

翻 訳

# 刑事手続上の合意への弁護人の関与 ——その法的地位からの帰結——

ヴェルナー・ボイルケ

加藤克佳＝辻本典央 [訳]\*

## Übersetzung

*Werner Beulke, Auswirkungen der Rechtsstellung  
des Strafverteidigers auf seine Mitwirkung an  
einer Verständigung im Strafverfahren*

Übersetzer: Katsuyoshi Kato / Norio Tsujimoto

## 目 次

- I. 問題の所在
  - II. 刑事弁護人の法的地位
  - III. ドイツ手続法上の合意
  - IV. 合意手続と王冠証人規定との関係
  - V. 弁護人の合意への関与
  - VI. 事例の解決
  - VII. まとめ
- 訳者あとがき



---

\* 項目見出し及び〔 〕内は、読者の便宜のため訳者が付した。また、同様の趣旨で適宜意訳したところがある。

## I. 問題の所在

無罪推定原則によれば、全ての被疑者・被告人は、その有罪が確定するまでは、無実の者として扱われなければならない。法治国家原理からは、全ての被疑者・被告人の罪責は、公正な手続で証明されなければならない。公正な手続には、実効的な防衛の機会が含まれる。また、被疑者・被告人はそれを自分ひとりで行うことはできないから、刑事手続において少なくとも重大な犯罪が訴追される場合には、弁護人が必要となる。

欧州人権条約6条3項cによれば、「訴追された全ての人は、……少なくとも次の権利を与えられる。……自身で弁護すること、自身が選んだ弁護人による弁護を受けること、又はその者に資力が乏しく、司法の利益において必要と認められる場合には、無償で弁護人を付されること」とされている。また、ドイツ刑事訴訟法\*\*137条では、「被疑者・被告人は、手続のどの段階においても、弁護人の援助を受けることができる」と定められている。

これらにより、弁護人は、制度上、ヨーロッパ及びドイツの手続法において比較的によく確保されている。しかし、個別に見ると、多くの問題が残されている。弁護人には、具体的にどのようなことが許されているのか。弁護人の法的権限の限界はどこにあるのか。

この点について、ドイツでは激しい論争があるが、大抵は**弁護人の機関的地位**をめぐる対立といつてよい。

刑事弁護のこのような大きなテーマの中から、本稿では、個別の観点、すなわち刑事手続における**合意**の問題に重点を置く。これは、ドイツ刑法上、**刑事手続**における**申合せ**とも呼ばれる。両概念は、同じである〔本稿では、「合意」に統一する〕。かつては、「取引」と呼ばれることもあった。この取引という表現は、この間、

---

\*\* 本稿における条文表記は、特に断りがない限りドイツ法のものである。以下、国名表記は省略する。

大抵は合意が非公然に行われる場合、つまり法律上の規定によらず非合法に——いわば、手続関係人の間で密かに約束が取り決められるという形で——行われる場合を指すものとなった。

刑事手続における合意に関する規定（刑訴160 b 条，202 a 条，212 条，257 b 条）は、ドイツでは、2009年に、立法者より刑訴法に導入された。しかし、〔それらにより〕若干の「基準」が確立されたのみであり、詳細については、この間にも激しく争われている。つまり、合意に関する法学的対立は、その影響力において、刑事弁護人に関する問題に引けを取らないものとなっている。本日は、双方の問題を組み合わせ、合意による手続処理の場合における刑事弁護人の役割について、をテーマに論じてみたい。

そこで、この点について、以下の問題領域を明らかにしなければならない。

- (1) 刑事弁護人の法的地位は、ドイツの手続法上どのようなものとされているか。
- (2) ドイツの刑事訴訟における合意の基本的な規定はどのようなものか。
- (3) 特に弁護人にとってどのような帰結が導かれるか。

問題を明確にするために、3つの事例を挙げてみよう。

事例①：Aは、持凶器強盗罪（刑250条1項1 a号）を実行したとして起訴されたが、公判では、Aの犯人性を証明することが困難であることが判明した。強盗犯人はマスクをしており、Aは、事件に関わっていないと主張した。公判では、強盗を目撃した多くの証人が、マスクをした犯人は武器を所持していたと証言したにもかかわらず、裁判所は、弁護人に対して、Aがマスクをした犯人が自分であると認めるのであれば、武器所持による強盗の加重要素（刑250条1項1 a号）を落とし、Aを単純強盗罪（刑249条）についてのみ審判することを提案した。被告人は、その提案に応じて自白し、裁判所は、これに基づいて比較的軽い刑に処した。判決理由では、武器所持は証明されなかったと判示された。このような合意に応じた弁護人の行為は、正しかったか。

事例②：裁判所は、刑訴法257 c 条による合意の方法で、弁護人及び検察官との間で、被告人に有利な判決を下すことで合意した。判決宣告後に、全ての手続関係

人は、判決ができる限り迅速に確定することを希望した。この目的を実現するために、弁護人は、公判が終了した直後に被告人を代理して控訴し、そのわずか54分後にこれを取り下げた。これにより、判決は確定したことになるか。また、このような弁護人の行為は適法か。

