

翻 訳

捜査手続における弁護人の任命について

——欧州人権条約及び法的援助を受ける権利に関する欧州連合
指令に照らした刑事訴訟法141条3項の改正賛成意見——

ロベルト・エッサー

加藤克佳 = 辻本典央 [訳]*

Übersetzung

Robert Esser, Zur Bestellung des Verteidigers im Ermittlungsverfahren

——Plädoyer für eine Reform des §141 Abs.3 StPO im
Lichte der EMRK und der EU-Richtlinie zum Recht auf
Rechtsbeistand——, in: Festschrift für Hans-Heiner
Kühne, 2013, S. 539–563

Übersetzer: Katsuyoshi Kato / Norio Tsujimoto

* Übersetzt aus: Esser/Günther/Jäger/Mylonopoulos/Öztürk (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag am 21. August 2013, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 2013, ISBN 978-3-8114-3927-6, S. 539–563.

〔 〕内は、訳者が、読者の理解のために適宜補足したものである。また、同様の趣旨で、適宜意識したところがある。

目 次

- A. 捜査手続における法的援助の必要性
 - B. 「法的援助を受ける権利」——アクセス権（のみ）か又は任命を求める権利も含まれるか？
 - C. 捜査手続における弁護人任命の現在の実務
 - D. 個別事例における「評価裁量の制限」に基づく申立義務——法治国家上の邪道
 - E. 欧州連合の視点：「法的援助を受ける権利」に関する指令に賛成する提案
 - F. 捜査手続における弁護人任命を求める被疑者の権利に関する人権法上の基準
 - G. 国際上の枠組みに照らした被疑者の独自の申立権への賛成意見
 - H. 献呈のことば
- 訳者あとがき



A. 捜査手続における法的援助の必要性

被疑者は、捜査手続において、通常は初めて、追及を受ける事実に関わる。その非公式の「質問」又は（公式の）尋問の内容及び経過は、しばしば、以後の捜査手続に対して、又たいていはそれに引き続く裁判所の公判手続に対して、影響を与える⁽¹⁾。公判裁判所は、仕事の負担が増え続けることから、記録の内容と警察及び検察官が得た情報の評価に自身の仕事を限定することも稀でない⁽²⁾。捜査手続において生じた訴訟上の瑕疵は、しばしば、後の公判手続では、もはや是正できない。捜査手続が実施される

(1) *Schlegel/Wohlers*, StV 2012, 307; *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozess, Bd. 2, 1972, S. 195; *Bockemühl*, in: Bockemühl (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts Strafrecht*, 5. Aufl. 2012, 2. Teil, 1. Kap. Rn. 1; *Soyer/Schumann*, StV 2012, 495 (496).

(2) *Schlothauer*, in: Widmaier (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung*, 2006, § 3 Rn. 1.

ことだけで、被疑者にとっては、既に計り知れない負担と烙印付けのリスクが生じる⁽³⁾。被疑者は、しばしば、捜査手続の具体的内容及び結果について、正しい理解を持たない。被疑者は、しばしば、どうすれば捜査の進行に対して効果的に影響を及ぼすことができるかのすべを知らないのである⁽⁴⁾。

被疑者と刑事訴追機関との最初の接触の基本的意義〔の大きさを〕考えると、被疑者個人の防御権は、法的援助者が被疑者に法的に詳細な助言を与え、刑事訴追機関による不当な圧力の行使から守るというかたちで物理的に関与することによってのみ、適切に考慮することができる⁽⁵⁾。したがって、法治国家として要請される武器対等性を保障しようとするなら、被疑者のために、既に最初の警察尋問の段階で、法的援助者を求める権利が認められなければならない。そのような「初期段階の弁護人」⁽⁶⁾は、被疑者にとって、専門的助言の下で追及される非難と向き合うための最初の拠り所である。さらに、そのような弁護人は、法治国家的観点において、望ましい者でもある。なぜなら、弁護人は、法治国家においては、異物などではなく、意識的に組み込まれた「障害物 (Störfaktor)」とみるべきだからである⁽⁷⁾。刑法137条1項1文は、そのことを明らかにしている。同条項によると、「〔被疑者・被告人は〕刑事手続のどの時点においても、弁護人の援助を受けることができる」のである。

(3) Bockemühl (Fn. 1), 2. Teil, 1. Kap. Rn. 2.

(4) Schlothauer (Fn. 2), § 3 Rn. 5 f. この点を分かりやすく説明するものとして Soyler/Schumann, StV 2012, 495 (501).

(5) Schlothauer (Fn. 2), § 3 Rn. 2; vgl. Mehle, Zeitpunkt und Umfang notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 2006, S. 29; Schlegel/Wohlers, StV 2012, 307 (及びそこで引用されている文献); Soyler/Schumann, StV 2012, 495 (496).

(6) 概念について Pieth, Strafverteidigung - wozu?, 1986, S. 37 (「初期段階の弁護人」)を見よ。

(7) Sowada, NStZ 2005, 1 (3). 弁護人の基本的役割について Mehle (Fn. 5), S. 29 参照。

この関連で、ヨーロッパの他の刑事訴訟法を見ることが有益である。スイス（2011年1月1日版のスイス刑訴法159条）及びオーストリア（オーストリア刑訴法59条）は、それぞれの刑事手続法において、欧州人権裁判所の判決（この点について後述F）を受け、事前手続において弁護人にアクセスする権利の改正を行った⁽⁸⁾。オーストリアは、また、被疑者に対して、さしあたり弁護士への電話での無料のアクセスを24時間保障するという試験的運用を立ち上げている。弁護士が関与することになった時点で、その費用負担が決済される。費用は、訴訟費用支援として支払いを受けることができる⁽⁹⁾。これに加えて2009年からは、グラーツ大学の指揮のもとで、欧州委員会の経済的支援を受けて、研究プロジェクト「事前手続における弁護権——実証された実務と弁護士による実効的な緊急援助——」も実施されている⁽¹⁰⁾。

総論としての「捜査手続における法的援助」及び各論としての「初期段階の弁護人」というテーマは、多様かつ複雑な問題点を伴っている。自ずと生じる被疑者が弁護人と相談するという伝統的な権利の問題に加えて、特に、記録閲覧権及びその他の情報受領権と関連しての弁護人の権利と制限は、詳細な考察に値する。被疑者の視点からは、特に、弁護人——「私選」であれ、「国選」であれ——への「アクセス」を効果的に（司法上）行うことができるか、という問題が生じる。本稿の対象は、紙幅の都合上、刑訴法は法治国家上の理由から捜査手続における弁護人の任命の必要性に

(8) スイスにおける「初期段階の弁護人」について *Schlegel/Wohlers*, StV 2012, 307. 悪だくみについて詳細は *Zimmerlin*, Kriminalistik 2013, 417. オーストリアの法律状況につき批判的なものとして *Corell/Sidhu*, StV 2012, 246 (247).

(9) この点について詳細は *Soyer/Schumann*, StV 2012, 495 (498 ff.).

(10) 法実務の量的・実証的調査は、警察、検察、裁判官、刑事弁護人に宛てたオンライン・アンケートによって行われた。アンケートは、国際的に、4か国（ドイツ、オーストリア、クロアチア、スロベニア）で実施された。

についてどのような態度を取っているか、という問題に限定する。これによって、単に、「捜査手続における法的援助」の一部分のみが述べられるのではない。ヨーロッパ領域での展開は、リンブルク地裁の近時の裁判が、この特別の問題に焦点を当てるきっかけを提供するものである。

B. 「法的援助を受ける権利」——アクセス権（のみ）か又は任命を求める権利も含まれるか？

捜査手続開始の公表は、——しばしば、尋問（取調べ）及び具体的な訴訟上の強制処分実施を伴って——対象者にとって、通常は、（資格のある）弁護士と接触し、引き続いて弁護が受任されたときには自身の利益を擁護してもらえるという希望を生じさせる⁽¹⁾。刑訴法137条1項1文は、この要請を考慮に入れ、被疑者は「手続のどの時点においても、弁護人の援助を受けることができる」と明文で定めている。（特定の）弁護人への「アクセス」を希望する被疑者には、常に、それが可能とされなければならない。ただし、過去には、「戦略的な」例外規定—例えば、テロ犯罪の捜査に際して—も存在した⁽²⁾。

法的援助（又は、刑訴法137条の表現によると「弁護人の援助」）を受ける権利は、時間的にみれば、捜査手続開始から最終的な終結まで、刑事手続全体に妥当する⁽³⁾。また、——事物的には——全ての刑事手続に妥当す

(1) Schlothauer (Fn. 2), § 3 Rn. 3.

(2) 裁判所構成法施行法34条に規定されているが、（もはや）適用されない制限として、尋問や勾留宣告の際の弁護人の立会権の制限、同法31条以下により命じられた接見禁止に基づく口頭での勾留審査の際の弁護人の立会権の制限がある。〔しかし、〕これらは、「予備」で設けられた訴訟上の介入権限であり、その法律上の廃止はもはや時期を失してしまっている。

(3) LR/Lüderssen/Jahn, StPO, 26. Aufl. 2007, § 137 Rn. 13 ff.; KK/Laufhütte, StPO, 6. Aufl. 2008, § 137 Rn. 1 参照。この点について BRAK-Stellungnahme Nr. 39, Juli 2012, Registernummer: 25412265365-88, S. 2 も参照。

る。その際、犯罪が軽微であるか又は（特別に）重大であるか、稀な犯罪であるか又はよくある犯罪であるかは、重要でなく、また重要であってはならない。法治国家においては、テロ事犯のような特別の犯罪類型に関する例外、又は予防的な（警察的）目的（犯罪阻止）のための例外は、あってはならないのである⁽¹⁴⁾。

訴訟上、刑事手続における法的援助を受ける権利は、被疑者と法律専門家との相当かつ実効的な接触を求める権利だけでなく、特に（場所的、時間的に）相当かつ原則的な面会を求める権利をも捕捉する。被疑者がその法的援助を受ける権利を有効に放棄（被疑者はそのことを教示されなければならない。163 a 条 3 項 2 文、4 項 2 文と結び付いた136条 1 項 2 文）したのでない限り、その尋問は、被疑者がその法的援助者と内密の会話を行うことができた場合に初めて、開始することができる。法的援助者は、尋問に立ち会い、自ら質問することができる⁽¹⁵⁾。

法的援助を受ける権利には、多くの側面がある。本書を献呈される *Kühne* も、いつもこれに取り組んできた。叙述上の理由及び国内・国際レベルでの現代的出来事であるため、「法的援助を受ける権利」の以下での検討は、中心的な問題に集中する。被疑者は、——例えば、過剰な負担、弁護士を知らない、及び／又は経済的理由から——既に捜査手続において、被疑者と対峙する「国」がその刑事訴追機関を通じて被疑者の弁護権保障のために、——場合によってはその意思に反してでも——弁護人の任命を受ける権利を有するであろうか？⁽¹⁶⁾ この問題への回答は、同時に、国内刑事手続法の法治国家性を判定すべきリトマス試験紙でもあることは、自明である。

(14) この点について BRAK-Stellungnahme Nr. 39 (Fn. 13), S. 2 も見よ。

(15) KK/*Laufhütte* (Fn. 13), § 137 Rn. 1 参照。BGHSt 38, 372 = JZ 1993, 425 (Roxin の評釈付き) も参照。

