

翻 訳

ヴェルナー・ボイルケ著
『ドイツ刑事訴訟法』(7)

加藤克佳 = 辻本典央 [訳]

Übersetzung

Werner Beulke, Strafprozessrecht, 11. Auflage
(2010, C. F. Müller, Heidelberg) (7)

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罪 (以上, 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, 近畿大学法学63巻1
号)
- § 13 訴訟条件
- I. 総論
 - II. 重要な訴訟条件の各論
 - III. 訴訟条件が欠ける場合の帰結
- § 14 訴訟行為
- I. 概念
 - II. 有効条件
 - III. 期日
- § 15 捜査手続
- I. 捜査手続の開始
 - II. 捜査手続の実施
 - III. 捜査手続の終了
 - IV. 捜査手続における法的保護

- § 16 起訴便宜主義的理由による手続打切り
 - I. 総論
 - II. 刑訴法153条による打切り：責任が軽微であり公的利益が欠けること
 - III. 刑訴法153 a 条による打切り：責任が重大でなく失われた公的利益に対する反対給付の場合
 - IV. 複数の犯罪における刑訴法154条による打切り又は刑訴法154 a 条による刑事訴追の限定
 - V. その他の打切り機会
 - VI. 王冠証人（以上、近畿大学法学63巻2号）
- § 17 起訴強制手続
 - I. 起訴強制手続の課題
 - II. 要件
 - III. 手続
 - IV. 業務監督抗告
- § 18 中間手続
 - I. 中間手続の意義と目的
 - II. 手続の進行
 - III. 中間手続における終局的な裁判
- § 19 第1 審公判の準備と実施
 - I. 公判の準備（212条以下）
 - II. 公判の進行：概観
 - III. 公判実施に関する若干の問題
 - IV. 刑事手続における合意
 - V. 公判の新たな形／捜査手続への前倒し（以上、近畿大学法学63巻3・4号）
- § 20 公判における証拠調べ（一般原則）
 - I. 証拠調べの一般原則
 - II. 裁判官の職権解明原則（244条2項）
 - III. 口頭主義（261条）
- § 21 公判における証拠調べの直接性（250条以下）
 - I. 原則
 - II. 直接尋問の原則に対する例外

- Ⅲ. 証人が公判で初めて証言拒絶権を行使した場合のその供述（252条）
- Ⅳ. 弾劾
- Ⅴ. 伝聞証人
- Ⅵ. 秘密連絡員の問題
- Ⅶ. 証人尋問の範囲でのビデオ録画
- § 22 公判における証拠請求
 - Ⅰ. はじめに
 - Ⅱ. 「証拠請求」の概念と証拠探知請求との区別
 - Ⅲ. 証拠請求を行う時期と形式
 - Ⅳ. 証拠請求の却下
 - Ⅴ. 証拠請求に対する回答
- § 23 証拠使用禁止
 - Ⅰ. 原則
 - Ⅱ. 証言・回答拒絶権と関連する証拠使用禁止（52条以下，252条）
 - Ⅲ. 自己負罪強要からの被疑者・被告人の保護——「ネモ・テネテュール」原則
 - Ⅳ. 内的領域の保護——基本的な使用禁止
 - Ⅴ. 電話通信傍受（100 a 条以下）
 - Ⅵ. 身体検査（81 a 条）
 - Ⅶ. DNA 型同定検査（81 g 条）
 - Ⅷ. 私人による証拠の違法な入手の帰結
 - Ⅸ. 隠密的捜査手法が採られた場合の特殊な証拠使用禁止
 - X. 証拠使用禁止の射程範囲（毒樹の果実論）（以上，本号〔近畿大学法学64巻1号〕）
- § 24 判決の発見とその効果
- § 25 訴訟上の意味での行為概念
- § 26 特殊な手続形式
- § 27 上訴・総則
- § 28 控訴
- § 29 上告
- § 30 抗告
- § 31 再審手続
- § 32 私訴手続，公訴参加手続，付帯私訴手続，被害者のその他の権利

§ 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

§ 20 公判における証拠調べ（一般原則）

事例50：

a) Aは、地方裁判所大刑事部により、加重強盗罪（刑法249条、250条）を理由に有罪とされた。参審員Sは、公判中に少し居眠りをしていた。Aは、これを理由に上告した。認容されるか。

b) 参審員Sは、公判において、隣に座っていた片腕の裁判官を、記録のページをめくる際に手伝った。Sは、そのとき一緒に記録の一部を目にし、これによって「捜査の結果」がAの弁解及び証人の供述と合致しているか否かを確認した。これは、上告理由となるか。〔Rn 409〕

I. 証拠調べの一般原則

[402] 1. 被告人の尋問に続いて証拠調べが行われるが、これは、裁判所の裁判に重要となる事実及び経験則の探求に役立つべきものである（244条2項）。証拠調べは、外形的事実（例えば窃取）に関するものもあれば、内面的事実（例えば領得の意思）に関するものもある。裁判に重要な全ての事実は、公判で（しばしば改めて）探究される必要がある。なぜなら、刑訴法261条によると、裁判所は、証拠調べの結果を通じて審理の総体から汲み尽くされた自由な心証形成に従って裁判すべきこととされているからである。

[403] 2. 証拠調べは、刑訴法244条～256条、261条により、次の諸原則に従って行われる：

- － 裁判所の職権解明原則（Rn 406を見よ）
- － 口頭主義（Rn 407を見よ）

- － 直接主義 (Rn 410以下を見よ)
- － 自由心証主義 (Rn 490以下を見よ)
- － 許容される証拠の限定〔証拠能力の要求〕(Rn 179を見よ)

もっとも、これらの諸原則は、**厳格な証明手続**、すなわち罪責及び法効果の問題にかかわる限りで適用される。これに対して、手続問題(例えば告訴の存在)については、**自由な証明手続**が適用される(この点について Rn 180)。

[404] 3. 公知の事実は全て、証明の必要がない。

ある事実は、それが**一般に周知**されているか、又は**裁判所に周知**のものであるとき、公知であるといえる。

ある事実は、「**理性的な人であれば通常は知っている**という場合、又は**理性的な人であれば信頼性のある源を基に特別の専門知識がなくても確実に知ることができる**という場合」、**一般に周知**されているといえる⁽¹⁾。これには、例えば歴史的なデータや物理的な法則などが含まれる⁽²⁾。

他方、ある事実は、それについて裁判所が職務上の経験、特に他の手続の経験から知っていた場合、**裁判所に周知**のものといえる⁽³⁾。

4. 裁判に重要な事実は、次のように区別される：

[405] **主要事実**：直接に実体法規定に包摂される事実(例：AはBを拳銃で射殺した)。

間接事実：主要事実を推認させる事実(例：拳銃を携帯したAは慌ただ

(1) BGHSt 26, 56, 59.

(2) 他の例は *Keller*, ZStW 101 (1989), 381.

(3) BGHSt 26, 56, 59. 深めるために *Graul, E.*, Systematische Untersuchungen zur Offenkundigkeit im Strafprozeß, 1996.

しく犯行現場を離れた)。いわゆるアリバイ証明も、間接事実である(例：Aは犯行時刻に別の場所にいた)。

補助事実：証拠の証明力を対象とする事実(例：主たる負罪証人は信用性がない)。間接事実と補助事実の概念は、同義に用いられることもある。

II. 裁判官の職権解明原則(244条2項)

[406] 裁判所は、真実探求のために、**職権**で、裁判に重要な全ての事実及び証拠に証拠調べを及ぼさなければならない(**審問主義**、**職権探知主義**。244条2項。Rn 21を見よ)。

職権解明義務は、訴訟関係人にとって、証拠調べ請求権を基礎付ける。裁判所は、できる限り信用できる証拠の基礎を得るために、初めから見込みのない全ての措置をも採らなければならないわけではない。また、刑訴法244条2項からは、**最良証拠**を求めるべき義務が導かれるが、間接証拠を取り調べることの禁止まで導かれるわけではない⁽⁴⁾。更に、刑訴法244条2項からは、訴訟関係人は有益な申立てを行うよう示唆され、その証拠調べの申立てに際して支援されるのでなければならない⁽⁵⁾。例えば申立人が拙劣さや見落としなどによりその申立てを正確かつ完全には理解していないと推測される場合、裁判所には、**配慮義務**が課せられる⁽⁶⁾。この義務は、検察官との関係でも存在する⁽⁷⁾。解明義務が果たされて初めて、刑訴法261条の意味での自由な証拠評価、「疑わしいときは被告人の利益に」の原則

(4) BVerfGE 57, 250, 277; BVerfG JR 2004, 37 (*Böse* の評釈付き); BGH StV 2003, 485; OLG Düsseldorf wistra 2007, 439; *M-G*, § 244 Rn 12; *Geppert*, Jura 2003, 255.

(5) BGHSt 22, 118, 122.

(6) BGH <Pf/M> NSTZ 1985, 205, 206参照。

(7) *M-G*, § 244 Rn 35.

の適用、択一的（選択的）認定などの余地が生じる⁽⁸⁾。

多くの事例で、裁判官の解明義務の範囲について、すなわち、想定可能な証拠はどこまで汲み尽くされなければならないかという点が問題となる。連邦通常裁判所の確立した判例によると、包括的に事実を解明すべき裁判所の義務は、裁判所に判明していたか又は知られなければならないかつた事情から一定のさらなる証拠の使用が求められ、又は容易に想定されるという場面にまで及ぶ⁽⁹⁾。裁判所は、既に証拠調べに基づいてある事実の確信が得られたものと信じている場合でも、証拠調べが行われることにより当該事実の理解が変化する可能性がわずかでもあるときには、利用できる別の証拠を取り調べなければならない⁽¹⁰⁾。裁判官が刑訴法244条2項に違反したという上告法上の主張は、いわゆる解明違反の主張と呼ばれる。これは、手続違反の主張である⁽¹¹⁾（Rn 562, 564を見よ）。

Ⅲ. 口頭主義（261条）

[407] 1. 口頭主義とは、口頭で述べられ検討に付された訴訟資料のみが判決の基礎となることができる、という原則である（261条、264条参照。Rn 23も見よ）。これに応じて、記録は、朗読によって示されなければならない（249条1項）。

刑訴法249条2項は、口頭主義の例外を定める。これによると、裁判所は、記録を「自分で読む」⁽¹²⁾ことができる。職業裁判官と参審員は、記録を実際に朗読することができるが、その他の訴訟関係人には、少なくともその内容を知る機会が与えられ

(8) この点について *Wessels/Beulke*, AT, Rn 800 ff 参照。

(9) BGH StV 1981, 164.

(10) BGHSt 23, 176, 188 ; 30, 131, 143 ; BGH StV 1993, 194.

(11) BGH NSTz 2011, 471 ; *Dahs/Dahs*, Rn 506 ff ; *Huber*, JuS 2009, 614, 618.

なければならない⁽¹²⁾。更に、判例は、既に以前から、全ての訴訟関係人が同意し、
解明義務がその妨げとならない場合には、記録の朗読は裁判長が記録内容を報告す
ることに代えることができるとしている⁽¹⁴⁾。

公知の事実 (Rn 404を見よ) 及び経験則 (Rn 492を見よ) も、公判で言葉に出さ
なければならないが、——公知の事実の場合のように——自明の事柄であり、その
検討が不要という場合は除く⁽¹⁵⁾。

[408] 2. 他方、口頭主義及び直接主義からは、裁判官に審理能力が備
わっていることが要求される。

通説によると、耳が聞こえない裁判官が関与した場合には、裁判所は、
規定どおりに構成されていない。したがって、これは、絶対的上告理由
(338条1号前段)に該当する⁽¹⁶⁾。裁判官が居眠りした場合については、区
別が必要である。裁判官が相当時間にわたり熟睡し、それゆえ同人がこの
間に行われた重要な事項に対処できなかったという場合に限り、刑訴法338
条1号前段の上告理由に該当すべきものとされている⁽¹⁷⁾。もっとも、この
場合、刑訴法337条の適用がより適切であると思われる⁽¹⁸⁾。公判裁判所が目
が見えない裁判官を含めて構成されていた場合には、刑訴法261条にいう
「審理の総体」に視覚的印象まで含まれるかが問題となる。新たな判例は、

(12) 深めるために *Knierim/Rettenmaier*, StV 2006, 155.

(13) BGH NStZ 2005, 1608 (評釈として *Kudlich*, JuS 2005, 381); BGH NJW
2010, 3382 (評釈として *Mosbacher*, JuS 2011, 137, 141); BGH StraFo 2012,
101 (評釈として *Albrecht*, ZIS 2012, 163).

(14) BGHSt 1, 94, 96.

(15) OLG Thür. StV 2007, 26; KK-*Fischer*, § 244 Rn 132; A/N/M, S. 569
ff.

(16) *M-G*, § 338 Rn 13.

(17) BGHSt 2, 14, 15.

(18) 双方について *Roxin/Schünemann*, § 46 Rn 38.

この問題を肯定し、直接主義に対する違反と、裁判所が規定どおりに構成されていないことを認めている(338条1号前段)⁽¹⁹⁾。これに対して、かつての判例は、目が見えない裁判官の関与は、公判で検証が実施された場合に限り不適法としていた⁽²⁰⁾。

3. 口頭主義及び直接主義からは、**参審員**はその心証を公判のみから形成しなければならず、それゆえ**裁判記録**を閲覧してはならないということも導かれるとされてきた⁽²¹⁾。連邦通常裁判所は、この間に、職業裁判官と参審員との対等性の観点から、この法的外見から離脱し、参審員への記録の一部(具体的事件では通信傍受の録音記録)の交付を、公判における証拠調べをよりよく理解するための補助手段であるとし、口頭主義及び直接主義に反しないとしている⁽²²⁾。

[409] 事例50の解決：

a) 裁判官が居眠りしていた場合には、公判の口頭主義及び直接主義(261条)に違反する可能性がある。したがって、当該裁判官が本質的な事象に対応できなかったというほど深くかつ長く熟睡していたときは、刑法337条の相対的上告理由に該当する(通説によると、刑法338条1号前段の裁判所の構成の規定違反に該当する)。しかし、一般的経験からいって、長期かつ重大な審理の場合に全ての裁判官が全ての細目にわたり完全

(19) BVerfG NJW 2004, 2150; BGHSt 34, 236, 238; 35, 164, 166 f.

(20) BGHSt 4, 191; 5, 354; 18, 51. *Lesch*, 2/84 fも見よ。

(21) RGSt 69, 120, 123; BGHSt 13, 73, 75; *KMR-Stuckenberg*, § 261 Rn 15; *Schünemann*, StV 2000, 164. 批判的見解として *Ellbogen*, DRiZ 2010, 136; *Hillenkamp*, Kaiser-FS, S. 1437; *Kühne*, Rn 116; *Schreiber*, Welzel-FS, S. 941.

(22) BGHSt 43, 36, 39 (批判的評釈として *Katholnigg*, NStZ 1997, 507).

に対応することなどできないから、短時間の居眠りは、ここで考慮されるべき手続違反には当たらない（そのような見解として BGHSt 2, 14, 15）。つまり、Aの上告は認容されない。

b) 参審員Sが記録内容を事実上知ったことは、従来の通説によると、公判の口頭主義及び直接主義に対する違反となる（BGHSt 13, 73, 75）。〔これに対して、〕新たな判例は、参審員への記録の交付を適法であるとしているが、これによると、異なる結論となるかは問題である。当該資料が2人の参審員に等しく閲覧可能であった場合に限り、参審員の記録閲覧の適切な行使といえる。それゆえ、Aの上告は認容される。

詳細は Rn 408を見よ。

§ 21 公判における証拠調べの直接性（250条以下）

事例51：フレンスブルク〔シューレスヴィヒ＝ホルシュタイン州最北端の街〕の市民Fは、バイエルン州の森林地区で休暇中にカメラ（時価70ユーロ〔＝約1万円〕）を盗まれた。Fは、捜査判事による尋問において、臨時雇いのボーイAが犯人であると供述した。しかし、Aは、犯行を否認した。Fの供述以外に、証拠はなかった。Fは、Aに対する公判に証人として出頭するよう召喚されたが、書面で出頭したくないと表明した。なぜなら、遠方まで出かけるほどの価値がないというのである。裁判所は、公判での犯罪事実に関する証拠調べにおいて、Aが反対しているにもかかわらず、前段階で行われた裁判官によるFの尋問を記録した調書を朗読することができるか。〔Rn 431〕

事例52：Aは、17歳の妹Tと性交したとして起訴された（刑法173条1項）。Tは、捜査判事Rより、その証言拒絶権を適切に教示された上で尋問を受けた。Tは、Aの犯行を供述したが、後の公判では証言を拒絶した。裁判

所は、公判でTが証言を拒絶したにもかかわらず、前段階の供述をAの有罪の根拠とすることができるか。そのためには、訴訟上どのような手続が必要か。[Rn 432]

事例53：

a) Aは、詐欺罪(刑法263条)の被疑者として、警察官Pによる尋問を受け、そこで事件について供述し、犯行を認めた。しかし、Aは、公判では供述を拒絶した。そのため、裁判所は、公判において、警察による尋問を記載した調書を朗読することを考えた。これは許されるか。これ以外に、警察でのAの自白を判決の基礎とするための方法はあるか。

b) a)の事案で、Pは、尋問を行った後に死亡した。裁判所は、この場合に、警察での尋問を記載した調書を朗読することができるか。

c) AとBの兄弟は、共同して数件の窃盗罪を実行したとして追及され、手続を分離して起訴された。Aは、自身の手続で、適切な被告人教示を受けた上で、事件について包括的に供述した。〔しかし、〕Aは、Bに対する手続で証人として尋問を受けた際に、証言拒絶権(52条1項3号)を行使した。Aが自身の公判で行った供述を、Bに対する裁判の罪状立証のために使用することはできるか。[Rn 433]

I. 原則

[410] 公判における証拠調べの直接性の原則は、特に刑法226条1項、250条以下から導かれる。本原則は、次の意味を持つ。

- 証拠調べは、原則として、事実認定を行う裁判所自身の面前で行われなければならない(形式的直接性)。
- 証拠は、その代用品に置き換えてはならない(実体的直接性)。

刑訴法は、前段階の証人尋問に関する書面に基づく証明に対して、特別の留保を定めている。したがって、前段階の尋問調書を書証の形式で用い

ること（刑訴法249条1項1文に基づく朗読による）は、刑訴法250条以下の詳細な法的規律に服する：事実の証明が人の経験に基づく場合には、その本人が公判で尋問されなければならない（250条1文）。証人に対する直接の尋問は、前段階で行った尋問を記録した調書や、その書面による陳述の朗読で代替することはできない（250条2文）（書証に対する人証の優越）。

II. 直接尋問の原則に対する例外

[411] 刑訴法は、裁判所による直接尋問の原則に幾つかの例外を認めて、一定の条件の下で書証を直接尋問に代替することを許している。これを許さなければ、事実認定が不可能となるか、又は著しく困難となるからである。

1. 証人、鑑定人、共同被疑者・被告人の尋問に関する調書の朗読（251条）

[412] 刑訴法251条は、尋問されるべき者が公判に出頭しないことを理由として、前段階で行われた尋問の調書を使用できる場合を、限定的に列挙している。法律は、その際、前段階の尋問が裁判官によるものか否かで区別している。ただし、あらゆる調書の朗読に共通の絶対的条件として、前段階の尋問に際して適切に証言及び供述拒絶権について教示がなされていない⁽¹⁾。

[413] 刑訴法251条は、被疑者・被告人に対する前段階の尋問には適用されない（共同被疑者・被告人とは異なる）。この点で、刑訴法254条（この

(1) BGHSt 10, 186, 190. 概観について *Park*, StV 2000, 218; SK-*Velten*, § 251 Rn 2 ff.

点についてRn 416)は、限定的な特別規定である⁽²⁾。

[414] 刑訴法251条1項は、基本例として、「単純な」、すなわち裁判官以外の尋問に関する調書と、裁判官による尋問に関する調書とを捕捉する。裁判官による尋問に関する調書の特例は、刑訴法251条2項に定められている。基本例と特例との関係に応じて、裁判官による尋問の場合には、2項の規定が1項に付加して適用される。

[414 a] (1) 証人、鑑定人、共同被疑者・被告人の尋問に関する調書について、それが裁判官による場合も、また裁判官以外による場合も、検察官、弁護士、被告人が同意したときは、朗読が許される(251条1項2号、2項3号)。裁判官以外の尋問の場合、被告人に弁護士が付されていないなければならない。

判例によると、同意は、黙示的であってもよいとされる⁽³⁾。例えば弁護士が朗読に同意し、被告人がそれについて黙っている場合である⁽⁴⁾。しかし、この見解は、的確にも批判されている。なぜなら、そのように解すると、同意の要件は、事実上、異議申立て義務に変換されることになってしまうからである⁽⁵⁾。事後的な同意による治癒は、可能である。

[414 b] (2) 証人、鑑定人、共同被疑者・被告人に対する裁判官又は裁判官以外による尋問に関する調書、及び同人らの書面による陳述を記載した調書は、次の場合に朗読することができる。

- 証人、鑑定人、共同被疑者・被告人が死亡し、又はその他の理由から、見込まれる期間内に裁判所で尋問することができない場合(251条1項2号)。

(2) OLG Köln StV 1983, 97.

(3) BGHSt 9, 230, 232; BGH StV 1983, 319.

(4) BayObLGSt 1978, 17; *M-G*, § 251 Rn 27.

(5) Radtke/Hohmann/*Pauly*, § 251 Rn 21; *Schlothauer*, StV 1983, 320.

見込まれる期間内に当人の尋問が不可能であるとは、**事実上の障害のみをいい、法的な障害は含まれない**。したがって、例えば証人が証言拒絶権（55条1項）を行使した場合には、朗読の可能性はない⁽⁶⁾。個別事案で調書朗読をせず後に尋問が可能となるまで待つことが要求されるかどうかは、全体的評価に基づいて判断されるべき事項である⁽⁷⁾。

- 調書又は文書が財産損害の存在又はその額を対象とする場合（251条1項3号）。

[414 c] (3) **裁判官による尋問調書は、前述の場合に加えて、次の場合にも朗読することができる。**

- 証人、鑑定人、共同被疑者・被告人の公判への出頭が、長期間又は回復の見込みがない疾病、身体的障害、その他除去できない障害により支障がある場合（251条2項1号）。
- 証人又は鑑定人の公判への出頭が、離隔地であるために、その供述の意義を考慮しても過剰な負担となる場合（251条2項2号）。

その際、事件の意義、供述の重要性、迅速な手続遂行の必要性と、それら人証の不出頭の利益（地理的關係、人的關係、交通状況など）とが衡量されることになる⁽⁸⁾。

[414 d] 刑訴法251条1項、2項により尋問調書を朗読するかどうかは、裁判所が、決定の形式で判断する（251条4項1文）。このような決定が欠

(6) BGHSt 51, 325 (批判的評釈として *Jahn*, JuS 2007, 868). 支持する見解として *Gubitz/Bock*, NJW 2008, 958; *M-G*, § 251 Rn 11. 疑う見解として BGHSt 51, 280. 批判的見解として *Hecker*, JR 2008, 121; *Murmann*, StV 2008, 339もある。深めるために *Orend, V*, Die rechtliche Unmöglichkeit iSd § 251 I Nr 2 StPO am Beispiel dreier Sonderkonstellationen, 2010, S. 61 ff.

(7) OLG München NSTZ-RR 2006, 111; AK-*Dölling*, § 251 Rn 16.

(8) BGH StV 1989, 468; OLG Düsseldorf StV 2000, 8.

ける場合には、その瑕疵は、原則として上告を基礎付ける⁽⁹⁾。

2. 証人及び鑑定人の場合の記憶喚起及び矛盾点除去

[415] 証人又は鑑定人が事実について思い出せないと述べた場合には、その前段階に行われた尋問に関する調書の該当部分を、その記憶喚起のために朗読することができる。同様に、前段階の尋問と現時の尋問との矛盾点を除去する目的である場合も、朗読することができる(253条)。

このような証人又は鑑定人が在廷している場合の前段階の調書の朗読の場合も、人証が書証に置き換えられる⁽¹⁰⁾。すなわち、この場合に証拠となるのは、証人又は鑑定人が朗読に応じて陳述したもののみならず、調書も含まれる。すなわち、これは、——後述(Rn 421を見よ)のとおり尋問の範囲で優先して適用される⁽¹¹⁾——弾劾の特別規定ではない(争いがある)⁽¹²⁾。

3. 被告人の自白調書の朗読及び矛盾点の除去(254条)

[416] 被告人の陳述が裁判官調書に記載されている場合には、自白に関する証拠調べの目的でこれを朗読することができる(254条1項)。同様に、前段階の供述との矛盾点を除去する目的である場合にも朗読することができる(254条2項)。

しかし、いずれの場合にも、裁判官による被告人(証人や共同被疑者・被告人は除かれる)に対する尋問に関する調書であることが条件である。確かに、裁判官以外の者による尋問調書も朗読できるが、それは、書証の目的で行うことはできない。

(9) BGH NJW 2010, 3383 (肯定的評釈として *Krüger*, NStZ 2011, 594); BGH NStZ 2011, 356.

(10) BGHSt 11, 338, 341; *Atrkämper*, Jura, 2008, 579.

(11) BGH NStZ 2002, 46.

(12) *Rössner*, Problem 16及び *Schmidt*, II § 253 Rn 5 ff.; § 254 Rn 10参照。

すなわち、調書自体が証拠となるのではなく、訴訟上の弾劾に用いられるだけであり、それゆえ、被告人の反応のみが証拠としての価値を有する⁽¹³⁾ (Rn 421を見よ)。

刑訴法254条は被疑者・被告人の前段階の供述の朗読の許容性を定めるのみであり、証拠使用禁止を定めたものではないこと(支配的見解)には注意が必要である。すなわち、前段階に尋問を行った捜査官を証人として尋問することは、可能である。このことは、公判では朗読できない警察官又は検察官の面前での自白に関して重要である。このため、被告人は、証言拒絶権を有する証人(252条, Rn 418を見よ)とは異なり、前段階の自白を公判でのその証言拒絶権(243条4項1文)を援用して「取り消す」ことはできない。

4. 公務員証言, 鑑定意見, 医師の診断書(256条1項)

[417] 公務員及び医師としての陳述は、刑訴法256条1項により朗読が許される。この例外は、公務員及び医師の持つ特別の権威によって正当化される。もっとも、刑訴法256条1項2号によると、身体障害に関する医師の診断書の朗読は、手続の目的が専ら傷害罪(刑法223条, 224条, 229条)の訴追にある場合に限り許される⁽¹⁴⁾。

刑訴法256条1項1b号によると、一般的な宣誓を行う鑑定人の鑑定意見も朗読が許される。刑訴法256条1項5号は、調書及び文書に記載された刑事訴追機関の捜査行為に関する陳述の朗読を、これが尋問の内容を対象としない限りで許している。双方の規定は、手続関係人の質問権を相当な範囲で制限する。それゆえ、裁判所が刑訴法244条2項から導かれる解

(13) *M-G*, § 254 Rn 6 f.

