

刑事手続における私的秘領域の保護

——ドイツにおける住居内会話盗聴問題の理論的考察——

辻 本 典 央

- 一 はじめに
- 二 立法の沿革
- 三 住居内会話盗聴問題の理論的考察
 - 1. 「大盗聴」の意義
 - 2. 基本法改正の合憲性
 - 3. 制定法規定の合憲性

四 まとめ

参考資料 ドイツ基本法及びドイツ刑事訴訟法関連規定

一 はじめに

2006年5月現在、わが国の国会では、「共謀罪」の導入に関して激しい議論が繰り広げられ、また、アメリカでは、主にテロ犯罪を対象とする無令状盗聴の可否が論争の的となっている。このような組織犯罪に対する効果的対策の要請は、各国においてその政策の中心課題となっており、実体法及び手続法の双方の観点から様々な対策が講じられるべきものである。

ドイツにおいて、近時、組織犯罪対策の重要手段の一つである住居内会話盗聴——特に「大盗聴」(Der große Lauschangriff)——に関して、立法及び判例上大きな動きが見られた。このドイツにおける住居内会話盗聴の問題は、近時、特に立法の沿革に関して井上正仁⁽¹⁾より詳細かつ明快な紹介が公表され、わが国での関心も高まっている。そこで、本稿では、

刑事手続における組織犯罪対策の要請と、市民の基本的権利の擁護との最も激しい対立を生じさせる問題の一つであるこの住居内会話盗聴について、理論的観点からの考察を行うこととする。

なお、末尾に、本稿に関連するドイツ基本法（GG）とドイツ刑事訴訟法（StPO）の規定を掲記し、その際、StPOについては、2005年の改正前後の変化が理解しやすいように新旧対照の形で記載しておく（配列を新规定に合わせたため、旧規定の配列は崩してある）。本文と併せて適宜ご参照願えると、幸いである。

二 立法の沿革

ドイツでは、2004年3月3日に連邦憲法裁判所（BVerfG）が住居内会話盗聴に関する StPO 規定を詳細に審理し、一部違憲であるとの判断を示したことから（BVerfGE 109,279）、連邦議会は、直ちに右 BVerfG 判決を具体化する法改正に向けて審理に入り、2005年6月に StPO 改正法を議決し、公布した。この一連の立法過程については、前述のとおり、井上が詳細に紹介しているところであり、本稿では、理論的考察の前提として簡潔に示しておくにとどめる。

ドイツでは、搜索・押収などの古典的な捜査方法に加えて、すでに1968年刑訴法改正によって通信傍受（StPO100a 条以下）が導入され、捜査に技術的・科学的手段が導入されることとなった。また、住居内会話盗聴も、1970年代のテロ組織による犯罪が活発化した時代に密かに活用されていたようであり、例えば、1978年の原子力学者 Dr. Traube に対する盗聴活動が露呈し、当時の連邦内務大臣が辞任に追い込まれた事件は著名で

(1) 井上正仁『強制捜査と任意捜査』134頁（2006年、有斐閣；初出「ドイツの新盗聴法案」ジュリ1047号（1994年））。

ある。

その後、1990年代に入ると、組織犯罪対策が世界的に問題となり、ドイツ国内でも活発な立法が行われた。まず、1992年に可決、施行された組織犯罪対策法（OrgKG）では、身分泌匿捜査官の投入（StPO110a 条以下）⁽²⁾、網の目捜査（コンピュータを利用した個人情報の網羅的探索）（StPO98a 条以下）、技術的手段の投入（写真・ビデオ撮影、住居外会話盗聴・録音等）（StPO100c 条）が StPO 規定に導入された。1992年改正に際して住居内会話盗聴も議題に上がっていたが、基本法との関係からさらに議論を要するものと判断され、継続審理とされた。そして、一連の審理を経て、1998年3月に連邦議会が住居内会話盗聴を許容するための基本法改正法及び組織犯罪対策法改正法を可決し、施行（前者は即日、後者は同年5月）に至った。

以上の経過をへて住居内会話盗聴が立法されたのであるが、その審理過程において強い批判も示され、そのような批判的見解は、立法後も根強く主張されていた。この住居内会話盗聴の問題は、政治的レベルでも激しく争われ、1998年の連邦議会における法案議決に反対して政府首脳が辞職するという事態にまでいたり、当時の連邦下院副議長、連邦内務大臣、連邦司法大臣が、その論争の場を司法審査に求め、BVerfG に憲法抗告を提起するに至ったのである。BVerfG は、2004年3月3日、この実質的な抽象的憲法抗告を適法であるとして実体判断を行い、基本法改正は基本法自体による限界を超えるものであって無効である（GG79 条3項）との主張は棄却したが（但し、2名の少数意見は、GG13 条3項は基本権改

(2) 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』467頁（2004年、第一法規）、宮木康博「ドイツにおける身分泌匿捜査」同法57巻1号115頁（2005年）。

正の限界を超えるものであると判示した)、右基本法を具体化する StPO 規定は後述の点において基本法に反すると判断し、その限りで憲法抗告を認容した。BVerfG は、右判決の中で、さらに立法者に対し、「憲法抗告の対象とされた刑訴法規定が基本法に反する限りで、遅くとも2005年6月30日までに憲法に適合した立法を行うこと」を義務付けた。

連邦議会は、翌年、BVerfG 判決の趣旨を具体化する形で法改正を行った。

三 住居内会話盗聴問題の理論的考察

1. 「大盗聴」の意義

(1) 「大盗聴」の概念

住居内会話盗聴問題の理論的考察を行う前提として、まず、その対象とされるべき「大盗聴」の意義を明らかにしておかなければならない。

住居内で非公然に行われる会話を傍受・録音する類型として、当該会話が行われる場所にいわゆる「身分秘匿捜査官」を潜入させ、その者が傍受・録音のための器具（例えば、超小型録音機や電波発信機付マイクロホン）を携帯するというものと、捜査官が一定の技術的手段を用いて会話場所から離れた場所で傍受・録音を行うというのが想定されうる。一般に前者が「小盗聴」、後者が「大盗聴」と呼ばれて、区別されている。このうち、前者の場合、その処分の適法性は身分秘匿捜査官の投入の許容性如何に従属するものであり、また、技術的手段による会話の傍受・録音は当該捜査官の在席する場に限られる（従って、傍受・録音を禁止される会話は、基本的に処分から排除されうる）。他方、後者の場合、対象となる期間、対象となる場所で行われるおよそ全ての会話が処分の対象となりうる。それゆえ、小盗聴に比べて対象者の権利への介入はより大きく、特に「大盗聴」

として特別の考察を必要とすることになる⁽³⁾。なお、例えば通信傍受の目的で住居内に設置された電話機に発信機を取り付けておいたところ、対象者が受話器を適切に架けていなかったため住居内の会話が電気通信によらずに傍受された場合、BGH 刑事第二部1983年3月16日判決 BGHSt 31,296によると、これは通信傍受ではなく、住居内会話盗聴に当たる。

この大盗聴は、さらに、技術的には、対象場所に発信機付小型マイク（通称「Wanze」）を設置し、住居内の会話を電波を通じて室外で傍受・録音するという方法と、もっぱら室外から超高性能マイクロホンによって窓や壁の振動をキャッチし、それを科学的に分析して住居内の会話を析出するという方法が存在する。このうち、後者は、技術的に相当な困難があるとともに、費用も相当なものとなるのに対し、前者は、比較的低コストで行うことが可能であることから、捜査機関による使用頻度も高くなることが想定される。もっとも、前者の方法による場合、事前及び事後に器具を設置及び回収するために住居内に密かに侵入しなければならないこと、電気器具を使用するための電力を対象者の住居内にある施設から調達すべき方法を採用しなければならないことなど、より多くの法的問題を伴うものである。

(2) 大盗聴の対象となる基本権

i. 住居の不可侵性（GG13 条）

GG13 条1項によると、「住居（Wohnung）は、不可侵」のものとして保護される。この権利は、人格の自由な発展（後述三1(2)ii）と密接に

(3) Oliver Bludovsky, *Rechtliche Probleme bei der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Zusammenhang mit dem Lauschangriff nach § 100c Abs.1 Nr.3 StPO*, S.5ff., 2002; これに対し, Werner Beulke, *Strafprozessrecht* 8Aufl., S.153ff., 2005. では、住居の内外により小盗聴と大盗聴とが区別されている。

関連するものであり、そのような発展は個人が国家より監視を受けない場所において親密な人と交際を持つことができるということを条件とするものであることから、個人に対していわば隠れ家 (Rückzugsbereich) としての私的生活空間を保障するものである。このような趣旨からすると、住居として保護の範囲に含まれるのは、寝室、居間、キッチン、浴室といった施設に限られず、地下室、倉庫、前庭など、一般的に他者の立入が許されていない空間も保護の対象となる。また、自宅だけでなく、ホテル客室、個人所有の船舶、キャンプ場内に設置したテントなども、その機能に鑑みると、保護に含まれるというべきである。

これに対し、会社や仕事場など、日常生活に供されるのではない場所については、やはり一般に立入が許されていないという限りでは本規定の保護に含まれるが、その機能において私的住居と差異があり、その要保護性は限定的なものと理解されている⁽⁴⁾。また、百貨店、商店、ホテルのロビーなど、一般に立入が許容されている場所は、住居としての保護の対象から除外されるが、しかし、営業時間外は会社や仕事場と同様の保護を受ける。

売春宿や不法賭博場などいわゆる「犯罪に汚染された場所」(Der kriminell bemakelte Raum) も住居として保護の対象に捕捉されるかという問題は、争いがある。このような場所について、犯罪者の隠れ家は保護に値しないとの考え方も想定されるが、そもそも保護に値する住居と犯罪に汚染された場所とを明確に区別することは困難であり、かつ、当該場所が日常的に犯罪に供されるという事実もそこで私的生活が行われることを否定するものではなく、それゆえ、やはり一般に立入が許されていない限りで、住居としての保護の範囲に含まれるというべきであろう⁽⁵⁾。

(4) BVerfGE 32,54.

(5) Bludovsky・前掲注(3), S.41ff..

ii. 一般的人格権

GG2 条 1 項によると、「何人も、他者の権利を害さず、かつ、憲法秩序又は公序良俗に反しない限り、自身の人格の自由な発展を求める権利を有する」。この基本権は、GG1 条 1 項の人間の尊厳の尊重と結びついて、基本権保障の一般原則的規定として、個別具体的状況に応じて個人の人格形成に寄与すべきものとして保護される。

この権利は、大盗聴との関係でいえば、第一に、私的領域を保護し、他者からの干渉を排除する機能を持つ。もっとも、このような私的領域の保護も、基本法が定めるとおり、一定の制限を伴う。この点について、BVerfG 判例（録音テープ事件判決⁽⁶⁾）によると、権利の性質によって要保護性が異なり、①絶対的に保護されるべき核心領域、②比例性原則による他の利益との衡量により相対化される領域、③一般的人格権としての保護に含まれない社会的領域に分類される（いわゆる「領域説」(Sphärentheorie)）。このような私的領域の保護は、前述 GG13 条と関連して、大盗聴でも検討の対象とされる。

また、BVerfG 判例（国勢調査事件判決⁽⁷⁾）によると、「情報自己決定権」も一般的人格権の具体化として保護の対象となる。この権利は、個人情報採取される時点だけでなく、いったん採取された情報が国家よりどのようにして利用されるかという点についても個人は自ら決定する権利を持つものとして理解されるべきものであるが、市民が自身のことばを密かに採取され、自身の意思に反して使用されるという点において、大盗聴は、この情報自己決定権への介入という側面も有する⁽⁸⁾。

(6) BVerfGE 34,238.

