

翻 訳

ヴェルナー・ボイルケ著
『ドイツ刑事訴訟法』(4)

加藤克佳 = 辻本典央 [訳]

Übersetzung

Werner Beulke, Strafprozessrecht, 11. Auflage
(2010, C.F.Müller, Heidelberg) (4)

Übersetzer: Katsuyoshi Kato / Norio Tsujimoto

目 次 [訳注：概略のみ]

第11版はしがき／第1版はしがき／略 語／文献略語／重要な法律改正の概観 (2008年-2010年)

- § 1 刑事訴訟法への導入と刑事手続の目的
 - I. 刑訴法の法源
 - II. 個別の手続段階に関する概観
 - III. 刑事手続の目的
 - IV. 刑訴法と実体刑法
 - V. 国際的な関係 (以上, 近畿大学法学61巻4号)
- § 2 訴訟原理
 - I. 国家訴追主義 (152条1項)
 - II. 起訴法定主義 (152条2項, 170条1項)
 - III. 公訴〔弾劾〕主義 (151条)
 - IV. 審問〔職権〕主義 (特に244条2項)

- V. 裁判官による自由な証拠評価の原則 (261条)
- VI. 口頭主義 (261条)
- VII. 直接主義 (特に226条1項, 250条, 261条)
- VIII. 無罪推定と「疑わしいときは被告人の利益に」の原則
- IX. 迅速性の要請 (基本法20条3項, 欧州人権条約6条1項)
- X. 公開主義 (裁判所構成法169条1文, 欧州人権条約6条1項1文, 2文)
- XI. 公正な刑事手続の要請 (基本法20条3項, 欧州人権条約6条1項)
- XII. 法律に基づく裁判官の原則 (基本法101条)
- XIII. 法的聴聞の原則 (基本法103条1項)
- § 3 裁判所の構成と管轄
 - I. 法律に基づく裁判官の原則
 - II. 管轄の方式
 - III. 第1審の管轄および裁判体の構成
 - IV. 上訴事件における管轄
 - V. 土地管轄
- § 4 裁判官の除斥と忌避
 - I. 裁判官の除斥 (22条, 23条)
 - II. 予断の懸念を理由とする忌避 (24条2項)
 - III. 手続
- § 5 検察官
 - I. 検察官の任務
 - II. 検察の組織
 - III. 検察庁の機能形態
 - IV. 検察の地位
- § 6 検察官の補助者としての警察
 - I. 指示権の原則
 - II. 警察の役割
 - III. 警察の強制権限 (以上, 近畿大学法学62巻1号)
- § 7 被疑者・被告人, その尋問 (基本的特徴), その権利と義務
 - I. 被疑者・被告人の概念・意義
 - II. 被疑者・被告人の尋問 (基本的特徴)
 - III. 供述拒否権の教示の懈怠

- IV. 被疑者・被告人のその他の権利
- V. 被疑者・被告人の義務
- § 8 禁止される尋問手法
 - I. 基礎 (136 a 条)
 - II. 禁止される尋問の事例群
 - III. 136 a 条に対する違反の効果
- § 9 弁護人
 - I. 被疑者・被告人の援助者としての弁護人
 - II. 司法の機関としての弁護人
 - III. 弁護人と依頼者との間の信頼関係
 - IV. 弁護人の権利
 - V. 弁護人の義務
 - VI. 必要的弁護・国選弁護
 - VII. 弁護人の除斥
 - VIII. 共通弁護
 - IX. 刑事弁護と処罰妨害罪
 - X. 刑事弁護と資金洗浄 (以上, 本号 [近畿大学法学62巻2号])
- § 10 証拠
 - I. 証拠の種類
 - II. 厳格な証明と自由な証明
 - III. 証人 (48条以下)
 - IV. 鑑定証拠 (72条以下)
 - V. 文書証拠 (249条以下)
 - VI. 検証証拠 (特に86条以下, 225条)
- § 11 勾留
 - I. 勾留の目的
 - II. 勾留命令の実体的要件
 - III. 勾留の発令と執行
 - IV. 勾留に対する法的救済
 - V. 勾留命令の取消し
 - VI. 勾留執行の停止 (116条)
 - VII. 勾留の執行
- § 12 その他の重要な強制手段 (基本権への介入)

- I. 総則
- II. 長期間の監視 (163 f 条)
- III. 仮逮捕 (127条, 127 b 条)
- IV. 被疑者・被告人の鑑定のための収容 (81条)
- V. 身体検査, 血液検査 (81 a 条)
- VI. DNA 型検査 (81 e 条-81 f 条); DNA 同一型判定および DNA 型情報の蓄積 (81 g 条); 一斉検査 (81 h 条)
- VII. 写真と指紋 (81 b 条)
- VIII. 第三者の検査 (81 c 条)
- IX. 押収, 差押え (94条以下, 111 b 条以下)
- X. 電話通信に関連する強制介入 (100 a 条以下)
- XI. 搜索 (刑訴法102条以下)
- XII. 身元確認 (163 b 条, 163 c 条)
- XIII. 追跡 (131条以下)
- XIV. 検問 (111条)
- XV. 根こそぎ追跡 (163 d 条)
- XVI. ラスター (網の目) 追跡 (98 a 条, 98 b 条)
- XVII. 技術的手段の投入 (100 c 条-100 f 条; 100 h 条)
- XVIII. 身分秘匿捜査官の投入 (110 a 条以下) (以上, 本号〔近畿大学法学 63巻1号〕)
- § 13 訴訟条件
- § 14 訴訟行為
- § 15 捜査手続
- § 16 起訴便宜的理由による手続打ち切り
- § 17 起訴強制手続
- § 18 中間手続
- § 19 第1審公判手続の準備と実施
- § 20 公判における証拠調べ (一般原則)
- § 21 公判における証拠調べの直接性 (刑訴法250条以下)
- § 22 公判における証拠申請
- § 23 証拠使用の禁止
- § 24 判決の発見と判決の効果
- § 25 訴訟上の意味での行為の概念

§ 26 特殊な手続形式

§ 27 上訴の一般原則

§ 28 控訴

§ 29 上告

§ 30 抗告

§ 31 再審手続

§ 32 私訴, 公訴参加, 付帯私訴手続ならびにその他の被害者の権利

§ 33 手続費用

§ 34 刑事訴訟上の事例問題の検討に向けた示唆

事項索引

§ 10 証 拠

事例22：

- a) 証拠方法としてどのようなものがあるか？
b) 証拠調べ手続の形式には、どのような違いがあるか？ 警察尋問に際して刑法136 a条に定められた許されない尋問方法が使用されたことは、公判においてどのように認定されるか？ [Rn 205]

事例23：Aは、その兄Bとともに実行したとされる窃盗罪を理由に、起訴された。Bは、当初は共同被告人であったが、その後、彼の手続は分離されている。裁判所は、Aに対する刑事手続において、Bを証人として尋問できるか？ [Rn 206]

事例24：AとMは、共同して窃盗を実行したこととの嫌疑をかけられた。当初、両名に対して、統一的な捜査手続が実施された。その後、Mに対する手続が分離され、すでにその有罪判決が確定している。Aに対する手続において、Mの妻Eは、証人として、AとMがどのように共同で窃盗の道具を準備するのを見たかという点について、尋問されることになった。Eは、証言拒否権を行使することができるか？ [Rn 207]

I. 証拠の種類

[179] 刑事訴訟法は、以下の証拠を規定している⁽¹⁾：

- － 証人 (48条以下)
- － 鑑定人 (72条以下)
- － 書面 (249条以下)

(1) わかりやすい説明として *Huber*, JuS 2010, 1056.

－ 検証 (86条)

証人と鑑定人は、**人的証拠**としてまとめられ、検証と書面は、**物的証拠**としてまとめられる。

被告人および共同被告人の**弁解**は、本来の狭い意味での証拠に当たらない(244条1項参照。同条項によると、証拠調べは、被告人尋問の後に行われる)。しかし、被告人の供述は裁判官の自由な証拠評価において考慮されるものであるから、これは、**広い意味の証拠**といわれる。

これ以外の証拠は、刑法に定められていない(いわゆる証拠の**限定**)。

II. 厳格な証明と自由な証明

[180] 証拠の種類および態様、すなわち、前述の証拠によって事実がどのように解明されるかは、刑法上、特に239条以下において、包括的に規定されている。

このいわゆる**厳格な証明手続**は、公判内において、法律で許可された証拠に限定して、公式の証明手続の範囲で行われる事実解明と特徴づけられる。それは、**罪責および法律効果の問題**にのみ適用される。その際、証明されるべき事実は、裁判所の完全な確信に至らなければならない(公判における証拠調べについての詳細は、後述 Rn 402以下)。

これと区別しなければならないのは、**自由な証明手続**である。これは、公判が開始されるまでの罪責および法律効果の問題と(例えば、検察官が被疑者の友人に電話をかけ、そのアリバイを確証させるなど)、特に**訴訟上の問題**の解明に関して適用される(例えば、被告人の弁論能力の解明)。自由な証明手続は、法定された証拠に限られず、刑法239条以下による証拠獲得の方式に関する規定は適用されず、加えて、しばしば、裁判所の心証の程度は低いもの、すなわち、「蓋然性」の意味での確からしきで足りるとされる。裁判官が特定の訴訟行為に関する条件の心証をどのように

得るかは、その義務的裁量に委ねられるが⁽²⁾、しかし、裁判官が心証を得なければならないという意味ではない。証拠調べが自由な証明の方式に従う場合でも、このことは、裁判所の解明義務を変更させるものではない(244条2項)⁽³⁾。

個別事例では、解明されるべき事実が訴訟上の問題であるか、または、罪責および刑罰の問題であるかという点が、疑わしいことがありうる。それは、例えば、刑訴法136a条により禁止される尋問方法の投入に当たるか、という問題についてである(前述 Rn 130以下, 143を見よ)。判例および通説は、手続問題であるとして、自由な証明のルールが適用されるとするが⁽⁴⁾、注目すべき少数説は、この核心的規定の法治国家的意義⁽⁵⁾、あるいは、事実の見かけ上「二重の」性格という理由⁽⁶⁾で(後述 Rn 296も見よ)、厳格な証明のルールが適用されるとする。

Ⅲ. 証人(48条以下)

1. 証人の概念

[181] 刑訴法48条以下の意味での証人とは、当人以外の者を対象とする刑事事件において、ある事実につき自身が知覚したことを供述すべき人のことである⁽⁷⁾。全ての人に証人適格があり、子どもや精神病患者も例外ではない。

〔これに対し、〕ある人が観察の対象とされるだけの場合(例えば、受けた被害に関して)、その者は、検証の対象であって、証人ではない。証人

(2) BGHSt 16, 164, 166 ; 46, 349, 351.

(3) BGH StV 2012, 3.

(4) BGHSt 16, 164, 166, 167 ; SK-Rogall, § 136a Rn 101. また, Engländer, Rn 199も見よ。

(5) Eisenberg, Rn 707 ; Kühne, Rn 760 ; AK-Schöck, § 244 Rn 13.

(6) OLG Hamm StV 1999, 360 ; LR-Gleß, § 136a Rn 80.

(7) RGSt 52, 289.

が犯行の事実経過について何かを供述できるのか、またはそれ以外に体験したことについて供述できるのかには、かわからない。証人が別の人から聞いたことも、また事実である。この場合は、「伝聞証人」という（詳細は後述 Rn 422）。ある人の行状・素行に関する供述も、体験したことに含まれる（いわゆる行状証人）。法の見解や価値判断は、事実ではない。しかし、全ての人に当然のものとして想起され、純粋な体験と並んでおよそ常に当該現象がある出来事から生じるに際して作用する推論は、証人という証拠の対象である。例えば、「ある人が、正気を失うほど飲んでいたか」、「運転者は、速く運転していたか」などである⁽⁸⁾。

2. 他の手続関係人は証人となりうるか？

[182] a) 裁判官は、同じ事件で証人として尋問された場合には、法律上、除斥される（22条5号）。

関与している裁判官の尋問を求める証拠申請は、濫用を避けるために、すでに裁判官が職務上の陳述として証明事実につき自分は何も述べることはできないと述べた場合には、却下されうる⁽⁹⁾。経過中の公判および係属中の手続に関して職務上体験したことは、いずれにしても、刑訴法22条5号の除斥事由とならない⁽¹⁰⁾。

[183] b) 検察官は、同じ事件で証人になることもできる。その検察官が以後も手続に関与することができるか、またその範囲はどうかという問題は、当該証人の供述がどの点に関係づけられるかによる。例えば、検察官が犯行証明に重要な問題について尋問されたときは、最終弁論では、別の検察官が、同人の供述を評価しなければならない。「証人となった検察

(8) RGSt 37, 371.

(9) BGHSt 7, 330, 331; BGH StV 2004, 355; *Beulke*, Amelung-FS, S. 543, 552; *Pauly*, DAV-FS, S. 731.

(10) BGHSt 39, 239, 241; 44, 4, 9; 47, 270.

官」について詳細は、前述 Rn 95。

[184] c) 弁護人は、同じ事件で証人になることもできる⁽¹¹⁾。弁護人と依頼者との関係における内密事項も、被告人がその点について弁護人の守秘義務を解除した場合には、刑事弁護人の証人尋問の対象となりうる（53条2項1文。この点について後述 Rn 194。前述 Rn 152 a も見よ）⁽¹²⁾。そのことを理由とした弁護人の除斥は、できない。なぜなら、刑訴法138 a 条は、除斥事由を限定的に列挙したものであり、そこには、証人としての地位は考慮されていないからである（前述 Rn 172を見よ）。もっとも、独立の司法機関としての弁護人の地位を考えると、刑訴法53条2項1文は、目的論的に、弁護人は依頼を受けた範囲で得た自身の心証および調査した事項を公表するよう強制されてはならない、というように限定されなければならない⁽¹³⁾。

[185] d) 共同被疑者・被告人——そして当然ながら、被疑者・被告人自身も——は、同じ事件では、証人から除外される。

1 個の行為の共同被疑者・被告人は、同人に対する手続が分離された場合、または同人に対して初めから分離した手続が開始された場合に、証人となりうるかは、疑わしいと思われる。

aa) 判例および一部の学説は、形式的共同被疑者・被告人概念を主張する。その点に関しては、共同被疑者・被告人に対し同じ手続で行われているかという点だけが、重要であるとされる。

(11) BGH NStZ 1985, 514. 深めるために *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 456 ff.

(12) BGH StV 2010, 287 (批判的評釈として *Bosbach*, *StraFo* 2011, 172). 異なる見解として BGH NStZ 2008, 115 (批判的評釈として *Beulke/Ruhmannseder*, *StV* 2008, 284).

(13) *Beulke*, *ZIS* 2011, 324; *Matt*, *Widmaier-FS*, S. 851, 859; *Schäfer*, *Hanack-FS*, S. 77, 89. 独自の黙秘権についての立法論につき *Beulke*, *I.-Roxin-FS*, S. 555.

したがって、手続が相互に併合されている限りで(2条, 3条, 237条), 共同被疑者・被告人の証人尋問は, およそ許されない⁽¹⁴⁾。しかし, この証人的地位に関する障害は, 手続の分離によって消滅する⁽¹⁵⁾。

判例は, 一時的分離の事例に関して, 別の区別を示している。これは, 共同被疑者・被告人を順次証人に立たせるために行われる手法である。

- 以前は共同被疑者・被告人であったがこの間に証人となった者が, 同人自身に対して追及されている行為と関係のない事情について聴取される限りでは, 尋問は許される⁽¹⁶⁾。
- これに対して, 共同被疑者・被告人は, 共同して実行された行為に関しては, たとえ分離されたとしても, 尋問されてはならない。さもないければ, 同人は, 自身の手続において証人として位置づけられることになるからである⁽¹⁷⁾。

bb) 一部の学説は, **実質的考察法**を提唱し, 訴訟上の意味で1個の行為の容疑者は, 手続におけるその公式の地位に関わらず, 被疑者・被告人であるとすると。この立場からは, その者は, 証人から除外される⁽¹⁸⁾。

cc) 検討: 判例の見解は, 説得的ではない。なぜなら, 対象者がどのような権利を有するかは, 刑事訴追機関の随意に委ねられてはならないからである。実質的被疑者・被告人概念は, 刑法55条, 60条と適合しないであろう。両条は, 犯行の(共同)実行に疑いのある者が, 証人の地位に置かれるべきものとしており, それによって同時に被疑者・被告人とされるわけではない。したがって, いわゆる**形式的・実質の見解**が支持されるべ

(14) BGHSt 27, 139, 141; BGH wistra 2011, 115.

(15) BGH StV 1984, 361. 肯定的見解として例えば *Hellmann*, Rn 720; *HK-Gercke*, Vor § 48 Rn 8; *SK-Rogall*, § 52 Rn 51 ff.

(16) BGHSt 10, 8, 11; 38, 96, 98.

(17) BGHSt 24, 257; BGH StV 1984, 186.

(18) *Prittitz*, C., *Der Mitbeschuldigte im Strafprozeß*, 1984, S. 139 ff.; *Roxin/Schünemann*, § 26 Rn 5 f.

きである¹⁹⁾。これは、捜査手続の開始時点での刑事訴追機関の意思的活動(=形式的要素)に着目し、その時点以後は、対象者は共同被疑者・被告人としての地位にあり、もはや証人として聴取することは許されないとし(前述 Rn 111を見よ)、このことは、対象者の公式の手続的地位にかかわりはないとする(=実質的要素)。これに対して、(以前の)共同被疑者・被告人は、同人に対する手続が終結した場合(特にすでに審判され、または終局的打切りによって)、証人として尋問されうる。なぜなら、この場合、その者は、その特別の要保護性を失っているからである²⁰⁾。

[186] e) 私訴原告は、証人となることはできない。

f) 公訴参加人は、証人となることができる(397条1項1文)。刑訴法403条以下の私訴手続における申立人も同様である。

g) 鑑定人も、証人となることができる(74条1項2文)。区別について、後述 Rn 197を見よ。

3. 証人の義務

[187] a) 規定どおり召喚された証人は、裁判官(48条1項1文、51条)および検察官(161a条1項1文、2項)の面前に出頭しなければならない。出頭しないときは、秩序罰が科せられ、また、強制的に引致されることもある。

[188] b) さらに、証人は、裁判所および検察官に対して、尋問対象につき供述することを義務づけられる(場合によって161a条1項1文、2

¹⁹⁾ Lenckner, Peters-FS, S. 333, 336; Lesch, JA 1995, 157; Schlüchter, Rn 478 ff.

²⁰⁾ BGH NJW 2005, 2166によると、これは、罪責宣告だけ確定したが、刑の重さがなお決定されるべき場合にも妥当する。深めるために Mitsch, Lenckner-FS, S. 721.

項を準用する48条1項2文, 70条, 参照)。

その際, 証人は, **真実義務**を課せられる。この義務は, すでに刑法153条以下による裁判官の面前での虚偽供述を理由とする処罰から導かれるが^{②)}, その他の者に対する供述の場合にも妥当する(57条1文, 64条)。

証言拒否義務者または証言拒否権者が対象となる場合には, 例外的に, 供述義務が解除される(この点について後述 Rn 190以下)。また, 警察による質問の際には, 証言を強制することはできない(163条3項参照)^{③)}。

[189] c) 証人は, 裁判所が供述の決定的な意義を認め, または真実の供述を引き出すために, その**裁量**によってそれが必要と判断した場合に限り, **宣誓**を行う(59条1項1文)。

したがって, 宣誓しないことが原則である。裁判長は, 証人を「宣誓させないで」解放することにより, その訴訟指揮権の範囲で, 通常の場合に該当すること, つまり宣誓させないで置くという意味の推断的な事前判断を行っているのである。手続関係人は, その判断に同意しないときには, 裁判所(全体としての裁判体)に異議を申し立てることができ, 当該裁判所が, 刑訴法238条の決定により, 宣誓について判断する(後述 Rn 373, 375を見よ)。現在の——詳細には争いのある——最高裁判例によると, 被疑者・被告人が, その異議申立権を行使していなかった場合は, 刑訴法59条の取扱いに誤りがあることを理由とする上告の機会を喪失するのである^{④)}(宣誓についての裁判の調書化義務について, 後述 Rn 393)。

刑訴法60条には, 以下の場合について, **宣誓禁止**が定められている:

②) 詳細は Dölling-M. Heinrich, § 153 StGB Rn 11 ff.

③) OLG Hamburg NStZ 2010, 716. 立法が計画される警察面前への出頭・供述義務について BT-Drs. 17/2166. 批判的見解として Beck, ZRP 2011, 21; Erb, StV 2010, 655 u. Egon Müller, GA 2011, 630.

④) BGHSt 50, 282 (肯定的評釈として Kudlich, JA 2006, 494); BGH NStZ 2009, 647. 限定的見解として BGH NStZ 2009, 343. 深めるために Diehm, StV 2007, 444; Klemke, StV 2006, 158.

- ー 対象者が**宣誓未成年者**，すなわち18歳未満の者であるとき，または**宣誓無能力者**，すなわち理解の成熟性が欠けるか，もしくは理解能力が弱いために宣誓の本質および意義を理解できない者であるとき（60条1号）²⁴⁾
- ー 対象者に**犯罪容疑**があるとき，またはその者が人的庇護罪，処罰妨害罪，物的庇護罪を実行したこと，もしくはそれらの犯罪に参与したことの嫌疑が存在するとき，あるいは，すでに相応の有罪判決が存在するとき（60条2号）²⁵⁾

刑法52条1項に列挙された被疑者・被告人の家族も，宣誓を拒否する権利を持つ（いわゆる宣誓拒否権）。その者は，この権利について教示されなければならない（61条）²⁶⁾。

4. 裁判官，公務員等における供述義務の制限

[190] a) 裁判官は，秘密で行われる評議および評決における事象について，供述してはならない。これが，いわゆる**評議の秘密**²⁷⁾（裁判官法43条，45条1項2文）である。

b) 裁判官，公務員，その他の公的業務を行う者が，証人としてその公的守秘義務の対象となる事情について聴取される場合には，公務員法の基準により，**供述の承諾**を受けなければならない（54条1項）。

刑法54条は，証人調べの禁止を定める。しかし，それにもかかわらず証人が尋問され，承諾を得ることなく供述したときは，その供述は，使用することができる。

²⁴⁾ 深めるために *Kett-Straub, G.*, Die Pflichten minderjähriger Zeugen in der Hauptverhandlung des Strafverfahrens, 2003, S. 172.

²⁵⁾ BGHSt 34, 68 ; BGH StV 1990, 484. 事例は *Engländer*, Rn 79.

²⁶⁾ BGH StV 2008, 563.

²⁷⁾ 深めるために OLG Naumburg NJW 2008, 3585 (Görgülü 事件。評釈として *Ellbogen*, NSTZ 2007, 310).

供述に対する承諾の拒絶は、連邦公務員法68条、州公務員の地位に関する法律37条4項の条件の下でのみ許される。すなわち、その供述が連邦または州の利益に害を与える場合、または、公的任務の遂行が現実には危なくなるか、もしくは著しく困難になる場合に限られる。当局は、正義の確保に向けた裁判上の真実発見の意義に加えて、被疑者・被告人の自由権の重みをも相当に考慮しなければならない²⁸⁾。裁判所は、拒絶が誤りである、または十分に理由づけられていないと思料する場合には、自ら反対意見をもって、供述の承諾が与えられるよう関与しなければならない。これは、裁判官の解明義務から求められることである²⁹⁾。手続関係人は、承諾拒絶に対し、行政法上の手段をもって対処することができる³⁰⁾。もっとも、裁判所および検察官は、そのような手段を採ることはできない³¹⁾(個別には争いがある。後述 Rn 329, 428も見よ)。

5. 証言拒否権

[191] 以下の場合には、証言拒否権が与えられる：

a) 被疑者・被告人の親密な家族(52条1項)、すなわち

— 婚約者

「まだ」既婚中の者が新たなパートナーと刑法52条1項の意味での婚約を行うことができるかは、非常に争いがある。支配的判例は、これを否定する³²⁾。しかし、ここでは証人の心理的な葛藤状況のみが重要であることから、既婚者における婚約が民法上無効であることは問題とならず、この場合も証言拒否は

²⁸⁾ BGHSt 32, 115, 124 ; BVerfGE 57, 250, 283 ff.

²⁹⁾ BGHSt 33, 178, 180.

³⁰⁾ BVerwGE 66, 39 ; BGH NJW 2007, 3010.

³¹⁾ おそらく BGH NJW 2007, 3010, 3012も同様である。反対の見解として *Ellbogen*, NStZ 2007, 310.

³²⁾ BGH NStZ 1983, 564. 反対の見解として LG Heidelberg StV 1981, 616 ; LR-*Ignor/Bertheau*, § 52 Rn 5.

可能というべきである。本規定は、長い期間結婚することなく同居している者に、類推適用されるべきである（やはり、非常に争いがある⁶³⁾）。

- － 配偶者（離婚後も含む）
- － 直系または3親等までの傍系親族（民法1589条）
- － 直系または2親等までの傍系姻族（民法1590条）
- － 登録された生活パートナー（共同生活がすでに消滅した場合も含む）

[192] 複数の共同被疑者・被告人に対して統一した手続が行われ、証人がそのうち1人とだけ刑法52条による家族関係があるという場合には、当該証人は、対象となる事実がその家族をも対象とする限りで、全ての被疑者・被告人に関して証言を拒否することができる⁶⁴⁾。すなわち、証人は、統一してのみ供述することができるのであり、その証言拒否権は、統一的に効果を持つ。さらに、虚偽供述の危険があり、「家族の平穏」が影響を受ける。この考慮は、家族に対する手続が分離されている場合にも妥当する。つまり、手続が一次的にのみ併合された場合でも、それで足りる⁶⁵⁾。刑法170条2項による家族に対する手続の打切りも、これが確定力を持つものではないことから（後述 Rn 320を見よ）、証言拒否権の消滅につながらない⁶⁶⁾。

以前の判例によると、家族が証人尋問の時点で死亡していた場合、または家族に対して行われていた刑事手続がすでに確定して終了していた場合にも、まだ証言拒否権は存在するとされていた⁶⁷⁾。その後、連邦通常裁判

⁶³⁾ この点で同旨の見解として *Hillenkamp*, JuS 1997, 821, 830. 反対の見解として *Bosch*, Jura 2012, 33 ; *J. Kretschmer*, JR 2008, 55. 良い事例を提供するものとして *Hellmann*, Fallsammlung, Klausur Nr 6, Rn 417.

⁶⁴⁾ BGHSt 34, 215, 216.

⁶⁵⁾ BGH StV 2012, 193 (評釈として *Kudlich*, JA 2012, 233).

⁶⁶⁾ BGH NStZ 2012, 221. したがって、問題なのは、BGH NStZ 1998, 469 (評釈として *Radtke*, NStZ 1999, 481) である。

⁶⁷⁾ BGHSt 34, 215, 216.

所は、異なる判断を下した。共同被疑者・被告人(および家族)の無罪判決または有罪判決が確定した後は、証言拒否権の意義はおおよそ消滅する³⁸⁾。「家族・共同被疑者・被告人」が死亡した場合³⁹⁾、または手続が刑法154条により打ち切られた場合⁴⁰⁾も、同様に判断されている。しかし、この解決は、適切でない。なぜなら、家族内の平穏の保護に向けた利益は、依然として変わることがなく、それゆえ、場合によっては、刑事手続を実施する利益を凌駕しうるものだからである⁴¹⁾(事例は *Beulke*, Klausurenkurs III, Rn 595)。

[192 a] 証言拒否権は、判決発見のための証人の外形的現象を使用することを、排除するものではない(例えば、被害者証人が証言拒否権を行使するとき、その顔面に表れた内出血の跡は、検証証拠として使用することができる)⁴²⁾。

[193] 証言拒否権を有する人は、各々の手続の前に、その証言拒否権について教示されなければならない(52条3項)。その際、教示を鑑定人に任せることはできない⁴³⁾。教示されなかったときは、供述は、使用不可能となる(後述 Rn 461を見よ)。

[194] b) 秘密保護がその職業遂行に不可欠である者も、証言拒否権を持つ(いわゆる職業上の秘密保持者。53条)。法律は、個別の職業群を列挙しているが、それは、特に以下のものである：

³⁸⁾ BGHSt 38, 96, 101.

