



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	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15409">http://hdl.handle.net/2115/15409</a>
Type	bulletin (article)
File Information	56(4)_p297-358.pdf



[Instructions for use](#)

# ドイツにおける潜入捜査

——組織犯罪対策法と学説の検討——

内藤 大海

序 はじめに 目 次

- 一、ドイツにおける組織犯罪対策の動勢
  - 二、わが国における潜入捜査導入の動き
- 第一章 潜入捜査官

一、潜入捜査の沿革と現代における意義

二、刑訴法一一〇条 a ff.

第二章 情報収集活動と尋問に関する規定 (§§136a, 136 Abs. 1 S. 2 StPO)

一、潜入捜査官および連絡員による情報収集活動

二、ドイツ刑訴法一三六条 a

三、ドイツ刑訴法一三六条一項第二文

四、情報収集活動の正当化——積極的見解の検討

五、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

六、連邦憲法裁判所の変遷

1. 概説——一九八〇年代以降の判例における支配的立場 Ⅱ 消極

2. 第五刑事部の二つの決定 (BGH NSZ 1995, 398; BGH NSZ 1996, 200.)

3. 刑事拡大部の見解 (連邦通常裁判所 (拡大部) 一九九六年五月一三日決定) (BGHSt 42, 139)

七、潜入捜査 (広義) における情報収集活動の正当化可能性

1. 連絡員による情報収集活動の当否

2. 潜入捜査官による情報収集活動の当否

八、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

第三章 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

一、概観

1. 刑訴法一一〇条 c

2. 理論状況の概観

二、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

2. 内在的制約説

三、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の展開

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

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

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

第四章 その余の問題点とわが国への示唆

一、公判手続における身元の秘密保持

二、伝聞証拠の使用可能性

三、利用禁止証拠に基づく新たな捜査開始の可否

四、わが国への示唆

## 序 はじめに

一、ドイツにおける組織犯罪対策の動勢

周知の通り、ドイツにおいては一九九二年の組織犯罪対策法<sup>(1)</sup>を契機に、組織犯罪の克服に向けられた様々な戦術的手段が実体法ならびに手続法において立法化された。手続法上、新たな捜査手法として登場したのは、ラスタール捜査（刑訴法九八条<sup>2</sup>）、検問情報の利用（刑訴法一六八条<sup>3</sup>e）、技術的手段の投入（刑

訴法一〇〇条<sup>4</sup>c）、潜入捜査官の投入（刑訴法一一〇条<sup>5</sup>a以下）、電話傍受および通信データの監視（刑訴法一〇〇条<sup>6</sup>a）などがある。なぜこのような動きが生じたのかということについて、多少説明する必要がある。

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、東西ドイツの合併による社会状況の悪化が生じたこととなったの

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。<sup>(2)</sup>

そして、より直接的な理由として、ドイツにおいては一九九一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、当時、麻薬使用者の増加、若者による薬物乱用の広がり、大きな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にあることがあげられる。<sup>(3)</sup> その原因が海外からの犯罪組織の流入

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、組織犯罪は存在しないとされてきたが、今日では、例えば、イタリアのマフィア、コロンビアのメテジンカルテル、ロシア等旧共産圏の赤マフィア、中国の三合会（トライ・アド）、日本のヤクザ、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。<sup>(5)</sup>

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、アメリカからのマフィア、メテジンカルテル、トルコ系犯罪組織、中国系マフィアだという。

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

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れている。それに加え、イタリア系マフィアは、対抗組織、す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ているという事実も報告されている。

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を行っているとされている。<sup>(6)</sup>

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、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罪が確認されている。<sup>(7)</sup> このような、主に外国から進出してきた犯罪組織による組織犯罪に対処するために、ドイツでは一九九〇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われている。<sup>(8)</sup>

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

腐敗させているという危険性が存在する<sup>(9)</sup>。かかる社会的な治安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。

二、わが国における潜入捜査導入の動き

わが国においても、組織犯罪対策に関する新たな動きは、一九九〇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）が挙げられるが、その他にも暴力団対策法（一九九一年）、麻薬特例法（一九九一年）、団体規制法（一九九九年）などがある<sup>(10)</sup>。こ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姿勢を見て取ることができる。

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。先に挙げた通信傍受（盗聴）は、まさに新たな捜査手法の代表格であろう。また、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

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ールデリバリー、おとり捜査が挙げられており、また、潜入捜査の活用にも言及されている<sup>(11)</sup>。

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言する<sup>(13)</sup>など、捜査機関の側ではこのような手法の導入を望んでいるということも明白である。そこで、わが国においても、潜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。

潜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ることができよう。すなわち、先に挙げたドイツの組織犯罪対策法において改めてこの制度が導入されており、それに対する判例ないしは学説の見解が多くみられるためである。

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の一つとして、いわゆる「潜入捜査官（Verdeckte Ermittler ≪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法一〇条aは以下のように規定する。すなわち、「潜入捜査官とは、警察職務に携わる公務員で、ある程度永続的に偽造された身分（*Legende* ≪架空身分≫）を与えられ、それを利用し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

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、いわゆる「おとり捜査」については戦前より議論があり、判例の蓄積も見られるが、「潜入捜査」（あるいは「内偵捜査」）については、今日まで争われた形跡はなく、判例および理論における目立った議論の蓄積も見られない。<sup>(15)</sup>しかしながら、現在、

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ことのなかった）捜査手法である「潜入捜査」が、今後利用さ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える。<sup>(16)</sup>そこで、本稿では、おとり捜査と似て非なる「潜入捜査」に焦点を当てる。すなわち、潜入捜査は、欺罔を用いるという点で従来のおとり捜査と類似するものの、いくつかの点からおと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、以前からこの種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、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るところである。ひいては、ドイツにおける制度と理論を参考に

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、もし、可能であるとすればどのような法の統制が必要となるのかについて触れ、さらにわが国における潜入捜査官の活用および立法に対する展望について触れたいと考える所存である。

## 第一章 潜入捜査官

### 一．潜入捜査官の沿革と現代における意義

先にも述べたとおり、潜入捜査官は一九九二年の組織犯罪対策立法により刑法に新たに組み込まれた新しい捜査手法である。しかしながら、正確にはこのテーゼは誤りであるといわなければならない、すなわち、潜入捜査官を用いた潜入捜査は実務上かなり以前から行われていたということでは明らかだからである。この点、ロガール（Rogall）の論文によれば、一八八六年に公表された論文（著者不明）のなかで、「明らかに潜入捜査（verdeckte Ermittlung）の強化が求められていた」ということが紹介されており、さらに潜入捜査は変化してきており、その範囲や高度に専門的な手法などの変化は、このような捜査手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

(17) また、判例上潜入捜査官が問題になった事案を見ただけでも、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られていたというのをうかがい知ることは可能である。(18) 一九世紀末には存在したといわれる潜入捜査官が、当時どのように利用されていたのか、あるいは類似する他の捜査手法との関係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在していたことは注目に値する。このように、かなり以前から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が展開されていた一方で、比較的最近、特に一九九二年の組対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にして正当化されたのかは興味深い。というのも、今日とは違い、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かったからである。従来は、潜入捜査官の法的根拠として、検察官および警察官の一般的な捜査権限（刑法一六一条、一六三条）に基づいて許されるというのが多数説である。すなわち、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ある。(19)

ところで、ドイツにおけるアジヤン・プロヴォカトゥール (agent provocateur) およびロックシュピッツェル (Lockspitzel) 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いて、(20) ドイツにおいては、潜入捜査官などの捜査手法がアジヤン・プロヴォカトゥールとして投入される場合もあるため、まずおとり捜査と潜入捜査 (広義) を区別する際に、人的区別が可能か否かが問題となる。潜入捜査官がアジヤン・プロヴォ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 (す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、捜査手法という側面に着目し、「犯罪誘発→摘発」型をおとり捜査、そして「組織内部への潜入→収集した知識の利用」型を潜入捜査 (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、本稿では、潜入捜査 (広義) に含まれる三つの捜査手法、すなわち潜入捜査官 (VE)、連絡員 (V-Mann) および情報提供者 (Informant) について考察を加えるため、それぞれの捜査手法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、ことさら潜入捜査官のみが刑法のカバーする捜査手法として位置づけられ、いわゆる強制処分として制度化されているため



である。<sup>(21)</sup>

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。<sup>(22)</sup> まず、一九七七年の「刑事および過料手続に関する準則」の付則 D (RStBV Anlage D)<sup>(23)</sup> の登場により、これらの捜査手法に定義付けがなされたことが大きい。すなわち、「潜入捜査官は、特別に選出され、権限を与えられた警察官であり、刑事訴追という目的のために架空の關係を利用して犯罪の発生しそうな場面 (Kriminelle Szene) に潜入する。同時に、その身分は刑事手続において秘密にされる。」と規定された。連絡員 (V-Mann) および情報提供者 (Informant) についてもこの準則により定義付けがなされたが、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。<sup>(24)</sup> 具体的には、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、一九九一年では二二五五人と爆発的に増加している。また、警察が把握している

薬物事犯の総数だけでも、一九八八年は八万四九八八件、一九八九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。<sup>(25)</sup>

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「国勢調査判決」<sup>(26)</sup> の影響である。元々は、一般的な捜査権限規定によ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認された。つまり、誰がいかなる手段で自己情報を収集してい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ためである。<sup>(27)</sup> そこで、潜入捜査官制度の立法的な意味が生じる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 Verbrechensbekämpfung) は、潜入捜査官の導入を織り込んでいたが、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、厳しい批判に曝された。<sup>(28)</sup> その後、一九八八年の「刑事訴訟法の改正および補充に関する参事官草案」(Referentenentwurf des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts) では、刑法一三六条 k より一六三条 n として潜入捜査官規定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、

連邦参議院は一九九〇年五月同法の草案をとりまとめ、連邦議会に送付したが、採択に至らなかつた。その後若干の修正が施され、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る。<sup>(29)</sup>連邦議会では、若干の留保・反対意見はあつたが法案は可決され、連邦参議院の議決を経て、一九九二年七月に成立し九月に施行されるに至つた。<sup>(30)</sup>

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となつた。潜入捜査官についても、同組対法により新たな捜査手法として正式に刑法法の枠内に位置づけられることとなつたのである。法の定義によれば、「潜入捜査官とは、警察職務に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（架空身分）の下で捜査を行う。潜入捜査官は、その架空身分を利用して法律行為に関与することができる。」（刑法法一一〇条a第二文）ということになる。刑法法内に明文化されたことにより、潜入捜査官の法律上の意義は明確になつたといえるが、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とはいえよう。したがつて、法による定義付け自体はそれほど意義を有するものであつたかどうかは疑問であるが、ここで注目すべきは、刑法法一一〇条a以下の条項により潜入捜査官の

投入条件および権能が明確にされたことであろう。

## 二. 刑法法一一〇条a

刑法法一一〇条a以下の規定を中心に潜入捜査官の要件と権能を説明すると、次のようになる。まず最初に、潜入捜査官の投入は一一〇条a一項のカタログ犯罪の捜査に向けられたものでなければならぬ、その他の要件としては、他の捜査手法による代替の困難性が挙げられる（刑法法一一〇条a一項）。

また、原則的に検察官の同意が必要となり（刑法法一一〇条b一項）、さらに特定の場合には裁判官の同意が必要となる（刑法法一一〇条b二項、特定の被疑者に向けられた潜入捜査官の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へ潜入し情報の収集を行うことが許されることになる。加えて、潜入捜査官の身分は、投入の終了後も秘密を保障される（刑法法一一〇条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が予定されていることを考慮すると、潜入捜査官が身分を明かさずに証言する可能性も存在する。<sup>(32)</sup>さらに、潜入捜査官は、架

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居へ立ち入ることが許される。その場合架空空身分を越えて立入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

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を目的としている<sup>34)</sup>。より具体的には次のような形で行われている。

#### 【設例一】

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た。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。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な証言を行った。

#### 【設例二】

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、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。

