

翻 訳

## 国選弁護の現在<sup>(1)</sup>

### *David Herrmann, Aktuelles zur Pflichtverteidigung*

ダーヴィット・ヘルマン

加藤克佳＝辻本典央 [訳]

Übersetzer: *Katsuyoshi Kato / Norio Tsujimoto*

はじめに

#### I. 総論

#### II. 刑訴法140条1項4文が準用する141条3項4文の新規定

1. 刑訴法140条1項4号の適用範囲について
2. 任命の時点
3. 私選弁護人がすでにいる場合は任命なし
4. 国選弁護人の任命の管轄
5. 国選弁護人の選択

- (1) 事案1：被疑者・被告人が直ちに弁護人を指名した場合
- (2) 事案2：被疑者・被告人が即時に弁護人を任命することができない場合
- (3) 事案3：被疑者・被告人が弁護人を指名せず裁判所が独自に選択しなければならない場合

#### III. まとめ



---

(1) 本稿は、ドイツ弁護士組織の刑事法作業部会第27回秋季コロキウム（2010年11月19日・ミュンヘンで開催）における講演に基づいている。講演のスタイルは、一部で残っている。著者（*Dr. David Herrmann*）は、「Professor Herrmann & Kollegen」法律事務所のパートナー弁護士であり、刑事法及び医事法の専門弁護士でもある。

## はじめに

必要的弁護は、昨年〔2009年〕、大きな実践的意義を獲得した。まず、〔ドイツ弁護士〕報酬法が改正され、「国選弁護人（Pflichtverteidiger）」<sup>(2)</sup>は、より多くの報酬を得ることができるようになった<sup>(3)</sup>。これは、多くの場合にまだ不相応であるが、それでもなお、活動に見合った報酬を受ける機会を提供する。これにより、国選弁護の引受けは、弁護人にとって、経済的により一層多くの関心が持たれるものとなった。2010年1月初めから、未決勾留の執行と関連する必要的弁護人の任命の事例が、法律上新たに規定された。一般的には、任命が増えることが予測される。本稿は、この新たな法律状況を検討するものである。それは、新法の実践に向けての視点も提供する。

しばしば、必要的弁護も経済的な強制にさらされ、特に若い弁護士は簡単に屈してしまい、それゆえ裁判官の命令に服従している、との批判を耳にする<sup>(4)</sup>。現実を見ると、これは、完全に否定しきれものではない。弁護士の中でも、その職務について想定できないほどの自己理解にとらわれ

---

(2) 法律は、「国選弁護人」の用語を使用していない。「必要的弁護（notwendige Verteidigung）」又は「任命を受けた弁護人（bestellter bzw. beigeordneter Verteidiger）」と表現されている（刑事訴訟法〔刑訴法。StPO〕140条以下参照）。もっとも、「国選弁護人」という言葉は一般的な用語となっており、もはや別の言葉に変えることができないほど、通用している。ここでは、表現上の指摘にとどめる。

(3) これについて、他の文献の代わりに、*Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn 1270ff.; *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), RVG Straf- und Bußgeldsachen, 2. Aufl. 2007, S. 764ff. を参照。

(4) この点についてすでに、*Hilbers/Lam*, StraFo 2005, 70, 71; *Tielmann*, StraFo 2006, 358, 362; *Wenske*, NStZ 2010, 479, 481がある。

た、異端者がいる。依頼者と法廷で初めて顔を合わす、あるいは、文字通り「司法の一翼 (Teil der Justiz)」<sup>(5)</sup> であるといった弁護士について、しばしば報告されている。もちろん、裁判官の中にも、「自分の国選弁護人 (ihre Pflichtverteidiger)」を余分な費用がかからないとの基準で選抜する者もいる<sup>(6)</sup>。このような誤った展開が、刑事裁判所のいたるところで知られている (そして、弁護士、検察官、裁判官をも冷やかす) ジョーク——こちら又はそちらの国選弁護人にすでに「その法服の首飾りにあるピロードが膨らんでいる」——と結びつくと、返す言葉が見つからない。

しかし、それは、私を、法律状況がかつてはどうだったか、そして今はどうなったかの叙述を試みることへと誘うものである。特に、私は、刑訴法の新規定、特に未決勾留法の領域及び国選弁護人任命の実務における運用が、周知の誤解を解くものであるかについて、検討したいと思う。

## I. 総 論

必要的弁護の規定は、法治国家原理に端を発する<sup>(7)</sup>。それは、法律上列挙されているが、それを超える事案においても、判例で、被疑者・被告人

(5) 弁護士が独立かつ独自の司法機関であることについて、これ以上の説明は不要であろう (連邦弁護士法 [BRAO] 1条, 2条参照)。

(6) いずれにせよ3人又は4人のいわゆる「公的国選弁護人 (Amtspflichtverteidiger)」——意識的に偏頗があるとの批判に対処できるよう自分が押さえている——を自分のリストに抱えていると公言するような裁判官は、おおよそ陰険であると言わざるを得ない。

(7) 以下を見よ。BVerfGE 46, 202, 210=NJW 1978, 151; BVerfGE 63, 380 = NJW 1983, 1599; BVerfG NJW 1986, 767, 771; BVerfG NStZ 1998, 363. 以下も見よ。Joachim Herrmann, StV 1996, 396, 399; Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl. 2010, § 140 Rn 1; Wohlers, StV 2007, 376, 377. 同旨のものとして, ebenso Wenske, NStZ 2010, 479, 480がある。

の有効な弁護が保障されている。欧州人権裁判所 (EGMR)<sup>(8)</sup> は、「具体的かつ有効な (konkret und wirklich)」弁護と表現している。これにより、国選弁護は、公正な手続を求める被疑者・被告人の権利の一部をなす (欧州人権条約 [EMRK] 6条3項c準用の6条1項1文)<sup>(9)</sup>。

立法者は、2010年1月1日に施行された「未決勾留法を改正するための法律 (Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts)」<sup>(10)</sup> によって、特に、弁護士たちから長年にわたり再三提案されてきた要請<sup>(11)</sup> を、部分的に採用し、勾留事件に関して、弁護人の任命が必要的となる時点を前倒した。しかし、この改正が相当かつ十分なものであったかは、疑わしい。

以前は、未決勾留の事案における国選弁護人の任命は、法律上は、基本

---

(8) EGMR EuGRZ 80, 662; EGMR EuGRZ 1985, 234 = StV 1985, 441; BGHSt 46, 36, 44; *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl. 2010, Anh 4, MRK, Art. 6 Rn 20.

(9) 同旨のものとして、*Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 140 Rn 1. *Wenske* (NSTz 2010, 479, 480) は、さらに、これによって「法的素養がある弁護 (rechtskundige Verteidigung)」が保障されると述べている。もっとも、必要的弁護を求める権利は、自身に法的素養がある者にも存在する。〔この点につき、〕*Meyer-Goßner*, a.a.O.を参照。全体につき詳しくは、*Wohlers*, StV 2010, 151がある。

(10) 第16立法期の最後に、競合する法体系における分離の具体化が行われた (この点について、2006年8月28日の基本法改正のための法律 (BGBl I 2006, S. 2863ff.) 「連邦化」参照)。未決勾留法を改正するための法律は、2009年7月29日に可決された (BGBl I, S. 2274を参照。BT-Drucks 16/11444=BR Drucks 829/08も見よ)。

(11) 以下のみを参照。*Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn 1229 b; *Deckers*, StraFo 2006, 268ff., *ders.*, StraFo 2009, 441, 444; *Joachim Herrmann*, StV 1996, 396ff.; *Heydenreich*, StRR 2009, 444ff.; *Michalke*, NJW 2010, 17ff.; *Püschel*, StraFo 2009, 137f.; *Satzger*, Kurzfassung des Gutachtens für den 65. Deutschen Juristentag Bonn 2004, NJW Beilage zu Heft 27/2004. 詳しくは、*Schlothauer*, in: FS Samson, S. 709, 712f. である。*Teuter*, StV 2005, 235f.; *Wohlers*, StV 2010, 151ff. も見よ。

