

ドイツにおける黙秘権の現在

池田 秀彦

目 次

- 一 はじめに
- 二 黙秘権の法的根拠
- 三 黙秘権の及ぶ範囲
- 四 黙秘権の不告知とその法的効果
- 五 黙秘と証拠評価
- 六 許されない尋問方法
- 七 おわりに

一 はじめに

ドイツでは、近年、黙秘権に関して連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof）の重要な判例が相次いでいる。具体的には、黙秘権の不告知の効果に関して従来の判例を転換した一九九二年二月二七日の決定⁽¹⁾、旧東ドイツにおいて黙秘権の告知なしに獲得された供述の証拠利用に関する同年四月一日の判決⁽²⁾、共犯事件での証言拒否権の行使を理由とする不利な推認の是非に関してリーディングケースとなる同年五月二六日の判決⁽³⁾、黙秘権の行使と密接な関係をもつ弁護人の援助を受ける権利の侵害の効果に関する同年一〇月二九日の判決⁽⁴⁾、黙秘権の意義について理解できない被告人の供述の証拠利用の問題を扱った一九九三年一〇月一二日の判決⁽⁵⁾等がこれである。

筆者は、このうち最初の判例については、既に粗々その内容を紹介し⁽⁶⁾、また他の判例についても紹介を検討しているものもあるが、そのような作業を進める上で、ドイツでの黙秘権をめぐる全般的状況についての考察が必要不可欠であると思われる。もっとも、筆者は、かつてドイツでの黙秘権をめぐる諸問題について紹介を試みたが⁽⁷⁾、紙幅の関係もあり極めて不十分なものとならざるを得なかった。その上、右のように最近では、重要な判例も相次いでいる。このような理由から、本稿では、前記諸判例も踏まえ、ドイツでの黙秘権をめぐる全般的状況について幾つかの角度から紹介し、併せて考察することとしたい。

(1) JZ 1992, 918=BGHSt. 38, 214. なお、本決定の詳細については、拙稿「ドイツにおける黙秘権に関する判例の一転換」『創価大学創立二五周年記念論文集』二三九頁以下を参照されたい。

(2) NSStZ 1992, 344=BGHSt. 38, 263.

(3) NSStZ 1992, 448=JR 1993, 378=BGHSt. 38, 302.

(4) JZ 1993, 425=BGHSt. 38, 372.

- (5) BGHSt. 39, 349.
- (6) 注(1)参照。
- (7) 「刑事手続における黙秘権の日独比較のための予備的考察」『比較公法学の諸問題』二九五頁以下。

二 黙秘権の法的根拠

ドイツ憲法(基本法)は、黙秘権について明文を以て定めていないが、判例・学説は、一致してこれに憲法上の地位を認めている。例えば、連邦憲法裁判所は「黙秘権は、判例においては、人間の尊厳の尊重という基本的考えに基づく法治国としての基本的態度の自明の表れと見なされている」とし、さらに「刑事裁判所による有罪判決またはそれに応じた制裁の言渡のための前提を、自己の供述によって提供しなければならないと強制することは、不当なものであるし、人間の尊厳とも調和しがたいであろう。その点に関し、基本法二条一項は、国家の侵害に対する防御権として、古くかつ確かなる法的伝統に沿う保護を提供する」として、黙秘権が基本法一条一項の保障する人間の尊厳と人格の自由な発展を目的とする権利について定めた二条一項に基づくものであることを明らかにしている。また、連邦通常裁判所の判例には、基本法二条について言及したものは見られないものの、基本法一条の外、さらに公正な手続の原則並びに黙秘権者の人格権が憲法上の根拠となるとしている⁽⁵⁾。

また、一九七三年十二月一七日に批准された一九六六年十二月一六日の市民的及び政治的権利に関する国際規約⁽⁶⁾(Der Internationale Pakt über staatsbürgerliche und politische Rechte)では、一四条三項に「自己に不利な供述または有罪の自白を強要されない」と定められており、これも黙秘権の法的根拠として扱われている。

さらに、刑事訴訟法は、裁判官による被疑者に対する最初の尋問に際して「被疑者には、被疑事件について陳述す

ることまたは事件について陳述しないことが自由である旨を告げなければならない」(一三六条一項⁽⁷⁾)とし、また、検察官の被疑者尋問並びに警察官の被疑者尋問に際して右規定の準用のある旨を定めている(一六三条a三項、四項)。さらに、公判において起訴状の朗読後、「訴えについて陳述することまたは事件について供述しないことは、被告人の自由である旨告げられる」ものとしている(二四三条四項⁽⁸⁾)。これ以外にも、逮捕、勾留された被疑者に対する裁判官による尋問の際にも、黙秘権の告知がなされることになっている(逮捕については、一二八条一項、勾留については、一一五条三項)。このように刑事訴訟法は、被疑者、被告人の黙秘権に関する種々の規定を置くと同時に、その告知について定め、以てこれを担保することとしている。

- (1) BVerfGE. 59, 43.
- (2) A.a.O. 56, 49.
- (3) ドイツ連邦基本法一条一項は「人間の尊厳は、不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することは、すべての国家権力の義務である」と定める。なお、基本法の条文の訳はすべて、宮沢俊義編『世界憲法集第4版』によっている。
- (4) 基本法二条一項は「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に反しない限り、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する」と規定する。
- (5) BGHSt. 25, 330; JZ 1992, 920; JR 1993, 448. なお、学説については Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 124ff. に詳しい。
- (6) BGBl II 1973, S. 1533.
- (7) 一三六条一項は「最初の尋問の際に、被疑者に対して如何なる行為について責任を問われているのか、如何なる罰条が考慮されているのかを明らかにしなければならない。被疑者には、被疑事実について陳述することまたは事件について陳述しないこと、及びいつでも、尋問の前でも自己の選任する弁護人と相談することが自由である旨を告げなければならない。さらに、被疑者には、免責のため個々の証拠調べを申し立てることができる旨を教示しなければならない。適当な場合には被疑者には、書面により陳述できることも告げなければならない」と定めている。
- (8) 二四三条四項は「次いで被告人に対し、公訴について陳述するか、または事件について陳述しないことが自由である旨告

