

論 說

黙秘権不告知と供述の証拠能力（一）

——ドイツにおける最近の判例を中心に——

山 名 京 子

はじめに

一 わが国の状況

二 ドイツの判例（以上本号）

三 問題点の検討

おわりに

はじめに

わが国の刑事訴訟法は、一九八条二項において、被疑者の取調べに際しては、「被疑者に対し、あらかじめ、自己の意思に反して供述をする必要がない旨を告げなければならない」とし、被告人については、二九一条二項において、「裁判長は、起訴状の朗読が終わった後、被告人に対し、終始沈黙し、又は個々の質問に対し陳述を拒むことができ

る旨」を告げなければならない、と規定している。⁽¹⁾ 憲法三八条一項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と規定し、黙秘権を保障しているが、黙秘権の告知について特別に定めてはいない。右の刑事訴訟法の規定は、この憲法の規定を受けたものであり、黙秘権の告知は、権利の実効性を手続上保障するために不可欠のものであるが、それが憲法上の要請でもあるのかについては、後述のように争いがある。

一九六〇年代アメリカでエスコビード判決⁽²⁾、ミランダ判決⁽³⁾が出され、それがわが国にも紹介され⁽⁴⁾、黙秘権の告知を含む被疑者の取調べについてのわが国の議論も活発化した。このことは、実務上も被疑者の取調べが改善される契機となるはずであったが、必ずしもそのようには作用しなかった。最近の当番弁護士制度の採用に一定の前進は見られるものの、現状は改善されるべき点が依然として多い。

アメリカでは、エスコビード、ミランダの影響の下に、自白の任意性判断を回避し、黙秘権の不告知そのものが自白排除をもたらすという方向が有力に主張された。ミランダ以降、バーガー・コートの下で連邦最高裁は大きな方向転換を示し、その保守化傾向は現在も続いているといわれているが、その下でも、ミランダは生き続けており、近時の判例で連邦最高裁は「ミランダ法則と憲法上の黙秘権の保障との密接な関係を指摘し」⁽⁵⁾ている。

黙秘権を告知しなかった場合に、供述の証拠能力にいかなる影響を及ぼすかについて、わが国の最高裁判例は証拠能力を認めているが、学説の多くは、黙秘権の不告知の場合はずべて、あるいは場合によって証拠能力を否定すべきであると主張してきた。最近の下級審判例には、黙秘権の不告知を任意性否定のひとつの根拠とし、供述の証拠能力を否定したいくつかの例が見られるが、現在なお最高裁判例に、新たな展開は見られない。

他方、ドイツでは一九九二年に、連邦裁判所（以下BGHと表記）がそれまでの判例を変更し、黙秘権不告知の場合の供述は原則として使用禁止になるとした。⁽⁶⁾ この新判例は、被疑者が最初の尋問の前に、被疑者によって事前に選

任された弁護人との接見が禁じられていたときは、一六三条 a 四項二文、一三六条一項二文による権利告知がなされていた場合でさえも、供述は原則として使用禁止になるとした一九九二年 B G H 第四刑事部判決⁽⁷⁾とあいまって、被疑者の取調べのあり方を大きく変えるものであると評価されている。前者の新判例の結論は、学説においては従来から一致して主張されてきたことであり、区裁判所(以下 A G と表記)およびラント裁判所(以下 L G と表記)においてもそのような判断がすでにいくつかなされていたところであって、⁽⁹⁾それらが B G H の新判例を導いたものといえる。そこで本稿では、黙秘権不告知と供述の証拠能力に関するドイツの最近の判例を紹介・検討し、わが国の同種の問題を考察するための参考に供することにしたい。なお、問題点を明らかにするために、ドイツの判例の紹介・検討に先立ち、ごく簡単に、わが国の状況を見ておくことにする。

一 わが国の状況

(一) 判例

(1) 周知のとおり、黙秘権の不告知と供述の証拠能力に関するわが国の最高裁の立場は、まず、裁判官の尋問について「憲法は、その第三八条第一項において……、被告人にいわゆる黙秘の権利あることを認めているが、所論のごとく裁判所に対し、訊問の事前にその権利あることを被告人に告知理解せしめ置かねばならぬ手続上の義務を命じてはいない」とした最高裁昭和二十三年七月一日大法院判決⁽¹⁰⁾、それを受けて、「憲法第三八条は、裁判所が被告人を訊問するに当り予め被告人にいわゆる黙秘の権利あることを告知理解させなければならぬ手続上の義務を規定したものでなく、従ってかような手続をとらないで訊問したからとて、その手続は違憲とは言い得ず、刑訴応急措置法第一

○条に違反するものでないことについては、当裁判所の判例とするところである。……そして、この理は捜査官の聴取書作成についても異なるところのないことは右判例の趣旨から窺われる。されば、原審並びに檢察事務官がその取調に際し被告人に黙秘権のあることを告知しなかったからとて所論のような違法はなく、またこれらの取調に基づく被告人の供述が任意性を欠くものと速断することもできない」とした最高裁昭和二五年一月二日第三小法廷判決¹¹に示されている。本判決では、捜査機関の取調べについても、黙秘権の不告知は違憲でないとし、また、供述の任意性は否定されないとした。これらの判例は刑訴急措置法時代のものであるが、現行刑事訴訟法において告知が義務づけられて以降も、最高裁は、黙秘権の不告知は供述の任意性を否定しないとする立場を変更していない。¹²

右のように、最高裁は、黙秘権の不告知は供述の任意性を否定しないとするが、最近の下級審判例には、自白の任意性を否定する一つの論拠として、黙秘権・弁護人選任権の告知方法が不適切であること、警察官が取調べ期間中一度もこれを告知しなかったことを挙げた一連の判決（いづれも浦和地裁判決）が見られ、注目される。

(2) まず、浦和地裁平成元年三月二二日判決¹³では、警察官が産褥早期の段階にある被告人を取り調べるにあたり、当初、黙秘権の告知をしておらず、その後現実に行われた黙秘権や弁護人選任権の告知方法が著しく不適切であった、とされる事案について、「被告人の当時の特殊な健康状態に対してほとんど何らの配慮をせず、黙秘権・弁護人選任権についても不十分な告知しかしないまま、追及的に、その弁解を全く聞き入れないような態度でかなりの長時間にわたり行われた取調べの結果得られたものであるばかりでなく、被告人が一旦自白したのちにおいては、警察官において、法律上不可能と考えられる再度の執行猶予の可能性を示唆するなど、右自白を維持させるのに効果のある不当な言動にも出ているので、全体として、その任意性に疑いがあり、これを検証の用に供し得ないものと考えざるほかはない」とされた。

また、浦和地裁平成二年一〇月一二日判決⁽¹⁴⁾では、外国人の被疑者に対し、「……法律的素養が全くないか、極めて乏しい通訳人によってなされた黙秘権の告知が、被告人に理解し得るような方法で行われたとは到底考えられない」とし、「本件における捜査官の黙秘権告知の方法は、被疑者に対し黙秘権行使の機会を實質的に保障するという観点からは、著しく不十分なものであったといわなければならない」とされ、さらに「被告人の取調べにあつた捜査官において、日本の法律制度に無知な外国人を相手にしているとの問題意識が明らかに欠けており、知識や言語の点で著しく不利な条件を抱える外国人被疑者に対し、日本国憲法及び刑事訴訟法による被疑者の諸権利の行使を實質的に保障しようとする熱意や配慮が全く認められないということは、その結果作成された自白調書の任意性の判断上相当程度重視せざるを得ないと考えられる」とされた。

さらに、浦和地裁平成三年三月二五日判決⁽¹⁵⁾は、警察官の取調べにおいて一度も黙秘権・弁護人選任権を告知しなかつた事例について、そのことを供述の任意性否定の一つの根拠とし、以下のように判示した。すなわち、「確かに、黙秘権の告知がなかったからといって、そのことから直ちに、その後の被疑者の供述の全ての任意性が否定されることにはならないが、被疑者の黙秘権は、憲法三八条一項に由来する刑事訴訟法上の基本的、かつ、重要な権利であるから(同法一九八条二項)、これを無視するような取調べが許されないことも当然である」としたうえで、黙秘権告知の意味について、「刑事訴訟法は、捜査官による被疑者の取調べの必要と被疑者の右権利の保障の調和を図るため(すなわち、取調べによる心理的圧迫から被疑者を解放するとともに、取調官に対しても、これによって、取調べが行きすぎにならないよう自省・自戒させるため)、黙秘権告知を取調官に義務づけたのであって、一般に、右告知が取調べの機会を異にする毎に必要であると解されているのは、そのためである」とし、本件では、「警察官による黙秘権告知が、取調べ期間中一度もされなかつたと疑われ……、右黙秘権不告知の事実は、取調べにあたる警察官に、被疑者の黙秘

権を尊重しようとする基本的態度がなかったことを象徴するものとして、また、黙秘権告知を受けることによる被疑者の心理的圧迫の解放がなかったことを推認させる事情として、供述の任意性判断に重大な影響を及ぼすものといわなければならない。右のような観点からすれば、本件において、被告人が、検察官や裁判官からは黙秘権の告知を受けていることとか、これまでに刑事裁判を受けた経験があり黙秘権の存在を知っていたと認められることなどは、右の結論にさして重大な影響を与えないというべきである」としたのである。

