

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(3)

池田秀彦

判例評釈(1)

(1) 1992年10月29日の連邦通常裁判所判決の評釈

① Rieß, JR 1993, 334.

「この裁判で注目になるのは、その内容ではなく、そもそもそのような裁判をせざるを得なかった事情である。けだし実際に第4刑事部が原判決破棄の拠り所とする法的見解は、最早疑問の余地あるものではないし、そして実際に、法治国にふさわしい行動をし、そしてその法遵守を力説する警察は、抗議されるような行動をとるべきできないからである。おそらく公刊物に掲載されることで警告機能のようなものが付与されるであろう。その背後に、このようなものは、決して今回だけの事例ではない、との連邦通常裁判所の懸念、おそらくその洞察がある。

尋問する警察官は、本件で明確に法律に違反した。事案は、刑訴法136条aの欺罔の禁止に近い。ほぼ30年前から(即ち1964年の刑訴法改正法以来)法律は、刑訴法136条1項2文において、被疑者は、尋問の前に弁護人と相談できることについて教示されるべき旨定める。その間、学説においては被疑者がこの可能性を利用する場合には尋問は、続けられてはならない、というのが一般的見解である。この裁判は、それを明確に最高裁判所レベルで明らかにする。この点についても疑問の余地がない。法律が優先的に弁護人との相談についての教示を規定する場合には、ここから必然的に、具体的事件において起こるように、この可能性が教示に基づいて被疑者から請求されるときには、これは、尋問の中断によって与えられるべきであるとの法的命題が結論として出てくる。さもなければ教示は、如何なる意味を持つべきであろうか。その際、この結論が刑訴法136条1項2文の明確な規定なしでもつとに刑訴法137条1項で用いられている『手続のどの段階においても』という文言から生じうるかどうかは、はっきりしない。

被疑者は、供述するかどうか自ら承知していなければならない、弁護人は、被疑者からこの判断を取り上げることはできない、との尋問官の指摘は、法規をないがしろにしており、また不完全であり、欺罔的要素がなくはない。彼は、被疑者が事件について応訴すべきかどうかの相談が弁護人の相談の中心的課題に属するというこ

とに理解を示さないので、彼は、弁護人との相談の希望は、意味のない形式的なものとの印象を喚起することができる。それがこの場合に——それは、おそらく刑法136条aの欺罔の禁止に触れるであろう——言葉の選択によって意図されたかどうかは、明らかでないかもしれない。いずれにせよ、尋問が『明々白々になるまで』続けられるとの尋問官の付言は、尋問官にとって弁護人の影響を排除して尋問の成果を獲得することが重要であったとの推測を強める。明らかに極めてゆゆしい行為非難に照らしてこのような熱情は、理解できるかもしれない。しかしながら、それは違法であることに変わりはない。

本裁判所は、この法律違反の影響下でなされた供述の利用禁止とこの法律違反とを結びつける。——そして、これまで一度も判断されたことのない事例にこの効果を与えるのであるから、この裁判は意外でないとしても、実際に新しいものがそこにはある。この結論は、証人尋問に際してのみならず、被疑者自身の尋問に際しても刑法168条c5項による弁護人に対する通知義務違反に際してこのような禁止を肯定することによって既に例として示されている。この、今回は、妨げられた弁護人との相談の事例にまでわたる事案の共通の基礎は、被疑者には法律によって保障された弁護人による援助がこの原則を具体化する特別規定（刑法168条c5項または136条1項2文）の不遵守によって妨げられている、という点にある。

教示義務違反が利用禁止を基礎づけるかどうか、およびどの程度においてそうなのかという連邦通常裁判所の歓迎に値する裁判（BGHSt. 38, 214; JR 1992, 381）によって決定された法的問題は、これと一致するものではない。確かに、その限りで連邦通常裁判所の判例の範囲内で利用禁止の積極的な採用の傾向が表れている、という隠れた脈絡がここに見いだされるかもしれない。しかし、一連の裁判BGHSt. 22, 170; 25, 325; 31, 395; 38, 214と（これは、旧東ドイツの事件について厳密に示した）BGH NStZ1992, 344——理由付けおよび結論は、異なる——においては、権利についての教示の懈怠の効果が問題となっており、したがって正当にも教示無しでの権利についての知識の効果の問題が生ずるけれども、ここで基準となる裁判の関係においては教示に基づくまたはこれとは関わりなく権利の承認が拒否されたことが問題となっている。したがって、ここでは結論にとって教示の問題は重要ではあり得ない。