(7) BVerfGE 61,1.

(8) Bludovsky・前掲注(3), S.37ff..

iii. 人間の尊厳の保護

GG1 条によると、人間の尊厳は、およそ絶対的な保護を受けるべきものであり、国家はその尊重と保護を義務付けられる。このような絶対的保護の対象となる人間の尊厳は、前述の一般的人格権や、他の具体的基本権と結びついて、それぞれの場面でおおよそ立法及び法執行における制限から保護される範囲を確定するものとして機能する。例えば、前述の領域説における①の領域はまさに人間の尊厳に関わるものとして絶対的保護の対象となるとされるが、このような理解は、一般的人格権の核心部分として人間の尊厳の絶対的保障が存在していることを意味する。

この人間の尊厳の絶対的保障は、個別の基本法（例えば GG13 条）にも内在するものであり、いわば基本法の本質的内容を占めるものと理解される。GG79 条 3 項によると、基本権の本質を変革させるような基本法の改正は許されないとされているが（つまり基本法違反の基本法となる）、具体的基本権の改正、或いは基本権を具体化する制定法の立法及び法執行において、この人間の尊厳を脅かすような国家活動は禁止される。例えば、大盗聴を許容する基本法規定及びそれを具体化する制定法が人間の尊厳を脅かすものであるとすると、たとえ個人の権利に優越する公的利益が認められる場合であっても、人間の尊厳の保護は絶対的であり、およその他の利益との衡量から除外されるべきものであることから、そのような立法は直ちに基本法違反であると評価されることになる⁽⁹⁾。

BVerfG は、従来からこの人間の尊厳の保障を根拠にいわば絶対的に保護されるべき私的領域が存在することを認めてきたが（前述三 1 (2) ii⁽¹⁰⁾）、個別事件において具体的にこのような領域を認めたのは2004年判決が初め

(9) Bludovsky・前掲注(3), S.56ff..

(10) なお、このように絶対的に保護されるべき領域の承認は、すでに1957年の Elfes 判決 (BVerfGE 6,32) に始まる。

てであり、同判決において、この領域においてはおよそ他の利益との衡量は排除され、絶対的に保護されるべきことを判示している。なお、Nils Bergemann⁽¹¹⁾によると、BVerfGの本判決において示された私的生活形成の核心領域の絶対的保護という考え方は、通信傍受など他の隠密的捜査に対しても影響を与えるものである。

iv. 公正な手続を受ける権利

刑事手続における被疑者・被告人は、法治国家原理（GG20条3項）、一般的人格権（GG2条1項）、人間の尊厳の尊重（GG1条）に基づいて、自身が対象となる手続において国家より公正な手続を受けるべき権利を有する。

この公正な手続を受ける権利は、第一に、尋問に際しての欺罔禁止という形で妥当する。もっとも、この点については、そもそも尋問の概念を形式的に理解する見解（刑訴法に定められた形式による尋問に限定する）からはなおのこと、実質的に理解する見解からも、被処分者の陳述は国家による欺罔から惹起されたものではないとして、大盗聴は欺罔禁止には該当しないと理解されている。

公正な手続を受ける権利は、第二に、尋問に際して黙秘権を告知すべき義務、つまり、これによって被疑者・被告人に供述の自由を保障されていることを認識させ、供述するか否かの葛藤状況から解放するという形で妥当する。もっとも、この点についても、欺罔禁止と同様、形式的尋問概念からはなおのこと、実質的尋問概念を前提としても、被処分者においてそのような葛藤状況は存在しないことから、大盗聴は告知義務に違反するものではないと理解されている。

(11) Nils Bergemann, Die Telekommunikationsüberwachung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum "großen Lauschangriff", in GS-Lisken, S.69, 2004.

さらに、公正な手続を受ける権利は、国家の活動は公然と行われるべきであるという形でも妥当する。しかし、そもそも刑訴法上捜査は公判とは異なり公開性が保障されているものではなく、その実効性を考慮すると、一定程度の秘匿性が確保されるべきものであるともいえよう。従って、大盗聴はこの観点においても違反するものではないと理解されている⁽¹²⁾。

v. その他

大盗聴は、その他、会話の内容に応じて、牧師への懺悔が対象となった場合には信教の自由 (GG4 条)、ジャーナリストとの会話が対象となった場合には報道の自由 (GG5 条)、夫婦や家族の間での会話の場合には夫婦及び家族の保護 (GG6 条)、刑事弁護人と被疑者・被告人との会話に際しては弁護人の援助を受ける権利 (EMRK 6 条3項) といったものとの関係が、個別事例において問題となる⁽¹³⁾。

2. 基本法改正の合憲性

上記のとおり、大盗聴は、様々な観点で憲法上保障される基本権に抵触するものである。しかし、1998年の基本法改正により、大盗聴は、憲法上授權根拠を持つこととなった。もっとも、GG79 条3項によると、憲法の本質を変更させるような基本法改正は許容されない。そこで、大盗聴の憲法上の授權規定である GG13 条3項自体が基本法に適合するものであるかが問題となった。

この点について、BVerfG 判決では、6対2で判断が分かれたが、多数意見によると、GG13 条3項は GG79 条3項に反しないと判断された。その判示部分を要約すると、以下のとおりである。すなわち、GG79 条

(12) Bludovsky・前掲注(3), S.92ff..

(13) Bludovsky・前掲注(3), S.102.

3項は、GG1条（人間の尊厳の尊重）や20条（法治国家的憲法原則）に定められた基本法の本質的原則を改変させるような基本法改正を禁止するものである。例えば、人間の尊厳の尊重の観点からは、一定の会話の傍受・録音が人間の尊厳の核心を侵害するようなものである場合、それは絶対的に禁止されるべきものであり、他の諸利益との比例性原則に基づく利益衡量による相対化は許されないものであるが、GG13条3項の規定は、それを具体化する制定法規定に基づく捜査処分が私的生活形成の核心に触れることがあってはならないという形で限定解釈することが可能であるという限りで、基本法の本質を改変させるようなものとはいえない。また、大盗聴は、隠密的な捜査活動であるが、そのことゆえを持って法治国家原則に由来する公正な手続の要請にも反するものではない。

これに対し、2名の裁判官による少数意見は、大盗聴は、およそGG1条及び20条の本質に反するものであり、GG13条3項を導入する基本法改正は、それ自体が基本法違反であると断じた。

多数意見と少数意見の見解が相違した理由は、GG13条1項によって保障される、GG1条及び20条の観点からする基本法上本質的な権利の保障に対する理解の違いによるものと思われる。すなわち、多数意見によると、後述（三3(2)iii）のとおり、絶対的に保護の対象とされる（つまりおよそ傍受・録音を許されない）会話は、人的関係等による実質的な判断によって決定される（つまり、その限りで合憲的解釈が可能となる）のに対して、少数意見は、保護の対象を形式的に、つまり一定の場所に着目して決定されるべきであると判断している。両者の見解は、基本法の趣旨に対する理解の差異の表れであり、その当否を決定するのは困難なことである。もっとも、後述の議論にも見られるように、多数意見によるとその判断が非常に不明確かつ困難なものとなる可能性があり、手続の明確化という観点からは、少数意見の方が優れているともいえよう。

3. 制定法規定の合憲性

前述のとおり、大盗聴は、基本法上保障されるべき市民の様々な権利との抵触が想定されるが、他方で、組織的かつ重大な犯罪に対する効果的な対策という重要な公的利益の実現に資するべきものである。2004年 BVerfG 判決では、大盗聴を授権する基本法規定は合憲であると判断されたが、なおも当該基本法を具体化する制定法の合憲性が問われることとなる。

そこで、次に、BVerfG 判決以前の議論を整理し、当該問題点に対する BVerfG 判決の判断を分析した上で、2005年に改正された新法がどのような態様で BVerfG 判決の趣旨を具体化したのかを概観しておく。

(1) 大盗聴の実体的要件

i. 対象犯罪

(→) GG13 条3項によると、大盗聴の対象とされる犯罪は、制定法上個別に定められ、またそれ自体が「特に重大」なものでなければならない。すなわち、市民に対する不利益処分に際して要求される明確性を保障するとともに、当該不利益との利益衡量において追求されるべき利益の重要性が必要とされるのである。従来、StPO 旧 100c 条1項3号では、50を超える犯罪が大盗聴の対象として指定されていた。これらの犯罪は、その法定刑を見るだけでも相当な幅があり、それゆえ、特に重大な犯罪とはどのようなものであるべきかが、争いとなっていた。

その際、特に重要な観点として、特に重大な犯罪であるための要素は当該規定の構成要件自体から基礎付けられるべきものであるか、又はそれ以外の要素も考慮すべきものであるか、という点が問題となる。前者の立場からすると、当該犯罪構成要件の法定刑が決定的基準となる。例えば、謀殺罪 (StGB211 条) は終身自由刑のみが法定されており、これによって特に重大であることの要素を基礎付けることができるであろう。もっとも、

例えば、贈収賄罪（StGB332 条，334条）や犯罪組織結成罪（StGB129 条）はその法定刑の長期が5年の自由刑であり，これをもって特に重大であるということは困難であろう。

これに対し，当該構成要件以外の他の要素も考慮に取り込まれるべきであるという見解も有力である。例えば，犯罪組織は，個別の行為自体はそれほど重大なものといえない場合であっても，それらが集積し，ひいては社会へ与える害悪という点において相当の脅威を認めることが可能である。他方，相当重い法定刑が定められている犯罪においても，個別具体的事例においてその法益侵害の程度が軽微であるなど，常に特に重大な犯罪にあたるということもできない。このような見解によると，従来の規定に列挙された贈収賄罪や犯罪組織結成罪も，その法定刑の軽さにもかかわらず特に重大な犯罪と叫ぶ場合も生じる。但し，そのような犯罪が組織的に実行されるなど，他の付随事情に基づく，いわば合憲的限定解釈が要求されることとなる⁽¹⁴⁾。

(二) この問題について，BVerfG は，「列挙犯罪が抽象的観点からして特に重大であるというだけでなく，具体的事例においても重大なものでなければならぬ。なぜなら，住居権の制限は，具体的事例において犯罪から生じる法益侵害との利益衡量に基いて正当化されるものでなければならぬからである。」と判示し，具体的には，対象とされるべき犯罪はその法定刑の長期が「5年を超える自由刑」と定められ，かつ，当該被疑事件における不法の程度も特に重大であることを要求した。

(三) 新法は，BVerfG 判決の趣旨を二つの観点で具体化した。第一に，

(14) Bludovsky・前掲注(3), S.132f.; Daniel-M. Krause, Großer Lauschangriff —Anmerkungen eines Verteidigers zur gesetzlichen Ausgestaltung in der Strafprozeßordnung, in FS-Hanack S.221, 1999 は，組織犯罪という観点からの限定を要すべきと主張する。

