

# 捜査手続における弁護人の関与

## 辻 本 典 央

- I. はじめに
- II. 捜査手続における刑事弁護の意義——総論的考察
- III. 捜査手続における弁護人関与の必要性——各論的考察
- IV. おわりに

### I. はじめに

刑事手続は、発生した犯罪を解明し、犯人の適切な処罰を目的とする（刑訴1条）。そのためには、実体的真実の発見が重要な課題である。これは、刑法上の責任主義からの要請でもある<sup>(1)</sup>。

刑事手続の中核は、公判手続である（公判中心主義）。刑事司法において、犯人の処罰は、裁判所の有罪判決を待たなければならない。裁判所は、訴訟関係人から提出・申請された証拠に基づいて事実を認定するが、それは、公判審理の総体に基づいて判断されるべきものである。その意味で、公判中心主義は、刑事司法における普遍的な原理である。

もっとも、公判に先駆けて、犯罪発生・認知の時点から捜査手続が行われる（刑訴189条2項）。そこでは、後の公判における認定手続に備えて、犯人を突き止め、必要に応じてその身体を拘束し、多くの証拠が収集される。そして、大抵の事件では、被疑者が自白するなどして、捜査段階でほ

---

(1) *Beulke*, Strafprozessrecht 13 Aufl, 2016, Rn 25; *Roxin/Schiunemann*, Strafverfahrensrecht 28 Aufl, 2014, § 15 Rn 6.

ほ事案の解明が果たされる。もとより、このような事態が公判中心主義との関係で妥当であるかは、刑事法学だけでなく、法社会学的見地からも十分検討されなければならないが<sup>(2)</sup>、現行法を前提にしたそのような実務の現実には、諸問題の検討に当たっても十分考慮されなければならない。

このような現実を踏まえると、捜査段階は、単に公判の準備というにとどまらず、手続の結論を決する場面でもある。それゆえ、この段階における各訴訟関係人の活動が重要になる。特に被疑者は、強力な権限を持つ捜査・訴追機関に対して十分な防御をするためには、自身が有効な武器を持たなければならない（武器対等性）。もっとも、多くの被疑者はそのような法的素養や経験を持たないことから、これを支援すべき主体が必要となる。このような要請に応えるのが、刑事弁護人（以下、弁護人）である。弁護人が既に捜査段階から刑事手続に関与することにより、公判手続のみならず、捜査手続においても武器対等性が実現される。

本稿は、このような認識から、捜査手続における弁護人の関与について、日独の法的比較<sup>(2a)</sup>を踏まえて、解釈論だけでなく、立法論としても在るべき姿を探るものである。

## II. 捜査手続における刑事弁護の意義——総論的考察

### 1. 弁護人の法的地位

被疑者・被告人は、自身の防御のために、刑事手続のあらゆる段階で弁護人に弁護を依頼することができる（刑訴30条）。弁護人の刑事手続への関与は、前述のとおり、その法的素養と経験をもって被疑者・被告人を擁護し、その正当な利益を実現するために要請されるものである。弁護人の

---

(2) 松尾浩也『刑事訴訟法・下』355頁（弘文堂、新版補正第2版、1999年）。

(2a) Kato, in Kühne/Miyazawa, 2000, S. 167.

関与は、法治国家としてその刑事裁判が公正に行われるため必要不可欠な要素である。もっとも、「刑事弁護の歴史は刑事訴訟の歴史である」<sup>(3)</sup>、その刑事訴訟は一国の縮図である<sup>(4)</sup>といわれるように、弁護人の法的位置付け及びその役割については、時代と地域において様々である。

日本国憲法は、34条と37条に「弁護人」と表記し、国民の基本的権利の一つとして、弁護人に依頼する権利を保障している。それ以前も、刑事訴訟法には弁護人の関与が定められていたが、現行憲法によって初めて、それが憲法上の保障であることが承認された。したがって、刑事訴訟の立法及び執行に当たり、この基本権が侵害されることになってはならない。

他方、ドイツ憲法（基本法）には、「弁護人」という表記が見当たらない。しかし、現在、弁護人依頼権の保障が憲法上のものであることに異論はない。すなわち、ドイツ基本法によると、法的聴聞を受ける権利が保障されるが（ド基103条1項）、そこから一般的に、公正な手続の保障、弁護人依頼権の保障といった手続的権利が導かれている<sup>(5)</sup>。また、人間の尊厳（ド基1条1項1文）や法治国家原則（ド基20条）も、刑事手続において被疑者・被告人を単なる客体として扱うことを禁止し、彼らが自身の手続に主体的に関与するために必要不可欠なものとして、弁護人依頼権を要求する。さらには、欧州人権条約が明示で弁護人依頼権を保障しているが（欧州人権条約6条3項c号）、同条約と国内憲法との関係に基づいて、これが弁護人依頼権の法的根拠となることも承認されている<sup>(6)</sup>。

このようにして、弁護人依頼権の重要性及び憲法上の地位において、日独で大きな違いはない。したがって、その法制度上の形成及び運用におい

(3) *Glaser*, Handbuch des Strafprozesses Bd. 2, 1885, S. 223.