#### 【設例三】

連絡員(V-Mann)が、警察の薬物取締課長のいるところで、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

用された。

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あると考えられる。この場合問題となりうるのは、刑法一三六条一項第二文および一三六条 a 一項の内容である。

## 二、ドイツ刑法一三六条 a

ドイツ刑法では、一三六条において「最初の尋問 (Erste 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が、一三六条一項第二文、および、一三六条 a 一項であろう。すなわち、前者は、「最初の尋問の開始の際、被疑者に対して、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げなければならない (第一文)」。さらに、被疑者について陳述するか、あるいは陳述しないかは、法律上その任意であること、また、いつでも、——尋問の前であっても——その選任

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 (第二文)。」と規定する。よって、同規定からは、証言の自由および弁護人に相談する権利の二つが導かれる。また、後者は、「被疑者の意思決定及び意思活動の自由は、暴行、疲労、傷害、薬物の投与、苦痛、欺罔又は催眠術によつ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ていない処分をもつて強要すること及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。」とす。ここでは、欺罔が問題となる。

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び連絡員による情報収集活動と刑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

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。

まず、二つの根拠からの証拠使用禁止 (Verwertungsverbot) が容易に想定されうる。すなわち、刑法一三六条 a に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ある。この種の問題について、ロクシン (Roxin) によりまと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。

まず、前者についてであるが、一三六条 a は、不当な尋問方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いる。この点、潜入捜査において、潜入捜査官 (VE) および連絡員 (V-Mann) が架空身分を用いて尋問することが、ここで規定される「欺罔」に当たらないのが問題である。判例は、一三六条 a の意味における欺罔の存在を否定する。すなわち、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び意思活動の自由を侵害する欺罔のみ妥当し、その具体例として、被告人に対して彼の共犯者が既に自白したとか、もう証人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

げられている。<sup>(35)</sup> 要するに、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ような場合のみを想定しているというのである。<sup>(36)</sup> 先ほどの事例においては、被告人が供述または自白をするように圧力に曝されたと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行うか行わないかの決定は完全に彼の側にあつたのである。このことから、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つてしまふ。<sup>(37)</sup>

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、第二の根拠が問題となる。すなわち、刑法一三六条一項第二文の内容である。

### 三. ドイツ刑法一三六条一項第二文

刑法一三六条一項第二文は次のように規定する。「被疑者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、いつでも——尋問の前であつても——その選任する弁護人と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

ことから、さらに二つの可能性が生じる。一つは供述拒否権の告知であり、もう一つは弁護士に相談できる権利の告知である。

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ら、問題となる。さらにこれは、一三六条一項第二文をどう理解するかによって結果が異なってくることになる。

まず、前者についてであるが、ロクシンによれば二つの見解があるとされる。第一の見解は、一三六条一項第二文の趣旨を「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、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できない。連邦通常裁判所(第二刑事部)一九九三年一〇月八日判決は、この見解を採用している。<sup>(38)</sup>

他方で、一三六条一項第二文の趣旨を、「国家によって引き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する。<sup>(39)</sup> この見解によれば、上の設例における潜入捜査官の尋問

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証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、証拠使用禁止の適用範囲を広げることになる。

また、刑法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保護を行うべきものであると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する。<sup>(40)</sup> すなわち、いわゆる「自己負罪拒否特権(nemo tenetur-Grundsatz)」から、同様の保護を導き出すのである。連邦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認められている。<sup>(41)</sup> また、欺罔によって収集された声のサンプルについて証拠使用禁止が宣言された事案がある。<sup>(42)</sup> 「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、被疑者に話をさせた」というものであった。<sup>(43)</sup> このようにして収集されたサンプルは、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つたわけではない。欺罔を利用したや

り方で収集されたことが問題とされたのである。

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、「国家がながしか操作を行って被疑者の自発的行為を誘発すること」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、なおのこと妥当することになる。<sup>(44)</sup>

また、忘れてならないのが、刑法一三六条一項第二文後段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場合についても、証拠使用禁止による制裁を与えた。<sup>(45)</sup> また、ロクシンは、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、最も優れた助言を与えることのできる人物だからである。<sup>(46)</sup>

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、あるいは自分が警察の回し者であることを知らせずに、それとなく犯罪に係する事実を聞き出す（Ⅱ尋問）場合、証拠使用禁止が生じる。

最初に容易に考えられるのは、刑法一三六条aにより禁止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の意味における欺罔は、意思決定の自由および意思活動の自由を侵害する欺罔にとどまるためであり、それは尋問官が「証拠は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ドラスティックに狭めてしまう場合を意味する。したがって、潜入捜査におけるこのような尋問については、欺罔は問題にならない。<sup>(47)</sup> したがって、一三六条aによる証拠使用禁止は生じない。

次に考えられるのが、刑法一三六条一項第二文である。木条は、陳述するか否かについて告知する義務、および弁護人に相談する権利の告知を義務づけている。上述のような潜入捜査官および連絡員の情報収集活動が、これに反しないかが問題となる。しかし、ここでも主に二つの見解があり、それぞれに結論が異なってくる。

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」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、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、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

は問題がないことになる。なぜならば、尋問対象者（被疑者）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である。よって、この見解からも証拠使用禁止は生じない。

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、証拠使用禁止の適用範囲は大きく広がることになる。上記の場合にも当然に証拠使用禁止が妥当する。

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。

この原則は、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、弁護人に相談する権利は侵害されているのであるから、ここからも証拠使用禁止を導くことは可能であるといえる。<sup>(48)</sup>

以上を勘案すれば、刑法一三六条 a から証拠禁止を導くこ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

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、ドイツにおける理論の状況を紹介した。ロクシンは、刑法一〇条 a 以下の規定による情報収集活動は、刑法一三六条 a には反しないとしつつも、なお刑法一三六条一項第二文に関する問題をクリアすることはできず、したがって、刑法一〇条 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れる領域を広く認める。

これに対し、ラゴトニイ (Lagotny) は、結論としては、刑法一〇条 a 以下の規定は、一三六条 a および一三六条一項第二文の構造的な例外を生み出すとする<sup>(49)</sup>。より具体的に言うと、刑法一〇条 a 以下の規定に基づいて行われる情報収集活動は、一三六条 a の「欺罔禁止」および一三六条一項第二文の「告知義務」に反するしつつも、憲法上合理性のある正当化が可



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、<sup>(50)</sup> 黙秘権が重要であるとしつつも、<sup>(51)</sup> 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ぬ義務からの保護が重要であり、そのための国家的侵害に対する授權が問題となるという。結果としては、ラゴトニイによれば、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れるとする。しかしながら、ラゴトニイが、法治国家原則から、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、非常に困難であり、またラゴトニイ自身も論稿の中で明確にしているようには思われない。

ラゴトニイ以外にも、潜入捜査官の情報収集活動を正当化す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。もちろん、既に見てきたように、刑法一三六条 a の「欺罔禁止」をどうクリアするかというのが一つであり、他方、一三六条一項第二文の「告知義務」の問題をいかに回避するかとい

うのが二つめである。この両条項は、いずれも「尋問」に関する規定であることは、容易に理解されうることである。<sup>(53)</sup> その点から、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。

連邦通常裁判所（第一刑事部）一九九四年七月二日判決は、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要求すること」であると定義づけている。<sup>(54)</sup> 同様の見解を示す論者として、ロガールは、刑法一三六条 a は、直接的には尋問にのみ適用され、その他の証拠収集には適用されないとする。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バーするとし、供述とは刑法一三六条一項第二文の意味における「疑われていることに対する意思の表明」のことであり、それは「国家机关の面前で尋問に際してなされる」ものであるとする。このように論じたうえで、「刑法一三六条、一三六条 a により対象とされている状況は、それゆえ、<sup>(55)</sup> 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。

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

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。<sup>(56)</sup> さらに、彼は、尋問はたんなる回答義務 (Auskunftpflicht) を越えた、受忍義務 (Duldungspflicht) を根拠づけるものとして観念し、市民は質問を回避することはできないという。<sup>(57)</sup> つまり、尋問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知義務は、対象者が尋問を受忍しなければならぬような場合に初めて生じるものであって、彼自身が質問に応じるか否かを自由に決定しうる場合は、告知の必要はないという議論を展開する。<sup>(58)</sup>

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トマイアー (Wildmater) が挙げられる。彼は、グシイのこのような見解について (および判決そのものに対して)、明確な法的根拠という点で挫折するものだという評価を下し、グシイの見解は回答義務を越えて「尋問の受忍義務」という余計な権利侵害までも根拠づけるものであるとする。彼は、グシイの見解が、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あると批判する。<sup>(60)</sup>

まず、検察官および裁判官の尋問については受忍義務が存在

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る。<sup>(61)</sup> そして、「警察に出頭しその質問を受忍することが義務づ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、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。」のであるとする。<sup>(62)</sup> 例えば、自らが質問されることに大きな価値が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とは妥当するのであるという。<sup>(63)</sup> 要するに、ヴィートマイアーは、「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問題となる」と考えるのである。<sup>(64)</sup> したがって、受忍義務は、尋問の定義付けにおける基準とはならないのだという。<sup>(65)</sup>

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、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の中核が存在するといふ。<sup>(68)</sup> すなわち、第五刑事部は、「嫌疑を

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れない告知と同じであり。そして、憲法レベルにある被疑者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、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。

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して、シュリュヒター (Schlüchter) とラートブルフ (Radbruch) によるものがある。<sup>(71)</sup> この論稿は、ゼーボーデ (Seebode) とデンカー (Denker)<sup>(72)</sup> による新たな尋問の定義付けを紹介し、自説を補強する。シュリュヒター／ラートブルフは、ゼーボーデによる定義付けを、機能的であると評価する。<sup>(74)</sup> 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。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) 供述の状況に引き込むこ

と」であると定義する。<sup>(75)</sup> 具体的には、刑事訴訟の枠内における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ての聴取 (Anhörung) には、刑法一三六条 a が適用されるし、国家的刑事訴訟機関によって引き起こされ、必ずしも国家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、<sup>(76)</sup> という。

また、これと似た見解をとるものとして、デンカーが挙げられるが、彼によれば、「尋問とは、ある人物が役割に従って今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 (訴訟: Prozess) におけるコミュニケーションに関する出来事である。」<sup>(77)</sup> という。

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述べる。すなわち、彼らは、尋問的情况を作り出す因子がどこ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訴訟機関の意思の現れ (Zeichnung) の中に、尋問の状況に対する因子が存在するという。<sup>(78)</sup> つまり、国家機関の側に尋問の原因があることを明確にする。そして、「尋問の状況は、連絡員や潜入捜査官が巧みに (情報を) 聞き出す行為によって、すでに生じている」<sup>(79)</sup> のだとし、一三六条 a および一三六条一項第二

文の適用を認める。<sup>(80)</sup>

五. ドイツ刑訴法一一〇条 a 立法以前の状況——

刑訴法一六一一条および一六三条、刑法三四条

ところで、刑訴法一一〇条 a 以下の「潜入捜査官」に関する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て主に二つの根拠が示された。

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を認めていないからである<sup>(81)</sup>。したがって、刑法三四条からの正当化は簡単に非難され、成り立たないことになる<sup>(82)</sup>。

次に、刑訴法一六一一条および一六三条による正当化が考えられる。レーブマン (Rehman) によれば、秘密裡に職務を遂行する警察官の投入の許容性は、刑訴法一六一一条および一六三条

から結論づけられる<sup>(83)</sup>。しかし、このような論拠には以下のような批判が妥当する。すなわち、刑訴法一六一一条および一六三条は、檢察および檢察のたんなる職務割当規定でしかなく、「尋問権および真実究明権」を認めるにすぎないのである。これらの規定は、捜査に権限を与えるものではあるが、基本権侵害としての権限を与えるものではない<sup>(84)</sup>。したがって、これらの規定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になる。

右で挙げたいくつかの設例に見られるような情報収集活動、および後に触れる住居への立入といった潜入捜査活動は、刑法一六一一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張が見られる<sup>(85)</sup>。この問題については、後述することにする<sup>(86)</sup>。本稿第三章。

六. 連邦通常裁判所の変遷

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

し、そのため刑訴法一三六条 a あるいは一三六条一項第二文の適用を認める。したがって、学説における支配的見解は、このような情報収集活動に対しては消極的な立場をとることになる。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与えておきたい。

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）一九九二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あるといわれている。<sup>(87)</sup> また、その後の判例においても連邦通常裁判所が同様の見解を維持していることをうかがうことができる。<sup>(88)</sup>

次に、広義の潜入捜査における対象者に対する質問が、一三六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<sup>(89)</sup>

は、尋問は職務的地位において行われる尋問であるとす。すなわち、その見解によれば、尋問には、尋問者が、警察官あるいは税関職員、検察官または裁判官として被尋問者に対面すること、が求められる。<sup>(90)</sup> そして、刑訴法一三六条のカバーする領域を「正式な尋問」に制限することで、連絡員による質問を同規定の枠外に置き、証拠禁止から排除させる。<sup>(91)</sup> これに対して、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決定のように、場合によっては、「正式な尋問」には当たらないが、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為とみなされる。<sup>(92)</sup>

これまでの連邦通常裁判所の立場を総合すると、まず、一三六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

常裁判所の見解について検討を行う。

1. 概説——一九八〇年代以降の判例における支配的立場 II 消極

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られている<sup>(95)</sup>。そして、注目すべきは、比較的最近の第五刑事部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。

2. 第五刑事部の二つの決定 (BGH NSZ 1995, 398; BGH NSZ 1996, 200.)

