

論説 将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制 (3)

著者	岩下 雅充
雑誌名	筑波法政
巻	38
ページ	253-269
発行年	2005-03-31
その他のタイトル	<Article> Das Wesen der polizeilichen Tätigkeit für künftige Straftaten und deren Regelung durch das Strafverfahrensrecht (3)
URL	http://hdl.handle.net/2241/00156059

将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制 (3)

岩 下 雅 充

はじめに

第1章 日本における議論の状況

第1節 戦前における考え方とその背景

第2節 現行法のもとで生じた学説の対立

第2章 ドイツにおける警察活動と刑事手続

—— 将来の犯罪に対する警察活動の本質

第1節 ドイツにおける刑事訴訟 (Strafverfolgung)

とは

第2節 立法による警察権限の拡大

第3節 現代の犯罪を視野に入れた警察実務の考え方

(以上、本誌第三十五号)

第4節 情報社会における警察活動の変容と法制度

1 概観

2 前領域における警察活動および警察による
情報活動について

3 さまざまな情報活動の実態

4 国勢調査判決と警察法律の改正案

(以上、本誌第三十七号)

5 刑事訴訟法の改正と警察による情報活動

(以上本号)

第5節 現代型の警察活動に対処するドイツ法理論

第6節 検討とまとめ

第3章 将来の犯罪に対する捜査とは

—— その本質と法的規制のあり方

第4章 将来の犯罪に対する捜査と現行法

おわりに

第2章 ドイツにおける警察活動と刑事手続

—— 将来の犯罪に対する警察活動の本質

(つづき)

第4節 情報社会における警察活動の変容と法制度(つづき)

5 刑事訴訟法の改正と警察による情報活動

本章第2節および本節において説明したとおり、ドイツの各州は、一九七〇年代の末から一九九〇年代の半ばまでの間に、「統一警察法模範草案 (Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes: MEPolG) (本稿(1)および(2)に引き続いて、「模範草案」の語を用いる) ならびに「統一警察法模範草案を改正するための予備案 (Vorentwurf zur Änderung des Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes: VEMEPolG) (本稿(2)に引き続いて、「補正案」の語を用いる) にしたがって警察法律 (Polizeigesetz) を改正した。まず、各州における一連の改正をつうじて、警察法律には処分の法的根拠となる規定がいくつも追加され、警察権限の明文化がすすんだ。さらに、補正案が成立した後の法改正によって、任務規定の法文が改められた。こうして、各州の警察 (Polizei) は、法制度上、任務規定に明記された危険防除 (Gefahrenabwehr) の

任務を遂行するために——もともと、実際のところ、しばしば後の刑事訴追が警察実務のおもなねらいとなっているのであるが——、法定された要件にしたがってさまざまな処分——すなわち、刑事訴追につながる活動としての特徴を十分にそなえているもの——を実施できるようになった。

こうした警察法制度の刷新に対して、刑事訴追 (Strafverfolgung) の任務をめぐる法制度はどのように変わっていったのであろうか。刑事訴追任務をめぐる法改正の流れについては、模範草案の成立に前後する時期と補正案の完成よりも後の時期とに分けて説明していくのがよいであろう。

模範草案の成立に前後して、連邦レヴェルでは、テロ犯罪に対する効果的な刑事規制の実現に向けて、刑事手続に関する法律を改正するための作業が継続してすすめられていた。¹⁰⁾ そして、こうした作業は、実体法の改正とならんで、たび重なる刑事訴訟法の改正にむすびついた。¹¹⁾ くり返された改正のうち、警察法制度との関係でさしあたって注目すべきなのは、一九七八年の改正である。

一九七八年の改正によって、犯罪事実を解明するためのあらゆる捜査権限が明文化された。¹²⁾ このうち、身元確認のために必要な措置 (ドイツ刑事訴訟法第一六三条b・同第一六三条c) は、もともと模範草案の原案にあった規定を刑事訴訟

法の改正案に盛り込んだものである。また、身元確認を目的とした検問所 (Kontrollstelle) の設置 (同第一一条) についても、同じような経緯で規定が新設された。すなわち、原案中の規定はいかなる任務を遂行するために設けられたのが不明確だと指摘されたので、「犯罪を阻止 (verhindern) するために」設置される検問所だけが模範草案中の規定に残され、刑訴法にいう嫌疑がある場合は刑事訴訟法において法定されることになったのである。

このように両規定が警察法から刑訴法に移されたのは、本章第2節において簡単にふれたとおり、連邦及び州内務大臣常設協議会が作業グループによる修正の提案をとり入れたからであった。修正の提案は、模範草案の原案にならった警察法の改正が法体系上許されないものだという結論にもとづいていたが、この結論は、当時の法曹実務家および学説から投げかけられた強い批判をほぼそのまま受け容れたものであった。この批判は、立法権限の分配に関するドイツ基本法の解釈論をめぐって投げかけられた。すなわち、州の立法によって刑事手続上の活動が規制されることは、判例および学説によって構築されてきた解釈論と矛盾するといのであった。こうした批判にしたがって、模範草案は、刑事手続上の活動——あるいは、正確な表現をかりれば、「刑事訴訟法の構造」にあらわれているものの意味での刑事訴追 (Strafverfolgung

将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制 (3) (岩下)

1: S. der Struktur der StPO) —— に関する規定を警察法から除外するとともに、警察法によって捜査権限を補充することが形式上認められないことも確認した。そして、警察法から除外された規定は、一九七八年の改正をつうじて刑事訴訟法の中に新設され、犯罪の嫌疑 (Tatverdacht) がある場合には新設の規定にもとづいて処分が実施できるようになった。もつとも、くわしくは後の検討にゆずるが、実質をみていけばわかるように、刑事訴訟法が改正された後も、捜査において警察法にもとづく権限を——捜査権限の補充といえるかたちで——行使する可能性は否定されなかった。

