

ただ、刑法一六〇条一項の意味における「初期段階の嫌疑 (Anfangsverdacht)」など、⁽⁵⁾これまでは評価の視点として具体的に指摘されてこなかった嫌疑の要件を指摘する判例もある。すなわち、本稿第一章でも検討したが、アジャン・プロヴォカトゥールの投入が具体的な犯罪の発生前に行われる点に関する指摘である。かかる問題は、**【17】**判例の第一刑事部によって指摘されているが、それまでには明示的に取り上げられてはこなかった点である。以下では、この点を含む最近の判例の問題意識についてまとめておこう。

第五款 最近の判例の問題意識

先に検討したように、アジャン・プロヴォカトゥールの投入に関する一つの問題として、将来の犯罪に対する捜査の許容性という点が挙げられる(本稿第一章参照)⁽⁶⁾。わが国でも、犯罪発生前は予防に努めなければならず(行政警察活動)、訴追に向けた捜査活動は犯罪発生後に行われなければならない(司法警察活動)というのが伝統的な捜査概念、

警察概念であった。この点、大陸法国のドイツではこのような考え方がより一層強まることは想像に難くないし、実際に伝統的区分論は大陸法に由来するもののだが、だとすればアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為を捜査の範疇に取り込むためにどのような理論構成が必要となるのかが問題となるのである。【17】判例では、被誘発者に対して「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投入が許される」ということが指摘されている。しかも、判断にあたつた第一刑事部は、このことを法治国家原則によって設定される適法性の本質的境界線とみなしている。また、【21】判例でも第四刑事部は同様の見解を示している。その他、【13】および【23】判例でも初期段階の嫌疑が問題とされていることが確認できる。このうち【13】判例ではそれ程大きく取り上げられていないが、【23】判例では以下のように述べられている。

「警察のロックシュピツェルによる影響の強さが犯罪誘発行為 (Tauprovokation) 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、犯罪誘発行為は許容される。そのような犯意の存在に関しては、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、連絡員の投入が純粹な (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のかということには左右されない。」

おそらく、【23】判例で判断に当たつた第一刑事部は犯罪誘発行為を捜査と理解し、当該犯罪誘発行為が捜査である以上は初期段階の嫌疑が存在しなければならないというのであろう。しかし、初期段階の嫌疑の意味内容に関しては伝統的な理解とは異なるように思われる。すなわち、右の第一刑事部による表現によれば、すでに行われた犯罪に関与し

たことのみならず、将来における犯罪を實行する準備ができていふことに關する嫌疑をもアジャン・プロヴォカトゥールの投入条件としてゐるのである。ただ、第一刑事部は、将来の犯罪に關する嫌疑も初期段階の嫌疑に含まれるとは明言しておらず、あくまで刑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そのような嫌疑が存在することを要件としている点にも注意を払うべきであらう。したがって、初期段階の嫌疑をどのようにみるかは明らかではない。しかしながら、いずれにせよ将来の犯罪行為に關する嫌疑であつてもそれが存在する場合にはアジャン・プロヴォカトゥールの投入は認められるという点で、伝統的な抑止と予防の理解とは異なる見解を示しているように思われる。しかも、アジャン・プロヴォカトゥール、連絡員および潜入捜査官の投入が、犯罪予防のために行われるのか犯罪抑止のために行われるのかは問題ではないとする点にも留意しておかなければならない。すなわち、第一刑事部は、危険防除目的ではなく犯罪抑止目的の場合であつても、将来の犯行に關する嫌疑が存在する場合において、アジャン・プロヴォカトゥール等の投入が認められることを明言しているのである。

本稿第一章では、学説において、フィッシャー／マウル (Fischer/Maul) およびレッシュ (Lesch) らが初期段階の嫌疑 (Anfangsverdacht) をアジャン・プロヴォカトゥール投入の要件として挙げている点を指摘した。そして、本稿は、そのような主張の背景には、おとり捜査が対象者の外部的行為に向けられたことを担保する要件として、初期段階の嫌疑が用いられている可能性があることを示唆した。判例のいう「将来の犯罪をする準備ができていふことについて嫌疑がある」という要件についても同様のことが考えられるのであれば、伝統的な捜査概念との關係上一定の説明はつくように思われる。⁽²⁾

次に、これまであまり触れられてこなかつた問題としてアジャン・プロヴォカトゥールの行為の国家への帰責可能性の問題があつた。この点については、【2】判例の第一刑事部が「国家に帰責されるべき法律違反」という表現を用い

て以降、多くの判例が同様の表現を用いている。⁽⁸⁾しかしながら、アジャン・プロヴォカトゥールによる許されざる犯罪誘発行為の責任が国家に及ぶかという意味での帰責性の問題は、これまで判例ではほとんど論じられてこなかった。この種の議論は学説において散発的には論じられてきたが、⁽⁹⁾どのような場合に国家への帰責性が認められるかという点について連邦通常裁判所の判例が論じたのは【23】判例における第一刑事部がはじめてであった。この点について、第一刑事部は以下のように述べている。

「許されざる犯罪誘発行為は、それが連絡員の指導という点で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、妥当しうる。」

第一刑事部はこのように述べることで、アジャン・プロヴォカトゥールが関与する多くの犯罪誘発行為が国家に帰責されることを明らかにしたといえる。実際、【23】判例においても、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 (V-Mann) は警察から密に指導を受けていたため、警察に当該犯罪について帰責性が認められた。アジャン・プロヴォカトゥールが投入される場合、警察の指揮監督の下で行われるのが普通であろうから、たいていの場合は当該犯罪について国家への帰責性は認められることになると思われる。

また、多くの場合においてアジャン・プロヴォカトゥールとして投入されるのは連絡員であるが、これらの者の供述と伝聞 (Hören-Sagen) 証拠との問題もある。実際に、【17】判例の事案においてこのことが問題となった。本稿では、「犯罪誘発→検挙」の形をとる捜査をおとり捜査と位置付け、ドイツにおいてこれを担う者をアジャン・プロヴォカトゥールと定義した。他方、「犯罪組織への潜入→情報収集」を担う主体を潜入捜査官および連絡員と定義した。したがって、

アジャン・プロヴォカトゥールとして投入された人物であっても犯罪情報の収集とその供述に関する問題は、潜入捜査の問題ということになり、本稿の射程から外れる。この点については他日に期すこととする。⁽¹⁰⁾

第四章 ドイツ学説の発展

第一節 はじめに

以上、判例理論の変遷について見てきたが、そもそも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发型捜査の手続法的问题点が最初に論じられるようになったのは、学説においてであった。学説においてアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為の手続法的问题点について正面から取り組んだのは、一九七五年のリューダーセン(Lüderssen)の論文⁽¹¹⁾であった。それまで議論の中心は、実体法の領域におけるアジャン・プロヴォカトゥール本人の教唆犯としての罪責であったが、リューダーセンは、基本法一条一項によって保護される人間の尊厳(Menschenwürde)、基本法二〇条の規定する社会国家理念、および刑法一三六条aによって禁じられる尋問方法との関係でアジャン・プロヴォカトゥールの犯罪誘発行為の手続法的違法性を論じた。このリューダーセンの論文が登場して以降、判例においてもアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為の手続法的问题に関する議論が活発化していったといえよう。

他方、近年、特に一九九〇年代以降アジャン・プロヴォカトゥールの犯罪誘発行為に関する議論の中心は変化してきているといえる。すなわち、許容される犯罪誘発行為の限界設定に関するものは減少し、そのような許容限界が踏み越えられた場合の法律効果を論じるものが多くみられるようになってきたのである。しかしながら、ドイツにおける犯罪

誘発行為の違法性判断に関する議論は一九八〇年代を中心に活発に行われており、わが国にはみられない議論の発展を目にすることができる。また、一九八〇年代の議論そのものもさることながら、今日でも——量的な減少はあるものの——当時の議論を礎にした議論があらためて展開されている。特に、近年わが国においても指摘されるようになってきたおとり捜査の捜査としての性質に関する問題については、一九八〇年代以降今日でも議論の蓄積をみることができる。このような趣旨から、本章ではドイツにおける議論を比較法の対象とするわけだが、本節では、前出の判例理論との対応関係を中心にドイツ学説の紹介を行いたい。

第二節 証拠禁止説

学説において最初に登場したのが証拠禁止説であった。違法な犯罪誘発行為の法律効果が捜査手続における問題であることに鑑みれば、手続法的解決として証拠禁止説が最初に登場したことは当然の帰結かもしれない。証拠禁止説を主張した論者としては、リューダーセン (Lüderssen)、フランツハイム (Franzheim)、ベルツ (Bertz) が挙げられる。いずれも、一九七〇年代から一九八〇年代初頭にかけて、証拠禁止説を主張しており、法律効果に関する議論としては初期の頃のものと⁽¹²⁾いう位置付けもできよう。しかし、先にも触れた通り、証拠禁止を主張する学説はその後ほとんどみられなくなる。おそらく、学説がこのような傾向を示した背景には、実質論として、違法な犯罪誘発行為によって刑事手続に関与させられる者に対して処罰の可能性を残す点に不備を感じたためではないかと考えられる。後に訴訟障壁説および無罪説について検討する際に明らかにになるが、証拠禁止説が支持できない理由を明確にするためにも、リューダーセンらによって主張された証拠禁止説の内実がいかなるものであったのかをここで示しておく。また、証拠禁止説を主

張するフランツハイム、ベルツについても順に紹介する。

第一款 学説

a リューダーセン (Lüderssen) の理論

先に指摘した通り、リューダーセンは、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について訴訟法的観点から論じた最初の論者である。許されざる犯罪誘発行為の法律効果に関して彼の示した理論の大枠は、以下のようなものである。すなわち、リューダーセンは、まずアジャン・プロヴォカトゥールの行為が実体法上犯罪構成要件を満たす場合、直ちに訴訟法に反するとして、この類型を適法な犯罪誘発行為のカテゴリーから除外する。というのは、構成要件に該当するアジャン・プロヴォカトゥールの行為は、刑法の規定に明文をもつてこれを許容するものが存在しないためである。¹³⁾ただ、アジャン・プロヴォカトゥールの行為が構成要件に該当する行為でなければ全て許容されるわけではない。そこで、リューダーセンは刑法一三六条aの禁じる「欺罔 (Täuschung)」という概念を持ち出す。すなわち、構成要件に該当しない行為でも法的に疑わしい (犯罪誘発の) 行為類型を刑法一三六条aによってカバーするのである。つまり、彼の議論の大きな流れは以下になる。まず、許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの活動は刑法一三六条aの禁じる「欺罔」に該当し、そこから証拠禁止が認められる。以下では、このようなリューダーセンの理論をより詳細にみていこう。

リューダーセンの理論の中心は明らかに刑法一三六条aを根拠とする点にある。つまり、構成要件に該当するアジャン・プロヴォカトゥールの行為がここでの議論の中心ではなく、構成要件には該当しないが手続上疑わしい

誘発行為をどのようにして違法とするのが問題となる。彼はこのような類型に含まれる誘発行為を、禁じられる尋問の一類型として「欺罔」を掲げる刑訴法一三六条a一項を援用し、違法とみなすのである。条文から明らかなように同規定は直接的には尋問に関する規定であるが、リューダーセンはシュミット(Schmidt)¹⁴の見解に依拠しつつ、この規定は「その体系的な地位を超えた広い意味内容を有」し、そのために盗聴および嘘発見器の使用などその他一連の疑わしい捜査手法について検討する場合に用いられてきた、という。¹⁵このような前提をとるならば、許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの行為を検討する場合にも同条項の適用は可能であることになる。リューダーセンは、より具体的にいうと、被誘発者にとってアジャン・プロヴォカトゥールの任務が明らかであった場合、被誘発者は関わり合いにはならなかったであろうという点を重視し、この点で欺罔が問題となるとする。¹⁶そして、特に「一定の手続のために必要な嫌疑が全く存在しない場合」に、このことはより一層妥当することを指摘する。さらに、このような議論は、欺罔の結果が証拠物の提示ではなく行為そのものであることによりさらなる改善を受け、この点で、誘発行為と結びついた犯罪予防に対する刑訴法一三六条aの適用可能性が支持されるといいうのである。¹⁷

以上のように、リューダーセンは刑訴法一三六条a一項の適用範囲が尋問以外の手続的行為にも及ぶことを前提としつつ、これに反するような誘発行為が行われた場合は同三項第二文の証拠使用禁止を認める。

また、彼は刑訴法一三六条aを根拠とする証拠禁止のみならず、憲法的視点からみた証拠禁止をも指摘する。すなわち、許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの活動の違法の本質を、他人を不法(Unrecht)の中に巻き込み罪責と刑罰(Schuld und Strafe)に導く点に見出し、この点が基本法一条一項および同二条一項に反すると指摘する。まず、基本法一条一項についてリューダーセンは以下のようにいう。すなわち、「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重して保護することは、あらゆる国家権力の義務である」、と。したがって、倫理神学的(meralthologisch)見

解が今なお有効であれば、「罪への誘惑は精神の謀殺 (Seelenmord) である」¹⁸⁾ため、許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの活動は基本法一条一項に反するという。次に、基本法二条一項については、同規定が「自由な人格発展の権利 (Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit)」を保障するものであることを確認しつつ、以下のようなレス (Less) の見解を示す。すなわち、扇動者 (Anstifter) は、「他人の人格の尊重を侵害する…… [つまり] 他人の意思の動機付けを禁止行為へと向けさせることで、彼は自由な人格の発展を侵害するのである」(括弧内は引用者)、と。²⁰⁾さらにリューダーセンの指摘する憲法的示唆は、基本法一条一項および同二条一項にとどまらず同二〇条の規定する「社会国家 (Sozialstaat)」および「社会的連帯の理念 (Idee einer Solidarität)」にも敷衍する。これらの概念は、人間の強い社会間の絆を説くものである。つまり、人は他人を必要とするため、その枠組みにおいては各人が他人のことについても社会的共同責任を負う、ということがここから導かれるというのである。したがって、この意味で基本法一条一項の人間の尊厳および同二項の自由な人格発展の権利は、もはや「完全に独立した人間」を前提とはしないことになる。以上のように述べて、リューダーセンは、もし他人を不法へ巻き込むのであれば、それは先に述べたような意味から基本法一条一項および同二項に対する違反となるとともに、社会国家理念にも反することになる、と説くのである。²¹⁾

このようにリューダーセンは、許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの行為の法的帰結として、刑法一三六条aの類推適用から導かれる証拠禁止と基本権侵害を根拠とする証拠禁止の二つの類型が存在することを示した。

ところで、リューダーセンの主張するこのような証拠禁止が、いかなる性質を有するものかというのもまた一つの問題となる。すなわち、かかる証拠禁止が「波及効 (Fernwirkung)」を伴うものであるか否かという問題である。この点、リューダーセンは、ドイツでは厳格な意味での「毒樹の果実理論」が存在しないので、証拠禁止が波及効を

