

## 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(4)

池田 秀彦

## 判例評釈(2)

(3) 1996年1月12日の連邦通常裁判所判決の評釈

① Müller, StV 1996, 358.

「第5刑事部の裁判は、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。それは、特に捜査手続に対して、かつまた公判に対しても重要な意義を与える。それは、尋問前に弁護人と相談する被疑者の権利(137条1項1文、および136条1項2文)を強めるだけでなく、公判での異議に対する弁護人の権利をも強化している。

本裁判所は、法治国において保障されている公平な手続に対する権利および基本法2条1項に定められている弁護人と相談する権利の憲法上の基礎を参照し、また適切にも欧州人権条約6条3項cも援用することによって、被疑者の信頼する、選任された弁護人によって弁護されるという刑事手続上での被疑者の権利を強調する。弁護人の援助を求める権利の方が刑訴法136条aに保障されている意思決定と意思活動の侵害からの自由に対する権利よりも範囲が広いとの指摘についても同意できる。

尋問に2つの機能が属するとしても——通説の認めるように——弁護の目的が極めて重要である。そうだとすれば、供述拒否権よりも重要な意義が弁護人と相談する権利に属す。『けだし沈黙する被疑者は、単に事案の解明に関与しないだけではない。それは、彼の権利である。法的な聴聞の実行および有効な弁護にとって、したがって尋問の主要な目的にとって弁護人の援助と同時に弁護人と相談する権利は、基本的な重要性をもっている』(Roxin, JZ 1993, 426, 427)。

本裁判所が尋問状況における被疑者の地位も考慮したことに対して、感謝すべきである。警察の文献を一読すると、尋問は、被疑者に勝つことが重要な闘争として描かれている。被疑者の抵抗は、『仮借ない徹底性』によって破られなければならない(Geerds, Vernehmungstechnik, 5. Aufl. 1976, 98)。自白は、『苦勞して闘い取られるもの』として扱われている(Groß/Geerds, Handbuch der Kriminalistik 1978, 156.)。まさに青少年は、『あらゆる手段を尽くして供述させる』べきであり(Geerds, Vernehmungstechnik, 173.)、そのために一回は『徹底して油を搾るべきである』(Geerds,

Vernehmungstechnik, 153.)。

いつか、被疑者は、『王手をかけられる』べきである (Herren, Arch. f. Krim. 1977, 131.)。尋問の目的を果たすために。被疑者は、慣れていない環境で、支援を受けることなく、励ましてくれる人がいないような場所で、できるだけ警察署で、他の人の立会なしで尋問されるべきである (Fischer, Die polizeiliche Vernehmung, 67-83.)。尋問官は、座っている被疑者の頭から足まで観察できるように場所を選ぶべきである。

判決は、尋問を過去の出来事についての被疑者と尋問者との間の闘争と位置づけることによって、新しい視点、被疑者の尋問の新解釈を促した。

これまで、尋問状況に対する規則は用意されていない。法律違反を認め得ないときには、規則は、効力をもたない。尋問官は、被疑者に巧妙な策を弄したことを減多に認めない。したがって、公正な尋問の実行が疑わしいことが証明されることが必要な場合には、被疑者にとって助けとはならない。被疑者の権利を真剣に考えるならば、尋問のコントロールの必要性を認めざるを得ない。この様にしてのみ——例えば、弁護人の立会によるコントロール——効果的な法的保護が可能となる。この法的地位を維持する機会を彼に与える手続が提供されないならば、被疑者の権利は、ほとんど無価値である。

1964年に教示義務を導入するに際して大変な抵抗を克服しなければならなかったことを思い起こす者だけが、この裁判の意義を適切に評価する。連邦議会の第3議会においても『最初の尋問に際して……中心となるのは、警察による実情の調査だけであって、被疑者の弁護ではない』との異議が出された。Krothは、ミュンヘン大学の学位論文において立法手続を詳細に記述した (Kroth, Die Belehrung des Beschuldigten im Strafverfahren über sein Recht, die Aussage zu verweigern 1976, S. 201-236.)。警察の教示義務を法律に導入したにもかかわらず、それは、警察の実務においては正しく実行されなかった。Wurfは、実証的調査において4分の3の場合において、警察は、弁護人との相談権についての教示を全くかまたは不正確にしか実行しなかったことを証明した (Wurf, Strafprozessuale und kriminalpraktische Fragen der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung 1984.)。この様な状況を背景に、本裁判所が警察の行動を明確な言葉で規制することに対して、最大級の感謝を述べるべきである。

