

ドイツにおける秘密保護法制と 報道関係者の憲法上の権利(一)

——刑法353b条にいう「職務上の秘密」の侵害に基づく、
報道関係者に対する搜索・差押えの
適法性の問題を中心として——

杉原周治

1. はじめに
 - 1.1 ドイツにおける秘密保護法制の概要
 - 1.2 秘密保護と報道の自由の衝突
 - 1.3 本稿の目的と論証方法
2. 刑法353b条の内実と搜索・差押えの根拠
 - 2.1 刑法353b条の法的構造
 - 2.2 刑法353b条1項にいう行為の主体
 - 2.3 刑法353b条1項にいう「秘密」の概念
 - 2.4 刑法353b条の合憲性
 - 2.5 搜索および差押えの要件と法的根拠
 - 2.6 小括
3. 報道関係者が「職務上の秘密」の侵害に加担した事例
 - 3.1 「Quick」事件
 - 3.2 「Marktintern」事件
 - 3.3 「Monitor」事件
 - 3.4 「Stuttgarter Zeitung」事件
 - 3.5 「Weser-Kurier, Bremer Nachrichten, taz, Weser-Report und Radio Bremen」事件
 - 3.6 ZDF事件
 - 3.7 「Wolfsburger Allgemeine Zeitung」事件
 - 3.8 「Cicero」事件
 - 3.9 「Dresdner Morgenpost」事件
 - 3.10 小括(以上、本号)
4. 「職務上の秘密」の侵害に基づく搜索・差押えの適法性をめぐる裁判所の立場

- 4.1 捜索令状の適法性
 - 4.2 捜索・差押命令の「終了」と訴えの利益
 - 4.3 通信履歴データの引き渡しに対する権利主張が遅れた場合における権利保護の必要性
 - 4.4 刑事訴訟法100g条1項にいう「重大な犯罪行為」と職務上の秘密の侵害
 - 4.5 通信履歴データの取得命令の適法性
 - 4.6 職務上の秘密の侵害に基づく捜索・差押命令とプレス自由
 - 4.7 小括
5. むすびにかえて(以上、愛知県立大学大学院国際文化研究科論集16号)

1. はじめに

1.1 ドイツにおける秘密保護法制の概要

ドイツにおける秘密保護法制、とりわけ国の安全や外交などの重要な国家秘密の保護の制度については、我が国でも従来から多くの研究がなされてきた¹⁾。それによれば、ドイツの現行の秘密保護法制の中心に置かれているのは、①刑法典の各則第二章「反逆罪および対外的安全に対する危害行為の罪」(第93条以下)に規定される国家秘密保護、および②刑法353b条にいう職務上の守秘義務違反であり、それに加えて③刑法以外の法制として、保安審査法に基づく保安審査(Sicherheitsüberprüfung)があるという²⁾。以下、それぞれの制度について概観しておく。

(1) 刑法93条以下にいう国家秘密保護

刑法典各則第二章が扱うのは「国家秘密」(Staatsgeheimnis)である。ここでいう国家秘密とは、「限定された範囲の者のみに入手可能で、ドイツ連邦共和国の対外的安全に対して重大な不利益を及ぼす危険を回避するため、外国の勢力(fremde Macht)に対して秘密にしておかなければならない事実、物または情報をいう」(93条1項)³⁾。そして、刑法93条以下で規定される国家秘密侵害罪には、主として、①反逆罪(94条)、②国家秘密の漏示罪(95条)、③反逆罪を行うためのまたは国家秘密の漏示のための探知行為の罪(96条)、④過失による国家秘密の漏示罪(97条)、⑤秘密情報員活動の処罰(98条、99条)、等が含まれる。

(a) 反逆罪

このうち、反逆罪（Landesverrat）の構成要件につき、刑法94条1項は、国家秘密を、外国の勢力もしくはその仲介者に知らせ（1号）、または、その他、ドイツ連邦共和国に不利益を与えもしくは外国の勢力に利益を与えるために無権限の者に得させ、もしくは公表し（2号）、これによってドイツ連邦共和国の対外的安全に対して重大な不利益を及ぼす危険を生じさせること、とする。すなわち、ドイツに不利益を与える意図をもって、反逆的に国家秘密を漏示した者は、反逆罪として処罰されることになる。

(b) 国家秘密漏示罪

刑法94条の反逆罪が、ドイツ連邦共和国に不利益を与えもしくは外国の勢力に利益を与えるために国家秘密を漏示する行為を処罰の対象とするのに対して、刑法95条にいう国家秘密の漏示罪は、そのような意図がなくとも、国家秘密を無権限の者に得させ、もしくは公表し、これによってドイツ連邦共和国の対外的安全に対して重大な不利益を及ぼす危険を生じさせた者を処罰の対象とする。

(c) 国家秘密の漏示のための探知行為の罪

刑法94条にいう反逆罪を行うために国家秘密を入手した者と（96条1項）、刑法95条にいう国家秘密の漏示罪を行うために国家秘密を入手した者は（96条2項）、1年以上10年以下の自由刑に処せられる。

(d) 過失による国家秘密の漏示罪

刑法95条の国家秘密漏示罪に関連して、そのような漏示を過失によって行った者も処罰される（97条）。

(e) 秘密情報員活動の処罰

外国の勢力のために、国家秘密の獲得または通報に向けられた活動を行うことは、「反逆のための秘密情報員活動」（Landesverräterische Agententätigkeit）として処罰される（98条）。さらに、国家秘密の諜報でなくとも、外国の勢力の諜報機関のために、ドイツ連邦共和国に対して、事実、物、情報の通報または提供に向けられた諜報活動を行うことは、「諜報機関の秘密情報員活動」（Geheimdienstliche Agententätigkeit）として処罰される（99条）。

(2) 刑法353b条にいう職務上の守秘義務違反

上述の「国家秘密」に関する規定に対して、刑法353b条は、公務担当

者等に対する職務上の守秘義務違反を定めている。同条項にいう「秘密」は、後述のように、刑法93条にいう国家秘密の概念よりも広い概念であり、「限定された範囲の者のみに入手可能」(93条)な秘密である必要はなく、秘密保持の必要性が存するあらゆる物および事実が含まれる⁴⁾。さらに、刑法93条以下の場合には「ドイツ連邦共和国の対外的安全に対して重大な不利益を及ぼす危険」が存することが要件となるが、同353b条は、単に「重要な公の利益に対する危険」としている。

(3) 保安審査法に基づく保安審査

さらに、1994年に制定された保安審査法 (Sicherheitsüberprüfungsgesetz (SÜG)) は、国家秘密に携わる者に対する「保安審査」について定めている⁵⁾。それによれば、「安全性が侵害され易い活動」(sicherheitsempfindliche Tätigkeit) の任務を任される人に対して、①簡易保安審査、②拡大保安審査、③保安調査を伴う拡大保安審査という程度の異なる三段階の保安審査が実施される(7条)。ここでいう秘密は「秘匿物件」(VS: Verschußsachen) とみなされ、その程度に応じて「極秘」(STRENG GEHEIM)、「秘」(GEHEIM)、「関係者限定」(VS-VERTRAULICH)、「公務限定」(VS-NUR FÜR DEN DIENSTGEBRAUCH) の4種類に分類される(4条)。そして「安全性が侵害され易い活動」には、この秘匿物件に接触し、または調達する活動等が含まれる(1条2項)。

1.2 秘密保護と報道の自由の衝突

さらに、国家の安全を保護するために国家秘密の漏示を禁じる場合、このことは、守秘義務の問題だけでなく、当然に表現の自由とりわけ報道の自由ないし放送の自由との調整の問題を引き起こす。この点につきドイツでは、秘密保護法制の問題に関連して、①国家の重要な秘密を入手し公表した報道関係者が処罰されるのか否か、また②そのような秘密の漏示に加担した報道関係者に対する家宅捜索および報道資料の差押えが、どのような要件の下で許されるのかという問題についても、判例・学説において従来から激しく議論がなされてきた⁶⁾。

このうち①の問題につき、ドイツでは既にワイマール期において、当該報道が国家の安全を脅かすものとみなされて反逆罪または「文書による反逆罪」(„Publizistischer Landesverrat“)に問われた事件が数多く生じ、こう

した事件を介して秘密保護法制と表現の自由の問題に関する議論がなされてきた。その後、第二次大戦後の西ドイツにおいても、1962年に起こった「シュピーゲル事件」⁷⁾や、1963年の後述する「ペッチ事件」といった「文書による反逆罪」訴訟のなかで、国家秘密と報道の自由の衝突が問題とされた。もっとも、刑法93条以下にいう反逆罪ないし国家秘密漏示罪は、上述のようにその要件が極めて厳格なこともあり、さらにこれらの規定はもともと東側とりわけドイツ民主共和国による諜報に対抗するために規定されたものであったため⁸⁾、現在の国家秘密保護の制度の中心に位置づけられているのは、刑法353b条にいう公務員等に対する職務上の守秘義務違反罪である。実際に、刑法353b条の適用範囲が広いことから、同条項は、後述のように多くの事件で適用されてきた。ただし、後述する「Cicero」事件をきっかけとして、2012年に、プレス自由を強化するために刑法353b条が改正され、取材源を秘匿するための証言拒絶権を認められた報道関係者が同条項にいう罪を幫助した場合でも、その行為が秘密の「受領・評価・公表」とどまる限り違法とはならないとされ（刑法353b条3a項の挿入）、立法上一定の解決がなされた。

こうした刑法353b条の適用に伴い、公務員による職務上の秘密漏示の問題と並んで、職務上の守秘義務違反に報道関係者が加担した場合に捜査当局による家宅捜索および報道資料差押えが許されるか否か、またどのような要件の下で許されるのかという問題も、判例・学説において激しく争われてきた（上述の②の問題）。その中で最も著名な事件が、「Cicero」事件である。本件は、イスラム・テロに関する連邦刑事局の報告書が月刊評論誌『Cicero』によって暴露されたために同雑誌の編集部および記者の自宅の捜索と報道資料の差押え等がなされた事件であるが、連邦憲法裁判所は、2007年2月27日の判決において、当該捜索・差押命令の合憲性を審査し、結論として、取材源を割り出すための家宅捜索および編集資料の差押えはプレス自由（基本法5条1項）を侵害し、違憲であると判断した。

1.3 本稿の目的と論証方法

もっとも、刑法353b条に基づく報道関係者の捜索・差押えの適法性の問題は、「Cicero」事件にいうプレス自由の観点からの問題のみにとどまるものではない。この問題は、従来から、多くの具体的事件のなかで様々な論点をめぐって、判例・学説において激しく議論がなされてきたのであ

