Title	ドイツにおける潜入捜査 - 組織犯罪対策法と学説の検討 -
Author(s)	内藤, 大海
Citation	北大法学論集, 56(4), 297-358
Issue Date	2005-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15409
Туре	bulletin (article)
File Information	56(4)_p297-358.pdf



序 一・ドイツにおける組織犯罪対策の動勢 はじめに わが国における潜入捜査導入の動き 潜入搜查官

目

次 --- 組織犯罪対策法と学説の検討

ドイツにおける潜入捜査

内 藤

大

海

- 潜入捜査の沿革と現代における意義
- 刑訴法一一〇条 a ff.
- 情報収集活動と尋問に関する規定(§§136a, 136 Abs. 1 S. 2 StPO)

潜入捜査官および連絡員による情報収集活動

ドイツ刑訴法一三六条一項第二文 ドイツ刑訴法一三六条a

情報収集活動の正当化 --- 積極的見解の検討

ドイツ刑訴法一一〇条 a ff. 立法以前の情況 —— 刑訴法一六一条および一六三条、

刑法三四条

1 連邦憲法裁判所の変遷

2. 第五刑事部の二つの決定(BGH NStZ 1995, 398; BGH NStZ 1996, 200.) 概説 —— 一九八〇年代以降の判例における支配的立場=消極

七.潜入捜査(広義)における情報収集活動の正当化可能性 刑事拡大部の見解(連邦通常裁判所(拡大部) | 九九六年五月 | 三日決定)(BGHSt 42, 139.)

3

1.連絡員による情報収集活動の当否

潜入捜査官による情報収集活動の当否

違法な情報収集活動によって獲得された情報の証拠使用 広義の潜入捜査における住居権侵害の正当化 ── 刑訴法一一〇条cの合憲性

第三章

刑訴法一一〇条c

2 理論状況の概観

一.潜入捜査官の住居立入行為に対する基礎づけ

2 内在的制約説 同意の有効性説

北法56(4·298)1850

を契機に、

検問情報の利用

(刑訴法一六八条 e)、技術的手段の投入 (刑

ラスター捜査(刑訴法九八条a)、

捜査手法として登場したのは、

体法ならびに手続法において立法化された。手続法上、新たな

三.連邦通常裁判所 1 潜入捜査における住居立入と偽装バイヤー (Scheinaufkäufer) による住居立入について (第一刑事部)一九九七年二月六日判決(StV 1997, 233f.)と本事案に対する理論 の展開

2 連邦通常裁判所(第一刑事部)一九九七年二月六日判決(StV 1997, 233f.)

3. 学説の評価

違法な住居立入りに際して収集された情報の証拠使用

一.公判手続における身元の秘密保持 その余の問題点とわが国への示唆

伝聞証拠の使用可能性

利用禁止証拠に基づく新たな捜査開始の可否

わが国への示唆

序 はじめに

ドイツにおける組織犯罪対策の動勢

周知の通り、 組織犯罪の克服に向けられた様々な戦術的手段が実 ドイツにおいては一九九二年の組織犯罪対策法(1) おける治安の悪化が挙げられる。すなわち、一九八九年にベル

多少説明する必要があろう。 その背景的な理由として、一九九二年の立法当時のドイツに

ある。なぜこのような動きが生じたのかということについて、

電話傍受および電信データの監視

(刑訴法一○○条a) などが

訴法一○○条c)、潜入捜査官の投入(刑訴法一一○条a以下)、

西ドイツの合併による社会状況の悪化が生じることとなったの 実現することとなったが、統一から生じる期待とは裏腹に、東 リンの壁が崩壊し、翌一九九〇年十月三日にドイツは再統一を

北法56(4·299)1851

である。旧東ドイツ国民と、世界でも有数の先進工業国である ドイツの西側の地域住民との間には、容易に埋め難い経済的な

においては、深刻な治安の悪化、犯罪の増加が生じたのである。(2)

格差が存在した。そのような社会背景の中で、統一後のドイツ

社会問題となっており、その原因が海外からの犯罪組織の流入 時、麻薬使用者の増加、若者による薬物乱用の広がりが大きな 年に麻薬の乱用による死亡者が二〇〇〇人を超えるなど、当 そして、より直接的な理由として、ドイツにおいては一九九

見受けられず、そのことからドイツにおいては長らく、組織犯 イタリアのマフィアや日本の暴力団といった形態の犯罪組織は

その他、ベトナム人の犯罪シンジケート、トルコやセルビア系 罪は存在しないとされてきが、今日では、例えば、イタリアの(4) の赤マフィア、中国の三合会(トライ・アド)、日本のヤクザ、 マフィア、コロンビアのメテジンカルテル、ロシア等旧共産圏 を行っているといわれている。

その中でも特に脅威とされているのが、イタリアのマフィア、 の犯罪組織などが、ドイツに進出してきているといわれている。 (5) アメリカからのマフィア、メテジンカルテル、トルコ系犯罪組

これら組織犯罪の行動を具体的にみていくと、例えば、イタ

中国系マフィアだという。

潜伏先として利用したり、またドイツにおいて資金洗浄を行っ なわち敵対するマフィアから逃れて生活をするためにドイツを れている。それに加え、イタリア系マフィアは、対抗組織、す トランからのみかじめ料の恐喝等の犯罪を行っていると考えら

にあることがあげられる。そもそも、以前のドイツにおいては、 犯罪組織は、主としてドイツ国内における麻薬取引を生業とし の密輸を行ったり、中国レストランからのみかじめ料の徴収等 ていることが報告され、中国系マフィアは、アジアからの麻薬 ているという事実も報告されてる。 また、アメリカのマフィア、メテジンカルテル、トルコ系の

である。 罪が確認されている。このような、主に外国から進出してきた 年頃から組織犯罪立法の必要性が声高に叫ばれてきたというの 犯罪組織よる組織犯罪に対処するために、ドイツでは一九九〇 および盗難高級自動車の輸出、不法労働者の入国の斡旋等の犯 その他、様々な外国人犯罪グループによる高級自動車窃盗、

与える影響の脅威が、国家や社会の制度の中に浸透し、これを このように、現在ドイツにおいては組織犯罪が個人や公共に 偽造、ユーロ小切手あるいはクレジットカード犯罪、ピザレス リアのマフィアは、ドイツ国内において主に、麻薬取引、通貨

法されることとなった。実体法上は、資金洗浄(マネーロンダの悪化を背景にして、ドイツにおいては、組織犯罪対策法が立腐敗させているという危険性が存在する。かかる社会的な治安(9)

リング)に対する対策強化が図られ、手続法の分野においても、

先に挙げたような新たな捜査手法が導入されることとなった。

こ。つび国こらナら替し建を掌しつ力を

二.わが国における潜入捜査導入の動き

のような立法の背景には、近時の組織犯罪に対する対策強化の法(一九九一年)、団体規制法(一九九九年)などがある。こられるが、その他にも暴力団対策法(一九九一年)、麻薬特例かったものとして、一九九九年の通信傍受法(盗聴法)が挙げ

九九〇年代以降活発化してきているといえよう。最も批判の多

わが国においても、組織犯罪対策に関する新たな動きは、

姿勢を見て取ることができる。のような立法の背景には、近時の組織犯罪に対する対策強化の

受(盗聴)は、まさに新たな捜査手法の代表格であろう。また、捜査手法のさらなる活用が主張されている。先に挙げた通信傍法との関係では、特に新たな捜査手法の導入ないしは従来型のそのような組織犯罪に対する対策強化の流れにおいて、手続

警察を中心とする捜査関係者からは、以前から存在した捜査手

査の活用にも言及されている。(1)ルドデリバリー、おとり捜査が挙げられており、また、潜入捜

法についても積極的活用が求められ、その例としてコントロ

言するなど、捜査機関の側ではこのような手法の導入を望んで実務を参考にしつつ」この捜査手法の導入を検討していくと明きは見られないが、警察庁の見解が、「外国の刑事法制や捜査潜入捜査については、日本では今のところ立法化に向けた動

いるということは明白である。そこで、わが国においても、潜

法において改めてこの制度が導入されており、それに対する判ることができる。すなわち、先に挙げたドイツの組織犯罪対策格入捜査制度の検討に当たっては、ドイツの議論を参考にす入捜査制度の検討の必要性が高まっているといえるだろう。

VE)」制度の導入が挙げられる。潜入捜査官についてドイツ刑の一つとして、いわゆる「潜入捜査官(Verdeckte Ermittler=ドイツの組織犯罪対策のうち、手続法上とくに興味深いもの例ないしは学説の見解が多くみられるためである。

された身分(Legende=架空身分)を与えられ、それを利用し査官とは、警察職務に携わる公務員で、ある程度永続的に偽造訴法一一〇条aは以下のように規定する。すなわち、「潜入捜

て捜査を行う人物のことである。これらの人物は、架空身分を

の蓄積も見られるが、「潜入捜査」(あるいは「内偵捜査」)にいわゆる「おとり捜査」については戦前より議論があり、判例

用いて法律行為を行うことができる。」と。わが国においては、

来は存在しなかった(あるいは、存在したが表舞台に登場する警察庁を中心として組織犯罪対策の強化が予定されており、従ける目立った議論の蓄積も見られない。しかしながら、現在、ついては、今日まで争われた形跡はなく、判例および理論にお

える。そこで、本稿では、おとり捜査と似て非なる「潜入捜査」(店) 手法が表舞台に登場し問題となる可能性も高まりつつあるといれることは想像に難くなく、またそれに伴ってそのような捜査ことのなかった)捜査手法である「潜入捜査」が、今後利用さ

立法過程および立法以後の法運用の蓄積を考察することができたが提査とは異なる問題性をはらむものであり、別個に検討する必要があると考えられるためである。そこで、以前からこのをり捜査とは異なる問題性をはらむものであり、別個に検討するが要があると考えられるためである。そこで、以前からこのをの捜査手法が利用され、判例および学説上多くの議論がなされてきたドイツの制度を紹介したいと考える。というのは、ドイツにおいては一九九二年の立法から十余年が経過しており、別個に検討すると過程および立法以後の法運用の蓄積を考察することができた。

るからである。ひいては、ドイツにおける制度と理論を参考に

ついて触れ、さらにわが国における潜入捜査官の活用および立し、可能であるとすればどの様な法の統制が必要となるのかにしつつ、潜入捜査をわが国において活用することが可能か、も

第一章 潜入捜査官

法に対する展望について触れたいと考える所存である。

潜入捜査官の沿革と現代における意義

法がはらむ緊急性や問題性によって決せられると主張されていたにも述べたとおり、潜入捜査官は一九九二年の組織犯罪対先にも述べたとおり、潜入捜査官を用いた潜入捜査は実ければならない、すなわち、潜入捜査官を用いた潜入捜査は実ければならない、すなわち、潜入捜査官を用いた潜入捜査は実ければならない、すなわち、潜入捜査官を用いた潜入捜査は実体に公表された論文(著者不明)のなかで、「明らかだからである。この点、ロガール(Rogall)の論文によれば、一八八六ある。この点、ロガール(Rogall)の論文によれば、一八八六ある。この点、ロガール(Rogall)の論文によれば、一八八六ある。この点、ロガール(Rogall)の論文によれば、一八八六ある。この点、ロガール(Rogall)の論文によれば、一八八六ある。この点、ロガール(Rogall)の論文によれていり、そればなられると主張されていたにより、さればないとおり、といればないであると主張されていた。

旨からは外れるためこの場での検討は控えるが、連絡員や情報 上どのように定義づけられ、区別されていたのかを判断するこ 利用されていたのか、 世紀末には存在したといわれる潜入捜査官が、当時どのように られていたということをうかがい知ることは可能である。 法立法に至るまでのドイツにおいてこの種の捜査手法がどの様 が展開されていた一方で、 潜入捜査官の有効性・必要性などを基礎にした実質論的な主張 在していたことは注目に値する。このように、 提供者の利用をも含みうる広義の潜入捜査が既にこの頃には存 とはなかなか困難であり、今日的な意義を焦点とする本稿の趣 潜入捜査官は任意捜査として許されると考えられていたようで 三条)に基づいて許されるというのが多数説である。すなわち、 察官および警察官の一 かったからである。 にして正当化されいたのかは興味深い。というのも、今日とは 少なくとも一九九二年の立法化以前から潜入捜査官が用い 潜入捜査一般についての明文による法的根拠は存在しな 判例上潜入捜査官が問題になった事案を見ただけで 従来は、 あるいは類似する他の捜査手法との関係 般的な捜査権限 比較的最近、 潜入捜査官の法的根拠として、 (刑訴法一六一条、一六 特に一九九二年の組対 かなり以前から 一九 検 ことさら潜入捜査官のみが刑訴法のカバーする捜査手法として て、 に対して今日的な定義を与えておく必要がある。というのは、 本稿では、潜入捜査(広義)に含まれる三つの捜査手法、 という側面に着目し、「犯罪誘発→摘発」型をおとり捜査、 なわち誰が役割を担うか)に着目して両者を区別することはそ カトゥールとして利用されることを考慮すれば、人的側面 が可能か否かが問題となる。 まずおとり捜査と潜入捜査(広義)を区別する際に、人的区別 ャン・プロヴォカトゥールとして投入される場合もあるため、 ていた。ドイツにおいては、潜入捜査官などの捜査手法がアジ(32) といったいわゆる「おとり捜査」を含む欺罔的捜査手法につ わち潜入捜査官(VE)、連絡員(V-Mann) して「組織内部への潜入→収集した知識の利用」型を潜入捜査 れほど大きな意味をなさないであろう。したがって、捜査手法 (広義) としておいた方が便宜であるように思われる。さらに、 (Informant) について考察を加えるため、それぞれの捜査手法 (agent provocateur) およびロックシュピッツェル(Lockspitzel) 整然と定義づけようとする試みはわが国においてもなされ 潜入捜査官がアジャン・プロヴォ および情報提供者

(す

Ŕ

また、

ところで、ドイツにおけるアジャン・プロヴォカトゥー

北法56(4.303)1855

位置づけられ、

いわゆる強制処分として制度化されているため

らの分類については一応の解決が図られたといわれている。ま ては様々な定義付けが与えられていた。しかし、今日ではこれ 以前は、潜入捜査官、連絡員および情報提供者の分類につい

ず、一九七七年の「刑事および過料手続に関する準則」の付則

続において秘密にされる。」と規定された。連絡員(V-Mann) 特別に選出され、権限を与えられた警察官であり、刑事訴追と 義付けがなされたことが大きい。すなわち、「潜入捜査官は、 D(RiStBV Anlage D)の登場により、これらの捜査手法に定 いう目的のために架空の関係を利用して犯罪の発生しそう場面 (Kniminelle Szene) に潜入する。同時に、その身分は刑事手

犯罪対策のための法整備が求められるようになってくる。具体 進出による組織的犯罪の増加に伴い、ドイツ国内における組織 の後、一九八〇年代あたりから、国外の犯罪組織のドイツへの 付けがなされたが、それらについては後述することにする。そ および情報提供者(Informant)についてもこの準則により定義

> 八九年では九万四〇〇〇件、一九九〇年では一〇万三六二九件 一九九一年では一一万七二〇四件と増加傾向を示していた。 楽物事犯の総数だけでも、一九八八年は八万四九九八件、一九 このような時代背景の中で、潜入捜査官制度をめぐる動きは

活発化していく。注目すべきは、一九八三年のいわゆる「国勢 り正当化されるとされていた潜入捜査官の情報収集活動は、こ 調査判決」の影響である。元々は、一般的な捜査権限規定によ

ためである。そこで、潜入捜査官制度の立法的な意味が生じる(公) るかを本人が知らされずにおくことは許されないことになった 認さえた。つまり、誰がいかなる手段で自己情報を収集してい

の判決により、情報自己決定権に対する侵害に当たることが確

chensbekämpfung)は、潜入捜査官の導入を織り込んでいたが こととなったのである。そして、国勢調査判決と前後してまと められた「犯罪対策の新たな手段」(Neue Methoden der Verbre-

厳しい批判に曝された。その後、一九八八年の「刑事訴訟法の この提案は、潜入捜査官の犯罪関与を認めていたこともあり、

では、刑訴法一三六条kより一六三条nとして潜入捜査官規定 des Gesetzes zur Anderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts)

改正および補充に関する参事官草案」(Referentenentwurf

が設けられようとした。これは翌年には政府草案が作成され

では九九一人、一九九〇年では一四九一人、一九九一年では二 による死者の総数は六七〇人と伝えられていたが、一九八九年 的には、薬物犯罪の増加が如実に現れ、一九八八年には、麻薬

二五人と爆発的に増加している。また、警察が把握している

月に施行されるに至った。 決され、連邦参議院の議決を経て、一九九二年七月に成立し九 会に送付したが、採択に至らなかった。その後若干の修正が施 連邦議会では、若干の留保・反対意見はあったが法案は可 一九九一年七月に改めて連邦議会に提出されることとな

連邦参議院は一九九〇年五月同法の草案をとりまとめ、

連邦議

そこで、一九九二年の組織犯罪対策法では、 組織犯罪克服の

のである。法の定義によれば、「潜入捜査官とは、警察職務に 手法として正式に刑訴法の枠内に位置づけられることとなった となった。潜入捜査官についても、同組対法により新たな捜査 ための様々な手法が、実体法上・手続法上取り入れられること

携わる公務員であり、長期間にわたり彼に与えられた変更した 身分を利用して法律行為に関与することができる。」(刑訴法 身分(架空身分)の下で捜査を行う。潜入捜査官は、その架空

ともいえよう。したがって、法による定義付け自体はそれほど ことにより、潜入捜査官の法律上の意義は明確になったといえ 意義を有するものであったかどうかは疑問であるが、ここで注 一〇条a第二文)ということになる。刑訴法内に明文化された 同条項はこれまでの定義付けをあらためて確認したもの

目すべきは、刑訴法一一〇条a以下の条項により潜入捜査官の

さずに証言する可能性も存在する。さらに、潜入捜査官は、(33)

が予定されていることを考慮すると、潜入捜査官が身元を明か

投入条件および権能が明確にされたことであろう。

<u>-</u> 刑訴法一一〇条 a ff.

