

翻 訳

ヴェルナー・ボイルケ著  
『ドイツ刑事訴訟法』(3)

加藤克佳 = 辻本典央 [訳]

Übersetzung

*Werner Beulke, Strafprozessrecht, 11. Auflage*  
(2010, C. F. Müller, Heidelberg) (3)

Übersetzer: Katsuyoshi Kato / Norio Tsujimoto

目 次 [訳注：概略のみ]

第11版はしがき／第1版はしがき／略 語／文献略語／重要な法律改正の概観 (2008年-2010年)

- § 1 刑事訴訟法への導入と刑事手続の目的
  - I. 刑訴法の法源
  - II. 個別の手続段階に関する概観
  - III. 刑事手続の目的
  - IV. 刑訴法と実体刑法
  - V. 国際的な関係 (以上, 近畿大学法学61巻4号)
- § 2 訴訟原理
  - I. 国家訴追主義 (152条1項)
  - II. 起訴法定主義 (152条2項, 170条1項)
  - III. 公訴〔弾劾〕主義 (151条)
  - IV. 審問〔職権〕主義 (特に244条2項)

- V. 裁判官による自由な証拠評価の原則 (261条)
- VI. 口頭主義 (261条)
- VII. 直接主義 (特に226条1項, 250条, 261条)
- VIII. 無罪推定と「疑わしいときは被告人の利益に」の原則
- IX. 迅速性の要請 (基本法20条3項, 欧州人権条約6条1項)
- X. 公開主義 (裁判所構成法169条1文, 欧州人権条約6条1項1文, 2文)
- XI. 公正な刑事手続の要請 (基本法20条3項, 欧州人権条約6条1項)
- XII. 法律に基づく裁判官の原則 (基本法101条)
- XIII. 法的聴聞の原則 (基本法103条1項)
- § 3 裁判所の構成と管轄
  - I. 法律に基づく裁判官の原則
  - II. 管轄の方式
  - III. 第1審の管轄および裁判体の構成
  - IV. 上訴事件における管轄
  - V. 土地管轄
- § 4 裁判官の除斥と忌避
  - I. 裁判官の除斥 (22条, 23条)
  - II. 予断の懸念を理由とする忌避 (24条2項)
  - III. 手続
- § 5 検察官
  - I. 検察官の任務
  - II. 検察の組織
  - III. 検察庁の機能形態
  - IV. 検察の地位
- § 6 検察官の補助者としての警察
  - I. 指示権の原則
  - II. 警察の役割
  - III. 警察の強制権限 (以上, 近畿大学法学62巻1号)
- § 7 被疑者・被告人, その尋問 (基本的特徴), その権利と義務
  - I. 被疑者・被告人の概念・意義
  - II. 被疑者・被告人の尋問 (基本的特徴)
  - III. 供述拒否権の教示の懈怠

- IV. 被疑者・被告人のその他の権利
- V. 被疑者・被告人の義務
- § 8 禁止される尋問手法
  - I. 基礎 (136 a 条)
  - II. 禁止される尋問の事例群
  - III. 136 a 条に対する違反の効果
- § 9 弁護人
  - I. 被疑者・被告人の援助者としての弁護人
  - II. 司法の機関としての弁護人
  - III. 弁護人と依頼者との間の信頼関係
  - IV. 弁護人の権利
  - V. 弁護人の義務
  - VI. 必要的弁護・国選弁護
  - VII. 弁護人の除斥
  - VIII. 共通弁護
  - IX. 刑事弁護と処罰妨害罪
  - X. 刑事弁護と資金洗浄 (以上, 本号 [近畿大学法学62巻2号])
- § 10 証拠
- § 11 勾留
- § 12 その他の重要な強制処分 (基本権への介入)
- § 13 訴訟条件
- § 14 訴訟行為
- § 15 捜査手続
- § 16 起訴便宜的理由による手続打切り
- § 17 起訴強制手続
- § 18 中間手続
- § 19 第1審公判手続の準備と実施
- § 20 公判における証拠調べ (一般原則)
- § 21 公判における証拠調べの直接性 (刑訴法250条以下)
- § 22 公判における証拠申請
- § 23 証拠使用の禁止
- § 24 判決の発見と判決の効果
- § 25 訴訟上の意味での行為の概念

§ 26 特殊な手続形式

§ 27 上訴の一般原則

§ 28 控訴

§ 29 上告

§ 30 抗告

§ 31 再審手続

§ 32 私訴, 公訴参加, 付帯私訴手続ならびにその他の被害者の権利

§ 33 手続費用

§ 34 刑事訴訟上の事例問題の検討に向けた示唆

事項索引

## § 7 被疑者・被告人, その尋問 (基本的特徴), その権利と義務

**事例16:** 被疑者Aは, 警察による初回の尋問で自白したが, その際に, 黙秘権の教示は行われなかった。彼は, 公判では, 事件について供述しなかった。判決において, 前の供述を使用することができるか。[Rn 128]

**事例17:** 大きな商店の店主Eは, 金庫から約1万ユーロがなくなっていることを発見した。Eが警察に通報したので, K刑事が, 捜査のため店にやってきた。

a) Kが支配人Pに会うと, Pは, 質問されてもいないのに, 自分が金庫から金を盗んだと述べた。

b) Kは, 店の全従業員30人に対して, 順番に, 何か知っているかと尋ねたところ, Pが, 自分が犯人であると述べた。

c) Eは, すでに警察に通報した時点で, Pが犯人であると疑い, 彼を告訴していた。Pは, Kから質問され, 犯行を認めた。

d) 従業員から匿名でPが犯人であるとの告発があったため, 検察官は, Pの住居の搜索を命じた。Kは, 搜索を実施した。証拠は発見されなかったが, Kは, 搜索の最中に, Pと事件について話をしたところ, Pは, 自分が犯人であると認めた。

全ての事例で, 手続は, 「身元不詳者」に対するものとして実施された。被疑者への教示は, 行われていない。Pは, 後に自白を撤回した。前の供述をKの証人尋問という方法で刑事手続に取り込み, 判決のために使用することができるか。[Rn 129]

## I. 被疑者・被告人の概念・意義

[110] 1. 刑訴法は、刑事手続の対象となっている者を、手続の状況に応じて、異なって呼んでいる：

被疑者・被告人 (Beschuldiger) とは、全ての手続の間における呼称である<sup>(1)</sup>。これに対して、公訴を提起された者、すなわちその者に対する起訴状が提出された場合 (170条1項) は、被告人 (Angeschuldigter) と呼ばれ (157条前段)、公判開始が決定された場合は、公判に付された被告人 (Angeklagter) と呼ばれる (157条後段)。

被疑者・被告人は、普通法時代の刑事訴訟では、手続の客体と位置づけられていたが、今では、手続の主体であり、重要な権利を付与され (Rn 115以下参照)、手続事象に影響を与えることができる<sup>(2)</sup>。このような被疑者・被告人の法的に保護されるべき地位は、被疑者・被告人としての地位が基礎づけられるための確かな基準が確立されることを必要とする。それによって、刑事訴追機関が、ある容疑者に対して、被疑者・被告人としてその者に与えられる権利を潜脱する目的で、被疑者・被告人としての資格を「留保」しておくということを回避するためである。残念ながら、被疑者・被告人の概念は、157条にも、また刑訴法の他の箇所でも、定義されていない。したがって、この任務は、判例および学説に委ねられている。

[111] 2. 被疑者・被告人としての地位を、その対象者に対して客観的に存在する犯罪容疑のみから判断する、というやり方が考えられる<sup>(3)</sup>。しかし、法律上 (55条, 60条2号)、犯罪容疑がある証人という者が存在す

---

(1) BGHSt 26, 367, 371.

(2) BVerfG StV 2001, 601; BGHSt (GrS) 50, 40, 48.

(3) 例えば, Grünwald, S. 78.

ること、すなわち、ある人に対する単なる犯罪容疑がその者を自動的に被疑者・被告人とさせるわけではないとされていることから、適切で支配的な見解に従い、犯罪容疑の他に、刑事訴追機関の意思活動(ある容疑者を被疑者・被告人として刑事手続を行うことを表明する)が付け加えられなければならない<sup>(4)</sup>(主観=客観説)。ある者に対してその人を被疑者・被告人として公式の刑事手続が開始された場合、または、その者が明示的に被疑者・被告人として尋問された場合には、この意思活動は、疑いなく認められる。訴追機関は、ある者に対する犯罪容疑の要素が十分かつ具体的な犯罪嫌疑の端緒へと深まった場合(152条2項)、すなわち、犯罪捜査学的見地から訴追可能な犯罪に対象者が関与している可能性がある<sup>(5)</sup>と認めうる具体的な事実的根拠が存在する場合、容疑者を正式に被疑者・被告人として扱うことを義務づけられる<sup>(5)</sup>。その際、現在の通説によると、刑事訴追機関は、評価裁量を与えられる<sup>(6)</sup>。この判断を行う準備として、非常に限定された範囲で、いわゆる「内偵(Vorermittlung)」が許される(この点についてRn 113, 311参照)。

[112] この間、被疑者・被告人としての資格の基礎づけは推断的に示されることもあると、一般的に認められている。この点で、租税法(AO) 397条1項の法趣旨が、援用されなければならない<sup>(7)</sup>。これによると、ある

(4) BGHSt 10, 8, 12; 37, 48, 51; OLG Frankfurt NSTz 1988, 425, 426; Geppert, Schroeder-FS, S. 675.

(5) BGH StV 1988, 441; LR-Beulke, §152 Rn 22; Jahn, Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie (Hrsg), S. 545.

(6) BGHSt 38, 214, 228; Beulke, StV 1990, 180; 別の見解として, Bach, Jura 2007, 15; Störmer, ZStW 108 (1996), 516; 詳細な文献として, SK-Rogall, Vor §133 Rn 9 ff; SK-Wohlers, §163a Rn 34; Fincke, ZStW 95(1983), 918 f; Schulz, S. 527, 554; Steinberg, JZ 2006, 1045.

(7) BGHSt 38, 214, 228; BGH NSTz 1997, 398 (Rogall の肯定的評釈付き).

容疑者は、その者に対し、被疑者・被告人を対象としてのみ許される処分が命令または申請された場合には、推断的に、被疑者・被告人と位置づけられることになる（例えば、未決勾留（112条以下）<sup>(8)</sup>、仮拘束（127条2項）<sup>(9)</sup>、身体検査や身元確認の措置（81 a 条, 81 b 条）<sup>(10)</sup>、当該事件に関する捜査判事による証人尋問の申請<sup>(11)</sup>）。

しかし、捜査の結果、犯罪容疑が1人（または複数）の者に集中されたが、推断的に被疑者・被告人とすることとなる強制的措置が行われていないという事案は、前述の原則によっては解決されない。連邦通常裁判所判例によると、ある容疑者は、その者に対し被疑者・被告人としての権利を与えずにしておくために、強制的措置が恣意的に留保されている場合にも、被疑者・被告人としての資格を得る<sup>(12)</sup>。このことは、結論的に、被疑者・被告人としての地位を基礎づけるための刑事訴追機関の意思活動という要件は、一定の犯罪容疑を超えた時点で実践的に放棄され、それに代わって客観的基準に基づく評価が行われることを意味する。この変化は、被疑者・被告人の権利を保護するために、およそ受け入れられるべきものである。検察官は、捜査手続の主宰者として、その指揮・監督権限の範囲で（Rn 79, 102）、尋問されるべき者の資格およびそこから何らかのかたちで導かれる教示義務が、警察による捜査に際しても考慮されるよう、働きかけな

---

(8) これにつき、OLG Frankfurt StV 1988, 119参照。

(9) AG Hameln StV 1988, 382参照。

(10) OLG Karlsruhe Justiz 1986, 143 f; KMR-Lesch, Vor § 133 Rn 10; Geppert, Jura 1991, 80, 83; 別の見解として、Fincke, ZStW 95 (1983), 918, 951（これによると、その対象者を一般的に被疑者とする強制処分は存在しない）がある。

(11) BGH NJW 2003, 3142.

(12) BGHSt 10, 8, 12; BVerfG StV 2001, 257も見よ。批判的見解として、Rogall, S. 26.



ければならない<sup>(13)</sup>。

事例 (BGHSt 51, 367から)<sup>(14)</sup> : 妻Gと娘Jが、突然、痕跡もなく失踪した。数か月が経ち、警察は、夫Aが両名を殺害したとの疑いを深めていた。警察は、この「失踪事件」を解明するために、約10時間にわたり、途中わずかな休憩をはさんでだけで、Aに対して「証人尋問」を行った。その際、Aは、その回答の「弱点」を厳しく追及され、死体がどこにあるのかを述べるよう求められた。また、Aは、死体を捜索するために家宅捜索に同意するよう求められ、それに同意した。

解決 : 警察は、明らかに、Aに対してその言動の矛盾点を責め、最後には殺人についても追及していることから、犯罪容疑の程度と尋問の付随事情(死体捜索)を考えると、被疑者としての資格の留保は恣意的である。すなわち、ここでは、「証人尋問」ではなく、「被疑者尋問」が行われたのである。Aは、136条に従い、被疑事実と弁護人の助言を受ける権利を教示されなければならなかった(証拠使用の問題について Rn 117, 136, 156)。

▶更に別の事例は、*Beulke*, Klausurenkurs III, Rn 331参照。

[113] 3. ある者が刑事訴追機関に供述する場合に被疑者として位置づけられなければならないかという問題は、しばしば、回答することが難しい。なぜなら、本来の被疑者尋問に先駆けて、事情により、捜査活動の「前段階」が先行することもあるからである :

いわゆる自発的な発言——刑事訴追機関に対して質問を受けることなく行った発言——の場合には、「被疑者としての資格」が欠けるため、特別の被疑者の権利も適用されない。

---

(13) BGH NJW 2009, 2612.

(14) 本件の評釈として、*Deiters*, ZJS 2008, 93 ; *Jahn*, Jus 2007, 962 ; *Mikolajczyk*, ZIS 2007, 565 ; *Mitsch* NSTZ 2008, 49 ; *Roxin*, JR 2008, 16がある。BGH NSTZ 2008, 48も参照。

いわゆる聞き込みの場合、刑事訴追機関は、確かに能動的に行動しているが、まだ特定の者に疑いを向けているわけではなく、事件について初めて情報を得る段階である——通常は、通報を受けたあと、事件の現場で行われる。この場合、十分かつ具体的な嫌疑の端緒が欠けるため、まだ被疑者の尋問（取調べ）ではない<sup>(15)</sup>。いかなる範囲で被疑者の権利が適用されるかは、個別事例において争いがある。

十分かつ具体的な嫌疑の端緒が判明した場合（例えば、聞き込みなどによって）に初めて、刑事訴追機関の明示または黙示の意思活動により、被疑者の権利が基礎づけられる。その場合には、被疑者尋問に関する規定が適用される<sup>(16)</sup>。

[114] 4. 嫌疑の端緒（犯罪実行の可能性）は、刑訴法の別の箇所でも求められる強度の嫌疑と比べて、その程度が異なる。

十分な犯罪容疑は、公訴提起の条件である（刑訴法203条準用の170条1項）。十分な犯罪容疑とは、被疑者が可罰的行為を実行し、有罪判決を受ける蓋然性と解される（この点について Rn 357）。

切迫した犯罪容疑は、一連の重大な強制処分（例えば、未決勾留（112条1項1文））の要件である。切迫した犯罪容疑は、被疑者がある犯罪の正犯または共犯である高度の蓋然性がある場合に、認められる（この点について Rn 210）。

したがって、——嫌疑の程度に応じて——次のように段階づけられる<sup>(17)</sup>。

---

(15) BGH NStZ 1983, 86 ; SK-Rogall, Vor § 133 Rn 42 ff ; 部分的により狭い見解として, AG Bayreuth StV 2004, 370 ; Koch, JA 2004, 558.

(16) BGHSt 38, 214, 217 f ; BayObLG wistra 2006, 239 ; Herrmann, Moos-FS, S. 229, 232.

(17) 深めるために, Schulz, L., Normiertes Misstrauen, 1998.

図3：嫌疑の態様

<p>推測</p> <p>捜査手続は許されない (この点について Rn 311参照)</p>	<p>嫌疑の端緒</p> <p>犯罪実行の可能性 事実／徴表が存在 する</p> <p>捜査手続を開始する 義務 (152条 2 項, 評価裁量)</p>	<p>十分な犯罪容疑</p> <p>被疑者が可罰的な 行為を実行し, 有 罪判決を受ける蓋 然性</p> <p>公訴提起の義務 (170条 1項)</p>	<p>切迫した犯罪容疑</p> <p>被疑者が可罰的な 行為を実行した高 度の蓋然性</p> <p>一定の強制処分が 許される (例えば, 未決勾留 (112条 1 項 1文))</p>
--------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## II. 被疑者・被告人の尋問 (基本的特徴)

### 1. 手続段階

[115] 被疑者・被告人の尋問は、133条ないし136 a条で規定されている。これらの規定は、直接には、裁判官による尋問にのみ適用される。警察および検察官による尋問については、この規定が、刑訴法163 a条 3項, 4項で準用されている。被疑者・被告人の尋問は、複数の手続段階で行われる：

- 捜査手続において、警察 (136条準用の163 a条 4項)、検察官 (136条準用の163 a条 3項)、捜査判事 (115条 2項, 3項, 128条, 136条, 162条 1項) により
- 公判において (136条 2項準用の243条 4項)

被疑者は、手続が打ち切られる場合を除いて、遅くとも捜査が終結する前に〔少なくとも1回〕尋問されなければならない。単純な事件では、同人に書面で発言する機会が与えられることで足りる (163 a条 1項)。

## 2. 尋問の概念・意義

尋問とは、国家機関が公的機能において〔人から〕供述を得る目的で行う質問であると、理解されている<sup>(8)</sup>。この形式的尋問概念によると、質問者が外部的に公的資格を示していない場合、つまり、例えばある私人が警察の委託を受けて調査する場合は、尋問ではない<sup>(9)</sup>。

これに対して、一部の学説では、実質的尋問概念が主張されている。これによると、ある人が、権限を持つ手続機関（必ずしもその資格を外部に示す必要はない）から知っていることを述べるよう促された場合には、常に尋問と認められる<sup>(10)</sup>。しかし、この見解は、これまで広まってははいない。尋問概念のこのように広い定義からは、全ての秘密裏に調査を行う者が136条の厳格な基準に直接的に服することとなるが、それは、かえって秘密調査員の投入を刑事政策的に望ましくないかたちで疑わしいものとさせるのである。

▶事例は *Beulke*, Klausurenkurt III, Rn 153.

## 3. 尋問の順序

[116] 尋問は、常に、136条に定められた同一の基準に従って行われなければならない：

- (1) まず、被疑者・被告人に対して、どのような行為が追及され、どのような刑罰法規が問題となるのかが（警察の尋問は除く＝163 a 条 4 項）、明らかにされなければならない（136条 1 項 1 文）。
- (2) 次に、被疑者・被告人は、供述拒否権を教示されなければならない（136条 1 項 2 文）。教示が行われなかった効果について、Rn 117 参照。

---

(8) BGHSt (GrS) 42, 139, 145.

(9) 同様の見解として特に、*Schlüchter/Radbruch*, NStZ 1995, 355; *Sternberg-Lieben*, Jura 1995, 306.

(10) 例えば、LR-*Gless*, § 136 Rn 12; *Dencker*, StV 1994, 674.

- (3) 更に、被疑者・被告人は、**弁護人**を呼ぶのは自由であることも、教示されなければならない(136条1項2文)。
- (4) 本来の尋問は、**身元に関する尋問**から始まる。
- (5) 事件に関する尋問は、被疑者・被告人に対して、同人に対する嫌疑の理由を除去し、自己に有利となる事実を主張する機会を与えるべきものである(136条2項)。
- (6) 公判外では更に、被疑者・被告人は、自己の免罪のため個別の証拠調べを申請することができることも教示されなければならない(136条1項3文)。

### Ⅲ. 供述拒否権の教示の懈怠

#### 1. 被疑者・被告人の尋問

[117] 供述拒否権の教示(136条1項2文)が行われなかった場合(意図的に、または誤って)、その尋問で得られた供述を、後に使用することができるか。この問題は、長い間争われてきた。

連邦通常裁判所<sup>①)</sup>は、かつて、136条を単なる努力規定であるとして、その不遵守は事前に教示を受けることなく行われた被疑者・被告人の供述の後の使用を妨げないと判断した。ただし、連邦通常裁判所は、公判における教示義務(243条4項1文)の懈怠に際しては、証拠使用禁止を肯定している<sup>②)</sup>。

これに対して、およそ支配的かつ適切で、この間に連邦通常裁判所も支持するところとなった見解によれば、教示なく行われた被疑者・被告人の供述は、少なくとも、被疑者・被告人が供述拒否権について知らなかった

---

①) BGHSt 22, 170, 173 ; 31, 395, 398.

②) BGHSt 25, 325, 331.

