

紹介

クラウス・ロクシン古稀 祝賀論文集の紹介(2)

Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001,
Walter Gruyer.

刑法読書会
松宮孝明編

目次

- クリストス・ミロノポウロス(紹介:梶原源太)「横領構成要件の要素としての権利者排除の終局性 処分的な説明の試み」
ルドルフ・レンギア(紹介:森永真綱)「刑法各則における客観的帰属の問題について」
(以上, 297号)
ヴェルナー・ボイルケ(紹介:辻本典央)「弁護人の板ばさみ 民主的法治国家における刑事弁護と処罰妨害罪」
ディーター・マウアー「非公式の調査」(紹介:辻本典央) (以上, 本号)

ヴェルナー・ボイルケ

「弁護人の板ばさみ

民主的法治国家における刑事弁護と処罰妨害罪」

Werner Beulke, Zwickmühle des Verteidigers-Strafverteidigung und Strafvereitelung im demokratischen Rechtsstaat, in FS-Roxin (2001), S. 1173.

紹介者はしがき

筆者 Werner Beulke は、現在のドイツを代表する刑事訴訟法学者の一人であり、なかでも弁護人に関する研究が顕著である。彼は、1980年に公表された“Der Verteidiger im Strafverfahren, Funktionen und Rechtsstellung”では、弁護人の法的地位について、「限定的機関説」を発表した。この見解は、基本的には、従来の通説である「機関説」に立ち、弁護人は被疑者・被告人を私的に援助するだけでなく公的利益にも配慮する義務を負う者であるが、弁護人の責務の本質はあくまで前者にあり、後者の責務はただ刑事司法の核心領域を侵害しないものにとどまるとするものである。そして、弁護人がそのような「やりすぎることを禁止されるのは、法

が彼に対し特別に義務付けたものであることを根拠にする。すなわち、そのような特別な義務付けが、弁護人の権限の限界を画するというのである¹⁾。その後、Beulke は、1989年に公表された“Die Strafbarkeit des Verteidigers. Eine systematische Darstellung der Beistandspflicht und ihrer Grenzen”において、前述の基本的理解を基に、とりわけ正当な弁護活動と処罰妨害罪の関係、限界付けを検討している。すなわち、訴訟上許容される正当な弁護活動は刑法上の可罰性を否定され、処罰の対象となるのは刑事司法の実効性の核心領域を侵害しないという義務に違反した行為だけである、というのである。

本稿は、筆者のこのような先行研究を基に論じられたものであり、基本的にはこれまでの議論を踏襲するものである。もっとも、紹介者が特に興味を惹かれたのは、「特別な義務付け説」をめぐって Roxin との間で交わされる論争の中で、Roxin が弁護権の濫用の問題を他の手続関係者と同じく一般的な濫用禁止の原則により規制しようとするのに対して、筆者は弁護人の特別な地位に基づく特別な義務付けであると構成する点である。筆者も述べるように、この争いは、結論はおおよそ異なることから、単に理論上のものにとどまるかとも思われる。しかし、特に本文事例2のような事例を見ると、刑事手続における弁護人の地位に基づく、他の手続関係者とは異なる評価が必要ではないかと思われる。それゆえ、弁護人の権利および義務の限界を「内在的問題」と捉える筆者の立場の方が、問題の本質に迫る議論をなすうのではないだろうか。このような筆者の見解は、わが国における弁護人の権限の問題に関しても、基本的な視点を提供するものとなるであろう²⁾。

内容紹介

・問題の所在

刑事弁護人の権利および義務如何という問題は、Roxin が特に関心を持ってきた多様なテーマの内の一つであり、それゆえ彼の栄誉を称える記念論文集は、この問題を議論するには適格な場であろう。この問題に関して、基本的な考え方についてはおおよそ一致があるといえるが、個別的にはなおも解決されるべき問題が残されている。例えば、OLG オルデンプルク1987年3月30日判決は、弁護人による処罰妨害罪(StGB258条)はおおよそ日常なことであり、これが露呈したことは被告人にとって不運なことであったと認定して、一審よりも刑を減輕した原審の判断について、「このように職業的地位を一般的におとしめる経験則は存在しない」と判示し

た。他方、LG ヴィースバーデン1994年9月23日判決は、弁護人が裁判所の平穏な環境の攪乱を目指した「紛争の弁護」(Konfliktverteidigung)を展開したことにより、他の重大事件の審理にも影響が出るなど、刑事司法全体の運営にとってそれ以上手続を続けることができないとした原審の判断を、弁護人によるこのような刑事訴訟法を利用した法秩序に対する闘争に対して、裁判所は無力であると述べて、支持した。