訴法一一〇条も二項、特定の被疑者に向けられた潜入捜査官の 潜入捜査官の身元は、投入の終了後も秘密を保障される が充足される場合に限り、潜入捜査官は架空身分を用いて組織 投入および潜入捜査官による住居への立入り)。これらの要件 また、原則的に検察官の同意が必要となり(刑訴法一一〇条b による代替の困難性が挙げられる(刑訴法一一〇条a一項)。 のでなければならない、その他の要件としては、 の投入は一一〇条a一項のカタログ犯罪の捜査に向けられたも 能を説明すると、次のようになろう。まず最初に、 一項)、さらに特定の場合には裁判官の同意が必要となる(刑 潜入し情報の収集を行うことが許されることになる。 刑訴法一一〇条a以下の規定を中心に潜入捜査官の要件と権 他の捜査手法 潜入搜查官 加えて (刑訴

北法56(4·305)1857

た情報は、当該犯罪に係る公判廷で証拠として用いられること 法一一〇条b三項)。また、潜入捜査官の投入により収集され

権限があるように装ってはならない(刑訴法一一〇条c)。ま居へ立ち入ることが許される。その場合架空身分を越えて立入空身分を用いて住居権者の同意を得、その同意に基づき私的住

される場合に限って、他の刑事事件においても証拠として使用〇条a一項のカタログに含まれる犯罪行為の解明のために利用d)。潜入捜査官が収集した人物に関する情報は、刑訴法一一

た、この立入は事後的に権利者に報告される(刑訴法一一〇条

されうる (刑訴法一一〇条 e)。

第二章 情報収集活動と尋問に関する規定

(§§136, 136a StPO)

一.潜入捜査官および連絡員による情報収集活動

を目的としている。より具体的には次のような形で行われてい公判手続きにおいて被告人の有罪立証のために使用されること活動が行われていることは一般に知られている。それは、後にドイツにおいては、潜入捜査官および連絡員による情報収集

る。

設例一

傍受されたが、これについては証人は認識していた。この通訳外国語で行われたこの会話は、警察の用意した通訳人によってさせ、被告人の有責行為について詳しく尋ねるように要請した。なった。警察は、この証人を使って被告人に親密な電話をかけなった。警察は、この証人を使って被告人に向けられることとある証人によって、警察の嫌疑は被告人に向けられることと

【設例二】

な証言を行った。

人は、公判手続きにおいて証人として尋問を受け被告人に不利

れを被告人の有罪立証のための証拠として使用しようとした。り、Aは被告人から被告人に不利な情報を聞き出し、警察はこ被告人の行為経過を巧みに聞き出すことにあった。この目的通に収監した。その目的は、Aに対する被告人の信頼を利用して、警察は、被告人と一緒に逮捕された人物Aを、被告人と同房

設例三

の自己負罪供述が録音され、後に被告人に不利な証拠として使共犯者として被告人に電話をし、その結果、録音媒体に被告人連絡員(V-Mann)が、警察の薬物取締課長のいるところで、

と、また、いつでも、

―― 尋問の前であっても ―― その選任

用された。

収集することを目的とする。しかし、このような手法で収集さ 六条一項第二文および一三六条a一項の内容である。 あると考えられる。この場合問題となりうるのは、刑訴法一三 れた情報を、公判手続きにおいて使用することは非常に困難で 潜入捜査は、 以上のような活動により被告人に不利な情報を

ドイツ刑訴法一三六条

ていない利益を約束することは、いずれも禁止される。」とす

る。ここでは、欺罔が問題となる。

いる。潜入捜査官あるいは連絡員との関係上特に問題となるの Vernehmung)」が、一三六条aにおいて「禁止される尋問 (Verbotene Vernehmungsmethoden)」が、それぞれ規定されて イツ刑訴法では、一三六条において「最初の尋問 (Erste

が、一三六条一項第二文、および、一三六条a一項であろう。 述するか、あるいは陳述しないかは、法律上その任意であるこ げなければならない(第一文)。さらに、被疑事実について陳 嫌疑の対象とされている犯罪事実及び考慮されている罰条を告 すなわち、前者は、「最初の尋問の開始の際、被疑者に対して、 れらの情報収集者が架空身分を用いて尋問を行うことが問題な 情報収集活動を行うことそのものではない。端的にいうと、そ は連絡員が、自分が「警察の回し者」であることを告げぬまま おきたい。すなわち、問題としているのは、潜入捜査官あるい 生じる。まず、ここで取り扱う情報収集活動を改めて整理して び連絡員による情報収集活動と刑訴法一三六条および一三六条 aから証拠使用禁止(Verwertungsverbot)が導かれる可能性が 以上のことを勘案すれば、上記事例における潜入捜査官およ

強制は、刑事手続法(Strafverfahrensrecht)が許容する限度で 物の投与、苦痛、欺罔又は催眠術によって侵害してはならない。 疑者の意思決定及び意思活動の自由は、暴行、疲労、傷害、 容されていない処分をもって強要すること及び法律に規定され 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 弁護人に相談する権利の二つが導かれる。また、後者は、「被 文)。」と規定する。よって、同規定からは、証言の自由および する弁護人と相談できることを告知しなければならない

のである。つまり、身分を隠して尋問を行うことがこれらの条 北法56(4·307)1859

まず、二つの根拠からの証拠使用禁止(Verwertungungsver-どのように捉えるかによって結果が違ってくることになる。

項に反するか否かが問題となる。この点については、各条項を

条一頁第二文によって規定されてハる吉知義務に対する違文でよって禁じられている「欺罔による尋問方法」、および一三六

bot)が容易に想定されうる。すなわち、刑訴法一三六条aに

ある。この種の問題について、ロクシン(Roxin)によりまと条一項第二文によって規定されている告知義務に対する違反で

められた論稿があり、それをもとにして、ドイツにおける判例

法としていくつかのタイプを列挙する中で、欺罔による被疑者(き合い)まず、前者についてであるが、一三六条aは、不当な尋問方(しかの見解および理論状況、さらに彼自身の見解を紹介しておく。(まう)

連絡員(V-Mann)が架空身分を用いて尋問をすることが、こいる。この点、潜入捜査において、潜入捜査官(VE)およびの意思決定の自由および意思活動の自由に対する侵害を掲げて

して、被告人に対して彼の共犯者が既に自白したとか、もう証び意思活動の自由を侵害する欺罔にのみ妥当し、その具体例とは、一三六条aの意味における欺罔とは、意思決定の自由およは、一三六条aの意味における欺罔の存在を否定する。すなわは、一三六条aの意味における欺罔の存在を否定する。判例

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が挙

(35) という、証拠使用禁止は妥当しないことになってし場合のみを想定しているというのである。先ほどの事例におい場合のみを想定しているというのは、自己の行為について陳述を見ることはできない、というのは、自己の行為について陳述を見ることはできない、というのは、自己の行為について陳述を見ることがら、被告人の意思決定の自由および意思活動の自由はとのことから、被告人の意思決定の自由および意思活動の自由は侵害されておらず、証拠使用禁止は妥当しないことになってし侵害されておらず、証拠使用禁止は妥当しないことになってし侵害されておらず、証拠使用禁止は妥当しないことになってし侵害されておらず、証拠使用禁止は妥当しないことになってし侵害されている。要するに、一三六条aにいう欺罔とは、被疑者げられている。要するに、一三六条aにいう欺罔とは、被疑者

である。 妙が問題となる。すなわち、刑訴法一三六条一項第二文の内容 き合いに出し、ロクシンもそれに同調する。ここで、第二の根 しかしながら、右のような事案において判例は証拠禁止を引

三.ドイツ刑訴法一三六条一項第二文

相談することのできる旨を告知しなければならない。」と。こいつでも ―― 尋問の前であっても ―― その選任する弁護人と実について陳述するか、しないかは、法律上その任意であり、刑訴法一三六条一項第二文は次のように規定する。「被疑事

日判決は、この見解を採用している。

する。この見解によれば、上の設例における潜入捜査官の尋問

起こされた錯誤に基づく自己負罪の阻止」

に求める見解が存在

他方で、一三六条一項第二文の趣旨を、「国家によって引き

できない。

らである。よってこの見解からは、証拠使用禁止を導くことは

連邦通常裁判所(第二刑事部)一九九三年一〇月八

こから、さらに二つの可能性が生じる。一つは供述拒否権の告 潜入捜査官および連絡員により行われる上記設例のごとき尋問 知であり、もう一つは弁護人に相談できる権利の告知である。 第一の見解と異なり、被疑者が主観的に圧力を受けたか否かを 拠使用禁止が適用されることになる。この見解は、先に挙げた は禁じられることになり、それに反して収集された情報には

解するかによって結果が異なってくることになる。

は、この両者のいずれもの告知がなされていないわけであるか

問題となる。さらにこれは、一三六条一項第二文をどう理

用禁止の適用範囲を広げることになる。

された錯誤に基づく自己負罪から保護を行うべきものであると

また、刑訴法一三六条一項第二文は、国家によって引き起こ

問題とせず、国家の側に着目して客観的に判断する分、証拠使

があるとされる。第一の見解は、一三六条一項第二文の趣旨を 前者についてであるが、ロクシンによれば二つの見解

自分が証言を義務づけられているということを認識しえないか には問題がないことになる。というのは、この場合、被告人は、 護しようとしたというのである。この理論によれば、上の場合 尋問することは許されないため、立法者はそこから被疑者を保 点にあるとする。すなわち、被疑者を心理的強制状態において | 証言する義務があるという錯誤からの被疑者の保護 | という するさらに別の解釈があり、それに対するよりよい根拠が存在 認められている。また、欺罔によって収集された声のサンプル

tur-Grundsatz)」から、同様の保護を導き出すのである。 かを、自ら判断するという被疑者の自由」をも保護することが のみならず、「事情の解明について能動的に協力するかしない 通常裁判所の判例によれば、この原則は、自己負罪からの保護 する。すなわち、いわゆる「自己負罪拒否特権(nemo-tene-

た」というものであった。このようにして収集されたサンプル(43) されるということについて被疑者を欺罔し、被疑者に話をさせ 「内密に語られた言葉が録音媒体に記録され、声の比較に使用 結果的に被告人の不利に使用されたものの、 自己負罪の内

容を含むために問題となったわけではない。欺罔を利用したや

について証拠使用禁止が宣言された事案がある。当該事案は、

北法56(4·309)1861

り方で収集されたことが問題とされたのである。

クシンは以下のように述べる。すなわち、以上の見解によれば、自己負罪拒否特権から証拠使用禁止を導く理論について、ロ

によってさせられた被告人の自己負罪供述には、なおのこと妥ること」は認められない、したがって、このことは国家的欺罔「国家がなにがしか操作を行って被疑者の自発的行為を誘発す

当することになる。

知がなされずに、被告人が弁護人に相談する権利が侵害されたの弁護人に相談する権利の告知である。判例は、この権利の告また、忘れてならないのが、刑訴法一三六条一項第二文後段

٠, د را

否か、あるいはどの程度関与すべきかについて、最も優れた助疑者が自己を有罪にしないようにするために、関与するべきかの保護にも有益であると主張する。というのは、弁護人は、被クシンは、弁護人に相談する権利は、本質的に、自己負罪から場合についても、証拠使用禁止による制裁を与えた。また、ロ

る事実を聞き出す(=尋問)場合、証拠使用禁止が生じる。察の回し者であることを知らせずに、それとなく犯罪に関係す員が、対象者に接近し、架空身分を用いて、あるいは自分が警以上のことから、次のことがいえる。潜入捜査官および連絡

言を与えることのできる人物だからである。

最初に容易に考えられるのは、刑訴法一三六条 aにより禁止 は生じならない。したがって、一三六条 aによる証拠使用禁止は生じなされる欺罔を用いた尋問である。しかし、この場合にはここでいう欺罔は存在しないことになる。なぜならば、一三六条 aの情における欺罔は、意思決定の自由および意思活動の自由をもう揃っているのだ」などと述べて被疑者の意思決定の余地をもう揃っているのだ」などと述べて被疑者の意思決定の余地をもう揃っているのだ」などと述べて被疑者の意思決定の余地を信む。したがって、一三六条 aによる証拠使用禁止は生じならない。したがって、一三六条 aによる証拠使用禁止は生じならない。したがって、一三六条 aによる証拠使用禁止は生じならない。したがって、一三六条 aによる証拠使用禁止は生じならない。したがって、一三六条 aによる証拠使用禁止は生じならない。したがって、一三六条 aによる証拠使用禁止は生じならない。したがって、一三六条 aによる証拠を用禁止は生じならない。したがって、一三六条 aにより禁止ない。

論が異なってくる。
本次に考えられるのが、刑訴法一三六条一項第二文である。本次に考えられるのが、刑訴法一三六条一項第二文である。本次に考えられるのが、刑訴法一三六条一項第二文である。本次に考えられるのが、刑訴法一三六条一項第二文である。本

その意味では、上述の潜入捜査官および連絡員の情報収集活動心理的強制という錯誤から被疑者を保護するものであるから、という心理的強制からの被疑者の保護にあるとする。すなわち、第一の見解は、本規定の趣旨は「証言を義務づけられている」

らも証拠使用禁止を導くことは可能であるといえる。 (セイ)

弁護人に相談する権利は侵害されているのであるから、ここか 人に相談する権利の保障である。上述の情報収集活動の場合、 証拠には証拠使用禁止が働く。また、忘れてならないのが弁護 は自分が話している相手が国家およびその回し者であることを とは困難であるといえるが、一三六条一項第二文から証拠使用

以上を勘案すれば、刑訴法一三六条aから証拠禁止を導くこ

禁止を導くことは可能であるといえよう。

四

情報収集活動の正当化 ――

積極的見解の検討

である。よって、この見解からも証拠使用禁止は生じない。 知らないため、陳述を強制されていることを認識しえないから は問題がないことになる。なぜならば、尋問対象者(被疑者)

錯誤に基づく自己負罪の阻止」にあるとする。そして、第一の 第二の見解は、この規定の趣旨は「国家によって起こされた

告人が主観的にどう思っていたのかは関係ないのであるから、 見解と異なり、尋問対象者の内面を問題としない。つまり、被 合にも当然に証拠使用禁止が妥当する。 証拠使用禁止の適用範囲は大きく広がることになる。上記の場

ところで、一三六条一項第二文は国家によって引き起こされ

た錯誤に基づく自己負罪からの保護を目的とするという見解に

この原則は、 いる。その一つは、自己負罪拒否特権による根拠づけである。 自己負罪の場合のみならず、事案の解明に関わる

か否かを自ら判断する権利であるが、これに反して収集された

は、広がりがあり、さらにより説得的な根拠づけが加えられて 〇条a以下の規定による情報収集活動に対して証拠禁止が導か これに対し、ラゴトニィ (Lagodny) は、

情報収集活動と尋問に関する二つの規定との関係について、 以上、ロクシンの見解にのったかたちで、潜入捜査における

は反しないとしつつも、なお刑訴法一三六条一項第二文に関 イツにおける理論の状況を紹介した。ロクシンは、 〇条a以下の規定による情報収集活動は、刑訴法一三六条aに 刑訴法一一 す

る問題をクリアーすることはできず、したがって、刑訴法一一

れうる領域を広く認める。

結論としては、

刑

刑訴法一一〇条a以下の規定に基づいて行われる情報収集活動 訴法一一〇条a以下の規定は、一三六条aおよび一三六条一 は、一三六条aの「欺罔禁止」および一三六条一項第二文の「告 第二文の構造的な例外を生み出すとする。より具体的に言うと、

知義務」に反するとしつつも、憲法上合理性のある正当化が可

北法56(4·311)1863

黙秘権が重要であるとしつつも、黙秘権にとっては「情報自己 決定権」は問題ではないとして、むしろ、刑事訴追機関および

能であるとして、「潜入捜査官による『架空身分に条件付けら

自己の刑事訴追とそれに関する基本権侵害に協力しなければな

らない義務からの保護が重要であり、そのための国家的侵害に

がなされるべきであるとされ、たんなる悪知恵的な策略ではな よれば、この種の問題には法治国家原則についての詳細な考慮 対する授権が問題となるという。結果としては、ラゴトニィに(Si)

具体的にどのような理論構成によって潜入捜査官の情報収集活 れるとする。しかしながら、ラゴトニィが、法治国家原則から、 い黙秘権回避のための正当化が図られうる領域がそこから導か

難であり、またラゴトニィ自身も論稿の中で明確にしているよ 動を憲法上正当化するのかについて理解することは、非常に困

止」をどうクリアーするかというのが一つであり、他方、一三 もちろん、既にみてきたように、刑訴法一三六条aの「欺罔禁 る議論は多く主張されている。その場合、ポイントは二点ある。 ラゴトニィ以外にも、潜入捜査官の情報収集活動を正当化す

六条一項第二文の「告知義務」の問題をいかに回避するかとい

れた欺罔』は例外的に許可される」という主張を行う。そして、 る規定であることは、容易に理解されうることである。その点 うのが二つめである。この両条項は、いずれも「尋問」に関す の別の証拠収集の類型であると主張する見解が存在する。 から、潜入捜査官と被疑者との会話は尋問ではなく、それ以外

要求すること」であると定義づけている。同様の見解を示す論 あるいは裁判官として)対面し、その身分において彼の情報を いて(例えば、警察官あるいは税関職員として、または検察官 尋問の概念について、「尋問者が証人に対して職務的地位にお 連邦通常裁判所(第一刑事部)一九九四年七月二一日判決は、

ける「疑われていることに対する意思の表明」のことであり、 そして、一三六条a三項第二文の証拠使用禁止は供述のみをカ 者として、ロガールは、刑訴法一三六条aは、直接的には尋問 バーするとし、供述とは刑訴法一三六条一項第二文の意味にお にのみ適用され、その他の証拠収集には適用されないとする。

条aにより対象とされている状況は、それゆえ、潜入捜査官の 投入においてはもとより存在しない。」と結論づける。 とする。このように論じたうえで、「刑訴法一三六条、一三六 それは「国家機関の面前で尋問に際してなされる」ものである

釈のなかで、「『尋問』とは、刑事訴訟上の根拠に基づいて、そ ところで、グシィ(Gusy)は、この第一刑事部に対する評

(86) の意思について市民に聞くことすべてをいう。」と定義づける。の意思について市民に聞くことすべてをいう。」と定義づけるものをして 起えた、受忍義務(Duldnugspflicht)を根拠づけるものとして 越えた、受忍義務(Duldnugspflicht)を根拠づけるものとして は受忍義務を伴うものであるから、そうでない場合の質問 を尋問から排除する。そして、一三六条一項第二文に基づく告 ながあるがあるから、そうでない場合の質問 を尋問から排除する。そして、一三六条一項第二文に基づく告 の意思について市民に聞くことすべてをいう。」と定義づける。

る。そして、「警察に出頭しその質問を受忍することが義務づ(fi)

するが、警察官による尋問の場合はそうでないことが指摘され

解が、市民に対する強制的な受忍義務という基準を中心に据え利侵害までも根拠づけるものであるとする。彼は、グシィの見の見解は回答義務を越えて「尋問の受忍義務」という余計な権法的根拠という点で挫折するものだという評価を下し、グシィうな見解について(および判決そのものに対しても)、明確なトマイアー(Widmaier)が挙げられる。彼は、グシィのこのよ

一方で、同じ第一刑事部判決の評釈を論じた者としてヴィー

けられているわけではないにも関わらず、日頃から多くの人が、 問の定義付けにおける基準とはなりえないのだという。 問題となる」と考えるのである。したがって、受忍義務は、(6) であるとする。例えば、自らが質問されることに大きな価値が(62) 邦憲法裁判所(第五刑事部)一九九五年六月二二日判決を挙げ、 員による、被疑者の権利および供述拒否権の迂回を非難するの 尋問されることを懇願するという極端な事例においてもこのこ 誰かが警察で自らに対し可罰的行為の罪を着せ、被疑者として はないが、その場合でも警察による尋問が問題となるし、また あると考えている告訴人は、その意思に反して質問されること 被疑者あるいは証人として警察による尋問を受けている。」の である。このような法治国家原則からの視点について、彼は連 の法治国家原則からの背理も指摘する。すなわち、警察の連絡 とは妥当するのであるという。要するに、ヴィートマイアーは(60) 「事件について質問される場合は、無条件で警察による尋問が さらにヴィートマイアーは、連絡員によるこのような「尋問」

