

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（二・完）

——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
に対する捜索・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条の内実と捜索・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 捜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、愛知県立大学外国語学部紀要47号（地域研究・国際学編））
4. 「職務上の秘密」の侵害に基づく捜索・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 検索・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検索・差押命令とプレススの自由
 - 4.7 小括
5. むすびにかえて (以上、本号)

4. 「職務上の秘密」の侵害に基づく検索・差押えの適法性をめぐる裁判所の立場

本章は、刑法353b条にいう職務上の秘密の侵害の嫌疑を理由として、捜査当局が報道関係者に対して家宅捜索および報道資料の差押えを行うことができるのか否か、またできるとしても、どのような要件の下でそれが可能なのか、という問題に対する裁判所の立場を検討する。その際、とりわけ連邦憲法裁判所および地方裁判所の合計七つの判決を取り上げ、それを以下の六つに分類する。すなわち、①搜索令状の適法性について争われた1976年5月26日の連邦憲法裁判所決定、②搜索・差押命令が終了した場合における訴えの利益の有無が争われた1996年11月4日のブレーメン地方裁判所決定および1998年3月24日の連邦憲法裁判所決定、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、当事者の権利保護の必要性が保障されるか否かが争われた2008年3月4日の連邦憲法裁判所決定、④刑事事件訴訟法100g条1項にいう「重大な犯罪行為」に職務上の秘密の侵害が含まれるか否かが争われた2006年2月22日のポツダム地方裁判所決定、⑤通信履歴データの取得命令の適法性が問題となった2007年2月1日のドレスデン地方裁判所決定、⑥職務上の秘密の侵害を理由とする搜索・差押命令の合憲性が争われた2007年2月27日の連邦憲法裁判所判決、である。

4.1 搜索令状の適法性

「Quick」事件 (3.1を参照) においては、出版社の事務所に対する搜索令状

の適法性が問題となった。すなわち本件で憲法異議申立人 X は、経済財務大臣シラーが連邦首相ブランドに宛てた私的私信を公表した雑誌『Quick』の出版社であるが、ミュンヘン区裁判所の発した X の事務所に対する搜索令状、および X の抗告を不適法としたミュンヘン地方裁判所の決定が X の基本権を侵害すると主張して、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、1976年5月26日の決定⁷⁷⁾において、ミュンヘン地方裁判所の下した決定については、「憲法異議が地方裁判所の当該決定に向けられている限りにおいて、〔区裁判所の発した〕搜索令状の違憲性が確認されたことによって、本件憲法異議は終了した」と判示したが⁷⁸⁾、ミュンヘン区裁判所の発した搜索令状については、法治国家原則から導き出される「最小限度の要請」(Mindestanforderung)を満たしておらず、それゆえ X の基本法13条1項の基本権を侵害しているため、本件憲法異議には理由がある、と判示した⁷⁹⁾。その理由は多岐にわたるが、ここでは、①基本権の担い手、②搜索令状と「最小限度の要請」、③適法な家宅搜索令状の要件、④本件の搜索令状の適法性、⑤連邦憲法裁判所の1966年8月5日判決との差異、⑥搜索命令の破棄を争う余地、という六つの論点を取り上げて、これを検討する。

(1) 基本法13条1項にいう基本権の担い手

連邦憲法裁判所は、第一に、合資会社である本件 X が基本法13条1項にいう基本権の担い手となりうるか否かの問題を審査する。そして同裁判所は、合資会社も個人と同様に法的に住居の所有者となることができ、さらに基本法13条にいう「住居」の概念には事務所も含まれるという理由から、これを肯定する。

「確かに住居の不可侵〔の基本権〕は、その起源によれば、個人の人間の尊厳に鑑みて、また個人の自由な発展の利益のために彼の『根本的な生活空間』(Degtoglou in: Bonner Kommentar, Art. 13 Rdnr. 33)を保障する、真正な個人の権利である。しかしな

77) BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1976, BVerfGE 42, 212.

78) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1976, BVerfGE 42, 212 (222).

79) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1976, BVerfGE 42, 212 (218).

がら、ある基本権が『その本質に従えば』法人に適用されるか否かという問題に返答するためには、当該基本権の歴史的な起源よりは、むしろそれが個人としてのみ用いられるものなのか、または集団としても用いられるものなのか〔を問うこと〕が、より適当となりうる (Dürig in: Maunz-Dürig, GG, Art. 19 Abs. 3 Rdnr. 51)。それによれば、合資会社も、原則として基本法13条1項にいう基本権の保護を享受する。なぜなら、合資会社は（個人と同様に）住居の合法的な所有者となりうるからである (so auch Maunz in: Maunz-Dürig, GG, Art. 13 Rdnr. 6)。さらに付け加えれば、連邦憲法裁判所の1971年10月13日の決定 (BVerfGE 32, 54 (69 ff.)) において説示されたように、基本法13条1項にいう『住居』の概念には、職場 (Arbeitsraum) や営業所 (Betriebsraum) のほか、事務所 (Geschäftsraum) も含まれる⁸⁰⁾。

(2) 搜索令状と「最少限度の要請」

連邦憲法裁判所は、次に、住居の搜索は基本法13条の基本権に対する重大な介入となるため、当該搜索が比例原則に服するというだけでは十分ではなく、裁判官には搜索令状を介して、搜索を行う国家の権限が法治国家原則から導かれる「最小限度の要請」を満たしていることを確保する義務が課せられる、とする。

「搜索は、その性質上、原則として、基本権上保護される当事者の生活領域に対する、すなわち基本法2条および13条にいう基本権に対する重大な介入となる。それゆえ搜索は、その命令と同様に、始めから比例性という一般的な法原則に服する (BVerfGE 20, 162 (186 f.))。しかしながら、そのみでは、搜索処分の際しての官庁の介入に対する当事者の十分な保護は保障されない。たとえ当該搜索命令が、犯罪行為の重大性および犯罪の嫌疑の強さと適切な関係にあり、犯罪行為の捜査および訴追にとって必要であり、また妥当な証拠方法 (Beweismittel) をもたらすという成果を約束するものであったとしても、それによって、それ自体は許されている強制処分の実行も刑事訴訟法の諸規定および憲法に適合する、ということが保障されるわけではない。当事者の私的領域の保護は、搜索を義務付けられた官吏だけに委ねられてはならない。むしろ、始めから強制処分の適切な限界を配慮することは、裁判官の責務である。通常、搜索という方法で基本権上保護された当事者の〔私的〕領域に介入する執政権の権限は裁判官に留保されているため、同時に裁判官には、訴追官庁の統制機関として、搜索決定という適切な書式を介して、……基本権に対する介入を測定可能なし統制可能とすること、すなわち当該権限が法治国家上の最小限度の要請 (Mindest-

80) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1976, BVerfGE 42, 212 (219).

anforderung)を満たすこと、を確保する義務が課させられる⁸¹⁾」。

(3) 適な家宅搜索令状の要件

刑事訴訟法第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、または搜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、またはその者に帰属する所有物につき搜索をすることができ」と規定し、同105条1項は、搜索を命じる権限は裁判官に属すると明記する。連邦憲法裁判所によれば、これらの条項に基づく搜索令状に、それが可能であるにもかかわらず犯罪行為の内容についての説明がなく、搜索の目的である証拠の内容等についての記載も無く、さらにはこれらの記載方法によって訴追の目的が阻害されることもない場合には、当該搜索令状は違法となるという。

「起訴内容 (Tatvorwurf) についての実際の言明もなく、また搜索の目的である証拠方法の種類や考えられうる内容も明らかにしていないような、刑事訴訟法102条に基づく搜索令状は、仮に〔搜索令状の〕そのような表記が、捜査の結果によれば容易に可能であり、またその表記によっても訴追の目的が損なわれない場合には、〔前述した法治国家の〕最小限度の要請に適合しない。そのようなケースでは、犯罪行為を単にスローガンのように表記し、刑事訴訟法102条の文言を列挙したのみでは、法治国家的要請を満たす根拠の十分な代用にはならない」。

「解明されるべき犯罪行為の表記は、搜索の目的である証拠方法を明記することによって補完される」。「とはいえ、搜索の目的である証拠を詳細に表記することは、しばしば不可能である。だからといって、このことにより、期待される証拠方法の少なくともそのおおよそを……記述することが排除されるわけではない⁸²⁾」。

(4) 本件の搜索令状の適法性

上述のように（3.1を参照）、本件で問題となった家宅搜索令状には、単に「刑事訴訟法102条および105条に基づき」とあるだけで、また「搜索によって

81) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1976, BVerfGE 42, 212 (219 f.).

82) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1976, BVerfGE 42, 212 (220 f.).

証拠を発見する見込みがあるため」本件捜索は命じられると記述されるのみであり、本件の家宅捜索令状は収集の目的である証拠の種類や内容を含んでおらず、それゆえ連邦憲法裁判所によれば、本件捜索令状は、上述の原則に照らして法治国家的な最小限度の要請を満たしていない、とされる。

「本件捜索令状が、推定される犯罪行為を明記する際に（「……を理由とした」、積極的ないし消極的取崩には言及せず、文書の保管の侵害にのみ言及していることを除けば、当該令状は、解明すべき犯罪行為についての実際の記述も含んでいなければ、入手すべき証拠方法の種類や、その考えられる内容も明確にしていな。〔しかしながら〕本件では、そのような表記は、捜査の結果によれば容易に可能であったはずであり、また訴追の実効性という観点から見ても実行不可能ではなかったはずである⁸³⁾」。

(5) 連邦憲法裁判所の1966年8月5日判決との差異

連邦憲法裁判所は、上述のような判断を下しても、同裁判所の先例であり、編集社に対する捜査を適法であると認めた1966年8月5日のシュピーゲル判決と矛盾するものではないという。その理由として、本件と当時の事件との間に、捜索令状の合憲性審査に関して三つの差異があることを強調する⁸⁴⁾。すなわち、①シュピーゲル事件においては、捜索令状は、少なくとも起訴内容の表記を含んでいた点、②当時の被疑者に対しては、犯罪行為の具体的な表記が勾留状によって示された点、③当時の家宅捜索は、捜査判事（Ermittlungsrichter）の立ち会いの下で行われた点である。それゆえ、本件の捜索令状は、シュピーゲル事件とは異なり基本法に違反する、という。

(6) 捜索命令の破棄を争う余地

ただし、連邦憲法裁判所によれば、本件の家宅捜索はすでに終了しているため、捜索命令の破棄（Aufhebung）を争う余地は、本件では生じないという。それゆえ本件では、連邦憲法裁判所の審査は、当該捜索令状の基本法違反の確

83) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1976, BVerfGE 42, 212 (221).

84) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1976, BVerfGE 42, 212 (222).

認に限定されるという⁸⁵⁾。

以上のように連邦憲法裁判所は、搜索命令の適法性については本件家宅搜索はすでに終了しているという理由からこれを審査しなかったが、本件搜索令状については、住居の搜索が基本法13条にいう基本権に対する重大な介入となることに鑑みれば搜索令状は法治国家原則から導かれる「最小限度の要請」を満たしていることが必要となるが、本件搜索令状はこの要請を満たしていないために不適法であった、と判示した。

4.2 搜索・差押命令の「終了」と訴えの利益

「Weser-Kurier, Bremer Nachrichten, taz, Weser-Report und Radio Bremen」事件（3.5を参照）に関するブレーメン地方裁判所1996年11月4日決定および連邦憲法裁判所1998年3月24日決定では、ブレーメン州の会計検査院の検査報告書を公表した新聞社およびラジオ局に対して発せられた裁判官の搜索・差押命令が「終了した」場合に、当該命令の違法性の確認を求める抗告が認められるか否か争われた。この点につき、ブレーメン地方裁判所が本件では裁判官は裁量瑕疵ある決定は下していないとして、結論として抗告人の訴えの利益を否定したのに対して（4.2.1）、連邦憲法裁判所は基本法13条および同5条1項2文に対する介入の重大性に鑑みて、当事者の訴えの利益を肯定した（4.2.2）。

4.2.1 「Weser-Kurier, Bremer Nachrichten, taz, Weser-Report und Radio Bremen」事件に関するブレーメン地方裁判所1996年11月4日決定⁸⁶⁾

本件は、ブレーメン区裁判所が1996年8月7日に、刑事訴訟法103条および105条に基づき、出版社である「Weser-Kurier」、「Bremer Nachrichten」、「TAZ」、「Weser-Report」およびラジオ局であるRadio Bremenの編集室、ならびに報告

85) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1976, BVerfGE 42, 212 (222).

86) LG Bremen, Beschl. v. 4. 11. 1996, NJW 1997, 1168. 本決定につき、詳しくは、Vgl. Brosius-Gersdorf, AfP 1998, 25 (25 f.).

書の内容に触れた本件記事を公表した記者らの住居の搜索を命じる決定を複数に渡って下したことに對してなされた抗告に関する事案である。

これに對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、抗告の時点で本件命令は既に終了しており、さらに区裁判所の裁判官による当該搜索および差押えの命令には裁量の瑕疵は存在しなかったため、結論として区裁判所の決定は適法であり本件抗告には根拠がない、と判示した。その理由につき地方裁判所は、以下のようにいう。

(1) 「終了した」搜索・差押命令に對する抗告の許容性の原則

ブレーメン地方裁判所によれば、搜索・差押命令が既に終了している場合には、当該命令に對する抗告は原則として許されないとする。すなわち、同裁判所によれば、行政裁判所法 (VwGO) 113条1項4文⁸⁷⁾は、「当該行政行為が撤回またはその他の方法により既に終了している場合には、裁判所は、原告がその違法の確認につき正当な利益を有するとき、申立てにより、判決で、その行政行為が違法であった旨を言い渡す」と規定しているが、本規定は刑事事件には適用されず、またこのことは法治国家原則等にも違反しない、とする。

「本件抗告には根拠がなかった。判例上一貫している支配的見解に一致して、本法院は、搜索命令および差押命令に對する抗告は、当該命令が抗告決定の時点で既に終了している場合には、原則として許されないかまたは根拠がないとされる、という立場を主張する……。刑事訴訟法は、執行が終了している手続処分 (Verfahrensmaßnahme) の違法性を事後的に確認するだけの決定については、なんら規定していない。刑事手続は、当事者の権利回復 (Rehabilitierung) には寄与しない。とりわけ、行政裁判所法113条1項4文に基づき行政訴訟 (Verwaltungsrechtsweg) においては認められているような確認の要請 (Feststellungsbegehren) は、刑事手続にはなじみのないものである。連邦憲法裁判所も、刑事裁判所のこの確立した判例を、既に1978年に合憲であると判示している (vgl. BVerfEG 49, 329 (340 ff.) = NJW 1979, 154)。それは、〔連邦憲法裁判所によれば〕一般的法治国家原則、基本法19条4項にいう出訴の途の保障、さらには基本法103条1項にいう法律上の審問の原則にも違反してない、という。憲法は、第二の裁判官による法廷を求める権利を要請していない〔という〕。加えて、既

87) 行政裁判所法113条の翻訳につき、木村弘之亮・法学研究74巻6号155頁を参照。

に命令され実行された捜索に対する審査という点に鑑みれば、原告人は、完全に保護されていないというわけではなかった。〔すなわち〕原告人が基本権侵害を主張する限りにおいて、原告人には憲法異議の途が残されている⁸⁸⁾。

(2) 原則の例外

しかしながら、ブレーメン地方裁判所によれば、裁判官が捜索・差押命令に際して「恣意的に、裁量瑕疵をもって」(willkürlich ermessensfehlerhaft) 判断を下した場合には、上述の原則にも例外が認められるという。

「とはいえ、裁判官が捜索命令および差押命令に際して恣意的に、裁量瑕疵をもって判断を行ったことが確認されうる場合には、事件の終了を理由に抗告を不適法とすることに對する例外が認められる⁸⁹⁾」。「裁判官の決定が考えられえない観点の下で法的に正当化された場合、それゆえ当該決定が事実にとぐわぬ考慮に基づいているという帰結が生じる場合には、その決定は恣意的で裁量瑕疵があるものとみなされうる。このことは、客観的な諸基準を基にして確認されなければならない⁹⁰⁾」。

(3) 犯罪行為の解明とプレスの自由の比較衡量

さらに、裁判官の当該命令が恣意的か否か、すなわち住居の捜索および差押えが適法か否かの審査に際しては、ブレーメン地方裁判所によれば、犯罪行為の解明という国家の利益とプレスの自由の比較衡量がなされなければならない、という。

「捜索は、捜索命令と同様に、その基本権関連性ゆえに、初めから、比例原則という一般的な法原則に服する。それぞれの介入は、とりわけ、現存する犯行の嫌疑(Tatverdacht)の強度に対して適切な関係を保持しなければならない(BVerfG, NJW 1994, 2079)。選択される手段と望まれる目的は、相互に思慮分別ある関係に置かれていなければならない。当該介入は、その目的を達成するために、適合的かつ必要でなければならない。……裁判官には、個別の事例において、基本権の極めて重要な意義を配慮した上で、刑事司法(Strafrechtspflege)の必要性との比較衡量を行うことが義務づけられる」。

「この原則を顧慮する際に、一方で犯罪行為の解明という国家の利益と、他方で

88) Vgl. LG Bremen, Beschl. v. 4. 11. 1996, NJW 1997, 1168 (1168).

89) Vgl. LG Bremen, Beschl. v. 4. 11. 1996, NJW 1997, 1168 (1168).

90) Vgl. LG Bremen, Beschl. v. 4. 11. 1996, NJW 1997, 1168 (1169).

レスの自由の制度との間の比較衡量が行われなければならなかった。プレスおよび放送の領域に対する捜索および差押え処分への介入の重大性に鑑みれば、本件では、この比較衡量が特に慎重に行われなければならなかった……。基本法5条1項2文で保障されるプレスの自由および放送の自由は、高位の地位を享受する。これら〔基本権〕は、連邦憲法裁判所の妥当な判例によれば、自由で民主的な基本秩序にとってまさに構成的である (vgl. BVerfGE, NJW 1988, 329 = AfP 1987, 678 (680) m. w. Nachw.)。他方で連邦憲法裁判所は、繰り返し、効果的な (wirksam) 刑事訴追の不可避の必要性を認め、刑事手続における可能な限り包括的な真実の追求の利益を強調し、また重大な犯罪行為の解明を法治国家的共同体の本質的な委託であるとみなしていた⁹¹⁾。

(4) 本件捜索の比例性に対する重大な疑い

ところで、プレーメン地方裁判所は、「本件では、〔基本権〕介入の比例性に対する重大な疑いがあることは明白である」、という。その理由につき、同裁判所は、①会計検査院の所長が有効な授権を与えなかった点、②本件の犯罪行為は重大なものではなかった点、の二点を挙げる。

(a) 会計検査院の所長の授権

刑法353b条4項1文は「行為は、授権があった場合にのみ訴追される」と規定し、同2文3号によれば、その授権は、同2文1・2号以外で、刑法353b条1項および2項2号以外のあらゆるケースにおいては「州の最上級官庁」により行われる。プレーメン地方裁判所は、会計検査院の所長がここでいう州の最上級官庁であるか否かの判断は下さなかった。しかしながら同裁判所によれば、本件では、そもそも会計検査院の所長は、職務上の秘密の暴露の嫌疑が財務担当市参事会員および教育・学問・芸術・スポーツ担当市参事会員に対して向けられたにもかかわらず、これらの諸官庁に対して有効な訴追の授権を与えず、会計検査院に対してのみ訴追の授権を付与したのであるから、本件捜索の比例性には疑いがあるとみる。

本件の「捜査手続の対象は、関与した諸官庁に属するある公務担当者による、職務上の秘密の侵害に対する嫌疑であった。告訴した会計検査院の所長は、彼が自己の官

91) Vgl. LG Bremen, Beschl. v. 4. 11. 1996, NJW 1997, 1168 (1169).