(4) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要』115頁（創文社、第7版、1967年）。

(5) *Beulke* (Fn 1), Rn. 147

(6) BVerfGE 111, 307, 317; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht 7 Aufl, 2016, § 11 Rn 13.

て、一定の共通規範を措定することができる。

## 2. 弁護人の法的義務

弁護人の法的権限及び義務は、個別的には、刑訴法に規定されている。もっとも、その解釈・運用に当たっては、弁護人の法的地位に基づいた一般的考察が重要となる<sup>(7)</sup>。この弁護人の法的地位及びその一般的義務という問題について、日独ともに、刑事訴訟法に一般規定はない。そこで、従来から、弁護人の訴訟法上の地位及び義務をめぐる議論がなされてきた。

ドイツでは、弁護人は公的機関、つまり裁判所及び検察官と並ぶ独立の司法機関であるとする見解（司法機関説）が従来から通説であり、現在でもそうである<sup>(8)</sup>。この見解によると、弁護人は、被疑者・被告人とも独立の地位にあり、具体的活動に当たって、その意思に拘束されるものではない。また、弁護人は、あくまで一義的には被疑者・被告人の正当な利益を擁護・実現することをその任務とするが、それに限られず、一定程度において公的利益にも配慮すべき義務を負う。例えば真実義務に基づいて、弁護人は、少なくとも訴訟における真実発見を積極的に妨害するなどしてはならない。また、判例によると、弁護人は、手続の進行に協力すべきことも義務付けられる<sup>(9)</sup>。これに対して、弁護人のこのような公的地位を否定

---

(7) 辻本典央「刑事弁護人の真実義務序論」立命310号227, 229頁。

(8) RG JW 1926, 2756; RG DRiZ 1928, 470; BGHSt 9, 20; 12, 367; 15, 326; BVerfGE 16, 214; 34, 293; *Abegg*, Lehrbuch des gemeinen Kriminalprozesses, 1833, S. 254; *Zachariae*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, 1846, S. 153, Fn 1; *Frydmann*, Systematisches Handbuch der Vertheidigung im Strafverfahren, 1878; *Meyer-Goßner*, StPO 59 Aufl, 2016, Vor § 137 Rn 1; *Roxin*, in Hanack-FS, 1999, S. 1.

(9) BGHSt 38, 111; 38, 214.

(10) *Knapp*, Der Verteidiger -Ein Organ der Rechtspflege?, 1974, S. 123; *Holtfort*, in Strafverteidiger als Interessenvertreter (in Holtfort), 1979, S. 45; *Schneider*, in Holtfort, S. 35; *Eschen*, StV 1981, 365.

する見解（代理人説）も、従来から有力に主張されてきた<sup>(1)</sup>。この見解は、弁護人はその活動に当たり被疑者・被告人の意思に拘束されるものとし、また弁護人の真実義務を否定する。もっとも、現在の学理において、両説は、少なくとも結論において相当接近している。通説の立場からは、例えば限定的機関説<sup>(1)</sup>が有力に主張される。同説は、弁護人の真実義務はあくまで限定的に、司法の核心を阻害しないというものに限られるとする。他方、代理人説からも、例えば契約説<sup>(2)</sup>が有力に主張される。同説は、被疑者・被告人と弁護人間の私法上の契約関係を前提にしてその効果を民法に求めるものであるが、これによれば、例えば偽証や証拠偽造などの公序良俗に違反する態様の行為は、弁護関係を前提にしても無効とされている（下民134・138条参照）。