事実審裁判官は、被疑者が教示に基づいて弁護人相談権についての彼の権利を知っていた、と指摘して、供述の利用可能性を肯定したとき、この違いを当該事件において顧慮しなかった。教示に基づいて請求される権利の効果が正に問題となるが故に、それが重要ではあり得ないということを、BGHは、『その権利の行使可能性』の問題を顧慮することによって、これを適切に考慮する。『行使可能性』の概念にあまり大きな要求をしない場合にはこれに従うであろう。けだし、当然に被疑者は、強制的な影響を受けていない限りにおいて、尋問の前に弁護人と相談し、またはその援助を受けてのみ供述する権利を法律上いつでも単なる黙秘によって『行使』しうるからである。したがって、これが重要ではなく、もちろん尋問状況の異なる故に、尋問者があらかじめの弁護人との相談に対する被疑者の真剣かつ断固として表明した意思を無視するかどうかが決定的である。具体的事件におけるよう

に、これについて常に、さらに補足的な、一部不正確な指摘を必要とするかどうかは、疑わしく思われるし、むしろ否定されてよいであろう。

あらかじめの弁護士との相談の問題に関する限りにおいても、1992年5月5日の第3刑事部の裁判(NJW 1992, 2903, 2905)での事情は異なっており、そこでの裁判は、別の法学的見解を表明するものではない、との連邦通常裁判所の見解におそらく同意しうるのである。ただし、そこで判断された事件においては、被疑者らは、(2つの状況が問題となっているが、連邦通常裁判所は、ここでの裁判においてその中の1つしか考慮していない)確かに、弁護人の存在に言及したけれども、その裁判の3cにあるように、あらかじめの弁護士との相談を放棄したか、或いは2bにあるように、それに固執しなかったからである。もっとも両裁判の法的に完全な一致は、ない。即ち、NJW 1992, 2903 頁において第3刑事部は、教示によって伝えられた知識と刑法136条aの限界を超えなかったことに重要性を与えたが、それは、第4刑事部の新しい裁判には見いだし得ない。

尋問前に弁護士との相談を可能とする、尋問する公務員の義務に対する違反が原則的にこれによって獲得された供述の利用禁止を基礎づけるということは、第4刑事部の裁判により最高裁判所の判断と見ることができるであろう。その際、明らかに限界は、まだ余すところなく解明されているわけではない。権利の行使可能性が関わっていないなければならない、とのBGHの用いた表現は、確かに、明確であるが、個々の事件に基づいてのより一層の精緻化が必要であり、あまり制限的に適用されるべきではないであろう。その限りにおいて事実審裁判官は、確かに狭い尾根を散策している。彼が不当にも利用禁止を受け入れるならば、連邦通常裁判所の裁判(NJW 1993, 2903)が示すように(そこでは、確かにそれ以外のものが付け加わっている)、解明義務に反することになるし、不当にもそれを否定するならば、その判決は、この理由から破棄を免れない」(趣旨)

② Roxin JZ 1993, 426.

「I 判決には、結論においても、本質的に理由付けにおいても同意できる。しかし、種々の、明確にするための補足が必要である。それは、被疑者が警察の最初の尋問に際して供述拒否権について教示されない場合には(§ 136 I 2; 163a IV 2)被疑者の供述を利用できないとする1992年2月27日の連邦通常裁判所の画期的な裁判(BGHSt 38, 215)に対する然るべき対応物を形成する。しかし、刑法136条1項2文は、なお第2の教示を要求する。即ち、尋問前に弁護士と面談する権利について。この第2の教示だけでなく、相談権自体も136条に含まれていると見なければならぬであろう。供述拒否権も——そしてこれについての教示義務だけでなく——この規定に書かれているように。ただし、権利についての教示義務は、この権利が成立する、論理的に上位の宣言を前提とする。さらに、弁護士面談権は、あまり個別化されていない形式の、連邦通常裁判所が援用する137条1項1文から生ずる。

II 警察官は、当該事案においてこの相談権を侵害した。確かに、136条1項2

文は、『選任する弁護人と相談する』権利について述べており、ここからこのような権利は、当該事件のように被疑者がつとに弁護人を有している場合には、存在しないと結論することができた。しかし、当該判例が考慮すらしなかったこの結論を導き出してはならないであろう。というのは、まず第1に、被疑者が相談しようとする弁護人は、見受けるところこれまで別の事件でしか彼のために活動しておらず、したがって新事件での弁護のためにはまず選任しなければならないからである。また第2に、136条1項2文の目的からすれば、被疑者が初めて尋問される事件において既に弁護人を有している場合にも、弁護人相談権についての教示が要求されねばならないであろう。けだし、彼が弁護人とまだ全く話をしておらず、または警察官に対する万一の供述の合目的性と内容について弁護人とまだ相談していなかったということが十分あり得るからである。この場合に、彼に対する教示を拒否し若しくは相談を禁ずることは、全く理屈に合わないであろう。これに照らせば法律のあまり成功していない条文は、被疑者が警察の最初の尋問の際、まだ弁護人を有していない通常の場合に立法者が注視したこと、しかし、それに関わりなく相談権は、あらゆる場合に保障されるべきであることにしか基づき得ない。