有するか否かは非常に議論の余地があるとしつつも、最終的に波及効を承認する。⁽²²⁾ つまり彼によれば、かなり包括的な証拠禁止が承認されることになるのだが、この点シューマン (Schumann) による分析によれば、このような波及効を伴う証拠使用禁止 (Beweisverwertungsverbot) からは実質的には訴訟障碍と同様の効果が生じるとされる。⁽²³⁾

以上のようなリューダーセンの理論構成に対しては、特に刑法法一三六条aを根拠とした証拠禁止に関する批判が容易に思い浮かぶ。まず、刑法法一三六条a一項は、尋問 (Vernehmung) に適用されるべき規定であるが、これが果たしてリューダーセンの主張するように「体系的な地位を超えた広い意味内容を有する」といえるのか、という批判である。⁽²⁴⁾ また、同規定の禁じる「欺罔」を用いた尋問についても、欺罔の意味についてより厳格な解釈を行う論者も存在する。すなわち、刑法法一三六条a一項の意味における欺罔とは、意思決定の自由および意思活動の自由を侵害する欺罔のみに妥当し、例えば、被告人に対して彼の共犯者がすでに自白したとか、もう証拠は十分に揃っているなどと述べて自白をさせられる場合に限定されるというのである。⁽²⁵⁾

なお、憲法的根拠から証拠禁止を導く見解は後にフランツハイムおよびベルツによっても主張されているので、以下これらの論者の見解をみていくことにする。

b フランツハイム (Franzheim) の理論

同様に、証拠禁止説を主張する論者としてフランツハイムが挙げられる。彼は、違法なアジャン・プロヴォカトゥールの行為は基本権侵害に基づく証拠禁止を導き、この証拠禁止は波及効を伴うとする。同様の構成はリューダーセンによってすでに示されていたわけだが、フランツハイムはまずリューダーセンによるこのような理論構成が理論上根拠付けられうるものであるか否かが、なお吟味されなければならないとする。この点、判例が、侵すことのできない

人格の中核領域（基本法一条一項および同二条一項）が捜査によって侵害される場合には、法定の証拠禁止と並んで法定されていない証拠禁止を基本権から演繹してきた点を指摘する。そしてフ란ツハイムも、刑事訴追機関による犯罪行為の誘発が人間の尊厳を侵害することを挙げる点ではリューダーセンと共通するものの、その背景となる視点について彼とは異なるものが示されている。すなわち、フ란ツハイムは、有罪を導くために被誘発者が国家的行為の単なる客体におとめられるため、彼の人間の尊厳が侵害されるとする。そして、「市民の人格権 (Individualrecht) に対する侵害が、刑事訴追における国家的共同体の利益 (Interesse der staatlichen Gemeinschaft) よりも高く評価される場合」、証拠獲得禁止および証拠使用禁止は基本権から導かれうるといふ。つまり、人権侵害および手続違反に対する非難を受けるのであるから、証拠禁止は波及効を伴うといふのである。⁽²⁶⁾ フランツハイムは、被告人は無罪にされる必要はなく、そのような証拠使用禁止が訴訟障壁に匹敵するといふことを理由なしに認める結論を引き出さない点でリューダーセンと見解を異にする。

c ベルツ (Berz) の理論

さらにベルツは、フ란ツハイムと同様に、連絡員による犯罪誘発行為について、憲法的規定——すなわち、基本法一条一項、同二条一項、同二〇条三項——に対する違反を指摘する。そして、そのような憲法的証拠禁止 (verfassungsrechtliches Beweisverbot) は、警察のアジャン・プロヴォカトゥールの行為が既存の犯意を有する被疑者⁽²⁷⁾に対してではなく、これまで疑いを掛けられたことのない者に対して行われた場合は、いずれにせよ承認されるという。そして、そのような証拠禁止の結果は、手続において誘発された行為全体が考慮されてはならないということになるという。つまり、犯罪行為に対するそれぞれの嫌疑 (jeder Verdacht) が欠けており、それゆえ、訴えの提

起のための十分な根拠（刑訴法一七〇条一項）は存在しないという。その結果、このこと（および刑法二〇三条の私的領域の秘密）に鑑みて、証拠使用禁止は実質的に訴訟障碍（Verfahrenshindernis）の効果を有する、という。

d フィッシャー／マウル（Fischer/Maul）の理論

フィッシャーとマウルも、アジャン・プロヴォカトゥールによる許されざる犯罪誘発行為に対する法律効果として証拠禁止を主張する。彼らは、過去の連邦通常裁判所の判例を根拠に、⁽²⁸⁾証拠獲得禁止から必然的に証拠使用禁止が導かれるわけではないことを認めつつ、さらに証拠禁止が導かれる根拠を以下のように説明する。すなわち、「嫌疑のない者（Unverdächtige）に対するアジャン・プロヴォカトゥールの投入の場合に存在するような、基本法一条一項と結びついた同二条一項によって保護されるべき人格権の中核領域に対する重大な侵害においては、秘密裏なテープ録音や警察による住居内の監視および盗聴という手段の投入の場合のように、⁽²⁹⁾「中略」基本法から直接的に証拠使用禁止が生じる」とし、最終的に包括的証拠使用禁止を認める。

以上、証拠禁止を主張する論者の見解についてみてきた。このように違法な犯罪誘発行為の法的帰結として証拠禁止を導く見解の多くは、犯罪誘発行為の手続法の問題性が議論されるようになり始めた時期に主張されていたことが確認される。一九九〇年代に入ってから、先に紹介したフィッシャー／マウルによる論稿が証拠禁止による解決を支持しているが、概ね一九八〇年代中期以降は証拠禁止による処理を主張する学説はみられなくなっていったといえよう。むしろこの時期以降、学説の多くは量刑による処理で十分であるとする判例に対抗する形で、なにがしかの不処罰処理を主張するようになっていった。この点、証拠禁止による処理を支持する見解のいずれをみても、不処罰処理と同様の効

果が期待できることはすでに確認してきた通りである。すなわち、ここで主張される証拠禁止は波及効を伴う包括的証拠禁止であるため、実質的には訴訟障碍と同様の帰結が導かれると考えられるためである。ただ、学説の多くが証拠禁止による処理を支持してこなかった要因は、そこから導かれる効果ではなくその理論構成にあったといえよう。³⁰そこで、以下では証拠禁止説に対する批判について紹介しておくことにする。

リューダーセンの理論を紹介した際にも多少触れたが、まず容易に想像できる批判は、刑法一三六条aを根拠とする証拠禁止に対するものである。すなわち、刑法一三六条aをアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発事例に用いることは、同規定の適用範囲を超えているのではないかと考えられるためである。以下、刑法一三六条aによる証拠禁止を否定する見解についてみておこう。

第二款 刑法一三六条aから導かれる証拠禁止の妥当性

このような刑法一三六条aに基づく証拠禁止の理論構成に対しては、まず、同規定が直接的には「尋問 (Vernehmung)」についてのみ規定したものである点が指摘される。ここで改めて同規定をみてみよう。

刑法一三六条a

一項 被疑者の意思決定および意思活動の自由は、暴行、疲労、傷害、薬物の投与、苦痛、欺罔または催眠術によって侵害してはならない。強制は、刑事手続法 (Strafverfahrensrecht) が許容する限度でのみ、これを用いることができる。刑事手続法の規定により許容されされていない処分をもって強要することおよび法律に規定されてい

ない利益を約束することは、いずれも禁止される。

二項 被疑者の記憶力あるいは思考能力を侵害する手法は、許されない。

三項 一項および二項の禁止は、被疑者の同意に係りなく効力を有する。この禁止に反して行われた供述は被疑者がその使用に同意している場合であっても、これを使用することは許されない。

この点、シューマン (Schumann) は、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発事例において一三六条aを持ち出すことは、「その制度的位置付けを遙かに超える意義を有することになるのではないか」として疑問を投じる。⁽³¹⁾ さらに、ボウヨンク (Boujong) によれば、同規定は「その他の証拠獲得ではなく尋問にのみ」適用されるとする。⁽³²⁾ したがって、尋問が問題となる以上供述 (Message) の獲得が問題となるわけだが、犯罪誘発が問題となるアジャン・プロヴォカトゥールの投入の場合においては負罪行為そのものが問題となるのであり負罪供述が問題となるわけではない。⁽³⁴⁾ おそらく、このような理解の背後には同規定が刑事訴訟法典の第一編第一〇章に存在し、この章は被疑者および被告人の尋問に関する規定がおかれていることと関係していると思われる。⁽³⁵⁾

ところで支配的見解によれば、刑法一三六条aは、基本法一条一項の人間の尊厳および同二条一項の自由な人格発展の権利を具現化したものであるとされる。⁽³⁶⁾ したがって、同規定から刑事手続全体に及ぶ原理を導き出すことも可能かもしれない。おそらくリユードーセンの主張する同規定の「体系的な地位を超えた広い意味内容」というのは、このような理論的背景を有するものであると思われる。しかしながら、学説の多くはこのようには考えない。⁽³⁷⁾

ただ仮に、刑法一三六条aの適用範囲が尋問に限定されないとしても、これとは別の視点から同規定を根拠とする証拠禁止にはなお克服しがたい障壁が残る。この問題となるのが「欺罔 (Täuschung)」の意義である。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る場合に刑法一三六条aを適用する見解は、アジャン・プロヴォカトゥールの真実の身分が対象者に明らかとなっていない点を重視する。すなわち、被誘発者にとってアジャン・プロヴォカトゥールの任務が明らかであった場合には関わり合いにはならなかったであろうという点が、欺罔禁止に抵触するものである。しかしながら、この点に対しても多くの学説が否定的な態度をとる。なぜならば、それら学説は単に真実を明らかにしなかったことだけでは、刑法一三六条aの意味における欺罔に当たらないと考えるからである。判例もこの見解に立つ。すなわち、同規定という欺罔とは、意思決定の自由および意思活動の自由 (Freiheit der Willensentscheidung und Willensbetätigung) が著しく制限されてしまうような状態をいうのであって、例えば被疑者に対して共犯者がすでに自白しているとか、もう証拠は十分に揃っているなどと述べて自白をさせられる場合を想定しており、そのため、ここで問題となる欺罔は被疑者の決定の自由がドラスティックに狭くさせられてしまうような場合のみを想定していることになる、と。プッペ (Puppe) はこの点をさらに詳しく描写する。すなわち、刑法一三六条aの適用を受ける欺罔とは、同規定に挙げられているその他の手段——⁽⁴⁰⁾ 暴行、疲労、傷害、薬物の投与、苦痛および催眠術——と同様に強制の効果をも有するものだ⁽⁴¹⁾と理解されるのである。

さらにシューマンはこのような見解を支持しつつも、ここで問題となる欺罔が法的状況に関して本質的であったか否かという基準を示す。すなわち、供述の自由が侵害される場合とは証拠状況 (Beweislage) あるいは法的状況 (Rechtslage) の本質的な点について欺罔がなされ、ひいては強制と同様の状況が生み出される場合である、という。そして、扇動行為 (Anstiftung) に従うかどうかは、構成要件に該当する違法を行うかどうかという行為者に委ねられた決定に鑑みれば、行為者に法的にみて重要な全ての視点は認識されていたし、——⁽⁴²⁾ このような視点から——不利な証拠を提出する意思がどの程度あるかということは完全に行行為者に委ねられていたと指摘する。

またインメ・ロクシン (Imme Roxin) は、潜入捜査官による情報収集活動を認める組織犯罪対策法を根拠に、刑法一三六条aの適用を否定する独自の見解を以下のように展開する。

「組織犯罪対策法は潜入捜査官の投入が許容されることを出発点としている。特定の状況における彼らの潜入は情報の獲得に役立つ。またそのような状況においても、投入の対象者は彼らが警察の情報提供者 (Informant) であることを知らない。この対象者も、会話の相手が潜入捜査官であることを認識していれば情報を提供しないだろう。つまり、このような捜査対象者は、被誘発者と同じ規模で欺罔されている。このような欺罔は立法者によって正当化されている。」

このようなインメ・ロクシンの議論は、具体的には刑法一一〇条a以下の規定を念頭に置いたものである。確かに、組織犯罪対策法によって新たに導入されることとなった刑法一一〇条a以下の規定は、一定の条件下で潜入捜査官の投入を認める。ただ、刑法に授權根拠があるからといって、それだけであらゆる問題が除去されるわけではない。学説においても、潜入捜査官の情報収集活動の問題を指摘する見解は多くみられる。⁽⁴³⁾したがって、刑法一三六条aの適用を否定する理論構成のうち、インメ・ロクシンによるこのような見解が妥当といえるかは、さらなる検討の余地を残しているといえよう。

第三款 基本権侵害を根拠とする証拠禁止の妥当性

以上、刑法一三六条aを根拠とする証拠禁止の妥当性についてみてきたが、少なくとも同条の適用可能性とそこでいう「欺罔」の意義に鑑みると、これをアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発の場合に利用することは困難で

あるように思われる。ただ、許されざる犯罪誘発行為に対して証拠禁止による解決を主張する場合も、刑法一三六条aの規定を経由せずに基本権侵害から直接的に証拠禁止を導くことも可能であろう。以下では、基本法一条一項および同二条一項に対する違反から直接的に導かれる証拠禁止の可能性について検討を加える。

基本権侵害から証拠禁止が導かれることは、すでに確認されている命題である。⁽⁴⁴⁾したがって、ここで問題とされる基本法一条一項および同二条一項が証拠禁止を明文で規定していないからといって証拠禁止が導かれえない理由とはならない。そこで基本権侵害に基づく証拠禁止に対する批判として容易に思い出されるのは、そもそも基本権侵害が存在しないという主張である。シューマンは、基本権侵害に基づく包括的証拠禁止の可能性について批判的な検討を行っている。彼は、人格権侵害に基づく証拠禁止についてレス(Less)⁽⁴⁵⁾とトレッヒセル(Treichsel)⁽⁴⁶⁾の見解を引き合いに出し、アジャン・プロヴォカトゥールによる教唆(Anstiftung)⁽⁴⁷⁾が正犯(Haupttäter)の人間の尊厳の侵害に当たることを根拠付けうると考えられるとしつつも、最終的にこれを否定する。すなわち、教唆に従った正犯は法的意味において自由な決定を行っており、また、行為者が享受する社会的尊重(soziale Achtung)を危険に曝したのは教唆者ではなく行為者自身であるというのである。したがって、行為者は犯罪誘発行為によって人間の尊厳および基本法二条一項に基づく権利、つまり自らの自由処分に委ねられている権利について侵害を受けたということは問題にならない、と。⁽⁴⁸⁾

また、インメ・ロクシンは次のような主張を行っている。まず、基本法一条一項の保障する人間の尊厳に対する侵害の有無については、刑法理論における間接正犯(mittelbare Täterschaft(刑法二五条一項))の理論を引き合いに出し、これまでアジャン・プロヴォカトゥールが直接の実行者とみなされた事例はないことを指摘する。つまり、間接正犯の場合に照らして、アジャン・プロヴォカトゥールが直接の実行者であり被誘発者が道具となっているという状況は認められないという。したがって、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発事例においては被誘発者は国家の道具と