とみるべき場合には、使用することができない<sup>23)</sup>。

連邦通常裁判所の見解によれば、特に次の場合には、尋問内容の使用は妨げられない。

- 教示が行われたか否かが、明らかでない場合<sup>24)</sup>（この点は問題である。Rn 143も参照）
- 被疑者・被告人がその権利を知っていた場合（それによって教示義務が免除されるのではないが）<sup>25)</sup>、および、知らなかったか否かが疑わしい場合
- 被疑者・被告人に弁護人が付されており、弁護人が、使用について明示的に同意し、または少なくとも、被告人尋問が終わるまでに特段の理由もなく異議を述べなかった場合（いわゆる異議申立て解決。争いがある<sup>26)</sup>；Rn 140, 460a も参照）

▶事例は *Beulke*, Klausurenkurs III, Rn 151

被疑者・被告人に弁護人の援助を受ける権利について教示が行われなかった場合も、黙秘権に関する教示が懈怠された場合と同じく、使用禁止が認められる（Rn 13, 156, 469参照）。その帰結として、恣意的に被疑者・被告人としての資格が留保され、ただ証人として、自己に不利益となる供述をする必要はないことが教示されていた（55条）という場合も、供述は使用することができない（Rn 195参照）。この教示には弁護人の援助

---

<sup>23)</sup> 例えば, BGHSt 38, 214, 220 (*Fezer*, JR 1992, 385の肯定的評釈付き) ; BGHSt 39, 349, 350 ; *Roxin*, JZ 1992, 923も参照 ; 問題全体についての有益な文献として, *Lesch*, JA 1995, 157.

<sup>24)</sup> これに反対する見解として, LR-*Gleß*, § 136 Rn 78 ; 限定的には, BGH StV 2007, 65もそうである。

<sup>25)</sup> BGHSt 47, 172, 173 ; OLG Hamm NStZ-RR 2006, 47 ; *Geppert*, Otto-FS, S. 913.

<sup>26)</sup> BGH StV 2006, 396 (*Schlothauer* の肯定的評釈付き) ; 深めるために, *Eisenberg*, Rn 426 ff.

を受ける権利の教示が欠けているため、これ〔自己に不利益となる供述をする必要はないとの教示〕をもって、136条の意味での被疑者・被告人に対する本来的な教示に置き換えることはできない<sup>(27)</sup> (Rn 117参照)；秘密調査員に関する特殊な問題について Rn 481 d 参照。

## 2. 自発的な発言、聞き込み

[118] 自発的な発言または聞き込み（この概念について Rn 113参照）は、誰が被疑者であるかがまだ特定されていない段階のものである。この場合は、被疑者の尋問でないから、教示義務もない<sup>(28)</sup>。

しかし、使用可能性の問題は、教示義務とは切り離されなければならない。

刑事訴追機関に対して質問を受けることなく、つまり自発的に行われた発言は、全て、無制限に使用可能である<sup>(29)</sup>。

これに対して、許される聞き込みの範囲内で被疑者が供述した場合については、本来の被疑者尋問の場合と同じことが妥当する。なぜなら、この場合も、質問を受けた者は、刑事訴追機関に促されて行動しているからである。確かに、警察は、教示義務を課されるものではない。しかし、証拠として使用されることとなる自己負罪〔自白〕は、後に被疑者となった者が当該供述の段階でそれを義務づけられたと考えたかもしれない。すなわち、利益状況は本来の尋問に匹敵するから、供述の使用は許されない<sup>(30)</sup>。

---

<sup>(27)</sup> BGHSt 51, 367.

<sup>(28)</sup> BGHSt 38, 214, 228 ; SK-Rogall, Vor § 133 Rn 46.

<sup>(29)</sup> BGH StV 1990, 194 (Fezer の批判的評釈付き) ; OLG Köln StraFo 1998, 21.

<sup>(30)</sup> LG Nürnberg StV 1994, 123 ; LG Heilbronn StV 2005 380 ; AG München StV 1990, 104 ; AG Delmenhorst StV 1991, 254 ; SK-Wohlers, § 163a Rn 49 ; Eisenberg, Rn 509a ; Fezer, 3 Rn 52 ; Schaal, I.M., Beweis- ↗

これに対し、およそ支配的な見解は、使用可能性を認めている<sup>61)</sup>。しかし、それは残念なことである。そのように考えると、教示義務は、実務において、聞き込みの方法をとることにより容易に潜脱されてしまうからである。

### 3. いわゆる加重的教示（適切な教示）の問題

[119] 被疑者への教示が初回の尋問では怠られたが、後の尋問で教示が行われ、被疑者がそれに応じて事件につき供述したという場合に、後の尋問結果を使用することができるか。連邦通常裁判所は、かつて、この問題を肯定していたが<sup>62)</sup>、通説からは、すでに以前から、加重的教示（適切な教示）が要求されている。この加重的教示とは、尋問官は、前の供述は使用できないということも付加的に教示しなければならない、とするものである<sup>63)</sup>。判例も、その後、この見解を支持するに至った<sup>64)</sup>。しかし、判例は、この義務に対する違反は、被疑者への教示が全く行われなかった場合よりも軽く位置づけられるべきであると考えている。したがって、完全な教示義務違反の場合（前述 Rn 117参照）と異なり、加重的教示が行われなかった場合には、一般的な証拠禁止を認めるのではなく、個別事例ごとに手続違反の重さと事実解明の利益とを衡量している。しかし、このような

---

↘ verwertungsverbot bei informatorischer Befragung im Strafverfahren, 2002; *Schlothauer*, Rn 59.

61) BGH <D> MDR 1970, 14; BGHSt 38, 214, 228; *SK-Rogall*, Vor § 133 Rn 47; *Arloth*, S. 41; *Geppert*, *Oehler-FS*, S. 323 f; *Kindhäuser*, § 6 Rn 30; *Kramer*, Rn 28c; *Lesch*, 3/66; *Rüping*, Rn 100および *Koch*, JA 2004, 558 (ただし、情報を与える質問という狭い枠付けを行う)。

62) 例えば、BGHSt 22, 129, 134.

63) 以下の文献だけは参照。LG Dortmund NStZ 1997, 356; *Beulke*, StPO 1.A. (1994), Rn 119; *Geppert*, *Meyer-Ged-Schr*, S. 93; *LR-Gless*, § 136 Rn 106; *Neuhaus*, NStZ 1997, 312; *Schünemann*, MDR 1969, 101 ff.

64) BGHSt 53, 112; BGH NStZ 2009, 649 (*Grasnick*, NStZ 2010, 158の肯定的評釈付き); OLG Hamm StV 2010, 5.



中途半端な解決は支持することができない。双方の手續違反は、同じ重さを持つ。加重的教示が行われなかった場合も、供述は常に使用不可能とされなければならない。なぜなら、素人は、前の供述によりどの程度においてすでに「固まっている」のかを判断できないからである<sup>65)</sup>。更に、加重的教示は、136条1項2文の違反の範囲で求められるだけでなく、前の供述が手續規定違反(136 a 条違反など)のもとで行われた場合にも、一般的に、後の供述が使用可能とされるための条件として求められるべきものである(後述 Rn 142, 483も参照)。

#### IV. 被疑者・被告人のその他の権利

[120] 手續の全過程における被疑者・被告人の個別の権利・義務は、本書の別の箇所、各々の関連において扱う。ここでは、重要なものの指摘にとどめる。

##### 1. 法的聴聞を受ける権利

基本法103条1項で保障される法的聴聞を受ける権利については、いくつかの特別な具体化された規定が刑訴法におかれている。例えば、33条1項、3項、136条1項、201条1項、243条4項、257条1項、258条1項、2項、265条、356 a 条である。原則として、被疑者・被告人は、自己に不利益となる裁判所の裁判が下される前に、公判の内または外で、聴取されなければならない(33条1項、3項)。

---

<sup>65)</sup> 結論的に同様の見解として、OLG München StraFo 2009, 206; *Jahn*, Jus 2009, 468; *Gless/Wennekers*, JR 2009, 383; *Neuhaus*, StV 2010, 45; *Roxin*, HRRS 2009, 186; *Engländer*, Rn 248の事例がある。

## 2. 弁護を受ける権利

[121] 被疑者・被告人は、137条1項1文により、**全ての手続状況において、弁護人を求める権利**を持つ（136条1項2文も参照；証拠使用禁止について Rn 117, 156, 469参照）。更に必要的弁護の事件では、被疑者・被告人は、国に対して国選弁護人の任命を求める権利も持つ（詳細は Rn 147以下）。

## 3. 大使館等への通知を求める権利（114b条2項3文準用のウィーン外交条約36条1項b号3）

[121] a) 外国人が拘束されたとき、その者は、114b条2項3文準用のウィーン外交条約36条1項b号3により、すでに拘束された時点で、遅滞なく、母国の**大使館等への通知**を求める権利を教示されなければならない。これにより、大使館等は、その者を、**弁護権の実効的な行使のために支援**することができる<sup>66)</sup>（拘束に際しての教示義務の詳細は Rn 221）。

## 4. 在廷権

[122] 公判は、230条1項により、そこに在廷する被告人に対してのみ、実施することが許される。これにより、被告人の**在廷義務**および**在廷権**が明示されている。被告人不在の公判は、いくつかの例外的な場合に限って許される。例えば、231条2項、231a条、231b条、231c条、232条、247条である。被告人の公判への在廷権は、基本法103条1項から導かれる本質的な権利であり、不可欠のものとして法治国家的手続の要素に含まれる（国際人権条約14条3項d参照）。したがって、例外規定は、狭く解釈されなければならない<sup>67)</sup>。公判における在廷権が侵害された場合は、338条5号

---

<sup>66)</sup> BVerfG NJW 2007, 499 (*T. Walter*; JR 2007, 99の肯定的評釈付き)。

<sup>67)</sup> OLG Karlsruhe NStZ-RR 2008, 315.

の絶対的上告理由に該当する<sup>38)</sup> (Rn 382, 566)。

捜査判事による証人および鑑定人の尋問に際しても、被疑者・被告人には、168 c 条 2 項により、訴追側と被疑者・被告人側との武器対等性を確保するため、基本的に立会権(同席権)が与えられるが、168 c 条 3 項、4 項の例外もある。立会権の違法な妨害または通知義務(168 c 条 5 項)の違反があった場合は、証拠使用禁止に該当し、被告人または弁護人の同意がなければ、調書を251条により公判へ顕出することも(Rn 411以下)、また捜査判事を尋問することもできない<sup>39)</sup>。弁護人の立会権については Rn 156を見よ。

## 5. 証拠申請権

[123] 公判では、被告人に、証拠を申請する権利が与えられる。被告人からの証拠申請は、244条 3 項ないし 5 項、245条の条件のもとでのみ却下することができる。捜査および中間手続でも、証拠申請を行うことができる(166条 1 項、201条 1 項を参照。詳細は Rn 434以下)。

しかし、被告人は、判例の見解によると、公判において、書証の方法で、書面による自己の陳述を裁判所に朗読してもらい権利を持たない<sup>40)</sup>。被告人の供述は技術の意味での証拠ではないから、そのような申請には、244条 3 項の意味での証拠申請の性質は認められない(Rn 179)。口頭による質問を通じた被告人の供述という法定された形式は、このようなかたちで潜脱されてはならない、ということであろう(Rn 203, 371; 被疑者・被告人のための弁護人の発言権について Rn 159)。

---

<sup>38)</sup> 制限的な見解として、以下も見よ。BGH StV 2009, 226 (*Schlothauer* の批判的評釈付き); BGH StV 2009, 342 (*Eisenberg* の批判的評釈付き); BGH wistra 2010, 105 (大刑事部への回付決定); *Bung*, HRRS 2010, 50.

<sup>39)</sup> BGHSt 26, 332, 334; BGH NJW 2003, 3142; SchlHOLG StV 2008, 401.

<sup>40)</sup> BGHSt 52, 175 (*Bosch*, JA 2008, 825の批判的評釈付き); *Mehle*, DAV-FS, S. 655; *Mosbacher*, Jus 2009, 124.

## 6. 質問権

[124] 被告人は、公判において、証人および鑑定人に質問する権利を持つ（240条1項準用の2項1文）。これに対し、共同被告人相互の質問は許されていない（240条2項2文）。

全ての被告人は、欧州人権条約6条3項d号により、自己に不利益な証人に質問し、または質問させる権利を持つ。この対面および質問を行う権利は、欧州人権裁判所の判例において、重要な役割を担っている。対審的手続の観点から、証拠は、基本的に、公開の法廷で、被告人のいる場で、取り調べられなければならない。確かに、これは、例外のないものではないが、その例外は、弁護権が保障されているのでなければ認められない<sup>(4)</sup>。被告人が不利益な証人に直接に質問できない場合には、証拠評価は、特に慎重に行われなければならない。全体として、手続は、公正なものでなければならない（全体的衡量）<sup>(4)</sup>。疑いが残る限り、「疑わしいときは被告人の利益に」の原則に従って、無罪とされなければならない<sup>(4)</sup>（Rn 171, 429）。

## 7. 「ネモ・テネテュール原則」

[125] 被疑者・被告人の武器対等性にとって、前述した能動的な関与権と比べてひけをとらない意義を持つのが、被疑者・被告人は自己の罪責立証に協力する義務を一切負わないという原則——ネモ・テネテュール原則（何人も、自ら不利益となることを義務づけられない）——である。被疑者・被告人の一般的人格権（基本法2条1項準用の1条1項）および法治

---

(4) EGMR (van Mechelen 事件) StV 1997, 617; BGH NStZ 2004, 505; *Beulke*, Rieß-FS, 2002, S. 3; *Satzger*, Gutachten, C47.

(4) BGHSt 51, 150; BGH JR 2005, 247 (*Müller*, JZ 2004, 926の評釈付き); *Kudlich*, JuS 2004, 929.

(4) BGHSt 49, 112 (Motassadeq 事件) (*Müller*, JZ 2004, 926の評釈付き); *Kudlich*, JuS 2004, 929.

国家原理(基本法20条3項)から導かれる本原則について、その重要な具体的権利は<sup>44)</sup>、供述するかまたはそれを拒否するかについての、被疑者・被告人の選択権である(136条)。本原則は、同時に、国家機関に対して、自己負罪の積極的な強要を禁止する(特に136 a 条参照)(Rn 130以下)。被疑者・被告人が黙秘権を行使したとき、すなわち、供述を完全に拒否したときは、そのことから、判決において同人に不利益となる推認をしてはならない<sup>45)</sup>(Rn 495)。このことは、その他の被告人の訴訟行為に関しても、それが黙秘権と不可分に結び付いている限り妥当する。例えば、被疑者・被告人が自己の医師または弁護人を守秘義務から解放すること(53条2項)を拒否した場合にも、そのことを、犯罪容疑を認めたという徴表として使用することはできない<sup>46)</sup>。

被疑者・被告人が黙秘権を行使しない場合にも、同人には、真実を述べるという訴訟上の義務は課されない<sup>47)</sup>。この自己負罪拒否特権を「嘘をつ

---

<sup>44)</sup> 深めるために、EGMR (O'Halloran u. Francis 事件) NJW 2008, 3549; BVerfGE 56, 37, 43; BGHSt 38, 214, 220; BGH NJW 2007, 3138; *Bosch*, S. 24; *Eidam*, Die strafprozessuale Selbstbelastungsreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts, 2007; *Esser*, JR 2004, 98; v. *Gerlach*, Hanack-FS, S. 117; *Huber*, JuS 2007, 711; *Kölbel*, S. 21 ff; *Möller*, JR 2005, 314; *Rogall*, S. 104; *Torka, R.*, Nachtatverhalten und Nemo tenetur, 2000; *Verrel*, S. 13; *Wohlers*, Küper-FS, S. 691. 租税事件について、以下を参照。BGH NStZ 2005, 519 (*Rogall*, NStZ 2006, 41の評釈付き); LG Göttingen wistra 2008, 231.

<sup>45)</sup> BGHSt 20, 281, 282 f.

<sup>46)</sup> BGHSt 45, 363, 364; 45, 367 (これについて、*Keiser*, StV 2000, 633; *Kühne*, JZ 2000, 684). ネモ・テネテール原則の限定的な理解について、以下を参照。KMR-*Lesch*, § 136 Rn 14; *Böse*, GA 2002, 98; *Lesch*, 2/238 u. 4/65; *Verrel*, NStZ 1997, 361, 415. 法人の保護について、*Arzt*, JZ 2003, 456; *Queck*, Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen, 2005, S. 306がある。

<sup>47)</sup> BGHSt 3, 149, 152.

く権利」と呼ぶべきかは<sup>48)</sup>、単に用語上の問題にすぎない。いずれにせよ、被疑者・被告人の嘘は、それにより刑法145 d条, 164条, 185条以下の構成要件が満たされる場合を除いて、制裁を科されない。また、裁判所は、被疑者・被告人の嘘が判明したときには、その者の供述の一般的な信用性を疑うことを禁止されない<sup>49)</sup>。

## 8. 情報自己決定権

[126] 全ての市民は、自己の個人情報の使用について自ら決定する権利を持つ<sup>50)</sup>。この情報自己決定の基本権への介入は、特別の介入権限を必要とする<sup>51)</sup>。例えば、警察および検察による犯罪記録の作成は、152条以下によって正当化され、監視にあたっての技術的手段の投入は、100条以下によって許容される。被疑者・被告人の血液構造に関する情報の収集および保存、特にいわゆる DNA 分析の結果——いわゆる遺伝子学的指紋——は、81 e 条ないし 81 g 条によって正当化される (Rn 242以下)。474条以下は、体系上の理由から別の関連で規定されていない限りで、照会に対する回答と、記録閲覧 (例えば、他の裁判所、検察、公務所、私人などによる) とを規定する (弁護人ないし被疑者・被告人の記録閲覧については、147条参照)。483条以下は、刑事手続の中で収集された個人情報が、どのような要件で、どのような範囲において (将来の) 刑事訴追の目的のために情報として保存され、どのような目的のためであれば、その転用・使用が許さ

---

<sup>48)</sup> 例えば, *Fezer*, *Stree/Wessels-FS*, S. 681 ; *Rogall*, S. 54.

<sup>49)</sup> LR-*Hanack*, § 136 Rn 42 (25. A.) ; 控えめな見解として, LR-*Gless*, § 136 Rn 65 ; 全く異なる見解として, *Fezer*, aaO, S. 683.

<sup>50)</sup> BVerfGE 65, 1 (国勢調査事件判決) ; BVerfG StV 2007, 421.

<sup>51)</sup> 深めるために, SK-*Wolter*, Vor § 151 Rn 81 ff ; *Wolter*, ZStW 107 (1995), 793.

れるかを定めている<sup>62)</sup>。

## 9. 記録内容に関する情報

被疑者・被告人に弁護人がいないとき、147条7項は、その申立てに基づいて、記録からの回答および複写を求める権利を認めている。ただし、それは、適切な弁護のため必要であり、当該または他の刑事手続において調査目的が危殆化されることなく、第三者のそれに優越する利益が妨げられない限りで、である (Rn 160も参照)。

## 10. 被疑者・被告人の権利と訴訟上の一般的な濫用禁止との限界づけ

[126] a) 刑訴法は、個別規定 (26 a 条 1 項 3 号, 138 a 条 1 項 2 号, 241 条, 244 条 3 項 2 文など) 以外に、民法242条のような一般的な濫用条項を定めていない。したがって、学説の一部では、特に規定された状況以外に、訴訟上認められた権利の濫用的行為に対する一般的な不文の禁止は認められるべきではない、とする見解が主張されている<sup>63)</sup>。〔しかし、〕この見解は支持することができない。むしろ、刑訴法ですでに考慮されている個別事例は、あらゆる権利はそれが濫用に及ばない限りで行使できるという、立法者の意思を示すものである<sup>64)</sup>。それゆえ、重大な濫用的行為の阻止は、裁判官による法形成の方法で具体化することが許される。しかし、その限界が個別事例でどこに引かれるべきかは、被疑者・被告人の権利は一定の

---

<sup>62)</sup> この点について、BVerfG StV 2002, 577; *Hilger*, StraFo 2001, 109.

<sup>63)</sup> *Eisenberg*, Rn 174; *Gaede*, StraFo 2007, 29; *Ignor*, *Schlichter*-FS, S. 39; *Jahn/Schmitz*, *wistra* 2001, 328; *Kühne*, Rn 293; *Roxin/Schünemann*, § 19 Rn 13; *SK-Wohlers*, Vor § 137 Rn 63; *WeBlau*, *Lüderssen*-FS, S. 787.

<sup>64)</sup> この点的確な見解として、BVerfG NJW 2009, 1469 Rn 47; BGHSt (GrS) 51, 298.