Ⅲ 判決は、それ自体なされた教示にも関わらず被疑者がその弁護人との希望した対話を妨げられる場合についてしか明確な利用禁止を述べていない。しかし、当該裁判の前提によれば利用禁止は、相談権についての教示が行われず、被疑者がともかくそれを知らなかった場合にも利用禁止は、生ずるということから出発しなければならないであろう。けだし、このような権利を有するという事についてさえ説明されていない場合にも間接的に弁護人との相談が妨げられるであろう。この明示的には述べられていない結論を判決の中に含まれていると見る場合に、当該判決を過剰解釈しているというのは難しいであろう。けだし、その理由付けは、明白にBGHSt 38, 215が被疑者の供述拒否権について教示がなされなかった場合に利用禁止を基礎づけた論拠を引き継いでいるからである。当該判決においても利用禁止は、『広範な考量』に依存せしめられ、そしていずれにせよ手続的瑕疵が『被疑者の手続法上の地位の基礎』に関わっている場合に肯定されるであろう。そこでBGHSt 38, 215において黙秘権が被疑者の人格権と人間の尊厳の要素として解釈されるように、この場合には弁護人依頼権は、人権条約6条3項cと手続における被疑者の主体的地位から導き出されるであろう。また、168条c5項に対する比較可能な判例の参照は、補足的な意味しか持たない。ともかく、両裁判での利用禁止は、捜査機関の法律違反が被疑者の手続的地位の基礎に関わっていたということから基礎づけられるであろう。BGHSt 38, 215との密接なつながりから、前記の裁判に堂々とした重みを与える文献と比較法の詳細な引用がここでは存在しないということも説明がつく。

Ⅳ これによって判決の独自の意義は、すぐには認識できないであろう。BGHSt 38, 215は、学説のほぼ一致した批判を考慮し、つとにされていなければならない通説への転換を図ったけれども、当該判決は、学問的な議論状況より先に進む。けだし、変なことだが、被疑者の弁護人との相談権とその侵害の際の効果は、

供述拒否権に比べるとはるかに学問的な注目を浴びなかったからである。実務で最も利用される Kleinknecht=Meyer の注釈書 (StPO, 40 Aufl. 1991, § 136, Rn. 20) では供述拒否権の説明後に簡潔に次のように説かれている。即ち『136条に対する他の違反は、利用禁止を基礎づけない』と。確かに、他のコメントールは、全部が全部それほど厳しい表現をしているわけではないが、明かに連邦通常裁判所よりも抑制的である。Hanack (LR, 24 Aufl. 1984, § 136, Rn. 53) は、供述の自由について教示がなされなかった場合以外では、他の教示義務違反は、『決してそれほど大きな意義』を持たないことを理由に、『利用禁止は、原則的に考慮されてはならないであろう』と述べる。彼は、『同時に供述の自由にも関わる』『特に重大な違反』の場合だけを例外とする。Rogall (SK-StPO, 1987, § 136, Rn. 54) は、これに従う。注釈者の中で、最も進んでいるのは、Achenbach (AK-StPO, 1992, § 136a, Rn. 31) であり、彼は、『140条2項の意味の状況での弁護人相談権の教示の懈怠に際しても』利用禁止を支持する。

V 正しくは、被疑者がその相談権を知らず、かつこれについて教示されない場合またはなるほど教示がなされたが、弁護人との実際上の相談が彼に対して禁じられる場合には、このような制約なしで絶対的に利用禁止を承認しなければならないであろう。けだし、弁護の権利は、136条の範囲において少なくとも供述拒否権と同程度に重要だからである。捜査手続での被疑者尋問が事件の解明に寄与するのか、或いは法的聴聞を保障することによってその弁護に寄与するか、またはどの程度そうなのかという問題は、古く争われた問題である。刑訴法発布後最初の数十年の頃には136条は、専ら弁護目的に寄与するとの見解が優勢であった。そしてそれは、近年、Degenerによって新たに唱えられている (§ 136a StPO und die Aussagefreiheit des Beschuldigten, GA 1992, 443 ff)。即ち『被疑者尋問の目的は、136条2項によれば専ら法的聴聞の保障である』。通説は、——一定の有罪認定方法だけを、しかし有罪認定の努力を絶対的に禁ずるわけではない136条aに照らせば正当にも——尋問の『二重機能』を認め、尋問が法的聴聞の保障と並んで事件解明に寄与するとする。しかし、これも尋問が『まず第1に弁護目的のためのものである』(LR, 24 Aufl. 1984, § 136, Rn. 35) ということから出発している。

