

## ドイツにおける身分秘匿捜査

宮 木 康 博

はじめに

第一章 身分秘匿捜査の法制化の経緯と主体

第一節 身分秘匿捜査の法制化の経緯

第二節 組織犯罪対策法における身分秘匿捜査の概要

第三節 身分秘匿捜査とその担い手

一 身分秘匿捜査の多義性と担い手の多様性

二 身分秘匿捜査の意義

三 多様な身分秘匿捜査の担い手

第四節 小 括

第二章 身分秘匿捜査の担い手投入の法的根拠と要件

第一節 身分秘匿捜査官投入の法的根拠と要件

一 組織犯罪対策法の施行以前の投入根拠

二 身分秘匿捜査官投入の要件

第二節 秘密連絡員投入の法的根拠と要件

一 秘密連絡員投入の法的根拠

二 秘密連絡員投入の内在的制約

三 秘密連絡員投入の要件

第三節 小 括

第三章 身分秘匿捜査における証拠使用の禁止

第一節 新設された身分秘匿捜査規定の違反

第二節 刑事法の証拠使用禁止規定の違反

一 セデルメイヤー事件の概要

二 黙秘権や証言拒絶権の侵害性

三 禁止された尋問方法への該当性

四 証言拒絶権者による証言取消しの許容性

第三節 小 括

ドイツにおける身分秘匿捜査

同志社法学 五七巻一号 一一五（一一五）

第四章 真実解明義務と証人保護

第一節 直接主義の下での真実解明義務と証人保護

- 一 直接主義の下での真実解明義務
- 二 内務省による秘密保持の法的根拠
- 三 証人保護の範囲に関する三段階

- 第二節 裁判所による秘密保持の審査と被告人の異議申立て
- 一 裁判所による秘密保持の審査
- 二 被告人の異議申立て
- 第三節 小 括
- むすび

は じ め に

今日、わが国では、組織犯罪が質的・量的に変容を遂げ、新たな段階を迎えた。すなわち、暴力団による薬物および銃器等の不正取引が増加傾向を示す一方で、「蛇頭 (snake head)」などの高度に組織化された国際犯罪組織や一連のオウム真理教事件に象徴されるカルト的な集団による犯罪などが相次いでいる<sup>①</sup>。また、最近では、国際犯罪組織と暴力団とが連携する犯罪も見受けられる<sup>②</sup>。

今日的な組織犯罪に共通する特徴としては、①犯罪の組織性・継続性、②犯罪行為の密行性・不透明性、③犯罪の国際性などが指摘されている<sup>③</sup>。これらの特徴は、とりわけ犯罪捜査に困難をもたらすものとして懸念されている<sup>④</sup>。なぜなら、わが国の捜査機関は、「伝統的に、検挙した実行行為者の自白をてこにして、他の構成員の犯罪への関与を解明するという捜査手法をとってきた」<sup>⑤</sup>が、今日の組織犯罪では、組織性・継続性や密行性が高まっているため、個々の犯罪関与者が、組織犯罪の一部にしか関与しておらず、組織犯罪の全貌や他の関与者について有益な情報をもっていないかったり、たとえもっていても、組織による制裁などをおそれて供述しないことがありうるからである。し

かし、かといって、犯罪の一部を分担した個人だけに刑事責任を問うても、組織犯罪への対応として妥当性を欠くことはいうまでもない。したがって、組織犯罪の全体像を解明する捜査手法の導入が必要とされているのである。

では、新しい組織犯罪に適切に対応するためには、どのような捜査手法を導入すればよいのか。この問題への一つの解答として、「身分秘匿捜査」が考えられる。わが国に「身分秘匿捜査」についての統一的な定義は存在しないが、一般的には、捜査機関やその協力者が、自らの身分を秘匿して犯罪者（犯罪組織）やその関係者に接触し、過去・現在・将来の犯罪に関する情報や証拠を収集する捜査活動を指し、その一環として、おとり捜査も含むものと解されているといえよう。近代的な身分秘匿捜査はフランスで誕生したが、その後、組織犯罪対策としてアメリカ合衆国で発展を遂げ、組織犯罪のボーダレス化にともない世界各国で導入が進められている。<sup>⑥</sup> わが国でも、近時の司法制度改革審議会において、「新たな時代における捜査・公判手続の在り方」と題して、身分秘匿捜査、とりわけその捜査手法の一つであるおとり捜査の拡充が組織犯罪との関係で検討された。<sup>⑦</sup>

ただし、わが国においても、身分秘匿捜査は、決して新しい捜査手法ではないことには注意を要する。「菅生事件」<sup>⑧</sup>や「戸高事件」<sup>⑨</sup>に象徴されるように、公安部における情報収集手段として同種の活動が実施されてきた形跡が認められるからである。とはいえ、身分秘匿捜査の導入を正面から認めることについて、十分に議論されたわけではないし、根拠規定等についても曖昧な状況にあるといつてよい。その意味では、身分秘匿捜査は、古くて新しい捜査手法ともいえよう。

このような身分を秘匿して実施される捜査については、事案の真相を明らかにすることに比重がおかれ、個人の基

本的人権の保障への配慮が後退してしまうことが懸念される。こうした懸念をふまえた慎重な検討なしに、わが国への導入の是非を論じることとはできない。はたして、現行の捜査手法では新しい組織犯罪への対応が困難な場合、その克服のために、身分秘匿捜査を導入することは妥当なのであろうか。仮に一定の範囲で、こうした捜査手法の導入を認めるとして、その適用を妥当な範囲に限定するには、どのような基準を設定すればよいのであろうか。また、その基準を充足しない状況下で身分秘匿捜査が実施された場合、どのような取扱いがなされるべきであらうか。さらに、身分秘匿捜査は、その後の公判にいかなる影響を及ぼすのであろうか。組織犯罪対策が、緊要の課題である今日のわが国において、これらの問題について、検討を加える意義は小さくないものと思われる。

こうした検討にあたつて有益と思われるのが、ドイツにおける身分秘匿捜査 (Verdeckte Ermittlungen) の考察である。主として、警察官である身分秘匿捜査官 (Verdeckte Ermittler) と警察機構の指示に従つて有償で活動する一般人である秘密連絡員 (Vertrauenspersonen)<sup>(10)</sup> によつて行われる身分秘匿捜査<sup>(11)</sup>は、ドイツでは、一九世紀から実施されてきた<sup>(12)</sup>。こうした身分秘匿捜査には、従来から疑問の声も少なくなつたが、一九八三年十二月一日の「国勢調査判決」<sup>(13)</sup>以降、個人の情報自己決定権 (Recht auf informationelle Selbstbestimmung) への侵害が正当化されるためには法律上の根拠を要するのではないかという問題意識が高まり始めた<sup>(14)</sup>。この判決を契機として、一九九二年に刑事訴訟法一一〇条 a 以下の規定が新設され、身分秘匿捜査を法制化するとともに、その適用範囲に法的制限を加えたのである。また一九八〇年代後半から、わが国と同様、ドイツにおいても、組織犯罪が深刻さを増し、その対策の必要性が急速に高まり、身分秘匿捜査が注目されたことも法制化の背景として認められる。



こうして法制化されたドイツの身分秘匿捜査は、その制限をいかなる形で行っているのか。また、妥当性を欠く身分秘匿捜査について、どのように取り扱っているのか。さらに、公判には、どのような影響をもたらしているのか。

本稿では、わが国への身分秘匿捜査導入をめぐる議論の足がかりとして、これらの問題について考察を加えることにしたい。以下では、第一章で、ドイツの現状を把握するため、同国における身分秘匿捜査の法制化の経緯と「身分秘匿捜査」や「身分秘匿捜査官」などの意義を整理する。次に第二章において、実際に身分秘匿捜査官がどのような要件で投入されているか、さらに法制化されなかった秘密連絡員については、どのような法的根拠、要件で投入されているかについて概観する。第三章では、身分秘匿捜査によって収集された証拠が、いかなる場合に公判廷において証拠として使用が禁止されるのかを検討する。続く第四章では、公判において裁判所は、直接主義の要請の下、真実解明義務を課されているが、身分秘匿捜査官や秘密連絡員の保護を図りながら、いかにして証拠採用するのかについて検討する。以上の考察をふまえ、最後に、身分秘匿捜査をめぐるわが国における今後の議論の方向性について、若干の考察を加えることにしたい。

- (1) 三浦守ほか『組織的犯罪対策関連三法の解説』（法曹会、二〇〇一）一頁。
- (2) 親家和仁「組織犯罪の展望と課題」警察学論集五六巻一一号（二〇〇三）四四頁、警察庁編『警察白書―組織犯罪との闘い―』（ぎょうせい、二〇〇三）七五頁以下。
- (3) 川出敏裕「組織犯罪と刑事手続」ジュリスト一一四八号（一九九九）二三八頁以下、小柳誠二「組織犯罪の実態と対策」警察学論集五六巻二二号（二〇〇三）一五三頁。

- (4) 渥美東洋「免責付与の取調と隠捜査―捜査の用いるいわゆる『新しく』『汚い』手段―」『刑事法学の総合的検討(上)―福田平・大塚仁博士古稀祝賀』(有斐閣、一九九三)五七七頁、同「組織犯罪対策に求められる構想と対処策」警察学論集五五巻二号(二〇〇二)八〇頁。
- (5) 川出敏裕・前掲注(3)一三九頁。
- (6) GARY T. MARX, UNDERCOVER: POLICE SURVEILLANCE IN AMERICA, 17-35 (1988); Cyllie Fijnaut and Gary T. Marx, *The Normalization of Undercover Policing in the West: Historical and Contemporary Perspectives*, in UNDERCOVER : POLICE SURVEILLANCE IN COMPARATIVE PERSPECTIVE 1, 2-28 (Cyllie Fijnaut and Gary T. Marx eds. 1995).
- (7) 司法制度改革審議会では、計六三回の審議が行われ、うち第二五回、二七回、五五回でとり捜査に触れられている。ただし、最終意見書では、とり捜査については触れられていない。日弁連は、審議過程で検討課題としてあがったとり捜査の拡充については、「現時点でとり捜査を拡充するところの必要性も認められないし、これまでの学界の動きに逆行するものといえよう」としている。各議事録および最終意見書は、司法制度改革審議会<http://www.kantei.go.jp/sihouseido/index.html>に、日弁連の意見は、日本弁護士連合会<http://www.nichibenren.or.jp/jp/katsudo/sihokai/pre\_20000725b.html>に掲載されている。
- (8) 福岡高判昭和三三年六月九日判例時報一五二号四頁以下。
- (9) 大分地判昭和三三年八月四日判例時報一五七号六頁以下。
- (10) Gerd Pfeiffer, *Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz*, 2001, § 110a Rn. 1.
- (11) Patric Makrutski, *Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß—Rechtswissenschaftliche Analyse-Rechtsvergleichende Studie mit dem U. S. - amerikanischen Prozesrecht*, 2000, S. 21 ff.
- (12) Cyllie Fijnaut and Gary T. Marx, *supra* note 6, at 6.
- (13) BVerfGE 65, 1.
- (14) Klaus Rogall, *Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren*, JZ 1987, 847, S. 850 f.

## 第一章 身分秘匿捜査の法制化の経緯と主体

### 第二節 身分秘匿捜査の法制化の経緯

(1) 一九世紀後半以降の経過　ドイツにおける組織犯罪への対抗策としての身分秘匿捜査の端緒は、一八八四年一月一八日、ベルリンのエルンスト・ヴィルヘルム・ディックホフ (Ernst Wilhelm Dickhof) に対するドイツ帝国大審院の上告判決に求められる。<sup>(1)</sup> 本事案によって、ベルリンに組織犯罪が存在していることが明らかになったのである。<sup>(2)</sup> 当時の内務大臣および司法大臣は、顕在化した組織犯罪に危機感を募らせ、効果的な制圧方法を検討する委員会を発足させた。<sup>(3)</sup> この委員会の協議結果について公開された情報は必ずしも多くなかったが、身分を秘した警察官による捜査活動を改善する必要性が唱えられたのは確かなようである。<sup>(4)</sup> また、匿名の執筆者によるものではあるが、当時の論文においても、「(私服で行動する) 刑事警察がもたらす成果、およびその警察官がとくに警察の密偵を使ってもたらした成果は、今までに比べてはるかに大きいだろう」<sup>(5)</sup>と説かれており、身分を秘匿した捜査官だけではなく、警察が密偵を用いる捜査方法の強化も求められたのである。<sup>(6)</sup>

また、第二次世界大戦後の旧西ドイツでは、共産圏諸国に対する脅威に重大な関心が払われるようになり、<sup>(7)</sup> その対処法としても身分秘匿捜査が用いられた。ただし、当時のアメリカ合衆国と異なり、<sup>(8)</sup> 組織犯罪が深刻化してなかった旧西ドイツでは、特別な犯罪類型への対策として身分秘匿捜査が位置づけられていたわけではなかった。

ところが、一九六〇年代の終わりから七〇年代のはじめにかけて、旧西ドイツにおいても組織犯罪に関する文献が発表され始める。<sup>(9)</sup>一九七〇年代後半からは、旧西ドイツでも組織犯罪について関心が高まり始め、一九八〇年に入ってから、一九八一年の麻薬取締法によって、犯罪の解明や阻止のために有益な情報を提供した被告人に対して刑を減軽・免除するといった一種の訴追免除制度の導入をはじめ、薬物犯罪の取締りに際して、電話傍受とともに、身分を秘匿しての捜査や情報提供者等が広く活用されるなど、アメリカ的な捜査手法が取り入れられるようになっていった。<sup>(10)</sup>一九九〇年には、当時の連邦刑事局長ツァハルトが、「組織犯罪はドイツにおいては事実として存在する」と述べ、その対策の重要性を指摘した。<sup>(11)</sup>

(2) 国勢調査判決（一九八三年） 明文規定に基づかない身分秘匿捜査には、旧西ドイツにおいても疑問の声が少なくなかった。そうした疑問に一つの答えを出したのが一九八三年二月一五日の「国勢調査判決」であった。<sup>(12)</sup>本件では、同年四月二七日に実施予定となっていた国勢調査法に基づく国勢調査について、主として一般的人格権を侵害するかが争われた。本判決では、「現代のデータ処理の状況下においては、人格の自由な発展のためには、個人データの無制限の収集・蓄積・利用・伝達から個人を保護することが前提となる。したがって、この保護は、基本法一条一項と相俟って二条一項の基本権に含まれる」。そして、「その限りにおいて、この基本権は、個人データの開示・利用について、原則、自ら決定する権能を保障している」<sup>(14)</sup>として、情報の自己決定権は憲法上保障されている一般的人格権を具体化した権利であるとの判断が下された。<sup>(15)</sup>これを受けて、個人の情報自己決定権への侵害が正当化されるためには法律上の根拠を要するのではないかといった指摘が身分秘匿捜査との関係でも主張されるようになった

のである。<sup>(16)</sup> こうした指摘に対しては、本判決は、国勢調査法の九条が、国勢調査で得られた個人情報情報を統計調査以外の目的でも用いることができる規定となっていることを違憲としたものであり、刑事手続における個人情報情報を直接的に対象としていないことから、身分秘匿捜査とは関係がないとの見方もあった。<sup>(17)</sup> しかしながら、いずれにしてもこうした議論の高まりが契機となり、一九八六年には、刑事法の運用指針でもある「刑事手続および過料手続に関する指針 (RStBV)」の付則において、「刑事訴追における情報提供者の利用ならびに、秘密連絡員と身分秘匿捜査官の投入に関する州の司法大臣・内務大臣の共通の指針 (以下『共通の指針』) が作成された。<sup>(18)</sup>

ここに至って、これまで明確な根拠規定をもたずに実施されてきた身分秘匿捜査について、はじめて実務上の行動指針が定められたのである。しかし、この指針はあくまで行政規則であり、国家が国民の権利を侵害する際に要求される法律ではなかった。そこで、一九八八年に、「刑事訴訟法の改正および補充に関する参事官草案」において身分秘匿捜査官の規定が盛り込まれ、立法化への検討がはじまった。一九九一年には、連邦参議院によって草案が連邦議会に提出され、連邦議会、連邦参議院の議決を経て、一九九二年に警察官による身分秘匿捜査の実施に関する規定が、刑事訴訟法に盛り込まれた。<sup>(19)</sup> これによって、身分秘匿捜査に法的根拠が付与されるとともに、その適用範囲に法的制限が加えられたのである。

## 第二節 組織犯罪対策法における身分秘匿捜査の概要

身分秘匿捜査を規定した「違法な麻薬取引およびその他の諸形態の組織犯罪を撲滅するための法律 (Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität (OrgKG))」(以下、組織犯罪対策法)は、一九九二年七月一五日に制定され、同年九月二二日より施行された。<sup>(20)</sup> 同法の施行によって、身分秘匿捜査は刑事訴訟法に根拠条文をもつ制度であることが明らかになったのである (刑法 一一〇条 a 以下)。組織犯罪対策法三条によって刑法に盛り込まれた身分秘匿捜査に関する一一〇条 a から同条 e の規定は以下の通りである。<sup>(21)</sup>

### 第二一〇条 a (身分秘匿捜査官)

- (1) 身分秘匿捜査官は、次の各号の重大な犯罪が行われたことを示すのに十分な根拠となる事実がある場合は、その解明のために投入することができる。
    - 一、違法な麻薬もしくは武器の取引または通貨もしくは有価証券の偽造
    - 二、国家の安全に対する罪
    - 三、職業的または常習的犯罪
    - 四、集団の構成員による犯罪その他組織化された犯罪
- 身分秘匿捜査官は、特定の事実に基づいて再犯の危険があると認められるときも、重罪の解明のために投入することが

できる。身分秘匿捜査官の投入は、事案の解明が他の方法では達成が見込めず、または著しく困難な場合にのみ認められる。また、重罪の解明のためには、犯罪がとくに重要なために身分秘匿捜査官の投入が必要であり、かつ他の方法では達成が見込めない場合にも投入できる。

(2) 身分秘匿捜査官とは、警察の職にある公務員で、ある程度永続的に変更された身分（架空身分 [Legende]）で捜査する者である。身分秘匿捜査官は、架空身分で法律行為ができる。

(3) 架空身分の作成・維持のために不可欠な場合には、必要な文書の作成、変更、または用いることができる。

## 第二一〇条 b（検察官および裁判官の同意、身元の秘密保持）

(1) 身分秘匿捜査官の投入は、検察官の同意後に許される。急を要し、かつ検察官の決定を直ちに得ることができない場合は、その後、遅滞なくこれを求めなければならない。三日以内に検察官の同意が得られない場合には、投入は終了されなければならない。同意は、書面で行い、期間を付する。身分秘匿捜査官を投入するための要件が存続している限り、期間の延長は認められる。

(2) 投入が、

一、特定の被疑者に向けられたものであるとき、あるいは、

二、身分秘匿捜査官が一般に立入りを認めていない住居に立ち入る場合は、裁判官の同意を必要とする。急を要するときは、検察官の同意で足りる。検察官の決定を直ちに得ることができない場合は、その後、遅滞なくこれを求めなければならない。三日以内に裁判官の同意が得られないときは、投入を終了させなければならない。第一項第三文および第四文を準用する。

(3) 身分秘匿捜査官の身元は、投入が終了した後でも秘密にすることができる。投入を同意する権限を有している検察官および裁判官は、自己に対して身元を明らかにするよう要求できる。その他、刑事手続における身元の秘密保持は、とくに、身元を明かすことによって身分秘匿捜査官あるいはその他の者の生命、身体、自由、身分秘匿捜査官の今後の使用の可能性を危うくするおそれがある場合には、九六条の要件下で認められる。

## 第二一〇条c（住居への立入り）

身分秘匿捜査官は、架空身分の下で、権利者の同意を得て住居に立ち入ることができる。架空身分を用いることとどまらず、立ち入る権限があるかのように装うことによって同意を得ることは許されない。その他、身分秘匿捜査官の権限は、刑法および他の法令の定めるところによる。

## 第二一〇条d（権利者への通知）

(1) 身分秘匿捜査官が、公衆の立入りを許可していない住居に立ち入った場合は、捜査の目的、公共の安全、人の身体・生命、身分秘匿捜査官の今後の投入の可能性を危うくすることがなくなり次第、投入について権利者に通知しなければならない。