る。ただし、こうした刑法353b条に関する判例・学説の議論は、その他のドイツの秘密保護法制をめぐる問題に比し、最近の「Cicero」事件や2012年の法改正をめぐる問題を除けば、我が国ではこれまであまり紹介や検討がなされてこなかったといえる。しかしながら、ドイツにおける現行の秘密保護法制を理解するうえでも、刑法353b条をめぐる従来のドイツの判例・学説の議論を把握することは不可欠なことであると思われる。

そこで本稿は、ドイツの秘密保護法制をめぐる論点のうち、刑法353b条にいう「職務上の秘密」の保護と報道関係者の基本権の衝突の問題、とりわけ職務上の秘密漏示に基づく報道関係者に対する捜索・差押えの適法性の問題を取り上げ、この問題をめぐるドイツのこれまでの判例・学説の議論を明らかとすることにした。具体的には、まず、①刑法353b条の内実および職務上の秘密侵害を理由とする捜索・差押えの根拠について概観したのち、②同条項にいう「職務上の秘密」の侵害に報道関係者が加担した具体的事例を取り上げて、これを分析するとともに、③最後に、秘密を公表した報道関係者に対してなされた捜査当局による家宅捜索・差押えの合憲性が争われた裁判所の判例を取り上げ、検討を加えることにしたい。

2. 刑法353b条の内実と捜索・差押えの根拠

本章では、刑法353b条の内実と、捜査当局による報道関係者に対する家宅捜索・差押えの要件等について概観する。具体的には、①刑法353b条の法的構造、②刑法353b条1項にいう行為の主体、③刑法353b条1項にいう「秘密」の概念、④刑法353b条の合憲性、⑤捜索および差押えの要件と法的根拠、について検討する。

2.1 刑法353b条の法的構造

(1) 刑法353b条の規定と目的

現行の刑法353b条⁹⁾は、職務上の秘密(Dienstgeheimnis)の侵害について、以下のように規定する。

刑法353b条

(1) 以下の者として、すなわち、

1. 公務担当者（Amtsträger）
2. 公務に対する特別な義務者、または
3. 職員代表法（Personalvertretungsrecht）にいう責務もしくは権限を引き受けた者

として自己に委託された（anvertraut）秘密、またはその他の方法で自己に知らされた秘密を、権限なく（unbefugt）漏示し（offenbaren）、これにより重要な公の利益（wichtige öffentliche Interesse）を危険にさらした者は、5年以下の自由刑または罰金刑に処する。行為者（Täter）が当該行為によって過失により重要な公の利益を危険にさらした場合には、当該行為者は1年以下の自由刑または罰金に処する。

- (2) 以下の者、すなわち、第1項の場合を除き、権限なく、
1. 連邦もしくは州の立法機関の決議もしくはその委員会の決議に基づき、その者が秘密保持を義務づけられているような、または、
 2. 秘密保持義務の侵害に対する可罰性が示された上で、その他の公の官署によって、その者が秘密保持を正式に（förmlich）義務づけられているような

対象もしくは情報（Nachricht）を他の者に得させ、または公表し（öffentlich bekannt machen）、これにより重要な公の利益を危険にさらした者は、3年以下の自由刑または罰金に処する。

- (3) 本罪の未遂は罰せられる。
- (3a) 刑事訴訟法53条1項1文5号にいう者の幫助行為は、当該行為が、その秘密の保持につき特別な義務を課されている秘密・物・情報の受領・評価・公表である限りにおいて、違法ではない。
- (4) 行為は、授權があつた場合にのみ訴追される。授權は、
1. 以下の場合には、立法機関の長により行われる。
 - (a) 本条1項の場合で、行為者が、連邦もしくは州の立法機関においてもしくは同立法機関のために活動していた間に秘密を知ったとき。
 - (b) 本条2項1号の場合。
 2. 以下の場合には、連邦の最上級官庁（oberste Bundesbehörde）により行われる。
 - (a) 本条1項の場合で、行為者が、官庁においてもしくは同官庁のために、連邦のその他の公的官署において、またはそのような官

署のために活動していた間に秘密を知ったとき。

(b) 本条2項2号の場合で、行為者が、連邦の公的官署によって義務づけられているとき。

3. 本条1項および2項2号にいうその他のあらゆる場合においては、州の最上級官庁 (oberste Landesbehörde) により行われる。

刑法353b条の目的は、秘密の保護だけでなく、公務員等の守秘義務に対する国民の信頼を保護することにある¹⁰⁾。同条項にいう職務上の秘密の漏示行為は身分犯 (Sonderdelikt) であり、また行為者が「公務担当者」である限りにおいて、職務犯罪 (Amtsdelikt) である。刑法353b条1項および2項のうち、本稿で問題となるのは1項である。同条1項1文によれば、公務員等が権限なく職務上の秘密を漏示し、かつその秘密の公表によって重要な公の利益を危険にさらした場合には、5年以下の自由刑または罰金に処される。同1項2文は、過失によって重要な公の利益を危険にさらした者を1年以下の自由刑または罰金に処する、と規定する。

(2) 刑法353c条1項の削除

刑法353b条1項が「以下の者として……重要な公の利益を危険にさらした者」として行為者を限定していることは、かつての刑法353c条1項と大きく異なる点である¹¹⁾。刑法353c条1項は、1979年12月21日の第17次刑法改正法律によって削除された規定であるが、刑法353b条1項が公務員の守秘義務を規定しているのに対して、刑法353c条1項は公務員でない者についても秘密漏示を罰する旨を規定していた¹²⁾。このため、刑法353c条1項はジャーナリストの報道活動を対象とする場合が多く、当時から削除を要求する主張が多くなされていた¹³⁾。刑法353c条1項は、以下のように規定されていた¹⁴⁾。

刑法旧353c条1項

(1) 第353b条の場合を除いて、連邦の立法機関、州の立法機関、その委員会、その他の公的官署、またはその指示によって、機密保持の必要ありと表示されている物、とりわけ文書・図画・模型、またはその本質的部分の全部もしくは一部を、権限なく他の者に伝達し、公表し、またはそれによって重要な公の利益を危険にさらした者は、3年以下

の自由刑または罰金に処する。

(3) 刑法353b条3a項の挿入

「Cicero」事件以後、2012年6月に、プレスの自由を強化し報道関係者による職務上の秘密漏示幫助を不処罰化するために、刑法および刑事訴訟法の改正が行われた¹⁵⁾。具体的には、刑法353b条に第3a項が追加され、取材源を秘匿するための証言拒絶権を認められた報道関係者（刑事訴訟法53条1項1文5号）が刑法353b条にいう罪を幫助した場合でも、その行為が秘密の「受領・評価・公表」にとどまる限り違法とはならない、とされた。さらに、後述のように（2.5を参照）、刑事訴訟法97条5項もプレスの自由の強化のために改正され、差押えの許される場合が限定された。具体的には、報道関係者に共犯者の嫌疑がある場合（犯罪関連性）に例外的に認められる当該報道関係者の所有する資料に対する差押えが、「特定の事実が犯罪への関与についての緊急の嫌疑を根拠づける場合に限り」認められるとされた。

(4) 訴追の授権

刑法353b条4項は、刑法353b条1項・2項にいう職務上の秘密の漏示行為に対しては、立法機関の長、連邦の最上級官庁、または州の最上級官庁の授権があった場合にのみ訴追が許されると規定する。

2.2 刑法353b条1項にいう行為の主体

刑法353b条1項は、「行為者」として、①公務担当者、②公務に対する特別な義務者、③職員代表法にいう責務もしくは権限を引き受けた者、を挙げている。同条項にいう、「〔行為者に〕委託された秘密、またはその他の方法で自己に知らされた秘密」という文言からは、秘密の暴露の時点で行為者が上記の分類グループに属している必要はなく、行為者が当該情報を入手した時点が問題とされることになる¹⁶⁾。

(1) 刑法353b条1項1文1号にいう「公務担当者」

刑法353b条1項1文1号は、行為者の類型として公務担当者を挙げている。刑法11条1項によれば、公務担当者とは、①官吏（Beamte）もしくは裁判官（2a号）、②その他の公法上の公務関係にある者（2b号）、ま

たは③その他、任務遂行のために選ばれた組織形態にかかわらず、官庁もしくはその他の官署において、もしくはその委託を受けて、公行政の責務を行うために任命された者(2c号)、をいう。

このうち、②の「その他の公法上の公務関係にある者」とは、官吏ではないが国家に拘束されている者で、特定の業務を委ねられている者をいうとされる¹⁷⁾。具体的には、例えば、連邦大統領、連邦首相、連邦および州の大臣、政務次官、連邦議会の防衛オンブズマン、公証人などがこれに含まれるとされる。これに対して、議員、行政の研修生、弁護士、医者、薬剤師等はこれに当たらないとされる。兵士もこれに含まれないとされる¹⁸⁾。

また、③の2c号に該当する者として、例えば、大学病院の主任医師、郡病院(Kreiskrankenhaus)の主任医師、ドイツ技術協力公社(Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit(GTZ))の職員、地方自治体によるエネルギー供給有限会社(kommunale Energieversorgung GmbH)の経営幹部、州立銀行の取締役、等が挙げられる。これに対して、バイエルン赤十字輸血サービスの経営幹部、フランクフルト/マイン空港株式会社の建築部門の構成員、議員などはこれに含まれないとされる¹⁹⁾。

(2) 刑法353b条1項1文2号にいう「公務に対する特別な義務者」

刑法11条1項によれば、公務に対する特別な義務者とは、公務担当者ではなく、①官庁もしくは公行政の責務を引き受けるその他の官署において(4a号)、または②これらの機関のために公行政の責務を行う団体、もしくはその他の連合体、事業もしくは企業において(4b号)、雇われもしくは、そのために活動し、法律に基づきその職務の良心的な履行を形式的に義務づけられている者、をいう。

国家は、その任務の履行のために、非国家機関に相当程度頼らざるをえない。そのため刑法353b条1項1文2号は、公務担当者ではないが、公行政の任務を行う団体、事業または企業も「行為者」に含まれるとした²⁰⁾。その具体例としては、例えば、事務職員、配達員、清掃員、技術補佐員、警察の情報提供者(V-Leute)、連邦秘密情報機関(BND)の職員、などが挙げられている²¹⁾。

(3) 刑法353b条1項1文3号にいう「職員代表法にいう責務もしくは権限を引き受けた者」

同条項は、連邦および州の職員代表法の責務または権限を引き受ける者を行為者に挙げている。ここでいう「職員代表法」には、連邦、州、公法上の社団・営造物・財団の、つまり民間企業ではない、営業官庁 (Betriebsverwaltung) を含む勤務庁 (Dienststelle) の構成員の利益代表について規律するあらゆる法規範が含まれる²²⁾。すなわち、連邦職員代表法 (Bundespersönalvertretungsgesetz)²³⁾ および州職員代表法という職員代表法だけでなく、裁判官、検察官、兵士、兵役代替奉仕勤務者の職員代表法制もそれに含まれる。それゆえ、本条項という行為者には、公勤務者の他、とりわけ裁判官、検察官、兵士、兵役代替社会奉仕勤務者が含まれる。