しかし、これが正しいなら、弁護人相談権には、供述拒否権よりも大きな意義がある。けだし、黙秘する被疑者は、事件解明には関与せず、そしてそれは彼の然るべき権利だからである。しかし、法的聴聞の実行そして有効な弁護、したがって尋問の主要な目的にとっては、弁護人との相談、またかくして弁護人相談権は、基本的に重要である。連邦通常裁判所は、人権条約の援用によって適切にこれを指摘する。それが学説においてはほとんど認識されておらず、また Hanack や Rogall におけるように相談権が供述の自由の陰でしか利用禁止によって確保されないとするならば、このような相対化は、相談権の独自性と中心的な意義にそぐわない。

文献における相談権の不十分な顧慮は、これに関する教示義務が1964年になって初めて強力な反対を押して導入され、実務では至る所で受け入れられなかった、ということに一つの理由があるかもしれない。連邦議会の第3読会でも、弁護人と

の相談権に関する教示義務に対して『警察による……最初の尋問に際して事件の捜査こそが中心であり、被疑者の弁護ではない』との主張がなされた。この明らかに支持できない法的見解は、後に仲裁委員会 (Vermittlungsausschuß) において被疑者の権利は、刑事訴追機関のために一方的に制限されてはならず、被疑者は、専門的知識のある助言者の援助を受けてその弁護を整えることができなければならない、との見解の意味において是正された。強制的な警察官の教示義務の法律への採用は、警察の実務においては、正しくその価値が認められ得なかった。実証的研究において4件のうち3件で警察が弁護人との相談権についての教示を全く行っていないか或いは不正確な方法で行っていることが判明した。しかし、それは、当然ながら事実の規範力を承認し、また利用禁止の拒否によって法的にも保護する理由とはならない。反対に法律の遵守を拒否するかかる傾向には、精力的に立ち向かわなければならない。連邦通常裁判所が敢然とこれを行ったことに大変に感謝すべきである。当該裁判は、これまで控えめな文献の見解の領域におけると同様に実務において転換を起こすであろう。

VI しかしながらこの功績のある判決も、妨げられた弁護人との相談を供述拒否権の侵害と結びつけ、そしてこれによって利用禁止の採用のための論拠を明らかに強化しようとすることによって不明確の誹りを受ける。この判決は、2度、尋問官の発言、即ち、尋問が『明々白々になるまで』ずっと続けられるとの発言に言及している。連邦通常裁判所は、まず、これが『なおその上』弁護人との相談を妨げることになる、と述べる。次いで、被疑者が『弁護人相談権と供述拒否権』を行使し得ないであろう、と信じていたに違いないということが確認される。実際に、尋問の無制限の継続についての言葉だけが利用禁止を招来する供述拒否権の違法な制限を含んでいた。というのは、当然に被疑者は、望む限りにおいてしか尋問される必要はないからである。ここから、相談が被疑者にその供述拒否権を無制限に実行する可能性を与えたであろうが故に、弁護人との相談の拒否がまず第1に利用禁止を招来したとの——BGHは、おそらく意図しなかった——印象が生じうるであろう。これは、利用禁止については、相談権の制限が同時に供述の自由に関わることを要求する、HanackとRogall (上記Ⅳ) の見解の系列にある。

これに対して供述拒否権は十分に尊重されたが相談権が侵害される場合にも利用禁止が生じなければならない、ということが固く保持されなければならない。したがって被疑者がその黙秘権について教示され、自由な判断で、是非とも事件について供述し、具体的にどのように応訴するかについてだけあらかじめ相談するつもりである場合に、彼が弁護人との相談を妨げられるときにもやはり利用禁止は生ずる。彼が相談権を知らない場合に、それが教示されないときにも同じことが言える。けだし、両場合において彼は、はじめから専門知識のある補助者の下でその防御をする可能性を奪われるからである。加えて供述の自由との関わりは、必要ない。これは、今後の裁判においてより明確にされるべきであろう」(趣旨)。

(2) 1996年1月12日と5月21日の両連邦通常裁判所判決を対象とする評釈

① Roxin, JZ 1997, 343.

