

資料
〔翻訳〕

ウルリッヒ・ズィーバー
「リヒテンシュタイン事件における捜査
——問題点と一次的回答*」

甲斐克則・福山好典 訳

- I. 序
- II. 連邦情報局による一次的情報とデータの見本の取得
- III. 連邦情報局から取税官署への一次的情報の転送
- IV. 取税官署による DVD の購入
- V. DVD 取得の際の連邦情報局による官署の援助
- VI. 総括および証拠利用に対する帰結

連邦情報局（Bundesnachrichtendienst）およびドイツの脱税捜査へのリヒテンシュタインの口座データの引渡しについては、法的説明が必要である。本稿は、情報提供者、連邦情報局およびドイツ取税官署の行為の適法性と、手続違反から生じうる諸々の帰結について、一次的回答を提供するものである。

I. 序

ドイツの取税官署が連邦情報局と協力してリヒテンシュタインの口座データを購入したことは、この態度の可罰性をめぐる論争的な議論をもたらした。すなわち、リヒテンシュタインの検察庁は、関与したドイツの公務員の可罰性について捜査を進めており、ドイツでも、連邦政府および連邦情報局の代表者に対する告発が行われたのである。

これまでに判明した事実関係によれば、リヒテンシュタインのリヒテンシュタイン・グローバル・トラスト（LGT）の主要な事案において問題とされているのは、この銀行のある行員によってすでに相当以前から密かにコピーされ、2006年に連邦情報局に提供された口座データである。連邦情報局、さらには取税官署へ

* 著者は、フライブルクにあるマックス・プランク外国・国際刑法研究所の所長である。

の最初の「見本の提供」の後に、情報提供者は、2007年、リヒテンシュタインの諸財団の4,000名を超える受益者および約35億ユーロの出資に関するデータを含む複数のDVDを譲渡した。⁽¹⁾

決定的な事実関係は、まだ最終的に明らかになっていないわけではないので、目下のところ判断を下すことには困難が伴うことから、以下では、推定的事案についてしか判断を下すことができない。それだけではなく、困難な法的諸問題が存在することもまた判明している。その際、中心にあるのは、刑法の限界に関する2つの中核的な問題である。すなわち、連邦情報局が取得した情報はいかなる範囲で刑事訴追のために交付し、利用することが許されるか、そして、国家は証拠を獲得するためにいかなる範囲で私人の犯罪行為に関与することが許されるのか、という問題である。

その際、取得された口座データの利用可能性にとっては、処罰可能性にとどまらず、より包括的に、実施された捜査手法の適法性もまた問題となる。もっとも、これについては、以下の論述では、これまでに判明した事実関係を基礎として一次的回答を呈示しうるにすぎない。以下では、連邦情報局による最初の指示の取得、収税官署へのその指示の伝達、およびそれに続く、収税官署および連邦情報局による口座データの購入に分けて論じる。最後に、購入されたデータの利用可能性に対して生じうる諸帰結を概観する。

II. 連邦情報局による一次的情報とデータの見本の取得

2006年における連邦情報局への一次的な銀行情報の漏示は、次節で扱う、情報提供者およびドイツの公務員について問題となるドイツの脱税捜査へのデータの見本およびDVDの譲渡とまったく同様に、リヒテンシュタイン法によれば、リヒテンシュタイン刑法124条2項の、外国の利益のための営業秘密の可罰的利用およびそれへの関与の構成要件を実現するものである。この構成要件は、リヒテンシュタイン国内における行為だけではなく、外国における行為にも適用可能である。⁽²⁾

しかしながら、ドイツにおける事件の法的評価にとっては、証拠利用の許容性

(1) 最新の事実関係については、Der Spiegel Nr. 9 v. 25. 2. 2008, S. 30; Focus Nr. 9 v. 25. 2. 2008, S. 18参照。——「リヒテンシュタイン租税事件」については、Triig/Habetha, NJW 2008, 887 (本号)をも参照。

(2) 相当するオーストリア刑法124条については、Lewisch, in: Hüpffel/Ratz, Wiener Komm-ÖstStGB, 2. Aufl. (30. Erg.-Lfg. [Stand: 2004]), § 124, 特に Rdnr. 11. 刑の適用法 (Strafanwendungsrecht) については、リヒテンシュタイン刑法64条を見よ。

を含めて、ドイツ法上の判断が重要である⁽³⁾。ドイツ法によれば、行為が(活動の一部にすぎなくとも)ドイツ国内で行われたか、もしくはドイツ企業の一定の秘密が問題となっていた場合には、データの売手は、不正競争防止法(UWG)17条2項2号の、権限なく取得した営業秘密の無権限の利用または通知を理由として処罰されてきた⁽⁴⁾。不正競争防止法17条は個人的法益を保護するものである⁽⁵⁾ので、同条は、外国の銀行の営業秘密にも適用される⁽⁵⁾。いわゆる「違法な」秘密についての構成要件該当性阻却は、事象に多様性がある、銀行データに関しても一律に可罰的であるとはかぎらない、という実際上の理由からだけではなく、法的な理由からしても、問題とならない。「違法な秘密」という大雑把な言葉は、ありうる犯罪行為に関する(適法な)証拠資料を交付することについて必要な区別および衡量にとって、適切でない⁽⁶⁾。取得された購入価格からすると、情報提供者が「利己心から」または「第三者のために」行為したことについても、ほとんど疑いがない。

情報提供者による最初の秘密漏示が、告発権または刑法34条の緊急避難によって違法性阻却されるものであったかどうか⁽⁷⁾は、ドイツ法によれば、連邦情報局公務員の、場合によってはありうる幫助としての可罰性との関連では、立場決定しないことができる。情報提供者の態度が違法である場合でさえ、その種の幫助は、連邦憲法擁護法(Bundesverfassungsschutzgesetz)8条と結び付いた連邦情報局法(BND-Gesetz)2条および3条所定の職務権限を理由として、また、外国においては連邦情報局法1条2項第2文に従って、おそらく排除されるであろう。連邦情報局法は、その職員に、⁽⁸⁾「秘密裏の情報入手のための方法、物品および道具」[の利用]を許容する。窃取されたデータの可罰的な引渡しと引換えに元銀行員に金銭の支払いを約束することは、なるほど、問題がないわけではないが、連邦情報局の国家的な情報請求権(Auskunftsansprüche)および釈明命令

(3) *BGH*, GA 1976, 218 (219); *Böse*, ZStW 114 (2002), 148 (149, 156ff.); *Scheller*, Ermächtigungsgrundlagen für die internat. Rechts- u. Amtshilfe, 1997, S. 95.