これらは、前記最高裁判例の制約の下で、事案の特殊性や取調官の基本的態度を挙げることにより、黙秘権の不告知が、供述の任意性（証拠能力）を失わしめることを認めたものであり、従来からの学説の動向を顧慮した判決といえる。

(二) 学説

(1) まず、告知自体が憲法の要請であるかという問題については、①黙秘権の告知まで黙秘権の内容とはいえず、告知自体は憲法の直接の要請ではないとする消極説⁽¹⁶⁾、②黙秘権を実効性あらしめるためには、黙秘権の保障は当然にその告知を含むとする説⁽¹⁷⁾、被告人に黙秘権を告知する制度は「訴訟の構造を明らかにする重要な意味を持つ⁽¹⁸⁾」のと同様に、「被疑者に黙秘権を告知する制度も捜査の構造を明らかにする重要な意味をも」ち、黙秘権の告知は、黙秘権の内容をなすとする説⁽¹⁹⁾、黙秘権保障の制度的効果として黙秘権の告知制度を位置づけ、憲法上、黙秘権の告知は「命令」されるとする説⁽²⁰⁾、身柄拘束下の取調べには、黙秘権の行使を根本的に妨げる強制的契機が備わっているので、告知は憲法上の要請となるとする説⁽²¹⁾などの積極説、③具体的事情によって、告知を欠いたために、供述義務があると誤認したような場合は、告知も黙秘権の内容になることはあるとする説⁽²²⁾、自己に不利益な事実に関する限り、被疑者が

黙秘権の存在を知らないうち、および権利の行使が困難な事情があるときなどには、告知自体も憲法の要請であるとす(23)る説、とくに刑事手続においては被疑者の黙秘権行使の実効性を担保する必要性が強いという観点から、黙秘権不知などのため被疑者の供述の自由が確保されていない場合は、不利益事実に関する限り、告知も憲法三八条一項の枠内に入るとする説(24)などの中間説が主張されている。

(2) 黙秘権を告知せずに獲得された供述の証拠能力への影響については、任意性の有無とは無関係に、不告知の場合の不利益供述はすべて証拠から排除されるとする説(25)、告知がなされなかったときは、黙秘権の不告知は、供述の任意性を直ちに失わしめないが、他面、告知が供述の任意性を担保する上で重要な意味をもつことは否定できないのであり、その意味で、告知がなかったときは供述の任意性不存在が事実上推定されるとする説(26)、黙秘権告知を欠いた聴問により作成された調書は、供述者が黙秘権について十分認識理解しているような場合は別として、証拠能力を有しないとす(27)る説、供述義務があると誤信させた場合は、任意性の点に問題がないときでも、証拠能力を否定されるとする説(28)、告知の有無は、任意性の判断資料になるにすぎないとする説(29)がある。不告知がそのまま供述の証拠能力の否定に結び付くとする考え方は、自白排除法則の根拠として、違法排除説に依拠しているように思われ、任意性を問題にする説は、人権擁護説、虚偽排除説に依拠しているように思われる。なお、供述の証拠能力を判断する際に、具体的事情の相違、たとえば被疑者・被告人が既に黙秘権について理解しているか否かなどを顧慮する見解は、本稿で扱うドイツの問題状況にも関連する。

たしかに、憲法は黙秘権の告知について明文の規定を置いてはいないが、黙秘権の保障が単なるプログラム規定でないことは明らかであり、実効性のあるものとして保障するのが憲法の立場であるとすれば、黙秘権の告知は、黙秘権の内容をなすものと解すべきであるように思われる。

二 ドイツの判例

(一) 一九八三年決定までの経緯

ドイツ刑事訴訟法一三六条の文言は、一九六四年の刑事訴訟法改正法⁽³⁰⁾によって改正され、これによって現在の告知義務規定が創設された。それまでは、「被疑者・被告人は、その者が供述する意思があるか否かを質問されなければならぬ」という文言であった。この規定について、BGHは、「秩序規定」⁽³¹⁾（「Ordnungsvorschrift」）と見ており、その違反は、上告を有効に根拠づけるものではないとしていたのである。改正後に創設された告知義務規定についても、一九六八年、BGH第四刑事部は、同様の評価、すなわち、「秩序規定」にすぎないという判断を示した。

しかし、一九七四年のBGH第一刑事部決定は、公判において被告人が二四三条四項一号による裁判官の告知前に事件に関する供述を行ったという事案について、「秩序規定」理論の適用を「方法的に時代遅れ」であるとして、それまでの判例に従うことを拒否し、本規定は、供述するか黙秘するかを選択する権利を創設したのではないが、この権利の行使可能性を保障するものである、と規定の意義を示したうえ、本規定の違反について、被告人がその権利を知らず、知っていたとすれば供述しなかったであろうと仮定される場合には、供述は使用禁止になり、それにもかかわらず使用された場合には上告理由になる、とした。

この決定は、学説から積極的な評価を受けたが、次のような制限を設けた点で批判された。まず、「公判に妥当なことが、……そのまま捜査手続に妥当するわけではない」(GaO, S. 331)としたうえ、捜査手続における告知義務違反が供述の証拠能力に影響するか否かを未決定にしたという点である。さらに、「防禦可能性を与えるための告知を怠ることがそのまますぐに権利侵害に導くわけではないので、上訴裁判所は、手続違反によって告知要請の目的

が挫折させられたか否かを、事例ごとに吟味しなければならない。その吟味の結果は、被告人がその防禦可能性を知っていたこと、または、被告人が知っている場合においても供述よりも黙秘を選んだであろうことに、有力な根拠が支持するときには、否定的となるだろう」(a.o. S. 331f.)とした点である。このような判示からすると、BGHは、「権利侵害」は不告知そのものにあるのではなく、意思決定の自由の侵害にはじめて存すると考えているように思われる。いずれにせよ学説では、この決定を受けて、捜査手続において被疑者に対する告知が行われなかった場合に ついても、同様に供述を使用禁止にすべきであるという主張が強くなされた⁽³⁴⁾。このような学説の動向を反映して、一九八三年、ツェレ上級地方裁判所(以下OLGと表記)は、いわゆる呈示決定⁽³⁵⁾(Vorlagebeschluss)により、BGHに対し、警察官の告知義務違反の場合について、それによって得られた供述を使用禁止にすることを促した。

以下では、このツェレOLGの呈示に答えた一九八三年のBGH決定およびそれ以降の最近の判例を紹介し、それに対する評釈を含めて検討する。なお、ドイツでは、刑事訴訟法二五〇条により、公判における尋問が事実認定の基礎であるとするのが原則であって、調書は、原則として公判で証拠として使用しえない。したがって、通常、捜査段階での供述内容は、取調官が公判で証言し、伝聞証人(間接証人)の証言という形で公判にあらわれることになる。

(一) 一九八三年六月七日BGH第五刑事部決定⁽³⁶⁾

前述のように、BGHは、公判における黙秘権不告知の下での供述を使用禁止としたのであるが、捜査手続における不告知について、ツェレOLGの呈示を受けてBGHが判断したものが本決定である。BGH第五刑事部は、「警察官が、被疑者の尋問にあたって、刑法一六三条a四項二文、一三六条一項二文によって要求された告知を怠る場合、このことは、被疑者の供述をその意思に反して使用することの禁止には導かない」とした。

〔事実の概要〕

AGは、過失酩酊運転罪〔刑法三一六条二項〕により、被告人に罰金の有罪判決を言い渡した。被告人の控訴に基づき、LGは、彼を無罪にした。それに対して、検察側から上告がなされた。

認定によれば、自分の車で私的に外出していた警察官（証人）Pは、ある乗用車の通常ではない運転方法が危険であると感じて、その車を止めた。運転者に自分の職務証明書を示したときに、運転者が運転して逃げ去ったので、Pは警察署に連絡し、その車の行政上の特徴〔車輛番号など〕を申告した。警察が保有者は被告人であることを確認した後、Pは、事件から約三〇〜四五分経過後、被告人の住居で彼を発見した。その時、住居におけるアルコール飲酒の気配をPは認めなかった。その場での尋問に際してPは、被告人に対して、被疑者としての彼の諸権利について告知しなかった。Pの証言によれば、被告人は、彼の車を問題の時点で運転しており、事後に飲酒はしなかったことを認めた。Pは、被告人を警察署に連れていき、血液検査のための採血を勧めた。その検査は、採血の時点で一・五三%の血中アルコール濃度を示した。被告人は、警察署でも後の手続においても、事件について抗弁はしなかった。

LGは、被告人がその車を事故の時点で運転していたことに確信をもつことはできない、という理由で被告人に無罪を言い渡した。LGは、Pが被告人を識別できなかったこと、そして、Pは、車の運転者について、赤くなった目と「酒臭い息」に気付いたが、同じ日の医者による検査報告は、そのような認定をしていない、ということを強調した。LGは、被告人が、自分が運転しており、事後の飲酒はなかったということをPに対して認めた、というPの証言を使用しなかった。その理由は、Pが一三六条一項、一六三条a四項に従って被告人に彼の諸権利について告知していなかったから、というものであった。