げる。被告人に陳述の意思があるときには、一三六条二項の定めるところに従って、事件について尋問する。被告人の前科は、裁判にとって意義がある限度でのみ確定する。前科をいつ確定するかは、裁判長がこれを決める」と定める。

三 黙秘権の及ぶ範囲

黙秘権が事件についてだけでなく氏名・住居等の身上に関する事項についても及ぶのかどうかについては、争われている。

判例は、これを否定するが、その理由としては、刑訴法一三六条一項が「事件について」供述する義務がないとしているのに対して、「身上」に関する事柄については、その旨の規定がないことを挙げるにとどまっている。⁽¹⁾これに対して学説は、肯定説、否定説、折衷説に分かれている。肯定説は、身上に関する事柄についての供述は、時として事件についての供述に等しい場合があることやそれ自体被告人にとって非常に不利益であることを理由とする。⁽²⁾折衷説は、具体的事案において自己負罪と同視することができるとする場合には、供述の義務はない、とする。⁽³⁾否定説は、身上に関する事項については、黙秘権は及ばないとするのであるが、その理由として判例の挙げる理由以外のものを積極的に示していない。⁽⁴⁾例えば、この立場に立つマイヤーは、「黙秘権は、身上に関して官庁に申告する国民の義務にその限界を見いだす」と述べるが、その根拠についてはふれていない。⁽⁵⁾

(1) BGHSt. 25, 17; Düsseldorf NJW 1970, 1888; Oldenburg NJW 1971, 2237.

(2) Eser ZStW 79, 576; Kries ZStW 9, 22; Rüping JR 1974, 135.

(3) Wessels Jus 1966, 176; Fezer/Paulus, KMR 1991, §136, Rdnr. 2; Roxin, Strafverfahrensrecht, 24. Aufl., 1995, S. 178.

- (4) Dreyes DRiZ 1965, 113; Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung 23. Aufl., 1978, § 136, Rdnr. 16. 「¹」
 Löwe-Rosenberg の引用は、特に断らない限り(1)の三版によるものとする。
 (5) Löwe-Rosenberg, a.a.O., § 136, Rdnr. 16.

四 黙秘権の不告知とその法的効果

(1) 被疑者、被告人に黙秘権を告知せずを得た供述が事実認定の証拠として利用しうるかどうかという問題がある。まず、尋問者が被疑者に黙秘権を告知しないことによって意図的に供述義務があるかのように思いこませたときには、後述する刑法一三六条 a 一項の意味での「欺罔」がなされたことになり、その供述が利用できない、⁽¹⁾という点については今日、判例、学説はほぼ一致してこれを認めている。

しかしこれ以外の場合、即ち黙秘権の告知を怠ったにすぎないような場合については、やや古く判例は、その供述の利用は可能であるとした。その理由として判例は、一三六条の規定がその違反があったからといって別段法的効果を生ずるわけではなく、上告理由ともならない秩序規定(Ordnungsvorschrift)にすぎないからであるとした。⁽²⁾もつとも、これは、一九六四年の刑事訴訟法改正前のものであり、当時刑法一三六条一項は、現在の文言とは異なっており、「最初の尋問の際に、被疑者に対して如何なる犯罪行為について責任が問われているのか明らかにしなければならない。被疑者には、被疑事実について何か述べるか否か質問しなければならない」と定めていた。⁽³⁾つまり、黙秘権の告知に関する明確な文言を含んでいなかった規定に関するものである。⁽⁴⁾と同時に、この規定から黙秘権の告知義務が生ずるかどうかについて争いのあるような状況下でなされたものである。そこで、一九六四年の刑事訴訟法の改正により一三六条一項、二四三条四項の規定が変更された他、一六三条 a が加えられ、裁判官、検察官および警察官

による尋問に際しての黙秘権の教示義務並びに公判での被告人に対する黙秘権の教示義務が明文化されたのに伴い、判例の見解が注目された。しかし、連邦通常裁判所は、一九六八年五月三十一日の判決で従来の判例を踏襲した。その理由として、同改正は、従来の法律状態を明文化したにすぎないのであり、立法者は、一三六条の旧規定についての判例の立場を熟知していたのであるから、新規定において供述の利用禁止を意図したのであれば、その旨の文言を置くことができたし、また、そうすべてであったからである、とした。⁽⁸⁾

(2) しかし、この論拠が極めて形式的であり、説得力に欠ける嫌いがあったため、学説の厳しい批判を浴びて、連邦通常裁判所は、見解の修正を図った。一九七四年五月一四日の決定⁽⁹⁾において同裁判所は、公判手続での黙秘権の告知義務違反、即ち二四三条四項違反に関して、「一九六四年二月一九日の刑事訴訟法および裁判所構成法の改正のための法律 (BGBl I 1067) の施行までは、被告人は、被疑事実について何か述べるか否か質問されることになっていた (刑訴法旧二四三条三項、同一三六条一項二文)。この質問からも被告人は、供述と黙秘とを自由に選択してよい、ということを知ることができた。二四三条四項一文の定める教示は、被告人にこの防御権についてより一層明確にするためのものである。——中略——かくして、十分な理由を以てそれが法律状態については何一つ変えなかった、いい得る⁽¹⁰⁾」として、それまでの判例の見解を踏襲した上で「供述するか、黙秘するかを自由な選択によって決めることのできる被告人の権利は、法律上の告知義務によって生み出されるものではなく、法治国としての公正な手続の原則から生ずるものである。告知義務は、被告人がこの権利について知らないことのないようにするためのものである。彼がこの選択権を既に知っているか、または、もともと事件について供述することによって自己の立場を弁護しようと決意しているならば、黙秘権の告知がなされなかったからといって、被告人の権利が侵害されたことにはならない。にもかかわらず、このような場合にも告知されるべきだとしても、それは、秩序規定 (Ordnungsvorschrift) の意味しかもたない。これに対して、被告人がこの権利についての知識を欠いているために、その防御権について彼