的に、被疑者・被告人が少なくとも3か月間未決勾留に付された場合、あるいは少なくとも公判開始の2週間前までに釈放されない場合に初めて、行われることとなっていた（刑事訴訟法〔刑法。StPO〕旧117条4項参照<sup>(2)</sup>）。しかし、この点については、すでに例外が存在していた：欧州人権条約6条3項dの意味での「負罪証人についての対審的な尋問を求める権利（Recht auf konfrontative Vernehmung von Belastungszeugen）」を実現するために、明らかな限りで、特に連邦通常裁判所（BGH）の刑事第1部<sup>(3)</sup>が、身体を拘束されている被疑者・被告人の権利を擁護するために、証拠保全に資する捜査判事による負罪証人の尋問に関して早期に国選弁護人が任命されなければならない、と判示していた<sup>(4)</sup>。

同じことは、すでに以前から、刑法140条の古い規定を超えて、重要な鑑定の見解聴取の事例<sup>(5)</sup>や、——すでに法律が改正される前から（！）

(2) すでに早くから法的には早期任命の機会が定められていたにもかかわらず、躊躇しがちな任命実務の法治国家的な悲劇について、詳細は、*Wohlers*, StV 2010, 151である。*Michalke*, NJW 2010, 17も見よ。

(3) さしあたりその当時の裁判長 *Gerhard Schäfer* の下で、そして現在の構成では再び制限的であるが、判例はいつも同じではなく、また変わることもある！

(4) BGH, Urt. v. 25.7.2000, 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93ff.=NJW 2000, 3503ff.=NStZ 2001, 212ff.=StV 2000, 593ff.=StraFo 2000, 12ff.=wistra 2000, 466ff.（「カイイジ [Kaiisi] 事件」）；BGH, Beschl. v. 27.1.2005, 1 StR 396/04, NStZ-RR 2006, 43ff.=StV 2005, 533f.=StraFo 2005, 425f.（「インゴルシュタットの弁護士が同席を放棄した」事件）。的確にもこれを強く批判する評釈として、*Wohlers*, StV 2005, 534f.（「一部の学説で熱狂的に支持される欧州人権裁判所判例の強い考慮からの過失による逃亡又は故意の回避」と理解せざるを得ない）；BGH, Beschl. v. 29.11.2007, 1 StR 493/06, BGHSt 51, 150ff.=HRRS 2007, Nr. 39=NJW 2007, 237ff.=StV 2006, 66ff.=StraFo 2007, 111ff.（「ミュンヘン市電」事件）。全体について詳細は、*David Herrmann*, Untersuchungshaft, Rn 75ff. である。*Wohlers*, StV 2010, 151も見よ。

(5) BGHSt 47, 233, 236 = StV 2002, 180; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 6.7.2009, 1 Ws 151/09. また、*Wohlers*, JR 2002, 294; *ders.*, StV 2010, 151, 152も見よ。

——未決勾留が命じられ、執行される事例に関して——記録閲覧権を実効的なものとし、被疑者・被告人が自身の身体拘束に対して実効的に防御できるようにするために<sup>(66)</sup>——、妥当していた。

すなわち、2010年1月1日の法律改正の前から、一部の判例は、時間という目印に意味を認め、公正手続の原則 (Grundsatz des fairen Verfahrens) の理解の変化からおのずと導かれる被疑者・被告人にとって有利な基準を、実践的に適用してきた。欧州人権裁判所は、このことを、以前から多くの裁判例において促してきた<sup>(67)</sup>。しかし、このような進んだ見方をしていたのは、一部の法律家だけであった<sup>(68)</sup>。裁判所及び検察の圧倒的多くの実務は、最近まで、全く別の恥ずべき見方を示していた。身体を拘束されている被疑者・被告人の権利保護のための国選弁護人の任命は、できる限り早く、ではなく、できる限り遅い時点で行われてきた、ということができよう<sup>(69)</sup>。

---

(66) 未決勾留が執行され、又は執行されていない場合の記録閲覧につき、詳細に述べる文献として、*David Herrmann*, Untersuchungshaft, Rn 360, 新たな法律状況について, *ders.*, StRR 2010, 4ff. がある。また, *Kempf*, StV 2001, 206ff. も見よ。最近の文献として, *Wohlers*, StV 2010, 151, 152, この点についてしばしば見落とされがちな裁判例として, AG Halberstadt StV 2004, 549ff.; LG Aschaffenburg StV 1997, 644ff. (未決勾留が執行されていない場合の記録閲覧について正当な見解); OLG Köln StV 1998, 269, 270がある。

(67) 特に, EGMR StV 1993, 283ff. (「ラミー [Lamy]」); NJW 2002, 2013ff. (「リッツォウ [Lietzow]」), 2015ff. (「シェップス [Schöps]」), 2018ff. (「ガルシア=アルヴァ [Garcia-Alva]」) を参照。これらにつき, *Bohnert*, GA 1995, 468ff.; *Kempf*, StV 2001, 206ff.; *ders.*, StraFo 2004, 299ff.; *Köllner*, StraFo 1996, 26ff.; *Schmitz*, wistra 1993, 319ff.; *Walischewski*, StV 2001, 243ff.; *Zieger*, StV 1993, 320, 322を見よ。

(68) 前掲注(67)及びそこで列挙された文献を参照。

(69) 同旨のものとして, *Michalke*, NJW 2010, 17; *Wohlers*, StV 2010, 151, 152 がある。

## II. 刑訴法140条1項4文が準用する141条3項4文の新規定

新法により、刑訴法140条1項4号において、被疑者・被告人に対し未決勾留（刑訴法112条，112条a）又は仮收容（刑訴法126条a，275条a第5項）が執行された場合も、必要的弁護の事案に当たることが、定められることとなった。

同条項によれば、執行開始後に遅滞なく、1人の<sup>20)</sup> 弁護人が任命されなければならない（刑訴法141条3項4号）。

すなわち、刑訴法140条1項4号による任命は、未決勾留が実際に執行された場合に限り認められている。勾留命令が宣告された直後に釈放される場合（刑訴法116条参照）、法律は、必要的弁護の事案に当たらない、とみている<sup>21)</sup>。しかし、この場合には、法律上別の任命事由に当たらないかを、審査しなければならない<sup>22)</sup>。

被疑者・被告人が未決勾留から釈放されるときは、弁護人の任命を取り消すことができる（刑訴法140条3項2文参照）。任命は、必要的弁護の別の基準（刑訴法140条）から要求される場合に限り、継続される<sup>23)</sup>。

連邦司法省の法律案では、刑訴法140条1項4号の規定は、もともと定められていなかった。欧州議会（Europarat）が、すでに2006年の時点で

<sup>20)</sup> 法律は「その（dem）」弁護人としている。

<sup>21)</sup> BT-Drucks 16/13097, S. 19. これにつき、*Heydenreich*, StRR 2009, 444ff.; *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 140 Rn 14; *Michalke*, NJW 2010, 17も見よ。

<sup>22)</sup> この点につき、*Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn 1229e も参照。

<sup>23)</sup> この点で詳細な文献として、*Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn 1229 i がある。

未決勾留に関するその推奨<sup>24)</sup>において、弁護人による補佐を受ける権利の意義を指摘し、対象者が自ら十分な資産を持たない場合には、この補佐は国家の負担で行われなければならないと強調していたにもかかわらず、ドイツの立法者は、残念ながら、法律に規定することはさしあたって必要でない、と考えていた。連邦下院法務委員会の推奨に基づいて初めて、この新規定の提案が法律案に採り入れられたのである<sup>25)</sup>。

