

近畿大学法学部コロキウム

ヨアヒム・ヘルマン教授  
警察による被疑者の取調べ

——ひとつの権力闘争：ドイツ—アメリカ合衆国—日本

山 本 正 樹

はじめに

- I Die polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten—Ein Machtkampf: Deutschland—Vereinigte Staaten—Japan (Prof. Dr. Joachim Herrmann)
- II 警察による被疑者の取調べ——ひとつの権力闘争：ドイツ—アメリカ合衆国—日本（邦訳：加藤克佳教授）
- III 質疑応答の要旨（加藤克佳教授）

はじめに

ヨアヒム・ヘルマン教授 (Prof. Dr. Joachim Herrmann) は、2001年7月に日本学術振興会の短期外国人招聘研究者として来日し、約3週間の滞在期間中早稲田大学大学院法学研究科において、アメリカ・ドイツ・日本の比較刑事訴訟法の特別講義を行い<sup>(1)</sup>、慶應義塾大学および本学で講演

---

(1) ヘルマン教授は、1933年生まれで、1953—57年ハイデルベルク・バーゼル・フライブルクの各大学に学び、59年 Doctor Juris 取得（フライブルク大学）、60年 Master of Common Law 取得（チュレイン大学 [合衆国]）、60—70年フライブルク大学（66年からマックス・プランク）外国・国際刑法研究所の研究助手、70年 Habilitation 取得（フライブルク大学）後、Privatdozent ↗

を行った。

同年7月14日本学法学部コロキウムが開催された<sup>(2)</sup>。ヘルマン教授による講演の演題は、「警察による被疑者の取調べ——ひとつの権力闘争：ドイツ—アメリカ合衆国—日本 (Die polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten—Ein Machtkampf : Deutschland—Vereinigete Staaten—Japan)」であり、その通訳は加藤克佳教授 (愛知大学)、司会は鈴木茂嗣教授であった。その演題は、どの国の刑事手続においても多くの重要な問題をはらみ、盛んに議論される論争点のひとつである。このコロキウムにおける講演では、その重要かつ難解な問題が比較法的観点から詳細かつ精緻に説き明かされており、比較刑事法の権威者として著名なヘルマン教授ならではのものであったといえる<sup>(3)</sup>。また、このことは、後述の「質疑応答の要

---

↘ (同大学)、Universitätsdozent (フライブルク大学・ミュンヘン大学)を経て、72年ドイツ連邦共和国アウグスブルク大学法学部正教授 (刑法・刑事訴訟法) に就任、85—87年同大学副学長を歴任し、2001年冬学期終了時に退官した。その間、合衆国チュレイン大学・バージニア大学にて在外研究に従事した後、バージニア大学、ミシガン大学、ピッツバーグ大学、カリフォルニア大学デービス校 (合衆国)、東京大学、ドクツ・エイリュエール大学 (トルコ共和国)、プリトリア大学 (南アフリカ共和国) などの客員教授になり比較刑事法の講義を行うかたわら、ソウル大学ほか韓国の各大学、インドの各大学、東京大学ほか日本の各大学、ワルシャワ大学ほかポーランドの各大学、プレトリア大学ほか南アフリカの各大学、北京大学や中国の人民大会堂にある法改正委員会ほか中国の各大学、ソウル大学ほか韓国の各大学などで講演をしているほか、1990—2000年合衆国法曹協会、東欧法センター、欧州評議会による専門委員会のメンバーとしてチェコやブルガリア、ルーマニアなどの東欧諸国に憲法改正と司法制度改革の助言を行っている。なお、1975年日本刑法学会の名誉会員になっている。

(2) ヘルマン教授の講演を内容とする本学部コロキウムが開催されるに至ったのは、田口守一教授 (早稲田大学) のご尽力のたまものである。また、コロキウムが成功裏に閉幕しえたのは、加藤克佳教授の的確な通訳があったればこのことである。ここに記してお二方に感謝申し上げる。

(3) ヘルマン教授の研究領域は、刑法・刑事訴訟法、比較司法制度：欧州大陸法、英米法、社会主義法、イスラム法、日本法と多岐にわたっており、著書に『英米刑事手続法をモデルとしたドイツ公判手続の改革 (Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des angro-amerikanischen Strafverfahrens)』(Bonn 1972, 491p.) があるほか、比較刑事法に関する研究論文が多数ある。

## 警察による被疑者の取調べ

旨」に明らかなように、講演後活発な質疑応答があったことにもよく現れている。この意味において、本学部コロキウムは成功であったといえよう。

以下は、本学部コロキウムとして行われた「ヘルマン教授の講演」と「加藤克佳教授の邦訳」、「質疑応答の要旨（加藤克佳教授）」である。

# I Die polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten

## —Ein Machtkampf : Deutschland–Vereinigte Staaten–Japan

Professor Dr. Joachim Herrmann  
Universität Augsburg, Deutschland

### I. Einleitung

Vor etwas mehr als dreißig Jahren schrieb *Heinrich Henkel* in seinem bekannten Lehrbuch des Strafverfahrensrechts: “In der Hauptverhandlung erreicht das Strafverfahren seinen Höhepunkt. In ihr soll der Tatvorgang aufgeklärt und in einem wahrheitsgemäßen und rechtsrichtigen Urteilsspruch über Schuld und Nichtschuld des Angeklagten befunden werden”.<sup>(1)</sup> Diese Feststellung trifft heute sicher nicht mehr für das deutsche Strafverfahren zu, weil inzwischen mehr Prozesse durch Strafbefehl als im Wege einer Hauptverhandlung erledigt werden. Zahlreiche Verfahren werden auch schon von der Staatsanwaltschaft, zum Teil gegen eine Auflage, eingestellt. Im japanischen und amerikanischen Strafverfahren, den beiden Verfahrensordnungen, die in diese Untersuchung einbezogen werden sollen, kommt es ebenfalls nur ausnahmsweise zu einer Hauptverhandlung. In Japan stehen nicht nur der Staatsanwaltschaft,

---

(1) *Henkel, Heinrich*, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968, S. 331f. Ähnlich heute noch *Kühne, Hans-Heiner*, Strafprozesslehre, 4. Aufl. 1993, S. 252; *Ranft, Otfried*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 1995, S. 347. Anders jedoch *Roxin, Claus*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, S. 336; *Bannenberg* u.a. Hrsg., Alternativ-Entwurf: Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV), 2001, S. 27ff. Ebenso für Japan *Kato, Hokei* Ronshu, The Journal of the Faculty of Law, Aichi University 153, (2000), 1, 20, mit Nachweisen.

sondern auch schon der Polizei weitreichende Einstellungsmöglichkeiten zur Verfügung. Von den verbleibenden Fällen werden, wie berichtet wird, über neunzig Prozent durch Strafbefehl erledigt.<sup>(2)</sup> In den Vereinigten Staaten tritt neben die Einstellung durch Polizei und Staatsanwaltschaft die Guilty Plea, die in achtzig bis neunzig Prozent aller Fälle eine Hauptverhandlung zur Schuldfrage ersetzt.<sup>(3)</sup> Strafbefehl und Guilty Plea sind im Ergebnis vergleichbare Verfahren, denn der Strafbefehl stellt eine Aufforderung an den Beschuldigten dar, die festgesetzte Strafe anzunehmen und damit seine Schuld anzuerkennen.

*Henkels* Feststellung, dass die Hauptverhandlung den Höhepunkt des Strafverfahrens bilde, war aber auch schon zu seiner Zeit nur in begrenztem Rahmen zutreffend, denn Ablauf und Ausgang der Hauptverhandlung werden in aller Regel maßgeblich durch die im Vorverfahren gewonnenen Ermittlungsergebnisse bestimmt. In Japan tritt dies besonders deutlich hervor, denn die überaus geringe Zahl der Freisprüche, mit denen eine Hauptverhandlung endet, mag als Beleg dafür angesehen werden, dass die entscheidenden Schritte bereits im Vorverfahren getan werden.<sup>(4)</sup>

Zu diesen entscheidenden Schritten gehört zweifellos die polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten. Diese findet in aller Regel zu Beginn der Ermittlungen statt, und sie kann häufig als deren

---

(2) *Götze*, ZStW 102 (1990) 952, 961.

(3) *Feeney / Herman*, 42 Am.J.Comp.L. Supplement 747, 755 (1994).

(4) *Hirano*, Die Japanisierung des westlichen Rechts im japanischen Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Coing u.a. Hrsg., Die Japanisierung des westlichen Rechts, 1988, S. 387, 396.

wichtigster Abschnitt angesehen werden. Die deutsche Strafprozessordnung schreibt vor, dass die Vernehmung dem Beschuldigten Gelegenheit geben soll, "die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe zu beseitigen und die zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen geltend zu machen".<sup>(5)</sup> Es sollte jedoch nicht übersehen werden, dass die Praxis der polizeilichen Vernehmung nicht dem von der deutschen Strafprozessordnung gezeichneten Bild entspricht. Vorrangige Vernehmungsziele sind vielmehr die Ermittlung der Tatumstände, die Sammlung von Informationen über Beweismittel und nicht zuletzt die Erlangung eines Geständnisses oder — unbedachter — belastender Angaben. Man kann deshalb mit gutem Grunde sagen, dass zwischen dem vernehmenden Polizeibeamten und dem Beschuldigten ein Machtkampf stattfindet. Dieser Machtkampf wird erfahrungsgemäß nicht nur mit raffinierten, intellektuellen, sondern auch mit emotionalen Mitteln ausgetragen.

Ist es der Polizei erst einmal gelungen, ein Geständnis oder belastende Angaben vom Beschuldigten zu erlangen, dann sind in aller Regel die Weichen für den weiteren Ablauf des Verfahrens gestellt, und an einer Verurteilung — durch einen Strafbefehl, im Wege einer Guilty Plea oder in einer Hauptverhandlung — kann kaum noch gezweifelt werden. Nicht nur in kriminalistischer Hinsicht stellt also die polizeiliche Vernehmung ebenso einen Höhepunkt des Strafverfahrens dar wie die Hauptverhandlung. In rechtlicher Hinsicht gibt es zwischen der polizeilichen Vernehmung

---

(5) § 136 Abs. 2.

und der Hauptverhandlung jedoch entscheidende Unterschiede. Die Hauptverhandlung wird öffentlich in einem Gerichtssaal durchgeführt, ihr Ablauf ist rechtlich genau festgelegt, so dass die Wahrheitsfindung gesichert und die Rechte des Beschuldigten geschützt werden können. Die polizeiliche Vernehmung findet dagegen in der Polizeidienststelle, in polizeilichem Gewahrsam oder an einem anderen Ort hinter verschlossenen Türen, d.h. ohne Kontrolle durch die Öffentlichkeit, statt. Der Gang der polizeilichen Vernehmung ist rechtlich wenig strukturiert, und die Rechte des Beschuldigten sind bei weitem nicht so umfassend gesichert wie in der Hauptverhandlung. Dies eröffnet der Polizei beachtliche Freiräume bei der Gestaltung der Vernehmung, und es ist eine Alltagserfahrung, dass die Polizei diese Freiräume mit großem Geschick nutzt, um die Vernehmung aus ihrer Sicht erfolgreich zu gestalten. Im Laufe der Erörterungen wird sich immer wieder zeigen, dass die Polizei in jedem der untersuchten Länder bei der Auswahl ihrer Vernehmungsmethoden nicht eben zurückhaltend ist.

Viele Staaten haben seit Mitte des letzten Jahrhunderts versucht, die Macht der Polizei bei der Vernehmung des Beschuldigten mit rechtlichen Mitteln einzudämmen. Dies geschah vor allem im Rahmen der zunehmenden Durchsetzung der Menschenrechte, die auf nationaler und auch auf internationaler Ebene geschaffen worden sind. Der Rechtsschutz des Beschuldigten ist in den verschiedenen Staaten allerdings keineswegs einheitlich ausgestaltet. Auch zwischen Ländern mit ähnlichen Verfahrensordnungen bestehen große Unterschiede.

Hier soll vor allem die Entwicklung dieses Rechtsschutzes in Deutschland und den Vereinigten Staaten erörtert werden, da die Verfahrensordnungen der beiden Staaten das japanische Strafverfahren maßgeblich beeinflusst haben. Die Rechtslage in Japan kann nur in begrenztem Rahmen in die Erörterung einbezogen werden, da Einzelheiten des japanischen Verfahrens dem ausländischen Betrachter häufig nicht zugänglich sind.

Der Vergleich der drei Verfahrensordnungen wird auch deshalb interessant sein, weil die Länder verschiedenen Rechtskreisen angehören. Es soll versucht werden festzustellen, inwieweit die polizeiliche Vernehmung in den drei Verfahrensordnungen durch die Merkmale bestimmt wird, die für die Rechtskreise typisch sind. Diese Frage wird sich erst schrittweise im Laufe der Erörterungen beantworten lassen. Hier soll jedoch vorwegnehmend an einige Strukturmerkmale erinnert werden, durch die sich die drei Verfahrensordnungen auszeichnen.

Das traditionelle, kontinental-europäische Strafverfahren, zu dem das deutsche gehört, wird vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht, der die Wahrheitserforschung von Amts wegen zum Ziel hat. Das Untersuchungsverfahren ist im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Parteiprozess ein autoritär und bürokratisch ausgerichtetes Verfahren, das trotz des inzwischen ausgebauten Grundrechtsschutzes großes Vertrauen in die amtliche Aufklärungstätigkeit setzt. Das amerikanische Strafverfahren zeichnet sich demgegenüber durch eine liberale Grundstruktur, Skepsis gegenüber hoheitlicher Tätigkeit, umfangreiche Mitwirkungsrechte — und auch Mitwir-



kungspflichten — des Beschuldigten sowie durch eine starke Betonung der Fairness des Verfahrens und des Rechtsschutzes des Beschuldigten aus.<sup>(6)</sup> Das japanische Strafverfahren stellt einerseits eine Mischform dar, die Elemente des deutschen und des amerikanischen Prozesses sowie auch typisch japanische Merkmale aufweist. Andererseits wird das japanische Verfahren allgemein als System der "sanften Verbrechenskontrolle" bezeichnet.<sup>(7)</sup> Ein amerikanischer Autor hat die Bezeichnung "benevolent paternalism" verwendet.<sup>(8)</sup> Als Gründe für diese Bewertung werden vor allem die großzügige Einstellungspraxis der Polizei und der Staatsanwaltschaft sowie die milde Sanktionspraxis genannt. Es wird zu prüfen sein, ob sich die polizeiliche Vernehmung im japanischen Strafverfahren ebenfalls durch das Merkmal der "sanften Verbrechenskontrolle" auszeichnet, ob es hier also nicht zu einem Machtkampf zwischen Polizei und Beschuldigtem kommt.

---

(6) Zum Vergleich von kontinental-europäischem und anglo-amerikanischem Strafverfahren siehe *Damaska*, 121 U.Pa.L.Rev. 506, 584, 1973; *Weigend*, Criminal Procedure: Comparative Aspects, in: Kadish Hrsg., Encyclopedia of Crime and Justice, Bd. 2, 1983, S. 537; *Herrmann*, Models for the Reform of the Criminal Trial in the People's Republic of China—Comparative Remarks from a German Perspective, in: Kühne, Hrsg., Festschrift für Miyazawa, 1995, S. 611, 612ff. mit weiteren Nachweisen.

(7) *Miyazawa*, Kriminalpolitik in Japan, in: Hirsch u.a. Hrsg., Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, 1989, S. 21, 30; *ders.*, Todesstrafe in Japan, in: Haft u.a. Hrsg., Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, S. 729, 731; *Götze*, Anm. 2, S. 969.

(8) *Foote*, 80 Cal.L.Rev. 317 (1992).

## II. Das Schweigerecht des Beschuldigten

### A. Die allgemeine Anerkennung des Schweigerechts

Das Schweigerecht des Beschuldigten, d.h. dessen Recht, auf Fragen der Polizei — sowie auch des Staatsanwalts und des Richters — die Aussage zu verweigern, ist heute allgemein anerkannt. In den Vereinigten Staaten und in Japan ist es unmittelbar in der Verfassung verankert<sup>(9)</sup> in Deutschland wird es aus dem in der Verfassung garantierten Schutz der Menschenwürde und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts abgeleitet.<sup>(10)</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat die Grundlage für das Schweigerecht interessanterweise in der Garantie für ein faires und öffentliches Verfahren sowie in der Unschuldsvermutung gesehen.<sup>(11)</sup>

Das Schweigerecht wird im amerikanischen und deutschen Strafverfahren dadurch abgesichert, dass aus dem Schweigen des Beschuldigten bei der Urteilsfindung in der Hauptverhandlung keine nachteiligen Schlüsse gezogen werden dürfen.<sup>(12)</sup> In Japan scheint diese Frage von untergeordneter Bedeutung zu sein, da hier, wie *Hirano* berichtet, die meisten Beschuldigten ohnehin ein Geständnis ablegen.<sup>(13)</sup>

---

(9) USA : 5. Amendment zur Verfassung, das der Supreme Court insoweit auf der Grundlage des 14. Amendment in Verfahren vor den Gerichten der amerikanischen Einzelstaaten für anwendbar erklärt hat. Siehe *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964). Japan : Art. 38, Abs. 1 der Verfassung.

