

憲法38条1項の保護対象は 「供述」に限られるか

——ドイツにおける呼気検査制度をめぐる議論を検討素材として——

松 倉 治 代*

目 次

1. 問題の所在
2. 憲法38条1項の保護対象は「供述」に限られるか——平成9年判決及び多数説
3. ドイツにおける呼気検査への協力の任意性
——呼気検査手続における自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）の保障
 - (1) ドイツにおける呼気検査制度
 - (2) 呼気検査への協力の任意性の論拠を自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）に求める見解
 - (3) 呼気検査への協力の任意性の論拠を自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）以外に求める見解
 - (4) 呼気検査への協力が任意である旨の告知の必要性
 - ① 告知義務を肯定する見解
 - ② 告知義務を否定する見解
4. 若干の考察

1. 問題の所在

日本の道路交通法（以下、「道交法」と呼ぶ。）は、「道路における危険を防止し、その他交通の安全と円滑を図り、及び道路の交通に起因する障害の防止に資することを目的」とし（道交法1条）、これを達成するため、酒

* まつくら・はるよ 大阪市立大学法学部准教授

気帯び運転等を禁止している（道交法65条）。さらに、この禁止違反行為に対して危険防止の措置をとるため、警察官は、酒気帯び運転をするおそれがある車両の運転者等に対し、その身体に保有するアルコールの程度を調査するため、その者の呼気の検査をすることができる（道交法67条3項）。呼気検査を拒み、又は妨げた者に対しては、3月以下の懲役又は50万円以下の罰金を科すことが定められている（道交法118条の2）。

他方、ドイツにおいても、酒気帯び運転は、日本と同様に、禁じられている。ドイツの道路交通法（以下、「StVG」と呼ぶ。）24a条1項は、「呼気又は血中アルコール濃度によって、呼気中に0.25mg/l以上あるいは、血中に0.5‰以上あるいは、体内に多量のアルコールを保有しているにもかかわらず、道路交通において乗り物を運転する者を、秩序違反と扱う」と定めている。

しかし、ドイツでは、対象者に対して呼気検査を直接又は間接的に強制する処分を予定しておらず、呼気検査を受けるかどうかは対象者の任意であるとされている点で、日本と大きく異なる。さらに、呼気検査への協力の任意性を前提として、警察官が、対象者に対して呼気検査への協力が任意である旨の告知を行う義務を負うという見解も、学説上有力に主張されている。

本稿は、まず、道交法上の呼気検査拒否罪は、憲法38条1項によって保障される「自己に不利益な供述を強要されない」権利を侵害しないとする日本の判例（最一小判平成9年1月30日刑集51巻1号335頁（以下、「平成9年判決」と呼ぶ。）¹⁾）及び多数説を確認する（後述2）。この多数説は、アメリカ

1) 平成9年判決については、三好幹夫・最高裁判所判例解説刑事篇（平成9年度）42頁、長沼範良・判批・ジュリスト1141号（1998年）187頁、小泉良幸・平成九年度重要判例解説（ジュリスト1135号）（1998年）18頁、辻裕教・判批・研修598号（1998年）32頁、小早川義則・刑事訴訟法判例百選第7版（1998年）68頁、中野目善則・刑事訴訟法判例百選第8版（2005年）70頁、上村善一郎・判批・警察基本判例・実務200（別冊判例タイムズ26号）（2010年）283頁、今井宗雄・判批・警察基本判例・実務200（別冊判例タイムズ26号）（2010年）481頁、三好幹夫・判批・ジュリスト1111号（1997年）202頁、佐々木史朗・メ

合衆国を比較法対象として検討しているが、本稿は、対象者に対する呼気の提供の強制を禁じるドイツを比較法研究の対象とし、呼気検査拒否罪の妥当性を再検討する素材を提供する。そこで、ドイツにおける呼気検査制度を概観したうえで(3(1))、ドイツにおける呼気検査への協力の任意性に関する議論を紹介する(3(2)(3))。さらに、呼気検査への協力が任意である旨の告知の必要性をめぐる議論も紹介する(3(4))。その比較法研究に基づき、刑罰による威嚇のもとで、呼気の提供という作為によって自身の犯罪行為の解明に協力させる呼気検査拒否罪に関する日本の道交法の規定について、何人も自己に不利な証拠になる必要はないという自己負罪からの自由(Nemo tenetur 原則)という刑事手続の基本原則に反する可能性について論じる(4)。

なお、違法に行われた呼気検査の結果の利用については、本稿では扱わず、後日の検討課題とする²⁾。

2. 憲法38条1項の保護対象は「供述」に限られるか ——平成9年判決及び多数説

最高裁は、呼気検査拒否罪が憲法38条1項によって保障される「自己に

ㄨ 津田薫・判批・判例タイムズ977号(1998年)40頁、中村英・判批・法学教室203号(1997年)102頁、清水真・判批・判例評論470号(判例時報1628号)(1998年)52頁、田村泰俊・判批・法学新報(1998年)104巻12号213頁、平沢秀人・判批・研修593号(1997年)53頁等を参照。なお、呼気検査拒否罪の成否については、岡田馨之朗・判批・研修782号(2013年)93頁、大塚雄祐・判批・法律時報86巻(2014年)11号121頁、小倉健太郎・判批・捜査研究767号(2015年)5頁、大野正博「呼気検査拒否罪の成否」『愛知学院大学法学部同窓会「法学論集」第五巻』(成文堂、2016年)55頁等を参照。

2) 呼気検査には、道交法に基づく呼気検査と任意捜査としての呼気検査がある。本稿の対象は前者である。なお、任意捜査としての呼気検査は、飲酒運転等に関する証拠の収集を目的として、対象者の同意のもとで行われる。道交法における呼気検査拒否罪のような規定はない。しかし、本来、刑事手続に移行し任意捜査として行すべきものの多くが、道交法のもとで実施されて、結果的に、呼気検査を刑罰で威嚇することを許容する範囲を広くしている可能性がある。

不利益な供述を強要されない」権利を侵害しないかという問題を、平成9年判決において扱った。

最高裁は、「憲法38条1項は、刑事上責任を問われるおそれのある事項について供述を強要されないことを保障したものと解すべきところ、〔呼気〕検査は、酒気を帯びて車両等を運転することの防止を目的として運転者らから呼気を採取してアルコール保有の程度を調査するものであって、その供述を得ようとするものではないから、右検査を拒んだ者を処罰する右道路交通法の規定は、憲法38条1項に違反するものではない。このことは、当裁判所の判例〔最大判昭和32年2月20日刑集11巻2号802頁，最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁〕の趣旨に徴して明らかである」と判示した。

この平成9年判決は、調査官解説によると、呼気検査の手続について「実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続」であり、憲法38条1項による保護の射程に入るが³⁾、呼気検査の本質を「『呼気』という物的なあるいは非供述的な証拠を採取する」点に見て取り、同項により「強要」することが禁じられるのは、「供述」に限られると解されるため⁴⁾、呼気検査拒否罪を定める道交法の規定は憲法38条1項に反しないとしたと解説されている⁵⁾。

