

刑事手続における Nemo tenetur 原則 (1)

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, 本号)

第 5 節 ナチス期における Nemo tenetur 原則

第 6 節 1950年法統一法および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 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 2 章 ドイツにおける Nemo tenetur 原則の憲法的根拠

第 3 章 ドイツ刑事訴訟における Nemo tenetur 原則

おわりに

は じ め に

憲法第38条第 1 項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と規定し、いわゆる自己負罪拒否特権を定めている。これをうけて、刑事

* 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

訴訟法は、黙秘権および供述拒否権を定めているといわれる。刑事訴訟法第146条は自己の刑事責任が問われる虞がある場合の証言拒絶権、第198条第2項は被疑者取調べにおける黙秘権告知、第291条第3項は公判の冒頭手続の起訴状朗読後に行われる裁判長による被告人に対する黙秘権告知、第311条第1項は被告人の黙秘権・供述拒否権、第316条の9第3項は公判前整理手続の最初の期日における裁判長による被告人に対する黙秘権告知を規定している。

自己負罪拒否特権および黙秘権保障の重要性は、戦前から指摘されていた。しかし、特に、戦後、憲法および刑事訴訟法によってこれらが明文化されたことによって、その重要性は明白になった。現在、この権利の存在自体を否定する見解はない。佐伯千仞博士は「敗戦後の民主的変革を実現するために、新憲法が、とくにこの問題を採上げて黙秘権の保障を明らかにしたことは、黙秘権の人類解放上において占める重大な意義に鑑み、またわが国の過去の経験に鑑みて誠に至当なことであったといわねばならぬ」¹⁾と述べている。さらに、自己負罪拒否特権および黙秘権は「刑事手続の構造を規定する」²⁾法原則と言われる。それゆえ、この権利は、わが国の刑事訴訟法の本質の一部であり、保障のあり方によってその他の刑事訴訟法の諸原則や諸制度にも影響を及ぼすこととなる。

しかし、わが国において、自己負罪拒否特権および黙秘権が実効的に保障されているかどうかは疑わしい。わが国の刑事手続実務において、警察官や検察官は、できるだけ自白を獲得しようと努める。被疑者に対する取調べ受忍義務が課せられているという実態がある。黙秘や否認をする被疑者は、執拗に、長期にわたって取調べを受ける。黙秘や否認を続けるために保釈が許可されず(人質司法と言われる)、取調べのためにいわゆる「代用監獄」が利用されている。公判においても、黙秘すると明言している被告人に対してさえ、検察官から質問が繰り返される。有罪判決を受けた場合、黙秘や否認したことが、被告人の無反省を示す徴表であると評価され、量刑において刑罰加重的あるいは刑罰非減輕的に扱われる。このよ

うな現在の刑事手続実務にあっては、被疑者・被告人は、当該犯罪の状況について最も詳しく近い存在とみなされ、事実上何らかの応答や反応を義務づけられ、あるいは、期待されており、被疑者・被告人は、自身にかけられた嫌疑に対して何らかの言明を行わなければならない、真犯人であれば自白、無実の者ならば無罪であると積極的に主張することが求められる。被疑者・被告人が供述するか否か、また、どのような内容の供述をするかについて真に自由に決定することは難しいであろう。それゆえ、わが国の憲法および刑事訴訟法が定める自己負罪拒否特権や黙秘権は、実効的に保障されているとは言い難い。

わが国の刑事手続において、自己負罪拒否特権および黙秘権が実効的に保障される方策を示すことは、未だ本稿の為し得ないところであるが、刑事手続における人権保障の実効的保障の実現を志向することは、刑事訴訟法研究にとって避けることのできない課題であると考えている。

近年司法制度改革によって刑事手続は大きく変化しつつあり、裁判員制度の運用、被疑者取調べの可視化、合意手続の導入、秘密捜査や新たな科学的捜査など検討を要する喫緊の課題が多い。このような状況である今こそ、先行研究を踏まえ将来の刑事手続の課題や方向性を見定めるために刑事手続の基礎原則の研究が重要であると考え³⁾。

特に、自己負罪拒否特権および黙秘権は、緊要な研究対象であると思われる。自己負罪拒否特権および黙秘権を否定的に解する見解の一つとして、世論による真実解明要請、有罪推定に基づく被疑者・被告人の黙秘態度に対する非難感情を根拠に、被疑者・被告人に対し自己負罪拒否特権および黙秘権を厚く保障することは市民の一般常識や道徳に反するという主張がある。裁判員制度が施行された現在、市民が、裁判員として刑事裁判に関与することとなった。そのため、市民は、今まで以上に刑事裁判のあり方に関心を抱いていると思われる。一方で、既に行われた裁判員裁判については、「被告人はひたすら反省するしかない状況に追い込まれる可能性があり、事実関係に争いが無いとしても裁判員の質問に答ええないのは難し

い」と懸念されている⁴⁾。こうしたことから、市民が裁判員として刑事事件に関与する今こそ、これまで以上に「裁判員となるべき市民が黙秘権の意義と内容を正しく理解していることは不可欠の条件」⁵⁾であろう。

わが国の自己負罪拒否特権および黙秘権に関する先行研究は多い⁶⁾。その基本原則たる性格のゆえに、刑事手続に関する様々な研究において言及されている。また、裁判所も、自己負罪拒否特権や黙秘権の射程について重要な判断を行ってきた。しかしながら、憲法第38条第1項は自己負罪拒否特権を明文で規定していることから、判例、学説、実務いずれにおいても、この権利の存在自体が前提となっているため、わが国における自己負罪拒否特権や黙秘権に関する研究の中心は、その保護範囲や保護対象におかれてきた。しかし、近年の研究が既に指摘しているように、その歴史的展開⁷⁾および根拠は、未だ必ずしも明らかにされていない⁸⁾。

ところで、わが国における自己負罪拒否特権および黙秘権に関する比較法研究は、主にイギリス法⁹⁾やアメリカ法を参照してきた。そのことは、憲法第38条第1項が、アメリカ合衆国憲法修正第5条をモデルとし、さらにその起源はイギリスのコモン・ローにあるとされることからすれば当然といえよう¹⁰⁾。他方、大陸法であるドイツを比較法とする当該分野の研究は、わずかである¹¹⁾。ドイツの刑事手続においても、長きにわたり自己負担からの自由 (Selbstbelastungsfreiheit)、自己負罪からの自由 (Selbstbeziehungsfreiheit)、黙秘権 (Schweigerecht)、供述の自由 (Aussagefreiheit) という用語を用いて研究が行われてきたが、近年、自己負罪拒否特権や黙秘権に関する研究が特に盛んである。その理由は様々であるが、例えば、盗聴、監視、身分秘匿捜査官、呼気アルコール検査、催吐剤の強制的投与等の新たな捜査方法の活用により、国家による権力行使と被疑者・被告人をはじめとする手続関係者の人権保障との間の緊張が高まったこと、合意手続の導入、経済法や懲戒手続における負罪態様の拡大など、新たに被疑者・被告人の自己負罪が問題となる場面が増加したことに伴い、基本原則に立ち返り、その歴史的発展、存在意義や理論的根拠

を研究する必要があると強く考えられたことが挙げられる。さらに、ドイツは、いわゆる自己負罪拒否特権および黙秘権が基本権であることに疑問はないとされているものの、基本法（憲法）や刑事訴訟法に直接それを示す明文規定はない（第3節2.(2)参照）。そのこともあって、根拠論や原理論が、わが国やその他の諸国に比して非常に詳細に扱われている。

こうしたドイツ刑事訴訟法における近年のいわゆる自己負罪拒否特権および黙秘権に関する研究において、「Nemo tenetur Prinzip（以下、Nemo tenetur 原則と呼ぶ）」という法諺が最も重視されている。いわゆる自己負罪拒否特権は、かつて「nemo tenetur se ipsum accusare」あるいは「nemo tenetur se ipsum prodere」というラテン語法諺によって示されていた。前者は、「誰も自身を告訴するよう拘束されない」¹²⁾と訳され、後者は、「何人も自己を告発する義務はない」¹³⁾、「何人も自らを告発するよう強制されない」¹⁴⁾、「何人も自己を罪に陥れる義務はない」または「誰も自身を暴露するよう拘束されない」と訳されている。この法諺に立ち返ることによって用語を統一するとともに、その歴史的発展や理論的根拠の内容の詳細な研究を行っているのである。

わが国においても、同様の権利について、これまで、自己負罪拒否特権・自己帰罪拒否特権、黙秘権、供述拒絶権、沈黙の自由など様々な用語が用いられており、かつ、論者によってその内容も異なっている。また、自己負罪拒否特権と黙秘権との関係や憲法第38条第1項と刑事訴訟法の関係条文との関係も、未だ明らかになっていないといえない。

以上のことから、わが国の刑事手続における自己負罪拒否特権および黙秘権の歴史的展開ないし理論的根拠の考究において、ドイツ刑事手続における Nemo tenetur 原則をめぐる議論を参照することが有益であると考えられる。以下では、明確に区別されている場合や引用等を除き、原則として Nemo tenetur 原則という言葉を用いて検討を進める。本稿において、Nemo tenetur 原則とは、ラテン語法諺 nemo tenetur se ipsum accusare に起源をもつ原則で、何人も自身にとって不利益なことを強制されず、義務

づけられず、自己負罪から自由であることを意味する。その意味内容、射程、理論的根拠を検討することが本稿の目的である。

被疑者・被告人の負罪的態様として、供述（自白や弁解）、黙秘、否認、明らかな虚偽、ジェスチャー、提出（文書、呼気、DNA サンプル、尿の提出など）、申告・届出、報告等を挙げることができる。これらの負罪的態様は、刑事手続にとどまらず、行政手続や税手続¹⁵⁾、経済法等様々な法分野においても問題となっている。つまり、被疑者・被告人や刑事訴追を受ける虞のある証人だけでなく、報告義務や申告義務等の行政上の義務を負う者や高額な課徴金等の制裁を科されうる法人¹⁶⁾も、Nemo tenetur 原則を主張できるかという問題である。他方、憲法第38条第1項が明文で挙げているのは「供述」のみであり、刑事手続における Nemo tenetur 原則が他の法領域にも妥当するかについては議論が多い。それゆえ、わが国における憲法および刑事訴訟法が保障する Nemo tenetur 原則の意味内容を明らかにすることによって、憲法第38条第1項が供述以外の自己負罪態様についても保護しうるか否か、刑事手続以外の法領域にも妥当しうるかという問題についても検討を要する。

本稿の構成は、刑事手続における Nemo tenetur 原則の歴史的展開、理論的根拠、具体的適用場面という三編からなる。第1編では、Nemo tenetur 原則の歴史的展開として、わが国やドイツにおいて自己負罪拒否特権の発祥の地とされているイギリスについて *ius commune* および *コモン・ロー* におけるその起源と成立を近年の研究に依拠して簡単に概観した後、ドイツの刑事手続における中世初期刑事手続から現在までの Nemo tenetur 原則の史的展開を通観し、わが国における明治期の拷問の廃止から現在までの Nemo tenetur 原則に関係する立法や議論の状況を通観する。Nemo tenetur 原則が何をもって成立したとみるかという点も重要な問題であると考えるので、本編では、各時代の資料にある被疑者・被告人の尋問制度や自白の取扱い等およびその議論状況を見ることによって、Nemo tenetur 原則に影響を与えた要素、到達の程度や方向性を示したい。第2

編では、Nemo tenetur 原則の理論的根拠を扱う。まず、先行研究を元にながわが国における Nemo tenetur 原則の現状を整理する。次に、ドイツにおいて Nemo tenetur 原則が基本権として承認されていることについて、その根拠と理由づけを確認する。そのうえで、憲法的権利である Nemo tenetur 原則のドイツ刑事手続における現状を扱う。なお、Nemo tenetur 原則の具体的な適用場面は多岐にわたる。例えば、被疑者・被告人の黙秘や否認の量刑手続における刑罰加重的作用、Hörfalle、強制的な催吐剤投与に関する問題がある。これらは今後の課題としたい。

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

本稿は、ドイツにおける Nemo tenetur 原則を研究対象とし、本編では、その歴史的展開を扱う。

近年のドイツ刑事訴訟研究によると、ドイツ刑事手続において Nemo tenetur 原則は、ドイツ刑事手続における望ましい手続形式は何かという議論、つまり糺問主義と弾劾主義をめぐる議論過程で「当然かつ気づかれないうちに」確立されたという。これは、「アングロサクソンの当事者主義がポピュラーになったおかげ」であり、ドイツ刑事手続における Nemo tenetur 原則は、糺問主義によってはばまれていた自由権の確立とともに発展した。さらに、当時のドイツ刑事手続は、証拠法やその周辺領域において Nemo tenetur 原則を受け入れる準備ができていたため、外国法の Nemo tenetur 原則を取り入れることができたという¹⁷⁾。詳細は、第1編第1章で述べるが、19世紀前半、ドイツのいわゆる「改革された刑事訴訟」期に、Feuerbach と Mittermaier が、イギリスの刑事手続における当事者主義について研究し、イギリス法が採用する純粹当事者主義および弾劾主義に基づく被疑者・被告人の尋問がラテン語法諺である nemo

tenetur se ipsum accusare に依拠して行われているということが、ドイツの刑事訴訟に伝えられた¹⁸⁾。

このように見てくると、ドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則の歴史的展開を扱うにあたっては、まず、ドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則の起源と言われているイギリスにおける「自己負罪拒否特権」の形成過程について簡単に概観しておくことが有用であると思われる¹⁹⁾。さらに、Nemo tenetur 原則の発展過程および内容につきイギリスの刑事手続とドイツの刑事手続との共通点および相違点を検討することも有益であると考えられる。

わが国において、イギリスの自己負罪拒否特権の形成過程をめぐる詳細な研究が、近年盛んに行われており、イギリスでの議論も紹介されている。これらの先行研究も参考に、以下では、イギリスにおける自己負罪拒否特権の成立期に関する従来の一般的見解を紹介したのち、イギリスにおける自己負罪拒否特権の起源につき従来の見解に疑問を投げかけた Helmholtz の見解を紹介する。さらに、イギリスにおける自己負罪拒否特権の確立について、Wigmore および Levy の見解に触れたのち、近年これに疑問を呈する Langbein の見解を紹介する。

1. 「自己負罪拒否特権」の起源

自己負罪拒否特権の起源を探究する史的研究のなかには、タルムードに遡る研究もある²⁰⁾。

nemo tenetur prodere seipsum に代表されるラテン語法諺は、コモン・ローに起源を有するものではなく、ローマ法およびカノン法上の ius commune (普通法) において発展し、ヨーロッパ大陸とイギリスの大権裁判所や宗教裁判所に適用されたものである。nemo tenetur prodere seipsum が、ius commune においていつ確立したかは明らかではないが、当初罪人の宗教上の告白義務に関して刑事手続につながりうるような公における告白を否定することを意味していたという。その後、17世紀までに、

正当な根拠に基づく嫌疑なく、宣誓の下で尋問されない権利として発展を遂げたと考えられている²¹⁾。イギリスの自己負罪拒否特権の成立以前に *ius commune* の中に *nemo tenetur prodere seipsum* があったことは、ほぼ争いはない²²⁾。

イギリスの刑事法研究における支配的見解によると、現代の意味でのイギリスの自己負罪拒否特権の起源をイギリスのコモン・ローに求める。これに対して、Helmholz は、現代の意味での自己負罪拒否特権の起源はイギリスのコモン・ローではなく、*ius commune* にあると論証した。以下、この Helmholz の見解をみることにする。

Helmholz は、教会裁判所の手続を規律した *ius commune* のもとの、職権宣誓は適法か否かという問題に関する職権宣誓支持者の見解と職権宣誓反対者の見解それぞれの立場を、*nemo punitur sine accusatore* (何人も告発なしに処罰されない) および *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (何人も悪行を自ら打ち明けない) という法諺と関連づけて紹介する。職権宣誓反対者によると、*ius commune* の中にある *nemo punitur sine accusare* という法諺により、職権宣誓手続は告発者 (*accuser*) を欠いているため無効であるとした。しかし、職権宣誓支持者は、職権宣誓は *nemo punitur sine accusare* の例外であると主張した。Helmholz によると両者の対立は「引き分け」であるという²³⁾。

次に、*nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (何人も悪行を自ら打ち明けない) という法諺によると、何人も自らの恥をさらすよう義務づけられないがゆえに、自身にとって不利な証言で負罪するよう強制されない。この法諺は、16世紀および17世紀の刑事手続マニュアルに繰り返し引用されており、私的行動や信用に関する負罪的質問に答えるよう要求することは汚名や訴追を受ける危険を負わせることになるため、*ius commune* に反するとされた。

裁判において負罪的質問に答えるよう要求することを禁じる理由は二点ある。第一は、何人も何らかの罪を犯している可能性があるが、自己負罪

させることによりすべての犯罪を訴追することになれば社会秩序を崩壊させることとなるためであり、第二に、カノン法上、人的関係である外的フォーラムと神との関係である内的フォーラムを分けるべきとされたためであった。被告人に真実を供述する旨の宣誓や負罪の質問に対する回答を義務づけることは、偽証の機会や動機を与えることになる。真実を述べたくないという誘惑は、ほとんどの被告人にある。それゆえ被告人は、偽証する、黙秘や否認を理由として裁判所侮辱罪を科される、真実を供述して有罪判決を受けるのいずれかを選択するという残酷なトリレンマに迫られることになる²⁴⁾。職権宣誓支持者は、*ius commune* が例外として自己負罪質問を認めていると主張したが、職権宣誓反対者は、被告人が罪を犯したという悪評がないときはなお「原則」が妥当すると反論した。そのうえで、高等宗務官裁判所の運用は、「原則」に反しており、「例外」が「原則」を飲み込んでいると批判した。しかし、職権宣誓支持者は、異端者に対して行われ、宗教裁判所の目的が処罰でなくて改善を目的とする自己負罪質問は *ius commune* の自己負罪禁止原則の「例外」であると主張した。これに対して、職権宣誓反対者は、高等宗務官裁判所が科しているものはまさに刑罰であると批判し、*ius commune* は、秘密悪を明らかにするよう強制することに内在する危険に注意を促しているという。Helmholz は、この点についても両者の争いは「引き分け」であるという²⁵⁾。

次に、Helmholz は、教会裁判所における中世の実務における自己負罪拒否に関する扱いを検証するために多くの事例を挙げる。イギリス教会の記録によると、中世の裁判実務においては、*ius commune* のもとで自己負罪強制禁止の原則が広く尊重されていた。実際、職権宣誓は、教会裁判所の標準手続とされていたが、それを拒絶することもできたという²⁶⁾。自己負罪拒否特権は、エリザベス朝とスチュアート朝の争い以前には、わずかしか見られないが、実際に機能していたという²⁷⁾。

自己負罪拒否特権は16世紀に徐々に教会裁判所の判例の中で発展してきた。このことは、イギリスのローマ法に関する文献や裁判所の記録からも

明らかであるという²⁸⁾。さらに、コモン・ロー裁判官も *ius commune* を引用していたという²⁹⁾。

ただし、現在の自己負罪拒否特権が包括的権利保障であるのに対し、*ius commune* における自己負罪拒否特権は、制限的権利であった点に注意しなければならないと Helmholz は指摘する。自己負罪拒否特権の適用される場面では、多くの例外を有し、中世および近世初期の注釈者によって非常に狭く解釈されていたため、効果的な権利として機能しなかった。しかし、自己負罪的質問に対して答えるよう強制されないという特権は認められていたという。

さらに、Helmholz は、コモン・ロー事件においてしばしば主張された *nemo tenetur prodere seipsum* という法諺の淵源は、カノン法にあるが、コモン・ローの法律家達は、ローマ法やカノン法に関する知識も有していた点が重要であると指摘する。以上のことから、Helmholz は、現代的意味での自己負罪拒否特権の起源は *ius commune* にあり、その基本的思考は、イギリスのコモン・ローの中に自己負罪拒否特権が現れる以前から存在していたと指摘している³⁰⁾。

2. 「自己負罪拒否特権」の確立

Wigmore や Levy に代表される従来 of 支配的見解によると、イギリスにおける自己負罪拒否特権は、17世紀後半にコモン・ローにおいて確立した。しかし、近年、Langbein が、従来 of 見解に疑問を呈し、イギリスにおける自己負罪拒否特権の確立は、18世紀後半から19世紀であったと主張する。以下、従来 of 見解と Langbein の修正説を対比し、自己負罪拒否特権の確立期とその理由づけを概観する。

(1) まず、Wigmore³¹⁾ は、コモン・ローにおいて自己負罪拒否特権が成立する過程を、ピューリタン革命(1642年)が起こるまでの星室裁判所や高等宗務官裁判所における手続における第一段階と、17世紀後半に自己負罪拒否特権が成立する第二段階に分けて論じた。

第一段階は、コモン・ロー裁判所の手続ではなく、教会裁判所における職権宣誓の手続に特徴が見られる。宗教改革後、イギリスにおける教会と国王の関係が変化し、スチュアート朝（1603～1714年）において、高等宗務官裁判所と星室裁判所が、政治的抵抗や宗教的抵抗を抑え込もうとした。しかし、次第にピューリタンは、この高等宗務官裁判所や星室裁判所による訴追に対して職権宣誓を拒否し、コモン・ロー裁判所に対して禁止令状や人身保護令状を求めることによって抵抗を始めた。中でも、1638年に星室裁判所に訴追された Lilburne による激しい抵抗が注目を集めた。Lilburne らピューリタンは、職権宣誓拒否の論拠として「*nemo tenetur prodere seipsum*」というラテン語の法諺を用いていた。この法諺は、告発なく職権で訴追を開始し、被告人に起訴事実を告知しないまま真実を供述することを宣誓させ尋問を行うという手続の濫用、いわゆる「証拠漁り」を防止するために用いられた。こうした動きの中で国王と議会の関係が悪化し、高等宗務官裁判所と星室裁判所が廃止され、さらに職権宣誓も禁じられるに至った。

第二段階は、コモン・ローそれ自体ではなく、第一段階における職権宣誓の廃止の動きから生じたという。被疑者・被告人に対する厳しい糾問的尋問は、18世紀初期まで行われていた。他方で、1641年に職権宣誓が廃止された後も、コモン・ロー裁判所において被告人は、*nemo tenetur prodere seipsum* というラテン語法諺を主張し、被告人自らが自身を告発する義務はないことが認められた。チャールズ二世治世（在位1660～1685年）末までにはこうした取扱いは、証人に対しても認められるようになった。

以上のように述べて、Wigmore は、高等宗務官裁判所および星室裁判所の廃止と、それに伴う職権宣誓手続の禁止を受け、17世紀末に、コモン・ローにおいて、被告人および証人に対する自己負罪拒否特権が認められるようになったことをもって、現代の自己負罪拒否特権が成立したと主張した³²⁾。

Levy も、Wigmore と根拠づけにおいていくつかの違いがあるものの、18世紀初頭までに、メアリ拘禁法 (Marian Committal Statute) のもとで公判前の予備審問が行われていたという例外を除き、刑事手続における自己負罪拒否特権は確立していたとする³³⁾。

(2) 以上の Wigmore および Levy の見解に対して、近年、Langbein が、自己負罪拒否特権の確立期について疑問を呈した。次に、この Langbein の見解を紹介する³⁴⁾。

Langbein は、被告人が弁明する (accused speaks) モデルと訴追側検証 (testing the prosecution) モデルを対比しつつ論証する。

被告人に弁明を求める裁判は、1550年代および1560年代には行われていた。18世紀末まで、コモン・ローの刑事手続において、被告人の防御は、黙秘ではなく、起訴事実につき詳細に、自ら弁明することであるとされていた。公判において、被告人が自身にとって不利益な証拠に対して応答しないことは自殺行為 (「喉を裂く行為」)³⁵⁾であった。証言する機能と防禦する機能は密接に関連しており、被告人が弁明を拒絶することは、全防禦の喪失に等しかった³⁶⁾。

重大犯罪で訴追された者は、弁護人を付けることを禁じられた。通常の刑事事件では、裁判官が、被告人の弁護人であると同時に訴追官が起訴事実を証明することを助けた。重罪の被告人は、自身の防禦のために弁明しなければならず、訴追側証拠に対して応答しなければならなかった³⁷⁾。弁護士である William Hawkins の1721年の著書によると、被告人が無罪であるならば、被告人はどんな法律家よりも有能であるゆえに、被告人には弁護人を要しないとされた³⁸⁾。

18世紀半ばには、裁判官は、被告人側弁護士の関与の禁止を緩和しはじめたが、裁判官は、被告人が公判において話すよう圧力をかけ続けるために弁護人の役割を制限した。被告人側弁護士は、陪審員に向かって弁論することができなかった。さらに、被告人は、証人を強制的に召喚する権利を有さず、たとえ自発的に証言しようとする被告人側証人が認められても、

真実である旨の宣誓を行うことを禁じられていた。また、18世紀末まで、合理的疑いを超える証明基準は、確立していなかった。さらに、被告人は、未決拘禁によって防禦を妨害された。被告人の防禦は、証拠や告発に対して自身の言葉で応答することだけであり、公判において自ら自己負罪の証拠に応答する以外のいかなる防禦手段も与えられなかった。したがって公判前手続においても公判においても、被告人は防禦のために弁明しなければならなかった³⁹⁾。

しかし、1696年反逆罪法により被告人側弁護士の禁止は緩和された。被告人に公判の5日前に正式起訴状謄本を交付することを許し、起訴事実に関して弁護人の助言を受ける権利を認めた。被告人は、被告人側証人を取り調べる権利、証人に宣誓させる権利、証人を召喚する権利を与えられた。被告人側弁護士は、主弁論や交互弁論だけでなく、被告人が訴追された事件につき被告人にとって有利な点を拾いあげ、陪審員に向かって話すことを許された。1730年代には、被告人側弁護士は、通常の刑事事件の公判にも現れるようになった⁴⁰⁾。公判は、被告人側弁護士が被告人に対して提示される事実を検証する機会へ移行していった。当事者主義的手続の論理が浸透するにつれて、18世紀後半には被告人側弁護士は、戦略上有利になるよう、被告人に黙秘させるようになった⁴¹⁾。

以上の歴史的経過を踏まえ、Langbein は、17世紀後半あるいは18世紀に自己負罪拒否特権が確立したという従来の見解に対して疑問を呈する。17世紀後半の刑事手続において、自己負罪拒否特権は、実効性を有していなかったとみる⁴²⁾。Langbein によると、自己負罪拒否特権は、刑事手続の当事者主義システムによって、被告人が弁明しなければならない公判から、訴追側の行為を検証する公判へと移行したとき初めて実効的権利となったという。このとき、被告人側弁護士が、被告人の黙秘を可能にすることに大きな役割を果たした⁴³⁾。つまり、被告人が弁明を強制されないという自己負罪拒否特権の中核的価値は、弁護人が被告人に代わって弁明することにより発揮されることになったという。

かくして、Langbein によると、コモン・ローにおける自己負罪拒否特権は、18世紀末から19世紀にかけて当事者主義刑事手続において弁護士が役割を果たすことによって確立されたという⁴⁴⁾。

3. 本章のまとめ

イギリスにおける自己負罪拒否特権の「起源」について、一般的見解によれば、*ius commune* がイギリスの自己負罪拒否特権に先行することを認めるものの、その起源はイギリスにあるとする。これに対して、Helmholz は、自己負罪拒否特権の起源はイギリスではなく *ius commune* にあると論証する。自己負罪拒否特権の「確立」について、従来の見解によると17世紀後半にイギリスのコモン・ローにおいて確立したと考えるが、Langbein は、18世紀後半から19世紀に当事者主義刑事手続における弁護士によって確立されたとする。

ここで、「起源」と「確立」を明確に区別して考える必要があると考える。現代的意味の自己負罪拒否特権の起源を探究することは、その必要性、発展に影響を与えた要素を解明することであり、法原則の本質を明らかにする一助となる。Helmholz は、限定的な意味ではあるが裁判所において *ius commune* の自己負罪拒否の主張が用いられていたことから、*ius commune* に起源があると論じた。自己負罪拒否特権という現在の法原則は、唐突にイギリスで誕生したものではなく、イギリスにおける裁判官や法律家らによって一歩ずつ前進、発達されたものであるということを示唆していると思われる。現代的意味の自己負罪拒否特権の起源を探究することは、その必要性、発展に影響を与えた要素を解明することであり、法原則の本質を明らかにする一助となる。

また、*Nemo tenetur* 原則の「確立」については、何をもって *Nemo tenetur* 原則の「確立」とするか自体がまず問題となる。何をもって *Nemo tenetur* 原則、つまりここでいう自己負罪拒否特権が「確立」したとみることが異なるがゆえに、Wigmore, Levy, Langbein との帰結の違い

が生じたのではないだろうか⁴⁵⁾。例えば Langbein は、当事者主義手続における弁護人に着目した。しかし、Nemo tenetur 原則の発展、確立の指標となりうる事象としては他にも、被疑者・被告人に対する法のおよび道徳的供述義務、真実義務、拷問や不服従罰のような供述強制方法の廃止、黙秘や否認を有罪の徴表や量刑加重的に取り扱わないこと、被疑者・被告人に対する黙秘権告知の義務づけ、被疑者・被告人が供述するか否かを自由に自己決定できる状態であったか等が挙げられる。Nemo tenetur 原則(ここでいう自己負罪拒否特権)の歴史的展開を明らかにするうえで、これに影響を与えうる事象を検討することが重要である。さらに、イギリスにおける自己負罪拒否特権の形成過程をめぐる研究から、Nemo tenetur 原則の歴史的展開の研究は、その理論的根拠や存在意義の探究と非常に密接に関連していることも分かる。

以下、本稿では、Nemo tenetur 原則の具体的確立期を示すのではなく、現在に至るまでに Nemo tenetur 原則がいつごろ何を目指し、いかなる内容を獲得してきたか、また、この原則に影響を与えたものは何か等をできる限り当時の文献に依拠して概観することにより各時期における Nemo tenetur 原則の内容を示すにとどめる。

なお、本章で扱ったイギリスと、次章以下で扱うドイツおよびわが国では、文化、政治状況や各国が採用する刑事訴訟制度は異なるが、それにもかかわらず刑事手続における Nemo tenetur 原則の史的展開に関して共通する要素が存在するのではないだろうか。この問に対する解答の示唆を得るべく、次章でドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則の歴史的展開を検討することとする。

なお、ドイツ刑事手続における現在の支配的見解によると、ドイツ刑事手続における Nemo tenetur 原則は英米法を継受したものであるという。しかし、その具体的経緯や根拠は、明らかでない。イギリス刑事手続における自己負罪拒否特権とドイツ刑事手続における Nemo tenetur 原則の史的関連性、連続性については、今後の課題としたい。

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

1. 中世の弾劾手続

12世紀以降、刑事事件における公的訴訟の萌芽が現れ始めた⁴⁶⁾。当時は、非公式な裁判管轄、新旧の裁判管轄、教会や君主や都市の裁判管轄が共存していた。それまでは、法的枠組と法律外との境界が不明確であった。法(Recht)は、まだ体系的でなかった。違法行為に対する補償を得るフェーデ行為が、法的活動に近かったとされる。また、当該氏族に対する贖罪契約で取り決められた贖罪金または訴訟手続に規定された贖罪金が、存在した⁴⁷⁾。

裁判所は、仲裁裁判官として、私的な紛争における儀式的形式の保持や解決の方法を監視していた。被告が損害補償責任を否定するとき、証明手続が開始された。被告は、真実に近い位置にある者と考えられたため、「証明権(Beweisrecht)」⁴⁸⁾を認められた。被告は、雪冤宣誓を行うことによって最も重要な証拠方法になった。宣誓補助者は、被告の宣誓の正当性を裏付け、十分な人数の宣誓補助者が正しい方法で選ばれたとき、被告の嫌疑は晴らされた。他方、原告には、神判を請求するための被害の雪冤宣誓阻止あるいは補助者によって強調された自らの誓約があるのみであった。

中世の刑事手続の基幹は、二極的紛争であった。判決は形式的諸条件によっていた。当時、手続関係者は儀式的に行動し、その行為は相手方に関連づけて行わなければならなかった。しかしながら、Kölbelによると、これを被告に対する協力義務の現れととらえることはできないという。被告は、第三者たる共同体によって裁判所への出頭を強制され、反証に必要な儀式的な方法もなく、反論もできず不利益を被った。雪冤宣誓や他の証拠方法は、被告が自身に対する非難を否認するときだけに利用された。被告

の回答拒絶や神判における行為の拒絶は、自白とみなされた⁴⁹⁾。防禦が失敗に終わった者は、自白した被告として高額贖罪金を支払わなければならなかった。それゆえ自白は、実務上重要視された⁵⁰⁾。しかし、これらは今日の意味での自己負罪強制とほとんど関係がなく、このような協力義務は特権的領域に基づいているという⁵¹⁾。

2. 初期糾問手続

(1) 中世末および近世初期に至ると、刑事訴訟は、民事訴訟のような当事者主義および親告形式による手続とは異なる形式をとりはじめた。刑事手続は、糾問的方法を採用するようになった⁵²⁾。刑事手続の変化とともに、共同体も変化した。教会は、独立した強固な制度を有していた。貨幣経済と商業および地方の下位組織(同業組合)によって、世俗的な支配秩序が形成された。ラントの平和にとって重大な問題は、犯罪を現実に処罰することであった⁵³⁾。紛争処理によってラントの平和が実現され、領主は、前国家的諸条件を構築した。このような状況のもと、公的刑法が推し進められた。この訴訟形式は、実際の利益紛争を秩序維持の方向に導き、政治的権力を維持するものであった。

糾問的方法を採用する訴訟形式に対する批判や抵抗も弱まりつつあった。抵抗が鎮まってきた理由は様々あるが、主たる理由を二点挙げると、第一に、遅くとも12ないし13世紀には糾問形式の模範型が示された。例えば教会は、イタリア都市法における官公吏懲戒規定において糾問形式を採用した。さらに、世俗の裁判管轄とともに、異端者訴追においても糾問形式が採用された。第二の理由は、人口の増大である。人口増加に伴い、新たな犯罪や犯罪の増加が問題となった。これに対して公的刑法が、何らかの反応をする必要が生じた。

このような背景のもと、刑事手続は、徐々に、かつ、多様に発展した。例えば、ラントに有害な人々に対する手続、評判手続、戒告、現行犯手続および7名の証人による断罪手続、宣誓弾劾人が非公開の裁判集会で犯罪

を弾劾する手続があった。これらの手続は、厳格な弾劾訴訟形式ではなく、職権行為と結びついていた。これらが、13ないし15世紀にかけて糾問手続へと変化した。「原告が証人になり、被告が審理対象になる」というかつての形式は廃され、公開かつ口頭という裁判の特徴は失われた。当局が訴訟を提起するとともに終了を命じることになった⁵⁴⁾。特に13世紀以降、刑事手続は、裁判官によって職権的に開始され、裁判官は単なる立会人ではなく、自ら実体的真実を探求しなければならなかった⁵⁵⁾。

さらに、糾問手続において、職権性(Amtsmaßigkeit)と同時に、新たに「真実」に関心が向けられ始めた。中世初期の親告手続は、非難の権限を確認するのみで、事実関係を示すことを考えていなかった。しかし、訴訟において具体的な事件が、事件構造に基づいて判断されるようになると、個人の責任が、処罰にとって最も重要な点と考えられるようになった。訴訟対象の不法・正当性だけでなく、行為者の内面を含めた実際の事件の不法・正当性も考慮されるようになった⁵⁶⁾。

実体的真実の解明が重要視され、自白が、真実の最も確かな証拠と考えられるようになった⁵⁷⁾。初期糾問手続において、行為者の自白は特別な力を有するものとされ、被疑者・被告人の応訴とそれに結びつけられた評価が重視された。なぜなら、犯罪は秘密のうちになされる行為であり、残された物的かつ具体的な痕跡を犯罪解明のために利用することは未だ困難であったからである。

このような刑事手続において被疑者・被告人は、初期糾問証拠体系における審理対象かつ捜索対象の中心であり、協力を義務づけられた。被疑者・被告人が任意にその内心を明らかにしない場合に、裁判官の判断を端緒として拷問が行われることがあった。拷問は、自白獲得のために行われた⁵⁸⁾。この時点の証拠体系における真実志向は、まだ不完全であった。犯罪行為は、行為者による暴露(自白)によって十分に裏付けることができると考えられた。この暴露は詳細である必要はなかった⁵⁹⁾。暴露(自白)者による自己負罪行為それ自体が、判決に「他の方法で立証しかつ正当と

認める必要はない」という理由づけを与えることになった⁶⁰⁾。

(2) このような初期糾問手続期における Nemo tenetur 原則の歴史的展開を論じるにあたり、14世紀末のザクセンシュピーゲル (Sachsenspiegel) とマクデブルク質問 (Magdeburger Fragen) というザクセンにおける二つの法源について言及する必要がある⁶¹⁾。

ザクセンシュピーゲル⁶²⁾は、拷問について詳細に扱っている。14世紀末、このザクセンシュピーゲルの中に、Nemo tenetur 原則の萌芽ととらえられうる事例があらわれたという指摘がある⁶³⁾。この事例は、裁判所外の事前手続において拷問が使用されたというものであった。被疑者・被告人は、拷問のもとでなされた自白が裁判で利用されることに対して反論した。被疑者・被告人は、自身の拷問の苦痛を描写し、「私は、何人も自白を強制されないという神聖な権利に依拠して (...ich...beruffe mich an das heylge recht daz nymande twingit czu eyne bekenntnisse...)」拷問の使用に反対した⁶⁴⁾。

また、1385年から1402年に行われた、マクデブルク質問も同様に、拷問を退けかつ間接的に自己負罪強制に反対した⁶⁵⁾。マクデブルク質問によると、「当然、何人も、犯罪あるいは罪業ゆえに拷問にゆだねられるべきではない。なぜなら拷問は、判決の前になされるからである (Man sal von rechtis halben nymandis pynigen umme ungerichte noch umb missetat, e denne her des vor gerichte vorwunden worde.)」という簡潔な文章によって拷問に反対した。つまり、苦痛は、裁判所によって有罪判決がなされた後の刑罰としてのみ許されるものであり、自白獲得目的を含め⁶⁶⁾訴訟上の措置としての苦痛は許されないということが明らかにされている⁶⁷⁾。

ザクセンシュピーゲルとマクデブルク質問が、ドイツにおける Nemo tenetur 原則の萌芽であることを示す明白な根拠はない。ザクセンシュピーゲルの「神聖な権利 (heylge recht)」という言葉の意味も不明である。さらにこの「神聖な権利」に基づいて何人も自白を強制されないと主張するにあたり、その根拠が全く挙げられていない。しかし、ザクセンシュ

ピーゲルは、拷問の非人間性と戦い、その文言は単なる拷問の放棄以上の内容を包含しており、Nemo tenetur 原則との関連を想起させうるという指摘がある⁶⁸⁾。

3. カロリナ刑事法典

(1) カロリナ刑事法典

() 国家権力が増強するとともに、犯罪統制に関心が示されるようになった⁶⁹⁾。刑法の公法的性格も確認されるようになった。15世紀後半になると、ドイツの一部の領邦国家あるいは都市において「ドイツの糺問訴訟」が発達した。公の起訴官庁が設置され、犯人逮捕や犯罪の捜査を職権によって行おうとした。このドイツ的糺問手続をはじめとする手続は、実際には濫用的に運用され、しばしば恣意的かつ不安定なものになる傾向を有していた。それゆえ慣習的な訴訟制度を廃し、法規によって規定された信頼に足る刑事司法を確立するために、ドイツの糺問訴訟をベースに、ローマ法から継受されたいくつかの要素をミックスした狭義の糺問訴訟を形成しようとした⁷⁰⁾。

このような背景のもと、1532年、「至尊にして偉大、無比なるカール五世および神聖ローマ帝国の、30年と32年、アウクスブルクとレーゲンスブルクにおける帝国議会で審議され確立され議決された刑事裁判令」⁷¹⁾ (Constitutio Criminalis Carolina; CCC; Die Peinliche oder Halsgerichts Ordnung; HGO; 以下、カロリナ刑事法典と呼ぶ) が公布された。カロリナ刑事法典は、1507年にバンベルクにおいて Johann Freiherr zu Schwarzenberg und Hohenlandsberg がイタリアの糺問手続を範として作った刑事法典 (Constitutio criminalis Bambergensis; CCB; mater Carolinae) にならって作られた⁷²⁾。カロリナ刑事法典は、神聖ローマ帝国全土に適用される法律であり、最初の統一的ドイツ帝国刑事法として刑事司法を統制した⁷³⁾。