³⁹⁾ BGH NSTZ 1992, 291; *Schroeder/Meindl*, Fall 6, S. 74.

⁴⁰⁾ BGHSt 54, 1(批判的評釈として *Bertheau*, StV 2010, 611); *Bosch*, JA 2009, 826; *Satzger*, Schöch-FS, S. 913.

⁴¹⁾ この点でおそらく同旨の見解は *Eisenberg*, Rn 1221.

⁴²⁾ BGH NSTZ-RR 2005, 257; *M-G*, § 52 Rn 23; *Radtke/Hohmann/Otte*, § 52 Rn 30. 反対の見解として *LR-Ignor/Bertheau*, § 52 Rn 24.

⁴³⁾ BGH NJW 1996, 206 (評釈として *Wohlens*, StV 1996, 192); BGH StV 1997, 231.

- 宗教家 (53条1項1文1号)
- 弁護士 (53条1項1文2号)
- 弁護士, 税理士, 医師, 心理カウンセラー (53条1項1文3号)
- 妊婦相談所の職員 (53条1項1文3a号)
- 薬物中毒カウンセラー (53条1項1文3b号)
- 議員 (53条1項1文4号)
- 報道および放送の職員 (53条1項1文5号)。調査資料や職務に関する情報自体も含まれる (53条1項2文, 3文を見よ)⁴⁴⁾。

刑法53a条によれば, 証言拒否権は, 職業上の秘密保持者の補助者にも与えられるため, これによって, 刑法53条が, 補助者の尋問によって潜脱されることはない。その条件は, 補助者の活動と職業上の秘密保持者の活動との, 直接的な連関である。

さらに, 限定された例外的場合には, その者自身は列举されていないが, 憲法から直接導かれるような職業群にも, 証言拒否権が認められることがある⁴⁵⁾。例えば, 性的虐待を受けた女性のための支援機関で活動する心理学者には, 拒否権が肯定され⁴⁶⁾, 「託児所」の職員には, これが否定されている⁴⁷⁾。調停で活動する人には, 前述の列举に該当する場合のみ, 証言拒否権が認められている⁴⁸⁾。企業に所属する弁

⁴⁴⁾ 深めるために *Rogall*, Eisenberg-FS, S. 583; *Rotsch*, F., Der Schutz der journalistischen Recherche im Strafprozeßrecht, 2000; *Ignor/Sättle*, ZRP 2011, 69; *Stefanopoulou*, JR 2012, 63.

⁴⁵⁾ BVerfG StV 1998, 355 (*Kühne* の評釈付き)。

⁴⁶⁾ LG Freiburg NJW 1997, 813. 批判的見解として *Baier*, JR 1999, 495; *Hecker*, JR 1999, 428.

⁴⁷⁾ LG Köln JR 2002, 171 (肯定的評釈として *Neuheuser*, SK-Rogall, § 53 Rn 129). 異なる見解として *Beulke*, Herzberg-FS, 622; *Riekenbrauk*, ZfJ 2003, 136.

⁴⁸⁾ Mediationsverfahren-Eisele, § 30, Rn 53; *Mühlfeld*, Mediation im Strafrecht, 2002, S. 192.

護士としての許可を受けた法律家（いわゆる**企業内弁護士**）は、欧州裁判所の（否定されるべき）見解によると、その独立性が欠けるとの理由で、外部弁護士と同等の刑事訴訟上の特権は与えられないとされている⁴⁹⁾。

憲法から直接導かれる証言拒否権は、個別事例では、証人尋問の要証事項が私的生活形成の核心領域にかかわる場合にも、認められる（基本法2条1項を準用する1条1項）。このような介入は、例えば、以前の依頼者がその弁護人であった者に対する手続において委任の秘密事項について供述を求められる場合に、問題となる⁵⁰⁾（前述 Rn 152 a も参照）。

刑訴法53条による証言拒否権についての**教示義務**は、定めがない。対立する利益の衡量により供述を行うか否かを判断することは、医師等の者に委ねられている。尋問禁止および使用禁止は、それとは区別しなければならない。証人がその守秘義務（刑法203条）に違反して、被疑者・被告人の同意を得ることなく（53条2項1文）供述した場合、この供述は、使用することができない。これに反対する判例の見解⁵¹⁾は、否定されるべきである（詳細は、後述 Rn 462）⁵²⁾。

一定の職業上の秘密保持者、特に刑事弁護人および医師は、その依頼者ないし患者に対する守秘義務を、同人らから**解放**されることが認められる。これと一貫して、この場合、これら職業上の秘密保持者の証言拒否権も消滅する（53条2項1文）。

⁴⁹⁾ EUGH (*Akzo Nobel Chemicals Ltd*) NJW 2010, 3557 (批判的評釈として *Moosmayer*, NJW 2010, 3548). その他の批判的見解として *Beulke/Lüdtke/Swoboda*, S. 31 ff; *Schemannseder/Witzigmann*, Kap. 7 Rn 9 ff; *Wessing*, *Mehle-FS*, S. 665.

⁵⁰⁾ *Beulke*, *Fezer-FS*, S. 3. 否定的見解として OLG Koblenz NSTZ-RR 2008, 283 (批判的評釈として *Bosbach*, NSTZ 2009, 177). 全体について *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 460 ff 参照。

⁵¹⁾ BGHSt 9, 59.

⁵²⁾ 刑訴法の証言拒否権についての優れた概観として *Kudlich/Roy*, JA 2003, 565.

解除権限の問題は、——通常事例の明確な法律状況を考えると——主として株式会社などでその代表者ないし業務執行役員が犯行後に交替した場合、または破産管財人が登場した場合に生じる。このような場合、誰が会社のために活動する職業上の秘密保持者に関して解除権限を有するのか——前の機関かまたは後の機関か——という点に、極めて争いがある。正しくは、両者が共同でのみ、職業上の秘密保持者について有効に、守秘義務を解除することができる〔と解すべきである〕。現在の機関は、職業上の秘密保持者に委任した会社の利益において行為する。これに対して、前の機関は、同人がその会社のための活動に際して職業上の秘密保持者に刑法53条によって保護される信頼関係の範囲で打ち明けた情報が、同人自身に対して使用されないことについて、保護されるべき利益を有する⁵³⁾。

[195] c) 最後に、証人は、その回答が自身または家族にとって犯罪または秩序違反を理由に訴追される危険を引き起こすような質問に関して、回答拒否権を有する(55条1項)。その際、この権利は法人にも与えられるかという点が、争われている⁵⁴⁾。真実の供述がなされた場合、具体的事実に基づく——もっとも、非常に低い(前述 Rn 111参照)——刑法152条2項の意味での嫌疑の端緒が判明するものでなければならない⁵⁵⁾。単なる推測や全く思考上の可能性では足りない⁵⁶⁾。しかし、回答が「モザイク

⁵³⁾ OLG Düsseldorf wistra 1993, 120 ; AG Bonn NSTz 2010, 356 ; *Beulke*, Achenbach-FS, S. 39. 別の見解として OLG Nürnberg StV 2011, 142 (否定的評釈として *Dierlamm* ; 肯定的評釈として *Peters/Klingberg*, ZWH 2012, 11). その他の肯定的見解として *Bittmann*, wistra 2012, 173. 深めるために *Städler*, Die Auswirkungen eines Personenwechsels bei Vertretungsorganen von GmbH und AG auf die Entbindungsberechtigung nach § 53 Abs. 2 S. 1 StPO, 2012.

⁵⁴⁾ 一般的に支持する見解として *Schuler*, JR 2003, 265. これに反対する見解として *Arzt*, JZ 2003, 456.

⁵⁵⁾ BVerfG NJW 2002, 1411 ; SK-Rogall, § 55, Rn 34参照。

⁵⁶⁾ BGH NJW 1994, 2839 ; OLG Köln NSTz 2009, 586.

状の証拠構造における一部として」証人の不利益に働きうるということで足りる(モザイク理論)。それにもかかわらず、刑訴法55条は、例外的にのみ、回答の包括的拒否の権利を認める⁵⁷⁾。証人は、その回答拒否権について、教示されなければならない(55条2項)。これが行われなかった時でも、回答は、なおも使用可能である。なぜなら、刑訴法55条は、証人を保護するものであって、被告人を保護するものではないからである(「権利領域説」⁵⁸⁾。この点について詳細は、後述 Rn 464)。

証言拒否権は、訴追の危険が明白に消滅した場合、明らかに正当化事由または免責事由が存在する場合、または証人が確定力により改めて訴追されることがない場合には、(もはや)存在しない⁵⁹⁾。

6. 証人尋問の進行

[196] a) 証人は、尋問前に、真実を述べるよう注意され、宣誓の可能性を示され、虚偽または不完全な供述に対する刑法上の効果について教示されなければならない。証人が宣誓させられる場合には、宣誓の意義について、ならびに、宣誓の方法として、宗教的宣言または非宗教的宣言が選択できることを、教示されなければならない(57条)。同じく、検察官は、証人を捜査手続で尋問するとき、真実を述べるよう注意する(161 a 条 1 項 2 文)。しかし、検察官は、宣誓による尋問を行う権限がない(161 a 条 1 項 3 文)。すなわち、検察官は、宣誓をさせることができず、仮に証人が検察官の面前で虚偽を述べたとしても、刑法153条によって処罰されることはない。

⁵⁷⁾ BVerfG wistra 2010, 299 (具体的事案では否定した)。

⁵⁸⁾ BGHSt GrS 11, 213, 218.

⁵⁹⁾ BGH NStZ 2007, 278; *M-G*, § 55 Rn 8. 例外事例において異なる見解として BGH NStZ-RR 2005, 316 (再審); BGH NStZ 2006, 509 (別の行為); BGH NStZ-RR 2009, 178 u. NstZ-RR 2011, 316 (Buback-Komplex) (評釈として *Jahn*, NJW 2008, 3197)。

刑訴法57条による教示の懈怠は、使用禁止をもたらさない。なぜなら、同規定は証人の保護のみを問題とするからである。しかし、そのような懈怠において同時に刑訴法244条2項による解明義務違反が存在する場合には——証人が相応の指摘を受けていれば異なって供述したかもしれないということが排斥されないために——、その瑕疵を理由として上告することができる⁶⁰⁾。

証言・回答拒否権が問題となる限りで、このことも教示されなければならない(52条3項, 55条2項)。

b) 証人は、単独で、その後に聴取を受ける証人のいない場で尋問されなければならない(58条1項)。

c) 証人は、最初に、人定について尋問される(68条。特に氏名、年齢、職業、住所地、被疑者・被告人ないし被害者との関係について質問される。秘密連絡員の場合の制限について、後述 Rn 423以下を見よ)。

d) 事件についての証人の尋問は、2つの部分から構成される：

- 最初に、証人は、その尋問の対象について知っていることを述べるよう、指示される(69条1項よる、いわゆる**報告部分**)⁶¹⁾。
- 必要とあれば、供述の一層の解明および完全化、ならびに、証人の知識が基づく根拠の探求のために、質問が行われる(69条2項による**審問**)。

禁止尋問手法に関する刑訴法136 a 条の規定は、証人の尋問に準用される(69条3項)。

証人またはその家族に不名誉となりうる、または当該個人の生活領域を対象とする事実の質問は、それが不可欠である場合に限り許される(68 a 条1項)。

e) 証人は、単独で宣誓を行う。すなわち、その尋問の後で、いわゆる**事後宣誓**として、である(59条2項1文)。宣誓は、特段の定めがない限り、公判内でのみ行

⁶⁰⁾ 否定的見解として KMR-*Neubeck*, § 57 Rn 6; KK-*Senge*, § 57 Rn 7.

⁶¹⁾ この点について BGH NStZ 2011, 422を見よ。

われる(59条2項2文)。事前手続〔捜査手続〕では、宣誓は、刑訴法62条の特別の条件の下でのみ、特に遅滞危険がある場合に限り許される。

宣誓については、条文が「裁判所」の裁判と表記しているにもかかわらず、さしあたり、裁判長が単独で判断する。すなわち、この問題は、刑訴法238条1項の意味での訴訟指揮権に属する⁶²⁾。命令が不許容のものとして異議申立てされた場合には、裁判所が判断する(238条2項)(訴訟指揮権について、後述 Rn 372以下を見よ)。

f) 証人が供述または宣誓を拒否したときは、裁判所の解明義務(244条2項)の範囲で、「強制措置」、秩序罰、秩序拘禁、強制拘禁が問題となる(70条)。強制拘禁命令は、特に、比例性の条件に従う⁶³⁾。

g) 証人は、証人および鑑定人の費用補償に関する法律によって、補償を受ける(71条)。

7. 証人の保護

[196 a] 近年、証人は証拠調べの客体というだけでなく、手続主体でもあるとする見解が、次第に広まっている。例えば、生命および身体への不可侵を求める権利(基本法2条2項1文)、人格権または情報自己決定権(基本法2条1項を準用する1条1項)などの同人らの権利は、国家において保護されなければならない⁶⁴⁾。憲法上の保護義務に加えて、刑訴法223条、251条から導かれる、裁判所の証人に対する保護義務もある。事実審裁判官は、証人において、その人格的利益の下で、公判への出頭や、そもそも供述を求めることが過剰要求ではないかという点を、検討すべき義務を負う⁶⁵⁾。特に保護されるべき者として、以下が挙げられる。

⁶²⁾ BGHSt 1, 216; BGH NStZ 2005, 340.

⁶³⁾ BGH NStZ-RR 2012, 114; KG NStZ 2011, 652.

⁶⁴⁾ BGH NStZ-RR 2009, 247. また, SK-Rogall, Vor § 48 Rn 67 ff; Salditt, Kohlmann-FS, S. 667も参照。

⁶⁵⁾ BGH NStZ 1984, 31; Franke, StraFo 2000, 298.

- － 仮にその証言義務を履行するならば、自身またはその身近な人の法益への介入を覚悟しなければならないような人、例えば秘密連絡員など（「**危険に晒される証人**」）
- － その供述によれば、性的自己決定権に対する犯罪の被害者である証人（「**被害者証人**」）
- － 暴力犯や性的自己決定権に対する犯罪を理由とする刑事手続において、その者自身が被害者ではない場合も含めた**年少証人**

刑訴法は、証人保護に関する独自の項目を定めておらず、むしろ、そのような規定は、それぞれ効果を持つべき手続部分に含められている。例えば、刑訴法68条1項2文、2項によると、証人は、住所地を秘匿することを許され、また刑訴法68条3項によると、その身元を秘匿することもできる。刑訴法247条の条件において、被告人の退廷を求めることができ、また裁判所構成法171b条、172条の条件の下で、公開性の排除を求めることもできる。刑訴法241a条1項は、年少証人の尋問を、裁判長単独に委ねている。

1998年証人保護法によって、ビデオ技術の投入が、証人方法および尋問の手段として導入された⁶⁶⁾（58a条、168e条、247a条、255a条参照。詳細は後述 Rn 430 以下）。さらに、証人・被害者補助者の規定が挙げられるが、これは、2009年7月29日第2次被害者権利保護法⁶⁷⁾によってさらに拡張されている。刑訴法68b条1項1文では、公正裁判原則から導かれる全ての証人の権利として、**自身の費用で弁護士による補助者の支援を受ける権利**が定められている⁶⁸⁾。刑訴法68b条2項は、証人が、例外的に自身の権利（例えば、証言・供述拒否権）を尋問に際して自ら行使で

⁶⁶⁾ Beulke, ZStW 113 (2001), 709; Wasserburg, Richter II-FS, S. 547.

⁶⁷⁾ BGBl I 2009, S. 2280. この点で肯定的見解として Böttcher, Schöch-FS, S. 929. 批判的見解として Bung, StV 2009, 430; Schroth, NJW 2009, 2916. また, Bittmann, Jus 2010, 219; Hilger, GA 2009, 657; Weigend, Schöch-FS, S. 947も見よ。

⁶⁸⁾ BVerfGE 38, 105, 112; BVerfG StraFo 2010, 243.

きず、また、その保護されるべき権利が他の方法では擁護されえないという場合に(補充性条項)、証人に対してその尋問の間に国の費用で弁護士を付することを定めている。法的援助者は、証人以上の権限を持つものではない⁶⁹⁾。したがって、援助者は、尋問の前後に、独自の申立権および同席権を持つものではない。証人尋問の間、援助者には、同人が秩序ある証拠調べを著しく侵害しないことが認められる限りで、同席が許される⁷⁰⁾(詳細について、68 b 条 1 項 2 文-4 文)。通説によると、証人援助者は、独自の記録閲覧権も持たず、単に、刑法475条、477条 2 項が適用されるにとどまる⁷¹⁾。証人が同時に被害者でもある場合、特別の被害者権利が考慮されなければならない(397 a 条、406 f 条、406 g 条。後述 Rn 596, 602以下を見よ)⁷²⁾。

IV. 鑑定証拠(72条以下)

1. 総論

[197] 鑑定人は、証明されるべき個別事実に関して、裁判官に欠けている特別の専門能力を備える者である。この知識は、鑑定人に、事実や経験

⁶⁹⁾ BVerfGE 38, 105, 116. さらに発展させるものとして *Dahs*, Puppe-FS, S. 1545; *Park*, Dencker-FS, S. 233.

⁷⁰⁾ AG Berlin-Tiergarten wistra 2011, 155. 排除に批判的見解として *Matt/Dierlamm/Schmidt*, StV 2009, 715.

⁷¹⁾ BGH NStZ-RR 2010, 246; KG StV 2010, 298 (*Koch* の批判的評釈付き); *M-G*, §68b Rn 5; *Roxin/Schünemann*, §26 Rn 68. 反対の見解として *KK-Senge*, §68b Rn 9; *Schlag*, Müller-FS, S. 29; *Schmidt*, Müller-FS II, S. 663. さらに発展させるものとして *Dahs*, NStZ 2011, 200.

⁷²⁾ 証人保護法について詳細は *Rieß*, NJW 1998, 3240; *Schöch*, Meyer-Goßner-FS, S. 365. 被害者保護について *Beulke*, Schroeder-FS, S. 663; *Jung*, GA 1998, 313; *Weigend*, Gutachten C zum 62. DJT 1998; *Buhlmann*, Die Berücksichtigung des Täter-Opfer-Ausgleichs als Verfahrensgrundsatz?, 2005; *Holz*, Justizgewähranspruch des Verbrechensopfers, 2007; *Kölbel*, ZStW 119 (2007), 334.

則について回答し、または、一定の事実を評価する能力を与える。鑑定人は、委託を受けるという点で、**鑑定証人**と区別される。鑑定証人とは、事実または状態について報告することができる者であり、その知覚のためには、確かに特別の専門能力を必要とするが、特別の鑑定委託を受けるものではなく、刑訴法85条により、証人証拠に関する規定が適用されうる者である。鑑定人とは異なり、鑑定証人は、代替性がない。なぜなら、同人のみが、独自の所見について報告することができるからである。

例：事故現場に偶然居合わせた医師が、公判で、被害者の傷害について陳述した。彼は、特別の専門能力を持つ者であるが、委託されたものではないため、鑑定人ではなく、証人として尋問を受ける（85条）⁽⁷³⁾。

[198] 鑑定人がその鑑定の基礎とした事実は、**結合事実**と呼ばれる。裁判所より提示された事実でない限りで、それは、さらに2つの類型に分かれる。第1に、鑑定人がその特別の専門能力によってのみ認識できた事実である。これは、いわゆる所見事実であり、鑑定人の鑑定意見というかたちで公判へ顕出される。

例：法廷医師による解剖結果の報告や、精神科医による被告人の脳異常に関する叙述。

第2に、確かに実際には鑑定人が認定したものであるが、基本的に裁判所自身もなしうる認識手段をもって認定できたであろう事実である。これは、いわゆる**付随事実**であり、鑑定所見の要素ではないため、証人証拠のかたちで手続に顕出される。

例：精神鑑定の途中で、8歳の証人が、自身がその父から受けた性的行為について陳述した⁽⁷⁴⁾。

(73) 深めるために SK-Rogall, § 85 Rn 17 ff.

(74) BGH NStZ 1992, 295.

当該事実が公知である、または裁判所が他の方法でその正確性について確信しているという限りでは、特別の問題はなく、鑑定人は、鑑定において、その事実を基礎としてよい。そうでなければ、鑑定人は、付随事実に関して、証人同様に、尋問されなければならない。個別事例で、例えば、〔被告人の〕家族である証人が鑑定人に対して付随事実を陳述したが、後にその証言拒否権を有効に行使したような場合には、区別が重要となりうる。その場合、鑑定人より提出されたこの点に関する供述も、使用することはできない⁷⁵⁾ (後述 Rn 420 a も見よ)。

2. 鑑定人の任命および指揮

[199] 鑑定人は、個別事例で裁判所に欠けた専門能力を補うべき者であるから、刑訴法73条により、通常は、裁判所から委託を受ける。したがって、鑑定人は、「裁判所の補助者」とも呼ばれる。鑑定人は常に証拠にすぎないから、このような表現が誤解をもたらすおそれがあるにもかかわらず、である。捜査手続では、鑑定人の任命は、すでに検察官によっても行われる(161 a 条1項2文, 73条)。裁判官、ならびに捜査手続において検察官は、それが必要であると思料する限りで、鑑定人の活動を指揮しなければならない(78条)⁷⁶⁾。

鑑定人は、裁判官の場合と同じ理由(前述 Rn 63以下)で忌避されうる(74条1項1文)。その際、刑訴法22条1号ないし4号、24条が準用される。刑訴法22条の法定除斥事由は鑑定人の場合に忌避申立権のみもたらすものであることには、注意が必要である。忌避が必要という場合、鑑定人は、その〔鑑定人としての〕機能においてのみ排除される。これに対して、そ

⁷⁵⁾ BGHSt 46, 189, 192. 深めるために *Toepel*, S. 374.

⁷⁶⁾ LG Kiel NSTZ 2007, 169. *Brüning*, StV 2008, 100 ; *Müller*, Lücke-FS, S. 493 ; *Ulrich*, Rn 108 ff ; *Wolf*, ZWH 2012, 125 ; *Zwiehoff*, S. 18 ff.

の「潜在的な証人的地位」は、他の手続関係人（例えば、裁判官や検察官）の場合と同様、除斥されたときに「復活」しうるのである⁷⁷⁾。

通常、鑑定人の任命は、義務的なものではなく、裁判所は、自身に十分な専門能力があるかという点の評価に関して（例えば、証人の信用性評価に関して）評価裁量を与えられる。若干の例外的場合において、手続法は、鑑定人の関与を必要としている（87条1項、231a条3項1文、246a条、415条2項、454条2項のみ参照）。また、個別事例において、刑訴法244条2項による裁判官の解明義務から、鑑定人の委託が必要となることがある。例えば、著しい性的異常の疑いがあるとき⁷⁸⁾、筆跡比較鑑定を行うために⁷⁹⁾、または証人が児童または精神疾患者であり、その供述の信用性に特別の疑いが持たれる場合の信用性評価のために⁸⁰⁾。被告人の責任能力の評価に関して、重大犯罪においても、特別の事情がある場合に限り、鑑定意見が必要である⁸¹⁾。

どの鑑定人が専門能力を持つものであり、それゆえ、どの鑑定人を選任するかは、裁判官の評価裁量に委ねられる⁸²⁾。例えば、裁判官は、疾患のない被告人の責任能力を評価するために、精神科医と心理学者のいずれを選任してもよいが⁸³⁾、〔被告人が〕精神病患者である場合は、精神科医を選

⁷⁷⁾ BGHSt 20, 222; BGH NStZ-RR 2010, 20; SK-Rogall, §85 Rn 33; Fezer, JR 1990, 397. 否定的見解として LR-Krause, §74 Rn 36; Eisenberg, Rn 1561 f.

⁷⁸⁾ BGHSt 23, 176, 188 (Bartsch 事件).

⁷⁹⁾ KG StraFo 2009, 154.

⁸⁰⁾ BGH StV 2005, 419; BGH NStZ 2010, 100. しかし, BGH NStZ 2010, 51を見よ。深めるために Kett-Straub, ZStW 117 (2005), 354; Pfister, in: Deckers/Köhnken, S. 42, 45. 全体について Schreiber/Rosenau, in: Venzlaff/Foerster, S. 154 ff.

⁸¹⁾ BGH StV 2008, 245; BGH StV 2008, 618 (Erb の評釈付き); BGH NStZ-RR 2009, 115.

⁸²⁾ 異議申立権について M-G, §80 Rn 2. 別の見解として Fincke, ZStW 86 (1974), 656, 664.

⁸³⁾ BGH NStZ 1990, 400. 深めるために, Tondorf/Tondorf, Rn 214 ff.

任しなければならない⁸⁴⁾。

3. 鑑定意見の提出

[200] 検査の専門的な実施は、鑑定人に委ねられる。裁判所は、鑑定人に対して専門的な指示をする権限を持たない⁸⁵⁾。鑑定人は、証人と同様の義務を負う(72条)。すなわち、鑑定人は、裁判所または検察官の面前に出頭し、その鑑定意見を真実にそって提出し、基本的に宣誓しなければならない。しかし、指名を受けるべき義務は、例外的場合に限られる(75条)。その他、鑑定人には、証言拒否権に対応する鑑定拒否権が与えられる(76条)。

鑑定人は、被疑者・被告人または第三者を自ら尋問することはできない。なぜなら、これは、刑事訴追機関に留保されていることだからである。精神科医である鑑定人も、被疑者・被告人または証人を尋問することはできず、むしろ、検査目的でその者らと会話を行うにとどまる(争いがある⁸⁶⁾)。

鑑定人による教示義務の範囲については、争いがある：

[201] 鑑定人は(裁判所の補助者として)、被疑者・被告人に対し、会話への能動的な関与を義務づけられる者ではないことを、教示しなければならない(136条類推の教示)⁸⁷⁾。しかし、支配的判例は、従来、鑑定人の被疑者・被告人に対する教示義務を否定していた⁸⁸⁾。

証言拒否権を持つ証人の場合、教示義務は、刑訴法81c条3項後段が準用する52

⁸⁴⁾ BGH NJW 2002, 1813. 詳細は LR-Krause, § 73 Rn 9.

⁸⁵⁾ BGH NSTZ 2003, 101. 深めるために Foerster, StV 2008, 217.

⁸⁶⁾ この点で同旨の見解として M-G, § 80 Rn 2. 異なる見解として Fincke, ZStW 86 (1974), 656, 664.

⁸⁷⁾ 結論において同旨の見解として Roxin/Schünemann, § 27 Rn 16. 別の見解として Steinberg/Kreuzner, Jus 2011, 624.

⁸⁸⁾ BGH JZ 1969, 437 ; BGH StV 1995, 565.

条3項から導かれる。しかし、判例の見解によると、教示は、検査を命令した者が行わなければならない（前述 Rn 193を見よ）。

許されない尋問手法を使用することの禁止（136 a 条。前述 Rn 130以下を見よ）は、鑑定人にも準用されなければならない⁸⁹⁾。

鑑定意見は、捜査手続では、裁判官の命令次第で、口頭または書面で行うことができる（82条）。公判では、鑑定意見は、通常は口頭で行われる。しかし、法律は、限定列举された例外的場合について、鑑定意見を朗読する機会も定めている（256条。後述 Rn 417を見よ）。

4. 鑑定意見の評価

[202] 裁判所は、裁判官による自由な証拠評価の範囲で（261条。後述 Rn 490以下を見よ）、鑑定意見を評価しなければならない。「機械的な」引継ぎは許されず、むしろ、裁判所は、鑑定人を通じて専門能力を与えられ、結果について**自身の責任**で認定しなければならない⁹⁰⁾。判決理由において、鑑定意見の本質的な事実的基礎と、鑑定人がそこから導いた推論は、これが鑑定意見の理解とその思考推論の評価のため必要という限りで、報告されなければならない⁹¹⁾。

⁸⁹⁾ BGHSt 11, 211, 212; *Dippel, K.*, Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozeß, 1986, S. 163 ff; *Hellmann*, Rn 752; *Toepel*, S. 391.