(2) 身分秘匿捜査官の投入についての決定およびその他の書類は、検察官が保管する。一項の要件を充足したときに、司法記録にする。



## 第二一〇条 e (取得した情報の使用)

身分泌匿捜査官の投入によって得られた個人情報、分析の際に、一一〇条 a 一項に掲げられた犯罪の解明に必要な情報が得られたときにのみ、他の刑事手続において証拠とする目的で使用できる。一〇〇条 d 五項の効力には影響しない。

後に詳述するが、これらの規定によれば、身分泌匿捜査の濫用を防ぐため、身分泌匿捜査官を投入できる犯罪類型は、①「違法な麻薬もしくは武器の取引または通貨もしくは有価証券の偽造」、②「国家の安全に対する罪」、③「職業的または常習的犯罪」、④「集団の構成員による犯罪その他組織化された犯罪」に限定されている(一一〇条 a 一項)。また、身分泌匿捜査への司法的コントロールを効かせるため、身分泌匿捜査官の投入には検察官の書面による同意が必要であり、特定の被疑者を対象とする場合や私人の住居に立ち入る場合には、裁判官の同意も要求されている(一一〇条 b 一項、二項)。急を要するときは検察官の同意だけで身分泌匿捜査官を投入することができるが、その場合でも三日以内に裁判官の同意が得られなければ、捜査は終了しなければならない(一一〇条 b 二項、二文、三文)。さらに、身分泌匿捜査官はその架空身分を用いた状態で、権利者の同意を得て住居に立ち入ることができるが(一一〇条 c)、捜査目的、身体 of 安全等の危険性がなくなったときには、住居主に対して、身分泌匿捜査官の投入についての通知をしなければならない(一一〇条 d)。

身分泌匿捜査官は、本当の身元ではなく、架空身分での法律行為が認められており、架空身分の設定・維持のため

に文書を偽造することも許される（一一〇条a二項、三項）。また、身分秘匿捜査官を保護し、将来の身分秘匿捜査への支障を回避するため、身分秘匿捜査官の本当の身元は、投入が終了した後も捜査にあたる検察官と捜査判事以外には明らかにしなくてもよいとされている（一一〇条b三項）。

獲得された個人情報、投入が認められる犯罪類型の解明に必要な場合には、別件の刑事手続においても使用することが認められている（一一〇条e）。

### 第三節 身分秘匿捜査とその担い手

#### 一 身分秘匿捜査の多義性と担い手の多様性

一九九二年に組織犯罪対策法が制定されたことによって、身分秘匿捜査官による身分秘匿捜査は、国家が個人の権利を侵害する場合に求められる法的根拠を獲得するに至った。また、同時に、適正な身分秘匿捜査の範囲を画定し、そうした捜査手法を安定的に運用することが図られた。では、同法によって、「身分秘匿捜査」やその担い手である「身分秘匿捜査官」は、どのように定義づけられたのであろうか。また、法制化に至らなかった「秘密連絡員」などについては、いかなる意義として把握され、運用がなされているのであろうか。わが国において、身分秘匿捜査について本格的な議論に着手する際にも、こうした点につき確認しておくことは有益と思われる。

前述したように、今のところ、わが国において、「身分秘匿捜査」や「身分秘匿捜査官」といった担い手の定義に

ついで、十分なコンセンサスは存在しない。こうした状況で、身分泌匿捜査の是非や許容範囲について論じても、議論が噛み合わないおそれがある。同じような傾向は、ドイツにおいてもみられ、身分泌匿捜査の意義がさまざまに解されたことが、そうした捜査手法をめぐる議論を錯綜させる要因の一つとなり、その解決のため、「概念のもつれを<sup>(22)</sup>ほどく」作業の必要性が指摘されてきたのである。

そこで、まず以下では、ドイツにおいて、「身分泌匿捜査」とその担い手である「身分泌匿捜査官」、「秘密連絡員」などが、どのような法的意義を付与されており、そうした意義によって、正当な身分泌匿捜査をどの程度限定しているのかを考察してみたい。

## 二 身分泌匿捜査の意義

一九九二年の組織犯罪対策法は、「身分泌匿捜査 (Verdeckte Ermittlungen)<sup>(23)</sup>」の法的定義を明示しなかった。また、その他の法令においても、この用語の明確な意義は記されていない。ただ、「身分泌匿捜査」という言葉は、「身分泌匿 (verdeckt)」と「捜査 (Ermittlungen)」という単語で構成されていることはいうまでもなく、このように二つの単語に分けて整理することで、基本的な意義は把握できるとの理解がなされている。<sup>(24)</sup>

まず、ドイツでは、「捜査」という語句は、刑法一六〇、一六一条で用いられている。そこでいう捜査手続の意味および目的は、公訴を提起すべきか否かという点について検察官が決定を下すための準備を行うことである。<sup>(25)</sup> 検察官は、起訴法定主義のもと、捜査によって公訴提起に「十分な根拠 (genügender Anlass)」が示されたときに、公訴

を提起する。<sup>(26)</sup>

つまり、検察官は、捜査によって公訴を提起するか否かを決定することができるのである。ここでは、検察官が捜査によって情報を入手することが前提になっている。<sup>(27)</sup>したがって、「捜査」は、端的に情報収集と換言することができる。<sup>(28)</sup>「刑事訴訟手続の本来の目的は、情報を獲得することである」<sup>(29)</sup>とか、「捜査手続は純粋な情報収集手続である」<sup>(30)</sup>と指摘される所以である。他方、「身分秘匿」という用語は、「公然 (offen)」と対義的であり、「密かな (heimlich)」と表現することも可能とされる。<sup>(31)</sup>

以上の理解を前提にすると、「身分秘匿捜査」は、「密かな」情報入手、証拠入手と理解できる。<sup>(32)</sup>捜査を担う一定の者が、警察またはその関係者であるという事情を隠した状況で、信用を獲得し、その信用を利用する形で、情報を受け取り、犯罪捜査ならびに公判での有力な証拠を得るために行われる活動が、身分秘匿捜査なのである。<sup>(33)</sup>

### 三 多様な身分秘匿捜査の担い手

(1) 身分秘匿捜査官 ドイツでは、防犯活動は各ラントの管轄事項であり、ラント単位で定められている警察法に基づき実施される。一方、刑事訴追は、連邦の刑事訴訟法に規定されており、その管轄は刑事訴追官庁である。そこで、身分秘匿捜査官 (Verdeckte Ermittler = V-E)<sup>(34)</sup>の投入は、事後的な司法警察活動と事前の行政警察活動の二つの局面で別々の法令を根拠に行われることになる。<sup>(35)</sup>

このうち司法警察活動における身分秘匿捜査官の定義は、一九八六年に作成された『共通の指針』においてみるこ

とができる。そこでは、「身分泌匿捜査官は、特別に選拔され、配備された警察の職員であり、刑事訴追のために必要な根拠を得るために、刑事訴訟手続においてもその身分が秘密にされるべき、架空の身分の下で、犯罪の場面への接触を引き受ける者」<sup>(36)</sup>とされていた。その後の一九九二年の法制化により身分泌匿捜査官については、刑法一一〇条aの二項によって、「警察の職にある公務員で、ある程度永続的に変更された身分（Legende：架空身分）を与えられて、捜査に当る者」と法的に定義づけられた。この定義は、先の『共通の指針』に示された定義とほぼ同じ意味であると解されている。<sup>(37)</sup>

身分泌匿捜査官の定義の中には、概念を確定するためのメルクマールとして、「架空身分」、「永続的」、「警察の職にある公務員」がある。

このうち、「架空の身分」とは、氏名、職業、住所、その他の家族および個人的な事情などを変更した身分泌匿捜査官の地位・境遇を意味する。<sup>(38)</sup> 架空身分を作り出すためには、これに必要な文書が作成されても、用いられてもよい。<sup>(39)</sup> 虚偽の取引を遂行するために、ただ自らの身分について不正確な申出をするというだけでは、ここである「架空身分」として十分ではない。<sup>(40)</sup> 身分泌匿捜査官は、架空身分の下で法律上の取引に参加してかまわない。<sup>(41)</sup> 彼は法律上の手続をすることができ、会社を建てたり、訴えたり、訴えられたり、現実に存在する他の法人の代わりに、ある偽装された法的地位を行使してもかまわない。<sup>(42)</sup>

次に「永続」性については、これを説明する規定は見当たらない。一一〇条aの「ある程度永続的に」職に就く者というメルクマールは、身分泌匿捜査官をその都度身分泌匿で現れる警察職員（Nicht öffentlich ermittelnde

Polizeibeamte) (以下 NOEP)<sup>(43)</sup> と區別するために挿入された。<sup>(44)</sup> というのも、後者は、一般的な規定(刑訴法一六一、一六三条など)に従って規制されるべきと考えられたからである。<sup>(45)</sup>

しかしながら、刑訴法一一〇条aに基づくならば、問題となるのは、身分を秘匿して捜査をする警察官の投入が「永続的」に行われているかどうかという点ではなく、「永続的」に架空身分を付与する点である。<sup>(46)</sup> 換言すれば、架空身分の付与に時間的な制限を加えない点に、問題の本質が存在するのである。連邦通常裁判所の見解に従えば、身分秘匿捜査官の投入が永続的になされるかどうか、それゆえ、その投入が刑訴法一一〇条a以下の厳密な条件に服しているかどうかということは、全ての事態の総合的評価を通じて確定されなければならないことになる。<sup>(47)</sup> そうした評価のために明確にされなければならないのは、次の三点である。①捜査の委託が具体的に決められた捜査活動の範囲を超えるか、②身分を秘匿して捜査する警察職員が不特定多数の人物を欺くということが必要不可欠か、③委託の種類および範囲を考慮すると警察職員が将来的な刑事手続において永続的に秘密のままにされていなければならないということがあらかじめ予測されるか。<sup>(48)</sup> その際に考慮されるべき重要な点は、身分秘匿捜査官の投入することによって、売買契約を締結するといった一般的に行なわれている法律上の取引 (Rechtsverkehr) や将来の刑事手続において被疑者の権利に重大な侵害を及ぼすか否かであるとされる。<sup>(49)</sup> こうしてみると、判例および学説は、時間的な限界を重視していいともいえよう。<sup>(50)</sup>

さらに、「警察の職にある公務員」というメルクマールが挿入されたことで、その対象としてドイツ人がヨーロッパ共同体の構成国家の国籍保持者でなければならないことも明らかになる。<sup>(51)</sup>

他方、行政警察活動において投入される身分秘匿捜査官も存在する。行政警察活動において投入される場合、その根拠法は警察法となる。ドイツでは、警察権が各ラントに属しており、その行動規範である警察法もラントごとに定められている。このため、行政警察活動において投入される身分秘匿捜査官には、統一的な定義が見出せないのが現状である。たとえば、ヴァーテンベルク州警察法二二条一項三号には、「真の身分を隠して投入される警察官」と規定されている。刑法上の身分秘匿捜査には「十分な根拠」が要求されており、こうした根拠の認められない事前捜査は許されていない。これに対して、警察法に基づく身分秘匿捜査は、防犯活動としての側面を有しているため、必然的に事前捜査を行うことになる。ただ、刑法上の身分秘匿捜査の場合においても、再犯の危険が存在する場合に投入を許容する旨規定しており（一一〇条a一項）、事前捜査的な性格をも併せもつことから、刑法上の身分秘匿捜査との類似点があり、実際のところ、区別は容易ではないとも指摘されている<sup>(33)</sup>。

(2) 身分秘匿捜査官とアンダーカバー・エージェントの相違 アメリカ合衆国においては、ドイツにおける身分秘匿捜査官と類似した概念として、「アンダーカバー・エージェント (undercover agent)」と呼ばれるものがある。アンダーカバー・エージェントは、ドイツのいかなる法律、指針の中にも定義されていないが、学説においては、「長期にわたり具体的な捜査の委託 (Ermittlungsauftrag) なしに犯罪の現場に潜入し、そこで自由に働き、そして場合によっては犯罪行為をも犯すことが許されている警察の職員<sup>(34)</sup>」とするものがある。

身分秘匿捜査官も、アンダーカバー・エージェントと同様に、犯罪社会に溶け込むため、賭博や薬物売買といった犯罪行為に手を染めなければならない場面が存在することは容易に想起できる。しかし、現行のドイツにおいては、

アンダーカバー・エージェントのような活動は許されないと解されている。<sup>(56)</sup> このことは、前述の『共通の指針』でも次のように述べられている。すなわち、「身分秘匿捜査官に、犯罪を実行することは許されていない。第三者の権利を侵害するのは、ただ現行の法律の枠組みの中でのみ許される」。さらに、ドイツにおける身分秘匿捜査官との本質的な相違は、アメリカ合衆国のアンダーカバー・エージェントは、投入の際に捜査の具体的な指示・命令がないケースもあり得るが、ドイツの身分秘匿捜査官は、原則的に、刑事訴追官庁による厳格な指導・指揮に服しているという点である。このことは『共通の指針』でも次のように記されている。「身分秘匿捜査官は、具体的な捜査の委託によってのみ時間的に制限された捜査上の投入が許され」、「身分秘匿捜査官は、厳格な指導・指揮に従う」。

(3) 秘密連絡員 身分秘匿捜査官と並んで、ドイツにおける身分秘匿捜査の中心的な担い手である「秘密連絡員 (Vertrauenspersonen (V-P) = Vertrauensmann (V-Mann) = V-Leute)」の意義については、必ずしも明らかでない。というのも、ドイツにおいて身分を秘匿した潜在的捜査を担ってきたのは、むしろ警察に所属しない私人の秘密連絡員であるにもかかわらず、<sup>(58)</sup> その存在は、一九九二年の組織犯罪対策法においても明確化されなかったからである。<sup>(59)</sup>

しかしながら、立法者は、「秘密連絡員」について刑事訴訟の枠組みの中で取り扱うことを怠ったわけではなく、その必要性を見出さなかったというのが実状のようである。この点について、一九九二年の組織犯罪対策法草案の理由書では次のように説かれている。「秘密連絡員および情報提供者の投入について刑法において特別な規定を設けるべきだという提案は採用しない。しかし草案が、身分秘匿捜査官という捜査機関の規制に関する提案をしているからといって、情報提供者、秘密連絡員の投入が今後許されないと類推することはできないし、してはならない。彼ら



は、刑事法的には証人であり、捜査と訴訟手続において彼らと関係づけるために必要な法的な基礎は与えられている<sup>(60)</sup>。この理由書の説明からは、以下の結論を導くことが可能であるとされる。①立法者は、秘密連絡員に関する立法化の必要性を否定し、秘密連絡員の投入によって基本権が侵害され、あるいは危険にさらされることはないと判断していた<sup>(61)</sup>。②秘密連絡員が行政機関の外にあり、そのために秘密連絡員のどのような行為も国家に帰責性がないため、立法化しなかった<sup>(62)</sup>。③秘密連絡員の投入は、既に存在している法規範に支えられ、正当化されている<sup>(63)</sup>。

なお、前述した行政規則である『共通の指針』では、「秘密連絡員とは、刑事訴追官庁に所属しないで、犯行の解明に際し、長期にわたり、刑事訴追官庁を内密に支援する人員であり、その身分は原則的に秘密にされる者<sup>(64)</sup>」と定義されている。同様の定義は、連邦レベルの範囲で妥当する警察の職務規定である「警察の指導と投入 (Führung und Einsatz der Polizei)」の中でもみられる。そこでは、「警察に対して個々の場合だけでなく、犯行の解明に際して、様々な動機から援助と情報を与え、その身分は原則的に秘匿される者」とされている。さらに、各州の警察法上の定義は、一層シンプルである。たとえば、ノルトライン＝ウェストファーレン州警察法一九条は、その投入に関して、「警察との共同が第三者には知られていない人員の投入」とだけ規定している。

このような現状を受けて、学説上の「秘密連絡員」の理解も論者によって一様でない。例えば、『共通の指針』の定義に警察との関係も含めてより精密化した「自ら刑事訴追官庁に属さないのに、特定のインセンティブに基づき、一定の比較的時間を通じて、犯罪の解明に際して、警察の依頼に即して捜査をし、投入の間は警察の任務指示の権限に属しながら支援する者<sup>(65)</sup>」といった定義が提案されている。

概念上で使用される「警察組織の外で」という定義のメルクマールは、秘密連絡員が完全に警察から解き放たれ、独立に捜査するという印象を与える。たしかに、秘密連絡員が民間人であることは否定できないが、実際には、單純に警察の組織の外にいる者ということとはできない。警察の機関の中にシステムティックに組み込まれているとの指摘もなされている。<sup>(66)</sup> このことは、秘密連絡員が実際に投入されるまでの経緯をみることで、理解できる。すなわち、秘密連絡員は専門の指導員 (VP-Führer) による指導を受けるのである。指導員は、原則的に経験のある警察の職員が担当する。秘密連絡員は、投入に際して、この指導員による選任、指導、指揮・監督を受けるのである。<sup>(67)</sup> また、実際、秘密連絡員を投入している間、指導者は全ての事項において秘密連絡員の行動を管理し、秘密連絡員自身には、決定権が与えられていないに等しい状態になる。<sup>(68)</sup>

このように、指導員の指揮・監督のもとで秘密連絡員は行動するわけであるが、これを担保するものとして内密性の保障が重要となる。内密性の保障とは、刑事訴追官庁が秘密連絡員などの捜査協力者に対して、身元を原則的に秘密にし、法廷への登場も免除することを約束することである。<sup>(69)</sup> 秘密連絡員は、自身や家族の身の安全等が内密性の保障によって守られることを前提に、捜査に協力するのである。しかしながら、この内密性は常に保障されるわけではない。『共通の指針』によれば、秘密連絡員が情報を故意にあるいは軽率に誤って与えたり、指導員の指示にそむいたり、犯罪への関与が明るみに出たり、犯罪行為を行った場合には、内密性は保障されなくなる。<sup>(70)</sup> こうしたある種の心理的強制もともなって、秘密連絡員が、指導員の意向、ひいては刑事訴追官庁の意向に沿う活動することが担保されているのである。

(4) 情報提供者 「情報提供者 (Informanten)」については、『共通の指針』に次のように定義されている。すな

わち、「情報提供者は、個々の事案において刑事訴追官庁の内密性の保障と引き換えに、情報を与える準備のある者のことである」<sup>(71)</sup>。つまり、危険性を回避するために自己の身元などの情報を外部に漏らさないことを刑事訴追官庁が約束するかわりに情報を提供する準備がある者である<sup>(72)</sup>。また、この『共通の指針』によれば、情報提供者が刑事訴追官庁と協同して働いていたと知られた場合に過度な危険にさらされるような場合、あるいは許容できないほどの不利益が予想される場合に内密性が保障される<sup>(73)</sup>。

このように、情報提供者も秘密連絡員と同様に民間人であるが、その意義は区別されなければならない<sup>(74)</sup>。情報提供者と秘密連絡員との本質的な差異は、警察組織との関係の相違に求められる。情報提供者については、捜査機関によって主体的な投入が想定されていないのである<sup>(75)</sup>。むしろ内密に情報を提供してくれる者としてみなされ、ちようど告発の代理人と同じように警察に捜査の情報を提供するのみで、捜査への一層の関与を求められないのである<sup>(76)</sup>。具体的には、自分の職業に関連して警察にとって重要な情報を獲得した人物、例えば、タクシー運転手、居酒屋の主人、レストランのボーイ、守衛(ドアマン)などである<sup>(78)</sup>。したがって、情報提供者は、秘密連絡員とは異なり、警察から完全に独立して、情報を入手し、刑事訴追官庁に提供する者と解することができる<sup>(79)</sup>。

(5) おとり 「おとり (agent Provocateur, Lockspitzel)」は、犯人を捕まえたり、犯行を理由に刑事制裁を科すために、他人をそのかして犯行をさせる者を指す<sup>(80)</sup>。「おとり」の用いる手法は、むしろこれまで述べてきた身分秘匿捜査官、アンダーカバー・エージェント、秘密連絡員、情報提供者も利用しうる戦術といえる<sup>(81)</sup>。したがって、その