「ここで評釈する連邦通常裁判所の第5刑事部と第1刑事部の両判例は、弁護人との相談の領域で3つの密接に関連した問題を扱っている(刑訴法136条, 137条)。警察は、供述前に弁護人と相談しようとする被疑者に対し弁護人を探す手伝いをしなければならないか、或いは少なくとも弁護人と連絡をとるまでその尋問を中断しなければならないのか?(I) 弁護人相談権の侵害は、必然的に弁護人抜きで得られた供述の利用禁止をもたらすのか?(II) 供述の利用不可能性は、それが問題となる限りにおいて弁護人のいる被告人が公判での利用に異議を申し立てるかどうかに左右されるか?(III) 初めの2つの問題は、両刑事部で極めて異なる結果をもって扱われている。第3の問題は、第5刑事部の観点からだけ重要である。同刑事部によるその回答は、最初の2つの問題の肯定にもかかわらず結果的に供述の利用可能性をもたらす。

I. 相談の意思のある被疑者の警察による取り扱い

法律に則って教示された被疑者が供述の前に弁護人との相談を要求する場合には、第5刑事部の見解によれば警察の尋問は、弁護人がいない場合には、次の2つの前提でのみ継続されて良い。即ち、被疑者が新たな教示後に明示的にそれに同意を表明すること、また警察が弁護人を捜す際に効率的に協力する真摯な努力を行うこと。警察が弁護人との相談または立会なしでの尋問を有望と考えているが故に弁護士の緊急援助に言及せず、ドイツ語が達者でない被疑者に、使いこなせない職業別電話帳を渡す場合には、刑事部の見解によれば十分な努力が欠けている。

この裁判ほど多くの同意をもって迎えられる刑事訴訟法に関する裁判は、珍しい。Egon Müller (StV 1996, 358) は、それが『画期的な裁判として刑事司法の歴史に名を残す』であろうとした。Jung (JuS 1996, 1037) は、刑事第5部は、この判決をもって『改めて刑法史』を書いている、と論ずる。Beulke (NStZ 1996, 257) は、『被疑者の主体としての地位の純化』についての喜びは大きい。また Venzke (StV 1996, 524) も喜ばしい判例の発展について述べる。

ほんの数ヶ月後に第1刑事部は、被疑者が最初、3度弁護人を要望し、その立会抜きでの供述を拒否した事件を扱った。尋問は、そのため3度の要求の度毎に短時間中断した。夜間で弁護士に依頼できなかったが、尋問は、継続され、そして、ついに被疑者は、自分に有利のように思えるが、実際には有罪に役立つ供述をすることに同意した。事情は、必ずしも第5刑事部によって裁判されたものと——弁護士の緊急援助が獲得できたかどうかについては、述べられていない——一致するわけではないが、第1刑事部は、弁護士を探す際の効果的な協力や弁護士がくるまでの尋問の中断も要求せず、『刑訴法136条aの画した限界の向こう側にある』『精神力を完全に有している被疑者』が『自己の権利を知って』同意する場合に、あらゆる尋問を認める。尋問の継続に際しての再度の教示(それは、本件では少なくとも逮捕に際して伝えられた)と被疑者の明確な同意の表明も第1刑事部は、要求しない。

正しいのは、どれだろうか? 第5刑事部は、被疑者が『しばしば特に逮捕され

た場合に事件によって頭が混乱しており、また異常な環境によって気がふさいで、おびえている』と述べる。それゆえ、教示と136条aの意味での欺罔または強制的回避は、弁護人との相談を放棄する自由意思をまだ保障しない、とする。被疑者のそれ権利についての不知ではなく、権利の実行の瑕疵がここでは手続違反を基礎づけている、とする。第1刑事部は、これら全てを否定し、教示と136条aの向こう側にある被疑者の『自由な判断』に拠り所を求める。

両判決の共通した出発点は、刑訴法は、136条、137条において弁護人と相談する権利についての教示だけでなく、その実行の可能性をも保障している、との認識である。けだし、教示が示す権利が実行され得ないならば、それは無意味だからである。それ故、両判例は、被疑者が教示にもかかわらず弁護人との相談を妨げられたときに、手続違反と利用禁止を認めるBGHSt 38, 372 (=JZ 1993, 425)の裁判を正当と認める。したがって、弁護人を望む被疑者に尋問前に弁護士との対話を可能とするために、(例えば、弁護士の緊急援助に言及することによって、または翌朝までの尋問の中断によって)警察が期待できる全てのことをせず、被疑者を『口説き落とし』たり、先行する弁護士との相談なしに、説得して供述させようとする努力を継続する場合に、弁護士との相談権が不当に侵害されるといえるかどうかという問題だけが異論のある領域となる。この問題を肯定する見解に、したがって第5刑事部の見解に、十分な理由がある。法律事実的状况、訴訟法的論拠および実体法からの類推もこれを支持する。