⁹⁰⁾ BGHSt 7, 238, 239.

⁹¹⁾ BGHSt 12, 311, 315. 信用性鑑定の要請について BGHSt 45, 165, 167 (評釈として *Müller*, JZ 2000, 267); BGH NStZ 2008, 116; *Erb*, Stöckel-FS, S. 181; *Fischer*, Widmaier-FS, S. 191; *Jansen*, Rn 31 ff. その他の心理的・精神的鑑定について BGHSt 49, 347; *Boetticher/Nedopil/Bosinski/Saß*, NStZ 2005, 58. 反論として, *Eisenberg*, NStZ 2005, 304; *Schoreit*, StV 2004, 284 u. *Tondorf*, StV 2004, 279.

V. 文書証拠 (249条以下)

[203] 刑事訴訟上の文書とは、可読的な観念的内容を備えた書面をいう。これによると、証拠符号 (Beweiszeichen) は、刑法267条の意味で文書に当たるにもかかわらず、可読性が欠けるために、ここでの文書には該当しない。もっとも、訴訟上の文書概念は、作成者が認識できる必要はないという点で、実体刑法上の概念よりも広い。文書証拠〔の特徴〕は、書面の閱讀によるその観念的内容の理解という点にある (249条)。これに対して、文書 (= 書面) の外形的形状だけが問題とされる場合、これは、検証客体である。例えば、裁判官による筆跡の比較などの場合である⁹²⁾。法律は、どのような場合に文書証拠が許容されるかについて、一般的な規定を置いていない。そこからは、一般的に、法律が明示的に禁止していない限り常に許される、と理解されている⁹³⁾。例えば、公判における前の尋問調書を引用する機会は、刑訴法251条以下によって制限されている (この点について、後述 Rn 410以下)。文書記録の範囲および必要性は、裁判官の解明義務から導かれる (244条2項)⁹⁴⁾。文書証拠をどのように扱うかは、刑訴法249条1項が定めており、通例は、書面の朗読による。——この間に実践的に大きな意義を持つに至った——刑訴法249条2項の例外規定によると、裁判官および参審員が書面の文面を読み取り、他の関係人もその機会を与えられるときは、たいてい、朗読は放棄されうる⁹⁵⁾。

VI. 検証証拠 (特に86条以下, 225条)

[204] 検証による証拠は、視覚、聴覚、触覚、味覚、嗅覚による人また

⁹²⁾ BGH StV 1999, 359.

⁹³⁾ BGHSt 39, 305, 306.

⁹⁴⁾ BGHSt 52, 175.

⁹⁵⁾ 深めるために Eisenberg, Rn 2003 ff.

は物の感覚的な認識である⁹⁶⁾。例えば、実況見分、凶器の観察、写真またはビデオの閲覧などは、検証の実施に当たる。人間も、観察されるべき場合には、検証客体である。通説によると、ラジオの聴取も、検証実施と評価される⁹⁷⁾。

レーダー監視装置による写真撮影は、運転者の像と技術的表示（時間、速度などの表示）とを含むものであり、全体として、文書証拠として朗読を行うのではなく、観察の方法による検証証拠のかたちで、公判に顕出されなければならない⁹⁸⁾。

刑法は、検証実施について、若干の特別規定を置くのみである（81 a 条、81 c 条、87条以下参照）。そのほかは、手続法は、たいてい、形式面の規定に限定している（86条、168条、249条）。

検証実施は、裁判所の裁量により、手続の全ての段階で可能である。この点で、証拠調べの直接性原則は、妥当しない。すなわち、検証補助者を用いることもできる。これは、特に、検証をアクセス困難な場所で行うべき場合に、重要となる⁹⁹⁾。検証実施は、受命裁判官または受託裁判官（概念について、後述 Rn 370を見よ）によって行うこともできる。公判の途中でも同様である¹⁰⁰⁾。しかし、手続関係人は、広範な立会権を有する（168 d 条、225条、247条）。検証実施の証拠申請は、刑法244条5項の緩やかな要件において却下することができる（後述 Rn 449を見よ）¹⁰¹⁾。

[205] 事例22の解決：

a) 刑事手続では、以下の証拠が認められている：

⁹⁶⁾ BGHSt 18, 51, 53.

⁹⁷⁾ BGHSt 14, 339.

⁹⁸⁾ BayObLG NStZ 2002, 388（評釈として *Keiser*, JR 2003, 77）.

⁹⁹⁾ *M-G*, § 86 Rn 4参照。

¹⁰⁰⁾ RGSt 47, 100, 104.

¹⁰¹⁾ 深めるために *Eisenberg*, Rn 2220 ff ; *Geppert*, Jura 1996, 307.

- 証人 (48条以下)
- 鑑定人 (72条以下)
- 文書 (249条以下)
- 検証 (特に86条以下)

被疑者・被告人の供述は、広い意味での証拠である。

b) 公判内での事実解明は、**罪責および法律効果**に関しては、いわゆる厳格な証明手続の規則に従う。そのほかは、**自由な証明手続**が妥当する。ここでは、特に、法律上許容される証拠 (239条以下参照) に拘束されない。これは、特に、公判内外での訴訟上の問題に関して妥当する。通説によると、刑法136 a 条に対する違反の解明や、手続的瑕疵の認定は、自由な証明のルールに従う。したがって、許されない尋問手法が使用されたか否かという点についての心証形成をどのように行うべきかは、裁判所の義務的裁量に委ねられる。例えば、警察官の文書による職務上の陳述を求めることができる。詳細は前述 Rn 180.

[206] **事例23の解決**：手続分離前は、Bを証人として尋問できないということに争いはない。なぜなら、**共同被告人**は、証人となることができないからである。刑事手続の終局的分離の後には、判例および一部学説の見解によると、共同被疑者・被告人としての地位を失い、証人として尋問することができる (いわゆる形式的考察法)。これに対し、学説では、全ての容疑者は自動的に (共同) 被疑者・被告人としての地位を有し、すでに証人から除外される、との見解もみられる (いわゆる実質的考察法)。この理解は、容疑者が刑事訴追機関の意思的活動によって被疑者・被告人となるという限りで正しい (いわゆる形式的・実質的考察法)。これにより、戦術的な役割変換 (共同被疑者・被告人——証人) は、排除される。それゆえ、Bは、——判例の見解に反して——証人として尋問することはできない。詳細は前述 Rn 185.

[207] 事例24の解決：Eは、ここで、まずは証言拒否権（52条1項）を与えられる。なぜなら、共同被疑者・被告人であるMは、彼女の配偶者であり、刑訴法52条1項が配慮する家族の平穏の保護は、供述がその家族をも対象とする限りで、他の共同被疑者・被告人に関する供述も捕捉するからである。本件は、これに該当する。手続分離後も、証言拒否権は存続する。

「家族である共同被疑者・被告人」に対する手続がすでに確定して終結した場合もこの結論が妥当するかは、争いがある。的確であった前の判例によると、家族の平穏の保護の利益において、この点でも、刑訴法52条1項の証言拒否権が妥当する。これに対して、現在は、連邦通常裁判所は、そのような結論を否定している。なぜなら、連邦通常裁判所は、現在、刑事訴追の利益を「家族ではない共同被疑者・被告人」よりも高く評価しているからである。詳細は前述 Rn 190を見よ。

§11 勾 留

事例25：Aは、特に重大な背任（刑法263条3項を準用する266条1項、2項）を実行したことについて、切迫した疑いをかけられていた。検察官は、捜査手続の中で、勾留命令を申し立てた。管轄裁判所は、3年から4年の自由刑が予測されるということ以外に、Aが逃走によって手続から逃れる根拠はないとの事情を考慮して、勾留の発令には疑問を持っていた。どのような裁判が下されるべきか？ [Rn 230]

事例26：1965年に、小さな町の市長であったAは1942年にナチス党员としてロシアで戦争捕虜の大量射殺に関与した、ということが判明していた。検察官は、Aに対する勾留命令を申し立てた。勾留命令は許されるか？ [Rn 231]

事例27：Aは、複数の窃盗を実行したことについて、切迫した疑いをかけられていた。検察官が起訴した後、事件の管轄を有する区裁判官は、勾留を命令し、直ちに執行された。被告人Aは、勾留に対してどのような対応をすることができるか？〔Rn 231 a〕

I. 勾留の目的

[208] まだ有罪が確定していない時点で自由を剥奪するという場合、私たちの法秩序において、2つの基本的利益が対立する：〔一方は、〕対象となる市民の自由権であり、有罪が確定するまでは無実として扱われるべきとするものであり、〔他方は、〕**実効的な刑事司法の要請**である（被疑者・被告人の**在廷**、**適切な事実認定**、**執行の確保**）。この相互に対立する利益の調整は、憲法の基本原則、特に法治国家原理とそこから導かれる比例性原則に照らして図られなければならない。勾留は、執行の先取りではない。勾留に付さなくとも国家の刑罰請求権は問題なく実現できるという限りで、被疑者・被告人は、その無罪推定に基づいて、基本的に、判決確定まで自由な状態に置かれる権利を有する⁽¹⁾（欧州勾留について、前述 Rn 10 j および 10 k を見よ）⁽²⁾。したがって、ドイツの勾留率（人口10万人当たりの勾留数）が最近10年で約半数に減っていることは、積極的な兆候とみなされなければならない⁽³⁾。

(1) BVerfG StV 2008, 25 ; OLG Oldenburg StV 2008, 84参照。

(2) 深めるために *König*, Untersuchungshaft, 2011 ; *MünchKStZ*/Gatzweiler ; *Schlothauer/Weider*. また, *Graf*, JA 2012, 262 ; *Huber*, Jus 2009, 994 ; *Schultheis*, NStZ 2011, 621 u. 682も見よ。

(3) *Jehle*, Schöch-FS, S. 839 ; *Nobis*, StraFo 2012, 45 ; *Schöch*, I-Roxin-FS, S. 697.

II. 勾留命令の実体的要件

[209] 勾留命令は、全ての手続段階で許されるが、刑訴法112条1項により、以下の条件による。

- － 切迫した嫌疑
- － 勾留理由

さらに、勾留は、事件の意義および予測される刑ないし処分との関係で、過剰なものとなってはならない。

1. 切迫した嫌疑（112条1項1文前段）

[210] 切迫した嫌疑は、捜査の現在の状況から、被疑者・被告人が可罰的行為の犯人または共犯者であることについて、高度の蓋然性が存在する場合に認められる⁽⁴⁾。

勾留は事情によりすでに刑事手続の相当早い段階で問題となるが、この時点ではまだ後の手続の進行を確実に評価できないため、後の有罪判決の蓋然性に着目することはできない。むしろ、それまでの捜査結果から、被訴追者に罪があるとの蓋然性が高いということで足りるとしなければならない⁽⁵⁾（争いあり）。したがって、個別事例では、刑訴法170条1項でいう十分な犯罪嫌疑（後の有罪判決の蓋然性）はまだ存在しないが、刑訴法112条1項1文でいう切迫した犯罪嫌疑は肯定されるということもある。しかし、起訴の時点では、刑訴法112条1項1文でいう切迫した犯罪嫌疑は、常に、刑訴法170条1項でいう十分な犯罪嫌疑よりも強いものである（概観について、前述 Rn 114参照）。

ある人が違法な行為を責任無能力または限定責任能力の状態で実行したと認める切迫した理由があるときは（刑法20条、21条）、仮収容の可能性

(4) *M-G*, § 112 Rn 5; *HK-Posthoff*, § 112 Rn 4; *Radtke/Hohmann/Tsambikakis*, § 112 Rn 21.

(5) BGH <Pf> NSTZ 1981, 94.

がある(126 a 条)。

2. 勾留理由(112条1項1文後段)

[211] 次の4つの勾留理由は、全ての手続で問題となる。

- 逃走または逃走のおそれ(112条2項1号, 2号)
- 罪証隠滅のおそれ(112条2項3号)
- 重大犯罪の疑い(112条3項)
- 再犯のおそれ(112 a 条)

迅速な手続に関して特殊なものとして,

- 不出頭のおそれ(127 b 条2項)。

a) 逃走または逃走のおそれ

[212] 逃走という勾留理由は、一定の事実に基づいて、被疑者・被告人が逃走したまたは隠れていると判断される場合に、認められる(112条2項1号)。

逃走のおそれという勾留理由は、一定の事実に基づいて、個別事例を評価したうえで、被疑者・被告人が刑事手続から逃れるおそれがある場合に、認められる(112条2項2号)。法律の文言上、逃走ないし逃走のおそれの勾留理由を単なる推測から導くことは禁止されており、むしろ、双方の場合とも**一定の(関連する)事実**が——予断のない観察者において後づけ可能なかたちで——そのようなおそれを証明する必要があることに、注意が必要である。

裁判所は、各々個別の事例に関係づけられた全体評価を行わなければならないが、そこには、被疑事実の重さや具体的に予測される刑の重さと並んで、他の観点も取り込まなければならない。例えば、被疑者・被告人は同人に不利となる証拠を知っているか、またどの程度知っているか、ま

たは、被疑者・被告人は自白をしているか、などの点である⁽⁶⁾。さらに、裁判所は、被疑者・被告人の人格やその私的な関係（経歴、家族状況、経済状態など）を、考慮に入れなければならない⁽⁷⁾。外国人が外国にとどまる意図を持っている場合、これだけでは、まだ逃走のおそれを基礎づけることにはならない⁽⁸⁾。刑の予測と逃走との間には経験的に証明された関連性が欠けることから、逃走のおそれは、残念ながら多くの捜査判事に今なおみられる実務の見解に反して、予測される自由刑の重さ（例えば4年を超える刑）だけで基礎づけられるものではない⁽⁹⁾。被疑者・被告人が手続から逃れることの予測は、その反対の割合よりも蓋然的でなければならない⁽¹⁰⁾。逃走のおそれは、最も重要な勾留理由として、全勾留命令の約90%で肯定されている⁽¹¹⁾。

b) 罪証隠滅のおそれ

[213] 刑訴法112条2項3号によると、罪証隠滅のおそれは、一定の事実に基づいて、被疑者・被告人の行動から、同人が次の行為を行うことの切迫した嫌疑が基礎づけられる場合で、

- 証拠を破壊、改変、持ち去り、秘匿、偽造すること
- 被疑者・被告人、証人、鑑定人に対して、不当な方法で働きかける

(6) OLG Koblenz StV 2003, 171.

(7) OLG Düsseldorf StV 1994, 85 und 86 (Seebode の評釈付き)。

(8) OLG Dresden StV 2005, 224 ; LG Oldenburg StV 2011, 34. 異なる見解として OLG Köln NStZ 2003, 219 (批判的評釈として *Dahs/Riedel*, StV 2003, 416). また, *Esser*, in Joerden/Szwarc: Europäisierung des Strafrechts, S. 233も見よ。

(9) KG StV 2012, 350 ; OLG Hamm NStZ-RR 2010, 158 ; LR-*Hilger*, § 112 Rn 39 ; *MünchHaffnen/Gatzweiler*, Rn 188 ff.

(10) *M-G*, § 112 Rn 17. より厳格な見解として SK-*Paeffgen*, § 112 Rn 24 (高度の蓋然性を要求する)。

(11) *Jehle*, Schöch-FS, S. 839, 844 ; *Schöch*, Lackner-FS, S. 1007.

こと

－ 他の同様の行為を行うこと

かつ、そのことによって、真実の探求が困難になるおそれがある場合に、認められる⁽¹²⁾。

c) 重大犯罪のおそれ(112条3項)

[214] 刑訴法112条3項の文言によると、刑訴法112条2項の勾留理由は認められない(すなわち、被疑者・被告人は逃走したわけでもなく、また逃走や罪証隠滅の危険もない)が、被疑者・被告人には刑訴法112条3項による**重大犯罪**(例えば謀殺や故殺)を実行したとの切迫した疑いがある場合にも、勾留を命令することができる。

刑訴法112条3項は、法政策的には疑問がある。一定の勾留理由が存在していなくともよいとすることによって、勾留は、被疑者・被告人には確かに犯行の切迫した嫌疑があるが、他方で刑事訴追または刑罰執行が危機にさらされるわけではない、つまり実効的な刑事司法の要請に影響がないという場合も、命令することができる。連邦憲法裁判所⁽¹³⁾は、支持されるべきことであるが、本規定を**合憲解釈**の手法で修正し、刑訴法112条3項による勾留は——その明示の文言に反して——刑訴法112条3項に列挙された犯罪に関して、切迫した犯罪容疑に加えて、逃走または罪証隠滅のおそれという勾留理由に該当する場合に限り命令することができる、と判示した。もっとも、連邦憲法裁判所は、この場合において、勾留理由の証明には刑訴法112条2項と同じ程度の要件を設けなかった。したがって、必然的に、一定の事実から逃走または罪証隠滅のおそれが証明されなければならないわけではなく、すでに個別事例の具体的事情により逃走または罪証隠滅のおそれが排除されない場合、または、被疑者・被告人が類似の犯行を反復することが現実には危惧される場合で足りるとき

(12) OLG Frankfurt StV 2009, 652.

(13) BVerfGE 19, 342, 350.

れる⁽⁴⁴⁾。しかし、具体的事案において、重大犯罪の疑いがあるにもかかわらず逃走は危惧されないという場合には、刑訴法116条により、勾留執行の停止（後述 Rn 228を見よ）を命じることができる⁽⁴⁵⁾。

d) 再犯の危険（112 a 条）

[215] さらに、一定の——結果的加重されるストーカー（刑法238条2項、3項）の事案のように常に拡張されつつある⁽⁴⁶⁾——領域に関して、——刑訴法112条に対して補充的な——再犯のおそれという勾留理由がある（112 a 条）。これにより命じられる勾留は、手続保全の手段ではなく、新たな相当の犯罪に対する法共同体の保護に向けた予防的措置である⁽⁴⁷⁾。したがって、刑訴法112 a 条1項2号による再犯のおそれの評価に際して、他の確定した手続の対象である、または対象とされた行為も、取り込まれなければならない（112 a 条1項2文）。もっとも、この行為は、それが切迫した犯罪容疑の存在に加えて必要とされる重さの程度を示し、法秩序が著しく害されるという場合に限りで、考慮に入れられる⁽⁴⁸⁾。

e) 公判勾留（127 b 条）

[215 a] 最後に、迅速手続（後述 Rn 530以下）において、公判開始が身体拘束から1週間以内に行われることが予測され、一定の事実から、被拘禁者を釈放した場合には公判に出頭しないことが危惧される場合に、a – d の勾留理由に該当しなくても、刑訴法127 b 条2項により、勾留を命じることができる⁽⁴⁹⁾。

(44) LG Kiel StV 2001, 687; *M-G*, § 112 Rn 38. また, LG Berlin StraFo 2010, 420 (*Eisenberg* の的確な批判的評釈付き) も見よ。

(45) OLG Frankfurt StV 2000, 374 (Weimar 事件); OLG Karlsruhe StV 2010, 30.

(46) いわゆる「段階的緩和拘束」について *Krüger*, NJ 2008, 150; *Knauer/Reinbacher*, StV 2008, 377.

(47) BVerfGE 19, 342, 349 f; OLG Karlsruhe StraFo 2010, 198.

(48) OLG Frankfurt StV 2010, 31 u. 583; OLG Thür. StV 2011, 735.

(49) この点につき批判的見解として *HK-Lemke*, § 127b Rn 2; *LR-Hilger*, § 7

f) 被告人の不出頭(230条2項)

裁判所は、被告人が刑訴法230条2項の帰結に関する指摘を含めた適切な召喚(216条1項)を受けたにもかかわらず無断で出頭せず、公判実施を確保するために勾引命令では足りないと思料する場合に、公判の期間に限定した勾留を命じることができる(230条2項)。この場合は、a-dの付加的な勾留理由は必要ない。

3. 比例性原則

[216] 刑訴法112条1項2文によると、勾留は、一般的に、それが事件の意義および予測される刑または改善・保安処分と比較して過剰となる場合には、命令することができない²⁰⁾。もっとも、比例性原則の遵守は、勾留を命じるための積極的要件ではない。むしろ、(確実な)過剰性が、勾留否定理由となる。そのようなものとしての過剰性は、それが積極的に認定される場合に限り重要となるが、比例性が疑わしいと思われるだけでは足りない。刑訴法113条は、軽微犯罪の領域に関して、比例性原則の法律上の具体化を含んでいる。

4. 私訴犯罪

[217] 私訴犯罪の訴追に際し勾留を命じることができるかについては、争いがある。より良い理由からは、勾留命令は許されない。なぜなら、少なくとも刑事訴追に公的利益が存在しない場合には、被疑者・被告人からその自由を奪うことは許されないからである²¹⁾。

↘ 127b Rn 7; *Hellmann*, NJW 1997, 2145; *Herzog*, StV 1997, 215; *Meyer-Goßner*, ZRP 2000, 348; *Stintzing/Hecker*, NStZ 1997, 569; *Wenske*, NStZ 2009, 63.

²⁰⁾ 深めるために *Hellmann*, JuS 1999, 264; *Neumann*, I-Roxin-FS, S. 659.

²¹⁾ 同旨の見解として OLG Karlsruhe GA 1974, 221.

5. 親告罪

[218] 親告罪の訴追において、まだ告訴がなされていない時点で勾留が命令されるとき、告訴権者は、速やかに、勾留発令について通知されなければならない。同時に、告訴権者は、裁判官が指定した期間内に告訴しなかった場合には、勾留が取り消されるということも、教示されなければならない。その期間は、1週間を超えてはならない。この期間内に告訴がなされないときは、勾留は、取り消されなければならない（130条）。

Ⅲ. 勾留の発令と執行

1. 書面による勾留命令

[219] 刑訴法114条によると、勾留は、書面による勾留命令によって命じられる²²⁾。勾留命令には、被疑者・被告人の氏名、行為、勾留理由、そして原則として、そこから切迫した犯行容疑と勾留理由が導かれた事実も、記載される（114条2項）。

2. 勾留命令発令の管轄

[220] 勾留命令は、基本的に、裁判官のみが命じることができる（基本法104条2項1文）。

a) 公訴提起前は、その地区に裁判管轄が基礎づけられるか、または被疑者が滞在する地区の区裁判所の裁判官が、検察官の申立てに基づいて、勾留命令を発する（125条1項はより詳細を規定している）。刑訴法162条1項2文の要件があれば、検察官は、その地区に自身の勤務地がある区裁判所に、申し立てることもできる。この区裁判所裁判官は、捜査判事と

²²⁾ 勾留状の書式は *Haller/Conzen*, Kap. 8 Rn 1104にある。

呼ばれる。

b) 公訴提起後は、勾留命令を発する管轄は、**事件を担当する裁判所**にあるが、上告が提起された場合には、その判決に不服が申し立てられた原裁判所にある(125条2項)。要急事案では、裁判長が単独で、勾留命令を発することもできる(125条2項2文)。起訴後は、検察官の申立ては、もはや必要でない。

c) **それ以外の裁判**(勾留取消し、勾留免除など)に関しては、公訴提起前は、勾留を発令した裁判所が、その後は、原則として事件を担当する裁判所が、管轄する(詳細は126条を見よ)。

d) 刑訴法457条によると、**執行手続**においては、検察官が、**執行命令**を発する権限を持つ。

3. 被疑者・被告人の拘禁

[221] 勾留は、被疑者・被告人の**拘禁**によって執行される。拘禁は、いわゆる**身柄拘束**によって行われる。拘禁に際して、被疑者・被告人は、勾留命令の謄本を交付され、遅滞なくかつ書面によってその権利を教示されなければならない(詳細は114a条、114b条)。この教示は、通常の場合、警察官により行われる。拘禁された被疑者・被告人は、勾留目的がそれによって危殆化されない限り、遅滞なく、家族または近親者に通知する機会を与えられなければならない(114c条1項)。刑訴法115条によると、被疑者・被告人は、拘禁後遅滞なく、**管轄裁判所**へ引致されなければならない。その引致は、遅くとも身体拘束の翌日には行われなければならない(115条2項、基本法104条3項)。その管轄は、勾留を発令した裁判所にある(126条1項)。被疑者・被告人を身体拘束の翌日までに管轄裁判所へ引致することができないときは(例えば、相当な遠隔地であるなどの理由で)、刑訴法115条、115a条によると、被疑者・被告人は、補助的に、直

近の区裁判所まで引致されなければならない²³⁾。

4. 勾留裁判所のその他の活動

[222] 刑訴法115条2項によると、裁判所は、被疑者・被告人に対して、引致後滞なく、遅くとも翌日までに、被疑事実の対象について尋問しなければならない。

最後に、裁判所は、**勾留のその後の展開について裁判しなければならない**。以下の機会がある。

- **勾留の維持**。この場合、刑訴法115条4項によると、被疑者・被告人は、関連する法的救済について教示を受け（この点について後述 Rn 223）、また、その家族または信頼する人に通知されなければならない（114 c 条2項）（必要の弁護について前述 Rn 166を見よ）。
- **勾留の取消し**（120条）（この点について後述 Rn 225）、または、
- **勾留の失効**（116条）（この点について後述 Rn 228）。

5. 重複勾留

被疑者・被告人が勾留命令発令の時点ですでに他の事件において（つまり、訴訟上の意味で別の行為を理由として。前述 Rn 20を見よ）勾留に付されまたは（確定判決に基づく）刑罰留置を受けている場合、これを**重複勾留**と呼ぶ²⁴⁾。

IV. 勾留に対する法的救済

[223] 被拘禁者には、法的救済として、**勾留に対する抗告**（304条以下）²⁵⁾ または**勾留審査の申立て**（117条1項）が認められ、これらによって、勾

²³⁾ 深めるために Schröder, StV 2005, 241 ; Zieschang, Uni-Würzburg-FS, S. 665.

²⁴⁾ Schlothauer/Weider, Rn 716.

²⁵⁾ 勾留に対する異議申立ての書式は Barton/Jost/Zwiehoff, S. 401にある。

留の取消しまたは免除を求めることができる。

1. 勾留に対する抗告(304条1項)

勾留に対する抗告の手続は、刑訴法304条以下の抗告の一般規定に従う(この点について Rn 577以下参照)。裁判所は、抗告を却下するか、または抗告裁判所に回付することができる(移審効)。刑訴法310条によると、抗告裁判所の裁判に対して、さらに抗告をすることができる。

抗告は、勾留審査の申立て(この点について後述 Rn 225)と並行して行うことはできない(117条2項1文)。この勾留に対する抗告の補充性は、勾留審査の申立てが抗告申請の後に提起された場合にも妥当する。しかし、勾留審査手続で下された裁判に対して、抗告することはできる(117条2項2文)。

2. 勾留審査の申立て(117条1項)

[224] 被疑者・被告人は、さらに、勾留に付されている限り、いつでも、勾留を取り消すべきか、あるいはその執行を刑訴法116条によって停止すべきかという点について、裁判所の審査を求めることができる(117条1項、いわゆる勾留審査)。刑訴法118条1項によると、被疑者・被告人の申立てまたは裁判所の裁量に基づいて、口頭弁論を経たうえで裁判される。刑訴法117条1項の申立てについては、勾留裁判所が裁判する(126条)。したがって、勾留審査の申立ては、移審効を持たない。被疑者・被告人は、いつでも、また何度でも、申立てをすることができる。もっとも、被疑者・被告人は、常にその申立てについての口頭弁論まで求めることができるわけではない(118条3項参照)。

刑訴法121条によると、勾留期間が総じて6か月を超えると、高等裁判所が、職権で、勾留の継続が許されるかを判断する(この点について後述

Rn 227を見よ)。さらに、勾留審査は、開始決定の言渡し（207条4項）および判決言渡し（268b条）に際しても、職権で行われる。

V. 勾留命令の取消し

[225] 勾留取消しに関する管轄は、刑訴法126条によって決められる。

1. 刑訴法120条1項による勾留命令の取消し

[226] 刑訴法120条1項1文によると、勾留は、**勾留の要件がもはや存在しない場合**、または**勾留の継続が過剰なものとなる場合には**、直ちに取消されなければならない。

法律は、特に、被疑者・被告人が**無罪判決を受けた**かもしくは**公判開始が却下された場合**、または**手続が終局的に打ち切られた場合**に関して、取消しを定めている（120条1項2文参照）。無罪判決は、確定している必要はない（120条2項）。被告人は、勾留が公判で取り消された場合には、直ちに釈放されなければならない²⁶⁾。

2. 刑訴法120条3項による勾留命令の取消し

刑訴法120条3項1文によると、勾留は、**検察官が公訴提起前にそれを申し立てた場合**も、取消されなければならない。この規定は、体系に適合していると思われる。なぜなら、公訴提起前は、勾留命令は、検察官の申立てに基づいてのみ発することができるものだからである（前述 Rn 220を見よ）。裁判所の裁判はこの時点ではまだおよそ形式的な理由で下されるものである²⁷⁾ので、検察官は、刑訴法120条3項2文により、勾留命令取消しの申立てによって、適時に被疑者の釈放を命じることができる。

²⁶⁾ LG Berlin NStZ 2002, 497.