(10) Art. 2, Abs. 1 ; Art. 1.

(11) *Murray v. United Kingdom*, 22 Eur.Ct.H.R. 29 (1996) ; *Saunders v. United Kingdom*, 23 Eur.Ct.H.R. 313 (1996).

(12) USA : *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) ; Deutschland : BGHSt 20, 281.

(13) *Hirano*, Anm. 4, S. 396.

## B. Der Hinweis auf das Schweigerecht

Das Schweigerecht bliebe für den Beschuldigten weitgehend ohne Bedeutung, wenn er keine Kenntnis davon hätte. Deshalb sehen die Verfahrensordnungen von Japan, den Vereinigten Staaten und Deutschland gleichermaßen vor, dass der Beschuldigte auf dieses Recht hinzuweisen ist. Im Hinblick auf den Inhalt des zu gebenden Hinweises bestehen jedoch beachtliche Unterschiede. Die japanische Strafprozessordnung sieht allgemein nur die Belehrung vor, dass der Beschuldigte gegen seinen Willen keine Aussage zu machen braucht. Allein wenn sich der Beschuldigte in Haft befindet, ist er auch auf die maßgeblichen Umstände der ihm zur Last gelegten Tat sowie darauf hinzuweisen, dass er einen Verteidiger wählen kann.<sup>(14)</sup> Die deutsche Strafprozessordnung fordert ähnliche Hinweise, die allerdings auch dem nicht verhafteten Beschuldigten gegeben werden müssen.<sup>(15)</sup> Diese umfassen vor allem :

1. die Unterrichtung, welche Tat dem Beschuldigten zur Last gelegt wird,
2. den Hinweis auf das Aussageverweigerungsrecht,
3. den Hinweis, dass der Beschuldigte jederzeit einen Verteidiger befragen kann.

Die vom amerikanischen Supreme Court in der berühmten Miranda-Entscheidung für das amerikanische Strafverfahren festgelegten Belehrungsgrundsätze sind allerdings noch umfassender.<sup>(16)</sup>

---

(14) Art. 198 Abs. 2 ; 203 Abs. 1.

(15) §§ 136, Abs. 1 ; 163a, Abs. 4.

(16) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Zu den *Miranda Rules* s. ↗

Diese sogenannten Miranda Rules verlangen im wesentlichen :

1. den Hinweis auf das Recht zu schweigen, und zwar unabhängig davon, ob der Beschuldigte dieses Recht schon kennt.
2. den Hinweis darauf, dass alles, was der Beschuldigte sagt, vor Gericht gegen ihn verwertet werden kann.
3. den Hinweis, dass der Beschuldigte einen Verteidiger konsultieren kann und dass dieser während der Vernehmung anwesend sein darf.
4. den Hinweis, dass dem Beschuldigten, wenn er mittellos ist, auf seinen Antrag hin kostenlos ein Verteidiger zur Verfügung gestellt wird.
5. den Hinweis, dass der Beschuldigte auch nach Beginn der Vernehmung jederzeit schweigen oder einen Verteidiger verlangen kann.
6. Erklärt der Beschuldigte, dass er schweigen will, so muss die Vernehmung abgebrochen werden. Verlangt der Beschuldigte nach einem Verteidiger, so darf die Vernehmung erst fortgeführt werden, wenn dieser zugegen ist.

Bei einem Vergleich des japanischen mit dem deutschen und amerikanischen Recht sollte man nicht übersehen, dass die japanische Strafprozessordnung im Jahr 1948 erlassen wurde, während die Regelungen in den beiden anderen Ländern erst in der Mitte der sechziger Jahre ergangen sind. Damals wurde der Schutz des

---

↘ *LaFave, Wayne* und *Israel, Jerold*, *Criminal Procedure*, 2. Aufl. 1992, S. 314.  
Im Jahr 2000 hat der Supreme Court im Fall *Dickenson v. United States*, 120 S.Ct. 2326 (2000), die Gültigkeit der Miranda Rules bestätigt und zugleich deren verfassungsrechtliche Grundlage hervorgehoben.

Beschuldigten sowohl im deutschen wie auch im amerikanischen Strafverfahren in mehrfacher Hinsicht verstärkt. Dieser Entwicklung hat sich Japan, jedenfalls soweit es um die Hinweispflichten bei der Vernehmung des Beschuldigten geht, weder durch eine Änderung der Strafprozessordnung noch mit Hilfe der Rechtsprechung angeschlossen. Nur am Rande sei vermerkt, dass andere Länder, z.B. England und Italien, im Laufe der letzten Jahrzehnte ebenfalls eingehende Bestimmungen über Inhalt und Umfang der Hinweispflicht geschaffen haben.<sup>(17)</sup>

Vergleicht man Einzelheiten der Hinweispflichten im japanischen, deutschen und amerikanischen Recht, dann fällt auf, dass die Miranda Rules Hinweise auf das Schweigerecht auch dann verlangen, wenn der Beschuldigte seine Rechte bereits kennt. Die Hinweise müssen sogar wiederholt werden, wenn sich dieselbe Vernehmung über mehrere Sitzungen erstreckt. Die deutsche Strafprozessordnung sieht dagegen einen Hinweis nur zu Beginn der "ersten" Vernehmung vor. Gemeint ist damit die jeweils erste Vernehmung durch einen Polizeibeamten, Staatsanwalt oder Richter.<sup>(18)</sup> In Japan ist die Hinweispflicht noch weiter eingeschränkt, denn es wird als ausreichend angesehen, dass die Belehrung lediglich einmal, zu Beginn der ersten Vernehmung gegeben wird.<sup>(19)</sup>

Die japanische und die deutsche Lösung beruhen offensichtlich

---

(17) England: Code of Practice (1991), C: 10; Italien: Strafprozessordnung (1988), Art. 63.

(18) *Kleinknecht / Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, 44. Aufl. 2001, § 136 Rn. 1, § 163a, Rn. 4.

(19) *Hirano*, Anm. 4, S. 395.

auf der Erwägung, dass dem Hinweis auf das Schweigerecht allein eine formale, rechtliche Bedeutung zukommt. Ist der Beschuldigte über seine Rechte unterrichtet worden, dann weiß er Bescheid und bedarf keiner zusätzlichen Aufklärung. Diese Betrachtungsweise geht jedoch von einem unvollständigen Bild der Vernehmungssituation aus. Die polizeiliche Vernehmung ist für den Beschuldigten kein "herrschaftsfreier Diskurs", sie wird von ihm vielmehr als Zwangssituation — als ein Machtkampf — empfunden. Der Beschuldigte weiß genau, dass von ihm die Offenbarung belastender Tatsachen, wenn nicht ein umfassendes Geständnis erwartet wird und dass dies im Ergebnis zur Grundlage für seine Verurteilung werden kann. Die amerikanische Lösung stellt zutreffend auf diese emotionale Drucksituation ab, wenn sie verlangt, dass dem Beschuldigten die Gefährlichkeit einer Aussage bei jeder einzelnen Vernehmung vor Augen geführt wird. Die wiederholte Belehrung kann insoweit als "Kriegserklärung" bezeichnet werden,<sup>(20)</sup> die dem Beschuldigten stets von neuem bewusst macht, dass er sich in einer höchst riskanten Situation befindet. Dieser Gedanke wird in den Miranda Rules konsequent fortgeführt, wenn sie den zusätzlichen Hinweis verlangen, dass die Aussage des Beschuldigten vor Gericht zu seinen Lasten verwertet werden kann.<sup>(21)</sup> Ein solcher Hinweis ist im japanischen und deutschen Strafverfahren nicht vorgesehen, da beide Rechtsordnungen die emotionale Problematik der polizeilichen Verneh-

---

(20) *Bosch, Nikolaus*, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips in verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998, S. 140.

(21) Ähnlich der englische Code of Practice, C: 10.4.

mung nicht in Rechnung stellen.

Die Lösung der Miranda Rules erweist sich als typisch für den amerikanischen Parteiprozess, der dem Beschuldigten aus Gründen der Fairness eine starke Stellung einräumt. Die deutsche Lösung, die sich mit der Belehrung bei der "ersten" Vernehmung begnügt und die den Hinweis auf die Folgen einer belastenden Aussage nicht vorsieht, erscheint dagegen bezeichnend für ein vom Untersuchungsgrundsatz beherrschtes Verfahren. Sie lässt den Schutz des Beschuldigten hinter dem Aufklärungsinteresse zurücktreten. In der japanischen Lösung, die die Belehrung auf ein Minimum beschränkt, treten der Untersuchungsgedanke sowie eine paternalistische Grundeinstellung offensichtlich noch deutlicher zutage.

Unterschiedliche Wege sind die drei Länder auch bei der Beantwortung der Frage gegangen, was bei einem Verstoß gegen die Hinweispflicht geschehen soll. Der amerikanische Supreme Court hat in den Miranda Rules bestimmt, dass im Falle eines Verstoßes weder ein Geständnis noch andere belastende Angaben verwertbar sind. Durch das Verwertungsverbot soll im amerikanischen Strafverfahren in erster Linie auf die Polizei eingewirkt werden, damit diese sich bei ihrer Ermittlungstätigkeit an die rechtlichen Vorgaben hält.

Im deutschen Strafverfahren blieben dagegen Verstöße gegen die Hinweispflicht lange Zeit sanktionslos. Der deutsche Gesetzgeber hatte, als er die Hinweispflicht in der Mitte der sechziger Jahre in die Strafprozessordnung einfügte, kein Verwertungsverbot für deren

Nichtbeachtung vorgesehen.<sup>(22)</sup> Als bekannt wurde, dass die deutsche Polizei der gesetzlich vorgesehenen Hinweispflicht nur in beschränktem Maße nachkam, nahm der Gesetzgeber dies nicht zum Anlass, Abhilfe zu schaffen. Auch der Bundesgerichtshof lehnte es zunächst ab, Verstöße gegen die Hinweispflicht durch ein Verwertungsverbot zu sanktionieren. Erst als die Kritik im deutschen Schrifttum immer lauter wurde, entschied sich der Bundesgerichtshof im Jahr 1992, ein Verwertungsverbot einzuführen.<sup>(23)</sup> Anders als der amerikanische Supreme Court begründete der Bundesgerichtshof die Notwendigkeit des Verwertungsverbot — typischem deutschen Rechtsdenken folgend — vor allem mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem erforderlichen Schutz des Beschuldigten. Im Ergebnis hat Deutschland also heute ebenso wie die Vereinigten Staaten ein Verwertungsverbot anerkannt, hinsichtlich der praktischen Durchsetzung dieses Verbots bestehen jedoch — was hier nicht ausgeführt werden kann — zwischen den beiden Rechtsordnungen erhebliche Unterschiede.

Japan ist bislang einen eigenen Weg gegangen, denn hier wird der Verstoß gegen die Hinweispflicht, soweit ersichtlich, bislang nicht durch ein Verwertungsverbot geahndet. Damit ist der Polizei ein unkontrollierter Machtbereich erhalten geblieben. Man mag einwenden, dass die japanische Polizei gut ausgebildet ist und sogar

---

(22) Hierzu und zum Folgenden *Herrmann*, Die Rechtstellung des Beschuldigten bei der Vernehmung durch die Polizei—Eine fast unendliche Geschichte, in: Huber u.a. Hrsg., Festschrift für Reinhard Moos, 1997, S. 229, 234.

(23) BGHSt 38, 214.



als "Lehrer in den Tugenden des Rechts" angesehen wird.<sup>24</sup> Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass auch die deutsche Polizei, deren Ausbildung ebenfalls allgemein positiv bewertet wird, vor Einführung des Verwertungsverbots zahlreiche Strategien zur Umgehung der Hinweispflicht entwickelt hatte. Im übrigen zeigt die noch zu erörternde Praxis in den japanischen Polizeihafthanstalten, den *daiyo kangoku*, dass die japanische Polizei sich bei der Vernehmung von Beschuldigten nicht eben zurückhaltender Methoden bedient.

### C. Voraussetzungen für die Hinweispflicht

Es liegt auf der Hand, dass die Polizei nicht stets zu einem Hinweis auf das Schweigerecht verpflichtet sein kann, wenn sie einer Person eine Frage stellt. Eine Hinweispflicht besteht nur, wenn eine gewisse Verdachtsschwelle vorliegt oder wenn ein anderer Anlass hierfür gegeben ist. In den Vereinigten Staaten und in Deutschland hat man zur Lösung dieses Problems unterschiedliche Wege beschritten. Welchen Weg man in Japan gewählt hat, konnte anhand der in den westlichen Sprachen publizierten Literatur zum japanischen Strafverfahren allerdings nicht festgestellt werden.

In den Vereinigten Staaten greift die von den *Miranda Rules* vorgesehene Hinweispflicht nur ein, wenn sich der Beschuldigte bei der Vernehmung in "custody" befindet. "Custody" ist nicht nur gegeben, wenn der Beschuldigte verhaftet ist, sie wird auch dann

---

<sup>24</sup> Kühne, *Hans-Heiner* und *Miyazawa, Koichi*, *Kriminalität und Kriminalitätsbekämpfung in Japan*, 1979, S. 121.

angenommen, wenn er sich aus anderen Gründen in einer Zwangslage befindet. Das Kriterium stellt offensichtlich auf die emotionale Drucksituation ab. Folgerichtig hat der Supreme Court "custody" in einem Fall bejaht, in dem der Beschuldigte um vier Uhr morgens in seinem Schlafzimmer auf der Bettkante sitzend von vier Polizeibeamten umstellt war und vernommen wurde.<sup>(25)</sup> Auf der anderen Seite hat das Gericht "custody" verneint, wenn der Beschuldigte im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle von der Polizei angehalten wird,<sup>(26)</sup> wenn er auf die telefonische Aufforderung eines Polizeibeamten hin freiwillig zur Polizeidienststelle kommt oder wenn er einen Polizeibeamten freiwillig dorthin begleitet.<sup>(27)</sup> In diesen Fällen wurden Angaben des Beschuldigten für verwertbar erklärt, obwohl er nicht auf sein Schweigerecht hingewiesen worden ist.

In Deutschland versucht man, die Hinweispflicht dadurch einzudämmen, dass man zwischen der polizeilichen Vernehmung selbst und einer im Vorfeld hierzu durchgeführten "informativischen Befragung" unterscheidet.<sup>(28)</sup> Versucht zum Beispiel der an den Tatort gerufene Polizeibeamte durch Fragen an die Anwesenden herauszufinden, wer als Täter in Betracht kommen kann, so darf er diese informativische Befragung ohne Belehrung durchführen, denn die Ermittlungen richten sich noch nicht gegen eine bestimmte Person. Stößt der Polizeibeamte im Laufe seiner Erkundigungen auf

---

(25) *Orozco v. Texas*, 394 U.S. 324 (1969).

(26) *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984).

(27) *Oregon v. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977); *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983).

(28) *Beulke, Werner*, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2001, Rn. 113 u. 118; *Roxin*, Anm. 1, S. 199; *Herrmann*, Anm. 22, S. 232.

konkrete Anhaltspunkte, die auf eine Person als Täter hindeuten, und beschließt er, seine weiteren Ermittlungen gegen diese Person zu richten, so muss er sie auf das Schweigerecht hinweisen, bevor er weitere Fragen stellt.

Das für das deutsche Strafverfahren entwickelte Kriterium, dass sich die Ermittlungen gegen eine bestimmte Person richten müssen, wurde in der Sache auch vom amerikanischen Supreme Court eine Zeit lang verwendet. Das Gericht verlangte einen Hinweis auf das Schweigerecht, sobald "the investigation ... has begun to focus on a particular suspect".<sup>(29)</sup> Der Supreme Court hat jedoch bald erkannt, dass das "focus"-Kriterium oft keine sichere Unterscheidung zwischen einer allgemeinen Befragung, die keine Belehrung voraussetzt, und einer erst nach erfolgter Belehrung zulässigen Vernehmung des Beschuldigten ermöglicht. Er hat deshalb das "focus"-Kriterium zugunsten des in der *Miranda*-Entscheidung ins Leben gerufenen "custody"-Kriteriums aufgegeben, da dieses durch das Abstellen auf die Zwangslage, in der sich der Befragte befinden muss, offensichtlich eine handfestere Entscheidungsgrundlage bietet.<sup>(30)</sup>

Ob sich das Vorliegen einer Zwangslage immer eindeutig feststellen lässt, mag zweifelhaft erscheinen. Sicher ist jedoch, dass die Willensentscheidung des Polizeibeamten, Ermittlungen gegen eine bestimmte Person zu richten, die das maßgebliche Kriterium im deutschen Strafverfahren ist, der Polizei große Freiräume eröffnet.

---

(29) *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).

(30) *Beckwith v. United States*, 425 U.S. 341 (1976); s. hierzu *LaFave / Israel*, Anm. 16, S. 317f.