他方、日本でも、司法機関説と代理人説との対立が見られる。まず、代理人説は、弁護人をいわば Hired-Gun と見立てて、弁護活動の最終決定権は被疑者・被告人側にあるとし、弁護人はその指示に拘束されるものと主張する<sup>(3)</sup>。ただし、この見解も、弁護人は、ただ被疑者・被告人の言いなりになるのではなく、自身の専門的な能力を十分発揮すべく、状況を踏まえた専門家としての判断に基づいて、被疑者・被告人をよりよき方向へ導くべきものと理解する<sup>(4)</sup>。これに対して、日本においても、やはり司法機関説が通説である。最高裁も、2009年判決において、理論的裏付けは示さないまま（上田補足意見で説示されている）、司法機関説に傾いた判断

(1) *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren, Funktion und Rechtsstellung, 1980, S. 50 ff, 143 ff, 258 ff; *ders.* (Fn 1), Rn 150; *Dornach*, Der Strafverteidiger als Mitgrant eines justizförmigen Strafverfahrens, 1994.

(2) LR-*Lüderssen/Jahn*, 26 Aufl, 2007, Vor § 137 Rn 33 ff; *Lüderssen*, StV 1999, 537.

(3) 村岡啓一「被疑者・被告人と弁護人との関係①」刑弁22号23頁。

(4) 浦功「弁護人の義務論」後藤昭ほか編『実務体系現代の刑事弁護・第1巻——弁護人の役割』13, 19頁（第一法規, 2013年）。

をしている<sup>(15)</sup>。とはいえ、司法機関説からも、弁護人は、被疑者・被告人との十分な意思疎通を図ることが求められ、専断的な活動を行うことは否定されている<sup>(16)</sup>。このことは、弁護人の被疑者・被告人に対する誠実義務によって基礎付けられる。

このように、弁護人の法的地位及び訴訟上の一般的な義務に関する議論状況は、日本とドイツで相当類似している。

### 3. 捜査手続における弁護人関与の重要性

前述のとおり、刑事手続の中核は、理念的には公判手続である。裁判所は、「公判手続の総体」をもって、被疑者・被告人の罪責を認定し、刑を量定するのである（ド刑訴261条）。

もっとも、事実として、多くの事件で既に捜査手続の段階でその帰趨が決せられている。すなわち、捜査手続において、訴追機関は、多くの人的・物的コストを犯罪の解明に傾注する。これによって、多くの決定的な証拠や資料とともに、大抵の事件では、取調べによって被疑者の自白が得られる。それゆえ、被疑者側の防御も、この段階で既に十分なし得ることが要請される。そのためには、弁護人の関与が不可欠である。この点において、両国間で基本的な違いはない。

ただし、捜査段階で被疑者から提供された自白の証拠能力は、日独で違いがある。ドイツでは、直接主義が強く妥当し、原則として、捜査段階の自白は証拠として使用できない（ただし、後述Ⅲ2）。他方、日本では、被疑者が自白した場合、訴追機関が調書を作成し、署名及び押印を得ることにより（刑訴198条3～5項）、任意性要件の点を除いて、ほぼ無制限に

---

(15) 最決平17・11・29刑集59巻9号1847頁。なお、大阪高決平27・2・26刑集69巻4号628頁も参照。

(16) 辻本典央・新判例解説 Watch 16号189頁。

証拠として使用可能となっている（刑訴322条1項）。これに応じて、後述のとおり、被疑者取調べに対する規制の在り方は、両国間で異なっている。

### Ⅲ. 捜査手続における弁護人関与の必要性——各論的考察

#### 1. 国選弁護

##### (1) 国選弁護の法的位置付け

刑事弁護は、被疑者・被告人の正当な利益の擁護を本質とする。それゆえ、弁護人の法的地位に関する争いにかかわらず、その本質的役割が被疑者・被告人に対する補助者の役割にあり、それが彼らに対する誠実義務の履行であるという点では一致している<sup>(17)</sup>。したがって、被疑者・被告人は、自身が信頼する者によって弁護を受けることが保障されなければならない、その意味で、私選弁護が原則である（下刑訴137条1項1文、刑訴30条1項）。

もっとも、被疑者・被告人の多くは、経済的理由等により、必ずしも自身が適当な弁護人を選任できるわけではない。そこで、被疑者・被告人に代わって、国が弁護人を任命するという制度（国選弁護）が不可欠となる。国選弁護に関して、日本国憲法37条3項には、これを保障する明文の規定が置かれている。他方、ドイツ基本法には、国選弁護について明示の規定はない。しかし、前述したとおり、欧州人権条約6条3項c号に明文規定があり、条約に適合した憲法解釈の原則<sup>(18)</sup>から、基本権に準じる効力が認められている。

---

(17) *Dornach*, NStZ 1995, 57.

(18) *Satzger* (Fn 6), § 11 Rn 13.