3) 平成9年判決が引用する最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁によると、憲法38条1項の保障は、「純然たる刑事手続においてばかりではなく、それ以外の手続においても、実質上、刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を一般的に有する手続には、ひとしく及ぶ」という。

4) 平成9年判決が引用する最大判昭和32年2月20日刑集11巻2号802頁によると、憲法38条1項の趣旨は、「自己が刑事上の責任を問われる虞ある事項について供述を強要されないことを保障した」点にあるという。

5) 三好解説・前掲注(1)48頁，54頁。なお、昭和47年判決及び昭和32年判決はいずれも、強要された行為の不利益性について判示したものであり、強要された行為の供述性を否定する平成9年判決の先例足りうるかは疑わしいとの指摘もある（中村・前掲注(1)102～103頁，佐々木・津田・前掲注(1)42頁）。もっとも、最高裁は、強制採尿が憲法38条1項違反とする上告趣意に対して、「尿の採取は供述を求めるものではないから、所論は前提を欠き」（最判昭和55年10月23日刑集34巻5号300頁）としており、身体への侵害・障

学説においても、憲法38条1項の保障が及ぶのは、「供述」に限られるとする見解が多数である⁶⁾。ここでいう「供述」とは、言語的又はこれに準ずる意思伝達的作用を有する表現行為⁷⁾を意味すると解されており、その基準については、その意思伝達の自由について対象者の内心に踏み込んだ侵害を伴うか否かという点に求められるという見解がある⁸⁾。

「供述」に限定する論拠としては、① 憲法の文理、② 憲法38条1項の歴史的沿革から、その趣旨を自白の偏重とそれに伴う自白の強要の防止にあると評するもの⁹⁾、③ 憲法38条1項の母法であるアメリカ合衆国憲法修正第5条の議論を参照し、アメリカ合衆国において、自己負罪拒否特権は、「意思の伝達 (communications) 又は供述 (testimony) の強制を禁止するものであり、被告人又は被疑者を物的証拠 (real or physical evidence) の

害、検査に伴う精神的屈辱感等においてはるかに軽微な呼気検査に対し同項の保障が及ばないとしても当然とされるという (小泉・前掲注(1)18頁)。

6) 「供述」に限定するとする見解として、例えば、法学協会編『註解日本国憲法上巻』(有斐閣、初版、1953年) 661頁、鈴木茂嗣「自己負罪供述強要の禁止」樋口陽一、佐藤幸治編『憲法の基礎 基礎法学大系 2』(青林書院新社、初版、1975年) 379頁、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、初版、2011年) 346頁、田宮裕「被告人・被疑者の黙秘権」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座(1)』(有斐閣、1963年) 79～80頁、光藤景皎『刑事訴訟法 I』(成文堂、初版、2007年) 106頁、酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、初版、2015年) 187頁等がある。他に、宮沢俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社、第2版(全訂版)、1978年) 319頁、佐藤功『ポケット註釈全書 憲法(上)』(有斐閣、新版、1983年) 592～593頁、芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(2) 経済的自由(1) 人身の自由、社会権』(杉原泰雄)(有斐閣、初版、1981年) 211頁等も、実質的に供述に限定していると思われる。また、ポリグラフ検査をめぐる議論は、その検査結果が供述と非供述の境界に位置する性質の証拠であるとして、黙秘権の保障が供述での問題であることを前提としているとの指摘がある(三好解説・前掲注(1)50～51頁)が、被検者の同意に着目し、検査に同意しても個々の質問に対する内心の表出自体を拒否できない点で、積極的かつ真摯な同意はありえず、自白獲得の手段として利用されることを理由に、同意の有無にかかわらずポリグラフ検査は許されないとする見解もある(浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』(有斐閣、初版、1994年) 106～110頁、118頁)。

7) 酒巻・前掲注(6)187頁。

8) 長沼・前掲注(1)189頁。

9) 註解日本国憲法・前掲注(6)659～660頁、佐藤・前掲注(6)591頁、小林直樹『〔新版〕憲法講義(上)』(東京大学出版会、初版、1980年) 494頁。

源とするための強制は、自己負罪拒否特権を侵害するものではないとの解釈が確立され」ており¹⁰⁾、対象者に一定の態度を積極的にとらせるからといって、必然的にその保障が及ぶものとはしていないこと、が指摘される¹¹⁾。また、供述とそれ以外とで取扱いを異ならせる理由として、④ 供述は本人の意思そのものが内容を決定づけている点で、供述以外のものと比べて加えられる精神的苦痛の程度に質的に相違があることや、⑤ 結果の信用性の面でも差異があることが挙げられる。また、⑥ 真実発見や迅速性等の要請も無視できないという¹²⁾。さらに、⑦「強要された不利益な供述が真実を誤るおそれがある……という点もさることながら、被告人が供述拒否権により所持品や書類等についての押収まで拒絶できるということであって、有力な客観的、物的証拠を失うことになり、かえって自白偏重の傾向を生み出すことにもなりかねず、刑事司法の望ましい在り方とは反対の方向に導くことになる点に求められる」という点を指摘する見解もある¹³⁾。

こうした見解によれば、呼気検査は、対象者から当人の刑事訴追や有罪判決に結びつくおそれのある情報を獲得する作用があっても、意思伝達の要素がない作為であり「供述」にはあらず、憲法38条1項違反の問題にはならない¹⁴⁾。

他方、憲法38条1項の「供述」には、「自己にとり不利益な内容をもつ物の提供も含まれる」という見解も主張されている¹⁵⁾。

10) 辻・前掲注(1)32頁、長沼・前掲注(1)187～188頁、三好解説・前掲注(1)52頁、小泉・前掲注(1)19頁、清水・前掲注(1)215～217頁等。

11) 長沼・前掲注(1)188頁、辻・前掲注(1)33頁。

12) 大塚・前掲注(1)123頁。

13) 三好解説・前掲注(1)53頁、桂正昭・武田昌造「黙秘権と証言拒絶権」『総合判例研究叢書刑事訴訟法(9)』（有斐閣、初版、1961年）28頁。

14) 酒巻・前掲注(6)187頁。なお、呼気検査サンプルの採取と呼気検査拒否の処罰は、自己負罪拒否特権ではなく、プライバシーへの干渉に関わるという見解については、中野目・前掲注(1)71頁参照。

15) 伊藤正巳『憲法』（弘文堂、第3版、1995年）349頁。

3. ドイツにおける呼気検査への協力の任意性

——呼気検査手続における自己負罪からの自由 (Nemo tenetur 原則) の保障

(1) ドイツにおける呼気検査制度

上述のとおり、ドイツにおいても、交通秩序違反として酒気帯び運転は禁じられており、その確認の方法として、呼気検査が用いられるが、日本の運用と大きく異なる点がある。

まず、呼気検査の結果の利用である。呼気検査の結果は、交通秩序違反の証明に用いられ、運転禁止の措置がとられる (StVG25条1項2文)。また、一定以上の数値が得られた場合には、ドイツの刑事訴訟法 (以下、「StPO」と呼ぶ。) 81a条に基づく採血の端緒となる。これは、呼気検査の結果は、運転方法や欠落症状等のような間接証拠として運転能力の吟味において用いられ得るが、刑事手続でドイツの刑法 (以下、「StGB」と呼ぶ。) 315c条や同316条の絶対的運転無能力を証明するためには、呼気検査の結果だけでは足りず、血液検査の結果を要するとされているからである¹⁶⁾。

なお、検査の拒否それ自体から、制裁を強化するようなアルコールに関する犯罪行為の間接事実を導くことや強制採血のための十分な嫌疑を基礎付けることは許されていない¹⁷⁾。

さらに、ドイツにおいては、呼気検査への協力は任意であり、何人も呼気検査を積極的に受ける必要はなく、捜査機関はこれを強制してはならないという点について、争いはない¹⁸⁾。すなわち、呼気検査への協力を直接

16) Andreas Mosbacher, NStZ 2015, S. 42; Martin Böse, Die “freiwillige” Teilnahme an einem Atemalkoholtest – zur Reichweite strafprozessualer Belehrungspflichten, JZ 2015, S. 657.