BVerfG 判決は、法定刑の上限が「5年を超える自由刑」であることを要求し、これを受けて、列挙される犯罪が従来よりも相当に限定された。BVerfG 判決では、具体的には、クレジットカード及び白紙ユーロ小切手の偽造準備罪 (StGB152b 条準用149条)、誘拐準備罪 (StGB234a 条3項)、資金洗浄罪又は不法財産隠匿罪 (StGB261 条1項, 2項)、贈収賄罪 (StGB332 条, 334条)、犯罪組織結成罪 (StGB129 条) 等、法定刑の上限として5年以下の自由刑が定められている構成要件に関して、特に重大な犯罪であることという憲法上の基準を満たさないものであると判示されている。これを受けて、新法は、対象犯罪から除外する (クレジットカード及び白紙ユーロ小切手の偽造準備罪, 誘拐準備罪)、StGB の加重規定が適用される場合に限定する (資金洗浄罪又は不法財産隠匿罪, 贈収賄罪)、法定刑を加重し、加重された構成要件に該当することを条件付ける (犯罪組織結成罪) といった措置が施された。特に、最後の類型について、Bunckhard Hirsch⁽¹⁵⁾ は、「法治国家においては、刑の重さは犯罪の重さに比例するものであり、必要とされる捜査手段を許容するために法定刑を加重すること」について疑問を提起している。また、従来の規定に比べて、クレジットカード・小切手・手形の営業的又は集団的偽造罪 (StGB 152a 条3項)、一定の性犯罪 (集団的実行など StGB176a 条2項2号又は3項, 177条2項2号又は179条5項2号)、児童ポルノの営業的頒布罪等 (StGB184b 条3項)、一定の戦争犯罪 (VStGB7 条以下) が新たに列挙犯罪として付け加えられている。

第二に、捜査の対象となる「所為は、個別事例においても特に重大なものである」こと (StPO 新 100c 条1項2号) が明文で要求されることと

(15) Bunckhard Hirsch, Bemerkungen zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts v.30. März 2004, in GS-Lisken, S.87,90, 2004.

なった。

このように、新法は、法定刑を基準とする抽象的観点に加えて、個別事件における具体的重大性を付加した実質的観点からも対象犯罪を限定した。もっとも、両者の観点からの重大性に加えて、そもそも各々の犯罪類型に対する大盗聴処分の適格性も、命令に際して十分考慮されるべきであろう。

ii. 嫌疑の程度

(一) 大盗聴を実施するためには、「一定の事実に基づいて、ある人が犯罪を実行したことの嫌疑が基礎付けられる」ことが必要である。そこで要求される嫌疑の程度はいかなるものであるべきかが、問題となる。StPO規定は、憲法規定をそのまま引き継いだものであり、その解釈運用として、具体的にどの程度の嫌疑であるべきかが問われなければならない。

この一定の事実に基づく嫌疑という概念は、StPOの他の規定（通信傍受や住居外会話盗聴など）でも使用されているが、それらに関して、例えば勾留命令に際して要求されるような切迫した程度の嫌疑を要求すべきであるとの見解⁽¹⁶⁾がある。これに対し、通説的見解⁽¹⁷⁾によると、単なる嫌疑の端緒よりも高度のものであるが、しかし、公訴提起に際して要求される「十分な嫌疑」（StPO203条）又は勾留命令に際して要求される「切迫した嫌疑」（StPO112条）まで要求されるものではない。つまり、捜査開始の要件である単なる嫌疑の端緒においてすでに大盗聴が許されるということは、比例性の観点から妥当ではないが、他方で、すでに嫌疑の程度が勾留又は公訴提起を可能とするほどのものであるならば、もはや補充性（後述三3(1)iii）の要件を満たさないものとなり、それゆえ、いわばその中間的な程度で足りるとするわけである。

(16) Krause・前掲注(14), S.237ff..

(17) 例えば Lutz Meyer-Goßner, Strafprozessordnung 48Aufl., S.332, 2005.

もっとも、具体的場面において、実際にどのようなものが要求されるのであろうか。この点について、事実に基づく嫌疑という概念は、単なる推測とは異なり、事実的基礎の診断と、そこから導かれる嫌疑の予測とから構成されるものであることが確認される。つまり、根拠となるべき具体的事実の分析評価と、そこから合理的な推論過程によって導かれるべき嫌疑の存在が要求されるのである⁽¹⁸⁾。

(二) BVerfG 判決は、この問題に言及し、比例性原則の考慮において現行規定の表現を超えて嫌疑の程度を高めることは必要ではないと判示した。すなわち、大盗聴は、それ自体が事案の解明に向けた事実を探知する手段であり、それによって得られたより高度の嫌疑に基づく勾留命令や公訴提起の前提となる処分であることから、これらの規定に要求される嫌疑の程度をこの段階で要求することは処分投入の許容性のために条件付けられるものではないということである。

iii. 補充性

(一) GG13 条3項によると、大盗聴は、「他の方法によるのでは、事実の解明が著しく困難であるか、又は見込みがない場合」に限り許される。つまり、他のより緩やかな手段によっても、大盗聴で得られるべき結果と同一の（或いはそれ以上の）結果が得られるのであれば、その手段によるべきであり、人権侵害は必要な限りにとどめられるべきという「比例性原則」(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) の具体化がここに表されている。刑訴法でも、憲法に定められたこの「補充性」(Subsidiarität) を継承しつつ、その対象として「事実の解明」に加えて「犯人の所在地の確認」を付け加えている。

この補充性要件に関して、第一に、前述のとおり、基本法では「事実の

(18) Bludovsky・前掲注(3), S.133ff..

「解明」だけがその目的として挙げられているが、StPO においてはさらに「犯人の所在確認」が付け加えられている。この点について、StPO 規定は、その文言上基本法が許容する範囲を拡張する可能性を持つものであることから、その合憲性が問題となる。この点について、両者の関係に着目し、StPO 規定上「又は」(oder) で結ばれていることから相互に独立した関係にあり、StPO はもっぱら犯人の所在地を確認するという目的での盗聴も認めるものということもできよう。しかし、補充性の観点からすると、他の手段によっても事実の解明が可能であるという場合にはもはや盗聴をすることは許されない、従って、犯人の所在地確認は事実の解明に資するべきものである場合に限りここでの目的に取り込まれるものと理解すべきであろう。

第二に、より重要な観点として、命令を発する時点で他の手段による目的達成が「著しく困難であること」の予測(困難性予測)又は「見込みがないこと」の予測(成果予測)が要求されるが、それらは具体的に如何なるものであるかが問題となる。前者に関して、従来 StPO では「非常に(wesentlich) 困難であること」(StPO100a 条1項=通信傍受, 旧 100c 条1項2号=住居外での非公然会話の傍受・録音) 或いは「(単に) 困難であること」(StPO 旧 100c 条1項1号=写真・ビデオ撮影等) という表現が存在したが、「著しく困難であること」という表現は、StPO 旧 100c 条1項3号において初めて使用された。このことから、他の補充性を要件とする規定との間で、大盗聴は、いわば段階的關係にあり、まさに最終手段(ultima ratio) としてのみ使用を許されることが読み取られる。つまり、他の規定との関係で、それらによるのでは人的、時間的、金銭的コストの観点で著しく過剰な負担が予測される場合、この要件の充足が認められる。また、後者の「見込みがないこと」という要件に関して、従来 StPO では「成果があまり期待できないこと」(StPO 旧 100c 条1項1

号),「成果がほとんど期待できないこと」(StPO98a 条1項=個人データのコンピュータ検索等),「見込みがないこと」(StPO100a 条1項,旧100c 条1項2号)といった表現が見られたが,ここでは最後の表現と同一のものが使用された。つまり,他の方法ではおよそ目的が達成される可能性がないことという,最も厳格な要件として定められている。具体的には,他の手段がそもそも事実上又は法律上の理由で投入できない場合,或いは投入可能であってもその過程で重大な障害が予測される場合である。

もっとも,著しく困難であることの予測から導かれる場合はともかく,見込みがないことの予測から大盗聴の実施が問題となる場合,他の同等の補充性を要件とする規定との優先関係が問題となる。この点について,大盗聴は基本法で言及されており,これは他の規定とは違ってまさに最終手段中の最終手段であるとの根拠であるとして,常に大盗聴が最終的なものであるということもできよう。しかし,例えばホテルの客室を短時間盗聴する場合と,同一の対象者に対して長期間通信傍受を実施する場合とを比較してみると,常に住居内会話盗聴の方が対象者にとっての権利侵害の程度が大きいはいえない。従って,少なくとも StPO 規定において同等の補充性要件が定められている規定との関係においては,住居内会話盗聴は,通常は最終手段であるべきと評価されようが,個別具体的事情においては他の規定より優先して使用されるべき場合も肯定されよう⁽⁹⁾。

(二) BVerfG 判決は,この補充性要件に関して,StPO 規定は憲法に適合するものであると判断している。

BVerfG は,まず,大盗聴に関する立法自体について,立法者の評価裁量を尊重しつつ,さらに具体的立法内容にも言及した上で,個別規定において憲法上の比例性の要請が十分確保されていると評価する。つまり,

(9) Bludovsky・前掲注(3), S.138ff..

StPO 規定に具体化された補充性要件は、「著しく困難であること」という前例をみない厳格さを要求するものであり、このことは、基本法改正時における、大盗聴を最終手段であるとする立法趣旨の表れであって、それは「見込みがないこと」の要件にも取り込まれなければならないという。従って、大盗聴は、他の同等の補充性を要件とする手段（通信傍受や隠密的捜査官投入等）との関係において常に劣後するものであり、その意味において憲法の要請を満たすものということになるとされる。

また、BVerfG は、StPO が基本法とは異なり事実の解明だけでなく犯人の所在地確認も目的に取り込んでいる点について、後者は前者に資する場合、例えば共犯者の所在確認などが事案の解明に資するべき場合に限り認められると判断している。

(2) 大盗聴の手続的要件

i. 裁判所（官）による命令

(一)(i) GG13 条 3 項によると、大盗聴の命令は、3名の裁判官により構成される合議体によって発出されることとされ、ただ、遅滞の危険がある場合に限り単独裁判官により発出することも認められている。これを受けて、StPO 旧 100d 条 2 項（新 100d 条 1 項）では、処分を申し立てた検察庁を管轄する地方裁判所（LG）の裁判所構成法（GVG）74a 条で定められた刑事部（内乱罪等所定の犯罪について管轄を有する「国家保護部」）のみが命令を発出することができ、ただ遅滞の危険がある場合に限り右合議体の裁判長が発出することもできると定められている。なお、後者の場合、命令発出より 3 日以内に合議体より承認を受けなければならず、承認されなかった場合には命令は失効する。

この命令権限に関し、特に要急事例について以下の問題がある。第一に、他の規定（例えば通信傍受や住居外盗聴）とは異なり、検察官の命令権限

がおおよそ排除され、裁判官に留保されている点が特徴的である。例えば、自動車の車内で行われる会話を傍受していたところ、車が自宅内車庫に入った瞬間に住居内会話盗聴に切り替わり、この時点で捜査を指揮する検察官ではなく、国家保護部の裁判長の命令を受けなければならないとすると、非常に流動的である捜査にとって困難をきたすことから、立法論として、少なくとも右のような事例について検察官の要急命令権限を制定すべきであるとの見解も想定される。但し、それは明らかに基本法の文言に反するものであるため、基本法の改正が前提となる。