2.3 刑法353b条1項にいう「秘密」の概念

刑法353b条にいう「秘密」の概念は、刑法の他の諸規定にいう「秘密」のそれとは異なるとされる²⁴⁾。

まず、「反逆罪および対外的安全に対する危害行為の罪」について定める刑法典の第二章 (93~101a条) が扱うのは「国家秘密」(Staatsgeheimnis) である。この国家秘密は刑法353b条にいう「職務上の秘密」とは区別される。すなわち国家秘密は、刑法93条1項によれば、「限定された範囲の者のみに入手可能で、ドイツ連邦共和国の対外的安全に対して重大な不利益を及ぼす危険を回避するため、外国の勢力 (fremde Macht) に対して秘密にしておかなければならない事実、物または情報をいう」。それゆえ、刑法93条以下の構成要件の適用領域は非常に限定的である。そしてこのような反逆的行為による国家秘密が問題となる場合には刑法93条以下が適用されるが、当該構成要件が存しない場合には、刑法353b条が審査基準として適用されることとなる²⁵⁾。

さらに「私的秘密の侵害」(Verletzung von Privatgeheimnissen) について定める刑法203条は、第2項において、公務担当者、公務に対する特別な義務者、職員代表法にいう責務もしくは権限を引き受けた者等が、「自己に委託された、またはその他の方法で自己に知らされた他者の秘密 (ein fremdes Geheimnis)、とりわけ私的な生活領域に属する秘密、または営業上もしくは業務上の秘密を権限なく漏示した」場合には、1年以下の自由刑または罰金に処すると規定する。刑法353b条1項にいう秘密の概念は私的秘密をも含むため、その限りにおいて同条項と刑法203条の秘密の概念は互いに重なり合う部分が存在する²⁶⁾。ただし、刑法203条2項には同

353b 条 1 項にいう「重要な公の利益を危険にさらす」という構成要件メルクマールが存しないため、結果として刑法203条 2 項は同353b 条 1 項に優先して適用されることとなる。

ただし、具体的にどのような情報ないし文書がここでいう「秘密」の概念にあたるかについては、第三章で詳述する。

2.4 刑法353b 条の合憲性

刑法353b 条の合憲性については、「ペッチ」(Pätsch) 事件に関する連邦憲法裁判所の1970年4月28日決定²⁷⁾において争われた。

本事件において、憲法異議申立人Xは、1956年11月1日から憲法保障局(Bundesamt für Verfassungsschutz)に勤務していた被用者(Angestellte)である。Xは、1961年頃から自身が同局によって監視されていると思い始めるとともに、職場にかつてのナチス親衛隊のメンバーがいたことから仕事の環境が悪化していると確信していた。またXは、同局が一定の郵便・通信の監視活動に関与していることにも懸念を抱くようになった。そこでXは、これらの状況につき、雑誌『DER SPIEGEL』の編集者の兄弟を持つ弁護士に相談した。その後Xは、雑誌およびテレビ局の編集者も参加させて引き続き会合を行い、その内容は最終的にプレスにおいて公表された。そのためXは、電話の監視、憲法保障局の職員の名前および職務についての情報の第三者への提供、ならびにそれによって生じた、刑法100c 条 1 項(当時)にいう国家秘密の故意の漏示、および同353b 条 1 項 1 文にいう公務員の守秘義務の故意の侵害を理由に起訴された。これに対して連邦通常裁判所は、1965年11月8日の判決において、刑法353b 条の職務上の秘密漏示の罪を理由としてXを有罪としたため²⁸⁾、Xは、自己の基本法 2 条 2 項、同 5 条 1 項、同 10 条、同 103 条 2 項にいう基本権が侵害されたとして、連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、本決定において、結論としては本件憲法異議には理由がないとしてこれを棄却したが、その際、第一次的に刑法353b 条の合憲性を審査した。この点につき連邦憲法裁判所は、以下の四つの理由から、その合憲性を肯定している。

(1) 刑法353b 条とナチスの法

連邦憲法裁判所は、確かに刑法353b 条はナチス時代に、1936年7月2

日の刑法改正法律によって刑法典に導入されたものであるが、「典型的なナチズムの法」ではないという。すなわち同裁判所は、「刑法353b条は、根本的な正義の原則（BVerfGE 23, 98 (106)）に対する違反も含んでおらず、さらに、同規定が個人の利益よりも国家の利益を過大に評価するという意味でのナチス国家の特別な見解または要求も指向していない」²⁹⁾、という。

(2) 刑法353b条の量刑と法治国家原則

連邦憲法裁判所によれば、刑法353b条が定める、職務上の秘密の漏示者に対する量刑も憲法に違反していないという。

「〔当時の〕刑法353b条は、通常の有罪判決の期間については軽懲役（Gefängnis）を、さらに特に重大な事件についてのみ10年以下の重懲役（Zuchthaus）を規定していた³⁰⁾。したがって、通常刑（Regelstrafe）の下限は、一日の軽懲役であった。法定刑のこのような広い枠により、裁判官は、過度に重く不適切な刑罰を下すことを強制されなかった。すなわち裁判官は、量刑に際して個々の事件の状況をあらゆる方法で考慮する可能性を有していた。それゆえ、〔刑法353b条にいう〕処罰の威嚇（Strafandrohung）は、法治国家の諸原則に違反していなかった」³¹⁾。

(3) 刑法353b条と平等原則

単なる被用者であったXは、官吏（Beamte）と被用者（Angestellte）とは法的に異なる地位にあり、それゆえ両者の守秘義務の程度は異なるとして、双方に同等の守秘義務を課している刑法353b条は平等原則に違反すると主張した。これに対して連邦憲法裁判所は、守秘義務については官吏と被用者で立場は同じであるとする。

「公務上の守秘義務（Amtsgeheimnis）の刑法上の保護の必要性を肯定した立法者が……官吏と公務の被用者（Angestellte des öffentlichen Dienstes）の地位の差異を重視せず、双方に対して多様で同等の役割を与えたことは、平等原則に対する侵害を意味しない。この〔刑法353b条の〕規定は、事の性質に、すなわち秩序ある国家行政の必要性に適合している。さらに守秘義務違反という刑法上の処罰については、従来から刑法359条に基づき、官吏と公務の被用者は同等に扱われていた。第

8次刑法改正法律で新たに挿入された刑法97b条も(国家秘密の暴露に関する刑罰規定と関連して)、同2項において官吏に課している高度の注意義務を、公務の被用者に及ぼした³²⁾。

(4) 刑法353b条と意見表明の自由の基本権への介入

連邦憲法裁判所は、刑法353b条は特定の意見の表明を制約するものではなく、秩序ある行政の保持に寄与するものであって、それゆえ基本法5条2項にいう一般的法律とみなされうるから、秘密漏示者の意見表明の自由の基本権を侵害しないとす。

「刑法353b条にいう犯罪行為すなわち秘密の漏示は、それが一般的に実際の事件または状況の伝達に限定されているため、当該犯罪行為がそもそも基本法5条1項の適用領域に含まれているか否かは、否定的にみられるであろう。しかしながらこのことは未解決にしておくことができる。なぜなら、たとえ(単なる事実の伝達と意見表明を明確に区別することの困難さに鑑みて)刑法353b条の構成要件がいずれにしても原則として基本法5条1項にいう基本権を制約するということが認められたとしても、本規定は憲法上適法であるからである。同規定は……基本権を制限する、基本法5条2項にいう『一般的法律』とみなされうる(BVerfGE 7, 198 (208 ff.))。本規定は、ある特定の意見の表明に対して向けられたものではない。つまり同規定は、上述のように、いかなる国家も放棄しえない秩序ある行政の維持および完全な機能化に寄与するものである³³⁾。

2.5 搜索および差押えの要件と法的根拠

第三章以降で扱う諸事件のように、刑法353b条にいう職務上の秘密の漏示に対する嫌疑が存在する場合、しばしば捜査当局によって、当該秘密をプレスに公表した出版社の編集部およびジャーナリストの家宅の搜索、さらにそこで発見された資料および通信履歴データの差押えが行われる。以下では、このような①搜索(Durchsuchung)、②差押え(ないし押収)(Beschlagnahme)、および③通信履歴データの差押えに関する刑事訴訟法上の根拠について一瞥しておく³⁴⁾。なお、以下で挙げる条文は主として第三章の事例で適用されるものに限定されており、またその文言も、現行規

定だけでなく、これらの事件当時に用いられていたものも併記している。

(1) 捜索の要件と法的根拠

刑事訴訟法102条は、「正犯または共犯として、ある犯罪行為、犯罪庇護、犯罪隠匿または贓物取得の嫌疑を受けている者については、その逮捕を目的とするとき、または捜索によって証拠を発見する見込みのあるときは、住居、その他の場所、身体、およびその者に帰属する所有物につき捜索をすることができる」と定め、家宅捜索について規定する。また同103条1項1文は、被疑者以外の者に関する捜索については、それが、①被疑者（または被告人）の逮捕、②犯罪行為の証拠の追求、③特定の物の差押えを目的とし、かつ④捜索しようとする場所に被疑者、証拠または物が存在することを推測させるに足る事実があるときに限り許される、とする。

さらに、同105条1項は、「捜索を命じる権限は、裁判官にのみ、また緊急を要する場合には検察官およびその補助官（裁判所構成法152条）にも認められる」と定め、捜索を命じる権限は原則として裁判官に属することを規定する。

(2) 差押え（押収）の要件と法的根拠

刑事訴訟法94条1項は、「証拠方法として取調（Untersuchung）にとって重要となりうる物は、これを領置し、または他の方法で保全しなければならない」とし、差押えないし押収について規定する。

ただし刑事訴訟法97条1項は、差押えから除外される物について列挙する。同条項によれば、例えば、①被疑者（または被告人）と、刑事訴訟法52条³⁵⁾または53条1項1文1号から3b号³⁶⁾までにに基づき証言を拒否できる者との間で交わした文書（1号）、②第53条1項1文1号から3b号までに掲げられた者が、被疑者（もしくは被告人）から信頼の下に告知を受けた事項に関する文書、またはその者が証言拒絶権の及ぶその他の事項に関して記載した文書（2号）、③その他、医師の診断結果を含む、53条1項1文1号から3b号までに掲げる者の証言拒絶権が及ぶすべての物（3号）は、差押えの適用除外となる。

