

フリードリッヒ・クリスチャン・シユロエダー著 「刑事訴訟法」 第三版(二)

吉田 宣之 訳

第二編…刑事手続の進行

第一章…事前手続(捜査手続)

第八節 公訴の提起に関する管轄(職権主義)

刑事訴訟法は、二種類の起訴の可能性を区別している、すなわち、検察庁による「公訴」(刑事訴訟法一五二条一項)と、被害者による私訴(刑事訴訟法三七四条以下)である。私訴は、少数の—さほど重大ではない—犯罪については、み許されている(誤解を招くのは、刑事訴訟法三七四条の「できる」という表現である)。その他の犯罪については、公訴が提起される。当然、検察庁によって(刑事訴訟法一五二条一項、アンダーライン)。このような原則は、職権主義と表現されているが、その「主義」という表現は、私訴犯罪という例外のある原則を意味している。

また、職権主義は、重要な法治国家的機能をも持っている。というのも、私訴は、刑事訴追の体系に反してはいるが、訴追を被害者の意向に関わらせているからである。それに関連して、私訴は、ある行為を起訴するか、あるいは、不起訴とせざるを得ないかの選択の可能性を開いた。正に、このことが、古くからの、ドイツの私訴訴訟を廃止する

根拠となったり、しかも、残念なことに、裁判所自身による手続の開始、すなわち、糾問訴訟という形式をとることにはなつたが。

第九節 刑事訴追に対する検察庁の義務（起訴法定主義と起訴便宜主義）

検察庁は、公訴の提起の権限を有するだけではない。それどころか、—「十分な理由」がある場合（刑事訴訟法一七〇条一項）—それに義務づけられているのであり、これに関する捜査と手続遂行可能性の確保のために「手続を取ら」なければならず（刑事訴訟法一五二条二項）、「犯罪を訴追し」なければならぬのである。このような義務づけは、ドイツの学問上では、起訴法定主義と呼ばれている。この「起訴法定主義」は、ある重要な、法治国家的機能を持つている。それは、恣意の禁止の現実化である。

検察庁が、訴追強制のある場合に、最高裁判所の判例に拘束されるのか、それとも、自身の法の見解に従うべきかは、問題である。BGH 15,155 は、前者であるべきだと判断している。有力な反対意見もあるが、この見解に従うべきである。裁判官の全能に対する均衡をとるものとして検察庁を持ち出すことも考えられないではない。しかし、この均衡は、自己固有の事実評価の中に見出されるべきであつて、自己固有の法の見解の中にはない。

刑事訴訟法一五二条二項は、趣旨を異にする規定を指示している。その規定とは、刑事訴訟法一五三条ないし一五四条 e である。起訴法定主義も、それ故、例外の存在する「原則」として妥当しているにすぎないのである。「起訴法定主義原則」の例外は、起訴便宜主義と呼ばれている。

「起訴法定主義」の「例外」は、時と共に、ますます、その範囲を拡大し、頻繁に認められるようになってきている（詳しくは、下記一二節）。一九九二年の司法免責法によって、責任の軽い軽罪、および、すべての軽い犯罪と中程度の

犯罪に対する訴追の免除が可能になった。一九九七年には、「起訴便宜主義」による手続の打切りが、すべての捜査手続の二七・三パーセントに達したのに対し、起訴は、二七・四パーセントである。それ故、「起訴便宜主義」は、「起訴法定主義」の「例外」、あるいは、「破口」以上のものというよりは、むしろ、それと並ぶ権限が与えられていると性格づけられるのである。適用範囲の本質的部分は、同様に、憲法に、すなわち、過剰禁止によって保護されている(BVerfGE90, 145 カナビス摂取に関して)。しかしながら、この禁止は、その前提条件の不明確さおよび一定の制裁と結びついているために、犯罪を法治国家的に取り扱うことについての危険を孕んでいる。

現在では、「起訴」義務と「訴追の免除」と定式化されている。刑事訴訟法一五二条二項による「起訴」に対する検察庁の義務の欠如、および「訴追の免除」の権限は、検察庁が、このような事案において、そもそも活動する必要があるとまでも意味しているわけではない。訴訟条件および開始の嫌疑は、このような場合であっても、確定されなければならず、その意味では、刑事手続は開始されざるを得ないのである(下記一〇節、一一節参照)。「起訴便宜主義」は、また、手続の中止のための一つの可能性を与えている。それ故、「起訴法定主義」を捜査義務と公訴提起義務に区分し、「起訴便宜主義」を後者の欠落に限定しようとの試みもなされている。しかし、このような試みは、この問題を解決するには至っていない。というのは、「起訴便宜主義」は、本来、司法の負担軽減と、包括的な捜査に対する被疑者の負担軽減に資するためのものであるため、起訴に十分な犯罪の嫌疑の有無についての決定に至るまでの徹底した捜査は、必要とされていないからである(下記一二節参照)。

むしろ、「起訴法定主義」および「起訴便宜主義」という名称に代えて、起訴義務と、犯罪の嫌疑に対する中止の可能性と呼ぶべきではなからうか。ただ、その際、十分な事実上の根拠がある場合には、常に、手続開始義務があるという点は考慮されるべきである。

詳細な文献：Schroeder, Legaliitäts- und Opportunitätsprinzip heute, Peters-Festschr. 1974, 411; Gössel, Überlegungen zur Bedeutung des Legaliitätsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverfahren, Dünnebier-Festschr. 1982, 121.

公訴提起とそれに結び付けられている捜査とは、さらに、相当性原則に一般的に服しているのかの点で、争われている。強制処分、特に、未決勾留命令の場合には、常に、当事者に対する影響が衡量されなければならない。さらに、連邦憲法裁判所は、今まで、例外的場合に限って刑事訴追義務を他の利益に対して後退させてきた (BVerfGE 44, 353; 助言活動を危殆化するという理由での、薬物助言所での記録の押収不許可)。また、人質事件の場合、一少なくとも、刑法三四条の緊急避難の観点の下に―訴追の単なる延期の保証は、許されてよいのではなからうか(しかし、強要され、釈放された Bader-Meinhof-Gruppenmitglied Rolf Pohle に対する刑の執行についての BVerfGE 46, 222 を参照)。それに対して、騒動や狼藉による脅迫は、検察庁の不起訴の十分な根拠とはならない (この点については、Ulrich ZRP 1982, 169; Rieß Dünnebier-Festschr. 1982, 149; Schmidt-Jortzig NJW 1989, 129; LG Bückeburg NSZ 1982, 71)。

第一〇節 訴訟条件

(一) 総説

刑事訴訟法一五二条二項によれば、検察庁は、すべての「訴追可能な」犯罪を、起訴しなければならない。と同時に、手続条件あるいは訴訟条件とも呼ばれている、訴追条件は存在しなければならない。

しばしば、訴追は、逆に、一定の、積極的な出来事あるいは属性によって排除されることがある。たとえば、訴追時効(体系的に不適切ではあるが、刑法典に規定されている、七八条以下)、連邦議会によって取り消されるまでではあるが、議員の免責特権(基本法四六条二項、刑事訴訟法一五二条 a) および既判力(二重処罰の禁止、基本法一

〇三条三項参照)。したがって、これら諸条件の不存在が、訴追条件、手続条件あるいは訴訟条件と呼ばれるのである。この仰々しい表現方法に代えて、これらの条件の存在は、訴追障害、手続障害あるいは訴訟障害とも呼ばれている。訴訟条件と訴訟障害という表現は、それ故、同じ事態の鏡に映った映像的表現に過ぎない。

(二) 公訴の費消

ラテン語では「*ne bis in idem*」と表現される、二重処罰の禁止(基本法一〇三条三項)は、既に、同一事実について、既判力のある判決後の訴追を禁止している(BGH 5, 329)。このことから公訴の費消という手続障害が発生する。これは、また、阻止作用とも呼ばれている。この点については、何が、被疑者が処罰された「犯罪事実」であるのかを確定するのが非常に難しく、争われている。

二重処罰の禁止にあつては、最初の判決によってどのような処罰の可能性が「費消」されたのが、重要である。その際に行為の法的評価が重要ではないという点では、見解の一致がある。この結論は、刑事訴訟法一五五条、二六四条から導かれる。判例は、「行為」、すなわち、実体法上での実在的競合と観念的競合との区別に用いられる「犯罪」の概念に準拠するのではなくて、所謂訴訟上の行為概念、すなわち、「実生活上単一体を形成する歴史的経過」(BGH 32, 216)という概念を發展させた。

詳細な文献：Gillmeister, Zur normativ-faktischen Bestimmung der strafprozessualen Tat, NSHZ 1989, 1; Schlehofer, Der Verbrauch der Strafklage für die abgeurteilte Tat, GA 1977, 101; Schroeder, Die Rechtsnatur des Grundsatzes „*ne bis in idem*“ JuS 1997, 227.