カロリナ刑事法典による糺問訴訟の採用は、ドイツ刑事訴訟法における

第一の変革とも呼ばれ、糺問手続への移行は、当時の刑事司法にとってそれ自体強力な前進を意味した⁷⁴⁾。たしかに糺問訴訟に対してある種のネガティブなイメージが抱かれることは否定できないが、カロリナ刑事法典は、抽象的規範の個別具体的な事件への適用に際し生じる濫用や誤用の防止にあり、カロリナ刑事法典は、「定着した糺問的方法が、真実という利益と被疑者・被告人の利益を法律上の証拠理論の中で形成しようと努めた」⁷⁵⁾として⁷⁶⁾、近代刑事法の母体の一つとして意義が認められている⁷⁷⁾。

ただし、当時、カロリナ刑事法典の規定と実務が大きく異なっていたという点に注意しなければならない。カロリナ刑事法典は、未だその諸規程がラントの実態に合致しないことを認め、序文において、裁判官が「普通法、衡平、および讃うべき古来の慣習に従いて」訴訟手続を行いうるといふ「救済条項」を有していた⁷⁸⁾。

() カロリナ刑事法典は、弾劾訴訟 (Anklageprozess) を通常例として起草した (第11条以下) 。同時に、この弾劾訴訟は、手続進行と証拠法の点で糺問の特徴を有していた。職権による手続 (第6条ないし第10条) が次第に拡大し、17世紀半ばには職権手続が優位になった⁷⁹⁾。裁判官は、秘密主義かつ書面主義のもと、職権で糺問を行った。糺問手続における糺問官は、真実探究という最も神聖な義務を課された⁸⁰⁾。

() カロリナ刑事法典は、当時の「真実」の基準に基づく証拠の基準を規定した。カロリナ刑事法典は、真実と正義を志向したため、実体的真実の追究を合理的なものにするために拷問を制約するとともに、有罪認定の条件を法定した⁸¹⁾。

まず、カロリナ刑事法典は、いわゆる「法律上の証拠理論 (法定証拠主義) 」を採用した。被疑者・被告人の有罪を認定するためには、被疑者・被告人による信用しうる自白あるいは二名の知識ある証人による供述が必要であった。カロリナ刑事法典第22条⁸²⁾によると、法律上の刑罰の賦課 (poena ordinaria ; 正規の刑) のためには完全証拠が必要である (plena probatio ; 完全な証明) ⁸³⁾。カロリナ刑事法典第67条⁸⁴⁾は、被疑者・被告

人の有罪を認定するために二名の知識ある証人の供述が必要であると規定する⁸⁵⁾。

これらの規定は、被疑者・被告人を誤判から保護するために設けられた。しかし、実際、犯行現場を目撃した二名の知識ある証人が存在することは稀であり、有罪判決のためには被疑者・被告人の自白が必要とされた。つまり、個々の証拠方法の価値を精確に規定することによって、証拠規定は固定化され、裁判官による自由な証拠評価が制限され、自白が過大に評価されることにつながった。被疑者・被告人の自白は「証拠の女王 (regina probationum)」として重要な意味を有した⁸⁶⁾。それゆえ、法定証拠主義に基づいて裁判所が真実を発見しようとするとき、裁判所は、しばしば被疑者・被告人に真実供述を求め、かつ、被疑者・被告人の自白に頼ることになった⁸⁷⁾。裁判所による尋問は、まず第一に真実探究のために行われ、糾問訴訟における被疑者・被告人は、真実供述義務を課された⁸⁸⁾。

しかし、被疑者・被告人から任意の自白を獲得することが困難であり、かつ、徴憑が十分で免責証拠が不十分であるとき、必要とあれば拷問によって被疑者・被告人から自白を強制することが許された⁸⁹⁾。

拷問の要件につき、厳格に細分化された徴憑理論 (Indizienlehre) が存在した (第16条ないし第77条)。徴憑理論によると、確実性の高い間接証拠、すなわち徴憑が存在しない限り、拷問が科されてはならない。さらに、具体的な徴憑の例示と抽象的・一般的な規定が並び、拷問を行う前の威嚇による尋問手続 (第46条)、拷問に先立つ被疑者・被告人による無罪証明の機会の付与 (第47条)、被拷問者に対する誘導尋問の禁止 (第56条) が定められた⁹⁰⁾。カロリナ刑事法典は、徴憑理論によって審問手続の危険性、とりわけ自白獲得を目的とする取調べとその手段たる自白を規制しようとした⁹¹⁾。十分な徴憑があれば、被疑者・被告人を、その供述の獲得のために拷問にかけることができた⁹²⁾。

ただし、拷問を許されるのに必要な嫌疑の要件を欠いているため、あるいは、被疑者・被告人が拷問に耐え抜いたために証明ができなかった場合

には、より軽い非正規刑 (poena extraordinaria) が言い渡された⁹³⁾。また、成果のない拷問を継続するには、新たな徴憑を必要とした。

実際、拷問は、有罪を推定される者に対して行われた。当該の者が、被疑者・被告人となった時点でその地位は大きく低下し、徴憑によって高度の嫌疑をかけられる者は品行方正な市民ではないと考えられた。嫌疑は、その者の社会的評価にもかけられ、その評判が崩れた段階でその者を保護する必要はないとされた。つまり、被拷問者は、高度に嫌疑をかけられ、かつ、ただ法律に定めた正式の有罪証明のみを欠く者であった。拷問は、被疑者・被告人の頑強な否認や完全黙秘によって示される「頑強さ」に対しても向けられた。被疑者・被告人が拷問によって受ける苦痛は、自身が犯した違反行為を頑なに否定するがゆえに生じるものであると考えられ、被拷問者自身の責に帰された⁹⁴⁾。

さらに、当時、刑事司法には重要な任務が、二点存在すると考えられていた。第一の任務は、神の宥恕のために害悪を完全に暴き、かつ、処罰することであった。つまり、有罪とは、当局が追求しなければならないような神に対する罪深さであるとされた。なぜなら、神は怠惰の場合にも共同体に対して刑罰を科すると考えられたからであった。罪を犯した者を処罰することによって初めて、神の栄光が再び修復されると考えられた⁹⁵⁾。当時の刑事司法にとって重要と考えられた第二の任務は、高度に嫌疑をかけられた者から赦しのために必要な罪過の告白を強制的に獲得することであった。当時、義務的告解と並行して、改悛優位理論が採用されていた。それによると、告解において深く罪を反省しているという完全な改悛を要求するのではなく、刑罰賦課に対する不安から出た不十分な改悛で十分であるとされた。このような背景のもと、拷問は、刑事司法の任務を果たすために、被拷問者に有益な贖罪をさせるために行われたという⁹⁶⁾。

ただし、それでも自白を獲得できなかった場合、軽い非正規刑を科すことが許された⁹⁷⁾。

() カロリナ刑事法典は、偽証や被疑者・被告人の虚偽自白に対処するた

めに、審問官に対して、尋問の際、被疑者・被告人に対して誘導的あるいは示唆的な質問をしないよう促した。さらに、審問官は、被疑者・被告人によってなされた自白を再吟味しなければならなかった(第56条, 第70条)。また、証人尋問によって信用できないと判断された者は、証人から排除された⁹⁸⁾。

() カロリナ刑事法典における裁判所による審理は、「一般糺問」と「特別糺問」に二分された。一般糺問は、裁判所が審理の第一段階として違反行為が指摘されているかを確認する。つまり、徴憑に基づく事実の確定を行う。嫌疑が明白な被疑者・被告人は証人として尋問された。このとき、被疑者・被告人は、自身にとって不利な証人としても尋問されえた。特別糺問は、罪体 (corpus delicti) について嫌疑が明白な者に対してなされた。つまり、自白の採取を目的とした拷問が、ここで行われた。正式の (artikulierte) 尋問が行われ、証人や被疑者・被告人に対して質問がなされた。

() 以上のように、カロリナ刑事法典のもとでの被疑者・被告人は、尋問に参加するように義務づけられ、対面や不意打ち的な証拠方法の提示、拷問方法の提示や拷問の実施等によって真実を供述するよう要求された。被疑者・被告人の協力義務と真実義務は無制限であった⁹⁹⁾。被疑者・被告人の法的地位は、単なる「審理客体」にすぎず¹⁰⁰⁾、事前手続において弁護人の弁護を受ける権利を有していなかった。さらに、審理開始まで過度に長い拘禁を甘受しなければならなかった。被疑者・被告人の無力状態は公判にまで続いた。このような状況のもとで、自己負罪からの自由が保障されるまでまだかなりの距離があった¹⁰¹⁾。

(2) 拷問の廃止と Nemo tenetur 原則

() ドイツにおいて Nemo tenetur 原則が定着する前提としては、啓蒙期における意識変化が不可欠であった。この啓蒙期における意識変化は、特に刑事訴訟分野において拷問の廃止につながった¹⁰²⁾。

拷問の廃止の理由づけは、主に二点挙げられた。第一の理由は、拷問が真実究明のための手段として役に立たないという点であり、第二の理由は、拷問が非人道的で正義に反するという点である。さらにこれらの理由づけ以外に、不十分ではあるものの、「拷問は被疑者・被告人に対して自己負罪を強制しており不当である」という根拠に基づいて拷問の廃止を主張する見解も存在した。つまり、18世紀ドイツにおいて、拷問の廃止の論拠のひとつとして、不十分ながらも、Nemo tenetur 原則が援用されていたと考えられうる。

以下、18世紀に拷問の廃止の理由づけとして Nemo tenetur 原則を援用した見解とその内容をみることにする。これをもとに、ドイツにおける拷問廃止と Nemo tenetur 原則の定着過程との関係を検討することとしたい。() 当時、糺問主義を採用する刑事手続は、法定証拠主義と拷問を支柱としてきたが、啓蒙期の改革運動によって次第に拷問に対する批判が高まってきた。1740年、プロイセンにおいてフリードリヒ二世によって拷問が禁止されたのを皮切りに、18世紀半ばからドイツ諸領邦において拷問が禁じられた。オーストリアでは1776年、フランスでは1788年、スイスでは1798年、バイエルンにおいても1806年にそれぞれ拷問が廃止された¹⁰³⁾。プロイセンにおいて、18世紀末までに実務においても拷問は用いられなくなった¹⁰⁴⁾。

() 上述のとおり、拷問の廃止の主たる論拠は、拷問が真実究明のための手段として役に立たず¹⁰⁵⁾、非人道的で正義に反する¹⁰⁶⁾ということであったが、その他に、「拷問が被疑者・被告人に対して自己負罪を強制しており不当である」という根拠を主張する見解が存在した。実際、Nemo tenetur 原則は、ドイツにおける自然法思考の初期段階に既に現れていた。なお、ラテン語で書かれた自然法に関する文献は、全ヨーロッパへ伝播されており、これらの文献の内容は、16ないし18世紀の法学領域において国内外を問わず理解されていた¹⁰⁷⁾。

ア・Johann Grevius

カルヴァン派のアルミニウス説の聖職者であるJohann Grevius¹⁰⁸⁾は、1624年に「より賢明かつより確かな正義によってキリスト教徒に対する共通刑事訴訟の審問において拷問を拒否かつ嫌悪するような法廷改革(Tribunalum reformatum, in quo sanioris et tutioris iustitiae via iudicii Christiano in processu criminali commonstratur, rejecta et fugata tortura)」を著した。Greviusは、キリスト教の隣人愛に矛盾し¹⁰⁹⁾、自然法と矛盾するという論証で拷問に反対した¹¹⁰⁾：「さらに、隣人愛に反しており、…自然法という理由から…すべての人にとって適切であると考えられる。：すなわち、何人も自身で自身を告発するよう強制されないものとしてである(Porro id contra charitatis leges est, … quod ex iure naturali … omnibus competere videtur: hoc scilicet, ut nemo seipsum prodere cogatur. (Lib. II Cap. 2 § III)) (下線は引用者による)。」

また、拷問の不法な側面は、自然法からも示されるという。つまり、Greviusは、Robertus Maranta¹¹¹⁾や Wesembeciusを引用して、「自身で自身を告発することを強制する敬虔な者は自然法に反している(Contra ius naturae est, quempiam cogere ut se ipsum prodet. (Lib. II Cap. 2 § IV.))」とはっきりと述べた。拷問は、自身にとって不利益な行動や供述をする必要はないという自然法上の要請と矛盾するという¹¹²⁾。

このようにGreviusは、被疑者・被告人は自身の有罪判決に寄与しなければならぬという見解に反対を表明した。Greviusが考えるように、民事訴訟において被告に自白を要求することが不当であるとき、肉体と生命に関わる問題である刑事訴訟では、いよいよもって不当である¹¹³⁾。

イ・Samuel von Pufendorf

ドイツにおける自然法学との関係で、Sammuel von Pufendorfは、1672年に著した『自然法と万民法(De iure naturae et gentium)』においてNemo tenetur原則に言及した。：「されど、被疑者・被告人自身が罪の自

白をする義務を負うことをすぐに追求されることはない。…そして、証人による論証という真実を洞察する他の方法がある。…しかし、それどころか、自ら罪を負う犯罪を任意に自白するよう義務を負わないとすると、市民が服することを要するということを弱めることそれ自体は決して否定されない (Sed ex eo non statim sequi, ipsum reum ad confessionem criminis teneri. . . . Et esse alia media in veritatem facti penetrandi, argumentis, E per testes . . . Quod si autem reus de proprio crimine ultro fateri non teneatur, negatione ipsius hautquaquam obsequij civilis necessitatem infringi. (Lib. IV, Cap. I § 20))(下線は引用者による) 。

ウ . Martin Bernhardi

Christian Thomasius が論文審査を務めた Martin Bernhardi による『拷問の研究 (Disputatio de Tortura)』によると、各人によって「何人も自己防禦を奪われないというここで持ち出された自然法の原則に対して嫌気がさすまで (quam funditus decantatum iuris nat [uralis] principium)」、人間が自身の態度によって自らが破滅する心を準備をするよう強制されるとき、…そしてその間に人間が自身に対してなした自白を戦うよう強制されるとき、被拷問者は自身の背信者になっている」と述べた。Bernhardi は、「被告に自白を要求し、その結果、被疑者・被告人は同様に自ら喉にナイフをあて」なければならないということは民事事件においても刑事事件においても不当であるという Grevius の言葉を引用した¹¹⁴⁾。

エ . Cesare Bonesana Beccaria

イタリアの刑法学者 Cesare Bonesana Beccaria は、1764年『犯罪と刑罰 (Dei delitti e delle pene)』を著した。

まず、「拷問」の章において、人間に自己告発を要求することに対して反対した。：「…ある人間にみずからの告発者になれと要求すること、まるで真実が不幸な人間の筋肉やせんいの中にやどっているとでもいうように、せめ苦によって被告から真実をしばり出そうとすることは、言語道断

な、ばかげたことだ。拷問を許容する法律はこうっているようなものだ。『人々よ、苦痛に抵抗しろ。自然はお前にお前の生存に対するおさえることのできない愛着と、お前じしんを防衛するという譲渡のできない権利とを与えている。しかし私はお前の中に、それとまったく反対の感情をつくり出してやろう。私はお前に、お前じしんをにくむという英雄的な感情をおこさせてやろうと思う。私はお前に命令する。お前はお前じしんの告発者になれ、拷問がお前の肉をさき、骨をくだくあいだに、お前は真実を言うのだ。』¹¹⁵⁾

さらに、「密告」の章では、Beccaria は、次のように述べた。：「誣告が専制主義のもっともかたいたてである秘密で武装されたとき、だれがこれからじぶんを守ることができよう？ 君主が臣民の一人一人を敵ではないかとうたがい、公共の安全を確保するためには国民一人一人の安全をかきみださなければならないような政体はなんとみじめなことだろう」¹¹⁶⁾。Hommel の注釈によると、Beccaria は自己告発の禁止に賛同しているという。つまり、「私は、それが矛盾に押しやるものでありかつ犯罪者が自ら自身を告発するべきであるということを要求しているとは考えない。確かに、詐欺師がより良い方法をとるとき、少なくとも騙された者に送達するとき、詐欺師は損害を補償することをその良心に結びつけられる。しかし、刑罰に関して、詐欺師はその身体を鞭に差し出すべきなのか？ 彼はその首を縄に差し出すべきなのか？それを要求する者は、本性に対して反抗しており、かつ人間を知らない」という¹¹⁷⁾。

Beccaria は、「宣誓」の章において、被疑者・被告人に対して真実を供述させるために宣誓させることを批判した。：「なぜ人間を、神をけがすか、じぶんを破滅にみちびくかのおそろしい二者択一になげこもうとするのか？」¹¹⁸⁾。

しかし、Beccaria は、尋問の際になされた質問に対して頑なに回答を拒絶する者に対しては厳しい刑罰を科すべきであると述べている点に注意を要する。：「適法な尋問を受けても、しつように答弁をこぼむ者は法律

によって規定された刑罰を科されてよい。そしてその刑はもっとも重いものでいい。なぜなら、犯人が刑罰を受けることによって公衆に示さねばならないのみせしめを、黙否によってまぬがれさせてはならないからである」¹¹⁹⁾。

オ・Seigneux de Correvons

Seigneux de Correvons は、1768年『拷問の使用、濫用および欠陥に関する一試論 (Essai sur l'usage, l'abus et les inconvénients de la torture)』を著した。Seigneux de Correvons は、Beccaria による『犯罪と刑罰』に依拠し、フランス革命前の時代に拷問の完全な廃止を要求した。Seigneux de Correvons は、拷問の廃止の理由を三点挙げた。第一は、拷問は刑罰であり、刑罰は行為者の有罪立証の後初めて許されるものであるという批判である。第二に、拷問は被疑者・被告人に「自身にとって不利な証言 (témoignage contre soi-même)」を強制している点、第三の理由として、無罪の者が処罰される危険性を指摘する。Seigneux de Correvons による拷問廃止の論拠は、「被疑者・被告人が自ら不利益な証拠方法になる」という糺問の原則の拒否を示している¹²⁰⁾。

しかし、Seigneux de Correvons は、Beccaria と同様に、頑強に黙秘する被疑者・被告人に対してはより激しい刑罰を要求した。そして、被疑者・被告人が供述拒絶に固執するとき、被疑者・被告人が「罪を犯したと認めているに等しい (comme convaincu)」とみなした¹²¹⁾。

() 18世紀半ばの啓蒙期に被疑者・被告人の訴訟上の地位は、わずかに改善された。超越的な神に関連付けられた思想が、次第に人間の本性を経験的な個人に求める考えにとって代わられた。拷問廃止も、Beccaria らの影響に帰せられる。

Nemo tenetur 原則が、拷問の廃止に向かう論争のなかにあらわれたことは「不思議ではない」という。なぜなら、拷問は、Nemo tenetur 原則に反する究極の形式だからである¹²²⁾。

しかし、これは、今日の意味での Nemo tenetur 原則の確立を意味するものとはいえない。Nemo tenetur 原則が、ドイツにおける拷問の廃止に直接影響を与えたと帰結することは性急である¹²³⁾。確かに、啓蒙期の自然法的思考や人道的思考は、後のドイツにおける「陰險な狩獵学」¹²⁴⁾と批判されるような手段を放棄する動因となった。被疑者・被告人の自己負罪拒否が、一個の法原則として論及されることはなかった。また、プロイセンにおいてフリードリッヒ大王によって拷問が廃止されたのは1740年であり、Beccaria によって『犯罪と刑罰』が著された1764年よりも前であったことに注意しなければならない。拷問の廃止の論拠として現れた Nemo tenetur 原則は、拷問の廃止後、後退した。

啓蒙思想は、被疑者・被告人に消極性の権利 (Recht auf Passivität) あるいは嘘をつく権利を認めるまでには至らなかった。さらに、啓蒙思想を刑法分野において最もあらわし、かつ拷問を激しく批判した Beccaria でさえ、尋問の際に頑強に否定し、提示された質問に対する回答を拒絶する者に対して法律によって、最も重い種類に属する一定の刑罰を科することについて何の疑念も持たなかった。これは、被疑者・被告人の協力義務と真実義務が未だ克服されておらず、被疑者・被告人が自白を義務付けられていたことを示しているといえる¹²⁵⁾。

(3) 拷問代用物たる不服従罰と虚言罰、尋問術の利用

() 1740年に初めてプロイセンで決定された拷問の廃止は、啓蒙思想にもとづく人間性の尊重を示している。確かにこれは、重大な一歩であったが、決定的な一歩ではなかった¹²⁶⁾。なぜなら、拷問の廃止によって糺問訴訟の欠陥が除去されたわけではなく、法定証拠主義も残されたため、自白は依然として証拠法において優越的地位を保ち続けたからである。被疑者・被告人は、供述の自由や協力の自由を有さず、真実を話すよう義務づけられていた¹²⁷⁾。被疑者・被告人に対する供述強制は廃止されず¹²⁸⁾、策略・欺罔・虚偽・不意打ちや脅迫によって被疑者・被告人からの自白を獲得す

ることが目指された¹²⁹⁾。

() 特に、拷問の廃止後、拷問の廃止によって生じた欠陥を補うために¹³⁰⁾、不服従罰や虚言罰¹³¹⁾が、「拷問の代用物」¹³²⁾として用いられた。これは、改革された刑事訴訟において激しい批判にさらされる19世紀前半まで、ドイツ諸領邦で運用された¹³³⁾。特に虚言罰は、フリードリヒ二世によって1756年および1766年の通達によって厳しく否定されたが、根本的な解決には至らなかった¹³⁴⁾。例えば、1805年プロイセン刑事法 (Preußische Criminalordnung) 第292条が再び不服従罰を規定し¹³⁵⁾、立法、学説、実務は、被疑者・被告人に対する真実供述義務を固守した。

この不服従罰および虚言罰が、訴訟における臣民義務の違反に対する刑事罰に関する問題であるのか、あるいは、自白を強いるための訴訟手段の問題であるのか、という点は、すでに当時から議論されていた。例えば、プロイセンにおいて、虚言罰は、自白を強いるための手段に近しかった。なぜなら、否認する被疑者・被告人は虚言罰によって威嚇され、かつ、その厳しさは被疑者・被告人の頑強さに応じて増したからである。さらに、被疑者・被告人の否認は、不服従罰を科されうる要因であるだけでなく、本来嫌疑をかけられた行為に対する刑罰加重も導いた¹³⁶⁾。

() 不服従罰および虚言罰¹³⁷⁾の対象者は、「証人」であり、この証人の中に被疑者・被告人も含まれた。対象となる行為は、「証人」の法廷における虚偽の陳述や「証言」それ自体の拒否であった。これは、被疑者・被告人の供述の矛盾の多さ、頑強な黙秘や否定、自白の取消があるときにも用いられ、多くの場合、真実を述べない、つまり、自白しようとしぬ被疑者・被告人に対して裁判官によって科された¹³⁸⁾。自白強制は、不服従罰および虚言罰を用いることによって、基本的に拷問具を利用することなしに行われたのである¹³⁹⁾。

不服従罰の根底には、尋問を受けることに同意し、かつ、真実を述べなければならぬという被疑者・被告人に対する特別な法的義務の承認があった。この義務は、拷問の廃止後も被疑者・被告人に対して課されていた

た。当時、被疑者・被告人に対する協力義務の根拠を解明しようとする動きはみられなかった。なぜなら、拷問の廃止後も、法定証拠主義が妥当し、自白は、有罪判決にとって最も重要な要素であったからである。被疑者・被告人は、尋問において真実を供述するよう裁判官から勧告された。この際、裁判官は被疑者・被告人に対して威嚇や罵倒あるいは虚偽の約束を行ってはならないとされたが、実際には不服従罰の賦課の可能性を示唆したり、被疑者・被告人の黙秘や虚偽を有罪推定に結びつけた¹⁴⁰⁾。

不服従罰および虚言罰の内容は、折檻、食事剥奪、個別留置であった¹⁴¹⁾。ときに、被疑者・被告人は、拷問と同程度の重大な身体的懲罰や長期の拘禁に耐えなければならなかった¹⁴²⁾。

() さらに、実務は、被疑者・被告人に対して、犯罪解明のために考えられうるあらゆる策略を用いて自白獲得を試みるようになった。特に、人間の内心に向けられた心理学的な捜査方法に関心が向けられた。これは、糾問官が被疑者・被告人から根掘り葉掘り探り出す尋問技術であり、「尋問術」や「糾問術」と呼ばれる。具体的には、糾問官が、被疑者・被告人を矛盾に陥らせたり、証拠方法を巧みに秘匿した。圧力的な手段を用いることも珍しくなく、不服従罰や虚言罰のような制裁を科されうるといふ被疑者・被告人の不安を利用することもあった¹⁴³⁾。この尋問術は、後の「改革された刑事訴訟」において、「陰險な狩獵学」¹⁴⁴⁾と批判されることとなる。

4. 小 括

ドイツの初期糾問手続において、刑事手続における真実発見が意識されるようになり、真実探究方法として自白や拷問に関心が向けられるようになった。そのような中で、14世紀末のザクセンシュピーゲルおよびマクデブルク質問というザクセンにおける2つの法源は、Nemo tenetur 原則を想起させるような内容を有していた。しかし、これを Nemo tenetur 原則の萌芽と断定することは難しい。なぜなら、詳しい理由づけや内容が不明

であり、当時まだ被疑者・被告人に対する協力義務や真実供述義務について言及されていないからである。

1532年にドイツ初の統一的刑事訴訟法として制定されたカロリナ刑事法典は、法定証拠主義を採用した。被疑者・被告人の自白は、刑事手続において大きな価値を有し、真実発見にとって重要視された。さらに、被疑者・被告人は、真実供述義務を課された。

啓蒙期における拷問廃止をめぐる議論において、Nemo tenetur 原則が、拷問の廃止の論拠のひとつとして現れた。これは、従たる理由づけであり、独自の法原則として確立したわけではなかったという点に注意しなければならない。しかし、拷問は、究極の Nemo tenetur 原則違反の状況であるために、拷問の廃止と Nemo tenetur 原則が結びついた論証が生まれても不思議ではない。拷問の廃止以後、拷問の廃止の論拠の一つとされた Nemo tenetur 原則は影をひそめるが、啓蒙時代における意識変化と自然法思考の発達は、以後のドイツ刑事手続における Nemo tenetur 原則の歴史的發展の大きな基礎を築いたといえる。

ドイツの刑事手続における拷問の廃止は、被疑者・被告人の法的地位の改善をもたらしたわけではなかった。絶対主義的国家体制は、啓蒙思想にもとづく人間像にもかかわらず、犯罪解明のために人々を利用しようとした。拷問の廃止後、ドイツの刑事手続は、拷問の廃止によって生じた欠陥を補うために、拷問代用物たる不服従罰および虚言罰、尋問術を用いた。被疑者・被告人は、真実供述義務を課され、頑強な黙秘や否認を不服従罰および虚言罰の対象とされた。これらの主たる目的は、被疑者・被告人の自白獲得であった。被疑者・被告人は、刑事手続において供述しなければならなかった。

第 2 節 改革された刑事訴訟期

1. 18世紀末から19世紀半ばまでの刑事訴訟法改革の動き 糺問から弾劾へ
- (1) 18世紀に発達した啓蒙思想を基盤にドイツは改革へと動き始める。フ

ランスの二月革命から大きな影響を受け三月革命へと向かうドイツ民主主義の潮流は、刑事手続にも及んだ。まず、ドイツ刑事手続が採用する糺問訴訟に対する欠点が認識されはじめた。ドイツの糺問訴訟の「内部からの原理的変革、徹底的変革は、その歴史的な基本形態の否定と新しい基本形態の援用なしには...もはや不可能」であると認識された¹⁴⁵⁾。被疑者・被告人の主体性および権利の確立、裁判官の権力を制限することが求められた¹⁴⁶⁾。

糺問主義の克服は、啓蒙思想の影響を受けており、その主たる関心事は、権力による抑圧に対する権利の確保、執行権の介入に対する司法の独立の保障、国家の絶大な力と国家の権力の担い手の恣意からの人格の保護であった¹⁴⁷⁾。

ドイツの刑事手続改革は、当時の政治的リベラリズムによって支えられた¹⁴⁸⁾。ドイツにおける絶対主義体制が崩壊し、政治的リベラリズムによって特徴づけられた国家観によって国家が変化したとき、いわゆる「改革された刑事訴訟」立法改革の運命は決定づけられたと評価されている¹⁴⁹⁾。つまり19世紀半ばには、ドイツ社会は、立憲国家へと展開し、かつ、基本的自由を尊重しようとした。犯罪訴追において犯罪関係者個人は容易に利用されえないと考えられるに至る¹⁵⁰⁾。川崎英明教授によると、「自由主義の政治理念は、口頭・公開の弾劾訴訟の導入の主張を支えた。絶対主義政治体制の下で権力の客体とされてきた臣民を公民として権力の主体とすることを主張したドイツ自由主義は、糺問訴訟における糺問判事と被疑者・被告人との主体客体関係ないし支配服従関係を、絶対主義ないし警察国家の思想の刑事手続的反映として批判し、その放逐を要求した。すなわち、政治的關係における市民の権利主体性の承認は、刑事手続に対しても市民たる被疑者・被告人の権利主体性の確立を求めるものであって、このことは糺問判事の手続支配と被疑者・被告人の権利主体性の否定という糺問訴訟の基本構造の排斥を意味した」¹⁵¹⁾。

ドイツ初の帝国統一的な近代刑事訴訟法であるカロリナ刑事法典の制定

に続く、この「ドイツ刑事手続の第二の画期的大改革」¹⁵²⁾は、改革された刑事訴訟法期と呼ばれる。改革された刑事訴訟法とは、ドイツ自由主義思想による要求により、1848年以降ほとんどのドイツ各領邦によって、素人裁判官(陪審員あるいは参審員)、検察制度、公開主義、口頭主義、自由心証主義、さらに一部では予審判事による事前手続の指揮を導入された新しい刑事訴訟法をいう¹⁵³⁾。

このような自由主義に基づく刑事手続改革において、Nemo tenetur 原則は、どのように現れたのであろうか。また、その際の意味づけはどのようなものであったのだろうか。本節では、18世紀末から19世紀半ばまでの改革された刑事訴訟期におけるドイツ刑事訴訟の Nemo tenetur 原則の位置づけと意義について概観する。

なお、改革された刑事訴訟期は、国家、政治、思想、社会等あらゆる面において変動期であり、この変化の要因を特定することは困難である。また、法原則や法的基本思考は、時代や論者によって意味が変化し続けるものであると考える。それゆえ、本節では、できる限り当時の文献に依拠し、Nemo tenetur 原則およびその周辺の議論を描き出し、今日の Nemo tenetur 原則の確立のための要素を明らかにする一助としたい。

(2) フランスでは、啓蒙思想による合理主義と人道主義の志向に基づき、秘密かつ書面主義の糺問訴訟が廃された¹⁵⁴⁾。1789年に始まったフランス革命直後、フランスの刑事手続は、イギリス法にならって訴訟主義、公開主義、口頭主義、陪審制度を採り入れたが、やがて大陸の糺問手続を加味して予審制度を創設するに至った。この訴訟形態を完成させた法律が、1808年のナポレオン治罪法典 (Code d'Instruction Criminelle) である。

しかし、ドイツでは、拷問廃止後も、糺問訴訟が維持された。このような状態において、被疑者・被告人の法的地位は改善されず、単なる客体に貶められていた¹⁵⁵⁾。ドイツの諸領邦において、秘密かつ書面主義の糺問主義刑事訴訟を改革し、口頭かつ公開の弾劾訴訟を導入しようとする動きは、19世紀前半に起こり、特に1830年から1840年代に高まった¹⁵⁶⁾。

(3) 糺問訴訟に対する主な批判点は、手続の書面主義と秘密主義、法定証拠主義、同一人が訴追官と弁護士と裁判官を兼ねるといった職業裁判官の無限の権限、被疑者・被告人の法的地位や権利の脆弱さであった。特に、公判裁判官が証拠に直接接しえないことは、真実発見にとって危険であると認識された¹⁵⁷⁾。三月革命期には、「ドイツの刑事手続には一定の基本的な欠陥があり、被告人に対する不法な圧迫や実体的に不正な判決に対する不可欠の保障を欠いている」という認識¹⁵⁸⁾、そして「判決を下す裁判官の面前での直接主義と糺問手続の憂慮すべき方向性を除去することが不可欠である」という改革の必要性¹⁵⁹⁾について、学説および実務は一致していた。特に告発者の役割と裁判官の役割が結びついていると、糺問官は「偏見のない冷静な真実発見」をすることが難しくなる。被疑者・被告人の法的地位に関しては、被疑者・被告人は、事前手続において弁護人をつけることができず、虚言罰を含めあらゆる策を用いて何とかして被疑者・被告人から自白を獲得しようとする糺問官のもとに置かれた¹⁶⁰⁾。さらに被疑者・被告人は、長期の「隔離」という拷問に耐えなければならなかった¹⁶¹⁾。被疑者・被告人は、第一審判決によって初めて自身がいかなる罪で処罰されたかを知ることができる状態にあったため、第一審判決までは十分な防禦を行うことができず、控訴審段階において初めて防禦を行うことができたという。さらに、犯罪行為がいかなる罪にあたるか判断が難しい場合、糺問官も安定せず、取調べは長期化した¹⁶²⁾。

ドイツの刑事訴訟の糺問主義の欠陥の除去が試みられるにあたり、「実体刑法の領域よりもずっと激しく、刑事手続法に関して、法治国家的リベラルな要請の意味での新法を獲得しようとする努力」された¹⁶³⁾。つまり、ドイツの刑事訴訟改革は、公開、直接かつ口頭の公判手続、検察官制度の導入、陪審裁判所による素人参加、政府による司法介入の廃止および裁判官の独立が主たる目標とされた。被疑者・被告人に対する保障の欠如および被疑者・被告人に対する「ほぼ無制限といつてよい糺問官の支配」が批判された¹⁶⁴⁾。特に、改革の眼目は、裁判官による真実発見とその地位の

改善にあり、裁判官・訴追者・弁護人の機能を分離すべきであるという点は一致していた。しかし、議論が、被疑者・被告人に訴訟主体たる当事者としてふさわしい権利を保障すべきだという要求に至ると、見解が分かれた¹⁶⁵⁾。

(4) ドイツの糺問訴訟には欠陥があり、それを除去しなければならないという認識は共通していた。しかし、新たなドイツの刑事手続が、フランス法が採用する弾劾形式を採用するか、あるいは、イギリス法と同じ弾劾主義を職権進行主義 (Verhandlungsmaxime) でも採用しうるかが問題となった¹⁶⁶⁾。つまり、形式的な弁護の拡張と本質的にはなんら有用ではない終結弁論手続とを承認して、現在の糺問訴訟の単なる補修をめざす「手直し論」¹⁶⁷⁾と、真の意味で弾劾主義に基礎を置く改革をめざす「改革論」との対立である¹⁶⁸⁾。この「糺問主義弾劾形式」と「弾劾主義」との争いは、1840年以降ますます先鋭化した¹⁶⁹⁾。

(5) ドイツにおける改革された刑事訴訟の動きを支えた当時の背景として、少なくとも3点指摘する必要がある。

第一は、いわゆるデマゴグ訴追である。このデマゴグ訴追において、被疑者・被告人に対する圧力が最も強力に現れた¹⁷⁰⁾。デマゴグの訴追の投入以来、糺問訴訟は、耐えられない制度であるように感じられ、国家に左右される裁判官に対する不信感も高まった¹⁷¹⁾。

第二は、学問による寄与である。19世紀の刑事訴訟改革期における法律家らによる「素晴らしい学術的業績」は、手続法改革に決定的な影響を与えた¹⁷²⁾。当時、フランスおよびイギリスの刑事手続を中心とする詳細な比較法研究が行われた¹⁷³⁾。特に、ドイツにおける Nemo tenetur 原則は、特に弾劾主義に基づく被疑者・被告人の尋問の意義に関するフランス法およびイギリス法研究の中にあられた。例えば、Feuerbach は、1821年の著書『司法の公開主義および口頭主義に関する一考察 (Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerichtspflege)』において、フランス刑事手続の欠陥を指摘し、イギリス刑事手続の長所を強調し

た。「被疑者・被告人は尋問される。しかし、尋問は、被疑者・被告人にあれこれ尋ね、被疑者・被告人から自白を巧みに手に入れたり問い詰めるために行うものではない。なぜなら、イギリスの法格言でいうところの *nemo tenetur prodere se ipsum* だからである」と述べた¹⁷⁴⁾。これは、イギリス刑事訴訟における弾劾主義によれば *Nemo tenetur* 原則が妥当し、被疑者・被告人を圧迫するような糾問的尋問は禁じられるという帰結を示した。

第三は、フランスからの影響である。まず、被疑者・被告人に重要な権利を保障した1789年フランス人権宣言 (*Droits de l'Homme et du Citoyen*) と糾問的な予審手続を採用するものの公開主義、口頭主義、弾劾主義を採用した1808年ナポレオン治罪法典は、ドイツ刑事訴訟に特に大きな寄与を果たした。

特に、この1808年ナポレオン治罪法典は、1813年までフランスによって占領されていたライン左岸であるプロイセンのライン地方、ラインバイエルン、ラインヘッセンに適用された¹⁷⁵⁾。プロイセンは、フランス法を排除し、プロイセン領に適用される法を導入しようと努力したものの¹⁷⁶⁾、ライン地方の法学者や議会による反対にあい、ライン左岸地方におけるフランス法は有効なままとすることが決定された¹⁷⁷⁾。ナポレオン治罪法典が、ライン地方に陪審裁判所、検察官制度、公開主義、口頭主義による刑事訴訟をもたらしたことによって、ドイツにおけるリベラルな刑事手続改革がさらに活性化した¹⁷⁸⁾。これによりドイツの諸領邦は、公開かつ口頭主義の刑事手続の優れた点をより理解することができた¹⁷⁹⁾。さらに、ライン左岸地域において適用されたナポレオン治罪法典の適用地域をさらに拡大するか、あるいは、現行の諸邦の刑事訴訟法を改正するかも検討された。フランス法が適用された地域から、ドイツ刑事訴訟改革にとって重大な波紋が広がった¹⁸⁰⁾。

また、フランス立憲君主制をもたらした1830年の七月革命は、ドイツがフランスにおける制度およびその思想に注意を向ける契機となった。ブル

ジョアジーの要求を汲み、国家権力の一元化や近代法治主義的な憲法制定への動きが盛んになり、労働運動や社会主義運動も現れた。このような状況下で、ドイツにおける糺問手続廃止およびフランス刑事訴訟法継受の動きは、次第に勢いを増した¹⁸¹⁾。

(6) 1830年代末以降、次第に、糺問訴訟の構造が取り除かれはじめた。ドイツ諸領邦で立法された改革された刑事訴訟法は、弾劾主義的な性格を有する公判、口頭主義、公開主義、直接主義を採用した点で共通していた。また、新法の多くは、捜査訴追機関と判決を下す裁判所と分離し、前者を検察庁として制度化した。陪審制の採用と裁判官の独立も特徴的である。また、18世紀末、学説および実務における議論によって法定証拠主義が崩れ、1840年代以降各領邦で自由心証主義も採用されるようになった¹⁸²⁾。

そして、1848年にフランスで起こった二月革命の影響は、ドイツに及び、ドイツ三月革命と呼ばれる市民革命がドイツ各地で起こった。このような状況下で、ドイツ民族の統一国家建設運動が高まり、1848年フランクフルト国民会議が開かれた。その後議論を重ね、1849年4月28日にフランクフルト憲法 (Die Verfassung des Deutschen Reiches ; パウル教会憲法) が公布された¹⁸³⁾。このフランクフルト憲法は、手続の公開、口頭主義 (第178条)、起訴手続、陪審 (第179条) を承認した¹⁸⁴⁾。この大きな政治的エネルギーによって、大部分のドイツ領邦において、新たな基本原則を採用する刑事訴訟法が作られた。これは、「来たるべきドイツ帝国統一を刑事訴訟分野においても確立するための基盤」となった¹⁸⁵⁾。しかし、糺問的構造が、完全に排除されたわけではなかった点に注意しなければならない¹⁸⁶⁾。

2. 被疑者・被告人の尋問

(1) ドイツ刑事手続は、改革された刑事訴訟法においても尋問制度を存置した。その理由は、尋問は「密かに行われた犯行を公然と自身が犯人であると認めることは、依然として犯人に行行為者であるということを帰属する

説得力ある基盤を提供するもの」だからであった¹⁸⁷⁾。糺問主義を廃し弾劾主義方向へ進む「改革された刑事訴訟」の議論の中で、被疑者・被告人の尋問の目的は変化した。

(2) 糺問主義に基づく尋問は、被尋問者に対して他の状況を肯定あるいは否定することを困難にする、あるいは、不可能にすることによって被疑者・被告人をがんじがらめにするような質問を糺問官に推奨する。否認する被疑者・被告人を糺問主義に基づいて尋問するとき、糺問官は、尋問のために綿密に準備し、すべてをあらかじめ考慮し、精神的な戦いに勝つための準備をする。それゆえ、被疑者・被告人の事実と個人の特別な性格に適合した審理・尋問計画が重要となる¹⁸⁸⁾。