事例③：裁判所は、被害額の大きい詐欺罪の手続において、公判外で非公然に、検察官及び弁護人との間で、被告人が自白するならば、執行猶予を付けることが可能な2年以下の自由刑とすることを合意した。裁判所は、公然の合意を避けたかった。なぜなら、公開の場で合意手続を行えば、大きな反響を呼び、マスコミに激しく叩かれることが予想されたからである。したがって、裁判所は、公判で、公式には刑訴法257c条による合意の協議は行われていないとする、嘘の報告を行った。被告人は、公判で、「公訴事実のとおりです」と供べた。これに応じて、裁判所は、〔被告人を〕2年の自由刑とし執行猶予を付した。被告人とその弁護人は、感激した。なぜなら、彼らは、非常に重い自由刑（実刑）を覚悟していたからである。弁護人は、依頼者を正しい方法で援助したのか。弁護人は、裁判所の措置に干渉しなければならなかったのではないか。また、弁護人は、少なくとも非公然合意に自らは関与しなかった場合に、〔異議を述べるなどして〕介入しなければならないか。

## II. 刑事弁護人の法的地位

まず、刑事弁護人の法的地位について検討する。弁護人は、国家の司法の一部をなすものか、又は国家の刑事訴追機関と相対する単なる敵でしかないのか。テーマについてよく知らない者は、この基本問題が刑事手続法規定及び補助的に実体刑法においても明確な答えが示されていると考えるであろう。しかし、手続法には、刑事弁護人の法的地位に関する記述はなく、実体法にも、この点で役に立つ規定はない。確かに、刑事弁護人は「処罰妨害」(刑258条)をしてはならないという点では一致しているが、しかし、「妨害行為」とは何かについては明確にされていない。確かに、犯人を「不法に」援助するような「不法な」刑事弁護は、処罰の対象となるものと考えなければならない。しかし、「不法＝不許容」とは何か。この点で、

やはり争いがある。つまり、結局、実体法も、刑事弁護人の法的地位に関する回答を示してはいない。弁護人は一般原則に拘束されるというのは、自明の理であるが、そこから明確な回答が出るものでもない。

したがって、通説は、弁護人の法的地位及びその法的権限の限界は、その任務及び権限の総体から読み取るべきものとする。弁護人の機能の総体から導かれるべき刑事弁護人の法的地位は、私たち学理が示した上位概念であり、それによって、弁護権の評価に際し、刑訴法上未決定とされている隙間を埋める、というのである。

前述のとおり、全ての被疑者・被告人は、手続のどの段階でも弁護人の「援助」を受けることができる（刑訴137条1項）。したがって、弁護人は、被疑者・被告人の「援助者」と呼ばれる。被疑者・被告人は、法治国家において、手続の客体にとどまらず、手続の主体である。すなわち、被疑者・被告人には、手続に決定的に影響を与える機会が保障されなければならない。真実発見のためであればどんなことをしてもよい、というわけではない。

国家の刑事訴追機関と被疑者・被告人との武器対等性は、当事者主義によらないドイツの刑事手続では、常に完全に実現されるべきとまではいえないが、基本的に追求されるべき手続目標である。被疑者・被告人は、自分ひとりでは、十分な防御をなしえない。被疑者・被告人は、法的素養を欠いており、また、客観的に対処するためには、余りにも被疑事実に関わりすぎている。弁護人は、依頼者のこのような短所を補うことを任務とする。

以上の点に争いはない。しかし、弁護人は「援助者としての地位」を超えて、非当事者的な（公的）利益にも配慮しなければならないかという点には、争いがある。

連邦通常裁判所及び連邦憲法裁判所、及びドイツの通説は、弁護人は「援助者」であるのみでなく、「司法機関」でもあるという<sup>(1)</sup>。

これにより、弁護人は、被疑者・被告人の私的利益のために活動するのみならず、公的任務も果たさなければならない。最優先の公的利益とは、刑事司法の法治国家

---

(1) RG JW 1926, 2767が最初であり、以後、 BVerfG 34, 293, 300; BVerfG NJW 2006, 3197; BGHSt 9, 20, 22; 46, 36, 43などで判示されている。

性の保障である。これによれば、弁護人は、上辺のみ、国家の訴追利益に対抗して活動するにすぎない。現実には、片面的な支援とこれに伴う武器対等性は、社会の利益でもある。民主主義的社会として、全ての市民は、手続の司法形式性（合法性）が保障されることを望んでいる。

しかし、弁護人は、被疑者・被告人の利益に配慮するのみならず、刑事司法の機能性に向けた法共同体の利益にも配慮しなければならない。この特別の義務的地位により、弁護人は、司法機関と呼ばれる。