概念は、警察の潜在的な捜査活動において、一定のカテゴリーを特徴付けるものではないと指摘される。<sup>(82)</sup> しかしながら、身分秘匿捜査官との関連においては、「おとり」が犯罪の惹起に対してイニシアティブをとる点で注目<sup>(83)</sup>に値する。「おとり」は、犯罪情報の入手、犯罪の黙認など身分秘匿捜査官らの活動として想定され得るもののうち、最も積極的に犯罪に関与する類型として位置づけることができる。それゆえ、その法的妥当性については、最も激しい議論が繰り広げられてきたのである。<sup>(84)</sup>

#### 第四節 小 括

ドイツでは、古くから身分秘匿捜査が行われていたが、一九九二年の法制化によって、その担い手である「身分秘匿捜査官」の定義が明文化されるに至った。ところが、同じく、ドイツの身分秘匿捜査の担い手である「秘密連絡員」や「情報提供者」については、明文の定義がおかれなかったために、その内容につき不明確さが残された。

このように法的意義が付与されていなかったり、付与されていたとしても不明確なままでは、身分秘匿捜査が実際に行われる際、あまりにも曖昧な点が多く残されるのではないだろうか。また、憲法ならびに既存の法制度との間の緊張関係が生じるのか、仮に生じるとして、その克服ないしは緩和への糸口を見出せるのかといった問題について有益な議論を期待できない。

本章では、このような問題意識から、ドイツにおいて、身分秘匿捜査やその担い手について、どのような定義付け

がなされているのかという点について整理に努めた。とくに、秘密連絡員は、明文化された身分秘匿捜査官とは異なり、警察官ではないが、他方で、単に民間人である情報提供者とも異なる性質を有している。この点が、身分秘匿捜査制度の議論を錯綜させる要因となっているといえよう。もっとも、身分秘匿捜査について重要なのは、担い手の定義ではなく、それらの担い手が行う活動の許容範囲である。そこで、本章で整理した定義をもとに、次章では、身分秘匿捜査制度の導入がいかなる法的根拠、要件に基づいて実施されているのかについて検討したい。

- (1) Zum Prozeß Dickhoff, ZStW 4 (1884), 415, S. 415 ff.
- (2) Zum Prozeß Dickhoff, ZStW 4 (1884), 415, S. 424 ff.
- (3) Zum Prozeß Dickhoff, ZStW 4 (1884), 415, S. 425 f.
- (4) Klaus Rogall, Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren, JZ 1987, 847, S. 848.
- (5) Die Verbrechenwelt von Berlin, ZStW 6 (1886), 522, S. 522 ff.
- (6) Die Verbrechenwelt von Berlin, ZStW 6 (1886), 522, S. 538.
- (7) 第二次世界大戦後の旧西ドイツが共産圏諸国に対して危機感をもっていたことは、刑法典に「民主的法治国家の危険」を防止するための規定が数多く盛り込まれたことから明らかにであろう(平野龍一「西ドイツの破防法―西ドイツ刑法の一部改正」ジュリスト二八号(一九五三)二〇頁以下)。
- (8) 加藤久雄『組織犯罪の研究―マフィア、ラ・コザ・ノストラ、暴力団の比較研究―』(成文堂、一九九二)二二頁。当時のアメリカ合衆国では、禁酒法により地下犯罪組織が多数生まれた。その対抗策として一九五〇年代初めから特別委員会が設置され、対策が講じられ始めていった(Paul W. Tappan, Crime, Justice and Correction, 231(1960))。

- (9) 代表的な文献としては、Hemmer Hess, *Mafia: zentrale Herrschaft und locale Gegenmacht*, 1970.
- (10) 組織犯罪に関するアメリカ合衆国のドイツへの影響については、松尾浩也「アメリカ刑事訴訟法のヨーロッパ大陸法に対する影響―ドイツ法を中心に―」『アメリカ刑事法の諸相―鈴木義男先生古稀祝賀論集』（成文堂、一九九六）五三〇頁以下が特に詳しい。このほか、芝原邦爾「ドイツのマネーロンダリング処罰法案」法律時報六三巻六号（一九九一）一〇頁以下、宮澤浩一「組織暴力規制の立法例（3）」『スイスとドイツの場合』時の法令一四一〇号（一九九二）四八頁以下を参照。
- (11) マンフレット・マイヴァルト（小名木明宏訳）「組織犯罪に対する捜査手続きの刑事法上の諸問題」警察政策研究五号（二〇〇一）四九頁。
- (12) BVerfGE 65, 1.
- (13) 本判決の邦語による判例評釈として、平松毅「自己情報決定権と国勢調査」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』（信山社、一九九六）四二頁以下。
- (14) BVerfGE 65, 1 (43).
- (15) ドイツにおける情報自己決定権についての邦語文献として、根森健「人格権の保護と『領域理論』の現在―最近のドイツ連邦憲法裁判所判例から―」『人権と憲法裁判―時岡弘先生古稀記念論集』（成文堂、一九九二）七五頁以下、島田茂「ドイツにおける情報自己決定権と侵害留保論」法学志林九二巻一号（一九九四）一二七頁以下、玉蟲由樹「ドイツにおける情報自己決定権について」上智法学論集四十二巻一号（一九九八）一一五頁以下。とくに刑事手続との関係でドイツの情報自己決定権を論じたものとして、島田茂「西ドイツ警察行政における情報処理と個人の情報自己決定権」横浜市立大学論叢四一卷三号（一九九〇）一四三頁以下、ユルゲン・マイヤー（福井厚訳）「ドイツ連邦共和国の刑事手続及び警察法における情報自己決定権」法学志林九〇巻二号（一九九二）一頁以下、田淵浩二「刑事手続における個人情報保護と目的拘束性―ドイツ証拠使用禁止論の一展開」法学雑誌四〇巻四号（一九九四）五五五頁以下参照。ドイツの一般的人格権については、エックハルト・シュタイン著（浦田賢治ほか訳）『ドイツ憲法』（早稲田大学比較法研究所、一九九三）三三四頁以下も参照。
- (16) Rogall, a.a.O. (Anm.4), S. 850.

- (17) Volker Krey, Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler einschliesslich des "Lauschangriffs" zu seiner Sicherung und als Instrument der Verbrechensaufklärung, 1993, Rn. 118.
- (18) RStBV, Anlage D, Abgedruckt in Gerd Pfeiffer, Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Aufl., 2001.
- (19) Christoph Meertens, Das Gesetz gegen die Organisierte Kriminalität, eine unertragliche Geschichte, ZRP 1992, 250, S. 205 ff.; Hans Hilger, Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG, NSZ 1992, 457, S. 457 und 523, S. 523 ff. ドイツの一九九二年組織犯罪対策法の立法過程について紹介した邦語文献として、フォルカー・クライ（宮澤浩一訳）「不法な麻薬取引その他組織犯罪の対策に関するドイツ連邦参議院草案における刑事手続改正提案の批判的検討」警察学論集四五卷六号（一九九二）八七頁、浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』（有斐閣、一九九四）五四頁、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—阿部純二先生古稀祝賀論文集』（第一法規、二〇〇四）四七三頁以下。
- (20) 組織犯罪対策法の概要について紹介した邦語文献として、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）三七頁以下。
- (21) 条文の訳出にあたっては、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』（法曹会、二〇〇一）を参照した。
- (22) Herbert Ostendorf / Christian Mayer-Seitz, Die strafrechtlichen Grenzen des polizeilichen Lockspitzel-Einsatzes, StV 1985, 73, S. 74.
- (23) 川崎英明「おとり捜査の規制—違法の判断基準を中心に—」島大法学三〇巻一号（一九八六）七〇頁では、「身分泌匿捜査」としていると思われる。なお、松尾浩也・前掲注（10）五三三頁では、「潜行捜査」と紹介されている。その他、谷口清作「ドイツの組織犯罪対策立法—最近の動向から—」警察学論集五七卷八号（二〇〇四）一五四頁では、「覆面捜査」とされている。
- (24) Patric Makrutski, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess - Rechtswissenschaftliche Analyse-Rechtsvergleichende Studie mit dem U. S.-amerikanischen Prozessrecht, 2000, S. 19.
- (25) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1995, § 37 Rn. 1; Theodor Kleinkecht / Lutz Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 43. Aufl., 2003, § 160 Rn. 11.
- (26) Pfeiffer, aa.O. (Anm. 18), § 170 Rn. 1.

- (27) Makutzki, a.a.O. (Anm. 24), S. 20.
- (28) Rupert Scholz / Rainer Pischas, Informationelle Selbstbestimmung und Staatliche Informationsverantwortung, 1984, S. 168.
- (29) Knut Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, 1990, S. 11.
- (30) Marcus A. Ernst, Verarbeitung und Zweckbindung von Informationen im Strafprozeß, 1993, S. 19.
- (31) Makutzki, a.a.O. (Anm. 24), S. 20.
- (32) Makutzki, a.a.O. (Anm. 24), S. 20.
- (33) Makutzki, a.a.O. (Anm. 24), S. 20.
- (34) Verdeckte Ermittler = V-E の邦語訳としては、他に「隠密捜査官」(トーマス・ヴァイгент〔井田良訳〕「ドイツ刑事手続における隠密捜査官への情報提供者」刑法雑誌三六巻二号〔一九九七〕二二頁、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』〔法曹会、二〇〇一〕)、「覆面捜査員」(ユルゲン・マイヤー〔福井厚訳〕・前掲注(15)六頁、池田秀彦「ドイツにおけるおとり捜査に関する一考察」創価法学二六巻一号〔一九九六〕五二頁、エドウィン・クレーベ〔宮澤浩一訳〕「組織犯罪―犯罪学と法学からみた予防と防止―」警察学論集五四巻九号〔二〇〇一〕一四〇頁)、「秘密捜査官」(加藤久雄・前掲注(8)二四頁、フォルカー・クライン〔宮澤浩一訳〕・前掲注(19)九六頁)、「秘密捜査官」(白川靖浩「ドイツにおける刑事手続の諸問題」(3)「警察学論集四六巻二二号〔一九九三〕一四七頁、松尾浩也・前掲注(10)五三三頁)、「覆面捜査官」(谷口清作・前掲注(23)一五五頁)などがある。
- (35) ユルゲン・マイヤー(福井厚訳)・前掲注(15)四頁以下。
- (36) Makutzki, a.a.O. (Anm. 24), S. 32.
- (37) Makutzki, a.a.O. (Anm. 24), S. 32.
- (38) Pfeiffer, a.a.O. (Anm. 18), S. 222.
- (39) § 110a Abs. 3 StPO.
- (40) Klaus Malek, Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl. 2001, Rn. 493.
- (41) Hülger, a.a.O. (Anm. 19), S. 523.



- (42) Rainer Zaaczyk, Prozesssubjekt oder Störer? Die Strafprozessordnung nach dem OrgKG — dargestellt an Regelung des Verdeckten Ermittlers, StV 1993, 490, S. 492.
- (43) NOEPは、警察の職員としての身分を打ち明けることなく捜査を行う者である。ただし、身分秘匿捜査官と異なり、架空の身分(Legende)の下で一定の期間、行動することはない。例えば、インターネット商取引において、チャットルームに仮の宛名で侵入し、幼児ポルノの提供者と接触し、極右の宣伝資料を注文し、あるいは麻薬の偽装購入人として行動する場合などが念頭におかれつつ(Heinrich Kintzi, Einsatz von V-Leuten bei der Strafverfolgung, DRiZ 2003, 136, S. 137; Werner Beulke, Strafprozeßrecht, 7 Aufl. 2004, Rn 423)。
- (44) Grunmar Dutige, Strafprozessualer Einsatz von V-Personen und Vorbehalt des Gesetzes, JZ 1996, 556, S. 556. また、個々の交渉の相手方とのコンタクトがただ短かったとしても、比較的長い期間、架空身分の利用の下で、一人あるいは複数の者と麻薬剤の獲得について交渉しているならば、身分秘匿捜査官である(BGH NSiZ 1997, 448)。
- (45) この点に関連して、継続期間のメルクマールを挿入することによって、一時的に身分を秘匿して業務に従事した警察官が許されるか否かが、概念規定の問題ではなく、許される行動領域の問題であることが明らかになるとも説かれている(トーマス・ヴァイゲント[井田良訳]・前掲注(34)二二五頁)。
- (46) Hans Hilger, Verdeckte Ermittler, V-Leute, Festschrift für Ernst-Walter Hanack, 1999, 209, S. 211; Kleinkecht / Meyer-Gosner, a.O. (Anm. 25), § 110a, Rn. 7.
- (47) BGHSt 41, 64 (65).
- (48) BGHSt 41, 64 (65).
- (49) BGHSt 41, 64 (65).
- (50) BGHSt 41, 64 (65); Volker Krey / Stefan Jaeger, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7. 3. 1995-1 StR 685/94, NSiZ 1995, 517, S. 518. ただし、クラウスハール(Kraushaar)は次のような見解を述べている。「比較的長い期間」ということが身分秘匿捜査官の投入に關して語られる場合、個々の事案の必要に応じて、適切な仕方では延長する場合を含めても、六ヶ月間以内で遂行されるということではないだ

66. (Horst Kraushaar, Instrumente der Verbrechensaufklärung unter der Lupe, kriminalistik 1994, 481, S. 482)。

(51) Makrutski, a. a. O. (Ann. 24), S. 32.

(52) § 22 PolG. BW.

(53) 新屋達之・前掲注 (19) 四七二頁以下。

(54) アメリカ合衆国での身分秘匿捜査を指す undercover operation や担い手の捜査官である undercover agent については、井上正治博士が、昭和五七年の法務委員会においてアメリカ合衆国の司法制度の議論の際に、アンダーカバー・オペレーション、アンダーカバー・エージェントとして紹介されていた。また、近時の文献においても、邦訳せずに用いているものがあり、定着しつつあることから、本論文では、アンダーカバー・エージェントとした(井上正治博士の発言は、<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTRYAKU/syugin/096/0080/09607140080023a.html> 参照、文献として、洪佐愼吾「アンダーカバーオペレーション警見」国際商事法務一八巻五号(一九九〇)四九七頁以下、辻義之「身分秘匿捜査(アンダーカバー・オペレーション)の普及とコントロールについて―主としてゲリー・T・マルクス教授の研究に依拠して―」警察学論集五五巻二二号(二〇〇二)三七頁以下)。邦語訳している文献としては、「隠密捜査員」(原田明夫「アメリカにおける捜査手段の新展開―隠密捜査の背景と考え方」判例タイムズ五九一号(一九八六)二三頁、「覆面捜査官」(トーマス・フェントス(松下整訳)「米国における組織犯罪対策―捜査官の立場から」警察学論集五五巻二二号(二〇〇二)四二頁、ブルース・オール(松下整訳)「米国における組織犯罪対策―検察官の立場から」警察学論集五五巻二二号(二〇〇二)五八頁、「潜行捜査官」(那須修「米国における組織犯罪・薬物対策(3)」捜査研究五八四号(二〇〇〇)三七頁)などがある。

(55) Rogall, a.a.O. (Ann. 4), S. 849.

(56) 理由の一つとして起訴法定主義 (Legalitätsprinzip) があげられる (Rogall, a.a.O. (Ann. 4), S. 849)。

(57) 加藤久雄・前掲注 (8) 二四頁。Vertrauenspersonen (V-P) = Vertrauensmann (V-Mann) = V-Leute の他邦語訳としては「通報者」(フォルカー・クライ(宮澤浩一訳)・前掲注 (19) 一一三頁)、「情報提供者」(トーマス・ヴァイгент(井田良訳)・前掲注 (34) 一二二頁以下、エドウィン・クーベ(宮澤浩一訳)・前掲注 (34) 一四〇頁)、「密通者ないし協力者」(新屋達之・前掲注

- (19) 四七一頁、「情報協力者」(谷口清作・前掲注(23) 一五五頁) などがある。
- (58) トーマス・ヴァイグント(井田良訳)・前掲注(34) 一二三頁。
- (59) 秘密連絡員については、立法化されなかったため、現在でも一九八六年の『共通の指針』が重要な運用指針となっている。
- (60) BD-Drucksache 12/989, S. 41.
- (61) Makrutzki, a. a. O. (Anm. 24), S. 49.
- (62) Makrutzki, a. a. O. (Anm. 24), S. 49.
- (63) Makrutzki, a. a. O. (Anm. 24), S. 49.
- (64) RStBv, Anlage D, I, 2. 2. Abgedruckt in Pfeiffer, a. a. O. (Anm. 18), Anlage D. 1) の定義は、連邦通常裁判所においても採用された。BGH, NJW 1995, 2236, S. 2236.
- (65) Monika Schmitz, Rechtliche Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler, 1996, S. 145.
- (66) Makrutzki, a. a. O. (Anm. 24), S. 40.
- (67) 秘密連絡員がどういった者かを明らかにするために、履歴書類を作成する。その中には、秘密連絡員の現在の生活状態、前科、動機付けについての膨大な情報が含まれている。この履歴書類の情報によって、秘密連絡員投入の可否を判断する基礎資料を手に入れる。投入が可能であるとの判断がなされた以降は、秘密連絡員と接触しケアをする義務を有する。また、指導者は、刑事学と応用心理学の領域において、特別な教育を受ける。このような教育が必要であるとされている理由は、一方では指導者に具体的な秘密連絡員の投入についての決定や個々の場合における秘密連絡員の要求についての決定をするにあたっての判断能力を高めることにあり、他方では、不適切な秘密連絡員を除外することを通じて、高いレベルでの情報調達を目指すことにあるとされる(Makrutzki, a. a. O. (Anm. 24), S. 40 f.; Henning Radtke, „Einsatz von verdeckten Ermittlern und sog. V-Leuten“, 2003, S. 31. レポートの論文は、<[http://www.jura.uni-marburg.de/straf/radtke/seminar/dokumente/7\\_2\\_1.doc](http://www.jura.uni-marburg.de/straf/radtke/seminar/dokumente/7_2_1.doc)>に掲載されている)。
- (68) Makrutzki, a. a. O. (Anm. 24), S. 41.
- (69) Makrutzki, a. a. O. (Anm. 24), S. 41.