とはいえ、一九七八年の改正に至る一連の経緯をつうじて明らかにしたのは、立法の形式において刑事訴追任務の範囲を限定する考え方にしたがうということであった。そしてまた、刑事訴追任務を達成するための権限は刑事訴訟法によって定められねばならないということも、明確なかたちで示されたのである。

他方、模範草案の原案に対しては、警察と検察官 (Staatsanwaltschaft) との関係にまつわる批判も投げかけられた。すなわち、警察は、組織法上、もっぱら検察官の委任 (Mandat) にもとづいて刑事訴追任務に關与するものはずなのに、原案における警察は、検察官から独立した刑事訴追機関として位置づけられており、検察官の指揮権限 (Leitungsbefugnis)

が及ばないところで独自に活動できてしまふ——とすれば、こうした立法には賛成できない——というのであった。¹⁰⁾

この批判が模範草案の成立に影響を及ぼしたのか否かは明らかでない。ところが、模範草案が成立へと向かつていた時期には、この批判を無視するかのようになり、警察と検察官とのあらたな関係づくりに向けて刑事訴訟法を改正しようという動きもあつた。すなわち、連邦及び州内務大臣常設協議会は、連邦と各州の司法大臣によって構成される協議会とともに、合同委員会を設置して統一見解づくりにあたらせ、「検察官と警察とのあらたな関係づくりに関する基本方針 (Leitsätze über die Neugestaltung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft und Polizei)」を同委員会に作成させた。¹¹⁾その後、この基本方針にもとづいて、連邦司法省は、刑事訴訟法を改正するための作業に着手し、一九七八年、「検察官と警察との関係に関する法律の予備案 (Vorentwurf eines Gesetzes zum Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei)」をまとめたのである。¹²⁾

この予備案によれば、警察は、検察官による命令がない限り、捜査の方法や範囲をみずから決定できる (ドイツ刑事訴訟法(案)第一六三条第一項第二文) というだけでなく、場合によつて捜査の終結まで事件を検察官に送致しなくてもよいものとされた (同(案)第一六三条 a 第一項)。しかしながら、その後、改正に向けた作業は頓挫し、結局、この予備案はこ

れ以上具体化されないまま棚上げされた。棚上げされた理由は必ずしもはつきりしていないようだが、¹³⁾いづれにしても、これ以後、警察と検察官との関係をめぐつてあらたな立法が提案されることはなかつたのである。¹⁴⁾

以上においては、模範草案の成立に前後する時期を拾い上げたうえで、一九七八年の改正と同年の予備案の棚上げに着目して、刑事訴追任務をめぐる法改正の流れをみてきた。このうち、一九七八年の改正にみられたのは、すでに述べたとおり、立法の形式において刑事訴追任務の範囲を限定する考え方にしたがうという態度であつた。他方、予備案の棚上げにみられたのが、制度上は警察を検察官から独立させずに補助組織として位置づけておくという態度であつた。いづれの態度も、外形としては、ドイツにおいて支配的見解となつている刑事法理論の基本姿勢そのものだといえるであろう。

一九七八年の改正および予備案の棚上げにそれぞれみられた態度は、その後、刑事訴追任務に関する立法の基本姿勢ともなつたのであろうか、それとも、立法の基本姿勢は、後に何らか違つたかたちであらわれたのだろうか。このことは、補正案の完成よりも後の時期にくり返された法改正をみていけば、ある程度までわかるであろう。

ここでさしあたって——結論を多少先どりして述べるこ

とになるかもしれないが——言及しておきたいのは、情報活動の実態とその性質が立法の基本姿勢に大きな影響を与えたということである。そして、一九八〇年代の半ば以後、刑事手続上の情報活動に対する規制が重要な課題となっていくなかで、データの処理および利用を規制の対象とした立法に着眼すると、あるいは、警察法との関連に留意しつつ法改正の成りゆきをみていくと、立法の基本姿勢が判明してくるよ
うに思われるのである。

いずれにしても、ここにいう立法の基本姿勢は、刑事手続任務をめぐる法改正の流れ全体が明らかになった後にくわしく検討されるべきものである。もっとも、本章においては、将来の犯罪に対する警察活動の本質を解明していくのがねらいであるから、さしあたって、近年の法制度に対する評価まで下す必要はないように思われる。他方、情報活動を規制の対象とした法改正は、法的規制のあり方について考えるうえで参考となるような材料をいくつも提供してくれるはずなので、こうした法改正についてのくわしい説明も、本節においてする必要がないものであれば、むしろ後にゆずったほうがよいであろう。それゆえ、本節においては、ひとまず立法の基本姿勢に関してこれ以上立ち入るのをやめ、刑事訴訟法についての説明も必要な範囲にとどめることとしたうえで、引き続き、補正案の完成よりも後の時期における法改正をみ

ていきたい。

本節において簡単ながらすで説明したとおり、連邦憲法裁判所の下した国勢調査判決 (Volkszählungsurteil) は、補正案の成立と警察法律の改正に大きな影響を及ぼした。他方、国勢調査判決の判断は、刑事手続に関する法律の改正をつよく促すものでもあった。