の中核が存在するという。すなわち、第五刑事部は、「嫌疑をその内容にこそ、法治国家的刑事手続の原則から導かれる論拠

るものであることを指摘して、そのような基準は二重に誤りで

かけられている者(Verdächtige)が、ただ正式な尋問を迂回す

る目的で、隔絶した犯罪行為についての会話に意図的に巻き込 と」であると定義する。具体的には、刑事訴追の枠内における(75) 職権上の全ての質問、あるいは政府のコントロール下にある全

まれ、それによって、それが刑事手続において彼に不利に利用 し、国家的刑事訴追機関によって引き起こされ、必ずしも国家 ての聴取(Anhörung)には、刑訴法一三六条aが適用される

しない。そのような場合に、公正な手続が保障する、正式の尋 されうるということは、法治国家的な手続の原則……とは調和 機関の前で行われていない全ての供述も尋問によって達成され

る、 という。

問において法律上命じられている被疑者の黙秘権についての告 先に挙げた第一刑事部判決とは異なる見解を示している。 れない告知と同じでありる。そして、憲法レベルにある被疑者 知が迂回されるのであれば、これは、正式な尋問の枠内で行わ の黙秘権はないがしろにされるべきではない。」と論じており、

ruch) によるものがある。この論稿は、ゼーボーデ (Seebode) (72) とデンカー(Dencker)による新たな尋問の定義付けを紹介し、 して、シュリュヒター (Schlüchter) とラートブルフ (Radb-さらに、上記連邦通常裁判所第一刑事部判決に対する評釈と

である。」という。

なお実質的に固定されていない知識の放棄をさせられる、手続 れるが、彼によれば、「尋問とは、ある人物が役割に従って今 (テトン):ProzeB)におけるコミニュケーションに関する出来事 また、これと似た見解をとるものとして、デンカーが挙げら

通説が尋問を、外面的な形式、すなわち尋問類似状況における デによる定義付けを、機能的であると評価する。ゼーボーデは、(74) 自説を補強する。シュリュヒター/ラートブルフは、ゼーボー する因子が存在するという。つまり、国家機関の側に尋問の原(26) 訴追機関の意思の現れ (Zeichnung) の中に、尋問的状況に対 にあるのかという点に注目し、証人に協力させようとする刑事 述べる。すなわち、彼らは、尋問的情況を作り出す因子がどこ カーの見解を引用しつつ、自らの見解については以下のように シュリュヒター/ラートブルフは、ゼーボーデあるいはデン

そして、尋問を、「職権による(amtlich)事実関係の解明とい う課題を満たすために、(対象者を) 供述の情況に引き込むこ に生じている」のだとし、一三六条aおよび一三六条一項第二 や潜入捜査官が巧みに(情報を)聞き出す行為によって、すで

因があることを明確にする。そして、「尋問的状況は、連絡員

質問という不必要な必要条件によって制限していると指摘する。

北法56(4·314)1866

文の適用を認める。

刑訴法一六一条および一六三条、刑法三四条五.ドイツ刑訴法一一〇条 a ff. 立法以前の状況 ――

条文が立法される以前の状況についても、ここで簡単に紹介しところで、刑訴法一一〇条a以下の「潜入捜査官」に関する

て主に二つの根拠が示された。

ておく。以前は、潜入捜査官による情報収集の正当化に当たっ

ある。しかし結論から述べると、同規定を潜入捜査官等の行為すれば、彼らの行った基本権侵害を正当化できるとする考えでが、これを潜入捜査官(あるいは連絡員)の行為について適用ち、刑法三四条は、免責的緊急避難について定めた規定であるまず、一つはドイツ刑法三四条からの正当化である。すなわまず、一つはドイツ刑法三四条からの正当化である。すなわ

当化は簡単に非難され、成り立たないことになる。(82)を認めていないからである。したがって、刑法三四条からの正

に適用することはできない。なぜならば、法は国家の緊急避難

稿第三章。

張が見られる。この問題については、後述することにする邸本

する警察官の投入の許容性は、刑訴法一六一条および一六三条れる。レープマン(Rebmann)によれば、秘密裡に職務を遂行次に、刑訴法一六一条および一六三条による正当化が考えら

ての権限を与えうるものではない。したがって、これらの規定規定は、捜査に権限を与えるものではあるが、基本権侵害とし問権および真実究明権」を認めるにすぎないのである。これらは、検察および検察のたんなる職務割当規定でしかなく、「尋な批判が妥当する。すなわち、刑訴法一六一条および一六三条

から結論づけられる。しかし、このような論拠には以下のよう(83)

きるかについては異論があり、基本権違反であるとする強い主になる。もっとも、住居権侵害が一一〇条 cによって正当化で法一六一条および一六三条から正当化することはできないこと法一六一条および一六三条から正当化することはできないことは基本権侵害のない潜入捜査を取り扱うにすぎないということは基本権侵害のない潜入捜査を取り扱うにすぎないということは基本権侵害のない潜入捜査を取り扱うにすぎないということ

六.連邦通常裁判所の変遷

については、学説の多くがこれを尋問に該当する行為であると潜入捜査(広義)の対象者に対する質問による情報収集活動

上がってきたものを中心に、判例の態度の変遷について概観を査手法が問題となり始め、連邦通常裁判所の事案として浮かびしてきたのかも興味深い。そこで、ここでは、特にこの種の捜一方で、判例がこの種の捜査手法に対してどのような判断を下

ないが、一三六条一項第二文違反に対しても証拠禁止が適用さは対照的に一三六条には証拠禁止について触れた文言は含まれまず最初に確認すべき点が二つある。一つは、一三六条aと

与えておきたい。

あるといわれている。また、その後の判例においても連邦通常て収集された供述に対して証拠禁止を適用した初めての事案で工年二月二七日判決は、一三六条一項第二文の告知義務に反しれるということである。連邦通常裁判所(第五刑事部)一九九れるということである。連邦通常裁判所(第五刑事部)一九九

る。連邦通常裁判所(第一刑事部)一九九四年七月二一日判決六条一項の意味における尋問に該当するか否かという問題があった、広義の潜入捜査における対象者に対する質問が、一三名。

いは税関職員、検察官または裁判官として被尋問者に対面するなわち、その見解によれば、尋問には、尋問者が、警察官あるは、尋問は職務的地位において行われる尋問であるとする。す

員による対象者(多くの場合は被疑者)に対する質問を尋問と連邦通常裁判所の判断中支配的見解は、潜入捜査官または連絡規定の枠外に置き、証拠禁止から排除させる。これに対して、(g1)域を「正式な尋問」に制限することで、連絡員による質問を同域を「正式な尋問」に制限することで、連絡員による質問を同

為とみなされる。(st) 、少なくとも刑訴法一三六条のカバーする尋問と同等の行いが、少なくとも刑訴法一三六条のカバーする尋問」には当たらな決定のように、場合によっては、「正式な尋問」には当たらな見なす。連邦通常裁判所(第五刑事部)一九九五年三月二二日見なす。連邦通常裁判所(第五刑事部)

六条違反に対しても一三六条a違反の場合と同様に、証拠禁止

なる見解をとるものの、潜入捜査官および連絡員による対象者を適用することができるということ、そして、一部の判例は異

を確認した上で、潜入捜査における問題の中核領域であると思と相談する権利が働くこと、が確認される。では、これらの点に対する質問にも一三六条一項第二文の告知義務および弁護人

われる一三六条一項第二文の解釈について、これまでの連邦通

北法56(4·316)1868

ロクシンと同様の見解を示している点である。これら一連の第(%) による二つの決定が、一三六条一項第二文について先に挙げた られている。そして、注目すべきは、比較的最近の第五刑事部 た連絡員によって収集された情報が、証拠としての使用を禁じ 常裁判所の見解について検討を行う。 2 第五刑事部の二つの決定 (BGH NSiZ 1995, 398; BGH

NStZ 1996, 200.)

1 概説

場=消極 一九八〇年代以降の判例における支配的立

邦通常裁判所の判断の主流は消極的な立場を示してきた。この 似行為によって収集された被告人に不利な供述については、 既に述べたとおり、一九八〇年代以降、連絡員による尋問類 連

三年三月一七日判決は、警察の指示により被疑者に電話をかけ 判所の判例を概観すると、若干の判例を除くその多くが消極的 な立場に立つ。例えば、連邦通常裁判所(第四刑事部)一九八 潜入捜査が問題となりだした一九八〇年代以降の連邦通常裁 二つの決定である。ここでは、その二つの決定から第五刑事部 中でも、一三六条一項第二文の問題について特に詳細に言及し の見解の抽出を試みたい。 ているように思われるのが、一九九五年における第五刑事部の

裁判所(第五刑事部)一九八七年四月二八日判決では、未決勾 (NStZ 1995, 410.) 連邦通常裁判所 (第五刑事部) 一九九五年三月二二決定

【事実の概要】

留中に被疑者に対して、その同房の未決勾留者として投入され

れることについて、証拠使用禁止を適用しているし、連邦通常(タイ)

た連絡員とその被疑者との会話が録音され、証拠として使用さ

に責任を負わせる行為について内密の(vertraulich)電話で詳

よって嫌疑が被告人に向けられることとなった証人に、被告人

ピストルとナイフの売買が問題となった事件。警察は、

よって傍受 (mithören) された。州裁判所は、公判手続きにお 証人は認識していたことであるが、警察の用意した通訳人に しく尋ねるように要請した。アラビア語で行われたこの会話は、

いて証人として尋問を受けた通訳人の証言を基礎に、被告人を

五月一三日の拡大刑事部による決定は、これらとは全く正反対 の見解に立つものであり、注意を要する。

の態度は確定したかに思われた。しかしながら、翌一九九六年 五刑事部の決定により、この種の問題に対する連邦通常裁判所

北法56(4·317)1869

有罪とした。

【判決要旨】

の間で犯罪行為について行い、また刑事訴追機関の指示により 連絡員(V-Person)が、刑事訴追機関の指示を受け被告人と

使用禁止が存在する。 第三者によって傍受された電話の会話の内容に対しては、証拠

> 訴法一三六条aの意味における欺罔には当たらないとする。そ(ロ) して、問題となる意思の自由への侵害は、被疑者の権利である おいて連絡員が警察の協力者であることを告げないことは、刑 する侵害を伴う欺罔であるとされるため、本件尋問類似行為に

当刑事部の見解によれば、ここでいう欺罔とは意思の自由に対

供述拒否権の不告知の問題であるとする。

条aおよび一三六条一項第二文の克服である。 尋問の定義、連絡員(V-Person)の利用の当否、刑訴法一三六 本決定においては主に以下のことが問題となった。すなわち、

そして、連絡員の利用の当否については、連邦通常裁判所の先 「正式な尋問(förmliche Vernehmung)」は存在しないと論じる。 (88) まず、尋問概念について、当第五刑事部は、本件においては、

例に従い、一三六条aに対する侵害を避ける形で情報収集活動 とは区別される。私的会話とは対照的に、連絡員は情報を刑事

を行うことができるとする。 よって収集された情報の証拠としての使用が禁じられており、 しかしながら、本決定においては連絡員の尋問類似行為に

は、本条項の意味における欺罔は存在しないという。すなわち、 三六条aの規定する「欺罔」を用いた尋問の禁止について

本決定の意義はこの点にあると思われる。

条一項第二文に対する違反を認める。つまり、本件における私 いながら、他方で当刑事部は、刑訴法一六三条aおよび一三六 人による尋問類似行為によって、本来警察官が行う正式な尋問 第五刑事部は、本件においては正式な尋問は存在しないとい

とは許されないというのである。すなわち、当刑事部は以下の(※) ように述べる。連絡員が聞くという行為は、完全に私的な会話 において必要となる被疑者の権利についての告知を迂回するこ

(窓) (部) 性は、秘密裡の聴取の全体像を特徴づけ、単純に、被疑者自身 方向にもっていくことができ、「このような捜査戦略的な可能 訴追機関に提供する。連絡員はその知識に基づき会話を特定の

このような考慮の背景には、一三六条一項第二文の保護の対

じる」。

北法56(4.318)1870

べきであろう。すなわち、第二刑事部の考えるように、

意思決

て自己負罪をさせられることからの保護」と考えていると解す

となりえないからである。

本件においても被告人が連絡員に対して行った意思表明は問題定の自由および意思活動の自由の保護が問題となるのであれば、

事部は、 判決とは見解を異にする。この第二刑事部の見解によれば、 象をどうとらえるかということが大きく関係しているように思 がその意思に反して自己の行為の非難に対して意思表明をさせ 事部は、 害されていないとして、 由は、連絡員の電話によって彼が意思表明を行った場合でも侵 難に対して意見を表明するか黙秘するかについての被疑者の自 われる。 および意思活動の自由に対する侵害からの保護と解し、 一三六条一項第二文の保護の対象を、意思決定の自由 連邦通常裁判所 つまり、 当刑事部が自ら指摘するように、本件第五刑 問題はないとする。要するに、第二刑(低) (第二刑事部)一九九三年一〇月八日 被疑者 非 項第二文の保護の対象を、 ており、このことからも本件第五刑事部が、(38) より、 として、連邦通常裁判所 との阻止」と考えていることがうかがえよう。 自己負罪をさせるような場合に、 判決が挙げられる。特に前者は、連絡員が電話をかけることに 判決および連邦通常裁判所(第三刑事部)一九八六年四月九日 本件第五刑事部がこのような見解をとる際にしたがった先例 刑事訴追のための証拠を収集するために、被告人をして (第四刑事部)一九八三年三月一七日 「国家により自己負罪させられるこ 証拠使用禁止の適用を示唆し 刑訴法一三六条一

ある。おり、被疑者が供述を義務づけられたか否かを問題とするのでおり、被疑者が供述を義務づけられたか否かを問題とするのでられたわけではないから、問題とならないという見解をとって

いないが、一三六条一項第二文の保護の対象を、「国家によっこれとは対照的に、本件第五刑事部は、明確には述べられて

連邦通常裁判所(第五刑事部)一九九五年一二月二〇日決定

【事実の概要】

Sの家を襲撃した。被告人は犯行を否認した。

州裁判所

の刑事

被告人は、一九九四年二月一一日に、二人の共犯者と被害者

が犯人であるという心証を形成するに至った。証人Fの供述にの電話の会話の内容についての証人Fの供述を根拠に、被告人部は、一九九四年二月一七日に行われた被告人と証人Eとの間

証入Eは、警察で、被告人が彼に対して電話での会話の中で至るまでの情況は以下の通りである。

北法56(4·319)1871

した。証人Fは、相手方の通話者の会話を傍受するために、そ したがって、警察は、Eと被疑者との間のさらなる通話を指示

彼が犯人であることを認めたという供述を行った。この供述に

て警察により尋問を受けた。 められていた。その電話の会話の直後に、Fはその内容につい

の通話に際してエジプト語の通訳として警察によって協力を求

告人に対し強盗罪により六年の懲役を言い渡した。 州裁判所は、このような会話の内容を証拠として使用し、

被

(判決要旨)

人Fの供述を州裁判所が不当に使用したとする非難を、正当で 当刑事部は、被告人との間の電話の会話の内容についての証

あると見なす。

は通訳人が介在している点など、先に挙げた第五刑事部の一九 か否かということが問題となっている点、警察の傍受に際して 傍受された内容が被告人に対して不利な証拠として用いられる 本件においても、連絡員による電話の会話が行われ、警察に

事案でもあり、その問題とする点や解決方法はほぼ同じである

また、比較的時期を近くして同一の刑事部により判断された

九五年三月二二日決定とかなりの部分が類似する。

二文が問題となり、一九九五年三月二二日決定と同じ結論を導 といえよう。すなわち、本件においても、尋問の定義、連絡員 の利用の当否、さらに刑訴法一三六条aおよび一三六条一項第

連邦通常裁判所(第二刑事部)一九九三年一〇月八日判決との 例との関係上、新たに確認できた点について説明を加える。 先に挙げた一九九五年三月二二日決定について紹介した際

および意思活動の自由であり、より具体的に述べるならば、供 訴法一三六条一項第二文の保護するところは、意思決定の自由 述を義務づけられているという錯誤からの保護を目的とするが、 違いを示した。すなわち、この第二刑事部の判決によれば、刑

る意思があるか否かという点に存在する」という。したがって、 傍受する場合にも適用されるとしたうえで、問題は「このよう 問に限定されるべきではなく、連絡員が質問し警察官がそれを かがえる。この点、本件第五刑事部は、告知の原則は正式な尋 な場合には、被疑者の意思の自由は、彼が情況の解明に協力す

り自己負罪させられること」からの保護を行うということがう 第五刑事部の見解によれば、一三六条一項第二文は「国家によ

本件では、被疑者は捜査機関の行為によってその決定を全く

し改めて説明することは蛇足であろう。よって、先に挙げた判 いている。したがって、ここで再び第五刑事部の見解を蒸し返 北法56(4:320)1872

力する意思があるか否かを決定する」自由のことであり、そのると考えるが、その場合の意思の自由とは、「情況の解明に協定から、第五刑事部は、刑訴法一三六条は意思の自由を保障すのであると主張する。要するに、この一九九五年一二月二〇決

行っていないため、このような自由はもはや保障されていない

3.刑事拡大部の見解(連邦通常裁判所(拡大部)一九九六

立つということが確認できよう。

意味で第二刑事部の一九九三年一〇月八日判決とは違う見解に

本件は、先に挙げた一九九五年一二月二〇日決定に関与した年五月一三日決定)(BGHSt 42, 139)

る事由について説明する必要がある。拡大部招集の事由には二しておく必要があろう。それに当たっては、拡大部が招集された事案である。したがって、拡大部が招集された経緯を明確に第五刑事部から刑事拡大部(Großer Senat)に移され判断され

がら、第五刑事部は、そこに提出された法的問題が原則的な意いち、第五刑事部は、そこに提出された法的問題が原則的な意いずれかである。本件においては第五刑事部は、その他の刑事とする場合、あるいは原則に関わる判断を下そうとする場合のとする場合、あるいは原則に関わる判断を下そうとする場合のとする場合、あるいは原則に関わる判断を下そうとする場合の刑事による場合のである。本れに当たっては、拡大部が招集されしておく必要があろう。それに当たっては、拡大部が招集され

のである。 (当) 「条五項に基づき、事件を拡大刑事部の審議にかけた成法 | 1三] 条五項に基づき、事件を拡大刑事部の審議にかけた義を持つものであるという見解を支持し、そのために裁判所構