本稿は、とりわけ、刑事手続における弁護人の活動と処罰妨害罪による可罰性の関係如何という問題を、近年の裁判例に基づく以下の事例に即して検討する。

(事例1) 弁護人Aは、被告人Yより、薬物服用による責任能力減退という虚偽の主張を行うため、医師から薬物に関する情報を得るよう、依頼された。Aがそれに応じて助言を与えつつ協力した結果、Yの虚偽の主張が認められ、刑が減輕された。

(事例2) 弁護人Bは、被告人Sの弁護人である。一審では、被害者Fの証言に基づき、Sに対して有罪判決が下された。しかし、控訴審の直前に、Fは、Bの下を訪れ、証言を変更すると述べた。証言の変更に対し慰謝料の支払が適当であろうと考えたBは、Fの弁護士Zと相談の上、Fは控訴審で証言を変更し告訴を取り下げる、Sが有罪判決を免れた場合にはSはFに10,000DMを支払う、という内容の協定を結んだ。しかし、Fの証言撤回にもかかわらず、Sは、控訴審で再び有罪判決を受けた。

(事例3) 弁護人Cは、証人Zを自身の事務所に招き、事件についての証言を依頼し、その様子をビデオカメラで記録した。Zの証言は被告人にとって不利益なものであったため、Cは、それを検察官に提出しなかった。その後Zが死亡したため、裁判所はCにビデオの提出を求めたが、Cはこれを拒否した。

(事例4) 弁護人Dは、起訴状の朗読、被告人への供述拒否権の告知がなかったとして、上告した。右上告理由について、Dは、自身の主張が真実に反することを認識しつつ、その事実が公判調書に記載されていなかったことを奇貨として、調書の証明力(StPO274条)を援用した。

・ StGB258条の適用

弁護人も、当然に刑法の適用を受けるため、可罰的な行為を行ってはならない。例えば、弁護人が証人に虚偽の証言を依頼した場合、偽証教唆罪または偽証帮助罪が成立する。しかし、弁護人が依頼者の指示に基づいて虚偽の文書を提出した場合、

文書偽造罪(StGB267条)が成立するかという問題は、とりわけ故意の要件をめぐって激しい議論が行われている。また、処罰妨害罪は、上述事例のような場合、弁護人にはおよそ故意が認められることから、さらに問題は複雑なものとなる。そこで、上述事例のような場合の弁護人の行為はそもそも処罰妨害罪の意味での「妨害」に該当するか、という点の検討が重要となる。処罰妨害罪の意味での「妨害」とは「行為者の地位良化」と理解されているが、被疑者・被告人を援助すること、つまり彼らの「地位を良化させること」は、およそ弁護人の本質的な責務である。したがって、公正な刑事訴訟と弁護の必要性との衡量上、正当な弁護活動は、処罰妨害罪の意味での「妨害」にはあたらないというべきである。もっとも、何が正当な弁護活動であるかは、StGB258条自体から直接読み取ることとはできない。StGB258条は、弁護活動との関係において、訴訟法の検討によって補充されなければならない。

もっとも、弁護人の権限の範囲は、刑事訴訟法においても明示されていないため、結論は、弁護人の権利および義務についての全体的考察から導かれなければならない。これは、弁護人の法的地位という、刑訴法上の永遠のテーマに関わる問題でもある。判例・通説は、弁護人は、依頼者を援助する私的機能と、公的利益に配慮すべき公的機能を持つ、と理解している。但し、この見解の中でも、特に後者の公的機能の内容について争いがある。

私見によると、弁護人の公的機能は、さらに二つに区別される。第一は、刑事弁護の実効性へ配慮する機能である。すなわち、刑事手続が法規に則って運営されているかを監視し、被疑者・被告人の正当な利益を擁護することが、法治国家において重要な公的利益であり、弁護人はそれに配慮しなければならない。第二は、刑事司法の実効性へ配慮するという機能である。すなわち、弁護人も、非常に限定的ではあるが、いわば「特別な義務」として刑事司法が実効的に運営されることの公的利益へ配慮しなければならない(この考え方はRoxinにより「義務付け説」と称されている)。この見解によると、弁護人は、全ての真実を述べなければならないわけではないが、自ら述べることは全て真実でなければならない、すなわち、依頼者のために嘘をでっち上げることは許されないのである。したがって、機関説、とりわけ自身の見解によると、事例1における弁護人Aの行為は、可罰的である。

学説では、この間に、機能的地位の問題は、それが弁護人に真実義務を課す場合に、初めて意味を持つものであることが認識されてきた。しかし、その具体的範囲について、依然として激しい争いがある。この点についての説得的な基準は示されおらず、BGHも、ライヒ裁判所以来の、「嘘をつくことは許容されない」という