- (70) RiStBV, Anlage D, I, 4. Abgedruckt in Pfeiffer, a. a. O. (Anm. 18), Anlage D; Makrutzki, a. a. O. (Anm. 24), S. 41.
- (71) RiStBV, Anlage D, I, 2. 1 Abgedruckt in Pfeiffer, a. a. O. (Anm. 18), Anlage D.
- (72) Beulke, a. a. O. (Anm. 43), Rn. 423.
- (73) RiStBV, Anlage D, I, 3. 3. Abgedruckt in Pfeiffer, a. a. O. (Anm. 18), Anlage D.
- (74) Schmitz, a. a. O. (Anm. 65), S. 7.
- (75) Dirk Scherp, V-Personen als Ermittlungsmethode und Beweismittel im Strafverfahren: eine kriminologisch-empirische Untersuchung von Einsatz und Führungskonzepcion und Motivationsstrukturen, 1991, S. 7.
- (76) Makrutzki, a. a. O. (Anm. 24), S. 34.
- (77) Makrutzki, a. a. O. (Anm. 24), S. 34.
- (78) Annette von Stetten, Beweisverwertung beim Einsatz Verdeckter Ermittler, 1999, S. 46.
- (79) Makrutzki, a. a. O. (Anm. 24), S. 34.
- (80) Wolfgang Maas, Die Behandlung des „agent provocateur“ im Strafrecht, Jura 1981, 514, S. 514.
- (81) Makrutzki, a. a. O. (Anm. 24), S. 35.
- (82) Makrutzki, a. a. O. (Anm. 24), S. 35; Schmitz, a. a. O. (Anm. 65), S. 7.
- (83) Makrutzki, a. a. O. (Anm. 24), S. 35.
- (84) ドイツにおけるおとり捜査について紹介した邦語文献として、川崎英明「西ドイツにおけるおとり捜査の規制」法学雑誌三一巻一号(一九八四)三二五頁以下、同「新しい刑事追禁止および訴訟障害としての国家の『矛盾にみちた』活動、特に犯罪誘発的なおとり捜査の場合―刑事訴訟法への『エストoppel』原則の導入について―」警察研究五五巻七号(一九八四)八二頁以下、同・前掲注(23)六七頁以下、同「違法捜査と訴訟障害―西ドイツ訴訟障害論の最近の動向について」島大法学三一巻三号(一九八八)三五頁以下、池田秀彦「西ドイツにおけるおとり捜査に関する判例の展開」創価大学創立二〇周年記念論文集(一九九〇)四五八頁以下、宇藤崇「違法捜査と不処罰処理(一)」法学論叢二二三巻二号(一九九三)三九頁以下、同「違法捜査と不処罰処理

（一・完）法学論叢一三三卷六号（一九九三）七五頁以下、寺崎嘉博『訴訟条件論の再構成―公訴権濫用論の再生のために―』（成文堂、一九九四）二二七頁以下、白川靖浩「ドイツにおける刑事手続の諸問題（四）」警察学論集四七卷一号（一九九四）一二三頁以下、池田秀彦・前掲注（34）五一頁以下、同「ドイツにおけるおとり捜査と欧州人権条約―連邦通常裁判所第一刑事部一九九九年一月一八日判決―」創価法学三一巻一・二合併号（二〇〇一）三六七頁以下、同「ドイツにおけるおとり捜査に関する判例の動向―おとり捜査の対象者に対する法的効果を中心に―」通信教育部論集六卷（二〇〇三）六一頁以下、谷口清作・前掲注（23）一五五頁以下などがある。

## 第二章 身分秘匿捜査の担い手投入の法的根拠と要件

ドイツにおいて、身分秘匿捜査官および秘密連絡員の投入が、明確な法的規定を欠いた時代から行われていたことについてはすでに第一章第一節の身分秘匿捜査の法制化の経緯でふれた。ただし、この間も身分秘匿捜査の権利侵害性は認識されていたのであり、当時から身分秘匿捜査官の投入を許容するための法的根拠を求めて様々な見解が主張されていた。連邦憲法裁判所における一九八三年の国勢調査判決で、情報の自己決定権が憲法上の具体的な権利とされたことを一つの契機として、身分秘匿捜査を行うためには明文の根拠規定が必要であるとの気運が高まり、一九九二年に組織犯罪対策法が制定・施行されるに至った。しかしながら、この法律によって、投入のための法的根拠とその要件を得たのは身分秘匿捜査官のみであり、秘密連絡員については、そうした規定が盛り込まれなかったのである。

そこで以下では、ドイツにおいて、身分秘匿捜査官と秘連絡員の投入にあたつての法的根拠についていかなる議論がされてきたのか、また現にどのような要件によって投入がなされているのかという点について整理してみたい。

## 第二節 身分秘匿捜査官投入の法的根拠と要件

### 一 組織犯罪対策法の施行以前の投入根拠

組織犯罪対策法の施行以前のドイツにおいても、身分秘匿捜査官の投入は、法的な根拠をもたないが、刑事訴追のためには、実務上不可欠であるとの見解が支配的であつた。<sup>①</sup>一九九二年に組織犯罪対策法が施行されたことによつて、法的根拠をめぐる対立は終息し、その結果、それまでの議論はただ歴史的な意味を持つに過ぎなくなつたとも指摘される。<sup>②</sup>しかし、身分秘匿捜査に関する明文規定をもたないわが国では、施行以前の議論から、歴史的意義以上の示唆を受けることが可能であると思われる。そこで、以下では、まずドイツにおいて組織犯罪対策法施行以前にいかなる議論がなされていたのかを概観しておきたい。

(1) 犯罪捜査権限規定の類推適用 第一に、刑法八一条b、一〇二条、一〇三条、一二七条、一六三条bに規定されている警察官に認められた犯罪捜査権限を身分秘匿捜査官の活動に類推適用する見解がある。<sup>③</sup>具体的には、刑法八一条bは写真撮影および指紋採取について規定している。また、一〇二条は被疑者の搜索について、一〇三条は被疑者以外の者の搜索について、一二七条は身柄の仮拘束について、一六三条bは被疑者あるいはその他の者の身

元確認について規定している。これらの諸規定は、法的に規定されていない身分秘匿捜査官の投入の場合には直接適用することはできない。<sup>(4)</sup>そこで、類推適用によりこれらの規定を拠り所にしようとするのである。しかし、この見解に対しては、憲法上、個人の権利を侵害する場合には、その規定が明確性を有していなければならないという「確定主義 (Bestimmtheitsgrundsatz)」を前提にしたとき、上記規定は、まさに国家が被疑者等の権利を侵害するものであり、類推適用では、その憲法上の要請と一致しないとの批判がなされていた。<sup>(5)</sup>

(2) 『共通の指針』 第二に、『共通の指針』に求めることができないかが検討されている。<sup>(6)</sup>前述したように、一九八六年に、刑事訴追の枠組みにおける情報提供者、秘密連絡員と身分秘匿捜査官に関する司法大臣と内務大臣による『共通の指針』が作成された。この行政規則は、組織犯罪対策法が施行されるまで身分秘匿捜査のためのもつとも重要な規定であった。<sup>(7)</sup>そこでは、これまで明確でない点を残していた情報提供者、秘密連絡員、身分秘匿捜査官の諸関係が整理され、現に実務では、この指針にそって捜査活動が展開されていた。その意味では、現実には、身分秘匿捜査は、『共通の指針』に依拠してきたといえる。しかし、市民の権利に対して国家の侵害が認められるためには、行政規則だけでは十分とはいえず、明文の法律上の規定が必要であり、この指針が法的根拠とはならないと指摘されていた。<sup>(8)</sup>

(3) 緊急避難規定 第三に、刑法三四条の緊急避難の規定に根拠を求める見解がある。つまり、身分秘匿捜査官によって保護される法益が、侵害される法益を上回ることに合理性の根拠を求めるのである。<sup>(9)</sup>しかし、この見解に対しては、緊急避難の規定は犯罪を捜査するなどといった刑事訴追官庁の日常的な活動への適用を予定しておらず、ま

た、緊急避難で要求される「他の方法をもってしては回避することができない現在の危難」は、個々の事案における具体的な危難をいうのであって、身分秘匿捜査一般に適用するためには、この要件が欠けているといった批判が加えられていた。<sup>(10)</sup>

(4) 慣習法 第四に、慣習法に求める見解がある。慣習法は関係者が共有している共通の法的確信が、非常に長い期間保持されることによつて生じるものである。<sup>(11)</sup>そこで、身分秘匿捜査官の投入が一九四九年の憲法制定以前から存在していた慣習法となる余地が探られたのである。ただ、通常、憲法制定後の慣習法は国家的基本権侵害のための授權根拠としては考慮されないため、刑事手続における身分秘匿捜査官というのは基本法の発効以前にすでに共通の法的確信において導入されていたことが必要とされる。<sup>(12)</sup>そこで、身分秘匿捜査官と秘密連絡員の投入は古くから困難で危険な犯罪と戦うための捜査手段であつた点が強調されるのである。<sup>(13)</sup>現に一八七〇年代のドイツ第二帝国および一九二〇年代のワイマル帝国の間にもそのような身分秘匿捜査があつたとされる。<sup>(14)</sup>この見解に対しては、たしかに身分秘匿捜査官の投入という捜査方法は、新しいものではないが、せいぜいのところ憲法制定後の慣習法であり、また、権利侵害のための法律の留保は原理的に明文化された規定が必要とされるところの指摘がなされている。<sup>(15)</sup>

(5) 刑法一六一条・一六三条 第五に、刑事訴訟法一六一条・一六三条に求める見解があり、一九九二年に組織犯罪対策法が成立するまで、最も有力な地位を占めていた。<sup>(16)</sup>当時の一六一条、一六三条の規定は、以下の通りである。



## 第一六一条 (検察官の権限)

検察官は、前条の目的を達成するため、官庁に照会して報告を求め、すべての捜査上の処分を自ら行い、あるいは、警察署および警察官に行わせることができる。警察署および警察官は、検察官の委託または要請に応じる義務を負う。

## 第一六三条 (警察の職務)

- (1) 警察署および警察官は、犯罪を究明し、遅延の許されない処分はすべて行い、事件の混迷化を防止しなければならない。  
い。

ただし、その説明方法は、論者によって異なっていた。すなわち、刑法一六一条・一六三条を直接的な捜査根拠とする見解が唱えられる一方で、一六三条を警察の任務を定めた任務割り当てとして理解しつつ、検察官の捜査権限を定めた一六一条と相俟って刑事訴訟官庁に広範囲な権限を認める見解も主張されたのである。<sup>17)</sup>さらに、刑法一六一条・一六三条は効果的に犯罪を解明するという憲法上の要請と関連して、確かに具体的な刑事手続措置を行う際には基本権を侵害するが、強制的に行うのでなければ、十分な授權根拠となりうるとも説明された。<sup>18)</sup>これに対しては、そうした見解は刑法一六三条によって警察官の任務として割り当てられた犯罪を究明するという任務から一般捜査規定を創出しており、また刑法一六一条は、検察官の捜査権限を規定しているが、憲法上、個人の権利を侵害する場合には、その規定が明確性を有していなければならないという「確定主義」の要請を満たしておらず、授權根拠としては不十分であると指摘された。<sup>19)</sup>

## 二 身分秘匿捜査官投入の要件

このように身分秘匿捜査官を投入する捜査方法が権利侵害性を有することから、組織犯罪対策法の施行以前はさまざまな法的根拠が主張され、検討されてきた。しかし、いずれの見解も批判にさらされており、身分秘匿捜査官を投入するための十分な法的根拠は、存在していなかったとの指摘も存在する。<sup>(21)</sup>

一九九二年に身分秘匿捜査についての規定が刑法に新設された。そこで、身分秘匿捜査官は法的投入に関して一定の法的許容性が認められたことになる。では、身分秘匿捜査官はどの範囲で、どのような条件の下で投入が許容されているのだろうか。

(1) 投入が許容される犯罪類型 既に述べたように、刑法法一一〇条aで定められた身分秘匿捜査官は、「警察の職にある公務員で、ある程度永続的に変更された身分（架空身分 [Legende]）を与えられて、捜査にあたる者」<sup>(22)</sup>を指す。しかし、こうした地位を有する者も、あらゆる犯罪につき身分秘匿捜査を実施できるわけではなく、その対象は、特定の種類の犯罪に限定されている。では、身分秘匿捜査官は、いかなる種類の犯罪への投入が認められているのだろうか。この点につき、刑法法は、次の四つの種類の犯罪を明示している。①「違法な麻薬若しくは武器の取引又は通貨若しくは有価証券の偽造」<sup>(23)</sup>。②「国家の安全に対する罪」<sup>(24)</sup>。③「職業的又は常習的犯罪」<sup>(25)</sup>。④「集団の構成員による犯罪その他組織化された犯罪」<sup>(26)</sup>。

次に、一一〇条a一項をまとめると、こうした犯罪群への投入の条件は、以下の①から③の一つに該当することである。<sup>(27)</sup> ①先にあげた四類型の一つが犯されていることについて十分な根拠があり、この犯罪の解明が別の方法では見

込めないか、または著しく困難である。②ある確定した根拠に基づいて再犯の危険性が認められる重罪の解明が別の方法では見込みがないか、または著しく困難である。③重罪の解明のために、ただし、この犯罪の特別の重大さが投入を必要としているか、または別の方法で見込みがない。

(2) 検察官および捜査判事の同意 身分泌匿捜査官の投入については、警察官が決定する<sup>(28)</sup>。ただ、投入するためには最終的に警察官と検察官（刑法一一〇条b一項）あるいは警察と捜査判事（刑法一一〇条b二項）の協働が前提にされている。<sup>(29)</sup>すなわち、警察官のみの決定で身分泌匿捜査官の投入が認められるわけではなく、検察官や裁判官の同意が必要とされているのである。

(a) 検察官の同意 身分泌匿捜査官の投入は、警察の意思に反してなされることは考えられない。したがって、検察官が警察に命令することまでは想定されていないが、<sup>(30)</sup>検察官の警察に対する同意は必要とされている。<sup>(31)</sup>その趣旨は、身分泌匿捜査官の投入には、犯罪組織への潜入捜査を実施することから生じる身体等への危険性があり、そうした点につき警察からの説明がなされなければならないからとされる。<sup>(32)</sup>ただし、急を要し、かつ検察官の決定を直ちに得ることができないような場合には、検察官の事前の同意なしに警察によって、あるいは、やむを得ない場合には身分泌匿捜査官自身によっても投入が実施され、検察官の同意を事後的に得ることも認められる。<sup>(33)</sup>この場合、検察官が三日以内に投入に同意しないときには、この投入は終了しなければならない。<sup>(34)</sup>その他、検察官は警察に対して特定の身分泌匿捜査官の投入を強制することはできないが、警察によって予定されていた者を拒絶することはできるとされる。<sup>(35)</sup>

(b) 捜査判事の同意 ある特定の被疑者に対して向けられている投入、あるいはこの投入に際して身分秘匿捜査官が一般的には許容されていない住居へ立ち入るような投入には、刑法一一〇条b二項に基づき裁判官の同意が必要とされる。ただし、急を要する場合には裁判官の同意の代わりに第二文に基づいて検察官の同意で足りる。この検察官の同意を得る時間的余裕がない場合には、その投入は検察官の同意なしに警察によって、また、やむを得ない場合には身分秘匿捜査官自身によってもなされうる。<sup>(36)</sup> しかしながら、裁判官が三日以内に同意しない場合には、この投入は終了しなければならない。<sup>(37)</sup>

同意を得るまでに、身分秘匿捜査官が獲得した情報の取扱いについて、連邦通常裁判所は、検察官の同意は初めの三日間効果を有しており、仮に事後的な裁判官の同意を求めることができなかつた場合や同意が与えられなかつたような場合でも、その間に収集された情報は公判で使用できるとの判断を示した。<sup>(38)</sup> これに対しては、そうした取扱いを認めると、基本権を保護するための裁判官の留保がないがしろにされ、脱法的な身分秘匿捜査を許すことになるとの強い批判が加えられている。<sup>(39)</sup> ただし、住居の侵入というのはほとんど常に必要不可欠であるため、實際上、検察官の同意の他に裁判官の同意も得られるのが実状のようである。<sup>(40)</sup> この他、裁判官の同意を必要としない住居への立入りも認められている。刑法一一〇条cによれば、身分秘匿捜査官は、その架空身分を使用する際に、権利者の同意を得て住居に立ち入ることができる。

## 第二節 秘密連絡員投入の法的根拠と要件

### 一 秘密連絡員投入の法的根拠

一九九二年の組織犯罪対策法においては、秘密連絡員の投入については、明文規定は設けられなかった。その理由として、連邦参議院の法案において、秘密連絡員は、刑事訴訟上は証人であり、捜査手続および刑事訴訟においてその者の投入のために必要不可欠な法的根拠は与えられているとの説明が加えられた<sup>(41)</sup>。また、連邦憲法裁判所および連邦通常裁判所も、刑事法一六一条、一六三条を根拠として、困難で、組織化され、場合によっては、重大犯罪にとどまらず、中程度の犯罪領域においても、身元を秘密にした秘密連絡員の投入を、刑事訴訟官庁に許された捜査手法として認めている<sup>(42)</sup>。しかしながら、学説上は、秘密連絡員の投入は、情報の自己決定権への侵害などの権利侵害が認められるのであり、正当化するために明確な法的根拠を見出そうと様々な見解が検討されているのである。

#### (1) 身分秘匿捜査官規定の類推適用

組織犯罪対策法によって盛り込まれた刑事法一一〇条aの規定は、二項一文において「警察の職にある公務員で、ある程度永続的に変更された身分 (Legende : 架空身分) を与えられて、捜査にあたる者」と規定し、主体が身分秘匿捜査官である旨明示している。したがって、秘密連絡員に対して刑事法一一〇条a以下を直接適用することは、不可能である<sup>(43)</sup>。そこで、秘密連絡員の投入による基本権侵害を適法とする根拠として、刑事法一一〇条a以下を類推適用する見解が主張されている<sup>(44)</sup>。これに対して、連邦通常裁判所判決では、以下のように判示して類推適用を否定した。そもそも、刑事法一一〇条a以下の規定は、投入される職員に対する国家

の福祉保護義務（Fürsorgepflicht）<sup>(45)</sup> に関係する。すなわち、身分秘匿捜査官による捜査は、秘密裡になされ、ある種、欺罔的に行われるのであり、刑法に規定されている欺罔の禁止や教示義務に違反しかねないため、立法者は、身分秘匿捜査官を刑法違反から保護するために一一〇条a以下を規定することで法的根拠を与えようとしたのである。<sup>(46)</sup> 秘密連絡員は民間人として警察を支援するのであり、通常は警察に対して妥当する職務上の義務に違反し得ないのであるから、このような福祉保護義務は秘密連絡員に対してはない。<sup>(47)</sup> 通説も刑法一一〇条aの規定を秘密連絡員に類推適用することを否定している。<sup>(48)</sup>

(2) 『共通の指針』 一九八六年の司法大臣および内務大臣による『共通の指針』は、身分秘匿捜査官の投入とともに刑事訴訟手続における情報提供者や秘密連絡員の利用についても規定した。<sup>(49)</sup> 実務上、秘密連絡員の投入はこの指針にそってなされている。しかし、『共通の指針』は行政規則ではないことには注意を要する。<sup>(50)</sup> 行政規則は法律ではなく、議会による承認を得ていない。それゆえ、行政規則は基本権の侵害を正当化することはできず、市民の権利侵害の正当化には法律の制定が必要である。<sup>(51)</sup> したがって、『共通の指針』は、秘密連絡員の投入のための法的根拠としてはみなされないとされる。<sup>(52)</sup>

(3) 各州の警察法 秘密連絡員の投入は各州の警察法を法的根拠とすることによって正当化されるとの見解が主張される。<sup>(53)</sup> 確かに秘密連絡員の投入は、場合によっては、司法警察活動と行政警察活動の限界におかれることが想起できる。しかし、刑事法上の秘密連絡員の投入の目的は、刑事訴追の手続を開始するための初期嫌疑を明らかにすることである。<sup>(54)</sup> それゆえ、行政警察の一般条項に依拠することは許されないとされる。<sup>(55)</sup>

#### (4) 緊急避難規定

先に身分泌匿捜査官のところで述べたように、刑法三四条が刑事訴追官庁にも適用されるとするならば、秘密連絡員についても授權根拠となりうるだろう。<sup>(56)</sup>しかし、この規定は公法上の侵害授權において立てられるべき憲法上の要求にとって十分ではないのであり、刑法三四条による国家の侵害行動を正当化することはできないとされる。<sup>(57)</sup>すなわち、憲法上要求される行政の適法性の原則 (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung) によれば、基本権として守られている市民の自由の領域への国家的な侵害は、ただ特定の法律を介して、または特定の法律に基づいてのみ、かつその権限をもつ公的権力をもつ機関によつてのみ許されるからである。<sup>(58)</sup>警察が秘密連絡員を投入するに際しても、基本権侵害が起こりうる以上、明確な法的規定が要求されるが、このような法律留保の規定要求に刑法三四条は十分ではないとされる。<sup>(59)</sup>

#### (5) 慣習法

身分泌匿捜査官の場合と同様に、憲法制定以前の慣習法を根拠とする見解がある。そこでの論拠は以下の二点である。<sup>(60)</sup>一つは秘密連絡員の投入というのは、すでにドイツ第二帝国やワイマール共和国において法的確信のもとに運用されていたという点であり、他は秘密連絡員が判例および実務においてもすでに長らく受け入れられてきたという理由である。この見解によるならば、明示されてはいないが、秘密連絡員は秘密連絡員の投入が基本的に守られている領域を侵害するような場合でさえも正当化されることになるであろう。<sup>(61)</sup>これに対しては、立法者は基本権侵害を行う場合には法に則って行わなければならないのであり、基本権侵害が起こりうる場合に、そもそも慣習法が合法的なものとされうるのかといった疑問が指摘されている。<sup>(62)</sup>いずれにせよ基本法一〇四条一項との関係における二条二項二文におけるような原則が授權根拠として法律を要求している場合には、憲法制定以前の慣習法という