(三) 生命と訴訟能力

被疑者の死も、一つの手続障害である (BGH 45, 111)。

それ以外の訴訟条件には、所謂弁論能力がある。この能力の主たる意味は、公判に関与する能力にあるが、それ以外にも、この能力は、公判外にあつても有意味的であり、弁護の利益を熟慮し、納得して利用するという能力を包括するのである (OGH 2, 377)。「弁論能力」という表現は、民法法の強い影響の下にある、民事訴訟における「訴訟能力」と刑事訴訟能力とを区別するために、特徴的に用いられたものではあるが、あまりにも口頭弁論を考慮しすぎることになるという欠点を持っている。それ故に、「刑事訴訟能力」という表現の方が、むしろ良いのではなからうか。

児童と刑事司法との一切の係わりを禁止するために、一四歳未満の者は、刑法一九条の責任無能力という実体法上の意味を超えて、一般に訴追障害と理解される (RG 57, 206)。

(四) 新たな訴訟障害の拒否

近時、刑事訴追に伴う、あらゆる可能的な、好ましくない付随現象に対して、訴訟障害を考えようという試みがなされている。たとえば、過度に長い手続の継続、警察のおとりによってなされた犯罪の挑発、検察庁による弁護活動予定の違法な閲覧、刑事訴訟法一五四条による不訴追の約束などである。判例は、評価ではなく (BGH 32, 351; 33, 362)、事実根拠としている手続障害が全体として手続を阻害する重要性を獲得するのであるとして、このような試みを拒否している (NJW 84, 1907; Weigend JR 1991, 257 の評釈のある BGH 37, 13)。個々の官庁の職員の過誤は、国家自体のせいにならなければならない。刑罰請求権の喪失は、懲戒手段としては許されないし、また、適当でもない (Becker StV 1985, 399 の評釈のある BGH 33, 283)。長過ぎる手続の継続については、下記四二節参照。

連邦憲法裁判所は、残念ながら、このような方向での努力に、次のことによつて先鞭を与えてしまった。すなわち、ドイツ民主共和国による連邦共和国に対する包括的な探索の企画者達に「憲法を理由とする刑事訴追障害」を認めることによつて、と同時に、実体法と訴訟法との区別を不明確にすることによつて (E 92, 277 参照)。過度に長い手続継続への拡大については、NSZ 2001, 261。

詳細な文献：Scheffler, Rechtsstaatswürdigkeit und Einstellung von Strafverfahren, JZ 1992, 131.

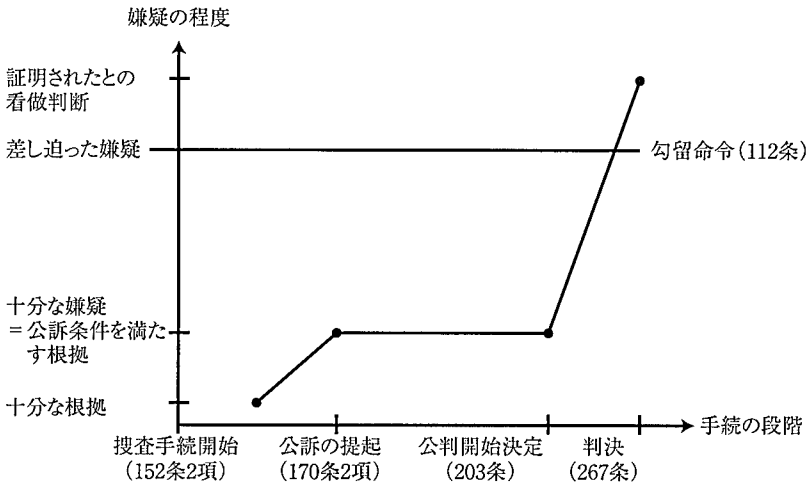
(五) 手続開始の際の、重要な訴訟条件、または、訴訟障害のまとめ

- a) 告訴、あるいは、刑事訴追に対する特別の公的利益
- b) 公訴の費消、あるいは、他の裁判所への訴訟係属
- c) 刑事訴訟能力
- d) 刑罰能力
- e) 訴追時効
- f) ドイツの裁判権からの免除、所謂治外法権、特に、外交官の (裁判所構成法一八条ないし二〇条)
- g) 連邦議会による身分の剥奪までの議員の治外法権

第一一節 個々の刑事手続の開始

一 厳格な意味での手続の開始

(一) 初期的嫌疑



検察庁は、刑事訴訟法一五二条二項に従って、「十分な事実的根拠」がある場合、手続を開始しなければならない。それは、「嫌疑」である（刑事訴訟法一六〇条一項）。実務は、これを「初期的嫌疑」と呼んでいる。初期的嫌疑は、蓋然性の程度として低い場合もあろうが、訴追可能な行為が行われたという蓋然性である（刑罰手続と過料手続に関する指導要領追加措置Eの六号の二）。この嫌疑は、「事実的根拠」として存在しなければならぬが、以下のような嫌疑よりは程度の低いものである。すなわち、「公訴の提起に十分な根拠」（刑事訴訟法一七〇条一項）、あるいは、「それと同義である」公判開始に必要となる「十分な嫌疑」（刑事訴訟法二〇三条）、未決勾留命令に必要な「差し迫った嫌疑」（刑事訴訟法一一二条）、および、そうであるが故に、当然に、有罪判決にとって必要な「証明されたとの看做判断」（刑事訴訟法二六七条）である。

時折、「根拠」が「十分」であるかどうか、捜査の必要がある場合がある。これは、「事前捜査」と呼ばれている。しかし、このことによつて、有名人の場合に捜査手続の開始を十分な嫌疑まで先送りすることが許されることにもならないし、嫌疑者に被疑者・被告人としての権利を不当に与えないでおくことにもならない。

(二) 告訴・告発と、その他の情報の入手

検察庁は、「告訴・告発あるいはその他の手段によって犯罪の嫌疑を認識するや否や、捜査を開始しなければならない(刑事訴訟法一六〇条一項)。

多くは、告発によって情報を入手するにいたる(刑事訴訟法一五八条一項)。このことは、しかし、告発者に対していかなる権利も請求権も与えるものではなく、初期的嫌疑の有無を検討するための一つの刺激に過ぎない(それ故、折に触れてなされる、一定の人に対する告発がなされたという新聞報道は、一種のスタンドプレーに過ぎない)。告発は、もしかすると開始されるかもしれない訴追強制によって、間接的にその効果を持つに過ぎないのである(上記九節参照)。告発よりもかなり強い効果を持つのが、刑事訴訟法一五八条一項に規定されている「告訴」である。ここでは、親告罪における周知の告訴が問題にされているのではない(刑法七七条以下)。この種の告訴は、刑事訴訟法一五八条二項で初めて取り扱われるのである。刑事訴訟法一五八条一項の意味での「告訴」は、刑事訴追についての特別の関心の表現に過ぎない。これは、告訴者に不訴追の場合に、その理由を知る権利(刑事訴訟法二七一条)と、
—彼が被害者である場合の—訴追強制の開始への権利(刑事訴訟法一七二条参照)を与えるだけなのである。第四番目の制度は、裁判手続の結果についての通知に対する、被害者の「請求」である(刑事訴訟法四〇六条d参照)。この手続の可能性について、被害者に教示されるべきである(四〇六条h)。しかも、告発がなされた時には、すでに教示されているべきである。

刑事告発

刑事訴訟法一五八条一項

嫌疑の検討

(刑事訴訟法一六〇条一項)

と、場合によるが、公訴の提起(刑

事訴訟法一五二条二項)への根拠

「告訴」 刑事訴訟法一五八条一項

不訴追の通知(刑事訴訟法一七〇条)への請求権をともなった刑事訴追に
対する特別の関心の表現と、告訴人が被害者であった場合の、訴追強制手
続(刑事訴訟法一七二条)

請求 刑事訴訟法一五八条二項

刑事訴訟法一五八条一項の「告訴」が含んでいる、刑法七七条以下の親告、

刑事訴訟法一五二条二項

手続結果の通知に対する被害者の請求

刑事訴訟法四〇六条d

情報の入手についての「その他の手段」は、たとえば、新聞の精読や自身による観察である。検察官が職務外で情報を入手した場合にも、捜査の開始が義務付けられているかの点は、争われている。もしも、これが肯定される場合には、検察官の私生活が強く規制されることになろう。判例は、職務外で情報を入手した場合における開始義務を、その種類と大きさが公衆や国民全体の利益に著しく関係してくるような犯罪(たとえば、政敵に対する重度の暴行、BGH 12, 277)に限定している。