以上のような経緯によって招集された本件拡大部は、第五刑

事部とは見解を異にし、次のような判断を行っている。

判旨

(Zeugnisbeweis) における会話の内容は使用が許される。 その他の捜査手法の投入では事案の調査がほとんど期待できな その他の捜査手法の投入では事案の調査がほとんど期待できな することなく嫌疑を有する者(Verdächtige)と証拠の収集に向 することなく嫌疑を有する者(Verdächtige)と証拠の収集に向 することなく嫌疑を有する者(Verdächtige)と証拠の収集に向

検討するにあたりどのような判断を行ったのか、その他の論点のかについて触れる前に、本件拡大部が尋問類似行為の当否をている。当拡大部がこの原則についてどのような判断を行った則は一般に自己負罪拒否特権を保障する原則であると理解され

なった nemo-tenetur-Grundsatz についての判断である。

この原

当拡大部の判断の最大のポイントは、拡大部召集の原因と

北法56(4・321)1873

- 本件拡大部は主に次の点について判断を加えている。すなわ- についての当拡大部の見解を見ていきたい。

まり、捜査機関の指示を受けた連絡員が、そのような事情を隠ように、本件では連絡員による尋問類似行為が問題となる。つち、第五刑事部一九九五年一二月二〇日決定についてみてきた

問題が生じる。そこで、本件でもこれらの規定との関係上、ま法一三六条aおよび一三六条一項第二文に違反しないかという

したまま、対象者からそれとなく情報を収集する行為が、刑訴

決定において特に注目すべき点である nemo-tenetur-Grundsatzよび一三六条一項第二文の問題の克服が論じられ、さらに本件ず尋問(Vernehmung)が問題となり、その後に一三六条 a お

の決定と同じ見解を示している。すなわち、「刑事訴訟法の尋まず、尋問の概念については、先に挙げた第五刑事部の二つの問題について詳論されているので、以下説明する。

ことが含まれる。」という。この点、これまでの第五刑事部のいて対面し、その身分において彼らの情報(「供述」)を求めるいて対面し、その身分において彼らの情報(「供述」)を求める問の概念には、尋問者が情報源である人物(Auskunftsperson)問の概念には、尋問者が情報源である人物(Auskunftsperson)

見解から変化はない。

次に、刑訴法一三六条aの「欺罔を用いた尋問」の問題につ

まま尋問に類似した行為を行っている。このことは、一三六条た私人は、その背後に警察の指示があることを明らかにしない類似行為が問題となっているが、その際、連絡員として活動しいては次のように論じる。本件においては、連絡員による尋問

いう点が問題である。この点についても、本件拡大部は、これaに挙げられる「欺罔を用いた尋問」に該当しないかどうかと

までの第五刑事部と同様の見解を示し、意思決定および意思活

には存在しないという。そして、このような程度判断のベース自由を侵害する程に重大な侵害は、本件における尋問類似行為動の自由というキーワードを用いる。つまり、これらの意思の

えば、暴行、傷害、薬物の投与など)と比較した場合、たんに害との比較がある。つまり、欺罔以外の禁止される尋問方法(例

には、同規定に挙げられている意思の自由に対するその他の侵

身分を明らかにしないことは、それほど重大な侵害とは見なさ

れず、それら他の侵害との比較から導かれる欺罔の領域には含

aこ曷する引夏こつゝてら、広大事よこてまでつき互刊事事つまれないと解しているように思われる。このように、一三六条

見解と同様の判断を下しているといっていいだろう。aに関する問題についても、拡大部はこれまでの第五刑事部の

本件で問題となったような尋問類似行為は、この規定にいうと加えて、刑訴法一三六条一項第二文の問題については、まず

ころの尋問の定義には含まれない、とする。まずこのことによ(!!) り、本件における連絡員が被疑者からそれとなく情報を聴取す

枠外に置く。また、本規定の保護の対象は何かという点につい る行為(=尋問類似行為)を一三六条一項第二文の適用領域の ては、被疑者が職務上の情報収集と対面することで生じる錯誤 味によれば、何人も、刑事手続において(供述により)自己を い。」というのである。一見したところ、この原則において重(四) 有罪にし、それによる有罪立証に寄与することを強制されな 約(IPbürgR)一四条三項 gが規定するこの原則の中心的な意 て次のように説明する。すなわち「市民の権利に関する国際条 この点、本件拡大部は、nemo-tenetur-Grundsatzの概念につ

保護することであるとし、これまでの第五刑事部の見解とは立

(Irrtum)により供述義務を承認してしまうことから被疑者を

者・被告人の保護ではなく、被疑者被告人が供述義務があると が保護しようとするものとは、国家による自己負罪からの被疑 場を異にする。つまり、刑訴法一三六条一項第二文の告知義務

誤認することからの保護だとする点に、大きな違いがある。こ

的からみて、本件において問題となったような尋問類似行為に のような論理から、拡大部は、一三六条一項第二文の意義と目

行為について、この原則の克服を断念してきたように思われ、 ける支配的な見解が、潜入捜査官および連絡員による尋問類似 問題がある。これまでの連邦通常裁判所の判例および学説にお 対しては、同規定の定める供述義務は適用されないとする。 さらに、本件の中心的問題である nemo-tenetur-Grundsatz の

れたことは意義深いように思われる。

連邦通常裁判所の刑事拡大部でこの原則についての判断が行わ

部はそれを否定する。すなわち、「強制」という点を重要視す 則に対する違反ということになる。しかし、結論として、拡大 要なのは、「自己を有罪にすること」あるいは「自己の有罪立 者 ―― が自己に不利益な供述を行ってしまうことも、この原 あるが、そうであるとすれば、例えばロクシンも主張するよう 証に寄与すること」からの保護であると述べているかのようで 尋問類似行為によってその対象者 --- 多くの場合は被疑

からの自由」ということになり、本件において問題となった「錯(以) あるいは「自己の有罪立証に寄与すること」からの保護が、こ 対象は、「供述の強制あるいは刑事手続に協力することの強制 かし、拡大部の見解によれば、nemo-tenetur-Grundsatz の保護の の原則の中核であるということまでもは否定しないだろう。 るのである。確かに、本件拡大部も「自己を有罪にすること」

北法56(4·323)1875

誤からの自由」はこの原則の適用領域には該当しないという。

最終的に、拡大部は次のように結論づけている。すなわち、「『国

家によって引き起こされた錯誤に基づく自己負罪』を自己負罪

の対象は、刑訴法における具体的条文の保護の領域を越えない とに繋がる。」といい。結局は、nemo-tenetur-Grundsatzの保護 訴法一三六条aが予定している以上に広範な保護を保障するこ からの自由の対象に包含することは、たんに欺罔を禁止する刑

七 潜入搜查 (広義)における情報収集活動の正当化

法との関係、あるいは刑訴法一三六条一項第二文の規定する告

える。また、刑訴法一三六条aの禁止する欺罔を用いた尋問方

知義務との関係上も同様の問題が生じるように思われる。

ところで、ドイツにおける実際の判例や論稿を概観してみた

と理解しているように思われる。

可能性

連絡員による情報収集活動の当否

しての広い意味での潜入捜査活動を、広義の潜入捜査とし、こ 一般私人である連絡員による情報収集活動とを合わせた概念と 本稿では、警察官である潜入捜査官による情報収集活動と、

置づけている。先にも述べたとおり、法律の留保原則との関係

れに対し潜入捜査官による情報収集活動を狭義の潜入捜査と位

上、本来法的根拠をもたない連絡員による情報収集活動は禁じ

入捜査について正当化が可能か否かを検討することが筋である られるべきであり、したがってその点を説明した上で狭義の潜

> えるが、おそらく連絡員による情報収集の方が頻繁に使われて 計上見ることもできないし、連絡員についても同様のことがい に情報を収集することが可能であるとの指摘もある。すなわち、 ては、潜入捜査官よりも連絡員の投入の方が、より容易で確実 いるのではないかという推測が立つ。また、実務上の問題とし

潜入捜査官の投入がどのくらい行われているかということを統

る潜入捜査が問題となることが多いように思われる。実際上、 ところ、潜入捜査官による潜入捜査よりは、むしろ連絡員によ

クライによれば、ドイツにおける組織犯罪の多くが外国人によ

ようにも思われる。

一方で、潜入捜査官による潜入捜査(広義)と連絡員による

者とも基本法一条一項によって関係づけられた同二条一項から 潜入捜査(狡義)は、そこで行われる行為の事象はほぼ同一で 合も、侵害される基本権は同じであるといえよう。つまり、両 あることが窺われ、さらに権利侵害という側面についてみた場 演繹される情報自己決定権に対する侵害を伴うということがい

絡員の利用は許されないという見解もある。

方で、刑訴法一六一条および一六三条による根拠づけ、

あ

については先に説明したとおり、正当化が成り立たないことは るいは刑法三四条による正当化理論も展開されてきたが、これ るものであり、「これらの組織には特定の人種しかいないこと

がほとんど」であるため、そこに潜入捜査官を潜入させること は非常に困難であり、ほとんど不可能とさえいえるということ

である。したがって、実務上はむしろ潜入捜査官よりも連絡員(図)

のような見地から、さしあたっては連絡員の情報収集活動につ にこのような捜査手法の可否について検討するわけだが、以上 イツにおける様々な議論を紹介した。ここでは、さらに具体的 の投入がより頻繁に行われているのではないかとも考えられる。 本稿ではひとまず広義の潜入捜査について、それに対するド

いて見てみることにする。

留保原則とならんで法治国家的手続の要請という点からも、連 よる情報収集活動について消極的な見解をとる。また、法律の たしているとはいえない。したがって、多くの学説は連絡員に setzesvrobehalt) であるが、連絡員の投入に対してはこれを満 の留保を伴うとされる。これがいわゆる法律の留保原則 再三触れてきたが、基本権侵害を伴う国家権力の介入は法律 (Ge-

容易に理解されよう。

う抑止的領域における侵害根拠を含まないという。したがって、(33) という予防的領域における侵害を含むにすぎず、刑事訴追とい が存在する場合があり、これによる正当化も検討の対象となる。 マレック(Malek)は、州法上のそのような規定は、危険回避 さらにくわえて、州の警察法のなかには連絡員に関する規定

薬物犯罪のように特に危険な犯罪の克服のためには、連絡員の いように思われる。 確かに、以前の連邦憲法裁判所の決定によれば、組織犯罪(ឱ)

州の警察法の規定に基づく連絡員投入の正当化も達成されえな

犯罪対策法による刑訴法一一〇条a以下の規定の導入に際して、 入は必要かつ適法であると見なしてきた。しかしながら、組織 罪訴追というその任務に適合しているのであれば、連絡員の投 認されており、同裁判所は、連絡員が法治国家上求められる犯

投入がなければこれを解明することができないということが確

警察官による潜入捜査しか認めなかったと考えるべきである。 かわらず、(少なくとも立法当時においては)立法者はあえて 絡員はいずれも併行して利用されてきた捜査手法であるにもか うべきであろう。すなわち、かなり以前から、潜入捜査官と連 立法者は連絡員の投入を認めることをしなかった点に注意を払

一九八三年の国勢調査判決以来、秘密裡の情報収集活動にも法

(源) の組対法立法に至るわけだが、もし、立法者が連邦憲法裁判所の組対法立法に至るわけだが、もし、立法者が連邦憲法裁判所の組対法立法に至るわけだが、もし、立法者が連邦憲法裁判所の組対法立法に至るわけだが

ではないと解するのが適切であるように思われる。(宮)という観点から、少なくとも現時点においては認められるべきという観点から、少なくとも現時点においては認められるべきでの投入が仮に許容されうるとしても、連絡員の投入につい査官の投入が仮に許容されうるとしても、連絡員の投入についかずれにせよ、刑訴法一一〇条a以下の規定に基づく潜入捜

2. 潜入捜査官による情報収集活動の当否

としての「欺罔による尋問」に該当しないか、あるいは、刑訴情報収集活動が、刑訴法一三六条aにより禁じられる尋問方法害を伴う刑訴法一一〇条a以下の規定が、基本法と両立可能であるかどうかということである。そこで、次なる問題は、基本権侵別の法律による規定が存在することから、法律の留保の条件を潜入捜査官による情報収集活動は、連絡員の場合と異なり特

尋問に当たらないかということが問題となるのである。法一三六条一項第二文の求める「告知義務」に反して行われる

文の適用範囲を限定し、これらの規定が潜入捜査官には妥当しを絞り込むことで、刑訴法一三六条aおよび一三六条一項第二報収集活動を認めようとする積極説の主流は、主に尋問の定義既にみてきたように、この問題を克服し潜入捜査官による情尋問に当たらないかということが問題となるのである。

動の大部分が禁じられる尋問、あるいは告知義務に反してなさ適用を認める。そのことにより、潜入捜査官による情報収集活規え、潜入捜査官の情報収集活動に対しても上記二つの規定の

これに対し、消極的な立場をとる学説は、尋問の定義を広く

れる尋問とされることになる。

ないという論法をとる。

思決定の自由および意思活動の自由」に対する侵害となりうる見解によれば、刑訴法一三六条aの意味における欺罔とは、「意に対する一三六条aの適用を否定する。すなわち、ロクシンのこの点、ロクシンは消極的な立場に立ちながら、潜入捜査官

見解に立つ。しかしながら、ロクシンは潜入捜査官による情報られないという。おそらく、通説的見解も欺罔について同様の欺罔であり、潜入捜査官の情報収集活動においてはそれは認め

収集活動については消極的な立場に立つのだが、それは刑訴法

により、

おいても、このような場合は、国家機関(すなわち潜入捜査官)

対象者の発話が惹起されてはいないため許容される情

解とその他の消極的な見解とは異なる。一三六条一項第二文の解釈に基づく。この点で、ロクシンの見

適用範囲から外れることを根拠とする。しかしながら、多くのがって刑訴法一三六条aおよび一三六条一項第二文の両規定のa以下の規定に基づく情報収集活動は尋問に当たらず、したいずれにせよ、積極的な見解に立つ理論は、刑訴法一一〇条

ところで、消極的見解が潜入捜査官による適法な情報収集活にも違いがみられる状況にある。

動の余地を残していないとは言い切れないところにも注意を

学説がこれとは逆の見解に立ち、

また、

連邦通常裁判所の見解

ては消極的な立場に立つ学説は何も触れていないのである。例発話からの情報の収集は禁止されるが、そうでない場合につい払っておくべきであろう。すなわち、国家が関与した対象者の

いるのを、潜入捜査官が聞いた場合などである。消極的見解にえば、対象者(多くの場合被疑者)が、別の第三者と会話してては消極的な立場に立つ学説は何も触れていないのである。例

条一項第二文の保護の対象がどこにあるか、によって潜入捜査いずれにせよ、尋問に関する刑訴法一三六条aおよび一三六報収集活動と認める余地を残す。

的に解されるのかということが決せられることになろう。官による情報収集活動が積極的に解されるのか、消極的・2

制

限

違法な情報収集活動によって収集された情報の証

八

拠使用

※ 号目才介と引引、こ青最又真合力ことのこ又真なしこ青最すでに述べてきたように、通説的な見解によれば、潜入捜査

どこにあるのかという点については、刑訴法一三六条、刑訴法解においても、その場合の情報収集活動の違法の根拠が条文のには証拠使用禁止がはたらくことになる。しかし、通説的な見官が架空身分を利用した情報収集活動によって収集された情報

止を明言する。よって、刑訴法一三六条aを潜入捜査官によるいて禁じられる手法を用いて得られた供述について証拠使用禁この点、刑訴法一三六条a三項は、同条一項および二項にお

一三六条aなど、多少の違いが見られる。

対して証拠使用禁止が導かれることは疑いない。情報収集活動の違法の根拠とする場合、違法な情報収集活動に

のような証拠禁止の規定を有していないことが問題となりそう六条に求める場合、刑訴法一三六条は、刑訴法一三六条 a三項他方、潜入捜査官の情報収集活動の違法の根拠を刑訴法一三

北法56(4·327)1879

1 三六条を違法の根拠とする見解に立つ論者も、潜入捜査官が刑1 である。しかしながら、刑訴法一三六条aではなく、刑訴法一

訴法一三六条に反する尋問方法を用いて収集した情報に対して

の一人である。ロクシンは、刑訴法一三六条aにいう欺罔は、証拠使用禁止を主張する。例えば、ロクシンはそのような論者

で、彼は、潜入捜査官の尋問類似行為の違法の根拠として、刑aの意味における禁止される尋問には該当しないとする。一方aの意味における欺罔とはいえないから、刑訴法一三六条は、その意味における欺罔とはいえないから、刑訴法一三六条

れることとなる。

のものを指すと理解する。そして、潜入捜査官の尋問類似行為被疑者の意思決定の自由および意思活動の自由を侵害する程度

ンの見解によれば、刑訴法一三六条一項第二文は、国家によっ訴法一三六条一項第二文を引き合いに出す。すなわち、ロクシ

て引き起こされた自己負罪からの被告人の保護を目的とし、

るとする点である。しかしながら、条文中に証拠使用禁止の規そして、注目すべきは、この場合にも証拠使用禁止が適用されたがって潜入捜査官の尋問類似行為が禁じられることになる。 (40)

使用禁止を根拠づける。グリュンバルト(Grünwald)は、証拠しかし、刑訴法一三六条一項第二文違反も、原則として証拠止を適用する点には、疑問が残る。

対する侵害を根拠とするものがあると述べる。すなわち、供述使用禁止が生じる場合のいくつかの類型の中に、供述の自由に

な供述によって、有罪判決がもたらされること」である。そし「選択の自由を自覚してなされた自由な決心に基づかないようの自由によって保護されるべき利益に対する侵害の完了とは、

発生した場合、その救済策として供述の証拠使用禁止が認めらに防止されるという。したがって、供述の自由に対する侵害が

れないままであれば、保護されるべき自由に対する侵害は未然て、そのような自由な決心に基づかずになされた供述が使用さ

害の正当化 ―― 刑訴法一一〇条三章 広義の潜入捜査における住居権侵

cの合憲性

一、概観

刑訴法一一〇条c

1.

