

【翻訳】

## 君の知識を検討せよ — 刑事訴訟法(16版) — [3]

クラウス・ロクシン / ハンス・アッヘンバッハ  
秋山 栄一 訳

### 9. Sicherstellung von Gegenständen (対象物の押収)

問 120. 対象物の職務上の押収は、StPOではどのように規定されているか？

【答】 1975年以來、StPOは、対象物の職務上の押収 *amtlichen Sicherstellung* として、目的の異なる2つの手続を規定している。すなわち、専ら、手続の確保に資する証拠物の押収のための手続 (§§94 – 100, 101, 111k)、並びに追徴 *Verfall* および没収 *Einziehung* の対象物の押収の執行を確保するための手続である (§§111b から 111n まで)。これ等手続は、加えて、法律行為上の処分 of 阻止 *Verhinderung rechtsgeschäftlicher Verfügungen* を目指し、同時に、被害者の損害賠償を保障すべきものである。BVerfGE 105, 135 が、§43a StGB による財産刑を違憲であると明言して以來、1992年に盛込まれた §§111o/p は過去のものになっている。ドイツの運転免許証の押収についての法律は、とりわけ特別な扱いを受ける。すなわち、運転免許証が、§69III2StGB により没収されるのにもかかわらず、それは、§94III において §§94 ff. の規定に従うことになるからである。

問 121. 我々は、さしあたり証拠物の押収に取り組もう。押収は、如何なる形式でなされ、そしてこの形式はどのように区別されるのか？

【答】 法律では、3つの形式が個別的に列挙されている。

a) §94I による職務上の領置 *amtliche Inverwahrnahme* である。それは、任

意提出されたり、或いは遺留された対象物の場合に問題となる。

b) §94II による差押である。それは、任意に提出はされない対象物であるけれども、その物がどこにあるのかを刑事訴追機関は知ることができる場合に、或いはその存在を捜索によってつきとめることが可能な場合になされるのである。

c) §95 による提出の強制 *Erzwingung der Herausgabe* である。それは、対象物の存在について、本人がそれを保持していることを官庁は知ってはいるが、それを (捜索によっても §§102 ff.) 発見できないような対象物の場合に代えてなされるものである。そのため、差押はできない。このような場合において、その提出は、§70 の秩序罰および強制手段によって強いられる (例外は §96)。そして、対象物は、これを提出した後で差し押さえられることになる。

問 122. X が射殺された状態で発見された。彼の傍らにはピストルが置いてある。謀殺か自殺かどうかは、さしあたり未解決のままである。刑事係警部 *Kriminalkommissar* である K が事件現場に到着したとき、家屋の所有者である E はピストルを引き渡すことを拒んだ。なぜなら、そのピストルは彼の武器コレクションから盗難されていたものであったからである。

a) ピストルを差し押さえることは許されるか？

【答】差押は許される。「検査のための証拠方法として重要たりうる対象物」は、§94 による差押の下にある。それに対して、没収の客体 (§111b) としてのピストルの押収は、行為者の所有権が欠けているために (§74 StGB) 問題にはならない。また、§74a StGB にも該当しない。

b) 差押の命令とその執行の管轄を有するのは誰か？

【答】差押命令については、主として、裁判官が管轄を有する。ただ、この場合のように、遅滞の危険がある *Gefahr im Verzug* 場合には (指紋を消し去る!)、検察官のほかに、その捜査員 *Ermittlungsperson* であれば警察官 *Polizist* も差押が許される (§98I)。これは、K の場合でも認められる (Nr.35 参照)。この命令は、最初の介入 *ersten Zugriff* (§163) が問題となっ

ている場合には、口頭でもなされ、時間的には差押の執行と同じくするものである。したがって、Kは、ピストルを犯行現場で直接的に差し押さえることが許される。

c) Eがそれまでにピストルを隠匿した場合、Kは§95による提出の強制を命令することができるか？

【答】命令できない。§95IIによって適用される§70の強制手段は、裁判官、すなわち、起訴前手続における捜査裁判官 (§162) だけしか命令できないのである (§70III)。よって、遅滞の危険がある場合であっても、その限りでは如何なる手段も妥当しない。

問 123. 前掲の場合では、また、

a) Xの死体を、

b) 事件が起こった部屋を、それぞれ差し押さえることは可能か？

【答】それらは可能である。§94における「対象物」の概念は、人の死体と同様に、立入禁止や封印によって差し押さえられることの可能な不動産（部屋、土地）をも包摂する。

問 124. Fは、警察の警邏隊 *Polizeistreife* によって逮捕された。それは、アルコールを摂取していたために、もはや車を安全に運転することができないのにもかかわらず、自家用車で家まで向かおうとしていたからである。

a) 彼の運転免許証を差し押さえることは可能か？

【答】それは可能である。この場合、運転免許証は、§94IIIにより、§111aの定める運転免許証の仮剥奪について、その裁判の下地となる§94の差押を受ける (§111a III, IV)。このような§111aとの結合に鑑みて、確かに、§94IIIの意味における端的な剥奪の可能性は、差押にとって不十分である。むしろ、この点については、§§111aIStPO, §69StGBの意味での運転免許の剥奪をするに足る「差し迫った理由」が必要である。しかしながら、剥奪について語る§69IIStGBの証拠規定があるために、そのような差し迫った理由は、ほとんどの場合に肯定されうるであろう。それ故、差押は、

然るべき措置である。

b) 仮に、F が免許証をこのまま所持したままでいると、運転免許証を事後的に剥奪できなくなるだけでなく、飲酒運転を更に行うという危険が差し迫るような場合であれば、検察庁の捜査員は、§98I によって差押を命ずることが許されるか？

【答】これは、§98I によってその捜査員に差押処分の権限を付与するという「遅滞の危険がある」ものと解釈されなければならないという点に左右される。それにより、通常であれば、§94 の定める差押によって予防されるべき証拠の消失および没収の断念が考えられる。しかしながら、BGHSt 22, 385 は、§111 a と差押の諸規定との関連、およびこの規定制定の沿革から次のような例外を導き出した。すなわち、運転免許証の差押の場合では、運転者は「運転免許証の取り上げがなければ、更に引き続き飲酒運転を行い、或いは交通法規を更に重大且つ深刻な方法で侵害することになるであろう」というような危険性が十分である、というものである。

問 125. 前述の事例において、当事者は、警察による

a) ピストルの

差押に対抗する措置に出ようとする。

彼がなしうることは何か？

【答】彼は「何時でも、裁判官の裁判を申し立てる」ことができる (§98II2)。本人 (又は彼が不在であればその近親者) が差押に対して異議を申し立てた場合、或いは本人もその近親者もその場に立ち会っていなかったような場合には、警察官自身が 3 日以内に裁判官の追認を求めなければならない (§98III1)。起訴前手続では、捜査裁判官がその管轄を有する (§98II3)。他方で、捜査裁判官の裁判に対しては、抗告が認められる (§§304I, 305 S.2)。

b) 運転免許証はどうか？

【答】ここでも、a) の場合と同様であるが、§98II の要件の下で、運転免許の仮剥奪に関する裁判官の裁判が、押収についての許可に代わることになるという点に違いがある (§111a IV)。

問 126. テロリズムに対する手続において、連邦検事総長は、国家体制の保護のために、傍受された電話での会話に関する録音テープの提出を上級官庁に求める。提出は内務省といった官庁によって拒否されるが、§96によるその拒否表明がなされない。この録音テープの差押は許されるか？

【答】それは許される（BGHSt 38, 237）。§96による拒否表明の有効性が存在している限りにおいて、刑事訴訟官庁は、公務所が保管する記録、その他の書類の提出や差押を求めてはならない。しかしながら、拒否表明の理由が欠如している—又はその表明の十分な根拠を欠いていたり、或いはそれが恣意的なものであるために拘束力がない—ような場合には、公務所は、検察庁若しくは裁判所の求めに応じてそれを引き渡さなければならない。提出が拒絶された場合には、差押ができる。権力分立の原理は、種々に持ち出された命題とは反対に、差押を妨げるものではなく、正にそれを命ずるものである。というのは、さもなければ、「記録の提出に関する終局的な裁判が、・・・判例のために留保された刑事手続・・・の歩みに直接的な影響を及ぼしようというような結末によって、行政に位置づけられることになってしまうであろうからである。これは、・・・権力分立の原則に異議を唱えるのみならず、同時に、§96の意義とも・・・相容れないものであろう」（BGHSt38, 245）。

問 127. 検察官は、医師のカルテの差押を命ずるよう捜査裁判官に請求する。

a) Bは、交通事故を惹き起こしたことにより、過失でXを死に至らしめたとする嫌疑を受ける。自己の免責を主張するために、Xは事故の結果ではなく、彼の病歴を参照すれば証明されることになるであろうが、医師の処置の重大な過誤のために死亡したとした。

【答】請求は認められる。患者が被疑者・被告人である場合、および資料類が「証言拒絶権者に保持されて」いる場合には、確かに、§§97I Nr.2, 53I Nr.3, Nr.3aによる患者のカルテの差押は免除されうる（§97II1）。§97の差押の禁止は、証人の尋問に代って、彼の下で発見することのできる

資料類が事前に干渉されることになってしまい、§§53 - 53a に規定された証言拒絶権（この点については、Nr.355 - 358 を見よ）がすり抜けられてしまうことを防止する目的に資するのである。ここでは、法律がそれを条件とするように、カルテは、被疑者・被告人にではなく、むしろ被害者に関係している。それ故、差押は許されることになる（争いがある、AK/Amelung、§97 Rn.14f. を見よ）。

b) C は、医師と共同して可罰的な墮胎を行ったという嫌疑を受ける。検察官は、医療処置に関する資料を用いてその証明が可能であると確信する。

裁判官がその請求に応ずることは許されるか？

【答】それも許される。なるほど、§97INr.2 の要件は充足する。ところが、それは §97II3 の例外規定を犯すことになる。つまり、医師には共犯の嫌疑があるのである。

問 128. a) 弁護人のところで、彼の依頼人 M の犯罪に関係する書類が差し押さえられる。なぜならば、M には §§257, 258 StGB による嫌疑が存在するからである。弁護人に対する嫌疑が事後的に失われるとしても、この資料が M に対して用いられることは許されるか？

