

刑事手続における Nemo tenetur 原則 (4・完)

ドイツにおける展開を中心として

松 倉 治 代*

目 次

はじめに

第1編 Nemo tenetur 原則の歴史的展開

序章 イギリスにおける「自己負罪拒否特権」の展開

第1章 ドイツにおける Nemo tenetur 原則の展開

第1節 中世初期およびカロリナ刑事法典期

第2節 改革された刑事訴訟期

第3節 ドイツ帝国刑事訴訟法の制定および運用

第4節 1908年草案および1920年草案 (以上, 335号)

第5節 ナチス期における Nemo tenetur 原則

第6節 1950年法統一化法および1964年刑事訴訟法小改正

第7節 本章のまとめ

第2章 わが国における Nemo tenetur 原則の展開

第1節 拷問の廃止

第2節 治罪法

第3節 明治刑事訴訟法

第4節 改正論議 明治32年改正, 明治34年案, 大正5年案

第5節 大正刑事訴訟法 (以上, 336号)

第6節 日本国憲法および現行刑事訴訟法制定過程

第7節 1953年刑事訴訟法改正

第8節 本章のまとめ

第2編 Nemo tenetur 原則の理論的検討

第1章 わが国における Nemo tenetur 原則の現状

第1節 わが国の刑事手続と Nemo tenetur 原則

第2節 Nemo tenetur 原則の存在根拠

第3節 本章のまとめ (以上, 337号)

第2章 ドイツにおける Nemo tenetur 原則の憲法的根拠

第1節 個別の基本権, 人間の尊厳, 一般的人格権

第2節 法治国家原理

* まつくら・はるよ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

第 3 節 本章のまとめ

第 3 章 ドイツ刑事訴訟における Nemo tenetur 原則

第 1 節 学説の展開

第 2 節 判例の展開

第 3 節 本章のまとめ

おわりに

(以上 , 本号)

第 2 編 Nemo tenetur 原則の理論的検討

第 2 章 ドイツにおける Nemo tenetur 原則の憲法的根拠

ドイツの刑事手続における被疑者・被告人は、訴訟主体としての地位を有するだけでなく、写真撮影や指紋採取等（刑事訴訟法第 81 条以下）を受ける検証の対象でもある。また、被疑者・被告人の供述や行為後態様は、刑事手続において重要な役割を果たす。

しかし、被疑者・被告人は、Nemo tenetur 原則によって、自己負罪からの自由を保障される。被疑者・被告人は、真実供述義務を課されず、虚偽供述ゆえに制裁を科されることはない¹⁰⁷⁹⁾。

ドイツ刑事手続における Nemo tenetur 原則は、学説および判例において承認されている。Nemo tenetur 原則の明文規定は、市民的および政治的権利に関する国際規約第 14 条第 3 項 g とブランデンブルク州憲法第 52 条第 5 項¹⁰⁸⁰⁾にあるが、ドイツ刑事訴訟法に Nemo tenetur 原則それ自体を直接定める規定はない。刑事訴訟法第 136 条第 1 項第 2 文および第 243 条第 4 項が、Nemo tenetur 原則の理解に資するとされている¹⁰⁸¹⁾。

Nemo tenetur 原則が全刑事手続に対する上位の法原則であり、憲法的地位を有するという点は、一致している¹⁰⁸²⁾。しかし、具体的な憲法的根拠の所在については争いがある。ドイツの憲法たる基本法につき、いずれの基本権、または、法原則から Nemo tenetur 原則が導き出されるかという問題が、学説および判例において争われてきた。これは、わが国における Nemo tenetur 原則の存在根拠をめぐる議論と共通する点もあるが、よ

り詳細である。

さらに、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を明らかにする試みだけでなく、Nemo tenetur 原則の理論的検討も行われてきた。憲法的地位を有する Nemo tenetur 原則は、刑事手続において何を保護、または禁止しようとしているのか、どのような刑事手続を克服し、どのような刑事手続を実現しようとしているのか、という議論である。これは、Nemo tenetur 原則の意義と射程（保護範囲）を明らかにするためには、まず、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠の所在とその中核にある考え方を明らかにする必要があると考えられたことによる。Nemo tenetur 原則が、ラテン語法諺 Nemo tenetur se ipsum accusare（何人も自身を告発するよう義務づけられない）に由来していることについて争いはないが、このラテン語法諺のみによって、ドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則の意義を明らかにすることは困難である。それゆえ、特に、1977年に Klaus Rogall による研究が著された後、学説および判例において、Nemo tenetur 原則の意義やその中核を理論的に説明する試みがなされてきた。この Nemo tenetur 原則の意義や保護内容に関する理論的検討は、論者により異なり、その相違点は、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠の所在や射程（保護範囲）の帰結の違いとなってあらわれる。

戦後、ドイツの刑事手続において、合意手続（Absprache, Verständigung）をはじめとする新たな制度が導入され、かつ、様々な真実探究方法や捜査方法が発展してきた。それに伴い、Hörfalle（だまし聞き）や身分秘匿捜査による無意識の自己負罪のような新たな自己負罪状況が生じ、かつ、新たな被疑者・被告人の主体的地位や防禦権との衝突も生じている¹⁰⁸³。確かに、個別の制度に関する詳細な検討も重要である。しかし、問題の根幹は、拷問廃止後、改革された刑事訴訟によって糾問主義が克服され、被疑者・被告人の訴訟主体性の承認後も続く、被疑者・被告人の防禦権の保障と捜査機関による真実探究目的の介入との緊張関係にある。それゆえ、新たな刑事手続制度の導入に際し、Nemo tenetur 原則との抵触

が、常に議論の対象とされてきた。

以下では、これまで学説や判例において論じられてきた Nemo tenetur 原則の憲法的根拠の所在を整理する。次に、ドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則の理論的検討につき、同一の基本思想を有する見解ごとに分類し、その代表的な論者および判例による Nemo tenetur 原則の理論および射程を検討する。なお、各見解を時系列に沿って挙げるのではなく、Rogall 以降の Nemo tenetur 原則の保護内容および射程の拡張的發展過程に沿って概観する (Rogall, Schneider, Wolff, Grünwald, Reiß, Bosch, Böse)。さらに近年、このような Nemo tenetur 原則の拡張傾向を懸念する見解が主張されている点にも触れる (Verrel)。

第 1 節 個別の基本権、人間の尊厳、一般的人格権

1. 良心の自由 (基本法第 4 条第 1 項)

基本法第 4 条第 1 項¹⁰⁸⁴⁾は、良心の自由を定めている。信仰および良心の自由によって、思考、すなわち、宗教的および道徳的確信という内心の自由を、そして宗教・世界観の告白の自由によって、宗教的および非宗教的な意味付与・意義づけの表明を保護している。保護領域には、信じない自由、信仰ないしは世界観を告白しない自由、つまり、沈黙する、ならびに信仰に導かれた行為をしない、という消極的自由も属する¹⁰⁸⁵⁾。

民主的かつ法治国家的な客観的秩序の基本要素として、信仰の自由、告白の自由および宗教的行為の自由は、自由な政治過程の前提、および、今日の法治国家性の基盤としての、国家の宗教的・世界観的な中立性を根拠付けている。さらに、自由な精神的過程それ自体、すなわち、決定的な価値観が国家からの影響を受けずに自由に形成されるべき過程が、保障される¹⁰⁸⁶⁾。

連邦憲法裁判所によると、良心とは、「人間であることの人格的同一性を構成し、具体的な状況において一定の行動を「よい」ないしは「正しい」として行わせる、あるいは「悪い」ないしは「不正」として断念させ

ることを主観的に拘束力をもって命じる、道徳的な心がまえ」をいう¹⁰⁸⁷⁾。さらに、良心の判断を、「あらゆる真剣な倫理的、すなわち「善」「悪」という範疇に方向づけられた判断であり、個人が特定の状況において自ら拘束されていると感じ、無条件に義務づけられていると内的に感じる判断で、その結果、個人は、その判断に反しては、真剣な良心の苦しみなしには行動できない」ものである、と定義づける¹⁰⁸⁸⁾。

良心の自由は、個人の精神的アイデンティティーとその完全性を保障する。自身の価値基準および信条の形成・保持は、基本権として保護される。この内心の自己決定の前提には、内的領域 (forum internum) がある。内的領域 (forum internum) だけでなく、良心によって引き起こされ、規定される外部領域の行為である外的領域 (forum externum) も保護領域に含まれる。基本法は、国家による基準的解釈を示すことによって、真実であるものと正しいものについての自由な論争と自由なコンセンサスを保障しているという¹⁰⁸⁹⁾。また、良心は、行為を導く機能を有するため、「将来」の行為と関係する。すでに行われた犯罪行為の事後評価につき、過去に行った行為は、例えば補償のように、将来の行為の規範的な出発点になりうる。それゆえ、すでに行われた犯罪行為の評価も、良心の自由の保護範囲に含まれるという¹⁰⁹⁰⁾。

この基本法が保障する良心の自由は、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を求める見解が、主張されてきた¹⁰⁹¹⁾。その論拠は、主に以下の4点である。

第一の論拠は、Nemo tenetur 原則の形成過程に着目する。イギリスにおける自己負罪拒否特権の形成過程において(第1編序章参照)、リルバーンをはじめとするピューリタンは、被疑者・被告人に対する真実を供述する旨の宣誓の強制に反対するために、自己負罪拒否特権を援用した。それゆえ、この歴史的な宗教的意味の良心の自由が、Nemo tenetur 原則と強く結び付いており、Nemo tenetur 原則の根拠であるという見解が主張されている¹⁰⁹²⁾。

第二は、被疑者・被告人の内心への国家による介入の禁止との関係である。「人間が何をその内心に基づいて伝えたいかという自由な決定を過小評価あるいは回避するような精神的介入」は、良心の自由を侵害する。なぜなら、これらの措置は、「内心領域 (forum internum) に介入し、そして、黙秘権、つまりいかなる事情によっても侵害されてはならない権利に介入」し、訴訟主体である被疑者・被告人を手続の客体として扱い、それによって人間の自由と尊厳を奪うからであるという¹⁰⁹³⁾。それゆえ、刑事手続において当該の者の内面を探り出すような強制が問題になるかぎり、良心の自由に Nemo tenetur 原則の根拠を求めることは可能であるという¹⁰⁹⁴⁾。

特に教化や向精神薬の投与等によって個人の良心やその形成に対して影響が及ぼされる場合、良心の自由の侵害がある。また、国家が被疑者・被告人に供述義務を課するとき、被疑者・被告人は、国家が意図した良心の動きを促され、かつ、自身を「改悛の情を抱いた犯罪者」であることを示すように強制される。このとき個人は、精神的人間として、自身の良心に基づいて弁明する可能性を失う。このような個人に良心の動きを強制する権限は、国家に認められていないというのである¹⁰⁹⁵⁾。

第三に、被疑者・被告人供述義務を課することは、良心の自由の保障と矛盾するという。真犯人に供述義務を課すことによって罪を告白するように強制するとき、国家は、当該の者に価値基準を押し付けることになる。犯罪行為は、刑法によって評価されなければならない、真犯人自身の内心の主観的心情によって評価される必要はない。良心の自由が内包する人間の尊厳は、人間の自律を尊重する。真犯人が、刑法上の非難を引き受け、自身の内的な評価を描写するように強制されるとき、自己評価の獲得、あるいは、そのような評価を自身で維持する可能性が奪われる。個人が自身のアイデンティティーと一致しない告白を強制されるとき、その自己評価の自律性は完全に否定され、かつ、個人に自身の良心を否定するように強いることは、良心の自由の中核領域の侵害であるという¹⁰⁹⁶⁾。

Nemo tenetur 原則との関係で問題となる被疑者・被告人に対する供述義務の賦課と良心の自由の侵害との接点として、被疑者・被告人の良心の形成において当該犯罪行為の影響を受ける、あるいは、それを探られるかぎり、保護される内心の領域の侵害があること、被疑者・被告人の供述態度自体が、国家による侵害が許されない良心に関わる事柄であるという点が指摘されている。被疑者・被告人が、国家による刑事訴追に直面し、かつ、関連する刑罰規定によって被疑者・被告人自身の内心の評価基準が定められるかぎり、被疑者・被告人に対する供述義務の賦課は、良心の自由の侵害でありうる。

さらに、供述義務の賦課は、真犯人に、当該犯罪行為に関する良心形成をしないよう強いるという点で、自由な良心形成を侵害しうる。基本法第4条第1項が保障する良心の自由は、宗教や世界観に関する主義信条についてのあらゆる回答を拒絶する権利を保障しており、個人は、良心に関する質問に対して黙秘する権利を有する。個人は、その評価を公にしよう強制されることなく、自身の行動を自身の基準によって自由に評価することが保障される。それゆえ、自己負罪強制は、人的秘密(Personengeheimnis)および人格の中核を侵害する¹⁰⁹⁷⁾。

第四に、被尋問者が(自己負罪的)供述をするか、あるいは、供述を拒絶するかを自由に自己決定する能力が失われるとき、つまり、これらの措置が、被尋問者を精神的に自由な自己決定する人格として尊重しないかぎり、良心の自由を侵害するという。被疑事実について供述するあるいは黙秘する自由は、嫌疑をかけられている犯罪行為について自らの良心で判断する自由に依拠しうるともいえる¹⁰⁹⁸⁾。

他方、以上の見解に対する批判や不十分な点も指摘されている。

まず、真犯人は非難されている犯罪行為について謝罪するよう強いられないという点に、供述義務の憲法上の限界がある。しかし、真犯人に法的あるいは精神的評価を要求することなく犯罪行為に関する供述を義務づけることについての説明はない。このような供述義務は、良心の自由を侵害

しないことになりうる。

確かに、真犯人が、供述義務を課されるとき、犯罪行為についてどのように供述するかを自己決定しなければならないため、この良心の自由に対する介入は、真犯人に対する圧力を強めることになる。しかし、被疑者・被告人に対する供述義務の賦課は、基本法第4条第1項が保障する良心の自由それ自体を侵害せず、かつ、この良心の自由が、特定の質問について良心に基づく判断をしない権利をも保障しているかは、疑問であるという¹⁰⁹⁹⁾。

次に、歴史的論証に基づいて Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を良心の自由を求める見解につき、これは、自己負罪強制に対するものではなく、職権宣誓に向けられたものであり、職権宣誓なしに自己負罪供述を強制することを禁じることができないため、宣誓なしに行われる被疑者・被告人の自己負罪供述の強制に関する議論には適さないと指摘されている。また、証人の供述義務についても説明が不十分であるという。

さらに、個人の良心および良心によって拘束されていると感じる自身の行動基準は、人それぞれである。刑事手続における自己負罪が、常に個人の良心に関わる問題であるとはかぎらず、かつ、自己負罪が良心によって禁じられるということも確認できない。それゆえ、基本法第4条第1項の良心の自由によって、一般的かつ例外なき自己負罪強制の禁止を根拠づけることは困難であるという¹¹⁰⁰⁾。

この点につき、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を良心の自由を求めるとき、「悔悟による自白」しか Nemo tenetur 原則によって保護されないことになるという指摘もある。自身の思想とは関係のない「事実」に関する供述を義務づけることは、良心の自由に触れない¹¹⁰¹⁾。被疑者・被告人は、刑事手続における防禦に対して責任を感じる必要はない。被疑者・被告人が悔悟の念を抱いたかどうかを表明することは、被疑者・被告人自身に任されている。被疑者・被告人が、打算を働かせたり虚偽を述べて逃れようとする「悪しき良心」を有していたとしても、また、事実の解明に何

ら協力しないとしても、刑事手続において防禦を行うことができる。しかし、Nemo tenetur 原則の根拠を良心の自由に求める見解によると、被疑者・被告人が、「真の良心判断」ではなく、打算的に行った黙秘や否認は保護されないことになりうる¹¹⁰²⁾。さらに、大抵の被疑者・被告人は、「良心に基づいて供述を拒絶することはない」という指摘もある。被疑者・被告人は、免責されたいという気持ち、刑事訴追に驚いた、あるいは、自身の権利について十分に理解していないという理由で、むしろ刑事訴追に協力するという。それゆえ、良心の自由は、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠としては不十分であるという¹¹⁰³⁾。

2. 意見表明の自由(基本法第5条第1項)

基本法第5条第1項は、意見表明の自由(Recht der freien Meinungsäußerung)を保障する¹¹⁰⁴⁾。これは、行為しないこと(の自由)を含み、一定の意見を持たないことや述べないことも保障している¹¹⁰⁵⁾。この保障は、政治的秩序の領域だけでなく、精神的自由を端的に倫理的に必要な生活空間の一部として保障することによって、決定的な価値観が国家からの影響を受けずに自由に形成されるべき領域を構成し、精神的自由そのものを保障し、法治国家の本質的要素をなしているという¹¹⁰⁶⁾。

被疑者・被告人は、言葉または言葉以外の方法によって、何を供述するかを自己決定することができる。被疑者・被告人に対して供述義務を課することは、自身にかけられた嫌疑に関する意見表明を強制するため、基本法第5条第1項が保障する意見表明の自由の侵害にあたりうる¹¹⁰⁷⁾。

実際、被疑者および被告人の供述によって獲得される事実に関する情報量は多い。これらの情報は、刑法上の評価に用いられうる。被疑者・被告人が、いかなる事実をいかなる方法で相手に伝達するかを選択するとき、価値判断が含まれる。事実に関する供述を区別することは、自由な問主観的コミュニケーションと意見形成の保障と矛盾する。それゆえ、事実に関する供述すべてを「意見」として扱うのであれば、被疑者・被告人に対す

る供述義務は、意見表明の自由 (基本法第 5 条第 1 項) を侵害することになる¹¹⁰⁸⁾。また、被疑者・被告人が刑事手続において「黙秘」できるという点で、意見表明の自由は、人格権上の伝達の自由を補完しているという¹¹⁰⁹⁾。

これに対して、憲法上、事実の主張も意見表明に含まれるかどうかについては、争いがある。つまり、まず、事実の主張と意見表明は区別しうるとい見解によると、事実の主張は真実か虚偽かであり、意見表明は真実でも虚偽でもない。そのため、場合によっては、事実の主張は、基本法第 5 条第 1 項によって保障されないとする¹¹¹⁰⁾。他方、事実の主張と価値判断を一般的に区別することは不可能であるとする見解もある¹¹¹¹⁾。連邦憲法裁判所は、両者の中間の見解を採用した。連邦憲法裁判所は、事実とその評価とが複雑に幾重にも絡み合っていることを認めたくえて、事実とその評価を区別可能であるとする。事実の主張は、それが意見形成の前提であるかぎり、基本法第 5 条第 1 項の保護に含まれるという。価値判断と結びつかず意見形成にも関係ない単なる事実を述べることは、基本法第 5 条第 1 項には含まれない。さらに、正しくないことが明らか、あるいは意図的な誤った事実の主張は、基本法第 5 条第 1 項の保護を受けないという¹¹¹²⁾。

また、「明らかな真実の歪曲」は保護するに値しないという連邦憲法裁判所の見解に対して、「見解 (不正確な見解も含む) あるいはまた事実 (虚偽の事実も含む) に関するあらゆる供述」が、基本法第 5 条第 1 項の意見表明の自由に含まれるべきであるという反論がある¹¹¹³⁾。なぜなら、虚偽の意見表明を選び出すこと自体が、国家による意見統制という危険につながる可能性があるからである。

このように、連邦憲法裁判所の解釈に基づき Nemo tenetur 原則の存在根拠を意見表明の自由 (基本法第 5 条第 1 項) に求めるとすると、被疑者・被告人が意見形成の前提とならない単なる事実を述べることは、Nemo tenetur 原則によって保護されないことになる。

さらに、基本法第5条第2項は、「これらの権利は、一般的法律の規定……によって制限を受ける」と規定する。これによると、仮に被疑者および被告人に対する供述義務が、「一般的法律の規定」に該当するならば、正当化されうる。つまり、事実の報告や回答を目的とする供述義務を課することは、被疑者・被告人に対して一定の評価を含む供述を強いておらず、基本法第5条第1項に違反しないことになりうる。それゆえ、意見表明の自由（基本法第5条第1項）は、Nemo tenetur 原則を完全に保障することはできないと指摘されている¹¹¹⁴⁾。

3. 法律上の審問を請求する権利（法的聴聞権；基本法第103条第1項）

基本法第103条第1項¹¹¹⁵⁾は、法律上の審問を請求する権利（法的聴聞権；Anspruch auf rechtliches Gehör）を保障している。法律上の審問を請求する権利（法的聴聞権）は、法治国家原理の具体化の一つであり、その最終的な根拠は、人間の尊厳にある。人は、訴訟において、事実や法についての議論を主張する機会を与えられなければならない、単なる発言可能性だけでは不十分である¹¹¹⁶⁾。

連邦憲法裁判所によると、法律上の審問の請求（法的聴聞）は、原則として裁判所の判断の前に事件について事実や法の観点から発言することができることを意味し¹¹¹⁷⁾、当事者が訴訟の資料について完全な情報が与えられ、裁判所において何が問題になっているのかを認識できることが前提にあるという¹¹¹⁸⁾。また、法律上の審問（法的聴聞）の目的は、「決定の事実的根拠の解明」と「人間の尊厳の顧慮」にあり、法律上の審問を請求する権利（法的聴聞権）は、人間の持つ訴訟上の根源的権利であり、基本法の意味の裁判手続にとって本質的で、そして原則的に不可欠な、手続原則であるという¹¹¹⁹⁾。基本法第103条第1項は、手続関係者に、特に裁判所の判断の基礎となっている事実および法状態について見解を表明し、申立てかつ詳述する機会を与える¹¹²⁰⁾。

この法律上の審問（法的聴聞）の実現過程には、三段階ある。第一は、

情報を与えられる機会である。基本法第103条第1項は、裁判所に対して、対峙する相手の発言、職権で収集された事実、証拠、鑑定人の意見、裁判所が判決の根拠にしようとしている法的見解を、当事者に知らせることを義務付けている。第二は、発言する十分な機会であり、第三は、考慮される権利として、当該事件の裁判官に対し、出席、聴取能力、積極的聴取態度、原則として当事者の申立てに立ち入る判決理由を要求することができる段階である¹¹²¹⁾。

Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を法律上の審問を請求する権利 (法的聴聞権 ; 基本法第103条第1項) に求める見解が、少数ではあるが有力に主張されている。なお、通説によると、Nemo tenetur 原則と法律上の審問を請求する権利 (法的聴聞権) とは、相互に補完し合う関係にある。Nemo tenetur 原則は、被疑者・被告人の黙秘や否認といった消極的防禦権を保障し、他方、法律上の審問を請求する権利 (法的聴聞権) は、手続への積極的参加を保障し、手続経過や判決に対して影響を与える機会を付与しているという¹¹²²⁾。

Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を基本法第103条第1項に求める Martin Böse によると、被疑者・被告人が尋問において被疑事実に対する立場を明らかにする権利は、法律上の審問を請求する権利 (法的聴聞権) によって保障されているという。被疑者・被告人は、自然法に基礎づけられた自己保存の権利から、手続主体として防禦する訴訟基本権を有し、刑事手続におけるコミュニケーションに参加し叙述する者として保護される。この意味で、法律上の審問を請求する権利 (法的聴聞権) は、「人間の訴訟的な原始的権利」であるという。法律上の審問を請求する権利 (法的聴聞権) の目的は、個人に実体的基本権を行使させる点にあり、被疑者・被告人は、刑事手続において発言し、手続に影響を及ぼすことができなければならない。被疑者・被告人が手続に影響を及ぼすためには、被疑者・被告人が自由に発言を許され、かつ、「私はやっていない」と否認したり、黙秘するという訴訟内のコミュニケーションが必要である。つまり、被疑

者・被告人は、刑事手続における供述態度について自己決定できなければならない。法律上の審問を請求する権利(法的聴聞権)は、被疑者・被告人に、国家とのコミュニケーションの可能性を与えるだけでなく、この訴訟におけるコミュニケーションが、国家(刑事訴追機関)による被疑者・被告人に対する強制から自由な状態で行われるということも保障するという。

さらに、被疑者・被告人に対する供述義務の賦課は、刑事手続における自由かつ持続的な自己叙述を妨げ、自由なコミュニケーションを乱すため、法律上の審問を請求する権利(法的聴聞権)と矛盾するという¹¹²³⁾。また、被疑者・被告人の黙秘権は、被疑者・被告人に、免責の事項を主張する機会、ならびに、仮の被逮捕者の抗弁(第104条第3項第1文)¹¹²⁴⁾を主張する機会を提供する。法律上の審問を受ける権利(法的聴聞権)は、裁判所の判断が示される前にこの判断の基礎にある事実について供述し、判断に影響を与える機会を認める。この法律上の審問を受ける権利(法的聴聞権)の保障と被疑者・被告人に対して供述義務を課することは、矛盾する。それゆえ、法律上の審問を受ける権利(法的聴聞権)が、供述義務を否定する Nemo tenetur 原則の根拠であるという¹¹²⁵⁾。

このような Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を法律上の審問を受ける権利(法的聴聞権)に求める見解に対して、以下のような指摘がなされている。

まず、法律上の審問を受ける権利(法的聴聞権)は、裁判所に向けられるものであり、捜査段階においても保障される Nemo tenetur 原則の根拠としては不十分であるという指摘である¹¹²⁶⁾。この点につき、捜査手続も、「裁判所におけるコミュニケーション」に含まれるという反論がなされている¹¹²⁷⁾。

また、法律上の審問を受ける権利(法的聴聞権)は、あらゆる裁判手続に関するものであり、国家による刑罰の賦課という刑事手続に特殊な手続基本権を根拠づけず、被疑者・被告人に対する供述義務や協力義務を完全

に否定することができないという批判もある¹¹²⁸⁾。

4. 人身の自由 (基本法第 2 条第 2 項第 2 文)

基本法第 2 条第 2 項第 2 文¹¹²⁹⁾ は、人身の自由を定めている。かつて、この人身の自由に Nemo tenetur 原則の根拠を求める見解が主張されていた¹¹³⁰⁾。もっとも、この見解が主張されていた当時、人身の自由は、広義にとらえられており、今日でいう一般的人格権や一般的行為自由の意味でも用いられていた。