17) Klaus Geppert, Zur Belehrungspflicht über die Freiwilligkeit der Mitwirkung an einer Atemalkoholmessung und zu den Folgen ihrer Verletzung, NStZ 2014, S. 482.

18) BGH, VRS 39, S. 184 (S. 185); Kleinknecht, Müller, Reitberger, KMR –StPO 7

又は間接的に強制する処分は予定されていない。ただし、その論拠を自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）に求めるかどうかという点については、以下のように見解が分かれている。

(2) 呼気検査への協力の任意性の論拠を自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）に求める見解

ドイツにおいて、一般的に、被疑者・被告人や検査対象者は、自身の有罪立証に資するいかなる積極的な協力行為も義務付けられず、身体検査及びそれに伴う侵襲を消極的に受忍するにとどまると解されている¹⁹⁾。それゆえ、検査対象者は、採血を受忍しなければならない一方、呼気検査の器具に息を吹き込むことによって、検査に協力する必要はない²⁰⁾。

この見解は、自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）の意義を、被疑者・被告人に対して、刑事手続において積極的に協力して「自己に不利な証拠」になるよう強制することを禁止する点にあるとする²¹⁾。このように解すると、自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）の保護対象は、（尋問

↘Kommentar zur Strafprozessordnung, 81.Lieferung (Stand: November 2016), Rn. 5 zu § 81a (Nikolaus Bosch); Geppert, Fn. 17, S. 482.

19) KMR-Kommentar, Fn. 18, Rn. 5 zu § 81a (Bosch); Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 60. Aufl., 2017, Rn. 11 zu § 81a (Bertram Schmitt); Claus Roxin/ Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., 2017, § 33 Rn. 6; Werner Beulke, Strafprozessrecht, 12.Aufl., 2012, Rn. 241; BGHSt 34, 39(46).

20) Ralf Kölbel, Selbstbelastungsfreiheiten Der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht, 2005, S. 46; BGH, VRS 39, S. 184 (S. 185); BGHSt 34, 39(46); Beulke, Fn. 19, Rn. 241.

21) BGHSt 34, 39(46); Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung Mit GVG und EMRK, Band II, 4. Aufl., 2010, Rn. 142 zu Vor §§ 133ff. (Klaus Rogall). なお、この見解は、自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）の根拠を、憲法上、法治国家原理（GG20条3項）あるいは欧州人権条約6条1項による公正な手続にもとめる見解と結びつく（Geppert, Fn. 17, S. 484. 松倉治代「刑事手続における Nemo tenetur 原則（4・完）——ドイツにおける展開を中心として——」立命館法学338号（2011年）211頁以下参照）。この点につき、連邦憲法裁判所は、Nemo tenetur 原則は、人間の尊厳の尊重だけでなく、「法治国家的な基本的態度の自明の表現」も含むと言及している（BVerfGE 56, 37(43)）。

における) 供述に限られず、非言語的な事実上の協力行為も含むと解することができる²²⁾。それゆえ、この見解は、呼気検査の本質を、対象者に積極的・能動的な行為をさせ自ら不利な証拠を提出させる点に見て取り、対象者に呼気検査を強制することは許されないとする。

このように解すると、対象者が呼気検査を拒否する場合、拒否それ自体によって、酒酔い運転の嫌疑や強制採血に必要な嫌疑を基礎付けることや、強制採血の命令 (StPO81a 条 1 項 2 文) を正当化することは許されないことになる。これは、呼気検査への協力を拒否する権利は、自己負罪からの自由の発露であり、この権利を無価値にしないために、この権利行使から対象者にとって負担となるような帰結が導かれてはならないという理由による²³⁾。

連邦通常裁判所も、自己負罪からの自由 (Nemo tenetur 原則) が刑事手続における事実上の協力行為にも適用されるという見解を採用しており、刑事手続における被疑者・被告人の意思に反する証拠機能は、その者が受動的な関与者である限りでのみ、認められると判断している²⁴⁾。連邦通常裁判所は、自己負罪からの自由 (Nemo tenetur 原則) の法治国家的意義の中心に、すべての被疑者・被告人が、国家による圧力なしに、自身に向けられた捜査に積極的に協力するかどうかについて自己決定する自由の保護を見て取る²⁵⁾。

また、欧州人権裁判所が、黙秘権及び自身の有罪立証に寄与する必要はないという権利の根拠について、欧州人権条約 6 条 1 項 1 文によって保障される公正な手続にあるとし²⁶⁾、自己負罪拒否特権が、供述だけでなく、

22) Geppert, Fn. 17, S. 483f. なお, Klaus Geppert, Zur Einführung verdachtsfreier Atemalkoholkontrollen aus rechtlicher Sicht, Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am. 11. Juli 1992, S. 655ff. も参照。

23) Geppert, Fn. 17, S. 482f.; Mosbacher, Fn. 16, S. 42f.

24) BGHSt 34, 39; BGHSt 49, 56.

25) BGHSt 14, 358 (364).

26) J.B. v. Switzerland, Application No. 31827/96, 3.5.2001. 本判決については、中島洋

「被疑者・被告人の意思を無視し、強制又は圧力という手段によって獲得された証拠に手を出すことなく、当局が刑事手続において被疑事実を立証する」場合にも妥当すると判示していることも指摘される²⁷⁾。

ドイツでは、上述のように、消極的受忍は許されるが積極的行為を要求することは許されないという理解が一般的であるが、この見解に対しては、例えば、警察署へ同行させる、腕まくりをさせる、検査のために衣服を脱がせる、車の窓ガラスを開けさせる等の行為を、被疑者・被告人や対象者に義務付けることが自己負罪禁止に反しないことと矛盾するのではないか、との指摘がある²⁸⁾。

しかし、これらは、できるかぎり小さい侵襲によらなければならないという比例原則に基づき、直接強制によって行われる刑事訴訟上の処分を可能にするために、対象者に期待される補助行為であり、呼吸検査に応じる行為は、これらの強制的侵襲に伴う補助行為と質的に異なり、直接自ら証拠価値を生み出す積極的行為である点において異なっている²⁹⁾。

▼ 樹「自己負罪拒否特権と法的強制——欧州人権裁判所における判例理論の検討——」大阪
市立大学法学雑誌55巻1号（2008年）253頁以下を参照。

27) Allan v. The United Kingdom, Application No. 48539/99, 5.11.2002. なお、Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain, Application No. 43486/98, 15.6.1999 を指摘するものとして、Jürgen Cierniak/ Gregor Herb, Pflicht zur Belehrung über die Freiwilligkeit der Teilnahme an einer Atemalkoholmessung?, NZV 2012, S. 410 がある。これに対する反論は Geppert, Fn. 17, S. 484 を参照。

28) Wolfram Reiß, Besteuerungsverfahren und Strafverfahren; zugleich ein Beitrag zur Bedeutung des Grundsatzes von nemo tenetur se ipsum prodere im Besteuerungsverfahren, 1987, S. 174; Gabriele Wolfslast, Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung – Besprechung des BGH-Urteils vom 9.4.1986- 3 StR 551/85 (NSTz 1987, 133), NSTz 1987, S. 104.