さらに2012年の刑事訴訟法改正により、同97条5項³⁷⁾が改正され、犯罪行為の共犯者である報道関係者の資料等に対する差押えは、例外的に、「特定の事実が犯罪への関与についての緊急の嫌疑を根拠づける場合に限

り」認められるとされて、差押えが許される場合が限定された。同条項の規定は以下の通りである。

刑事訴訟法97条5項

- (5) 刑事訴訟法53条1項1文5号にいう者の証言拒絶権が及ぶ限り、これらの者、編集部、出版社、印刷所または放送局の保管する文書、音声・画像・データの媒体、図表その他の表象物の差押えは不適法である。本条第2項3文³⁸⁾および第160a条4項2文が準用されるが、第2項3文の〔犯罪への〕関与に関する〔差押えを認める〕規定(Beteiligungsregelung)は、特定の事実が犯罪への関与についての緊急の嫌疑を根拠づける場合に限り準用される；つまり、上記の場合であっても、差押えが基本法5条1項2文にいう基本権を考慮しても〔なお〕事案の重大性との均衡を失わず、かつ、事案の解明、または犯罪行為者の居所の捜査が、他の方法では見込みがないか、または著しく困難となる場合に限り、差押えは認められる。

なお、同98条1項1文は、「差押えを命じる権限は、裁判所にのみ、また緊急を要する場合には検察官およびその補助官(裁判所構成法152条)にも認められる」と定め、差押えを命じる権限は原則として裁判所に属することを規定する。

(3) 通信履歴データの提出命令

2005年当時の刑事訴訟法100g条1項1文³⁹⁾は、「重大な犯罪行為」、とりわけ第100a条2号で列挙された犯罪行為があった場合に、通信履歴データの提出を命じることができると規定する。

2005年刑事訴訟法100g条1項

- (1) 特定の事実によって、ある者が正犯または共犯として以下の犯罪を犯した嫌疑が成立する場合、すなわち、重大な犯罪行為(Straftat von erheblicher Bedeutung)とりわけ第100a条1文で列挙された犯罪行為をした嫌疑、データ端末装置(通信法3条3号)を用いて犯罪行為をした嫌疑、未遂が可罰であるケースで未遂をした嫌疑、またはある犯罪行為を介して予備行為をした嫌疑が成立する場合には、営業上通信

サービスを提供した者、またはそれに関与した者に対して、本条3項で挙げられている通信履歴データ（Telekommunikationsverbindungsdaten）についての情報（Auskunft）を、その情報が捜査に必要な限りにおいて、遅滞無く提供すること（erteilen）を命じることができる。このことは、当該履歴データが、被疑者、または第100a条2号で列挙されたその他の者に関係する限りにおいてのみ妥当する。当該情報〔の提出〕は、将来の通信接続に関しても、命じることができる。

本条項で参照されている2005年刑事訴訟法100a条2文で列挙される重大な犯罪行為とは、例えば、通貨または有価証券偽造、子供に対する重大な性的虐待、チャイルド・ポルノの頒布、謀殺または故殺、民族謀殺、人身の自由に対する罪、集団窃盗、強盗、恐喝、業としての贓物犯、マネーロンダリング等であり（2号）、刑法353b条にいう職務上の秘密の漏示は含まれていない。

さらに、現行の刑事訴訟法100g条1項1文は以下のように規定するが⁴⁰⁾、同条項においても、通信履歴データの取得の要件として、刑法353b条1項にいう職務上の秘密の漏示が明文上列挙されているわけではない。

刑事訴訟法100g条1項1文

(1) 特定の事実によって、ある者が正犯または共犯として、以下の犯罪を犯した嫌疑が成立する場合、すなわち、

1. 個別事例においても重大な犯罪行為とりわけ第100a条2項で列挙された犯罪行為を犯した嫌疑、未遂が可罰であるケースで未遂をした嫌疑、ある犯罪行為を介して予備行為をした嫌疑が成立する場合、または、
2. 通信（Telekommunikation）によって犯罪行為を犯した嫌疑が成立する場合に、

当事者が知らなくとも、事案の解明もしくは被疑者の居所の捜査に必要な限りで、通信履歴データ（Verkehrsdaten）（通信法96条1項、同113a条）を取得する（erheben）ことができる。……

刑法353b条にいう職務上の秘密に対する侵害が刑事訴訟法100g条にいう「重大な犯罪行為」にあたるか否かの問題が争われた判例として、後述

する「Cicero」事件に関する2006年2月22日のポツダム地方裁判所の決定がある(4.4を参照)。同裁判所は、本決定において、結論としてはこれを否定している。

また、2005年刑事訴訟法100h条1項⁴¹⁾によれば、同100g条1項にいう通信履歴データの情報提供のための命令には、原則として、氏名、住所、電話番号等が明記されていなければならない。

2005年刑事訴訟法100h条1項1文

(1) 命令には、氏名、命令の対象となった当事者の住所、電話番号またはその者が通信接続をするその他の番号が含まれていなければならない。重大な犯罪行為のケースにおいては、そうしなければ事案の解明の見込みがなく、または事案の解明が著しく困難になる可能性がある場合には、〔通信履歴データの〕情報が提供される通信を、空間的および時間的に十分に明確にして表示するだけで十分である。……

2.6 小括

本章で述べた刑法353b条の内実、および職務上の秘密の侵害に基づく捜索・差押えの法的根拠を要約すると、以下のようになる。

刑法353b条1項によれば、公務担当者、公務に対する特別な義務者、または職員代表法にいう責務もしくは権限を引き受けた者が、職務上の秘密を権限なく漏示し、これにより「重要な公の利益」を危険にさらした場合に、当該行為は処罰される。同条項にいう職務上の秘密の漏示行為に対しては、立法機関の長または連邦もしくは州の最上級官庁の授権があった場合にのみ訴追が許される(刑法353b条4項)。

刑法353b条にいう「秘密」の概念は、刑法の他の規定にいう「秘密」の概念とは異なる。すなわち、刑法典第2章(93~101a条)が扱う「国家秘密」は、「限定された範囲の者のみに入手可能で、ドイツ連邦共和国の対外的安全に対して重大な不利益を及ぼす危険を回避するため、外国の勢力に対して秘密にしておかなければならない事実、物または情報をいう」(刑法93条1項)。それゆえ、刑法93条以下の構成要件の適用領域は同353b条に比しより限定的である。つまり、反逆的行為による国家秘密が問題となる場合には刑法93条以下が、当該構成要件が存在しない場合には刑法353b条が適用されることになる。さらに刑法203条は「私的秘密

の侵害」について規定するが、同条項には、刑法353b条1項にいう「重要な公の利益を危険にさらす」という構成要件メルクマールが存在しないため、両者の適用が重なり合う場合には、刑法203条が優先的に適用されることとなる。

さらに、職務上の秘密侵害の嫌疑が存する場合、捜査当局が報道関係者に対して行う処分としては、①家宅捜索（刑事訴訟法102条）、②報道資料の差押え（刑事訴訟法94条1項）、および③「重大な犯罪行為」があった場合になされうる通信履歴データの押収（刑事訴訟法100g条）、が挙げられる。ただし、②の差押えについては、刑事訴訟法97条が差押えから除外される物を列挙しており、さらに2012年の刑事訴訟法改正により、報道関係者の資料等に対する差押えは例外的に「特定の事実が犯罪への関与についての緊急の嫌疑を根拠づける場合に限り」認められるとされて（同97条5項）、差押えが許される場合が限定された。また、③の通信履歴データの押収については、刑法353b条にいう職務上の秘密の漏示が「重大な犯罪行為」にあたるか否かについては条文上は明記されていないが、後述のように判例は個別の事例においてこれを否定している。

3. 報道関係者が「職務上の秘密」の侵害に加担した事例

本章では、実務において、どのような情報ないし文書が刑法353b条にいう職務上の秘密とみなされているのか、また、どのような場合に秘密漏示を理由とする捜査当局の捜索・差押えが行われているのかについて明らかにする。その際、以下では、報道関係者が同条項にいう職務上の秘密の侵害に加担した事件のうち以下の九つの事例を取り上げ、これを分析することとしたい。

3.1 「Quick」事件⁴²⁾

本事件は、判旨の中で刑法353b条に触れられているわけではないが、学説は本事件を実質的に職務上の秘密の問題として扱っているため、ここで取り上げることにする。

本件でXは、雑誌『Quick』の出版社（合資会社）であり、ハンブルク、ミュンヘン、ボンで事務所を運営していた。Xは、1970年から1972年にかけて、政治的な内容を有する一定の公文書を、当該雑誌に繰り返し掲載

していた。例えば『Quick』の31/72号では、経済財務大臣シラー (Karl Schiller) が連邦首相ブランド (Willy Brandt) に宛てた私的書簡が公表された⁴³⁾。

Xの事務所のうち、ボン事務所の主任は編集者であるリンバッハ (Paul Limbach) であった。このリンバッハ編集者に対する脱税疑惑の解明のために捜査が実施されたが、当該捜査のなかで、1972年7月5日にボン区裁判所がXの住居の捜索を命じたところ、当該捜索の過程で国税調査官は、同年7月14日に、「公務限定」 („Nur für den Dienstgebrauch“)、「関係者限定」 („Vertraulich“)、「極秘」 („Streng vertraulich“)、「密」 („Geheim“) という表題が付された公文書のコピーを、さらに金庫の中に、この時点でまだ公表されていなかった前述したシラーの私的書簡のコピーを発見した。

この脱税捜査の知らせを受けてボン検察庁は、刑法133条にいう文書の保管の侵害 (Verwahrungsbruch) の嫌疑を理由にリンバッハ編集者の住居およびXのボン事務所の捜索手続きを開始した。この捜索は1972年7月18日に実施されたが、その際警察は、上述の公文書のコピーのうち「公務限定」という表題の付された三つの文書を発見し、これらを押収した。続いてボン検察庁は、Xのミュンヘンの事務所に対する新たな捜索令状 (Durchsuchungsbefehl) の発布をミュンヘン区裁判所に申請し、同捜索令状は1972年8月8日に発布された。これに基づき、当該捜索が同年8月9、10日に実施され、警察は多くの書類を押収したが、同捜索令状は以下のような文言となっていた。すなわち――、

決定

これまでの捜査によれば捜索によって証拠を発見する見込みがあるため、文書の保管の侵害等を理由としたハインリヒ・バウアー出版社 (München 2, Augustenstraße 10) の責任者および他の者に対する捜索手続の中で、刑事訴訟法102条および105条に基づき、ハインリヒ・バウアー出版社 (München 2, Augustenstraße 10) の隣接建物および隣室を含む事務所の捜索が命じられる。