第二に、裁判長による要急命令が発せられた場合、3日以内に合議体による承認が必要であるが、この点に関してもいくつかの問題がある。まず、承認が行われるべき3日間という期間について、承認は直ちに行われるべきであり、この期間はそのリミットを定めたものであるのか、又は裁判所が十分な審理を行うべきいわば持ち時間として定められたのかが問題となる。この点は、承認の有する機能、つまり命令自体の合法性審査だけでなく、命令の将来に向けた合目的性審査からの実質的判断の必要性、及び性急な裁定を求められるとすると安易に裁判長の判断に支配される危険が生じることなどを考えると、本規定ができる限り迅速な審査を受けるという対象者の利益とその実質的審査の必要性という観点を考慮した立法者による調整の表れであることに鑑みて、裁判所が十分な審査を行うために与えられた持ち時間と理解すべきであろう。

また、裁判所による審査範囲、及び審査対象となる基準時は如何に解すべきか。この点は、仮に命令発出の時点では盗聴の必要性があったが、承認の時点で消滅していたという場合を考えると、ここでの審査範囲は前記のとおり処分 of 将来に向けた合目的性にまで及ぶというべきであり、それゆえ、承認の時点をもとに判断すべきである（逆に、命令の時点では要件が欠けていたが、承認の時点では充足されているという場合、承認ではな

く、合議体として新たな命令を発出すべきである)。これにより、承認が得られなかった場合の遡及効の有無が問題となるが、その理由が命令自体の違法性にある場合には証拠排除の問題との関係から遡及効を認めつつ、命令自体が適法であるが承認の時点で将来に向けた必要性の欠如が認められた場合には将来効にとどめるべきであろう⁽²⁰⁾。

(ii) StPO 旧 100d 条 2 項 4 文準用 100b 条 2 項 2 文及び 3 文 (新 100d 条 2 項) によると、命令は、仮に遅滞の危険がある場合の裁判長による要急命令の場合でも書面によって発出されなければならない、またその内容においても処分の形態、期間、範囲が詳細に特定されていなければならない。この点について、例えば、処分に必要な準備行為又は付随的処分 (例えば盗聴器を設置するための住居への侵入) についても命令で言及されていなければならないかが問題となる。処分の実施は、捜査機関の事柄であり、その執行は検察官の責任とされていること (StPO36 条 2 項) からすると消極に理解することも想定されるが、そのような準備的又は付随的処分によっても基本権への強度の侵害が生じうることを考慮すると、すでに命令の時点でコントロールが及ぼされるべきであろう。

さらに、命令には、処分を正当化する理由が付されていなければならない。命令も裁判である以上、理由を付さなければならないのは当然であるが (StPO34 条)、盗聴のように被処分者に隠密的に行われる処分に関しては、裁判所の実質的審査の確保及び事後的救済の必要性という観点から、裁判所による理由の付記は特に重要なものとなる。

(iii) StPO 旧 100d 条 4 項 1 文によると、命令に際し、処分の期限が付されなければならない、それは最長 4 週間であると定められている (新 100d 条 1 項 4 文では「1ヶ月」と表記されることになった)。この 4 週

(20) Bludovsky・前掲注(3), S.158ff..

間という期限は、通信傍受が3ヶ月と定められていること（StPO100b条2項）と比較すると、立法者の特別な配慮が表れている。この規定に関して、その始期は命令発出の時点であるか、或いは処分開始の時点であるかが問題となる。この問題について、BGHは、近時（BGH 刑事第三部1998年11月11日判決⁽²¹⁾）、住居外会話の傍受が問題となった事例ではあるが、期限の始期は命令発出の時点であると判断した。処分による基本権制限の程度は命令の時点を基準として判断されるべきことを考慮すると、BGHの右判断は正当であり、かつ、その理論は当然に大盗聴にも転用可能であると思われる。

但し、StPO 旧 100d 条4項2文によると、盗聴命令に付された期限は、当初の命令と同一の要件において各々4週間を超えない範囲で延長することができる（新 100d 条1項5文では「1ヶ月ごと」）。もっとも、その都度、補充性要件との関係で、延長されるべき期間及び実施内容が実質的に判断されるべきである。また、StPO 旧 100d 条4項3文準用 100b 条4項（新 100d 条4項2文）によると、命令に付された期限内であっても、処分の要件が欠缺した場合には直ちに終了されなければならない⁽²²⁾。

(二) 上記のような裁判所（官）による命令権限規定について、BVerfGは、基本的に憲法適合性を認めている。そこでは、命令において要求される処分の特定性及び命令の基礎付けの重要性が指摘された上で、さらに、裁判所（官）による命令権限は、処分実施期間中のコントロール権限も含んでいるという理解から、裁判所（官）は命令に際し処分実施中の一定期間において捜査機関に対し報告を求めることもできると判示されている

(21) BGHSt 44,243.

(22) Bludovsky・前掲注(3), S.173ff.; Krause・前掲注(14), S.240ff. は、命令の期間が長すぎる、また第三者を対象とする場合の期間延長は認めるべきではないと主張する。

(新 100d 条 4 項 1 文に成文化された)。

また、処分期間の期限及び延長に関しても、比例性原則の遵守を要件に、憲法上否定されるべきではないと判示する。さらに、延長の判断に際し当初とは別の列挙犯罪を対象とする必要性が生じた場合、その時点で許容性が認められるのであれば処分延長として許される。

(三) 前述のとおり、BVerfG 判決は、裁判管轄等に関して合憲性を認めたため、新法は、基本的に旧法を継承している。もっとも、処分期間延長が 6 ヶ月を超える場合、以後の延長に関して OLG に管轄が移ることが定められた。この点は、上級裁判所によるより慎重な手続を要求することで、処分の適法性が実質的かつ客観的観点から検討されるべきことが担保されうるものであり、評価できるものと思われる。

ii. 処分行為

GG13 条 3 項によると、大盗聴のための技術的手段の投入が許容されるが、StPO 旧 100c 条 1 項 3 号 (新 100c 条 1 項) では、これを具体化して、技術的手段による傍受・録音の使用が定められている。ここでいう技術的手段の投入とは、例えば補聴器のような個人の聴力を補助する道具の使用を含むものではなく、また単に住居外から聞き耳を立てる行為などもっぱら人的作用にとどまるものを除く概念である。

このように、技術的手段の投入は、一定の聴覚的器具の使用を必要とするものであり、例えば住居内に盗聴器を設置する (或いはそれを取り外す) など準備的処分又は付随的処分の可否が問題となる。この点について、捜査一般として許容されるような性質のもの (日本でいう任意処分) は、捜査機関の一般的権限により許容される (StPO161 条, 163 条)。また、それを超える処分についても、当該処分に必然的に結びつくもの、或いは処分を実施するために典型的に不可欠であるものは、中心となる処分の規定に際して立法者より「推断的に」(konkludent) 授權されるものと理解さ

れている。それゆえ、問題は、どのような処分が中心となる処分に必然的に結びつくもの、或いは典型的に不可欠のものという要件を満たすかという点にある。住居内会話盗聴に際し、盗聴器の設置及び取り外しの作業を行うための住居への立入は、例えば合鍵による開錠或いは住居者に対する身分の欺罔を含めて、推断的に授權されていると見てよいであろう。また、対象となる住居から密かに発信機の電力を流用することも、同様に考察できる。もっとも、中心となる処分規定による推断的授權という前提からは、当該主要処分によるものを超える（或いは捕捉されない）権利侵害に至るようなものは、もはや許容されないというべきであろう⁽²³⁾。

iii. 処分客体

(一) GG13 条3項によると、大盗聴は、被疑者・被告人の滞在が推定される住居に対して実施することを許される。これを受けて、StPO では、被疑者・被告人の住居内で行われる会話の傍受・録音は、被疑者・被告人の自宅を対象とする場合に限られ（StPO 旧 100c 条2項＝新 100c 条3項1文）、但し、一定の事実から被疑者・被告人の滞在が推定され、かつ、被疑者・被告人の自宅の監視だけでは事実の解明又は犯人の所在が確認できない場合（さらに、それは他の方法では著しく困難であるか又は見込みがないという場合）に限り、第三者の住居を対象とすることも許容されている。このことから、傍受の客体は、被疑者・被告人の会話であるが、しかし、会話はおよそ相手方の存在を前提とするものであり、それゆえ、不可避免的に第三者が捕捉されることも容認されている（StPO 旧 100c 条3項＝新 100c 条3項3文）。

もっとも、これにより、被疑者・被告人以外の自宅が盗聴の対象とされる場合、第三者が不可避免的に捕捉されるべき状況は無限定なものとなるお

(23) Bludovsky・前掲注(3), S.180ff..

それがある。この点について、確かに、基本法上は被疑者・被告人の所在が推定されることしか要求されていないが、StPO 規定による限り、その他の者の住居が対象とされる場合には實際上被疑者・被告人がそこに所在していることの確認まで要求されるというべきであり、これにより不必要な処分が排除されるよう運用されるべきであろう。

処分客体について特に問題があるのは、特に保護されるべき、特定の人的範囲に属する人との間で行われる会話である。この点について、第一に、StPO 旧 100d 条 3 項 1 文（新 100c 条 6 項 1 文）によると、StPO53 条により証言拒否権を有する職業上の秘密保持者との会話は、当該職業者において共犯等の嫌疑が存在しない限り（StPO 旧 100d 条 3 項 4 文＝新 100c 条 6 項 3 文）、処分の対象から除外されている。StPO53 条は、宗教家、刑事弁護人、医師等、職業上他者の秘密に触れることが本来的に予定される職業者においては、依頼者との高度の信頼関係がその職務遂行の前提であることから、証言拒否権に基く秘密保持の権利を保障することで、その職業者と依頼者との信頼関係を保護すべきことを目的とする。このような高度の信頼関係に基づく会話が密かに傍受されることになれば、右のような証言拒否権の趣旨が潜脱されることから、傍受の対象から除外されている。もっとも、StPO 旧 100d 条 3 項 1 文は、そのような信頼関係を実質的に考慮するという形式ではなく、StPO53 条に形式的に依拠するにとどまる。それゆえ、そこに含まれる連邦又は州の議会議員や、出版等に関わるジャーナリスト等、証言拒否権が必ずしも依頼者との信頼関係の保護を目的とするものとはいえない職業者に関しても傍受の対象から除外されることとなる。他方、被疑者・被告人がその配偶者や家族（StPO52 条参照）と行う会話、或いは 53 条に列挙される職業者の業務補助者との会話（StPO53a 条参照）については、傍受・録音の対象から除外されておらず、単にその内容上証拠使用を制限されるにとどまる（StPO 旧 100d

条3項3文)。このような一定の人的範囲に属する者との会話の傍受対象からの除外に関して、現行規定における証言拒否権への従属は、被処分者にとっての高度の人格領域への侵害という程度において不均衡さを残すものと指摘されていた⁽²⁴⁾。

(二) BVerfG 判決は、処分客体、特に傍受・録音処分から除外されるべき一定の人的範囲の問題について、StPO 規定は部分的に憲法に反すると判断した。BVerfG は、確かに、夫婦や同居の家族など特に親密な関係にある者との会話について、一定の要件において証拠使用禁止が定められているが、それだけでは不十分であると判示する。また、StPO 旧 100d 条3項2文によると、処分により得られた情報が証拠使用禁止に該当する場合、そもそも処分の実施を許されないとされているが、そこでも、「全ての情報」が使用禁止に該当することが要件とされており、この規定による処分の実施禁止はおよそ例外的な場合に限定されるとの懸念が示されている。BVerfG は、一定の人的範囲においては、特に私的生活形成の核心領域に属する会話が行われることが蓋然的である場合、それはおよそ傍受処分から除外されるべきことが要請されると判示し、StPO 規定はそのような要請に応えるべきものとはなっていないと断じている。

BVerfG 判決のこの判示部分について、学説上多くの批評が寄せられている。Josef Ruthig⁽²⁵⁾ は、この点について (BVerfG の住居概念の不明確さと共に)、保護の対象となる人的範囲が個別事情における対象当事者間の親密度に従属することになり、非常に不明確なものとなると分析し、立法による明確化を要請する。Günter Haas⁽²⁶⁾ 及び Martin Kutscha⁽²⁷⁾

(24) Bludovsky・前掲注(3), S.226ff..