【答】BGH NStZ 83, 85 によると、これは可能とされるべきである。しかしながら、これを認めてはならない。なぜならば、検察庁が不当な嫌疑をかけることによって、さもなければ所与のものではない差押の可能性を作出してしまう、そのようなことを原因としてその証明可能性を拡大させてはならないからである。

b) 被疑者・被告人とその弁護人との通信文が被疑者・被告人の手元にある限りにおいて、それを差し押さえることは認められるか？

【答】それは認められない。§97III は、その文言から判断すれば、確かに差押を許しているといえよう。そこでは、対象物は弁護士が保持していないからである。しかしながら、仮に、差押免除が被疑者・被告人の保持している通信文にまでは及ばないことになるのであれば、それは §148（弁護人と被疑者・被告人との文書交通は妨げられない）の法思想と矛盾

する関係にあるといえるのではなからうか（BGH NJW73, 2035, 82, 2508; LG Mainz NSTZ 86, 473）。

c) 拘禁されている被疑者・被告人の居房で、自筆の手記が発見される。その中には、彼が起訴された犯罪事実について述べられている。この資料は、彼がこれから進行する刑事手続において自己の防禦を理解できるようにするために作成されたものであるが、それを差し押さえ、公判で用いることは許されるか？

【答】それは許されない（BGHSt 44, 46）。Art.6III lit.c EMRK は、自己を防禦する権利をも保障する。それに基づいて、BGH は、被疑者・被告人には何時でも一定の且つ有効な弁護の可能性を付与するという Art.2I, 20 IIIGG から導き出された命令と関連づけることにより、種々の防禦のための資料の差押とその資料の公判での利用の禁止を §97I に類推して導き出したのである。

問 129. 「Spiegel 事件」、すなわち、報道雑誌にある論説が掲載された。その記事は旧西ドイツ連邦軍の防衛構想についての詳細な報告を記載し、その軍事上の防衛態勢を批判的に分析するものである。連邦検察庁は、その論説よって国家機密が漏洩されたであろうと主張する。それ故、連邦検察庁は、雑誌の情報提供者を突き止め、証拠資料を押収するために、その雑誌の編集局を搜索し、関連資料を差し押さえようとした。雑誌の編集責任者は、このような事情の中で国家機密漏洩を理由に捜査がなされることに加え、その論稿は自らが保持していることから、彼は、Art.5 GG と結びつく §§53I1Nr.5; 97V; 102; 103 による編集の秘密を引き合いに出して、搜索および差押を許されないと考えた。正当なのは誰か？

【答】それには、次の点が重要である。

a) 53 条 1 項 1 文 5 号、2 文と関連する 97 条 5 項（読め！）は、もちろん、搜索および差押と矛盾するものではない。なるほど、これらの規定は、原則的に、情報提供者を捜査する目的のための、新聞報道およびテレビ・ラジオ等の放送、或いはそれら職業上の協力者が保持している、あらゆる種類の編集資料の差押を禁止している。しかしながら、記者若しくは

その他の協力者が、實際上、より広い意味で関与しているという嫌疑を有する場合 (§97V2 iVm.II3)、又本人自身が被疑者・被告人である場合であれば (これは、証言拒絶権と差押特典との結合から導かれる)、これは妥当しない。ここでは、後者が実体である。

b) もっとも、差押および押収は、Art.5GG に基づく疑念に晒されている。§97, 53 の後見作用は、編集者、編集責任者等々が自分自身被疑者・被告人として刑事手続に巻き込まれるということによって、或いは許可を受けて証拠資料を捜査する場合に情報提供者の発見が偶然の産物としてのみ甘受されるということによって、巧みに営まれている。それ故、法律上の決定は本質領域においては不十分であること、そして民主主義国家における新聞報道が担う情報提供の公共の任務と Art.5GG の意義を正当化するものではないということが明白となる。そこから、Art.5GG は直接的に StPO を修正するために援用されなければならないであろうし、そしてほぼ犯罪の嫌疑がないか或いは他の捜査の可能性が存在している場合にテレビ・ラジオ等の放送局および新聞報道企業における差押は認められていないという結論を同法から導き出さなければならないであろう。なぜならば、その差押は、比例の原則に違反しているからである (現在、そのように述べるのは、§97V2, Halbs.2 である。少なくとも関与の嫌疑の場合においては、§97II3 による。) 我々の事例において、そのような違反が承認されなければならないのかどうかは、「Spiegel 判決」(BVerfGE 20, 162)において、判決を下した部 *entscheidenden Senats* の 4 名の裁判官によって肯定されたが、それ以外の 4 名によって否定されたという点に示されているような事実問題である。そのために、§15II4BVerfGG によって、差押および押収の違憲性は、判示されえなかつたとされている。

問 130. ZDF の報道記者が、Brokdorf 原子力発電所の建設に反対し、そこで過剰な暴動を惹起したデモをフィルム撮影した。検察庁は、国家における騒乱、故殺未遂、身体傷害を理由として捜査を行うと同時に、ZDF に対し、証拠目的のために ZDF により送付されずにいた資料フィルムの提出を求めた。AG Mainz はこの差押を命じ、LG は、それに向け



られた抗告を棄却した。これは正当か？

更に深めているのは、Achenbach in Löffler, Presserecht, 5. Aufl. 2006, LPG §23 Rn.59ff., 特に 62ff.

【答】 BVerfGE 77, 65 は、この場合において、差押を認めた。それは、1987年におけるマスメディアの関係者による証言拒絶権が、専ら、情報提供者の保護に資するものであったからである。けれども、2002年2月15日に成立した StPÄG によって法的状況は一変した。現在では、§53I2 は（S.3における制限によって）証言拒絶権を自ら探し求められたもの以来、つまり「自身で努めて獲得した資料などの内容や職業上体験して得たもの」にまでも拡大している。無論、§53II2, 3 は（読め）、この新たな証言拒絶権と、それによる §97V に規定された重罪および一定の軽罪の場合の差押免除を更なる条件の下で撤廃している。

Nr.363 も見よ。

問 131. B に対して、国家機密漏洩を理由とする捜査手続が進展する。警察は、B および推定される彼の共犯者の間で取り交わされた手紙を証拠方法として郵便局にて差し押さえたいと考えた。

a) 警察がそれをするのは許されるか？

【答】 差押は許されない。§§99, 100 および 101 は、信書の秘密に関する基本権（Art.10GG）を EMRK（EGMR NJW 79, 1755）に抵触することなく制限しているが、各条は郵便物の差押を厳格な条件の下に置いている。それ故、（§98とは異なり）遅滞の危険がある場合でも警察は如何なる差押をも命じてはならないのである（§100I）。

b) そのような一場面では、どのような方策がとられるのか？

【答】 専ら、裁判官だけが差押を命ずることができるが、緊急の場合であれば検察庁にもそれを許している。その開被は、原則的に、検察庁が郵便物を未開被のまま直ちに引き渡した裁判官の管轄に属する。よって、裁判官は、緊急の場合、その権限を検察庁に委ねているのである（§100III2）。裁判官がその差押命令を3日以内に承認しないときは、その効力を失う（§100II）。その他、一定の条件の下では、関係人に当該差押

について通知されなければならない (i.E.s. §101I)。受取人には、留置された手紙の写しが可能な限り与えられるものとする (§101III)。

問 132. 被疑者・被告人が自己の妻宛の手紙の中で自白していて、妻の住居にあるその書状が差し押さえられた場合、その差押の対象物を証拠方法として訴訟に利用することは許されるか (§97INr.1, II) ?

【答】それは許されない (BGHSt 18, 227, 228)。なるほど、それは (§136aIII2 とは異なり) 法律に明示されていない。しかしながら、この種の証拠方法は被疑者・被告人の有罪立証の対象とされるべきではないという立法者の基本思想から導かれるものである。それ故、あたかも手紙は存在しなかったかのように、手続がなされなければならない。

問 133. §§111b ff. による押収の手続(執行の保全 Vollstreckungssicherung)は、§§94ff. によるその手続と如何なる本質的な観点で区別されるのか?

【答】 3つの観点が注目されるべきである。

1. 手続の客体は、§111b による、追徴 (§§73 ff, StGB) および没収 (§§74 ff. StGB) に服する対象物である。ここでいう対象物とは、§111b II, §111d に列挙された場合における (§§73a, 74c StGB による代価物の追徴ないしは没収、未だ既判力のない判決に基づく金銭請求権の保全) 当事者の任意の財産構成要素をいう (ただし、全財産ではない。§§111o/p は過去のものである。上述 Nr.120 参照)。

2. 押収の方法は、分別可能な対象物の場合には、例外なく差押であり (§111bI)、金銭の請求権の場合には訴訟上の物的仮差押命令である (§§111bII, 111d)。よって、これらの場合における管轄については、§111e を見よ。

3. StPO は、損害回復援助の方策を列挙して規定している。すなわち、犯罪により被害を受けた者の損害補償請求権が差押および物的仮差押を手段として定められているのである (§111bV iVm.I—III)。それ故、ここでは、国家権力による手だてが被害者の財産上の利益の保全のために組み込まれている。

## 10. Durchsuchung, Untersuchung, DNA-Analyse (搜索、検査、DNA分析)

問 134. 銀行強盗が起こった。検察庁は、Xが行為者であるという嫌疑をもつ。しかし、Xがどこにいて、その盗品はどこにあるのかは、検察庁には分からなかった。

a) Xの住居が、彼とその盗品の発見のために、直ちに搜索されることは許されるか？

【答】それは許される。§102は、逮捕を目的とする嫌疑者の搜索を「あてもなく運を天に任せて行うという場合であったとしても」許容している(Eb.Schmidt, II, §102, Nr.14)。証拠方法の搜索にとっては、確かにその存在が推定されることが必要であるが、しかしながら、この点について、詳細な徴憑がなかったとしても、行為者は盗品をしばしば自宅に隠匿するという犯罪捜査学上の経験則で十分なのである。

b) 隠匿されている金の発見のために、Xの衣服も搜索することは許されるか？

【答】それも許される。§102は身体の搜索も許容している。

c) 同様に、Xの恋人であるYの住居を家宅搜索することは許されるか？

【答】それは許されない。無関係の者の場合では、「被搜索者 gesuchte Person、証跡或いは物が搜索されるべき場所に認められると窺わせるに足る」具体的「事実が存在する」場合に限って、搜索が認められる (§103I; 例外は、そもそも §103IIによる嫌疑のある場所の場合である)。それ故、証拠方法は、— §102の場合とは異なって— 何時でも具体化されなければならない。

d) Xが嫌疑のない彼の両親の住居で生活していた場合、搜索はどのようになされるか？

【答】これは、§102の場合であって、§103ではない (BGH NStZ 86, 84)。Xの生活している部屋は、彼の「住居」であって、そこでは、端的に事実上の占有が問題となる。