ドイツの学説上、幾人かの論者は、弁護人の機関的地位を完全に否定し、弁護人を純粹な代理人として位置付けようとしている。この考え方によれば、弁護による利益は、被疑者・被告人のためのみにある。被疑者・被告人は、自己の利益を自律的に決定することができるのでなければならない。弁護人は、単に、被疑者・被告人の援助をするのみである。それを超える公的目的への拘束は、訴追側と弁護側との必然的な対立を曖昧にさせる。したがって、弁護人には、例えば嘘を用いることも許されるという<sup>(2)</sup>。

近時有力となっている見解は、基本法2条1項〔人格の自由な発展〕と法治国家原理から導かれる公正手続との組合せを重視している<sup>(3)</sup>。一見すると、そこから既に、合法的な刑事弁護はどのように行わなければならないかが導かれる。全ての訴訟活動は、それが弁護の目的に適っており、明示の法的禁止に反しない限り、適法であるとされる。

私は、この見解も説得的でないと思う。なぜなら、刑法258条という中核的な刑罰規定からは、何が禁止され、何が許されるのかが、およそ認識できないからである。

私自身は、以前から、限定的機関説<sup>(4)</sup>を主張し、今でも、この考え方が正しいも

---

(2) 特に、Bernsmann, StraFo 1999, 226; Ostendorf, NJW 1978, 1349.

(3) 代表的な文献として、Jahn, in: Gaier/Wolf (Hrsg.), 25 Jahre Bastille-Entscheidungen - Quo vadis Anwaltschaft, 2015, S. 94.

(4) 詳細は、Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren, Funktion und Rechtsstellung, 1980, S. 50 ff, 143 ff, 258 ff; ders., Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 150 ff.

のと信じている。この考え方は、弁護人の機能及び法的権限に関する議論を明確にさせるものである。これによれば、弁護人は、一方では被疑者・被告人の援助者であり、他方では「限定的な」司法機関であると理解されなければならない。

1. 弁護人は、その援助者的機能において、依頼者の利益を適切に擁護しなければならない。弁護人は、このような任務を、自身が依頼者より独立であるという場合に限り、最善に果たすことができる。私見は、このような理解は、ドイツの手続法の総体から導かれるべきものと考えている。弁護人は、既にこのような依頼者からの独立性のゆえに、司法機関と呼ばれるべき者である。つまり、これによって、弁護人は、全面的に依頼者の希望に沿うべきことを、義務付けられない。弁護人は、依頼者の希望に沿うことがその防御上の立場を良くするよりも悪くすると考える場合には、依頼者の意思に拘束されず、弁護方針を決定することが許される。例えば、極端な事例では、依頼者の意思に反してでも、証拠の取調べを申し立てることができる。ドイツ刑事手続法では、これを調整するために、依頼者は自己の弁護人をいつでも解任し、別の弁護人を選任する権利が与えられている。この規律があるため、弁護人は、最終的に、あらゆる措置を採る前に依頼者に諮らなければならない。実務では、弁護人は、少なくとも自身もそれを支持できると判断し明らかに不適法というのでない限り、常に、その依頼者が希望したとおりに行っている。

2. しかし、これによってもまだ、弁護人の公的任務が全て記述されたわけではない。これに加えて、弁護人は、確かに、刑訴法上特別の特権を与えられているが、この特権を濫用しないことも義務付けられる。弁護人は、例えば、記録を閲覧し（刑訴147条）、拘留所で依頼者と立会いなく接見することができる（刑訴148条）。更に、弁護人は、およそ一般的に、被疑者・被告人と自由かつ無制約に交通する権利も有する。

しかし、私見によれば、これらの特権は無償のものではなく、弁護人は、そのために反対給付を提供しなければならない。すなわち、弁護人は、その特別の権限及び手続進行に特別に影響を与える機会を濫用しないことを、約束しなければならない。他方、弁護人は、国家に対して、全く言いなりになるというほど強く拘束されるのではない。国家の刑罰請求に対する抵抗は、弁護人の伝統的な任務である。し

たがって、私は、弁護士は司法の核心領域を侵してはならない、という意味で理解している。それに該当しない場面では、弁護士は、国家の強制からおよそ独立して活動できるのでなければならない。

### Ⅲ. ドイツ手続法上の合意

次に、刑事手続における合意の問題へと進もう。

1. 2009年8月4日、「刑事手続における合意を規制する法律」が施行された<sup>(5)</sup>。これは、刑事訴追機関と被疑者・被告人との約束による手続進行又は終結を目的とする「合意」を、特に刑訴法257c条に定めるものである。しかし、この改正は、既に以前から行われてきた発展過程を暫定的に終結させるものでしかない。従来も、このような合意の意義は、常に高められてきた。それは、今日では、刑事手続法の独自の制度として位置付けることができ、学理の一部からの強い批判にもかかわらず、実務からもはや取り除くことができないものとなっている。強い批判（連邦弁護士会及び連邦通常裁判所からも）にもかかわらず、立法者は、判決合意手続を、手続形式の許されるべき方式であるとして承認した。

