

拷問禁止の絶対性について

— 日本とドイツの憲法論を比較して —

川 又 伸 彦

目 次

- はじめに
- I. ドイツの議論
- II. 日本の議論
- III. 日独の比較と拷問禁止の絶対性の実効化について
おわりに

はじめに

公権力が国民の基本権を侵害する最も深刻な場面の一つは、犯罪捜査である。そのなかでも、被疑者の取調べは、とりわけ基本権が危険にさらされる。このため、取調べにおける基本権保護のためにさまざまなルールが定められているが、とくに重要なものの一つに拷問の絶対的禁止がある。自白は証拠の女王（*Confessio est regina probationum*）といわれたように、かつて取調べでは被疑者から自白を得ることに重点がおかれ、供述を強要するために精神的、肉体的に苦痛を与える過酷な尋問がなされてきた。このような過去を反省して、拷問は絶対的に禁止された。日本国憲法では、36条で拷問を絶対的に禁止するとともに、38条2項で拷問の結果得られた自白を証拠とすることができないと定めている。ドイツにおいても、通説によれば、基本法1条1項と104条1項2文に基づいて、拷問は例外なしに許されないと解されている⁽¹⁾。

ところが、ドイツでは、最近、拷問禁止の相対化の可否が議論されている。この論争は、ブルッガーの問題提起が端緒である⁽²⁾。もっとも、ブルッ

ガーの問題提起がただちに論争をひきおこしたわけではなく、直接のきっかけは、誘拐された児童の居場所を自白させるために取調べで脅迫的な手段が用いられたダシュナー（ゲフゲン）事件⁽³⁾である。そこでは、人命を救助するためであれば、例外的に拷問を用いることが許されるか、つまり救助のための拷問（*Rettungsfolter*）の可否が問題となった。そして、法学の領域にとどまらず社会的にも議論がなされるようになった。

日本でも、2003年におきた鹿児島県志布志市の一連の公職選挙法違反事件で、取調べにおける拷問が問題となった事件がある。これは、捜査官が、被疑者の親族の名前や言葉の書かれた紙を被疑者に無理に踏ませて自白を迫ったというものである⁽⁴⁾。これは、かつて江戸時代におこなわれた踏み絵を想起させるもので、裁判や報道などで「踏み字」と呼ばれた。これは精神的に強度の苦痛をもたらすもので、拷問あるいは拷問に類する非人道的もしくは品位を傷つける取調べ方法といえる。もっとも、被疑者が不起訴となり、取調べの結果そのものが裁判で争われるということはないので、これを契機に文献で拷問の絶対的禁止が論じられるようになったわけではない。踏み字を行った捜査官に対する有罪判決も、それほど

の議論をひきおこしたとまではいえない。しかし、2009年に始まった裁判員裁判は、刑事手続の在り方について社会の関心を向けさせる大きなきっかけとなった。また、強引な取調べとずさんなDNA型鑑定による冤罪が明らかになった足利事件や、供述させた内容と証拠との整合性を図るために検察官が証拠を改ざんしたことが問題となった郵便不正事件などにより、刑事手続の適正化を図ることが強く求められるようになってきている。こういった状況の下で、日本の文献では、ドイツの拷問に関する最近の議論に影響を受けて、拷問禁止の相対化を検討するものもあらわれている⁽⁵⁾。

本稿は、拷問の絶対的禁止を、比較憲法的観点から考察する。まず、拷問禁止の相対化に関するドイツの議論をみる(Ⅰ)。次に、日本における拷問に関する議論をみる(Ⅱ)。そして、両国の議論を比較しながら拷問禁止の絶対性を検討し、またそれを実効的に実現するための更なる方策についても検討する(Ⅲ)。

Ⅰ. ドイツの議論

ドイツの通説は、すでに言及したように拷問禁止を絶対的なものとしている。たとえばシュンケは、拷問は、憲法レベルでは基本法1条1項と104条1項2文とによって否定され、また欧州人権条約(EMRK)3条⁽⁶⁾も、拷問を、非人道的なもしくは品位を傷つける取扱いとともに禁じていると述べる。そして、これらの禁止は、誘拐事件において、誘拐犯を拷問にかけることによって誘拐の犠牲者の命を救えるかもしれないような場合、すなわちダシュナー事件のような場合であっても妥当とする。つまり、拷問の禁止は、例外を認めない絶対的なものであるとするのである⁽⁷⁾。このような理解が、ドイツでは通説といえるが、例外的限定的に拷問禁止を憲法上相対化しようとする説がある⁽⁸⁾。ここでは、まず、相対化肯定説の代表的な見解としてブルッガーの説をまとめ、またこの説を支持する例としてシュタルクの説をみることにする。次いで、相対化批判説をみる。最後に判例の立場を確認する。

1. 相対化肯定説

a) ブルッガー

拷問禁止の相対化について、憲法的観点から最も精神的に論じているのはブルッガーである。彼は、すでに1995年に拷問禁止の相対化を肯定する論文を公にし、その後、何回か同じ趣旨の論文を公にしている⁽⁹⁾。彼の議論の出発点は、次のような時限爆弾の事例である。すなわち、テロリストが、大都市S市に仕掛けた大量破壊力をもつ化学爆弾を爆発させると通告してきた。警察の必死の捜査の結果、そのテロリストの身柄は拘束できたが、時限装置の作動している爆弾を発見することはできない。この場合に、警察は、拘束したテロリストに爆弾の所在と時限装置を止めるための暗号とを供述させるために、拷問をすることも許されるか、というものである。

ブルッガーは、この場合の供述の強要は犯罪捜査という側面と危険の予防という側面とを有するが重点は予防にあるとし、はじめにバーデン・ヴェルテンベルク警察法(BWPolG)を素材に、警察法の領域からこの問題を検討する。すなわち、警察法は直接強制を認めており、その手段として「生命に対する現在の危険もしくは身体を著しく損傷する現在の危険を防ぐ唯一の方法であるとき」には、犯人の射殺も許されている(\$54 II BWPolG)と指摘する。また、取調べに強制手段を用いることは法律で明白に例外なしに禁じられている(\$35 II BWPolG)が、この規定では時限爆弾の事例のような場合は想定されておらず、そこには価値評価の欠缺(Wertungslücke)があるという。そして、射殺を認める規定を分析し、これは「罪のない人の生命は、犯罪者の生命のために犠牲にされてはならない」ということを意味し⁽¹⁰⁾、このような法的評価は犯罪者に対する射殺以外の重大な人格権侵害にも当てはめることができ、取調べにおいて強制手段を用いることを禁止する警察法の規定については、「目的論的縮減(teleologische Reduktion)がなされなければならない」とする⁽¹¹⁾。このようにして、警察法上は供述を強要することも許されると結論付ける。