(14) BGHSt 33, 389, 391; *Rogall*, *Gössel-FS*, S. 511 ff. また, BGHSt 57, 24 (評釈として *Gössel*, JR 2012, 220及び *Trendelenburg*, ZJS 2011, 261) も参照。深めるために *Krüger*, I.-Roxin-FS, S. 601, 608 ff.

明義務の違反を回避するためには、両規定は制限的に運用されなければならない⁽¹⁵⁾。

Ⅲ. 証人が公判で初めて証言拒絶権を行使した場合のその供述 (252条)

[418] 1. 証人が公判前に尋問されたが、公判で初めてその証言拒絶権を行使した場合には、先の供述は、刑訴法252条により朗読が許されない。すなわち、刑訴法252条は、証人が証言拒絶権（通説によると52条～53 a 条のみであり、55条は含まれない。Rn 466を見よ）を与えられているにもかかわらず供述を行い、それが調書化されたが、公判では証言拒絶権を行使した場合を対象とする。

[419] 2. 文言上は、朗読が禁止されるのみであるから、例えば前段階に尋問を行った捜査官を証人として尋問すれば、それにより朗読が不要となることが考えられる。しかし、現在の判例及び学説上は、一般に、刑訴法252条からは前段階に行われた供述の一般的な使用禁止が導かれることが承認されている⁽¹⁶⁾。この使用禁止は、いずれかの手続関係人が公判において証拠の使用に異議を述べることを条件としない⁽¹⁷⁾。

[420] 3. しかし、刑訴法252条から導かれる使用禁止は、判例及び学説の少数説によると、警察又は検察官による尋問の場合にのみ適用され、裁

(15) OLG Düsseldorf NStZ 2008, 358.

(16) BVerfG NStZ-RR 2004, 18; BGHSt 2, 99, 101; *Geppert*, Jura 1988, 305 ff, 363 ff; *El-Ghazi/Merold*, JA 2012, 44. 批判的見解として *Rogall*, Otto-FS, S. 973. 事例は *Mitsch*, Jura 1998, 306.

(17) BGH NStZ 2007, 353 (評釈として *Jahn*, JuS 2007, 485); *Eichel*, JA 2008, 631.

判官による尋問の場合には適用されない。裁判官による尋問の場合には、裁判官が尋問当時、証人に（この資格において）適切に教示し、証人もこの教示を理解していた限り、使用禁止に該当しない⁽¹⁸⁾。当初、この違いは、第一義的に、検察官及び警察による尋問の場合には教示義務が欠けることによって基礎付けられていた。しかし、1964年12月19日の刑事訴訟改正法により教示義務が警察及び検察官による尋問にも導入されたことから（161 a条1項2文、163条3項）、それ以後は、裁判官による尋問の高度の権威性に着目されている⁽¹⁹⁾。つまり、裁判官の面前で前段階に行われた供述は、裁判官を証人として尋問することによって判決の基礎に取り込むことができる。

しかし、刑訴法252条の、結果的には一応のものでしかないこの解釈は、否定されなければならない。警察、検察官、裁判官は各々で同様の教示義務を負い、適切な尋問実施に向けた同様の保障を与えるべきものであるから、全ての尋問は等しく扱われなければならない。全ての場合に、**包括的な証拠禁止**が肯定されるべきである。捜査手続においては、裁判官による尋問の「高度の権威性」など存在しない⁽²⁰⁾。こうして、学説の通説と同様に、無制約の使用禁止が肯定され、全ての尋問官——つまり裁判官も含めて——の尋問が排除されるべきである⁽²¹⁾。同じことは、鑑定人が事前に裁判官より教示を受けた証人から聴取した場合の鑑定人尋問にも妥当する。このことは、鑑定人が所見を述べるのか又は付随的事実（Rn 198を見よ）

(18) BGHSt 2, 99, 106.

(19) BGHSt 21, 218, 219 ; 49, 72, 77.

(20) 同旨の見解として *Eisenberg*, Rn 1288. 異説として *Lesch*, JA 1995, 695 ; 1997, 364.

(21) *AK-Meier*, § 252 Rn 11 ; *Kudlich/Roy*, JA 2003, 565 ; *Roxin/Schünemann*, § 46 Rn 46 Rn 29 ; *SK-Velten*, § 252 Rn 4. 深めるために *El-Ghazi/Merold*, StV 2012, 250 ; *Rössner*, Problem 17.

を述べるのかにかかわらない^{②)}。

[420 a] 一部には、証人がその証言拒絶権を知りつつ供述した場合に、これは使用禁止を放棄したものとする見解がある^{③)}。この見解によると、適切に教示を受けて行われた前段階の供述は、確かに、朗読することはできないが、しかし、尋問官を伝聞証人として尋問することができる。そして、このことは、尋問が裁判官により行われたのか又はその他の者によるのかにかかわらない。しかし、この見解によると、刑訴法52条、252条が意図した現在の家族状況の保護が十分考慮されないものとなってしまう。

以下の事例は、これと平行して解決されなければならない：

(1) 証人は、警察において、刑訴法52条3項に基づく教示を適切に受けなかった。証人は、公判において、犯行事象及び被告人と対峙することを嫌った。したがって、証人は、その証言拒絶権を行使したが、警察の面前で行った供述をその尋問官を尋問することにより使用することには同意した。この場合、家族の保護のために、刑訴法252条の権利が放棄の形で潜脱されてはならない。直接主義は、証人が公判において供述によって証言拒絶権を行使するかどうかを決定することを要求する。被告人と対峙することからの証人の保護は、ビデオ尋問の方法により十分保障される (Rn 430以下を見よ)^{④)}。

②) 付随的事実につき同旨の見解として BGHSt 46, 189, 193. 鑑定所見に関し異説として BGHSt 36, 217, 219. 深めるために *Geppert*, Jura 1988, 365.

③) *Schlüchter*, Kernwissen, S. 192.

④) もっとも、異なる見解として BGHSt 45, 203, 205; 52, 148, 150f; *Joecks*, StPO § 252 Rn 14; *Kraatz*, Jura 2011, 170, 176. この点で同旨の見解として *SK-Rogall*, § 52 Rn 92; *Beulke*, Gollwitzer-Kolloq, S. 1; *Fezer*, JR 2000, 341; *Roxin*, Rieß-FS, S. 451; *Sieker*, St., *Ausgewählte rechtliche Probleme des § 252 StPO*, 2004, S. 189; *Vogel*, StV 2003, 598; *Volk*, JuS 2001, 133. なお, BGHSt 49, 72, 75は判断を留保した。

(2) 証人は、捜査判事による尋問に際して、刑訴法52条3項に基づく教示を適切に受けなかった。証人は、その供述により、被疑者が犯人であると述べた。証人は、公判開始時には、その証言拒絶権を行使していた。しかし、証人は、裁判所が被告人を有罪とする意図であることを察知したため、被告人に有利な供述を行うことを決意した。ここで、裁判所は、公判における証人の供述は信用できないと判断したことから、捜査手続で尋問を担当した裁判官を尋問することにより、証人がこれを希望していないにもかかわらず、前段階の被告人に不利な証言を用いることができるかという問題が生じた。これは可能である。なぜなら、証人が公判で供述した場合には、証人は、その全体の供述が証拠として使用されるものとなるからである。このことは、証人の前段階の証拠にも該当する。つまり、証人は、完全に供述を拒絶するか又は供述を行うかの選択しかできず、それを超えて手続に影響を与える権利まで持つものではない²⁵⁾。

注意：刑訴法52条による証言拒絶権が警察、検察官、裁判官の尋問が行われた後に初めて発生した場合（例えば証人と被告人が結婚したなどの理由で）に、証人が公判でその証言拒絶権を行使したときは、前段階の供述は使用できない。前段階の尋問に際して、証言拒絶権はまだ存在していなかったのであるから、証人は、このことを教示されず、それに応じてその放棄もできなかったためである²⁶⁾ (Rn 461を見よ)。

これに対して、刑訴法252条は、以下の状況には関係しない：刑訴法53条により証言拒絶権を有する職業上の秘密保持者（例えば医師）は、捜査手続において、刑訴法53条2項によりその守秘義務の解除を受けた上で (Rn 194を見よ)、尋問官（例えば警察官）に対して供述した（例えば現在

²⁵⁾ BGHSt 48, 294; *Beulke*, Gollwitzer-Kolloq, S. 1. 批判的見解として *Eisenberg/Zötsch*, NJW 2003, 3676.

²⁶⁾ BGHSt 22, 219, 220; 27, 231.

嫌疑をかけられている患者の病歴について)。この守秘義務解除が後に撤回された場合、確かに、職業上の秘密保持者自身は、公判で証人として供述する必要はないが、しかし、その前段階に行った供述は、間接的な証拠(伝聞証人。Rn 422を見よ)の形で、前段階の尋問官を尋問するという方法で公判に取り込み、判決で評価することができる²⁷⁾。その理由として、刑訴法53条の証言拒絶権は職業上の秘密保持者を保護するのみであり、ここでは尋問官に対する供述の時点で守秘義務の解除により葛藤状況にはなかったという点が挙げられる。この結論は、刑訴法252条の通例の解釈とも適合する。なぜなら、被疑者・被告人は、守秘義務の解除を表明することにより、刑事訴追機関が自身の秘密を知ることを許可したのであり、自身が尋問官に供述した場合と同様に、これを事後的に「キャンセル」することはできないからである(Rn 416を見よ)。

刑訴法252条の証拠使用禁止は、証人の家族としての資格が真実探究を妨害するため意図的に生じさせられた場合には適用されないかどうかは、争いがある。例えば、被告人が自身に不利となる証人とその公判中に見せかけだけの結婚をした場合である(いわゆる不純な手続操作)。刑訴法52条、252条の保護範囲が家族の利益において形式的な基準(例えば婚姻関係)に着目されるべきことに鑑みると、個別の衡量はおよそ禁じられる。立法者は、既に衡量の結果を先取りし、供述の朗読可能性を否定しており、この決定は、使用に関しても妥当しなければならない²⁸⁾。

更に、この使用禁止は前段階の尋問にのみ適用されるのであるが²⁹⁾、刑事手続に

²⁷⁾ BGH NSTz 2012, 281 (Geppert の批判的評釈付き。その他評釈として Jäger, JA 2012, 472); LR-Ignor/Bertheau, § 53 Rn 83; HK-Julius, § 252 Rn 4.

²⁸⁾ Kretschmer, Jura 2000, 461. 異なる見解として BGHSt 45, 342, 350 (肯定的評釈として Eckstein, JA 2002, 124).

²⁹⁾ BGHSt 40, 211, 213 (セドルマイヤー事件).

おける公式の尋問だけでなく、尋問類似の状況にも適用されることには注意が必要である。例えば扶養に関する手続における場合⁶⁰⁾、少年審判補助官による場合⁶¹⁾、警察が突然現れて家の玄関で質問された場合⁶²⁾、聞き込みの場合⁶³⁾など。公判外での弁護人による証人の「尋問」にも、刑訴法252条が適用される。このことから、弁護人に対する証人の供述は、証人が公判でその証言拒絶権を行使した場合には、手続に取り込むことができないという結論となる⁶⁴⁾。

このような意味での前段階の尋問には、証人が現在はその証言拒絶権を行使しているが、自身が被疑者・被告人として追及された前の手続では供述していた場合も含まれる。それゆえ、その前段階の弁解は、刑訴法252条により、現在起訴されているその家族に対して使用することはできない⁶⁵⁾。

これに対して、証人が警察に対し自発的に陳述した場合には、使用禁止は適用されない⁶⁶⁾。このような自発的陳述は、例えば妻が警察に電話をかけ、その夫が11歳の娘を暴行したと陳述した場合に認められる。この供述は、妻が後に証言拒絶権を行使した場合でも、使用することができる⁶⁷⁾。同じことは、年少の証人が病院で自発的に——それについて質問を受けることなく——自分の父親から殺すぞと脅され

60) BGHSt 36, 384, 388; BGH NJW 1998, 2229. この点について *Ranft*, StV 2000, 520も参照。

61) BGH NJW 2005, 765.

62) OLG Frankfurt StV 1994, 117.

63) BGHSt 29, 230, 231; OLG Bamberg NStZ-RR 2012, 83.

64) BGHSt 46, 1, 4 (批判的評釈として *Schittenhelm*, NStZ 2001, 50); *Baier*, JA 2000, 833; *Hammer*, Rn 137; *Volk*, JuS 2001, 130. 批判的見解として *Roxin*, Rieß-FS, S. 459.

65) BGH NStZ-RR 2005, 268.

66) BGH bei *Miebach*, NStZ 1989, 15; OLG Saarbrücken NStZ 2008, 585 (評釈として *Mitsch*, NStZ 2009, 287); *Kraatz*, Jura 2011, 170, 171 f.

67) BGH NStZ 1986, 232 (肯定的評釈として *Geppert*, Jura 1986, 366). また、OLG Hamm NStZ 2012, 53 (評釈として *Jahn*, JuS 2012, 369 及び *Mosbacher*, JuS 2012, 134) も参照。異説として *Eisenberg*, Rn 1275; *Roxin/Schünemann*, § 46 Rn 30.

ていると述べた場合にも該当する。この証人が後に証言拒絶権を行使した場合でも、医師を証人として尋問することができる³⁸⁾ (被疑者・被告人の場合の平行した状況について Rn 113, 118参照)。

秘密連絡員を投入した場合にも、特別な問題が生じる。この点について Rn 481 a 以下を見よ。

IV. 弾劾

[421] 刑訴法は例外的に前段階に行われた尋問の調書の朗読を許可しないという限りでも、通説によると、被告人、証人、鑑定人の尋問において弾劾目的で前段階の尋問調書又は文書から必要な部分を抜粋して朗読することは許される³⁹⁾。これは、書証ではなく、刑訴法251条以下とは独立した尋問補助手段である。すなわち、これは、書証の規定に従うべき刑訴法253条の調書朗読の機会(この点について Rn 415)からも区別されなければならない。〔これは、〕直接主義に反するものではない。なぜなら、この場合、判決の基礎とされるのは、朗読されるべき尋問調書の内容ではなく、被質問者の弾劾に対する反応だからである⁴⁰⁾。これは法規定なく行われるものであるから、実際に前段階の尋問調書からの抜粋だけにとどめられるようにされなければならない(尋問の補足)。これに対して、弾劾対象となる内容の完全な再現(尋問の代用)は、裁判所が証人の弾劾への反応となるべきことを確保していた場合でもなお、許されない⁴¹⁾。

³⁸⁾ BGH NStZ 1992, 247.

³⁹⁾ BGHSt 34, 231, 235; BGH NJW 2006, 1529 (評釈として *Krehl*, ZIS 2006, 168).

⁴⁰⁾ BGHSt 3, 281, 283; BGH HRRS 2012, Nr 413; OLG Karlsruhe StV 2007, 630.

⁴¹⁾ BGHSt 52, 148 (評釈として *Mosbacher*, JuS 2008, 688, 689).

弾劾に関する判例は疑問である。なぜなら、職業裁判官にとっても——なおのこと素人裁判官にとっては——、朗読されたこと（訴訟上は存在しないもの）を被質問者の反応（それだけが証拠となるもの）から区別することは、大抵は不可能だからである。弾劾と書証としての朗読との区別が不可能であるため、学説上は、的確にも、朗読は弾劾目的であっても刑法251条以下の条件でのみ許されるべきことが主張されている。それ以外で弾劾が行われるべきときは、裁判官は、これを、調書を朗読するのではなく、記録内容からの不形式での報告によって行わなければならない⁴²⁾。しかし、実務上、弾劾は、およそ不可欠の手法となっている。

V. 伝聞証人

[422] 直接性原則は、刑法250条以下で人証と書証とが競合する領域においてのみ、非常に詳細な規定が定められている。これに対して、刑法は、「近い」（直接的な）証人の「遠い」（間接的な）証人に対する優先を明示的に定めてはいない。これに応じて、常に犯行事象を直接体験した証人が聴取されなければならないわけではなく、むしろ、他の証人から犯行事象を聞いた（間接的な）証人（いわゆる伝聞証人）を尋問することもできる。例えば前述（Rn 410以下）の調書朗読による弾劾の事案で、例外的に証拠使用禁止（主たる例として252条）に該当しない限りで、尋問官を伝聞証人として、被告人又は証人が前段階で犯行事象について何を供述したかということにつき尋問することもできる。伝聞証人は、同人が聞いた他の証人の前段階の供述に関する直接的な証拠である。それを使用することは、公正手続原則にも違反しない⁴³⁾。

直接的な証人の代わりに伝聞証人を取り入れる許容性の限界は、裁判官

⁴²⁾ Eisenberg, Rn 868 ff; SK-Velten, § 253 Rn 5 f.

⁴³⁾ BVerfG NStZ 1991, 445.

の解明義務原則(244条2項)からのみ導かれる⁴⁴⁾(本原則についてRn 406を見よ)。裁判所は、直接的な証人の尋問が可能であったにもかかわらず間接的な証人のみを尋問した場合には、包括的な実体解明の原則に違反することとなる⁴⁵⁾。また、裁判所は、間接的な証人の証拠価値が低いことも、証拠評価に際して特に留意しておかなければならない⁴⁶⁾。伝聞証人の証拠価値が不確実であることは、その証明結果は大抵の場合に他の徴表によって確証される必要があることを意味する⁴⁷⁾。多くの「中間因子」により、過誤の可能性が高まるから、裁判所は、この要証事実との距離を意識しておかなければならない⁴⁸⁾。

学説の一部で、前述した立場は批判されている⁴⁹⁾。直接的な証人がいる場合には、伝聞証人の尋問は許されないと主張されている。この結論は、刑訴法250条1文によって基礎付けられている。そこから、犯行に直近の証人が尋問されるべきだとする一般的な原則が導かれている。しかし、この見解は、法律の体系に適合しない。刑訴法250条1文と2文は、併せて解釈されるべきであるから、これらの規定からは、書証に対する人証の優先は読み取れるが、直接的証人に対する間接的証人の補充性まで読み取ることはいできない。

▶事例は *Beulke*, Klausurenkurs III, Rn 466.

⁴⁴⁾ BVerfGE 57, 250, 277; BGHSt 6, 209, 210; 36, 159, 162; NStZ 2004, 50 (評釈として *Winkler*, JA 2004, 276). うまい叙述として *Geppert*, Jura 1991, 538.

⁴⁵⁾ BGHSt 32, 115, 123 (大刑事部); BGH StV 2002, 635; *Detter*, NStZ 2003, 1.

⁴⁶⁾ BGHSt 17, 382, 385; 34, 15, 18.

⁴⁷⁾ BVerfG NJW 2001, 2245; BGHSt 42, 15, 25; OLG Brandenburg NStZ 2002, 611.

⁴⁸⁾ BGHSt 34, 15, 20.

⁴⁹⁾ *Grünwald*, S. 119; *Peters*, § 39 II; *Seebode*, JZ 1980, 506.

VI. 秘密連絡員の問題

[423] 直接主義に関して特に重要な問題が、〔組織などに潜入して〕情報を収集し、これを捜査機関に伝達すべき警察官又は他の捜査補助者による供述の使用可能性について生じる。

1. 概念

捜査補助者は、以下のとおり区別される：

情報提供者 (Informant)：個別事例において、秘密の約束の下で捜査機関に情報を提供する者である（情報提供者及び秘密連絡員の投入に関する司法大臣及び内務大臣による準則⁵⁰⁾）。

秘密連絡員 (V-Leute)：刑事訴追機関に属する者ではなく、犯罪の解明に当たり長期にわたって秘密裡にこれを支援する者である。その身元は、基本的に秘密にされる（前述の準則第1章2.2号⁵⁰⁾）。

隠密捜査官 (VE)：警察官であり、長期間偽装された身元（架空のもの）をもって活動する者である（110 a 条 2 項）。

非公然に捜査する警察官 (NOEP)：秘密裏に捜査する警察官であるが、長期にわたり架空の身元を与えられるのではなく、短期間別の役割にとどまる者、例えば麻薬事案における「偽装の注文者」である。

2. 投入の許容性

[424] 刑法110 a 条 1 項によると、**隠密捜査官**は、重要な**列举犯罪**（例えば麻薬不法取引に関する犯罪）について十分な事実的根拠がある場合、又は一定の事実により**反復の危険**が基礎付けられる**重罪**の解明を目的とす

⁵⁰⁾ M-G, Anh. 12, RiStBV Anl. D Teil I Nr 2.1に登載。

⁵¹⁾ また別の、したがって隠密捜査官も含まれる（BGHSt 32, 115, 121=大刑事部）。

る場合(110 a 条 1 項 1 文, 2 文)で, 各々において他の方法では解明の見込みがない又は著しく困難であるという限りで投入することができる(110 a 条 1 項 3 文)。

これ以外にも, 隠密捜査官の投入は, 重罪においてその特別の意義から要請され, 他の措置では見込みがないという場合, 一般的に許される(110 a 条 1 項 4 文)。Rn 267, 288 も見よ。

これに対して, 立法者は, 秘密連絡員, 情報提供員, その他の秘密に指令を受ける捜査員の投入に関する許容性について規定していない。しかし, 隠密捜査官の許容規定から反対解釈して, 秘密連絡員や情報提供員からの情報提供が不許容であるとする事は導かれぬ。なぜなら, 立法者は, これらの領域について意識的に規定しなかつただけのことだからである。

しかし, 一部で, そのような投入は, 情報自己決定権への許されない介入に当たるとし, それゆえ, 立法上の根拠規定が必要であると主張されている⁵²⁾。しかし, これに反対する見解⁵³⁾(Rn 288 も見よ)は, 既に刑法 163 条の従前の任務割当て規定を, 十分な法的正当化根拠であるとしている。この見解は, 結論において支持されるべきである。なぜなら, 秘密連絡員及び情報提供員は, 刑事訴追機関に属する者ではなく, 国家権力を備えた国家の任務を遂行する者ではないからである。単に, 証言による情報

⁵²⁾ そのような見解として例えば LR-Gless, § 136a Rn 44; SK-Wohlers, § 163a Rn 41; Heghmanns/Scheffler-Murmann, III Rn 422; Duttge, JZ 1996, 556; Eschelbach, StV 2000, 390; Lagodny, StV 1996, 167; Lilie, in: Hirsch, Erscheinungsformen, S. 499 ff; Malek/Wohlers, Rn 481. 批判的見解として Hamm, StV 2001, 81 もある。異なる見解として SK-Wolter, § 110a Rn 3. 深めるために Ellbogen, Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten, 2004; Ott, Verdeckte Ermittlungen im Strafverfahren, 2008.

⁵³⁾ BGHSt 32, 115, 121 ff; 45, 321, 324; M-G, § 163 Rn 34a; Heghmanns in: Murmann, S. 33, 34 f; Rogall, NStZ 2000, 493.

提供を行う者に過ぎない⁶⁴⁾。163条1項2文と結び付く刑訴法161条1項1文は、捜査の一般条項であるから、秘密連絡員投入のような基本権侵害も、この規定を根拠とすることができる⁶⁵⁾ (Rn 104も参照)。

他方、私たちの刑事手続法は、国家の訴追利益と市民の自由を求める権利との厳密に衡量された結果の表れである。したがって、警察、検察官、裁判所の介入権限と強制手段は、様々に制限されている。これら全てのごとは、刑事訴追機関がこれと並んで国家機関によらない解明の機会を随意に用いることができるとすると、意味のないものとなる。それゆえ、法治国家原理は、国家が「私人による」情報獲得に乗り換えることについて、限界を定めるものとなる。少なくとも秘密連絡員の長期間の投入は、無制限に許されるものではなく、特に危険かつ解明が非常に困難な犯罪（例えば麻薬取引や組織犯罪）の阻止及び解明のためのみ許されるべきものである⁶⁶⁾。また、特におとり⁶⁷⁾、つまり、意識的に他の者に対し可罰的行為の実行を唆す秘密連絡員の投入は、限定されなければならない。同様に、秘密捜査官は、おとりとして活動する秘密連絡員を、既に刑訴法160条の意味での、特に危険かつ解明が困難な領域の犯罪を計画し又はそこに関与している嫌疑が存在する者を対象としてのみ投入することができる⁶⁸⁾ (詳細

64) *Hilger*, Hanack-FS, S. 213.

65) そのような見解として *Lesch*, JA 2000, 725もある。異なる見解として *LR-Erb*, § 163 Rn 65; *SK-Wohlers*, § 161 Rn 16. 異説として *Hetzer*, *Kriminalistik* 2001, 690; *Murmann/Grassmann*, S. 5.

66) *BVerfGE* 57, 250, 284; *BVerfG StV* 1995, 561; *BGHSt* 32, 115, 122 (大刑事部); *BGHSt* 41, 42, 43.

67) 深めるために *SK-Wolter*, § 110c Rn 9a; *Kreutzer*, *Schreiber-FS*, S. 255. おとりと欧州人権条約との関係について *Esser* in: 35. *Strafverteidigertag*, S. 197; *Greco*, *StraFo* 2010, 52; *Gaede/Buermeyer*, *HRRS* 2008, 279; *Renzikowski*, S. 97, 108 ff.

68) *BGHSt* 47, 44, 48; *BGH NSTZ* 1995, 506.

は Rn 288を見よ)。例えば少年に対するアルコール飲料の提供(少年保護法9条1項参照)は、このような特に重大な犯罪には含まれない。それゆえ、少年であるおとり顧客を国家が密かに差し向けることは違法である⁵⁹⁾。

これ以外では、全てが規定されているわけではない問題について、依然として、秘密連絡員投入に関する判例の原則が援用されなければならない⁶⁰⁾。これに対して、秘密捜査官について定められた刑訴法110a条以下を他の秘密連絡員に類推適用することは、処分の性質が異なるため排斥される。特に刑訴法110a条以下の手続的条件は、秘密連絡員に類推適用できない⁶¹⁾。

BGH NJW 1997, 1516: 警察官Pは、非公然であるものの、短期の投入ゆえに秘密捜査官として活動していたわけでもなかったが、麻薬の売人Rの住居へ赴いて、そこで見かけ上の顧客として大麻950ユーロ分を入手した。これは許されるものであったか。

解決: Pが秘密捜査官であったならば、住居への立入りがなされていたため、法的な根拠が必要であった(110b条2項1文2号)。確かに、秘密連絡員及び非公然に捜査する警察官に関して、刑訴法110a条以下は類推適用されない。しかし、ただちに当該措置の適法性及び証拠の使用可能性が認められるわけではない。なぜなら、見かけ上の購入に付着した欺罔の要素(Rn 138を見よ)は、Pがこの方法で基本法13条1項により保護されるRの住居への立入りをも果たしていることによって、更に強化されるからである。それゆえ、この状況においては、法治国家的理由から、事前の裁判官による承認が必要であったと思われる(連邦通常裁判所は、この問題を結局は未解決とした)⁶²⁾。

⁵⁹⁾ Lüderssen, S. 369. 異説として OLG Bremen NStZ 2012, 220.

⁶⁰⁾ 特に BGHSt GrS 32, 115 ff (大刑事部). 概観について Eberth/Müller/Schütrumpf, Rn 419 ff.

⁶¹⁾ BGHSt 41, 42, 45. 部分的に厳格な見解として Zaczyk, StV 1993, 493.