29) Roxin/Schünemann, Fn. 19, Rn.6 zu § 33; SK-StPO (Klaus Rogall), Fn. 21, Rn 41 zu § 81a. 被疑者・被告人による積極的協力行為は、当該積極的行為が直接の証拠価値も自己負罪的作用も有さない限りで、許容されるとする見解として、Nikolaus Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes “nemo tenetur seipsum accusare”, 1998, S. 296f. がある。

なお、自己負罪からの自由 (Nemo tenetur 原則) は、刑事手続だけでなく、対象者の行為を理由として類似の制裁で威嚇される他の手続にも妥当し³⁰⁾、これに秩序違反手続も含まれていると解されている³¹⁾。

(3) 呼気検査への協力の任意性の論拠を自己負罪からの自由

(Nemo tenetur 原則) 以外に求める見解

呼気検査への協力の任意性について、上述の自己負罪からの自由 (Nemo tenetur 原則) によって基礎付ける見解が多数である³²⁾が、これ以外に論拠を求める見解も少数ながら存在する。

この見解によると、自己負罪からの自由 (Nemo tenetur 原則) の意義は、何人 (特に被疑者・被告人) も自己に不利な「供述」を強制されず、被疑事実について供述するかしないかを自己決定できるという供述の自由の保障にあると解される。この見解は、供述のような言語的な自己負罪と呼気検査における呼気の提供のような単なる身体活動による自己負罪との違いを指摘する。まず、供述は「被疑者・被告人の最奥部に根ざし」、かつその「精神的個性の表徴」であり、精神及び内心に関わる事象の所産である点で「人格と特別に強い関係」を示すものである一方、呼気に含まれるアルコール濃度は個人に関するものであるが、純客観的には自然科学的方法で得られた生理学的な測定値にすぎず、対象者の人格の中核の一部を構成するものとはいえないという³³⁾。また、協力行為による精神的負担の面で

30) BVerfGE 38, 105(113).

31) BVerfGE 55, 144(150). 連邦通常裁判所は、当該自動車の所有者という身分のみから、犯行時間に当該車両を運転していたと推論することはできるかどうかという問題を判断した際、交通秩序違反手続における対象者の黙秘権を出発点としているという (BGHSt 25, 365(368f.)). Geppert, Fn. 17, S. 482; Mosbacher, Fn. 16, S. 42.

32) Böse, Fn. 16, S. 654.

33) Torsten Verrel, Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes- 2. Teil, NSTz 1997, S. 418; Eckhard Höfle, Atemanalyse zur Feststellung der Alkoholfahrt, 30. Deutscher Verkehrsgerichtstag 1992, S. 329; Heinz Schöch, Verdachtlose Atemalkoholkontrolle und Grenzwertdiskussion, DAR 1996, S. 49.

も、特に自白は、被疑者・被告人が犯罪者であることを自身の言葉で表現するため、不名誉かつ精神的負担を伴うが、呼気の提供はこのような精神的負担を伴わないという³⁴⁾。他に、協力結果の信用性³⁵⁾や負罪の直接性と重大性の点でも違いがあると指摘される³⁶⁾。

一方で、秩序違反手続への自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）の適用を認める連邦憲法裁判所の判例は存在せず、社会倫理的な責任非難ではなく行政上の不法が問題であるゆえに、自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）は、秩序違反手続には適用されないとして、呼気検査は自己負罪の問題ではないとする見解もある³⁷⁾。

このような理由から、呼気の提供のような事実上の協力行為は、自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）の対象には含まれないという³⁸⁾。そこで、呼気検査が対象者の任意の協力によってのみ実施できることは、法律

34) Verrel, Fn. 33, S. 418f.

35) 仮に供述義務を対象者や被疑者・被告人に対して課す場合、その者は、虚偽を述べる、誤解を招く又は真実発見に資さない方法で話す等によって、これに対応することが可能であるのに対し、息を吹き込む場合、技術的方法で、対象者の体内に保有されているアルコールに関する信用できる情報が獲得される。対象者が、検査器具に弱く息を吹き込むことによって自己庇護することが考えられるが、このような行為は、拒否行為にすぎず、その行為によって検査結果の価値が変化することはないという（Verrel, Fn. 33, S. 418）。

36) 被疑者・被告人が自白という言葉による協力行為をする場合、事実上、処罰の根拠となる負罪をもたらす証拠方法を提供する。これに対して、呼気の提供は、自然科学的分析を要するものであり、他の証拠とあわせて初めてその者の有罪判決を導くことができるという（Verrel, Fn. 33, S. 418）。

37) Schöch, Fn. 33, S. 49; Hans-Ludwig Günther, Die Schweigebefugnis des Tatverdächtigen im Straf- und Bußgeldverfahren aus verfassungsrechtlicher Sicht, GA 1978, S. 205; Rolf Stürner, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, S. 1759 を参照。この見解の帰結として、例えば、オーストリアにおいては、対象者は呼気アルコール検査に協力することを義務付けられる（Frank Häcker, Die forensische Verwertbarkeit der Atemalkoholanalyse im Straf- und Ordnungswidrigkeitenbereich, 2. Aufl. 2009, S. 36）。

38) これは、自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）の根拠を、人間の尊厳（GG 1 条 1 項）及び一般的人格権（GG 2 条 1 項）や、法的聴聞を受ける権利（GG 103 条 1 項）から導き出す見解と結びつくという（なお、根拠については、松倉・前掲注(21)196頁以下を参照）。

の文言から積極的な協力義務を読み取ることにはできないという法律の留保によって基礎付けられると説明する³⁹⁾。その理由として、立法者が、証拠資料の引渡義務を定める StPO95条 2 項の制定過程において、引渡義務は、有罪立証への協力であり、刑罰によって強制されず、被疑者・被告人には及ばないことを確認していること⁴⁰⁾、及び、連邦通常裁判所も、対象者に対して呼気検査を受けることを強制できない理由について「StPO81a 条 1 項は、被嫌疑者に対して、例えば採血のような身体検査の受忍を義務付けているだけであり、検査の実施の際に、呼気検査の際にしなければならないような積極的協力を自ら行う必要はない」と判示していることを挙げる⁴¹⁾。

(4) 呼気検査への協力が任意である旨の告知の必要性

上述のとおり、ドイツにおいては、何人も呼気検査に積極的に協力する必要はなく、検査を受けることを強制されず任意である、という点で一致している。これを前提にして、さらに、捜査機関が、対象者に対して、呼気検査への協力が任意である旨の告知を義務付けられるかどうかという問題が検討される⁴²⁾。

① 告知義務を肯定する見解

学説においては、呼気検査への協力が任意である旨の告知義務を肯定する見解が有力である⁴³⁾。この見解は、告知義務を肯定する論拠として、以

39) Böse, Fn. 16, S. 654.

