

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(5・完)

池田 秀彦

判例評釈(3)

(4) 1996年5月21日の連邦通常裁判所判決の評釈

① Ventzke, StV 1996, 524.

「Ⅱ. 証拠利用禁止によって保護された自己負罪強制の禁止と捜査手続における効果的な弁護を求める権利の保障に関して連邦通常裁判所第5刑事部によって開始された判例の展開は、喜ばしいものであった。この傾向は、『取調べ前に被疑者に対して弁護人との相談に際して〈最初の援助〉を提供する捜査機関の義務』に対する1996年1月12日の同刑事部の判決にその(一時的な)頂点を見いだした。その間、この判決を『画期的な裁判として刑事司法の歴史に残る』と評価することは、軽率であった。単なる傍論 *obiter dictum* でしかないが故に、この裁判は、画期的な影響を与えることはできなかった。

Ⅲ. Fezer が苦心して明確にした、相反する BGH の判例の傾向に応じて——一方において被疑者の保護権および関与権の強化、他方においてこれらの権利を犠牲にして刑事訴追機関の解明可能性の強調——第1刑事部は、1996年5月21日の判決においてこの展開を阻止しようとし、そして証拠利用禁止が市民権の侵害の必然的效果としてではなく、また捜査機関の狩猟熱の規律の手段としてではなく、『真実発見義務の重大な侵害』として表れるとの刑事訴訟法の理解に立つ旨を明らかにした。……

1. 第1刑事部は、この見解をどのようにして基礎づけるのであろうか。

3. 結論：判決理由の不十分なドグマ的な外見の背後に、刑事部の判断上、(BGHSt 38, 214によって開始された)被疑者の権利の強化とは調和しない、重要な刑事政策上の観念が窺われる。その点においてこの判決は、関連するアメリカの判例の展開と一致している。

いずれにせよ、刑事訴追機関に『被疑者の保護が真実の供述の条件である』との理解を伝えようとする、共感できるが、つまるところ理想的な試みが実を結ぶことは、ありそうもないように思われる」(趣旨)

② Herrmann, NStZ 1997, 209. — BGHSt Urt. v. 21. 5. 1996—1StR 154/95 (NStZ 1996, 452) の評釈でもある

〔I. 被疑者の権利の強化〕

警察の取調べに際しての被疑者の地位については、近年動きが見られる。というのは、BGHは、これについて多くの重要な裁判をしたからである (BGHSt 38, 214 — 黙秘権についての教示がなされなかった際の利用禁止の承認; BGHSt 38, 372 — 被疑者に弁護人の照会が拒否される場合の利用禁止の承認; BGHSt 39, 349 — 精神的に障害のある被疑者が刑法136条1項2文、163条a4項2文によりなされた教示を理解しない場合の利用禁止の承認; NStZ 1996, 291 — 弁護人との接触を行う際に取調官が被疑者に効果的な援助を提供しない場合の利用禁止の承認)。第5刑事部の二つの裁判は、この手続段階での被疑者の権利を本質的に拡張したことにより、これらの裁判の中で突出している。1992年に第5刑事部は、学説において一致して認められていた見解、即ち被疑事実について供述したり、供述しない権利について事前に教示されていないときには、被疑者が取調官の前でなした供述は、原則的に利用できないという見解に従い、またその場合に証拠利用が禁止されることを決定したことにより、連邦通常裁判所の裁判の中で重大な転換をもたらした (BGHSt 38, 214)。

1996年に第5刑事部は、この方向での歩みを決定的に進めた。けだし今度は、警察の取調べ前に弁護人と相談する被疑者の権利の価値を多くの点でより高めたからである (NStZ 1996, 291)。刑事部は、刑法136条1項2文、163条a4項2文、137条1項1文の文言を超えて、被疑者が法的な援助を要求するときには、取調官がいかなる処置をとらなければならないかを厳密に決定した。この様な場合に、取調べは、『直ちに』中断されなければならない。警察は、弁護人に連絡するに際して『効果的な方法で』被疑者に協力するよう『真剣に』努めなければならない。これがうまく行かないときには、警察の取調べは、まず被疑者が『再度』弁護人を呼ぶ権利を教示され、そして彼が『明確に』取調べの継続に同意する場合にだけ、継続されてよい。この行動の指示違反に際して、利用禁止は、働くとする (NStZ 1996, 291, 292 f)。