規定する。すなわち、「潜入捜査官は、彼の架空身分を利用し刑訴法一一〇条cは、潜入捜査官の住居への立入りについて

である。

住居へ立ち入ることは憲法上正当化されるのか否かということち、架空身分を用いて獲得された同意によって、潜入捜査官が基本法一三条との関係上許されるものであるのか否か、すなわ

同意は、架空身分の使用権を越えて立ち居利権があると装うこて、権利者の同意を得て住居へ立ち入ることが許される。この

・あたり引変しよ、主呂雀香の司気があれば、反ことれが保といるとう引変をに関する諸規定の一部をなしている。これにより、さ九二年の組織犯罪対策法により、新たに刑訴法に導入された潜限は、本法およびその他の法律の定めに従う」。これは、一九とによりもたらされてはならない。くわえて、潜入捜査官の権

の立入りが認められることとなった。身分によって獲得された同意であっても、潜入捜査官の住居へしあたり制度上は、住居権者の同意があれば、仮にそれが架空

学説の中には、刑訴法一一〇条cを違憲とする見解も多く見

る侵害が問題となる」という。すなわち、基本法一三条の保護住居侵入は何ら存在しないが、基本法一三条の保護領域に対す適切であると思われる見解によれば、刑法一二三条の意味でのられる。ロクシン(Roxin)によれば、「支配的見解でありかつられる。ロクシン(Roxin)によれば、「支配的見解でありかつ

領域とは住居の不可侵性である。ここで問題なのは、刑訴法一

一〇条c一項に規定されている潜入捜査官の住居への立入りが、

うものとがみられる。

2. 理論状況の概観

フリスター(Frister)によれば、立法手続においては、

刑訴

法一一〇条 c の立法化による基本法一三条の侵害は真剣に議論されなかったし、学説においても一九九三年当時この問題はわらく、住居内における潜入捜査行為は、基本法一三条と調和しらると考えられていたのではないかという。 このような状況において、一一〇条 c は基本法一三条と調和したいとする積極的見解における基礎づけには、たんに住居権者の同意があるから基本法一三条の保護領域に対する侵害を認めつつも、基本法一三条二項の規定する捜索による住居の不可侵性の制約基本法一三条二項の規定する捜索による住居の不可侵性の制約により憲法上の正当化をおこなうもの、さらにこれらの正当化を断念し、基本権に対する不文律の制限を用いて根拠づけを行を断念し、基本権に対する不文律の制限を用いて根拠づけを行を断念し、基本権に対する不文律の制限を用いて根拠づけを行を断念し、基本権に対する不文律の制限を用いて根拠づけを行を断念し、基本権に対する不文律の制限を用いて根拠づけを行きれなかったし、学説においても一九九三年当時この問題はわされなかったとされる。

およびフリスター(Frister)などが挙げられる。 (図) (図) (図) グァイル(Weil)ロクシン(Roxin)、アーメルンク(Amelung)ヴァイル(Weil)ロクシン(Roxin)、アーメルンク(Amelung)ヴァイル(Weil)にいる。 (図) でいる (図) などが挙げられる。

一.潜入捜査官の住居立入行為に対する基礎づけ

1. 同意の有効性説

クライ(Krey)は、架空身分を利用して獲得された住居権者

ごく忠実であり、支配的見解が、暴力、威嚇および欺罔によっしないとする。彼の見解は、刑訴法一一○条cの規定に対しての同意があれば、基本法一三条の保護領域に対する侵害は存在

を示す。すなわち、このような見解は、暴力と威嚇の場合には(※) する侵害を排除しないと主張することについても、異なる見解 て同意が獲得された場合、住居権者の同意は基本法一三条に対 ある。 (8) 捜査官をすべての部屋に案内する必要はなかった、というので捜査官をすべての部屋に案内する必要はなかった、というので

が架空身分を越えて立入権があるように装い、それによって住分を用いて同意が獲得される場合は問題ではなく、潜入捜査官り、刑訴法一一〇条cに述べられているように、たんに架空身当てはまるが欺罔の場合には区別されるというのである。つま

を次のように説明する。一〇条cの中に規定されている潜入捜査官の立入行為の正当化一〇条cの中に規定されている潜入捜査官の立入行為の正当化項に対する侵害が存在するというのである。そして、刑訴法一居権者の同意が与えられるような場合にのみ、基本法一三条一

することができる。もし住居権者の意思に反して潜入捜査官がまず、住居権者は、いつでも潜入捜査官に対して退去を要請

れているのであるから、潜入捜査官が立入権を装うことはない侵すことになるという。そして、この権利は住居権者に認識さ退去を行わないのであれば、彼は刑法一二三条の住居侵入罪を

可能な状況におくようなことはしていない、つまり、彼は潜入は、例えば証拠手段となるであろうものを、潜入捜査官の入手るか否かは、住居権者の側にあったという。そして、住居権者不快であるとか、彼にとって危険であるということを認識しうとする。

|化 場合における潜入捜査官の住居への立入は、基本法一三条の保| として、そもそも同意が有効であるから、刑訴法一一〇条cの性 権利者の同意から『住居の不可侵性に対する侵害』を排除する管 する権利者の欺罔は、――立入権を装う場合とは異なり―― 以上のような論拠を示し、「たんなる架空身分の利用に内在

護領域たる住居の不可侵性に抵触しないとする。

いる。彼は、国家は秘密裡に行動してはならないということは(B) 同様の見解は、イェーンケ(Jähnke)によっても主張されて

北法56(4.330)1882

なく、錯誤の利用はいずれにせよ許されるとする。そして、潜 える、欺罔によって獲得された同意は自由意思といえるのか、

入捜査官に対して住居を曝す住居権者は、自由意思でそうする という問題が存在する。

て同意が獲得され、そのため自由になされたものでない場合、

クライは、支配的見解によれば、暴力、威嚇および欺罔によっ

住居権者の同意は基本法一三条に対する侵害を排除させないと

このような理論構成は、先にも挙げたロクシンをはじめとす いうが、それは暴力と威嚇に当てはまることであって、欺罔の 場合は区別される、という。

することはできないという。

あったから彼を立ち入らせたのであっても、その立入を侵害と のであり、そのため潜入捜査官の本当の意図について錯誤が

る多くの学者の批判に曝されることとなる。

らないとするが、しかし基本法一三条の保護領域に対する侵害 官の住居への立入行為は、刑法一二三条の住居侵入罪には当た ロクシンは、刑訴法一一〇条cにおいて認められる潜入捜査

は存在すると主張する。ロクシン同様、多くの学者が刑法一二

三条の成立を否定するが、基本法一三条に対する侵害を問題と

意思によって与えられなければならないということである。こ まず確認しておかなければならないのは、有効な同意は自由

めているところである。問題は、その際にいう「自由意思」と のことは、架空身分を利用して獲得された同意によっても潜入 捜査官の立入りは正当化されるとするクライのような論者も認

ならば、少なくとも同意者の主観的には自由意思に基づくとい はどの様なものであるかということである。より端的に述べる

> て与えられたものであったとしても、同意は有効であるとされ 成要件の成否を問題とする場合は、たとえそれが欺罔に基づい たしかに、先に示したように刑法一二三条の住居侵入罪の構

そのため刑法一二三条の構成要件該当性は否定される、という ない)の場合は、刑法一二三条は問題とならないことを論拠と のが支配的見解である。クライは、たんに架空身分の利用によ る同意の獲得(架空身分を越えて立入権があるように装ってい

刑訴法一一〇条cにおいて認められる潜入捜査官の私的住居内 してあげている。しかしながら、この見解に対する批判は多く、(ロク)

立つ学者たちの間でもあまり受け入れられていない。より厳し への立入りを基本法一三条に反するものではないとする見解に い批判は、もちろん刑訴法一一〇条cによる潜入捜査官の住居

への立入りを基本権一三条に反すると見なす論者によって与え

北法56(4.331)1883

何(し、刑事手続における侵害を考察するならば、「住居権者が、元) 取扱いに関する支配的見解に触れつつもこれを否定せず、しから られる。たとえば、ヴァイルは、刑法一二三条における同意の「

彼にとって認識可能な国家の侵害を許容することが、少なくと

(亞) も推論上説明される場合」にのみ、同意が根拠づけられるとい とは、一致した見解によれば次のことを前提条件とする。すな すなわち、「基本法一三条に対する侵害についての有効な同意 う。そして、憲法学における見解に配慮しつつ次のように言う。 ||三条の保護領域からは外れるが基本法||三条の保護領域には 法一二三条のそれよりも広い概念であることを確認し、刑法

る。秘密裡な投入の場合は、そうではない。」、と。 そしてそれに抵抗することのできることを知っている必要があについて認識があり、その重要性および影響を知ることができ、れなければならない。そのためには、そもそも国家による侵害わち、関係者本人によって、明白かつ自由意思によって与えら

基本権的利益の侵害が問題となるときの同意という場合、国権を行っている。すなわち、アーメルンクによれば、国家によるを行っている。すなわち、アーメルンクに対し、詳細かつ批判的解説有効性の基準として適用することに対し、詳細かつ批判的解説のとアーメルンクは、ロクシンやヴァイルのような見解に立その他、アーメルンク、フリスターも同様に考える。フリス

の担い手(すなわち潜入捜査官)の処罰が問題となるのではな

ることを明確にする。そして、基本法一三条の保護領域は、刑入」(Eindringen)というメルクマールに含まれる部分のみであつリスターはアーメルンクのこの見解を参考にしつつ、刑法一フリスターはアーメルンクのこの見解を参考にしつつ、刑法一く、憲法に対するその者の義務が問題になるのである。さらにく、憲法に対するその者の義務が問題になるのである。さらに

を許そうとする場合だけなのである。

ないということが指摘されている。本判決について評釈を行っることが、特に基本権に関する問題をカバーする基準とはならいても、同意が刑法一二三条の構成要件を阻却する効果を有すいを、関連が対策を発生が、 (第一刑事部) 一九九七年二月六日判決におこの点について、偽装バイヤーの住居立入行為が問題となっ

ているヴォールヴェーバーも、この点を評価する。この第一刑

居への立入りが基本法一三条と両立すると考える見解は三つ存 在するといわれている。既にみたように立法者やクライ、イェー ンケの支持する同意による立入りの正当化理論は、支配的見解

事部判決については、後に詳しく紹介する。

身分を利用した同意の獲得の問題については明言を避けている。

ドイツにおいては、刑訴法一一〇条cによる潜入捜査官の住

によりたやすく克服された感がある。

2. 内在的制約説

する見解には限界がありそうである。そこでロガール(Rogall) りについて、同意の有効性を根拠に憲法上の正当化を図ろうと 訴法一一〇条cにおいて認められる潜入捜査官の住居への立入

組織犯罪法の立法者やクライそしてイェーンケのように、刑

侵に対する制約により、刑訴法一一〇条cに基づく潜入捜査官 やラマー(Lammer)は、基本法一三条に内在する住居の不可

の住居への立入りを正当化しようとする ロガールは、権利者の同意による立入りについては、与えら

あるように装うことが同意の有効性に影響を与えることを示唆 求められるとする。彼は、このことを確認した上で、立入権が れた同意が有効であり、そして基本権侵害が存在しないことが

してはいるが、刑訴法一一〇条cにおいて認められている架空

うにも思われる。一方で、ロガールは、基本法一三条二項によ うに、有効な同意を認めるのか否かを判断することは難しいよ したがって、クライやヒルガーおよび組織犯罪法の立法者のよ に立つということが推認される。さしあたり、ロガールの試み 彼は架空身分を用いた同意の有効性については、消極的な立場 査官の立入りの正当化を図ろうとする。したがって、おそらく(図) る正当化を根拠に、刑訴法一一〇条cに規定されている潜入捜

るし、既に、その開始となっている。いずれにせよ、憲法上は、 裡の立入は、捜索(刑訴法一〇二条以下)の準備に役立てられ ロガールは、次のように論じる。すなわち、「住居への る基本法一三条二項による、潜入捜査官の立入の正当化の可能

性について紹介する。

基本法一三条二項の意味における捜索に包含されうるのであ る。」というのである。

による潜入捜査官の住居への立入りを、基本法一三条の意味に ように思われる。まず、この見解の論拠は、刑訴法一一○条 c く潜入捜査官の住居への立入りを正当化することは困難である しかしながら、この見解によっても刑訴法一一〇条cに基づ

おける捜索と位置づけているところにある。しかしながら、支 北法56(4・333)1885

ることのみが問題となっていて、何らの探索的行為(Ausforscれれる。すなわち、潜入捜査官が住居内で行われる会話に参加すれる的見解の言うように、このテーゼには無理があるように思わ

基本法一三条の意味における捜索は存在しないとする。そして、りが、いったん例外的に証拠の捜索に役立てられたとしても、らないからである。さらに、フリスターによれば、住居の立入(88)

弱いたんなる調査は許されるという、「大は小を兼ねる」(aり強い影響を有する捜索が認められるのであれば、より影響のと」(Ausforschung)よりも強いものであり、したがって、よ

「捜索」 (Durchsuchung od. Suche) は、「たんに探りを入れるこ

とはできないと主張する。フリスターの詳しい議論を以下で説一一〇条cにおける潜入捜査官の住居への立入を正当化するこよって、基本法一三条二項を根拠とする理論によっても刑訴法よって、を改立した。

ず法秩序全体において、伝統的に国家の隠し立てのない行為にように説明する。すなわち、「捜索の概念は、刑訴法のみなら味における立入に該当しないことについて、フリスターは次のまず、潜入捜査官の住居への立入りが基本法一三条二項の意

明する。

わち、判例によれば、憲法上の意味における捜索は、「人物お安定した判例を根拠としてこのような見解を論拠づける。すなは、ヴァイルによっても支持されている。ヴァイルは、長い間対してのみ用いられている」というのである。このような主張

よび物についての探索(Suche)あるいは住居内の状況の捜

を暴く……を意味し、捜索に特徴的なのは、目的にしたがってそことする。 を暴く……ためになされる、住居内での国家機関の合目的的なを暴く……ためになされる、住居内での国家機関の合目的的な探索(Suche)」ということである。そして、この判例の見解によれば、捜索と住居内における潜入捜査とは構造的に区別された物で何か住居権者が自ら曝したり提出したりすることのない、例で何か住居権者が自ら曝したりなのは、目的にしたがってそことする。

が存在する。彼は、フリスターら他の論者同様に、捜索の公然いてフリスターと同様の見解を有する論者としてニッツ(Nitz)

ところで、基本法一三条二項の意味における捜索の概念につ

ベルのものと考えられていることに対して、的確な批判を加える住居立入りが、基本法一三条二項の捜索の概念よりも低いレ差異を説明する。さらに、一部の学説において潜入捜査官によ性という点を挙げて、捜索と潜入捜査における住居立入りとの性という点を挙げて、捜索と潜入捜査における住居立入りとの

ている。まず、国家の捜査官が虚偽の身分を用いて行う住居立

見なし、比例原則が満たされるのであれば、

刑事訴追のための

侵害行為は、基本法一三条三項の侵害目的による限定にもかか

わらず、認められるとする。

視する。そうすれば、先に挙げた「大は小を兼ねる」(a majori でに国家の探索の対象とされている事実を認識しない点を重要 法一三条二項の公然な捜索とは異なり、対象者は彼の住居がす 入りは、 秘密裡の侵害に当たることを確認する。そして、 基本 条は、 ところで一般に認められているところによれば、

ad minus)の理論も当てはまらないことになる さらに、基本法一三条三項に内在する制約を根拠に刑訴法

根拠づけを行う見解である。この見解によれば、基本法一三条 解がある。すなわち、基本権に内在する不文律の制約を用いて 三項の理解において、捜索とそれ以外の侵害の限界は問題では ○条 cによる潜入捜査官の住居への立入を正当化する別の見

はない法益保護が問題となる限りにおいてのみ決定的であると 官による命令を必要とする、というのである。そして、基本法 挙げられていない目的のために行われるすべての侵害は、 官の命令によらずに許されるが、一方で、基本法一三条三項に 三条三項に挙げられている侵害の目的を、何ら憲法レベルに 裁判

捜索もそうであるが、目的に拘束されたすべての侵害は、

裁判

条三項に規定されていない他の目的のための刑事訴追に役立て

裁判官留保と目的拘束性が重要であるという。つまり、

条三項に求めることは不可能であるという。警察任務の内容と 止的に活動を行う捜査官の住居への立入の正当化を基本法一三 防的な目的を前提とする。フリスターは、この点を指摘し、 いずれにせよ文言の法技術的な意味においては侵害の 抑 芧

基本法一三

味における差し迫った危険の予防は問題とならず、基本法 あるという。そして、刑訴法においては基本法一三条三項の意 すでに行われた犯罪の訴追のための抑止的(repressiv)活動 には、差し迫った危険回避のための予防的(präventiv) 活動と、

をヴァイルはより詳しく論じる。彼によれば、警察の任務遂行 して予防活動と抑止活動があることと、基本法一三条との問題

ない 居内での潜入捜査は、基本法一三条三項によっては支持され得 られるものであり、それゆえ捜査手続の枠内において生じる住 いという。

ラマーは、さらに、「対立する憲法上の権利」という基本法

て持ち出そうとする。 に内在する不文律を、 よって克服されるように思われる。 しかし、この根拠もフリスターの反論に 潜入捜査官の住居への立入りの根拠とし すなわち、 フリスター

基本法一三条三項の特別な法律の留保についての合理的解釈は、

北法56(4·335)1887

となるのだと主張する。そして、「対立する憲法上の権利」と そのために住居の不可侵性の保護に対する制限が許されること 市民の保護」だけでなく「国家による市民の保護」として解釈 になる憲法上の別の利益の選択として理解される場合のみ可能 いう見解に基づくならば、基本法一三条三項は、「国家からの

約を持ち出すことはできないとする。 されることになるが、国家からの市民の保護としてのみ理解さ れると考え、そのため補充的に対立する憲法上の権利という制

Ξ 連邦通常裁判所(第一刑事部)一九九七年二月六 日判決 (StV 1997, 233f.) と本事案に対する理論

> うに思われる。 住居内での情報収集活動が問題となるケースはほとんどないよ 話での会話から情報収集を目的としたものが多い。そのためか、

もそも引用されている判例は多いとはいえない。また、引用さ れている判例があったとしても、それはまさに潜入捜査におけ る住居立入りそのものが問題となっているケースではない。住 理論状況を考察した際に引用した論考の多くにおいても、そ

居権についての一般的な問題を取り扱った判例などがほとんど

論稿が多く見つかる一方で、それらの論稿さえも住居への立入 である。つまり、潜入捜査における住居立入りをテーマとした のことからも、おそらく潜入捜査官および連絡員による住居侵 が問題となった判例を挙げていないのである。したがって、こ

考えられる。 このような状況の中、偽装バイヤーの住居立入が問題となっ

た事案があらわれた。偽装バイヤーは、アジャン・プロヴォカ

トゥール (agent provocateur) やロックシュピッツェル (Locks-

入が問題となった事案は、ほとんど存在しないのではないかと

捜査官による住居立入りの問題について取り扱ったものを目に 確認される。その一方で、判例においては、連絡員および潜入 身分を利用して住居に立ち入ることについては、相当の議論が すでに見てきたように、潜入捜査官および連絡員がその架空

1.

潜入捜査における住居立入りと偽装バイヤー(Scheinauf

kä-ufer)による住居立入について

することはできない。潜入捜査が問題となった判例を概観した

査官あるいはその協力者である人物が、そのような本来の身分 pitzel) といったいわゆる「おとり」に該当する。つまり、捜

ところ、その多くは組織内部への潜入というよりも、むしろ電 北法56(4·336)1888

を販売したところ)を検挙するのである。 対象者と接触し、対象者が犯行に出たところ(薬物等 連邦通常裁判所 (第

を偽り、

刑事部)一九九七年二月六日判決は、偽装バイヤーが被告人

住居内において偽装購買を行ったことが問題とされた事案であ 本事案においては、情報収集を目的とする潜入捜査の枠内

題の中心が異なることから、両者を区別し、そのうち潜入捜査 題となっている。 本稿は、潜入捜査とおとり捜査それぞれの問 おとり捜査の一類型である偽装購買行為の枠内で住居立入が問

における住居立入行為が問題となったわけではない。

いわゆる、

に関する問題をテーマとする。しかしながら、

本来は警察官あ

住居権者から同意を得て住居へ立ち入るという行為は、潜入捜 るいはその協力者である者が、そのような身分を隠したまま、

に住居への立入が問題となる場合、偽装バイヤーによる住居侵 査にもおとり捜査にも共通する。そこで、潜入捜査において特

見解を紹介することとする。 ここでは、この第 刑事部の判決、 およびこれに対する学説の 官の同意なしに立ち入っている。これは、

七年二月六日の第一刑事部判決が検討されている。したがって、(宮)

住居立入行為を取り扱った文献においても、 入事案も参考にできると考えられる。

先に挙げた一九九 潜入捜査における

た。

事実、

(StV 1997, 233f.)