国勢調査判決は、まず、情報技術の進歩した現代社会を人格権の保護と関連づけて検討してから、こうした現代社会においては、個人データ (personenbezogene Daten) の無制限な採取・蓄積・利用・伝達 (Weitergabe) から個人を保護すること、すなわち、情報自己決定権 (Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung) を保障することが欠かせないのだと判示した。そのうえで、同判決は、優越する公共の利益があればこの権利を制限できるという前提のもと、権利の制限には法律上の根拠が必要だと述べた。¹⁶⁸さらに、同判決は、制限の根拠となる法律について論じ、この法律に対する要求として、規範の明確性 (Normenklarheit) という要請に沿ったものであること、制定にあたって比例原則 (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) が考慮されたものであること、ならびに、権利侵害のおそれに対する組織上および手続法上の予防措置 (Vorkehrungen) がとられていることを挙げた。¹⁶⁹

さらに、同判決は、個人データの収集を強制するための立法について、データの使用目的 (Verwendungszweck) を問題にした。すなわち、同判決によれば、この法律においては、データの使用目的が領域を特化しつつ精確に (Bereichsspezifisch und präzise) 定められていなければならない。そのうえで、データの収集はその目的を達成するのに必要な範囲に制限されねばならず、また、データの使用もその目的に限定されていなければならないという。そして、他の目的への流用に対しては、伝達禁止および使用禁止による保護が要求されるだけでなく、データの消去などを義務づけるといった予防措置も欠かせないというのであった。¹⁰⁾

国勢調査判決の後、学説においては、その内容が刑事手続上の活動に対してどのような影響を及ぼすのかについてたびたび議論され、さまざまな見解が唱えられた。これに対して、政府関係者の多くは、同判決の要請を刑事手続上の活動に反映させるべきだと考えていた。このように考えていたのは、一九八〇年代のはじめ頃から組織犯罪 (Organisierte Kriminalität) の仲長が治安上の大きな問題となっていたからであろう。問題がクローズ・アップされるのにもなつて、警察実務は情報活動の実施にいつそう積極的な姿勢をみせていた。すなわち、本節においてすでに説明したとおり、国勢調査判決の頃には、警察による個人情報 (personenbezogene information)

の入手が活発に行われていた。また、警察は、INPOLと呼ばれる電子式データ処理 (elektronische Datenverarbeitung: EDV) のシステム (本稿 (2)) に引き続いて、「EDVシステム」の語を用いる) をつぎつぎと構築し、入手した情報の処理および利用を各種のINPOLにおいてくり返していた。他方、検察も、刑事訴追任務の遂行に役立つ情報活動を次世代の捜査手段として位置づけたうえで、こうした捜査手段が現代における犯罪対策には不可欠だという結論で警察実務と一致していた。そして、とりわけ連邦と各州の司法省は、警察行政を所管する内務省と同じく、情報活動の法的根拠に強い関心を示していたのである。¹¹⁾

国勢調査判決の内容について検討した連邦司法省は、同判決の要請に沿うような刑事訴訟法の改正が必要だという認識にもとづいて、改正案づくりの作業に着手した。一九八六年、さらなる議論のたたき台とするための作業草案がまとめられ、その後、いくつかの補充案を作業草案にとり込んだ後、一九八九年、「刑事手続法を改正および補充するための法律の政府草案 (Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts: StVÄGE 1989)」(以下、「政府草案」の語を用いる) がひとまず完成した。¹²⁾

改正理由によれば、政府草案の目的は、大きく分けると、第一に、隠密捜査官やラスタール検案などに代表される捜査手

段を法定すること、第二に、刑事手続で取り扱われた記録または情報¹¹⁷が別の目的で使用される場合に關して規制すること、第三に、刑事司法の關係機關による個人情報¹¹⁸の処理および利用に關して規制することであつた。

このように、政府草案は、多くの改正を予定するものであつた。そのため、政府草案がまるごと一度に法律となるようなことはなかつた。政府草案中の規定は、それぞれについて立法化の機運が高まつた時に、そのつど必要な限りで改正案に盛り込まれ、その制定をつうじて刑事訴訟法に導入されていった。その後、規定の導入は、二〇〇〇年の改正をもつてほぼすべて終了した。政府關係者の見解によれば、こうして、国勢調査判決からおよそ十七年後、同判決の要請に沿つて刑事訴訟法を刷新しようという動きは、ひとまず終結したといふのであつた。

政府草案は、刑事手続上の情報活動に關する立法の全体像をかなりの程度まで明らかにしたものと考えられよう。さしあつて、刑事訴訟法による規制の特色を知るためには、規制の対象とされた情報活動を政府草案の目的ごとに分類してみていくのがよいであろう。ただし、本節の目的は、法的に説明される危険防除の任務と警察活動の実状とのギャップを確かめるということにあるので、刑事訴訟法による規制の特色を明らかにするのは、さしあつて、ギャップを確か

めるうえで必要な範囲にとどめるのが妥当だと考えられる。そこで、以下においては、もつぱら、捜査手段の法定という第一の目的に關連した改正をみていきたい。

ここにいう第一の目的についていえば、まず、政府草案には、処分の要件を定めた個別の規定が数多く盛り込まれていた¹¹⁹。こうした個別の規定は、刑事手続上のさまざまな情報活動に法律上の根拠を与えようとするものだった。

こうした情報活動の多くは、一九九二年に制定されたいわゆる組織犯罪対策法¹²⁰によつて刑事訴訟法の中に定められた。

すなわち、いわゆるラスタ―検索 (Rasterfindung) に關する規定 (ドイツ刑事訴訟法第九八条 a―同第九八条 c) のほか、技術的手法 (technische Mittel) を秘密裡に使用した処分¹²¹の実施 (同第一〇〇条 c・同第一〇〇条 d)、隠密捜査官 (Verdeckte Ermittler) の投入 (同第一一〇条 a―同第一一〇条 e)、警察による監視 (polizeiliche Beobachtung) の実施 (同第一六三条 e) などにも關しても、それぞれ規定が新設された。また、長期にわたる観察 (längfristige Observation) を許す規定 (同第一六三条 f) は、一九九九年刑事手続改正法¹²² (以下、「一九九九年改正法」の語を用いる) と呼ばれる二〇〇〇年の改正によつてあらたに設けられた。そのほかにも、政府草案には盛り込まれていなかったが、一九九八年には、住居内