(16) 以下の考察では、ある人（配偶者、生活パートナー）が狭義の「補助者」として許可される機会は除外する。刑訴法149条参照。

C. 捜査手続における弁護人任命の現在の実務

前述した刑訴法137条1項1文は、「〔被疑者・被告人は〕刑事手続のどの時点においても、弁護人の援助を受けることができる」と定めており、これによって、——刑訴法136条1項2文のそのような教示が示すように——「私選の」弁護人が想定されている。これに対して、被疑者のための弁護人任命は、刑訴法141条に規定されている。その裁定は、——武器対等性及び中立性の理由から——検察官ではなく、裁判官が行う⁽¹⁷⁾。その裁判官とは、公判の管轄を有する、又は既にそこに係属している裁判所の裁判長である（刑訴法141条4項前段）。この管轄規定には既に疑問が生じる、なぜなら、公判裁判所は捜査手続においてまだ存在しておらず、さらに、通常は捜査手続の詳細を知らないからである。法律は、未決勾留又は仮収容が執行される場合に限り、この事情を考慮している。これらの場合には、刑訴法141条4項後段によると、刑訴法126条により管轄を有する裁判所が⁽¹⁸⁾、すなわち、通常であれば捜査・勾留判事が裁判する。捜査判事に捜査手続における弁護人任命の一般的管轄を認めるべきであるとの提案は⁽¹⁹⁾、文言

(17) 刑訴法141条4項に定められた管轄規定につき全体的に批判的な見解として *Teuter*, StV 2005, 233 (239)。

(18) 以下では、まだ争いのある保安拘禁の事案（刑訴法275a条6項）は、さほど言及しない。

(19) そのような見解として *Wohlers*, FS Rudolphi, 2004, S. 711 (718)。同旨の見解として *Teuter*, StV 2005, 233 (240)。BGH, StV 1993, 113も参照。「捜査手続の法治国家性についての監視人」として捜査判事の権限強化を主張する見解として *Satzger*, Gutachten C zum 65. DJT, Bonn 2004, S. 117 ff., 128 f.（それに基づく決議は、ドイツ法曹大会により、67の賛成、41の反対、15の留保をもってまとめられた）。

上の理由からのみならず、特に事柄に精通しているという観点からも支持すべきである。

刑訴法141条1項ないし3項は、弁護人任命が行われるべき状況と行うことができる状況とを規定している。必要的弁護事件（刑訴法140条）では、「起訴された被告人」がまだ弁護人を有していない場合には、同人に起訴状が送達され、同人が刑訴法201条によりそれについての意見陳述を求められたときに、直ちに弁護人が任命される（刑訴法141条1項）。この規定は、その文言上明白に、（まず）刑事訴訟上の「中間手続」（刑訴法199条-211条）を対象とする。（さらに）後に——すなわち、刑訴法201条の要請後に——初めて、弁護人が刑訴法140条の意味で必要であることが判明した場合に限り、弁護人が、直ちに任命される（刑訴法141条2項）。

中間手続に先行する、弁護権保障のために極めて重要な刑訴法201条に示された時点までの手続開始の段階に関して——すなわち、必然的ではないにせよ仮拘束に引き続く例の「初期段階」に関して——、刑訴法141条3項1文は、「あいまいな」、刑訴法137条及び欧州人権条約6条3項cを背景にすると当然の、そして実際には不文の規制である、弁護人は既に事前手続の最中でも任命することができる、ということを対象としている。しかし、この規定は、はっきりと、1つのことを明らかにしている。〔すなわち、〕「捜査手続における」被疑者のための弁護人任命は、刑訴法141条の構想上、被疑者の主観的利益ではなく、刑訴法141条3項の検察官及び裁判所に向けられた行為指標から導かれる反射的なものである。せいぜいのところ、刑訴法141条3項1文による、裁判に管轄を有する裁判所の自由裁量による裁判を求める主観的権利という程度なのである。

捜査手続における弁護人任命に関する刑訴法141条の自制には、多くの点で驚かされる。既に詳細に述べた通り、事前手続には、しばしば、既に法律点又は事実点において決定的な「分かれ目」が存在し、その結果、刑

事手続のこの場面には「公判を決定付ける効果」が認められることがある²⁰⁾。
欧州人権裁判所は、このことを（一度ならず）以下のように判示している：

「裁判所は、さらに、刑事訴訟の準備にとっての捜査段階の重要性を、この段階で発見された証拠が、訴追され公判で審理される犯罪の枠組みを決定付けるものとして強調する……。同時に、被告人は、しばしば、訴訟のこの段階では特に無防備な状態に置かれ、その効果は、刑事訴訟規定がますます複雑となり、証拠の収集及び使用を規制する規定に関してそれが著しくなる、という事態において増幅される。多くの事案で、この特別の無防備さは、弁護人の援助によってのみ適切に補うことができるのであり、その弁護人の仕事とは、特に、被告人の自己負罪拒否特権の保障を助けることである」²¹⁾。

それにもかかわらず、弁護人は、解釈論上（刑訴法141条）、未決勾留（刑訴法112条、112 a 条）及び仮収容（刑訴法126 a 条）の執行により必要の弁護となった事件に限り、既に捜査手続の段階で必ず任命されなければならない、とされるのみである²²⁾。この場合、任命は、「処分の執行開始後に遅滞なく」²³⁾行われなければならない（刑訴法140条1項4号、141条3

²⁰⁾ Herrmann, StV 1996, 396 (401) 参照。類似の見解として Teuter, StV 2005, 233 (236)。

²¹⁾ EGMR, Vanfuli/Russland, Urt. v. 3.11.2011, Nr. 24885/05, § 95.

²²⁾ 2009年7月29日付け「未決勾留法改正のための法律」1条9 b 号 (BGBl. I S. 2274)。それまで、ドイツでは、3か月間弁護人なく未決勾留に付されることも可能であったが（刑訴法旧117条4項1文、140条1項5号）、それは、もはや過去のこととなった。

²³⁾ それは、「同時」又は「即時」という意味ではなく、むしろ、任命は、「有責的な遅延なく」行われなければならない。BT-Drucks. 16/13097, S. 19を援用する Wohlers, StV 2010, 151 (153)（及びそこで引用されている文献）参照。勾留改正法 (Fn. 22) は、刑訴法141条3項に第4文を補足している。

項4文)。Wohlersは、この長らく（費用の理由から）争われてきた基本的
に支持されるべき改正を、正当にも、「妥協策」であると述べ、時間的
にはなお遅すぎると批判する。弁護人は、既に、仮拘束の時点又は検察官
から勾留命令が申し立てられた時点以後、関与しなければならない、とい
うのである²⁴⁾。

刑訴法141条3項2文に置かれた（基本的）規定は、捜査手続において
弁護人任命のためには——未決勾留などの執行の場合を除いて——常に検
察官の申立てが必要である、と解釈される²⁵⁾。裁判所は、この手続段階で、
検察官の意思に反して、又は検察官の申立てもなく処分を下すことはでき
ない²⁶⁾。学理（学説）及び実務は、さらに、捜査手続の主宰者の「申立専
権」と考えている²⁷⁾。したがって、国選弁護人任命に向けた被疑者の「申
立て」は、単に、検察官に職権発動を促すものにすぎないと理解されてい
る²⁸⁾。

捜査手続が終結した後でさえ（刑訴法169a条）、被疑者には、検察官の
そのような申立てがあった場合に限り、弁護人が任命される（刑訴法141
条3項3文）。もっとも、この手続段階では、裁判所は、その申立てに応
じなければならない²⁹⁾。しかし、裁判所は、捜査が終結するまでは、根拠

²⁴⁾ Wohlers, StV 2010, 151 (153). 改正に批判的な見解として Heydenreich, StraFo 2011, 263もある。

²⁵⁾ Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, § 141 Rn. 5; KK/Laufhütte (Fn. 13), § 141 Rn. 3, 6.

²⁶⁾ OLG Oldenburg, NSTz 2009, 527.

²⁷⁾ Meyer-Goßner (Fn. 25), § 141 Rn. 5; KMR/Haizmann, StPO, Stand: 03/2012, § 141 Rn. 17; OLG Oldenburg, StV 1993, 511; OLG Karlsruhe, StV 1998, 123; LG Cottbus, StV 2002, 414.

²⁸⁾ Meyer-Goßner (Fn. 25), § 141 Rn. 5; KK/Laufhütte (Fn. 13), § 141 Rn. 6; OLG Celle, NdsRpfl 2013, 24; LG Cottbus, Beschl. v. 13.5.2005 – 22 Qs 15/05, Tz. 19. この点につき批判的な見解として Pfeiffer, StPO, 5. Aufl. 2005, § 141 Rn. 2.

²⁹⁾ LG Braunschweig, StV 2007, 522; LG Stuttgart, StV 2008, 132; LG Dresden, ↗

のある理由から拒否することができる⁹⁰⁾。これに対して、——逆に——切迫した犯罪容疑が存在し、捜査手続が高度の蓋然性をもって公訴提起により終結し、必要的弁護に該当しうるという場合には、妨げとなる特別の理由がない限り、裁判所は、検察官の申立てに応じる義務を課される⁹¹⁾。

未決勾留ないし仮収容が執行される場合に限り、この事案に（例外的に＝前述を見よ）管轄を持つ勾留判事が、職権で、弁護人の任命について裁判しなければならない。なぜなら、刑訴法141条3項2文及び3文とは異なり、刑訴法141条3項4文の文言は、検察官の申立てを条件としていないからである⁹²⁾。これによって、その他、起訴状送達（刑訴法201条）までは、被疑者の弁護権の保障は、広く、弁護人を選任するための自身の能力及びその経済状態によることとなる（刑訴法137条）。

捜査手続において裁判所が被疑者に弁護人を任命することができるかという問題は、——勾留事件（前述を見よ）を除いて——単に、「〔検察官の〕見解において、後の公判手続で弁護人の関与が140条1項又は2項によって必要と思われるかどうか」に関わっている（刑訴法141条3項2文）。この規定は、既に構成要件レベルにおいて、中核的な法治国家的基準に適合しておらず、構想上及び理論上、多くの点で失敗に終わっている。

90) StraFo 2011, 277=StV 2011, 665 (red. Ls.); HK/Julius, StPO, 5. Aufl. 2012, § 141 Rn. 10; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2013, § 7 Rn. 32 参照。
この拘束力につき批判的な見解として LG Oldenburg, StraFo 2010, 384.

91) OLG Oldenburg, NStZ 2009, 527は、その際、裁判所は、公訴提起まで検察官が捜査手続の主宰者であることに配慮しなければならないと判示し、その理由として、裁判所の評価によると公訴提起による捜査手続の終結はまだ不確定であること、又は必要的弁護を認める十分な根拠が存在しないことが挙げられている。この点について KK/Laufhütte (Fn. 13), § 141 Rn. 6.

92) OLG Oldenburg, NStZ 2009, 527. Hamm, FS Lüderssen, 2002, S. 717 (725); Teuter, StV 2005, 233 (235) 参照。

93) KMR/Haizmann (Fn. 27), § 141 Rn. 15; Wohlers, StV 2010, 151 (154); Radtke/Hohmann/Reinhart, StPO, 2011, § 141 Rn. 7.