(2) 国選弁護の保障範囲

国選弁護は、刑事手続のどの段階から保障されるか。この点については、日独の間で法制度上の違いがある。

日本では、前述のとおり、憲法に国選弁護の保障規定が定められているが、そこには「被告人」の権利として規定されている。この規定の解釈について、起訴後に限らないとする見解も有力であるが<sup>(19)</sup>、通説は、起訴後の手続を対象とするものと理解している<sup>(20)</sup>。それゆえ、刑訴法上も、長い間、国選弁護人の任命は起訴後に初めて行われるものとされてきた（刑訴36条、37条）。もっとも、今世紀に入り、裁判員裁判の導入など一連の刑事司法改革の中で、2004年に起訴前段階の国選弁護制度が導入されるに至った（刑訴37条の2）。本改正は、「被疑者段階と被告人段階とを通じ一貫した弁護体制を整備すべき」との認識に基づいている<sup>(21)</sup>。従来は、一定の重大事件（「死刑又は無期若しくは長期3年を超える懲役若しくは禁錮」）を対象に、勾留状が発付され、被疑者自身が貧困等の事由で弁護人を選任することができないときには、裁判官が国選弁護人を任命するものとされている（刑訴37条の2）。これにより初めて、起訴前段階にも国選弁護制度が導入された。その後も、日弁連を中心に、対象事件の拡張や、より早期の段階での保障などが求められていた<sup>(22)</sup>。2011年から始まった法制審議

(19) 憲法的刑事手続研究会編〔竹之内明〕『憲法的刑事手続』368、402頁（日本評論社、1997年）、村井敏邦編〔大出良知〕『現代刑事訴訟法』17頁（三省堂、第2版、1998年）。田宮裕『捜査の構造』407頁（有斐閣、1971年）、同『刑事訴訟とデュー・プロセス』152頁（有斐閣、1972年）は、憲法34条前段から被疑者段階の国選弁護権を導いている。

(20) 平野龍一『刑事訴訟法』74頁（有斐閣、1958年）は、憲法上の権利としては否定しつつも、「立法論としては大いに考慮の余地がある」と述べている。

(21) 司法制度改革審議会意見書（<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/>；最終確認2016年5月1日）、辻裕教『司法制度改革概説・裁判員法／刑事訴訟法』4頁（商事法務、2005年）。

(22) 日本弁護士連合会「第12回国選弁護シンポジウム基調報告書 みんなで担う」

会特別部会では、取調べの可視化や司法取引及び刑事免責の導入を柱としつつ、被疑者の権利保障も議論の対象とされた。部会は、2014年7月に最終案を議決し、そこでは、前述の重要制度の導入に加えて、国選弁護制度の拡充が図られることになった<sup>23)</sup>。これによると、重大事件の限定が解除され、勾留状が発せられた全ての刑事事件を対象に、国選弁護人の任命が可能とされることになった（刑訴新37条の2）。もっとも、選任の時期は、依然として勾留開始後とされている。日本では、勾留に先行して逮捕が行われることになっているが（刑訴203条以下、207条）、逮捕から勾留までの時間は最長で72時間に及び、この間に弁解録取（刑訴203条1項、205条1項）だけでなく、取調べまで行われ得る（刑訴198条1項）。したがって、依然として、国選弁護の早期化を求める議論が続くことが予想される<sup>24)</sup>。

他方、ドイツでは、国選弁護は、必要的弁護事件を対象とし、これに連動する形で保障されている<sup>25)</sup>。必要的弁護は、刑訴法のいくつかの箇所に規定されているが、特に重要であるのは、刑訴法140条1項である。身体拘束との関係でみれば、従来は、勾留開始から3か月が経過して初めて、弁護人の関与が必要的とされていた（ド刑訴140条1項5号）。もちろん、日本とドイツでは、勾留の目的や身体拘束状態での捜査の在り方（特に取

「国選弁護—全ての被疑者に弁護人を—」6頁（2012年）。

<sup>23)</sup> 法制審議会・新時代の刑事司法制度特別部会「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」（<http://www.moj.go.jp/content/001127393.pdf>；最終確認2016年5月1日）。刑訴法改正法案は、2016年5月24日に衆議院で可決され、取調べの録音・録画義務は3年以内に、司法取引は2年以内に導入されることが決められた。

<sup>24)</sup> 高平奇恵「被疑者国選弁護制度の拡充」川崎英明・三島聰編『刑事司法改革とは何か——法制審議会特別部会「要綱」の批判的検討』192頁（現代人文社、2014年）。