『被疑者が教示を受けた後に、尋問前に弁護人と話をすることを要求するならば、尋問は、直ちに中断されなければならない。警察官がこの様な場合に尋問を継続しようとするならば、これは、これ以前に弁護人との相談がないときには、被疑者が弁護人を呼ぶ権利を再度伝えられた後に、尋問の継続に明示的に同意する旨述べた場合にだけ許される。確かに、弁護人との接触を図る際に被疑者に協力する警察官の真摯な努力が先行していなければならない……。これと関連して、経緯と説明を文書化し、これによって弁護人の関与抜きでの被疑者の尋問の合法性に関する疑念を生ぜしめないことが望まれる。』

明確な言葉で警察官の保護義務が述べられる。本裁判所は、しばしば過度な要求がなされる被疑者が手助けを受け、手続状況に適切に対応することを重要と考える。

本裁判所は、弁護に、公平な手続に対する高い地位を認め、尋問前に弁護人と相談する要望が無視されようとする場合には、常に被疑者の手続法上の地位が侵害されると見る。

具体的には、本裁判所は、BGHSt 38, 214, 225 f.において述べられた見解——刑訴法138条1項2文による教示義務に対する違反は、弁護人のいる被告人が刑訴法257条に定められている時点までに被告人の供述の利用に異議を述べないときには、利用禁止をもたらさないとする見解——を踏襲しており、かつ、この場合のように、136条1項2文において前提とされている権利、即ち手続のいかなる段階においても、したがって警察の尋問前でも弁護人と相談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、この見解を適用している。

本裁判所は、異議が遅くとも事実審裁判官の前でなされなければならない刑訴法257条に定められている時点を固執する。『それは、弁護人の付いている被告人に不当な要求をすることなく、必要な手続の促進に寄与する』

最後に、本裁判は、刑事事件における、連邦レベルでの弁護士の緊急援助の組織に対する出発点である。確かに、それは、1980年代の初めに、特にハンブルグ、フランクフルト、シュトゥットガルト、ケルンのような大都市で導入されたが、全体としては——相変わらず——無に等しい存在といえる。本裁判が特に地域的な弁護士団体に弁護士の緊急援助の組織化を促すことが望まれる。弁護士の助言とその迅速な利用可能性の結合こそが、手続のあらゆる段階において弁護人に相談する被疑者の権利を真に存在する権利にする。裁判官、検察官および警察官は、実際には行使できない権利について被疑者に教示することは、(最早) あってはならない。——遅くともこの判決以降——ドイツの弁護士は、これを阻止することが求められる。

Heide Krönert-Stolting は、刑事事件における5年間のフランクフルトの弁護士の緊急援助について報告した (Anwaltsblatt 1990, S. 432.)。この経験報告および特に Michael Bohlander のザールブリッッケンの学位論文から、この緊急援助の組織と結びついた問題に関する重要な情報を見いだすことができる (Bohlander Verteidiger-notdienst im strafprozessualen Ermittlungsverfahren 1992.)。

それは、直ちに取り扱われ、また回答が出されるべきである。立法者の活動に決して期待すべきではないであろう」(趣旨)

## ② Beulke, NStZ 1996, 257.

### I. 問題状況の紹介

「本判決は、共同での殺人を理由とした3人のイタリア人の起訴に対するものである。共同被告人Gは、犯行日の夜に行われた警察官による取調べに先だって刑訴法163条a第4項、136条1項2文により通訳の協力の下、規則通りに教示された。Gは、犯罪の重大性を理由に弁護人を希望する旨を述べたが、弁護人を指名することができなかった。通訳は、『職業上の理由』から特定の弁護士の名をあげることを断った。そして、警察官は、Gにハンブルグの全ての弁護士が記載されている職業別電話帳を渡したが、Gは、当初これを利用しなかった。その後、イタリア

語が話せるといわれている弁護士の名前が出て、彼は、この弁護士を利用しようとしたが、それは、——時間（19時から20時30分の間）からして——無理であった。警察官は、捜査の便宜上、弁護人との相談前にGを取り調べることに強い関心をもったのは明らかであり、それ故、より広範な協力は提供しなかった。特に、警察官は、Gにハンブルグで夜間でも手配できる弁護士の緊急援助について言及しなかった。Gは、ついに自分に有利なことについて話をする用意のある旨を述べ、そして共同被告人3人全員の有罪に最終的に利用されることになった供述をした。連邦通常裁判所の見解によれば、取調べは、弁護人と接触させるに際して被疑者に『効果的に』協力がなされたときにだけ、継続されることが許された。次に、Gは、『改めて』弁護人と相談する権利について述べられるべきであったし、Gは、取調べの継続について『明確に』了承する旨を述べなければならなかった、とする。当該事件でGには、弁護人に対する権利の実行が十分には可能ではなかった、とする。連邦通常裁判所がこの手続障害について原則的に利用禁止を否定する場合には、いずれにせよ結果的に有罪となる。というのは、(弁護士のついた)被告人がその利用について適時に異議を申し立てることを怠ったため、当該供述を証拠とすることが許されたからである」