(25) Josef Ruthig, Verfassungsrechtliche Grenzen der heimlichen Datenerhebung aus Wohnung (Anm.), GA 2004,587.

(26) Günter Haas, Der "Große Lauschangriff" (Anm.), NJW 2004,3082.

(27) Martin Kutscha, Verfassungsrechtlicher Schutz des Kernbereichs ↗

も、家族間とはもかくとして、それ以外の関係においてどのような場合に親密に当たるかを決定することは困難な問題であり、捜査機関は、万一に備えて予め被疑者・被告人の人的交際関係を包括的に調査しておく必要に迫られ、場合によっては盗聴よりも強度の基本権侵害が惹起される虞があると指摘する。Erhard Denninger²⁸⁾ は、BVerfG の判断によると、保護は二重の意味で主観的な基準、つまり①人的範囲及び②会話の内容という観点に結び付けられることになるが、その分別はやはり非常に困難な問題であると分析する（Denninger は、少数意見は単純に「住居」という場所に着目した保護基準によるものであり、明確な判断が可能であると支持する）。さらに、Oliver Lepsius²⁹⁾ は、Denninger の挙げる 2 点に加えてさらに場所による限定も必要であるとし、これらの判断には従来よりも相当高額のコストを必要とするであろうと分析する。他方、Edda Weßlau³⁰⁾ は、BVerfG 判決はここでの検討に際して人間の尊厳の保護にのみ着目していることから、例えば議会の議員及びジャーナリストについて特別の保護が妥当すべきこと（例えば、議員は仮に共犯関係が認められる場合でも差押免除特権を享受し、ジャーナリストも比例性の考慮において相対的に保護を受けるが、このことは他の民主的政治過程の保護という趣旨によるものであるから、人間の尊厳の保護にのみ着目していたのでは

↘ privater Lebensgestaltung – nichts Neues aus Karlsruhe? (Anm.), NJW 2005,20.

(28) Erhard Denninger, Verfassungsrechtliche Grenzen des Lauschens (Anm.), ZRP 2004,101; ders, Der “große Lauschangriff” auf dem Prüfstand der Verfassung, in GS-Lisken, S.13, 2004.

(29) Oliver Lepsius, Der große Lauschangriff vor dem Bundesverfassungsgericht(1)(2) (Anm.), Jura 2005,433 und 2005,586.

(30) Edda Weßlau, Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung –Auswirkung auf den Strafprozess–, in GS Lisken, S.47.

十分な保障を与えることができないとして) を看過していると批判する。

このように、BVerfG 判決のこの点に関する判示部分は、その具体的結論はともかくとして、特に基準の明確さという観点から、後の立法に際しても困難な課題を残していたといえよう。

さらに、BVerfG は、StPO 規定上、処分が実施されている最中に不意に右のような絶対的に保護されるべき会話が行われた場合、当該処分を中断すべきことについて「十分な予防的措置」が定められていない点についても言及し、このような状況における処分の継続はおよそ違法であることを前提にそのような状況への立法的対応を要求している。

(三) 上記のように、BVerfG 判決の判示及びそれに対する学説からの評価を基に、新法は、第一に、監視の対象となる場所及び人的関係から私的生活形成の核心領域に属する会話が捕捉されないことを要求する (StPO 新 100c 条 4 項 1 文)。この点は、旧法が絶対的に保護されるべき会話を証言拒否権者の範囲に限定していたことに対する BVerfG 判決の指摘を受けて、右規定を残しつつ、さらに特に親密な関係に基づく会話を排除するために、処分から除外されるべき範囲が拡張された。なお、会社や職場での会話、及び犯罪に関する会話について、私的生活形成の核心領域には属さないことの推定規定が定められた (StPO 新 100c 条 4 項 2 文)。

第二に、新法では、処分実施中に私的生活形成の核心領域に属する会話が捕捉されたことが判明した場合、直ちに処分を中断し、録音された部分を消去すべきことを法定した (StPO 新 100c 条 5 項 1 乃至 2 文)。この点も、BVerfG 判決より指摘されていたことであり、新法では、さらに、対象者の事後的な権利救済に備えて、当該情報が捕捉及び消去されたことについて記録化しておかなければならないことが定められている (StPO 新 100c 条 5 項 3 文)。

iv. 対象者への通知

(一) 盗聴は、実施時点では対象者に秘匿して行われる処分であるが、StPO 旧101条1項1文によると、人の身体及び生命、調査の目的、公共の治安、非公然に活動する捜査官の以後の使用可能性といったものが危ういものとならない限りで、処分実施後直ちに対象者に通知されることとされていた。特に、大盗聴に関して、右目的から通知が延期された場合、その期間が6ヶ月を超えてさらに延長される場合には、裁判官の承認を受けなければならないとされていた（StPO 旧101条1項2文）。ここでいう対象者には、被疑者・被告人だけでなく、住居の所有者、居住者、不可避的に対象とされる第三者も含まれる。これにより、対象者が事後的に処分を認知し、不服があれば救済を求めることを保障することを趣旨とする。

(二) この点について、BVerfG 判決は、GG19 条4項（公権力の行使に対する不服申立の保障）及び103条1項（裁判所の面前で法的聴聞を受ける権利）の基本法の趣旨に十分適合するものではないと判断した。BVerfG は、まず、通知制度の不備について、市民がある公権力の行使に対する法的救済を求めるにはそもそも当該処分を認知する必要がある、それゆえ処分について通知を受けることが憲法上要請される、その権利も他の公的利益から一定期間延期されるなどの制限を受けるものであるとしても、StPO 旧101条1項1文に規定された人の身体及び生命、調査目的の危殆化という観点は格別、公的治安や非公然に活動する捜査官の以後の投入可能性といった観点は、市民の通知を受ける権利を制限する根拠とはなりえないと判示した。

また、BVerfG は、通知の延期期間が延長されるに際しての裁判所の裁定機会について、その期間が6ヶ月以上であるという点は格別、延長の期間如何にかかわらず一度しか予定されていない点は基本法の要請を満たさない、StPO 旧 100e 条1項3文による検察官の上級司法官庁への報告

義務もこの保護に代替するものではない、さらに、裁判所の裁定について、旧101条1項3文によると、公訴提起後は公判裁判所にその管轄が移ることとなっているが、公判裁判所が被疑者・被告人の認知しない情報を持つこととなり、GG103条1項の要請に反すとも判示している。

(三) 新法では、通知を受けるべき対象者の範囲が法定されるとともに、通知を延期する理由について、BVerfG判決が指摘した旧法上の公的治安の危殆化及び非公然に活動する捜査官の以後の投入可能性の危殆化という項目が削除された。もっとも、既存の調査目的の危殆化及び人の生命又は身体の危殆化に加えて、さらに人の自由及び重要な財産の危殆化が付け加えられた(StPO新100d条8項3文)。右二点は、BVerfG判決が指摘する基本権を制限するための根拠となりうるだけの重要なものに限定されるべきであろう。

また、通知が延期される期間が延長される場合、新法では、6ヶ月ごとに裁判所の承諾を要するものとされた(StPO新100d条9項1乃至2文)。この点は、BVerfG判決で指摘されたように、従来は裁判官より一回限り裁定されることになっていた点を改めたものであるが、新法では、これに加えて、延期期間が通算18ヶ月を超える場合には、それ以後の延期に関してOLGが裁定することと定められている(StPO新100d条9項4文)。やはり、他の裁判所の裁定を求める機会を設けることで、より慎重に、かつ恣意的な判断の回避を目的とするものである。

(3) 証拠使用に関する問題点

次に、公判手続等、傍受処分が実施された後の手続段階における、処分によって得られた証拠(情報)の使用可能性の問題について検討する。ここでは、特に、情報獲得過程における違法行為に基づく証拠使用禁止(従属的証拠禁止)と、先行手続の違法性を前提としない証拠使用禁止(独立

的証拠禁止) とに区別して論究する。

i. 従属的証拠禁止

証拠採取過程において違法行為が存在した場合、なおも証拠として事後の手続で使用されるとすると、当該違法行為による市民に対する権利侵害は継続するため、証拠使用禁止が要請される。如何なる場合に証拠使用禁止を導くかについて、わが国と同様、ドイツにおいても争いがあるが、およそ全ての手続違反が使用禁止を導くという見解は少数にとどまり、一般的には、具体的事例における利益衡量及び違反された規定の保護目的を考慮して個別的に決定されるべきものと理解されている。それゆえ、前述(三2(2))で検討した分類に従って考察することが有益であると思われる。

(i) 命令の実体的要件違反

例えば、対象とされる犯罪がそもそも法定されていないものであった場合、そのような瑕疵は重大であり、当該証拠の使用は禁止されるべきであろう。また、嫌疑の程度及び処分の補充性審査における判断の瑕疵も、憲法上の比例性の考慮において同様に考察すべきである。もっとも、そのような違法な処分から派生して得られる証拠の使用に関しては、さらに問題が生じる。この問題は、わが国でも盛んに議論されているものであるが、証拠使用禁止を基本としつつ、違法な処分と当該派生証拠獲得との関連性の程度から判断されるべきものであろう。

(ii) 命令の手続的要件違反

例えば、命令権限の規定に反して、StPO で定められたものとは別の機関(例えば AG 捜査判事)により命令が発せられた場合、当該処分によって得られた証拠の使用可能性はどうなるか。およそ恣意的に StPO 規定が潜脱されたという場合、基本法及び StPO の趣旨は実質的に侵害され、それゆえ証拠の使用は禁止されるべきであろう。もっとも、具体的要件(例えば要急命令発出の要件)の解釈を誤ったなど、必ずしも規定を潜脱

する趣旨があったとはいえない場合は問題である。この場合、証拠使用禁止の趣旨をどのように解するかが問題であるが、これを司法機関に対する懲戒的なものと理解するならば、規定潜脱の意図が認められない場合には使用禁止による制裁を発動する必要はないように思われる。もっとも、この場合でも、処分の対象者からしてみれば、当該規定が予防的に慎重な手段によって保護しようとした趣旨が妥当していないのであり、基本的に使用禁止が発動されるべきではないだろうか。

以上に対し、命令発出に際しての書式、基礎付け、期限の指定等およそ形式的な瑕疵は、基本的に証拠使用禁止を導かないというべきであろう。もっとも、処分の理由が全く付されていない等瑕疵の程度が重大なものである場合には、もはや治癒不可能なものともみることが可能である。

(iii) 処分実施段階での違反

処分実施の段階で、法定された要件又は命令によって定められた条件に違反した活動が行われることが想定される。例えば、犯罪解明ではなく、もっぱら個人情報を獲得するという目的で実施された場合等はなおのこと、例えば、準備処分や付随処分についておよそ許されない手段が採られたような場合、当該主要処分により得られた証拠の使用は禁止されるべきであろう。

