

資料

ドイツにおける弁護人依頼権の侵害と 証拠利用禁止に関する判例(1)

池田秀彦

刑事訴訟法の関係条文：

第136条①¹⁾ 最初の尋問の開始の際、被疑者に対して、嫌疑の対象とされている犯罪事実及び顧慮されている罰条を告げなければならない。さらに、被疑事実について陳述するか、あるには陳述しないかは、法律上その任意であること、また、いつでも、——尋問の前であっても——その選任する弁護人と相談できることを告知しなければならない。自己に有利な証拠の取調べを請求できる旨も教示しなければならない。なお、被疑者に書面で陳述させることを相当とする場合には、書面で陳述することができる旨をも告げるものとする。

② 尋問は、被疑者に対して、嫌疑の根拠を弁明し、かつ、自己に有利な事実を主張する機会を与えるものとする。

③ 最初の尋問に際しては、被疑者の人的な諸事情の解明にも留意しなければならない。

第136条a① 被疑者の意志決定及び意志活動の自由は、暴行、疲労、傷害、薬物の投与、苦痛、欺罔又は催眠術によって侵害してはならない。強制は、刑事手続法が許容する限度でのみ、これを用いることができる。刑事手続法の規定により許容されていない処分をもって強要すること及び法律に規定されていない利益を約束することは、いずれも禁止される。

② 被疑者の記憶力又は思考力を侵害する処置は、許されない。

③ 前2項の禁止は、被疑者の同意にかかわらず、効力を有する。禁止に違反して得られた供述は、被疑者が同意した場合であっても、これを使用してはならない。

第163条a① 被疑者は、遅くとも捜査の終了までにはこれを尋問しなければならない。ただし、手続を打ち切るときは、この限りでない。簡単な事件においては、被疑者に書面で陳述する機会を与えれば足りる。

② 被疑者が自己に有利な証拠の採用を求めたときは、無意味なものでない限り、これを取り調べなければならない。

③ 被疑者は、召還により検察官の許に出頭しなければならない。第133条から第136条aまで及び第168条c第1項、第5項の規定を準用する。勾引の適法性に

については、被疑者の申立てにより、裁判所が裁判する。第161条a第3項第2文から第4文までを準用する。

- ④ 警察官が被疑者に第1回の尋問を行うときは、被疑者に被疑事実を告知するものとする。警察官による被疑者の尋問に関するその他の点については、第136条第1項第2文から第4文まで、第2項、第3項及び第136条aを準用する。
- ⑤ 警察官が証人又は鑑定人を尋問するときは、第52条第3項(第81条c第3項第2文において準用する場合を含む。)、第55条第2項及び第136条aを準用する。

(1) 連邦通常裁判所 1992年5月15日判決 (BGHSt 38, 291)

事実の概要²⁾ : 1989年6月28日の午後、被告人Aは、被告人S、C、B及びPにHを刺し殺すことを申し出た。被告人P(女性)は、この点について夫の部屋の前にある簡易台所に刃物があると述べた。同被告人は、Aをほら吹きだといひ、Hに対して何事かを企てるには、あまりに臆病であると彼をからかった。実際のところ、Aは、Hに何事かするつもりはなかった。その晩、被告人Sは、被告人AをHの住居に連れていった。車中で彼は、彼に手袋とHの住居の鍵を渡した。手袋と鍵は、被告人Pのものであった。ともかく、Aが、その日の午後に提案したことをSは、今、実行しようとした。Aは、Sの要望に応じないことを決断した。しかし彼は、笑い者になりたくなかったので、手袋をはめて——テレビを見ていた——Hの住居に赴いた。Sは、しばらくしてHの住居に立ち戻った。Aもそこに立ちもどったあとで被害者が見つからなかったと述べた。数時間後、被告人らは、Hと被告人Bの住居のある建物に赴いた。被告人A、S及びBは、Hを殴るために玄関で待った。彼が何も知らずに住居を出てくるとき、Sは、力いっぱい押したため、彼は、数メートル前に突き飛ばされた。Bも殴りかかった。原審は、被告人SがAとBの助けを借りて「単に」殴ろうとしたに過ぎないということを排除することはできなかった。遅くとも取っ組み合いの過程において彼は、AやBと対照的にHを手すりから投げ落とそうと決意し、そしてその際Hがその結果致命傷を負うことを肯定的に甘受した。Sが被告人Aに被害者の足をつかむよう促したとき、Aは、空をつかんだ。というのは、Hは、取っ組み合いによりバランスを失って、既に手すりから落ちたからである。SとBがBの住居に立ち戻っている間、Aは、まだ生きている被害者を殺すために後頭部を煉瓦で殴った。Hは、頭蓋骨の損傷で死亡した。原審は、致命傷が手すりからの転落によるものか、煉瓦での殴打によるものか解明することはできなかった。検察官は、被告人A、S及びP乃至以前の共同被告人B及びCを1989年6月28日に被告人Pの夫のHを共同してかつ悪意を以て殺害したとして起訴した。彼らは、犯行日に行った申し合わせにより手すり越しにその住居の玄関で彼を待ち、そして続いてAが被害者の頭を煉瓦で打ち砕いた事を理由とした。地方裁判所は、P及びCを事実に関する理由により無罪とした。Aは、危険な傷害(6月の個別刑)と故殺未遂(5年の個別刑)につき5年2月の併合刑に処された。Sは、故殺の実行の指示(2年の個別刑)と故殺未遂(4年の個別刑)につき5年の併合刑に処され、被告人Bは、危険な傷害に

つき1年の自由刑に処された。C及びBに関する限り判決は確定した。

検察官は、Pの無罪に対し上告し、これを形式法及び実体法違反を以て理由づけた。被告人A及びSは、有罪判決に対して上告し、これを実体上の非難を以て理由づけた。上告は、一部認められた。

判決理由：C.I. 検察官の上告 検察官の上告は、手続非難である。原審は、被告人Pの無罪を招来する証拠評価の基礎を被告人AとBの公判での応訴を置いた。広範でかつ起訴非難を裏付ける被告人の警察官に対する供述の利用は、刑法136条aの規定により妨げられていると原審は、不当にも考えた。