「本判決は、刑訴法136条1項2文に対する最近の判例を一步進めるものである。BGHSt. 38, 214以降、最高裁判所の判例も警察の取調べに際しての黙秘権の告知の懈怠も、原則的に利用禁止をもたらすような本質的な手続上の瑕疵になるとの立場である。連邦通常裁判所は、被疑者が権利を知っていたことが確かな場合、弁護士の付いた被告人が公判で刑訴法257条の定める時点までに利用について異議を述べなかった場合、或いは教示がなされたかどうか明確にされなかった場合にだけ利用を認める。確かに黙秘権については教示されたものの、弁護人との相談権については教示されなかった場合については、当初、明確な指導的判例はなかった。しかし、通説的見解によればBGHSt 38, 214の原則に準じて適用されねばならない。というのは、黙秘権に対する考慮は、全て弁護人との相談権についても当てはまるからである (Kleinknecht/Meyer-Goßner 42. Aufl. (1995), §136 Rn 20 a; Beulke StrafprozeßR, 2. Aufl. (1996), Rn 469; Eisenberg Persönliche Beweismittel in der StPO, 1993, Rn 66; Ranft StrafprozeßR, 2. Aufl. (1995), Rn 1692; Roxin StrafverfahrensR, 24. Aufl. (1995), §24 Rn 37; Strate/Ventzke StV 1986, 30; Ransiek Die Rechte des Beschuldigten in der Polizeivernehmung, 1990, S. 88; 制限的にSKStPO-Rogall Stand Mai 1995, §136 Rn 11.)。つとにBGHSt 38, 372は、この同一視を正当なものとし、そして被疑者が確かに規則通りに教示されたが、弁護人との接触の要望が容れられなかったり、または困難にされた場合についても証拠利用禁止を要求することによって、従来の判例を超えた（これについては、Rieß JR 1993, 332とRoxin JZ 1993, 427の注釈を参照）。

## II. 刑訴法136条による教示

具体的に弁護人との相談権についての教示義務の程度を論ずる前に、まず弁護人との即時の接触を実行するために被疑者は、供述を拒否すればよかたにすぎないのであるから、弁護人との相談権の効果を失わせることを理由として供述の利用不

可能性を論じることは、まったく不要である、との一般的な反論を検討しなければならない。正当にも連邦通常裁判所は、この見解を採用しなかった。けだし、このような論拠は、刑訴法136条が——黙秘権を広範に保護する——2つの権利を保障していることを看過しているからである。1つには、教示によって、つとに法治国原理から導かれる被疑者の供述の自由が確認される bestätigen (参照せよ。BVerfGE 56, 37; LR-Hanack 24. Aufl. (1989), §136 Rn 21; S. auch Rogall Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 137.)。もう1つは、これにより、手続のあらゆる段階で弁護人の援助の利用を認める刑訴法137条1項1文の原則が具体化される。両権利は、互いに密接に関連しているが、しかしそれぞれは独立している。被疑者は、受動的に、自ら自己に不利益な証拠方法になることを阻止することができるだけでなく、むしろ事件について供述することが彼にとって合目的であるかどうか——そしてイエスである場合に——最後に、自己に不利益とならないように容疑について如何して最も有利に供述するか、という点について助言を求めることができる状態に置かれるべきである (参照せよ。KK-Boujong 3. Aufl. (1993), §136 Rn 14; LR-Hanack, 前掲 Rn 29; Gundlach Die Vernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, 1984, S. 48 f.)。これを以て法律は、その手続上の行動について『知った上で』判断することを被疑者に可能ならしめている。確かに、黙秘権は、弁護人と相談する権利を現実に行使することに対して側面から寄与するが、——連邦通常裁判所が適切に気づいたように——弁護人を呼ぶ権利を黙秘によって戦い取ることを被疑者に課することは、刑訴法の構想には合わない。また、被疑者がその黙秘権を利用するか或いはまず弁護人と相談するかによって法的効果が異なることになる。後者の場合には、被疑者の行動は、事件についての供述の拒否として評価されてはならない (KK-Boujong 前掲; LR-Hanack, 前掲 Rn 29)。彼は、供述するか否かについての判断をいわば留保した。その結果、弁護人との接触後に改めて被疑者の取調べが実行され得ることになり、その際、被疑者が再度、黙秘権を用いるか否かの選択を迫られることになる。これに対して、被疑者がまず供述の自由を用い、供述しないと決めた場合には、彼には、法的聴聞が態度決定する機会として与えられた。したがって、異なる結果に照らして2つの独立した権利が問題となっており、そのため黙秘の可能性についての言及は、弁護人との相談権の教示が不十分であった場合の証拠利用禁止の承認を妨げるものではない (アメリカではドイツと逆の展開を示している。弁護人を呼ぶ権利から黙秘権についての教示義務に到達した。Eser ZStW 79 (1967), 601 参照)。