(3) 1848年以降、ドイツの諸領邦が、わずかな例外はあるものの、改革された刑事訴訟法を制定するに至った。しかしながら、弾劾主義が貫徹された刑事訴訟法はごくわずかであり¹⁸⁹⁾、ほとんどの新刑事訴訟法は、糺問主義的弾劾形式を採用し、完全に糺問手続が排除されたわけではなかった¹⁹⁰⁾。たとえば Geib は、イギリスの刑事手続とフランスの刑事手続の中道である糺問主義的弾劾形式を導入することを支持し、弾劾形式をとる糺問訴訟が被疑者・被告人の自白や尋問になじむ一方で、弾劾形式が被疑者・被告人に供述をするよう攻めたてることを禁じていると述べた¹⁹¹⁾。Abegg は、ドイツ刑事手続は、糺問訴訟以前の弾劾手続やイギリスにおける刑事手続とは全く異なると言及したうえで、「被疑者・被告人の自白を考慮にいれ、要求することは不正ではない。決して自白惹起を審理目的としてはならない。『被疑者・被告人に自己に不利益な証言を自ら行うことを要求されない』ということがどの程度根拠づけられるかという問題は特に一考に値する」と述べるにとどまった¹⁹²⁾。

それに対して、Zacharià は、被疑者・被告人に対して真実供述義務を課することを出発点とする糺問的な尋問手続を認める糺問主義的弾劾形式を批判した¹⁹³⁾。糺問主義的弾劾形式の予審における被疑者・被告人は、裁判長によって絶えず解明あるいは返答を必要とする状況で尋問される。

糺問主義的尋問は、否認する被疑者・被告人から自白を引き出すという目的を最も促進するという¹⁹⁴⁾。

(4) 19世紀半ばになると、被疑者・被告人の法的地位は、アングロサクソンの弾劾主義あるいはフランスの糺問主義的弾劾形式のいずれの刑事訴訟モデルを採用するかという議論のなかで、ますます注目されるようになった。しかし、弾劾訴訟においては訴追者が証明しなければならず、被疑者・被告人は訴訟当事者として黙秘権を有するという点は一致していた¹⁹⁵⁾。それゆえ、「弾劾主義」、「糺問主義的弾劾形式」いずれを採用しても、弾劾主義の本性ゆえに、被疑者・被告人に対して自ら有罪立証をしよう求めることは許されないという点は一致していた。しかし、被疑者・被告人に対する真実供述義務の賦課の可否や自白の取り扱い等は異なったため、糺問主義的弾劾形式を採用する性急な刑事訴訟改革は、激しく批判された。

Glaser は、糺問が残存する尋問は被疑者・被告人を破滅させると強く反対した。被疑者・被告人に対する糺問的な尋問の廃止を訴え、被疑者・被告人に対する返答義務やその他責任を負わせるようなあらゆる義務を否定した¹⁹⁶⁾。さらに、イギリス法学の根本命題であった「何人も自身に不利な証拠を提供するよう義務づけられない」という Nemo tenetur 原則に言及した¹⁹⁷⁾。また、Leue は、予審における尋問の目的は、「被疑者・被告人に、彼に対する嫌疑の根拠を知らせる」ことだけであり、尋問は、被疑者・被告人が自らの嫌疑の根拠を排除し、正当化根拠を主張するとともに防禦する場であって、「訴追側の利益ではなく、被疑者・被告人の利益のためにのみ」行われるべきであると指摘した¹⁹⁸⁾。Köstlin も、「糺問主義¹⁹⁹⁾によると国家は真実を探究する権利 (Recht auf Wahrheit) を有する。逆に、被疑者・被告人は真実を述べるよう義務づけられないという原則は、弾劾主義からのみ正当化できる」と主張した²⁰⁰⁾。

特に、Zachariä²⁰¹⁾ と Mittermaier²⁰²⁾ は、この改革された刑事訴訟の時代に、被疑者・被告人の権利および法的地位を確立するために、糺問主義

と対比しつつ弾劾主義の正当性を確認し、口頭かつ公開主義による弾劾訴訟の採用を訴えた²⁰³⁾。Zachariä と Mittermaier は、改革された刑事訴訟における改革論の主砲であり、改革された刑事訴訟の形成に決定的影響を与えた²⁰⁴⁾。Zachariä について、Eb. Schmidt は「Mittermaier と並んで当時の最も偉大な刑事訴訟法学者」²⁰⁵⁾と評し、W. Küper は「改革運動の思想を最も明確に表現し、最も信頼できる証人」²⁰⁶⁾であると述べている。また、Mittermaier は、イギリス法やアメリカ合衆国憲法を参照して論じており、比較法研究にも熱心であった²⁰⁷⁾。そこで、弾劾主義論の中で Nemo tenetur 原則を引用した Zachariä と Mittermaier の見解をやや詳しくみることとする。まず、それぞれの弾劾主義論を先行研究をもとに概観する。次に、この弾劾主義論に基づき、Zachariä と Mittermaier が、被疑者・被告人の尋問についてどのように理解したのか、Nemo tenetur 原則をどのように位置づけたのかを確認する。

(5) 光藤景皎教授によると、Zachariä²⁰⁸⁾ は、糺問を「客体の真の状態の認識へ導くことができるようなあらゆる手段、方法を用いること」と定義する。主観的意思に基礎をおく又は個人的裁量の支配に基礎をおくことが糺問主義の本質である。被疑者・被告人は、審問の目的のため、糺問官の支配に委ねられ、糺問官による審問の遂行にとって最良かつ最重要の手段と考える審問の対象の構成要素とされる。なぜなら糺問官は、被疑者・被告人に、事案の全体について完全な供述を期待するからである。それゆえ、糺問主義は、自白獲得を志向し、自白することは直ちに被疑者・被告人の利益に反するから、被疑者・被告人をしてその意見に反しても、自白するよう直接又は間接に強制する志向が生ずる。拷問は違法と考えられたが、しかしできるだけ広範な自白への道義的強制が保持される。「糺問主義の実際のそしてもっとも純粹の帰結が、自白の獲得へのこの志向になるのは、糺問主義にとっては全く当然のことなのである」。

さらに、「自白獲得の志向自体は、用いられる手段が非難されるべきものでないならば、違法ではない」あるいは「自白の獲得に価値を認めない

立法は、訴訟の真の目的に離反するものだ」という主張に対し、それは糺問主義の帰結を正当化するにすぎない、とし、糺問主義と訴訟の目的との混同があると指摘する。「被疑者・被告人に自白を強制する志向が、あるいはローマの弾劾訴訟において、なおさらに刑事裁判令の弾劾訴訟において、弾劾形式と結びついて現れるならば、それは糺問主義の混入としてのみ説明することができる」とする。

他方、弾劾主義の本質について、Zachariä は、手続を指揮する公平な第三者の前での、対等の権利をもち、自由な地位において対立する二つの主体の間の、ある事案についての秩序ある審理であり、それは当該事案中で衝突する権利についての、具体的事実の完全な明察に基づく第三者の裁判をうることを目的とする、と捉える。当事者は、対等の権利をもって対立しており、いずれの当事者も権利の追究を又は防禦権の行使を妨げられるような形で、相手方又は裁判官の支配に服せしめられない。純粹弾劾主義のばあいにも被疑者・被告人の抑留・拘禁は存在する。しかしこれは、被疑者・被告人の逃亡の蓋然性に対処する保全手段にすぎない。これに対し、糺問主義は、被疑者・被告人の抑留・拘禁を審問の遂行自体のため、審問目的の有効かつ妨げられない追究のための手段として用いる。被疑者・被告人にも相手方と同じ自由な地位があるとすると、それは自白獲得への志向を弾劾主義の土壌から排除し、被疑者・被告人に提示された公訴事実に関して意見の表明を求めることだけを許す。ただし弾劾主義は自白の意義を否定するものではない²⁰⁹⁾。

また、川崎教授によると、Zachariä は、弾劾主義だけが「市民刑法の本質に合致」し、「公益と被疑者・被告人とを等しく守る刑事手続を実現」するものであること、「自由な市民憲法の諸帰結は必然的に糺問主義の排除に至らざるをえない」ことを強調して、全刑事手続の弾劾化が必要であると主張した。それは、当時の諸邦の刑事手続立法が「若干の修正と奇妙な付属物をつけた完全な糺問訴訟」としての予審と「弾劾主義の飾りをつけた糺問訴訟」としての公判を存続させていることを痛烈に批判し、予審

と公判の弾劾化を主張するものであった²¹⁰⁾。

(6) 以上の刑事訴訟法論を前提として、Zachariä は、被疑者・被告人の尋問の法的意味は、弾劾主義と糺問主義とは異なるとし、以下のように述べてその違いを明らかにしている。

弾劾主義に基づく尋問は、被疑者・被告人に非難対象について知らせ、被疑事実を否定するあるいは弁明する機会を与えるという目的のみを持ちうる。これは、実体的防御に役立つ「他方の側もまた聞かされるべきなり (Audiatur et altera pars)」という要請である。他方、糺問主義に基づく尋問は、審理遂行にとって重要な手段を考慮し、被疑者・被告人の意思は考慮されず、糺問官の裁量次第であり、尋問を利用することによって「真実を追究する」見込みがあるかぎり尋問が行われる。糺問の尋問を肯定する者は、被疑者・被告人に対して真実供述義務を課することを出発点とする²¹¹⁾。

確かに、弾劾主義に基づく尋問においても、被尋問者は、以前に行った供述や他者の供述あるいはその後の捜査状況と被尋問者の現在の供述との矛盾に気づかされることがある。しかし、尋問は、被疑者・被告人に事実を示すことによって起訴の本質的内容について説明する機会を与えるという目的でのみ行われなければならない²¹²⁾。

被尋問者に対して自白を求めるためのあらゆる圧力を放棄する弾劾主義的尋問の場合も、被疑者・被告人に対する質問は重要である。その際、避けるべきことは、尋問によって獲得される自白の証明力が失われること、あるいは、本質的に信用性が失われること、あるいは、被疑者・被告人から有益な供述を得る目的に反して行動することである。それゆえ、被疑者・被告人に対する質問は「不適切」であってはならず、不確か、曖昧、多義的あるいは様々な状況に同時に向けられた複雑な質問であってはならない²¹³⁾。

誘導質問の禁止も同じ根拠に基づく。誘導的な質問とは、被疑者・被告人を罠にかけるような危険な質問であり、曖昧な質問のカテゴリーに属し、

被疑者・被告人にその供述によって行為状況を肯定するか否かを気づかせないような方法で行為状況を認めさせるような質問である。特に、被疑者・被告人が否定しているか、または少なくともまだ被疑者・被告人が認めていない事実が既に自白され、または確認されたとみなされるような質問である。しかし、被疑者・被告人に供述を可能にするためにも、被疑者・被告人に対して事実状況を提示することは不可欠である。この許容される事実の提示と禁じられる誘導（暗示）との相違は、理論的に争点となってきた。この点につき一般的に、不利な誘導は、誘導的な質問によってだけではなく他の行為によっても（口頭の発言、書面の報告、人物など）、かつ、裁判官だけでなく他者によってもなされうということが認められてきた。被疑者・被告人の尋問における誘導的質問に関して、当時の立法は、「被疑者・被告人の回答によって初めて確認されるべき行為状況を被疑者・被告人に先に提示してしまう質問は、被疑者・被告人が他の方法ではその行為状況に到達しえない場合に初めて許される」という規定をおく。このように、被疑者・被告人を罠にかけるような質問は、禁じられていると考えられた。なぜならこの質問は、意図的な策略というよりも、むしろそれによって得られた回答は不十分であり、意識的に行われたものでもなく、黙認とも言えないような自白としかみなされなかったからであり、かつ、虚偽自白の危険が生じうるからであった²¹⁴⁾。

(7) 川崎教授によると、Mittermaier²¹⁵⁾ は、糺問形式を糺問官が自ら犯跡を追求し、それに基づき判決裁判官が罪責を判断する形態とし、弾劾形式を手続が原告と被疑者・被告人という当事者間ですめられたそれに基づき裁判官が判決を下す形態であるとした。しかし、両原則は本質的に区別される。まず弾劾訴訟にあっては、「相対立する二つの力の闘い 各々がその主張の真なることを証明し勝利を得んとする二つの力の闘い」が基礎にある。被疑者・被告人の尋問も「彼に公訴を提示し弁解を聴取する」機会とされ、裁判官が自白を獲得しようとすることはない。なぜなら、「原告が訴えを証明する義務を負い、その際自白をあてにしない」からで

ある。被疑者・被告人の供述の強制はなく、「弾劾訴訟にとっては拷問は相容れないものである」。これに対して、糺問訴訟にあつては「その基本理念は、至高の実体的真実の解明のために、法規定を通して国家によって制約される裁判官が、犯跡をすべて利用し真実探求に役立つすべての法的手段を利用することにある」。それゆえ、糺問訴訟における真実探求の方法は「分析」であり、「相対立する二つの力の対峙はない」。訴えの提起はなく、訴追の外観を呈する処分には「事前の手續によって提供される蓋然性による厳格な正当化が必要」となるため、糺問は秘密裏にすすむ。また、「至高の真実への志向」から自白獲得志向が生ずる。それは秘密の糺問と相俟って拷問へ至る²¹⁶⁾。

Mittermaier は、ドイツ刑事訴訟がかかる糺問主義の形態と本質を保持しており、それ故に改革論が糺問訴訟の放逐と弾劾訴訟の導入を主張したことは正当だとする。糺問訴訟では訴追の対象と証拠が明示されないため、被疑者・被告人は防禦対象を知りえず有効な防禦をなしえない。糺問自体も明確な方向を持たず、真実探究に障害が生ずる。のみならず、前述のように糺問訴訟と自白獲得志向は不可分である。この欠陥を解消するのは弾劾訴訟である。「弾劾訴訟では自白を獲得するための手段は使われず、原告が簡明に公訴を提起し、被疑者・被告人がその公訴と原告の挙げる証拠を知ること、眼目がある。弾劾訴訟の決定的な原則は、原告が証明しなければならぬという点にある」。Mittermaier は、原告の立証、それに対する権利主体たる被疑者・被告人の防禦、それに基づく裁判という手續構造に立脚する弾劾訴訟を主張する²¹⁷⁾。

Mittermaier の弾劾主義論は、「公正な刑事手續」の理念として最終的に集約されるという²¹⁸⁾。これからの刑事手續は、二当事者の争いに本質を持ち、その一方が他方に対して主張を行って一定の結論と申立を引き出し、その申立につき判断を下す者に自らの主張と結論の正当性を確信させようと努力する、法定手續の一種でなければならず、しかも「公正な刑事手續」としての実質を備えたものでなければならない。

(8) 以上の刑事訴訟法論を前提として、Mittermaier は、被疑者・被告人の尋問は、被疑者・被告人に防禦の機会を与え、被疑者・被告人に嫌疑をかけられた状況に関する説明をさせる点を基本的に考慮するべきであると主張した。弾劾手続において、訴追側は特定の被疑事実をもって現れ、かつ、訴追側が証拠を引渡すよう義務づけられており、それゆえ予審判事は、中立に、訴追側あるいは被疑者・被告人の主張のみを取扱い、証拠を利用する。このような弾劾手続においては、被疑事実についての被疑者・被告人の言明を獲得するために、被疑事実が、被疑者・被告人にすぐに無条件に提示される。しかし被疑者・被告人は、裁判官の質問に答えるという責任は全くなく、むしろ静かに訴追側の立証を待つことができる。自白獲得を計算した尋問は行われ²¹⁹⁾ない。

他方、糺問訴訟においては、かつて、拷問が利用され、糺問官は自白獲得を目指した²²⁰⁾。糺問訴訟において最も憂慮すべきことは、被疑者・被告人が審理目的に服せられ、かつ、裁判官が被疑者・被告人の有罪推定を出発点とすることである。糺問主義的尋問は、被疑者・被告人から精神的強制方法によって真実の言明を引き出すという試みを維持しなければならず²²¹⁾、主として被疑者・被告人の自白獲得を計算している²²²⁾。糺問訴訟において、糺問官の職務熱心さゆえの濫用がたびたび起こる。糺問官がその主たる任務を自白獲得とするやいなや、その審問は、多かれ少なかれ危険な方向に向かうことになる²²³⁾。ただし、予審判事は、この尋問の際も、証拠資料の合目的な利用をおろそかにせず、審問を延長せず、禁じられた手段に逃げず、被疑者・被告人の防禦を困難にしないよう配慮しなければならず、尋問における自白獲得のための活動を制限される²²⁴⁾。

3. 真実探究手段

(1) 糺問主義手続だけでなく、普通法の弾劾主義手続においても、被疑者・被告人の自白は、証拠の女王 (regina probationum) として最も確かな有罪証拠とみなされ、獲得しようと努力された。18世紀末から1830年代

までの刑事訴訟法に関する文献によると、被疑者・被告人の自白は、確証されなければならない、かつ、他の状況によって証明されなければならない。自白は、被疑者・被告人の有罪立証にとって必須の要素ではなくなったが、依然として自白は、刑事手続において「第一かつ最も優れた証拠資料」とみなされた²²⁵⁾。被疑者・被告人の自白は、裁判官が法的にかつ事実上も獲得可能なかぎり、認識手段から排除される必要はないとされた²²⁶⁾。

Mittermaierによると、「弾劾主義か糺問主義どちらがドイツ刑事訴訟の基本形式を形成するか」という議論の影響は、自白に関する学説にも現れる。

弾劾主義によると、訴追者の登場が不可欠である。訴追者は、直接、犯罪や証拠を一定示すことによって批判し、かつ、それゆえ被疑事実を証明する義務を負う。裁判官が行う尋問は、様々な起訴事実およびその理由づけをはっきり提示することのみである。尋問は、被疑者・被告人に起訴事実について説明する機会を与えるために行われる。狡猾な質問によって被疑者・被告人に自白を強いる糺問官の努力は、弾劾訴訟にはない。それゆえ、自白の強制は不正義であり、自白をすること自体不自然な状態であるという考えに至る。なぜなら、訴追者は、自らの主張を被疑者・被告人の自白とは無関係に導き、そして、立証のための資料を自ら収集しなければならないからである。訴追者は、被疑者・被告人が自ら有罪を認めることを計算に入れることはできない²²⁷⁾。

これに対して、糺問主義によると、審理において、「すべてのありうる許された方法によって、人間が獲得可能な最も高い真実を探究するよう努力」する。それゆえ「おのずと、自白は、真実探究において優越的地位を認められる」。糺問訴訟における「尋問は、大多数の利益を有する被疑者・被告人が、彼に対して存在する被疑事実について知らされ、その被疑事実について完全に明らかにし、かつ、嫌疑に関する吟味の材料を引渡す機会を与える、という性格を有している。しかし同時に、被疑者・被告人

の自白の中に起訴事実を確実にするような卓越した資料を見出すゆえに、かつ、有罪の者から有罪の供述を強要するという良心の声の有効性を計算するゆえに、尋問は、被尋問者の心情への影響を意図している。計画的尋問は、段階的にゆっくりと個別の事実の提示を要求する。それとともに被尋問者に対してますます真実を述べるよう要求する。なぜなら、被尋問者は個々の事実について自ら説明すべきであるからである。計画的尋問によって、被疑者・被告人の個性やその移り変わりゆく気持ちに応じた質問が行われる。ただし、このとき、誘導質問や狡猾な質問はすべて避けられなければならない。また、糾問訴訟においても、被疑者・被告人が有罪であるという旨の被疑者・被告人の単なる言明では不十分であり、自白が完全に信用できると思われるかぎりでのみ、自白は、裁判官がその罪状立証の基礎とされてもよい²²⁸⁾。

他方、弾劾訴訟によると、自白には絶対的な価値はない²²⁹⁾。確かに、被疑者・被告人の自白は、裁判官をいくらか安心させる。しかし、被疑者・被告人の自白の獲得を計算する刑事手続が正当であるという帰結が導かれるわけではない²³⁰⁾。

(2) しかし、大抵の被疑者・被告人は、有罪判決を免れるために、否認し、自身にとって不利益な証拠を提示しない。特に秘密裏に行われた犯罪の場合、他の十分な証拠が存在しないことが多かった。このような自白獲得に向けた努力がなされる一方で、自白獲得が困難であるという経験に基づいて、「真実探究手段」が形成された。

まず、この真実探究手段は、被疑者・被告人が自白を拒絶しようとする傾向に反し、かつ、自白を拒絶しようとする意思をくじくように規定された。しかし、被疑者・被告人に自白させることは、その任意性と証明力をを失わせ、被疑者・被告人が自己負罪する危険を生ぜしめた²³¹⁾。

(3) 真実探究手段として、拷問使用による肉体的苦痛の惹起、言葉による恐怖 (Territion) および拷問の恐怖の惹起、無罪宣誓を行わせることによる偽証罪の恐怖 (精神的拷問)、不意打ち等が用いられた。しかし拷問は、

実務上も法律上も廃止されるに至った²³²⁾。

同様に、拷問以外の強制手段も、許されないと考えられるに至った。苦痛という感覚は、被疑者・被告人にできるだけ早く苦痛から逃れたいと感じさせることによって、被疑者・被告人に自白を促しうる。それゆえ、拷問によって獲得された自白には瑕疵があるとされた²³³⁾。また、糺問主義を批判する見解によると、糺問主義は真実を志向するがゆえに供述強制を行わなければならない一方で、弾劾主義からは、いかなる供述強制も「自然に反する状態」であるという帰結に至るという²³⁴⁾。

証拠法分野においても、間接証拠 (Indizien) によって被疑者・被告人の有罪を立証することができるようになったため、被疑者・被告人の供述「強制」は不要と考えられるようになった²³⁵⁾。

また、19世紀前半ごろ、社会学の知見が刑事法に取り入れられたことによって²³⁶⁾、国家と被疑者・被告人との関係を、「強制」が予定される権力関係ではなく、「コミュニケーション」を行う関係と捉える尋問心理学が誕生した²³⁷⁾。この尋問心理学の観点に基づき、供述者 (被疑者・被告人) の動機、個性、供述態度が理解されるようになった。これは、自由心証主義への移行を促した。また、尋問心理学は、尋問官や裁判官に要求される学識も変化させた。これまでの尋問においては、裁判官らは、信用性基準に関する知識と適用が重要とされていたが、日常解釈学、供述心理学、職業経験も要求されるようになった。これによって、被疑者・被告人が尋問される時、被疑者・被告人が認識や意図しないところで捜査対象となることとなり、被疑者・被告人の内心を確認しようとする特殊な介入が用いられるようになった²³⁸⁾。

(4) 被疑者・被告人は、真実供述義務を課された²³⁹⁾。被疑者・被告人に対する真実供述義務の賦課は、国家の刑罰権および指導原則によって保証されると考えられた。つまり、「人間が指導管理や裁判官による国家権力に服することによって、人間は、暗黙のうちに、自らの行為について供述しようという気持ちになることを期待され、裁判官に真実を打ち明けるこ

とを期待された²⁴⁰⁾。Sundelin は、「被疑者・被告人は、国家から、弁明、捜査や犯罪根絶ための援助、(強制できないが) 真実を道徳的に義務づけられる。それゆえ、被疑者・被告人は、あらゆる法的審問方法に服する。被疑者・被告人がその構成員である公的団体は、被疑者・被告人に、公的団体の目的に役立つこと、献身的行為や服従も要求しうる」と理解した²⁴¹⁾。

但し、被疑者・被告人に宣誓を求めることは、禁じられた。なぜなら、被疑者・被告人に「自身の応訴は真実である」と宣誓させることは、「被疑者・被告人に対してすべての自然的感覚を自身にとって不利な証言を強制するために」宗教心を濫用することになるからである²⁴²⁾。

1930年代ごろから次第に、被疑者・被告人に対する真実供述義務の賦課を疑問視する見解が増え始めた。Leue は、「真実が今なお探究されている間、真実はまだ発見されていない」ゆえに、被疑者・被告人に真実義務を課すべきではないと主張した²⁴³⁾。

Zachariä は、被疑者・被告人に真実供述義務を課することを前提とする糺問主義による尋問を批判する。「改革された刑事訴訟」が達成された後も被疑者・被告人に対する真実供述義務の賦課を肯定し、糺問主義的尋問を支持する見解が存在したという。その見解は、被疑者・被告人に真実を供述させるために強制手段を用いることは許されないとする一方で、被疑者・被告人は刑事手続において自白をするよう道徳的に義務づけられていると考える²⁴⁴⁾。

() 裁判官による訓戒

糺問的尋問において、裁判官は、被疑者・被告人に対して真実を供述するよう勧告した²⁴⁵⁾。さらに、裁判官は、被疑者・被告人が以前に行った供述を非難し、被疑者・被告人の供述と相反する事柄を提示し、被疑者・被告人に対して否認が無駄であると告げた²⁴⁶⁾。裁判官は、被疑者・被告人の信頼を失するような狡猾な手段を用い、被疑者・被告人にとって不利

益に用いられうる供述を被疑者・被告人の意思に反して獲得する方法を熟知していた²⁴⁷⁾。これに対して Abegg は、否認する被疑者・被告人や不服従の被疑者・被告人に対する手続につき、当該の者が探究する真実を隠匿し、かつ、その発見を妨げようと試みることは珍しくないとし、裁判所は、被疑者・被告人の明白な否認や虚偽に対して強く立ち向かわなければならぬと述べた。これは、被疑者・被告人に、裁判官の法的権限や義務の承認を強いることであり、裁判官は、被疑者・被告人に対して純粹かつ全真実を述べる旨の訓戒が行われなければならないことになるが、Abegg はこれを「無駄」とであると批判した²⁴⁸⁾。

() 尋問術

「糾問 (Inquiriren)」が「尋問術 (Kunst)」に高められ、尋問理論が多くの巧妙な準則によって作り上げられてきた。尋問術とは、主として心理学を基礎においており、被尋問者の個性、精神的特性やこれまでの行状に応じて裁判官にうまく扱わせるよう命じる準則である²⁴⁹⁾。

予審判事は、策略、苦悩、不意打ち、秘匿、疲労、態度の軟化という方法によって被疑者・被告人に働きかけ、被疑者・被告人から自白を獲得しようとした²⁵⁰⁾。さらに、裁判官は、被疑者・被告人を巧妙に矛盾に陥らせることによって「がんじがらめ」にした。この尋問術は、糾問的尋問において卓越した役割を担った²⁵¹⁾。

不服従罰および虚言罰の利用とともに、そして不服従罰の廃止後も、被疑者・被告人は、肉体的強制を伴わない尋問方法によって協力義務を課された²⁵²⁾。被疑者・被告人は、広範な意思決定の自由のもとで供述をすることはできなかった。

しかし、当時からこの被疑者・被告人に対する策略、欺罔、利益の約束によって自白を獲得する尋問方法は、批判されていた²⁵³⁾。特に Köstlin は、予審判事が被疑者・被告人の自白獲得のために、策略や不意打ち等の尋問手段を用いることを「陰険な狩猟学」とであると強く批判した²⁵⁴⁾。また、

Zacharia は、弾劾主義に合致する尋問を行うためには、尋問術すべてを放棄しなければならないと主張した²⁵⁵⁾。

しかし、頑強な者、狡猾な者、公然と否定する者、虚偽を述べる者に対して、予審判事が、真実の優位を説明し、虚偽や矛盾を暴き、被疑者・被告人に不誠実な態度をとらせず、論理的に真実を述べるように強いる権利の重要性を論ずことは許されると考えられた²⁵⁶⁾。

() 不服従罰および虚言罰

糺問官は、ドイツ糺問訴訟において不服従罰の使用を認められた。不服従罰には、3種類ある。第一に、裁判官の純粋な正式の命令あるいは禁止に関する不服従ゆえの不服従罰である。これは、裁判所手続に関するものである²⁵⁷⁾。第二は、裁判所手続の目的を除き、罰すべきと思われる独立した実体的犯罪ゆえの裁判官による命令によらない不服従罰である。裁判所侮辱、裁判所官吏に対する暴力的反抗、裁判所の面前に現れた他の人に対する侮辱的行為ゆえに科される罰である。この種の不服従罰は、民事訴訟や刑事訴訟、糺問手続でも弾劾手続においても認められ、拘束された被疑者・被告人に対して、牢獄の規律に対する特定の違反行為、あるいは、例えば共に捕えられている者に対する侮辱や暴力的侵害を理由とする罰を科することは適切であると考えられた。第三に、回答の完全あるいは一部拒絶、明白な質問に対する曖昧ではっきりしない混乱した回答、供述の明らかな矛盾、単なる否認と区別しようとしてされている虚偽ゆえに被疑者・被告人に科されるいわゆる不服従罰である。この第三の不服従罰は、糺問主義によってのみ正当化される。この種の不服従罰を肯定する糺問主義は、審理客体をできる限り証拠として利用しようとし、かつ、強制によって被疑者・被告人の口を割らせようと努める。この種の不服従罰が、糺問訴訟の実務において一般的に用いられ、明文で承認された²⁵⁸⁾。以下では、この第三の不服従罰について扱う。

上述のとおり、拷問廃止は、被疑者・被告人をその傾向や意思に反して

自白をするようせきたて自白を獲得するという糾問の手續の主たる傾向の放棄と決して結びつかなかった。被疑者・被告人は、真実供述義務を課された。それゆえ、この真実供述義務に従わない被疑者・被告人の態度は、罰に値する違反行為とみなされ、実務においていわゆる不服従罰と虚言罰を科することが許された。特に以下の7種類の被疑者・被告人の態度が審問目的の達成を妨害すると考えられた。被疑者・被告人が全回答を拒絶するとき、被疑者・被告人が回答義務から解放されうる、または被疑者・被告人の帰責を相殺しうる状況にあるとみせかけるとき(例えば被疑者・被告人が精神疾患を装う場合)、被疑者・被告人が特定の質問に対する回答を拒絶するとき、被疑者・被告人が曖昧な回答をするとき、被疑者・被告人が暴力的あるいはその他不適切な行動をとるとき、被疑者・被告人が矛盾する供述をするとき、被疑者・被告人が明らかな虚偽を述べるときである。これらの妨害に対抗するために、拷問に代わる強制方法が必要と考えられた²⁵⁹⁾。

不服従罰や虚言罰の内容は、これまで使われてきた本来的な拷問道具は排除されるものの、杖・枝を束ねた鞭や鎖等を用いること、食事を減らすこと、ベッドを剥奪することなど牢獄における享楽や快適さに反する事柄は禁じられなかった²⁶⁰⁾。

検察官である Sundelin は、不服従罰の使用に賛同した。「不服従罰は、必然的な結果であり、恣意的に科される罰でもなく、科したり科さなかったりできるような罰でもない。それゆえどうして不服従罰を除去するのが理解できない」という²⁶¹⁾。被尋問者は、裁判所の面前で真実を述べる義務に違反したために、懲罰で懲らしめられうると考えられた。裁判官は、被疑者・被告人に対して、被疑事実について自白させるために懲らしめられていると被疑者・被告人に気付かせるよう十分注意しなければならないという見解もあった²⁶²⁾。

1930年代ごろから次第に、被疑者・被告人に対する真実供述義務の賦課を疑問視する見解が増え始め、それに伴い、いわゆる不服従罰および虚言

罰に対する批判も高まった。その理由づけとして、不服従罰は、事実上、拷問的性格を有するという点が指摘された²⁶³⁾。

例えば、Abegg は、「すでに法律上にある不服従罰が濫用されうことは稀ではない。必要が生んだ近代の所産である。…不服従罰は、法律上でさえ一定の場合に、自白を強制するために用いられる。自白しないことは、不服従とみなされる」と述べ、不服従罰を批判した。被疑者・被告人の自白を当然の前提とし、無実の者に対して強制が向けられうる危険を考慮していないという²⁶⁴⁾。

特に Zachariä と Mittermaier は、弾劾主義手続と糺問主義手続の相違点に着目し、弾劾主義の立場から不服従罰を強く否定した。

Zachariä によると、糺問主義を支持する見解は、その他の証拠方法の収集とともに、被疑者・被告人の自白を獲得することが糺問官の主たる任務とみなされる限りで、被疑者・被告人は、糺問官にこの恣意的措置の目的で委ねられ、被疑者・被告人は、刑事手続全過程において、回答を拒絶することを許されない。被疑者・被告人は、矛盾なく真実を供述するよう義務付けられる。必要とあれば被疑者・被告人の虚偽を罰することによって間接的に真実の供述を強制される²⁶⁵⁾。

糺問主義あるいは弾劾主義のいずれを出発点とするかが、不服従罰の許容性を決定する。不服従罰は、弾劾主義によって明白に排除される。被疑者・被告人は、裁判官の面前で同じ権利をもつ訴追側の相手であり、起訴事実の証明を待ち、訴追側に証拠を引渡す責任はない。被疑者・被告人は、それについて説明するよう要求される。しかし、何人も聴聞されることなく有罪判決を受けることはないという原則によると、供述は、権利であって義務ではない。それゆえ被疑者・被告人の供述拒絶を罰することも、問題外である。

不服従罰は、裁判官の無制限の恣意を基礎づけ、かつ、被疑者・被告人の自由な人格の権利を絶ち、被疑者・被告人が不服従である限り無制限に課される。それゆえ、不服従罰は、嫌疑をかけられた犯罪それ自体の刑罰

よりも厳しいものとなりえ、結局、直接強制と同様に危険かつ非難すべき
自白獲得のための間接的な強制手段である。

それゆえ、弾劾主義を採用する公判において、不服従罰は、完全に違法
なものとして廃止される。それに対して糺問主義によって支配される予審
では、不服従罰は許されることになる。予審に付される者は、被疑者・被
告人として不服従罰から自由でなければならない。なぜなら被疑者・被告
人は自身で自身に不利な証言をするよう義務づけられないからである²⁶⁶⁾。

被疑者・被告人の拒絶態度ゆえの不服従罰は、概念的に自白の直接強制
やお膳立てして自白をするよう援助することとは区別されうる。同様に、
単なる否認と狭義の虚偽も区別される。しかし、日常生活において故意の
誤った否認も虚偽と呼ばれ、通常両者がともに結びつくことは不可避であ
る。実際に区別することはほとんど不可能なことであるといわなければならない。
もし自白強制に反対するが拒絶ゆえの不服従罰を擁護するとき、
それは現実味のない美辞麗句であるという。なぜなら不服従罰は、自白強
制と同様に、被告人に、自身にとって不利な供述を要求し、義務づけてい
るからである²⁶⁷⁾。不服従罰は、被疑者・被告人の防禦を排除し、被疑
者・被告人に、期待される供述をすることによって将来不服従罰を免れう
るという認識を強いた。それゆえ不服従罰の使用は、糺問訴訟においてさ
え、極めて疑問のある捜査手段と呼ばれざるをえなかった。まして弾劾主
義によると、不服従罰の使用は、まさに違法である²⁶⁸⁾。

Mittermaier も、不服従罰の使用を批判する。すなわち、「不服従罰か
ら、危険な拷問を多かれ少なかれ含み、かつ、司法を損なうという帰結を
導くことは避けられない。それゆえ、ラント法が裁判官に権限を与えてい
ない以上、いかなる裁判所も不服従罰の使用を許されてはならない。普通
法の諸ラントにおいても、不服従罰を正当化する法律がない以上、そのよ
うな権限は与えられない。」「主として憂慮すべきことは、不服従罰として
の身体的懲罰である。なぜなら、身体的懲罰は、非常に不平等に様々な個
人に作用し、かつ、自白の信用性を疑わしくするからである。というのも

身体的懲罰は、自白を強制しまたは冷静さを欠いた状態で自白させ、自白を疑わしいものにするからである」²⁶⁹⁾。不服従罰と虚言罰の利用は、糺問訴訟の危険をさらに高めることになる²⁷⁰⁾。

つづいて、Mittermaier は、被疑者・被告人の行為態様ごとに不服従罰について検討している。

まず、被疑者・被告人が頑なにいかなる回答も拒絶する場合も、被疑者・被告人に回答を強制するという国家の権利は証明できないという。なぜなら、国家が、起訴事実の証拠を提出する義務を負うからである。被疑者・被告人が回答を拒絶したことに対する刑罰は不要である。なぜなら、黙秘する者に対する審理は可能であり、目の前に出された証拠や告発によって判断できるからである。頑強な黙秘だけは、新たな重要な嫌疑の根拠になりうる。もし回答拒絶に対する不服従罰が採用されるならば、被疑事実とは無関係の被疑者・被告人の態度によって、被疑者・被告人は厳しい状況に陥ることになる²⁷¹⁾。

第二に、被疑者・被告人が一定の状況についての回答のみを拒絶する場合も、罰は正当化されえないとする²⁷²⁾。

第三に、被疑者・被告人がつじつまの合わないまたは不確かな回答をするゆえの刑罰も、正当と認められえないという。なぜなら、回答が不明確であるかどうかの判断は、裁判官ごとに判断が異なり、優れた予審判事の前ではそのような言い逃れは被疑者・被告人にとって何の助けにもならず、そのような態度はただ有罪判決を促進するだけだからである²⁷³⁾。

第四に、被疑者・被告人が明らかな虚偽を述べる場合について、Mittermaier は次のように論じた。「確かに虚言罰だけは、合法と考えられうるかもしれない。しかし、虚言罰は、ここで罰を科する法律なしには適用されえない。そのような刑罰威嚇は、正当と認められえない。なぜなら、処罰しようとする単なる否認と(処罰しようとする)虚偽との違いは、認識可能な限界づけに基づくものではないからである。さらに、なぜなら虚言罰が許される場合、濫用が不可避であり、裁判官の職務熱心さが、

そのような虚言罰を容易にあまりに頻繁に適用し、それによって拷問をもたらし、被疑者・被告人の虚偽自白を促し、被疑者・被告人が虚偽によって自らをしばしば害するからである。例えば、被疑者・被告人が、口が不自由であるために答えることができないと装うとき、確かに、供述の真实性について得心するための手段は許されるが、しかし不必要な害悪や法律によらない不服従罰は許されない²⁷⁴⁾。

(5) 尋問における被疑者・被告人の言語表現および態度は、被疑者・被告人自身の内心を示すと考えられた。特に、被疑者・被告人の黙秘、単なる否認、虚偽は、被疑者・被告人の「強情さ」の表れと実務上評価された。被疑者・被告人の「反抗的な黙秘や手続の遅延、他では説明されえない行為は有罪の証拠とみなされる」という²⁷⁵⁾。

4. ドイツの各領邦における立法

(1) ドイツ刑事訴訟における改革立法は、Nemo tenetur 原則に着目すると、大きく二つの時期に分けることができる²⁷⁶⁾。

第一期は、1848年の三月革命前の時期である²⁷⁷⁾。

1805年12月11日プロイセン刑事法 (Preussische Criminalordnung) は、被疑者・被告人に対して脅迫あるいは暴力的な方法によって真実の認識を強要することを一般的に禁止した (第285条ないし第287条)。しかし、自白強制の禁止に関するこれらの規定は、不十分であった。他方、被疑者・被告人は、裁判所による質問すべてに対して、明確かつ完全かつ真実を供述する法的義務を負っていた (第263条、第265条、第275条)。これを強調するために、裁判官に、被疑者・被告人に対する鞭打ちや枝打ちのような身体的懲罰を命じる権限が認められた (第293条ないし第296条)。特に、第292条は、「あつかましい嘘や虚構あるいは強情な否認あるいは完全黙秘をする強情かつ狡猾な犯罪者は、受けるにふさわしい刑罰から逃れることはできない²⁷⁸⁾」という虚言罰を規定した。さらに、裁判官は、被疑者・被告人の欠席や黙秘から自白を擬制し、被疑者・被告人欠席のまま判決が

下すことができた (第580条および第581条)²⁷⁹⁾。

1813年バイエルン王国刑事訴訟法²⁸⁰⁾は、自白獲得のために許されない手段として、欺罔的約束 (第181条)、誤導尋問 (第182条)、誘導 (第183条ないし185条)、自白強制 (第186条)を挙げる。他方、第171条以下が「否認している被疑者・被告人の尋問」を規定している。それによると、裁判官は、被疑者・被告人に対して真実を供述し自白させるように努力し (第171条)、被疑者・被告人の否認が目的に合わないということを納得させ (第172条)、供述をせず否認し続ける被疑者・被告人に対しては、「回り道をして犯罪と関係のある事情に導き、それにより被疑者・被告人は、自己に不利益な事実を自ら述べるか、それを避けるべく、その虚偽を明確な証拠もしくは彼の言辞の内容から承認せざるを得ないような主張に導かれる」(第174条)。不服従罰に関しては、第187条以下が規定しており、特に、第192条は「不服従罰の実際の執行の前に、そのような懲罰の理由は何か、および被疑者・被告人に有罪の自白を強制するためにその懲罰が行われるものでないことを、明瞭かつ詳細に被疑者・被告人に提示しなければならない。」と述べ、不服従罰が被疑者・被告人の自白獲得を目的として行われるものではないと規定する。しかし、この規定は、冷笑されたという²⁸¹⁾。