もっとも、合意に関して、訴訟の目的や原則の部分的な改正を伴うような独自の訴訟法が定められたのではなく、既存の刑訴法規定に合意を取り込むという方法が採られた。

伝統的な訴訟原則、すなわち裁判所の真実解明義務（刑訴244条2項）は、立法者の意思によれば、この領域でも無制限に妥当するものとされる（刑訴257c条1項2文）。したがって、今後も、合意に基づく判決は、実体的真実探究という訴訟目的に適ったものでなければならない。判決の基礎となる事実を当事者の自由な処分委ねるといいうわゆる合意原理〔処分権主義〕は、意識的に取り入れられなかった。これは、特に、裁判所は、自白が提供される場合でも、直ちに合意へ移行してよいわけではなく、事前に、公訴の内容を他の証拠を手がかりに検討しておく

---

(5) BGBI I 2009, S. 2353.



なければならない、ということの意味する。

2. 連邦憲法裁判所は、合意法を、2013年3月19日の基本判決において合憲であると判断した<sup>(6)</sup>：立法者は、刑事手続における合意を手続簡易化の目的で制定することについて、十分な措置を定めて憲法上の要請が遵守されるよう配慮する限り、憲法上妨げられない。もっとも、〔連邦憲法裁判所の〕裁判官たちは、司法実務における実施上の著しい瑕疵を認めた。このような違法な実務は、「現在ではまだ」この規定を憲法違反とさせるものではないが、立法者は、この誤った展開を基本的に適切な措置によって対処し、違憲状態の発生を阻止しなければならない。ドイツの最高裁判所によるこの警告以来、合意手続への関与〔割合〕についての下級裁判所の傾向は、近時は著しく減少しているようである。裁判所は、不安定な状況にある。連邦司法省は、現在、連邦憲法裁判所のこの指導的判決が下されて以後の裁判所の合意実務の評価を始めている。つまり、ドイツ刑事訴訟における合意の命運は、目下のところまだ確定していない。今後、合意に基づいても、真実発見及び責任に応じた対応を目的とする法治国家的刑事手続が可能であるかが、明らかにされるであろう。

3. 合意手続法制化の中核規定は、刑訴法257c条である。この規定は、手続を終結させる合意が許容されることを明言し（刑訴257c条1項1文）、その適用範囲を規定している（刑訴257条2項、3項）。

a) 合意が許容されるための基本条件は、要求される行為と約束されるものとの不適切な結び付けが行われないこと、つまり、給付と反対給付との関連性が確保されることである。例えば、被告人に対して、同人の他の手続の対象である租税債務を履行すれば減刑を約束する、などという合意は許されない。

b) 合意の原則的かつ典型的な要素は、被疑者・被告人の自白である。このこと

---

(6) BVerfGE 133, 168 (評釈として *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662); *Fezer*, HRRS 2013, 117; *Fischer*, FS-Kühne, S. 203; *Globke*, JR 2014, 9; *Jahn*, JuS 2013, 659; *Knauer*, NSTz 2013, 433; *König/Harrendorf*, AnwBl 2013, 321; *Kudlich*, ZRP 2013, 162; *ders.*, NSTz 2013, 379; *Löffelmann*, JR 2013, 333; *Meyer*, NJW 2013, 1850; *Mosbacher*, NZWiSt 2013, 201; *Niemöller*, StV 2013, 420; *Scheinfeld*, ZJS 2013, 296; *Schmitt*, FS-Tolkdsdorf, S. 399; *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212; *Trück*, ZWH 2013, 169; *Weigend*, StV 2013, 424.

は、刑訴法257c条2項2文が、単に、自白は全ての合意の対象とされる「べき」であるとしか定めていないとしても、変わりはない。立法者は、この表現をもって、被疑者・被告人は、合意の利益を受けるために、絶対的に自白を提供しなければならないわけではない、ということを示した——他方、実務は、今後も、被疑者・被告人の自白を常に要求するであろう。もっとも、裁判所の解明義務からは、内容の乏しい形式的な自白のみで有罪判決に十分な根拠とすることはできない<sup>(7)</sup>。

c) 罪責認定や保安・改善処分は、合意の対象とすることができない(刑訴257c条2項3文)。このことは、例えば、事実関係も加重的要素の存在(例えば武器の携行、業務としての実行)も、当事者の処分に委ねられないということ意味する(事実に関する取引の禁止)。

d) 裁判所は、合意の協議において、刑の上限と下限を提示することのみ許され(刑訴257c条3項2文)、特定の量刑(点の刑)を示すことは許されない。提案すべき刑の範囲の確定についても、量刑の一般原則(刑46条)が妥当する。約束される刑の範囲は、決して責任に相応したものを下回ってはならない。さもなければ、法律に定めのない利益の約束となってしまう(刑訴136a条1項3文後段)。

e) また、裁判所は、自白の減刑効果に関して、過剰に大きな制裁の幅をもって合意を迫ってはならない(例えば、合意した場合は3年から5年の自由刑であるが、合意しなかったときは7年から8年とする、など)。

f) 新たな法律状況によれば、保護観察のための執行猶予(刑56条)に関する裁判も、「判決の内容」(刑訴267条3項4文)及び「これに関する決定」(刑訴268a条1項)として、合意の許される要素に含まれる。

g) 合意は、裁判所にとって、被告人と検察官が裁判所の提案に同意した時点で(初めて)拘束力を持つ(刑訴257c条3項4文)<sup>(8)</sup>。

h) 裁判所は、一定の条件の下で、合意を取り消すことができる——特に、被疑者・被告人が約束した供述を提供しない場合である(刑訴257c条4項1文、2文)。

---

(7) OLG Celle StV 2011, 341.