での会話の傍受および録音を許す規定(同第一〇〇条c—同第一〇〇条f)が新設された。

一連の改正によって追加された個別の規定を警察法制度と比較してみればすぐに気づくことであろうが、こうしてあらたに定められた情報活動はいずれも、補正案において規制の対象となったものである。また、異論のないことであるが、いずれの情報活動も、——結論においては警察法と同じように——もっぱら、処分の要件を定めた個別の規定にしたがってのみ行うことが許される。それゆえ、このように処分の法的根拠となる個別の規定は、特別な根拠規定だといわれている。刑事訴訟法における特別な根拠規定は、基本権に対する侵害の程度が高い処分について、権限の行使を明文でとくに許したものだ¹⁰⁶という。特別な根拠規定に関するこうした理解は、すでに政府草案において示されていて、主として、国勢調査判決¹⁰⁷という情報自己決定権の侵害を念頭に置いたものであった。

個別の規定と対置されて論じられるのが、いわゆる概括的条項(General Klausel)である。刑事訴訟法の概括的条項については、政府草案の中に、警察および検察官をそれぞれ名宛人とした規定が用意されていた。ところが、その後、規制の内容をめぐる意見の対立から改正案として提出されるまでに

時間を要し、結局、一九九九年改正法によって、ようやく現行の概括的条項が刑事訴訟法の中に設けられたのである。

改正されたドイツ刑事訴訟法第一六一条第一項によれば、「第一六〇条第一項ないし同第三項に掲げられた目的を達するため、検察官は、法律上の他の規定がとくに規制していない限り、すべての官庁に照会して報告を要求すること、ならびに、あらゆる種類の捜査をみずから行うことまたは警察署および警察官に行わせることについて権限を有する」。他方、同第一六三条第一項第二文として、同第一文にいう目的を「達するために、警察署および警察官は、……法律上の他の規定がとくに規制していない限り、あらゆる種類の捜査をみずから行うことについて権限を有する」という法文が追加された。これらふたつの概括的条項は、基本権侵害の程度が比較的低い処分を実施するための法的根拠だ¹⁰⁸という。これに対して、改正される以前の同第一六一一条および同第一六三条は、判例および支配的見解によれば、任務規範(Aufgaben norm)としても¹⁰⁹もっぱら任務を付与する規定だと理解されていたのである。

こうして、警察および検察官は、一九九九年改正法によってはじめ、処分の法的根拠を概括的条項に求めることが可能となったのだが、すでに政府草案の成立に至る経緯からもうかがい知れるように、この概括的条項が法的根拠としての

機能を十分に發揮するのは情報活動の場面だと考えられている。そのひとつは、捜査において個人情報を使用する場面だが、とりわけ、警察法との関連においてくわしく検討すべきなのは、使用される個人情報も警察法にもとづく活動から得られたという場合であろう。すなわち、たとえば、危険防除のために蓄積されている個人情報も刑事追迫のために利用するような場合である。この場合には、危険防除任務も刑事訴訟任務もともに同一の目的を追求しているのだと理解するのであればともかく、そうでなければ、当初の目的とは別の目的で個人情報を使用することになる。

こうした使用の形態、すなわち、使用目的の変更(Umwandlung) —あるいは転用(Entfremdung) —は、警察法にもとづく活動から得られた個人情報を対象としたものであるとき、必ずしも無制限に許されるものではない。使用目的の変更に対する規制は、刑事訴訟法において明文化されている。そのひとつは、一九九九年改正法によって追加されたドイツ刑事訴訟法第一六一条第二項である。同項は、技術的手法を秘密裡に使用した処分のうち住居内を対象としたものについて、使用目的の変更を制限している。すなわち、同項によれば、住居内を対象とした処分が隠密捜査官などの安全を確保するためであったとき、その過程で採取された個人情報は、比例原則を考慮しつつ法定された手続にしたがった

場合に限って、刑事手続における証明のために使用することが許される。¹⁰¹

しかしながら、住居内を対象とした処分と使用目的の変更に関しては、基本法との関係で特別な規制が設けられたというのにすぎない。その他一般に行われている使用目的の変更は、刑事訴訟法上、制限されていない。すなわち、一九九九年改正法が制定されるまでの経緯¹⁰²からもわかるように、警察法にもとづく活動から得られた個人情報も刑事手続において使用することは、国勢調査判決¹⁰³という情報自己決定権の侵害だとはつきり評価できるものか否かにかかわらず、同第一六一条第一項にしたがつてひろく許されるようになる。

もっとも、一九九九年改正法がこのように使用目的の変更をひろく許そうとするのは、判例の考え方にならうたからだといわれる。すなわち、くわしくは後の検討にゆずるが、連邦通常裁判所の判例からは、使用目的の変更は何らかの制限を加えようという意図¹⁰⁴がうかがえず、むしろ、判例に対する理解の仕方によっては、効果的な犯罪対策という観点から使用目的の変更におよそ制限を加えるべきでないという見解も引き出せたのである。¹⁰⁵