現在、この見解に対しては、次のような疑問が投げかけられている。

まず第一に、基本法第 2 条第 2 項第 2 文が保障する人身の自由は、身体的・空間的な移動の自由 (Bewegungsfreiheit) のみを保障する¹¹³¹⁾。つまり、人身の自由に基づく Nemo tenetur 原則は、刑事手続における勾引、拘禁による身体的運動の自由に対する侵害から保護するが、命令や禁止によって影響を及ぼされる決定の自由をカバーせず¹¹³²⁾、個人的自由を包括的に保障しえないという¹¹³³⁾。

第二に、被疑者・被告人の供述義務の問題は、基本法第 2 条第 2 項第 2 文が保障する身体的運動 (移動) の自由 (Bewegungsfreiheit) と関係がなく、被疑者・被告人の供述義務は、その意思決定の自由や内心領域に関わる問題であるという¹¹³⁴⁾。

さらに、被疑者・被告人に対する自己負罪強制が、身体的な移動の自由を制限する自由刑を科する旨の有罪判決をもたらし得るという考えもありうるが、連邦憲法裁判所によると、公正かつ法治国家による刑事手続を求めるという被告人の要求は、特にその自由保障機能を手続法においても考慮する必要がある刑事手続によって脅かされる人身の自由の権利 (基本法第 2 条第 2 項第 2 文) に根拠がある¹¹³⁵⁾。この連邦憲法裁判所の思考を、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠の所在の問題に採用すると、Nemo tenetur 原則の根拠を基本法第 2 条第 2 項第 2 文に求めることが可能になるという。

しかし、この考え方は、自己負罪の強制自体を基本権に対する重大な侵害ととらえず、自由刑による行動の自由や財産が脅かされることを重大な侵害と評価しており、かつ、Nemo tenetur 原則を手続法上の権利としかとらえていない点で問題があるという。それゆえ、この点でも、Nemo tenetur 原則の憲法上の根拠を基本法第2条第2項第2文に求めることは困難であるとされている¹¹³⁶⁾。

5. 人間の尊厳および一般的人格権(基本法第1条第1項, 第2条第1項)

(1) 人間の尊厳

ドイツにおいても、わが国と同様に、Nemo tenetur 原則の根拠を「人間の尊厳」に求める見解が、有力である¹¹³⁷⁾。判例も、Nemo tenetur 原則を「人間の尊厳の尊重によって特徴づけられる法治国家原則」と呼び、「自身の供述によって、刑事手続における有罪判決あるいは相応の制裁を課するための前提条件を提供するよう強いることは、要求できず、かつ、人間の尊厳と矛盾する」と言及している¹¹³⁸⁾。この Nemo tenetur 原則の根拠を「人間の尊厳」に求める見解によると、被疑者・被告人も犯罪者も、自由な主体として自己決定権を有し、法治国家原則を享受するため、Nemo tenetur 原則によって保護されることになる¹¹³⁹⁾。

Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を「人間の尊厳」に求める見解の論拠は、主に以下の三点ある。

第一に、仮に、国家が、被疑者・被告人に供述義務を課すとき、被疑者・被告人は、国家による自身の内心領域や人格に対する介入を甘受しなければならなくなる。このような被疑者・被告人に対する供述義務は、倫理的に過大な要求である。人間は、自身にとって不快なものを避けようとし、本能的に自身の行為の消極的結果を避けようとする自己庇護本能を有する。被疑者・被告人は、刑事手続において、最終的に科せられる刑罰だけでなく、社会的地位の低下も回避しようとする。人間の尊厳の尊重は、人格存在(Personsein)の中にある自己保存本能が尊重されることを

意味し、期待可能性思考を含んでおり、被疑者・被告人を、供述義務および協力義務から保護する¹¹⁴⁰⁾。

第二に、被疑者・被告人は、国家による刑事手続の単なる客体に貶められない。なぜなら、被疑者・被告人は、人間の尊厳に内在する自己決定を保障されることによって、その自由な意思決定を自己負罪強制によって屈せられないからである。刑事訴追に利用する目的で個人に回答を強いるとき、当該の者は、憲法上、期待不可能な客体となることを要求され、国家の刑罰権の単なる客体に貶められる。自己負罪強制は、被疑者・被告人を単なる客体に貶めるため、人間の尊厳に反するという¹¹⁴¹⁾。

第三に、人間の尊厳を規定する基本法第 1 条第 1 項の成立史に着目する。本条項には、法律の留保はない。ボン基本法の起草者は、人間の尊厳の保障に関する条文を創設するにあたり、ナチズムによる拷問その他の意思侵害的尋問方法等、人間を侮蔑するような手続方法からの根本的方向転換に取り組んだ。それゆえ、基本法第 1 条第 1 項のもとで、被疑者・被告人に対して供述義務を課すことはできず、被疑者・被告人の応訴の自由は、この人間の尊厳によって根拠づけられるという¹¹⁴²⁾。

立法者に対する人間の尊厳の尊重要請は、「法は、ありのままの人間を方向づけなければならず、理想としてどうすべきかという点に方向づけるのではない」ということを含意する。すなわち、人間の尊厳の尊重要請は、人間の尊厳が法創造に優位することを意味する。これは、「法の人格的方向づけ (intrapersonalen Orientierung) の要請」とよばれる。それゆえ、定められた法が人間の本性そのものと矛盾するとき、人間の尊厳は侵害されているといえる。刑事訴訟法の形成および解釈にあたっては、人間の本質的特徴である自己保存本能を「法の人格的方向づけの要請」にかんがみて考慮しなければならないという¹¹⁴³⁾。

Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を「人間の尊厳」に求める見解に対しては、すべて人間は自身の行為に責任を負い、人間から、自身が犯した逸脱行為に対する責任を取り除かないことも人間の尊厳の尊重である、とい

う逆の論証も可能であるという批判がある。人間から逸脱行為に対する責任を取り除くのではなく、人間に対して、その人格存在(Personsein)によって、人間の不完全性に対する責任を負うことを期待する。これによると、「人間の尊厳」は、逸脱行為の否定やその結果から逃れようとする点ではなく、逸脱行為の自白やそれに対する贖罪や改悛に見出される。これは、「刑罰は犯罪者の権利および名誉である」というヘーゲルの刑罰理論の精神にも見られるという。これに対しては、Nemo tenetur 原則は、犯罪者からその行為の結果を取り除こうとしているのではなく、被疑者・被告人の積極的協力義務だけを取り除こうとしている、という反論がなされている¹¹⁴⁴⁾。

さらに、「人間の尊厳」という概念自体に対する反論もなされている。

第一に、人間の尊厳は、権利(subjektives Recht)ではなく、法(objektives Recht)であるという¹¹⁴⁵⁾。これに対しては、人間の尊厳は、法(objektives Recht)であり、また、人間の尊厳の侵害に対して、当該の者に訴訟を起す途が開かれているという反論がなされている¹¹⁴⁶⁾。

第二に、人間の尊厳は、不可侵であり、その放棄に対して非常に慎重である。それゆえ、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を人間の尊厳に求めると、Nemo tenetur 原則は縮減しがたいことになる。この点につき、黙秘権の放棄や、国家による介入が有益とみなされる場合、どのように Nemo tenetur 原則を限界づけるかが問題になるという¹¹⁴⁷⁾。

第三に、「人間の尊厳」という概念が過度に広範で、曖昧であるという。古来、哲学上も、「人間の尊厳」について議論してきたが、現在も「人間の尊厳」概念は、非常に広範で、解釈も様々であり、「尊厳」自体を定義づけることも困難である。仮に定義づけても、曖昧な概念に注釈を加えるにすぎず、内容が不十分である。この不安定性および曖昧さに Nemo tenetur 原則をさらすべきではないという¹¹⁴⁸⁾。

この点につき、ドイツにおいて、人間の尊厳をその違反状況に着目して言い換えた「客体定式」が用いられている。これによると、社会的価値要

求および尊厳要求は、共同社会における人間にあるため、人間を単なる国家の客体にすること、あるいは、人間に対してその主体性を疑わしいものにするような取扱いをすることは、人間の尊厳と矛盾すると考える¹¹⁴⁹⁾。客体理論によると、人間が手続の客体に貶められるとき常に、法的に重大な人間の尊厳の侵害があることになる。連邦憲法裁判所は、内容的かつ概念的に、自己決定する主体と他者によって決定される客体とを区別し、次のように述べた。「人間の尊厳がどのような状況で侵害されるかは、一般的に述べることができず、具体的事案をみることのみによる。人間は国家権力の単なる客体に貶められてはならない、という一般定式は、その方向だけを明示しうる。……人間は、彼が自身の利益を顧みず従わざるをえないようなかぎりでも、関係や社会的発展の客体だけでなく、法律の客体でもあるということは珍しくない。そこに人間の尊厳の侵害はない。自己の主体性を原理的に問題視する取扱いに人間をさらす、あるいは、具体的な事例における取扱いにおいて、人間の尊厳は恣意的に無視されている。つまり、その取扱いは、……人格存在 (Personsein) ゆえに人間が当然に持っている価値の軽視を表すことになる。その意味で、「軽蔑的取扱い」である」と判示した¹¹⁵⁰⁾。

この客体定式に関し、人間は、しばしば不可避免的に「客体」として取り扱われ、他者によって決定される。「客体定式」は循環論法であり、「客体定式」という概念自体も不明確であるという批判がある¹¹⁵¹⁾。特に、刑事手続との関係では、被疑者・被告人に対する身体検査が、問題になる。国家による人間を対象にする手続が、常に人間の尊厳に反しているわけではない¹¹⁵²⁾。

また、客体定式による人間の尊厳によって Nemo tenetur 原則が根拠づけられるとすると、Nemo tenetur 原則の保護範囲は、拷問や刑事訴訟法第136 a 条に列挙された禁じられた尋問方法のような、被疑者・被告人を手続の客体として取り扱う手段の禁止のみとなり、非常に狭いものとなりうるという¹¹⁵³⁾。

(2) 一般的人格権

Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を基本法第1条第1項と結びつけた第2条第1項によって保障される「一般的人格権」に求める見解が、学説および判例において有力に主張されている¹¹⁵⁴。一般的人格権は、刑事手続における自己負罪だけでなく、様々な手続や対象に関する自己負罪について包括的に考慮することができる¹¹⁵⁵。

連邦憲法裁判所は、1983年の国勢調査判決まで「領域理論」によって一般的人格権を説明していた。個人には、私的生活形成の最も内側の領域（内密領域）が憲法上強力に残されている。「内密領域」とは、全公権力から保護される人間の自由の最終的に不可侵の領域である。この「内密領域」のまわりに、「私的領域あるいは秘密領域」がある。これは、基本法第2条第1項によって限界づけられるが、比例原則を厳格に遵守すれば介入が許される。「社会領域」については、ほとんど厳格な要求なく、介入が許される。この領域理論に対しては、私生活と公衆とを領域理論によって分離することはできない、領域の限界づけのために援用されている「社会関連性の基準」は、社会的行為・態度・コミュニケーションが常に他の法的関連性を有しているゆえに、不適當である、「私（自己）」は他者との交際によって存在しうる、個人領域の内容は人によって異なる、という批判がなされていた。その後、国勢調査判決によって、一般的人格権の保護領域は、同心円によって把握する「領域理論」ではなく、「事例グループを形成」することによって説明されるようになった。

この一般的人格権は、「自己叙述の権利および名誉保護」、「自己保存」、「情報自己決定権」という内容を有する。以下、順に検討する。

() 自己叙述の権利と名誉喪失からの保護

一般的人格権は、自己叙述の権利（Recht auf Selbstdarstellung）として、自己を誹謗的、歪曲的かつ勝手に公の場で叙述される、また勝手にこっそりと自己が利用されることから身を守る権利を保障する。つまり、何人も、どのように公衆に対して叙述したいか、何によって社会的価値要求を形成

すべきかを決定できる。被疑者・被告人も、自身の行為、自身の言葉を伝える相手やその範囲を自己決定できる。国家による捜査に対して、自身の行動を手がかりにして秘密を解明されることを妨げることもできる。刑事手続における自己負罪強制は、個人に、自身の名誉を侵害する事実に関する情報提供を強いるため、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠として、「自己叙述の権利および名誉保護」が指摘される¹¹⁵⁶⁾。

この見解に対しては、国家による真実解明や刑事訴追という利益に比して正当化されえないほどに、供述義務が自己叙述の権利を侵害しているという点についての理由づけが不十分であると批判されている。また、被疑者・被告人に対する刑事手続への協力義務が、被疑者・被告人に対する侮辱、貶め、個人的価値の無視を意味するのであれば、被疑者・被告人が甘受しなければならない他の刑事訴訟法上の強制措置についても同様のことがいえる¹¹⁵⁷⁾。

さらに、無実の者が、自身に対する嫌疑によって名誉が侵害される場合、これを取り除くために、刑事手続への協力が求められうる。無実の者に対する供述義務が肯定されることになるという指摘もある¹¹⁵⁸⁾。それゆえ、この自由な自己叙述の権利によって Nemo tenetur 原則を絶対的に保障することは困難であるという。

() 自己保存の権利

Nemo tenetur 原則の根拠を「自己保存」や「自己保存本能」に求める見解は、ドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則の歴史的展開においても主張されており、現在も主張されている¹¹⁵⁹⁾。

人間が、自ら自身の法益を破壊する武器となることは、不快かつ不自然な行動である。これは、Nemo tenetur 原則の根拠を、自然法上の自己保存欲求に求める見解と一致する。また、刑事訴訟は、緊張であり、被疑者・被告人は、自身の有罪判決をありありと思い浮かべる。このとき、被疑者・被告人は、自身の自由、財産、名誉、生命を失うことを恐れる。このような状況において、被疑者・被告人に、自身の法益に損害を与えるよ

う要求することは、過度な要求であるという。確かに、被告人が、自発的に贖罪や改悛の情を抱くことは否定されるべきではない。しかし、これを容易に期待することはできない。被疑者・被告人に対する自己負罪強制は、人間の自己保存本能によって形成される心理的限界を超え、個人の秘密保存利益を侵害し、人格領域に深く介入する。これは、法共同体の法的安定性の感覚を損なうことになり、拷問を再び正当化しうる危険性があるという。また、「国家は人間のためであるが、人間は国家のためにあるのではない」という言葉が示すように、前国家的に、個人は、自己の利益追求のための権利者である。国家契約的理解によると、個人の法的義務は、法律上保護される自由の「対価犠牲」であり、国家の目的は、個人の存在の保持を保障するために、個人の視点から構成される。自己を滅ぼす義務を個人に負わせることは、この国家契約と矛盾するため、Nemo tenetur 原則は「自己保存」によって根拠づけられるという¹¹⁶⁰⁾。

この見解に対しては、有罪の烙印効果と、有罪判決を受けた者に対する実在的危険とは、全く異なるという批判がある。もし、有罪の烙印効果と有罪判決による実在的危険が同一ならば、有罪判決によって威嚇された名誉の喪失は、生命や自由等の重罪な法益に触れないため、供述義務を課することが可能になるという。つまり、刑事手続において、生命、身体、自由という個人の実存的な法益が脅かされるかぎりでのみ、自己保存の権利に基づく Nemo tenetur 原則の保障を受けることになってしまうという¹¹⁶¹⁾。

() 情報自己決定権

上述の自己叙述の権利に結びつける形で、連邦憲法裁判所は、国勢調査判決¹¹⁶²⁾において、包括的な情報自己決定権 (informationelles Selbstbestimmungsrecht) を展開した。

国勢調査判決によると、「基本法秩序の中核に、人格の価値と尊厳があり、それは、自由な社会の一員として自由な自己決定によって活動する。それを保護するために、特別な自由の保障と並んで 基本法第 1 条

第 1 項と結びついた基本法第 2 条第 1 項によって保障される一般的人格権が有用である。それは、まさに現代的発展およびそれと結びついた、人間の人格に対する新たな危機を顧慮すると、意義を有しうる。これまでの判例による具体化によって、人格権の内容が、完全に示されたわけではない。それ(一般的人格権)は、すでにこれまでの決定のもとで BVerfGE 54, 148 (155) 決定において示唆されたように、原則、いつ、およびどのような範囲で個人の生活事情を明らかにするかを自己決定する、という自己決定の思考から導き出される個人の権利を含んでいる。……しかし、個人の決定は、現代の情報処理科学技術の状況のもとでも、作為あるいは不作為についての決定の自由を、この決定にしたがって実際に行動する可能性を含めて、個人に与えられることを前提としている。自身に関係するどのような情報がその社会環境の一定の領域内において知られるのかを十分に確信をもって判断できない者、および、ありうるコミュニケーションの相手の知識をほとんど推測できない者は、自己決定に基づいて決定し、あるいは、決定する自由を本質的に妨げられうる。国民が、誰が、何を、いつ、そしてどのような機会に自らについて知るかを全く知ることができないような社会秩序とその法秩序は、情報自己決定権と相容れないであろう。……人格の自由な発展は、現代のデータ処理の状況下で、無制限の個人的データの調査、蓄積、利用および譲渡(転送)から個人を保護することを前提とする。それゆえ、この保護は、基本法第 1 条第 1 項と結びついた第 2 条第 1 項の基本権に含まれる。そのかぎりでは、その基本権は、原則、自身の個人的データの放棄と利用について自己決定する権利を保障する。……この『情報自己決定』権は、無制限に保障されるわけではない。個人は、『自身の』データを絶対的無制限に支配するという意味での権利を有しない;(つまり)個人は、むしろ社会的共同体においてコミュニケーションを要する人格である。情報は、それが人に関連するかぎりでは、社会的現実の模写であり、当該の者のみに帰属されるわけではない。基本法は、連邦憲法裁判所の判決で何度も強調されているように、個人と共同

体との間の緊張を、人格の共同体関連性と共同体拘束性の意味で決めている。それゆえ、原則、個人は、主たる公益による情報自己決定権の制限を甘受しなければならない。」

この国勢調査判決は、自己決定権および自己表現権の基礎としての一般的人格権から、個々の市民に、情報自己決定権を承認した。情報自己決定権は、自己の社会的評価を自ら形成する意味で、自己表現の権利である。また、個人は、単なる客体として扱われてはならず、主体的ないしは自己責任的な人格として扱われなければならない。本判決によって示された情報自己決定権は、情報に対する個人の処分権限の喪失の阻止を目的とし、自己の情報がいつ、いかなる目的で利用され、いかなる官庁が利用し得るかを認識可能にする¹¹⁶³⁾。

この国勢調査判決以降、情報自己決定権の存在自体を否定する考えは見られないという。しかし、「いかなる者が、自己に関して何を知り、何を利用するかということ、各個人が広範囲に認識し、かつこれを自ら決定する権限」という情報自己決定権の内容は不明確である¹¹⁶⁴⁾。

この情報自己決定権に Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を求める見解が主張されている¹¹⁶⁵⁾。被疑者・被告人は、自身の人格や行動に関するあらゆる情報をコントロールし、行動する。被疑者・被告人に対する供述義務は、個人情報放棄や使用について自己決定する権利を侵害する。特に、個人が供述を強制されることだけでなく、当該供述が引き続き刑事手続において利用されることが、過度の侵害をもたらすという¹¹⁶⁶⁾。刑法上問題となる行為は、損なわれた法益を顧慮すると、社会的関係があり、また、行為者の人格を顧慮すると、個人的生活事情を意味する。それゆえ、Nemo tenetur 原則の根拠は、一般的人格権の情報自己決定権に求められ、刑事手続だけでなく、行政手続など他の手続にも保障が及ぶという¹¹⁶⁷⁾。

また、この情報自己決定権との関係で、プライバシー領域の保護および秘密保持も、指摘されている。被疑者・被告人は、アイデンティティーの尊重要求によって、行動領域を与えられ、社会的人物像を対話によって構

成し、自己決定によって自身の印象をマネジメントできる。被疑者・被告人の社会的行動能力や個人の思考は、その生活情報を秘密のままにしたり、広められないことによって形成される。被疑者・被告人は、秘密を保持する権利によって、犯罪説明利益に対して抵抗することができる。この情報処分権は、Nemo tenetur 原則の根拠になりうるという。その対象は、その人生の過程で形成された個人的特徴や行動特徴、その他プライベートな事柄である。情報によって他者の中にある自分の人物像を形成する。それゆえ、被疑者・被告人は、自身の犯罪行為に関する情報を伝える必要はない、と説明される¹¹⁶⁸⁾。

しかし、このような Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を情報自己決定権に求める見解に対しても、反論がなされている。第一に、刑事手続において重要な公共の利益を追求するためには、刑事手続における個人情報の利用は、過度の侵害にあたらないという批判である。第二に、例えば、電話盗聴のような秘密の情報調査は、当事者の認識なしに情報の調査および処理を行うため、公開で行われる強制的な情報調査や強制的な供述義務に比して、より大きな情報自己決定権侵害があるという。それゆえ、供述義務の不許容を「強制的な情報調査」という点のみで根拠づけることは困難であるという。第三に、被疑者・被告人自身による情報提出は、第三者による情報収集よりも穏やかな方法であり、かつ、被疑者・被告人は、自身にかけられた嫌疑ゆえに、第三者に比して、自身に対する刑事手続への献身的行為の義務があると指摘されている¹¹⁶⁹⁾。

以上、人間の尊厳および一般的人格権に Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を求める見解を概観した。この両見解が、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を基本権に求める見解のうち、支配的見解であるが、両見解に共通する問題として、税手続や行政手続のような刑事手続外における協力義務が、憲法によって保障されている Nemo tenetur 原則違反ではないという理由づけが不十分であるという点が挙げられている。仮に、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠が「人間の尊厳」にあるとすると、Nemo tenetur 原則は、

衡量することができず、その限界において他の観点と均衡を保つことができないという¹¹⁷⁰⁾。

6. 本節のまとめ

Nemo tenetur 原則が、刑事手続における上位原則であり、憲法によって保障されている点に争いはない。しかし、ドイツの憲法たる基本法のいずれの規定に、Nemo tenetur 原則の根拠を求めることができるかという点については、一致していない。

歴史的視点、かつ、被疑者・被告人に対する内心領域 (forum internum) への介入に着目し「良心の自由 (基本法第4条第1項)」に根拠を求める見解、被疑者・被告人は供述するか否かを自己決定でき、かつ、自己負罪を拒否できる (黙秘できる) ことによって自由なコミュニケーションや意見形成が可能になるという点に着目して「意見表明の自由 (基本法第5条第1項)」に根拠を求める見解、被疑者・被告人が刑事手続において自由に発言し、手続に影響を及ぼすことができ、刑事手続におけるコミュニケーションに着目した「法律上の審問を請求する権利 (基本法第103条第1項)、刑事手続における被疑者・被告人の人身の自由 (基本法第2条第2項)」に根拠を求める見解が、それぞれ主張されてきた。

しかし、これらの個別の基本権に Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を求める見解は、確かに Nemo tenetur 原則の特徴をとらえているものの、各基本権の保障範囲が狭く、刑事手続における Nemo tenetur 原則を包括的に保障するには不十分であると指摘されている。そこで、Nemo tenetur 原則の根拠を基本権に求める見解のうち、人間の尊厳 (基本法第1条第1項) と一般的人格権 (基本法第1条第1項と結びついた第2条第1項) に求める見解が、支配的見解となった。前者は、被疑者・被告人に対して供述義務を課することは過大な要求であること、被疑者・被告人は刑事手続において単なる道具や客体に貶められないこと、基本法第1条第1項の成立史等を理由として、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を、人間の尊厳に

もとめる。しかし、人間の尊厳の曖昧さや保障の限界づけが困難であることから、Nemo tenetur 原則の根拠を一般的人格権に求める見解が有力に主張されるようになってきた。一般的人格権は、自己叙述の権利、自己保存の権利、情報自己決定権を保障する。これに対応して、Nemo tenetur 原則の根拠も、被疑者・被告人の行為や供述の自己決定に着目して自己叙述の権利に根拠を求める見解、人間の自己保存本能に着目して自己保存の権利に根拠を求める見解、被疑者・被告人の供述を「情報」と捉えて刑事手続外についても広く Nemo tenetur 原則の保障を及ぼしうるような情報自己決定権に根拠を求める見解に分かれる。

これらの Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を個別の基本権、特に人間の尊厳および一般的人格権に求める見解は、相互に排他的関係にあるのではない。Nemo tenetur 原則は、その中核を人間の尊厳および一般的人格権によって根拠づけられると同時に、各個別の基本権によって部分的にカバーされていると理解されている。Nemo tenetur 原則の憲法的根拠として各基本権を検討することは、Nemo tenetur 原則の特質や保障内容の理解にとって有益である。

第 2 節 法治国家原理

1. 法治国家原理

連邦憲法裁判所および学説は、基本法が、法治国家原理を採用していることを認めているが¹¹⁷¹⁾、この法治国家の概念の内容、意義や根拠は、不明確である¹¹⁷²⁾。連邦通常裁判所によると、全刑事手続は、法治国家の中心思想のもとにある¹¹⁷³⁾。この法治国家原理の下位原則として、比例原則¹¹⁷⁴⁾、無罪推定原則、公正な裁判を受ける権利と武器対等の原則がある。

Nemo tenetur 原則の憲法上の存在根拠をこの法治国家原理に求める見解が、判例および学説において主張されている¹¹⁷⁵⁾。連邦憲法裁判所は、営業的内水航行交通に関する法律 (Gesetz über den gewerblichen Binnenschiffsverkehr ; BSchVG) 第 31 a 条第 2 項および第 3 項の協力義務