次いで、彼は、この結論を憲法的観点から検討する。すなわち、通説・判例によれば、基本権、少なくとも生命や身体の不可侵の権利というような重要な基本権には、第三者の侵害からの国家の保護義務も含まれている。この根拠は、国家権力による暴力の独占と、平和と安全とに対する国家の任務である。そして、基本法1条1項は、国家に対して人間の尊厳を保護するための積極的予防措置も要請している。これは、時限爆弾の事例においては、S市民の生命や身体の不可侵の保護を国家に命じる。そして、ブルッガーは、テロリストに対する拷問の禁止も、S市民の保護も基本法1条1項から導かれることになるから、「基本法1条1項の枠内において衝突が生じることになる」という⁽¹²⁾。この衝突を解決するに当たっては、S市民が法を侵してはいないことが考慮されるべきであり、「法は不法に屈してはならない」ということが妥当しなければならない⁽¹³⁾。この命題は、厳格な比例原則と結び付けられなければならない。また時限爆弾の事例の特殊性も顧慮されなければならない。このような前提の下で、ブルッガーは、法を侵しているテロリストの行為と法を遵守している市民の状況についての法的評価は明らかであるとする。さらに、比例原則の観点において、強制手段の使用が適切な方法であるということは排除できず、またより緩やかな方法は想定できないというべきであり、強制の適切性も明らかであるとする。そして、供述を国家が強制することに対して通説は強く疑問を投げかけているが、例外が認められうると結論付ける⁽¹⁴⁾。

ブルッガーはさらに、この結論を国際法、とりわけ欧州人権条約に照らして検討する。まず、15条⁽¹⁵⁾と結びついて拷問を絶対的に禁止する3条について、この規定は、とくに組織的権威的な国家権力による自由、生命、尊厳に対する危険を想定しているのであって、市民が私人によって危険にさらされているために国家の保護を必要とする状況は想定していないと指摘する。次いで、不法な暴力から人を守るために国家権力が生命を剝奪することを認める2条2項a号⁽¹⁶⁾について、この規定は被害者の生命、身体を救うために犯人を

射殺することを認める警察法によって国内法上具体化されるとする。そして、時限爆弾の事例については、上述の警察法レベルにおける考察と同様に、2条2項a号が類推適用されるのであり、これは3条の適用範囲の目的論的縮減と結びつくとする⁽¹⁷⁾。このようにして、彼は、国際法上も自らの結論が支持されると述べる。

ブルッガーの論理は、時限爆弾の事例における拷問の可否という具体的問題に限定してではあるが、人間の尊厳の衝突を認め、いずれの尊厳により高い価値をおくべきかを判断し、価値の低い尊厳を後退させることで、従来絶対的なものと考えられてきた人間の尊厳を相対化し、これによって拷問禁止も相対化するものといえよう⁽¹⁸⁾。

b) シュタルク

シュタルクは、ドイツの代表的な基本法のコンメンタールの一つの共著者である。彼は、まず、警察法上の危険防止のための拷問は、例外なしに禁止されている刑事手続きにおける拷問とは区別する必要があるとする。そして、やはり時限爆弾の事例をあげ、救助のための拷問は、救助のための狙撃（Rettungsschuss）とパラレルに論じることができるという。この理由として、彼はおよそ次のように述べる。すなわち、国家は人間の尊厳を尊重することが義務付けられているために、拷問をしないことが義務付けられる。また、国家は人間の尊厳を保護することも義務付けられているため、第三者の尊厳侵害に対して、それを防ぐことも義務付けられている。これらの尊重義務と保護義務とが衝突するときは、衡量が行われるべきである。そして、この衡量の結果、ブルッガーがいうように犠牲者の保護を優先するべきことになるとし、「この衡量およびその他の審査によって、拷問が、適切であり、また他の手段が考えられないために……必要でもあるときは、まず拷問をすると脅すことが許され、場合によっては、すべての警察活動に妥当する比例原則を遵守して、拷問を行うことが許される」と結論付ける⁽¹⁹⁾。

2. 相対化批判説

ブルッガーの説に対しては、さまざまな批判がある。重要と思われるものをいくつかみてみよう。

シェンケは、射殺が現在の生命の危険に対する防御の最終手段 (ultima ratio) として許されるならば、現在の生命の危険に対する防御のための最後の手段 (letztes Mittel) として拷問も許されるとする考えは、「この二つの手段が、特許の大小という関係 (Maius-Minus-Verhältnis) にあるのではなく、本質的に異なること」を看過していると批判する。そして、立法者が射殺を認めながら拷問を排除したことには十分な理由があるとする。また、拷問の使用を一般的な正当化事由に立ち戻って正当化すること、つまり正当防衛や緊急避難によって正当化することも許されないとする⁽²⁰⁾。この理由として、正当防衛や緊急避難を認めることによって、国家と市民との関係について憲法がもつめる比例原則が空洞化することをあげている⁽²¹⁾。ブルッガーが射殺を認める規定を拷問にも類推できるとしたのに対して、シェンケは正面からこれを否定している。

エンダースは、ブルッガーが時限爆弾の事例について前提にした国家の義務の衝突について、次のように述べる。すなわち、本当に、一つの事件において国家の相矛盾する二つの義務が同時に求められ、しかもいずれが優先するかについてルールが定められていないために、この義務の衝突が解決不能になったのであれば、国家に判断の余地が認められよう。そして、この場合、国家には、通常であれば許されない選択肢を採用することも許さようと述べる。しかし、彼は、このような議論は、緻密な憲法解釈をおろそかにすると批判する。そして、時限爆弾の事例での拷問の可否について、次のように解釈論を述べる。すなわち、基本法はこのような場合の利益の衝突を看過してはおらず、明確に決定している。基本法は、104条1項2文で、自由の剥奪という特別な権力関係に向けた特別規定を定めており、この規定は拷問をカテゴリー的に排除している。身柄を拘束されている者は、いかなる状況においても、精神的、肉

体的に虐待されてはならない。仮に、国家に委ねられた共同体や第三者の利益で被拘束者の尊厳を制約することが認められるとしても、104条1項2文は、そのような制約を排除しているとする⁽²²⁾。すなわち、ブルッガーが射殺を認める規定を類推できるとした前提である価値評価の欠陥について、エンダースは、すでに憲法上解決済みであると批判しているのである。