これに対して、バーデンの刑事訴訟法²⁸²⁾は、他のドイツ諸領邦に比して改革が進んでいた。まず、1831年11月25日バーデン刑事訴訟法は、初めて真実探究のためのすべての不服従罰および強制手段を廃止した。さらに、1835年バーデン刑事訴訟法改正草案第181条は、「被疑者・被告人に自白あるいは特定の供述をする気にさせるために、約束や不実の虚構は、強制あるいは脅迫と同様に利用されてはならない」と規定した。さらに草案182条は、「被疑者・被告人が全返答あるいは特定の質問に対する回答を拒絶するとき、それは、被疑者・被告人の有罪の徴表の効果を有するか、少なくとも被疑者・被告人に対して主張されている嫌疑を高める。被疑者・被告人にこのことを告知しなければならず、かつ、若干の考慮期間を与えな

なければならない。また、被疑者・被告人は、被疑者・被告人が拒絶によって審理を遅延させ、多くの防禦根拠を失い、自身を危険にさらすことになるということを告知されなければならない」と規定した²⁸³⁾。1845年バーデン刑事訴訟法も、不服従罰と虚言罰を認めず、改革を正面から取り入れた。

しかし、多くの諸領邦の立法は、糺問官の取調べにおいて、被疑者・被告人が供述を拒否するとき、不服従罰を科する可能性を残していた²⁸⁴⁾。

(2) 改革立法の第二期は、三月革命期(1848年ないし1850年)および1851年以降である。この時期は、三月革命の所産たる1848年12月28日のいわゆるフランクフルト憲法が、口頭・公開・弾劾主義と陪審制、司法権の独立、人身の自由の保障を規定し、それに沿ってドイツ各領邦において漸次フランスの制度に倣った「改革された刑事訴訟」を採用した²⁸⁵⁾。弾劾主義を導入し、改革を推し進めた地方法が制定される一方で、糺問主義弾劾形式や糺問主義を採用する領邦も存在した。

第二期の立法の多くは、強制手段あるいは強制手段を伴う脅迫、策略や虚構によって、被疑者・被告人に供述を促してはならない旨を規定した。しかし、これによって、黙秘するあるいは嘘をつく権利が、被疑者・被告人に容認されたわけではなかった。刑事訴訟法は、被疑者・被告人に、提示された質問に明確かつ真実を供述するよう義務づけた²⁸⁶⁾。

ただし、1858年ブラウンシュヴァイク刑事訴訟法のような例外も存在した。第43条は、イギリス法に基づき、「裁判官は、被疑者・被告人に、最初の尋問の際、被疑者・被告人は彼に提示された質問に対する回答あるいは説明をするよう義務づけられていないことを告知しなければならない」と定めた²⁸⁷⁾。この規定は、後の1877年ドイツ帝国刑事訴訟法の立法過程においてもたびたび参照されることとなる。

しかし、改革の程度は、各領邦によって異なり、例えば、メクレンブルクやシャウムブルク・リッペにおける刑事訴訟法は、古い糺問訴訟を適用したままであった²⁸⁸⁾。

つまり、改革された刑事訴訟法における被疑者・被告人の尋問はまず、全ての質問あるいは特定の質問に対して答えるか否かを被疑者・被告人各人に委ねた²⁸⁹⁾。さらに、あらゆる肉体的強制(拷問)だけでなく、自白および供述の獲得のためのいかなる約束、脅迫あるいは虚構も許されず²⁹⁰⁾、被疑者・被告人に対する供述強制も許されないと考えられた。そして被疑者・被告人に自ら自身にとって不利益な真実の供述をするよう促す尋問は有効とされた。それゆえ、刑事訴訟法は、詳細な尋問を被疑者・被告人に対して行うことを許容した。刑事訴訟法は、裁判官に、被疑者・被告人に対して、提示された質問に明確かつ真実を供述する旨の訓戒を許している。さらに、被疑者・被告人が回答を拒絶する場合、審理において多くの防禦根拠が探求されないままとなる危険性や被疑者・被告人に対して提起されている嫌疑を自ら強める危険性がある旨を、裁判官が被疑者・被告人に教示することも認められた²⁹¹⁾。また「改革された刑事訴訟」における新立法は、不服従罰を放棄した。ただし、一部の新法は、「供述拒絶によって審理が遅延するだけでなく、結果として多くの防禦根拠がまだ捜査されないままになる危険、被疑者・被告人に対して今問題になっている嫌疑が強められうる危険にさらされるということ、被疑者・被告人に告知しなければならない」という点を規定した²⁹²⁾。

新法は、被疑者・被告人を主体として尊重する一方で、被疑者・被告人に対する回答義務の「強要のみ」を排除し²⁹³⁾、自白を被告人の有罪立証の証拠の中心とし²⁹⁴⁾、捜査および尋問によって被疑者・被告人から自白を獲得し²⁹⁵⁾、真実以外の応訴を許さないという特徴を有していた²⁹⁶⁾。Nemo tenetur 原則について言及される一方で、被疑者・被告人は、自己負罪を要求され、協力義務や真実義務を課された²⁹⁷⁾。

5. 改革された刑事訴訟における Nemo tenetur 原則

(1) 以上のように、ドイツにおける Nemo tenetur 原則は、糺問主義を廃し弾劾主義へと向かう改革された刑事訴訟において「弾劾主義の帰結」と

して引用され、不服従罰および虚言罰に対する批判の根拠の一つとされた。他にも、Nemo tenetur 原則は、自然法、無罪推定、新たな国家と市民の関係からもアプローチが試みられている。

(2) 少なくとも18世紀末から19世紀初頭にかけて、自然法の立場から、ドイツ刑事手続における Nemo tenetur 原則が言及された。その内容は、被疑者・被告人に対する自白義務は、人間の本性や自然な自己保存本能と矛盾し、かつ、被疑者・被告人が虚偽を述べることは無理からぬことであるというものであった。

例えば、1786年、Filangieri²⁹⁸)は、法律上の自明の理である nemo testis contra se ipsum (何人も自身に不利になるよう証言する義務なし) という原則の帰結として、自白は明らかに人間の本性に反すると述べた²⁹⁹)。なぜなら、「裁判官が、犯罪者に、彼に対して向けられている被疑事実の真偽について尋ねるとき、その本性が犯罪者の口を閉ざす」からである。犯罪者が、犯罪を自白するためには、超人的な努力、つまり秘密保持本能の克服、あるいは、刑罰を引き受けることが「大きな利益の獲得」とみなされるという不合理が必要である、という³⁰⁰)。

1802年、Bergk は、何人も人間性に対する尊重によってのみ目的として確保されなければならない、かつ、動物的な本性から生じる義務を履行しなければならないと述べ、「自己保存」という自然的本能にしたがってなされた行動によるものも同じである、と強調した。Bergk は、自己保存という自然権上の要請を賞賛し、自らの事件の証人になることを被疑者・被告人に義務づけることに対して反対し、告発者が有罪を立証しなければならないと主張した³⁰¹)。

しかし、Bergk のような見解は、当時の支配的な国家解釈に反していた点に注意を要する。被疑者・被告人を自身にとって不利益な証拠方法にすることは自己保存原則違反であり、かつ、自己保存の権利は社会契約によっても変更されえず国家によっても剥奪されえない、という思考は、当時困難であった。当時の一般的な見解によれば、行為によって行為者の人

格権は喪失し、国家が最上であり市民は国家に服さなければならない。したがって、犯罪者を処罰することは国家の権利かつ義務であり、この犯罪者処罰という目的を達成するためにあらゆる証拠資料を利用する権利が導き出された³⁰²⁾。これを妨害することは、違法であると考えられた。

以上のような自然法に依拠する Nemo tenetur 原則³⁰³⁾ について、Rogall は、「目に見えるかぎりでは、Nemo tenetur 思考の近代最初の痕跡」であると評価する³⁰⁴⁾。他方、Kölbel は、「自己愛・自己保存の意義や人間の自然的仕組みにこれが定着しているというドイツ自然法学説は、むしろアンビバレントな関係にあった」ということを誤認してはならないと指摘する³⁰⁵⁾。この自然法の立場から尋問における被疑者・被告人の黙秘を承認する見解は、19世紀後半にも存在していた³⁰⁶⁾。

他方、自然法の立場から、被疑者・被告人は自己保存本能があるにもかかわらず自白するのであるから、その自白は特別な説得力を有するという帰結も導かれていたことに注意しなければならない。被疑者・被告人が自己負罪することは、被疑者・被告人の償いの感情、あるいは、有罪に典型的な打算によってのみ説明されるとも考えられた³⁰⁷⁾。

(3) 1940年代になると、Nemo tenetur 原則は、弾劾訴訟の本姓以外の刑事訴訟制度や法思想と関連付けて説明されるようになった。

Leue は、1940年に著した著書の中で、被疑者・被告人に対して自ら有罪立証するように要求することは、被疑者・被告人の有罪を推定する訴訟においてのみありうると詳説し、部分的に無罪推定との関係も見出した。「糾問訴訟の方向は、真の不公正」である。「国家は、糾問訴訟と同様に、弾劾訴訟においても、訴追者が市民に対して現れ、市民に対して自らの有罪立証のための証拠方法を提供するように要求するだけでなく、策略や力で市民からそれをもぎ取ろうと試みている。」「被疑者・被告人に自白をさせる試み全て、常に被疑者・被告人が有罪であるという前提に基づいている。(被疑者・被告人が要求するように)被疑者・被告人の無罪が前提とされるならば、被疑者・被告人に十分に言明を促すが、自白を促すことは

なく、被疑者・被告人の防禦をあらゆる方法で助けるだろう。しかし、被疑者・被告人の有罪あるいは無罪について全く前提としないならば（実際にそうであるべき）、少なくとも自白の勧めは存在せず、被疑者・被告人は自由に説明や防禦を行うだろう³⁰⁸⁾と述べた。

(4) さらに Nemo tenetur 原則は、近代の国家理論において援用され、Nemo tenetur 原則の採用は、立憲法治国家における「支配関係の変化のしるし」と考えられた。つまり、立憲法治国家における刑事法は、被疑者・被告人の権限を弱体化させてはならず、束縛の性格をもって被疑者・被告人を取り扱ってはならない³⁰⁹⁾。国家は、被疑者・被告人に対して自白を要求してはならないと考えられた。Hepp は、国家が、「被疑者・被告人に対して自己告発を法的に義務づけることは認められない」。被疑者・被告人が自白するのは、「被疑者・被告人が国家に反論する権限を有しているからである」と指摘した³¹⁰⁾。Biener は、被疑者・被告人が自らにとって不利なことを供述するよう義務づけられるという原則は、「特別な従属関係あるいは奉仕関係の中で主張されるだけであって、自由な国家市民との関係では」は主張されないと述べ、被疑者・被告人の地位と国家解釈との関係を指摘する³¹¹⁾。また、Wahberg は、「糺問手続における被疑者・被告人の真実供述義務の承認は、糺問的警察国家の主体的関係に基づいている」と述べた³¹²⁾。しかし、このような国家解釈は、当時はまだ支配的ではなかった³¹³⁾。

6. 小 括

ドイツの刑事手続は、糺問主義の欠陥を認識し、弾劾主義方向へと向かった。拷問をはじめとする強制方法を用いて被疑者・被告人に自白を強いることが禁じられ、法定証拠主義から自由心証主義に移行しつつあった。しかし、「強制」自体が批判されただけで、依然として自白は重要な証拠方法であった。さらに、裁判官が、被疑者・被告人の犯行後の態度たる黙秘や否認を、その「強情さ」の表れとみなし、有罪の徴表あるいは被疑

者・被告人にとって不利益になるよう評価した。このような状況において、被疑者・被告人は、何かを供述しなければならず、供述、否認、黙秘のいずれかを自由に決定することは困難であったと考えられる。

ドイツの刑事訴訟法研究における一般的見解によれば、現代的意味の Nemo tenetur 原則は、改革された刑事訴訟において半分確立したとする。

ドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則の発展の大きな特徴は、糺問主義を廃し弾劾主義の採用に向けた議論の高まりの中で次第に展開したことである。弾劾主義あるいは糺問主義弾劾形式いずれの見解をとっても、弾劾訴訟においては、告発者が有罪を証明しなければならず、被疑者・被告人は訴訟当事者であり、法的に供述を強制されないという点は一致していた。特に Nemo tenetur 原則に基づき、弾劾訴訟における被疑者・被告人の尋問は、自白獲得傾向を有してはならないものとされた。被疑者・被告人は自身にとって不利な証拠資料になる必要はないという Nemo tenetur 原則は、弾劾主義の帰結ないし本質的特徴とみなされた。

また、当時、Nemo tenetur 原則は、自然法の観点、無罪推定からも根拠づけられ、新たな国家と市民の関係を示す目印と評価する見解もあった。

被疑者・被告人に対する不服従罰および虚言罰が、Nemo tenetur 原則を援用して批判された点も特徴的である。つまり、弾劾主義によると、被疑者・被告人は自身にとって不利な供述をする必要がない。それゆえ、被疑者・被告人の自白獲得を目的としてなされる不服従罰や虚言罰は、許されないと考えられた。しかし、拷問や強制が廃止された後も、「拷問の代用物」と呼ばれた不服従罰や虚言罰、尋問術の利用によって、被疑者・被告人は、肉体的強制を伴わない協力義務を課されることになった³¹⁴⁾。被疑者・被告人に対する真実供述義務は残され、裁判官は被疑者・被告人に対して真実を供述する旨の訓戒を行い、被疑者・被告人の黙秘を有罪の徴表として利用した。不服従罰や虚言罰が廃止されるようになった以後も、被疑者・被告人の否認や回答拒絶権は、実務上承認されなかったという³¹⁵⁾。

また、イギリスの刑事手続についての理解が深まっていたものの、Nemo tenetur 原則が独立の法原則として認められるには至らなかった。つまり、改革された刑事訴訟における Nemo tenetur 原則は、「弾劾訴訟に無賃乗客のように入り込んでいた」³¹⁶⁾とか「議論の風が当たらない物陰にあり、当然かつほとんど気づかれないうちに承認された」³¹⁷⁾と指摘されているように、弾劾主義の帰結の一つとして議論されていたにすぎなかった。改革された刑事訴訟期における Nemo tenetur 原則の議論は、まだ表面的なものにすぎなかったといえよう。

なお、証人の自己負罪からの自由、つまり刑事追迫の虞を理由とする証言拒絶権の承認に関しては、ほとんど異論はなかった。19世紀前半の文献の多くは、証言義務の例外を検討しているものの、その際この証言拒絶権の理由づけについて、Nemo tenetur 原則に言及するものは少なかった。ただし、Planck は、「その供述付与が被尋問者自身の不名誉を暴かざるをえないとき」証言拒絶権が認められるとし、その理由として、「何人も自身の告発者となることを強制されえない」とし、Nemo tenetur 原則を引用している³¹⁸⁾。

第3節 ドイツ帝国刑事訴訟法の制定および運用

1848年以降、改革された刑事訴訟法が、ドイツ各領邦において制定されたが、「弾劾形式の糾問訴訟」に対する批判が高まった。そのようななかで1871年ドイツ帝国憲法³¹⁹⁾第4条第13号が、刑法および刑事手続に関する立法権限をドイツ帝国に付与した。それにより、ドイツ帝国における法統一が行われ、刑事手続分野においても、1877年、ドイツ帝国刑事訴訟法および裁判所構成法が制定された。

本節では、1877年ドイツ帝国刑事訴訟法の制定までの期間を扱う。まず、1868年に行われたドイツ法曹大会をとりあげる。この議論は、Nemo tenetur 原則を盛り込んだとされる1877年ドイツ帝国刑事訴訟法第136条〔被疑者・被告人の尋問〕の立法過程においても見られる。次に、1868年

の北ドイツ連邦結成による政治的統一を発端とするドイツ帝国統一の刑事訴訟法たる1877年ドイツ帝国刑事訴訟法の制定過程を扱う。特に、Nemo tenetur 原則と関係が深い「被疑者・被告人の尋問」(第136条)、「刑事訴追の虞を理由とする証言拒絶権」(第54条)、「引渡義務」(第45条)の各草案と審議内容を概観する。

1. 第7回ドイツ法曹大会(1868年)

1868年、第7回ドイツ法曹大会は、「無実であると主張している被疑者・被告人の刑事訴訟の公判において、起訴に対する特別の応訴あるいは自身の主張の正当化が要求されるべきか」という議題を採り上げ、裁判官による被疑者・被告人の尋問について議論した。このテーマにつき、Glaser(ウィーン)が報告を行い、検察官である v. Stenglein が Glaser 報告に対するコメントを行った後、討議および決議が行われた。

(1) Glaser による基調報告

Glaser は、4つの論拠をあげ、無実を主張する被疑者・被告人に対して、起訴事実に応訴するか自らの主張を正当化しよう要求することに反対した。ただし、Glaser は冒頭で、これはドイツで妥当する刑事訴訟の基礎や弾劾原則(Anklagegrundsatz)の問題ではなく、ここでは『何人も自身にとって不利な証拠を示すよう義務づけられない』というイギリス法の準則がドイツに定着しうるかどうかという問題を扱わないと言及した³²⁰⁾。

第一の論拠として、裁判官と被疑者・被告人との関係に着目し、裁判官の職務と尋問による自白獲得とは矛盾するという点を挙げる。訴訟は二段階に分けることができ、第一段階では証拠の収集と提出が行われ、第二段階ではその証拠方法の整理と吟味が行われる。裁判官は第二段階において予断なき判断者であることを要求される。公判は単なるセレモニーであってはならず、裁判官は予断なく審理を行わなければならない。それゆえ、

裁判長と被疑者・被告人が対立関係にあってはならない。しかし、被疑者・被告人が事実と異なる供述をする場合、あるいは、黙秘や不十分な供述によって起訴事実の詳細について答えられない場合、裁判長が起訴事実を否認する被疑者・被告人に対して回答するよう要求すると、裁判官と被疑者・被告人とは対立しうる。しかし、新しい手続においては、裁判官の面前に被疑者・被告人と告発者という 2 人の当事者が現れ、裁判官は、尋問において被疑者・被告人を不利に取り扱ってはならない (7. DJT, Bd. 1, Glaser, S. 87 f.)

Glaser の第二の論拠は「被疑者・被告人の人物像」に着目する。否認する被疑者・被告人や詳細な言明を拒絶する被疑者・被告人に対する尋問は刑事手続において重要であるが、これに関する規定はない。臆病な被疑者・被告人や不器用な被疑者・被告人は、裁判官の地位・慎重な準備・平静な自信・長年にわたって習熟した裁判官の精神的優位さに圧倒される。他方、刑事司法に熟練した冷静で打算的な被疑者・被告人は、裁判官が自身に対して要求を強制できないことを知っている。この被疑者・被告人は利口かつ計画的に防禦でき、被疑者・被告人が供述をせき立てられる場合には裁判官の力が及ばないところに逃げるができる。法律は詳細な尋問について何ら規定していないため、誘導質問が用いられる危険がある (7. DJT, Bd. 1, Glaser, S. 88 f.)

第三に、予審調書に基づいて被疑者・被告人を非難することは口頭主義に反すると批判する。裁判長は、被疑者・被告人の尋問において調書を朗読するだけである (7. DJT, Bd. 1, Glaser, S. 89)

Glaser は、第四の論拠として、このような裁判長による尋問によって得られる利益は小さいという点を挙げる。裁判長が尋問によって自白獲得に成功することは、実際めったにない。大抵、尋問に多くの労力が費やされている。被疑者・被告人の有罪立証は、裁判長が自白獲得のために用いる資料それ自体で足るからである。時間と労力が無駄に浪費され、被尋問者の忍耐が無駄に試され、非情な嘘つき者だけが成果を収める機会となっ

ている (7. DJT, Bd. 1, Glaser, S. 89 f.)

尋問はむしろ防禦の利益にとって重要である。実際、不慣れな被疑者・被告人がその重要性と意義を知らないがために、自身の無罪方向に働く事実を述べず、嫌疑を晴らさないような場合が考えられる。尋問は、実体的防禦を被疑者・被告人に指導・促進する。それゆえ、防禦のポイントをはっきり示すことが裁判官の任務である。それゆえ尋問が不要であるというのは極端であり、弊害を避けつつ被疑者・被告人の利益となるような尋問を行うべきであるという (7. DJT, Bd. 1, Glaser, S. 90)

以上より、Glaser は、無実であると主張している被疑者・被告人の刑事訴訟の公判において、起訴に対する特別の応訴あるいは自身の主張の正当化が要求されるべきではないと結論づけた。そして、Glaser は、「公判において、被告人が起訴状の朗読に対して自分は無実であると返答する場合、裁判長は、被告人はさらなる言明あるいは彼に向けられた質問に対する返答を義務づけられないことを被告人に告げる。しかし裁判長は、被告人は起訴に関連する事実を語り、かつ、個別の証拠資料の提示後にそれについて発言する権利が与えられる旨も告げる。どの弁護人も被告人を援助しないとき、裁判長は、個別の証拠資料の提示後あるいは証拠手続の最後に、それを解明することが被告人の防御になるような個々の事情を指摘できる。」という提案を行った (7. DJT, Bd. 1, Glaser, S. 90 f.)

(2) v. Stenglein によるコメント

v. Stenglein は、Glaser と同様に、「無実であると主張している被疑者・被告人の刑事訴訟の公判において、起訴に対する特別の応訴あるいは自身の主張の正当化が要求されるべき」ではないと主張した。特に、裁判官が詳細な尋問を行うならば、供述拒否する者を尋問するために、不服従罰を認めることになり、これは弾劾訴訟 (Anklage-Prozeß) における被疑者・被告人の地位と矛盾すると強調した。「被疑者・被告人が質問に対して回答しないことは自身を不利益な立場におくことになりうる」旨の告知が実

際行われていないことも指摘している(7. DJT, Bd. 1, v. Stenglein, S. 110 f.)。

ただし, v. Stenglein によると, Glaser による提案は詳細すぎ簡略化すべきであるとし, 代わりに v. Stenglein は「無実であると主張している被告人の公判において, 起訴に対する特別の応訴あるいは自身の主張の正当化が要求されるべきではない」という提案を行った(7. DJT, Bd. 1, v. Stenglein, S. 111)。この提案は, 無実であると主張している被告人の公判において, 口頭による審理の最初の尋問時(起訴時)に, 被告人に特別の応訴を要求すべきではなく, または, 被告人に自らの主張を正当化するように起訴事実について意見を述べることを義務づけるべきではない, ということを意味する。被告人は, 自らの利益にならない供述を強制されるべきではない。その上で, v. Stenglein は, 証拠資料が提出される前に, 被告人に起訴事実について精確に応訴するよう義務づけることを否定する。

なお, 被疑者・被告人の聴聞を短縮することや被疑者・被告人の口を封じめることは許されず, 被疑者・被告人は, 訴訟のあらゆる段階において, 起訴事実について問われ, 個々の証拠資料について供述する機会を十分に有していなければならない(7. DJT, Bd. 1, v. Stenglein, S. 116 und S. 121 f.)。

(3) 討 議

v. Graevenitz(上級検察官; マリーエンヴェーダー)は, Glaser に基本的に賛同するが, 「口頭による審理の開始の際, 被疑者・被告人の言明は要求されるべきではない」という v. Stenglein の提案に完全に同意しているわけではない。

刑事訴訟における最上の目的は, 実体的真実の探究である。それゆえ, 裁判官は, 公判において真実探究という目的をもって職務を果たさなければならない。裁判官が実体的真実を確認するための手段として, 手続開始時における被疑者・被告人の尋問がある。被疑者・被告人の尋問は, 同一人であることの確認, 意思確認のために不可欠である。裁判官が被疑者・被告人自身が有罪であると認めるか否かを明らかにするよう被疑者・被告

人に勧告することは、尋問方法のひとつであるという (7. DJT, Bd. 1, v. Graevenitz, S. 112 f.)。

被疑者・被告人の尋問は本質的に被疑者・被告人にとっても利益になるという。尋問の際、被疑者・被告人の自由な自己決定権が保障されなければならないが、これは裁判官による真実探究と対立する。裁判官は、被疑者・被告人をできるかぎり尊重しつつ真実探究を行わなければならない。また、被疑者・被告人はなされた質問につき供述する義務はないことを被疑者・被告人に告げることは適切であるという。しかし、v. Graevenitz は、被疑者・被告人の尋問は被疑者・被告人のイニシアチブによるべきではなく、かつ、裁判官の質問権が排除されてはならないという点で、Glaser の見解と異なる。確かに、もし被疑者・被告人が意見を述べたくない場合、裁判官は被疑者・被告人の自由な自己決定権を尊重しなければならないが、尋問が被疑者・被告人の防禦に左右されてはならないという。なぜなら、被疑者・被告人がどのように防禦するかおよび被疑者・被告人が正当に防禦しているかどうかは判断できず、裁判官の質問権を、そのような他の要因に委ねることは不適切だからである。

以上より、v. Graevenitz は、v. Stenglein による提案を、「被疑者・被告人が公判における起訴事実の朗読に対して自分は無罪であるという言明で応じるとき、裁判長は、さらなる言明をしたいかどうか、かつ、被疑者・被告人に出されている質問に答えたいかどうかは被疑者・被告人次第であるということを被疑者・被告人に告知する」という内容に修正すべきであると主張した (7. DJT, Bd. 1, v. Graevenitz, S. 113)。

v. Pestel (上級裁判所参事官 ; ツェレ) は、v. Graevenitz に賛同し、「被疑者・被告人は、裁判長の聴聞、裁判長による質問に関わるよう義務づけられず、被疑者・被告人はそれが一般的であれ特別の質問に対する説明であれ回答拒絶権を与えられる」という提案を行った。裁判長によって起訴事実が読み上げられた後に、起訴について自ら供述する機会を被疑者・被告人に与えることは、被疑者・被告人の利益となり、実体的真実の

探究にも有用である。実務経験によれば、既に何度も刑事手続を経験してきた狡猾な被疑者・被告人を除く被疑者・被告人のうち90%は、起訴事実について自ら供述しない。なぜなら大多数の被疑者・被告人は、十分な教育を受けておらず、自由に供述し、かつ、重要と思われる点を探し出して反論することはできないからであるという。また大多数の被疑者・被告人には弁護士がついておらず、また、しばしば防禦根拠を適切に強調せず聴聞もしない弁護士もいたという(7. DJT, Bd. 1, v. Pestel, S. 119 f.)

v. Kalb (司法省参事官; ミュンヘン)も Glaser と本質的に同意見であるが、裁判長による質問権について「角を矯めて牛を殺すべきではない」と注意を促した。

被疑者・被告人の尋問は、被疑者・被告人に個別に質問を提示し意見を述べる機会を与える。尋問は、自白を脅し取るために利用すべきではなく、個々の負罪の根拠を排除し免責事由を強調するために行われる。被疑者・被告人に対する聴聞によって他の全証拠調べが容易になる。被疑者・被告人に起訴事実について説明するよう促す制度は、正当防衛の主張のように被疑者・被告人自身が抗弁を行うことによって無罪に至るような場合を考えると、より自然であり被疑者・被告人の利益となる。しかし v. Kalb は、被疑者・被告人に、「被疑者・被告人が有罪でないならば、質問に回答せよ」と告げることは危険であるという。裁判官は、弁護士がついていない被疑者・被告人に対して、被疑者・被告人が自ら起訴事実について説明することが重要であると指摘する権限を有しており、この裁判長の権限こそ真実探究にとって重要であるという。それゆえ尋問は必要であり、裁判長は、被疑者・被告人の聴聞後、被疑者・被告人に起訴事実について説明するよう義務づけることになる。被疑者・被告人による起訴事実についての説明は、被疑者・被告人自身にとっても望ましい。なぜなら無罪の被疑者・被告人は話すことを望むからである。ただし、裁判長は、被疑者・被告人に対する説明義務を被疑者・被告人から自白を脅しとるために利用してはならない(7. DJT, Bd. 1, v. Kalb, S. 114 f.)

Brauer (上級高等裁判所参事官 ; マンハイム) は Glaser の提案に反対する。裁判長による被疑者・被告人に対する質問の結果得られた被疑者・被告人の回答以上に事実解明に適する方法はないという (7. DJT, Bd. 1, Brauer, S. 115 f.)。

さらに、被疑者・被告人に対する供述義務がない旨の告知について、Matthiae (群裁判官 ; ホルツミンデン) は、被疑者・被告人が自身にとって不利益な証拠方法 (自白等) を引き渡すよう促されるならば、それは、弾劾訴訟の本質を侵害することになるという。ブラウンシュヴァイク刑事訴訟法第43条に言及し、この法律が公布されたとき、ある白髪の裁判官がブラウンシュヴァイクの全司法が途絶えると懸念したが、実際は 2 % ~ 3 % の被疑者・被告人が利用したにすぎず、憂慮するような結果ではなかった。なぜなら多くの被疑者・被告人は、予審判事によって起訴について尋問されることを合目的的であると考えたからである。このことから Matthiae は、裁判官が被疑者・被告人に対して供述義務がない旨を告知することは、決して司法を墮落させるようなものではないと主張した (7. DJT, Bd. 1, Matthiae, S. 118)。

最終的に、「被疑者・被告人に...起訴事実に対する特別な応訴あるいは正当化は義務づけられ(てはなら)ない」ということが採択された。

2. ドイツ帝国刑事訴訟法制定過程における Nemo tenetur 原則

(1) 概 説

ドイツ帝国刑事訴訟法制定への動きは、1868年の北ドイツ連邦結成による政治的統一を発端とする。北ドイツ連邦帝国議会と連邦参議院の決議を受け、1868年7月12日、Bismark プロイセン首相が、Leonhardt プロイセン司法大臣に刑事訴訟法草案の起草を命じた。実際は、Friedberg が統一刑事訴訟法草案を起草した。ドイツ帝国刑事訴訟法は、1877年2月1日に公布、翌年10月10日から施行された³²¹⁾。

ドイツ帝国刑事訴訟法制定過程における議論の基本構造は、「隠れた糾

問主主義的自白志向と被疑者・被告人の権利との衝突」であった³²²⁾。以下、特に、Nemo tenetur 原則に関わる条文の制定過程を概観する。

(2) ドイツ帝国刑事訴訟法第136条(被疑者・被告人の尋問)の制定過程

まず、1870年プロイセン司法省草案(Entwurf des preußischen Justizministeriums von 1870; Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für den Norddeutschen Bund. Als Manuskript gedruckt. Berlin, im November 1870)³²³⁾の第138条および第139条は、既に、1877年ドイツ帝国刑事訴訟法第136条第2項と同内容であった。

第一編 一般規定

第10章 被疑者・被告人の尋問について

第138条

尋問は、被疑者・被告人に、正当化の機会および彼に対して主張された嫌疑の根拠を排除する機会を与えなければならない。

第139条

最初の尋問の際、被疑者・被告人の人的な諸事情の解明を考慮しなければならない。

1873年1月、プロイセン司法省草案(Entwurf des preußischen Justizministeriums von 1873)³²⁴⁾が連邦参議院に提出された。1873年プロイセン司法省草案における被疑者・被告人の尋問は、第138条および第139条を一本化したものであった³²⁵⁾。

第119条

尋問は、被疑者・被告人に、正当化および彼に対して主張された嫌疑の根拠を排除する機会を与えなければならない。

最初の尋問の際、彼の人的な諸事情の解明を考慮しなければならない。

この1873年プロイセン司法省草案は、公表後約三ヶ月間の公の批判を待った後、連邦参議院の11名の法律家で構成される委員会に付託された。1873年刑事訴訟法委員会メンバーによる連邦参議院提案(Bundesratsvorlage der StPO-Kommission Mitte 1873)³²⁶⁾が提示された。

それは、条文番号に違いがあるものの、1873年プロイセン司法省草案と同一内容であった。

連邦参議院の司法委員会で審議された後、1874年10月29日、連邦参議院から帝国議会へ回付された。1874年連邦参議院によるドイツ帝国議会提案 (Reichstagsvorlage des Bundesrats 1874)³²⁷⁾ がなされた。これも、これまでの草案と同一内容であったが、条文番号が第123条に修正された。

この1874年ドイツ帝国議会刑事訴訟法草案および施行法草案理由書³²⁸⁾によると、第123条は以下のように説明されている³²⁹⁾

第123条は、ドイツ帝国刑事訴訟法草案第9章 (被疑者・被告人の尋問) の主たる意義を示している。第123条によると、尋問は、被疑者・被告人に正当化の機会、および、彼に対して主張された嫌疑の根拠を排除する機会を与える。尋問は、被疑者・被告人が自白するときおよびその限りで、任意に提供された審問方法として、今日の手続においても大きな価値を有する。しかし、被疑者・被告人は、意思に反して自身の有罪立証に寄与するよう要求されえない。被告人から不任意の自白を惹起することを意図するいかなる間接強制も排除される。被疑者・被告人の真実供述義務を法律に明文化することは、適当でないとされた。

草案は、被疑者・被告人に真実を供述するようにいう裁判官による訓戒を認めた。しかし、被疑者・被告人は提示された質問に対する回答あるいは説明を義務づけられないということを被疑者・被告人にはっきりと告知することは適切とはみなされなかった。なぜなら、この告知は、被疑者・被告人の道徳上の真実供述義務を否定するような外見を惹起し、かつ、この告知は、被疑者・被告人にあらゆる発言を抑制させ、これが被疑者・被告人にとって不利益にもなりうるからであった³³⁰⁾。

委員会第一読会において、第123条に関する提案が三点なされた³³¹⁾。

Herz, Eysoldt, Klotz 三委員は、第123条に「 最初の尋問の際、被疑者・被告人に、彼に負わされた可罰的行為を告げなければならない。それに続いて、被疑者・被告人は、彼が被疑事実に関して何か応答したいか

どうかを問われなければならない。このとき、彼の供述が公判において彼にとって不利な証拠方法として利用されうるということが、彼に伝えられなければならない。被疑者・被告人に、彼が尋問される場合に、彼が正当化する機会および彼にとって不利な嫌疑の根拠を排除する機会が与えられ、かつその際、彼の人的関係の調査に配慮しなければならない。」という文言を入れることを提案した（以下、Herz = Eysoldt = Klotz 提案とよぶ）。被疑者・被告人の尋問は、被疑者・被告人に負わされた犯罪行為を提示することによって開始されるべきである。実際、いかなる罪で起訴されたかについて被疑者・被告人自身が最終的に知るまでに、すでに多くの質問や主張がなされているということが、尋問調査から確認できる。草案は、尋問を行う裁判官が、被疑者・被告人に質問するあるいは真実の言明をするよう勧告をしなければならないということを規定しておらず不十分である。当時の予審判事が糾問官になじんでいるということを考慮しなければならない。イギリスやブラウンシュヴァイクの刑事訴訟法は類似の規定を設けており、*nemo tenetur se accusare* 原則をはっきりと表現しなければならないと説明した（Hahn, S. 701）。

Hauck 委員は、第123条第1項に「事実に関する尋問の前に、彼に、彼がどのような可罰的行為を負わされているかあるいは嫌疑をかけられているかを知らせなければならない」という文言を加えることを提案した（以下、Hauck 提案とよぶ）。Hauck は、Herz = Eysoldt = Klotz 提案と同じ目的を追求している。しかし、Hauck 委員は、Herz = Eysoldt = Klotz 提案の第2項の「彼が尋問される場合」という文言を削除するよう提案した。なぜなら、この文言によると、被疑者・被告人が尋問されたくないとして述べた結果として、被疑者・被告人に正当化の機会や彼にとって不利な嫌疑の根拠を排除する機会を与えることなく尋問を中断しうるからである（Hahn, S. 701）³³²。

Schwarze 委員は第123条第1項の「嫌疑の根拠」という文言の後に、「ならびに彼にとって有利な事実を主張する[機会]」という文言を入れる

ことを提案した (以下、Schwarze 提案とよぶ)。なぜなら、Schwarze 委員は、被疑者・被告人は自ら真実の確認に寄与するよう義務づけられないという第123条の基本思想に賛同した上で、「正当化」の概念は、必ずしも「彼にとって有利な事実の主張」自体を含むわけではなく、被疑者・被告人にその行為を裁判官の面前で「正当化すること」なしに、より軽減するような事実を持ち出す機会も与えるよう定めるべきであると考えたためである。さらに、Schwarze 委員は、Herz = Eysoldt = Klotz 提案第 1 項の「このとき...彼に伝えられなければならない」という文言に反対した。なぜなら、Schwarze 委員は、「被疑者・被告人が、この告知を一種の威嚇、被疑者・被告人に尋問に应诉することを思いとどませようとしているとみなし、その結果彼が回答を拒絶する」ことを危惧することになるからである (Hahn, S. 701 f.)。

この Herz = Eysoldt = Klotz 提案、Hauck 提案、Schwarze 提案をもとに議論が行われた。

まず、Herz 委員は、Schwarze 委員が糺問主義に依拠している点を批判した。被疑者・被告人に対して供述拒絶権を告知しないとき、被疑者・被告人は供述拒絶権について何も知らない状態のままである。また、裁判官らは、かつての糺問主義的な審理に慣れており、そのような裁判官らに刑事訴訟法の運用を委ねなければならないことを忘れてはならないという (Hahn, S. 703)³³³。

次に Gneist 委員が、Herz = Eysoldt = Klotz 提案に賛同し、草案第123条が採用した「被疑者・被告人は自らを告発するよう義務づけられない」という原則から導き出される被疑者・被告人の尋問における裁判官の任務について言及した。つまり、草案第123条から予審に対して 3 つの消極的な結論が導かれる。第一は「尋問のための審問計画を形成することは裁判官の仕事ではない」、第二は「裁判官は、被疑者・被告人に対する証明結果を出さなければならない」、第三は「裁判官は、決して予審において被疑者・被告人に対して訴えを提起せず、証明結果のみを提示する」という結

論である。それゆえ、裁判官は、尋問を人定質問で開始し、その際、被疑者・被告人が自ら「有罪である」と認めるか否かという一般的な質問にとどめるべきである。被疑者・被告人が「有罪である」ことを否定する場合、被疑者・被告人は以後の質問をすべて免除されるべきであり、被疑者・被告人に対して証拠が提示されるべきである。裁判官は、もはや糾問官ではなく、被疑者・被告人に対して証拠を提示し、その際の被疑者・被告人の態度や反応をみることによって判断する立場にあるという(Hahn, S. 702)。また、草案が尋問官の糾問主義的活動を防いでいないのに対して、Herz 提案は明確であるとして賛同している(Hahn, S. 703)。

Marquardsen 委員も、Herz = Eysoldt = Klotz 提案に賛同した。被疑者・被告人に対する供述拒絶権の告知が被疑者・被告人に誤解される虞があるという懸念は、不要であるという。なぜなら、同内容のブラウンシュヴァイク刑事訴訟法の規定に全く弊害がないからであるという(Hahn, S. 703)。

Herz = Eysoldt = Klotz 提案に反対する見解も出された。Hanauer 上級参事官は、草案第123条が、尋問は被疑者・被告人に彼の正当化の機会や彼にとって不利な嫌疑の根拠を排除する機会を与えなければならないということを示すとき、ここから、被疑者・被告人に問われる可罰的行為を示さなければならないということが結果として生じる。それゆえ、明文で被疑者・被告人に犯罪行為を示さなければならないということを示すかぎりでは、不要であるという。また、Schwarze 提案を自明のことであると一方、Herz = Eysoldt = Klotz 提案第1項第3文の「彼【被疑者・被告人】の供述が公判において彼にとって不利な証拠方法として利用されうるということ、彼に伝えられなければならない」という文言を削除するよう求めた。なぜなら、Schwarze 委員の意見に与すると同時に、黙秘もまた被疑者・被告人にとって不利に解されうるということ、被疑者・被告人に告げないということ、を憂慮したからであった(Hahn, S. 702)。

Struckmann 委員は、Schwarze 提案および Hauck 提案に賛同するが、

Herz = Eysoldt = Klotz 提案には反対した。被疑者・被告人は、この告知によって何も回答しないことが被疑者・被告人にとって良いと自ら判断し、その結果、その回答の拒絶によって自身を不利な立場に追いこむことになる。なぜなら、ドイツの裁判官、とくに陪審員は、被疑者・被告人の黙秘を、自白とみなすからである。刑事裁判に精通していない者は、容易にこのような事態に陥ると指摘する (Hahn, S. 703)。Wolffson 委員も、この文言が被疑者・被告人に誤解され、結果として被疑者・被告人に対して不利益を導くことになると指摘する。国家が被疑者・被告人に対して真実の供述を強いる権利を有さないとしても、国家は被疑者・被告人にいわば否認を誘発する義務を負っているわけではない。裁判官は、被疑者・被告人に対して草案第123条で示された尋問の目的を告知するよう義務付けられるという (Hahn, S. 703 f.)³³⁴。

また、議論の中で、Becker 委員が、「nemo tenetur se accusare」原則はドイツ国民の法意識に合致するかどうか疑わしいと発言している。つまり、イギリス法と異なり、ドイツの刑事手続は、被疑者・被告人の黙秘から結論を導き出すことに慣れており、Nemo tenetur 原則をドイツ刑事訴訟法の総論部分に入れることは不適切であると述べた (Hahn, S. 704)。