理解は認められないと指摘される。<sup>(63)</sup>

(6) 刑訴法一六一条・一六三条 従来から、秘密連絡員の投入根拠として最も有力に主張されてきたのが、刑訴法一六一条、一六三条である。連邦通常裁判所は、刑訴法一六一条・一六三条によって警察は犯罪捜査の必要上、警察以外の者に依頼を行うことができるとして、秘密連絡員投入の十分な法的根拠になることを認めている。<sup>(64)</sup> また、学説においても同様の見解が主張されている。<sup>(65)</sup> すなわち、刑訴法一六一条・一六三条に基づいて警察官が他の者に依頼する権限は、秘密連絡員から提供される情報を単に受け取るのみならず、警察官が秘密連絡員に依頼して情報を収集するような場合であっても認められるとするのである。<sup>(66)</sup> こうした見解に対しては、本規定は、いかなる基本権侵害への権利付与も理由付けないような任務割当規定であり、刑訴法一六一条、一六三条を秘密連絡員を身分秘匿捜査に投入するための授權規定とすること自体に問題があるとの指摘がなされている。<sup>(67)</sup> 秘密連絡員を投入する場合には、情報自己決定権などの基本権への侵害という問題が起こりうる以上、特別な法的権限付与が必要であるとされるのである。<sup>(68)</sup>

二〇〇〇年八月二日に制定された一九九九年刑事手続改正法 (StVG)<sup>(69)</sup> によって、刑訴法一六一条、一六三条一項は、刑事訴追官庁による情報の獲得および使用につき改正された。<sup>(70)</sup> これにより、同条は、刑事訴追官庁に必要なあらゆる手段を講じることができる一般的授權規定になったとする見解もみられる。すなわち、秘密連絡員の投入のみならず、その投入による基本権の侵害もまた、法的規定に支えられたとの指摘である。<sup>(71)</sup> しかし、捜査の一般的授權規定になったとしても、基本権侵害の場合に要求される確定主義を満たしておらず、授權根拠としては十分ではないとし



て、秘密連絡員による情報収集については、その限界も含めて、明確な法規定を要求する見解も依然としてみられる。<sup>(72)</sup>

## 二 秘密連絡員投入の内在的制約

秘密連絡員の投入根拠については、法制化されなかったことも影響して依然として、学説上厳しく対立している。しかし、投入を肯定する判例・学説も無制限に投入を認めているわけではない。身分秘匿捜査官について、投入が許される犯罪類型などが規定されたように、秘密連絡員についても、投入が許容される限界を認めている。では、どのように限界を画そうとしているのであろうか。

この点については、学説上、刑訴法の本来的な性格によって制限を設けなければならないと指摘される。<sup>(73)</sup> すなわち、刑訴法は、国家の訴追利益と市民の自由の権利 (Freiheitsanspruch) のバランスを図る観点からの規定を設けているのであり、警察、検察官などによる侵害権限根拠および強制手段は一定の制限がなされなければならない。<sup>(74)</sup> つまり、刑事訴追官庁が好き勝手に民間人を用いるといった非国家的な解明手段を利用できるとするならば、刑訴法で設けられた検察・警察に対する捜査方法の種々の制限が、意味を失うことになる。<sup>(75)</sup> それゆえ、法治国家原理の下では、国家が民間人によって情報入手することに限界を設けなければならない。<sup>(76)</sup> 少なくとも、秘密連絡員を長期間投入することは制限なく許されているわけではなく、ただ、とくに危険で解明が困難な犯罪の制圧および解明の場合に、例えば、麻薬取引とか集団犯罪 (Bandenkriminalität) にのみ許されるとして限界を指摘している。<sup>(76)</sup>

### 三 秘密連絡員投入の要件

秘密連絡員が投入される際には、事前に指導員による指導を受ける<sup>(77)</sup>。また、秘密連絡員は危険にさらされる可能性があり、自分の身元について秘密にされること、すなわち内密性が保障されることを条件に任務を引き受けるのである。では、どのような場合に内密性の保障が与えられるのであろうか。この点については、『共通の指針』によって、三つの点があげられている<sup>(78)</sup>。

第一に、犯罪類型については、内密性の保障が考慮されるのは重大犯罪、組織犯罪、薬物密売および武器密売、通貨偽造および国家の安全に対する犯罪の一つに該当することとされる。重大犯罪ではなく、中程度の犯罪の場合には、内密性の保障というのは例外的な事例において対象とされ、軽微な事件の場合には一般的に許されていない。第二に、捜査協力者を保護する観点から、秘密連絡員が刑事訴訟追官庁との協働が知られた場合に極度の危険にさらされ、堪えられないような不利益が予想されている場合には、内密性が保障される。第三に、包括的な基準として、犯罪解明が別の方法では見込みがないか、または著しく困難な場合とされている。

また、『共通の指針』によれば、警察官は検察官の同意に基づく場合にだけ、内密にすることを約束することができる<sup>(79)</sup>。もし検察官の同意を事前に得ることができなかった場合、警察官は遅滞なく検察官に秘密連絡員の投入について報告をしなければならない<sup>(80)</sup>。

### 第三節 小 括

ドイツでは、身分泌匿捜査官の投入が組織犯罪などの解明困難な重大な犯罪類型において認められてきた。しかし、こうした捜査手法に対しては、憲法で保障されている基本権との緊張関係が指摘されており、基本権侵害を適法化するための法的根拠として、学説上、数々の見解が示されてきた。しかしながら、いずれの見解も十分に説明を尽くすには至っておらず、厳しい批判にさらされていた。こうした議論状況の中で、一九八三年の国勢調査判決では、情報<sup>(80)</sup>の自己決定権が憲法上の具体的な権利として承認された。この判決を一つの契機として立法化作業が本格的に着手され、一九九二年に組織犯罪対策法が制定された。同法によって、身分泌匿捜査に明確な法的根拠が提供されるとともに、投入に際しての条件が規定され、身分泌匿捜査の運用に一定の歯止めがかけられたのである<sup>(81)</sup>。

これに対して、私人である秘密連絡員については、法制化には至らなかった。法的根拠について、判例は秘密連絡員の投入が特に危険で解明困難な犯罪の撲滅のために不可欠であるとの前提に立ち、刑法<sup>(82)</sup>一六一条、一六三条によって原則的に認められるとしている。学説上は様々な法的根拠が提案されているが、いずれの見解も批判を浴びており、対立を解消するには至っていない。それゆえ、情報の自己決定権などの権利侵害に対しては、現段階では明確な法的根拠は存在せず、せいぜい判例法がその役割を果たしているといった指摘もなされている<sup>(84)</sup>。

このように秘密連絡員の投入については、学説上、判例を批判し、明確な法的根拠が必要であるとする見解も有力に主張されているが、支配的見解は、判例と同様に一定の条件下における秘密連絡員の投入を許容している。また、

明確な法的根拠を必要とする見解も、組織犯罪といった犯罪類型においては、秘密連絡員の投入の必要性自体は認めているのである。そこで、判例および学説の関心は、身分秘匿捜査によって得られた情報が公判廷で証拠として使用できるか否かに移行しているように思われる。そこで、次章では、この点につき検討したい。

- (1) Monika Schmitz, Rechtliche Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler, 1996, S. 49.
- (2) Henning Radtke, „Einsatz von verdeckten Ermittlern und sog. V-Leuten“, 2003, S. 11. フォーラムの論文で、[http://www.jura.uni-marburg.de/straf/radtke/seminar/dokumente/7\\_2\\_1.doc](http://www.jura.uni-marburg.de/straf/radtke/seminar/dokumente/7_2_1.doc)に掲載されている。
- (3) Jürgen Vahle / Siegfried Buttgereit, Eingriffsrechte der Polizei - Ratgeber für die polizeiliche Praxis, 1983, S. 172 f.
- (4) Schmitz, a.a.O. (Anm. 1), S. 50.
- (5) Schmitz, a.a.O. (Anm. 1), S. 50.
- (6) Radtke, a.a.O. (Anm. 2), S. 11 f.
- (7) Horst Hund, Verdeckte Ermittlungen - ein gelöstes Problem?, StV 1993, 379, S. 379.
- (8) Schmitz, a.a.O. (Anm. 1), S. 50; Radtke, a.a.O. (Anm. 2), S. 11 f.
- (9) Herbert Tröndle / Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, 49. Aufl., 1999, § 34 Rz. 24 f.
- (10) Kurt Rebmann, Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung, NJW 1985, 1, S. 3; Rainer Endriss / Klaus Malek, Betäubungsmittelstrafrecht 2. Aufl. 2000, Rz. 1137; Radtke, a.a.O. (Anm. 2), S. 12.
- (11) Norbert Körtgen, Probleme des Gewohnheitsrechts - Dargestellt am Beispiel gewohnheitsrechtlicher Grundrechtseingriffe im Strafverfahren, 1993, S. 15 f.
- (12) Schmitz, a.a.O. (Anm. 1), S. 53; Radtke, a.a.O. (Anm. 2), S. 12 f.; BVerfGE 22, 114 (122).
- (13) Volker Krey, Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler einschließlich des "Lauschangschrifts" zu seiner

Sicherung und als Instrument der Verbrechensaufklärung, 1993, S. 79 f.

- (14) Krey, a.a.O. (Anm. 13), S. 79 f.
- (15) Dirk Lammer, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozess, 1992, S. 31; Radtke, a.a.O. (Anm. 2), S. 13.
- (16) Michael Lenke, in Heidelberg Kommentar zur Strafprozessordnung, Hrsg. von Michael Lenke, 2. Aufl. 1999, § 110a, Rn. 3.
- (17) Eggert Schwan, Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Regeln des Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahrens von denen des Rechts der Gefahrenabwehr, Verwaltungsarchiv 1979, 109, S. 111, S. 116.
- (18) Karl Peters, Strafprozeß, 4. Aufl., 1985, S. 157.
- (19) Rebmann, a.a.O. (Anm. 10), S. 3. 3) の見解は「一般に「限界理論 (Schwellentheorie)」と呼ばれる。」
- (20) Lammer, a. a. O. (Anm. 15), S. 31; Radtke, a.a.O. (Anm. 2), S. 12.
- (21) Schmitz, a.a.O. (Anm. 1), S. 53; Radtke, a.a.O. (Anm. 2), S. 13.
- (22) § 110a Abs. 2 StPO.
- (23) § 110a Abs. 1 Nr. 1 StPO.
- (24) § 110a Abs. 1 Nr. 2 StPO.
- (25) § 110a Abs. 1 Nr. 3 StPO.
- (26) § 110a Abs. 1 Nr. 4 StPO.
- (27) Werner Beulke, Strafprozessrecht, 7 Aufl. 2004, Rn 267.
- (28) Burkhard Jähne, Verwertungsverbote und Richter vorbehalt beim Einsatz Verdeckter Ermittler, in Festschrift für Walter Odersky 1996, 427, S. 432.
- (29) Radtke, a. a. O. (Anm. 2), S. 18.
- (30) Gerd Pfeifer, Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 2002, § 110b, Rn. 1.
- (31) § 110b Abs. 1 S. 1 StPO.

- (32) Jähnke, a.a.O. (Anm. 28), S. 432.
- (33) § 110b Abs. 1 S. 2 StPO.
- (34) § 110b Abs. 1 S. 3 StPO.
- (35) Hans - Joachim Rudolphi, in Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Hrsg. von Hans - Joachim Rudolphi, 30. Aufbau - Lieferung Januar 2003, § 110b, Rn. 2.
- (36) Hans Hilger, Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG, NSiZ 1992, 523, S. 524, Fn. 146.
- (37) Rudolphi, a.a.O. (Anm. 35), § 110b, Rn. 5.
- (38) BGHSt 41, 64 (67).
- (39) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 10, Rn. 26.
- (40) Andreas Quentin, Der Verdeckte Ermittler i. S. der §§ 110a ff. StPO, JuS 1999, 134, S. 138, Fn. 14.
- (41) BT-Drucksache 12/989, S. 41.
- (42) BVerfG NJW 1981, 1719 (1724); BVerfG NJW 1987, 1784; BGH NJW 1984, 247.
- (43) Schmitz, a.a.O. (Anm. 1), S. 152.
- (44) Rainer Zaczyk, Prozesssubjekte oder Störer? Die Strafprozessordnung nach dem OrgKG—dargestellt an der Regelung des Verdeckten Ermittlers, StV 1993, 490, S. 493.
- (45) BGHSt 41, 42 (44).
- (46) BGHSt 41, 42 (44).
- (47) BGHSt 41, 42 (44).
- (48) Gerhard Fezer, Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht, JZ 1996, 602, S. 609; Radtke, a.a.O. (Anm. 2), S. 14.
- (49) Schmitz, a.a.O. (Anm. 1), S. 155.

- (50) Michael Lemke, in Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung Herausgegeben von Michael Lemke, 3. Aufl. 2001, § 110a, Rn. 4.
- (51) Fritz Ossenbühl, Allgemeines Verwaltungsrecht von Hans-Uwe Erichsen / Dirk Ehlers, 12. Aufl. 2002, § 6, Rn. 41.
- (52) Schmitz, a.a.O. (Anm. 1), S. 155; Radtke, a.a.O. (Anm. 2), S. 14 ff.; Gunnar Dutge, Strafprozessualer Einsatz von V-Personen und Vorbehalt des Gesetzes, JZ 1996, 556, S. 556.
- (53) Dirk Scherp, Die Polizeiliche Zusammenarbeit mit V-Personen, 1992, S. 22.
- (54) Scherp, a.a.O. (Anm. 53), S. 22.
- (55) Scherp, a.a.O. (Anm. 53), S. 22; Radtke, a.a.O. (Anm. 2), S. 15.
- (56) Schmitz, a.a.O. (Anm. 1), S. 55.
- (57) Hans-Joachim Hirsch, in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Großkommentar von Hans-Heinrich Jeschek, Wolfgang Ruß, Günther Wilms 10. Aufl. 1985, § 34, Rn. 9.
- (58) Hirsch, a.a.O. (Anm. 57), § 34, Rn. 9.
- (59) Hirsch, a.a.O. (Anm. 57), § 34, Rn. 9; Radtke, a.a.O. (Anm. 2), S. 16.
- (60) Krey, a.a.O. (Anm. 13), Rn. 127.
- (61) Patric Maknuszki, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß - Rechtswissenschaftliche Analyse-Rechtsvergleichende Studie mit dem U.S.-amerikanischen Prozeßrecht, 2000, S. 122.
- (62) Dirk Lammer, a.a.O. (Anm. 15), S. 31; Maknuszki, a.a.O. (Anm. 61), S. 122.
- (63) Rudolphi, a.a.O. (Anm. 35), § 94, Rn. 30; Radtke, a.a.O. (Anm. 2), S. 16.
- (64) BGHS-32, 115 (121 ff.); BGHS-40, 211 (215 f.); BGHS-45, 321 (324); BVerfGE 57, 250 (284).
- (65) Theodor Kleinkecht / Lutz Meyer-Göfner, Strafprozeßordnung, 45. Aufl. 2001, § 164 Rn. 34b; Klaus Rogall, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. V. 27. 4. 2000-2 BvR 1990/96, NSZ 2000, 490, S. 492 f.
- (66) トーマス・ヴァイгент (井田良訳)「ドイツ刑事手続における隠密捜査官と情報提供者」刑法雑誌三六卷二号(一九九七)二

二五頁。

- (67) Holger Nitz, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6. 2. 1997-1 StR 527/96, JR 1998, 211, S. 211.
- (68) Roland Derksen, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 13. 5. 1996-GSSt. 1/96, JR 1997, 167, S. 169; Hans Lilie / Bernd Rudolph, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22. 2. 1995-3 StR 552/94, NSJZ 1995, 514, S. 515 f.
- (69) ドイツの一九九九年刑事手続改正法 (Strafverfahrensänderungsgesetz) については、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』（法曹会、二〇〇一）八頁、浅田和茂「刑事手続における個人情報収集と利用―ドイツ一九九九年刑事手続改正法の場合」『光藤景皎先生古稀祝賀論文集（上）』（成文堂、二〇〇一）四九頁以下に詳しく紹介されている。
- (70) 旧一六一条と一六三条は、次の通りである。

#### 第一六一条（検察官の権限）

検察官は、前条の目的を達成するため、官庁に照会して報告を求め、すべての捜査上の処分を自ら行い、あるいは、警察署および警察官に行わせることができる。警察署および警察官は、検察官の委託または要請に応じる義務を負う。

#### 第一六三条（警察の職務）

- (1) 警察署および警察官は、犯罪を究明し、遅延の許されない処分はすべて行い、事件の混迷化を防止しなければならない。

これに対して、一九九九年改正刑事訴訟法では、次のように改正された。

#### 第一六一条（捜査・身分秘匿捜査による情報の利用）

- (1) 一六〇条一項から三項の目的のために、検察官は、他の法規定がその権限につき特に規定していない場合には、すべての官庁に情報提供を求め、すべての種類の捜査を自ら行い、あるいは、警察署および警察官に行わせる権限がある。警察署



および警察官は、検察官の要請または委託に応える義務があり、その場合、すべての官庁に情報提供を求める権限がある。

### 第一六三条（警察の職務）

(1) 警察署および警察官は、犯罪を究明し、遅延の許されない処分はすべて行い、事件の混迷化を防止しなければならない。この目的のため、警察署および警察官は、すべての官庁に情報提供を要請し、急を要する場合には情報を要求する権限があり、他の法規定がその権限につき特に規定していない場合には、すべての種類の捜査を行う権限がある。

(71) Heiko H. Lesch, Zu den Rechtsgrundlagen des V-Mann-Einsatzes und der Observation im Strafverfahren, JA 2000, 725, S. 727.

(72) Wolfgang Heizer, V-Mann-Einsatz im Niemandsland? - Überlegungen zu einer verfassungsrechtlich bedenklichen Situation, Kriministik 2001, 690, S. 690; Radtke, a.a.O. (Anm. 2), S. 15.

(73) Beulke, a.a.O. (Anm. 27), Rn. 424.

(74) Beulke, a.a.O. (Anm. 27), Rn. 424.

(75) Beulke, a.a.O. (Anm. 27), Rn. 424.

(76) BVerfGE 57, 250 (284); BVerfGE StV 1995, 561 (562); BGHSt GrS 32, 115 (122); BGHSt 41, 42; Beulke, a.a.O. (Anm. 27), Rn. 424. また、秘密連絡員がいわゆる「おとり (Lockspitzel)」として投入される場合にはより厳しい制限が主張されている。すなわち、そのような投入は、故意に他の人を処罰すべき行動を犯すことへと意識的に促すような場合だからである。刑法第一六〇条の意味におけるとくに危険で解明が困難な犯罪の領域での犯罪を計画し、あるいはそれに関与しているという嫌疑がその人に対してある場合に投入が許されること (BGHSt 47, 44 (48); BGH NZS 1995, 506 (506 ff.); Beulke, a.a.O. (Anm. 27), Rn. 288)。

(77) Michael Pfeil, Das Innenverhältnis zwischen V-Person und VP-Führer, in Verdeckte Ermittler und V-Personen im Strafverfahren, Hrsg. von Claudius Geisler, 2001, s. 107 ff.

(78) RStB, Anlage D, 3. 1, Abgedruckt in Pfeiffer, a.a.O. (Anm. 30); Horst Hund, in Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts von Arthur Kreuzer, 1998, § 12, Rn. 537.

- (7) RStBV, Anlage D, 5, 3, Abgedruckt in Pfeiffer, a.a.O. (Anm. 30).
- (80) RStBV, Anlage D, 5, 3, Abgedruckt in Pfeiffer, a.a.O. (Anm. 30). なお「内密性の保障は、検察官が捜査手続」に吟味して確認しなければならぬと指摘されている (Harald Hans Körner, Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz 5. Aufl. 2001, § 31, Rn. 121)。
- (81) ただし、身分泌匿捜査官が架空身分を維持するために、犯罪を犯してもかまわないのかどうかについては、法文上、説明されないままになっている。
- (82) 法的根拠としては検討しなかったが、連邦憲法裁判所の判決を根拠に、基本権侵害は立法者が法律を公布するまでは、合法的なものとして取り扱われるという「経過上のボーナス (Übergangsbonus)」とする見解もある (Makutzki, a.a.O. (Anm. 61), S. 19; BVerfGE 33, 1 (13); BVerfGE 41, 254 (267))。
- (83) Schmitz, a.a.O. (Anm. 1), S. 158.
- (84) Körner, a.a.O. (Anm. 80), § 31 Rn. 113; Hetzer, a.a.O. (Anm. 72), S. 698.