<sup>25)</sup> BVerfGE 39, 246. ドイツでは、国選弁護は被疑者・被告人の利益だけのためにあるのではないとされている（*Welp*, ZStW 90 (1978), 804, 821）。

調べの義務付け)について違いがあるため、単純に、数的な比較で評価することはできない。しかし、日本では、起訴前の勾留期間が最長でも20日間(逮捕段階を含めると約23日間)であることと比較しても、ドイツの身体拘束状態における弁護人不在の期間は、相当長いものであった。案の定、ドイツのこのような法制度に対しては、欧州人権裁判所より否定的判断が下されたため<sup>26)</sup>、ドイツの立法者は、改革を求められることになった。そこで、2009年の法改正<sup>27)</sup>により、身体拘束との関係で重大な改正が行われた。すなわち、従来とは異なり、勾留(又は仮収容)が「執行された」時点で弁護人の関与が必要となり、被疑者・被告人が弁護人を選任できない限りで、国選弁護人が任命されることになった(ド刑訴140条1項4号)。また、この改正によって、従来は、捜査段階での国選弁護人の任命は検察官の申立てに基づくものとされてきたが(ド刑訴141条3項2文)<sup>28)</sup>、勾留が執行される場合には、直ちに裁判官より任命されることになった。従来と同様、被疑者・被告人には自身が意図する弁護士を指定する権利(ド刑訴142条1項)も残されており、これによって、捜査段階における弁護人を選任する権利は、著しく拡張されることになった<sup>29)</sup>。本制度の運用に関

---

<sup>26)</sup> 欧州人権裁判所は、2001年に、被疑者と弁護人は、裁判官による勾留決定の適法性について、被疑者の供述や捜査記録等によって検討できる機会と、対審に基づく武器対等性を保障された手続で争う機会とが保障されなければならないとし、捜査上の秘密保持の利益は、身体拘束に際しての弁護権の実質的な制限を正当化するものではないと判示した(EGMR NJW 2002, 2013 (Lietzow/Deutschland); 2002, 2015 (Schöps/Deutschland); 2002, 2018 (Garcia Alva/Deutschland))。また、同裁判所は、2007年にも、武器対等性の要請からは、弁護人において被疑者・被告人の身体拘束の適法性を判断するための情報が十分に与えられるべきことが要求され、それは、単に記録に記載された事実及び証拠について口頭で提供されるだけでは足りないと判示している(EGMR StV 2008, 475 (Mooren/Deutschland))。

<sup>27)</sup> BGBl. I, 2009, S. 2274.

<sup>28)</sup> この点について *Esser*, in FS-Kühne, 2013, S. 539 ff.

<sup>29)</sup> *D. Herrmann*, *StraFo* 2011, 133; *Michalke*, *NJW* 2010, 17.

して様々な問題点も提示されているところであるが<sup>30)</sup>、少なくともその方向性において、国選弁護制度が拡充されたことは明白である。

## 2. 取調べにおける弁護人立会い

### (1) 被疑者取調べの意義

被疑者の取調べは、事件当事者と推定される本人からの供述を得るものであることから、刑事手続の進行及び結果にとって最も重要な情報をもたらせる。ドイツでは、被疑者に対して起訴までに最低1回は尋問しなければならないと規定されているが（ド刑訴163 a 条1項）、その趣旨は、被疑者に弁解の機会を与えるためのものと理解されている<sup>31)</sup>。ただし、尋問で得られた情報を以後の捜査の根拠資料とすることは禁止されていない。また、捜査段階の自白は、後の公判において、裁判官による尋問を除いてその調書を書証として朗読することはできないが（ド刑訴250条、254条）、一定条件において、尋問した捜査官を証人として供述させることは可能とされている<sup>32)</sup>。それゆえ、法定の禁止尋問手法（ド刑訴136 a 条）に違反した場合、警察官の尋問も含めて証拠能力が否定されることになっている（ド刑訴136 a 条3項）<sup>33)</sup>。日本の刑訴法では、被疑者が自白した場合、調書を作成し、これに署名・押印を得ておくことで（刑訴198条3項乃至5項）、後の公判でその調書を証拠とすることもできる（刑訴322条1項）。このようにして、捜査段階における被疑者取調べは、いずれにせよ自白という決

---

<sup>30)</sup> Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), Thesen zur Praxis der Verteidigerbestellung nach §§ 140 Abs. 1 Ziff. 4, 141 Abs. 3 Satz 4 StPO i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.07.2009 (StV 2010, 544).