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、連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の見解の抽出を試みたい。

• 連邦通常裁判所（第五刑事部）一九九五年三月二二決定 (NSZ 1995, 410.)

【事実の概要】

ピストルとナイフの売買が問題となった事件。警察は、彼によって嫌疑が被告人に向けられることとなった証人に、被告人に責任を負わせる行為について内密の (vertraulich) 電話で詳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、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よって傍受 (mithören) された。州裁判所は、公判手続きにお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

有罪とした。

【判決要旨】

連絡員（V-Person）が、刑事訴追機関の指示を受け被告人と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、証拠使用禁止が存在する。

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、尋問の定義、連絡員（V-Person）の利用の当否、刑法一三六条aおよび一三六条一項第二文の克服である。

まず、尋問概念について、当第五刑事部は、本件においては、「正式な尋問（*formliche Vernehmung*）」は存在しないと論じる<sup>(98)</sup>。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を行うことができるとする<sup>(100)</sup>。

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、本決定の意義はこの点にあると思われる。

一三六条aの規定する「欺罔」を用いた尋問の禁止については、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、

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<sup>(101)</sup>。そして、問題となる意思の自由への侵害は、被疑者の権利である供述拒否権の不告知の問題であるとする。

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ながらも、他方で当刑事部は、刑法一六三条aおよび一三六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ととは許されないとするのである<sup>(102)</sup>。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、被疑者自身が尋問的狀況にいるかいないかという点だけを狙った考慮を禁じる<sup>(103)</sup>」。

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

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われる。つまり、当刑事部が自ら指摘するように、本件第五刑事部は、連邦通常裁判所（第二刑事部）一九九三年一〇月八日判決<sup>(105)</sup>とは見解を異にする。この第二刑事部の見解によれば、非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由は、連絡員の電話によって彼が意思表示を行った場合でも侵害されていないとして、問題はな<sup>(106)</sup>いとす。要するに、第二刑事部は、一三六条一項第二文の保護の対象を、意思決定の自由および意思活動の自由に対する侵害からの保護と解し、被疑者がその意思に反して自己の行為の非難に対して意思表示をさせ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ある。

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、本件においても被告人が連絡員に対して行った意思表示は問題となりえないからである。

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として、連邦通常裁判所（第四刑事部）一九八三年三月一七日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判決<sup>(107)</sup>が挙げられる。特に前者は、連絡員が電話をかけることにより、刑事訴追のための証拠を収集するために、被告人をして自己負罪をさせるような場合に、証拠使用禁止の適用を示唆して<sup>(108)</sup>おり、このことから本件第五刑事部が、刑法一三六条一項第二文の保護の対象を、「国家により自己負罪させられることの阻止」と考えていることがうかがえよう。

・連邦通常裁判所（第五刑事部）一九九五年二月二〇日決定（Vorlagebeschl.）（NSZ 1996, 200）

#### 【事実の概要】

被告人は、一九九四年二月一日に、二人の共犯者と被害者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の供述に至るまでの情況は以下の通りである。

証人Eは、警察で、被告人が彼に対して電話での会話の中で



彼が犯人であることを認めたといい供述を行った。この供述に  
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  
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  
の通話に際してエジプト語の通訳として警察によつて協力を求  
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  
て警察により尋問を受けた。

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  
告人に対し強盗罪により六年の懲役を言い渡した。

#### 【判決要旨】

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  
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  
あると見なす。

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  
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  
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  
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  
九五年三月二日決定とかなりの部分が類似する。

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  
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

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、さらに刑法一三六条aおよび一三六条一項第  
二文が問題となり、一九九五年三月二日決定と同じ結論を導  
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  
し改めて説明することは蛇足であろう。よつて、先に挙げた判  
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日決定について紹介した際、  
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  
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  
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  
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  
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、  
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  
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  
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  
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  
傍受する場合にも適用されたとしたうえで、問題は「このよう  
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  
る意思があるか否かという点に存在する」という<sup>(10)</sup>。したがって、  
本件では、被疑者は捜査機関の行為によつてその決定を全く

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のであると主張する<sup>(110)</sup>。要するに、この一九九五年一月二〇日決定から、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立つということが確認できよう。

3. 刑事拡大部の見解（連邦通常裁判所（拡大部）一九九六年五月一三日決定）<sup>(111)</sup> (BGHSt 42, 139)

本件は、先に挙げた一九九五年一月二〇日決定に関連した第五刑事部から刑事拡大部（Großer Senat）に移され判断された事案である。したがって、拡大部が招集された経緯を明確にしておく必要がある。それに当たっては、拡大部が招集され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つある。すなわち、連邦通常裁判所の各部が判例を変更しようとする場合、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、その他の刑事部による判例を変更しようとはしていないとされる<sup>(112)</sup>。しかしながら、第五刑事部は、そこに提出された法的問題が原則的な意

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成法一三二条五項に基づき、事件を拡大刑事部の審議にかけたのである<sup>(113)</sup>。

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】

刑事訴追機関の指示により、私人が、捜査の目的を明らかにすることなく嫌疑を有する者（Verdächtige）と証拠の収集に向けられた会話を行う場合、重大犯罪の解明が問題となっており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いか実質的に不可能である場合、いずれにせよ供述証拠（Zeugnisbeweis）における会話の内容は使用が許される。

当拡大部の判断の最大のポイントは、拡大部招集の原因となった nemo-tenetur-Grundsatz についての判断である。この原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ている。当拡大部がこの原則についてのどのような判断を行った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

についての当拡大部の見解を見ていきたい。

本件拡大部は主に次の点について判断を加えている。すなわち、第五刑事部一九九五年二月二〇日決定<sup>(16)</sup>についてみてきたように、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、まず尋問 (Vernehmung) が問題となり、その後の一三六条aおよび一三六条一項第二文の問題の克服が論じられ、さらに本件決定において特に注目すべき点である nemo-tenetur-Grundsatz の問題について詳論されているので、以下説明する。

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決定と同じ見解を示している。すなわち、「刑事訴訟法の尋問の概念には、尋問者が情報源である人物 (Auskunftsperson) (つまり被疑者、証人あるいは専門家) に、職務上の地位において対面し、その身分において彼らの情報 (供述) を求めることが含まれる。」<sup>(16)</sup> という。この点、これまでの第五刑事部の見解から変化はない。

次に、刑法一三六条aの「欺罔を用いた尋問」の問題につ

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には存在しないと<sup>(17)</sup>いう。そして、このような程度判断のベースには、同規定に<sup>(18)</sup>挙げられている意思の自由に対するその他の侵害との比較がある。つまり、欺罔以外の禁止される尋問方法(例えば、暴行、傷害、薬物の投与など)と比較した場合、たんに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見解と同様の判断を下しているといっていだろうか。

加えて、刑法一三六条一項第二文の問題については、まず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

ころの尋問の定義には含まれない、とする<sup>(119)</sup>。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（Irrtum）により供述義務を承認してしまうことから被疑者を保護することであると<sup>(120)</sup>し、これまでの第五刑事部の見解とは立場を異にする。つまり、刑法一三六条一項第二文の告知義務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対しては、同規定の定める供述義務は適用されないと<sup>(121)</sup>する。

さらに、本件の中心的問題である *nemo-tenetur-Grundsatz* の問題がある。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、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れたことは意義深いように思われる。

この点、本件拡大部は、*nemo-tenetur-Grundsatz* の概念につい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約（Dubger）一四条三項 g が規定するこの原則の中心的な意味によれば、何人も、刑事手続において（供述により）自己に有罪にし、それによる有罪立証に寄与することを強制されない<sup>(122)</sup>。」というのである。一見したところ、この原則において重要なのは、「自己に有罪にすること」あるいは「自己の有罪立証に寄与すること」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<sup>(123)</sup>に、尋問類似行為によってその対象者——多くの場合は被疑者——が自己に不利益な供述を行ってしまうことも、この原則に対する違反ということになる。しかし、結論として、拡大部はそれを否定する。すなわち、「強制」という点を重要視するのである。確かに、本件拡大部も「自己に有罪にすること」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。しかし、拡大部の見解によれば、*nemo-tenetur-Grundsatz* の保護の対象は、「供述の強制あるいは刑事手続に協力することの強制からの自由<sup>(124)</sup>」ということになり、本件において問題となった「錯誤からの自由<sup>(125)</sup>」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とに繋がる。」<sup>(126)</sup> 結局は、*nemo-tenetur-Grundsatz*の保護の対象は、刑訴法における具体的条文の保護の領域を越えないと理解しているように思われる。

## 七. 潜入捜査（広義）における情報収集活動の正当化可能性

### 1. 連絡員による情報収集活動の当否

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、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置づけている。<sup>(127)</sup> 先にも述べたとおり、法律の留保原則との関係上、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止されるべきであり、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

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）と連絡員による潜入捜査（狭義）は、そこで行われる行為の事象はほぼ同一であることが窺われ、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える。<sup>(128)</sup> また、刑訴法一三六条aの禁止する欺罔を用いた尋問方法との関係、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問題が生じるように思われる。実際、ところ、潜入捜査官による潜入捜査よりは、むしろ連絡員による潜入捜査が問題となることが多いように思われる。實際上、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経計上見ることでもできないし、連絡員についても同様のことがいえるが、おそらく連絡員による情報収集の方が頻繁に使われているのではないかと推測が立つ。また、実務上の問題としては、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、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

るものであり、「これらの組織には特定の人種しからぬこと  
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。<sup>(129)</sup>したがって、実務上はむしろ潜入捜査官よりも連絡員  
の投入がより頻繁に行われているのではないかと考えられる。<sup>(130)</sup>  
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  
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  
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  
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  
いて見てみることにする。

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  
の留保を伴うとされる。これがいわゆる法律の留保原則 (Op-  
setzungsvorbehalt) であるが、連絡員の投入に対してはこれを満  
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  
よる情報収集活動について消極的な見解をとる。<sup>(131)</sup>また、法律の  
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  
絡員の利用は許されないという見解もある。<sup>(132)</sup>

一方で、刑法一六一条および一六三条による根拠づけ、あ  
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  
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

容易に理解されよう。

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  
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  
という予防的領域における侵害を含まないにすぎず、刑事訴追とい  
う抑止的領域における侵害根拠を含まないという。<sup>(133)</sup>したがって、  
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  
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、組織犯罪や  
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  
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  
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  
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  
入は必要かつ適法であると見なしてきた。<sup>(134)</sup>しかしながら、組織  
犯罪対策法による刑法一〇〇条a以下の規定の導入に際して、  
立法者は連絡員の投入を認めることをしなかつた点に注意を払  
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  
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  
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  
警察官による潜入捜査しか認めなかつたと考えるべきである。