問 135. Xの家でスーツケースが発見されたが、Xは、それは私のもので

はなくてむしろ Z のものだ、彼が私の家に置いたにすぎない、と主張した。これも搜索することは許されるか？

【答】それは許される。§102 は、確かに（大雑把な表現ではあるが）嫌疑者に「属している物」に限って搜索を受けさせている。けれども、そのためには、財産権にというよりは、むしろ占有権に照準を合わせるべきである（支配的見解）。

問 136. a) 刑事警察官が任意に搜索を命ずることは許されるか？

【答】搜索命令の発付の原則的管轄は、その決定 Beschluss を下す裁判官にあるが、「遅滞の危険のある」場合には、検察官或いはその捜査員も命令を下すことが許される (§105I, §98 と対応)。これは、裁判官の命令を事前に求めることが搜索の達成を危険に晒すことになるであろう場合に、承認されうる (BVerfGE 103, 142, ここでは 154)。しかしながら、BVerfG は、その例外を広範に用いた従来の実務に待ったをかけた。それによれば、緊急を要するという概念は狭義に解釈されなければならない。その結果、裁判官の命令には原則を、非裁判官には例外を認めている。BVerfG は、その点について、可能性の枠内で事実的且つ法的予防策を講ずるよう裁判所と刑事訴追機関に要求している。そのために Art.13IIGG によって規定された裁判官の原則的管轄は、日常的事例の大部分においても認められているのである。そこから、BVerfG は、緊急或いは緊急の業務を設けることによって捜査裁判官の達成しうる可能性を保障するという、裁判所の負う憲法上の義務を導いている（後掲 156）。当然の緊急待機業務は、BVerfG NJW 04, 1442; 05, 1637, 1638 によれば、確かに、これにとって例外的な場合を凌駕する実務上の必要性が存在している場合に限り、要請されるのである。

b) 裁判官でない者の命令は、如何なる形式で下されるか？

【答】法律は特別な形式を規定していない。しかしながら、執行する公務員は、捜査活動中の侵害に関する重要な知識とその承認を、事前にであろうと搜索後であろうと、いずれにしても直接的に明示しなければならないのである (BVerfGE 103, 142, 160; BVerfG NJW 05, 1637)。

c) 検察庁の請求に基づいて、AGは、2003年7月6日に搜索の決定を下したが、2005年8月26日ようやくその搜索（ここでは医師の診療所）がなされた。これは正当か？

【答】これは不当である。BVerfGE 96, 44の見解によれば、その限りでもまた、裁判官の留保の目的が効力を現す。それによれば、搜索の決定は、遅くとも半年経過後にはその正当な効力を失う。

問 137. 検察庁が搜索命令の令状を管轄のAGに請求した。それは、申請通りに、そして次のような文面による決定によって下された。すなわち、「出版社・・・の責任者らに対する捜査手続、・・・、および所持義務違反 Verwahrungsbruchs 等々を理由とするその他の処分に対する同手続において、§§102, 105 StPOによれば、出版社の部屋の搜索は、場合によっては出版社に・・・隣接する建物やそのような領域をも含めて・・・命令される。そこでは、従来の捜査によれば、搜索が証拠物の発見に至るであろうということが推定されうるのである」。これは正当か？

【答】それは間違っている。BverfGは、確定した判例において、搜索命令に対し内容に関する厳格な条件をつけている（BVerfGE 42, 212; 96, 44, 51; BVerfG NJW 04, 1517）。それによれば、裁判所の決定は、原則的に、搜索に値する犯罪非難の内容や証拠方法の種類および思考可能なその内容の全てを記述しなければならない。それによって、あらゆる当事者は、搜索を彼の側でコントロールする、そして彼の法的可能性の枠内で、場合によっては起こりうるその越権行為について、はじめから対抗する状態に置かれるのである。—ここで問題となっている場合のように—推定される犯罪行為が標語的にのみ（「所持義務違反を理由とする等々」）特徴付けられていたり、問題の対象となる証拠方法の種類と内容が§102に列挙された文言によってのみ記述されるような場合には、このような条件と一致しない。搜索すべき空間性の明確な条件づけについては、BVerfG NStZ 94, 349。

問 138. a) 警察が、場合によっては第三者の監督および立会なくして搜

索を実行することは許されるか？

【答】 搜索の際に検察官或いは裁判官が立ち会っていない場合には、可能な限り、地方自治体の職員 1 名ないしは市民 2 名に（警察官ではない！）立会を求めなければならない (§105II)。加えて、居住者は、あらゆる（警察に命ぜられたとは限らない）搜索に立ち会うことが許され、本人が不在のときは、親族、同居人或いは隣人がそれに立ち会わせるものとする (§106)。その点は別にしても、被疑者・被告人自身或いは彼の弁護人は、立会権を有していない。

b) その際に、警察が対抗措置に遭遇した場合には、どうするのか？

【答】 対抗措置を受けた場合には、§164 が適用される。これを指揮する公務員は妨害者を検束し、職務執行の終了まで抑留することが許される (Nr.118 参照)。

問 139. 検察庁は夜間に搜索したいと考えた。

a) これは直ちに認められるか？

【答】 直ちに認められないというわけではない。というよりは、むしろ夜間の家宅搜索は、(身体の搜索の場合とは異なり) 3つの選択的条件の下でのみ許される。すなわち、現行犯を追跡するとき (§127I 参照)、遅滞の危険があるとき或いは逃走した被拘禁者を再拘束するとき (§104I) である。例外は、夜間にも公衆が出入りのできる場所 (例えば、宿泊施設街) 或いはとりわけいかかわしい場所に限って認められている (i.E.s §140II)。

b) 昼間のうちに開始された搜索が、夜間にまで及んでもその立入りが終了しなかった場合には、どうするか？ 搜索が如何なるときでも続行されることは許されるか？

【答】 夜間にまで及ぶ搜索の続行は、支配的見解に従えば、無制限に認められるが、§104 は夜間に開始された搜索についてのみ認めている。

問 140. テロリスト活動の嫌疑のある弁護士 R に、刑事警察官による家宅搜索がなされる。その際に、R 宅の地下室で、記録文書の山、書類、フィルム、録音テープ、フロッピーディスクおよびコンピューター一式が発見

された。警察はその場でそれらの搜索を行い、その際に、例えば発見した証拠資料を差し押さえることは許されるか？

**【答】**占有者が警察による検閲に同意している場合にのみ、許される。更に、公務員は、彼が検閲を必要と見なす書類を、「封筒に入れ占有者の面前でその封筒に官印により封緘し」、§110Iにより、検閲の権限をもつ検察官に引き渡さなければならない。証拠方法としての文書を除外することは、多くの場合、見かけではその見極めが困難であることから、実務においては、しばしば、瞥見可能な全ての書類が保管され、目録を作成することにより（この場合にも§109が適用される）検察官に引き渡されることになる。しかしながら、その点においても、比例の原則に注目しなければならない。すなわち、比較的些細な被疑事実を理由に企業のもつ全ての業務資料が確保されるということは、そのような措置によって企業の経済活動の生存が現実的に危険に晒されてしまうとするならば、許されないのである。§110は、その保護目的により、その他の情報媒体、特に電子データ媒体およびデータ記憶装置にまでも（BVerfG NJW 02, 1410; BGH NStZ 03, 670）及びうる。

問 141. 弁護士Rがその場で彼の書類を検閲する警察官の搜索を許容したのにもかかわらず、テロリスト活動を示す嫌疑に関連するものは何も発見されなかった。

a) その代わりに、スーツケースの中から暴行による明らかな証拠を示す死体が発見された。

**【答】**「犯罪が犯されたこと」を示唆する死体は、仮に差し押さえることができる。§108は、そのような「偶然の発見物」について、差押の要件を緩和している。§98が必要としているような、検察庁の捜査官が命ずることも要求しないし、遅滞の危険があるという状況も要請しない。しかしながら、検察庁への通告（§108I2）が、そして場合によっては最終的な差押を命ずる裁判官の承認（§98II）が要求されていることもある。この種の発見物に照準をあわせた搜索は、認められていない。というのも、差押命令の原則的な要件が、それによってすり抜けられてしまうからで

ある。

b) その上、R は、依頼人の手紙は重要だと主張して、その検閲に異議を唱えた。それは、依頼人が自ら犯罪を犯してしまったために、彼に助言を求めたものであった。

検察庁の捜査員ではない警察官は、何をすべきか？

【答】差押が除外される書類が（ここでは §97I Nr.3）、搜索の客体として用いられることは許されないし、そもそも §108 によって仮に差し押さえられることも認められない。もちろん、公務員が外見上の検分を行う際に、R の証言が事実であるのかどうかを見極めることができない場合には、手紙を検察官のもとに引き渡さなければならない。検察官は他の方法では確かめることが一切できない場合に、手紙に目を通すことになる。そこで、R は真実を述べたということが判明したのであれば、検察官は入手したその知識を洩らしてはならない。すなわち、利用してはならないし、手紙も R に返還しなければならないのである。

問 142. a) 被疑者は搜索が終了した後で、自身には嫌疑はなかったという、裁判所の確認を請求することができるか？

【答】a) それはできる。従来の判例では、終了した検査行為に対する法的保護は「訴訟上の補整 Überholung」のために法的保護の利益を欠いているとして、認められないという見解であったが、それはこれまでに放棄されている。BVerfGE 96, 27 は、「深刻な基本権の侵害」に関しては、「論難された高権活動による確定的な負過が、典型的な手続の進行に従って、当事者が訴訟規則によって認められた審級の裁判 Instanz をおよそ得ることができないという時間内に限って」、その侵害から解放された後でも取消権を認めることができるとした。それによれば、深刻な基本権の侵害が問題となるのは、Art.13II GG の住居の不可侵における搜索の事実がそうであるように、とりわけ GG が予防的な裁判官の留保を命ずるという場合である。

b) 如何なる審級機関に求めなければならないか？

【答】次の点が重要である。すなわち、裁判官の決定による命令（「搜索



命令」) が下される場合に対しては、§304 による抗告が許されている。非裁判官の命令に対しては、§98II2 を類推して捜査裁判官に求めることができるのである (BGHSt28, 57f.; 28, 206, 209)。

c) その場合に、遅滞の危険があるという点を承認したことについても裁判所で審査されうるか？

【答】 それも審査されうる。BVerfGE 103, 142 によれば、非司法機関には判断の余地はない。遅滞の危険という概念の解釈と適用は、むしろ裁判所の制限なき支配下にある。そこで要請されているのは、無論、「非司法機関の状況に条件づけられた識別可能性の限界によって、その特殊な判断状況にまで考慮を払う」という裁判所である。

d) 捜索の手段に対しても法的救済手続を講ずることは可能か？

【答】 講ずることが可能である。もっとも、最近の判例によれば、非裁判官の命令には §98II2 が同様に類推されるのである (BGHSt 44, 265)。裁判官の命令による捜索において、BGHSt 45, 183 は、異議が唱えられた執行の様態が明示的且つ明白な裁判官の命令の構成要素ではなかった場合であっても、いずれにせよ、この法的救済手続を所与のものと考えている。かつて、部分的に支持された §§23 ff. EGGVG の適用は、そのために、判例からはかなりの程度放棄されている。