<sup>31)</sup> *Roxin/Schünemann* (Fn 1), § 18 Rn 3 ff.

<sup>32)</sup> *Beulke* (Fn 1), Rn 416.

<sup>33)</sup> *Beulke* (Fn 1), Rn 142 ff.

定的な証拠が得られる手続であることから、捜査機関による追及も必然的に厳しくなる。

もっとも、被疑者には黙秘権が保障されている。ドイツ基本法にその旨の規定はないが、人間の尊厳原理に基づくネモ・テネテール原則の承認や、法治国家原則を通じて、刑事手続における被疑者・被告人の基本的権利であると理解されている<sup>34)</sup>。欧州人権条約も同様に、黙秘権は、明文に規定はないが、拷問が禁止され（欧州人権条約3条）、公正な手続を受けると包括的権利（同6条）に基づいて当然に保障されるものと解されている<sup>35)</sup>。日本の憲法は、自己負罪拒否特権の形式でこれを定めており（憲38条1項）、これに違反して供述が強要された場合には、その証拠能力が否定される（憲38条2項）。これを受けて、刑訴法上も、被疑者・被告人に包括的な黙秘権が保障されている（刑訴198条2項、311条）。

このようにして、被疑者段階の尋問・取調べとその黙秘権との関係は、刑事手続における最も重要かつ難解な問題である。それゆえ、日本では、裁判実務において、しばしば捜査段階で提供された自白の証拠能力が重要な争点とされてきた。捜査段階では、被疑者の取調べは基本的に非公開で行われることから、自白強要の有無を明らかにし、黙秘権に対する侵害性を判定することが困難となるのである。

## (2) 取調べの規制

そこで、日本では、かねてより議論のあった取調べの可視化の要請として、取調べ状況の録音・録画を義務付ける規定が導入されることになった（刑訴新301条の2）。これによると、一定の重大事件（裁判員裁判対象事件）と検察独自捜査事件（汚職や巨大経済事犯など）を対象に、被疑者・

---

<sup>34)</sup> *Roxin/Schünemann* (Fn 1), § 25 Rn 1; *Beulke* (Fn 1), Rn 125 ff.

<sup>35)</sup> EGMR NJW 2006, 3117; EGMR JR 2013, 170.

被告人を逮捕・勾留して取調べを行う場合に、この録音・録画が義務付けられる。この録音・録画記録は、供述の任意性が争いとなった場合に証拠調べが請求されることになっているが、それ自体を有罪証拠として使用することができるかは争いがある<sup>66)</sup>。また、供述の困難が予想される場合など、一定の除外事由も定められている（刑訴新301条の2第4項）。

このようにして、取調べにおける密室性を除去し、被疑者・被告人の黙秘権を保障しつつ、他方で、裁判における立証の困難性をも解決しようとする試みは、「新しい刑事司法」としてそれ自体評価に値する。もっとも、日本で「取調べの可視化」という問題が提起されたとき、その中心課題とされたのが、取調べに際しての弁護人の立会いである<sup>67)</sup>。アメリカでは、ミランダ・ルール<sup>68)</sup>が確立され、被疑者・被告人の憲法上の権利（合衆国憲法修正5条）として弁護人の立会いを求めることができるとされているが、これを日本にも導入すべきとする提案がなされた。論者は、取調べは法規定上は任意で行われるべきであるが、事実上強制手段となっており（刑訴198条1項）、それを払しょくするためにも、被疑者を擁護すべき弁護人の立会いが必要であると述べている。しかし、今回の改正論議においては、録音・録画規定の導入が中心課題とされ、弁護人の立会いは採り入れられなかった。

これに対して、ドイツでは、刑訴法上に規定はないが、判例上、警察による尋問において弁護人の立会いを求めることができるとされている<sup>69)</sup>。

このようにして、被疑者の尋問・取調べに関する制度上の規制は、日本では録音・録画、ドイツでは弁護人の立会いという形で図られている点に

<sup>66)</sup> 宇都宮地判平28・4・8未公開参照。

<sup>67)</sup> 三井誠「被疑者の取調べとその規制」刑雑27巻1号176頁。

<sup>68)</sup> *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 (1966)).

<sup>69)</sup> BGHSt 38, 372.