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律の根拠が必要であることが認められ、それにより一九九二年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と同じ見解に立ったとしたら、おそらく連絡員の投入に関する規定もあたりに立法されたのではないかと考えられるのである。<sup>(136)</sup>

いずれにせよ、刑法法一一〇条 a 以下の規定に基づく潜入捜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ては、法律の留保原則の問題および法治国家的刑事手続の要請という観点から、少なくとも現時点においては認められるべきではないと解するのが適切であるように思われる。<sup>(137)</sup>

## 2. 潜入捜査官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は、連絡員の場合と異なり特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満たしていると考えられる。そこで、次なる問題は、基本権侵害を伴う刑法法一一〇条 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。すなわち、潜入捜査官による情報収集活動が、刑法法一三六条 a により禁じられる尋問方法としての「欺罔による尋問」に該当しないか、あるいは、刑訴

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

既に見てきたように、この問題を克服し潜入捜査官による情報収集活動を認めようとする積極説の主流は、主に尋問の定義を絞り込むことで、刑法法一三六条 a および一三六条一項第二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ないという論法をとる。

これに対し、消極的な立場をとる学説は、尋問の定義を広く捉え、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れる尋問とされることになる。

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、ロクシンの見解によれば、刑法法一三六条 a の意味における欺罔とは、「意思決定の自由および意思活動の自由」に対する侵害となりうる欺罔であり、潜入捜査官の情報収集活動においてはそれは認められないという。おそらく、通説の見解も欺罔について同様の見解に立つ。<sup>(138)</sup> しかしながら、ロクシンは潜入捜査官による情報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

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

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 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にも違いがみられる状況にある。

ところで、消極的な見解が潜入捜査官による適法な情報収集活動の余地を残していないとは言いい切れないところにも注意を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。例えば、対象者（多くの場合被疑者）が、別の第三者と会話しているのを、潜入捜査官が聞いた場合などである。消極的な見解においても、このような場合は、国家機関（すなわち潜入捜査官）により、対象者の発話が惹起されてはいないため許容される情報収集活動と認める余地を残す。

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

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

#### 八、違法な情報収集活動によって収集された情報の証拠使用

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、刑訴法一三六条 a など、多少の違いが見られる。

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対して証拠使用禁止が導かれることは疑いない。

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



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、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 a の意味における禁止される尋問には該当しないとす<sup>(138)</sup>。一方で、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、したがって潜入捜査官の尋問類似行為が禁じられることとなる<sup>(140)</sup>。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るところである。しかしながら、条文中に証拠使用禁止の規則を有しない刑訴法一三六条に反する行為に対して証拠使用禁止を適用する点には、疑問が残る。

しかし、刑訴法一三六条一項第二文違反も、原則として証拠使用禁止を根拠づける<sup>(142)</sup>。グリウンバルト (Grünwald) は、証拠

使用禁止が生じる場合のいくつかの類型の中に、供述の自由に対する侵害を根拠とするものがあると述べる<sup>(143)</sup>。すなわち、供述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、「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に防止されるという<sup>(144)</sup>。したがって、供述の自由に対する侵害が発生した場合、その救済策として供述の証拠使用禁止が認められることとなる。

### 第三章

## 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

### 一. 概観

#### 1. 刑訴法一一〇条 c

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規定する。すなわち、「潜入捜査官は、彼の架空身分を利用して

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、潜入捜査官の権限は、本法およびその他の法律の定めに従う。これは、一九九二年の組織犯罪対策法により、新たに刑法に導入された潜入捜査官に関する諸規定の一部をなしている。これにより、さしあたり制度上は、住居権者の同意があれば、仮にそれが架空身分によつて獲得された同意であっても、潜入捜査官の住居への立入りが認められることとなった。

学説の中には、刑法法一一〇条cを違憲とする見解も多く見られる。ロクシン (Roxin) によれば、「支配的見解でありかつ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る侵害が問題となる」という。<sup>(147)</sup> すなわち、基本法一三条の保護領域とは住居の不可侵性である。ここで問題なのは、刑法法一一〇条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、基本法一三条との関係上許されるものなのか否か、すなわち、架空身分を用いて獲得された同意によつて、潜入捜査官が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である。

## 2. 理論状況の概観

フリスター (Frischer) によれば、立法手続においては、刑法法一一〇条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つたし、学説においても一九九三年<sup>(148)</sup>当時この問題はわずかに論じられてきたにすぎなかつたとされる。そして、おそらく、住居内における潜入捜査行為は、基本法一三条と調和しうると考えられていたのではないかという。<sup>(149)</sup>

このような状況において、一一〇条cは基本法一三条に抵触しないとする積極的見解と、そうでないとする消極的見解が存在する。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は触れられていないとする見解、<sup>(150)</sup> 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により憲法上の正当化をおこなうもの、<sup>(151)</sup> 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うもの<sup>(152)</sup>とがみられる。

他方で、このような見解に対して異議を主張するものとして、ロクシン (Roxin)、<sup>(153)</sup> アーメルンク (Amelung)、<sup>(154)</sup> ヴァイル (Weil)<sup>(155)</sup> およびフリスター (Frischer) <sup>(156)</sup> などが挙げられる。

## 二、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 (Kray) は、架空身分を利用して獲得された住居権者の同意があれば、基本法一三条の保護領域に対する侵害は存在しないとす<sup>(157)</sup>。彼の見解は、刑法一〇条cの規定に対してごく忠実であり、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、異なる見解を示す<sup>(158)</sup>。すなわち、このような見解は、暴力と威嚇の場合には<sup>(159)</sup>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<sup>(160)</sup>。つまり、刑法一〇条cに述べられているように、たんに架空身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、それによって住居権者の同意が与えられるような場合<sup>(161)</sup>のみ、基本法一三条一項に対する侵害が存在するというのである。そして、刑法一〇条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を次のように説明する。

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

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<sup>(162)</sup>とする。

次に、潜入捜査官の住居内における存在が住居権者にとって不快であるとか、彼にとつて危険であるということ認識しうるか否かは、住居権者の側にあつたという。そして、住居権者は、例えば証拠手段となるであろうものを、潜入捜査官の入手可能な状況におくようなことはしていかない、つまり、彼は潜入捜査官をすべての部屋に案内する必要はなかつた、<sup>(163)</sup>というのである。

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する権利者の欺罔は、——立入権を装う場合とは異なり——権利者の同意から『住居の不可侵性に対する侵害』を排除する効果を奪い取るほど、性質および規模において重大ではない。」として、そもそも同意が有効であるから、刑法一〇条cの場合における潜入捜査官の住居への立入は、基本法一三条の保護領域たる住居の不可侵性に抵触しないとす<sup>(164)</sup>。

同様の見解は、イエーンケ (Jänke) によつても主張されている<sup>(164)</sup>。彼は、国家は秘密裡に行動してはならない<sup>(164)</sup>というこ

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あつたから彼を立ち入らせたのであつても、その立入を侵害とすることはできないという。

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る多くの学者の批判に曝されることとなる。

ロクシンは、刑法法一一〇条cにおいて認められる潜入捜査官の住居への立入行為は、刑法一二三条の住居侵入罪には当たらないとするが、しかし基本法一三条の保護領域に対する侵害は存在すると主張する。<sup>(16)</sup>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する。<sup>(16)</sup>

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。このことは、架空身分を利用して獲得された同意によつ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めているところである。<sup>(16)</sup>問題は、その際にいう「自由意思」とはどのようなものであるかということである。より端的に述べるならば、少なくとも同意者の主観的には自由意思に基づくとい

える、欺罔によつて獲得された同意は自由意思といえるのか、という問題が存在する。

クライは、支配的見解によれば、暴力、威嚇および欺罔によつて同意が獲得され、そのため自由になされたものでない場合、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いうが、それは暴力と威嚇に当てはまることであつて、欺罔の場合は区別される、という。<sup>(16)</sup>

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て与えられたものであつたとしても、同意は有効であるとされ、そのため刑法一二三条の構成要件該当性は否定される、というのが支配的見解である。<sup>(16)</sup>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つていない）の場合、<sup>(17)</sup>刑法一二三条は問題とならないことを論拠としてあげている。しかしながら、この見解に対する批判は多く、<sup>(17)</sup>刑法法一一〇条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立つ学者たちの間でもあまり受け入れられていない。<sup>(17)</sup>より厳しい批判は、もちろん刑法法一一〇条cによる潜入捜査官の住居への立入りを基本法一三条に反すると見なす論者によつて与え

られる。たとえば、ヴァイルは、刑法一三三條における同意の取扱いに關する支配的見解に触れつつもこれを否定せず、しかし、刑事手続における侵害を考察するならば、「住居権者が、彼にとつて認識可能な国家の侵害を許容することが、少なくと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<sup>(172)</sup>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。すなわち、「基本法一三三條に対する侵害についての有効な同意とは、一致した見解によれば次のことを前提条件とする。すなわち、關係者本人によつて、明白かつ自由意思によつて与えら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、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る。秘密裡な投入の場合は、そうではない。」と。

その他、アーメルンク、フリスターも同様に考える。フリスターとアーメルンクは、ロクシンやヴァイルのような見解に立ちつつも、さらに刑法上の同意の基準を基本法における同意の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、国家による基本権的利益の侵害が問題となるときは同意という場合、国権の担い手(すなわち潜入捜査官)の処罰が問題となるのではな

く、憲法に対するその者の義務が問題になるのである。<sup>(174)</sup>さらに、フリスターはアーメルンクのこの見解を参考にしつつ、刑法一三三條で保護するのは、基本法一三三條の保護する領域のうち「侵入」(Eindringen)というメルクマールに含まれる部分のみであることを明確にする。そして、基本法一三三條の保護領域は、刑法一三三條のそれよりも広い概念であることを確認し、刑法一三三條の保護領域からは外れるが基本法一三三條の保護領域には含まれる部分を指摘する。要するに、刑法一〇一條cによる潜入捜査官の住居への立入りは、この部分に該当するとい<sup>(175)</sup>うのである。なぜならば、基本法一三三條は、まず国家に対する拒否権を根拠づけ、市民の住居に対する国家の捜索から市民を保護するのである。そのため、基本法一三三條の保護領域に対する侵害が除外されるのは、市民が国家に対してその住居に入ること<sup>(176)</sup>を許そうとする場合だけなのである。

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つた連邦通常裁判所(第一刑事部)一九九七年二月六日判決においても、同意が刑法一三三條の構成要件を阻却する効果を有することが、特に基本権に関する問題をカバーする基準とはならないということが指摘されている。<sup>(177)</sup>本判決について評釈を行っているヴォールヴェーバーも、この点を評価する。<sup>(178)</sup>この第一刑

事部判決については、後に詳しく紹介する。

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居への立入りが基本法二三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。既に見たように立法者やクライ、イエーシケの支持する同意による立入りの正当化理論は、支配的見解によりたやすく克服された感がある。

## 2. 内在的制約説

組織犯罪法の立法者やクライそしてイエーシケのように、刑訴法一一〇条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する見解には限界がありそうである。そこでロガール(Rogall)やラマー(Lammer)は、基本法一三条に内在する住居の不可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求められるとする<sup>(179)</sup>。彼は、このことを確認した上で、立入権が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

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<sup>(180)</sup>。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査官の立入りの正当化を図ろうとする<sup>(181)</sup>。したがって、おそらく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、ロガールの試みる基本法一三条二項による、潜入捜査官の立入りの正当化の可能性について紹介する。

ロガールは、次のように論じる。すなわち、「住居への秘密裡の立入は、搜索(刑訴法一〇二条以下)の準備に役立てられるし、既に、その開始となっている。いずれにせよ、憲法上は、基本法一三条二項の意味における搜索に包含されるのである<sup>(182)</sup>。」というのである。