に教えるにあたって二四三条四項によって注意をなすことが必要であり、この告知があれば、事件について供述を拒否したと考えられるような場合には、被告人の防御権の侵害および重要な法律違反が存することになる」(趣旨)と述べて、一定の場合の利用禁止を肯定した。しかし、同裁判所は、このことは、公判手続の場合に関するものであって、捜査手続には妥当するものではない、と付言して、この点に関しては、従来の判例を維持した。

これに対し、学説は、公判手続での黙秘権の不告知について供述の利用禁止が認められたことについては、概ね肯定的評価をしたものの、捜査手続での不告知の場合にこれを否定したことについては、一貫性を欠くとして厳しい批判を加えた。⁽⁹⁾

(3) 連邦通常裁判所は、こうした批判に応え、ついに一九九二年二月二七日の決定⁽¹⁰⁾で、それまでの判例を転換して捜査手続においても黙秘権が告知されなかった場合に証拠利用禁止を一定の場合に認めることとした。判例を転換した理論的根拠については、次のように述べている。

即ち、「侵害された手続規定が被疑者の保護に寄与しないか、又は第一的に寄与するわけではない場合には、利用禁止は、問題とならない。他方、侵害された手続規定が刑事手続における被疑者または被告人の手続法上の地位の基礎を保護するためのものである場合には、利用禁止は認められる。

刑訴法一三六条一項二文による警察官の教示義務は、この基礎にかかわるものであり、それ故、その違反があった場合には、利用禁止が認められる。

かつて連邦通常裁判所の第一刑事部は、裁判官が公判において刑訴法字二四三条四項一文に規定され、内容的に刑訴法一三六条一項二文と一致する教示をしない場合に限って利用禁止を認めたが、これは捜査手続においても同じく認められるべきである。けだし、被疑者が軽率に自らを不利な立場に置く危険は、公判におけるよりも警察官による最初の尋問に際しての方が大きいからである。被告人は、公判では落ち着いて供述行動の準備をすることができし、

さらに弁護人の援助を受けることが多いけれども、警察官による最初の尋問においては、通常、被疑者には、その準備がないし、助言者もないし、さらに信用できる周囲の人々から遮断され、事件によって少なからず頭が混乱し、いつもとは違う環境で気がふさぎ、おびえているのである。

また、立法者が警察官の教示義務違反の法的効果について、何ら規定を置かなかったということは、利用禁止を認めることに不利に働くものではない。ドイツの刑事訴訟法は、利用禁止について確定的に規定しているわけではないからである⁽¹¹⁾と。

このように従来の判例の論拠を明確に否定した上で、同裁判所は、利用禁止は次の場合にだけ認められるとしている。即ち、被疑者が黙秘権を知らずに供述した場合で、かつ、公判において弁護人がいるときには、その供述の証拠利用に反対した場合、弁護人がいない場合には、裁判長から供述の利用に反対することができる旨の教示があり、これを受けて被告人がその利用に反対した場合、若しくは、裁判長からそもそもこの教示がなかった場合である⁽¹²⁾。

この決定に対して学説は、理由付けに関して若干の点で批判を加えているが、その結論については、極めて高い評価を与えている⁽¹³⁾。

なお、この決定は、その後、黙秘権の意義について理解できない被告人の供述の証拠利用の問題を扱った一九九三年一〇月一二日の判決⁽¹⁴⁾において、踏襲されている。

(1) Bremen NJW 1967, 2022; BGHSt. 22, 175; Fezer/Paulus, a.a.O., § 136a, Rdnr. 11; Kleinknecht/Meyer-Göbner, Strafprozeßordnung, 42. Aufl., 1985, § 136, Rdnr. 14.

(2) BGH GA 1962, 148.

(3) この規定の解釈として、供述するかどうかは、被疑者の自由であるという点について異論はなかった。Vgl. Rogall, a.a.O., S. 43. しかし、この規定から黙秘権についての教示義務を読み取ることができるかどうかについては、学説に争いがあった。例えば、ラートブルフは、この規定の趣旨について『被疑者は何を』(was er)述べる

かではなく、『何か』述べるかどうか (ob er etwas) という質問形式から、彼が応える必要はない、と感じ取することは、彼の鋭敏な聴覚に求められている」と理解し、続けて「彼には、供述拒否権があるということは、告げられないし、彼が任意に同意した供述は、彼の不利に用いられ得る、とも告げられない」と述べる。このように、ラートブルフは、この規定から被疑者に対する黙秘権の教示義務を読み取ることはできない、とする。Radbruch, in der Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949, S. 121. それに対して教示義務を導き出すことができるとする説もあり、例えば、Sarstedt, in Löwe-Rosenberg, 21. Aufl., 1963, §136, Rdnr. 4b 等がこれにあたる。一九六四年の法改正により一三六条一項の規定が現在のようになり、解釈論争に終止符が打たれたわけである。なお、従前の実務での運用については、ガイアーが公判での被告人の「正規の尋問の過程」として「事件についての被告人の尋問に対しては、一三六条が基準となる。したがって、裁判長は、被告人に、被告人が複数の場合には、それぞれの被告人に公訴に対してなんと答えるか質問しなければならぬ」と述べていることから看取する限りでは、黙秘権の教示が行われていなかっただけでなく、必ずしも法文通りの運用も行われていなかったようである。Geier, in Löwe-Rosenberg, 20. Aufl., 1958, §243, Rdnr. 8a. また、警察の尋問の際にも黙秘権の教示は、一般的に行われていたわけではなかったようである。Vgl., Kofeka, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages 1966, Bd. II F 95 f.; Stree JZ 1966, 593.