(三) 警察による刑事告発とその他の情報入手

刑事告発は、刑事訴訟法一五八条一項によれば、警察によってもなされうるものであり、しかも、それが原則となっ

ている。警察は、その場合およびその他の情報入手の場合に、刑事訴訟法一六三条によって、「事案が隠蔽されるのを防ぐために、犯罪を探索し、一刻の猶予も措かずあらゆる種類の命令を出し」、また、その結果を「遅滞なく検察庁に送付し」なければならない。所謂警察の「初動捜査」である。他方、検察庁は、捜査活動のための組織が限定されているために、警察に頼らざるを得ず、すぐさま警察に折り返し指示を出し、それによって事件を警察に戻さなければならぬといえよう。このような状況にかんがみて、実務は、警察は、原則として、独自に捜査を続け、最終報告を付して結果を検察庁に送付するというように考えている。けれども、このような場合であっても、検察庁は、捜査手続の女主人であり、また、女監督者にとどまっているのである。困難な事案や法的问题の場合にあつては、警察は、検察庁と連絡を取らなければならない。

(四) 被告人の権利

捜査の開始と共に、捜査手続が、と同時に、刑事手続が進行する。

刑事手続の開始によって、被疑者は、「被告人」となる（刑事訴訟法一五七条、これと、たとえば、刑事訴訟法一六三条bとを比較）。このような移行は、重要な結果を伴う。被告人は、被疑者に比較して、一面では、より多くの権利を持っているのに対して、他面で、より多くの義務を負っているのである。

確かに、被告人には、早い時期の取調べ、および、彼に対して開始された捜査手続についての情報を請求する権利は、存在しない。被告人の取調べは、遅くとも、捜査の終了までにはなされなければならない（刑事訴訟法一六三条a一項）。これは、捜査機関を、捜査手続を被告人に対して秘匿し、捜査が「水も漏らさない」状態になって初めて、彼を尋問し、それに伴って、情報を伝えるという方向へ誘うことになる（Dahs NJW 1985, 1114）。他方、その際、進

行している捜査の状況を知らせることが、多くの場合、逃亡の恐れあるいは罪証隠滅の恐れを誘発し、それによって、未決勾留の前提条件を満たしてしまうということも考慮されなければならない。それ故、非伝達は、多くの場合、被告者に対する大きな法的不利益を回避するために、正に、必要なのである。

二 現代の前倒し傾向

現代の捜査手続は、行為者を現場で即座に取押さえ、特に、彼の共犯者や背後者を把握できるようにと、犯罪行為が現に行われたことを待つというよりは、既に、それ以前の犯罪発生の危険を捜査するという傾向にある。この点についての典型的な例は、麻薬の世界へ諜報員を潜入させ、そうすることで麻薬の伝令の到着を早期に探索し、それを長期間に渡って追跡し、最後には、顧客への譲渡の際に逮捕する場合である。このようなやり方は問題である。というのも、その際、一面では、(行われた!) 犯罪行為の嫌疑が存在していないということであり、他面では、警察法でいう、具体的、可罰的な行為の防止あるいは阻止がなされていないからである。一度、このような新しい種類の領域が警察法あるいは刑事訴訟法に付け加えられるべきかどうかが議論されたことがある。警察は、「予防的犯罪制圧」という標語の下に、このテーマを独占しようとした。しかし、多数は、このような措置を、まったく許されないものと考えている。それは、この措置が、人を具体的な嫌疑なしに監視下に置き、そうすることで、無罪の推定や市民の法的誠実さに代えて、有罪の推定と法的不誠実さを前提にすることになり、監視国家に移行してしまうためである。議論は、以下のような制度をめぐるてなされている。

(一) 先導的捜査

刑事訴追庁には、現在、犯罪行為を初期段階で発見するために、一定の出来事を観察することが、求められている。このような場合には、まだ、刑事訴訟法一五二条二項、一六〇条の意味での「嫌疑」も、それ故に、起訴するための法的基礎も存在していない。各州の法務大臣と内務大臣は、刑罰手続と過料手続に関する指導要領に対する追加措置Eとして「先導的捜査」という制度を作った。これは、検察官および警察が、自ら、その法定の権限内で、さらに捜査を継続・進行する端緒を入手するために、情報を入手するか、あるいは、すでに明らかにされている情報を総合する場合に、許される(六号の一)。さらに探索するための端緒が明らかになった場合、刑事訴追庁は、それを究明することができる。しかし、訴追強制はなく、その目的は、初動的嫌疑が存在するか否かを明らかにすることである。さらに究明が必要であるか否かの判断は、相当性を考慮してなされる(六号の二)。

(二) 前段階的捜査

さらに問題なのは、所謂前段階的捜査、または、警察の「実効的活動」と呼ばれるものである。ここでは、経験則上危険を内包していると思われる領域へ、犯罪が犯されると間髪を入れず、その出鼻を挫き、犯罪環境を破壊することを可能にするために、監視のために潜入することが、問題とされている。確かに、一部では、この概念内容の多くのものを出来る限り「先導的捜査」の概念の中へ取り込もうとする試みがなされている。この前段階的捜査の手段としては、特に、極秘で働いている、私的な「情報提供者」(個別の事件について)、および、「V-Personen」あるいは「V-Leute」と呼ばれる、警察に雇われている情報提供者がいる。なお、これらの者は、犯罪環境あるいはそれを取り巻く状況によって(長期間に渡って、この点については、刑罰手続と過料手続に関する指導要領にたいする追加措置D参照)、たとえば、飲食店の店主、ウェイター、タクシー運転手や偽装した警察署員でありうる(BGH32,

〔二〕参照)。北アメリカ法において用いられている「under-cover-agent」という表現は、広範な権限を意味することになるので、ドイツ法では認められていない。「前段階的捜査」という表現は、捜査に必要な、具体的な犯罪の嫌疑が欠けていることを誤魔化そうとしているように思える。

(三) 犯罪既遂までの待機

かなり頻繁に行われるようになってきているのであるが、警察は、意識的に、行為者と、場合によっては、その共犯者をも訴追可能にするために、犯罪が既遂に達するまで待機することがある（麻薬の販売、恐喝金あるいは身代金の受領、公然となされる警告の代わりに隠密裏に設置されたねずみ捕り装置）。これもまた、一厳格に捉えれば―実行された行為を根拠にしてなされた警察権の介入ではない（刑事訴訟法一五二条二項）。他方、そうすることを訴追機関に拒むことが出来ない場合であるとしても、行為者を現行犯として逮捕することが可能な時点にあつたとは言えよう。現に、刑事訴訟法一七二条は、現行犯の逮捕の可能性に関わるものである。犯罪行為の待機あるいは放置が、犯罪の予防と阻止という警察の任務と一致するののかという問題も、ある。しかし、この問題は、刑事訴訟法に属するものではない。確かに、警察は、犯罪者が罪を犯したことを証明するために、謀殺を放置しておくことは許されない。とはいえ、犯罪が形式的に既遂に達したに過ぎず、しかも、発生した損害を即座に回復できる場合には、別論である（麻薬や報酬の差押え、身代金の返却）。

(四) おとりによる犯罪の挑発

多くの事例で、むしろ警察が、特に、潜在的な麻薬の販売人を発見するために、おとりを使って犯罪を挑発してい

る(所謂見せ掛けの仕入れ係)。これは、行為を挑発するおとりの行為が、販売者自身の行為の意味を陵駕する程度に至らない限りで、許される(BGH35, 347)。この限界を超えた場合、公正な手続の命令に違反することになる(ヨーロッパ人権裁判所 NStZ 1999, 47; BGH 45, 321)。けれども、その違反は、訴訟障害になるのではなくて、単に、本来の刑罰減輕事由となるにすぎない(Sinner/Kreuzer StV 2000, 114 の評釈のあと BGH45, 321; Roxin JZ 2000, 363)。

(五) 将来の刑事訴追のための準備

将来の刑事訴追のための準備として理解されているのは、将来的に犯されるであろうと予想される犯罪について、捜査を可能にするため、あるいは、それを容易にするために資料を収集・蓄積することである。それには、警察の鑑識のための写真や指紋の調達(旧刑事訴訟法八一条b二項)、身体細胞のDNA分析(刑事訴訟法八一条g; この点については、Ohler StV 2000, 326) さらには、警察庁の情報交換システム(INPOL)がある。刑事手続に関する資料については、刑事訴訟法四八四条以下、四九二条以下が適用される。

詳細な文献 : Keller/Griesbaum, Das Phänomen der vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten, NStZ 1990, 416; Wolter, Beweisverbote und Informationsübermittlung der Polizei bei präventiver Videoüberwachung eines Tatverdächtigen, Jura 1992, 520; Siebrecht, Die polizeiliche Datenverarbeitung im Kompetenzstreit zwischen Polizei- und Prozessrecht, JZ 1996, 711.