Jeder Polizeibeamte, der eine informatorische Befragung durchführt, weiß genau, dass er von einer befragten Person kaum noch etwas erfahren wird, wenn er diese darauf hinweist, dass sie als Beschuldigter in Frage kommt und deshalb nichts mehr zu offenbaren braucht. Um diese Gefahr auszuschließen, erliegen deutsche Polizeibeamte in der Alltagspraxis nicht selten der Versuchung, eine informatorische Befragung unzulässigerweise auszudehnen und den an sich gebotenen Hinweis auf das Schweigerecht hinauszuzögern, bis sie die erwünschten Auskünfte erhalten haben.<sup>(31)</sup>

#### **D. Vernehmung trotz Schweigen des Beschuldigten ?**

Im deutschen und japanischen Recht findet sich keine Bestimmung, die regelt, was zu geschehen hat, wenn der Beschuldigte von seinem Schweigerecht Gebrauch macht. In beiden Ländern sieht sich die Polizei aufgrund des Fehlens eines solchen Verbotes offensichtlich berechtigt, den Beschuldigten auch dann weiter zu befragen, wenn dieser nach der Belehrung unmissverständlich erklärt hat, dass er keine Angaben machen wolle.<sup>(32)</sup> Es liegt auf der Hand, dass das Schweigerecht des Beschuldigten hierdurch weitgehend entwertet wird. Der Hinweis auf das Schweigerecht wird für den Beschuldigten zu einer unverbindlichen Empfehlung, dass er versuchen könne, auf Fragen und Vorhalte nicht zu antworten, dass

---

(31) *Herrmann*, Anm. 22, S. 232 mit Nachweisen; zu einem ähnlichen Problem im amerikanischen Strafverfahren s. *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985).

(32) *Kamiguchi*, ZStW 96 (1984) 241, 243ff., spricht sehr anschaulich von einer "Verhörsduldungspflicht"; ähnlich *Ohno*, *Sensyu Hogaku Ronshu*, 51, Nr. 3 (1990), 1, 19.

dies aber am Fortgang der Vernehmung nichts ändern werde. Muss der Beschuldigte feststellen, dass er mit seiner Weigerung, Angaben zu machen, nicht ernst genommen wird, dann erhöht sich für ihn der emotionale Druck — eine Situation, die durch die Hinweispflichten gerade ausgeschlossen werden sollte.

In den Vereinigten Staaten ist die Rechtslage anders. Die Miranda Rules legen eindeutig fest, dass es zu keiner Vernehmung kommen darf, wenn der Beschuldigte von seinem Schweigerecht Gebrauch macht. Gibt der Beschuldigte während einer laufenden Vernehmung zu erkennen, dass er keine weiteren Fragen beantworten will, so muss die Vernehmung sofort abgebrochen werden. Der amerikanische Supreme Court hat in einer Entscheidung, die eine spezielle Frage dieser Problematik betraf, offen gelassen, unter welchen Voraussetzungen zu einem späteren Zeitpunkt nach erneuter Belehrung eine weitere Befragung stattfinden darf.<sup>(33)</sup> Fest steht jedoch, dass die im deutschen und japanischen Strafverfahren übliche, unmittelbare Fortsetzung der Vernehmung mit dem Ziel, den Willen des Beschuldigten zu brechen, in den Vereinigten Staaten ausgeschlossen ist.

Es kann nicht deutlich genug hervorgehoben werden, dass erst dieses strikte Vernehmungsverbot das Schweigerecht des Beschuldigten zu einem durchsetzungsfähigen Recht macht. In Deutschland wird die Möglichkeit und Notwendigkeit eines solchen Vernehmungsverbots bislang nicht einmal erörtert, und in Japan

---

(33) Michigan v. Mosley, 423 U.S. 96 (1975).

scheint es ähnlich zu sein. Dem Vernehmungsverbot kommt jedoch für die Durchsetzung des Schweigerechts keine geringere Bedeutung zu als dem Verwertungsverbot, das in Japan ebenso wie in Deutschland zu einem Lieblingsthema der Strafprozesswissenschaft geworden ist.

In der Anerkennung des Vernehmungsverbots zeigen sich wiederum die typischen Merkmale des liberalen amerikanischen Strafverfahrens, das sich durch ein Bemühen um Fairness und Anerkennung der Rechte des Beschuldigten auszeichnet. Das deutsche und auch das japanische Verfahren halten dagegen konsequent am überkommenen Untersuchungsprinzip sowie einem hoheitlichen Denken fest.

### **III. Das Recht auf den Beistand eines Verteidigers**

Ein ähnliches Bild der drei Verfahrensordnungen ergibt sich, wenn man fragt, inwieweit der Beschuldigte berechtigt ist, zur polizeilichen Vernehmung einen Verteidiger hinzuzuziehen.

#### **A. Ein anerkanntes Recht in den Vereinigten Staaten**

In den Vereinigten Staaten sehen die Miranda Rules, wie erwähnt, zwei Hinweise vor, die das Recht auf einen Verteidiger zum Gegenstand haben. Der Polizeibeamte muss den Beschuldigten unterrichten, dass er jederzeit einen Verteidiger konsultieren und auch zur Vernehmung unmittelbar hinzuziehen kann. Darüber hinaus muss er dem Beschuldigten mitteilen, dass er im Falle seiner Mittellosigkeit die Bestellung eines Verteidigers beantragen kann.

Die Bereitstellung eines Verteidigers für den mittellosen Beschuldigten bereitet in den Vereinigten Staaten keine Schwierigkeiten, weil es genügend Rechtsanwälte gibt. Für die Bestellung des Verteidigers haben sich in der Praxis verschiedene Modelle herausgebildet.<sup>34)</sup> Einerseits werden Verteidiger, vor allem in ländlichen Gerichtsbezirken, aus den am Ort ansässigen Rechtsanwälten ausgewählt. Andererseits gibt es in zahlreichen städtischen Bezirken sogenannte Public Defender Offices, d.h. öffentliche Strafverteidigerbüros, deren Aufgabe in der Verteidigung mittelloser Beschuldigter besteht und in denen Anwälte entweder als Vollzeitbeschäftigte oder auf Teilzeitbasis angestellt sind. In manchen Städten sind diese Defender Offices auch privatrechtlich organisiert. Ein Vorteil der Verteidigerbüros besteht darin, dass sie auf die Bedürfnisse der Strafjustizpraxis zugeschnitten sind und deshalb in aller Regel schnell einen Verteidiger zur Verfügung stellen können, wenn ein Beschuldigter dessen Beiziehung zur polizeilichen Vernehmung begehrt.

Die Bestellung eines Verteidigers erfolgt unabhängig von Art und Schwere der dem Beschuldigten zur Last gelegten Straftat. Einige amerikanische Gerichte haben zwar versucht, die Bestellung eines Verteidigers auszuschließen, wenn es um die Verfolgung unbedeutender Verkehrsdelikte oder anderer leichter Straftaten ging. Der amerikanische Supreme Court hat jedoch Einschränkungen dieser Art für unzulässig erklärt.<sup>35)</sup> Zur Begründung hat der Supreme

---

<sup>34)</sup> *Herrmann, Joachim*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, 1971, S. 269ff.; *LaFave / Israel*, Anm. 16, S. 15.

<sup>35)</sup> *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984).

Court unter anderem angeführt, dass der Beschuldigte sich auch dann in einer Zwangslage befindet, wenn er von der Polizei nur wegen einer leichten Straftat zur Rede gestellt wird.

Verlangt der Beschuldigte die Beiziehung eines Verteidigers zur polizeilichen Vernehmung und kann dem nicht sofort entsprochen werden, so darf die Vernehmung — ebenso wie im Fall, dass der Beschuldigte sich auf sein Schweigerecht beruft — nicht fortgeführt werden.<sup>66</sup> Dieses Vernehmungsverbot hat der Supreme Court durch ausgesprochen strenge Regeln abgesichert. Hat der Beschuldigte einen Verteidiger gefordert, dann kann die Polizei die Vernehmung nur fortsetzen, wenn dieser zugegen ist oder wenn der Beschuldigte von sich aus die Fortsetzung ohne einen Verteidiger beantragt.<sup>67</sup> Aus eigener Initiative darf die Polizei nicht zu einem späteren Zeitpunkt an den Beschuldigten herantreten, um ihn zu einem Verzicht auf den Verteidiger zu bewegen. Der Supreme Court hat es auch als unzulässig angesehen, dass die Vernehmung ohne einen Verteidiger fortgeführt wird, nachdem der Beschuldigte nur Gelegenheit hatte, einen solchen außerhalb der Vernehmung zu konsultieren.<sup>68</sup>

## **B. Ein lückenhaftes Recht in Deutschland**

Im Gegensatz zum amerikanischen Strafverfahren ist der Beistand des Verteidigers in Deutschland nur lückenhaft ausgestaltet. Die deutsche Strafprozessordnung räumt dem Verteidiger kein

---

<sup>(36)</sup> Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981).

<sup>(37)</sup> Ebd.

<sup>(38)</sup> Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146 (1990).



Anwesenheitsrecht bei der polizeilichen Vernehmung ein. Sie sieht lediglich vor, dass der Beschuldigte "jederzeit, auch schon vor seiner ersten Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger ... befragen kann".<sup>(39)</sup> Dies wird allgemein so verstanden, dass die Befragung des Verteidigers nicht im Rahmen der polizeilichen Vernehmung stattfinden darf.

Damit wird dem Polizeibeamten die Möglichkeit eröffnet, bei der Vernehmung des Beschuldigten ungestört seiner Untersuchungstätigkeit nachzugehen. Das Recht des Beschuldigten, sich nicht selbst belasten zu müssen, wird ganz entscheidend eingeschränkt, denn der Beschuldigte kann dieses Recht gegenüber dem ihn mit Fragen und Vorhalten bedrängenden Polizeibeamten oft nur unvollständig durchsetzen, wenn ihm kein Verteidiger zur Seite steht. Im Ausschluss des Verteidigers kommt zugleich ein ungerechtfertigtes Misstrauen gegenüber den Rechtsanwälten zum Ausdruck, und es wird auch nicht in Rechnung gestellt, dass ein bei der Vernehmung anwesender Verteidiger mit seinen Fragen und Erklärungen den Polizeibeamten vor unzutreffenden Annahmen und Schlussfolgerungen bewahren kann.

Für den Beschuldigten, der mit den Feinheiten der Verfahrenspraxis vertraut ist, besteht allerdings die Möglichkeit, bei dem Polizeibeamten darauf hinzuwirken, dass er einen Verteidiger zur Vernehmung zulässt. Der Beschuldigte kann nämlich darauf bestehen, dass er nur im Beisein eines Verteidigers zur Aussage bereit sei. Da die

---

(39) § 136, Abs. 1, S. 2.

deutsche Strafprozessordnung die Anwesenheit eines Verteidigers nicht ausdrücklich ausschließt, wird es sich für den Polizeibeamten, der mit seinen Ermittlungen weiterkommen möchte, regelmäßig empfehlen, auf den Vorschlag des Beschuldigten einzugehen.

Auch die Bestellung eines Verteidigers für den mittellosen Beschuldigten ist im deutschen Strafverfahren nicht vorgesehen. Das erscheint in gewissem Sinne nur konsequent. Wird die Mitwirkung des Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung als überflüssig oder unerwünscht angesehen, dann besteht erst recht kein Anlass, einen Verteidiger zu bestellen, der den Beschuldigten lediglich außerhalb der Vernehmung beraten könnte.

Verlangt der Beschuldigte nach dem Hinweis auf sein Recht, einen Verteidiger zu befragen, von diesem Recht Gebrauch zu machen, dann geht der Polizeibeamte in der deutschen Praxis häufig nicht darauf ein, sondern beginnt gleichwohl mit der Vernehmung. Dies ist dem Polizeibeamten im deutschen Recht nicht ausdrücklich untersagt. Ebenso wie das Schweigerecht des Beschuldigten ist auch sein Recht, einen Verteidiger zu konsultieren, im deutschen Strafverfahren nicht durch ein Vernehmungsverbot abgesichert.<sup>(40)</sup>

Nicht selten sind deutsche Polizeibeamte sogar noch einen Schritt weitergegangen und haben der Kontaktaufnahme mit einem Verteidiger Hindernisse in den Weg gelegt. In einem besonders krassen Fall ist der Polizeibeamte dem Verlangen nach einem Verteidiger mit dem

---

(40) Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz—*Rogall*, Stand: Oktober 2000, § 136, Rn. 146; *Eisenberg, Ulrich*, Beweisrecht der StPO, 3. Aufl. 1999, Rn. 509.

Hinweis begegnet, dieser könne dem Beschuldigten die Entscheidung, ob er aussagen wolle, nicht abnehmen, und die Vernehmung werde deshalb so lange fortgesetzt, bis Klarheit herrsche. Der Beschuldigte musste sich fügen, er gab schließlich dem Vernehmungsdruck nach und legte ein Geständnis ab. Der Bundesgerichtshof hat jedoch diesen Verstoß gegen das Recht auf Beistand eines Verteidigers als so schwerwiegend angesehen, dass er das Geständnis für unverwertbar erklärte.<sup>(41)</sup>

Eine weitere typische Umgehungsstrategie der deutschen Polizei besteht darin, dass sie dem Beschuldigten zwar erklärt, er könne einen Rechtsanwalt konsultieren, zugleich aber darauf hinweist, dass es allein seine Sache sei, einen Anwalt ausfindig zu machen. Hierzu dürfte der Beschuldigte, der in einer Polizeidienststelle vernommen und möglicherweise festgehalten wird, allerdings kaum in der Lage sein. Der Bundesgerichtshof hat sich vor einiger Zeit mit dieser Problematik befasst, dabei aber keine einheitliche Linie verfolgt. Zu Beginn des Jahres 1996 hat der Fünfte Senat des Bundesgerichtshofs festgestellt, dass der Polizeibeamte sich ernsthaft bemühen müsse, dem Beschuldigten, der nach einem Verteidiger verlangt, bei der Herstellung des Kontakts zu einem Rechtsanwalt zu helfen.<sup>(42)</sup> Diese Hilfspflicht werde nicht schon dadurch erfüllt, dass der Polizeibeamte dem Beschuldigten zum Beispiel das Branchenverzeichnis des Telefonbuchs, in dem die am Ort zugelassenen Rechtsanwälte verzeichnet sind, vorlegt. Bei diesen Feststellungen handelt es sich

---

(41) BGHSt 38, 372.

(42) BGHSt 42, 15.

zwar nur um obiter dicta, der Fünfte Senat hat ihnen aber ganz offensichtlich grundsätzliche Bedeutung beigemessen.

Gleichwohl hat der Erste Senat des Bundesgerichtshofs wenige Monate später eine solche Hilfspflicht des Polizeibeamten ausdrücklich abgelehnt.<sup>(43)</sup> Der ordnungsgemäß belehrte Beschuldigte ist für diesen Senat eine Person, die "selbst und frei entscheiden kann und muss", ob sie ohne Beistand durch einen Verteidiger Angaben machen will.<sup>(44)</sup> Sei eine ordnungsgemäße Belehrung über die Möglichkeit der Verteidigerbefragung erfolgt und mache der Beschuldigte Angaben, ohne einen Verteidiger konsultiert zu haben, so scheidet ein Verwertungsverbot aus. Damit hat der Erste Senat an die Stelle des Hilfsbedürftigen, dem Aussagedruck des Polizeibeamten ausgesetzten Beschuldigten das Bild eines in souveräner Freiheit agierenden Individuums gesetzt. Dass der Erste Senat damit das Typische einer polizeilichen Vernehmung nicht zutreffend erfasst hat, dürfte nicht zweifelhaft sein.

Angesichts dieser einander widersprechenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs bleibt es weiterhin ungeklärt, inwieweit der Polizeibeamte dem Beschuldigten bei der Kontaktaufnahme zu einem Verteidiger helfen muss. Seit einiger Zeit zeichnet sich indes ab, dass dem Beschuldigten auf anderem Wege Hilfe zuteil werden kann. Deutsche Rechtsanwälte haben in größeren Städten begonnen, anwaltliche Notdienste einzurichten, die jederzeit telefonisch erreichbar sind und deren Telefonnummer in der Polizeidienststelle

---

(43) BGHSt 42, 170.

(44) Ebd., S. 171.

zur Verfügung steht<sup>(45)</sup>. Wo es solche Notdienste gibt, wird es für den Polizeibeamten kaum noch möglich sein, den Beschuldigten an der Kontaktaufnahme zu einem Rechtsanwalt zu hindern.

Eine von der Deutschen Bundesregierung im April 2001 beschlossene Reform des Strafverfahrens sieht übrigens vor, dass der Verteidiger in Zukunft das Recht haben soll, bei der Vernehmung des Beschuldigten anwesend zu sein. Die Bestellung eines Verteidigers für den mittellosen Beschuldigten ist allerdings nicht geplant.<sup>(46)</sup>

### C. Ein eng begrenztes Recht in Japan

Im japanischen Strafverfahren ist das Recht auf den Beistand eines Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung noch enger begrenzt als in Deutschland. Die japanische Strafprozessordnung schreibt zwar vor, dass der Beschuldigte jederzeit einen Verteidiger wählen kann,<sup>(47)</sup> die Polizei muss den Beschuldigten aber nur dann auf dieses Recht hinweisen, wenn sie ihn festgenommen hat.<sup>(48)</sup> Ebenso wie im deutschen Recht wird für den mittellosen Beschuldigten kein Verteidiger bestellt.<sup>(49)</sup> Um den daraus entstehenden Problemen abzuhelpfen, haben japanische Rechtsanwaltskammern ähnlich wie die

---

(45) *Beulke*, NStZ 1996, 257; *Herrmann*, StV 1996, 396, 401 mit weiteren Nachweisen.