ヘアデゲンは、通説が絶対不可侵と理解してきた人間の尊厳について、絶対的に保護される領域、すなわち尊厳の核 (Würdekern) と、一定の比較衡量の余地のある領域とを区別し、その意味で人間の尊厳を相対化する⁽²³⁾。この衡量は、1条1項と他の規範 (たとえば2条2項1文) との間の衝突ではなく、1条1項の規範内部で (normimmanent) 人間の尊厳要請を具体化するに当たって行われるとする。そして、ある者の人間の尊厳の尊重の程度は、その者自身の行為やその行為が引き起こす他者の尊厳や生命に対する危険によって決定されるという。このように述べたうえで、拷問についてはおよそ次のように論じる。すなわち、時限爆弾の事例のような救助のための拷問の場合は、尊厳の内部における衡量は限界にぶつかる。拷問とより緩やかな苦痛を与える方法との区別は、説得力をもつ限界づけではない。濫用の危険を防ぐというのは、衡量のために拷問禁止を相対化して初めて論じうるものである。尊厳や生命が危険にさらされている人の数も、拷問禁止に数的な留保をつけるのでなければ、何ら決め手とはならない。決め手となるのは、意思を屈服させる苦痛を受けることからの保護は、伝統的なコンセンサスによって人間の尊厳の侵害に当たるということである。そして、拷問禁止は、国家の権力行使の絶対的な限界を画する基準点 (Fixpunkt) として、基準としての機能を有する。したがって、拷問禁止のいずれの相対化も、根本的な批判にさらされる。さらに、拷問を行った際に、公務員が正当防衛や緊急避難でそれを正当化することも許されない⁽²⁴⁾。このように、人間の尊厳の相対化を許容するヘアデゲンも、拷問の絶対的禁止の相対化には反対しているとみることができよう。

このほか、ピーロート／シュリンクも、誘拐犯から被害者の居場所を聞き出すために拷問は許されるかという事例問題についての手短な解説においてではあるが、次のように述べて救助のための拷問を否定する⁽²⁵⁾。人間の尊厳から拷問の絶対的禁止が導かれる。犯罪者が不法を行い被害者がその不法の犠牲になっているからといって、犯罪者の尊厳を法を破っていない被害者の尊厳のために犠牲にするのは誤りである。被害者は生命が危険にさらされているのであり、尊厳が危険にさらされているわけではないとする。また、他に、取調べを受ける者が真犯人であるということは不確かであることや、取調べが密室で行われるというようなことから、救助のための拷問と救助のための射殺を同じように扱うことはできないとし、濫用の危険を指摘するものもある⁽²⁶⁾。

このように、ブルッガーが、捜査のための拷問と区別して、救助のための拷問を例外的に認める主な根拠として挙げた、射殺を認める規定の類推適用、法規範における価値評価の欠缺、そして尊厳の衝突による尊厳保障の相対化は、いずれも強く批判されている。したがって、ドイツの文献では、一部に拷問禁止の相対化を認める立場があるが、多数は相対化に否定的であるといえる。

3. 判 例

ここでは、ダシュナー事件のフランクフルト地裁判決、ゲフゲン事件の連邦憲法裁判所、および欧州人権裁判所の拷問禁止についての立場を確認するにとどめる。

a) フランクフルト地方裁判所

判決は、まず基本法 104 条 1 項 2 文と 1 条 1 項の規定を確認し、「何人も国家権力によって客体とされてはならず、苦痛の恐怖の極致におかれてはならない」と述べる。次いで、このような人間の尊厳を尊重することは、ドイツという法治国家の基礎であると位置づける。判決は、このようなことはナチスの反省にたつ基本法制定の歴史からも根拠づけられるという。そして、憲法制定者は人間の尊厳を憲法改正手続によっても変更できな

いと定めた。ここから「被疑者にわずかの暴力をもって脅しをかけることであっても厳格に禁じられているのは、考慮すべきすべての利益を衡量したことの結果である。このようなことは、基本法制定の際にすでに検討されていた」として、基本法上、衡量が解決済みであるとする。さらに、刑法 240 条 2 項の強要罪を引き合いに出し、情報を得るために苦痛を与えることが倫理的に認められないという価値判断がそこにあるとする。そして、この価値判断は基本法 1 条 1 項にも含まれるとし、子どもを救うためであっても、人間の尊厳に反することに変わりはないとして、救助のための拷問を否定している。また、一義的な法律の規定からの例外を認めることは、人間の尊厳の絶対性を破壊して衡量へと道を開くものであり、これはタブーを破るものであるとも述べている⁽²⁷⁾。

b) 連邦憲法裁判所

ゲフゲンの憲法異議手続において、連邦憲法裁判所は、前記のフランクフルト地裁判決に言及しつつ、拷問を用いることは、取調べを受ける者の有する憲法上保護された社会的な価値と尊厳の要求を侵害して、その者を犯罪対策の単なる客体に貶めることであり、人間の個人としての存在および社会的な存在を破壊することであると述べ、拷問が基本法 1 条 1 項および 104 条 1 項 2 文に反することを認めている⁽²⁸⁾。

c) 欧州人権裁判所

欧州人権裁判所は、拷問を禁止する欧州人権条約 3 条の根底には、民主主義社会の最も基本的な価値の一つがあるとする。また、3 条が例外を定めておらず、さらに 15 条 2 項によって国家の存続が脅かされるような公の緊急時においても、国家が 3 条から免脱することが許されていないことを指摘する。そして、条約は、取調べを受ける者がどのような行為を行ったかとは無関係に、拷問を禁じていると結論付けている⁽²⁹⁾。