問 143. X に対し、故殺を理由とする捜査がなされた。その際に、検察庁は彼の責任能力の存在に疑いを抱いた。その疑問を明らかにするためには、精神病院での X の鑑定が必要である。

a) そのような鑑定のための収容の指示は、如何なる条件の下で認められるか？

【答】 鑑定のために (§81II) 犯行の濃厚な嫌疑者を収容することは認められているが、しかし、それは、命令の濫用から保護するためにも、5重の保障で張り巡らされている。

1. 命令は、検察官にでも捜査裁判官にでもなく (§162)、起訴前手続においても「公判手続開始の管轄を有することになる」裁判所によってのみ下される (§81III)。

2. 被疑者・被告人に未だ弁護人がないときは、弁護人が選任されなければならない (§140INr.6)。

3. 収容命令は、鑑定人および弁護人の意見を聴いた後にのみ下される (§81I)。鑑定人は、原則として被収容者本人を観察しなければならず、記録の検討に基づいてのみ判定を行うことは許されない (OLG Karlsruhe StV 84, 369)。

4. 命令は、執行停止の効力を有する即時抗告 (§311) をもって争うことができる (§307 の例外としての §81IV2)。

5. 施設への収容は、併せて 6 週間を超えてはならない (§81V)。

b) 鑑定を担当する医師には、そこで、例えば、脳室空気注入検査 *Gehirnkammerluftfüllung* を実施したり、或いは脳脊髄液 *Gehirnwasser* を採取したりして、検査を目的とする身体の侵襲をすることが認められるか？

【答】 そのようなことは許されない。§81 は鑑定の権利だけを与えているのにすぎないのであって、それは身体の侵襲のそれなのではない。鑑定の許容要件は、専ら、§81a に規定されている。なるほど、§81 は §81a よりも重要な保障を張り巡らせてはいるが (事情次第ではむしろ警察官も命令する)、§81a は、固有の条件を、つまり、§81 では問題にこそなっていないが、同時にそれを放棄することもできない、健康の保護を目的とする条件を包含している。そこから、被疑者・被告人の意思に反する身体の侵襲は、§81a による命令が同時に存在している場合に限って、認められる (BGHSt 8, 144)。その他の点では、§81a の枠内でも比例の原則が妥当する。その結果、それ自体危険性のない脳検査 *Hirneingriffe* ですら、重大な被疑事実がある場合しか正当化されないのである (BVerfGE 16, 194; 17, 108 もそう述べる)。比例の原則を侵すことが証拠使用の禁止に至るのかどうかは、争われている (文献の紹介のある LR/Krause, 81a Rn. 94 を見よ)。

問 144. A は、見るからに酩酊状態で道路を蛇行運転していたところ、警察の警邏隊によって停止させられる。

a) 警邏隊の隊長であり検察庁の捜査員でもあるPは、検査のための血液採取を命じる。しかしながら、Aは医師を呼び寄せることと同時に医師による血液の採取をも拒んだ。

【答】彼は、§81aによれば、Aを身体検査のために医師のもとへ同行させることができる。というのは、§81aは、§81cVI2との比較からも明らかのように、この種の強制措置を許容しているからである。この規定の意味における直接的な強制は、検査場への移動の権利を同時に含んでいる。ただ、第三者の検査 (§81c) は、被疑者の検査 (§81a) よりも狭義の要件と結びつけられているが故に、そこからは、§81aもこの種の強制措置を規定しなければならないという点が導かれることになる（適切なのは、Schönke/Schröder/Eser, §113StGB, Rn.34; Peters, S.328）。その場合、医師のもとでは、必要とあらば、その血液が強制的に採取されるのである。

b) それに加えて、Pは、試験管へ息を吹くことによるアルコールテストを受けるようAに要求した。これもAは拒んだ。

Pができることは何か？

【答】Pには「アルコールテスト」を強制することはできない。というのも、§81aは血液採取の消極的な受忍義務だけを負わせているからである。被疑者の積極的な協力を要求する行為のために（たとえ、それが試験管に息を吹く行為にすぎないとしても）、§81aが授權根拠を提供することはないのである（BGHSt 34, 39, 46; 特にBGH VRS 29, 203）。そこには、a) で論じた内容との矛盾も存在しない。そこで問題となるのは、そもそも医師による検査を可能にするために強制措置が認められるのかどうかという問いである。しかしながら、異形であるb)においても、医師による検査への協力の限界は、決定されるべきである。

問 145. a) Xの意思に反してインターン生 Medizinalassistenten によって採取された検査血液は、訴訟における証拠方法として使用されることが許されるか？

【答】この問は非常に争われている。しかし、BGHSt 24, 125 は、採血を命ずる検察庁の捜査員が善意であった事案、すなわちインターン生を医者

と考えた事案について、肯定している。というのは、その血液の証拠価値は、採血の実現が許容されない性質によるものであったとしても、損なわれるわけではないからである。それ故、§136aIII2 に規定された使用の禁止等々は、禁止された方法によって得られた供述には信用性がないという点にも立脚しているが、この規定を類推適用することが本質的に正しいとはいえない。許容なく採取されたその血液の使用が認められるとしても、§81a に規定される保障が決して無くなるわけでもない。なぜならば、関与者の可罰性は身体の侵襲という理由には基づいてはいないからである。命令者が「血液を採取した者は医師ではなかったという事実」を知悉していたような場合には、無論、その血液の使用不可能性は法治国家の原理（「公正な裁判 fair trial」の原則）から明らかになる。「というのも、このような場合では、検査のための血液が国家の強制権の濫用によって意識的に獲得されていたであろうからである」（BGHSt 24, 131）。

b) その血液が、手術の準備のためだけに採取されたり、§81a の要件が存在しているのにもかかわらず、同条による命令がそもそもなされない場合であったとしても、その血液が使用されることは許されるか？

【答】その血液が §97II Nr.3 の押収の禁止に違反する状況下において刑事訴追機関の手に委ねられている場合でも、実務はその使用を肯定している。それは、刑事訴追機関は、それどころか、まさに §81a の手段でも手中に収めることができたといえるからである（OLG Celle NSTz 89, 385; OLG Zweibrücken NJW 94, 810; OLG Frankfurt NSTz-RR 99, 246; この点についての争いは、文献の紹介のある SK/Rogall, §81a Rn.95 を見よ）。

問 146. 検察官は、捜査裁判官に対し、検察官にとって供述の信用性に疑問が残る主たる有責事実証人を、心理学および精神医学の鑑定人に彼の供述の信憑性と彼の一般的心理状態を検査させるとする許可を請求した。裁判官は、この請求を許容するであろうか？

【答】それは許容されない。被疑者・被告人以外の者の検査については、§81cI による、いわゆる「証拠の原則」が妥当する。すなわち、「その身体自体にある特定の可罰的行為の証拠や結果が認められるのかどうか」とい

う点に基づいてのみ検査が許されるとする原則である。したがって、検察官によって請求された検査法は、本人の同意によってのみ実行される（BGHSt 13, 394; 14, 21）。もちろん、鑑定人には、§80IIにより、鑑定のために審査することのできる証人尋問への参加が許容されうる。

問 147. 毒性物質を譲り渡し、それによって乳児 S の疾病を不注意に惹起させたという件で、X が嫌疑を受ける。真実を究明するために、刑事訴追機関は、毒物がそこで突き止められるのかどうかを捜査するには、S の胃の内容物を採取する必要があると考えた。S の父親は彼の法定代理人としてその同意を拒む。§81c による検査命令は許されるか？

【答】それは許されない。a) §81c による証人に関する原則は、確かに、この検査と矛盾していない。それに従えば、被疑者・被告人以外の者は、「証人として取り扱われる場合に」限って、自己の意思に反して検査されてもよいのである。しかしながら、およそ、尋問適格があれば、誰もが証人たりうるということ十分としなければならない（支配的見解、文献の紹介のある LR/Krause §81c Rn.12 を参照）。事實は、ここでの通りである。

b) ただ、§81c は、第三の関与者の場合には、「その身体の」検査のみを許容している。他方で、そこでは、身体における証跡が問題である。身体内部への侵襲は、本質的に重大な措置として、無関係の第三者に対しその意思に反して期待されるべきではない。それによれば、外部から手が届く範囲の侵襲のない身体表面の検査は、被疑者・被告人以外の者の場合でも認められているのに対して、胃の内容物の採取等は認められていない。

問 148. B は、独身である F 女が自身の子である K のために行った扶養訴訟において、当事者尋問の際に偽証したという嫌疑を受ける。それは彼が F 女との一切の関係を否定したからであるが、血縁関係を明らかにするため、且つそれによって偽証を訴追するために不可欠である場合には、K の検査のための血液採取が命じられることは許されるか？

【答】それは許される。なるほど、証人に関する原則も、証跡の原則も彼の侵害を正当化しえない。というのも、子は(前述の場合とは異なって!)その証言をとりまく固有の事情のために、証人としては、全く考慮に値しないと同時に、その血液の性状は、偽証の証跡とも或いはその結果とも無関係であるからである。ただ、§81cII は、血統検査およびそれに基づく無制限の血液採取について、両原則の例外をなしているのである。

問 149. B に対し、F 女に犯したとされる強姦を理由として捜査がなされた。B は否認する。真実を究明するために、F 女の身体に犯罪の証跡が見い出されうるのかどうか突き止められなければならない。しかしながら、F 女は検査を拒んだ。

a) 検査を強制的に命ずることは認められるか?