### Ⅲ. 効果的な援助

#### 1. 議論状況

連邦通常裁判所によって必要とされた弁護人を捜す際の『効果的』援助は、多大な注目を浴びる公算が大きく、またその広範囲にわたる意義を考慮してここで考察する。刑訴法136条の要求を満たす上で、被疑者が弁護人との接触に際してどの程度援助される必要があるかという問題に対する基準を探そうとするものは、判例の中に何ら実質的な言及を見い出すことができない。実務では、これまで、選任する

弁護士を探し出すのは被疑者の仕事であり、警察（若しくは検察または裁判官）の義務は、被疑者にとって弁護士との接触がうまく行くまで取調べを中断しなければならないということだけであった（BGHSt 38, 372, 373; Kleinknecht/Meyer-Goßner, 前掲 Rn 10; これについては、Strate/Ventzke StV 1986, 31）。この点において文献においては、『適当な期間後、原則的に数日後に』新しい手続期間を取り決める必要性が指摘されている（KK-Boujong 前掲; SKStPO-Rogall, 前掲 Rn 37; 同旨 KK-müller, 前掲 § 136 a Rn 28; LR-Rieß, 前掲 §136 a Rn 81.）。逮捕されまたは勾留されている被疑者には、新たな勾引が命じられなければならない、とする（LR-Hanack 前掲, Rn 29）。警察は、弁護人との接触を妨げてはならないだけでなく、電話機の利用を許したり（Eisenberg 前掲; Kleinknecht/Meyer-Goßner 前掲 Rn 10; LR-Lüderssen 前掲, §137 Rn 70.）、弁護人から応答があったと伝えたり（LR-Lüderssen 前掲, §137 Rn 65.）または被疑者が弁護人となろうとする者と立会人なしに相談できる場所を用意したりして（LR-Lüderssen 前掲, §137 Rn 66; Schubart Die Vernehmung im Ermittlungsverfahren, 1983, S. 147.）それを積極的に促さなければならない、とする。当該事件において国選弁護人（刑訴法141条）の選任の可能性を指摘する意見もごくまれにはある（SKStPO-Rogall 前掲, Rn 35; KMR-Müller 前掲）。

明らかに我々の議論は、アメリカのおよそ30年前のものである。アメリカでは、弁護人がついていない場合には供述は利用できないとする、いわゆる『ミランダ警告』は長い間確定した判例となっている（Wortlaut bei Lorenz StV 1996, 174; この詳細は、Ransiek 前掲; 同. StV 1994, 343; Rogall in Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, 1995, S. 121; Strate/Ventzke StV 1986, 33.）。弁護人相談権の教示やその実行に際しての支援もこれに属す。連邦最高裁判所は、弁護人の相談を受ける権利は、弁護士をもたずそして弁護士の代理をどのようにして手配すべきか知らない者には、何の役にも立たない、ことを明確に強調する（Miranda v. Arizona, 16 Led 2d 694, 722-723 (1996); 同様に Ransiek 前掲, S. 58.）。具体的には、例えば、次のことが裁判で示された。即ち、弁護人が要求された場合には取調べは直ちに中断されねばならないこと、被疑者が字が読めない場合には、弁護士を見つけるために被疑者に電話帳が手渡されればよいというだけではないこと、新たな取調べに対するイニシアティブが彼から発しているというのでなければ、その後の弁護士抜きでの取調べは、被疑者が弁護人相談権について改めて教示されそしてそれを放棄した場合でも許されないこと、そして被疑者は一般的に弁護士の援助を『自発的に、理解した上で、そしてわかった上で』のみ放棄できるということ、それに対しては、国側が立証責任を負うということ（詳細には、Ranziek 前掲, 特に35、42および58頁、および Lorenz StV 1996, 172）。