40) 松倉治代「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——」立命館法学335号(2011年)220~221頁参照。

41) BGH, VRS 39, S. 184 (S. 185).

42) Geppert, Fn. 17, S. 484ff.; Mosbacher, Fn. 16, S. 43; Böse, Fn. 16, S. 653ff.; Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, 26. Aufl., Zweiter Band, Rn. 26 zu § 81a (Daniel M. Krause).

43) 呼気検査への協力が任意である旨の告知義務を肯定する裁判例としては、LG Freiburg, Urt. v. 21.9.2009 – 9 Ns 550 Js 11375/09 – AK 92/09, NZV 2009, S. 614; AG Freiburg, ➤

下の点を挙げる⁴⁴⁾。

(a) 告知の意義と必要性

告知義務を定める StPO136条1項2文及び同81h条4項1文を根拠に、呼気検査の場合にも告知の必要性があるという。

StPO136条1項2文の告知義務は、供述の自由を保護し、国家による証拠収集に積極的に協力させるためのあらゆる強制から被疑者・被告人を解放するという考え方に基づいており⁴⁵⁾、これは、呼気検査への協力を拒否する権利にも共通するという。ただし、StPO136条1項2文に基づく告知は、対象者が「被疑者 (Beschuldigte)」という法的地位に至ったとき初めて行われるため⁴⁶⁾、未だ犯罪の嫌疑がなく被疑者ではない運転者には、この法による保護は及ばない。そこで、StPO81h条4項1文の告知義務の存在理由が参照される。StPO81h条4項1文は、嫌疑をかけられていない検査対象者に対して、DNA 型一斉検査を受けることが任意である旨を告知する義務を課すると定めており、これは、未だ被疑者ではない被検査者が、試料である唾液を提供することによって、場合によっては自己に不利益な証拠を自ら提供し、自身の有罪立証に協力することになりうることを考慮したものである。そこで、未だ嫌疑をかけられていない運転者に対する呼気検査にも、この趣旨を転用できるとする。確かに、DNA 型一斉検査による侵襲の程度は、一般的人格権に対する特別な危殆化ゆえに、呼気検査よりも大きいといえるが、告知の必要性は、対象者がこれを拒否して

↘ Urt. v. 23.10.2009- 27 Cs 540 Js 18 733/09- AK 2279/09, juris ; AG Frankfurt am Main, v. 18.1.2010 -998 OWi 2022-955 JS-OWi 20697/09, NZV 2010, 266 (Ls.) がある。

44) この見解は、その根拠を何に求めるかという点で、StPO136条1項2文の類推適用に求める見解 (Häcker, Fn. 37, S. 135; Hermann Messmer, Besteht eine Belehrungspflicht des Arztes bei Befragungen und Testung, DAR 1966, S. 154.)、自己負罪からの自由 (Nemo tenetur 原則) 及び公正な裁判から直接導き出されるという見解 (SK-StPO, Fn. 21, Rn.196 zu Vor § 133ff. (Klaus Rogall)), 法治国家原理に求める見解 (Böse, Fn. 16, S. 656) 等に分かれる。

45) Mosbacher, Fn. 16, S. 43.

46) LG Freiburg, NZV 2009, S. 615.

も、いかなる不利益も危惧する必要はないということを対象者に誤解なく明白に理解させる点にあるため、侵襲の重大性とは無関係であるとされている⁴⁷⁾。

さらに、「人は自身の権利を知っている場合のみ、これを行使できる」という点が強調される⁴⁸⁾。告知は、法治国家的扶助のあらわれであり、対象者にその訴訟上の地位に関する知識とそれと結びついた権利を確保するという任務を有する。また、運転者は、一般に、呼気検査への協力が義務付けられないことを知らず、また、検査を拒否しても、その拒否行為自体のみで嫌疑は基礎付けられないことを知らないということも、告知の必要性を基礎付ける理由として挙げられている。供述拒否権について告知された者でも、呼気検査への協力が強制されないことを知らず、むしろ検査を拒否すると、拒否自体がその嫌疑を基礎付けると懸念する者もいるという⁴⁹⁾。

(b) 犯罪行為及び秩序違反の際のアルコール、薬物及び麻薬による影響の確認に関する関係省庁指令（以下、「RiBA」と呼ぶ。）2.1.1

RiBA⁵⁰⁾ 2.1.1 は、「呼気検査を実施する前に、対象者は、明確に、その検査がその同意のもとでのみ行われる旨を告知されなければならない。その際、対象者は、刑法あるいは秩序違反に関する被疑事実を告知されなければならない。検査の結果及び目的が説明されなければならない。拒否あるいは指示に従わない測定器の吸入の結果が、告知されなければならない。」と定め、実務上、呼気検査への協力が任意である旨の告知が行われ

47) Böse, Fn. 16, S. 656.

48) Geppert, Fn. 17, S. 485. 連邦通常裁判所も（少なくとも他の関係で）「知られていない権利は…行使もされえない」と指摘している（BGHSt 12, 235(238)）。

49) Geppert, Fn. 17, S. 485f.; Böse, Fn. 16, S. 653.

50) 1999年から2001年にかけて、ドイツ各州において、改訂された RiBA が施行された。それらの内容は基本的に同じであり、例えば Bayern (BayAllMBL V. 5.4. 2001 S. 165) については、Leipziger Kommentar StGB, Band 11, 12.Aufl., 2008, Rn 255 zu § 316 (Peter König) を参照。

ている。この指令の存在は、呼気検査の対象者が、通常、検査への協力が任意である旨を知らないということ（上述3(4)(a)）を裏付けているという⁵¹⁾。この告知によって、対象者に対して協力義務があると見せかけたあるいは協力義務があると対象者が錯誤に陥っている状態を故意に利用したのではないかという警察官に対する非難を避けることができる。RiBAは、それ自体拘束力ある法ではないが、15年以上にわたり運用されており、告知を行うことが実務となっている。警察官に、現場で個別に告知をする必要があるか否かを判断させることは困難であるため、平等な取扱いの要請（ドイツ基本法3条1項）に基づき、呼気検査実施前に告知を実施するよう警察の自己拘束が生ずるという⁵²⁾。

(c) 採血における同意及び告知の意義

呼気検査への協力が任意である旨の告知の必要性は、StPO81a条に基づく採血における同意を参照することによっても導かれるという。

StPO81a条の採血において、被疑者・被告人に対してあらかじめこれが任意であることを告知された場合のみ、その同意が採血という身体への侵襲を正当化し、裁判官による命令を要しないとされる⁵³⁾。採血の正当化根拠は、これを実施する際に確実になければならない、同意を欠く場合、事後の採血命令によってこれを補完することはできない⁵⁴⁾。

また、対象者が、裁判官による採血命令という強制が差し迫っているという印象の下で、裁判官が採血命令を出さないようにするために同意する場合、採血という身体への侵襲は、その同意によって正当化されえず、法律による権限付与によって基礎付けられる。この場合、被疑者・被告人は、差し迫った強制による負担を小さくするために、裁判官の留保による

51) Meyer-Goßner, Fn. 19, Rn. 4a zu § 81a.