(4) 関連する刑の適用法については、刑法3条、5条7号、9条および後出IV。

(5) これについては、*Jescheck/Weigend*, StrafR AT, 5. Aufl. (1996), S. 176f 参照。

(6) 不可避的な評価については、後出IVの緊急避難および告発権の箇所を見よ。「違法な秘密」の保護をめぐる論争状況については、*Hefermehl/Kohler/Bornkamm*, UWG, 26. Aufl. (2008), § 17 Rdnr. 9およびそこに掲載されたその他の文献参照。

(7) これについて詳細は、すぐ後の後出IV参照。

(8) *Borgs-Maciejewski/Ebert*, Das Recht der Geheimdienste, 1986, § 3 BVerfSchG Rdnr. 145; *Gröpl*, Die Nachrichtendienste im Regelwerk der deutschen Sicherheitsverwaltung, 1993, S. 310 (333); *Roewer*, NachrichtendienstR d. Bundesrepublik Deutschland, 1987, § 3 BVerfSchG Rdnrn. 134ff. 参照。

(Aufklärungsauftrag) に対して銀行員に証言拒絶権がないことに鑑みると、なお擁護される。

もっとも、見本データを取得する際の連邦情報局職員の態度が適法であるためには、公務員が、連邦情報局法 1 条 2 項に従い自己の管轄および権限の範囲内において、外交政策上および安全保障政策上重要な事象を解明したことが前提となる。安全保障政策上の任務としては、組織的な資金洗浄またはテロ行為のような特別な犯罪領域に関わる口座情報を解明することが、ここでは問題となりうる⁽⁹⁾。これらの管轄は、——口座の照会については明示的に——連邦情報局法 2a 条、連邦憲法擁護法 8a 条 2 項、基本法第 10 条法 (G 10-Gesetz) 5 条 1 項第 3 文からも、そして——遠距離通信監視の分野については——さらに基本法第 10 条法 1 条、3 条および 5 条からも導かれる。もっとも、情報提供者による通知が、仮にドイツの脱税にのみ関係し、もはや上記の犯罪領域に関わる口座情報に関係するものではなかったならば、それに相応する権限は排除される。ドイツの税収総額を一律に外交政策上および安全保障政策上の解明の対象とするなら、それはもはや、連邦情報局の任務が規定されていることと両立しえないであろう。しかしながら、通知がそのようなものであったという根拠は、存在しない。なぜなら、これまでの情報によれば、多くの外国の口座データが獲得され、その間に、すでに外国の諜報機関からも問い合わせがあったからである。それゆえ、連邦情報局は、これまでに判明した事実関係によれば、接触の開始および見本データの取得という以上の第 1 段階においては、適法に行為したといえよう。

III. 連邦情報局から収税官署への一次的情報の転送

これまでに伝えられた事実関係によれば、連邦情報局は、取得した情報および見本データを、2006年7月に、ヴッパータル (Wuppertal) の脱税捜査に伝達した。連邦情報局による他の官署、特に検察庁へのこうした伝達は、——とりわけ、連邦情報局が有する侵害性の強い諜報上の収集権限からしても——情報に関する権力分立の原則 (Grundsatz der informationellen Gewaltenteilung) およびデータの目的拘束の原則 (Grundsatz der Zweckbindung von Daten) とかかわる余地がある。なぜなら、「一定の収集方法の使用の憲法上要請された制限は、その種の方法によって一定の利用目的のために適法に収集されたデータが、こうした方法の使用を正当化することがないであろう目的のためであっても同様の仕方であクセス可能にされることによって、潜脱されてはならない」からである⁽¹⁰⁾。

(9) Soiné, DÖV 2006, 204 (204) 参照。

しかしながら、連邦情報局法 9 条 1 項によれば、連邦情報局は、「……受領者が公共の安全のためにデータを必要とする場合には、情報を、個人関係データを含めて、国内の公的機関に伝達することができる」。犯罪行為の通知については、この一般的な授權規範は、一定の国家的保護に対する犯罪 (Staatschutzdelikte) の義務的な通知にかかわる連邦憲法擁護法 20 条、23 条と結び付いた連邦情報局法 9 条 3 項の特別な義務づけ規範によって排除されることもない。その際、1 項との比較における 3 項のこうした非閉鎖的な性格は、両項の法的効果の相違、および連邦憲法擁護法 20 条の国家保護法特有の方向づけのみから導かれるわけではない。それは、特に侵害性の強い遠距離通信監視処分に対する基本法第 10 条法の相当する評価からもまた、導かれるのである。

連邦情報局法 9 条 1 項は、文言および体系性の観点を踏まえつつ、通説に応じて、そのうえ、広範な警察の安全概念に依拠し、税法違反罪の防止および追及志向する予防的・抑止的な目的設定を取り入れることで、さらに拡張されうる。しかしながら、——とりわけ、侵害性の強い処分によって取得された情報については——規範の文言、情報に関する権力分立およびデータの目的拘束の観点、ならびに情報自己決定権 (informationelles Selbstbestimmungsrecht)⁽¹³⁾ を踏まえた憲法解釈からは、——目下の事件において直接適用は不可能であるが——基本法第 10 条法の評価を類推することで、限定的な伝達権限が支持される。

基本法第 10 条法 3 条による、遠距離通信の個別的な監視の枠内において確認された情報は、予防的・抑止的な目的のために、交付することができる。ただし、これは、その情報が一定の犯罪に関係するかぎりでのみ、いえることである。この犯罪に当たるのは、基本法第 10 条法 3 条および 4 条による個別的な監視処分の場合には、例えば、国家に対する犯罪、テロ組織の結成および人身に対する重大な犯罪である。基本法第 10 条法 5 条および 7 条の一括監視処分 (gebündelte Überwachungsmaßnahmen) による戦略的な監視の場合には、さらに資金洗浄または薬物犯罪のような犯罪行為が付け加わる。これに対して、税法違反罪は、い