庁の職員に対する嫌疑を抱いていないことを指摘した。それゆえ、犯行の嫌疑のある者は、審査報告書が到達した〔別の〕官庁に属する者である可能性がある、という帰結が生じることは、初めから明らかであった。プレーメンの会計検査院の所長が、刑法353b条4項3号にいう『州の最上級官庁』であるか否かは未解決のままにしておくことができる。いずれにしても同所長は、刑事訴追の不可欠の要件である有効な訴追の授権を、財務担当市参事会員および教育・学問・芸術・スポーツ担当市参事会員の構成員に対して与えることはできなかった。それゆえ、捜索の申立ての前に、いずれにしても第一次的に〔この2つの〕州の最上級官庁に訴追の授権を願い出る、ということが要請されたのである。仮に嫌疑が〔この2つの〕当該官庁の職員に向けられた場合には、この方法によって、そもそも捜査手続が引き続き執行されえたかどうかにつき、初めから確認しえたはずであった⁹²⁾」。

(b) 本件犯罪行為の程度

さらに本件では、当該検査報告書は最終的には公にアクセスしえたため、当該秘密漏示行為は重大であるとはいえず、ここからも本件捜索の比例性には疑いが生じうるという。

「捜索という選択された手段およびその後の差押えの比例性に対する疑念は、告訴された犯罪行為がさほど重大なものでなく、〔それゆえ〕行為者の捜査を即座に正当化するものでなかった、ということからも明らかである。なぜなら、本件検査報告書は、最終的には公にアクセスされるものだったからである⁹³⁾」。

(5) 職務上の秘密の漏示と国家利益の侵害可能性

他方で、地方裁判所によれば、本件の行為者が秘密漏示によって重要な国家利益を侵害した可能性は排除しえない、という。

「いずれにしても、本件検査報告書の中では、地位の高いある人物……の以前犯した行為を理由に、彼に対する激しい非難が展開されていた。それゆえ、当該報告書においては、刑法353b条にいう秘密……が扱われたのである」。さらに「いまだ特定されていない行為者が検査報告書を権限なく漏示したことによって重要な公の利益を危険に晒した、ということも初めから否定されえない。少なくとも、本件秘密漏示の事

92) Vgl. LG Bremen, Beschl. v. 4. 11. 1996, NJW 1997, 1168 (1169).

93) Vgl. LG Bremen, Beschl. v. 4. 11. 1996, NJW 1997, 1168 (1169).

実が一般的に知られ、それによって行政の完全性・信頼・秘密の遵守に対する公の信頼が損なわれるということによって、刑法353b条1項にいう重要な公の利益が、間接的にであれ危険にさらされうるといふ法の見解は、容易に主張されうる……。さらに本件では、重要な公の利益に対する具体的な危険は、検査報告書のなかで言及された人物の地位に鑑みれば、容易に排除されうるものではない⁹⁴⁾」。

(6) 本件捜索および差押えの適法性

以上の原則を踏まえて本件捜索および差押えの比例性を審査した結果、ブレーメン地方裁判所は、本件検査報告書の差押え以外のより緩やかな手段では、秘密保護という国家利益を保護するために秘密漏示者を発見することは期待薄であったとして、結論として本件捜索および差押えは比例的であったとする。

「犯罪捜査を目的とした、捜索および本件検査報告書の差押えという手段の選択が、考えられうる（比較的広い）行為者の範囲を著しく狭めることに十分に適していた、ということは明らかである。この目的を達成するためのより緩やかな手段というものは、ほとんど成功を期待できなかった。例えば、関与した市参事会の中の、本件報告書に従事していたすべての公務員を尋問しても、行為者を直接見つけ出すことはできなかったであろう。とはいえ、刑事訴追官庁は、捜査した範囲の中で、当該審査報告書以外に行為者〔の発見に到達する〕帰結を直接的に可能にする物が存在する、ということ的前提としなかった。「本件の強制処分には成功の見込みがあったこと、それと比べてより緩やかな手段には成功の見込みが少なかったこと、政治的に議論を呼ぶ当該審査報告書の事前の公表によって、関連する諸官庁の聴聞（Anhörung）という法律上定められた方法が本質的に阻害されたという事情に鑑みれば、争われた諸決定については、最終的に、恣意的な決定は問題とならない⁹⁵⁾」。

以上のように、ブレーメン地方裁判所は、裁判官の捜索および差押命令が「終了した」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のみ許されるとする。しかしながら同裁判所は、本件では、確かに会計検査院の所長が有効な訴追の授權をせず、また本件犯罪行為は重大なものではなかったことから、当該捜索・差押えの比例性には疑念も生じうるが、しかしな

94) Vgl. LG Bremen, Beschl. v. 4. 11. 1996, NJW 1997, 1168 (1169).

95) Vgl. LG Bremen, Beschl. v. 4. 11. 1996, NJW 1997, 1168 (1170).

がら本件秘密漏示行為によって重要な公の利益が危険にさらされる可能性が全く排除されるわけではなく、また本件検査報告書の差押え以外の方法では秘密漏示者を発見することことは期待できなかったことから、結論として本件捜索および差押えは比例的であり、恣意的で裁量瑕疵のある決定は下されていない、と判示した。

4.2.2 「Weser-Kurier, Bremer Nachrichten, taz, Weser-Report und Radio Bremen」事件に関する連邦憲法裁判所1998年3月24日決定⁹⁶⁾

このブレーメン地方裁判所の1996年11月4日決定に対して、出版社である「Weser-Kurier」、「Bremer Nachrichten」、「TAZ」、「Weser-Report」、ラジオ局であるRadio Bremen、そして本件記事を公表した記者らが、地方裁判所の当該決定は彼ら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提起した。連邦憲法裁判所は、1998年3月24日の部会決定において、住居および編集部の捜索による基本法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大性に鑑みれば、事後的な抗告のための当事者の「権利保護の利益」、すなわち当事者の訴えの利益は肯定されなければならないとして、結論として本件憲法異議には理由があるとした。同裁判所は、その理由を以下のように述べる。

(1) 基本権介入が「終了した」後の裁判所の審査

連邦憲法裁判所によれば、問題とされた基本権介入が既に「終了した」場合であっても、当該介入が重大であった場合には、依然としてこの介入の正当化の審査を裁判所に要請することが可能である、という。

「連邦憲法裁判所の第二法廷は、1997年4月30日の決定（BVerfGE 96, 27 = NJW 1997, 2163）において、自己の先例を変更した。同先例によれば、基本法19条4項は、終了した基本権介入については、原則として専門裁判所による事後審査を要請していないという（vgl. BVerfGE 49, 329 = NJW 1979, 154）。〔しかしながら〕基本法19条4

96) BVerfG, Beschl. v. 24. 3. 1998, NJW 1998, 2131.

項が保障する権利保護の実効性（Effektivität）は、上訴裁判所に対して、その時々
の訴訟法によって開かれている上訴を無効とすることを禁じている。上訴裁判所は、個
別の事例において訴訟法に基づき許されている上訴のために権利保護の利益が存在す
るか否かという問題に回答する際、このことを考慮しなければならない。仮に裁判所
が、裁判所の手続きが現在の抗告を処理し、繰り返しの危険（Wiederholungsgefahr）
を除去し、またはそれ自体終了した介入による継続的な侵害を除去することに寄与し
うる限りにおいてのみ権利保護の利益が存在するとみなす場合には、確かにこのこと
は、原則として、実効的な権利保護を保障する要請に合致する。しかしながら、それ
以外であっても……〔当事者が裁判所の決定を訴訟法上はもはや要請できないような
期間中に公権力による〕重大な基本権介入が生じた場合には、権利保護の利益は〔い
まだ〕存在する。この場合、実効的な基本権保護によって、当事者が重大な……基本
権介入の正当化を裁判所において明確にする機会を得る、ということが要請され
る⁹⁷⁾」。

(2) 重大な基本権介入と捜索・差押え

本件の捜索・差押えも、このような裁判所による審査が要請される重大な基本
権介入となりうるか否かが問題となるが、連邦憲法裁判所はこれを肯定する。

「そのような重大な基本権介入の肯定は、とりわけ、（基本法13条2項の事例によ
うに）基本法が予防的に裁判官に留保している命令が発せられた場合に考慮される。そ
のような重大な基本権介入のカテゴリーには……裁判官の捜索命令に基づく住居およ
び事務所の捜索、さらにその過程でなされる差押命令も含まれる。メディア企業の捜
索・差押えに際しては、付加的に、プレス自由または放送自由に対する介入も重
要となる⁹⁸⁾」。

(3) 権利保護の利益と捜索・差押え

さらに連邦憲法裁判所は、本件の捜索・差押命令には重大な基本権介入が認
められるため、抗告人の訴えの利益も肯定されうる、という。

「刑事訴訟法304条以下によれば、裁判官の捜索命令および差押決定に対する本件抗
告は適法である。そのような抗告の許容性は、上訴された専門裁判所によって、上述

97) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24. 3. 1998, NJW 1998, 2131 (2131 f.).

98) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24. 3. 1998, NJW 1998, 2131 (2132).