最終的に、Schwarze 提案と Herz = Eysoldt = Klotz 提案が、「このとき、彼の供述が公判において彼にとって不利な証拠方法として利用されうることが、彼に伝えられなければならない」という文言を除いて承認された。Herz = Eysoldt = Klotz 提案の第 2 項の文言は却下され、それとともに Hauck 提案も消えることとなった (Hahn, S. 704)。

以上の議論を経て、ドイツ帝国議会委員会記録³³⁵は、次のようにまとめられた。

糺問訴訟は、被疑者・被告人を単なる証拠方法としか見なさず、もはや正当と認められない。他方、被疑者・被告人の尋問が禁じられること、および、イギリスの手続のように被疑者・被告人が有罪を認めるか否かにつ

いての発言のみ被疑者・被告人に要求することは、実務に適合せず、被疑者・被告人の利益にもかなわず、ドイツ国民の意見にも適合しない。

被疑者・被告人の供述は、多くの場合、証拠調べの範囲や射程に関する材料や、刑罰の適切な評価の根拠を提供する。行為時の被疑者・被告人の意思の傾向と動機に関する被疑者・被告人の供述は、しばしば、教唆や正犯性や幫助についての問題、故意と過失についての問題、責任能力についての問題、責任の程度についての問題の決定ための唯一確かな手がかりや、刑法の公正な適用の確かな手がかりを提供する。このことから、しばしば被疑者・被告人の尋問は、被疑者・被告人自身の利益であり、尋問の禁止は、裁判所に多くの被疑者・被告人にとって利益となるような情報を話す機会を閉ざすことになる。自白は、経験上他の証拠方法よりも重要と認められ、陪審員だけでなく裁判官も自白を被疑者・被告人の有罪判決の最も好ましい立証と見なすということは否定されえない。

つまり、被疑者・被告人の尋問制度の廃止は適切ではないとする一方で、委員会は、これまでの尋問のあり方を保持することは危険であると考えた。まず第一に、被疑者・被告人に最初の尋問の際に、いかなる可罰的行為が彼に負わされているかを知らせること、つまり、被疑者・被告人に、彼に対する被疑事実について知らせることが望ましいと考えられた。次に、被疑者・被告人は、その被疑事実について何か答えたいかどうかを尋ねられる。被疑者・被告人自身の利益にならないような回答を行いたいかどうかという判断は、被疑者・被告人に委ねられることとした。

以上の議論を経て、1877年ドイツ帝国刑事訴訟法（Strafprozessordnung. Vom 1. Februar 1877. (R. G. Bl. 1877. Nr. 8, S. 253.))³³⁶⁾が制定され、被疑者・被告人の尋問は、第136条に規定された。なお、被疑者・被告人の尋問は、第242条に規定され、第3項において第136条を準用する旨が明記された。

第一編 一般規定

第10章 被疑者・被告人の尋問

第136条

最初の尋問の開始の際、被疑者・被告人に対して、どのような可罰的行為が彼に負わされているかを告げなければならない。被疑者・被告人は、被疑事実について何が応答したいかどうかを尋ねられなければならない。

尋問は、被疑者・被告人に、彼に対して提示された嫌疑の根拠を排除する機会、かつ、彼にとって有利な事実を主張する機会を与えなければならない。

被疑者・被告人の最初の尋問の際、同時に、彼の人的な諸事情の解明を考慮しなければならない。

ドイツの刑事手続は、被疑者・被告人の尋問制度を放棄しなかった。少なくとも Nemo tenetur 原則は、「被疑者・被告人は自ら真実の確認に寄与するよう義務づけられない」という広義で理解された。1877年ドイツ帝国刑事訴訟法は、尋問を被疑者・被告人に対して供述義務を課することなく行われなければならないとした。これに関する直接の明文規定はなかったが、被疑者・被告人の尋問を定めた第136条および第242条第3項によって間接的に表現された。被疑者・被告人の尋問に関する規定は、すでに最初の草案に見られ、第136条は、草案段階において若干の修正を加えられているものの、第1項をより明確にするための挿入だけであり、実質的な修正は意図されなかった³³⁷⁾。

(3) ドイツ帝国刑事訴訟法第54条 (刑事訴追の虞を理由とする証言拒絶権) の制定過程

1870年プロイセン司法省草案³³⁸⁾は、第一編 (一般規定) の第6章 (証人について) に、刑事訴追の虞を理由とする証言拒絶権を定めた。

第64条

証人は、自己または証言を行うよう義務づけられない者 (第61条) が刑事訴追される虞のある質問に答えることを拒絶することができる。

1873年プロイセン司法省草案³³⁹⁾、1873年刑事訴訟法委員会メンバーによる連邦参議院案³⁴⁰⁾および1874年連邦参議院によるドイツ帝国議会提案³⁴¹⁾も同様の規定を定めた。

1874年ドイツ帝国議会刑事訴訟法草案および施行法草案理由は、「い

かなる証人も証人自身が可罰的行為を負罪することを回答する必要はないという規定は、被疑者・被告人が自身にとって不利な供述を強制されてはならないという原則と不可欠の相関概念である」と述べている³⁴²⁾。

以上の審議を経て、1877年ドイツ帝国刑事訴訟法は、第一編（一般規定）の第6章（証人）の第54条において刑事訴追の虞を理由とする証言拒絶権を規定した³⁴³⁾。

第54条

証人は、自己又は第51条第1項乃至第3項の親族が刑事裁判所による訴追を受ける虞のある質問に答えることを拒否することができる。

(4) ドイツ帝国刑事訴訟法第95条第2項（証拠資料の引渡義務）の 制定過程

ドイツ帝国刑事訴訟法第95条は、証拠資料の引渡義務に関して定めている。

この規定はすでに1870年草案時に起草されていた（第101条）。1873年プロイセン司法省草案に関する審議（1873年4月28日、第84条）において、「彼は、それを拒絶する場合、第62条に定める強制手段によってこれを促されうる。証言拒絶権を有する者に対して、この強制手段は用いない。」という Binder の第106号提案を追加する決定がなされた³⁴⁴⁾。これは、1873年刑事訴訟法委員会メンバーによる連邦参議院案第85条に反映された。

1874年草案理由書によると、この引渡義務は「被疑者・被告人の有罪立証に協力すること」であると述べている³⁴⁵⁾。

ドイツ帝国議会における委員会草案第一読会において、von Puttkamer 委員が、「第86条【引渡義務】に規定された強制措置規定は、被疑者・被告人に対して決して向けられえないという見解は草案の意図に適合するか」という質問を行った。これに対して、Hanauer（上級参事官）が「被疑者・被告人に対して、物の引渡義務は、決して第86条【引渡義務】に予定された刑罰によって強制されえない。それは、すでに、第61条との関連、

および、証言拒絶権との関係で明らかである」と述べ、この義務が、被疑者・被告人には及ばないことが確認された³⁴⁶⁾。

以上より、1877年ドイツ帝国刑事訴訟法第95条は、第一編（一般規定）の第8章（搜索および差押え）に以下のように規定した。

第95条

前条の物を所持している者は、要求に応じてこれを提出し、引き渡す義務を負う。
提出を拒絶したとき、第69条に定める強制手段によってこれを促すことができる。証言拒絶権を有する者に対しては、この強制手段を用いない。

3. ドイツ帝国刑事訴訟法立法期における学説

学説も、ドイツ帝国刑事訴訟法制定過程に影響を及ぼした。ドイツ帝国刑事訴訟法の中途半端な訴訟観念に反対し、かつ、弾劾主義に基づく被疑者・被告人の尋問を形成しようとした。

Meyer は、草案における「予審」に対して「被疑者・被告人の尋問」を引き合いに出して批判した。つまり、「草案は、予審判事に、被疑者・被告人を尋問する権限を無制限に与えている」。その際、検察官は立会いを許されているが、「弁護士は排除された（草案第153条）。予審判事は、計画的尋問によって直接または間接的に被疑者・被告人によって真実を探究することができる。このことは、「被疑者・被告人の尋問の目的を彼の正当化の機会および彼に対して主張されている嫌疑の根拠を排除する機会を与える点にみる草案第119条の規定と矛盾している」。法律は、むしろ、被疑者・被告人に対して現存する嫌疑の根拠を簡潔に提示することのみを考えているが、このことによって詳細かつ複雑な糾問は廃止されることはなく、かつ、「大抵の不慣れな被疑者・被告人は、この精神的な戦いにおいて、無防備に、およそ好意的に、熱心に錯誤陥れようと試み誘惑をする糾問官に対峙する」ことになると指摘した³⁴⁷⁾。

予審は、無実の者を危険にさらし、濫用の危険もある。被疑者・被告人を非公開の手続を行う官吏の裁量に任せることは、不相当であるという。

予審は、被疑者・被告人にとって不利になり、被疑者・被告人の保護とはならない。Meyer は、予審を危険視し、ドイツ帝国刑事訴訟法草案における予審制度を批判した³⁴⁸⁾。

Gneist は、糺問計画 (Inquisitionsplan) の原則および被疑者・被告人の特別尋問 (Specialverhör) の原則の変更を訴えた。ドイツ帝国刑事訴訟法草案理由書を作成した委員会は、糺問訴訟を存続させ、弾劾形式を援用するにとどまる。「確かに道徳上の真実義務は、一般的義務である。しかし、当局に真実を供述する義務は、法秩序と国家福祉がそれによって条件づけられる限りで、法的に限定された義務である。被疑者・被告人が有罪を自白するかどうか質問されるとき、被疑者・被告人は道徳的義務を履行するよう要求されるのであろうか。そのような一般的応訴は、対審的審理の不可欠の要件である。しかし、この義務が、力や策略によって強制的な義務に高められるならば、全く別物である。拷問を拒否する以上、糺問術も拒否しなければならない。なぜなら、曖昧に何度も繰り返される特別尋問によって被疑者・被告人を矛盾に巻きこもうと試みる手続、被疑者・被告人を、非難、訓戒、恥 (およびそれとの相互作用で何ヶ月もの未決勾留による孤独) によって自白させようと試みる手続は、裁判官の職務ではなく、かつ、司法国家にふさわしくないからである。それは、無条件に放棄されなければならない。秘密の予審は、長期にわたる手続において執拗な質問手続を続け、被疑者・被告人の知らないところで証拠を集め、弁証法的な優越と裁判官の職務権威を特別尋問のために利用している。このような秘密の予審は、かつての糺問と変化無く、根拠がない」。Gneist は「【歴史的に】世界中でその刑事手続における最上位原則に高められてきた『Nemo tenetur se accusare』原則は、道徳的に真で、議論の余地のない基礎に依拠する。それ【Nemo tenetur se accusare】に反する古い裁判所の慣習にあるすべての制約は、もはや通らない。そのような言い訳は、最終的に破棄されなければならない」と述べる³⁴⁹⁾。

また、Heinze は、被疑者・被告人の証拠資料としての性質を完全に排

除することを否定する。被疑者・被告人が公判において任意に行った自白は、犯罪行為に関する質問に対する価値ある回答と評価される。しかし、被疑者・被告人が起訴事実に対して無罪であると回答する、あるいは黙秘する場合、裁判官は、被疑者・被告人に対して真実を供述するよう要求してもよいのかと疑問を呈する。Heinze は、被疑者・被告人に法的供述義務を課することは立法上好ましくなく、実務上憂慮すべきであるという。なぜなら、供述を強制する方法を法律上欠いているからである。強制が激しければ激しいほどその結果たる供述は不確かなものとなり、さらなる苦痛に対する恐怖によって、被疑者・被告人から真実の供述あるいは虚偽の供述を齎しとることになりうる³⁵⁰⁾。

ただし、Heinze は、被疑者・被告人は虚偽の供述をする権利までは保障されていないという。虚偽は許されない防御手段であり、もし被疑者・被告人が真実を供述したくないのであれば、被疑者・被告人は「回答しない」という選択をするしかなく、黙秘は許される防御手段であるという。つまり、被疑者・被告人は、彼自身に向けられた質問に対して、彼が持っている情報を提供するよう義務づけられない。この被疑者・被告人の回答拒絶権は、個々の質問についてのみ認められる。被疑者・被告人が裁判官によってなされる全ての質問に対する回答を断固拒絶する権利までは認められないという³⁵¹⁾。

尋問の最初に被疑者・被告人に供述拒絶権を明確に知らせることは、被疑者・被告人の権限に合致しているだけでなく、裁判所の尊厳にも合致する。被疑者・被告人に対して提示された個々の質問へ回答することを拒絶する権限が付与されることをただ告げるだけでは不十分であるという。なぜなら、回答拒絶権の根拠と範囲を断片的にしか表現しておらず、被疑者・被告人の誤解を生むことになるからである。それゆえ、被疑者・被告人の回答拒絶は裁判所に嫌疑を抱かせることになり、弁護を困難にし、事件を長引かせることがありえると説明することが、被疑者・被告人の利益のために不可欠である。また、被疑者・被告人が犯した不法を素直に認め

ることが、それを沈黙によって隠すことよりも名誉あることであり、人間の尊厳に合致するということも説明するべきであるという³⁵²⁾。

しかし、Heinzeのような見解は少数派にとどまり、被疑者・被告人の尋問やその捜査機能に固執する見解が優勢であった³⁵³⁾。

4. ドイツ帝国刑事訴訟法制定後の解釈論

以下、1877年ドイツ帝国刑事訴訟法制定後から1908年草案に至るまでの、ドイツ帝国刑事訴訟法における被疑者・被告人の尋問および *Nemo tenetur* 原則の解釈を確認する。人間の人格を承認する原則によれば、何人も自身を告発するよう義務づけられず、かつ、何人も自身の意思に反して自身を道具として持ち出されるべきではない。真実探究手段は、各人の人格や尊重の範囲内にある必要がある。何人も、人間を意思をもたない物のように取り扱ったり、彼の意思に反してその内面を打ち明けさせる権限は付与されていない。この考え方はイギリス法に由来し、この原則がドイツ刑事訴訟に改革を起こした。イギリス法において、被疑者・被告人をまるめこみ被疑者・被告人を自身にとって不利益な証明のために利用することは意図されておらず、被疑者・被告人が尋問される時、その尋問の目的は、被疑者・被告人が自身を防禦することである。ドイツ帝国刑事訴訟法第136条は、このような考えに基づいていると理解された³⁵⁴⁾。

1877年ドイツ帝国刑事訴訟法は、被疑者・被告人を訴訟の主体として扱う。つまり、被疑者・被告人は、その人間の尊厳を尊重され、自由な意思決定を保障される訴訟当事者と解された³⁵⁵⁾。被疑者・被告人の自白は任意であるかぎり、重要な証拠方法であった³⁵⁶⁾。大抵、被疑者・被告人の供述が証拠手続の方向を決めた。それゆえ、被疑者・被告人の供述は、糾問手続と同様に弾劾訴訟においても訴訟において重要視された³⁵⁷⁾。被疑者・被告人の供述は、依然として大きな価値を有したが、被疑者・被告人の意思に反する供述を要求することはできなかつた³⁵⁸⁾。

第136条第1項と第2項は、被疑者・被告人の尋問の目的と方向づけを

規定しており、Nemo tenetur 原則は、第136条第2項【尋問の目的】に表れた。第136条の出発点は、何人も自身に対して提起された被疑事実についての意見を表明するよう義務づけられず、かつ、尋問で被疑者・被告人が供述する用意があるとき、被疑者・被告人の尋問は防禦であり、被疑者・被告人の有罪立証のための尋問であってはならないということであると説明された。この尋問の目的を達成するために、尋問が開始されるとすぐに、被疑者・被告人に、どのような犯罪行為が彼に負わされているかを知らせなければならなかった。実体的真実の確立を損なう可能性があることおよび被疑者・被告人の自白の獲得を目指すことは避けなければならない。なぜなら、ドイツ帝国刑事訴訟法は、糺問主義ではなく弾劾主義を採用し、「nemo se accusare tenetur」原則が妥当するからであると理解された。この原則を有効に機能させるために、被疑者・被告人は、彼が何か被疑事実について応答したいかどうか質問されなければならない。被疑者・被告人が尋問されたいかあるいは黙秘したいかどうかは被疑者・被告人自身の決定に委ねられなければならないとされた³⁵⁹⁾。

少なくとも、被疑者・被告人が自身の意思に反して自身の有罪立証に寄与するよう要求されるべきではないという原則ゆえに、すべての強制措置は自ずと廃されると考えられた³⁶⁰⁾。被疑者・被告人は、刑事手続において供述を義務づけられない。被疑者・被告人に対して真実を供述させるためのいかなる「強制」も許されない³⁶¹⁾。いわゆる不服従罰および虚言罰も採用していない³⁶²⁾。

ただし、ドイツ帝国刑事訴訟法が、被疑者・被告人の真実供述義務に関する明確な規定を置いていない点に注意を要する³⁶³⁾。

被疑者・被告人には、最初の尋問において、彼にとって有利な事実あるいは自己の責任を減輕しうる事実を十分主張する機会を与えられる³⁶⁴⁾。被疑者・被告人が被疑事実について何も返答したくないと明言するときも、尋問は打ち切られてはならず、被疑者・被告人に対して嫌疑の根拠を示さなければならない。なぜなら、尋問は被疑者・被告人に嫌疑の根拠を排除

する機会を与えるからである³⁶⁵⁾。

第136条第2項によると、裁判官は、被疑者・被告人にその嫌疑の根拠を提示しなければならない。これは、被疑者・被告人が第136条第1項のなかに示されている質問に対する言明を拒絶するときも行われなければならない。なぜなら、被疑者・被告人に嫌疑の根拠を提示することは、被疑者・被告人の決定に影響しうる上、被疑者・被告人を供述する気にさせる可能性があるからである。ただし、裁判官が必ず最初の尋問の際に被疑者・被告人に嫌疑の根拠全てを伝えなければならないとは理解すべきでない³⁶⁶⁾。

被疑者・被告人に被疑事実について意見を述べる用意がある場合、裁判官は、被疑者・被告人を詳細に尋問し、特に被疑者・被告人がどのような事実を認めているか、あるいは否認しているかを捜査しなければならない³⁶⁷⁾。被疑者・被告人が無実を主張する場合、被疑者・被告人が供述する準備があるならば、彼に、起訴事実に対して、事実に関する別の話を持ち出す機会を与えなければならない³⁶⁸⁾。

裁判官は、被疑者・被告人に必要であるように思われる質問を行う権限があり、かつ義務がある。このとき、被疑者・被告人は個別の質問に対する回答を拒絶してよい。

ところで、ドイツ帝国刑事訴訟法は、裁判官に、被疑者・被告人に対する約束・虚構・脅迫等の使用を明文で禁止する規定を置かなかった。これは、裁判官はもはや自白を行わせることを目指してはならず、これらの手段が禁じられているということは当然であると考えられたためであった。弾劾主義と矛盾するゆえに、裁判官は、もはや尋問術を用いてはならなかった。被疑者・被告人は、自身の意思に反して自身の有罪立証に寄与するよう要求されない。それゆえ、裁判官は、誘導的質問や被疑者・被告人にとって命取りになりかねないような質問を避けなければならない³⁶⁹⁾。

また、ドイツ帝国刑事訴訟法は、ザクセンやハンブルクの刑事訴訟法に規定されているような、裁判官による被疑者・被告人に対する真実の供述

の訓戒に関する規定を設けなかった³⁷⁰⁾。この点について、当初、この訓戒が排除されたわけではないと解する見解があった³⁷¹⁾が、被疑事実について意見を述べる被疑者・被告人に対しても、個別の質問への回答に関わる問題のかぎりですえも、裁判官が被疑者・被告人に対して真実を供述するよう訓戒は許されないと考えるに至っている³⁷²⁾。

ただし、裁判官が被疑者・被告人の供述の矛盾を指摘することは適切であると考えられた³⁷³⁾。しかし、これは、第136条の基本思考の無視につながったという。つまり、被疑者・被告人は、自身の言明で囲い込まれた。予審判事は、被疑者・被告人の防禦を目的とした尋問をめったに行わず、被疑者・被告人に対してますますその供述の矛盾を非難するようになった。裁判官は、被疑者・被告人に自ら防禦し、かつ、正当な防禦方法を選択するようよく言って聞かせる代わりに、ますます被疑者・被告人に罪を認めさせ、かつ、自白をさせるようになった。裁判官は、被疑者・被告人に対して弁証法的な武器によって圧倒するような特別な技術を用いた³⁷⁴⁾。

また、被疑者・被告人が回答を拒絶するとき、裁判官が被疑者・被告人に対して、ひょっとすると黙秘自体が被疑者・被告人にとって不利益となり、かつ、免責証拠の捜査や確認をすることができないということを指摘してもよいかという問題がある。この指摘が許されないという根拠はない³⁷⁵⁾。さらに、裁判官は、被疑者・被告人が供述を拒絶するとき、「被疑者・被告人が言明を拒絶することによって被疑者・被告人にとって不利な推論が引き出される可能性があり、防禦証拠に関しても不利になりうる」と被疑者・被告人に示すよう義務づけられているとみなさなれているとも考えられた。なぜなら、黙秘は被疑者・被告人によって不利益になり、裁判官は被疑者・被告人の利益を守らなければならないと考えられたからである³⁷⁶⁾。

なお、草案段階において、イギリス法と関連して、第136条第1項に「このとき彼【被疑者・被告人】の供述が公判において、彼にとって不利な証拠材料として利用されうるということを彼に告げなければならない」

という文言を加えることが提案されたが、認められなかった³⁷⁷⁾。なぜなら、真実を供述するという道徳的義務をも否定するような印象を与えることは避けるべきであり、かつ、被疑者・被告人が自らの発言によって不利益にならないよう供述を控えようとする気にさせないためであった。法律が、被疑者・被告人の黙秘を権利と認めても、黙秘それ自体によって被疑者・被告人が不利になる傾向があった³⁷⁸⁾。

しかし、後に、1908年刑事訴訟法改正における刑事訴訟改革委員会の一人となる裁判官である Kronecker は、ドイツ帝国刑事訴訟法第136条第1項が被疑者・被告人の供述義務を明文で否定しなかったことを批判し、被疑者・被告人が裁判官の面前に立つやいなや、被疑者・被告人の供述拒絶権および否認権を告知すべきであると述べた。被疑者・被告人は、被疑事実について何か返答したいかどうかを尋ねられるが、被疑者・被告人が言明を義務づけられているかどうかについて不明確である。糺問主義的尋問の支持者である Sundelin は、被疑者・被告人が否認する権利および回答を拒絶する権利を明文化することを認めない。しかし、被疑者・被告人に、供述拒絶権および否認権を、強制方法からの解放によって実際に認めるとき、被疑者・被告人が裁判官の面前に立つやいなや、これらの権利を被疑者・被告人に告知しなければならない、と Kronecker は指摘する。国家に対する個人の権利義務の明確性は、刑事訴訟において絶対的に必要である。現在の不明確さは、事実に反する否認をする権利や回答拒絶権について知っている常習犯にとって害になるのではなく、初犯の被疑者・被告人にとってのみ害になる。現在の状況が維持しがたいということは、被疑者・被告人が供述を義務づけられているかどうか尋ねるときすぐに示されるという。というのも、裁判官は、第136条のもとで、この点について被疑者・被告人に対して適切に回答することができないからである、と³⁷⁹⁾。

なお、ドイツ帝国刑事訴訟法第54条は、刑事訴追の虞を理由とする証言拒絶権について規定した。本条は、被疑者・被告人が自身にとって不利な供述を強制されえないという原則 (nemo se ipsum prodere) から導きだ

されていると理解された³⁸⁰⁾。その範囲について争いはあるが、一般的に、刑事訴追の危険の場合のみに限定され、懲戒処分や財産的不利益や恥等は本条の保護範囲に含まれないと解された³⁸¹⁾。

5. 小 括

一般的見解によると、1877年ドイツ帝国刑事訴訟法の制定によって、ドイツの刑事手続における Nemo tenetur 原則は確立された。

ドイツ帝国刑事訴訟法第136条は、その制定過程において、Nemo tenetur 原則を明確に表現する規定と位置づけられた。しかし、未だ Nemo tenetur 原則の意味内容は狭義のものであった。被疑者・被告人に対する真実義務は否定されず、被疑者・被告人に対する供述拒絶権の告知も明文化されなかった。Nemo tenetur 原則の残された課題は、1908年草案および1920年草案において解決を試みられることになる。

第4節 1908年草案および1920年草案

1. 1877年ドイツ帝国刑事訴訟法における黙秘権の空洞化

(1) ドイツ帝国刑事訴訟法は、公布・施行された1877年から厳しい批判にさらされた³⁸²⁾。つまり、ドイツ帝国刑事訴訟法は公判手続を弾劾化した³⁸³⁾が、糺問主義的な秘密主義・書面主義の予審を行い、公判審理は公判前の捜査書類・調書に依存し、公判前手続における被疑者・被告人と弁護人の地位を劣弱なままとしていた³⁸⁴⁾。それゆえ、Gneist は、「半弾劾主義、半口頭主義、半公開主義である」と批判した³⁸⁵⁾。

批判を受け、政府は、1908年9月1日、裁判所構成法草案および刑事訴訟法草案を公表した(以下、1908年草案とよぶ)。1908年草案は、予審を当事者公開にすることによって公判前手続を当事者主義の構造にしようとした³⁸⁶⁾。さらに、1920年1月、裁判所構成法改正草案および刑事訴訟法草案(以下、1920年草案とよぶ)が公表された。これは、予審を全廃し、全尋問を当事者公開とすることによって公判前手続を当事者主義の構造に

しようとするものであった。激しい議論が行われたが、いずれの取り組みも実現しなかった³⁸⁶⁾。

Nemo tenetur 原則は、尋問における被疑者・被告人の権利および地位の拡充に関する議論の中で扱われ、特に供述拒絶権の告知が提案された。これは、被疑者・被告人の権利をより実効的に保障する方向への発展の試みである。法律にはならなかったが、その議論の過程において、学説や立法議論が Nemo tenetur 原則をより詳細に理解しつつあり、同時にこれをより実効的に保障しようとする見解と特に実務家を中心に真実発見や犯罪解明のために制限しようとする見解の衝突も見られた。

本節では、1908年草案および1920年草案における Nemo tenetur 原則に関連する規定について、その内容や解釈を確認する³⁸⁷⁾。まず、1908年草案第109条(被疑者・被告人に対する尋問)を中心とした Nemo tenetur 原則に関する議論と、その帝国議会および第七委員会における検討の状況を概観する。続いて、1920年草案第35条をはじめとする被疑者・被告人の供述の自由をより実効的に保障しようとした諸規定を中心に、1920年草案における Nemo tenetur 原則をめぐる議論を見てゆく。そして、1908年草案および1920年草案が実現に至らなかった後、ナチス政権下に至るまでの被疑者・被告人の犯行後の態様の取扱いと Nemo tenetur 原則の議論を追うこととする。

(2) 1903年、帝国司法省は、21名からなる刑事訴訟改革委員会³⁸⁸⁾を設置し、刑事訴訟法の改正に着手した。政府は、これを刑事訴訟改革委員会に対して諮問を提示した。諮問は、「公判前手続は、特に被疑者・被告人の利益となるよう改正する必要があるか。例えば、公判前手続に対して、制限的公開主義および口頭主義を導入すべきか、特に関係者により広範に裁判所の行為への立会いを保障すべきか 対審的な捜査終結尋問を規定すべきか」という内容であった³⁸⁹⁾。委員会は1905年4月10日までに第二読会を終えた。ドイツ帝国司法省はこれをもとにさらに徹底的な討論を重ね、1908年9月1日に裁判所構成法および改正刑事訴訟法の草案を公表

した。

(3) 1908年草案の基本的姿勢は、 帝国刑事訴訟法の欠陥は個別的な改善によって除去することができる、 公判前手続の完全な再構成は、被疑者・被告人の利益にも真実発見にも役立たないという認識のうえに立つものであった³⁹⁰⁾。

予審制度は存置され、大規模な改革はなされなかった。予審の廃止は、被疑者・被告人の利益にならず、真実探求にも寄与しないとされた。検察官は、被疑者・被告人に対する免責的状況や負罪の状況を捜査すると同時に、訴追者としての役割を付与された。他方、予審判事は、被疑者・被告人に対して不利益を与えてはならず、公正かつ刑事訴追機関から独立していた³⁹¹⁾。

(4) 1908年草案理由書によると、当時、弁護人の活動は制限されていた。必要的弁護の場合でも、弁護人は予審終了後に初めて選任された。証拠調べに対する弁護人の関与も非常に限定的であった。弁護人に対する書類閲覧は例外的な場合のみ認められ、かつ、拘禁されている被疑者・被告人との接触は、下級裁判所の監視下で行われた。多くの弁護士は、十分な準備を行うことができないため、刑事事件における活動に対する反感を強めていた。弁護人は、被疑者・被告人に対する公判手続開始後にはじめて登場することがほとんどであった。

1908年草案の立法者は、このような状態を望ましくないと考えた。なぜなら、拘禁された被疑者・被告人は、予審手続において弁護人の援助を必要としており、かつ、適切な防禦が定着したときはじめて刑事司法の目的も促進されると考えたためである。

大抵の被告人は、起訴や嫌疑の根拠を起訴状によって初めて知ることができた。被告人に起訴状の内容を知らせない区裁判所管轄事件については、被告人は、公判で初めて自らの嫌疑を知ることとなった。しかし、このような方法では、訴追機関が行為や行為者についての十分な情報を獲得するとともに、被疑者・被告人が自身に対する嫌疑についての十分な情報を獲

得し、訴追機関と被疑者・被告人に対してさらなる解明のための機会を与え、さらに裁判所が自らの任務を果たすために最も適切な資料を示すといういずれの目的もが十分に達成することはできなかった。それゆえ、予審手続の改革が支持され、特に、裁判所による尋問調書と予審の完全な廃止が要求された³⁹²⁾。

(5) 1908年草案は、ドイツ帝国刑事訴訟法の基盤はそのままに、法律を拡充・修正しようと試みた。

まず第一に、被疑者・被告人に対する尋問が、被疑者・被告人の防禦の利益を考慮して詳細に規定された(第109条)。尋問は、予審開始後すぐに行われなければならない(第185条第2項、第191条)。さらに、予審手続における証拠提起の際、いわゆる当事者公開が認められる(第168条)。被疑者・被告人が重大な事件において準備不十分な状態のまま公判を開始されることを防ぐために、検察官あるいは予審判事に対し、被疑者・被告人に嫌疑の根拠をすべて口頭で告げる義務を課する(第202条、第191条第2項)。あまり重大でない事件については、被疑者・被告人の準備のために、起訴状の送達を行う(第213条第1項)。これらの規定によって、被疑者・被告人は、公判の開始前に、自身がかげられた嫌疑や事実について十分に知ることができ、かつ、公判開始前に捜査の結果を十分承知したうえで自身にとって有効と思われる証拠申請を行う機会を与えられることとなる³⁹³⁾。

1908年草案は、予審における弁護人の権利の保障も拡大した。立法者は、もし、弁護人による援助を受けていない被疑者・被告人が、いかなる協力もなしに自身で証拠を収集し、提出しなければならないとすれば、裁判における刑事訴追機関との戦いは不公平になると考えた。特に、不器用かつ貧しいゆえに弁護人を選任できず自ら適切な防禦を行うことができない被疑者・被告人にとって不公平となる。これは、防禦される被疑者・被告人と防禦されない被疑者・被告人という重大な差別を生じ、特に裕福な階層を優遇する結果になりうると考えられた³⁹⁴⁾。

それゆえ、草案は、必要的弁護の場合、弁護人を予審開始後すぐに選任することとした。被疑者・被告人は、手続のいかなる段階においても弁護人を選任することができる(第137条第1項)。被疑者・被告人の尋問の際、被疑者・被告人は、選任した優れた弁護人と相談することができる(第167条)。裁判官による証人・鑑定人尋問の際にも、弁護人は、立会いを許されなければならない、検察官も立会の権限を有することとした(第168条第1項)。ただし、弁護人は質問はできない。検察官・警察官による被疑者・被告人の尋問の際には、弁護人は立ち会うことができない。検察官は、弁護人に出席を拒絶されないうり、尋問や証拠提起に出席する権利を有する(第167条第2項、第168条第1項第2文)。弁護人には書類を閲覧する権利を認められる。ただし予審の目的が危険にさらされる場合には、弁護人は、予審手続における個々の書面の閲覧を拒絶されうる。さらに、拘禁された被疑者・被告人と弁護人との口頭の交通は、原則的にあらゆる監視から解放される。書面による交通も一部を除き制限されない(第148条)。弁護人と被疑者・被告人との間の手紙の内容を、手紙を押収することによって知ることがあってはならないとされた(第95条第2項)³⁹⁵⁾。

2. 1908年草案第109条(被疑者・被告人の尋問)をめぐる議論

1908年草案における「予審における被疑者・被告人の地位」に関する規定のうち、特に、ドイツ帝国刑事訴訟法第136条を改正した1908年草案第109条について詳しく見ていくことにする。

1908年草案第109条

嫌疑をかけられた者が被疑者・被告人(Beschuldigten)として裁判官の面前で尋問されるとき、嫌疑をかけられている行為および適用される罰条が、被疑者・被告人に伝えられなければならない。後の尋問の際に、法的観点を変更するときは、被疑者・被告人にこれを告知しなければならない。被疑者・被告人の最初の尋問の際、さらに、被疑者・被告人の人的な諸事情の解明にも留意しなければならない。

尋問は、被疑者・被告人に、彼に対して提示されている嫌疑の根拠を排除し、かつ、彼にとって有利な事実を主張する機会を与えるものとする。

被疑者・被告人は、彼に不利益な事実を告げられ、かつ、彼が被疑事実について何か応答したいかどうかを問われなければならない。被疑者・被告人がこれについて準備ができており、被疑者・被告人はそれに関して答えさせられる。被疑者・被告人が彼にとって有利な事実を主張するとき、被疑者・被告人はその証拠資料を提示するよう要求される。

調書の中に、どの程度被疑者・被告人が彼に対してかけられた嫌疑の事実を認めているか、あるいは否認したか、被疑者・被告人がどのような事実を彼の免責のために主張したか、かつ、被疑者・被告人がどのような証拠資料を示したかを挙げなければならない。

被疑者・被告人の尋問についての諸規定は、ドイツ帝国刑事訴訟法第136条と同様に、裁判官によって行われる尋問についてのみ直接適用される。検察官、警察官あるいは秘密情報機関による被疑者・被告人の尋問の場合（第162条第2項）についても、第109条を考慮に入れなければならないとされた。

第109条は、ドイツ帝国刑事訴訟法第136条よりも明確に Nemo tenetur 原則を表現しようとした。特に、被疑者・被告人の尋問の際、裁判官に、被疑者・被告人に対してそのつどの事実状況および法的状況について告げる義務、特に被疑者・被告人が負わされている状況を告げる義務を課した点が重要である。

第109条第3項第2文によると、被疑者・被告人が供述する準備ができているときにかぎり、証人あるいは鑑定人と同様の方法で（第50条第1項、第70条第1項）被疑者・被告人はそれに関して答えさせられる。本条は、裁判官が、裁判官にとって重要であると思われる個々の質問しか行わないというこれまでに時々みられた手続を改め、被疑者・被告人にとって重要なすべての点について詳述させる機会を与えるために設けられた。

被疑者・被告人が自身に有利な事実を主張する場合、被疑者・被告人は、裁判官に証拠資料を示すよう求められる。さらに、第109条第4項は、ドイツ帝国刑事訴訟法に規定されていなかった部分を補うものであった³⁹⁶）。

1909年、1908年草案は、政府提案として帝国議会に提出され、帝国議会

および第七委員会において検討された。帝国議会に提出された第109条は、第1項の「後の尋問の際に」という文言を削除されたものであった。

帝国議会第七委員会第一読会は、第109条に対する計14の提案について審議した³⁹⁷⁾。本稿に関しては、特に、第1項に関する提案1および第3項に関する提案4が重要である。

まず、草案第109条第1項の「裁判官の面前で」という文言を削除することが提案された(提案1)。裁判官による尋問だけでなく、警察官および検察官による尋問についても第109条の保障を拡大すべきである、というのが提案理由であった。しかし、これに対して、警察官および検察官による尋問は、場所や立場など調書化されない表面的情報を獲得するために行われ、警察官や検察官は、できるかぎり迅速に介入し、資料収集を行わなければならない。警察官および検察官による尋問への第109条の適用は、「のろまな形式的規定」によってその活動を損うことになる、という反論がなされた。政府代表は、第109条第1項は、「裁判官による尋問」にのみ直接関係する条項であるとして、提案1を認めなかった。

さらに、提案4は、第109条第3項第1文「告げる」の後に「被疑事実に関して何も応答しないという権利について告知されなければならない」という文言を挿入することを提案した。「尋問において黙秘するという被疑者・被告人の権利は非常に重要である。それゆえ、被疑者・被告人にそれについてはっきり知らせないままにしていることは許されない」という理由づけがなされた。しかし、この提案に対して、「被疑者・被告人に供述を強制できず、かつ、被疑者・被告人は回答を拒否できるということは自明の理である。黙秘したい被疑者・被告人は誰もが何も話さないであろう。被疑者・被告人に供述を拒絶する権利を特別に告知することは憂慮すべきである。しばしば被疑者・被告人は告知の意味を理解せず、抗弁によって混乱させられ、さらに当初の意図に反して供述を拒絶するだろう」という反論がなされた。

この提案に対し、政府代表は、「被疑者・被告人は被疑事実について何

も応答する必要はないということを被疑者・被告人にはっきりと告知することは望ましくない。被疑者・被告人にこの権利が与えられていることは、被疑者・被告人が被疑事実について何か応答したいかどうか、という被疑者・被告人に向けられた質問から読み取ることができる。被疑者・被告人がこの権利を利用することは、司法の利益にもならず、被疑者・被告人の利益にもならない」と述べた。その結果、提案4は、第一読会において認められなかった³⁹⁸⁾。

さらに、被疑者・被告人の弁護士選任権および弁護人の援助を受ける権利についての告知義務も提案されたが(提案6と7)、被疑者・被告人はこれらの権利について当然知っていることを理由に反対され、草案には盛り込まれなかった³⁹⁹⁾。

以上の議論を経て、第4項が「被疑者・被告人が公判外で尋問されるとき、調書の中に、どの程度被疑者・被告人が彼に対してかけられた嫌疑の事実を認めたか、あるいは否認したか、被疑者・被告人がどのような事実を彼の免責のために主張したか、かつ、被疑者・被告人がどのような証拠資料を示したかを挙げなければならない。裁判官によらない調書の内容への関連づけは、できるかぎり避けなければならない。」という文言に修正された。

帝国議会第七委員会第二読会において、新たに提案15として、第一読会における提案4と同内容の提案がなされた。しかし、この提案15は認められなかった⁴⁰⁰⁾。第二読会の結果、第109条第1項が「被疑者が裁判官の面前で尋問される時」という文言に修正された。

学説は、この1908年草案について賛否両論あった。

まず、v. Lisztによると、予審手続によって被疑者・被告人の防御が危うくなるという懸念は、不要である。なぜなら、1908年草案によれば、被疑者・被告人の最初の尋問の際に、被疑者・被告人は、裁判所による尋問の際と同様に(ドイツ帝国刑事訴訟法第136条)検察官によっても、どのような可罰的行為が彼に負わされているかを告げられ、被疑者・被告人が

何か被疑事実について応答したいかどうかを尋ねられ、被疑者・被告人に対して提示された嫌疑根拠を排除する機会および彼にとって有利な事実を主張する機会を与えなければならないからである⁴⁰¹⁾。

Hippel は、1908年草案が、「被疑者・被告人」の取扱いを改善していると評価する。第109条は、裁判所による尋問について、ドイツ帝国刑事訴訟法より根本的に規定しており、被疑者・被告人にとって有利な事実および証拠資料の十分な主張が保障されている。しかし、ドイツ帝国刑事訴訟法第136条が定める「被疑者・被告人が被疑事実について何か応答したいかどうか」という質問を、被疑者・被告人に対する供述拒絶権の告知なしに行うことを憂慮する。さらに、草案理由書が、第109条の原則が「検察官あるいは警察官および秘密情報機関による被疑者・被告人の尋問の際にも考慮しなければならない」と述べているにもかかわらず、これを明文化していないことを批判する。Hippel は、これを明文で規定しなければ、特に警察の尋問の際の草案第109条の原則の保障は、単なる希望に終わってしまうと述べた⁴⁰²⁾。

つまり、v. Liszt および Hippel は、「被疑者・被告人の尋問」に関する保障を、裁判官による尋問だけでなく、さらに前段階である検察官、警察官、秘密情報機関による尋問の際にも及ぼすことによって、予審手続における被疑者・被告人の防禦を十分なものにしようと考えた。さらに、Hippel は、被疑者・被告人の自由な供述のためには、供述拒絶権の告知が必要であると主張した。

v. Lilienthal は、草案第109条第3項が、被疑者・被告人が自身にとって有利な事実を主張し証拠資料を提示することができると規定している点を「現行法に対して著しい進歩」と評価した。ただし、被疑者・被告人は自身の免責的資料をすべて提出する機会が公判で与えられるが、実際にはすべて取り調べられるわけではなく、裁判官が重要と考える証拠のみが取り調べられるにすぎないということに注意しなければならないという⁴⁰³⁾。