## 2. 法的基礎

被疑者と弁護人との接触に対する支援義務は、そもそもどのような法的基礎から生ずるかという問題の解明から始めよう。連邦通常裁判所は、まず第1に刑訴法136条2文に依拠しようとしているように思われ、そしてより広範な警察の支援措置をいわば教示義務の付属物として扱っている。というのは、おそらく連邦通常裁

判所は、刑訴法136条違反に際して証拠利用禁止に対する新しい判例を踏襲しようとしているからである。しかし、実際には、刑訴法137条の援用の方が、警察の支援義務の基礎としてよりわかりやすい。けだし、今や、もはや教示義務ではなく——刑訴法137条の中にその特別な規定を見いだす——被疑者と弁護人との関係に関するそれ以上の措置が問題となっているからである。確かに、当該事案においては正に特定の弁護人の委任には未だ至っていないが——それ故、適切な見解によれば刑訴法148条も未だ関係しない (Beulke *Der Verteidiger in Strafsachen*, 1980, S. 237; Kleinknecht/Meyer-Goßner 前掲, §148 Rn 4 mwN.) ——しかし、刑訴法137条は、被疑者と弁護人との間の (『手続のあらゆる段階での』) 最初の接触をも保障しているというようには解釈し難い。厳密に解すればここで議論されている事例群にあっては——時期的に見ると——刑訴法136条に規定されている事柄の後にそして刑訴法137条に規定されている事柄の前に起こる出来事にかかわっている。刑訴法137条の依拠は、これによって証拠利用禁止がはるかに遠のくというわずかな不備をもってに過ぎないであろう。

しかし、じっくりと考えると刑訴法136条若しくは137条または148条のいずれの規定に依拠するかは、どのみち重要ではないように思われる。けだし、これらの規範は、例外なく——連邦通常裁判所によって引用されている——憲法上の公平な裁判の要請の具体化を含んでいるからである。そしてそれを我々は、法治国原理から導き出し、また刑事手続における最初の取調べの前の刑事弁護人による援助の保障もそれに属している。さらに、警察による最初の取調べに際してこれに義務を負わせる欧州人権条約 6 条 3 項 c および手続上の後見義務が参照されうる (LR-Lüderssen 前掲, §137 Rn 64.)。したがって、刑訴法136条の教示義務の特別な規定を抜きにしても弁護人との最初の接触に際しての支援義務は生じるであろう (Eser *ZStW* 79 (1967), 605; SKStPO-Rogall 前掲の見解によれば、それ故証拠利用禁止は、刑訴法136条とは関係がない)。その実質的な内容によれば教示したという事実だけが重要なのではなく、取調べ前、被疑者が弁護人と相談する権利を実際にも行使することができることが重要である (適切にも、Ranziek *StV* 1994, 343)。

### 3. 基礎的義務

本裁判を以てまず最初に法的根拠だけが見いだされたのであり、實際上刑事訴追機関に広範な支援措置を要求すべきであるかどうかについては、未だ判断されていない。当該事件において、外国人の被疑者のドイツの当局との関わりにおける極端な無能力は、本裁判を受け入れる人に助勢するかもしれないがしかし、一般化は可能ではなく、そして通常の事件においては弁護人との接触に際してのこのような広範な取調官の援助義務に対する必要性はそもそもないという異議が連邦通常裁判所に対して唱えられるであろう。通例の場合に対してこの異議は、実際に適切に思われる。通常の場合において取り調べる公務員は、被疑者が弁護人を呼ぶ希望を表明する限りにおいて相談権についての単なる教示と取調べの中断で足りる。弁護人との接触の実現のための技術的可能性 (電話、テレファックス等) は、最大限用意されなければならない。けだしこの基礎的義務の履行は、つとに被疑者が弁護人による

援助を手に入れることを保障するからである。被疑者が身柄拘束されている場合でも必要な連絡手段（電話など）が同じく自由に使える限りにおいて、通常、取調べの中断と拘禁施設へ被疑者を戻すことで十分である。

中断の期間については、何ら確固とした準則はない。被疑者が弁護人を決めるならば、その出頭まで待たなければならない。被疑者が特定の弁護士を未だ決めていない場合には、適当な期間後に取調べの継続が試みられ得る。拘束されていない被疑者にあつては通常（少なくとも）数時間の時間が必要であろうし、拘束されている被疑者にあつては、通常1日から2日というもっと長い時間の間隔を必要とする。

しかし相談権を無意味なものとしないうな中断が、常に問題とならなければならない。特に取調官と被疑者との間で弁護人の協力を避けるために『非公式な』会話が提案されてはならない。そこでは、被疑者が後に取り返しのつかない供述をする危険が常に存在する。したがって取調べを中断するという事は、犯行と関連する被疑者との会話がなされてはならないということの意味する。