これに対する検察側からの上告趣意は、LGは、証人Pに対してなされた被告人の供述についてのPの証言を顧慮

しなければならなかったと主張するものであった。

ツェレOLGは、当初、上告を却下しようとした。その理由は、次のとおりである。OLGは、告知義務違反の下で行われた被疑者の供述が尋問者(証人)の尋問を通して公判に現れた場合、その供述内容は、その意思に反して、尋問者(証人)の尋問を通じて、判決において使用されてはならないという見解を採用する。この点は、捜査手続における告知義務が問題であるか——ここでは一三六条、一六三条aによる——あるいは、公判におけるそのような義務が問題であるか——たとえば、二四三条四項による——によって違いはなく、使用禁止によってのみ、黙秘するか供述するかその防禦の方法を自由に決定する被疑者の権利は保障される。そのような選択可能性を知らないでなされた言明が、尋問者(証人)の尋問によって公判審理に導入されうるとするならば、そのかぎり、被疑者・被告人の現実に自由な判断は公判審理においてもはやなされないことになるであろう。そして、被疑者は、判断の自由を、その最初の尋問の際に有していなければならないのであるから、黙秘権の不告知の下でなされた彼の供述は、使用禁止とされなければならない。すなわち、告知・教示義務違反の下で行われた、捜査手続または公判審理における被疑者の供述は、彼の意思に反して判決において原則として使用されえないのである。

しかし、このようなOLGの判断は、一三六条一項の告知義務違反の下でなされた被疑者の供述について、それは使用禁止を基礎づけるものではないとした一九六八年五月三一日BGH第四刑事部判決(BGHSt 22, 170)によって、妨げられるように思われた。そこで、OLGは、裁判所構成法(GVG)一二一条二項に従い、次の法律問題についての判断のために、BGHに事件を呈示したのである。すなわち、

「刑法一三六条一項、一六三条a四項による告知義務に対する警察官の違反は、告知義務違反の下でなされた被疑者の供述を、彼の意思に反して使用することの禁止に導くか。」

〔決定理由〕

「呈示のための要件は、存在している」ので、以下、本件について判断する。

「当刑事部は、これまでの判例を維持する。当刑事部は、一九六四年二月一九日の改正法の文言における一三六条一項二文が単に『秩序規定』であるか否かについては未決定にしておく。この規定の文言と目的は、この規定によって根拠づけられた告知義務が、二四三条四項一文による公判における相応する告知義務と同様に、強制的なものであるとみなすことを促している (BGHSt 25, 325)。しかし、このことは、ここでは重要ではない。」

「警察官による捜査手続における尋問の際の不告知は (刑訴法一六三条 a 四項二文、一三六条一項二文)、これに基づいてなされた供述について、いずれにせよ使用禁止を根拠づけるものではない。一三六条は、そのようなことを包含していないからである。立法者は、使用禁止を、この規定の改正にあたっては、刑事訴訟法のその後の改正においても、規定しなかったのである。」

「証人と被疑者との手続法上の地位における原則的な相違のゆえに、刑訴法二五二条の準用は、考慮されない。この規定は、証言拒否権の保障によって追求される目的の保護に役立つものである (BGHSt 2, 99)。すなわち、立法者が証言拒否権を認めたのは、もしそうでなければ証人は、国家に対して存在する原則的な証言義務および真実義務と、他の義務とくに近い親族や姻戚に対して存在する道徳的な援助履行の義務および忠実義務との間で選択を迫られる一種の強要状態に陥るだろうからである。しかし、被疑者は、このような強要状態にあるわけではなく (BGHSt 3, 149, 152)。」

「刑訴法一三六条 a 三項二文もまた、その準用は不可能である。この規定は、許容されない方法によって供述の自由が侵害された被疑者の供述のみを考慮に入れたものである。そこでは、重大な、一部では重い刑罰によって威嚇さ

れるような違反が問題となつていたのでなければならぬ。黙秘権の不注意による不告知は、これに比肩できるようなものではない。とりわけこの場合には、欺罔はない。欺罔とは、支配的見解によれば、意識的に欺くことを要件とするものであり、過失による違反では不十分だからである。

さらに、一三六条 a 三項二文の使用禁止は、許容されない尋問方法が被疑者・被告人の意思決定もしくは意思活動の自由を侵害したことが証明される場合にのみ存在する。したがって、それを黙秘権の不告知に準用するためには、その不告知によって被疑者が供述する義務があると誤信したために供述したということの証明を要するであろう。しかし、このような証明は、実際には不可能であるから、使用禁止は、不告知と供述との因果関係の要求が放棄され、あるいは、このような因果関係がいずれにせよ排除されえないということで満足する場合にのみ、意味をもつことにならう。

しかしながら、右のような解決は、刑事訴訟法の体系的理解に反するであろう。なぜならこの解決は、黙秘権の不注意による不告知が、一三六条 a 一項および二項で禁止される、その一部は最も重大で、重い刑罰によって威嚇された方法による侵害よりも、より広範に及ぶ手続法上の効果を有することに至るからである。」

「この解決はまた、著しい限界づけの困難性に逢着する。とくに捜査の初期には、告知義務が生ずる時点は不確かなものでありうる (BGHSt 22, 129, 136)。捜査官の不注意が、その瑕疵となされた供述との間の関係が法的には証明されえないにもかかわらず、被疑者の供述を使用不能にさせるならば、それは、秩序ある刑事司法の要求に對立することにならう。」

「刑訴法二四三条四項一文による告知義務違反の法的効果に関する第一刑事部の判断 (BGHSt 25, 325)、すなわち『判決がその内容に依拠する (二六一條) 公判審理に妥当することは、そのまま捜査手続に妥当するものではない

』(AO S. 331)との判断は、ここで述べられた見解に対立するものではない。また、一三六条a一項の意味における欺罔が、一六三条a四項二文、一三六条一項二文によって命ぜられた告知を故意に行わないことによる被尋問者への意識的な欺罔を包含するか否かという問題について、当刑事部は、立場を明らかにする必要はなかった。」

(三) 一九九一年三月二六日ツェレOLOG呈示決定⁽³⁷⁾

右の一九八三年BGH決定は、捜査手続における刑法一三六条一項、一六三条a四項による告知義務に対する警察官の違反は、告知義務違反の下で生じた供述を被疑者の意思に反して使用することの禁止には導かないとしたのであるが、本決定に対して学説はほぼ一致して批判的であった。⁽³⁸⁾このBGH決定は、ツェレOLOGの呈示に答えたものであったが、その八年後に、再びツェレOLOGが同じ問題、すなわち、「刑法一三六条一項、一六三条a四項による告知義務に対する警察官の違反は、告知義務違反の下で行われた供述を本人の意思に反して使用することを禁止するか」という問題を、BGHに呈示したのが本決定である。

〔事実の概要〕

AGは、被告人に、酩酊運転罪〔刑法三一六条〕により、有罪判決を言い渡した。

認定によれば、被告人は、夜一時二〇分頃、アルコール摂取後、少なくとも血中アルコール濃度一・六七%で自分の自動車を中心部の方向に運転していた。彼は、自動車を制御できなくなり、その結果、自動車を大破させた。

AGは次のようにして被告人がその行為者であったという確信を得た。

警察官Rの証言によれば、警察官達は、通行人からの通報により事故現場に行き、車の中で被告人の免許証を発見した。彼らは、一時五七分頃、そこから市内の方向に出発した。被告人が居住する通りの通過後、警察官達は、市内

の方向に被告人が歩いているのを見た。質問に対して、被告人は、氏名をL、住所をKと供述した。免許証の写真と比較して、警察官達は、彼がこの免許証の人物であるとの疑いを抱き、被告人は、このことを最終的に認めた。警察官達が交通事故について被告人に尋ねたとき、彼は自身で運転していたことに異議を唱え、自分は単なる同乗者であったと述べた。しかし、運転者の氏名を述べようとはしなかった。また、被告人は、事故後に自宅でさらにグラス2杯のビールを飲んだと述べた。被告人が供述の際に供述の自由について知っていたという認定は、原判決にはない。被告人に対して二時三十分と三時〇三分頃に採取された血液の検査は、それぞれ一・六七%と一・五四%の血中アルコール濃度を示した。

AGは、被告人は同乗者であって運転者ではなかったという警察官の面前での被告人の供述を、自己を防護するための虚偽の主張であると見なした。なぜなら、被告人は、主張するところの運転者の氏名を挙げなかったし、警察官達に対して、はじめには虚偽の住所と氏名を述べていたからである。さらに、アルコールの影響を、後の飲酒という虚偽の主張によって隠蔽しようと試みたことは、彼が行為者であることを裏付けるものであり、またこの供述が虚偽であったことは、二度の血液検査の間の濃度低下から明らかである、とした。

〔決定理由〕

一、「当刑事部は、警察官の面前における被告人の供述は使用禁止にすべきだとする上告理由を支持する。したがって、当刑事部は、原判決を破棄し、事件を新たな審判のために差し戻すことにするが、この点については、当刑事部の以前の呈示に基づいて下されたBGH決定(BGHSt 31, 395)があり、この決定によって、不告知が使用禁止を根拠づけることは妨げられている。当刑事部は、したがって、この問題を新たにBGHにその判断を求めて呈示することにした。」

二、この呈示問題が提起されたのは、上告理由が適切に示しているように、警察官が一六三条a四項による告知義務に違反したからである。被告人は、事故後すぐに事件について質問され、その質問に基づいて（証拠評価の際に使用される）回答をしたが、その前に彼の供述の自由について告知されていなかった。告知は、警察官が、被告人が調査された車の運転者であるとの疑いをもった後に行われなければならないのであろう。客観的には犯行の嫌疑および主観的には警察官の訴追意思が明らかとなったのであり、警察官が事故について被告人に尋ねる前に、一六三条a四項による告知が必要であった。