(10) 基本法第 10 条法による遠距離通信データの交付について、このようなものとして、*BVerfGE* 100, 313 = *NJW* 2000, 55 (65) がある。「情報に関する権力分立」については、*Bull.* DÖV 1979, 689 を見よ。

(11) *Rose-Stahl*, *Recht der Nachrichtendienste*, 2. Aufl. (2006), S. 105ff., 120 参照。

(12) 例えば、*Gröpl* (前出注 (8)), S. 335; *Rose-Stahl* (前出注 (11)), S. 106; *Kretschmer*, *Jura* 2006, 336 (342); *Soiné*, DÖV 2006, 204 (208), *Württenberger/Heckmann*, *PolizeiR* in *Baden-Württemberg*, 6. Aufl. (2005), S. 184ff. 参照。

(13) 最新のものとしては、*BVerfG*, *NJW* 2008, 822 (826 Rdnrn. 198f.) 参照。

(14) 個別事案における監視に関しては、基本法第 10 条法 3 条 1 項および 7 条 4 項第 1 文と結び付いた同法 4 条 4 項、戦略的な監視に関しては、同法 7 条 4 項参照。

ずれの領域においても、挙げられていないのである。

税法違反罪については、公課法 (AO) 116 条 1 項が、さらなる規定を有する。⁽¹⁵⁾ 同項によれば、すべての裁判官および公務員は、租税を所管する連邦中央官署または脱税捜査に対して、租税犯罪行為をうかがわせる、自己が職務上知るに至った事実を通知しなければならない。その際、規定の文言および趣旨からは、偶然に発見されたものも含まれる。しかしながら、公課法 116 条 2 項は、書信、郵便および電気通信の秘密を保持しなければならない官署および人物 [が知るに至った] 情報を除外する。情報が (職員による秘密領域への侵入のような) その他の侵害性の強い方法によって取得される場合、上記の諸理由から、連邦情報局法 9 条の場合とまったく同様に、ここでも交付権限は、公課法 116 条 2 項、基本法第 10 条法の諸原則と類似のそれ、そしてさらに、比例性原則および情報に関する権力分立の原則によって、制限されなければならない。公課法 116 条の適切な制限を行ったうえで、連邦情報局が利用できる諜報手段のことを考えるなら、この——租税刑法上の利益をも踏まえた——規定は、連邦情報局法 9 条 1 項と比べて「より内容の豊かな規範」⁽¹⁷⁾ であり、それゆえ、同様に適用可能である。⁽¹⁸⁾ もっとも、公課法 116 条の関連諸規範および内容を、連邦情報局法 9 条 1 項の安全概念の枠内に読み込み、両規定を、(基本法第 10 条法および公課法 116 条の評価ならびにここで重要な諜報手段が有する侵害性の強さを踏まえた) 同一の諸原則に従って、なお詳細に確定されるべき重大犯罪に制限する場合には、連邦情報局法 9 条 1 項と公課法 116 条との関係については、結局、立場決定しないでおくことができる。

以上のことから、——現下のおそらくは存在するであろう——重大な租税犯罪の事実上の根拠が認められる場合、犯罪の重大性を踏まえてデータを区別することが可能でなかったかぎり、リヒテンシュタイン事件において、さしあたり見本データの交付権限がもたらされうる。連邦情報局は、——連邦情報局自身がそのように呼んだ——租税刑法上の「副産物」を、目標とされた脱税捜査の過程に

(15) これについては、*Kummer*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Hdb. d. Wirtschafts- u. SteuerstrafR, 3. Aufl. (2007), Kap. 18 Rdnr. 144; *Tipke/Kruse*, AO/FGO, 103. Erg.-Lfg. (Stand: März 2004), § 116 AO Rdnr. 2 参照。

(16) *BVerfGE* 100, 313 = *NJW* 2000, 55 (65) 参照。公課法 116 条の合憲性については、*Bilsdorfer*, *ZRP* 1997, 137 参照；これと異なる見解として、*Vultjus*, *ZRP* 1996, 329 がある。

(17) この概念について詳細は、*Sieber*, in: *Festschr. f. Roxin*, 2001, S. 1113ff. (1122ff.) 参照。

(18) 多数の特別規定による公課法 116 条の排除については、同法 105 条 2 項と結び付いた 116 条；*Klein/Brockmeyer*, AO, 9. Aufl. (2006), § 105 Rdnr. 1 参照。衝突し合う相応の諸規定について一般的には、*Sieber*, in: *Festschr. f. Roxin* (前出注 (17)), S. 1113ff. (1122ff.) を見よ。

おける任務の逸脱によって汚さないうちは、さしあたり、それを適法に財務官署に交付することができた。しかしながら、見本データの取得が、刑法上保護された情報を有償取得するための連邦情報局の課報上の権限を根拠とするものであり、DVD 獲得のための不可避的な中間段階であったといえるかぎり、上記の諸原則を理由として、また、基本法第10条法の諸規定を類推して、刑法上の利用権限を（特に「租税に関わる軽微な犯罪」を除外して）重大な犯罪に限定することが、同時に要請される。適切なモデルは、基本法第10条法4条5項および7条5項に見いだされる。すなわち、「伝達可能な個人関係データと当該個人および第三者のさらなるデータを区別することが不可能であるか、または是認しえない費用によってしか可能でないほどに記録の中で結び付いている場合、後者のデータを含めて伝達することが許容される。後者のデータの利用は許容されない」。

将来の法適用、さらには必要な法律上の新たな規定のためには、以上の点と並んで、データ交付に関わる伝達上の限界が、連邦情報局の全情報について一般的に確定されるべきであるのか、それとも個別事案において具体的なデータ取得のその都度の侵害性の強さを踏まえて確定されるべきであるのか、この限界の高さはどの程度であるのか、そして、法律上の規定なしに連邦情報局法9条および公課法116条をそのように制限することが、憲法上の明確性原則をなお満たすのか、という点が明確化されなければならない。もっとも、この種の区別モデルが将来において貫徹されるかどうかは、未確定である。例えば、租税事件における連邦情報局の交付権限の拠り所を、専門の裁判官は、何らの限定も加えずに連邦情報局法9条または公課法116条に求めることも可能であるし、そうではなく、連邦憲法裁判所は、授權規範の明確性の欠如を理由として、税法違反罪に関する交付権限を完全に否認することも可能である。将来のために、立法者は、この点につき、あらゆる事件において、明確な規定を創設しなければならないのである。