1. まず1964年にはじめて、かなりの反対にもかかわらず導入された弁護人との相談権についての教示は、警察実務において決して完全に実施されたわけでない、と考えられねばならない。弁護士による相談は、警察が多大な関心をもつ被疑者の有罪を困難にするか、或いは妨げ得るので、多くの取調官は、まさに最初の取調べに際して相談権を巧みに克服することに関心がある。警察が弁護士依頼にもかかわらずその出頭まで被疑者をそっとしておくのではなく、彼を心理的に「掌握して」——多くの場合において割り当てられた役割をもつ様々な公務員によって——彼を更に個人的な問題とか、犯罪にかかわる会話に巻き込み、ついには彼の戦意を失わせ、説得して弁護人抜きの供述をさせるときには、この戦略に奉仕する。経験がなく、状況によって不安になっている被疑者は、犯罪科学上のずる賢さで実行された、この様な『細工』に、助けのない状態で委ねられる。彼が有利なことだけを供述しようとする場合には、その際に彼が自ら有罪となる証拠を漏らすことは、しばしば彼には秘密にされる。ここで述べられる2つの事案においても明らかに被疑者は、同じ状態であった。

警察がこのように被疑者をベテンにかけるのは、罪を犯した者を有罪にすることは、彼らの本質的な任務に属するので、十分に理解できると考える者がいるかもしれない。しかし、このような職業的に(ほとんど無意識的に)自己負罪をもたらすことは、自己負罪拒否の特権に反する。かつ、立法者は、136条、137条において、国家の有罪の利益よりもその原則を守ることを優先したことは、疑いない。

2. 被疑者は、上述のような尋問状況において(そして夜間そして直接的にはその

逮捕後にも!)『完全な判断の自由』をもつとの第1刑事部の大胆な命題は、刑事訴訟法が弁護人に認める機能を正しく理解している。被疑者が『手続のいかなる状態においても』弁護人を利用できるという場合には、また最初の尋問に際してこの権利について注意されうるという場合には(136条, 137条)、それは、被疑者は、原則的に、その権利を有効に主張したり、告訴に対して有効に防御したり、その防御の利益にそうように対応したりすることができないという認識に基づいている。必要的弁護もこの観点からしか説明できない。かくして刑事訴訟法は、被疑者に対して優しい父親的態度を取っている。と同時にそれは、法治国的に模範的な方法で刑事訴追機関に対する状況による敗北を補正し、可能な範囲で必要な『武器の平等』をもたらす。

弁護士相談権が被疑者の権利主張の手伝いをするという意味において理解されることは、この立法上の理想像に対応している。『刑訴法136条aによって画された限界の向こう側で』いつも自分で何とかすることができるとの第1刑事部の見解は、136条, 137条, 140条で表明されている立法者のよりすぐれた洞察にそぐわない。それは、判断すべき事例において次のことを意味する。即ち、警察が弁護士の緊急援助についておそらく弁護士が獲得されうるということを知っている場合には、被疑者にそれについて注意しなければならない。また、夜間、そもそも弁護士が獲得できるとは予想できない場合には、ここで今弁護士の立会抜きで供述するよう被疑者を責め立ててはならない。むしろ、翌朝弁護士を探す暇を彼に与えなければならず、そして尋問はその後に続行してよい。

3. ここで述べたことは、実体法においても自発的な判断の限界に適用される準則の範囲にある。というのは、責任をもって自己を危険にさらすことと同意(これが可能な場合には)は、最初の原因を作った者に対する結果の責任を排除することが承認されているからである。しかし、これは、自らを危険に陥れる者が最初の原因を作る者と同程度に事態を見通しそして同意する者がその同意の射程を完全に見通す場合にだけ当てはまる。

この様な観点の下で弁護士相談に対する被疑者の『自発的な』放棄を考えれば、彼が先行する弁護人との相談抜きに警察の供述の強要に屈する場合に、何と関わり合いになっているのか知らないということになる。彼は、有利なことだけを言おうと思うとしても、重要な有罪の資料を提供する(参照I章1)。第5及び第1刑事部が裁判した事案においてもそれは明らかであった。しかも第1刑事部は、被疑者が『弁護人を呼ぶことなしに、彼に対する嫌疑を——彼の主張するところによれば——有利な供述によって晴らそうとした』ことを明確に記載している。したがって彼は、弁護人との相談の放棄の意味と効果について誤解した。それは、その外観上の『同意』を無効にし、それ故、第5刑事部が『放棄の自発性』に疑いを差し挟む場合に、その主張は正しい。