第1に、捜査手続における必要的弁護の該当性を判断するについての時間的予測が妥当でない。既に必要的弁護の「該当性=Ob」の問題（刑訴法140条により判断すべきものである）に際して、予測として後の公判手続に着目することが適切であるかという疑いが残る間は、こうした予測は、事前手続における任命を「いつ行うか」という問題にとって、明らかに無意味である。被疑者が既に捜査の微妙な場面で弁護人の援助を必要とするか否かは、後の公判手続にとってそのような必要性が刑訴法140条1項及び2項に挙げられた事例群に従って導かれるか否かに関わる問題ではない。逆に、事前手続ではさしあたり（「事実について」又は法律上）過剰な負担を課される被疑者が弁護人の支援を必要としたが、その後、一定の事実及び法律問題がその間に「解明」された結果として、自らが弁護できる状況になるという場合も考えられる。

同様に、捜査手続における弁護人任命の必要性が「検察官の見解」（正確には、手続を指揮する検察の見解）によるとすることも、説得的でない。このように事件に関与する検察官の「主観的評価」を、総論的には法治国家の要請、各論的には公正原則に長所を認める刑訴法141条3項の客観的構想に対して優先させることは、誤りである。いずれにしても、法律の文言に表明された検察官の「申立専権」を、客観的、優越的、基本権及び人権上の基準に結び付けることが必要である。例えば、身体拘束事案での記録閲覧についての規定と同様に、である（刑訴法旧147条2項）。

刑訴法141条3項2文の構成要件レベルでの欠陥は、規定文言上それでもなお法律効果レベルで検察官に申し立てる相応の義務を課しているように見える（「これ〔任命〕を申し立てる」と規定する）ということによっても、補われるものではない。1964年「刑事訴訟法及び裁判所構成法改正のための法律（StPÄG）」⁶³⁾によって規定が改正されるまでは、刑訴法143

⁶³⁾ 1964年12月19日付け「刑事訴訟法及び裁判所構成法を改正するための法律」

条3項は、「可能（できる）規定」として定められていた。1964年の同法により、検察官は弁護人任命の申立てを行う「べきだ」との表現に改められた。現在は、自身の見解によれば「後の公判手続において」弁護人の関与が必要と判断されるとき、検察官は「これを申し立てる」とされているが、この表現は、1974年に初めて⁶⁴⁾法律に導入された。これによると、検察官は、申立てを行うことについて、構成要件レベルで評価裁量を与えられる⁶⁵⁾。いずれにしても、検察官は、構成要件が具備するときには、法律効果レベルでの裁量を持たない⁶⁶⁾。

もっとも、公式に存在する申立ての義務は、検察官が広く自身の見解によって評価すべき事件及び手続状況から生じるものであるが、これをどのように理解すべきかは難しい問題である。これに応じて、実務は、刑法143条3項2文が「できる」規定から（法律効果レベルで）評価裁量なき規定へと変更されたことを、広く無視してきた。したがって、（国選）弁護人の任命が実務では通例公訴提起（刑法170条1項、201条）の後に初めて行われるということも、驚くべきものではなかった⁶⁷⁾。地域ごとに大差はなく、検察官は、事前手続において被疑者のための弁護人任命を管轄裁判所に申し立てることについて、非常に抑制的である。Kühneは、実務では捜査手続の決定的な意義が考慮されていないという点を、強く批判し

↘(StPÄG)」3条2号(BGBI. I S. 1067)。

64) 1974年12月9日付け「刑事手続法を改革するための第1次法律(1.StVRG)」1条37号(BGBI. I S. 3393)。

65) そのような見解として Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 190; Teuter, StV 2005, 233 (236); Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, § 9 Rn. 171 もある。

66) 同旨の見解として Sowada, NStZ 2005, 1 (4); Teuter, StV 2005, 233 (235); AnwK-StPO/Krekeler/Werner, 2. Aufl. 2010, § 141 Rn. 4; Radtke/Hohmann/Reinhart, StPO, 2011, § 141 Rn. 6.

67) この実務につき批判的見解として Sowada, NStZ 2005, 1; Mehle, NJW 2007, 969; HK/Julius (Fn. 29), § 141 Rn. 4 参照。

ている³⁸⁾。*Hamm* は、「検察官による周知の拒絶」と呼ぶ³⁹⁾。前述した2010年の法改正までは、実務上、被疑者が未決勾留に付される場合でさえ、通常は、法定された3か月の期間（刑訴法旧140条1項5号）が経過した後初めて、弁護人が任命されていた⁴⁰⁾。

もっとも、主な批判は、刑訴法141条3項の誤った規定自体に向けられる。なぜなら、「世界中で最も客観的な当局」にさえ、現実的に見れば、彼らが利他的に自ら進んでその「相手方」の武器対等性を確立すること——ないし、厳密には——そのような申立てを行うことによってこれを可能にさせることなど、期待できるものでないからである。

刑訴法141条3項2文の最も大きな欠点とされてきているのは、被疑者のために弁護人を任命する申立てが明らかに検察官の専権とされていることである。被疑者は事前手続において弁護人の任命を自身の申立権によって求めることができるなどということは、支配的見解からは否定されている⁴¹⁾。〔しかし、〕被疑者の手続的地位の強化を図ろうとする見解は、どちらかといえば散発的であるが、広まってきている⁴²⁾。例えば *Pfeiffer* は、国選弁護人の任命を刑事訴追機関の処分に委ねることは許されない、と主張する⁴³⁾。*Stalinski* は、刑訴法141条3項1文と2文との対置から、裁判官は、

³⁸⁾ *Kühne* (Fn. 35), Rn. 190.

³⁹⁾ *Hamm*, FS Lüderssen, 2002, S. 717 (725).

⁴⁰⁾ この点につき批判的見解として *Teuter*, StV 2005, 233 ff.; *Wohlers*, StV 2010, 151 (及びそこで引用されている文献)。

⁴¹⁾ OLG Oldenburg, StV 1993, 511; OLG Karlsruhe, NSTZ 1998, 315 f.; KK/*Laufhütte* (Fn. 13), § 141 Rn. 6.

⁴²⁾ 検察官の申立専権に反対の見解として *Beckemper*, NSTZ 1999, 221 (226); *Franke*, GA 2002, 573 (577); KMR/*Haizmann* (Fn. 27), § 141 Rn. 18; HK/*Julius* (Fn. 29), § 141 Rn. 10; *Klemke*, StV 2002, 414 (415); *Köster*, StV 1993, 512 f.; LR/*Lüderssen/Jahn* (Fn. 13), § 141 Rn. 24; *Mehle* (Fn. 5), S. 292 ff.; *E. Müller*, NSTZ 1997, 221 (222); *Neuhaus*, JuS 2002, 18 (20).

⁴³⁾ *Pfeiffer* (Fn. 28), § 141 Rn. 2.

検察官の申立てがなくても既に事前手続において弁護人を任命すべきことを導いている：3項1文は、原則を示したものであるが、2文及び3文は、単に、検察官の付加的な義務を示したものにすぎない、というのである⁴⁴⁾。

(被疑者の申立てに対して)検察官が弁護人任命を拒否しても、支配的見解によると、異議申立てできないとされていることも、法治国家として重大な問題である⁴⁵⁾。しかし、裁判所構成法施行法23条以下又は刑訴法98条2項の類推適用を通じた裁判所の法的保護は⁴⁶⁾、従来、実務では行われてこなかった⁴⁷⁾。

このような被疑者の利益を全く「適切に」評価していない刑訴法141条3項の「特別規定」⁴⁸⁾及び特にそれに基づいた法実務は、既に十分議論され、批判されてきている⁴⁹⁾。〔すなわち、〕捜査手続が後に及ぼす影響(前述を見よ)と並んで、弁護の水準が被疑者の経済状態に左右されることを回避するために、弁護人を(少なくとも)「できるだけ早く任命すること」の要請と結び付いて、である⁵⁰⁾。

加えて、法実務では、事前手続で管轄裁判所による弁護人任命を求める

⁴⁴⁾ *Stalinski*, StV 2008, 500 (501). この方向性のものとして *SK/Wohlers*, StPO, 4. Aufl. 2011, § 141 Rn. 6; *Peglau*, jurisPR-StrafR 4/2013 Anm. 1 もある。

⁴⁵⁾ OLG Oldenburg, StV 1993, 511; OLG Karlsruhe, NStZ 1998, 315 f.; LG Cottbus, StV 2002, 414; *Peglau*, jurisPR-StrafR 4/2013 Anm. 1.

⁴⁶⁾ *Weider*, StV 1987, 317 (319 f.); *Köster*, StV 1993, 512 (513); *Sowada*, NStZ 2005, 1 (6) (及びそこで引用されている文献)。

⁴⁷⁾ OLG Karlsruhe, StV 1998, 123 (及びそこで引用されている文献); *Peglau*, jurisPR-StrafR 4/2013 Anm. 1 (及びそこで引用されている文献)。最終的に成果の出なかった刑訴法98条2項2文類推適用の手続も見よ。LG Cottbus, Beschl. v. 13.5.2005 – 22 Qs 15/05.

⁴⁸⁾ そのような見解として LG Cottbus, Beschl. v. 13.5.2005 – 22 Qs 15/05, Tz. 19.

⁴⁹⁾ 例えば2004年第65回ドイツ法曹大会によりそのように理解されている(2004年9月20–24日)。「刑事手続の改革に向けた議案」も見よ(*StV* 2004, 228 (229, 232 f.)で公刊されている)。

⁵⁰⁾ *Sowada*, NStZ 2005, 1 (2) (及びそこで引用されている文献)。KK/*Laufhütte* ↗

検察官の申立てが行われる事例は、嘆かわしい〔ほど僅かである〕。例えば、任命実務は、選抜裁判の具体的基準と透明性⁶¹⁾が欠けているため、「お好み」によって行われ⁶²⁾、また、いかがわしい「行商人」⁶³⁾や弁護士の「任命の売春」⁶⁴⁾などと評されている。「弁護士リスト」は、しばしば、裁判長の知るところとなっておらず、また、それが慎重に作成されていないため、裁判所の判断の助けともなっていない。さらにまた、「都合のよい」又は「面倒ではない辩护人」を任命し、これによって、裁判所の事件処理を簡単にさせようとする実務も、よく知られている⁶⁵⁾。しかし、辩护人任命に際して、管轄裁判所は、「効果的な弁護の保障を優先的な指導基準」としななければならない⁶⁶⁾。紙幅の都合上、このような非難は、本稿で詳細に検討することができないが、しかし、それは1つのことを明らかにさせる：刑法141条は、何度かの改正にもかかわらず、依然として「法治国家としての建築現場」である。本稿の焦点は、さらに、捜査手続における辩护人任命を「行うかどうか」という問題に向けられるところ、刑法141条3項は、この点に関して、被疑者の視点から高度の（訴訟上の）「障害」を築くものとなっている。

↘(Fn. 13), § 141 Rn. 3; LR/Lüderssen/Jahn (Fn. 13), § 141 Rn. 24a も見よ。

61) 刑法140条1項4号の状況のみならず、この点にも批判的な見解として Heydenreich, StV 2011, 700 (702). 裁判所の国選辩护人任命の透明性を高める提案として Thielmann, NJW 2011, 1927.

62) Thielmann, StraFo 2006, 358 (360).

63) Thielmann, StraFo 2006, 358 (359).

64) Hilbers/Lam, StraFo 2005, 70 (71).