IV. 収税官署による DVD の購入

DVD の購入は、これまで確認されたところによると、連邦情報局の支援を受けつつ、収税官署によって、その計算において行われた。この購入は、世論において、しばしば盗品等取得罪と評価されている⁽¹⁹⁾。しかしながら、現実に即して、元銀行員がデータを自己のデータ記録媒体にコピーしたということを前提とする場合、この評価は不適切である。というのは、刑法259条の盗品等取得罪は、こ

(19) この概念について詳細は、*App/Klos*, ZIP 1995, 1573 (1576) およびそこに示された相応の法律上の規定および定義参照。

(20) これについては、前出注(1)の諸文献参照。

の種の事案においては、他人の有体物との関連でのみ実行されうるのであって、無体のデータに対しては実行されえないからである。それゆえ、人々が、盗品等取得の概念によって、空のデータ記録媒体に対する盗品等取得について憶測するつもりがなく、あるいは口座データが記録された銀行 DVD の窃取——発覚のリスクを理由とするだけで、すでにこれが行われることはないであろうが——のことを考えているわけではない場合でも、盗品等取得の概念は、ミスリーディングである。ちなみに、ドイツの収税官署が情報提供者から LGT 銀行の物的所有権に属する DVD を受け取ったわけではないという結論は、次の点からだけでもすでに導かれる。すなわち、これまで報告されたところによれば、情報提供者は、まずリヒテンシュタイン公国を恐喝しようとしたが、これが失敗に終わり、コピーを密かに手元に置いたまま、取得したデータを返却していたのである。

問題となっていたのは、窃取された(無体の)データであって、有体物ではなかったもので、ドイツの財務官吏の可罰性にとって決定的であるのは、当該官吏が、とりわけ金銭を支払うことによって、不正競争防止法17条2項2号の、情報提供者による可罰的な秘密利用を幫助したといえるかどうか、である⁽²²⁾。本件では、同法17条2項2号の、秘密の無権限の利用または通知が、収税官署により刑法27条に従って支援された。なぜなら、見本提供の要求、および新聞雑誌において報道された、公証人が認証した金銭授受の合意は、情報提供者による秘密漏示を、疑いなく促進したからである。

ドイツの公務員の以上の態度は、(未遂にとどまる秘密利用を含めて)行為という可罰的な活動部分がドイツ国内で行われたというだけですでに、刑法3条、9条の属地主義に基づいて、ドイツ刑法の適用を受ける。刑法9条2項第1文によれば、共犯は、正犯行為の場所と、共犯が行為したあらゆる場所のいずれでも行われる。第2文によれば、国外犯への国内での関与は、正犯行為が行為地法上処罰されていない場合でも、十分に認められる。そのうえ、正犯がドイツ法上訴追されえない場合でさえ、幫助は、ドイツにおいて処罰されうる⁽²³⁾。それゆえ、共犯が——ある新聞報道からは、ありうることだと思われるのだが——見本データの譲渡を求めてストラスプールに行く場合、それによってその共犯が、幫助行為

(21) *Altenhain*, in: NK-StGB, 2. Aufl. (2005), § 259 Rdnr. 4; *Heinrich*, JZ 1994, 938 (941 ff.); *Lauer*, in: MünchKomm-StGB, 2003, § 259 Rdnr. 13; *Stree*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl. (2006), § 259 Rdnr. 5.

(22) これについては、*Joecks*, in: MünchKomm-StGB (前出注 (21)), § 27 Rdnrn. 15ff.; *Schünemann*, in: LK-StGB, 12. Aufl. (2006), § 27 Rdnrn. 42ff.参照。

(23) 制限従属性のこの違反については、*Eser*, in: *Schönke/Schröder* (前出注 (21)), § 9 Rdnrn. 11, 14; *Werle/Jeßberger*, in: LK-StGB (前出注 (22)), § 9 Rdnrn. 47ff.参照。

(またはその後の可罰的な利用行為) という重要な活動部分がドイツ国内で行われずに、刑法上決定的な事象全体についてドイツ刑法の適用可能性を回避できたかは、疑わしい。ちなみに、ドイツ刑法の適用可能性という問題は、過大評価されるべきではなからう。なぜなら、官署代表者が外国へと逃れるならば、なるほど公務員の個人的な可罰性は欠落しうるが、証拠利用禁止という問題との関係では——上記の刑法9条2項第2文におけるような——抽象的な実体的可罰性にすぎないものでも考慮されうるし、それにとどまらず、公務員の故意との関連でも決定的な推論が導き出されうるだろうからである。

——ドイツの公務員が行為を開始する前にすでに終了していたかもしれない——情報提供者による可罰的なデータ取得についていえば、情報提供者は、場合によっては、刑法202a条および不正競争防止法17条2項1号のデータ探知として⁽²⁴⁾も処罰されるが、他方で、ドイツの公務員の関与は、情報提供者がすでにデータ窃取の前から連邦情報局と協力関係にあったとする場合にのみ、問題となるにすぎない。ちなみに、刑法202a条の、もっぱらヒテンシュタインにおいて行われたにすぎない最初のデータ探知は、刑法3条によれば、ドイツ法の適用を受けない。付加的な犯人庇護罪は、刑法257条3項によれば、考慮されない。

これまでに判明した事実関係によれば、不正競争防止法17条2項2号による情報提供者の可罰性を、さらにそれによる間接的な公務員の幫助としての可罰性をも、ドイツ収税官署へのDVDの売却が情報提供者との関係では刑法34条またはその他の規定によって違法性阻却されたのであるから、公務員との関係でも違法な正犯行為が欠けていたという理由により排除することもまた、ほとんど不可能である。

この点、本来国家が担う刑事訴追の任務を支援するために、私人がそもそも緊急避難を援用しうるのかが、まず問題となる。なるほど、原則的に、公共的・国家的法益のためであっても、緊急避難は可能である。しかしながら、刑法34条は、一般的な「不法阻止権 (Unrechtsverhinderungsrecht)」を与えるものではなく、⁽²⁵⁾国家官署が整備された手続において管轄を有するかぎりでは、特にそうである。それゆえに、例えば、すでに犯罪が行われた場合における刑事訴追利益は、通説によれば、⁽²⁶⁾刑法203条の守秘義務違反を原則的に違法性阻却することがないのである。ドイツの租税収入のためのありうる救助行為についても、同じよ

(24) データの探知については、*Grüseling/Höfing*, MMR 2007, 549 (550ff.) 参照。

(25) *Erb*, in: MünchKomm-StGB (前出注 (21)), § 34 Rdnrn. 57ff.; *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder* (前出注 (21)), § 34 Rdnrn. 10f.; *Zieschang*, in: LK-StGB (前出注 (22)), § 34 Rdnr. 23.