- (4) 一九六四年の法改正前の一三六条一項の規定は、一八七七年二月一日の刑事訴訟法典制定当時の文言と同じである。刑事訴訟法の制定当初に、黙秘権の教示規定が置かれなかったのは、それによって被疑者が黙秘する気になり、その結果事件の解明が困難になることが懸念されたのと、黙秘権の行使は、被疑者の不利益に解釈されるのが常であるから、黙秘は、被疑者にとって有益というよりもむしろ有害と考えられたためである、という。Meyer, in Löwe-Rosenberg, 23. Aufl., 1978, §136, Rdnr. 23. なお、一九二〇年草案では、その三五条二項に「被疑者には、供述の義務はない。被疑者は、すべての尋問に際し、これらの規定を教示されなければならない」との規定が置かれた。ここに初めて、黙秘権とその告知の明文化が図られたのであるが、法律となるには至らなかった。

- (5) BGHSt. 22, 173. なお、この判決当時、一三六条違反により供述の利用禁止がもたらされるとする学説は、Dahs NJW 1965, 1310; 1966, 1720; Schmidt-Leichner NJW 1965, 1310; Grünwald JZ 1966, 489, 495 f.; Jerusalem NJW 1966, 1279; Kunert MDR 1967, 539 等があげられ、これを消極的に解する語句は、Sarstedt, in Löwe-Rosenberg, Ergänzungsband, 1967, §136, Rdnr. 9; Sarstedt, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages 1966, Bd. II F 20 f.; Müller-Sax, StPO, 6. Aufl., 1966, §136, Rdnr. 2. §163a, Rdnr. 6b; Rejewski NJW 1967, 1999 等がある。前者が多数説である。

- (9) BGHSt. 25, 325.
- (7) A.a.O., 329 f.
- (8) A.a.O., 331. この見解を踏襲した判例としては、一九八三年七月七日の連邦通常裁判所の決定 (BGHSt. 31, 395) がある。
- (6) Hegmann NJW 1975, 915; Meyer NSStZ 1983, 566; Grünwald JZ 1983, 717; Fezer JR 1984, 341; Roxin, Strafverfahrensrecht, 20. Aufl., 1987, S. 145. かつて「シャーフナーは、当該判例は、「被疑者の利益と真実探求」としての公益との賛同に値する考量に基づいて」として賛意を表しているが、こうした見解は極めて稀である。Schäfer, in Löwe-Rosenberg, a.a.O., Einl. Kap. 14, Rdnr. 19.
- (10) JZ 1992, 919=BGHSt. 38, 214. なお、本決定の詳細については、前掲拙稿「三九頁以下参照。
- (11) JZ 1992, 920.
- (12) A.a.O., 921.
- (13) 本決定に対する評釈としては、Roxin JZ 1992, 923; Fezer JR 1992, 385; Bohlander NSStZ 1992, 504; Kiel NJW 1993, 501 がある。本決定は、警察官が黙秘権について教示をしたかどうかという点については、裁判官は、自由な証明手続により判断するが、これが明らかとならない場合には、被告人の不利に、即ち教示がなされたものとして扱い、これに対して、被告人が黙秘権を知っていたかどうかという点については、裁判官は、自由な証明の結果、明らかとならない場合には、被告人の利益に、即ち黙秘権を知らなかったものとして扱う、としている。ロクシンは、結論については、賛意を表しつつも、右のように黙秘権を教示したかどうかという問題と、黙秘権を知っていたかどうかという問題とで、それが判明しない場合の扱いに違いがあることについて批判を加える。Vgl. Roxin, a.a.O., 923 f. Bohlander, a.a.O., 505 も同旨。また、フェッサーは、弁護人が供述の利用について異議申し立てをするかどうかによって、その利用が左右されることを批判する。Vgl. Fezer, a.a.O., 386f. Bohlander, a.a.O., 505 f. も、同旨。
- (14) BGHSt. 39, 349. なお、黙秘権の不告知に関するやや特殊な事例を扱ったものとしては、一九九二年四月一日の判決がある。これは、旧東ドイツの事件に関するものであり、黙秘権の告知に関する規定のなかった東ドイツ刑法法の適用の結果、黙秘権の告知なしになされた被疑者の供述が利用可能かどうかという特殊な問題を扱ったものである。この判決で、連邦通常裁判所は、被疑者に対する告知が法律上規定されていなかったという事情には、重きを置かず、「法治国に反するような方法で被疑者に働きかけがあったかどうか」を基準に判断した。Vgl. BGH NSStZ 1992, 344.