52) Mosbacher, Fn. 16, S. 43; Böse, Fn. 16, S. 656f.

53) SK-StPO, Fn. 21, Rn. 14 zu § 81a (Klaus Rogall); Löwe-Rosenberg, Fn. 42, Rn. 12, 26 zu § 81a (Daniel M. Krause); KMR-Kommentar, Fn. 18, Rn. 14 zu § 81a (Nikolaus Bosch); Meyer-Goßner, Fn. 19, Rn. 4, 12 zu § 81a.

54) Böse, Fn. 16, S. 655.

予防的権利保護を放棄している⁵⁵⁾。告知によって、侵襲を軽くするために、裁判官による採血命令なくして採血されないという意味の権利保護が同意によって放棄されることが、明らかにされなければならないという⁵⁶⁾。

このように考えると、呼気検査の場合も、告知によって、基本権を有する対象者の自己決定を保障するために、検査への協力が任意である旨を告知する義務が認められうるという。

しかし、採血と呼気検査を比較して、呼気検査への協力強制は、自己負罪からの自由の侵害の問題である一方、採血のような StPO81a 条に基づく処分への同意は、裁判官の留保の無視の問題であり、別問題であるという反論がありうる⁵⁷⁾。これに対しては、採血及び呼気検査において告知義務を基礎付けるのは、権利の自律的行使の実現であり、加えて、憲法によって保障される自己負罪からの自由 (Nemo tenetur 原則) が、告知義務を顧慮して、法律が定める裁判官の留保 (StPO81a 条 2 項) よりもさらに制限されることには疑問があり、特に、対象者が未だ嫌疑がなく StPO81a 条に基づく採血命令も受けていない運転者の場合、問題であるとされている⁵⁸⁾。

(d) 告知義務を定める明文規定が必須ではない点

呼気検査への協力が任意である旨の告知義務に関する明文規定はない。しかし、明文がある場合のみ告知をするという考え方は、告知義務の導入に当たって追求されるべき、刑事手続における被疑者・被告人の法的地位の強化と矛盾するという⁵⁹⁾。判例も、現行法上の告知義務について、その

55) Knut Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes; Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, 1981, S. 106ff.

56) Böse, Fn. 16, S. 655.

57) Cierniak/Herb, Fn. 27, S. 412.

58) Böse, Fn. 16, S. 655f.; OLG Brandenburg NStZ 2014, S. 525.

59) Mosbacher, Fn. 16, S. 43. なお, StPO136 条 1 項 2 文の告知義務の立法過程については, 松倉治代「刑事手続における Nemo tenetur 原則 (2)——ドイツにおける展開を中心として——」立命館法学 336 号 (2011 年) 179~187 頁参照。

文言を超えて展開させている⁶⁰⁾。また、告知義務は、事実自体から推論される場合や特に憲法を背景にして自明である場合、法律に明記される必要はないとされているという⁶¹⁾。例えば、上述のように、StPO81a条に基づく採血において、被疑者・被告人の同意がある場合、裁判官による命令が不要であるが、この際、対象者に対する告知が必要であるとされている。このように、呼気検査への協力が任意である旨の告知義務を肯定するにあたり、告知義務を定める明文規定の存在は必須ではないという⁶²⁾。

(e) 「尋問」状況に等しい点

呼気検査における告知義務を StPO136条1項2文の類推適用によって導き出す立場によると、対象者が呼気検査を受ける状況は、StPO136条1項2文の適用場面である「尋問」に等しい状況と解されるという。呼気検査において、対象者は、公的身分を有する警察官から、「息を吹く」という特定の方法で行動することを要求され、それによって自己負罪することを求められている点で、対象者が自身を自己に不利益な証拠方法として処分するという意味で、「尋問」と同等の状況であるという。また、対象者に対して一定の圧力を含む職権による協力要求がなされている点でも共通している。連邦通常裁判所大刑事部のいわゆる「盗み聞き（Hörfalle）決定」によると、そのような状況にある対象者は、「尋問」の場合と同様に、職権による要求との対峙がきっかけとなって協力義務があると錯誤に陥る

60) 例えば、連邦通常裁判所（BGHSt 53, 112）は、黙秘権や自己負罪する必要はないという権利（Nemo tenetur 原則）は、欧州「人権条約6条1項が保障する公正な手続の中核の一部」であり、「法治国家の法は、『加重的』告知という形で予防措置をとらなければならない」と判示した。なお、「加重的告知（qualifizierten (erweiterte) Belehrung）」とは、StPO136条1項2文が定める告知を単純告知（einfach Belehrung）と呼ぶのに対し、先行する尋問において単純告知が行われない状態で被尋問者が供述し、その後単純告知を受けた際に、「告知を受ける前に行った供述は利用できない」という追加的告知を意味し、明文規定はない（Klaus Rogall, Grund und Grenzen der “qualifizierten” Belehrung im Strafprozess, Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, S. 519ff.）。

61) 憲法に基づく告知の要請については、Amelung, Fn. 55, S. 98ff. を参照。

62) Böse, Fn. 16, S. 656.

ことから保護されなければならない⁶³⁾。このように、呼気検査と「尋問」とが規範的に重要な観点で同質であることを踏まえると、RiBA2.1.1. のような規定が、本来 StPO の中にあることが予期されるのであって、これを法の欠陥の問題と捉えることができるという⁶⁴⁾。

② 告知義務を否定する見解

他方、告知義務を否定する見解によると、呼気検査への協力の任意性と告知義務の有無とは別問題であり、告知義務は、原則、否定されるといえる⁶⁵⁾。その論拠として、以下の点が示されている。

(a) 明文規定の不存在

StPO136条1項2文は、警察官、検察官及び裁判官による最初の尋問の前に行う告知を定め、自己負罪からの自由(Nemo tenetur 原則)に基づく供述の自由を保障する⁶⁶⁾。この告知義務は、供述の自由を強化するが、供述以外のあらゆる自己負罪強制から保護するわけではなく、呼気検査にも類推適用することはできないという。なぜならば、供述は、自らが持つ情報を引き渡すという意味で、呼気中のアルコール量よりも、自己負罪からの自由(Nemo tenetur 原則)によって保護される、手続における訴訟主体の人格と強い関係を有し、かつ、呼気検査は「尋問」ではないからである⁶⁷⁾。

63) BGHSt 42, 139. なお、盗み聞き(Hörfalle)とは、捜査機関の指示に基づき、私人が、捜査対象に関する供述獲得を目的として、捜査の意図を隠して、嫌疑をかけられた者(被疑者)と会話する場合である。なお、会話は記録されえ、また、未決勾留状態を利用される場合もある(Claus Roxin, Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen, NStZ 1997, S. 18ff.; Claus Roxin, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NStZ 1995, S. 465ff)。

64) Mosbacher, Fn. 16, S. 43.