【答】証跡の原則および証人に関する原則は、ここでの検査と矛盾するものではない。にもかかわらず、「全ての事情を考慮して当事者に受忍を期待することができないものである場合には」検査は認められない (§81c IV)。しかしながら、その期待可能性も、とりわけ重大な被疑事実のある場合には肯定されなければならないだろう。というのも、F 女の羞恥心については、§81d が考慮しているからである。

b) 命令を下すことができるのは誰か?そして、それはどのようになされうるのか?

【答】§81c V によれば、その命令は、裁判官のみならず、緊急を要する場合であれば、検察庁およびその捜査員によっても下されうる。しかしながら、実務上は、それはほとんど考慮されていないのも同然の状況である。というのは、F 女が拒む場合には、一そしてその場合に限って強制命令が必要となるが一さしあたり、専ら裁判官の管轄である (§70III;LR/Krause, §81c Rn.19) 秩序金および秩序拘禁の措置のみが執られうるからである (§81cVII)。また、直接強制の適用は、遅滞の危険がある場合或いは秩序金の確定があったのにもかかわらず拒絶を続けるときに、裁判官の特別の命令を必要とする (§81cIV2, 3)。

問 150. Bは、自身の8歳の娘Tに、酷い虐待をしたという嫌疑を受ける。この非難を明らかにするために、彼女の身体に残る犯行の証跡を検査するということが必要であろう。

a) Tは §81cによって命令された検査を拒む権利を有するか？

【答】彼女は、§81cIII1によって権利を有する。

b) 彼女がその判断力の未成熟さの故に検査の拒絶権の意味について十分な観念を有していない場合、その権利はどうか？

【答】このような場合では、本来、法定代理人が決定すべきであろう (§81cIII2)。ただ、B自身が被疑者・被告人であって、彼の妻もまた精神の葛藤状態に晒されるべきではないが故に、ここでは、両親は決定権を有しない (§81cIII2, §52II2を参照)。更に、そのような検査は緊急性を要するため、「補充代理人 Ersatzvertreter」として (§52IIにあるように) 保護人 (§1909 BGB) を後見裁判所で選任することは、大抵の場合、多くの時間を必要とするであろうと予想されるので、立法者は、ここで §81cIII3,4 に、不服申し立ての許されない裁判官の決定による検査命令を規定したのである。そのように得られた証拠方法の事後的な使用可能性は、ここでは、無論、「この後の手続について、権限を有する法定代理人」（それ故、保護監護者）の同意に左右される (§81cIII5)。Nr. 358 も参照。

c) 彼女（或いは彼女の法定代理人）は、拒絶権について教示されなければならないか？

【答】それは教示されなければならない。§81cIII2, 52III。決定権が法定代理人にある場合にのみ、彼に教示されなければならない (BGHSt 40, 336)。

d) 教示がなされないでいる場合、検査の結果が訴訟に使用されることは許されるか？

【答】原則的には許されない (BGHSt 12, 235)。もっとも、BGHの見解によれば、拒絶権者が裁判官の教示によって事後的にその行使を承諾したような場合には、その結果の使用を可能とすべきである。BGHSt 40, 336は、拒絶権に関する知識の教示がなかったにもかかわらず同意がなされたという場合であっても、その使用可能性を肯定している。

問 151. a) 「遺伝学上の指紋」の転回とは、何を意味するのか？

【答】それは、今日の分析方法の状況ではもはや十分に対応しきれない、分子遺伝学上の検査、つまり、ゲノムの一定の連鎖構造に基づくデオキシリボ核酸分子（英語では DNA）の分析を目的とする身体の資料の獲得と分析のための簡潔な特徴づけに関わる問題である。これは、人間個体の全体細胞に備わっているという意味では同一ではあるけれども、人間にはそれがそれぞれ異なっているという点で区別される。それ故、任意の身体資料の証跡が、その遺留者を個人として識別することに寄与するのである。今日では、DNA 分析という文言を用いることが通例である。

b) StPO は DNA 分析 DNA-Analyse をどのように規定しているか？

【答】2005 年 8 月 12 日に成立した司法上の DNA 分析の新条項の追加に関する法律 (BGBI. I, 2360) によれば、1997 年以来、法律化された 5 つの規定に従って (Senge, NJW 05, 3028 を見よ)、§§81e – 81h に総合的な複合形式が規定された。すなわち、1998 年成立の DNA の同一性を確定する法律 DNA-IdentitätsfeststellungsG にある従来の内容が StPO に統合されたのである。法律は、原則的に異なる法制度を次の 3 つに区分した。すなわち、

1. 犯罪事実のための、§§81a/c による検査措置によって得られる分子遺伝学上の資料の検査、または発見され、確保され或いは差し押さえられた証跡物質に見い出される分子遺伝学上の資料の検査 (§§81e/f)、
  2. 将来、刑事手続において同一性を確定するための体細胞の採取と分子遺伝学上の検査、および連邦刑事局の DNA 分析データにおける分子遺伝学上の個人識別標本 Erkennungsmuster の保全 (§81g)、
  3. 最後に、一連のテストにおける具体的な刑事手続のための採取と分子遺伝学上の検査 (§81h)、
- である。

問 152. ゲノムを包摂する分析は、刑事手続が必要とする限度を遥かに凌駕する、当該人間の情報の保持を可能にするであろうといわれている (ゲ



ノムの欠陥、疾病の素質、心理学的或いは性格と相関的な属性)。貴方は、かような「ガラスのように透明な市民 gläsernen Bürger」となることを防ぐために、法律の条文からそれが講じる予防措置を読み取ることができるか？

【答】 §81e I, II によれば、刑事手続における分析の目的は、「発見された証拠物質が被疑者・被告人のものか、或いは被害者のものかどうかという、その由来や事実の確定」に制限されている。同規定 S.3 によれば、それ以外の事実を確定してはならない。捜査を行う官庁に、或いは組織上同一の部署に属さない公務員に分析を委嘱することが許される（その他の鑑定人についても、§81fII を見よ）。それに加えて、鑑定人に対しては、個人識別データを示すことなく検査資料が引き渡されなければならない (§81fII2)。§81g による DNA 分析の目的は、DNA 個人識別標本および性の確定に限定されている (Abs.1S.1, Abs.2)。採取された体細胞が、そのためにもはや必要でないことになったときは、直ちに破棄しなければならない (Abs.2S.1HS.2)。更に、それらの許容性は、事物および手続上の性質を制限する要件の一連の規定に依拠している (Abs.3S.2, 3)。類似しているのは、一連のゲノムテストの場合である (§81hIII)。

問 153. a) 殺人犯の犠牲者に精液の証拠が発見された。捜査は、行為者として、ミュンヘンのナンバープレートをつけたボルシェを手がかりに、その乗用車の保有者を狙上に載せるという。そこから、警察は、行為者であるかどうかとも不確かな者も含むこの車種の全保有者（およそ 750 名）が DNA 分析を目的とする検査血液の採取のために自ら同意をなすよう仕向ける。(BVerfG NJW96, 3071)。今日の法令によれば、これは認められるであろうか？

【答】 生命に対する重罪等々が実行されたというような嫌疑を特定の事実が基礎づけるのであれば、§81hI はこの種の一連のゲノムテストを認めている。よって、事実はその通りである。加えて、当該対象者は、証拠物質がこれら対象者に由来するのかどうかを確定する必要があるという、「行為者と推定的に合致する一定の識別特徴を充足」しなければならない

(ミュンヘンナンバーのポルシェの保有者) し、証跡物質がこの対象者に由来するものなのかどうかという、検査の確定も必要とされなければならない。そして更に、そのような措置は、「とりわけ、問題となっているその対象者の総数に考慮しながら」犯行の重大さと比較することとも無関係ではない。その措置は、文書による該当者の同意をもってのみ認められ、この点については、教示されなければならない。(Abs.4 を見よ)。最後に、緊急の必要性のある場合にも、裁判所の命令が必要である (Abs.3)。ここでは、この点を欠いているのである。

b) a) の事案の該当者の内の 1 人である B は、その血液の採取を拒んだ。これが彼の意思に反して行われることは、現在、許されるか？

【答】 §81c の要件は存在していない。拒絶行為のみからは、§81eI と関連する §81aI の検査命令を許容するという、§152II (Nr.10b) の意味での始期の嫌疑も端的に推論されてはならない。(BVerfG NJW 96,1587,1588; BGHSt 49,56; LG Regensburg StraFo 03, 127)。この点にとっては、同程度の犯行の嫌疑を基礎づける、更なる徴憑を必要とするのである (Senge, NJW 05, 3028, 3032)。

## 11. Sonstige Ermittlungsmaßnahmen mit Grundrechtsberührung (基本権の抵触を伴うその他の捜査措置)

問 154. a) StPO は、対象者の手配 *Fahndung nach Person* について、如何なる措置を許容しているか？

【答】 1999 年の StVÄG 以来、逮捕 (§131) および犯人の居場所の捜査 *Aufenthaltsermittlung* (§131a) のための公示、並びに (その他の) 似顔絵の公表 (§131b) は、確実な予防策の下で認められる。§131c は、命令する権限をその方法の差別化によって規定している。全ての規定は、手配状による訴追に関して不十分であった §131 a.F. の規定を補訂している。

b) 手配要請をテレビ或いはインターネットで流布することは認められるか？

【答】 それは認められる。いわゆる、「公開手配」は、1999 年の StVÄG 以来、

§131IIIによって次のような場合に認められている。すなわち、「重大な犯罪」に関わる問題である場合、少なくとも勾留命令若しくは収容命令の条件が存在しているか又はそのような命令の一つが既に出されている場合、そして他の措置が犯人の居場所の捜査にその達成の期待を僅かに抱かせるか或いはそれが本質的に困難であろう場合である。§131aIIIは、犯人の居場所の捜査のための公開手配を、類似の要件の下で許容している。

c) 市民Bは散歩しているときに、ある男に気づいた。それは、謀殺の嫌疑のある人物の記述が前夜のテレビ報道番組「記録番号XY未解決」で放映された男と一致したからである。Bはその男を逮捕することは許されるか？

【答】それは許されない。§131 f.は、如何なる類の強制権も保障していない。Bはそれ以降の手續に道を開くであろう最寄の警察官に通報できるとどまるのである。—正当な規定が誤認逮捕の危険に直面してしまうからである。