した憲法上の要請を考慮して判断されなければならない。それによれば、本件抗告は、裁判官の命令がなされそれゆえ当該処分が終了したということのみを理由に、訴訟上手遅れ（prozessuale Überholung）という観点の下で不適法として棄却することは許されない。むしろ住居および編集部への捜索に際しては、基本法13条1項および同5条1項2文の基本権に対する介入の重大性ゆえに、当事者の権利保護の利益が肯定されなければならない⁹⁹⁾」。

以上のように述べて、連邦憲法裁判所は、「地方裁判所の当該決定は上述した憲法上の基準を正当に評価しておらず、また「訴訟上手遅れを理由に抗告を不適法としており、〔憲法異議申立人の〕基本法13条1項および同5条1項2文と結びついた同19条4項を侵害した¹⁰⁰⁾」と判示した。

(4) 区裁判所および捜索の執行に対する憲法異議

ただし連邦憲法裁判所は、本件におけるその他の憲法異議、すなわちプレーメン区裁判所の住居の捜索決定および捜索の執行に対する憲法異議については受理しなかった。その理由につき、連邦憲法裁判所は、「憲法異議の補充性の原則は、憲法異議申立人が専門裁判所への出訴の途を汲み尽くし、それゆえいずれにしても憲法上の異議がそこで既に除去されていることを要求している」が、本件では、事件をプレーメン地方裁判所に差し戻すことにより、当該問題について専門裁判所で判断する途が残っているからであるという¹⁰¹⁾。

その後、差し戻し審であるプレーメン地方裁判所は、1999年8月13日の決定¹⁰²⁾において、連邦憲法裁判所の決定に従い、本件抗告を認め、本件捜索および差押えを違法であると判断している。

99) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24. 3. 1998, NJW 1998, 2131 (2132).

100) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24. 3. 1998, NJW 1998, 2131 (2132).

101) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 24. 3. 1998, NJW 1998, 2131 (2132).

102) Vgl. LG Bremen, Beschl. v. 13. 8. 1999, AfP 1999, 386. 本決定につき、Vgl. Schuldt, S. 41.

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

「Wolfsburger Allgemeine Zeitung」事件（3.7を参照）における連邦憲法裁判所の2008年3月4日の部会決定¹⁰³⁾では、通信履歴データの引き渡しを命じた区裁判所の決定に対する抗告が遅れた場合に、当事者の権利保護の必要性が保障されるか否かが争点となった。すなわち本件では、直接捜査に関与した人間のみが知りうる強盗事件の捜査情報が新聞報道されたために刑法353b条にいう職務上の秘密違反の嫌疑で警察官（X1）と新聞『Wolfsburger Allgemeine Zeitung』の記者（X2）に対してなされた捜査の過程で、ヴォルフスブルク区裁判所がXらの通信履歴データの引き渡しを命じたところ、その後1年経ったのちようやくXらが抗告した。このためブラウンシュヴァイク地方裁判所が、Xの抗告を却下し、当該命令を適法としたために、Xらが憲法異議を申し立てた。これに対して連邦憲法裁判所は、2008年3月4日の決定において、結論としてX1およびX2の憲法異議を認め、ブラウンシュヴァイク地方裁判所の決定を棄却し、事件を地方裁判所へ差し戻した。連邦憲法裁判所によれば、地方裁判所の当該決定はXらの基本法19条4項にいう基本権を侵害するというが、その理由につき以下のように述べる。

(1) 基本法19条4項の保障と「権利保護の必要性」

連邦憲法裁判所は、まず、基本法19条4項にいう基本権の保護を享受するためには、異議申立人が自らの「権利保護の必要性」（Rechtsschutzbedürfnis）を主張することが要件となるという。そしてそのことは、信義誠実の原則（民法242条）、手続的権利の濫用の禁止、さらに国家行為の効率性の原則から導き出され、その結果、例えば権利者が権利の主張を意図的に長い間行わなかった場合や（時間要素）、権利主張を行える状況にあったにもかかわらずあえて傍観した場合（状況要素）には、この権利保護の必要性は認められない、と判示する。

103) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 4. 3. 2008, NStZ 2009, 166.

「基本法19条4項は、公権力の行為に対する実効的で可能な限り欠如のない、裁判官による権利保護を求める基本権を含んでいる（vgl. BVerfGE 8, 274, 326; 67, 43, 58; 104, 220, 231; st. Rspr.）。基本法19条4項が保障する権利保護の実効性（Effektivität）は、第一次的に、訴訟法によって確保されている。……上訴裁判所は、それぞれの訴訟法によって開かれている上訴を非実効的なものにしてはならず、また憲法異議申立人のために上訴を無にしてはならない（BVerfGE 78, 88, 98 f.; 96, 27, 39; 104, 220, 232）」。

「他方で、権利保護保障を、現存する持続的な権利保護の必要性に依拠させることは、実効的な権利保護を保障するという要請に原則として適合する（vgl. BVerfGE 96, 27, 39; 104, 220, 232）。申し立てに拘束される裁判所のあらゆる決定が権利保護の必要性を前提としていることは、一般的に認められている法原則である（vgl. BVerfGE 61, 126, 135）。あらゆる訴訟法に共通するこの本案決定の要件（Sachentscheidungs voraussetzung）は、訴訟法にも妥当する信義誠実の原則（民法242条）、手続的権利の濫用の禁止、および裁判所にも妥当する国家行為の効率性の原則（Grundsatz der Effizienz staatlichen Handelns）から導き出される。例えば、権利者が遅滞して権利を主張した場合（時間要素（Zeitmoment））や、思慮分別に従えば権利保護のために何かを企てるのが通常である状況下にもかかわらず傍観した場合（状況要素（Umstandsmoment））のように、請求権の主張が遅れたため信義誠実の原則に反した場合には、権利保護の必要性は認められえない。「こうしたケースにおいては、法的平和（Rechtsfrieden）の保持に対する公の利益に基づき、長期間に渡り傍観した後に裁判所に訴えを提起すること（Anrufung des Gerichts）は許されないものとみなす、ということが要求されうる。それゆえ、それ自体に期限が付されていない申し立てについても、恣意的に遅滞させることはできず、不適法とならないように遅らせることができる〔にすぎない〕。「それにもかかわらず、これによって裁判所への〔出訴の〕途が不当な方法で困難とされることは許されない¹⁰⁴⁾」。

(2) 本事件へのあてはめ

ただし、連邦憲法裁判所によれば、確かに X らは自己の通信履歴データの捜査について知らされた後一年経って初めて、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たが、これのみによって X らの権利保護の必要性が喪失するわけではなく、その限りにおいて、ブラウンシュバイ

104) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 4. 3. 2008, NStZ 2009, 166 (167).

ク地方裁判所の当該決定は上述した要請を考慮していないという。さらに連邦憲法裁判所は、地方裁判所の当該決定が X らのプレス自由の基本権を侵害したか否かについては、決定の重要性の欠如を理由に、問題を未解決にしている¹⁰⁵⁾。

「確かに地方裁判所は、適切にも、当該事件の終了後も基本権の重大な介入の正当性が原則として裁判所の審査に服しうること、また搜索命令だけでなく（BVerfGE 96, 27, 40）、刑事訴訟法100g条および100h条にいう通信履歴データの捜査……も、この深刻な基本権介入というカテゴリーに含まれること、を〔自己の判断の〕前提とした。さらに同裁判所は、適切にも、刑事訴訟法304条にいう抗告が法律上の期限に服さないことを確認した」。

「しかしながら、本件で争われた地方裁判所決定においては、持続的な権利保護の必要性の原則的留保は、基本法19条4項にいう異議申立人の権利保護請求権の意義と射程を、憲法が要請する範囲内で正当に評価することなしに適用された」。

すなわち、当該決定においては上述した「状況要素は明白でない。確かに憲法異議申立人は、当該処分の情報取得後一年以上、また彼らに対して行われた捜査手続きの中止後9ヶ月間、傍観していた。〔しかしながら〕本件の諸事情の下では、この期間の経過後も憲法異議申立人が単に傍観していたというだけでは、抗告はもはや提起されないという考え方が認められるわけではない」。

「ある抽象的な期限に拘束されること、つまりその期限が経過した後は常に〔権利保護利益の〕喪失が成立するために時間要素の存在が前提条件とされなければならないとすることは、不可能である。どの程度期限が過ぎれば傍観が信頼を生むものとして、すなわち〔権利保護利益の〕喪失にとって重要なものとして評価されるのかは、結局は、個別の事例に関わる諸事情の比較衡量によってのみ確認される。それゆえ、時間要素の期間の確定については、固定された最長期限または規範的期限ではなく、個別の事例の具体的諸事情が基準とされなければならない」。

「いずれにしても、捜査処分の周知後一年以内、または刑事訴訟法170条2項にいう手続きの中止後9ヶ月以内に抗告を申し立てた場合には、権利保護の必要性の喪失はいまだ発生しえない¹⁰⁶⁾」。

このように連邦憲法裁判所は、権利主張を意図的に長い間行わなかった場合、または権利主張を行える状況にあったにもかかわらずこれを傍観した場合

105) Vgl. Schuldt, S. 42.

106) Vgl. BVerfG, Beschl. v. 4. 3. 2008, NStZ 2009, 166 (167).

に権利保護の必要性を認めないことは、信義誠実の原則（民法242条）、手続的権利濫用の禁止、国家行為の効率性の原則から導き出されるが、基本法19条4項にいう権利保護請求権の意義と射程を考慮すれば、どの程度の期間が過ぎればこの権利保護の利益が喪失するののかについては、結局のところ、個別の事例にかかわる比較衡量によって判断すべきだと判示した。

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

前述のように（2.5を参照）、刑事訴訟法100g条1項によれば、「重大な犯罪行為」があった場合には通信履歴データの提出を命じることができる。職務上の秘密の侵害がここでいう「重大な犯罪行為」にあたるか否かという問題が、「Cicero」事件（3.8を参照）に関する2006年2月22日のポツダム地方裁判所決定¹⁰⁷⁾において争われた。

本件では、「Cicero」事件の中で、ポツダム区裁判所が、検察庁の申立てに基づき2005年8月31日に、刑事訴訟法100g条および同100h条1項2号を根拠として、ドイツテレコム株式会社およびボーダフォン有限会社に対して本事件の被疑者であるジャーナリストSの通信履歴データの引き渡しを命じた決定の適法性が問題とされた。本件の争点は、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」にあたるか否かである。これに対してポツダム地方裁判所は、本決定において、以下のように述べてこれを否定し、結論としてポツダム区裁判所の命令は違法であると判示した。

本件では「刑事訴訟法100g条および同100h条にいう命令を発するための要件が存在しなかった。なぜなら、本件被疑者には、同規定にいう重大な犯罪行為の嫌疑が存在しないからである。確かに、この〔重大な〕犯罪行為は刑事訴訟法100a条のカatalogに属している必要はなく、むしろ重大性の確定のためには、個別具体的な事件に基づき判断がなされなければならない。しかしながら、この〔重大な〕犯罪行為は、少なくとも中程度の犯罪（mittlere Kriminalität）の領域に属していること、法的平和（Rechtsfrieden）を著しく侵害していること、さらに国民の法的安定性（Rechtssicherheit）

107) LG Potsdam, Beschl. v. 22. 2. 2006, NStZ 2006, 472.