新規定は、確かに、以前の法に比べて、被疑者・被告人の権利を明らかに改善するものである<sup>26)</sup>。しかし、それは、——いずれにせよ表面的には——被疑者・被告人に対し今後もその拘束が開始される時点での実効的な弁護を求める権利は与えられない、ということのように思わせる。なぜなら、任命は、未決勾留の執行の開始によって初めて、行われることとされているからである。一般的には、これは、未決勾留を命ずる裁判所決定の宣告によって必要的弁護人が任命されなければならない、つまり、未決勾留命令に関する裁判に付加しておかなければならない、と理解される。もっと早い時点で、被疑者・被告人は、通常、捜査機関だけでなく、裁判所からも事件について聴取を受ける。実務上は通常、仮拘束された者は弁護人の援助を受ける権利について教示を受けた後も<sup>27)</sup>、裁判所が弁護人を

---

24) 2006年9月27日付け閣僚委員会の構成国への推奨(Rec [2006] 13)は、未決勾留の適用、それが執行された場合の終了、濫用に対する保護措置を対象としていた。

25) BT-Drucks 16/13097, S. 19. これにつき、*Michalke*, NJW 2010, 17; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 4. Aufl. 2010, Rn 282も見よ。

26) 特に理論的にもそこで誤って規定されていた刑訴法(旧)117条4項の前の規定を参照(見出し語:「任命は、被疑者・被告人がまだ弁護人を持たず、少なくとも3か月間未決勾留に付されている限りで……」)。

27) これは、さしあたり、刑訴法163条a第3項が準用する136条1項2文により、引き続き引致の届け出——同時の検察官による勾留命令発付の申立て——の場合、又は、刑訴法114b条1項及び2項4号の特別規定により、すでに発付されている勾留命令に基づく留置の場合に、行われる。



任命する前に、弁護人の補佐を受けずに事件について供述をする、ということが示されている。法律上定められた任命の時点は、今もなお、そして刑訴法の改正にもかかわらず、遅すぎる（zu spät）ものと理解される。Wohlens<sup>28)</sup>は、正当にも、改正は「中途半端なまま（auf halbem Weg stecken geblieben）」であると述べている<sup>29)</sup>。

法律上不十分なものとされた被疑者・被告人の権利について、このような内容とすべき論拠は、説得的ではない。確かに、裁判所には、〔弁護人の〕選任を実施するために十分な時間が与えられなければならない、また、拘束された者が、自身に認められた弁護人の選択を常に速やかに行うとは限らない、ということはいえよう。しかし、なぜ、すでに勾留判事の前に引致されるまでの時間は、有効に利用されることがないのだろうか。すでに勾留命令が出されているか、又は検察官が新たに勾留の申立てを行わなければならないかにかかわらず、裁判所への引致までの間に（この間は、被疑者・被告人は、通常、警察の留置場で何もせず待つことになる）、被疑者・被告人には、弁護人へのアクセスを、一般的な助言を受ける権利としてだけでなく、勾留問題を解明するためにも可能とすることができるし、そうしなければならない。このような措置をとることは、被疑者・被告人が自身の信頼する弁護人を具体的に指名し、その弁護人が短期間に呼ばれ、任命を受けることができるという場合だけでなく、基本的に常に要求されるべきことである。なぜなら、勾留命令の宣告後に多くの事例で弁護人が刑訴法141条3項4文によって直ちに任命されているということは、統計

---

<sup>28)</sup> Ders., StV 2010, 151, 153.

<sup>29)</sup> 批判的見解として、Deckers, StraFo 2009, 441, 443f.; Heydenreich, StRR 2009, 444ff.; Michalke, NJW 2010, 17f.; Peters/Krawinkel, StRR 2011, 4ff.; Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, 4. Aufl. 2010, Rn 282ff.; Wenske, NStZ 2010, 479ff.; Wohlens, StV 2010, 151, 153がある。

的に証明されているからである。それでは、引致までの時間が有効に利用されていない理由は何か。拘束されている被疑者・被告人が自身の権利を実際に行使するか、あるいは後に初めて弁護人を指名するかは、司法の義務にあらかじめ影響を与えるというものではなく、また彼らが被疑者・被告人の権利行使を擁護すべき義務から解放するものでもないのである<sup>80)</sup>。

König と Weider は、鑑定人として、2009年4月22日の連邦下院法務委員会の意見聴取の場で、正当にも批判を挙げ、私が述べたような弁護人を呼ぶ義務の前倒しを要求した<sup>81)</sup>。それでもなお、形式的な考察と組織的な異議が、被疑者・被告人の権利及びその公正な手続への要求よりも優先されることになった理由は、納得がいかないままである。この点で、古い糺問主義の維持も、弁護人の関与を控えさせる役割を果たしたと主張することは、おそらく大胆すぎる定式化であろう。Weider は、法務委員会での確にも、後で任命されるにすぎないならば「子供はすでに井戸に落ちてしまっている」と指摘している<sup>82)</sup>。

## 1. 刑訴法140条1項4号の適用範囲について

刑訴法140条1項4号の明白な文言からは、未決勾留（刑訴法112条、112条a）とは別の事案、つまり、例えば公判勾留、保安拘禁、刑罰勾留、移送勾留に関しては、依然として刑訴法140条1項5号が適用される。これらの場合、弁護人の任命を受けるためには、被疑者・被告人は、少なくとも3か月間勾留又は収容されていなければならない。その違いは明白と言

---

<sup>80)</sup> 批判的見解として、*Michalke*, NJW 2010, 17; *Schlothauer/Weider*, StV 2004, 504, 516; *Wohlens*, StV 2010, 151, 153もある。

<sup>81)</sup> *Wohlens*, StV 2010, 151, 153での叙述を参照。この点について、*Michalke*, NJW 2010, 17がある。

<sup>82)</sup> *Schlothauer/Weider*, *Untersuchungshaft*, 4. Aufl. 2010, Rn 282; *Wohlens*, StV 2010, 151, 153を参照。

えず、被疑者・被告人の置かれた状況は、未決勾留の場合とで異ならない<sup>63)</sup>。

刑訴法140条1項4号は未決勾留が執行された手続に限られるか、又は被疑者・被告人に対して行われる別の手続においても適用されるべきかという問題について、裁判所は、異なる回答を示している。ザールブリュッケン地方裁判所<sup>64)</sup>は、狭い解釈をとるが、イツェホー地方裁判所<sup>65)</sup>は、未決勾留が執行されない手続にも本規定を適用している<sup>66)</sup>。後者の解釈によらないと、被疑者・被告人の権利は十分なものとならない。これは、支持すべきである。

## 2. 任命の時点

任命は、執行開始後に遅滞なく行われなければならない（刑訴法141条3項4文）。民法（BGB）121条の法的定義によるならば、このことは、国選弁護人は「過失による遅延なく（ohne schuldhaftes Zögern）」任命されなければならない、という意味である。しかし、それは、常に即時に行われなければならない、というわけではない。決定的であるのは、裁判所にとっての主観的な期待可能性である。裁判所には、「相当な時間的裁量（ein gewisser zeitlicher Spielraum）」<sup>67)</sup>が認められる。しかし、裁判所は、

<sup>63)</sup> BT-Drucks 16/13097, S. 19. 以下も見よ。Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn 1229c; Michalke, NJW 2010, 17; Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, 4. Aufl. 2010, Rn 284; Wohlers, StV 2010, 151, 152.

<sup>64)</sup> LG Saarbrücken StRR 2010, 308 mit Anm. Burhoff.

<sup>65)</sup> LG Itzehoe StRR 2010, 268 mit Anm. Burhoff=StV 2010, 562 mit Anm. Tachau.

<sup>66)</sup> 前述した裁判例と、言葉の意味、制定の経緯、規定の目的、法律の体系を手掛かりとした規定の解釈の詳細につき、Peters/Krawinkel, StRR 2011, 4ff. がある。

<sup>67)</sup> BT-Drucks 16/13097, S. 28.