はなっていないので、刑法的視点からみて国家的行為の客体とはなっていないというのである。⁽⁴⁹⁾

さらに、インメ・ロクシンは、支配的見解が刑訴法二三六条aを基本法一条一項を刑訴法において具体化されたものとする点を指摘して、同規定との関係で以下のような見解を示す。すなわち、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発の場合には例外的な場合を除いて強制は問題とならず、欺罔のみが問題となる。しかし、リユードーセンやベルツらによるこのような問題意識は、意思決定の自由および意思活動の自由に対する侵害ならびに人間の尊厳の侵害を主発点としているが、誘発者が実はペテン師であり、したがって被誘発行為は発見されず処罰されないという錯誤に基づく推論は、基本法一条一項の枠内においては保護すべきではない、とする。⁽⁵⁰⁾ また、基本法二〇条の社会的連帯を根拠とする見解に対しても、社会の不統一(Desintegration)が行われる場合、つまり嫌疑のない者が犯罪行為をするように指示される場合は許されないが、それは基本法一条一項の侵害があるからではなく、明文の授權根拠がないからだという。そして、違法な薬物取引においては、取引関与者はあらかじめ相手方との間には信頼関係がないのであり、社会的連帯の概念は及ばないという。⁽⁵¹⁾

また、基本法二条一項という自由な人格発展の権利に対する侵害を根拠とすることの可否についても、インメ・ロクシンはこれを否定する。彼女はここで情報自己決定権について見解を示したいわゆる国勢調査判決を引用する。⁽⁵²⁾ この判決において連邦憲法裁判所は、情報自己決定権の存在を認め、自己の個人データを放棄するか利用するかについては原則として自ら決定することができるとした。これは基本法一条一項と結び付いた二条一項から導かれる基本権とされる。インメ・ロクシンは、国勢調査法は自己情報の放棄を義務付けていたが、犯罪誘発行為の場合はそうではない点を指摘する。つまりアジャン・プロヴォカトゥールによる誘発の場合では、被誘発者はそれにより自らに罪責を負わずことになる犯罪行為を行ってはならないのであり、犯罪行為を挙行するか否かの選択肢は被誘発者自身に存在したという。

加えて、ほとんどの事案ではアジャン・プロヴォカトゥールは被誘発者にとつて他人であつたり、あるいは特に親しい人物ではなく、したがつて私的生活領域が犯されたとみることはできないとする。そのため、一般的人格権 (allgemeiner Persönlichkeitsrecht)⁽⁵³⁾ は侵害されたとはいえず、この意味からも基本法二条一項違反は問題とならないという。

以上のような議論を展開し、インメ・ロクシンはアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発の場合においては基本権侵害は存在しないという。したがつて、彼女のこのような理論は、証拠禁止説とともに訴訟障碍説の批判にも繋がることになる。ただ、このような彼女の理論が支持しうるものであるか否かはなお検討の余地を残す。このような反論を考慮しつつ、許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠としてかかる基本権侵害を観念しうるか否かについては、後に十分な検討を行う。

では、仮に基本権侵害を許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの活動の根拠とすることができるのであれば、これを根拠に証拠禁止説を支持することができるのであるのか。だとすれば、同じく基本権侵害を根拠とする訴訟障碍説との差異はどの点に求められるのであろうか。この点について検討する必要がある。

刑法一三六条aを持ち出さないフランツハイム、ベルツ、フィッシャー／マウルらの見解をみると、以下のような筋道を辿ることが明らかとなる。まず、許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの活動に基本権侵害が認められる点を出発点とする、そして、そこから波及効 (Fernwirkung) を伴う包括的証拠禁止を導く。この包括的証拠禁止は派生証拠の使用も禁じるため、実質的には訴訟障碍と同等の効果が期待できる。おそらく、証拠禁止説を唱える論者は、ここでいう証拠禁止が単なる当該証拠の使用禁止にとどまるものではなく、包括的証拠禁止となることで実質的には訴訟障碍の承認といったようないわば不処罰的処理が期待できることを想定している。したがつて、結果は訴訟障碍説と変

わらなくなるわけだが、そうすると基本権侵害から直接的に訴訟障害を導くのではなく、なぜ証拠禁止を経由してその結果訴訟障害と同等の効果を求めなければならないのか、その必然性に疑問を残す。

第四款 検討

以上みてきたように、特に初期の頃の学説においては、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として証拠禁止による処理を求めるものがみられた。これらの学説は、刑法一三六条aを根拠として証拠禁止を導くものと、基本権侵害を根拠とする証拠禁止を導くものと二つに大別できることが明らかとなっている。まず、刑法一三六条aを根拠とする証拠禁止については、条文の内容が「尋問 (Vernehmung)」と「供述 (Aussage)」を対象とするものであるため、「犯罪誘発行為 (Tatprovocation)」とその結果として生じる「行為 (Tat)」との関係にまで同規定の射程が及ぶかはかなり疑わしい。また、一三六条aの意味する「欺罔 (Täuschung)」に、犯罪誘発行為の際に用いられる欺罔まで含まれるということも疑わしい。この点はすでにドイツ学説において指摘されてきた点である。では、基本権侵害に基づく証拠禁止という理論構成はどうだろうか。インメ・ロクシンは、「国家的行為の単なる客体」として取り扱われる状況というのは、被誘発者がアジャン・プロヴォカトゥールの「道具」となっているような場合を指すという。しかし、犯罪誘発が問題となる事案においてはそのような状況は存在しないため、人間の尊厳に対する侵害はないと考えている。これは、おそらく間接正犯 (mittelbare Täterschaft) を念頭に置いた議論であることがうかがえる。したがって、彼女は、「国家的行為の単なる客体」とされることを、間接正犯における「道具」とされることが同質のものであると考えていることが明らかである。しかしながら、この両者は質的に同様のものであるといえるのであろうか。確かに、間接正犯の場

合における道具となった者は、単なる客体として扱われたということができよう。しかし、単なる客体として取り扱われることは必ずしも「道具」とされることに限定されないのではないだろうか。つまり、国家的行為の単なる客体とされることは、他人の道具とされることよりも広い概念であるように思われるのである。「国家的行為の単なる客体」という表現を用いたのはフランツハイムであったが、基本法一条一項および同二条一項違反を違法の根拠とする論者は、リューダーセン、ベルツ、フィッシャー／マウルらであった。リューダーセンは、犯罪誘発行為の違法の根拠を「社会的崩壊の状況 (Zustand sozialer Desintegration)」あるいは「法的共同体との分裂 (Zwiespalt mit Rechtsgemeinschaft)」⁵⁴へ被誘発者を巻き込むことと関連付け、この点において被誘発者の人間の尊厳は侵害されているという。その後、フランツハイムは基本法一条一項および条一項によって保護される人格の中核領域に対する侵害を指摘し、有罪を導くために被誘発者が「国家的行為の単なる客体」におとしめられるため、人間の尊厳が侵害されると述べた。さらに、ベルツ、フィッシャー／マウルは、このような基本法の規定に対する侵害の所在を、「嫌疑 (Verdacht)」の欠如に求めた。つまり、「嫌疑のない者 (Unverdächtige)」に対してアジャン・プロヴォカトゥールが投入される場合には、基本法一条一項と結びついた同二条一項によって保護されるべき人格権の中核領域に対する重大な侵害が存在することになるという。すなわち、嫌疑のない者を被疑者として取り扱うことの中に、重大な人格権侵害が存在するというのであり、インメ・ロクシンのいうように他人の「道具」として取り扱われることに限定されないのである。その意味で、両者の見解には齟齬があり、そもそも「人間の尊厳」という概念がどのような広がりを持つのか問題となる。

以上証拠禁止説を支持する学説について検討を加えたが、学説の多くは何等かの形での不処罰処理を支持する。そして、許されざる犯罪誘発行為に基づく不処罰処理は、訴訟障壁による手続打切りと無罪判決のいずれかによる処理に大

別できる。インメ・ロクシンによる訴訟障碍説の分析では、まず、学説において広く支持されている訴訟障碍説は、国家刑罰権 (staatlicher Strafanspruch) の失効に基づくもの、および矛盾に満ちた国家的行為 (widersprüchlicher Staatlichen Verfahrens) に基づくものと大別でき、さらに法治国家原則違反からも訴訟障碍を導くことが可能であるという。⁽¹⁵⁾ 一方、わが国におけるドイツ学説の分析においても、訴訟障碍による手続打ち切りには、さらに三つの立場に分類されるといわれる。すなわち、刑事訴追権限失効 (Verwirkung der Strafverfolgung) ⁽¹⁵⁾ 論、刑事訴追目的喪失論、憲法的訴訟障碍 (verfassungsrechtliche Verfahrenshinderniss) 論である。⁽¹⁵⁾ このように、ドイツにおいては、違法な犯罪誘発行為の法律効果として不処罰処理を帰結する学説が支配的見解を構成しているが、その内容は様々であることがうかがえる。すなわち、これらの理論はそれぞれ訴訟障碍という結論を導こうとする点で共通するが、理論の出発点を異にする。以下では、訴訟障碍という結論を導く三つの類型について、それぞれの類型ごとに節を分けて検討を加える。

第三節 刑事訴追権限失効論

第一款 学説

許されざる犯罪誘発活動に対して訴訟障碍を認める見解のうち刑事訴追権限の失効を根拠とするものは、ブルンス (Bruns)、『タシュケ (Taschke)』、『ゲッセル (Gössel)』⁽⁵⁸⁾ らによって主張された。この理論的構成は、まず訴追することを目的に犯罪を誘発する行為について「矛盾行為 (venire contra factum proprium) 禁止の原則」の適用を認め、そこから国家刑罰権 (staatlicher Strafanspruch) の失効を認めることを前提とする。以下、それぞれの論者ごとにこの理論

構成を紹介しておこう。

a ブルンス (Brunns) の理論

ブルンスは、連邦通常裁判所第五刑事部一九八二年八月一〇日判決に対する評釈において、概ねこの第五刑事部の見解を支持し、訴訟障碍説を以下のように根拠付ける。すなわち、訴訟障碍は憲法的な視点から根拠付けられるのではなく、矛盾に満ちた国家的行為に対する非難から根拠付けられるという。⁽⁶¹⁾ この撞着法理は、人間の尊厳を引き合いに出すよりもより直接的に納得できるし、有効的であり、一方では刑訴法一三六条aの適用可能性 (Anwendbarkeit) についての論争は問題となくなるといふ。

先に示した判例評釈の中で、ブルンスはその当時の議論がいわゆる「犯意の具体化理論 (Konkretisierungstheorie)」から「重大な影響 (erhebliche Einwirkung)」基準へと移行した点を指摘し、その背後にある違法の根拠の変化を明確にする。すなわち、それまでは判例においても法治国家および人間の尊厳の保護に対する侵害として、「国家的行為の客体として有罪立証の目的におとしめられてはならないことに対する非難」が指摘されていたが、一九八三年當時では「悪意的で矛盾に満ちた国家行為という非難」がこれに替わって表に現れてくるようになったという。⁽⁶²⁾ このような判例の見解を支持するに当たって、彼はまず刑事手続の「司法形式性 (Justizformigkeit)」が警察の訴追の利益に優越することを明らかにし、アジャン・プロヴォカトゥール投入の正当化において刑事政策上の必要性は確固たる論拠とならないという。⁽⁶³⁾ そこで、アジャン・プロヴォカトゥール投入の許容限界の設定が必要となることになる。先にも指摘した通りブルンスの議論はいわゆる重大な影響基準を示す判例の見解を支持するものであり、この見解をより深化させることで自説を形成する。ここで彼は民事法における「矛盾行為 (venire contra factum proprium)」禁

止の原則」を用いて判例の趣旨を具体化しようとする。すなわち、民事法の領域においては、矛盾に満ちた行為によって請求権が発生する場合その請求権は失効する。したがって、ここで問題となっている犯罪誘発の場合においても、国家の矛盾した態度によって刑事訴追権限が獲得される場合、前提となる権限の獲得において瑕疵があるために訴追権限が失効する (verwirken) ことになるという。もちろん、ここでいう国家の矛盾した態度というのは、後に当該行為について被誘発者を処罰するためだけに当該人物に当該行為を挙行させる点に見出せるのである。彼は、これを英米法におけるエストoppel法理に相当するものと捉え、国家のアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為が矛盾行為禁止の原則に触れるか否かを判定するために、被誘発者に対する重大な影響の有無をみるという。

ただ、矛盾に満ちた行為という非難は、特に民事法において権限濫用の一類型として現れるものであるため、この原則が実体刑法 (materielles Strafrecht) に適用可能かどうかという問題が生じる。ブルンスは、確かにこのことはほとんど研究されてこなかったし、類推禁止 (Analogieverbot) のために疑わしいという。結論から述べると、ブルンスは矛盾行為禁止の原則の刑事手続における適用を承認する。彼は、同原則の刑事手続における適用は、もともと連邦通常裁判所第二刑事部一九八一年二月六日判決【五】⁽⁶⁴⁾の理論であることをまず指摘し、さらに犯罪人引渡 (Auslieferung) の案件に関して連邦通常裁判所がこの法理が適用可能であることを肯定した点も引き合いに出す。⁽⁶⁵⁾加えて、矛盾行為禁止の原則の刑事手続における適用が、理論上どのようにに正当化されるかも重要であるが、これについてはフォート (Forth) ⁽⁶⁶⁾との間で議論の応酬を行ったタシュケ (Taschke) ⁽⁶⁷⁾による主張の方がより明らかにしており、後述することとする。

b フォート (Forth) による批判

判例理論における訴訟障碍の可能性の承認は、ブルンスによる詳細な分析により刑事訴追権限失効に基づく訴訟障碍の理論的構成という形で補強された。ただし、民事法の理論に基礎を置くこのような理論構成は、その後その弱点を補強する形でタシユケによって強化されたといえる。そこで、ここではタシユケによる理論的強化の契機となったフォートによる批判をまず紹介しておこう。フォートは刑事訴追権限の失効を基礎とする訴訟障碍の可能性を以下のいくつかの点から否定する。

フォートは、かかる理論構成が支持できない根拠として「水晶の夜」事件などのナチ犯罪を例に挙げる。すなわち、ナチス政権下では国家は国民をしてユダヤ系の国民に対する犯罪行為を行うように扇動したが、裁判所は国家によって犯罪行為を扇動され唆された行為者の相当数を処罰している、という。彼はこのような犯罪が刑事訴追の枠外におかれるべきであったのかという点に疑問を投じる。さらに、このようなケースに関してはこれがナチ時代の特殊国家を背景としているという事情を考慮することができるかもしれないが、現在においても軍人法一条および軍刑法五条を手掛かりに法的類似性を有する状況が存在するという。すなわち、「軍人法一条および——それに対応する——軍刑法五条は、犯罪の挙行に向けられた軍事命令は遵守されてはならない、と規定する。それにもかかわらず——つまり彼が犯罪行為を挙行すること——命令を遵守するならば、彼がそのことを認識していたか、あるいは彼が命令を遵守することにより犯罪行為を挙行することが明らかである場合は、彼「行為者」に対して罪責が認められる」と。したがって、立法者は、国家（すなわちこの場合その代理たる軍の上官）が犯罪行為を教唆する（*ansuften*）場合においてさえ、行為者（命令を受けた下級軍人）に対して訴訟障碍を認めず、せいぜいのところ、刑罰が軽減されうるか、あるいは軽罪（*Vergehen*）ひいては刑の免除が可能となるにとどまるのだ、という。⁽⁶⁸⁾