(26) *BGH*, NSTz 1988, 558 (559) ; *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder* (前出注 (21)), § 203

うなことがいえる。本件においては、購入金額に関心を持っていた情報提供者の主観的な違法性阻却要素との関係でも、違法性阻却には問題が残し、そればかりか、この情報提供者は、それに先だって、リヒテンシュタイン公国から給付物を喝取しようとしていたのである。従来判例は、緊急避難について、主観的違法性阻却要素をも要求しているが、学説の中には、主観的違法性阻却要素を完全に放棄するもの、その種の要素が欠ける場合に未遂で処罰するもの、あるいは目的志向的な救助意思を放棄したうえで違法性阻却状況の認識で十分であるとするものもある⁽²⁷⁾。しかし、刑法34条による違法性阻却は、必要な利益衡量との関係も、疑わしい。仮に脱税の嫌疑がある場合に銀行員が口座情報を収税官署に交付することが許されるなら、銀行の営業秘密および銀行口座の関係者の保護は、著しく侵害されることになろう。さらに、国際行政・司法共助交通 (internationaler Amts- und Rechtshilfeverkehr) に非協力的な自称「ならず者銀行 (Schurkenbank)」であることから違法性阻却するならば、それは、様々な理由から、とりわけ刑法上の問題解決と政治的な問題解決とを関連づけるものであることに鑑みても、問題が残るであろう。

以上の議論および評価は、情報提供者は「告発権」に依拠できるか、という問題にも当てはまる。従来判例および学説においては、刑事訴訟法158条という関連規定から、秘密保護のための処罰規定に違反する権利は導き出されていない。もっとも、労働裁判所の判例は、従業員による雇用主の告発の場合に、法治国家原理に基づき、告発を行う限定的な権利によって、労働法上の忠実義務に制限を加えている。しかしながら、その際、その種の告発権が秘密保護のための処罰規定に対してさえ優先されることが、根拠づけられていない。告発権は、通説よれば、衡量プロセスにも左右されるのであり、とりわけ、従業員が雇用主を害しようとする場合には排除される。それゆえ、これまでに判明している事実関係によれば、本件において、違法性阻却的な告発は、承認されえないのである。というのは、情報提供者は、処罰規定に違反したうえで、それと引き換えに高額の特典を要求したからである。もっとも、以上で述べた「内部告発 (Whistle blowing)」の刑法上の限界という問題は、いまだ十分に解明されておらず、必要とあらば、例えは、環境法において行われているように、法律で規定されなければならない⁽²⁸⁾。

Rdnr. 32およびそこに掲載されたその他の文献参照。

(27) *BGH*, NJW 1979, 2621 (2622); *Erb*, in: MünchKomm-StGB (前出注 (21)), § 34 Rdnrn. 190f.; *Roxin*, StrafR AT, 4. Aufl. (2006), § 16 A Rdnr. 105; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (前出注 (21)), Rdnr. 48参照。

(28) これについては、*BVerfG*, NJW 2001, 3474 = *NZA* 2001, 888 (890); *BAG*, NJW

かくして、無権限の秘密漏示に対する幫助の可能性に関する判断については、収税官署固有の違法性阻却が決定的な重要性を有する。——新聞・雑誌報道から推測されるように——収税官署が事象をみずから指揮し、入手という事象の支配者であった場合には、そのことにより、まずもって収税官署自身の捜査権が決定的なものとなる。しかしながら、現行法の中には、私人による可罰的な秘密漏示を収税官署が幫助することを違法性阻却する関連規範は、一見して見いだされない。しかしながら、単なる営業秘密は、ドイツでは証言拒絶権によって保護されていない。それゆえ、刑事訴訟法161a条、公課法399条による、嫌疑をかけられている口座所有者に対する手続における情報提供者の証言義務は、営業秘密の漏示の違法性を阻却するのである。この根拠づけは、一般的に承認された次のような原則、すなわち、刑事手続上の捜査権は、「より内容豊かな」特別規範として、通常、関連する刑法上の禁止に対して優先されるべきものであり、秘密保護構成要件の領域においては特にそうである、という原則に依拠するものである。刑事手続上の捜査権は、それゆえに違法性阻却事由として、関連する刑法上の禁止に優先されるのであって、——反対に——刑法上の禁止によって制限されることはないのである⁽²⁹⁾。このことは、次のことからまた、明確化されうる。すなわち、情報提供者は、証言拒絶権を持たないので、実体法上の秘密保護規範を無視して、脱税捜査に対して証言する義務を負うであろうこと、および、情報提供者の書類は、リヒテンシュタインの口座データの窃取の第2の事件においておそらくそうであったように、差押え可能なものであったであろうことからまた、明確化されうるのである。それゆえに、データの漏示は、秘密の漏示との関係では、単に、刑事訴訟法が不正競争防止法17条の営業秘密について証人に証言拒絶権を認めないときに、刑事訴訟法が証人の証言義務によって実現しようとしている状態のみを生み出すにとどまるのである。

しかしながら、以上の議論が説得力を有するのは、情報提供者が、捜査官署に銀行データを単に譲渡するにすぎないか、または相応の証人召喚もしくは引渡し要求に応じた場合に限定される。仮にこのような場合であれば、情報漏示に対する捜査官による可罰的な幫助は、事実上考えられないであろう。しかしながら、本件で、収税官署は、行為に対して「より多くのこと」を行ったのであり、これが、幫助の観点の下では重要なのである。この「より多くのこと」とは、手続上予定された支援行為と引き換えに与えられるのではなく、何よりも可罰的な秘密