につき、「何人も、自己負罪供述を強制されてはならない」ということは、「人間の尊厳の尊重を打ち出す法治国家原理」の現れであると判示している¹¹⁷⁶⁾。連邦通常裁判所は、刑事訴訟法第55条の証言拒絶権につき、「何人も自己負罪供述を強制されてはならない」という Nemo tenetur 原則は、法治国家原理から導き出されると述べた¹¹⁷⁷⁾。さらに、被告人の同意なしに秘密裏に録音された被告人と関係者との私的会話を証拠として利用することにつき、「被疑者・被告人に自己負罪供述を強制」せず、禁じられた尋問方法によって「被疑者・被告人の意思決定および意思活動の自由に影響を与えることを禁止」という刑事訴訟法の規定は、「被疑者・被告人に対して、人間の尊厳を侵害するような方法で手続を行うことを認めない刑事訴訟法の法治国家的基本姿勢の現れである」と判示した¹¹⁷⁸⁾。

学説においても、実体的に理解された法治国家原理が、被疑者・被告人の強制的かつ積極的な協力からの自由を直接根拠づけていると主張されている¹¹⁷⁹⁾。この見解は、人間の尊厳や一般的人格権に Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を求める論者による、「法治国家原理の具体的内容は不明確であるため、法治国家原理に Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を求める見解は、法治国家原理から Nemo tenetur 原則の権利本性に関する問題に答えることができない」¹¹⁸⁰⁾という批判に反論することを出発点としている。被疑者・被告人の供述の自由を保障しない刑事手続は、基本法の意味で、法治国家的手続とはいえない。それゆえ、供述の自由は、人間の尊厳を尊重する法治国家の基本的考え方を示しているという。また、基本法第20条第1項と結びついた第79条第3項により、被疑者・被告人に対する自己負罪の禁止の不変性が導き出されるという¹¹⁸¹⁾。

しかし、法治国家原理の一般的内容は、法治国家原理を具体化した個別規範が根拠づけることができないときはじめて、直接援用される。つまり、まず第一に、刑事訴訟法をはじめとする単行法における基本法の具体化を参照することになる。公正な裁判の原則、無罪推定、一般的人格権、人間の尊厳および責任原理が、Nemo tenetur 原則の根拠として除外されると

きはじめて、法治国家原理を援用することができるという¹¹⁸²⁾。

2. 無罪推定

ドイツにおいて、無罪推定原則に関する明文規定はないが、法治国家原理の構成要素として、基本法によって保障されている。無罪推定原則によって、被疑者・被告人は、刑事手続において、法律上の有罪が証明されるまで無罪を推定される。しかし、この原則の内容は、依然として完全に明らかにされてはいない¹¹⁸³⁾。

Nemo tenetur 原則の根拠を無罪推定に求める見解が主張されている。この見解によると、無罪推定は、被疑者・被告人を、意思に反して自己に不利な証拠方法となることから保護する。なぜなら、仮に、被告人が自己に対する刑事訴追に協力するよう強制されてもよく、かつ、被告人が防禦しない場合に被告人の有罪を推定してもよいならば、無罪推定は、無意味になるからである¹¹⁸⁴⁾。また、刑事手続において被疑者・被告人の無罪を推定することは、被疑者・被告人に自己負罪を義務づけることと矛盾し¹¹⁸⁵⁾、被疑者・被告人をあらゆる供述強制から保護することを意味するという¹¹⁸⁶⁾。無罪推定原則が働く刑事手続における被疑者・被告人は、「供述によって嫌疑を晴らさなければならない」という間接的かつ精神的な圧迫を受けないため、無罪推定原則は、Nemo tenetur 原則を実効的に保障しているといえる。つまり、Nemo tenetur 原則と無罪推定原則は、「拳証責任は国家(刑事訴追機関)にあり、被疑者・被告人は立証に協力する必要はない」という思考を基礎とする点で一致するという¹¹⁸⁷⁾。

また、被疑者・被告人の黙秘に基づく不利益な推認の禁止は、法律上の無罪推定ゆえに許されないという点も、無罪推定を Nemo tenetur 原則の根拠とする見解によって指摘されている¹¹⁸⁸⁾。

しかし、これらの見解に対して、無罪推定原則と Nemo tenetur 原則は、機能的に結びついており、密接な関係であるが、独立した別個の原則であるという反論がなされている¹¹⁸⁹⁾。

例えば、Kölbel によると、「無罪推定は、間接的に、刑罰を免脱する自由を援用する」。無罪推定原則は、Nemo tenetur 原則の「副官的職務」を果たし、Nemo tenetur 原則の保障のために土塁を積み上げる役割を果たしているという¹¹⁹⁰⁾。また、Nothhelfer は、供述の自由と無罪推定原則は、相互に補完し、部分的に独自の保護範囲を有する関係にあるという。つまり、被疑者・被告人が真実供述をする場合、被疑者・被告人は、自己負罪を強制されず、被疑者・被告人は、有罪が法律上確定するまで、無罪の者として取り扱われる。もし無罪推定原則を打ち破るような国家による強制がなされる場合、無罪の者の法的保護が必要であり、その一つとして Nemo tenetur 原則があるという¹¹⁹¹⁾。Böse も、Nemo tenetur 原則は、被告人が自身の無罪を証明する必要がないという無罪推定原則によって、補充され、被疑者・被告人の黙秘による防禦の前提を作り出すという。他方、無罪を推定される被疑者・被告人の法的地位は、Nemo tenetur 原則が被疑者・被告人に対する供述義務の賦課を禁じることによって保障される。しかし、Nemo tenetur 原則と無罪推定原則の相違点は、前者が被疑者・被告人に対する供述強制からの保護を保障しているのに対し、後者は被疑者・被告人に対する供述負担からの保護を保障しているという点にあるという¹¹⁹²⁾。

実際、条文の構成の視点からも、市民のおよび政治的権利に関する国際規約は、無罪推定（第14条第2項）と自己負罪拒否特権（第14条第3項）を別個に規定しており、このことも、両原則の保護範囲の相違を示している¹¹⁹³⁾。

さらに、無罪推定原則は、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠としては不十分であるという指摘もなされている。

第一に、中立的協力義務についてである。被疑者・被告人に「有罪の者（真犯人）」として供述義務を課することは、無罪推定原則および Nemo tenetur 原則両方に反する。被疑者・被告人に対して自身の犯した罪の告白（自白）や贖罪を要求することも、有罪判決の先取りである。しかし、

被疑者・被告人に「真犯人であるか無辜であるか不明な者」として、事実の解明という公共の利益によって根拠づけられた供述義務を課することは、Nemo tenetur 原則に反するが、無罪推定原則には反しない。無罪推定原則は、被疑者・被告人を、このような真実発見前の国家による真実探究過程における被疑者・被告人に対する供述義務や協力義務（中立的協力義務）から保護しないため、Nemo tenetur 原則の根拠として不十分であるという¹¹⁹⁴⁾。また、同様に、最終的に有罪であるか無罪であるか関係なく、すべての被疑者・被告人が、自身の被疑事実について真実を供述するよう義務づけられるとき、無罪推定原則が妥当する一方で、Nemo tenetur 原則違反があるという¹¹⁹⁵⁾。

第二に、有罪推定時にも Nemo tenetur 原則は保障されるという点が指摘される。もし無罪推定原則が Nemo tenetur 原則の憲法的根拠であるならば、当該犯罪行為に対する嫌疑が有罪判決を下し得る程度に高まった被疑者・被告人は、もはや黙秘権や反論する権利を認められないことになる。しかし、これは誤りであるという。Nemo tenetur 原則は、有罪判決を受ける程高い嫌疑をかけられた被疑者・被告人はもちろん、真犯人に対しても、自己負罪からの自由を保障する。「制裁に対する抵抗」という Nemo tenetur 原則の本質を無罪推定原則から読み取ることは困難であるという¹¹⁹⁶⁾。

また、史的観点によると、被疑者・被告人に対する自己負罪義務を認める刑事手続は、大抵、無罪推定も欠いている。しかし、ナチス期における刑事手続において、無罪推定原則が妥当しない一方で、Nemo tenetur 原則は、大幅に制限されていたが、被疑者・被告人に対する真実供述義務の強制は否定されていた。それゆえ、歴史的にみても、無罪推定原則と Nemo tenetur 原則は、独立した関係にあるといえる¹¹⁹⁷⁾。

さらに、無罪推定原則は、法律上の有罪が確定するまで無罪を推定するが、この無罪が推定されている状況を刑事訴追機関による立証によって崩すことを妨げるわけではない。無罪推定原則は、被疑者・被告人に対する

尋問や刑事訴追機関による有罪立証を禁じない。無罪推定原則は、刑事訴追機関の立証方法に触れず、証拠禁止を含まない。それゆえ、被疑者・被告人に対する自己負罪強制を禁じる Nemo tenetur 原則の根拠としては不十分であるという。

無罪推定原則は、特に、国家（刑事訴追機関）が挙証責任を負うという責任原則の中に見てとることができる。裁判官は、被疑者・被告人の（完全）黙秘という供述態度を理由として有罪判決を下してはならない。他方、ドイツの刑事訴訟法は、自由心証主義を採用する（刑事訴訟法第261条）。それゆえ、通説によると、被疑者・被告人の部分黙秘は、有罪を事実上正当化する限りにおいて、被疑者・被告人にとって不利に扱われてもよいと解されている。それゆえ、無罪推定原則が、被疑者・被告人の部分黙秘を保護することは難しく、Nemo tenetur 原則を完全に保障しえないという¹¹⁹⁸。

3. 公正な手続を受ける権利

公正な法治国家的手続という一般的訴訟基本権の根拠は、法治国家原理にあり、部分的に一般的自由権と結びつき、かつ、人間の尊厳や責任原則も顧慮される。公正な裁判の要請は、被疑者・被告人に、均衡のとれた真実発見プロセスにおいて、影響力を行使する手段を与える。公正な裁判の観念は、被疑者・被告人の防禦にとって利益となるような公正な訴訟上の地位を保障しなければならず、かつ、立法者に、公正（Fairneß）思考に適合する手続法を起草するよう義務づけている¹¹⁹⁹。

Nemo tenetur 原則の憲法的根拠として、法治国家原理の下位原理である公正な裁判（fair trial）の原則が、指摘されている¹²⁰⁰。例えば、連邦通常裁判所は、「自由な決定に基づき、話すか黙秘することによって防禦するという被告人の権利の承認は、法治国家上の公正な手続の原則から導かれ」と判示している¹²⁰¹。学説のなかにも、「公正な裁判の原則によると、何人も自己負罪へと寄与する必要はない」と主張する見解がある¹²⁰²。

公正な裁判の原則は、自己負罪強制の禁止と類似の構造を有するが、公正な裁判の原則自体が一般条項的な曖昧さを有し、具体化される必要があり、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠とはなりえないと批判されている¹²⁰³⁾。連邦通常裁判所も、「公正な手続に不可欠な構成要素」としか確認しておらず、その内容や論証は不明確である¹²⁰⁴⁾。

しかし、公正という思考は、Nemo tenetur 原則にとって全く意義がないわけではない。公正さは、訴訟上の規範形成力を有する。公正さは、刑事訴訟法の解釈にあたって、各規範を常に基本法に方向づけて解釈し、かつ、基本法と対立するような観点をできるかぎり否定するよう作用するという。それゆえ、「公正な裁判の原則が、被疑者・被告人に黙秘権を保障している」というテーゼは、黙秘権に親和的な当該訴訟規範の解釈が強調されるべき場合のみ、つまり、下位の法律規定（刑事訴訟法）の解釈によって黙秘権が強調される場合にのみ、認められるという¹²⁰⁵⁾。

また、公正な手続の要請が実現するのは、国家の捜査等を制限するだけでなく、被疑者・被告人が、弁護人によって自ら専門知識を伴う手段を用いて、刑事手続の過程や結果に積極的に影響力を及ぼしうるときである。公正な裁判の原則は、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠たりえないが、公正な手続を受ける権利は、被疑者・被告人が有効な弁護を行うことができるような手続を解釈によって形成するところで作用し、その場合、Nemo tenetur 原則の内容決定に援用されるという。公正さの要請は、被疑者・被告人に対する告知義務のような後見的規定を把握するのには適しているという¹²⁰⁶⁾。

4. 本節のまとめ

ドイツにおいて、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠は、判例および学説において、法治国家原理にも求められている。法治国家原理は、無罪推定の原則、公正な裁判を受ける権利（および武器対等の原則）、比例原則、狭義の法治国家原理をその下位原理としている。この下位原理につき、

Nemo tenetur 原則と無罪推定の関係は、一般に、密接ではあるが別個の法原則であるとされている。公正な裁判を受ける権利に Nemo tenetur 原則の根拠を求める見解も主張されているが、直接 Nemo tenetur 原則を根拠づけるのではなく、憲法たる基本法に方向づけた解釈を可能にし、被疑者・被告人の有効な弁護を実効的に保障するような後見的規定を把握するのに有効であると解されている。つまり、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を法治国家原理に求める見解は、刑事手続を方向づける他の法原則との関係を示している。Nemo tenetur 原則は、無罪推定原則や公正な裁判の原則と重畳的關係にあり、相互に実効的保障を可能にしているといえよう。

第3節 本章のまとめ

ドイツにおける Nemo tenetur 原則は、刑事手続における上位の法原則として、憲法によって保障されている。この Nemo tenetur 原則の憲法的根拠は、個別の基本権と法治国家原則の両面によって保障されていると解されている。

Nemo tenetur 原則を包括的に保障し、保護範囲を矮小化しないために、一般に、人間の尊厳および一般的人格権に Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を求める見解が、支配的である。各個別の基本権は、相互に排他的な関係にあるのではなく、それぞれ Nemo tenetur 原則を部分的に根拠づけているという。これは、Nemo tenetur 原則の保障内容の歴史的展開、被疑者・被告人の内心領域 (forum internum) への介入の禁止、被疑者・被告人の供述についての自己決定、刑事手続における自由な意見形成、コミュニケーションの実現や影響可能性等、Nemo tenetur 原則の様々な特徴に着目しており、Nemo tenetur 原則の意義や保障内容をとらえるために重要である。

また、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠は、法治国家原理にも求められる。法治国家原理は、無罪推定の原則、公正な裁判を受ける権利と武器対等の原則、比例原則、狭義の法治国家原理をその下位原理としており、こ

の下位原理と Nemo tenetur 原則との密接性が指摘されている。Nemo tenetur 原則と法治国家の下にある各法原則は、それぞれ独立した法原則であるが、重疊的に作用し、刑事手続におけるより実効的な保障を実現する。

このように、ドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則は、わが国と同様に、個人の基本権と法治国家原理両方によって保障されていると考えられている。ドイツにおける Nemo tenetur 原則は、刑事訴訟法の諸規定に表出しているにとどまり、憲法に明文規定を有さない。しかし、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を検討することによって、Nemo tenetur 原則の優位性や Nemo tenetur 原則が保護しようとしている利益を明らかにし、各基本権、人間の尊厳や一般的人格権、法治国家原則によって重疊的かつ広範な Nemo tenetur 原則の保障を実現しようと試みている。

第 3 章 ドイツ刑事訴訟における Nemo tenetur 原則

第 1 節 学説の展開

1. Klaus Rogall : 受動性に関する権利 (Recht auf Passivität) としての Nemo tenetur 原則

Rogall¹²⁰⁷⁾によると、Nemo tenetur 原則は、「何人も自身の有罪立証を強制されない権利」、「自身を不利な証拠方法にされない権利」、「被疑者・被告人を自己に不利な証拠方法にすることの禁止」を意味する¹²⁰⁸⁾。つまり、人は自己負罪によって国家刑罰権に自身を引渡す必要がないゆえに、何人も自己に不利な証拠方法にされず、自身の有罪立証を導くようないかなる行動もする必要がない¹²⁰⁹⁾。

Rogall は、法律である刑事訴訟法を出発点とする。被疑者・被告人は、刑事訴訟における主体である一方、「検証対象」や「供述者」として広義の証拠方法としての役割も果たす¹²¹⁰⁾。このような被疑者・被告人の証拠機能を保全するために、ドイツ刑事訴訟法は、未決拘禁や仮逮捕等を予定

している。その限りで、被疑者・被告人は、「受動的な」訴訟当事者である。しかし、自己負罪義務を負わない¹²¹¹⁾。つまり、Rogallによると、Nemo tenetur 原則は、被疑者・被告人を積極的な自己負罪の行動から保護する「受動性に関する権利 (Recht auf Passivität)」を保障している¹²¹²⁾。

Rogall は、Nemo tenetur 原則の根拠を、ドイツの憲法たる基本法によって保障される基本権にあると考え、順に検討を加えている。Rogall によると、法律上の審問を請求する権利 (基本法第103条第1項, 第104条第3項第1文)、人身の自由 (基本法第2条第2項第2文)、良心の自由 (基本法第4条第1項) は、Nemo tenetur 原則の根拠としては不十分であり、公正な裁判 (fair-trial) の要請も、Nemo tenetur 原則の根拠ではない¹²¹³⁾。さらに、Rogall は、当時、Nemo tenetur 原則の根拠を「人間の尊厳 (基本法第1条第1項)」に求めるといった一般的見解に対しても、「客体定式」を中心に批判を加え、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を、人間の尊厳のみに求めない。

すなわち、Rogall によると、刑事訴訟は緊張であり、被疑者・被告人が有罪判決をありありと思い浮かべるほど、緊張状態にある。被疑者・被告人は、自身の自由、財産、名誉の喪失を恐れる。このような状況下で、人間に自身の法益に損害を与えるよう要求することは、過大な要求である。確かに、真犯人の中には、贖罪しようとする者もいる。しかし、贖罪や改悟は、容易に期待されえず、その者の自発性による。それゆえ、刑事手続における自己負罪強制は、人間の自己保存本能による精神的限界を越える。また、人間は、この領域において自己を保ち、他者による介入やのぞき見を排除する権利を有する。自己負罪強制は、この利益を侵害し、その者の人格領域に深く介入する。そして、法共同体の法的安定性の感覚は損なわれ、拷問が再び正当化されうる危険があるという¹²¹⁴⁾。それゆえ、Rogall は、人間の尊厳と結びついた人格権 (基本法第1条第1項, 第2条第1項) が、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠であるという。人格権によって、人は、高度の人間の尊厳内容を有し、立法者によって自由に処分されない

という¹²¹⁵⁾。

被疑者・被告人は、原則、刑事訴追や処罰を積極的に妨害してはならないという。なぜなら、刑事訴追および処罰は、これが司法形式的な法治国家手続の結果である限りで、法秩序による法適合的な犯罪行為の結果であり、真犯人は、これを受忍しなければならないからである。被疑者・被告人は、刑事手続において受忍義務を負い、刑事手続における危険を引き受けなければならない。被疑者・被告人が処罰されたくないとしても、第三者の権利を侵害してはならず、第三者の権利を侵害しないような、不可罰となる単純な自己庇護のみ許されるという。共同体と結びついた市民は、国家による措置を、比例原則および必要性の枠内で甘受しなければならない。それゆえ、Rogall は、法治国家によって基礎づけられる行動義務違反、つまり積極的自己庇護行為に、Nemo tenetur 原則の保障の限界があるという¹²¹⁶⁾。

国家の犯罪解明利益や公共的利益は、人格領域への介入を正当化するものではない。ただし、刑法第330 c 条や刑法第138条のような救助または犯罪の届け出は、行為者が葛藤状態になく、不処罰のためにあらゆる手段を尽くす必要があるため、正当化されるという。捜査を混乱させるような逃亡につき、行為者に差し迫った危険が小さい場合、行為者に逃亡せずに一定の行動をすることを期待することができるという。Rogall は、刑法第142条第3項(交通事故の報告義務)につき、行為者に自身の刑事訴追に対する積極的協力を要求しているため、Nemo tenetur 原則に反すると指摘する¹²¹⁷⁾。

以上のような Rogall の見解に対しては、現在までに様々な検討が加えられている。

第一に、Nemo tenetur 原則の特質について、法律である刑事訴訟法から憲法たる基本法へと帰納的に検討している点につき、その危険性が指摘されている。刑事訴訟法に、被疑者・被告人に対する自己負罪義務が規定されていないということから、被疑者・被告人に対する自己負罪義務が基

本法違反であることを導く論証には、説得力がないという。基本法から被疑者・被告人に対する自己負罪強制の禁止を導き出すことができはじめて、自己負罪義務は、基本法違反といえる。確かに、刑事訴訟法に定められた黙秘権は、Nemo tenetur 原則の方向を示しているといえるが、ドイツの憲法たる基本法と単行法たる刑事訴訟法の序列が顧慮されなければならないという¹²¹⁸⁾。

第二に、Rogall は、当時の支配的見解と同様に¹²¹⁹⁾、「人間の自己保存本能は自己負罪強制と矛盾する」と指摘する¹²²⁰⁾。しかし、Rogall は、刑罰によって人間の存在と行為を尊重するという見解も導きうること、および、人間の尊厳自体を定義づけることが困難であるという理由で、Nemo tenetur 原則の根拠を人間の尊厳に求めない。しかし、Nemo tenetur 原則の根底に「人間の尊厳」があることを否定することはできないという批判がある¹²²¹⁾。

第三に、Rogall 説によると、行為者が Nemo tenetur 原則によって保護される一方で、法に誠実な第三者の法益保護が減じられるという¹²²²⁾。被疑者・被告人は、規範適合的態様を期待されえないとき、Nemo tenetur 原則によって保護されるが、共同体関連性および共同体拘束性ゆえに、一定の法益侵害を甘受しなければならないという。しかし、この考え方によると、第三者も、共同体関連性および共同体拘束性ゆえに、ある種の法益侵害を甘受しなければならないことになることになると批判されている¹²²³⁾。

さらに、Rogall による「受動性に関する権利」という Nemo tenetur 原則の理解は、原則の保護範囲を狭く解していると批判されている。Rogall は、自己負罪強制が、人間の自己保存本能に反し、克服しがたい内心の葛藤に陥らせるという点を指摘しているが¹²²⁴⁾、被疑者・被告人による受動的態様も、自己負罪となりうる。また、行為者に対して積極的な自己庇護態様をとらないよう要求することも、行為者を心理的な葛藤状況にさらしうると指摘されている¹²²⁵⁾。

2 . Hartmut Schneider : 自己庇護特権と Nemo tenetur 原則

Schneider によると、Nemo tenetur 原則は、憲法上、「法治国家思考の実体的構成要素」として位置づけられ、基本法第20条第3項の基本的構成要素として、基本法第79条第3項によって保障される。さらに、Nemo tenetur 原則は、法治国家原理の下位原理である無罪推定および公正な手続の原則とも結びついているという。Nemo tenetur 原則を基本法上の法治国家原理として理解することによって、自己負罪禁止という Nemo tenetur 原則は、司法基本権として、市民と国家という手続法的関係を規制することになる¹²²⁶。

Schneider は、Nemo tenetur 原則を受動性に関する権利と捉え、Rogall 説を支持し、Nemo tenetur 原則によって、被疑者・被告人に対する自己負罪強制の禁止と被疑者・被告人の黙秘のような受動的態様を保護しようとする。積極的な自己庇護行為は、Nemo tenetur 原則の保護範囲に含まれないとする。例えば、被疑者・被告人の虚偽供述(嘘)のような真実発見を積極的に妨害する行為は、Nemo tenetur 原則によって保護されないと考える¹²²⁷。

Schneider は、Rogall の見解に依拠しつつ、刑法第120条および第157条が行為者の「逃亡」や「虚偽供述(嘘)」といった積極的自己庇護態様を処罰しない点について、「法律上の恩典」という観点から説明を試みている¹²²⁸。Schneider は、「自己保存本能の心理学的法則性」を承認するが¹²²⁹、この自己庇護行為を、原則、不法と位置づける¹²³⁰。法秩序が、個人の自己庇護利益を受容し、法的に承認するかを検討する際、刑法および刑事訴訟法の解釈によれば、個人の心理学的要素と一般予防的刑事政策的要素を考慮する必要があるという。Schneider によると、自己庇護行為が、他者の法益を侵害する場合、この行為は「例外なく不法」である。虚偽供述(嘘)や逃亡のような原初的な自己庇護行為のみが、刑法上特権として認められるという。つまり、法共同体が、個人の自己庇護態様に対して十分に対抗する手段を有し(自己保護手段)、かつ、自己庇護態様を埋

め合わせる手段を有している（埋め合わせ可能性）限りでのみ、法共同体は、自己庇護行為をせざるを得ないような行為者の主観的強制状況に譲歩し、当該自己庇護行為の特権化を認めようという¹²³¹⁾。

まず、行為者の虚偽供述（嘘）について、自己庇護に動機づけられた虚偽供述（嘘）は、国家の自己保護可能性と埋め合わせ可能性によって正当化されるという。国家が、内容の真実性を顧慮することなく、被疑者・被告人の供述に大きな価値を認め、かつ、被疑者・被告人の虚偽供述を不可罰とすることによって Nemo tenetur 原則によって保護された受動的態度（黙秘や否認）をやめるよう促すことは、珍しいことではないという。なぜなら、被疑者・被告人が黙秘権を行使するとき、刑事訴追機関は、他の証拠方法によって証明しなければならないが、真実か虚偽かを問わず、何らかの被疑者・被告人の供述があれば、否認する被疑者・被告人を矛盾に陥らせたり、有罪を認めさせるきっかけが得られると考えられているからである。刑事訴追機関は、被疑者・被告人の供述だけでなく、証人、鑑定人や検証対象を用いることによって、被疑者・被告人の自己庇護的行為である虚偽供述（嘘）によって真実を誤る危険性を埋め合わせることができる。それゆえ、社会心理学的な基本的立場、および、一般予防的な自己保護技術と埋め合わせ技術を背景にして、自己庇護によって動機づけられた虚偽供述（嘘）の処罰は、刑事政策的に促進されず、自己防衛を可能にするような人道的でリベラルな刑法のリスクとして甘受しなければならないような非常に重大な残されたリスクに関わる問題でもないため、行為者の虚偽供述（嘘）は不可罰であるという¹²³²⁾。

次に、Schneider は、逃亡について検討している。逃亡は、刑事訴追を部分的に困難にし、すぐに埋め合わせすることは困難であるという。しかし、逃亡の禁止を規範化すると、その規範は常に破られうることになり、刑法秩序や規範化された訴訟に対する信頼を失うことになるという。それゆえ、Schneider は、自己庇護行為としての「逃亡」は、不可罰であると考えられる¹²³³⁾。