この裁判は、例外なく歓迎された (Beulke NStZ 1996, 257; Hamm NJW 1996, 2185; Herrmann StV 1996, 396, 404; Egon Müller StV 1996, 358; Ventzke StV 1996, 524)。Beulkeは、そこに刑法136条1項2文に対する近年の判例の『一貫した展開』を認め、そして警察が今義務を負っている『真剣な助力』について述べた。Egon Müllerは、この裁判を『画期的な裁判』として歓迎した。 — 弁護人による援助の強化によって、同時に、被疑事実について供述するかどうか、またどのように供述するかについて自由に判断する被疑者の他の権利にも新しい根拠が置かれた。この権利を教示された場合でも、弁護人が専門知識に基づく助言で彼を助けるときにだけ被疑者は、どの様な態度をとるかについての判断を有意義に行うことができることが多い。結果的に、決定的なポイントの切り替えが今回なされたということ、そして将来においてそこから生ずる、より小さな問題を解くことだけが重要であるということから出発することができた。

II. 第1刑事部による転換

しかしこれは、大いなる誤解だということが分かった。といのは、1996年3月には第5刑事部が被疑者に与えた多くのものを再び奪った第1刑事部の裁判が出されたからである。第1刑事部にとっては、刑訴法163条a4項、136条の『明確な文言』からも公平な手続の憲法原則からも被疑者が弁護人を要求すれば、警察による取調べを継続することの禁止は、明らかとはならない。第1刑事部は、このような場合に真剣に弁護人に連絡する警察の義務を認めなかった。それ故、当部は、被疑者が弁護人を呼ぶことを要求しても、弁護人抜きでの取調べが実施され、被疑者が供述をする場合に対しての利用禁止を否定した。

第1刑事部は、大刑事部に事件を提示することなしに、第5刑事部の裁判と異なる裁判をすることができた。というのは、第5刑事部は、その裁判において刑訴法163条a4項2文、136条1項2文、137条1項に対する違反を確認したにもかかわらず、被告人を不当に取り調べた警察官を証人として取調べすることに対して弁護人が公判で適時に異議を申し立てなかったことを理由に上告を認めなかったからである (NStZ 1996, 291, 293. 本稿では述べなかった異議義務の論争については、次の資料を参照。SKStPO-Rogall (Juli 1995) vor § 133 Rn 178.; Widmaier NStZ 1992, 519)。第5刑事部は、つとに弁護人が刑訴法257条に掲げられた時点までに公判において警察の取調べ内容の利用に反対した場合にだけ利用禁止が働くことを確認し (BGHSt 38, 214, 225 f)、そして1996年1月の裁判でこの異議の条件を踏襲した。第1刑事部は、異議の条件を踏襲したので、第5刑事部の裁判が法律違反について公判において弁護人による適時の異議がなかったことだけに基づいたことを確認するとき、それは一貫していた。したがって、第5刑事部が警察の取調べの前に弁護人と相談する被疑者の権利についてなした基本的な説明は、単なる傍論として考えることができた。

第1刑事部の裁判が認められなければならないなら、それが第5刑事部の法的見解との基本的な対決に踏み込んだことは注目に値するように思われる。即ち、認めうる限りにおいて両刑事部に審判のために顕出された様々な事情に照らしてこれは必要ではなかった。確かに、どちらのケースでも組織犯罪と関係した殺人が問題となっており、そして被疑者の警察による取調べは、それぞれ弁護士事務所が通常閉まっている時間帯に行われた。第5刑事部の事案では、被疑者は、警察に夜7時頃取調べのために引致された。取調べは、夜間、電話で手配できる弁護士の緊急援助の制度がある都市のハンブルグで行われた。被疑者は、弁護士の援助を要求したにもかかわらず、この緊急援助について教えられなかった。第1刑事部の関わった事案においては、事情は違った。警察の取調べは、弁護士の緊急援助の制度がなく、したがって第1刑事部が述べたように『取調べの場所で弁護士を手配できる見込みがほとんどなかった』南ドイツの小都市で真夜中に行われた (事件の記録は、弁護士から筆者に友好的に委ねられた)。第1刑事部にとってこの事情は、『ともかくここで判断さるべき事件に対して』、第5刑事部の法的見解に従うつもりのないことを明確に述べる十分な理由であった。