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ように思われる。まず、この見解の論拠は、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、基本法一三条の意味における搜索と位置づけているところにある。しかしながら、支

配の見解の言うように、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ることのみが問題となっていて、何らの探索的行為（Ausforschung）も行われていないような場合には、右の論拠はあてはまらないからである<sup>(187)</sup>。さらに、フリスターによれば、住居の立入りが、いったん例外的に証拠の捜索に役立てられたとしても、基本法一三条の意味における捜索は存在しないとす<sup>(188)</sup>。そして、「搜索」（Durchsuchung od. Suche）は、「たんに探りを入れること」（Ausforschung）よりも強いものであり、したがって、より強い影響を有する捜索が認められるのであれば、より影響の弱いたんなる調査は許されるとい<sup>(189)</sup>。「大は小を兼ねる」（a major ad minus）の理論の妥当性についても、これを否定する。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事訴訟法一一〇条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明する。

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、フリスターは次のように説明する。すなわち、「搜索の概念は、刑事法のみなら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

対してのみ用いられている<sup>(185)</sup>」というのである。このような主張は、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。すなわち、判例によれば、憲法上の意味における捜索は、「人物および物についての探索（Suche）あるいは住居内の状況の捜査……を意味し、捜索に特徴的なのは、目的にしたがってそこ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、例えで見えるところにならない物を探し、場合によっては隠された物を暴く……ためになされる、住居内での国家機関の合目的な探索（Suche）」<sup>(186)</sup>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るとす<sup>(187)</sup>。

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）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差異を説明する<sup>(188)</sup>。さらに、一部の学説において潜入捜査官による住居立入りが、基本法一三条二項の搜索の概念よりも低いレ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

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視する。<sup>(189)</sup> そうすれば、先に挙げた「大は小を兼ねる」(a majori 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一〇条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根拠づけを行う見解である。<sup>(190)</sup> この見解によれば、基本法一三条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なく、裁判官留保と目的拘束性が重要であるという。つまり、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、裁判官による命令を必要とする、<sup>(191)</sup> というのである。そして、基本法一三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。<sup>(192)</sup>

ところで一般に認められているところによれば、基本法一三条は、いずれにせよ文言の法技術的な意味においては侵害の予防的な目的を前提とする。フリスターは、この点を指摘し、抑止的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条三項に求めることは不可能であるという。<sup>(193)</sup> 警察任務の内容と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、警察の任務遂行には、差し追った危険回避のための予防的 (präventiv) 活動と、すでに行われた犯罪の訴追のための抑止的 (repressiv) 活動があるという。そして、刑訴法においては基本法一三条三項の意味における差し追った危険の予防は問題とならず、基本法一三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ないという。<sup>(194)</sup>

ラマーは、さらに、「対立する憲法上の権利」という基本法に内在する不文律を、潜入捜査官の住居への立入りの根拠として持ち出そうとする。しかし、この根拠もフリスターの反論によつて克服されるように思われる。すなわち、フリスターは、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、



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となるのだと主張する。そして、「対立する憲法上の権利」という見解に基づくならば、基本法二三条三項は、「国家からの市民の保護」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約を持ち出すことはできないとする。<sup>(原)</sup>

三、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の展開

1. 潜入捜査における住居立入りと偽装バイヤー（Schleimif-Käufer）による住居立入について

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

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、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うに思われる。

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、このことから、おそらく潜入捜査官および連絡員による住居侵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）やロックシユピツェル（Locks-pitzel）といったいわゆる「おとり」に該当する。つまり、捜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

を偽り、対象者と接触し、対象者が犯行に出たところ（薬物等を販売したところ）を検挙するのである。連邦通常裁判所（第一刑事部）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る。<sup>(196)</sup> 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における住居立入行為が問題となつたわけではない。いわゆる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題となつている。本稿は、潜入捜査とおとり捜査それぞれの問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、住居権者から同意を得て住居へ立ち入るといふ行為は、潜入捜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入事案も参考にできると考えられる。事実、潜入捜査における住居立入行為を取り扱った文献においても、先に挙げた一九九七年二月六日の第一刑事部判決が検討されている。<sup>(197)</sup> したがって、ここでは、この第一刑事部の判決、およびこれに対する学説の見解を紹介することとする。

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.)

【事実の概要】

被告人のハッシッシュの買い手（偽装バイヤー）は、一九九五年一〇月一六日に逮捕され、その後の尋問において、偽装購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を書いていた。彼は尋問場所から被告人に電話をかけ、友人を連れてくることを伝えた。その後、この偽装バイヤーは、通常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かった。彼が同行した警察官を友人として紹介した後、被告人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を九五〇マルクで売った。その直後に、警察による家宅捜査が行われ、少量のハッシッシュおよび LSD、同時にコカイン、マリファナ、ハッシッシュ錠剤および同樹脂が発見された。

州裁判所は、有罪判決を下した。しかしながら、その有罪判決は、捜索の直前に購入されたハッシッシュを基礎としなかつた。州裁判所は、その理由として、捜査当局によつて得られた二人の偽装バイヤーの供述は、使用可能ではないとし、次のように述べている。すなわち、「警察官は、被告人の住居に裁判官の同意なしに立ち入っている。これは、刑法一一〇条 b 二

項二号、および一一〇条cについての立法者の価値判断と矛盾する。基本法一三条を考慮すれば、これらの規定は、警察の偽装バイヤーによっても同様に遵守されなければならない」。

### 【判決要旨】

（本件第一刑事部は、刑法法一一〇条cが基本法一三条に違反するか否かという問題には明言を避けているが、事案解決については以下のように述べている。）（仮に、一一〇条cが利用可能であり）刑法法一一〇条b二項第二文の規定が利用されるべきであるとすれば、本件においてはその前提条件（裁判官の同意・危険の急迫）は満たされていない。したがって、上告を棄却する。

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、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、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する。刑法法一一〇条cは、このような一種の欺罔を用いた同

意獲得による住居立入行為を、潜入捜査官に限って認める。しかしながら、そもそも同規定が基本法一三条に反しないのかが問題となる。

この点、第一刑事部は、本件においては一一〇条a以下の条項の直接適用は関係がないという判断を行っている<sup>(198)</sup>。その理由として、本件で立入を行っている警察官は刑法法一一〇条a二項の意味における潜入捜査官ではないことを挙げている<sup>(199)</sup>。そのように述べつつも、基本法一三条の基本権に鑑みて問題が生じるとい<sup>(200)</sup>う。そこで、本判決は潜入捜査官の住居立入行為に関する学説について触れている。

第一刑事部は、アーメルンクの見解<sup>(201)</sup>を挙げ、本件におけるような立入許可については、住居権者が訪問者の人格について錯誤に陥っているため、そのような同意の有効性について基礎とな<sup>(202)</sup>っている欺罔はどのような影響を与えうるのかが問題であると指摘する。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<sup>(203)</sup>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行為を基本権侵害とすることも指摘する<sup>(204)</sup>。また、その一方で、基本法一三条の基本権は、「錯誤のない意思決定 (die irrturnst-

「*reife 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が得られた場合には、はじめて意思形成過程における欺罔が同意の価値を下げる」という説が存在することについても紹介を行う<sup>(205)</sup>。

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ことを述べる<sup>(206)</sup>。また、立法資料においても、「このような措置に対する憲法上の懸念が存在しない<sup>(207)</sup>」とされているにすぎないことを指摘する<sup>(208)</sup>。

結局、第一刑事部は、本事案においては刑法法一一〇条cの憲法上の問題についてこれ以上触れることなく、この後の部分では事案の解決に議論を移している。要するに、刑法法一一〇条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まま、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、第一刑事部は、刑法法一一〇条cは基本法一三条と両立可能であるという見解にたつことなるう。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

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<sup>(209)</sup>。

### 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(Hilger)、フェルシュ(Fersch)、ニッツ(Nitz)、ヴォールヴェーバー(Wollweber)がいる。先に紹介した第一刑事部の判決が、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、これらの評釈をもとに見ていきたい。その際、本稿との関係で特に注目すべき点として、刑法法一一〇条cと基本法一三条との関係、すなわち刑法法一一〇条cの合憲性が重要となる。したがって、特にこの点に焦点を当てつつ検討を行いたい。

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、一般的な捜査権について規定する刑法法一六三条を根拠にする説、刑法一三三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、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以下の論考においても確認されている。

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ない、というのが大方の見方である。

この点、ヒルガーは、本判決においては、刑訴法一一〇条cに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<sup>(20)</sup>。同様の見解を示す者として、フェルシユも、刑訴法一一〇条b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<sup>(21)</sup>と述べている。また、ニッツは、連邦通常裁判所は、偽装バ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解明のままにしたと指摘する<sup>(22)</sup>。この点、第一刑事部の判断をみても、刑訴法一一〇条cの憲法上の問題、あるいは潜入捜査官以外の者の住居立入権の有無に関する問題は、未解明のままにされているといわざるをえない。

一方で、ヴォールヴエーバーは、本判決に対して一定の評価を与えている。まず、本件第一刑事部は、潜入捜査官と偽装バイヤーの限界について、刑訴法一一〇条a二項のメルクマール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立入りを、「全体考察」の枠内において、刑訴法一一〇条b二

項第一文二号を考慮する<sup>(23)</sup>。そして、同刑事部が、基本法一三条の基本権規定を、裁判官留保の射程距離についての中心的基準として明確にした点を、本判決の功績として評価する<sup>(24)</sup>。

以上、概観したところ、先に紹介した連邦通常裁判所（第一刑事部）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判決の判断内容そのものに対して是か非かという評価を与えることはしていない。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を述べる形で構成されている。

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、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。しかし、結局のところ連邦通常裁判所は、刑訴法一一〇条cと基本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

いわざるをえない。

四、違法な住居立入りに際して収集された情報の証拠の使用

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議論は見られないようである。もちろん、刑法一〇条cに基づき潜入捜査官が住居に立ち入る場合、刑法上認められた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、証拠使用禁止は問題とならない。ただし、その場合であつても、刑法一〇条bの要請する裁判官による同意の要件が満たされていないなければならない。

反対に、ロクシンは、潜入捜査官の住居立入りに際して収集された情報については、証拠使用禁止 (Verwertungsverbot) が導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、ロクシンは、刑法一〇条cによる住居立入りの基本法一三条違反を唱える論者の一人である。彼の見解によれば、刑法一〇条cに基づく潜入捜査官の住居立入りは、基本法一三条に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、

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、この原則は効力を失うことになる。<sup>(215)</sup>したがって、憲法上の正当化を有し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と解される。<sup>(216)</sup>

第四章 その余の問題点とわが国への示唆

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。しかしながら、潜入捜査の有する問題点はこれにとどまらず、またわが国での導入を考へる場合ドイツでは問題とならないこ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

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

れる。しかし、刑法一〇条b三項は、潜入捜査官の身元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）。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他の者の生命、身体等々に対して危険があると認められるときは、刑法九六条に基づき、刑事手続においても身元の秘密保持が認められるとされる（同項第三文および第四文）。そして、潜入捜査官が諸般の事情から、その身元を法廷で明らかにしなかつたとしても、犯罪および犯人に関する証言は以下の様な方法で行われる。例えば、伝聞証人である、潜入捜査官の上司の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の朗読を文書証拠として認めるのである。<sup>(217)</sup>

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となる。

## 二、伝聞証拠の使用可能性

まず確認しておかなければならないことは、ドイツにおいてはいわゆる伝聞証拠が認められるということである。<sup>(218)</sup>したがって、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

とも可能となる。クライ (Kraus) は、そのような伝聞証拠は受け売りの証拠であつて説得力は強くないといひ、証明力の問題としてゐる。<sup>(219)</sup>

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められるのかについて、グリェンバルト (Grünwald) は次のようにいう。すなわち、直接主義とは、「直接的な尋問が、供述を媒介するにすぎないような他の証拠調べの方法に優先する、という原則」であり、「裁判所は、可能である場合には、その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、という原則」だとされる。<sup>(220)</sup>そして、代用物の利用の際には、優先順位があり、裁判官調書の朗読が、非裁判官調書および供述調書の朗読に優先し、尋問者の尋問は調書の朗読よりも高順位のものとなる<sup>(221)</sup>とされる。