3. 刑訴法121条による勾留命令の破棄

[227] 最後に、刑訴法121条2項によると、勾留命令は、同一の行為を理由とした勾留の執行がすでに6か月に及び²⁷⁾、かつ、法律上の例外のいずれにも該当しないという場合には、取り消されなければならない。この例外は、次のとおりである。

- 自由刑または自由を剥奪する処分を言い渡す判決が下された場合(121条1項前段)。
- 調査の特別の重要性もしくは特別の規模、またはその他重大な理由から、まだ判決に至らず、勾留の継続が正当化される場合(121条1項後段)。例外が認められるかは、通常、高等裁判所が判断する(122条)。そのような例外事由が肯定されるときは、勾留の継続が命じられ、そうでないときは、勾留命令が取り消される。

刑訴法121条1項の解釈においては、特に、個人の自由という基本権(基本法104条を準用する同法2条2項2文および3文)が、重要である。被疑者・被告人の自由権は、犯罪の完全な説明・犯人の迅速な処罰という国家共同体の正当な利益と、対置させられるべきものである²⁸⁾。自由権は、勾留期間が長くなるにつれて、その重みを増していく。したがって、憲法からは、刑訴法121条1項の制限的な解釈が求められる²⁹⁾(迅速性原則について前述 Rn 26を見よ)。勾留が長期に及ぶ場合には、特に、勾留延長裁判の「理由づけの深さに重い条件を付すること」によって、個人の自由に対

²⁷⁾ 期間の算出について *Brinker/Gierok/Kempny*, JuS 2012, 36; *HK-Posthoff*, § 121 Rn 7.

²⁸⁾ BVerfGE 19, 342, 347; 20, 45, 49; BVerfG NJW 2006, 668 (評釈として *Jahn*, NJW 2006, 652).

²⁹⁾ BVerfG NJW 2006, 672; BVerfG HRRS 2011, Nr 739. また, OLG Dresden NJW 2010, 952 (批判的評釈として *Fahl*, ZIS 2009, 452); OLG Nürnberg wistra 2011, 478; OLG Stuttgart StV 2011, 749も参照。

する基本権への介入が考慮されなければならない³⁰⁾。

ここでは、若干の観点のみ挙げておく³¹⁾。

被疑者・被告人が非難される行為の重さは、刑訴法121条1項においては意味を持たない³²⁾。

勾留は、まだ勾留の対象とはされていない別の犯罪に関する切迫した嫌疑を解明するという目的では、維持できない³³⁾。

手続の遅延が刑事訴訟機関の側から生じ、それゆえ、国家に帰属されるべきときで、少なくとも相当な客観的義務違反が認められる場合には、期間の延長は正当化されない³⁴⁾。

裁判所または検察官の過剰負担は、それが短期にとどまり、予測できずかつ回避不能であった場合に限り、6か月を超える勾留の執行を認める重要な理由となる³⁵⁾。

VI. 勾留執行の停止 (116条)

[228] 裁判官は、勾留命令が逃走のおそれにのみ基づいているときは、より緩やかな処分（例えば、一定の指示、保証金）によっても勾留の目的が達成できると十分に見込まれるならば、勾留命令の執行を停止しなければならない（116条1項1文＝いわゆる保釈）。保釈決定によっても、勾留命令が取り消されるわけではない。勾留命令は継続しているが、ただ、被疑者・被告人が拘束されないだけである。

30) BVerfGE 103, 21, 35; BVerfG StraFo 2010, 461; Scheinfeld, GA 2010, 684.

31) 詳細は *M-G*, § 121 Rn 17 ff; Radtke/Hohmann/Tsambikatis, § 121 Rn 17 ff; KMR-Wankel, § 121 Rn 14.

32) OLG Thür. StraFO 2004, 318.

33) BVerfG NStZ 2002, 100; OLG Bamberg StV 2002, 608.

34) BVerfG StV 2006, 703; 2007, 644; OLG Celle StraFo 2010, 196.

35) BVerfG StV 1999, 328; BGHSt 38, 43, 45; OLG Oldenburg StV 2008, 200.

罪証隠滅および再犯のおそれ、ならびに行為の重大性を理由とする場合の停止については、刑訴法116条2項、3項を見よ。

VII. 勾留の執行

1. 基本的な規則

[229] 2006年の連邦制改革によって、**勾留執行**の法律に関する連邦の法制定権限は、州に委譲された。それ以後、基本法74条1項1号による連邦の(競合的)権限は、裁判手続にのみ存することとなった(勾留執行の法についてはない)。したがって、勾留についての連邦法の包括的な改正も必要となり、これは、2010年1月1日に施行されている³⁶⁾。刑訴法旧119条およびこの規定を具体化する勾留執行法(UVollzO)は、それまで執行施設の任務と権限を規定していたものであるが、これらのほとんどの内容は、この間に、全ての州で、州法に規定されている³⁷⁾。

もっとも、**勾留目的を実現するために必要な制限の領域**については、これまで一般条項のかたちで定められてきたが、これは、**連邦の権限に残された**³⁸⁾。したがって、**刑訴法119条**の新たな規定も、**制限の例示的な列挙**というかたちで、勾留の執行に関する若干の規定を含んでいる(例えば、面会禁止、複数被疑者・被告人の分離収容、他の被拘禁者との接触禁止など。119条1項2文参照)。これらは(もっぱら)、逃走、罪証隠滅、再犯のお

³⁶⁾ 深めるために *Bittmann*, NStZ 2010, 13; *ders.*, JuS 2010, 510; *Brocke/Heller*, StraFo 2011, 1; *Michalke*, NJW 2010, 17; *SK-Paeffgen*, § 119 Rn 1 ff; *Weider*, StV 2010, 102.

³⁷⁾ *Arloth*, Strafvollzugsgesetze, 3. A. 2011; *Köhne*, JR 2012, 14; *Ostendorf*, §§ 1-13.

³⁸⁾ BGH NJW 2012, 1158; *Nestler*, HRRS 2010, 546. 別の見解として OLG Celle StV 2012, 417; *Kazele*, StV 2010, 258.

それを回避するために命じることができる（119条1項1文）⁹⁹。これらの制限を命令する管轄は、刑訴法126条に指定された裁判所である。勾留目的に差し迫った危険がある場合には、検察官または執行施設に（補完的な）要急時権限がある（119条1項3文および4文）。この場合、命令は、3事業日以内に、その承認を受けるため裁判所に提示されなければならない。

刑訴法119条の制限に加えて、テロ事件の手続について、いわゆる接触遮断法に特別規定が定められている（裁判所構成法施行法31条以下）。

2. 勾留執行における法的保護

[229 a] 勾留目的達成のため必要な制限の命令（旧119条3項前段）は依然として刑訴法119条に連邦法として規定され、他方で、執行施設における秩序および治安を維持するため必要な制限（旧119条3項後段）のみは州法の規定に基づいて行われることになったことから、法的保護に関しても、区別が必要である。

a) 刑訴法新119条による制限（勾留目的達成のため）

刑訴法119条1項により裁判所から命じられた制限に対しては、原則として、上級裁判所への抗告による上訴が認められる（304条）。例外的に抗告が許されないとき——例えば、高等裁判所または連邦通常裁判所の捜査判事が裁判を下したとき（304条4項2文1号参照）——は、命令した裁判所による（改めての）裁判上の裁判を求めることができる（119条5項）。

裁判所の裁判ではなく、検察官、その捜査補助官、執行施設による実施措置である場合には（119条2項2文）、勾留裁判所（126条）に審査を求めることができる。その裁判に対しては、さらに、刑訴法304条による抗告が認められている。

⁹⁹ VerfGH Berlin StraFo 2011, 41; OLG Düsseldorf StV 2011, 746; KG StV 2010, 370; König, NSTz 2010, 185. 深めるために Ostendorf/Schady, S 6 Rn 1 ff. 欧州人権裁判所の基準について Pohlreich, NSTz 2011, 560.

b) 州法上定められた制限(執行施設における秩序・治安を維持するため)

当局の裁定または執行施設の措置は、その法的根拠を州法上の勾留執行法に求められるが、これに対しては、裁判所の裁判による審理を求めることができる(119 a 条 1 項 1 文)。執行施設が相応の申立てにもかかわらず 3 週間以上経っても(当局としての)裁定を下さなかった場合も、同様である(119 a 条 1 項 2 文)。刑訴法 119 a 条 1 項による裁判所の裁判の申立ては、例えば、執行施設との間で食事時間や居室の設備などについて争いが生じ、それが勾留目的と直接的な関係が認められないという場合に想定される。管轄は、勾留裁判所にある(126 条 1 項 1 文)。この裁判に対しては、刑訴法 304 条による抗告を提起することができ、これは、執行施設を通じて提出することもできる(詳細は 119 a 条 3 項を見よ)⁴⁰⁾。

[230] 事例25の解決：勾留命令を発令する管轄は、捜査手続の間(公訴提起前)は、区裁判所の捜査判事にある(125 条 1 項)。勾留命令を下すことができるかどうかは、刑訴法 112 条以下に従う。これによると、切迫した犯罪容疑と、勾留理由とが存在していなければならない。本事例では、切迫した犯罪容疑(犯罪実行の高度の蓋然性)は認められる。勾留理由としては、逃走のおそれ(112 条 2 項 2 号)のみが問題となる。これは、予測される刑の重さ(3 年から 4 年)のみで、基礎づけることができる。実務では、しばしば、これで十分であると判断され、その他の事情の考慮は行われない。しかし、この見解は、否定されなければならない。なぜなら、法律は、常に、全体的衡量を求めているからである。上記の理由では、勾留命令を下すことはできない。詳細は前述 Rn 212 を見よ。

[231] 事例26の解決：ここで問題となるのは、刑訴法 112 条 3 項による勾留命令のみである(重大犯罪の場合)。なぜなら、逃走または罪証隠滅の

⁴⁰⁾ BT-Drs. 16/11644, S. 32 f.

おそれを示す事実、認定できないからである。切迫した犯罪容疑は、刑法211条・212条に関して存在する。Aが非難されている行為を考えると、刑訴法112条3項は、その文言上は充足されるように見える。しかし、勾留裁判所は、勾留命令を下すことはできない。なぜなら、ここで具体的事情を考慮すると、Aが逃走して刑事手続を逃れるおそれは否定されるからである（BVerfGE 19, 342, 350による、刑訴法112条3項の合憲的解釈）。詳細は前述 Rn 214を見よ。

[231 a] 事例27の解決：Aは、不服申立て対象の裁判（勾留命令、114条1項）を下した区裁判所に、抗告（304条1項）を提起する機会を持つ（306条1項）。刑訴法306条2項によると、区裁判所裁判官は、自ら却下するのでない限り、抗告を、管轄の抗告裁判所である地方裁判所（裁判所構成法73条）に回付する。それが認容されない場合、Aは、刑訴法310条1項により、さらに抗告を提起することができる。刑訴法117条1項によると、Aは、勾留審査を申し立てることもできる。この場合、刑訴法126条2項1文によると、勾留審査については裁判官自身が裁判するが、抗告については地方裁判所が裁判する（移審効）。Aが勾留審査の方法を選んだ場合には、抗告は許されない（117条2項1文）。詳細は前述 Rn 223以下を見よ。

§ 12 その他の重要な強制手段（基本権への介入）

事例28：

a) 刑事手続を実施するための重要な強制手段を挙げよ。それは、どこに規定されているか？

b) Aが、にぎやかな歩行者道路から「助けて、襲われた」との声を聞いた直後、Bが、——その声が聞こえた方向から——足早に、1個の鞆を

持って近づいてきた。Aは、Bが犯人ではないかと推測し、Bを拘束した。実際には、Bは、襲撃に全く関わっておらず、配達会社に勤めている者であって、そのため急いでいたのであった。Aは、処罰されるか？

c) Bは、実際に犯人であり、Aによる拘束に抵抗した。Aは、Bの逃走を阻止するため、その最終手段として、Bの顔面を殴り、そのため、Bは、意識を失ってその場に倒れた。Aは、処罰されるか？〔Rn 268〕

事例29：Aは、麻薬の取引について疑いをかけられていた。Aを逮捕したPは、Aが何かを飲み込むところを現認した。Pは、それがビニールに包まれたコカインであると推測し、Aに、健康に害のない嘔吐剤を服用するよう求めた。Aがこれを拒否したため、Pは、医師によりカテーテルを用いて嘔吐剤を飲ませることを考えた。実際、この方法によって、予測された麻薬入りの包みが発見された。刑事訴追機関の措置は、適法であったか？〔Rn 269〕

事例30：

a) 警察の捜査から、ミュンヘン地区のポルシェ運転手が、被害者を強姦して殺害した犯人として浮かび上がった。警察は、これに応じて、約750人いるミュンヘンの標識が付けられたポルシェ車の所有者全員に、被害者の身体に付着した体液とDNA型の比較を行うために「任意で」血液検査に協力するよう「要請」し、これを拒否したときは、刑法81a条に基づき強制的に血液検査を行うことを告知した。Aが拒否したため、強制的に、Aから血液が採取され、これを遺伝子学的に検査した。この措置は、適法であったか？〔Rn 270〕

b) Aに対して、謀殺罪を理由に捜査が行われた。Aは、被害者を強く殴打して死亡させたとされている。Aは、被疑事実を否認している。さらに別の証拠が得られたなかったため、2週間に及ぶ入院中に、Aの病室の時計に「小型盗聴器」を仕込んで、そこでの様子が技術的に監視された。A

の電話回線も、傍受されている。ある夜、Aは、その職場の同僚から電話を受けたが、その同僚は、警察からAのことについて質問され、特に「Aは攻撃的な性格ではないか、Aは自分のウサギを殺したことはないか」と聞かれた、と告げた。Aは、その電話を切った直後に、興奮したように独り言をつぶやいたが、そのときに「くそ、くそ、くそ！ 頭にきた、ぶっ殺してやる。頭にきた、ぶっ殺してやる。俺がやってやる。頭にきた、ぶっ殺してやる！」と声に出した。裁判所は、記録されたこの独り言を、Aの有罪判決の根拠とした。これは、許されるか？〔Rn 271〕

事例31：被疑者・被告人とその弁護人との間の信書が、差し押さえられた。この措置は、適法か？〔Rn 271〕

事例32：勾留中のEに対して、多くの住居侵入を理由とする捜査が行われている。K刑事は、深夜に電話で、匿名の通報を受け、盗品はEの両親宅にあるEの部屋の中の床下に隠されており、間もなく別の共犯者が盗品を取り出して、別の場所へ隠すことになっている、との情報を得た。夜間に裁判官の命令を求めることはできず、また捜査判事の態勢も整っていなかった——従来、小さな街では、そのようなものを設置する必要がなかった——ことから、Kは、Eの部屋を搜索すべく、直ちに、Eの両親の自宅へ向かった。しかし、Eの両親は、立入りを拒否し、Eの部屋は閉ざされた。これに対して、Kは、両親に全ての事実を打ち明け、必要とあれば部屋のドアを強制的に開けなければならない、と告げた。両親がこれを無視したため、Kは、ドアをこじ開けて、部屋を搜索したところ、そこで盗品を発見した。Kは、署に戻り、全ての事実について包括的な報告書を作成した。この措置は、適法か？〔Rn 272〕

I. 総則

1. 概観

[232] 勾留(112条以下——この点について前述 Rn 208以下)以外に、重要な強制手段として、以下のものが挙げられる：

- 長期の監視(163 f 条)
- 仮拘束(127条, 127 b 条)
- 被疑者・被告人の観察のための収容(81条)
- 身体検査, 血液検査(81 a 条)
- DNA 型分析(81 e 条~81 f 条), DNA 型判定および DNA 型データの蓄積(81 g 条), DNA 型一斉検査(81 h 条)
- 写真撮影, 指紋採取(81 b 条)
- 第三者の検査(81 c 条)
- 押収(差押え)(94条以下)
- 通信傍受(会話の内容)(100 a 条, 100 b 条)
- 通信接続に関する回答(例えば, 誰が, いつ, 誰と)(100 g 条)
- 携帯電話の識別番号(例えば, 所在地の確認)(100 i 条)
- 搜索(102条以下)
- 身元確認(163 b 条, 163 c 条)
- 追跡のための公示(131条以下)
- 検問(111条)
- 根こそぎ追跡(163 d 条)
- ラスター(網の目)追跡(98 a 条, 98 b 条)
- 写真・ビデオ撮影(100 h 条 1 項 1 号)
- その他監視目的での一定の技術的手段の投入(例えば, 移動探知器)(100 h 条 1 項 2 号)
- 小盗聴(100 f 条)

- 大盗聴 (100 c 条, 100 d 条)
- 身分秘匿捜査官の投入 (110 a 条)

複数の強制措置の組合せは可能であるが、その場合でも、特別の侵害となることから、全ての強制措置に通用する比例性原則の観点で、付加的な評価が必要となる。したがって、個別事例では、いわゆる「全体的観察」が問題となりうる⁽¹⁾。

それゆえ、学説上、特に密行的な捜査手法（後述 Rn 233 e, 251, 253 以下, 261, 262, 263 以下, 267）の数の増加と侵害の強さは、批判的にみられている。密行的な捜査手法はどのような保護措置（裁判官留保、侵害の高度な条件、核心領域の保護、捜査手続における弁護権限の強化）を必要とし、これによって国家の情報優越が調整され、公正手続が保障されうるかが、検討されなければならない⁽²⁾。対象者がこの領域においてそもそもその権利保護を要求できるようにするため、刑訴法101条4項-6項は、捜査機関による通知義務を、密行的な捜査措置の終了後に定めている。この通知は、内容的には、処分の命令および実施、ならびに、刑訴法101条7項2文による2週間の期間内に申し立てられるべき事後的な法的救済の機会を含む（捜査手続における法的保護について Rn 321 以下）。

2. 証言拒否権者における捜査措置

a) 職業上の秘密保持者 (53条)

[232 a] 刑訴法53条による証言拒否権は、刑訴法160 a 条によって補完される。同条項によると、職業上の秘密保持者は、その証言拒否権の範囲内において⁽³⁾、捜査

(1) BVerfG NJW 2005, 1338 ; BGHSt 46, 266, 277 ; Steinmetz, NStZ 2001, 344. 深めるために Gercke, Mehle-FS, S. 219 ; Malek/Wohlers, Rn 11 ff ; Puschke, Die kumulative Anordnung von Informationsbeschaffungsmaßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung, 2006 ; Sinn, Jura 2003, 812.

(2) 深めるために Heghmanns, Eisenberg-FS, S. 511 ; Schünemann, GA 2008, 314 ; Zöller, StraFo 2008, 15.

(3) この点について深めるために Bertheau, StV 2012, 303.

処分に対する特別の保護を受けるが(前述 Rn 152以下を見よ), その際, 立法者は, 次のとおり区別をしている。

- 宗教家(司祭), 弁護士, その他の弁護士, 国会議員は, 同人らに対する捜査処分に対し, それがどのようなものであっても等しく免除される(160 a 条 1 項 1 文)。それにもかかわらず資料が収集されたときには, それを使用することとは許されない(絶対的収集・使用禁止。160 a 条 1 項 2 文)。使用禁止は, これを証拠として直接使用することだけでなく, 発見された痕跡を他の証拠の発見のため用いることにも及ぶ(いわゆる痕跡端緒の禁止——単純な証拠使用禁止とは異なる。例えば, 通信傍受の事例を参照。Rn 476)⁽⁴⁾。
- その他の職業上の秘密保持者, 特に薬剤師およびジャーナリストについては(53 条 1 項 1 文 3 号-3 b 号, 5 号参照), 証言拒否権者を対象とする捜査処分は, 特別の比例性留保に従う。特に重要な犯罪に該当しない場合には, 捜査処分は控えられなければならない(相対的収集・使用禁止。160 a 条 2 項 1 文, 3 文)。

一部の学説では, 正当にも, 異なった職業上の秘密保持者間での区別を放棄することが提言されている⁽⁵⁾。しかし, 連邦憲法裁判所は, 現行規定の合憲性を認めている⁽⁶⁾。

[232 b] 職業上の秘密保持者の特別の保護は, 一定の事実から, 証言拒否権を有する者が犯行に関与したまたは人的庇護罪, 処罰妨害罪, 盗品関与罪に関与しているという嫌疑が基礎づけられるときには, 消滅する(160 a 条 4 項 1 文)(弁護士について前述 Rn 154以下を見よ)。

(4) M-G, § 127 Rn 4.

(5) J. Kretschmer, HRRS 2010, 551, 554; Müller-Jacobsen, NJW 2011, 257. 批判的見解として Siegrist, wistra 2011, 427.

(6) BVerfG StV 2012, 257, 262 ff (Gercke の評釈付き; 評釈として Sachs, JuS 2012, 374).

刑訴法160 a 条 5 項の明文規定によると、全ての強制処分に妥当する刑訴法160 a 条の保護に対して、差押え（後述 Rn 245, 248）および大盗聴（後述 Rn 266）の特殊な場合には、刑訴法97条および100 c 条 6 項 1 文の特別規定が優先する。

b) 家族である証人 (52条)

[233] 刑訴法97条 1 項 1 号は、家族である証人 (52条。前述 Rn 191を見よ) と被疑者・被告人との書面による連絡に関する差押え禁止を定める。確かに、大盗聴は、家族である証人に対して実施することができる(証拠採取禁止には当たらない)。しかし、得られた資料は、これが基礎となる信頼関係の意義を考慮したうえで、事実解明の利益または被疑者・被告人の所在場所の確認との関係で不当ではない場合に限り、使用することができる(100 c 条 6 項 2 文)。ただし、この場合でも、この相対的証拠使用禁止は、共犯、人的庇護罪、処罰妨害罪、盗品関与罪の疑いがある場合には、消滅する(100 c 条 6 項 3 文準用160 a 条 4 項)⁽⁷⁾。大盗聴が私的生活形成の核心領域を侵害して行われたときは、一般的証拠採取・証拠使用禁止が適用される(100 c 条 4 項、5 項)⁽⁸⁾。

これらの特別規定以外では、被疑者・被告人の家族である証人(52条。前述 Rn 191を見よ)に対する捜査処分から得られた資料は、基本的に使用可能である。この点で、証拠使用禁止は、せいぜいのところ、捜査機関による私的生活形成の核心領域の侵害または証言拒否権の意図的な潜脱に基づくことがあるにとどまる(この点について後述 Rn 470以下、481以下)。刑訴法160 a 条の特別の保護は、立法者より指定された職業上の秘密保持者のみを対象とし、家族である証人には適用されない(52条。前述 Rn 191を見よ)。職業上の秘密保持者に対しては特別の要保護性があることから、刑訴法160 a 条を家族である証人に類推適用することも、適切ではない⁽⁹⁾。

(7) 深めるために BGHSt 54, 69, 100.

(8) *M-G*, § 127 Rn 23.

(9) BVerfG StV 2011, 261 (*Jäger* の評釈付き)。

3. 仮定的な代替的介入

[233 a] 一連の強制的介入は、一定の重大犯罪が実行されたことの嫌疑がある場合に限り、許される。このいわゆる**列举犯罪**の準則は、ここでも、対象となる強制手段の介入の強さによって異なる。すなわち、刑事訴追機関が対象者の基本権領域へ介入する度合いが強くなるほど、犯罪の容疑が切実なものでなければならない。例えば、通信傍受は、刑訴法100 a 条2項における列举犯罪の疑いがある場合に限り許される(後述 Rn 254を見よ)。刑事手続法は、刑事訴追機関が自身に与えられた介入の限界を尊重することを前提としている。具体的な介入に際してそうではなかったときには、証拠は違法に獲得されたのであり、そこから証拠使用禁止が導かれるかが判断されなければならない(詳細は後述 Rn 454以下)。そのような証拠使用禁止は、たいてい法律上明示的に規定されているわけではないが、現在、およそ支配的見解からは、刑事訴追機関が強制手段を用いたが、列举犯罪に関する犯罪容疑は存在していなかったという場合に、認められている(これは、例えば通信傍受について争いが無い。後述 Rn 475を見よ)⁴⁰⁾。このことは、個別事例において、犯罪の証明はそもそもにおいてもは行われてならない、ということを意味しうる。この危険を考えると、処分の適法性に関して、何らかの列举犯罪が提示されていること、つまり、必要とあれば、刑事訴追機関が強制的介入を実施する時点で想定していたものとは異なる犯罪でも足りるのかという問題は、重要である(いわゆる**仮定的な代替的介入**)。

仮定的な代替的介入の概念は、他の関連でも使用される。すなわち、強制処分の範囲で偶然に発見された証拠はどの範囲で使用できるかが、問題となる場面である(いわゆる**偶然発見物**)。さらに、この概念は、刑事手

⁴⁰⁾ BGHSt 31, 304, 309; 32, 68, 70; *Leitner/Michalke*, Rn 116.

続以外で予防上得られた資料が刑事手続に持ち込まれうる場合にも重要である。後2者の問題領域は、2008年1月1日以来、部分的には、法的に規定されている。これによると、個別には、以下のことが妥当している：

[233 b] (1)偶然発見物に関する仮定的な代替的介入の条項

個人に関係する情報は、それが一定の犯罪の嫌疑がある場合にのみ許される刑訴法上の処分に基づいて獲得された場合、その対象者の同意がないときは、原則として、その解明のために当該処分が刑訴法上の規定によって命令することが許される犯罪を解明する目的に限り、他の刑事手続においても、(被疑者・被告人および第三者に対して)その証明を目的として使用することができる(477条2項2文)⁽¹⁾。もっとも、これ以外にも、特殊な場合において、別の使用の機会がある。例えば、刑訴法477条2項3文により、公共の治安に対する著しい危険を回避するという目的の場合である(聴覚的な住居監視から得られた情報に関する、刑訴法100d条5項1号の特別規定も見よ)。

[233 c] (2)予防上の資料に関する仮定的な代替的介入の条項

個人に関係する情報が別の法令に基づいて獲得された場合(例えば、警察または諜報機関より予防的に)、それが一定の犯罪容疑があるときにのみ許される処分から得られたものである限り、対象者の同意がないときは、原則として、その解明のために当該処分が刑訴法上の規定によって命令することが許される犯罪を解明するという目的に限り、使用することができる(161条2項1文。前述 Rn 105を見よ)。

[233 d] (3)仮定的な代替的介入原則の一般的適用

仮定的な代替的介入原則は、前述で規定される特別事例以外にも一般的

(1) BGHSt 53, 64, 67 ; *Allgayer/Klein*, wistra 2010, 130 ; *Singelstein*, ZStW (2008), 854.