(8) BGH StV 2007, 619.

しかし、新法において個別事例で拘束力の消滅からどのような帰結が導かれるかは、今なお解明されていない。裁判所が合意から離脱した場合には、被告人が事前に提供した自白の証拠使用は禁止されることを定めた立法者の判断は、いずれにせよ支持すべきである（刑訴257c条4項3文）。

i) 立法者は、一連の可視化・記録化義務を定めた。公判において、裁判所は、合意に先駆けて協議（刑訴202a条，212条）が行われたのかどうか、そこで合意（刑訴257c条）の可能性が話し合われたのかどうか、そしてこれが肯定される場合には、それはどのような内容であったかを、報告する義務を負う（刑訴243条4項1文）。協議の成否に関する報告に加えて、刑訴法243条4項は、特に、合意に向けた協議が行われなかったことの報告も求めている（いわゆる消極的報告）。

j) 連邦憲法裁判所<sup>(9)</sup>は、合意法の可視化・記録化義務に対する違反を、意識的に絶対的上告理由に近付けて、いわゆる非公式合意を終局的に禁止しようとした。連邦通常裁判所の以前の判例に反して、刑訴法243条4項1文の（消極的）報告義務の違反は、原則として上告可能となる。なぜなら、この場合、憲法裁判所の見解によれば、刑訴法257c条に対する違反への刑訴法337条の意味での判決の因果性は、大抵は排斥できないからである。

k) 法律は、合意が行われた場合には、上訴放棄を一般的に否定している（刑訴302条1項2文）。

l) 合意は、被告人と検察官が裁判所の提案に同意したときに成立する（刑訴257c条3項3文）。弁護人の同意は必要でない。

m) 合意手続法制化の本質的な目的には、密かな（非公然合意又は「取引」とも呼ばれる）、場合によっては違法な内容を伴う合意を、それが不適法であると示し、法的拘束力を与えないことによって禁止するという立法者の関心が含まれる。連邦憲法裁判所も、この点を、合意法に関するその基本判決で明らかにしている：裁判所側も、被疑者・被告人側も、違法に行われた約束が履行されることについて、法的利益を持たない。したがって、被疑者・被告人は、公正裁判の観点において、自

---

(9) BVerfGE 133, 168.

身がした違法な約束の部分に拘束されない。裁判所も同様である。被告人に有利な密かな「取引」の場合には、その約束に基づく自白は使用不能であり、上訴放棄が表明されたときは、それは無効であるとしなければならない（刑訴257c条4項3文、302条2文類推）。そうでなければ、密かな合意は、上告裁判所の規律を免れることになるか、又は少なくとも——自白が使用可能とされるならば——（ここで違法に行為している）訴追機関にとって全く「リスクを負わないもの」となってしまうであろう。

#### IV. 合意手続と王冠証人規定との関係

ドイツの立法者は、刑事手続における合意の法制化により、王冠証人規定の格上げに反対する判断をした。日本の刑事手続で非常に重要なものと〔して新たに導入〕される王冠証人規定は、ドイツでは、非常に低い役割でしかない。その適用範囲は、現在の立法期において、「犯罪関連性」の要件が付加的に導入されることにより、一層限定されることとなった。

刑法46b条1項は、「裁判所は、行為者が、刑訴法100a条2項に該当する犯罪で、自身の訴追されている犯罪と関連するものについて、自分の知っていることを任意に陳述してその解明に本質的に寄与した場合には、刑法49条1項により刑を減輕することができる」と定めている。

王冠証人規定の適用範囲の限定は、特に、合意手続と対比したときの次のような王冠証人規定の欠点から導かれる。

— 刑法46b条では、刑訴法100a条2項に該当する犯罪、つまり重大犯罪で通信傍受を命令することができる犯罪を対象としなければならない。したがって、大半の犯罪は除外される。これに対して、合意手続は、全ての犯罪で可能である。これは、特に捜査手続に関して重要な意味を持つ。なぜなら、ドイツでは、この手続段階における「話し合いによる」解決は、ほぼ軽微な犯罪から中程度の犯罪までについてのみ行われるからである。重大な犯罪は、証明可能である場合には起訴される。この場合には、捜査手続中の合意に向けた協議はおよそ成果を得ない（ただし、麻