旨の表現にとどまっている。それゆえ、私は、弁護活動と、そこから生じる司法の実効性に対する危険を衡量し、弁護人は司法の実効性の核心領域を侵害することだけが禁止される、という主張を行ってきた(「限定的機関説」)。この考え方は、司法の実効性を害することはむしろ弁護人の本質的な責務であり、その「制動手的活動」は手続法自身が期待するものであるという、これまで多くの者によって批判されてきた結論を支持するものである。しかし、他方で、弁護人は、司法機関として、自身の積極的な行為により国家の刑罰権をその核心領域において侵害してはならない。この見解によると、弁護人は、被疑者・被告人へ法律の知識や記録閲覧により得た事件の情報を与えること、証人に対して告訴・告発を取り下げることや証言拒否権の行使を要請すること、被告人が実際に罪を犯している場合でも罪状立証が不十分であるとして無罪判決を求めると等の活動は許されるが、証人に対して欺罔や威迫等によって証言を取りやめさせること、記録や証拠を隠滅・偽造すること、被疑者・被告人の逃走を援助すること等の行為は許されない。

・「義務付け説」をめぐる議論

このような「義務付け説」に対して、学説上厳しい批判が寄せられている。たとえば、Roxin は、「義務付け説」は、近時の裁判例にみられるような、裁判の効率的運営に対する弁護人の強い協力義務を支持するものである、紛争的弁護のような弁護権の濫用は、弁護人への特別な義務付けと構成しなくても、一般的な濫用禁止原則で対処できる、さらに、その内容自体がそもそも非常に不明確であるとして、「義務付け説」を批判する。しかし、彼のいう濫用理論は、「義務付け説」よりも明確であるというわけでもない、むしろ弁護人を他の手続関係者と同列におくものである点は、弁護人の特別な位置づけを正しく理解していない。刑事弁護の本質を考えると、刑事弁護における濫用問題は、刑事弁護の「内在的問題」として扱わざるをえない。Roxin 自身も、他の箇所でも、「弁護人の責務から導かれ、それによって具体化されるべき限界付け」と述べており、我々の間で本質的な差異はないともいえよう。しかし、嘘をつくことを許容される被疑者・被告人と、嘘をつくことが処罰の対象となる弁護人との違いは、やはり、濫用原則ではなく、「義務付け説」によらなければ説明できないものと思われる。刑事弁護の包括的な責務は、本来、被疑者・被告人と弁護人とで弁護に向けた権限の同一化を促すものであるが、それに関わらず弁護人には真実義務が課されるということは、弁護人への特別な義務付けと構成しなければ導かれない。ただし、我々の争いは、このような理論的な側面

に尽き、実際上の結論は異ならないであろう。

これに対して、Lüderssen は、事例1で刑法上の帰責を否定する。Lüderssen は、事例1のような弁護人と依頼者との共同正犯的実行の場合、共同正犯の帰責は従犯とは異なり二次的なものではないため、弁護人の帰責は単に被疑者・被告人自身が処罰されないという理由で挫折するものではないが、他者の自殺への関与の理論を類推し、依頼者の自己答責性の観点から弁護人への結果の客観的帰属が欠けることを理由に、弁護人の可罰性を否定する。もっとも、Lüderssen は、弁護人の嘘は、弁護人の真実義務を定めた連邦弁護士法 43a 条 3 項に反するため、訴訟法上は禁止されるという。しかし、そうすると、「義務付け説」の支持する嘘の禁止を訴訟法上は有効としながら、なぜ刑法の適用を否定するのか理解できない。被疑者・被告人にとってみれば、弁護人がいずれの制裁を恐れるかで、差異はないはずである。

Lüderssen の考え方に極めて近いのが、彼の弟子である Jahn である。Jahn は、StGB258条の制限的かつ目的論的解釈から、刑事司法妨害は基本的に処罰妨害にはあらず、そのようなものは刑法によってしか阻止できないと述べる。しかし、彼の見解は、裁判所は全てを見通し、真実発見へ至る過程の瑕疵は裁判所だけに帰属されるという確信に基づくものであって、直ちに支持できるものではない。たとえば、裁判所の訴訟指揮権が及ばない場合、他の方法による解決が求められなければならないはずである。事例1は、まさに弁護人の嘘による刑事司法妨害に対して裁判所が無力であることを示すものであり、このような真実かつ正義に基づいた判決を妨げた責任は、弁護人に帰属されるべきである。