五 黙秘と証拠評価

(1) 黙秘権は、供述の強要を禁止するだけでなく、被告人が黙秘したということから不利な推認をすることも禁止するかどうかという問題がある。かつては、不利な推認をすることも差し支えないと考えられていたが、今日では、これを否定するのが一般的である。この主たる理由は、最近の連邦通常裁判所の言葉を借りれば「黙秘が後に証拠評価の際に不利に用いられるのではないかと、被疑者が危惧しなければならぬならば、被疑者の黙秘権は、不当に制約されることになるであろう。即ち、そのときには、被疑者は、こうした不利益を免れるために、最初の尋問の時に事件について供述せざるを得なくなるであろう。しかし、これによって彼は、意思決定の自由を損なわれることになる」⁽²⁾からである。これ以外には、次のような理由も挙げられている。即ち、裁判官が被疑者の黙秘の理由を知っている場合には、被疑者に不利な推認が可能であるが、裁判官は、この知識を持ち合わせていないし、その理由を被疑者に質問することも許されていない⁽³⁾ということ。さらに、無実の者が陳述し、罪ある者だけが黙秘するという経験則はない⁽⁴⁾ということである。もっとも、ドイツでは、このことを前提とした上で、場合を分けて論ずるのが通例である。即ち、完全な黙秘、部分的黙秘、手続段階で供述態度の異なる場合の三つである。

(ア) 完全な黙秘 この場合には、先に述べたことがそのままではまり、黙秘から不利な推認が許されない⁽⁵⁾ことは、異論なく認められている。もっとも、完全な黙秘といっても、全く供述しない場合の外、自分は無実である⁽⁶⁾とか、車を運転していたのは身内の者である⁽⁷⁾とかしか言わない場合、さらに公訴時効⁽⁸⁾とか他の手続障⁽⁹⁾碍といった法的な主張をするにすぎない場合などもこれにあたると考えられている。

(イ) 部分的黙秘 被疑者、被告人が一部の事実についてしか供述しない場合とか、個々の質問に対して全く、或いは不十分にしか返答しない場合については、通説、判例は、不利益に扱ってよいとする。理由は「被疑者は、自由な

意思決定において黙秘権を放棄し、そしてその全供述態度を証拠評価の対象とする⁽⁹⁾からである。もっともこの点については「完全な黙秘の場合と同様に、部分的黙秘を不利に評価すれば、供述の自由の侵害が生ずる。部分的応訴がその不完全性の故に消極的に評価されることを覚悟しなければならない者は、そもそも発言を見合わせるか、または供述を完全にせざるを得なくなる。加えて、部分的黙秘の利用によって有利な要素に限りて陳述することを保障する弁護権が侵害されることになる。従って、通説が完全な黙秘の利用に際して黙秘権の侵害を肯定し、これに対して部分的黙秘の場合にこれを否定するならば、結果的に矛盾しているとの諷りを免れ得ない」として反対する見解⁽¹⁰⁾や場合を分けて「被告人が黙秘した点についても無実の者ならば自己弁護したであろうということが生活体験からしていえるときにだけ、部分的黙秘を不利益に扱ってよい。部分的に供述する被告人は、自ら自由な証拠評価に服することになるとの見解は、証拠評価に際して何ももたらさない。部分的黙秘といっても完全な黙秘と同じように不利益な推認を許さない場合もある。例えば、被疑者が初めから事件について供述するつもりはないと陳述し、刑罰の問題についてだけ発言する場合とか記憶力が不十分であることについて詳しい説明をするにすぎない場合、或いは長い尋問の後刻にどこにいたのかとの質問に対して答えなかったときとか、若い被害者の年齢を知っていたはずだとの問責に対して沈黙するときのように、自白と同視し得る場合もあり得る。この後者の場合には、部分的黙秘を被告人に不利益に考慮して良いが、それは、自己弁護の意思のある者は、供述によって有利な立場を得ることができるときには、黙秘しない、ということが経験則に合致するからである⁽¹¹⁾」(趣旨)との見解も有力に主張されている。

ところで、幾つかの事件につき併合起訴されている被告人が、その中の一部の事件について黙秘する場合には、その事件については部分的黙秘ではなく、完全な黙秘だと考えられている⁽¹²⁾。

(ウ) 手続段階または尋問主体によって供述態度の異なる場合 手続段階で供述態度が異なったり、或いは異なる尋

問主体に対して供述態度が違う場合には、被告人に不利な推認をしてはならないと考えられている。例えば、被告人が公判で事件について供述する場合に、以前の手続段階、特に捜査手続において黙秘したことを理由に不利な推認をしてはならない、とされている。⁽¹³⁾ 理由として判例は、被告人が裁判官の前でだけ陳述しようと考えて、警察官に対して供述を拒否した事案において、このような場合に不利な推認が許されるとすれば、警察官に対する供述を心理的に強制する結果となり、一三六条aによって禁止された強制による意思の侵害をもたらすことになるからである、とする。また、これとは逆に、被疑者が警察官や検察官の面前若しくは裁判官に対しては供述したが、公判では供述を拒否した場合⁽¹⁴⁾、または区裁判所では供述したが控訴審で黙秘した場合⁽¹⁵⁾、または停止前の公判では供述したが新公判では黙秘した場合にも、被告人に不利な推認は許されない、とされている。もっとも、このような場合に、以前の供述の内容は、刑法二五四条⁽¹⁷⁾による裁判官調書の朗読または尋問者に対する尋問によって確認することが認められている。

(2) 共犯事件において、被告人が共犯者の裁判で証人として尋問されたときに、自己が訴追される虞を理由に証言を拒否した場合に⁽¹⁸⁾、自らの裁判でこれを理由として不利な推認をすることが許されるかどうかについては、最近まで上級地方裁判所（Oberlandesgericht）の裁判⁽¹⁹⁾しかなく、連邦通常裁判所の判断が待たれていた。一九九二年五月二十六日の判決は、このような期待に応えるものであり、説示の中で不利な推認が許されないことを明確に示した。理由として本判決は、「被告人の黙秘権と刑法五五条の供述拒否権は、いずれも何人も自己に不利な供述を強要されないという原則に基づいており、したがって被告人が自己の刑事手続においてであれ、他人の刑事手続において証人としてであれ、自分自身にかかわる嫌疑について黙秘した場合には、等しく保護されなければならない。このように解さないならば、事件が併合起訴されているか、分離されているかによって被告人の黙秘権の射程が左右されることになる」⁽²¹⁾（趣旨）からである、とする。もっとも、このような不利な推認の許されない前提として右に見た部分的黙秘の場合と同様の論理から、被告人がそのときまでに事件について供述しなかった場合に限りとしている。

119; Stree JZ 1966. 598.