これに対し、例えば、本来対象とすることを許されない客体について処分が実施された場合はどうか。例えば、被疑者・被告人以外の人との会話が本来許容されない形で傍受・録音されてしまった場合、その情報は被疑者・被告人本人の手続で使用できるだろうか。確かに、処分の対象が被疑者・被告人に限定されていることの趣旨は、被疑者・被告人本人ではなく、除外されるべき第三者の権利を保護することにある。もっとも、盗聴の場合、それによって得られた会話内容が証拠として使用される、つまり公開されることは、それ自体が本来保護されるべきである第三者の権利を侵害

するものである。従って、このような場合も、基本的に証拠としての使用が禁止されるべきであろう。

ii. 独立的使用禁止

上述の従属的使用禁止の場合とは異なり、証拠獲得の手段自体は適法であるが、後の手続でそれを証拠として使用することが一定の権利侵害を生じさせるため、そのような使用を禁止されるべき場合が存する。

(i) StPO 旧 100d 条 3 項 3 文及び 4 文

StPO 旧 100d 条 3 項 3 文によると、前述のとおり、夫婦や同居の家族、或いは職業上の秘密保持者の補助者との会話は、一般的に傍受処分から除外されるわけではなく、その内容に応じて証拠から除外されうるにとどまっていた。また、StPO 旧 100d 条 3 項 4 文によると、会話相手が職業上の秘密保持者として証言拒否権を有する者 (StPO 53 条 1 項) であったとしても、その者自身に共犯等の嫌疑が存在する場合には傍受禁止は解除されるが、その場合でも、それにより得られた証拠の使用に際しては、比例性原則を考慮して必要な限度にとどめられなければならない。

(ii) StPO 旧 100d 条 5 項 2 文

適法な傍受処分の過程で、ときおり、処分命令の対象とされたものとは別の犯罪に関する情報が得られる場合がある (いわゆる「偶然発見情報」)。しかし、ある国家活動により得られた情報は、当該処分の目的との関係において使用を許されるのであり、それ以外の目的での使用は基本的に許されない⁽³¹⁾。このような情報使用に際しての目的制限からは、解明の目的である処分の対象とされたものとは別の犯罪を訴追する目的で偶然発見情報を使用することは、基本的に許されない⁽³²⁾。

(31) BVerfGE 65,1 (いわゆる「国勢調査事件判決」)。

(32) 通説によると、ここでいう別の犯罪とは訴訟上の所為を基準に決定されると理解されており、例えば、謀殺罪を実行するために住居侵入罪を実行したよう

もっとも StPO 旧 100d 条 5 項 2 文によると、当該偶然発見情報が当初の目的とは別の犯罪に関する証拠であったが、その犯罪もやはり StPO に列挙された指定犯罪であった場合には、別の刑事手続において使用することを許されるとされていた。この規定は、目的拘束性による被処分者の利益と、列挙犯罪の解明に向けた国家の利益との立法上の衡量の結果である³³⁾。

(iii) 不要情報等の消去義務

StPO 旧 100d 条 4 項 3 文準用 100b 条 6 項によると、傍受処分により得られた情報がもはや刑事訴追に不要となった場合、直ちに消去されなければならない。加えて、学説上、当該情報が私的生活形成の核心領域に基づくものである場合にも、それが単に証拠から排除されるというだけでなく、直ちに消去されるべきであると理解されている³⁴⁾。

iii. BVerfG 判決

上記のような証拠使用禁止（及び当該情報の消去義務）に関して、BVerfG は、StPO 規定は基本法の要請を十分配慮していないと判断した。

まず、証拠使用禁止に関して、BVerfG は、基本法は私的生活形成の核心領域に属する会話については包括的な使用禁止を要請すると前提した上で、現行 StPO 規定は、そのような保護を保障していないと判示する。すなわち、BVerfG は、職業上の秘密保持者はともかく、親密な家族や職業上の秘密保持者の補助者との会話については一定の場合使用を認めら

↘な事例では、前者と後者に所為の同一性が肯定されるため、住居侵入罪に関する情報の使用は認められる。

(33) Bludovsky・前掲注(3), S.271ff.; Krause・前掲注(14), S.243ff. は、訴訟上の単一性が認められる場合に限定すべきであると主張する。

(34) Meyer-Goßner・前掲注(17), S.349.

れることとなっていることを批判する。また、StPO 旧 100d 条 3 項 5 文によると、起訴前手続においても証拠の使用可能性について所定の国家保護部裁判所が裁定することとなっているが、処分の対象者がそもそも当該処分に不知であることを考えると、より積極的な関与の機会が求められるべきである。

また、前述のように、私的生活形成の核心に属する会話の即時の消去義務が法定されていない点についても、当該情報が長期間存続することにつながり、基本権の保護を危ういものとするとして判示した。もっとも、BVerfG は、逆に、不要情報の消去義務を定める StPO 規定は、そのことの記録を残しておくべき義務を定めていない点に鑑みると、事後的な権利救済を保障する GG19 条 4 項の観点から疑わしいものであるとする。

さらに、BVerfG は、StPO 旧 100d 条 5 項 2 文等に基づく他の手続への情報の転用について、規定の趣旨自体は格別、情報を転送する手続において、当該情報がどのような手続で獲得されたものであるのかを特定しておかなければ目的拘束性の趣旨は損なわれると判示し、情報を送る側にも、また受け取る側にも当該情報の特定及び識別に関する義務 (Kennzeichnungspflicht) を課していない点で、現行 StPO 規定は GG13 条及び 2 条 1 項、1 条 1 項の趣旨に反すると判示する。Christoph Gusy⁽³⁵⁾ は、この判示部分について、国家の情報採取及び加工に対する保護という近時の情報保護に関する判例の傾向に適合するものと評価している。

iv. 改正法

改正法は、まず、BVerfG 判決が指摘する、私的生活形成の核心領域に属する会話について、前述 (三 3 (2) iii) のとおり、そのような会話はそ

(35) Christoph Gusy, Lauschangriff und Grundgesetz (Anm.), Jus 2004, 457.

もそも傍受・録音を禁止され、また不意にそのような会話が記録された場合には直ちに消去すべき義務を法定した（StPO 新 100c 条 5 項 1 乃至 2 文）。もっとも、会話がそのような領域に属さない場合、たとえそれが家族や職業上の秘密保持者の補助者との間で行われたものであっても、従来どおり比例性原則に基づく他の利益との衡量から使用可能性が認められることとなった（StPO 新 100c 条 6 項 2 文）。また、使用可能性が疑われる場合の裁判所による裁定に関して、検察官は「直ちに」裁判所の裁定を求めなければならない、裁判所の右判断は事後の手続を拘束するという形で、手続的保障が加重された（StPO 新 100c 条 7 項）。

また、処分とは別の目的で使用する際に、新法は、情報を送る側、及び受領する側に対し、当該情報が特定されているような措置を採るべきことを法定し、これによって、目的拘束性が不当に潜脱されないよう配慮している（StPO 新 100d 条 7 項）。

四 まとめ

以上、本稿では、ドイツにおける住居内会話盗聴の問題について、2004 年 BVerfG 判決において判断された論点を中心に考察してきた。そこでは、特に組織犯罪（そもそも何を組織犯罪というか自体は問題であるが）に対する住居内会話盗聴を初めとする秘密的捜査の必要性と、処分の対象となる市民の諸権利との調整において、仮に処分実施自体は憲法上許容されうるものであるとしても、処分対象に応じて、保護の必要性及びその範囲が詳細に検討されていた。特に、国家機関による介入から絶対的に保護されるべき人間の尊厳に関わるプライバシー領域が、BVerfG 判例史上初めて具体的に認められた点は、非常に興味深い。そのような核心部分への介入は、いかに重要な公的利益が存在しようとも、およそ利益衡量の

俎上に乗せられるものではなく、不可侵のものとして保護されなければならないという結論は、参考に値する。さらに、右のような核心領域への侵害にはあたらない、いわば周辺領域への介入を行う場合にも、そのような行為が正当化されるためには、比例性原則の観点から十分な検討が必要であり、BVerfG 判決によると、解明を必要とされる対象犯罪が相当程度重要であり、かつ個別事例においても具体的に重要でなければならないと判示された点も、注目される点である。

ドイツにおける大盗聴に関する一連の議論は、確かに、そもそもそのような規定を憲法上及び制定法上有しないわが国にとっては、全く想外の出来事と映るかもしれない。しかし、そこでの議論は、現にわが国でも実施されている、通信傍受を代表とする秘密的捜査活動を検討する上で、大いに参考になるであろう。すなわち、本稿において示唆を得た議論は、他の秘密的捜査活動に際して、処分対象者にとっての絶対的に保護されるべき領域の承認、及び比例性原則の厳格な査定という点において、事前及び事後の対象者の救済という観点からは、その考え方はほぼそのまま妥当するともいいうるからである³⁶⁾。また、将来、わが国でもこの大盗聴や身分秘匿捜査官投入といった、秘密的捜査活動の導入、拡張が議論となるときにも同様の観点から検討すべき必要が生じるであろう。

以上のような示唆を得て、わが国の現行の秘密的捜査活動の問題点、及び新たな活動の導入の当否という問題について、対象とされる市民の権利を明確にしつつ、当該処分が如何なる態様で対象者の保護されるべき領域に作用するものであるのかという点の検討は、現在の組織犯罪対策に関する一連の議論を見るとき、喫緊の課題であると思われる。

(2006年5月脱稿)

³⁶⁾ Bergemann・前掲注(11), S.69.

参考資料

【ドイツ基本法】

GG13 条（住居の不可侵性）

- (1) 住居は、不可侵である。
 - (2) 捜索は、裁判官の命令による限りで許される、但し、遅滞の危険がある場合には制定法に定められた他の機関により命令が発せられ、制定法に定められた限りで実施することも許される。
 - (3) 一定の事実から、ある人が法律により個別に定められた特に重大な犯罪を実行したという嫌疑が基礎付けられる場合、犯罪の訴追のために、裁判官の命令に基づいて、聴覚的住居監視のための技術的手段を、被疑者・被告人が滞在すると推定される住居に投入することを許される、但し、それは、他の方法では事実の解明が著しく困難であるか、又は見込みがない場合に限られる。処分は、期限を付されなければならない。命令は、3名の裁判官により構成される合議体により発することができる。遅滞の危険がある場合には、単独裁判官により命令を発することもできる。
 - (6) 連邦政府は、連邦下院に対し、年度ごとに3項による……技術的手段の投入に関して報告しなければならない。連邦下院より選ばれた専門委員会は、この報告に基づいて、議会によるコントロールを行使する。州は、同様の議会によるコントロールを行う。
- (4)(5)(7) (略)

【ドイツ刑事訴訟法】

改正前	改正後
StPO100c 条	
<p>(1) 対象者に知らせることなく、以下の処分を行うことができる。</p> <p>1. 2. (略)</p> <p>3. 一定の事実から、ある人が以下に列挙する犯罪を実行したことの嫌疑が基礎付けられ、かつ、事実の解明又は犯人の所在地確認が他の方法では著しく困難であるか又は見込みがないという場合、住居内での被疑者・被告人の非公然に行われる会話を技術的手段によって傍受・録音することができる。</p>	<p>(1) 以下の場合、対象者に知らせることなく、住居内で非公然に行われる会話を技術的手段によって傍受・録音することができる。</p> <p>1. 一定の事実から、ある人が2項に列挙する特に重大な犯罪を実行し、又は未遂が処罰される場合にはその犯罪を実行しようとしたことの嫌疑が基礎付けられ、</p> <p>2. 当該所為が個別事例においても特に重大なものであり、</p> <p>3. 事実的根拠に基づいて、監視により事実の解明又は共犯者の所在確認</p>