さらに近年、弁護人に対するあらゆる拘束を否定し、弁護人の嘘をつく権利を認める見解が、しばしば見られる。その一人である Bernsmann は、「手続構造上、被疑者・被告人に対する国家の訴追機関の優越」および「刑事訴追機関による捜査に基づく、被告人が行為者であることが蓋然的であるとされる、構造的な過剰評価」という点を考えると、弁護人は片面的な反権力的立場にある者でなければならない、弁護人は法の奉仕者であるということは、認識として誤りであるにとどまらず実務上も想定されていない、そして、真実といかに関わるかは弁護人の私的な倫理感に委ねられている、と述べる。しかし、1994年の連邦弁護士会刑事法委員会の提言などを見ると、実務において弁護人は真実を義務付けられていないとする理解は、誤りであろう。多くの弁護人は、依頼者の嘘と距離を置き、嘘のでっち上げに関わってはいない。また、稀に嘘をつく弁護人もいるであろうが、それはルールの正当性自体を否定する根拠にはならない。刑事弁護人に対する嘘の禁止は、依然と

して妥当するのである。確かに、弁護人は、依頼者が虚偽の主張を行う際にその信用性の問題を指摘する責務を負うが、それ以上に依頼者の主張が真実であることの保証人であることを求められるわけではない。しかし、弁護人は、「監視人」ないしは「解説者」としての役割を越えてはならない。この点に関して、Bottke は「感情に中立」でなければならないと述べ、Dahs は弁護人は真実を脇から眺めることは許容されるがそれを捻じ曲げることは許容されないと述べ、そして、刑事弁護人の元祖である Cicero は、「弁護人は、何一つ捏造してはならず、ただ拾い上げなければならない」と述べている。また、刑訴法は記録閲覧権 (StPO147条1項)、自由交通権 (StPO148条)、交互尋問権 (239条)等を置いているが、これらの弁護人の権利は、それを濫用しないという弁護人への特別な義務付けが前提となる。

・具体的な限界

以上の理解から、弁護人のほとんどの行為は、その許否について明確となる。もっとも、依然として不明確なグレーゾーンも残されている。しかし、この領域においても、なお「義務付け説」による限界付けが断念されてはならない。私の限定的機関説は、一般的に有益な行為を弁護人に義務付けるという考え方に反対し、弁護人はただ「やりすぎること」を禁止される、すなわち司法の実効性の核心領域においてのみ公的利益へ配慮することを義務付けられるにすぎない、という考え方である。この見解は、紛争的弁護を一般的に禁止するというものではない。弁護は、本来闘争であって、手続の終結に向けたベルトコンベアではない。それゆえ、弁護人は、客観的に真実に合致している結果でさえ、裁判の立証活動等を通じて動揺させることを、その本質的責務とする。

しかしながら、「手続上許されない弁護」に対しては、法治国家的コントロールが必要である。但し、そのコントロールは、度を超えて行われぬよう、慎重に監視されなければならない。特に、過去の行為の非難にとどまらず、将来の権利も剥奪する場合には、より注意が必要である。例えば、OLG ハンブルク1997年11月17日決定は、正当にも、訴訟上の権利濫用を理由とする国選弁護人の解任は、濫用が明白な場合に限定されなければならない、と判示している。そして、さらに、刑法によるコントロールが必要となるのは、極端な濫用の阻止のため、すなわち特に弁護人が自己の手続的地位に基づいて強い信頼を享受している領域に限られる。そのような領域において弁護人が権限を濫用した場合、StGB258条は、非常に厳しい手段であるが、現行法上他に実効的な措置がないため、その適用もやむをえない。

以上から、事例1は、弁護人の嘘を用いることによるルール違反の重大性を考えると、StGB258条の可罰性は肯定される。

これに対して、事例2は難解である。弁護人は、嘘の助言をしたわけではなく、またそもそも証人は真実を述べるであろうと考えているが、他方で撤回後の証言が虚偽であるという可能性も考えるであろう。さらには、依頼者に有利な証言に対する「成功報酬」の約束がなされた点も、考慮しなければならない。この事例に関して、BGH2000年5月9日決定は、「具体的かつ現実的な」弁護の保障と、被告人のための公正かつ法治国家的な刑事手続を確保することの関心を前提に、主にStGB258条の構成要件の段階で検討した。弁護人は真実であると確信していなければ何も述べてはならないということは、不適切であり、弁護人による援助を広く挫折させる。弁護人が訴訟上許される行為について刑法上の追及を受けるならば、弁護義務の履行は危ういものとなる。そのためには、客観的構成要件の段階での寛大な解釈が求められる、というわけである。事例2では、「成功報酬」は許容される額であり、被害弁償(StPO155a条)の観点からも、弁護人によるこのような試みは原則として許されるであろう。この結論は、まさに「限定的」機関説を裏付けるものである。すなわち、司法機関である弁護人において、証人への金銭支払いによる買収的作用を危惧する必要はないのである。もっとも、BGHは、右判決において、認定された事実からは構成要件の段階で判断できず、最終的には故意に関してより高度の要件を課すという方法で、無罪の結論を導いた。しかし、故意の内容と弁護人の地位は直ちに結びつくものではなく、やはり客観的構成要件の段階で解決されるべき必要性は否定できない。