2004, 1547 (1549f.) ; Müller, NZA 2002, 424参照。

(29) 実体的な秘密保護と手続上の漏示義務との衝突については、Sieber, in: Festschr. f. Roxin (前出注 (17)), S. 1113 (1130ff.) 参照。

(30) 刑事訴訟法160条、公課法399条。

漏示と引き換えに与えられるところの、刑事訴訟法上予定されていない高額の金銭の支払いである。この種の態度は、高度の侵害性を有し、刑事訴訟法の中に根拠を見いださず、それゆえに、幫助としての非難を排除しえないのである。

収税官署がデータ購入の際に、刑事訴追を目的として行為したのではなく、課税手続、とりわけ捜査の前段階の場合における課税手続において、公課法208条1項第1文3号に従って、認知されていない租税事件の発見および捜査を目的として行為した場合にも、以上の議論が妥当する（いわゆるリスク分析）。この場合に関するかぎりでは、公課法93条によれば、同様に情報提供義務および引渡し義務が存在するが、これらの義務は、公課法30a条の存在にもかかわらず、銀行員について証言拒絶権を予定しておらず、そのため、銀行秘密の漏示を阻止しようとするものではない⁽³²⁾。しかしながら、課税手続との関係でも、さらに進んで秘密の漏示を目的とする金銭支払いを許容する授權規範は、見いだされないのである。官署内部に向けた連邦財務省の通達（Erlaß）は、なるほど、有益な情報に対する金銭支払いについて定めてはいる。しかし、この通達は、可罰的な秘密侵害の要求の違法性を阻却するものではないのである。

別の違法性阻却事由として、収税官署について、再び刑法34条の緊急避難が考慮される。その構成要件は、刑法における一般的な見解によれば、確かに、原則的には、国家による行為にも適用される⁽³³⁾。しかしながら、とりわけ、公法上の権限を刑法の一般条項によって拡張することは許されないうえに、捜査権という完結した規制が存在するので全面的な処罰阻却は問題にならないという理由から、刑法34条を国家行為に適用することは、大多数の場合に否定される⁽³⁴⁾。情報収集権が、刑事訴訟法その他の法律において詳細かつ包括的に規定されているのであるから、刑法34条に立ち戻る可能性は否定されるべきなのである。ちなみに、その

(31) 刑事訴訟法136a条もまた、被疑者および証人との関係で、「法律上予定されていない利益の約束」を禁止する。これについては、*BVerfG*, NJW 1984, 428および*BGH*, NSTZ 1988, 420 (421)を見よ。しかしながら、そこでは、単に金銭の支払いだけが問題とされており、刑法上保護された秘密領域に対する侵害は問題とされていない。

(32) *BFHE* 215, 12 = NJW 2007, 2281 (2287ff.); *BFHE* 215, 40 = NJW 2007, 1308 (1309); *Carlé*, NJW 2007, 2226参照。

(33) 通説については、例えば、*Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder* (前出注 (21)), § 34 Rdnr. 7参照。しかし、*Erb*, in: *MünchKomm-StGB* (前出注 (21)), § 34 Rdnrn. 40ff.をも見よ。

(34) これについては、*BGHSt* 31, 304 (307f.) = NJW 1983, 1570; *BGHSt* 34, 39 (51ff.) = NJW 1986, 2261; *Zieschang*, in: *LK-StGB* (前出注 (22)), § 34 Rdnr. 20参照。しかし、この文脈においては、*Günther*, *Strafrechtswidrigkeit u. Strafunrechtsausschluss*, 1983, S. 42f., 47f., 306ff., 316ff.の解決アプローチをも見よ。

構成要件は、上記のように、その利益衡量との関係でも、問題をはらんでいる。

もっとも、財務官吏の可罰性は、刑法17条の禁止の錯誤を理由として、禁止の錯誤が目下の問題の新規性のために回避可能ではなかったかぎりでは排除される。そのうえ、手続打切りの可能性も存在する。これらの解決策が支持され、かつ、秘密漏示への金銭支払いを通じて第三者の諸権利を侵害する権限が反対されるのは、結局、以下のような正当な諸理由が存在するからである。すなわち、違法性阻却が存在しないということは、将来的に——同様に国内の——銀行員およびその他の秘密保持者に、官署が、財産上の給付を通じて、営業秘密の漏示を要求するのを許容することを妨げるものではない。しかし、同時に、これらの解決策は、財務官吏が、複雑かつ立法者が明確には規制していない法的な範囲において、相当する権限を悪意なく信じて、その権限がなければほとんど捕捉しえない税法違反罪を発見しようとした場合につき、その財務官吏の態度の適切な評価をも可能とする、という正当な諸理由が存在するからなのである。

以上のことは、実務上、具体的に以下のようないくつかの意義を有する。すなわち、企業の職員は、証言権 (Zeugenrechte) が存在する範囲内および告発に関する労働裁判所の判例の範囲内においてのみならず、刑事訴追利益を除き、かつ、その他の完結した規制領域を除いて、諸法益に対する一定の将来的な危険を阻止するために、緊急避難規定に基づいて、営業秘密の漏示のために処罰されることなく、自己の属する企業における一定の可罰的行為を捜査官署に漏示ことができる。また、検察庁は、今後も、その情報提供者に報いることはできる。これに対して、処罰規定に違反する営業秘密の漏示と引換えに金銭を支払うことは、刑事手続上許容される捜査手法でない。立法者は、もしこの状況に留まるつもりがないならば、明確化と改善を必要とするその他の、職員による「内部告発」に関する諸問題、およびそれらと結び付いた、経済犯罪の有効な統制に関する諸問題をも規制しうるような、適切な法律上の規定を創設しなければならないであろう。⁽³⁵⁾

V. DVD 取得の際の連邦情報局による官署の援助

判明している事実関係によれば、収税官署は、自らが DVD を取得する際、連邦情報局から様々な方法で、とりわけ、2006年における見本データの転送、その

(35) Sieber, in: Festschr. für Tiedemann, 2008, S. 461 (468, 470, 489) [邦訳としてウルリッヒ・ズィーバー (甲斐克則・小野上真也・萩野貴史訳)「企業刑法におけるコンプライアンス・プログラム——経済犯の統制のための新構想——」季刊・企業と法創造 6 巻 1 号 (2009) 120頁以下参照: 訳者] および前出注 (8) 参照。