範囲でそれ相応に濫用されるおそれもあるため、非常に争いがある<sup>65)</sup>。連邦通常裁判所が使用する現在の公式によると、手続関係人が、自己の手続法上の利益を守るために刑訴法上与えられた機会を、意図的に手続外の目的または手続に反する目的を追求するために利用している場合、訴訟上の権利の濫用が肯定される<sup>66)</sup>。しかし、この点で、「濫用規制の濫用」は予防されなければならない。したがって、判例の公式においては、被疑者・被告人の反抗的な態度というだけでなく、それが特に謀略に基づく行為である場合に初めて、これを濫用とみることが許される<sup>67)</sup>。弁護人について、刑事手続におけるその特別の地位および任務からは（限定的機関説）、訴訟破壊に当たる場合に限ってその行為が許されないものと認めることができよう<sup>68)</sup>。

## V. 被疑者・被告人の義務

[127] 被疑者・被告人は、基本的に、事案の解明に積極的に寄与すべきことを義務づけられない<sup>69)</sup>。しかし他方で、被疑者・被告人は、刑事手続に必然的に伴う侵害を甘受すべきことを義務づけられる。以下、若干の例

---

<sup>65)</sup> *Beulke*, S. 203; *ders.*, in: Kühne/Miyazawa, S. 143; *Landau*, in Jahn/Nack II, S. 71も見よ。

<sup>66)</sup> BGHSt 38, 111, 113; 51, 88, 93. 類似の見解として、以下も見よ。*Fahl*, Rechtsmissbrauch im Strafprozess, 2004, S. 68 ff, 124 ff; *Kudlich*, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot, 1998; *M-G*, Einl. Rn 111; *Pfister*, StV 2009, 550; *Roxin*, Hanack-FS, S. 15; *Satzger/Hanft*, NStZ 2007, 185; *Hassemer*, Meyer-Goßner-FS, S.127.

<sup>67)</sup> OLG Hamm StraFo 2009, 287; *Beulke*, StV 1994, 572, 575; *ders.*, StV 2009, 554. 別の見解として, BGH StraFo 2008, 252; BGH StV 2009, 66; BGH StV 2009, 169 (*Beulke/Witzigmann*, StV 2009, 394の批判的評釈付き).

<sup>68)</sup> BGH NStZ 2009, 692; *Beulke*, Amelung-FS, S. 543. 別の見解として, *Roxin*, Hanack-FS, S. 1, 14.

<sup>69)</sup> BGHSt 45, 367, 368.



を挙げる。

## 1. 強制処分を受忍

強制処分を受忍すべき義務がある（例えば、未決勾留=112条以下、証人等との対面=58条2項<sup>60)</sup>。

## 2. 出頭義務

被疑者・被告人には、公判における出廷義務(230条)に加えて、捜査手続において捜査判事(133条1項)および検察官(163a条3項1文)による尋問に出頭すべき義務もある。134条、135条により(場合により163a条3項2文を準用して)、被疑者・被告人は、強制的に引致される。これは、被疑者・被告人がすでに明示的に事件について供述する意思がないことを表明している場合も許される(ただし、争いがある<sup>61)</sup>)。すなわち、裁判官ないし検察官は、すでに捜査手続において、被疑者・被告人に対する個人的な心証を得るための機会を奪われないのである。また、尋問期日は、被疑者・被告人の供述行為に関わらない目的(証人との対面など)にも資するものである<sup>62)</sup>。〔これに反し、〕警察に出頭すべき義務はない。

[128] 事案16の解決：136条、163a条4項2文による教示が行われなかった場合は、この間に判例および学説で支配的となった見解によると、警察による尋問の場合も、使用禁止をもたらす(BGHSt 38, 214, 218は参照)。

<sup>60)</sup> 詳細は、BGHSt 39, 96, 98 f (*Welp*, JR 1994, 37の批判的評釈付き) ; *Eisenberg*, *Kriminalistik* 1995, 458 ; *Odenthal, H.-J.*, *Die Gegenüberstellung im Strafverfahren*, 3. A. 1999 ; *Rössner*, 8. Problem.

<sup>61)</sup> *M-G*, § 133 Rn 7 (文献付き) を見よ。

<sup>62)</sup> BGHSt 39, 96, 98.

この使用禁止は、136条の目的から導かれる。それによると、被疑者・被告人は、自己に不利益な供述をするかどうかを、自由に判断できるのでなければならない。Aが自己の黙秘権を知っていたときは、使用禁止は適用されない。しかし、本問では、その点について根拠がない。詳細は、前述Rn 117を見よ。

[129] 事案17の解決：

a) いわゆる自発的発言の場合、被疑者への教示（特に黙秘権について）は、実際上不可能である。これは、136条、163 a 条 4 項 2 文の意味での尋問ではない。自発的発言は、Kを証人として尋問する方法で手続に取り込み、無制限に使用することができるという点で、見解の一致がある（BGH NStZ 1990, 43参照）。

b) ここでは、確かに、質問を受けた全ての従業員が、一定の範囲で犯罪の容疑をかけられている。しかし、捜査は、まだ1人または複数の容疑者に絞り込まれておらず、むしろ、全ての従業員への質問によって初めて、誰を被疑者として捜査すべきかが判明するものであった。いまだ、被質問者を被疑者として解明するという警察の意思活動はなく、その解明が行われていないのは恣意的なものでないことからすると、被疑者尋問ではなく、まだ容疑者の聞き込みの段階であり、136条1項2文準用の163 a 条 4 項による教示義務はない。この場合に、教示なく行われた供述は後に使用することができるかという問題は、現在、激しい争いがある。判例および学説の支配的見解は、使用可能性を認める。しかし、正しい見解によると、利益状況からは、使用禁止が要請される。〔なぜなら、〕そうでなければ、教示義務は、容易に潜脱されるからである。つまり、前の供述をKの証人尋問というかたちで刑事手続に取り込み、判決発見のために使用することは許されないのである。

c) ここでは、Pの尋問が、同人に対する告訴に基づいて行われている。

刑事訴追機関は、そのような告訴に基づいて捜査を開始したときは、これにより、当該対象者を被疑者として手続を行うことを表明している、と推断することができる。すなわち、告発の対象とされた者は常に被疑者であり、必然的に、そのような者として尋問されなければならない (*M-G*, Einl. Rn 77; 反対の見解として *Kohlhaas*, NJW 1965, 1254, 1255; この点について Rn 311も参照)。つまり、Pは、自己の権利について教示されなければならなかった (136条, 163 a 条 4 項 2 文)。彼が黙秘権について知らなかったとすれば、教示なく行われた供述は使用することができない。

d) この事案では、Pはすでに被疑者であり、その帰結として、Kとの会話は聞き込みではなく、136条の意味での尋問であり、相応の教示義務を伴うものであったのか、という点が問題となる。Pは、搜索命令によって、被疑者と明言されたといえるかもしれない。確かに、102条によると、搜索は、まだ被疑者であるとは限らない容疑者に対して (*M-G*, § 102 Rn 3), および、被疑者・被告人以外の者に対しても (103条) 命じることができる。しかし、そのことから、搜索命令は一般的に被疑者としての地位の基礎づけについて何も述べるものではないと推論することはできない (ただし、*Rogall*, S. 25参照)。個別の事情から、刑事訴追機関は対象者を被疑者として手続を行っている、ということもありうる (*BGHSt* 38, 214, 228; *Krey*, I Rn 762)。本件も、そのような場合に当たる。なぜなら、匿名の告発に基づいて、Pが犯人であることの具体的根拠が存在し、それが強制処分の原因ともなっているからである。つまり、Kは、Pに教示しなければならなかった。教示が行われず、Pもその内容を知らなかった場合には、供述は使用できない (前述 c と同様である)。

更に詳細は、前述 Rn 110-113, 117以下の事例を参照。

## § 8 禁止される尋問方法

事例18：謀殺罪の被疑者Aは、自白する前の30時間、睡眠の機会を与えられなかった。その自白は使用することができるか。[Rn 145]

事例19：Aは、謀殺罪を実行した。警察は、まだ彼の犯行を証明できていない。Aの罪責を立証する目的で、警察は、Aの同房者Mに、Aにその犯行を打ち明けさせるよう、依頼した。Aの部屋に入れられたMは、うわべ上は一緒に逃走する計画を持ちかける方法で、Aの信頼を得るようになった。そのようにして打ち解けた状況で、Aは、Mに、犯行を打ち明けた。Mは、その情報を、警察に流した。Aの供述は、Mの尋問を通じて、Aに対する手続に取り込むことができるか。[Rn 146]

### I. 基礎（136 a 条）

[130] 1. 法治国家原理および欧州人権条約6条1項1文から導かれる「フェア・トライアル」原則、および、人間の尊厳尊重の要請は、どのようなことをしても真実を探究するというものを禁止する<sup>(1)</sup>。私たちは、前世紀の時代と異なり、もはや「目的が手段を治癒させる」という立場をとらない。暴力、欺罔、拷問の使用は、それにより危険な犯罪者の罪責を立証することができるという場合であっても、やはり禁止されなければならない（詳細は Rn 134a）。

被疑者・被告人の意思決定および意思活動の自由は、侵害されてはならない（136 a 条）。136 a 条1項で禁止される尋問方法の列挙は、限定的なものではない<sup>(2)</sup>。この尋問方法の禁止は、被疑者・被告人の同意に関わり

---

(1) BGHSt 5, 332, 333 ; 38, 215, 219 ; BGH NSTz 1993, 142.

(2) BGHSt 5, 332, 334.

なく妥当する(136 a 条 3 項 1 文)。被疑者・被告人は、内容的に誤った供述を強制されることも(「Wie」——その点で争いはない)、また、そもそも刑事訴追機関に対して供述するよう強制されることから(「Ob」<sup>(3)</sup>)、保護されなければならない。

[131] 2. 136 a 条に列挙された禁止は、尋問にのみ関係づけられる(その概念について Rn 115)。

これには、捜査の初期の段階での、いわゆる聞き込みも含まれる(この点について Rn 113)。これは、確かに、被疑者・被告人尋問ではないが、しかし、136 a 条の禁止は、類推して適用される<sup>(4)</sup>。136 a 条は、尋問がそのようなものとして公然と示される場合のみならず、密かに実施されるというかたちで潜脱されてはならない(Rn 481e)。

136 a 条に列挙された禁止される方法は、私人である第三者(被害者に雇われた私立探偵など)が公的な委託を受けることなく強制、欺罔などを用いて被疑者の自白を要求するという場合を、対象とはしていない。刑事訴追機関は、そのようにして得られた情報についてこの第三者を尋問することも許される。すなわち、この自白は、間接的なかたちで使用することができる。人間の尊厳に対する違反があった場合(拷問など)ならびに刑事訴追機関が私人を道具として使用したような場合に初めて、包括的な使用禁止が認められる<sup>(5)</sup>(Rn 115, 479, 480a も参照)。

---

(3) この点で別の見解として、*Lesch*, 3/85.

(4) 同様の見解として、AG Freising StV 1998, 121; *Joerden*, Jus 1993, 928; 明らかに別の見解として、BGH <D> MDR 1970, 14.

(5) BGHSt 34, 362, 363; より厳格な見解として、AK-Gundlach, §136a Rn 13.

3. 136 a 条の禁止は、証人尋問（69条3項）および鑑定人尋問（72条、69条3項）に準用される。

## II. 禁止される尋問の事例群

136 a 条に列挙された禁止される尋問方法について、以下で詳細に検討する：

### 1. 疲労

[132] 疲労効果を伴う長時間にわたる尋問は、犯罪捜査活動の範囲で不可欠であり、それだけではまだ許容される警察活動である。被疑者・被告人が尋問自体または他の事情に基づいて、その意思の自由が侵害されるほど疲労させられた場合に初めて、136 a 条1項1文に違反するものとなる<sup>(6)</sup>。被疑者・被告人が自白する前の30時間にわたって睡眠の機会を与えられなかった場合は、これに該当する<sup>(7)</sup>。尋問官が疲労の状態を故意に惹起したことも、また疲労の状態を知っていたということも、必要ではない<sup>(8)</sup>。〔これに反し、〕被疑者・被告人に睡眠の機会が与えられていたが、同人は単にそれを利用できなかった（興奮などにより）ときは、136 a 条は適用されない<sup>(9)</sup>。

### 2. 薬物の投与

[133] 薬物の投与とは、固体、液体、ガス状成分の身体への注入である。例えば、注射、錠剤、食事への混入という方法による。酩酊させる、麻痺

---

(6) BGHSt 1, 376, 379.

(7) BGHSt 13, 60, 61.

(8) BGHSt 1, 376, 379 ; 12, 332, 333.

(9) BGHSt 38, 291, 292.

させる、抑制を解く、眠気を呼ぶ成分、特にアルコールや麻薬は、136 a 条1項の意味で禁止される薬物である。被疑者・被告人自身がそのような薬物を服用した場合も、尋問は許されない<sup>(10)</sup>。〔これに反し、〕元気づけ・リフレッシュするための薬物や、コーヒー、紅茶、たばこなどの投与は、基本的に禁止されない。被疑者・被告人にそれらを与えることの拒否も同様である<sup>(11)</sup>。

### 3. 苦痛および威迫

[134] 苦痛は、長時間または反復して身体的または精神的な痛みや苦しみを与えることである。例えば、真っ暗闇での拘束、発砲の素振りなどである。

また、手続法上許されない手段をもってする威迫も、禁止される(136 a 条1項3文)。

BGH StV 2004, 636: 裁判所は、被告人に対して、同人が自白をせずに予定の証拠申請を行い、その結果、公判を停止しなくならなくなったときには、同人を未決勾留に付すると述べた——連邦通常裁判所は、136 a 条1項3文の意味での、許されない威迫に該当すると認めた。

BGHSt 15, 187: 被告人は、自身が溺愛していた3歳の息子を、妻および義理の両親との喧嘩の後で殺害してしまった。尋問に際して、被告人は、どのようにして犯行を行ったのか供述しないときには、子供の死体のところへ連れて行くと告知された。彼は、泣きながら、そうしないように求めた。しかし、被告人は、死体置き場へ連れて行かれ、その抵抗にもかかわらず死体の前に立たされたところ、そこで大声を上げて泣き崩れた。それに続いて、彼は、書面による包括的な自白を提出した——連邦通常裁判所は、136 a 条に対する違反を認めた。

---

(10) LG Mauburg StV 1993, 238; 別の見解として、*Pluisch*, NZV 1994, 52.

(11) BGHSt 5, 290.

これらの事例とは異なり、被疑者・被告人に対して88条2文により死体を示し、または被害者の写真を見せることは、同様の精神的に大きな圧力がそれにより行使されるものではない限り、原則として許容される。しかし、限界事例では、136 a 条1項1文にいう苦痛の類型に該当することもあり得る。

[134 a] Gafgan 事件<sup>(12)</sup>により、拷問の例外的許容に関する議論が、再び高まっている。身代金目的誘拐を理由に逮捕された被告人は、尋問する警察官から、話さなければ重大な苦痛を与えるとの告知を受けた後に、誘拐されたが警察官はまだ生きていてと考えていた子供の所在を話した。拷問による威迫に該当するが予防目的が優越する場合、それは警察法上の問題である（この点について Rn 103）。〔これに対し、〕 訴追機関において第一義的に犯罪の解明が重要であった場合は、許容性は136 a 条によるところとなる。いずれの場合にも、拷問の威迫が許されない尋問方法であることについて、およそ争いはない。それにもかかわらず、限界事例に関して（例えば、ハイデルベルク市の危険）、それが人の生命を救出するための唯一の手段であるという場合には（予防手段の拷問）、絶対的な拷問禁止に例外を認めることが検討されている。その論拠として、法律上の評価の欠陥が指摘されている。それは、対立する基本権の間の衡量に基づく拷問禁止の目的的な再構成によって、現在脅かされている人間の尊厳の有利に判断されなければならない、とするものである<sup>(13)</sup>。相対的拷問禁止のその他の支持者は、行為した警察官の可罰性を回避するために、刑法の正当化事由（刑法32条、34条）を援用する<sup>(14)</sup>。拷問の許容性の問題は、正し

---

(12) EGMR NStZ 2008, 699 (Jäger, JA 2008, 678の評釈付き)；この事件については、以下もある。Weigend, Tak-FS, S. 321；BVerfG NJW 2005, 656；LG Frankfurt/M StV 2003, 325 (Weigend, StV 2003, 436の評釈付き)。

(13) Brugger, JZ 2000, 165, 167；Miehe, NJW 2003, 1219。

(14) Erb, Jura 2005, 24；ders., Seebode-FS, S. 99；Jerouschek/Kölbl, JZ 2003, 613；Lackner/Kühl, § 32 Rn 17a (文献付き)；細分する見解として, Fahl, JR 2004, 182；Herzberg, JZ 2005, 321。



くは、例外事例においても、典型的に否定されなければならない。このことは、一方では、すでに基本法におけるその目的から切り離された法律上絶対的な拷問禁止の文言(基本法104条1項2文)、警察法、刑訴法(136 a条)、国際法(例えば、欧州人権条約3条, 15条, 国連反拷問条約)から、そして他方では、人間の尊厳(これは、他の法益——本件のように生命であっても——との衡量を許さない)の基本的な不可侵性<sup>(45)</sup>とから、求められる結論である<sup>(46)</sup>。刑事訴追機関がそのような拷問投入を告知し、また実施したときは、可罰的である(特に強要罪)<sup>(46)</sup>。Rn 103, 119, 289b, 482を参照。

#### 4. 欺罔

##### [135] a) 基礎

欺罔を136 a条1項に列挙された他の禁止される尋問方法と比較すると、これは同じ「性質」ではないことがわかる。しばしばみられることであるが、欺罔によっても直ちに被疑者・被告人(または証人)の人間の尊厳を侵害するものではなく、「フェア・トライアル原則」に対する違反も、136 a条1項の他の類型と比べてそれほど明白ではない。それにもかかわらず、立法者は、**無制限の欺罔禁止**を定めた。しかし、欺罔禁止は犯罪捜査活動

---

(45) 同旨, *Beutler, B.*, Strafbarkeit der Folter zu Vernehmungszwecken, Jur. Diss. Passau 2006. 更に以下も参照。*Gaede*, Camprubi (Hrsg), S. 155 ff; *Hamm*, NJW 2003, 946; *Jäger*, Herzberg-FS, S. 539; *Jeßberger*, Jura 2003, 711; *Kinzig*, ZStW 115 (2003), 791; *Kreuzer*, Nitschke (Hrsg), S. 35; *M/D-Herdeggen*, Art. 1 I Rn 45, 90; *Merten*, JR 2003, 404; *Neuhaus*, GA 2004, 521; *Pritwitz*, Herzberg-FS, S. 515; *Roxin*, Eser-FS, S. 461; *Schaefer*, StV 2004, 212; *Schild*, in: Gehl, Folter, S. 59; *Volk*, §9 Rn 14; *Seebode*, Otto-FS, S. 999.

(46) LG Frankfurt/M NJW 2005, 692 (Daschner 事件) (*Götz*, NJW 2005, 953の批判的評釈付き); この点について以下もある。*Saliger*, Strafverteidigervereinigungen (Hrsg), S. 195; *Satzger*, Jura 2009, 759; *Roxin*, Nehm-FS S. 205.

の核心的領域に関わるものであるから、**制限的に解釈**されなければならない<sup>(17)</sup>。

意識的に虚偽の事実を述べることは、明白に禁止される。例えば、「他の共犯者はすでに逮捕された」、「被疑者を犯罪実行の際に目撃した」、「共犯者はすでに自白した」、あるいは、被疑者には「チャンスがない」ほど多くの証拠がある、というような虚偽の事実を述べることである<sup>(18)</sup>。

また、法律状況について意識的に虚偽を述べることも禁止される。例えば、黙秘は犯罪の証明となる、と述べるなどである。

#### [136] b) 捜査手段上の策略

これに対し、**犯罪捜査上の策略**は許される。例えば、カマをかけた質問などである<sup>(19)</sup>。しかし、これが、軽微な欺罔は許されるが大きな欺罔は禁止されるというようなかたちで、濫用されることになってはならない<sup>(20)</sup>。学説上、策略的な措置は、確かに136 a条の意味での欺罔行為であるが、軽微の欺罔行為の場合には意思侵害はさほどのものでないから、証拠使用禁止は否定されるべきである、とする見解も主張される。しかし、これは誤りである<sup>(21)</sup>。むしろ、欺罔禁止は、**絶対的に妥当するものである**<sup>(22)</sup>。

**BGHSt 37, 48**：警察は、頭部を切り離された人の遺体を発見し、見かけ上は「行方不明事件」として容疑者に尋問した。このように被疑者を意識的に誤解させたこと

---

(17) OLG Köln GA 1973, 119, 120；細分する見解として、*Krack*, NStZ 2002, 120.

(18) BGHSt 35, 328, 330参照。肯定的見解として、*Bloy*, JR 1990, 165；*Weigend*, Jura 2002, 207.

(19) 同様の見解として、*Erb*, FS-Otto, S. 876, 批判的見解として、*KMR-Lesch*, § 136a Rn 28；*Degener*, GA 1992, 464；*Lesch*, ZStW 111 (1999), 644.

(20) 同様の見解として、*AK-Gundlach*, § 136a Rn 41.

(21) *Puppe*, GA 1978, 289.

(22) *Beulke*, StV 1990, 180, 182；*Grünwald*, S. 71；FG Mecklenburg-Vorpommern wistra 2003, 473.