事例3は、弁護人への義務付けにより、訴訟妨害の自粛だけでなく、さらに積極的な行為も要求されるかという点が問題となる。私見によると、依頼者に不利となる積極的な行為は弁護士の忠実義務・援助者的義務と相容れないため、そのような義務は導かれない。たとえば、被告人の証拠申立に関して弁護人が選別すべきである等、弁護人に対し裁判への積極的な協力を求めるような見解は、誤りであろう。

最後に、事例4の結論もあまり難しいものではない。BGH1999年4月14日決定は、従来の見解に従い、このような弁護人の行為はおよそ許されないわけではない[上告として適法である]、と述べている。ここでは、「真実に反する手続的非難」という弁護人の権利は、調書の証明力により絶対的なものとして妥当する。立法者の意思によると、絶対的な真実の追究は、訴訟の合目的性の背後に後退する。

ま と め

最後に、弁護人の地位はあらゆる濫用を許すものではなく、裁判所は常に濫用に対する措置を講じる機会を持ち、また極端な濫用の場合においては最終手段として StGB258条による処罰が、むしろ機能的な刑事弁護に資するものであることを、強調しておかなければならない。確かに、弁護人は依頼者の意思と法共同体の要請の板ばさみに陥り、StGB258条による処罰の危険にさらされるが、しかし、それによって、法の発見に真摯に活動するパートナーとして依頼者の利益に尽くすことができるようになる。この考え方は、法治国家的刑事手続に関する要請として、私が Roxin から学んだ、最も重要な事柄である。

原文では項目分けされていないが、理解の便宜のため、紹介者が内容を推して項目分けし、小見出しを付した。

- 1) 詳細は、辻本典央「ドイツにおける刑事弁護人の法的地位論について(1)(2完)」論叢154巻(2003年)1号51頁, 2号118頁参照。
- 2) 辻本典央「弁護活動と刑事制裁」近法53巻3 = 4号(2006年)319頁。

(辻本典央)

ディーター・マウアー

「非公式の調査」

Dieter Meurer, Informelle Ausforschung, in FS-Roxin (2001), S. 1281.

紹介者はしがき

1. 本論文は、Claus Roxin の古希記念祝賀論文集に寄せられたものである。その内容は、捜査機関が、被疑者・被告人、または証言拒否権 (StPO52条以下) を持つ証人に対し、私人を通じて、黙秘権の告知を行うことなく、調査の対象となっている事件に関する供述を求めるといった捜査手段 (Hörfalle) について、主に法治国家原理および nemo-tenetur (何人も自己の罪状立証に積極的に寄与することを義務付けられない) 原則という憲法上の観点から、検討を加えたものである。筆者は、具体例として、近時の BGH で扱われた事件をとりあげている。そこで、本文の紹介に入る前に、その事件の概略を示しておく。

2. 被告人は、第一審において、加重強盗罪により有罪判決を受けたが、その際、

裁判所は、以下の経緯に基づく証人 W の供述を基に有罪の心証を形成した。すなわち、被告人は、友人 A に対し本事件が自らの犯行であることを打ち明けたところ、A はその旨を警察に密告した。そこで、警察は、より確実な証拠を得るため、A に対し再度電話で被告人と事件についての会話を行うよう求め、その会話を翻訳するため W を招聘し(被告人と A はエジプト語を使用していたため)、両者の電話会話を傍受させた。W は、そこで聞いた電話会話の内容を、公判で証言した。

そこで、被告人は、かかる証拠は、供述拒否権の告知を行うことなく行われた自白に基づくものであり、StPO163a 条 4 項、136条 1 項 2 文 [捜査段階での取調における、供述拒否権および弁護士依頼権の告知要請] に違反すると主張して上告し、事件は、BGH 刑事第五部に係属した。