三、「当刑事部は、供述の自由についての告知義務違反は、その後でなされた供述に関する使用禁止を基礎づける、という見解をとる。警察官Rがこれに基づいて尋問したのでなければ、彼の証言は使用されてはならない。当刑事部によってすでに以前の呈示決定において主張された見解がBGHによって却下された理由には、納得することができない。」

四、「使用禁止は、すべての被疑者・被告人に公正な手続を保障する法治国家原理、および、一般的な人格権から生ずる。すなわち、供述の自由についての告知義務は、いかなる被疑者・被告人も自己を負罪する必要はないこと、および、被疑者はこれを、警察官が彼に対して捜査する場合に、彼が供述する前に知らなければならず、同時に、自己答責的に決定しうることにその基礎になっている。したがって、一六三条a四項は、以前に広く承認されたような(BGHSt 22, 170 参照)、単なる秩序規定ではない。このことは、もとより法学上の議論の発展によって明白なものとなってきた。告知義務に対する違反の下で獲得された申告が使用されるとしても、告知が欠如したにもかかわらず被疑者が黙秘権を事実上知っていた事例では、手続はたしかに不正でなく、被疑者の人格権は侵害されないであろう。しかし、上述の基本的手続原理の違反がなければ科すことができなかつたであろう刑罰を、この手続によって科

すことにもなる。」

五、「二四三条四項一文による公判における告知義務については、被告人がその供述の自由の知識があれば黙秘していたであろうということを上告理由が示す場合には、不告知は上告を理由づける手続過誤であることが承認されている(BGHSt 25, 325)。当刑事部は、すでに以前の呈示決定において、公判における黙秘権は、被告人が捜査手続においてこの権利を知らないで供述し、それが固執せらるるとするならば、もはや自由に実現されえないことについて言及した。これに反対して主張された論拠、すなわち、『公判に妥当することが、……そのまま手続にも妥当するということはない』という論拠を積極的に評価することはできない。供述の自由の告知は、公判においてのみ生じる目的のために規定されているわけではない。むしろ、公正な手続および被告人の人格権の維持を事実上保障するために、この供述の自由の告知は導入されているのである。そしてこの保障は、捜査手続における告知義務違反が効果をもたないままではなく、使用不能を結果として生ずる場合にのみ、可能である。供述の自由の告知を保障している法律規定の目的は、告知義務がこの上なく必要とされる場合、すなわち、被疑者の最初の尋問の際に、告知義務の遵守を要求する。ここで黙秘権の不知の状態で自己に負罪した者が、公判手続においてもその供述の自由をいまだ知らず供述する者と対置して、手続法上のより劣悪な立場になることは、正当化されえず、恣意的であると思われる。」

六、一三六条は、一三六条a三項、二五二条の規定とは対照的に、明示的に使用禁止を規定していない。しかし、一三六条a三項は、被疑者・被告人の同意があるときにも、使用禁止としており、二五二条は、供述の合法的な獲得にもかかわらず使用禁止となることを規定しているのであり、告知義務違反については、被告人は、その瑕疵によって獲得された事実に対して争い、成果を得ることができるのである。

「秩序のある刑事司法の必要が使用禁止の妨げになるであろうということは、上述のことに対置されえない。なぜ

なら、警察官は、非常にしばしば告知義務に違反するからであり、それは、当刑事部の経験によれば、この事例が事実上そうであったのだが、明白に、このような『奇襲戦略』から、被疑者が告知後にはしなかったであろう供述が期待されるためである。これに対して、使用禁止は、告知の欠如によって侵害された者の、彼に行われた瑕疵の恒久化からの保護に直接的に役立つのみならず、使用禁止は、訓育機能をも有する。使用禁止は、刑事手続において生ずる使用できないような事実の申告の実際上の数を拡大するためではなく、むしろ、使用禁止は、とりわけ、使用できないような事実の申告を告知義務の遵守によって全く生じさせないために役立つ。」

七、「手続瑕疵は、両手続規定〔一三六条aおよび一六三条a四項〕につき、使用禁止の結果が生じうる以前に、積極的に確認されなければならない。この瑕疵は、一六三条a四項による告知義務違反の事例においては、——本件では疑いなく確実である——まさしくこの違反の点にあり、供述の自由についての（きまって証明不可能であるが有りうる）被告人の錯誤の点にあるのではない。この錯誤に関しては、この錯誤はありうることであり、排除されえないということでも十分である。これに関しては、一六三条aの構造は、かくして一三六条aの構造と一致している。すなわち、そこでも、使用禁止は、違反自体が供述にとってのその因果性をまったく排除しえないことを証明したことで十分とされているのである。」

八、「被疑者の諸権利にここで認められる特別な重要性は、ドイツの刑事司法を他の諸国の刑事司法から離反させないものである。」〔Miranda v. Arizona (384 U. S. 436 (1966))〕によるアメリカ合衆国最高裁の原則的判決以来、被疑者が、合衆国憲法修正五条に基づく黙秘権を含む最も重要な手続上の諸権利について告知されることは、法律に基づく警察による尋問の基本的要件である。『ミランダ』告知の保護効果は、使用禁止によって保護されている。デンマークの刑事訴訟法は、七五二条によって同様に、供述の自由についての告知を命じている。これに対する違反の下

で行われた供述は、使用しえなく (Urteil des Vestre Landret, Viborg, vom 3. 8. 1970, Ugeskrift for Retsv-
aesen 1970 S. 901)。イギリス法によっても、自白の獲得を不公正なものにしうる警察の瑕疵ある手続は、証拠方法
の排除に導くが (S. 78 Police and Criminal Evidence Act 1984)、『そこでは、たしかに、排除は裁判所の裁量
によるとされている。ドイツ刑事訴訟法の諸原則によれば、裁量判断は考慮されないので、手続法の類似の水準は、
ここでは使用禁止の承認によってのみ保障されうる。』

(四) 一九九二年二月二七日BGH第五刑事部決定⁽³⁹⁾

右のツェレOLG呈示決定を受け、BGHは、本決定によってようやく一九八三年決定を覆すこととなった。学説
の多くは、本決定に対して本質的な点では賛同したが、⁽⁴⁰⁾使用禁止に新たな制限を設けた点に対しては批判的である。⁽⁴¹⁾

決定は、「一、警察の官憲による被疑者の尋問に、被疑者は被疑事実について見解を表明するかあるいは事件につ
いて供述をしないかは自由である旨の告知が先行しなかった場合、被疑者がこの尋問において行った供述は、使用さ
れてはならない (gegen BGH 31, 395)。二、被疑者が告知なしに黙秘権について知っていたことが確実である場合、
または、弁護人の付いている被告人が公判審理で明示的にその利用に同意するか、もしくは、二五七条に挙げられた
時点までにその利用に異議を唱えなかった場合には、右のことは妥当しない。裁判長によって異議申立てについて教
示された被告人は、弁護人の付いている被告人と同等に扱われる」と述べている。

〔事実の概要〕

ツェレOLG呈示決定の事案であるので、省略する。

〔決定理由〕

一、呈示のための要件は、存在している。

本件においてOLGは、警察官達が交通事故に対する見解を尋ねたという状況をもって、彼が被疑者として一三六一条一項に照らして質問されたものであり、この質問は一三六一条一項二文にいう尋問であった、と評価した。先行する事態および警察官達との予備的な会話を見ると、OLGのこの法的評価は、支持しうる。したがって、この法的評価は、当刑事部にとっても基礎とされうる。かくして、当刑事部は、本件の場合、一三六一条一項二文、一六三条a四項二文による告知が与えられなければならないにもかかわらず、与えられなかったということから出発した。

二、当刑事部は、一三六一条一項二文、一六三条a四項二文による警察官の告知義務に対する違反は、証拠使用禁止を基礎づけるとするOLGの見解と同意見である。これによって当刑事部は、本質的に、今日学説において支配的な見解に従い、これまでの判例から離脱する。

三、刑事訴訟法典は、証拠使用禁止についての確定的な規定をもっておらず、証拠収集禁止が使用禁止という結果をもたらすか否かという問題は、各規定および各事例形態について別個に決定されなければならない。判例は、一定の手續上の瑕疵において、たとえば、五二条による証言拒否権について告知がなかった事例で、さらに一六八条c五項および二二四条の場合における目前に迫った尋問についての弁護人への通知が不当に行われないうままであった事例で、使用禁止を肯定した。これらの事例において、使用禁止になるか否かについていかなる言明も、法律には存在しない。さらに、使用禁止を、直接的に、人格権の保護に対する憲法上の価値判断から導き出した判例もある。他の事例では、たとえば採血を医師に留保している八一条aの規定に対する違反がある場合に、判例は、使用禁止を否定した。使用禁止に至るか否かの判断は、包括的な衡量に基づいて行われ、衡量の際には、手續違反の重大性ならびに関係者の法的に保護された領域に対して手續違反がもたらす意味は、真実はいかなる犠牲を払っても探求されなければならない。