は、許される捜査上の策略の範囲を超えるものである (Rn 112も参照)。

**BGHSt 34, 362** : 被疑者は未決勾留に付されていたが、同房者が「その部屋に送り込まれた」。彼は、警察から意図的に「スパイ」として投入された者であった。同房者が秘密を保障した後に、被疑者は、彼に犯行を告白した。同房者が秘密を保障することとしたことは、真実に反する申し出であり、欺罔行為である。これは、そのような警察からの依頼に基づくものであったので、国家に帰属される。したがって、連邦通常裁判所は、的確にも、136 a 条違反を肯定した<sup>23)</sup>。もっとも、連邦通常裁判所がここで136 a 条の意味で禁止される「強制」に該当するとした点は、説得的ではない。それ自体は許されるべき未決勾留は、被告人がその黙秘を止めたこととの因果性を持つものではなく、犯行の告白は、スパイの欺罔行為に基づくものだったからである<sup>24)</sup>。

同房者が自発的に行動したという応用事例については、Rn 479参照。

#### [137] c) 故意のない欺罔

判例および支配的見解によると、刑事訴追機関に故意がない場合は、136 a 条の意味での欺罔とは位置づけられない<sup>25)</sup>。

通説は、基本的に支持されるべきである。欺罔の概念には、「目的的要素」が内在しており<sup>26)</sup>、故意がない誤解の惹起が136 a 条 1 項 1 号に含められないことを正当化する。しかし、こうした理解は、尋問官が自身により誤って惹起された被疑者(または証人)の誤解と、供述行為に対するその

---

<sup>23)</sup> 別の見解として、*Lesch*, 3/131; *ders.*, GA 2000, 365; *Schneider*, NStZ 2001, 8.

<sup>24)</sup> 同様の見解として、*Fezer*, JZ 1987, 937; この点について、*Fahl*, JA 1998, 754; *Seebode*, JR 1988, 427も見よ。

<sup>25)</sup> BGHSt 31, 395, 400; BGH StV 1989, 515 (*Achenbach* の批判的評釈付き); BGH NStZ 2004, 631; 異なる見解として、*Eisenberg*, Rn 662 ff; *Hellmann*, Rn 468; *Ransiek*, StV 1994, 345.

<sup>26)</sup> 別の見解として、LR-*Gless*, § 136a Rn 49.

重要性を認識していなかったという限りでのみ、妥当しうる。これと異なり、そのようにして創設された誤解を認識しつつ利用することは、許されない。この場合、尋問官には、刑法における不作為犯についての法趣旨に応じて、先行行為に基づく説明義務が課される<sup>77)</sup>。

[138] d) 騙し聞きと騙し声

aa) いわゆる「騙し聞き (Hörfalle)」も、許されない欺罔に入る、それは、被疑者が(推断的に)尋問されていることについて欺罔される事案である。

事例：尋問が休憩に入ってから、警察官は、これ見よがしに部屋を離れた。これによって、被疑者は、「監視されずに」第三者と会話する機会を得た。実際のところ、尋問官は、被疑者の負罪的な発言を、隙間のあいたドアの向こうから聴いていた。ここで、被疑者は、尋問の性質について欺罔されている。この騙し聞きは、禁止される欺罔行為である<sup>78)</sup>。

BGHSt 33, 217: 被疑者Bの電話回線が、適法に監視されていた。警察は、被疑者に負罪的な発言をさせるために、その妻に電話をかけ、Bが間もなく身柄拘束されると告げた。それに応じて、Bは、共犯者Cに電話をかけ、その会話の中で、負罪的な事実を話した。これは、騙し聞きではない。[なぜなら、]尋問ではなく、許される電話傍受だからである。この供述は、使用することができる。

bb) いわゆる「騙し声 (Stimmenfalle)」も、禁止される。これは、被疑者が欺罔により会話に引き込まれ、その声によって同人の罪責を立証しようとする手段である。

BGHSt 34, 39以下: 被疑者は、Schleyer 誘拐事件の中で恐喝的な電話(これは録音された)をかけたことについて、容疑をかけられていた。被疑者は、別の事件で拘

---

<sup>77)</sup> 同様の見解として、Günther, StV 1988, 421, 423.

<sup>78)</sup> 同様の見解として、KK-Diemer, § 136a Rn 6; LR-Gless, § 136 Rn 93 u. § 136a Rn 44; SL-Rogall, § 136a Rn 21; Beulke, StV 1990, 184.

束されていた。被疑者が声を比較する目的で話すことを拒否したため、別の刑事施設に移された。そこで、施設の長が彼と導入的な会話を行い、それが録音された。

**解決：**連邦通常裁判所は、的確にも、声の比較の結果を使用することができないと判断したが、その際に、理由づけとして、憲法上保障されている自分の言葉に関する人格権の違反を挙げている。正しくは、136 a 条を直接に適用すべきであった<sup>69)</sup>。

**事例：**Aは、女性Fから、彼女を強姦したという疑いをかけられた。Aが犯罪実行に際してマスクをしていたため、Fは、その声しかわからなかった。そこで、警察は、Fに、警察署に来て、Aが警察官Pと行う会話を隣の部屋から聴くように求めた。Fは、その声を犯人のものと認めたが、このFの供述は、判決において証拠として使用することができるか。

**解決：**ここでは、尋問状況が付加的な措置（「見かけ上の会話」、Fが隣室に隠れていること）によって欺罔されているため、許されない「騙し声」に該当するので、136 a 条が適用される<sup>70)</sup>。

証人による声の比較が私人による主導に基づいて同じ結果をもたらした場合（例えば、証人が偽って自らを代理人と称し、被疑者を「取引きの会話」に巻き込んだ場合）には、国家に帰属すべき行為が欠けているため、尋問の性質が否定される。したがって、136 a 条による欺罔とは認められない。

cc) 被疑者が公然の場で行う会話を刑事訴追機関が密かに聴くこと（商店

---

<sup>69)</sup> SK-Schlüchter, § 261 Rn 33; Beulke, StV 1990, 183; Wolfslast, NStZ 1987, 106. また, SK-Wolter, Vor § 151 Rn 126; SK-Rogall, § 58 Rn 52も見よ。

<sup>70)</sup> 誤解を招きやすいが、事実上使用可能性を認める見解として, BGHSt 40, 66, 69; Wankel/Demmel, Rn 132; この点で同様の見解として, Achenbach/Perschke, StV 1994, 577; Eisenberg, NStZ 1994, 599; Freund, JuS 1995, 394; Schneider, GA 1997, 381; 別の見解として, Sternberg-Lieben, Jura 1995, 299がある。問題全体について, Ackemann, U., Rechtmäßigkeit und Verwertbarkeit heimlicher Stimmvergleiche im Strafverfahren, 1997.

で立ち聞きするなど)は、それが尋問に当たらないとの理由から、136 a 条には該当しない。単なる被疑者の観察に関しても、それが尋問の状況において行われたかどうかが問題であり、それが肯定される場合には、136 a 条が遵守されなければならないが、否定される場合には、検証証拠の規定に従い、捜査活動は、刑事訴追機関の裁量に委ねられる<sup>61)</sup> (Rn 204)。〔ただし、〕後者の場合に、特別な状況(例えば、警察により強盗被害者と被疑者とがばったり出会うよう演出されたような場合)においては、なお許されない「騙し観察(Betrachtungsfälle)」に該当する(136 a 条類推適用)といえるかは、まだ完全に解明されていない<sup>62)</sup>。

#### e) 秘密調査員(V-mann)の投入

秘密裏に捜査する警察官がその公的資格を単に秘匿していた場合、すでに110 a 条はこの措置を定めていることから、136 a 条1項1文の意味での欺罔には当たらない<sup>63)</sup>。その他の秘密調査員に関しても、同様である<sup>64)</sup> (秘密調査員問題について詳細は、Rn 481 a 以下で扱う。ここでは「共同騙し聞き(Mithörfälle)」に関しても論ずる)。

## 5. 強制

[139] 被疑者・被告人に対する強制は、刑事手続法がそのような介入規定を定めている場合に限り、許される(詳細は、強制手段に関する§11と§12を見よ)。それ以外の強制は禁止される。確かに、強制は客観的に違法であったが、それが供述の惹起を意図して行われたのではない場合(例えば、抗告裁判所が、逃走危険の理由が欠けるとして、後に未決勾留を破

---

61) *M-G*, § 86 Rn 1 ff.

62) *Haas*, GA 1997, 368; *Lesch*, GA 2000, 361を見よ。

63) 別の見解として、*Kahlo*, Wolff-FS, S. 153.

64) BGHSt 44, 129, 133.

棄した場合)については、判例の見解によると、強制処分の間に行われた供述は、使用可能である<sup>65)</sup>。

これに対して、胃の内容物を吐かせる目的で嘔吐剤を強制的に飲ませることは、尋問には当たらないから、136 a 条ではなく、81 a 条の問題となる(この点について Rn 241)。拷問については、前述 Rn 134a を見よ。

## 6. 法律に定めがない利益の約束

[140] 本類型は、特に、刑事訴追機関が被疑者・被告人に対して自白すれば後の刑事手続で有利となること(未決勾留からの解放、減軽事情の承諾、手続打ち切りなど)を約束する、という事案を対象とする。

a) 供述行為について考えられる帰結を示すことは、許される。これは約束ではなく、教示だからである<sup>66)</sup>。例えば、裁判所は、自白〔した者〕に対して、科されるべき自由刑が3年を超えないと約束することは許される(BGH StV 1999, 407)。

b) 以後の手続事象について確たる約束をすることは、その約束者が、当該状況において終局的に約束された内容について判断する権限を持たなかった場合には、許されない(例えば、警察官が自白すれば執行猶予刑にすると約束する場合)。

c) その他、約束の許容性については、争いがある。少なくとも見解は、一定の供述の反対給付として約束された利益は、全て136 a 条1項3文後段の意味で不許容であるので、「買われた」供述は136 a 条3項2文により使用できないと主張する<sup>67)</sup>。他方、通説は、利益は取引きすることも許される、という立場をとっている。この法の見解は、現在、257 c 条におけ

---

<sup>65)</sup> BGH StV 1996, 73 (*Fezer und Bung*, StV 2008, 495の批判的評釈付き)。

<sup>66)</sup> BVerfG NStZ 1987, 419; BGHSt 1, 387, 388; 20, 268.

<sup>67)</sup> KMR-Müller, § 136a Rn 15.

る合意の規定において確証されている。私たちの法制度において、被疑者・被告人が供述行為、特に自白によって、一定の利益を受けうることは、なじみのないものではない（更に、麻薬法31条、刑法46b条、Rn 342を参照）。利益の付与が刑事訴追機関の裁量の範囲にある限り（例えば、153条以下による手続打ち切り）、被疑者・被告人に供述を促すためにその裁量が戦略的に行使された場合であっても、これは「法律上定められている」。もっとも、このことは、検察官が自身の行為裁量の範囲を逸脱しない、という限りで妥当する。例えば、被疑者・被告人に対し、まだ判明していない行為について、自白すればその手続を打ち切る（154条1項1号、Rn 339）と約束することは、許されない。なぜなら、まだ判明していない行為の責任範囲に関する供述を事前的に的確に把握することはできないからである<sup>88)</sup>。合意の内容的範囲について、Rn 394以下も参照。

## 7. その他の禁止される尋問手段

[141] 136 a 条の規定は、限定的なものではない。これ以外の尋問方法も、〔被疑者・被告人の〕意思決定および意思活動の自由が当該手段により相当地に侵害される限りで、不許容と位置づけられる。

特に、嘘発見器（ポリグラフ。被尋問者の無意識の反応を記録するもの）の使用は、それに該当する。なぜなら、これは、対象者の影響を与える機会を実践的に完全に奪うものであり、それによって、人間の尊厳の核心を侵害するものだからである<sup>89)</sup>。また、この技術的な補助手段の使用は、「ネモ・テネテール原則」にも反する（Rn 125参照）。被疑者・被告人の同意があっても、嘘発見器の使用は許されない。さもなければ、否認する被

---

<sup>88)</sup> Volk, NJW 1996, 879:「王冠証人規定は違法である」とする。

<sup>89)</sup> BGHSt 5, 332, 333.



疑者・被告人の全てに対して間接的な圧力が行使されうるからである<sup>(40)</sup>。近時の判例では、被疑者・被告人の同意により刑事手続で行われたポリグラフ検査の却下に関して、その理由づけが拡張されている。さしあたり、連邦憲法裁判所は、法律状況を未決定のものであると判示した<sup>(41)</sup>。そして、連邦通常裁判所は、確かに、憲法上の疑問、ならびに、136 a 条類推適用に対する違反の可能性を却下したが、しかし同時に、心理学における批判的見解を参照して<sup>(42)</sup>、結果の信頼性に疑問を提起した。本テストによって重要な証拠が得られることはないから、そのような証拠申請については、証拠方法の完全な不適當性を理由として (Rn 444), 244条3項2文, 4文により、裁判所は却下しなければならない<sup>(43)</sup>、というのである。連邦通常裁判所は、この見解を民事手続にも拡張している<sup>(44)</sup>。

▶事例は *Beulke*, Klausurkurs III, Rn 542

### III. 136 a 条に対する違反の効果

[142] 1. 136 a 条の禁止に反して行われた供述は、使用を許されない。これは、一般原則であり、136a条3項2文がすでに定めるところである。本規定の意義は、被疑者・被告人の同意があっても証拠使用が禁止される

(40) BVerfG NJW 1982, 375; OLG Karlsruhe StV 1998, 530; SK-Rogall, § 136a Rn 76; Frister, ZStW 106 (1994), 303; 反対の見解として特に, *Amelung*, NStZ 1982, 38; *Prittwitz*, MDR 1982, 886; 部分的に反対する見解として, *Schünemann*, Kriminalistik 1990, 131; *Schüssler*, JR 2003, 188.

(41) BVerfG StraFo 1998, 15; BVerfG NStZ 1998, 523.

(42) 代表して, *Rill/Gödert/Vossel*, MschrKrim 2003, 165参照。

(43) BGHSt 44, 308, 315 (*Amelung*, JR 1999, 382の評釈付き); *Fezer*, JZ 2007, 666; *Kargl/Kirsch*, JuS 2000, 537; *Landau*, G. Schäfer-FS, S. 42; *KMR-Lesch*, § 136a Rn 43; *Pfeiffer*, § 136a Rn 11; 批判的見解として, *Meyer-Mews*, NJW 2000, 916; *Stübinger*, ZIS 2008, 538; 別の見解として, *Putzka/Scheinfeld/Klein/Jndertsch*, ZStW 121 (2009), 607; *Putzke/Scheinfeld*, StraFo 2010, 58.

(44) BGH NJW 2003, 2527.

という点にある。

一部の学説では、規定の明白な文言にもかかわらず、使用がもつばら被告人の有利となり、当該証拠申請に際して同人が任意かつ真摯に136 a 条の保護を放棄している場合において、136 a 条3項2文の目的的な再構成が検討されている。さもなければ、被告人には実効的な防御が妨げられてしまうからである<sup>45)</sup>、というのである。連邦通常裁判所は、この(問題となる)状況について、まだ判断を示していない<sup>46)</sup>。

2. ある供述は、それが禁止される尋問方法の使用に基づいている場合に限り、使用が許されない。しかし、因果性の証明は、被疑者・被告人において、使用された尋問手段の供述に対する因果性が排除されないということで足りるとされ、その点で軽減されている<sup>47)</sup>(仮定的な代替的介入について Rn 483)。

これと異なるのは、禁止された尋問手段により得られた供述と判決との間の因果性の可能性である。そのような因果性は、上告の成功のため必要である(337条1項)。この因果性は、特に尋問の瑕疵のない再現によって、排除されうる。

第2の尋問が使用可能となるための要件は、禁止された尋問手段がもはやその効力を有していないこと、つまり、被疑者・被告人の意思の自由がもはや侵害されていないことである<sup>48)</sup>。この点で、136 a 条1項に対する違反がもはや継続していないと通常いえるのは、被疑者・被告人が加重的教示(適切な教示)の方法で、後の尋問に際して、その従前の供述は使用を許されないことまで知らされていた場合に限られよう<sup>49)</sup>(Rn 119, 134a,

---

<sup>45)</sup> *Roxin/Schäfer/Widmaier*, Strauda-FS, S. 435; *Jahn*, Gutachten, C 113.

<sup>46)</sup> この問題を未解決にしたものとして, BGH StV 2008, 113 (*Roxin* の評釈付き); *Jahn*, Jus 2008, 1121.

<sup>47)</sup> BGHSt 5, 290, 291; 13, 60, 61.

<sup>48)</sup> BGHSt 22, 129, 133 f; 37, 48, 53.

<sup>49)</sup> この問題を未解決にしたものとして, BGHSt 53, 112, 116; この方向にあるものとして, BGHSt 52, 11, 24; OLG Frankfurt StV 1998, 119; LG Frankfurt aM StV 2003, 325 (Gäfen 事件).

483)。

[143] 3. 禁止される尋問手段自体の使用に関しては、通説によると、被疑者・被告人による全ての証明が、自由な証明の方法で取り調べられなければならない (Rn 180)。「疑わしいときは被告人の利益に」の原則は、適用されない<sup>50)</sup>。この証明は被疑者・被告人にとって多くの場合に行い難いものであるから、その点について、あまり高い要件を課することは許されない。被疑者・被告人が、尋問手段が適法であったことについて、疑いを差し挟むような事情(例えば、身体における暴力を受けた痕跡)を証明することで十分とされなければならない<sup>50)</sup>。

[144] 4. 使用禁止は波及効も持つものであるか、すなわち、使用できない供述に基づいて初めて得ることができたものも全て使用不可であるのかは、非常に争いがある。例えば、強要された自白から負罪方向での資料が発見された場合である。アメリカの「毒樹の果実」の理論は、そのような波及効を肯定する。ドイツの通説は、これを否定し、使用禁止を、禁止された尋問手段から直接に得られた証拠にのみ及ぼす(詳細は Rn 482)。

[145] 事案18の解決: ここでは、被尋問者に疲労があったことから、136 a 条により、使用不可能とされなければならない (BGHSt 13, 60, 61); 詳細は、前述 Rn 132を見よ。

[146] 事案19の解決: Mは「通常の」同居者であり、(逃走計画により)

<sup>50)</sup> BGHSt 16, 164, 166 f; BGH NStZ 2008, 643; OLG Hamburg NJW 2005, 2326 (Motassadeq 事件)。

<sup>51)</sup> 類似の見解として、Ambos, StV 2009, 151; Jahn, Gutachten, C 108; LR-Gless, § 136a Rn 78; Paulus, Seebode-FS, S. 277, 293; Roxin/Schünemann, § 45 Rn 63。

特別の信頼を受けたというまやかしは、MのAに対する欺罔行為である。警察がこの方法で自らAを尋問していたとすると、136 a 条、163 a 条 4 項 2 文の意味での欺罔に該当する。私人が捜査に投入されるというかたちで136 a 条が潜脱されてはならないから、警察には、Mの行為が帰属されなければならない。したがって、Aの供述は、使用することが許されず、それに応じて、Mの尋問を通じて手続に取り込むこともできない（同様に BGHSt 34, 362以下。もっとも、同判決では、136 a 条の意味での「強制」と認められた）。Mに対する自白が唯一の証拠であったならば（例えば、Aが訴訟で黙秘し、他の徴表も存在しなかった場合）、Aは、無罪とされなければならない。詳細は、前述 Rn 136を見よ。

## § 9 弁護士

**事例20：**A女は、飲酒酩酊状態で車を運転し、歩行者をはねて死亡させたが、許されていないのに事故現場から逃走した、との事実について起訴された。Aは、弁護士Vに、自分ではなく夫Eが車を運転中に事故をしたこと、彼は友人Fと共同でその事故を起こしたことを、打ち明けた。Aは、夫を「かばおう」としたのである。なぜなら、夫が職業運転手として家族の生計を担っていたからである。Vは、Aの意思に反することを知りながら、公判において、Eが運転していたことを証明するために、Fを証人として尋問するよう、証拠申請を行った。Vの行為は正しいか。〔Rn 177〕

**事例21：**法学部の学生Aは、『Schönke/Schröder』〔訳者注：ドイツ刑法の著名な注釈書〕を密かに大学図書館から「持ち出そう」としたところを取り押さえられた。Aは、弁護士Vに対し、窃盗の意図があったことを告白した。

a) Vは、裁判所で、Aが自分に、事実に間違いはないが、自分は本を使

用するだけで翌日には返却しておくつもりであったと打ち明けたとの、真実に反する陳述をした。

b) Vは、裁判所に対して、最終弁論において、Aは本を領得するつもりであったことを自分に打ち明けたと述べた。そのうえで、Vは、Aが少年であることを理由として、軽い刑が下されることを求めた。

c) Vは、Aに、裁判所では、自分は2週間自宅で学習する間だけ本を使用し、その後返しておくつもりであったと、供述するよう助言した。

d) Vは、Aに、本も含めてたいの動産については、一時的な窃盗行為(使用窃盗)は不可罰であることについて説明した。窃盗として可罰的となるのは、継続的な使用を意欲した領得行為のみであると述べたのである。

e) Vは、Aの領得目的に関する証明が訴追側から行われていないという——正当な——理由によって、Aの無罪判決を求めた。

Vの行為は許されるか。[Rn 178]

## I. 被疑者・被告人の援助者としての弁護士

[147] 全ての被疑者・被告人は、手続の全ての段階で、**弁護士**の援助を受けることができる(137条1項1文)。

選任される弁護士の数は、3人を超えてはならない(137条1項2文)。弁護士に選任できるのは、ドイツの裁判所で許可された弁護士と、大学教員法の意味でのドイツの大学の法学教員(すなわち、専門学の教員)のうちで法曹資格を有している者(第2次国家試験合格者)である(138条1項)。その他の者は、例外的な場合に限り、裁判所の同意(義務的裁量により判断される)を条件に許可されることがある(138条2項1文)<sup>(1)</sup>。

(1) OLG Koblenz, NStZ-RR 2008, 179; 深めるために, *Nestler, Kohlmann-FS*, S. 653.