(46) Beschluß der Bundesregierung, Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens, StV 2001, 314, 315. Ebenso *Bannenberg* u.a. Hrsg., Anm. 1, S. 21.

(47) Art. 30 Abs. 1.

(48) Art. 76, 203.

(49) *Goto*, *Hogaku Ronshu* (Chiba Journal of Law and Politics) 9, Nr. 4 (1995), 1, 9; *Kato*, Strafverteidigung im Spannungsfeld zwischen Rechtsstaatlichkeit und Verfahrenseffizienz in Japan, in: *Kühne* u.a. Hrsg., *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, S. 167, 170.

deutschen begonnen, "Anwaltliche Notdienste" einzurichten.<sup>60)</sup>

Die Anwesenheit des Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung ist ebenso wie in Deutschland nicht vorgesehen.<sup>61)</sup> Grundsätzlich ist es dem Verteidiger gestattet, zum Beschuldigten, der sich nicht auf freiem Fuß befindet, mündlich oder schriftlich Kontakt aufzunehmen, in der Praxis wird die Kontaktaufnahme jedoch auf der Grundlage einer gesetzlich vorgesehenen Ausnahmeregelung häufig stark beschränkt, wenn nicht im Ergebnis ganz ausgeschlossen.<sup>62)</sup> Dies geschieht vor allem, solange der Beschuldigte noch kein Geständnis abgelegt hat. Der Beschuldigte wird also zum Zweck der Geständniserlangung isoliert. Der Unterschied zur liberalen Lösung des amerikanischen Rechts könnte kaum größer sein.

Auch durch die gegenwärtig in Japan geplante Reform soll sich daran nichts ändern. Dem mittellosen Beschuldigten soll zwar ein Verteidiger bestellt werden, dieser soll aber kein Anwesenheitsrecht bei der polizeilichen Vernehmung haben. Die japanische Reform will offensichtlich genau den umgekehrten Weg gehen wie die deutsche. Beide Reformen, die deutsche wie die japanische, müssen als ungenügend angesehen werden. Erst die Kombination des Rechts auf Bestellung eines Verteidigers und das Anwesenheitsrecht des Verteidigers könnte Abhilfe bringen.

Es muss allerdings angefügt werden, dass der amerikanische

---

(50) Goto, Anm. 49, S. 9ff.; Kato, Anm. 1, S. 20; Kato, Anm. 49, S. 170.

(51) Kamiguchi, Anm. 32, S. 244f.; Kato, Anm. 1, S. 19f.; Kato, Anm. 49, S. 171.

(52) Kamiguchi, Anm. 32, S. 245; Hirano, Anm. 4, S. 395; Yamamoto, ZStW 101 (1989), 961, 967ff.; Götze, Anm. 2, S. 973; Goto, Anm. 49, S. 12ff.; Kato, Anm. 49, S. 171.

Supreme Court seine liberale Linie nicht immer konsequent eingehalten hat. Das Gericht hat in der Mitte der achtziger Jahre, d.h. zwanzig Jahre nach der Miranda-Entscheidung, in einer Besetzung mit neuen, weniger liberal eingestellten Richtern, das Recht des Beschuldigten, mit einem Verteidiger Kontakt aufzunehmen, in einem Punkt eingeschränkt. In dem Fall hatte der von der Polizei vernommene Beschuldigte auf einen Verteidiger verzichtet, Verwandte hatten jedoch von der Vernehmung gehört und einen Rechtsanwalt beauftragt. Dieser meldete sich bei der Polizeidienststelle, wo der Beschuldigte vernommen wurde, dem Beschuldigten wurde das aber nicht mitgeteilt. Er wurde weiter vernommen, bis er ein Geständnis abgelegt hatte. Der amerikanische Supreme Court hielt das Geständnis trotz des unterbliebenen Hinweises auf die Anwesenheit des Verteidigers in der Dienststelle für verwertbar.<sup>63)</sup> Das Gericht stützte seine Entscheidung auf das spitzfindige Argument, dass der Beschuldigte den Verzicht auf den Verteidiger unabhängig von dessen Anwesenheit in der Dienststelle ausgesprochen habe. Der entscheidende Punkte, dass der Beschuldigte gezielt isoliert gehalten wurde, um ein Geständnis zu erlangen, spielte für das Gericht offensichtlich keine Rolle. Die Entscheidung zeigt ein weiteres Mal, dass es sich bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten um einen Machtkampf handelt, bei dem die Stellung der Kontrahenten nicht immer eindeutig festliegt, sondern von Fall zu Fall neu geordnet werden kann.

---

<sup>63)</sup> Moran v. Burbine, 475 U.S. 412 (1986).

#### IV. Verbotene Vernehmungsmethoden

Dies zeigt sich auch, wenn man fragt, welche Vernehmungsmethoden in den drei Verfahrensordnungen als unzulässig angesehen werden. Insoweit sind nur die Grundsätze durch Verfassung und Strafprozessordnung festgelegt, während die Feineinstellung der Rechtsprechung und der täglichen Praxis überlassen bleibt.

Die amerikanische Verfassung bestimmt im 5. Amendment sehr knapp, dass niemand gezwungen werden darf, im Strafverfahren als Zeuge gegen sich selbst auszusagen. Eine fast gleichlautende Bestimmung findet sich in der japanischen Verfassung.<sup>54)</sup> Diese verbietet aber zusätzlich — ebenso wie eine gleichlautende Bestimmung der japanischen Strafprozessordnung — das Herbeiführen eines Geständnisses mit Hilfe von Zwang, Folter, Drohung sowie durch übermäßig lange Festhaltung oder Haft. Geständnisse, die auf diese Weise erlangt sind, werden ausdrücklich mit einem Verwertungsverbot belegt. Die japanische Strafprozessordnung sieht zusätzlich ein Verwertungsverbot für Geständnisse vor, wenn der Verdacht besteht, dass diese nicht freiwillig abgegeben wurden.

Die deutsche Strafprozessordnung enthält eine ähnlich ausführliche Regelung.<sup>55)</sup> Sie schließt die Verwertbarkeit eines Geständnisses aus, wenn die Freiheit der Willensentschließung oder Willensbetätigung des Beschuldigten beeinträchtigt wurde, und sie nennt als Beispiele hierfür Misshandlung, Ermüdung, körperliche Eingriffe,

---

(54) Hierzu und zum Folgenden siehe Art. 38, Abs. 1 u. 2 der Verfassung sowie Art. 319 Abs. 1 StPO.

(55) § 136a.



Verabreichung von Mitteln, Quälerei, Täuschung, Hypnose, Zwang und Drohung mit gesetzlich unzulässigen Mitteln sowie das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils. Diese Regelung wird als Ausprägung des in der deutschen Verfassung garantierten Schutzes der Menschenwürde und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angesehen.

Die Praxis der polizeilichen Vernehmung in den drei Ländern zeigt jedoch, dass die Polizei trotz der eindeutigen Verbote immer wieder versucht, Vernehmungsmethoden zu entwickeln, die im Ergebnis als unzulässig angesehen werden müssen. Aus der Vielzahl der polizeilichen Umgehungsversuche sollen hier nur zwei herausgegriffen werden, an denen sich die Eigenarten der drei Rechtsordnungen besonders deutlich darstellen lassen, die Täuschung des Beschuldigten und die Anwendung von Zwang.

#### A. Täuschung

Im deutschen Strafverfahren sind trotz des eindeutigen gesetzlichen Wortlauts, der jede Täuschung verbietet, nach allgemeiner Ansicht nur solche Täuschungen ausgeschlossen, die auf einer bewussten Lüge oder dem absichtlichen Vorspiegeln falscher Tatsachen beruhen.<sup>60</sup> Zulässig ist dagegen, was man allgemein als kriminalistische List bezeichnet, insbesondere das Stellen von Fangfragen oder das bloße Ausnutzen eines Irrtums des Beschuldigten. Die Grenze zwischen kriminalistischer List und

---

<sup>60</sup> *Kleinknecht / Meyer-Goßner*, Anm. 18, § 136a, Rn. 12ff.; *Beulke*, Anm. 28, Rn. 135ff.; *Roxin*, Anm. 1, S. 203f.

unzulässiger Täuschung ist sicher nicht immer leicht zu ziehen.

Ein Fall, der dies besonders deutlich zeigt, ist der sogenannte Hörfallenbeschluss des Bundesgerichtshofs. In dem Fall hatte ein Polizeibeamter einen Freund des Beschuldigten gebeten, den Beschuldigten anzurufen und in ein Gespräch über einen von diesem angeblich begangenen Bankraub zu verwickeln. Der Freund rief den Beschuldigten an, und der Polizeibeamte hörte an einem Zweithörer mit, wie der Beschuldigte den Bankraub einräumte. Der Bundesgerichtshof sah darin keine verbotene Täuschung, sondern nur "eine Befragung des Beschuldigten, die das Ermittlungsinteresse nicht aufdeckt".<sup>57)</sup> Diese Ansicht verdient keine Zustimmung, denn sie berücksichtigt nicht, dass der Polizeibeamte den Beschuldigten zu der belastenden Angabe absichtlich und gezielt verleitet hat. Die Ansicht ist deshalb von Seiten der deutschen Wissenschaft weiterhin kritisiert worden.<sup>58)</sup>

Auf der anderen Seite haben deutsche Gerichte eine absichtliche Irreführung in einer Reihe von Fällen mit einem Verwertungsverbot belegt. So hat es der Bundesgerichtshof als nicht zulässig angesehen, dass der Polizeibeamte dem Beschuldigten vorspiegelt, er werde in einer Vermisstensache vernommen, obwohl die Leiche des angeblich Vermissten bereits gefunden war und die Vernehmung deshalb wegen eines Tötungsdeliktes erfolgte.<sup>59)</sup> Auch den in der Sache nicht zutreffenden Hinweis des vernehmenden Polizeibeamten, der

---

<sup>57)</sup> BGHSt 42, 139, 149.

<sup>58)</sup> S. *Beulke*, Anm. 28, S. 247f. mit weiteren Nachweisen.

<sup>59)</sup> BGHSt 37, 48.

Beschuldigte habe wegen der erdrückenden Beweislage mit seinem Leugnen keine Chance, hat der Bundesgerichtshof nicht zugelassen.<sup>60)</sup>

Im amerikanischen Strafverfahren sind dagegen vorsätzliche Täuschung und Lüge bei der polizeilichen Vernehmung offensichtlich erlaubt. Amerikanische Gerichte haben Geständnisse als verwertbar angesehen, die der Polizeibeamte dem Beschuldigten zum Beispiel mit der unzutreffenden Behauptung entlockt hatte, ein Mitbeschuldigter habe bereits gestanden, die Fingerabdrücke des Beschuldigten seien am Tatort gefunden worden oder das Opfer habe den Mordversuch überlebt und könne den Täter identifizieren.<sup>61)</sup>

Die verblüffende Divergenz zwischen dem deutschen und amerikanischen Recht ergibt sich offensichtlich aus der unterschiedlichen Aufgabe der Verwertungsverbote in den beiden Rechtsordnungen.<sup>62)</sup> Im deutschen Recht dienen die Verwertungsverbote dem Schutz der Menschenwürde und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in den Vereinigten Staaten haben sie demgegenüber vor allem die Aufgabe, die Polizei zu disziplinieren. Diese Disziplinierungsfunktion hat in den Hinweispflichten der Miranda Rules ihren Ausdruck gefunden. Hat die Polizei diese Hinweise gegeben, dann ist sie sozusagen ihrer Pflicht nachgekommen und hat freie Hand, mit Hilfe von Täuschung und Lüge auf ein Geständnis hinzuwirken. Auch das gehört zum typisch liberalen, amerikanischen Rechtsverständnis, dass der Beschuldigte,

---

<sup>60)</sup> BGHSt 35, 328 ; s. ferner OLG Oldenburg, NJW 1967, 1096 ; OLG Bremen, GA 1973, 119 ; LG Darmstadt, StV 90, 104.

<sup>61)</sup> Frazier v. Cupp, 394 U.S. 731 (1969) ; Oregon v. Mathiason, 429 U.S. 492 (1977) ; Miller v. Fenton 796 F.2d 598 (3d Cir. 1986).

<sup>62)</sup> Herrmann, Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote, in : Vogler u.a. Hrsg., Festschrift für Jescheck, 1985, S. 1291, 1303f.

der sich nach Belehrung zur Aussage bereit erklärt, selbst für sich sorgen muss. Der dem deutschen Rechtsdenken zugrunde liegende Gedanke, dass der Schutz des Beschuldigten, der in der Belehrungspflicht zum Ausdruck kommt, erst recht gegenüber Täuschung und Lüge eingreifen muss, ist der amerikanischen, allein auf konkrete prozessuale Sicherungen abstellenden Betrachtungsweise fremd.

Wie berichtet wird, werden auch im japanischen Strafverfahren bei der polizeilichen Vernehmung Täuschung und Lüge als zulässig angesehen.<sup>63)</sup> Geständnisse wurden offensichtlich für verwertbar gehalten, obwohl der vernehmende Polizeibeamte im einen Fall der Wahrheit zuwider behauptet hatte, das vom Beschuldigten geltend gemachte Alibi sei bereits durch Aussagen von Verwandten widerlegt und im anderen Fall vorgespiegelt hatte, ein am Tatort gefundenes Tuch sei von Verwandten als Eigentum des Beschuldigten identifiziert worden.

Über die Gründe für die Zulässigkeit von Täuschung und Lüge kann der mit dem japanischen Recht nicht näher Vertraute nur Vermutungen anstellen. Man wird aber wohl kaum davon ausgehen können, dass die Gründe hierfür in einem mit dem amerikanischen Recht vergleichbaren, liberalen Rechtsverständnis zu suchen sind. Wahrscheinlicher dürfte es sein, dass darin der die polizeiliche Vernehmung in Japan beherrschende Untersuchungsgrundsatz sowie eine strikte Unterordnung des Bürgers unter die Staatsmacht zum Ausdruck kommen. In einer Verfahrensordnung, die die Isolierung

---

<sup>63)</sup> Hierzu und zum Folgenden *Ohno*, Anm. 32, S. 14f.

des Beschuldigten zur Geständniserlangung erlaubt, scheint die Zulassung von Täuschung und Lüge nur ein kleiner zusätzlicher Schritt zu sein.

## B. Zwang

Als unzulässiger Zwang werden im amerikanischen und deutschen Strafverfahren nicht nur rein physische, sondern auch gemischte, physisch und zugleich psychisch wirkende Einflussnahmen auf den Beschuldigten angesehen. Beispiele für diese gemischten Einwirkungen sind lange andauernde Verhöre und die völlige Isolierung des Beschuldigten während der Vernehmung.<sup>64)</sup> In zunehmendem Maße werden in den beiden Rechtsordnungen sogar rein psychisch wirkende Einflussnahmen, sozusagen das Zufügen seelischer Schmerzen, als ausreichend für ein Verwertungsverbot betrachtet. Der amerikanische Supreme Court hat zum Beispiel ein Geständnis von der Verwertung ausgeschlossen, das der Beschuldigte erst abgab, nachdem ihm der vernehmende Polizeibeamte angedroht hatte, dass im Falle weiteren Leugnens seine Frau verhaftet werde.<sup>65)</sup> Der deutsche Bundesgerichtshof wertete es als unzulässigen seelischen Zwang, dass ein des Mordes an seinem drei Jahre alten Sohn verdächtigter Vater nach wiederholten Androhungen zur

---

<sup>64)</sup> USA: *Ashcraft v. Tennessee* 322 U.S. 143 (1944) —Verhör von 36 Stunden; *Spano v. New York*, 360 U.S. 315 (1959) —Verhör von 8 Stunden unter besonderen Umständen; *Haynes v. Washington*, 373 U.S. 503 (1963) —Isolierung.

Deutschland: BGHSt 13, 60–30 Stunden vor dem Geständnis keine Gelegenheit zum Schlafen.

<sup>65)</sup> *Rogers v. Richmond*, 365 U.S. 534 (1961).

Leiche des Kindes geführt wurde, wo er zusammenbrach und unter Tränen gestand.<sup>66)</sup>

Dieser Entwicklung, die dem Polizeibeamten neben dem physischen auch die Anwendung psychischen Zwangs untersagt, hat sich Japan offensichtlich nicht in gleichem Maße angeschlossen. Es wird vielmehr berichtet, dass japanische Polizeibeamte berechtigt sind, in den schon erwähnten polizeilichen Haftanstalten, den Daiyo Kangoku, zur Erlangung eines Geständnisses auch physische Gewalt anzuwenden.<sup>67)</sup> Beschuldigte können in den polizeilichen Haftanstalten, was hier nicht näher ausgeführt werden soll, bis zu 23 Tage, zum Teil auch länger festgehalten werden. Dies wird offensichtlich nicht als eine übermäßig lange Haft angesehen, die, wie die japanische Verfassung und die japanische Strafprozessordnung vorschreiben, an sich zur Unverwertbarkeit eines während dieser Zeit erlangten Geständnisses führen müsste.