65) Cierniak/Herb, Fn. 27, S. 409ff.; 告知義務を否定する裁判例としては、OLG Brandenburg, Beschl. v. 16.4.2013 - (2 B) 53 Ss-OWi 58/13 (55/13), NStZ 2014, S. 524; KG, Beschl. v. 30.7.2014 - 3 Ws (B) 356/14 - 122 Ss 106/14, NStZ 2015, S. 42 がある。

66) 連邦通常裁判所が、自己負罪からの自由(Nemo tenetur 原則)の中心命題を、「供述」による自己負罪強制の禁止にあると見ている点を指摘する(BGHSt 42, 139)。

67) Cierniak/Herb, Fn. 27, S. 412.

そして、立法者が、供述以外の方法による自身の有罪立証への積極的な協力行為の任意性について告知の必要があると予定したのは、DNA一斉検査の場合（StPO81h条4項）のみであると指摘する⁶⁸⁾。

また、法は、被疑者・被告人が刑事訴追機関から防禦の可能性を明らかにされなければならないという原則に関する明文規定を置いていない。例えば、警察が尋問のために被疑者を呼び出す際、出頭は自己負罪の態様であるように思われるが、その出頭が任意である旨の告知をする必要はないし、また、被疑者・被告人が真実義務を負わず自己庇護のために虚偽供述をしても処罰されない（StGB145d条及び同164条）旨も告知する必要はない。

このように、立法者は、尋問（StPO136条1項2文）及びDNA一斉検査（StPO81h条4項）という特別な場合のみ告知義務を予定しており、かつ規定の欠缺もないため、呼気検査における告知義務は否定されるという⁶⁹⁾。

(b) 採血における告知が呼気検査における告知義務を基礎付けない点

StPO81a条に基づく採血について、被疑者・被告人の同意がある場合、裁判官による命令は不要であるが、この際、被疑者・被告人は、その事実状況及び拒否権についても告知されなければならないとされる。しかし、これは、「正式な裁判官による命令が正当であると考えられる場合であり、それは、捜査機関にとって自由に処分できない証拠方法の任意の引渡しではなく、被疑者・被告人の権利の手続適合的な保護の遵守の放棄によるものである。これは、自己負罪からの自由の原則と直接の関係はない」という⁷⁰⁾。

また、採血と通常結びついた検査を受けることが任意である旨を別個に告知する必要はないと解されているため⁷¹⁾、対象者が、StPO136a条4項、

68) Cierniak/Herb, Fn. 27, S. 412.

69) Cierniak/Herb, Fn. 27, S. 412. Bosch, Fn. 29, S. 277 も参照。

70) Cierniak/Herb, Fn. 27, S. 411f.

71) OLG Hamm, NJW 1967, S. 1524f.; OLG Hamm, 1968, S. 1202f.; Löwe-Rosenberg, Fn. 42, Rn. 95 zu § 81a (Daniel M. Krause); Meyer-Goßner, Fn. 19, Rn. 12 zu § 81a; KMR-Kommentar, Fn. 18, Rn. 17 zu § 81a (Nikolaus Bosch).

ドイツの秩序違反法46条1項及び同55条2項に基づき、呼気検査前に告知を受けている場合、呼気検査への協力が任意である旨の特別な告知は不要であるという⁷²⁾。

(c) StPO136a条が呼気検査における告知義務を基礎付けない点

告知の懈怠は、原則、StPO 136a条によって禁じられる尋問方法と評価される重大な「欺罔」に該当しない。例外的に、対象者に対して不適切な告知が積極的になされる場合、あるいは協力義務があると錯誤に陥っている状況を捜査機関が意図的に利用する場合のみ、StPO136a条違反にあたるという。StPO136a条の適用は、別の意思侵害の要素がない場合、告知義務の存在が前提となるため、StPO136a条は、この告知義務を基礎付けえないという⁷³⁾。

(d) 運転者は呼気検査に協力する義務がないことを知っている点

被疑者・被告人の黙秘権は、少なくとも、平均程度の知能を有する者には知られている。それゆえ、自動車運転者は、通常、呼気検査への協力を義務付けられないことを知っており、告知は必要ないという⁷⁴⁾。

(e) RiBA は職務上の指針にすぎない点

RiBA は、職務上の指針にすぎず、ここから法律上の告知義務を導くことはできないという⁷⁵⁾。

4. 若干の考察

本稿は、ドイツを比較法研究の対象とし、ラテン語法諺 *nemo tenetur se ipsum accusare/prodere* に由来し、国際的に承認されている自己負罪からの自由 (*Nemo tenetur* 原則) を根拠として、呼気検査における協力の

72) Cierniak/Herb, Fn. 27, S. 411.

73) Cierniak/Herb, Fn. 27, S. 412f.

74) Cierniak/Herb, Fn. 27, S. 413.

75) Cierniak/Herb, Fn. 27, S. 411.

任意性及び告知の必要性を強調する見解を中心に紹介した。ドイツの呼気検査制度は、呼気検査拒否罪によって刑罰で間接的に呼気の提供を強制する仕組みを予定していない点、また、対象者の酒気帯び運転等を立証するためには呼気検査の結果では足りず血液検査を要するという点において日本と異なる。このような差異を踏まえつつ、ドイツにおける呼気検査制度をめぐる議論から、以下のような示唆が得られると考える。

ドイツにおいては、自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）の意義を、何人も「自己に不利な証拠」になるよう強制されないという点にあると解し、検査対象者や被疑者・被告人が国家による圧力なしに、自身に向けられた捜査や有罪立証に協力するかどうかについて自己決定する自由を保障するとする見解が有力である。この見解によると、自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）の保護対象は、供述に限られず、非言語的な事実上の協力行為も含まれることとなる。この見解に基づいて呼気検査について検討すると、対象者に検査器具に息を吹き込ませる行為は、自身の有罪立証に積極的に協力させる行為であるため、自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）に基づき、これを強制することは許されない。

そこで、日本の判例及び多数説を検討すると、確かに、日本の憲法38条1項の直接の母法は、アメリカ合衆国憲法修正第5条である。しかし、日本の刑事手続における自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）は、既に旧刑事訴訟法において、ドイツ法を手がかりとして、法律上及び事実上の供述義務を認めるか否かという議論を中心としてではあるが、規範的、理論的な意味で理解されていた⁷⁶⁾。ただ、依然として、被疑者・被告人の供述を重視する捜査実務は変わらず、これは「単に理論として紙上の存在たるに止り、現実の生活を動かす力となり得なかった」⁷⁷⁾。そこで、戦後、

76) 高田昭正「黙秘権について 歴史的意義と現代的意義」季刊刑事弁護38号（2004年）65～66頁。

77) 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）148～149頁。

捜査機関の自白獲得に傾注する姿勢及びその手段が問題視され、憲法38条1項が、「捜査機関による権利侵害及び濫用的捜査を防ぐ」ために規定された⁷⁸⁾。また、物件提出命令を定めた旧刑事訴訟法140条2項の制定過程において、被告人に対して供述義務が課されないことと同じ理由で、これが被告人に及ばないことが確認されていた⁷⁹⁾。この沿革に徴すると、憲法38条1項の母法をアメリカ合衆国憲法に求め、その保護対象を「供述」という文理に限定する必然性はないと考える。