改正前	改正後
	<p>にとって重要な被疑者・被告人の陳述が捕捉されることが認められ、</p> <p>4. 事実の探求又は共犯者の所在確認が、他の方法では著しく困難であるか又は見込みがないという場合。</p>
<p>平和を乱す罪，内乱罪（80乃至82条，85条，87条，88条），民主的法治国家又は州政府の危殆化，外患罪（94乃至96条—各々 97b 条にも関連付けられる—，97a 条，98乃至 100a 条）</p> <p>犯罪組織結成罪（129条 4 項），テロ組織結成罪（129a 条 1 項）—各々 129b 条 1 項にも関連付けられる—</p> <p>通貨偽造罪，有価証券偽造罪（146条，151条，152条），クレジットカード又は白紙ユーロ小切手の偽造罪（StGB 152b 条）</p> <p>謀殺罪，故殺罪（211条，212条）</p> <p>人身の自由に対する犯罪（232条 3 項，4 項，5 項，233条 3 項—各々重罪に該当する場合に限る—，234条，234a</p>	<p>(2) 1 項 1 号でいう特に重大な犯罪とは、以下のものをいう：</p> <p>1. 刑法典（StGB）から</p> <p>a) 平和を乱す罪，内乱罪（80乃至82条），民主的法治国家又は州政府の危殆化，外患罪（94条，95条 3 項，96条 1 項—各々 97b 条にも関連付けられる—，97a 条，98条 1 項 2 号，99条 2 項，100条，100a 条 4 項）</p> <p>b) 犯罪組織結成罪（129条 1 項のうち 4 項後段に該当する場合のみ）及びテロ組織結成罪（129a 条 1 項，2 項，4 項，5 項 1 文前段）—各々 129b 条 1 項にも関連付けられる—</p> <p>c) 通貨偽造罪，有価証券偽造罪（146条，151条—各々 152条にも関連付けられる—），クレジットカード，小切手，手形の営業的又は集团的偽造罪（152a 条 3 項），保証機能付クレジットカード及び白紙ユーロ小切手の偽造罪（152b 条 1 乃至 4 項）</p> <p>d) 性的自己決定に対する犯罪（176a 条 2 項 2 号又は 3 項，177条 2 項 2 号又は 179条 5 項 2 号の場合のみ）</p> <p>e) 児童ポルノ図画の頒布，取得，所持の罪（184b 条 3 項の場合のみ）</p> <p>f) 謀殺罪，故殺罪（211条，212条）</p> <p>g) 人身の自由に対する犯罪（234条，234a 条 1 項，2 項，239a 条，239b 条の場合のみ），性的搾取目的又は</p>

改正前	改正後
<p>条, 239a 条, 239b 条)</p> <p>集団窃盗罪 (244条 1 項 2 号), 加重集団窃盗罪 (244a 条)</p> <p>加重強盗罪, 強盗致死罪 (250条 1 項又は 2 項, 251条)</p> <p>強盜的恐喝罪 (255条), 恐喝罪 (253条のうち 4 項 2 文の要件を満たす場合)</p> <p>營業的故買罪, 集团的故買罪, 營業的集団故買罪 (260条, 260a 条)</p> <p>資金洗浄罪, 不法収益隠匿罪 (StGB 261 条 1 乃至 4 項),</p> <p>贈収賄罪 (StGB332 条, 334条)</p> <p>難民庇護手続法84条 3 項又は 84a 条の罪</p> <p>外国人在留法96条 2 項又は97条の罪</p> <p>麻薬法取締法29条 3 項 2 文 1 号に定められた条件に該当する犯罪, 又は同法 29a 条, 30条 1 項 1 号, 2 号, 4 号, 30a 条, 30b 条の犯罪</p>	<p>労働搾取目的での人身売買罪 (232条 3 項, 4 項, 5 項, 233条 3 項—各々重罪に該当する場合に限る—)</p> <p>h) 集団窃盗罪 (244条 1 項 2 号), 加重集団窃盗罪 (244a 条)</p> <p>i) 加重強盗罪, 強盗致死罪 (250条 1 項又は 2 項, 251条)</p> <p>j) 強盜的恐喝罪 (255条), 恐喝罪のうち特に重大な場合 (253条のうち 4 項 2 文の要件を満たす場合)</p> <p>k) 營業的故買罪, 集团的故買罪, 營業的集団故買罪 (260条, 260a 条)</p> <p>l) 資金洗浄罪, 不法収益隠匿罪のうち特に重大な場合 (261条のうち 4 項 2 文の要件を満たす場合)</p> <p>m) 贈収賄罪のうち特に重大な場合 (335条 1 項のうち同条 2 項 1 乃至 3 号の要件を満たす場合)</p> <p>2. 難民庇護手続法から:</p> <p>a) 難民庇護申請の悪用の教唆罪 (84条 3 項)</p> <p>b) a) の罪の營業的又は集团的教唆罪 (84a 条 1 項)</p> <p>3. 外国人在留法から:</p> <p>a) 外国人を不法入国させる罪 (96条 2 項)</p> <p>b) a) の罪の致死罪又は營業的・集团的実行 (97条)</p> <p>4. 麻薬取締法から:</p> <p>a) [麻薬密輸入・頒布等] (29条 1 項 1 文 1 号, 5 号, 6 号, 10号, 11号, 13条 3 項) のうち, 特に重大な事例 (29条 3 項 2 文 1 号で定められた要件を満たす場合)</p> <p>b) [未成年者への麻薬譲渡, 大量取引等] (29a 条, 30条 1 項 1 号, 2</p>

改正前	改正後
<p>兵器取締法19条1乃至3項, 20条1項又は2項—21条, 22a条1乃至3項にも関連付けられる一の犯罪 対外経済法34条1乃至6項の犯罪</p> <p>ジェノサイト (VStGB6条)</p> <p>武器取締法51条, 52条1項1号, 2号c及びd, 5項, 6項の犯罪</p>	<p>号, 4号, 30a条)</p> <p>5. 兵器取締法から:</p> <p>a) [原子兵器開発, 密輸, 譲渡の罪等の営業的又は組織構成員としての実行] (19条2項), [生物・化学兵器の開発, 密輸, 譲渡の罪等]のうち, 20条1項の要件を満たす場合</p> <p>b) [その他の兵器の無許可製造等] (22a条1項)のうち特に重大な場合 (2項に定める営業的又は組織構成員としての実行)</p> <p>6. 国際刑法から:</p> <p>a) ジェノサイト (6条)</p> <p>b) 人道に対する犯罪 (7条)</p> <p>c) 戦争犯罪 (8条乃至12条)</p> <p>7. 武器取締法から:</p> <p>a) [自動小銃の製造, 取得, 所有の罪等] (51条1項)のうち特に重大な場合 (2項の要件 [営業的又は組織構成員としての実行]を満たす場合)</p> <p>b) [半自動小銃や突刺乃至僕撃用武器の製造, 取得, 所有の罪等] (52条1項1号)のうち, 特に重大な場合 (5項の要件 [営業的又は組織構成員としての実行]を満たす場合)</p>
<p>(2) (中略) 1項3号の処分は, 被疑者・被告人の自宅に対してのみ実施を許される。但し, その他の者の住居においても, 一定の事実から被疑者・被告人がそこに滞在すると認められ, 被疑者・被告人の住居での監視だけでは事実の解明又は犯人の所在が確認できず, それは他の方法では非常に困難であるか又は見込みがないという場合に限り許容される。</p>	<p>(3) 処分は, 被疑者・被告人だけを対象に, 被疑者・被告人の自宅に対してのみ実施を許される。その他の者の住居においては, 一定の事実から次のことが認められる場合に限り, 処分が許される:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 100d条2項の命令で示された被疑者・被告人がその場所に滞在していること, 2. 被疑者・被告人の住居における処分だけでは, 事実の解明又は共犯者

改正前	改正後
<p>(3) 第三者が不可避的に関係する場合でも、処分を実施することができる。</p>	<p>の所在が確認できないこと。 この場合、他の者を対象とすることが避けられない場合でも、処分を実施することができる。</p>
	<p>(4) 事実に根拠、特に監視されるべき場所の形態及び監視されるべき人相互の関係から、監視により私的生活形成の核心領域に属する発言が補足されることはないことが推認される場合に限り、処分を命じることができる。会社又は仕事場での会話は、通常、私的生活形成の核心領域に属さないものと推定する。実行された犯罪に関する会話や、それを手段として犯罪を実行すべき発言も、同様である。</p>
	<p>(5) 傍受・録音は、監視の途中で私的生活形成の核心領域に属するべき発言が含まれることの根拠が生じた場合、直ちに中断されなければならない。そのような発言に関する記録は、直ちに消去されなければならない。そのような発言に関する情報は、使用を許されない。該情報が補足されたこと及びその消去に関する事実は、記録しておくなければならない。処分は、1文により中断された場合、4項で定められた条件の下で継続することを許される。処分の中断又は継続に関して疑わしい場合には、裁判所の裁定を求めなければならない；100d 条4項を準用する。</p>
<p>(100d 条3項) 53条1項の場合、100c 条1項3文の処分は許されない。処分から得られるべき全ての情報が使用禁止に服することが予期される場合も同様である。52条及び 53a 条の場合、</p>	<p>(6) 53条の場合、1項の処分は許されない；処分の途中又は実施後に53条の場合にあたることが判明した場合、5項2乃至4文を準用する。52条及び 53a 条の場合、1項の処分から得ら</p>

改正前	改正後
<p>100c 条 1 項 3 号の処分から得られた情報は、基礎となる信頼関係の意義の考慮が事実の探求又は行為者の所在確認の利益を凌駕しない場合に限り、使用を許される。証言拒否権者に共犯又は人的庇護罪、処罰妨害罪、盗品罪の嫌疑が存する場合、1 文は適用されない；また、この事情は、比例原則の検討において考慮されなければならない。準備手続では、使用可能性について、2 項 1 文で定められた裁判所が裁定する。</p>	<p>れた情報は、基礎となる信頼関係の保護が事実解明又は被疑者・被告人の所在地確認の利益を凌駕するのではない場合に限り、使用を許される。証言拒否権者に共犯又は人的庇護罪、処罰妨害罪、盗品罪の嫌疑が存する場合、1 文及び 2 文は適用されない。</p>
	<p>(7) 5 項により使用禁止が問題となる限りで、検察官は、直ちに、得られた情報の使用可能性に関して、命令を発した裁判所の裁定を求めなければならない。裁判所が使用可能性を否定した場合、その判断は後の手続を拘束する。</p>
100d 条	
<p>(2) 100c 条 1 項 3 号の処分は、当該事件の担当検察庁を管轄する LG の GVG74a 条で定められた刑事部のみが命令を発することができる。遅滞の危険がある場合、右命令は、裁判長により命じることできる。右命令は、3 日以内に刑事部から承認を受けない場合、失効する。</p> <p>(4) 100c 条 1 項 3 号の命令は、最長 4 週間の期限が付されなければならない。処分に関する要件が継続している限りで、4 週間を越えない延長が許される。</p>	<p>(1) 100c 条の処分は、検察官の申立に基づき、申立を行った検察官を管轄する LG の GVG74a 条 4 項で定められた刑事部のみが命令を発することができる。遅滞の危険がある場合、右命令は、裁判長により命じることできる。右命令は、3 日以内に刑事部から承認を受けない場合、失効する。命令は、最長 1 ヶ月の期限を付されなければならない。延長は、その都度 1 ヶ月を超えない限りで、それまでの捜査結果を考慮した上で条件が継続している場合に限り許される。命令の継続が全体として 6 ヶ月に及ぶ場合、さらなる延長に関しては OLG が裁定する。</p>
<p>(2 項 4 文) 100b 条 2 項 1 乃至 3 文</p>	<p>(2) 命令は、書面で下される。命令に</p>