第1刑事部がその際異なる裁判を事情の違いに拠らしめるのではなく、これを超

えて弁護士とのコンタクトを求める被疑者の権利に対する基本的な考察をした場合には、この考察に特別な意味を与えることは、認めてよいであろう。第1刑事部が第5刑事部の示した方向から離れようとしたことは明らかであった。第1刑事部がこの歩みをとるに至った基本的考慮の中、ここでは幾つかの点について抽出する。

Ⅲ. 第1刑事部の判決理由の批判的検討

第1刑事部は、警察によって取り調べられた——第5刑事部によってデザインされたものとはあらゆる点において異なっている——被疑者のイメージから出発したのは明らかである。第1刑事部にとって、取調官から規則にしたがって教示された、その意味を理解している被疑者は、その権利をどの程度利用しようとするかを『自らかつ自由に判断しうるし、またしななければならない』人物である。教示された被疑者は、いわば卓越した自由と独立性で取調官に立ち向かう。それも刑事部によって判断されるべき事件において行われたように仮留置された場合にも。これに対して第5刑事部は、取調べ状況について全く別のイメージを抱く。これによると取調官と向かい合う被疑者は、特に逮捕されている場合には、『その出来事によって動揺し、なれない環境によって圧迫され、おびえている』（NStZ 1996, 291, 292. ——アメリカの最高裁判所は、既に30年前に有名なミランダ判決において取調べ状況について全く同様なことを述べている。Miranda v. Arizona, 86 S. Ct. 1602, 1621 (1966)：『慣れた環境から警察の拘禁下に置かれ、敵意をもつ勢力に取り囲まれ、そして説得の技術にさらされる個人は……強制的に話さざるを得ない』）。被疑者が当該事件において冷酷に実行された殺人に関与している疑いがあったけれども、第5刑事部は、取調べ状況をこのように評価した。

警察の取調べについての、この第5刑事部のイメージは、第1刑事部の理想的な記述よりもずっと現実的であるといつてよい。被疑者は、自白または少なくとも容疑のかかっている事実への関与の逆推論を許す供述を得る目的をともかく公然とまたは隠密裡に追求する取調官と向かい合う。第5刑事部と第1刑事部の裁判した両事案において、被疑者は、有利となるべき供述をした。これについて第1刑事部は、取調官が防御する権利を侵害するつもりのない場合には、この供述を受け取らねばならないであろうということを確認した。この確認は、一連の批判にさらされている。

一方において警察の取調べが対話形式において行われること、そしてそれ故、取調官の質問と非難が被疑者の回答と交代することは、犯罪科学上の日常の経験に合致している。第1刑事部が念頭に置く、被疑者の有利な供述を聞き取ることと、事件の解明に寄与する、取調官の質問と非難との区別は、実務において実行可能であるとは言い難い。このような区別は、警察の捜査任務と調和し難いであろうし、それは、警察が刑事手続におけるその活動についても理解と合致しないであろう。

警察にとって第1刑事部によって述べられた方法で被疑者による有利な供述を聞き取ることが実務上困難であるとの理解は、第1刑事部の事案において取調官が最初の警察の取調べから作成した調書でその真実性が証明される。上記のように、警察官自らが作成した調書は、取調官が決して殺人の被疑者の有利な

供述を聞き取ることすることに満足していなかったことを証明している。むしろ、警察官は、事件解明を目的とした典型的な取調べを行った。そして、調書は、被疑者が『質問に対して』また『非難』に応じて答えたことを正確に示している。

供述調書によって証明され、かつ、明白と思われる事情にもかかわらず、罪を免れるというその観点から役立つ被疑者の供述を警察官が聞き取ったことについて第1刑事部がどのように述べることができるかという問題がまず心に浮かぶ。むしろ、これは、第1刑事部が調書の取調べに際して卓越した自由を以て行動する被疑者という観念に専ら左右され、そしてそれ故、質問と非難によって形作られた取調べ状況を供述の内容の考察の陰に隠れて全く目立たなくさせたことをもって説明されうる。その場合には、第1刑事部には、典型的な警察の取調べを適切に把握していたかどうかということが問われざるを得ないであろう。

被疑者の有利な供述の単なる聞き取りと真実の探求を目的とした警察の取調べとの間の区別がほとんど不可能であることは、最近、第1刑事部に提示された事件によって証明されている。即ち、被疑者が有利と思って供述したことが、彼がその後の取調べでした供述と一部矛盾していたために陪審裁判所 (Schwurgericht) の判決でその不利に利用された。