#### 4. 強められた援助義務

弁護人との相談権の具体化に際してより広い支援措置によって被疑者に積極的に協力する義務（『積極的支援義務』）は、即座に取調べがなされようとしている場合には、存在する。効率的な刑事訴追における利益は、警察官が取調べを迅速に継続することに対する原動力となるであろう。被疑者からつとに予告された一般的な供述の用意（しかし弁護人の立会の下でのみ）または事実解明の喫緊性（例えば、罪証を隠滅するおそれがある）または最後に他の刑事訴追処分の緊急性（例えば、別の共犯者が逃亡している）を考えるとしよう。一定の場合に弁護人に委任するための（事情によっては指名した弁護人を待つための）取調べの中断に代わる別の方法は、他の法定期間との関係で問題が生ずる。拘束された被疑者は、刑訴法115条、115条 a、128条の期間内に裁判官の下に引致され、取り調べられなければならない。この期間は、無条件に遵守されなければならないので、取調べは、最大限期間の満了までずらさう（KK-Boujong 前掲 §115 Rn 10；KK-Müller 前掲、§163 a Rn 28）。

しかし迅速な取調べの継続に対するイニシャティブは、無条件に刑事訴追機関から出てこなければならないのではなく（確かに連邦通常裁判所は、この場合についてだけ判断しなければならなかった）、当然に、例えば被疑者自身からも、出ることがあり得る。特にこれによって勾留の裁判を避けようとする場合などには。私見によれば、この様な場合には、迅速な取調べに対する被疑者の希望は、技術的かつ能力的に実現可能な枠内で、取調べを即座に遂行しようとする警察官の刑事政策上の考量に基づく決定と同様に保護に値し、そしてそれ故同様に尊重されるべきである。

しかし迅速な取調べの強要の場合には、被疑者によってつとに主張された弁護人との相談権を無意味とする危険は、常に大きい。警察官は、今後、被疑者を説得して弁護人抜きでの取調べをしてはならないのであり、むしろ警察官は、弁護人相談権が実現されうるように寄与しなければならない。紙に書かれただけの権利は何の価値もないであろう。被疑者は、それを実行できなければならない。

私見によれば、取調官の援助義務の範囲については、優先的に刑訴法140条の類



推適用が考えられる。積極的支援措置の必要性和その要請される程度は、被疑者の行為の重大性に比例して増大する。重大な犯罪の実行の容疑がある場合には、警察は、中程度または軽い犯罪の領域における以上のことをしなければならないであろう。しかし、まず第1に決定的なのは被疑者の側の行為能力の程度でなければならない。そこで例えば、非常に若い被疑者の場合、老人、外国人または精神的若しくは身体的障害者の場合には、認識可能な弱さが取り除かれ、そして除去可能な難しさが克服されなければならない。連邦通常裁判所が適切に強調するように、多くの場合警察との関わり合いに慣れていない市民は、まさに最初の取調べの特別な状況に、どうしてよいか分からず、自力で何ともできず、かくして彼は、より強い保護を必要とする。何故、警察は、この『最初の援助』を提供すべきでないであろうか。特に、拘束された被疑者は、しばしば強い支援に頼らざるを得ない(LR-Lüderssen 前掲, §137 Rn 63)。事情によっては、弁護人の選任に際しての援助、電話での選任、電話した弁護士に具体的な業務について知らせるための最初の会話の実施が、必要とされる支援措置に属す。書いたものをテレファックスで送ることも考えられる。そのうえ、被疑者の行為能力が完全に欠如している場合には警察官は、自分から積極的でなければならない。被疑者が弁護人の選任に伴う費用を気づかうために、その選任をためらっていると思えたり、極めて重大な犯罪の場合には、国選弁護の制度(刑法141条)についての言及がなされなければならない。

最後に、連邦通常裁判所は、説得力をもって次のように述べた。ドイツ語を話せない外国人の被疑者の場合には、具体的事件における特別の事情(夜遅い)の下では職業別電話帳の交付では十分でない、と。少なくとも電話で手配できる地域内の弁護士の緊急援助の存在について言及されなければならなかったであろう。交通権の具体化に際して助言を依頼するドイツ人の被疑者の場合には同じようにこの言及がなされてよいし、より厳密に言えば夜間だけでなく。残念ながら、このような緊急援助はこれまでわずかな大都市でしか存在していない。しかし、弁護士相談権は、積極的に用いられるべきであり、そして州の住民または小都市の住民が不利になってはならないので、今日なおユートピア的ともいえる公平な援助の提供は、将来的に達成されるべきである。