問 155. a) ラスター調査とはどのように解されているか？

【答】§98aIIにおける法律上の解釈によれば、行為者と合致すると推定的される、一定の識別特徴（ラスター基準）を充足する個人に関係づけられたデータは、嫌疑者以外の者を除外するため、（いわゆる、消極的ラスター調査）或いは捜査にとって重要な、異なる調査基準を充たす者を確定するために（いわゆる、積極的ラスター調査）、無関係のデータと機械的に調整することが認められている。この自動化されたデータ調整は、さしあたり、非常に多くの人間に該当しうる。それにより、犯罪捜査学上の経験則に従って、犯行をなした捜査線上の行為者と本質的に合致するという基準に当てはまるように、問題となっている個人が抽出されようとする。この命令は、犯罪の列举一覧に含まれる「重大な犯罪」と、事実関係の究明或いは犯人の居場所の捜査が「他の手段では達成する見込みが著しく薄いか又は困難であろう」ということを要件とする（特定の補充条項）。命令の権限は裁判官が有する。遅滞の危険がある場合には検察庁にも認められる（§98b）。

b) 引き網調査とはどのように解されているか、そしてこれはどのように規定されているかを、貴方は知っているか？

【答】引き網調査は、1986 年に §163d として盛込まれ、コンピュータに支援された調査の措置である。この複雑且つ法政策的にも争いのある規定は、刑事手続にとって重要であるかどうかを調査するために、国境を通過する人の検問において、調査のための一定の識別基準と一致する、個人に関連づけられたデータの一時的な蓄積を許容している。

問 156. a) 武装されたある銀行襲撃事件によって、全道路の 1/4 を封鎖することが必要であると判明する。それは、行為者が強奪した金員を確保するためである。警察は道路の封鎖を実施することおよびあらゆる者を検査することができるか？

【答】検査することができる。§250 INr.1 StGB に定める犯罪が犯されたという嫌疑を基礎づける、且つ検問所の設置が行為者の逮捕および証拠物の押収（例えば、利用された武器）に至る可能性を理由づける一定の事実が存在するときは、警察は、遅滞の危険がある場合に、道路およびその他通行可能な公共の場所に検問所を設置することができる (§111)。1998 年の 6.StrRG によって新規定となった §250 StGB に適合しているかは、未だ解決されていない。加えて、§225 が §250 INr.1 StGB と関連づけて理解されるかどうか、争われている（そのように述べるのは、Meyer-Goßer, §111 Rn.3; 認めないのは、(AK/Achenbach, §111 Rn.8)。

b) 具体的な犯罪事実を基礎づける犯行の嫌疑が存在しない場合でも、いかがわしい場所或いは酒場を搜索したり、そこで拘束された者が携行品と共に強制的に交番に引致されることは可能か？

【答】我々の StPO は、手入れの実行についての特別の権限を与える根拠を置いていない。それ故、搜索 (§§102 ff.)、勾留 (§§112 ff.)、仮逮捕 (§§127,163b/c) についての一般規定が考慮されているにすぎない。なかんずく、嫌疑者およびそれ以外の者にも身元確定を許容づける §§163 b/c が導入されてからも、とはいえ、一般に、この規定は手入れの実行に十分なのである。

問 157. 被疑者Bおよび証人Zは、警察官Pに対して、自身の身元の証明をできない、或いはそれを十分にすることができない。Pは、彼らの一身上の事項を解明するために、強制的に交番に引致することが許されるか（いわゆる、「連行」）？

【答】嫌疑者 (§163bI) 若しくはそれ以外の者 (§163bII) の身元確認のために、検察庁および警察職にある全ての公務員は、それ故Pもまた、必要な措置を講じることができる。無論、ここでのZのような嫌疑者でない者は、これが重大な犯罪の解明に必要である場合に限り、拘束されうる (§163bIII, 2)。被疑者が整然と身元を証明することができた場合には、身元確認のために交番へ移動することは認められない (BVerfG StV 92, 210)。

問 158. Xは侵入窃盗を犯したという嫌疑を受ける。

a) 刑事警察官は、鑑識事務上の措置として、彼の写真撮影および指紋採取のために、彼が拒絶したとしても、交番に引致することができるか？

【答】§163bI2, 3に定められた身元確認の目的のために、さもなければその身元が確認できない場合、或いはその確認が著しい困難性を伴う場合にのみ、認められる。ただ、とりわけ、公表されている被疑者・被告人の場合には、§81bによれば、話は別である。§81bは、この種の措置を、刑事手続の遂行のためにも、また「鑑識事務の目的」ためにも許容している。すなわち、犯罪の予防的鎮圧のために認めているのである（この問題性について詳しいのは、SK/Rogall, §81b Rn.4, 6ff.）。法規範は、確かに、このような事例における交番への引致 Zur-Wache-Bringen が認められているとは、明示的に語っていない。けれども、この権利はその目的から直接的に明らかになると認めることができるであろう。

b) 刑事警察官には、証人との対質を目的とする一本質的な部分への侵害にまで—Xの毛髪や髭のスタイルを強制的に変更することが許されるか？

【答】支配的見解によれば、そのような措置は、(a) 被疑者・被告人の身

元を個人として或いは行為者として確認することに用いられる場合、および (b) 捜査の状況によれば、過去に任意に対質選別された者と一致するという事態が彼に見とめられるべきである場合に、認められる。この点について、この権限の根拠は §81b にあるのか (そのように述べる支配的な見解は、SK/Rogell, §81b Rn.33f.を見よ)、或いは §81a にあるのか (そのように述べるのは、BVerfGE 47, 239) が争われている。

c) 刑事警察官が証人と X との対質をビデオカメラで撮影することは、この撮影が X の知るところであった場合には、許されるか？

【答】 起訴前手続における他の証人との対質、又は被疑者・被告人とのそれは、その後の手続に必要となる場合に、§58II によって認められている。この点については、ビデオ撮影も可能とされる (BVerfG NStZ 83, 84)。§81b の類推適用は、写真撮影と音声録音の類似性を理由とするのみならず、ビデオ撮影と連結する、被疑者・被告人の人格の領域内への侵入が彼の訴訟上の利益と均衡を失してはいないという点によっても正当化される (対質の過程についての証拠、場合によっては他の証人による X の身元確認の可能性も考えられる)。また、X との会話をテープへ記録することは、音声比較のために用いることが許される (BGH StV 85, 397)。事情が異なるのは、ビデオ撮影やテープ記録が秘密裏に行われたであろう場合である (この点について、Nr.399 参照)。

d) 犯行現場の室内の監視カメラによって撮影されていたという別の写真と比較するために、刑事警察官が、X に対し検閲されたストッキングマスクを身につけさせて、一定の位置での写真撮影を場合によって強制することは許されるか？

【答】 BGH NStZ 93, 47 によれば、§81b が定めるそのような措置もまた保障されている。何人も積極的に自己の罪状立証に寄与することは義務付けられていないという原則に対する違反は、そこには存在していない (Nr.399 参照)。

問 159. StPO は、嫌疑者の観察 (監視) を認めているか？

【答】 認めている。ここでは、3 段階に区分されなければならない。すな

わち、

1. 例えば、事実の解明のために、犯行現場或いは客体を短期間観察することは、支配的見解に従えば、既に、§§161II、163I2における捜査の一般条項によって認められている（この点について、Nr.32, 38を見よ）。

2. §163eによる警察の観察のための公示は、警察のコントロールによる観察を介して、適宜、被疑者の犯行の様子を取得することを狙いとしている（Meyer-Goßner, §163e Rn.1, 2）。この措置は、一例えば、§111、警察法（例として、§14 NdsSOG）による、検問所或いは国境検問所で一秘密裏に講じられる。

3. 最後に、1999年のStVAGによって盛込まれた§163fは、長期間の監視をも許容している。法律が定義づけている監視とは、24時間以上継続すべきである、又は2日以上実施されるべき、組織的に計画化された観察である（§163fII）。監視は、被疑者に向けられるものであるが（§163fII）、ただ、一定の予防手段の下では、他の者にも向けられる（§163fIII）。監視は、重大な犯罪の解明についてのみ認められるが、更に追加された補充条項の枠内に限っても許される（Nr.155aを見よ）。また監視は、第三者が不可避的に関わっているという場合にも、実行される。この命令の権限は検察庁にあり、検察庁はこの措置に最大で1箇月の期限をつけなければならない。この更新命令は、裁判官に限り許されているのである（§163fIV）。

問 160. a) 刑事訴追官庁は、被疑者の通話が如何なる内容を有しているのかを知りたいと考えている。官庁は、刑事手続の目的のために、被疑者の電話を傍受することは許されるか？

【答】 電信電話の監視 *Überwachung der Telekommunikation* の可能性は、§§100a、100bの厳密な要件の下に存在している。一方では、一定の事実により正犯或いは共犯として§100a S.1 Nr.1—5で列挙された重大犯罪の1つを犯したとする嫌疑が理由づけられるということ、および「事実関係の究明若しくは犯人の居場所の捜査が他の手段では見込みがないか又は本質的に困難であろう」ということが必要である（補充の原則：後者は§100a S.1 HS）。他方では、裁判官の書面による命令（遅滞の危険があ

る場合には検察官の書面による命令、§100bI 参照) が、§100bIII – 3 に列挙された内容で規定されている。この命令は、その限度を最長 3 箇月としている。ただし、延長は、事情によっては可能である (§100bII4, 5)。加えて、捜査の目的等の妨げとなっている利益がもはや危殆化されることなくこの措置の通知ができるようになったときには、当該措置について、直ちに被疑者に通知しなければならない (s.i.E §101I)。

b) これは、携帯電話 (「携帯」) にも適用されるか？

【答】それは適用される。§100a は、1997 年の終わりまで「電気通信交通 Fernmeldeverkehr」に限って適用されていたのに対して、法規範は、それ以来、電信電話の全ての形式、それ故、特に地球上の携帯電話を包括している。ただし、例えば、衛星電話、テレビ電話、テレックス、テレテックス、およびファックス送信は含まない (KK/Nack, §100a Rn.6)。

c) この措置は、嫌疑のない第三者にも向けられることは可能か？

【答】それも可能である。ただ、被疑者に宛てた特定の通知若しくは彼の発するそれを受け取り又はそれを転送すること、並びに被疑者が第三者の電話接続を利用することが、一定の事実に基づいてその第三者に認められる場合に限る (§100a S.2)。

d) この監視を実施するのは誰か？

【答】これは、例えば、電信電話事業者ではなく、裁判官、検察庁或いはその捜査員である。事業者は、当該電話接続等々を個々の事件について管轄を有する刑事訴追官庁に切り替えることだけを行う (§100bIII)。