⁶²⁾ Frister, JZ 1997, 1130; Krey, Miyazawa-FS, S. 595, 606; Roxin, StV 1998, 43参照。

▶これ以外の例は *Beulke*, Klausurenkurs III, Rn 464.

3. 秘密保持の利益と直接主義

[425] 直接主義に関する問題は、情報獲得のためある人を用いる当局が、その人の身元の秘密を保持するにつき利益を持つことによって生じる。例えば、その人の秘密が守られなければならない又は同じ目的で再び投入したいなどの理由や、その人自身の保護の目的からである。したがって、情報提供者、秘密連絡員、秘密捜査官の供述を、彼らの真の身元を秘匿したままで訴訟に持ち込むことができるかどうか問題となる。この点に関する包括的な規定は、これまで定められてこなかった。もっとも、刑訴法110 b条3項で秘密捜査官に関する秘密保持利益が承認され、また、刑訴法68条の一般的な証人保護規定がいくつかの保護装置を提供する（例えば68条3項の意味で真の身元の秘匿）。加えて、秘密連絡員に関して、ビデオ尋問の機会が定められた（58 a条, 168 e条, 247 a条, 255 a条）。その際には、例外的に、秘密連絡員の身元を視覚的及び聴覚的に秘匿しておくことができる⁶³。

4. 官庁による遮断

[426] 刑訴法は、54条, 68条, 96条, 110 b条3項において国家の秘密保持の利益を認めていることから、官庁による裁判手続に関する捜査補助者の「遮断」が可能とされなければならない（前述した Rn 190, 248を見よ）。この判断権限は、(州の) 司法大臣にある⁶⁴。遮断は、当局が情報提供者の

⁶³ BGHSt 51, 232, 235; BGH NStZ 2005, 43 (評釈として *Ellbogen*, JA 2005, 334); *Beulke*, ZStW 113 (2001), 726; *Detter*, StV 2006, 544; *Norouzi*, JuS 2003, 434; *Soiné*, NStZ 2007, 247; *Valerius*, GA 2005, 460; *Walter*, StraFo 2004, 224. 異説として *Renzikowski*, JZ 1999, 605, 607.

⁶⁴ BGHSt 41, 36, 39.

身元及び所在に関する回答を与えず、その公務員には、連邦公務員法67条3項と結び付く刑訴法54条1項、州公務員の資格を規定する法律37条3項により要求される供述許諾がこの限りで拒絶されるという結果をもたらす。これにより、原則として、裁判所による召喚が妨げられる。刑訴法96条と結び付く110b条3項3文によると、刑事手続では、秘密捜査官の身元の秘密遵守は、特に、公表することで次の危険が生じることが懸念される根拠が存在する場合に許される。

- 秘密捜査官又はその他の人の生命、身体、自由
- 秘密捜査官の以後の投入機会

情報提供者及び秘密連絡員には刑訴法110b条3項3文は適用されないから、ここでも、これらの捜査補助者の遮断に関して、刑訴法96条(類推)だけが問題となる。しかし、ここでも、より正しくは、刑訴法110b条3項3文の拡張解釈が考慮されなければならない⁶⁵⁾。

5. 公判における捜査補助者

[427] a) 遮断の可能性が認められるとしても、これはどの範囲に及ぶのか、裁判所は当局の遮断表明についてどの程度審査できるのか、国家の秘密保持利益を支えるべきその他の機会はあるのかという点について、まだ何も明らかにはなっていない。当局は、情報提供者の遮断について一定の条件を付することができるから、判例より展開された体系に従い、以下の段階説が導かれる⁶⁶⁾。

第1段階：裁判所面前での捜査補助者の尋問に際しての**外形的制限**。

例：居所の秘匿(68条2項)、身元の秘匿(匿名証人。68条3項、110b

⁶⁵⁾ Hilger, NStZ 1992, 524 Fn 154. また, BGH StV 2012, 5も参照。

⁶⁶⁾ BGHSt 32, 115 (大刑事部); BGHSt 33, 83; 34, 15; 36, 159.

条3項3文、96条)⁶⁷⁾、公開性の排除(裁判所構成法172条1a号)、ビデオ転送尋問(247a条1文。この点についてRn 425及びRn 430以下)。

第2段階:受命裁判官又は受託裁判官(概念についてRn 370を見よ)による捜査補助者の尋問(223条以下、251条2項1号)。

第3段階:捜査補助者の尋問の放棄と警察による尋問調書の朗読(251条1項)、もしくはビデオ記録の使用により証人の身元が判明するおそれがない限りでの、前段階に行われた尋問のビデオ録画の再生(特に58a条1項2文2号、168e条4文、255a条)、又は(大抵は警察官である)尋問官の伝聞証人としての尋問。

その際、証拠調べは、できる限り法律上通常の手続について定められたのと同様の形で行われなければならない。それゆえ、被告人には、例えば秘密連絡員に対する質問事項を書面で提出することが許される⁶⁸⁾。

▶事例は *Beulke*, *Klasurenkurs* III, Rn 464.

[428] b) 当局による遮断の射程は、——秘密保持の必要に応じて——多様である。その際、当局は、真実探究という法律上の利益への侵害が最も緩やかな段階しか選択できない⁶⁹⁾。当局は、その判断を——秘密保持の理由から可能な限りで——理由付けて、裁判所が少なくとも明らかな瑕疵に関する審査を行うことが可能となるようにしなければならない⁷⁰⁾。裁判所は、(244条2項から)必要な場合には当局の判断を当局により事後審査するよう求める義務も負う⁷¹⁾。差し当たり、最上級官庁の判断が求められなければならない。これが、拒絶に決定的な理由を叙述するものとなる⁷²⁾。

⁶⁷⁾ 問題点について *Krey/Haubrich*, JR 1992, 311; *Lesch*, StV 1995, 542参照。

⁶⁸⁾ BGH StV 1993, 171.

⁶⁹⁾ BVerfGE 57, 250.

⁷⁰⁾ BVerfGE 57, 250, 288.

⁷¹⁾ BGHSt 32, 115, 126 (大刑事部); BGHSt 29, 109, 112.

⁷²⁾ 例えば BGHSt 42, 175, 177 (評釈として *Geerds*, NSTz 1996, 609).

裁判所は、叙述が十分ではないと判断した場合には、その反対の結論を採らなければならない。ただし、そのような不定形な上訴が、初めから見込みがないような場合を除く⁷³⁾。

[429] c) 捜査補助者が証人としては遮断され、裁判所独自の調査では秘密連絡員の身元が判明しない場合⁷⁴⁾、その秘密連絡員は、裁判所にとって、刑法244条2項2文の意味で入手不能ということになる⁷⁵⁾。その際、裁判所が当局による遮断を正当であると判断したかどうかは関係がない⁷⁶⁾。この場合、代用の証拠(例えば尋問官の尋問又は尋問記録の朗読=251条1項2号)を使用することができる。連邦通常裁判所は、欧州人権裁判所の制限的な判例⁷⁷⁾には従わなかったが、情報提供者の身元が裁判所に判明しない場合、その供述は、原則として、特に慎重な審査に付され、他の徴表証拠によって確証された場合に限り(Rn 288を見よ)、有罪の基礎とすることができる⁷⁸⁾。確証がなされなかった場合、プロ・レオ原則に従い、無罪とされなければならない⁷⁹⁾。代用の証拠の使用は、証言に関して証拠調べ禁止又は使用禁止に該当する場合は、全く許されない。例えば遮断表明が恣意的又は明らかに違法という場合がこれに当たる⁸⁰⁾。

⁷³⁾ BGHSt 36, 159, 161 f.

⁷⁴⁾ BGH StV 1993, 113. 弁護人より既に部分的に秘密連絡員であることが暴かれていた特殊な事例について BGHSt 39, 141 ff (批判的評釈として *Beulke/Satzger*, JZ 1993, 1012) を見よ。

⁷⁵⁾ BGHSt 32, 115, 126 (大刑事部)。

⁷⁶⁾ BGHSt 36, 159, 162. 以前の異なる判例として BGHSt 31, 148, 154 ff ; 33, 83, 92.

⁷⁷⁾ EGMR (van Mechelen 事件) StV 1997, 617 (*Wattenberg/Violet* の評釈付き)。この点について *Renzikowski*, JZ 1999, 605 ; *Safferling*, NStZ 2006, 75 も見よ。

⁷⁸⁾ BGHSt 49, 112, 118 (Motassedeq 事件)。批判的見解として *Fezer*, JZ 2007, 725.

⁷⁹⁾ BGHSt 45, 321, 340 ; 47, 44, 47 ; *Wohlers*, Trechsel-FS, S. 822.

⁸⁰⁾ BGHSt 36, 159, 163. 批判について *KMR-Lesch*, § 247a Rn 21 ; *Eisenberg*, ↗

伝聞証人の証拠価値について Rn 422を見よ。

Ⅶ. 証人尋問の範囲でのビデオ録画

[430] 要保護性の高い証人を保護し、特に暴力や性犯罪の被害者となった年少証人に負担となる尋問の繰返しを防ぐために、立法者は、証人尋問の枠内でのビデオ技術に法的根拠を定めた。その際、以下の規定領域が区別されなければならない⁸⁰⁾。

- 公判における証人尋問の同時的な映像・音声の転送（247 a 条 1 文，2 文，3 文。この点については後述 1）
- 伝統的な供述調書に付加される証人尋問の映像録画と、そのような記録の公判での使用（58 a 条，168 e 条 4 文，247 a 条 4 文，5 文，255 a 条。この点については後述 2）

1. 公判における証人尋問のビデオ転送（テレビ会議システム）

[430 a] a) 刑訴法247 a 条 1 文，3 文は、証人が（必要とあれば補助者も同席して）公判における尋問の間は別の場所に所在し、その尋問を映像と音声で同時的に法廷に転送することを可能とする。そして、裁判長を含む全ての裁判官及び他の手続関係人は、法廷に残り、そこから証人に尋問を行う（いわゆる「イギリス型」⁸⁰⁾。刑訴法247 a 条は、刑訴法251条によ

↘ Rn 1046 ; *Geppert*, Jura 1992, 244 ; *Lesch*, 2/137 ; *Schroeder/Meindl*, Fall 10, S. 161は参照。

⁸⁰⁾ 概観について *Barton/Keiser*, Verfahrensgerechtigkeit, S. 165 ; *Beulke*, ZStW 113 (2001), 709 ; *Diemer*, NJW 1999, 1667 ; *Kretschmer*, JR 2006, 453 ; *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012 ; *Meyer-Goßner*, Fezer-FS, S. 135 ff ; *Swoboda*, Videotechnik im Strafverfahren, 2002.

⁸²⁾ この点について *Bohlander*, ZStW 107 (1995), 82 ff. 「マインツ・モデル」（裁判長が、証人を別室で尋問する方法）について LG Mainz NJW 1996, 208 ; *Geppert*, Jura 1996, 550参照。

る朗読と同様に、法廷での人証に対する直接的な尋問(250条1文)に代用するものであり、法体系的には、刑訴法250条に対する例外規定となる(Rn 410以下を見よ)。

証人が尋問の間は別の場所(例えば、他の法廷や自身の住居)に居ることができるということは、重要である。的確な見解によると、証人は、外国にとどまっていることもできる⁸³⁾。公判は、将来、一定の犯罪形式(例えばマフィア関連)に関して、国際的なビデオ会議によることになるかもしれない。EU法域では、外国に所在する証人の尋問のためのビデオ会議が、2000年5月29日付け欧州理事会「欧州連合加盟国間での刑事事件における司法共助に関する条約を制定するための法行為」(EU-RhÜbk)10条に規定されている。

b) 247 a 条により求められる裁判所の裁判は、二つの選択的な条件に結び付けられる。

[430 b] aa) 第1に、ビデオ尋問は、公判に在廷する者が尋問中そこに居ることで、証人の利益に対する重大な不利益が生じることの切迫した危険が存する場合に行うことができる(247 a 条1文前段)。

刑訴法247条による被告人の公判からの退廷又は公判外での証人のビデオ尋問は、証人保護の代替策であり、裁判所は、これらを同等に用いることができる⁸⁴⁾。通常は、刑訴法247 a 条の適用が、被告人の退廷より優先されるべきであるが、年少の少年が児童ポルノの被害者であったなどの理由でカメラを恐れるような場合には、刑

⁸³⁾ BGHSt 45, 188 (評釈として *Duttge*, NStZ 2000, 158; *Rose*, JR 2000, 74; *Schlothauer*, StV 2000, 180; *Vassilaki*, JZ 2000, 474); BGHSt 46, 73 (批判的評釈として *Albrecht*, StV 2001, 364)。一般的な批判として *Malek*, Rn 354h。

⁸⁴⁾ 深めるために *Beulke*, ZStW 113 (2001), 717; *Schmoll, D.*, *Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß*, 2000, S. 176 ff. 双方の措置を組み合わせる可能性について BGH NStZ 2006, 648 (評釈として *Schuster*, StV 2007, 507)。ヨーロッパの基準について EuGH StV 2006, 1。

訴法247条の適用が考えられる⁸⁵⁾。この場合、刑訴法247条4文により要求される退廷させられた被告人への伝達は、被告人がビデオ転送により同時にこれを見るという方法で行うこともできる⁸⁶⁾。

[430 c] bb) 証人に対するビデオ尋問は、**刑訴法251条2項**の要件が備わり、ビデオ尋問が真実の探求に必要という場合にも命じることができる(247 a 条1 文後段)。

ここでは、証人の公判への出頭につき特別の障害がある場合、又は証人に出頭を求めることが不相当という場合が捕捉される (Rn 414 c 参照)。検察官、弁護人、被告人が同意した場合も、同様である⁸⁷⁾。後段の必要性は、一般的な職権解明義務(244条2項。Rn 406を見よ)を参照するものであり、裁判所は、刑訴法255 a 条による録画・録音の再生 (Rn 430 k) 又は尋問調書の朗読が真実探究のため十分であるかどうかを審査すべきことを、明らかにするものである⁸⁸⁾。

[430 d] cc) 法定の要件が備わる場合、ビデオ尋問の実施は、裁判所の義務的裁量に委ねられるが、通常は、公判内で、つまり参審員も関与して裁判しなければならない (Rn 45を見よ)⁸⁹⁾。そこでは、証人の保護、裁判官の解明義務、迅速性の利益が、相互に考慮されなければならない。ここで、解明義務の要請は刑訴法250条1文の直接主義によっても保護されるものであるが、これによると、裁判官は、証人に対する自らの全体的な印象を得なければならず、これは、その行動も含めて判断されるべきものであるところ、ビデオ転送で行われると、場合によってはそれが困難ともなることには注意が必要である。同様に、ビデオ転送により、被告人の防衛利益、特に法的聴聞を求める権利と対質権 (基本法103条1項、欧州人権条約6条3項

⁸⁵⁾ *M-G*, § 247a Rn 4; *SK-Frister*, § 247 Rn 13.

⁸⁶⁾ BGHSt 51, 180, 182.

⁸⁷⁾ 批判的見解として *Rieß*, *StraFo* 1999, 6.

⁸⁸⁾ BGHSt 46, 73, 76 (批判的評釈として *Sinn*, *JZ* 2001, 51).

⁸⁹⁾ 異説として BGH StV 2012, 65 (*Eisenberg* の正当な批判的評釈付き).

d号)が、制限されることになってはならない。そのような権利への侵害が疑われる場合は、証人尋問は、法廷内で行われなければならない⁹⁰⁾。

dd) 尋問のビデオ転送の命令は、刑訴法247 a 条 2 文によると、不服申立てできない。立法者は、このような限定条項の形にして、法的安定性を確保し、手続遅延を避けようとした。解明義務の原則(244条2項)と直接主義(250条1文)との関連で、この上告・不服申立ての排除(336条2文)は、若干の問題に突き当たる。例えば、公判裁判所が命令条件を不適法に判断した場合(例えば、証人は法廷内で尋問すると真実を述べないおそれがあるなど)又は他の適当な証人保護装置が〔あるのに〕刑訴法247 a 条 1 文後段の命令に際して使用されなかった場合には、基本的に、上告が許されなければならない。同様に、刑訴法247 a 条 1 文後段の範囲内で、刑訴法251条2項の基準が満たされなければならない。なぜなら、不服申立ての排除は、刑訴法247 a 条 1 文の構成要件外の規定には及ばないからである。したがって、不服申立てできないものとしては、他の全ての要件が備わっている場合に、ビデオ尋問が事案の解明のためどの程度必要であり、適格であり、十分であるかという点についての、裁判所の裁量的判断にほぼ限定される⁹¹⁾。

2. 証人尋問のビデオ録画とその使用

[430 e] 同時的なビデオ尋問に加えて、この間に、証人保護は、ビデオ録画の許可によっても拡充された。既に刑事手続の早い段階で、例えば最初の警察尋問に際して証人の供述を録画しておき、この録画記録を、公判における証人への直接的な尋問に代用するものとして広く使用することができる。

[430 f] a) 公判外での尋問の記録は、刑訴法58 a 条 1 項の規定に従っ

⁹⁰⁾ Diemer, NStZ 2001, 395; Fischer, JZ 1998, 816.

⁹¹⁾ 詳細は M-G, § 247a Rn 13.

て、また捜査手続での裁判官の尋問の場合は、刑訴法58 a 条 1 項と結び付く168 e 条 4 文に従ってそれぞれ行われる。公判での記録については、刑訴法247 a 条 4 文、5 文が適用される。

[430 g] aa) 公判外において、全ての証人尋問は、録音又は録画することができる (58 a 条 1 項 1 文)。

すなわち、本規定は、年少証人、特定の犯罪、証人の要保護性に限定されない。刑訴法58 a 条は、裁判官、検察官 (161 a 条 1 項 2 文を見よ)、警察 (163 条 3 項 1 文を見よ) の尋問に適用される。証拠価値及び使用可能性を考えると、できる限り犯行に近接した段階での裁判官の初回尋問の実施が求められるべきである (251 条 2 項と結び付く255 a 条 1 項; 255 a 条 2 項。Rn 430 k 以下を見よ)。もっとも、事実関係は、保護されるべき証人への極めて簡潔な質問が記録され得るというほどに、広く探究されるべきである。そうでなければ、事案の解明のため及び被疑者・被告人の利益が制限される危険があるために、証人に、再度の尋問又は公判への出頭を免除することができない⁹²⁾。

次の場合、刑訴法58 a 条 1 項 2 文により、録画の機会が行使されるものとされている。

- 証人が18歳未満の年少者で被害者でもある場合 (1号)。
- 証人において、疾病又は危険 (Rn 196 a を見よ) 又は外国に所在するなどして、公判で尋問できないことが危惧され、録画することが真実探究のため必要である場合 (2号)。

しかし、録画は、刑訴法52条により証言拒絶権を有する者がその権利について教示を受け、その権利を行使する意思がないことを表明した場合に限り許される。そうでなければ、カメラが回っている場合には、検証証拠として作成され、——証言拒絶権が行使されたにもかかわらず——被疑者・被告人に対して使用できることに

⁹²⁾ Weigend, Gutachten C zum 62. DJT Fn 204.

なってしまうからである⁹³⁾。刑訴法252条の場合、つまり証言拒絶権が後の公判で初めて行使されるという場合には、録画は再生することができない(255 a条1項)。これは、判例のように、前段階に裁判官の尋問が行われた場合には、刑訴法252条の使用禁止が制限され、裁判官を伝聞証人として公判で尋問することができる⁹⁴⁾と解されたときも同様である⁹⁴⁾。

[430 h] bb) 捜査判事の尋問の場合には、これに加えて、裁判官を他の立会権者から離して証人と同じ部屋に居させて、この尋問をテレビ会議を通じて他の手続関係人に同時に転送することも可能である(168 e条1文、2文、3文)。これにより、証人と被告人との対面が避けられる。このビデオ同時的尋問の特別形態は、録音記録として、長期間保管しておくことができる(58 a条と結びつく168 e条4文)。もっとも、この場合には、後の証拠使用に関して、弁護士及び被疑者・被告人の同席権、情報受領権、関与権(147条、168 c条2項、168 e条3文)が考慮されなければならぬ(255 a条2項、Rn 430m参照)。

[430 i] cc) 公判内において、自動転送尋問(Rn 430 aを見よ)は、証人が以後の公判、例えば控訴審において尋問できなくなる可能性があり、その記録が真実探究のため必要であるとの条件があれば、記録すべきものとされている(247 a条4文)。

刑訴法247 a条4文は、文言及び体系を超えて、公判内での全てのビデオ記録のための条件を定めており、この点で刑訴法58 a条1項(Rn 430 g)に対する限定的な特別規定であると解されている⁹⁵⁾。

[430 j] b) ビデオ記録は公判でどのように使用することができるかという問題については、刑訴法255 a条が定めている。このビデオ記録を、

⁹³⁾ KK-Senge, § 58a Rn 8; Eisenberg, Rn 1311. 異説として M-G, § 58a Rn 8.

⁹⁴⁾ BGHSt 49, 75 (肯定的評釈として Norouzi, JA 2004, 599); Volk, § 27 Rn 10. 批判的見解として Mitsch, JuS 2005, 102.

⁹⁵⁾ M-G, § 247a Rn 11. 異説として KMR-Lesch, § 247a Rn 5.

供述自体を対象としない他の事実の証拠のため、又は弾劾の目的で検証の客体として再生することは、刑訴法255 a 条の対象外である⁹⁶⁾。

[430 k] aa) これに対応する調書が刑訴法251条、253条により朗読を許される場合には、再生は常に可能である(255 a 条1項)。これにより、録音・録画記録は、尋問調書と同等とされる(朗読について Rn 411以下)。つまり、刑訴法255 a 条は、刑訴法247 a 条、251条以下と同じく、刑訴法250条の例外規定となる。

[430 l] bb) 性的自己決定又は生命に対する犯罪、被保護者の虐待を理由とする犯罪、刑法232条以下の人身の自由に対する犯罪を理由とする手続において、18歳未満の証人の公判における供述は、裁判長の命令により⁹⁷⁾、その前段階に行われた裁判官尋問のビデオ記録を再生する方法に代えることができる(255 a 条2項1文)⁹⁸⁾。刑訴法255 a 条2項は、刑訴法251条、253条の規定と結び付けられていないから、——その狭い適用範囲に関して——直接主義の法定された例外を認めるものである⁹⁹⁾。

この例外は、年少証人にとって負担となりかつ害も及ぼす尋問の繰返しを回避するためにも、甘受されるべきものである¹⁰⁰⁾。しかし、それは、被告人と弁護人が前段階に行われた尋問に関与する機会を与えられていたことが条件である(255 a 条2

⁹⁶⁾ KK-Diemer, § 255a Rn 3, 9.

⁹⁷⁾ BGH NJW 2011, 3382 (批判的評釈として *Lickleder/Sturm*, HRRS 2012, 74); *Malek*, Rn 566.

⁹⁸⁾ BGHSt 49, 68, 71 (評釈として *Kölbel*, NStZ 2005, 220) (事情により、直接の尋問に補足する)。

⁹⁹⁾ *Eisenberg*, Rn 1315; *Rieß*, StraFo 1999, 4.

¹⁰⁰⁾ *Eisenberg*, JGG, §§ 33-33b Rn 45 ff.; *Hagendorn, N.*, Schutz der Opfer von Gewaltdelikten durch Ausschluß der Öffentlichkeit im Strafverfahren, 1999; *Laubenthal*, JZ 1996, 335; *Laubenthal/Neumann-Jaskolla*, JA 2005, 294; *Mildenberger, E.*, Schutz kindlicher Zeugen im Strafverfahren durch audio-visuelle Medien, 1995, S. 37 ff.

項1文末尾に記載)。その背景を探ることができない非難から被疑者・被告人を保護する必要に鑑みて、法治国家原理(基本法20条3項)を考慮した刑法255a条2項の合憲的解釈において、有罪判決が唯一又は決定的に証人の供述に基づいており、被疑者・被告人が証人に対して質問できないときには、被疑者・被告人とその弁護人が尋問に実際に関与していたことが求められなければならない^{④①}。弁護人が実際に関与する場合には、適切な質問ができるよう、事前に記録閲覧が保障されなければならない^{④②}。証人への補充的な尋問は、解明義務の基準に照らして許される(255a条2項2文)。

[430m] cc) 刑法255a条は、(あるいは刑法168e条4文又は274a条5文と結び付く) 58a条2項1文により補足される^{④③}。これによると、ビデオ記録の後の使用は、刑事訴追の目的で(そこには、他の刑事手続、例えば従前の共同被疑者・被告人に対する弁論分離後の手続なども含まれる)、かつ、これが真実探究のため必要という限りで許される。つまり、裁判所は、その解明義務に基づいて、ビデオ記録の使用は尋問調書の朗読よりも有効な手段であるかどうかを判断しなければならない(247a条1文後段についてRn 430cも見よ)。大抵は、これは肯定されるであろう。刑事手続以外の目的で記録を使用することは——治療又は損害賠償や扶養義務に関する手続において——、証人の同意が必要である^{④④}。

[431] 事例51の解決：公判における証拠調べの直接性原則から導かれる書証に対する人証の優先性(250条)から、原則として、証人の尋問をそ

④① *Beulke*, ZStW 113 (2001), 713; *Schlothauer*, StV 1999, 47. 同様の意味で EGMR StV 2002, 289 (肯定的評釈として *Satzger*, JA 2002, 838) も見よ。

④② *Beulke*, Gollwitzer-Kolloq, S. 1; *Schlothauer*, StV 2003, 650. 異なる見解として BGHSt 48, 268 (この点で批判的評釈として *Vogel/Norouzi*, JR 2004, 215) .

④③ *M-G*, § 255a Rn 5.

④④ *HK-Lemke*, § 58a Rn 12.