第十二節 嫌疑の存在にもかかわらず手続が打切られる場合

第九節のところで、今日、所謂「起訴便宜主義」は「起訴法定主義」と対等の地位にあると、「起訴便宜主義」は、

それ故、具体的には、嫌疑が存在するにもかかわらず、捜査手続を打ち切ることを意味すると、述べておいた。このような打ち切りの可能性は、たとえば、刑事訴訟法一五三条ないし一五四条 e のように、一二か条にも及ぶ条文で規定されている。

(一) 事例群

a) 特に重要なのは、些事を理由とする手続打ち切りの可能性である。具体的には、軽罪であって、責任が軽い場合(刑事訴訟法一五三条)。さらなる条件は、訴追に対する公の利益が存在しないことである。「公の利益」とは、この場合、一般予防と特別予防が、さらには、また、その他の利益、たとえば、一定の、犯罪を助長するような要素の発見、あるいは、法律問題の明確化のような利益が、考えられている。

些事を理由とする打ち切りの可能性は、被疑者の責任の不存在を確定しないままにしておくという危険を孕んでいる。弁護士は、捜査手続が、無罪を証明すると確信できる証拠を提出した後で、「些事」を理由に打ち切られる経験を少なからず経験しなければならぬ。このことは、被疑者・被告人にとっては、弁護費用が、起訴便宜主義による打ち切りの場合、国庫に支払い義務を課することを許さないことになるため、非常に重大なことである(刑事訴訟法四六七条)。

b) 重要性が増してきているのは、刑事訴追の公の利益が、賦課(遵守)事項や指示によって排除されることである(刑事訴訟法一五三条 a)。

一九九三年の司法負担軽減法によって、このような可能性が、「責任の重さが妨げとならない」ような事例にまで拡大された。したがって、この可能性は、中程度の犯罪の領域へも拡大されるべきことになる。それ故、上述の疑問は、ますます深まることになった。

(二) 同意の必要性

重大な判決の場合、起訴提起の免除には、裁判所の同意が必要である（刑事訴訟法一五三条一項一文、一五三条a一項一文、一五三条b、一五三条e）。この点については、問題は、裁判所に向けられているのである。「起訴法定主義」は、ここでは、「緩和」されているだけなのである。その他の事案の場合には、検察庁が単独で決定することができる。特に、単なる違警罪（「食料品窃盗」）のような、取るに足らない窃盗、ただし、これは一九七五年に軽罪へと格上げされたが、このような犯罪に対する判断を止める場合のために、検察庁の独占的な打切り権限が、導入された。一九九三年の司法負担軽減法によって、この権限は、法定刑の下限について加重のされていない、また、結果も軽微である、あらゆる軽罪へと拡大されたが、憂慮されるべきである（刑事訴訟法一五三条一項二文では、「裁判所の同意」が、一五三条a一項六文）。刑事訴訟法一五三条aの「嫌疑刑」は、それ故、裁判所によって科せられることはない。

(三) 打切りの既判力の限定性

検察庁は、支配的見解によれば、訴追の免除とそれに伴う手続の打切りに拘束されるのではなく、何時でも、再度、訴追を行うことができる（BGH 30, 165; 37, 13）。その限りで、「既判力」は、存在しない。けれども、このことは、公法上の信頼保護に違反する（行政訴訟手続法四八条; Schroeder NZStZ 1996, 319）。刑事訴訟法一五三条a一項四文では、限定された既判力が、法律上認められている。

(四) 嫌疑が存在し、手続打切りの請求権がない場合

嫌疑が存在するにもかかわらず手続を打切る場合、武器対等の原則に反することになるとされるが、その理由は、被疑者・被告人が、法律によって定められた条件を満たしているにもかかわらず、打切りを請求する権限を持っていない点にある。そのために、被疑者・被告人は、検察庁の当該提案を、場合によっては、雅量のあるものと感じることができるかもしれない。これに対する法的可能性については、Terbach NSfZ 1998, 172。

第三節 警察と捜査裁判官との協働

検察庁は、起訴しなければならぬかを決定するために、事態を追突すべきである（刑事訴訟法一六〇条一項）。それに加えて、手続の保全と犯罪の予防という任務も課せられている（下記一四節、一五節参照）。このような重要な任務を満たすために、検察庁に認められている装備は、しかし、お寒いものである。検察庁には、二つの観点、すなわち、事実上および法律上で、障害がある。このような二つの障害について、刑事訴訟法は、補整を計画している。

(一) 検察庁の事実上の障害とその除去

検察庁は、ほんの少しの人的および物的用具を自由にできるに過ぎない。年間約九〇〇万件の犯罪を訴追するために、四九九八人の検察官と九六五人の区裁判所付検事を動員できるに過ぎない（裁判所構成法一四二条一項三号）。さらに、検察庁が自由に使用できる、物的装備（公用車、実験室等）も非常に少ない。

これらの欠陥を補整するために、刑事訴訟法一六一条は、検察庁に警察の全装備を使用することを認めている。「要請あるいは依頼」という概念は、「官庁と公務員」に対応する。すなわち、要請は、警察庁に向けられたもので、依頼は個々の警察官に向けられているからである。いかなる警察官が「検察庁の補助官」として検察庁の指示に従わな

ければならないのかは、州の法令によって定められる（裁判所構成法一五二条；詳細は、Kleinkecht/Meyer-Göbner § 152 GVG Rn.6）。

(二) 検察庁の法律上の障害とその除去

多くの処分は、裁判官のみの権限に属する。

このような処分については、検察庁は、捜査裁判官に請求してすることができる（刑事訴訟法一六二条）。

捜査裁判官は、刑事訴訟法一六二条によって、検察庁の請求に基づいてのみ行うことができる（勾留命令については、刑事訴訟法一二五条、一二八条二項参照）。刑事訴訟法一六二条三項による審査義務は、実際は、制限されている。すなわち、捜査裁判官は、合法性のみを審査することが許されているに過ぎないのであって、請求された行為の合目的性までも審査することが許されているわけではない。その点に、その限りで検察庁が事前手続の「女主人」であることが、示されている。検察庁が請求した場合、裁判官は、勾留命令を取消さなければならない（刑事訴訟法一二〇条三項）。捜査裁判官によって審査されるべき合法性には、もちろん、相当性も含まれている（OLG Düsseldorf, NSZ 1990, 144）。

捜査裁判官を、無意味であると思われる捜査であつても実施しなければならないという義務によって、検察庁の請求に拘束することは、基本法九七条の裁判官の独立の原則に抵触するのではないか？ このような異議を防ぐために、

BVerfGE 31, 45は、捜査裁判官による取調べを「裁判」としてではなく、検察庁の執行権の行使に対する共助と看做している。しかし、行政権保護を回避するために（下記二節参照）、連邦憲法裁判所は、搜索命令を、再度、裁判行為と看做している（BVerfGE 49, 341）。実際的には、捜査裁判官の召致という必要条件は、むしろ、当事者の権利

保護に資するものである。比較的新しい見解は、それ故に、強制処分（裁判）と捜査処分（共助）とを区別しようとしてゐる (Ries LR § 162.1)。

第一四節 捜査と証拠収集

一、総説

(一) 検察庁と警察は、事実の真相を究明しなければならない (刑事訴訟法一六〇条、一六三条)。刑事訴訟法は、その限りで、「捜査」という表現を用いている (刑事訴訟法一六〇条二項、三項、一六一條、一七〇條) のに対して、裁判所に関しては、「審理」という表現を用いている (刑事訴訟法一二条二項、一四條、一五條、一五五條)。刑事訴訟法一六〇条一項によれば、捜査は、公訴を提起するか否かの決定に貢献すべきものとされている。以前に問題となった、刑事訴訟法一六一條、一六三條が十分な侵害権限を含んでいるのかそれとも、単なる任務の割当にすぎないのかの問題は、一九九九年の刑法修正法が、第一に、明らかにしたことである (この点については、Schroeder JZ 2001, 84)。これらの規定は、これまで、捜査の一般条項にすぎなかった。そのため、基本権を著しく侵害する場合には、個別の権限付与が必要なのである (下記「二参照」)。

(二) 捜査の形態としては、特に、次のようなものがある。すなわち、

— 犯罪被害者、それ以外の証人、鑑定人および被疑者の尋問

— 犯罪現場の検証

— 犯行用具のような対象にたいする検証

―書面の読込と分析

刑事訴訟法は、また、以下のような四つの証拠方法を予定している。すなわち、

二つの人的な証拠方法として、

―証人(刑事訴訟法四八条ないし七一条)