このミュンヘン区裁判所の捜索命令に対してXはミュンヘン地方裁判所に抗告をしたところ、同地方裁判所は、1972年8月11日の決定によって、Xの抗告を不合法であると判断した。そこでXは、ミュンヘン区裁判所の

搜索令状およびミュンヘン地方裁判所の当該決定がXの基本法2条1項、同5条1項2文、同12条1項、同13条、同14条等の基本権を侵害したと主張して、連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。

これに対して連邦憲法裁判所は、1976年5月26日の決定において、結論としては本件搜索令状の不明確性を理由にXの憲法異議を認めた。ただし同裁判所は、「本件搜索は終了している以上、その〔搜索〕命令の破棄に対する〔評価の〕余地はない」⁴⁴⁾として、Xに対する搜索の許容性の問題には触れなかった⁴⁵⁾。

3.2 「Marktintern」事件⁴⁶⁾

1990年2月7日、デュッセルドルフ検察庁からの申立てに基づき、デュッセルドルフ区裁判所は、デュッセルドルフに所在地を有する出版社「Marktintern」の編集部の事務所、および責任を負っている従業員の計八つの住居の搜索を命じた。搜索の目的は、財務行政機関（Finanzverwaltung）が所有する書類が公表されたため、これを押収することにあった。その際、職務上の秘密の侵害（刑法353b条）および収賄（刑法332条）を理由に第三者が、また職務上の秘密の侵害に対するそそのかし（刑法353b条、26条）および収賄のそそのかし（刑法334条）を理由に編集者が、搜索の対象となった。さらに区裁判所は、1990年2月7日に差押えを命じた。しかしながら、デュッセルドルフ地方裁判所は、1990年10月31日の決定において、これらの差押命令を大部分において棄却した。ただし、本事件において記者らは起訴されていない。

3.3 「Monitor」事件⁴⁷⁾

1994年3月1日、ヴィースバーデン検察庁は、職務上の秘密の侵害に対するそそのかし（刑法353b条、26条）の嫌疑で、西ドイツ放送（WDR）の従業員のオフィスおよび住居の搜索、ならびにWDRの雑誌『Monitor』の記者であるGerhard Wisnewski、Wolfgang LandgraeberおよびEkkehard Siekerの住居を搜索した。さらに同検察庁は、ある弁護士の住居およびその弁護士事務所も搜索の対象とした。搜索の理由は、上述の記者らが、1992年に刊行された書籍『Das RAF-Phantom — Wozu Politik und Wirtschaft Terroristen brauchen』の中で、さらにテレビの投稿番組（Fernsehbeiträge）の中で、Alfred Herrhausen殺害事件における連邦検事であるSiegfried

Nonne の王冠証人 (Kronzeuge)⁴⁸⁾の信憑性に対して疑念を表明したこと、さらにその際、連邦検察総長の記録 (Akte) を引用していたことにあった。そして、これらの捜索に際して、記録簿、年間行事表、講座残高通知書、フロッピーディスクが押収された。もっとも本件においても、当該記者らは起訴されていない。

3.4 「Stuttgarter Zeitung」事件⁴⁹⁾

当時、バーデン＝ビュルテンベルク州議会の調査委員会 (Untersuchungsausschuß) は、カラブリアのマフィア組織であるンドランゲタ (N'Drangheta) の構成員として犯罪を犯した疑いのあるイタリア人容疑者に対する事件の捜査および盗聴を行っていたが、同調査委員会は、この事件に関する情報を、バーデン＝ビュルテンベルク州法務大臣の報告書を介して入手していた。そして法務省は検察庁に対して、関連情報を法務省に譲渡することを強制していたが、その際検察庁は、法務省に対して当該事件は絶対的に秘密にしておくべき必要性があることを指摘した。その理由は、とりわけ、本事件の証人が検察庁に姿を現したことが知れたら彼の命が危険に晒されうることを危惧したためであった。さらにイタリアの検察庁がそれまで秘密裏に捜査を行っていたという事実も、秘密事項であるとされた。それに基づき法務大臣の報告書は、「秘」(geheim) と分類された。しかしながら同報告書が議会に到着したわずか数日後に、日刊紙『Stuttgarter Zeitung』の記事 (見出しは「Von Mord in der Altstadt, Kokain- und Waffenhandel — geheimes Dossier aus dem Stuttgarter Justizministerium zum Organisierten Verbrechen」) の中で、上述の証人についての記述が掲載され、さらにイタリア検察庁の捜査についての指摘もなされていた。そこで1994年3月3日、シュトゥットガルト検察庁は、職務上の秘密の侵害に対する幫助の嫌疑を理由に (刑法353b条、27条)、シュトゥットガルト区裁判所の捜索決定を根拠として、日刊紙『Stuttgarter Zeitung』の編集事務所、編集者の住居、さらに編集者のガールフレンドの住居を捜索した。ただし本件においても、記者らに対する起訴は申し立てられていない。

3.5 「Weser-Kurier, Bremer Nachrichten, taz, Weser-Report und Radio Bremen」事件⁵⁰⁾

ブレーメン州の会計検査院 (Rechnungshof) は、1996年6月5日付で、

60頁におよぶ内密の『学校建設投資』のモデル実験における1995年予算超過の検査に関する報告」 („Mitteilung über die Prüfung der Haushaltsüberschreitung 1995 im Rahmen des Modellversuchs „Schulbauinvestitionen““)を作成し、同報告書は、同年6月7日付けの書簡で、教育・学問・芸術・スポーツ担当市参事会員 (Senator für Bildung, Wissenschaft, Kunst und Sport (SPD)) および財務担当市参事会員 (Senator für Finanzen (CDU))⁵¹⁾に送付された。この検査報告書 (Prüfbericht) の中で会計検査院は、上述したモデル実験の予算の「法外な超過」について言及していた。

これに対して、1996年7月8日、日刊紙『Bremer Nachrichten』と『Weser Kurier』がこの内密の報告書の内容に触れた記事を公表し、続けて1996年7月10日には、日刊紙『TAZ』と『Weser-Report』が同内容を公表した。さらに同年7月11日には、ラジオ局「Radio Bremen」の番組インタビューの中で、あるジャーナリストが会計検査院の委員長に対して、上述した検査報告書の完全なコピーを提示する事件も発生した。その後、ブレーメンの会計検査院の所長は、1996年7月19日、刑法353b条にいう職務上の秘密違反を理由に被疑者不詳のまま告訴し、同時に、刑法353b条4項に従い必要な訴追の授権 (Verfolgungsermächtigung) を会計検査院に付与した。その際、同所長は、当該検査報告書に従事した官庁の一つに所属するある人物が同報告書のコピーをメディアにリークし、またそれを権限なく漏示した疑いがあるとの見解を表明した。また同所長は、被疑者は会計検査院の職員の中にはおらず、また行為者の範囲も非常に広い、と説明した。結局のところ、それまで非公開となっていた当該報告書がどのような方法でメディアの手に渡ったのかは、不明なままであった。

その後、検察庁は、検査報告書の本件公表によって刑法353b条にいう特別に重要な公の利益が害され、また、上述の新聞社およびラジオ局の編集室ならびに当該記事に関係した記者の住居の捜索以外の方法では刑法353b条にいう犯罪行為の解明は不可能であるとして、当該編集室および住居の捜索の申立てを行った。この申立てを受けてブレーメン区裁判所は、1996年8月7日、刑事訴訟法103条および同105条に基づき、当該編集室および住居の捜索を命じる合計8つの決定を下し、同年8月20日にこの捜索が執行された。同捜索に際して、ラジオ局「Radio Bremen」と新聞『Weser-Report』の編集室から、それぞれ会計検査院の検査報告書のコピーが見つかり、同コピーは警察によって押収された。この差押え (押収) は、

1996年8月30日のブレーメン区裁判所の決定によって確認された。区裁判所のこれらの1996年8月7日決定および同年8月30日決定に対して、原告である上述の出版社および記者らは、1996年9月4日に、当該決定は不適法であると主張して、ブレーメン地方裁判所に抗告した。

もっとも、そうこうするうちに、刑法353b条4項にいう関係する州の最上級官庁として本件について管轄権を有することとなった財務担当市参事会員が、1996年9月12日に訴追の授権の付与を拒否し⁵²⁾、またこの授権に拒否に基づき検察庁も、同年9月16日に捜査手続きを中止している⁵³⁾。

前述した原告らの抗告に対して、ブレーメン地方裁判所は、1996年11月4日の決定において⁵⁴⁾、裁判官の搜索命令および差押命令が「終了した」⁵⁵⁾(erledigt) 場合には、当該命令の違法性の確認を目的とする抗告は、裁判官が当該命令を恣意的に下し、それゆえ裁量の瑕疵があることが確認されうる場合にのみ許されるが、本件では恣意的で裁量瑕疵のある決定は下されていないとして、結論として本件抗告には根拠がないと判示した。この決定に対して申し立てられた憲法異議につき、連邦憲法裁判所は、1998年3月24日の部会決定において⁵⁶⁾、本件では、基本法13条1項および同5条1項2文にいう基本権に対する介入の重要性に鑑みて、憲法異議申立人らの権利保護の利益(Rechtsschutzinteresse)が考慮されなければならないとして、結論としてブレーメン地方裁判所の決定は憲法異議申立人の基本権を侵害したと判示した。

3.6 ZDF 事件⁵⁷⁾

1997年9月24日、第二ドイツ・テレビ(ZDF)は、1985年6月14日に発生したトランス・ワールド航空のハイジャック事件に関する放送番組「国家的大事件——ハマディー族による誘拐事件」(„Staatsaffaire — Entführung durch den Hamady-Clan“)を放映した。同番組に関連して1998年3月31日、ミュンヘン区裁判所は、職務上の秘密の侵害(刑法353b条)を理由として、ZDFの編集室の搜索、ならびに撮影機材および放映機材の押収を命じる決定を下した。ただしZDFが検察庁の要求した当該機材を任意に提出したため、本件搜索は回避された。

3.7 「Wolfsburger Allgemeine Zeitung」事件⁵⁸⁾

本件で、X1は警察官であり、X2は新聞『Wolfsburger Allgemeine Zeitung』の記者である。X1は、2003年の夏、あるスポーツ店で起きた強盗事件の調書作成に従事していたところ、X2が同年7月29日と8月28日付の2つの記事にこの強盗事件を報道した。同記事では、捜査手続および捜査結果における種々のつじつまの合わない言動（Ungereimtheit）が暴露され、しかもそれは、警察の判断によれば、直接捜査に関係した人間のみが知りうる情報であった。そこで同年9月11日には、被疑者不詳のまま刑法353b条にいう職務上の秘密違反に対する嫌疑で捜査手続が開始され、その後、X1およびX2が捜査の対象とされた。