以上においては、政府草案にはじまる法改正のうち第一の目的すなわち捜査手段の法定がどのように実現されてきたの

かを概観しながら、あらたな規定の特徴を警察法制度と関連する範囲でみてきた。さしあたって明らかにしたのは、警察法にもとづく活動から得られた個人情報をも刑事訴訟のためにひろく活用できるということである。少なくとも、法律の規定をみる限り、危険防除の任務を遂行するために行われる処分は、刑事訴訟につながる活動としての意義を減殺されることがほとんどないであろう。警察活動の実状、すなわち、刑事訴訟にいう嫌疑のない段階で得た情報を捜査において十分活用できるという実際の状況は、刑事訴訟法によって追認されているものと考えてよいのではないだろうか。

(4) に続く)

- (152) 立法化に向けた政府および議会与党の動きについては、当時の連邦司法大臣であるフォーゲルがくわしく紹介している。H.-J. Vogel, *Staatverfahrensrecht und Terrorismus — eine Bilanz*, NJW 1978, S.1217 ff.
- (153) テロ犯罪に対する刑事規制のために制定された当時の立法のうち、おもなものとして挙げられるのは、「刑事手続法の刷新のための第一次法律を補充するための法律 (Gesetz zur Ergänzung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts v. 20.12.1974 (BGBl. I, S.3686))」¹⁾「刑法定典、刑事訴訟法典、裁判所構成法、連邦弁護士法及び行刑法を改正するための法律 (Gesetz zur Änderung des StGB, der

SPO, des GVG, der Bundesrechtsanwaltsordnung und des Strafvollzugsgesetz v. 18.8.1976 (BGBl. I, S.2181))」²⁾「裁判所構成法施行法の改正のための法律 (Gesetz zur Änderung des EGVG v. 30.9.1977 (BGBl. I, S.1877))」³⁾「刑事訴訟法典の改正のための法律 (Gesetz zur Änderung der SPO v. 14.4.1978 (BGBl. I, S.497))」⁴⁾である。[S. zunächst H.-J. Rudolph: Die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus, JA 1979, S.4.]。なお、最後に挙げた法律が、本稿にいう一九七八年の改正である。

(154) Rudolph, oben FußNr.153, S.1ff.; Vogel, oben FußNr.152, S.1226ff. 一九七八年の改正についてくわしくふれた日本の文献として、神山敏雄「西ドイツにおけるテロ事件対策としての刑事訴訟法の改正」ジュリスト六六七号(一九七八)九九頁以下、川崎英明「西ドイツ警察の動向——「統一警察法模範草案」をめぐる」ジュリスト七三三号(一九八二)〈前掲注62〉六一—六三頁以下など。

(155) H.-J. Kurth, Identitätsfeststellung, Einrichtung von Kontrollstellen und Gebäudedurchsuchung nach neuem Recht, NJW 1979, S.1377ff.; Vogel, oben FußNr.152, S.1227.

(156) 模範草案第八條第二項によれば、警察の任務を遂行するための権限は、警察法律以外の法令によって付与されていない場合に限り、模範草案の原案よりも前に公表された一九七五年案においてすでに設けられていた(一九七五年案第九條第二項) (なお、模範草案の一九七五年案を紹介しつつその全文を和訳したものととして、中森喜彦「西ドイツ一九七五年統一警察法模範草案」法学論叢一〇〇巻五・六号(一九七五)三四—頁以下)。他方、一九七五年案においては、

S.212)。

- (10) Vgl. dazu Riegel, oben FußNr.63, S.15. なお、リーゲルは、作業グループの一員として模範草案の成立に深く関与した者であるが、立法権限にまつわる批判に理由があるものと認めため、修正の提案を提出することにしたのである。Riegel, ebenda.

- (11) R.Regel, Neue Aspekte des polizeilichen Befugnisrechts zur Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, JR 1981 (oben FußNr.54), S.231; ders., NJW 1979, oben FußNr.54, S.147.

- (12) 一例として、ドイツ刑事法第一六三条b)にしたがった身元確認が挙げられる。すなわち、同条によれば、犯罪の嫌疑を受けていない者(Verdächtige)に対する身元確認は、嫌疑を受けた者(Verdächtige)に対する身元確認よりも限定された要件のもとでしか許されていない。しかしながら、前者に対する身元確認も、手入れに関する警察法上の規定を根拠とすれば、後者に対する身元確認と同じ要件のもとで行うことができるという。Vgl. in dieser Richtung F.Greer, Strafprozessuale Personidentifizierung — Juristische und kriminologische Probleme der Paragraphen 81b, 163b, 163c StPO, JurJ 1986, S.17; s. auch Riegel, oben FußNr.63, S.15f.; W.Steinke, Die Rechtmäßigkeit von polizeilichen Fahndungsmaßnahmen unter Berücksichtigung des Datenschutzes, DVBl 1980, S.437.

- (13) Grienig, oben FußNr.156, S.61ff.; Schwam, oben FußNr.159, S.256f. 批判の論拠は、捜査における両者の関係が歴史的に形成されてきたつとにあった。すなわち、刑事訴訟任務は、憲法にいう裁判権(Recht sprechende Gewalt)から導き出されるものであり、権力分立の観点から憲法によって検察官にゆだねられたものであるから、立

法によつて警察に付与することは憲法の原理と調和しないという。

Dazu mit weit. Nachw. Grienig, ebenda.