- (13) BGHSt. 20, 281; BGH GA 1969, 307; StV 1983, 321; 85, 401; Düsseldorf MDR 1984, 164; Stuttgart NStZ 1981, 272; 1986, 182.
- (14) BGH MDR 71, 18; Zweibrücken StV 86, 290; Schmidt-Leichner NJW 1966, 190; Stree JZ 1966, 597; Rogall a.a.O., S. 250.
- (15) Hamm NJW 1974, 1880.
- (16) BGH MDR 1968, 202.
- (17) 刑法第二百五十四条一項は「裁判官調書に記載されている被告人の供述は、自白の証拠調べのために朗読することができる」とし、同一項は「尋問において現れた前の供述との矛盾が他の方法によっては公判を中断しないで確認し、または解決することができないときは前項と同じである」としている。
- (18) 刑法第五十五条一項は「証人は、自己または第五十二条第一項に定める親族が犯罪行為または秩序違反行為につき訴追される虞を招来するような質問については、供述を拒むことができる」とする。
- (19) Stuttgart NStZ 1981, 272.
- (20) NStZ 1992, 448 = JR 1993, 378 = BGHSt. 38, 302. なお、証人が刑法第五十五条により証言を拒否したという事実については、自由な証拠評価が可能であり、したがってその証言拒否は、場合によっては被告人に不利な推認が可能となるものがある、というのが通説、判例であるため (BGH StV 1984, 233; Kleinknecht/Meyer-Göbner, a.a.O., § 261 Rdnr. 20)。連邦検事総長は、被告人が他人の刑事手続で証人として刑法第五十五条の証言拒否権を行使した本件の場合にも、同様に解するべきことができると主張したのであるが、連邦通常裁判所は、これを認めなかったわけである。
- (21) NStZ 1992, 448 f. なお、本判決に対する評釈として次のものがある。Dahs/Langkeit NStZ 1993, 213; Rogall JR 1993, 380. このうち、前者は、判旨に全面的に賛成するが、後者は、基本的に賛成しつつも、被告人が証言拒否権を行使する時点まで黙秘している場合に限って不利な推認が禁止されるとする点については厳しく批判する。
- (22) BGHSt. 32, 144; Bruns, Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., 1974, 599; Eser ZStW 86, Beih. 162; Rüping JR 1974, 138.
- (23) BGH MDR 1973, 370; Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, 44. Aufl., 1988, § 46 Rdnr. 29 b.
- (24) BGHSt. 1, 105, 342; BGH MDR 1953, 272; 1971, 545; BGH JR 1955, 392; BGH NJW 1953, 192; 1955, 193, 1158; 1961, 85; 1965, 85; BGH GA 1961, 172; BGH StV 1981, 620; BGH NStZ 1983, 118; 1985, 545; 1987, 171.

六 許されない尋問方法

(1) 被疑者、被告人の意思決定および意思活動の自由を侵害するような尋問方法は、明文を以て禁止されている。これに関する規定は、刑訴法一三六条^aであるが、具体的に同条の列举する、許されない尋問方法としては、虐待、疲労、身体に対する侵害、薬物の投与、精神的苦痛、欺罔、催眠、刑事訴訟法の認めていない強制、刑事訴訟法上許されない処分を以てする威嚇および法律上規定されていない利益の約束(一項)の他、記憶力または理解力を侵害する処置である(二項)。

以下、法律の定める許されない尋問方法について具体的に検討することとする。

(ア) 虐待 これは、身体的完全性や身体的健康を著しく損なう行為、例えば傷害を負わせたり、足蹴にしたり、殴打したり、尋問に際して目のくらむような照明を当てたり、飢えさせたり、凍えさせたりすることである。

(イ) 疲労 これは、極端な場合にだけ、例えば、判例は、尋問前に被疑者が三〇時間睡眠をとっていない場合は、これにあたる³としているが、交代夜勤に慣れている者については、二四時間の睡眠をとっていない状態は、これにあたら³ないとしている。尋問によって疲れさせることは、實際上避けがたいことが多く、別段問題ないと考えられている。夜間の尋問も客観的に正当な理由があれば、許される⁴。意思力が尽き果てるまで尋問を続けたり、或いはこのような状態の被疑者を尋問して意思の自由を侵害することだけが禁じられる、と考えられている⁵。その際、尋問者がこの状態をもたらしたかどうか、或いはそもそもそれを知っていたかどうかは、関係がない、とされている⁶。

(ウ) 身体的侵害 直接被疑者の身体に影響を及ぼす処置をいう。痛みのないような侵害も禁止される⁷。

(エ) 薬物の投与 意識を失わせたり、抑制力を失わせたり、眠気を誘ったり、或いは意識を覚醒させるものが問題となる。特に、麻薬とアルコールが問題となる。抑制力を失わせる薬物は、麻酔分析に際して投与されるが、かつて

は許されるとする有力な見解もあったが、今日の通説は、これを認めていない。⁽⁸⁾ 疲労回復、気分爽快に役立つもの、例えばブドウ糖、チョコレート、コーヒー、ティー、タバコ等は、許される、とされている。但し、タバコについては、ヘビースモーカーの場合等極めて特別の場合には、意思決定に影響を及ぼすことがあり得るとするのが判例である。⁽¹⁰⁾ 飲酒の場合には、被疑者の意思の自由が著しく害されていないときには、尋問可能である、とされている。⁽¹¹⁾ 薬物を投与したのが尋問者であるのかどうか、尋問者がこれによってもたらされた効果を知っていたかどうかは、関係がない、とされている。⁽¹²⁾