問 161. X に国家機密漏洩の嫌疑を理由として電話の監視が命令されている。

a) X の電話での会話が収録された録音テープは、後の公判手続でどのように採用されうるか？

【答】裁判所は、録音テープを検証による証拠の方法で再生するか、或いは録音テープに収録されている内容に関する記録を書証の方法で使用する事ができる (BGHSt27, 135)。

b) X は、なるほど国家機密の漏洩を犯すわけではないが、偽装した会社



経営をしているということが録音テープから明らかになったとした場合、それはどうなるか？さて、Xは録音テープを根拠として詐欺を理由に訴追がなされ、有罪判決を下される可能性はあるか？

【答】§100bVによれば、その可能性はない。当該規定は、傍受という措置によって手に入れられた、他の刑事手続における個人に関係づけられた情報は§100aに規定された列挙犯罪 Katalogtatenの1つを解明する目的についてのみ用いることが許される、という点を明示的に定めているのである。

問162. a) 警察の捜査協力者であるVという男（Vという人物 Nr.170bを見よ）が、麻薬密売人であるRに見せかけの共犯者を申し出て、そして彼との犯行に関する会話を電話で行った。そのやりとりは、警察によって録音テープに収録される。§§100a Nr.4、100bIによる裁判官或いは検察庁の命令は存在していない。会話の記録はRの犯罪の証明のために彼の刑事訴訟に用いることが許されるか？

【答】それは許されない（BGHSt 31, 304）。電話での会話の傍受を許容するための要件は、最終的には、§§100a/bに規定されている。かくして、記録は、ここで問題となっている事案でいえば、法解釈に妥当する命令が欠けているために許されなかった。更に、その場合、法治国家の原則はそのような供述を用いることを禁じている。この点について、BGHは、正当にも、§136aとの類似性を指摘している。

b) 麻薬密売の嫌疑のあるYに対して電信電話の監視と記録が裁判官から命じられた。彼の携帯電話での会話の際に、会話ができなかったということから、Yは、通話切断ボタンを押さなかった。それ故、Yの自動車の中でなされたHとYの会話は接続されたメールボックスに転送され、警察にそれが記録された。この記録は、公判において、Yの不利な証拠として用いることは許されるか？

【答】BGHSt 31, 296は、1983年に、当時の§100aに端的に規定された「電気通信交通 Fernmeldeverkehrs」の概念によって把握されず、夫婦間での語り合いは不可侵の私生活の形成領域に属するとして、操作の手違いに

よって可能となる「室内での会話」の使用可能性を否定した。その点で、BGH (NSStZ 03, 668) は異なる判断を下した。なぜなら、BGH は、電信電話法 (TKG) 3 条 22 号から借用され、今日の §100a/b で理解される「電信電話 Telekommunikation」という広義の概念を支持したからである (争いがある、Fezer, NSStZ 03, 625 を見よ)。BGH は、第三の当事者に利益となるための証拠使用の禁止を、犯行の重大さと私生活の形成領域の中核的要素には関係しない侵害の重さとの比較衡量にて否定した。特に、§100cINr.2 a.F. (現行の §100fII) の法思想によれば、証拠に用いるという措置は命令を可能とするであろう。

c) 私的な会話を交わした 2 人の共犯者のうちの 1 人が、別の受話器を用いた捜査官の傍受を許容した。これは認められるか？

【答】 刑事部大法廷の見解によれば (BGHSt42,139,154)、Art.10IGG に基づく基本権の保護は、電話加入者の端末装置で終わっている。よって、その判決によって傍受装置を設けたとしても、その判断によれば電気通信の秘密には抵触していない (それと同様に、我々の事例にとっては、BGHSt 39, 335; 争われているのは、Meyer-Goßner, §100a Rn.1 にある紹介を見よ)。

問 163. a) 謀殺未遂を理由として訴追された B は、フランスに逃亡した。裁判所は、その逃亡に基づいてドイツに居住している彼の弁護士 V との電話接続の監視を命令した。B がフランスから V に電話をかけたとき、この会話が傍受され、それが B の居場所の捜査のために刑事訴追官庁に用いられた。これは認められるか？

【答】 これは認められない (BGHSt 33, 347)。§100a S.2 の文言は、なるほど、その傍受を許容している。なぜなら、V は B の発する通知を受け取るであろうということが、彼に推定されたからである。にもかかわらず、電話の監視は §148I に違反する。§148I は、弁護人に被疑者・被告人との口頭による無制限の交通を保障しているからである。この規定は、身柄を拘束されている被疑者・被告人のみならず、§148I の文言が「もまた auch」としているように、拘束されていない状態の被疑者・被告人にも

適用される。電話での交通とは、口頭による意見交換の形式である。

b) VがBのために刑罰免脱罪を犯したという有力な嫌疑を受けているであろう場合、この評価は変わるであろうか？

**【答】**それは変わらない（BGHSt 33, 347）。確かに、BGHは、処罰の免脱が非難の対象とされる場合には、§97II3による依頼人が弁護人に宛てた文書による通知の差押を認めるとしている（非常に争われている）。とはいえ、§97II3の法思想は、BGHの見解によっても、弁護人と依頼人との電話での会話の場合に類推適用してはならないというものである。というのは、交わされた言葉というものは、§148IIが示していたり、加えて差押は全ての犯罪の場合に認められるが、電信電話の監視は§100aに列挙されたとりわけ重大な犯罪の場合にのみ許されるというような事情も示しているように、記述されたものよりも強度の保護を享受するからである。

c) Vは、むしろBに対し非難のある謀殺行為の従犯の有力な嫌疑ありとされるような場合には、どうなるであろうか？

**【答】**そのような一事例においては、BGHはVとBとの会話の傍受を認めている。なぜならば、いまやVは、彼自身被疑者として§100aによる「列挙犯罪」の嫌疑があるからである。しかしながら、このような事情でも§148Iに対する違反をどうすることもできない。その点から、裁判官は、さしあたり§138aによってVを除外し、その後ではじめて彼の電話を監視することになろう。

d) それが認められるとして、Bは密かにドイツに帰国した。そこで彼の電話接続が§100aによって、適法に監視される。さて、Vが彼に電話をかけたときにこのやりとりも傍受されたのであるが、この傍受された会話を訴訟で用いることは許されるか？

**【答】**許されない。この場合もまた、§148Iに違反している。弁護人が被疑者に電話をかけるということを警察が観察する場合、それ故、警察は、会話の記録を中断し、そして例えば直ちにその録音された会話を消去しなければならないのである。

e) Vと第三者との会話が、適法に監視されていた場合には、どうなるであろうか？

【答】 この場合においては、Bが不利益を被ることになるその記録証拠の使用も認められる (BGHNS1Z88, 563)。というのも、§148は被疑者・被告人と弁護人との口頭による自由な交通を端的に保障しているにすぎないからである。

問 164. a) §100a は電信電話の内容に関する監視を許容している。また、それは、接続データに関する端的な情報 (共犯者の特徴、時刻、接続時間の長さ) をも調査することはできるか？

【答】 それはできる。§§100g/h は、電信電話事業を職業的に営む者は一定の電信電話データに関する情報 (§100gIII を見よ) を提供しなければならないという (原則的に裁判官の) 命令の権限を与えている。この命令は、内容に関する監視の場合とは異なって、§100a における犯罪の列举一覧とは無関係に重要な意味をもつ犯罪の訴追の場合にも、行われる。当該規定は、(現在のところ) 2007 年末までの期限がつけられており、更にいえば、刑事訴訟上の隠密捜査という方法と調和のとれた総合的な体系の枠内で、修正されるべきである。

b) 携帯電話の交通を把握するためには、加入者番号 Kartennummer (国際移動体加入者識別番号 International Mobile Subscriber Identity-IMSI)、端末番号 Gerätenummer (国際移動体装置識別番号 (International Mobile Equipment Identity-IMEI)) が中核的な意味をもつ。まず、それらを用いて、携帯電話の監視措置を可能し、その上で接続された携帯電話の現在位置を特定する。一定の測定技術 (IMSI 捕獲法 IMSI-Catcher) がその捜査に委ねられる。この技術が刑事訴追に利用されることは許されるか？

【答】 §100i は、§100a による監視措置の準備のために、および勾留命令或いは収容命令に基づく公務員による仮逮捕 (§127II) ないし「行為者」(正確には、被疑者!) の逮捕のために、多くの予防手段の下でこれを認めている。

問 165. a) 電源が入れられ、接続状態となった携帯電話が発するその位置情報を使用して、それを用いる共犯者の行動の様子が提供されうる。

刑事訴追の目的のためにこれを利用することは許されるか？

【答】これは非常に争われているが、判例はこれを許容した（特に、BGH, NJW 01, 1587の捜査裁判官を見よ。更なる論証は、Hellmann, Rn.342 Fn.217）。判例は、電信電話は特に接続データの一つであって、それは§100aによって電話で伝達しうる情報に欠かせない事情に近似しているともいう。しかしながら、§§100a/bは、会話の内容の監視のみを許容しており、他方で、接続データについて規定している§§100g/iは、(積極的な)接続 (§100g)と「積極的に発信接続された携帯端末の」 (§100iNr.2)位置情報の捜査という場合における当該データの伝達だけを許容している。

b) 携帯電話に記憶された接続データの選別、および一連の住居侵入並びに自動車窃盗事件の解明と訴追のために、それを差し押さえることは認められるか？

【答】連邦憲法裁判所第2小法廷第3部 (NJW 05,1637)は、この、実務にとって更に厳しい条件を定式化した。それによれば、同第3部は、電気通信の秘密 (Art.10 GG)の基本権の保護領域に影響を与えると判断し、それ故、この情報を包含するデータ記憶媒体、請求書或いは通信端末の差押を§100g/hの要件の下に限定して認めようとした(批判しているのは、Günther, NStZ 05, 485)。誘発行為 Anlasstatenでは、どう見ても、§100aの列举犯罪が問題となっているわけではない。しかしながら、BVerfGE 107, 299, 322は、ここに取り込まれたその他の「かなり重要な意味をもつ犯罪」もこの列举一覧に方向づけている。そのことが、ここで訴追された自動車窃盗の重大性の程度で十分なのかどうかは、疑わしい。

c) §100gは、ドイツのアウトバーンでの通行料金の電子徴収によって得られる位置情報データの把握を命じているか？

【答】AG Gummersbach (NJW 04, 240)は、これについて賛意を示した。しかしながら、自動的なデータの交換は、少なくとも人との関わり合いをもつ情報伝達を条件としている電信電話としては把握されえない。加えて、2002年4月5日に成立したアウトバーン通行税法 AutobahnmautG 4条2項3文および7条2項2文 (BGBl.I, 1234)は、通行料金の把握の目的と厳密に結合する規定を定めている。これは、刑事訴追のためのこ