次に、フォートは三権分立の視点からみた問題性を指摘する。すなわち、内務行政官庁（*Innenverwaltung*）が犯

罪行為を扇動することによって、同時に被誘発者に対する裁判所の措置を妨げることができなのか、さらには刑法を立法した議会の権限を妨げないのかという点に疑問を投じるのである。彼は、「第二権力〔行政〕が行為者を扇動し、第三権力〔司法〕がこの行為に対し訴訟障害を認める間に、第二、第三の権力は、第一権力〔立法〕によってなされた判断の裏をかいて効力を無に帰せしめることは許されるのであろうか」という。つまり、アジャン・プロヴォカトゥールによる誘発の事案において訴訟障害を承認することは、行政権の担い手である警察が他の二権の権限を処分することになり許されないというのである。⁽⁷⁰⁾

フォートは、最後の指摘として、犯罪誘発の事案における対象犯罪のイメージを挙げる。すなわち、犯罪誘発行為が問題となる多くは麻酔剤 (Betäubungsmittel) 事犯であるが、この場合個々の被害者が存在しないことが議論に影響しているのではないかという。したがって、殺人あるいは強盗といった犯罪が問題となる場合、概観は全く異なってくるのだと主張する。例えば、警察が連絡員を通じてBを殺すようにAを教唆し (anstiften)、⁽⁷¹⁾そしてAがこれを挙行した場合、誰も行為者Aを訴追の枠外に置くべきだという見解には達しないだろう、という。

以上のような問題点を指摘しつつ、フォートは最終的に連絡員による扇動 (Anstiftung) が訴訟障害を根拠付けることに對して否定的な態度を示し、「量刑の枠内における考慮を受け入れることはできないのか注意深く吟味されなければならぬ」と述べる。このような示唆はその後の連邦通常裁判所の判例に影響を与え、判例は許されざる犯罪誘発行為が行われた場合に、訴訟障害ではなく量刑による解決を選択するようになったと考えられる。⁽⁷²⁾

c タシユケ (Taschke) による再反論

タシユケは先に紹介したフォートの見解に對して、以下のように反論する。

まず、国家が扇動したナチ犯罪の訴追可能性、軍人法および軍刑法の規定を引用し、国家によって教唆 (Anstiftung) された犯罪に訴訟障碍は承認されないとする、フォートによって立てられた命題は、そもそも前提となる状況を看過している点を指摘する。すなわち、「まさに当該行為を理由として起訴され有罪判決を受けるために国家によって犯罪行為を扇動された者」は刑法上訴追されないものである。つまり、国家が犯罪を教唆したことが決定的なモーメントではなく、それを根拠に「後に訴追するという目的」が決定的なのである。⁽⁷³⁾したがって、このような態度をとる国家の行為は、「矛盾し悪意に満ちたもの」という性質を帯びるのである。この点、ナチ犯罪の訴追可能性に関しては、「国家的扇動は、行為者を国家的に処罰するために行われているわけではないため」、このような国家的扇動に対しては矛盾し悪意に満ちた行為という非難は該当せず、訴訟障碍を検討する前提条件とはならないのである。⁽⁷⁴⁾さらに、軍人法の規定の演繹可能性については、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発事案においては何ら「法的類似性の認められる状況 (rechtsähnliche Falle)」は存在しないため、これを否定する。なぜならば、この場合においてもナチ犯罪の場合と同様に「矛盾に満ちた悪意的行為」が問題となる場合ではないためである。したがって、「演繹理論を認める比肩可能性が存在するのは、彼が処罰され、そのことによって再び『法の道』に連れ戻されるために扇動を受け、国家が彼をその道から逸脱させた場合にも、行為者は訴追されるということが——軍人法、軍刑法あるいはその他の場合において——規定されている場合のみである」という。⁽⁷⁵⁾

次にフォートが示した三権分立的視点からの批判については、警察は国家の刑罰請求権を自由に処分してはいないという反論がなされる。すなわち、警察は、刑罰請求権を消滅させるために犯罪誘発行為を用いるのではなく、反対に刑罰請求権を創出しようとしているためである、と。さらに、立法権の判断が訴訟障碍の承認によって効力を奪われるか否かという点は非常に疑わしいともされる。というのは、立法権が排他的規定を置いている場合であればこれ

に対する処置は許されないが、訴訟障碍の承認の場合そうではないのであるから立法権の判断が効力を奪われたということはできない、と。また、行政権と司法権との関係では、違法な手続によって獲得された自白が刑法一三六条aによって利用不可能となる場合と比較する。すなわち、違法収集自白の場合は、警察がその行為によって事実上行為者の処罰を妨げることになるが、この点違法な犯罪誘発行為によって訴訟障碍が承認される場合と類似性を有する。このような着想を一般化するならば、法治国家原則に対する捜査機関の違反行為によって訴訟障碍が導かれることも、立法者の判断の裏をかいて効力をなくすことにはならない、という⁽⁷⁶⁾。

最後に、対象犯罪のイメージが与えるこの種の議論への影響という点については、訴訟障碍による処理を導く上でこれが説得的な根拠とはならない点を以下のように指摘する。タシユケは、警察が連絡員を通じて行為者AにBを殺害するように教唆しAがこれを遂行した場合、Aを訴追の枠外におくという結論には誰も辿り着かないだろうという点は認める。ただし、タシユケによればこれも前提となる条件を欠いた議論であると反論される。すなわち、「Aが殺人の罪を理由に有罪判決を受けるただけに教唆を受けた場合」⁽⁷⁷⁾は、このような概観は変わるといのである。フオートの議論はまさにこの条件を欠いたものである、と。

以上のように述べ、タシユケは、判例の示す「矛盾し悪意に満ちた行為」の内容を「矛盾行為禁止」の原則と捉え、そこから刑罰請求権の失効を導く見解を支持する。

d ゲッセル (Gössel) の理論

ゲッセルは、アジャン・プロヴォカトゥールを通じて国家の指示を受けてなされた可罰的行為を処罰しないとすると連邦通常裁判所の判断について、問題なく同意できるとして、その理由を以下のように示す。すなわち、国家はその

構成員に可罰的行為をするように指示することで、可能な限り犯罪行為を防止すべきであるという義務に背くことになる。したがって、国家刑罰権 (staatlicher Strafanspruch) がいわば不正に獲得されたのであり、そのため訴追がなされてはならないほどに信義に反するためである、と。したがって、その結果、訴訟障礙が導かれるというのである。⁽⁷⁸⁾ また、ゲッセルは当時第二刑事部によってしばしば繰り返し述べられてきた以下の文章を引用し、法治国家原則違反から訴訟障礙が導かれるということを論証しようとする。

「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——重大な影響によつ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刑法上訴追する場合、国家は、矛盾し悪意に満ちた行為という非難に曝される。これは、法治国家的秩序においては、許され得ないことである。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る。それは、職務上考慮すべき訴訟障礙の効力を生じさせる。⁽⁷⁹⁾」

ただ、ゲッセルがこのような見解を示したのは、強盗事件に関する連邦通常裁判所第二刑事部一九八三年二月九日判決⁽⁸⁰⁾に対する評釈においてであった。この事案では、被告人らの防御計画 (Verteidigungsplan) について検察官が情報を獲得していたことが問題となった。しかし第二刑事部は、このような事情はなお訴訟障礙を根拠付けるものではないと判示した。すなわち、「法治国家原則の意義からは、刑事手続における同原則に対する侵害が訴訟障礙 (Prozeshindernis) の発生を結果として導くことは、しかしながら認められない」というのである。この点ゲッセルが着目するのは、同じ第二刑事部がアジャン・プロヴォカトゥールの問題に関する数多くの判断において論じてきたこととの矛盾であった。それまで第二刑事部は、違法な犯罪誘発行為の判断および法律効果に関する議論において、次のように述べてきた。すなわち、犯罪誘発行為は、法治国家原則によつて保護されている限界内においてのみ許さ

れるが、この限界を超える場合には訴訟障碍が承認されうる、と。⁽⁸¹⁾確かに、ゲッセルの評釈した第二刑事部判決とそれまでの犯罪誘発行為に関する第二刑事部の判決を比較する場合、彼が指摘するように両者は矛盾しているという印象を受ける。ゲッセルは、このような矛盾が解消されるためには、法治国家原則違反から自動的に訴訟障碍が導かれるわけではなく、特に重大な場合においてのみそれが承認されるということを認めるしかないとする。⁽⁸²⁾

第二款 理論の出発点

違法な犯罪誘発行為の法的帰結として刑事訴追権限失効に基づく訴訟障碍を主張する論者は、民法の領域における「矛盾行為禁止の原則（*venire contra factum proprium*）」を理論的基礎とする。すなわち、国家の矛盾した態度によって刑事訴追権限が獲得される場合、前提となる権限の獲得において瑕疵があるために訴追権限が失効するというのである。かかる指摘は学説においてはブルンスによつてはじめてなされた。その後、ブルンスの主張する矛盾行為禁止の原則を根拠とする刑事訴追権限失効論は、フォートによる反論を受けることとなる。しかし、このような理論構成を支持するタシユケによつてフォートの反論は崩され、その後もゲッセルが刑事訴追権限失効に基づく訴訟障碍の承認を支持することとなった。

もともとこのような理論の基礎は、連邦通常裁判所第二刑事部一九八一年二月六日判決⁽⁸³⁾【五】で示された「重大な影響（*erhebliche Einwirkung*）」基準の理論の中に存在した。このことはブルンスによつて指摘されていたが、タシユケは、フォートによる批判を検討し、反駁するに当たつて、この理論の理論的根拠を強化するに至つたといえる。つまり、「矛盾に満ちた悪意的行為」と表現されていた国家の矛盾行為とは、「後に訴追するという目的」で国家が犯罪を唆

すことであるということを明確にしたのである。このような国家の矛盾行為に対して訴訟障碍という法的構成を与える理論として、民事法の基礎概念である矛盾行為禁止の原則が用いられるのである。

このように、刑事訴追権限失効論の理論的基礎は、「重大な影響 (erhebliche Einwirkung)」基準において示された違法の根拠に大きく依拠しているといえよう。このような理論はおそらくブルンスによって始めて主張されたと考えられ、それまでの学説⁽⁸⁴⁾は証拠禁止による解決を支持していた。リューダーセンやフランツハイムは、刑法一三六条aを根拠とする包括的証拠禁止から訴訟障碍と同様の効果が導かれるということも指摘していたが、同条の適用範囲という点で弱点を有していた。訴訟障碍による解決は、このような問題を不必要なものにできるというメリットを有する。

また、一九八〇年から一九八一年にかけての判例理論であった「犯意の具体化理論 (Konkretisierungstheorie)」も訴訟障碍による問題解決を示していたが、ブルンスらの主張する刑事訴追権限失効論はその前提を異にする。すなわち、犯意の具体化理論においては、「国家的行為の客体として有罪立証の目的におとしめられてはならないことに対する批難」が違法の根拠とされ、この点に理論的基礎が置かれていた。このような批判の法的評価が「人間の尊厳」に対する侵害ということになる。この点、先にみたように、ブルンスは刑事訴追権限失効論の理論的基礎である撞着法理の方が、人間の尊厳に対する侵害を基礎に置くよりも直接的に納得的であり、有効であるとする。おそらく、人間の尊厳に対する侵害を理論的基礎に据えることに否定的態度が示された理由は、犯罪誘発事例においては基本権侵害は観念しえないという批判を考慮したためではないかと思われる。思うに、証拠禁止説の一つの根拠付けとして基本権侵害が持ち出されていたが、その後、インメ・ロクシンによって否定されていた。結果として証拠禁止を導く場合であれ、訴訟障碍を導く場合であれ、いずれにせよ出発点において基本権侵害を考慮するという共通性があるのであれば、前述のインメ・ロクシンによる批判はここでも妥当することになる。ブルンスがこのような点を考慮して撞着法理の方が直接的に納

得的といふのであれば、ある程度理解できる。⁽⁸⁵⁾ただし、証拠禁止説を検討する際にも述べたように、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発が問題となる場合に基本権侵害が問題とならない、ということではできないように思われる。

他方、インメ・ロクシンは、以下の点についても批判を行っている。すなわち、信頼の構築 (Vertrauensabstand) がなければ、矛盾行為禁止の原則は導かれなところ、犯罪誘発事例においては、誘発者の背後に国家が存在することを被誘発者は知らず、したがって彼が訴追されないことに関する信頼は生じえない⁽⁸⁶⁾、と。この点、民事法上の概念である矛盾行為禁止の原則を、犯罪誘発事例の場合にそのまま適用しようとすることは困難かもしれない。しかしながら、彼女自身が指摘しているように、このことを確認しても、そのことによつて直ちに国家の権限濫用が取り除かれるということにはならない。⁽⁸⁷⁾矛盾行為禁止の原則が信頼の構築の点を問題とするものとしても、これに示唆を得た新たな判断基準の存立可能性まで否定されるということとはなからう。

全体としてみたところ、刑事訴追権限失効論に立つ学説の多くは、ブルンスの示した理論を確認し、補強するにとどまっているといえよう。ゲッセルもそのような論者の一人であるが、彼の指摘には注意を払うべき箇所がみられる。すなわち、訴訟障碍が否定された犯罪誘発ではない事案との比較から、訴訟障碍が承認されるのは、国家の矛盾行為という法治国家原則違反が「特に重大な場合」においてのみだという結論を導いているのである。

以上のことを総合すれば、刑事訴追権限失効論の理論根拠を次のようにまとめることができよう。すなわち、国家が被誘発者に重大な影響を与えて犯行を唆したような場合には、刑罰請求権の獲得という点において矛盾行為が介在することになる。このような、矛盾は重大な法治国家原則違反に該当するため訴訟障碍が承認される、と。

第三款 他の処理方法との類似性

ここで、他の処理方法との位置関係を確認しておこう。違法な犯罪誘発行為の法的帰結として証拠禁止を導こうとするリューダーセンの主張においても、同様の指摘がみられた。というのは、リューダーセンの主張においてはアメリカ法のわなの理論が参考にされており、アメリカ法における禁反言の原則を十分に意識したものであった。彼は、アメリカにおいては、わなに掛ける行為(entrapment)は禁反言(stoppage)になり、捜査官の行為が有罪判決の妨げになる(stop)ことを指摘していた⁽⁸⁸⁾。また、連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月二三日判決(二〇)⁽⁸⁹⁾では、国家刑罰権の失効から刑罰阻却事由(Strausschließungsgrund)が発生するという理論構成が想定されていることが読みとれる。この判決において、第一刑事部は、違法な犯罪誘発行為を根拠とする訴訟障碍事由および刑罰阻却事由の承認を否定し、量刑的解決のみを認めている。第一刑事部は、刑罰阻却事由否定される根拠として、その前提となる国家刑罰権の失効という理論構成が、刑法における民法上の基本概念の許されざる転用であるためであるとする⁽⁹⁰⁾。