―鑑定人(刑事訴訟法七二条ないし八五条)

二つの物的な証拠方法として、

―検証もしくは検証物(刑事訴訟法八六条ないし九三条)

―書証。

被告人の尋問は、刑事訴訟法二四三条、二四四条によれば、証拠調べには分類されていない。けれども、被疑者あるいは被告人の尋問は、刑事訴訟法の中で、詳しく規定されている。それによれば、手続に沿って順序正しくなされなければならず、実務での最初の尋問は、指図という形式で規定されているにすぎない。すなわち、

警察で(一六三条 a 四項)

検察庁で(一六三条 a 一項ないし三項)

捜査裁判官で(一三三条ないし一二六条 a)

公判で(二四三条二項二文、四項)。

とりわけ、被疑者の自白は、重要な証拠方法である(むろん、これは、―その他の証拠方法と同様に―強制的ではなく、刑事訴訟法二六一条の心証に服するものである)。それ故、被疑者の説明は、広義の、実体的意味での証拠方法である(BGH2, 270; 28, 198)。

あらゆる捜査は、これら五つの証拠方法に分類されなければならない。被害者の尋問は、人証とされ、現場検証は当然のこと、騒音の聴取でさえも、「検証」とされる。

その他の証拠方法の検討は、その証拠価値に従ってなされるが、他方、被疑者は、一法的審問の発露として（基本法一〇三条一項）―公訴提起前に尋問されるか、あるいは、書面による陳述の機会が与えられなければならない（刑事訴訟法一六三条 a 一項）。

(三) さらに、検察庁と警察は、公判に必要な証拠方法を収集しなければならない。というのも、検察庁は、起訴状において証拠方法を挙示しなければならず（刑事訴訟法二〇〇条一項）、公判に必要な証拠方法を提出しなければならぬからである（刑事訴訟法二二四条四項）。この目的のために、特に、証拠方法として意味のある対象物を確保しておくなければならない（刑事訴訟法九四条一項）。加えて、検察庁は、滅失の恐れのある証拠を、公判で使用できる形態で提示するか、あるいは、提示させなければならない（刑事訴訟法一六〇条二項）。このことは、とりわけ、血液採取（刑事訴訟法八一条 a）、被害者の身体に残された犯罪の痕跡や結果（刑事訴訟法八一条 c）、検視（刑事訴訟法八七条）および証人の供述のビデオ撮影（刑事訴訟法五八条 a）、および公判で証人を尋問することができなくなる危険性がある場合の裁判官による尋問の指示（刑事訴訟法二五一条から二五三条）の場合になされる。

二、捜査と証拠保全のための強制処分とその他の基本権の侵害

(一) 概説

捜査のために、また、それによって上述の証拠方法に達するために、検察庁は、―一部は捜査裁判官の権限を超えて、また、一部分は、警察にも認められているが（上記一三節参照）―特別な手段、すなわち、刑事訴訟法上の強制

処分とその他の基本権の侵害とを用いることができる。それらは、とりわけ、刑事訴訟法第一編の八章と九章にまとめられている。けれども、強制処分は、七章、九章a、一〇章、および、第二編の二章にも見られる。

処分は、だんだんと秘密裏に、職務上の表現を用いれば、「秘匿され」て（刑事訴訟法一一〇条a以下）、また、「非公然的に」（刑事訴訟法一〇一条一項）行われるようになっていく。一般的に、当該捜査に対する技術の進歩と高度化が、刑事訴訟法一六〇条および一六三条に規定されている。また、捜査の一般条項（刑事訴訟法一六一条参照）に規定されている一般的な任務規範から新たな可能性を取出すよう、あるいは、これらの規定を不十分であるとし、と同時に、特別規定を作ること（そのようなものは、特に、違法な麻薬取引等対策法参照）を要請しているのである。それに関連して、しかし、特別規定が当該可能性を余すところなく規定しているのかどうかという問題は、依然として、残されている。

強制処分の規定は、通例、二段階的である。すなわち、まず、処分の範囲を規定し、それに関連させて、それ以後の条項で、命令に対する管轄を定めているのである（たとえば、八一条a一項ないし二項、九四条ないし九七条、九八条、九九条ないし一〇〇条、一〇〇条aないし一〇〇条b等）。

すべての強制処分とその他の基本権の侵害は、相当性の原則の下にある。このことは、一部は、明文で命ぜられている（刑事訴訟法八一条二項、一一二条一項二文、一二〇条、一六三条b二項）。また、これは、一部では、重大な犯罪に結びつけられることによって、保障されている（刑事訴訟法九八条a、一〇〇条a、一〇〇条c一項一号b、二号、一一〇条a一項、一六三条e、一六三条f）。さらに、一部では、少数の強力な処分に限っては、補充性の原則も、明文で規定されている（刑事訴訟法一〇〇条a一文、一〇〇条c、一〇〇条a一項、一六三条e一項二文、一六三条f一項二文）。しかし、相当性の原則は、法律上明文で定められているか否かに関係なく、強制処分を

命ずる場合には、一般的に考慮されるべきである。

強制処分は、大抵は、制度として包括的に記述されている。これに反して、我々は、強制処分をその機能の点から分類的に記述してみたい。ただ、その際に、多くの強制処分が多機能的であることを認めざるを得ない(たとえば、証拠方法の発見、および、犯人逮捕のための搜索(刑事訴訟法一〇二条))。

以下のような目的を持った強制処分とその他の基本権侵害がある、すなわち、

- a) 搜索を目的として(下記二参照)、
- b) 証拠の保全(下記三参照)、
- c) 手続の遂行可能性の確保(下記一五節の一参照)、
- d) 判決の執行力の保障(下記一五節の二参照)、
- e) 犯罪の予防(下記一五節の三参照)。

多くの学者によって主張されている、捜査手続の公正な形成の原則(下記 a 参照、BVerfG NJW 1996, 772)は、「無原則性の原則」であるだけでなく、捜査活動に対する多くの法的制限に鑑みれば、むしろ、存在していないのである(Schroeder JR 1997, 96)。

(二) 捜査のための強制処分とその他の基本権侵害

a) 古典的なものは、

- aa) 同一性確定のための処分、これには、一二時間までの勾留、搜索および鑑識事務措置(刑事訴訟法一六三条 b 一項、一六三条 c、被疑者については、八一条 b、一三一条 a 二項、一三一条 b)、

- bb) 行為者の身元確認のための処分(刑事訴訟法八一条b)、
- cc) 裁判官あるいは検察官の面前への引致(刑事訴訟法二三四条、一六三条a三項)、
- dd) 人、物および住居の搜索(刑事訴訟法一〇二条)、
- ee) 郵便物の差押(刑事訴訟法九九条)、
- ff) 道路や広場への監視所の設置、所謂「警察の手入」(刑事訴訟法一一一条)。
- b) 隠密裏になされるものは、
 - aa) 個別的に規定されている(重大な)行為(所謂列举行為)における電話通信の監視、特に、電話接続の監視(刑事訴訟法一〇〇条a、一〇〇条b)
 - bb) 技術的な監視手段の利用、たとえば、カメラ、録音機、方位発信機、「包括的位置確認システム」([GPS], BGH StV 2001, 216) および、盗聴器と撮影器機(刑事訴訟法一〇〇条c)、一九九八年以降は、住居内における使用も(同条一項三号、所謂重大な秘密搜索)
 - cc) 同様に、一定の(重大な)行為についてのみであるが、隠密捜査官の投入(刑事訴訟法一一〇条a、特に、一一〇条b二項一号)
 - dd) 所謂「警察による監視」、正確には、「一般的な警察による監視の場合の特別監視」(刑事訴訟法一六三条e一項二文)
 - ee) 二四時間あるいは二日間以上にもおよび比較的長時間の観察(刑事訴訟法一六三条f)
- c) 医学的になされるものは、

- aa) 身体検査、特に、血液検査(刑事訴訟法八一条 a、八一条 c、八一条 d)
- bb) DNA の分析、所謂遺伝的な指紋、刑事訴訟法八一条 a によって得られた、あるいは、その他の方法によって獲得された資料(刑事訴訟法八一条 e、八一条 f)
- cc) 精神状態の鑑定準備のための精神病院への指示(刑事訴訟法八一条・二項ないし五項の厳格な保護規定)
- d) コンピュータを利用してなされるものは、
- aa) スクリーニング捜査(刑事訴訟法九八条 a、九八条 b、OrPKG 参照)は、実務では、ほとんど用いられていない
- bb) 刑事訴追ファイルあるいは予防措置ファイルとのデータ照合、たとえば、INPOL, SPUDOK(刑事訴訟法九八条 c)
- cc) 国境検問および警察による手入れデータの蓄積と利用