に、刑事訴追機関において強制的介入の実体的要件が十分に肯定されていないことを「治癒」しうるものであるかという点は、まだ終局的に解明されていない。一部で、連邦通常裁判所⁽¹²⁾は、刑事訴追機関が恣意的に行っていた場合を除いて⁽¹³⁾、このような治癒を肯定する。連邦通常裁判所は、例えば、刑訴法100 a 条による通信傍受から得られた資料は、確かに、通信傍受を命令した裁判所は単に刑訴法100 a 条では列挙されていない犯罪に関する嫌疑を肯定しただけであるが、事後に、他の列挙されている犯罪の嫌疑も肯定されたであろうと判明した場合にも、使用可能であると判断している⁽¹⁴⁾ (この点について後述 Rn 475)。しかし、このようなかたちで仮定的な代替的介入原則を広く適用することは、問題である。なぜなら、これによって、立法者より要求されている、具体的刑事手続における(前述(1)および(2)で扱われた法律上の特別事例とは異なる)できる限り慎重な事前審査が、潜脱されることになるからである⁽¹⁵⁾ (詳細について後述 Rn 258, 475および特に483)。

II. 長期間の監視 (163 f 条)

[233 e] 重要な犯罪が実行されたことについて十分な事実的根拠がある場合には、被疑者を、24時間以上継続して、または2日以上にわたって計画的に監視するよう、命令することができる (いわゆる**長期間の監視**=張り込み。163 f 条1項1文参照)。当該被疑者にとって他のより緩やかな手段では成果を得ることが難しい場合である

(12) BGH NSTz 1989, 375参照。結論的に同旨の見解として AG Berlin-Tiergarten StraFo 2007, 73. 異なる見解として BGH 31, 304, 306 (電話傍受において裁判官の命令が欠けていた事例)。また、BGH StV 2008, 121も見よ。

(13) BGHSt 41, 30; 51, 285; OLG Hamm NSTz 2007, 355.

(14) BGHSt 48, 240; Mosbacher, JuS 2008, 126.

(15) 結論的に同旨の見解として BGH NSTz 2012, 104, 105; Jahn, Gutachten, C 74 ff; Park, Rn 381. 深めるために Beulke, ZStW 103 (1991), 657.

ことが、必要である（補充性条項）。監視が技術的手段を投入して行われるときは、付加的に、刑訴法100 h 条1 項2 号、2 項2 文2 号の要件が満たされなければならない（後述 Rn 264を見よ）。163 f 条3 項によると、命令権限は、裁判所にあるが、遅滞危険があるときは検察官およびその捜査補助官にもある。処分は、最長で3 か月の期限が付されなければならない（100 b 条1 項4 文を準用する163 f 条3 項3 文）。命令の延長は、得られた捜査結果を考慮するとなおも命令の条件が存続している限りで許される（100 b 条1 項5 文を準用する163 f 条3 項3 文）。これに対し、被疑者以外の者の長期間の監視については、刑訴法163 f 条1 項3 号が、より高度の要件を課している。シェンゲン協定地域内での国境を越えた監視は、シェンゲン協定40条によって可能とされている。

被疑者の短期間の監視は、介入の程度がより軽いものであることから、すでに刑訴法161条1 項、163条1 項の捜査一般条項によって捕捉されている（前述 Rn 104を見よ）。

Ⅲ. 仮逮捕（127条、127 b 条）

[234] 勾留命令を待つことができない場合に備えて、刑訴法127条は、仮逮捕の権限を定めている。この規定は、特に、拘束に伴う犯罪（刑法223条、239条、240条）にとって正当化事由となる、という意義を持つ。

1. 「何人も」の逮捕権（127条1 項1 文）

ある者が現行犯の最中に発見され、または追跡されるとき、その者に逃走のおそれがあり、またはその身元を直ちに確認できない場合には、何人も（全ての市民および公務員）、裁判官の命令がなくても犯人を仮に逮捕する権限を有する（127条1 項1 文）。

a) 要件

[235] aa) 犯人は、「現行犯の最中に発見され、または追跡される」者で

なければならない。

刑訴法127条1項1文の意味での行為は、可罰的行為(可罰の未遂も含む)のことであり、秩序違反はこれに当たらない。告訴がないことは、仮逮捕を妨げない(127条3項1文)。

現行犯の最中に発見された者とは、犯罪構成要件の実現に際して、またはその直後に、犯行現場またはこれに近接する場所にいた者をさす。現行犯で追跡を受けるとは、犯人がすでに犯行現場を離れ、彼において示される具体的な根拠(犯行痕跡など)からその追跡が遅滞なく始められたという場合に該当する。

刑訴法127条1項1文は、犯行が(被逮捕者によって)実際に(少なくとも構成要件に該当し、違法に)実行されたことを要件とするのか⁽⁶⁾、または、認識できる客観的事情から切迫した犯行容疑が想起されることで足りるのかは、争いがある⁽⁷⁾。第2説の根拠として、逮捕権は私人の私的利益ではなく、刑事訴追に向けた公的利益に資するものであることが、挙げられる。私人は逮捕に際して公的利益を担うのであるから、彼に過失なき誤りのリスクを負わせることは妥当ではない、というのである。

しかし、この見解は、否定されるべきである。なぜなら、それは、無実の被逮捕者から、自由を制約する攻撃に対する正当防衛権を奪うものだからである。過失なき誤りの場合における逮捕者にとってのリスクは、実際の犯罪実行を必要としても、限定される。すなわち、客観的事情が犯行容疑を想起させる限りで、逮捕者は、正当化事由の事実的要件の存在に関して回避不能の錯誤に該当し(正当化事由の錯誤)、

(6) OLG Hamm NJW 1977, 590, 591; *M-G*, § 127 Rn 4; *Kühl*, § 9 Rn 86; *Otto*, Jura 2003, 685; *Roxin/Schünemann*, § 31 Rn 4; *Rüping*, Rn 244; *Volk*, § 10 Rn 67. 制限の見解として *Lesch*, 4/46.

(7) BGH NJW 1981, 745, 746; OLG Hamm NStZ 1998, 370; *SK-Paeffgen*, § 127 Rn 10; *Fincke*, GA 1971, 41; *Hellmann*, Rn 266; *Kargl*, NStZ 2000, 8; *Roxin*, AT I, § 17 Rn 24. 「合理的な疑いを超える」嫌疑の要請について *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377, 400.

その結果、その故意責任は否定され、彼が刑法239条、240条によって処罰されることはない⁽¹⁸⁾。ただ、逮捕目的で傷害が生じた場合には、過失による犯罪遂行を理由とする処罰の危険が残る（刑法229条）。しかし、この場合、配慮義務違反がそもそも欠けている。その他では、より厳格な責任が適切である。実際に犯罪が実行されたことを確信できない場合には、逮捕は、当局に委ねられるべきである⁽¹⁹⁾（例題は *Beulke*, Klausurenkurs III, Rn 385）。

[236] bb) さらに、逮捕権には、いわゆる**逮捕理由**、すなわち、逃走のおそれまたは身元確認ができないことが必要である。**逃走のおそれ**は、行為者の認識可能な行動から合理的にみて、この者が速やかに逮捕されなければ刑事手続を逃れると考えられるときに存在する。これに対して、刑訴法112条2項2号の意味で**逃走のおそれ**（勾留に付する条件）まで存在している**必要はない**。なぜなら、この難解な問題は、刑訴法127条における迅速な行動が求められる緊急状況において、〔必ずしも正しく〕解答できるものではないからである⁽²⁰⁾。

身元確認の逮捕理由は、私人だけがこれを援用できる。公務員は、刑訴法163b条1項による措置をしなければならない（127条1項2文）（後述 Rn 259参照）。この逮捕理由は、対象者が身元を示すことができる場合には消滅する。

b) 逮捕権の範囲

[237] 刑訴法127条1項は、逮捕権を認めているが、その文言上は、単に逮捕罪および強要罪の正当化事由を含むだけである。もっとも、**有形力の行使も**、それが相当かつ逮捕に必要という限りで、刑訴法127条によって

(18) *Wessels/Beulke*, AT, Rn 478 f 参照。

(19) 問題全体について *Engländer*, Rn 123 ; *Hillenkamp*, AT, Problem 8, S. 48を見よ。

(20) BGH <D> MDR 1970, 197 ; LR-*Hilger*, § 127 Rn 21.

捕捉される。例えば、固く縛ったり、地面に押し伏せるなどであるが²¹⁾、首を絞めるなど生命に危険があるような行為はこれにあたらない²²⁾。逮捕目的での銃の使用は、——威嚇射撃を除いて——刑訴法127条1項に基づくことはできない²³⁾。

刑訴法127条1項は容疑者の移動の自由への重大な介入に当たるから、本規定は、同時に、身元確認や逃走回避のために物を取り上げるなど、より緩やかな手段も捕捉する²⁴⁾。

2. 検察官および警察の刑訴法127条2項による逮捕権

[238] 検察官および全ての警察職員は、遅滞危険がある場合には、刑訴法127条1項と並んで127条2項によっても、その逮捕権を行使することができる。その場合、勾留(切迫した犯行容疑、勾留理由)または収容命令の要件が存在することが必要である。遅滞危険は、裁判官による勾留または収容命令を待っていたのでは逮捕が危うくなるときに認められる²⁵⁾。警察が逮捕に際して武器を使用するとき、その許容性は、州の警察法による²⁶⁾。

3. 検察官および警察の刑訴法127 b 条1項による逮捕権

検察官および警察は、刑訴法127条1項および2項の要件(前述を見よ)

²¹⁾ BGHSt 45, 378, 381 (評釈として *Baier*, JA 2000, 630); *Mitsch*, JuS 2000, 848. また, *Schröder*, Jura 1999, 10 も見よ。

²²⁾ BGHSt 45, 378, 381.

²³⁾ *Marxen*, Fall 11b, S. 95.

²⁴⁾ KK-Schultheis, § 127 Rn 29. 批判的見解として *Wagner*, ZIS 2011, 465, 473.

²⁵⁾ M-G, § 127 Rn 19.

²⁶⁾ BGH JR 2000, 297 (*Ingelfinger* の評釈付き); OLG Karlsruhe Justiz 2011, 221.

は備わっていないが、迅速手続における速やかな裁判（この点について後述 Rn 530以下）の可能性が高く、被疑者が公判に出頭しないおそれがある場合にも、逮捕権を与えられる（127b条1項）。この逮捕に引き続いて、いわゆる公判勾留を命令することができる（127b条2項）（前述 Rn 215を見よ）。

4. 裁判官への引致

[239] 逮捕後は、被逮捕者は、常に遅滞なく、裁判官の下に引致されなければならない。ただし、すでに釈放された場合は除く（128条1項1文）。裁判官は、逮捕が不当であると判断したときは、被逮捕者を釈放し、そうでなければ、勾留を命令する（128条2項）。つまり、この状況においても、勾留の基礎は、裁判官の勾留命令である。

IV. 被疑者・被告人の鑑定のための収容（81条）

[240] 裁判所は、被疑者・被告人の精神状態を鑑定するための準備として、鑑定人および弁護人の意見を聞いたうえで、被疑者・被告人を公立の精神病院へ収容し、そこで観察するよう命令することができる（81条1項）。その収容は、全体として、6週間を超えてはならない（81条5項）。介入の重さを考えると、比例性原則の遵守が特に重要である²⁷⁾。したがって、例えば、被疑者・被告人が予定された収容のために精神科の鑑定人から無条件に求められた協力を拒否している場合には、収容は許されない。

鑑定は、被疑者・被告人の責任能力または弁論能力に関する知識、または少年もしくは若年青年に対する手続が行われるときその成熟度に関する知識（少年裁判所法73条）を得ることに、資するべきものである。これに対して、信用性を検査する

²⁷⁾ BVerfG NJW 2002, 283 ; KMR-Bosch, § 81 Rn 23 ff.

ための収容は、許されない²⁸⁾。刑訴法81条は、単に、収容に伴う自由剥奪および観察に関する正当化をもたらすのみである。それゆえ、鑑定に必要なそれ以上に及ぶ検査は、刑訴法81 a 条によって、別途命令されなければならない²⁹⁾。

V. 身体検査、血液検査 (81 a 条)

[241] 被疑者・被告人の**身体検査**は、手続に重要な事実を確認する目的で、命令することができる。この目的のために、血液採取およびその他の身体的介入も行うことができるが、その際には、医学上の規定に従って検査目的で行われなければならない。また、健康に対する不利益が危惧されない限りで、被疑者・被告人の同意がなくても行うことができる (81 a 条 1 項)。

個別事例では、刑訴法81 a 条の意味での検査と刑訴法102条の意味での搜索（この点について後述 Rn 256）のいずれに当たるのかが、疑わしいときがある。その際決定的であるのは、**身体ないし個別身体部分の性状**（例えば、血液や胃）が調べられるのか（この場合は検査）、または、**身体に付着しまたは触れることができる体腔**（例えば、口、膈、肛門）で物体を探すものであるのか（この場合は搜索）、という点である³⁰⁾。身体内部にある物体を探す場合（例えば、証拠物が嚥下された場合）、少なくとも対象者保護のため医師への依頼が必要であるときは、刑訴法81 a 条の意味での検査に当たる³¹⁾。

命令権限は裁判官にあるが、遅滞により検査結果が危うくなるときは、検察官および——それに劣位して（前述 Rn 108を見よ）——その捜査補助官（裁判所構成

²⁸⁾ BGH JR 1955, 472 ; Radtke/Hohmann/Beukelmann, § 81 Rn 6.

²⁹⁾ HK-Bauer, § 81 Rn 20 ; Kühne, Rn 473.

³⁰⁾ LR-Krause, § 81a Rn 19を見よ。異なる見解として KMR-Bosch, § 81c Rn 10 ; Rüping, Rn 261.

³¹⁾ Geppert, JK 1997, StPO § 81a/2.

法152条)にもある(81 a 条2項)。血液採取の場合には、裁判官の早期の関与が特に重要である。——家宅搜索の場合(この点について後述 Rn 258)と同様に——検察官または警察の措置に対する裁判官の法的保護を早期に求めることは、迅速な処理の観点から、実際には不可能である。すなわち、対象者は、通常、措置の合法性について事後的にのみ、裁判上の審査を受けうるにとどまる⁶²⁾。したがって、近時、裁判官留保を排除する要請が高まっているが⁶³⁾、それは、問題なしとはいえない。基本権侵害の重さを考えると、遅滞危険を認めるに際しては、**厳格な要件**が設けられるべきである。原則として、刑事訴追機関は、自身が血液採取を命令する前に、裁判官の命令(緊急の場合には、事前の記録提出なしに電話でも行う)⁶⁴⁾を得るよう努めなければならない。アルコールおよび麻薬と関連する犯罪に際して典型的に存する、生理的分解によって犯罪実行の証明が困難になる、または全く妨げられてしまうという**抽象的な危険**だけではまだ、検査結果が危うくなることを基礎づけるには足りない⁶⁵⁾。むしろ、**個別事例**に関して捜査記録に記録化されるべき**予測**として、介入は裁判官の裁判を求めることで実際にどれほど遅延するかという点で、検討されなければならない。この点で、どのような場合になお必要時権限を基礎づける遅滞性が認められるかについては、判例および学説上、極めて争いがある⁶⁶⁾。少なくとも事後飲酒が主張される場合や、非常に軽微な症状の場合には、証拠喪失の具体的危険があるため、遅滞危険を認めることが広く正当化される⁶⁷⁾。夜間の裁

⁶²⁾ BVerfG NJW 2007, 1345.

⁶³⁾ BT-Drs 17/4232; *Brocke/Herb*, NStZ 2009, 671, 677参照。また, *Busch*, ZRP 2012, 79; *Meier*, ZRP 2010, 223も見よ。

⁶⁴⁾ BVerfG NStZ 2011, 289; *Fickenscher*, JR 2010, 403; *Kudlich*, JA 2010, 752. 批判的見解として *Trück*, JZ 2010, 1106.

⁶⁵⁾ SchlHolstOLG StrFo 2010, 194; KG NStZ 2010, 468; OLG Bamberg DAR 2011, 268.

⁶⁶⁾ 概観として *Ebert*, ZIS 2010, 249; *Ernst*, Jura 2011, 94; *Kraft*, JuS 2011, 591; *Pichon*, HRRS 2011, 472.

⁶⁷⁾ OLG Bamberg NZV 2010, 583; OLG Bamberg DAR 2011, 268.

判官緊急業務体制設置の必要性、ならびに、「いやいやながらの」捜査判事の事例について、後述 Rn 258を見よ。裁判官留保が無視された場合の証拠使用禁止について、後述 Rn 477を見よ。

もっとも、刑訴法81 a 条による（裁判官または警察の）命令は、被疑者がすでに実際に身体検査について同意をしなかった場合に限り必要となる³⁸⁾。処分を受けることに同意された場合には、〔それ以前には〕存在した拒否権に関する教示すら不要である——刑訴法81 a 条は、これを定めていない³⁹⁾。

被疑者が検査を拒否するだけでなく、すでに医師の下へ行くことを拒否し、またはさらに退去を求めた場合、被疑者を、——刑訴法81 a 条に基づいて——強制的に、直近の、適当な、そして調査可能な医師または病院へ引致することができる⁴⁰⁾。相応の要急命令が下されたとき、これは、通説によると、後に行われる血液採取も捕捉しており、その結果、命令を受けた警察官は、改めて捜査判事に命令を求める必要はない⁴¹⁾。

刑訴法81 a 条の場合も（全ての強制手段と同様）、被疑者には、積極的に協力すべき義務はなく、被疑者はただ、処分を受忍しなければならないだけである⁴²⁾。したがって、被疑者は、強制的に血液採取を受忍しなければならないとしても、例えば、検査管に息を吹き込む方法でアルコール検

³⁸⁾ OLG Hamm StRR 2011, 198. 深めるために *Murmann*, in: Heghmanns/Scheffler, III Rn 309 ff.

³⁹⁾ LG Saarbrücken NStZ-RR 2009, 55. 異なる見解として LG Hamburg StV 2011, 528 (刑訴法102条について)。

⁴⁰⁾ OLG Dresden NJW 2001, 3643. また、*Rogall*, JuS 1992, 551, 554も見よ。

⁴¹⁾ KG NStZ 2010, 468 ; OLG Bamberg DAR 2011, 268 ; *Brocke/Herb*, NStZ 2009, 671, 673. 別の見解として OLG Hamm NJW 2009, 242, 244 ; *Fickenscher/Dingelstadt*, NStZ 2009, 124, 126.

⁴²⁾ *Naucke*, Hamm-FS, S. 505. 別の見解として *Lesch*, 4/Rn 66. 論争状況について *Rössner*, Problem 7.

査を受けるよう義務づけられることはない⁽⁴³⁾。同じく、被疑者が麻薬の入った袋を飲み込んだ疑いがある場合に、嘔吐剤の服用を義務づけられることはない。欧州人権裁判所の見解によると、カテーテルを用いて強制的に嘔吐剤を投与することは、欧州人権条約3条に違反する⁽⁴⁴⁾。

VI. DNA 型検査 (81 e 条-81 f 条) ; DNA 同一型判定および DNA 型情報の蓄積 (81 g 条) ; 一斉検査 (81 h 条)

1. 問題状況

[242] DNA 型検査 (遺伝子学的調査) は、これによって、毛髪、精液、皮膚片など現場に遺留されたまたは被害者の身体に付着していたものが特定の人由来のものであることについて、比較的確実な証明が得られうるものであるが、この間、法的に規定されるに至った。その際、刑訴法81 e 条, 81 f 条は、係属中の刑事手続における具体的犯罪の解明を目的とした DNA 型検査を対象とするのに対し、刑訴法81 g 条は、将来の刑事手続のための特別規定を定めている。裁判官は、常に、DNA 型検査は単に統計的な蓋然性を示すものであるにすぎず、決して全事情の評価を凌駕するものではないことを、認識しておかなければならない⁽⁴⁵⁾。また、DNA 型検査は、被疑者の近親者がさまなければ犯人であることが排除されるべき場合に、

(43) Schöch, BA 1997, 169.

(44) EGMR (Jalloh v. Germany) NJW 2006, 3117 (評釈として Safferling, Jura 2008, 100); Schumann, StV 2006, 661 u. Schuhr, NJW 2006, 3538. 同旨の見解として OLG Frankfurt NJW 1997, 1647 (評釈として WeBlau, StV 1997, 341); Renzikowski, Amelung-FS, S. 669; Zaczyk, StV 2002, 122. これに対し、許容する見解として OLG Bremen NStZ-RR 2000, 270; KG JR 2001, 163; Fahl, JuS 2001, 47. 医師の可罰性の危険について BGHSt 55, 121 (評釈として Brüning, ZIS 2010, 549); Eidam, NJW 2010, 2599 u. Krüger/Kroke, Jura, 2011, 289. 深めるために N. I. schlothauer, Strafbarkeit ärztlicher Brechmittelvergabe, 2010.

(45) BGHSt 38, 320; BGH StraFo 2010, 343 (Neuhaus の評釈付き); BGH NStZ-RR 2012, 53.

完全な程度において実施し尽くされなければならない、ということにも注意が必要である。

2. 進行中の刑事手続に関する規定

[242 a] 遺伝子学的調査の基礎は、常に、刑事訴追機関が様々な方法で獲得してきた比較資料である。そのような資料は、しばしば、被疑者・被告人の身体検査によって得られるが、その許容性に関して、刑訴法81条が基準を定めている（前述 Rn 241を見よ）。刑訴法81 f 条を準用する81 e 条 1 項 1 文では、そのようにして得られた資料は鑑定人によって遺伝子的に検査することができる、と定められている。特に、その資料が被疑者・被告人に由来するのか、または被害者に由来するのかを確認するために、である。刑訴法81 c 条による第三者の検査から得られた（後述 Rn 244を見よ）または他の方法で発見された比較資料も、そのような遺伝子的調査を行うことができる（詳細は81 e 条 1 項 2 文、2 項を見よ）。

対象者が資料の検査に書面で同意を表明したとき、その検査は、何ら命令がなく実施できる。そのような同意がないときは、裁判官の命令が必要である。遅滞危険があるときは（この点について Rn 258を見よ）、検察官またはその捜査補助官が判断する（81 f 条 1 項 1 文）。

[242 b] 一斉検査の許容性は、近年の大きな論争となっている。この検査では、犯人と推定させる要素を示す大きな人的集団（例えば、大きな町の全ての若い男性）が、遺伝子的検査を受けることになる。たいていは、検査の対象となる要素（例えば、年齢、性別、髪や目の色）を示す人から、唾液資料が採取される。

この検査は、今日、部分的には、刑訴法81 h 条で法的に規定されている。これによると、一定の犯罪において（例えば、殺人や性犯罪）、痕跡試料は検査に参加した人に由来したものであるかを確認するために必要な限り

で、同意を得たうえで体組織を採取し、これを遺伝子の検査にかけることが許される。この処分は、特に対象となる人の数に鑑みて、犯行と比例したものでなければならない(81h条1項)。書面による同意が求められるのに加えて(81h条1項)、書面による裁判官の命令も必要である(81h条2項)。

さらに、法規定は強制的な大規模検査も許容するものであるかは、まだ解明されていない。厳格にみると、すでに刑事訴追機関が代替的に強制的介入を告知していた場合には、もはや、任意の関与ということはできない。これによって、実務は、拒否した人を被疑者として扱い、その者から刑法81a条に基づいて体組織を採取している。しかし、正しくは、一定の人への嫌疑の集中が欠けているため、要求を受けた人の誰かが被疑者となるわけではない。また、体組織の採取を拒否しただけで、被疑者としての地位におかれるものでもない⁽⁴⁶⁾。このことは、初めに基礎とされた容疑者の範囲は大勢の人が任意に協力することによって小さな範囲に狭められたという場合にさえ、妥当することである⁽⁴⁷⁾。

しかし、「有力な情報を与える」遺伝子的な指紋は、強要される可能性がある。なぜなら、刑法81e条は、被疑者以外の人から得られた血液の分析も許しているからである(81c条2項。この点について、後述 Rn 244)。対象者は、刑法55条の法趣旨(自己負罪への協力の否定。前述 Rn 195を見よ)を援用することができない⁽⁴⁸⁾。法治国家的思想からは、

(46) BVerfG NJW 1996, 3071; Kerner/Trüg, Weber-FS, S. 457; Rogall, NStZ 1997, 400.

(47) LR-Krause, § 81h Rn 7; J. Kretschmer, HRRS 2012, 185, 187. 別の見解として HK-Brauer, § 81h Rn 13.

(48) M-G, § 81c Rn 21; KK-Senge, § 81c Rn 10. 別の見解として Kretschmer, HRRS 2012, 185, 189.

——刑訴法81 h 条 1 項の現行規定に準じて——処分は、その対象となる人の数に鑑みて、犯行との関係で比例するものでなければならない。すなわち、対象者の範囲は、ある程度限定されなければならない⁴⁹⁾。いずれにせよ、この限定性は、より大きな一斉検査が任意の協力によって実施され、残された「不同意者」だけがもっぱら強制的に検査されるという場合には、確保される⁵⁰⁾。

3. 将来の刑事手続のための規定

[242 c] 刑訴法81 g 条は、「重要な意義を有する」犯罪、「性的自己決定」に対する犯罪(81 g 条 1 項 1 文)または「その他犯罪の反復した実行」(81 g 条 1 項 2 文)を対象とした手続が係属している場合に、その被疑者・被告人に再犯の危険が認められるとき(消極的予測)、別の将来における刑事手続において、DNA 型同定検査を行い、これによって身元確認を行うという目的で、被疑者・被告人から体組織を採取する機会を認めている。すでに刑訴法81 g 条 1 項の犯罪について確定した有罪判決を受けた者に対しては——つまり、係属中の刑事手続以外で——、刑訴法81 g 条 4 項が、消極的予測が認められる場合に、将来の身元確認に備えて、体組織を採取し、これを遺伝子的に検査することは許されるものとしている⁵¹⁾。

得られた DNA 同一性型は、連邦警察局において中核的な共有情報として設置されている DNA 型検査情報(DAD)に蓄積される(根拠は、連邦警察局法 2 条 4 項を準用する刑訴法81 g 条 5 項)。

⁴⁹⁾ Pommer, JA 2007, 621. 一般的に否定的な見解として KMR-Bosch, § 81g Rn 2; Saliger/Ademi, JuS 2008, 193; Satzger, JZ 2001, 639. 批判的見解として SK-Rogall, § 81c Rn 15もある。また, Rössner, Problem 10も見よ。全体について Naucke, Hamm-FS, S. 504.

⁵⁰⁾ 結論的に同旨の見解として Rogall, Schroeder-FS, S. 709.

⁵¹⁾ BVerfG NStZ 2001, 328; Fröba, StraFo 2010, 483.

Ⅶ. 写真と指紋 (81 b 条)

[243] 刑事手続または警察活動上の鑑識を実施するため必要という限りで、被疑者・被告人の**写真および指紋**をその意思に反してでも採取し、その測定および類似の措置を行うことができる (81 b 条)⁵²⁾。

この規定は、二重の地位を持つ。なぜなら、それは、一方で抑止目的——刑事手続の実施 (前段)——に、他方で予防目的にも——鑑識措置 (後段)——役立つものだからである。これに従って、法的保護も、分けて用意されている (この点について後述 Rn 328を見よ)。

刑訴法81 b 条は、——刑訴法81 a 条と平行して——鑑識上の措置を実施する目的で直接強制を使用するための法的根拠ともなる。その結果、この規定は、例えば、比較するために髪型や髭のスタイルを強制的に変更することも許す⁵³⁾。もっとも、比例性原則は、常に遵守されなければならない。それゆえ、対象者の長時間の拘禁は許されない⁵⁴⁾。

Ⅷ. 第三者の検査 (81 c 条)

[244] 1. 刑訴法81 c 条1項によると、被疑者・被告人以外の人は、その同意がない場合、以下の条件の下でのみ検査することができる：

その者が、証人として問題となるのでなければならない (証人原則)。

その際、対象者から、単に何も見ていないとの供述が見込まれることでも足りる (例えば、意識を失った被害者)。また、乳児などそもそも供述することができない状態にある人も、その同意なく、またその法定代理人の意思に反してでも (81 c 条3項2文)、その者に証言能力があったならば証人となりうる限りで、刑訴法81 c 条

⁵²⁾ 深めるために OVG Sachsen-Anhalt StV 2011, 391 ; LG Regensburg StV 2012, 8 ; *Frister*, Amelung-FS, S. 603.