第五部は、審理の結果、上告は理由があるとし、証拠使用禁止が肯定されるべきであると判断した。もっとも、従来、類似の事件に際し、他の刑事部において証拠使用禁止を否定する判断が下されていたため、第五部は、判決を下す前に、他の刑事部に対し質問を發した¹⁾。これに対し、他の刑事部から回答が寄せられ、例えば刑事第一部は、私人間の会話は「尋問」にあらず、権利の告知は必要ないとして、証拠使用禁止を否定する見解を表明した²⁾。第五部は、その回答を受け、法解釈および判例統一の必要性を理由に、刑事連合部へ論点回付することを決定した(裁判所構成法132条 4 項; 以下「論点回付決定」とする)³⁾。これを受けて、刑事連合部は、以下のように判示して、証拠使用禁止にあたらないと結論づけた(以下「刑事連合部決定」とする)。すなわち、「私人が、捜査機関に委託され、捜査目的であることを隠して、容疑者との間で調査対象についての発言を求める会話を行った場合、その会話の内容は、少なくとも、重大犯罪の解明に際して行われたものであり、かつ、他の捜査手段によるのではおよそ実体解明を期待できない、または著しく困難であったという場合、証拠としての使用を許される⁴⁾。その後、さらに連邦憲法裁判所へ憲法抗告が提起されたが、適法な抗告理由にあたらないとして却下された⁵⁾。

3. 本論文は、右事件の検討を中心とするものであるが、ドイツでは、近時、これ以外にも、捜査機関が私人を操って被疑者・被告人から巧みに供述を引き出すという事例が、しばしば問題となっている。特に、被疑者・被告人が未決勾留に付されている場合、捜査機関が他の未決勾留者を操り、被疑者・被告人と同じ居房へ入れるなどして接近させ、犯罪に関する発言を聞き出させるといった事例が目につまる⁶⁾。本論文は、このような捜査実務の状況において、被疑者・被告人の供述の自由について、上述した憲法的観点から改めて検討したものである。

内容紹介

． は じ め に⁷⁾

刑事手続における国家機関の行為は、およそ市民の基本権とのかわりを持つ。それゆえ、刑事訴訟法は、いわば応用憲法として、国家機関の活動を法定し、基本権を制約する際の手続的条件を定めるとともに、市民を、単なる手続の客体にとどまらず、手続の主体と位置づけて、その地位を尊重している。このことは、特に国家が被疑者・被告人に供述を求める場面において顕著である。すなわち、被疑者・被告人は、*nemo-tenetur* 原則による保護の下、国家より供述を求められる「尋問」の場において、供述を強制されないことを、予め告知されることと定められている。

もっとも、被疑者・被告人のこのような保護は、国家が公式の尋問によらずに（つまり、権利の告知等、所定の手続を経ることなく）被疑者・被告人に供述を求める場合、非常に危ういものとなる。BGH 刑事連合部は、近時、犯罪の重大性とかかる捜査手段によることの補充性を条件に、このような捜査手段も適法であることを認めた。しかし、連邦憲法裁判所およびヨーロッパ人権裁判所による憲法判断は、いまだ下されておらず、問題が完全に解決したわけではない。

． BGH 決定の問題点

BGH 刑事第五部の「論点回付決定」と、「刑事連合部決定」は、共に、公正かつ法治国家的な刑事手続という観点からの検討が不十分である。それゆえ、いずれの見解も、その基礎づけにおいて説得的ではない。

1. 刑事第五部「論点回付決定」

「論点回付決定」のポイントは、次の三点である。すなわち、(i) StPO136条、136a条[禁止される尋問方法]、163a条は、被疑者・被告人に対する非公式の調査には適用されない（私人間の会話は「尋問」にあたらなため）、(ii) *nemo-tenetur* 原則は、非公式の調査にも妥当し、法的根拠なくその原則に反することは許されない、(iii) Hörfalle に基づく情報は、それ自体が証拠使用禁止に該当するとしても、その情報を基に得られたいわゆる「派生証拠」の証拠能力は否定されない。この見解は、捜査実務における秘密連絡員投入に関する準則に適合する。すなわち、この準則によると、秘密連絡員の投入に際し、ある情報を獲得した後さらなる捜査に

よって彼らの活動から独立した証拠を収集し、公判において彼らの身許を秘匿したまま罪状立証が行われるべきことが定められている。

しかし、「派生証拠」の証拠能力を肯定することは、不適法な捜査活動に対する証拠使用禁止が持つ懲戒的機能を否定するだけでなく、さらに、不適法な捜査を促進することにもつながる。また、そもそも非公式の調査は憲法上許されるかという根本的な問題を検討することなく、直ちに立法により許容する点も問題である。

2. 「刑事連合部決定」

「刑事連合部決定」のポイントは、本来立法によってなされるべき捜査の必要性と侵害される利益との衡量を、司法府が行ったという点にある。連邦憲法裁判所の判断は下されていないが、その結論の妥当性は疑わしい。