このように、国家の矛盾した行為に基づく刑事訴追権限の発生という点に、許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠を模索する理論にも、その結果という点で多少の差異がみられる⁽⁹¹⁾。そこで、証拠禁止説および刑罰阻却事由説との関係上、ここで紹介したブルンスらの主張はなぜ訴訟障碍という帰結に至らなければならないのかが問題となる。この点、証拠禁止あるいは刑罰阻却事由の承認ではなく、あえて訴訟障碍を選択することについて理由を明確にした論者はいない。おそらく、ここで訴訟障碍を主張する論者は、不処罰処理という点から、証拠禁止ではなく訴訟障碍による解決を積極的に選択したと考えられる。これに関して、川崎英明による分析でも、「おとり捜査をめぐって国家の直面する矛盾は、一方で国家(捜査・刑事訴追機関)が犯罪を誘発しておきながら、他方で同じ国家(裁判所)がこれを処罰する点に生ずる。この矛盾を回避するためには、(犯罪誘発の事実が消えないから)処罰を回避するしかない。しかし、おとり捜査に基づき提起された公訴を有効とするなら裁判所は実体裁判を迫られ、この場合、証拠禁止を承認しても他の証拠が

存在しうるから、伝統的な刑法理論の下では有罪判決に至るしかない。従って、矛盾回避のためには起訴の無効、従って訴訟障害を承認するしかない」ということが指摘されている。⁹²⁾

この点を考慮したとしても、国家的行為の矛盾が違法の根拠となる場合に訴訟障害が唯一の処理方法である必然性は論拠付けられない。なぜなら、不処罰処理の方法として刑罰阻却事由の承認による処理という可能性は残るからである。仮に、ここで紹介したブルンス以下の論者が、違法な犯罪誘発行為の法的帰結が不処罰を導く処理方法でなければならぬ⁹³⁾と考えたとしても、刑罰阻却事由を選択しなかった理由はなお疑問の余地があろう。この点に対しては、以下の第四節で紹介するシューマン (Schumann) が説明を行っている。それによれば、民事法の請求権の場合と異なり、刑罰請求権は手続においてはじめて請求可能であるため、手続上の結果として訴訟障害が導かれるという。⁹⁴⁾

第四款 検討

以上みてきた刑事訴追権限失効論は、判例理論における「重大な影響 (erhebliche Einwirkung)」基準に大きく影響を受けた理論であるということができよう。判例においては重大な影響がある場合に訴訟障害が導かれる理由について、当該犯罪誘発行為の批判の対象こそ示していたものの、理論的精緻化は進んでいなかったように思われる。この点、ブルンスは判例の示す「矛盾し悪意に満ちた国家的行為」という批判を、矛盾行為禁止の原則という形で理論的に構成し、説明付けている。その点で、学説の果たした役割は評価できよう。その後も、批判論に対して再反論がなされるなど当理論は強化されていった。それでもなお判例および他の学説から、矛盾行為禁止の原則を刑罰請求権についても妥当させることは、民事法上の基礎概念の刑事法への「許されざる転用」であるという批判を受けてきた。しかしながら、な

ぜ民事法上の基礎概念である矛盾行為禁止の原則を刑事法領域に転用することが許されないのかについては、それらの批判論も説明を行っていない。ドイツ民事法上の基礎概念である矛盾行為禁止の原則からは、アメリカ法におけるエストップ法理⁽⁹⁵⁾（estoppel doctrine）の存在が想起される。アメリカ法のエストップ法理に比較法的示唆を得て説明することも可能だろう。確かに、請求権という点についてみれば、同法理は手続法的というよりはむしろ実体法的結果を導く法理論であるかもしれない。しかしながら、矛盾行為禁止の原則から手続法的結果として訴訟障害が導かれることについては、刑罰請求権は手続においてのみ請求可能であるため民事の請求権と状況が異なるというシューマンの説明が妥当しよう。

一方、これら学説の議論は、違法な犯罪誘発行為ひいては違法捜査から、いかにして訴訟障害を導くかという点に焦点を当て、「重大な影響（erhebliche Einwirkung）」基準を用いる判例の示した評価方法を容認するものであることがうかがえる。判例は訴訟障害の前提となる法的根拠については十分な補強を行っていたとはいいい難いものの、これら学説は判例の重大な影響基準の理論的補強に貢献したといえよう。⁽⁹⁶⁾

第四節 刑事訴訟目的喪失論

第一款 学説

刑事訴訟目的の喪失を理由に訴訟障害を導く理論的枠組みは、シューマン（Schumann）によって主張されている。以下、シューマンの主張する訴訟目的の喪失を根拠とする訴訟障害という理論構成についてみておこう。

シューマン (Schumann) の理論

この見解を主張する論者としてシューマン (Schumann) が挙げられる。シューマンは、訴訟障害を導く三つの構成を示し、それらを全て批判する。そこで挙げられた訴訟障害の三つの理論的枠組みとは、刑法一三六条aに基づく包括的証拠使用禁止を経た結果認められる訴訟障害、次に基本法違反に基づく同様の理論構成と、撞着法理から国家刑罰権の失効を根拠として訴訟障害を導くというものであった。⁽⁹⁷⁾ また、量刑による解決および刑罰阻却事由 (Straf ausschließungsgrund) の承認についてもこれを否定する。最終的に、彼はフォルク (Volk) ⁽¹⁰⁰⁾ によって発展させられた訴訟障害の概念に大きく依拠しつつ、訴訟目的 (Prozesszweck) の喪失に基づく訴訟障害という理論的枠組みを示す。この理論においてはまず訴訟目的の意義が問題となる。フォルクは、訴訟目的とは刑罰秩序 (Strafordnung) の実証を通じて公衆 (Allgemein) ⁽¹⁰¹⁾ の法意識を確認し、そのことで犯罪行為によって脅かされた法的平穩 (Rechtsfrieden) を回復させることにあるという。したがって、このような刑事訴訟の目的が失われる場合に訴訟障害が導かれるという。シューマンはこれを前提として、公衆の法意識の確認のための手段としての手続が、その目的にとって無用となり信頼喪失の限界を超えてしまうのは、犯罪誘発の場合においては、当該行為が刑事訴追機関によって特に刑事訴追という目的のために作り出されたものという特徴を有する場合においてのみであるとする。そして、これに該当する場合として、捜査当局がアジャン・プロヴォカトゥールを通じて犯罪に関与し、その際当該犯罪が主として捜査当局 (またはアジャン・プロヴォカトゥール) の所産とみなされるような場合を示す。⁽¹⁰²⁾ この点、ブルンスらの提示する刑事訴追権限失効モデルと異なるのは、まさに当該行為者を後に訴追するという意図で誘発行為が行われたという事情を決定的なモメントとして考慮しない点である。すなわち、シューマンは、単なる「内心的事実 (innere Tatsache)」は、このような評価において変化をもたらすことはないという。したがって、アジャン・プロヴォカトゥールが殺

人の教唆を行いこれを被誘発者が挙行した場合にも訴訟障碍は認められるかというフォートによる問題提起に対して、タシユケとは異なる反論を行う。というのは、シューマンの議論は「自己矛盾態度」に許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠を見出すのではなく、「脅かされた法的平穩の回復」という刑事訴訟の目的にそれを見出すためである。したがって、被害者ならびにその家族の私的な補償の必要性を誘導し引き継ぐという点にも刑事手続の指命があることが考慮されなければならないことになる。その結果、典型的に特に高い補償の必要性が結果として生じる行為（おそらく殺人など）場合、いずれにしても個々人の法益に対する既遂（vollendet）犯罪においては、彼の示す前提条件が存在したとしても訴訟障碍は認められないという^(四)。

なお、シューマンは訴訟障碍以外の手段による処理方法を否定している。まず、刑法一三六条aを根拠とする証拠禁止の可能性については、二つの問題を指摘する。すなわち、同条の制度的位置付けから尋問以外の場合にも同条の規定が適用できるかという問題と、同条にいう「欺罔」の意義である。このような指摘についてはすでに前述した通りである（本章第二節第二款参照）。また、基本権侵害を根拠とする訴訟障碍の可能性については、教唆（Anstiftung）に従って行動した正犯（Hauptäter）は法的意味において自由な決定を行っており、また彼が享受する社会的尊重（soziale Achtung）を危険に曝したのは彼自身であるという。つまり、行為者は犯罪誘発行為によって自らの有する人間の尊厳および基本法二条一項に基づく権利、つまり自らの自由処分に委ねられている権利について侵害を受けたとはいえないというのである（本章第二節第三款参照）。また、シューマンは、国家刑罰権の失効に基づく訴訟障碍という理論構成について、仮に民事法に由来する原則が刑事法においても有効であるとしても、このような理論構成による訴訟障碍の承認は認められないという。というのは、矛盾行為禁止の原則は先行行為で設定される信頼の構成（Vertrauensbestand）に対する矛盾が問題となるのだが、連絡員の誘発行為は不処罰（Straflosigkeit）に対する

信頼を惹起するのに十分ではないから、というのである。⁽¹⁰⁵⁾最後に、量刑的解決を主張する連邦通常裁判所第一刑事部に対しては、「刑事訴追機関の犯行への関与」という点が問題であるのにこの点が見落とされているという批判を述べる。シューマンは、このような批判に対して「権限外」理論（‘ultra-vires’-Lehre）が反論として引き合いに出され、帰責性が否定される可能性も指摘する。すなわち、権限を越え任務を濫用した警察のアジャン・プロヴォカトゥールの行為は、国家に帰責されてはならないということが持ち出されうる、と。しかしながら、彼はタシユケの見解に依拠しつつ、アジャン・プロヴォカトゥールが警察の連絡員たる身分の下で行為する場合は、警察も許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの行為を帰責されるべきであるとする。⁽¹⁰⁶⁾また、その意味では、刑罰阻却事由も問題を量刑のレベルにまで押しつけるのと同じ程度にしか適切とはいえないという。刑罰阻却事由が違法性と責任の枠外にあるとしても、刑罰の必要性の基準の下でその無価値性を減少させる行為経過（‘Tatgeschehen’）の状況において刑罰阻却事由が根拠付けられる場合には、いずれにせよこのことが妥当するといふ。⁽¹⁰⁷⁾

以上のように他の処理方法を否定し、フォルクの見解に依拠しつつ、訴訟目的は刑罰秩序（‘Strafordnung’）の実証を通じて公衆（‘Allgemein’）の法意識を確認し、それによって行為により脅かされた法的平穩を回復させるという点にあるとする。したがって、違法な犯罪誘発行為と訴訟障碍の問題に関する判断は、アジャン・プロヴォカトゥールの犯行への関与が、このような刑事訴訟の目的のための手段としての訴訟を信用するに値しないという理由から無用たらしめるかどうかという点にかかっているといふ。⁽¹⁰⁸⁾

最後に、シューマンは、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為が違法とみなされる場合について以下のように述べる。

「公衆の法意識の確認のための手段としての手続が、その目的にとって無用であるという理由から信用を失う限

界が踏み越えられるのは、行為が刑事訴追機関にとって特に刑事訴追という目的のために作り出されたもの (Geschaffenen) であるという特徴を有する場合においてのみである。これに該当するのは、当局が (アジャン・プロヴォカトゥールとして活動する) 連絡員を通じて、当該犯罪行為が主として当局の所産とみなされるうる形で関与した場合である。その際、次の二点のいずれか、あるいは両方から判断がなされる。すなわち、行為者に対する影響の強さ、あるいは行為の実現 (Tatdurchführung) に向けた関与の規模である。判例の基準によれば、行為者が対象となる犯罪 (entsprechende Taten) の嫌疑を有する場合であっても許容されない行為への関与という点で、刑事訴追機関はすでに手続の開始において不法に深く関与している。そして、行為により侵害される規範の不可侵性をまさに手続によって実証するための手段として手続が不適切であるという程度に、行為を作為的に作出している⁽¹⁰⁾。

以上のように、シューマンは、犯罪誘発行為が許されざるものとなる限界の判断にあたつて、アジャン・プロヴォカトゥールの影響の程度および行為への寄与度を検討対象とする。これは、客観的な評価の視点を重視する「重大な影響 (erhebliche Einwirkung)」基準と共通する判断方法といえよう。また、彼は基本権侵害に基づく証拠禁止を否定する際に、そもそも犯罪誘発事例においては基本権侵害がないことを主張する。そのため、人間の尊厳および人格的自律権といった基本権侵害の有無を判断するための要素として「嫌疑」の要素を考慮することを排除する。つまり、シューマンは、被誘発者に存在した嫌疑の視点は、単に全体の中の一つの視点としての意義を有するにとどまるという。この意味は、嫌疑の要素は、アジャン・プロヴォカトゥールの影響の重大性あるいは行為寄与度を判断するための一要素としてのみ意義を有するにすぎないということである。したがって、嫌疑の視点は二次的機能を有するにとどまることになろう⁽¹¹⁾。

第二款 理論の出発点

以上みてきたことから、刑事訴訟目的喪失論は刑事訴訟目的の存否を訴訟障碍の根拠とすることが明らかとなる。しかし、この理論が注目したのは、法的平穩の維持あるいは法秩序の証明という刑事訴訟の目的達成のために、そのような法的平穩・秩序をいったん失わせるという点であり、その意味では撞着法理を用いる刑事訴訟追権限喪失論と共通する。ただし、シューマンらはこのような矛盾行為に基づく刑罰請求権の失効を民法上の請求権に関する概念を用いて説明するのではなく、刑事訴訟の目的と照らして説明付けている。すなわち、当該犯罪行為の作出がまさにその行為を追うためだけに行われたのであれば、公衆の法意識の確認およびそれによる法的平穩の回復という刑事訴訟の目的は失われるためである、と。よりシンプルに述べるならば、公衆の法意識の確認と法的平穩の回復という目的のために、わざわざ法的平穩を崩すことに許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠を見出す点にこの理論の主眼がある。

第三款 評価方法

以上のようなシューマンの議論をみれば、刑事訴訟目的喪失論の基礎にあるのは国家の矛盾行為であるということが明らかとなる。ただ、ブルンスらによって唱えられている刑事訴訟追権限失効論と異なるのは、同様の国家行為の矛盾を刑罰請求権の生成過程に求め、瑕疵ある訴追権獲得という形で表すのか、それを刑事訴訟目的違反行為として指摘するかの違いである。いずれにしても、国家の側の行為に着目した理論であることに共通性を見出すことができよう。したがって、ここでも評価のポイントは問題となる行為の客観的事象に求められることになる。すなわち、アジャン・プロ