他の伝達業務、情報提供者と調査機関の会合の警備、および——連邦情報局長官による、官署の援助の許可後の——購入価格の事前融資によって支援を受けていた。しかしながら、この場合、DVD の譲渡は、収税官署に対して行われたというべきである。

この支援が、収税官署に対する連邦情報局による官署の援助の諸要件をいかなる範囲で満たすものであったのかは、明らかでない。なぜなら、公課法112条、114条によれば、官署の援助の実施は、要請を受ける側の官署〔に適用される〕法に服するが、官署の援助によって実現される処分⁽³⁶⁾の許容性は、要請する側の財務官署に適用される法に従って判断されるからである。それゆえ、官署の援助は、権限の移譲と権限の拡張のいずれにもつながりえないのであって、要請する側の財務官署の法律上制限された行為⁽³⁶⁾を潜脱するものであってはならないのである。それゆえ、収税官署に対する連邦情報局による官署の援助は、処罰規定が保護するデータを有償取得するという、官署の援助がないときに収税官署が有することはない権限を収税官署が獲得するという事態にはつながりえないのである。なぜなら、分権国家における権力分立が保障するのは、自由が、法律の範囲内においてのみ制限されえ、様々な官署間での恣意的な協力形態によっては制限されえないということだからである。しかしながら、これまであまり明らかにされていない取得という出来事に関する最終的な評価には、なお事実関係のさらなる解明とさらなる法的な検討が前提となる。

VI. 総括および証拠利用に対する帰結

これまでに判明している事実関係によれば、情報提供者は、不正競争防止法17条2項2号の、営業秘密の無権限漏示の構成要件を実現した。連邦情報局は、情報提供者との最初の接触においては、適切に行爲した。連邦情報局が一次の情報および口座情報を収税官署に交付したことは、一定の利用制限を同時に承認する場合には、十分に根拠づけ可能であるが、不明確な法状況のため、その保証があるわけではなく、その結果、おそらく連邦憲法裁判所の相応の判決についてまで、依然として議論が行われることになるであろう。これに対して、収税官署によるその後のDVD購入には、重大な疑念がある。購入価格の支払い、営業秘密の可罰的な漏示を促進するものであったので、それは違法であったといえよ

(36) 詳細は、*Söhn*, in: *Hübbschmann/Hepp/Spitaler*, AO, 155. Erg.-Lfg. (Stand: Nov. 1997), § 112 Rdnr. 27, § 114 Rdnrn. 3ff. を見よ；さらに、*Rose-Stahl* (前出注 (11)), S. 121, 129; *Rüsken*, in: *Klein*, AO, 9. Aufl. (2006), § 114 Rdnr. 1; *Tipke/Kruse* (前出注 (15)), § 112 Rdnr. 9, § 114 Rdnr. 2.

う。DVDの有償取得は、連邦情報局による官署の援助によっても、違法性が阻却されえない。

以上の評価は、とりわけ取得された証拠の利用との関係では、——やはり事実関係がなお不確実であるために——本稿では示唆しうるにすぎないが、次のような意義を有する。すなわち、可罰的な証拠取得が刑事手続において証拠の利用禁止をもたらすかどうかは、特に、誰が違反を行い、その違反が誰に帰属されるべきか、に左右されるが、この場合、私人による可罰的な証拠の入手は、特殊な——そして、本稿の扱う本件事件とは異なる——事件においてのみ、取得された証拠の利用不可能性をもたらすことになるであろう。⁽³⁷⁾

しかしながら、この態度が国家官署に帰属可能である場合には、事情が異なる。⁽³⁸⁾ 国家による違法な捜査態度がある場合の証拠の利用可能性に関する一般原則が、国家官署自身の職員が処罰されえたか、もしくは少なくとも違法に行為したときのように、直接適用されるのである。本件において、事情はこのようなものである。もっとも、証拠収集に関する規定に対するいかなる違反でも、刑事手続上の利用禁止を招く、という一般原則は、ドイツ刑事手続法においては存在しない。⁽³⁹⁾ むしろ、証拠利用禁止は、優先される重要な諸理由からのみ認められるものなのであって、これは、個別事案において、関係諸利益の衡量を通じて明確化されなければならないのである。⁽⁴⁰⁾ その際、法状況の重大な誤認がなかったかぎり、単純な手続上の瑕疵では十分でない。むしろ、意識的で違法に入手された情報、客観的に恣意的な態度、重大な法的瑕疵および基本法上の地位の侵害は、⁽⁴¹⁾ [証拠利用禁止が] 承認される事例状況に属する。

それゆえ、本件を評価するためには、起こりうる諸々の手続的瑕疵を区別しなければならない。これまでに判明している事実関係によれば、先に警告した、秘密漏示に対する違法な金銭支払いとの関係、および連邦情報局と収税官署の協力において生じうる瑕疵との関係で相応の意図がそもそも存在したのか、場合によってはその意図が証明可能であるのかは、疑わしいと思われる。その際に見落とすてはならないのは、告発権および刑法34条による情報提供者の違法性阻却は否

(37) これについては、Eisenberg, BeweisR d. StPO, 5. Aufl. (2006), Rdnrn. 399ff.; Gleß, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2007), § 136a Rdnrn. 10ff. 参照。

(38) Pfeiffer, StPO, 5. Aufl. (2005), § 136a Rdnr. 2. しかし、そのかぎり、制限的な判決 (BGHS 40, 211=NJW 1994, 2904) 参照。

(39) BGH, NJW 2007, 2269=NSStZ 2007, 601 (602).

(40) BGHS 44, 243 (249)=NJW 1999, 959.

(41) BGHS 41, 30 (34)=NJW 1995, 1974; BGHS 47, 362 (366)=NJW 2003, 368; BGH, NJW 2007, 2269=NSStZ 2007, 601 (602f.); BFH, NJW 2007, 2281 (2286ff.).