できるだけ速やかに国選弁護人が任命されるように努力しなければならない。裁判官が少なくとも国選弁護人に連絡を取ることすら試みていない事例は、甘受することができない<sup>38)</sup>。

しかし、その時点とはいつか。*Deckers*<sup>39)</sup> は、未決勾留の執行は勾留状による拘束の事案ではすでに拘束によって始まっている、と主張する。なぜなら、この場合、刑訴法121条の6か月の期間は、拘束の日から算入されるからである。つまり、この場合、遅滞のない任命というためには、長い時間的間隔を置かず、即時に行われなければならない。被疑者・被告人は、すでに裁判所への引致に際して（刑訴法115条1項、2項参照）、弁護されていなければならない。*Schlothauer*<sup>40)</sup> も、同様の見解にみえる。もっとも、別の論者<sup>41)</sup> は、そのような見方を否定する。しかし、そのような論者が、特に *Schlothauer* によって非常に詳細に述べられた跡付け可能な論拠を否定しているのかどうかは、必ずしも明らかでない。それは、非常に形式的かつ組織的な異議に重点が置かれているものと思われる。ここでは、以下のような考察も重要である。

即時に任命する義務は、必要的である。理論的考察（後出）に加えて、被疑者・被告人は手続において固有の権利を備えた主体であるとの当然の

---

<sup>38)</sup> 全体について、*Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn 1229f.; *Heydenreich*, StRR 2009, 444, 446.

<sup>39)</sup> *Ders.*, StraFo 2009, 441, 443.

<sup>40)</sup> *Ders.*, in: *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 4. Aufl. 2010, Rn 298; *ders.*, in: FS für Samson, S. 709, 714ff. この点につき, LR-*Hilger*, StPO, 26. Aufl., §121 Rn 13; *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl. 2010, §121 Rn 4 も見よ。

<sup>41)</sup> *Bittmann*, NStZ 2010, 15; *Heydenreich*, StRR 2009, 444, 445; *Meyer-Goßner*, StPO 53. Aufl. 2010, §141 Rn 3 a (a.E.); *Weider*, in: *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 4. Auflage 2010, Rn 300; *Wohlers*, StV 2010, 151, 152. また, OLG Düsseldorf StV 2010, 350 も見よ。

理解と、その実践的な運用は、しかるべき保護を要請する。被疑者・被告人が——それが日常でもあったように——弁護人のいないまま検察官又は捜査判事から尋問を受け、勾留問題について裁判される、といったことは許されない<sup>42)</sup>。被疑者・被告人に属する選択権は、——即時に行使しないときは——第2段階で引き続き行使することができる。そして、しばしば重点が置かれる弁護人への信頼<sup>43)</sup>は、この拘束後の切迫した場面では、せいぜい出発点を形成することしかできず、後に初めて確認されなければならないものである。*Schlothauer*<sup>44)</sup>は、自身の考察を、被疑者・被告人に確実に「最初の援助 (erste Hilfe)」として任命される「緊急弁護人 (Notverteidiger)」の交代を容易に認めるということによって、まとめている。それは、有効かつ相当である。これにより、他の多くの論者ら<sup>45)</sup>がいう危惧——被疑者・被告人は弁護人を押し付けられ、彼自身はもはやそれを解消できない——に対処することができる。

すべてにおいて、次のことを見落としてはならない。すなわち、依頼を最後まで遂行することは、被疑者・被告人の権利であって、弁護士の願望

42) 同様の見解として、*Schlothauer*, in: *Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft*, 4. Aufl. 2010, Rn 298がある。*Heydenreich*, StRR 2009, 444, 445も見よ。

43) 以下を見よ。*Bittmann*, NStZ 2010, 15; *Heydenreich*, StRR 2009, 444, 445; *Weider*, in: *Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft*, 4. Aufl. 2010, Rn 300; *Wohlers*, StV 2010, 151, 152.

44) *Ders.*, in: *Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft*, 4. Aufl. 2010, Rn 299; *ders.*, in: FS für Samson, S. 709, 715; 2009年7月29日付け未決勾留法改正のための法律の形式における、刑訴法140条1項4号、141条3項4文による弁護人を任命する実務に対する提言の提言Ⅲ (BRAK-Stellungnahme 16/2010。例えば、BRAK-Mitt. 2010, 201ff. 以下で公表されている)を参照。

45) 例えば、*Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn 1229i; *Heydenreich*, StRR 2009, 444, 445を参照。「押しつけられた弁護人 (aufgezwungener Verteidiger)」の問題についてすでに、*Joachim Herrmann*, StV 1996, 396ff. がある。

ではないということである。

中間結果としてまとめると、法律の文言上、「緊急弁護士」は、勾留状の事案では、被疑者・被告人から事前に指名されることはなく、裁判所より即時に任命されなければならない<sup>(46)</sup>。そのための十分な時間は存在する。引致は、多くの場合、身体拘束の翌日に初めて行われる（刑法115条2項参照）。そのような限定的な弁護人の任命は、刑法で他の箇所にも見られる。例えば、略式手続では、弁護士任命の機会は、単に一定の手続段階——通説によると、公判まで——のみが刑法408条bに定められている<sup>(47)</sup>。同じく、被害者の権利強化にもかかわらず、証人補佐人の任命は、公判尋問に関してしか妥当しない<sup>(48)</sup>。

しかし、これが勾留状による命令発付後の勾留の拘束と執行の場合に認められるべきであるならば、それは、引き続き引致と勾留命令の申立てが伴う仮拘束の場合にも、等しく妥当しなければならない。ここで、被疑者・被告人の地位が後者の場合に悪くてよいとする理由は、明らかではない。双方とも、被疑者・被告人にとっては、その拘束が問題となっている。被疑者・被告人にとって、その訴訟上の心理状態は等しい。

結論として、法律文言の適切な解釈と、そしてなおのこと被疑者・被告

---

(46) 弁護人の選択については、後に詳論する。

(47) 争いがある！ 一部では、弁護人の任命は略式手続だけでなく、命令に対する異議が申し立てられた場合の公判にもその効力を持つ、と主張されている（OLG Köln StV 2010, 68; *Böcher/Mayer*, NStZ 1993, 156; *Siegismund/Wickern*, wistra 1993, 91）。しかし、支配的見解は、公判までの制限的な任命であると考えている（OLG Düsseldorf NStZ 2002, 390; AG Höxter NJW 1994, 2842; *Hohendorf*, MDR 1993, 508; *Lutz*, NStZ 1998, 395f.; *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 408b Rn 6）。全体について、*Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn 1214 も見よ。

(48) 全体について、*Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn 2063ff. がある。

人の権利を考慮すれば、即時の任命は、事件についての最初の尋問までに行わなければならない。未決勾留命令の質問は、弁護士による補佐なく行うことができず、また許されないのである。

### 3. 私選弁護人がすでにいる場合は任命なし

国選弁護人の任命は、被疑者・被告人がまだ弁護士に依頼していない場合に限り、行わなければならない。刑訴法141条1項では、刑訴法140条1項4号の規定が、明示で言及されていない。しかし、そのことから、弁護人のいる被疑者・被告人には付加的に国選弁護人を押し付けることができる、又はそうしなければならないと、理解することはできない<sup>49)</sup>。

### 4. 国選弁護人の任命の管轄

弁護人の任命に関して、刑訴法126条又は275条a第5項により管轄のある裁判所が裁判する（刑訴法141条4項後段）。公訴提起前は、捜査判事が管轄を持つ（刑訴法126条1項<sup>50)</sup>。手続が裁判所に係属しているときは、その裁判所の裁判長が裁判する（刑訴法126条2項1文）。上告審では、その判決に異議を唱えられた裁判所が、依然として管轄を持つ（刑訴法126条2項2文）。

被疑者・被告人が直近の地区裁判所（刑訴法115条a第1項）に引致され、その裁判所が勾留命令を宣告するときも、任命に関する裁判は、刑訴法126条により管轄を持つ裁判所が権限を持つ<sup>51)</sup>。その場合、直近の裁判官は、

49) 被疑者・被告人の自己決定権について、すでに *Joachim Herrmann*, StV 1996, 396ff. がある。*Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 4. Aufl. 2010, Rn 283も見よ。

50) 旧法によると、この場合も、後に（推定的に）管轄を持つ裁判所が、裁判をすることになっていた。少なくともこの点に伴う弁護人任命にあたっての時間的なコストは、新規定によって生じないこととなった。