裁判所および検察官は、被告人に不利となる事情と有利となる事情とを等しく究明しなければならない(160条2項, 244条2項)。しかし、被疑者・被告人にとって必要な保護(実質的弁護)は、弁護のために選ばれた独自の訴訟関係人が、手続においてその明確な立場で関与し、被疑者・被告人の利益に配慮をするという場合(形式的弁護)に初めて確保される。このことは、そもそも、基本法20条3項と関係する2条1項によって憲法上保障される、公正かつ法治国家的な手続を求める被疑者・被告人の権利から導かれる。被疑者・被告人は、法治国家において、手続の客体であるだけでなく、手続の主体でもある。すなわち、同人には、手続に決定的に影響を及ぼす機会が与えられなければならない(Rn 110)。真実はどのような手段をもってしても探究すべきものではない<sup>(2)</sup>。

欧州人権条約6条3項c号も、全ての被告人に、「自身が選んだ弁護人の援助を受け、もしそのための資力を持たない場合には、それが司法の利益において必要ならば、無償で国選弁護人の援助を受ける」権利を保障している。

[148] 国家の刑事訴追機関と被疑者・被告人との間の武器対等性は、確かに、当事者主義訴訟のルールによるのではない私たちの刑事手続において、常に、完全に実現されるべきものとまではいえないが、しかし、原則として追求されるべき手続目標であることに変わりはない<sup>(3)</sup>。被疑者・被告人自身は、国家の刑事訴追機関に対する十分な対抗力を持たない。なぜなら、同人自身は対象者であり、訴訟関係人として実践的にうまく対応することができるための平静さを失っているからである。また、被疑者・被

---

(2) BGHSt 38, 215, 219.

(3) BVerfGE 63, 45, 61; EGMR (Nicolova 事件) NJW 2000, 2883; (Aquilina 事件) 2001, 52; 詳細について, *Beulke*, S. 37 ff; *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 10 ff; *Safferling*, NStZ 2004, 181.

告人が、必要な法的知識を持っていることは稀であり、特に未決勾留に付されている場合などは、その活動の機会も制限される。弁護人は、このような欠点を補わなければならない。例えば、罪責の非難に対して全面的に疑問を提起し、被疑者・被告人に有利となるように全ての弱点を指摘するという方法によって、である<sup>(4)</sup>。弁護人は、原則として、民法の意味で被疑者・被告人を「代理」することはできない。例えば、被疑者・被告人は、原則として、自ら公判に在廷しなければならないことになっている(230条)。代理が許されるのは、法律で規定された特別の場合に限られる(145 a条, 234条, 350条2項, 387条1項, 411条2項)。弁護人は、被疑者・被告人の代理人ではなく、**援助者**なのである<sup>(5)</sup>。

[149] 弁護人は、被疑者・被告人の援助者として、個別的には特に以下の機能を持つ：

- － 実体法および手続法に関する被疑者・被告人への助言
- － 被疑者・被告人のための発言（本人に「有利な状況」についての評価など）
- － 被疑者・被告人および弁護人に与えられている訴訟上の権利の行使（証拠申請など）
- － 可能な、または規定されている限りでの被疑者・被告人の代理
- － 弁護人固有の権利の行使

被疑者・被告人のための権利行使として、例えば、無制限の記録閲覧(147条1項)が規定されている。その他、弁護人だけに与えられ、被疑者・被告人には与えられていない手続的権利としては、145条3項(弁護を準備するための公判停止要

---

(4) *Welp*, ZStW 90 (1978), 101, 804を見よ。

(5) OLG Celle NStZ 1988, 426; 別の見解として, *Spandel*, Kohlmann-FS, S. 683.

求), 239条(交互尋問), 240条2項2文(共同被告人の尋問)などがある。

- 事実の解明(自身の調査などによる)
- 153 a 条以下による手続打切り, 検察官および裁判所との「合意」(257 c 条), 加害者=被害者和解に向けた関与という方法<sup>(6)</sup>での, 刑事手続上の調停的な解決に向けた試み

## II. 司法の機関としての弁護士

### 1. 機関説

[150] 通説によると, 弁護士は, 更に公的な(国家のではない)機能をも担っている。そのことは, 連邦弁護士法1条に定められた規定に——簡潔に——記述されている。弁護士は, 援助者であり, かつ, 「司法機関」である<sup>(7)</sup>。

公的機能は, 真実発見に向けた弁証法的な訴訟にとっての弁護人の意義から導かれる。法治国家的な手続は, 少なくとも重大な訴追に際しては弁護人の関与なしに実現されないから, 弁護士は, 法治国家的な刑事司法を担保する立場にある<sup>(8)</sup>。ただし, 弁護士は, もっぱら国家の(訴追)利益に対抗するかたちで活動する者であ

---

(6) 後者の点について, *Walther*, *StraFO* 2005, 452.

(7) *RG JW* 1926, 2756 (嚆矢となる判例); *BVerfGE* 34, 293, 300; *BVerfG NJW* 2006, 3197; *BGHSt* 9, 20, 22; 46, 36, 43 (*Streng*, *JZ* 2001, 205の評釈付き); *BGH NSTZ* 2006, 510; *OLG Frankfurt StV* 2001, 407; *SK-Rogall*, *Vor § 133 Rn* 95; *Dahs*, *Rn* 11; *Dölling-Weiler*, § 137 *Rn* 4; *Fahl*, *JA* 2004, 708; *Geppert*, *Rudolphi-FS*, S. 643; *Gössel*, *ZStW* 94 (1982), 5, 29 ff; *Hartmann/Schmidt*, *Rn* 184; *Kato*, in: *Kühne/Miyazawa*, S. 168; *Krey*, I *Rn* 536 ff; *Kühne*, *Rn* 178; *Lesch*, 3/172; *Marxen*, *BT* [13e], S. 146; *Egon Müller*, *NStZ-RR* 1998, 65; *Roxin*, *Hanack-FS*, S. 1; *Schroeder*, *Rn* 149. 基本的なものとして, *Eckhart Müller*, *NJW* 2009, 3745; *Roxin/Schünemann*, § 19 *Rn* 3 もある。

(8) 深めるために, *Beulke*, S. 81; *Walter*, *Strafverteidigung vor neuen Herausforderungen*, 2008, S. 329, 342.



る。実際、片面的な援助とそれに伴う武器対等性は、社会の利益にもなる。なぜなら、民主的な共同体である——同時に、潜在的な被疑者集団でもある——社会は、手続の司法形式性が遵守されることを望むからである。法的素養を持つ援助者がいなければ、裁判官に当事者の役割を押しつけることになってしまう。その場合、裁判官は、その中立的な役割を捨て、被疑者・被告人に助力しなければならないことになる。しかし、役割分担の原則が破られるならば、結果の正当性に対する担保は低下する。

したがって、通説は、正当にも、弁護人を、まさにその片面的な活動によって、あらゆる市民の利益のためにも、全ての手続規定が遵守されているかを監視し、公正な訴訟において実体的真実の解明が図られるように配慮する機関であるとみている。それゆえ、刑事弁護は、その当事者性にも関わらず、少なくとも公的利益にも奉仕するのである。

しかし、機関としての資格は、被疑者・被告人およびその援助者である弁護人の正当な権限を縮減する根拠となるものではないから、公的利益への方向づけは、もとより限定されなければならない。すなわち、第1に、**弁護の実効性**、第2に、その「**核心領域**」における**司法の実効性**、に限定されなければならない(いわゆる**限定的機関説**<sup>9)</sup>。例えば、*Beulke, Klau-surenkurs III, Rn 241*)。

---

(9) 深めるために、*Beulke, S. 50 ff, 143 ff, 258 ff; ders., in: Kühne/Miyazawa, S. 137; Beulke/Ruhmannseder, Rn 14*; これに賛同する見解として、*OLG Frankfurt NStZ 1981, 144; Arapidou, E., Die Rechtsstellung des Strafverteidigers, 1997, S. 137; Dornach, M., Der Strafverteidiger als Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens, 1994; Jolmes, A., Der Verteidiger im deutschen und österreichischen Strafprozess, 1982, S. 69; Kleszczewski, Rn 124; Senge, NStZ 2002, 225; v. Stetten, StV 1995, 609*; 類似の見解として、*Hellmann, Rn 490*; 批判的見解として、*Grüner, S. 15 ff; Wolf, S. 19 ff*; これに対する反論として、*Beulke, StV 2007, 261*。

(限定的) 機関説に基づいて、弁護人に最大限要求できるのは次のことである：

- 積極的活動：刑事訴追機関に対するできる限り強力な防御（弁護の実効性）
- 消極的活動：「やりすぎ」といいうるほどに自身の権利を「濫用」することの自粛。その限界として、司法の実効性の核心領域を脅かすことは許されない。例えば、弁護人は嘘をつくことは許されない（Rn 176）。学説の一部では、この帰結は、弁護人の機関としての地位からではなく、一般的な濫用原理（Rn 126a）から導かれている<sup>(10)</sup>。

これに対し、上記を超えて、「適切」かつ「訴訟の線路に乗って」粛々と手続が進められることへの保障に向けた一般的な義務は、弁護人に課せられるものでない<sup>(11)</sup>。また、弁護人に、他の手続関係人と協力するように強要することも許されない<sup>(12)</sup>。したがって、(限定的) 機関説は、とりわけ以下のことを認めない<sup>(13)</sup>。

- 手続の遵守および合法性に向けた、裁判所に対する弁護人の一般的な助言義務<sup>(14)</sup>
- 裁判所の解明義務を、弁護人にも転用すること。例えば、警察が被疑者・被告人に権利の告知を行わなかった場合に、証拠使用禁止の適用を、弁護人が公判における被告人尋問が終了するまでに証拠の使用に異議を述べたこと（場合により、そのうえ特に理由づけて）に条件づけることは、許されない<sup>(15)</sup>

---

(10) 特に参照すべきなのは、Roxin, Hanack-FS, S. 14；これに反対する見解として、Beulke, Roxin-FS, S. 1183；ders., Amelung-FS, S. 543。

(11) KMR-Hiebl, Vor § 137 Rn 10；別の見解として、BGH NStZ 2009, 207；OLG Hamburg NStZ 1998, 586 (Kudlich の評釈付き)。

(12) 結論的に同様の見解として、Artkämper, StRR 2009, 408；Salditt, AnwBl 2009, 805；別の見解として、LG Wiesbaden StV 1995, 239 (Asbrock の評釈付き)；以下も参照。Dahs, Nehm-FS, S. 243；Jahn, NStZ 1998, 389；ders., ZRP 1998, 103。

(13) 更に詳細なのは、Dornach, NStZ 1995, 57。

(14) BGH StV 2008, 227。

(15) 別の見解として、BGHSt 38, 214, 220；39, 349；42, 15, 22 f；52, 38；↗

(Rn 117, 460a)。

- 被疑者・被告人の権利の制限。これに応じて、例えば、被疑者・被告人による証拠申請権が極端な態様で行使された場合においても、裁判所は、被疑者・被告人に、以後その証拠申請を必ず弁護人を通じて行使するように要求することはできない<sup>(16)</sup>。
- 他の手続関係人（新たに選任された国選弁護人など）への、弁護人からの情報提供義務<sup>(17)</sup>。

## 2. 当事者利益代理人説

[151] 一部の学説では、弁護人の機関的地位が完全に否定され、弁護人は純粋な当事者利益代理人であると位置づけられている<sup>(18)</sup>。実質的意味の弁護は、もっぱら被疑者・被告人の側に立った戦いである。被疑者・被告人は、その利益を自律的に決定することができる。弁護人は、そのために、単に援助者的役割を果たすのみである。それを超える公的目的への方向づけは、必然的な対立軸を消し去り、被疑者・被告人および弁護人の権利へ

---

↘ 52, 48 (領事館の補助者) (*Weigend*, StV 2008, 39 und *Velten*, ZJS 2008, 76 の批判的評釈付き); *Ignor*, Rieß-FS, S. 185. BGH wistra 2010, 105 (大刑事部への回付決定) も参照; 同様に特に, LR-*Gleß*, § 136 Rn 82, SK-*Rogall*, Vor § 133 Rn 178; SK-*Wohlers*, § 163a Rn 81; *Fahl*, JA 1996, 749; *Fezer*, JZ 2007, 723; *Gaede*, HRRS 2007, 405; *Heinrich*, ZStW 112 (2000), 398; *Lesch*, 3/71; *Roxin*, Hanack-FS, S. 21; *Ventzke*, StV 1997, 543.

(16) HK-*Julius*, § 244 Rn 14も見よ。別の見解として, BGHSt 38, 111, 114 (*Maatz*, NStZ 1992, 513の評釈付き); *Fezer*, Weber-FS, S. 475; *Roxin*, Hanack-FS, S. 20; *Scheffler*, JR 1993, 170; *Schulz*, Meurer-GedSchr, S. 355; *Widmaier*, NStZ 1992, 519; BayObLG NStZ 2004, 647 (*Kudlich*, HRRS 2005/1, 10の評釈付き)も見よ。

(17) 別の見解として, KG JR 1981, 86; これについて, *Beulke*, JR 1982, 45.

(18) *Bernsmann*, StraFo 1999, 226; *Ostendorf*, NJW 1978, 1349; *Wolf*, S. 426. *Thomas*, Müller-Symp, S. 39も見よ。

の不当な介入を導く、というのである。

この説は、否定されなければならない。刑事訴追機関との比較において、被疑者・被告人は原則として未熟であることを考えると、被疑者・被告人に、弁護戦略を自律的に、すなわち必要とあれば弁護人の意思に反してでも最終的に決定させるということは、不適切であろう。つまり、今後とも、被疑者・被告人の意思に対する弁護人の独立性は維持されるべきである。弁護人がなおも支持できると考える限りは、判断の優先権は被疑者・被告人にあるということは、およそ前述のことと矛盾しない<sup>(9)</sup>。純粋な当事者利益代理人説からのその他の必然的な帰結として、被疑者・被告人自身が処罰されることなく行いうることは、全て弁護人にも許されなければならないとされるが、これも誤りである。すなわち、これによると、弁護人には、特に嘘をつくこと、証拠源を曇らせることも、許されることになってしまう。しかし、**真実義務**は、刑事弁護の「本質」に属するものである。利益代理人説は、極端な場合には、弁護人を依頼者の「**共犯者**」に仕立て上げるものである。

[151] a) 利益代理人説の緩やかな見解は、*Lüderssen* の**契約説**である。この見解によると、弁護人は、やはり基本的には依頼者の希望に従わなければならないが、虚偽の手段に出ることは差し止められる<sup>(20)</sup>。しかし、この見解は、国選弁護人についての現行法（必要とあれば、被疑者・被告人の意思に反しても（Rn 165以下）任命することができる）と適合しない。弁護士が被疑者・被告人である場合でさえ、強制的に国選弁護人を任命す

---

(9) *Wahle*, Hanack-FS, S. 110参照。

(20) LR-*Lüderssen/Jahn*, Vor §137 Rn 33 ff.; *Lüderssen*, StV 1999, 537; *ders.*, Müller-Symp, S. 41; *ders.*, Waltos-FS, S. 324; 類似の見解として, *Jahn*, JR 1999, 1; *ders.*, StV 2000, 431; この点の詳細は, *Widmaier/Salditt*, § 1 Rn 1, 33 ff.

ることができるのである<sup>②)</sup>。

### 3. 憲法的訴訟行為説

[151] b) 近年強く支持されるようになった見解は、法治国家原理と関係する基本法2条1項から導かれる公正な手続(Rn 28)の憲法上の保障を重視する。これによると、弁護の目的に基づいており、反対する明示的な法的禁止がない限り、あらゆる訴訟行為が許される<sup>③)</sup>。しかし、この見解の説得力は極めて低い。「訴訟行為」の概念は、例えば刑法258条による可罰性の限界がどこにあるのか(弁護人に真実義務はあるかという問題)を、およそ解決させていない。また、弁護人は完結的に法律に列挙された全ての権限の行使を許されるとする、非常に控えめな解決も<sup>④)</sup>、適切ではない。弁護人の権利は、全て法的に具体化されているわけではなく、一般的な原理から読み取られなければならない。例えば、証人に証言拒否権の行使を助言する権利などである。

## Ⅲ. 弁護人と依頼者との間の信頼関係

### 1. 委任契約と独立性

[152] 私選弁護人は、被疑者・被告人と、私法上の契約によって結びつく。その契約は、委任またはある業務の遂行を内容とする<sup>⑤)</sup>。このような

---

①) BVerfG NJW 1998, 2205.

②) 以下を参照。Bernsmann, StraFo 1999, 226: ders., StV 2006, 342; FA-Strafrecht-Köllner, Kapitel 1 Teil ARn 42 ff; Paulus, NSTZ 1992, 305, 310; Ziegert-Ignor/Danckert, S. 17; 端緒において類似の見解として, SK-Wohlers, Vor § 137, Rn 29; Schnarr, G. Schäfer-FS, S. 66.

③) 例えば, Wolf, S. 294; これにつき, Beulke, StV 2007, 261 und Egon Müller, JR 2003, 51.

④) OLG Hamburg, wistra 2004, 39; SK-Wohlers, § 137 Rn 4; Palandt-Weidenkaff, Vor § 611 Rn 21.

合意および依頼者による費用支払いがあるにも関わらず、弁護人は、依頼者から独立した立場にある<sup>65)</sup>。ただし、法定されている場合（例えば、297条上訴提起の場合；302条2項参照）は、依頼者の意思が優先する。依頼者の意思からの独立性が顕著となる場合として、例えば、弁護人は被疑者・被告人の意思に反しても証拠申請することができる<sup>66)</sup>、弁論で無罪判決を求めることができる<sup>67)</sup>、などが挙げられる。被疑者・被告人が、弁護人が準備しているものとは異なる弁護を望むならば、——私選弁護人の場合には無制限に——弁護関係を解消し、必要とあらば別の弁護士に依頼するという機会しかない。しかし、通常の場合、弁護人は、個別の訴訟行為を行う（ないし行わない）ことの合目的性について、依頼者と申合せをせずである<sup>68)</sup>。両者の間に密接な関係が築かれる場合にのみ、効果的な弁護が保障されるのである。

## 2. 弁護人と被疑者・被告人との秘密領域

[152 a] 弁護人は、その資格において自身に委ねられたこと、または打ち明けられたことについて、証言を拒否する権利を持つ（53条1項2号）。この証言拒否権は、弁護人が守秘義務から解放された場合に初めて、消滅する（53条2項1文）。

この証言拒否権は、国家の調査行為により当該秘密領域に関わる情報を得ることの禁止によって補強される（Rn 232a 以下）。刑事弁護人を対象とし、弁護人が証言を拒否できる情報を得ようとして調査行為をすること

---

65) BGH StV 1993, 564.

66) BVerfG NJW 1995, 1952; OLG Celle NStZ 1988, 426; 非常に明確な異説として例えば、Wolf, S. 379.

67) 深めるために、Beulke, S. 129 ff, 131.

68) 更に詳細なものとして、Rieß, Müller-Symp, S. 1.

は、許されない(160 a 条 1 項 1 文)。その禁止に反して得られた情報は、使用することができない(160 a 条 1 項 2 文)。もっとも、この証拠収集および使用の禁止は、一定の事実から、刑事弁護人が当該犯行の共犯である、または犯人庇護罪、処罰妨害罪、盗品等関与罪に関与しているとの疑いが基礎づけられる場合には、適用されない(160 a 条 4 項 1 文)<sup>89)</sup>。

### 3. 接見交通権

[153] 弁護人と被疑者・被告人との信頼関係は、無制約で、しかも特に外部から遮断された接見交通の機会がある場合に限り、確立される<sup>90)</sup>。この接見交通権(Kontaktrecht)は、法治国家原理に即した弁護のいわば「基本権」に属するものである<sup>91)</sup>。したがって、被疑者・被告人には、手続の全ての場面において、自身の弁護人と口頭または書面による自由かつ監視を受けない交通が保障されるのであり、それは、被疑者・被告人が拘束されている(148 条 1 項)か否かにかかわらず。後者は、148 条 1 項の文言(「身体拘束されている場合「も」」)から前提とされている。

監視の禁止(148 条)は、委任関係が結ばれる前の初回の面会にも妥当する<sup>92)</sup>。

書面による交通に関しては、身体拘束されている者が刑法 129 a 条の犯罪〔犯罪団体の結成〕について切迫した嫌疑がある場合に、裁判官留保〔裁判官の命令〕を条

---

<sup>89)</sup> 確定力が生じた後の秘密保護について、*Beulke, Fezer-FS*, S. 3; *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 463 ff; *Bosbach*, Ungeschriebene strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte im Bereich der Rechtsberatung, 2008.