ならないというわけではないという考慮と同様に重要である。他方、使用禁止の判断にあたっては、使用禁止が真実探究の可能性を侵害するとしても、国家は憲法を考慮して機能的に有効な刑事司法を保障しなければならず、使用を禁止しなければ正義が実現されないということが、考慮されなければならない。違反された手続規定が被疑者・被告人の保護に役立たないか、あるいは第一に役立つというわけではない場合、使用禁止は肯定され難い。他方、違反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訴訟法上の地位の基礎を保障するために規定されている場合は、使用禁止は納得しうる。

四、一三六条一項二文による警察官の告知義務に対する違反は、右の基礎に関連するものであり、当刑事部の見解によれば、このことから、使用禁止がもたらされる。

(a) 何人も刑事手続において自己に不利なことを供述する必要はないという意味での黙秘権を有するという原理は、刑事訴訟の公知の原理に属する。この原理は、一九六六年一月十九日の市民的および政治的権利に関する国際規約一四条三項gにおいて、実定法上の表現を見出した。黙秘権の承認は、人間の尊厳に対する尊重に対応し、被疑者・被告人の人格権を保護するものであり、また、公正な手続の不可欠の構成要素である。刑法および刑事訴訟法以外に存在する規定によって、可罰的行為を帰せられることになる陳述を義務づけられている者は、刑事訴訟においては、右の原理を顧慮して、彼の供述はその意思に反して使用されてはならないということによって保護されるのである。

(b) 一三六条一項二文および二四三条四項において尋問官に黙秘権の告知を義務づけている法律は、黙秘権が一般的には知られていないために被疑者(被告人)の権利の保持に関するこのような告知が不可欠であることを前提としている。したがって、黙秘権の告知は、公正な手続を保障するものである。「告知をしないことによって、規定の目的は損われ、権利行使がひとつの選択枝に制限され、権利自体が削減されることになる。この権利の重要性から見て、

手続違反が重大であることが明らかとなる。被告人に対して法治国家的に手続が行われ、彼が自己に不利な証人となる必要はない、という被告人の利益が関連しているのである」(BGHSt 25, 325, 331)。

BGH第一刑事部は、裁判官が公判審理で、二四三条四項一文の(内容的には一三六条一項二文に相応する)告知を行わなかったとかぎり、右の理由から使用禁止を承認した。捜査手続における、裁判官、検察官および警察官の告知義務にも(一六三条a、一三六条一項二文)、——BGHSt 25, 325, 331における言及に反して——同じことが妥当しうる。被疑者は、警察官による最初の尋問にあたって、公判審理における状況と比肩してより高度に、無思慮に自己を負罪する危険にさらされている。被告人は、公判審理では落ち着いて供述行為の準備をすることができ、その際に法的助言を求めることができ、さらに、しばしば弁護人が付いているが、警察による最初の尋問の場合、被疑者はたいていは準備しておらず、助言を与える者がなく、さらに、慣れ親しんでいる環境から隔離され、また、よくあることだが、その事態によって当惑させられ、慣れない環境によって圧迫されあるいは驚かされて、尋問が行われる。公判では、被告人は、弁護人の援助によって供述を正しい位置に直すこともできるが、警察における最初の尋問では、しばしばそのような援助の可能性から遠ざけられており、供述態度を変更する場合でさえ、手続のその後の経過にとって重要な意味を有する事実上の効果を拡大することになる。

(c) BGHSt 31, 395, 399f. において強調された、一三六条と一三六条aについて展開されたそれぞれの解釈原理を矛盾なく一致させるといふ要請は、一三六条一項二文、一六三条a四項二文による警察の告知義務に対する違反につき、使用禁止を承認することに対立するものではない。立法者は、一三六条aについては使用禁止を明文で予定した(一三六条a三項二文)が、このことは、一三六条一項二文については使用禁止を承認しないという逆の結論を理由づけるものではない。一三六条aによる禁止される尋問方法が使用禁止に至ることは、違反の特別な重大性および該

当者の基本的諸権利にとつてのその重要性に照らして、おのずから理解される。一三六条 a 三項二文の規定は、「*「あつても」*」(“auch”) という文言が示しているように、被疑者・被告人が使用に同意するときであつても使用禁止が妥当することを定めているかぎり、その適用範囲を拡大しているのである。

一三六条 a における使用禁止は、禁止される行為が意思決定もしくは意思活動の自由に影響を及ぼしたことに依拠しているが、他方、一三六条一項二文において、告知命令違反が供述義務に関する錯誤を惹起したという「証明」は「実際にはなされえな」(BGHSt 31, 395, 400) という点に、当刑事部は、何ら評価矛盾を見い出さない。ここでは、ツェレOLOGの呈示が正当に述べたように、比肩しえない事案が問題なのである。意思自由の侵害が一三六条 a において特別に挙げられているのは、取るに足らないそれ故重大でない程度の疲労および欺罔もまた存在するからである。虐待および苦痛ならびに身体的侵襲の場合には、一三六条 a の適用可能性を理由づけるためには、いかなる附加的な確認も当然必要ない。一三六条一項二文による告知義務違反の場合は、純粹な不作為が問題となり、ここでは、様々な程度の影響の間で区別することはできない。むしろ、不作為のすべての事例が、告知義務に対する違反の事例である。一三六条 a の事例において手続瑕疵は告知義務に対する違反の場合よりもはるかに重大であるという事情のみでは、一三六条一項二文の事例においても使用禁止を承認すべきとすることに反対する理由にはならない。

(d) 立法者が、警察官による告知義務違反の法的効果をめぐる長年にわたる議論にもかかわらず、使用禁止を承認するか否かを明示的に判断しなかったという事情は、使用禁止の承認に反対するものではない。詳述したように、使用禁止についての確定的な法律上の規定は、ドイツ刑事訴訟法にとつて未知のものなのである。

五、使用禁止の適用および限界については、次のことが妥当する。

(a) 事実審裁判官は、警察官が一三六条一項二文による告知をしなかったという事実上の手がかりが存在するかぎ

り、告知があつたか否かを自由な証明手続において明らかにしなければならぬ。裁判官は、自由な証明手続において、とくに、警察官が刑事手続および過料手続のための指針（四五条一項）に相応して、効果的な告知を記録で知らせるように行ったか否かを注意することになる。告知がなされたか否かが明らかにされえない場合には、事実審裁判官は、尋問の内容を使用することができる。

(b) 警察官は、被疑者が彼の諸権利を知っているか否かにかかわらず、一三六条一項二文による告知を行う義務を有している。法律は、告知義務のいかなる例外も予定していない。このことは、また重要である。すなわち、法律状態を熟知している者も、場合によっては、捜査手続における尋問という特別な状況の故に、明白な考えを表現するために、一三六条一項二文による告知を必要とする。

尋問の開始にあたって、告知なしにでも彼が供述する必要があることを知っていた者は、たしかに、黙秘権を知らなかつた者と同程度には保護を必要とはしない。彼は、一三六条一項二文、一六三条a四項二文によって告知されなければならぬが、この場合には、使用禁止は例外的に適用されない。事実審裁判官は、必要な場合には、自由な証明の方法で、被疑者が尋問の開始にあたって黙秘権について知っていたという見解に至るならば、被疑者が告知なしに警察の面前で行つた供述の内容を判決発見の際に使用することができる。他の場合には、彼は、使用禁止を考慮しなければならない。

事実審裁判官は、個々の事例のより詳細な吟味なしには、被告人が最初の警察による尋問にあたって黙秘権を知っていたことを前提としてはならない。たとえば以前に刑罰を受けた者というような一定のグループの者にはいわずに、しかも黙秘権は知られているというような、一般的な経験法則もない。たしかに、被疑者が弁護人の立会いの下で警察の面前において供述する場合には、通常は黙秘権の知識は有するものと仮定されうる。事実審裁判官が、事実上の

手がかりに基づいて、被告人が警察による尋問にあたって黙秘権を知っていたということに対して真の疑いをもち、自由な証明手続がこの疑いを取り除くことができなかつたならば、告知義務の制定によってなされた立法者による基本的決定に相應して、被疑者はこの知識が欠けていたことが仮定されなければならない。この場合には、証拠使用禁止が存在する。同様の方法で、証人が五二条三項に違反して証言拒絶権について告知されなかつた事例においては、証人がその証言拒絶権を知っていたことが確実である場合にのみ、使用禁止は無くなるということが承認される。

(c) 被告人の弁護士が公判で関与し、弁護された被告人が、告知なしに(一三六条一項二文)なされた供述の内容の使用に対して明示的に同意した場合は、使用禁止は存在しない。同じことは、弁護人の付いている被告人がそのような使用に異議を申し立てなかつた場合にも妥当する。この異議申立ては、二五七条に挙げられた時点までにのみ主張することができる。かくして、異議申立ては、遅くとも、被告人または弁護人が、告知なしになされた供述の内容に関連する証拠調べに引き続き行った言明の中に含まれていなければならない、判例は、すでにこれまで比肩する事例について、弁護人の付いている被告人が、事実審において使用禁止およびそれに先行した証拠提出に異議を申し立てなかつた場合に、使用禁止を引き合に出す権利がなくなる可能性を示してきた。使用禁止のこの制限は、被告人の諸権利を不適切な方法で削減しているとはいえない。この制限は、弁護人の特別な責任、および、告知の欠如を探知し、使用禁止を引き合に出すことが意味のある弁護に役立つか否かを認識する彼の能力に対応している。