このように、いずれの裁判所も、学説の多数と同様に、拷問が例外なしに禁止されることをはっ

きりと述べている。そして、ダシュナーとEの行ったゲフゲンに対する取調べは違憲であることを確認している。

II. 日本の議論

日本では、ドイツとは異なり、拷問禁止の相対化について、ほとんど議論がなされていない。この理由としては、拷問禁止の相対化を現実的に論じなければならないような事件が起きていないということが、まず挙げられよう。しかし、ドイツの議論をうけての憲法理論レベルでの反響もあまり見られない。これは、そもそも日本の憲法学が、これまで、刑事裁判に対する憲法の影響を、かならずしも十分には検討してきていない点にも原因があると思われる。日本国憲法は、31条以下で刑事裁判に関する実体的および手続的規定を数多く定めている。このため、これらの規定の解釈は、「すぐれて刑事裁判特有の事情に規定されるため、しばしば刑事訴訟法、その実務における運用、そして刑事訴訟法学におもねる傾向に陥りかねない」⁽³⁰⁾ 危険が憲法解釈にあるという指摘もある。実際、拷問禁止を含む憲法のこれらの規定の解釈が、刑事訴訟法学に委ねられてしまっている傾向があることは否めない。ここでは、日本の拷問禁止規定について、ドイツの議論を参考に、例外的に拷問を認める余地があるのかを検討する。

1. 拷問禁止に関する法規定

まず、拷問禁止に関する規定を確認する。憲法は、36条で拷問を絶対的に禁止するとともに、38条2項で拷問の結果得られた自白を証拠とすることができないと定めている。さらに、刑法では、裁判、検察もしくは警察の職務を行う者らによる、被疑者、被告人に対する拷問的行為が犯罪とされている(195条、196条)。また、拷問の有無にかかわらず自白のみを証拠として有罪とすることも憲法上禁じられている(38条3項)。したがって、自白には必ず補強証拠が必要となる。これについて、最高裁判例は、公判廷における自白は、憲法上、補強証拠は不要であると解してい

る⁽³¹⁾。もっとも、刑事訴訟法は、公判廷における自白であっても、それだけで有罪とすることはできず、補強証拠を有すると定めている(319条2項)⁽³²⁾。このように、日本では、実体法上拷問を行う権限が例外なしに否定され、また手続法上拷問の結果得られた自白を証拠として用いることが禁じられている。そして、拷問をおこなった公務員は刑事責任を問われることになっている。したがって、ドイツと法状態はほぼ同じとみることができる。ただ、日本では、拷問が、明文で絶対的に禁じられている点は異なっている。

2. 相対化の可能性

では、このような法状態において、拷問禁止を相対化する解釈は可能であろうか。日本では、個別の基本権規定に法律の留保のような制約を認める文言がない場合でも、憲法13条2文の「公共の福祉」が基本権一般に妥当する制約の根拠となると解されている。そこで、実体法的には憲法36条の拷問の絶対的禁止(拷問を受けない権利)、手続法的には38条2項の拷問の結果得られた供述を証拠として採用することの禁止(そのような供述を証拠として採用されない権利)が、公共の福祉による制約を受けるかが問題となる。

a) 憲法36条における実体法的禁止

憲法36条の公務員による拷問の絶対的禁止は、憲法が明文で「絶対に」と定めているので、疑う余地がない。「絶対に」とは、公共の福祉によっても例外を認めない趣旨と憲法の文献では一般に解されている。日本国憲法が、このように厳格に拷問を禁じたことについては、次のような理由が指摘されている⁽³³⁾。すなわち、①刑事手続の基本原則として適法手続を採用していること、②取調べが非公開で行われたり、公判の維持が証拠収集に依存するなど、刑事手続には手柄をあげようとする警察官が拷問に頼りかねない条件があること、③旧憲法の時代に過酷な拷問がなされたこと、である。このような理由で、憲法がみずから公共の福祉と拷問の禁止との衡量を行い、拷問の禁止を優先したとみるべきである。憲法上のこのよう

な利益衡量について、日本の多数説は、憲法 36 条にとどまらず、31 条以下の人身の自由に関する条項をすべて、基本的に公共の福祉による制約に服しないと理解している⁽³⁴⁾。この理解によれば、31 条以下の各条項は、憲法自らが公共の福祉に基づく内在的制約を具体化したものである。すなわち「憲法 31 条以下の諸規定は、生命・自由の侵害の実体と手続を規定したものであるが、それは生命・自由についての内在的制約を憲法自身が具体化したものにほかならない」「それらの諸規定について内在的制約の名において法律で例外を設けることが認められると解するならば、侵害の実体と手続を 31 条以下で限定していること自体がほとんど無意味となる」のであり、そもそも憲法が一般的に自由の侵害・手続を特定している場合は、それによって憲法が自ら衡量に決着をつけているのである⁽³⁵⁾。31 条以下のすべての規定のうち、「絶対に」拷問を禁じるという 36 条の明文の規定には、衡量を排する憲法の強い意図をみることができよう。さらに、拷問を相対化する議論に対しては、それが拷問を受ける犠牲者が他者の尊厳・生命を危険にさらしていることを前提しているという問題があることも指摘しえよう。取調べを受ける者は、いうまでもなく有罪判決を受けるまでは、無罪の推定を受ける。これに対して相対化論は、拷問の犠牲者が真犯人であることを前提にしなければ成り立たない。つまり、有罪を推定しているのである⁽³⁶⁾。「無罪推定をも含む適法手続主義の立場からすれば、刑事手続は第一義的には処罰のためのものではなく、被疑者・被告人の無罪立証のためのものであるはずである」⁽³⁷⁾。相対化論は、疑わしきは被告人の有利に (in dubio pro reo)、あるいは誰も有罪とは推定されない (nemo malus praesumitur) という法の基本原則にも反する。確かに、理論的には、諸般の事情によって取調べを受ける者が犯人であることが相当程度に確かであることがあり得るかもしれない。しかし、この相当程度に確かかどうかを拷問を行うに当たって判断するのは、捜査官憲である。日本国憲法は、ある者が犯人であるという結論を下す権限である司法権を、裁判官のみに委ね

た⁽³⁸⁾。さらに、逮捕のための令状も、排他的に裁判官のみが発することができる (33 条)。捜査官憲に与えられた権限は、疑わしい者を裁判官の審査に服させることまでである。捜査官憲が、犯人であることを前提にして、極めて強度の基本権侵害である拷問を行うことは、近代法の原則に反する。したがって、これらの理由から、日本国憲法において、拷問の絶対的禁止を相対化する解釈はとりえない。