<sup>90)</sup> 特に詳細な文献として、*Welp*, *Gallas-FS*, S. 391 ff; *Dreher*, S., Die Verzögerung der Hauptverhandlung durch die Abwesenheit des Strafverteidigers, 1995, S. 108 ff.

<sup>91)</sup> *Beulke*, *Jura*, 1986, 645.

<sup>92)</sup> *Fezer*, *StV* 1993, 255; *Hassemer*, *StV* 1985, 405; その他に、本書第 9 版までの見解および *KG StV* 1991, 524.

件として監視禁止が制限される（148条2項）。別の特別規定が、裁判所構成法施行法31条以下に定められている（いわゆる接見禁止）。148条2項の特別な事案に当たらないときは、書面の規制は、それが実際に弁護人との間での書面の交換であるか否かのチェックに限られる。これは、書面の外部的要素のみで判断しなければならず、その内容を知ることになってはならない<sup>63)</sup>。これに違反し、許されない方法で開封された信書は、被疑者・被告人に対する刑事手続の範囲では使用することができない<sup>64)</sup>。

[154] 資料（例えば、弁護人と被疑者・被告人間の信書、弁護人のノートにある関連するメモ）の差押えの方法によっても、この秘密領域に介入することは許されない（97条1項1号）<sup>65)</sup>。弁護人の資料は、それが弁護人ではなく、被疑者・被告人の下にある場合にも、差し押さえることはできない<sup>66)</sup>。しかし、判例<sup>67)</sup> および通説<sup>68)</sup> は、97条2項3文から、弁護人に対して共犯または犯人庇護罪、処罰妨害罪、盗品等関与罪の疑いがある場合には差押えが許される、との結論を導いている。本書の第10版では、148条の優越性を理由にこれに反対する見解<sup>69)</sup> を述べたが、160 a 条〔証言拒否権行使の際の捜査手段〕が創設されたことによって、そのような見解はもはや採用できないものとなった。残念ながら、同条が、この問題を通説の見解に従って規定したからである（Rn 152a）。

---

<sup>63)</sup> OLG Frankfurt/M StV 2005, 228; Müller/Schmidt, NStZ 2007, 385を参照。

<sup>64)</sup> LG München I StV 2005, 28.

<sup>65)</sup> 深めるために、Beulke, Lüderssen-FS, S. 693; Schäfer, Hanack-FS, S. 77; Werle, JuS 1993, 935の事例がある。

<sup>66)</sup> BGHSt 44, 46, 48; BVerfG NJW 2002, 2458; SK-Wohlers, § 148, Rn 30; Kudlich, JuS 2005, 760.

<sup>67)</sup> BGH NJW 1982, 2508.

<sup>68)</sup> M-G, § 97 Rn 38.

<sup>69)</sup> Beulke, S. 210; ders., Jura 1986, 642, 645.



したがって、**弁護人**は、自身が弁護の機会において可罰的となる場合(刑法185条など)はなおのこと、**弁護委任関係**における差押え免除を援用することができない<sup>(40)</sup>。97条1項1号、148条は、**依頼者**に対する**刑事手続**において、**その者に有利にのみ適用される**のであり、**弁護人自身**が**被疑者・被告人**となるとときに、その**有利に働くものではない**<sup>(41)</sup>。

[155] しかし、**弁護人と被疑者・被告人**との間の**電話会話**の**傍受**をする場合には、**法律状況**は、**差押えの場合**と異なって**評価されるべき**である。**依頼者**に対する**刑事手続**において、100 a 条の**監視の機会**は、148条による**秘密保護**に優先するものではない。**書面による発言**と比較して**秘密領域への信頼の敏感さ**および**要保護性が大きい**ことを考えると、**電話により話される言葉**は、**書面による場合よりも大きな保護を受ける**。この強い保護は、**被疑者・被告人自身**に対する**電話監視**は100 a 条の**非常に厳格な要件の下でのみ許される**(特に、「**列举犯罪**」に該当する**嫌疑が必要とされる**)、という点に表れている(Rn 254)。148条が優越するため、**弁護人と被疑者・被告人**との間の**電話会話**は、**列举犯罪の疑いがある場合でも**、**傍受することは許されない**。このことは、**弁護人**に対し、**被疑者・被告人のための犯人此護罪**、**処罰妨害罪**、**盗品等関与罪の疑いがある場合も**、**妥当するといわなければならない**。**連邦通常裁判所**<sup>(42)</sup>により**従前の法律状況**において認められてきた**弁護人と依頼者との口頭による交通の特権**は、160 a 条が新たに創設された状況においても(Rn 152 a) **妥当している**<sup>(43)</sup>。更に、**連邦憲法裁判所**は、**弁護人と依頼者との間の口頭での交通を**、

(40) 名誉保護と刑事弁護の関係について深めるために、*Beulke, Müller-FS II*, S. 45 ff.

(41) BGHSt 53, 257 (*Ruhmannseder*, NJW 2009, 647 および *Wohlers*, JR 2009, 523の、この点で肯定的評釈付き)；批判的評釈として、*Barton*, JZ 2010, 102；*Kühne*, HRRS 2009, 547；*Mosbacher*, Jus 2010, 127；深めるために、*Beulke, Lüderssen-FS*, S. 693, 710；*Beulke/Ruhmannseder*, Rn 502；憲法上の検討を行うものとして、BVerfG NJW 2008, 2422.

(42) BGHSt 33, 347.

(43) 詳細は、*Beulke, Fezer-FS*, S. 3；類似の見解として、*M-G § 100a Rn 21*；↗

私的な生活における不可侵の核心領域であると認めているので<sup>44)</sup>、これは、100 a 条 4 項の意味での証拠収集および使用禁止に該当する。なお、刑事弁護人に先行行為への関与について嫌疑があるときでも、電話傍受は正当化されないのかどうかという問題は<sup>45)</sup>、現在のところ、まだ解決されていない。

#### IV. 弁護人の権利

[156] 国家の刑事訴追機関に対抗する効果的な防御を保障するため弁護人に与えられている権利について、特に以下のものを強調しておかなければならない。

##### 1. 立会権（同席権）

弁護人は、被疑者・被告人に対する裁判官のあらゆる尋問（168 c 条 1 項）、および検察官による尋問（163 a 条 3 項 2 文、168 c 条 1 項）に立ち会う（同席する）ことができる。不思議なことではあるが、法律は、警察の尋問について、弁護人の立会権を定めていない。弁護人は、被疑者に、弁護人不在の下では供述拒否権を行使するよう助言することを通じて、自身の立会いを要求するしかない（163 a 条 4 項 2 文準用136条 1 項 2 文）<sup>46)</sup>。また、弁護人には、鑑定人による検査に立ち会う権利もない。場合によっ

---

↘ KK-Griesbaum, §160a Rn 20; SK-Wolter, §160a Rn 14; Knierim, StV 2008, 599; Roxin/Schünemann, § 36 Rn 8; 別の見解として, Puschke/Singelstein, NJW 2008, 113.

<sup>44)</sup> BVerfG 109, 279; BVerfG NJW 2007, 2749および2752を見よ。

<sup>45)</sup> 詳細な規定に基づいて反対する見解として, BGHSt 33, 347, 348 f; 支持する見解として, Beulke, Jura 1986, 642; Beulke/Ruhmannseder, Rn 513; Welp, NStZ 1986, 294, 297; M-G § 100a Rn 21 (新たな法律状況についても支持する方向にある)。

<sup>46)</sup> 異なるものとして, Hellmann, Rn 494.

では、それが尋問と類似の性質を持ちうる場合であっても、である<sup>47)</sup>。

証人尋問については、弁護人は、裁判官がそれを実施する場合に限り、立会権を持つ(168 c 条 2 項)。検証への立会いも、同様である(168 d 条)。正しい見解によると、168 条 2 項は、**共同被疑者・被告人**の尋問に類推適用されうる。したがって、弁護人は、そこにも立ち会うことができる<sup>48)</sup>。

168 条 5 号から導かれる義務(立会権を持つ者に尋問期日を通知すること)が遵守されなかった場合の帰結は、規定されていない。規定の保護領域および後の証拠価値に対する裁判官尋問の特別の意義を考えると、通知の懈怠は、使用禁止の効果をもたされなければならない。もっとも、判例の見解<sup>49)</sup>によると、それは適時の異議申立て(Rn 460a)に条件づけられる。正しくは、使用禁止は、弁護人の立会いなく捜査判事から尋問を受けた被疑者・被告人についてだけでなく、その供述の共同被疑者・被告人への使用に関しても、適用されるべきである(いわゆる**第三者効**)<sup>50)</sup>。

秘密裏の捜査手段の拡充による捜査手続の意義が高まる中で(Rn 253以下)、その改革の議論において、捜査手続によりよく関与するための弁護人の権利を確保することが求められている。そこには、特に、警察による被疑者尋問、検察官および裁判官による共同被疑者・被告人への尋問に関与する機会、捜査手続における尋問

47) BGH NStZ 2008, 229; BGH StV 2003, 537 (*Barton* の詳細な評釈付き)。

48) OLG Karlsruhe StV 1996, 302 (*Rieß; Küpper/Mosbacher*, JuS 1998, 690 の肯定的評釈付き); *Larsen*, Müller-FS, S. 3 ff; 別の見解として, BGHSt 42, 391, 393 (*Theisen*, JR 1998, 168 の肯定的評釈および *Fezer*, JZ 1997, 1019 の批判的評釈付き); BGH StV 2002, 584 (*Wohlers* の評釈付き); OLG Düsseldorf StV 2003, 488; *Rüping*, Rn 131。

49) BGH NJW 2003, 3142; 残念ながら今や疑わしいものとして, BGHSt 53, 191。

50) *Mosbacher*, Jus 2009, 696; *Weßlau*, StV 2010, 43; 別の見解として, BGHSt 53, 191 (*Fezer*, NStZ 2009, 524 および *Gless*, NStZ 2010, 98 の批判的評釈付き); 批判的見解として, *Kudlich*, JR 2009, 303 および JA 2009, 660 もある。

に関して自ら証人を指名する機会が含まれている<sup>51)</sup> (Rn 397)。

公判において、弁護人は、無制限の在廷権を持つ (137条, 138a条以下)。その権利は、裁判所への不服従または無礼な行為を理由とする法廷警察上の措置を弁護人に科する場合 (例えば, 法廷からの追放や秩序拘禁=裁判所構成法177条, 178条) でも, 喪失させることはできない<sup>52)</sup>。

被疑者・被告人がその尋問前または途中で選任された弁護人との連絡を希望したが, 刑事訴追機関がこれを拒否した場合, 被疑者・被告人の供述は使用することができなくなる<sup>53)</sup>。証拠使用禁止は, 被疑者・被告人が弁護人の援助を受ける権利ないし国選弁護人の任命について全く, または十分に教示を受けなかった場合<sup>54)</sup> や, 刑事訴追機関が被疑者・被告人に弁護人との連絡が確立されるに際して十分に「協力」しなかった場合にも<sup>55)</sup>, 適用される (Rn 13, 171, 469)。

---

51) 「刑事手続の改革に向けた提案」StV 2004, 228; これについて, Zypries, StraFo 2004, 221; Beulke, Rieß-FS, S. 3; Freund, GA 2002, 82; Heghmanns, JA 2002, 985; Ignor/Matt, StV 2002, 102; E. Müller, DAV-FS, S. 681; Schünemann, GA 2008, 314; 問題全体について, Satzger, Gutachten, C47.

52) OLG Hamm JZ 2004, 205 (Jahn u. Leuze, StV 2004, 101の評釈付き)。

53) BGHSt 38, 372, 373 (Roxin, JZ 1993, 426および Rieß, JR 1993, 334の肯定的評釈付き)。

54) BGHSt 47, 172, 174; 233, 235; Geppert, Otto-FS, S. 913; Widmaier, Schäfer-FS, S. 76.

55) BGHSt 42, 15, 20; これについて, 以下もある。BGHSt 47, 233, 235 (Roxin, JZ 2002, 898の批判的評釈付き); BGH NStZ 2006, 114 (Bosch, JA 2006, 408および Jahn, JuS 2006, 272の批判的評釈付き); BGH NStZ 2006, 236 (Bosch, JA 2006, 412の批判的評釈付き); 深めるために, KMR-Lesch, § 136 Rn 36; Beulke, NStZ 1996, 257; Beulke/Barisch, StV 2006, 569; Verrel, S. 137.

## 2. 証拠申請

[157] 弁護人は、固有の証拠申請権を有する<sup>56)</sup>。

## 3. 調査

[158] 弁護人は、他の刑事訴追機関と並んで、自ら事実を究明する権利を持つ。例えば、証人へ質問するなどによって<sup>57)</sup>である。

## 4. 発言権

[159] 弁護人は、手続の全ての段階で、被疑者・被告人のために発言することができる(137条)。その際、弁護人は、弁護のため必要な限りで、真実性の証明が不可能であるという場合でさえも(刑法193条)、名誉に関わる事実を主張することもできる<sup>58)</sup>。これに対し、他の訴訟関係人に対する根拠のない侮辱は許されない<sup>59)</sup>。

被疑者・被告人はどの程度まで自身の希望によりその弁解を弁護人の発言(弁護人が被疑者・被告人の名で行う)に置き換えることができるかという問題は、まだ解決されていない。判例は、現在のところ、どちらかといえば否定的な見解のようである<sup>60)</sup>。しかし、書面による陳述を弁護人が朗読すること(弁護人はそれを被疑者・被告人の名において行う)は、少なくとも被疑者・被告人が朗読および裁判所

---

<sup>56)</sup> BGH NStZ 2009, 581.

<sup>57)</sup> BGHSt 46, 1, 4 (この点につき後述 Rn 420も見よ); 詳細について, *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 84 ff.; *Rückel*, Strafverteidigung und Zeugenbeweis, 1988, Rn 8 ff.

<sup>58)</sup> BVerfG NJW 2000, 199; LG Düsseldorf StV 2002, 660 (*Fahl*, JA 2003, 452の評釈付き).

<sup>59)</sup> OLG Jena NJW 2002, 1890. *Cramer/Cramer/Krekeler*, A. Rn 42, S. 22も見よ。

<sup>60)</sup> BGH NStZ 2006, 408; BGH NStZ 2008, 349 (*Schlösser*, NStZ 2008, 310の批判的評釈付き). *Klemke/Elbs*, Rn 444も参照せよ。

からの質問の後にそれを確証した場合には、被疑者・被告人による口頭の供述と評価すべきであるとする見解が、妥当であると思われる<sup>61)</sup>。被疑者・被告人に対する効果的な保護のために、裁判所は、同意の訴訟上の帰結に関して、「加重的な」教示を行わなければならない<sup>62)</sup>。証拠評価の範囲で、弁護人により朗読された被疑者・被告人の書面による供述に、事情によっては低い証拠価値しか与えないことも、考慮されるべきである<sup>63)</sup> (裁判所による被疑者・被告人の供述の朗読について Rn 123)。

公判では、弁護人には、被告人、証人、鑑定人に質問する権利が与えられている(240条2項)。被告人尋問および全ての証拠調べの後、弁護人には、要求に基づいて、それらに対して陳述する機会が与えられなければならない(257条2項)。しかし、当該陳述は、最終弁論を先取りするものであってはならない(257条3項)。弁護人は、証拠調べが終了した後に、最終弁論を行うのである(258条)<sup>64)</sup>。

## 5. 記録閲覧(147条)

[160] 記録閲覧権は、弁護人の重要な権利に含まれる(147条)。被疑者・被告人自身は、記録の内容を知ることについて、限定的な機会しかない。被疑者・被告人に弁護人がいないときには、相応の申立てに基づいて、記録からの回答および複写が被疑者・被告人に与えられなければならない(147条7項。Rn 126では、例外に関する詳細も叙述されている)。これは、情報請求権の具体化であり、欧州人権条約6条3項でも明示されている<sup>65)</sup>。これに対し、被疑者・被告人に弁護人がいるときには、被疑者・被告人は、

---

61) BGH StV 2007, 620, 621; BGH StV 2009, 454; *Park*, StV 2001, 589; *Schäfer*, Dahn-FS, S. 455; *Schlothauer*, StV 2007, 623.

62) 深めるために、*Beulke*, Strauda-FS, S. 87; 別の見解として、BVerfG, 2 BvR 1494/08 (7.10.2008); *Pfister*, Mieback-FS, S. 25.

63) BGH NStZ 2008, 476.

64) *Barton/Jost/Jahn*, S. 343; *Jahn*, JuS 2002, 1212; *Kudlich*, JA 2006, 463.

65) EGMR NStZ 1998, 429 (Foucher 事件) (*Deumeland* の評釈付き) 参照。

その情報に関する権利を、弁護人を通じてのみ行使できる。しかし、被疑者・被告人だけが記録の内容を理解できるという例外的な場合には、被疑者・被告人に完全な共同閲覧が認められなければならない<sup>66)</sup>。更に、正しい見解によると、弁護人は、依頼者に、口頭およびコピー交付の方法で、記録の内容について包括的に伝えることができる。ただし、不意打ちの効果を持つべき切迫した強制処分は、伝達が許されない(ただし、非常に争いがある<sup>67)</sup>)。

a) 対象に関して、記録閲覧権は、裁判所に提出されまたは提出されるべき全ての記録および証拠に及ぶ。すなわち、そこには、恣意的に提出が差し控えられた資料も含まれる(実質的記録概念)。また、写真、ビデオ、録音テープなども、それらが罪責および法律効果に関連する限り、記録に含まれる<sup>68)</sup>。

閲覧を、罪責または法律効果の評価にとって重要な記録に限定することは許されない<sup>69)</sup>。無制限の記録閲覧権は、補助的な記録にも及ぶ<sup>70)</sup>。また、警察より添付された手がかりの記録(例えば、公開捜査に際して市民からの情報が記載されている書面)も、147条の意味での記録に含まれる。判例はこれと反対の見解をとるが(警察の手がかり記録は147条に含まれず、記録閲覧はせいぜい個別事例において裁判所構成法施行法23条以下による法的保護を保障する、とする)<sup>71)</sup>、この見解は、不適当かつ硬直的なものとして否定されるべきである<sup>72)</sup>。

---

66) OLG Köln StV 1999, 12.

67) 詳細に述べる文献として、Beulke, S. 89 ff, 148 f; ders., Strafbarkeit, Rn 42 ff; ders., StV 1994, 575; Beulke/Ruhmannseder, Strafbarkeit, Rn 42 ff; Krey, I Rn 603 ff, 608; 異なる見解として, Fezer, 4 Rn 29; Roxin/Schünemann, § 19 Rn 66; Rüping, Rn 141.

68) OLG Frankfurt StV 2001, 611.

69) BGHSt 37, 204, 206.

70) BGHSt 42, 71, 73.

71) BVerfGE 63, 45; BGHSt 30, 131.

72) Beulke, Dünnebier-FS, S. 285; Kettner, P., Der Informationsvorsprung ↗

[161] b) 時間的な観点において、重要な段階づけがある。捜査終了後(169 a 条により記録に記載される)は、記録閲覧権は、基本的に無制限である(147条2項の反対解釈が論拠となる)。これに対して、捜査手続が行われている間は、それが調査目的を危殆化する場合には、記録閲覧を拒否することができる(147条2項)。

これに対して、欧州人権裁判所の見解によると(Lamy 事件)、被疑者・被告人が未決勾留に付されている場合、捜査手続における記録閲覧の完全な拒否は許されないものとされる<sup>73)</sup>。しかし、ドイツの従来裁判例においては、拘束されている被疑者に対してその追及されている被疑事実ならびに同人に不利となる事実を実質的に告知すること(115条3項)で十分である、とされてきた<sup>74)</sup>。ただ例外的に、裁判所の勾留裁判においてそれがなければ効果的な防御が保障されないという場合に限り、勾留命令の執行前に、記録閲覧が保障されるべきものとされていた<sup>75)</sup>。欧州人権裁判所は、正当にも、これをより厳格に考え<sup>76)</sup>、現在は、ドイツの判例からも支持されている。弁護人は、勾留裁判官と同じ情報を持たなければならない。検察官が捜査戦術上の理由で証拠を差し控えようとした場合には、武器対等性の理由から、差し控えられた証拠に基づいて勾留することは一切許されない<sup>77)</sup>。

---

↘ der StA im Ermittlungsverfahren, 2002; *Velten*, Befugnisse der Ermittlungsbehörden zu Information und Geheimhaltung, 1995.