2003年10月9日には、ヴォルフスブルク区裁判所が、X2は他のメディアに先んじて当該記事を公表したいがために、ある警察職員に対して職務上の秘密を対価をもって漏示するようそそのかした疑いがあるとして、X2の携帯電話および固定電話の通信履歴データの引き渡しを命じた。その結果、X2が頻繁に警察と電話をし、X1とSMSを介してコンタクトを取っていたことが明らかになると、当該捜査はX1およびその同僚にも及んだ。そこで区裁判所は、2004年2月9日に、新たにX1およびX2の通信履歴データの引き渡しと、両者の住居の搜索命令を発した。ただし、後者という両者の住居の搜索については、結局実行されなかった。そして当該通信履歴データが捜査されたことは、刑事訴訟法101条に基づき、2005年4月18日の書面によってはじめてX1およびX2に通知された。さらに2005年7月25日には、これらのXらに対する捜査手続は、証拠不十分として、刑事訴訟法170条2項に基づき打ち切られた。

これに対してX1は、2006年4月27日に、2004年2月9日の区裁判所の決定に対して地方裁判所に抗告し、X2も、2006年4月28日に、2003年10月9日および2004年2月9日の区裁判所の決定に対して地方裁判所に抗告した。しかしながら、ブラウンシュヴァイク地方裁判所は、2007年8月28日の決定において、Xらの訴えは許されないとこれを却下した。同裁判所によれば、Xらは2005年4月18日の書面によって自己の通信履歴データの捜査について知らされたが、その後1年経って初めて、また捜査手続の打ち切り後9ヶ月が経過して初めて地方裁判所に抗告しており、この時点でXらの権利保護の必要性（Rechtsschutzbedürfnis）はもはや存在しないだけでなく、こうした遅れてなされる抗告は、訴訟法上も妥当す

る信義誠実の原則および手続的権利の濫用の禁止にも違反するという。

このブラウンシュヴァイク地方裁判所の決定に対して、Xらは連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てたところ、同裁判所は、2008年3月4日の部会決定において、結論としては地方裁判所の決定を破棄し、事件を地方裁判所に差し戻した。さらに差し戻し審であるブラウンシュヴァイク地方裁判所は、2009年3月に、区裁判所の下した当該命令の違法性を確認している⁵⁹⁾。

3.8 「Cicero」事件⁶⁰⁾

(1) 2005年3月31日発行の雑誌『Cicero』の記事

X (Wolfram Weimer) は、ポツダムで発行されていた月刊評論誌『Cicero』の編集長であるが、Xは同雑誌の2005年4月号(2005年3月31日発行)において、テロリストであるアブムサブ・ザルカーウィー (Abu Mousab al Zarqawi) についての「世界で最も危険な男」と題された記事を掲載した。この記事は、フリーのジャーナリスト Bruno Schirra (以下、「S」という) が寄稿したものであるが、その中でSは、連邦刑事局 (Bundeskriminalamt (BKA)) の、392の脚注が付された125頁に渡る、「公務限定」と表記されたザルカーウィーに関する2004年9月6日の内部の報告書 (Auswertungsbericht) を詳細に引用していた。またこの記事の中には、連邦秘密情報機関 (Bundesnachrichtendienst (BND)) が監視していたザルカーウィーの複数の電話番号や、ドイツ国内の彼の支援者の種々の活動などの記述が含まれていた。さらに同記事からは、連邦刑事局の報告書の一部が、FBI や CIA をはじめとする外国の秘密情報機関が入手した、イスラム・テロの撲滅に関する情報に基づいていることも明らかとなった。

2005年6月23日、連邦刑事局は、刑法353b条にいう職務上の秘密漏示の嫌疑で告発したが、連邦刑事局の内部調査により、同局の192名の職員が当該報告書の草稿にアクセスしたことが明らかとなり、結局、秘密を漏らした本人を特定することはできなかった。その後、連邦内務省は、2005年8月17日の書簡により、刑法353b条4項に基づき刑事訴追の授権を与えた。

(2) 2005年8月31日のポツダム区裁判所の搜索・差押命令

ポツダム検察庁は、2005年8月31日、刑法353b条および同27条に基づき、職務上の秘密漏示幫助の嫌疑によりXおよびジャーナリストSに対して捜査手続きを開始した。さらにポツダム区裁判所は、同日の決定において、検察庁の要請に基づき、Xのポツダム市内の編集部およびSのベルリン市内の自宅の搜索ならびに証拠の差押えを命じた（①決定）。この搜索・差押えの理由につき、ポツダム区裁判所は以下のようにいう。すなわち、雑誌『Cicero』による公表により連邦刑事局は信用を失い、秘密情報機関との今後の協力に悪影響が出ることが予想され、それゆえ、連邦刑事局の職員を介してSが当該報告書を取得したことによって、刑法353b条の構成要件は既に満たされた。さらに、Sは、連邦刑事局の職員は報告書の内容をプレスに公表させるためにSに情報を提供したということを確認していたため、秘密漏示の幫助にあたり、またこのことは、本件記事を雑誌に掲載した『Cicero』編集長であるXにも妥当する、という。

(3) 2005年8月31日のポツダム区裁判所の通信履歴データ引き渡し命令
および2006年2月22日のポツダム地方裁判所決定

これに加えてポツダム区裁判所は、検察庁の申立てに基づき、2005年8月31日の決定によって、刑事訴訟法100b条1項1文と結びついた同100g条および同100h条1項2文を根拠に、ドイツテレコム株式会社（Deutsche Telekom AG）およびボーダフォン有限会社（Vodafone GmbH）に対して2004年9月6日から2005年4月30日の間のSの通信履歴データの引き渡しを命じた⁶¹⁾。この命令の根拠として、ポツダム区裁判所は、通信履歴データ情報なしには、Sが連邦刑事局のどの職員から報告書を入手したのかを確定することは困難であるため、当該データの引き渡しは捜査にとって非常に重要であること、また本件では、刑事訴訟法100g条にいう重大な犯罪行為の嫌疑、すなわち職務上の秘密の侵害およびその幫助の嫌疑は存在していること、を挙げた。

当該命令に対して、Sは、2005年11月17日に抗告したところ、ポツダム地方裁判所は、2006年2月22日の決定⁶²⁾において、刑法353b条にいう職務上の秘密に対する侵害は刑事訴訟法100g条にいう重大な犯罪にはあたらないと判示して、結論として、ポツダム区裁判所の当該決定は違法であるとしてSの訴えを認めた。

(4) 2005年11月14日のポツダム区裁判所のコピー差押命令

2005年9月12日、Sのベルリン市内の自宅および事務所ならびにXのポツダム市内の編集部の検索が実行された。前者Sに対する検索に際しては資料の入った12個の箱が押収されたが、Xに対する検索は、Xが本件記事に関連するCD-ROMおよびE-Mailのプリントアウトを任意で提出したことから中止された。ただし、本件記事を担当しその後退職した編集者が使用していたコンピューターのハードディスク内のデータがコピーされたため、この点につきXは異議を唱えた。もっとも、これらの検索・差押えからは、連邦刑事局の資料および情報提供者を特定する情報は発見できなかった⁶³⁾。

ポツダム区裁判所は、2005年11月14日に、上述した、当時の編集者が使用していたコンピューターのハードディスク内のデータのコピーの押収を確認する決定を下した(②決定)。ただし連邦検察庁は、同年12月9日に、そのコピーの利用が何らの情報ももたらさなかったため当該コピーの消去を命じた。この消去は、州刑事局によって2005年12月15日に実施された。

(5) 2006年1月27日のポツダム地方裁判所決定

ところでXおよびSは、前述したポツダム区裁判所によって下された編集部および住居の搜索命令および差押命令(上述①決定)に対して、ポツダム地方裁判所に抗告した⁶⁴⁾。これに対してポツダム地方裁判所は、2006年1月27日の決定において(③決定)、公表された連邦刑事局の報告書はドイツ連邦共和国の安全にとって重要な秘密を含んでおり、それゆえ職務上の秘密の侵害は特に重大であったことを考慮しなければならず、またこのことから、刑事訴追の利益は当該ジャーナリストの基本権に対する介入に比しより重要であったとして、XとSの抗告を棄却した⁶⁵⁾。

(6) 2006年2月24日のポツダム地方裁判所決定

他方でXは、2005年11月17日に、上述の2005年11月14日のポツダム区裁判所の決定(上述②決定)に対して、ポツダム地方裁判所に抗告した。これに対してポツダム地方裁判所は、2006年2月24日の決定において(④決定)、ハードディスク内のデータのコピーは既に消去されたという事実に基づき、「訴訟上手遅れ」⁶⁶⁾(prozessuale Überholung)を理由に、Xの抗告は終了した(erledigt)と判示した。

(7) 2007年2月27日の連邦憲法裁判所判決

その後Xは、上述の2005年8月31日のポツダム区裁判所の決定（上述①決定）、2005年11月14日のポツダム区裁判所の決定（上述②決定）、2006年1月27日のポツダム地方裁判所の決定（上述③決定）、2006年2月24日のポツダム地方裁判所の決定（上述④決定）が、Xの基本法5条1項2文（プレス自由）の基本権および同19条4項の基本権を侵害するとして、連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。これに対して連邦憲法裁判所は、2007年2月27日の判決⁶⁷⁾において、結論としては、①～③の諸決定はXのプレス自由の基本権を、④の決定はXの基本法19条4項の基本権を侵害するとして、Xの憲法異議を認めた。

(8) 2006年7月12日のポツダム地方裁判所決定および2006年8月14日のブランデンブルク上級地方裁判所決定

ところで、上述したXおよびSに対する捜査と平行して、スイスの新聞『Sonntagsblick』の在外チーフであり、連邦刑事局の報告書をSに転送したとされる記者D (Johannes v. Dohnanyi) に対する捜査が行われていた。Xに対する捜査手続が、上述の連邦憲法裁判所の『Cicero』判決以前の2006年2月21日に、刑事訴訟法153a条に基づき検察庁によって、Xの千ユーロの支払いにより暫定的に停止された一方⁶⁸⁾、ポツダム検察庁はSおよびDを起訴した⁶⁹⁾。しかしながら、ポツダム地方裁判所は、2006年7月12日の決定⁷⁰⁾によって、犯行の容疑が不十分であるとして主要手続きの開始を拒否し、さらにブランデンブルク上級地方裁判所も、2006年8月14日の決定⁷¹⁾によって検察庁の即時抗告を棄却した⁷²⁾。すなわち、上級地方裁判所によれば、2004年11月にフランス人のジャーナリストであるJean-Charles Brisardが自己の書籍の中で、問題となった連邦刑事局の書類を引用しており、その時点で既に当該秘密は暴露されていたことになる、という。さらに上級地方裁判所によれば、当該報告書は、守秘義務を課されている職員ではなく、第三者によって、例えばEmailのやり取りや職員の家族による報告書へのアクセスを介して譲渡された可能性もあり、このことは、当該報告書にアクセスした職員が多数に及ぶことから明確である。また、秘密を漏示した連邦刑事局の職員の動機も不明確であって、このような場合においては、正犯行為だけでなく共犯も成立しえない、という⁷³⁾。