の感情を著しく侵害する可能性があることを、〔その成立の〕要件とされなければならない……。重大〔な犯罪行為〕は、5年の自由刑以上の法定刑を伴う犯罪の場合には、常に成立する。〔しかしながら〕本件では、刑法353b条にいう職務上の秘密に対する侵害という本件で問題とされた犯行に対して、罰金刑または1年以下の自由刑という法定刑が科されている。さしあたりこのことから、重大な犯罪行為の成立は支持されない。もっとも、犯罪行為の重大性の判定については、法益の具体的な危険性、損害の程度、さらには犯行の方法と態様が考慮されなければならない。この点、本件では、秘匿物件 (Verschlussache) とされた報告書の一部の公表によって、他国の秘密情報機関との協力が困難になるという、連邦刑事局、ひいてはドイツ連邦共和国の利益に対する具体的な危険が存在していることが特に考慮されなければならない。そのような協力はイスラム・テロの撲滅にとって必要であるとみなされているにもかかわらず、本法廷では、当該報告書の抜粋がプレスによって公表されたことを、刑事訴訟法100g条にいう重大な犯罪行為とみることはできない。なぜなら、刑事訴訟法100a条で列挙された犯罪行為 (Katalogtat) とおおよそでも対等となりうる重大な犯行は、本件では存在していないからである¹⁰⁸⁾。

以上のように、ポツダム地方裁判所によれば、刑事訴訟法100g条1項は「重大な犯罪行為」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定めるが、刑法353b条にいう職務上の秘密に対する侵害については、同条項の法定刑が罰金刑または1年以下もしくは5年以下とされていることから、形式的にも「重大な犯罪行為」と呼ぶことはできないという。また、個別の犯罪行為の方法や態様を考慮したとしても、本件の秘密漏示行為は、刑事訴訟法100a条で列挙される重大な犯罪行為に匹敵するものではない、という。

4.5 通信履歴データの取得命令の適法性

この2006年2月22日のポツダム地方裁判所決定をさらに先に進めて、職務上の秘密の侵害に基づく通信履歴データの取得命令の適法性を審査したのが、「Dresdner Morgenpost」事件 (3.9を参照) に関するドレスデン地方裁判所2007年2月1日決定¹⁰⁹⁾である。

本件において、ドレスデン検察庁が保有するザクセン州の国務大臣 (A) に

108) Vgl. LG Potsdam, Beschl. v. 22. 2. 2006, NSTZ 2006, 472 (472).

109) LG Dresden, Beschl. v. 1. 2. 2007, AfP 2007, 159.

対する背任容疑の捜査情報が新聞『Dresdner Morgenpost』によって報道されたことに基づき、ケムニッツ区裁判所が「Dresdner Morgenpost」社に勤務する記者 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、記者 X、「Dresdner Morgenpost」新聞社および同編集者が、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日の決定において、結論として X らの抗告を認め、ケムニッツ区裁判所による上述の決定は違法であるとした。すなわちドレスデン地方裁判所は、まず、刑事訴訟法100g条および100h条に基づく本件処分は X の基本法10条1項にいう通信の秘密だけでなく、同5条1項2文にいうプレスの基本権に対して介入しているため、X らの抗告は許されるとする¹¹⁰⁾。その上で同裁判所は、「刑事訴訟法100g条および100h条にいう情報収集請求権のための〔ケムニッツ区裁判所の〕命令の要件が存していなかったため、当該決定は違法であった¹¹¹⁾」という。その理由につき同裁判所は、とりわけ以下の六点を挙げる。

(1) X の電話による情報入手の根拠

地方裁判所は、まず、ケムニッツ区裁判所の決定によれば X が「電話で」当該情報を収集したというが、この事実につき具体的な根拠が存在しないという。そして区裁判所はこうした根拠のない事実を基に判断を下したため、その決定には理由がないとする。

本件では、「記者 X が、〔A に対する〕捜索処分に関する情報を電話で (mittels Telefon) 入手したであろう、という推測が問題となっている。〔しかしながら〕問題とされている決定がケムニッツ区裁判所によって発せられた時点で、捜査ファイルの内容からは単に、計画された捜索処分に関する情報が A に対する捜査手続きの中で記者 X に渡った、ということが発覚したにすぎない。これに対して、当該情報が電話によって譲渡されたか否かは、捜査ファイルから読み取ることはできない。こうした〔情報の入手〕は、他の多くの通信手段（個人的な会話、インターネット、信書など）

110) Vgl. LG Dresden, Beschl. v. 1. 2. 2007, AfP 2007, 159 (160).

111) Vgl. LG Dresden, Beschl. v. 1. 2. 2007, AfP 2007, 159 (161).

を介しても、あるいは独自の調査によっても、同様になしうるものである¹¹²⁾。

(2) 職務上の秘密と重大な犯罪行為

次にドレスデン地方裁判所は、「Cicero」事件に関する2006年2月22日のポツダム地方裁判所決定(4.4を参照)を引用しつつ、職務上の秘密の侵害が刑事訴訟法100g条および100h条にいう「重大な犯罪行為」にあたるか否かについて審査する。その結果、同裁判所は、刑法353b条1項にいう職務上の秘密の侵害が「重大な犯罪行為」とみなされる場合にのみ、刑事訴訟法100g条および100h条にいう検察官の情報収集権のための命令が正当化されるが、本件においては検察官による記者への情報の譲渡が重大な犯罪行為とみなしうる根拠は存在しないと判示した。

「刑法353b条1項にいう犯罪行為が……刑事訴訟法100g条および100h条にいう命令を原則的として正当化する重大な犯罪行為とみなされうるか否かは、抽象的に答えられうるものではない(LG Potsdam, Beschluss v. 22. 02. 2006 NSTz 2006 S. 472)。犯罪行為の重大性の評価、およびそれと相関関係にある比例原則の審査にとって決定的なことは、とりわけ、諸法益の具体的な危険、損害の程度、そして犯罪行為の種類と態様である」。

「明らかであったことは、記者Xとカメラマンが、捜査官の〔到着〕前に捜索現場に到着していたこと、さらに当該記者が、ドレスデン検察庁のスポークスマンに対する質問を介して、彼がAに対する捜査手続きについて知っていたことを打ち明けたこと、のみである」。「当該記者が上述のことを知ったことによりAに対する捜査が何らかの形で具体的に危険に晒され、また〔記者に情報を渡した〕行為者が情報の譲渡を介して捜査手続きを脅かすことを意図していたという根拠は、捜査ファイルの中には見当たらず、さらに現時点においてもいまだ明らかでない。当該情報の譲渡によって生じた結果というのは、単に、捜索の翌日に、住居前に立っていた捜査官と被告Aの写真が公表されたこと、それと同時に、当時の国務大臣に対する検察官の捜査が行われたことについての報道がなされたことのみである」。

「既にこうした諸状況から、刑事訴訟法100g条および100h条にいう命令を正当化しうるために、本件の具体的事例において、刑法353b条1項にいう犯罪行為にそのよう

112) Vgl. LG Dresden, Beschl. v. 1. 2. 2007, AfP 2007, 159 (161).

な重大性を付与することは適切ではなかったのである¹¹³⁾。

(3) 訴追の授権

刑法353b条4項1文は「行為は、授権があった場合にのみ訴追される」と規定し、さらに授権は「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」、「立法機関の長により」行われ（同2文1a号）、また、「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」、「連邦の最上級官庁により」行われる（同2文2a号）。ドレスデン地方裁判所によれば、本件において、捜査判事は当該命令を発した時点で同条項にいう訴追の授権が行われるか否かを知っておらず、本来は訴追をしえない可能性があったのであるから、このような場合には当該命令の根拠は存在しないとみなされる、という。つまり、本件では、秘密漏示者に対する訴追の授権が行われる前に捜査判事が当該命令を発しており、訴追しえない可能性が存することを考えれば、このようなケースでは当該命令が不適法となる可能性がある、という。

「[2005年7月14日の] 命令が発せられた時点で、刑法353b条4項にいう訴追の授権がなされるか否かが捜査判事にもまだ知らされていなかった、という事情も存在する。この授権は、2005年7月15日になって初めて、捜査を担当していた検察官に到達した。こうした事情も……当該命令の比例性の審査の際に考慮されなければならない。このことは、とりわけ、具体的な捜査の処分(Ermittlungsmaßnahme)が深刻な基本権介入となっており、また管轄する捜査判事が少なくとも、当該犯罪行為が訴訟条件(Prozessvoraussetzung)の不備によって訴追しえない可能性があることを考慮に入れなければならない、という場合に妥当する¹¹⁴⁾」。

(4) 刑法353b条1項にいう犯罪行為の嫌疑

ドレスデン地方裁判所によれば、刑事訴訟法100g条および100h条にいう検

113) Vgl. LG Dresden, Beschl. v. 1. 2. 2007, AfP 2007, 159 (161).

114) Vgl. LG Dresden, Beschl. v. 1. 2. 2007, AfP 2007, 159 (161).