51) 詳細について、*Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 4. Aufl. 2010, Rn 7

事件について管轄を持つ裁判官による国選弁護人の任命に関して、配慮をしなければならない。ここでも、直近裁判所が勾留命令の発付及びそこで  
の被疑者・被告人尋問に関してのみ「緊急弁護人」を任命することが、適切であろう。なぜなら、被疑者・被告人は、勾留命令発付後は、通常の場合、本来の裁判地に移されるからである。多くの場合、直近裁判所から任命された弁護人がその後に管轄のある裁判所でも受任を継続することが困難であるのは、明らかなことである。

## 5. 国選弁護人の選択

未決勾留執行後の国選弁護人の任命に関して、特別の手続は定められていない。一般的な規定が適用される。しかし、あるいはそのことから、〔ここで〕要求されている「遅滞のない任命 (unverzügliche Beiordnung)」については、多くの法律上及び事実上の問題が、特に弁護人の選択 (刑法142条) に関して生ずる。

弁護人の選択は、以前から、この制度における中心的批判点の1つであった。多くの者が知るように、裁判官が「扱いやすい (pflegeleicht)」  
弁護人を任命する、あるいは、裁判所に対する誤って理解された忠誠心から、弁護人が、依頼者を弁護するのではなく裏切る、といった事例が報告されている<sup>52)</sup>。Burnhoff<sup>53)</sup> は、この関係で、彼がまだ刑事部の裁判官であった当時、裁判所に任命された若い国選弁護人が判決宣告の後で裁判官に近

---

∟286 und Rn 352ff. がある。

<sup>52)</sup> *Burnhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn 1189; *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl. 2005, Rn 148; *Hilbers/Lam*, StraFo 2005, 70, 71; *Müller*, StV 1981, 570; *Münchhalffen*, StraFo 1997, 230, 232; *Schlothauer*, StV 1981 443; *Thielmann*, StraFo 2006, 358ff.; *Wohlens*, StV 2010, 151, 152.

<sup>53)</sup> *Ders.*, StraFo 2008, 62ff.



寄り、「これでよかったですか?」と尋ねたというような事例を報告している。

実務における適切かつ相当な選択の要求に応えるために、以下に挙げる相当数の刑事弁護人の連合体が推薦を述べている。

- ・ドイツ弁護士組織の刑事法委員会と刑事法作業部会<sup>54)</sup>
- ・11の州からなる刑事弁護人組織とケルン弁護士組織の刑事法委員会との共同<sup>55)</sup>
- ・連邦弁護士会刑事法委員会<sup>56)</sup>

推奨の内容は、ここで完全に再現することはできないが、その提案は、以下のようにまとめることができる。

(1) 事案1：被疑者・被告人が直ちに弁護人を指名した場合

被疑者・被告人が指名の問合せに対して自発的に裁判所への引致の前に、又はその途中で自身が信頼する弁護人を指名したときは、その者に連絡をとり、障害となる理由がない限り、その者を任命しなければならない。その場合、裁判所には、非常に狭い裁量しかない<sup>57)</sup>。確かに、被疑者・被告

---

54) ドイツ弁護士協会提言 (Nr. 55/2009)「ドイツ弁護士協会刑事法委員会及び刑事法作業部会による、刑訴法140条1項4号、141条の新規定が施行された後の国選弁護人任命の実務に対する推奨」は、例えば、ドイツ弁護士協会又は同刑事法作業部会のホームページで閲覧することができる。

55) 「2010年1月1日以後の必要的弁護人任命の実務に対する刑事弁護組織の共同推奨」は、11州の刑事弁護組織及びケルン弁護士組織の刑事法委員会から作成され、例えば、StV 2010, 109で公開されている。

56) ドイツ連邦弁護士会提言 (16/2010)「2009年7月29日の未決勾留法改正のための法律による140条1項4号、141条3項4文による弁護人任命の実務に対する提言」は、例えば、BRAK-Mitt. 2010, 201以下で公開されている。

57) *Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn 1194は、BT-Drucks 16/12098, S. 31の表現を用いて、「制限的な裁量 (eingeschränktes Ermessen)」と述べる。しかし、実際には、重要な理由が妨げとなるかを審査するものでしかない。*Wohlers*, StV 2010, 151, ↗

人は、基本的に、希望する弁護士を任命してもらう権利を持つ<sup>68)</sup>。しかし、裁判所は、刑訴法142条1項2文により、任命を妨げる重大な理由があるかを審査しなければならない<sup>69)</sup>。その点については、例外を含めて、従来の裁判例を参照することができる<sup>70)</sup>。

この例外は、かつての法律で規定されていた、その土地の弁護人の優遇を対象とする。それはもはや許されず、そのような規定は廃止された<sup>69)</sup>。今では、地域外の弁護人も、任命されることとなっている。しかし、立法理由によると、任命における費用の増加が、考慮されるべきこととなっている<sup>70)</sup>。これによれば、「地域性 (Ortansässigkeit)」の基準が事実上 (地域外の弁護人には見かけ上費用の増加があるとの口実で) 再び考慮されるという危険がある。オルデンプルク高等裁判所<sup>69)</sup> は、おそらくこの問題に

---

154は、裁判官は弁護人の任命に際して「裁量はない (kein Ermessen)」と述べるが、*Burhoff* の見解と同様に、任命を妨げる可能性がある「重大な理由 (wichtige Gründe)」を審査する、と述べている。両見解は、表現こそ違いが、結果論は同じであると思われる。全体について以下も参照。*Barton*, StV 1992, 407; *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 142 Rn 3; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 4. Aufl. 2010, Rn 292.

<sup>68)</sup> BVerfG StV 2006, 451 mit Anm. *Hilger*; *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 142 Rn 9.

<sup>69)</sup> しかし、それ以上でもない。裁量は限定的である (前述)。

<sup>70)</sup> この点について詳細は、*Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn 1195ff.; *Meyer-Goßner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 142 Rn 3である。

<sup>61)</sup> この点について、2009年7月29日第2次被害者の権利を改正するための法律 (BGB I, S. 2280) を参照。以前の (古い) 法規定は、国選弁護人は「できるだけ裁判所の管轄内で認可された弁護士の中から選択する」と定めていた。〔しかし、〕それは、「もはや不適切 (nicht mehr sachgerecht)」とみられている。この点について、*Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn. 1194 und Rn. 1195を参照。この点について、裁判例からは特に、OLG Naumburg StRR 2009, 106を参照。

<sup>62)</sup> BT-Drucks 16/12098, S. 31f.

<sup>63)</sup> OLG Oldenburg NSTz-RR 2010, 211=StRR 2010, 267=StV 2010, 351 ↗

ついて最初の裁判例において、それに反対の立場をとった。つまり、地域外の弁護人にかかる費用の増加は、せいぜい、「個別事例 (Einzelfall)」で問題となるに過ぎない<sup>64)</sup>、としたのである。

被疑者・被告人と「その (seinem)」弁護士との「特別の信頼関係 (besonderes Vertrauensverhältnis)」<sup>65)</sup>は、依然として重要な意義を持つ。任命を拒否することの重要な理由は、他にも、弁護人に何らかの障害がある、例えば、利害相反という理由から依頼を受けることができない、あるいは、弁護人が手続外の目的を追求することが明らかである、といった場合に認められる<sup>66)</sup>。しかし、最後の点は、適切かつ秩序ある弁護を行うための弁護人の適性を審査するうえで、決して重要ではない。そうしなくても、妨害をする弁護人を忌避することによって、その濫用に対処すること

∨〔「本件のような重大な陪審裁判事件 (vorliegend schwierige Schwurgerichtssache)」では、被疑者・被告人には、その信頼する地区外の弁護人が付された)。

64) ヴィッテン地区裁判所 (StRR 2010,360で公刊)は、刑訴法142条の新規定に基づいて、地域外の私選弁護人に関しても、交通費、出張手当が支払われると判断した。すなわち、国選弁護人の任命に関する地域性の要素は、法律から削除された。特別の信頼関係が重視される。つまり、国選弁護人において、費用増加が支払われる。しかし、これによって、私選弁護人の地位が悪くなるわけではない、とした。