被告人が、事実審で公判において弁護人を有していなかつた場合には、右の制限は、裁判長によって、被告人が警察においてなされた彼の供述の使用に異議を申し立てることができることを教示された場合にのみ、妥当する。他の場合には、使用禁止が適用される。この場合には、使用禁止は、二四三条四項による効果的な告知があつたにもかかわらず、被告人が警察において供述義務があつたと思ひ込んでいるために、あるいは一般的な不器用さから、一三六

条一項二文違反を話題にしない、という可能性を考慮に入れなければならないからである。

六、警察官の告知義務違反が使用禁止を根拠づけるとすると、一三六条に関わらない警察官の情報収集が、いかなる時点で一三六条一項二文による告知義務を喚起する被疑者尋問に変化するのかという問題が重要となる。情報収集のための質問と尋問との曖昧な対比によっても論議されるこの問題は、判例および学説においては、いまだ完全に明らかにはされていない。当刑事部は、遅くとも証人Rが被告人に事故車両を運転していたか否かについて質問した時点までに被疑者尋問が存在したというツェレOLOGの見解を基礎にしたので、本件ではこの問題点に取り組む必要はない。これに関連して当刑事部は、次のような言及のみをすることができる。すなわち、

犯行現場でまたはその周辺で、ある人物に一定の出来事を観察したか否かを質問する警察官は、被疑者に尋問してゐるのではない。しかし警察官は、その活動において、役に立つ証人と並行して犯人を発見することを望んでいることともありうる。重要なのは、警察官が被質問者に対して抱く嫌疑の強さである。その際に、警察官は、評価の余地を有しているが、もちろん彼は、この評価の余地を一三六条一項二文による告知の時点までできるだけ遅くに延期する目的をもって濫用してはならない。嫌疑の強さとならんで、警察官の行為が、外部的に見て、また被質問者の感覚においてどのように思われるかもまた重要である。客観的メルクマールと主観的メルクマールのこのコンビネーションは、職務規定(AO)三九七条一項の規定の基礎にある。すでにその外部的な吟味結果によれば、警察官は被質問者に被疑者として応対していることを証明する警察官の行為形態が存在するときにも、警察官がこのことを述べないことがありうる。これは、たとえば、警察官が被疑者と警察の車の中で警察署までに行き会話を妥当するであろう。ここでは、比較的軽微な嫌疑の場合にさえ、質問の前に一三六条一項二文による告知が口に出されなければならないだろう。同じことは、当然、該当者が仮逮捕される場合、また、被疑者について行われる捜索の場合に、妥当する。

七、ツェンOLGは、アメリカ連邦最高裁の *Miranda v. Arizona* (1966) が証拠使用禁止の明確化のために有する特別な重大性に、正当にも言及している。アメリカ連邦最高裁の右の判決によれば、使用禁止は「身柄拘束中の取調べ」(“custodial interrogation”)にのみ関係するため、本件においては、使用禁止は承認されなかったであろう。“custodial”という文言には、まず、警察署において被疑者を隔離し、焦燥させる環境が意味され、また、警察官による逮捕後の状況およびそれに比肩しうる状況、たとえば住居への警察官の侵入および警察署への被疑者の引致が当てはまる。しかし、アメリカ最高裁によれば、“ordinary traffic stop”および職務質問は、“custodial interrogation”を基礎(42)けなく。

(五) 一九九二年四月一日BGH第五刑事部判決⁽⁴²⁾

本判決は、一九九二年二月二七日BGH決定と同じく、BGH第五刑事部によるものであるが、結論的には逆に、供述拒否権を告知しないで行われた被疑者尋問の結果の使用可能性を肯定した。本件においては、尋問は、捜査手続当時に適用されていた東ドイツ刑事訴訟法典によって供述拒否権を告知しないで行われたのである。

〔事実の概要〕

陪審裁判所は、東ドイツ刑法による殺人を理由として、二人の被告人に終身自由刑の有罪判決を下した。事実認定によれば、被告人LとKは、Fをベルリンの彼の住居において殺害した。

被告人Lは、両被告人が逮捕された日である一九八九年八月二四日に、警察官による最初の尋問において自白し、八月二五日の捜査裁判官の面前でも自白した。九月中旬以来、彼は元の供述を撤回し、公判においてもそれを維持した。被告人Kは、一九八九年八月三〇日の警察官による尋問において自白した。八月二四日の警察官による最初の尋

問ならびに二五日の捜査裁判官による尋問においては、彼は、外部的な行為経過の本質的部分について認めていたが、殺害の意思は否定していた。被告人Kは、十月には、彼の自白を撤回し、公判では、事件について供述しなかった。陪審裁判所は、公判で警察の取調官を証人として尋問し、捜査裁判官による尋問についての八月二五日の調書を朗読した。両被告人は、供述拒否権の告知が与えられなかったと主張したが、この上告理由は認められなかった。被告人らの上告は、刑罰問題についてのみ是認された。

〔判決理由〕

一、当刑事部は、手続についての異議申し立ての判断の際に、次の事実を前提とする。

尋問の当時（一九八九年八月二五日）東ドイツに適用されていた法には、一三六条一項二文と異なり、被疑者は尋問前に供述拒否権を告知される旨の規定はない。この告知は、実務においても一般に行われていない。したがって、当刑事部は、被告人らは、そのような告知を八月二五日の捜査裁判官による尋問の前にも、それ以前になされた警察官による尋問においても与えられなかったことを前提とする。彼らが、告知されなくても黙秘が可能であることを予想していたことを認めるに足りる手がかりはない。

二、陪審裁判所は、八月二五日の調書を、その調書が使用不能であったならば、朗読しなかったであろうし、調書内容を適用しなかったであろう。しかし、その調書は使用可能であった。

ここでは、使用禁止を、一九九二年の当刑事部の決定（BGHSt 38, 214）から導くことはできない。本件の事案は、当刑事部が右の決定において判断しなければならなかった事例とは、ベルリン中央地区裁判所の裁判官には黙秘権の告知が法律上規定されていなかったという点で、事実上の観点において区別される。しかし、この相違は、それだけでは八月二五日の尋問結果の使用を正当化しない。

例において、もっとも最近になって初めてBGHによって承認されたのである（BGHSt 31, 395 から離れて——BGHSt 38, 218）。

取調官の行為が東ドイツの法によってどのように判断されるとしても、尋問の際に一三六条aにおいて記述された方法のひとつによって意思決定および意思活動の自由が影響を与えられたことに基づいている場合には、その尋問結果は、法治国家的手続に違反して達成されたものであり、したがって使用不能である。しかし、本件では事情はそうではなかった。

東ドイツの文献では、被疑者は自己負罪の供述を義務づけられていないことが承認されていた。供述を拒否する被疑者の権利については、たしかに「法律的に規定されてはいない」が、「事実上」存在する、と言われていたのである。さらに、東ドイツは、何人も自己に対する証人として供述しあるいは有罪であると認めることを強制されないこと（一四三条三項g）を規定している市民的及び政治的権利に関する国際規約の加盟国であったことにも、言及されなければならぬ。しかし、実務がこれらの原則に従っていたかどうかは、批判的に吟味されなければならない。

これらの原則に反して、自己負罪が義務づけられていると被告人らを誤信させたことは、上告趣意からも事件記録からも認めることはできない。被告人Kの上告申立てに反して、取調官が法律上規定されていない黙秘権告知を行わなかったことは、一三六条aによる欺罔と同一視されえない。

何人も自己に不利に供述する必要はないという原理の法治国家的意味に照らして、たしかに、東ドイツの刑事訴訟機関の面前でなされた供述が、一三六条aの諸要件が提示されなかった場合であっても使用不能となるような事例形態が考えられる。当刑事部は、東ドイツの取調官が、真実に合致する供述のために「法律上の可能性すべて」を使用しつくして黙秘している被疑者の心を動かすように促されていたこと、この範囲内で、「真実探究に協力する不可欠

性について被疑者を納得させるために」、被疑者に影響を与えてもよいとされていたことを考慮する。たしかに、最近の東ドイツの文献においては、供述が義務づけられていないことの被疑者への告知が推奨されてはいた。しかし、供述の使用に関する個々の事例において、黙秘を放棄させ、また、こうして「真実の確定」(東ドイツ刑事訴訟法八条二項)に協力させるために、被疑者が法治国家的に違反する方法で影響を与えられたか否かが吟味されなければならぬことについては、何も変わらない。

(c) 対立する観点の吟味にあたって、刑事事部は、一九八九年八月二五日の供述が使用されうるという結論に達した。刑事事部にとって自由な証明として行われる評価からは、法治国家的観点の下で、本件の捜査手続の経過は、使用禁止を要求するものではない。この点で、取調官の尋問に従って判決理由中に述べられている警察官による尋問のテープ録音についての陪審裁判所の観察は、決定的である。これによれば、被告人は心理的圧迫なしに尋問されたからである。この事情は、裁判官による尋問の評価についても意味を持つ。なぜなら、被告人らは、捜査裁判官の面前で、とりわけ先行した同じ日の警察官による尋問の内容を引用したからである。告知の欠如とは無関係に、ここでの手続経過は、なんら際だいたことを示さなかったたので、本手続は、統一条約の規定を顧慮して、八月二五日の供述は使用されうるという意味において、続行されうる。