察官の情報収集請求権が認められるためには客観的な犯行の嫌疑が要件となるが、本件においては、2005年6月20日の時点でも、さらには2005年7月14日の決定の時点でも、刑法353b条1項にいう犯罪行為の具体的な嫌疑は存在しなかった、という。

「刑事訴訟法100g条および100h条にいう情報収集請求権は、特定の事実に基づく客観化しうる嫌疑を前提条件とする」。しかしながら、「この犯行の嫌疑が僅少であることは、既に、当該情報の譲渡〔の嫌疑〕につき考慮された人数が多数に及んだことから明らかである。例えば、検察庁は、ドレスデン検察庁、ドレスデン区裁判所およびザクセン州刑事局（LKA Sachsen）の領域に属する50人以上の〔職員の〕通信履歴データの入手の決定を行うよう、捜査判事等に対して申し立てた。〔ただし〕この申立ては、2005年6月20日に、ケムニッツ区裁判所によって却下されている¹¹⁵⁾」。

(5) 重要な公の利益に対する危険

刑法353b条1項は、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（wichtige öffentliche Interesse）を危険にさらした者」を処罰するというが、ドレスデン地方裁判所によれば、本件では同条項にいう「重要な公の利益」に対する危険は生じていないという。

たとえ、記者に情報を提供したとされる検察官である被告人またはいまだ不特定である行為者が、刑法353b条1項にいう「守秘義務違反を犯したとしても、いずれにせよ、この守秘義務違反によって重要な公の利益が具体的に危険にさらされたと言いうるための十分な根拠は存在しなかった」。「重要な公の利益に対する具体的な危険が引き起こされたか否かは、一般的に判断することはできず、むしろ、裁判所が個別事例の全体的な状況を考慮したうえで総合的評価に基づいて判断しなければならない事実問題（Tatfrage）である……。その際、守秘義務違反の詳細な事情と並んで、とりわけ行為者の動機が問題となる¹¹⁶⁾」。

(6) 本件命令とプレスへの介入

ドレスデン地方裁判所は、最後に、本件命令は、異議申立人の基本法10条1項にいう通信の秘密だけでなく、同5条1項にいうプレスの基本権に対する

115) Vgl. LG Dresden, Beschl. v. 1. 2. 2007, AfP 2007, 159 (161).

116) Vgl. LG Dresden, Beschl. v. 1. 2. 2007, AfP 2007, 159 (161 f.).

介入であり、そのような場合には比例原則の審査が特に重要となるが、本件ではこのことが考慮されていなかった、という。

「当該命令を発するに際しては、補完的に、以下のことが考慮されなければならない。すなわち、連邦憲法裁判所の判例に従えば、基本法10条1項にいう基本権だけでなく、基本法5条1項2文にいう基本権への著しい介入となるような通信履歴データについての情報〔取得〕に際しては、比例原則の審査に特別な意義が付与される、と。加えてそのような介入は、それぞれの命令の要件の審査に際して考慮されなければならない基本法5条1項2文の照射効と並んで、十分に確実な事実の基礎（Tatsachenbasis）に基づかなければならない具体的な嫌疑を、その〔正当化の〕前提条件とする（BVerfG-Urteil v. 12. 03. 2003, NStZ 2003 S. 441 ff.）¹¹⁷⁾」。

以上のような理由を示した上で、ドレスデン地方裁判所は、結論として、「すべての諸事情を総合的に評価すれば、〔ケムニッツ区裁判所の下した〕本件決定に際しては、刑事訴訟法100g条および同100h条にいう命令を正当化しえた、刑法353b条1項にいう犯罪行為の〔成立〕ための十分な具体的根拠も、他の重大な犯罪行為の〔成立〕ための十分な具体的根拠も存在しなかった。それゆえ、2005年6月20日および同年7月14日の決定によって発せられた本件命令は違法であった¹¹⁸⁾」と判示した。つまり、同裁判所は、通信の秘密およびプレスの自由の介入を考慮すれば、刑事訴訟法100g条および同100h条にいう通信履歴データの取得命令はとくに比例的でなければならないが、本件では、そもそもその命令を正当化しうる刑法353b条1項にいう犯罪行為やその他の重大な犯罪行為成立のための十分な根拠が存在していなかったため、当該命令は違法であったという。

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

「Cicero」事件に関する2007年2月27日の連邦憲法裁判所判決においては、職務上の秘密の侵害に基づく報道関係者に対する捜索・差押命令が、報道関係者のプレス自由の基本権を侵害するか否かが審査された。

117) Vgl. LG Dresden, Beschl. v. 1. 2. 2007, AfP 2007, 159 (162).

118) Vgl. LG Dresden, Beschl. v. 1. 2. 2007, AfP 2007, 159 (162).

本件では、フリーのジャーナリスト S が連邦刑事局の保有するテロリストに関する報告書を引用した記事を月刊評論誌『Cicero』に掲載したために、職務上の秘密漏示幫助の嫌疑により、同雑誌の編集長である憲法異議申立人 (X) および S に対して捜査手続きが開始された。この事件の過程で X は、X の編集部および S の自宅の捜索ならびに証拠の差押えを命じた2005年8月31日のポツダム区裁判所の決定 (①決定)、同社の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差押えを確認する決定を下した2005年11月14日のポツダム区裁判所の決定 (②決定)、①の決定に対する X および S の抗告を棄却した2006年1月27日のポツダム地方裁判所の決定 (③決定)、②の決定に対する X の抗告を棄却した2006年2月24日のポツダム地方裁判所の決定 (④決定) が、X の基本法5条1項2文 (プレス of 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日の判決において、結論としては、①～③の諸決定は X のプレス of 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。

(1) プレス of 自由に対する侵害

連邦憲法裁判所は、まず、雑誌『Cicero』の編集部に対する捜索命令および証拠の差押命令 (①～③決定) の合憲性について審査する。この点につき、同裁判所は、当該命令によって生じた X のプレス of 自由に対する介入は、以下のような論拠により正当化しえないと判示する。

(a) プレス of 自由の保護領域と情報提供者の保護

連邦憲法裁判所は、基本法5条1項2文にいうプレス of 自由の保護領域には、情報提供者の保護も含まれるという。

「プレス of 自由は、編集作業の信頼性 (Vertraulichkeit) に対する、またメディアとその情報提供者との間の信頼領域に対する国家の介入からの保護をも含んでいる」。

「基本法5条1項2文は、プレスおよび放送の分野に従事する者と組織に対して自由

権を保障し、さらに、その客観法的意義において、プレスと放送の制度的独自性をも保護している」。「プレスの自由および放送の自由の保障領域は、そのための前提条件および補助活動を含む……。保護されているのは、とりわけ、取材源の秘密保持、およびプレスまたは放送と情報提供者の間の信頼関係である（vgl. BVerfGE 100, 313 (356) m. w. N.)¹¹⁹⁾」。

(b) プレスの自由に対する介入

連邦憲法裁判所によれば、本件の家宅搜索命令および差押命令は、Xのプレスの自由の基本権への介入となるという。

「プレスの編集室の搜索は、それに伴う編集作業に対する妨害、および萎縮的效果の可能性ゆえに、プレスの自由に対する制限となる」。また、「分析を目的としたデータ記憶媒体の差押命令によって、捜査当局は、編集データ資料にアクセスする可能性を有することとなった。このことは、プレスの自由の基本権に含まれる編集作業の信頼性だけでなく、時として必要な情報提供者との信頼関係に、著しく介入する¹²⁰⁾」。

(c) 基本法5条2項にいう一般的法律の適用とプレスの自由への配慮

連邦憲法裁判所によれば、プレスの自由は、基本法5条2項にいう一般的法律によって制約されるが、この一般的法律を解釈および適用する際にはプレスの自由を配慮しなければならない、という。

「本件で攻撃されている〔下級裁判所の〕諸決定において援用されている、刑法353b条の規定、およびそれに関連する刑法27条の従犯の規定は、一般的法律である。刑法353b条は、それ自体、さらに刑法27条と共に、権限なしになされる職務上の秘密の漏示からの保護に、また、特別な守秘義務に対する侵害からの保護に寄与する」。「しかしながら、刑法の諸規定の解釈および適用に際しても、プレスの自由が考慮されなければならない（vgl. BVerfGE 28, 191 (201 f.); stRspr）。[もっとも] その際、憲法は、刑事訴訟法上の処分からジャーナリストを一般的に除外することを要請しているわけではない」。

「さらに、本件で争われている諸決定は、搜索および差押えに関する刑事訴訟法の規定に基づいている（刑事訴訟法94条、98条、102条、105条）。刑事訴訟法のこれらの諸規定は……連邦憲法裁判所の判例において、一般的法律であると認められている。

119) Vgl. BVerfG, Urteil. v. 27. 2. 2007, BVerfGE 117, 244 (258 f.).

120) Vgl. BVerfG, Urteil. v. 27. 2. 2007, BVerfGE 117, 244 (259 f.).

すなわちこれらの規定も、プレス freedoms を配慮して、解釈および適用がなされなければならない¹²¹⁾」。

(d) 本件の家宅捜索命令および差押命令の合憲性

以上の基準に照らして審査した結果、連邦憲法裁判所は、本件の捜索・差押命令、およびハードディスク内のデータの複製の差押えは主として情報提供者の身元を捜査する目的でなされたため、Xのプレスの自由の基本権を十分に考慮しているとはいえない、と判示する。

「本件の捜索・差押命令は、捜索および差押えを授權している規範の解釈および適用に際して基本法5条1項2文によって要請される情報提供者の保護が十分に考慮されていなかったため、違憲であった」。「プレス関係者に対する捜査手続においてなされた捜索および差押えは、それらがもつばら、または主として情報提供者の身元を捜査するという目的に奉仕する場合には、憲法上許されない (vgl. BVerfGE 20, 162 (191 f., 217))¹²²⁾」。

「憲法上要請される情報提供者の保護が侵害されるリスクは、職務上の秘密がプレスによって公表されたこと、さらに重要文書が外見上権限無くジャーナリストの手に渡ったことのみを根拠に幫助の嫌疑がかけられた場合には、特に大きくなる。そのような状況において、検察庁は、当該ジャーナリストに対する捜査手続の開始によって、彼を被疑者とすることができる。このこと自体は、憲法上異議を唱えられえない。しかしながら、たとえ幫助の根拠が弱くとも、あらゆる嫌疑が刑事訴訟法53条1項1文5号の対象となる者に対する捜索・差押命令にとって十分であると言うならば、検察庁は、捜査手続の開始の決定によってメディア関係者の特別な基本権上の保護を、意のままに失わせることができるであろう。……このような不十分な嫌疑であっても編集部またはジャーナリストに対する捜索および差押えを命じる可能性があるのであれば、それは、検察庁が、もつばら、または主としてこの方法で情報提供者の身元を割り出すことを目的として捜査手続を開始するという、否定できないリスクをもたらすであろう。しかしながらこのことは、憲法上保障される情報提供者の保護に反することになる (vgl. BVerfGE 20, 162 (191 f., 217))。基本法5条1項2文の保護は、このリスクに対抗することを要請する。それゆえ、捜索および差押えに関する刑事訴訟法上の諸規定は、以下のように解釈されなければならない。すなわち、これらの諸規定

121) Vgl. BVerfG, Urteil. v. 27. 2. 2007, BVerfGE 117, 244 (260 f.).