この点につき、平成9年判決では、自己負罪拒否特権の文理が、なぜ「供述」に限定されるのかについて判示しておらず、理論的な説明が十分に尽くされたとは言えない状態である⁸⁰⁾。

また、日本の判例及び多数説は、呼気の「物的なあるいは非供述的」性質に着目しているが、検査器具の中に息を吹き込むという積極的・能動的な行為を対象者にさせるという呼気検査の特徴や、以下のような呼気を獲得する状況及び結果の利用も重視すべきである。すなわち、呼気検査は、危険防止のための適切な行政措置をとり、もって交通の安全を図るという行政上の目的により実施されるが、実際には、呼気検査の結果、身体に保有するアルコールの程度が呼気1リットルにつき0.15ミリグラム以上であった場合（道路交通法施行令44条の3）、検査実施者が警察官であることもあり、直ちに酒気帯び運転罪等の嫌疑に基づく刑事手続に移行し、検査結果（飲酒度測量書・検知管・比色表等）は、同罪の捜査のための資料として活用されるとともに、裁判所に証拠として提出されることとなるため、実質的には酒気帯び運転罪等の捜査の一端を担う。さらに、ドイツの呼気検査における告知義務を肯定する見解が指摘しているように、呼気検査手続は、対象者が警察官から「息を吹く」という特定の方法で行動することを

78) 松倉・前掲注(59)221頁以下、松倉治代「刑事手続における Nemo tenetur 原則(3)——ドイツにおける展開を中心として——」立命館法学337号（2011年）78頁以下参照。

79) 松倉・前掲注(59)229頁参照。

80) 辻・前掲注(1)33～34頁。

要求され、それによって自己負罪の行為を求められており、対象者が自ら自己に不利益な証拠方法となる点で、取調べと規範的に重要な観点で同質であるといえよう。また、警察官が、対象者に対して職権の地位をもって対峙し、その身分で協力を要求している点でも共通しており、一市民である運転者が呼気検査を実施する警察官に対峙するとき、熟練した警察官の前では劣位であり、特に呼気検査を拒否する者に対しては、警察官から検査を受けるよう、粘り強い説得が続けられる⁸¹⁾。ここに、捜査機関による権利侵害や濫用的捜査の危険性があり、これを防ぐ必要性が高いと考える。このような呼気検査の性質を考慮すると、日本において受検を拒否する者に対して呼気検査拒否罪の刑罰による威嚇のもとで呼気を獲得することは、積極的な協力行為によって「自己に不利な証拠」になるよう強制する点で、対象者を国家の刑罰権の単なる客体として扱い、自ら主体としてこれに協力するか否かを自己決定することを困難な状態におくため、供述の強制と同質であると考ええる。

なお、多数説は、対象者の身体のアルコール保有量を迅速に測定する必要性があるとするが、迅速性の要請に基づいて手続的権利である自己負罪からの自由（Nemo tenetur 原則）を制限することには、慎重であるべきである。上述のように、呼気検査は実質的に酒気帯び運転等の刑事手続の一端を担う性質を有するところ、刑事手続における迅速性の要請は、正当・公正な手続の要請に対して副次的な位置づけとすべきであり、その限界が被疑者・被告人に対して保障された手続権にあることを重視すべきである⁸²⁾。

81) 伊藤鉄男「呼気検査等」石川達紘編『刑事裁判実務大系 第10巻警察』（青林書院、1993年）164～165頁、道路交通執務研究会編著『執務資料 道路交通法解説』（東京法令出版株式会社、16-2訂版、2015年）695頁、725頁、藤永幸治編『シリーズ捜査実務全書14 交通犯罪』（幕田英雄）（東京法令出版株式会社、2訂版、2001年）231頁。

82) 松倉治代「『迅速な裁判』の意義——ドイツの刑事訴訟における証拠調べ請求権に対する制限をめぐる議論を手がかりとして——」辻本典央/大阪刑事訴訟法研究会（編）「井戸田侃先生追悼『井戸田侃先生米寿記念シンポジウム』（2016年11月12日）」近畿大学法学

このように考えると、日本においても、呼気検査において警察官が対象者に対して呼気の提供を求める行為を、自己負罪からの自由 (Nemo tenetur 原則) の問題と捉え、憲法38条1項の保護対象には呼気も含まれると解することが可能であると考ええる。それゆえ、自己負罪を刑罰によって間接的に強制する呼気検査拒否罪を定める道交法の規定の合憲性には、疑念がある⁸³⁾。

また、本稿では、ドイツにおいて、呼気検査において対象者に対して呼気の提供を求める際、警察官は、その協力が任意である旨の告知をすることを義務付けられるという見解が学説上有力に主張されていることを確認した。その理由としては、「人は自身の権利を知っている場合のみ、これを行使できる」という考えに基づき、告知によって、対象者に対して憲法上保障された自由な選択権を理解させ、自身の権利を自律的に行使できる状態を確保する必要があることに求められる。また、国家の側に告知を義務付ける意義は、刑事手続において、国家の側が行う証拠収集の任務を、被疑者・被告人に対して負わせず、証拠収集に積極的に協力させるためになされるあらゆる強制から解放する点にあると説明されるところ、呼気検査についても、国家 (捜査機関) は、対象者が呼気検査に協力する義務があると誤信した状況を利用してはならず、協力義務があるという誤解を解く責任を負うと説明される。このように解すると、告知の機能は、対象者が国家と対峙しているという国家による「宣戦布告」であるとともに、相手が発する質問・要請に答えるという日常的なコミュニケーションのルールがここでは妥当しないことを対象者に明らかにすることにあるという⁸⁴⁾。この「宣戦布告」は、被疑者・被告人に対して行われる言語による尋問だけでなく、警察官が呼気の提供を対象者に求める呼気検査の場合に

↘65巻 (2017年) 2号262頁以下。

83) 慎重な運用を指摘する見解として、上村・前掲注(1)283頁を参照。

84) Geppert, Fn. 17, S. 485. なお、告知の意義については、松倉治代「供述拒否権の告知時期に関する一考察——ドイツにおける『被疑者』概念をめぐる議論を手がかりに——」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 (下)』(成文堂, 2016年) 67頁以下も参照。

も示されなければならないと解されている。これは、日本においても、より早期の段階での告知の必要性を示唆していると思われる。

【謝辞】 浅田和茂先生には、刑法読書会、刑事判例研究会及び大阪刑事訴訟法研究会等で、御指導を頂いてきた。特に、立命館大学大学院法学研究科博士後期課程在学中には、自由に研究できるよろこびを教えて頂いた。大変恵まれた院生時代であったと思う。心より感謝をこめて、本稿を浅田先生に捧げる。

* 本稿執筆時、産休・育休のため、資料収集に関して、林田光弘氏（大阪市立大学大学院法学研究科後期博士課程）と大橋エミ氏（大阪市立大学大学院法学研究科後期博士課程）より多大なご援助を頂いた。この場をかりて、心より御礼を申し上げる。

* 本稿は、日本学術振興会科学研究費・若手研究（B）「刑事司法の機能性を理由とする手続権制約の許否——迅速性要請の意義の解明」（平成29年度～平成31年度）による研究成果の一部である。