(オ) 精神的苦痛 ひどい侮辱的言辭を用いたり、罵ったり、怒鳴りつけたりして被疑者を屈辱的に扱ったり、暗室に拘禁したり、絶望感を抱かせることによって、長期間に亘る、若しくは継続的な苦痛を与えることが、これにあたる。⁽¹³⁾ 日中の尋問が可能であるにもかかわらず、夜間の尋問を繰り返すことも、これにあたる。⁽¹⁴⁾ さらに、被疑者を被害者の遺体と引き合わせることは、刑法八八条後段⁽¹⁵⁾により原則的には問題がないが、息子の殺害容疑の父親が幾度も威されて息子の遺体に引き合わされた後に自白した事案に関して、判例は、これに該当するとしている。⁽¹⁶⁾

(カ) 欺罔 これは、他の尋問方法と違って意思決定の自由に関係しないが、法治国にふさわしくない方法として禁じられている。また、この概念は、かなり狭く解されている。騙す結果となったとしても、意図的でないときは、これにはあたらない、とされている。⁽¹⁷⁾ 欺罔は、事実に関する事柄だけでなく、法的問題、例えば被疑者が証人として尋問されることになっている、供述の義務がある、或いは黙秘は、有罪の証拠として扱われるといった法的問題に関するものもこれにあたり得る。⁽¹⁸⁾ 被疑者が事実に関して思い違いをしている場合、例えば、共犯者は自白したと勘違いをしている場合などについては、尋問者は、これを正す必要はないが、強めたり、深めたりすることは許されない。⁽¹⁹⁾ 尋問者が法律や事実に関して説明しないことは、欺罔にはあたらない。法律に定められた教示、例えば先に見た黙秘権の教示をしなかった場合などは、これにはあたらず、その法的効果は、それぞれの規定に則して判断されることにな

る。⁽²⁰⁾さらに、警察の密偵が拘置所に送り込まれ、身分を隠して被疑者から話を聞き出すことは、これにあたり許されない。⁽²¹⁾やや特殊なものとしては、尋問中の秘密録音の問題がある。被疑者の同意なしに録音することは、欺罔にあたり、許されないとするのが通説となっている。⁽²²⁾

(キ) 催眠 催眠術は、無条件に禁止されている。証人の記憶を確かなものにするために、その同意を得て行うとしても許さない、と考えられている。⁽²³⁾

(ク) 強制 強制は、刑事訴訟法に定めのある場合にだけ許され、これ以外の場合には許されない。

(ケ) 刑事訴訟法上許されない処分を以てする威嚇 これは、尋問者がその実行に関し影響力を持っていると主張する処置を以てする威嚇をいう。⁽²⁴⁾その真否は、問わない。警告、教示、指示は、威嚇ではなく、被疑者の訴訟態度に影響しないような叱責も禁じられない。⁽²⁵⁾法律上許される措置を以てする威嚇は、尋問者が客観的必要性によって処分の決定をすると述べる限りにおいて許される。従って、逮捕、⁽²⁶⁾国外退去⁽²⁷⁾或いは偽証罪での告発⁽²⁸⁾を以てする威嚇は、許される。もっとも証拠隠滅の虞がないにも拘わらず、その虞を理由とする逮捕を以て威嚇することは、許されない。⁽²⁹⁾

(コ) 法律上定めのない利益供与の約束 告白すれば釈放するという約束は、勾留が証拠隠滅の虞だけを理由とする場合には、許されるが、⁽³⁰⁾逃亡の虞を理由とする場合には、これにあたることになる。⁽³¹⁾告白すれば国外追放にならないと述べること、⁽³²⁾告白すれば刑罰の軽減の可能性があると述べることは、⁽³³⁾許されるが、刑罰が軽減されると約束すること、⁽³⁴⁾告白する場合には、告発を見送る旨の約束は、許されない。共犯者の名前を明らかにすれば、起訴しないといった約束もこれにあたり許されない。⁽³⁵⁾証言の用意のある証人に弁護士の援助を受けることによって生じた費用を国が負担する旨の約束は、被疑者の意思決定の自由とは関係がないので、これにはあたらない。⁽³⁷⁾

(サ) ポリグラフ検査は、刑法一三六条a一項には該当しないが、その準用により許されないとするのが通説、判例である。⁽³⁸⁾判例は、身体の生理的变化の測定によって無意識的な精神の動きを探求することは、侵害し得ない人格の

内的領域に踏み込むことになることをその理由とする。⁽³⁸⁾ 被疑者のためのポリグラフの利用についてこれを肯定する学説も有力であるが、⁽³⁹⁾ 連邦憲法裁判所は、これを否定する。⁽⁴¹⁾ このようなことから、実務では、ポリグラフ検査は、用いられていない。⁽⁴²⁾ また、判例は、電話でのやりとりがテープに録音されていた誘拐犯と被告人との同一性を、音声の検査によって証明するために被告人の会話を秘密裡にテープに録音することは、基本法一条、二条および刑訴法一三六条aの精神に反し許されない、とした。⁽⁴³⁾ これを許せば、被告人は、その意思に反してその会話によって自己負罪のために寄与することになることをその理由とする。

(シ) 記憶力または理解力を侵害する処置 これは、上記(ア)・(サ)で禁止されている処置でカバーされるため、実際上の意味はないと考えられている。⁽⁴⁴⁾

(2) 右に見たような違法な尋問方法は、被疑者、被告人の同意の如何にかかわらず禁止される。併せて、違法に獲得された供述は、被疑者、被告人の同意があっても利用できない。以上については、刑訴法一三六条a三項に明文の規定がある。通説、判例は、違法な尋問と供述との間の因果関係は、利用禁止の前提であるとする。⁽⁴⁵⁾ したがって、被疑者が欺罔に気づいていながら供述するような場合には、因果関係がないことになる。⁽⁴⁶⁾ もっともこの因果関係は、立証の必要はなく、それが否定し得ないということでも十分である、とされている。⁽⁴⁷⁾