65) Kühne (Fn. 35), Rn. 193. Wenske, NStZ 2010, 479 (481); Wohlers, StV 2010, 151 (153) も見よ。

66) Wohlers, StV 2010, 151 (155) は、ここで考慮すべき基準の詳細な検討を行っている。

D. 個別事例における「評価裁量の制限」に基づく申立義務 ——法治国家上の邪道

判例は、前述した刑訴法141条3項の欠陥を、刑訴法141条3項2文により検察官に与えられた評価裁量を一定の事案において制限又は極小化し、それにより検察官に弁護人任命を申し立てる義務を認めることを通じて、修正を図ってきた。

2000年に連邦通常裁判所 (BGH) 第1 刑事部より裁判された事件 (BGHSt 46, 93) では、重要かつ証言拒否権 (刑訴法52条) を持つ被害者と推定される証人への裁判官による尋問 (刑訴法168 c 条により、被疑者を排除して行われる) において、欧州人権条約 6 条 3 項 d による被疑者の対質権を保障するために、裁判所の見解によれば (国選) 弁護人の任命が必要と思われた⁵⁷⁾。連邦通常裁判所の見解によれば、この事例では、尋問前に、国選弁護人が任命されなければならなかった⁵⁸⁾。ただし、弁護人任命が行われなかったことは、尋問で得られた証人供述の使用禁止を導くのではなく、単に「特に厳格な信用性判断及び理由づけが要請される」とされるにと

⁵⁷⁾ BGHSt 46, 93 ff.=NStZ 2001, 212; 娘に対する性犯罪の被疑事件で、裁判官による被害者の尋問が行われた。被疑者は、この時点で既に勾留に付されていた。弁護人は、まだ任命されていなかった (2010年1月の法改正前の事件である)。被疑者は、刑訴法168条3項により尋問から排除された。公判において、娘は、証言拒否権を行使した。尋問した裁判官が伝聞証人として尋問され、被告人は、その供述に基づいて有罪とされた。この事件について *Sowada*, NStZ 2005, 1 (2); *Eisele*, JA 2001, 100 ff.; *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 655-657; *Gleß*, NJW 2001, 3606 f.; *Hamm*, FS Lüderssen, 2002, S. 717 (722 ff.); *Schlothauer*, StV 2001, 127 ff. 接見交通権を守るための、捜査手続における証人尋問への弁護人の立会権について *Stoffers*, NJW 2013, 1495もある。

⁵⁸⁾ *Graalman-Scheerer*, StV 2010, 696 (699) は、このような例が新たに制定された刑訴法140条2項の法定列举に含まれることを主張する。

どまった⁵⁹⁾ (対質権及び武器対等性原則＝欧州人権条約 6 条 3 項dと結び付いた 6 条 1 項から導かれている)。したがって、刑訴法141条 3 項 1 文の反対解釈として、裁判長は、この特別の手續状況においては、後の公判で必要的弁護に該当しないと予測される場合でも、弁護人を任命することができる、としなければならない。〔ただし、〕裁判長は検察官の申立てが行われていないことを放置することができるかどうかについて、裁判所は判断していない。

同じく第 1 刑事部より2001年に裁判された事案は、被疑者尋問前の弁護人任命を扱っている (BGHSt 47, 172)⁶⁰⁾。連邦通常裁判所の見解によると、「弁護人任命を申し立てるべき検察官の義務は、……少なくとも、切迫していると評価すべき重罪の容疑が……被疑者に対して認められ、被疑者が実際にも弁護人の援助を必要とする時点で基礎付けられる」⁶¹⁾。もっとも、結論として、上告は棄却された。なぜなら、〔証拠〕使用禁止が認められなかったからである。裁判所は、その際、弁護人が出頭するまで尋問を中断しなければならないかという問題も提起したが、しかし、被疑者が弁護人を求める権利について教示を受けた後にも供述をする意思がある場合については、これを否定した。

第 5 刑事部⁶²⁾ (BGHSt 47, 233) は、捜査手續における弁護人任命の必要

⁵⁹⁾ BGHSt 46, 93 (99). 同旨として BGHSt 47, 233 (236). 批判的見解として *Sowada*, NSTZ 2005, 1 (6 f.); *Wohlers*, FS Rudolphi, 2004, S. 711 (719). 及びそこで引用されている文献); *Gleß*, NJW 2001, 3606.

⁶⁰⁾ BGHSt 47, 172 = NJW 2002, 975; ピザ店オーナーに対する共同の殺人事件。自白した共同被告人は、警察による犯行再現に、弁護人の選任なく協力していた。この事例について *Sowada*, NSTZ 2005, 1 (2).

⁶¹⁾ BGHSt 47, 172 (176).

⁶²⁾ BGHSt 47, 233 = NSTZ 2002, 380 = JZ 2002, 897; (後になされた) 起訴は、謀殺未遂罪を内容とした。被疑者 (20歳, 妊娠中) は、ドイツ語を理解していなかった。起訴前に、同女に弁護人は任命されなかった。捜査手續全体が、弁護人の任命なく行われた。

性に関する要件を、刑訴法141条1項ないし3項から読み取るべき原則・例外関係を指摘して、第1刑事部よりも明確に狭く解釈した。第1刑事部は、保護の必要性の「柔軟な」留保を刑訴法141条3項の規定に組み込んだ（「必要である」とする）のに対して、第5刑事部の表現は、弁護人任命の（単に）「限定的な必要性」の方向性を強く打ち出すにとどまっている：いずれにせよ、被疑者の弁護権の実効的な保障が、例えば対質権の保障など既に公訴提起前でも弁護人の関与を「絶対的に要求する」場合には、任命が必要となる。〔ただし、〕（重罪又は重大な軽罪に関する）切迫した犯罪容疑があるというだけでは、まだ、弁護人任命の義務は基礎付けられない⁶³⁾。任命は、原則として裁判所の裁量に委ねられる。検察官は、そのような申立ての専権を有する。フェア・トライアル原則も、そこから包括的に、必要的弁護を導き出すことはできない⁶⁴⁾。

刑訴法141条3項2文からは、そのような「不可欠性」留保は読み取れない。むしろ、刑訴法141条3項についての原則・例外関係は明確である。したがって、Sowadaは、第5刑事部による任命「不可欠性」の要件を、制限しすぎていると的確に述べ、そのような保護の必要性の留保を刑訴法141条3項から読み取ることにも正当にも反対している⁶⁵⁾。

連邦通常裁判所により認められた、捜査手続における弁護人任命の判断に際しての、検察官においては評価裁量の制限、裁判所においては裁量の限定の必要性は、刑訴法141条3項の現在の規定に誤りがあること、少なくとも法治国家として欠陥を示すものであることを明らかにしており、連邦通常裁判所は、事例の形成を通じて、そのような欠陥を排除するように試みている。しかし、事例群や通常事例への方向付けは、全体として簡潔

⁶³⁾ BGHSt 47, 233 (236 f.)=NJW 2002, 1279 (1280).

⁶⁴⁾ BGHSt 47, 233 (237)=NJW 2002, 1279 (1280).

⁶⁵⁾ Sowada, NStZ 2005, 1 (5).

すぎており、明確にするよりもむしろ混乱をもたらす。一般的に、捜査手続におけるあらゆる被疑者の状況と法治国家上の利益を訴訟上考慮した手続モデルを追求しなければならない（この点について後述G）。

ドイツにおける刑訴法141条3項の現在の形式及びそれに基づく弁護人任命の法実務は、ヨーロッパの基準及び人権法上の基準に適合するか、そして、刑訴法141条3項の改革にとって、どのような基準をこの国際的な枠組み決定から読み取るべきであるかを、以下で詳細に考察する。

E. 欧州連合の視点：「法的援助を受ける権利」に関する指令に賛成する提案

2011年6月8日、欧州委員会は、ストックホルム・プログラム⁶⁶⁾を具体化するために、刑事手続における法的援助を受ける権利と身体拘束に際しでの接触権についての、欧州議会及び理事会の指令に関する提案を提示した⁶⁷⁾。草案は、被疑者・被告人並びに欧州勾留が命じられた者について、刑事手続における法的援助を受ける権利と、身体を拘束された被疑者・被告人について、第三者と接触する権利に関して、共通の最低基準を構想するものであった（指令草案1条）。したがって、草案は、その保護の方向性において、刑事事件における教示と通知を受ける権利に関する、2012年5月22日付けの欧州議会及び理事会による指令（2012/13/EU）に直接結び付いていた⁶⁸⁾。

⁶⁶⁾ この点について *Esser*, in: *Sieber u.a.* (Hrsg.), *Handbuch Europaisches Strafrecht*, 2011, § 53 Rn. 38; *Toscani/Suhr*, *Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon: Neue Rahmenbedingungen für das Stockholmer Programm*, FS Europa-Institut (2011), S. 581.

⁶⁷⁾ KOM (2011) 326 endg. v. 8.6.2011. この点について *Dettmers*, DRiZ 2011, 402 (404); *Brodowski*, ZIS 2010, 940 (947); *Corell/Sidhu*, StV 2012, 246 (248).

⁶⁸⁾ ABIEU Nr. L 142 v. 1.6.2012, S. 1 (2012年6月21日から発効している)。この点について *Esser*, FS Wolter, 2013, S. 1329 ff. 指令のドイツ法への具体化につ

委員会が提案を提示した1年後、理事会は、計画された指令に向けた草案文書に関して一般的な方針を示したが、それは、委員会の提案とは著しく異なるものであった⁶⁹⁾。また、欧州議会の市民的自由、司法、内務に関する決議（LIBE）により、82の修正提案が示された。欧州理事会により2012年12月3日に公表された経過報告（Progress Report）においては、その間の状況と本質的な論点が確認された⁷⁰⁾。

合同会議（Trilog=理事会、委員会、欧州議会）⁷¹⁾における2年に及ぶ苦労した審理を経て、理事会及び欧州議会の代表は、2013年5月末に、刑事手続における法的援助へのアクセスに関する最低基準について合意に至った。欧州議会及び理事会は、妥協の産物とはいえ、これを公式に受け入れなければならない。以下の叙述は、本稿が印刷される時点で最新の、2013年5月28日付け指令草案の版に依拠する⁷²⁾。

新たな指令「弁護人へのアクセス」は、ある人が加盟国の管轄機関より、ある犯罪の容疑があること又は追及されていることを知らされた時点から、何らかの上訴手続まで含む手続終結の時点にまで、妥当すべきものである（指令草案2条1項）⁷³⁾。同様に、これは、証人が質問の過程で被疑者となっ

ゝいて、2013年7月2日付け「刑事手続における被疑者の手続的権利を強化するための法律」（BGBl. I S. 1938）。欧州レベルでの「法的援助を受ける権利」に関する議論について *Marx*, AnwBl. 12/2010, VI.

⁶⁹⁾ Ratsdok. 10467/12 v. 8.6.2012. この点について *Brodowski*, ZIS 2012, 558 (565).

⁷⁰⁾ Ratsdok. 16521/12 v. 3.12.2012. 審議の経過について *Brand*, DRiZ 2012, 237 もある。

⁷¹⁾ 委員会の提案は、特に、被疑者の尋問は例外的に弁護人の同席がなくても開始することができるか、また、弁護人と依頼者との関係の内密性はどの範囲で絶対的に保護されるべきかという、中核的な問題について争われた。

⁷²⁾ Ratsdok. 10190/13 v. 31.5.2013.