ヴォカトゥールの影響の程度および行為寄与度という点から、彼の行為が公衆の法意識の確認および法的平穩の回復という刑事訴訟目的に反するものであるか否かが判断されるのである。そして、行為者の主観的側面および内心状況は、このようなアジャン・プロヴォカトゥールの影響の程度および行為寄与度を測る上で検討される視点にすぎないことになる。この点、シューマンは、犯罪誘発事例においては、人間の尊厳すなわち人格的自律権侵害がないということを明言している。したがって、このことから刑事訴訟目的喪失論においては、国家の矛盾行為の有無が判断対象であって、そのためアジャン・プロヴォカトゥールの側に着目した判断要素の検討が主となることになる。

第四款 検討

違法な犯罪誘発行為の法的帰結として訴訟障碍を主張する二つめの理論は、刑事訴訟目的の喪失を根拠とするものである。このような理論構成を用いるシューマンは、そもそも刑事訴訟の目的が何たるかという点について、フォルクの見解に依拠していた。フォルクは、刑事手続法 (Stratverfahrensrecht) は特定の目的のために存在するのであり、したがって訴訟条件 (Prozessvoraussetzung) と結び付いていなければならない⁽¹²⁾という。そして、「刑事訴訟 (Strafprozess) の目的は、法的平穩の維持 (法秩序の証明) である」という。シューマンはこのことを根拠に、当該犯罪行為 (Tat) がそれを訴追するという目的のために作り出されたという特徴を有する場合、公衆 (Allgemein) の法意識の確認およびそれによる法的平穩の回復という刑事訴訟の目的は失われることになり、そのため、このような場合においては訴訟障碍が導かれるという。

これに対し、なぜ訴訟目的が欠如すれば訴訟障碍が生じる根拠付けが不明瞭である、あるいは訴訟目的の基準が不明

瞭であるといった批判がある。例えば、インメ・ロクシンは、シューマンの主張するような訴訟目的喪失訴に基づく訴訟障碍の可能性を否定する。先に示した通り、シューマンは訴訟目的の失効に基づく訴訟障碍が認められるのを、アジン・プロヴォカトゥールの度を過ぎた (übergewichtig) 寄与が認められる場合のみとする。しかし、他方、嫌疑のない者に対する犯罪誘発が行われた場合でも訴訟障碍は認められないとする。彼女は、両方の場合における非許容性の原因が法治国家原則違反に見出されるべきであるため、このような相違は説得力はないという。さらに、彼女は以下のような決定的な指摘を行う。

「加えて、『シューマンの理論は』なぜ訴訟目的 (Prozesszweck) の喪失の場合に訴訟障碍が承認されるのかということについて論拠を欠いている。フォルクもまた、確かに訴訟目的の喪失と訴訟障碍を同一視してはいない。訴訟障碍は構造上の前提条件が存在する場合にのみ存在しうる。」

以上のように述べ、シューマンの主張する訴訟障碍⁽¹⁴⁾には構造上の前提条件がないため認められないという。同様の指摘はシェファー (Schäfer) によってもなされている⁽¹⁵⁾。

この点に関し宇藤崇は、「フォルク自身が他方で、法的平穩の確保という訴訟目的は、全手続法の指導理念であると考えていることを想起すれば足りよう。後者の点も、新たな訴訟障碍を承認しようとするときにつきものの難点であり、訴訟目的喪失論固有のものではないといえよう」とし、インメ・ロクシンおよびシェファーの批判を論駁する⁽¹⁶⁾。このような宇藤の反論によって刑事訴訟目的喪失論の弱点が克服されたといえるのか否かについては、なお検討を要する。これについては後述する (本章第八節)。

第五節 憲法的訴訟障碍論

第一款 学説

憲法に直接の根拠を求める訴訟障害は、一九八〇年代～一九九〇年代初頭にかけて、リース (Rieß)、ヒレンkamp (Hiltenkamp)、ヴォルター (Wolter)、ヴォルフスラスト (Wolfslast) といった論者らによつて主張された。これらの論者は、許されざる犯罪誘発行為が憲法に抵触することを根拠に訴訟障害を導き出そうとする。以下、これらの論者の主張する理論についてみておこう。

a リース (Rieß) の理論

本稿ではリースの主張を憲法的訴訟障害論のカテゴリーに分類し、紹介するが、厳密には彼は憲法的訴訟障害論を展開するわけではない。ただ、以下の紹介から明らかなように彼の主張する理論は結果として憲法的訴訟障害と同様の効果をもたらす。以下、リースの主張する理論についてみていこう。

リースは、法治国家原則違反の違法捜査を訴訟障害事由の中に取り込むことに対して、以下のような懸念を示す。すなわち、訴訟障害という制度は、「いかなる実体裁判もなされるべきではないために (weil) 用いられる理論装置 (dogmatisches Instrument) であり、「ある程度厳格に記述されえ、かつ記述されている事象」でなければならない⁽¹¹⁾、と。そして、「憲法上特別の重要性を持つ手続規則 (Verfahrensregeln) を守ることは訴訟条件の責務ではなく、訴訟障害の概念は特に重大な手続違反と本質的に同義のものと扱われてはならない⁽¹²⁾」という。そして、法治国家原則違反の違法捜査に対しては「別の権利保護システムおよび対応システム (differenziertes Rechtsschutz- und Reaktions-system)」があるとして、訴訟障害の承認以外の解決法を示す⁽¹³⁾。

このように、リースは、個々の事象を新たに訴訟障害事由とすることに対して消極的であるように思われるが、一定の場合においてはこれを肯定する。彼は、既存の「典型的な (klassisch) 訴訟障害事由とかなりの類似性を有する場合」においてのみ、新たな訴訟障害事由が認められるとする。⁽¹⁹⁾ この点、法治国家原則違反の違法捜査から訴訟障害が導かれるという理論構成においては、これとは反対のことを出発点とする。すなわち、いかなる実体裁判も行わないようにするために (damit) 訴訟障害が要求されることになる。しかも、この場合、実体裁判を行うことのできない理由は、この事由の中に存在しない。その意味で、法治国家原則違反の違法捜査を訴訟障害事由の中に取り込むことは、伝統的な訴訟障害の考え方と背反する。⁽²⁰⁾ したがって、法治国家原則に反する捜査からは訴訟障害は根拠付けられないのだという。

しかし、リースは、極端に重大な法治国家原則違反が認められる場合には、「憲法的訴追禁止」という構成で手続打切りを承認する。彼は、「重大かつ治癒の不可能な法治国家原則違反」が認められる場合には、現行法の規定がなくとも、刑法六〇条、⁽²¹⁾ 刑法一五三条の場合と同様に、制裁請求権 (Sanktionsanspruch) の放棄が正当化され、法治国家原則違反による「訴追禁止 (Verfolgungsverbot)」が承認される場合があると主張する。⁽²²⁾

あらためて留意しておく必要があるのは、リースは違法捜査に基づく制裁という意味での訴訟障害を認めず、あくまでも訴追禁止という形で手続打切りを目指す点である。この意味では、彼は訴訟障害の伝統的な理解に立脚しているといえる。しかし、先にも述べた通り、彼の立論は実質的には憲法的訴訟障害と同様の効果を有することになる。したがって、両者の相違は、問題を訴訟障害という形で処理するか、訴追禁止という形で処理するかという形式的なものにとどまるといえよう。この点、リースは、実質的には同様の結果を導くにもかかわらず訴追禁止という構成をとった理由を、以下のように述べている。すなわち、訴訟障害の場合「その条件と結果が明確であり、立法者によつ

て限定的に承認されているため、性急かつ無差別的な発動への誘惑が大きい」ということを理由に、訴訟障害ではなく訴追禁止という新しいカテゴリーにおける処理を主張するのである。⁽¹²⁴⁾ その意味では、憲法的訴訟障害を主張する他の論者と比べると、彼の主張する訴追禁止による手続打切りはより限定的な適用を見込んだものであると考えられる。⁽¹²⁵⁾

b ヒレンカンブ (Hillenkamp) の理論

ヒレンカンブも、違法な犯罪誘発行為の法的帰結として憲法的訴訟障害を主張する論者の一人である。彼は、「特に例外的な場合において (in besonderen gelagerten Ausnahmefällen)」のみ 訴訟障害が最終手段 (ultima ratio) として理解されるという。そして、このような視点から三つの制約が結果として導かれるという。すなわち、①補充性 (Subsidiarität)、②修復可能性 (Irreparabilität) であり、さらにこれらの点から③「訴訟の継続がもはや甘受しえなく (Fortsetzung des Verfahrens nicht mehr hinnehmbar)」程の重大な事実が問題となるような法治国家原則違反が、考慮されることになる。これら三つの条件が満たされる場合に、憲法を根拠とする訴訟障害が承認されうるといふ。彼の理論の出発点は、刑事訴訟と憲法の目的にある。すなわち、刑事訴訟と憲法の目的は、機能的刑事司法と公正な裁判 (fair trial) という二点、すなわち薬物犯罪の撲滅と欺罔禁止および自己負罪拒否特権の保障を基礎とする法治国家原則から導かれる、という。⁽¹²⁶⁾ その意味で、憲法を基礎とする訴訟障害の承認は、刑事訴訟の目的設定のみならず、比例原則という憲法の目的設定を考慮したものでなければならないことになるといふ。⁽¹²⁷⁾

以上のように、彼は全体考察を軸とした比例性原則を持ち出し、右の三点を条件に特に例外的な場合においてのみ、訴訟障害を承認する。このような憲法的訴訟障害の承認にあたって考慮されるべき視点として、彼は連邦通常裁判所第一刑事部 (二二)⁽¹²⁸⁾ が示す四つの項目を用いる。すなわち、①被告人に対する嫌疑の基礎と程度、②警察官の影響

の性質、強度および目的、③犯意 (Tatbereitschaft)、④被告人自身の、他人のコントロールを受けていない能動性である。⁽¹²⁴⁾

c ヴォルフスラスト (Wolfslast) の理論

ヴォルフスラストは、以下の場合に、国家刑罰権の失効を認める。まず、国家機関が違法な方法で当該行為に関与した場合であり、次に、行為者が国家の秘密情報員 (Agent) の誘発者 (Verführer) としての役割を認識しないという意味において、国家機関が行為者に対して行為を唆す場合である。⁽¹²⁵⁾ 彼女は、国家刑罰権が不正に獲得される場合には、国家による重大な法律違反が存在し、それは、基本的に国家刑罰権の発生および行為は妨げられなければならないという。⁽¹²⁶⁾ そして、このような原則が制限されるのは、特に危険な行為 (故殺) の場合にはのみ考慮されるのであり、犯意があり (Tatbereitschaft)、犯行に及ぶ気のある嫌疑を有する行為者が誘発を受けた場合には問題とならないという。⁽¹²⁷⁾ ヴォルフスラストは、国家の法律違反の効果は、手続的領域において検討されるべきであり、リース (Reich) の見解にも言及しつつ、手続の禁止 (Verfahrensverbot) を提案する。⁽¹²⁸⁾

d ヴォルター (Wolter) の理論

ヴォルターは特定の違法捜査の法的帰結として、訴訟障碍による解決を主張する論者の一人である。違法捜査の法的帰結として訴訟障碍が認められるとする理論構造は、ここで紹介した憲法的訴訟障碍論と内容を同一にする。そのため、ここで簡単に紹介することにする。ただし、一般論としては憲法的訴訟障碍の可能性を認めつつも、違法な犯罪誘発行為の場合には訴訟障碍を認めずに、刑罰阻却事由の承認に基づく無罪説を主張するため、留意する必要がある

る。

ヴォルターも概ねヒレンカンブと同様の主張を行う。まず彼は、違法捜査を①「極端な人権侵害のある事例」、②「特に重大な個別的事例」、③その例外の違法がある場合に分類する。そして、特に①の「極端な人権侵害のある事例」を問題とし、この類型においてさらに社会倫理上の最低ライン (sozialethisches Minimum) が犯された場合には包括的な憲法的訴追禁止が認められうるとする。彼によれば、憲法的訴追禁止とは、「刑罰による実体法規範の実現などの支配的課題が達成不可能あるいは無意味となった手続的・制裁的效果 (ausgleichende und sanktionierende Folge)」であり、「極端に不当で甘受しえない基本権侵害あるいは修正不可能ないし抑止不可能な基本権侵害がある場合に、憲法的訴追禁止は社会倫理上の最低線の範囲内で基本権保護を最大化するのに役立つ」ものであるとされる。さらに彼は、比例性原則との関係にも触れ、基本権保護と機能的刑事司法の均衡という比例性原則に基づく判断がなされうるのは、基本法一条に関連しない違法捜査があつたときのみであり、「極端な人権侵害のある事例」あるいは「特に重大な個別事例」の基本法一条違反については、何らかの訴訟的な保護ないし負担軽減対策 (prozessuale Schutz und Entlastungsvorkehrungen) を取ることが義務付けられ、その意味で比例性原則の介入する余地はないとこう。

ただし、前述の通り、犯罪誘発行為との関係では、ヴォルターは「極端な人権侵害のある事例」であることを否定し、憲法的訴追禁止を認めない。彼は、違法な犯罪誘発行為の法的帰結としては憲法的訴訟障壁ではなく、刑罰阻却事由を認める。これについては後述する。⁽¹³⁷⁾

第二款 理論の出発点

以上見てきたように、訴訟障碍説のうち第三の類型は法治国家原則違反を根拠とした憲法的訴訟障碍であった。このような見解をリードしたリースの見解は、違法な犯罪誘発行為があった場合に訴訟障碍という法的帰結を導くこと自体には異論を唱えるが、憲法的訴追禁止に基づく手続打切り (Einstellung) という構成をとる点で、結果として訴訟障碍と同様の効果が生じさせることになる。具体的には、彼は、「重大かつ治癒の不可能な法治国家原則違反」が認められる場合に制裁請求権の放棄を認め、そこから訴追禁止を導く。リースのこのような立論の後、ヒレンカンブらがこれに続いたわけだが、彼らも、訴訟障碍が認められる条件として、問題となる犯罪誘発行為が「修正不可能」な基本権侵害を伴う点を指摘している。ヒレンカンブは、「訴訟障碍を「最終手段 (ultima ratio)」と位置付け、この「修正不可能性」に「補充性」の条件を加え、この両者から当該訴訟の継続が甘受しえない程の重大な事実が問題となるかを吟味した上で、特に例外的な場合にのみ訴訟障碍を承認することができるとした。このような三要件の前提となっているのは、機能的刑事司法と公正な裁判を保障する法治国家原則であるとされ、その意味で比例原則という刑事訴訟および憲法の目的設定が考慮されなければならないとされた。このようなヒレンカンブの見解に対しては、憲法的訴訟障碍を最終手段として位置付けるのであれば、実体法的処理である無罪処理を同様に位置付けることもできるのではないか、という指摘もみられる。⁽¹³⁸⁾ この点、確かに、ヒレンカンブは最終手段として無罪判決による処理を検討しておらず、このことに対する理由も述べられていない。

次に、ヴォルターも基本権侵害と機能的刑事司法の均衡という点から、比例原則が介在することになるという。このような比例原則の存在を指摘する点で、彼の理論はヒレンカンブと共通する。しかしながら、ヴォルターは犯罪誘発行為が問題となる場合において、憲法的訴追禁止の前提条件である「極端な人権侵害」の存在を否定する。この点に対し、国家的犯罪誘発が行われる場合にも社会倫理上の最低ラインは踏み越えられる場合があるのではないかという指摘がある。⁽¹³⁹⁾