(六) 一九九三年一〇月一二日BGH第一刑事部判決⁽⁴⁾

一九九二年二月二七日BGH決定は、黙秘権の不告知は原則として供述を使用禁止にするとしたが、同時にその適用に制限を設けている。このことについて、学説からの批判がなされていた。本判決は、告知が理解されなかった場合について使用禁止としたが、同時に、右の使用禁止を制限する部分も適用された事例である。

本判決は、次のように述べている。すなわち、「被疑者がその精神的・心的状態のゆえに、供述の自由についての警察官の告知を理解しない場合、彼がこの尋問の際に行う供述は、弁護人の付いている被告人がその使用に同意するか、または、二五七条に挙げられた時点までにその使用に異議を唱えない場合にのみ、公判で使用されうる(BGHSt 38, 214との関連)。」

〔事実の概要〕

被疑者は、放火によって不動産および動産の損害をもたらした責任を問われた。被疑者は、責任能力がなかったし、かつ、現在もないので、検察は、保安処分手続で精神病院におけるその強制収容を申し立てた。LGは、犯行の証明がないとして、強制収容を拒否した。

検察側の上告は、LGが、被疑者が供述するか黙秘するかの権利に関する警察官による告知を理解しなかったために、警察官に対する被疑者の供述を不当にも使用不能とみなしたと主張した。検察側の見解によれば、警察官による告知が行われたが、被疑者の精神的状態により内容的に理解されなかったことは、警察官の告知が行われなかったこと(BGHSt 38, 214 参照)と同一視されるべきではない。しかし、使用禁止が肯定される場合でさえ、本件では、使用禁止は場合によって制限的に介入する。なぜなら、弁護人は使用に対して、警察官Kの証人尋問後ただちにではなく、それに続く警察官W女の尋問後になってはじめて、異議を申し立てたからである。証人Kの証言は、かくして、使用可能なままである(BGHSt 38, 214, 225/226 参照)。以上が検察側の主張である。

〔判決理由〕

1. 「BGHSt 38, 214 の決定において、BGHは、被疑者が警察による尋問の際に行った供述は、一六三条a 四項二文、一三六条一項二文によって規定された告知が尋問に先行しなかった場合には使用されえない、と判断した。当刑

事部の見解によれば、右の決定においてのべられた諸原則は、告知はたしかに行われたが、被疑者が精神的状態によってその告知を理解しなかった場合に、同様の方法ではないが、たしかに準用されうる。

相違点は存在する。法律は、黙秘権は——それ自体、法律上の告知義務よりすでに以前に存在していた——一般的に知られていないことを前提としているので、黙秘権の告知を規定している (BGHSt 38, 214, 221)。

かくして、告知は、被疑者の単なる——修復するのは困難ではない——知識の欠損を埋め合わせることになる。それに対して、本件では、精神的障害によって引き起こされる理解力の欠損が問題である。この欠損は、被疑者に随伴しているものである。

この相違は、そのような被疑者の尋問をそもそも断念することには関連しないという結果になる。尋問の目的は、もとより、『被疑者に、彼に対して存在する容疑理由を除去し、彼の有利な事実を主張する機会を与える』ことにもある (一三六条二項、一六三条 a 四項二文)。この可能性は、被疑者が質問に答える用意があるにもかかわらず、被告告知をおそらくあるいは確実に理解しなかったという理由で尋問が放棄されるならば、被疑者から奪われることになる。かくして、取調官は、このような事例においても、供述の用意がある被疑者を尋問しなければならないであろう。このような尋問は、さらに、取調官には「この時点ではまだ」その後の捜査手続および公判審理において利用できるように補助手段、すなわち、鑑定人の鑑定意見および被疑者の精神的状態に関するすべての重大な状況の包括的な説明が欠けているのであるから、すでに不可欠である。これによってはじめて、取調官の知覚の使用の下で——重大な身体的もしくは精神的障害ないし疾病が存在し、その結果、被疑者が取調官の告知を理解したことの最終的な認定が行われるべきか否かが明らかにされうるであらう。

したがって、決定的なことは、使用の問題である。弁護人の付いている被告人が公判審理で同意するか、あるいは、

二五七条で挙げられた時点までに異議を申し立てない場合には、使用は許容される (BGHSt 38, 214, 225/226)。使用は、被疑者の利益になることがあるからである。

その他、——被疑者の異議申し立てがある場合——被疑者がその黙秘権の告知を理解しなかったことが確認される場合に、使用禁止を承認することは、告知がない事例との指摘された相違にもかかわらず、正当化される。なぜなら、さもなければ、被疑者の精神的障害は、黙秘権——この障害のために被疑者はそれに気が付かない——を効果のないものとするであろうからである。このこともまた、公正な手続を侵害するであろう (LG Verden StV 1986, 97、また参照)。

二、かくして、使用禁止を承認したLGの判断は正当である。しかし、LGが警察官二人の尋問について使用禁止としたことについては不当である。警察官Kの尋問にまで使用禁止を拡大したことは、弁護人が、その後でなされた警察官W女の尋問の後になってはじめて使用に異議を申し立てたことから判断すれば、不当である。弁護人は、両取調官の聴取の後にはじめて、使用禁止の要件を確実に判断することができたという理由で、その異議を躊躇してはならなかったのである。それぞれの証人尋問は、その使用可能性に関して、それ自体で判断されなければならない。二五七条に挙げられた時点までに、弁護人は、それが適切であると思うならば、少なくとも念のために、場合によっては後に取り下げることのできる異議申し立てを提起しておかなければならない。弁護人がそれをしないならば、供述は使用可能である。

したがって、警察官Kの供述を使用しなかったことには、瑕疵があった。しかし、当刑事部は、それを使用しても、被告人が行為者であるという認定——それによる強制取容——に導かなかったであろうと考える。

(1) わが国における黙秘権の告知制度の成立経緯につき、三井誠『刑事手続法(1)』一四三頁以下(一九九三年・有斐閣)参照。

- (2) Escobedo v. Illinois, 378 U. S. 478 (1964).
- (3) Miranda v. Arizona, 384 U. S. 436 (1966).
- (4) ミランダ判決につき、田宮裕・アメリカ法一九六六年Ⅱ三二八頁、芝原邦爾「捜査段階における自白の許容性——ミランダ判決の意味するもの——」ジュリスト三五六号一〇六頁(一九六六年)、エスコビード判決につき、田宮裕・アメリカ法一九六五年一四六頁、小中信幸「アメリカにおける被疑者の弁護人との接見交通権について——エスコビード判決を中心として——」判例タイムズ一八〇号一四頁(一九六五年)。
- (5) 小早川義則「ミランダ判決の二五年」名城法学四三巻一・二合併号二五〇頁(一九九三年)。
- (6) BGHSt 38, 214 = StV 1992, 212 = JZ 1992, 918.
- (7) BGHSt 38, 372 = StV 1994, 1 = JZ 1993, 425. 本判決の紹介・検討については、別稿を予定してゐる。
- (8) Ransiek, Belehrung über Aussagefreiheit und Recht der Verteidigerkonsultation : Folgerungen für die Beschlusstenvernehmung, StV 1994, 343.
- (9) AG Hameln, NSHZ 1990, 293; AG Gelnhausen, StV 1991, 206; LG Verden, StV 1986, 97.
- (10) 刑集二巻八号八四六頁。
- (11) 刑集四巻一一号二三五九頁。本件につき、竹内正「黙秘権の告知」別冊ジュリスト・刑事訴訟法判例百選三四頁(一九六五年・有斐閣)。
- (12) 最高裁昭和二八年四月一四日第三小法廷判決(刑集七巻四号八四一頁)など。
- (13) 判タ六九八号八三頁。
- (14) 判タ七四三号六九頁。
- (15) 判タ七六〇号二六一頁。本件につき、鈴木義男「黙秘権等の不告知と自白の任意性」別冊ジュリスト・刑事訴訟法判例百選(第六版)一五二頁(一九九二年・有斐閣)。
- (16) 高田卓爾『注解刑事訴訟法・中巻(全訂新版)』五三三頁(一九八二年・青林書院新社)。
- (17) 小田中聰樹、高田田宮編『演習刑事訴訟法』五三三頁(一九八四年・青林書院新社)。
- (18) 平野龍一『刑事訴訟法』一七九頁(一九五九年・有斐閣)。