この Schneider の見解に対しては、次のような批判がなされている。

まず、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠について、Schneider は、人間の尊厳を保障する基本法第 1 条第 1 項ではなく、法治国家原則 (基本法第 20 条第 3 項) に憲法的根拠を求めている。しかし、法治国家原則の中核も、人間の尊厳であるが、この点の説明が不十分であるという。また、Schneider が無罪推定とのテーマ上の結びつきを指摘している点につき、有罪推定のもとで被疑者・被告人に自身の刑事訴追への協力を期待することは、被疑者・被告人に対する自己負罪強制であり、許されない。しかし、無罪推定のもとで、被疑者・被告人の無罪判決に資する利益な供述を強制することも、供述強制であり、挙証責任の観点からも許されないと指摘されている¹²³⁴。

さらに、Schneider は、Rogall と同様に、Nemo tenetur 原則を「受動性に関する権利」と理解するため、上述の Rogall の見解に対する批判と同様の批判がなされている。この「積極性 / 受動性」という被疑者・被告人の態様の区分自体につき、ドイツ刑法において、作為と不作為は、等価値であり、法益保護という点でも一致している。刑法に作為のみが規定されていても、不作為にも刑法的非難は及び、刑法第 13 条によって不真正不作為犯も処罰される。しかし、刑法は、すべての不作為を処罰しているわけではなく、フィルターにかけることによって刑法的非難が結びつくような不作為のみを取り出している。逆に、作為の中にも許される作為もある。つまり、いかなる行為が刑法的非難を受けないかを厳密に限界づける必要がある。これと同様に、様々な自己庇護的行為後態様のなかにも、Nemo tenetur 原則によって保護される行為と保護されない行為を厳密に限界づける必要があるという指摘がなされている。社会的非難が及ばない自己庇護的作為 (積極的行為) および不作為 (受動的態様) を限界づけると、社会的非難が及ばない積極的自己庇護行為のなかには、Nemo tenetur 原則によって保護される行為が含まれる可能性がある。それゆえ、積極的自己庇護行為を Nemo tenetur 原則によって保護すると「法的不安定」をもた

らすという Schenider の見解は、説得力がないという¹²³⁵⁾。

また、Schenider は、積極的な自己庇護行為を原則「不法」と考えている。しかし、例えば、刑事訴追機関による捜査や訴追を受けて緊張状態にある被疑者・被告人の内心のように、法が、どの程度、心理学的な正当性を考慮しているかについても、十分な検討を要するという¹²³⁶⁾。

Schneider は、自己庇護的行為後態様の許容性について、法共同体がこれを埋め合わせる手段を有しているかという点に着目している。その際、一般予防的刑事政策の検討を行い、国家の譲歩の撤回がありうることを示唆している¹²³⁷⁾。しかし、これは、Schneider が、Nemo tenetur 原則の根拠を、基本法第79条第3項によって永久保障される法治国家原理に求めていることと矛盾しているという。さらに、法共同体が、現行法の解釈として、虚偽供述(嘘)や逃亡による被疑者・被告人の刑事訴追の免脱行為に対して対抗できると考える基準、および、法律上の恩典を認められない自己庇護行為の基準が不明確であるという。この「埋め合わせ理論」に対しては、犯罪統計の観点からも、未解決事件や暗数が多く、そもそも「法共同体の防禦手段や埋め合わせ手段が十分である」のかという疑問も提起されている¹²³⁸⁾。

Schneider は、自己庇護的行為後態様への国家の譲歩を二つの観点から説明する。第一に、個人の規範内面化能力には限界があり、法は「犯罪者は自白すべきである」という人間の本性と矛盾する過度な要求をしてはならないという点である。第二に、自己庇護的行為後態様によって国家の刑事訴追機能を危険にさらすことは許されないが、虚偽供述(嘘)や逃亡は軽微であるため、法律上の恩典として不可罰とされるという点である。しかし、国家の刑事訴追機能の危殆化だけでなく、無辜の者が一人も処罰されず、被疑者・被告人の法的地位を侵害しない手続および防禦権を保障する、真に実効的な刑事司法にも着目すべきであるという批判がある¹²³⁹⁾。

最後に、Schneider は、被疑者・被告人の虚偽供述(嘘)の不可罰に関する論証において、被疑者・被告人の供述が真実発見に寄与することを認

めている。しかし、被疑者・被告人の供述は、結果として真実発見に寄与することがありうるが、あくまで副産物である。刑事訴訟法における被疑者・被告人の供述は、応訴として自身の防禦のために行うものである¹²⁴⁰⁾。

3 . Heinrich Amadeus Wolff : 責任原則

Wolff は、Nemo tenetur 原則を「何人も、自身の刑法上の有罪判決に積極的に寄与するよう義務づけられない」と定義づける¹²⁴¹⁾。

Wolff は、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を、良心の自由 (基本法第 4 条第 1 項)、一般的行為自由 (基本法第 2 条第 1 項)、人身の自由 (基本法第 2 条第 2 項)、法律上の審問を受ける権利 (法的聴聞権 ; 基本法第 103 条第 1 項と第 104 条第 3 項第 1 文)、公正な裁判の原則、無罪推定、包括的な法治国家原則の保障それぞれに部分的に求めている。かつ、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を人間の尊厳と一般的人格権に求める通説的見解の曖昧さを指摘する¹²⁴²⁾。

Wolff によると、「Nemo tenetur 原則は、被疑者・被告人から、彼の行為の結果を取り除くのではなく、積極的協力義務だけを取り除こうとしている」という¹²⁴³⁾。このことから、Wolff も、Rogall と同様に、Nemo tenetur 原則を受動性に関する権利と捉えていると考えられる。

Wolff 説の大きな特徴は、Nemo tenetur 原則の根拠を「責任原則 (Schuldgrundsatz)」に求める点にある。何人も、責任のない行為につき刑罰を科されない (責任なければ刑罰なし (nulla poena sine culpa))。この責任原則は、憲法上の要請であり、通説によると、基本法第 1 条第 1 項、第 2 条第 1 項と結びついた法治国家原理によって根拠づけられている。この責任原則は、実体的位置から独自の手続法上の要請を導き出すことができるという。連邦憲法裁判所によると、「憲法上、責任原理 (Schuldprinzip) を保障するという任務を課されている刑事手続は、当該の者にとって極めて厳しい効果ゆえに、事実関係の捜査のために相応の手続上の安全装置を用意しなければならない」¹²⁴⁴⁾。つまり、刑事裁判において被告人の責任

を認めるためには、実体的あるいは形式的に違法な刑罰の科刑から当該の者を保護するための「手続的安全装置」が保障される必要がある。それは、「疑わしきは被告人の利益に」原則、無罪推定、公正な裁判の原則、Nemo tenetur 原則である。これらは、責任原則の手続法上の要請であり、責任原則が侵害される一つ前の段階で、責任原則侵害を防ぐ。責任原則と Nemo tenetur 原則は、実体法および手続法によって刑罰が実現する点で共通する。Nemo tenetur 原則は、刑事手続の対審構造における真実探究に対する制約の一つとして機能するという¹²⁴⁵⁾。

このように、Nemo tenetur 原則の理論的根拠を「責任原則」に求めることによって、刑事罰だけでなく、当該の者に不利益にもたらしうる協力義務の賦課を規定する刑事手続以外の手続における Nemo tenetur 原則の適用可能性が生じるという。刑罰によってもたらされる基本権侵害の激しさに着目すると、刑事手続以外における積極的協力の強制は、憲法上疑念があるという¹²⁴⁶⁾。

しかし、この見解に対して、刑事訴追の結果、峻厳な刑罰が被疑者・被告人を待ちうけるため、被疑者・被告人に対して自己負罪を強制することは、心理学的に疑問であり、予測的にみても効果がないであろう。それゆえ、Nemo tenetur 原則は、責任原則が作用し、刑罰の峻厳さが問題となる点で結びつき機能する場所が同じである。しかし、両者は、相互に独立した原則であると指摘されている¹²⁴⁷⁾。

4. Gerald Grünwald および Wolfram Reiß : vis absoluta (物理的強制) と vis compulsiva (心理的強制)

(1) Grünwald 苦悩からの解放

Grünwald によると、ラテン語法諺 nemo tenetur se ipsum prodere は、「被疑者および被告人の主体的地位と人間の尊厳から最終的に導き出される」という¹²⁴⁸⁾。

Grünwald は、Nemo tenetur 原則の意義を、「自身の罪状立証に寄与する

ような被疑者および被告人の意思形成の強制」すべてを禁じる点に求める。つまり、Nemo tenetur 原則は、被疑者・被告人に対する vis compulsiva (心理的強制) や害悪の予告によって、被疑者・被告人の意思形成に影響を与えることを禁じる。しかし、法律が予定するかぎりで、被疑者・被告人に対する vis absoluta (物理的強制) は許されるという¹²⁴⁹⁾。

Grünwald は、この基準として、被疑者・被告人を、自己負罪の協力をするか、あるいは、秩序金や強制拘禁等その他の害悪を甘受するかという選択の「苦悩」から解放するために、vis absoluta (物理的強制) と vis compulsiva (心理的強制) との区別を提案する。例えば、身体検査につき、被疑者・被告人に対する身体検査は、刑事訴訟法第81 a 条が認める vis absoluta (物理的強制) の問題であり、これは許される。他方、証人に対する身体検査は、刑事訴訟法第81 c 条第 6 項によって予定されている最終手段としての vis absoluta (物理的強制) が用いられないかぎり、vis compulsiva (心理的強制) によって証人の意思に影響を与えるよう試みられているという¹²⁵⁰⁾。

この Grünwald 説に対しては、以下のような疑問が投げかけられている。

まず、Grünwald が提案した「vis absoluta (物理的強制) と vis compulsiva (心理的強制) 」という概念対に対して、「形式的区別」であるという指摘がある。つまり、刑事手続に協力するつもりのない被疑者・被告人にとって、自己負罪の協力をその意思を屈せしめてさせられるか、あるいは抑圧することによってさせられるかは、質的に差異はなく、「自己負罪という文脈で被疑者・被告人が何を強制されているか」という内容の意味づけがないという¹²⁵¹⁾。さらに、Grünwald 説は、本質的に、積極的行為と消極的受忍という通説的理解に依拠しており、この通説的理解に対する、受動的な被疑者・被告人の態度の判断のための追加的形式的基準を示しているにすぎないという批判もある¹²⁵²⁾。

また、Grünwald が指摘するように、被疑者・被告人の中には、自己負罪の協力をする際の内心の葛藤を「苦痛」と感じる者がいるだけでなく、

刑事訴訟法第81 a条による強制に服することを辱めと感じる者もいる。両反応は、自然な反応である。Grünwaldによると、前者は Nemo tenetur 原則によって保護されるが、後者は法律によって予定された vis absoluta (物理的強制)として許されることになる。しかし、この差異の理由づけが不明確であるという¹²⁵³⁾。

Grünwaldによると、被疑者・被告人が、vis absoluta (物理的強制)が予告される際、自己負罪的協力をを行うか、他の害悪を甘受するかという選択をする可能性はないという。これに対して、被疑者・被告人は、その予告に自ら従って自己負罪(自白)するか、あるいは、実際に vis absoluta (物理的強制)を甘受するかという「苦悩」をするという指摘がある¹²⁵⁴⁾。

また、Grünwald の意図と反対に、ある強制方法につき、刑事訴訟法に法的根拠を有するか否かのみが問われることになる危険性があるという指摘もある¹²⁵⁵⁾。

写真撮影(刑事訴訟法第81 b条)につき、Grünwald は、撮影の際、被疑者・被告人にある一定の姿勢をとるよう強制することは許されるものの、被疑者・被告人がしかめ面をしたり目を閉じることを妨げることはできないと説明する¹²⁵⁶⁾。しかし、Grünwald は、詳細な理由づけを示しておらず、また、このような態度に対して、例えば薬物で被疑者・被告人を落ち着かせたり、まぶたを手で押し広げるといふ vis absoluta (物理的強制)が用いられることはないという批判がなされている¹²⁵⁷⁾。

さらに、Grünwald 説によれば、被疑者・被告人が捜査機関等の策略や欺罔によって自己負罪供述をした場合、被疑者・被告人は、自己負罪するか他の害悪を甘受するかという選択による苦悩をしていないため、Nemo tenetur 原則によって保護されないことになるという¹²⁵⁸⁾。

(2) Reiß 情報所持者としての被疑者・被告人の保護

Reißによると、Nemo tenetur 原則は、基本法第20条および第1条で示される法治国家原理の構成要素である。Nemo tenetur 原則違反は、同時

に、基本法第 2 条第 1 項によって保障される行為自由の侵害も意味するという¹²⁵⁹⁾。

法治国家において、刑事訴追機関が、被告人の有罪の証明を行わなければならない。それができない場合、被告人は、無罪判決を受ける。刑事手続における法共同体を代表する国家と被疑者・被告人との対決において、法共同体は、情報所持者である被疑者・被告人に対するあらゆる強制的介入を禁じられる。犯罪行為自体に関する情報も、正犯性や有罪の証明を可能にする証拠材料に関する情報も、被疑者・被告人の意思に反して獲得されてはならない。国家は、刑事訴追という公的な目的のために、法共同体の全構成員に対して証人として協力を強いることができる一方で、国家は、被疑者・被告人の人格領域を尊重しなければならない。その結果、被疑者・被告人は、犯罪行為の証明に対するいかなる協力からも解放される。刑事訴追機関が、法共同体の他の構成員を用いることによって有罪の証明を導きうる場合や、被疑者・被告人が任意に自身の持つ情報を国家に引渡す場合にのみ、有罪判決はありうる。

それゆえ、Reiß は、Nemo tenetur 原則の理論的根拠を「情報所持者としての被疑者・被告人が、強制的に自身の持つ情報を刑事手続に役立てさせられる」ことからの保護と考える。国家が被疑者・被告人に対して積極的行為を要求しない場合でも、被疑者・被告人は、自身の持つ情報への介入がありうる検査を甘受する必要はないという。被疑者・被告人に対する供述強制は、被疑者・被告人の情報への介入であるゆえに、禁止される。刑事訴訟法第 95 条が定める物の提出義務も、被疑者・被告人がその所在に関する情報を提示することによって、彼に対する刑事訴追に資することになるため、被疑者・被告人には課されない。Reiß は、この被疑者・被告人の所持する情報の介入を、人間の尊厳の侵害とみなしている。

糾問主義の克服という歴史的視点から、Reiß は、刑事訴追機関が、被疑者・被告人の協力なしには獲得しえないような、不利な証拠方法を被疑者・被告人自身に作り出させるようないかなる強制も許されないことに着

目する。Nemo tenetur 原則による保護の限界は、刑事訴追機関が、被疑者・被告人の態様に依拠せず有罪の証拠を導きうる点にあるという。

つまり、ReiB の見解は、「被疑者・被告人の意思形成のプロセス」に着目する Grünwald と異なり、被疑者・被告人を「情報所持者」として保護している点と、刑事訴追機関が自ら証拠を獲得しうる方法に限定する点に特徴がある。この ReiB の見解は、「刑事訴訟法が予定する vis absoluta (物理的強制) によって引き出すことができない被疑者・被告人の態様は、強制できない」という Grünwald 説と考えを同じくするという。つまり、ここでいう vis absoluta (物理的強制) は、被疑者・被告人に対する協力強制とは関係なく、刑事訴追機関が自ら証拠方法を調達することを意味しているからである¹²⁶⁰⁾。

しかし、この見解に対しては、被疑者・被告人の情報(知識)は、外部から認識することが難しく、被疑者・被告人自身が供述したり、推測することによってしか分からない。見えない情報(知識)の保護は、身体に比して不確実であり、虚偽供述(嘘)をする自由も含む可能性がある指摘されている¹²⁶¹⁾。

5. Nikolaus Bosch: 自由な自己描写としての Nemo tenetur 原則

Bosch は、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を「人間の尊厳」のみに求めることに反対する。なぜなら、人間の尊厳概念自体曖昧であり、連邦憲法裁判所による「客体定式」も不完全であるからである¹²⁶²⁾。Bosch は、Nemo tenetur 原則を「受動性に関する権利」と解する支配的見解も批判する。被疑者・被告人が、積極的防禦戦略をとらないと決めるとき、その基礎には、受動的防禦戦略という自由な自己決定ではなく、刑事手続において甘受しなければならない不可避の強制がある。支配的見解による Nemo tenetur 原則は、刑事手続において被疑者・被告人が客体的取扱いを要求されるという「受動性に関する権利」を誇張しているという¹²⁶³⁾。

Bosch によると、Nemo tenetur 原則の法的根拠を探究することによっ

て、訴訟に関与する個人の自由という利益と効率的な刑事訴追の必要性との緊張関係を解決する可能性が導かれるという¹²⁶⁴⁾。Nemo tenetur 原則は、立憲的かつ現代的な法治国家の刑事訴訟における被疑者・被告人に対して保障された法的地位の帰結であり、基本法第20条によって保障された法治国家原理の構成要素である¹²⁶⁵⁾。Nemo tenetur 原則は、武器対等の原則、無罪推定の原則とも密接な関係にあり、良心の自由の保護領域と部分的に重なっているという¹²⁶⁶⁾。

Bosch の問題意識は、実際の刑事捜査実務と Nemo tenetur 原則の保護内容との不一致にある。ドイツの刑事手続の開始は、実際、捜査前手続および捜査手続であり、公判は、検察官による捜査権限の拡大により捜査手続によって広範に決定づけられ、捜査手続における瑕疵が公判において排除されえないような状況にあるという。さらに、刑事訴追活動の重点が、早期化しているという。警察官は、犯罪捜査という任務だけでなく、犯罪予防活動も行う。この秘密性の高い犯罪予防活動のための権限が、捜査前手続において、刑事訴追目的で用いられる危険が高まっていると指摘する¹²⁶⁷⁾。

Bosch によると、刑事手続において衝突する利益を調整をするためには、法制史上発展してきた Nemo tenetur 原則の理解を離れ、ドイツ帝国刑事訴訟法制定後変化した現代の刑事手続の枠組みの中における Nemo tenetur 原則の現代的機能に着目しなければならない。Nemo tenetur 原則の保護領域は、刑事訴訟上の措置の強制の激しさのみによって決定づけられない。Nemo tenetur 原則の目的は、刑事訴訟上の意思決定の自由の保護と刑事手続への協力に関する自己決定の保持にある。Nemo tenetur 原則の保護対象を、刑事訴訟法のような単行法上の規定によって決定するという従来の帰納的分析によると、Nemo tenetur 原則は、秘匿の情報収集の際、事実上無意味になってしまう。例えば、捜査前段階について、Nemo tenetur 原則に基づく証拠利用禁止が認められる必要があるという。たとえ、警察官が、被疑者・被告人に対する保護の軽視と犯罪予防に關す

る曖昧な規定によって、ますます Nemo tenetur 原則を回避しようとする戦略を用いようとしても、Nemo tenetur 原則は、その秘密の警察活動についてもその意義を完全に否定されてはならないという¹²⁶⁸⁾。

このような問題意識のもと、Bosch は、Nemo tenetur 原則の理論的根拠を以下のように検討する。Bosch によると、刑事手続の目的は、「法的平和の確立」にあり、真実探究と正義との中間目的を見失ってはならない。Nemo tenetur 原則は、犯罪者だけでなく、法に誠実な市民に対しても特権化される。Nemo tenetur 原則は、その中核につき、名誉や羞恥心の保護、あるいは、その他内心領域に対する侵害からの保護が問題なのではなく、手続内在的な目的が問題になる。当該の者が判決を受け入れるために不可欠の前提と、当該の者の有罪が証明された場合、行為者の再社会化にとって不可欠の前提が必要になる。それは、被疑者・被告人が、どの程度自身が供述することによって判決発見に寄与したいかを自己決定でき、かつ、自己決定しうる一人前の市民として受け入れられるという前提である。被疑者・被告人が、自身に対して完全に公正な訴訟が行われていると感じることができたときはじめて、社会への再編入の機会を得る準備ができるという。被告人が、判決を受け入れる準備を早く行うことができるほど、事実に関する自身の見解を詳述する可能性をより多く得るといふ。

それゆえ、Bosch によると、Nemo tenetur 原則は、被告人が自身の責任で広範に刑事訴追機関からの影響を受けずに、自身の供述態度とその防禦形式について決定する機会を保障する。この自由は、まさに、法的平和を確立するという訴訟目的の構成要素であるという¹²⁶⁹⁾。

Bosch によると、被疑者・被告人の葛藤状況は、被疑者・被告人に事実について供述したいかどうかを任せることだけでは十分に考慮されているとはいえず、全尋問過程における供述方法についての自由も保障されなければならない。被疑者・被告人が、起訴事実に対して消極的に行動することしか許されないならば、Nemo tenetur 原則の保護は縮減されてしまうという¹²⁷⁰⁾。黙秘することと応訴することは、完全に等価値の防禦であ

る¹²⁷¹⁾。被疑者・被告人は、刑法上認められた範囲内で否認でき、さらに、虚偽供述(嘘)によって防禦することができる。これは、供述の自由および Nemo tenetur 原則の帰結であるという¹²⁷²⁾。ただし、Nemo tenetur 原則は、訴訟上の保護原則として、第三者の保護法益の侵害や新たな不法の創出を正当化しえない¹²⁷³⁾。

このような Bosch の見解に対して、以下の指摘がなされている。

第一に、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を人間の尊厳(基本法第1条第1項)に求めることができないという点につき、Bosch 説は、「客体定式」に対する批判を主張しているにすぎず、Nemo tenetur 原則の本質が「人間の尊厳」にあることまで否定しえないという¹²⁷⁴⁾。

第二に、無罪であることを証明され、無罪判決を受けた被告人は、刑事手続に付されたために、あまりに高い犠牲を払っており、「一度つけられた汚点は完全には消えない(Semper aliquid haeret)」。Bosch の見解は、有罪判決と実体的真実の合致に依拠しているが、しかし、無実にもかかわらず刑事手続にかけられた者には、誤判の危険が差し迫っている。仮に、無実の者に対して有罪判決が下されるという誤判が生じた場合、当該の者は、自身が公正な手続を受け、自由な自己叙述の可能性を得たとは認識しないであろう。当該の者が、誤判を受け入れることは難しく、むしろ上訴するため、有罪判決の受け入れによる社会への再編入の機会を得ることは困難であるという¹²⁷⁵⁾。

第三に、Bosch は、被疑者・被告人の虚偽供述(嘘)を Nemo tenetur 原則によって導き出される防禦とする一方で、第三者の保護法益の侵害や新たな不法の創出を正当化するものではないという。しかし、この Nemo tenetur 原則によって保護される被疑者・被告人の虚偽供述(嘘)と、第三者の保護法益を侵害し、新たな不法を創出するような許されない虚偽供述(嘘)の限界について、Bosch は未決定である¹²⁷⁶⁾。

6. Martin Böse : 結果未決定の刑事手続への影響可能性

Böse は、ラテン語法諺 *Nemo tenetur se ipsum accusare* を、「何人も、被告人として、自己に不利益な供述をすることを強要されてはならない」と定義づける。

Böse は、*Nemo tenetur* 原則の憲法的根拠を、法律上の審問を請求する権利（法的聴聞権；基本法第103条第1項）に求める。法律上の審問を請求する権利（法的聴聞権）は、*Nemo tenetur* 原則の発露であり、強制から自由な訴訟内コミュニケーションを前提とする積極的主張と黙秘による防御を包含する。被疑者・被告人に対して供述義務を課すことは、刑事手続における自由かつ持続的なコミュニケーションの保障と矛盾し、被疑者・被告人が防禦方法を自ら決定する権利を侵害する。被疑者・被告人は、手続参加者として保護される。捜査段階における供述強制も、後の公判におけるコミュニケーションの内容に関わるゆえに、許されないという¹²⁷⁷⁾。

法律上の審問を請求する権利（法的聴聞権）は、人間の尊厳（基本法第1条第1項）および法治国家原理（基本法第20条）に立ち返るため、この両者に根拠を求める他の見解とも合致するという。良心の自由（基本法第4条第1項）および意見表明の自由（基本法第5条第1項）に由来する人間の尊厳内容も、被疑者および被告人に自身の過去の行為に一定の価値判断をさせること、または、その価値判断を自ら外部に叙述させることを禁じるという¹²⁷⁸⁾。

さらに、自己保存の権利（基本法第1条第1項と結びついた第2条第1項）が、*Nemo tenetur* 原則の理解のための「直観的な入口」として供述の自由を最低限保障しているという¹²⁷⁹⁾。

このような *Nemo tenetur* 原則の憲法的根拠の理解に基づき、Böse は、刑事手続の目的を「処罰の正確な決定による法的平和の創造」と考えている。刑事手続は、結果が未だ決定していない手続であり、この結果未決定の刑事手続において被疑者および被告人は審問されなければならない。その結果、被疑者・被告人は、手続に自由に影響を及ぼすことが可能になる。

つまり、Böse によると、Nemo tenetur 原則の中核思想は、「被疑者・被告人が自身の訴訟目的を定義づけ、それに応じた防禦を主張することを最初から不可能にしないこと」にある。それゆえ、Nemo tenetur 原則は、被疑者・被告人の主体的地位と法律上の審問を請求する権利（法的聴聞権）を意味するという。特に、法律上の審問を請求する権利（法的聴聞権）に根拠を有する Nemo tenetur 原則は、被告人の一貫した防禦の地位および自由な意見陳述と、結果が未だ決定していない刑事手続における被告人の手続への影響可能性を保障しているという¹²⁸⁰。

Böse によると、Nemo tenetur 原則は、刑事手続および秩序違反手続には適用されるが、行政手続には適用されない。行政手続において Nemo tenetur 原則に反して収集された情報の処理は、Nemo tenetur 原則と矛盾しないが、行政手続で強制を用いて収集された情報を刑事手続において利用することは、Nemo tenetur 原則に反するという。なぜなら、このような利用は、刑事手続における法律上の審問の請求（法的聴聞権）を侵害し、かつ、当該被告人は、刑事手続において、もはや事件への関与を否定しえない立場となるからである¹²⁸¹。