最後に、『深夜まで』被疑者の取調べが行われたことも見落とされるべきではないであろう。第1刑事部が強調するように、警察官にとっては、實際上被疑者から、その有利な供述を聞き取ることだけが問題であった場合には、何故、翌日までそれを待たなかったのか理解しがたい。その場合には、被疑者の要求した弁護士も容易に手配できたであろう。確かに、被疑者は、取調べの過程において仮に留置され、そして警察官は、できるだけ彼を逮捕せずに済むようにかれを取調べるために時間に迫られていたと見ることができよう。しかし、供述調書からこれが実情ではなかったことが明らかである。というのは、被疑者は、仮留置の開始前も後も何も述べるつもりはなく、まず弁護士と話したいと述べていたからである。

第1刑事部は、その裁判において被疑者が警察の取調べの過程において3回弁護士と話をすることを要求したと指摘した。さらに、刑事部は、被疑者が取調べの開始までにその権利について教示され、そして取調べの過程において仮留置がなされた時に再度の教示がなされたことを強調した。その間、警察の取調べからは取調官が被疑者にその権利について2度教えたことは、明らかとは決していえない。調書には、仮留置の告知後改めて被疑者に事件について態度を決める可能性が与えられたことだけが記載されている。第1刑事部が教示の繰り返しに関して被疑者が取調べの継続に際して改めて権利について教示されるべきであるとの第5刑事部の定立した要請に従うべきであったとすれば、これは、第1刑事部の担当した事件には該当しない。

調書からはさらに、取調官は、被疑者が弁護士を要求し、そして同時に供述するつもりのないことを宣言した3つの場合のいずれにおいてもその求めに応じなかったことが看取できる。それどころか、取調官は——一度は、短時間のコーヒーブレイクとタバコの一服後——質問を続行し、そして被疑者が話したいと思う弁護士の

名前を挙げたときでさえ、何もしなかった。第1刑事部はその点においても独立した、自由に判断する被疑者という理想像に自己の見解を合わせたので、供述調書から判明するこの事情を検討する理由がなかったのは明らかであった。それゆえ、第1刑事部は、被疑者が権利を知っているというのでは十分ではなく、この権利を実行する可能性ももっていなければならないという第5刑事部の述べた重要な見解に耳を傾けることを避けることができた（15 NStZ 1996, 291, 292）。

第1刑事部は、確かに『規則通りに教示された被疑者がその取調べに際してさらなる供述を拒否した場合には、刑訴法137条1項1文の権利を実行することは難しくなかった』と考える。しかし、刑事部がそれによって取調べの間の被疑者の状態を適切に特徴づけたといえるかどうかは、疑わしいように思われる。弁護士がいなければ話すつもりはないと、はっきりと述べたにもかかわらず取調官から質問された後は、被疑者は、供述を拒否する権利を保持しているということを全く知らなかったと推定できるからである。第1刑事部の見解に従おうとするならば、被疑者が弁護人の立ち会いなしでは供述するつもりがない場合でも取調官が質問を継続しようとするであろうこと、そして被疑者がこのような執拗な質問に際してもいわば信念を変えず、そして事件について何も述べない権利をもつことを、追加的に述べることなどによって被疑者が適式にその権利について告知されることが要請されねばならないであろう。被疑者が弁護人の立ち会いなしの状態でも質問に答えることを拒絶した後に、取調べを継続することと同様にそれは、ばかげているように思われる。

被疑者が第1刑事部が扱わなければならなかった事件において何度も弁護人を要求した場合に、徹底的に強制されていると感じたということ、そして有利となると考えてしたが、その射程範囲において必ずしも見通せない供述によって自らに罪を着せることを恐れたということを見て取ることができるであろう。第1刑事部が被疑者は、『何らかの方法でその被疑者の権利を主張しないように強制されて……』いないと力説したのは、確かに正しい。しかしこれは、被疑者にささやかとはいえない供述の圧力がかかっていたことを排除するものではない。彼が幾度か口に出した弁護人の要求と弁護人がいない状態で供述するつもりのないとの意思表示が警察から取調べの継続と質問と非難を以て回答されたという意気喪失させる経験をしなければならなかった後では。このような事情に照らすと、殺人を犯したとの非難と対決していたように見える被疑者がどのような方法で被疑者の権利を主張しようとするか自由に判断することができたか実際にはいえるであろうか？