⁵³⁾ BVerfGE 47, 239 f. によると、刑訴法81 a 条は関連する法的根拠である。完全に批判的見解として *Fezer*, 6 Rn 19.

⁵⁴⁾ BVerfG StV 2011, 389.

1 項により検査することができる⁵⁵⁾。

しかし、刑訴法52条(53条, 53 a 条, 55条は違う⁵⁶⁾)により証言拒否権を与えられる証人には、これに合致する**検査拒否権**が与えられている(81 c 条 3 項 1 文)。その者は、この権利についても教示されなければならない(52条 3 項 1 文を準用する 81 c 条 3 項 2 文)。これは、刑訴法52条 3 項 1 文の証言拒否権に関する教示とは独立のものである⁵⁷⁾。

検査は、証人の身体に付着した痕跡および犯行結果を発見するためにのみ行われる(**痕跡原則**)。

痕跡は、身体への変化であり、犯人および犯罪遂行の推論を許すものである。犯行結果とは、犯行によって惹起された身体へのあらゆる変化であるが、前述のような推論を可能にするものではない⁵⁸⁾。

刑訴法81 c 条 1 項で選択された表現からは、証人は、真実発見のため、その者の身体「に」犯罪の一定の痕跡または結果が付着しているかを確認する限りで検査されうるが、それが示すように、潜在的な証人の検査は、あらゆる自然的な身体外表にのみ限定される。それゆえ、刑訴法81 c 条は、**身体内部への侵入の権限を与えるものではない**。例えば、証人の胃を洗浄する、レントゲン撮影するなどは許されない⁵⁹⁾。

2. 第三者において、その同意がない場合でも、刑訴法81 c 条 2 項の要件において、証人原則および痕跡原則に拘束されることなく、出自を確認するための**検査**および**血液採取**が許される。

⁵⁵⁾ Joecks, StPO § 81c Rn 8.

⁵⁶⁾ M-G, § 81c Rn 23.

⁵⁷⁾ BGH NStZ 1996, 275 (評釈として Dölling, NStZ 1997, 77).

⁵⁸⁾ LR-Krause, § 81c Rn 14 f.

⁵⁹⁾ KK-Senge, § 81c Rn 4.

IX. 押収、差押え（94条以下、111 b 条以下）

1. 体系

[245] 刑訴法は、押収の2つの適用領域を定めており、それは、各々の目的によって区別される。

- 証拠の押収（94条以下）により、証拠の喪失が回避され、それによって刑事手続の実施が保全される。
- これに対して、没収および追徴対象の押収（111 b 条以下）は、判決において刑法73条、74条に従って科される可能性のある法律効果を保全することに向けられる。
- 特殊であるのは、運転免許証の押収である（94条3項）。確かに、これは、証明書を差し押さえて、刑法69条3項2文によるその後の剥奪を確保するために行われる。しかし、差押えは、刑訴法94条以下に従うのであり、——その他の没収対象のように——刑訴法111 b 条以下によるのではない（詳細は後述 Rn 250）。この例外は、運転免許証の場合は、文書の事実的押収であって、刑訴法111 b 条以下の範囲にあるように、法律行為上の処分を阻止するものではない、ということによって根拠づけられる⁶⁰⁾。

2. 証拠の押収、特に差押えによるもの（94条以下）

[246] a) 対象⁶¹⁾がある人の占有にあり、その者に任意でそれを提出する意思がある場合、押収のためには、領置（Inverwahrnahme）で足りる。これは事実行為であり、全ての刑事訴追機関が行える（94条1項）。

⁶⁰⁾ Roxin/Schünemann, § 34 Rn 2. 概観として Hammer, Rn 189 u. Park, Rn 430.

⁶¹⁾ EDV 領域での差押えについて Beulke/Ruhmannseder, Rn 505 ff; Schnabl, Jura 2004, 379. また、後述 Rn 253b も見よ。

[247] b) 占有者に任意で提出する意思がないときは、**形式的な差押え**が必要である(94条2項)。すなわち、対象は、明示的命令によって剝奪されるか、場所や土地の封印、閉鎖、立入り禁止を命じるなど他の措置によって保全される。官庁の資料も、差押え可能である⁶²⁾。

差押えは、裁判官より命令されるが、遅滞危険があるときは、検察官またはその捜査補助官によっても命じられる(98条1項1文)(後述 Rn 258 も見よ)。差押えが報道・出版の領域で行われるときは、報道の自由の特別な要保護性に基づいて(基本法5条1項2文)、刑訴法98条1項2文により、常に裁判官留保が適用される。

- 対象物が発見できなかったため差押えが成果を得ず、所持者が物を提供しないときは、刑訴法95条2項により、秩序罰または強制手段によって、提出を強制することができる。しかし、そのような強制は、証言拒否権を有する人に対して行うことはできない(95条2項2文)。被疑者・被告人に対しても、同様に強制することはできない(ネモ・テネテュール原則)⁶³⁾。
- 押収によって、対象物は国家の支配に置かれるが、これにより公法上の保管関係が発生し、刑法133条によって捕捉されるものとなる。同時に、差押えが成功した限りで、関わり合い(Verstrickung)も発生し、これは刑法136条によって保護される。

c) 差押え禁止

[248] aa) 記録またはその他の公的に管理されている文書について、上級官庁が、その内容が判明すれば連邦またはドイツ諸州の利益が害されると表明した場合には、差押え禁止に該当する(96条=いわゆる遮断表明)。

⁶²⁾ BGHSt 38, 237, 239; OLG Jena NJW 2001, 1290; SK-Wohlers, § 94 Rn 21 ff, 23.

⁶³⁾ 深めるために Jahn, Roxin II-FS, S. 1358.

行政訴訟の場合（この点について行政訴訟法99条2項参照）と異なり⁶⁴⁾、秘密保持を義務づけられる資料を、対象者に記録閲覧させず、やはり守秘義務を負う裁判所に提出することでこの遮断効果を克服すること（いわゆる「インカメラ」手続）は、刑事訴訟では認められていない⁶⁵⁾。

bb) 刑訴法97条には、別の差押え禁止が定められている。これは、刑訴法52条、53条、53a条の証言拒否権に結び付けられたものであり、その潜脱を防ぐ目的を持つ。なぜなら、証言拒否権者は、正当に拒否できる供述の代用品も刑事訴追機関のアクセスに晒されない限りで、有効に保護されるからである⁶⁶⁾。差押えが許されないのは、次のとおりである：

- 被疑者・被告人と、刑訴法52条（家族）または53条1項1号-3b号（例えば、神父、弁護士、弁護士、医師）によって証言を拒否できる者との間の書面による連絡（97条1項1号）
- 刑訴法53条1項1号-3b号の意味で秘密を預かる人の、被疑者・被告人からその者に内密に打ち明けられた連絡に関する手控え（97条1項2号前段）
- その他の事情（97条1項2号後段）または対象物（97条1項3号）で、刑訴法53条1項1号-3b号の秘密保持者の証言拒否権がそれに及ぶもの

複数の共同被疑者・被告人がいる場合には、各人に対する差押え禁止をその他の者に対する手続で無効にさせる目的で、手続分離することは許されない⁶⁷⁾（前述 Rn 185, 192も見よ）。

刑訴法97条の差押え禁止の要件は、対象物が差押えの時点で証言拒否権者の占有にあることである（97条2項1文）。すなわち、規定の文言上は、被疑者・被告人の

⁶⁴⁾ BVerfGE 101, 106を見よ。

⁶⁵⁾ BGH NJW 2000, 1661.

⁶⁶⁾ OLG Celle NSTZ 1989, 385 ; *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 491.

⁶⁷⁾ BGHSt 43, 300, 304 (評釈として *Rudolphi*, NSTZ 1998, 472) ; OLG München NSTZ 2006, 300.

下に弁護人からの連絡がある場合、差押えすることが可能である。しかし、通説は、この点で正当にも、差押え禁止を認める。なぜなら、刑訴法97条2項1文は、同148条によって補完され、これが、被疑者・被告人と弁護人との間の文書および口頭による無制約の交通を保障するからである⁶⁸⁾ (前述 Rn 154を見よ。差押え保護の特別事例として、議員の場合については97条3項、4項⁶⁹⁾、メディア従業員の場合については97条5項を参照)。

通説によると、刑訴法97条1項の全ての禁止要件は、刑訴法53条により法律上保護される職業上の秘密保持者と信頼関係にある人に対して捜査手続が実施される場合に限り、適用される。したがって、弁護士が占有する資料の差押えは、依頼者がその差押えが行われる手続において被疑者・被告人ではないという場合に、可能であるとされる。この状況は、特に、弁護士が企業を代理し、この企業のある従業員に対して刑事手続が開始されるような場合に、重要となる。この場合、通説によると、検察官は、弁護士の占有する資料を差し押さえることができる⁷⁰⁾。

[249] 差押え禁止は、一定の事実から、証言拒否権を持つ人が**対象犯罪**に関与していること、もしくは**人的庇護罪**、**処罰妨害罪**、**盗品関与罪**に関与していること、または、差し押さえられるべき物が犯罪の対象である場合(いわゆる犯罪組成物または供用物)には、適用されない(97条2項3文前段)(刑事弁護人の特別事例について前述 Rn 154を見よ)。

cc) 法律で明示されている場合以外に、**憲法上の理由**からも、差押え禁止が導かれ

⁶⁸⁾ LG München NStZ 2001, 612; *Beulke*, Lüderssen-FS, S. 693, 714; *Mehle/Mehle*, NJW 2011, 1639.

⁶⁹⁾ 深めるために BVerfGE 108, 251. 条項追加について *Rogall*, Mieback-FS, S. 37.

⁷⁰⁾ LG Hamburg StV 2011, 148 (*Jahn/Kirsch* の評釈付き); *von Galen*, NJW 2011, 945 u. *Schuster*, NZWiSt 2012, 28; *Goeckenjan*, Samson-FS, S. 641, 654. 別の見解として *Beulke*, Lüderssen-FS, S. 693, 705f; *Jahn*, ZIS 2011, 453; *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, 7. Kap. Rn 37; *Wessing*, ZWH 2012, 6, 10. また, *Schröder/Kroke*, wistra 2010, 466も見よ。

うる。そこには、比例性原則に違反する場合や⁷¹⁾、例えば内密の記載がある日記帳など、その使用が基本法1条および2条に違反する場合などが含まれる⁷²⁾。同じく、刑訴法97条から類推し、基本法2条1項、20条3項を準用して、実効的な弁護の保障(欧州人権条約6条3項も参照)および自己負罪に対する保護(ネモ・テネテュール原則)のために、被疑者・被告人が自身に対する刑事手続においてその防御のために作成したような資料についても、これが刑訴法97条1項1号の意味での連絡に当たらず、刑訴法97条2項1文に反して被疑者・被告人が占有しているという場合でさえ、差押え禁止が導かれる⁷³⁾。しかし、その内容を手がかりにして初めて、この証拠が使用不可能であるか否かが判断できるということは、問題である(後述Rn 454以下参照)。それゆえ、これは、差押え禁止ではなく、単に(独立的な)使用禁止に当たる〔というべきである〕⁷⁴⁾。

d) 差押えの特別な形式

[250] aa) 運転免許証。運転免許証が押収される場合、これは、いずれにしても、刑訴法94条以下によって差押えすることができる(94条3項)。裁判官はさらに刑訴法111a条によって一時的に運転免許証を剥奪する権限を有することから、以下のよう

に区別されなければならない：

書類としての運転免許証は、刑訴法94条3項により差押えすることができる。刑訴法98条1項1文によると、これは、遅滞危険、例えばさらに飲酒運転が行われる危険がある場合には⁷⁵⁾、検察官およびその捜査補助官によって命じることができる。当局の許可としての運転免許証は、裁判官によってのみ、一時的に剥奪することができる。終局的な剥奪は、刑法69条3項2文に従い、判決で行われる。裁判官によ

71) LR-Schäfer, § 94 Rn 35 ; Fezer, 7 Rn 32. BVerfG NStZ-RR, 2004, 83, 84も見よ。

72) Roxin/Schünemann, § 34 Rn 25 (文献付き)。

73) BGHSt 44, 46, 48 ; OLG München JR 2007, 336 (Satzger の評釈付き)。

74) Satzger, JA 1999, 632.

75) BGHSt 22, 385.

る運転免許証の一次的剝奪は、同時に、**差押え**の命令または承認という効果も持つ(111 a 条 3 項)。

[251] bb) **信書の差押え**。被疑者・被告人に宛てられた、または発信された**手紙**、**はがき**、**電報**の差押えは、刑訴法99条に示された条件の下でのみ許される。しかし、この規定は、差し押さえられるべき信書が郵便業務の過程にある限りで、すなわち郵便会社の占有にある限りで適用される。そうでない場合の差押えは、刑訴法94条以下に従う。

信書差押えの**命令**は、それが基本権を侵害するため(基本法10条)、一義的には裁判官に、また遅滞危険があるときは検察官に委ねられるが、その捜査補助官には権限がない(100条1項)。残りの郵便流通の信書の秘密を保障するため、郵便会社には、関係する可能性のある送付物を**選別**し、命令をした機関に提供することのみを義務づけられる⁷⁶⁾。差し押さえられた信書の**開封**は、基本的に、裁判所に委ねられるが、要急事案では、検察官に権限を委ねることもできる(100条3項)。

Eメールの差押えについては、後述 Rn 253 b を見よ。

3. 没収・追徴対象物の押収

[252] 没収(刑法73条)または追徴(刑法74条)の対象となる物件は、刑訴法111 b 条以下に従って押収される⁷⁷⁾。

X. 電話通信に関連する強制介入(100 a 条以下)

1. 体系

[253] 刑訴法100 a 条は、刑事訴追機関に、**電話通信の傍受**および**記録**を

⁷⁶⁾ BGH StV 2008, 225.

⁷⁷⁾ 深めるために *Rönnau*, S. 116 ff. また, *Janssen*, Gewinnabschöpfung im Strafverfahren, 2008 ; *Reichhart*, Die Vermögensabschöpfung im Strafverfahren, 2008 も参照。

行う権限を与え、これによって、基本法10条により保護される私的領域への介入を、被疑者・被告人だけでなく、無関係の第三者、特に被疑者・被告人の会話相手に対するものも正当化する。また、傍受は、その者が被疑者・被告人のために連絡を受けまたは伝達すると認められる場合（連絡仲介人）、または、その回線を被疑者・被告人に利用させている場合には、その**第三者に対しても行うことができる**（100 a 条 3 項）。電話通信とは何かについては、電話通信法 3 条 22 号⁷⁸⁾において、連絡の発信、伝達、受信の技術的事象で、電話通信設備を用いた符号、言語、写真、音声などあらゆる形式で行われるものと、定義されている。

証拠の対象が直接の通信会話ではなく、いわゆる「**室内会話**」である場合、すなわち、監視者が意図的にではなく接続を維持していたため、例えば監視者が受話器を適時に置かなかったために傍受することができた会話である場合には、この部分は電話通信とはいえない。その結果、傍受権限はもはやそこには及ばないため、全ての情報はこの点で使用することができない⁷⁹⁾。

いわゆる「**背後の物音や会話**」は、「室内会話」から区別されなければならない。これは、通信中に第三者と行われた会話、または室内で生じたそれ以外の物音である。これは、あわせて記録し、——必要とあれば、電話会話者に対する手続でも——使用することができる⁸⁰⁾。その措置が初めから意図的に、大盗聴の要件（100 c 条および Rn 266）を潜脱するため使用された場合に限り、結論が異なる。

⁷⁸⁾ Sartorius (補訂版) Nr 920で公刊されている。

⁷⁹⁾ BGHSt 31, 296. 別の見解として BGH StV 2003, 483 (*WeBlau* の批判的評釈付き)。この点について *Braum*, JZ 2004, 128; *Engländer*, Rn 146; *Fezer*, NSTz 2003, 625; *Gercke*, JR 2004, 347; *Koch*, JA 2004, 707も参照。

⁸⁰⁾ BGH StV 2009, 398 (批判的評釈として *Prittitz*, StV 2009, 437)。

2. 現代的な通信手段に特殊な問題

a) 音声通信

[253 a] 刑法100 a 条の適用範囲は、電話やテレタイプといった伝統的な形式だけでなく、あらゆる通信手段に及ぶ⁸⁰⁾。したがって、刑法100 a 条により音声通信へ介入することもできる。これは、いわゆるメール・ボックス・システムにログインし、そこに蓄積され、最終的に取り出すというものである⁸²⁾。これに対して、電話会話がすでにはっきりと終了しているにもかかわらず、連絡が受信者の機器(留守番電話機)に蓄積されている場合には、もはや刑法100 a 条は適用されない。その場合には、刑法94条以下による押収および差押えの手段が認められる(前述 Rn 264および後述 Rn 254 b 参照)⁸³⁾。

b) Eメール

[253 b] Eメール傍受の法的位置づけに関しては、次の4つの段階⁸⁴⁾を区別しなければならない。

- (1) 連絡の発信がメールボックス業者(プロバイダー)のサーバーに到達するまでの段階
- (2) プロバイダーのサーバーに連絡が保管されている段階
- (3) 受信者により連絡がダウンロードされている段階
- (4) (a)連絡が受信者のコンピューターに保管されている段階
(b)受信者が内容を知った後も、プロバイダーのサーバーに連絡が残されている

⁸⁰⁾ BGH StV 1997, 398 (評釈として *Kudlich*, JuS 1998, 209). 批判的見解として *Valerius*, Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden in den Kommunikationsdiensten des Internet, 2004, S. 95.

⁸²⁾ BGH StV 1997, 398; LG Mannheim StV 2002, 242 (評釈として *Gercke*, StraFo 2003, 76); *Sankol*, JuS 2006, 698.

⁸³⁾ BVerfGE 115, 166 (Bargatzky 事件) からの一貫した帰結である。

⁸⁴⁾ 同旨の見解として *Kluszczewski*, ZStW 123 (2011), S. 737, 744 ff. 7段階モデルを主張するのは *OK-StPO-Graf*, § 100a Rn 27.

る段階

(1)と③については、争いなく、刑訴法100 a 条の介入要件が満たされる。なぜなら、これらの場面では、はっきりと、電話通信の事象が存在するからである。これに対し、Eメールがすでに受信者のハードディスクにある場合は((4)(a)の場面)、電話通信はおよそ終了しているので、基本法10条1項による通信の秘密はもはや対象とならない。したがって、ハードディスクおよびそこに蓄積された情報は、——比例性原則を考慮したうえで⁸⁵⁾——刑訴法94条以下によって差し押さえることができる⁸⁶⁾。その際、差し押さえられた情報に関しては、本規定の類推適用だけが問題となる。なぜなら、これは「物」(前述 Rn 246を見よ)ではないからである⁸⁷⁾。

次に、(2)の段階の位置づけ、つまり、受信者がEメールをダウンロードする前に、プロバイダーのメール・サーバー上にあるEメール私書箱への介入については、非常に争いがある。Eメールの伝送事象はの場合極めて短時間に貯蔵によって遮断されることから、連邦通常裁判所の見解によると、——電話通信事象が欠けるために——押収の介入要件が(94条)、信書の差押え(99条)と関連して、類推適用のかたちで満たされ、これによって、オンライン上のメールボックスにあるEメールに介入することができる⁸⁸⁾。この間、連邦憲法裁判所も、このような法的評価を、結論において支持している。確かに、この段階にあるEメール送信も、基本法10条1項の保護を受ける。基本法10条1項の意味での基本権主体の特別の要保護性は、第

⁸⁵⁾ BGH NStZ 2010, 345.

⁸⁶⁾ BVerfGE 115, 166 (Bargatzky 事件); LG Hanau NJW 1999, 3647; *Kudlich*, JA 2000, 227; *WeBlau*, ZStW 113 (2001), 681; *Keiser*, JA 2001, 662. *Kemper*, NStZ 2005, 538も見よ。職業上の秘密保持者について BVerfGE 113, 29 (評釈として *Kutzner*, NJW 2005, 2652); *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 489 ff 参照。

⁸⁷⁾ 類推の問題について *Jahn*, JuS 2009, 1048.

⁸⁸⁾ BGH NStZ 2009, 397 (*Bär* の肯定的評釈付き; 批判的評釈として *Gercke*, StV 2009, 624); LG Ravensburg NStZ 2003, 325; *Löffelmann*, AnwBl 2006, 600. AG Reutlingen DRiZ 2012, 171 (Facebook 利用者の口座) も見よ。

三者(プロバイダー)が通信事象に介在することによって、Eメールの支配可能性が欠けることにより解消される。しかし、刑訴法94条以下の介入要件は、——少なくとも家宅搜索の範囲でメールボックスへの公然の介入が行われる場合⁸⁹⁾(後述 Rn 253 c を見よ)——、比例性の包括的な個別的審査が行われる限りで、通信の秘密を合憲的に制限するものとして満たされる⁹⁰⁾。連邦憲法裁判所の見解は、Eメールの伝送が発信者から受信者への単一的な通信事象として((1)-(3)の段階)合目的に統一して基本法10条の保護の下に置くという点で、支持されるべきである。段階(2)におけるプロバイダーでの技術的に必要な中間的蓄積は、この伝送事象に本質的に内在したものである。しかし、そこから一貫させると、——統一的な保護水準において——段階(1)-(3)においても統一して、刑訴法100 a 条の高度の介入基準が適用されなければならない⁹¹⁾。これに対して、判例の見解(連邦憲法裁判所の抑制的な類型のものでさえも)は、刑訴法94条以下を通じた解決を図るものであり、そこには、Eメール通信に際して保護水準が全体として切り下げられる危険をはらんでいる。なぜなら、伝送の必要な段階においてより軽微な要件が適用されうるからである。なおのこと、例えば無制約の「ゲスト立入り」によるなど密行的な介入は、刑訴法100 a 条の基準に適合しなければならない⁹²⁾。

(4)(b)の段階については、判例の見解によると、段階(2)と同じ原則が妥当する、すなわち、刑訴法94条以下が類推適用される。段階(2)とは異なり、段階(4)(b)に関するこの結論は、適切でもあると思われる。なぜなら、ここでは、場所的に離れたコミュ

⁸⁹⁾ Kasiske, StraFo 2010, 228; Klein, NJW 2009, 2996; Krüger, MMR 2009, 680. また, Bär, ZIS 2011, 53 も見よ。

⁹⁰⁾ BVerfG StV 2009, 617.

⁹¹⁾ LG Hamburg StV 2009, 70 (肯定的評釈として Gaede, StV 2009, 96); SK-Wolter, § 100a Rn 38; Beulke/Meininghaus, Widmaier-FS, S. 63; Jahn, JuS 2009, 1048; Kudlich, GA 2011, 193, 203; Meininghaus F., Der Zugriff auf E-Mails im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2007, S. 250.

⁹²⁾ 異なる見解として LG Mannheim StV 2011, 352 (Kelnhofer/Nadeborn の批判的評釈付き)。

ニケーションの特別な危険性は、もはや存在しないからである。認識した時点以後は、受信者自身が、コミュニケーション内容を蓄積し、保管しておくか否か、またどのようにするかを決定する⁹³⁾。連邦憲法裁判所とは異なって理解され、それゆえ、基本法10条1項により保護される領域は、もはや存在しない。つまり、(4)(a)と(b)の段階は、等しく扱うことができる。

c) オンライン検索

[253 c] オンライン検索とは、当局が刑事訴追、危険回避または諜報の目的で密行的に、インターネットに接続されたコンピューターを技術的な仕掛け（例えば、トロイの木馬やバックドア・プログラム）によって検索するものをいう。連邦通常裁判所は、この間に、刑事訴訟上の介入権限が欠けるとして、正当にも、このような措置を刑事訴追の目的で行うことは許されないと判断している⁹⁴⁾。また、連邦憲法裁判所も、ノルトライン・ヴェストファーレン州の警察法におけるこれに関連する規定を、憲法違反と判示した⁹⁵⁾。そのような規定を新たに創設すべき場合、それは、新たにかかわるものとなる情報システムの内密性および無瑕疵性の保障を求める基本権を十分考慮に入れたものである場合に〔初めて〕、連邦憲法裁判所の基準を満たすものとなる。この基本権への介入は、著しく重要な法益に対する具体的危険を認めさせる事実的根拠が存する場合に限り、許容される。ここで非常に重要なものとしては、個人の身体、生命、自由、または、

⁹³⁾ VGH Kassel MMR 2009, 714; *Krüger*, MMR 2009, 680. この点で異なる見解として LG Hamburg StV 2009, 70 (*Gaede* の肯定的評釈付き); *Jahn*, JuS 2009, 1048; *Schlegel*, HRRS 2007, 44.

⁹⁴⁾ BGHSt 51, 211 (肯定的評釈として *Cornelius*, JZ 2007, 798); *Kudlich*, JA 2007, 391; *Valerius*, JR 2007, 275. また, *Bär*, MMR 2007, 174; *Jahn*, JuS 2007, 279; *Jahn/Kudlich*, JR 2007, 57も見よ。さらに異なる見解として BGH StV 2007, 60 (*Beulke/Meininghaus* の批判的評釈付き)。

⁹⁵⁾ BVerfGE 120, 274; *Wegener/Muth*, Jura 2010, 847; *Werkmeister/Pötters*, JuS 2012, 223.

公共の利益として、それが脅かされると国家の基盤または存立にかかわるもの、または、人の存在の基盤にかかわるものが、これに該当する。さらに、情報技術的な仕掛けによる密行的な侵入は、基本的に、裁判官による命令の留保の下におかれなければならない。加えて、私的な生活形成の核心領域が保護されるための、保護的装置が用意されなければならない。この間、連邦の立法者は、予防的・警察的領域に関して、オンライン搜索の権限を創設した(連邦警察局法20 k 条)。バイエルン州警察法も、バイエルン警察局法34 d 条により、そのような権限規定を定めている。

搜索の範囲において捜査官が対象者のコンピューターを閲覧するにあたり離隔した場所にある電子計算機にアクセスできるという状況は、オンライン搜索から区別されなければならない(いわゆる遠隔アクセス)。この行為は、刑訴法110条3項により、そうしなければ探している情報の喪失が懸念される場合に、許される⁹⁶⁾。情報システムの内密性および無瑕疵性の保障を求める特別な基本権の承認により、これは、基本法10条1項の保護領域から区別されなければならない。これは、特に、ネットで接続されたインターネット電話(例えば、スカイプなどを手段とする)の範囲で重要となる。その際、基本法10条1項は、監視がもっぱら現在進行中の電話通信からの情報に限定されている限りで、唯一の基本法上の基準となる⁹⁷⁾。もっとも、これに応じて、すでに現行刑訴法100 a 条がインターネット電話の通信形式を捕捉するものであるのか、または、特別な介入根拠が創設されなければならないのかは、争いがある。本来の会話監視、いわゆる主要措置がなおも刑訴法100 a 条に服するし、それは価値的観点において正しいと思われるとしても⁹⁸⁾、これによってはま

⁹⁶⁾ Gercke, StraFo 2009, 271; Herrmann/Soiné, NJW 2011, 2922, 2925. 事例は Puschke in: Coester-Waltjen IV, S. 192 ff にある。

⁹⁷⁾ BVerfGE 120, 274, 309.

⁹⁸⁾ 同じ方向の見解として BVerfGE 120, 274, 307; Roxin/Schünemann, § 36 Rn 1. 異なる見解として Sankol, CR 2008, 13.