### 第三章 身分泌匿捜査における証拠使用の禁止

身分泌匿捜査官を投入すること自体は、組織犯罪という重大かつ解明困難な犯罪への対処法としての必要性和と一九九二年の法制化によって法的根拠が得られたことによって、許容され、現に投入が行われている。また、法制化はされていないものの、秘密連絡員についても、批判はあるが、連邦通常裁判所や連邦憲法裁判所の判例、学説上の有力説においても、投入自体については一般的に許容されているといつてよい。では、身分泌匿捜査を行うそもその目的は何か。その目的は、収集された証拠を公判廷において使用することにある。とするならば、身分泌匿捜査の規定

として新設された刑訴法一一〇条a以下の違反があった場合に得られた証拠はいかなる取扱いをうけるのか、また、公判廷における証拠の使用を禁止する刑訴法上の各規定との関係も検討する必要がある<sup>(1)</sup>。

そこで以下では、刑訴法一一〇条a以下に違反があった場合と刑訴法上の証拠使用の禁止を認める規定にわけて、身分泌匿捜査官及び秘密連絡員によって収集された情報が、公判廷において証拠として使用することができるのかについて検討したい。

## 第一節 新設された身分泌匿捜査規定の違反

身分泌匿捜査官を投入するための諸前提が刑訴法一一〇条a以下に記されている。そのような捜査を実施したことに對する実体的な諸前提が欠けている場合、とりわけ刑訴法一一〇条aに列挙された犯罪カテゴリーに関する十分な嫌疑がないような場合には、収集された証拠の使用は禁止される<sup>(2)</sup>。しかし、判例の見解に従うならば、収集された証拠が、客觀的にみて任意 (objektiver Willkür) である場合や代替不可能であるとの判断がなされた場合だけは、使用が認められる余地が残される<sup>(3)</sup>。しかし、身分泌匿捜査官が、自らの権限を越えていた場合や特別に重大な態様で法を犯してしまった場合には、その際獲得された情報は使用不可能となりうる<sup>(4)</sup>。

次に、身分泌匿捜査官の投入に際して要件となる檢察官の同意に関して、急を要し、檢察官の決定を直ちに得ることができない場合には、事後の同意で足りるとされるが、この「急を要する」ということ、あるいは、檢察官の決定

を得ることが求める時間内に可能ではないということについての判断に誤りがあるときにも、証拠の使用は妨げられないとされる。<sup>(5)</sup>

さらに、刑訴法一一〇条b一項三文、四文、二項一文では、裁判官や検察官の同意を書面に残すことおよび期間を付することを要求している。判例および通説はただ形式的な規定に違反した場合、例えば、身分秘匿捜査官の投入についての同意が口頭でなされた場合や期間が付されていなかった場合、収集した証拠の使用は妨げられないとしている。<sup>(6)</sup>ただし、学説上は、刑訴法一一〇条b二項は検察官あるいは裁判官の同意を必要としていることから、いずれの同意も欠いているような場合には、いくら形式的な規定といっても証拠の使用は禁止されるべきであるとの有力な指摘もなされている。<sup>(7)</sup>

また、身分秘匿捜査官の投入によって得られた証拠を別の被疑者・被告人に対して使用できるかも問題となる。この点につき、一方の被疑者に対する投入が合法的である以上、身分秘匿捜査官を投入するための検察官や裁判官の同意がなされうる前提があるならば、そこで獲得された情報は、他の被疑者・被告人に対しても使用可能とされる。<sup>(8)</sup>

これに対して、秘密連絡員、情報提供者、または架空身分が与えられるわけではないが、秘密裡に活動する警察官（NOEP）については、実質的要件と同様に形式的要件も法律に定められていない。それゆえ、証拠使用の禁止が考慮されるのか否か、考慮されうるとしてその範囲はどの程度かという点は必ずしも明らかでない。<sup>(9)</sup>例えば、秘密連絡員が軽微な犯罪を解明するために投入されたり、あるいは身分秘匿捜査官の投入制限を回避するために投入されて、証拠を収集した場合などである。<sup>(10)</sup>

## 第二節 刑事法の証拠使用禁止規定の違反

身分秘匿捜査官および秘密連絡員を投入する際には、訴追側と訴追される側である被疑者・被告人の利害が対立する。というのも、ドイツでは、身分秘匿捜査官や秘密連絡員の投入は、とくに重い犯罪の解明のためには確かに一定の範囲で許容されているが、他方、刑事訴追官庁は、「身分を秘匿して」あるいは「民間人を用いる」捜査手法を用いることによって、被疑者・被告人あるいはその家族を守るための規定、とくに証言拒絶権や黙秘権について規定した刑法一三六条、尋問に際して暴行や欺罔を手段とすることを禁じた一三六条a、家族等を理由に証言を拒絶できるとした五二条、二五二条に違反することは許されないからである。明確な法律上の規定が欠けているために、学説上ほとんど全ての点で議論が戦わされており、判例もまた、決定的な解決手段を見つけれられているとはいえない。以上の問題を検討するに際しては、有名な俳優が殺害されたことで、世間的にも注目を集め、また、裁判段階でも、連邦通常裁判所、連邦通常裁判所の拡大部、連邦憲法裁判所で事件が取り扱われたことでも注目を集めた「セデルメイヤール事件 (Sedlmayr - Fall)」に触れながら、検討を加えたい。

### 一 セデルメイヤール事件の概要

事案は、ある有名な俳優が殺害されたというものであった。本件では、凶器としてハンマーが用いられた。警察はXが犯人ではないかとの疑いをもったが、十分な証拠がなかった。そこで、かねてから警察と交流のあった秘密連絡

員にXの周辺を調べさせたのである。秘密連絡員VはXの婚約者Yと接触し、ハンマーについて尋ねたところ、Xの所有物であると認めた。凶器とされるハンマーについては、新聞紙上でも報道されていたが、彼女は具体的には報道されていないハンマーの特徴を言い当てることができたのである。

その後、Xは起訴されたが、公判廷において、Xの婚約者Yは刑法五二条（人的事由に基づく証言拒絶権）に基づいて、証言を拒絶した。これを受けて、秘密連絡員Vが証人として証言台に立ち、尋問を受けた。秘密連絡員Vは、自身に対してXの婚約者Yが犯行に使用されたとされるハンマーはXの所有物であると述べたことを証言した。この秘密連絡員Vの証言が刑事被告人Xに有罪判決（謀殺による終身刑）を下す一つの大きな要因となった。

ここでは大別して次の三つの法的問題が提起されている。<sup>⑪</sup>①刑法一三六条の証言拒絶権や黙秘権に反しないか。

秘密連絡員Vは刑事被告人Xの婚約者Yと話をするに先立って、いかなる供述の義務も負わない旨を告知していない。確かに、刑法一三六条は被疑者に対する規定であるが、類推適用はできないかが問題になる。②刑法一三六条a一項で禁止される尋問方法に反しないか。Xの婚約者Yは、秘密連絡員Vが警察の委託を受けているとは知らなかった。この点が、刑法一三六条a一項で禁じられている不当な尋問方法に該当するのではないかが問題となり得る。<sup>⑫</sup>③刑法五二条三項・二五二条の証言拒絶権者の証言取消に反しないか。YはXの婚約者である。したがって、五二条三項に基づいて、尋問に先立って証言拒絶権があることを告知しなければならず、また、刑法二五二条により、Yが証言を拒否した以前の供述を証拠として使用することは許されないかが問題となり得る。

## 二 黙秘権や証言拒絶権の侵害性

刑訴法において明確な規定は存在しないが、被疑者や証人に対して、自己の訴追と有罪判決に積極的に協力することを強制することは許されないとする自己負罪拒否の特権は、ドイツにおいて広く承認されている。<sup>(13)</sup>ここから導かれる帰結が刑訴法一三六条一項に規定されている。刑訴法一三六条一項では、被疑者に対しては、尋問に先立って、いかなる供述の義務を負わないことを告知しなければならないとして、黙秘権の告知を要求しているのである。この告知がなされなかった場合には、被疑者の供述は原則的に証拠として使用できないことになる。<sup>(14)</sup>しかし、身分秘匿捜査官や秘密連絡員が、犯罪の嫌疑のある者や証人に対して、いかなる状況下でも黙秘権や証言拒絶権を告知しなければならないとすれば、この種の捜査手段を用いる意味がそもそもなくなってしまうであろう。

尋問の際の教示義務が身分秘匿捜査官と被疑者、身分秘匿捜査官と証人との会話に対しても妥当するのかどうかは、「尋問 (Vernehmung)」の意義をいかに解するかに拠る。この意義につき立法者は明文をもって規定していない。<sup>(15)</sup>ドイツの判例および通説に基づくならば、尋問とは、聴取する者が聴取される者に対して、明確に公職にある者、すなわち警察官、検察官、裁判官として行うコミュニケーション行為をいう。<sup>(16)</sup>そこで、判例および通説は身分秘匿捜査官および秘密連絡員は、公的な身分を有する尋問者として自分の素性を明らかにしないのであるから、尋問の要素がそもそも欠けているのであり、この規定の直接的な違反はないとするのである。<sup>(17)</sup>また、この状況下では、被疑者は初めから自分にとって不利な事柄を言わなければならないという義務を負わされていないことを知っているのであり、それゆえ、教示義務を基礎付けている心的葛藤状態は存在しないとも指摘される。<sup>(18)</sup>したがって、身分秘匿捜査

官および秘密連絡員に対して、かつて犯した犯罪についての供述がなされた場合には、この情報は証拠として使用することができることになる。<sup>(19)</sup>

しかし、こうした判例や通説の理解に対しては、証言拒絶権を告知する目的は、被疑者に対し、後の刑事手続で自己に不利な方向で使用されるかもしれない自己弾劾の供述を、刑事司法機関に対して行うに際して警告を与えるところであり、警察官が身分を秘して接触する場合は、より一層告知の必要性は高いとの反論が提示されている。<sup>(20)</sup> また、外部に認識されうるか否かに関係なく、刑事訴追官庁によって人がその知っていることを供述するように動機付けられるような場合には、尋問であるとの指摘もある。<sup>(21)</sup> さらにこれとほぼ同趣旨と思われるが、判例が、正式な尋問概念にあてはめて、告知の問題は生じないとする点については、警察を支援する者によって犯罪に関する重要な事柄への意図的な聞き取り (Befragung) が行われる場合には、実際には教示義務の保護なしになされる尋問が問題となっているとして、正式な尋問にとられない機能的な尋問の意義が必要であるとされる。<sup>(22)</sup>

他方、身分秘匿捜査における情報収集は、尋問にあたらず、それゆえ教示義務も生じないという見解からも、刑法一三六条に違反する場合があることが指摘されている。すなわち、一三六条は意図的に法の網の目をくぐり抜けることを認めておらず、それゆえかつて犯された特定の犯罪を解明のための身分秘匿捜査官や秘密連絡員の被疑者への投入は、本来であれば、警察官によって黙秘権が教示されなければならないのであり、意図的な一三六条違反である。<sup>(24)</sup> したがって、この場合には、通常の警察官が黙秘権を教示せずに行った尋問と同視できるのであり、身分秘匿捜査官や秘密連絡員による情報収集に、刑法一三六条が類推適用されるとする。<sup>(25)</sup>



### 三 禁止された尋問方法への該当性

ドイツ刑法一三六条aは、不当な尋問方法を実施することを禁止している。連邦通常裁判所は、正式な尋問の意義を前提とする限り、刑法一三六条と同様に、そもそも尋問に関する一三六条a違反の問題は、身分秘匿捜査には生じないとしている<sup>(26)</sup>。しかし、通説は、純粹に私的な活動する第三者である情報提供者の場合とは違って、身分秘匿捜査官や秘密連絡員に対しては、一三六条aの規定が類推適用されるべきであるとする。すなわち、正式な尋問の意義に該当しなくても、「尋問に類似した」状況では、禁止される尋問方法は、身分秘匿捜査にも適用されるとするのである<sup>(27)</sup>。一三六条aでは、禁止された尋問方法として、暴行、疲労、傷害、薬物投与、苦痛、欺罔、催眠術によるものがあげられている。通説は、職務上の委任を秘匿するだけでは、まだ一三六条aの意味での欺罔を意味しないとする<sup>(28)</sup>。刑法一〇条a二項が架空身分を用いた身分秘匿捜査を認めている以上、単に身分を秘匿することは、禁じられているとは考えられないからである<sup>(29)</sup>。しかし、例えば、身分秘匿捜査官や秘密連絡員が、暴行を用いたり、単に身分を秘すにとどまらないような積極的な欺罔や脅迫などによって、被疑者の供述を手に入れる場合には、法治国家原理に矛盾するのであり、収集された証拠の公判廷での使用は禁止されるとする<sup>(31)</sup>。

### 四 証言拒絶権者による証言取消しの許容性

セデルメイヤー事件で問題となった被疑者または被告人の婚約者といった刑法五二条で証言拒否の権利を付与された証人は、刑法二五二条により、かつて行われた尋問における供述を、公判において取り消すことができる<sup>(32)</sup>。し

かし、連邦通常裁判所の判例は、二五二条から導かれる証拠使用の禁止は、身分秘匿捜査官や秘密連絡員の投入によつては生じないとする<sup>(33)</sup>。その理由としては、まず、「刑法二五二条から導かれる証拠使用の禁止は、尋問あるいは尋問類似状況を前提にしている」<sup>(34)</sup>とする。その上で、「刑法五二条が規定された理由およびきつかけは、犯人の親族において存在する心的葛藤状態である。つまり親族が正式な尋問の際には、一方では真実を述べる義務を満足させ、他方では、親族である犯人への不利益を懸念しなければならないからである」とし、このような二つの葛藤は秘密連絡員に対する供述にはあてはまらないとして、尋問のみならず、尋問類似状況をも否定するのである。

学説においても、判例と同様に、「尋問 (Vernehmung)」という客観的前提が欠けているので刑法二五二条を直接的には侵害しないと説くものがある<sup>(35)</sup>。また、身分秘匿捜査官や秘密連絡員に対して、親族に不利な供述をする者は、最初から自分の親族に対して不利になることをいう事を義務付けられていないことを知っているのだから、尋問類似の状況もまた是認されえないとするものもある<sup>(36)</sup>。したがって、連邦通常裁判所の判例やこれらの学説においては、秘密連絡員に対する親族の供述は、通常、公判における秘密連絡員の尋問を通じて使用できることになる<sup>(37)</sup>。

こうした見解に対しては、刑法一三六条aとパラレルに考えて、五二条に基づく証言拒絶権に依拠することができる人間に対して身分を秘匿した聞き取り (Befragung) がなされた場合には、公判廷において証拠として使用することが許容されないとする学説もある<sup>(38)</sup>。その理由としては、証人の意思の自由が失われるからであるとする<sup>(39)</sup>。

また、連邦憲法裁判所は、セデルメイヤー判決において、傍論においては、次のような注目すべき見解を示した。すなわち、「特別な法的権限の付与なしに秘密連絡員による証言拒否権を有する証人に対する身分を秘匿し

た聞き取りは許されず、公正な裁判の原則に対して違反する<sup>(40)</sup>。ただし、ここでは、証拠の収集行為の違法から、証拠の使用禁止が結果として生じるのかどうか言及されておらず、この点に関する判断は留保されたと考えられている。<sup>(41)</sup>

### 第三節 小 括

身分泌匿捜査は、その主体である身分泌匿捜査官や秘密連絡員が、自らの身元を隠して対象者と接触することによって有益な情報を入手するところに特徴がある。その一方で、被疑者や証人には、黙秘権や証言拒絶権が認められており、こうした権利が侵害された場合には、そうした状況下で収集された証拠の原則として公判廷における使用が禁止される。この相反する要請をいかに整合的に説明するか、なお議論の決着をみていない。

連邦通常裁判所は、証拠の使用の禁止が問題となるのは、正式な尋問の場合であるとして、身分泌匿捜査官や秘密連絡員による聞き取りを除外した。その結果、原則として、身分泌匿捜査官や秘密連絡員による聞き取り内容を経た証拠として使用することが認められた。注目されたセデルメイヤー事件の拡大部の判決でもこの考え方は踏襲されており、連邦通常裁判所の見解として確定したといえる。しかし、この点に関する学説の批判は強い。また、セデルメイヤー事件の連邦憲法裁判所判決では、傍論においてはであるが、秘密連絡員によってなされた被告人の婚約者に対する聴取は特別な法的授權根拠がなければ許容されないものであるとして、法的規定の必要性を指摘している。これを

受けて、司法省は、秘密連絡員の投入に関して立法化する必要があるか否かについて、裁判官によって構成される拡大刑事法委員会に検討を依頼した。<sup>④</sup> 現在のところ、立法化は実現していないが、この問題についても今後の動向に注目していく必要がある。

(1) ドイツにおける証拠使用の禁止について論じた邦語文献としては、以下のものがある。著書として、井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』(弘文堂、一九八五)一七一頁以下。訳書として、ゲラルト・グリュンヴァルト(福井厚監訳)『ドイツ刑事証拠法』(成文堂、一九九九)。講演として、ヨアヒム・ヘルマン(能勢弘之訳)『ドイツ刑事訴訟における証拠禁止』刑法雑誌二卷三号(一九七五)二四七頁以下。論文として、宇藤崇「違法収集証拠排除法則の目的と基準について―ドイツの判例・学説を中心に」岡山大学法学会雑誌四四卷三・四号(一九九五)八四一頁以下、同「証拠禁止における仮定的な違法捜査経過の考慮可能性」刑法の展開(第五卷)―中山研一先生古稀祝賀論文集』(成文堂、一九九七)一三三頁以下。とくにドイツにおける黙秘権およびその告知との関係で証拠使用の禁止を論じたものとして、池田秀彦「刑事手続における黙秘権の日独比較のための予備的考察」『比較公法学の諸問題―伊藤満先生喜寿記念論文集』(八千代出版、一九九〇)二二五頁以下、同「ドイツにおける黙秘権の現在」創価法学二五卷一・二号(一九九六)一四七頁以下。

(2) Theodor Kleinkecht / Lutz Meyer-Göbner, Strafprozessordnung, 45. Aufl. 2001, § 110b Rn 11; Werner Beulke / Stefan Rogat, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 7. 3. 1995-1 StR 685/94, JR 1996, 517, S. 520; Annette von Stetten, Beweisverwertung beim Einsatz verdeckter Ermittler, 1999, S. 179.

(3) BGHSt 42, 103 (104).

(4) Lutz Meyer-Göbner, Strafprozessordnung, 46. Aufl. 2003, § 110c, Rn. 3; Gerd Pfeiffer, Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 2002, § 110c Rn. 2.