のデータの利用を禁じている (Meyer-Goßner, §100g, Rn.4)。

問 166. a) 貴方は、「大規模盗聴」という標語の背後に潜んでいるものについて観念をもっているか？ 貴方は、立法の展開に関して何か知っているか？

【答】大規模盗聴とは、技術的手段による住居内での非公開の会話の傍受および記録であると理解されている (聴覚による居住空間の監視)。それは、Art.13 GG が構成要件の広範な例外化のために前々から拡張されてしまっていたことから、1998 年 5 月 4 日成立の組織犯罪の撲滅の改正に関する法律 (BGBl.I, 845) によって §100cI Nr.3a.F. に法律規定として導入された。ただ、その場合でも、BVerfGE 109, 279 は、聴覚による居住空間の監視に関する規定を本質的な部分で基本法の思想と相容れないものであると明言し、立法者に新たな規定を委ねたのであった。そうこうするうちに、新規定の制定は、2005 年 6 月 24 日成立の法律 (BGBl.I841) によって実現された。それによれば、今日では、§§100c – e が聴覚による居住空間の監視を定めており、他方で、住居外での技術的手段の投入は、その規準を今や §100f に見い出すのである。

b) 貴方は、住居内の音響の監視の基本的特徴について何か言及することはできるか？

【答】本質的な問題は、BVerfG の判例によれば、私生活の形成領域の中核的要素がより重大な犯罪の訴追や解明の場合にも、国家のコントロールに絶対的に服することになる点に、結局、その要素がそれらの比較衡量の可能性もなく奪われてしまう点に存在している (BVerfGE 109, 279 LS2)。それによって、§100c n.F. は、なるほど、法律上の犯罪の列举一覧の意味におけるとりわけ重大な犯罪の解明のために、且つ共同被疑者の事実関係の究明およびその居場所の捜査のために、その達成が見込まれる場合に、技術的手段による住居内での非公開の会話を傍受し録音することを認めている (Abs.1 および Abs.2 を見よ)。しかしながら、これが許容されるのは、私生活の形成領域に帰属される可能性のある表現が監視によって把握されないと認められる場合に限られている (Abs.4)。当該事

実にはその可能性があるという根拠が明らかになった場合には、監視は直ちに中断されなければならない。よって、録音は消去されなければならない。得られた情報は利用禁止となる（Abs.5）。特殊性が認められるのは、証言拒絶権者（Abs.6）。

c) 「小規模盗聴」も存在するか？

【答】 §100fII による事項は、住居外での、技術的手段による非公開の会話の傍受と録音を一定の予防手段の下に許容している。

問 167. 農夫を謀殺したという嫌疑を受けたAは、仕事中の事故によりリハビリテーション診療所に入院していた。彼の入院先の個別病室は、裁判官の命令によって監視されていた。その際に、Aの大声で叫んだ独り言が記録された。「奴の頭をぶち抜いてやったんだ」と。裁判所刑事部は、謀殺およびその他の案件を理由としてこの記録を有罪判決の拠り所とした（NJW 05, 3295）。

a) §100c の意味における住居とは何を意味するか？ 病室もそれに属するか？

【答】 住居の概念は、判例によれば、日常語上の意味に理解されうるといふよりは、むしろそれよりも広義に解釈されるべきである。その概念は、私生活が掻き乱されることなく展開されうる空間領域を保障することも包摂している。それは、「隔絶されることによって外界との関係性から遠ざけられ、個人の活動の場所が形成されたあらゆる空間である」。BGH は、例えば、東屋、宿泊施設の部屋およびトレーラーハウス、キャンピングカー、テント、一般的に立入ることのできない事務所並びに事務室或いは一般的に立入ることのできない協会事務所、更には病室もその1つとしている（BGH NJW 05, 3295f.; 更には BGHSt 42, 366, 372）。

b) この場合、私生活の形成領域の中核的要素に触れてしまっていたか？

【答】 この形成領域の中核的要素に属するということは、簡潔な定義では表現できない。BVerfGE 109, 279, 313 は、「当該一身専属的な事柄の中で自己を展開するために、あらゆる人間に賦与された不可侵の自由」の保障が重要であるとしている。一身専属的な信頼を置いた者との意思の疎

通もこの保障の 1 つとされる。ただ、BGH は、ここで問題となっている  
場合では、独り言もこの形成領域の中核要素に取り込んでいる。

問 168. a) F は、「反帝国主義細胞」の構成員として、4 つの爆破暗殺を行っ  
たとする嫌疑を受けている。F と共同被疑者の S は、連邦刑事局の視覚  
による監視およびその他の監視措置から逃れようとした。それ故、連邦  
検事総長の命令で、S の自動車に、全地球測位システム (GPS) という、  
車の現在位置のデータを断続的に記録可能とした受信機が極秘に据付け  
られた。F は、OLG によるこの情報の使用は認められないと非難した。  
これは正当か？

【答】BGHSt 46, 266 は、これを否定している (賛成しているのは、  
BVerfGE 112, 304)。この場合には、§100f に規定された住居外での技術的  
措置が問題となっている (以前の §100cIa.F.)。§100f INr.2 によれば、重  
大な犯罪の解明のために、事実関係の究明或いは犯人の居場所の捜査が、  
他の手段では達成の見込みが僅かにしかない或いは困難であろう場合に  
は、特に事実関係の究明および被疑者の居場所の捜査のために、監視を  
目的とする一定の技術的な手段が用いられることが許される (「著しく」  
とか「本質的に」という文言のない端的な補充条項)。その手段には、位  
置測定発信機 Peilsender、暗視装置 Nachtsichtgeräte、赤外線動作感知器  
Bewegungsmelder など、それらに類するものも含まれる。BGH は、GPS  
技術 (GPS-Technik) もその一つであるとしている (争いがある)。また、  
その見解によれば、§100fI (§100cIa.F.) は、自らの付随管轄の手段の中  
に、自動車に当該受信機の設置を必要とする措置も許容しているという  
(BGHSt 46, 226, 237f.)。

b) この種の機密措置による絶えず張り巡らされた情報捜査網の前には、  
一般的な人格権 (Art.11 i.V.m.21GG) および Art.8 EMRK に定められた私  
生活の尊重の権利に違反する、あらゆる方面からの監視の危険は、存在  
していないのか？

【答】既に、BGHSt 46, 266 は、原則的に、監視措置は総論としてはこの  
ような帰結になりうるということを承認したが、具体的事案においては



これを否定した。この思想は、現在、BVerfGE 112, 304, 319ff.によって採り上げられている。これは、「加えられた」基本権の侵害に内在している潜在的な危殆化に留意して、刑事訴追官庁に手続上の特別な条件に配慮することを要求すると、そして情報技術の変化は急速でお且つ基本権の保護にとって危険を伴っているために、立法者が負うと考えられる義務とは、技術の展開を細心に観察しながらも、必要とあらばその修正に乗り出すことであるというものである。

問 169. a) §§110a—c は、重大な犯罪の解明のために隠密捜査官の投入を許容している。それはどのように理解されているか？

**【答】** 隠密捜査官とは、ある程度永続的に変更された身分（架空身分）が与えられた下で、法的な交互行為に参与し、捜査を行う、警察職にある公務員である (§110aII)。犯罪への参与は、1992年のOrgKGによる更なる要請とは逆に、その捜査官には許容されていない。

b) 警察が自ら隠密捜査官を投入することは許されるか？

**【答】** 許されない。それは、通常の場合には検察庁の同意を必要とし、特定の被疑者に対する場合又は一般的に立入ることの許されていない住居に侵入する状況下では、むしろ裁判官の同意を必要とする (§110bI, II)。遅滞の危険がある場合には、Abs.2の要件の下で裁判官に代わって検察庁が同意を行わなければならない。よって、命令の権限をもつ主務機関である審級が3日以内に同意しないときには、如何なる場合においても、その措置は打ち切られなければならない。

c) 遅滞の危険があることを理由として、特定の被疑者に隠密に対する捜査官の投入に検察庁だけは同意したが (§110bII2)、§110bII4に反して裁判官の同意が3日以内に存在しなかった場合には、それはどうなるか？

**【答】** その場合、隠密捜査官の活動は、3日を経過した後では、法的根拠を欠いている。ただ、3日以内であれば、その有効性且つ正当性は継続する (BGHSt 41, 64)。

問 170. a) 麻薬中毒者の世界で見せかけの麻薬取扱人として行動する警

察官は、当然、§§110a ff. の制限を受ける隠密捜査官たりうるか？

【答】彼は隠密捜査官ではない (BGHSt 41, 64; NSTZ 96, 450; Schneider, NSTZ 04, 359, 360ff.)。警察官が長期間に亘り架空身分の下で麻酔薬 Betäubungsmitteln の入手について交渉する場合や単独の交渉相手と僅かな時間にのみ接触しうる場合に限って、彼は隠密捜査官である。更に、「公然に捜査をしない公務員」という言葉も用いられている (§10II 参照、RiStBV の添付資料 D, Nr.1, 2—掲載されているのは、Meyer-Goßner Anhang 15)。

b) 警察はヘロイン取引の解明のために信頼の置ける協力者 Vertrauensperson (VP) を利用する。信頼のおける協力者とは何か？そして、その協力者の投入は §110b の意味における検察庁ないしは裁判官の同意に拘束されるか？

【答】信頼の置ける協力者とは、隠密捜査官とは異なり、警察の職にある公務員というわけではなく、犯罪の解明の際に私人として刑事訴追官庁を補助する者である (RiStBV の添付資料 D を見よ)。§110a ff. の規定は、BGH の見解によれば、その協力者に適用すらできない。したがって、警察は自己の裁量でそれを利用できるのである (BGHSt 41, 42; 45, 321, 330; これは争われている)。

(あきやま・えいいち ノースアジア大学法学部准教授)