憲法 36 条の規定の位置は、一連の被疑者、被告人の権利規定の中にある。このため — 警察法の領域とは区別された — 狭い意味での刑事法領域にのみ適用されると解する余地があるとする見方もあるかもしれない⁽³⁹⁾。しかし、そのように犯罪捜査や刑事裁判という目的に限定して解するのは適当ではない。ドイツの通説がそのような限定を認めないのと同様に、日本のこの規定も警察法の領域にも適用があると解するべきである。これはたとえば、最高裁が、憲法 31 条、35 条、38 条 1 項について行政手続にも適用されることを認めていることが裏付けとなろう⁽⁴⁰⁾。また、歴史上、犯罪捜査を名目としてたとえば思想弾圧のために拷問が行われたことも忘れてはならないであろう。また、この規定では拷問を行う主体は「公務員」となっているが、これには裁判、検察、警察の公務員と解する説と、とくに限定を設けない説とがある。たとえば、国税調査でも拷問は認めるべきではないと考えられるので、行政手続にも適用されると考えるのであれば、裁判、検察、警察の公務員に限定する理由はないであろう。もちろん、いずれの説によっても警察官による拷問が許されないのはいうまでもない。

b) 憲法 38 条 2 項の手続法的禁止

では、拷問によって得られた自白を証拠として用いることを禁止する憲法 38 条 2 項については、どのように考えるべきであろうか。この規定は、36 条とは異なり、「絶対に」という文言はない。そうすると、例外的に証拠として用いることのできる場合を許容しうるのであるだろうか。証拠の収集手続きが違法であれば、直ちに証拠能力が否定さ

れるという立場であれば、結論は単純である。この点、最高裁は、証拠入手の手続きの違法と証拠能力とを区別し、手続き上の違法があっても証拠能力を認める余地があるとしている⁽⁴¹⁾。そうすると、38条2項についても例外を認めうるかを検討する必要がある。しかし、このような例外は否定するべきである。というのは、実体法上拷問が絶対的に禁止されていても、手続法上証拠として採用される可能性が残されていれば、結局、取調での供述の強要は排除できないからである。実体法上の禁止は、手続法によって補強されなければならない⁽⁴²⁾。事案の解明に熱心な捜査官憲であれば、自らが処罰されることのリスクを冒してでも、証拠を得ようとする。つまり、犯人と「刺し違えてでも」有罪を立証しようとする危険は否定できない。これでは、拷問の禁止が十分に実効性を有するとはいえない。実体法と手続法とが一体となって拷問を禁止しなければならない。したがって、拷問の結果得られた供述を証拠として用いることも、例外なしに禁止するべきである。

Ⅲ. 日独の比較と拷問禁止の絶対性の実効化について

1. 比較の結果

ドイツと日本における、上述した拷問禁止の考え方について、整理してみよう。この整理のための視点として、ここでは、ゲフゲン事件の欧州人権裁判所の判例を参考にすることにする。

a) 欧州人権裁判所の基準

欧州人権裁判所は、国家による欧州人権条約3条の人権侵害の犠牲者該当性の喪失 (Wegfall der Opfereigenschaft) の問題を検討するにあたって、拷問禁止条項が守られているといえるかの判断基準を示している。すなわち、①国家が3条に違反する実務行為を処罰する刑法を制定していること、②国家がその刑法規定を実際に適用し、条約に違反した者を特定し責任を追究していること、③拷問によって得られた証拠が裁判で単に採用されないのみならず、採用されないことが実質的に

効果を有していることである⁽⁴³⁾。

b) 基準の当てはめ

まず、ドイツ基本法も日本国憲法も、拷問を禁止する規定を有している (基本法1条1項、104条1項2文、日本国憲法36条)。ただ、日本とは異なって、ドイツには禁止の「絶対性」を明文で定める規定はなく、1条1項の「不可侵」が解釈上の手がかりとなっている。また、両国ともに拷問を行った公務員を処罰する刑法規定も定めている (ドイツ刑法240条、357条、日本国刑法195条、196条)。欧州人権裁判所の基準①は、いずれの国においても満たされている。次に、ドイツは、ダシュナーおよびEに対して有罪判決を出すことで、刑罰法規を実際に適用し責任を追究した。日本は、「踏み字」事件で、やはり有罪判決を出している。したがって、基準②も満たされている。さらに、拷問の結果得られた供述を証拠として採用できないとする③の基準も、ドイツ、日本ともに、規定上は満たされている。実務上でもドイツは、ゲフゲンの裁判において、この規定が貫徹された。日本では、具体的な事件はみられないが、解釈上の結論からみて、満たされると考えてよいであろう。

このようにみると、両国において、拷問は、法の規定の仕方などに若干の違いはあるものの、厳格に禁止されているということができよう。

2. 実効化のために

このように、ドイツも日本も、拷問は、欧州人権裁判所の基準に照らして、法規範の観点からも、憲法理論の観点からも、実務の観点からも厳格に禁じられている。それにもかかわらず、両国で、現に取調べで拷問が問題となった。そこで、ここでは拷問禁止をより徹底させるために、二つの観点から試論的に検討してみたい。

a) 取調べの監視

取調べは、裁判とは異なり密室で行われる。このために、第三者によるチェックが働かず、拷問などの不適切な取調べが行われるとされる。ドイ

ツと日本の法制度で、これに対処するものとして設けられているのは、拷問などをを用いた取調べによって得られた証拠の証拠能力の否定と、取り調べた捜査官憲に対する責任の追及という事後的な制度である。拷問禁止をより確実なものとするためには、取調べと同時に機能する抑制手段を検討することも無意味ではないであろう。日本では、現在、そのような手段としての意味ももつものとして、取調べ過程の録音録画（「取調べの可視化」）制度の導入が検討され始めている⁽⁴⁴⁾。もっとも、政府での議論は始まったばかりなので、具体的にどのような制度になるかは明らかでない。また、実務家や研究者の間でも意見は分かれている⁽⁴⁵⁾。しかし、録音録画によって取調べが監視されるというのは、拷問を含む不当な取調べを抑止することに寄与すると考えられる。というのは、一つには、録音録画されているということが、取調べを行う公務員に対して、心理的な抑止効果を及ぼすと期待できるからである。また、取調べを受けた被疑者が、拷問を受けたことを裁判で主張するときに、従来は密室で取り調べられたために——しばしば水掛け論になるなど——立証が困難であったが、録音録画を再生することで立証が容易になる（取調べた側が、適正な取調べであったと立証することも容易になる）。録音録画の対象となる取調べの範囲、録音録画された内容を裁判で審理する場合に公開に適さない部分の扱い方（法廷の非公開、イン・カメラ（in camera）審理の可否）など、導入に当たって検討すべき課題は多い。しかし、拷問禁止をより実効的なものとするためには、このような取調べの監視を導入することも意味があるであろう。

b) 拷問の定義

これまで、本稿では、拷問の定義を検討することはしなかった。文献では、ドイツでも日本でも、拷問は、抽象的に、供述を得るために精神的、肉体的に苦痛を与えるものとされている。苦痛の程度がどの程度であれば拷問となるのか、あるいは拷問に至らない程度であれば直接的な強制も取調べの方法として許されるのかなどは、必ずしもはっ