7. Torsten Verrel : Nemo tenetur 原則の拡張傾向に対する懸念

連邦憲法裁判所による、いわゆる破産者判決¹²⁸² がきっかけとなり、ドイツにおける Nemo tenetur 原則の保護範囲が拡大されてきた。Verrel は、これを「侵食現象」¹²⁸³ とよび、Nemo tenetur 原則が過度に拡大していると批判する。

破産者判決をはじめとして、自動車賠償責任保険者に対してなされた被保険者の陳述、庇護手続における外国官庁に対する回答、労働者の公聴会における雇用者の態度等、刑事手続以外の手続における Nemo tenetur 原則の保護が拡大している。Verrel は、これによって、強制や義務づけ（tenetur）という要素が相対化したと指摘する。さらに、Nemo tenetur 原則の保障が、Hörfalle や身分秘匿捜査によって「強制なしに」獲得され

た自己負罪供述に対しても及び、刑事手続において自己負罪を強制や義務づけ (tenetur) という要素を考慮しない場合にも及びようになったという¹²⁸⁴⁾。

Verrel は、このような Nemo tenetur 原則の拡大の原因を三点挙げた。第一に、Nemo tenetur 原則の根拠は憲法に求められる点は正しいが、憲法の根拠を過度に強調している点であり、第二に、破産者判決によって刑事手続以外の協力義務にも Nemo tenetur 原則の適用可能性が認められたものの、Nemo tenetur 原則の保護範囲について、この破産者判決からは理解しがたいという点が挙げられる。第三に、ドイツの刑事訴訟法は、Nemo tenetur 原則を明確に定めておらず、刑事訴訟法第136条第1項第2文が Nemo tenetur 原則の具体的接点であるため、Nemo tenetur 原則の保護範囲が広範に及ぶことになるという¹²⁸⁵⁾。

Verrel は、近年、Nemo tenetur 原則を限定的に解釈しようとしている判例を援用しつつ、Nemo tenetur 原則の保障の過度の拡大を批判し、制限的な解釈を提案する。

第一に、国家による強制の必要性である。Hörfalle (だまし聞き) や身分泌匿捜査等によって獲得された無意識の自己負罪供述につき、裁判所は、Nemo tenetur 原則は、被疑者・被告人を自己負罪供述の「強制」から保護しており、正規の尋問を対象とすると判断した。供述拒否権の不告知は、「供述強制」ではないという¹²⁸⁶⁾。

第二に、刑事手続以外における、当該の者の言葉以外の方法による協力を Nemo tenetur 原則の保護範囲に含めないという制限である。もし含めると、例えば、呼気アルコール検査につき、検査拒否に対して過料が課されるため、検査結果に引き続く刑事手続において検査結果が、利用されえないからである。

被疑者・被告人が、国家による真実発見の単なる客体に扱われるとき、その人間の尊厳を侵害しており、利用できない。Verrel によると、自己保存本能が、Nemo tenetur 原則に照らして、許される受忍義務と許され

ない協力義務との区別を支える。つまり、「被疑者・被告人が、法治国家的方法によって、積極的に自己負罪するよう全く強制されえないという結果を伴う、協力の非代替性」が決定的であるという。それゆえ、Verrel は、Rogall らのように Nemo tenetur 原則の保護範囲を「積極的行為と消極的受忍」という区分によって決定することは困難であるとして、呼気アルコール検査を例に、次の四つの観点を提示する。

第一に、証拠対象となる物と人格との近接性を挙げる。被疑者・被告人の供述は、まさに彼が非難される内容の情報であり、人格と密接な関係がある。他方、呼気アルコール検査の呼気は、被疑者・被告人の人格の一部ではなく、自然科学的手法によって獲得された測定値にすぎないという。

第二は、協力結果の信用性である。被疑者・被告人の供述の内容は、虚偽である場合があり、真実発見に役立たないことがあるが、呼気アルコール検査の結果は信用できるという。

第三は、自己負罪の結果の直接性と重大性である。被疑者・被告人が自白するとき、その供述に応じて、負罪的な証拠方法をもたらすことになる。他方、呼気アルコール検査は、物証の一つにすぎず、他のさらなる証拠収集と結びつくことによってのみ被疑者・被告人の有罪立証を可能にするという。

第四は、当該協力行動による精神的負担である。被疑者・被告人に真実を供述させることは、それ自体侮辱となることがあり、単なる事実に関する供述に比べて負担が大きい。他方、呼気アルコール検査は、被疑者・被告人の内心を示すよう求めておらず、被疑者・被告人に不名誉を感じさせることはないという。

さらに、Verrel は、Nemo tenetur 原則の制限的解釈の提案として、呼気アルコール検査の際の交通事故予防のように、予防的コントロールの基礎をなしている危険を対象とする限りで、公共の保護に役立つ情報収集は、刑事手続に利用してもよいという¹²⁸⁷⁾。

8. 本節のまとめ

1977年に Rogall による包括的な研究が著されて以降、ドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則は、その憲法的根拠とともに、理論的検討とその保護範囲の限界について詳細に検討されてきた。Rogall は、Nemo tenetur 原則を、人格権に根拠を有する「受動性に関する権利」と位置づけ、被疑者・被告人が他者の権利を積極的に侵害する点に限界を求めた。この Nemo tenetur 原則を「受動性に関する権利」と捉える見解は、現在も有力に主張されている。

Rogall 以降、Nemo tenetur 原則の保護範囲を拡張する傾向がある。Schneider は、被疑者・被告人の自己庇護態様の不可罰に着目し、単純な逃亡と虚偽供述(嘘)の不可罰の理由を、法共同体が当該自己庇護態様に十分対抗する手段を有し、かつ、この態様を埋め合わせる手段を有するかぎりで譲歩された「法律上の恩典」とであると説明した。これにより、刑事手続における自己負罪拒否態様の許容と刑法上の自己庇護態様の不可罰との関係が意識されるようになり、特に今日も「被疑者・被告人あるいは行為者は、嘘をつく自由、あるいは権利を有するか」という点につき議論がなされている。

刑事手続だけでなく、税手続や行政手続における自己負罪供述や態様に對する Nemo tenetur 原則の適用可能性も指摘されるようになってきた。Wolff は、Nemo tenetur 原則の根拠を「責任原則」に求め、刑事手続外における協力義務を制限しようと試みた。近年では、Böse が、Nemo tenetur 原則を、被疑者・被告人が、結果が未だ決定されていない刑事手続に対して影響を及ぼすことができることを保障していると解し、刑事手続における被疑者・被告人のコミュニケーションを広範に保障しようと試みた。

さらに、Rogall をはじめとする Nemo tenetur 原則を「受動性に関する権利」と解する支配的見解に対する批判が主張されている。Grünwald は、Nemo tenetur 原則を、被疑者・被告人が自己負罪的協力をするか、その他の害悪を甘受するかを選択するという苦悩からの解放に求め、Reiß は、

Nemo tenetur 原則を、情報の所持者である被疑者・被告人が刑事手続においてその情報を強制的に役立てさせられることからの保護に求めた点で違いがあるものの、Grünwald と Reiß は、積極性 / 受動性という対概念から離れ、物理的強制 (vis absoluta) / 心理的強制 (vis compulsiva) という強制方法に着目し、Nemo tenetur 原則の理論的検討を試みた。さらに、Bosch は、Nemo tenetur 原則の保護範囲を拡大した。Bosch は、Nemo tenetur 原則によって、被告人が自身の責任で広範に刑事訴追機関からの影響を受けることなく、自身の供述やその防禦について自己決定する機会を保障されるとした。つまり、Bosch は、Nemo tenetur 原則を、被疑者・被告人の自由な自己描写と理解した点で、被疑者・被告人の自己負罪拒否の可能性が拡大したといえる。

しかし、近年、Verrel のように、Nemo tenetur 原則の保護範囲の拡大を懸念する見解も主張されつつある。しかし、ドイツの刑事手続において、合意手続のような新たな法制度が採用され、かつ、Bosch が指摘するように、被嫌疑者の自己負罪可能性が捜査前段階にますます拡大しているため、被疑者・被告人に対する Nemo tenetur 原則の保障は、ますます重要視されており、憲法的根拠に基づく Nemo tenetur 原則の保護範囲と限界をめぐる議論は、先鋭化している。

第 2 節 判例の展開

1. 連邦憲法裁判所

連邦憲法裁判所は、いわゆる「破産者決定」において、Nemo tenetur 原則の意義と根拠について見解を示した¹²⁸⁸⁾。この事案では、破産法第 75 条および第 101 条が定める破産者に対する回答義務が、基本法第 1 条および第 4 条に照らして自己負罪拒否権を侵害するか否かが争われた。連邦憲法裁判所は、憲法訴願を認めなかったが、Nemo tenetur 原則に関して、以下の点を確認した。「刑事手続、あるいは、それに準ずる手続における被疑者・被告人の自己負罪に対する保護は、広範に及ぶ」。 「刑法上の不利

益を導きうる協力強制(刑事訴訟法第81 a条以下, 民事訴訟法第372 a条による, 血筋の確認のための血液検査や診察のための採血, 刑法第142条による事故現場待機義務)」は, 受動的な「受忍義務および行為義務に関する問題であるが」, 「自身の発言によって可罰的行為を明らかにしなければならないという強制よりも, 意思決定の人的自由への介入程度が小さい」ため許されるという。しかし, 被疑者・被告人は, 「一貫した黙秘権あるいは供述拒否権の承認によって, 供述義務から保護される」。「自己負罪は, その刑法上の効果ゆえに, 重大な介入であるため, その保護措置が, とりわけ, 供述が刑法上あるいは類似の目的で用いられるところで発展してきた。したがって, 被疑者・被告人の黙秘権(刑事訴訟法第136条, 第163 a条, 第243条第4項)は, かなり以前から知られている刑事訴訟原則(nemo tenetur se ipsum accusare)の一部である。これは, 1966年12月19日市民のおよび政治的権利に関する国際規約第14条で, 明文で保障されている。強制された供述は, 刑事訴訟法第136 a条によって, 刑事訴訟上の利用禁止をまねがれない。そのような黙秘権は, ほかの手続においても, つまり関係者に対してその態度を理由に類似の制裁で威嚇する手続, 例えば, 懲戒手続ならびに職業裁判上の手続にも存在する。黙秘権は, 判例において, 人間の尊厳の尊重の中心思想に基づく法治国家上の基本姿勢の自明な表れとして示される」¹²⁸⁹⁾。

基本法第2条第1項によって保障される法的地位の限界は, 「他者の権利」にある。それゆえ, 自己負罪からの完全な保護につき, 基本法第2条第1項によって保障される基本権に基づく自己負罪からの保護によって, 第三者の利益が侵害されるかどうかを顧慮しなければならないという。基本法は, 「個人と共同体の緊張を, 人の共同体関係性と共同体拘束性の意味で, 判断している。それゆえ, 個人は, 立法者が, 社会共同生活の保護と要求のために, 一般的要求可能性の範囲内で予定し, それによって人の独立性(自主性)を認めることを前提とする, 彼の行為自由に対する制限を甘受しなければならない。自ら供述することによって, 刑事裁判におけ

る有罪判決の前提，あるいは，相応の制裁の前提を提供するよう強制することは，要求不可能であり，人間の尊厳と一致しないであろう。本件では，破産手続における，国家のおよび公的な情報必要性だけでなく，損害を受けた第三者の利益も問題となるという。つまり，「立法者が，破産者に対し，彼の債権者らに対する責任を持たせ，かつ，破産者に回答させることによって，できるかぎりよりよい弁済に寄与するよう強制したとしても，これは，まだ破産者の人間の尊厳を侵害していない」という。

その後，連邦憲法裁判所は，被疑者・被告人の黙秘権行使の意義とその評価について判示している。本件の憲法訴願者は，麻薬の密輸の罪で起訴されたが，全捜査手続および公判において黙秘権を行使していた。連邦憲法裁判所によると，「刑事手続において，被疑者・被告人に，ここで検討されている憲法上重要な根拠付けによって付与される黙秘権は，手続法によって補われ，かつ，一般的自由権（基本法第２条第１項）と結びついた基本法の法治国家原理から導き出される法治国家的な公正な手続によって保障される。それによると，被疑者・被告人は，基本法の法治国家において，手続の単なる客体であってはならない。被疑者・被告人は，自身の諸権利の保持のために，刑事手続のある段階や結果に影響力を及ぼす可能性を与えられなければならない。憲法によって，被疑者・被告人に黙秘権が付与されるならば，そのことから強制された供述の利用禁止が導きだされるだけでなく，むしろ被疑者・被告人の黙秘権は，被疑者・被告人が事実に関する応訴を完全に拒否した場合，刑事手続において黙秘自体，少なくとも被疑者・被告人にとって不利益な自己負罪の徴表として利用されてはならない。被疑者・被告人が，自身の黙秘が後の証拠評価の際に不利益に用いられることを懸念するとき，被疑者・被告人の人間の尊厳から導き出される黙秘権は，幻想となろう。有罪の証明のために黙秘を利用することは，被疑者・被告人を，間接的に，許されない心理的な供述強制にさらすことになる」とした¹²⁹⁰）。

なお，被疑者・被告人の行為後態様（自己庇護行為）につき，連邦憲法

裁判所は、刑法第142条(改正前)の刑罰規定の基本法第1条および第20条違反が争われた事案において判断を示している。この際、連邦憲法裁判所は、自己庇護の禁止について検討した。連邦憲法裁判所によると、「自己庇護が人身の自由の表れとして処罰されず、あるいは、さらにそれをこえて常に許されなければならないという憲法原則は、法治国家原理から導き出されない。逃亡のおそれや罪証隠滅のおそれを理由とする拘禁は、むしろ、法秩序が自己庇護を常に正当と認めているわけではないということを示している。行為者が、自己庇護行為によって、他者の刑法上保護される法益を侵害するとき、その自己庇護行為は可罰的である」。それゆえ、「ひき逃げの禁止は、人間の尊厳の不可侵性を侵害しない。法秩序が、国家市民に、その人間的不全の結果に対して責任を負わせ、かつ、交通事故の事実解明を少なくとも逃亡によって困難、あるいは、不可能にはしないよう要求しても、その国家市民は貶められていない」と判断した¹²⁹¹⁾。

このように、連邦憲法裁判所は、いわゆる破産者決定によって、*Nemo tenetur* 原則の存在を承認した。しかし、ラテン語法諺 *nemo tenetur se ipsum accusare* 自体の意味にとどまり、ドイツ刑事手続における *Nemo tenetur* 原則の具体的定義や意味内容には踏み込んでいない。さらに、連邦憲法裁判所は、*Nemo tenetur* 原則の憲法的地位を承認しているが、その憲法的根拠として、人間の尊厳、一般的自由権(基本法第2条第1項)、法治国家原則、公正な手続が挙げるにとどまり、詳細な検討はみられない。なお、用いられている意味内容は *Nemo tenetur* 原則と同一でありながら、判決中では「黙秘権」と言い換えている点にも注意を要すると考える。

また、連邦憲法裁判所は、「共同体関連性および共同体拘束性」を *Nemo tenetur* 原則の保護範囲の限界として援用した。しかし、被疑者・被告人、行為者だけでなく、第三者も共同体の一員であるため、第三者に対しても、行為者の自己庇護行為を甘受するよう要求することが可能になるという指摘がなされている¹²⁹²⁾。

2. 連邦通常裁判所

連邦通常裁判所によると、Nemo tenetur 原則は、「何人も自己負罪を強制されてはならないという基本原則 (nemo tenetur se ipsum accusare)」、
「自らの意思に反して自身の有罪立証に寄与する必要はない、というすべての人が持つ権利」、「何人も刑事手続において自己負罪供述をする必要はない」という原則である¹²⁹³⁾。連邦通常裁判所は、この「何人も自己負罪供述をする必要はない」という原則を、「黙秘権」と言い換えている¹²⁹⁴⁾。

被疑者・被告人は、被疑事実について供述する必要はなく、被疑者・被告人は、原則、刑事手続において、積極的に事実解明に寄与するよう義務づけられない。Nemo tenetur 原則は、狭義の自己負罪強制の禁止をこえて、被疑者・被告人に、他の方法 (審理対象についての供述) による事実解明に積極的に協力したいか否かを自己決定する自由も保障しているという¹²⁹⁵⁾。

連邦通常裁判所によると、自己負罪からの自由は、「法治国家的刑事手続の基本原則の一部」である¹²⁹⁶⁾。これは、刑事訴訟法第55条、第136条第1項、第163 a 条第3項および第4項、第243条第4項第1文にあらわれており、かつ、市民のおよび政治的権利に関する国際規約第14条第3項によって明文で保障されている。自己負罪からの自由は、憲法上、人間の尊厳と人格の自由な発展 (基本法第1条1項と結びついた第2条1項) によって保障されており、欧州人権条約によって保障された公正な刑事手続を受ける権利の中核領域の一部を形成している。この自由は、手続の客体でなく刑事訴訟の主体という被疑者・被告人の訴訟上の地位と適合し、刑事訴追という国家の任務より優位にあるという¹²⁹⁷⁾。

連邦通常裁判所によると、被疑者・被告人は、司法上、いかなる供述も義務づけられず、かつ、法的真実供述義務も負わない¹²⁹⁸⁾。検証対象としての被疑者・被告人の証拠機能は、被疑者・被告人が「受動的」であるかぎりでのみ、被疑者・被告人の意思に反して行われてもよい¹²⁹⁹⁾。

被疑者・被告人が、包括的黙秘権や供述拒否権を行使するとき、その黙

秘や供述拒否から被疑者・被告人にとって不利益な推認を行ってはならないということも、一般に承認されている¹³⁰⁰⁾。尋問の際の被疑者・被告人の黙秘から、被疑者・被告人にとって不利益な推認をすることは、禁じられる¹³⁰¹⁾。

連邦通常裁判所は、Nemo tenetur 原則を「供述、あるいは、刑事手続への協力の強制からの自由」と解する。それゆえ、Hörfalle(だまし聞き)における、被疑者・被告人の無意識の自白(自己負罪供述)につき、錯誤からの自由は、Nemo tenetur 原則の保護対象に含まれないという¹³⁰²⁾。しかし、近年、身分秘匿捜査官によって事実に関する自己負罪供述を誘発する場合のように、黙秘権を行使する被疑者・被告人に対し、捜査機関がイニシアチブをとって彼を訴追しようとしているという意図を伝えることなく、新たな信頼関係を構築し、狙いを定めた尋問類似の質問を行うことは、被疑者・被告人が黙秘するか否かを決定する権利を侵害しており、自己負罪からの自由と一致しないと判示した¹³⁰³⁾。

自己負罪拒否との関連で、刑法上の自己庇護行為が問題とされてきた。ドイツの刑法および刑事訴訟法において、被疑者・被告人の自己庇護行為は、刑の減輕理由となる一方で(刑法第157条)、拘禁理由にもなる(刑事訴訟法第112条)。特に、刑法第142条は、交通事故現場からの立ち去りという自己庇護行為を処罰する。「大きな公的利益との衝突において、自己庇護態度を理由に責任を問われないという個人の要求は、後退する」。このような自己庇護の「不可罰は、法的思考の強制命令ではなく、立法権の裁量である」という¹³⁰⁴⁾。被疑者・被告人が被疑事実について黙秘することや行為について否認することが権利であるのと同様に、自身に対する有罪判決を妨げるために犯跡を除去することは、法によって禁じられていない¹³⁰⁵⁾。犯跡の除去のような自己庇護行為によって刑事訴追から逃れる(自身を守る)ことは、行為者の自由であるという。たとえそれが「冷静に」行われたものであっても、この自己庇護行為は、刑罰加重の理由とはなりえないという¹³⁰⁶⁾。

連邦通常裁判所は、被告人の行為後態様を刑罰加重的に顧慮する際、「許される防禦」という概念によって検討を試みている。つまり、被告人の「適法な防禦の範囲」内の態度は、被告人に対して刑罰加重的に評価されてはならないとする¹³⁰⁷⁾。「被告人が許される防禦の範囲を超えることなく 差し迫った有罪判決を回避しようと試みる訴訟態度は、原則として、刑罰の加重をもたらすよう顧慮されてはならない。なぜなら、このとき、防禦権の侵害があるからである。この原則は、Nemo tenetur 原則から導き出される、被告人の事実解明に対する非協力を刑罰加重的に考慮することの禁止よりも広範に及ぶ」。それゆえ、被告人が行為について頑なに否認しているという事情自体を刑罰加重理由とすることは、認められないという¹³⁰⁸⁾。

特に、被告人の「否認」について、否認という態度自体のみで刑罰加重的に評価することは許されないという。なぜなら、刑事手続は、被告人に対して自白を強制せず、事実解明協力義務も課さないからである。被告人が頑なに否認するとき、それが事実審裁判官の心証にとって「強情さ」の徴表となる場合だけ刑罰加重の理由となりうるという¹³⁰⁹⁾。犯行への関与を否認する被告人は、認識や改心を示す必要はなく、自身の許される防禦地位を放棄する必要もないという¹³¹⁰⁾。

また、犯行を否認する被告人が損害賠償のために尽力するとき、この被告人による損害賠償する行為自体を刑罰加重的に評価してはならないという。なぜなら、もし刑罰加重的に評価すれば、被告人に損害賠償の準備があること自体が、「有罪の自白と評価されえ、それによって彼の防禦の地位を危険にさらしうるからである。被告人は、自身の有罪立証に寄与する必要はない」という¹³¹¹⁾。

ただし、連邦通常裁判所は、被告人のすべての自己庇護行為を刑罰加重的に評価してはならないとは解していない点に注意を要する。つまり、刑事手続における被告人の態様が、行為者の法敵対的心情、非常に強情であること、他の犯罪行為と関係する人格の欠如、あるいは、将来の犯罪行為

の危険性を示しているとき初めて、その被告人の態度は、刑罰加重的に評価されてもよいという¹³¹²⁾。

なお、犯罪行為前に自身の行為が発覚しないために自己庇護行為を計画していた場合について、連邦通常裁判所の判断は、分かれている。

計画された自己庇護行為を刑罰加重的に考慮するものとして、「強盗や恐喝の際の変装を刑罰加重的に顧慮してはならないという一般的法原則はな」く、「何人も自身の行為の解明に寄与するよう義務づけられないという原則 (nemo tenetur se ipsum accusare) は、犯行後に、被疑者・被告人が解明に寄与したいかどうかについて自己決定する自由を保障しているが、犯行を形成する状況やこれと結びつく諸規定とは結びつかない」と判示したものが¹³¹³⁾。また、連邦通常裁判所の判決のなかには、自己庇護行為を犯行前に計画することから、行為者の犯罪に向けたエネルギーを推論することや、自己庇護的行為後態様から逆推論することを認めていると解しうるものもある¹³¹⁴⁾。

他方、行為者が犯行が発覚する危険性を計画的に低下させることを、刑罰加重的に顧慮することを認めなかった判決もある。銀行よりガソリンスタンドの方が警備が手薄で、行為の際の危険性が低いと考え、銀行ではなくガソリンスタンドにおいて犯罪行為を行ったという点を、被告人にとって不利益になるように考慮した原判決に対し、連邦通常裁判所は、「行為者であることを隠し、自身を犯行の発覚の危険にさらさないようにすることは、行為者の自由である。それゆえ、そのような行為は、量刑において、犯跡の除去と同様に、刑罰加重的に評価されてはならない」と判示している¹³¹⁵⁾。

以上のような連邦通常裁判所による Nemo tenetur 原則および自己庇護態様をめぐる判断に対しては、様々な疑問が投げかけられている。

まず、そもそも裁判所は、行為者(真犯人)が自己庇護行為によって責任を逃れ無罪判決を獲得するということを憂慮しており、この思考があるかぎり、Nemo tenetur 原則の保護範囲が狭いものとなるという。

また、連邦通常裁判所による「適法な防禦」という考え方につき、被疑者・被告人に防禦の自由として許される行為、その理由、許される範囲について不明確であるという。

さらに、連邦通常裁判所が、「被告人の態度が、行為者の法敵対的心情、非常に強情であること、他の犯罪行為と関係する人格の欠如、あるいは、将来の犯罪行為の危険性を示すとき」、被告人の態度を刑罰加重的に評価してもよいと判断している点につき、そもそも「被告人の行為後態様」という一つの行為を、正当な防禦として許される態様と刑罰加重の対象とされる態様とに区別すること自体非現実的であり、この基準が、刑罰加重のための「裏口」となり濫用される危険性があるという¹³¹⁶⁾。

3. 本節のまとめ

連邦憲法裁判所は、Nemo tenetur 原則の存在を認め、その憲法的根拠を、人間の尊厳の尊重の中心思想に基づく法治国家原則に求め、その限界を「他者の権利」、「共同体関係性と共同体拘束性」とした。連邦通常裁判所も、Nemo tenetur 原則を承認し、被疑者・被告人は、積極的に事実解明に寄与する必要はないとする。Nemo tenetur 原則は、被疑者・被告人の供述強制からの自由や刑事手続への協力の強制からの自由を保障する。裁判所は、被疑者・被告人の黙秘等の受動的態様を Nemo tenetur 原則によって保護し、否認や反論等の積極的態様を防禦の自由によって保護しようとしている。

被疑者・被告人の行為後態様（特に否認）が刑罰加重理由となるかという点につき、裁判所は、否認という態様のみで、刑罰加重的に評価してはならないとする。ただし、刑事手続における被疑者・被告人の態様が、行為者の法敵対的心情、非常に強情であること、他の犯罪行為と関連する人格の欠如、あるいは、将来の犯罪行為の危険性を示す場合、当該態様は、刑罰加重的に評価されうるといふ。