⁷³⁾ 連邦弁護士会は、捜査手続開始により、対象者に通知する可否にかかわらず、同人が法的援助を受けるべきことを要求している。2012年7月付け連邦弁護士会意見書2頁（www.brak.deを通じて閲覧可能である（最終確認は2012年7月））。この要求は、結果的に受け入れられなかったといえよう：被疑者は、

た場合にも、適用可能である（指令草案2条3項）。本規定には、欧州拘留に基づいて拘束された人も捕捉される（指令草案2条2項、10条）。被拘禁者が執行国でも被移送国でも法的援助を受けるべきことは（指令草案10条）、実効的な防御にとって不可欠であると思われる⁽⁷⁴⁾。〔ただし、〕軽微事犯の訴追、具体的には制裁が裁判手続外で命じられる可能性がある場合や自由刑が予定されない場合には、指令の適用範囲から除外される（指令草案2条4項）⁽⁷⁵⁾。

しかし、指令草案のいう「法的援助を受ける権利」（弁護人へのアクセス）とは、いったい何を意味するのであろうか。これは、単に自身が希望する弁護人に「アクセス」するだけの権利であるのか、又はこれに伴って、刑事訴追機関が被疑者に弁護人を任命しなければならない条件、すなわち、必要的弁護の原則及びその手続上の保障と、事前手続における検察官による管理まで述べるものであるのか？

指令草案3条1項は、一般原則として、全ての被疑者・被告人は刑事手続において自身に許された法的援助へのアクセスを、その弁護権が実用的かつ効果的に行使できる時点かつ方法で認められなければならない、ということを含んでいる。法的援助は、個別事例に応じて、できる限り早く（遅滞なく）提供されなければならない。もっとも、被疑者は、どの時点

通知がなされれば、提案によっても連邦弁護士会意見書によっても法的援助を受ける権利が認められる。他方、通知されなければ、連邦弁護士会の見解によると法的援助を受ける権利が認められるが、指令提案によると、対象者はその不知により要求することができないため、この権利は認められないこととなる。異なるのは、対象者が捜束手続についての認識を第3の源から受けた場合に限られよう。

(74) そのような見解として *Brodowski*, ZIS 2010, 940 (947) も。

(75) 指令の規定及び保護の範囲をこのように事物的・時間的に狭くすることを正當にも批判する見解として BRAK（ドイツ連邦弁護士会）, Stellungnahme 02/2013, S. 3（「受諾できず、欧州人権条約にも適合しない」とする）。

においても、指令草案9条の条件の下で、この権利を口頭又は書面で放棄することができる⁷⁶⁾。

指令草案3条2項からは、容疑をかけられ又は追及を受ける人が法的援助にアクセスすることができなければならない時点として、4つを想定することができる⁷⁷⁾。その際には、時間的に最初に行われる手続法上の事情に結び付けられなければならない。これによると、法的援助へのアクセスは、(a)警察又は他の刑事訴追機関による尋問の開始前、(b)一定の手続的行為や証拠調べ行為が行われる場合、(c)身体拘束の以後、(d)被疑者が裁判所へ出頭する前の適時、のいずれかにおいて、保障されなければならない。

指令草案3条2項aの文言は、明白に、尋問前の時点に向けられている(「前」とされている)。理事会により、この間に、それは「公式の」尋問でなければならないとする追加が挿入された⁷⁸⁾。しかし、そのようにして規定の保護範囲から非公式尋問を除外することは、指令草案の中心的関心に反する。明確な批判を受けて⁷⁹⁾、この追加事項は除外された。しかし、指令草案21号の考慮理由からは、警察の暫定的な質問(事前質問)、例え

76) そのためには、被疑者は、同人らの権利及びその放棄の帰結を教示されなければならない。放棄は、任意で行われなければならない。また、被疑者は、その放棄をいつでも撤回できることも教示されなければならない(指令草案9条3項)。

77) この点について Ratsdok. 10190/13, ErwG Nr. 20 を見よ。

78) 議会の一般の方針の概略について Ratsdok. 10467/12, S. 20 参照。

79) 例えば BRAK-Stellungnahme 2012/39, S. 3 (www.brak.de を通じて閲覧可能である(最終確認は2012年7月)); Stellungnahme der APT (Association for the Prevention of Torture) v. 16.10.2012 (www.apr.ch を通じて閲覧可能である), S. 4 f. を見よ。同様に批判的見解として Gemeinsame Stellungnahme internationaler Nichtregierungsorganisationen, u.a. der ECBA (European Criminal Bar Association) v. 7.5.2012 („Joint Statement on the Directive on the Right of Access to a Lawyer and to Communicate upon Arrest“ = www.ecba.org を通じて閲覧可能である), S. 5 f. Corell/Sidhu, StV 2012, 246 (250) も見よ。

ばある人の身元確認目的で行われるものは、指令草案3条2項の意味での「尋問」とはされない、ということが導かれる⁸⁰⁾。この例外事例は、少なくとも指令の文言自体から読み取らざるを得ないが⁸¹⁾、それには、特に実質上大きな疑問が生じる。

指令草案3条2項は、例えば刑訴法141条のように弁護人を「任命する」ことは原則として問題とされていない、ということを示す。その代りに、被疑者が弁護人への「アクセス」を「行う」（「弁護人にアクセスしなければならない」）ものであり、これを「受ける」のではない、という表現が使用されている。指令草案3条4項1文は、加盟国に対して、（単に）被疑者に一般的情報を与え、これによって、弁護人へのアクセスを容易にさせるべきことのみを求めている。

もっとも、指令草案3条4項2文によると、加盟国は、被疑者が[・]身[・]体[・]に拘束されている場合には、必要な措置によって、その者を法的援助を受ける権利が実効的に行使できるような状態にしなければならない。この点に関する考慮理由では⁸²⁾、被疑者がまだ弁護人を持たない場合、管轄機関が被疑者に対して法的援助を支援することも含まれる、とされている。これは、国内法規定に従うべきとされる。例として、リストに基づき、そこから被疑者が法的援助者を選ぶことができるようにして、弁護士を探す方法が挙げられる。これを、刑訴法141条3項4文による弁護人「任命」と直接結び付けることが考えられよう。すなわち、事柄上、ドイツ法においては[・]身[・]体[・]拘束の事案で保障されるが、それは、[・]未[・]決[・]勾[・]留[・]執[・]行の時点以後に初めて保障されるのであって、例えば既に刑訴法127条による[・]仮[・]拘束に対し

80) そのような見解として Ratsdok. 10190/13, ErwG Nr. 21（さらに別の理由付き）。

81) それは、共同意見（Fn. 79）, S. 6 から求められている。

82) Ratsdok. 10190/13, S. 12, ErwG Nr. 29.

て保障されるのではないのである（刑訴法140条1項4号参照）。

これとは逆に、欧州連合指令は、被疑者が身体を拘束されていない場合には、当局において積極的に法的援助を与えるべき義務はない、と考えている⁸³⁾。それは、被疑者の責任領域にある。

指令草案におけるこの規定の詳細は、不快感を覚えさせるだけではない。さらに、既に委員会草案に対して述べられていた批判の中心的観点と、これに応じて、合同会議における審理の対象も、弁護人と依頼者との信頼性の保障（指令草案4条）⁸⁴⁾、並びに、法的援助を受ける権利を制限する何らかの可能性であった。指令草案8条の初版によると、弁護人との接触を禁止することは、「他者の身体又は生命に対する危険を回避することの必要性和関連する必然的な理由によって正当化される」場合に限られていた——厳密には、介入の可能性を限定するための、「制限に対する制限」であった（bないしe）。この確かに原則として疑わしいが、しかしそれでも制限的に形成されていた介入規定は、現在の草案でも指令草案3条6項aに引き継がれているところ、これと並んで、当初草案よりも拡張された指令草案3条6項bにおける変更は、批判的に見なければならない。これによると、法的援助者へのアクセスは、このアクセスの保障により捜査が著しく危殆化される場合にも、停止することができるのである⁸⁵⁾。

この立法過程で行われた、弁護人にアクセスする権利の制限を委員会草

⁸³⁾ Ratsdok. 10190/13, S. 12, ErwG Nr. 28.

⁸⁴⁾ この点について *Brand*, DRiZ 2012, 237. 弁護士協会（DAV）は、その意見書（59/2012）において、いずれにせよ内密性の絶対的保護を要求し、そこから逸脱する場合には明確な表記と裁判官留保とを求めている。既に、弁護士協会意見書（64/2011）参照。現在の版では、内密性の絶対的保護が継続して要請されている。

⁸⁵⁾ この点について、BRAK（Fn. 75）、S. 4 は非常に批判的である（調査目的の危殆化は、法的援助を受ける権利を否定させる理由にはならない。そのようなことになれば、権利は、捜査機関の裁量に委ねられることになってしまう）。

案よりも拡張することは、捜査手続における必要的弁護の問題に関して、何も良いものを感じさせない。まとめると、指令からは、せいぜい端緒において、捜査手続における弁護人任命の基本的必要性が読み取れるだけである——しかも、これは、身体を拘束された被疑者に限られている⁸⁶⁾。これに対して、委員会の指令草案では、刑訴法141条の基礎となる法趣旨が文言により強く表されていた。例えば、指令草案3条1項の初版では、「加盟国は、被疑者・被告人ができる限り迅速に……法的支援を受けることに配慮すべきである」とされていた。ドイツ裁判官協会は、はっきりとこの表現に反対し、被疑者に弁護人を「配慮する」ことは司法の任務ではなく、司法は、被疑者に対して地域の刑事弁護人リストを交付することで支援することのみを要請されるものである、と主張していた⁸⁷⁾。その他は全て「被疑者と弁護人の権利」への支持すべきでない介入である——悪意を抱く者に災いあれ (*honi soit qui mal y pense*) ——、といわんばかりであった。

いずれにせよ、法的援助を受ける権利が実効的に行使できるようにするためには、刑事手続における訴訟費用の援助が必要である（法的支援）。しかし、委員会のそのような提案は、——ストックホルム・プログラムにおける当初の計画から逸れて——2013年末になってようやく期待できるものとなっている。それまでは、訴訟費用援助に関する国内規定が妥当する（指令草案11条参照）。

⁸⁶⁾ 指令草案3条3項によれば、法的援助者は、被疑者・被告人の弁護権を保障し、また実効的に行使できるようにするために、どのような行為をすることができなければならないかを定めている。

⁸⁷⁾ ドイツ裁判官組合意見書 Nr. 21/11（2011年8月。www.drb.de), S. 1 f.

F. 捜査手続における弁護人任命を求める被疑者の権利に関する人権法上の基準

既に早い時期に、被疑者の訴訟上の権利——基本法が定める範囲以外で——が、刑訴法の規定からだけでなく、特に欧州人権条約の保障からも導かれることに着目した点は、*Kühne* の功績である⁸⁸⁾。この点に関して、捜査手続については、長い間不安を抱かせるような疑いがあったのであるが、欧州人権裁判所は、1993年に初めてこれを完全に除去した⁸⁹⁾。欧州人権条約 6 条 3 項はドイツ語に翻訳すると「起訴された被告人」となり、欧州人権条約 6 条 1 項もその文言上からは裁判所の前で⁹⁰⁾の手続に（のみ）適用されるように見える。しかし、今日では、欧州人権条約 6 条 1 項、3 項 c の保障は被告人に対して裁判所での公判で初めて与えられるというのではなく、既に捜査手続において保護が及ぼされるというのが「一般的な理解」である⁹⁰⁾。

欧州人権裁判所は、捜査手続における法的援助を受ける権利を、時を経て次第に強化してきた。裁判所は、長い間、どちらかといえば一般的には控えめに、個別事例ごとであった審査の端緒を放棄し（6 条 1 項及び 3 項 c における手法は、……捜査中においては、訴訟の特別の性質及び事件の

⁸⁸⁾ *Kühne*, Strafprozeslehre, 2. Aufl. 1982, § 2 Rn. 29 ff 参照。

⁸⁹⁾ EGMR, *Imbrioscia/Schweiz*, Urt. v. 24.11.1993, Nr. 13972/88, § 36（それ以後確立した判例である）。例えば EGMR, *Huseyn u.a./Aserbajdschan*, Urt. v. 26.7.2011, Nr. 35485/05 u.a., § 171 を見よ。

⁹⁰⁾ EGMR (GK), *Salduz/Turkei*, Urt. v. 27.11.2008, Nr. 36391/02, § 50, NJW 2009, 3707（これをまとめたものとして *Herrmann*, StRR 2009, 97 及び *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 140 (145)); *Pishchalnikov/Russland*, Urt. v. 24.9.2009, Nr. 7025/04, § 65; *Dzankovic/Deutschland*, Entsch. v. 8.12.2009, Nr. 6190/09; *Adamkiewicz/Polen*, Urt. v. 2.3.2010, Nr. 54729/00, § 68; *Meyer-Ladewig*, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 6 EMRK Rn. 95, 231; LR/*Esser*, StPO, 26. Aufl., Art. 6 EMRK Rn. 92 ff., 724.