2

連邦通常裁判所

第一

刑事部)

一九九七年二月六日判決

【事実の概要】

われ、 リファナ、ハッシッシュ錠剤および同樹脂が発見された。 九五〇マルクで売った。その直後に、警察による家宅捜索が行 は二人を住居へ入れ、彼らに九四、三グラムのハッシッシュ かった。彼が同行した警察官を友人として紹介した後、 は秘密捜査を行うことのない警察官を連れて被告人の住居へ向 連れてくることを伝えた。 を述べていた。彼は尋問場所から被告人に電話をかけ、 買を行うことで被告人の有罪認定に協力してもいいということ 五年一〇月一六日に逮捕され、その後の尋問において、 被告人のハッシッシュの買い手 少量のハッシッシュおよび LSD、 その後、この偽装バイヤーは、 (偽装バイヤー) 同時にコカイン、 は、 被告人 友人を 通常 九九 マ

二人の偽装バイヤーの供述は、 うに述べている。すなわち、「警察官は、 決は、捜索の直前に購入されたハッシッシュを基礎としなかっ 州裁判所は、 州裁判所は、 有罪判決を下した。 その理由として、捜査当局によって得られた 使用可能ではないとし、 被告人の住居に裁 次のよ

しかしながら、

その有罪判

刑訴法一一〇条b二

する。基本法一三条を考慮すれば、これらの規定は、警察の偽項二号、および一一○条cについての立法者の価値判断と矛盾

の同意・危険の急迫)は満たされていない。したがって、上告るべきであるとすれば、本件においてはその前提条件(裁判官のいては以下のように述べている。)(仮に、一一〇条cが利用されてはみであるとすれば、本件においてはその前提条件(裁判に違っであるとすれば、本件においてはその前提条件(裁判に違いさであるとすれば、本件においてはその前提条件(裁判に違いさいるが、事案解決に違いさであるとすれば、本件においてはその前提条件(裁判を)といるが、事案解決に違いであるとすれば、本件においてはその前提条件(裁判と (本件第一刑事部は、刑訴法一一〇条 cが基本法一三条に違いである。

この捜査協力者と警察官が被告人の住居内で薬物の架空取引を 本件においては、先に逮捕された捜査協力者の手引きの下、 を棄却する。

る学説について触れている。

行為を基本権侵害とすることも指摘する。また、その一方で、行為を基本権侵害とすることも指摘する。そして、同意の有効性判断について基礎とと指摘する。そして、同意の有効性判断について、刑法一二三と指摘する。そして、同意の有効性判断について、刑法一二三条の住居侵入罪の構成要件を用いる見解が存在することを挙げる。また、これに対して、学説の多くはこのようにして獲得された同意を有効だと認めず、このような同意に基づく住居立入れた同意を有効だと認めず、このような同意に基づく住居立入れた同意を有効だと認めず、このような同意に基づく住居立入れた同意を有効だと認めず、このような同意に基づく住居立入れた同意を有効だと認めず、このような同意に基づく住居立入れた同意を有効だと認めず、このような同意に基づく住居立入の、(※)

する。刑訴法一一〇条cは、このような一種の欺罔を用いた同 居立入行為は、潜入捜査における立入行為と同じ行為態様を有 基本法一三条の基本権は、「錯誤のない意思決定 (die irrtumsfうに、このようなおとりの一類型である偽装バイヤーによる住

同意を得て住居に立ち入っているためである。先にも述べたよ

自分が国家の手先であることを相手に告げぬまま、住居権者の行ったことが問題となっている。つまり、この二人の人物は、

ついて判断を下しているのである。結果から見れば、第一刑事

刑訴法一一〇条cは基本法一三条と両立可能であるとい

同条項の直接的な適用を受けない偽装バイヤーの問題に

う見解にたつことになろう。しかしながら、

その理由付けは明

確ではない。したがって、残念ながら、ヒルガーも指摘するよ

まま、

reie Willensbildung)」までも保護するわけではなく、「まさに住 居への立入許可に向けられた国家機関の欺罔によって立入許可 うに、本件第一刑事部はこの種の問題については自らの見解を 明らかにしていないというべきであろう。

う。 (恋) の価値を下げる」という説が存在することについても紹介を行の価値を下げる」という説が存在することについても紹介を行が得られた場合に、はじめて意思形成過程における欺罔が同意

3.

学説の評価

本判決に対して評釈を加えている者として、

ヒル

ガー

で、これまでの判例がこの点なお判断を示していないこと、立このように、この種の問題について一通りの見解を挙げた上

法者も一一〇条cの導入に際して、明確に意見を述べていないで、これまでの判例がこの点なお判断を示していないこと。 立

に対する憲法上の懸念が存在しない」とされているにすぎないに対する憲法上の懸念が存在しない」とされているにすぎない」ことを述べる。また、立法資料においても、「このような措置(※)

結局、第一刑事部は、本事案においては刑訴法一一〇条cのことを指摘する。

条cが憲法上の問題を有するか否かという問題を先送りにしたでは事案の解決に議論を移している。要するに、刑訴法一一〇憲法上の問題についてこれ以上触れることなく、この後の部分兼別、第一刑事さし、ス事等しましてし 刑責法 ニービジェル

特に注目すべき点として、刑訴法一一〇条cと基本法一三条とこれらの評釈をもとに見ていきたい。その際、本稿との関係で学説においてはどのように位置づけられているのかについて、バー(Wollweber)がいる。先に紹介した第一刑事部の判決が、(Hilger)、フェルシュ(Felsch)、ニッツ(Nitz)、ヴォールヴェー

ところで、潜入捜査官の住居への立入りの根拠が何であるかたがって、特にこの点に焦点を当てつつ検討を行いたい。の関係、すなわち刑訴法一一〇条cの合憲性が重要となる。し

二三条を基準として立入りに対する同意の有効性を認める見解査権について規定する刑訴法一六三条を根拠にする説、刑法一

については、いくつかの見解が存在する。例えば、一般的な捜

これらの見解には依拠していないことは、先に挙げたヒルガー挙げられる。すでに指摘していることであるが、第一刑事部は

または立入りを基本法一三条二項の捜索に包含する見解などが

以下の論考においても確認されている。

北法56(4・339)1891

でで、) うして ここ かりまこの かっぱい まご リーゴー ごごころするものの、基本法一一〇条 c に基づく住居立入りと基本法一住居立入行為の正当性について議論があることについては言及

本事案において、第一刑事部は、刑訴法一一〇条cに基づく

ない、というのが大方の見方である。三条との間に存在する問題については、基本的に何も述べてい

この点、ヒルガーは、

本判決おいては、

刑訴法一一〇条でに

以外の者の住居立入権の有無に関する問題は、未解明のままに(型) にいての理解に関する一連の問題が未解決のままにされていおよび c の理解に関する一連の問題が未解決のままにされていおよび c の理解に関する一連の問題が未解決のままにされていると述べている。また、ニッツは、連邦通常裁判所は、偽装がイヤーに住居立入権が存在するのか否かについての問題を未が行せっしたと指摘する。この点、第一刑事部の判断をみがイヤーに住居立入権が存在するのか否かについての問題を表して、フェルシュも、刑訴法一一〇条 b 同様の見解を示す者として、フェルシュも、刑訴法一一〇条 b 同様の見解を示す者として、フェルシュも、刑訴法一一〇条 c の憲法上の問題が未解決のままにされているという指摘を行う。ついての問題は未解決のままにされているという指摘を行う。

立入りを、「全体考察」の枠内において、刑訴法一一〇条bニを用いて説明するのではなく、虚偽の身分を利用した住居へのイヤーの限界について、刑訴法一一〇条aニ項のメルクマールを与えている。まず、本件第一刑事部は、潜入捜査官と偽装バー方で、ヴォールヴェーバーは、本判決に対して一定の評価

されているといわざるをえまい。

こうで月催さいではない、本利央の功貴として平面する。の基本権規定を、裁判官留保の射程距離についての中心的基準項第一文二号を考慮する。そして、同刑事部が、基本法一三条

評釈は、未解決のままにされた問題点について論者自身の見解刑事部) 一九九七年二月六日判決に対しては、四つの評釈が存在した。しかしながら、これらの評釈はすべて当該第一刑事部 正とはしていない。というよりはむしろ、第一刑事部が刑訴法ことはしていない。というよりはむしろ、第一刑事部が刑訴法 一〇条 c と基本法一三条の関係など、いくつかの問題点が未開決の事業になっていることを指摘する。そして、それぞれの解決のままになっていることを指摘する。そして、それぞれの解決のままになっていることを指摘する。そして、一〇条 c ともでいることを指摘する。そして、それぞれの解決の事業にされた問題点について論者自身の見解解決の事業にとれた問題点について論者自身の見解解決の事業によれた問題点について論者自身の見解解決の事業によれた問題点について論者自身の見解解決のまました。

おそらく、刑訴法一一〇条cに基づく潜入捜査官による住居を述べる形で構成されている。

立入りと、基本法一三条との間に存在する問題が争点となった

判例は、現在のところ存在しない。ここで取り上げた事案は、

例がどのように考えているのかは未だ明らかにされていないと法一三条との間の問題を明確にしておらず、この種の問題を判し、結局のところ連邦通常裁判所は、刑訴法一一○条cと基本よく似た偽装バイヤーによる住居立入りが問題となった。しか厳密には異なるものの、潜入捜査官による住居立入りと非常に

いわざるをえない。

使用四.違法な住居立入りに際して収集された情報の証拠

使用

住居立入りに際して収集された情報の証拠としての使用可能

と解される。

このような措置を適法とする見解を出発点とするならば、証拠基づき潜入捜査官が住居に立ち入る場合、刑訴法上認められた議論は見られないようである。もちろん、刑訴法一一〇条cに性については、判例はもとより学説においてもそれほど活発な

反対に、ロクシンは、潜入捜査官の住居立入に際して収集さていなければならない。

訴法一一○条bの要請する裁判官による同意の要件が満たされ使用禁止は問題とならない。ただし、その場合であっても、刑

一〇条でに基づく潜入捜査官の住居立入りは、基本法一三条に違反を唱える論者の一人である。彼の見解によれば、刑訴法一クシンは、刑訴法一一〇条でによる住居立入りの基本法一三条かれなければならないと主張する。先にも紹介したように、口れた情報については、証拠使用禁止(Verwertungsverbot)が導

よってカバーされない基本権侵害ということになる。そして、

ない基本権侵害に対して証拠使用禁止が妥当すると考えるものは効力を失うことになる。したがって、憲法上の正当化を有し法上認められた侵害と同等に扱われることになれば、この原則法な住居立入りが手続上問題とされず、その結果という点で憲基本権侵害は、憲法上の正当化を必要とする。しかし、もし違

第四章 その余の問題点とわが国への示唆

とが障壁となりうる。そこで本章では、潜入捜査制度の有するまたわが国での導入を考える場合ドイツでは問題とならないこわれている尋問類似行為と住居立入行為を主たる対象とした。本稿では、ドイツにおける潜入捜査について、特に問題とい

その余の問題点を指摘し検討したい。

一.公判手続における身元の秘密保持

際、まず潜入捜査官自身が証人として供述を行う場合が考えら証のための証拠として使用されることが予定されている。その潜入捜査において収集された情報は、公判廷において有罪立

北法56(4·341)1893

そして、特に身分を明らかにすることで潜入捜査官およびその投入後においても秘密にしておくことを認める(同項第一文)。れる。しかし、刑訴法一一〇条b三項は、潜入捜査官の身元を

証言を証拠として認めたり、潜入捜査官による予備審問の結果は、刑訴法九六条に基づき、刑事手続においても身元の秘密保は、刑訴法九六条に基づき、刑事手続においても身元の秘密保は、刑訴法九六条に基づき、刑事手続においても身元の秘密保は、刑訴法九六条に基づき、刑事手続においても身元の秘密保

いて潜入捜査の導入を検討する場合、この点はより深刻な問題が保障される。しかし、伝聞法則の採用されているわが国にお以上のようにドイツにおいては、公判廷で証人の身元の秘密

の朗読を文書証拠として認めるのである。

二. 伝聞証拠の使用可能性

て、先に挙げた二つの方法で伝聞証拠が法廷に持ち込まれるこはいわゆる伝聞証拠が認められるということである。したがっまず確認しておかなければならないことは、ドイツにおいて

としている。(紹)(紹)の証拠であって説得力は強くないといい、証明力の問題け売りの証拠であって説得力は強くないといい、証明力の問題とも可能となる。クライ(Krey)は、そのような伝聞証拠は受

められるのかについて、グリュンバルト(Grünwald)は次のよこで、直接主義との関係上伝聞を経た証拠がどのようにして認ところで、ドイツにおいては直接主義の原則は存在する。そ

という原則」だとされる。そして、代用物の利用の際には、優能である場合には、代用物を利用することは排除されていない、人物を公判で尋問しなければならないが、直接的な尋問が不可という原則」であり、「裁判所は、可能である場合には、そのという原則」であり、「裁判所は、可能である場合には、そのという原則」であり、「裁判所は、可能である場合には、そのという原則」だとされる。そして、代用物の利用の際には、優先する、という原則」だとされる。そして、代用物の利用の際には、優能である場合には、例をは、可能を対している。

のものとなるとされる。 (空) のものとなるとされる。 (空) おり のい のとなるとされる。 (空) のものとなるとされる。 (空) のものとなるとされる。

伝聞供述の証拠法上の取扱いについて次のように述べる。すなの供述が公判手続に導入された事案である。連邦憲法裁判所は、一一日決定は、伝聞の証人である警察官によって、潜入捜査官所は慎重な立場を示している。連邦憲法裁判所一九九一年四月のような性格を有する伝聞供述の取扱いについては、裁判

れた情報に基づいて、合法的に収集された証拠には、証拠使用

余地がある。これに対し、禁じられる尋問方法によって収集さ ても使用不可能性が導かれるのか、という点については議論の という。一方で、連邦憲法裁判所が慎重な態度を示すのは、伝(※) 法に従って許容される証拠方法であり、その考慮および評価は 刑訴法二四四条二項および二六一条に基づいて決せられる。」 わち、「伝聞の証人は、『間接証拠』の一形態として ―― 刑訴 禁止は適用されず、さらなる捜査のための手がかりが創出され

判所 他の重要な証拠によって確認される場合のみ、それについての 経た証言においてその供述が問題となる場合、その供述がその に批判的に吟味されるべきである」という。また、連邦通常裁(※) 「詳細が知られていない証人に由来する供述の証拠価値は、 (第五刑事部) 一九九六年六月一九日決定では、「伝聞を 特

聞証拠の証拠価値に対してである。つまり、連邦憲法裁判所は、

確認が適切に支持されうる。」ということも確認されている。

違法な潜入捜査によって収集された情報が証拠として使用さ 利用禁止証拠に基づく新たな捜査開始の可否

てそのような情報に基づいて生じたさらなる捜査の結果に対し 証拠使用禁止が、広範囲におよぶ効果を有するのか否か、そし れないことについては、先に紹介したとおりである。ところで、

> 証拠使用禁止には、その根拠によっていくつかの類型があるが、 には、証拠使用禁止の性質が大きく関係している。すなわち、 ることになる、と主張する見解がある。このような理解の背景

である。 (2013) されるためである。判例はこのような見解を支持しているよう 支配的見解によれば、供述の自由を保障した規定に反する場合 に導かれる証拠使用禁止は、広範囲にわたる影響を持たないと

における理論を引き合いに出し、その理論と同様に証拠の使用 ルケ(Beulke)は、広範囲におよぶ効果について、アメリカ法 一方で、これとは反対の見解を唱える学者も存在する。 ボイ

四、わが国への示唆

が認められると主張する。

び住居の不可侵性を中心とした憲法上の権利に対する侵害を伴 る。しかしながら、この種の捜査方法は、情報自己決定権およ 近年、わが国においても潜入捜査導入を唱える動きが見られ

十数年を経過しているドイツの議論は参考にできる。また、 点、一九九二年の立法以降潜入捜査官制度が正式に導入され、 う点、慎重に考慮されなければならないように思われる。この

北法56(4·343)1895

は連絡員による情報収集活動は行われていたことが認められる。 九九二年の立法以前から、ドイツにおいては潜入捜査官あるい

人の不利な証拠として公判手続において有罪立証に寄与してきそして、このような捜査方法によって収集された情報は、被告は連絡員による情報収集活動は行われていたことが認められる。

た。しかしながら、ドイツの議論をみたところ、すでに潜入捜人の不利な証拠として公判手続において有罪立証に寄与してき

る住居権侵害の問題は、特に重大であり看過できないように思者の自己負罪拒否特権を侵害する点、あるいは潜入捜査官によ

が国の場合を考えても、情報自己決定権と尋問類似行為が対象手法が有する基本権侵害に対する批判は多い。ひるがえってわ査官制度が刑訴法の中に組み込まれているドイツですら、この

象となる犯罪が組織犯罪を中心とすることに鑑み、報復の危険問した別の警察官が代わりに供述を行うことも想定される。対また、潜入捜査官が実際に公判手続で証言を行わず、彼を尋

ドイツにおいてはいわゆる伝聞法則がないため、代用証拠によ接供述するのが困難な場合が想定されるからである。この点、

およびその後の活動の確保等の理由から、潜入捜査官本人が直

克服することができたとしても、わが国における導入を考慮す定権と尋問類似行為の問題、あるいは住居権侵害という問題をる証明でも許されることになる。したがって、仮に情報自己決

捜査官制度そのものを左右しかねない本質的問題が議論の対象

接結局潜入捜査官の供述が書面となり有罪立証に寄与する可能性き 国の実務においても伝聞の例外が認められる領域は狭くなく、告 聞証拠に対する制限は厳しいようにも思われる。しかし、わがる。たしかに、ドイツと異なりわが国においては伝聞法則があり伝い。る場合、この問題の克服は相当困難であると主張されている。(33)

場合、住居権の問題はひとまずおいておくこととして、尋問類を否定できない。だとすれば、わが国における導入を検討する

報収集活動自体、およびそれに付随する住居立入行為の問題性思われる。したがって、公判手続における問題に入る前に、情報が公判手続で証拠として使用される可能性は高まるようにも似行為に問題がないとすれば、実際上潜入捜査官の獲得した情