- (14) S. zu Einzelheiten H.-J.Ulich, Das Verhältnis Staatsanwalt—Polizei, ZRP 1977, S.159ff. 基本方針の「その1 (Leitsatz 1)」によれば、警察と検察官は、刑事訴訟において、ともに組織法上独立した機関として活動しつつ、情報システムの相互アクセスなどをつうじて密接に協同すべきものだという。

- (15) W.Geisler, Stellung und Funktion der Staatsanwaltschaft im heutigen deutschen Strafverfahren, ZStW 1981, S.1115f.; H.Rüping, Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei, ZStW 1983 (oben FußNr.38), S.898. 予備案についてくわしくふれた日本の文献として、高田昭正「西ドイツの犯罪捜査——一九七四年改正後の捜査構造について」法律時報五四卷二一号(一九八二)一三四—一三五頁。

- (16) 予備案が棚上げされた理由については、たとえば、つぎのような推測がある。すなわち、本来ならば、基本方針にしたがって、警察のもつ情報システムに検察官もアクセスできるような環境が整えられねばならなかったにもかかわらず、警察の側にはそうした環境を整備する姿勢がほとんどみられなかったため、結局は相互アクセスが実現しなかったからだろうというのである(H.C.Schaefer, Zur Entwicklung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft-Polizei, in: Festschrift für E.-W.Hanack (Hrsg. v. U.Ebert et al., 1999) (oben FußNr.99), S.192)。⁹なお、本稿注(14)を参照。

- (17) Schaefer, oben FußNr.166, S.191; Löwer/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar (Hrsg. v. P.Rieß, 24., neubearb. Aufl.), 25.Lfg. (1989) (oben

FußNf.39). (Abk.: LR-25). Vor § 158 RdnF.38 [Rie6].

(88) BVerfGE 65, 1 (43f.). なお、国勢調査判決のくわしい内容については、おしなほこの本稿注(15)に掲げた各文獻を参照。

(89) BVerfGE 65, 1 (44).

(90) Zum Verwendungszweck BVerfGE 65, 1 (46).

(91) 当時のおまねな見解については、刑訴法理論における情報自己決定権とこの問題を検討するうえでなされたほうがわかりやすいので、後の検討にゆずることにしたい。なお、国勢調査判決の影響が及ぶのは限定された範囲だけだと理解していた立場が、——長い目でみれば——法的明確性や法的安定性という観点から情報活動の一部には法律上の根拠が必要だという見解 (LR-25, § 163 RdnF.44 [Rie6]) や、科学技術の発展した現代社会においては自動化されたデータ処理 (automatische Datenverarbeitung: ADV) に対する規制という場面で同判決の要請が無視できないという見解 (K.Rogall, Moderne Fahndungsmethoden im Lichte gewandelten Grundrechtsverständnisses, GA 1985 (oben FußNf.121), S.13f.; ders., Informationsengriff und Gesetzvorbehalt im Strafprozessrecht, ZStW 1991, S.928; Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (Bearb. v. H.-J.Rudolph et al.), 10. Aufbau/Erg.-Lfg. (Stand: April 1994), Vor § 94 RdnF.45 [Rudolph]) を指すことだ。

(92) たとえば、隠密捜査官 (Verdeckte Ermittler) の投入については、一九八五年、司法大臣協議会と連邦及び州内務大臣常設協議会によって設置されていた合同委員会の中で、国勢調査判決の要請に沿った明確な法的根拠を刑事訴訟法に設けるべきだという提案が示されていた。また、州司法大臣協議会も、この提案にしたがった改

正案の作成にとりかかるよう連邦司法大臣および連邦内務大臣に求めた。Bericht: 56. Konferenz der Justizminister und -senatoren v. 25. 26./9.1985. DRIZ 1985, S.473; K.Rogall, Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren, JZ 1987, S.848.

(93) 一九八六年の作業草案 (Arbeitsentwurf 1986 = Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Regelung der rechtlichen Grundlagen für Fahndungsmaßnahmen, Fahndungsmittel und für die Akteninsicht im Strafverfahren v. 31.7.1986) に関しつは、Sicherheit durch Gesetz? (Hrsg. v. H.P.Bull. 1987) (oben FußNf.151), S.235ff. に条文および理由書が掲載されている。

(94) たとえば、一九八七年の補充案や一九八八年の補充案などが挙げられる (Vgl. dazu S.Hilgendorf-Schmidt, Über den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts, wistra 1989, S.208ff.)。なお、一九八七年の補充案には、「刑事手続で取り扱われた情報を将来の刑事手続のために蓄積せよ」という規定が盛り込まれていた (Vgl. zu Einzelheiten W.Burghard, Es ist soweit: Die Novellierung der Strafprozessordnung, Kriminalistik 1988, S.58f.)。

(95) 政府草案の完成に関する一連の経緯については、Hilgendorf-Schmidt, oben FußNf.174, S.208ff.; J.Wolter, Freiheitsrecht — zugleich vorbeugende Strafenbekämpfung, und Verfassungsschutz — zugleich Besprechung des Entwurfs eines StVdG 1988 —, StV 1989, S.358ff.; G. Strauß, Annexion des Strafverfahrens durch die Polizei, Strafverfahrensänderungsgesetz 1989 — Vorstellung und Kritik, ZRP 1990, S.143ff. を参照。

(176) 政府草案は、所管の行政機関によって承認される以前の段階にあった参事官案 [Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts: StVÄGE 1988] とほぼ同じ内容であり、改正理由も参事官案の段階で公表されていた。参事官案の全文および理由書は「Dokumentation — Entwurf eines Strafverfahrensänderungsgesetzes 1988, StV 1989, S.172ff.」に掲載されている。また、参事官案の和訳を掲載した日本の文献として、浅田和茂「刑事手続における個人情報情報の利用——ドイツ刑事訴訟法一部改正草案の場合——」高田卓爾博士古稀祝賀記念論文集刊行委員会編『高田卓爾博士古稀祝賀——刑事訴訟の現代的動向』(一九九二)三二五頁以下〔浅田和茂「科学捜査と刑事鑑定」(一九九四)五四頁以下に所収〕。