こ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、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

わち、「伝聞の証人は、『間接証拠』の一形態として——刑訴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二六一一条に基づいて決せられる。」<sup>(225)</sup>という。一方で、連邦憲法裁判所が慎重な態度を示すのは、伝聞証拠の証拠価値に對してである。つまり、連邦憲法裁判所は、「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、特に批判的に吟味されるべきである」という。<sup>(226)</sup>また、連邦通常裁判所（第五刑事部）一九九六年六月一九日決定では、「伝聞を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、それについての確認が適切に支持される。」<sup>(227)</sup>ということも確認されている。

### 三、利用禁止証拠に基づく新たな捜査開始の可否

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、証拠使用禁止が、広範囲におよぶ効果を有するの否か、そし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對し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余地がある。<sup>(228)</sup>これに對し、禁じられる尋問方法によって収集さ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

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ることになる、と主張する見解がある。<sup>(229)</sup>このような理解の背景には、証拠使用禁止の性質が大きく関係している。すなわち、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、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されるためである。<sup>(230)</sup>判例はこのような見解を支持しているようである。<sup>(231)</sup>

一方で、これとは反対の見解を唱える学者も存在する。ボイルケ (Boilke) は、広範囲におよぶ効果について、アメリカ法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が認められると主張する。

### 四、わが国への示唆

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び住居の不可侵性を中心とした憲法上の権利に對する侵害を伴う点、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、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、一



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。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、すでに潜入捜査官制度が刑法の中に組み込まれているドイツですら、この手法が有する基本権侵害に対する批判は多い。ひるがえってわが国の場合を考えると、情報自己決定権と尋問類似行為が対象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われる。<sup>(29)</sup>

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。対象となる犯罪が組織犯罪を中心とするに鑑み、報復の危険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、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

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。<sup>(30)</sup> 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、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、尋問類似行為に問題がないとすれば、實際上潜入捜査官の獲得した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。

わが国においても通信傍受法に代表されるように、組織的犯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。このような状況の中で、警察実務の側からは、おとり捜査の積極的活用および潜入捜査の導入を検討すべきだという主張がなされている。そこで、既に潜入捜査に関する立法がみられ、実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

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、導入は容易には見込まれないといわざるをえまい。<sup>(21)</sup>

- (1) 正式名称は、「麻薬取引およびその他の組織犯罪の現象形態に対する法律」(Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift und anderer Erscheinungsformen der Organisierten 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。
- (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。
- (4) 白川靖浩「ドイツにおける組織犯罪対策法について」①捜査研究四九七号(一九九三年)三四頁。
- (5) Krey, Zur Problematik strafprozessualer Verdeckter Ermittlungen ohne Einsatz technischer Mittel im Kampf gegen die Organisierte Kriminalität, 1993, S.595.
- (6) 白川・前掲論文(註4)・三六頁。
- (7) 白川・前掲論文(註4)・三七頁。
- (8) Vgl. Gropp (Hrsg), Besondere Ermittlungsmaßnahme zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, 1993, S. 4.
- (9) フォルカー・クライ/宮沢浩一・勝亦藤彦訳「不正な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律案(組織犯罪対策法案)」[Bundestagsdrucksache 12/989 vom. 25. Juli 1991]における収益の剥奪―資産刑・拡大収奪―および資金の洗浄に関する規定の批判的検討」法学研究六六巻一〇号(一九九三年)一〇四頁。
- (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。
- (11) 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/sounu2/program.htm>, 05.06.06.)
- (12) 新屋・前掲書(註10)四七〇頁。
- (13) 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、「外国の刑事法制や捜査実務を参考にしつつ、おとり捜査、コントロール・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・活用に向けた制度や捜査運営の在り方を検討する。」という。
- (14) VEに対する邦訳としては、「隠密捜査官」、「ドイツ刑事訴訟法典」法務資料四六〇号・法務省大臣官房司法法制部、新屋・前掲書(註10)、「秘密捜査官」、フォルカー・F・クライ/松本和彦・渡辺亘訳「ドイツにおける秘密

捜査官をめぐる法的問題」、「秘匿捜査官」、宮木康博「ドイツにおける秘匿捜査」(同志社法学五七巻一号一一五頁)などがあてられている。

(15) ただし、新屋達之によれば、「日本でも隠密捜査官のよう手法が行われている形跡はある。」とされる(新屋・前掲書(註10)四七〇頁)。

(16) 前掲(註11)・警察庁治安対策プログラム。

(17) Vgl. Rogall, Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren, JZ 1987, 848.

(18) 概観したところ、刑法法一一〇条<sup>a</sup>以下の条項が立法される以前のもので、一九八五年以前の判例としては、例えば、BVerfG Beschl. v. 27. 11. 1984 = NJW 1985, 1767 = NSIZ 1985, 131は、秘密裡な警察の捜査活動(verdeckte polizeiliche Ermittlungstätigkeit)について争われた事案である。以前は、むしろ、おとり(Lockspitzel od. agent provocateur)に関する議論が多く見られた。また、一九九二年の組対法立法以前は、潜入捜査官に関する事案<sup>4</sup>りも、連絡員(V-Mann / V-Leute)が問題となる事案が多く見られる。例えば、匿名の連絡員の通告についての証人の証言が問題となった事案として、OLG Frankfurt, Beschl. v. 9. 12. 1975 = NJW 1976, 985f.

(61) BT-Drucksache 12/989, S. 41; 新屋・前掲書(註10)四

七三頁。

(20) 寺崎嘉博「訴訟条件論の再構成」(成文堂・一九九四年)二五二頁註二八。そこでは、VEやV-MannおよびInformantをも広義のおとり捜査に含め、「おとり」の概念を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ている。しかしながら、「かなり多義的であり、必ずしも明確ではない」と述べられているとおり、これらの分類は一樣にはいかない。

(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区別する議論は、ドイツにおいては活発ではないように思われる。ここで、強制処分という用語を使うのは、VEの投入が刑法上明文で規定されており、その投入条件等のなかに検察官・裁判官の同意が求められているためである(vgl. §110a ff. StPO)。

(22) 寺崎・前掲書(註20)二五二頁脚註二八。

(23) Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren v. 1. Januar 1977, Anlage D, Teodor Kleinnecht / Meyer-Göbner, Strafprozessordnung (Beck'sche Kurz-Kommentare, Bd. 6., 40. Aufl., München, 1991) Anhang 14., S. 1952f. [S. 2062ff.]による。

(24) ドイツにおいては、以前は組織犯罪は存在しなかったとされ、脅威と見なされる犯罪組織はむしろドイツ国外から進出してきたものが多いとされる。すなわち、イタ

- リアのマフィア、コロンビアのメテジンカルテル、ロシア等旧共産圏の赤マフィア、中国の三合会、日本のヤクザ、その他ベトナム人のシンジケート、トルコやセルビア系の犯罪組織などである。そして、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、メテジンカルテル、トルコ系犯罪組織、中国系のマフィアだとされる (Krey, Zur Problematik strafprozessualer Verdeckter Ermittlungen ohne Einsatz technischer Mittel im Kampf gegen die Organisierte Kriminalität, 1993, S.595)。
- (25) Siehe, Gropp, Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität, 1993, S.4.
- (26) BVerfGE 65, 1.の国勢調査判決により、行政官庁が非統計的目的のために情報を利用する可能性を具体的な目的限定なしに認める限りで、人格権を侵害するものとされた。
- (27) 情報自己決定権は、ドイツにおいても明文の規定が存在するわけではないが、基本法二条一項の人格の自由な発展、および一条一項の人間の尊厳にその根拠が求められる (新屋・前掲書 (註10) 四七七頁以下)。
- (28) Vgl. Weßlau, Vorfeldermittlungen, 1989, S.16f.
- (29) 新屋・前掲書 (註10) 四七五頁。
- (30) BT-Drucks. 117/663.
- (31) Vgl. Möhrenschrager, Das OrgKG - eine Übersicht nach amtlichen Materialien - Erster Teil, wistra 1992, 281.
- (32) クライ・前掲論文 (註14) 一九二頁。また、潜入捜査官により収集された情報の当該事件についての公判廷での証拠としての使用可能性については、明文の規定は存在しない。しかしながら、刑法法一一〇条eの規定 (VEによつて収集された情報の別件での使用) を見れば、収集された情報が当該公判で証拠として使用され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、「電気検査針具」や「住居管理組合の従業員」を装い住居へ立ち入ることなどは認められないし、そのような架空身分の設定も行わないという (Vgl. Hilger, Neue Strafverfahrensrecht durch das OrgKG - 2. Teil, NSZ 1992, 525, Fn 160)。
- ただし、架空身分の使用により収集された同意の有効性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。
- (35) BGHSt 35, 328.
- (36) Roxin, Neue tenetur: die Rechtsprechung am Scheindegew, NSZ, 1995, 465f.
- (37) Roxin, aaO, (Anm.36), S.466.
- (38) BGHSt 39, 347.
- (39) Roxin, aaO, (Anm.36), S.466.

- (40) Roxin, aaO. (Ann.(36)), S.466.
- (41) BGHSt.40, 71.
- (42) BGHSt.34, 39. また、BGHSt.40, 66ff. は「この見解を維持し、被疑者から欺罔によって声をだまし取ることは許されなかつた」。
- (43) BGH, aaO. (Ann.(42)), S.46.
- (44) Roxin, aaO. (Ann.(36)), S.466.
- (45) BGH 38, 372.
- (46) Roxin, aaO. (Ann.(36)), S.466.
- (47) この点、クライ (Krey) は「裁判におけるこのような証拠の使用は、公正な裁判の原則を損なうものではなく、なぜなら、「国家には、犯罪者を軽率な自白に対してまで保護する義務はないから」である、という (クライ・前掲論文 (註14) 一九二頁)。
- (48) 刑法一三六条は、同一三六条 a とは異なり、条文中に証拠の使用を禁じる文言が存在しない。しかし、刑法一三六条に反して獲得された供述にも証拠禁止が妥当するというのがドイツにおける一般的な解釈である。ゲラルト・グリュンバルト著／福井厚監訳『ドイツ刑事証拠法』(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、供述者が彼の権利をいずれにせよ知らなかったという限り」で、その供述の使用ができないことになるという。
- (49) Vgl. Lagodny, Verdeckte Ermittler und V-Leute im Spiegel von §136a StPO als "angewandten Verfassungs- gerecht" - zugleich eine Analyse neuerer BGH- Entscheidungen, StV 1996, 172.
- (50) StGH, Lagodny, aaO. (Ann.(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。Lilje/Rudolph, Einsatz von Vertrauenspersonen der Polizei, NSZ 1995, 515f.; Rogall, Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren, JZ 1987, 85f.; Lammer, Verdeckte Ermittlungen in Strafprozess, 1992, S.23ff.
- (52) Vgl. Lagodny, aaO. (Ann.(49)), S.171.
- (53) Vgl. BGH GA 1981, 89; BGH, MDR 1975, 23; Lagodny, aaO. (Ann.(49)), S.168; Rogall, aaO. (Ann.(17)), S.850.
- (54) BGHSt.40, 211, 213. = NSZ 1994, 593ff. = StV 1994, 521; Ann. v. Gusy, StV 1995, 449f.; Widmaier, StV 1995, 621f. の第一刑事部の判決中、「本稿と関係する部分は以下の通りである。「警察が謀殺の解明のために連絡員 (V-Mann) 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、被告人の家族の発話についての連絡員の供述は使用可能である」。