なお、犯罪行為前に自身の行為が発覚しないために自己庇護行為を計画

していたことを刑罰加重的に評価するか否かについては、未だ判断が分かれていない。

第3節 本章のまとめ

Rogall による包括的研究以降、Nemo tenetur 原則は、その憲法的根拠とともに、理論的検討とその保護範囲の限界について検討されてきた。連邦憲法裁判所および連邦通常裁判所も、Nemo tenetur 原則を承認している。

学説において、Nemo tenetur 原則は、一般的に、「受動性に関する権利」と位置づけられている。しかし、この積極性/受動性という対概念による Nemo tenetur 原則の理論的説明も絶対的ではなく、Grünwald や Reiß のような物理的強制 (vis absoluta) / 心理的強制 (vis compulsiva) という強制方法に着目した Nemo tenetur 原則の理論的検討も試みられている。さらに、Nemo tenetur 原則の保護範囲の拡大を背景に、Wolff や Böse のような行政手続における自己負罪可能性に着目する見解や、Nemo tenetur 原則の保障を広くとらえ、被告人が自身の責任で広範に刑事訴追機関からの影響を受けることなく、自身の供述やその防禦について自己決定する機会を保障する原則と解する Bosch のような見解も主張されるようになった。

また、Schneider が指摘したように、刑事手続における自己負罪拒否態様の許容と刑法上の自己庇護態様の不可罰との関係も重要である。これは、特に、被疑者・被告人あるいは行為者が、虚偽供述(嘘)を述べる自由、あるいは権利を有するかという点につき、現在も議論されている。

判例は、Nemo tenetur 原則を、被疑者・被告人の供述強制からの自由や刑事手続への協力の強制からの自由と解している。そして、被疑者・被告人の受動的態様(黙秘など)は、Nemo tenetur 原則によって保障され、積極的態様(否認、反論など)は、防禦の自由によって保護されると解している。被疑者・被告人の行為後態様(特に否認)が刑罰加重理由となる

かという点につき、裁判所は、原則、被疑者・被告人の否認という行為後態様のみで、刑罰加重的に評価してはならないとする。しかし、裁判所は、刑事手続における被疑者・被告人の態様が、行為者の法敵対的心情、非常に強情であること、他の犯罪行為と関連する人格の欠如、あるいは、将来の犯罪行為の危険性を示す場合、刑罰加重的に評価されてもよいという条件を付している点で、Nemo tenetur 原則を貫徹したとは言い難いであろう。また、犯行前の自己庇護行為の計画の刑罰加重的評価についても、賛否両論ある。

近年、Nemo tenetur 原則の保護範囲の拡大を危惧する見解がある。しかし、新たな法制度の採用や、被嫌疑者の自己負罪可能性の早期化および多様化ゆえに、被疑者・被告人に対する Nemo tenetur 原則の保障の理論的検討とそれに基づく限界づけの必要性が増しており、かつ、実際の刑事手続実務と Nemo tenetur 原則の理論の不一致も、問題視されている。

Nemo tenetur 原則の理論的検討は、現在も決着をみていない。刑事手続およびその他の手続における自己負罪態様の多様化や自己負罪の機会の増大により、Nemo tenetur 原則の保障の重要性も高まっている。他方、刑事手続実務の立場からは、真実発見の重要性を理由に、Nemo tenetur 原則の過度の拡張に対する批判が主張されており、両者の緊張は、高まっている。ドイツにおいても、未だ Nemo tenetur 原則は、完全に確立したとはいえ、現在も発展しつつあるといえる。その際、Nemo tenetur 原則の優位性に異論はなく、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠の所在とその保障の中核を理論的に検討したうえで、Nemo tenetur 原則の具体適用場面や保障の限界が論じられている。ただし、判例は、Nemo tenetur 原則の総論的検討において、その優位性や憲法的地位を認めているにもかかわらず、Nemo tenetur 原則の個別具体的な適用場面（各論的検討）において、Nemo tenetur 原則を制限している。この点については、今後の検討課題である。わが国における Nemo tenetur 原則についても、具体的適用場面における Nemo tenetur 原則の適用可能性や限界を論じる前に、ま

ず、Nemo tenetur 原則が憲法によって保障されていることの意義を理解したうえで、Nemo tenetur 原則の保障の中核を理論的に検討し、深化させる必要があると考える。

お わ り に

以上、ドイツとわが国における立法を中心とした歴史的展開および現在の理論的検討という観点から、刑事手続における Nemo tenetur 原則の意義とその存在根拠について論じてきた。

Nemo tenetur 原則は、ラテン語法諺 nemo tenetur se ipsum accusare に由来する。ドイツにおいて、糺問主義の採用によって刑事手続の関心が真実探究に向けられた結果、真実探究方法としての被告人・被疑者の自白獲得およびそのための尋問制度が発達した。自白獲得のために拷問も用いられた。この拷問は、啓蒙思想による人間性の尊重と自然法の発達により、廃止された。しかし、拷問廃止後も、拷問の代用物たる虚言罰・不服従罰・尋問術等が用いられた。フランス革命の影響によって、国家市民関係は大きく変容し、刑事手続は、糺問主義から弾劾主義へと大きく改革された。その過程の中で、拷問の代用物たる不服従罰・虚言罰が廃止され、被疑者・被告人の尋問は、自白獲得目的ではなく、弁解の機会が与えられる場と理解されるようになった。しかし、1877年のドイツ帝国刑事訴訟法によって Nemo tenetur 原則が採用された後も、被疑者・被告人に対する真実供述義務は、事実上存在し続け、被疑者・被告人の行為後態様は、実際、不利益に用いられた。黙秘や否認という被疑者・被告人の行為後態様は、自由心証主義のもとで、強情さのあらわれとみなされた。このような状況において、被疑者・被告人は、真に供述するか否かの自己決定をすることができず、何らかの弁解をせざるをえなかった。被疑者・被告人が何らかの弁解をすることは、刑事訴追機関に、自白追及の端緒や矛盾を指摘するきっかけを与えることにもなった。この Nemo tenetur 原則の空洞化に対

しては、1920年の Goldschmidt 草案における供述義務の否定や供述拒絶した場合の以前の供述の朗読禁止、1964年の権利告知の明文化等によって、より実効的な Nemo tenetur 原則の保障が目指されてきた。

このような歴史的発展を遂げたドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則の存在根拠を一点に求めることは困難であり、一般に、複数の権利や法原則に求められている。この Nemo tenetur 原則の存在根拠は、大きく二つに分けられよう。第一は、人間の尊厳や人格権等の基本権であり、第二は、法治国家原理である。第一の根拠は、近代法の根幹である「人間の尊厳」に Nemo tenetur 原則の中核を求め、国家（刑事訴追機関）と市民（被告人および被疑者）との関係に着目し、人間の自己決定権、プライバシー権、情報コントロール権へと展開する。人間は、いずれの選択をしても自己にとって不利益となるような「残酷なトリレンマ」に追い込まれず、自己負罪する必要はないとされる。第二の根拠は、刑事司法制度、弾劾主義を採用する刑事手続における国家（刑事訴追機関）の権限に着目する。Nemo tenetur 原則、無罪推定、挙証責任および公正な裁判は、別個の法原則であるが、密接な関係を有し、実効的保障を可能にする。ドイツでは、Nemo tenetur 原則に関する明文規定がないこともあいまって、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠論が深化している。一般的に、Nemo tenetur 原則は、人間の尊厳および一般的人格権と法治国家原理によって支えられる原則であり、その保護範囲は広く、容易に制限されえないと解されている。学説および判例は、被疑者・被告人の法的地位や主体性に着目し、Nemo tenetur 原則をより精確に理解するために、その中核を解明しようと試みてきた。

拷問廃止後、ドイツおよびわが国の刑事手続は、真実探究につき、大きく二つの道に分かれた。第一は、真実探究のために被疑者・被告人の供述や行為後態様を重視する結果、不服従罰・虚言罰や尋問術等の「拷問の代用物」を探求し、供述を獲得する場である尋問および取調べを重視する道である。第二は、被疑者・被告人の供述に頼る刑事手続から離れ、被疑

者・被告人の人権保障や適正手続を重視する道である。両者間の緊張関係は、現在も残っている。しかし、Nemo tenetur 原則を採用した以上、わが国の刑事手続は、第一の道ではなく、第二の道を進むべきであると考える。確かに、被告人・被疑者の供述を証拠として用いることはできる。しかし、科学技術の発達に伴う新たな捜査手法や法制度が、いかに効率的な刑事裁判や真実発見に資するとしても、被告人・被疑者の供述(自白)を追求することに主眼があるかぎり、Nemo tenetur 原則とは矛盾すると考える。すでにドイツにおける改革された刑事訴訟法期において、Zachariä と Mittermaier が言及したように、被告人・被疑者の自白への依存は、拷問をはじめ不服従罰・虚言罰や尋問術のような行き過ぎた捜査とそれに伴う人権蹂躪に至り、虚偽自白による誤判へとつながる。わが国における Nemo tenetur 原則の特徴は、戦前の捜査機関による人権蹂躪に対する反省が、憲法第38条第1項の制定理由であったということにある。誤判や無辜の処罰は、決してあってはならない。無辜の処罰を防ぐためにも、わが国の刑事手続は、Nemo tenetur 原則を「確立」しなければならないと考える。

しかし、わが国の刑事手続における Nemo tenetur 原則は、未だ「確立」したとはいえず、実効的に保障されていないと考える。被告人・被疑者に対する黙秘権の保障の存在を否定する見解はないものの、刑事手続における Nemo tenetur 原則は、実際、真実探究への傾注と真犯人の黙秘(否認)態度に対する非難感情等ゆえに、捜査関係者や裁判員となりうる一般市民に理解されにくい原則である。

刑事手続における Nemo tenetur 原則が、「歴史的産物」であることは、本論文において示したとおりである。わが国の憲法第38条第1項は、イギリスに起源を有し、その後、アメリカ合衆国憲法修正第5条において発展した自己負罪拒否特権に由来する¹³¹⁷⁾。わが国の憲法第38条第1項および刑事訴訟法が、Nemo tenetur 原則を採用し、自己負罪拒否特権および供述拒否権を採用したことは、ヨーロッパ規模の歴史的経験に基づき必然で

あって、偶然ではない。イギリスに起源を有する Nemo tenetur 原則は、わが国も含めて各国で定着・発展し、世界的レベルの法原則となりつつある。

Nemo tenetur 原則は、刑事手続において上位を占める法原則である。このことは、歴史的にみて、Nemo tenetur 原則は、憲法によって自己負罪拒否特権という権利を保障されただけでなく、憲法制定以前より存在し、憲法における基本権の保障に影響を与え、刑事手続全体を方向づける法原則であることから分かる。刑事訴訟法の諸規定は、憲法第38条第1項を拡大したのではなく、憲法第38条第1項と刑事訴訟法の諸規定の保障内容は同じであり、両者とも Nemo tenetur 原則に基づく権利を示している。また、Nemo tenetur 原則の優位性は、理論的にみて、Nemo tenetur 原則の存在根拠が、人間の尊厳および人格権に求められていることから明らかである。刑事手続における Nemo tenetur 原則は、直線的に発展し保護範囲を拡張してきたわけではなく、紆余曲折を経て現在に至っている。刑事手続における Nemo tenetur 原則は、容易に制限されえない上位の法原則であるが、実際の運用や新たな法制度の導入によって保護範囲を縮減される危険にさらされうる。それゆえ、刑事手続における Nemo tenetur 原則の精確な理解は、常に求められると考える。

特に、わが国の取調べにおける Nemo tenetur 原則を確立する必要性は非常に高く、取調べ受忍義務を否定するべきであると考ええる。また、本来、「口から物へ」というスローガンのもと、被告人および被疑者の自白に依存しない刑事手続を目指したにもかかわらず、ポリグラフ検査をはじめとする現在の取調べにおける科学捜査手法の活用は、「口から物へ」ではなく、「口も物も」「物で口を」という状況であり、被告人・被疑者が事件について最もよく知る人物であるとして、被告人・被疑者の供述を第一に求める取調べが行われている¹³¹⁸⁾。

刑事手続における Nemo tenetur 原則は、被告人・被疑者に対する供述の「強要」のみを禁止しているのではない。つまり、Nemo tenetur 原則

が保障される刑事手続における被告人・被疑者は、自己負罪を強制されず、義務づけられず、期待もされない。被告人・被疑者は、法律上も道徳上も、真実を供述する義務を負わない。被疑者・被告人は、刑事手続において、供述するか否か、かつ、いつ、何を、どのように、どの程度供述するかについて、自由に決定することができる应考虑すべきである。それゆえ、この自由を保障するための被疑者・被告人の弁護権の保障も、重要である。この弁護権と *Nemo tenetur* 原則の保障との関係と合わせて、『どのように供述するか』という点も被疑者・被告人の自由であるであるとすると、結果として、被疑者・被告人が、積極的に虚偽供述を行うことも許されると解する余地が生じる点については、今後の検討課題としたい。

近年、ドイツの刑事手続において、*Nemo tenetur* 原則の保護範囲が縮減される危険性が、指摘されている。例えば、Hörfalle (だまし聞き) や身分泌匿捜査、催吐剤を用いた捜査のような新たな科学捜査技術の発達によって、被嫌疑者や第三者の自己負罪の態様が多様化している。また、合意 (*Absprachen*, *Verständigung*) 手続の採用のような刑事手続制度の変化に伴い、被疑者・被告人の法的地位や行為後態様の位置づけが変化している¹³¹⁹⁾。

同様に、わが国の刑事手続においても、わが国の取調べの問題点も相俟って、引野口事件¹³²⁰⁾ において問題となった捜査手法やおとり捜査、ポリグラフ検査などが、*Nemo tenetur* 原則との関係で問題となりうる¹³²¹⁾。これらの新たな捜査手法や制度の採用にあたっては、ラテン語法諺 *nemo tenetur se ipsum prodere* に由来する *Nemo tenetur* 原則の存在根拠と理論の精確な理解と原則の深化を前提として、*Nemo tenetur* 原則との抵触を検討すべきであり、*Nemo tenetur* 原則の保護範囲や実効的保障を後退させてはならないと考える。

また、刑事手続における *Nemo tenetur* 原則の保護範囲は、今後、刑事手続の各段階および刑事手続外の領域という二つの領域に拡大する可能性がある。

前者につき、歴史的検討でも示したように、Nemo tenetur 原則の保護範囲は、公判から予審、そして捜査段階へと拡大してきた。その理由としては、被告人・被疑者の自己負罪の早期化が考えられる。近年、ドイツにおいて、Nemo tenetur 原則の捜査前段階への適用および量刑段階における被疑者・被告人の行為後態様の評価が議論されている。これは、Hörfalle や身分秘匿捜査によって、「被疑者尋問より前の段階」における自己負罪が問題となっているからである。また、被疑者・被告人の黙秘や否認は、量刑段階における非減輕・加重的要素であるかという問題が、合意手続の導入後も、大きな問題となっている。

他方、後者は、刑事手続外の分野における Nemo tenetur 原則の適用可能性についてである。これは、従来、行政法規による各種の義務づけが、Nemo tenetur 原則との関係で問題となってきた。現在、税法、環境刑法、経済法等において様々な自己負罪的義務が定められている¹³²²⁾。

これらの Nemo tenetur 原則の具体的適用場面につき、本論文を手がかりに検討することは、今後の研究課題としたい。

1079) ただし、Nemo tenetur 原則が、積極的に虚偽(嘘)を述べる権利まで承認しているかどうかについては争いがある。この点に関する文献として、例えば、Kölbel, Fn. 17, SS. 25-27; G. Fezer, Hat der Beschuldigte ein "Recht auf Lüge"?, in; Wilfried Küper und Jürgen Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 663 ff. がある。この点は、各論の問題と合わせて、今後の課題としたい。

1080) 市民のおよび政治的権利に関する国際規約第14条第3項gは、「すべての者は、その刑事上の罪の決定について、十分に平等に、少なくとも次の保障を受ける権利を有する。……(g) 自己に不利な供述又は有罪の自白を強要されないこと。」と定める(訳は、松井芳郎=葉師寺公夫=坂元茂樹=小畑郁=徳川信治(編)『国際人権条約・宣言集(第3版)』(東信堂、2005年)によった)。ブランデンブルク州憲法第52条第5項は、「何人も、自己あるいは、法律によって定められた親密な者にとって不利な供述をするよう強制されない。」と定める。

1081) Roxin/Schünemann, Fn. 199, S. 173.

1082) Meyer-Goßner, Fn. 493, S. 6.; Roxin/Schünemann, Fn. 199, S. 173.

1083) Hörfalle とは、捜査機関の指示に基づき、私人が、捜査対象に関する供述獲得を目的として、捜査の意図を隠して、嫌疑をかけられた者(被疑者)と会話するよう

な捜査方法をいう。なお、その会話は、記録されえ、未決勾留状態を利用される場合もありうる(Claus Roxin, Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen, NSStZ 1997, S. 18 ff.; Claus Roxin, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NSStZ 1995, S. 465 ff.)。また、ドイツにおける合意手続と Nemo tenetur 原則の関係に関しては、例えば、ヘニング・ノーゼナウ、加藤克佳(訳)「ドイツ刑事法廷における答弁取引」愛知大学法学部法経論集184号(2010年)149～150頁、田口守一「合意手続に関するドイツ刑事訴訟法の改正」『刑事訴訟の目的[増補版]』(増補版, 成文堂, 2010年)334～335頁、滝沢誠「ドイツの刑事訴訟における合意について」専修ロージャーナル5号(2010年)161頁、辻本典央「刑事手続における取引(2) ドイツにおける判決合意手続」近畿大学法学58巻1号(2010年)22～27頁、同「刑事手続における取引(3・完) ドイツにおける判決合意手続」近畿大学法学59巻1号(2011年)3～5頁による指摘がある。

- 1084) ドイツ基本法第4条第1項は、「信仰、良心の自由、ならびに宗教および世界観の告白の自由は、不可侵である。(Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich.)」と定める(なお、日本語訳は、高田=初宿・前掲註(183)に拠った)。
- 1085) Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte, Staatsrecht, 2003, 19. Auflage, S. 123 und 126 (なお、同書第15版(1999年)を翻訳した、ボード・ピエロート=ベルンハルト・シュリンク、永田秀樹=松本和彦=倉田原志(訳)『現代ドイツ基本権』(法律文化社, 2003年)179頁, 182～183頁を参照した)。
- 1086) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. überarbeitete Auflage, 1995, S. 167 (なお同書を翻訳した、コンラート・ヘッセ, 初宿正典=赤坂幸一(訳)『ドイツ憲法の基本的特質』(成文堂, 2006年)246～247頁を参照した)。
- 1087) Pieroth/Schlink, Fn. 1085, S. 128, ピエロート/シュリンク・前掲註(1085)185頁。
- 1088) BVerfG Beschluß v. 20. 12. 1960, 1 BvR 21/60=BVerfGE 12, 45 (55)。
- 1089) Hesse, Fn. 1086, S. 168, ヘッセ・前掲註(1086)247頁。
- 1090) Martin Böse, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, Die verfahrenübergreifende Verwendung von Informationen und die Grund- und Verfahrensrechte des Einzelnen, 2005, S. 116 f.
- 1091) Rogall は, Hamel と Schiller の視点は正しいと評価している(Rogall, Fn. 20, S. 128; Karl Augst Bettermann/ Hans Carl Nipperdey/ Ulrich Scheuner (Hrsg.), Die Grundrecht, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. 4, Halbbd. 1, 1960, Hamel, S. 58; Heinrich J. Schiller, Die Freiheit des Gewissens, 1958, S. 148 und 150)。
- Nothhelfer は, 被疑者・被告人に対する法的自己負罪義務は, 良心の自由と矛盾するといふ。良心の自由の客観的基準は, その良心の判断の真剣さと重大さであり, この基準が満たされるとき, 良心の自由は, Nemo tenetur 原則の根拠でありうるとする(Martin Nothhelfer, Die Freiheit von Selbstbechtigungszwang, verfassungsrechtliche Grundlagen und einfachgesetzliche Ausformungen, 1989, S. 56 f.)。また, Lorenz による

と、Nemo tenetur 原則は「無罪推定，責任原則，良心の自由（基本法第 4 条第 1 項）」という様々な観点が統合された原則であり，良心の自由を，Nemo tenetur 原則の憲法的根拠の一部をなすと考える（Frank Lucien Lorenz, „Operative Informationserhebung“ im Strafverfahren, „Unverfügbares“ und Grundrechtsschutz durch „institutionelle Kontrolle“, JZ 1992, S. 1006）。Böse も，被疑者・被告人に対する自己負罪強制は，一部，良心の自由の侵害とみなされうると考えている（Böse, Fn. 1090, S. 119）。

- 1092) Nothhelfer, Fn. 1091, S. 55; Rogall, Fn. 20, S. 127.
- 1093) Hamel, Fn. 1091, S. 85 f. Scholler は，精神的介入としての麻酔分析と催眠につき，人間の自由な意思決定を保護する良心の自由（基本法第 4 条第 1 項）に着目する。被疑者・被告人に対する供述や自白強制，欺罔が刑事手続から排除されるとき，刑事訴訟法が自由な意思決定を保護するとき，良心の尊重，つまり人間の中にある道徳への訴えが問題となるという。このような刑事手続において禁じられた尋問方法は，麻酔分析やポリグラフと同様に，「精神的完全性」を侵害する。基本法第 4 条第 1 項は，このような「人間の秘密」に対する介入から絶対的に保護しているという（Schller, Fn. 1091, S. 148 und 150）。
- 1094) Rogall, Fn. 20, S. 128.
- 1095) Böse, Fn. 1090, S. 119.
- 1096) Böse, Fn. 1090, S. 119 f.
- 1097) Böse, Fn. 1090, SS. 116-122.
- 1098) Rudolf Dolzer, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Zippelius, 1989, S. 23; Böse, Fn. 1090, S. 116 und 122 f.
- 1099) Böse, Fn. 1090, S. 120 f.; Heinrich Amadeus Wolff, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung, das Verbot des Zwangs zur aktiven Mitwirkung am eigenen Strafverfahren und seine Ausstrahlungswirkung auf die gesetzlichen Mitwirkungspflichten des Verwaltungsrechts, 1997, S. 31.
- 1100) Böse, Fn. 1090, SS. 123-125; Wolff, Fn. 1099, S. 31.
- 1101) Hauke Möller, Verfassungsrechtliche Überlegungen zum »nemo-tenetur«-Grundsatz und zur strafmildernden Berücksichtigung von Geständnissen, JR 8 (2005), S. 318; Rogall, Fn. 20, S. 129; Nothhelfer, Fn. 1091, S. 128 f.
- 1102) Kölbel, Fn. 17, S. 292; Wolff, Fn. 1099, S. 31.
- 1103) Rogall, Fn. 20, S. 129.
- 1104) ドイツ基本法第 5 条第 1 項は，「何人も，言語，文書及び図画によって自己の意見を自由に表明し流布させる権利，並びに，一般に近づくことのできる情報源から妨げられることなく知る権利を有する（Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.）」と定める（日本語訳は，高田 = 初宿・前掲註(183)に拠った）。
- 1105) Böse, Fn. 1090, S. 125; Kölbel, Fn. 17, S. 288.
- 1106) Hesse, Fn. 1086, S.170, ヘッセ・前掲註(1086)250頁。

- 1107) Bäumlín は、基本法第 5 条第 1 項から黙秘権を、一般的人格権から供述の自由を導き出している (Richard Bäumlín, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 28 (1970), S. 15)。なお、欧州人権裁判所は、現在、欧州人権条約第 6 条第 1 項によって自己負罪拒否特権が保障されると解する (Funke v. France, no. 10828/84, judgement of February 25, 1993; 欧州人権条約第 6 条第 1 項は、「すべての者は、その民事上の権利及び義務の決定又は刑事上の罪の決定のため、法律で設置された、独立の、かつ、公平な裁判所による妥当な期間内の公正な公開審理を受ける権利を有する。……」と定める)。意見表明の自由 (欧州人権条約第 10 条第 1 項は、「すべての者は、表現の自由についての権利を有する。この権利には、公の機関による干渉を受けることなく、かつ、国境とのかかわりなく、意見を持つ自由並びに情報及び考えを受け及び伝える自由を含む。……」と定める) についても審理している (Serves v. France, no. 20225/92, judgement of October 20, 1997) (なお、訳は、松井ほか・前掲註(1080)を参照した)。
- 1108) Böse, Fn. 1090, S. 125 f.
- 1109) Kölbel, Fn. 17, S. 290.
- 1110) Pieroth/Schlink, Fn. 1085, S. 136; Helmuth Schulze-Fielitz/ Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar Band II, 2.Auflage, 2006, Ridder, S. 243.
- 1111) Pieroth/Schlink, Fn. 1085, S. 136; Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Band I, Art. 5 Abs. I, II Rn. 51, Herzog; Schulze-Fielitz, DR, Art.5 I, II Rn. 47.
- 1112) Pieroth/Schlink, Fn. 1085, S. 136 f., **ピエロート/シュリンク・前掲註(1085)197~198 頁**。意見とは、「意見形成の前提である」事実の伝達すべてであり、評価の要素が、「事実の伝達の要素, あるいは事実の主張の要素と結びついたり混在している」場合も同様であり、例えば「個人的経験の伝達」の場合が挙げられるという (Kölbel, Fn. 17, S. 289)。BVerfG Urteil v. 15. 12. 1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 = BVerfGE 65, 1 (41); BVerfG Beschluß v. 9. 10. 1991, 1 BvR 221/90 = BVerfGE 85, 23(31)。
- 1113) Kölbel, Fn. 17, S. 289 (Fn. 332).
- 1114) Böse, Fn. 1090, S. 126 f.
- 1115) 基本法第103条第 1 項は、「裁判所においては、何人も、法的審問を請求する権利を有する。(Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.)」と定める (なお訳は、高田・初宿訳・前掲註(183)に拠った)。
- 1116) Pieroth/Schlink, Fn. 1085, S. 281, **ピエロート/シュリンク・前掲註(1085)402~403頁**。
- 1117) BVerfG Beschluß v. 30. 1. 1985, 1 BvR 876/84 = BVerfGE 69, 145 (148)。
- 1118) BVerfG Beschluß v. 19. 5. 1992, 1 BvR 986/91 = BVerfGE 86, 133 (144 f.)。
- 1119) BVerfG Beschluß v. 9. 7. 1980, 2 BvR 701/80 = BVerfGE 55, 1 (6)。
- 1120) BVerfG Beschluß v. 24. 3. 1982, 2 BvR 233/82 = BVerfGE 60, 175 (210); BVerfG Beschluß v. 13. 11. 1956, 1 BvR 513/56 = BVerfGE 6, 19 (20); BVerfG Beschluß v. 7. 3. 1963, 2 BvR 629, 637/62 = BVerfGE 15, 303 (307); BVerfG Beschluß v. 9. 10. 1973, 1 BvR 482/72 = BVerfGE 36,85(87)。
- 1121) Pieroth/Schlink, Fn. 1085, S. 281 f., **ピエロート/シュリンク・前掲註(1085)403頁**。