違いがある。これは、弁護士の数や身体拘束事件の数などの要素に加えて、法文化の違いも影響しているように思われる。また、捜査段階の自白が公判で使用される場合の基準や機能にも、原因があるのかもしれない。アメリカの冤罪報告<sup>(40)</sup>にもあるとおり、取調べの録音・録画は、捜査機関側の管轄にある制度であり、その潜脱の虞も危惧される。そのため、取調べの録音・録画が制度化された後も、なお弁護人立会いの必要性は残されているように思われる。

### 3. 検察官の訴追裁量

現在の刑事裁判において、弾劾主義は、およそ普遍の原理となっている。改革された刑事訴訟において、訴追者と判断者の分離は、至上の命題であった<sup>(41)</sup>。検察官の公訴提起により刑事裁判が開始されるという点で、日独に違いはない。

もっとも、検察官の公訴提起権限の在り方については、法制度上の違いがある。すなわち、ドイツでは、起訴法定主義が採用され、捜査の結果、一定の嫌疑と訴訟条件の具備が認められる限り、検察官は、原則として公訴提起を義務付けられる（下刑訴170条1項）。したがって、捜査の結果を踏まえた検察官の判断には、基本的に裁量の余地は否定されることになる（起訴法定主義<sup>(42)</sup>）。これに対して、日本は、起訴便宜主義を採用している。すなわち、検察官は、公訴提起の判断に際して、たとえ被疑者に相当の嫌疑が認められ、訴訟条件が具備されている事案でも、「犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況により訴追を必要とし

---

(40) Garrett, *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*, 2011 (US).

(41) Roxin, *Strafverfahrensrecht* 25 Aufl., § 70 Rn 8.

(42) Roxin/Schünemann (Fn 1), § 41 Rn 1, 7; Beulke (Fn 1), Rn 333.

ないときは、公訴を提起しないことができる」(刑訴248条)。これにより、検察官の公訴提起に関する判断には、広い裁量が認められている。

このようにして、検察官の公訴提起における裁量行使に関して、両国の法制度上に本質的な違いがある。もっとも、ドイツでも、現在では、広く手続打切りの機会が認められている(ド刑訴153条以下)。中でも、賦課の履行等を条件とする手続打切り(ド刑訴153 a 条)は、起訴便宜主義的な運用を可能とするものである<sup>43)</sup>。それゆえ、現在では、公訴提起における検察官の裁量に関して、本質的な違いはなくなったといってもよい。

これにより、検察官の裁量行使による不起訴(手続打切り)の裁定を求めることは、捜査段階における被疑者の防御にとって重要となる。その限りで、被疑者は、刑事裁判で有罪とされ、刑罰を科せられることがなくなるからである。そのためには、被疑者は、ただ検察官の判断を待つだけでなく、積極的に不起訴に向けた働きかけを行うことも必要となる。いうまでもなく、そのような協議は、被疑者本人が十分なし得るものではなく、弁護人の関与が不可欠となる。

このようにして、検察官の裁量権行使による不起訴・手続打切りをめぐる、捜査段階から弁護人が関与していくことの意義は、両国で共通のものである。

#### 4. 司法取引

##### (1) 司法取引の意義

日独両国において、近時、司法取引に関する法改正が図られている。「司法取引」の定義は多様であるが、ここでは、訴訟関係人間における「協議」に基づいて、訴訟の進行及び結果に関する一定の「合意」が形成され、そ

---

<sup>43)</sup> *Beulke* (Fn 1), Rn 17.

れに基づいた処理が図られるものと理解する<sup>44)</sup>。

ドイツでは、1982年に著名な刑事弁護人 *Weider* が *Deal* というペンネームを使用して発表した論文でこの問題を公表して以来、実務及び学理での活発な議論が繰り広げられた<sup>45)</sup>。連邦通常裁判所も、1997年と2005年の2度にわたり基本的判断を示し<sup>46)</sup>、合意手続の基本的承認と、その際の一定のルール化を図っている。2009年には立法が果たされ<sup>47)</sup>、刑法257c条を中核とする合意法が制定されるに至った。これと同時に、王冠証人規定(ド刑46b条)も再び制定・改定されている。合意の問題については、既に多くの文献が出され<sup>48)</sup>、また、連邦憲法裁判所も改めてその合憲性を承認する判断を示していることから<sup>49)</sup>、本稿では、その内容を詳細に言及することはしない<sup>50)</sup>。

他方、日本でも、取調べの可視化問題と関連して、2011年から3年に及ぶ討議を経て、司法取引(協議・合意手続)が導入されることとなった(刑訴新350条の2以下)。もっとも、今次の改革では、ドイツ法のような「自己負罪型」(自分の事件に関して、自白と引換えに減刑等の給付を受ける類型)の導入は見送られ、「捜査協力型」(他人の事件に関して、その情

---

44) 宇川春彦「司法取引を考える(1)」判時1584号31, 40頁, 川出敏裕「司法取引の当否—刑事法の観点から」公正取引617号21頁, 池田公博「新たな捜査手段—いわゆる『司法取引』との関係を中心に」ジュリ1370号93, 94頁。

45) *Deal*, StV 1982, 545.