薬犯罪，国家保護犯罪，テロ犯罪など，わずかな例外はある）。

— 情報の提供は，公判開始が決定される前までに行われなければならない（刑46b条3項）。したがって，王冠証人規定については，公判段階が大抵除外されることになる。前述のとおり，重大犯罪の場合の合意は，——そもそも行われるとしても（陪審裁判所の事件では事実上行われない）——公判段階で初めて問題となる。ドイツの多くの大規模な経済事犯では，公判は，何とか合意に向けて努力するということにより，特徴付けられる。

— 刑法46b条は，「任意規定」でしかない。合意手続では刑の上限について合意するのが典型であるが，王冠証人規定にはそのような定めがない。王冠証人では，被疑者・被告人は，自分の協力に対してどれほど恩典が与えられるのか，不確定である。〔これに対して，〕合意手続では，刑の上限が合意されることにより，その点を計算できるのである。

— 王冠証人が情報を提供すべき犯罪は，**自身の犯罪と関連していなければなら**ない。この〔2013年に〕新たに導入された条項は，〔王冠証人が，〕第三者を罪に陥れる虚偽の供述を行い，これによって全く関わりのない自身の行為について利益を得るといふ濫用を阻止すべきものとされている。ドイツでは，過去の暗い経験から，刑事法学説上，王冠証人に対する強い不信の念が支配している。二つの支配者（ヒトラー，東ドイツ）が，深い傷跡を残した。立法者は，この見解を，犯罪関連性要件を導入するという限度で採り上げた。

— ドイツ刑訴法257c条の合意実務では，他人の犯罪の情報を提供することは重要でない。しかし，私は，今後ドイツにおいても王冠証人規定が再び拡充され，これにより新たな国際的犯罪現象に有効に対処できるようになることが，あり得ると考えている。テロ犯罪は，実効的な刑事訴追を改めて要請するであろう。

— 私は，日本の王冠証人規定は，ドイツのものと相当に異なるものと思う。日本の規定は，適用範囲が一層広い。それは，市民が刑事訴追機関に対して与える信頼が，日本ではドイツよりも明瞭であるという喜ばしい印象を与える。〔日本では，〕見る限りでは，過去において刑事司法につき〔ドイツよりも〕良い経験を有してきた。日本では，弁護人の同意がなければ合意が不可能であるという点も，非常に良

と思う。これによって、濫用に幅広く対処されるものと思われる。

## V. 弁護人の合意への関与

合意の全ての法的規定が遵守される限り、弁護人は、その成立に関与することが許される。この場合の制限は、弁護人は常に被疑者・被告人にとって有利な解決を追求しなければならない、ということのみである。このことは、弁護人の援助者の地位及び（限定的）司法機関としての地位から導かれる。後者は、社会の利益において**弁護の実効性**を保障するものである。

これに対して、法学的にまだ探究されていない領域で、弁護人は、全ての関連する規定が遵守されているわけではないと考えているにもかかわらず、他の刑事訴追機関との合意に関与することが許されるか、という問題に突き当たる。

— この点は、純粹な代理人説からはあまり問題にはならない。同説によれば、弁護人は、——被告人自身と同様に——被告人に有利となる全てのことを行うことができる。

— 逆に、極端な機関説の支持者は、弁護人は全ての法的要件を満たしてはいない合意に関与することをおよそ禁止される、との結論に至るであろう。ドイツでは、このような結論をはっきり主張する者はまだいない。しかし、私は、この解決が、支配的な機関説からの一貫した結論であると思う。

— 私見のような限定的機関説からは、大きな課題を克服しなければならない。それは、比較的軽微な違反と重大な違反とを区別することである。軽微な違反は、甘受することができる。そのような軽微な違反では、司法の実効性は脅かされない。したがって、社会は、弁護人にそのような法違反を許すであろう。

これに対して、合意の本質的規定に対する重大な違反がある場合には、結論は異なる。そのような違法な合意は、真実と正義を希求すべき制度としての刑事手続の機能を侵害する。これによって、司法の実効性はその核心領域において脅かされる。限定的司法機関たる**弁護人は、そのような訴訟行為に関与してはならない。**

同じような区別は、この点で平行する、裁判官はどのような場合に違法な裁判に

よって刑法339条の意味での枉法罪を実行したことになるのかという問題に関する争いにも存在する。連邦通常裁判所の見解によれば、公務員は、意識的かつ重大な態様で法及び法律に違反した場合に限り、枉法罪を実行したものとされる。(法を)「枉げる」という構成要件要素は、この点で規範的要素を含んでいるが、それによれば、本質的な法違反及び明白な恣意的行為のみが包摂される<sup>100)</sup>。私は、弁護人はどの範囲で違法な合意になお関与してよいかという点が問題となる限り、そこから、弁護人にとっても同じ限界付けが導かれると考える。

もっとも、私見によれば、機関的地位からは、不作為義務のみが導かれる。弁護人は、合意規定の本質的な基本原則を無視したような合意に積極的に関与することは許されない。これに対して、他の訴訟関係人(例えば検察官、裁判所、共同被告人)が違法な行為を行う場合に、受動的な立場でいることは許される。弁護人は、積極的な行為により依頼者の利益を損なうようなことを決して強制されてはならない。