即座の取調べの継続に対する前提として、連邦通常裁判所によってまた本稿でも支持されている強められた援助義務を以て、警察官は、『超父親的存在』という問題ある役割へと追い立てられるわけではない。連邦通常裁判所は、警察官の側で具体的に弁護士を決めることに対して適切にも警告する。その理由として、このことが、味方、仲間またはこれらと闇取引をしている外観をもたらすことを挙げる。しかし、警察官は——その地域の弁護士会から用意されるべき——(刑事で活動する)弁護士のリストを手渡すことは問題ない。いずれ専門弁護士としての『刑事弁護士』が確立されるであろう場合には特に、極めて例外的場合において被疑者に実際に特定の名前または特定の電話番号を伝えることを以てしか協力できないような場合には——例えば、その地域では被疑者の言語をマスターしている弁護士が1人しかいないため——これは、相談権の具体化にあたって完全な抑制よりも良いように

思える。

#### IV. 再度の教示

弁護人との接見ができなかった事案に対して連邦通常裁判所が取調べを継続する前に弁護人を呼ぶ権利について再度の言及を要求しているのは、特に接見する権利を迂回するの阻止するためである。確かに、法的な理由を述べるのは困難である。つまり、一見すると再度の言及は、被疑者が先の教示のためにその相談権を既に知っており、そして判例は——前述したように——刑訴法136条から導き出される証拠利用禁止を、被疑者がその権利について知らされていた場合には、否定するが故に、余分であるように思える。教示の懈怠と被疑者の供述の間の因果関係の不存在が指摘される (Roxin 前掲, §24 Rn 34.)。この——原則的に是認されるべき——見解の背後には刑訴法136条の教示の要請は、それ自身のために存在するのではなく、むしろ実質的な法的地位の確保に寄与するという考えが潜んでいる。しかし、この法的地位の1つが具体的場合において確保を必要としない場合には、単なる手続の欠如に対して制裁することは無意味であろう。しかし、より厳密に考察すると連邦通常裁判所によって要求された第2の教示に際しては、弁護人相談権に対する最初の言及の単なる繰り返しが問題となるのではなく、むしろそれは被疑者が弁護人との接見の努力が徒労に帰したことによってその相談権を喪失したわけでないという重要な付加的情報を含んでいる。

付言すれば、教示が以前の取調べに際して行われず、そして被疑者が今回再度の取調べのために教示されるべきであるという事情がある場合にあっては同様なことがいえる。長い間学説によって、これまで述べたことは利用され得ないということについて被疑者に明確にする、いわゆる適切な教示が要求されてきた (例えば、特に Grünwald JZ 1968, 752; Schünemann MDR 1969, 102; Beulke 前掲, Rn 119; 同様に最近では LG Bad Kreuznach StV 1994, 293- BGHSt 22, 119, 134 ff. は反対.)。これは、同意に値する。というのは、被疑者がこれまでの供述行動を最早無効にできず、したがってそれを望む場合には——供述拒否に対するその実質的な権利を既に喪失したと安易に信じる状況がそこでも存在するからである。私見によれば被疑者は、弁護人との接見に失敗した場合には同様な状況にある。確かに被疑者は、尋問について弁護人に尋ねてよいことを知っているが、しかし、彼は、弁護人を呼ぶことの失敗により、今後相談相手の援助に関してさらなる要求を出すことは許されず、直接的に尋問に移行すると信じるのも多くの場合無理はないであろう。今や相談権についての第2の教示には、第1の教示と比較して新しい機能が属す。即ち、被疑者は、相変わらず弁護士の援助を要求できることについて教えられる。この様に見ると、第2の教示は、専門に精通した者の援助なしに、基本的な被疑者の権利を軽率に断念しないという、警告機能を有している。と同時に、再度の言及の要求は、被疑者の主体的地位を考慮し、そして正に模範的な方法で法治国上の、公正な手続に置かれるべき条件を満たす。それが——既に見たように——アメリカの判例においても要求されているのは理由のないことではない。供述の用意のある被疑者の保護相当性は、連邦通常裁判所の今回の解決を支持する。

## V. 明示的な同意

確かに、被疑者が取調べの継続についての同意を明示的に述べなければならないとの連邦通常裁判所の見解は、驚くべきことのように思われる。取調べの継続に対する同意は、それ自体として基本的に非公式であり、したがって黙示的に行われる訴訟行為である。関連する規範が存在しないので、明示の要求を一般的な訴訟原則から展開することになるであろう。改めて、法治国原理と公正な裁判の原則に頼らざるを得ないであろう。