もっとも、次のような理由により、本決定の結論を支持する見解(Lesch)もある。すなわち、(i) 取調における偽罔禁止(StPO136a条1項)は、捜査機関による身分秘匿捜査が被疑者・被告人の供述内容の真实性に影響を与えなかった場合、違反されたとはいえない。(ii) 禁止される尋問方法の規定は、証人に対しても適用されていることから(StPO69条3項は136a条1項を準用)、およそ真実発見を目的とした規定である。(iii) nemo-tenetur原則は、歴史的に、強制からの自由限定されてきた。

しかし、この見解は、以下の理由から支持できない。すなわち、(i) StPO136a条1項は、人間の尊厳を損なうような国家の行為を禁止するというGG1条1項を具体化したものであり、供述内容の真实性に対する影響にかかわらない。(ii) StPO136a条1項が証人の尋問にも準用されているのは、被疑者・被告人に有利な証人の人間の尊厳を侵害することによって、被疑者・被告人のそれが間接的に侵害されたとみうることを理由とする。(iii) 捜査機関による「偽罔」は、1970年代から見られるようになったものであり、nemo-tenetur原則が「強制」からの保護を対象としていたという歴史的事実は、理由にならない。nemo-tenetur原則がGG1条1項および2条1項から導かれることからすると、人間の尊厳を侵害する新たな態様として、偽罔からの保護もその対象とされるべきである。すなわち、国家に帰属すべき行為が市民の基本権を制約することと因果的であり、その制約が受忍されるべき範囲を超える場合、nemo-tenetur原則の違反にあたる。

その他に、刑事連合部決定は、一定の情報が隠密的に取得されることを許容する規定(StPO98a条, 100a条, 110a条)を指摘し、比例原則に基づく一定の身分秘匿捜査の許容性を導いている。しかし、この見解は、Hörfalleは、被疑者・被告人

が任意に行った会話を傍受するとどまらず、国家(に帰属すべき私人)がそのような会話を誘引するものであることを、看過している。

・ Hörfalle の許容性の検討

以上から、Hörfalleの許容性は、憲法上の観点からさらに検討される必要がある。そのポイントは、次の三点である。すなわち、(i) 捜査機関の委託による私人の行為は、国家に帰属されるか。(ii) Hörfalle は、基本権制約の限界を超えるものであるか。(iii) 基本権制約の根拠となる法規定は、現行法上存在するか。以下、順に検討する。

1. 捜査機関の委託による私人の行為は、国家に帰属されるか

判例は、従来、秘密連絡員や情報屋は警察に所属する者ではないため、彼らの行為は国家に帰属しないとしていた。しかし、BGH は、近時、特殊な状況(尋問や勾留など)における国家の配慮義務、または捜査機関の委託に基づき私人は公務担当者(Amtsträger)とみなされるといった観点から、私人による調査活動が国家に帰属されることを認めている。

これによると、尋問とみなされる状況における国家の配慮義務、または、私人に対する捜査機関の委託という観点から、Hörfalle は、単なる私人間の会話ではなく、国家により惹起され、国家に帰属すべき作用である。

2. Hörfalle は、基本権制約の限界を超えるか

(1) まず、Hörfalle は、そもそも基本権制約という性質を持つか。この点について、刑事連合部決定は、本件において、被疑者・被告人は任意に会話を行ったのであり、国家による基本権制約にはあたらないとした。

しかし、本件の会話は、その相手方が捜査機関により委託されたことを契機に、その内容が証拠として使用されることを知らされずに行われたものである。基本権の放棄は、本人がすべての事情を完全に知悉していることが条件である。それゆえ、およそ被疑者・被告人の側から積極的に話しかけたような場合は別として、Hörfalle は、基本権制約の性質を持つ。

(2) では、具体的に、いかなる権利が問題となるか。

第一に、「情報に関する自己決定権」が考えられる。この権利は、国家による個人データの収集および使用に際し、常に権利制約の対象となる。被疑者・被告人は、

自己の犯罪事実に関する情報を公開するか否かについて自ら決定する権利を有するが、捜査機関により委託された私人との、犯罪調査目的であることを秘匿して誘引された会話は、被疑者・被告人の情報に関する自己決定権の侵害となりうる。もっとも、この権利は一身専属的なものであり、証言拒否権を持つ証人に対し Hörfalle が行われた場合、被疑者・被告人は証人のこの権利を援用することはできない。

第二に、右のように、証人に対する Hörfalle に際し、被疑者・被告人は証人の一身専属的権利を援用できないとしても、そのことにより捜査の違法性が治癒されるわけではない。そこで、被疑者・被告人は、この場合、自身の「法治国家的権利」(GG2条1項, 20条3項)が侵害されたと主張することができる。例えば、被疑者・被告人の家族は証言拒否権を有するが(StPO52条3項)、これは家族間の信頼関係を保護するものであり、それは、法的根拠なく侵害されてはならない。また、身分秘匿捜査は、現行法上厳格な条件の下で許容されうるが(StPO100a条, 100c条, 110a条参照)、その潜脱にあたる場合、やはり「法治国家的権利」の侵害にあたる。