私は、本稿で述べた準則が特にドイツの刑事法学説において既に合意の問題以外で非常に争われていることを、認めざるを得ない。私は、今、違法な合意への関与という新たな領域に目を向けたとき、議論がどのような経過を辿るかに注目している。判例及び学説は、この点について、まだ議論の緒に就いたばかりである。目下のところ、何も解明されていない。したがって、私は、設問に対する明確な回答を簡単に示すことはできない。私は、本日、どれほど大きな課題が限定的機関説を基礎にしてもなお克服されなければならないかを示唆することしかできない。

## VI. 事例の解決

### 事例①：

この事例では、裁判所は、他の点は適切な協議の範囲内で、自白に対する反対給付として、加重的要素の履行に関する公訴事実を落とすことを提案している。この

---

<sup>100)</sup> BGH NStZ-RR 2010, 310.

点で、不適法な合意に当たる。責任主義からは、被告人は、自身の責任より不相応に〔重く処罰されてはならないのみならず〕軽く処罰されてはならない。立法者は、刑訴法257c条2項3文で、罪責の範囲に関する合意を明示で禁止している。裁判所の解明義務(刑訴244条2項)も、刑訴法257c条1項2文の明示の規定により、そのまま妥当している。

公判において複数の証人がはっきりと被告人の行為を供述しているから、裁判所は、武器を携行していた点の証明を難なく行うことができた。つまり、事例①で行われた合意は、責任主義及び職権解明原則の双方に違反しており、明らかに違法である。

合意に基づいた判決は、被告人にとって有利ではあったが、しかし、弁護人は、立法者がはっきり禁止したこのような不適法な手続の解決に、積極的に関与してはならなかった。私が主張する限定的機関説によれば、弁護人は、司法の実効性の核心領域を脅かすような行為をすることを禁止される。刑事手続は、真実と正義の探求に向けられたものである。刑事弁護人も、核心領域においてはこの点を尊重しなければならない。弁護人は、真実の探求を著しく害することは、全て控えなければならない。したがって、弁護人は、——被疑者・被告人とは異なり——嘘をつくこと、嘘を唆すこと、嘘を支援することを禁止される。これに対して、弁護人は、機関説からも、積極的な公表義務までは負わない。

事例①では、弁護人は、積極的な行為により不適法な手続的合意に関与した。刑訴法257c条の法規定からは、責任主義——これは憲法上の原則と位置付けられる——及び裁判所の職権解明原則の遵守は、法治国家に適合した合意規定の支柱である。したがって、これらに対する違反は、適切な刑事司法の核心領域を脅かす。それゆえ、(限定的)司法機関たる弁護人には、このような合意に積極的に関与することは禁止される。これに対して、裁判所が自発的に武器所持強盗の点について真実に反して無罪とした場合には、弁護人は、当然ながらこれを阻止すべき必要はない。私見によれば、機関的地位からは、不作為義務のみが導かれ、作為義務は生じない。



事例②：

上訴放棄〔の合意〕は、刑訴法302条1項2文により許されない。合意された事例でも、控訴及び上告の提起に関して、1週間の期限が適用される（刑訴314条1項、341条1項）。本設例では、弁護人は、1週間の期間規定を潜脱するために、「トリック」を使った。弁護人は、放棄をしたのではなく、まず判決宣告期日に上訴を提起し、わずか54分後にこれを取り下げた。〔確かに、〕上訴取下げは、刑訴法301条2項の文言上禁止されていない。

しかし、私見によれば、上訴提起に続く直後の上訴取下げは、刑訴法302条1項の潜脱である。法的禁止のこのような潜脱は、権利濫用に当たる。したがって、的確な見解に従い、双方の行為（上訴提起とその直後の取下げ）の組合せは、機能的にみて上訴放棄に匹敵するものとして、やはり無効と解される。上訴取下げは無効であるため、上訴に関し依然として裁判所が裁判しなければならない。

しかし、これによってもまだ、弁護人の行為は許されないものでもであると断言できるわけではない。つまり、弁護人が1週間の期間をその依頼者の利益において短縮しようとした点を、考慮しなければならない。検察官がことによるとまた別の考えを持ち、被告人に有利な判決に対して上訴を提起するという事態は、避けなければならない。被告人に有利な行為は、刑事弁護人の独自の任務に属する。他方で、私が主張する限定的機関説によれば、弁護人は、それが極端な濫用に当たる場合には、違法な行為を禁止される。私は、上訴放棄禁止の「トリック的な」潜脱は、適切な真実発見の核心領域を脅かすものではないと思う。したがって、私見によれば、弁護人は、刑訴法302条1項2文のこの潜脱に関与することを禁止されない。ここで確認すべきなのは、司法機関たる弁護人は、訴訟上無効な訴訟行為を全て禁止されるというわけではない、ということである。判決が被告人に特に有利であった場合に、被告人は、一旦上訴を提起し、それに引き続いて上訴を取り消すことにより、確定力発生の外観を引き出すことができる。他の（計画を知らされた）手続関係人はこの措置の無効を非難しなかったから、弁護人は、これにより、その事実上の確定という目的を実現したのである。