状況によって適用されるべきである、とした⁹¹⁾、この間に、欧州人権条約 6 条 3 項 c から、捜査の初期の段階に関して具体的に、被疑者は原則として身体拘束の時点から⁹²⁾、並びに（それとは関係なく）最初の（警察による）尋問に際して⁹³⁾ 弁護人にアクセスする権利を有する、と判示している（「6 条は、原則として、被疑者は警察による捜査の最初の段階から弁護人による援助を受けることができることを要求する」⁹⁴⁾、「警察による容疑者への最初の尋問の時点から」⁹⁵⁾、「尋問の時点から」⁹⁶⁾）。その際、警察の支配下に置かれた人に対して、弁護人へのアクセスの後で実施されるべき（公式の）尋問の前に「非公式の質問」を行うことは、禁止されるのである⁹⁷⁾。

捜査手続における他の事情及び状況について——尋問以外の場で——は、当初の「柔軟な」端緒に関して、各々の個別事例の特殊性が決定的であるという余地が残されていた⁹⁸⁾——内容的には、「司法の利益」に関する欧州人権裁判所の、弁護人任命は後の裁判手続において要求することができるが、結局は捜査手続においても重要性を持つとする判示によって強化され

91) EGMR, Imbrioscia (Fn. 89), § 37.

92) EGMR, Dayanan/Türkei, Urt. v. 13.10.2009, Nr. 7377/03, § 32（「身体拘束後、できるだけ速やかに」）。

93) この点は、公開（かつ）証人在廷の下での尋問（又は尋問に類似した状況）の場合には、異なって評価しなければならない。EGMR, Aleksandr Zaichenko/Russland, Urt. v. 18.2.2010, Nr. 39660/02, §§ 47–51 参照。

94) EGMR, John Murray/Vereinigtes Königreich, Urt. v. 8.2.1996, Nr. 18731/91, § 63; Salduz (Fn. 90), §§ 52, 55; Titarenko/Ukraine, Urt. v. 20.9.2012, Nr. 31720/02, § 86.

95) EGMR, Lopata/Russland, Urt. v. 13.7.2010, Nr. 72250/01, § 130; Huseyn u.a. (Fn. 89), § 171. 弁護人に連絡する権利を行使するという被疑者の要求は、被疑者にこの権利が保障されて初めてその行使が許される: EGMR, Pishchalnikov (Fn. 90), § 79.

96) EGMR, Khayrov/Ukraine, Urt. v. 15.11.2012, Nr. 19157/06, § 76.

97) EGMR, Titarenko (Fn. 94), § 87.

98) EGMR, Galstyan/Armenien, Urt. v. 15.11.2007, Nr. 26986/03, § 89; Titarenko (Fn. 94), § 86.

た⁹⁹⁾。

被疑者は弁護人にアクセスする権利を実効的に行使できるとすることによって、刑事訴追機関には、一定の配慮義務が課せられる。刑事訴追機関は、特に、場合によってはそのような法的援助を提供するよう配慮すべき義務を負う¹⁰⁰⁾。さらに、被疑者は、その家族に身体拘束されたことを知らせることも、可能とされなければならない。なぜなら、それによって、弁護人にアクセスする権利の行使が容易となり得るからである¹⁰¹⁾。被疑者が弁護人へのアクセスの希望を十分明確に表明した場合、捜査機関は、司法の利益においてそうすることが要請されるときは、適切な方法をもって、場合によってはさらに弁護人の任命によってその希望に応えなければならない（必要とあれば、公的に弁護人を割り当てなければならない）¹⁰²⁾。

このことは、欧州人権条約6条3項cの文言に反して、被疑者に「支払い手段が欠ける」場合にのみ妥当するのではない。欧州人権裁判所は、時を経て、規定の文言から、（全ての）被疑者に対し、「効果的な弁護」とこれに伴う弁護人に「アクセス」する権利とを導いており、弁護人の任命も、場合によっては被疑者の意思に反してでもそうすることが「司法の利益」において要請される、としている。費用負担義務は、これとはきちんと区別すべき問題である¹⁰³⁾。

⁹⁹⁾ 詳細について LR/*Esser* (Fn. 90), Art. 6 EMRK Rn. 738 ff.; EGMR, *Tsonyo Tsonev/Bulgarien* (Nr. 3), Urt. v. 16.10.2012, Nr. 21124/04, § 52.

¹⁰⁰⁾ EGMR, *Salduz* (Fn. 90), § 55. EGMR, *Pavlenko/Russland*, Urt. v. 1.4.2010, Nr. 42371/02, § 107 (「電話での弁護士との連絡に際して」); *Vanfuli* (Fn. 21), § 94 (「弁護士との連絡は保護されるべきである」) も参照。

¹⁰¹⁾ EGMR, *Pavlenko* (Fn. 100), § 106.

¹⁰²⁾ EGMR, *Luchaninova/Ukraine*, Urt. v. 9.6.2011, Nr. 16347/02, § 63; EGMR, *Vyerentsov/Ukraine*, Urt. v. 11.4.2013, Nr. 20372/11, § 78; *Pishchalnikov* (Fn. 90), §§ 73 f. も見よ。

¹⁰³⁾ この点について詳細は LR/*Esser* (Fn. 90), Art. 6 EMRK Rn. 719 (723 ff.) を見よ。

警察による尋問の前に、被疑者が弁護人にアクセスするその権利について知っているかどうか不明であるときは、当局は、その不安定な状態を能動的な措置によって排除すべき義務が課せられる⁽¹⁰⁴⁾。この表現は、結果として、尋問開始前に、(黙秘権に付加して) 弁護人にアクセスする権利につき被疑者に教示すべき義務を認めるものといえよう。

確かに、被疑者は、原則として弁護人の援助を放棄することができる。もっとも、欧州人権裁判所が被疑者の利益において放棄の明白性(明確な手法)及び有効性について課した要件は、高いものである。被疑者が自身の黙秘権及び弁護人にアクセスする権利について教示を受け、これを定式用紙で確認し、その後に事件について供述したという事情からだけでは、明白な放棄であると推定することはできない⁽¹⁰⁵⁾。

被疑者の有効な放棄がなされないときは、弁護人にアクセスする権利は、そのために具体的事案において必要な理由(やむにやまれぬ理由)がある場合に限り、制限することが許される⁽¹⁰⁶⁾。「弁護人の欠如」⁽¹⁰⁷⁾が尋問に際して例外的に「必要的」であったというべき場合でさえ、被疑者の弁護権が回復不能なほど侵害されたというのであれば、手続は、「全体」として不公正なものと位置付けられることがある。

このことは、特に、後の有罪判決が、被疑者が弁護人と事前に接触する

(104) EGMR, Panovits/Zypern, Urt. v. 11.12.2008, Nr. 4268/04, § 72 (「もし……当局が……同人が理解していることを積極的に確保していたならば……」とする) 参照。

(105) EGMR (GK), Salduz (Fn. 90), § 59; Pishchalnikov (Fn. 90), §§ 77, 79 f.; 欧州人権条約6条による「権利」放棄の条件について詳細は Gaede, Fairness als Teilhabe (2007), S. 739–788.

(106) EGMR (GK), Salduz (Fn. 90), §§ 55–56; Pishchalnikov (Fn. 90), §§ 70, 73, 76; Vanfuli (Fn. 21), § 94.

(107) そのような見解は、例えば欧州人権裁判所の判示に見られる。Zamferesko/Ukraine, Urt. v. 15.11.2012, Nr. 30075/06, § 64.

ことなく行った負罪供述に基づく場合に妥当する⁽¹⁰⁸⁾。欧州人権裁判所は、仮に弁護人が関与していれば被疑者の行動は異なったものとなっていたかどうか、という推測には基づいていない⁽¹⁰⁹⁾。

弁護人への早期のアクセスは、自白は自己負罪拒否自由の原則に違反して提供されたものであるかどうかの問題の評価において、決定的な観点となる⁽¹¹⁰⁾。欧州人権裁判所は、弁護人にアクセスする権利と、自己負罪に対

(108) EGMR, Pavlenko (Fn. 100), § 97.

(109) EGMR, Huseyn u.a. (Fn. 89), § 172.

(110) EGMR, Pavlenko (Fn. 100), § 101.

(111) [原文は112] EGMR, Todorov/Ukraine, Urt. v. 12.1.2012, Nr. 16717/05 §§ 78 f.: 抗告人は、尋問において弁護人の援助を受けずに自白した。刑事判決は、その理由によると、自白ではなく、証人と共同被告人の幾つかの供述に基づいているが、しかし、欧州人権裁判所は、手続の公正さが侵害されていたと判断した。その理由として、抗告人の当初の自白がその後の捜査及び証拠評価に影響を与えた可能性を排斥できないこと、また、国内裁判所は抗告人に当初弁護人がいなかったにもかかわらず弁護人の任命に真剣に取り組んでいなかったのであり、そうしていれば結論が異なっていたかもしれないことが、挙げられている。Minculescu/Rumänien, Entsch. v. 13.11.2012, Nr. 7993/05, §§ 79 ff., 特に §§ 82-84: 抗告人は、弁護人の援助を受けないまま、自己に不利な供述を行った。しかし、その自白は、国内法により、刑事手続を開始すべきか否かの問題についてのみ援用されただけであった。後の有罪判決は、それ以外の証拠に基づいている。欧州人権裁判所は、手続の公正さは維持されていると判断した。類似の事例として Hovanesian/Bulgarien, Urt. v. 21.12.2012, Nr. 31814/03, §§ 6, 37: 抗告人の自白は、弁護人の援助なく行われたものであるが、有罪判決は、それを援用しておらず、後に弁護人が同席した上での自白に基づいていた。手続の公正さは、維持されていると判断された。Zdravko Petrov/Bulgarien, Urt. v. 23.6.2011, Nr. 20024/04, § 47: 身体拘束から24時間は弁護人が付されていなかったが、その間、抗告人は尋問されなかった。手続の公正さは、維持されていると判断された。Trymbach/Ukraine, 12.1.2012, Nr. 44385/02, § 64: 確かに、弁護人が放棄されたが、必要的弁護事件であったため、国内法上それは可能でなかった。抗告人は、弁護人が到着した後に改めて、当初弁護人の援助なく行った供述を繰り返した。抗告人は、自白したのではなく、手続全体に渡って正当防衛を主張していた。手続の公正さは、維持されていると判断された。Marzohl/Schweiz, Entsch. v. 6.3.2012, 24895/06: 抗告人は、弁護人の援助を受けることなく、供述はしていなかった。手続の公正さは、維持されていると判

する自由とを、基本的に、手続の公正さにおける2つの独立した権利であるとみている——もっとも、裁判所は、近時の判例において次第に、手続の「全体としての公正さ」の観点の下で、〔両者を〕組み合わせるようになっている。これは、アクセス権に対する違反は、結果として、特に被疑者がこの手続的瑕疵により自身に不利な供述を行った場合には⁽¹¹³⁾ 条約違反となる、ということの意味する⁽¹¹⁴⁾。しかし、国内法又は司法実務によって弁護人へのアクセスが体系的に抑制されている場合には、被疑者が黙秘していたときでも、公正性違反が認められる⁽¹¹⁵⁾。欧州人権裁判所が行うような、手続の公正さについての全体的考察は、確かに、弁護人へのアクセスの欠如から生じる帰結を緩和し、欧州人権裁判所が具体的事案において違反を認めないということをもたらし得るが、しかし、弁護人にアクセスする権利は原則として逮捕ないし身体拘束の時点から、何らかの尋問とは無関係に存在するということを見誤ってはならない。このことは、欧州人権裁判所がこの点に関して明白な判示を、結果として欧州人権条約6条に対する違反が否定された事案でも、そしてまさにその事案において行っていることから、明らかである⁽¹¹⁶⁾。

欧州人権裁判所は、「Panovits 事件」において、条約違反（供述使用による弁護権の無視と並んで）を、特に、（若い）申立人が尋問前に弁護人から助言を受ける権利を教示されなかったという点に認めている。申立人

ゝ断された。Stanca/Rumänien, Urt. v. 24.7.2012, 34116/04: 抗告人は、弁護人の援助を受けることなく、被疑事実を否認し、弁護人が到着した後に自白した。手続の公正さは、維持されていると判断された。

(113) 〔原文は111〕そのような負罪的供述の使用は、いずれにせよ、例えば裁判所がその論拠を取り上げなかったなどによって、被疑者がその使用に対して裁判所の面前で実効的に弾劾できなかったときは、公正侵害に当たる。EGMR, Lopata (Fn. 95), §§ 143-144 (「自白の使用」について)。

(114) EGMR, Dayanan (Fn. 92), §§ 33-34.