- 1122) Rogall, Fn. 20, S. 125; Nothhelfer, Fn. 1091, SS. 51-54; Wolff, Fn. 1100, S. 32; Thomas Dingeldey, Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozessrecht, JA 1984 (7), S. 409. なお, Eser によると, 供述の自由は, 黙秘権の行使による自己負罪強制からの保護 (消極的防御機能) と自己保存に基づき十分に話す権利の保障 (積極的防禦機能) を含むという (Albin Eser, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, ZStW 79 (1967), S. 570 f.)
- 1123) Böse, Fn. 1090, SS. 166-169.
- 1124) 基本法第104条第3項第1文は「何人でも, 犯罪行為の嫌疑を理由として一時的に逮捕されたときは, 遅くとも, 逮捕された日の翌日には裁判官の下に引致されるものとし, 裁判官は, この者に逮捕の理由を告げ, これに尋問し, かつ, これに異議申立ての機会を与えなければならない。」と定める (訳は, 初宿 = 高田・前掲註(183)によった)。刑事訴訟法第136条第1項や第243条第3項が示す, 「被疑者・被告人が, 自身の考えに基づいて, いかなる強制からも自由な状態で, 当該事実について供述したいか否かを決定することができる」状態, つまり被疑者・被告人が, 無罪方向に働く事実を主張する機会の憲法的根拠は, 基本法第104条第3項第1文の「一時的な逮捕者に対する抗弁の機会」にある (Werner Niese, Narkoanalyse als doppelfunktionelle Prozeßhandlung, ZStW 63 (1951), S. 219; Arnold Castringius, Schweigen und Leugnen des beschuldigten im Strafprozess, 1965, S. 21)
- 1125) Gerhard Bauer, Die Aussage des über das Schweigerecht nicht belehrten Beschuldigten, 1972, S. 51.
- 1126) Nothhelfer, Fn. 1091, S. 52; Wolff, Fn. 1099, S. 32.
- 1127) Böse, Fn. 1090, S. 169 f.
- 1128) Wolff, Fn. 1099, S. 32; Rogall, Fn. 20, S. 125. これに対して, Böse は, 民事訴訟においても自由に供述を拒むことができるのであって, 刑事訴訟と民事訴訟において保障される法律上の審問を受ける権利 (法的聴聞権) が, Nemo tenetur 原則の根拠とすることは問題ないと反論している (Böse, Fn. 1090, SS. 170-174)
- 1129) ドイツ基本法第2条第2項第2文は, 「人身の自由は, 不可侵である。(Die Freiheit der Person ist unverletzlich.)」と定める (訳は, 高田 = 初宿・前掲註(183)による)
- 1130) Wessels は, Eberhard Schmidt を引用し, 「黙秘権は公権とみなされ, かつ, 狭義の人身の自由という基本権 (基本法第2条第2項第2文) に根拠がある」と主張した (Johannes Wessels, Schweigen und Leugnen im Strafverfahren, JuS 1966, S. 171)。Eberhard Schmidt によると, 被疑者・被告人による黙秘権の行使は, 訴訟法的にみると, 刑事訴追機関が立証に失敗し, 被疑者・被告人に無罪判決を言い渡すような状況を作り出すことを意味する。「被疑者・被告人が強制方法によって供述を強制されないということに焦点が合わせられるならば, これはもはや訴訟法的考察方法の枠内にはおさまらず, むしろ, 被疑者・被告人の人身の自由が供述強制によって侵害されてはならないという実体的考察方法による (刑法第343条) 」という (Eberhard Schmidt, Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. völlig durchgearbeitete und erneuerte Auflage, 1964, S. 68 f. なお, 刑法第343条は, 「公

- 務員が、取調に際し、自白又は供述を無理じいするために、強制手段を用い、又は用いさせたときは、五年以下の重懲役に処する。」(訳は、法務大臣官房司法法制調査部(臼井滋夫)『法務資料第397号 ドイツ刑法典(1966年1月1日現在の成文)』(1967年)を参照した))。統語論的観点から、アメリカ合衆国憲法における自己負罪拒否特権と Habeas-corpus(人身保護令状)保障の規定の順序に意味があるとするならば、ドイツにおける Nemo tenetur 原則を人身の自由から導き出すという考えもありうる(Nothhelfer, Fn. 1091, S. 59)。
- 1131) Pieroth/Schlink, Fn. 1085, S. 97, ピエロート/シュリンク・前掲註(1085)142頁, Hesse, Fn. 1086, S. 163, ヘッセ・前掲註(1086)240頁。
- 1132) Roland Helgerth, Der Verdächtige als schweigeberechtigte Auskunftsperson und selbständiger Prozessbeteiligter neben dem Beschuldigten und dem Zeugen, 1976, S. 171. Arnold Castringius も、被疑者・被告人の意思の自由および決定の自由が「薬物や肉体的強制等によって制限される場合」には、これらの措置は、空間的行動の自由を保障する基本法第2条第2項第2文に反するという(Castringius, Fn. 1124, S. 44)。
- 1133) Wolff, Fn. 1099, S. 31. Rogall も、空間的行動の自由を意味する人身の自由は、自己負罪の禁止と関係がないという(Rogall, Fn. 20, S. 126)。
- 1134) Helgerth, Fn. 1132, S. 171, Hans-Jürgen Bruns, Der „Verdächtige“ als schweigeberechtigte Auskunftsperson und als selbständiger Prozessbeteiligter neben dem Beschuldigten und Zeugen?, Rainer Hamm, Walter Matzke (Hrsg.), Festschrift für Erich Schmidt-Lechner zum 65. Geburtstag, 1977, S. 8. その他に、Nothhelfer は、Wessels がいう「狭義の人身の自由という基本権」とは、人身の自由(基本法第2条第2項第2文)ではなく、「人格の自由な発展の権利」(基本法第2条第1項)であると指摘する。Eb. Schmidt および Castringius も、人身の自由(基本法第2条第2項第2文)ではなく、一般的自由権(基本法第2条第1項)について言及しており、Nemo tenetur 原則が人身の自由から導き出されるという見解を支える根拠にはならないという。なお、Eb. Schmidt は、「最広義」であることと「刑法第343条」を指摘しているため、人身の自由という語を用いるが、基本法第2条第2項第2文の基本権を意味していないという(Nothhelfer, Fn. 1091, S. 59 f., Rogall, Fn. 20, S. 126)。
- 1135) BVerfG Beschluß v. 26. 5. 1981, 2. BvR 215/81 = BVerfGE 57, 250(275); Nothhelfer, Fn. 1091, S. 61.
- 1136) Nothhelfer, Fn. 1091, SS. 61-63.
- 1137) Ingo von Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Band 1, 5. Auflage, 2000, S. 88; Dirk Lammer, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß zugleich eine Studie zum Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 156. その他、人間の尊厳に Nemo tenetur 原則の根拠を求める見解は非常に多く、例えば Hans-Jürgen Bruns, Der „Verdächtige“ als schweigeberechtigte Auskunftsperson und als selbständiger Prozessbeteiligter neben dem Beschuldigten und Zeugen?, in: Rainer Hamm, Walter Matzke (Hrsg.), Festschrift für Erich Schmidt-Lechner zum 65. Geburtstag, 1977, S. 8; Eser, Fn. 418, S. 144 f. などがある。また、Nothhelfer によると、人間の尊厳(基本法第

- 1 条第 1 項) は、Nemo tenetur 原則の基本的側面を保障するものの、自己負罪に関する問題をすべて論じ尽くすことはできないという (Nothhelfer, Fn. 1091, S. 77)。Kölbel は、人間の尊厳は、Nemo tenetur 原則にとって重要であるが、それは自立的根拠ではないという (Kölbel, Fn. 17, S. 286 f.)。
- 1138) BVerfG Beschluß v. 22. 10. 1980, 2 BvR 1172, 1238/79 = BVerfGE 55, 144 (150); BVerfG Beschluß v. 13. 1. 1981, 1 BvR 116/77 = BVerfGE 56, 37 (42, 43, 49).
- 1139) Wolff, Fn. 1099, S. 48.
- 1140) Wolff, Fn. 1099, S. 45 f., Ronald Torka, Nachtatverhalten und Nemo tenetur, Eine Untersuchung über die Grenzen "zulässiger Verteidigung" und die Relevanz des Nemo-tenetur-Prinzips bei der Strafzumessung selbstbegünstigenden Nachtatverhaltens gem. § 46 Abs. 2 StGB, 2000, S. 54 (Fn. 186).
- 1141) Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, Artikel 1-19 (Horst Dreier), 1996, S. 120 f., Nothhelfer, Fn. 1091, S. 77.
- 1142) Nothhelfer, Fn. 1091, S. 73 f., Wolff, Fn. 1099, S. 45.
- 1143) Torka, Fn. 1140, S. 52 f.
- 1144) Nothhelfer, Fn. 1091, S. 64 f., Wolff, Fn. 1099, S. 45. 確かに、刑罰によって行為者が自身の行為に対する責任を引き受けることは、人間の尊厳の尊重に合致する。しかし、ここでは、この刑罰目的が達成されるような方法が、憲法に合致しているかということが問題であるという (Torka, Fn. 1140, S. 50)。
- 1145) Nothhelfer, Fn. 1091, S. 65; Wolff, Fn. 1099, S. 41.
- 1146) Rogall, Fn. 20, S. 139 f.
- 1147) Kölbel, Fn. 17, S. 285 f. この点は、Nemo tenetur 原則の具体的適用場面 (各論) に関する検討において扱う。
- 1148) Wolff, Fn. 1099, S. 41 f.; Nothhelfer, Fn. 1091, SS. 65-69; Pieroth/Schlink, Fn. 1085, S. 281, ピエロート/シュリンク・前掲註(1085)116 ~ 117頁。
- 1149) Nikolaus Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes „nemo tenetur seipsum accusare“, 1998, S. 37, Wolff, Fn. 1099, S. 44.
- 1150) BVerfG Urteil v. 15. 12. 1970, 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68 und 308/69 = BVerfGE, 30, 1 (25f.).
- 1151) Rogall, Fn. 20, S. 141. しかし、Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を探求するにあたり、Rogall が批判している「客体定式」を必ずしも用いる必要はなく、人間の本質的特徴である自己保存本能を指摘することで足りるという反駁がある (Torka, Fn. 1140, S. 51 f.)。
- 1152) Bosch, Fn. 1149, S. 40 f., Böse, Fn. 1090, SS. 147-149.
- 1153) Rogall, Fn. 20, S. 141 und 143, Bosch, Fn. 1149, S. 38 f., Kölbel, Fn. 17, S. 285.
- 1154) 一般的人格権に Nemo tenetur 原則の根拠を求める見解も非常に多いが、たとえば、Helgerth, Fn. 1132, S. 170; Rogall, Fn. 20, S. 147f.; Nothhelfer, Fn. 1091, S. 82 f. などがある。
- 1155) Nothhelfer, Fn. 1091, S. 79 f. なお、連邦憲法裁判所は、強制的な回答義務につき、基

- 本法第2条第1項の意味での行為自由ならびに人格権の侵害にあたと判断している。ただし、この詳細な審理基準は、不明確であり、行為自由、人格権、人間の尊厳がそれぞれどのような関係かは未決定のままである。なお同時に、「自己負罪強制は、その供述を自己に不利な手段として利用されるという点で人間の尊厳に触れる」と補足している (BVerfG Beschluß v. 13. 1. 1981, 1 BvR 116/77 = BVerfGE 56, 37 (42, 43, 49))。
- 1156) Kölbel, Fn. 17, SS. 279-281, Böse, Fn. 18, S. 99 f. 自己負罪供述によって恥辱を受けることが差し迫っている場合に限定する見解もある。Peres は、自己叙述による自己負罪が、自分の社会的影響要求にしたがって、名誉を傷つける限りで、当該義務づけは、基本法第 2 条第 1 項と矛盾するという (Holger Peres, Strafprozessuale Beweisverbote und Beweisverwertungsverbote und ihre Grundlagen in Gesetz, Verfassung und Rechtsfortbildung, 1991, S. 121)。Lagodny は、個人の名誉に対する国家の介入は、名誉保護を含む一般的人格権の本質に触れ、この裏面に黙秘権があると考えている (Otto Lagodny, Verdeckte Ermittler und V-Leute im Spiegel von § 136a StPO als »angewandtem Verfassungsrecht«, StV 1996 (3), S. 171)。Bernd Müssig は、被疑者・被告人に対して保障された供述の自由によって、「最低限の自己叙述の可能性が保障される」という (Bernd Müssig, Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren, GA 1999, S. 126)。Pieroth/Schlink, Fn. 1085, S. 87, ピエロート/シュリンク・前掲註(1085)127頁。Michal Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Auflage, 2003, Sachs, S. 134 も、Nemo tenetur 原則を自己叙述の権利に分類している。
- 1157) Bosch, Fn. 1149, S. 48 f. なお、証人についても、連邦憲法裁判所の判例によると、刑事訴訟法第68 a 条に基づき、証人が、前科など潜在的に名誉を傷つけるような事実を提供することが不可欠であるかぎり、憲法に合致するという (Böse, Fn. 18, S. 100 f.)。
- 1158) Bosch, Fn. 1149, S. 49.
- 1159) Böse は、最低限の供述の自由のみを保障するという。Lammer によると、「自然法上の自己保護の思想と、自然な自己保存本能の背景ならびに国家による刑罰を恐れる人の緊急避難類似の状況は、Nemo tenetur 原則がまず、期待可能性の打ち出しであることを示している」という (Dirk Lammer, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß Zugleich eine Studie zum Menschenwürdegehalt der Grundrechte, S. 156)。
- 1160) Rogall, Fn. 20, SS. 145-147, Böse, Fn. 18, SS. 103-105.
- 1161) Böse, Fn. 18, SS. 106-108.
- 1162) BVerfG Urteil v. 15. 12. 1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 = BVerfGE 65, 1. このいわゆる国勢調査判決については、刑事手続の視点から、浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』(有斐閣, 1994年) 55～79頁が詳しい。憲法的視点からは、倉田原志「ドイツにおける労働者のプライバシー権序説 情報自己決定権を中心に」立命館法学299号(2005年) 1～6頁, 平松毅「自己情報決定権と国勢調査 国勢調査法一部違憲判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(第2版, 信山社, 2003年) 60～66頁, 松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会, 2001年), 玉虫由樹「ドイツにおける情報自己決定権について」上智法学論集42巻1号(1998年) 115～172頁, 藤原

- 静雄「西ドイツ国勢調査判決における「情報自己決定権」」一橋論叢94巻5号(1985年)728頁、鈴木庸夫=藤原静雄「西ドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決(上)(下)」ジュリスト817号(1984年)64~70頁、818号76~82頁、浜砂敬郎「西ドイツ1983年国勢調査法にかんする連邦憲法裁判所の判決文」九州大学経済学会経済学研究50巻1・2号(1984年)119~151頁等が詳しい。
- 1163) 平松・前掲註(1062)65頁、玉蟲・前掲註(1062)123~124頁。
- 1164) 国勢調査判決以後の連邦憲法裁判所の展開は、第一法廷と第二法廷で若干異なるという。まず、第一法廷における情報自己決定権の展開は、国勢調査判決で提示された基本姿勢は維持したまま、保護される「情報」の範囲を拡大する傾向が見られ、情報自己決定権は、すべての個人データの処理状況に関する包括的権利へ変化したという。次に、第二法廷における情報自己決定権の展開は、情報自己決定権という言葉ではなく、「基本法上のデータ保護」または「データ保護の基本権」という用語を用いていることに特徴がある。そして、情報自己決定権だけでは救済できない種類の情報について、補充的に特定の基本権によって、より現実的な保護の可能性を開いてきているという(玉蟲・前掲註(1062)149~156頁)。
- 1165) Rainer Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989, SS. 131-133. 例えば、Di Fabioによると、「連邦憲法裁判所は、この原則(Nemo tenetur 原則)をはっきりと情報自己決定権に帰している。手続関係者が、国家によって、自己負罪させられる、あるいは、自己負罪の情報に強制されるとき、手続関係者の一般的人格権への介入がある。何人も、「自ら可罰的行為あるいは他の違反を負う、あるいは、偽証によって新たな罪を犯す誘惑に陥る、あるいは、黙秘態度によって強制手段を被る危険を生じ」というトリレンマに置かれるべきではないと説明する(Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Di Fabio, S. 188 f.)。
- 1166) Kölbel, Fn. 17, SS. 281-283.
- 1167) Nothhelfer, Fn. 1091, S. 82 f.
- 1168) Kölbel, Fn. 17, S. 277 f.
- 1169) Böse, Fn. 18, SS. 101-103.
- 1170) 行政手続における回答義務や協力義務と Nemo tenetur 原則との関係は、各論において検討したい。この点につき、Wolff は、手続に組み込まれている「制裁」の特色に着目する。Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を一般的人格権に求めると、その保護は、ある権利制限的法律がある場合、これによって追及される目的と衡量しなければならない。刑事手続における Nemo tenetur 原則は、疑問の余地なく、その優位性が承認されており、その限りで衡量は認められない。他の手続が予定する協力義務につき、衡量が可能になるという(Wolff, Fn. 1099, S. 41 f.)。
- 1171) BVerfG Urteil v. 1. 7. 1953, 1 BvL 23/51 = BVerfGE 2, 380(403); Maunz/Dürig (Herzog), Fn. 1111, Rn. 30 ff.; Sachs (Sachs), Fn. 1156, Art. 20, Rn. 75 f. なお、ドイツの基本法において「法治国家」という文言が現れるのは、基本法第28条第1項第1文である。基本法第28条第1項は、「ラントにおける憲法の秩序は、この基本法の趣旨に即した共和制的・民主的及び社会的な法治国家の諸原則に適合していなければならない」と規定する(訳

- は、高田 = 初宿・前掲註(183)に依った)。
- 1172) Hesse, Fn. 1086, S. 83, ヘッセ・前掲註(1086)120頁。芹澤齊「法治主義」小林孝輔編集代表『ドイツ公法の理論 その今日的意義』(一社社, 1992年) 236頁。ドイツにおける法治国家思想については、玉井克哉「ドイツ法治国家思想の歴史的構造(一) - (五・完)」国家学会雑誌103巻9・10号(1990年) 1~79頁, 同11・12号 1~73頁, 104巻1・2号(1991年) 1~63頁, 同5・6号 1~70頁, 同7・8号 1~60頁が詳しい。
- 1173) BGH Urteil v. 17. 3. 1983, 4 StR 640/82 = BGHSt 31, 304 (308).
- 1174) 比例原則に Nemo tenetur 原則の憲法的根拠を求める見解もある (Helgerth, Fn. 1132, SS. 171-178)。
- 1175) P. Bringewat, Der „Verdächtige“ als schweigeberechtigte Auskunftsperson?, JZ 1981, S. 294; Hans-Ullrich Paeffgen, Vortüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, 1986, S. 71; Hartmut Schneider, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips, 1991, S. 39 f.; Franz Salditt, 25 Jahre Miranda Rückblick auf ein höchstrichterliches Experiment, GA 1992, S. 67.
- 1176) BVerfG Beschluß v. 22. 10. 1980, 2 BvR 1172, 1238/79 = BVerfGE 55, 144 (150); BVerfG Beschluß v. 13. 1. 1981, 1 BvR 116/77 = BVerfGE 56, 37 (43, 49 f.).
- 1177) BGH Urteil v. 27. 2. 1951, 1 St. R. 14/51 = BGHSt 1, 39 (40); BVerfG Beschluß v. 8. 10. 1974, 2 BvR 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753/73 = BVerfGE 38, 105 (111-113).
- 1178) BGH Urteil v. 14. 6. 1960, 1 StR 683/59 = BGHSt 14, 358 (364f.). その他に, Koblenz 上級行政裁判所は, 運送従事者法 (Fahrpersonalgesetz; FahrPersG) の回答義務に関する判示の中で, 「何人も, 法律に書かれた程度をこえて, 自己負罪供述を強制されない」ことは法治国家原理の現れであるとした (OVG Koblenz Urteil v. 12. 11. 1981, 2 A 40/81 = NJW 1982, S. 1414)。Celle 上級地方裁判所は, 「何人も自己負罪供述をするよう強制されない, という法治国家上の原則」と表現している (OLG Celle Urteil v. 19. 9. 1984, 3 Ss 116/84 = NJW 1985, S. 640)。
- 1179) Paeffgen, Fn. 1175, S. 71. Nemo tenetur 原則の憲法的根拠としては, 法治国家原理, 人間の尊厳 (基本法第1条第1項), 一般的人格権 (基本法第2条第1項) が問題になるという。このうち, 人間の尊厳および一般的人格権は, Nemo tenetur 原則の根拠として除外されるが, 法治国家原理が残る。ただし, 法治国家原理は, Nemo tenetur 原則を積極的に根拠づけるものではないという (Wolfram Reiß, Besteuerungsverfahren und Strafverfahren – Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung des Grundsatzes von nemo tenetur se ipsum prodere im Besteuerungsverfahren, 1987, SS. 155-169; Schneider, Fn. 1175, SS. 37-42, SS. 45-49)。
- 1180) Rogall, Fn. 20, S. 138 f.
- 1181) Reiß, Fn. 1179, S. 157. 基本法第79条第3項は, 「この基本法の変更によって, 連邦の諸ラントへの編成, 立法に際しての諸ラントの原則的協力, 又は, 第1条及び第20条にうたわれている基本原則に触れることは, 許されない。」と定める (訳は, 高田 = 初宿・前掲註(183)に依った)。
- 1182) Wolff, Fn. 1099, S. 38.

- 1183) 欧州人権条約第 6 条第 2 項は、「刑事上の罪に問われているすべての者は、法律に基づいて有罪とされるまでは、無罪と推定される。」と規定し、市民的および政治的権利に関する国際規約第 14 条第 2 項は「刑事上の罪に問われているすべての者は、法律に基づいて有罪とされるまでは、無罪と推定される権利を有する」と定める（なお、訳は、松井ら・前掲註(1080)に依った）。また、ベルリン州憲法第 65 条第 2 項、プレーメン州憲法第 6 条第 3 項、ヘッセン州憲法第 20 条第 2 項第 1 文、ラインラント・プファルツ州憲法第 6 条第 3 項第 2 文、ザールラント州憲法第 14 条第 2 項も無罪推定原則を規定している（Nothhelfer, Fn. 1091, S. 37 f.）。Wolff, Fn. 1099, S. 35; Bose, Fn. 1090, S. 174 (Fn. 985); Rogall, Fn. 20, S. 109; Nothhelfer, Fn. 1091, S. 37 f.; Roxin/Schünemann, Fn. 199, S. 61. また、BVerfG Beschluß v. 15. 12. 1965, 1. BvR 513/65 = BVerfGE 19, 342 (347); BVerfG Beschluß v. 19. 7. 1967, 2 BvR 489/66 = BVerfGE 22, 254 (265); BVerfG Beschluß v. 15. 4. 1969, 1 BvL 20/68 = BVerfGE 25, 327 (331); BVerfG Beschluß v. 8. 10. 1974, 2 BvR 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753/73 = BVerfGE 38, 105 (115); BVerfG Beschluß v. 6. 2. 1980, 2 BvR 1070/79 = BVerfGE 53, 152 (162). 公文孝佳「無罪推定法理について (1) 証拠法則としての再構成」北大法学論集 53 巻 6 号 (2003 年) 30 ~ 34 頁も参照した。
- 1184) Adolf Arndt, Umwelt und Recht, 2. Das Schweigen vor Gericht (§§ 52, 243 Abs. 4, 261 StPO; Art. 2 und 6. Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 2 MRK), NJW 1966, S. 870. Gradze は、フランス人権宣言とアメリカ合衆国憲法を手がかりに、無罪推定される者は、自己負罪供述を強いられないと主張している (Heinz Guradze, Schweigerecht und Unschuldsvermutung im Englisch-Amerikanischen und Bundesdeutschen Strafprozeß, Festschrift für Karl Loewenstein, 1971, S. 160)。
- 1185) Dingeldey, Fn. 1122, S. 409.
- 1186) Wolff, Fn. 1099, S. 35; Ingeborg Puppe, List im Verhör des Beschuldigten, GA 1978, S. 299 f.; Heinz Müller-Dietz, Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeß, ZStW 93 (1981), S. 1263.
- 1187) Wolff, Fn. 1099, S. 36, Nothhelfer, Fn. 1091, S. 39 f.
- 1188) Hinrich Rüping, Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten, JR 1974, S. 137 f.; Ingo Müller, Rechtsstaat und Strafverfahren, 1980, S. 63. なお、Lorenz は、Nemo tenetur 原則の根拠を、無罪推定と責任原則と良心の自由に求めている (Lorenz, Fn. 1091, S. 1006)。
- 1189) Rogall, Fn. 20, S. 109. Wolter によると、無罪推定原則は、適法な有罪証拠なしに被告人に対して刑罰およびそれと同等の措置を課することを禁じ、被疑者・被告人を確定力ある有罪判決なしに有罪と取り扱うことを禁じる。他方、Nemo tenetur 原則は、強制やそれと同等の錯誤によって、被疑者・被告人に供述義務を課し、自己負罪させることを禁じているという (Jürgen Wolter, Verwertungsverbote bei zulässiger Telefonüberwachung, Gadächtnisschrift für Armin Kaufmann, S. 770 f.)。
- 1190) Kölbel, Fn. 17, S. 303.
- 1191) Nothhelfer, Fn. 1091, S. 39 f.
- 1192) Böse, Fn. 1090, S. 178.