(三) 証拠保全のための強制処分

検察庁には、証拠保全のために、さらに、次のような強制処分が認められている。その中に、任意の提出が拒まれた場合に行われる、証拠方法として有意義でありうる対象に対する押収がある(刑事訴訟法九四条以下)。

また、これには、次のような明白な嫌疑がある場合になされる被疑者の拘禁も含まれている。すなわち、被疑者が証拠方法を破棄したり、変更したり、隠匿したり、隠蔽したりあるいは偽造したりするという嫌疑や、共同被疑者、証人あるいは鑑定人に不法に働きかけるか、その他の者にこのような行為をさせるといふ嫌疑(証拠隠滅の危険)で、刑事訴訟法一一二条二項三号による(所謂未決拘禁)。

詳細な文献は：Schroeder, Eine funktionelle Analyse der strafprozessualen Zwangsmittel, JZ 1985, 1028; Amelung, Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe, JZ 1987, 737; Geerds, Strafprozessuale Personenidentifizierung, Jura 86, 7ff; Rogall, Moderne Fahndungsmethoden im Lichte gewandelten Grundrechtsverständnisses, GA 1985, 1.

三 捜査における侵害権の制限

(一) 概観

捜査に関する規定、および、それ以上に、その際に可能な強制処分に関する規定は、一定の前提条件に結び付けられているか、あるいは、刑事訴追機関に対し、一定の義務を課している。

供述は、虐待、疲労、身体的侵害、薬物の投与あるいは欺罔によつて導き出されたものであってはならない（被告人については、刑事訴訟法一三六条 a、証人については、同法六九条三項、鑑定人については、同法二条）。

警察と検察庁は、刑事訴訟法五二条、一三六条、一三六条 a の厳格な条件を回避するために、情報入手の手段として私人、特に、秘密警察員を多用するようになっている。判例は、この場合、「聴取」ではないとしており、それ故に、刑事訴訟法一三六条、一三六条 a の適用可能性を否定している（BGH 40, 211-Sedlmayr 事件；BGH-GS 42, 139）。電話に対する警察官との共同傍受は、刑事訴訟法一〇〇条 a に違反していない。それは、電気通信の秘密の保護が電話関与者の内の最終到達機器までをカバーしているに過ぎないからである（BGH 42, 154）。さほど重要ではない犯罪の場合（刑事訴訟法九八条 a、一〇〇条 a、一一〇条 a 参照）にのみ、連邦裁判所大法廷は、「不服従原則に対する違反への近似性」（下記四四節参照）を肯定し、公正な裁判原則に対する違反（上記六節参照）を可能であると考へてゐる（Rieß NSiZ 1996, 502 の評釈のある BGH 42, 139; Roxin 1997, 18; Popp 1998, 95; 公正な手続の原則に対する違反に

ついでに概説は、BVerfG NJW 1994, 3219 を参照)。

さらに、証拠調べについての規定および、その際に可能であるとされている強制処分には、多くの制限が予定されている(たとえば、刑事訴訟法八一条 a…医師によってのみ許される身体的侵襲…刑事訴訟法八一条 d…女性あるいは医師によってのみ許される女性に対する身体検査)。

刑事訴訟法学は、このような条件や制限を、Ernst Beiling によって一九〇三年になされた講演を手本として、不許可の部分という意味で、証拠禁止と名づけた(証拠禁止という概念は、場合によっては、上位概念と看做されることもあり、また、証拠提出の禁止と証拠評価の禁止に区別されることもあるからである)。しかし、「証拠禁止」という表現は、誤解を招く恐れがあり、特に、明示的に禁止されていないことはすべて許されているという時代遅れの觀念に基づいている。それに反して、今日の見解によれば、逆に、基本権の侵害は明示的に許可されている場合にのみ許されるとされている。それ故、「証拠禁止」とは、—明示的に禁止されている例外的な場合は除いて(刑事訴訟法一三六条 a、二五〇条二文、二五二条)—捜査および証拠提出の際の侵害権限の制限と理解されている。

また、判例は、基本法から直接に証拠の不許可性を導いている。たとえば、基本法一条および二条から秘密裏のテープ録音(BGH 14, 358; Meyer JR 1987, 215 の評釈のある BGH 34, 39; BVerfGE 34, 238; 国家によって指示されたテープ録音については、現在では、刑事訴訟法一〇〇条 c 一項二号および三号が適用される)…人格が吐露されている日記の記載(BGH, 19, 325)。

けれども、この場合、人格領域に関して三つの「段階」が区別されるべきである。

a) 話し手の人格性が完全に後退し、話された言葉から彼の私的な性格が失われているような記録—完全に利用可能

b) 私的な生活様式の端的に不可侵な領域に抵触するような表現——完全に利用不可能

c) 一定の条件の下に国家の侵害に対して開かれているような私的生活領域に関するような表現——一般の優越的利益がある場合には利用可能 (BVerfGE 34, 238)。

人格的領域への関連性の「段階」は、闡覽によって決定可能であるので、実際的には、「証拠禁止」ではなく、使用禁止(下記三参照)が考慮されれば十分である。

(二) 体系化

「証拠禁止」の多くの場合を体系化しようとの試みがなされている。その場合、証明主題の禁止、証拠方法の禁止および証明手段の禁止が区別される。

けれども、この分類は、あまり効果的ではない。より重要なのは、立証の際に、国家の侵害権の制限がどのような目的に奉仕するのか、「証拠禁止」の「法益」は何かという問である。

そこでは、侵害権のこのような制限が今までに真実発見におよそ何も貢献してこなかったという事実が明らかにされるであろう。一四世紀から一八世紀にかけて日常的であったし、また、真実の歪曲化をもたらすとされた拷問——人間の尊厳に対する違反に加えて——の禁止は、刑事訴訟法一三六条aによって、疲労および欺罔の禁止へと、と同時に、すべての不任意の自己負罪からの保護へと拡大された。

近親者の証言拒否権(刑事訴訟法五二条)および、自らも犯罪の嫌疑をかけられている証人の情報提供拒否権(刑事訴訟法五五条)も、——少なくとも一次的ではないにせよ——真実発見の保護に基礎を置くものである。というのも、これらの人は、単に、証言拒否権もしくは情報提供拒否権を持っているに過ぎず、供述することもできるし、経験則上、

近親者を助けるために、往々にして不正に供述しているからである。旧法に対して、現行刑事訴訟法は、「不能証人」の制度も認めておらず、しかも、あらゆる証人を許可し、真实性の検討を刑事訴訟法二六一条によって自由な評価に委ねている (BGH 11, 215)。

被疑者に対する教示義務 (刑事訴訟法一三六条、一六三条 a 三項、四項)、それに関連する、このような教示なしの取調べの禁止、自己負罪の場合の情報提供の拒否権、および、適切な教示の義務 (刑事訴訟法五五条) は、非自発的な自己負罪に対する被疑者と証人の保護と、それに関連する手続の公正 (上記六節参照)、および、自己負罪への誘導の禁止 (下記四四節参照) に資するものである。刑事訴訟法一六八条 c は、法律上の聴聞を請求する権利を保護している。

その他、立証の際の侵害権の制限は、以下のような、訴訟外の権利も保護している。すなわち、—基本法一〇条による手紙、郵便および通信の秘密 (郵便物の差押および電話の監視を制限する、すべての規定、刑事訴訟法九九条ないし一〇〇条 b、一〇一条)、

—基本法一二条による住居の不可侵の基本権 (刑事訴訟法一〇二条ないし一〇五条による住居の搜索の制限についての規定)、

—基本法二条による人格の自由に関する基本権 (刑事訴訟法一〇二条ないし一〇五条による人の搜索の制限についての規定、すべての規定)