の前段階の尋問に関する調書の朗読に代えることは禁止される。しかし、刑訴法251条は、この原則に対して、直接的な証拠となる証人がもはや利用できない場合について例外を認める。その際、前段階の尋問が裁判官によるものか(251条1項、2項)、又は裁判官以外の者によるものか(251条1項)で違いがある。本問は、裁判官の尋問による場合である。刑訴法251条2項2号によると、証人に対して公判への出頭を求めることが、遠隔地であるためにその供述の意義を考慮しても過剰な負担となる場合には、朗読が許される。F自身を尋問すべき裁判所の義務を肯定する要素として、Fが唯一の証拠であることが挙げられる。他方で、本問では、損害が軽微なものであり、Fがそのためだけに遠方から来る負担を考えると、Fの供述を前段階の裁判官による尋問の朗読に代えることも支持できる(刑訴法223条による受託尋問は、既に裁判官の面前で供述が行われていることから、有効な手段とはいえない)。1998年12月1日の証人保護法施行以後は、裁判所は、公判へのビデオ同時転送(ビデオ会議=247a条1文後段、251条2項2号)の手段による、刑訴法244条3項の意味で証拠の「拡張された入手可能性」を検討しなければならない。しかし、裁判所が映像を介在する尋問からは、既に存在する裁判官の尋問調書の朗読に比べて解明の効果は得られないと判断する限りで、ビデオ会議は、「真実の探求のため必要」とはいえない(247a条1文後段)。この場合、裁判所は、調書の朗読で済ませることができる。詳細はRn 414以下、430aを見よ。

[432] 事例52の解決：証人が公判で初めて証言拒絶権を行使した場合には、その前段階の供述は、朗読することができない(252条)。通説は、この規定を、朗読禁止だけでなく、使用禁止としても理解している。したがって、前段階に尋問を行った者を証人として尋問することも許されない。しかし、判例は、この結論を、前段階の尋問官が警察又は検察官の場合にのみ認める。これに対して、前段階に裁判官が尋問した場合には、その裁

判官が当時適切に教示した上で尋問していた限りで、当該裁判官の証人尋問は許されるとしている。これによると、Aは、Rの供述に基づいて有罪とされ得る。しかし、この見解は否定されるべきである。その理由として、第1に、法律は、裁判官の尋問とそれ以外の者による場合とで違いを認めていないこと、第2に、親密な家族関係に基づく証言拒否権において、家族の保護は、裁判官の尋問の場合でも刑事訴追の利益に優先することが挙げられる。詳細はRn 418以下を見よ。

[433] 事例53の解決：

a) 被告人Aの前段階の尋問は裁判官によるものではないから、その尋問調書を公判で朗読することはできない(254条1項)。しかし、Aが現在適法にその供述拒絶権を行使している場合でも(243条5項1文)、警察の尋問に関して使用禁止は適用されない(刑訴法252条の状況とは異なる。事例52を見よ)。それゆえ、警察官Pを証人として尋問し、その証言を通じて、前段階の自白を判決発見の基礎とすることができる。

b) Pが死亡した後も、刑訴法254条は、文言上、警察による調書の朗読を許さない。刑訴法251条は、証人、鑑定人、共同被疑者・被告人には適用されるが、被疑者・被告人の尋問には適用されず、また類推適用も許されない。なぜなら、刑訴法254条は、この点で、限定的な特別規定だからである。それゆえ、ケルン高等裁判所(OLG Köln StV 1983, 97)は、正当にも、警察による調書の朗読は許されないと判示した。Pは既に死亡しており、証人として尋問することはできないから、警察での自白を公判に取り込む可能性はない。詳細はRn 411~414 c, 416を見よ。

c) 刑訴法252条によると、Aは現在Bに対する公判でその証言拒絶権を行使しており、本書の見解からは、Aが前段階で行った全ての供述は、朗読することも、また使用することもできない。通説は、裁判官による尋問に限り使用を許すが(事例52を見よ)、本問では、やはり完全な使用禁

止を認めることになる。なぜなら、前段階の供述は、確かに裁判官の面前で行われたものであるが、しかし、Aは当時被告人として刑訴法243条5項、136条により教示されたのであって、証人として刑訴法52条1項3号、3項により教示を受けたのではないからである（BGHSt 42, 391；*Engländer*, Rn 220）。詳細は Rn 420を見よ。

§ 22 公判における証拠請求

事例54：Aは、ディスコ「カカドゥ」を訪れた後、飲酒により相当酩酊した状態で歩行者に殴り掛かり、重い傷害を負わせた（刑法223条以下）として起訴された。犯行当時、Aは現場から逃走したが、被害者はAを判別できるとしたのであった。Aは、犯行を否認し、公判で以下の申立てを行った。

a) Aは、犯行当夜、犯行時刻の既に1時間前にディスコを出ていたことを証明するために、Aと一緒にバーへ行ったとされる赤毛のアイランド人（氏名及び住所不詳）を証人として尋問するよう請求した。しかし、裁判所は、それに応えようとしなかった。

b) Aは、問題の時刻に映画館へ行っていたことを証明するために、自分が行ったとする「プロムナード映画館」の受付係Kを証人として尋問するよう請求した。しかし、裁判所は、この請求を却下した。その理由は、受付係が犯行から半年も経って個別の客を思い出すことは不可能であるとのことであった。

c) Aは、自分はそのもそも問題の酔っ払いではないと主張した。なぜなら、当日の夜はあまり飲んでいなかったというのである。Aは、自分がビール3杯しか飲んでいないことを証明するために、ディスコの店主Wを証人として指名した。裁判所は、Wの尋問は不要であると判断した。なぜ

なら、公判に出頭した3人の証人が既にAの相当な飲酒量を確証していたからである。

以上の請求について、どのように考えるべきか。[Rn 453]

I. はじめに

[434] 裁判所の職権解明義務(244条2項)は、他の手続関係人も証拠調べに影響を及ぼすことを排除するものではない。そのための重要な制度が、証拠請求である。証拠請求は、裁判所により、その一般的解明義務の枠内で考慮されなければならないだけでなく、その取扱いについて、立法者により、刑訴法244条3項～6項、245条、246条において厳格な規定が定められており、その違反があれば、大抵の場合には、上告審で判決の破棄につながる。証拠請求権は、当然ながら、特に被告人及びその弁護人にとって重要であるが、証拠請求は、検察官、公訴参加人、私訴原告も行うことができる⁽¹⁾。

II. 「証拠請求」の概念と証拠探知請求との区別

[435] 1. 証拠請求とは何かについて、刑訴法244条3項～6項、245条以下に定義はなく、むしろ、法律は、証拠請求の概念を前提にしている。判例は、以下のとおり区別している。

証拠請求とは、訴訟関係人が証明されるべき事実及び使用されるべき証拠を示して、証拠調べを求めるものである。この請求は、限定的に規定された刑訴法244条3

(1) 深めるために *Beulke*, JuS 2006, 597; *Eisenberg*, Rn 138 ff; *Fezer*, 50 Jahre BGH-Wiss-FG, S. 847 ff; *Gössel*, Gollwitzer-Kolloq, S. 47; *Hamm/Hassemer/Pauly*, Beweisantragsrecht, 2. Aufl., 2007; *Jahn*, Hassemer-FS, S. 1029; *Krell*, Jura 2012, 355; *Perron, W.*, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß, 1995; *Schellenberg*, S. 149 ff; *Witting/Junker*, StRR 2011, 288.

項～5項, 245条2項2文, 3文の却下事由に該当する場合に限り, これを却下することができる(詳細はRn 439以下)。

証拠探知請求とは, 申立人が, 裁判所に対して, 一定の方法で証拠を探そう求めるものである。この場合, 証拠請求のため必要な条件の1つ又は複数欠けているものをいう。

証明提案は, 単に, これらとは要求の程度が異なるだけである。この場合, 裁判所に対し, 証拠調べを「示唆」又は「委ねる」ものであるに過ぎない。

裁判所は, 証拠探知請求及び証明提案については, その解明義務(244条2項)の範囲で判断すれば足りる⁽²⁾。したがって, —証拠請求と異なり—刑訴法244条3項～5項, 245条2項, 3項の却下事由に拘束されない。これらの場合, 却下は, 裁判長によることで十分であり, かつ必要でもある。この裁判は, 刑訴法238条2項(この点についてRn 373以下)により, 異議を申し立てることができる⁽³⁾。

2. 証拠請求は, 常に2つの要素が備わっていないなければならない。

- 特定の事実主張
- 特定のかつ刑訴法上認められる証拠

a) 事実主張

[436] 請求人は, 特定の事実を主張しなければならない。これは, 事実でなければならない, 単なる評価であってはならない。例えば当該証人は他の証人の「信用性がないこと」を証明するものであるという場合には, 事実主張ではなく, 評価である⁽⁴⁾。

判例によると, 請求人が自身期待し, 尋問から初めて導かれるべき「証

(2) BGH NStZ 2012, 280.

(3) BGH NStZ 2008, 109; 2009, 401; *Joecks*, StPO, § 244 Rn 34; *M-G*, § 244 Rn 27. 批判的見解として *Radtke/Hohmann/Kelnhöfer*, § 244 Rn 91.

(4) BGHSt 37, 162, 164.

明結果」(例えば被告人の罪が晴れること)を示したという場合には、特定された事実主張に当たらない。それゆえ、抽象的な法文を繰り返すだけでなく、常に、証人が自身の何らかの経験から知り得たとされる具体的事情及び出来事が示されなければならない⁽⁵⁾。

請求人が証明されるべき事実を**確たるもの**であると示した場合には、たとえ同人自身はそれを単に推定され又はあり得るとだけ考えていたとしても、これは事実主張に当たる。これに対して、請求人が明らかにでっち上げられた推測を述べたに過ぎず、同人がそれについてただ申し立てられた証拠調べから確証されればよいと期待していただけた場合には、**証拠探知請求**にとどまる⁽⁶⁾。これに該当するかどうかの判断にとって決定的であるのは、合理的な請求人の視点である⁽⁷⁾。しかし、証明を求められる事実が客観的にはおよそ異常又はあり得ない、又は他の可能性が容易に想定できるというだけで、「当てずっぽうな又はでたらめな」証拠請求ということはできない⁽⁸⁾。

b) 特定された証拠

[437] 請求人は、既に証拠請求の時点で、特定の**証拠**を示さなければならない。それは、**厳格な証明**に該当するもの、つまり検証、書証、鑑定人、証人のいずれかに該当するものでなければならない(Rn 179を見よ)。ここで証拠を探す必要がある場合には、**証拠探知請求**に過ぎない⁽⁹⁾。しかし、

(5) BGHSt 39, 251, 253 f (評釈として *Hamm*, StV 1993, 455及び *Widmaier*, NSTz 1993, 602); BGHSt 43, 321, 329 (Wienand 事件); BayObLG JR 2003, 294 (*Ingelfinger* の肯定的評釈付き)。批判的見解として *KK-Fischer*, § 244 Rn 74。

(6) BGH JR 1988, 387 (*Welp* の批判的評釈付き); BGH StV 2006, 458; BGH NJW 2012, 2212 (評釈として *Mosbacher*, JuS 2012, 707)。BGH StV 2011, 207, 208は結論を留保した。

(7) BGH NSTz 2009, 226。

(8) BGH NSTz 2008, 474。

(9) BGHSt 30, 131, 142参照。

証拠請求と認められるためには、請求人がある事実を主張し、それが裁判所において証拠の発見及び同定を可能にさせることで足りる⁽¹⁰⁾。更に、請求において示された証拠は、新規のものでなければならない。証拠調べの繰返しを求める請求は、単に証拠探知請求にとどまる⁽¹¹⁾。

また、近時の判例によると、証明事実と証拠との関連性（牽連性）の叙述も要求される。請求に際して、例えば証人はなぜ証明事実について何かを述べることができるのかという点について、彼は特定の時間に特定の場所にいた、記録を読んだなどといった理由が示されなければならない。牽連性が欠ける場合には、単に証拠探知請求にとどまる⁽¹²⁾。連邦通常裁判所の近時の判例——刑事部ごとに対立が見られるが⁽¹³⁾——によると、牽連性要件は、証拠調べの進行につれてより厳格なものが要求される⁽¹⁴⁾。裁判所は既に取り調べた証拠について請求されたものよりもより価値を認めるものであることから、これは、事実上、証拠予断禁止の潜脱を意味する⁽¹⁵⁾。牽連性要件を通じた証拠請求権の制限は、全体として否定されるべきである。なぜなら、そのようなことは、請求人に理由付け義務を課するものであるが、そのような義務は、証拠請求の定義から導かれるものではないからである⁽¹⁶⁾。

(10) 証人の場合の詳細は争いがある。BGH StV 2010, 556; BGH JR 2010, 456 (Popp の批判的評釈付き)。

(11) BGH StV 2001, 98 (Fahl の評釈付き)。

(12) BGHSt 43, 321, 330 (Wienand 事件); BGH StV 2011, 207 (批判的評釈として Habetha, StV 2011, 239; Schneider, NStZ 2012, 169; Ventzke, NStZ 2011, 310及び肯定的評釈として Kröpil, Jura 2012, 459)。

(13) BGH NStZ 2008, 708 (Rn 8); BGH StV 2009, 62。

(14) BGHSt 52, 284 (批判的評釈として Beulke/Witzigmann, StV 2009, 58)。

(15) Eidem, JR 2008, 520, 521; Eisenberg, ZIS 2008, 469, 470; Fezer, HRRS 2008, 457, 459; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 420; Trüg, StraFo 2010, 139, 143 f; Ventzke, StV 2009, 655, 658。

(16) この点で同旨の見解として KK-Herdeggen, NStZ 1999, 180 f; Jahn, StV 2009, 663; Rose, NStZ 1998, 633。

Ⅲ. 証拠請求を行う時期と形式

[438] 刑法244条, 245条は, 公判における証拠調べのみを対象とする。公判では, 証拠請求は, 無制限に, 証拠調べが終了した後でも(258条1項を見よ), 判決の宣告が始まるまでは行うことができる⁽⁷⁾。刑法246条1項によると, 証拠請求は, それが遅すぎるという理由で却下することはできない。なぜなら, そのような却下は, 実体的真実の原理に反することだからである。これにより, 刑法は, 民事訴訟におけるような除斥期間を設けてはいない⁽⁸⁾。判決宣告が開始された後それが終結するまでの間でさえ, 証拠請求が許される場合もある⁽⁹⁾。

口頭主義の原則は, 証拠請求は, 裁判所が刑法257 a 条により書面によることを命じない限り, 公判では口頭で行うべきことを求める⁽¹⁰⁾。証拠請求は, いわゆる訴訟内の条件に結び付けることもできる(Rn 299及び452参照)。

近時の判例によると, 被告人が公判の適切な終結を妨害する目的でその証拠請求権を極端に行使〔濫用〕していた場合, 裁判所は, 公判において, 被告人は以後その証拠請求を弁護人を通じてのみ行うよう命令することができる(この点についてRn 150では否定的に解すべきであるとした)⁽¹¹⁾。

Ⅳ. 証拠請求の却下

1. 却下事由の体系

[439] 法律上, 証拠が法廷内に現在するか(概念についてRn 450を見よ)

(7) BGHSt 21, 118, 123; BGH NStZ 1992, 346.

(8) また, BVerfG StV 1992, 307; OLG Köln StV 2002, 238も参照。

(9) BGH NStZ 2007, 112; Scheffler, MDR 1993, 3 ff.

(10) OLG Frankfurt NStZ-RR 1998, 210; OLG München StV 2011, 401参照。

(11) BGHSt 38, 111, 114.

現在しないかで区別される。刑訴法245条は、現在する証拠の証拠調べを対象とする。法律上、現在する証拠の中で、更にいかなる証拠であるか、また誰がその証拠を公判に提出するかで区別される（245条1項～245条2項）。刑訴法244条3項～5項は、公判廷に現在しない証拠のみを対象とする。その際、刑訴法244条3項の却下事由は、全ての証拠に適用されるが、更に刑訴法244条4項及び5項に付加的な却下事由（特に鑑定及び検証証拠の請求について）が定められている（この点について表5（原著290頁＝本稿141頁）参照）。

2. 刑訴法244条3項の却下事由

a) 証拠調べが許容されないこと

[440] 刑訴法244条3項1文によると、証拠請求は、請求された証拠調べが許容されない場合には却下される。この却下事由の特徴は、それが存在する場合、証拠請求は却下されなければならないのに対して、その他の却下事由の場合、刑訴法244条3項2文により、却下は裁判所の裁量に委ねられるという点にある。証拠調べの不許容性は、特に指定された証拠が証拠禁止又は証拠使用禁止に当たる場合に認められる²²⁾。

b) 公知であること

[441] 刑訴法244条3項2文によると、証拠調べは、証明されるべき事実が一般又は裁判所に周知である場合には、公知であることを理由に不要とされる（Rn 404を見よ）。

c) 無意味であること

[442] ある事実は、これと審判されるべき事実との間に関連性が認めら

²²⁾ BGH HRRS 2011 Nr 130. その他の事例について AK-Schöch, § 244 Rn 77 ff を見よ。

れない場合、又はその事実はこのような関連性があるにもかかわらずそれが証明されても裁判に影響を与えるものではない場合、刑訴法244条3項2文の意味で無意味なものとなる²³⁾。公判裁判所が、証人は証明主題について何も確証するものではない²⁴⁾、又は信用できない²⁵⁾として、それまでの証拠状況は何も変化しないであろうと予測することは、許されない証拠予断であり、これによって、無意味であるとの理由で証拠請求を却下することを正当化するものではない。証拠請求が無意味であるとの理由で却下された後は、対象となる事実は、裁判所が事前に評価の変更を指摘した場合に限り、被告人に不利益な方向でも使用することができる²⁶⁾。

d) 事実が既に証明済みであること

[443] この却下事由は、証明の対象となる事実が積極的に証明されている場合に限り適用される。証拠請求は、証明事実と逆のことが既に証明されているとの理由で、却下することはできない²⁷⁾。それは、証拠評価の先取りを許さない、証拠予断の禁止に違反する。更に、別の鑑定人の尋問を求める証拠請求についての、異なる規定を参照することもできる(この点について Rn 448)。すなわち、刑訴法244条4項2文は、前の鑑定によって主張された事実と逆のことが既に証明されている場合、別の鑑定人を関与させるべき必要がないことを定めている。その反対解釈から、証人の場合には、証明されるべき事実のみ(反対のことはこれに当たらない)が、既に証明されたものとみることを許される。

e) 証拠が全く不適合であること

²³⁾ BGH StV 2010, 558; A/N/M, S. 579.

²⁴⁾ BGH StV 2001, 95.

²⁵⁾ BGH StV 2008, 288.

²⁶⁾ BGH StV 1992, 147.

²⁷⁾ BGH StraFo 2010, 152; Mosbacher, JuS 2008, 127.

[444] ある証拠は、裁判所が従前に得られた証明結果を全く考慮しないでも、証拠請求で示された結論は請求された証拠によっては確たる経験則上およそ得られないと判断できる場合には、全く不適格として却下することができる²⁸⁾。

証拠が「その本質上」およそ不適格であること、又は公判裁判官は不適格性を自由な証明の形で認定できること、もしくは記録を援用して認定できることが必要である。証拠価値が軽微又は疑わしいということでは足りない²⁹⁾。なぜなら、そう解さなければ、許されない予断を持った証拠評価になってしまうからである。したがって、全く不適格であるということは、証明主張と関連して証拠自体から導かれなければならない、従前の証明結果から導くことは許されない。例えば、相当以前のことであるため証人は問題の事象を思い出すことができない³⁰⁾、又は証人は証明主題を確証できないといった理由で、証拠請求を却下することは許されない³¹⁾。いわゆるポリグラフ（嘘発見器）検査結果の証拠としての不適格性について Rn 141 参照。

証人が刑法52条1項により証言拒絶権を与えられる場合には、その証人は、公判裁判所に対して、通常は公判においてその権利を行使した場合に初めて全く不適格な（異説によると不許容又は入手不能の）証拠となる。これに対して、確立した判例によると、電話で証言拒絶権の行使を告げるだけでも足り、例外的にのみ公判への付加的な召喚が必要とされる³²⁾。原則として、刑法55条の意味での回答拒絶権が行使された場合も同様である³³⁾（Rn 584（事例69）も参照）。

²⁸⁾ BGH NStZ-RR 2012, 51; Radtke/Hohmann/Kelnhöfer, § 244 Rn 132.

²⁹⁾ BGH StV 2002, 352; BGH StraFo 2012, 63.

³⁰⁾ BGH NStZ 2010, 52. したがって BGH NStZ 1993, 295は否定されるべきである。

³¹⁾ BGH StV 1999, 303.

³²⁾ BGH NStZ 1982, 126; KK-Fischer, § 244 Rn 152. 論争の状況について LR-Becker, § 244 Rn 236.

³³⁾ BGH StV 1986, 282（ただし例外的場合も肯定）; M-G, § 244 Rn 61.

f) 証拠が入手不能であること

[445] ある証拠は、当該証拠を入手するためにその重要性に応じた裁判所の試みが全て不成功に終わった場合、又はそれが相当な期間内に証拠として得られることの確たる根拠がない場合には、**入手不能**となる⁶⁴⁾(例えば証人が外国に居るためそこに向けて召喚しなければならない場合。Rn 449を見よ⁶⁵⁾)。その判断に当たり、手続における当該事実の意義及び証拠の重要性と、円滑かつ迅速な手続遂行に向けられた利益とが衡量されなければならない⁶⁶⁾。もっとも、ある証人について、刑訴法247 a条によるビデオ会議で尋問する可能性がある場合には、**入手不能**とはいえない⁶⁷⁾(Rn 430 e 以下も参照)。

警察が秘密連絡員の身元開示を拒絶した場合には、特別の問題が生じる。秘密連絡員の隠匿が明らかに誤りであるとはいえない場合、当該証人は、刑訴法244条3項2文の意味で**入手不能の証拠**ということができる⁶⁸⁾(詳細は Rn 428以下)。

g) 訴訟遅延目的であること

[446] 訴訟遅延目的を理由とする証拠請求の却下は、次の3つの条件が**重疊的に**満たされる場合に限り許される⁶⁹⁾：

- 裁判所の見解によると、当該証拠調べから、被告人に有利となることが全く出てこないこと。
- 請求された証拠調べは、手続の終結を本質的に遅らせるものとなる

⁶⁴⁾ BGH StV 1987, 45; OLG München StV 2009, 9.

⁶⁵⁾ 深めるために BGHSt 55, 11, 21; BGH StV 2010, 561; *Rose*, NStZ 2012, 18.

⁶⁶⁾ BGHSt 22, 118, 120; 32, 68, 73.

⁶⁷⁾ BGH StV 2000, 345.

⁶⁸⁾ BGHSt 32, 115, 126.

⁶⁹⁾ BGHSt 29, 149, 151; BGH StV 2011, 39. *Schneider*, Geppert-FS, S. 607は、相当な遅延の場合、弁護人の処罰妨害未遂(刑法258条)による可罰性も検討する。

こと。連邦通常裁判所は、この基準に関して、「本質性」の要素を排除するよう考えている⁴⁰⁾。

- 一 請求人が、このような事情を知りつつ、その要求によって専ら手続遅延を意図していること。連邦通常裁判所は、巨大訴訟において証拠請求が法律上定められた期間外に行われた場合に、裁判所は遅延目的を認めてよいとしている⁴¹⁾ (Rn 452を見よ)。

h) 真実と仮定されること

[447] ある証拠調べは、被告人に有利となる重要な事実が**真実と仮定**される場合には、不要となる。裁判所に包括的な解明義務があるので、そのような仮定は、**事実のそれ以上の解明がもはや不可能**という場合に限り許される⁴²⁾。これは、被告人に有利な事実に限られる。なぜなら、不利な事実は、それが判決の基礎とされるべき限りで、常に証明されなければならないからである⁴³⁾。補助事実又は間接事実も、真実と仮定することができる。そこから被告人に不利な推論が導かれられない限りで、裁判所は、真実と仮定された間接事実の評価に当たり自由に判断できる⁴⁴⁾。しかし、解明義務が優先することから、証明されるべき事実が被告人に不利な証人の信用性を疑わしいものとさせるべき場合には、原則として、真実の仮定はできない。すなわち、裁判所は、この事実について、証人の的確な性質を知るために、証拠調べを行わなければならない⁴⁵⁾。

(40) BGHSt 51, 333, 338 f (批判的評釈として *Beulke/Ruhmannseder*, NSTZ 2008, 300); BGH NSTZ 2011, 646. 深めるために *Beulke, Amelung-FS*, S. 543. 異なる見解として *Niemöller*, NSTZ 2008, 181; *ders.*, NSTZ 2009, 129.

(41) BGHSt 51, 333; 52, 355; BGH NSTZ 2007, 716.

(42) BGH NSTZ 2011, 106. 限定的な見解として *KK-Fischer*, §244 Rn 184, 194.

(43) BGH StV 2007, 512.

(44) *M-G*, § 244 Rn 70. 異なる見解として *SK-Frister*, § 244 Rn 190; *Grünwald, Honig-FS*, S. 53 ff. 深めるために *Veh*, ZIS 2010, 246.

(45) BGH StV 2005, 653; *Malek*, Rn 425.

3. 鑑定証拠の請求に関する付加的な特別の却下事由

[448] 刑訴法244条4項1文によると、鑑定人の尋問〔請求〕は、裁判所自身が必要な専門知識を備えている場合には却下することができる。これは、最初の鑑定人だけでなく、それ以後の鑑定人にも適用される。したがって、裁判所は、例えば最初の鑑定人の聴取によって自ら専門知識を得たとの理由でも、別の鑑定人の聴取を却下することができる⁴⁶⁾。合議体の場合には、1人の構成員が専門知識を有していることで足りる。なぜなら、その者が、自身の専門知識を他の構成員に伝えることができるからである⁴⁷⁾。

また、刑訴法244条4項2文によると、前の鑑定（その他の証拠ではなく⁴⁸⁾）により主張された事実と反対のことが証明された場合も、別の鑑定人の尋問〔請求〕を却下することができる。つまり、この場合——刑訴法244条3項2文の証人の場合（Rn 443を見よ）と異なり——、証拠の予断が明文で許されている。刑訴法256条1項2号により朗読される医師の診断書も、刑訴法244条4項2文の意味での前の鑑定となり得る⁴⁹⁾（Rn 417を見よ）。

刑訴法244条4項2文後段によると、以上のことは、次の場合には該当しない⁵⁰⁾：

- 最初の鑑定人の専門知識に疑いがある場合。
- 最初の鑑定人が不適当な事実を前提にしている場合。
- 最初の鑑定に矛盾がある場合。
- 新たな鑑定人の方がより優れた専門手段を有する場合（一定の心理的及び精

⁴⁶⁾ BGHSt 55, 5; BGH NStZ 2010, 586; *Deckers*, Rissing-van Saan-FS, S. 87; *Eisenberg*, JZ 2010, 474.

⁴⁷⁾ BGHSt 12, 18, 19.

⁴⁸⁾ BGHSt 39, 49, 52; BGH NStZ 2005, 159.

⁴⁹⁾ BGHSt 52, 323.

⁵⁰⁾ 更に進めるものとして *Zwiehoff*, S. 79 ff; *Trück*, NStZ 2007, 377.