1. 適切にも検察官は、1989年6月30日の朝早くに被告人Aのなした供述について尋問者U及びBが証人として尋問されねばならなかったと主張する。というのは、この供述は、地方裁判所の見解に反して被尋問者の「過労」を理由に利用不可能ではなかったからである。

a) 上告が正当に上申するように、被告人Aは、当時——公判におけるのとは違って——とりわけ次のように述べた。即ち、彼は、Hをその住居で刺し殺す予定であった。犯罪の実行のためにPは、1989年6月28日の夜夫の住居の簡易台所で刃物を用意した。また、彼は、刃物に指紋を残さないように、黒の革手袋をPから入手した。

b) 地方裁判所は、この供述の利用不可能性を次のように理由づけた。即ち、被告人Aの意思決定と意思活動の自由は、疲労によって害されていた。1989年6月29日の証人尋問の開始される17時40分までに、いわんやこれに続く被疑者尋問の開始される23時30分までに30時間以上一睡もしなかった。彼は、1989年6月28日の朝、被告人Sの子供の面倒を見た。1989年6月28日のその後一日の経過について彼は、睡眠のために横になる機会はなかったと、信用できる説明をした。その日は、Hの殺害で終わった。その後彼は、被告人Sの住居で最早寝ることなく、せいぜいのところベットでうとうとし、合間に子供の世話をした。原審には、被告人Aがその前に行われた出来事(Hの殺害)の後に、一睡もできなかったのは十分に理解可能であり、かつもっともであると思えた。これに関して彼の人格構造と彼の強い身体的興奮反応及び長い尋問時間が重要である、とした。尋問官が過労をもたらしたのかどうか、或いはそれを知っていたのかどうかは、重要ではない、とする。

同様な考慮から原審は、1989年6月30日午前中の被告人Aの裁判官尋問も利用しなかった。そこにおいて彼は、その警察官に対する供述を維持し、そして彼、P、S及びBの間でH殺害について合意したことを確認した。Sは、H殺害の暁には、彼に千マルクの報酬を約束した。犯行日に彼、S及びBがHを手すり越しに持ち上げた後、Sは、事故のように見せかけるためHの首の骨を折ることを提案した。原審は、この裁判官尋問に際しては、利用できない警察官尋問の影響が残っていたと、考えた。Aが1989年6月30日3時30分の警察官尋問の終結後拘置所で寝なかったこともつけ加わる、とする。

c) 被尋問者の疲労を理由とする刑訴法136条aによる利用禁止の前提は、存在しない。

aa) 刑訴法136条aは、法治国に反する尋問方法を禁ずる。その1項1文によれば、被疑者の意思決定及び意思活動の自由は、虐待……によって侵害されてはならない。疲労の概念は、文脈上、まず第一に尋問者の一定の行動を意味し、被尋問者の一定の状態を意味するわけではない(下記参照。Rogall, in: SKStPO, 1987, §136a Rdnr. 33)。尋問者に尋問の開始または継続が禁じられるのは、疲労状態を意図的に招来したか、既に存在する疲労によって意思の自由の侵害が懸念される場合である(BGHSt 1, 376 [379]=NJW 1952, 152; BGHSt 13, 60 [61]=NJW 1959, 1142)。これは、通例、被疑者が尋問前に休息と睡眠の機会が十分にあり、そして尋問に際して過労を援用しなかった場合には、否定されるべきであろう。ベットで横になったにもかかわらず、一睡もできなかつたと、後になって主張するならば、それは、それだけ見れば、取るに足りない。けだし精神的能力は、眠らなくとも休息と気晴らしによっても回復できるからである。したがって、地方裁判所が、信用できると思われる被告人の公判での応訴後に被告人が当時、尋問までどれぐらいの時間寝ていなかったかだけを重要視したのは不当である。同裁判所が、睡眠のために被告人が横になり、「うとうとした」時間を顧慮しなかったのは、法的に瑕疵がある。

bb) つとに出発点がこのように法的に不当である故に当裁判所は、事実審裁判官の「過労」の認定に拘束されない。その限りで自由な証明が妥当する。当裁判所が法的に瑕疵のない過労についての認定にも拘束されないかどうかは(その旨の見解: BGHSt 16, 164 [165]=NJW 1961, 1979; BGH, Urt.v. 8. 9. 1979-1StR 399/79; 反対意見: BGHSt 1, 376 [379]=NJW 1952, 152「事実問題」)、ここでは判断する必要はない。

cc) 被告人Aが1989年6月29日に、証人として警官の尋問に際してその日11.30時頃にBに起こされたと述べたこと、その後の公判で——これが次第に薄らいで——1989年6月29日にSの家族の子供部屋のベッドでうとうとしたと述べたこと、そして尋問の間過労を援用しなかったことを考慮して、当裁判所は、被告人が1989年6月29日に始まる尋問に耐えられたことに疑いを抱かない。

刑訴法136条aの上で重要な状況が——今や被疑者として——夜の尋問の継続に際して発生したと考える合理的な根拠もない。被疑者がこの時点で普段の安眠後の日中のように元気でなかったということは、自明のことである。このような状況を法律も求めていない。自由な意思決定において尋問に応ずることを彼に可能ならしめる精神状態に彼があることで十分である。さらに、夜間の尋問は、許されないわけではない(BGHSt 1, 376=NJW 1952, 152; Kleinknecht-Meyer, StPO, 40. Aufl., §136a Rdnr. 8; Boujong, in: KK-StPO, 2. Aufl., §136a Rdnr.12)。重要犯罪の解明には、正に警察の慎重な捜査が必要である。このためには、昼夜の如何を問わず犯人として問題となっている者を繰り返し尋問することが必要である。その際必要であれば、力強くその供述の矛盾をついても良い。警察は、できるだけ犯罪の痕跡を除去する機会を与えないために、最初の検挙の時に、時間に追われて働かなければならない。このことは、個々で判断されるべき尋問状況も明確にする。被告人Aが3時30分まで続い