だ、主要措置の技術的实施を可能にさせるべきいわゆる副次的措置の許容性という問題について、回答が与えられるものではない。現在使用されているボイス・オーバー・IP コミュニケーションは、暗号化されている。したがって、解読のため必要な「スパイ・ソフトウェア」を利用者の端末機に密かに侵入させることも、刑法第100 a 条の付随的権限内にあるといえるかは、重要な問題である。これは、現在進行中の電話通信を超えるような、情報の技術的介入や認識の可能性を与えるものでないことが確保される限りで、肯定される⁹⁹⁾。そのような識別が現在技術的にまだできないというのであれば、暗号化されたインターネット電話の監視は、現行法上許されないものとなる¹⁰⁰⁾。法律学的観点においても、また技術的観点においても不明確であることを考えると、刑法において、他の情報への広範な介入に対して十分な保護を図るべき規定が、切実に求められる。いずれにしても、2009年1月1日以来、連邦警察司法201条2項には、予防的・警察的領域に関して、スパイ・ソフトウェアを用いたいいわゆる端末通信傍受に関する特別の法的根拠がおかれている¹⁰¹⁾。

d) 通行料金捕捉システム

[253 d] 高速道路上の通行料金システムからの情報は、もっぱら、通行料金徴収の搜索のため使用が許される（重車両通行料金法4条2項、7条2項参照）。この限定された目的拘束性のため、刑事訴追目的での情報使用を許すべき例外は規定されていない¹⁰²⁾。

⁹⁹⁾ LG Hamburg wistra 2011, 155; LG Landshut JR 2011, 532 (*Brodowski* の批判的評釈付き; 肯定的評釈として *Bär*, MMR 2011, 691); *M-G*, § 100a Rn 7a; OK-StPO-*Graf*, § 100a Rn 115; KK-*Nack*, § 100a Rn 27 (過渡期); *Ruhmannseder*, JA 2009, 57, 59.

¹⁰⁰⁾ そのような見解として AG Hamburg StV 2009, 636 (評釈として *Kudlich*, JA 2010, 310); LG Hamburg MMR 2008, 423 (*Bär* の批判的評釈付き); *Becker/Meinecke*, StV 2011, 50; *Braun/Roggenkamp*, K & R 2011, 681; *Hornung*, CR 2008, 299; *Popp*, ZD 2012, 51, 54; *Stadler*, MMR 2012, 18; *SK-Wolter*, § 100a Rn 27 ff.

¹⁰¹⁾ 深めるために *Zabel*, JR 2009, 453.

¹⁰²⁾ LG Magdeburg NJW 2006, 1073 (評釈 *Bosch*, JA 2006, 747); AG Fried-

3. 刑訴法100 a 条の要件

[254] a) 電話通信の監視は、刑訴法100 a 条 2 項に列挙された重大犯罪(例えば、謀殺・故殺罪、強盗罪などのいわゆる**列挙犯罪**)の疑い⁽¹⁰⁰⁾がある場合で、かつ、行為が個別事例においても重大なものである場合に限り許される(100 a 条 1 項 1 号, 2 号)。

b) また、監視の命令は、事実の探求または被疑者の所在地の探知が他の方法では見込みがないか、または著しく困難な場合に限り許される(補充性原則=旧100 a 条 1 項 3 号)。

c) 電話通信監視措置は、これによって**私的生活形成の核心領域**からの情報が得られると認めることについて、事実的な根拠が存在する限りで、許されない(100 a 条 4 項 1 文)。それにもかかわらずそのような情報が獲得された場合には、使用禁止が適用され、記録は、遅滞なく消去されなければならない(100 a 条 3 項 2 文, 3 文)。

個人情報被疑者または第三者の他の犯罪に関する電話通信監視をきっかけに得られた場合には(**偶然発見情報**)、原則として、それが刑訴法100 a 条の列挙犯罪に該当するときに限り、その情報を使用することができる(477条 2 項 2 文)。前述 Rn 233 b および後述 Rn 475 以下も見よ。

d) 第三者を監視する機会の例外は、被疑者の**弁護人**が連絡員などである場合に該当する。そうでなければ、刑訴法148条に定められた、弁護人と被疑者との監視を受けない口頭による交通の法的保障が、広く潜脱されてしまう(詳細は前述 Rn 155)。

↘ berg NStZ 2006, 517 (放棄の場合の例外)。異なる見解として AG Gummer-sbach NStZ 2004, 168 (批判的評釈として Göres, NJW 2004, 195)。深めるために Kudlich, in Vieweg/Gerthäuser (Hrsg), Digitale Daten in Geräten und Systemen, 2010, S. 137, 146 ff.

(100) BGH JR 2011, 404 (一定の嫌疑の程度ではなく、十分な事実的基礎)。

e) 回線所有者が警察官に電話会話の傍受を許可したが、会話相手はそのことについて知らなかった場合には、刑法100 a 条以下の意味での電話通信の監視には当たらない。なぜなら、通信の秘密はここでは妥当しないからである^{④④}（後述 Rn 481 g も見よ）。

f) 監視は、裁判所から命令されるが、遅滞危険の場合には、検察官からも発せられる。もっとも、検察官による命令は、3 日以内に裁判所の確証を受けない場合には失効する（100 b 条 1 項 3 文）。対象者は、監視について事後に通知されなければならない（101 条 4 項-7 項）。

4. 通信情報の収集

[254 a] 刑事訴訟追機関は、以前または将来の（現時においても捕捉される）電話通信接続に関する情報、つまり通信の内容ではなく、その際に残された**通信情報**のみを必要とする場合（電話通信法96条1項、113 a 条参照。例えば、相手方の電話番号、携帯電話の位置情報、接続の開始と終了など）、刑法100 g 条の要件において、自ら（1 項）または通信事業者の協力を得て（100 b 条 3 項 1 文を準用する 2 項 1 文）、そのような情報収集を行うことができる。これは、基本的に、携帯電話の**位置情報**に関しても妥当する。命令の権限は、裁判所にあるが、遅滞危険の場合には、検察官もこれを発することができる（後の裁判所による確証が必要である。100 g 条 2 項 1 文準用100 b 条 1 項-4 項）^{④⑤}。

連邦憲法裁判所は、いわゆる**蓄積情報貯蔵**に関する2010年3月2日判決によって、電話通信法113 a 条および113 b 条を、基本法10条1項に適合し

④④ BGHSt 39, 335, 339 f (評釈として *Welp*, NStZ 1994, 294). また, EGMR StV 2004, 1; *Gaede*, StV 2004, 46 も見よ。

④⑤ 深めるために *Ruhmannseder*, JA 2009, 57, 59 f.

ないものとして、無効と判示した⁽¹⁰⁰⁾。その結果、刑訴法100 g 条も、これが電話通信法113 a 条を参照している限りで無効となった。しかし、通説によると、本判決以前にすでに2008年に下されていた連邦憲法裁判所の仮処分⁽¹⁰¹⁾に基づいて適法に収集され、要請した官庁に転送されていた電話通信情報は、使用禁止に該当しない⁽¹⁰²⁾。また、蓄積情報貯蔵は基本法10条と全く適合しないわけでもない点は、注意が必要である。したがって、現在、ドイツの立法者は、欧州共同体の蓄積情報貯蔵に関する準則⁽¹⁰³⁾からの義務を果たすために、連邦憲法裁判所の基準、つまり特に比例性原則を満たす規定を創設する任務を負っている。これを背景にして、情報使用は重大犯罪が追及される事案に限定されなければならない、かつ、裁判官の命令が必要であることは、疑いがない⁽¹⁰⁴⁾。

連邦憲法裁判所が刑訴法100 g 条をこれが電話通信法113 a 条を参照する限りで無効と判示したことから、今後も、刑訴法100 g 条に基づいて他の方法で適法に蓄積された通信情報、特に電話通信法96条ならびに100条1項の意味での通信情報にアクセスすることは、なお許容される。電話通信法113 a 条の場合と異なり、これらの規定に基づく蓄積は、予防的なもので何らかの機会によったものではなく、電話通信事業者の業務上の利益のため、ないし障害の除去のために行われるものである。流動的な IP アドレスの蓄積も、この目的のために許容されうる⁽¹⁰⁵⁾。さしあたり、連邦憲

(100) BVerfGE 125, 260 (評釈として Gercke, StV 2010, 281); Kresczewski, JZ 2010, 629; Löffelmann, JR 2010, 225. また, Hornung/Schnabel, DVBl 2010, 824; Roßnagel, NJW 2010, 1238 も見よ。

(101) BVerfGE 122, 120.

(102) BGHSt 56, 127 u. 138 (肯定的評釈として Löffelmann, JR 2011, 314 u. Moosmayer, JuS 2011, 708, 711 f); Marlie/Bock, ZIS 2010, 524. 異なる見解として Meinicke, HRRS 2011, 398, 402; Paeffgen, Schenke-FS, S. 427.

(103) RL 2006/24/EG.

(104) 新たな規定の要請について Petri, RDV 2010, 197; Schramm/Meinicke, MMR 2011, 197.

(105) BGH JZ 2011, 691 (Hoeren の評釈付き)。

法裁判所は、刑訴法161条1項準用電話通信法113条に基づく、このようなIPアドレスの所有者について回答することの、裁判官以外の者による命令を、合憲であると判断していた。しかし、同裁判所は、2012年1月24日決定により、今では、流動的IPアドレスの割当ては基本法10条1項への介入に当たるが、それは電話通信法113条1項1文に基づくことはできなくなったと判示している。立法者は、遅くとも2013年6月30日までに、憲法裁判所の要請を満たす新規定を創設することを、求められている⁽¹¹²⁾。

刑事訴追機関は、近時、いわゆる通信範囲調査によって活動することが増えている。そこでは、問題となる時間に携帯通信網の相当な範囲内で生じた全ての接続情報を、それが犯行証明に寄与しうるものであるかが調査される（例えば、どの携帯機器所有者が、ある銀行強盗が発生した時点で、その所在する通信網の範囲内にいたのか）。そのような電話通信への介入に関する法的根拠は、刑訴法100g条2項2文である⁽¹¹³⁾。

[254 b] 刑事訴追機関が単に、すでに端末機器に所在する電話通信の接続情報へアクセスするという場合（例えば、警察官が、被疑者の下で携帯電話を発見し、ボタンを押して直近の10件の接続を調べる）、これによって刑訴法100g条の保護範囲に該当するのかが、争われている。これが肯定されるなら、そのような措置は、実体的観点においては、個別事例においても重大な犯罪の容疑が存在するか、または、犯罪が通信を手段として実行されたかという要件が適用されること（100g条1項1文参照）、形式的観点では、裁判所の命令権限、遅滞危険の場合には検察官の権限（100b条1項を準用する100g条2項1文）に服するものであることが、要求される（つまり、警察官単独で携帯電話の調査をすることはできない）。しかし、通説によると、基本法10条の保護範囲は、基本的に、通信が宛先に届き、伝達事象が終わっ

⁽¹¹²⁾ BVerfG NJW 2012, 1419.

⁽¹¹³⁾ 深めるために *Singelstein*, JZ 2012, 601.

た時点で終了する¹¹⁴⁾。蓄積された個人に関する接続情報は、基本法10条ではなく、単に情報自己決定権によって(基本法1項1号を準用する2条1項)のみ保護を受ける。したがって、この権利への介入は、刑訴法の電話通信接続に関する保護規定の対象とならない。刑事訴追機関が強制的に情報に介入する場合、それは、押収および差押えの方法(94条以下。前述 Rn 246を見よ)によることになる(つまり、警察官は、遅滞危険のある場合、携帯電話を自ら差し押さえて、直接に電話番号などを調べることができる)。

5. 携帯電話による IMSI 捕捉

[254 c] 刑訴法100 i 条により、いわゆる IMSI (国際携帯電話加入者身元) 捕捉を投入し、それによって、動き回る携帯電話に関する機器番号やカード番号、ならびにその所在地などを探知することができる。これは、刑事訴追機関にとって、回線の電話番号や他の情報が判明していない携帯電話についても、刑訴法100 a 条による電話監視を準備させること、ならびに、対象者の所在探知のため必要な情報を得ることを、可能にする¹¹⁵⁾。その際、連邦憲法裁判所によると、情報収集は、基本法10条の保護範囲に含まれず、場合により、単に情報自己決定権(基本法1条1項を準用する2条1項)および一般的行動自由の基本権(基本法2条1項)にかかわるにすぎない¹¹⁶⁾。

¹¹⁴⁾ BVerfGE 115, 166 (評釈として *Jahn*, JuS 2006, 491 u. *Brüning*, ZIS 2006, 237). 部分的に異なる見解として BVerfG StV 2005, 483. 批判について *Götz*, Kriminalistik 2005, 300; *Günther*, NStZ 2005, 485; *Hauschild*, NStZ 2005, 339 参照。

¹¹⁵⁾ 深めるために *Harnisch/Pohlmann*, HRRS 2009, 202; *Ruhmannseder*, JA 2007, 47; *ders.*, JA 2009, 57, 61.

¹¹⁶⁾ BVerfG NJW 2007, 351 (評釈として *Heintschel-Heinegg*, JA 2007, 75).

XI. 搜索（刑訴法102条以下）

1. 搜索の目的と客体

[255] 搜索とは、人、証拠ならびに没収または追徴の対象となる物を探すことである。搜索の客体は、住居およびその他の場所（いわゆる家宅搜索）⁽¹¹⁷⁾ および動産であるが、人自身も客体となりうる（いわゆるオンライン搜索について Rn 253 c 参照）。搜索は、それが容疑者の場合と容疑者以外の者の場合とによって、その適法性に求められる要件が異なる。

a) 容疑者の場合の搜索（102条）

[256] 正犯または共犯の容疑がある人の場合（嫌疑の端緒で足りるが、曖昧な推測では足りない⁽¹¹⁸⁾。前述 Rn 114を見よ）、住居およびその他の場所、ならびに人およびその人の支配する物の搜索は、それを捕捉する目的（捕捉的搜索）であってもよいし、また搜索から証拠が発見されるであろうと推測される場合（探索的搜索）であっても行うことができる（102条）。ただし、涉猟的な目的では、搜索を命令することはできない⁽¹¹⁹⁾。

刑訴法102条では、容疑者の住居やその者が実際に所在するその他の場所や、同人が支配する、すなわちその者が（共同の場合も含めて）所持している物を、搜索することができる⁽¹²⁰⁾。また、人の搜索もできる。それは、体腔を含めた身体や、対象者が着用している衣服への探索である。刑訴法102条は、体腔を搜索する目的での強制手段を用いることも正当化しており、例えば、口腔を實力で開被させることができる⁽¹²¹⁾。身体内部の探索は、身体検査であり、刑訴法81条以下によることになる（前

(117) 概観として *Heuchemer*, NZWiSt 2012, 137; *Kraatz*, JA 2012, 510; *Walther*, JA 2010, 32.

(118) BVerfG StV 2010, 665; BVerfG NJW 2012, 1065.

(119) LG Bremen StV 2002, 536. また, BVerG NJW 2007, 1117 (Cicero 事件) (評釈として *Brüning*, wistra 2007, 333) も参照。

(120) SK-Wohlers, § 102 Rn 7.

(121) OLG Celle NSTZ 1998, 87. 異なる見解として SK-Rogall, § 81a Rn 25.

述 Rn 241参照)。

住居の不可侵性は高度の価値を持つため、住居内搜索の場合、**比例性原則**は、特に強く考慮されなければならない。搜索によるべき事情の解明は、他の方法では直ちに行うことができないというほどの必要性がある⁽¹²³⁾。裁判官は、比例性原則の遵守について、捜査を自己答責的に審査した結果から、確信を得なければならない⁽¹²⁴⁾。

b) 容疑者以外の場合の搜索 (103条)

[257] 容疑者の場合の搜索と異なり、この場合は、搜索の目的が限定される。捕拏的搜索は、被疑者を捕捉する目的でのみ、また、探索的搜索は、特定の物および痕跡を発見する目的でのみ、それぞれ許される (103条 1 項 1 文)。

刑訴法102条では、搜索によって探している物または人が発見されるであろうという**推測**で十分であったが、刑訴法103条 1 項 1 文では、それらの存在を示す**具体的事実**が要求される。これに対して、関連する証拠が発見されるであろうという単なる見込みでは、足りない⁽¹²⁵⁾。

刑訴法103条 1 項は、明示的に場所の搜索のみを許容している。したがって、刑訴法103条の範囲で人の搜索も許されるかは、疑わしい。このような疑問は、刑訴法81 c 条から導かれる。なぜなら、刑訴法81 c 条は、すでに被疑者以外の人の身体検査というより強い介入を許可しているが、それならばなおのこと、そのような人の搜索によるそれより軽微な介入も、許容されなければならないはずだからである⁽¹²⁶⁾。

2. 搜索の命令と実施

[258] 搜索は、原則として、裁判官によって命令されなければならない

⁽¹²³⁾ BVerfG NJW 2011, 2275; OLG Hamburg StV 2008, 12; LG Kiel JR 2007, 81 (*Wehnert* の評釈付き)。

⁽¹²⁴⁾ BVerfG wistra 2008, 339.

⁽¹²⁵⁾ BGH StV 2002, 62; *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 472.

⁽¹²⁶⁾ *M-G*, § 103 Rn 3.

が、「遅滞危険」の場合には、検察官および——それに服する——その捜査補助官（裁判所構成法152条）によっても命令することができる（105条1項）。連邦憲法裁判所は、このような裁判官留保の憲法上の位置づけに鑑みて、要急性を基礎づけるために**高度の要件**を設けている。これによると、全くの推量、仮定的衡量または単に捜査における日常経験に基づいた事件の性質にかかわらない推測は、遅滞危険を認める根拠としては不十分である⁽¹²⁶⁾。刑事訴追機関には、判断・評価の裁量の余地も与えられない⁽¹²⁷⁾。さらに、訴追機関は、証拠喪失の実際上の危険が生じるまで、捜査判事への申立てをあえて留保するというかたちで、裁判官の原則的管轄を潜脱してはならない⁽¹²⁸⁾。搜索決定の理由から、捜査官は捜査判事への申立てをするよう試みていたかどうか、認識できるのでなければならない。そのような申立ての到達可能性を例えば要急または緊急体制の設置によって図るという、憲法上の裁判所の義務は、これに合致するものである⁽¹²⁹⁾。もっとも、捜査判事の夜間における職務体制は、憲法上は、単なる個別事例を超える実務上の必要性が存するという場合に初めて、要求される⁽¹³⁰⁾。検察官またはその捜査補助官が搜索命令を発する前に、理論上は可能であったにもかかわらず、管轄捜査判事に電話で連絡することをしていなかった場合には、

(126) BVerfGE 103, 142, 155. 同旨の見解として *Amelung/Wirth*, StV 2002, 161 ; *Gusy*, NSTZ 2010, 353.

(127) BVerfG NSTZ 2003, 319 ; *Schock*, Jura 2010, 22, 28.

(128) BGH StV 2012, 1 (評釈として *Mosbacher*, JuS 2012, 138). また, BGH wistra 2010, 231 (評釈として *Jahn*, JuS 2010, 653) も参照。

(129) BVerfG StV 2006, 676 ; *Krehl*, NSTZ 2003, 461. 刑訴法81 a 条 2 項につき異なる見解として OLG Celle StraFo 2010, 463.

(130) BVerfG StV 2005, 483.

(131) Brandenburgisches VerfG StV 2003, 207 ; LG Berlin StV 2008, 244. 抑制的見解として OLG Bamberg NZV 2010, 310. BayObLG JR 2003, 300 (*Krehl* の批判的評釈付き) も見よ。

刑訴法105条の意味での「遅滞危険」は、否定されなければならない⁽¹³²⁾。これに対して、管轄裁判官は確かに連絡可能であったが、同人がその連絡を受ける気がなかった、または、差し迫った証拠喪失の危険を回避できるかを適時に判断することができる状況になかったという場合(例えば、「私〔裁判官〕は、記録がなければ、何も命令できない」と発言していた場合)には、遅滞危険は肯定されなければならない⁽¹³³⁾。

また、連邦憲法裁判所は、実効的な法的保護⁽¹³⁴⁾の理由から(詳細は後述 Rn 322以下)、遅滞危険の場合に命令する者が、自身がどのような理由からそうした危険を認めたのかを叙述および記録することが必要である、と判示している。「遅滞危険」の認定を支える理由の事後審査を保障するために、対象者は、搜索決定全文の交付を受ける権利を持つ⁽¹³⁵⁾。

裁判官留保の目的は、搜索を執行できる時間的範囲にも影響を及ぼす。搜索決定が具体的措置につきどれほどの時間においてその根拠となるかは、個別事案の事情によるが、その際、特に犯罪容疑の態様、捜査の困難さおよび評価の事実に根拠の持続性が、考慮されなければならない。搜索決定は、遅くとも半年が経過すると失効し(「失効期限」)、それでもなお搜索が実施された場合、それは違法となる⁽¹³⁶⁾。

刑訴法105条の付随的権限に基づいて、搜索実施のために必要な準備的または付随的な権利侵害(例えば、実力をもっての住居の開被)を行うことができる。しかし、もっぱら被疑者による証拠や財産的価値の破壊を阻止する目的で、搜索が終わるまで被疑者を予防的に拘束すること(「搜索拘束」)は、刑訴法上の他の介入根拠を通

(132) BGH NSTz 2006, 114; M-G, § 105 Rn 2. 異なる見解として LG Berlin NSTz 2010, 415 (Hofmann の批判的評釈付き); Ernst, Jura 2011, 94, 99; Jahn, NSTz 2007, 255, 260; Mosbacher, JuS 2010, 131. 細分化するものとして SK-Wohlers, § 105 Rn 37.

(133) BVerfG StV 2004, 633.

(134) BGH NSTz 2003, 273.

(135) BVerfGE 96, 44, 52 ff.

じても、捕捉されない⁽³³⁰⁾。罪証隠滅を理由とする裁判官の勾留命令の発付も（112条2項3号。前述 Rn 213）、被疑者による強制処分の妨害を阻止するために、より緩やかな措置（禁足令、電話の制限など）を採ることができるから、原則として用いることができない。

a) 搜索命令の特定性

搜索が基本法13条への重大な介入に当たることから、命令を発する裁判官は、命令を適切に表現することにより（可能な範囲で）、基本権侵害が適切に限定されること、ならびに、認識および規制が可能となるよう確保すべき義務を負う。被疑事実を具体的かつ事実記載をもって裏づけること、搜索の対象となる証拠をできる限り、すなわち少なくともその類型について記述すること、そして、対象となる場所を明示することが必要である⁽³³¹⁾。

b) 刑訴法105条1項1文に違反した場合、使用禁止が適用されるか？

遅滞危険がないことが明らかであった場合に、裁判官の命令なく搜索から得られた証拠は使用可能であるかは、非常に争いがある。連邦通常裁判所は、かつては、どちらかといえば証拠使用禁止に否定的であったが⁽³³²⁾、現在は、判例も、検察官またはその捜査補助官が意図的または客観的にみて恣意的に（＝重大な過失により）裁判官の権限を潜脱していた場合には、搜索に際して発見された証拠は使用できないことを認めている⁽³³³⁾。司法行政が、そのような機会が頻繁であったため必要とさ

⁽³³⁰⁾ LG Frankfurt NJW 2008, 2201（肯定的評釈として *Jahn* JuS 2008, 649）。

⁽³³¹⁾ BVerfGE 96, 44, 51；BVerfG NStZ 2000, 601（*Park* の肯定的評釈付き）；BVerfG HRRS 2012 Nr 281。

⁽³³²⁾ BGH NStZ 1989, 375（*Roxin* の広く支持する評釈付き）；*Lesch*, 4/107。

⁽³³³⁾ BVerfG NJW 2006, 2684；BGHSt 51, 285（肯定的評釈として *Brüning* HRRS 2007, 250）；*Ransiek*, JR 2007, 436 und *Roxin*, NStZ 2007, 616；*Fezer*, Rieß-FS, S. 93；*Schroeder*, JuS 2004, 858；*Wohlers*, StV 2008, 434。また、*Amelung/Mittag*, NStZ 2005, 614；*Beulke*, ZStW 103（1991）, 673も見よ。一般的使用禁止に関して *Hüls*, ZIS 2009, 160；*Ransiek*, StV 2002, 565。

れていたにもかかわらず、裁判官の要急または緊急体制の設置を懈怠していた場合でも、この組織的欠陥は、搜索の違法性およびその際に発見された証拠の使用不可能性をもたらす⁽¹⁴⁰⁾。この判例は、全体として支持されるべきである。仮定的な代替的介入の原則によっても、この手続的瑕疵は、「治癒」されえない。なぜなら、刑訴法105条は、事前の裁判官による審査を保障しようとしているからである（この点について Rn 233 a）。したがって、裁判官の権限が意図的に無視された場合、事後的に、変化した事情に基づいて搜索の時点では偶然にも遅滞危険が生じていたことが判明したという場合にも、証拠使用禁止が妥当しなければならない⁽¹⁴¹⁾（Rn 233 a 以下、483も見よ）。これに対して、(口頭による)裁判官の搜索命令を記録化することのみが怠られていた場合には、証拠の使用を妨げない⁽¹⁴²⁾。被告人は強制処分に対する裁判上の法的救済の申立てをしていなかったという事実だけでは、公判裁判所は、公判において、搜索により得られた証拠の使用可能性を審査すべき義務から解放されない⁽¹⁴³⁾。判例はこのような使用禁止も公判において弁護人側からの適時の異議申立てに従属させているのかは、現在のところ、まだ完全に解明されてはいない（一般的問題性について後述 Rn 460 a を見よ）⁽¹⁴⁴⁾。

c) 搜索禁止の問題

搜索に関する規定は、刑訴法97条または52条以下に相当する規定を置いていない（この点について前述 Rn 248を見よ）。したがって、対象者が証言拒否権を有する場

⁽¹⁴⁰⁾ OLG Hamm NStZ 2010, 165 (*Rabe von Kühlwein* の評釈付き；評釈として *Jahn*, JuS 2010, 83). 刑訴法81条2項につき異なる見解として, SaarlVerfGH NJW 2010, 2037; OLG Köln StV 2010, 622, 624 (*Dallmeyer* の評釈付き)。

⁽¹⁴¹⁾ BGH NStZ 2012, 104, 105; AG Bremen NStZ 2012, 287; *Schneider*, Miebach-FS, S. 46. 異なる見解として LG Dresden StV 2012, 13.

⁽¹⁴²⁾ BGH NStZ 2005, 392; OLG Bamberg StV 2010, 621 (刑訴法81条2項について). 異なる見解として *Harms*, StV 2006, 215.

⁽¹⁴³⁾ BGH NStZ 2009, 648.

⁽¹⁴⁴⁾ BGHSt 51, 285, 296. この点に関して OLG Hamm NJW 2009, 3109. 深めるために *Trück*, NStZ 2011, 202, 207.

合も、搜索することができる。しかし、差し押さえるべき物は、刑訴法97条の禁止に服するので、押収免除に該当することが認識できる物の搜索は許されない⁽¹⁴⁹⁾。

d) 偶然発見物

搜索にあたり、その調査には関係ないが、**他の犯罪の実行を指し示す物が発見**された場合には、刑訴法108条により、一時的に差し押さえることができる。それによって、搜索が他の手続をきっかけとして別の証拠の発見のために命じられたものであるとの理由だけで、捜査官が可罰的行為を指し示す証拠を前にして目をつむらなければならない、ということが回避される。しかし、発見された物について差押え禁止が適用される場合には、刑訴法108条は適用できない。同じく、捜査官がその物を意図的に探していた場合には、やはり刑訴法108条は適用されない。なぜなら、その場合には、**偶然発見物**としての性質が失われるからである⁽¹⁵⁰⁾。差押えを許される偶然発見物の使用は、一般原則に従って、無制限に可能である（108条2項および3項に例外規定がある）。すでに当初の搜索命令が違法であった場合について、判例は、偶然発見物の使用可能性の問題に関しても、いわゆる利益衡量説を採用する。すなわち、個別事案における刑事訴追の利益と、対象となる個人の利益とを衡量するわけである（後述 Rn 458）。証拠使用禁止は、基本的に、瑕疵をもたらした手続違反が重大であった場合、または意識的もしくは恣意的に行われた場合に限り、瑕疵ある搜索の必要的な帰結となる⁽¹⁵¹⁾。違法な電話監視の範囲における他の解決について、後述 Rn 476を見よ。

(149) OLG Frankfurt/M NStZ-RR 2005, 270 ; KMR-Hadamitzky, § 103 Rn 7.