(1) 刑訴法一三六条aの規定は、次の通りである。

一項「虐待、疲労、身体に対する侵害、薬物の投与、精神的苦痛、欺罔または催眠によって被疑者の意思決定および意思活動の自由を侵害してはならない。強制は、刑事手続法が認めている場合でなければこれを行うことはできない。同法の規定上許されない処分を以てする威嚇および法律上定めのない利益供与の約束は、これを禁止する」

二項「被疑者の記憶力または理解力を損なう処置は、これを許さない」

三項「第一項および第二項に定める禁止は、被疑者の同意の如何にかかわらずこれを適用する。この禁止に違反して得られた供述は、被疑者がその利用に同意したときでも、これを使用してはならない」

なお、一八七七年の刑事訴訟法の制定に際しては、この種の尋問方法の許されないことは、自明であると考えられたため、このような規定の採用は見送られたが、一九五〇年の法改正の際に二つの理由から導入された。一つは、一八七七年の刑事訴訟法が制定された当時の自由主義的階級国家において、自明のことと考えられた人間の尊厳に対する尊重がナチのような全体主義国家にあっては、全く無視されたため、被疑者の意思決定に不当な影響を及ぼす虞のある処置を明確に禁止する必要があると考えられたためである。二つ目は、科学の進歩に伴い考案された嘘発見器や麻酔分析といった、必ずしもその許容性が明らかでなかった新たな捜査方法の登場に対処するためであった。Vgl., Löwe-Rosenberg, a.a.O., §136a, Rdnr. 2.

- (2) BGHSt. 13, 60.
- (3) BGH NSStZ 1984, 15.
- (4) BGHSt. 1, 376.
- (5) BGHSt. 12, 332; 13, 60.
- (6) BGHSt. 1, 376; 12, 332.
- (7) Kleinknecht/Meyer-Göbner, a.a.O., §136a, Rdnr. 9.
- (8) Sauer JR 1949, 500; Siegert DRiZ 1953, 99.
- (9) Neise ZStZ 1963, 199; Kleinknecht/Meyer-Göbner, a.a.O., §136a, Rdnr. 10.
- (10) BGHSt. 5, 291.
- (11) BGH MDR 70, 14. この事案では、被疑者の血中アルコール濃度は、2.8‰であった。
- (12) LG Mannheim NJW 77, 346.
- (13) Löwe-Rosenberg, a.a.O., §136a, Rdnr. 25.
- (14) Löwe-Rosenberg, a.a.O., §136a, Rdnr. 25.
- (15) 刑法八八条は「特に支障のないときは、解剖前に、特に死者を知る者に質問してその身元を確認しなければならない。被疑者が判明しているときは、死体の認知のため、これを被疑者に示さなければならない」と定めている。
- (16) BGHSt. 5, 291.
- (17) BGHSt. 31, 400; Oldenburg NJW 1967, 1096; Fezer/Paulus, a.a.O., §136a, Rdnr. 10; a. A. Bremen NJW 1967, 2022; Eb. Schmidt JZ 1955, 680; Düsseldorf NJW 1960, 210; Hamm NJW 1960, 1967; Kunert MDR 1967, 539.
- (18) Oldenburg NJW 1967, 1096; Bay NJW 1979, 2625; Fezer/Paulus, a.a.O., §136a, Rdnr. 11.

- (41) BVerfG NStZ 1981, 446; NJW 1982, 375.
- (42) Löwe-Rosenberg, a.a.O., §136a, Rdnr. 41.
- (43) BGHSt. 34, 29.
- (44) Kleinkecht/Meyer-Göbner, a.a.O., §136a, Rdnr. 25.
- (45) Kleinkecht/Meyer-Göbner, a.a.O., §136a, Rdnr. 28; Löwe-Rosenberg, a.a.O., §136a, Rdnr. 47.
- (46) Meyer JR 1966, 311.
- (47) BGHSt. 5, 290; 13, 60; Fezer/Paulus, a.a.O., §136a, Rdnr. 22; Meyer NStZ 1983, 567.

七 おわりに

以上ドイツにおける黙秘権をめぐる諸問題についての学説、判例の現状について鳥瞰を試みた。全体として被疑者、被告人の黙秘権の保障の強化が着実に進められていることが分かる。それは、単に学説の営為によるというだけでなく、判例によることも極めて大きく、特に、黙秘についての証拠評価に関する判例、黙秘権の不告知に関する一連の判例に代表されるように、判例のここ数年の発展には、目覚ましいものがある。

いうまでもなく、被疑者、被告人の黙秘権をめぐる状況は、人権の保障とその取調による事案解明の利益との調和点をどこに求めるかという問題の一環であるが、ドイツでは、着実に前者にその機軸が移ってきているといっているであろう。そのような意味で今後も、ドイツでの議論の動向により注視していく必要があると思われる。

また、個別的にも、黙秘に対する証拠評価についての学説、判例による詳細な考察、また、特に新しくは共犯事件での証言拒否権の行使を理由とする不利な推認に関する判例、黙秘権の不告知の法的効果に関する判例、さらに許されない尋問方法に関する判例、学説の展開等については、それぞれその結論だけでなく、併せてその理由付けにつ

ても傾聴に値するものが多く含まれているように思われる。

なお、許されない尋問方法については、極めて概略的な紹介にとどまっているが、これについては、今後ドイツ以外の諸国の法制等も併せてさらに詳細に研究を進める予定である。