わが国においても通信旁受去に代表されるように、組載的犯について十分な検討が行われる必要があるように思われる。

いて検討を加えたのだが、このようなドイツにおいてすら潜入務における運用および判例の蓄積のみられるドイツの議論につなれている。そこで、既に潜入捜査に関する立法がみられ、実証が策の一環として様々な立法および法改正が行われてきた。罪対策の一環として様々な立法および法改正が行われてきた。

は見込まれないといわざるをえまい。 当たっては、相当高い壁を克服する必要があり、導入は容易に なりうる。したがって、潜入捜査官制度をわが国に導入するに

となり、

批判が多い。この点はわが国においても同様に問題と

- (1) 正式名称は、「麻薬取引およびその他の組織犯罪の現象 Rauschgift und anderer Erscheinungsformen der Organisierten 形態に対する法律」(Gesetz zur Bekämpfung des illegalen
- Kriminalität=OrgKG)

(2) 森下忠「ドイツの組織犯罪対策法」判例時報一四五四

号 (一九九三年) 三七頁。

- (4)白川靖浩「ドイツにおける組織犯罪対策法について①」 (3)齋藤純子「組織犯罪対策法施行」ジュリスト一〇一四 号(一九九二年)九八頁。
- 搜查研究四九七号(一九九三年)三四頁。
- (ഹ) Krey, Zur Problematik strafprozessualer Verdeckter Erdie Organisierte Kriminalität, 1993.S.595 mittlungen ohne Einsatz technischer Mittel im Kampf gegen
- (7)白川・前掲論文(註4)、三七頁。 (6) 白川・前掲論文 (註4)、三六頁。
- 8 Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, 1993, S. 4. Vgl. Gropp (Hrsg), Besondere Ermittlungsmaßnahme zur

vom. 25. Juli 1991] における収益の剥奪-資産刑・拡大 律案(組織犯罪対策法案)[Bundestagsdrucksache 12/989 麻薬取引その他の組織犯罪の現象形態の対策に関する法 (9)フォルカー・クライ/宮沢浩一・勝亦藤彦訳「不正な

学研究六六卷一〇号(一九九三年)一〇四頁。

収奪-および資金の洗浄に関する規定の批判的検討」法

- 10) 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―阿部純二先生先生古稀記
- 念祝賀論文集』(第一法規·二〇〇四年)四七〇頁。 警察庁治安対策プログラム:平成一五年八月

(http://www.npa.go.jp/seisaku/soumu2/program.htm,

05.06

- (12)新屋・前掲書(註10)四七○頁。
- (1) 前掲・警察庁治安対策プログラム参照/本プログラム は、新たな捜査手法の検討について、「外国の刑事法制
- ド・デリバリー、潜入捜査等の高度な捜査技術や捜査手 法について具体的に研究し、その導入・活用に向けた制 や捜査実務を参考にしつつ、おとり捜査、コントロー 度や捜査運営の在り方を検討する。」という。
- 制部、 事訴訟法典」法務資料四六〇号・法務省大臣官房司法法 新屋・前掲書(註10)、「秘密捜査官」、フォルカー

- 捜査官をめぐる法的問題」、「秘匿捜査官」、宮木康博「ド 頁)などがあてられている。 イツにおける秘匿捜査」(同志社法学五七巻一号一一五
- (15)ただし、新屋達之によれば、「日本でも隠密捜査官のよ 前掲書(註10)四七〇頁)。 うな手法が行われている形跡はある。」とされる(新屋・
- (16)前掲(註11)・警察庁治安対策プログラム。
- (二) Vgl. Rogall, Strafprozessuale Grundlagen und legislative en, JZ 1987, 848. Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahr-
- (18)概観したところ、刑訴法一一〇条 a 以下の条項が立法 provocateur)に関する議論が多く見られた。また、一九 ある。以前は、むしろ、おとり(Lockspitzel od. agent polizeiliche Ermittlungstätigkeit) について争われた事案で NSiZ 1985, 131 は、秘密裡な警察の捜査活動(verdecke 例えば、BVerfG Beschl. v. 27. 11. 1984 = NJW 1985, 1767 = される以前のもので、一九八五年以前の判例としては、 九二年の組対法立法以前は、潜入捜査官に関する事案よ

- (20)寺崎嘉博『訴訟条件論の再構成』(成文堂・一九九四年) mantをも広義のおとり捜査に含め、「おとり」の概念を 二五二頁註二八。そこでは、VE や V-Mann および Infor-
- は一様にはいかない。 明確ではない」と述べられているとおり、これらの分類 ている。しかしながら、「かなり多義的であり、必ずしも 画すものとしてこれらの捜査手法の定義付けが試みられ
- (21)わが国においてみられるような強制処分と任意処分を ためである (vgl. \$110a ff. StPO)。 条件等のなかに検察官・裁判官の同意が求められている VEの投入が刑訴法上明文で規定されており、その投入 思われる。ここで、強制処分という用語を使うのは、 区別する議論は、ドイツにおいては活発ではないように
- (22)寺崎・前掲書(註20)二五二頁脚註二八。
- (\mathfrak{A}) Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren v. 1. Januar 1977., Anlage D. Teodor Kleinknecht / Meyer-Bd. 6., 40. Aufl., München, 1991) Anhang 14., S.1952ff. [S Goßner, Strafprozeßordnung (Beck'sche Kurz=Kommentare,
- (24)ドイツにおいては、以前は組織犯罪は存在しなかった から進出してきたものが多いとされる。すなわち、イタ とされ、脅威と見なされる犯罪組織はむしろドイツ国外

2062ff.] による。

(19) BT-Drucksache 12/989. S.41;新屋·前掲書(註10)四

Beschl. v. 9.12.1975 = NJW 1976, 985f.

証人の証言が問題となった事案として、OLG Frankfurt, 多く見られる。例えば、匿名の連絡員の通告についての りも、連絡員(V-Mann / V-Leute)が問題となる事案が

ルテル、トルコ系犯罪組織、中国系のマフィアだとされ威とされているのが、イタリアのマフィア、メテジンカア系の犯罪組織などである。そして、その中でも特に脅ザ、その他ベトナム人のシンジケート、トルコやセルビア等旧共産圏の赤マフィア、中国の三合会、日本のヤクリアのマフィア、コロンビアのメテジンカルテル、ロシリアのマフィア、コロンビアのメテジンカルテル、ロシ

die Organisierte Kriminalität, 1993, S.595)°
(52) Siehe, Gropp, Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekä

¬○ (Krey, Zur Problematik strafprozessualer Verdeckter Er-

mittlungen ohne Einsatz technischer Mittel im Kampf gegen

26) BVerfGE 65, 1.この国勢調査判決により、行政官庁がmpfung der Organisierten Kriminalität, 1993. S.4.

された。目的限定なしに認める限りで、人格権を侵害するものと手統計的目的のために情報を利用する可能性を具体的な

れる(新屋・前掲書(註10)四七七頁以下)。 発展、および一条一項の人間の尊厳にその根拠が求めら在するわけではないが、基本法二条一項の人格の自由な(27) 情報自己決定権は、ドイツにおいても明文の規定が存

(29)新屋·前掲書(註10)四七五頁。

(%) BT-Drucks. 11/7663.

(元) Vgl. Möhrenschlager, Das OrgKG - eine Übersicht nach

amtlichen Materialien -Erster Teil-, wistra 1992, 28

(32) クライ・前掲論文(註4)一九二頁。また、潜入捜査 ることは明らかであろう。

(33) あくまでも条文に沿った解釈だが、例えば、「電気の検(33) あくまでも条文に沿った解釈だが、例えば、「電気の検(33) あくまでも条文に沿った解釈だが、例えば、「電気の検(33) あくまでも条文に沿った解釈だが、例えば、「電気の検についても批判的な見解が支配的である(Vgl. Krey, aaO. S.134 Rn 250.)。

(34) 新屋・前掲書 (註10)

四八二頁。

(뜻) BGHSt 35, 328

(%) Roxin, Neue tenetur: die Rechtsprechung am Scheindeweg, NStZ, 1995, 465f.

(3) Roxin, aaO. (Anm.(36)), S.466

(⊛) BGHSt 39, 347

(3) Roxin, aaO. (Anm.(36)), S.466

北法56(4・347)1899

- (4) Roxin, aaO. (Anm.(36)), S.466 (4) BGHSt 40, 71.
- きれないとした。 持し、被疑者から欺罔によって声をだまし取ることは許(42) BGHSt 34, 39. また、BGHSt 40, 66ff. は、この見解を維
- (3) BGH, aaO. (Anm.(42)), S.46.

(4) Roxin, aaO. (Anm.(36)), S.466

- (45) BGH 38, 372.
- (4) Roxin, aaO. (Anm.(36)), S.466.
- 前掲論文(註14)一九二頁)。 で保護する義務はないから」である、という(クライ・で保護する義務はないから」である、という(クライ・証拠の使用は、公正な裁判の原則を損なうものではなく、紅り、この点、クライ(Krey)は、裁判におけるこのような(47)この点、クライ(Krey)は、裁判におけるこのような
- 利をいずれにせよ知らなかったという限り」で、その供(名) 刑訴法一三六条は、同一三六条には、供述者が彼の権権の告知義務に対する違反の場合には、供述者が彼の権機法』(成文堂・一九九九年)一六七頁によれば、「拒否拠法」(成文堂・一九九九年)一六七頁によれば、「拒否拠法」(成文堂・一九九九年)一六七頁によれば、「拒否拠法」(成文堂・一九九九年)一六七頁によれば、「拒否拠法」(成文堂・一九九九年)一六七頁によれば、「拒否権の告知義務に対する違反の場合には、供述という限り」で、その供権の告知義務に対する違反の場合には、供述という限り」で、その供権の告知義務に対する。

述の使用ができないことになるという。

- (完) Sieh, Lagodny, aaO. (Anm.(49)), 172
- (51) ただし、情報自己決定権が問題にならないという見解に対しては、それとは反対の立場をとる学説が多く存在する。Lilie/Rudolph, Einsatz von Vertrauenspersonen der Polizei, NStZ 1995, 515f; Rogall, Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren, JZ 1987, 851; Lammer, Verdeckte Ermittlung-
- en in Strafprozeß, 1992, S.23ff. (25) Vgl. Lagodny, aaO. (Anm.(49)), S.171
- (3) Vgl. BGH GA 1981, 89; BGH, MDR 1975, 23; Lagodny, aaO. (Anm.(49)), S.168; Rogall, aaO. (Anm.(17)), S.850.
- (54) BGHSt 40, 211, 213. = NSIZ 1994, 593ff. = StV 1994, 521; Anm. v. Gusy, StV 1995, 449f; Widmaier, StV 1995, 621f. この第一刑事部の判決中、本稿と関係する部分は以下の通を被告人の周りに投入した際、公判手続きにおいて彼にを被告人の周りに投入した際、公判手続きにおいて彼によって供述拒否権が使用された場合であっても、被告人の意が表現の発話についての連絡員の供述は使用可能である。「警察が課税の解明のために連絡員(V-Mann)を被告人の表現の発話についての連絡員の供述は使用可能である。

- (남) Vgl. Rogall, aaO. (Anm.(17)), S.850.
- (完) Gusy, aaO. (Anm.(54)), S.450.
- (54)) Vgl. Gusy, aaO. (Anm.(54)), S.450.
- (∞) Vgl. Gusy, aaO. S.450.
- (음) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.621.
- (3) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.621.
- (3) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.621.
- (S) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.621.
- (S) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.621f.
- (云) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.622.
- (15) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.621.
- (%) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.622.
- (5) BGH, StV 1995, 283, (Anm.(54)), S.286.
- (%) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.622.
- (2) Vgl. BGHSt 40, 211 = NStZ 1994, 593ff = StV 1994, 521.
- (R) Vgl. BGH v. 21.7.1994(BGHSt 40, 211.).
- (元) Schluchter/Radbruch, V-Mann-Aussagen zu Äußerungen von Angehörigen des Angeklagten (Anmerkung BGH, Urteil v. 21.7. 1994), NStZ 1995, 354f.
- (≈) Seebode, Anmerkung BGH v. 28.4.1987(BGHSt 34, 362), JR 1988, 428.
- (2) Dencker, Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren, StV 1994, 674.

- (云) Vgl. Schlüchter/Radbruch, aaO. (Anm.(71)), S.354.
- (♥) Vgl. Seebode, aaO. (Anm.(72)), S.428.
- (2) Vgl. Seebode, aaO. (Anm.(72)), S.428.
- (≿) Vgl. Dencker, aaO. (Anm.(73)), S.674.
- (∞) Vgl. Schlüchter/Radbruch, aaO. (Anm.(71)), S.355.
- (2) Sieh, Schlüchter/Radbruch, aaO. (Anm.(71)), S.355.
- をとっているためである。 一三六条1項第二文の告知義務の適用はないという立場行われたことが問題となっており、家族に対して刑訴法連絡員によって被告人の家族(婚約者)から情報収集が第一刑事部と同じ結果を導く。というのは、本事件では、象となった BGH v. 21.7.1994 (BGHSt 40, 211) については、ないだし、シュリュヒター/ラートブルフは、評釈の対
- (5) Vgl. Hilger, Neue Strafverfahrensrecht durch das OrgKG -2.
 Teil-, NStZ 1992, 525; Lemke/Jurius/Krehl/Kurth/Rautenberg/Temming, Strafprozessordnung, 2.Aufl., 1999, S. 349f, § 110c, Rn 5 [Lemke]; Malek, Staatlicher "Handlungsbedarf" als Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen ?, StV 1992, 344.
- 用されている。 用されている。 E NJW 1977, 2172) や学説 (Dreher/Tröndle, StGB, 45. Auflage, §34 Rn. 24 m.w.N.) にないては、刑法三四条が引 はなされないと思われるが、一部の判決 (BGHSt 27, 260

- (⊗) Rebmann, Der Einsatz verdeckt ermittelender Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung, NJW 1985 2ff
- 8) Vgl. Rogall, aaO. (Anm.(17)), S.850. さらに、マレック びビデオ監視に対する授権根拠ともならないとし、重大 主張にもなじまないとする (Malek, aaO. (Anm.(81)), S. 法規の明確性の原則から連邦通常裁判所が強調している 事訴訟法学の体系学にあとづけられるものでもないし、 な基本権侵害がこれらの条項に根拠を求めることは、 (Malek) は、これらの規定は、連絡員(V-Mann) およ
- (8) Vgl. Roxin, Zur Einschleichen polizeilichen Scheinaufkäufer in Privatwohnungen (Anmelkung BGH, StV 1997, 233.), StV 第3章で検討する。 1998, 43. 潜入捜査における住居立入の合憲性については、
- (⋈) Roxin, Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für (%) BGHSt 38, 214
- (8) Vgl. etwa BGH NStZ 1995, 410; BGH StV 1995, 283; BGH Strafsachen, NStZ 1997, 19. NStZ 1996, 200
- (8) BGHSt 40, 211
- (5) Vgl. BGH 40, 213 (S) Vgl. BGHSt 40, 213.
- (32) Vgl. BGH NStZ 1995, 410f.

不利な証人の供述が使用可能であるとした。

(9)例えば、連邦通常裁判所(第二刑事部)一九九三年十 月八日判決(BGHSt 39, 335.)では、証人Fが被告人に電

ことに同意を与えていた。第二刑事部は、会話の一方当 のは警察官Mであり、Fは会話がMによって傍受される 用された。その際、Fに電話をするように指示を与えた 話をし、その会話の内容が被告人に不利な証拠として伸

解によれば、自己負罪拒否特権あるいは刑訴法一三六条 話の内容が被告人の不利に使用された。第二刑事部の見 通常、Mは違法に活動したことにはならないとして、会 事者であるFにより傍受の同意が与えられている場合、

る自己負罪の拒否はこれらの原則および規定の保護の対 て意見を表明するか黙秘するかについての被疑者の自由 の保護」(BGHSt 39, 337.) ということになり、国家によ 一項第二文の保護の対象は、「自己の行為の非難に対し

211.) は、尋問の定義について、「尋問者が証人に対して、 連絡員による尋問類似行為によって獲得された被告人に あるとして、尋問に基づく告知義務等の適用領域を狭め、 て彼に対しては情報を求める」(BGHSt 40, 213) ことで あるいは検察官または裁判官として)、その身分におい 職務的地位において対面し(例えば、警察官、税関職員 象とは考えられないのであろう。また、連邦通常裁判所 (第一刑事部) 一九九四年七月二一日判決 (BGHSt 40,

- 95 94 BGHSt 34, 362 BGHSt 31, 304
- (6) Vgl. Roxin, Neue tenetur: die Rechtsprechung am Scheindeweg, NStZ 1995, 465ff; ders, Zum Hörfallen-Beschluß
- (97) NStZ 1996, 200. これは先の BGH (5. Senat), Beschl. v. des Großen Senats für Strafsachen, NStZ 1997, 18ff

20.12.1995.(NStZ 1996, 200ff.)と同一事案で、第5刑事部

- 対面することが含まれ、本件における証人や通訳人と の概念には、尋問者が証人に対し職務上の地位において 拡大刑事部による新たな判断である。 による決定が原則に関する判断であったため招集された いった私人は、尋問者によって依頼された質問をその会 本件第5刑事部の見解によれば、正式な意味での尋問
- (9) BGH (1. Senat) v. 21.7.1994. (BGHSt 40, 211.) ≅) Vgl. NStZ 1995, 411.

かないとされる (vgl. NStZ 1995, 410.)。

話の枠内で行う場合であっても、何らの正式な尋問を導

- (回) Vgl. NStZ 1995, 411. また、本件第五刑事部がこのよう に挙げられている意思の自由に対するその他の侵害」が な解釈を採用するに当たっては、「(一三六条aの) 規定
- こでいう欺罔は意思決定の自由に対して、「暴行、 薬物の投与、苦痛、 考慮されている。つまり、当刑事部の見解によれば、こ 催眠術」による場合と同じレベルの 傷害、

- 手ほど強い侵害とはいえず、ここでいう|欺罔」 からは しておくことは、暴行や傷害などといったその他の禁じ 侵害を導くものと考えられ、たんに身分について秘密に 除外されることとなる。
- (≅) Vgl. NStZ 1995, 411.
- (≌) Vgl. NStZ 1995, 411.
- (≝) BGHSt 39, 335
- (55) Vgl. BGHSt 39, 347.
- 16) BGHSt 31, 304.この事案においては、警察の指示を受 けた連絡員Cに対し、トルコ人の被告人が、報酬と引き

替えに、トルコからドイツへの大量のハッシッシュの密

- るところで)自宅にいる被告人に電話をし、この会話は の要求に応え、警察の指示により共犯者として活動を行 輸とドイツ国内における販売の協力を求めた。Cは、 て使用された。 人によって翻訳され、 録音された。後に、トルコ語で行われたこの会話は通訳 存活動の中で、警察本部から(薬物対策部部長のい 州裁判所において不利な証拠とし
- 107 BGHSt 34, 39
- (≅) Vgl. BGHSt 31, 308f.
- 109 NStZ 1996, 201
- BGHSt 39, 335

110

Vgl. NStZ 1996, 201

- (E) BGHSt 42, 139. = NStZ1996, 502
- (記) すなわち、第五刑事部は、第一刑事部(BGHSt 40, 211.)′
- 41, 42.) が、確かに異なる方向性を示す判決を下してい 第二刑事部 (BGHSt 39, 335.) および第三刑事部 (BGHSt 異なると説明されている(Vgl. NStZ 1996, 502.) ることについて詳しく述べているが、基礎となる事実が
- (≅) Vgl. NStZ 1996, 502.
- 116 (15) NStZ 1996, 200ff. NS₁Z 1996, 502.