神的鑑定に関する最低基準について Rn 202を見よ)。

4. 検証証拠／外国所在証人

[449] 刑訴法244条5項1文によると、**検証**に関する証拠請求の却下は、裁判所の義務的裁量に委ねられる。**外国**に向けて召喚すべき証人の尋問を求める証拠請求も、同じ条件で却下できる(244条5項2文)。

したがって、ここでも、証拠の予断が許されている。それゆえ、裁判所は、そのような証拠請求を、主張された事実と反対のことが既に証明されているとの理由で却下することができる⁶⁰⁾。

5. 法廷に現在する証拠

a) 法廷に現在する証拠の概念

[450] 刑訴法245条の意味での法廷に現在する証拠とは、**召喚**されて現に出頭している証人及び鑑定人、並びに裁判所内に存在する文書及び検証客体がこれに当たる。

証人及び鑑定人が手続関係人の**召喚を受けず**に在廷している場合には、彼らは、本規定の意味で**現在**していないものと扱われる。したがって、その者らについて証拠調べを行うためには、証拠請求が必要であり、これは、刑訴法244条3項～5項の通常条件の下で却下することもできる(Rn 440以下を見よ)。

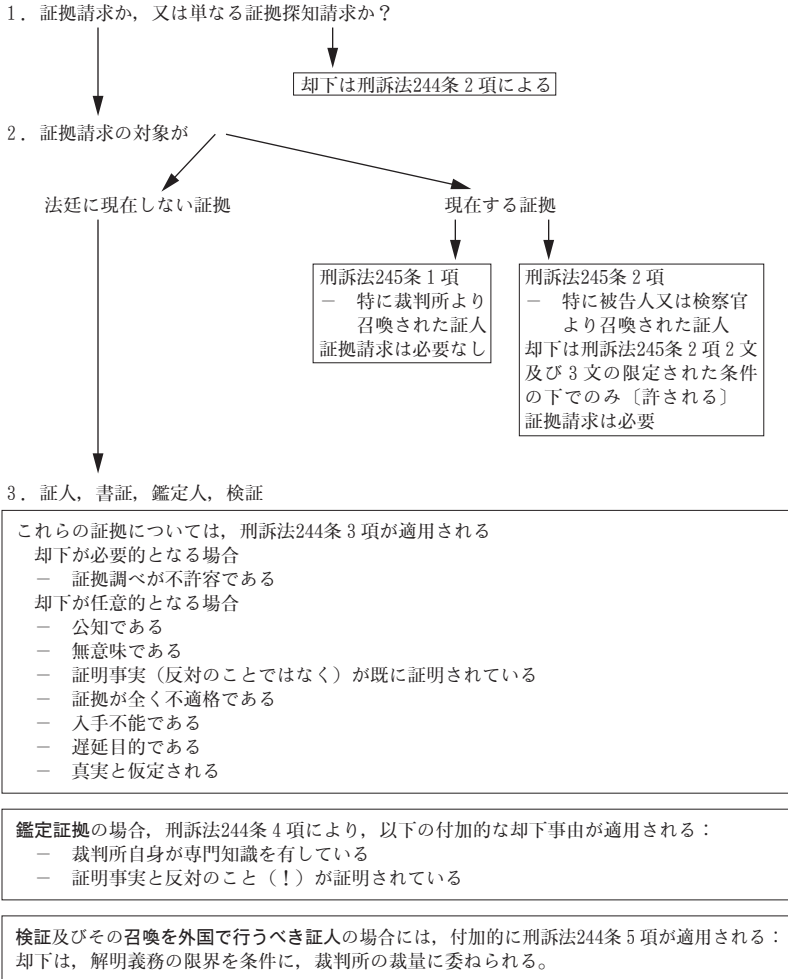
b) 刑訴法245条1項

証人及び鑑定人が裁判所より**召喚**された場合、及び**その他の証拠**が裁判所又は検察官より調達された場合には、刑訴法245条1項1文によると、これらに関する証拠請求が行われていない場合でも、証拠調べを当該証拠に及ぼすことができる。この

60) BGHSt 40, 60, 62 (評釈として *Perron*, JZ 1995, 210); BGH NJW 2005, 2322 (Mzoudi 事件); BGH StV 2011, 398. この解釈の合憲性について BVerfG StV 1997, 1, 2. 批判的見解として *Gless*, Eisenberg-FS, S. 499; *Johnigk*, Rieß-FS, S. 197.

ことは、証拠調べが不許容である場合（245条1項1文）又は被告人、弁護人、検察官が証拠調べを行わないことに同意している場合（245条1項2文）には妥当しない。その際、同意は、推断的なものであってもよい。

表5：証拠請求却下の体系



c) 刑訴法245条2項

[451] 証人又は鑑定人が被告人又は検察官より召喚された場合(220条1項, 214条3項)及びその他の証拠が被告人より調達された場合には, その証拠調べは, この点に関する証拠請求が行われたときに限り行うことができる(245条2項1文)。その証拠請求は, 刑訴法245条2項2文又は3文の条件でのみ, 却下することができる。

V. 証拠請求に対する回答

[452] 刑訴法244条6項によると, 証拠請求の却下は, (理由を付した)⁶²⁾ 裁判所決定が必要である。これは, 刑訴法245条2項による証拠請求にも妥当する。却下事由は相互に排他的なものであるから, 却下は, 通常の場合, 1個の却下事由のみを理由としなければならない, 念のため複数の理由を挙げることは許されない⁶³⁾。却下決定は, 遅くとも証拠調べが終了するまでに宣告されなければならない。これに対して, いわゆる予備的証拠請求, つまり申立人が, 裁判所が従前の証拠調べに基づいて被告人を有罪とするよう判断した場合に初めてその取調べを求めるよう主張した場合, その却下については, 判決理由で示せば足りる⁶⁴⁾ (この点について Rn 299 も見よ)。

連邦通常裁判所の見解によると, 証拠請求が専ら訴訟遅延を目的としたものであり, 手続が極端に遅延している事案では, 原則として, 第10回期日以降⁶⁵⁾, 関係人に対して以後の証拠請求につき期間を設定し, この期間が経過した後になされた請求については裁判所決定ではなく, 判決理由で判断を示すという可能性が認められ

⁶²⁾ BGH StV 2010, 557; *Malek*, Rn 404. また, BGH NStZ 2008, 109 (証拠探知請求について) も見よ。

⁶³⁾ BGH NStZ 2004, 51.

⁶⁴⁾ BGHSt 32, 10, 13; BGH StV 2008, 121.

⁶⁵⁾ BGH StV 2009, 581.

ている⁵⁶⁾。連邦憲法裁判所は、このような判例ルールについて迅速性原則を援用して合憲であると判断しているが⁵⁷⁾、この濫用問題の解決(この点について Rn 126 a)は、説得的ではない——つまり、そのような解決は許されない。なぜなら、この点について、それを妨げるべき特別の規定が存するからである⁵⁸⁾。第1に、刑訴法244条6項のこの点で明白な規定が無視されることになる。同条項は、証拠請求の却下には、裁判所決定が必要であるとしている⁵⁹⁾。第2に、この点で、刑訴法246条に対する潜脱が認められる。同条は、刑訴法では、除斥期間を定めることを禁止している(Rn 438及び446を見よ)。

[453] 事例54の解決：

a) Aの請求は赤毛のアイランド人を尋問するよう求めるものであるが、これは、証拠請求と位置付けることができる。この請求は、刑訴法244条3項～5項、245条の厳格な要件の下でのみ却下することができる。証拠請求は、次の要素を伴っていなければならない。

(1)特定の事実主張

⁵⁶⁾ BGHSt 51, 333 (評釈として *Beulke/Ruhmannseder*, NStZ 2008, 300及び *von Heintschel-Heinegg*, JA 2008, 75); BGHSt 52, 355; BGH NStZ 2010, 161; *Mosbacher*, Miebach-FS, S. 20, 23.

⁵⁷⁾ BVerfG JR 2011, 354 (*Knauer* の評釈付き。他に評釈として *von Heintschel-Heinegg*, JA 2010, 155).

⁵⁸⁾ 結論において同旨の見解として BGH StV 2009, 5; *SK-Frister*, § 246 Rn 5; *Dahs*, StV 2006, 116; *Dutge/Neumann*, HRRS 2010, 34; *Eidam*, JZ 2009, 318; *Fezer*, HRRS 2009, 17; *Fischer*, StV 2010, 423, 428; *Gaede*, NJW 2009, 608; *Gössel*, JR 2006, 128; *Hamm*, Hassemer-FS, S. 1017; *Jahn*, JuS 2009, 372; *Kempf*, StraFo 2010, 316; *M-G*, § 244 69b; *Niemöller*, JR 2010, 332, 334; *Schlothauer*, StraFo 2011, 459, 465; *Thomas*, StV 2010, 428; *Trüg*, StraFo 2010, 139, 145 f; *Witting*, Volk-FS, S. 885; *Wohlert*, Strafrechtsdialog, S. 42.

⁵⁹⁾ それゆえ、BGH StV 2011, 646も、(具体的事案において)決定を要求している。

(2)特定され、刑訴法上認められた証拠

この要件を満たさない請求は、証拠探知請求と位置付けられる。その却下の可能性は、刑訴法244条2項（裁判官の解明義務）によるものとなる。Aは犯行時刻の既に1時間前にディスコを後にしていたとの主張は、ここで要求されている意味での事実主張に当たる。〔しかし、〕証拠が十分特定されているかは問題である。赤毛のアイランド人の身元及び住所は、ここからは認定できない。証人に関する表示は不十分であり、特定の証拠表示が欠けることから、これは証拠探知請求として扱われる。本問で、裁判官の解明義務は、アイランド人を探すことまで要求しない。証拠探知請求は、形式を問わず却下することができる。詳細は Rn 435以下を見よ。

b) 本問では、裁判所はこの証拠請求を当該証拠が全く不適格であるとの理由（244条3項2文）で却下できるかどうかが問題となる。この点は、否定されるべきである。受付係が個別の客を思い出すことなど不可能であるとの論拠は、許されない先取りの証拠評価に当たる。したがって、この請求は認められなければならない。詳細は Rn 444を見よ。

c) 本問で証明されるべき事実は、Aは「あまり飲んでいなかった」ということである。裁判所がアルコール量は既に十分認定されているとの理由でWの尋問を却下したとすると、これにより、裁判所の心証において証明事実とは反対のことが既に証明されているとの印象を生じさせる。刑訴法244条3項2文によると、これは許されない。なぜなら、それは、許されない証拠予断に当たるからである。刑訴法244条3項2文による証拠が無意味であることを理由とする証拠請求の却下も、許されない証拠予断に当たる。したがって、この請求は認められなければならない。請求の認容は、形式を問わず、例えば裁判長が証拠調べを命じるということでもよい。証拠請求を却下する場合のみ、裁判所決定が必要となる（244条6項）。詳細は Rn 443, 452を見よ。

§ 23 証拠使用禁止

事例55： Aは、その妻Eを強く暴行したとして起訴された（刑法223条以下）。Eは、捜査判事の面前で、その証言拒絶権について教示を受けることなく夫の罪を認める供述をしたが、公判では供述を拒絶した。Eの前段階の証言以外に証拠がない場合に、Aを有罪とすることはできるか。〔Rn 484〕

事例56：

a) 警察捜査官は、Aに対し、売春婦Pに麻薬を譲渡したとの疑いを持っている（麻薬法29a条1項2号）。Pは、警察より証人として尋問され、Aから麻薬を購入したと供述した（麻薬法29条により可罰的である）。しかし、Pは、回答拒絶権について教示を受けていなかった。Pは、Aに対する公判で、その回答拒絶権を行使した。Pの警察面前での供述は、Aに対する判決で使用することができるか。

b) その後、Pに対して公訴が提起された。Pがそれ以前にAに対する捜査手続で行った供述は、この段階で、P自身に対する手続で使用することができるか。

c) Pは、初めから自身が被疑者として尋問されたが、その際、刑訴法136条による教示を受けなかった。Pは、警察に対して麻薬の購入を認めた。この供述は、Aに対する手続で使用することができるか。〔Rn 485〕

事例57： Aには、ある女性を殺害したとの嫌疑がかけられていた。決定的な証拠として、Aの日記帳が発見された。Aは、その日記帳に、被害者の女性を見かけたときに生じた、性犯罪又は殺人を犯したいとの欲求を告白していた。この日記帳の記述に基づいて、Aを有罪とすることはできるか。〔Rn 486〕

事例58：Aは、児童を虐待し、殺害したとして追及されていた。Aは、24時間休みなしで取調べが続けられたため疲れ果てて、ついに犯行を認めた。その際、Aは、死体を埋めた場所についても供述した。死体には、Aの指紋が付着していた。その後、Aは、供述を拒絶した。前段階の自白及び死体に付着した指紋は、証拠として使用することができるか。〔Rn 487〕

I. 原則

1. 証拠禁止の機能

[454] 刑訴法に妥当する審問主義（244条2項）は、裁判に重要な事実の包括的な解明を求める。そのために、基本的には、入手可能な全ての証拠が取り調べられなければならない。刑訴法261条で明示された包括的な証拠評価の原則は、この包括的な解明義務と適合するものである。同条によると、刑訴法244条2項により公判で取り調べられる全ての証拠が、証拠評価に取り込まれなければならない⁽¹⁾。しかし他方で、刑訴法では、真実発見のためどんなことをしてもよいとはされていない⁽²⁾。むしろ、真実発見は、基本法により確定された価値秩序に適合したものでなければならない。特に基本法により国家の行為に対して定められた制限は、刑事訴追機関もこれを遵守しなければならない。その際、一義的には、基本法2条1項、20条3項から導かれる、法治国家としての手続を求める権利が考慮されなければならない。その帰結として、審問主義及び包括的な証拠評価の原則には、一定の場合、優越する法益及び利益のために、証拠禁止による例外が認められなければならない。つまり、証拠禁止は、個人の権利を保

(1) LR-*Gollwitzer*, § 261 Rn 56 (文献一覧付き); *M-G*, § 261 Rn 6.

(2) BVerfG JZ 2011, 249, 250; BGHSt 14, 358, 365; 52, 11, 17; *Jahn* StraFo 2011, 117.

護するための制度である。真実探究に対する危険の回避や、特に刑事訴訟追機関への制裁という点は、付随的機能に過ぎない⁽³⁾。

2. 区分

a) 証拠調べの禁止

[455] 証明主題の禁止：これは、一定の事実の解明を禁止するものである。例えば連邦中央登録簿法51条1項により抹消された前科や、刑訴法100c条5項1文により室内盗聴（大盗聴）の範囲で私的生活形成の核心にかかわる情報が得られた場合などである。

証拠の禁止：これは、一定の証拠の使用を禁止するものである。これに対して、当該事実を別の証拠で解明することは、依然として許される。禁止される証拠とは、例えば刑訴法52条、53条、54条、55条、81c条により供述・搜索拒絶権を有する人がその権利を行使している場合の、その人証である。

証拠獲得手段の禁止：これは、一定の証拠獲得手段を禁止するものである。例えば許されない尋問方法の投入禁止がこれに当たる（136a条1項、2項）。

b) 証拠使用禁止

証拠使用禁止は、一定の証明結果を、判決における考慮から除外するものである。

(3) 深めるために *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, 2010; *Amelung*, Prinzipien strafprozessualer Beweisverwertungsverbote, 2011; *Beulke*, StV 1990, 180; *Dallmeyer, J.*, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2002; *Dencker, F.*, Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977; *ders.*, Meyer-Goßner-FS, S. 237; *Fezer*, Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, 1995; *Gössel*, Hanack-FS, S. 277; *Jahn*, Gutachten, C 66; *Jäger, Chr.*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003; *Löffelmann*, Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren, 2008, S. 292; *Popp*, Grundlagen der Fehlerkorrektur im Strafverfahren, 1998; *Weichbrodt*, Der verbotene Beweis im Straf- und Zivilprozess, 2012; *Wolter*, 50 Jahre BGH-Wiss-FG, S. 963.

ある証拠に関して証拠使用禁止が適用される限りで、その効果は包括的であり、他の証拠の援用による潜脱も許されない。例えば警察の面前での被疑者の供述に関して証拠使用禁止が適用される場合には、被疑者がその面前で供述したことについて警察官を証人として尋問することも許されない（派生效果と仮定的な代替的介入という特別の問題について Rn 483を見よ）。

3. 法定の証拠使用禁止

[456] 刑訴法は、一連の証拠使用禁止を定めている：特に刑訴法100 a 条 4 項 2 文と100 c 条 5 項 3 文（通信傍受及び大盗聴に際しての内心にかかわる言葉）、100 d 条 5 項 1 号（大盗聴に際して偶然得られた証拠）、108 条 2 項、3 項、160 a 条 1 項 2 文、2 項 3 文、161 条 2 項、3 項、477 条 2 項 2 文、3 文（特に通信傍受、技術的な補助手段の投入、小盗聴、秘密連絡員の投入などに際して偶然得られた証拠）が挙げられる。刑訴法257 c 条 4 項 3 文は、合意の範囲で得られた自白について、裁判所が後に合意から離脱した場合に、その使用を禁止する。特に重要な証拠使用禁止は、刑訴法136 a 条 3 項 2 文で、**禁止される尋問方法**が投入された場合について定められている。刑訴法69 条 3 項により、それは証人尋問にも適用され、また鑑定人にも類推適用される（Rn 130以下を見よ）。

証拠使用禁止は、刑訴法以外では、例えば連邦中央登録簿法51 条 1 項、公課法393 条 2 項 1 文、破産法97 条 1 項 3 文、旧東独公安局の資料に関する法律 4 条以下、信書・郵便・電気通信の秘密の制限のための法律（G10）7 条 6 項 2 文と結び付く 6 条 2 項 3 文、資金洗浄に対する法律11 条 6 項、重輸送車両に対する高速通行料に関する法律 4 条 2 項、7 条 2 項、基本法13 条 5 項 2 文、拷問等禁止条約15 条に定めがある。

4. 規定のない証拠使用禁止

a) 原則

[457] 一般に、証拠使用禁止は法定されたものに限定されないとされている。しばしば、証拠調べ禁止に対する違反に基づいて、証拠使用禁止まで導かれている。しかし、この帰結は、必然的なものではない。全ての証拠調べに関する瑕疵が、そこで得られた証拠の使用禁止を導くわけではない⁽⁴⁾。逆に、証拠調べが不許容であることが、絶対的にその使用禁止を認めるための条件となるわけでもない。証拠使用禁止は、適法に得られた証拠の使用を妨げることもある。例えば適法な通信傍受から得られた一定の情報の使用が禁止される場合(100 a条, 477条2項)などである。証拠使用禁止が証拠調べ禁止から導かれる場合に、これを、**従属的証拠使用禁止**という。これに対して、証拠調べは適法であり、使用のみ許されないという場合に、これを、**独立的証拠使用禁止**という⁽⁵⁾。

証拠禁止は、——少なくともその多くにおいて——第一義的には、被疑者・被告人に対する**負罪の禁止**である。これに対して、刑事手続では、原則として、重大な手続違反があると批難することで、被疑者・被告人が無実であるという事実を無視することは許されない⁽⁶⁾。

証拠調べ禁止に対する違反はどのような場合に証拠使用禁止をもたらすかという問題について、これまでに、一般的なルールは展開されてこな

(4) BVerfG JZ 2011, 249; BVerfG NJW 2011, 2783 (評釈として *Heintschel-Heinegg*, JA 2011, 871); BGHSt 38, 372, 373. 異なる見解として *Kühne*, Rn 907.4.

(5) *Küpper*, JZ 1990, 416; *Finger*, JA 2006, 529.

(6) *Brandis*, T., Beweisverbote als Belastungsverbote aus der Sicht des Beschuldigten, 2001, S. 305; *Dencker*, F., Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977, S. 73; LR-*Gössel*, Einl. Abschn. L Rn 170; *Roxin/Schäfer/Widmaier*, Strauda-FS, S. 435 (ミュールンタイヒ (水車池) 理論).

かった。

b) 証拠使用禁止を決定付けるための基準

[458] 証拠調べの方法を定めた手続規定が違反された場合には、常に、個別の審査で、得られた証拠は判決発見のため使用できるかが判断されなければならない。その際、いかなる基準によるべきかについて争いがある。

一部の見解は、各々違反された証拠調べに関する規定の保護目的に着目する⁽⁷⁾。

これに対して、利益衡量説によると、個別事案における刑事訴追に向けられた国家の利益と、その権利を擁護すべき市民の個人的権利との衡量がなされるべきであり、その際には、特に犯罪の重大性及び手続違反の程度が重要になるとされる⁽⁸⁾。

また一部の見解では、保護目的説と利益衡量説が、その必要性に応じて相互に組み合わせられている⁽⁹⁾。

Jahn は、利益衡量説を発展させて、憲法上形成される証拠能力説を主張する。これは、刑訴法244条2項を、全ての証拠使用の授權根拠と理解するものである。この見解によると、比例性の検討に当たり、当該証拠の使用が当該証明目的を実現するために適格であるか、必要であるか、そして相互作用論の意味で被疑者・被告人の基本権との関係において相当でもあるかという点が検討される⁽¹⁰⁾。

Amelung は、保護目的を3つの原理にまとめ、そこから使用禁止の3つの形式を

(7) BGHSt 46, 189, 195; KMR-*Paulus*, § 244, Rn 516 ff; *Frisch*, Rudolphi-Symp, S. 182 ff; *Grünwald*, S. 155; *Rudolphi*, MDR 1970, 93, 97 ff.

(8) BVerfG JR 2012, 211, 213 (*Löffelmann* の評釈付き); BGHSt 47, 172, 179; 51, 285; 54, 69, 87; KK-*Nack*, Vor § 94 Rn 9; *M-G*, Einl. Rn 55a; *Rogall*, Hanack-FS, S. 293 (規範的瑕疵結果説)。

(9) BGHSt 46, 189, 195 f. 深めるために LR-*Gössel*, Einl. Abschn. L, Rn 155.

(10) *Jahn*, Gutachten, C 66. 批判的見解として *Beulke*, Jura 2008, 653, 656; *Jäger*, GA 2008, 437; *Rogall*, JZ 2008, 818.

導く：「情報支配権保護」(簡単にいえば秘密を保持する権利)のための禁止、「**真実発見を確保**」するための禁止、「**犯罪に対する国家の法倫理的な正統性**」を維持するための禁止，である。*Amelung*によると，この3つの使用禁止に関する形式は，それらの規定構造，具体的形成，射程範囲において区別される⁽¹⁾。*Amelung*によると，例えば基本法10条など情報支配権保護のための使用禁止は，あらゆる刑事訴追機関に対する法益主体の公法上の防御権・除去請求権に基づく。これに対して，真実発見を確保するための使用禁止について，*Amelung*は，法的聴聞の拒絶に対する帰結として裁判所に向けられたものであり，追完による治癒という場面でその効果を発揮すると説く。*Amelung*は，同じく，違法に得られた情報の使用に対する同意の評価においても区別する。*Amelung*によると，そのような同意は，専ら個人の情報支配権が侵害された場合には，基本的に有効であるが，使用禁止が国家の犯罪が引き起こされたことに対して法倫理的に正当化されない手段を投入することを排除しようとしたときは，無効となる。

私見：刑事手続法の規定に対して違反があった場合（基本的に従属的証拠使用禁止の場合）には，利益衡量説は誤りである。なぜなら，利益衡量は，既に立法者より行われているからである。したがって，使用禁止に該当するかどうかの問題に関しては，**対象となる規定の保護目的**に着目するしかない。これに対して，憲法から導かれる証拠制限に対する違反があった場合（基本的に独立的証拠使用禁止の場合）には，立法者による評価が行われていないため，**利益衡量説**によらなければならない⁽²⁾。

(1) *Amelung*, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, 1990 ; *ders.*, Schlüchter-GS, S. 417 ; *ders.*, Hilger-FG, S. 327. 彼の見解は使用禁止を専ら情報支配権の保護を根拠とするものであるとする誤解に対する反論として *ders.*, JR 2008, 327.

(2) *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657, 663 f ; *Eisenberg*, Rn 370 ; *Sternberg-Lieben*, JZ 1995, 848. 事柄上類似の見解として *Fezer*, 16 Rn 5 ff, 29 ff は，部分的に異なった治癒を認める。また，*Wolter*, in: *Wolter/Riedel/Taupitz*, S. 319も参照。

c) 権利領域説

[459] 一部では、連邦通常裁判所の権利領域説も、一般的な問題解決に向けた試みであると解されている。この見解は、刑訴法55条2項の教示義務に違反がある場合について展開されてきたものであるが、これによると、証拠調べ禁止の違反が上告可能であるかどうか（したがって、結果として証拠の使用可能性の有無）は、「違反が抗告申立人の権利範囲に本質的にかかわるものであるか、又はその者にとって重要ではないもしくは意義を持たないものであるか」という点による⁽¹³⁾。しかし、権利領域説は、当初より強く批判を受け⁽¹⁴⁾、今日では、もはや証拠使用禁止を決定付ける一般的基準として使用されるべきものではない。なぜなら、この見解は、問題の一部しか捕捉するものではないからである⁽¹⁵⁾（特に Rn 464を見よ。事例について *Beulke, Klasurenkurs III, Rn 149*）。もっとも、近時の判例には、権利領域説に同意するものも見られる。例えば被疑者がその弁護人の召喚なく捜査判事の面前で行った供述は、共同被疑者・被告人の有罪判決に際して使用できるとされている⁽¹⁶⁾。

d) 判例より展開されてきた証拠使用禁止の重要な事例群の概観

- 証人に対する教示の懈怠（52条3項1文）
- 被疑者・被告人の家族が公判で証言を拒絶（252条）
- 被疑者・被告人に対する教示の欠如（136条1項2文）
- 刑事訴追の範囲での不許容の録音（100c条）

(13) BGHSt 11, 213, 215（大刑事部）；38, 214, 220.

(14) *Rudolphi*, MDR 1970, 93, 95 ff；*Fezer*, JuS 1978, 325, 327 ff を見よ。

(15) 同旨の見解として BGHSt 42, 73, 77；LG Dresden StV 2012, 331. 深めるために *Neuhaus, Herzberg-FS, S. 879*；*Schwaben, S., Die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverböten*, 2005.

(16) BGHSt 53, 191（評釈として *Gless, NStZ 2010, 98*）.

- 日記帳, 私的な録音
- 不許容の通信傍受 (100 a 条)
- 裁判官留保の違反 (105条, 81 a 条 2 項)⁽¹⁷⁾

5. 異議申立て解決

[460 a] 連邦通常裁判所は, 1992年に, 既に早くから学理上通説とされてきた, 刑訴法136条により絶対的なものとして定められた第1回尋問前の被疑者・被告人に対する教示が懈怠されたときは証拠使用禁止に該当するとの見解を支持した (Rn 117)⁽¹⁸⁾。もっとも, 連邦通常裁判所は, 重要な制限を付している: 連邦通常裁判所は, 教示を行うことなくなされた供述を判決の基礎とすることの禁止を, 被告人がその使用に同意していない, 又は少なくとも明示的に意思を示していなかった場合に限り, 必要であると判断した。確かに, この判決をもって「異議申立て解決」の「誕生」であるということは誤りである⁽¹⁹⁾。しかし, この裁判が, 異議申立て解決及びその普及に——学理における強い反対にもかかわらず——大きな力を与えたことは確かである: 連邦通常裁判所は, それ以後, 次第に, 証拠使用禁止が適用されるために, 被告人が証拠の使用に対し適時に異議を述べていたことを要求するようになった。

すなわち, 被告人は, 弁護人が付いている場合には, 裁判所に対して適時に, 証拠の使用に対して異議を示しておかなければならない。また, 適時の異議申立ての要求は, 被告人に弁護人がいない場合でも, 裁判所が被告人に対して事前に異議申

(17) 全体をよく概観するものとして *Schroth*, JuS 1998, 969; *Rose/Witt*, JA 1998, 400.

(18) BGHSt 38, 214. 概観について *Kuhn*, JA 2010, 891.