122) Vgl. BVerfG, Urteil. v. 27. 2. 2007, BVerfGE 117, 244 (265).

にとって十分となるジャーナリストの秘密漏示の幫助の嫌疑を根拠づけるためには、ジャーナリストが職務上の秘密を単に公表するだけでは十分ではない、と。むしろ、秘密保持者によって意図された秘密の公表の存在、およびそれと結びついた幫助可能な犯行の存在に対する、特別な事実上の根拠が要請されなければならない。

「この基準に従えば、本件で命じられた搜索および差押えは……プレスが保障する、情報提供者の保護を含む編集作業の保護に反していた。〔それゆえ〕本件で争われた諸決定は、プレスの自由の基本権を侵害している。

「本件の搜索・差押命令は、秘密を保持する者による秘密漏示があった可能性を示す手がかりが当該報告書の雑誌への公表以外には存在しなかった、という状況下で行われた¹²³⁾」。

このように述べて連邦憲法裁判所は、本件では情報提供者が特定されず本件の搜索・差押命令を正当化する秘密漏示の幫助の嫌疑が存在しなかったため、一方で、そもそも公務員から入手した秘密情報を報道関係者が公表したことのみを理由として、刑法353b条および同27条にいう秘密漏示罪の幫助が成立するか否か、または当該報道関係者の行為が承継的幫助（*sukzessive Beihilfe*）にあたるか否かという問題については、未解決のままにしている¹²⁴⁾。

同裁判所は、他方で、報道関係者に対する搜索・差押命令は、基本法5条1項2文にいうプレスの自由の基本権で保障されるプレスと情報提供者の間の信頼関係に「著しく」介入するため、当該搜索・差押えが主として情報提供者の身元を捜査する目的でなされた場合にはプレスの自由の侵害となるとの基準を示したうえで、この基準に照らせば本件搜索・差押えはプレスの自由の侵害にあたりと判示した。

(2) 基本法19条4項の基本権に対する侵害

さらに連邦憲法裁判所によれば、2006年2月24日のポツダム地方裁判所の決定（④決定）は原告の抗告を「終了した」と判断したために、同決定は憲法異議申立人の基本法19条4項の基本権を侵害している、という。

123) Vgl. BVerfG, Urteil. v. 27. 2. 2007, BVerfGE 117, 244 (265 ff.).

124) Vgl. BVerfG, Urteil. v. 27. 2. 2007, BVerfGE 117, 244 (265).

「〔ポツダム〕地方裁判所は、プレスの自由の基本権およびそれに付随して生じうる効果という観点から当該処分の意義を検討することなしに、差押えの確認に対して向けられた抗告が終了したと判示した¹²⁵⁾」。

「当該裁判所が、争われた処分の審査を拒んだ限りにおいて、憲法異議申立人の実効的な権利保護は無に帰すこととなった」。「プレスの自由に対する重大な侵害に鑑みれば、憲法異議申立人は、当該差押えの確認を裁判所のコントロールに服させることが可能であったはずである。十分な権利保護の保障の問題にとって、その時々への介入が憲法上正当化されたか否かは重要ではない。決定的なのは、攻撃された差押命令に際して、いずれにしても相当に重要であるプレスの自由に対する介入が問題となっている、ということである¹²⁶⁾」。

このように述べて、連邦憲法裁判所は、本件差押命令はプレス自由に介入しているため、裁判所は当該差押えの合憲性について審査する必要があったがポツダム地方裁判所はこの審査を行わなかったのであるから、憲法異議申立人の基本法19条4項の基本権、すなわち効果的な権利保護を求める基本権は侵害された、と判示した。

4.7 小括

刑法353b条にいう「職務上の秘密」の侵害の嫌疑を理由として、捜査当局が報道関係者に対して家宅捜索および報道資料の差押えを行うことができるのか否か、またどのような要件の下でそれが可能なのか、という問題に対する裁判所の立場を要約すると以下ようになる。

①職務上の秘密の侵害を嫌疑として報道関係者に対して発せられる捜索令状は、住居の捜索が基本法13条の基本権に対する重大な介入であることに鑑みて、法治国家原則から導かれる「最小限度の要請」を満たしていなければならない。具体的には、当該捜索令状には、差押えの目的である証拠の種類や内容を明記していなければならない。

②報道関係者に対する捜索・差押命令が既に「終了した」場合にも当該命令の違法性の確認を求める訴えの利益が認められるか否かについては、裁判所の

125) Vgl. BVerfG, Urteil. v. 27. 2. 2007, BVerfGE 117, 244 (270).

126) Vgl. BVerfG, Urteil. v. 27. 2. 2007, BVerfGE 117, 244 (271 f.).

立場は分かれている。地方裁判所の決定の中にはこれを否定するものが見られたが、連邦憲法裁判所は、搜索・差押えは報道関係者のプレスの自由ないし放送の自由に対する「重大な介入」であるため、この場合における当事者の権利保護の利益を肯定すべきであると解している。

③ただし、職務上の秘密の嫌疑に基づく通信履歴データの引き渡し命令に対して、報道関係者が、「権利保護の必要性」の主張を意図的に長く行わなかった場合や（時間要素）、権利主張を行える状況にありながらあえて傍観した場合（状況要素）には、信義誠実の原則（民法242条）、手続的権利の濫用の禁止、さらに国家行為の効率性の原則から、当該権利保護の必要性は認められない。もっとも、基本法19条4項にいう権利保護請求権の意義と射程を考慮すれば、どの程度の期間が過ぎればこの権利保護の利益が喪失するののかについては、結局のところ、個別の事例において比較衡量により判断されなければならない。

④刑事訴訟法100条1項は、「重大な犯罪行為」があった場合には通信履歴データの提出を命じることができるとするが、職務上の秘密の侵害がこの重大な犯罪行為にあたるか否かについては、法益の具体的な危険性、損害の程度、犯行の方法と態様を考慮して判断されなければならない。また、当該命令が認められるためには、客観的な犯罪の嫌疑も必要となる。さらに、通信履歴データの情報取得に際しては、基本法10条1項にいう通信の秘密だけでなく同5条1項にいうプレスの自由の基本権を配慮しなければならず、比例原則の審査が特に重要となる。

⑤職務上の秘密の漏示行為は「授権があった場合にのみ訴追される」（刑法353b条4項1文）が、搜索・差押命令が発せられた時点で当該捜査判事が訴追の授権が行われたことを知っていたか否かも、当該命令の適法性の審査に際して考慮されなければならない。

⑥刑法353b条の適用のためには、守秘義務違反によって「重要な公の利益」が危険に晒されていることが要件となるが、その判断は一般的に行うことはできず、むしろ個別事例の総合的評価がなされなければならない。

⑦職務上の秘密の侵害に基づく報道関係者に対する搜索・差押えは、報道関

係者のプレスの自由の基本権を考慮すれば、主として情報提供者の身元を捜査する目的でなされた場合には、憲法上許されない。

5. むすびにかえて

本稿は、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捜索・差押えが認められるのか否か、また認められるとしても、こうした捜査・差押えがどのような要件の下で認められるのかという問題につき、法制度および裁判所の判例を取り上げて、ドイツの議論を明らかにした。そこから導き出されるドイツの議論の特徴を最大公約数的に言えば以下ようになる。すなわちドイツでは、公務員等から国家の重要な機密を入手した報道関係者に対して、捜査当局が編集部等の捜索、報道資料の差押え、または通信履歴データの引き渡しを命じた事例は数多く存在するが、少なくとも本稿第四章で扱った事件においてはこれらの捜索・差押命令は、報道関係者の憲法上の権利という観点から、最終的には裁判所によって不適法と判断されているのである。つまり、多くの判例で、報道関係者の基本法13条1項（住居の不可侵）、同5条1項2文（プレス自由および放送の自由）、同19条4項（権利保護保障）にいう基本権を十分に考慮したうえで当該捜索・差押えの合憲性が審査され、これが不適法とされたのである。さらに、こうした判例の立場を踏まえて、立法者も2012年に法改正を行い、プレス自由を強化して差押えの許される場合を限定した。すなわち、刑事訴訟法97条5項の改正により、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（2.5を参照）。

日本において、国家機密を漏らした公務員への罰則を強化する特定秘密保護法が、2013年12月6日に成立、同13日に公布され、1年以内に施行されることとなった。同法22条は、「この法律の適用に当たっては、これを拡張して解釈して、国民の基本的な人権を不当に侵害するようなことがあってはならず、国民の知る権利の保障に資する報道又は取材の自由に十分に配慮しなければならない」（1項）、「出版又は報道の業務に従事する者の取材行為については、専ら

公益を図る目的を有し、かつ、法令違反又は著しく不当な方法によるものと認められない限りは、これを正当な業務による行為とするものとする」（2項）と規定し、報道関係者の報道の自由または取材の自由への配慮が明記されている。しかしながら、この規定のみによって、報道関係者に対する萎縮効果が解消されたといえるのかについては疑問も投げかけており、また、特定秘密をメディアが公表した場合、仮に報道関係者が訴追されなかったとしても取材源の公務員の身元を割り出す目的で捜査当局が報道関係者の編集部や記者の自宅を捜索し、報道資料を差押える恐れがあるとの懸念も唱えられている¹²⁷⁾。こうした問題を考える上でも、本稿で扱ったドイツの議論は大きな示唆を与えてくれると思われる。