(115) EGMR Minculescu (Fn. 111), § 80; Hovanesian (Fn. 111), § 34; Marzohl (Fn. 111).

が少年であり、同人は場所的にその父親から隔離されていたとの事実を考慮すると、刑事訴追機関は、申立人に、その弁護権の効果的な行使を可能にさせるため能動的に協力しなけりばならなかつた⁽¹¹⁹⁾。

「Pishchalnikov 事件」でも、捜査機関は、裁判所の見解によると、弁護人の援助を制限していた。抗告人により指名された弁護人が実際に連絡不能であつたならば、同人に対して、その代わりを探す機会が与えられるか、又は——ここでは、刑訴法141条3項の現在の形式に対する批判を考えるとはらはらするが——抗告人に弁護人が任命されなければならなかつた⁽¹²⁰⁾。抗告人は、説得的な理由もなく援助者が制限されていたことから、公正な手続を受けていなかった。

もっとも、欧州人権条約6条の捜査手続における被疑者の権利は、常に個別事例に関係付けて審査されなければならぬということとは、「Aleksandr Zaichenko 事件」において再び確認されている。——前述した警察の支配下（「警察の拘束下」）に置かれている原則的な場合と異なり——具体的状況においてその行動の自由に対する重要でかつ調整必要な制限が判明していない場合には、被疑者に対して、弁護人との即時の接触を保障しなければならぬわけではない、とされている⁽¹²¹⁾。

(119) EGMR, Panovits (Fn. 104), §§ 72-73. この判決で想定されている尋問の際の弁護人立会権（「申立人の取調べ中の援助」、「尋問中の援助」）については §§ 66-67 を見よ。

(120) EGMR, Pishchalnikov (Fn. 90), § 74: L 氏を利用できなかった事情においては、捜査機関は、申立人が別の弁護士を選任できるよう支援するか、又は地区弁護士会から弁護士を指定すべきであつた。

(121) 欧州人権裁判所によると、それは特に、被疑者が警察に拘束されているのではなく、公道上で証人が所在する場で尋問された場合に生じ得る（これに対し異なる見解として *Spielmann*）。裁判所は、自己負罪拒否自由原則に対する違反（のみ）を認めた。抗告人は、既に警察からの質問を受ける前に、自己負罪の自由と黙秘権について教示されなければならなかつた。なぜなら、同人は、この時点で既に被疑者（欧州人権条約6条1項の意味での「訴追された人」）として扱われるからである。

ここでは概略しか示すことができないが、欧州人権裁判所の新しい判例は、疑いなく、欧州人権条約6条3項cと結び付いた同条1項から導かれるべき、初回尋問前ないしその最中に弁護人にアクセスする被疑者の権利を規範としている——前述した指導的判例では周邊的にさえ言及されていなかったが、被疑者の経済的な必要性にかかわらず、である⁽¹¹⁹⁾。

ストラスブールの裁判官は、第2の問題にも回答を示している。それは、捜査手続において——特に（警察の）尋問前に——、被疑者に対して、刑事訴追機関の主導により（必然的に裁判所によるのではなく）弁護人が任命されなければならないかどうか、という問題である。欧州人権裁判所は、ここで、刑事訴追に関与する機関に対し、弁護人に「アクセス」する権利の保障のため「積極的な」行為を要求することによって、明確な判示をしている。英語の（弁護人へのアクセスを）「提供すべき」という表現も、この方向性において解釈することができる。欧州人権裁判所がここでその理解をさらに定義付けることが望まれるとしても、である。

第3の問題として、被疑者に法的援助を受ける権利を保障するため欧州人権条約から独自の申立権まで導くことができるかという点は、明白な回答が難しい。いずれにせよ、欧州人権条約は「実用的かつ実効的に」保障されるべきとする一般的な考え方は、独自の申立権の根拠となる⁽¹²⁰⁾。このことは、被疑者が自ら弁護人の任命を主導し、管轄裁判所にこの点に関する裁判を「求めること」ができ、かつ事後審査も受けられるという場合に

(119) この点につき包括的に *Gaede*, *Fairness durch Teilhabe*, 2007, S. 794 f.（及びそこで引用されている文献）。

(120) EGMR, *Salduz* (Fn. 90), § 51: 条約は、権利が単に理論上又は幻想上のものではなく、実践的かつ実効的なものであることを保障すべく設計されている。*Huseyn u.a.* (Fn. 89), § 171: 公正な手続を受ける権利が十分実践的かつ実効的なものとなるために。EGMR, *Fidanci/Türkei*, *Urt. v. 17.1.2012*, Nr. 17730/07, § 38も見よ。

限って、想定できるものである。しかし、基本的に、欧州人権裁判所の手がかりは非常に幅広い：「能動的に」との表現によって、刑事訴追機関及び裁判所は既に「自発的に」、すなわち職権で、被疑者に援助者を「配慮」することを考えなければならない、ということが想定されている⁽¹²⁰⁾。

この構想は、検察官の申立専権——これは、弁護人任命に唯一管轄を持つ裁判所の行為を「遮る」——とは、明らかに整合しない。ここで、最終的に、連邦通常裁判所からも支持される手がかりである、検察官に対して刑訴法141条3項2文より課せられる審査義務は、捜査判事を「条約に適合した手続に配慮（！）すべき」責任から解放するものではない、ということについて範囲が画される。

最後に（第4の）問題として、被疑者には——独自の申立権は別として——訴訟上少なくとも、刑訴法141条3項2文による検察官からの弁護人任命の拒絶について裁判所による事後審査を受ける機会が保障されなければならないか、という点がある。この点について、欧州人権条約13条（有効な不服申立の権利）は明白な指摘を与える：これによると、何人も、「本条約において認められた権利又は自由の侵害を受けたときは、……国内の管轄に従い有効な抗告を提起する権利……を有する」。

すなわち、被疑者が、欧州人権条約及びこれを具体化する欧州人権裁判所の判例から捜査手続において国選弁護人の任命を求める権利を有する（少なくとも、尋問前又はそれに際して）といえる場合には、（検察官からの、そしてまさにそこからの）拒絶の事後審査のため、「中立の」機関に

⁽¹²⁰⁾ 参照, EGMR, Krylov/Russland, Urt. v. 14.3.2013, Nr. 36697/03, § 44: 申立人がその権利を正当に行使できるようにするために、弁護士を指定することは、同人がその要求をしていたか否かにかかわらず、司法当局の義務であった。具体的事案は、警察による尋問の特殊な状況を対象とするのではなく、上訴手続に関わるものであった。また、抗告人には弁護人に支払うための資力がなかった。

申し立てることが、保障されなければならない。

そのような機関とは、欧州人権条約13条自体はそれを要求していないとしても、ドイツ刑訴法の構想においては、結論として、狭い意味の裁判所のみである⁽¹²¹⁾。現在の実務は、刑訴法141条3項2文による検察官の任命拒絶裁定に対する事後審査の機会を否定しているが、これは、明らかに、上記のような主張に劣後するものである。

G. 国際上の枠組みに照らした被疑者の独自の申立権への賛成意見

欧州連合司令「弁護人へのアクセス」についての叙述、特に欧州人権裁判所の基準についての認識は、捜査手続における弁護人任命の必要性という問題において、被疑者の主体的な手続的地位をより強く考察の中心に置かなければならない、ということを明らかにした。捜査手続における国選弁護人の任命は、これ以上、「刑事訴追機関の処分に委ねられては」ならないのである⁽¹²²⁾。

刑訴法141条3項1文の現在の構想は、大陸法的な法思想を示したものである。それによると、客観性に結び付けられ実体的正義を指向する刑事訴追機関という理解から、同機関が、捜査手続における弁護人任命の必要性について、配慮的な予測に基づき、しかも「独自の理解によって」、「後に」裁判所の手続で必要的弁護の事例に該当するかどうかを判断すべきものとされている。この考え方によると、検察官が同時に任命についても自ら裁定を下すことが想定される。その限りで、刑訴法141条3項2文の規定ですら問題ではない。この規定は、——正しくは——中立の裁判機関による最終的な裁判を求めているのである。

(121) 詳細について LR/*Esser* (Fn. 90), Art. 13 EMRK Rn. 40 ff. を見よ。

(122) *Pfeiffer* (Fn. 28), § 141 Rn. 2.

被疑者に対し、検察官の「申立専権」を認めることを通じてこの裁判審級への独自のアクセスを妨げることは、欧州人権条約6条1項の公正原則を無視するものである。また、検察官の拒絶が独立の機関により事後審査されないということは、欧州人権条約13条がいう有効な抗告の権利とも調和しない。

武器対等性原則を真摯に認め、そこから被疑者を対等の権限を持つ手続主体として理解するならば、そのことは、既に手続法上、弁護人任命の問題に際して、被疑者が独自の申立権を通じて⁽¹²⁾、目の前の敵との戦いに必要な弁護人という「武器」を裁判所の助力によって調達できる状態に置かれることで、考慮されるべきものである。

以上から、刑訴法141条3項1文の規定は、被疑者にもまた検察官にもそのような申立権が与えられる、という形に改正されなければならないであろう。裁判所の見解においてこの段階で既に必要的弁護事件に該当する場合には、申立てに応じなければならない(刑訴法140条)。その際、欧州人権裁判所の判例は、捜査手続における尋問の「前段階」についてさらに広いように思われる。ここで、刑訴法140条自体の改正の必要性が明らかとなる。この点は、本稿で詳細に述べることはできないが、自ずと明らかであろう。

そこから、被疑者がその最初の尋問において教示を受けるべき権利の基準も、改正により拡張されるべきである。すなわち、被疑者は、法律上、「既にその尋問前であっても、自身が選ぶ弁護人に質問することができる」ということだけでなく、新たに起草されるべき刑訴法141条3項1文によ

⁽¹²⁾ この方向性において既に LR/Lüderssen/Jahn (Fn. 13), § 141 Rn. 24; Klemke, StV 2002, 414 (415); Neuhaus, JuS 2002, 18 (20); Franke, GA 2002, 573; Beckemper, NStZ 1999, 221 (226); KMR/Haizmann (Fn. 27), § 141 Rn. 18 (欧州人権条約にはっきりと関係付けている); Radtke/Hohmann/Reinhart, 2011, § 141 Rn. 10 (「法政策上望ましい」とする)。

り、弁護人の任命をこの理由から申し立てることができる、ということまで教示されなければならないこととなろう。弁護人の援助なき被疑者の（警察による）尋問は、——Zaichenko 事件の状況を別とすれば——およそ過去のものとなる—これは、法治国家にとって得るところが大きい。

さらに、この方向に向けて想定される第1歩は、判例において示されている。既に1998年に、ブレーメン地裁は、刑訴法旧141条4項により下されるべき、捜査手続における弁護人任命に関する裁判所の裁判は、検察官の申立てに条件付けられない、と判断している。このことは、検察官が弁護人任命に明示で反対していた場合でさえ妥当する⁽¹²⁴⁾。また、コットブス地裁は、2005年に、被疑者の申立権は「事実上有効である」と判示した⁽¹²⁵⁾。

リンブルク地裁は⁽¹²⁶⁾、2012年11月27日命令（Az: 5 AR 33/12）において、その考え方を取り入れたが、しかし、さしあたっては、従来の見解を確認し、捜査手続における弁護人任命は基本的に検察官の申立てを必要とし、刑訴法143条3項により要求される、そのような任命が必要か否かの判断は、一義的には検察官に委ねられる、と判示した。ここで申立てをしないとの判断の結論は、通常の場合、裁判に管轄を持つ裁判所を拘束する。

既に、任命の必要性の判断は「一義的に」のみ検察官に委ねられるとの制限は、注目されるところである。地裁は、そうする限りで手続において欧州人権条約の要請を保障できるという場合には、その見解によると捜査手続における弁護人任命が例外的に「検察官の申立てがなく」ても、すなわち被疑者の申立てのみで判断されるべきことを、明示している。公判に管轄を持つ裁判長は、欧州人権条約の要請を満たす手続に向けて配慮すべ

(124) LG Bremen, StV 1999, 532.