Es wird offensichtlich auch für zulässig gehalten, dass die Vernehmungen häufig zwölf bis vierzehn Stunden am Tag dauern, dass der Beschuldigte während der Vernehmung bisweilen gefesselt ist, dass Trinken und Essen vorenthalten werden und dass jegliche Außenkontakte untersagt sind. Selbst von japanischer Seite wurden diese Vernehmungsmethoden als "rüde" bezeichnet,<sup>68)</sup> für die Verwertbarkeit der auf diese Weise erlangten Geständnisse scheint

---

<sup>66)</sup> BGHSt 15, 187.

<sup>67)</sup> Hierzu zum Folgenden: *Parker, Karen und Jaudel, Etienne*, *Police Cell Detention in Japan: The Daiyo Kangoku System*, 1989; *Kamiguchi*, Anm. 32, S. 243ff.; *Ohno*, Anm. 32, S. 12ff.; *Götze*, Anm. 2, S. 963ff.; *Footz*, Anm. 8, S. 355ff.

<sup>68)</sup> *Ohno*, Anm. 32, S. 17.

das jedoch keine Rolle zu spielen.

Auch die Lebensbedingungen in den Zellen der polizeilichen Haftanstalten sind durch übermäßige Härte geprägt.<sup>(69)</sup> Die Zellen, in denen sich die Beschuldigten auf engstem Raum unter ständiger Überwachung aufhalten müssen, werden als "Vogelkäfige", torikago, bezeichnet. Den Beschuldigten ist es untersagt, in den Zellen zu stehen oder umherzugehen, sie dürfen nur sitzen, ohne sich allerdings an die Zellwände anzulehnen. Die Beleuchtung der Zellen wird nie ausgeschaltet, und wenn die Beschuldigten schlafen wollen, dürfen sie sich zur Verdunkelung keine Decke über die Augen ziehen.

Eine Untersuchungskommission der United Nations Commission on Human Rights hat die Verhältnisse in den polizeilichen Haftanstalten vor Ort untersucht und in einem 1989 vorgelegten Bericht festgestellt, dass die Vernehmungsmethoden ebenso wie die Lebensbedingungen in den polizeilichen Haftanstalten in mehrfacher Hinsicht gegen die Bestimmungen des International Covenant on Civil and Political Rights verstoßen.<sup>(70)</sup> Nachdem Japan diesen Pakt 1976 ratifiziert hat und er 1979 in Kraft getreten ist, sind dessen Bestimmungen an sich in Japan geltendes Recht.

Was in den polizeilichen Haftanstalten geschieht, ist offensichtlich Ausdruck eines rigoros angewandten Untersuchungsgrundsatzes. Man kann aber nicht einmal sagen, dass diese Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes sich kriminalistisch bewährt hätte. Die Erfah-

---

(69) *Parker / Jaudel*, Anm. 67, S. 12ff.; *Ohno*, Anm. 32, S. 17f.; *Götze*, Anm. 2, S. 964ff.

(70) *Parker / Jaudel*, Anm. 67, S. 2 u. 15ff.

zung hat nämlich gezeigt, dass die in den polizeilichen Haftanstalten aufgrund des physischen und psychischen Zwangs abgegebenen Geständnisse nicht immer der Wahrheit entsprechen.<sup>(71)</sup>

Für den ausländischen Betrachter muss es ein Geheimnis bleiben, warum die japanische Strafjustiz die Vernehmungspraxis in den polizeilichen Haftanstalten zulässt, obwohl sie sich andererseits mit dem Etikett einer "sanften Verbrechenskontrolle" schmückt.

## V. Schlussbemerkung

Die Untersuchung der polizeilichen Vernehmung in den drei Verfahrensordnungen konnte nur einige Problembereiche aufgreifen. Sie hat gleichwohl gezeigt, wie vielgestaltig die Probleme und wie unterschiedlich deren Lösungen sein können. In einem Punkt besteht allerdings Übereinstimmung zwischen den drei Verfahrensordnungen. Die polizeiliche Vernehmung ist ein Machtkampf, bei dem auch eindeutige gesetzliche Regelungen nicht ausschließen können, dass die Fronten ständig hin und her wogen.

Ein perfektes Verfahren gibt es in keinem Land. Der Blick auf das fremde Recht kann aber im einen oder anderen Fall helfen, neue und bessere Lösungen für die eigenen Probleme zu finden.

---

(71) *Ohno*, Anm. 32, S. 14f.; *Götze*, Anm. 2, S. 955f.; *Parker / Jaudel*, Anm. 67, S. 8ff.



## II 警察による被疑者の取調べ

——ひとつの権力闘争：ドイツ—アメリカ合衆国—日本

ヨアヒム・ヘルマン

加藤克佳 [訳]

### 目次

- I. はじめに
- II. 被疑者の黙秘権
  - A. 黙秘権の一般的な承認
  - B. 黙秘権の告知
  - C. 告知義務の要件
  - D. 黙秘している被疑者の取調べの可否
- III. 弁護人立会権
  - A. 合衆国で一般に承認された権利
  - B. ドイツでの欠陥のある権利
  - C. 日本での狭く限定された権利
- IV. 禁止された取調べ方法
  - A. 欺罔
  - B. 強制
- V. 結語

### I. はじめに

およそ30年以上前に、ハインリッヒ・ヘンケルは、彼の有名な刑事手続法教科書で次のように書いた。「刑事手続は公判で最高潮に達する。公判で、犯罪の経過が解明され、被告人の有罪無罪についての真実に即した法的に正しい判決が発見される<sup>(1)</sup>」。このような認識は、今日ではもはやドイ

---

(1) *Henkel, Heinrich*, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968, S. 331f. 今日なお同旨のものとして, *Kühne, Hans-Heiner*, Strafprozesslehre, 4. Aufl. 1993, S. 252; *Ranft, Otfried*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 1995, S. 347. しかし, こゝ

ツの刑事手続に妥当しない。なぜなら、そうこうする間に、公判でよりも略式命令で処理される訴訟の方が多くなっているからである。数多くの手続は、賦課事項を課するのと引替えに検察官によっても打ち切られている。本研究で引用することとなる日本とアメリカの刑事手続においても、同様に、公判に至るのはごく例外的である。日本では、検察官にだけでなく警察にも広範な手続打ち切り権が認められている。また、報告されているように、検察官が起訴する事件のうち90パーセント以上が略式命令で処理される<sup>(2)</sup>。アメリカ合衆国では、警察や検察官による手続打ち切りとならんで有罪の答弁が行われ、全事件の80から90パーセントで、罪責問題について行われる公判に取って代わられている<sup>(3)</sup>。略式命令と有罪答弁は、結果的に見ると類似の手続である。というのは、略式命令は、被疑者に対して、決められた刑罰を受け入れ、したがって責任を認めるように勧めるものだからである。

そしてまた、公判は刑事手続の最高潮であるというヘンケルの認識は、当時すでに限定された範囲内でしか正しくなかった。なぜなら、公判の推移や結果は、起訴前手続で獲得された捜査の結果により相当程度決定されるのが通例だからである。このことは、日本ではとくに明らかである。というのは、公判の結果無罪の言い渡される数の圧倒的な少なさを、決定的な措置はすでに起訴前手続で取られていることの証左とみてよいからである<sup>(4)</sup>。

---

れと異なるものとして、*Roxin, Claus*, *Strafverfahrensrecht*, 25. Aufl. 1998, S. 336; *Bannenberg* u.a. Hrsg., *Alternativ-Entwurf: Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV)*, 2001, S. 27ff. 日本につき同旨のものとして、*Kato, Hokei Ronshu* (*The Journal of the Faculty of Law, Aichi University*) 153 (2000), 1, 20 (文献一覧付き)。

(2) *Götze*, *ZStW* 102 (1990) 952, 961.

(3) *Feeney / Herman*, 42 *Am.J.Comp.L. Supplement* 747, 755 (1994).

(4) *Hirano*, *Die Japanisierung des westlichen Rechts im japanischen Strafrecht und Strafprozessrecht*, in: *Coing* u.a. Hrsg., *Die Japanisierung* ↗

このような決定的措置に疑いなく属するのが、警察による被疑者の取調べ（尋問）である。被疑者の取調べは、通常、捜査の初期に行われ、しばしば捜査のもっとも重要な段階とみなされる。ドイツ刑事訴訟法は、被疑者の取調べは「嫌疑の根拠を弁明し、かつ、自己に有利な事実を主張する」機会を与えるものとする、と規定する<sup>(5)</sup>。しかしながら、警察による取調べの実務はドイツ刑事訴訟法が示す像と合致しない、ということを見逃すべきでなからう。取調べの主な目標は、むしろ、犯罪の情状の調査、証拠についての情報の収集、および、とくに自白または——軽率な——不利益供述の獲得である。したがって、取り調べる警察官と被疑者との間にはひとつの権力闘争が起こると言うことには十分な理由がある。この権力闘争は、経験によれば、洗練された理知的な方法だけでなく、感情的な方法によっても決着をみるのである。

警察が被疑者から自白または不利益供述を獲得することに一旦成功すれば、通常は、それとは別の手続へとポイントが切り替えられ、——略式命令によるのであれ、有罪答弁を通じてであれ、公判においてであれ——有罪判決はほとんど疑いないものとなる。したがって、警察取調べは、犯罪科学的な観点からだけでなく、公判と同様に刑事手続の頂点に位置する。しかしながら、法的な観点からは、警察取調べと公判との間には、決定的な差異がある。公判は法廷で公開して行われ、その過程は法的に確定されているので、真実発見を保障し被告人の権利を保護することができる。これに対し、警察取調べは、警察署、警察留置場、または、閉じられた扉の向こうで、つまり世間の統制を受けずに行われる。警察取調べはほとんど

↘des westlichen Rechts, 1988, S. 387, 396 [著者自身の邦文として、平野龍一「刑法及び刑事訴訟法における『西欧法の日本化』」警察研究61巻3号3頁(1990年)、紹介・翻訳として、山本正樹「西洋法の日本化——刑法と刑事訴訟法」近畿大学法学37巻3・4号123頁(1990年)].

(5) 136条2項。

法的に構成されておらず、被疑者の権利も公判よりはるかに保障が不十分である。このため、警察には取調べの仕方について相当な自由裁量が認められており、日常的経験によれば、警察は、自分から見て取調べがうまくゆくように、この自由裁量を巧妙に利用する。以下の議論の過程では、警察は取調べ方法の選択に際して、研究の対象となるどの国でも、同様に抑制的というわけでないということが、再三明らかとなるであろう。

多くの国では、前世紀の中葉以降、被疑者の取調べに際しての警察権力を法的手段によって制限するよう試みられてきた。これは、とくに、人権が国内的・国際的次元で創造されそれがますます拡大される中で行われた。とはいえ、被疑者の権利保護の形態は、多くの国で決して統一的ではない。類似の手続法を持った国の間でも、大きな差異があるのである。

ここでは、とくにドイツとアメリカ合衆国におけるこのような権利保護の発展を論ずることとする。なぜなら、両国の手続法は日本の刑事手続に大きな影響を及ぼしたからである。日本の法状況はごく限定的に議論の対象とすることができるにすぎない。というのは、日本の手続の詳細は、外国の観察者にとって近づきにくいことがしばしばだからである。

三カ国の手続法の比較は、これらの国が異なる法域に属するという理由からも興味あるものとなろう。ここで試みたいと思うのは、三カ国の手続法における警察取調べが、法域にとって典型的な特徴によりどの程度規定されるか、を確認することである。この疑問には、検討の過程で少しずつ答えてゆくことができよう。しかし、ここでは、あらかじめ、三カ国の手続法を際立たせる幾つかの構造的特徴を思い起こすこととする。

ドイツの刑事手続が属する伝統的なヨーロッパ大陸の刑事手続は、職権主義に支配され、職権による真実発見が訴訟の目的とされる。この職権主義的手続は、英米の当事者訴訟とは対照的に、権威主義的・官僚主義的傾向の手続であり、この間基本権の保護が強化されたにも拘わらず、職権的

な解明活動に大いに信頼を置いている。これに対して、アメリカの刑事手続は、自由主義的な基本構造、公権的活動に対する懐疑、被疑者の幅広い関与権と関与義務、ならびに、手続の公正性と被疑者の権利保護の強調によって特徴づけられる<sup>(6)</sup>。日本の刑事手続は、一方で、混合形式であり、ドイツとアメリカの訴訟の要素ならびに日本独特の特徴を示している。他方で、日本の刑事手続は、一般に「柔らかな犯罪統制 (sanfte Verbrechenskontrolle)」の制度と特徴づけられる<sup>(7)</sup>。あるアメリカの学者は、「慈悲的なパターンリズム (慈悲的な家父長主義 benevolent paternalism)」という特徴を用いている<sup>(8)</sup>。このような評価の理由としては、とくに、警察と検察の寛大な手続打切り実務ならびに寛大な制裁実務が挙げられる。しかし、日本の刑事手続における警察取調べが同様に「柔らかい犯罪統制」で特徴づけられるかどうか、つまり、そこで警察と被疑者の間に権力闘争が生じないかどうかは、よく吟味すべきであろう。

## II. 被疑者の黙秘権

### A. 黙秘権の一般的な承認

被疑者の黙秘権、つまり、警察ならびに検察官、裁判官の質問に対して

(6) ヨーロッパ大陸系と英米系の刑事手続の比較について、*Damaska*, 121 U.Pa. L.Rev. 506, 584, 1973; *Weigend*, *Criminal Procedure: Comparative Aspects*, in: Kadish Hrsg., *Encyclopedia of Crime and Justice*, Bd. 2, 1983, S. 537; *Herrmann*, *Models for the Reform of the Criminal Trial in the People's Republic of China—Comperative Remarks from a German Perspective*, in: Kühne, Hrsg., *Festschrift für Miyazawa*, 1995, S. 611, 612ff. (詳しい文献付き) [邦訳として、ヨアヒム・ヘルマン (加藤克佳訳)「中華人民共和国における刑事公判改革のモデル——ドイツからみた比較法的考察——」愛知大学法学部法経論集146号21頁 (1998年)] を見よ。

(7) *Miyazawa*, *Kriminalpolitik in Japan*, in: Hirsch u.a. Hrsg., *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, S. 21, 30; *ders.*, *Todesstrafe in Japan*, in: Haft u.a. Hrsg., *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, S. 729, 731; *Götze* (注2), S. 969.

(8) *Foot*, 80 Cal.L.Rev. 317 (1992).

供述を拒否する権利は、今日、一般的に承認されている。アメリカ合衆国や日本では、直接憲法に根拠があり<sup>(9)</sup>、ドイツでは、憲法で保障された人間の尊厳や一般的人格権の保護から導かれる<sup>(10)</sup>。ヨーロッパ人権裁判所は、興味深いことに、黙秘権の基礎を、公正・公開の手續の保障と無罪の推定とに見出している<sup>(11)</sup>。

黙秘権は、アメリカとドイツの刑事手續では、公判で判決に至る際に被疑者の黙秘から何ら不利益推認をしてはならないとすることで守られている<sup>(12)</sup>。日本では、この問題はあまり重要性を持たないように思われる。というのは、日本では、平野教授が報告するように、大抵の被疑者はどのみち自白するからである<sup>(13)</sup>。

## B. 黙秘権の告知

仮に被疑者が黙秘権について知識がなければ、黙秘権は被疑者にとってほとんど無意味なものとなろう。そこで、日本、アメリカ合衆国、ドイツの法制では、同様に、被疑者にこの権利を告知すべきことが規定されている。しかしながら、告知すべき内容に関しては、相当に差異がある。日本の刑事訴訟法は、被疑者は自己の意思に反して供述をする必要がない旨の告知を一般的に規定するにすぎない。被疑者が身柄拘束されている場合限り、被疑者に、その者の嫌疑の対象とされている犯罪事実の要旨となら

---

(9) アメリカ合衆国連邦憲法修正5条（アメリカ連邦最高裁判所は、これを、修正14条に基づいてアメリカ各州の裁判所での手續にも適用されると宣言している）。*Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964) を見よ。日本国憲法38条1項。

(10) 2条1項, 1条。

(11) *Murray v. United Kingdom*, 22 Eur.Ct.H.R. 29 (1996); *Saunders v. United Kingdom*, 23 Eur.Ct.H.R. 313 (1996)。

(12) アメリカ合衆国: *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); ドイツ: BGHSt 20, 281。

(13) *Hirano* (注4), S. 396。

んで弁護人を選任することができる旨を告げるべきものとされる<sup>(14)</sup>。ドイツの刑事訴訟法は、類似の告知を要求しているが、これは、むろん身柄拘束されていない被疑者にも与えられなければならない<sup>(15)</sup>。これを纏めると次のようになる。

1. いかなる犯罪事実が被疑者の嫌疑の対象とされているかの指摘
2. 供述拒否権の告知
3. 被疑者はいつでも弁護人と相談することができる旨の告知

アメリカ連邦最高裁判所が有名なミランダ判決でアメリカの刑事手続について定めた教示の原則は、さらに包括的である<sup>(16)</sup>。このいわゆるミランダ法則は、主に次のことを要求している。

1. 被疑者がその権利をすでに知っているかどうかには拘わらず、黙秘権の告知
2. 被疑者の供述はすべて裁判所で同人に対して使用される旨の告知
3. 被疑者は弁護人と相談することができ、弁護人は取調べの間立ち会うことができる旨の告知
4. 被疑者は、もし無資力であれば、申立により無料で弁護人を選任してもらえる旨の告知
5. 被疑者は、取調べの開始後もいつでも黙秘することができる旨および弁護人を要求することができる旨の告知

---

(14) 198条2項、203条1項。

(15) 136条1項、163条a 4項。

(16) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). ミランダ法則について、*LaFare, Wayne und Israel, Jerold, Criminal Procedure*, 2. Aufl. 1992, S. 314 を見よ [わが国の研究書として、小早川義則『ミランダと被疑者の取調べ』(1995年)]. 2000年に連邦最高裁判所は、*Dickenson v. United States*, 120 S.Ct. 2326 (2000) において、ミランダ法則の有効性を確認し、同時にその憲法的基礎を強調した [本件につき、わが国でのもっとも詳細な紹介として、小早川「ミランダの意義と限界——合衆国最高裁ディカソン判決を契機に——」名城法学50巻別冊・法学部創立50周年記念論文集165頁(2000年)].