た夜間の尋問において自白をした後に、……。尋問官は、供述の自由を害する疲労の状況を認める根拠がなかったのであるから、このような捜査戦略上の措置に対して法的理由から異議をのべ得ない。

dd) 同様の考慮は、地方裁判所から不相当とされた、直後に行われた、裁判官の午前中の尋問の許容性についても妥当する。被告人は、勾留裁判官に対して裁判官の教示後にその自白を繰り返したのであるが、この勾留裁判官が被尋問者の身体上の状態について発言したかどうか、また場合によっては、どのような発言をしたかという問題について態度を明確にすることなく、地方裁判所がこの尋問に際して刑訴法 136 条 a の上で重要な被告人の疲労を認めたことも当裁判所には理解できない。いずれにせよ、被告人は、夜間の警察の尋問の終結後裁判官の尋問の開始まで休息する機会があった。被告人が拘置所の慣れない環境で、また長期間の拘禁が予想されるため全く或いはほんのわずかししか眠れなかったかもしれないということは、その後裁判官が彼を尋問することの禁止を基礎づけるものではない。さらに裁判官の尋問は、延期できない。というのは、刑訴法 128 条 1 項、115 条 3 項により裁判官の尋問は、逮捕後遅滞なく、遅くとも翌日に、従って 1989 年 6 月 30 日のうちにすることが命じられているからである。

2. 検察官は、その後の 1989 年 7 月 10 日の被告人 A の警察官尋問の利用も利用禁止は、妨げず、従って尋問官 O と W は、証人として尋問されねばならなかったと主張するが、正しい。

a) 1989 年 7 月 10 日に、被告人 A は、別の警察官の前で犯罪の経過の説明——これにより被告人 P は、非常に不利な立場に置かれた——をある程度修正して繰り返した。地方裁判所は、刑訴法 163 条 a 第 4 項、136 条 1 項 2 文及び 136 条 a によりこの供述を次のような理由で利用不可能と考えた。即ち、尋問の開始の際にその当時の弁護人は、刑務所に向かっていたけれども、被疑者には、弁護人との相談が妨げられていた。さらに、警察は、実際には広範な再尋問を意図していたけれども——それは、その後到着した弁護人によってやっと中断された——、被疑者は、ハノーバーで若干の補充質問に応えるために移送されるとの欺罔によって供述する気にさせられた。

b) このような理由付けを以てしては、尋問禁止及び利用禁止は、正当化され得なかった。

被告人 A は、1989 年 6 月 29 日の被疑者尋問の開始前に、いつでも、尋問前でも自分の選ぶ弁護人と相談して良いことについて教示されており、これについて原審は、疑いを抱いていない。この教示を理解したことについては、彼は、書面で確認した。1989 年 6 月 30 日に被告人は、捜査判事によって尋問前にも弁護人と相談する権利がある旨を再度告知された。この教示は、1989 年 7 月 10 日の再尋問前に繰り返し行われた。被告人は、書面で確認したところによると、これに次のように応えた。即ち「私は、教示を理解した。私は、さらに事件について供述するつもりである。この件において私は、既に弁護士に意見を求めた。私の利害は、K の弁護士 B によって代理される。B は、オスナブリュック刑務所に今日の午後私を訪ね

てくれるであろう」。それから、被告人は、1989年6月30日の警察での事件説明を正しいと述べ、そして後に弁護人が彼のために発言することになっていると付け加えた。しかし、警察官は、弁護人の出頭前に被告人にさらに供述させることに成功した。

この警察官の行動は、1989年7月10日の再尋問を訴訟法違反とするものではない。そういえるのは、警官が被告人の心境の変化を刑訴法136条aにより禁止された措置によって、またはこれ以外に違法な方法で獲得した場合だけである。これを地方裁判所は、確認しなかった。刑訴法136条aは、警察が如何なる策略を講ずることも禁じているわけではない (BGHSt 35, 328 [329] = NJW 1989, 842)。既に10日前に警察及び裁判官の前で自白した被告人は、弁護人の立ち会いなしでも任意に供述した。彼は、これをする必要がないことを知っていた。不明確な点について質問するだけでなく、犯罪経過全体についての質問を意図していたことについて地方裁判所の認める欺罔は、刑訴法136条aによる利用禁止を認める上で取るに足りない。けだし、それは、被告人の意思決定の自由を明らかに害していないからである。地方裁判所がこの点において警察官が勾留されて苦しんでいた被告人に「警察署での慣れない環境と、刑務所での、今や慣れた勾留環境とを交換する」よう求めた状況に意味を付与するのは、枝葉末節である。

3. 最後に、検察官は、1989年7月12日の以前の共同被告人Bの警察官に対する供述の利用も法的障碍はなんら妨げないと述べるが正当である。そのために、取調官RとCが尋問されねばならなかった、とする。当裁判所は、この供述及び被告人Aの警察官に対する供述が公判に顕出された場合には、少なくとも被告人Pの刑法30条、212条による故殺への関与未遂を理由とする有罪が考慮されたであろう、との上告の見解と意見を同じくする。

a) Bは当時上告が正しく述べているように次のように述べた。……。

b) 原審は、被疑者には既に接触していたその弁護人を尋問のために呼び寄せる機会がなかったこと——被疑者は、その精神能力に応じてこの希望を十分に明確にしたけれども——を理由に、この供述が刑訴法163条a第4項、136条1項2文、136条aにより利用できないと考えた。被疑者に不当な強制が加えられた、とする。取調官は、その両親に委託されてお金と衣服を彼女に渡したが、尋問前には渡さなかった、とする。被告人は、快適であった刑務所での信頼する周囲の人々からハノーバーの警察の取調室に連れていかれ、それが彼女の孤立無援を一層強めた、とする。彼女が最初の質問に応えなかったとき、証人Rは、彼女を怒鳴りつけた、とする。

c) これら全ては、単独でも総合的評価によっても以前の共同被告人の警察官に対する供述を公判において利用することの禁止を基礎づけない。

地方裁判所が被疑者に対して与えるよう指定されたお金と衣服に関する取調官の行動に不当な強制を見ることに同意できない。当時取調官は、その行動を書類に記載した。取調官の作成した記録によればBは、次のように述べた。即ち「尋問開始前に取調官は、私の両親に委託されてお金と衣服を刑務所に持ってきたと私に告げ

た。衣服の入った旅行カバンは、既にハノーバー刑務所で渡された。お金で私は、希望してタバコを買った。残りは、刑務所に戻されるときに受け取る」。この供述が間違っているとは、地方裁判所は認定しなかった。