(125) LG Cottbus, Beschl. v. 13.5.2005 – 22 Qs 15/05.

(126) LG Limburg, NStZ-RR 2013, 87（評釈=A. Lilie, FD-StrafR 2012, 340807）
及び Peglau, jurisPR-StrafR 4/2013 Anm. 1.

き責任から、解放されないのである⁽¹²⁷⁾。

その補強のため、裁判所は、前述（D）した手がかりを参照しているが、これによると、公正手続の観点において、弁護人任命の問題に関する裁量はゼロにまで切り下げられる⁽¹²⁸⁾。

リンブルク地裁命令の特殊性は、刑訴法141条3項1文の条約に適合した解釈の模範的措置である。具体的事例において、このことは必要であった。なぜなら、裁判所の見解によると、被疑者の自己防御の能力は、相当に疑わしかったからである⁽¹²⁹⁾。さらに、検察官の見地から、精神病院への被疑者の収容（刑法63条）が考えられたことも、付け加えられた。

リンブルク地裁の2012年11月27日命令は、立法者にとって、刑訴法141条3項の改革と、被疑者にとって正式に同等の権限となる申立権の導入を検討すべき契機とされなければならない⁽¹³⁰⁾。しかし、次の1歩は、管轄裁判所が職権で弁護人任命の必要性を考慮しなければならない、というものになるかもしれない——しかし、人権法上は、被疑者の申立権によって、既により多くのものが得られるであろう。

H. 献呈のことば

Hans-Heiner Kühne は、その研究人生の大半を、刑事手続における個人的利益の保護に費やしてきた。それは、彼の多くの著書や講演が示すところである。その際、しばしば、その重点は、刑事手続における効果的な弁護を受ける被疑者・被告人の権利に置かれてきた。刑事手続における法的援

⁽¹²⁷⁾ LR/*Lüderssen/Jahn* (Fn. 13), § 141 Rn. 24.

⁽¹²⁸⁾ *Teuter*, StV 2005, 233 (235); KK/*Laufhütte* (Fn. 13), § 141 Rn. 7; OLG Karlsruhe, StV 1998, 123参照。

⁽¹²⁹⁾ 被疑者の精神状態は、既に民法上の後見を受けるにまで至っていた。

⁽¹³⁰⁾ そのような見解として *A. Lilie*, FD-StrafR 2012, 340807もある。

助を受ける権利——正確には「弁護人へのアクセス」権——は、多くの年月と報われなかった試み（例えば2004年のRB草案「手続的権利」は、最終的に、ドイツの欧州連合理事会会長が破棄したことを想起せよ⁽³³⁾）を経て、欧州人権条約を通じてついに欧州連合でも実現されたということについて、*Kühne* は好意的に受け取っている。

もっとも、法治国家性の詳細をめぐって、理事会、委員会、議会における立法手続に関与した主体たちがどれほど苦勞したかは、2年を超える合同会議での、なかなか捗らなかった審理が示している。核心において、特に、「効果的な刑事訴追」への配慮と財政上の衡量は、当初の提案に比べて現在法的保護が弱められた指令文書の理由となっている。*Kühne* によると、そのような留保は、被疑者・被告人の保護を制限することの根拠ある理由では決してない。私は、自分が *Kühne* の講座で過ごすことができた時代（2002年-2006年）を思い出した。私は、そこで、自由主義と寛容の理念及び利益調整のための不斷の努力に向けられた、刑事訴訟上の問題点に対する取組みを共に経験し、学ぶことを許された。

本稿は、紙幅の都合上、核心的なテーマに限定せざるを得なかった。それは、被疑者に対して、欧州人権条約及び欧州連合レベルでの新たな国際的動向を考慮して、刑訴法141条3条の改革という方法で、自身が捜査手続における国選弁護人任命をその管轄の裁判所に申し立てる権利を与えるべきであるか、という問題である。

本稿で取り上げたそのような申立権に関連する問題、例えば、いかなる条件において——再び、国際的文脈において——捜査手続で必要的弁護事件の該当性を認めるべきか、また、公判裁判所による捜査手続における弁護人任命が行われないこと又は遅延したことに対して訴訟上はどのように

(33) この点について *Esser* (Fn. 66), § 53 Rn. 33 ff.

対処すべきであるか（証拠評価か、使用禁止か）などの点について、Kühne は、批判的反應をそそられるといえよう。本稿の叙述が、彼にその基礎を与えることを願うものである。

私は、Kühne に、弟子として刑事手続における人権の「開拓」を学問的素材として与えられたことを感謝する。また、彼が、将来も、刑事手続における人権保障の考察をその批判的発言によって学理及び実務において繰り広げるであろうことも、確かである。そのために、私は、彼に、健康、独創力、そして学術的な討論を通じての友情を望むものである。

【訳者あとがき】

1. 本稿は、ロベルト・エッサー教授（*Professor Dr. Robert Esser*）の論文 *Zur Bestellung des Verteidigers im Ermittlungsverfahren —Plädoyer für eine Reform des § 141 Abs. 3 StPO im Lichte der EMRK und der EU-Richtlinie zum Recht auf Rechtsbeistand—*, in: Esser/Günther/Jäger/Mylonopoulos/Öztürk (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag am 21. August 2013*, C. F. Müller Verlag Heidelberg, 2013, ISBN 978-3-8114-3927-6, S. 539-563 の翻訳である。

2. エッサー教授は、現在、ドイツ連邦共和国・パッサウ大学法学部教授であり、本論文が献呈されたハンス＝ハイナー・キューネ教授（*Professor Dr. Hans-Heiner Kühne*）の指導を受けた成果を基礎として研究者への道を歩んだ（履歴や研究業績等の詳細については、講座ウェブサイト <http://www.jura.uni-passau.de/esser/> などを参照されたい）。1970年にテニスフォルスト／ニーダーラインに生まれ、1991年から1997年までトリニア大学及びウプサラ大学（スウェーデン）で法学を学んだ後、1997年に第1次国家司法試験、司法修習等の後の1999年に第2次国家司法試験に合格、2001年に

トリア大学で法学博士の学位を取得した（論文テーマは『ヨーロッパ刑事手続法への道——ストラスブール・ヨーロッパ人権裁判所の判例を鑑とする基礎（Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht - Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg)』, De Gruyter Verlag Berlin, 2002, である）。その後同年から、トリア大学法学領域（*Prof. Dr. Kühne* 講座）の学術助手を務め、ドイツ・ヨーロッパ刑法・刑事訴訟法・少年法・行刑法の授業を担当した。2006年にドイツ・ヨーロッパ・国際刑法及び刑事訴訟法の教授資格を取得した（論文テーマは『社会の誤った展開の是正手段としての刑法の限界について——背任（刑法266条）を例とした研究（Über die Grenzen des Strafrechts als Instrument zur Korrektur gesellschaftlicher Fehlentwicklungen - eine Untersuchung am Beispiel der Untreue (§ 266 StGB)』, 未公開, である）。2007年2月にパッサウ大学法学部教授（ドイツ・ヨーロッパ・国際刑法及び刑事訴訟法並びに経済刑法講座）に就任し、2010年2月からは同学部学生担当主任を務めた。また、同年から「刑事手続における人権」研究部を創設・主催し、現在に至っている（<http://www.jura.uni-passau.de/esser/forschungsstelle-menschenrechte-im-strafverfahren/>）。2014年には、この研究課題遂行の一環として来日し、精力的な調査研究を行ったところである。

研究分野・著作はドイツ・ヨーロッパ・国際刑法・刑事訴訟法並びにドイツ刑事手続における人権をテーマとするものが多い。本稿もその1つである。

3. 本稿は、「捜査手続における弁護人の任命」という、わが国でもホットな問題をテーマとしている。すなわち、捜査手続における法的援助の必要性から始まり、「初期段階の弁護人」の任命の重要性が説かれる。次いで、この法的援助を受ける権利がアクセスのみか、又は任命請求権までか

が検討され、捜査手続における弁護人任命の現在の実務、つまり、検察官の「申立専権」（勾留事件を除く）とその問題点に及ぶ。これを踏まえて、個別事例における評価裁量制限に基づく「申立義務」論が考察され、ドイツ刑訴法141条3項を改正する必要性が顕在化すると小括を行う。その際には、欧州基準（欧州人権裁判所の判例）に基づく考察や欧州連合上の視点（法的援助を受ける権利に関する指令の提案）が手がかりとされ、指令草案における「法的援助を受ける権利」へと論述を展開する。その結果、捜査手続における弁護人任命を求める被疑者の権利に関する人権法上の基準としては、初回尋問前（中）のアクセス権を被疑者の権利として保障すべきであり、アクセス保障に向けた積極的な行為が義務付けられ、また、被疑者の申立・不服審査権につき少なくとも検察官専権は排斥されるべきことを説く。結論として、国際的枠組みに照らした被疑者独自の申立権への賛成意見が述べられ、検察官専権を廃止し被疑者に独自の申立権を認めるべきこと、申立要件の有無は裁判所の判断に委ねられるべきことが主張・提言されている。

ドイツと日本とでは、同様の問題を抱えながら、各々の刑事訴訟構造を反映して一方で弁護人の、他方で検察官、裁判官の訴訟法上の地位の相違があり、それが法規定や法解釈・運用の違いをもたらしている（特に、国選弁護について、日本は被疑者の権利だがドイツでは検察官の裁量判断とされている点、など）。また、絶えず欧州連合の枠内で欧州人権裁判所判例や欧州連合指令などに配慮して自国法制の見直しを迫られるドイツと国際人権条約の拘束力ないし妥当領域の異なる日本とでは、相当の差異がある。このように、種々の違いは見られるものの、問題の核心は共通するものがあり、その解決に向けた考察・検討や思考方法は、法制度・法規定の違いを超えて比較法的に大いに参考になるといえよう。本稿を翻訳し日本の研究者・実務家に紹介する所以である。

なお、本翻訳は、ドイツ刑事法学会（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。