第1刑事部が警察の取調べに際して被疑者の自己責任を強調する場合には、さらに、これが公判での必要的弁護の要請とどの様にして一致させられ得るか質問せねばならないであろう。必要的弁護の場合には、特に被疑者は、その権利を自ら十分に主張できないということから出発するので被疑者に弁護士が援助のためにつく。しかし第1刑事部が判断しなければならなかった事案が明確に示しているように、警察の最初の取調べに際して被疑者にとっての権利の実行の問題は、決して公判におけるよりも軽いものではない（被疑者の警察の取調べに対して必要的弁護を拡張する

ことが考慮されるべきであろう)。最初の警察の取調べに際して弁護人の立ち会いなしで対応しなければならない被疑者がその有利になる筈の供述をする場合には、彼は、取調官の知識での優位と巧みな質問に基づいて彼がその意義を評価することができない供述によって自らに罪を着せる危険を冒す。これが最初に行われるならば、被疑者は、その供述によって広範囲に言質を取られ、そしてその後についた弁護士は、公判で最早多くのことはできない。これに照らして第5刑事部が弁護人の援助を利用する可能性は『被疑者の最も重要な権利』に属することを確認する場合に、第5刑事部に同意することができる (NStZ 1996, 291, 293)。さらに弁護人の援助を求める権利の侵害は、基本的に利用禁止が課されるべきであるという点も第5刑事部に同意すべきである。というのは、この様な方法でしか裁判所は、取調官が個々の事件において被疑者の弁護士の要求に真摯に取り組んだかどうかを審査する機会を得ないからである。

第1刑事部が被疑者の弁護士との接触の要望に対して第5刑事部よりもはるかにささやかな価値しか認めなかった以上、第1刑事部にとって逆の結論が広範囲に確定された。刑事部がその結論への過程で行った2度の利益考量も何らそれを変えない。第1刑事部は、2回とも真実発見における公益と被疑者の保護利益を対置した。

最初の考量の段階で刑事部は、最初の警察の取調べにおいてそもそも手続上の瑕疵があったかどうかを審査した。被疑者がその権利について教示されたときには、被疑者の利益は、十分保護されていたということを理由に、刑事部はこれを否定した。刑事部の見解によれば、被疑者がその権利を知っていることで十分であり——第5刑事部の見解とは逆に——その権利を實際上実行できるかどうかは関係がない。

刑事部が2度目の考量の段階でどのようにしたかは、より興味深い。ここで刑事部は、もし取調官が『手続上誤って』行動したということを前提にする場合には、利用禁止が認められるべきかどうかを審査した。このような手続上の瑕疵がどこに見いだされ得たかについて刑事部は、結論を出していないが、教示がなされたことと免責の利益のためだけにした被疑者の供述に照らしてこの瑕疵が利用禁止を伴わないという結論に到達した。

こうした論拠は、二重の意味において注目に値する。一方において法的効果の前提、特に手続上の瑕疵の重大性が挙げられていないにもかかわらず、法的効果——利用禁止ではない——が決定されることは説得力がない。他方において第1刑事部は考え得る手続上の瑕疵を未解決のままにしておくことによって第5刑事部が弁護人を求める際に警察の協力義務のために提示した論拠と明確に対決することを避けることができた。

IV. 結論と展望

いずれにせよ、第1刑事部が警察の救助義務の厳格な否定を以て一時的に最後の発言をしたことは、永続的な結論となる。同時に、しかし第1刑事部の裁判は、BGHがこの重要な法的問題で二枚舌を使っているということになった。実務がこ

こからどのような結果を導き出すか、我々は、待たなければならないであろう。

看板に偽りなければ、一番早く弁護士の側からの援助がなければならないであろう。若干の大都市で態勢の整っており、そして第5刑事部がその裁判の中で言及した（NStZ 1996, 291, 292）、弁護士の緊急援助は、別の裁判区域に拡張されうであろう。その緊急援助に係わる弁護士がいつでも手配でき、そして多くの場所で既に行われているように、緊急援助弁護士の電話番号が警察署で知られている場合には、取調官が、取調べ前に弁護士と相談することを要求する被疑者にその名前を言うことは、十分に期待できるであろう。ひょっとすると警察の取調べ前に弁護士と相談する権利のより容易な実行は、刑事訴追利益との考量の範囲において第1刑事部よりも高い価値をこれに与える裁判が出てくる契機となりうるかもしれない」（趣旨）