改正前	改正後
<p>を準用する。〔命令は書面による。命令には、対象となる者の氏名、住所、電話番号等の識別手段を記載しなければならない。処分の種類、範囲、期間も特定していなければならない。〕</p>	<p>は、以下のことが記載される。</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 判明している限りで、処分の対象となる被疑者・被告人の氏名及び住所 2. 処分の根拠となる被疑事実 3. 監視されるべき住居又は居室 4. 処分の方式、範囲、期間 5. 処分により得られるべき情報の態様及び手続にとってのその意義
	<p>(3) 命令又は延長の基礎付けにおいて、その要件及び本質的な衡量点が記載されなければならない。詳細には、特に次のことが記載されなければならない：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 嫌疑を基礎付ける一定の事実 2. 処分の必要性及び比例性に関する本質的衡量 3. 100c 条 4 項 1 文の意味での事実的根拠
<p>(4 項 3 文) 100b 条 4 項を準用する。〔100c 条 1 項 3 号に掲げる要件が存在しなくなったときは、命令に基づき実施されている処分は、直ちに終了しなければならない。処分終了は、裁判官に通知しなければならない。〕</p>	<p>(4) 命令を発した裁判所は、処分の経過及び結果について報告を受けなければならない。命令の要件がもはや存在しなくなった場合、裁判所は、検察官が処分を中止していない場合、処分の中止を命じなければならない。処分中止の命令は、裁判長により行うことができる。</p>
<p>(4 項 3 文) 100b 条 6 項を準用する。〔処分により得られた資料が刑事訴追に必要でなくなった場合、検察官の監督の下で直ちに廃棄されなければならない。廃棄については、調書を作成しておかなければならない。〕</p>	<p>(5) 処分により得られた情報は、刑事訴追及び10項による裁判所の何らかの審査にとってもはや必要ではないという場合、直ちに消去されなければならない。消去は、記録しておかなければならない。消去が単に10項の審査のためにのみ延期されている場合、情報は、封鎖されなければならない；当該情報は、その目的でのみ使用を許される。</p>

改正前	改正後
<p>(5) (中略) 100c 条 1 項 3 号の処分によって得られた個人情報、その分析の結果、100c 条 1 項 3 号で列挙された犯罪の解明に必要な情報が得られた場合に限り、他の刑事手続で証明のため用いることができる。</p> <p>(100f 条 1 項) 100c 条 1 項 3 号の処分により得られた個人情報は、刑事訴追目的で、或いは個別事例における人の生命、身体、自由又は重要な財産に対する危険の回避の目的でのみ使用を許される。</p>	<p>(6) 聴覚的住居監視から得られた個人情報は、以下の基準に照らして、他の目的で使用を許される：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 100c 条の処分により得られた使用可能な個人情報は、他の刑事手続において、監視された人の承諾を得ることなく、100c 条の処分の根拠となった犯罪の解明のため、又はそのような犯罪の被疑者・被告人の所在地を確認するためにのみ、使用を許される。 2. 100c 条の処分により得られた個人情報（100c 条 6 項 1 文後段の場合も含む）の危険回避目的での使用は、個別事例で存する生命の危険、又は人の身体若しくは自由又は公共の利益に資する重要な物件、重要文化財、又は StGB305 条所定の物件〔船舶、橋梁、ダム、道路、線路、建物〕に対する切迫した危険を回避する目的でのみ許される。100c 条の処分により得られた使用可能な個人情報は、個別事例で存するその他重要な財産的利益に対する切迫した危険の回避のためにも使用を許される。情報が危険回避又は危険回避のため行われた処分に関する裁判上の審査のためもはや必要ではないという場合、この情報に関する記録は、危険回避に管轄を持つ機関より、直ちに消去されなければならない。消去は、記録しておかなければならない。消去が単に裁判上の審査のためにのみ延期される場合、当該情報は、封印されなければならない；当該情報は、右目的のためにのみ使用を許

改正前	改正後
<p>(100f 条 2 項) 個人情報 が 100c 条 1 項 3 号 の 処 分 に 相 応 す る 警 察 法 上 の 処 分 に よ っ て 獲 得 さ れ た 場 合, 当 該 情 報 は, 分 析 の 結 果 100c 条 1 項 3 号 に 列 挙 さ れ た 犯 罪 の 解 明 の た め 必 要 で あ る 場 合 に 限 り, 証 明 目 的 で 使 用 を 許 さ れ る。</p>	<p>される。</p> <p>3. 使用可能な個人情報が相応する警察法上の処分により獲得された場合, この情報は, 刑事手続において, 監視の対象となった人の承諾を得ることなく, 100c 条の処分を命じることの根拠となりうる犯罪の解明, 又はそのような犯罪の被疑者・被告人の所在地を確認するという目的のみ使用を許される。</p>
	<p>(7) 処分により採取された情報は, そのようなものであることを特定しておかなければならない。情報が転送された後も, 特定は, 受領者によって引き継がなければならない。</p>
<p>(101条 1 項) 対象者は, 対象となる処分について (100c 条 1 項 3 号等), 調査目的, 公共の治安, 人の生命又は身体, 投入された非公開で活動する捜査官の事後の使用の可能性に対する危険が認められない限り, 直ちに通知を受けなければならない。</p>	<p>(8) 検察官は, 100c 条により実施された処分について, 対象者に通知しなければならない。その際, 第10項の事後的法的救済の機会及びそのための期日について指摘しなければならない。1 文でいう対象者とは, 以下の者をいう</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 処分の対象となる被疑者・被告人 2. その他の監視された人 3. 監視された住居の所有者, 居住者。 <p>3 文 2 号 及 び 3 号 の 対 象 者 に つ い て, 通 知 は, 過 剰 な 捜 査 が 必 要 と な る 場 合, 又 は 他 の 対 象 者 の 優 越 す る 利 益 が 妨 げ と な る 場 合 に は 延 期 さ れ る。そ の 他, 通 知 は, 調 査 目 的 の 危 殆 化 又 は 人 の 生 命, 身 体, 自 由 又 は 重 要 な 財 産 的 利 益 の 危 殆 化 が 生 じ な い 限 り, 直 ち に 行 わ れ る。</p>
<p>(101条 1 項 2 文～) 100c 条 1 項 3 号 の 場 合 で 通 知 が 処 分 終 了 後 6 ヶ 月 以 内</p>	<p>(9) 通知が 8 項 5 文により処分終了後 6 ヶ月以内に行われない場合, それ以</p>

改正前	改正後
<p>に行われなかった場合、通知をさらに延期するためには、裁判官の承諾を要する。右問題について、公訴提起前は100d 条2 項1 文で示された裁判所が、公訴提起後は受訴裁判所が裁定する。</p> <p>(101条4 項) 100c 条1 項1 号b, 2 号, 3 号の処分に関する裁定及びその他の記録は、検察官の下で保管される。記録への編纂は、1 項の要件が整った時点で初めて行う。</p>	<p>後通知を延期するためには、裁判所の承認を必要とする。同じことは、その都度さらに6 ヶ月を越える場合にも妥当する。承諾に関しては、処分の命令に管轄を持つ裁判所が裁定する。通知が全体として18ヶ月にわたって延期された場合、以後の延期の承諾に関しては、OLG が裁定する。101条4 項を準用する。[右裁定及びその資料は、検察官の下で保管される。それらの資料は、1 項の要件—通知延期の要件が消滅した場合—が満たされた場合に、初めて記録に編纂される。</p>
<p>(6) 100c 条1 項3 号の処分終了後も、被疑者・被告人及び100c 条2 項5 文の場合には住居所有者も、命令並びに執行形態の合法性について事後審査を求めることができる。右裁定に対しては、公訴提起前は、2 項1 文で定められた裁判所が、公訴提起後は、受訴裁判所がこれを裁定する。受訴裁判所は、右合法性を、手続を終結させる裁判において判断することができる。</p>	<p>(10) 100c 条の処分終了後も、対象者は、通知が行われて2 週間以内に、命令並びに執行形態の合法性について事後審査を求めることができる。右申立に関しては、処分の命令を管轄する裁判所が裁定する。右裁定に対しては、即時抗告を許される。公訴が提起され、被告人が通知を受けた場合、申立に関しては、事件を審理する裁判所が手続を終結させる裁判において裁定することとする。</p>
100e 条	
<p>(1) 検察庁は、その上級司法官庁に対し、遅くとも100c 条1 項3 号の処分終了から3 ヶ月後までに、処分の根拠、範囲、期間、結果、費用について、並びに対象者への通知が行われたこと、又は通知がまだ行われていない場合にはその理由及び通知が行われる見込みの期日について報告しなければならない。手続終了後、報告は、適当に補足される。通知が処分終了後4 週間以内</p>	<p>(1) 検察庁は、その上級司法官庁に対し、各暦年ごとに、100c 条の命令が発せられた処分に関して報告をしなければならない。各州は、右報告をまとめ、報告の対象である暦年の翌年6 月30日までに、連邦政府に右報告集を提出し、連邦政府は、年度ごとに、連邦下院に対し、申立のあった監視処分について報告しなければならない。</p>

改正前	改正後
<p>に行われなかった場合、検察官は、年度ごとに、相応する報告を改めて提出することを義務付けられる。</p> <p>(2) 連邦政府は、州からの報告に基づいて、連邦下院に対し、年度ごとに、100c 条 1 項 3 号の処分の実施に関して報告しなければならない。</p>	<p>(2) 1 項の報告には、以下のことが記載されなければならない：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 100c 条 1 項の処分が命じられた手続の数 2. 100c 条 2 項の分類に従って、各命令の根拠となった犯罪名 3. 当該手続が組織犯罪の訴追と関連するか否か 4. 手続ごとの監視対象住居の数—個人住居とその他の住居、被疑者・被告人の住居とその他の人の住居とを区別して— 5. 手続ごとの監視対象者の数—被疑者・被告人とそれ以外の人とを区別して— 6. 個別の監視の期間—当初の命令の期間、延長の期間、傍受が実施された期間を区別して— 7. 100c 条 5 項による処分の中断、100d 条による処分の中止の頻度 8. 対象者への通知が行われたか否か、通知が行われていない場合にはその理由 9. 監視によって、当該手続に関連する、又は関連性が見込まれる成果がもたらされたか 10. 監視によって、他の手続に関連する、又は関連性が見込まれる成果がもたらされたか

改正前	改正後
	<p>11. 監視によって、何ら関連性のある成果が得られなかった場合には、その理由—技術的理由とその他の理由を区別して—</p> <p>12. 処分の経費—反訳の費用とその他の費用を区別して—</p>