(150) Beulke/Ruhmannseder, Rn 478. 深めるために Wolter, Rudolphi-Symp. S. 49 ff.

(151) BVerfG NJW 2009, 3225 (批判的評釈として Dallmeyer, HRRS 2009, 429 u. Schwabenbauer, NJW 2009, 3208). 深めるために Winterhoff, AnwBl 2011, 789, 795 ff.

XII. 身元確認 (163 b 条, 163 c 条)

[259] 刑訴法163 b 条, 163 c 条は, 刑事訴追の目的で, 検察官および警察の捜査官に, 容疑者または容疑者でない者の身元確認の権限を与えている。その際, 対象が容疑者であるか否かに応じて, 処分の許容性につき異なった要件が立てられている。確認を可能とするために, 対象者を最長12時間拘束することができる (163 c 条 2 項)。

XIII. 追跡 (131条以下)

[259 a] 刑訴法131条は, 逮捕する目的で, 被疑者の追跡を認めている。勾留命令 (114条) または仮収容命令 (126 a 条) が発せられている場合, ないしは, 要件は存在するがそのような命令の発令を待つことができない場合には, 追跡広告 (以前は「指名手配書」と規定されていた) が許される。当該措置が刑訴法131条 1 項を根拠に行われるとき, それは, さしあたり, 当局内の追跡広告である。重大な犯罪の場合, 広告は, 刑訴法131条 3 項により, 公開追跡のかたち (例えば, ラジオ, テレビおよびインターネットを通じて⁽¹⁴⁾) でも行うことができる。公開追跡は, その介入の程度の強さおよび効果の広さのゆえに, 付加的に補充性条項にも拘束される (131条 3 項 1 文後段)。

刑訴法131 a 条は, 被疑者または証人につき, その所在地を探知する目的での追跡を規定し, 刑訴法131 b 条は, 被疑者または証人につき, 似顔絵の公表による追跡を規定する⁽¹⁴⁾。

⁽¹⁴⁾ この点について OLG Celle NJW-RR 2008, 1262 u. Pätzelt, DRiZ 2001, 24, 31.

⁽¹⁴⁾ 規定全体につき憲法上の視点から批判するものとして Ranft, StV 2002, 38.

XIV. 検問（111条）

[260] 一定の重大な犯罪について、ある事実から、この措置が犯人の逮捕または関連する証拠の押収が行われうると認められる場合には、公道上および広場などに検問を設置することができる（111条1項1文）。検問が設置されると、そこを通る全ての人は、その身元の確認を受け、またその所持品の検査を受けるよう義務づけられる（111条1項2文）。

刑法111条は、そこを通る全ての人の点検ができるということによって〔検問を〕可能とさせるが、その態様は、「手入れ（Razzia）」の概念で想定されるような、一般的な検査である。刑法は、これ以外に、特に手入れを授權する規定を置いていない⁽¹⁵⁹⁾。

XV. 根こそぎ追跡（163 d 条）

[261] 国境上の検査または刑法111条による検問の範囲で得られた、探索基準に適合する（例えば、犯人は男性、金髪、身長 180cm）人の情報（その者自身に嫌疑がある必要はない）は、刑法163 d 条により、これを蓄積し、刑事訴追機関の下にある従来の情報とコンピュータ上で比較することができる。この比較から、容疑者を、そうでない者の範囲から抽出するものとされる。

XVI. ラスター（網の目）追跡（98 a 条, 98 b 条）

[262] 98 a 条, 98 b 条の意味でのラスター（網の目）追跡とは、——刑事訴追とは別の目的で収集された——刑事訴追機関とは別の機関の情報を蓄積された個人に関係する情報を、事件に特殊な犯罪捜査上の検査基準に

(159) 詳細について Kühne, Rn 379 f.

照らして自動的に比較対照する措置をいう(いわゆるラスター(網の目))。その目的は、「容疑者プロファイル」を満たす人の範囲を探知することである。したがって、刑訴法98 a 条は、情報自己決定の基本権⁽¹⁵¹⁾を守るために、刑訴法98 a 条 1 項 1 文により列挙された重大な犯罪(例えば、身体および生命に対する犯罪)に関する、刑訴法152条 2 項の意味での嫌疑の端緒を要求している。連邦憲法裁判所の見解によると、網の目追跡は、高度の法益に対する具体的危険がある場合に限り許容される⁽¹⁵²⁾。また、刑訴法98 a 条 1 項 2 文は、補充性条項も置いていることから、全ての網の目追跡にあたり、「事実の探求または犯人の所在地の探知が他の方法では見込みに乏しいか、または著しく困難ではないか」が、審査されなければならない。

しかし、連邦憲法裁判所の(批判されるべき)見解によると、刑事訴追機関が予防活動機関に対して意図的かつ具体的に行為者に関する質問を行い、特別な犯人情報についての回答を得た場合には、刑訴法98 a 条、98 b 条の意味での網の目追跡に当たらないとされる(具体的事案では、クレジットカード事業者に、どのカード所有者が児童ポルノサイトの事業者の口座に一定の送金をしたのかと質問していた)。ここでは、網の目追跡に特有の、訴追機関に対して他の情報群との比較を行うという目的での全情報の伝達が行われていない。したがって、介入の程度が明らかに軽微であることから、捜査の一般条項(161条)による授權が適用される、というのである⁽¹⁵³⁾。

⁽¹⁵¹⁾ BVerfGE 65, 1 ff 参照。

⁽¹⁵²⁾ BVerfG NJW 2006, 1939 (評釈として *Bausback*, NJW 2006, 1922); *Kett-Straub*, ZIS 2006, 447.

⁽¹⁵³⁾ BVerfG NJW 2009, 1405 (Mikado 事件) (評釈として *Jahn*, JuS 2009, 664).

XVII. 技術的手段の投入 (100 c 条-100 f 条 ; 100 h 条)

1. 肖像撮影 (100 h 条 1 項 1 文 1 号)

[263] a) 被疑者の肖像撮影 (例えば, その住居のドアをビデオで監視する) は, 住居の外であれば, 事実の探求または犯人の所在地の探知が他の方法では見込み乏しいか, または困難であるという場合には, 本人に知られることなく行うことができる。刑訴法100 h 条 1 項 1 文 1 号は, 特に, 交通監視の範囲での映像資料を作成するための法的根拠となる⁽¹⁵⁹⁾。

b) 処分が第三者に対する場合には, 当該措置は, 事実の探求または犯人の所在地の探知が他の方法ではほとんど見込めないか, またはおおよそ無理という場合に限り許容される (100 h 条 2 項 2 文 1 号)。第三者が不可避免的に対象とされる場合には, 当該措置は, それ以上の制限なく実施することができる (100 h 条 3 項)。

2. 監視目的でのその他特別の技術的手段 (100 h 条 1 項 1 文 2 号)

[264] a) 被疑者に対して, 住居外であれば, 重大な犯罪が調査の対象であり, かつ, 事実の探求または犯人の所在の探知が他の方法では見込み乏しいか, または困難であるという場合には, 事実の探求または犯人の所在地の探知のために, 監視目的でのその他一定の技術的手段 (例えば, 移動探知機, 方位発信機, 夜間探視機) を使用することができる (100 h 条 1 項 1 文 2 号, 2 文)。衛星測位システム (GPS) の投入も許される。これによって, 特に, 監視対象の車両について, その速度, 車両移動, 停車位置, 駐車場などを漏れ落ちなく追尾することができる⁽¹⁶⁰⁾。長期にわた

(159) BVerfG NJW 2010, 2717; OLG Jena NJW 2010, 1093; OLG Bamberg NJW 2010, 100. 批判的見解として Roggan, NJW 2010, 1042.

(160) EGMR (Uzun/BRD) NJW 2011, 1333; BVerfG NJW 2005, 1338; BGHSt 46, 266. 否定的見解として Bernsmann, StV 2001, 382; Kühne, JZ 2001, 1148.

る監視は、付加的に、刑訴法163条以下の要件に服する（前述 Rn 233 e を見よ）。

b) 処分が意図的に**第三者**、特に被疑者と接触する人（例えば、近親者や友人）に向けられる場合には、刑訴法100 h 条 2 項 2 文 2 号の要件が考慮されなければならない。

第三者が**不可避免的**に対象となる場合には、当該措置は、被疑者に関する刑訴法100 h 条 1 項 1 文 2 号、2文の要件が充足される限りで、常に実施することができる（100 h 条 3 項）。

3. 非公然に話された言葉の傍受と記録、いわゆる盗聴（100 c 条, 100 d 条；100 f 条）

a) 「小」盗聴（100 f 条）

[265] 小盗聴は、刑訴法100 f 条に規定されている。これは、**住居外で非公然に話される言葉のみ**を対象とする。「小」盗聴が**被疑者**に対して行われる場合には、補充性条項（調査が他の方法では**見込みがないか**、または著しく困難）に加えて、一定の事実から、ある人が刑訴法100 a 条 2 項に示された**列举犯罪**を実行したという嫌疑が基礎づけられることが条件となる（100 f 条 1 項）。このように、本規定は、刑訴法100 a 条による電話通信傍受に密接に結び付いており（この点について前述 Rn 254）、解釈も、そこで展開された原則に従うことができる⁽¹⁵⁶⁾。

「小盗聴」の事例には、拘留所面会室⁽¹⁵⁷⁾や被疑者の車両内⁽¹⁵⁸⁾での傍受も含まれる。

⁽¹⁵⁶⁾ Hilger, NStZ 1992, 462.

⁽¹⁵⁷⁾ BGHSt 44, 138 (Safwan Eid 事件) (評釈として Duttge, JZ 1999, 261 u. Roxin, NStZ 1999, 150).

⁽¹⁵⁸⁾ BGH JR 1998, 162 ; BGH NStZ 2012, 277

刑訴法100 f 条1項は、その文言を超えて、傍受に典型的に結び付く、または被疑者の権利への介入が軽微な準備的または付随的措置に関しても、推論的に授權するものである。例えば、自動車の開錠や小型盗聴器の設置などが、これに当たる⁽¹⁵⁹⁾。

盗聴について、意図的に**第三者を対象**とする場合には、刑訴法100 f 条2項2文の特別の要件が適用される。第三者が不可避免的に対象とされる場合には、被疑者に対する軽微な要件（100 f 条1項）のみが満たされれば足りる（100 f 条3項⁽¹⁶⁰⁾）。

処分は、裁判所が命じなければならないが、遅滞危険のあるときは、検察官が命じることもできる（100 f 条4項準用100 b 条1項1文、2文）。命令は、最長3か月に限定されなければならない（100 f 条4項、100 b 条1項4文）。しかし、制限がなされなかったとしても、連邦通常裁判所の見解によると、その違反は使用禁止に該当しない⁽¹⁶¹⁾。

刑訴法477条2項2文に挙げられた**使用禁止**は、重要である。個人に関する情報が刑訴法100 f 条1項による盗聴から得られた場合には、その分析の機会に刑訴法100 a 条2項に示された犯罪（電話通信傍受の列举犯罪。前述 Rn 254を見よ）の解明に必要な情報が判明したときに限り、**他の刑事手続において証拠の目的で使用する**ことができる（前述 Rn 233 b も見よ）。

b) 「大」盗聴（100 c 条、100 d 条）

[266] いわゆる大盗聴は、**住居内での会話の傍受および記録を対象とする**（100 c 条1項）。本規定に関する授權は、基本法13条3項-6項から導かれる。

(159) BGH JR 1998, 162 (Heger の評釈付き) ; Gropp, JZ 1998, 501 ; Martensen, JuS 1999, 433 ; Schneider, NStZ 1999, 388. さらに展開するものとして Lesch, 4/116.

(160) 刑訴法97条類推による合憲的制限を支持する見解として Duttge, JZ 1999, 264.

(161) BGHSt 44, 243. 結論的に的確な批判として Fezer, JZ 1999, 526 ; Malek/Wohlers, Rn 567 u. Wolters, JR 1999, 524.

連邦憲法裁判所は、2004年3月3日の基本判決⁽¹⁰⁰⁾において、かつての制定法規定を、部分的に憲法違反であると判断した。その後、立法者は、憲法上の基準を、刑訴法100 c 条、100 d 条に具体化している⁽¹⁰¹⁾。

傍受処分は、刑訴法100 c 条1 項により、ある人について法律上示された特に重大な列举犯罪（例えば、謀殺罪、放火窃盗罪、重大な強盗罪。100 c 条2 項参照）を実行したことの疑いがあること、行為は個別事例においても特に重大なものであること、および、傍受により事実の探求または共犯者の所在地の探知にとって重要となる被疑者の発現が捕捉されうると認められること、かつ、これらが他の方法では著しく困難かまたは見込みがないこと、という条件に服する。

刑訴法100 c 条4 項1 文によると、住居内傍受は、事実的根拠、特に監視されるべき場所の形態および監視されるべき人相互の関係から、傍受により私的生活形成の核心領域（基本法13条1 項準用1 条1 項および2 条1 項）に属すべき発言が捕捉されないと認められる場合に限り、命令することができる（消極的の核心領域予測）。監視中に、私的生活の核心領域に属すべき発言が捕捉されることの根拠が判明したときは、刑訴法100 c 条5 項1 文により、傍受および記録は、直ちに中断し、そのような記録は、遅滞なく消去しなければならない（100 c 条5 項2 文）。そのような発言を通じた情報は、使用することができない（100 c 条5 項3 文）。痕跡試料としても、同様である⁽¹⁰²⁾（Rn 476を見よ）。

⁽¹⁰⁰⁾ BVerfGE 109, 279 (評釈として *Lepsius*, Jura 2005, 433, 586) ; *Löffelmann*, ZStW 118 (2006), 358.

⁽¹⁰¹⁾ 2005年6月24日法 BGBl. I, S. 1841. これについて *Krehl/Eidam*, Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie, S. 140 ; *Löffelmann*, NJW 2005, 2033.

⁽¹⁰²⁾ BVerfGE 109, 279, 332. また, *Haverkamp*, Jura 2010, 492も見よ。

これに対して、事業所や会社内での会話は、通常、私的生活形成の核心領域には属さない。また、実行された犯罪に関する会話や、それによって犯罪を実行する発言も、同様である（100 c 条 4 項 2 文、3 文）。

対象者の個人的な核心領域が危殆化されたかは、常に、各々個別事案ごとに判断されなければならない。例えば、病室も、刑訴法100 c 条 1 項により保護される居住領域に含まれる。被疑者がそこで第三者と犯罪について会話した場合には、刑訴法100 c 条 4 項 3 文により〔会話を〕使用することができる。これに対して、被疑者が犯罪と関連する内容について独り言をつぶやいた場合には、他者との会話と同置することができないため、その供述は、私的生活形成の不可侵である核心領域に属し、それゆえ使用することができない⁽⁶⁶⁾。

「大」盗聴は、刑訴法100 d 条 1 項により、地方裁判所の国家保護部によって命令されるが（裁判所構成法74 a 条 4 項）、遅滞危険のある場合は、その裁判長が命令することもできる。処分は、さしあたり、1 か月の期限が付されるが、再度にわたり各々1 か月間ずつ延長することもできる。

刑訴法53条により証言拒否権を持つ者については、絶対的な、また、刑訴法52条、53 a 条により捕捉される者については、比例性の衡量によって限定される、証拠収集および証拠使用禁止が適用される（100 c 条 6 項）。しかし、これらは、証言拒否権を持つ者が当該犯行に、または人的庇護罪、処罰妨害罪、盗品関与罪に関与していたことの嫌疑が、一定の事実から基礎づけられる場合には、制限される（100 c 条 6 項 3 文準用160 a 条 4 項）。この制限が刑事弁護人にも適用されうるかについては、判例および学説上、まだ完結的な解答が出ていない（前述 Rn 155を見よ）。

刑訴法100 d 条 5 項 1 号は、適法な大盗聴の方法で得られた情報を他の刑事手続で

⁽⁶⁶⁾ BGHSt 50, 206（評釈として Ellbogen, NStZ 2006, 179 u. Lindemann, JR 2006, 191）。

使用する可能性について、特別規定を置いている。そのような情報は、それに基づいて刑法100 c 条の処分を命令することができる犯罪について調査する場合に限り、使用可能である。危険回避目的の場合には、さらに広く使用の機会が与えられる(詳細は100 d 条 5 項 2 文。この点について前述 Rn 101 も見よ)⁽¹⁶⁶⁾。さらに、多くの州警察法が(連邦警察局法16条に類して)予防目的での「大」盗聴の授權を定めていることには、注意しなければならない。そのような情報は、その被疑事実が刑法100 c 条により「大」盗聴を命じることができるものである場合(この点で161 条 2 項の現行規定と同じである。前述 Rn 105 を見よ)、または、そのような犯罪の疑いがある人の所在地の探知を目的とする場合には、刑事手続でも使用することができる(前述 Rn 233 c も見よ)⁽¹⁶⁷⁾。さらに、このような情報は、判例の見解によると、すでにさらに別の捜査のきっかけとすることも可能とされている点には、注意が必要である⁽¹⁶⁸⁾(この波生問題についての批判は後述 Rn 476, 482)⁽¹⁶⁹⁾。

VIII. 身分秘匿捜査官の投入(110 a 条以下)

[267] 身分秘匿捜査官とは、(国内の⁽¹⁷⁰⁾)警察官で、自身に与えられた長期に及んで変更された身分(架空人格)において捜査する者をいう(110 a 条 2 項 1 文)。

「長期に及ぶ」との要素は、身分秘匿捜査官と、いわゆる「非公然に捜査する警察官」(NOEP)との区別に用いられる。後者は、刑法110 a 条以下に服さない

⁽¹⁶⁶⁾ この点について BVerfGE 109, 279, 318.

⁽¹⁶⁷⁾ 深めるために BGHSt 54, 69, 87. 批判的見解として Wolter, Roxin II-FS, S. 1245, 1260.

⁽¹⁶⁸⁾ BGH StV 1996, 185 (丸太小屋事件)(Köhler の批判的評釈付き; 評釈として Welp, NStZ 1995, 602).

⁽¹⁶⁹⁾ 深めるために SK-Wolter, §100c Rn 51; Eisenberg, NStZ 2002, 638; Krause, Hanack-FS, S. 221; Meyer/Hetzer, NJW 1998, 1017, 1024. 批判について Momsen, ZRP 1998, 459; Roxin/Schünemann, § 36 Rn 49.

⁽¹⁷⁰⁾ BGH StV 2007, 561; Barczak, StV 2012, 182.

(この点について後述 Rn 424)。しかし、長期というのは、単なる時間的な基準ではない。むしろ、その要素は、各々の捜査任務によって、つまり、それが全事情の評価において軽微な具体的捜査行為を超えるものであるか、不特定多数の人を捜査官の身元について欺罔するものであるか、その者の保護のためその秘匿性が将来においても必要であるか、などの点から評価される⁽¹⁷¹⁾。

身分秘匿捜査官は、以下の、刑訴法110 a 条に（選択的に）列挙された事例群において犯罪を解明するためにのみ、投入することができる：

- 法定された重大な犯罪（**列挙犯罪**）⁽¹⁷²⁾ が実行され、その解明が他の方法では見込みがないかまたは著しく困難であるということについて、事実的根拠がある。
- 重罪の解明にあたり、一定の事実的根拠から反復される危険があり、その解明が他の方法では見込みがないかまたは著しく困難である。
- 重罪の解明にあたり、犯行の特別の意義からその投入が必要であり、他の処分では成功の見込みがない。

身分秘匿捜査官の投入については、警察が判断するが、その際、検察官の同意を得なければならない（110 b 条 1 項）。その投入が特定の被疑者に向けられる場合、または、身分秘匿捜査官が一般には立ち入りできない住居に立ち入る場合には、裁判所の同意が必要である（110 b 条 2 項）⁽¹⁷³⁾。

身分秘匿捜査官は、その架空人格をもって、対象者の了承の下で住居に立ち入ることができる（110 c 条 1 文）。身分秘匿捜査官は、その架空人格を状況において維持するため、いわゆる**環境犯罪**を実行することが許され

⁽¹⁷¹⁾ BGHSt 41, 64, 65（評釈として *Beulke/Rogat*, JR 1996, 520）。深めるために *Schneider*, NStZ 2004, 359；*Rosengarten/Römer*, NJW 2012, 1764（「仮居の身分秘匿捜査官」の投入）。

⁽¹⁷²⁾ 概念について *Rieß*, GA 2004, 623.

⁽¹⁷³⁾ 深めるために BGHSt 42, 103, 105（評釈として *WeBlau*, StV 1996, 579）；*Bernsmann*, NStZ 1997, 250；*Zaczyk*, StV 1993, 490.

るかは、まだ解明されていない問題である。この点について、刑訴法110 c 条3文は、刑訴法および「他の法規定」の権限を参照するのみである。つまり、身分秘匿捜査官には特別な権限が与えられていないのである⁽¹⁷⁾ (後述 Rn 288も見よ)。

広義の秘密連絡員投入の問題について、後述 Rn 423以下を見よ。身分秘匿捜査官および秘密連絡員が得た情報の使用可能性について、後述 Rn 481 a 以下を見よ。

[268] 事例28の解決：

a) 解答は、リストから導かれる。Rn 232を見よ。

b) Aの監禁(刑法239条)および強要(刑法240条)による可罰性が問題となる。しかし、Aは、正当化される可能性がある。もっとも、正しい見解によると、刑訴法127条の逮捕権に基づく正当化は、Bが犯罪を実行したのではないことから、排除される(反対の見解として、BGH NJW 1981, 745および通説)。それでも、Aの可罰性は否定される。なぜなら、彼は、回避できない許容構成要件の錯誤に陥っており、その故意責任が阻却されるからである。

c) 刑法239条、240条に関して、Aは、刑訴法127条1項により正当化される。しかし、Aが同時に実行した傷害罪(刑法223条)は、刑訴法127条によっては捕捉されない。なぜなら、刑訴法127条は、あらゆる逮捕に必然的に伴う、軽微な程度の傷害しか捕捉しないからである。しかし、Aは、刑法32条によって正当化される。なぜなら、Bは、刑訴法127条により正当化される逮捕を受忍しなければならなかったため、その抵抗は違法な攻

⁽¹⁷⁾ Gropp, ZStW 105 (1993), 421; Hettinger, S. 87; Lesch, StV 1993, 94 ff; Soiné, NStZ 2003, 225.

撃にあたり、Aはそれを他の方法では回避できないものだったからである (OLG Düsseldorf NJW 1991, 2716参照)。詳細は前述 Rn 234以下を見よ。

[269] 事例29の解決：ここでは、身体内部にある物の探索であり、それには対象者の保護のために医師の投入が必要である。したがって、刑訴法 81 a 条の身体検査であり、刑訴法102条の搜索と位置づけることはできない。嘔吐剤の投与は、Aに積極的な行為を求めるのではなく（Aはそれを義務づけられるわけでもない）、処分の受忍を要求するだけである。処分は医師によって行われ、具体的事案で健康上の危険性はなかったとしても、それは、通説によると、刑訴法81 a 条によって捕捉されない。なぜなら、この処分は、非人道的、屈辱的扱いの禁止（欧州人権条約 3 条）に違反するものだからである (EGMR NJW 2006, 3117 ; *Jalloh/BRD*)。また、嘔吐剤投与は、具体的事案で過剰なものでもあった。なぜなら、単なる末端売人の罪責立証にすぎなかったからである (LR-Krause, § 81a Rn 52)。詳細は前述 Rn 241を見よ。

[270] 事例30の解決：

a) DNA 型検査目的での血液採取の命令は、被疑者に対しては、81 e 条 1 項 1 文を準用する刑訴法81 a 条 1 項により許される。Aが犯人であることの具体的な事実的根拠が欠けるため、Aは被疑者ではなく、血液採取の拒否によってもそうなるわけではない。この点で、警察は、誤った正当化根拠を参照した。刑訴法81 h 条も、正当化根拠にならない。なぜなら、対象者が同意していないからである。しかし、被疑者以外の人も、刑訴法81 c 条 2 項の要件の下で、強制的な血液採取の対象となりうる。重大な犯罪であり、処分の対象となる人の数も膨大であることから、比例性原則も適用される。それゆえ、「情報学的な」遺伝子的指紋は、ここでは、81 e 条 1 項 2 文を準用する刑訴法81 c 条 2 項によって適法となる。詳細は前述 Rn 242を見よ。

b) 示された独り言には、証拠使用禁止が適用される。Aが使用する病院の個室は、刑訴法100 c 条 1 項の意味での住居と位置づけられなければならない。その場所には、典型的に、私的生活形成の隠れ家としての機能が与えられ、これによって、基本法13条 1 項の適用を受けるため、その核心領域は絶対的に保護される (BVerfGE 109, 279)。したがって、刑訴法100 c 条 4 項 1 文の特別の制限が適用される。刑訴法100 c 条 4 項 3 文により実行された犯罪に関する会話は核心領域に属さないということは、ここでは重要ではない。なぜなら、「独り言」は、この点で想定されていないからである。Aの独り言はコミュニケーションの要素が欠け、情報が会話相手に伝達されるものではないことから、私的生活形成の絶対的に保護される核心領域が対象となり、それは、制定法上、刑訴法100 c 条 4 項 1 文を準用する 5 項 3 文において、証拠使用禁止によって考慮されている。それゆえ、地方裁判所は、その録音記録を、Aに不利となるかたちで訴訟に持ち込むことはできない。詳細は前述 Rn 266を見よ。

[271] 事例31の解決：被疑者とその弁護人との書面の交換は、基本的に、刑訴法97条 1 項 1 号、53条 1 項 2 号による差押え禁止に該当する。この事例の特殊性は、通信が差押えの時点で証言拒否権者、つまり弁護人の支配下になかった、という点である。これにより、刑訴法97条 2 項 1 文の文言上は、差押えが許容されるように見える。しかし、通説は、的確にも、この状況において、差押え禁止を肯定し、その結論を、刑訴法148条の優越性から導いている。

[272] 事例32の解決：処分は、刑訴法102条（容疑者の下での搜索）により許容されうる。これによると、犯罪の1つに嫌疑がある者の住居の搜索は、捕捉する目的で、または、搜索により証拠が発見されることが推測される場合にも、行うことができる。これに対して、搜索は、その他の人の場合、刑訴法103条のより厳格な要件の下でのみ許される。ここでは、刑

訴法102条に該当する状況も存在する。なぜなら、刑訴法10条の意味での住居および場所は、容疑者が所在する全ての場所であり、容疑者が単独の所有者であるかまたは共同所有者であるかにかかわらない、したがって、その場所が両親による事実上の共同所有によるものであるという点は、刑訴法102条の適用を妨げないからである（BGH NSTZ 1986, 84f）。刑訴法105条1項によると、搜索は、裁判官が命令するが、遅滞危険の場合には、検察官およびその捜査補助官も命じることができる。連邦憲法裁判所は、裁判官留保の憲法上の位置づけに鑑みて、遅滞危険の根拠づけについて、高度の要件を立てている。通常、搜索前に、管轄裁判官に少なくとも電話で連絡するよう、試みられなければならない。それが不可能であったと思われる場合に限り、検察官またはその捜査補助官は、自ら搜索を命じることができる。ここでは、捜査判事による緊急体制が設置されていなかったことから、Kは、裁判官にもはや連絡できない状況にあった。小さな町であり、そこでの犯罪は、裁判官の職務体制を整備すべき必要性が従来は認められないほど少ないものであったことから、司法行政上の組織化の瑕疵もなかった。証拠の隠匿ならびに喪失が切迫していることの示唆は、非常に具体的であった。両親の怪しい態度も、匿名の指摘が的確であることの根拠となった。迅速に踏み込まなければ、証拠喪失の危険は排除できなかった。それゆえ、検察官の捜査補助官である警察官Kは、遅滞危険に基づいて、搜索命令を（推断的に）発することができた。両親への相応の告知も行われていた、全体事象についての後の記録が示すとおりである。したがって、搜索は適法であった。ドアの開被も、搜索命令によって捕捉されている。なぜなら、命令は、搜索が強制処分をもって実現されることも授權しているからである。詳細は前述 Rn 255以下を見よ。