II. 弁護士依頼権を侵害された被疑者の供述は、利用可能か?

この問題においても第5刑事部と第1刑事部の意見は、分裂する。確かに、両者は、証拠提出禁止が証拠利用禁止をもたらすかどうかという問題が刑事訴追利益と

被疑者利益との間の考量によって決定されねばならないが、それは、その際に種々の結果にいたる、という——議論の余地のある！——立場に立っている。第5刑事部は、侵害された規定が『被疑者の手続法上の地位の基礎を確実にするよう決められている』場合に、利用禁止を認めようとする。この地位は、『尋問前に弁護人と相談しようとする』被疑者の希望が『有効に阻止されようとする』場合には、『それだけで』常に侵害される、とする。その際、『弁護人との面談を求める権利の侵害に際して……事件の間で様々な重要性を区別することは可能ではない』とする。これに対して、第1刑事部は、被疑者の権利の侵害を認めるとしてもこれは、『そこから利用禁止が導き出されるほど重要ではない』と考える。

法律違反の中で、種々の重要性が区別され得ないとの第5刑事部の見解にあっては、結果的にその考慮はなされない。『これに対して判決裁判所は、考量の要請に無制限に固執している』。

この問題においても第5刑事部の観点は、優れているといえる。なるほど、この様な場合に被疑者の権利の侵害を原則的に利用禁止を以て制裁する場合に結果的に考量を行わないことに第1刑事部が異議を唱えるのは正しい。しかし、それも妥当である。この範囲において依然として激しく争われている証拠利用禁止論に対して詳細な態度決定を行うことは、可能ではない。しかし、1つのことは、はっきりしている。即ち、証拠の収集が被疑者の権利を侵害して行われる場合には、この様にして獲得された証拠方法は、それが被疑者の地位の侵害を強める場合には、利用されてはならない。法律に耐え難い評価矛盾があると主張しようとしなない場合には、この結論は、必然的である。上記のやり方で被疑者の保護のために取り調べてはならない証拠を被疑者に対して利用することが許される場合には、法律が正に妨げようとすることを許すことになるであろう。これは、それ自体矛盾であろう。具体的な事件に適用するとそれは、次のことを意味する。即ち、弁護人抜きでの取調べが禁止される場合には、この禁止に違反して獲得された自白は、禁止の目的を2度——しかもなおこれまで以上に持続的に——挫折させることなしには利用できないであろう。これが許されるということはある得ない。

これを別としても、刑事訴追利益と被告人の弁護権との間の考量を許そうとするときには、利用禁止という結果に至らねばならないであろう。けだし、第5刑事部が強化しようとする最近の判例によれば、侵害された規範が『被疑者の手続法上の地位の基礎を保障しようとする』ものであった場合には、利用禁止は、当然であるからである。『弁護人の援助を利用する権能は、被疑者の最も重要な権利に属す』。第1刑事部が当該違反を他の許されない行為態様（例えば、あらゆる教示の懈怠または弁護人との相談の明示的な拒否）ほど重大でないと考えている場合には、警察官が先行する弁護人との相談なしに被疑者を尋問する希望を露骨なまたは巧妙な（しかしどちらの場合においても等しく許されない）方法でかなえるかどうかは、重要ではあり得ないとの反論が可能である。また手続上の瑕疵の重大性に関する判断に際してその結果を度外視することはできない。即ち、被疑者は、その意思に反して『彼の観点からだけみて有利な供述』によって自らを有罪にした。しがってその弁護権と

自己負罪拒否の特権に対する訴訟上決定的な違反が存在した。それは、考量に際しても常に利用不可能性をもたらさざるをえない。

Ⅲ. 自白の利用不可能性は、公判での弁護人の異議に依存するであろうか。

第5刑事部が支持し、ここでも正当と判断されるように、自白の原則的な利用不可能性を承認する場合に、弁護人が257条に定められている時点までに公判でその利用に反対するという、さらなる条件に利用不可能性を結びつけるときには、上告は、常に失敗しうる。第5刑事部は、この要請を定立し、と同時にその本質的な協力(BGHSt 38, 214, 225 ff.)の下で最近の判例において広まっているいわゆる異議申立権の消滅——被疑者の権利を害して獲得された証拠の利用不可能性は、公判での、弁護人のついている被告人の適時の異議があった場合にだけ発生し、そしてこの場合にだけ上告を以て主張しうるとする——を確認する。ともかく自白の利用を許そうとする第1刑事部は、異議申立権の消滅について発言する機会をもたなかったし、最後に『第5刑事部の見解』として付言的にそれについてふれたに過ぎない。しかしそれは、BGHSt 39, 349 (13)において明示的にそれにしたがっており、その限りで両判例の一致を前提とすることができる。