弁護士抜きでの尋問もここに存する事情では利用禁止を基礎づけない。当時の被疑者は、1989年6月29日と1989年7月12日に警察官から、また1989年6月30日には、勾留裁判官から、いつでもその尋問前でも自己の選任する弁護士と相談することのできる権利について教示された。これに対して彼女は、1989年6月29日に弁護士の呼び出しを放棄すると述べ、そして1989年7月12日にハノーバーの弁護士Rと話をし、そしてさらに話すつもりである、と述べた。公判においてもB婦人は、当時弁護士への通知を主張したとは、述べなかった。彼女は、警察官に今は弁護士がついているとだけ伝えた。取調官が当時の被疑者の行動から、弁護人の立ち会いのもと供述したいという、口には出さなかった希望を読み取ることができたとしても、このことから弁護士抜きでなされた供述の利用不可能性は導き出されない。けだし、被尋問者は、既に以前から弁護士と連絡を取っていたからである。彼女は、被疑者の権利について知っており、そしてそれにもかかわらず任意に弁護士抜きで供述した。地方裁判所は、不当な手段がそのきっかけとなったとは、認定していない。怒鳴りつけただけでは、それによってなされた応答に対する利用禁止を基礎づけない。これについては、尋問状況のより詳細な事情が重要である。これを地方裁判所は、明らかにすることができなかった。Rがどのような言葉でまた叱責を以て被疑者を怒鳴ったか、また彼が一定の供述態度に対する利益、不利益を明示的に或いは示唆的に伝えたかどうかの認定が法的な判断のためには欠けている。質問の内容も、怒鳴ったことがきっかけとなったその応答の内容も確認されていない。

(2) 連邦通常裁判所 1992年10月29日判決 (BGHSt. 38, 372)³⁾

事実の概要：地方裁判所は、被告人を「強姦及び殺人並びにこれらと科刑上一罪の関係にある監禁」、「強要、児童の性的虐待及び性的強要並びにこれらと科刑上一罪の関係にある監禁」及び「強要及び児童の性的虐待並びにこれらと科刑上一罪の関係にある監禁」につき被告人を有罪とし、併合刑として終身自由刑に処した。また、同裁判所は、被告人の運転免許証を終身剥奪するものとし、併せて隣人のTina SchとKerstin Vに「犯罪行為から発生し、また今後発生する全ての財産上及びその他の損害」を賠償しなければならない旨決定した。

これに対して被告人は、手続法及び実体法違反を理由に上告を申し立てた。連邦通常裁判所は、これを一部容れた。

判決要旨：被疑者が第1回目の尋問前に、選任された弁護士との相談を拒否された場合には、その供述は、既に刑訴法136条1項2文による教示がなされていた場合でも利用できない。

判決理由：1 強姦及び監禁並びにこれらと科刑上一罪の関係にある殺人についての有罪は、認められない。その限度で手続上の非難は、判決の破棄をもたらす。異議申立人は、警察官による最初の尋問の前に弁護人に相談することが容れられなかったことについて非難するが、この非難は、もっともである。

(a) 弁護人が判決理由を援用して述べているように、別の事件で勾留されていた被告人は、1990年5月17日午前に尋問のため警察署に連行された。そこで、「彼は、被疑者としての権利を告げられた。彼は、供述するつもりであると述べたが、その前に弁護人と相談することを許すように要求した。しかし、この要求は、取調官Nから、供述しようと思うのかどうか自分自身で判断しなければならないのであり、弁護人が代わってこの判断をすることはできない、という理由で拒否された。さらに、取調官Nは、「はっきりするまで」被告人の尋問が続けられる、と声明した。被告人は、その後二度と弁護人との相談を要求しなかった」。その後、被告人は、事件について供述した。次いで、警察官は、被告人と犯罪現場の検分を実施し、続いて被告人は、書面により尋問された。その際、彼は、最初大まかに、後に詳細に自白した。彼は、この自白を弁護人に対する1990年5月19日付けの書簡で撤回し、その中で「精神的拷問」のために自白した、と述べた。

(b) 被疑者と弁護人との相談は、拒否されてはならなかった。刑訴法137条1項1文によれば、被疑者は「手続の如何なる段階においても」弁護人の援助を受けることができる。刑訴法136条1項2文は、(刑訴法163条a第4項2文と関連して)そこに定められた教示によって被疑者が最初の尋問の前であってもまた正にその前にこそ弁護人と相談することができることを認識することを保障しようとする。確かに、被疑者が供述するかどうかの判断を自らしなければならないということは、正しい。しかし、弁護人との話し合いによって彼の弁護にとって最も重要なこの問題について弁護人と相談する可能性が彼に生まれるはずである。したがって、被疑者が教示を受けて尋問の前に弁護人との相談を求めるならば、尋問は、この目的のために直ちに中断されなければならない(Kleinknecht/Meyer StPO 40. Aufl. § 136 Rdn. 10)。また、拘禁されている被疑者が弁護人と連絡をとろうとする試みは、阻害されたり、阻止されたりしてはならない(Rieß in Löwe/Rosenberg StPO 24. Aufl. § 163a Rdn. 81)。警察官は、——彼らが知っている——弁護人との接触を被疑者に対して拒絶して、尋問を継続し、その上「はっきりするまで」尋問を続けるであろう、と明言したことによってこの義務に違反した。

(c) このような処置は、供述の利用禁止を招来する。確かに、証拠調べのあらゆる禁止が、直ちに証拠利用禁止を招来するわけではない。むしろ、利用禁止の当否の判断は、広範な考量に基づいて行われなければならないのであり、その判断に際しては、真実が是が非でも探求されなければならないわけではないという考慮と並んで手続違反の重大性と関係者の法的に保護された領域にとってのその意義が重要性をもっている(BGHSt 38, 215, 219頁以下)。また、しかし、違背された手続規定が刑事手続における被疑者の手続法上の地位の基礎を保護するためのものであるときには、利用禁止は、常に認められる(BGH 前掲)。

かくして、弁護士との相談の意識的な阻止は（加えて、弁護士抜きでの尋問が「はっきりするまで」続けられる、との発言とも相俟って）、この尋問中において獲得された供述の利用禁止をもたらさざるを得ないということは、疑いない。けだし、弁護人の援助を受ける可能性は、被疑者の最も重要な権利に属すからである（参照せよ。Art.6 Abs.3 Buchst. c MRK）。これによって被疑者が単に刑事手続の対象というだけではなく、その権利を守るために刑事手続の進行と結果に影響を及ぼしうることが保障される（BVerfGE 57, 250, 275; 63, 380, 390）。このようなことから連邦通常裁判所は、つとに刑訴法 163 条 c 5 項に違反して弁護士に被疑者尋問の期日が通知されなかったことを理由に利用禁止を認めている（BGH NStZ 1989, 282）。弁護人の立ち会い権を保障する通知義務違反が何らの効果を生じないとすれば、この権利は、著しくその価値を下げることになるであろう（Hilger NStZ 1989, 283）。尋問前に弁護士と相談できる旨の教示が被疑者になされたにもかかわらず、弁護士との接触が妨げられるような場合には、利用禁止がより一層強く肯定されなければならない。けだし、被疑者にとって極めて重要なこの権利の遵守は、その際獲得された供述の利用禁止によってしか保障されないからである（参照せよ。Strate/Ventzke StV 1986, 30, 33）。