(19) 実際に, 異議申立ての要求に言及したものは, ライヒ裁判所の判例まで遡ることができる (RGSt 50, 364, 365; 58, 100, 101)。

立ての可能性について教示していた場合には適用される。その際、異議申立てが適時であるとは、刑訴法257条に示された時間まで、つまり被告人が異議を述べるべき証拠調べの終了直後までの時間をいう。それ以後は、被告人は、何らかの異議申立てによっても、もはや証拠調べに反対することはできない。更に、連邦通常裁判所第1刑事部の見解によると、異議申立ての対象をこの時点までに詳細に理由付けるべき義務まである（「特定された」異議申立て。どの証拠がなぜ使用できないかを理由付けなければならない）²⁰⁾。異議申立て解決は、被告人に証拠の使用可能性に関する処分権が与えられない場合には適用されない。これは、特に禁止される尋問方法の場合に適用される（論拠として136 a条3項2文）。証人が家族であるときに刑訴法52条3項1文による教示がされなかったなど、第三者の権利が侵害された場合も同様である²¹⁾。

異議申立て解決は、正当にも、学理において強い批判を受けている²²⁾：弁護人に裁判所の解明義務・配慮義務を負わせるものである、法的根拠なく非常に重大な手続違反を考慮しないことを導くものである、被告人の公正な手続を求める権利を侵害するものである。しかし、連邦憲法裁判所は、異議申立て解決を合憲であるとした²³⁾。したがって、その運用はなお続けられることであろう。この見解は、刑事訴

²⁰⁾ BGHSt 52, 38 (否定的評釈として *Gaede*, HRRS 2007, 402)。これに従ったものとして OLG Frankfurt StV 2011, 611。正当にもこれを批判する見解として *Bauer*, StV 2011, 635。

²¹⁾ BGHSt 45, 203, 205。

²²⁾ 代表的なものとして *Dahs*, StraFo 1998, 253; *Fahl*, S. 171; *Jahn*, Gutachten, C 109 ff; *Meyer-Mews*, StraFo 2009, 141; *Satzger*, in: *Jahn/Nack*, S. 29; *von Schlieffen*, DAV-FS, S. 801。深めるために *Dudel, B.*, Das Widerspruchserfordernis bei Beweisverwertungsverboten, 1999; *Meiberg, K.*, Zur Widerspruchsabhängigkeit von strafprozessualen Verwertungsverboten, 2003; *Mosbacher*, Rissing-van Saan-FS, S. 357。立法論として同意的解決を支持するものとして連邦弁護士会意見書 (Nr 17/2012); *Kasiske*, NJW-Spezial 2011, 376; *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn 34。

²³⁾ BVerfG JR 2012, 211。

追機関の誤りを「緩和させる」ための確実な手段である。その後、更に論理を転換させて、公判裁判所は、異議申立てがなされない場合に、違法に得られた証拠を判決発見において考慮することが義務付けられるとの見解も、しばしば見られるようになった²⁴⁾。

異議申立て解決の重要な適用領域は、特に証拠使用禁止の次の事例群である²⁵⁾：

- 刑訴法136条1項2文により必要とされる教示の懈怠²⁶⁾ (Rn 117, 150を見よ)
- 刑訴法168c条5項の通知義務に対する違反²⁷⁾ (Rn 122, 156を見よ)
- 隠密捜査官(110a条)(Rn 481a以下を見よ)²⁸⁾又は通信傍受(100a条)²⁹⁾を投入するための命令条件の違反(Rn 475を見よ)
- 刑訴法81a条2項の裁判官留保の不遵守³⁰⁾ (Rn 241, 477を見よ)

II. 証言・回答拒絶権と関連する証拠使用禁止(52条以下, 252条)

1. 証人が家族である場合の証人教示の懈怠(52条3項)

[461] 刑訴法52条～55条(この点についてRn 191以下)は、証人について比較的広い保護を定めており、証人に一定の範囲で証言を拒絶する権利を与えている。この点で、家族に対しては、刑訴法52条1項により、包括

²⁴⁾ OLG Frankfurt NSTz-RR 2011, 46 (批判的評釈として *Kudlich*, JA 2011, 392 u. HRRS 2011, 114)。

²⁵⁾ 詳細な概観を示すものとして *Burhoff*, Hauptverhandlung, Rn 1166d。

²⁶⁾ BGHSt 38, 214; 42, 15, 22。

²⁷⁾ BGHSt 26, 332, 334; BGH NJW 2003, 3142。

²⁸⁾ BGH NSTz-RR 2001, 260。

²⁹⁾ BGH StV 2008, 63。

³⁰⁾ OLG Hamburg NJW 2008, 2597 (否定的評釈として *Prittwitz*, StV 2008, 486); OLG Celle, StV 2011, 82. OLG Hamm NJW 2011, 468; OLG Frankfurt StV 2011, 611 (特別の異議申立てに言及)も見よ。

的な保護が与えられている。例えば配偶者、婚約者、子どもは、その者が唯一の犯行証人であり（特に被害者でもある）、他に証拠がないため被疑者・被告人がそれによって無罪とされなければならない場合でさえ、証言を拒絶することができる。刑法52条3項1文により、証言拒絶権を持つ人に対して、全ての尋問の前に、その権利について教示しなければならない。

刑法52条3項1文による教示義務は、刑法161a条1項2文、163条3項を介して警察及び検察官による証人尋問にも適用されるが、これらの義務に違反があった場合には、規定の保護範囲（「家族の結び付きを寛大に保護すること」⁶¹⁾）からは、そのような手続で得られた供述の使用不能が導かれる⁶²⁾。このことは、例えば証人が誤って「被告人とは家族ではない、又は婚約したものではない」と述べたために、裁判所において証人尋問の時点で被尋問者が被疑者・被告人と家族であることがまだ判明していなかった場合でさえ、妥当する⁶³⁾。婚約関係にあることが意図的に嘘を述べられた場合でも同様であるかは、争いがある⁶⁴⁾。

しかし、証人への教示が怠られた場合の証拠使用禁止は、本質的な制限を受ける：証拠使用禁止は、教示の懈怠が、証人が供述したことにつながったという場合に限られる。証人がその供述拒絶権を知っており、適切な教示がなされていたとしても供述したであろうと認められる場合には、使用禁止には該当しない。なぜなら、この場合、証言は教示の懈怠に基づいたものではなく、したがって、証言に基づいた判決は刑法52条3項に対する違反に依拠したものとはいえないからである⁶⁵⁾。

61) BGHSt 11, 213, 216 (大刑事部)。

62) BGHSt 14, 159, 160. オーストリアの法状況について *Hinterhofer*, S. 284 ff.

63) BGH StV 2002, 3.

64) どちらかといえば否定的な見解として BGHSt 48, 294.

65) BGHSt 38, 214, 225; BGH NStZ-RR 2004, 212.

証人が生前に尋問を受けたがその際に適切な教示が行われず、その後死亡したという場合にも使用禁止が適用されるかは、非常に争いがある。刑訴法52条は証人だけでなく全ての「家族」、したがって被疑者・被告人をも保護する規定であるから、使用禁止は、証人が死亡した場合でも認められなければならない⁶⁶⁾。

刑訴法136条1項2文に違反した場合の証拠使用禁止(Rn 468を見よ)とは異なり、刑訴法252条違反の場合には、判例の見解によっても、弁護人が付いている被告人が公判で証拠の使用に異議を述べていたことを条件とするものではない⁶⁷⁾。

2. 証言拒絶権者(53条)が可罰的となる場合(刑法203条)

[462] 一定の職業群(職務補助者を含む)に関する証言拒絶権(53条, 53 a 条)は、その保護において、家族の証言拒絶権とおおよそ類似する。もっとも、刑訴法53条の場合、同52条3項に相応する教示義務はない。しかし、証人が明らかにその拒絶権を知らない場合には、裁判所の配慮義務からそのような教示義務が導かれることもある⁶⁸⁾。

刑訴法53条により証言拒絶権を与えられる職業上の秘密保持者が刑法203条1項に違反して裁判所の面前で供述した場合には、通説によると、証人自身がこれにより可罰的であるにもかかわらず、その供述は、使用不能とはならない⁶⁹⁾。この結論は、刑法203条1項から導かれる可罰性は証人のリスク領域のみを対象とするので、裁判所の解明義務(244条2項)は制限を受けない、ということから理由付けられている。しかし、この解釈は、

⁶⁶⁾ 同旨の見解として *Peters*, JR 1969, 428 f. 異説として BGHSt 22, 35 ff; *Geppert*, Jura 1988, 305, 310.

⁶⁷⁾ BGHSt 45, 203, 205.

⁶⁸⁾ *M-G*, § 53 Rn 44.

⁶⁹⁾ BGHSt 9, 59; 15, 200, 202; 18, 146, 147; *Hellmann*, Rn 729. 更に *SK-Rogall*, § 53 Rn 20, 211; *Kudlich/Roy*, JA 2003, 569も見よ。

対象者の保護されるべき利益を十分考慮したものではない。刑法53条は全ての関係人の利益において真の信頼関係を保護しようとするものであるが、そのような信頼関係は、保護されるべき対象者が、もし秘密を打ち明けた会話相手が「裏切った」場合に、その者が裁判所の前で聴取されないと期待できるときに限り確立されるものである。したがって、規定の保護範囲からは、供述の実体的違法性は訴訟上のその使用不能性をもたらすということが導かれる⁴⁰⁾。

しかし、判例も、裁判所が、証人に対して意識的又は無意識的に、証人は守秘義務を免除されたとの虚偽の回答を与えていた場合には、証人の供述は使用できないとしている⁴¹⁾。

3. 刑訴法97条1項の差押え禁止に対する違反

[463] 更に、刑訴法97条1項の差押え禁止が挙げられる。同条項は、刑訴法52条、53条、53a条の潜脱を阻止すべき規定である。対象物品が刑訴法97条1項に違反して差し押さえられた場合には、証拠使用禁止に該当する⁴²⁾。

4. 刑訴法55条による回答拒絶権に際しての教示の懈怠

[464] 刑訴法55条1項によると、全ての証人は、その回答により証人自身又はその家族が刑法上（又は秩序違反につき）責任を問われる危険にさらされる場合には、そのような質問に対する回答を拒絶することができる。

⁴⁰⁾ *Beulke*, S. 46 ; *Freund*, GA 1993, 49 ; *Haffke*, GA 1973, 65 ; *Kluszczewski*, Rn 454 ; *Rüping*, Rn 490. *Rössner*, Problem 19も見よ。

⁴¹⁾ BGHSt 42, 73, 76 (評釈として *Welp*, JR 1997, 35)。

⁴²⁾ BGHSt 18, 227, 229 ; OLG München NSTZ 2006, 300 ; OLG Frankfurt/M. NSTZ 2006, 302 ; *KK-Nack*, § 97 Rn 9.

証人は、その点について教示されなければならない(55条2項)。この教示義務は、検察官及び警察にも適用される(161a条1項2文、163条3項)。

この教示義務に違反があった場合について、有力な少数説は、使用禁止を認める。その理由として、刑訴法55条は、葛藤にさらされない、真実に合致した証言に向けた被告人の利益をも保護すべきものであることが挙げられる⁴³⁾。

これに対して、通説は、的確にも、証拠使用禁止を否定する。その理由として、刑訴法55条1項は証人を自己又は近親者に不利となる供述から保護しようとするものであること、つまり教示義務違反によって被告人の権利領域にかかわるものではないことが挙げられる(「権利領域説」Rn 459を見よ。事例は *Beulke*, Klausurenkurs III, Rn 597)⁴⁴⁾。

証人が被疑者・被告人となった場合については、結論は異なる。教示義務に対する違反は、後の証人自身に対する手続において、供述の使用不能をもたらす。なぜなら、刑訴法55条は、まさに証人を刑事訴追から保護しようとするものだからである⁴⁵⁾。もっとも、近時の判例によると、使用禁止は、——刑訴法136条の場合と同じく——被疑者・被告人がその黙秘権を知らず、公判でその使用に異議を申し立てていた場合に限り適用される⁴⁶⁾(いわゆる異議申立て解決について Rn 117, 150, 460 aを見よ)。

⁴³⁾ *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn 48; *Gössel*, § 25 D Vc ua.

⁴⁴⁾ BGHSt 11, 213, 218 (大刑事部); *M-G*, § 55 Rn 17; *Meurer*, § 32 IV 2c.

⁴⁵⁾ *M-G*, § 55 Rn 17; *SK-Rogall*, Vor § 133 Rn 192.

⁴⁶⁾ BGH NZV 2001, 527; OLG Celle NSTZ 2002, 386. 証人への教示を怠ったことによる刑法153条に基づく処罰の可能性について OLG Karlsruhe StV 2003, 505 (*H. Müller* の説得的な否定的評釈付き); OLG Jena NSTZ-RR 2011, 279.

5. 公判での証言拒絶権 (252条)

a) 刑訴法52条～53 a 条

[465] 証人が公判で初めてその証言を拒絶する権利 (52条～53 a 条) を行使した場合には、その証人が公判前の尋問で行った供述は、公判で朗読することができない (252条)。判例及び学説は、刑訴法252条から、前段階で行った供述の使用禁止を導いている。ただし、その範囲については争いがある。判例の見解によると、使用禁止は、警察及び検察官による証人尋問についてのみであり、裁判官による尋問は、(裁判官を証人として尋問することにより) 使用可能とされる⁴⁷⁾ (詳細は Rn 418以下を見よ)。

b) 刑訴法55条

[466] 刑訴法55条により回答拒絶権を与えられる証人が前の手続段階で適切な教示を受けた後に証言をしたが、その後公判において初めて回答拒絶権を行使した場合も刑訴法252条が適用されるかどうかは、非常に争いがある⁴⁸⁾。これは、結論において否定すべきである。なぜなら、刑訴法252条は、証言拒絶権の場合のみ捕捉するのであるが、ここでは回答拒絶権の問題だからである。刑訴法252条を回答拒絶権の場合に類推適用することも、利益状況が相応するものではないことから否定される。刑訴法55条は、証人のみを保護する。証人は、適切に教示を受けていた限りで、その供述により、終局的かつ有効に保護を放棄したのである。ただちに証人自身に対する手続を実施することもできることから、供述は、なおのこと、当初の被疑者・被告人に対する刑事訴訟において、使用できるのでなければならない⁴⁹⁾。証人が警察又は検察官の面前での尋問が終了した直後に刑訴法55条によるその供述拒絶権を

(47) BGHSt 2, 99 ff. *Schroeder/Meindl*, Fall 6, S. 71 ff. は一読の価値がある。

(48) 積極的な見解として *Eisenberg*, Rn 1129; *Geppert*, Jura 1988, 305, 313 など。

(49) 同旨の見解として特に BGHSt 6, 209, 211; 337, 350; BGH NSTz 1998, 46 (*Rengier* の肯定的評釈付き); KK-*Diemer*, § 252 Rn 7; *Dölling*, NSTz 1988, 6, 8 ff.

行使した場合も同様である。それまでに行った供述は、使用可能である⁶⁰⁾。

証拠としての使用は訴訟上どのようにして適切に行うことができるかという問題については、次の点に注意しなければならない：尋問調書の朗読は、原則として、刑訴法250条に照らして否定される。刑訴法251条1項2号の例外規定は適用されない。なぜなら、同条項は、法律上の尋問障害を捕捉しないからである (Rn 414 b 参照)。以上から、前段階に行われた供述の使用は、前段階の尋問官を尋問することによらなければならない⁶¹⁾ (争いがある)。刑訴法251条1項1号、2項3号によると (Rn 414 a を見よ)、全ての手続関係人が同意した場合に限り、朗読が許される⁶²⁾。

Ⅲ. 自己負罪強要からの被疑者・被告人の保護——「ネモ・テネテュール」原則

[467] 被疑者・被告人は自己の罪状立証への協力を強要されてはならないということは、憲法に根拠を持つ、ドイツ刑事手続法の原則である (いわゆる「ネモ・テネテュール原則」)。Rn 125を見よ)⁶³⁾。本原則の基本的な意義から、刑事訴追機関がこれに違反した場合には、証拠使用禁止に該当する⁶⁴⁾。

1. 刑訴法136 a 条

ネモ・テネテュール原則の重要な具体化は、被疑者・被告人の供述の自由である。被疑者・被告人は、事件について供述するか又は拒絶するかの

⁶⁰⁾ BGH NStZ 1998, 312.

⁶¹⁾ BGH NStZ 1996, 96.

⁶²⁾ BGH NJW 2002, 309.

⁶³⁾ BVerfGE 56, 37, 49を見よ。詳細は Rogall, K., Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977.

⁶⁴⁾ BGHSt 38, 214, 218 ff, 220. 個別の事例について SK-Rogall, §§ 133 ff Rn 130 ff; Verrel, S. 119 ff.

選択権を持つ。被疑者・被告人の供述は、暴力によって強要されてはならず、また欺罔によって誘引されてもならない。刑訴法136 a 条1項、3項2文によると、この禁止に対する違反は、証拠使用禁止をもたらす（Rn 142以下を見よ）。

2. 刑訴法136条1項2文による教示の瑕疵

[468] 被疑者・被告人の供述拒絶権はいずれにしてもネモ・テネテュール原則の核心に属するものであり、その教示義務が刑訴法136条1項2文に定められているが、その教示が行われなかった場合に、いかなる帰結をもたらすかは法律上規定されていない。尋問が公判外で行われた限りで、教示の瑕疵は証拠使用禁止をもたらすかどうかについて、長い間争いがあった。この間、判例も、通説を支持するに至った。これによると、全ての尋問に際して、事前に教示がなされなかった場合には、使用禁止に該当する。もっとも、判例の見解によると、この使用禁止は、弁護人が付いている被告人が刑訴法257条に定められた時点までに使用に対して異議を述べていた場合に限り適用される⁶⁵⁾（Rn 117, 150, 460 a を見よ）。

この使用禁止は、「教示を受けなかった者」が第三者に対する手続で証人となる場合には適用されない。なぜなら、その者に対して教示が懈怠されたことは、そこでの被疑者・被告人の権利領域にはかかわらないからである⁶⁶⁾（Rn 459, 464も参照）。

3. 弁護人に関する質問・教示の懈怠

[469] 被疑者・被告人がその最初の尋問の前に、そもそも弁護人を選任

⁶⁵⁾ BGHSt 38, 214, 218.

⁶⁶⁾ BGH StV 1995, 231 (*Dencker* の否定的評釈付き) ; BayObLGSt 1993, 207, 208. 否定的見解として *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn 32 も見よ。

することができる旨を教示されなかった場合には、刑訴法136条1項2文に対するこの違反は、使用禁止に該当する⁵⁷⁾。被疑者・被告人に対し弁護士選任に当たって希望する弁護士についての質問が行われなかった場合も、同様の結論となる。その点で、刑訴法136条1項2文、137条、欧州人権条約6条3項c号、公正手続原則に対する違反が認められる⁵⁸⁾。刑事訴追機関が弁護士との面談に当たりそれを補助すべき義務を有責的に果たさなかった場合も同様である。判例は、これらの使用禁止に際しても、「異議申立て解決」によっている⁵⁹⁾(この点について Rn 117, 150, 460 a を見よ)。

4. 領事関係に関するウィーン条約36条1項b第3文と結び付く刑訴法114b条2項3文による教示の瑕疵

[469 a] 外国籍者は、領事関係に関するウィーン条約36条1項b第3文と結び付く刑訴法114b条2項3文により、身体を拘束された時は遅滞なく、その母国の領事官に通知を求める権利について教示されなければならない⁶⁰⁾(Rn 121 a, 221を見よ)。しかし、当初は国際法上の、そして今では刑訴法にも規定されたこの教示義務に対する違反がいかなる帰結をもたらすものであるかは、それを裁判上主張するための条件と同様に、最近まで、連邦通常裁判所の各部相互で見解が分かれていた。第1部は、証拠使用禁止の可能性について判断を保留していたが⁶¹⁾、第3部及び第5部

⁵⁷⁾ BGHSt 47, 172, 174 (ただし、個別事例で被疑者・被告人が法を知っている場合に例外を認める。評釈として *Beckemper*, JA 2002, 634 及び *Wohlers*, JR 2002, 294); LR-*Gleß*, § 136 Rn 96.

⁵⁸⁾ BGHSt 38, 372, 373; BGH NStZ 2008, 643.

⁵⁹⁾ BGHSt 42, 15, 22; BGH StV 2004, 57. この点についての批判的見解として *Geppert*, Otto-FS, S. 913. 教示問題の概観を知る上で参考になるものとして *Bernsmann*, StraFo 1998, 77; *E. Müller*, Referat 67. DJT, L9, L12 ff.

⁶⁰⁾ BVerfG NJW 2007, 499 (評釈として *Burchard*, JZ 2007, 891); *Kreß*, GA 2007, 396; *T. Walter*, JR 2007, 99.

⁶¹⁾ BGHSt 52, 38, 41.

は、対立する利益の（抽象的な）衡量に基づいて、証拠使用禁止は一般的に排除されるとの結論であった：刑訴法136条1項2文の場合と異なり、ここで問題となっている権利は、弁護を行うための中核的な特別規定ではない⁶²⁾。第5部は、その代わりとして、執行解決の手法で相殺を図っている。すなわち、宣告された刑の一部は既に執行されたものと判示するのである（Rn 26を見よ）。その後、連邦憲法裁判所は、証拠使用禁止はおよそ排除されるというものではないと判示した。むしろ、国際司法裁判所（LaGrand 事件及び Avena 事件）の判例に適切に従うためには、使用可能性は、個別事案の全事情を考慮した利益衡量に基づいて審査されなければならない、とする⁶³⁾。この見解は支持すべきである。これに対して、執行解決は、法治国家性に反するほどの手続遅延が生じた事案に限定されざるを得ない⁶⁴⁾。

第1部より主張された、証拠使用に対する具体的手続違反に特殊な異議申立ての要件（Rn 460 aを見よ）は、その他の部より、いずれにしても教示が後の時点でも行われなかった事案において否定されている⁶⁵⁾。

IV. 内的領域の保護——基本的な使用禁止

1. 連邦憲法裁判所の内的領域説と刑訴法におけるその具体化

[470] 捜査手続の過程で、被疑者・被告人の私的及び内的領域への重大な介入が生じることがある。この点で重要な例として、秘密録音、秘密写真撮影・録画、日記帳の差押えが挙げられる。しかし、人の私的領域は、

⁶²⁾ BGHSt 52, 48, 55 ; 52, 110, 116（評釈として *Deiters*, ZJS 2008, 212）；*Esser*, JR 2008, 271；*Masbacher*, JuS 2008, 688, 691；*Paulus/Müller*, StV 2009, 495；*Schomburg/Schuster*, NStZ 2008, 593；*Weigend*, StV 2008, 39.

⁶³⁾ BVerfG StV 2011, 329. これに依拠したものとして BGH StV 2011, 603. 深めるために *Gless/Peters*, StV 2001, 369, 376；*Meyer-Mews*, StraFo 2012, 7.

⁶⁴⁾ 同旨の見解として BGHSt 52, 110, 118；BGH StV 2011, 603, 606；BGH *wistra* 2011, 386.

⁶⁵⁾ BGHSt 52, 48, 53 ; 52, 110, 113 f；BGH StV 2011, 603, 604.

基本法1条1項と結び付く2条1項により、一般的人格権の一部をなすものとして基本的に保護されている。その際、個人的人格の発展は、3つの領域に区分される。つまり、獲得された証拠の使用可能性は、刑事訴追機関による介入がどの段階に位置付けられるかによる⁶⁶⁾。

第1段階：いわゆる「社会化された領域」(例：仕事場)

第2段階：いわゆる「簡易な私的領域」(例：歩道上での私的な会話)

第3段階：いわゆる「内的領域」(例：自宅寝室での夫婦間の性生活)

第1段階での社会的接触は、特別の保護を受けないが、「簡易な私的領域」(第2段階)の場合には、刑事訴追の利益が私人の保護と衡量されなければならない。これに対して、第3段階では、基本法1条1項と結び付く2条1項が、全ての市民に私的生活形成の不可侵の核心領域を保障する。それは、公権力によるあらゆる介入を妨げるものである。この場合には、国家の刑事訴追利益との利益衡量は、完全に排除される。

[471] このいわゆる領域説又は3段階説の具体化は、相当な困難を伴う⁶⁷⁾。検討の対象は、この間に、刑訴法100a条4項(通信傍受, Rn 254)や100c条5項(大盗聴, Rn 266を見よ)などによって、一部は法的に規定された。これによると、私的生活形成の核心領域に介入することにより得られた情報は、証拠として使用できない。それに当たらず適法に得られた証拠は、そのきっかけとなった手続において、無制限に使用できる。それ以後の手続では、刑訴法477条2項2文の一般条項によると、使用は、仮定的な代替的介入の原則によって可能となる(この点について Rn 233 a)。その特別規定は、例えば大盗聴について定められている(477条2項4文と

⁶⁶⁾ BVerfGE 34, 238, 245 ff; 109, 279 (大盗聴の事案)。

⁶⁷⁾ Wolter, NStZ 1993, 1; Lindemann, JR 2006, 191; Rogall, Fezer-FS, S. 61.

結び付く100 d 条 5 項 1 号)。

これに対して、介入の条件が満たされていなかった場合には、証拠は、法律上明示されていないときでさえ、原則として使用不能である⁶⁸⁾。形式的な条件に対する違反の場合でも、証拠使用禁止が問題となる。この場合も、規定の保護範囲が決定的である。

法律上まだ規定されていない領域では、判例上展開されてきた古い原則がなお妥当する。その際、被疑者・被告人の基本権と刑事司法の利益との衡量が求められるが、特に被疑事実の重さや証拠の不可欠性などは、使用可能とする方向に働き、他方で、対象となる基本権の重要性や具体的介入の重さなどは、使用不能とする方向に働く⁶⁹⁾。

特に、以下の私的・内的領域への介入が重要である。

2. 秘密録音

[472] 刑訴法100 c 条 1 項 (大盗聴) 又は100 f 条 (小盗聴) の基準に従って行われた録音は、そのきっかけとなった手続において、原則として無制約に使用することができる。それ以後の手続に関して、小盗聴の事案では、刑訴法477条 2 項 2 文、3 文の一般規定が適用され、大盗聴の事案では、刑訴法100 d 条 5 項の特別規定が適用される。基本法13条の意味での住居 (例えばクルド人協会事務所) における会話の傍受 (大盗聴、100 c 条) により得られた情報は、小盗聴 (100 f 条) の条件のみに従ったものであった場合には、使用不能となる⁷⁰⁾。また、大盗聴が刑訴法100 d 条 1 項 1 文に違反して国家保護部より命令されたのではなかった場合も、証拠使用禁止

⁶⁸⁾ M-G, § 100c Rn 25参照。

⁶⁹⁾ BGH JR 1994, 430 (Lorenz の評釈付き) は参照。

⁷⁰⁾ BGHSt 42, 372, 377参照。肯定的な見解として Wollweber, NStZ 1997, 351.