定されるべきであるが、それが的外れというわけではなく、そのため法律の錯誤が生じうる、ということである。他方、処罰規定に対する違反は、重大である。それゆえ、衡量結果は、この手続的瑕疵との関係では、さらなる事実関係の解明に強く左右される。しかしながら、連邦情報局による情報および見本データの交付には、これとは異なることがいえる。すなわち、データの見本（およびそれゆえデータの構成要素全体）が、収税官署が利用できない、有償取得のための課報手段に基づき、連邦情報局によって取得され、その後、一括して収税官署に交付されたかぎり、口座データは、刑事手続において、上記の衡量とは関係なく、すでに基本法第10条法の上述の類推適用に基づいて、重大な租税犯罪行為の訴追のためにのみ利用されうるということが、大いに支持されるのである。

しかしながら、仮に証拠利用が禁止される場合でも、許容されない方法で獲得されたデータを用いて家宅搜索の際に発見されて取得された間接的な証拠は、利用可能である。確かに、アメリカ合衆国刑事訴訟法において「毒樹の果実論 (fruit of the poisonous tree doctrine)」という形態で知られているような、証拠禁止の一般的な遠隔作用は、ドイツにおいて、通説によって、承認されていないのである。しかし、判例は、重大な法違反のある場合、衡量を行う。しかしながら、その基準はあまり明確化されていない。そこでは、ありうべき遠隔作用は、本質的に「違反の強さおよび種類」に左右されている⁽⁴²⁾。こうして、遠隔作用は、侵害性の強い遠距離通信監視の領域では、基本法第10条法違反のある場合には肯定され、これに対して、刑事訴訟法100a条違反のある場合には否定されている⁽⁴³⁾。法違反とそれにより取得された証拠との関連性もまた、重要である。それゆえ、証拠利用禁止の遠隔作用は、本件における事実関係のより詳細な解明後に初めて、有意義に確定されうるのである。

かくして、本件の事実関係の評価は、困難な法的諸問題が存在するという理由からだけではなく、何よりも、現在いまだ明らかでない事實的諸問題が存在するという理由からしても、開かれた状態にある。事實的諸問題の明確化には、第一次的に、議会の監視委員会が管轄を有する。法的諸問題は、多数の論稿によって論争的に議論され、一部は、連邦憲法裁判所の基本的決定によってはじめて明確化される。刑法と情報機関法の境界領域に対する法政策的な諸結果、および私人による秘密侵害の国家による促進に対するそれについても、おそらく、これから

(42) BGHS 27, 355 (357) = NJW 1978, 1390; BGHS 29, 244 (249) = NJW 1980, 1700 参照; しかし、より厳格であるのは、BGHS 34, 362 (364f.) = NJW 1987, 2525; BGH, NStZ 2006, 402 (404); Senge, Nock u. Boujong, in: KK-StPO, 5. Aufl. (2003), vor § 48 Rdnr. 45, § 100a Rdnrn. 51ff., § 136a Rdnrn. 40ff. である。

(43) BGHS 29, 244 (249ff.) = NJW 1980, 1700; BGHS 32, 68 (71) = NStZ 1984, 275.

数か月間、同様に論争されるであろう。そこでは、何よりも刑法の限界が議論の俎上に乗せられるのである。⁽⁴⁴⁾

かくして、本稿および NJW の本号は、法的議論——その憲法上の影響についても、いまだにほとんど予測できないが——を開始するものであるが、むろん、この議論は、社会的な諸問題の検討の代わりとなることはできない。すなわち、刑法は、租税犯罪行為の防止および市民的自由の保障のために必要不可欠な手段ではある。しかしながら、国家の捜査手法が広範囲に及んでいる場合でさえ、多量に実行される租税犯罪は、将来的に、徹底的な社会的・経済的・租税法的な諸改革に基づいてのみ、防止されうるのである。

(完)

(訳者あとがき)

ここに訳出したのは、ドイツのマックス・プランク外国・国際刑法研究所所長ウルリッヒ・ズィーバー教授が、2008年にドイツの法律雑誌 NJW (Neue Juristische Wochenschrift) に寄稿したりヒテンシュタイン事件に関する論文である(原題は、Ulrich Sieber, Ermittlungen in Sachen Liechtenstein-Fraßen und erste Antworten, NJW 13/2008, S. 881ff.)。訳者の甲斐が、2008年11月にフライブルクにあるマックス・プランク外国・国際刑法研究所を訪問した際、所長室でズィーバー教授にこの論文をほか数点の論文ともども手渡されていたが、2009年3月に同教授が早稲田大学に来られた際、翻訳の許可をいただいた。本文に記載されているように、リヒテンシュタイン事件は、ドイツの公務員が外国であるリヒテンシュタインの銀行口座の情報を入手した事件であり、ドイツではその捜査にかなり高い関心が持たれていた。ズィーバー教授は、2008年3月31日付のドイツの新聞フランクフルター・アルゲマイネ (FRANKFURTER ALLGEMEINE ZEITUNG) 8面にも、「リヒテンシュタイン事件 (Der Fall Liechtenstein)」と題して論文を寄せている。それは、今回訳出した論文をコンパクトにまとめたものである。折りしも、われわれは、早稲田大学グローバル COE 〈企業法制と法創造〉の刑事法グループで、ドイツの企業犯罪を調査・研究していることもあり、本件の情報を把握しておく必要性を感じて、ここに本論文を訳出することにした次第である。訳文の注でも補足しておいたが、ズィーバー教授の関連論文の邦訳については、ウルリッヒ・ズィーバー (甲斐克則・小野上真也・萩野貴史訳) 「企

(44) Sieber, ZStW 119 (2007), 1 [邦訳として、ウルリッヒ・ズィーバー (甲斐克則監訳・小野上真也・新谷一朗・辻本淳史訳) 「刑法の限界 (1) (2・完) ——マックス・プランク外国・国際刑法研究所における新たな刑法研究プログラムの基盤とその取組み——」比較法學43巻1号 (2009) 83頁以下、43巻2号 (2009) 265頁以下：訳者] 参照。

業刑法におけるコンプライアンス・プログラム——経済犯の統制のための新構想——」季刊・企業と法創造 6 卷 1 号 (2009) 120 頁以下、ウルリッヒ・ズィーバー (甲斐克則監訳・小野上真也・新谷一郎・辻本淳史訳)「刑法の限界 (1) (2・完) ——マックス・プランク外国・国際刑法研究所における新たな刑法研究プログラムの基盤とその取組み——」比較法学 43 卷 1 号 (2009) 83 頁以下、43 卷 2 号 (2009) 265 頁以下等があるので、併せて参照されたい。なお、訳文中、圏点を付した部分は、原文ではイタリック体である。

(甲斐克則・記)