1908年草案は、1909年に帝国議会に提出され、本会議ならびに第七委員

会において詳細な討論を経たが中断した。その理由ははまず刑法改正を行い、その後刑事訴訟法改正の作業を行うべきであるとされたからである⁴⁰⁴⁾。1908年草案は挫折したが、ここでなされた議論内容は、後の1920年草案および1964年刑事訴訟法改正に影響を及ぼした。

3. 1920年草案第35条(被疑者・被告人の尋問)をめぐる議論

(1) 1920年草案の立法過程と背景

刑法改正が手続法たる刑事訴訟法改正に先行すべきであるという意見の中、第一次世界大戦が勃発し、ドイツにおける刑事訴訟法の改正作業は一時中止された。

1918年、第一次世界大戦は終結し、再び改正運動が巻き起こった。つまり、1918年11月に至り、労働者・兵士を中心とする革命がドイツの所々で起こり、同年11月9日には帝政が崩壊し、ワイマール共和国が成立した。このような革命的な情勢の中で刑事訴訟法および裁判所構成法ができるだけ迅速に改正されねばならないという動きが生じた⁴⁰⁵⁾。社会的民主主義は、素人裁判所の導入、刑事訴訟の糾問的要素の払拭および純粹当事者訴訟ないし武器平等の原則に沿った手続全体の改革要求をできるだけ迅速に遂行することを重要視した⁴⁰⁶⁾。

1918年11月、ベルリンの刑事弁護士の中から刑事法協会(Strafrechtliche Vereinigung)が結成された。ほぼ同時期である1918年12月、第一次世界大戦前から刑事訴訟法改正に最も活発な動きを見せていた国際犯罪学協会(Internationale Kriminalistische Vereinigung; I・K・V)が、刑事訴訟法改正のための委員会設置を決議した。両者とも、「現行法」の基盤に立って刑事訴訟法改正の準備を行っていたという点で一致していた。

1919年1月19日、国民議会選挙が行われ、同年2月6日に国民議会がワイマールに召集された。国民議会は、同年2月10日、憲法が制定されるまでの暫定的措置として「暫定的国権に関する法律」(Gesetz über die vorläufige Reichgewalt)を制定した。政府は、この法律に基づき国民議会

を通じて刑事訴訟法改正を早急に実現しようとした。

新しい国家体制が整備される中、政府は、Goldschmidt に委嘱して草案の作成を急いだ。同年 4 月 10 日、ベルリン弁護士協会の会議が開かれ、Goldschmidt は、「政治的改革が刑事訴訟法改正を要求していること」と「糺問的残骸の除去が主要な任務であること」を指摘した。

1920 年 1 月、裁判所構成法改正草案および刑事訴訟法草案 (Entwurf eines Gesetzes über dem Rechtsgang in Strafsachen von 1919)⁴⁰⁷⁾ および理由書が公表された⁴⁰⁸⁾。

1920 年草案は、「大胆な構想」⁴⁰⁹⁾ とよばれ、「1908 年草案よりも徹底かつ根本的な改正」⁴¹⁰⁾ を示した。予審と公判開始決定の廃止、被疑者・被告人と弁護人の権利の拡大などの改革が盛り込まれた⁴¹¹⁾。

活発な議論がなされたが、多くはこの草案に批判的であった。その結果、政府は国民議会を通じてこの草案の成立をはかることを断念し、1920 年草案は挫折した。1920 年草案に対する批判者は、1908 年草案に反対する理由とは逆に、1920 年草案が被疑者・被告人および弁護人に対してあまりに権限を付与し過ぎていると主張した。また、Krattinger は、1920 年草案が挫折した原因を「政治的混乱・経済的困窮、一般的不安定さとそれによって異常なほど増加した犯罪」の時代に議論された点にみている⁴¹²⁾。すなわち、手続の非常に包括的な改革は、急激に増加する犯罪に対する刑事訴訟追機関の闘争を不可能にするという懸念と、職権主義こそが真実発見への道だと確信するドイツの司法官の抵抗の前に挫折したとみるべきであるという⁴¹³⁾。

(2) 1920 年草案の内容

() 起草者たる Goldschmidt は、Gneist の言葉を引用しつつ、現刑事訴訟法の中に残る糺問主義的要素を「刑事訴訟法にこびりついている糺問的残骸」と批判した⁴¹⁴⁾。特に、書面・秘密・糺問的な予審、公判前の結果の公判審理への影響化、公判審理自体の糺問的構成の三点を批

判した。草案は、予審を廃止し⁴¹⁵⁾、全尋問を当事者公開とすることによって公判前手続を当事者主義的構造に改革し、公判審理における公判前の記録および調書の朗読可能性を原則として排除しようとした。

1920年草案では、被疑者・被告人は、捜査手続で検察官に尋問される(第190条第1項)。そして、草案は、捜査を訴追側の一方的準備行為とみながら、公判前の手続における被疑者・被告人・弁護人の権利の拡大を必要なものと考えている。すなわち、被疑者・被告人の尋問に際して供述の自由が告知され、尋問は被疑者・被告人に嫌疑の根拠を除去し自己に有利な事実を主張する機会を与えるべきとする(第35条第2項)。検察官による被疑者・被告人の尋問に、弁護人は立会い、かつ、質問する権利を有し、これを拒否することは絶対にできない(第171条第1項)。これは、国際犯罪学協会と異なり、事前手続が必然的にある程度の期間にわたると考え、また公判での武器平等を実質的なものとするため被疑者・被告人・弁護人側の準備の必要性を認識したからであるという。

捜査手続中に作成された書類が公判審理でどのように扱われるかにつき、1920年草案第171条、第190条および第236条が、被疑者・被告人の尋問に関して規定する。草案は、公判を公判前手続から独立させようとし、書類に基づく被疑者・被告人の糾問的尋問を廃し、書類の朗読可能性を大幅に制限した。被疑者・被告人は、裁判長によって公訴に関して尋問される(第233条第3項)。陪席判事、参審員および陪審員が質問することも許される。弁護人にも質問権がある(第171条第1項)。被疑者・被告人が尋問に際して「公訴提起に係るような事実」を供述した場合、検察官は区判事に、それについて被疑者・被告人を尋問するよう求めることができる。区裁判所裁判官は被疑者・被告人の「明瞭な同意」があって初めて尋問できる(第190条第2項)。

被疑者・被告人が供述を拒絶するとき、以前の供述調書(裁判官調書を含む)は朗読されず、また以前の供述について尋問者を証人として尋問することもできない(第236条第1項)。以前の供述と矛盾する場合と、以前

の供述を争う場合には、以前の供述で弾劾 (被疑者・被告人に対する提示) することはできる (第236条第2項)。ただ、検察官の請求により区裁判所判事が尋問した場合 この場合裁判官は被疑者・被告人が明示的に尋問に同意したときのみ尋問できる (第190条第2項) には、その尋問調書は、供述拒絶の場合を除いて、これを朗読することができる (第236条第2項)⁴¹⁶⁾。

次に、特に1920年草案に現れた Nemo tenetur 原則を詳細に確認することとする。

() 1920年草案第35条および第233条は、以下のように起草された。

第一編 総則

第三章 当事者 (Beteiligte)

第35条

被疑者・被告人 (Beschuldigte) が尋問される場合、被疑者・被告人に、どのような行為の責任が負わされているか、および、どのような刑罰規定が適用されるかが知らされなければならない。法的観点が変更される場合、被疑者・被告人はその旨を告知されなければならない。最初の尋問の際から、被疑者・被告人の人的な諸事項の調査 (Ermittlung) に留意しなければならない。

尋問は、被疑者・被告人に、嫌疑の根拠を排除し、かつ、被疑者・被告人に有利な証拠となる事実を主張する機会を与えるものとする。被疑者・被告人は、供述を義務づけられない。被疑者・被告人は、尋問ごとに、これらの規定を告知されなければならない。

被疑者・被告人に供述する用意があるならば、被疑者・被告人はその関連で供述するよう指示される。被疑者・被告人が、被疑者・被告人に有利な証拠になる事実を主張する場合、被疑者・被告人がまだそれを行っていないかぎり、証拠方法を示すよう要求される。

被疑者・被告人が公判外で尋問される場合、被疑者・被告人は、尋問の前に、被疑者・被告人に負わされている事情を告げられなければならない。この尋問について文書が記録される場合、どの程度被疑者・被告人が、被疑者・被告人に負わされた事情を認め、あるいは反論したか、および、被疑者・被告人がどのような事実を被疑者・被告人の免責のために主張したか、および、被疑者・被告人がどのような証拠方法を示したか、が挙げられなければならない。

第二編 判決までの手続

第二章 捜査手続

第233条

審理は、事実(Sache)を読み上げることにより開始する。裁判長は、被疑者・被告人および弁護人が出席しているかどうか、および、証拠方法が提出されているかどうか、特に召喚されているか、あるいは当事者が用意した証人および鑑定人が出席しているかどうかを確認する。

証人は法廷(Sitzungszimmer)を退室する。裁判長は、被疑者・被告人に人的な諸事情を尋問する。検察官は、起訴状を読み上げる。

これに続いて、裁判長は、被疑者・被告人に公訴事実(Anklage)について尋ね、証拠調べおよび当事者の最終弁論がそれに続く。

審理は、判決の言渡して終わる。

Nemo tenetur 原則は、いわゆる「改革された刑事訴訟」において承認され、1877年ドイツ帝国刑事訴訟法第136条に現れた⁴¹⁷⁾。しかしながら、ドイツ帝国刑事訴訟法は、被疑者・被告人に対して供述拒絶権や黙秘権を告知する義務を裁判官、検察官、警察官に課さなかった。さらに、第136条は、警察官による尋問や検察官による尋問には適用されなかった⁴¹⁸⁾。

そこで、1920年草案は、公判前手続における被疑者・被告人の糾問的尋問を放棄し⁴¹⁹⁾、公判と予審の分離および被疑者・被告人の当事者としての権利の拡張という、より強化された弾劾的形式を意図した⁴²⁰⁾。ドイツ帝国刑事訴訟法における「黙秘権の空洞化」⁴²¹⁾に対処するため、1920年草案第35条は明文で被疑者・被告人に供述を義務づけられない旨を告知することとした⁴²²⁾。第35条は、黙秘権を明文化したといわれる。被疑者・被告人の黙秘権を拡大することによって、糾問的手続の根幹を断ち切るうとした⁴²³⁾。

1920年草案理由書によると「第三章 当事者」という章は、1920年草案において新たに創設された。被疑者・被告人の尋問に関する第35条は、ドイツ帝国刑事訴訟法第136条と異なり、一般的に、裁判官による尋問だけでなく、検察官による尋問あるいは検察官の委託によって行われる尋問にも適用される。第35条第1項は、委員会決定第109条第1項を範としてい

る。第35条第2項第2文は、何人も自身で自身に対して提起された非難を明らかにするよう義務づけられない、というすでにドイツ帝国刑事訴訟法で採用されていた原則を明文化したものである。第35条第3項は、被疑者・被告人が供述する用意がある場合、被疑者・被告人に、自身の利益となるような関連説明をさせることおよび証拠方法を示させることを規定する。第35条第4項は、被疑者・被告人に負わされた事情は調書に基づいて非難されてはならないという公判における被疑者・被告人の尋問に対する規定（第236条第2項第2文）と異なり、このような事情の告知を規定する⁴²⁴。

また、草案理由書は、「公判」に関する説明において、「草案は、調書に基づく被疑者・被告人の糺問の尋問を排除している」と述べている。それゆえ、1920年草案第35条第2項および第233条第3項により、被疑者・被告人は、公判において、さらに公判外での被疑者・被告人の尋問の際も、被疑者・被告人の尋問が、嫌疑の根拠の排除の機会および被疑者・被告人にとって有利な証拠になる事実を主張する機会を与えるという目的を有するのみであり、かつ被疑者・被告人は供述を義務づけられない、ということをはっきりと告知されなければならない⁴²⁵。

() 次に、1920年草案第236条および第190条は、以下のように規定された。

第二編 判決までの手続

第五章 公判

第236条

被疑者・被告人が起訴事実についての尋問の際に、供述を拒絶する場合、以前の尋問調書は読み上げられてはならず、調書にとられた供述に関して証人を尋問してはならない。

被疑者・被告人が、その尋問の際に、以前の尋問で認めた事実を否認する場合、あるいはかつての供述と矛盾する他の反論をなす場合、被疑者・被告人に対して、以前の供述を提示することができる。その他の場合には、被疑者・被告人に負わされている事情を調書に基づいて非難してはならない。以前の被疑者・被告人の尋問調書を読み上げること、あるいは調書に記載された供述について証人を尋問することも許されない。以前の供述の内容の確認が必要であり、かつ尋問の際に法律上の規定が遵守さ

れる場合、このことは第190条第2項に従って行われた尋問には妥当しない。

第二編 判決までの手続

第二章 捜査手続

第190条

一般捜査官(angestellten Ermittlungen)が、間接的に手続を中止する場合、検察官は被疑者・被告人(Beschuldigten)を尋問しなければならない。

被疑者・被告人が尋問の際に公訴提起を左右する事実を述べる場合、検察官は区裁判所裁判官の面前で被疑者・被告人をそれについて尋問するよう請求することができる。被疑者・被告人が区裁判所裁判官に尋問を受けることに対する同意をはっきりと表明した後初めて、区裁判所裁判官はその被疑者・被告人を尋問することができる。

被疑者・被告人が公判において供述を拒絶する場合、以前に被疑者・被告人が行った供述調書はその利用を禁じられる(第236条第1項)。その他、被疑者・被告人がはっきりと同意した、すなわち被疑者・被告人が自身の行動の効果を認識していたかぎり、裁判官による尋問における供述のみが有効とされた(第190条第2項第2文、第236条第2項第3文)。これらの規定は、黙秘権の論理的帰結とみなされた。なぜなら、完全に自由な供述のみが証拠とされなければならないからである⁴²⁶⁾。

草案理由書によると、草案は、調書に基づく被疑者・被告人の糾問的尋問を排除した。それゆえ、第236条第2項第2文により、被疑者・被告人に供述する準備がある旨を明らかにする場合、被疑者・被告人は、自身に負わされた事情を調書に基づいて非難されない。

さらに、第246条ないし第248条によると、公判前手続の調書の朗読は、裁判官による検証および公判への出席が不可能あるいは特に困難である者の裁判官による尋問に限定される。その他、第236条第1項、第2項第3文、第241条第1項、第2項、第245条によると、被疑者・被告人、証人あるいは鑑定人の以前の供述についての記録を朗読すること、あるいは記録された供述について証人を尋問することが禁止されている。これらの禁止につき、1920年草案は、第236条第2項第3文に定める例外のみを認めている。被疑者・被告人が、捜査手続において、明白な同意のもと区裁判

所裁判官によって尋問される場合 (第190条第 2 項) , それについて記録された文書は証拠の対象とされてもよい。被疑者・被告人に対しては、無制限に、第35条第 2 項による供述拒絶権を保障しなければならないため、第236条は、被疑者・被告人が公判で供述する準備がある場合にものみ被疑者・被告人が以前に行った供述を利用しようと定めた⁴²⁷⁾。

(3) 1920年草案をめぐる議論

1920年草案は多くの点において批判されたが、第35条に関しては特に批判はみられなかった。

例えば、Wach は、「被疑者・被告人は供述を義務づけられない」という既に現行法を支配する原則が、第35条第 2 項および第233条第 3 項に表現された。すべての尋問に先立って、被疑者・被告人は、これを告知されなければならない。被疑者・被告人に供述する準備があることは望ましく、防禦にとっても必要である。自白は、依然として証拠の冠 (corona probationum) であると述べた⁴²⁸⁾。

また、Hippel は、ドイツ帝国刑事訴訟法第136条が、すべての尋問に対してではなく裁判所による尋問についてしか適用されず、かつ、「彼が被疑事実について何か返答したいかどうか」という曖昧な質問が被疑者・被告人に対する供述拒絶権の告知義務なしに行われる点を欠陥と呼んだ。これに対し1920年草案は、現在の被疑者・被告人の裁判所による尋問に関する不十分な規定 (ドイツ帝国刑事訴訟法第136条) を「より良かつより根本的に」被疑者・被告人の利益や免責の材料の十分な行使の利益になるよう規定している。1920年草案は、かつて Hippel が指摘した欠陥を是正しており、一定の評価に値する。

しかし、「被疑者・被告人の尋問の重要な目的は、免責のみであるかのような印象を与えるが、これは正しくない。被疑者・被告人が供述したいか否かは、被疑者・被告人の事情である。被疑者・被告人が供述するとき、被疑者・被告人の尋問は、刑事訴訟の目的である真実探究、つまり免責的

事情と同時に負罪的事情の捜査にも用いられる。このことが言葉に表現されなければならない」という⁴²⁹⁾。

他方、被疑者・被告人が公判において供述拒絶する場合、以前に行った被疑者・被告人の応訴記録を朗読も利用もしてはならないという第236条第1項は、激しく批判された。批判者らは、自白獲得や刑事訴追が麻痺することを恐れた⁴³⁰⁾。

Hippel は、「これは被疑者・被告人が任意に前の手続で供述した後に、後にその供述を利用した有罪立証を無に帰せしめるという特権を被疑者・被告人に与えるか」という問題であるという。Hippel は、「このような特権は、全く根拠はないと考える。なぜなら、草案のこの点の改正は全くの誤りであると考えからである。この改正は、実際、ずるがしこい犯罪者に、彼が以前に行った供述を公判で拒絶するということを促すことになる」と指摘し、第236条に反対した⁴³¹⁾。

Wach は、第236条の内容は、「供述拒絶権から導き出されない」と述べ、さらに、第236条を「悪者連中の特権および義務による真実探究の放棄」と強く批判した。また、「被疑者・被告人が供述を開始した後に黙秘あるいは供述拒絶したような場合、第236条は不明確である。被疑者・被告人が以前に行った供述は、被疑者・被告人にとって有利な事実を解明し、被疑者・被告人の嫌疑を排除するために適切である。被疑者・被告人が、自身の無罪を意識し、または例えば回答することによって自らの尊厳が傷つくというような理由に基づいて発言を完全に拒絶する場合はどうなるのだろうか」と疑問を投げかけた⁴³²⁾。

Koffka は、1920年1月20日、国際犯罪学協会において、草案第236条につき、被疑者・被告人が公判において初めて供述拒絶権を行使するとき、被疑者・被告人に対して彼に負わされている状況や裁判所における自白それ自体を責めることを禁じていることについて、過剰であると批判した⁴³³⁾。

1920年1月、ベルリン弁護士協会においても、草案第236条は批判にさ

らされた。まず、検察官であった Plaschke が、次のように批判した。被疑者・被告人が、検察官の面前で自白を行った後に、草案第190条第2項によりその同意のもと裁判官によって尋問されたとする。その際、被告人席に着いた被告人が「皆さん、私は皆さんの努力に感謝します。しかし、私は、いかなる供述も拒絶し、かつ、私は無罪判決を求めます」と述べたとする。このとき、もはや自白を引き出すことができず、自白を顧慮したうえでの調査も不可能である。この結果被告人に対して無罪判決がなされたとすれば、それは「法と正義の面目をつぶす一撃」になる。新聞報道において、国民は、自白した殺人犯が無罪放免になりうるということを知った。検察官は、多くの自白事件について、自白を提示しないかのように取調べを行わなければならない。これによって取調べは遅延し、無駄な費用や労力が浪費されることになる⁴³⁴⁾。

Weigert も、Plaschke に賛同した。Weigert は、Schmidt の言葉を引用しつつ「我々はあらゆる手段によって戦うべき犯罪者らとの闘争」に立ち向かうことを明確にしなければならない。第236条は、裁判官から、否認する被疑者・被告人に対する有罪立証にとって最も確かな方法である「裁判官の面前での自白」を被疑者・被告人に対して用いる可能性を奪うことになる⁴³⁵⁾と述べた。

Klee は、第236条は「刑事訴追の利益に対して行き過ぎであり、かつ、一部手続の激しい遅延」を招き被疑者・被告人の保護を失することになると批判した。「当事者訴訟という型紙が非現実的方法で利用される」ことになり、第236条は、実体的真実の探究の妨げとなり重大な結果を招くと危惧した⁴³⁶⁾。

Alsberg も、第236条は、手続の不誠実さを導くことになると批判した。さらに、第236条は、「裁判所と弁護人との間の予測できない争いの源」になりうると疑念を述べた。なぜなら、第236条を遵守し被疑者・被告人の権利を考慮することが弁護人の義務であるからである⁴³⁷⁾。

さらに、Schultz は、第236条を「真の怪物」と激しく批判した。「もち

ろん被疑者・被告人は、供述を強制されてはならない。しかし、被疑者・被告人の供述拒否に優先権を与えるべきではない。なぜなら、弁護人が被疑者・被告人に黙秘させることになるからである。「被疑者・被告人を証言拒絶権者と同列に置く草案理由書の見解は、基本的に逆である。被疑者・被告人が以前に行った供述の使用を禁止してはならない。そうでなければ被疑者・被告人が黙秘するとき、彼の以前の供述を知ることができない。もし被疑者・被告人が、以前に行った自身の供述が誤りであると思っているならば、決して沈黙はしないだろう」と述べた⁴³⁸⁾。

激しい批判にさらされた1920年草案の起草者である Goldschmidt は、1920年4月10日ベルリン法律家協会において、「刑事訴訟草案の批評者」と題する講演を行い、草案批判に対して再度草案の説明を行うとともに反駁した。

まず、1920年草案は、弾劾主義、口頭主義および直接主義の手續の帰結として、特に公判における被疑者・被告人の法的地位を強化したものである。実際、1920年草案は、現行法たる1877年ドイツ帝国刑事訴訟法を徹底的に「強化」したにすぎないという⁴³⁹⁾。

被疑者・被告人に対する黙秘権の告知について Goldschmidt は、次のように述べた。ドイツ帝国刑事訴訟法は、被疑者・被告人を証拠資料ととらえ真実を供述するよう義務づける糺問主義訴訟を完全に離れ、弾劾訴訟を基礎としている。弾劾訴訟は、被疑者・被告人の尋問を「法的聴聞の許可」としか考えない。ドイツ帝国刑事訴訟法は、被疑者・被告人に真実を供述する旨の裁判官による訓戒および被疑者・被告人から真実の供述を獲得する目的で裁判官が用いることができる手段に関する規定を設けなかった。しかし、ドイツ帝国刑事訴訟法の制定過程において Herz 委員が述べた「消極的姿勢の刑事訴訟法では、糺問になじんだ裁判官が糺問を放棄するには不十分である」という危惧が現実化した。被疑者・被告人は、道徳上供述義務を課されていない一方、弁護士が被疑者・被告人に供述を拒絶するよう助言する場合、実務上、その弁護士は懲戒裁判において刑罰を科

されると考えられた⁴⁴⁰⁾。

被疑者・被告人が法律上も道徳上も供述拒絶権を保障されるというのであれば、イギリスにおける告知制度、ブラウンシュヴァイク刑事訴訟法第43条による告知のように、被疑者・被告人に対してその権利を告知すべきである。これは、既にドイツ帝国刑事訴訟法制定過程における議論にもあらわれていたところである。尋問の目的についての告知は、必要でありかつ全く危惧する必要はない。

さらに、Goldschmidt は、第236条に対する批判に対して反駁する。つまり、Schultz や Hippel による反論は過剰であるという。なぜなら、この反論は、草案によって新たに取り上げられた被疑者・被告人に対する尋問の目的の告知に対する批判ではなく、すでに現行法 (1877年ドイツ帝国刑事訴訟法) に存在する尋問の目的を規定した条文自体に対する批判であるからである。Schultz も Hippel も、目的と効果を混同しているという⁴⁴¹⁾。

裁判官のもとで行う供述の効果を被疑者・被告人に告知することは、被疑者・被告人の「明白な同意」に等しいという。ドイツ帝国刑事訴訟法および1920年草案によると、裁判官による被疑者・被告人尋問の目的は、被疑者・被告人に対する免責の機会の付与であるが、場合によっては被疑者・被告人にとって負罪となりうることもある。また、裁判官の面前における供述は、証拠能力を有する。それゆえ、裁判官は、被疑者・被告人を「わなにかける」のではなく、被疑者・被告人に裁判官の面前で行う供述の効果を告知しなければならない⁴⁴²⁾。

(4) 1920年草案挫折後の Nemo tenetur 原則

1920年草案は立法化されなかったがドイツ帝国刑事訴訟法第136条により、被疑者・被告人の供述は、権利であって義務ではないとされた。被疑者・被告人から供述を獲得するためになされるいかなる強制も、刑法第343条によって許されない。被疑者・被告人は、供述を拒絶することができ、あるいは、証拠調べにおいて提起された個々の質問について回答を拒

絶することができた。

被疑者・被告人の尋問は、「被疑者・被告人が自白することによって状況が著しく改善され、かつ、頑強な否認は刑罰を重くするだけである」という勧告によって開始された⁴⁴³⁾。被疑者・被告人の供述義務の否定は、被疑者・被告人の否認を刑罰加重理由として利用しえないということまで意味するものではなく、むしろ利用可能であると考えられていた。「否認」も、被疑者・被告人に認められた権利である。しかし、その否認が、被疑者・被告人に対して刑罰加重の理由づけと評価されるか否かも裁判官の自由心証によるとされた。「被疑者・被告人の純粋な人間的視点」によれば、事実について詳細に供述し自白をすることがベターであると考えられた。なぜなら、犯罪の動機を説明し刑量が減輕されるような証拠を示すことができるからである。それゆえ、警察官は、被疑者・被告人にこの点を告知するほうがよいと考えられた⁴⁴⁴⁾。

しかし、Liepmann は被疑者・被告人の供述拒絶権の行使や「否認」を刑罰加重要素とすることに反対した。職業裁判官は、自白を減輕理由、頑強な否認を刑罰加重理由として利用しているが、これは原則として逆であるという。否認は、被疑者・被告人の権利であり、被疑者・被告人は自身の地位について無知であるがゆえに否認する権利を行使する。被疑者・被告人の否認は、行為それ自体、行為の動機の質、その行為や人格の危険性とは何の関係もないため、被疑者・被告人の否認から刑罰加重を導き出しはならない⁴⁴⁵⁾。

被疑者・被告人が黙秘する場合も、裁判官がその黙秘にどのような意味を付与するかは、裁判官の自由な心証によるものとされていた。Liepmann は、被疑者・被告人の黙秘を有罪の徴表と評価する。それゆえ、無実の被疑者・被告人にとって、黙秘権は有害でしかないと警告する。被疑者・被告人は、黙秘によって、自らに対してかけられた嫌疑から身を守ることはできない。無実の者にとって、黙秘する理由はないという。例外として、知的障害やその他精神的に混乱している者、無教養の者、異常な

ほど敏感な者　つまり、身に覚えがないと激しく憤慨している無辜の者、より重い罪を負う可能性のある者、供述によって自身の信用を落とす者の場合が考えられるが、これは稀であるという⁴⁴⁶⁾。Liepmann は、被疑者・被告人の黙秘権を「憎むべき特権 (privilegium odiosum) 」と呼び、黙秘権の承認は、被疑者・被告人の地位を悪化させるだけであると批判した⁴⁴⁷⁾。

なお、被疑者・被告人が供述すべきか黙秘すべきか不確かな場合、通常裁判官は、被疑者・被告人に黙秘するように助言した。なぜなら、黙秘は負罪の要素として作用するからである。これに対して Liepmann は、裁判官は、弾劾訴訟において、被疑者・被告人から免責の証拠を引き出すように被疑者・被告人を助けるべきであり、裁判官は、被疑者・被告人の状況を悪化させるような助言を行ってはならないという。それゆえ、このような場合、裁判官は、被疑者・被告人に供述拒絶権を行使するように助言すべきであるという。裁判官は、被疑者・被告人に対して、「あなたが黙秘をするならば、あなたには、何人もその黙秘を縮減してはならないという完全な権利があります。しかし裁判所は、あなたの黙秘に基づいて、あなたに対して提起されている負罪根拠を打ち破ることはできません。つまり、あなたがこの権利を行使することは、もしかすると、あなたにとって有害でしかないかもしれません。それゆえ私はあなたに勧告します」と告げてもよいとされるという⁴⁴⁸⁾。

Liepmann は、裁判官による被疑者・被告人尋問について、裁判官は、被疑者・被告人に供述を「促すべきである」と考えている。被疑者・被告人を怒らせる、いらいらさせる、あるいは、威嚇するような言葉によって、裁判官は、被疑者・被告人から望ましい供述を引き出そうと試みるべきではなく、事件について最も良い情報を出すよう被疑者・被告人を助けるべきである。裁判官が、被疑者・被告人から個別の質問に対する回答だけでなく、それと関わって、被疑者・被告人が、自身の生活やその構成要件との積極的あるいは消極的関係を供述するとき、それは事件の解明にとって

非常に有益である⁴⁴⁹⁾。

被疑者・被告人の黙秘態度について、1929年6月3日ハンプルク上級地方裁判所は、「被疑者・被告人の黙秘のみに依拠して有罪判決を下すことができるか否か」という問題を扱った。

被告人は、1928年11月2日、車道に自らが所有する車両を止め、交通を妨害したとして、区裁判所によって有罪判決を受けた。区裁判所は、被告人が毎日当該車両を運転していたことを確認し、当該時間当該場所に故意に駐車したものであり、交通妨害の故意があったと判断した。しかし、被告人は、捜査段階からいかなる供述も拒絶し、公判にも出廷しなかった。特に、被告人は、当時誰が当該車両を運転していたか、被告人が運転免許証を持っていたかどうかについて完全に供述を拒絶した。区裁判所は、この被告人の黙秘態度を有罪心証を確認するために用いた。

これに対して、刑事訴訟法第136条およびそれを準用する第243条違反が争われた。

ハンプルク上級地方裁判所は、まず、刑事訴訟法が、被告人の供述義務や説明義務を、捜査段階においても公判段階においても認めていない点を確認した。さらに、被告人は「応答したいかどうか」を問われなければならない。このような法状況の下では、被疑者・被告人の供述拒絶に基づいて被告人にとって不利な帰結を導き出してはならないとすることが、論理的に適切であるかもしれない。しかし、このような考え方は、刑事訴訟法の立法過程において言及されていない。むしろ、黙秘が被告人にとって不利な帰結を導き出し得るという事実をはっきり考慮している。学説もそれに従っているという。

さらに、事実審裁判官は、原則として、提示された被告人の防禦方法を、自由な証拠評価に基づいて、被告人にとって不利になるように利用する状況にある。事実審裁判官は、そのような自由の限界をはっきりと示さなければならないであろうが、この判断は事実審裁判官の責任に任せられなければならない。このようにして獲得された実際の心証の確認は法律の錯誤に

あたらない。また、刑量に関して、前の裁判官は、被告人の態度を刑罰加重的に作用させることをはっきりと拒絶した。それゆえ、上訴には理由がないと判断した⁴⁵⁰⁾。

さらに、実務上、被疑者・被告人の「虚偽を述べる権利」も否定され、被疑者・被告人は真実を供述するという誠実義務が課されていると考えられた。

Beling によると、当事者たる被疑者・被告人がコミュニケーションをする場合、被疑者・被告人は真実を供述するよう義務づけられているかどうかという、いわゆる「誠実義務」の問題について、刑事訴訟法は、明確な規定を置いていない。この点につき、被疑者・被告人は、法的に供述義務を課されないことは Nemo tenetur 原則によって認められているが、「虚偽を述べる権利」までは承認されていないという⁴⁵¹⁾。

これに対して、Liepmann は、被疑者・被告人が明らかな虚偽を述べるときも、その虚偽は、決して被疑者・被告人の有罪の根拠にはならない。被疑者・被告人の虚偽を有罪の徴表とする考えは、かつての糺問訴訟の残滓であり、全く誤った心理学である。被疑者・被告人の「虚偽」から分かることは、彼が裁判官による質問を肯定すると自身の状況が悪化すると考えているということだけである。つまり、「虚偽」は、当該被疑者・被告人が行為に関与していることを示しておらず、被疑者・被告人の純粹な「不安の産物」にすぎないと考える⁴⁵²⁾。

4. 小 括

1908年草案第109条は、裁判官による尋問の際、被疑者・被告人に、嫌疑をかけられている行為および適用される罰条について告知することを定めた。第109条の保障が、警察官や検察官による尋問にも及ぶかという問題について、草案理由書によると立法者は「顧慮すべき」としながらも、明文化しなかった。また、被疑者・被告人に対する供述拒絶権の告知義務も認められなかった。それゆえ、1908年草案は、予審制度を前提としつつ、

被疑者・被告人の地位や権利保障の根本的な改善ではなく、若干の修正をほどこす程度のものであったといえよう。

被疑者・被告人は、依然として何か応答しなければならない状況におかれ、Nemo tenetur 原則の内容もまだ限定的であった。ただし、1908年草案をめぐってなされた議論は、1920年草案および1964年草案に影響を与えた。

1920年草案において Nemo tenetur 原則は、非常に広範に保障された。特に、草案第35条による被疑者・被告人の供述義務不存在の旨の告知と草案第236条による被疑者・被告人が供述を拒絶する場合の被疑者・被告人による以前の供述の利用禁止は、画期的であった。同時に被疑者・被告人の犯行後の態度である黙秘、否認、虚偽の刑事手続における取扱いについて様々な見解が示された。事件の真相解明や被疑者・被告人の免責の事情を明らかにするために被疑者・被告人に何か供述をさせるべきであって、黙秘は被疑者・被告人にとって不利益でしかないという見解が主張された一方、弾劾主義に基づく被疑者・被告人の尋問の目的を重視し、被疑者・被告人は法律上も道徳上も供述義務を課されず、かつ、被疑者・被告人が自身の供述や態度の効果を理解できるようにするために「告知」を重要視する見解もあった。

1920年草案も、1908年草案と同様に法律とはならなかったが、その議論 Nemo tenetur 原則の実質的保障に向けたは、1964年草案時だけでなく、現在の刑事訴訟法にとっても非常に参考となると考える。

- 1) 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。
- 2) 福井厚『刑事訴訟法講義』（第4版、法律文化社、2009年）47頁。
- 3) さらに、光藤景皎教授は、訴訟の基本構造を決定し、かつ、刑事訴訟の理解にとって不可欠である主義・原則の生成基盤における対立、問題意識、問題解決のために主張された見解、その定着、その際に付された留保を明らかにすることが、当該基本原則および刑事訴訟の構造の正しい理解のために不可欠であると述べている（光藤景皎「ツァハリエーの刑事訴訟法論（一）」大阪市立大学法学雑誌27巻3・4号（1981年）324頁）。
- 4) 京都新聞（夕刊）2010年1月30日第9面記事（渕野貴生コメント）。

- 5) 川崎英明「刑事法という世界 和歌山毒物カレー事件を素材に」法学セミナー582号 (2003年) 7頁。
- 6) 代表的なものとして、平野龍一「黙秘権」刑法雑誌2巻4号(1952年)39頁以下、佐伯・前掲註(1)147頁以下、田宮裕「被疑者・被告人の黙秘権」『刑事訴訟法講座第1巻』(有斐閣, 1963年)71頁以下、久岡康成「黙秘権」井戸田侃(編)『総合研究・被疑者取調べ』(日本評論社, 1991年)407頁以下、井戸田侃「供述拒否権が刑事手続理論に及ぼす影響」立命館法学300・301号(2005年)68頁以下などがある。
- 7) 自己負罪拒否特権および黙秘権の歴史に関する研究として、羽山忠弘「英国における供述拒否権告知制度の沿革」警察学論集10輯(1949年)76頁以下、石丸清見「英米における自己負罪拒否の特権」法務研究報告書第40集3号(1952年)、安部治夫「英米における自己負罪拒否特権の形成」法律のひろば10巻6号(1957年)33頁以下、多田辰也「捜査の構造再考序説 黙秘権の歴史的考察を手掛かりとして」立教大学大学院法学研究3号(1982頁)1頁以下、澤登文治「自己負罪拒否特権の歴史的展開(1)(2) 合衆国憲法修正五条の意義」法政理論24巻2号(1991年)153頁以下・25巻1号(1992年)124頁以下、小川佳樹「自己負罪拒否特権の形成過程」早稲田法学77巻1号(2001年)121頁以下、伊藤博路「合衆国憲法修正5条の自己負罪拒否特権の沿革に関する一考察 独立後から合衆国憲法修正5条成立直後の時期までを中心にして」明治学院論叢76巻(2003年)205頁以下、同「植民地期アメリカにおける自己負罪拒否特権に関する一考察」帝塚山法学6号(2002年)203頁以下、同「自己負罪拒否特権の確立期についての一考察 イギリス法を中心に」帝塚山法学5号(2001年)135頁、中島洋樹「被疑者・被告人の供述主体性(一)(二完) イギリスにおける黙秘権保障の歴史的展開を手掛かりに」大阪市立大学法学雑誌51巻1号(2004年)54頁以下・2号165頁以下などがある。
- 8) 笹倉宏紀「自己負罪拒否特権」法学教室265号(2002年)107頁は、「自己負罪拒否特権保障の根拠ないし存在理由は、本格的な検討がまだなされていない」と指摘する。石田倫識「被疑者の黙秘権に関する一考察 イギリス黙秘権制限立法を手がかりに」九大法学86号(2003年)111頁も、「黙秘権の本質というものは未解明のままである」と述べており、小川・前掲註(7)122頁も、「体系的に検討が行われることは、従来、あまり多くはなかった。その構造や保護範囲の外延は、未だ必ずしも理論的に明確にされてはいないように思われる。…その存在意義ないし理論的根拠…についても、わが国において正面から議論がなされることは殆どなかったということができよう」と述べている。
- 9) 本稿における「イギリス」とは、イングランドおよびウェールズを指すものとする。北アイルランドおよびスコットランドにおいては、イングランドおよびウェールズとは異なる刑事裁判制度が採用されているためである。この点につき、田中英夫『英米法総論上』(東京大学出版会, 1990年)7~8頁が詳しい。
- 10) 光藤景皎『刑事訴訟法』(成文堂, 2007年)103頁、松尾浩也『刑事訴訟法(上)新版』(新版, 弘文堂, 2003年)117頁、笹倉・前掲註(8)103頁。
- 11) 平野・前掲註(6)40~41頁、田宮・前掲註(6)72頁。なお、ドイツの黙秘権に関するわが国の先行研究として、池田彦彦「刑事手続における黙秘権の日独比較のための予備的考察」『伊藤満先生喜寿記念 比較公法学の諸問題』(八千代出版, 1990年)295頁以下、同

- 「ドイツにおける黙秘権の現在」創価法学25巻1・2号(1996年)147頁以下がある。
- 12) 柴田光蔵『法律ラテン語格言辞典』(玄文社, 1985年)167頁。
 - 13) 中島洋樹「被疑者・被告人の供述主体性(一) イギリスにおける黙秘権保障の歴史の展開を手掛かりに」大阪市立大学法学雑誌51巻1号(2004年)67頁。
 - 14) 小川・前掲註(7)126頁。
 - 15) 行政手続と自己負罪拒否特権との関係を扱う先行研究としては、酒巻匡「憲法38条1項と行政上の供述義務」芝原邦爾・西田典之・井上正仁(編)『松尾浩也先生古稀祝賀論文集(下)』(有斐閣, 1998年)75頁以下, 安井哲章「行政手続における自己負罪拒否特権の適用(1)(2完)」桃山法学6号(2005年)1頁以下・7号(2006年)125頁以下, 笹倉宏紀「行政調査と刑事手続(1)(2)」法学協会雑誌123巻5号(2006年)818頁以下・10号2091頁以下等がある。税手続と自己負罪拒否特権との関係を扱う先行研究として, 例えば, 佐伯千仞「税法と黙秘権」前掲註(1)155頁以下がある。
 - 16) 法人と Nemo tenetur 原則の関係を扱う研究として, Lutz Eidam, Die Strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts, 2007, S. 5 ff. などがある。
 - 17) Ralf Kölbel, Selbstbelastungsfreiheiten, Der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht, 2006, S. 245 f.
 - 18) イギリスの刑事手続は, 被告人に有罪答弁を認めることによって形式的に被告人と証人の役割を分離し, 被告人の地位を「当事者」に限定したことによって, 被告人の自己負罪の問題を解決したという。他方, ドイツの刑事手続は, 被疑者・被告人は訴訟主体であると同時に証拠方法であり, 証人の地位に立つことはない。それゆえ, 被疑者・被告人に対して供述するか否かという自由行動の余地を与え, 包括的黙秘権を保障することによってこの問題を解決したという(Martin Böse, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes „Nemo tenetur se ipsum accusare“, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), 149(2), 2002, SS. 116-119)。
 - 19) 本章において, イギリス法の先行研究を引用するにあたり, 「自己負罪拒否特権」という言葉をそのまま用いた。
 - 20) タルムードの Nemo tenetur 原則については, Klaus Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Ein Beitrag zur Geltung des Satzes “Nemo tenetur seipsum prodere” im Strafprozeß, 1977, SS. 67-69, 中島・前掲註(13)67~69頁。
 - 21) Albert W. Alschuler, A Peculiar Privilege in Historical Perspective, in: R. H. Helmholz et al, The Privilege against Self-Incrimination: Its Origins and Development, 1997, p. 186.
 - 22) R. H. Helmholz, The Privilege and the Ius Commune: The Middle Ages to the Seventeenth Century, in: R. H. Helmholz et al, The Privilege against Self-Incrimination: Its Origins and Development, 1997, p. 18.
 - 23) ibidem pp. 21-25.
 - 24) ibidem pp. 27-28.
 - 25) ibidem pp. 28-32.
 - 26) ibidem p. 32.
 - 27) ibidem p. 35.