<sup>73)</sup> StV 1993, 283; KG StV 1993, 370 (*Schlothauer, Zieger*; StV 1993, 320 の評釈付き)。

<sup>74)</sup> BVerfG StV 1994, 1.

<sup>75)</sup> BVerfG NStZ 1994, 551; BVerfG wistra 2004, 179 (*Kempf*, StraFo 2004, 299の批判的評釈付き); BGH NJW 1996, 734; *Bohnert*, GA 1995, 468; *Bosch*, StV 1999, 333.

<sup>76)</sup> EGMR (Lietzow 事件, Schöps 事件および Garcia Alva 事件) StV 2001, 201; EGMR NStZ 2009, 164.

<sup>77)</sup> BVerfG StV 2006, 281; OLG Hamm StV 2002, 318 (*Deckers* の評釈付き); *SK-Paeffgen*, §114 Rn 9a; *SK-Wohlers*, §147 Rn 63; *Kempf*, StV 2001, 207; *Schlothauer/Weider*, Rn 420.



捜査がまだ終了していない事例に関して、2010年1月1日以降は、欧州人権裁判所の判例を具体化するかたちで以下のことが妥当している：

- 被疑者が未決勾留に付されているか、または仮拘束に続いて勾留が申し立てられている場合、弁護人は、自由剥奪の合法性について重要な情報に、適当な方法でアクセス可能とされなければならない。この点で（つまり、この問題に関する情報に限り）、原則的に、記録閲覧が保障されなければならない（147条2項）。
- 勾留命令が発せられているが、被疑者がまだ逃走中である場合、従来と同様に<sup>78)</sup>、147条2項により、弁護人に対して記録閲覧を拒否することができる。

憲法裁判所は、この間に、未決勾留の場合と同じ衡量を、別の基本権侵害に転用している。刑事訴追機関が例えば家宅搜索（102条）または電話傍受（100 a 条）を行い、その後に被疑者が抗告により異議を申し立てた場合には、抗告の裁判が下される前に、記録閲覧が保障されなければならない<sup>79)</sup>。

被疑者・被告人の尋問および裁判官による一定の尋問についての調書、鑑定人の鑑定意見書に対する閲覧は、弁護人に対して、手続の全ての段階で禁止することは許されない（147条3項）。

c) 記録閲覧に関する裁定の管轄は、捜査手続では検察官、裁判所への起訴状提出後は当該裁判所の裁判長にある（147条5項1文）。

[162] d) 検察官による記録閲覧拒否に対して（147条5項1文前段）、以下の3つの場合について、法律上の異議申立て権が定められている（147

---

<sup>78)</sup> BVerfG NStZ-RR 1998, 108 ; OLG München StV 2009, 538 (*Wohlers* の批判的評釈付き)。

<sup>79)</sup> BVerfG NStZ 2007, 274 (家宅搜索) ; BVerfG NStZ 2008, 16 (電話傍受) ; 以下も参照。 *Börner*, NStZ 2007, 680 ; *Park*, StV 2009, 276 ; *Rau*, *StraFo* 2008, 9.

条5項2文)：

- － 検察官が捜査の終了を記録に記載した場合
- － 147条3項の意味での特別の記録部分が対象となっている場合
- － 被疑者が拘束されている場合

裁定の管轄は、公訴提起前(起訴状の到達前につき Rn 319)は、区裁判所の捜査判事に、その後は、事件を担当する裁判所にある(162条1項1文、3項1文を準用する147条5項2文後段)。記録閲覧の拒否を確証する裁判に対しては、304条による抗告を提起することができる<sup>80)</sup>。

通説は、147条5項2文に特に定められた場合以外に、検察官による記録閲覧の拒否に対する法的保護を認めない<sup>81)</sup>。裁判所構成法施行法23条による裁判所の裁判を求める申立ては、不許容であるとされる。同規定は裁判所の裁判を求める申立てを限定的に規定するものである、というのである。記録閲覧が恣意的に拒否された場合でさえ、法的保護は、せいぜい147条2項の類推適用において保障されるにとどまる<sup>82)</sup>。学説では、その多くが、検察官による裁定の裁判所による一般的な事後審査の可能性を要求している<sup>83)</sup>(Rn 321以下)。

e) 以上に対して、**裁判官により記録閲覧が拒否された場合**(147条5項1文後段)には、304条による**抗告**を提起することができる<sup>84)</sup>。

---

<sup>80)</sup> BT-Drs. 16/12098, S. 21.

<sup>81)</sup> BGH NStZ-RR 2009, 145.

<sup>82)</sup> OLG Saarbrücken NStZ-RR 2008, 48; 別の見解として, LG Neubrandenburg NStZ 2008, 655.

<sup>83)</sup> 全体について, *Welp*, StV 1989, 194; *Schlothauer*, StV 2001, 192および614も見よ。

<sup>84)</sup> OLG Brandenburg JR 1996, 169 (*Krack* の批判的評釈付き); 別の見解として, OLG Frankfurt StV 2004, 362 (*Lüderssen* の批判的評釈付き); OLG Hamm StraFo 2004, 419 (*Fischer* の批判的評釈付き)。

## 6. 上訴

[163] 弁護人は、被疑者・被告人のために（その意思に反する場合を除いて）、上訴を提起することができる（297条）。

## V. 弁護人の義務

[164] 弁護人と依頼者の関係において、義務の側面として、特に、適切な任務遂行の義務（民法242条を準用する675条）、守秘義務（刑法 203条）、忠実義務を挙げることができる。他の刑事手続に関わる者に対しては、弁護人には、その核心領域における司法の機能性を尊重する義務が課せられる（Rn 150）。そこには、特に、真実義務および証拠を偽造しない義務が含まれる。公判では、刑事弁護人は、ローブ（法服）を着用する義務を負う<sup>85)</sup>。

## VI. 必要的弁護・国選弁護

### 1. 概念

[165] 特に重大な事件（重罪など）の訴追に際して、または被疑者・被告人に重大な障害（精神疾患者など）がある場合には、刑訴法は、刑事手続には常に弁護人を関与させなければならないと定めている（いわゆる**必要的弁護**）。そのような事案で被疑者・被告人が弁護人を選任していれば、この法的要請は満たされる。その場合、**私選弁護人**は、同時に**必要的弁護人**でもある。これに対して、——たいていは経済的な資力が欠けるために——被疑者・被告人が弁護人を選任していない場合には、同人に対して、職権で弁護人が付される（141条）——いわゆる**国選弁護人**。すなわち、

---

<sup>85)</sup> OLG München NStZ 2007, 120 ; LG Mannheim NJW 2009, 1094 ; *Beulke*, Hamm-FS, S. 21 ; *Weihrauch*, Müller-FS II, S. 753.

「必要的弁護人」と「国選弁護人」の概念は、一致するわけではないが、全ての「国選弁護人」は、同時に必要的弁護人である<sup>86)</sup>。

## 2. 必要的弁護の範囲

[166] 必要的弁護に関する規定は、手続法全体に拡散している（140条、118 a 条 2 項 2 文ないし 4 文、350条 3 項、364 a 条、408 b 条、418条 4 項、少年裁判所法68条、秩序違反法60条）。

a) 実務上重要な規定は、140条である。同条 1 項は、被疑者・被告人の一般的な防御能力が欠けることが推定される事例群が列挙されている。これによると、以下の場合に、弁護人の関与が必要となる：

- 第 1 審公判が高等裁判所または地方裁判所で行われる場合（1号）
- 被疑者・被告人に対して重罪が追及されている場合（2号）
- 被疑者・被告人に対して未決勾留（112条、112 a 条）または仮拘束（126 a 条、275 a 条 5 項）が執行されている場合（4号）<sup>87)</sup>

[167] b) 140条 1 項またはその他の特別規定に該当しない刑事手続に関しては、140条 2 項が、捕集的構成要件として適用される。これによると、行為の重大性または事実状況や法律状況の困難性のために弁護人の関与が必要であると思われる場合、または、被疑者・被告人が自身で防御できないような場合には、必要的弁護の事案に該当する。

aa) 行為の重大性については、法益侵害の重大性ではなく、予測されるべき刑罰に着目されなければならない<sup>88)</sup>。正しくは、およそ自由刑が予測されるべき場合には、すでに行為の重大性基準の充足が肯定されなければならない<sup>89)</sup>。これに対し、通説

---

<sup>86)</sup> *Schlothauer*, Rn 191 ff.

<sup>87)</sup> *Wohlers*, StV 2010, 151.

<sup>88)</sup> *M-G*, § 140 Rn 23 (文献付き).

<sup>89)</sup> *Beulke*, Jugendverteidigung, S. 170 ff; *ders.*, Jugendverteidigung II, S. 45; *Herrmann*, StV 1996, 400.

は、予測されるべき自由刑の一定程度の重さに着目している。この間に確立した判例によると、刑の重さは、1年の自由刑で足りる<sup>90)</sup>。犯罪に関係づけられる刑の重さに加えて、有罪判決となった場合のその他の重大な不利益も、考慮されなければならない<sup>91)</sup>。

bb) 事実・法律状況の困難な事件とは、例えば、弁護人に留保された記録情報が不可欠のものである場合<sup>92)</sup>、鑑定人が召喚されるべき場合<sup>93)</sup>、裁判例が見解の対立する問題または通説的見解がない問題に判断すべき場合<sup>94)</sup>、検察官が無罪判決に対して事実状況または法律状況について従来とは異なる評価に基づいて控訴した場合<sup>95)</sup>、などである。

cc) 最後に、被疑者・被告人が自ら防御できないことが明らかである場合も、必要の弁護の事案に該当する。例えば、身体的ないし精神的に障害がある場合<sup>96)</sup>、読み書きできない場合<sup>97)</sup>、または——140条2項1文後段の通常事例によると——被害者の側に弁護人が付いている場合や、被害者が自身の費用で公判において弁護士を補

---

<sup>90)</sup> OLG Düsseldorf StV 2000, 408; OLG Frankfurt StV 2001, 106 (執行猶予が付いても); OLG Hamm StV 2004, 586 (併合された刑において); OLG Celle StV 2006, 686; *Lehmann*, JuS 2004, 492.

<sup>91)</sup> LG Berlin StV 2005, 15 (滞在許可の非延長); LG München StraFO 2008, 429 (他の事件での執行猶予取消し); LG Mainz NZV 2009, 404 (運転免許証剥奪による職業運転手の失職).

<sup>92)</sup> Thür. OLG StV 2004, 585; KG NStZ 2007, 663; OLG Celle StV 2009, 8.

<sup>93)</sup> OLG Braunschweig StV 2008, 590.

<sup>94)</sup> OLG Frankfurt NJW 1983, 1208; KG NJW 2008, 3449; OLG Brandenburg NJW 2009, 1287.

<sup>95)</sup> OLG Köln StV 2004, 587; 深めるために, *Putzke/Scheinfeld*, S. 81の事例を参照。

<sup>96)</sup> RGSt 74, 304; OLG Düsseldorf StV 2002, 236 (薬物依存); OLG Hamm NJW 2003, 3286 (高齢かつ要介護); LG Hildesheim StV 2008, 132 (言語を理解する能力の先天的な障害).

<sup>97)</sup> OLG Celle StV 1994, 8; LG Schweinfurt StraFO 2009, 105.

助を用いている場合<sup>98)</sup>などが、これに該当しうる。被疑者・被告人が聾啞者である場合には、申立てに基づいて弁護人を付さなければならない(140条2項2文)。

被疑者・被告人が裁判所での言語を理解できない場合は、裁判所構成法187条が、欧州人権条約6条3項e号に定められた権利を明示で規定するかたちで、その経済状態にかかわらず、全ての手続に関して無償で通訳を付される機会を定めている。重大な被疑事実の場合には、通常は、言語の能力が欠けることから、自ら防御する能力の欠如も導かれる<sup>99)</sup>。それ以外では、ドイツ語の知識が欠けるというだけでは足りない。〔なぜなら、〕その場合は、通訳人を付することで補うことができるからである<sup>100)</sup>。

### 3. 国選弁護人の任命

[168] a) 被疑者・被告人が私選弁護人を持たない場合、それが必要的弁護事件に該当する事案では、事件が係属すべき、またはすでに係属している裁判所の裁判長により、国選弁護人が選任される(141条4項)。

b) 被疑者・被告人は、国選弁護人の選定に際して意見を述べる権利を持つ(142条1項1文)。裁判長は、重大な反対理由がない限り、提案された弁護士を任命するよう義務づけられている(142条1項2文)<sup>101)</sup>。どのような場合にそうした理由の重大性が肯定されるべきかという問題に関しては、管轄の裁判長に評価裁量が与えられており、それに対する上訴は制限的である。その際には、自身が信頼する法的素養のある弁護人を求める被疑者・被告人の権利と、公正かつ迅速な手続(それは、紛争を求める、ま

---

<sup>98)</sup> OLG München NJW 2006, 789; OLG Saarbrücken NSTZ 2006, 718.

<sup>99)</sup> BGHSt 46, 178, 183 (Tag, JR 2002, 124の評釈付き); OLG Frankfurt StV 2008, 291.

<sup>100)</sup> BGHSt 46, 178, 186 (Tag, JR 2002, 124の肯定的評釈付き); 深めるために、Schmidt, Vert., Rn 247.

<sup>101)</sup> BVerfGE 9, 36, 38; BGH NJW 2001, 237.

たは地域外の弁護人によって危うくされる)との間で、衡量されなければならない<sup>(112)</sup>。

被疑者・被告人は、提案された弁護人の任命を求める法的請求権を持たない<sup>(113)</sup>。同じく、地域内の弁護人の一般的優先もない(しかし、2009年9月30日まで妥当していた旧142条1項1文には、誤解を与える規定が置かれていた)。

c) 国選弁護人任命の拒否に対しては、304条1項により、抗告の方法で異議を申し立てることができる。拒否決定が公判の間に下された場合であっても可能であり、305条1項は、その妨げとならない<sup>(114)</sup>。反対説は、公判中は、238条2項による裁判所への申立てしか認めない<sup>(115)</sup>。捜査手続における法的保護については Rn 321以下を見よ。

#### 4. 国選弁護人任命の取消し

[169] a) 143条によると、弁護人の任命は、その後別々の弁護人が選任され、同人がそれを受諾した場合には、取り消されなければならない。更に、通説<sup>(116)</sup>によると、「重大な理由」がある場合も、任命が取り消されなければならない。

特に、依頼者と弁護人間の信頼関係が破綻した場合には、「重大な理由」が認められる<sup>(117)</sup>。その際には、信頼関係が欠けるという単なる主張では足りず、むしろ、理性的で思慮分別ある被疑者・被告人の立場からみて信頼関係が終局的に破綻したこ

---

<sup>(112)</sup> BGHSt 48, 170, 175; OLG Naumburg NStZ-RR 2009, 114.

<sup>(113)</sup> BGHSt 43, 153.

<sup>(114)</sup> OLG Düsseldorf StV 2001, 609; KG StV 2010, 63; SK-Frisch, § 305 Rn 23.

<sup>(115)</sup> OLG Koblenz NStZ-RR 1996, 206.

<sup>(116)</sup> BVerfGE 39, 238, 244; OLG Frankfurt StV 1995, 11; Kett-Straub, NStZ 2006, 361.

<sup>(117)</sup> より狭い見解として, Krey, I Rn 724.

とについて、実質的な主張が求められなければならない<sup>(108)</sup>。実務は、この点について、しばしば非常に厳格に取り扱っている。被疑者・被告人が弁護人と共同して国選弁護人の交代を要求し、それによっても手続遅延および国庫への過剰な負担が生じないというときには、その申立ては、受け入れられなければならない<sup>(109)</sup>。裁判所がその申立てを聞き入れず、他方で弁護人が以後は関与しないと述べているとすれば、十分な弁護が保障されているとはいえない<sup>(110)</sup>。

裁判所からみて弁護人が無能であると判断された場合に「重大な理由」が肯定されるかという問題は、非常に争いがある。弁護方針について裁判所が管理するようなことは、国選弁護の場合であっても許されないから<sup>(111)</sup>、この問題は否定すべきである。争う構えを見せている弁護人に対抗して裁判官の権限が濫用されるような危険が、非常に大きい（Rn 126a, 150, 174）。しかし、判例は、弁護人が被告人を適切に弁護できないことが明らかとなったような極端な事案において、裁判所の配慮義務を理由に、国選弁護人任命の取消しが必要であると考えている<sup>(112)</sup>。弁護人がいやいやながらである場合、すなわち、適切な弁護を行うことを真摯かつ断定的に拒否している場合にも、判例の見解によると、解任が許されるべきことになる<sup>(113)</sup>。

通説からは、「重大な理由」による国選弁護人任命の取消しは138 a 条以下の弁護

---

<sup>(108)</sup> BGHSt 39, 310, 315; BGH JR 1996, 124 (Müller; BGH StV 2009, 5の評釈付き)。

<sup>(109)</sup> OLG Bamberg NStZ 2006, 467; OLG Braunschweig StraFO 2008, 428。

<sup>(110)</sup> BGH NJW 1993, 340。

<sup>(111)</sup> BGH StV 2000, 402 (Stern の評釈付き)。

<sup>(112)</sup> BGH <H> MDR 1996, 120; KG StV 1993, 236; 2009, 572 (Weigend の批判的評釈付き); OLG Stuttgart StV 2002, 473; Hilgendorf, NStZ 1996, 4; Meyer-Goßner, 50 Jahre BGH-Prax-FS, S. 627; 異なる見解として, Barton, S. 160, 218; Beulke, S. 129; Seier, Hirsch-FS, S. 992; 詳細な文献として, Theiß, Chr., Die Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung de lege lata und de lege ferenda, 2004。

<sup>(113)</sup> OLG Frankfurt NStZ-RR 1997, 77。



人除斥の規定によるべきであるとの見解が、主張されている<sup>114)</sup> (Rn 172)。この間、判例も、138a条以下を国選弁護人にも適用しているが、143条類推による取消しの機会との併用によっている<sup>115)</sup>。しかし、正しい見解によると、138a条以下は、私選弁護人にも適用されるものである<sup>116)</sup>。

b) 国選弁護人任命の撤回 (私選弁護人が選任された場合) または取消し (重大な理由による場合) の管轄は、裁判所の裁判長にある<sup>117)</sup>。その裁判は、304条により、抗告の方法で異議を申し立てることができる (ただし、争いがある。Rn 168を見よ)。国選弁護人も、自らが公的機能を担うのであるから、抗告権を持つ (ただし、非常に争いがある<sup>118)</sup>)。

▶事例は *Beulke*, Klausurenkurs III, Rn 242

## 5. 「保全弁護人」

[170] 私選弁護人が関与することになった場合の国選弁護人任命の撤回の必要性 (143条) は、通説によると、**手続を終了へ導くことについて、私選弁護人が十分な保障を与えない場合には、否定される<sup>119)</sup>**。すなわち、この場合には、私選弁護人と共に、補充的な国選弁護人も関与させるべきであるという。そのような「二重配置」が、裁判長により、初めから命じられることもある。刑訴法は、私選弁護と国選弁護が同時に存在すること

---

<sup>114)</sup> *Kett-Straub*, NStZ 2006, 363; *Roxin/Schünemann*, §19 Rn 54; *Seier*, Hirsch-FS, S. 988.

<sup>115)</sup> BGHSt 42, 94, 95 f (*Weigend*, NStZ 1997, 47の一部批判的評釈付き); OLG Hamburg NStZ 1998, 586.

<sup>116)</sup> 同様の見解として, BVerfGE 39, 238, 245.

<sup>117)</sup> *M-G*, § 143 Rn 1.

<sup>118)</sup> 同意する見解として例えば, *HK-Julius*, § 143 Rn 10; 異なる見解として, *M-G*, § 143 Rn 7; OLG Frankfurt NStZ-RR 1996, 272 (恣意的な場合に限る).

<sup>119)</sup> BVerfGE 39, 246.

を、私選弁護人が出廷しない場合に限り定めている（145条1項1文）。しかし、類似の状況においても同じことが妥当しなければならない。特に、いわゆる巨大訴訟（テロ事件など）において、そうしておかなければ、弁護人がその辞任により手続を「破綻させる」支配権を持つことになってしまうからである。つまり、裁判所には、手続保全のため、私選弁護人に加えて国選弁護人（いわゆる保全弁護人）を選任する権限を与えられる<sup>(120)</sup>。もっとも、被疑者・被告人に私選弁護人と並んで国選弁護人を押しつけることに対しては、極端な濫用に対する予防策を留保しておくべきである。

## 6. 任命の時期

[171] 国選弁護人の任命は、起訴前は、検察官の申立てに基づき、裁判所の裁判長によって行われる。検察官は、必要的弁護の事案に該当することが見込まれる場合、直ちにそのような申立てを行うことを義務づけられる（詳細は141条3項参照<sup>(121)</sup>）。しかし、検察官は、その際に、裁判所による包括的な事後審査を受けない評価裁量を与えられる。したがって、結果的に、重大犯罪に当たる疑いが生じた場合に常に国選弁護人が任命される、とは限らない<sup>(122)</sup>。捜査手続において証人尋問（被疑者・被告人はそこに関与できない）が行われることが予測される場合には、事前に国選弁護人を任命すべき義務が生じる。これによって、被疑者・被告人の質問権（141

---

<sup>(120)</sup> BGHSt 15, 306, 309; OLG Karlsruhe StV 2001, 557; これについて、*Beulke*, S. 239 ff; *ders.*, JR 1982, 45; *ders.*, StV 1990, 365; *Knell-Saller*, I., *Der Sicherungsverteidiger*, 1994; これに対し、一般的に批判的な見解として、*Fezer*, 4 Rn 43; *Römer*, ZRP 1977, 92; 更に OLG Frankfurt StV 2009, 402も見よ。

<sup>(121)</sup> これについて、*Beulke*, *Jugendverteidigung*, S. 187.