これに対して、「供述する必要はなかったということ、またその強要もできなかったということ」を被告人が知っていたことを理由に、弁護士との相談の拒否は、被告人が供述する決断をした原因ではなかったとする地方裁判所の見解は、首肯することはできない。本件で問われているのは、供述を拒否する権利についての被疑者の認識ではなく、その権利の実行可能性の問題である。しかし、事件について供述しようと思うか否かという問題について彼自らが判断しなければならないとの発言で、また「はっきりするまで」彼の尋問は続けられるとの発言によって正にこれは、彼に対して拒否された。このような状況において被疑者は、確かに弁護士との相談権と供述拒否権を有してはいるが、それを実行できない、との思いを抱かざるを得なかった。

(d) 利用禁止は、1990年5月17日の午前及び午後になされた被疑者の全供述に及ぶ。なるほど、原判決の判決理由から被告人が犯罪現場の検分後書面による尋問に先だって再度被疑者としての権利を教示されたことが分かる。しかし、この尋問は、先の尋問と直接に関連していた。また、それは、特に自白の証明力を保持する目的に寄与した。はっきりするまで被疑者を尋問するとの発言は、明確には撤回されなかった。したがって、被疑者は、殺人事件に関して権利の実行が引き続き禁じられているということを前提としなければならなかった。1990年5月17日午後になされた供述は、尋問の状況が午前に比して明確にかつ被疑者にはっきりと認識できるように変わった場合にだけ利用可能となるであろう。そして、これについては、判決理由から伺い知ることができない。

(e) 連邦通常裁判所第3刑事部判決（NJW 1992, 2903, 2905）は、本裁判と矛盾しない。右事件では、弁護士に相談する試みは、被告人に禁じられなかった。確かに被告人は、弁護士としての弁護士の関与を教示されたけれども——禁じられた措置

(刑訴法136条a)を用いたり或いはそれ以外の違法な方法で強要されることもなく——弁護人不在の状態ですらに事件について供述することに承諾の意思表示をした。より詳しくいえば、右手続において共同被告人は、なるほど「既に接触していた弁護人を尋問に呼び寄せたい」旨の希望を「……彼女の精神的能力に応じて十分はつきりと示した」。しかし、彼女は、既にそれ以前にその弁護人と連携を取っており、被疑者の権利を知っていた。にもかかわらず、彼女は、弁護人抜きで任意に供述した。従って右手続での状況と、被告人に弁護人との接触が拒否され、弁護人と相談せずに供述するよう促された、本件での状況とを比較することはできない。

(3) 連邦通常裁判所 1996年1月12日判決 (BGHSt 42, 15)⁴⁾

判決要旨：1. 被疑者が教示を受けた後、尋問される前に弁護人と相談することを要求する場合には、尋問は、この目的のために直ちに中断されなければならない。

2. この様な場合に、尋問者が尋問を継続しようとするならば、被疑者が以前に弁護人と相談していない場合には、弁護人と相談する権利についての新たな言及後に尋問の継続に同意する場合にだけ許される。もっとも被疑者が効果的に弁護人と連絡をとるのを手伝う警察官の真摯な努力がこれに先行していなければならない。これら全ては、逮捕の場合には特に被疑者が事件で頭が混乱しており、また慣れない環境によって気がふさいで、おびえているがゆえに、必要である。

3. 被疑者に弁護人との連絡の試みに際し協力するかのようには振る舞い、はじめから予期される不成功並びにこれと結びついた被疑者の落胆を尋問の試みの続行に利用することは許されない。多数の弁護士の記載されている職業別電話帳を渡すだけでは、原則的に協力とはいえない。事情によっては、待機している弁護士の電話番号を伝えることが必要であり得る。

4. この原則の違反に際しては、尋問の利用について公判で適宜に異議が述べられたときには、被疑者の供述は、利用できない。

判決理由：3人の被告人は、当時の被告人Gがその供述の前に弁護人と相談するその権利(136条1項2文, 163条a第4項)を利用しようとしたけれども、1993年8月4日夜警察に取り調べられた、と主張される手続非難を一致して提起した。この非難は、利用禁止を基礎づけるに足る手続違反を暴いている。しかし取調の利用について陪審裁判所での公判で適時に異議が申し立てられなかった。それ故、非難は、効果が生じない。

1. 当裁判所は、手続非難の判断に対して基準となる事実に関する状況を自由な証明で確認しなければならなかった。その際、1993年8月4日の警察の調書と警察の覚書、1994年6月29日の地方裁判所の判決理由と上告によって伝えられた決定を考慮した。最後に挙げた決定を以て地方裁判所は、警察官Kの取調に向けられた被告人Gの証拠調べの請求(以後、「証拠調べの請求」と呼ぶ)に対して主張された事実は、証明され、そして「Kについて、取調に際して問題となったこと」は、

真実と想定されると答えた。当裁判所の基礎とした事情は、これによると次の通りである。

即ち、Gは、通訳Gaの協力の下で刑訴法163条a第4項、136条1項2文により警察官の取調の前に規則通りに教示された。Gは、これに基づき最初「2、3の点について」供述の用意がある、と言明したが、それに続いて「即座に」事件の重大性の故に「弁護人」を希望すると述べた。彼は、弁護人を指名することはできなかった。通訳は、「職能身分的な理由」から弁護人の指名を拒否した。被疑者には、ハンブルクで認められている弁護士が記載されている職業別電話帳が自由に使うことが許された。彼は、最初これを利用しなかった。後に、イタリア語を話すと言われている弁護士Rの名が挙げられた。夕刻には——19時をはるかに過ぎていた。取調は、20時30分に終わった——彼と連絡をとることができなかった（証拠調べ請求）。警察官Kは、先行する被疑者の弁護士との話し合い抜きで取調を実施することに関心を抱いた。彼は、これを「捜査の意味で成功の見込まれる処置と」考えた。それに応じて警察官らは、「それより進んだ援助」を提供しなかった。特に、彼らは、ハンブルクでは夕刻及び夜間に弁護士の緊急業務が電話で手配できることについて被疑者に伝えなかった。Gが「有利な事情を述べる」用意があると言明した後に、詳細な取調が行われ、その調書は、11頁に及んだ。Gは、ドイツ旅行の理由と夜に帰途についた理由、及び3人の被告人が1993年8月3日の夕刻から夜間にかけてどのようにして時を過ごしたかということについて詳細に尋問された。