- 1193) Wolff, Fn. 1099, S. 37.
- 1194) Wolff, Fn. 1099, S. 37, Böse, Fn. 1090, S. 174 f.
- 1195) Nothhelfer, Fn. 1091, S. 39, Rogall, Fn. 20, S. 111 f.
- 1196) Kölbel, Fn. 17, S. 303.
- 1197) Rogall, Fn. 20, S. 112.
- 1198) Böse, Fn. 1090, SS. 175-177.
- 1199) Wolff, Fn. 1099, S. 33 f.
- 1200) 欧州人権裁判所は、自己負罪拒否特権の根拠として、欧州人権条約第6条によって保障される公正な裁判 (fair trial) を挙げる (Allan v. The United Kingdom, no. 48539/99, judgement of November 5, 2002; M.M. v. The Netherlands, no. 39339/98, judgement of April 8, 2003)。本論文では、ドイツ国内法における Nemo tenetur 原則の憲法的根拠をめぐる議論のみを扱う。欧州人権裁判所の判例や欧州人権条約のドイツ刑事訴訟法への影響については、今後の課題としたい。なお、欧州人権裁判所における自己負罪拒否特権に関しては、中島洋樹「自己負罪拒否特権と法的強制 欧州人権裁判所における判例理論の検討」大阪市立大学法学雑誌55巻1号(2008年)225頁以下が詳しい。
- 1201) BGH Beschluß v. 14. 5. 1974, 1 Str 366/73 = BGHSt 25, 325 (330).
- 1202) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 18 Aufl, § 15 C II 2b aa, S. 76. また、Bringewat は、黙秘権を含む自己負罪強制禁止は、法治国家原理および公正な裁判の原則と結びついた基本法第2条第1項から訴訟原則を受ける機能を有することになるという (P. Bringewat, Der „Verdächtige“ als schweigeberechtigte Auskunftsperson? – Zur Vorauswirkung strafprozessualer Grundsätze –, JZ 1981, S. 294)。Günther は、被疑者・被告人の無制限の黙秘権は、法治国家原理に含まれる公正な手続を受ける権利によって保護されるという (Hans-Ludwig Günther, Die Schweigebefugnis des Tatverdächtigen im Straf- und Bußgeldverfahren aus verfassungsrechtlicher Sicht, GA 1978, S. 199)。
- 1203) Wolff, Fn. 1099, S. 34; Kölbel, Fn. 17, S. 298; Bosch, Fn. 1154, S. 74. なお、Nothhelfer によると、Nemo tenetur 原則の根拠を公正な裁判の原則に求める見解に共通しているのは、法治国家原理から公正な手続の権利を導き出し、続いて公正な手続から自己負罪の自由を導き出すという思考をたどってはいないということである。それゆえ、公正な手続の要請に関する連邦憲法裁判所の判例 (BVerfG Beschluß v. 3. 6. 1969, 1 BvL 7/68 = BVerfGE 26, 66 (71)) について、詳細な検討を試みている (Nothhelfer, Fn. 1091, S. 41)。
- 1204) Bosch, Fn. 1149, S. 74.
- 1205) Kölbel, Fn. 17, S. 299 f.
- 1206) Bosch, Fn. 1149, S. 76 f. また、Wolff によると、むしろ Nemo tenetur 原則が、刑事手続の本質的原則として、公正な裁判の原則を形成しているという (Wolff, Fn. 1149, S. 34)。
- 1207) Klaus Rogall は、ドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則の発展に大きく寄与したと評されている。Rogall は、1977年に著した「自己に不利な証拠方法としての被疑者・被告人 刑事訴訟における Nemo tenetur seipsum prodere 原則の適用への寄与」において、Nemo tenetur 原則の歴史的展開、理論的考察および具体的適用場面の

考察を行い、これによって、ドイツにおける Nemo tenetur 原則の包括的研究が本格化した。Rogall の著書が公になる以前にも、ドイツの刑事手続において、ラテン語法諺 Nemo tenetur se ipsum prodere は存在したが、注目されず、黙秘権の根拠として援用される程度であった。

- 1208) Rogall, Fn. 20, SS. 17-19.
- 1209) Rogall, Fn. 20, S. 155.
- 1210) Rogall, Fn. 20, S. 31-33.
- 1211) Rogall, Fn. 20, S. 37.
- 1212) Rogall, Fn. 20, S. 137. なお、このドイツにおける「積極性 / 消極性」という概念対については、井上正仁「強制採尿」同『強制捜査と任意捜査』(初版, 有斐閣, 2006年) 71~72頁註87.
- 1213) Rogall, Fn. 20, S. 124 f. (法律上の審問を請求する権利), S. 125 f. (人身の自由), SS. 127-129 (良心の自由), SS. 137-139 (公正な裁判).
- 1214) Rogall, Fn. 20, S. 146.
- 1215) Rogall, Fn. 20, SS. 139-148.
- 1216) Rogall, Fn. 20, S. 37 f., S. 41.
- 1217) Rogall, Fn. 20, SS. 158-163.
- 1218) Torka, Fn. 1140, S. 48.
- 1219) たとえば, Heinrich Rüping, Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten, JR 1974, S. 136 がある。
- 1220) Rogall, Fn. 20, S. 146.
- 1221) Torka, Fn. 1140, S. 50; Wolff, Fn. 1099, S. 45.
- 1222) Schneider, Fn. 1175, S. 376.
- 1223) Torka, Fn. 1140, S. 55.
- 1224) Rogall, Fn. 20, S. 146 f.
- 1225) Torka, Fn. 1140, S. 55. ただし、この批判は、直ちに被疑者・被告人による積極的自己庇護行為を Nemo tenetur 原則によって保護することを要求することを意味するわけではないという。なお、Rogall が、Nemo tenetur 原則を「被疑者・被告人は自身にとって不利な証拠方法にされてはならない」と定義づけている点につき、検証対象としての被疑者・被告人をかながみと誤解を招きやすいと批判されている (Torka, Fn. 1140, S. 57 (Fn. 200); Reiß, Fn. 1179, S. 175)。
- 1226) Schneider, Fn. 1175, S. 38 und 41 f. なお、Schneider の見解については、豊田兼彦「ドイツ処罰妨害罪に関する一考察(二・完) ドイツ刑法258条5項について」立命館法学273号(2000年)157~158頁も参照。
- 1227) Schneider, Fn. 1175, S. 30 f.
- 1228) Schneider, Fn. 1175, S. 383.
- 1229) Schneider, Fn. 1175, S. 48.
- 1230) Schneider, Fn. 1175, S. 17.
- 1231) Schneider, Fn. 1175, SS. 375-378, S. 383.

- 1232) Schneider, Fn. 1175, SS. 383-385.
1233) Schneider, Fn. 1175, SS. 385-388.
1234) Torka, Fn. 1140, SS. 65-68.
1235) Torka, Fn. 1140, SS. 62-64.
1236) Torka, Fn. 1140, S. 68.
1237) Schneider, Fn. 1175, S. 87.
1238) Torka, Fn. 1140, SS. 69-71.
1239) Bosch, Fn. 1149, S. 68.
1240) Torka, Fn. 1140, S. 71.
1241) Wolff, Fn. 1099, S. 21.
1242) Wolff, Fn. 1099, S. 30-37.
1243) Wolff, Fn. 1099, S. 45.
1244) BVerfG Beschluß v. 23. 4. 1991, 1 BvR 1443/87 = BVerfGE 84, 82 (87). ここで Wolff のいう「責任 (Schuld) 」とは、罪責の意味であり、責任原則 (Schuldgrundsatz) は、被告人の在籍が証明されるときにのみ刑罰が科されるという意味であると考えられる。
1245) Wolff, Fn. 1099, SS. 59-61.
1246) Wolff, Fn. 1099, S. 47, 50, 54 f.
1247) Torka, Fn. 1140, S. 87 f.
1248) Gerald Grünwald, Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung, JZ 1981, S. 428.
1249) vis absoluta とは、例えば、被害者の反応を鈍らせるために、麻薬や不意に目の中に液体を入れることによって、意思形成を全く不可能にさせたり、あるいは、例えば、逮捕、監禁、突き飛ばすこと、手からたたき落とすこと、口喧嘩によって意図的にやじり倒すことのように、その外部的必要条件を除去することによって意思実現を全く不可能にすることをいう。反抗不可能な強制である。vis compulsiva の場合、強制は、選択的行為可能性の外的排除によって行われるのではなく、被害者が、現存する害悪の賦課による (大抵心的な) 圧迫によって、一定の態様をさせるということによって行われる。行為者の意思に作用する強制である (Begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 38, Theodor Lenckner/ Jörg Eisele, S. 147; Vorbem. §§ 234 ff. Rn. 13 ff., Albin Eser/ Jörg Eisele, SS. 2095-2097)。以下では、vis absoluta を「物理的強制」、vis compulsiva を「心理的強制」と訳す。
1250) Grünwald, Fn. 1248, S. 428.
1251) Torsten Verrel, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes, 2001, S. 213.
1252) Bosch, Fn. 1149, S. 280.
1253) Torka, Fn. 1140, S. 89.
1254) Verrel, Fn. 1251, S. 214, Bosch, Fn. 1149, S. 282.
1255) Torka, Fn. 1140, S. 281.

- 1256) Grünwald, Fn. 1248, S. 428 f.
- 1257) Verrel, Fn. 1251, S. 212 f.
- 1258) Bosch, Fn. 1149, S. 282 f. この点については、Nemo tenetur 原則の具体的適用場面 (各論的検討) において詳しく扱う。
- 1259) Reiß, Fn. 1179, S. 170. なお、Reiß は、Nemo tenetur 原則が、法治国家原理 (基本法第20条3項) あるいは人格権 (基本法第2条第1項) のいずれから導き出されるかについて分析することは「無意味」であるという。なぜなら、両者とも、人間の尊厳の保障に立ち返っているからである (Reiß, Fn. 1179, S. 168)。
- 1260) Reiß, Fn. 1179, SS. 177-180.
- 1261) Torka, Fn. 1140, S. 90.
- 1262) Bosch, Fn. 1149, SS. 37-40.
- 1263) Bosch, Fn. 1149, S. 40.
- 1264) Bosch, Fn. 1149, S. 352.
- 1265) Bosch, Fn. 1149, S. 69.
- 1266) 武器対等原則と Nemo tenetur 原則との関係については、Bosch, Fn. 1149, S. 80 ff.; 無罪推定原則と Nemo tenetur 原則との関係については、Bosch, Fn. 1149, SS. 93-96; 良心の自由と Nemo tenetur 原則との関係については、Bosch, Fn. 1149, SS. 43-46 を参照。
- 1267) Bosch, Fn. 1149, S. 101 f.
- 1268) Bosch, Fn. 1149, S. 105, S. 352 f.
- 1269) Bosch, Fn. 1149, SS. 117-120.
- 1270) Bosch, Fn. 1149, S. 190.
- 1271) Bosch, Fn. 1149, S. 123.
- 1272) Bosch, Fn. 1149, S. 190, 195, 204.
- 1273) Bosch, Fn. 1149, S. 192.
- 1274) Torka, Fn. 1140, S. 114.
- 1275) Torka, Fn. 1140, S. 115 f.
- 1276) Torka, Fn. 1140, SS. 115-117.
- 1277) Böse, Fn. 1090, SS. 166-170.
- 1278) Böse, Fn. 1090, S. 149.
- 1279) Böse, Fn. 1090, S. 145 f.
- 1280) Böse, Fn. 1090, S. 179 f.
- 1281) Böse, Fn. 1090, S. 198.
- 1282) BVerfG Beschluß v. 13. 1. 1981, 1 BvR 116/77 = BVerfGE 56, 37.
- 1283) Torsten Verrel, Nemo tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes - I, Teil, NStZ 1997 Heft 8, S. 361. なお、Verrel は、Torsten Verrel, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren. Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes, 2001 (Fn. 1251) において、同様の問題意識に基づき、詳細な検討を行っている。
- 1284) Verrel, Fn. 1283, S. 362 f. 行政法上の帳簿や記録の提出義務の許容性につき、刑事手続

外の協力に限定して認めることとし、刑事手続においては利用禁止とした。

- 1285) Verrel, Fn. 1283, S. 364 f.
- 1286) Torsten Verrel, Nemo tenetur-Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes- 2. Teil, NStZ 1997 Heft 9, SS. 415-417.
- 1287) Verrel, Fn. 1286, SS. 417-419.
- 1288) BVerfG, Beschluß v. 13. 1. 1981, 1 BvR 116/77 = BVerfGE 56, 37.
- 1289) 本決定は、連邦憲法裁判所による「何人も自己負罪供述を強制されえないという、自明のものとして予定された法治国家原則」という文言 (BVerfG Beschluß v. 8. 10. 1974, 2 BvR 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753/73 = BVerfGE 38, 105 (113)), および、連邦通常裁判所による「被告人に自身にとって不利な発言を引き起こさせないという法治国家的刑事手続の原則」という文言を参照している (BGH Urteil v. 14. 6. 1960, 1 StR 683/59 = BGHSt 14, 358 (364)) 。
- 1290) BVerfG, Beschluß v. 7.7.1995, 2 BvR 326/92 = NStZ 1995, S. 555.
- 1291) BVerfG, Beschluß v. 29.5.1963, 2 BvR 161/63 = BVerfGE 16, 191.
- 1292) Torka, Fn. 1140, S. 97 f.
- 1293) BGH Beschluß v. 28.7.2009, 3 StR 80/09 = NStZ 2009, S. 705; BGH Urteil v. 22.12.1999, 3 StR 401/99 = BGHSt 45, 363 (364); BGH Großer Senat für Strafsachen Beschluß v. 13. 5. 1996, GSt 1/96 = BGHSt 42, 139; BGH Beschluß v. 19.1.2000, 3 StR 531/99 = BGHSt 45, 367 (368); BGH Urteil v. 9.4.1986, 3 StR 551/85 = BGHSt 34, 39 (45f.).
- 1294) BGH Beschluß v. 27. 2. 1992, 5 StR 190/91 = BGHSt 38, 214 (220).
- 1295) BGH Beschluß v. 28.7.2009, 3 StR 80/09 = NStZ 2009, S. 705; BGH Urteil v. 9.4.1986, 3 StR 551/85 = BGHSt 34, 39 (45f.); BGH Großer Senat für Strafsachen Beschluß v. 13. 5. 1996, GSt 1/96 = BGHSt 42, 139.
- 1296) 法治国家原理である点については、BGH Urteil v. 27.2.1951, 1 StR. 14/51 = BGHSt 1, 39 (40).
- 1297) BGH Urteil v. 26.7.2007, 3 StR. 104/07 = BGHSt 52, 11(17); BGH Urteil v. 27.2.1992, 5 StR. 190/91 = BGHSt 38, 214(220).
- 1298) BGH Urteil v. 15. 8. 1952, 3 StR 267/52 = BGHSt 3, 149 (152).
- 1299) BGH Urteil v. 9.4.1986, 3 StR 551/85 = BGHSt 34, 39 (45f.).
- 1300) BGH Urteil v. 22.12.1999, 3 StR. 401/99 = BGHSt 45, 363(364); BGH Urteil v. 2.4.1987, 4 StR 46/87 = BGHSt 34, 324(326); BGH Beschluß v. 19.1.2000, 3 StR. 531/99 = BGHSt 45, 367(368); BGH Beschluß v. 28.7.2009, 3 StR. 80/09 = NStZ 2009, S. 705.
- 1301) BGH Urteil v. 26. 10. 1965, 5 StR 515/65 = BGHSt 20, 281 (282).
- 1302) BGH Großer Senat für Strafsachen Beschluß v. 13. 5. 1996, GSt 1/96 = BGHSt 42, 139. なお、同様の内容として、「被疑者・被告人は事実解明に積極的に協力し、かつ、自身の有罪立証を行うよう義務づけられないという原則」という表現もある (BGH Urteil v. 24. 2. 1994, 4 StR 317/93 = BGHSt 40, 66 (71)) 。
- 1303) BGH Urteil v. 26.7.2007, 3 StR. 104/07 = BGHSt 52, 11.
- 1304) BGH Urteil v. 22. 5. 1962, 1 StR 103/62 = BGHSt 17, 236 (237f.).

- 1305) BGH Urteil v. 12.7.1977, 1 StR 305/77 = MDR 1977, S. 982.
- 1306) BGH Urteil v. 9.11.1989, 4 StR 542/89 = StV 1990, S. 259f.; BGH Beschluß v. 6.9.1989, 3 StR 281/89.
- 1307) BGH Beschluß v. 21. 4. 1995, 1 StR 69/95; BGH Urteil v. 26. 6. 1962, 1 StR 227/62 = GA 1962, S. 339. 「許される防禦態度」について言及する判例は、他に、BGH Urteil v. 16. 9. 1992, 2 StR 277/92 = StV 1993, S. 469; BGH Beschluß v. 12. 3. 1991, 5 StR 2/91 = StV 1991, S. 255 がある。
- 1308) BGH Beschluß v. 8.11.1995, 2 StR 527/95 = StV 1996, S. 88 f.
- 1309) BGH Beschluß v. 9.12.1982, 4 StR 662/82.
- 1310) BGH Beschluß v. 29.7.1983, 3 StR 252/83.
- 1311) BGH Beschluß v. 10.6.1981, 3 StR 169/81. また、被告人が自身が盗んだと認めている量より多い宝石を盗んだことについて否認している事案につき、被告人による防禦は、発見されていない宝石の盗難によって生じた損害賠償と矛盾するため、この損害賠償を被告人に期待することはできないと判示している (BGH Beschluß v. 17. 10. 1986, 2 StR 550/86)。
- 1312) BGH Beschluß v. 21.9.1988, 3 StR 358/88; BGH Beschluß v. 12.12.1980, 3. StR 458/80; BGH Beschluß v. 17.3.1987, 5 StR 83/87.
- 1313) BGH Urteil v. 5. 11. 1997, 5 StR 504/97 = StV 1998, S. 652 f.
- 1314) BGH Beschluß v. 17.8.1984, 3 StR 293/84; BGH Beschluß v. 10. 2. 1994, 1 StR 850/93 = StV 1995, S. 131 f.
- 1315) BGH Beschluß v. 18. 12. 1990, 4 StR 548/90 = StV 1991, S. 106 f.
- 1316) Wolff, Fn. 1099, SS. 105-109.
- 1317) アメリカ合衆国における自己負罪拒否特権およびミランダールに関する先行研究は非常に多いが、わが国の憲法第38条第1項の源であるアメリカ合衆国憲法修正第5条とわが国における Nemo tenetur 原則の保障に関しては、今後の課題としたい。
- 1318) 確かに、自白偏重を克服するための捜査の科学化は望ましい。しかし、同時に、科学的捜査の限界とその危険性に注意を要する。科学的捜査の中には、対象者のプライバシーを新害するものや Nemo tenetur 原則に反するものもある。科学的捜査によって有力な証拠が獲得されうるとしても、その使用には限界を画するべきであると考え。この点については、Nemo tenetur 原則の具体的適用場面 (各論) に関する研究において扱う。
- 1319) ドイツにおける新たな捜査手法と Nemo tenetur 原則との関係に関する先行研究は多い。例えば、催吐剤については、Lutz Eidam, Die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln zur Beweissicherung, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts, 2007, S. 123 ff.; Achim Hackethal, Der Einsatz von Vomitivmitteln zur Beweissicherung im Strafverfahren zur Diskussion um die Zulässigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes "nemo tenetur se ipsum accusare", 2005 などがある。Hörfälle については、Lutz Eidam, Hörfälle und nemo tenetur, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21.

- Jahrhunderts, 2007, S. 59ff.; Claus Roxin, Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen, NSTZ 1997, S.18ff.; Claus Roxin, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NSTZ 1995, S. 465 ff. などがある。身分秘匿捜査については, Torsten Verrel, Selbstbelastungsfreiheit und Täuschungsverbot bei verdeckten Ermittlungen, in: Hans-Ulrich Paeffgen, Martin Böse, Urs Kindhäuser, Stephan Stübinger, Torsten Verrel und Rainer Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1629 ff. などがある。
- 1320) 福岡地裁小倉支部平成20年3月5日(判例集未搭載)。引野口事件の評釈としては, 豊崎七絵「警察拘禁の実際的意義 引野口事件を素材として」福井厚編『未決拘禁改革の課題と展望』(日本評論社, 2009年)121~139頁, 斎藤司「代用監獄への身体拘束を捜査に利用しつつ同房者を通じて獲得した「犯行告白」の証拠能力が否定された事例」速報判例解説(法学セミナー増刊)Vol.3(2008年)209~212頁, 中島宏「判例レビュー 被告人が拘留場所で同房者にした犯行告白の証拠能力を否定した事例」季刊刑事弁護55号(2008年)172~188頁がある。
- 1321) 2011年3月31日, 「検察の再生に向けて 検察の在り方検討会議提言」(http://www.moj.go.jp/kentou/jimu/kentou01_00001.html: 2011年11月23日アクセス)が発表された。その後, 同年5月18日, 法務大臣は, 法制審議会に対して「検察の在り方検討会議」で詰め切れなかった問題について諮問した。そこで法制審議会は, 「新時代の刑事司法制度特別部会」と設置した((「検察の在り方検討会議第14回会議事録」15頁以下(http://www.moj.go.jp/kentou/jimu/kentou01_00030.html: 2011年11月23日アクセス)を参照。なお, 「新たな時代における捜査・公判手続の在り方」については, 既に, 「司法制度改革審議会意見書 21世紀の日本を支える司法制度」(平成13年6月12日, 司法制度改革審議会)において言及されている)。「新時代の刑事司法制度特別部会」における議論の中で, 捜査機関側から, 被疑者の供述に依存しない捜査を行うためには, これに代わる新たな捜査手法の導入が不可欠であるとして, 通信傍受の拡大, 会話傍受の導入, DNA データベース化の拡大, 潜入捜査, 司法取引, 刑事免責等の導入が提案されている(「法制審議会 新時代の刑事司法制度特別部会 第2回会議事録」16頁(金高委員発言) http://www.moj.go.jp/kentou/jimu/kentou01_00041.html: 2011年11月23日アクセス)。しかし, 被疑者の供述に依存しない捜査(取調べ)と新たな捜査手法の導入は, 別個に議論すべきであり, 新たな捜査手法の導入に際しては, Nemo tenetur 原則との抵触について十分な検討を要すると考える(「法制審議会 新時代の刑事司法制度特別部会 第2回会議事録」19頁(後藤委員発言) http://www.moj.go.jp/kentou/jimu/kentou01_00041.html: 2011年11月23日アクセス)。
- 1322) 航空機および鉄道事故や医療事故の調査委員会における事故原因の正確な究明と刑事手続における Nemo tenetur 原則(自己負罪拒否特権)の保障との関係も, 今後の検討課題としたい(笹倉宏紀「事故調査と刑事司法(下) 「事故調査機関の在り方に関する検討会」の「取りまとめ」をめぐって」ジュリスト1433号(2011年)71~74頁, 曾和俊文「事故調査機関の在り方について」ジュリスト1432号(2011年)40頁)。

* 脱稿後に、斎藤司「刑事証拠開示問題の歴史的構造 治罪法から昭和刑事訴訟法制定過程までに関する分析 (4)」龍谷法学44巻1号 (2011年) 1~65頁、三島聡「公判手続における被告人の地位 被告人の公判供述をめぐって」浅田和茂 = 石塚伸一 = 葛野尋之 = 後藤昭 = 福島至 (編) 『村井先生古稀記念論文集 人権の刑事法学』(日本評論社, 2011年) 529~557頁に接した。

* 本稿は、平成21年度 (独) 日本学術振興会特別研究員 DC2, 研究課題名「自己負罪禁止の研究 ドイツ法の Nemo tenetur 原理を手がかりに 」による研究成果の一部である。

* 本稿執筆の際、立命館大学法学部とミュンヘン大学の学術交流協定に基づく DAAD (ドイツ学術交流会) のプログラムにより、2ヶ月間のミュンヘン留学および資料収集の機会を得た。本稿は、その研究成果の一部である。留学中、ミュンヘン大学法学部 Helmut Satzger 教授, Dagmar Coester-Waltjen 教授 (* 留学時, ミュンヘン大学法学部教授), Satzger 教授の研究室に所属する Georg Langheld 氏, また、本学の渡邊惺之教授および本山敦教授には、大変お世話になった。心より御礼申し上げる次第である。

〔訂正〕

335号254頁20行目

(誤) 向けたは (正) 向けた議論は

335号254頁註1

(誤) 佐伯千仞「いわゆる黙否権について」同『刑事裁判と人権』(法律文化社, 1957年) 151頁。

(正) 佐伯千仞「いわゆる黙秘権について」同『刑事裁判と人権』(法律文化社, 1957年) 151頁 (なお、初出は、同「いわゆる黙否権について」公安思潮7号36頁) 。

335号255頁註6

(誤) 田宮 裕「被疑者・被告人の黙秘権」

(正) 田宮 裕「被告人・被疑者の黙秘権」

336号204頁

(誤) 被告人は、弁護権を有し

(正) 被告人は、公判段階で初めて弁護人依頼権を有し

336号205頁

(誤) 被告人は、予審において弁護人をつけることができません

(正) 被告人は、公判前段階において弁護人をつけることができません

336号244頁註540

(誤) Je conclus, ... que ... accusés, ... doivent conserver la liberté de silence, c'est la prérogative la plus inviolable et la plus sacrée de la personnalité humaine ...

(正) Je conclus, ... que ... accusés, ... doivent conserver la liberté de silence, c'est la prérogative la plus inviolable et la plus sacrée de la personnalité humaine ...