3.9 「Dresdner Morgenpost」事件⁷⁴⁾

ドレスデン検察庁は、2005年4月以来、ザクセン州の国務大臣（当時）であったAに対して、背任の容疑で捜査を行っていたところ、その捜査手続きの中で、ドレスデン区裁判所は2005年4月21日にAの住居の捜索を命じる決定を下した。命令された当該処分は2005年5月24日に実施されたが、その際、捜査官の到着前に、雑誌の編集者および写真家が既に捜索現場に来ていた。さらに新聞『Dresdner Morgenpost』は、翌日5月25日付の紙面において、文書および写真によって当該捜査について報道したが、その際、自宅前にいる寝間着姿のAの認識可能な一枚の写真が公表された。また、検察庁に向けられたプレスに対する公開質問において、質問した「Dresdner Morgenpost」社の記者Xが官庁内部の当該捜査に関する情報を保有していたことが明らかとなった。これらの事実から、ドレスデン検察庁は、2005年5月27日に、職業上の秘密の侵害の嫌疑を理由に捜査手続きを開始した。そして、問題の期間に誰がXと電話で連絡を取ったのかを調べるために、ケムニッツ区裁判所（AG Chemnitz）の捜査判事（Ermittlungsrichter）は、2005年6月20日と7月14日の二つの決定によって、刑事訴訟法100g条および100h条にいう検察官の情報収集請求権（Auskunftsanspruch）を認め、それぞれXの通信履歴データの取得の命令を発した。

その後、ケムニッツ検察庁は、2005年12月13日に、検察官Bを職務上の秘密に対する侵害を理由に起訴した。検察官Bは、事件当時、ドレスデン検察庁の第9部局（Integrierte Ermittlungseinheit Sachsen — INES）に勤務しており、Aに対する捜査手続きの担当官であったが、ケムニッツ検察庁は、Bが2005年5月23日の17時50分頃、「Dresdner Morgenpost」社に勤務する記者Xに対して電話で、ドレスデン検察庁がAに対する捜査手続きを行っており、また翌日の朝にAの自宅を捜索する予定であることを伝えたと非難した。これに対してドレスデン地方裁判所は、2007年1月12日の決定において、国務大臣Aは家宅捜索についての情報を事前に得ていなかったのだから、Bによる秘密漏示によっても重要な公的利益に対する危険は確認しえず、つまり当該秘密の漏示によってもAの捜査に影響はなかったのであり、それゆえBの違法性は阻却されるとして、公判の開始を拒否した。同決定に対してドレスデン検察庁が申し立てた抗告につき、ドレスデン上級地方裁判所も、2007年9月11日の決定⁷⁵⁾において、結論

において地方裁判所の判断を支持した。

他方で、ケムニッツ区裁判所がXの通信履歴データの取得を命じた2005年6月20日と7月14日の二つの決定に対しては、Xならびに出版社「Dresdner Morgenpost」および同編集者が、当該裁判所の決定の違法性の確認を求めて抗告した。これに対して、ドレスデン地方裁判所は、2007年2月1日の決定⁷⁶⁾において、Xに対する通信履歴データの取得は違法であったとして、結論としてXの抗告を認めた。

3.10 小括

以上の事例から、実務において、どのような情報や書類が刑法353b条にいう職務上の秘密とみなされ、また、当該秘密につきどのような公表がなされた場合に捜査当局による捜索・差押えが行われているのかが明らかとなった。すなわち、①経済財務大臣が連邦首相に宛てた私的信書が雑誌『Quick』に公表された場合、②財務行政機関が所有する書類が出版社「Marktintern」によって公表された場合、③連邦検察総長の記録を、雑誌『Monitor』の記者が書籍の中で引用した場合、④マフィア組織であるンドランゲタのメンバーに対する捜査情報が日刊紙『Stuttgarter Zeitung』に公表された場合、⑤ブレーメンの会計検査院の予算超過に関する検査報告書のコピーが日刊紙『Bremer Nachrichten』、『Weser Kurier』、『TAZ』、『Weser-Report』に公表され、またラジオ局「Radio Bremen」の番組の中で提示された場合、⑥トランス・ワールド航空のハイジャック事件に関する捜査情報がZDFの番組で放映された場合、⑦直接捜査に関与した人間のみが知りうる、スポーツ店で起きた強盗事件の捜査情報が、新聞『Wolfsburger Allgemeine Zeitung』の記事で公表された場合、⑧テロリストであるアブムサブ・ザルカーウィーに関する連邦刑事局の内部報告書が、フリー・ジャーナリストBruno Schirraによって、雑誌『Cicero』に記事として寄稿された場合、⑨ドレスデン検察庁が保有するザクセン州の国務大臣に対する背任容疑の捜査情報が、地方紙『Dresdner Morgenpost』によって報道され、また同社の記者が当該情報を保有していたことが判明した場合に、報道関係者に対する自宅もしくは編集部の捜索、資料の差押え、または携帯電話等の通信履歴データの引き渡しの命令が発せられた。

ただし、これらの捜索・差押命令の多くは、最終的には裁判所によって不適法と判断されている。すなわち、裁判所の多くが、例えば捜索令状の

不明確性、基本法13条1項(住居の不可侵)や同5条1項2文(プレスの自由)に対する侵害、同19条4項にいう基本権侵害等を理由に、当該捜索・差押えを不適法と判示したのである。これらの判決については、次章で詳述することにする。

注

- 1) この点につき、さしあたり、石村善治・法律時報57巻12号38頁以下、神山敏雄・法と民主主義205号20頁以下、山内敏弘『立憲平和主義と有事法の展開』318頁以下、田島泰彦／清水勉編『秘密保全法批判』191頁以下〔植松健一執筆〕、等を参照。
- 2) その他、憲法保障のための制度として設けられた、情報の収集・分析を行う機関である連邦憲法擁護庁(Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV))も、収集したデータにつき、公的機関に対して秘密の保持のための予防措置をとっている。この点につき、詳しくは、石村修・専修法学論集38号141頁以下、山岸喜久治・名古屋大学法政論集101号143頁以下を参照。さらに、連邦の情報機関(連邦憲法擁護庁、軍事防諜局、連邦情報局)の活動を統制する議会監督委員会(Parlamentarisches Kontrollgremium)も存在する。同委員会につき、詳しくは、小谷賢・中央公論1566号103頁以下、今岡直子・調査と情報806号10頁、を参照。
- 3) ただし、「自由で民主的な基本秩序に反する事実」、または「ドイツ連邦共和国の条約相手国に対して秘密が保持されつつ、国家間で合意した軍備の縮小に反する事実」は「国家秘密」には含まれない(刑法93条2項)。この、いわゆる「違法な国家秘密」(illegale Staatsgeheimnisse)につき、詳しくは、石村善治・法律時報43巻11号37頁、山内敏弘『立憲平和主義と有事法の展開』313頁以下、等を参照。
- 4) Vgl. Laufhütte, GA 1974, 52 (58).
- 5) 保安審査法につき、詳しくは、小島祐史・警察学論集56巻6号183頁以下、田島泰彦／清水勉編『秘密保全法批判』195頁〔植松健一執筆〕、を参照。
- 6) この問題につき、詳しくは、Vgl. Schuldt, S. 27 ff.
- 7) シュピーゲル事件につき、詳しくは、石村善治『ドイツの憲法判例(第2版)』162頁、上口裕『刑事司法における取材・報道の自由』168頁以下、大越康夫・社会科学討究35巻1号317頁以下、等を参照。
- 8) この点につき、田島泰彦／清水勉編『秘密保全法批判』193頁〔植松健一執筆〕を参照。
- 9) 本稿で引用するドイツ刑法典の条文の翻訳につき、法務省大臣官房司法法

- 制部編『ドイツ刑法典』1頁以下、を参照した。
- 10) Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch, § 353b Rdnr. 2; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, § 353b Rdnr. 1; Gaede, AfP 2007, 410 (411).
 - 11) Vgl. Schuldt, S. 69.
 - 12) この点につき、山内敏弘『立憲平和主義と有事法の展開』331頁を参照。
 - 13) この点につき、石村善治『言論法研究Ⅱ』292頁を参照。
 - 14) 刑法353c条1項の条文につき、Vgl. Schuldt, S. 69 (FN 6)。また、同条項の翻訳につき、石村善治・法律時報57巻12号42頁(1985)を参照した。
 - 15) この改正の経緯および内容につき、鈴木秀美「取材源秘匿権と特定秘密」187頁以下、田島泰彦／清水勉『秘密保全法批判』197頁〔植松健一執筆〕、等を参照。
 - 16) Vgl. Kindhäuser, Strafgesetzbuch, § 353b Rdnr. 3; Schuldt, S. 68.
 - 17) Vgl. Schuldt, S. 69 f.
 - 18) Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch, § 353b Rdnr. 5; Schuldt, S. 70.
 - 19) Vgl. Schuldt, S. 70.
 - 20) Vgl. Schuldt, S. 71 f.
 - 21) Vgl. Fischer, Strafgesetzbuch, § 353b Rdnr. 6; Schuldt, S. 71 f.
 - 22) Vgl. Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, § 203 Rdnr. 59a; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, § 203 Rdnr. 8.
 - 23) 連邦職員代表法の翻訳につき、鶴原壽訳・外国の立法14巻1号35頁以下、毛塚勝利解説・経営民主主義17号38頁以下、同18号56頁以下、同21号58頁以下、を参照。なお、「Personalvertretungsgesetz」は「公務員代表法」とも訳される（藤内和公『ドイツの従業員代表制と法』42頁以下を参照）。
 - 24) Vgl. Schuldt, S. 73.
 - 25) Vgl. Schuldt, S. 73.
 - 26) Vgl. Schuldt, S. 73.
 - 27) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28. 4. 1970, BVerfGE 28, 191. 同決定につき、詳しくは、石村善治・法律時報43巻11号36頁以下、野中俊彦・ジュリスト507号94頁以下、を参照。さらに、Vgl. Beater, Medienrecht, S. 471; Schmid, JZ 1970, 686 (686 f.).
 - 28) 刑法353c条の国家秘密の漏示については、連邦通常裁判所は無罪の判決を下した。
 - 29) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28. 4. 1970, BVerfGE 28, 191 (197).
 - 30) 1969年5月8日に西ドイツの連邦議会は「第一次刑法改正法」および「第二次刑法改正法」の二法案を可決したが、その際新総則は、旧法における重懲役・軽懲役・拘留 (Haft) ・監禁刑 (Einschließung) の区分を廃止し、単一の「自由刑」を採用した。この点につき、さしあたり、阿部純二・法律時報