2. 上告は、1992年10月29日の第4刑事部の判決（BGHSt 38, 372 [=StV 1993, 1]）に言及して適切にも、取調官は、1993年8月4日に不当な方法で被告人Gが取調前に弁護人と相談する権利（136条1項1項2文と関連して137条1項1文）を実行することを妨げた、と主張する。

a) 確かに、BGHSt 38, 372で扱われた事情とは完全には一致しない事情が存在する。第4刑事部によって決定された事案では被疑者に知られていた弁護士との接見が拒否されたのに対して、Gは、その取調べの時点では、弁護の依頼を誰にするべきかについて未だに分かっていなかった。にもかかわらず、BGHSt 38, 372で挙げられた原則は、本件でも妥当する。被疑者Gは、警察の取調に際して弁護士の援助の希望を「即座に」表明した。被疑者が教示後に取調前に弁護人と話をすることを要求する場合には、それ故、取調は、この目的のために直ちに中断されるべきである（BGHSt 38, 372, 373）。

b) 警察官がこの様な場合に取調を継続しようとするならば、被疑者が弁護士を呼ぶ権利について再度指摘された後、取調の継続に同意する旨、明示的に言明する場合にだけ、弁護士との先行する相談がなくてもこれは許される。もっとも、被疑者が弁護人との連絡をとろうとする際に効果的に協力しようとする警察官の真摯な努力がこれに先行していなければならない。被疑者が多くの場合、特に逮捕されている場合には事件で頭が混乱しており、また慣れない環境によって気がふさいで、おびえているがゆえに、これら全てが必要である（BGHSt 38, 214, 222 [=StV 1992, 212]）。

弁護人の関与抜きでの被疑者の取調の合法性についての疑いが生じ得ないように、この関係において必要な経過と意思表示を記録することが望ましい (BGHSt 38, 214, 224 参照)。

c) 本件では、必要な努力が欠けていた。確かに、警察は、通例、特定の弁護士と密接な協力関係にあるとの印象を避けるために、特定の弁護士を推薦することを思いとどまるであろう。被疑者に弁護人との連絡の試みに際し協力するかのようには振る舞い、はじめから予期される不成功並びにこれと結びついた被疑者の落胆を尋問の試みの続行に利用することは許されない。「弁護士事務所」の見出しの下に非常に多くの記載のあるハンブルクの職業別電話帳を渡すだけでは、協力したことにならず、むしろ状況に照らすとドイツ語をマスターしていない被疑者 G に即座に連絡をとることが不可能であることを確信させるのに適していた。有効な協力であり得たであろう、弁護士の緊急業務の電話番号を伝えることが見送られた。

d) 取調の最初に規則通りに刑訴法 136 条 1 項 1 文, 163 条 a 第 4 項に則って伝えられた教示に基づいて、彼が回答の拒否によって尋問を回避することができるということが被疑者に知られていたという事情は、一旦要求された、直ちに弁護人に相談する権利の放棄の任意性を保障しない。被疑者がその権利を知らなかったということではなく、権利実行の瑕疵が本件での手続違反を基礎づける (参照せよ。BGHSt 38, 372, 375 及び Ransiek StV 1994, 343; Roxin JZ 1993, 426 頁及び次頁)。

取調官が刑訴法 136 条 a に違反して欺罔又は強制によって取調べを目指したのではないとはいえ、それだけでは、最初要求した弁護士との相談権の有効な放棄を基礎づける上で十分ではない。第 3 刑事部が BGH NJW 1993, 2903, 2903 f.において刑訴法 136 条 a について言及したことがこの意味において考えられるべきであるとしても、いずれにせよ、当裁判所は、事実に関する点で異なる本件に対してそれに従うことはできない。刑事手続において、選任された、信頼する弁護士から弁護される被疑者の権利は、基本法 2 条 1 項の中で法治国原理と関連して保障された公正な手続に対する権利に属す (BVerfGE 38, 105, 111; 39, 156, 163; 66, 313, 318; 参照せよ。Art. 6 Abs. 3 Buchst. c EMRK)。この権利は、刑訴法 136 条 a の中で保護された、意思決定と意思確認の侵害からの自由に対する権利よりも広がりがある。

3. 取調官の行動は、1993 年 8 月 4 日の被告人 G の警察官に対する供述に対する利用禁止を基礎づけるに足りるものであった。判例に既にあるように (BGHSt 38, 372, 373 頁及び次頁)、証拠を調べることの禁止が全て証拠利用禁止をもたらすわけではない。むしろ利用禁止を認めるか否かの判断は、特に法治国原理の中にある対向する憲法上の要請と目的の考量に基づいて行われうる (BGHSt 38, 214, 219 頁以下)。侵害された手続規定が被疑者の手続法上の地位の基礎を保護するためのものと予定されている場合には、利用禁止は、当然である。弁護人の援助を用いる可能性は、被疑者の最も重要な権利に属す (BGHSt 38, 372, 374)。それ故、弁護人が被疑者の取調の期日について通知されなかった場合には、利用禁止は、認められた (BGHSt PO § 168 c Abs. 5 Satz 1 Verletzung 3)。これは、弁護人との連絡が被疑者に対して妨げられる場合には、より一層妥当する (BGHSt 38, 372, 374)。確かに、取調前に弁

護人と相談する権利の侵害は、第4刑事部 (BGHSt 38, 372) によって判断された事件において特別に重大であった。しかしながら、弁護人と接見する権利の侵害に際して状況と供述の内容に応じて事件によって重大性を区別することは、可能とは思われない。公正な手続に対する弁護の高い地位に照らして取調の前に弁護人と相談する希望が有効に裏をかかれる場合には被疑者の手続法上の地位が常に侵害されているという観点と同様に法的安定性の理由によりそれは禁じられる。