第三に、「自己負罪からの自由」が考えられる。この点、刑事連合部決定は、被疑者・被告人の会話は国家より強制または偽岡されたものではなく、およそ任意に行われたものであり、従ってこの権利に対する侵害はないとする。その理由として、国家の捜査活動が公開で行われるべき原則は存在せず、身分秘匿捜査は一般的に許容されるため、秘密連絡員や情報屋などの私人による身許および会話目的の秘匿は、StPO136a条1項により禁止される行為にあたらぬ、というのである。しかし、この論理は、StPO136条1項が尋問における国家の配慮義務の観点で捜査の公開性を原則とし、身分秘匿捜査は法定の厳格な条件の下でのみ可能とされる点を考えて(StPO100a条, 100c条など)、その前提が疑わしい。さらに、「自己負罪からの自由」は、人間の尊厳(GG1条1項)に基づく被疑者・被告人の主体的地位を確保するための権利であり、その制限は、これと対立する利益との衡量に基づく場合に限られ、一般的に認められる性質のものではない。

3. 基本権制約の根拠となる法規定は、現行法上存在するか

人間の尊厳条項にそもそも「法律の留保」規定がない点はおくとしても、上述のような基本権制約を正当化する根拠規定は、現行法上存在するか。

第一に、StPO161条および163条[検察官、警察官の一般的調査権限]は、基本権制約の授權法ではない。第二に、刑法34条[正当化的緊急避難]は、法治国家原理の観点から「捜査の緊急性」による国家活動の正当化を導くものではない。第三

に、StPO110a 条以下 [身分泌匿捜査官投入規定] は、Hörfalle に類推できるものではない。第四に、StPO155条2項, 160条1項, 2項, 244条2項 [裁判所および検察官の一般的説明義務] は、刑事手続における真実発見はいかなる利益にも優越するというものではなく、それ自体を基本権制約の授權規定とみることができない。

以上から、Hörfalle を正当化する法的根拠は、現行法上存在しない。

・ 効果について

以上のように、Hörfalle という捜査活動は、基本権を制約し、かつ正当化されないものであるとすると、それによって得られた証拠は、刑事手続上どのように扱われるべきか。

まず、供述拒否権や弁護人依頼権の告知を要請する StPO136条1項2文に違反するものとして、証拠能力が否定されることが考えられる。もっとも、学説上、同条項違反による証拠禁止について、他の優越する利益との衡量上、例外的に証拠能力を肯定する見解 (Rogall) もある。この見解によると、犯罪の重大性と捜査の必要性という利益の存在に基づき証拠能力を肯定した刑事連合部決定の結論は、肯定されることになる。しかし、このような結論は、被疑者・被告人は国家による基本権侵害に対しておよそ司法的救済の手段を与えられないことになり、GG19条4項に反するものと思われる。

次に、Hörfalle は StPO136a 条1項に列挙された禁止される取調方法に匹敵するとし、同条3項による絶対的証拠禁止を導くことが考えられる。もっとも、同条項によると、その供述内容が被疑者・被告人に有利となる場合でもその証拠能力は認められないため、被疑者・被告人の意思が反映されない。近時の判例によると、StPO136条1項2文に違反して行われた取調における供述は、被告人側が適時にその瑕疵を指摘しない限り証拠能力を認められるとされている⁸⁾、その趣旨は、Hörfalle においても妥当してよい。

以上から、Hörfalle による供述は、それが被疑者・被告人に不利となる場合は絶対的禁止、逆に有利となる場合は被告人側からの責問に従う相対的禁止というのが、妥当であると思われる。

もっとも、本件のように、Hörfalle の違法性がそもそも否定されている現状からは、その効果を論じるのもまだまだ遠い先のことであろう。

1) BGH NStZ 1995, 410.

2) BGH NStZ 1995, 557; 第二部および第三部も、第一部と同旨の回答を表明したようだが、

クラウス・ロクシン古稀祝賀論文集の紹介(2)(松宮)

公刊されていないため詳細は不明。

- 3) BGH NStZ 1996, 200.
- 4) BGHSt 42, 139.
- 5) BVerfG NJW 2000, 3556.
- 6) BGHSt 34, 362; 44, 129.
- 7) 原文には各項の小見出しは付されていないが、理解の便宜のため、紹介者が内容を推して付した。
- 8) BGHSt 38, 214; 38, 372; 39, 349; 42, 15.

(辻本典央)