きりとしていない⁽⁴⁶⁾。

ここには、拷問禁止の実効化との関係で無視しえない問題がある。拷問を定義して明らかにすることは、拷問に当たらない取調べを明らかにすることでもある。定義の仕方と禁止の絶対性の関係は、日本では、たとえば検閲の禁止について問題となっている⁽⁴⁷⁾。最高裁は、公権力による表現の事前抑制のうち、憲法が明文で禁止する検閲は例外なしに許されないとしたうえで、検閲の概念を極めて厳格に——つまり検閲の範囲を狭く——定義した。この結果、公権力、とりわけ行政の行う表現の事前抑制の相当のものが検閲でないことになり、公共の福祉を理由に合憲と判断されることになった。つまり「判例・多数説は、検閲禁止の憲法的意味を『絶対的禁止』ととらえて強化するが、その結果、検閲禁止の法理が実際に妥当する事例は極端に狭められ、実際の憲法訴訟で『検閲禁止』違反が宣言されることはほとんどなくなっている。このような検閲概念の設定は、検閲禁止の規範力を実際に失わせてしまうという意味で不当である」⁽⁴⁸⁾と指摘されるような問題があるのである。同様のことは、拷問についても考えられる。つまり、拷問の定義を操作することで、一定の取調べの強制方法を予め拷問に該当しないようにし、これによって絶対禁止の対象からはずすのである。この操作に当たっては、人間の尊厳相対化論が行ったような利益衡量も行われるであろう。拷問の定義をする際にあらかじめ衡量を行う、つまり定義付け衡量がなされる。そうすると、禁止の絶対化は維持し、そこでは衡量を排除したとしても、結局、定義の段階で衡量が入り込んでしまうのである⁽⁴⁹⁾。つまり、拷問を厳密に定義すればするほど、禁止の絶対性がより相対化してしまう危険がある。しかし、検閲の場合とは異なり、拷問は憲法 36 条が明文で「絶対に」禁じているから、すでにみたように禁止を相対化してとらえることはできない⁽⁵⁰⁾。こう考えると、むしろ抽象的な定義にとどめておくことには、それなりの理由があるともいえよう。

おわりに

拷問の禁止は、ドイツにおいても日本においても絶対的なものと法規範において定められ、また法解釈や実践においてもそのように理解されている。そして、これを堅持していくべきであるというのが、両国に共通する認識といてよいであろう。しかし、人間の尊厳相対化論のような理論の面でも、現実に拷問が行われてしまったという実践の面でも、さらに検討する必要のあることも事実である。これに対する方策として、取調べの監視や拷問の定義のあり方などは、可能性を示唆するにとどまった。今後の課題として、さらに考察を深めていきたい。

〔付記〕 本研究は、平成22年度—24年度日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)による研究成果の一部である。

《注》

- (1) Vgl. z. B. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 2007, Rn. 558a. Jarass/Pieroth, GG, 2009, Art. 1, Rn. 19 und Art. 104, Rn. 9. Sachs, GG, Art. 1, Rn. 20. 基本法1条1項「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することは、すべての国家権力の義務である。」同104条1項2文「抑留〔又は拘禁〕されている者は、精神的にも肉体的にも虐待されてはならない」(訳文は、高田、初宿編訳『ドイツ憲法集(第5版)』信山社によった)。
- (2) Brugger, Würde gegen Würde, VBIBW 10/1995, S. 414f., ders, Würde gegen Würde – Lösung des Fallbeispiels, VBIBW 11/1995, S. 446ff. (Lösung), ders, Darf der Staat ausnahmsweise foltern?, DSt 1996, S. 68ff. (Staat), ders, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?, JZ 4/2000, S. 165ff. なお、彼の問題意識は、ルーマンの問題提起によるものであるとの指摘がある(Poscher, Die Würde des Menschen ist unantastbar, JZ 2004, 756 (757), Lamprecht, Darf der Staat foltern, um Leben zu retten?, 2009, 67ff.)。
- (3) 誘拐犯であるゲフゲン(Gäfgen)に誘拐の犠牲者の居場所を供述させようとして拷問を行った

フランクフルト警察副署長ダシュナー(Daschner)およびその部下の警察官Eの刑事責任が問われた裁判は、LG Frankfurt a. M. Urt. v. 20. Dez. 2004, NJW 2005, S. 692。ゲフゲンの刑事責任が問われた裁判は、LG Frankfurt a. M. Urt. v. 28. Jul. 2003, BGH Beschl. v. 21. Mai 2004。ゲフゲンは、これらの判決に対して憲法異議を提起したが、連邦憲法裁判所の部会決定により受理されなかった(BVerfG, Kammbeschl. v. 14. Dez. 2004, NJW 2005, S. 656)。このため、ゲフゲンは、さらに欧州人権裁判所に異議を申し立てたが、退けられた(EGMR, Urt. v. 30. Juni 2008, EuGRZ 2008, S. 466)。事件の経緯については、各裁判所の事実認定の他、たとえば、Anders, Aktuelles Forum – Die Diskussion zur rechtlichen Zulässigkeit staatlicher Folter in Ausnahmesituationen, in Goerlich (hrsg.), Staatliche Folter Heiligt der Zweck die Mittel?, 2007, S. 13ff, Lamprecht, Fußn. 2, 20ff. を参照。

- (4) 被疑者は、結局、嫌疑不十分で不起訴となった。その後、2004年に、被疑者は、鹿児島県に対して損害賠償を求めて訴えを提起し、2007年1月に鹿児島地方裁判所は訴えを認めた(鹿児島地判2007. 1. 18判時1977. 120)。また、捜査官は、特別公務員暴行陵虐罪(刑法195条1項)で、有罪判決を受けた(福岡地方裁判所2008. 3. 18, 福岡高等裁判所2008. 9. 9判例集未登載)。
- (5) 玉蟲由樹「人間の尊厳と拷問の禁止」上智法学論集52巻1・2号225頁以下。玉蟲は、人間の尊厳の相対化の問題として拷問の絶対的禁止の相対化を考察する。彼は、ブルッガーのほか、ヴィットレック(Wittreck)、ゲッツ(Götz)のとなえる救助のための拷問容認論、ヘルデーゲン(Herdeggen)らの人間の尊厳相対化論を紹介している。しかし、日本国憲法のもとで、これらの議論を受け入れることの許否については、論じていない。なお、刑法の観点から救助のための拷問を考察するものとして、飯島暢「救助のための拷問の刑法上の正当化について——ドイツにおける議論を中心に——」香川法学29巻3・4号45頁以下。飯島は、ブルッガーの他、刑法レベルで救助のための拷問を正当化する文献として、イエロウシェク(Jerouschek)、エルブ(Erb)を紹介する。そして、これらを参考に、さらにカント哲学をも踏まえて考察し、救助のための拷問を容認する。そして、日本国憲法36条については、制限的な解釈が必要になると指摘する(95頁注(133))。なお、川又伸彦「人命救助のためなら拷問も？」埼