- 28) ibidem pp.36-39.
- 29) ibidem pp.43-44.
- 30) ibidem p.17 and p.46.
- 31) John H. Wigmore, Evidence in trials at common law, volume 8, § 2252, pp.318-330, (Revised by John T. McNaughton, 1961). Wigmore の見解については、小川・前掲註(7) 123～129頁を参照した。
- 32) ibidem pp.289-291.
- 33) L. W. Levy, Origins of the Fifth Amendment: The Right against Self-Incrimination, 1968, p.325. なお、本書の紹介として小早川義則・法学雑誌22巻4号(1976年)617頁以下がある。Levy の見解については、中島・前掲註(13)72～76頁、伊藤博路「自己負罪拒否特権の確立期についての一考察 イギリス法を中心に」帝塚山法学5号(2001年)137～138頁を参照した。また、Wigmore と Levy の見解の相違点については、M. R. T. Macnair, The Early Development of the Privilege against Self-Incrimination, 10 Oxford J. Legal Stud. 66, 1990, pp.66-67.
- 34) Langbein の見解につき、小川・前掲註(7)131～137頁、中島・前掲註(13)76～86頁、伊藤・前掲註(33)139～154頁参照。
- 35) John H. Langbein, The Privilege and Common Law Criminal Procedure: The Sixteenth to the Eighteenth Centuries, in: R. H. Helmholz et al, The Privilege against Self-Incrimination: Its Origins and Development, 1997, p.87.
- 36) ibidem p.83.
- 37) ibidem p.85.
- 38) ibidem p.86.
- 39) ibidem pp.87-90.
- 40) ibidem pp.96-97.
- 41) ibidem p.99.
- 42) ibidem p.103.
- 43) ibidem p.96.
- 44) ibidem p.108.
- 45) この点は、既に小川・前掲註(7)129頁が指摘しているところである。
- 46) ゲルハルト・ケプラー(佐藤篤士・小倉欣一・田山輝明・原田俊彦・千葉徳夫監訳)『ドイツ法史』(初版,成文堂,1999年)171頁。なお、Beschuldigte という用語に関して、現行のドイツ刑事訴訟法第157条は、「この法律の意味における Angeschuldigter とは、公訴を提起された Beschuldigte をいい、Angeklagter とは、公判の開始が決定された Beschuldigte をいう。」と定める。また、ドイツの刑事訴訟法が予審制度を採用していたとき、被嫌疑者は、予審段階で「Angeklagter」と呼ばれていた。本稿では日本法の概念との混乱を避けるため、原則、Beschuldigte を「被疑者・被告人」と訳した。
- 47) Kölbel, Fn.17, S.214 f.
- 48) 証明権(Beweisrecht)は、当事者にのみ与えられている。後に、提訴した者(原告)は、被告証明を例えば現行犯手続や七名の証人による断罪手続のような多くの手続形式で

妨害することができた。その際、原告が直接神判を要求していたか、被告が既に証拠方法で提起されていた(ケブラー・前掲註(46)134頁)。

- 49) Walder, Die Vernehmung des Beschuldigten, 1965, S. 32 f.
- 50) Herausgegeben von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 7. Lieferung, Holzhauser (Geständnis), 1971, Sp. 1630.
- 51) Kölbl, Fn. 17, S. 215 f.
- 52) 糺問訴訟はドイツ法の自立的な発展の結果であり、継受によってはじめて生まれたものではなく、これは突如として一気に発明されたものではなく、多様な個別の変更が積み重ねられた結果であるという(ミッタイス=リーベリッヒ(世良晃志郎訳)『ドイツ法制史概説』(改訂版, 創文社, 1971年) 426頁。
- 53) ミッタイス=リーベリッヒ・前掲註(52)288頁。
- 54) Kölbl, Fn. 17, S. 217 f.
- 55) 宮本弘典「審問手続 刑事司法における正義と公共性の神話」秋山賢三・大出良和・小田中聰樹・前野育三・村井敏邦(編著)『民衆司法と刑事法学』(現代人文社, 1999年) 340~341頁。
- 56) Kölbl, Fn. 17, S. 219.
- 57) ケブラー・前掲註(46)171頁。
- 58) 審問手続は自白獲得を狙いとすることがゆえに拷問と一体化した手続であった(宮本・前掲註(54)341頁)。
- 59) Günter Jerouschek, Die Herausbildung des peinlichen Inquisitionsprozesses im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit, ZStW 104, 1992, S. 345.
- 60) Kölbl, Fn. 17, S. 219 f.
- 61) Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. völlig durchgearbeitete und veränderte Auflage, 1965, S. 96.
- 62) ザクセンシュピーゲル(ザクセンの鏡)は、東ザクセンの貴族で審判人(Schöffen)であった Eike von Repgow が、ザクセンのラント法と封建法を編纂したものである。はじめラテン語で書かれていたが、のちに Graf Hoyer von Falkenstein の勧めでニーダーザクセンの方言に書き換えられた。その序文をみると、ザクセンシュピーゲルと名づけたのは「婦人が鏡をみればその姿が見えるのと同様に本書によってザクセンの法律がわかるからである」という。ザクセンの裁判所では本書は法律と同様に適用された。1215年~1235年にかけて成立したとされる。勝田有恒・森征一・山内進(編著)『概説西洋法制史』(山内進)(初版, ミネルヴァ書房, 2004年) 94頁, 山田晟『ドイツ法律用語辞典改訂増補版』(第4版, 大学書材, 2001年), ケブラー・前掲註(46)154~155頁参照。
- 63) Rogall, Fn. 20, S. 88.
- 64) Eb. Schmidt, Fn. 61, S. 97; Walder, Fn. 49, S. 35.
- 65) Eb. Schmidt, Fn. 61, S. 96 f.; Walder, Fn. 49, S. 35.
- 66) Walder, Fn. 49, S. 35.
- 67) Eb. Schmidt, Fn. 61, S. 96.
- 68) Rogall, Fn. 20, S. 88.

- 69) Kölbl, Fn. 17, S. 220.
- 70) 勝田ほか (藤本幸二) ・前掲註(62)188 ~ 189頁。
- 71) 原文は Des allerdurchlechtigsten großmechtigsten vnüberwindtlichsten Keyser Karls des fünfften: vnnd des heyligen Römischen Reichs peinlich gericht's ordnung, auff den Reichßtägen zu Augspurgk vnd Regenspurgk, inn jaren dreissig, vnd zwey und dreissig gehalten, auffgericht vnd beschlossen. である。原文は、Herausgegeben und erläutert von Dr. Gustav Radbruch ehem. Professor an der Universität Heidelberg, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.von 1532 (Carolina), Philipp Reclam jun. Stuttgart, 1967 を参照し、日本語訳は、塙浩「カルル五世刑事裁判令(カロリナ)」神戸法学雑誌18巻2号(1968年)210~299頁によった。
- 72) 塙・前掲註(71)211頁。
- 73) カロリナ刑事法典の成立過程については、Gerd Kleinheyer, Tradition und Reform in der Constitutio Criminalis Carolina, in: Peter Landau, Friedrich Christian Schroeder (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozess und Rezeption, 1984, SS. 8-27.. を参照した。カロリナ刑事法典のもとでの刑事手続全体については、米山耕二「カロリナの刑事手続 近代的刑事司法の礎」一橋研究年報法学研究9(1975年)159頁以下を参照した。
- 74) Johannes Wessels, Schweigen und Leugnen im Strafverfahren, JuS 1966, Heft 5, S. 170.
- 75) Kölbl, Fn. 17, S. 223.
- 76) 藤本幸二「近中世ドイツにおける証拠法の変遷について」一橋論叢35巻1号(2001年)83頁。
- 77) 勝田ほか (藤本幸二) ・前掲註(62)194頁。なお、米山耕二「カロリナ刑事法典について 刑事訴訟における合目的性と正義(二)」一橋論叢71巻4号(1974年)534~535頁も参照。
- 78) 宮本・前掲註(55)344頁。
- 79) Kölbl, Fn. 17, S. 221. なお、カロリナ刑事法典における糺問訴訟と弾劾訴訟は一応別個の方式として規定されているが、その基本構造は同一のものであるという指摘がある(米山・前掲註(77)528頁註1)。
- 80) Wessels, Fn. 74, S. 170.
- 81) 米山・前掲註(77)525頁。
- 82) カロリナ刑事法典第22条は、「ある非行の徴表に基づきては、ただ拷問のみが認めらるべく、それ以上に刑事刑は認めらるべからざること」(原文「Daß auff anzeygung eyner mißthat, allein peinlich frag, vnd nit ander peinlich straff solt erkent werden」)という表題で、「第22条 さらに、次のことにも、注意が払わるべし。即ち、何びとも、何かの徴表、疑惑、指標または嫌疑に基づきて、刑事刑の最終有責判決を受くることあるべからずして、それに基づきては、ただ拷問のみがなされう。 (このあとに見らるごとく) 徴表が充全にして、ついで、何者かがついに刑事刑の有責判決を受くべき場合は、それは、その者自身の告白、または、(本令中他の諸箇所に明瞭に見らるごとく [= 第62条, 第67条]) 証言によりて行なわるるを要し、推定もしくは徴表 [のみ] に基づきては、行なわるべからず。」(原文「22. Item es ist auch zumerken, daß niemant auff eyncherley

anzeygung, argkwons warzeichnen, oder verdacht, entlich zu peinlicher straff soll verurtheylt werden, sonder allein peinlich mag man darauff fragen, so die anzeygung (als hernach funden wirdet) gnugsam ist, dann soll jemant entlich zu peinlicher straff verurtheylt werden, das muß auß eygen bekennen, oder beweisung (wie an andern enden inn diser ordnung klerlich funden wirdt) beschehen, vnd nit auff vermutung oder anzeygung.)と定める。前掲註(71)参照。

- 83) Kölbel, Fn. 17, S. 221 f.
- 84) カロリナ刑事法典第67条は、「充分なる証言につきて」(原文「Von gnugsamen zeugen」)という表題で、「第67条 さらに、ある非行が、真実の知識につきて語る、少なくとも二名または三名の信じうべき良き証人によりて、立証せらるるときは、これに基づきて、その非行の形態に応じ、刑事裁判をもって、審理が完遂せられ、判決がくださるべし。」(原文「67. Item so eyn missethat zum wenigsten mit zweyen oder dreien glaubhaftigen guten zeugen, die von eynem waren wissen sagen, bewiesen wirdt, darauff soll, nach gestalt der verhandlung mit peinlichen rechten volnfarn vnd geurtheylt werden.」)と定める。前掲註(71)参照。
- 85) Kölbel, Fn. 17, S. 221 f.
- 86) Wessels, Fn. 74, S. 170.
- 87) Peter Rieß, Die Vernehmung des Beschuldigten im Strafprozeß, JA 1980, S. 293; Wessels, Fn. 74, S. 170.
- 88) なお、カロリナ刑事法典によると、証人も、被疑者・被告人と同様に、無制限に国家の犯罪解明に対して協力しなければならず、証人は、真実供述を義務づけられた(Kölbel, Fn. 17, S. 225)。
- 89) Kölbel, Fn. 17, S. 222 f., 宮本・前掲註(55)343頁。なお、カロリナ刑事法典における審問手続については、宮本弘典「刑事司法の原風景(1) カロリーナの審問手続」関東学院法学第18号第1号(2008年)75頁以下に詳しい。
- 90) 勝田ほか(藤本幸二)・前掲註(62)194頁。
- 91) 宮本・前掲註(55)344頁。カロリナ刑事法典の糾問手続における徴憑と拷問と自白については、公文孝佳「糾問手続における徴憑(状況証拠)と自白に関する一考察」神奈川法学37巻1号(2004年)141頁以下が、カルブツォフ、クレス、ポエマーの見解を紹介しつつ詳細に論じている。
- 92) Rieß, Fn. 87, S. 293. 拷問の権限を与えられた徴憑の場合、半証明が認められた。半証明は、自白で補完されて完全な証明となる。確かに、任意の自白は有罪判決を可能にする。ただし、拷問を許されるのに必要な嫌疑の要件を欠いているため、あるいは、被疑者が拷問に耐え抜いたために証明ができなかった場合には、より軽い非正規刑が言い渡された。また、成果のない拷問を継続するには、新たな徴憑を必要とした(Kölbel, Fn. 17, S. 222)。
- 93) Kölbel, Fn. 17, S. 222.
- 94) Kölbel, Fn. 17, S. 224 f.
- 95) Jerouschek, "Mit aller Schärpffe angegriffen undt gemartert". Überlegungen zur Folter als Institut des gemeinrechtlichen Strafverfahrens, in: Jost Hausmann, Thomas Krause

- (Hg.), »Zur Erhaltung guter Ordnung« Beiträge zur Geschichte von Recht und Justiz, Festschrift für Wolfgang Sellert zum 65. Geburtstag, 2000, S. 361.
- 96) Alexander Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846, 2002, S. 68.
- 97) Kölbl, Fn. 17, S. 222.
- 98) カロリナ刑事法典は、面識なき証人 (第63条), 報酬を受けた証人 (第64条), 偽りの証言をする証人 (第68条), 伝聞証言をする証人 (第65条) について警告や証拠禁止を定めた。
- 99) Kölbl, Fn. 17, S. 226.
- 100) Rieß, Fn. 87, S. 293.
- 101) Rogall, Fn. 20, S. 88; O.K. -E Kraft, Das nemo-tenetur-Prinzip und die sich daraus ergebenden Rechte des Beschuldigten in der polizeilichen Vernehmung, 2002, S. 50.
- 102) Rogall, Fn. 20, S. 89. なお、わが国における啓蒙期刑法学の先行研究については、浅田和茂・川口浩一「ユリウス・ゾーデン『ドイツ刑事立法の精神』(試訳) (一)」大阪市立大学法学雑誌33巻4号(1987年)113頁以下、浅田和茂(監訳)、井上宜裕、戸浦雄史、友田博之(訳)「ユリウス・ゾーデン『ドイツ刑事立法の精神』(試訳) (三・完)」大阪市立大学法学雑誌54巻4号(2008年)145頁以下を参照した。
- 103) 久岡康成・中村義孝「フォイエルバッハ「バイエルン刑事訴訟法」(一)」立命館法学114号(1974年)267頁。Wessels, Fn. 74, S. 170.
- 104) Kölbl, Fn. 17, S. 228.
- 105) Friedrich v. Spee, Cautio Criminalis (Ritter) 27. Frage, S. 123 ff.; Karl Ferdinand Hommel, Das Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen, 1966, S. 79 ff.
- 107) Jürgen von Gerlach, Die Vernehmung des Beschuldigten und der Schutz vor Selbstbeschuldigung im deutschen und anglo-amerikanischen Strafverfahren, Eine entwicklungsgeschichtliche Bilanz, in: herausgegeben von Udo Ebert, Claus Roxin, Peter Rieß, Eberhard Wahle, Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, S. 128.
- 108) Johann Grevius は、Greve 出身、およそ1580-1630年の生涯であった (Allgemeine Deutsche Biographie Bd. 9, S. 647 を参照)。
- 109) Johann Grevius, Tribunalum reformatum, in quo sanioris et tutioris iustitiae via iudici Christiano in processu criminali commonstratur, rejecta et fugata tortura, 1624, S. 297.
- 110) Mathias Schmoeckel, Humanität und Staatsraison, Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozeß- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter, 2000, S. 138.
- 111) Grevius によれば、Maranta は「non teneri quempiam seipsum prodere (何人も自身で自身を告発する敬虔な者である義務を負わされない)」と述べた。
- 112) Schmoeckel, Fn. 110, S. 139.
- 113) Walder, Fn. 50, S. 41.
- 114) Rolf Lieberwirth (Hrsg), Christian Thomasius, Über die Folter, Untersuchungen zur

Geschichte der Folter, 1960, SS. 168-171; Günter Jerouschek, Thomasius und Beccaria als Folterkritiker Überlegungen zum Kritikpotential im kriminalwissenschaftlichen Diskurs der Aufklärung, ZStW 110 (1998), S. 665.

- 115) ベッカリーア(風早八十二,五十嵐二葉訳)『犯罪と刑罰』(岩波書店,2005年)61~62頁。なお,チャーザレ・ベッカリーア(小谷眞男訳)『犯罪と刑罰』(初版,東京大学出版会,2011年)52~53頁によれば,「ある人が被告人であると同時に,自らに対する告訴人〔= 自白によって自ら罪を認めることを指す〕にもなれと要求することは,すべての〔因果〕関係をひっくり返して混乱を引き起すだけだということを,私は付け加えておきたい。苦痛によって真実があぶり出されるはずだという主張もまた,同じである。これではまるで,真実の判定基準が,哀れな人間の筋肉や神経網のなかに宿っているかのようではないか。そんなやり方では,頑強な悪人は無罪放免となり,気の弱い無辜の者が有罪となってしまうことは間違いない」とされている。ベッカリーア(風早八十二訳)『犯罪と刑罰』(普及版,刀江書院,1936年)55~56頁によれば,「一体,一個の人間をして被害者たると同時に訴追者たらしめようと要求することは奇怪である! 宛かも審理が不幸人(被告)の筋肉や繊維に宿っているとでも思っているかのごとくに,責苦によって,被告から審理を絞り出そうとする事は(訳者註:原文は『責苦が真実のルツボとなること云々』とある。)愚劣である!(訳者註:奇怪である,愚劣であるの句は,原文では一まとめにして,「事物の一切の関係を混同せんとするものだ」とある。)拷問を規定する法律は,人にこう言うようなものだ。『人々よ,苦痛に抵抗せよ。自然はお前にお前の生存に対する打克ち難い愛とお前を防衛するという譲渡のできない権利とを授けている。然し,俺はお前の中のそれとは全く反対の感情を創造しよう(デイドウ口註:『然し,俺はお前に……の感情を要求する』というべきであったように思われる。その方が一層明確であり正当である。)。俺はお前にお前自身を憎むという英雄的感情を起こさせてやろうと思う。俺はお前に命ずる。お前はお前自身の訴追者となり,拷問がお前の肉を裂きお前の骨を砕く間に,どうしても,真実を吐かねばならぬ。』とされている。佐藤晴夫(訳)『ベッカリーアの『犯罪と刑罰論』』(矯正協会,1976年)115頁によれば,「ある人間に被告人であると同じに自己を告発する者にもなれと要求し,あたかも真理の基準は不幸な被告人の筋肉繊維の中に見つかるかのように,苦痛を審理を絞り出す湯だまりにしてやろうとするのは,物事の秩序関係をひっくり返そうとしようすることにほかならないのである。拷問を命ずる法律は,「人間よ,苦痛に抵抗せよ。自然が君に抑え難い自己愛を授けたのであり,自然が君に自己防衛という譲渡できない権利を与えたのであれば,私は,君の胸の中に自然が与えたのとは全く正反対の感情 自己否定という英雄的な感情 をつくりだしてやろう。私は君に命ずる。たとえ,人が君の筋肉を引きさき骨を砕くとも君は真実を述べて君自身を自らの手で告発せよ」と規定する法律に均しいのである。」とされている。
- 116) 風早・五十嵐訳・前掲註(115)53頁。なお,風早訳・前掲註(115)46~47頁によれば,「専制の恐るべき武器たる秘密と云うもので武装された詔告に対して誰が果たして自己を防衛しうるだろうか? その臣民の各自を敵ではないかと疑い,国民各自の休息を害することによってのみ一般的休息を保護し得るに過ぎないような君主が支配せる政府は,実にこれをなんと名づけたらいいだろう?」小谷訳・前掲註(115)50頁によれば,「事実に反す

る虚偽の告訴が、専制の最も強力な盾である秘密によって保護されるとき、いったい誰がそれから自分の身を守ることができるというのだろうか？統治者が、あらゆる民を敵ではないかと疑い、公共の平安のためには一人ひとりの民から平安を取り去らなければならないというような、そんな状態にある政府とは何たる政府だろうか？。佐藤・前掲註(115)110頁によれば、「中傷が、秘密主義という専制主義の最も強力な楯で武装された場合、誰がそうした中傷から身を守ることができるであろうか？ その首脳者が臣民の一人一人を敵ではないかと疑い、そして公衆に平安を確保するという名目で、その実は一人一人からしいて平安を奪わなければならないでいるような政体とは、一体どういう種類の政体なのだろうか？。」

117) Hommel, Fn. 105, S. 78.

118) 風早・五十嵐訳・前掲註(115)57頁。小谷訳・前掲註(115)64頁によれば「神に背くか、自らの破滅へと走らせるか、という究極のジレンマにどうして人間たちを陥らせようとするのか？」。風早訳・前掲註(114)51～52頁によると、「何故、人間をして、神を偽わるか、自己を破滅に導くかの恐るべき矛盾(二者択一)に投げ込もうとするのか？ 被告にかかる宣誓を命ずる法律は、結局、被告に対して、悪い基督教徒か若くは(宣誓の)殉死者たらんことを要求するものだ。……経験は実に宣誓が如何に無用であるかを教えるものである。其処らの裁判官は、皆、宣誓が決して被告に対して真実を吐かせる所以でない事を証明してくれるようなものだ。」。佐藤・前掲註(115)113頁によれば「なぜ、人間を神をけがすかあるいは自己の破滅に自ら力を借すかというおそろしい二者択一の前に立たせるのであろうか？被告人にそうした宣誓を強いる法律は、悪いキリスト教徒になるかあるいは宣誓の殉教者になるかどちらかを選べと命ずるようなものである。」

119) 風早・五十嵐訳・前掲註(115)56頁。小谷訳・前掲註(115)136頁によれば、「法廷での審問において、尋問に応ずることをかたくなに拒む者は、法律によって定められた〔当該犯罪に対する〕刑罰、そのなかでも法律によって厳かに決められた、最も重い量刑に値する。本来は、公衆に対して自ら見せしめとなる必要があるのに、尋問の拒否によって、そうなることを免れたりしないようにするためである。しかし、このような刑罰も、被告人がその犯罪をおこなったことに疑いを容れる余地がないときには、とくに必要ない。尋問それじたいが無用だからである。同じように、被告人が、その犯罪の犯人であることを他の証拠が証明しているときは、その犯罪についての自白も無用である。この最後の場合が、いちばん普通である。なぜなら、経験が教えるところによれば、大半の訴訟において、被告人は自分が有罪であることを否定するものだからである。」。風早訳・前掲註(115)50～51頁によれば、「訊問を受けてもこれに対する答弁を執拗に拒む者は法律によって確定された刑罰を科せらるるに値する。而してこの刑罰はこの犯人に科せらるる刑の最大限であっていい。何故ならば、犯人は必ず公衆に負ふべき懲戒を、その沈黙若くは否定のお陰で、免れると云うことになってはならないからである。……他の証拠によって立派に犯罪事実が証明される場合には、自白すら不必要となるだろう……。……(自白の不必要)の場合は、むしろ普通である。蓋し、経験の教ゆる所に依ると、大概の刑事訴訟に於て、被告は犯罪事実を否認するに定っているから。」。佐藤・前掲註(115)112頁によれば、「尋問に際して、科された質問に対してどうしても答弁しようとしぬ者は、人間が公共に対して負うべき

当然のみせしめを黙否によって免れることになってはならないから、法律の規定する刑罰 しかもそのもっとも重いもの一つ を受けるに値する。……犯罪の自白すら不要な場合というのがむしろ最も普通である。なぜならば、経験が示すように、大かたの審理において被告人は否認するものだからである。』

- 120) Rogall, Fn. 20, S. 90.
- 121) H. F. Pfenninger, Die Wahrheitspflicht des Beschuldigten im Strafverfahren, in: Herausgegeben von Siegfried Hohenleitner, Ludwig Lindner, Friedrich Nowakowski, Festschrift für Theodor Ritter Zu seinem achtzigsten Geburtstag, 1957, S. 361.
- 122) Gerlach, Fn. 107, S. 129.
- 123) Rogall, Fn. 20, S. 90.
- 124) C. Reinhold Köstlin, Der Wendpunkt des deutschen Strafverfahrens im neunzehnten Jahrhundert, kritisch und geschichtlich beleuchtet, nebst ausführlicher Darstellung der Entstehung des Geschworenengerichts, 1849, S. 94 f.
- 125) Gerlach, Fn. 107, S. 130; Holzhauser, Fn. 50, Sp. 1640.
- 126) Gerlach, Fn. 107, S. 129; Kraft, Fn. 101, S. 50.
- 127) Rogall, Fn. 20, S. 90; Rieß, Fn. 87, S. 293.
- 128) Wessels, Fn. 74, S. 170.
- 129) Gerlach, Fn. 107, S. 129.
- 130) Wessels, Fn. 74, S. 170.
- 131) 原語は、Ungehorsamsstrafe や Lügenstrafe である。Strafe は、一般に刑罰や処罰と訳される。これらは、訴訟手続内で行われる一種の「処分」であり、その目的は拷問の代わりに自白を強要することであり、「処分」という色彩が濃かったため、非正規刑 (Poena Extraordinaria) とは厳格に区別すべきであるという。それゆえ、本稿では、不服従罰と虚言罰と訳した (藤本幸二『ドイツ刑事法の啓蒙主義的改革と Poena Extraordinaria』(国際書院, 2006年) 79 ~ 80頁)。
- 132) Köstlin, Fn. 124, S. 104.
- 133) Köstlin, Fn. 124, S. 85 ff. und 101 ff.; Walder, Fn. 49, S. 44 ff.; Pfenninger, Fn. 121, S. 363 ff.; Wolfram Reiß, Besteuerungsverfahren und Strafverfahren Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung des Grundsatzes von nemo tenetur se ipsum prodere im Besteuerungsverfahren, 1987, S. 148 f.; Rieß, Fn. 87, S. 293.
- 134) なお、フリードリヒ二世は、1754年の拷問の廃止に関する勅令の中で、自白を行わないもののその疑わしさが極めて高い「被告に対しては、自白の意思の有無に拘らず、終身の禁固刑が処せられ、さらに鎖がつけられるべきことが宣告されねばならない」と述べており、これは形式としては嫌疑刑に属するものの、予定されている刑罰が極めて重く、またその目的が自白の獲得のための威嚇に置かれていることから、不服従罰のひとつであると解すべきであるという (藤本・前掲註(131)84頁註95)。
- 135) Eb. Schmidt, Fn. 61, S. 271.
- 136) Kölbl, Fn. 17, S. 229 f.
- 137) 藤本・前掲註(131)79頁。

- 138) Kölbl, Fn. 17, S. 229; Köstlin, Fn. 124, SS. 101-106; Reiß, Fn. 133, S. 148; Wolfgang Sellert, Die Bedeutung und Bewertung des Inquisitionsprinzips aus rechtshistorischer Sicht, in: Herausgegeben von Norbert Achterberg, Werner Krawietz, Dieter Wyduckel, Recht und Staat im sozialen Wandel Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, 1983, S. 177.
- 139) Eb. Schmidt, Fn. 61, S. 271.
- 140) Kölbl, Fn. 17, S. 230.
- 141) Kölbl, Fn. 17, S. 229; Wessels, Fn. 74, S. 170.
- 142) Wessels, Fn. 74, S. 170.
- 143) Kölbl, Fn. 17, S. 229.
- 144) Köstlin, Fn. 124, S. 94.
- 145) J. Glaser, Handbuch des Strafprozeß, Bd. I, 1883, S. 126.
- 146) 川崎英明「ミッターマイヤーの刑事司法論(一) 近代ドイツ刑事司法史研究序説」大阪市立大学法学雑誌25巻2号(1978年)186頁。
- 147) Heinrich Henkel, Strafverfahrensrecht Ein Lehrbuch, Zweite, neubearbeitete Auflage, 1968, S. 52.
- 148) Rogall, Fn. 20, S. 91.
- 149) Henkel, Fn. 147, S. 56.
- 150) Kölbl, Fn. 17, S. 235.
- 151) 川崎英明『現代検察官論』(日本評論社, 1997年)75頁。
- 152) Robert von Hippel, Der deutsche Strafprozess, 1941, S. 41 f.
- 153) Claus Roxin, Strafverfahrensrecht, 24. Aufl., 1995, S. 483.
- 154) 川崎・前掲註(151)73~74頁。
- 155) Rogall, Fn. 20, S. 91; Köstlin, Fn. 124, S. 104.
- 156) 南ドイツでは1820年代前後ごろから, 北ドイツでは1830年代に入ってから, 身分議会において高まった(川崎・前掲註(151)75頁)。
- 157) 光藤・前掲註(3)328~329頁。
- 158) Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, 1846, S. 4.
- 159) C. J. A. Mittermaier, Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren, 1856, S. 2.
- 160) C. J. A. Mittermaier, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder, 1845, S. 299 ff.
- 161) Zachariä, Fn. 158, S. 130 ff.
- 162) Mittermaier, Fn. 160, S. 298.
- 163) Eb. Schmidt, Fn. 61, S. 324.
- 164) Eb. Schmidt, Fn. 61, S. 327; 光藤・前掲註(3)326頁。
- 165) 光藤・前掲註(3)329頁。
- 166) Rogall, Fn. 20, S. 95.

- 167) 光藤・前掲註(3)330頁以下, 川崎・前掲註(151)83~84頁。Biener, Puchta, Köstlin は、いわゆる「手直し論」を主張した。この見解によると、裁判官は、刑事手続における訴追官と弁護士と裁判官の役割をすべて担っていたため、その客観性を欠如しており、真実発見が困難になるという点に糺問主義の欠陥があると考えた。Biener や Puchta らが主張した「個別的改善論」は、裁判官が主宰する糺問手続を存置した上で、検察官と弁護士が意見陳述を行う公開の終結弁論を導入することで事態の改善を図ろうとした (Biener, Über die neueren Vorschläge zum Criminalverfahren in Deutschland, 1844, S. 97 は、「われわれは今、口頭による糺問手続を弾劾形式で要求している」と述べている。; Puchta, Der Inquisitions-Prozeß, 1844 も参照)。また、Köstlin らが主張する「弾劾形式の糺問主義論」によると、犯罪の訴追と処罰を国家に委ねる限り、糺問主義が本質でなければならないと考える。それゆえ、ただ「有機的な職務分担の観点」の下で、裁判官が掌握していた訴追機能を分業する国家機関として、「審理のための糺問判事」と「訴追のための検察官」をおくことによって事態の改善を図ろうとしたという。
- 168) Zachariä, Fn. 158, S. 4 f. 川崎・前掲註(151)83~84頁が詳しい。Zachariä や Mittermaier は、被疑者・被告人の権利および法的地位を確立するため、糺問主義を否定し、弾劾主義の正統性を確認し、口頭かつ公開主義による弾劾主義の採用を訴えた。
- 169) Köstlin, Fn. 124, S. 37 ff; Mittermaier, Fn. 159, S. 9 und S. 269; Mittermaier, Fn. 160, S. 281 ff.
- 170) Hippel, Fn. 151, S. 43 f. 民衆の煽動家と呼ばれた自由主義者、とりわけブルシェンシャフトや近代体操術の創始者 Jahn, 低ドイツの詩人 Fritz Reuter らに対する訴追は、秘密・書面の糺問訴訟に対する自由主義者の厳しい批判を呼び起こした (川崎・前掲註(151)76頁)。
- 171) Eb. Schmidt, Fn. 61, S. 324.
- 172) Eb. Schmidt は、特に、Abegg, Zachariä, Köstlin, Hepp, C. J. A. Mittermaier を挙げている (Eberhard Schmidt, Staatenwalt und Gericht. Betrachtungen zur Verfahrensstruktur auf Grund der Novellengesetzgebung zur Reichsstrafprozeßordnung und der Reformvorschläge, Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für E. Kohlrausch, Berlin, 1944, S. 274)。なお Eb. Schmidt, Fn. 61, S. 325 も参照した。
- 173) Rogall, Fn. 20, S. 95.
- 174) Paul Johann Anselm von Feuerbach, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Band 2, Über die Gerichtsverfassung und das gerichtliche Verfahren Frankreichs, in besonderer Beziehung auf die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, 1825, SS. 366-368. 「イギリス刑事訴訟には、被告人に対する示唆的な質問や罠にかけるような質問はなく、陰險な約束によって被告人から巧みに自白を獲得する規定も、脅迫や力によって口を割らせる規則もない」と紹介した。
- 175) 1801年のリューネヴィルの講和条約によってフランスの支配下に置かれたライン左岸にフランスの刑事訴訟法が施行された。ナポレオンの敗北後、1815年に、ライン左岸はドイツ(プロイセン、ヘッセン、バイエルン)に再編入された (川崎・前掲註(156)76頁)。
- 176) ライン左岸に口頭・公開の弾劾訴訟を存続させるのか、それともドイツ旧制度(糺問訴

訟)を復活させるのかは、政治的争点であった。特にプロイセンでは、1818年に直屬司法委員会がフランスの刑事手続の存続を決定した後に、プロイセンの旧制度施行地域にもライン左岸の刑事手続を導入すべきかどうか、引き続き政治的争点を形成した(川崎・前掲註(156)76頁)。

- 177) Henkel, Fn. 147, S. 57.
- 178) Eb. Schmidt, Fn. 61, S. 324 f.
- 179) Rogall, Fn. 20, S. 91; Hippel, Fn. 152, S. 43 f.
- 180) Eb. Schmidt, Fn. 62, S. 327.
- 181) 沢登佳人・沢登俊雄(著)、庭山英雄(訂補)『刑事訴訟法史』(風媒社、1968年)170頁。
- 182) Kölbel, Fn. 17, SS. 234-236.
- 183) フランクフルト憲法は、三月革命の終息とともに流産し、一片の歴史的文書にとどまることになった。この憲法が目指した理念は、部分的にはあるが、とりわけヴァイマル憲法に実現されることになった(高田敏、初宿正典編訳『ドイツ憲法集(第6版)』(第6版、信山社、2010年)3~5頁)。
- 184) 第178条【裁判の公開】 裁判手続は公開とし、口頭主義によらなければならない。公開主義の例外は、道徳の利益のために、法律でこれを定める。第179条【刑事手続、陪審裁判】 刑事事件においては、起訴手続が妥当する。陪審裁判所は、少なくとも、重大な刑事事件において、およびすべての政治犯罪について、判断を下すものとする(条文は、高田ほか・前掲註(183)による)。
- 185) Hippel, Fn. 152, S. 44.
- 186) Kölbel, Fn. 17, S. 233 f.
- 187) Kölbel, Fn. 17, S. 237.
- 188) H. A. Zachariä, Handbuch des deutschen Strafprocesses, 1868, S. 248 f.
- 189) ブラウンシュヴァイク刑事訴訟法第43条だけは、被告人に、被告人に提示された質問について供述する義務からの自由を承認しており、弾劾主義に忠実であった(Zachariä, Fn. 188, S. 238 f.)。
- 190) 例えば、ザクセン1838年3月30日法律・1838年5月30日法律、プロイセン1841年提案が挙げられる(Kölbel, Fn. 17, S. 233 f.)。
- 191) Geib, Die Reform des deutschen Rechtslebens, 1848, S. 124.
- 192) Julius Friedlich Heinrich Abegg, Beiträge zur Strafprocess-Gesetzgebung, 1841, SS. 178-180.
- 193) Zachariä, Fn. 188, S. 237 f.
- 194) Zachariä, Fn. 188, S. 243.
- 195) C. J. A. Mittermaier, Deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Landes-Gesetzbücher und in genauer Vergleichung mit dem englischen und französischen Strafverfahren, Erster Theil, 1845, S. 467; C. J. A. Mittermaier, Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens, 1834, S. 233 f.; Zachariä, Fn. 158, S. 56 und S. 118 f.

- 196) Glaser, Ueber die Vernehmung des Angeklagten und der Zeugen in der öffentlichen Hauptverhandlung, in: Archiv des Criminalrechts, 1851, S. 70 ff.
- 197) Glaser, Fn. 196, S. 82.
- 198) F. G. Leue, Der mündliche öffentliche Anklage=Prozeß und der geheime schriftliche Untersuchungs=Prozeß in Deutschland, 1840, S. 130.
- 199) Untersuchungsgrundsatz については, Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Auflage, 2009, S. 78 によると, Untersuchungsgrundsatz は, Ermittlungsgrundsatz と同義であり, Instruktionsprinzip または Inquisitionsprinzip と呼ばれる。また, Klaus Volk, Grundkurs StPO, 6. Auflage, 2008, S. 137 f. によると, 検察官と裁判所は事実を取り調べるよう義務づけられている(現行ドイツ刑事訴訟法第155条第2項, 第160条第2項, 第244条第2項)。その際, 検察と裁判所は当事者のイニシアチブによらず, 当事者の申立てに拘束されない。これを言い換えると, 刑事訴追機関が事実を取調べる権利と義務を有する(Untersuchungsgrundsatz)。その際, 刑事訴追機関は自身で捜査(instruieren)する(Instruktionsprinzip)。刑事訴追機関は糾問的に手続を行う(Inquisitionsprinzip)。ここでは, 「糾問主義」と訳すことにする。
- 200) Köstlin, Fn. 124, S. 104.
- 201) Zachariä については, 光藤・前掲註(3)325頁註1が詳しい。
- 202) Mittermaier については, 川崎・前掲註(146), 川崎・前掲註(151), 高橋直人「刑事プラクティクム(Criminalpracticum)の誕生 19世紀前半のドイツにおける法学教育と刑事弁護」立命館法学333・334号中巻(2010年)811頁以下から多くの示唆を得た。
- 203) 川崎・前掲註(151)84頁。
- 204) Eb. Schmidt, Fn. 61, S. 279.
- 205) Eb. Schmidt, Fn. 61, S. 291.
- 206) Wilfried Küper, Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, S. 195.
- 207) Mittermaier は, イギリス法だけでなく, アメリカ合衆国憲法修正第5条が規定する自己負罪拒否特権にも言及していた(Mittermaier, Das englische, schottische und amerikanische Strafverfahren, 1851, S. 28 f.)
- 208) Zachariä の刑事訴訟論については, 光藤景皎「ツァハリエの刑事訴訟法論(一)(二)(三)」大阪市立大学法学雑誌27巻3・4号(1981年)345頁以下, 28巻1号73頁以下, 3・4号(1982年)599頁以下が非常に詳しい。さらに, 川崎・前掲註(151)も参照した。
- 209) 光藤・前掲註(3)351頁。
- 210) 川崎・前掲註(151)86頁。
- 211) Zachariä, Fn. 188, S. 232 f.
- 212) Zachariä, Fn. 188, S. 239 und 244 f.
- 213) Zachariä, Fn. 188, S. 245.
- 214) Zachariä, Fn. 188, S. 246 f. und 249.
- 215) Mittermaier の刑事司法論については, 川崎・前掲註(146)198頁以下を参照した。
- 216) 川崎・前掲註(146)203~204頁。

- 217) 川崎・前掲註(146)204～205頁。
218) 川崎・前掲註(151)84～85頁。
219) C. J. A. Mittermaier, Deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Landes-Gesetzbücher und in genauer Vergleichung mit dem englischen und französischen Straf-Verfahren, Erster Theil, 1845, S. 587 f.
220) Mittermaier, Fn. 219, S. 589.
221) Mittermaier, Fn. 159, S. 273 f.
222) C. J. A. Mittermaier, Deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Landes-Gesetzbücher und in genauer Vergleichung mit dem englischen und französischen Straf-Verfahren, Zweiter Theil, 1846, S. 226 f.
223) Mittermaier, Fn. 159, S. 302.
224) Mittermaier, Fn. 222, S. 227 f.
225) Grolmann, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematischen Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze, 1798, S. 430; Kleinschrod, Ueber das Geständnis, als Beweismittel in peinlichen Fällen, Archiv des Criminalrechts IV, 1802, Heft 4, S. 88 f.; Tittmann, Ueber Geständnis und Widerruf in Strafsachen, 1810, S. 12 ff.
226) Abegg, Fn. 192, S. 179 f.
227) C. J. A. Mittermaier, Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens, 1834, S. 233.
228) Mittermaier, Fn. 227, S. 234.
229) Mittermaier, Fn. 159, S. 300.
230) Mittermaier, Fn. 159, S. 301.
231) Zachariä, Fn. 188, S. 252.
232) Zachariä, Fn. 188, S. 253.
233) Globig, Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit, 2.Bände, 1806, S. 126 f. und S. 131 ff.; Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, Band III, 2. Aufl., 1824, S. 370 f.; Tittmann, Grundlinien der Strafrechtswissenschaft, 1800, S. 364 ff.; Kleinschrod, Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte und dem peinlichen Prozesse, Band I, 1797, S. 87.
234) Mittermaier, Fn. 227, S. 233 f.; Mittermaier, Fn. 219, S. 588 ff.; Mittermaier, Fn. 159, S. 273 ff.; Zachariä, Fn. 188, S. 243 ff.
235) Ignor, Fn. 96, SS. 252-258.
236) 例えば, Regina Schulte, Das Dorf im Verhör, 1989, S. 91 ff. **がある**。
237) Peter Friedrich und Michael Niehaus, Transparenz und Maskerade, Zur Diskussion über das öffentlich-mündliche Gerichtsverfahren um 1800 in Deutschland, in: Joseph Vogl (Hrsg.) Poetologien des Wissens um 1800, 1999, S. 169 f.
238) Kölbl, Fn. 17, S. 236 f.
239) Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft. Band IV, 1810, S. 434 f.; Abegg,

Lehrbuch des gemeinen Criminal-Prozesses, 1833, S. 194.