もっとも本稿は、職務上の秘密の侵害に基づく報道関係者の捜索・差押えの適法性の議論のみに触れており、公務員に対する職務上の守秘義務違反や報道関係者の秘密漏示帮助の問題、さらには職務上の秘密以外の秘密保護法制については扱っていない。このようなドイツの秘密保護法制の全体的な枠組みを明らかにし、日本の秘密保護法制との比較検討を行うことが今後の研究課題である。

（2014年11月28日脱稿）

判例一覧

BVerfG, Beschl. v. 28. 4. 1970, BVerfGE 28, 191 – Pätsch

BVerfG, Beschl. v. 26. 5. 1976, BVerfGE 42, 212 – Quick

BVerfG, Beschl. v. 24. 3. 1998, NJW 1998, 2131 – Weser-Kurier

BVerfG, Urteil v. 27. 2. 2007, BVerfGE 117, 244 – Cicero

BVerfG, Beschl. v. 4. 3. 2008, NStZ 2009, 167 – Wolfsburger Allgemeine Zeitung

127) 特定秘密保護法に対しては、それが報道機関の取材・報道の自由および国民の知る権利を脅かしかねないとして、当初から多くの批判が浴びせられていた。この点につき、さしあたり、田島泰彦／清水勉編『秘密保全法批判』2頁以下〔田島泰彦執筆〕、鈴木秀美・「取材源秘匿権と特定秘密」192頁、江藤洋一・自由と正義63巻9号41頁以下、清水雅彦・法と民主主義468号43頁以下、井上正信・自由と正義63巻4号21頁以下、右崎正博・新聞研究732号60頁以下、等を参照。

OLG Brandenburg, Beschl. v. 14. 8. 2006, AfP 2006, 484 – Cicero
OLG Dresden, Beschl. v. 11. 9. 2007, NJW 2007, 3509 – Dresdner Morgenpost
LG Bremen, Beschl. v. 4. 11. 1996, NJW 1997 1168 – Weser-Kurier
LG Bremen, Beschl. v. 13. 8. 1999, AfP 1999, 386 – Weser-Kurier
LG Potsdam, Beschl. v. 22. 2. 2006, NSTz 2006, 472 – Cicero
LG Potsdam, Beschl. v. 12. 7. 2006, AfP 2006, 396 – Cicero
LG Dresden, Beschl. v. 1. 2. 2007, AfP 2007, 159 – Dresdner Morgenpost

引用文献

Beater, Axel, Medienrecht, Tübingen 2007
Brosius-Gersdorf, Frauke, Dienstgeheimnis versus Presse- und Rundfunkfreiheit, AfP 1998, 25
Fisher, Thomas, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 61. Aufl., München 2014
Gaede, Karsten, Neuere Ansätze zum Schutz der Pressefreiheit beim „Geheimnisverrat durch Journalisten“, AfP 2007, 410
Jung, Dieter, Durchsuchung und Beschlagnahme in Medienangelegenheiten, AfP 1995, 375
Jutzi, Siegfried, Kommentar zu BVerfG, Urteil vom 27. 2. 2007, NJ 2007, 218
Kindhäuser, Urs, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2013
Kunert, Karl H., Recht, Presse und Politik – von einer unglücklichen Dreiecksbeziehung in Bremen, DRiZ 1997, 325
Kühl, Kristian/Heger, Martin, Strafgesetz, Kommentar, 28. Aufl., München 2014
Laufhütte, Heinrich, Staatsgeheimnis und Regierungsgeheimnis, GA 1974, 52
Pöppelmann, Benno H., Als der Staatsanwalt kam – Eine Dokumentation von Durchsuchungen und Beschlagnahmen in Redaktionsräumen, Publizistik, Sonderheft 4/2003, 284
Roxin, Claus, Strafprozessordnung (StPO), 39. Aufl., München 2005
Schmid, Richard, Anmerkung zu BVerfG, Beschluß v. 28. 4. 1970, JZ 1970, 686
Schmidt-De Caluwe, Reimund, Pressefreiheit und Beihilfe zum Geheimnisverrat i. S. des § 353b StGB – Der Fall „Cicero“ und die Entscheidung des BVerfG, NVwZ 2007, 640
Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., München 2014
Schuldt, Lasse, Geheimnisverrat: Die Beteiligung von Journalisten an der Verletzung von Dienstgeheimnissen, Berlin 2011

阿部純二「西ドイツの新刑法総則について」法律時報41巻11号108頁以下 (1969)

池田公博『報道の自由と刑事手続』(有斐閣・2008)

池田秀彦「ドイツの王冠証人立法：立法における訴訟法的対応と実体法的対応を巡っ

- て」創価法学41巻3号1頁以下（2012）
- 同・「ドイツの王冠証人制度の理論的課題」通信教育部論集15号94頁以下（2012）
- 石村修「西ドイツ・連邦憲法擁護庁」専修法学論集38号141頁以下（1983）
- 石村善治「報道の自由と国家秘密——ワイマール共和国および西ドイツの問題と関連して」法律時報43巻11号31頁以下（1971）
- 同・「西ドイツにおける国家秘密保護法制——その光と影」法律時報57巻12号38頁以下（1985）
- 同・『言論法研究Ⅱ』（信山社・1993）
- 同・「国家秘密と報道の自由——シュピーゲル判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』162頁以下（信山社・2003）
- 井上正信「国民権と民主主義に反し、基本的人権を侵害し、情報公開に逆行する秘密保全法」自由と正義63巻4号21頁以下（2012）
- 今岡直子「諸外国における国家秘密の指定と解除——特定秘密保護法案をめぐって」調査と情報806号1頁以下（2013）
- 右崎正博「メディア規制につながる法制定の動き——秘密保全法構想を中心として」新聞研究732号60頁以下（2012）
- 江藤洋一「秘密保全法制の問題点」自由と正義63巻9号41頁以下（2012）
- 大越康夫「西ドイツにおけるプレスの自由と国家機密——連邦憲法裁判所シュピーゲル事件判決」社会科学討究35巻1号317頁以下（1989）
- Karl-Friedrich Lenz「通信履歴保存に関するドイツ連邦憲法裁判所2010年3月判決」青山法学論集52巻1号201頁以下（2010）
- 上口裕『刑事司法における取材・報道の自由』（成文堂・1989）
- 神山敏雄「西ドイツの国家秘密保護刑法」法と民主主義205号20頁以下（1986）
- 木村弘之亮訳「1998年ドイツ行政裁判所法」法学研究74巻6号119頁以下（2001）
- 毛塚勝利解説「ドイツの連邦職員代表法（1974年統合法）」経営民主主義17号38頁以下（2001）、同18号56頁以下（2001）、同21号58頁以下（2002）
- 小島祐史「ドイツの治安関係法令(3)——テロ対策法を中心に」警察学論集56巻6号183頁以下（2003）
- 小谷賢「特定秘密保護法成立、国民の知る権利は守れるか——米英独の議会による秘密の監視制度に学べ」中央公論1566号98頁以下（2014）
- 今野元「ザラツィン論争——体制化した『六八年世代』への『異議申立』」愛知県立大学大学院国際文化研究科論集第14号175頁以下（2013）
- 坂原正夫『民事訴訟法における訴訟終了宣言の研究』（慶應義塾大学法学研究会・2010）
- 清水雅彦「秘密保全法案の内容と問題点」法と民主主義468号43頁以下（2012）

- 鈴木秀美「独連邦憲法裁判所『キケロ』事件判決の意義——雑誌編集部への捜索・押収と
プレスへの自由」新聞研究671号52頁以下（2007）
- 同・「取材・報道の自由——報道関係者の証言拒絶権を中心に」駒村圭吾／鈴木秀美編
著『表現の自由Ⅰ——状況へ』（尚学社・2011）242頁以下
- 同・「テロリストに関する秘密の公表と取材源秘匿権——キケロ判決」自治研究90巻8
号146頁以下（2014）
- 同・「取材源秘匿権と特定秘密——報道関係者の証言拒絶権・編集資料の差押え禁止」
松本和彦編『日独公法学の挑戦——グローバル化社会の公法』173頁以下（日本評論
社・2014）
- 田島泰彦／清水勉編『秘密保全法批判』（日本評論社・2013）
- 鶴原壽訳「連邦職員代表法（1974年統合法）（その1）～（その3）」外国の立法14巻
1号35頁以下、同2号81頁以下、同3号133頁以下（1975）
- 藤内和公『ドイツの従業員代表制と法』（法律文化社・2009）
- 内藤謙「西ドイツ新刑法総則における刑罰制度(-)」ジュリスト449号82頁以下（1970）
- 野澤充「ドイツ刑法における王冠証人規定の2013年改正について」犯罪と刑罰23号177
頁以下（2014）
- 野中俊彦「外国における国家機密と知る権利——西ドイツ 連邦憲法裁判所判例を中心
として」ジュリスト507号91頁以下（1972）
- 古内博行「書評論文 Torben Lütjen, Karl Schiller (1911-1994). „Superminister“ Willy Brandts,
Verlag J.H.W. Dietz Nachf. GmbH 2007」千葉大学経済研究27巻4号251頁以下（2013）
- 法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』（法曹会・2001）
- 法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（法曹会・2007）
- 森口佳樹『公権力による実力行使とその手続法的統制』（白桃書房・1999）
- 山内敏弘『立憲平和主義と有事法の展開』（信山社・2008）
- 山岸喜久治「西ドイツにおける憲法保護制度の一断面——情報収集上の憲法保護に関連
して」名古屋大学法政論集101号135頁以下（1984）

（付記）本稿は、平成26年6月に愛知県立大学から交付された「若手研究者への研究助
成」による研究成果の一部である。