— BVerfGE 65, 1 による情報上の自由の決定に関する権利 (秘密裏に行われる、しかも、コンピューターによって制御された捜査処分)、

— 家族関係 (刑事訴訟法五二条、七六条、八一条 c 三項による近親者の証言拒否権、刑事訴訟法旧法五五条二項、

現行法七二条による近親者の自己負罪の際の情報提供拒否権)、

—健康(刑事訴訟法八一条a、八一条c二項)、

—羞恥心(刑事訴訟法八一条d)、

—一定の職業集団の構成員と訴訟依頼者の間の信頼関係(刑事訴訟法五三条、五三条a、七六条、八一条c三項)、

—国家機密(刑事訴訟法五四条、七六条二項、九六条、一一〇条b三項)、

—基本法一条、二条による一般的人格権(上述の、これらの規定から判例によって導かれた証拠禁止)。

(三) 証拠使用禁止

立証の際の侵害権限の制限は、実体法的には、公務員の行為の正当化を排除し、同時に、場合によっては、強要罪(刑法二四〇条)、言葉の信頼性の侵害(刑法二〇一条三項)等としての行為の可罰性を認めることにもなりかねない。しかしながら、立証権限の踰越が刑事手続自体にも影響を与えると考える必要はないのか、それ故、その場合には、刑事訴訟法固有の制裁も加えられるべきではないのが、問題となっている。それ自体として見れば、立証権限の踰越と、それに伴う証拠禁止の侵害は、すべて、刑事訴訟法三三七条によって、判決がそれに依拠している限り、破棄されることとなる「法律の侵害」である。けれども、真実の発見の保護にはまったく役に立たない証拠禁止に対する侵害が被疑者に有利になるように、彼がそれを「用いうる」かの点については、疑問が提起されている。立証権限の踰越によって得られた証拠方法が判決の際に使用できるのかどうか、それ故、「証拠禁止」の侵害が、原則的に、証拠使用禁止を導くことになるのが、争われている。

判決において証拠使用禁止を機能させるための条件は、提出を許可されていない証拠が公判に持ち込まれたという

ことである。このことは、提出が許可されていない供述を公判で被告人および証人が拒否する場合には、当該調査の朗読、録音テープの再生、あるいは、尋問者の取調べによっても起こりうる。このような証拠の使用は、限定的に許されているに過ぎない。書証は、公判では、朗読されなければならないし、録音テープは、再生されなければならない。しかし、こうすることは、たとえば、プライバシー保護の権利を新たためて侵害するような場合には、許され得ない。証拠禁止および証拠使用禁止の他に、公判への提出禁止もある（多くの場合、不幸にも、「証拠使用禁止」に分類されている—公判への提出は、裁判所による立証を意味するものであるから、むしろ、立証禁止とされるべきではなからうか、BGH 14, 384）。

立証権限を踰越して得られた証拠方法の原則的不使用を、刑事訴追機関に訴訟規定を厳格に尊重するように教示するという理由によって基礎づけようという試みがなされている（所謂証拠使用禁止の懲戒機能）。このような見解は、特に、アメリカの刑事訴訟学において主張されており、アメリカの映画に登場する警察官（「ダーティー・ハリー」）のフラストレーションの原因として良く用いられるものである。しかしながら、このようなことは、従来の形式的証拠収集規則の不遵守や、当該証拠禁止違反の場合にあっても、確かに、高いものにつき過ぎるのではなからうか。警察は、現実に、被疑者の不処罰によって「懲戒され」なければならぬほどの、行為者の処罰を導くための強い衝動を感じているのであろうか。しかも、警察官を規則に違反するように挑発し、そうすることで、明白な証拠方法を排除しようとする動きも存在する。また、最後に、一般的証拠使用禁止には、使用禁止が法律によって予定されているのはほんのわずかな場合であるという事実が反対の論拠となる（特に、刑事訴訟法一三六条 a 三項、同法六九条三項、七二条も参照）。

連邦裁判所は、当初、証拠使用禁止を、規定が被疑者の権利領域を保護すべきでない場合には、排除し、そして、

これを刑事訴訟法五二条二項ではなく、同法五五条二項について認めた(BGH 11, 213)、所謂連邦裁判所の権利領域論。この理論は、長い間、一致して否定されていたが、最近になって、Bauerが、規範の保護目的の理論によってこれを擁護した(NJW 1994, 2530)。この理論は、しかしながら、一般的原則としては妥当し得ない。それは、一方で、疲労させることによって得られた証人の供述は、被疑者の権利領域に無関係でも、使用不可能になってしまふからである(刑事訴訟法一三六条a三項、同法六九条三項も関連)。他方で、医療助手が容疑者のブラジャーの中に、被殺者の血痕の着いたナイフを発見したという事実が、この唯一の証拠を容疑者に対して使用することを不可能にするなどと言うことも、到底理解できない結論を導くことになるからである(刑事訴訟法八一条d参照)。また、医療助手によって採取された血液見本についても、連邦裁判所は、正当にも、その使用を許したのである(BGH 24, 125)。

後に、連邦裁判所は、証拠使用禁止の間について、常に包括範囲を拡大していき、法的安定性を志向する市民や知識の獲得を志向する学生にフラストレイションを与えるような、次のような見解に到達した。すなわち、それは、個別の事案において、国家的に組織化された共同体の持つ事実解明に関する利益と、証拠禁止によって保護された、その他の利益とを比較・考量しなければならぬ(BGH 24, 130; BVerfGE 34, 250)という、所謂考量論である。その考量の基準は、以下のようである。すなわち、

一方で、証拠規定に対する違反の重大さと、他方で、非難の対象たる犯罪行為の重大さ

— 証明結果の証拠価値に対する影響

— 証明結果が合法的に獲得され得たのか否かの問(所謂合法的証明獲得の仮定: Schlichter JR 1984, 517とWolter NSZ 1984, 276の評釈のものとBGH 32, 68; Rogall NSZ 1988, 385; Roxinの評釈のものとBGH NSZ 1989, 375; Schröder,

Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, 1992)。もとの「このような観点は、裁判官による電信・電話監視等についての命令を断念させることになるわけではなく。(BGH 31, 306; Roxin aaO)」。意識的な無視の場合には、公正な裁判の原則に対して違反することになる。

違反された手続規定が刑事手続における被疑者の手続法上の地位の基盤を保障するために規定されている場合には、使用禁止が考えられる (BGH 38, 220; 42, 21)。

このような基本命題に対応して、判例は、以下のような事案にあつては、証拠使用禁止を拒否している。すなわち、

— 刑事訴訟法八一条 a に反する医療助手による採血 (BGH 24, 125)

— 刑事訴訟法五四条に反する許可のない公務員の供述 (BGH NJW 1952, 151)

これに対して、判例は、以下の場合には、これを肯定している。すなわち、

— 刑事訴訟法一六八条 c 二項、一六八条 d 一項による起訴前手続における裁判官の取調べの際の被疑者の立会権の侵害 (BGH 26, 332)

— Schleyer 訴訟における録音テープの違法な獲得に基づいた鑑定、それは、裁判官がこれを合法的方法で獲得することができなかったと、また、非公開に話された言葉についての人格権が高い価値を持っていると考えたことによるのである (K.Meyer JR 87, 215 の評釈もある BGH 34, 53; 参照)。

— 黙秘権を知っていたり、異議の申立の欠如の場合を除いて、刑事訴訟法一六三条 a、一三六条に反する、警察、検察および捜査裁判官の面前での、被疑者の黙秘権についての教示の欠如 (Roxin JZ 1992, 923 と Fezer JR 1992, 385 の評釈のある BGH 38, 214; 42, 21) — BGH 22, 170; 31, 395; それに対して、公判における教示については、BGH 25, 325 参照)。

— 異議の申立の欠如の場合は除いて、刑事訴訟法一三六条に反する弁護士との相談の機会を与えなかったこと (BGH 38, 372; 42, 21)。

また、証拠使用禁止を、判例は、基本法から直接に導いているが、そこでは、原則として、他の利益、特に、機能的な刑事司法についての国家の利益(上記五節)が考量されることになる。基本法一条一項と関連する二条一項によって保護されている私的な生活領域への侵害がある場合、すなわち、私的な日記については、BGH 19, 329 が、秘密のテープ録音については、BVerfGE 34, 238 が、同様な判断をしている。容疑者とおとりとの通話を警察が裁判官の許可なくテープに録音した場合、連邦裁判所は、使用禁止を法治国家原理(基本法二〇条三項)から導いている (G: ssel JZ 1984, 361 の評釈のあと BGH 31, 308)。

許されない方法で獲得された証拠方法の使用は、疑いのないところであるが、その使用が新たに証拠禁止の保護目的を侵害する場合、常に排除される。このことは、家族の平和という利益にとって不必要であると思われる供述の使用についてもいえる(旧刑事訴訟法五二条、五五条第二択一文、七二条、七六条および八一条c三項)。

個別事案の解決は、次のような基本理解によっても影響される。すなわち、真実探求義務(刑事訴訟法一六〇条、二四四条二項)を起点とし、証拠使用禁止を「付随的な」例外と考えるか否か (BGH 27, 357; 28, 128; 35, 34) あるいは、— 正当にも— 証拠調が被疑者の基本権をたびたび侵害し、それ故に、許されない方法で獲得された証拠の使用の理由づけが必要とされるという前提から出発するか否かである。