文(註14)一九五頁註一〇)。

- (\(\sum_\)) Vgl. NStZ 1996, 503.
- (至) Vgl. NStZ 1996, 502. 118 Vgl. NStZ 1996, 503.
- 120 Vgl. NStZ 1996, 503.
- 121 Vgl. NStZ 1996, 503
- 122 NStZ 1996, 504.
- 123 Vgl. NStZ 1995, 466
- 124 NStZ 1996, 504.
- 125 Vgl. NStZ 1996, 504
- 126 NS₁Z 1996, 504.
- 127 本稿第一章参照。
- StV 2000, 393. Vgl. Eschelbach, Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten,

四)クライ・前掲論文(註14)一八五頁。

- 130)この点、上記クライによれば、「ドイツ官庁の了解を得 訴訟法一一〇a条二項により、秘密捜査官は、ドイツ人 察官は秘密捜査官として活動することはできない。刑事 型的な例である。ドイツの法制度の下では、外国人の警 でなければならないである。」とされる(クライ・前掲論 の警察官(ないしは、関税令四〇四条により関税捜査官 の警察によって情報提供者として使用されている者の典 て捜査活動を行っている外国人の秘密捜査官は、ドイツ
- 〔3〕ただし、マレックによれば、対象者の基本権を侵害す (Anm.(81)), S.342ff.)。連絡員の投入に積極的な立場を示 入を許容しているためであるとされる (Vgl. Malek, aaO る措置である連絡員の投入は、法的根拠の欠如のため、 provocateur. (Anmerkung BGH Urt. von 6.2.1981), StV 1981, 的見解がこのような見解を採用しないのは、連絡員の投 599. などの学説があるが、いずれもかなり以前のもので Täters in Fällen der Anstiftung durch einen polizeilichen agent す見解としては、Mache, Zur Frage der Strafverfolgung des 証拠収集禁止(Beweiserhebung)が推論されるが、支配
- maier, aaO. S.622; Roxin, Zur Einschleichen polizeilichen (Anm.(81)), S.344; Lagodny, aaO. (Anm.(49)), S.172; Wid-§110a ff. StPo 導入後においては、例えば、Malek, aaO.

pitzel-Einsatzes, StV 1985, 80. などは消極的な立場に立っ tendorf, Die strafrechtlichen Grenzen des polizeilichen Lockshelbach, aaO. S. 391. などは、連絡員の利用に消極的な立 場をとる。また、§110a ff. StPo 導入前においても、Os-Scheinaufkäufer in Priva-twohnungen. (Anmerkung BGH, StV 1997, 233), StV 1998, 44 (住居権侵害について); Esc-

- (32) Vgl. Eschelbach, aaO. (Anm.(128)), S. 394
- (季) BVerfG v. 26.5.1981. (BVerfGE 57, 250 = NJW 1981, 1719 (33) Vgl. Malek, aaO. (Anm.(81)), S.344
- (35) BverfG (StV 1991, 449.)

StV 1981, 381 = NStZ 1981, 357.)

- (≦) Vgl. z.B. Eschelbach, aaO. (Anm.(81)), S.392
- (ヨア) この点、ラゴトニィ(Lagodny) は、極めて限定的な 的に』、刑事訴追機関に問い合わせるような場合におい 的に-刑事訴追機関の指示によらずに-すなわち『自発 がらも連絡員の限界領域について触れ、「私人が、最終
- スイスのバーゼルラントシャフト州における連絡員の規 (49)), S. 170.)。また、エシェルバッハ (Eschelbach) は、 使用が可能であることを示唆する (Lagodny, aaO. (Anm 定を参考にして、連絡員の規定を創設することは不可能

てのみ」、連絡員により認識された情報の証拠としての

であるということはできないであろうという (Eschel-

- bach, aaO. S. 392. ただし、彼は現行法制下での連絡員の する分析もある(宮木・前掲論文(註14)一六一頁)。 論状況について、「支配的見解は、判例と同様に一定の 条件下における秘員連絡員の投入を許容している。」と 利用は否定する)。一方で、連絡員に関するドイツの理
- (⑶)マイヤー・ゴスナー(Meyer-Goßner)は、この場合の Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, 47.Aufl., 2004, S.522, § **欺罔の例として、「被疑者は証人として取り調べられな** 136a, Rn 14.)° を言わなければならない」、などを挙げる(Kleinknecht/-ければならない」、「供述を義務づけられている」、「真実
- 33) Vgl. Roxin, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheindeweg, NStZ 1995, 465f
- (≦) Vgl. Roxin, aaO. (Anm.(139)), S.466f
- (☲) Vgl. Roxin, aaO. (Anm.(139)), S.466 (≅) Vgl. Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 2004, 47. Aufl. S.
- berg/Temming, Strafprozeßordnung, 2. Aufl. S.492, § 136, Rn 516, § 136, Rn 20.; Lemke/Julius/Krehl/Kurth/Rauten-33ff[Lemke].
- (⑷)グリュンバルト・前掲書(註48)一六七頁。 (48)グリュンバルト・前掲書(註48)一六六頁。
- (語) 正式名称については、本稿(註1)参照。
- (全) Vgl. Hilger, Neue Strafverfahrensrecht durch das OrgKG -2.
- 北法56(4·353)1905

Teil-, NSIZ 1992, 525, Fn.159. 例えば、ヒルガー (Hilger) いては後述する。 ただし、一一〇条 cが基本法の保護領域に対する で言の住居への立入が刑法一二三条の住居侵入罪に当た で言の住居への立入が刑法一二三条の住居侵入ではないと は、ここで行われる住居への立入は住居侵入ではないと は、ここで行われる住居への立入は住居侵入ではないと

- (室) Roxin, Zum Einschleichen polizeilicher Scheinanfkäufer in Privatwohnungen (BGH, StV 1997, 233), S.43.
- (至) Frister, Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art.13 GG, StV 1993, 151.
- (至) Vgl. Frister, aaO. (Anm.(148)), S.151
- (56) Vgl. Krey, Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes 侵害に対する異議を主張する論者の断固たる代理人であるとされる (Roxin, aaO. (Anm.(147)), S.43.)。
- (5) Vgl. Rogall, aaO. (Anm.(17)), S.853.
- (52) Vgl. Lammer, aaO. (Anm.(51)), S.107.
- (空) Vgl. Roxin, aaO. (Anm.(139)), S.43ff; ders, Strafverfahrensrecht, 25. Aful. 1988, S.62, Rn 26b.
- (亞) Amelung, Probleme der Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen, StV 1985, 257ff.
 (亞) Weil, Verdeckte Ermittlungen im Strafverfahren und die

- Unverletzlichkeit der Wohnung, ZRP 1992, 243ff (适) Vgl. Frister, aaO. (Anm.(148)).
- (5) Vgl. Krey, aaO. (Anm.(150))
- (🖄) Vgl. Amelung, aaO. (Anm.(154)); Dagtoglou, "Das Grund-recht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG)", JuS 1975, 753ff; Weil, aaO. (Anm.(155)); Wolter, "Freiheitlicher Strafprozeß, verbeugende Straftatenbekä mpfung und Verfassungsschutz", StV 1989, 358ff.
- (室) Vgl. Krey, aaO. (Anm.(150)), S.137ff. Rn 255ff.
- (25) Vgl. Krey, aaO. (Anm.(150)), S.137, Rn 255

- (3) Vgl. Krey, aaO. (Anm.(150)) (62) Vgl. Krey, aaO. (Anm.(150)), S.138, Rn.258
- (室) Vgl. Jähnke, Verwertungsverbote und Richtervorbehalt beim Einsatz Verdeckter Ermittler, FS-Odersky z. 65 GT (1996),
- (65) Vgl. Roxin, aaO. (Anm.(139)), S.43
- (色) Vgl. Frister, aaO. (Anm.(148)), S.152;Weil, aaO. (Anm. (155)), S.244f.; Amelung, aaO. (Anm.(158)), S.263
- (E) Vgl. Krey, aaO. (Anm.(150)), S.137 Rn.255; Rogall, aaO. (Anm.(17)), S.853. クライは、自由になされた同意でない 場合は、住居権者の同意は基本法一三条に対する侵害を
- (36) Vgl. Krey, aaO. (Anm.(150))

を排除させないという。

- (3) Sieh, oben Fn 20
- (至) Vgl. Krey, aaO. (Anm.(150)), S.138, Rn.258
- 〈⑴〉例えば、明言されているわけではないが、ロガールは 基本法一三条二項からの正当化を試みているし(Rogall
- 容、および同条の人間の尊厳の意味内容に対する侵害で における住居への立入を、基本法一三条の本質的意味内 aaO. 853.)、ラマーは、潜入捜査官と住居権者の信頼関係
- 条でに規定される潜入捜査官の住居への立入の正当化を 居の不可侵性に対する不文律の制約から、刑訴法一一〇

あるとし、基本法一三条二項および三項から導かれる住

- 試みる(Lammer, aaO. (Anm.(51)), S.107f, 112.)。
- (12) Vgl. Weil, aaO. (Anm.(155)), S.244
- (13) Weil, aaO. (Anm.(155)), S.245
- (三) Vgl. Amelung, aaO. (Anm.(154)), S.263
- (5) Vgl. Frister, aaO. (Anm.(148)), S.152
- (三) BGH (1. Senat), Urt. v. 6.2.1997 (NStZ 1995, 410ff.) (76) Vgl. Frister, aaO. (Anm.(148)), S.153
- 1997, 507.

(E) Vgl. Wollweber, Anmerkung, BGH Urteil v. 6.2.1997, StV

- (39) Vgl. Rogall, aaO. (Anm.(17)), S.853
- (≊) Vgl. Rogall, aaO. (Anm.(17)).
- 〔图〕Vgl. Rogall. aaO. (Anm.(17)). ロガールは、「潜入捜査官 思われる。 きである」ため、何らかの形で正当化を模索したものと による捜査がそもそも必要であり、法的に認められるべ
- (≅) Vgl. Frister, aaO. (Anm.(148)), S.153. (32) Vgl. Rogall, aaO. (Anm.(17))
- (≦) Vgl. Frister, aaO. (Anm.(148)).
- (≦) Frister, aaO. (Anm.(148)).

(ٰ≦) BVerfGE 51, 97, 106 = NJW 1979, 1539

(図) Vgl. Weil, aaO. (Anm.(155)), S.245. その他、 よれば、基本法一三条二項は、確かに抑止的(repressiv) を主張する者としてヒルガーが挙げられる。 ヒルガーに 同様の見解

- NStZ 1997, 449.)。 (靈) Nitz, Anmerkung BGH, Urteil von 6.2.1997, JR 1998, 212.
- (至) Vgl. Nitz, aaO. (Anm.(188)), S.212f.
- (室) Vgl. Lammer, aaO. (Anm.(51)), S.107
- (E) Vgl. Lammer, aaO. (Anm.(51)), S.107
- (室) Vgl. Lammer, aaO. (Anm.(51)), S.108. (室) Vgl. Frister, aaO, (Anm.(148)), S.154.
- る正当化は図れないとする (Nitz, aaO. (Anm.(188)), S.246. また、フリスターも 同様の見解から、三項説を否定する。さらに、ニッツも 同様の見解から、三項説を否定する。さらに、ニッツも (repressiv) に活動する」ため、基本法一三条三項によける秘密裏に (repressiv) に活動する」ため、基本法一三条三項によいでいる。 (Anm.(188)), S.246. また、フリスターも (Nitz, aaO. (Anm.(188)), S.246. また。 (Nitz, aaO. (Anm.(188)), S
- (딸) Vgl. Lammer, aaO. S. 154f
- (鱼) BGH (1. Senat), Urt. v. 6.2.1997 (StV 1997, 233f.)
- (至) Vgl. Felsch, Zuhälter oder Schornsteinfeger?, StV 1998,

- (≊) Vgl. BGH, aaO. (Anm.(196)), S.233
- (≅) Vgl. BGH, aaO. (Anm.(196)), S.233.(≅) Vgl. BGH, aaO. (Anm.(196)), S.233.
- (🗟) Amelung, aaO. (Anm.(196)), S.257ff
- (≋) Vgl. BGH, aaO. (Anm.(196)), S.233
- (\(\exists)\) Vgl. BGH, aaO. (Anm.(196)), S.233.
- (20) Vgl. BGH, aaO. (Anm.(196)), S.234.
- (劉) Vgl. BGH, aaO. (Anm.(196)), S.234
- (20) Vgl. BGH, aaO. (Anm.(196)), S.234
- ような措置に対する憲法上の懸念は存在しない。」とさ捜査官の投入に際しても比例原則を考慮するため、このされるべき法益の重要性を考慮にいれるため、また潜入の。 Vgl. BT-Drucks. 12/989 S.43. 同議事録によれば、「保護
- (\overline{\ove
- て未解決のままにされていると述べる。 は、刑訴法一一〇条cに関する問題が第1刑事部によっての評釈である。その冒頭において、ヒルガー(Hilger)(20) Vgl. Hilger, aaO. (Anm.(187)), S.449.は、本事案につい
- (≘) Vgl. Hilger, aaO. (Anm.(187)), S.449
- (三) Vgl. Felsch, aaO. (Anm.(197)), S.288
- (22) Vgl. Nitz, aaO. (Anm.(188)), S.212.
- (23) Vgl. Wollweber, aaO. (Anm.(178)), S.507

221

グリュンバルト・前掲書一四二頁。

- (24) Vgl. Wollweber, aaO. (Anm.(178)), S.507.
- アーメルンクは、身分を隠した捜査官が、住居権者の同す論者としてアーメルンクが挙げられる。前述の通り、(ユル) Vgl. Amelung, aaO. (Anm.(154)), S.263. 同様の見解を示(ヒル) Vgl. Roxin, aaO. (Anm.(165)), S.45.

これは刑訴法一一〇条 a以下の条文が刑訴法に編入されている論考は、StV 1985, 257ff. において掲載されており、とする。ただし、アーメルンクがこのような見解を述べとする。ただし、アーメルンクがこのよ律効果を発生させ有効でない同意が違法な強制処分の法律効果を発生させる。ただし、アーメルンクがこのよ律効果を発生させた。 を違法とみなす論者の一人である。彼によれば、まず、を違法とみなす論者の一人である。彼によれば、まず、を違法とみなす論者の一人である。彼によれば、まず、を違法といる。

(28) クライ・前掲論文(註14)一九二頁。(27) クライ・前掲論文(註14)一九二頁参照。

いうところまでは、確定できない。

法一一〇条cの基本法一三条違反を主張するかどうかとる前の状況である。したがって、アーメルンクが、刑訴

- (⑿)クライ・前掲論文(註14)一九二頁。(絀)クライ・前掲論文(註14)一九二頁。
- (22)グリュンバルト・前掲書(註48)一四三頁。
- (A) BverfG (2. Kammer der Zweiten Senats), Beschl. v.
- (②)Vgl. BVerfG, aaO. (Anm.(222)), S.168. また、連邦通常裁

- (Vgl. S.72.)。 価に際しては、特別な慎重さが求められるとされている価に際しては、特別な慎重さが求められるとされている1997,72.)においても、伝聞についての証人の供述の評判所(第五刑事部)一九九六年六月一九日決定(NSIZ
- (ﷺ) Vgl. Meyer-Goßner, aaO. (Anm.(142)), S.517.

(愛) Vgl. BGH (5. Senat), Beschl. v. 19.6.1996. (NStZ 1997, 72.)

- (愛) Vgl. Lagodny, aaO. (Anm.(49)), S.172.
- (窓) Vgl. Lagodny, aaO. (Anm.(49)), S.172. (窓) Vgl. BGHSt 32, 362; BGH StV 1995, 283. 判例は、
- る。 ないというような広範囲におよぶ影響は存在しないとす おいて明らかになった証拠方法を使用することが許され(巡) Vgl. BGHSt 32, 362; BGH StV 1995, 283. 判例は、供述に
- 隱密捜査官の場合、通常はそのような状況は存在せず、 時権ないし黙秘権による保護が及ぶ核心がある。しかし、 がる危険の発生は間接的で、自己負罪そのものよりも情かる危険の発生は間接的で、自己負罪そのものよりも情かる危険の発生は間接的で、自己負罪そのものよりも情報収集に主眼がある。加えて、取調べにおける自己負罪程否特権ないし黙秘権に由来する。そこに、自己負罪拒否 強制的・糾問的性格に由来する。そこに、自己負罪拒否 強制的・糾問的性格に由来する。そこに、自己負罪拒否 強制的・糾問的性格に由来する。そこに、自己負罪拒否 は、「被疑者から情報を収集する点で 222)この点、新屋達之は、「被疑者から情報を収集する点で 223)この点、新屋達之は、「被疑者から情報を収集する点で 223)に対している。

一応は『自由な』雰囲気の中での会話である。」として

屋・前掲書(註10)四八七頁)。 この点についてはそれほど重大な問題はないと考える(新

あるという(新屋・前掲書(註10)四八八頁)。むしろこれらの問題点の方がわが国ではいっそう深刻でる尋問類似行為と自己負罪拒否特権侵害の問題よりも、30)新屋達之は、本稿で指摘した主たる問題点の一つであ

いう点については本稿では論じきれなかったが、別稿でいう点については本稿では論じきれなかったが、別稿でいる。この両者は、身分を秘した捜査官等が対象者に一定の働きかけを行うという点で共通し、広い意味では両者ともおとりと呼ばれることもある。しかしながら、ドイツにおとりと呼ばれることもある。しかしながら、ドイツにおとりと呼ばれることもある。しかしながら、ドイツにおいはどこにあるのかということ、および現在ドイツにおいておとり捜査がどのように位置づけられている。こかにおとり捜査がどのように位置づけられているのかという点について検討を行ったが、現在でもわずかながら従来型のおとり捜討を行ったが、現在でもおが、別稿でいておとり捜査がどのように位置づけられているのかという点について検討を行ったが、別稿でいる方法を行ったが、別稿でいる方法を行ったが、別稿でいる方法を行ったが、別稿ではいる方法を行ったが、別稿でいる方法を行ったが、別稿でいる方法を行ったが、別稿でいる方法を行ったが、別稿でいる方法を行ったが、別稿でいる方法を行ったが、別稿でいる方法を行ったが、別稿でいる方法を行ったが、別稿でいる方法を行ったが、別稿でいる方法を行ったが、別稿ではいる方法を行ったが、別稿でいる方法を行ったが、別稿でいる方法を行ったが、別稿でいる方法を行ったが、別稿ではいる方法を行うないる。

明らかにしたい。