46) BGHSt 43, 195; (GrS) 50, 40.

47) BGBl. I 2009, S. 2353.

48) 代表的なものとして *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Hrsg.), *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren*, Kommentar, 2010.

49) BVerfGE 133, 168.

50) *Tsujimoto*, ZIS 2012, 612. 辻本典央「刑事手続における取引—ドイツにおける判決合意手続(1)~(3)完」近法57巻2号1頁, 58巻1号1頁, 59巻1号1頁, 同「ドイツの判決合意手続に対する外在的評価」近法60巻3号35頁, 同「ドイツの司法取引と日本の協議・合意制度」法時88巻4号61頁, 加藤=青木=辻本=池田「司法取引」名城65巻4号33頁。

報提供と引換えに不訴追等の給付を受ける類型)のみ導入されることとなった。

このようにして、形式こそ異なるが、日独両国において司法取引が刑事司法に導入されるに至ったことは、大きな改革である。いずれにしても、それが正しく運用されるための制度設計が重要である。そのために不可欠の要素は、被疑者・被告人の自律的な判断と意思決定の保障である。すなわち、取引の要素が介在することで、自白及び供述が不当に誘引されることになってはならない。これは、黙秘権侵害はなおのこと、実体的真実の解明及び責任主義に抵触することにもつながる<sup>61)</sup>。

## (2) 司法取引に対する保護装置

このようなリスクを回避するために、ドイツ法では、一定の保護装置が規定されている。すなわち、合意手続において、最終の合意内容だけでなく、協議の開始からその経過を調書化し(ド刑訴202 a 条 2 文, 271 条)、公判で報告されなければならない(ド刑訴243 条 4 項)。これによって、非公開で行われる協議の段階から可視化が図られ、法的規制が可能となる。連邦憲法裁判所は、このような刑訴法上の保護装置を潜脱する形で行われてきた従来の実務をはっきりと否定し、これに反する実務を違法と断じた<sup>62)</sup>。この点は、日本でも、今後の運用に際して参考にされなければならない。

もっとも、ドイツ法では、合意手続に弁護人の関与が必要とされていない。確かに、合意に向けた協議に際して、現実には弁護人の関与が不可欠である。しかし、法規定上は、被疑者・被告人自身が単独で取引への対応を迫られるという可能性が残されている<sup>63)</sup>。この点、日本の改正法では、

<sup>61)</sup> 辻本典典「約束による自白の証拠能力」近法57巻4号33頁。

<sup>62)</sup> BVerfGE 133, 168.

<sup>63)</sup> *Tsujimoto* (Fn 50), S. 621.

弁護人の関与が必要とされ（刑訴新350条の3, 350条の4），これによって，被疑者・被告人の自律的判断が確保されるべきことになっている。

このように，司法取引の導入は，事実上だけでなく法律上も，弁護人の関与を必要なものとする。そして，取引の効果を考えても，通常はその協議が既に捜査段階から行われることになる。これに伴って，弁護人の捜査段階における関与も，より重要となる。同時に，捜査段階における証拠開示<sup>54</sup>等，弁護活動が十分行われるような制度上の整備も今後の課題として残されている。

#### IV. おわりに

以上，本稿は，捜査手続における弁護人の関与について，日独の法制度上の比較を踏まえて検討した。その際，基本的な視点は，被疑者の防御の保障である。被疑者が十分防御できることは，当然ながら，彼自身の主観的利益であるとともに，刑事司法全体の公的利益でもある。弁護人の関与が憲法上求められていることは，このことを端的に示すものである。

刑事訴訟の現実において，捜査手続が事案解明に向けて決定的な役割を果たすものである以上，この段階における被疑者の防御への配慮が不可欠となっている。これに応じて，今後更に，捜査段階における弁護人の役割が重要となる。以上の点を考慮すると，刑事訴訟の制度設計は，弁護人の活動を支援こそすれ，不当に抑制するものとなってはならない。

---

54) 斎藤司『公正な刑事手続と証拠開示請求権』371頁（法律文化社，2015年）。