65) 今や、BT-Drucks 16/12098, S. 31f. 以下を見よ。以前の法律状況について、BVerfG NJW 2001, 3695; BGHSt 43, 153; BGHSt 46, 93; BGH NJW 2001, 237f.; BGH NStZ 1998, 530; OLG Rostock StV 2008, 531; LG Magdeburg StRR 2008, 311; LG München StV 2008, 347; Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl. 2010, § 142 Rn 12を見よ。全体について、Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn 1194ff. も見よ。

66) 単に「紛争的な弁護 (konfliktfreundliche Verteidigung)」を行う構えだけでは (それは常に想定可能でもある)、任命を拒否するに足りない。OLG Köln StraFo 2006, 328; OLG Köln StraFo 2007, 28を参照。この点について、Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl. 2010, § 142 Rn 3も参照。Wohlens は、正当にも、訴訟規定に反した行為はそのために定められた措置をもって対処すべき旨を指摘する (ders., StV 2010, 151, 154)。

も可能だからである<sup>67)</sup>。妨げとなる重要な理由がないときは、被疑者・被告人と弁護人との信頼関係に、決定的な重要性が与えられる。それは、別の考察に優先する。その場合、弁護人が任命されなければならない。従来からもそうであり、新规定によって「なおのこと (erst recht)」そうである<sup>68)</sup>。

(2) 事案2：被疑者・被告人が即時に弁護人を任命することができない  
場合

被疑者・被告人が即時に弁護人の希望を述べない場合、彼には、法的聴聞を受ける権利を保護するために (zur Wahrung des rechtlichen Gehörs), 自身が信頼する弁護人を選択するにあたって相当な期間が認められなければならない。ドイツ弁護士組織<sup>69)</sup>及び連邦弁護士会刑事法委員会<sup>70)</sup>は、その提言において、熟慮期間として「1週間 (eine Woche)」が相当であるとしているのに対して、連邦諸州の刑事弁護人組織は、その推奨<sup>71)</sup>において、1週間は基本的に短すぎるとして、「2週間 (zwei Wochen)」の期間

---

67) 同旨のものとして、Wohlers, StV 2010, 151, 154がある。

68) BT-Drucks 16/12098, S. 31. また、Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn 1194 a m.w.N. (古い法律状況について)を見よ。

69) ドイツ弁護士協会提言 (Nr. 55/2009)「ドイツ弁護士協会刑事法委員会及び刑事法作業部会による、刑訴法140条1項4号、141条の新規定が施行された後の国選弁護人任命の実務に対する推奨」は、例えば、ドイツ弁護士協会又は同刑事法作業部会のホームページで閲覧することができる。

70) ドイツ連邦弁護士会提言 (16/2010)「2009年7月29日の未決勾留法改正のための法律による140条1項4号、141条3項4文による弁護人任命の実務に対する提言」は、例えば、BRAK-Mitt. 2010, 201以下で公開されている。

71) 「2010年1月1日以後の必要的弁護人任命の実務に対する刑事弁護組織の共同推奨」は、11州の刑事弁護組織及びケルン弁護士組織の刑事法委員会により作成され、例えば、StV 2010, 109で公開されている (しかし、これは、同じく個別の事例を見たものである)。

を要求している。重要であるのは、個別の事情である。裁判所は、積極的に援助する方向で関与することを要求される。しかし、いずれの状況にあっても、2週間の期間があれば、任命にあたっての明確さを確保するうえで、およそ十分であろう。これは、被疑者・被告人に対する裁判所の配慮義務（Fürsorgepflicht des Gerichts）の一部である。

そのような柔軟な対応は、実務ではすでに行われている。勾留開始に関する印刷された書式には、裁判官が、その期間として、「3日（3 Tagen）」、「1週間（eine Woche）」、「2週間（zwei Wochen）」又はその他個別に記入すべき「それ以上（länger）」の箇所にチェックを入れることとなっている。これによって、個別の事情を考慮できるようになっているのである。

しかし、被疑者・被告人がそもそも〔弁護人を〕選択することが可能であるためには、被疑者・被告人において、その権利擁護のために、国選弁護人となることのできる人の情報へのアクセスが認められなければならない。被疑者・被告人は、その点で十分な情報を持ち、必要とあれば弁護士と相談できなければならない。それは、事情に応じて行われなければならない。被疑者・被告人には、弁護人に関する十分な情報が与えられることとともに、選択のため絞り込んだ弁護士との迅速な接触も可能とされなければならない。十分な情報が、利用可能でなければならないのである。例えば、単に電話帳を貸与するだけでは不十分であり、その点は、一般的な弁護人の助言を受ける権利の付与との関連で議論されることと同様である<sup>79)</sup>。すでに以前から、ときおり、国選弁護を引き受ける用意があり、またそれが可能な状況にある刑事弁護人の名前を載せたりリストが、作成され

---

<sup>79)</sup> この点について、弁護人の助言を受ける権利及び刑事法上の救済支援センターとの連絡の実現と関連する判例（BGHSt 38, 372; BGHSt 42, 15; BGHSt 47, 233; BGH NStZ 2006, 114）を参照。

ている。司法側は、公式には、そのようなリストを作成してはいない。それゆえ、この間に、こうしたリストは、多くの弁護士組織及びおよそすべての弁護士会で作られてきた。ドイツ弁護士組織の刑事法部会も、そのようなリストを提示している。国選弁護に関心を持つ弁護士は、そのリストに加入することができる。同等かつ適切な情報基準に基づいて、そのリストが一元的に作成、運用されることが、非常に重要である。そうでなければ、そのリストを作成したグループに所属する弁護士が優遇を受けることになるとして、リストを手掛かりとする選択は許されないという批判が、向けられなければならない<sup>73)</sup>。

弁護人の名前を載せたリストは、誰を指名すべきかの選択を求められる被疑者・被告人にとって、それが与える情報が多いほど、より大きな助けとなる。しかし、それは、過剰であってもならない。識別するために適切な要素として、例えば、弁護士の連絡先、そこに記載された国選弁護を引き受けるための用意があること（さもないと、そもそも記載されるべきではない）、弁護士として認可された情報、その他特別の事情、特に専門弁護士の表示や、使用可能な言語などである<sup>74)</sup>。弁護士事務所のウェブサイトアドレス<sup>75)</sup>は、被疑者・被告人にインターネットでの検索が可能である場合には、有効であろう。この点について、実務では——明らかな限りで——まだそのような事情はないようである。

こうしたリストは、裁判所が使用できるようになっている。裁判所は、むしろそれを使用しなければならず、特に被疑者・被告人に利用させなければならない<sup>76)</sup>。

---

73) 裁判所が独自のリストを作成していないとき、少なくとも被疑者・被告人に対する適切な補佐が妨げられる限りで、そのような批判が妥当する。

74) 前述の刑事弁護組織の推奨も同様である。

75) Wohlers, StV 2010 151, 154を参照。

76) アウクスブルクでは、例えば *Gerhard Decker* 弁護士 (München 弁護士会)

司法側における実践的な運用は、有益なモデルを示す。つまり、弁護人のリストは、たいてい、刑事弁護人の夜間及び休日の電話番号のリストなどと同じく、下の方に埋もれている。おそらくすべての弁護士たちが言っていることだが、弁護人のリストは、確かに、司法側に認識され、裁判所に置かれてもいる。しかしながら、それに基づいて任命が行われるのは、非常に稀である。実務における意義は、一般的には、低いとみられる<sup>77)</sup>。依然として、よく知られる「公的国選弁護人 (Amtspflichtverteidiger)」——司法側が「よい印象 (gute Erfahrungen)」を持つ〔弁護人〕——が任命される。事前の選別という体制は、何も変わっていないのである。

一部の裁判所は、これとは異なる。ザクセン州の司法長官は、今年〔2010年〕の7月初めに、同州の裁判所における任命実務に関する自由民主党 (FDP) からの質問に答えて、見たところ別のモデルを示している。彼は、次のように述べている。国選弁護人が任命される数が具体的にまとめられるのは、ごく稀なことである。それゆえ、一部では、それは見積もりに基づく。しかし、次のようには言えるだろう。たいていの場合、被疑者・被告人が弁護人を指名し、その申入れは聞き入れられている。弁護人のリストは、裁判所にも認識され、少なくとも一部ではそれが考慮されている。一部の弁護人がしばしば任命されていることは、その弁護士がよく知られ、ないしは選抜されていること、あるいは小さな裁判所ではそもそも国選弁護を引き受けることができる弁護士の数が少ないことに原因がある、というのである<sup>78)</sup>。

---

ㄨの会員)は、個人的に、リストの作成、改訂、配布に取り組んでいる。このリストは、地方裁判所の長官、地区裁判所の長、すべての刑事裁判官、特に捜査判事、さらには上級検察官(部下の検察官への転送も許可して)にまで配布されている。

77) 同旨のものとして、Wenske, NStZ 2010, 479, 480がある。

78) Sächsischer Landtag, Drucks 5/26422, S. 2ff.