一定の犯罪行為の嫌疑を理由になされた、許された強制処分 に際して、他の行為に対する証拠方法が発見された場合、所謂偶然の発見には、使用禁止は、考えられない(刑事訴訟法一〇八条)。

このような基本原則といえども、一定の重大な犯罪の嫌疑を理由に命ぜられた処分 に際して、このような重大な犯

罪のカタログに含まれていない犯罪の証拠が発見された場合には、適用されることはない（刑事訴訟法九八条 b 三項三文、一〇〇条 b 五項、一〇〇条 d 二項、一一〇条 e）。カタログに含まれた犯罪行為に対する偶然的発見の使用可能性の制限、すなわち、その「目的拘束性」からは、先行する証拠禁止のない証拠使用禁止の独特の形象が生まれてくる（Schroeder JR 1973, 253; BGH 18, 124）。同様のことが、どのような「領域」に関係するものであるかを、まず、確定しなければならぬような個人的な撮影や録音テープについても言える。

証拠禁止を意図的あるいは意識的に侵害したことによって得られた証拠方法は使用できないとの基本原則は、ここでのみならず、一般的に妥当するのである。BGH 24, 131 は「これを、公正な手続の要請から導いている。しかし、むしろ、ここでは、証拠禁止の侵害が、基本的には、多くの事案において使用不可能を理由に「高い付けを支払わせる」ことになるのであり、その意味で、手続法の侵害と看做されるべきである。この基本原則は、故意的な侵害の場合には、妥当しない。特に、その場合には、刑事訴追機関を懲戒に付することも、不可欠である。」

詳細な文献：Rogall, Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, ZStW Bd. 91 (1979), 1; Schroth, Beweisverbote im Strafverfahren, JuS 1998, 969; Wolter, Grundrechtliche Beweisverbote und europ. Ermittlungsverfahren, in: Wolter/Riedel/Taupitz (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, 319.

(四) 証拠禁止の波及効果

付随的な問題は、許されない証拠調と、それによって発生する証拠禁止に対する違反を基に、新たな証拠方法が獲得された場合に生ずる。たとえば、疲労状態にある被疑者（刑事訴訟法一三六条 a 一）が死体あるいは盗品の隠し場

所を漏らしたような場合である。ここでは、証拠禁止の波及効果が問題になる。アメリカでは、そのような場合に慣用的な、具象的表現、すなわち、「毒樹の果樹の理論」が、主張される。ここでも、連邦裁判所は、この原則の一般の妥当性を否定し、「禁止の事実状態と種類」とを指示している (BGH 29, 249)。連邦裁判所は、对基本一〇条法七条三項に違反して得られた、新たな証拠方法の使用可能性を否定している (BGH 29, 244—雑誌シュピーゲルの記者による電話の盗聴—問題性についての詳細な説明を加えて) が、刑事訴訟法一〇〇条 a によって不可とされている電話監視の結果に基づく追及によって得られた自白については、それがその追及による影響を受けている限りで、その使用が排除されている (Wolter NSZ 1984, 246—Schlüchter JR 1984, 517 の評釈のある BGH 32, 68; 35, 32)。

それに対して、刑事訴訟法一三六条 a に違反して得られた供述に基づいて獲得された証人は、使用可能とすべきである。

(五) 私人による証拠方法の違法な獲得

最後に、特異な問題性を提供するものは、私人が違法に証拠方法を獲得し (窃取された記録、秘密のテープ録音、自白の強要)、それを刑事訴訟法の使用に供するような場合である。支配的見解によれば、そのようにして獲得された証拠方法は、刑事訴訟法の証拠禁止が国家の官庁にのみ向けられていることを理由に、使用可能であるとしている。このような見解は、しかし、証拠使用禁止がそれに先行する証拠禁止を前提にしているという時代遅れの考えに基礎を置くものである。国家官庁による刑事手続への採用は、いずれにせよ、新たに人格権を侵害することになるのであるから、ここでも、また、「三段階説」が妥当すべきである (BVerfGE 34, 238)。

しかも、基本権に対する新たな侵害という側面を度外視するとしても、国家が違法に獲得された証拠方法の「故買

人」として立ち振る舞うこと自体、問題である。

詳細な文献：Otto, Die strafprozessuale Verwertbarkeit von Beweismitteln, die durch Eingriff in Rechte anderer von Privaten erlangt wurden, Festschr. f. Kleinkecht, 1985, 319; Wölf, Die Verwertbarkeit heimlicher Ton- und Bildaufnahmen im Strafverfahren, 1997.

第十五節 捜査手続における検察庁のその他の任務

(一) 手続遂行の確保

刑事訴訟法二三〇条以下、三三八条五号によれば、被告人の在廷が、原則として、公判にとつては不可欠であるので、検察庁は、被疑者に対して、逃亡あるいは逃亡の恐れを理由に、勾留命令を得ることも（刑事訴訟法一一二条二項一号および二号、一二五条）、逮捕の公示を指示することも（刑事訴訟法一一二条）、さらには、この権利は、警察にも認められているのであるが、被疑者を仮に逮捕することもできる（刑事訴訟法一一七条）。憲法上の重大な疑問に晒されているのは、一九九七年に導入された、迅速手続における「公判勾留」（刑事訴訟法一二七条b）である（最近では、Grasberger GA 1998, 530）。また、この目的を達するために、室内の搜索（刑事訴訟法一〇二条f以下）も、電話監視（刑事訴訟法一〇〇条aによれば、「被疑者の居所を捜査するため」とされているが）も許される。加えて、被疑者の弁論能力を確認するために、身体検査（刑事訴訟法八一条a）および精神病院への収容（刑事訴訟法八一条）も許されている。不在者については、出頭を確保するために財産差押えが可能である（刑事訴訟法二九〇条参照）。

現在、頻度が増しているのは、国内旅行中の外国人の犯罪である。手続の遂行を確実なものにするために、送達的全権委任者の選任を命じることができる（刑事訴訟法一二七条a、一三二条の「定まった住居」）。

(二) 判決の執行可能性の確保

未決勾留の執行は、被疑者・被告人が刑の執行を免れる危険が存在する場合にも、許される(後に生じた逃亡の疑いについては、刑事訴訟法四五七条が適用される)。刑事訴訟法一一二条二項二号の文言(被疑者・被告人が刑事手続を免れるかもしれないという危険)も、「刑事手続」という文言が刑の執行をも包括しているが故に、このような事案を包摂している。

国内旅行中の外国人に対する判決の執行を確保するために、適切な担保提供を命ずることができる(刑事訴訟法一二七条a、一二二条)。

現在、重要性を増しているのが、犯行用具や犯行の成果のような犯罪によって獲得された財産的利益の帰属と没収の問題である(刑法七三条以下)。この場合、当該財産的利益や対象が早めに移し変えられることの無いようにするために、手続の開始の際に、保全行為をしなければならないというのは、自明のことである。刑事訴訟法一一一条bないしnも、保全を許可している。刑事訴訟法一一一条oおよびpは、組織犯罪対策法によって導入された財産刑を保障するのに役立つている。

(三) 犯罪の予防

さらに、刑事訴訟法は、検察庁に、限定的ではあるが、犯罪予防の任務も割当てている。それによれば、次のような可能性がある。すなわち、

a) 再犯の危険を理由とする未決勾留の執行(刑事訴訟法一二六条a)

b) 公共の安全を理由とする精神病院あるいは禁断治療施設への仮収容の指示 (刑事訴訟法一二六条 a)

c) 暫定的職業禁止の決定 (刑事訴訟法一三二条 a)

d) 故意の犯罪行為の実行あるいは準備のために用いられたか、または、用いられる予定になっていた対象物の押収、および、公衆を危険に晒すかあるいは恐らくは違法行為の実行の用に供せられるであろう対象物の押収 (刑法七四条一項、二項二号に関連する刑事訴訟法一一一条 b)

e) 運転免許証の押収や運転許可証の一時的剥奪 (刑事訴訟法九四条三項、一一一条 a)

犯罪の予防の任務と捜査の任務とが特異な調和を見せているのは、刑事訴訟法一一〇条 a 一項二文である。それによれば、「一定の事実を根拠に再犯の危険が存在する限りで、犯罪の捜査に」秘密捜査官を投入することが許される。

(四) 将来の刑事訴追のための配慮

最後に、検察庁には、近年、将来の刑事訴追のための配慮をする任務が増大している。これには、以下のようなものがある。すなわち、

a) 「鑑識事務の目的のための」旅券と指紋押捺の確保 (刑事訴訟法八一条 b 参照)、

b) DNA の同一性の確定 (刑事訴訟法八一条 g、DNA 同一性確定法参照)、

c) 人的資料の蓄積 (刑事訴訟法四八四条)。

(よしだ のぶゆき・本学法科大学院教授)