- 240) Kleinschrod, Fn. 225, S. 72.
- 241) Sundelin, Die Zurückführung der s. g. Plaidoyer's im Schwurgerichtsverfahren auf den ihnen gebührenden Ort und Werth, Der Gerichtssaal 10, 1858, S. 412.
- 242) Globig, Huster, Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung, 1783, S. 416.
- 243) Leue, Fn. 198, S. 130.
- 244) Zachariä, Fn. 188, S. 232 f.
- 245) Tittmann, Fn. 239, S. 434 f.; Abegg, Lehrbuch des gemeinen Criminal-Prozesses, 1833, S. 194. 例えばハンブルクは、1869年4月30日刑事訴訟法第72条において、被疑者・被告人に対して真実を供述する義務を課することを予定した。その他、バイエルン刑事訴訟法第36条、チューリッゲン刑事訴訟法第121条、ザクセン刑事訴訟法第168条も参照。
- 246) Zachariä, Fn. 188, S. 243 f.
- 247) Mittermaier, Fn. 159, S. 273 f.
- 248) Abegg, Fn. 245, S. 194.
- 249) Zachariä, Fn. 188, S. 243 f.
- 250) Holzhauer, Fn. 50, S. 1640.
- 251) Zachariä, Fn. 188, S. 243 f.
- 252) Eb. Schmidt, Fn. 61, S. 328; Kölbel, Fn. 17, S. 239.
- 253) Abegg, Fn. 192, S. 179 f.
- 254) Köstlin, Fn. 127, S. 94.
- 255) Zachariä, Fn. 188, S. 244 f.
- 256) Abegg, Fn. 192, S. 179 f.
- 257) ただし Zachariä は、いわゆる不服従罰が批判される一方で、被疑者・被告人による審理妨害や裁判所官吏や証人らに対する侮辱や暴力行為を理由とする肉体的懲罰は許されたと言及した。「立法上、罰としての肉体的懲罰は絶対的に非難されたが、合法性に争いがなく使用に疑問はない罰もあった。それは、不適切で審理を邪魔する被尋問者の態度ゆえの肉体的懲罰、および、被疑者・被告人が、尋問の間、裁判所に属する者又は例えば証人や共犯者などに対して行った侮辱や暴力行為ゆえの肉体的懲罰は、その使用に疑問はなかった。なぜならこれらは、それ自体軽罪に関わる問題であるからであった。それゆえ、事前手続や公判における不服従罰の廃止は、刑事手続改革において何ら問題になりえなかった」という (Zachariä, Fn. 188, S. 260)。
- 258) Zachariä, Fn. 158, SS. 107-109.
- 259) Mittermaier, Fn. 219, S. 502 f.
- 260) Zachariä, Fn. 188, S. 256 f.
- 261) Sundelin, Die Berechtigung und Bedeutung des Verhörs im gegenwärtigen Preußischen Strafverfahren, Goldammer's Archiv, 1858, S. 635.
- 262) Grolmann, Fn. 225, S. 450.
- 263) Geib, Fn. 191, S. 116; Köstlin, Fn. 124, S. 101 ff.
- 264) Abegg, Fn. 192, SS. 178-180.

- 265) Zachariä, Fn. 158, S. 114.
- 266) Zachariä, Fn. 158, S. 120.
- 267) Zachariä, Fn. 158, S. 112.
- 268) Zachariä, Fn. 188, S. 258 f.
- 269) Mittermaier, Fn. 219, S. 507 f.
- 270) Mittermaier, Fn. 159, S. 302.
- 271) Mittermaier, Fn. 219, S. 508 f.
- 272) Mittermaier, Fn. 219, S. 509.
- 273) Mittermaier, Fn. 219, S. 509 f.
- 274) Mittermaier, Fn. 219, S. 510 f.
- 275) Sundelin, Fn. 261, S. 635. 黙秘を有罪の徴表と評価する点については, Geib, Fn. 191, S. 125; Köstlin, Fn. 124, S. 105. 1855年ザクセン刑事訴訟法第171条第2項, 1845年バーデン刑事訴訟法第200条, 1850年オーストリア刑事訴訟法第216条, 1848年バイエルン刑事訴訟法第183条, 1850年ザクセンワイマール刑事訴訟法第127条。
- 276) 川崎・前掲註(151)94頁以下。川崎教授は3期に分類している。
- 277) この時期は, 身分議會において口頭・公開の弾劾訴訟の導入をめぐる議論は高まったものの, 実現されなかった。1841年プロイセン刑事訴訟法草案や1842年ザクセン刑事訴訟法草案は, 糺問訴訟の欠陥の個別的改善にとどまった。1843年6月23日のヴェルテンベルク刑事訴訟法も, 糺問判事の主宰する糺問手続にはなんらの改革もなく, 不服従罰も仮放免も廃止されなかった(川崎・前掲註(151)94頁)。
- 278) Wessels, Fn. 74, S. 170; 第292条および第293条の原文は, Wolfgang Sellert, Hinrich Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Band 1, Von den Anfängen bis zur Aufklärung, 1989, S. 506 に掲載されている。
- 279) Holzhauser, Fn. 50, Sp. 1640. なお, 特にプロイセンは, いわゆる「改革された刑事訴訟」以降も, 自白擬制に関する規定を設けた(1849年1月3日命令第79条)。
- 280) バイエルン刑事訴訟法は, Feuerbach が起草し, 1813年10月1日からバイエルン王国で施行されたバイエルン刑事法典の第二部「刑事事件における手続について」である。なお, 訳は, 久岡ほか・前掲註(103)120頁以下を参照した。
- 281) Kraft, Fn. 101, S. 51. 但し, 1813年バイエルン刑事訴訟法制定委員会において, 不服従罰を批判する意見が見られる点に注意を要する(足立昌勝『1813年バイエルン刑事訴訟法制定委員会での議論 バイエルン国立資料館所蔵議事録の翻刻』(社会評論社, 2011年) 256~268頁(Masakatsu Adachi, Sessions Protokoll der vereinigten Sektionen der Justiz und des Innern für zweiter Teil des baierischen Strafgesetzbuches) 参照)。
- 282) バーデンの刑事訴訟法については, Mittermaier, Fn. 160, SS. 131-159 が詳しい。
- 283) Nöllner, Der Entwurf einer Strafproceßordnung für das Großherzogthum Baden, nebst Motiven, Beitschrift für deutsches Strafverfahren 11 Band., 1844, S. 116.
- 284) 光藤・前掲註(3)327~328頁。特に, 広範な不服従罰は, アルテンブルク1841年5月5日法第29条~第35条, ヴェルテンベルグ刑事訴訟法第142条~148条にみられる。但し身体的懲罰は許されない。ルツェルン1827年2月21日刑事法典第25条は, 虚偽を理由とした不

服従罰の適用を認めている。同1836年6月17日新法第156条～158条は、虚言罰を認めていないが、回答拒絶ゆえの不服従罰(しかし懲罰ではない)を認めている。不服従罰は、ハノーファー1840年9月8日法律第10条とヴェルテンベルグ刑事訴訟法第148条に規定されているという(Mittermaier, Fn. 219, S. 505 f.)

- 285) 1848年～1871年のドイツ各領邦におけるいわゆる「改革された刑事訴訟」立法については、Julius Glaser, Die geschichtlichen Grundlagen des neuen deutschen Strafprozeßrechts, Fr. n. Holzendorff, Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts, erster Band, 1879, S. 65 ff. が詳しい。沢登ほか・前掲註(181)166頁参照。
- 286) フランクフルト1856年5月15日刑事裁判における手続に関する法律第137条, オルデンブルク1857年11月2日刑事訴訟法第172条, ザクセン1855年8月18日刑事訴訟法第171条(Horst Schreieder, Die Stellung des Beschuldigten im Hinblick auf die Aussage nach formellem und materiellem Strafrecht Ein Vergleich von schweizerischem Recht, 1968, S. 15)
- 287) Rogall, Fn. 20, S. 98.
- 288) Schreieder, Fn. 286, S. 15.
- 289) バーデン刑事訴訟法第200条, カッセル刑事訴訟法第66条および第157条, バイエルン刑事訴訟法第43条, プロイセン刑事訴訟法第18条, ヴェルテンブルク刑事訴訟法第5条, チューリングェン刑事訴訟法第127条, ハノーファー刑事訴訟法第85条(Julius Wilhelm Planck, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnungen seit 1848, 1857, S. 246 f.)
- 290) ヴェルテンベルク刑事訴訟法第140条および第141条, バーデン刑事訴訟法第199条, バイエルン刑事訴訟法第42条, チューリングェン刑事訴訟法第126条, ハノーファー刑事訴訟法第85条, プロイセン刑事訴訟法草案第197条, バイエルン刑事訴訟法草案第346条, ザクセン刑事訴訟法171条(Planck, Fn. 289, S. 247.)
- 291) Planck, Fn. 289, SS. 246-248.
- 292) Zachariä, Fn. 188, S. 258 f.
- 293) Biener, Das englische Geschworenengericht, Bd. II, 1852, S. 130; Planck, Fn. 289, S. 248.
- 294) Mittermaier, Fn. 222, S. 226 f.; Stemann, Einige Bemerkungen zum Entwurfe einer Strafprozeßordnung für die Herzogthümer Schleswig-Holstein, 1850, S. 20.
- 295) Geib, Fn. 191, S. 115 und S. 124 f.; Abegg, Fn. 192, SS. 178-180; Mittermaier, Fn. 222, S. 228 ff. これに対して批判的な見解として, Stemann, Fn. 294, S. 12 f.; Mittermaier, Fn. 159, S. 464 ff.; Zachariä, Fn. 188, S. 237 ff.; Planck, Fn. 289, S. 248 und 357 がある。
- 296) Abegg, Fn. 192, S. 179 f.; Leue, Fn. 199, S. 130; Glaser, Fn. 145, S. 70 und S. 77 f.; Sundelin, Fn. 261, S. 632.
- 297) Kölbl, Fn. 17, S. 234.
- 298) Gaetano Filangieri は、Beccaria の影響を受けた啓蒙哲学者である。1788年没(瀧川幸辰「刑法史の或る断面」団藤重光, 中武靖夫, 竹内正, 木村静子, 大野真義, 瀧川春雄(編)『瀧川幸辰刑法著作集第一巻』(世界思想社, 1981年)612頁)。
- 299) G. Filangieri, System der Gesetzgebung. Band III, Anspach, 1786, S. 182.

- 300) Filangieri, Fn. 299, S. 179 f.
- 301) J. A. Bergk, Theorie der Gesetzgebung, 1802, SS. 109-111.
- 302) Kleinschrod, Fn. 225, SS. 94-96.
- 303) 1801年, B. Turin も, 自己保存本能から法律上の自己防御・防御権を導き出しているという (Kölbl, Fn. 17, S. 240: B. Turin, Versuch einer Darstellung des Rechts peinlicher Verteidigung, Band I, 1801, S. 27 f.)
- 304) Rogall, Fn. 20, S. 93.
- 305) Kölblによると, これ以前に, 自然法によるラテン語法諺 nemo tenetur に関する議論は, 法体系の中には現れていない。それゆえ, これらの見解が現れていたと指摘するとともに, ドイツ刑事手続における Nemo tenetur 原則の歴史的発展との直接の関係についてはこれ以上追究しない (Kölbl, Fn. 17, S. 240)。
- 306) Adolf Gneist, Vier Fragen zur Deutschen Strafprozessordnung, 1874, S. 82 f.
- 307) Kleinschrod, Fn. 225, S. 66 ff.; Abegg, Fn. 192, S. 170.
- 308) Leue, Fn. 198, S. 128 f.
- 309) Zachariä, Fn. 158, S. 152 und 155.
- 310) Ferd. Carl Th. Hepp, Anklageschaft Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens gegründet auf eine historisch=kritische Beleuchtung des bestehenden Inquisitionsprocesses, 1842, S. 127.
- 311) Biener, Fn. 293, S. 131.
- 312) Hofrath Wahberg, Die Gehorsamsfrage in der Strafprocessordnung, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart I, 1874, S. 153.
- 313) Rogall, Fn. 20, S. 100.
- 314) Eb. Schmidt, Fn. 61, S. 328; Kölbl, Fn. 17, S. 239.
- 315) Sundelin, Fn. 261, S. 628.
- 316) Rogall, Fn. 20, S. 92; Meyer, Die Mitwirkung der Parteien im Strafproceß, 1873, S. 14; Kleinschrod, Fn. 225, SS. 1-5.
- 317) Kölbl, Fn. 17, S. 243.
- 318) Planck, Fn. 289, S. 232.
- 319) 高田ほか・前掲註(183) 6 ~ 7 頁, 87頁。
- 320) Verhandlungen des Siebenten deutschen Juristentages. Herausgegeben von dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation, Erster Band, 1868, S. 87. 以下, 報告および発言は, 本文中に「7. DJT, Bd. 1, (発言者名), S. --- 」と記す。
- 321) 大出良知「西ドイツ刑事再審法の研究 序説 1」法律時報49巻3号 (1977年) 71頁, 斎藤司「ドイツにおける被疑者・被告人の証拠開示請求権の展開」九大法学89号 (2004年) 18 ~ 19頁。
- 322) Kölbl, Fn. 17, S. 246. この隠れた糾問主義志向は, 例えば, ドイツ帝国刑事訴訟法第190条第2項の議論に顕著に現れた。第190条2項は, 裁判所による予審における尋問は, 弁護人なしに行われることを規定している。弁護人が, 被尋問者の自白を頻繁に妨げることが懸念されたため, 尋問における弁護人の立会いは許されなかった (Löwe, Die

Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 10. Aufl., 1900, S. 528. §190 Note 7.)

- 323) 条文は, Herausgegeben von Werner Schubert und Jürgen Regge, Entstehung und Quellen der Strafprozeßordnung von 1877, 1989, S. 48ff. によった。なお, 以下の条文は, 引用者が試訳したものである。
- 324) 条文は, Schubert/Regge, Fn. 323, S. 113 ff. によった。
- 325) 草案第119条は, 1873年5月2日に審議された。Wiener が, 第213号提案として, 第119条第1項を「尋問は, 被疑者・被告人に, その正当化および彼に対して主張された嫌疑の根拠を排除する機会を与えるという目的を有する」という表現に変更するという提案を行った。しかし, 「機会を与えなければならない (soll)」という文言を「機会を与えるという目的を有する (hat den Zweck)」という文言に修正するというこの提案は, 認められなかった。また, バーデン刑事訴訟法第189条ないし第191条をここに採用する旨の Staudinger による第171号提案が取り消されている (Schubert/Regge, Fn. 323, S. 186)。
- 326) 条文は, Schubert/Regge, Fn. 341, S. 293 ff. によった。
- 327) 条文は, C. Hahn, Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, Abt. I, S. 4 ff. によった。
- 328) Motive zum Entwurf einer Strafprozeßordnung und zum Entwurf des Einführungsgesetzes, 1874.
- 329) なお, 第158条(被告人の尋問)に関しては, 次のように述べられている。確かに, 被疑者・被告人のために予審判事による尋問の際の弁護人の出席は有益でありえ, かつ, 弁護人の立会いのもとで自白が行われるとき, 予審における自白は価値を高められる, ということは承認されなければならない。しかしながら草案は, 一貫して防禦が予審において既に適切な承認(賞賛)を得るよう努力しているからといって, 以下の検討に対して目をつづるわけにはいかない。(つまり,) 被疑者・被告人の尋問が, それが被疑者・被告人から自白を強要すべきではないにもかかわらず, 少なくとも重要な審理材料のままである。多くの場合において, 弁護人に, 尋問の際に立ち会い, かつ, 被疑者・被告人がしようとしているあらゆる言明を抑制することを許したいならば, ほとんどをあきらめることになる。と。また, 第205条(公判)について, 次のように述べている。これに続く, 起訴事実の内容についての被告人の尋問は, 第123条の中で述べられている目的を有する。それは, 彼に, 正当化の機会および彼に提示された嫌疑の根拠を排除する機会を与えるものとする。それは, こののち, 被告人の実際の供述を完全なものにすることを, 弁護人に許している。弁護人は同じことは述べず, 被告人の自身の供述を決めるためにただ説明を加えてもよいだけである, と (Motive zum Entwurf einer Strafprozeßordnung und zum Entwurf des Einführungsgesetzes, 1874, S. 106 und S. 136)。
- 330) Motive, Fn. 329, S. 79.
- 331) Hahn, Fn. 327, S. 700. 以下, 発言は, 本文中に「Hahn, S. ...」と記す。
- 332) Herz 委員は, 冒頭に発言し, Hauck 委員による Herz = Eysoldt = Klotz 提案の第2項の「彼が尋問される場合」という文言の削除要求に応じた。
- 333) これに対して, Schwarze 委員は, Herz 委員は発言を誤解していると反駁している
- 334) von Amsberg は, ブラウンシュヴァイク刑事訴訟法第43条を引用し, Herz = Eysoldt =

Klotz 提案を承認すると、裁判官が被疑者・被告人の黙秘に基づき、しばしば被疑者・被告人が弁明するときでさえ、有罪判決や未決拘禁を命じることになると懸念を表明した。

- 335) C. Hahn, Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, 1886, Abt. 2, S. 1554 f.
- 336) Schubert/Regge, Fn. 323, S. 314.
- 337) Kölbl, Fn. 17, S. 246 f.
- 338) Schubert/Regge, Fn. 323, S. 48 ff.
- 339) 第46条は、「証人は、自己または証言を行うよう義務づけられない者（第43条）が刑事訴追されるおそれのある質問に答えることを拒絶することができる」と定めた（Schubert/Regge, Fn. 323, S. 113 ff.）。
- 340) 第46条は、「証人は、自己または証言を行うよう義務づけられない者（第43条）が刑事訴追されるおそれのある質問に答えることを拒絶することができる」と定めた（Schubert/Regge, Fn. 323, S. 293 ff.）。
- 341) 第45条は、「すべて証人は、それに回答することによって自己または第42条によって証言を行うよう義務づけられない者が刑事訴追の危険にさらされるような質問に答えることを拒否することができる」と定めた（Hahn, Fn. 327, S. 4 ff.）。
- 342) Motive, Fn. 329, S. 45.
- 343) 第54条に関して、ドイツ連邦参議院の刑事訴訟法委員会では、差し迫った刑事訴追の場合だけ証言拒絶権を認めるか、あるいは、その他の不利益がある場合にも証言拒絶権を認めるかどうかという点について審議されていた。既に Baden 草案第131条が、証人の証言拒絶権を不名誉や恥の危険の際にも認めていた点が注目されている（Rogall, Fn. 20, S. 101 f.）。
- 344) Schubert/Regge, Fn. 323, S. 174.
- 345) Hahn, Fn. 327, S. 124.
- 346) Hahn, Fn. 327, S. 622.
- 347) Meyer, Fn. 316, S. 20.
- 348) Meyer, Fn. 316, S. 21 f.
- 349) Gneist, Fn. 306, SS. 80-83. ドイツ刑事訴訟の主たる問題を 4 つ（ 検察制度と私訴，予審の公開，交互尋問（Kreuzverhör），公判手続の構造）挙げ、順に論じている。なお、文中の【 】部分は、引用者による。
- 350) Rudolf Heinze, Strafprocessuale Erörterungen. Beitrag zur Kritik der dem Reichstag vorliegenden Entwürfe einer Strafprozeßordnung und eines Gerichtsverfassungsgesetzes, 1875, S. 32.
- 351) Heinze, Fn. 350, S. 33.
- 352) Heinze, Fn. 350, S. 34.
- 353) Kölbl, Fn. 17, S. 247; Böse, Fn. 18, S. 117.
- 354) Josef Kohler, Moderne Rechtsprobleme, 1907, S. 69 f.
- 355) Rieß, Fn. 87, S. 293.
- 356) G. Thilo, Die Strafprozeß-Ordnung für das Deutsche Reich vom 1. Februar 1877., in; Dr.

von Sarwey und G.Thilo, Die Justizgesetzgebung des Deutschen Reichs, I. Abteilung, Zweiter Band., 1878, S.139 f.; Emanuel Ullmann, Lehrbuch des Deutschen Strafprocessrechts, 1893, S.384.

- 357) Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 10. Aufl., 1900, S.428.
- 358) Daniela Kleinheisterkamp, Kreditwesengesetz und Strafverfahren Zur Bedeutung des „nemo-tenetur“ Prinzips für das bankaufsichtliche Verfahren, 2010, S.146.
- 359) Thilo, Fn.356, S.139 f.; Löwe, Fn.357, S.427 f.
- 360) Friedrich Oskar von Schwarze, Commentar zu der Deutschen Strafprozeßordnung und zu den auf dieselbe bezüglichen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, 1878, S.271.
- 361) Rieß, Fn.87, S.293.
- 362) von Schwarze, Fn.360, S.271.
- 363) Kleinheisterkamp, Fn.358, S.145 f. なお,第11回ドイツ法曹大会において「刑事手続において裁判長による尋問は,交互尋問に優先すべきか」という議題が採り上げられ, von Stemmann(キール)が,裁判官による被告人尋問と被告人の真実義務について言及した。つまり,「被告人に対して道徳的真実義務を課すことは,被告人に対する無罪推定の原則を損なうことになる。予審の結果あるいは起訴決定から被告人の有罪を推定する裁判長は,明白な権利濫用なしに行うことができる限りで自白獲得に努め,告白者の役割を引き受けようとする。裁判長が検察官あるいは弁護人の役割を担うとき,裁判長は中立かつ冷静な立場ではない。これは,拳証責任が常に訴追側にあるという原則に違反している。被告人は,証拠方法にすぎず,自らの意思に反して取調べ目的のために利用され,自白獲得される。このような手続は,被告人を初めから不利に取り扱い,特に被告人が無罪であるとき最も危険である。なぜなら被告人が,裁判官に反論する勇気がないと当惑すること,黙秘,躊躇あるいはぐらつき,ごちちなさ,興奮や意気消沈した気分から新たな嫌疑を導き出されうるからである。これらは,有罪の心証形成にとって重要な要素とされる」と(Verhandlungen des Elften deutschen Juristentages. Herausgegeben von dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation, Erster Band, 1873, von Stemmann, S.18 f.)
- 364) von Schwarze, Fn.360, S.271.
- 365) Thilo, Fn.356, S.139 f.
- 366) Löwe, Fn.357, S.429.
- 367) Löwe, Fn.357, S.428.
- 368) Ullmann, Fn.356, S.387 f.
- 369) Löwe, Fn.357, S.428.
- 370) Thilo, Fn.356, S.139 f.
- 371) von Schwarze, Fn.360, S.271.
- 372) Löwe, Fn.357, S.428 f.
- 373) Ebenda.
- 374) Kohler, Fn.354, S.70 f.
- 375) von Schwarze, Fn.360, S.272.

- 376) Löwe, Fn. 357, S. 428.
- 377) von Schwarze, Fn. 360, S. 271.
- 378) Thilo, Fn. 356, S. 139 f.
- 379) Kronecker, Die Reformbedürftigkeit des Vorverfahrens im Strafprozesse, ZStW 7, 1887, S. 420.
- 380) Thilo, Fn. 356, S. 58; von Schwarze, Fn. 360, S. 183.
- 381) von Schwarze, Fn. 360, S. 183.
- 382) 小野清一郎「ドイツ新刑事訴訟法草案に就て(一)」法学志林24巻6号(1922年)63頁。
- 383) 光藤景皎「ドイツ公判前手続の構造 西ドイツ刑事訴訟法一九六四年改正を中心として」同『刑事訴訟行為論』(有斐閣, 1974年)98頁。なお初出は, 光藤景皎「西ドイツ刑事訴訟法一九六四年改正の位置(一)(二)(三)(四)」甲南法学7巻2号3号, 8巻1号(1967年)85頁以下, 3・4号(1968年)57頁以下。
- 384) Gneist, Fn. 305, SS. 5-10.
- 385) 1908年草案による予審の当事者公開については, 小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』(日本評論社, 1976年)59~62頁が詳しい。
- 386) 小田中・前掲註(385)34頁。
- 387) 1908年草案および1920年草案に関する詳細な先行研究として, 小野清一郎「ドイツの新刑事訴訟法草案に就て(一)(二)(三完)」法学志林24巻6号(1922年)61頁以下, 7号38頁以下, 8号86頁以下, 光藤・前掲註(383)98頁以下, 小田中・前掲註(385)34頁以下, 齋藤・前掲註(321)1頁以下があり, 非常に多くの示唆を得た。
- 388) 刑事訴訟改革委員会の委員は, 次の21名である。Bassermann (弁護士・帝国議会議員), Baumbach (上級法律顧問官), Baumstark (弁護士・Fiskalanwalt), Behringer (州裁判所所長), Buff (州裁判所顧問官), v. Ealker (正教授), Gassersbach (弁護士), Gröber (州裁判所顧問官, 帝国議会議員), v. Hecker (検事長), Himburg (区裁判所顧問官, 帝国議会議員), Kaufmann (帝国裁判所顧問官), Kronecker (ベルリン上級地方裁判所顧問官), Lenzmann (法律顧問官, 弁護士, 帝国議会議員), Nagel (ドイツ帝国最高裁検事), Opfergelt (区裁判所顧問官, 帝国議会議員), Oppermann (州裁判所所長), Rintelen (枢密上級法律顧問官, ベルリン上級地方裁判所顧問官, 帝国議会議員), Tauchert (第一検察官), Wach (枢密官, 正教授), Wachler (枢密上級法律顧問官, 検事長), Wolffson (弁護士)(齋藤・前掲註(321)46頁)。
- 389) Krattinger, Die Strafverteidigung im Vorverfahren im deutschen, französischen und englischen Strafprozeß und ihre Reform, S. 232.
- 390) 齋藤・前掲註(321)34頁。
- 391) Materialien zur Strafrechtsreform Reform des Strafverfahrensrechts 11. Band, Entwurf eines Gesetzes betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, Entwurf einer Strafprozeßordnung, Entwurf eines Einführungsgesetzes zu beiden Gesetzen nebst Begründung Entwurf des Reichsjustizamtz 1908 , 1960, S. 154 f.
- 392) Materialien 11. Band, Fn. 391, S. 153 f.
- 393) Materialien 11. Band, Fn. 391, S. 155.

- 394) Materialien 11. Band, Fn. 391, S. 154.
395) Materialien 11. Band, Fn. 391, S. 155 f.; 小田中・前掲註(385)54 - 55頁。
396) Materialien 11. Band, Fn. 391, S. 230 f.
397) 本文で挙げた提案以外のものは以下のとおりである。

第1項に関する提案

提案2: 第1文を「被疑者・被告人に、裁判官による尋問の際に…」で始めること。

提案3: 第3文に「彼は、彼の人的な諸事情について尋問される」を加えること。

提案2および3は編集に関する事柄である。

第3項に関する提案

提案5: 第3行目, 4行目「彼が事実を主張するとき」という文言を「彼が主張するとき」に置き換えること。

(理由づけ) 被疑者・被告人が何か法的な論述をするとき, 被疑者・被告人が事実を主張するかどうかについて議論の余地がある。提案5の文言ができるかぎり被疑者・被告人に保障する。

(反論) 提案5は事情によっては被疑者・被告人の嫌がらせを助長しうる。

提案6: 「被疑者・被告人は, 自ら弁護人を選ぶ, あるいは, 被疑者・被告人に弁護人を職権でつけるよう要求する権利を有するということについて告知されなければならない」を加えること。

提案7: 「被疑者・被告人は, 弁護人の援助を用いる権利を有するということについて告知されなければならない」を付加すること。

(反論) 提案6および7について, ドイツにおいて, 各被疑者・被告人は弁護人をつけることができると知っている。ただし必要の弁護の場合, 裁判所が配慮しなければならない。

第4項に関する提案

提案8: 第1行目「である」の後に「特に」を挿入すること。

(理由づけ) 調書は第4項に挙げたのものとは異なる言明を要求するので, 適切に「である」の後に「特に」という言葉を挿入しなければならない。

提案9: 第3行目「主張する」の後に「彼がどのような申立てをしているか」を付加すること。

(理由づけ) 被疑者・被告人が尋問の際に行う申立ては, その重要性ゆえに, 無制限に調書に記録されなければならない。裁判官は, そのような申立てを何らかの理由で調書化された記録から排除することを拒絶してはならない。

提案10: 第2文として「他の官庁の捜査における被疑者・被告人の発言に関連づけることは許されない」を付加すること。

提案11: 「この被疑者・被告人の供述の再現は, 裁判官によらない調書(記録)にある言明に関連づけることによって置き換えられてはならない」を加えること。

(理由づけ) 提案10と提案11につき, 被疑者・被告人の尋問についての裁判官による調書は, この尋問をこの関連で再現しなければならない。裁判官によらない記録, 特に警察官による記録との関連づけを認めるとき, 調書の長所は損なわれる。その

手続は、被疑者・被告人が裁判官によって詳細に尋問されず、彼に出されたかつての供述を単に確認するだけとなる危険をはらんでいる。

(反論) 確かに、裁判官は、被疑者・被告人を詳細に尋問しなければならず、かつ、この尋問を記録しなければならない。被疑者・被告人に話し合いのために与えられる尋問および機会が主要である。ときどき、裁判官によって尋問される被疑者・被告人は、すでに詳細に他の官庁によって尋問されている。その結果、被疑者・被告人は裁判官の面前でかつて述べたことを繰り返す。ときどき、検察官による調書および警察官による調書も、非常に詳しくかつ全くそれを非難する点がないほど良いものである。両者が一致するならば、すでに出されている調書の写しをとるあるいはなんとか別の言葉でそれを述べるよう裁判官に強制することは、全く無駄である。そのような事案や類似の事案において、裁判官がすでに現存する調書を指摘するとき、これは実際的であろう。

新たに第 5 項として、2 点の提案がなされた。

提案 12: 第 5 項として「被疑者・被告人は、尋問中および尋問後に記録してもよい。 ; これは押収されずかつ彼の拘禁中そのままにしなければならない」を付加すること。

提案 13: 第 5 項に「被疑者・被告人に、その要求にもとづいて、尋問について記録する機会が与えられなければならない。この諸記録は押収されない。」を付加すること。

(理由づけ) 複雑な刑事事件すべてにおいて、被疑者・被告人はその尋問についての記録文書を自ら作らなければならない。それは弁護人との相談のための基盤として有用でありうる。もちろん、そのような記録は押収から除外されなければならない。

(反論) 被疑者・被告人自身が述べたことは、特に彼が自ら真実を保持するとき、精確でなければならない。尋問内で可能なかぎり、被疑者が自らメモをとることは全く邪魔にならない。提案 12 と 13 が明文で要求している権利付与は不適切である。なぜなら、被疑者はそのとき権利を主張してゆずらず、尋問を遅延させ、妨げ、不可能にしうるからである。場合によってはありうるメモ書きの押収が適当であることが一般規定のもとにおかれなければならない。

新たに第 6 項として、1 点の提案がなされた。

提案 14: 第 6 項として「審理を [レコード] 録音することができる。録音の言葉どおりの転記は記録文書にされなければならない。その録音は、確定力のある決定まで保管されなければならない、かつ、記録の一部とみなされる」を付加すること。場合によっては: 「被疑者の要求に基づいて、審理の録音を開始されなければならない。」

(理由づけ) 実際の言葉どおりの審理の再現は、録音によってだけ保証される。

(反論) 中継の費用も考慮しなければならないようなこの措置の費用は工面できない。その手続は過度に重荷である。優れた調書を作ることは正当な要求ではある。

- 398) Materialien zur Strafrechtsreform Reform des Strafverfahrensrechts 13. Band. Bericht der 7. Kommission des Reichstags 12. Legislaturperiode . Session 1909-1911 zur Vorberatung der Entwürfe 1. Eines Gesetzes betreffend Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, 2. Einer Strafprozeßordnung, 3. Eines zu beiden Gesetzen gehörenden Einführungsgesetzes, 1960, S. 3218 f.

- 399) 提案6:「被疑者・被告人は、自ら弁護人を選ぶ、あるいは、被疑者・被告人に弁護人を職権でつけるよう要求する権利を有するというについて告知されなければならない」を加えること。
提案7:「被疑者・被告人は、弁護人の援助を用いる権利を有するというについて告知されなければならない」を付加すること。
(反論)提案6および7について、ドイツにおいて、各被疑者・被告人は弁護人をつけることができると知っている。ただし必要の弁護の場合、裁判所が配慮しなければならない。
- 400) Materialien 13.Band, Fn. 398, S. 3219.
- 401) Franz v. Liszt, Die Reform des Strafverfahrens, 1906, S. 32.
- 402) R. v. Hippel, Der Entwurf einer Strafprozessordnung Eine kritische Besprechung, in: W. Mittermaier und M. Liepmann, Schwurgerichte und Schöffengerichte Beiträge zu ihrer Kenntnis und Beurteilung, Band II, Heft 1, S. 37.
- 403) Karl von Lilienthal, Der Entwurf einer Strafprozeßordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetze nebst Begründung. Eine kritische Besprechung, ZStW 29, 1909, S. 418.
- 404) 1908年草案審議中に、控訴審に素人裁判官を導入するか否かという問題が提起されたため、審議が中断したといわれる。その他の審議は、1911年秋まで延期され、政府の努力にもかかわらず、選挙と政党側でのこの問題への隠忌のため、再開されることはなかったという(光藤・前掲註(383)115頁)。
- 405) Begründung zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, in: Materialien zur Strafrechtsreform Reform des Strafverfahrensrechts 14. Band, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen nebst Begründung Reichsratsvorlage 1919, 1960, S. 2.
- 406) 光藤・前掲註(383)116頁。
- 407) Materialien 14. Band, Fn. 405 には、「1919年」と書かれている。しかし、1920年1月に提出されたことに着目し、本稿では「1920年草案」と呼ぶこととする。
- 408) 1920年草案の制定過程については、光藤・前掲註(383)115～116頁、小田中・前掲註(385)63～65頁、斉藤・前掲註(321)50～51頁、川崎・前掲註(151)40～47頁を参照した。
- 409) Mittermaier, Der Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen vor dem Forum der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Deutsche Strafrechts-Zeitung, 1920, Sp. 34.
- 410) Krattinger, Fn. 389, S. 256.
- 411) Krattinger, Fn. 389, S. 256.
- 412) Krattinger, Fn. 389, S. 268.
- 413) 光藤・前掲註(383)120頁。
- 414) Goldschmidt, Die Neuordnung der Strafgerichte und des Strafverfahrens, JW 1920, S.

230.

- 415) 草案は、予審廃止につき理由を3点挙げている。公判前段階を捜査手続と予審とに分けることは、尋問の無用な繰り返しであること。これにより官吏の負担が増大し、手続は遅延し、未決勾留を長期化させる。予審判事存在によって、検察官が証拠収集の信頼性や完全性に影響を及ぼせなくなり、被疑者や証人を独自に判断できなくなる。それゆえ、起訴に対し責任を持つ検察官がその決定を左右すべき証拠資料に通じていないことになってしまう。被告人は予審判事を公平な独立の機関と考えているが、実際は書面・秘密手続で糾問する訴追機関であり、糾問官の後裔であり、検察官の補助機関である。その反面、その調書は公判において動かしがたい証明力を有する。斎藤司「ドイツにおける被疑者・被告人の証拠開示請求権の展開」九大法学89号(2004年)79~80頁参照。Materialien 14. Band, Fn. 405, S. 11 f.
- 416) 小田中・前掲註(385)69~76頁, 光藤・前掲註(383)116~118頁, 小野清一郎「ドイツ新刑事訴訟法草案に就て(二)」法学志林24巻7号(1922年)45頁。
- 417) Rieß, Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, S. 415.
- 418) Albin Eser, Schutz vor Selbstbezeichnung im deutschen Strafprozeßrecht, in: Jescheck (Hrsg.), Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung Teheran 1974, Beiheft der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1974, S. 142.
- 419) Krattinger, Fn. 389, S. 262.
- 420) Kölbel, Fn. 17, S. 253.
- 421) J. Goldschmidt, Die Kritiker der Strafprozeßentwürfe. Vortrag, gehalten in der Berliner Juristischen Gesellschaft am 10. April 1920, ZStW 41 (1920), S. 600 f.
- 422) Wolfgang Rentzel -Rothe, Der »Goldschmidt-Entwurf« Inhalt, reformgeschichtlicher Hintergrund und Schicksal des Entwurfs eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen 1919/1920, Centaurus-Verlagsgesellschaft, Pfaffenweiler, 1995, S. 88.
- 423) Joachim Herrmann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, 1971, S. 86, Kölbel, Fn. 16, S. 254.
- 424) Begründung 14. Band, Fn. 405, S. 37.
- 425) Begründung 14. Band, Fn. 405, S. 22.
- 426) Goldschmidt, Fn. 421, S. 603.
- 427) Begründung 14. Band, Fn. 405, S. 22.
- 428) Adolf Wach, Die Reform der Strafjustiz, Deutsche Strafrechts-Zeitung, 1920, Sp. 78.
- 429) R. v. Hippel, Der Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen, ZStW 41 (1920), S. 335.
- 430) Kölbel, Fn. 17, S. 254.
- 431) Hippel, Fn. 429, S. 356 f.
- 432) Adolf Wach, Die Reform der Strafjustiz, Deutsche Strafrechts-Zeitung (DStrZ) 1920, S. 78 f.
- 433) Internationale Kriminalistische Vereinigung, Dr. Koffka (SenPräs. Beim KG Geh. ObJR),

JW 4, 1920, S. 257.

- 434) Berliner Anwaltverein, Plaschke (Generalstaatsanwalt), JW 4, 1920, S. 261.
- 435) Berliner Anwaltverein, Dr. Weigert (Landgerichtsdirektor), JW 4, 1920, S. 266.
- 436) Berliner Anwaltverein, Prof. Dr. Klee (KG Rat), JW 4, 1920, S. 265.
- 437) Berliner Anwaltverein, Dr. Alsberg (RA), JW 4, S. 265.
- 438) Schultz, Was bringt uns der Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen?, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 1920, S. 198.; Herrmann, Fn. 441, S. 88.
- 439) Goldschmidt, Fn. 421, S. 599.
- 440) Goldschmidt, Fn. 421, S. 600 f. Herz 委員の発言については, 第3節2.(2)を参照。
- 441) Goldschmidt, Fn. 421, S. 601 f.
- 442) Goldschmidt, Fn. 421, S. 602. この点について, すでに1877年ドイツ帝国刑事訴訟法制定過程において, Herz = Eysoldt = Klotz提案が, Gneist委員およびMarquardsen委員の賛同のもと, 「この際(被疑者・被告人の裁判官による尋問の際), 被疑者・被告人に, 公判における供述が, 彼にとって不利益な証拠方法として利用されうることを告知しなければならない」という文言を追加しようとしていた。
- 443) Liepmann, Die Psychologie der Vernehmung des Angeklagten im deutschen Strafprozess, ZStW 44, 1924, S. 668 und S. 671 f.; J. K. Kley, Hans Schneickert, Die Kriminalpolizei, 3. Aufl., 1929, S. 154; Heinrich Gerland, Der deutsche Strafprozess, Eine systematische Darstellung, 1927, S. 237; Ernst Beling, Deutsches Reichstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts, 1928, S. 309 f.
- 444) Kley, Fn. 443, S. 154.
- 445) Liepmann, Fn. 443, S. 680.
- 446) Liepmann, Fn. 443, S. 669 f.
- 447) Liepmann, Fn. 443, S. 671 f.
- 448) Liepmann, Fn. 443, S. 672 f.
- 449) Liepmann, Fn. 443, S. 665.
- 450) OLG. Hamburg. StS. Urt. Vom 3. Juni 1929 (R III 80/29), GA 1930, S. 315.
- 451) Beling, Fn. 443, S. 309 f.
- 452) Liepmann, Fn. 443, S. 662 f.

* 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。