- (177) つつにおさむは、「使用〔Verwendung〕」とさす語を連邦データ保護法 [Bundesdatenschutzgesetz v. 20.12.1990 (BGBl. I, S.2954); BDSG] 第三条第五項にさう使用の意味で用いている。同項にさう使用とは、個人情報報の取り扱ひ〔Umgang〕のうち、処理〔Verarbeitung〕および利用〔Nutzung〕を合わせて意味する〔Vgl. dazu Gola/Schönems, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar (v. P.Gola u. R.Schönems, 7. völlig neubearb. Aufl. 2002) (oben FußNr.126), §3 Rdnr.41〕。本稿においては、ドイツ法に関して記述する限り、以下使用という語を連邦データ保護法にいう意味で用いる。なお、情報活動の態様をあらわす語の意味については、本稿注〔126〕を参照。
- (178) H.Hilger, Zum Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999), 2.Teil: NSZ 2001, S.19.
- (179) なお、これらの捜査手段について解説しつつ政府草案を紹介した

日本の文献として、白川靖浩「ドイツにおける刑事手続の諸問題 (一)」『警察学論集四六卷九号』(一九九三)二三四頁以下、同「(二)」『警察学論集四六卷一〇号』(一九九三)二三五頁以下、同「(三)」『警察学論集四六卷一一号』(一九九三)二三五頁以下、同「(四)」『警察学論集四七卷一號』(一九九四)二二三頁以下、同「(五)」『警察学論集四七卷二號』(一九九四)二四〇頁以下、同「(六・定)」『警察学論集四七卷四号』(一九九四)二二六頁以下を参照。

(180) 組織犯罪対策法すなわち「不法な薬物取引及び組織犯罪のその他の現象形態を撲滅するための法律〔Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität v. 15.7.1992 (BGBl. I, S.1302); OrgKG〕については、制定に関する一連の経緯を概観しつつ改正の内容をくわしく紹介した文献として、M.Mährenschniger, Das OrgKG — eine Übersicht nach ähnlichen Materialien, Teil 1: wistra 1992, S.281ff., Teil 2: wistra 1992, S.326ff.; H.Hilger, Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG, 1.Teil: NSZ 1992, S.457ff., 2.Teil: NSZ 1992, S.523ff.

(181) 組織犯罪対策法の由来は、連邦参議院において一九九〇年に可決した改正案であるが、この改正案は、バイエルン州およびバーデン・ヴュルテムブルク州の主導によって作成されたものであった。両州の政府は、薬物犯罪に対する刑事規制の強化を緊急の課題としていたため、いくつかの捜査手段を一九八九年の政府草案から抜き出して、これらに関する規定を一九九〇年の改正案として一本化したのであった〔Vgl. dazu BR-Dt. 74/90, S.17f.; P.Caesar, Das Gesetz gegen die Organisierte Kriminalität — eine unendliche Geschichte?, ZRP 1991, S.241ff.〕。

(182) 組織犯罪対策法においては、技術的手法を秘密裡に使用した処分として、①写真撮影またはビデオ撮影（ドイツ刑法第110条c第1項第1号a）、②これら以外の（sonstig）特別な技術的手法——たとえば、位置測定用発信器や暗視装置など——によって対象者の行動を観察すること（同項第1号b）、および、③住居外で非公開に（nichtöffentlich）交わされた会話の傍受および録音（同項第2号）の三類型だけが定められていた。住居内での会話の傍受および視覚による住居内の監視は、それらが住居外から通常うかがい知りえないものを対象にしている限り、三類型に含まれない。

(183) 組織犯罪対策法の立法過程においては、隠密捜査官の面前で交わされた会話に限って住居内であっても傍受できるという規定——すなわち、(kleiner Lauschangriff)と呼ばれる処分に関する規定——が盛り込まれていたが、こうした規定は途中で削除された〔BT-Dr. 12/889, S.39f.; Hilger, NSZ 1992, 1. Teil, oben FußN.180, S.462〕。

ここにおいて注目すべきなのは、削除された規定の中で隠密捜査官の安全を確保するための傍受が許されたことである。この傍受について定めた条文は、安全の確保を目的とするのであれば警察法によって規制されるべきだという理由で削除された〔BT-Dr. 12/889, S.58; V. Krey/E. Haubrich, Zeigenschutz, Rasterfahndung, Lauschangriff, Verdeckte Ermittler, JR 1992, S.314〕。

(184) 「刑事手続法を改正および補充するための法律——一九九九年刑事手続改正法（Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts — Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 v. 2.8.2000 (BGBl. I, S.1253); StVÄG 1999）」に「じつぱち」が用いられて、制定に関する二連の経緯を概観しつつ改正の内容をくわしく紹介した文献とし

て、H.Hilger, Zum Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999), 1. Teil, NSZ 2000, S.561ff., 2. Teil, oben FußN.178, S.15ff.; K. Brodersen, Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1999, NJW 2000, S.2536ff.を参照。また、浅田和茂「刑事手続における個人情報の収集と利用——ドイツ一九九九年刑事手続改正法の場合——」光藤景皎先生古稀祝賀論文集編集委員会編『光藤景皎先生古稀祝賀論文集上巻』（二〇〇一）四九頁以下は、改正された条文を和訳するとともに、制定直後にみられた学説の反応を紹介しながら、改正の内容について検討している。