連邦通常裁判所は、アメリカ法が被疑者が最初その相談権に固執したとき場合には、弁護士抜きでの取調べは、被疑者が自らこれに対するイニシアティブを取ったときのみ継続することができる (Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981) 参照) ということを要求しており、アメリカ法は、連邦通常裁判所の要求するものを超えていることを言及できたであろう。かくして、例えば被疑者が警察官に『ところでこれから私はどうなるのか』(参照 Oregon v. Bradshw, 77 L Ed 2d 405 (1983); 参照 Ransiek (o. Fn 2), S. 42; Lorenz SrV 1996, 172.) と質問するならば十分であるべきである。しかしこの相対化は、この形式的条件の意味を疑わしいものとする。というのは、被疑者を警察官から強要などによって『言いくるめ』られることから保護するというその意義は、その場合ほとんど実現されないからである。

私見によれば同様の留保が明示性の要請に対して持ち出される。被疑者がその意思を言葉に表すことが必要なのか、または取調官の質問に対してうなずくだけでも十分なのか? この状況でのうなずきで十分としないのは、わかりずらいであろう。

したがって、明示性に代えて明白性を要求することか一層良いように思われる (BGH bei Dallinger MDR 1971, 18; Kleinknecht/Meyer-Goßner 前掲, §244 Rn 37.)。これによれば、被疑者が今供述しようと思うかどうかという取調官の質問に対して『はい』とうなずくだけでも十分である。これに対して被疑者が単に話し始める場合には、問題となろう。取調官が質問する前に被疑者が話し始めるだけでは、私見によれば十分ではない。ここでは、被疑者が前もって弁護人に話すことなく、供述するつもりであると、自分から述べた場合にはじめて明白性の要求に応えることになる。これは、特に、警察官がその援助義務を果たす前に、被疑者の考えが変わって弁護人との相談を最早希望しない場合にも当てはまる。具体的場合に被疑者の側でどの様な発言があれば足りるかまたは足りないかについては、議論されているので、それぞれの場合に被疑者の供述の意思を常に相応の質問によって探り出すことが警察官に勧められる。

## VI. 証拠利用の問題性

連邦通常裁判所が援助がなされなかったことを理由に、したがって刑訴法136条違反から証拠利用禁止を導き出したことは、適切である。刑訴法136条1項2文の保護目的は、弁護人の助言なしで事件について供述し、そしてこれによって自らを不利にすることから被疑者を守ることにある。しかし、証拠利用禁止の規定にとって重要なこの保護目的はそもそも教示がなされなかった場合にも、また確かに教示されたが、弁護人との相談が妨げられたり、或いは——本件の場合のように——あ

まりにわずかな援助しかなされていないような場合にも、達成されている（連邦通常裁判所は、ここで評釈される判例においても考量論を支持しているが、その中には保護目的論も含まれている。議論状況については、次のものを参照。Beulke 前掲、Rn 458; Fezer StPO, 2. Aufl. (1995), Fall 16 Rn 5; Kühne Strafprozeßlehre, 4. Aufl. (1993), Rn 530; Schlüchter StrafprozeßBR, Kernwissen, 2. Aufj. (1995, S. 206; Kleinknecht/Meyer-Goßner 前掲, Einl. Rn 55.)。違反の程度に応じた漸進的段階付けは、行われる必要はない。

弁護人相談権についての教示とこの権利の規則通りの適用についてここで述べた問題は、刑法136条 a の意味での許されない取調べ方法の利用の禁止とは何の関係もないと述べることは、重要と思われる。各規定は、取調官の非常に問題ある行動に際して介入する。その点においてもここで評釈する連邦通常裁判所の裁判は、判例の最近の路線に沿っている。

残念なことに、連邦通常裁判所は、具体的事件において一方の手で他方の手が正に提供するものを奪い取っており、そのため弁護人相談権の自由主義的な運用を支持する、その意見表明が輝きを失い、そして望むらくは使い古されているが、残念なことに一貫性のない口先だけの、法治国のための信仰告白として本性を現しかねない。私見によれば、当該事案において証拠利用禁止は、適用されねばならなかったであろう。というのは、判例の考えるような、そして裁判所の特別な解明義務が弁護人に転嫁されるような、異議義務は、正当な見解によれば存在しないからである。誤った『矛盾した解決』の検討は、しか——第3者効の問題の検討と同様に——別の論文に委ねなければならないであろうし、それ故ここでは除外しておかねばならない」(趣旨)。