また、ヒレンキャンプとの関係で注意しておきたいのは、両者とも比例原則という概念を持ち出すが、ヴォルターにおいては基本法一条一項違反については比例原則が介在する余地はないとする点である。すなわち、彼は基本法一条一項によつて保護される人間の尊厳がある場合には、直ちに訴訟障碍が導かれなければならないと考えるのである。ただし、前述の通り、ヴォルターは犯罪誘発事例においてそのような基本権侵害の存在を否定する。

また、その後ヴォルフスラストは「国家刑罰権の不正な獲得」という点に着目し、そのような権限獲得を訴訟障碍事由とみなす。この見解は、先に紹介したブルンスらによつて主張される刑事訴追権限失効論と共通するかのようにも思われる。ただ、彼女は犯意、意思および嫌疑という行為者自身の内面に着目し、犯罪誘発行為の適否を判断する点で、ブルンスらとは異なる。したがつて、本稿では、行為者の基本権侵害を根拠に憲法的訴訟障碍を支持する論者としてヴォルフスラストを位置付けておく。⁽¹⁰⁾

第三款 評価方法

では、どのような場合に許されざる犯罪誘発行為であるとされるのであろうか。すなわち、ここで紹介した論者は、重大な法治国家原則違反あるいは重大な基本権侵害を訴訟障碍事由とみなすわけだが、それがどのように判断されるのかということである。この点について明言しているのはヒレンキャンプである。彼は、①被告人に対する嫌疑の基礎と程度、②警察官の影響の性質、強度および目的、③犯意 (Tatbereitschaft)、④被告人自身の、他人のコントロールを受けていない能動性、という四つの視点を挙げる。これらはすでに連邦通常裁判所の判例において用いられてきた視点である。また、ヴォルフスラストも「犯行の準備のできている、犯行に及ぶ気のある嫌疑を有する行為者」という視点で

呈示する。これらの点から思い出されるのは、連邦通常裁判所が一九八〇年代初頭に用いていた「犯意の具体化理論 (Konkretisierungstheorie)」である【一】～【四】判例参照⁽¹⁰⁾。これらの論者は、許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠を基本権侵害に関係付けて考えるため、犯意の具体化理論という判例理論に共通した判断要素が導かれることになるのであろう。

第四款 検討

以上みてきたように、憲法的訴訟障碍論は許されざる犯罪誘発行為の違法の根拠を、行為者の基本権に対する重大な侵害と捉え、行為者側の事象に着目したいわゆる主観説的判断基準を示しているといえる。先にみた二つの訴訟障碍説ではおとり捜査の違法の実質が国家(誘発者)の側に求められ、行為者側の基本権侵害は問題とされなかったのに対し、憲法的訴訟障碍論においてはむしろ行為者の基本権侵害が問題とされる。したがって、許されざる犯罪誘発行為があった場合に基本権侵害が認められる場合があるとする点で、先に紹介した二類型とは異なる理解を示す。この点、以下で紹介する無罪説を主張する論者の中には、アジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発事例においては基本権侵害はないのだとする学説が登場する。これについては、すでに本章第二節第四款において述べているように、被誘発者がアジャン・プロヴォカトゥールの道具となっている状況を問題とするのではなく、嫌疑のない者が被疑者として扱われること自体が問題とされなければならない、その意味で基本権に対する侵害は観念しうるように思われる。

- (1) 拙稿「おとり捜査の研究(一)」北大法学論集五八巻四号(二〇〇七年)一四六頁以下参照。
- (2) この点、これら以外の判例においては、仮に法治国家的許容限界を超えた場合であっても訴訟障碍の承認まで導かれることはないという表現で、法治国家という文言が登場することとされる(Vgl. BGH (1. Senat), Urt. v. 23.5.1984, BGHSt 32, 345ff. (【10】); BGH (Großer Senat), Beschl. v. 7.11.1985, StV 1986, 47f. (【14】); BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senat), Beschl. v. 10.3.1987, NJW 1987, 1874f. (【16】))。したがって、法治国家原則違反が違法な犯罪誘発行為の法的根拠となる点を明示する判例は少ない。
- (3) 例えば、インメ・ロクシンは、被誘発者が「国家的行為の単なる客体」となっているか否かの検討に際して、間接正犯(mittelbare Täterschaft)の理論を引き合いに出す。ただし、彼女自身は重刑的解決を支持するわけではない(Vgl. Imme Roxin, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 2. Aufl., 1995, S. 105f.)。インメ・ロクシンの主張する理論については、本稿第四章参照。
- (4) BGH, a.a.O. (Anm. (2)). (【10】)
- (5) 拙稿「おとり捜査の研究(一)」北大法学論集五八巻二号(二〇〇七年)五三頁以下(以下、本稿では単に「拙稿(一)」とする)。
- (6) 拙稿(一)(註5)五三頁以下。
- (7) 拙稿(一)(註5)五三頁以下。
- (8) Vgl. BGH (4. Senat), Urt. v. 11.9.1980, NStZ 1981, 70f. (【7】); BGH (1. Senat), Urt. v. 21.10.1980, 163f. (【4】); BGH (3. Senat), Urt. v. 6.2.1981, NJW 1981, 1626f. (【5】); BGH (2. Senat), Beschl. v. 23.12.1981, NStZ 1982, 156f. (【8】); BGH (2. Senat), Urt. v. 23.9.1983, NStZ 1984, 4f. (【9】); BGH, a.a.O. (Anm. (2)) (【10】); BGH (2. Senat), Beschl. v. 4.6.1985, StV 1985, 309ff. (【12】); BGH (4. Senat), Beschl. v. 16.3.1995, NStZ 1995, 506ff. (【11】)。
- (9) Vgl. etwa, *Bruns*, “Widerspruchvolles” Verhalten des Staates als neueartiges Strafverfolgungsverbot und Verfahrenshindernis, insbesondere beim tatprovozierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel, NStZ 1983, S. 55f.; *ders.*, “Zur Frage der Folgen tatprovozierenden Verhaltens polizeilicher Lockspitzel”, Eine Besprechung des Urteils BGH 1 StR 148/48 v. 23.5.1984, StV 1984, 392.; *Taschke*, Verfahrenshindernis bei Anstiftung durch einen Lockspitzel?, StV 1984, S. 179f.;

Schumann, Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agent provocateurs?, JZ 1986, 70, *Eschelbach*, Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten, StV 2000, 392f.

- (10) しかしながら、【17】判例の事案をみても分かるように、偽装バイヤー (Scheinaufkäufer) が獲得した情報が法定で証拠として取り扱われることも多い。そして、その場合【17】判例の事案のように、偽装バイヤーを取り調べた警察官の供述が採用される場合がある。戦後英米法の影響を受けたわが国では伝聞法則が採用され、多くの例外は残すものの伝聞証拠は原則的に禁じられることとなった。しかし、ドイツにおいては直接性の原則はあるものの、伝聞証拠を禁じる法則はない。したがって、わが国とは異なり伝聞証拠であること自体が問題となるというよりも、伝聞証拠の証拠価値が問題となる。つまり、わが国においては証拠能力の問題となるのに対し、ドイツでは証明力の問題として処理される。
- (11) *Lüderssen*, Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation, Festschrift für *Peters* 1974, S. 349ff.
- (12) 一九九〇年代において証拠禁止による解決を主張するものとして、Vgl. *Fischer/Maul*, Tatprovozierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme, NStZ 1992, S. 7ff.
- (13) *Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 361.
- (14) *Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, Göttingen 1957, Rn 5 für § 136a.
- (15) *Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 361.
- (16) *Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 362.
- (17) *Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 363.
- (18) *Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 363f.
- (19) *Less*, Der Unrechtscharakter der Anstiftung, ZStW 69 (1957), 53.
- (20) *Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 364.
- (21) *Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 365.
- (22) *Lüderssen*, a.a.O. (Anm. (11)), S. 368f.
- (23) *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 66. 同様にリューダーセンの主張する包括的証拠禁止が実質的には訴訟障碍と同じ効果

を生じさせることを指摘するものとして、宮木康博「ドイツにおけるおとり捜査の法的帰結」同志社法学五七卷六号(二〇〇六年)五一二頁以下。また、川崎英明「西ドイツ刑事訴訟におけるおとり捜査の規制」大阪市立大学法学雑誌三二卷一号(一九八四年)三三三頁(以下、本稿では単に「川崎・前掲論文①」とする)では、「波及効が承認されることで、被告人は場合によっては無罪判決で救済されよう」という指摘もみられる。いずれにしても、リューダーセの主張する包括的証拠禁止が認められれば、何らかの形での不処罰処理が期待できるようにも思われる。ただし、後述するように、川崎英明は、実体裁判がなされた場合伝統的な刑法理論の下では有罪判決に至るしかないとして、訴訟障碍の承認を支持する(川崎英明「おとり捜査の規制」島大法學三〇卷一号(一九八六年)八六頁以下(以下、本稿では単に「川崎・前掲論文②」とする))。

(24) *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 66.

(25) BGH (3. Senat), Urt. v. 24.8.1988, BGHSt 35, 328. また、ロクシンはこのような判例の見解を示しつつ、刑法一三六条aにいう欺罔とは「被疑者の決定の自由がドラスティックに狭くさせられてしまう場合のみを想定しているという

(*Claus Roxin*, *Nemo tenetur*: die Rechtsprechung am Scheideweg, NSZ 1995, 465f.)

(26) *Franzheim*, Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittlung von Straftätern, NJW 1979, S. 2015.

(27) *Betz*, Polizeilicher agent provocateur und Tatverfolgung, JuS, 1982, S. 416.

(28) BGH (1. Senat), Urt. v. 10.5.1983, BGHSt 31, 380; BGH (2. Senat), Urt. v. 5.12.1984, BGHSt 33, 83; BGH (4. Senat), Urt. v. 10.4.1986, BGHSt 34, 52.

(29) *Fischer/Maul*, a.a.O. (Anm. (12)), S. 13.

(30) もちろん、証拠禁止の効果の不十分性を危惧する見解もある。例えば、川崎英明は、「波及効が承認されることで、被告人は場合によっては無罪判決で救済されよう。しかし、証拠禁止の対象とはならない証拠の存在が承認される限りは、なお有罪の危険は残ることが看過され得ないのである」として、積極的に訴訟障碍を導こうとする(川崎・前掲論文①(註23) 三三三頁)。

(31) *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 67.

(32) KK-StPO, 3. Aufl., S. 623, § 136a, Rn 6 [Boujong], の点に関してロガーも刑法一三六条aは尋問のみに直接的に適

用されることを確認し、さらに同三項第二文の証拠使用禁止は供述のみをカバーするとする (Rogall, Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren, JZ 1987, 850.)

(33) Vgl. Meyer-Göbner, Strafprozessordnung, 48. Aufl., 2005, S. 526f., § 136a, Rn 4ff.

(34) Imme Roxin, aa.O. (Anm. (3)), S. 115.

(35) LR-StPO, 25. Aufl., § 136a, Rn 6ff. [Hamack].

(36) Vgl. Imme Roxin, aa.O. (Anm. (3)), S. 114.

(37) 筆者はおとり捜査と類似した捜査手法である「潜入捜査」について検討を試みた際に、この点についてドイツ学説の見解に触れた。潜入捜査官による情報収集活動についても、刑法一三六条a一項の禁じる欺罔を理由としてこれを禁じる見解がみられる。しかし、潜入捜査官による情報収集を尋問の概念から排除する見解は存在するものの、多くはそのような尋問類似行為を実質的に尋問と同様の行為としてその概念に包含する理論構成を採る。もし、リューダーセンの主張するように同規定が尋問を超えた適用範囲を有すると考えるならば、尋問類似行為を尋問に包含する必要はない。しかしながら、潜入捜査官による情報収集活動に刑法一三六条aの適用を承認しようとする学説の多くは、敢えてこれを尋問と定義付けることでそれを可能とする。したがって、リューダーセンと同様の構成を採る学説は皆無であるといえよう (拙稿「ドイツにおける潜入捜査」北大法学論集五六巻四号 (二〇〇五年) 三二二頁以下)。

(38) Vgl. KK-StPO, 3. Aufl., § 136a, S. 627, Rn 21 [Boujong]. Meyer-Göbner, aa.O. (Anm. (33)), S. 529ff., § 136a, Rn 12ff.; LR-StPO, aa.O. (Anm. (35)), § 136a, Rn 37 [Hamack].

(39) BGH (3. Senat), Urt. v. 24.8.1988, BGHSt 35, 328.

(40) Vgl. Claus Roxin, aa.O. (Anm. (25)), 465f.

(41) Vgl. Puppe, List im Verhör des Beschuldigten, GA 1978, 305. Vgl. auch Peters, Strafprozeß, 4. Aufl., 1985, S. 336.

(42) Vgl. Schumann, aa.O. (Anm. (9)), S. 67. また、インメ・ロクシンもシュエーマンのこの見解を支持する。確かに、行為の挙行については独立した決定が行われているが、警察のアジアン・プロヴォカトゥールの存在についてはそうではないということがヒレンキャンプから指摘されている (Hiltenkamp, Verfahrenshindernis von Verfassungen wegen, NJW 1989, 2848.)。しかし、これに対しても決定の自由はその中核領域においては侵害を受けていると主張 (Imme Roxin, aa.O.