に該当する⁷¹⁾。

刑訴法100 c 条 5 項 3 文は、大盗聴の事案に関して、私的生活形成の核心領域に属する発言について使用禁止を定めているが (Rn 266を見よ)、そのような規定は、小盗聴に関しては存在しない。しかし、この核心領域は憲法上不可侵のものであるから、この点で、**独立的証拠使用禁止**に該当する。

BGH NStZ 2012, 277: 自動車内で行われた、刑訴法100 f 条の基準に従って傍受された**独り言**は、憲法上の独立的証拠使用禁止に該当する。なぜなら、それは、相対的にのみ保護される一般的人格権の領域ではなく、絶対的に保護される人格的發展の核心領域に属するものだからである。思想が日記帳に記載されている場合や、第三者との対談の場合と異なり、思想的陳述の内容や、社会的関係性は重要ではない。むしろ、思想的陳述が行われた場所の非公然性と、話された言葉の一時性が決定的である⁷²⁾。

盗聴に際してのその他の証拠使用禁止について Rn 265以下を見よ。

3. 長期間の監視 (163 f 条)

[472 a] 刑訴法163 f 条により長期間の監視について定められた手続的及び実体的条件が遵守されなかった場合の帰結は、全く解明されていない (Rn 232 aを見よ)。少なくとも裁判官留保 (163 f 条 3 項, 1 か月を超える処分の延長=163 f 条 4 項) が意識的に無視された場合には、得られた

⁷¹⁾ *Bludowsky, O.*, Rechtliche Probleme bei der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Zusammenhang mit dem Lauschangriff nach § 100c Abs. 1 Nr 3 StPO, 2002, S. 308参照。

⁷²⁾ BGH (前掲。評釈として *Heintschel-Heinegg*, JA 2012, 395); *Habetha*, ZWH 2012, 165; *Jahn/Geck*, JZ 2012, 561; *Mitsch*, NJW 2012, 1486; *Mosbacher*, JuS 2012, 705; *Warg*, NStZ 2012, 237. また, BGHSt 50, 206 (病室事例) も参照。

証拠の使用不能性が認められるべきである（81 a 条の場合の解決と平行して。Rn 477及び105条1項1文，Rn 258を見よ）⁷³⁾。

4. 日記帳の記述

[473] 日記帳の記述についても，刑事手続における使用可能性は，日記帳記述者の人格的領域の保護と，国家の刑事訴追に向けた利益との衡量から，初めて導かれる。内密的な形式の記述は，しばしば，他者に知られるために書かれたものではないから，大抵は刑事手続において証拠とすることが許されない。他方で，それが「日記帳」であると申告することだけでは，一般的な使用不能を導くためには不十分である。なぜなら，そう解さなければ，濫用されるおそれが生じるからである。むしろ，常に3段階領域説の意味で，内容が内密的基準に達していることが重要である⁷⁴⁾。

BGHSt 19, 325：Aは，虚偽宣誓（偽証）罪で起訴された。犯行証明は，Aの日記帳を援用するのみであった。Aを有罪とすることができるか。

解決：連邦通常裁判所は，的確にも，使用可能性を否定した。日記帳が単なる統計的な記載にとどまらない限りで，それは，私的生活形成の狭い領域に属するものとなる（第2段階）。この場合には，刑事訴追に向けた国家の利益と，自己の秘密領域の保護に向けた基本的に保障されるべき利益との衡量が行われなければならない。その結果，ここでは，行為不法がさほど重要なものではないことに鑑みて，使用可能性を否定させることになる。

BGHSt 34, 397：複数の女性を殺した犯人は，自分の日記帳に，その殺害の欲求を告白していた。差し押さえられたその日記帳は，使用することができるか。

⁷³⁾ 限定的（衡量的解決）として HansOLG Hamburg StV 2007, 628.

⁷⁴⁾ BVerfG StraFo 2008, 421；VerfGH Berlin JR 2010, 339；LG Koblenz NJW 2010, 2227（遺言書の事例）。

解決：殺害欲求に関する記述が私的生活形成の不可侵の核心領域に属するものであるなら、そこから、その使用不能性が導かれることになる⁷⁵⁾。しかし、この記述は、簡易な私的領域に属するというべきである。それゆえ、ここでも、利益衡量に基づき、被疑事実の重大性に鑑みて使用可能性を認めることができる⁷⁶⁾。

5. 写真, フィルム, ビデオ録画

[474] 刑事訴追機関より技術的手段(特にビデオ)を用いて得られた写真, 録画, その他の資料は, そのきっかけとなった手続では, 刑訴法100h条1項に従う(この点について Rn 263以下)。非常に広い介入要件が満たされていない限り, 使用禁止が適用される。

他の手続での記録の使用, 及び他の方法(例えば警察が設置した建物及び公的な場所の治安維持のための防犯カメラ[予防的処分])で得られた資料の使用について, 刑訴法は, (161条2項, 477条2項の特別な事案[この点について Rn 105, 233 b, 233 c]はこの点で適用されない)依然として何ら規定していない。すなわち, 一般原則が妥当する。つまり, この場合も, 私的領域への介入の強さと刑事訴追の利益との間の衡量が重要となる⁷⁷⁾。

⁷⁵⁾ そのような見解として *Lorenz*, GA 1992, 254 ff. また, *Amelung*, NJW 1990, 1753 ff も見よ。

⁷⁶⁾ 前掲 BGH も結論において同旨。BVerfGE 80, 367により確証されている。結論において使用可能性を認めるものとして *Geppert*, JR 1988, 471 ff; *Rogall*, ZStW 103 (1991), 931 Fn 147も見よ。更に BGH NSTZ 2000, 383 (*Jahn* の評釈付き); *Schroeder/Meindl*, Fall 5, Rn 39; *Ellbogen*, NSTZ 2001, 460 も見ておくこと。

⁷⁷⁾ *Kett-Straub*, ZStW 123 (2011), 110, 118 ff; *Seeber*, StraFo 2010, 265 参照。

V. 電話通信傍受（100 a 条以下）

1. 命令条件（列举犯罪，形式的な命令）の欠如

[475] 通信傍受により得られた情報は、監視の**実体的条件**（特に100 a 条）が満たされていない場合には使用できない。具体的には、列举犯罪の容疑が欠けている、補充性が満たされていない、又は刑法148条に反する弁護人と被疑者・被告人との電話通信の傍受であるなどの理由から監視が許されないとする場合である⁷⁸⁾。命令権者には、**実体的条件**の審査に当たり、評価裁量が与えられる。判例の見解によると、使用禁止は、客観的に**恣意性**が認められる場合、又はその判断に著しい瑕疵がある場合に限られる⁷⁹⁾。また、判例の見解によると、監視に関する実体的条件に対する違反は、援用された規定は列举犯罪ではないが、同時に列举犯罪にも該当する他の犯罪の嫌疑も存在し、それが命令を正当化するものであった場合には、治癒されると解されている⁸⁰⁾。〔しかし、〕この見解は疑わしい。なぜなら、仮定的因果性は、慎重な事前審査に置き換えられるものではないからである（Rn 233 a, 483を見よ）⁸¹⁾。

これに対して、刑法100 b 条、101条の**形式的条件**に対する違反は、使用禁止に該当しない。例えば命令が規定の要件（100 b 条2項）に合致していない場合や、刑法101条4項による通知が行われなかった場合である⁸²⁾。しかし、刑法100 b 条

⁷⁸⁾ BGHSt 31, 304, 309 ; 32, 68, 70 ; *Joecks*, StPO § 100a Rn 25 ff.

⁷⁹⁾ BGHSt 41, 30, 34 (批判的評釈として *Bernsmann*, NStZ 1995, 512) ; *Küpper*, JR 1996, 214 ; BGHSt 47, 362, 366 (評釈として *Schlothauer*, StV 2003, 208)。また、*Landau/Sander*, StraFo 1998, 397 (「手続法上の後付け可能性の基準」としている)も参照。

⁸⁰⁾ BGHSt 48, 240 (評釈として *Arloth*, NStZ 2003, 609) ; *Kudlich*, JR 2003, 453.

⁸¹⁾ 批判的見解として *Bernsmann/Sotelsek*, StV 2004, 113 ; *Kinzig*, StV 2004, 560, 565も見よ。

⁸²⁾ *Schlüchter*, Rn 354. [ただし、] BGHSt 31, 304, 308では判断が留保された。

1項による裁判官又は検察官の命令が全く欠けている場合は、結論が異なる。この違反は、証拠使用禁止に該当する⁸³⁾。管轄外の裁判官が裁判した場合も同様である⁸⁴⁾。

通信傍受が不許容であったことを理由とする証拠使用禁止は、判例の見解によると、公判で異議が申し立てられなければならない⁸⁵⁾。このような異議申立て解決は既に一般的に否定されるべきであるが（この点について Rn 117, 150, 460 a, 469）、これに加えて、ここでは基本法10条の観点からも問題である⁸⁶⁾。

2. 偶然入手情報

[476] 刑訴法100 a 条の範囲で特に重要であるのが、いわゆる偶然入手情報である。これは、通信傍受命令の根拠となった犯罪にはかかわらないが、他の犯罪の実行にかかわる情報である。まず、偶然入手情報は、当初の通信傍受が違法に命じられていた場合には、列挙犯罪に関しても使用できない⁸⁷⁾。これに対して、通信傍受が適法であった場合には、刑訴法477条2項2文により、偶然入手情報は、命令の対象となった人に対して、刑訴法100 a 条2項による他の列挙犯罪、又は命令で示された列挙犯罪と関連する非列挙犯罪⁸⁸⁾の証明のためにのみ使用することができる（付加的な特別規定に関して477条2項3文も見よ）。これ以外は、使用禁止に該当する。これ

⁸³⁾ BGHSt 31, 304, 308 f. 異説として LG Mannheim StV 2002, 242 (*Jäger* の的確な批判的評釈付き)。また, OLG Saarbrücken NSTz 1991, 386 (*Krehl* の評釈付き)も参照。

⁸⁴⁾ *Malek/Wohlers*, Rn 446.

⁸⁵⁾ BGHSt 51, 1, 3; BGH StV 2001, 545 (*Ventzke* の批判的評釈付き)。

⁸⁶⁾ *Wollweber*, wistra 2001, 182.

⁸⁷⁾ BGH NSTz 2003, 499.

⁸⁸⁾ OLG Düsseldorf NSTz 2001, 657. 異なる見解として *Kretschmer*, StV 1999, 221.

は、証拠獲得の不許容性に基づくものではない。もっとも、判例の見解によると、発見された痕跡を更に追跡し、そこで他の証拠を入手することを妨げない（いわゆる痕跡的端緒⁸⁹⁾。この解決は、証拠使用禁止の派生効果に関する一般的ルールによると、否定されるべきである⁹⁰⁾ (Rn 482も見よ)。

VI. 身体検査 (81 a 条)

[477] 身体検査が刑法81 a 条の関連する規定に反して実施された場合の法律効果については、近時再び争いがある。これは、特に刑法81 a 条1項2文による血液採取に際して、重要な問題を提起する。

刑法81 a 条に対する違反の例として、例えば血液採取が検察の捜査補助官ではない警察官より命じられた場合、又は採取が医師ではないものによって行われた場合などが挙げられる⁹¹⁾。通説に従い、これらの場合は、証拠使用禁止に該当しないというべきである⁹²⁾。その決定的な理由は、刑法81 a 条は健康上の損害から保護しようとするものであり、上記事例群ではそのような損害のおそれがないからである。例えば、介入が、免許を受けていない医師や看護師により行われた場合などである⁹³⁾。

近時、遅滞の危険がなく、また対象者が任意にその処分に同意していないにもかかわらず、警察官又は検察官が裁判官の命令を求めると血液採取を実施した場合について、特に激しく議論されている（この点の詳

⁸⁹⁾ BGHSt 27, 355, 358; OLG München wistra 2006, 472; LG Landshut NSTz 1999, 635参照。部分的に制限的な見解として OLG Karlsruhe NJW 2004, 2687 (肯定的評釈として *Allgayer*, NSTz 2006, 603); *Kudlich*, JuS 2004, 1019.

⁹⁰⁾ SK-Wolter, § 100a Rn 59; *ders.*, Küper-FS, S. 709.

⁹¹⁾ 他の事例について LR-Dahs, § 81a Rn 74 ff.

⁹²⁾ BGHSt 24, 125, 128; OLG Karlsruhe StV 2005, 376 (*Dallmeyer* の否定的評釈付き); *Fahl*, JuS 2001, 53. 異説として、例えば *Eb. Schmidt*, MDR 1970, 461, 464.

⁹³⁾ *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657, 672も見よ。

細は Rn 241)。連邦憲法裁判所より刑訴法81 a 条 2 項の裁判官留保が強化されたにもかかわらず⁹⁴⁾、刑事裁判所は、従来、衡量説を援用して採取された血液の**基本的に使用可能性**を認めてきた。なぜなら、刑訴法81 a 条に定められた制定法上の裁判官留保は、——住居搜索の場合(105条)とは異なり——憲法上の根拠が欠けるため、法治国家としての最低基準には当たらないからである⁹⁵⁾。それゆえ、公道上の交通安全という高度の利益は、原則として、対象者の身体の不可侵性への最低限度の介入を上回るものとされることになる⁹⁶⁾。検査又は血液採取を命じた者が**意識的に刑訴法81 a 条 2 項に違反していた**場合には、初めて結論が異なる。そのような**客観的な恣意的態度**又はこれと同価値の**著しい法令違背**は、法治国家原理(基本法20条3項)から導かれる「フェア・トライアル」原則に違反する。そのようにして得られた**証拠**は、被告人がその使用に適時に(個別に)異議を申し立てていた場合に〔限り〕、**使用禁止**となる⁹⁷⁾(この点について Rn 460 a)。

裁判所は、このような証拠使用禁止を基礎付け得る重大な違反を、捜査判事の介入義務に関してこの間に確立された判例にもかかわらず、警察が制度的に裁判官留保の潜脱に固執していた場合(「制度上の瑕疵」)に、初めてこれを認める傾向にある⁹⁸⁾。

⁹⁴⁾ BVerfG NJW 2007, 1345.

⁹⁵⁾ BVerfG NJW 2008, 636; BVerfG StraFo 2011, 145; Saarl VerfGH NJW 2010, 2037, 2039 f.

⁹⁶⁾ OLG Bamberg NJW 2009, 2146; KG NStZ 2010, 468; OLG Düsseldorf NZV 2010, 306; LG Itzehoe StV 2008, 457 (評釈として *Mosbacher*, JuS 2009, 124). 深めるために *Weinhold*, SVR 2010, 13.

⁹⁷⁾ BGHSt 24, 125, 131; OLG Köln StV 2012, 6; OLG Nürnberg StV 2010, 624; OLG Dresden JR 2010, 87 (*Pohlmann/Primaczenko* の評釈付き); OLG Celle NJW 2009, 3524; OLG Hamm StV 2009, 459.

⁹⁸⁾ OLG Oldenburg NJW 2009, 3591; SchlHOLG StV 2010, 13.

VII. DNA 型同定検査 (81 g 条)

[477 a] 刑訴法81 g 条の適用における瑕疵も、以後の手續において、分析された DNA 型資料を被疑者・被告人に対して使用することを禁止する可能性がある。そのような使用禁止は、特に DNA 型検査の根拠となった構成要件上の条件が事後に否定されるべきであった場合には、認められなければならない (例えば重大犯罪に該当すること、消極的予測など。Rn 242以下を見よ)。しかし、刑訴法81 g 条に定められた不特定の法律概念の適用に当たっての単なる評価の誤りは、使用禁止を認めるのに十分でない。事実に基礎が、事後的に異なったものとして叙述されるのでなければならない⁹⁹⁾。

VIII. 私人による証拠の違法な入手の帰結

[478] 1. 証拠の収集を規律する刑訴法の規定は、刑事訴追機関にのみ向けられており、私人を対象にはしていない。したがって、私人が違法な形式及び態様、例えば窃盗をしたり、刑訴法136 a 条に該当する事情聴取で得た証拠は、**基本的に使用可能である**¹⁰⁰⁾。

2. しかし、この原則には、幾つかの重要な例外がある：

[479] a) ある証拠は、**私人が明らかに人間の尊厳に反する行為によって得たものである場合には、使用不能である**。例えば殺人被害者の夫が犯

⁹⁹⁾ Eisenberg, Meyer-Goßner-FS, S. 293, 303 ff.

¹⁰⁰⁾ KK-Senge, Vor §48 Rn 52. 異説として Rogall, ZStW 91(1979), 1, 41 f. 全体について Bockemühl, J., Private Ermittlungen im Strafprozeß, 1996; Brunhöber, GA 2010, 571; Godenzi, G., Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, 2008; Hassemer/Matussek, Das Opfer als Verfolger, 1996; Krey, V., Zur Problematik privater Ermittlungen des durch die Straftat Verletzten, 1994.

人に対し拷問して自白を強要した場合である(通説^{①)}。Rn 131も見よ)。

BGHSt 44, 129 : Aは、謀殺罪を理由とする手続において、未決勾留に付された。その同居者Sは占い師として活動していた者であるが、Aに対し、自分には超自然的な力が備わっており、Aが自分に犯行を打ち明けるならば、自分は裁判官に対し軽い判決をさせるよう影響を与えることができるのでたためを言った。複数回の話し合いの中で、時には麻薬も用いられたのであるが、Aは、自分が犯人であると打ち明けた。Sは、——以前にもしてきたのと同様に——自分の行刑執行が有利に取り計られるよう、この情報を捜査官に伝えた。

この事件で、連邦通常裁判所は、的確にも証拠使用禁止を認めた。Sは捜査機関から黙示的にさえ委託されたわけではなかったとしても(委託された場合についてRn 136, 480 aを見よ)、本件では、刑訴法136 a条が類推適用されなければならない。なぜなら、Sが用いた手段(脅し、欺罔、薬物投与)は著しく法治国家性に反しており、人間の尊厳をも害するものだからである^{②)}。

この原則は、近時の判例によると、外国籍の家族による行為(例えば外国諜報機関による拷問)にも適用される^{③)}。

[480] b) 例えば録音や日記帳の盗み見などにより内的領域への介入が

①) *M-G*, § 136a Rn 3; *Brodag*, Rn 263. 異なる見解として *KK-Senge*, Vor § 48 Rn 52; *Mende, B.*, Grenzen privater Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat, 2001, S. 244; *Wöfl*, JA 2001, 504. 否定的見解として *KMR-Lesch*, § 136a Rn 11.

②) 結論において同旨の見解として *Eckhardt, S.*, Private Ermittlungsbeiträge im Rahmen der staatlichen Strafverfolgung, 2009, S. 60 ff; *Fahl*, JA 1999, 102; *Hanack*, JR 1999, 348; *Jahn*, JuS 2000, 441; *Mitsch*, NJW 2008, 2295; *Roxin*, NStZ 1999, 149. 異なる見解として *Lesch*, 3/133. 事例は *Hellmann*, Fallsammlung, Hausarbeit Nr 1, Rn 1 ff.

③) OLG Hamburg NJW 2005, 2327 (Motassadeq 事件). 深めるために *Ambos*, StV 2009, 151, 158; *Barczak*, StV 2012, 182; *Gless*, JR 2008, 317, 325; *Schuster*, Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006, 221.

あった場合も、その介入が捜査機関によるものか又は私人の第三者によるものかは重要ではない¹⁰⁴⁾。刑事手続における使用が許されるかどうかは、連邦憲法裁判所の領域説による¹⁰⁵⁾ (Rn 470も参照)。私人の行為を刑事訴追機関の同じ措置と同等に扱うことは、既に法違反が公判における録音の再生又は日記帳の朗読によって繰り返されるという理由から、正当化される¹⁰⁶⁾。

しかし、証拠の使用は、対象者の私的領域への第三者による介入が正当化される場合には、常に許される。例えば秘密の録音が刑法201条1項の意味で無権限ではなく、この正当化事由が証拠を公判に持ち込む時点でもなお効果を維持しているという場合である¹⁰⁷⁾。私人が脅迫電話を自ら録音したという場合などが、これに当たる。

[480 a] c) ある証拠は、私人が刑事訴追機関の意図的な委託を受けて違法に得たものであった場合、すなわち、刑事訴追機関自身が行ったのであれば証拠禁止に該当するという場合にも使用不能である。通説によると、刑事訴追機関は、被疑者・被告人を保護する刑法及び欧州人権条約の規定を、第三者に、例えば刑訴法136 a条により禁止される方法をもって被疑者・被告人又は証人から供述を得るように委託することで潜脱してはな

¹⁰⁴⁾ BGHSt 14, 358, 359 (録音事例); BGHSt 19, 325, 331 (日記帳事例) 参照。

¹⁰⁵⁾ この点について LG Zweibrücken NJW 2004, 85. Eisenberg, Rn 387 ff も見よ。

¹⁰⁶⁾ 詳細は Wölfl, B., Die Verwertbarkeit heimlicher privater Ton- und Bildaufnahmen im Strafverfahren, 1997, S. 107 ff.

¹⁰⁷⁾ LR-Gleß, § 136 a Rn 12; Beckemper/Wegner, JA 2003, 510; Otto, Kleinknecht-FS, S. 319, 332; Tenckhoff, JR 1981, 255, 258. 部分的に異なる見解として BayObLGSt 1994, 6, 8. また, Gropp, StV 1989, 216, 222; Kramer, NJW 1990, 1760も見よ。

らない⁽⁹⁹⁾。

[481] 「リヒテンシュタイン租税事件」において（及びこれに続く同種事件において）、脱税を理由とする手続におけるデータ資料の使用可能性が問題となった。なぜなら、この事件では、外国で税金を払わずに金銭を蓄えていたドイツ国民についての大量の情報に関して、国家の委託により、その情報が違法に入手されていたからであった。情報提供者は、——ドイツ刑法が適用されるとして——情報の入手（不正競争法17条2項1号、刑法202 a条）及びその交付（不正競争法17条2項2号）により可罰的であった⁽¹⁰⁰⁾。しかし、判例は、この証拠を租税違反（公課法369条以下により可罰的である）の刑事手続の中で使用することを認めた⁽¹⁰¹⁾。この結論は説得的ではない。むしろ、情報提供者である私人の違法行為は、刑事訴追機関に帰属されなければならない。なぜなら、刑事訴追機関は、全ての事情を知りつつそれを購入したからである。刑事訴訟上の証拠収集権限が限定的なシステムであり、証拠収集の目的での金銭支払いは定めがなく、いずれにせよ可罰的行為へのあらゆる関与は禁止される（この間に、明白な一般的入手意思に基づき、買い手である国家側は正犯者への心理的幫助にも該当する）ことを考えるならば、データ資料の使用は否定されなければならない⁽¹⁰²⁾。

(99) EGMR (M. M. v. Niederlande) StV 2004, 1. この点について *Gaede*, StV 2004, 46.; BGHSt 34, 362, 364.

(100) *Spernath*, NSTZ 2010, 307は参照。異説として *Satzger*, Achenbach-FS, S. 447. 事例は *Fahl*, ZJS 2009, 63.

(101) BVerfG JZ 2011, 249 (*Wohlers* の評釈付き); *Heintschel-Heinegg*, JA 2011, 312; *Luncke*, HRRS 2011, 527; LG Bochum NSTZ 2010, 351; LG Düsseldorf wistra 2011, 37; FG Köln ZWH 2011, 33. 肯定的見解として *Erb*, Roxin II-FS, S. 1103; *Kaiser*, NSTZ 2011, 383; *Kelnhöfer/Krug*, StV 2008, 660; *Kölbel*, NSTZ 2008, 241; *Satzger*, I.-Roxin-FS, S. 421. また、*Pawlik*, JZ 2010, 693も見よ。

(102) *Beulke*, Jura 2008, 653, 664; *Gössel*, Puppe-FS, S. 1377; *Hellmann*, Samson-FS, S. 661; *Heine*, Roxin II-FS, S. 1087; *Jahn*, Stöckel-FS, S. 259; ↗

国庫保全上の目的は、違法な手段を治癒するものではない。

企業におけるシステム化された違反行為の露呈及び解明のために、企業内の調査(内部検査)が、国家に属さない機関により実施されることが増えている。中でも、特に企業の従業員らが、企業の法務部門やその委託を受けた弁護士より質問を受けることもある^⑩。従業員らのそれに対する協力は、特に彼らが——特に自分に不利な供述を求められる場合には——制裁から保護されるかどうかにかかっている。それゆえ、企業側は、しばしば、労働法上及び民法上の制裁を広く放棄することが意思表示される(免責プログラム)^⑪。しかし、刑事訴追においてこのような自己負罪供述をどの範囲で援用することができるのかは問題である。的確な見解によると、ネモ・テネテュール原則は、少なくともその陳述が労働法上強制可能な協力義務の履行として行われたものであった場合には、回答した人に対する刑事手続におけるその使用を妨げるものとなる。そうでなければ、被疑者・被告人の刑事訴訟における黙秘権は、著しく無価値なものとなってしま^⑫。従業員がそのような協力義務の存在について欺罔された場合も、同様に証拠使用禁止が適用されなければならない

↘ Kaufmann, JA 2010, 597; Kühne, Roxin II-FS, S. 1268; Ostendorf, ZIS 2010, 301; Pitsch, Ch., Strafprozessuale Beweisverbote, 2009, 341; Schünemann, NStZ 2008, 305; Sieber, NJW 2008, 881; Trüg, StV 2011, 111.

⑩ 深めるために Hamm, NJW 2010, 1332; Ignor, CCZ 2011, 143; Knauer, ZWH 2012, 41 u. 81; Moosmayer in: Moosmayer/Hartwig, S. 1 ff; Ruhmannseder, I.-Roxin-FS, S. 501.

⑪ 深めるために Schwinn/Kahlenberg, CCZ 2012, 81; Göpfert/Dräger/Woyte, ZWH 2012, 132; Weiße in: Moosmayer/Hartwig, S. 58 ff.

⑫ BVerfGE 56, 37, 51 (破産者事件決定); LAG Hamm CCZ 2010, 237; Bittmann/Molkenbur, wistra 2009, 373, 377 f; Knauer/Buhlmann, AnwBl 2010, 387; 390; Momsen, ZIS 2011, 508, 516; Pfordte, DAV-FS, S. 740, 754; I. Roxin, StV 2012, 116, 120. 証拠使用禁止による派生効果を肯定する見解として Böhm, WM 2009, 1923, 1929; Gerst, CCZ 2012, 1; Theile, StV 2011, 381, 385 f. 異説として Wimmer, I.-Roxin-FS, S. 537. また, Schall, Samson-FS, S. 483も見よ。

い(136 a 条類推)¹¹⁵⁾。これに対し、従業員が非国家的な調査の範囲で供述するかどうかを自由に選択できた場合には、その供述は使用可能である。

IX. 隠密的捜査手法が採られた場合の特殊な証拠使用禁止

1. 隠密捜査官, 秘密連絡員, 情報提供者を投入するための一般的条件が欠けている場合

a) 隠密捜査官

[481 a] 隠密捜査官の投入条件は、刑訴法110 a 条以下に定められている。この規定が通信傍受の規定(100 a 条以下)と類似していることから、そこで展開された原則(Rn 475)を隠密捜査官にも転用することが考えられる:

投入の**実体的条件**が欠ける場合、特に列举犯罪についての嫌疑が存在しない場合には、使用禁止が肯定されるべきである¹¹⁶⁾。しかし、判例の見解によると、使用禁止は、——通信傍受の場合と同様に——客観的な恣意性又は支持できない判断であると認められる場合に限られる¹¹⁷⁾。

これに対して、形式的な規定に違反があったのみの場合(例えば110 b 条1項3文の記載要件)には、使用可能性を妨げない¹¹⁸⁾。もっとも、**検察官又は裁判官の同意が全く欠ける場合は、使用禁止に該当する¹¹⁹⁾。**

住居内に隠密捜査官を立ち入らせる場合には、裁判所の関与が必要となるが、こ

¹¹⁵⁾ *Jahn*, StV 2009, 41, 45.