- (19) 光藤景皎『口述・刑事訴訟法・上』一一〇頁(一九八七年・成文堂)。
 - (20) 久岡康成『黙秘権』井戸田編『総合研究・被疑者取調べ』四一六頁(一九九一年・日本評論社)。
 - (21) 渥美東洋『国税犯則嫌疑者への質問と供述拒否権の保障』法律のひろば三七卷七号四八頁。
 - (22) 田宮裕「被疑者・被告人の黙秘権」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座・第一卷』七八頁(一九六三年・有斐閣)。
 - (23) 平野・前掲注(18)一〇八頁、一七九頁。鈴木茂嗣『刑事訴訟法(改定版)』四六頁(一九九〇年・青林書院)は、黙秘権の不告知が直ちに憲法違反になるわけではないとしても、その結果、供述義務があると誤信して供述したときは違憲となるとする。
 - (24) 三井・前掲注(1)一四六頁。
 - (25) 団藤重光『条解刑事訴訟法・上巻』(一九五〇・弘文堂)三六七頁、竹内・前掲注(11)三五頁、小田中・前掲注(17)五四頁、久岡・前掲注(20)四一六頁、田宮・前掲注(22)七九頁、同『刑事訴訟法』一二六頁、三四七頁(一九九二年・有斐閣)。
 - (26) 高田卓爾『刑事訴訟法(二訂版)』三三七頁(一九八四年・青林書院)、井戸田『刑事訴訟法要説』八九頁(一九九三年・有斐閣)も同旨。
 - (27) 鈴木・前掲注(23)八四頁。
 - (28) 松尾浩也『刑事訴訟法・下(新版)』四三頁(一九九三年・弘文堂)。
 - (29) 松尾浩也監修・松本土本編『条解刑事訴訟法(増補補正版)』三一〇頁(一九八八年・弘文堂)。
 - (30) Das StPÄG vom 19. 12. 1964 (BGBl I 1067)。
 - (31) 「秩序規定」という訳は、山田晟『ドイツ法律用語辞典(改訂増補版)』(一九九三年・大学書林)、ベルンド・ゲッツェ『独和法律用語辞典』(一九九三年・成文堂)による。
- “Ordnungsvorschrift” の詳しい説明がある。von Roxin, Strafverfahrensrecht, 23. Aufl. (1993) S. 388 参照。
- (32) BGHSt 22, 170.
 - (33) BGHSt 25, 325.
 - (34) Roxin, Strafverfahrensrecht, 17. Aufl. (1982) S. 129 以下。

(35) B G H の判例と異なった判断をしようとするときに、B G H に呈示してその判断を求める義務が O L G に存在する。裁判所構成法(G V G) 一二一条二項による。なお、「呈示決定」という訳は、山田・前掲注(31)による。また、ゲッツェ・前掲注(31)によれば、「Vorlagepflicht」は、「提示義務」と訳されている。

裁判所構成法第一二一条「上訴審における刑事事件における管轄」(試訳)

(一) 上級地方裁判所(O L G)は、刑事事件において、上訴についての審理および裁判に対してさらに管轄する。すなわち、

1. 次のものに対する上告

(a) 控訴によって争うことができない単独裁判官の判決

(b) 刑事部小法廷および大法廷の控訴審判決

(c) 上告がもつばら州法に包含される法規範の違反に基づく場合における地方裁判所(L G)の第一審判決

2. 刑事部または連邦裁判所(B G H)の管轄が根拠づけられない場合における単独裁判官の裁判に対する抗告

3. 刑法第一一六条、第一三八条第二項による刑執行部の裁判に対する抗告

(一) 上級地方裁判所が、第一項第一号 a もしくは b に関する裁判について、一九五〇年四月一日以降に行われた他の上級地方裁判所もしくは連邦裁判所の裁判と異なる裁判を行おうとするとき、および、第一項第三号に関する裁判について、一九七七年一月一日以降に行われた他の上級地方裁判所もしくは連邦裁判所の裁判と異なる裁判を行おうとするとき、上級地方裁判所は、事件を連邦裁判所に呈示しなければならない。

(三) 略

(36) BGHSt 31, 395 = JZ 1983, 716 = StV 1983, 494.

(37) OLG Celle, Vorlagebeschluss, StV 1991, 249.

(38) たぐま^{たぐま} Grünwald, Anmerkung, JZ 1983, 717.

(39) BGHSt 38, 214 = StV 1992, 212 = JZ 1992, 381.

(40) Feser, Anmerkung, JR 1992, 385; Roxin, Anmerkung, JZ 1992, 923; Bohlander, Anmerkung, MStZ 1992, 504; Kiel, Verwertungsverbot für Beschuldigtenvernehmung ohne vorherige Belehrung: Der BGH korrigiert

sich überzeugend? NJW 1993, 501.

(41) Grünwald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung (1993) S. 146ff.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 23. Aufl. (1993) S. 162.

(42) BGHSt 38, 263 = NJW 1992, 1637 = NSLZ 1992, 344.

(43) BGH, StV 1994, 4.

〔関連条文〕

ドイツ刑事訴訟法

第三六条(最初の尋問) ① 最初の尋問の開始の際、被疑者・被告人に対し、どのような行為について責任を問われているのか及びどのような罰条が問題とされているのかを告げなければならない。被疑者・被告人には、本法の定めるところにより、帰罪について陳述すること又は事件について陳述しないこと、及び、いつでも、たとえ尋問の前であっても、被疑者・被告人の選任する弁護士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・被告人には、その責を免れるため、個々の証拠調を請求することができる旨を教示するものとする。それが有用な場合には、被疑者・被告人に、書面により陳述できることをも告げなければならない。

② 尋問は、被疑者・被告人に、容疑の根拠を弁明し、かつ、自己に有利な事実を主張する機会を与えなければならない。

③ 被疑者・被告人の最初の尋問に際しては、同時に、その身上関係の解明にも留意しなければならない。

第三六条 a (禁止された尋問方法) ① 被疑者・被告人の意思決定及び意思活動の自由は、虐待、疲労、身体に対する侵害、薬物の投与、苦痛の付料、欺罔、又は催眠によつて侵害されてはならない。強制は、刑事手続法がこれを認めている場合に限り用いることができる。同法の規定の定めるところにより許されない処分をもってする威嚇及び法律上規定されていない利益の約束は、禁止する。

② 被疑者・被告人の記憶力又は洞察力を侵害する処置は、許されない。

③ 前項に定める禁止は、被疑者・被告人の同意があつても、適用する。この禁止に違反して得られた供述は、被疑者・被告人が同意したときでも、使用してはならない。

第一六三条a(被疑者の尋問)④ 被疑者は、遅くとも、捜査の終結前に、尋問しなければならぬ。ただし、手続が打ち切られるときは、この限りではない。簡単な事件にあつては、被疑者に書面で陳述する機会を与えれば足る。

② 被疑者が、自己に有利な証拠調を求める場合において、それが意義を有するときは、これを取り調べなければならぬ。

③ 被疑者は、召喚に基づいて、検事局へ出頭する義務を負う。第一三三条から第一三六条aまで、第一六八条c第一項及び第五項を準用する。引致の適法性については、被疑者の請求により、裁判所が裁判する。第一六一条a第三項第二文から第四文までを適用する。

④ 警察の職務を行う公務員による第一回目の被疑者の尋問に際しては、被疑事実を告げなければならない。そのほかに、警察の職務を行う公務員による被疑者の尋問に際しては、第一三六条第一項第二文から第四文まで、第二項、第三項及び第一三六条aを適用する。

⑤ 警察の職務を行う公務員による証人又は鑑定人の尋問に際しては、第五二条第三項、第五五条第二項、第五二条第三項を準用する。第八一条c第三項第二文及び第一三六条aを準用する。

第二四三条(公判手続の順序)① 公判は、事件の呼上げによつて始まる。裁判長は、被告人及び弁護人が出頭しているかどうか及び証拠が取り寄せられているかどうか、とくに、召喚されている証人及び鑑定人が出頭しているかどうかを確定する。

② 証人は、法廷を退出する。裁判長は、被告人の身上関係について、被告人を尋問する。

③ 次いで、検察官が訴追命題を朗読する。その際、第二〇七条第三項に定める場合においては、検察官は、新たな起訴状に依拠する。同条第二項第三号に定める場合においては、検察官は、公判開始決定の基礎とされた法的評価と共に訴追命題を朗読する。その他に、自己の異なる法律上の見解を述べることができる。同項第四号に定める場合においては、検察官は、裁判所が訴えについて公判手続を許すに際して決定した変更を願慮する。

④ 次いで、訴えについて陳述するか、又は、事件について供述しないかは、被告人の自由である旨告げられる。被告人が陳述しようとするときは、第一三六条第二項の定めるところに従つて、事件について被告人を尋問する。被告人の前科は、裁判に就つて意義を有する限りにおいてのみ、確定するものとする。前科を確定する時期は、裁判長が決する。

第二五〇条(尋問の原則) 事実の証明が人の知覚した内容に基づくときは、その者を公判において尋問しなければならない。尋問は、予め行われた尋問について作成された調書又は供述書の朗読によつて代えることはできない。

第二五二条(許されない調書朗読) 公判においてはじめて証言拒絶権を行使した公判前に尋問された証人の供述は、朗読してはならない。

第二五七条(被告人、検察官及び弁護人の意見聴取) ① 各証人、鑑定人又は共同被告人の尋問後、及び各書面の朗読後、被告人は、これについて何か陳述することがあるかどうかを質問されるものとする。

② 求めにより、検察官及び弁護人も、被告人の尋問後及び各個の証拠調べ後、これについて陳述する機会を与えられる。

③ この陳述は、終結弁論を先取りしてはならない。

(訳文は、法務大臣官房司法法制調査部『ドイツ刑事訴訟法典』(一九八一年・法曹会)による。ただし、第一三六条a第一項の列挙事由のうち、苦痛の付科(Quälerei)が欠落していたので補充した。他の部分についても適宜補正した。

統一条約に関する補充規定1第三章(連邦司法大臣の職務管轄)分野A(司法)第三節〔試訳〕

第二八号 その他、第一号から第二七号までに特別に規定されていない場合には、以下の一般基準が適用される。

(g) 編入の効力発生の時に係属中の事件は、その現状のまま、現行の諸規定に従って続行されるものとする。