実際に、異議申立権の消滅は、非常に議論の余地のある手がかりをもっている。それは、BGHSt 38, 226において簡明に要約されている。即ち、

『利用禁止のこの制約は、被告人の権利を不当に制限するものではない。それは、教示の瑕疵を発見し、そして利用禁止の援用が意味ある弁護に役立つか否かを判別する弁護人の特別な責任とその能力に適っている。』

したがって、弁護人には、その『形成領域』において責任ある手続戦略が求められるということになる。通常有利なものとは不利なものを等しく含んでいるそれ自体利用できない供述が被告人のために利用されるべきであるか否かは、被告人とその弁護人だけがその考えによって判断する。異議権を利用しないならば、供述は利用可能である。

異議申立権の消滅について少なくとも2つの重要な反論が主張されうる。第1に、異議を申し立てない弁護人のミスにより被告人のあずかり知らぬ所で決着する場合にそれは、裁判所の後見義務に反するという命題を定立できる。そして、第2に、弁護人に異議権を指示する義務を裁判所に負わせた場合にも、放棄できない権利の領域において弁護人からその形成権の何も奪われたい、ということが指摘できる。

また、これに対しては——期間の徒過の場合の延長を別として——弁護人の瑕疵および不作為が被告人に不利益を及ぼすことが許されてはならないとする原則は存在しないとの反論が提起されうる。弁護人が例えば有利な証拠提出の状況を逸したり、344条2項2文による手続上の非難を適法に申し立てない場合には、その結果は、被告人に適用される。更に、弁護人の形成権は、異議申立権の消滅を要求するようにそれ以外でも刑訴法に馴染みがないわけではないことを指摘できる。例えば、召喚期日の不遵守(217条)を理由にまたは新たに生じた事情(265条3項)を理由とした延期の申立を考えてみよう！この様な申立をする権能について裁判所は、弁護人に指摘する必要はない。しかし、申立がなされない場合には、なされな

かった延期について、もはや非難することはできない。

この問題の有り様は、異議申立権の消滅の最終的な判断のためには包括的な論文——ここではその余地はない。特に弁護人の法的地位という基本的かつ広範な問題にかかわっているの——を必要とすることを示している。しかしまたそれは、必要ではない。けだし、基本的に異議申立権の消滅を認めるとしても——その際に、判例によって好まれている『257条の時期』についてもなお争われよう——ここでの事案においては第5刑事部の見解に反して異議は、必要とされ得ないのであるから。賢明にも、異議は、主張されるべき自白の利用不可能性が現事情において明らかとなるような裁判を前提とする。即ち、異議権を知っていたかまたは知っていたに違いない場合にだけ放棄したり、喪失したりすることができる。

明らかに第5刑事部は、弁護人が公判時に当然未だ存在しない自白の利用不可能性についての上告審の判決をたやすく前提としうるということを示そうとする。

つまり、136条1項2文による教示がなされなかったことは、利用禁止を伴うということを前提とする場合には、弁護人を求める際に、助けが十分とはいえない事案における利用禁止は、正に自明である、というのである。しかし、そのようになる場合が如何に少ないかは、第5刑事部の見解により出てくるこの様な結論を決して導かない第1刑事部の判決が明確に示している。

したがって、公判時にその利用不可能性が確立した判例によって保証されるときにだけ、弁護人の異議申立権の消滅の観点からも証拠結果の利用可能性に対する異議を要求しうるのであろう。OLG Celle (NJW 1993, 545) が行われなかった被疑者への教示の『古い事例』を顧慮して述べたように、他の全ては、『不可能なことを要求しているに等しい』。このOLGは、更に続けて裁判所によって未だに利用不可能であるとは承認されていない証拠結果の利用に対する異議を要求するときには、弁護人は、『将来、全く無意味な利用禁止の主張を以て証拠調べの遂行を遅らせるよう挑発されていると思わざるを得ない』と述べる。それは、確かに、誇張して述べられているが、核心においては正しい。

IV. 結論

かくして私の結論は、第5刑事部と同様に第1刑事部の見解とは違って、両裁判の事案において自白は、利用されてはならない、というものである。被疑者の望んだ弁護人との相談なしでの被疑者の尋問は、証拠調べ禁止に違反し、証拠利用禁止ももたらされる。またしたがって、2つの点において第1刑事部よりも第5刑事部の見解が正しいと判断されるべきである」(趣旨)。