- 玉新聞 2010 年 10 月 15 日。
- (6) 欧州人権条約 3 条「何人も、拷問または非人道的なもしくは品位を傷つける取扱いもしくは刑罰を受けない」(訳文は、戸波、北村、建石、小畑、江島編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』2008 によった)。
- (7) Schenke, Fußn. 2.
- (8) この問題をめぐっては、数多くの文献がある。学説の状況を概観するには、たとえば Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 2009, §10, Rn. 63 を参照。ここで取り上げるブルッガーとシュタルクとは、相対化肯定説の代表とされている (Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 2010, §8 Rn. 382)。
- (9) Brugger, Fußn. 5. 本稿では、最初の論文である Lösung によって彼の見解を紹介する。なお、ブルッガーの主張の骨子は、すでに玉蟲(注(4))によって日本でも紹介されている。
- (10) Brugger, Fußn. 5, Lösung S. 448.
- (11) Brugger, Fußn. 5, Lösung S. 449.
- (12) Brugger, Fußn. 5, Lösung S. 450.
- (13) Brugger, ebd.
- (14) Brugger, Fußn. 5, Lösung S. 451.
- (15) 欧州人権条約 15 条 1 項「戦争その他の国民の生存を脅かす公の緊急事態の場合には、いずれの締約国も、事態の緊急性が真に必要な限度において、この条約に基づく義務を免脱する措置をとることができる。……」2 項「前項の規定は、第 2 条……、第 3 条……の規定からのいかなる免脱も認めるものではない」。
- (16) 欧州人権条約 2 条 2 項「生命の剥奪は、それが次の目的のために絶対に必要な、力の行使の結果であるときは、本条に違反しておこなわれたものとみなされない。(a)不法な暴力から人を守るため」。
- (17) Brugger, Fußn. 5, Lösung S. 452.
- (18) 玉蟲も同様に、ブルッガーは「いわば『よき意図』による拷問の手段の使用を正当化し、その意味で人間の尊厳保障をも相対化させている」と評価する (玉蟲 (注(4)) 239 頁)。
- (19) Starck, in v. Mangoldt, Klein, Starck, GG, 2005, Art. 1 Abs. 1, Rn. 79. シュタルクは、衡量が犠牲者の保護を優先する結論となる点については、とくに理由を示さずに、注でブルッガーの文献をあげている。
- (20) Schenke, Fußn. 2, Rn. 558a.
- (21) Schenke, Fußn. 2, Rn. 562.
- (22) Enders, Der Staat in Not, DÖV 2007, S. 1039ff. (1041).
- (23) Herdegen, in Maunz/Dürig, GG, 2005, Art. 1 Abs. 1 Rn. 43. ヘアデゲンについて詳細は、玉蟲(注(4)) 248 頁以下およびそこに挙げてある文献を参照。なお、本稿では、人間の尊厳の一般論には立ち入らない。
- (24) Herdegen, Fußn 23, Art. 1 Abs. 1 Rn. 45. もっとも、彼が完全に救助のための拷問を排除しているのか、必ずしも明確ではないという指摘もある (玉蟲 (注(4)) 250 頁)。
- (25) Pieroth/Schlink, Fußn. 8 ebd.
- (26) Gebauer, Zur Grundlage des absoluten Folterverbots, NVwZ 2004, S. 1405 (1408f.).
- (27) LG Frankfurt, Fußn. 4, NJW 2005, S. 693f.
- (28) BVerfG, Fußn. 4, NJW 2005, S. 657.
- (29) EGMR, Fußn. 4, S. 471 Rn. 63.
- (30) 洪谷秀樹『憲法』2007, 219 頁。もっとも、「無関心でも無頓着でもあったわけではない」とするものもある (大石眞「憲法的刑事手続」大石・石川編『憲法の争点』2008, 158 頁)。
- (31) 最大判 1948. 7. 29. 刑集 2 卷 9 号 1012 頁。判例は、この理由として、①公判廷では被告人は強制、拷問等を受けず自由に供述すること、②黙秘権が保障されているから自己の意に反してまで軽々しく自白するようなことは想定できないこと、③被告人が虚偽の自白をしたときは弁護人が尋問によって訂正できること、④裁判官は、供述のときの被告人の顔色や態度などから、自白が真実であるか判断できること、⑤裁判官は、公判廷の自白について十分に尋問ができることを挙げる。学説の多数は、この結論に反対し、刑事訴訟法 319 条 2 項は憲法の趣旨を確認する規定であると解している。
- (32) 319 条 3 項は、起訴された犯罪について被告人が自ら有罪であることを認める供述も含むと定める。ここには、ドイツ刑事訴訟法 136a 条 3 項の趣旨も含まれるといえる。
- (33) 杉原泰雄「人身の自由」芦部信喜編著『憲法Ⅲ人権(2)』1981, 85 頁以下, 181 頁。
- (34) 杉原 (注(33)) 95 頁, 113 頁以下。また、憲法は人身の「自由を公共の福祉により制約せざるを得ない場合に、自由の制約としての身体拘束が『不当』とならないために最低限必要な条件を列挙するというアプローチをとった」というのも同じ趣旨とみることができ (高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第 2 版』2010, 251 頁)。
- (35) 杉原 (注(33)) 114 頁。なお、杉原は、憲法があらかじめ衡量に決着をつけているとする考え方については、尾吹善人、憲法 (学説判例事典 1)