<sup>(122)</sup> BGHSt 47, 233; 以下も見よ。SK-*Wohlers*, § 141, Rn 7 f; *Stalinski*, StV 2009, 500.

条3項, 欧州人権条約6条3項d号参照)を弁護人を通じて保障するためである。もっとも, この義務が遵守されなかったときには, 証拠使用禁止が適用されるのではなく(Rn 454以下), 得られた証拠を特に批判的に評価すべきであるとする見解(いわゆる「証拠評価解決」説)があるが, これはあまり説得的ではない<sup>(123)</sup>。

起訴状到達後は, 被告人にまだ弁護人がいない場合で, 201条により起訴状に関する説明のため弁護人が必要であるときには, 公判の管轄を持つ裁判所の裁判長によって, 弁護人が任命される(141条1項)。後に弁護人が必要であることが判明した場合には, その時点で直ちに, 弁護人が任命される(141条2項)。

公判の途中で弁護人の必要性が判明した場合には, 国選弁護人の任命後に公判を停止し, または, 少なくともその重要な部分(特に被告人尋問, 証拠調べ)を繰り返さなければならない(145条2項)<sup>(124)</sup>。

## VII. 弁護人の除斥

[172] 法律は, 138 a条以下において, 弁護人がその援助者としての機能を濫用する一連の事案として, 弁護人除斥の機会を定めている<sup>(125)</sup>。138 a条1項3号によると, 例えば, 被疑者・被告人が有罪であるときには処罰妨害罪に該当する行為(事情によっては弁護活動自体によって)を弁護人が実行したことについて切迫した嫌疑がある場合, 弁護人は, 手続への関与

<sup>(123)</sup> BGHSt 46, 93, 99; これについて, *Eisele*, JR 2004, 12; *Gless*, NJW 2001, 3606; *Hamm*, Lüderssen-FS, S. 717; *Schlothauer*, StV 2001, 127; *Sowada*, NStZ 2005, 1; *Walther*, GA 2003, 204; *Widmaier*, 50 Jahre BGH-Wiss-FG, S. 1043; 本書と同様に反対の見解として, AG Hamburg StV 2004, 370; *Fezer*, JZ 2007, 725; *Mehle*, B., Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 2006, S. 332.

<sup>(124)</sup> BGH NStZ 2009, 650; 趣及的な補助について, *Wohlens*, StV 2007, 376.

<sup>(125)</sup> *Baulke/Ruhmannseder*, Rn 514 ff.

から排除される<sup>(126)</sup>。共同被疑者・被告人は、他の被疑者・被告人の弁護人になることはできない。非両立性は、弁護人の法的地位から導かれるものである。したがって、公判において138 a 条による除斥が行われる必要はない。この場合には、共同で訴追されている弁護人の追放は、公判裁判所により行われる（146条、146 a 条準用）<sup>(127)</sup>。

除斥手続は、138 c 条に定められている。除斥の裁判は、原則として高等裁判所が下すが、例外的に連邦通常裁判所が下すこともある（138 c 条 1 項）。申立て資格について138 c 条 2 項を参照。除斥の破棄について138 a 条 3 項を見よ。

## VIII. 共通弁護

[173] 1 人の弁護人が複数の被疑者・被告人を弁護することは、原則として禁止される（共通弁護の禁止=146条）。これは、弁護人の中での利益衝突による危険から被疑者・被告人を保護するためである。なぜなら、複数の共犯者に対する手続に際しては、しばしば、相互で罪をなすりつけあう危険が存在するからである。禁止されるのは、以下のものである：

- 手続が同時に（1 個の手続として）実施される限りで、訴訟上の意味で 1 個の行為（264条）に関与する複数の者を共通して弁護すること（146条 1 文）
- 手続は分離されるが、並行して実施される場合に、（具体的な利益衝突の審査を行うことなく）1 個の行為（264条）に関与する複数の者を共通して弁護すること（146条 1 文）<sup>(128)</sup>

---

<sup>(126)</sup> BGH NStZ 2006, 510 (Zündel 事件) を参照。

<sup>(127)</sup> BGH StV 1996, 469; OLG Hamm NStZ-RR 2008, 252 (捜査手続とは異なる)。

<sup>(128)</sup> *Beulke*, NStZ 1985, 289; 詳細な文献として, KMR-*Wohlens*, § 146 Rn 1.

- 訴訟上の意味で別個の行為が追及されるのであるが、それらに対して——どのような理由からであれ——1個の手続として実施される場合に、複数の被告人を共通して弁護すること(146条2号)。

同じ法律事務所の異なる弁護士が2人の被疑者・被告人を同じ手続で弁護する場合には、その点において146条の違反になることはない。同人らが弁護方法を打ち合わせていた場合であっても、である(いわゆる土台共通弁護)<sup>(329)</sup>。同じく、訴訟上の意味で1個の行為に関与する複数の者を承継的に(順番に)弁護することは、やはり禁止されない。例えば、関与者の1人を1審で弁護し、他の者を2審で弁護したが、この時点で最初の関与者との委任関係が終局的に消滅していた場合である<sup>(330)</sup>。利益衝突の抽象的な危険という理由だけで、被疑者・被告人が指定した弁護士の任命を却下することは許されない<sup>(331)</sup>。もっとも、訴訟上は許される承継的弁護が、同一の行為に関与する2人の者において一方の弁護が他方の利益に反する場合は、実体法上は可罰的な背任罪(刑法356条)と位置づけられるべき場合があることには、注意が必要である<sup>(332)</sup>。

## IX. 刑事弁護と処罰妨害罪

[174] 刑事弁護は、しばしば、許される行為と可罰的な行為とのきわどい境界線上をいくものである。弁護人が特に活発に活動する場合、それは、国家刑罰権の実現を著しく困難にし、場合によっては全く不能なものとなることがある。しかし、それこそが、まさに刑事弁護人の任務である(Rn

---

<sup>(329)</sup> LG Frankfurt NStZ-RR 2008, 205; 深めるために, Müller, StV 2001, 649.

<sup>(330)</sup> OLG Jena NJW 2008, 311.

<sup>(331)</sup> BGHSt 48, 170, 174 f (Geppert, JK 9/03, StPO § 142/2 の評釈付き).

<sup>(332)</sup> OLG Stuttgart NStZ 1990, 542 (Geppert の肯定的評釈付き); 深めるために, Beulke/Ruhmannseder, Rn 203 ff.

147)。したがって、弁護人が訴訟上許される手段を用いている限りは、国家刑罰権の侵害を、処罰妨害罪として位置づけることはできない。それは、もともと刑法258条の構成要件に該当しない<sup>133)</sup>。これに対し、許されない刑事弁護は、それにより被疑者・被告人（依頼者）の処罰が妨害され（または、妨害されるおそれがあり）、犯罪構成要件の残りの要素——特に先行行為に関する故意——が充足される場合には、弁護人の処罰を帰結しうる。

しかし、いったい何が許され、何が許されないのか、つまりどのような場合が「妨害行為」に該当するののかという問題は、刑法258条からは導かれず、この条文については、むしろ訴訟法を参照しなければならない；これは「付従的な」ものである<sup>134)</sup>。しかし、残念なことに、訴訟法への立戻りは、あまり有益なことでもない。そこでも同じく、弁護人の権限の限界についての明文規定が欠けているからである。この限界は、弁護人の任務および法的地位に関する一般的な衡量から導くしかない<sup>135)</sup>。したがって、現在まで、多くの行為についての法的許容性が不明確なままである。この関係で、援助者が弁護の衣に身を借りて行う「弁護に関係のない行為は禁止」されるのか、また「紛争的弁護」は禁止されるのかについて、争いがある（一般的濫用禁止について Rn 126a, 150)<sup>136)</sup>。

---

<sup>133)</sup> 同様の見解として、OLG Düsseldorf StV 1998, 65および通説。深めるために、*Beulke/Ruhmannseder*, Rn 1 ff；正当化事由に関して、*Müller*, StV 1981, 95.

<sup>134)</sup> BGHSt 38, 345, 347 (*Beulke*, JR 1994, 116の評釈付き)；深めるために、*Beulke*, S. 98；*Beulke/Ruhmannseder*, Volk-FS, S. 45；以下も見よ。*Danckert/Bertheau*, Hanack-FS, S. 31；*Ignor*, Schlüchter-FS, S. 42；*Kempf*, StV 2003, 79.

<sup>135)</sup> 批判的見解として、*Jahn*, ZRP 1998, 103；*Schnarr*, G., Schäfer-FS, S. 66 f.

<sup>136)</sup> BGH NStZ 2006, 510 (Zündel 事件)；BGH StraFO 2009, 158 (*Bockemühl* の批判的評釈付き)；BGH NStZ-RR 2009, 207；批判的見解として、FA-Strafrecht — *Köllner*, 1. Teil Rn 76；*Jahn*, JZ 2006, 1134；LR-*Lüderssen/Jahn*, § 138a Rn 64a.

[175] 本書で主張する限定的機関説 (Rn 150以下) によると、弁護人に  
関して、特に以下の制限が導かれる：

- 弁護人が述べることは、全て真実でなければならないが (真実義務)、  
弁護人は、知っていること全てを述べなければならないわけ  
ではない<sup>(37)</sup>。依頼者を害するおそれのある事情は、黙秘することが  
許され、またそうしなければならない<sup>(38)</sup>。
- 弁護人は、証拠または痕跡を毀損または偽造することを禁じられ  
る<sup>(39)</sup>。

[176] 更に、判例および学説は、一般的な限界基準を立てるよりも、ど  
ちらかといえば事例ごとの検討に取り組んでいる<sup>(40)</sup>。

禁止される例：

- 被告人のために嘘をつき、あるいは嘘をつくよう助言をすること<sup>(41)</sup>

---

<sup>(37)</sup> *Dahs*, StraFo 2000, 181 ; 以下も見よ。 *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 17 ; *Satzger*, Jura 2007, 759.

<sup>(38)</sup> この点について詳しくは, *Bottke*, ZStW 96 (1984), 726 ; *Herdegen*, StraFO 2008, 137.

<sup>(39)</sup> RGSt 50, 346, 366 ; OLG Hamm DAR 1960, 19.

<sup>(40)</sup> 概観として, LR-Lüderssen/Jahn, §138a Rn 35 ff ; *Beulke*, S. 149 ff ; *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 622 ff ; *Hassemer*, Beck'sches Formularbuch S. 5 ; *Meyer-Goßner*, 50 Jahre BGH-Prax-FS, S. 636 ; *Müller-Dietz*, Jura 1979, 242 ff ; *Müller/Gussmann*, Berufsrisiken ; OK-Ruhmannseder, § 258 Rn 23. 1 ; *Wolf*, S. 313 ; 以下も見よ。 *Paulus*, NStZ 1992, 305 ; *Winkler*, Die Strafbarkeit des Verteidigers jenseits von § 258 StGB, 2005 ; *Wohlers*, StV 2001, 420 und *Zeifang*, Die eigene Strafbarkeit des Strafverteidigers im Spannungsfeld zwischen prozessuellem und materiellem Recht, 2004.

<sup>(41)</sup> BGHSt 2, 375, 378 ; BGH NStZ 1999, 188 (*Beulke*, Roxin-FS, S. 1174 および *Widmaier*, 50 Jahre BGH-Wiss-FG, S. 1051の評釈付き) ; OLG Frankfurt NStZ 1981, 144 ; *Dahs*, Rn 43 ; *Roxin/Schünemann*, § 19 Rn 14 ; *Salditt*, StV 1999, 61 ; 近時争いがある ; 別の見解として例えば, AK-Stern, Vorbem. § 137 Rn 75 ; SK-Wohlers, Vor § 137, Rn 72, 77, 96 ; *Bernsmann*, StraFo 1999, 230 ; 以下も見よ。 *Fezer*, Stree/Wessels-FS, S. 682 ; LR-Lüderssen/Jahn, Vor § 137 Rn 133h.

- 証人に虚偽の供述をさせること<sup>(142)</sup>
- 虚偽の宣誓を決意している証人を指名すること<sup>(143)</sup>
- 公判で嘘をつくこと<sup>(144)</sup>（争いがある）
- 犯罪に該当するような態様の証拠申請をすること<sup>(145)</sup>

許される例：

- 法的状況を説明すること
- 被疑者・被告人に対して黙秘の助言をすること<sup>(146)</sup>
- それぞれ叙述された行為類型は法的にどのように評価されるかについて助言すること
- 供述または証言拒否権を行使するよう助言すること<sup>(147)</sup>
- 弁護人が有罪と考える被告人について、弁護人からみると手続において罪責立証が十分に果たされていない場合に、無罪判決を要求すること<sup>(148)</sup>
- 被害者に免罪的供述を動機づけるために、損害賠償金の支払いを約束すること（弁護人が、免罪的供述は虚偽の可能性があると考えている場合でも、同様である）<sup>(149)</sup>

## X. 刑事弁護と資金洗浄罪

[176 a] 刑事弁護人において、個別の事例で、実行された犯罪から得ら

---

<sup>(142)</sup> BGHSt 31, 10, 12 f.

<sup>(143)</sup> BGHSt 29, 99, 107.

<sup>(144)</sup> OLG Frankfurt NStZ 1981, 144.

<sup>(145)</sup> BGHSt 47, 238ならびに *Stegbauer*, JR 2003, 74.

<sup>(146)</sup> BGH <H> MDR 1982, 970.

<sup>(147)</sup> BGHSt 10, 393, 394.

<sup>(148)</sup> RGSt 66, 316, 325.

<sup>(149)</sup> BGHSt 46, 53, 54 (*Beulke*, Roxin-FS, S. 1176の肯定的評釈付き) ; *Cramer/Papadopoulos*, NStZ 2001, 148 ; *Kudlich/Roy*, JA 2001, 15および *Widmaier*, 50 Jahre BGH-Wiss-FG, S. 1063 ; 批判的見解として, *Fezer*, JZ 2007, 668 ; *Scheffler*, JR 2001, 294.



れた金銭を依頼者から委ねられる、という状況が生じうる。その場合に、弁護人は報酬の受領によって資金洗浄罪(刑法261条)により可罰的となるか、という問題が生じる。通説によると、刑法261条は金銭が銀行を通じて弁護人に交付された場合にも適用され、また、刑法261条5項は主観的構成要件において軽率に誤信したことでも足りることから、刑法261条による弁護人の可罰性は、依頼者が刑法261条に列挙された犯罪(全ての重罪など)について追及を受けている限りで、およそ弁護人の職業に典型的なリスクを意味する。したがって、以前から、どのようなかたちでこのリスクを限定することができるかが、激しく議論されてきた。なぜなら、一定の犯罪者グループが報酬支払いが困難であることのみで効果的な刑事弁護を受けることができないというのは、あまり適切なことではないからである。ハンブルク高等裁判所の見解によると<sup>(50)</sup>、職業の自由(基本法12条)に基づいて、刑法261条2項の客観的構成要件の合憲的解釈の方法で、相当な弁護報酬は資金洗浄罪に該当しないという結論が導かれている。一部の学説では、この客観的構成要件の目的論的再構成に補足して、弁護人の主観面(刑法258条の場合のように)による限定が主張されている。確かに、弁護人が金銭は関連する犯罪から出たことを知りつつこれを受領した場合には、資金洗浄罪の客観的構成要件が適用される。これに対し、弁護人において資金が汚れていることについて未必の故意または過失しかない場合には、そもそも刑法261条の客観的構成要件に該当しない<sup>(51)</sup>。学説の一部では、この構成要件解決への方向づけにおいて、客観的構成要件を満たした弁護人に有利となるかたちで、特別の正当化事由を適用すべきであると見る見解も、主張されている<sup>(52)</sup>。

(50) OLG Hamburg StV 2000, 205 (Lüderssen の評釈付き)。

(51) Beulke, Rudolphi-FS, S. 391; Beulke/Ruhmannseder, Rn 170 ff.

(52) Bernsmann, StV 2000, 40.

これに対して、**連邦通常裁判所**<sup>(153)</sup>は、刑法261条の規定は基本法12条の規定と基本的に適合し、少なくとも未必の故意が存在するならば、それは弁護人にも適用可能であると判断している。構成要件の合憲的解釈は、形式的に刑法261条2項の明白な文言のみを理由として、もはや問題とされていない。立法者は、報酬問題を認識しつつ、あえて、刑事弁護人に特別の規定を定めなかったのである。

この間、**連邦憲法裁判所**<sup>(154)</sup>は、いわば最終的に、刑法261条は実際に職業遂行の自由という基本権（基本法12条）への**重大な介入**に当たる、報酬受領により可罰的となる危険は（職業上の履行について相当な範囲で経済的に給付を受けるといふ）弁護人の権利を**危殆化**するからである、と判示している。しかし、このことは、弁護人は261条2項1号の刑罰規定から完全に免除されることを帰結するものではない、という。むしろ、本規定については、資金洗浄罪の**主観的構成要件**は、弁護人が経済的資金は可罰的行為から出たものであることについて**積極的に認識**している（目的を有している）場合に限って充足されるというかたちで、**合憲的に解釈**されなければならない。これに対して、資金洗浄罪の可罰性は、単に未必の故意または過失しかない場合には、主観的構成要件において挫折する（刑法261条5項は、もとより適用されない）。したがって、検察官は、考える嫌疑の端緒の審査に際して、憲法上保障される権利を特に考慮しなければならず、刑法261条1項2文に列挙された犯罪を理由とする弁護の引受けは、**基本的に嫌疑の端緒を基礎づけない**、とされている。

この点で、嫌疑の端緒は、ある事実に基づいた明白な根拠から、弁護人は報酬受

---

(153) BGHSt 47, 68.

(154) BVerfGE 110, 226 (Ranft, Jura 2004, 759の評釈付き); Müssig, wistra 2005, 201; Wohlers, JZ 2004, 678; 類似の見解として, Matt, GA 2002, 137.

領の時点で悪意であったと認めうることに条件となる。例えば、報酬が異常に高額である、または報酬履行の態様などから、それが基礎づけられうる<sup>(159)</sup>。

[177] 事例20の解答：支配的な見解によると、Vは、弁護人として(137条)、被疑者・被告人Aの意思に拘束されない。したがって、Vの証拠申請(244条3項、6項)は、Aがそれに同意していなくとも許され、有効である。しかし、そのような葛藤は、実務上ほとんど生じない。自身の依頼者と信頼関係を築くことが、弁護人の義務だからである。それゆえ、Vは、その行為をまずAと相談しなければならない。意見不一致の場合は、依頼の解消を考慮しなければならない。詳細は、前述 Rn 152を見よ。

[178] 事例21の解答：

a) 弁護人Vは、何一つ虚偽を述べることは許されない(嘘の禁止)。したがって、Aが本を自分のものにするつもりはなかったと自分に告げたと主張することも許されない(ただし、争いがある)。

b) 弁護人Vは、自らが知っていること全てを述べるものが許されるわけではない。弁護人には、依頼者を害する可能性があり、かつ、依頼者が公表を望まない全ての事情に関して、守秘義務が課せられる。したがって、弁護人は、裁判所に対して、Aの自白を伝えることは許されず、事情によっては、そのことにより、私的な秘密の侵害(刑法203条)で可罰的となる。

c) 弁護人Vは、被疑者・被告人のために嘘をでっちあげることも許されない(ただし、争いがある)。したがって、Vは、Aに、本を返すつもりであったと供述するように助言した点で義務違反がある。

<sup>(159)</sup> BVerfG StV 2005, 195; 全体について、OK-StGB-Ruhmannseder, §261 Rn 41 ff も見よ。

d) 弁護人Vは、Aに対して窃盗罪と不可罰な使用窃盗との限界を説明する権限がある。弁護人の関与は、正当なかたちで、被疑者・被告人の法的知識の不足を補うという目的にも奉仕するものである。

e) ここでは、弁護人Vは、Aの領得目的を認識しているにも関わらず、罪責立証の不十分を理由に無罪判決を求めることが許される。刑訴法上、有罪判決を下すことを許されるのは、単に被告人が「責任がある者」というだけでなく、その責任が、公判で、法治国家的手続における訴訟ルールに則った方法で証明された場合のみである。

更に詳しくは、前述 Rn 174以下を見よ。