- (55) Vgl. Rogall, aaO. (Anm.(17)), S.850.
- (56) Gusy, aaO. (Anm.(54)), S.450.
- (57) Vgl. Gusy, aaO. (Anm.(54)), S.450.
- (58) Vgl. Gusy, aaO. S.450.
- (59) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.621.
- (60) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.621.
- (61) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.621.
- (62) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.621.
- (63) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.621f.
- (64) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.622.
- (65) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.621.
- (66) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.622.
- (67) BGH, StV 1995, 283, (Anm.(54)), S.286.
- (68) Vgl. Widmaier, aaO. (Anm.(54)), S.622.
- (69) Vgl. BGHSt 40, 211 = NStZ 1994, 593ff = StV 1994, 521.
- (70) Vgl. BGH v. 21.7.1994(BGHSt 40, 211.).
- (71) Schluchter/Radbruch, V-Mann-Aussagen zu Äußerungen von Angehörigen des Angeklagten (Anmerkung BGH, Urteil v. 21.7. 1994), NStZ 1995, 354f.
- (72) Seebode, Anmerkung BGH v. 28.4.1987(BGHSt 34, 362), JR 1988, 428.
- (73) Dencker, Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren, StV 1994, 674.
- (74) Vgl. Schluchter/Radbruch, aaO. (Anm.(71)), S.354.
- (75) Vgl. Seebode, aaO. (Anm.(72)), S.428.
- (76) Vgl. Seebode, aaO. (Anm.(72)), S.428.
- (77) Vgl. Dencker, aaO. (Anm.(73)), S.674.
- (78) Vgl. Schluchter/Radbruch, aaO. (Anm.(71)), S.355.
- (79) Sieh, Schluchter/Radbruch, aaO. (Anm.(71)), S.355.
- (80) ただし、シュリュエヒター／ラートブルクは、評釈の対象となったBGH v. 21.7.1994 (BGHSt 40, 211)については、第一刑事部と同じ結果を導く。というのは、本事件では、連絡員によって被告人の家族（婚約者）から情報収集が行われたことが問題となっており、家族に対して刑訴法一三六条一項第二文の告知義務の適用はないという立場をとっているためである。
- (81) 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.
- (82) 通説の見解によれば、もはや刑法三四条による正当化はなされないと思われるが、一部の判決 (BGHSt 27, 260 = NJW 1977, 2172) や学説 (Dreher/Tröndle, StGB, 45. Auflage, §34 Rn. 24 m.w.N.) においては、刑法三四条が引用されている。

- (83) Rehmann, Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung, NJW 1985 2ff.
- (84) Vgl. Rogall, aO. (Anm.(17)), S.850. さらに、マレック (Malek) からの規定は、連絡員 (V-Mann) およびビデオ監視に対する授權根拠ともならないとし、重大な基本権侵害がこれらの条項に根拠を求めることは、刑事訴訟法学の体系学にあつづけられるものでもない、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主張にもなごまんとする (Malek, aO. (Anm.(81)), S. 344.)。
- (85) Vgl. Roxin, Zur Einschleichen polizeilichen Scheinaufkäufer in Privatwohnungen (Anm.ckung BGH, StV 1997, 233.), StV 1998, 43, 潜入捜査における住居立入の合憲性については、第3章で検討する。
- (86) BGHSt 38, 214.
- (87) Roxin, Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen, NSZ 1997, 19.
- (88) Vgl. etwa BGH NSZ 1995, 410; BGH StV 1995, 283; BGH NSZ 1996, 200.
- (89) BGHSt 40, 211.
- (90) Vgl. BGHSt 40, 213.
- (91) Vgl. BGH 40, 213.
- (92) Vgl. BGH NSZ 1995, 410f.

- (93) 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 が被告人に電話をし、その会話の内容が被告人に不利な証拠として使用された。その際、F に電話をするように指示を与えたのは警察官 M であり、F は会話が M によって傍受されることに同意を与えていた。第二刑事部は、会話の一方当事者である F により傍受の同意が与えられている場合、通常、M は違法に活動したことにはならないとして、会話の内容が被告人の不利に使用された。第二刑事部の見解によれば、自己負罪拒否特権あるいは刑法二二六条一項第二文の保護の対象は、「自己の行為の非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由の保護」(BGHSt 39, 337.) ということになり、国家によ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象とは考えられないであろう。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, 211.) は、「尋問の定義について、「尋問者が証人に対して職務的地位において対面し (例えば、警察官、税関職員あるいは検察官または裁判官として)」、その身分において彼に対しては情報を求める」(BGHSt 40, 213.) ことであるとして、尋問に基づく告知義務等の適用領域を狭め、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不利な証人の供述が使用可能であるとした。

- (94) BGHSt 31, 304.
- (95) BGHSt 34, 362.
- (96) Vgl. Roxin, Neue tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NSZ 1995, 465ff; ders. Zum Hörfallen-Beschluss des Großen Senats für Strafsachen, NSZ 1997, 18ff.
- (97) NSZ 1996, 200. これは先の BGH (5. Senat), Beschl. v. 20.12.1995.(NSZ 1996, 200ff.)と同じ事案で、第5刑事部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拡大刑事部による新たな判断である。
- (98) 本件第5刑事部の見解によれば、正式な意味での尋問の概念には、尋問者が証人に対し職務上の地位において対面することが含まれ、本件における証人や通訳人といった私人は、尋問者によって依頼された質問をその会話の枠内で行う場合であっても、何らの正式な尋問を導かないとされる (vgl. NSZ 1995, 410.)。
- (99) BGH (I. Senat) v. 21.7.1994. (BGHSt 40, 211.)
- (100) Vgl. NSZ 1995, 411.
- (101) Vgl. NSZ 1995, 411. また、本件第五刑事部がこのような解釈を採用するに当たっては、「二三六条aの」規定に挙げられている意思の自由に対するその他の侵害」が考慮されている。つまり、刑事部の見解によれば、ここでいう欺罔は意思決定の自由に対して、「暴行、傷害、薬物の投与、苦痛、催眠術」による場合と同じレベルの侵害を導くものと考えられ、たんに身分について秘密にしておくことは、暴行や傷害などといったその他の禁じ手ほど強い侵害とはいえず、ここでいう「欺罔」からは除外されることになる。
- (102) Vgl. NSZ 1995, 411.
- (103) Vgl. NSZ 1995, 411.
- (104) BGHSt 39, 335.
- (105) Vgl. BGHSt 39, 347.
- (106) 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ュシユの密輸とドイツ国内における販売の協力を求めた。Cは、この要求に応え、警察の指示により共犯者として活動を行い、存活動の中で、警察本部から(薬物対策部部長のいるところで)自宅にいる被告人に電話をし、この会話は録音された。後に、トルコ語で行われたこの会話は通訳人によって翻訳され、州裁判所において不利な証拠として使用された。
- (107) BGHSt 34, 39.
- (108) Vgl. BGHSt 31, 308ff.
- (109) NSZ 1996, 201.
- (110) Vgl. NSZ 1996, 201.
- (111) BGHSt 39, 335.



- (112) BGHSt 42, 139. = NSZ1996, 502.
- (113) すなわち、第五刑事部は、第一刑事部(BGHSt 40, 211.)、第二刑事部(BGHSt 39, 335.)および第三刑事部(BGHSt 41, 42.)が、確かに異なる方向性を示す判決を下していることについて詳しく述べているが、基礎となる事実が異なることを説明されている。(Vgl. NSZ 1996, 502.)
- (114) Vgl. NSZ 1996, 502.
- (115) NSZ 1996, 200ff.
- (116) NSZ 1996, 502.
- (117) Vgl. NSZ 1996, 503.
- (118) Vgl. NSZ 1996, 503.
- (119) Vgl. NSZ 1996, 502.
- (120) Vgl. NSZ 1996, 503.
- (121) Vgl. NSZ 1996, 503.
- (122) NSZ 1996, 504.
- (123) Vgl. NSZ 1995, 466.
- (124) NSZ 1996, 504.
- (125) Vgl. NSZ 1996, 504.
- (126) NSZ 1996, 504.
- (127) 本稿第一章参照。
- (128) Vgl. Eschelbach, Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten, StV 2000, 393.
- (129) 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て捜査活動を行っている外国人の秘密捜査官は、ドイツ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型的な例である。ドイツの法制度の下では、外国人の警察官は秘密捜査官として活動することはできない。刑事訴訟法一〇〇a条二項により、秘密捜査官は、ドイツ人の警察官(ないしは、関税令四〇四条により関税捜査官)でなければならぬのである。」とされる(クライ・前掲論文(註14)一九五頁註一〇)。

(131) ただし、マレックによれば、対象者の基本権を侵害する措置である連絡員の投入は、法的根拠の欠如のため、証拠収集禁止(Beweiserhebung)が推論されるが、支配的見解がこのような見解を採用しないのは、連絡員の投入を許容しているためであるとされる(Vgl. Malek, aO. (Anm.(81)), S.342ff.)。連絡員の投入に積極的な立場を示す見解としては、Mache, Zur Frage der Strafverfolgung des Täters in Fällen der Ansetzung durch einen polizeilichen agent provocateur. (Anmerkung BGH Urt. von 6.2.1981), StV 1981, 599.などの学説があるが、いずれもかなり以前のものである。

§110a Ff. StPo 導入後においては、例えば、Malek, aO. (Anm.(81)), S.344; Lagodny, aO. (Anm.(49)), S.172; Widmayer, aO. S.622; Roxin, Zur Einschleichen polizeilichen

Scheinaufkäufer in Privata-wohnungen. (Anmerkung BGH, StV 1997, 233). StV 1998, 44 (住居権侵害(ごうじゆけん) ); Eschelbach, aO. S. 391. なおは、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、Ostendorf, Die strafrechtlichen Grenzen des polizeilichen Lockpitzel-Einsatzes, StV 1985, 80. なおは消極的な立場に立っていた。

(132) Vgl. Eschelbach, aO. (Anm.(128)), S. 394.

(133) Vgl. Malek, aO. (Anm.(81)), S.344.

(134) BVerfG v. 26.5.1981. (BVerfGE 57, 250 = NJW 1981, 1719 = StV 1981, 381 = NSiZ 1981, 357.)

(135) BVerfG (StV 1991, 449.)

(136) Vgl. z.B. Eschelbach, aO. (Anm.(81)), S.392.

(137) この点、ラゴトニー (Lagodny) は、極めて限定的ながらも連絡員の限界領域に「私人が、最終的に「刑事訴訟追機関の指示によらずに」すなわち『自発的に』刑事訴訟追機関に問い合わせるような場合においてのみ」、連絡員により認識された情報の証拠としての使用が可能であることを示唆する (Lagodny, aO. (Anm.(49)), S. 170.)。また、エシエルバッハ (Eschelbach) は、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定を参考にして、連絡員の規定を創設することは不可能であるということをはびきないであろうという (Eschel-

bach, aO. S. 392. ただし、彼は現行法制下での連絡員の利用は否定する)。一方で、連絡員に関するドイツの理論状況について、「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。」とする分析もある (宮木・前掲論文(註14)一六一頁)。

(138) マイヤー・ゴスナー (Meyer-Gösgner) は、この場合の欺罔の例として、「被疑者は証人として取り調べられなければならぬ」、「供述を義務づけられている」、「真実を言わなければならぬ」などを挙げる (Kleinkech-Meyer-Gösgner, Strafprozessordnung, 47. Aufl., 2004, S.522, § 136a, Rn 14.)。

(139) Vgl. Roxin, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NSiZ 1995, 465f.

(140) Vgl. Roxin, aO. (Anm.(139)), S.466f.

(141) Vgl. Roxin, aO. (Anm.(139)), S.466.

(142) Vgl. Meyer-Gösgner, Strafprozessordnung, 2004, 47. Aufl. S. 516, § 136, Rn 20.; Lenke/Julius/Krehl/Kurth/Rautenberg/Temming, Strafprozessordnung, 2. Aufl. S.492, § 136, Rn 33ff[Lenke].