- (5) Meyer-Goßner, aa.O. (Anm. 4), § 110b Rn. 11.
- (6) BGH StV 1995, 398; Andreas Quentin, Der Verdeckte Ermittler i. S. der §§ 110a ff. StPO, Jus 1999, 134, S. 138.
- (7) Gerd Pfeiffer, Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 2002, § 110b, Rn 5; Kleinnecht / Meyer-Goßner, aa.O. (Anm. 2), § 110b Rn 11; Werner Beulke, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2004, Rn 481a.
- (8) Kleinnecht / Meyer-Goßner, aa.O. (Anm. 2), § 110b Rn. 11; BGH NSZ, 97, 294.
- (9) Beulke, aa.O. (Anm. 7), Rn. 427.
- (10) Beulke, aa.O. (Anm. 7), Rn. 427.
- (11) トーマス・ヴァイгент (井田良訳) 「ドイツ刑事手続における隠密捜査官と情報提供者」刑法雑誌三六巻二号(一九九七)二二五頁。
- (12) ドイツ刑法一三六条aは、一項で不当な尋問方法を規定しており、三項で不当な尋問方法で得られた証言は証拠として使用してはならない旨規定している。なお、一三六条aは、被疑者についての規定であるが、六九条三項によつて準用されており、証人にも適用される。
- (13) トーマス・ヴァイгент (井田良訳)・前掲注(11)二二七頁。
- (14) BGHSt 38, 214; Kleinnecht / Meyer-Goßner, aa.O. (Anm. 2), § 136, Rn. 20.
- (15) Quentin, aa.O. (Anm. 6), S. 138.
- (16) BGHSt 40, 211 (213).
- (17) BGHSt GrS 42, 139 (145); Beulke, aa.O. (Anm. 7), Rn. 481d.
- (18) Beulke, aa.O. (Anm. 7), Rn. 481d.
- (19) このことはまた、犯罪の際に他人から監視されまいまどいることを要求する者は誰もいないのであるから、犯罪が犯されている際に秘密連絡員らが目撃する場合にも妥当するとされる (Beulke, aa.O. (Anm. 7), Rn. 481d)。
- (20) トーマス・ヴァイгент (井田良訳)・前掲注(11)二二八頁。

- (21) Friedrich Dencker, Über Heimplückheit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren, StV 1994, 667, S. 674.
- (22) BGHSt 40, 211; BGHSt GrS 42, 139.
- (23) Manfred Seebode, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28. 4. 1987-5 StR 666/86, JfR 1988, 427, S. 428; Klaus Bernmann, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 13. 5. 1996-GGSSt 1/96, StV 1997, 116, S. 116; Roland Derksen, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 13. 5. 1996-GGSSt 1/96, JfR 1997, 167, S. 168.
- (24) Beulke, aa.O. (Anm. 7), Rn. 481d.
- (25) Beulke, aa.O. (Anm. 7), Rn. 481d.
- (26) BGHSt 40, 211; BGHSt GrS 42, 139.
- (27) Beulke, aa.O. (Anm. 7), Rn. 481e; Michael, Lenke, in: Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung Herausgegeben von Michael Lenke, 3. Aufl. 2001, § 110c, Rn. 5.
- (28) Beulke, aa.O. (Anm. 7), Rn. 481e.
- (29) Armin Nach, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, Herausgegeben von Gerd Pfeiffer, 5. Aufl. 2003, § 110c, Rn. 22.
- (30) Nach, aa.O. (Anm. 29), § 110c, Rn. 22.
- (31) Beulke, aa.O. (Anm. 7), Rn. 481e.
- (32) ドイツ刑事訴訟法二五二条は、公判廷以前になされた供述を朗読することはべきなと規定することとまつてゐるが、判例上、証拠として使用せられざる解なをいふ (BGHSt 2, 99)。
- (33) BGHSt 40, 211.
- (34) BGHSt 40, 211.
- (35) Beulke, aa.O. (Anm. 7), Rn. 481 f.
- (36) Beulke, aa.O. (Anm. 7), Rn. 481 f.

- (37) BGHSt. 40, 211 (216). 結繩ひきうしつ判例に賛成する訴訟人によつて Waller Gollwitzer, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21. 7. 1994-1 StR 83/94, JR 1995, 469, S. 469 ff.; Beulke, a.a.O. (Anm. 7), Rn. 481 f.
- (38) Gunter Widmaier, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 21. 7. 1994-1 StR 83/94, StV 1995, 621, S. 621 ff.
- (39) Friedrich Dencker, Über Heiligkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren - Anmerkungen aus Anlaß zweier Entscheidungen des BGH, StV 1994, 667, S. 674; Edgar Weiler, Befragung von Beschuldigten oder aussageverweigerungs berechtigten Zeugen im Ermittlungsverfahren durch V-Leute, GA 1996, 101, S. 109 ff.
- (40) BVerfGE 90, 22 (24 ff.).
- (41) BVerfGE 90, 22 (24 ff.); BVerfG NSZ 2000, 489; Beulke, a.a.O. (Anm. 7), Rn. 481 f.; Heinrich Kintzi, Einsatz von V-Leuten bei der Strafverfolgung, DRiZ 2003, 136, S. 137.
- (42) Kintzi, a.a.O. (Anm. 41), S. 136 ff.

#### 第四章 真実解明義務と証人保護

身分泌匿捜査官や秘密連絡員による証拠収集が、前章で検討した証拠使用の禁止の問題をクリアし、被疑者・被告人、その他の利害関係者の権利を侵害することなく行われ、収集した証拠の証拠能力が認められる場合、そうした証拠は、公判廷でどのような形で使用されるのであろうか。裁判所は、一方においては、直接主義と真実解明義務に基づいて、できる限り直接的な証拠方法により真実を解明しなければならない。他方において、身分泌匿捜査官や秘密連絡員を公判廷において尋問すること、その者たちの身元が明らかになれば、生命・身体に危険が及ぶことはいう

までもない。また、仮にそうした危険が回避されうるとしても、いったん身元が明らかになってしまえば、今後の活動に支障をきたすことになる。そこで、証人保護の必要性と直接主義の原則ならびに裁判所に課せられた真実解明義務との衝突をいかに調整するかが問題となるのである。

## 第二節 直接主義の下での真実解明義務と証人保護

### 一 直接主義の下での真実解明義務

直接主義とは、裁判官が自ら当事者の弁論を聴き、証拠調べを行うことをいう。これは、一九世紀の改革立法以前の糾問裁判官が作成した書面を基に判決裁判官が判決を下すことから生じる問題を解消すべく、裁判所が自らの知覚によって直接的な印象に基づいて判決をするために採用された近代刑事裁判の基本原則の一つである。<sup>1)</sup>ドイツでは、直接主義の原則は、刑法法二五〇条に規定されている。同条によれば、裁判所は、事実の立証が人の知覚に基づくときは、この者を公判において尋問しなければならないとされる。したがって、この点を重視するならば、身分秘匿捜査によって情報が収集された場合、身分秘匿捜査官や秘密連絡員を証人として直接公判廷において尋問することが最もその要請に沿うことになる。

しかし、秘密連絡員は、管轄官庁が、その者の身元について秘密を守ってくれることを前提にして、投入を引き受けて情報を収集し、提供するのであり、公判廷に出廷しなければならなくなると、身元が明かされ、自身の生命・



身体、さらには家族に対しても危険が迫りかねない。また、身分秘匿捜査官にとつても、同様のことがいえ、仮にそうした危険性がないといえる事案においても、正体が判明した以上、以後の活動に支障をきたすおそれが生じる。

結局のところ、直接主義の下で裁判所に課せられた真実究明義務は、無制限に要請されるのではなく、身分秘匿捜査の担い手の保護に対する配慮によって制限されるのである。<sup>(3)</sup>

## 二 内務省による秘密保持の法的根拠

身分秘匿捜査官や秘密連絡員の管轄官庁である内務省は、こうした人員の生命・身体を保護するために、身元を秘密にしておこうとする。第一に、内務省は、刑法五四条に基づいて、身分秘匿捜査官や秘密連絡員の身元や住居について情報を有する職員に公判廷での証言を許可しないことができる。その結果、通常、内務省の職員は、裁判所に召喚されない。第二に、身分秘匿捜査官や秘密連絡員の生命・身体を保護するために、刑法九六条を類推適用することで、そもそもこうした人員を裁判所が召喚するために必要な、氏名、住所を秘密にすることも可能である。刑法九六条は、最高位の管轄官庁が、連邦または州の利益を害するおそれがあると判断した場合に、所有する情報を引き渡さないことができる規定であるが、この規定を身分秘匿捜査官や秘密連絡員の保護のために類推適用するのである。その結果、身分秘匿捜査官や秘密連絡員を裁判所に召喚することができなくなる。つまり、捜査協力者を「秘匿(Spernung)」することが可能になるのである。<sup>(4)</sup>

組織犯罪対策法の制定により、刑法一一〇条b三項で、身分秘匿捜査官については、刑事手続において身元を秘

密にすることが可能となった。そこで、この規定により、官庁が身元を秘密にすることは承認されるのであり、刑法九六条を類推適用する必要はないのではないかとの見解もある。<sup>⑤</sup> 刑法一一〇条a以下は身分秘匿捜査官についての規定であり、他の者に適用ないしは類推適用できないことは既に述べたとおりである。刑法一一〇条b三項三文も例外ではなく、情報提供者や秘密連絡員には適用されないとの見解が一般的である。したがって、現状では、刑法九六条が、類推的にはあるが、この捜査協力者の秘密保持のための法的根拠や基準を提供していると考えられている。<sup>⑥</sup> ただし、この点については、刑法一一〇条b三項三文を拡張解釈し、秘密連絡員などについても適用しようとする見解もみられる。<sup>⑦</sup>

### 三 証人保護の範囲に関する三段階

前述したように、現行法上も、証人保護の観点から、一定の条件の下で、身分秘匿捜査官や秘密連絡員の身元を秘密にすることは可能である。では、秘密保持が認められる範囲とは、具体的にはどの程度まで認められるのだろうか。また、裁判所は、いかにして、証人の保護を図りつつ、証拠を採用するのか。この点につき、連邦憲法裁判所は、官庁による秘密保持の範囲は、個々の事案における必要性に応じて、その都度異なっており、官庁は、裁判所に課せられた直接主義の要請下での真実の解明という司法上の利益が侵害されることが最も少ない段階しか選ぶことができないとする。<sup>⑧</sup> 秘密保持の範囲について、現行の刑法の規定および判例を分析すると、ここである「司法上の利益が侵害されることが最も少ない段階」は、以下の三段階に整理することが可能であるとされ、<sup>⑨</sup> 先行の秘密保持では

十分でない場合のみ、次の段階へと進むことが許される。<sup>(10)</sup>

(1) 第一段階 第一段階は、公判における尋問の間に、生命・身体が危険にさらされる可能性がある証人を保護する。<sup>(11)</sup> 証人保護のための具体的な方法としては、①証人が、刑訴法六八条二項・三項にしたがって、居所あるいは身元について証言を拒むこと、②裁判所構成法(GVG) 一七二条一a号に基づき裁判が非公開とされること、<sup>(12)</sup> ③刑訴法二四七条によって、被告人を尋問の間、法廷から退廷させることがあげられる。<sup>(13)</sup>

(a) 居所等の秘密 刑訴法六八条一項は、原則として裁判所が証人に対して氏名、年齢、地位、職業、住所を尋ねることを定めている。これに対して、同条二項・三項は、証人への危険の程度に応じて、住居のみを秘密にする。ことから一身上の事柄を完全に秘密にすることまで、身元の開示の原則に対するいくつかの重大な例外を定めている。<sup>(14)</sup> ただし、裁判所は、証人の信用性を判断する必要性があることから、刑訴法六八条四項に基づき、刑訴法六八条による証人の保護目的を危険にさらさない範囲ではあるが、証人に被疑者あるいは被害者との関係について人定質問を行うことができる。<sup>(15)</sup> その結果、証人は刑訴法六八条三項二文に従って、裁判所および手続関与者に、証人はどのような立場で、すなわち証人が身分泌匿捜査官あるいは秘密連絡員として、活動したかどうかという質問には答えなければならないことになる。<sup>(16)</sup>

(b) 被告人の退廷 裁判所は、危険にさらされる証人のために、手続法上の保護として、公判から被告人を退廷させることができる。<sup>(17)</sup> 刑訴法は、二三〇条一項に基づき、原則として被告人の出席を公判における全部の期間において強制的に命じるが、刑訴法二四七条に規定されるように、被告人が出廷しては証人が証言ができない、あるいは

は真の証言ができないと予期しうる場合には退廷させることが可能である。<sup>(18)</sup> このように、刑法二四七条は、証人が証言できないか真の証言ができない場合に、被告人を退廷させることができる規定したものである。しかし、連邦通常裁判所は、予定されているさらなる尋問あるいは一定の捜査手法を秘密にするために被告人の退廷を必要とする場合には、秘密連絡員および身分秘匿捜査官の尋問に刑法二四七条を適用するとしている。<sup>(19)</sup>

(c) 公判の非公開 さらに証人保護を補完する措置として、裁判所構成法 (GVG) 一七二条一号および一 a 号に基づく公判の非公開がある。<sup>(20)</sup> 裁判所構成法一七二条一 a 号によれば、証人が危険にさらされることを予期しうる場合には公判を非公開にできる。<sup>(21)</sup> 具体的には、公開の法廷において身分秘匿捜査官および秘密連絡員を尋問すれば、身元が明らかにされることになり、公判廷以外の場所で証人に生じうる生命・身体上の危険と同様に、場合によっては公判廷の場において、証人が所属しているグループの復讐行為によって直接的な危険が生じる可能性もあるからである。<sup>(22)</sup>

(d) ビデオ・リンク方式による尋問 第一段階のうち、最終手段とされるのが、ビデオ・リンク方式による尋問である。<sup>(23)</sup> 一九九八年一月一日に施行された刑法二四七条 a の証人保護規定は、公判において手続関与者とは他の場所にいる証人を尋問することを認めた。<sup>(24)</sup> 本条の規定では、ビデオ・リンク方式による証人の尋問は、他の方法、すなわち被告人の退廷や公判の非公開によつては回避することができず、証人の福祉 (Wohl) にとつて重大な不利益の差し迫った危険がある場合に認められる。<sup>(25)</sup> ビデオ・リンクでは、証言は、映像と音声を通して直接的に法廷に中継される。したがって、手続関与者は証人の反応を目で追うことができ、逆に証人は手続関与者の反応に接することになる。<sup>(26)</sup> そこで、学説上、証人の保護の不十分性から、ビデオ・リンクを使用する際には、モザイクをかけることやボ

イスチエンジを行うことを認めるべきだとの見解がある。<sup>(27)</sup>しかし、連邦通常裁判所は、こうした視覚的あるいは聴覚的に保護された証人の証拠調べは、現在の法律は予定しないとする。<sup>(28)</sup>

(2) 第二段階 第一段階の方法では、証人保護として十分ではない場合に次の第二段階に進む。第二段階では、公判を担当する裁判所自身ではなく、委託されあるいは要請された裁判官、すなわち受命裁判官 (beauftragten Richter) あるいは受託裁判官 (ersuchten Richter) が捜査協力者の尋問を行う。受命裁判官や受託裁判官による尋問は、証人が病気になるいはその他の排除できない障害のために公判に参加することができない場合に実施される。<sup>(29)</sup>身分泌匿捜査官や秘密連絡員に対しても、こうした障害に該当することを根拠に、こうした尋問が認められる。<sup>(30)</sup>

受託裁判官や受命裁判官による尋問は、身分泌匿捜査官や秘密連絡員の生命、身体、自由を危険から保護することができる場合、または、こうした人員を再度投入することが十分に可能となる場合にのみ採用が認められる。<sup>(31)</sup>この尋問の目的は、公判において刑法二五一条一項二号により書証として朗読される尋問調書の作成である。<sup>(32)</sup>その際、受命あるいは受託裁判官は証人の供述を書きとどめるだけではなく、尋問の評価および対象者の印象を文書に記録する。<sup>(33)</sup>この尋問には、検察官、弁護士、被告人の出席が権利として認められている。<sup>(34)</sup>しかし、ここでは、第一段階における前提条件でそうであったように、証人保護の観点から、刑法二四七条に従って被告人を退廷させる可能性や身分泌匿捜査官や秘密連絡員の一身上の事柄を隠すことが認められている。<sup>(35)</sup>また、こうした尋問を行う旨の通知を被疑者・被告人等に行うことが、審査結果を危険にさらす場合には、刑法二二四条一項二文に基づき、尋問期日についても被疑者に通知しなくてもよい。<sup>(36)</sup>

(3) 第三段階 第三段階では裁判所および手続関与者に情報を提供した者の身元が完全に秘密にされる。<sup>(37)</sup> この方法は、第一段階および第二段階では、証人等の保護に十分でない場合に用いられる。この場合、裁判所は、身分秘匿捜査官および秘密連絡員自身を尋問せず、代替証拠によって裁判を行うことが許される。<sup>(38)</sup> この手法としては、警察の尋問調書の朗読や尋問を行った職員もしくは身分秘匿捜査官の指導者または秘密連絡員の指導者を伝聞証人として行う尋問がある。<sup>(39)</sup>

(a) 警察の尋問調書の朗読 警察の尋問調書を朗読する方法は、刑訴法二五〇条において規定された直接主義の例外として、刑訴法二五一条二項に規定されている。<sup>(40)</sup> 身分秘匿捜査官や秘密連絡員が、内部大臣によって完全に秘密にされた場合、裁判所にとっては、判決を下す裁判所および受命・受託裁判官によっても尋問ができないこととなる。<sup>(41)</sup> この状況下で判決を下す裁判所は、秘密にされた証人の有する必要な情報を裁判官以外の者による調書の朗読および刑訴法二五一条二項の録取書や書面によってなされた供述を含む文書によって採用することになる。<sup>(42)</sup> すなわち、尋問される者が身元の開示によって生命あるいは身体が危険にさらされることが懸念され、刑訴法二五一条二項の「尋問を行うことができない」場合には、警察の尋問調書の朗読が許される。<sup>(43)</sup> 尋問調書を朗読する際に重要なのは、警察官に対して供述した捜査協力者の信用性を認めてもらうために、その根拠を手続関与者に示すことである。<sup>(44)</sup> ただし、連邦通常裁判所は、警察の尋問調書に刑訴法六八条にあげられている人定事項が欠落しているという理由だけでは刑訴法二五一条二項による調書の朗読および使用の妨げにならないとする。<sup>(45)</sup>

(b) 伝聞証人 身分秘匿捜査官や秘密連絡員によって収集された情報は、官庁による秘密保持によって、これら

の者に対して尋問を行った警察官や秘密連絡員の指導者が代わりに出廷する、すなわち、伝聞証人として、間接的に公判廷に採用される<sup>(46)</sup>。伝聞証人についての証拠調べは刑法二五〇条の直接主義に違反しないとされる。その理由としては、他の者が伝聞証人に話したことであり、この証人は直接の証拠手段ともいえるからと説明する<sup>(47)</sup>。こうした証拠手段を用いることは、直接の情報提供者が近いうちに尋問されえない場合にだけ許容される<sup>(48)</sup>。すなわち、官庁による身分秘匿捜査官や秘密連絡員の秘密保持の説明が十分に理由があり、裁判官がそれらの者を尋問することができない場合である<sup>(49)</sup>。

それゆえ、第三段階だけが情報を提供した者の身元の完全な秘匿を保障する<sup>(50)</sup>。遮断が権限の濫用とならない限りにおいて、警察の尋問調書の朗読あるいは秘密連絡員の指導者の尋問が刑事手続において採用可能とされる<sup>(51)</sup>。

## 第二節 裁判所による秘密保持の審査と被告人の異議申立て

本章では、官庁による身分秘匿捜査官や秘密連絡員の秘密保持によって生じる公判廷での証拠の使用方法についてみてきた。では、そもそも官庁による秘密保持に対して、裁判所はいかなる審査を行うことができるのか。全く審査ができないとなれば、司法は行政の思うようにされてしまいかねない。また、官庁の秘密保持に対して、被告人の法的権利は保障されているのだろうか。以下では、それら二点について検討したい。

## 一 裁判所による秘密保持の審査

秘密保持の理由を説明することによって官庁は裁判所および他の手続関与者に証人の身元を秘密にしておこうとする。その結果、証人自身は直接的に聴取されない<sup>(52)</sup>。官庁による秘密保持の説明の理由については、裁判所が秘密にする理由の正当性を吟味でき、場合によっては証拠資料の提出を求めることが可能でなければならない<sup>(53)</sup>。理由が欠落していたり、あるいは、明らかに欠点のある理由付けの場合には、事情によっては最上級の所轄官庁に対して異議が唱えられなければならない<sup>(54)</sup>。最上級の所轄官庁が最終的に秘密保持の理由を説明しなかったり、あるいは、十分な理由付けのないまま説明がなされた場合、情報を保持している官庁は、検察官または裁判所の要求に従って書類を引き渡す義務を有する<sup>(55)</sup>。こうした説明があった場合および目に見えて欠点があるとはいえない場合、秘密保持の説明は裁判所にとって拘束力をもつことになる<sup>(56)</sup>。

官庁によって有効な秘密保持の説明がなされた場合には、居所が確認されず、公判廷に召致できない証人と同様に、裁判所にとっては、「入手不可能」な証拠方法ということになる<sup>(57)</sup>。個々の事案において秘密保持の説明が正当であるかは、抽象的ではない方法で確認されるべきであると指摘されている<sup>(58)</sup>。具体的には、刑法五四条による証言の可否の問題の場合との類似の観点が吟味されるべきであり、とくに犯罪の重大性、被疑者に差し迫っている不利益の範囲、秘密保護の重要性が判断要素としてあげられている<sup>(59)</sup>。