6. 被疑者が黙秘したいと表明したら、取調べを中断しなければならない。被疑者が弁護人を要求したら、弁護人が同席して初めて取調べを続行することができる。

日本法をドイツ法やアメリカ法と比較する際に看過すべきでないのは、日本の刑事訴訟法は1948年に公布されたが、他の二カ国での規制は60年代半ばによく設けられたということである。当時は、被疑者の保護が、ドイツならびにアメリカの刑事手続において多くの点で強化された。少なくとも被疑者の取調べに際しての告知義務に関して言えば、日本は刑事訴訟法の改正によっても判例によってもこの展開に追いつかなかった。ちなみに、イギリスやイタリアなど他の諸国は、90年代に告知義務の内容と範囲に関する広範な規定を設けたということを付言しておこう<sup>17)</sup>。

日本法、ドイツ法、アメリカ法における告知義務の詳細を比較すれば、ミランダ法則は、被疑者が黙秘権を知っている場合でもこれを告知することをも要求しているということに気がつく。さらに、この告知は、同一事件での取調べが複数回に及ぶ場合には繰り返さなければならない。これに対し、ドイツ刑事訴訟法は、「最初の (erst)」取調べの開始の際にだけ告知を規定する。これは、警察官、検察官、または裁判官によるそれぞれ最初の取調べを意味する<sup>18)</sup>。日本では、告知義務はさらに限定されている。というのは、教示はただ1度最初の取調べ開始の際に与えられれば十分とみられているからである<sup>19)</sup>。

日本とドイツの解決策は、明らかに、黙秘権の告知には形式的な法的意味しか認められないという考慮に基づいている。被疑者は権利を教示され

---

(17) イギリス：実務規範（1991年）C: 10；イタリア：刑事訴訟法（1988年）63条。

(18) *Kleinknecht / Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung, 44. Aufl. 2001, § 136 Rn. 1, § 163a, Rn. 4.

(19) *Hirano* (注4), S. 395.



れば、事情がわかるからそれ以上の説明は必要ない、というのである。しかしながら、こうした考察方法は、取調べの状況についての不完全な認識を前提としている。警察取調べは、被疑者にとって何ら「支配のない論争 (herrschaftsfreier Diskurs)」などではなく、むしろ、被疑者はこれを強制状態——ひとつの権力闘争——と感じる。被疑者は、たとえ全面的自白でなくても、不利益な事実を打ち明けることを期待されており、それが結果的に有罪判決の基礎となりうるということをよく知っている。アメリカの解決策は、取調べのたびごとに被疑者に供述の危険性を認識させることを要求して、そうした感情的な圧迫状況に適切に目を向けている。教示を繰り返すのは、その意味で、被疑者がきわめて危険な状況にあることをつねに改めて被疑者に認識させる「宣戦布告」とみなすことができる<sup>20)</sup>。この考え方は、もしミランダ法則が被疑者の供述は裁判所で被疑者の不利益に使用されうる旨の付加的な告知を要求するものとするならば、ミランダ法則に一貫して引き継がれたことになる<sup>21)</sup>。そのような告知は、日本とドイツの刑事手続では規定されていない。というのは、両法制は、警察取調べの感情的問題点を考慮に入れていないからである。

ミランダ法則の解決策は、公正さという理由から被疑者に強い地位を認めるアメリカの当事者訴訟に典型的なものである。これに対し、ドイツの解決策は、「最初の」取調べの際の教示で十分であるとし、不利益な供述の効果についての告知については規定がないのであるが、これは、職権主義に支配された手続に特徴的であると思われる。被疑者の権利保護は、真実解明の利益の背後に後退させられている。教示をさらに限定する日本の解決策は、職権主義的思考ならびにパターンリズムの基本姿勢を一層鮮明に

---

<sup>20)</sup> *Bosch, Nikolaus*, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips in verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998, S. 140.

<sup>21)</sup> 類似のものとして、イギリスの実務規範 C: 10. 4。

している。

三カ国は、告知義務違反の効果という問題の解答についても、異なる道を辿っている。アメリカ最高裁判所は、ミランダ法則で、この違反がある場合は自白も不利益供述も使用できないと定めた。アメリカの刑事手続では、警察が捜査行為の際に法の特権に頼ることから、証拠使用禁止によって、まず第一に警察に影響が及ぶものとされる。

これに対し、ドイツの刑事手続では、告知義務違反については長い間制裁が加えられないままだった。ドイツの立法者は、60年代中葉に告知義務を刑事訴訟法に追加したとき、その違反について何ら証拠使用禁止を規定しなかった<sup>22)</sup>。ドイツの警察が法律の規定する告知義務を制限的にしか履行しないということがよく知られていた頃も、立法者は、これを、救済策を講ずるための契機とはしなかった。連邦通常裁判所も、初め、告知義務違反に対して証拠使用禁止で制裁を加えることを拒否した。ドイツの文献で批判が強まるにつれてようやく、連邦通常裁判所は、1992年に証拠使用禁止を導入することを決定した<sup>23)</sup>。アメリカ連邦最高裁判所と異なり、ドイツ連邦通常裁判所は、証拠使用禁止の必要性を——典型的なドイツ的思考に従い——とくに法治国家原則や被疑者の権利保護によって理由づけた。結果的に今日では、ドイツも合衆国と同様に証拠使用禁止を承認したが、しかし、その実務での実現に関しては、——ここでは詳述することはできないが——両国法制の間に著しい相違が存在している。

日本はこれまで独自の道を歩んできた。なぜなら、日本では、見る限り、告知義務違反を証拠使用禁止により罰することはしてこなかったからであ

---

<sup>22)</sup> この点および以下の点について、*Herrmann, Die Rechtstellung des Beschuldigten bei der Vernehmung durch die Polizei—Eine fast unendliche Geschichte*, in: Hüber u.a. Hrsg., *Festschrift für Reinhard Moos*, 1997, S. 229, 234.

<sup>23)</sup> BGHSt 38, 214.

る。したがって、警察には、統制の及ばない権力が認められたままになっている。これに対しては、日本の警察はよく教育されているばかりか、「法の道徳を説く教師 (Lehrer in den Tugenden des Rechts)」とみられるという異論があるかもしれない<sup>24)</sup>。しかしながら、同様に教育面で一般に積極的に評価されているドイツの警察も、証拠使用禁止の導入以前は、告知義務回避のための数多くの戦略を開発してきたという反論が可能である。ちなみに、日本の警察留置場、つまり代用監獄での実務についてはなお検討する必要があるが、これは、日本の警察が、被疑者の取調べに際して抑制的でない方法を用いるということを示すものである。

### C. 告知義務の要件

警察がある人に質問する場合に、警察につねに黙秘権の告知義務を課することができるわけでないのは、明々白々である。告知義務があるのは、一定の嫌疑が存在するか、または、これについて他の手がかりがある場合に限られる。アメリカ合衆国とドイツでは、この問題の解決のため異なる道を辿ってきた。ただし、日本がいかなる方法を選択したかは、日本の刑事手続について西洋語で公刊された文献を手がかりにしても確認できなかった。

合衆国では、ミランダ法則で定められた告知義務が生ずるのは、取調べの際に被疑者が「拘束 (custody)」されている場合に限られる。「拘束」は、被疑者が身柄拘束されている場合だけでなく、他の理由から強制状態にある場合にも認められる。その基準は、被疑者が感情的な圧迫状況にあるかどうかを狙いを定めていることは、明らかである。したがって、連邦最高裁判所は、被疑者が朝4時に寝室でベッドの端に座って4人の警察官に取

<sup>24)</sup> Kühne, Hans-Heiner und Miyazawa, Koichi, *Kriminalität und Kriminalitätsbekämpfung in Japan*, 1979, S. 121.

り囲まれ取調べを受けたという事件で「拘束」を肯定した<sup>25)</sup>。他方で、最高裁は、被疑者が一般的な交通統制の枠内で警察官に停止させられた場合<sup>26)</sup>、被疑者が警察官に電話で要請されて任意に警察署に来た場合、または、警察官に任意に同行した場合<sup>27)</sup>に「拘束」を否定した。これらの事件では、被疑者の供述は、黙秘権が告知されなくても使用可能とされたのである。

ドイツでは、警察取調べ自体とその前段階で行われる情報収集的質問とを区別することにより、告知義務を制限しようとする試みられる<sup>28)</sup>。たとえば、犯行現場に呼ばれた警察官が、その場ににいる者に質問して、誰が犯人と考えられるかを明らかにしようとする場合には、この情報収集的質問は告知せずに行うことが許される。なぜなら、捜査はまだ特定の人に向けられていないからである。警察官が情報収集の過程である人を犯人と示す具体的手がかりに行き着いて、この者に対してさらに捜査を行おうと決定した場合には、それ以上の質問をする前に黙秘権を告知しなければならない。

ドイツの刑事手続について発展してきた、捜査が特定の人に向けられなければならないという基準は、実はアメリカ連邦最高裁判所でも長く利用されてきた。最高裁は、「捜査が特定の被疑者に焦点を合わせ始めた」段階で、黙秘権の告知を要求した<sup>29)</sup>。しかしながら、最高裁は、この「焦点(focus)」基準は、告知を要件としない一般的な質問と告知後に許される被疑者の取調べとの間の確実な区別をししば行うことができないということ、すぐに認めた。したがって、最高裁は、この「焦点」基準をミランダ判決で導入された「拘束」基準と取り替えた。というのは、「拘束」基準

25) *Orozco v. Texas*, 394 U.S. 324 (1969).

26) *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984).

27) *Oregon v. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977); *California v. Beheler*, 463 U.S. 1121 (1983).

28) *Beulke, Werner*, *Strafprozessrecht*, 5. Aufl. 2001, Rn. 113 u. 118; *Roxin* (注1), S. 199; *Herrmann* (注22), S. 232.

29) *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).

は、質問される者が置かれる強制状態に目を向けることにより、明らかに、はっきりした判断の基礎を提供するからである<sup>30)</sup>。

たしかに、強制状態の存在がいつもはっきり認定できるかどうかは、疑わしいように思われる。しかしながら、確実なのは、捜査を特定の人に与えるという警察の意思決定を基準にすると——これはドイツの刑事手続で決定的な基準である——、警察に大きな自由裁量を認めてしまうという点である。情報収集的な質問を行う警察官は誰でも、質問される人に、あなたは被疑者とされているのでもはや何も打ち明ける必要はないと告知すれば、その人からはほとんど何も聞くことができないということをよく知っている。この危険を排除するため、ドイツの警察官は、日常の実務において、情報収集のための質問を許されない方法で拡張し、望む情報を獲得してしまうまで必要な黙秘権の告知を遅らせてしまうという誘惑に負けることが稀でないのである<sup>31)</sup>。

#### D. 黙秘している被疑者の取調べの可否

ドイツ法と日本法には、被疑者が黙秘権を行使したときにどうすべきかを規制する規定はない。この両国ではそのような規定が欠けているので、警察は、被疑者が教示を受けた後に誤解なく何も供述したくないと宣言した場合にも、被疑者にさらに質問する権限があると考えていることは明らかである<sup>32)</sup>。これにより被疑者の黙秘権が大いに価値を下げることは、明々白々である。被疑者にとって黙秘権の告知は、質問や非難に答ええない

<sup>30)</sup> Beckwith v. United States, 425 U.S. 341 (1976). 本件について、*LaFave / Israel* (注16), S. 317f. を見よ。

<sup>31)</sup> *Herrmann* (注22), S. 232 (文献付き). アメリカの刑事手続における類似の問題について、*Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985) を見よ。

<sup>32)</sup> *Kamiguchi*, ZStW 96 (1984) 241, 243ff. は、「取調べ受忍義務 (Verhörsschuldungspflicht)」についてきわめて明瞭に述べている。同旨、*Ohno*, *Sensyu Hogaku Ronshu*, 51, Nr. 3 (1990), 1, 19.

ようにしてもよいが、しかし、取調べの成り行きについて何も変えられないという、拘束力のない勧めにすぎない。被疑者が供述の拒否を警察に真剣に受け止めてもらえないと認識したとすれば、被疑者にとって感情的な圧迫——つまり、告知義務によりまさに排除しておくべきであった状況——が強まるであろう。

アメリカ合衆国では、法律状態が異なる。ミランダ法則は、被疑者が黙秘権を行使したらもはや取り調べてはならないとはっきり定めている。被疑者が取調べの過程でこれ以上質問に答えたくないと認識させたならば、取調べを即座に中断しなければならない。アメリカ連邦最高裁判所は、この問題の特別な争点に関わる別の裁判で、新たに黙秘権を教示後、いかなる要件の下でさらに質問することが許されるかについて、明言しなかった<sup>33)</sup>。しかしながら、被疑者の意思を砕くという目標を持ってドイツや日本の刑事手続で行われている取調べの直接的な続行が、合衆国では排除されるということは確認されている。

証拠使用禁止だけでなくこのような強力な取調べ禁止があつて初めて被疑者の黙秘権が貫徹力のある権利となるということは、必ずしも十分はつきりと強調されていない。ドイツでは、そのような取調べの禁止の可能性や必要性は、これまで一度も議論されていないし、日本でも似たような状況であるように思われる。しかしながら、黙秘権の貫徹にとって取調べ禁止の持つ意味は、日本やドイツの刑事訴訟法学で好んで論じられてきたテーマである証拠使用の禁止よりも小さいなどとは決していえない。

取調べの禁止を認める際にも、自由主義的なアメリカ刑事手続の典型的特徴が再度明らかとなる。つまり、それは、公正性および被疑者の権利保障のための努力である。これに対し、ドイツと日本の手続は、一貫して伝

---

<sup>33)</sup> Michigan v. Mosley, 423 U.S. 96 (1975).

統的な職権主義と権威的な思考に固執している。

### Ⅲ. 弁護人立会権

被疑者は警察取調べの際にどの範囲で弁護人に立ち会ってもらい権利を有するかを問えば、三カ国の手続法について以上と似たような像が現れる。

#### A. 合衆国で一般に承認された権利

前述のように、アメリカ合衆国では、ミランダ法則が弁護人依頼権を対象とする二つの告知を定めている。警察官は、被疑者に、いつでも弁護人と相談でき、取調べにも直接立ち会ってもらうことができる旨を教示しなければならない。さらに、警察官は、被疑者に、無資力であれば弁護人の選任を申し立てることができる旨を伝えなければならない。

合衆国では、無資力の被疑者への弁護人の手当てについて、何ら困難な問題はない。なぜなら、十分な数の弁護士がいるからである。弁護人選任について、実務では、種々のモデルが生み出された<sup>34)</sup>。一方で、弁護人は、とくに州裁判所の管轄区では、その地に定住している弁護士から選任される。他方で、数多くの都市地区には、[検察庁に対峙するものとしての]いわゆる公設弁護人事務所がある。その任務は無資力な被疑者の弁護にあり、その弁護人は専任としてまたは時間制で任命される。多くの都市では、この弁護人事務所は民間によっても組織されている。弁護人事務所の長所は、それが刑事司法実務の要請に合うように作られているので、被疑者が警察取調べへの立会を望むならば、通常は弁護人を迅速に用立てるこ

---

<sup>34)</sup> *Herrmann, Joachim*, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, 1971, S. 269ff.; *LaFave / Israel* (注16), S. 15.