- 41 卷11号108頁以下、内藤謙・ジュリスト449号83頁、等を参照。
- 31) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28. 4. 1970, BVerfGE 28, 191 (197 f.).
- 32) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28. 4. 1970, BVerfGE 28, 191 (199).
- 33) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28. 4. 1970, BVerfGE 28, 191 (199 f.).
- 34) 本稿で引用する刑事訴訟法の条文の翻訳につき、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』9頁以下、を参照した。
- 35) 刑事訴訟法52条1項は、人的事由に基づく証言拒絶権を有する者として、例えば、①被疑者または被告人の婚約者(1号)、②被疑者または被告人の配偶者(2号)、③被疑者または被告人の生活パートナー(Lebenspartner)(2a号)、④被疑者または被告人の直系血族、直系姻族、3親等内の傍系血族、または2等親内傍系姻族である者(3号)、を列挙している。
- 36) 刑事訴訟法53条1項1文1号から3b号は、業務上の秘密に基づく証言拒絶権を有する者として、例えば、①宗教の職にある者(1号)、②被疑者または被告人の弁護士(2号)、③弁護士、弁理士、公証人、公認会計士、宣誓した帳簿監査人、税理士、税務代理人、医師、歯科医師、心理精神療法士、児童・少年精神療法士、薬剤師、助産婦(3号)、④「妊娠に伴う葛藤の解決のための法律」(Schwangerschaftskonfliktgesetz)第3条および8条による公認相談所の会員または委託を受けた者(3a号)、⑤官庁または公法上の社団、施設もしくは財団が認可し、または設立した相談所の薬物依存問題相談員(3b号)、等を挙げている。
- 37) 2012年の改正以前の刑事訴訟法97条5項は、2002年に改正されたものであるが、「刑事訴訟法53条1項1文5号にいう者の証言拒絶権が及ぶ限り、これらの者、編集部、出版社、印刷所または放送局の保管する文書、音声・画像・データの媒体、図表その他の表象物の差押えは不適法である。本条第2項3文および第160a条4項2文が準用される；つまり、この場合であっても、差押えが基本法5条1項2文にいう基本権を考慮しても〔なお〕事案の重大性との均衡を失わず、かつ、事案の解明、または犯罪行為者の居所の捜査が、他の方法では見込みがないか、または著しく困難となる場合に限り、差押えは認められる」と規定されていた。2002年の刑事訴訟法97条5項の改正の内容および経緯につき、池田公博『報道の自由と刑事手続』126頁、鈴木秀美「取材・報道の自由」264頁、を参照。
- 38) 刑事訴訟法97条2項3文は、「特定の事実が、証言拒絶権者の犯罪行為、犯罪庇護、犯罪隠匿、もしくは贓物取得に対して、関与の嫌疑を根拠づける場合、または犯罪行為によって取得され、犯罪行為の用に供され、供されようとし、もしくは犯罪行為に由来する物が問題となっている場合には、差押えの制限は適用されない」、と規定する。
- 39) 2005年刑事訴訟法の条文につき、Roxin, Strafprozessordnung, 39. Aufl., 2005

を参照した。

- 40) 刑事訴訟法100g 条の翻訳につき、Karl-Friedrich Lenz・青山法学論集52巻1号219頁以下を参照した。なお、現行の刑事訴訟法同100a 条1項は、「当事者が知らなくとも、以下の場合には、すなわち特定の事実からある者が、正犯または共犯として、第2項にいう重犯罪 (schwere Straftat) を犯した嫌疑、未遂が可罰であるケースで未遂をした嫌疑、ある犯罪行為を介して予備行為をした嫌疑が成立する場合に、通信を監視し記録することが許される」(1号)と規定し、また同2項は、1項1号にいう「重犯罪」の例を列挙している。
- 41) 現行の刑事訴訟法100h 条1項は、以下のように規定する。
- 刑事訴訟法100h 条1項
- (1) 事案の解明または被疑者の居所の捜査が、他の方法では成功の見込みが薄くまたは困難になる可能性がある場合には、当事者が知らなくとも、住居の外で、以下のこと、すなわち、
1. 録画を行うこと、
 2. その他の、とりわけ監視目的のための特定の技術的手段を用いること、
- を行うことが許される。第1項2号にいう処分は、捜査の対象が重大な犯罪行為である場合のみ許される。
- 42) 本事件の概要につき、詳しくは、Vgl. Schuldt, S. 37 f.; BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1976, BVerfGE 42, 212 (213 ff.).
- 43) シラーとブランドの関係につき、詳しくは、古内博行・千葉大学経済研究27巻4号259頁以下を参照。
- 44) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1976, BVerfGE 42, 212 (222).
- 45) Vgl. Schuldt, S. 38.
- 46) 本事件につき、詳しくは、Vgl. Pöppelmann, Publizistik, Sonderheft 4/2003, 284 (290 f.); Schuldt, S. 38.
- 47) 本事件につき、詳しくは、Vgl. Pöppelmann, Publizistik, Sonderheft 4/2003, 284 (297); Schuldt, S. 38 f.
- 48) 「王冠証人」とは、「捜査協力と引き替えに刑の減免、訴追の見送り等の刑事上の優遇措置を受ける被疑者」(池田秀彦・創価法学41巻3号1頁)をいう。王冠証人につき、詳しくは、池田秀彦・通信教育部論集15号94頁以下、野澤充・犯罪と刑罰23号177頁以下、等を参照。
- 49) 本事件の概要につき、詳しくは、Vgl. Jung, AfP 1995, 375 (375 ff.); Pöppelmann, Publizistik, Sonderheft 4/2003, 284 (297 f.); Schuldt, S. 39.
- 50) 本事件の概要につき、詳しくは、Vgl. LG Bremen, Beschl. v. 4. 11. 1996, NJW 1997, 1168 (1168); LG Bremen, Beschl. v. 13. 8. 1999, AfP 1999, 386 (387); BVerfG, Beschl. v. 24. 3. 1998, NJW 1998, 2131 (2131); Kunert, DRiZ 1997, 325

- (325 ff.); Brosius-Gersdorf, AfP 1998, 25 (25 ff.); Schuldt, S. 39 ff.
- 51) ブレーメン州の財務大臣のことをいう。「財務担当市参事会員」の翻訳については、今野元・愛知県立大学大学院国際文化研究科論集第14号178頁に倣った。
- 52) 市参事会員が訴追の授権を拒否した理由は、市参事会が、1996年8月20日にブレーメンで行われた編集者および編集部に対する訴追に反対する決定を下したことによる。この点につき、Vgl. Schuldt, S. 40 (FN 63).
- 53) Vgl. Kunert, DRiZ 1997, 325 (326); Schuldt, S. 40.
- 54) Vgl. LG Bremen, Beschl. v. 4. 11. 1996, NJW 1997, 1168.
- 55) 「Erledigung」は、行政訴訟だけでなく民事訴訟をはじめ様々な判決手続で行われている制度であり、「訴訟終了宣言」や「訴訟完結の宣言」などとも翻訳されているが、本稿では「終了」と翻訳する。同制度につき、詳しくは、坂原正夫『民事訴訟法における訴訟終了宣言の研究』3頁以下、を参照。
- 56) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24. 3. 1998, NJW 1998, 2131.
- 57) 本事件の概要につき、詳しくは、Vgl. Pöppelmann, Publizistik, Sonderheft 4/2003, 284 (309); Schuldt, S. 41.
- 58) 本事件の概要につき、Vgl. Schuldt, S. 41; BVerfG, Beschl. v. 4. 3. 2008, NStZ 2009, 166 (166).
- 59) この点につき、Vgl. Schuldt, S. 42.
- 60) 本事件の概要につき、Vgl. LG Potsdam, Beschl. v. 22. 2. 2006, NStZ 2006, 472; BVerfG, Urteil v. 27. 2. 2007, BVerfGE 117, 244 (244 ff.); OLG Brandenburg, Beschl. v. 14. 8. 2006, AfP 2006, 484 (484); LG Potsdam, Beschl. v. 12. 7. 2006, AfP 2006, 396 (396); Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2007, 640 (641 f.); Jutzi, NJ 2007, 218 (218 f.); Schuldt, S. 43 ff. さらに、鈴木秀美・新聞研究671号52頁以下、同・自治研究90巻8号146頁以下、等を参照。
- 61) Vgl. LG Potsdam, Beschl. v. 22. 2. 2006, NStZ 2006, 472 (472); Schuldt, S. 43.
- 62) LG Potsdam, Beschl. v. 22. 2. 2006, NStZ 2006, 472.
- 63) Vgl. Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2007, 641 (641).
- 64) Vgl. Schuldt, S. 44; Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2007, 641 (641).
- 65) Vgl. Schuldt, S. 44.
- 66) 「訴訟上手遅れ」の翻訳は、森口佳樹『公権力による実力行使とその手続法的統制』109頁に倣った。
- 67) Vgl. BVerfG, Urteil v. 27. 2. 2007, BVerfGE 117, 244 (244 ff.). 同判決の判例評釈として、鈴木秀美・新聞研究671号52頁以下、同・自治研究90巻8号146頁以下、を参照。
- 68) Vgl. BVerfG, Urteil v. 27. 2. 2007, BVerfGE 117, 244 (251).
- 69) Vgl. Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2007, 640 (641).

ドイツにおける秘密保護法制と報道関係者の憲法上の権利（一）

- 70) Vgl. LG Potsdam, Beschl. v. 12. 7. 2006, AfP 2006, 396.
- 71) Vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 14. 8. 2006, AfP 2006, 484.
- 72) ブランデンブルク上級地方裁判所の2006年8月14日決定につき、Vgl. Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2007, 640 (641); Schuldt, S. 45.
- 73) Vgl. Schmidt-De Caluwe, NVwZ 2007, 640 (642); Schuldt, S. 45.
- 74) 本事件の概要につき、Vgl. LG Dresden, Beschl. v. 1. 2. 2007, AfP 2007, 159 (160); OLG Dresden, Beschl. v. 11. 9. 2007, NJW 2007, 3509 (3509); Schuldt, S. 45 f.
- 75) OLG Dresden, Beschl. v. 11. 9. 2007, NJW 2007, 3509.
- 76) LG Dresden, Beschl. v. 1. 2. 2007, AfP 2007, 159.