## 二 被告人の異議申立て

官庁による秘密保持が決定すれば、裁判所および検察官は、この決定に対して異議を唱えることができない<sup>(60)</sup>。しかし、秘密保持の説明は、被疑者・被告人のもつ法治国家の守るべき公正な手続へと訴える権利を侵害する可能性がある<sup>(61)</sup>。そこで、刑事被告人は官庁の秘密保持の説明に対して、その取消しおよび身元についての情報を得る目的で、行政裁判所に訴訟を提起することができる<sup>(62)</sup>。行政裁判所は、秘密保持の説明を違法とみなした場合、その訴えを認め、官庁に対して、申請した情報を与えることを命じる。他方、行政裁判所が、秘密保持の説明を正当であるとみなした場合には、訴えを棄却し、その結果、証人は公判廷に出廷する必要がなくなる<sup>(63)</sup>。

### 第三節 小 括

裁判所に対する直接主義の下での真実解明義務と生命・身体への危険が生じる証人を保護する必要性という、相反する要請から、公判廷における身分泌匿捜査官や秘密連絡員への対応には、三つの段階が設けられている。第一段階では、外部の者に対して身分泌匿捜査官や秘密連絡員の住所、身元は明らかにされないが、裁判官は直接に尋問を行う。第二段階では、公判を担当する裁判所が公判廷において直接に尋問を行うことはできないが、受命裁判官や受託裁判官を通して、間接的に尋問を行う。第三段階では、証人が全く裁判官の目に触れることはない。

このうち、とくに問題点が指摘されているのは、第三段階である。第三段階では、警察の尋問調書の朗読や伝聞証

人が証拠として使用されることになる。ドイツでは、学説上、被告人に不利益になる供述を代替証拠という間接的な方法で用いることに對して批判が強い<sup>(64)</sup>。また、欧州人権裁判所は、公正な手続を保障する観点から、代替証拠に基づいて有罪判決を下すことに對して慎重な判断を示しているが、連邦通常裁判所は、今のところこの動きに同調していない<sup>(65)</sup>。もともと、連邦通常裁判所も、代替証拠の無制限な使用を認めているわけではなく、裁判所に身元が確認されないまま情報を提供した者の述べたことは、特別な批判の審査の対象となり、加えて、他の証拠によつて証明されている場合にのみ、証拠として使用することができるとしているのである<sup>(67)</sup>。

ドイツの司法権は、欧州人権条約に違反するとの非難を避けようとする傾向にあるとされる<sup>(68)</sup>。とするならば、今後、伝聞証拠の使用について、厳格な姿勢をとるように変化する可能性もある。身分秘匿捜査制度を採用する最終的な目的は、その証拠によつて裁判で事案の解明をはかることにある。したがって、伝聞証拠に関する一連の議論は、身分秘匿捜査にとつて極めて重要な意義を有する。

- (1) Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 22. Aufl. 1991, S. 303 f.
- (2) § 244 Abs. 1 StPO.
- (3) トーマス・ヴァイグント（井田良訳）「ドイツ刑事手続における隠密捜査官と情報提供者」*刑法雑誌*三六卷二号（一九九七）二二頁。

- (4) Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, 7. Aufl. 2004, Rn. 426.

- (5) Heiko H. Lesch, V-Mann und Hauptverhandlung - die Drei-Stufen - Theorie nach Einführung der §§ 68 III 110b, III StPO und 172 Nr. 1a GVG, *StV* 1995, 542, S. 544.

- (6) Beulke, a.a.O. (Anm. 4), Rn. 426.
- (7) Hans Hilger, Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG, NSiZ 1992, 523, S. 524 Fn 154.
- (8) BVerfGE 57, 250.
- (9) BGHSt GrS 32, 115; BGHSt 33, 83; BGHSt 34, 15; BGHSt 36, 159; Joachim Renzikowski, Fair trial und anonymen Zeugen, JZ 1999, 605, 606 ff.; Kurz Schlüchter, in Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, bearbeitet von Rudolph / Frisch / Paefgen / Rogall / Schlüchter / Weißau / Wolter, § 251 Rn 58 ff.
- (10) Renzikowski, a.a.O. (Anm. 9), s. 606.
- (11) Henning Radtke, „Einsatz von verdeckten Ermittlern und sog. V-Leuten“, 2003, S. 35. ー トケの論文は、[http://www.jura.uni-muenchen.de/straf/radtke/seminar/dokumente/7\\_2\\_1.doc](http://www.jura.uni-muenchen.de/straf/radtke/seminar/dokumente/7_2_1.doc)より掲載されている。
- (12) Beulke, a.a.O. (Anm. 4), Rn. 427.
- (13) Stephan Kreysel, Der V-Mann, MDR 1996, 991, S. 992.
- (14) Renzikowski, a.a.O. (Anm. 9), S. 606.
- (15) Theodor Kleinknecht / Lutz Meyer-Götsner, Strafprozeßordnung, 46. Aufl. 2003, § 68, Rn. 19.
- (16) Renzikowski, a.a.O. (Anm. 9), S. 606.
- (17) Kreysel, a.a.O. (Anm. 13), S. 992.
- (18) Kreysel, a.a.O. (Anm. 13), S. 992.
- (19) 連邦通常裁判所は、秘密連絡員および身分秘匿捜査官の尋問に刑法二四七条を適用する根拠として、官庁による秘密保持を認めた刑法九六条および公務員大綱法 (BRRG) 三九条三項一文と関連する刑法五四条一項をあげている (BGHSt 32, 32, (32))。
- (20) Renzikowski, a.a.O. (Anm. 9), S. 606.
- (21) Kreysel, a.a.O. (Anm. 13), S. 992.
- (22) Kreysel, a.a.O. (Anm. 13), S. 992.

- (23) Renzikowski, a.a.O. (Anm. 9), S. 607.
- (24) Karl-Peter Julius, in: Heidelberg Kommentar zur Strafprozessordnung Herausgegeben von Michael Lenke, 3. Aufl. 2001, § 247a, Rn. 11.
- (25) Kleinknecht / Meyer-Goßner, a.a.O. (Anm. 15), § 247a, Rn. 3.
- (26) Renzikowski, a.a.O. (Anm. 9), S. 607.
- (27) Hans-Joachim Weider, Die Videovernehmung von Zeugen gemäß § 247a StPO unter optischer und akustischer Abschnürung, StV 2000, 48, S. 55.
- (28) BGHSt 32, 115 (124). 同の判例に対してヴァイターは時代遅れであると指摘する (Weider, a.a.O. (Anm. 27), S. 55)°。また、ブレントは、連邦通常裁判所の基本的な拒絶は、刑事法二四七条aの導入によって考えられるべきではない (Klaus Malek / Wolfgang Wohlers, Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl. 2001, Rn. 531)°。
- (29) § 223 StPO.
- (30) Kreysel, a.a.O. (Anm. 13), S. 993.
- (31) Renzikowski, a.a.O. (Anm. 9), S. 607.
- (32) Renzikowski, a.a.O. (Anm. 9), S. 607.
- (33) Kreysel, a.a.O. (Anm. 13), S. 993.
- (34) Renzikowski, a.a.O. (Anm. 9), S. 607.
- (35) Renzikowski, a.a.O. (Anm. 9), S. 607.
- (36) BGHSt 32, 115 (129).
- (37) Renzikowski, a.a.O. (Anm. 9), S. 607.
- (38) Radtke, a.a.O. (Anm. 11), S. 38.
- (39) Beulke, a.a.O. (Anm. 4), Rn. 427.

- (40) Kleinkecht / Meyer - Goßner, a.a.O. (Anm. 15), § 251, Rn. 1.
- (41) Kreyssel, a.a.O. (Anm. 13), S. 994.
- (42) Kreyssel, a.a.O. (Anm. 13), S. 994.
- (43) BGHSt 33, 83 (83).
- (44) Kreyssel, a.a.O. (Anm. 13), S. 994.
- (45) BGHSt 33, 83 (83).
- (46) Kreyssel, a.a.O. (Anm. 13), S. 993.
- (47) Kleinkecht / Meyer-Gosner, a.a.O. (Anm. 15), § 250, Rn. 4.
- (48) Gerd Pfeiffer, Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 2002, § 251 Rn. 5.
- (49) Benzikowski, a.a.O. (Anm. 9), S. 608.
- (50) Radtke, a.a.O. (Anm. 11), S. 40.
- (51) Benzikowski, a.a.O. (Anm. 9), S. 608.
- (52) Armin Nack, Verdeckte Ermittlungen - Der Zeuge vom Hörensagen in der Revision, Kriminalistik 1999, 171, S. 171.
- (53) Michael Lenke, in Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung Herausgegeben von Michael Lenke, 3. Aufl. 2001, § 96, Rn. 9.
- (54) Pfeiffer, a.a.O. (Anm. 48), § 96, Rn. 1.
- (55) Pfeiffer, a.a.O. (Anm. 48), § 96, Rn. 1.
- (56) Lenke, a.a.O. (Anm. 53), § 96, Rn. 10; Kleinkecht / Meyer-Goßner, a.a.O. (Anm. 15), § 96, Rn. 10.
- (57) Nack, a.a.O. (Anm. 52), S. 171.
- (58) Rainer Endris / Klaus Malek, Betäubungsmittelstrafrecht 2. Aufl. 2000, Rn. 1247.
- (59) ただし、秘密保持が正当であるかを考量する際には、秘密連絡員に与えられた捜査の前段階での内密性の保障に関係がなくても  
 4570169 (Endris / Malek,a.a.O. (Anm. 58), Rn. 1248)。

- (60) Pfeiffer, aa.O. (Anm. 48), § 96 Rn. 4.
- (61) Pfeiffer, aa.O. (Anm. 48), § 96 Rn. 4.
- (62) Malek / Wohlers, aa.O. (Anm. 28), Rn. 526 ff.
- (63) Malek / Wohlers, aa.O. (Anm. 28), Rn. 528.
- (64) 国家が証人を出廷させずにおいておきながら、被告人にとって通常不利益となる証拠を刑事手続において利用するといった態度は矛盾であるとして批判される (Jürgen Meyer, Der Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung, 1999, S. 65)。
- (65) EGMR StV 1997, 617. その他 トーベス・ヴァイグント (井田良訳)・前掲注 (c) 二三四頁参照。
- (66) Beulke, aa.O. (Anm. 4), Rn. 429.
- (67) BGHSt 45, 321, (340).
- (68) 欧州人権条約六条三項(d)は、自己に不利な証人を尋問する権利をすべての被告人に保障しているが、ドイツでは、欧州人権条約が国内でも効力をもつ実定法になっている (山手治之ほか編『ベーシック条約集』〔東信堂、第六版、二〇〇五〕参照)。というのも、連邦憲法裁判所は、欧州人権条約が連邦法の地位を有する直接適用可能な法であることを確認し、さらに欧州人権裁判所 (EGMR) の判例を国内法を解釈する際に考慮することを義務づけているからである (BVerfGE 74, 358 (370). 池田秀彦「ドイツにおけるおとり捜査と欧州人権条約―連邦通常裁判所第一刑事部一九九九年一月一八日判決」創価法学三一巻一・二合併号 (二〇〇二) 三八三頁)。その他、ドイツにおける欧州人権条約を論じた邦語文献として、福王守「欧州人権条約の国内受容に関する基礎的考察―ドイツにおける国際人権保障基準の受容と課題」敬和学園大学研究紀要二二号 (二〇〇二) 一七五頁以下参照。

## むすび

本稿では、ドイツにおける身分泌匿捜査について、刑事訴訟手続の各段階において考察を加えてきた。ドイツでは、組織犯罪<sup>①</sup>への対抗策の一つとして身分泌匿捜査が実施されてきた<sup>②</sup>。近時のわが国の犯罪対策においても、組織犯罪は中心的な課題として認識されている。二〇〇一年六月一二日の『司法制度改革審議会意見書——二一世紀の日本を支える司法制度——』では、「我が国の社会・経済が急速な変化を遂げつつある今日、犯罪の動向も複雑化、凶悪化、組織化、国際化の度合いを強めているが、従来の捜査・公判手続の在り方ないし手法ではこれに十分対応し切れず、刑事司法はその機能を十分發揮し難い状況に直面しつつある<sup>④</sup>」と指摘された。このような現状からは、わが国においてもドイツと同様に、身分泌匿捜査の必要性は一定程度肯定されうるように思われる。

しかし、わが国において、身分泌匿捜査制度の導入の必要性が認められるとしても、もう一段階のより精密な法的検証がなされなければならない。すなわち、現行法上、身分泌匿捜査制度を投入することが許容されるか否かである<sup>⑤</sup>。そのためには、まず、ドイツにおいて身分泌匿捜査の法制化の契機となった情報の自己決定権の問題が検討されなければならない。ドイツでは、従来、特別な法的根拠規定なしに身分泌匿捜査が実施されていた。しかし、情報の自己決定権が問題となった一九八三年「国勢調査判決」を受けて、身分泌匿捜査は情報の自己決定権を侵害するおそれがあることが認識されるようになり、身分泌匿捜査官の投入を正当化するための根拠規定が刑法に盛り込まれたのである。明文の規定がおかれなかった秘密連絡員についても、判例は、その投入を許容している。他方、学説上

は、秘密連絡員投入の適法性を認める考え方が一方で、情報の自己決定権を侵害するおそれを指摘する見解や身分秘匿捜査官に対する法の制限を免れるために秘密連絡員を用いることに懸念を示す見解がみられる。

わが国の現行法では、刑法一九七条一項の任意捜査の規定に基づき、警察官が身分秘匿捜査官として活動することが考えられる。しかし、わが国においても、ドイツという情報の自己決定権であるプライバシー権は憲法一三条の個人の尊厳や幸福追求権を根拠に承認されているところであり、警察官が身分秘匿捜査官として活動する場合には、特別な法的根拠の必要性が検討されなければならないであろう。では民間人である秘密連絡員を投入することについて、現行刑法は許容しているのであるか。ここで重要なポイントとなるのが、秘密連絡員の法的地位である。ドイツの判例や支配的見解のように、秘密連絡員は一民間人であり、刑法において、偶然に事件を目撃した者と同様に扱うべきか、学説上有力に主張されているように、単なる一民間人ではなく、刑事訴追官庁の委託を受け、いわゆる警察官の手足として活動する者として取り扱うべきか。前者であるならば、わが国の現行刑法においても対応が可能であろう。一方、後者の側面を重視するならば、特別な法的根拠の必要性が検討されるべきである。

ただし、プライバシー権の問題をクリアできたとしても、被疑者や証人に対する黙秘権・証言拒絶権の告知に関する問題が残っている。ドイツにおいて、連邦通常裁判所の拡大部や通説は、そうした教示を不要としている。しかしながら、セデルメイヤー事件で連邦憲法裁判所は、傍論においてではあるが、特別な法的根拠がない秘密連絡員が証言拒絶権を有する証人に対して身分を秘匿して聞き取りを行うことは許されないとした。もちろん、身分秘匿捜査の性質上、黙秘権・証言拒絶権の教示に一定の制限を加える必要が認められるとしても、わが国で身分秘匿捜査が導入



される場合には、黙秘権や証言拒絶権を保障する範囲、教示の要否が検討されなければならないであろう。<sup>(8)</sup>

さらに、身分泌匿捜査によって獲得された情報の公判廷での使用方法についても問題が残る。ドイツでは、身分泌匿捜査官や秘密連絡員等の保護の観点から、管轄官庁による秘密保持が認められている。わが国でも、一九九九年に成立した組織的犯罪対策関連三法において、組織犯罪の場合には、特に証人保護の必要性が高いことが意識されている。このように、証人保護を強化する結果として、被告人にとって不利な証拠となる伝聞証人や捜査記録といった伝聞証拠が公判廷にあがってくる可能性が高くなる。ドイツでは、秘密保持の利益から、裁判所の直接主義の要請下における真実解明義務を段階的に緩和し、伝聞証拠を公判廷で採用することを認めている。これは、ドイツが伝聞証拠の真実性を裁判官による直接的なチェックによることを基本としていることに由来する。これに対して、わが国では、当事者によるチェックを基本としている<sup>(9)</sup>。そこで、わが国での議論は、被告人の反対尋問権を保障する観点が重要となるものと思われる。伝聞証拠が被告人の防御権を制限するおそれがあることは否定できない。伝聞法則や証人審問権（憲法三七条二項）、さらには、適正手続（憲法三十一条）との関係で被告人の防禦権を保障する方法が検討されなければならないであろう。

二〇〇三年一二月の犯罪対策閣僚会議による「犯罪に強い社会の実現のための行動計画―『世界一安全な国、日本』の復活を目指して―」では、「組織犯罪に対する有効な捜査手法等の活用・検討」と題して、「効率的かつ効果的な組織犯罪情報の収集や、組織の中核に至る摘発の徹底を図るため、組織犯罪に対し、あらゆる捜査手法等を積極的に活用するとともに、通信傍受、おとり捜査、コントロールド・デリバリー、潜入捜査等の高度な捜査技術・捜査手

法、犯罪収益規制の拡大を具体的に研究し、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」ことが明言された。こうした点を前提にすれば、わが国において、身分秘匿捜査を組織犯罪対策として本格的な議論に着手する日は遠くはないように思われる。その際には、立法化されてから一〇年以上経過したドイツの動向から学ぶべき点が少なくないと思われる。今後、ドイツの身分秘匿捜査をめぐる議論に注目していきたい。

(1) ドイツにおける組織犯罪の現状および対策については、ドイツの連邦刑事局 (BKA) のホームページ<<http://www.bka.de/>>で見ることができる。

(2) ドイツの連邦刑事局 (BKA) が二〇〇二年八月に公開したデータによると、二〇〇一年に捜査した七八七件のうち、七四件について一二六回身分秘匿捜査官が投入され、一九六件について三四九名の秘密連絡員が投入されている (谷口清作「ドイツの組織犯罪対策立法―最近の動向から―」警察学論集五七巻八号 (二〇〇四) 一六五頁)。

(3) 法務省刑事局刑事法制課編「組織的犯罪と刑事法―国際的動向とわが国の状況」(有斐閣、一九九七)では、わが国における組織犯罪の具体的事案および対策が紹介されている。

(4) 司法制度改革審議会意見書については、首相官邸のホームページ<[http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shou/ikens\\_yo/index.html](http://www.kantei.go.jp/jp/singi/shou/ikens_yo/index.html)>参照。

(5) わが国の法制度との関係で、身分秘匿捜査制度、とりわけ、身分秘匿捜査官を投入する許容性を論じたものとして、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―阿部純二先生古稀祝賀論集』(第一法規、二〇〇四)四八四頁以下がある。

(6) わが国においてプライバシー権は、「宴のあと」訴訟を契機として、受け入れられるようになった (東京地判昭和三十九年九月二八日下民集一五卷九号二三二七頁)。最高裁判所は、プライバシーという用語を正面から認めているとはいえないが、実質的には基本

- 的人権の一つとして承認している。学説上、自己決定権をプライバシーの権利に含める見解が有力であるが（佐藤功『日本国憲法概説』〔学陽書房、全訂第三版、一九九〇〕一四一頁以下、佐藤幸治『憲法』〔青林書院、新版、一九九五〕四五三頁以下、辻村みよ子『憲法』〔日本評論社、第二版、二〇〇四〕一九〇頁以下）、個人が一定の私的事項を政府に干渉されずに決定する権利、すなわち、自己決定権は、プライバシー権として基本的人権と認めることは困難であるとする見解もある（松井茂記『日本国憲法』〔有斐閣、第二版、二〇〇二〕四八八頁以下）
- （７） 新屋達之・前掲注（５） 四八五頁。
  - （８） 新屋達之・前掲注（５） 四八七頁以下。
  - （９） 田口守一『刑事訴訟法』（弘文堂、第四版、二〇〇五）三九一頁以下。
  - （１０） 「犯罪に強い社会の実現のための行動計画」については、首相官邸のホームページ<<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/hanzai/ketei/031218keikaku.html>>参照。