- (Ann. (3)), S. 117.)。
- (43) 潜入捜査の情報収集活動に関するドイツ学説については、拙稿(註37)三〇六頁以下参照。
- (44) Vgl. *Claus Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. S. 181, Rn 17.
- (45) *Less*, aa.O. (Ann. (19)), S. 43.
- (46) *Trechsel*, Der Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 20ff.
- (47) 本稿では「アジアン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為が問題となる場合、Anstiftungを原則「扇動」ないし「扇動行為」と訳出している。判例・学説のいずれを見ても、アジアン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為は、「Tatprovokation」あるいはAnstiftungのいずれの用語も用いられており、Anstiftungがドイツ刑法二六条にいう教唆を意味するものとして用いられているのが判然としない場合が多い。しかし、ここで紹介したシューマンの理論は、まさに正犯(Haupttäter)との関係でAnstiftungの用語を用いていることから、それが教唆を意味することが明らかである。
- (48) Vgl. *Schumann*, aa.O. (Ann. (9)), S. 67f.
- (49) Vgl. *Imme Roxin*, aa.O. (Ann. (3)), S. 105f.
- (50) Vgl. *Imme Roxin*, aa.O. (Ann. (3)), S. 106f.
- (51) Vgl. *Imme Roxin*, aa.O. (Ann. (3)), S. 108f.
- (52) BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, BVerfGE 65, 1.
- (53) Vgl. *Imme Roxin*, aa.O. (Ann. (3)), S. 112ff.
- (54) Vgl. *Lüderssen*, aa.O. (Ann. (11)), S. 363.
- (55) *Imme Roxin*, aa.O. (Ann. (3)), S. 186.
- (56) *Imme Roxin*, aa.O. (Ann. (3)), S. 194.
- (57) 宇藤崇「違法捜査と不処罰処理(一)」法学論叢二二三卷二号(一九九三年)四四頁。その他、わが国で違法なおとり捜査の法律効果を中心についてドイツの理論を検討したものとして、川崎英明「違法捜査と訴訟障害」島大法学三二巻三号(一九八八年)三五頁以下(以下、本稿では単に「川崎・前掲論文③」とする)、寺崎嘉博「訴訟条件論の再構成」(成文堂、一九九四年)二二七頁以下(以下、本稿では単に寺崎『訴訟条件論』とする)などが挙げられる。

(58) ゲッセルは、この理論構成を支持すると思われるデンカーの見解に理論的根拠を与える。そのため、本稿では差し当たり刑事訴追権限喪失に基づく訴訟障碍論を主張する論者の一人として分類した。このような分析は宮木康博にもみられる(宮木・前掲論文(註23)五〇七頁以下)。ただし、ゲッセルはおとりによる犯罪誘発活動以外の捜査においては、これとは異なる見解を示す。そのため、宇藤・前掲論文(註56)四八頁以下では、憲法にその理論的根拠が直接求められるような訴訟障碍を主張する論者として分類される(なお、この点は宮木論文も同旨)。

(59) BGH, Urt. v. 10.8.1982, NStZ 1983, 80. この事案は、ロックシユビッツェルの活動の国家への帰責可能性が問題となった事案である。すなわち、被告人に対して犯罪誘発行為を働き掛けた証人Hは、捜査機関からは一般的任務および具体的任務のいずれも与えられておらず、固有の自発的な意思、利己的動機から被告人をして薬物取引を行う決意を惹起した。このような事実認定に基づき、連邦通常裁判所第五刑事部は、被告人の有罪判決の妨げとなる国家的捜査機関の行為は存在しないとした。ただ、この事案では、犯罪誘発者であるHの行為が国家のロックシユビッツェルの行為とみなされなかったがために訴訟障碍が導かれなかったわけであるが、第五刑事部は「被告人固有の他人に支配されていない能動性を考慮した上で、証人Hの犯罪誘発行為が被告人の寄与がそれに対して背後に退く程の重大性を有していたといえるか否かは未解明のままである」として、一定の関心を示している。したがって、ブルンスは撞着法理を基礎として訴訟障碍を承認する理論を示した判例と評価しているものと思われる。

(60) Bruns, aa.O. (Anm. (9)), S. 49ff.

(61) Bruns, aa.O. (Anm. (9)), 49ff.

(62) Vgl. Bruns, aa.O. (Anm. (9)), S. 50.

(63) Vgl. Bruns, aa.O. (Anm. (9)), S. 51.

(64) BGH, aa.O. (Anm. (8)), NJW 1981, 1626. 【5】

(65) BGH (2. Senat), Beschl. v. 15.1.1982, NJW 1982, 1238. この事案で連邦通常裁判所は、犯罪人引渡(Auslieferung)の事案において悪意に満ちた行為を裏付けるようなものはなかったため、刑訴法六〇条二号の適用は考慮しなかった。

(66) Foth, Kann die Aussetzung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?, NJW 1984, S. 221f.

(67) Taschke, aa.O. (Anm. (9)), S. 178ff.

- (68) 水晶の夜事件とは、一九三八年一月八日に発生した公使館書記官エルンスト・フォン・ラート暗殺に端を発した、ユダヤ人を狙った暴動であり、翌九日夜から一日未明にかけてナチス党員・突撃隊およびこれに賛同した非ユダヤ系住民がドイツ全土のユダヤ人住宅、商店地域等を襲撃、放火した。ナチスは、このような暴力行為をラート暗殺に対する「民族主義の正当な蜂起」と称し、黙認していたとされる。なお、水晶の夜事件の詳細に関しては、E・デッシャー著／小岸昭訳『水晶の夜』（人文書院、一九九〇年）一〇五頁参照。
- (69) *Foth, aa.O. (Anm. (65)), S. 222.*
- (70) *Foth, aa.O. (Anm. (65)), S. 222.*
- (71) *Foth, aa.O. (Anm. (65)), S. 222.*
- (72) フルンスは、連邦通常裁判所第一刑事部一九八四年五月三日判決 (BGH, aa.O. (Anm. (2)) 【10】) は明らかにフォー
トの論文を根拠としてつるさ指摘する (Vgl. *Bruns, aa.O. (Anm. (9)), StV 1984, S. 392.*)。
- (73) *Taschke, aa.O. (Anm. (9)), S. 178.*
- (74) *Taschke, aa.O. (Anm. (9)), S. 179.*
- (75) *Taschke, aa.O. (Anm. (9)), S. 179.*
- (76) *Taschke, aa.O. (Anm. (9)), S. 180.*
- (77) *Taschke, aa.O. (Anm. (9)), S. 179.* この点について、フルンスは、「このことは失効の問題とは全く関係がないし、フォー
トの例が少なくとも誤解を招く一方で、タシケが事案の解決、つまり成功した誘発を受けた行為者の可罰性の判断の路
線を予め正しく決定しているという事実には何の変わりもなし」として支持する (*Bruns, aa.O. (Anm. (9)), S. 392.*)。
- (78) Vgl. *Gössele, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 9.12.1983, NSiZ 1984, 421.*
- (79) BGH, aa.O. (Anm. (8)) 【5】; BGH (2. Senat), Beschl. v. 13.11.1981, StV 1981, 276f. 【1】; BGH (2. Senat), Beschl. v.
23.12.1981, NSiZ 1982, 156. 【50】
- (80) BGH (2. Senat), Urt. v. 9.12.1983, NSiZ 1984, 419f.
- (81) Vgl. etwa BGH, Urt. v. 23.9.1983, aa.O. (Anm. (8)) 【5】
- (82) Vgl. *Gössele, aa.O. (Anm. (77)), S. 420.* このような解釈は一定の説得力を有するものの、ゲッセル自身がいうように「特

に重大な法治国家原則違反」がどのように判定されるのかは分かりにくい。

(83) BGH, aa.O. (Anm. (8)). 【5】

(84) ブルンスが初めて訴訟障碍説に対する支持を表明したのは一九八三年 (Bruns, aa.O. (Anm. (9)) であると思われるが、これ以前では、リューダーセン (Lüderssen, aa.O. (Anm. (11))、フランツハイム (Franzheim, aa.O. (Anm. (26))、ベルン (Bern, aa.O. (Anm. (27))らが証拠禁止説を支持していた (本章第二節参照)。

(85) また、人間の尊厳に対する侵害から訴訟障碍を導く場合、そのことが法治国家原則に違反するから訴訟障碍に至るという構成をとる。その意味でも、撞着法理を根拠とする方が直接的に訴訟障碍を導くことができると考えられよう。このような指摘は、川崎・前掲論文② (註23) 八七頁においてもみられる。

(86) Imme Roxin, aa.O. (Anm. (3)), S. 186f.

(87) Imme Roxin, aa.O. (Anm. (3)), S. 187.

(88) Vgl. Lüderssen, aa.O. (Anm. (11)), S. 354f. ただし、リューダーセンの議論は、アメリカ法を用いた比較法的研究というよりはむしろドイツ法における解釈論から構成されており、彼がアメリカ法におけるわなの理論を紹介したのはおそらくアジャン・プロヴォカトゥールによる犯罪誘発行為に手続法の問題領域が存在することを論証するためであったのではないかと推察される。

(89) BGH (I. Senat), Urt. v. 23.5.1984, aa.O. (Anm. (2)), S. 2300ff. 【10】

(90) 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は、本稿第三章第四節参照。

(91) ただし、リューダーセンやフランツハイムのように波及効 (Vernwirkung) を伴う包括的証拠禁止を主張する場合も、結果として訴訟障碍が導かれることになるという指摘もなされている。実際、シューマンは訴訟障碍が導かれる構成として三類型を挙げ、そのうち二つを包括的証拠禁止から導かれる訴訟障碍として分析している (Vgl. Schumann, aa.O. (Anm. (9)), S. 66)。

(92) 川崎・前掲論文② (註23) 八六頁以下。

(93) すなわち、仮に民事法における誠実義務違反に基づく請求権獲得の抗弁が刑事法領域において適用可能であるとしても、国家刑罰権の失効も刑罰阻却事由の形で実体法上の結果とならなければならないかという問題が生じる。こ

で紹介した論者らによつては明確にされなかったが、次(本節第二款)で紹介するシューマンは、刑罰阻却事由の承認を否定する。最終的に、彼は矛盾行為禁止の原則に基づく刑罰請求権の失効という構成を、その前提となる信頼の構築という点で否定する。しかし、仮に同原則の適用が可能であるとすれば、その結果は手続法上の結果である訴訟障碍として現れるという。というのは、民事法上の請求権は裁判所外でも可能であるのに対し、国家刑罰権は手続においてのみ請求しうるものであるからである。そのため刑事法と民事法では状況を異にするため、民事法同様に実体法上の結果として構成する必要はないという (Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 68ff.)。

- (94) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 69. なお、シューマンの主張の詳しい内容については、前掲(註93)参照。直前の註。
 (95) エストッペル(禁反言)法理とは、英米法における原則で、争点禁反言(issue estoppel)、副次的禁反言(collateral estoppel)等があり、「先の手続で被告人に有利に決定された争点を国家が再度問題とすることを防止する原則」であるとされる(田口守一『刑事訴訟法「第四版補正版」(弘文堂、二〇〇六年)四四七頁)。一般的には、裁判の確定力との関係でエストッペル原則が問題となる(高倉新喜「一事不再理の効力と既判力(拘束力)について(一)」「(四)」北大法学論集五一巻一―四号(二〇〇〇年)参照)。

- (96) その他、刑事訴追権限失効論を支持すると思われる論者として、デンカー(Denker)とカツォルケ(Kazorke)が挙げられる。デンカーは、一九八二年の論文で、許されざるアジャン・プロヴォカトゥールの行為は、被誘発者に対する訴訟障碍(Verfahrenshindernis)を導くということを明らかにしているが、その理論的な詳細は明らかにされていない(Denker, Zur Zulässigkeit staatlicher gesteuerter Deliktsbeteiligung, Festschrift für *Dimmber* 1982, S. 453)。また、カツォルケは、先に示したブルンスおよびタシユケの示した理論的枠組みを支持する(Kazorke, Die Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs, 1989, S. 163ff.)。

- (97) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 66ff.
 (98) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 70.
 (99) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 71.
 (100) *Volk*, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 171, 204ff.
 (101) *Volk*, a.a.O. (Anm. (99)), S. 71.

- (102) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 72.
- (103) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 71.
- (104) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 72.
- (105) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 68.
- (106) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 70.
- (107) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 71.
- (108) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 71.
- (109) Vgl. *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 72.
- (110) 嫌疑の根拠等については *Schumann*, a.a.O. (Anm. (9)), S. 71f. 参照。
- (111) Vgl. *Volk*, a.a.O. (Anm. (99)), S. 171.
- (112) *Volk*, a.a.O. (Anm. (99)), S. 183.
- (113) Vgl. *Imme Roxin*, a.a.O. (Anm. (3)), S. 200. まだ、フォルクは「訴訟目的 (Prozeßzweck) は、不明確な制度を実体的であるいは手続法的なものとして分類するためのパラメーターとしては考慮されえない」(*Volk*, a.a.O. (Anm. (99)), S. 173.) とはいふ。
- (114) LR-StPO, 22 Aufl., S. 132ff., Kapitel 11, Rn 12 [*Schäfer*].
- (115) 宇藤・前掲論文 (註56) ①六〇頁。ただし宇藤氏は、なぜ無罪判決まで至らずに訴訟障碍でとどまるのかといふ点で、シェーアとは異なる見解を示す。
- (116) *Rieß*, Verfahrenshinderniss von Verfassungswegen?, JR 1985, S. 48.
- (117) LR-StPO, 25 Aufl., § 206a, Rn. 32 [*Rieß*].
- (118) Vgl. *Rieß*, a.a.O. (Anm. (115)), S. 48.
- (119) Vgl. *Rieß*, a.a.O. (Anm. (115)), S. 47.
- (120) Vgl. *Rieß*, a.a.O. (Anm. (115)), S. 47.
- (121) ドイツ刑法六〇条前段は、刑を科すには及ばないことが明らかである場合に、裁判所は刑を免除する (abschén) といふ。

を規定する。ただし、一年以上の自由刑に対してはこれは適用されない。

- (122) ドイツ刑法一五三条は、軽微事件の不訴追 (Nichtverfolgung von Bagateltsache) について規定する。一五三条一項は、行為者の責任が軽微であり、刑事訴追に公共の利益が認められない場合に、裁判所の同意を得て、公訴を提起しないことを認める。そして、同一項は、公訴提起後も、一項の要件に基づき、検察官および被告人の同意を得て手続を打ち切る、ことができるとする。
- (123) Vgl. RieB, a.a.O. (Anm. (115)), S. 48.
- (124) Vgl. RieB, a.a.O. (Anm. (115)), S. 48.
- (125) 同様の分析は、川崎・前掲論文^③ (註56) 四五頁においてもみられる。
- (126) Vgl. Hillenkamp, a.a.O. (Anm. (42)), S. 2847.
- (127) Vgl. Hillenkamp, a.a.O. (Anm. (42)), S. 2848f.
- (128) BGH (1. Senat), Urt. v. 15.4.1980, NJW 1980, 1761. (【2】)
- (129) Vgl. Hillenkamp, a.a.O. (Anm. (42)), S. 2849.
- (130) Wolfslast, Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, unveröffentlichte Habilitationsschrift Göttingen, 1993, S. 357ff.
- (131) Wolfslast, a.a.O. (Anm. (131)), S. 361f.
- (132) Wolfslast, a.a.O. (Anm. (131)), S. 364ff.
- (133) Wolfslast, a.a.O. (Anm. (131)), S. 424.
- (134) RieB, a.a.O. (Anm. (115)), S. 45ff.
- (135) Wolfslast, a.a.O. (Anm. (131)), S. 434.
- (136) Vgl. SK-StPO, § 151, Rn 209f [Wolter].
- (137) ザオルターの主張する刑罰阻却事由の承認による解決については、本章第六節第一款参照。
- (138) 宇藤・前掲論文 (註56) 五一頁以下。
- (139) Franzheim, a.a.O. (Anm. (26)), S. 2015, Lesch, Anm. zu BGH, Urt. v. 18.11.1999, JR 2000, 435. なお、宇藤・前掲論文 (註56) 五一頁も同旨。

(140) インメ・ロクシンおよび宮木同旨。

(141) Vgl. BGH (1. Senat), Urt. v. 10.6.1975, GA1975, 333f. **【1】**; BGH, a.a.O. (Anm. (127)) **【2】**, BGH, a.a.O. (Anm. (8))

【3】, BGH, a.a.O. (Anm. (8)). **【4】**

〔付記〕

本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇七年三月三三日授与）に補筆したものである。