(143) グリユンバルト・前掲書(註48)一六六頁。

(144) グリユンバルト・前掲書(註48)一六七頁。

(145) 正式名称については、本稿(註一)参照。

(146) Vgl. Hilger, Neue Strafverfahrensrecht durch das OrgKG -2-

Teil, NSZ 1992, 525, Fn.159, 例えは「ヒルガー (Hilger) は、」で行われる住居への立入は住居侵入ではないとする。ただし、一一〇条cが基本法の保護領域に対する侵害となるか否かについては明言を避けている。潜入捜査官の住居への立入が刑法一一三條の住居侵入罪に当たらないことを根拠とする正当化理論があるが、それについては後述する。

(147) Roxin, Zum Einschleichen polizeilicher Scheinankäufer in Privatwohnungen (BGH, StV 1997, 233), S.43.

(148) Frister, Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art.13 GG, StV 1993, 151.

(149) Vgl. Frister, aaO. (Anm.(148)), S.151.

(150) Vgl. Krey, Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler, S.130ff. 特に「トント」(Krey)は基本権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こと(ROXIN, aaO. (Anm.(147)), S.43)。

(151) Vgl. Rogall, aaO. (Anm.(17)), S.853.

(152) Vgl. Lammer, aaO. (Anm.(51)), S.107.

(153) Vgl. Roxin, aaO. (Anm.(139)), S.43ff.; ders., Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1988, S.62, Rn.266.

(154) Amelung, Probleme der Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen, StV 1985, 257ff.

(155) Weil, Verdeckte Ermittlungen im Strafverfahren und die

Unverletzlichkeit der Wohnung, ZRP 1992, 243ff.

(156) Vgl. Frister, aaO. (Anm.(148)).

(157) Vgl. Krey, aaO. (Anm.(150)).

(158) Vgl. Amelung, aaO. (Anm.(154)); Dagfloglou, "Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG)", Jus 1975, 753ff; Weil, aaO. (Anm.(155)); Wolter, "Freiheitlicher Strafprozeß, vorbeugende Strafatenbekämpfung und Verfassungsschutz", StV 1989, 358ff.

(159) Vgl. Krey, aaO. (Anm.(150)), S.137ff. Rn.255ff.

(160) Vgl. Krey, aaO. (Anm.(150)), S.137, Rn.255.

(161) Vgl. Hilger, aaO. (Anm.(33)), 525, Fn. 160. おそらく「ヒルガーはクライと同様の見解に立つ論者の一人であると思われるが、彼の解説によれば、潜入捜査官が「電気の検針員」や「住居管理」の従業員である装うことは許されないという。そしてそもそも、欺罔禁止を回避することを狙った架空身分の構築は禁じられているとする。さらに、公務員のような地位により(すなわち国家および地方自治体の職員を装い)、住居権者に対する強い圧迫が生じることは避けなければならないという。また、ヒルガーは、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, 233ff.)に対する評釈のなかで、潜入捜査官の立入行為は国家的な要素を含まないため、基本法一一三條の保障と矛盾しないとする。

- (162) Vgl. Krey, aO. (Anm.(150)), S.138, Rn.258.  
 (163) Vgl. Krey, aO. (Anm.(150)).  
 (164) Vgl. Jähne, Verwertungsverbote und Richtervorbehalt beim Einsatz Verdeckter Ermittler, FS-Odersky z. 65 GT (1996), S.436f.  
 (165) Vgl. Roxin, aO. (Anm.(139)), S.43.  
 (166) Vgl. Frister, aO. (Anm.(148)), S.152; Weil, aO. (Anm.(155)), S.244f.; Amelung, aO. (Anm.(158)), S.263.  
 (167) Vgl. Krey, aO. (Anm.(150)), S.137 Rn.255; Rogall, aO. (Anm.(17)), S.853. クライスは、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排除せねらうと云う。  
 (168) Vgl. Krey, aO. (Anm.(150)).  
 (169) Sieh. oben Fn 20.  
 (170) Vgl. Krey, aO. (Anm.(150)), S.138, Rn.258.  
 (171) 例えは、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, aO. 853.)、ラマーは、潜入捜査官と住居権者の信頼関係における住居への立入を、基本法一三条の本質的意味内容、および同条の人間の尊厳の意味内容に対する侵害であるとし、基本法一三条二項および三項から導かれる住居の不可侵性に対する不文律の制約から、刑法一〇〇条cに規定される潜入捜査官の住居への立入の正当化を  
 (172) 試みる (Lammer, aO. (Anm.(51)), S.107f. 112.)°  
 (172) Vgl. Weil, aO. (Anm.(155)), S.244.  
 (173) Weil, aO. (Anm.(155)), S.245.  
 (174) Vgl. Amelung, aO. (Anm.(154)), S.263.  
 (175) Vgl. Frister, aO. (Anm.(148)), S.152.  
 (176) Vgl. Frister, aO. (Anm.(148)), S.153.  
 (177) BGH (I. Senat), Urt. v. 6.2.1997 (NStZ 1995, 410ff.)  
 (178) Vgl. Wollweber, Anmerkung, BGH Urteil v. 6.2.1997, StV 1997, 507.  
 (179) Vgl. Rogall, aO. (Anm.(17)), S.853.  
 (180) Vgl. Rogall, aO. (Anm.(17)).  
 (181) Vgl. Rogall, aO. (Anm.(17)), ロガールは、「潜入捜査官による捜査がそもそも必要であり、法的に認められるべきである」ため、何らかの形で正当化を模索したものと  
 思われる。  
 (182) Vgl. Rogall, aO. (Anm.(17)).  
 (183) Vgl. Frister, aO. (Anm.(148)), S.153.  
 (184) Vgl. Frister, aO. (Anm.(148)).  
 (185) Frister, aO. (Anm.(148)).  
 (186) BVerfGE 51, 97, 106 = NJW 1979, 1539.  
 (187) Vgl. Weil, aO. (Anm.(155)), S.245. その他、同様の見解を主張する者としてヒルガーが挙げられる。ヒルガーによれば、基本法一三条二項は、確かに抑止的 (repressiv)

な搜索を認めるが、搜索はオープンなものでなければならぬため、身分を偽って実現される住居立入は、基本法二三条二項を根拠とすることはできないと主張する(Hilger, Verwertbarkeit der Aussage eines ohne richterliche Zustimmung als Scheinkäufer eingesetzten Polizeibeamten, NSZ 1997, 449.)。

- (88) Nitz, Anmerkung BGH, Urteil von 6.2.1997, JR 1998, 212.
- (89) Vgl. Nitz, aO. (Anm.(188)), S.212f.
- (90) Vgl. Lammer, aO. (Anm.(51)), S.107.
- (91) Vgl. Lammer, aO. (Anm.(51)), S.107.
- (92) Vgl. Lammer, aO. (Anm.(51)), S.108.
- (93) Vgl. Frister, aO. (Anm.(148)), S.154.
- (94) Vgl. Weil, aO. (Anm.(155)), S.246. また、フリスターも同様の見解から、二項説を否定する。さらに、「ニッツも「刑法一〇条a以下の条文の意味における秘密裏に捜査を行う警察官は、完全に刑事訴訟の領域で抑止的に(repressiv)に活動する」ため、基本法二三条三項による正当化は図れないとする(Nitz, aO. (Anm.(188)), S.213.)。
- (95) Vgl. Lammer, aO. S. 154f.
- (96) BGH (I. Senat), Urt. v. 6.2.1997 (StV 1997, 233f.)
- (97) Vgl. Felsch, Zahälter oder Schornsteinfeger?, StV 1998, 285ff.

- (198) Vgl. BGH, aO. (Anm.(196)), S.233.
- (199) Vgl. BGH, aO. (Anm.(196)), S.233.
- (200) Vgl. BGH, aO. (Anm.(196)), S.233.
- (201) Arnelung, aO. (Anm.(196)), S.257ff.
- (202) Vgl. BGH, aO. (Anm.(196)), S.233.
- (203) Vgl. BGH, aO. (Anm.(196)), S.233.
- (204) Vgl. BGH, aO. (Anm.(196)), S.234.
- (205) Vgl. BGH, aO. (Anm.(196)), S.234.
- (206) Vgl. BGH, aO. (Anm.(196)), S.234.
- (207) Vgl. BT-Drucks. 12/989 S.43. 同議事録によれば、「保護されるべき法益の重要性を考慮にいれるため、また潜入捜査官の投入に際しても比例原則を考慮するため、このような措置に対する憲法上の懸念は存在しない。」とされる。
- (208) Vgl. BGH, aO. (Anm.(196)), S.234.
- (209) Vgl. Hilger, aO. (Anm.(187)), S.449. は、本事案についての評釈である。その冒頭において、「ビルガー(Hilger)は、刑法一〇条cに関する問題が第1刑事部によって未解決のままで残されている」と述べる。

- (210) Vgl. Hilger, aO. (Anm.(187)), S.449.
- (211) Vgl. Felsch, aO. (Anm.(197)), S.288.
- (212) Vgl. Nitz, aO. (Anm.(188)), S.212.
- (213) Vgl. Wollweber, aO. (Anm.(178)), S.507.

- (214) Vgl. Wollweber, aO. (Ann.(178)), S.507.
- (215) Vgl. Roxin, aO. (Ann.(165)), S.45.
- (216) Vgl. Amelung, aO. (Ann.(154)), S.263. 同様の見解を示す論者としてアーメルンクが挙げられる。前述の通り、アーメルンクは、身分を隠した捜査官が、住居権者の同意を得て、情報収集のために他人の住居に立ち入ることを違法とみなす論者の一人である。彼によれば、まず、有効でない同意が違法な強制処分の法律効果を生じさせることが確認される。その結果、証拠使用禁止が生じるとする。ただし、アーメルンクがこのような見解を述べている論者は、StV 1985, 257ff. において掲載されており、これは刑法法一一〇条a以下の条文が刑法に編入される前の状況である。したがって、アーメルンクが、刑法法一一〇条cの基本法一三条違反を主張するかどうかというところまでは、確定できない。
- (217) クライ・前掲論文(註14) 一九二頁参照。
- (218) クライ・前掲論文(註14) 一九二頁。
- (219) クライ・前掲論文(註14) 一九二頁。
- (220) グリュンバルト・前掲書(註48) 一四三頁。
- (221) グリュンバルト・前掲書一四二頁。
- (222) BVerfG (2. Kammer der Zweiten Senats), Beschl. v. 11.4.1991. (NJW 1992, 168).
- (223) Vgl. BVerfG, aO. (Ann.(222)), S.168. また、連邦通常裁
- 判所(第五刑事部)一九九六年六月一九日決定(NSZ 1997, 72.)においても、伝聞についての証人の供述の評価に際しては、特別な慎重さが求められるとされている(Vgl. S.72.)。
- (224) Vgl. BGH (5. Senat), Beschl. v. 19.6.1996. (NSZ 1997, 72.)
- (225) Vgl. Meyer-Göbner, aO. (Ann.(142)), S.517.
- (226) Vgl. Lagodny, aO. (Ann.(49)), S.172.
- (227) Vgl. Lagodny, aO. (Ann.(49)), S.172.
- (228) Vgl. BGHS 32, 362; BGH StV 1995, 283. 判例は、供述に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
- (229) この点、新屋達之は、「被疑者から情報を収集する点では(尋問と)類似する行為であっても、取調べは供述者に対して自己負罪の危険を直接もたらし、かつそれが目的であるとさえいえるのに対し、隠密捜査官の場合、か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拒否特権ないし黙秘権の侵害は、取調べ自体に内在する強制的・糾問的性格に由来する。そこに、自己負罪拒否特権ないし黙秘権による保護が及ぶ核心がある。しかし、隠密捜査官の場合、通常はそのような状況は存在せず、一応は『自由な』雰囲気の中での会話である。」として、

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

(230) 新屋達之は、本稿で指摘した主たる問題点の一つである尋問類似行為と自己負罪拒否特権侵害の問題よりも、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あるという(新屋・前掲書(註10)四八八頁)。

(231) 本稿では、ドイツにおける潜入捜査官制度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査(agent provocateur, Lockspitzel)が利用されている。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、ドイツにおいては潜入捜査官のみについて立法が行われ、おとりはあくまで任意捜査として運用されている。この両者の違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のかという点については本稿では論じきれなかったが、別稿で明らかにしたい。