とができる点にある。

弁護人の選任は、被疑者に問われている犯罪行為の種類と重大性によって左右される。たしかに、幾つかのアメリカの裁判所は、重大でない交通犯罪やその他の軽微な犯罪行為が問題になっている場合には、弁護人の選任を行わないようにした。しかしながら、連邦最高裁判所は、この種の制限は許されないと宣言した<sup>(35)</sup>。その理由として、最高裁は、とりわけ、被疑者はたとえ単に軽微な犯罪行為で警察取調べを受けたとしても、強制状況に置かれているということを挙げた。

被疑者が警察取調べへの弁護人の立会を要求したが、それに即座に対応できない場合には、——被疑者が黙秘権を援用した場合と同様に——取調べを続行することは許されない<sup>(36)</sup>。連邦最高裁判所は、この取調べの禁止をはっきりした厳格な規定により保障した。すなわち、被疑者が弁護人を要求したならば、弁護人が立ち会いかまたは被疑者自ら弁護人なしでの取調べ続行を申し出た場合に限り、警察は取調べを続行することができる<sup>(37)</sup>。警察は、弁護人を放棄させるため被疑者に接近することは後の時点まで許されない。さらに、最高裁は、被疑者に取調べ以外で弁護人と相談させただけで弁護人なしで取調べを続行することも許されないとした<sup>(38)</sup>。

## B. ドイツでの欠陥のある権利

アメリカの刑事手続と対照的に、ドイツでは弁護人による補佐には欠陥がある。ドイツ刑事訴訟法は、弁護人に警察取調べへの立会権を認めていない。刑訴法は、単に、被疑者は「いつでも、最初の取調べの前であって

---

(35) Berkemer v. McCarty, 468 U.S. 420 (1984).

(36) Edwards v. Arizona, 451 U.S. 477 (1981).

(37) 同上。

(38) Minnick v. Mississippi, 498 U.S. 146 (1990).



も、自ら選任する弁護士と相談できる」と規定するだけである<sup>39)</sup>。この規定は、一般に、弁護士との相談は警察取調べの際には行えないという趣旨に理解されている。

したがって、警察官には、被疑者の取調べに際して自己の尋問に妨げなく従事する可能性が認められることになる。自己負罪を拒否する被疑者の権利は、決定的に制限される。なぜなら、弁護士が付き添わなければ、被疑者は、質問や非難で迫る警察官に対してこの権利を不十分にしか行使できないからである。弁護人の排除には、同時に、弁護士に対する不当な不信が表れている。また、取調べに立ち会う弁護士は、質問や意思表示により不適切な措置や推論から警察官を守ることができるということは、考慮されていない。

むろん、手続の廉潔性を信頼する被疑者には、警察官が取調べへの弁護士立会を許すよう影響を及ぼす可能性がないではない。つまり、被疑者は、弁護人の立会がある場合に限って供述する用意があるとあくまで主張することができる。ドイツ刑事訴訟法は、弁護人の立会を明文で排除してはいないので、捜査を進行させたい警察官が、被疑者の提案に応ずることが望まれよう。

無資力の被疑者のための弁護人の選任も、ドイツ刑事訴訟法には規定されていない。このことは、ある意味で、首尾一貫している。警察取調べへの弁護人の関与を余分なものとか望ましくないものとみるならば、被疑者と取調べ以外でしか相談できない弁護士を選任する根拠はますます薄弱になるのである。

被疑者が、弁護士と相談する権利の告知後にこの権利の行使を要求する場合でも、ドイツでは、警察官は、それに応ずるのではなく取調べを始め

---

<sup>39)</sup> 136条1項2文。

ることがしばしばある。ドイツ法では、このことは警察官に明文で否定されていない。被疑者の黙秘権と同様に、弁護人と相談する権利もまた、ドイツの刑事手続では取調べの禁止によって守られてはいないのである<sup>(40)</sup>。

それどころか、ドイツの警察官は、さらに歩を進め、弁護人との接見交通の妨害をすることも稀ではない。とくに際立ったある事件で、警察官は、弁護人は被疑者から供述するかどうかの決定権を奪うことはできず、事実が明らかになるまで取調べを続行すると告げて、弁護人を求める被疑者の要請を拒否した。被疑者はそれに従わざるを得ず、結局、取調べの圧力に屈して自白した。しかし、連邦通常裁判所は、弁護人の補佐を受ける権利のこのような侵害は重大であるとみて、自白は使用できないと宣言したのである<sup>(41)</sup>。

ドイツの警察の別の典型的な回避的戦略は、たしかに警察は被疑者に弁護士との相談権を説明するが、しかし同時に、弁護士を見つけ出すのもっぱら自分の仕事である旨を告げるというものである。言うまでもなく、警察署で取り調べられ、ことによると身柄拘束されている被疑者にとって、それはほとんど不可能である。連邦通常裁判所は、しばらく前にこの問題を取り扱ったが、しかしその際、統一的な方向を歩んだわけではなかった。1996年の始めに、連邦通常裁判所第5部は、警察官は、弁護人を求める被疑者に弁護人との接見交通を援助するよう真剣に努力する義務を負うということを確認した<sup>(42)</sup>。この援助義務は、警察官が被疑者にたとえば地元で許可された弁護士が記載された職業別電話帳を見せるだけでは、履行されたことにならないとされた。この判示はたしかに傍論で行わ

---

(40) Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz — Rogall, Stand: Oktober 2000, § 136, Rn. 146; Eisenberg, Ulrich, Beweisrecht der StPO, 3. Aufl. 1999, Rn. 509.

(41) BGHSt 38, 372.

(42) BGHSt 42, 15.

れたが、しかし、第5部は、これに原則となる重要性を認めたことは明らかである。

それにもかかわらず、連邦通常裁判所第1部は、何か月もしないうちに、そのような警察官の援助義務をはっきりと拒否した<sup>(43)</sup>。規定通りに教示された被疑者は、第1部にとっては、弁護人による補佐がなくても供述するかどうかを「自ら自由に判断できるし判断しなければならない」人である<sup>(44)</sup>。弁護人と相談できることについて規定通りに教示された後に被疑者が弁護人と相談せず供述したのであれば、使用禁止とはならない、というのである。このようにして、第1部は、供述を迫る警察官の圧力に晒された、援助を必要とする被疑者の代わりに、超然として自由に行動する個人という像を描き出した。したがって、第1部が警察取調べの特徴を適切に把握しなかったということは、疑いないといえよう。

このように相互に矛盾する連邦通常裁判所の裁判に接すると、弁護人との接見交通の際に警察官はどの範囲で被疑者を援助しなければならないかは、依然として不明確である。しかし、最近になって目立つのは、被疑者を援助する別の方法が生まれてきているということである。ドイツの弁護士は、大都市で弁護士待機制度を設けており、いつでも電話で弁護士と連絡することができ、その電話番号は警察署でも知ることができる<sup>(45)</sup>。そのような待機制度がある所では、被疑者の弁護士との接見交通を警察官が妨害することは、ほとんど不可能となるであろう。

ちなみに、ドイツ連邦政府が2001年4月に決定した刑事手続改革には、弁護人は将来、被疑者の取調べに立ち会う権利を持つべき旨を規定する。ただし、無資力な被疑者への弁護人の選任は計画されていない<sup>(46)</sup>。

---

(43) BGHSt 42, 170.

(44) 同上, S. 171.

(45) *Beulke*, NStZ 1996, 257; *Herrmann*, StV 1996, 396, 401 (詳しい文献付き).

(46) *Beschluß der Bundesregierung, Eckpunkte einer Reform des Strafver-*

### C. 日本での狭く限定された権利

日本の刑事手続では、警察取調べの際に弁護人の補佐を求める権利は、ドイツにおけるよりさらに限定されている。たしかに、日本の刑事訴訟法は、被疑者はいつでも弁護人を選任することができる<sup>(47)</sup>と規定するが、しかし、警察は、被疑者を逮捕した場合しかそれを告知する必要はない<sup>(48)</sup>。ドイツ法におけると同様に、無資力な被疑者には弁護人は選任されない<sup>(49)</sup>。そこから生ずる問題を解消するため、日本の弁護士会は、ドイツと似た「弁護士待機制度（当番弁護士制度 *Anwaltliche Notdienste*）」を設けている<sup>(50)</sup>。

警察取調べへの弁護人の立会は、ドイツ法と同様に規定されていない<sup>(51)</sup>。原則として弁護士に許されるのは、身柄拘束された被疑者と口頭または書面で接見交通することであるが、しかし、実務では、法律で規定された例外規定のため——結果的に完全に否定されるのではないにしても——しばしばきわめて制限される<sup>(52)</sup>。この制限は、とりわけ、被疑者がまだ自白しない場合に行われる。つまり、被疑者は、自白獲得のため隔離されるのである。アメリカ法の自由主義的な解決策との違いははなはだ大きいといえよう。

日本で現在計画されている司法改革でも、その点は何ら変更されていな

---

\fahrens, StV 2001, 314, 315. 同旨, Bannenberg u.a. Hrsg. (注1), S. 21.

(47) 30条1項。

(48) 76条, 203条。

(49) *Goto*, *Hogaku Ronshu* (Chiba Journal of Law and Politics) 9, Nr. 4 (1995), 1, 9; *Kato*, *Strafverteidigung im Spannungsfeld zwischen Rechtsstaatlichkeit und Verfahrenseffizienz in Japan*, in: Kühne u.a. Hrsg., *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, S. 167, 170.

(50) *Goto* (注49), S. 9 ff.; *Kato* (注1), S. 20; *ders.* (注49), S. 170.

(51) *Kamiguchi* (注32), S. 244f.; *Kato* (注1), S. 19f.; *ders.* (注49), S. 171.

(52) *Kamiguchi* (注32), S. 245; *Hirano* (注4), S. 395; *Yamamoto*, *ZStW* 101 (1989), 961, 967ff.; *Götze* (注2), S. 973; *Goto* (注49), S. 12ff.; *Kato* (注49), S. 171.

い。たしかに、無資力な被疑者は弁護人を選任することができるものとされるが、しかし、警察取調べの際の立会権は持たないものとされる。日本の改革は、ドイツの改革とまさに逆方向を行こうとしている。ドイツの改革も日本の改革も、ともに不十分とみななければならない。弁護人選任権と弁護人立会権とが組み合わさって初めて是正策となるであろう。

もちろん、アメリカ連邦最高裁判所は自由主義の方針を必ずしも一貫して維持しているわけではないということは、付言しておく必要がある。最高裁は、80年代中葉、つまりミランダ判決後20年してから、あまり自由主義的でない裁判官が新たに任命されたため、被疑者の弁護人との接見交通権をある点で制限した。ある事件で、警察の取り調べた被疑者が、弁護人を放棄したが、しかし、親族がその取調べについて耳にし、弁護人を依頼した。弁護人は、被疑者の取り調べられている警察署に赴いたが、被疑者に取り次がれなかった。被疑者はさらに取調べを受け、結局自白した。アメリカ連邦最高裁判所は、弁護人の立会について告知がなかったにもかかわらず、この自白を使用可能と判断した<sup>63</sup>。最高裁は、被疑者は警察署での立会とは無関係に弁護人の放棄を申し出たという屁理屈で、この裁判を理由づけた。自白を獲得するため被疑者を意図的に隔離したという決定的な点が最高裁にとって何ら意味を持たなかったということは、明らかである。この裁判が示すように、被疑者の警察取調べはひとつの権力闘争であり、その際、各当事者の地位ははっきり固定されるわけではなく、事例ごとに新たに序列づけられるのである。

#### IV. 禁止された取調べ方法

このことは、三カ国の手続法の下でいかなる取調べ方法が許されないと

---

<sup>63</sup> Moran v. Burbine, 475 U.S. 412 (1986).

されるかを問う場合にも、明らかとなる。この点については、原則だけが憲法や刑事訴訟法により確定され、その微調整は判例や日常の実務に委ねられている。

アメリカ合衆国憲法修正5条は、何人も刑事手続において自己に不利な証人として供述することを強制されない、ときわめて簡潔に規定する。ほぼ同様の規定が日本の憲法にもある<sup>54)</sup>。そして、これは同時に、——日本の刑事訴訟法が持つ同様の規定のように——強制、拷問、脅迫ならびに不当に長い逮捕・勾留により自白させることを禁止している。このように獲得された自白は、明文で使用禁止とされている。加えて、日本の刑事訴訟法は、自白が任意に行われたものでない疑いがある場合も自白の使用禁止を規定している。

ドイツ刑事訴訟法も、似たように詳しい規定を持っている<sup>55)</sup>。これは、被疑者の意思決定または意思活動の自由が侵害された場合に、自白の使用を排除する。その例として挙げられているのは、暴行、疲労、法律で規定されていない処分での強要、ならびに、法律に規定されていない利益の約束である。この規定は、ドイツ憲法で保障された人間の尊厳および一般的人格権の保護の現れである。

しかしながら、三カ国における警察取調べの実務からは、はっきりと禁止されているにも拘わらず、警察が、結果的に許されないとみざるをえない取調べ方法を開発しようと繰り返し試みてきたということがわかる。数多くの警察によるその種の試みのうち、ここでは、二つの問題だけを選ぶこととする。すなわち、被疑者の欺罔と強制の利用であり、これらにより、三カ国の法制の特徴をとくに明確に描き出すことができるのであ

---

54) この点および以下の点について、憲法38条1項、2項および刑訴法319条1項を見よ。

55) 136条 a。

る。

#### A. 欺罔

ドイツの刑事手続では、あらゆる欺罔を禁止するとの明確な法律の文言にも拘わらず、一般的見解によれば、意識的な虚言や誤った事実の意図的な見せかけに基づく欺罔だけが排除されるにすぎない<sup>66)</sup>。これに対し、一般に犯罪科学的戦略と呼ばれるもの、とくに誘導尋問や被疑者の錯誤の利用は許される。しかし、犯罪科学的戦略と許されない欺罔との間の限界を画するのは、必ずしも容易ではない。

このことをとくにはっきりと示す事件は、いわゆるおとり捜査の秘聴に関する連邦通常裁判所決定である。ある事件で、警察官が、被疑者の友人に、被疑者に電話して被疑者が犯したとされる銀行強盗について話をするよう依頼した。この友人は被疑者に電話をかけ、いかに被疑者が銀行強盗を行ったかに関する会話を警察官がその友人の傍らで秘聴した。連邦通常裁判所は、そこには何ら禁止された欺罔はなく、単に「捜査の関心を暴露しない形での被疑者への質問が行われた」にすぎないとした<sup>67)</sup>。この見解は賛成するに値しない。なぜなら、連邦通常裁判所は、警察官が被疑者を意図的に不利益供述へと唆したということを顧慮していないからである。したがって、この判例は、ドイツの学界の側から批判されている<sup>68)</sup>。

他方、ドイツの裁判所は、一連の事件で、意図的に錯誤に陥れることを証拠使用禁止で対処した。たとえば、連邦通常裁判所は、行方不明者の遺体がすでに発見されたので取調べは故殺事件を理由として行われたにも拘わらず、警察官が被疑者に行方不明事件での取調べだと見せかけたこと

<sup>66)</sup> *Kleinknecht / Meyer-Göbner* (注18), § 136a, Rn. 12ff.; *Beulke* (注28), Rn. 135ff.; *Roxin* (注1), S. 203f.

<sup>67)</sup> BGHSt 42, 139, 149.

<sup>68)</sup> *Beulke* (注28), S. 247f. (詳しい文献付き)を見よ。

を、許されないとした<sup>60)</sup>。決定的な証拠があるので被疑者は否認しても見込みはないという取調べ警察官の内容的に不適切な指摘も、連邦通常裁判所は許されないとした<sup>61)</sup>。

これに対し、アメリカの刑事手続では、警察取調べに際しての故意の欺罔や虚言は明らかに許されている。アメリカの裁判所は、警察官が被疑者に、たとえば共犯者がすでに自白した、被疑者の指紋が犯行現場で発見された、または、被害者が謀殺を免れて生き延び犯人を同定することができたなどという不適切な主張をして引き出した自白を、使用可能とみなした<sup>62)</sup>。

ドイツ法とアメリカ法との間の啞然とするような相違は、明らかに、両国法制における証拠使用禁止の課題の違いに由来する<sup>63)</sup>。証拠使用禁止は、ドイツ法では、人間の尊厳および一般的人格権の保護に資するのに対し、合衆国では、警察を躰けるという課題を担っている。この懲戒機能は、ミランダ法則の告知義務に表現されている。仮に警察が告知したとすれば、警察はいわばその義務を履行したことになり、欺罔や虚言で自白の獲得に努めることは自由である。被疑者がもし告知を受けた後に供述するつもりだと意思表示したらその責任を負わなければならないということも、自由主義的なアメリカ法理解の典型例に属する。告知義務の中に表現された被疑者の保護はまさに欺罔や虚言に対して行われなければならないというドイツ法の基礎的思考は、個々具体的な訴訟上の保障だけに目を向けるアメリカ的な考察方法にとって馴染みのないものである。

---

<sup>60)</sup> BGHSt 37, 48.

<sup>61)</sup> BGHSt 35, 328. さらに、OLG Oldenburg, NJW 1967, 1096; OLG Bremen, GA 1973, 119; LG Darmstadt, StV 90, 104 を見よ。

<sup>62)</sup> Frazier v. Cupp, 394 U.S. 731 (1969); Oregon v. Mathiason, 429 U.S. 492 (1977); Miller v. Fenton 796 F.2d 598 (3d Cir. 1986).

<sup>63)</sup> Herrmann, Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote, in: Vogler u.a. Hrsg., Festschrift für Jescheck, 1985, S. 1291, 1303f.