任命手続の点検にあたっては、実務における実績を評価することが不可欠である。ドイツ弁護士組織<sup>79)</sup>の見解によると、任命を受けた弁護人の氏名を挙げることにともな、それが被疑者・被告人より提案されたのか、又は裁判所が選択したのかによって、区別することが求められる。さらに、任命までの拘束期間をまとめることも、重要であろう。刑事弁護人組織<sup>80)</sup>も、任命を受けた弁護士の氏名をまとめることで、透明性 (Transparenz) が図られ、それによって、「平等な分配 (gleichmäßige Verteilung)」<sup>81)</sup> が促進される、という。

(3) 事案3：被疑者・被告人が弁護人を指名せず裁判所が独自に選択しなければならない場合

被疑者・被告人が国選弁護人を指名しないときは、裁判所が、それを独自に、義務的裁量に基づいて選抜し、任命しなければならない。その作業は、もっぱら、実質的かつ専門的な基準に基づいて、行わなければならない。前述したとおり、そのような選択が常にこの要件にかなっている、というわけではない。

前述した弁護人リストは、確かに、より客観性を保つことに資する。例えば、裁判官が常にリストに挙げられた順番で任命するならば、そのことは、一般的には、実質性及び正当性をもたらすであろう。選択手続は客観化され、従来行われてきたような実務に比べて、法治国家的要請はより一層かなえられることになるだろう。「任命を受けるための身売り (Beiord-

---

79) ドイツ弁護士協会 (前出) の項目3を参照。

80) 刑事弁護組織の推奨 (前出) の項目2 f) を参照。

81) 私は、すでに、これは被疑者・被告人の権利を擁護すべき基準ではありえない、と述べたことがある。被疑者・被告人が問題なのであって、経済的平等の問題ではない。



nungsprostitution)』<sup>82)</sup>は、少なくともこの場合には、防止されることとなる。

しかし、その場合、正義 (Gerechtigkeit) とは何か、そして実際にどのような正義が重要か、ということが問われる。Wohlers<sup>83)</sup>は、正当にも、国選弁護は全面的に被疑者・被告人の利益に資するものである、と指摘している。弁護士側の選択の正義、あるいは弁護人側の競争法上の正しさが問題とされるのではない。すべての志願者を適切に考慮することは、リストを手掛かりにして行うことはできない。例えば、被疑者・被告人が弁護士による弁護を望んでいない場合、特別の言語知識が必要な場合、薬物（麻薬）犯罪を専門とする弁護士が経済事犯を引き受けなければならないという場合、あるいはその逆の場合、何が適切といえるのだろうか。リストに基づく型どおりの任命は、ほとんど特殊性のない標準的な事例でのみ可能である<sup>84)</sup>。このような疑問は、新しいものではない。破産手続裁判所におけるよく知られた破産管財人リストとの関係で、すでに憲法裁判所が、そのことを述べている<sup>85)</sup>。ここでは、そこで考慮されたことについての詳細な叙述を割愛する。

常にではないとしても弁護人リストをできる限り厳格に使用することは、私たちが従来行い、甘受しなければならなかったことに比べて、選抜手続へより多くの客観性をもたらすことは、明らかである。少なくともその場

---

<sup>82)</sup> Hilbers/Lam, StraFo 2005, 70, 71. また, Wenske, NStZ 2010, 479, 480も見よ。

<sup>83)</sup> Ders., StV 2010, 151, 156f. 同旨のものとして, Schlothauer, in: FS Samson, S. 709, 719f. がある。

<sup>84)</sup> 同旨のものとして, Wohlers, StV 2010 151, 156がある。

<sup>85)</sup> BVerfG NJW 2004, 2725ff. これについて, 以下も見よ。Heydenreich, StRR 2009, 444, 447; Schlothauer, in: FS Samson, S. 709, 721f.; Wenske, NStZ 2010, 479, 480.

合、もはや、裁判官になじみの「子飼いの者 (Abnieker)」が常に国選弁護人として任命を受ける、ということはないであろう。

場合によっては、任命管轄の変更も、問題解決の助けとなるかもしれない。かつては、国選弁護人の任命は、常に、後に事件を担当する裁判官によって行われていたが (刑訴法旧141条4項参照)、今では、公訴提起までの間は、捜査判事が管轄を持つ。しかし、稀な場合 (特に小さな裁判所では)、捜査判事が後に管轄の事実審裁判官となることもある。少なくとも理論的には、任命判事と公判 (に関わる) 判事との区別によって、より多くの客観性が期待できるはずである。なぜなら、捜査判事は、公判のことを考えて、「自分が好む (seinem)」弁護士を任命することを、行う必要がないからである。しかし、これはまやかし (Augenwischerei) に過ぎず、実務は独自の道を歩んでいると言えるのかは、定かではない。少なくとも、現在はもはやすべての裁判官が各々気に入った弁護人を任命しているのではなく、捜査判事がそのような限定された選択を行っている、と考えてよいであろう。日常の任命実務が、それを示している。もとより、裁判官職については、もはやこれを批判するだけでなく、むしろ、これに統制を及ぼすことに一層尽力すべきであろう。

裁判所が被疑者・被告人に認められた選択・指名権 (刑訴法142条1項) を侵害した場合——例えば、被疑者・被告人の希望や、彼に認められた意見表明のための期間を全く、又は十分考慮し、ないしは保障しなかったなどの理由で——には、単純な交代が、可能とされるべきである<sup>86)</sup>。通常は、

---

86) この点について、前述した団体の各提言を参照。ドイツ弁護士協会提言 (Nr. 55/2009) 「ドイツ弁護士協会刑事法委員会及び刑事法作業部会による、刑訴法140条1項4号、141条の新規定が施行された後の国選弁護人任命の実務に対する推奨」の項目4 (「国選弁護人の交代」) は、例えば、ドイツ弁護士協会又は同刑事法作業部会のホームページで閲覧することができる。同じく「2010年1月1日以後の必要的弁護人任命の実務に対する刑事弁護組織の共同推奨」の

先の国選弁護人を解任し、後に指名された信頼に基づく弁護士を任命しなければならない<sup>87)</sup>。これは、連邦通常裁判所においても、そこでの捜査判事の措置について認められていることである<sup>88)</sup>。

その際、弁護人交代に基づく費用の増加は、妨げとはならない<sup>89)</sup>。それが妨げとなると解することは、支持できない。財政上の利益は、被疑者・被告人の権利を侵害し、あるいは弁護士——ここでは、新たな必要的弁護人——の負担とされるものとなってはならないのである<sup>90)</sup>。

### Ⅲ. ま と め

結論として、次の点を確認しておく。数年前までほとんどの事例で見られた一般的な話し合いによる任命実務は、信頼の雰囲気によって特徴づけられる。これに対して、新たに法定された措置は、——これは見落としてはいけないことであるが——不信に基づいている。弁護士に対する司法側の不信、あるいは、その逆である。さらに、弁護士相互の不信も、隠されてはならない。さらに、私見によれば、後者の場合、つまり私たち自身に