(185) ドイツ刑法第110条c第1項第3号という住居内での会話の傍受および録音に関連して、警察法制度に目を向けると、警察法律の模範とされる補正案の第八条c第2項第2号には、「データ採取の特別な形態として、「技術的手法を秘密裡に使用すること」が挙げられている。この処分は、重大な法益に対する現在の危険を排除するために不可欠だというとき、住居内での会話を傍受する手段として実施できるだけでなく、住居内を監視する手段としても実施できる（同条第3項）。なお、一九九八年に制定された「組織犯罪対策を改善するための法律（Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität v. 4.5.1998 (BGBl. I, S.845)）」に「じつぱち」改正の内容をくわしく紹介した文献として、J.Meyer/W.Hetzer, Neue Gesetze gegen die Organisierte Kriminalität, NJW 1998, S.1017ff. など。また、制定に関する二連の経緯をくわしく説明した日本の文献としては、山名京子「ドイツにおけるいわゆる大規模盗聴について」井戸田侃ほか編『竹澤哲夫先生古稀祝賀記念論文集——誤判の防止と救済』（一九九八）一七七頁以下。

将来の犯罪に対する捜査の本質とその規制（3）（岩下）

- (187) BT-Dr. 14/1484, S.23; s. auch Dokumentation, oben FußNr.176, S.173; M-G, § 161 RdNr.1.
- (188) Hilger, 1.Teil, oben FußNr.184, S.564; Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (bearb. v. H.-J. Rudolphi et al.), 27. Aufbau-Lfg. (Stand: August 2002) (Abk.: SK-27), § 161 RdNr.10 [Wohlers], M-G, § 161 RdNr.1.
- (189) Dokumentation, oben FußNr.176, S.172. *「おてんこ」* 政府草案の理由書は、すべての情報活動に「おてんこ」情報自己決定権の侵害という観点から個別の規定が必要だと述べているわけではない。すなわち、理由書は、国勢調査判決の要請を考慮すれば、EDVシステムに支えられたラスタール検索のようにも「おてんこ」情報自己決定権の侵害が問題となる処分のみならず、伝統的な捜査手段についても明確な法的根拠を設けるべきだと「おてんこ」Dokumentation, ebenda.
- (190) Hilger, 1.Teil, oben FußNr.184, S.564; W. Benke, Strafprozessrecht (5., neubearb. Aufl., 2001) (oben FußNr.41), RdNr.104; Karlsruhe Kommentar zur Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz (hrsg. v. G. Pfeiffer, 5., neubearb. Aufl., 2003), § 161 RdNr.1 [Wachel].
- (191) Hilger, 1.Teil, oben FußNr.184, S.563; s. ferner LR-25, § 160 RdNr.3 [Rieß], K. Peters, Strafprozess (4., neubearb. u. erw. Aufl., 1985) (oben FußNr.38), S.417; C. Roxin, Strafverfahrensrecht (25., völlig neubearb. Aufl., 1998), S.56. *「おてんこ」* 支配的見解に対しては「たとえは」しほはしは論拠とされるライヒ最高裁判所の判例については正しく理解しつづけないことを指摘しつつ「おてんこ」改正前のドイツ刑法第一六三条について「おてんこ」く検討したうえで同条を権限規範 (Belugnis-
- norm) だと解釈する見解がある。S. Prieske, Die Zulässigkeit nicht spezialgesetzlich geregelter Ermittlungsmethoden im Strafverfahren (1997), S.91ff., 103f.
- (192) *「おてんこ」* 警察に「おてんこ」は、概括的条項を法的根拠とした処分は、検察官が捜査を要請しない命令した場合 (ドイツ刑法第一六一条第一項第一文) ならびに初動 (Erster Zugriff) として捜査する場合 (同第一六三条第一項第二文) に実施される。SK-27, § 163 RdNr.11 [Wohlers], M-G, § 161 RdNr.11.
- (193) そのほか、住居内を対象とした処分が警察法にもとづいて行われた場合について、処分の過程で得られた個人情報、ドイツ刑法第一一〇条と第一項第三号に列挙された犯罪を解明するためであれば、とくに制限なく使用できる (同第一一〇条第一項第二項)。
- (194) ドイツ刑法第一六一条第二項は、もともと、住居内を対象とした処分についてだけ使用目的の変更を制限するような規定ではなかった。すなわち、一九九九年改正法の原案となった一九九六年の改正案においては、ラスタール検索、住居外で非公開に交わされた会話の傍受および録音、隠密捜査官の投人に関しても、警察法にもとづく活動から得られた個人情報を刑事手続において使用できる範囲が制限されていた [vgl. dazu K.H. Schnarr, Die Verwendung priventer erhobener Daten zu repressiven Zwecken, StraFo 1998, S.218]。また、政府草案においても、一九九六年の改正案とほぼ同一の制限が定められていた。しかしながら、一九九九年改正法の制定に至る審議の中で、判例の立場にならって規制はすべきでないという理由から、「おてんこ」した制限に関する規定は削除された [BT-Dr 14/2595, S.26f.; BT-Dr 14/2886, S.3; BT-Dr 14/3525, S.2; s. auch Hilger, 1.Teil, oben Fuß-

- Nr.184, S.563; Brodersen, oben FußNf.184, S.2358; SK-27, § 163 RdNr.51 [Wohlers]〕⁵⁷⁾ 各等、淺田・前掲注(四)五二頁を参照。
- (四) Vgl. zunächst Scharr, oben FußNf.193, S.218f.; W Jaeger, Vorfelddermittlungen und Datenwidmung im Spannungsfeld von Polizeirecht, Strafverfahrensrecht und nachrichtendienstlicher Befugnissen, Teil 2; der Kriminalist 1996, S.377f.
- (五) Vgl. dazu R.Herfendehl, Die Ermittlungsenalklausel der Paragraphen 161 und 163 StPO: Segen oder Fluch?, StV 2001, S.704f.; SK-27, § 163 RdNr.51f. [Wohlers].

(筑波大学大学院人文社会科学部研究科担当準研究員)