すでに紹介したように、日本の刑事手続においても、警察取調べの際の欺罔や虚言は許されるとみなされる<sup>63)</sup>。自白は、取調べ警察官が真実に反して被疑者の主張するアリバイは親族の供述により反駁されたと主張した事件や、犯行現場で発見された布切れが親族により被疑者のものと同定されたと見せかけた事件でも、使用可能とされてきた。

欺罔や虚言を許容する根拠については、日本法にあまり習熟していない者には推測しかできない。しかしおそらく、その根拠はアメリカ法に匹敵する自由主義的な法の理解に求められるという前提に立つことはほとんどできない。おそらくは、そこに日本の警察取調べを支配する職権主義ならびに国家権力への市民の強い服従が表現されていると言ってよかろう。自白獲得のための被疑者の隔離を許す手続法の下では、欺罔や虚言の許容は小さな一歩でしかないように思われる。

## B. 強制

アメリカとドイツの刑事手続では、単に物理的だけでなく、物理的であると同時に心理的に作用する混合的な影響力も被疑者に対する許されない強制とみなされる。このような混合的影響の例は、長期間の尋問や取調べの間被疑者を完全に隔離することである<sup>64)</sup>。両法制では、その上、純粋に心理的な影響力、いわば精神的苦痛の付与が証拠使用禁止とするに十分であるとみなされる事例が増えている。たとえば、アメリカ連邦最高裁判所は、警察官が被疑者にこれ以上否認するとお前の妻も身柄拘束するぞと脅した後ようやく被疑者が行った自白を証拠排除した<sup>65)</sup>。ドイツ連邦通常裁判所

<sup>63)</sup> この点および以下の点について、Ohno (注32), S. 14f.

<sup>64)</sup> アメリカ合衆国: Ashcraft v. Tennessee 322 U.S. 143 (1944) [36時間の取調べ]; Spano v. New York, 360 U.S. 315 (1959) [特別の事情下での8時間の取調べ]; Haynes v. Washington, 373 U.S. 503 (1963) [隔離]. ドイツ: BGHSt 13, 60 [自白までの30時間眠るの機会なし].

<sup>65)</sup> Rogers v. Richmond, 365 U.S. 534 (1961).

は、3歳の息子を謀殺したという嫌疑がかかっている父親を繰り返し脅した後に子供の遺体の所へ連行し、そこで父親が崩れ落ちて涙ながらに自白したという事件で、これを精神的強制と評価した<sup>66)</sup>。

物理的強制とならんで心理的強制の利用も拒否するこのような展開は、日本で同様に見られるわけではない。むしろ、日本の警察は、前述の警察留置場（代用監獄）で自白を獲得するまで物理力を利用する権限があるということが報告されている<sup>67)</sup>。被疑者は、警察留置場——これについてここでは詳論しないこととする——に23日まで、場合によってはさらに長く身柄拘束される。日本の憲法・刑事訴訟法が規定するように、不当に長い拘束があればそれだけでその間に獲得された自白は証拠排除に至るはずであるが、これがそのような長い拘束とみなされていないのは、明らかである。

取調べがしばしば一日12から14時間続く、被疑者は取調べの間折縛り付けられる、飲食をさせない、外部との接触を拒否するというのも、明らかに許されるとみられている。日本の側からでさえ、このような取調べ方法は「粗暴 (rüde)」であるとみられている<sup>68)</sup>が、しかし、このようにして獲得された自白の使用可能性について、それらの点は何ら重要視されていないように思われる。

警察留置場における居房の生活条件も過度に厳しく形成されている<sup>69)</sup>。

---

<sup>66)</sup> BGHSt 15, 187.

<sup>67)</sup> この点および以下の点について、*Parker, Karen und Jaudel, Etienne*, *Police Cell Detention in Japan: The Daiyo Kangoku System*, 1989 [邦訳として、代用監獄廃止・接見交通確立実行委員会『警察留置所での拘禁 [日本の代用監獄制度] ——1989年2月パーカー・ジョデル報告書』(1989年)]; *Kamiguchi* (注32), S. 243ff.; *Ohno* (注32), S. 12ff.; *Götze* (注2), S. 963ff.; *Foot* (注8), S. 335ff.

<sup>68)</sup> *Ohno* (注32), S. 17.

<sup>69)</sup> *Parker / Jaudel* (注67), S. 12ff.; *Ohno* (注32), S. 17f.; *Götze* (注2), S. 964ff.

居房では、被疑者は絶えず監視の下に置かれて狭い場所に滞留しなければならないが、これは「鳥かご (Vogelkäfige)」と呼ばれている。被疑者は、居房内で立ったり動き回ったりすることは許されず、ただ座っていなければならない。むろん、居房の壁にもたれかかることも許されない。居房の明かりは決して消されることはなく、被疑者が眠りたいと望んでも、暗くするため目の上に覆いを掛けることも許されないのである。

国連人権委員会の調査委員会は、警察留置場の実情を現地で調査し、1989年になされた報告で、警察留置場における取調べ方法ならびに生活条件は、市民的及び政治的権利に関する国際規約の規定に多くの点で違反すると明言した<sup>70)</sup>。日本はこの規約を1976年に批准し1979年に施行しているから、これらの規定自体は日本の現行法となっている。

警察留置場で起きていることは、明らかに、厳格に適用された職権主義を表現するものである。しかし、職権主義のこのような適用は犯罪科学的に実績が挙がっていると言うことすらできない。つまり、経験が示すところでは、警察留置場で物理的・心理的強制に基づいてなされた自白は必ずしも真実に合致していないのである<sup>71)</sup>。

外国の観察者にとっては、なぜ日本の刑事司法が一方で「柔らかな犯罪統制」というレッテルで飾られているにも拘わらず、警察留置場での取調べ実務を許しているかは、依然として不明なままである。

## V. 結 語

以上、三カ国の手続法における警察取調べの研究を行ったが、幾つかの問題領域しか取り上げることができなかった。それでも、本研究は、問題

---

<sup>70)</sup> *Parker / Jaudel* (注67), S. 2 u. 15ff.

<sup>71)</sup> *Ohno* (注32), S. 14f.; *Götze* (注2), S. 955f.; *Parker / Jaudel* (注67), S. 8 ff.

がいかにか多種多様で、その解決策がいかにか異なりうるかということを示している。むろん、ある点では、三カ国の手続法の間的一致が見られる。つまり、警察による取調べはひとつの権力闘争であり、明確に法律で規定しても、その前線が絶えず一進一退を続けることは避けられないのである。

完璧な手続はどの国にも存在しない。しかし、外国法に目を向ければ、自国の問題についてよりよい新たな解決策を発見するのに、いずれかの事例で役立つであろう。

### Ⅲ 質疑応答の要旨\*

#### 質問 1 (石松竹雄弁護士 [大阪弁護士会])

[まず次のような意見が述べられた。日本で、被疑者が警察取調べに対し虚偽自白をする契機として、次のようなことが考えられる。①日本の被疑者の大部分は、もともと警察官を「宣戦布告」される相手と考えていない。むしろ、自分の立場を説明すれば、理解してもらえる相手と思っており、事情を一所懸命説明する。黙秘権の行使を勧める弁護人など信頼しない。ところが、取調べが進むと、この期待はまったく裏切られる。そこで、絶望感、どうにでもなれというという感情を抱き、真実は公判で述べればよいという気分になって、警察の想定通りの自白をしてしまう。②その基礎に、長期間の身柄拘束下の取調べがある。]

- (1) ドイツに被疑者による虚偽自白があるとすれば、その契機は何か。
- (2) ドイツにおける警察による被疑者の取調べの時間はどれくらいか。

#### 回答

[意見に対してまず次のような応答があった。ドイツでは、被疑者は、誰が取り調べる場合でも、自白する気がないのに自白をして不利になるようなことは避けようとする。今はまだ捜査段階で警察が相手だから適当に答えておいて真実は後に公判で述べればよい、などとは考えない。なお、被疑者には、刑事手続の流れなどの知識がないのが普通である(この点について、日本では、警察が手続の流れについて被疑者に教えることもあるとの指摘があった)。]

- (1) 許されない取調べが行われた場合は別として、被疑者が警察に迎合して警察の想定するような虚偽自白 (falsches Geständnis) をしてしまうことは、ほとんどない。また、そもそも警察は、被疑者から自白

を得るため、身柄拘束を利用して長時間・集中的に取り調べることはしない。

[訳者注] ペーターズ（能勢弘之＝吉田敏雄編訳）『誤判の研究』2頁以下（1981年）には、虚偽自白を犯罪科学的観点から分析・評価すると、虚偽自白の誘因を六つに大別できるとして、①警察官・検察官による（違法な）取調べの圧力、②感情心理的要因（事件から受けた心理的衝撃、精神病質のおよび劣等な知的素質、不安・恐怖）、③訴訟で無罪を得る見込みがないこと、④自白者が自分の犯した複数の犯罪の全体像を見失ったこと、⑤より重い犯罪を隠蔽するため、⑥真犯人の庇護、が挙げられている。

- (2)（日本では被疑者の取調べが合計100時間以上に及ぶことも多いとの指摘を受けて）たしかにドイツでも、大規模な経済犯罪事件などで、関与者が多く証拠もたくさん収集されている場合に、そのようなこともありうる。しかし、通常の事件では、せいぜい数時間（längstens einige Stunden）である。

## 質問2（井戸田侃教授 [大阪国際大学]）

- (1) 「理論的」に被疑者の取調べは何のために行われるか。証拠収集（自白獲得）のためか、notice and hearing（告知と聴聞）をするためか（黙秘権を認めている以上、後者だと考えるべきである）。
- (2) 大分前ドイツへ行ったとき、被疑者の取調べへの弁護人の立会と弁護人に対する被疑者取調べ調書の閲覧を認めた事件記録を検事からコピーさせてもらったことがある（その検事は、そうしないと被疑者に黙秘されてしまうからだ、と言っていた）が、今ではそういうことはないのか。

## 回答

- (1) ドイツ刑訴法136条1項2項は、被疑者の取調べの際にまさに告知

と聴聞をすべきことを規定する。しかし、講演で述べたように、実務では、むしろ、犯罪の情状の調査、証拠についての情報の収集、そして自白（不利益供述）の獲得が取調べの主な目標とされている。そして、「理論的 (theoretisch)」にも、このように取調べの目標が複数あることは一般に是認されている。たしかに、取調べによる自白の獲得なしで、すべて公判で白黒決着をつけるというやり方も考えられないではない。しかし、そうすると、略式命令や手続打ち切りによる事件処理も不可能となり、結局、公判を行うことで費用が大変高くつくことになる。自白なしでの刑事手続はやはり「幻想」である。警察が被疑者の自白獲得を目指すこと自体は、黙秘権が適正に保障されるのであれば、問題だとまでは言えないと思う。

- (2) 取調べへの弁護人の立会 (Anwesenheit des Verteidigers) は法律で禁止されていない (ドイツ刑訴法136条1項2文)。また、被疑者取調べ調書の閲覧 (Einsicht in die Niederschriften) については、弁護人からの要求を拒絶することはできない (同147条3項)。弁護人がそれを自己の事務所に帯出することも許されうる (同条4項。[訳者注] 最近の刑訴法改正 [2000年8月2日の1999年刑事手続改正法] により、弁護人が付いていない被疑者にも、一定の条件の下で記録に関する情報と写しが与えられることとなった [同条7項の新設])。総じて、担当検察官の自由裁量に委ねられている点が多い。なお、ドイツでは、アメリカ的な「敵対型」弁護人よりも「協働型」弁護人が多いので、弁護人の姿勢・方針如何では検察官が弁護活動に積極的に協力する例も少なくない。

ちなみに、日本では、数少ない司法試験合格者に充実した司法実務修習が行われており、弁護士も判検事に劣らず質が高いと推測されるから、弁護士が他の訴訟関与者と協働する可能性はドイツよりはるか

にあると感じる。

質問3 (光藤景皎教授 [摂南大学])

- (1) ドイツでは、警察における被疑者の供述内容はどのような形で公判へ提出されるのか。
- (2) ドイツ連邦通常裁判所の判例には、——日本の最高裁判所と異なり——人間の尊厳を重視するなどリベラルな方向への変化が見られる。これを促している要因は何か (学説か)。

回答

- (1) ドイツでは直接主義・口頭主義が徹底されているので、警察により作成された被疑者の供述調書 (Protokoll der Aussage des Beschuldigten) を証拠とすることはできない (ドイツ刑訴法250条)。例外として、被告人に弁護人が選任されているときで当事者が朗読 (による代替) に同意した場合は、当該調書の朗読が許される (251条2項)。それ以外には、取調べを行った警察官が証人として出廷し、被疑者の供述内容を証言することが考えられる ([訳者注] ドイツでは、刑訴法250条の解釈として、伝聞供述は直接・口頭主義に反せず許容されると一般に解されている)。ただし、その場合、警察官はそれを隅々まで覚えていないのが通例であるから、実際上は、記憶喚起のため供述調書が参照され、結果的に調書の朗読を認めるのと同じような事態になることも少なくない。
- (2) 一口に連邦通常裁判所と言っても、その立場は決して統一的ではない。同裁判所には5部あるが、部によってかなり異なる。たとえば、すでに述べたように、第5部は、接見交通を援助するように努力する義務を警察が負うとした。また、合意の実務に関して、第3部は否定したのに対し、第4部は許容できると判示している ([訳者注] これについて、ヨアヒム・ヘルマン [加藤克佳訳] 「ドイツ刑事手続における



合意」愛知大学法学部法経論集156号1頁〔2001年〕参照)。総じて、現在は第4部(4. Senat)がもっともリベラル(der liberalste)である。その大きな要因は、学説の影響よりも、裁判官の交替により新しい世代がその部の裁判官となっているかどうかだと思ふ。

質問4(越山和広教授〔香川大学〕)

ドイツで弁護人による補佐をアメリカと同様に承認したら、警察の捜査活動が妨害されるという異論が生じうるが、ドイツでの議論状況はどうか。

回答

それはその通りである。しかし、広くヨーロッパの刑事弁護人は、合衆国のそれとは機能が違うと思う。アメリカの弁護人は、ミランダ法則を前提に、まず被疑者に黙秘を勧める。被疑者が現実に黙秘権を行使したとすれば、警察は自白以外の証拠を収集しなければならなくなる。これに対し、ドイツの弁護人は、まず被疑者の援助活動に主眼を置く。つまり、自白することの意味(長短)を被疑者によく説明し、被疑者の採るべき立場について相談に応ずる(むやみに黙秘を勧めない)。また、基本的に、警察や検察と対立的にではなくこれと協働しようとする姿勢の弁護人が多いので、補佐(Beistand)の範囲を拡張しても、必ずしも警察捜査の妨害(Verhinderung der polizeilichen Ermittlungen)にはならないと思われる。

質問5(西原道雄教授〔近畿大学〕)

講演で取り上げられた三カ国の法は、それぞれ他の法の代表といえるか。具体的には、①アメリカ合衆国とその他の英語圏の国(連合王国、カナダ、オーストラリアなど)を比較して、それらの法はアメリカ法に近いか。②ドイツ法は、どの程度他のヨーロッパ諸国の法を代表しているといえるか。③日本法に近い法制度を採っている国があるか。

回答

ここではいわゆる法域(Rechtskreis)が問題となるが、刑事司法との関

係では、そうだともそうでないとも言える。①については、基礎的な点（当事者主義、マグナカルタに由来する基本的人権の保障など）では同じである。しかし、個々的には様々な違いがある。アメリカと比べると、イギリスの弁護士は専門家基準により一層拘束されるし、裁判官は公判への統制をより広範に及ぼす。②については、たしかに、ローマ法以来の伝統やヨーロッパ法という基盤の存在など、ヨーロッパ大陸法には共通点がある。しかし、ドイツと同じく職権主義を採っている国でも、フランス刑法は予審を残存しているなどきわめて保守的である。一方、スカンディナビアやイタリアなど、大陸の職権主義からアメリカの当事者主義モデルへの移行を図った国もある。したがって、やはり国による違いは大きい。③については、西洋の見地からは、同じ東洋の中国が思い浮かぶ。しかし、中国は、基本的に共産主義を採り、孔子思想（儒教）の影響や統合的立場への志向が強いなど、日本とはかなりの違いがあると感ぜられる。

\*なお、時間の関係で割愛せざるをえなかったが、日本の最高裁判所の判例（警察が22時間徹夜で休息なしで被疑者を取り調べて獲得した自白を証拠として許容した）をどう評価するか、可視化のため取調べを録音テープやビデオテープに録取するという方法についてどう思うか（[事件を限ってでも] 必要ではないか）、パターンリスティックな取調べとはどういう意味か（取調べにより悪者である被疑者を善良な者に変えようとするという趣旨か）、弁護人を取調室から排除するのはドイツで弁護士が司法機関とされていることと調和しないのではないか等の質問（辻本典央氏〔京都大学大学院〕ほか）や、日本の最高裁は、いわゆる切り違い尋問の事件で、取調べの際に偽計が用いられたことを自白の任意性を疑う一要素として考慮する立場を採っているのもあって、欺罔や虚言を許しているわけではないという意見（鈴木茂嗣教授〔近畿大学〕）があったことを、付記する。