4. しかしながら、被告人Gの利用禁止の援用は、異議申立人が1993年8月4日の警察官に対する供述の利用に陪審裁判所での公判で異議を申し立てなかったか、または適時に申し立てなかったが故に、役に立たない。このような条件下では、利用禁止は、成立していない。その点については、事情は、BGHSt 38, 214とBGHSt 39, 349 [=StV 1994, 4]の裁判の基礎となり、同じく被疑者の取調の利用可能性が対象となった事件と一致している (BGHSt 38, 214, 225を見よ)。

a) 当裁判所は、BGHSt 38, 214, 225 f.において刑訴法136条1項2文による教示義務に対する違反は弁護人のついた被告人が刑訴法257条に定められた時点までに被疑者の供述の利用に異議を申し立てなかった場合には、利用禁止を生じないと述べた。当裁判所は、提起された反対を考慮しても (Fezer JR 1992, 385, Widmaier NStZ 1992, 519も参照) これに固執し、刑訴法136条1項2文の意味での教示の瑕疵が非難されているのではなく、本件のように刑訴法136条1項2文において前提とされている権利、即ち手続のあらゆる段階で (刑訴法137条1項1文)、従って警察の取調の前に弁護人の援助を利用する権利の実行が妨げられていることが非難される場合にも同一の要件を置く。この非難に際しても、警察が被疑者に刑訴法136条1項2文、163条a第4項による教示をしなかったとの非難に際しても、同様に136条1項2文に予定された権利の実現が問題となっている。両権利は、被疑者の法的地位を同じように保護する。当該関係では、BGHSt 38, 214において裁判された事件におけるとは違ってこの権利についての被疑者の教示ではなく、こうした権利の一つの実行が問題となっているとしても、問題となっている非難の内的な関係は明白である。即ち、弁護人との相談は、被疑者が供述しよう思うかどうかという、彼の権利として認められている判断を適切に行うことができるようにするべきものである。

上告申立人が被疑者の瑕疵ある教示の場合に事実審裁判官の前での公判で適時の異議が先行する場合にだけ利用禁止を主張しうるとの当裁判所の法的見解 (BGHSt 38, 214, 225 f.) は、そうこうするうちに、BGHSt 39, 349, 352において刑事第1部によって確認された。なるほど、申立人は、1992年10月29日 (BGHSt 38, 372) の第4刑事部の判決の中で、弁護人相談権を侵害してなされた供述の利用に関して事実審裁判官の前での公判で異議を申し立てる必要性について述べられていないことを指摘するのは、適切である。しかし、第4刑事部によって裁判された事件においては、これについての説明は必要ではなかった。といのは、——当裁判所が上告審の公判での審理により自由な証明手続において確認したように (1995年3月22日の当裁判所のAnfragebeschluss-5 StR 680/94-, StV 1995, 283, 286の中でも間違っていると見

られている)——弁護人が利用に反対していたからである。同様な関係, 即ち刑訴法 168 条 c 第 5 項により被疑者に通知する義務違反に際して, 判例は, 以前から公判での異議を前提とした (BGHSt 31, 140, 145 [=StV 1983, 51]; BGH bei Pfeifer/Miebach NStZ 1986, 207)。

当裁判所は, 刑訴法 257 条に定められた, 事実審裁判官の前で異議が遅くとも申し立てられなければならない時期にも固執する。……

b) 当該事案において被告人 G は, 警察官に対する供述の利用に適時に反対しなかった。……

5. 別の二人の異議申立人も利用禁止を主張することはできない。彼らは, ——そもそもこれが問題となる限りにおいて——異議を申し立てなかった……

(4) 連邦通常裁判所 1996 年 5 月 21 日判決 (BGHSt, 42, 170)⁵⁾

判決要旨: 被疑者が最初の警察の尋問に際して供述の自由と弁護人の立会を求める権利について教示された場合には, 弁護人の援助なしに自由な判断で行う供述は, 弁護人との相談を最初希望した場合でも受け入れて, 利用されて良い (BGH, Urtv. 12. 1. 1996-5 StR 756/94 [=StV 1996, 187] に対する限定)。

判決理由: 1. 地方裁判所は, 1995 年 3 月 12, 13 日の最初の警察の尋問による被告人の供述を利用する事が許された。

a) 確かに彼は, この手続の過程において被疑者としてのその権利 (163 条 a 第 4 項 2 文, 136 条 1 項 2 文) について手続に則った教示の後, 全部で 3 度弁護人を呼ばずに供述することを拒否するその権利を援用した。しかし彼は, 夜間の尋問のため弁護人を得ることができなかつた後——尋問の僅かな中断の度毎に——最初その人物 Person についての供述そして最後に事件についての供述をする事に同意した。その際被告人の自由な意思決定が取調官の側から強制または欺罔によって影響を受けた, ということに対する拠り所は, 見て取ることはできない。特に, 被疑者の側での過労 (刑訴法 136 条 a 1 項 1 文のこの方法の厳格な前提については, BGH NJW 1992, 2903, 2901 参照) に対する言及或いは弁護士を呼ぶことが彼に対して妨げられた (BGHSt 38, 372 [=SrV 1993, 1]) ということに対する言及がない。

取調官の行動は, 刑訴法 163 条 a 第 4 項, 136 条, 136 条 a に違反しなかつた。これらの規定の明確な文言によれば, 被疑者は, その黙秘権と弁護人に相談する可能性について教示されねばならなかつた。これは, 行われた。取調の経過は, 彼がその権利の理解もしたことを示している。禁じられた取調方法は, 警察官は, 使用しなかつた。刑訴法 136 条 a によって画された限界の向こう側で, 刑訴法は, その精神的能力を完全に備えている被疑者 (精神的障害の場合については, BGHSt 39, 349, 351 [=SrV 1994, 4] 参照) が教示において開かれた権利をどの程度要求するかということを, 自らかつ自由に判断できるし, しなければならない, ということを経験している。

当該事案のような場合において取調を継続することの禁止は, 刑訴法から取り出

し得ない (BGH NJW 1992, 2903, 2904 頁及び次頁)。

このような禁止は、(憲法上保障されている) 公正な手続の原則からも出てこない。確かに、第5刑事部は、1996年1月12日の判決 (5 StR 756/94, BGHSt 41 Nr. 56 で公刊される予定 [=StV 1996, 187]) の中で、公正な手続の要請により被疑者が最初弁護人を要求する場合に警察の取調を中断せざるを得ないだけでなく、被疑者が弁護人と連絡を取る際に、まず警察が協力しようと、真剣に骨をおり、そしてそれに続いて弁護人を呼ぶ権利について再度、明示的に、彼に指摘した場合にだけ弁護人抜きでの取調を継続することが許される、と述べた。こうした原則違反に際して第5刑事部は、利用禁止を認めた。