- 230頁(1970)に依拠している。
- (36) これは、郵便不正事件にみられるように、捜査官憲があらかじめ事件のストーリーを想定し、それに適合する供述を強要したことが問題となっている日本では、とくに強調しておく必要がある。
- (37) 杉原(注(33))114頁。
- (38) 憲法76条1項は「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する」と定める。「すべて」とは、裁判所以外に司法権を行使しえないことを意味する。2項の特別裁判所の禁止はこれを裏付ける。また、憲法32条の保障する裁判を受ける権利のゆえに、有罪と判断されるには裁判を経なければならないということについても、学説上異論はない。
- (39) 日本の憲法学の文献でそのような主張がなされているわけではない。ドイツの議論を受けての仮説である。日本では、これまでこの問題を意識的に論じているものは、管見する限り見当たらない。
- (40) 最大判昭1972.11.22刑集26巻9号554頁、最大判1992.7.1民集46巻5号437頁。また、このことを拷問について指摘する学説として、たとえば、杉原(注(33))184頁、浦田一郎「(4)拷問・残虐刑の禁止」杉原編『新版 体系憲法事典』2008, 590頁がある。
- (41) 最判1978.9.7刑集32巻6号1672頁。判決によれば、証拠物の押収等の手続に重大な違法があって、その証拠を許容することが将来の違法な捜査の抑制の見地からして相当でないときは、証拠として採用することができない。
- (42) Vgl. Kawamata, Verfahrensrechtlicher Schutz des Persönlichkeitsrechts, in Kunig/Nagata (hrsg.), Persönlichkeitsrechtsschutz und Eigentumsfreiheit in Japan und Deutschland 2009, S. 105ff.
- (43) EGMR, Fußn. 4, S. 473 Rn. 76.
- (44) 法務大臣の私的諮問機関として設けられた「検察の在り方検討会議」は、2011年3月31日に「検察の再生に向けて」という提言をまとめ、江田五月法務大臣に提出した。江田大臣は、これに基づいて法制審議会に諮問する方針を決めた(朝日新聞2011年4月6日)。もっとも、提言では、取調べの全過程の可視化を検討対象とするよう求めるにとどまっている。
- (45) この議論は、どちらかという実務家の議論が先行してきた。取調べの可視化を論じる文献は、枚挙にいとまがない。さしあたり、たとえば、小坂井久「『取調べ可視化』論の現在(1)~(6)」大阪弁護士会刑事弁護委員会刑弁情報11号~17号(1995~1998)、同「刑事司法改革と可視化」法時76巻10号(2004)52頁、同『取調べ可視化論の現在』2009、佐藤文哉「裁判員裁判にふさわしい証拠調べと合議について」判タ1110号(2003)4頁、本江威熹「取調べの録音・録画記録制度について」判タ1116号(2003)4頁、吉丸眞「録音録画記録制度について(上)(下)」判時1913号~1914号(2006)。このほか、研究者のものとしては、たとえば、渡辺修「被疑者取調べの録画/『可視化』原理と『包括的防御権』」季刊刑事弁護39号(2004)105頁、加藤康榮「取調べの有用性と任意性立証——録音・録画記録制度の是非——」日本大学法科大学院法務研究3号(2007)81頁、青木孝之「取調べ可視化論の整理と検討」琉大法学81号(2009)41頁、中島洋樹「取調べの録画の現状と課題(1)」香川法学29巻1号(2010)73頁。
- (46) 拷問に至らない程度の強制を肯定するものとして、たとえばHufen, Fußn. 8を参照。また、ドイツにおいて拷問の定義を検討するものとして、たとえば、Lamprecht, Fußn. 2, 82ff., Adam, Gefahrenabwehr und Menschenwürde im Lichte des Unabwägbarkeitsdogmas des Art. 1 Abs. 1 GG, 2008, 34ff.。しかし、いずれも定義の仕方と禁止の実効性の関係は論じていない。
- (47) 憲法18条の「苦役」についても、同様の問題がありうる。
- (48) 戸波江二「検閲概念の再検討」高見、岡田、常本編『日本国憲法解釈の再検討』2004, 163頁。また、戸波は、判例の検閲概念を前提にすると「比較衡量のアプローチによって禁止処分の合憲性・許容性が決定されるという判断に『絶対的な禁止』としての検閲概念を持ち出すことはできない」と指摘する(166頁)。
- (49) たとえば、定義上、救助のための拷問を外してしまうなどである。
- (50) このため、戸波が芦部説をもとに唱える機能的検閲概念のものの考え方が拷問にも応用できるかについては、今のところは結論を留保する。今後検討したいと思う。
- (2011年(平成23年)1月31日脱稿)
- * 本稿の趣旨は、本年10月にドイツで刊行されるWolf-Rüdiger Schenke教授70歳記念論文集に掲載される論文でも述べた。

《Summary》

Zur Absolutheit des Folterverbots
— eine verfassungsrechtsvergleichende Überlegung
des Folterverbots in Deutschland und Japan —

KAWAMATA Nobuhiko

Gegen die Absolutheit des Folterverbots wenden sich neuerdings einige Aufsätze in Deutschland, vor allem in Bezug auf die “Rettungsfolter”, obwohl nach der herrschenden Meinung und der Rechtsprechung das Folterverbot seit langem für ausnahmslos gehalten ist. Hauptgründe dieses Einwands sind, die Analogie der Rettungsfolter zu dem Rettungsschuß, das polizeirechtlich und verfassungsrechtlich erlaubt ist, und die verfassungsrechtliche Abwägung der Rechtsgüter zwischen den zu rettenden unschuldigen Personen und dem gefolterten Störer. Dieser Einwand führt zur Annahme der Folter. Aber diese Relativierung des Folterverbots ist von der herrschenden Meinung in Deutschland mit Recht stark kritisiert, weil das Rettungsschuß und die Rettungsfolter wesentlich verschieden sind, und diese Abwägung schon auf der Verfassungsebene durch Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG zugunsten des ausnahmslosen Verbots erledigt ist. Die Relativierung setzt weiter m. E. problematischerweise voraus, daß der Gefolterte der echte Täter ist, obwohl das verfassungsrechtliche Prinzip “nemo malus praesumitur” auch bei dem Ermittlungsverfahren streng gelten muß. In der japanischen Verfassung ist die Folter ausdrücklich im Art. 36 “absolut” verboten. Das heißt, die Relativierung des Folterverbots ist auch in Japan mit den oben erwähnten Gründen schon auf der Verfassungsebene ausgeschlossen.

Keywords: Abwägung, Beweisverbot, Beweiswürdigung, Brugger, Faires Verfahren, Folter, Menschenwürde, Rettungsfolter, Rettungsschuss