¹¹⁶⁾ AG Koblenz StV 1995, 518; *M-G*, § 110b Rn 11; *Beulke/Rogat*, JR 1996, 520; v. *Stetten, A.*, Beweisverwertung beim Einsatz Verdeckter Ermittler, 1999, S. 179.

¹¹⁷⁾ BGHSt 42, 103, 104 (批判的評釈として *Bernsmann*, NStZ 1997, 250); *WeBlau*, StV 1996, 579.

¹¹⁸⁾ BGH StV 1995, 398.

¹¹⁹⁾ *Pfeiffer*, § 110b Rn 5; *M-G*, § 110b Rn 11. 異なる見解として *Jähnke*, *Odersky-FS*, S. 427, 434 f; *Zaczyk*, StV 1993, 496.

の場合でも、遅滞の危険があるときは、差し当たり検察官の同意で足りる。しかし、裁判所が処分開始から3日以内に同意を示さないときは、処分は終了しなければならない(110b条2項4文)。開始から3日間に関しては、裁判官が後に同意しなかった場合、又は全く同意を求められなかった場合でも、隠密捜査官投入の形式的要件は満たされていた。したがって、開始から3日間に得られた証拠は、原則として使用可能である⁽¹²⁰⁾。

特定の被疑者・被告人に関して隠密捜査官の投入が適法であり、裁判所の同意も得られた場合(110b条2項1文1号)には、必要にその者と関係する他の人に関する介入も捕捉する。その証拠は当該第三者に対する手続において使用できるかどうかは、——仮定的な代替的介入の観点で——その者に対しても隠密捜査官を投入する条件が備わっていたことにかかっている⁽¹²¹⁾。

b) 秘密連絡員、情報提供者、非公然に捜査する警察官

[481b] 秘密連絡員、情報提供者、その他の非公然に捜査する警察官について、これまで、実体的要件に関しても、形式的要件に関しても、特別の法規定はなかった。それゆえ、例えば秘密連絡員が軽微な犯罪の解明のために投入された場合や、隠密捜査官の投入制限が潜脱された場合に、この点で証拠使用禁止がそもそも適用され得るのか、またそれはどの範囲でかという問題は、全く解明されていない。

2. 隠密捜査官を投入した場合の偶然入手情報

[481c] 隠密捜査官について、他の刑事手続に関して、刑訴法477条2項2文、3文から、法律上の証拠使用禁止が導かれる。これによると、原則

(120) BGHSt 41, 64, 66. 肯定的見解として *Beulke/Rogat*, JR 1996, 520; *Rogall*, JZ 1996, 260. 否定的見解として *SK-Wolter*, §100d Rn 6; *WeBlau*, StV 1995, 506.

(121) BGH NStZ 1997, 294.

として、隠密捜査官が入手した個人に関係する情報は、他の刑事手続において、証拠目的としては、いわゆる列举犯罪の解明のために探り出した機会に当該情報が得られたという場合に限り使用することができる。この規定が秘密連絡員投入の場合にも類推して適用できるか、またそうしなければならないかは、なお不明の状況である。

3. 隠密捜査官又は秘密連絡員の具体的解明措置に際しての瑕疵

[481 d] 隠密捜査官や秘密連絡員が投入される場合には、頻繁に利益の衝突が生じる。これは、一方で、そのような者が特に重大な犯罪の解明のために投入されることは一定の範囲で許されるが、他方で、刑事訴追機関は「隠密的な」又は「私人による」尋問手段に切り替えることによって被疑者・被告人又はその家族を保護する規定（特に136条, 136 a条, 52条, 252条）を意図的に潜脱してはならない、ということから生じる。明示の法規定がないため、この点は非常に争いがあり、判例もまだ終局的な解決を示していない。個別的には、特に次の問題領域に分けられる。

a) 刑訴法136条の違反

隠密捜査官及び秘密連絡員が被質問者に自身の公的任務を告げることなく話を聞いた場合は、刑訴法136条と結び付く163 a条4項2文の告知義務に対する違反ではない。本規定に対する直接の違反は、既に隠密捜査官及び秘密連絡員は公的資格を備えた尋問官であることを示しておらず、したがって尋問の要素に欠けることから否定される⁽¹²⁾ (Rn 115を見よ)。彼らが外形上「私人」として振る舞う場合には、被疑者は、初めから自分は不利なことを述べるべきことを義務付けられないと認識している。それゆえ、教示義務を基礎付ける葛藤状況は存在しない。つまり、隠密捜査官及び秘

(12) BGHSt 42, 139, 145 (大刑事部)。異説として、例えば *Müssig*, GA 2004, 87.

密連絡員がその「役割を演じ」、その際彼らに従前実行された犯罪に関する告白がなされた場合には、この情報は使用可能である。当然ながら、この結論は、犯罪実行中の監視にも妥当する。なぜなら、何人も、犯罪に際して監視されないことを求める権利を持つものではないからである。

他方で、刑訴法136条は、意図的に潜脱されてはならない。刑事訴追機関が従前実行された特定の犯罪を解明するために隠密捜査官及び秘密連絡員を容疑者に「接触」させた場合には、そのような意図的な潜脱と認められる。この場合、刑事訴追機関は、隠密捜査官らの行為について、自身の行動と同じく責任を負わなければならない。それゆえ、刑訴法136条の類推適用が可能となる。

「マジョルカ事件」(BGHSt 52, 11より)⁽¹²⁾：Aに対し、マジョルカで15歳の少女を殺害したとの嫌疑がかけられていた。Aは、警察官Pによる事情聴取に際して、明示でその供述拒絶権を行使した。警察は、他に証拠がなかったため、隠密捜査官VをAに接触させた。Vは、他の事件で勾留中のAと偽装された護送車の中で知り合い、勾留期間中たびたびAのもとを訪れ、釈放された後は住居の世話をしやり、Aと親交を持った。Vが特別の信頼関係を示して、殺人事件について本当のことを話すようAに求めたところ、Aは殺人を認めた。

解決：本件では、確かに、尋問には当たらないが、国家は、Vの行為について、自身が行ったのと同様の責任を負わなければならない。なぜなら、国家は、黙秘権を潜脱する目的で意図的に、VをAに接触させたからである。この(スキャンダラスな)措置は、証拠使用禁止に該当せざるを得ない。この結論は、刑訴法136条の類推適用から導かれる。(連邦通常裁判所がそうしたように)ここで付加的にネモ・テ

(12) 全く類似の見解として BGH NStZ 2009, 343 (評釈として *Mosbacher*, JuS 2009, 696, 699); BGHSt 55, 138 (評釈として *Bosch*, JA 2010, 754); *Jahn*, JuS 2010, 832; *Kretschmer*, HRRS 2010, 343; OLG Zweibrücken NStZ 2011, 113 (凍結事件技術)。事例は *Satzger*, Jura 2009, 759, 767.

ナチュラル原則を援用することは不要である。なぜなら、この考え方は、既に刑訴法136条により捕捉されているからである⁽¹²⁾。

b) 刑訴法136 a 条の違反

[481 e] 隠密捜査官及び秘密連絡員に関して、——全く私人として活動する第三者の場合と異なり (Rn 478を見よ) —— 刑訴法136 a 条の規定は、無制限に類推適用されるべきである。その際、公的身分を秘匿するだけではまだ刑訴法136 a 条の意味での欺罔に当たらないことには、注意が必要である (Rn 138を見よ)。それ以上に、国家の委託を受けて活動する隠密捜査官及び秘密連絡員が容疑者に対して強制、欺罔、脅迫などにより供述させることが許されるとなれば、それは法治国家原理に反するものである。

c) 刑訴法52条、252条との衝突

[481 f] 刑訴法252条によると、証言拒絶権を有する証人——特に家族(52条)——は、前段階に行われた尋問において行った供述を公判で取り消す権利を有する (Rn 418以下、465を見よ)。刑訴法252条から導かれる使用禁止も、隠密捜査官及び秘密連絡員の投入によって潜脱されることになってはならない。しかし、これにより、家族らの秘密連絡員に対する告白が、常に使用不能となるわけではない。なぜなら、刑訴法252条は、——136条と同様に——狭義の「尋問」には該当しないため、直接適用できないからである。また、尋問類似の状況も認められない。なぜなら、隠密捜査官及び秘密連絡員に対し家族の不利になることを話した者は、初めからそのような義務を負わないことを認識しているからである。したがって、利

(12) 的確な批判的見解として *Bosch*, JA 2007, 903; *Duttge*, JA 2008, 261; *Verrel*, Puppe-FS, S. 1629. 結論において肯定的見解として *Engländer*, ZIS 2008, 163; *Ostendorf*, Roxin II-FS, S. 1329, 1337 f; *Renzikowski*, JR 2008, 164; *Rogall*, NStZ 2008, 110; *Roxin*, Mieback-FS, S. 41; *Sowada*, Geppert-FS, S. 689. 結論においてどちらかといえば否定的見解として *Mitsch*, Jura 2008, 211. また, LR-*Gless*, § 136a Rn 44も見よ。

益状況の匹敵性が欠けるため、刑訴法252条を包括的に秘密連絡員と家族のやり取りに類推適用することは排除される。また、この場合、大抵は刑訴法136 a 条の意味での欺罔にも当たらない。なぜなら、家族の会話相手は、黙示的にも、自分は秘密連絡員ではないなどと述べているわけではないからである。したがって、家族の秘密連絡員に対する供述は、原則として公判で秘密連絡員を尋問することによって使用することができる⁽¹²⁵⁾。もっとも、連邦憲法裁判所（Sedlmayr 事件）は、傍論ではあるが、秘密連絡員による供述拒絶権を持つ証人への密かな質問は法的根拠なく許されない、これはフェア・トライアル原則に反すると判示した。ただし、そこから証拠使用禁止まで導かれるかどうかについては、判断を留保した⁽¹²⁶⁾。これに対して、国家が家族に対する直接的な質問の代わりに意識的に「私人としての」秘密連絡員又は隠密捜査官を介して「潜脱」を図った場合には、——刑訴法136条の法律状況と同じく——刑訴法252条の類推適用が適切である。証人がそれまでにまだ証言拒絶権を明示で行使していなかった場合でも、そうである⁽¹²⁷⁾。刑訴法52条3項の教示義務を潜脱して第三者に意図的に解明を委託したとすれば、刑事訴追機関は、その第三者の行為を自身のもものとして責任を負わなければならない⁽¹²⁸⁾。

4. その他の騙し聞き事例

[481 g] 近時、判例は、隠密捜査官、秘密連絡員、情報提供者の関与は

(125) BGHSt 40, 211, 216 (Sedlmayr 事件)。結論において肯定的見解として、特に *Gollwitzer*, JR 1995, 473; *Hammer*, Rn 130 f; *Sternberg-Lieben*, JZ 1995, 844. 批判的見解として *Ranft*, Rn 1753; *Widmaier*, StV 1995, 621.

(126) BVerfG NStZ 2000, 489 (*Rogall* の批判的評釈付き); *Lesch*, JR 2000, 334.

(127) 異なる見解として *Arloth*, S. 131.

(128) 結論において同旨の見解として前掲 BGH; *Hilger*, Hanack-FS, S. 215.

ないが、私人である第三者の援助を得たという状況にしばしば取り組んでいる。特に私人である第三者が容疑者に行った会話を、警察が「騙し聞き」するという事例が問題となっている。この場合も、Rn 481 a～481 f で述べた原則を類推して解決すべきである。これによると、国家が第三者を関与させることにより当該の保護規定を意識的に潜脱しようとした場合には、**刑訴法136条、136 a 条、52条、252条の類推適用が認められる。**

BGHSt 42, 139 (大刑事部)：警察官 P は、D に対して銀行強盗の疑いを抱いており、その友人である F に協力を依頼した。F は、その依頼に応じて D に電話をかけ、銀行強盗の話を持ち出した。P は、F の同意を得てその電話会話を聞いていたが、そこで、D は、実際に F に対して全てを打ち明けた。

通信傍受の規定(100 a 条以下)に対する違反を理由とする証拠使用禁止は排除される。なぜなら、F は、会話を聞くことに同意していたからである(詳細は Rn 254 を見よ)。しかし、(F 又は P の尋問による) D の供述の使用について、D は刑訴法 163 a 条 4 項 2 文、136 条による教示を受けていなかったことが、妨げとなる可能性がある。確かに、本規定の直接適用は、公式の尋問に当たらないということから否定される。D が電話で本来人に聞かれたくないことを何か打ち明けた場合には、基本的に自身のリスクによるものである。D は、例えば F が聞いたこと全てを人に話してしまうということから、保護されるものではない。F が自身の主導で第三者に会話を聞かせたという場合も、同様に扱われるべきである。しかし他方で、刑事訴追機関は、刑訴法136条の教示義務を、「私人である」尋問者を介入させることにより意図的に潜脱してはならない。F に具体的な質問事項を託して依頼した場合には、このような許されない潜脱に当たる。それゆえ、刑訴法136条類推により、D の供述は使用不能となる。

本件では、刑訴法136 a 条の類推適用は不要である。なぜなら、電話の会話相手は、他人が聞いていないとして推断的に欺罔されたわけではないからである。これに対して、そのような(推断的な)欺罔を認め、これによっていわゆる「騙し聞き」

を肯定する場合 (Rn 138を見よ), 使用禁止は, 刑訴法136 a 条の類推適用から導くこともできる。これは, 結果として, 会話の使用不能性を変えるものではない。もっとも, この事例の解決は, 非常に争いがある。学理の通説は, 証拠使用禁止を肯定する⁽²⁹⁾。これに対して, 連邦通常裁判所大刑事部 (BGHSt 42, 139, 149) は, 重大な犯罪の解明が求められる場合で, 事実の探求型の捜査手段によっては相当困難であるか又は見込みがないという事案について, 証拠使用禁止を否定した⁽³⁰⁾。

BGH StV 2012, 129: 被告人は, 麻薬法違反で起訴されている。その妻は, 夫に麻薬法31条の恩典を受けさせるために, 警察に対して自発的に, 未決勾留に付されている共同被告人を問い詰めてその会話を密かに録音することを申し出た。管轄裁判所が刑訴法100 f 条により会話の聴取及び録音を命令した後に, 妻は, 拘置所に共同被告人を尋ねた。妻は, 共同被告人に対して, 夫が自分に共同被告人は犯行に際してどのような役割を担ったのかを話してくれたと嘘をついて, その犯行事象について質問し, 秘密にすると約束した。しかし, 妻は, その会話を密かに録音していた。その録音機は, 警察が, 事前に彼女に交付したものであった。

本件も, 刑訴法136条 1 項 2 文の意図的な潜脱であると認め, 諸規定を類推適用し, 証拠使用禁止を肯定することが適切であると思われる⁽³¹⁾。これに対して, 連邦通常裁判所は, ここでも, 共同被告人の供述の使用可能性を認めた。

(29) 特に LR-Gless, § 136a Rn 44; Bernsmann, StV 1997, 116; Bosch, Jura 1998, 236; Dencker, StV 1994, 671; Murmann, StPO, Rn 115; Fezer, NSTZ 1996, 289; Jung, JuS 1994, 618; Renzikowski, JZ 1997, 710; Roxin, NSTZ 1997, 18; WeBlau, ZStW 110 (1998), 1. 同旨の見解として EGMR StV 2004, 1; BGH NSTZ 1996, 200.

(30) 結論において同旨の見解として KMR-Lesch, § 136 Rn 30; Franke, JR 2000, 470; Lesch, 3/113; Popp, NSTZ 1998, 95; Rieß, NSTZ 1996, 505; Seitz, NSTZ 1995, 519.

(31) 同旨の見解として Eisenberg, JR 2011, 409; Roxin, StV 2012, 131; Schumann, JZ 2012, 265; Wolter, ZIS 2012, 238. Knauer, JuS 2012, 711, 715; Mohlstedt, Die verdeckte Befragung des Beschuldigte im Auftrag der Polizei, 2011, S. 101 ff.

▶その他の事例は *Beulke*, Klausurenkurs III, Rn 154.

5. 全体的視点 (フェア・トライアル)

[481 h] 証拠が隠密的な捜査手法により得られた場合について、連邦通常裁判所は、——欧州人権裁判所の判例に依拠して⁽¹³⁰⁾——証拠使用禁止の決定に当たり、公正な手続を求める権利を援用するようになってきた(基本法2条1項と結び付く20条3項; 欧州人権条約6条1項。詳細は Rn 28)。

事例 (BGHSt 53, 294) : モロッコ国籍のAに対して、その愛人Gを嫉妬から殺害したとの嫌疑がかけられていた。Aは、被疑者として尋問を受けた。Aの妻が拘留所に面会に訪れたとき、夫婦に——秘密の会話が確保されると偽装するために——個室の面会室があてがわれ、刑務官の通常の立会いも排除された。その代りに、彼らに知られずに技術的手段を用いて会話を傍受し、モロッコ語の通訳人により隣室で通訳をさせた。Aの弁護士は、公判で、記録された会話の使用に対して異議を申し立てた。その会話で、Aは、妻に、自分が犯人であると告白していた。

解決 : 確かに、本件では、未決勾留に関する小盗聴の要件(100 f 条)は備わり、既にその会話内容からも、私的生活形成の核心領域への侵害も認められない。また、連邦通常裁判所は、ネモ・テネチュール原則も、刑訴法136 a 条の欺罔禁止も、その違反だけで証拠使用禁止を正当化するという程度に違反されたものではないと判断した。しかし、連邦通常裁判所は、——未決勾留における特別の(強制に類似する)状況を考慮し——対象となる被疑者・被告人の法的地位を全体的に見て、機能的な刑事司法の要請との利益衡量において公正な手続の原則に対する違反を認め、——結論において的確にも⁽¹³¹⁾——そこから証拠使用禁止を導き出した。

⁽¹³⁰⁾ EGMR (Allan v. UK), StV 2003, 257 (*Gaede* の評釈付き); EGMR (Bykov v. Russland), JR 2009, 514 (評釈として *Gaede*, JR 2009, 493). *Esser*, 35. Strafverteidigertag, S. 197も見よ。

⁽¹³¹⁾ *Engländer*, JZ 2009, 1179; *Jahn*, JuS 2009, 861; *Kleszczewski*, StV 2010, 462; *Roxin*, Geppert-FS, S. 549; *Zuck*, JR 2010, 17. 批判的見解として *Hauck*, ↗

X. 証拠使用禁止の射程範囲（毒樹の果実の理論）

[482] 1. 今日まで、証拠使用禁止に派生効果が認められるか、すなわち、使用不能の証拠に基づいて得られた（新たな）捜査結果もやはり証拠使用禁止に服するかどうかには、激しい争いがある（例えば被疑者を拷問して取引記録や誘拐被害者の隠し場所をはかせた場合の使用可能性について）⁽¹³⁴⁾。

連邦通常裁判所は、信書・郵便・電気通信の秘密の制限のための法律（G10）7条3項——現行では7条6項と結び付く6条2項——による使用禁止の場合に限り派生効果を認めているが⁽¹³⁵⁾、その他の違反の場合は否定している（いわゆる痕跡的端緒について Rn 476を見よ）⁽¹³⁶⁾。このことは、1つの手続違反が刑事手続全体を麻痺させるものではなく、警察は従前の手続違反がなくても新たな証拠を発見できたかどうかなど誰も確認できるものではない、ということから理由付けられている。

これに対して、有力な反対説は、アメリカ法上の「毒樹の果実の理論」に依拠して、手続違反に基づいて間接的に得られた証拠も使用不能であるとする。そう解さなければ、証拠使用禁止の意義及び目的が意味を持たないものになってしまうからである⁽¹³⁷⁾。

更に、第3の見解は、この問題を、各々の個別事例において、当初の手続違反の重さと追及されるべき犯罪の重さとの衡量によって解決すべきだという⁽¹³⁸⁾。

↘ NStZ 2010, 17; Rogall, HRRS 2010, 289. 事例は Zimmermann, JuS 2011, 629, 634.

⁽¹³⁴⁾ LG Frankfurt StV 2003, 325 (Gaefgen 事件).

⁽¹³⁵⁾ BGHSt 29, 244, 247.

⁽¹³⁶⁾ BVerfG NStZ 2006, 46; BGHSt 27, 355, 358; 32, 68, 71; BGH NJW 2006, 1361.

⁽¹³⁷⁾ 例えば Otto, GA 1970, 289, 294参照。

⁽¹³⁸⁾ LG Frankfurt StV 2003, 325 (批判的評釈として Weigend, StV 2003, 436); KK-Senge, Vor § 48 Rn 45 ff; LR-Gless, § 136a, 75; Hellmann, Rn 484; Maiwald, JuS 1978, 379, 384; Rogall, JZ 1997, 944, 948.

正しくは、第一義的には——すなわち、刑訴法のみから導かれる証拠禁止の場合には——違反された手続規定の保護範囲に着目すべきである。「禁止される証拠」に基づいて得られた間接的な証拠を考慮することにより、大抵は手続違反は更に強くなっていくであろうから、原則として派生効果を認めるべきである。このことは、特に実務にとって重要である、刑訴法136 a 条により禁止される尋問方法の場面对象とする。証拠使用禁止が憲法から導かれるべき場合に初めて、派生効果の問題は、全体的衡量に基づいてのみ回答できるものとなる⁽¹³⁹⁾。

[483] 2. この関係で、「それ自体」違法な証拠の使用が、刑事訴追機関は適法な措置によっても同じ証拠を得ていたはずであるということにより正当化され得るのかどうかということも、議論されている。この仮定的な適法の代替的介入という問題（この点について前述 Rn 233 a も見よ）も、第一義的には（法的に規定された、又は刑訴法から導き出される証拠使用禁止の場合において）、違反された手続規定の保護目的の理論によって解決されるべきである⁽¹⁴⁰⁾。例えば刑訴法136 a 条の場合には、禁止される尋問手法から得られた直接的証拠（例えば拷問により得られた供述）は、仮定的衡量（例えば犯人は拷問がなくても自白していた）によっても正当化されるものではない。これに対して、間接的証拠は、刑事訴追機関が当該証拠を適法な方法によっても発見していたであろうという場合なら、証拠として使用することができる。憲法から証拠制限が導かれる場合には、仮定的な適法の代替的介入の視点は、全体的衡量の一要素となる⁽¹⁴¹⁾。

手続違反の効果遮断は、刑訴法136 a 条により被疑者・被告人、証人、

⁽¹³⁹⁾ 詳細は *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657 ff.

⁽¹⁴⁰⁾ 問題点について OLG Hamm StV 2007, 69; OLG Celle NSTZ 1989, 385; LG Bremen StV 2006, 571.

⁽¹⁴¹⁾ 詳細は *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657 ff; *Jahn*, Gutachten, C 74 ff.

鑑定人の供述が使用不能という場合については、事前に加重的な教示が行われた場合、すなわち、明示的に前段階の供述が使用不能であると教示された場合に限り認められる⁽⁴⁴⁾ (Rn 119, 142を見よ)⁽⁴⁵⁾。

[484] 事例55の解決：Eは、捜査判事より、その証言拒絶権について教示を受けなければならなかった(52条3項1文)。この教示が行われなかった場合は、通説によると、証人が(本問のように)その証言拒絶権について知らなかった限りで、証拠使用禁止に該当する(BGHSt 14, 159, 160)。すなわち、裁判官の尋問調書を朗読することも、また捜査判事を証人として尋問することも許されない。これ以外に証拠がないため、Aは無罪とされなければならない。詳細は Rn 461。

[485] 事例56の解決：

a) Pは、適法にその証言拒絶権(55条)を行使した。それにもかかわらず、Aの有罪判決がPの供述に基づくべき場合には、Pの警察の面前で行った前段階の供述が訴訟上適法に公判に取り込まれる場合に限り可能となる。このような前段階の供述の使用については、2つの方法が考えられる。第1に警察の尋問調書を朗読すること、第2に尋問官を証人として尋問することである。

警察の尋問調書の朗読は、既に刑訴法250条によって否定される。刑訴法251条1項2号の例外規定は、特別の場合に証人自身の尋問を尋問調書の朗読に代えることを許すものであるが、本問では適用されない。なぜな

⁽⁴⁴⁾ LG Frankfurt StV 2003, 325参照。

⁽⁴⁵⁾ 深めるために SK-Rogall, §136a Rn 100 ff; Eisenberg, Rn 403; Fahl, JuS 1996, 1013 ff; Gössel, NStZ 1998, 126; Kelnhofer, E., Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote, 1994; Schröder, S., Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozeß, 1992; Weiler, NStZ 1995, 98.

ら、同条項は、法律上の尋問障害の場合を含むものではないからである(Rn 414 bを見よ)。

尋問官を尋問することによる使用も、刑訴法55条によって妨げられる。本問では、刑訴法55条2項に定められる証人への教示が行われていない。しかし、通説は、いわゆる「権利領域説」に基づいて、被疑者・被告人に対する訴訟において刑訴法55条2項の違反があった場合について、的確にも、証人使用禁止を認めていない。刑訴法55条は、証人を保護するのみであって、被疑者・被告人を保護するものではない。刑訴法252条も、前段階の供述の使用不能をもたらさない。なぜなら、同条は、前段階の証言の遡及的な取消しを、証言拒絶権の場合に限り定めており、回答拒絶権の場合には認めていないからである。したがって、本問では、尋問を担当した警察官を証人として尋問するという方法で、Pの供述を使用することができる。詳細は Rn 464, 466を見よ。

b) P自身が後に起訴された場合には、その前段階の供述は、P自身の刑事訴訟で、証人として使用することができない。刑訴法55条2項による教示が行われなかった点は、刑訴法136条による被疑者・被告人への教示が行われなかった場合と同様に取り扱われるべきである。詳細は Rn 464を見よ。

c) Aに対する手続において、Pの供述は、刑訴法136条による教示が行われなかったにもかかわらず、使用可能である。なぜなら、この教示義務に対する違反は、Aの権利領域にかかわらないからである。詳細は Rn 468を見よ。

[486] 事例57の解決：Aの私的領域への介入の許容性は、連邦憲法裁判所のいわゆる「領域説」によることになる(BVerfGE 34, 238, 245 ff)。本問では、私的生活形成の不可侵の核心領域への介入には当たらず、むしろ、私的領域へのその他の介入である。この場合には、私人の秘密保護の利益

と、刑事訴追の利益とが衡量されなければならない。被疑事実の重さと証拠の決定的な意義とを考えると、日記帳記載部分の使用可能性が肯定されなければならない。詳細は Rn 473を見よ。

[487] 事例58の解決：自白は、禁止される尋問手法によって得られたものであるから（136 a条）、その使用は許されない。判例によると、この証拠使用禁止は派生効果を持たないとされているから、死体及び指紋を証拠として使用することができる。これに対して、本書の見解によると、証拠使用禁止は、間接的に得られた証拠にも及ぶ。つまり、裁判所は、死体及び指紋も犯行証明のために使用することはできない。詳細は Rn 482を見よ。