いずれにせよ当該裁判所は、真夜中の時間のために取調場所で弁護士を獲得する見込みのほとんどない、ここで判断さるべき事件に対して、それに従うことはできない。まず、公正な刑事手続の要請が生ずる、法治国性及び人間の尊厳という憲法原則を、刑事訴訟法を整備することによって斟酌することは、立法者の任務である。真実の発見における公益を (これについては、BGHSt 38, 214, 220 [=StV 1992, 212] 及び BVerG NStZ 1996, 45 [= StV 1995, 45] 参照) 憲法上保障された被疑者の利害と考量することにより、現行刑事訴訟法の適用が憲法上忍受できない被疑者の権利の侵害をもたらすことが明らかとなる場合にはじめて刑訴法の是正または補正の余地がある。確かに取調の前の教示義務が守られてはいるが、次いで捜査機関の側から被疑者がその訴訟上の権利を実行し得ないであろう、ということが被疑者に分からせられるときに、この様な場合が生じうるという点については、第5刑事部に同意しうる。第5刑事部が拠り所とする BGHSt 38, 372 [= StV 1993, 1] の裁判では、取り調べている警察官は、教示後、被疑者が弁護士と連絡をとるのを積極的に妨害し、そして同時に取調が (弁護人抜きで) 「はっきりするまで」続けられる、と言明した。するとここでの事情は違う。被告人がその被疑者の権利を主張しないように何らかの形で強制された、と言うことはできない。むしろ弁護人抜きでは事件について供述をしないという、その判断は、最初、警官によって承認された。その後、——その権利について再度教示がなされ——逮捕が被疑者に開始された。それから、彼は、その権利を知った上で、弁護人を呼ばずに彼に対して存在する嫌疑を——その見解によれば——事件についての有利な供述によって打ち消そうとした。取調官が、自分の立場を弁護する彼の権利を侵害しようとしなかった場合には、この供述は、取調官には受け入れられなければならなかった。

1996年1月12日の第5刑事部の判決の基礎になっているのは、ハンブルグの都市に整備されている弁護士の緊急業務について被疑者に言及することなく、特に広範囲な——そして同時に見通せない——ハンブルグの弁護士の職業別名簿の提出によって、彼の後の取調への適当な弁護人を呼ぶ見込みのなさについて被疑者に確信を抱かせた事案である。第5刑事部が BGHSt 38, 372 の裁判で展開された原則を例外なく、——この場合のように——被疑者が事件について供述するかどうか、いつするのか、という点についての完全な判断の自由が被疑者に委ねられている全ての事案に対しても、転用しようとする趣旨で、この判決が理解されるべきであるなら

ば、それには、従い得ないであろう。

刑訴法137条1項1文も侵害されていない。以前の時点でこのようなものを要求したというだけでは、手続のいかなる段階でも弁護人を呼ぶ被疑者の権利から、弁護人抜きで供述の用意のある被疑者を取り調べることの禁止は、出てこない。なるほど文献では被疑者がまず弁護士と話をする希望を述べたときには、取調が中断されるべきである、と一般的に要求されている (Strate/Ventzke StV 1986, 30, 31脚注16) が、取調は、一定の考慮の時間が継続されてよい。被疑者取調に関する規定の文脈を拠り所とする反対説 (Strate/Ventzke 前掲) は、説得力がない。被疑者がその取調に際してさらなる供述を拒否した場合には、規則通りに教示された被疑者が、本件では刑訴法137条1項1文に由来するその権利を実行するのは難しくなかったであろう。

b) さらに、当裁判所は、取調官の行動態様が手続的に瑕疵があると認められる場合でも、これは、警察の取調結果に対して利用禁止をもたらさない、ということを指摘する。

このような禁止を認めるか、認めないかの判断は、法治国原理の中に置かれた対向する要請と目的の一般的な考量に基づいて行われうる (BGHSt 38, 214, 219頁以下; BGH NJW 1992, 2903, 2905; 参照せよ。BVerfG 前掲)。この考量に際して重大な法違反が存在するかどうかということと、被疑者が特別に保護を必要とするかどうかということとは、共に重要である。第5刑事部が刑訴法163条a第4項、136条による教示がなされなかったときに、被疑者がその事案ではその権利について別の折りに教えられたことを理由に後者を否定したのは適切であった (BGHSt 38, 214, 224)。

被疑者がその権利について規則通りに説明を受け、取調が何度か中断され、そして被疑者が単に自分の考えから有利となると思った供述をした当該事案においても、被疑者の権利の侵害は、そこから利用禁止がもたらされねばならないほど重大ではないであろう。なるほど第5刑事部は、1996年1月12日の判決において——いつものように——被疑者の弁護人を求める希望が「裏をかかれる」場合には、法的安定性が利用禁止の問題に際して法違反の間で重大性に差異をつけることを禁ずると述べた。この見解にあっては、結果的に必要な考量は、行われなままになる。当裁判所は、これに対して考量の要請に無条件に固執する。

c) 公正な手続に対する権利に関する違反及びそこから導き出される利用禁止に対する第5刑事部の説示は1996年1月12日の判決を支持しないのであるから、引用した第5刑事部の裁判は、当該裁判を妨げるものではない。あの手続においては被告人の上告は、弁護人側が第一審の公判で不服のある取調結果の利用に対して第5刑事部の見解により必要とされた方法で反対しなかったことを理由に棄却された。

注

- 1) ドイツ刑事訴訟法の訳は、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) によっている。

- 2) 事実の概要については, NJW 1992, 2903 によっている。
- 3) 本判決には, 次の評釈がある。Peter Rieß, JR 1993, 334.
- 4) 本判決には, 次の評釈がある。Egon Müller, StV 1996, 358; Claus Roxin, JZ 1997, 343.
- 5) 本判決には, 次の評釈がある。Klaus-Ulrich Ventzke, StV 1996, 524; Jachim Herrmann, NStZ 1997, 209; Claus Roxin, JZ 1997, 343.