---

ㄨ項目 2g は、例えば、StV 2010, 109 で公刊されている。ドイツ弁護士協会提言 (Nr. 55/2009) 「ドイツ弁護士協会刑事法委員会及び刑事法作業部会による、刑訴法140条1項4号、141条の新規定が施行された後の国選弁護人任命の実務に対する推奨」の提言IVは、例えば、BRAK-Mitt. 2010, 201ff で公刊されている。

87) OLG Düsseldorf StRR 2010, 222=StV 2010, 350を参照。LG Bonn StV 2010, 181= StraFo 2010, 148; LG Frankfurt/Oder StV 2010, 235, LG Krefeld NStZ 2010, 591も見よ。弁護人の交代について、BGH StraFo 2010, 199もある。*Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 5. Aufl. 2010, Rn 1229g; *Heydenreich*, StRR 2009, 444, 448も見よ。

88) 捜査判事の権限について、BGH, Urt. v. 1.3.2010, 2 BGs 73/10がある。

89) LG Osnabrück StRR 2010, 270=StV 2010, 563.

90) *Burhoff*, in Anm. zu LG Osnabrück StRR 2010, 270を参照。

において、実務を特徴づける不信だけでなく、一部ではねたみ (Missgunst) もあるように思われる。

※ドイツ刑事訴訟法典 (StPO) 関連規定〔訳注：下線部が重要な法改正部分である〕

第140条 (必要的弁護) ①次の各場合には、弁護人の関与を必要とする。

1. 第1審の公判手続が高等裁判所又は地方裁判所において行われるとき。
  2. 被告人が重罪について起訴されているとき。
  3. 手続の結果、職業禁止の処分に至る可能性があるとき。
  4. 被疑者・被告人に対し、第112条〔勾留の要件、勾留理由〕、第112条 a〔勾留の追加的理由〕による勾留、又は、第126条 a〔仮收容〕もしくは第275条 a〔手続の指揮、公判、收容命令〕第6項による仮收容が執行されるとき。
  5. 被告人が少なくとも3か月間、裁判所の命令又は承認に基づいて施設に收容され、かつ、公判開始の少なくとも2週間前までに釈放される見込みがないとき。
  6. 被告人の精神状態に関する鑑定のため、第81条〔鑑定留置〕による收容が考慮されているとき。
  7. 保安監置手続が行われるとき。
  8. 弁護人を手続から除斥する裁判があったとき。
- ②前項に定める場合のほか、裁判長は、犯罪事実が重大なため、もしくは事件が事実点ないし法律点につき困難があるため、弁護人の関与が必要であると認めるとき、または被告人が自ら防衛することができないことが明らかなきとき——特に、第397条 a〔訴訟参加の場合の、補佐

人としての弁護人の任命]及び第406条g〔付帯私訴の申立てに対する裁判〕第3項・第4項により被害者に弁護人が付されている場合——は、請求により又は職権で、弁護人を任命する。耳の聞こえない又は口のきけない被告人の請求には応ずるものとする。

- ③第1項第5号による弁護人の任命は、被告人が公判開始の少なくとも2週間前までに施設から釈放されたときは、取り消すことができる。第117条〔勾留審査〕第4項による弁護人の任命は、本条第1項第5号の定める要件の下で、その後の手続に対しても効力を有する。ただし、他の弁護人が任命されたときは、この限りでない。

第141条（国選弁護人の任命）①第140条第1項第1号から第3号及び第2項の場合に、第201条〔起訴状の送達等〕に従い起訴状に対する被告人の意見表明を求めた後、直ちに、弁護人を選任していない被告人に弁護人を任命する。

- ②弁護が必要であることが、前項の時点よりも後に初めて判明したときは、その時点で直ちに弁護人を任命する。

③弁護人は、起訴前手続においても、任命することができる。検察官は、裁判所の手続において、第140条第1項又は第2項による弁護人の関与が必要になると判断するときは、その任命を求める。弁護人は、捜査の終結（第169条a）の後、検察官の請求により、任命されるものとする。第140条第1項第4号の場合には、各処分<sup>1</sup>の執行後遅滞なく、<sup>2</sup>弁護人を任命する。

④弁護人の任命については、公判を管轄する裁判所又は事件が係属している裁判所の裁判長がこれを裁判する。第140条第1項第4号の場合には、第126条〔勾留状発付後の管轄〕又は第275条a〔手続の指揮、公判、収容命令〕第6項により管轄する裁判所<sup>3</sup>がこれを裁判する。

〔訳者あとがき〕

以上は、ダーヴィット・ヘルマン弁護士 (*Rechtsanwalt Dr. David Herrmann*) の論文 *Aktuelles zur Pflichtverteidigung*, *StraFo* 4/2011, 133-141の翻訳である。

本論文は、特に未決勾留について浩瀚な著作のある著者(後述参照)が、ドイツで最近成立した「未決勾留の改正に関する法律 (*Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechtes*. 2009年7月29日成立, 2010年1月1日施行)」を契機として、国選弁護制度をめぐる現状と課題を幅広く分析・検討したものである。ドイツでは、従来、未決勾留が3か月以上継続した場合に初めて弁護人の関与が必要となっていたが、本改正により、被疑者についても、勾留の執行後「遅滞なく」弁護人を任命しなければならないとされた(刑訴法新141条3項4文。この場合、「必要的弁護事件」となる)。これによって、「弁護人関与(国選弁護権)」の拡充が相当程度実現されたが、その適正な運用やさらなる改正の必要性などの課題が指摘されている。他方、日本では、刑事司法制度改革によって被疑者段階の国選弁護制度が創設されたが、その一層の拡張が求められている。このような状況の下で、主に刑事弁護人の立場からドイツ国選弁護の現在を考察した本稿は、わが法の改革に有益な示唆や考察の素材を与えると思われるので、著者のご快諾を得て、ここに訳出した次第である。翻訳をご了解いただいた著者に心から感謝申し上げます。

著者は、ドイツ連邦共和国・アウクスブルク市にある「Professor Herrmann & Kollegen」法律事務所のパートナー弁護士である。1965年生まれで、父は、ヨアヒム・ヘルマン教授(アウクスブルク大学法学部名誉教授)である(なお、脚注(7)などにその論文 *Joachim Herrmann, Überlegungen zur Reform der notwendigen Verteidigung*, *StV* 1996, 396-405 = 「必要的弁護の改革についての考察」が引用されている)。ハイデルベルク大学、

アウクスブルク大学で法学を修めた後、1994年に弁護士登録した。法学博士学位の取得は、Die Anerkennung US-amerikanischer Urteile in Deutschland unter Berücksichtigung des ordre public, 2000による。いくつかの法律事務所で実務経験を重ねた後、現在は、ヘルマン教授らと法律事務所を共同運営している。刑事法（一般的な刑法のほか、特に経済刑法）と並んで、医事法（特に医師責任法など）にも精通しており、両分野で専門弁護士（Fachanwalt）の称号を有しているほか、経済事件や一般的な民事事件でも活動している。これらの実務活動と併行して、著者は、Untersuchungshaft, 1.Aufl., 2008, XXIII, 432S. (Zap Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis) などの執筆、法律専門誌 VerkehrsRechtsReport (VRR) の共同編集者、同 StrafRechtsReport (StRR) の専任協力者としての活動などを行っている。さらに、刑事法専門弁護士のための研修講師、アウクスブルク大学法学部非常勤講師、そして、ドイツ弁護士協会刑事法作業部会員、同協会医事法作業部会員なども務めるなど、多方面で活躍中である。詳細については、事務所ウェブサイト (<http://www.prof-herrmann.de/>) などを参照していただきたい。

なお、本翻訳は、ドイツ刑事法学研究会（代表・加藤克佳〔名城大学法学部・大学院法学研究科教授〕）によるプロジェクトの一環として公表するものである。

（加藤克佳記）