もっとも、ドイツの裁判実務は、判決を維持させるために他の方法を選択した。

実務は、上訴放棄のみを禁止するという規定の文言に固執した（刑訴302条1項2文）。上訴取下げは上訴放棄ではないから、法律上禁止されない<sup>(1)</sup>、というのである。つまり、被告人がまず上訴を提起し、そして直後に（連邦通常裁判所で裁判された事件でも54分後に）約束に応じてこれを取り下げた場合でも、法律の濫用的潜脱には当たらず、むしろ、上訴期間が経過する前に、適法に、即時の確定がもたらされたものとされた。

私は、この判例は誤りであると思う。判例は、上訴取下げの潜脱的な視点を見誤っている。しかし、判例は、刑訴法302条1項2文のこの潜脱を既に初めから否定し、これによって手続関係人らの戦略を「承認」したのであるから、弁護人に対しても、許されない行為であると非難することはできない。極端な機関説を基にしても、弁護人は、この方法で、依頼者に特に有利な判決を確定させることができる。

結論として、弁護人は、事例②では許される範囲で行動したこととなる。

#### 事例③：

この事例では、裁判所は、いわゆる「取引」を行った。これは、手続関係人との間で、手続結果について行われたものであり、その際、刑訴法257c条の規定は遵守されなかった。

一般の見解によれば、そのような判決は許されない。連邦憲法裁判所は、そのような不適法な「取引」を回避することは司法の中核的任務である、と判断している<sup>(2)</sup>。

ミュンヘン高等裁判所は、非公然の合意に基づいた原判決を、憲法裁判所の判決に依拠し、無効性の（例外的）裁定によって裏付けた。なぜなら、原判決は、合意に関する各々の法的要件が全く無視されたまま下されていたからである<sup>(3)</sup>。裁判所は、公開義務、記録化義務、告知義務、教示義務に加えて、一層の解明が明らかに

---

(1) BGHSt 55, 82.

(2) BVerfGE 133, 168, 212 ff. この点について詳細は、*Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 662, 671 f. また、BGH StV 2015, 153も見よ。

(3) OLG München NJW 2013, 2371. 肯定的評釈として、*Förschner*, StV 2013, 502, 否定的評釈として、*Meyer-Goßner*, StV 2013, 613. 更に否定的見解として、*Leitmeier*, NSTZ 2014, 690.

必要であったにもかかわらず、その裁判を被告人の不十分な供述にのみ基づいて下しており、その供述の実質的な正確性について「自ら判断」していなかったのである。

すなわち、非公然の「取引」は、不適法な手続終結のやり方である。弁護人は、どのような場合にも、そこに積極的に関与してはならない——たとえその判決が依頼者に有利であったとしても、である。そのような行為により、**真実探究と正義とに向けられた司法の核心領域は、明白に危険に晒される。つまり、弁護人には、(限定的) 司法機関として、裁判所とのそのような取引に応じることが禁止されている。**

このような明白な事案では、弁護人は、事情により、さらに処罰妨害罪(刑258条)で処罰される可能性もある——また、枉法罪の幫助犯(刑339条, 27条)の可能性もある。そして、弁護人が処罰されるリスクは、裁判官の場合よりも高い。なぜなら、確立した判例によれば、刑法339条——これに応じて刑法258条の場合も——について、裁判官には、いわゆる裁判官特権が適用されるからである。これによれば、裁判官は、**確定的故意**をもって行った場合にのみ、構成要件に該当するとされている。しかし、この裁判官特権は、弁護人には保障されていない。つまり、**弁護人には、取引への関与により処罰妨害罪(刑258条)、職務上の処罰妨害幫助(刑258a条, 27条, 28条)、枉法幫助(刑339条, 27条)で処罰される可能性がある。**これに対して、「取引」に関与した裁判官には、そのような虞はない<sup>44)</sup>。

もっとも、ドイツでは、従来、許されない公然の合意又は非公然の合意への関与を理由として刑事手続にまで至った例はない。議論は、まだ進行中である。私は、**弁護人は結果として(刑法を通じて)司法の適法性を裁判官よりも強く保障すべきことになる点は、問題である**と思う。しかし、処罰の危険は、**ダモクレスの剣のごとく、弁護人の側に突き付けられている。**

つまり、合意手続の法規定は、**弁護人が不適法な弁護活動によって被疑者・被告人を適切な刑罰から免れさせた場合に、処罰妨害罪により責任を問われる弁護人の**

---

44) ミュンヘンの違法な取引の事例(OLG München NJW 2013, 2371)では、裁判官に対する刑事手続は、開始されなかった。ミュンヘン検察の報告(StV 2014, 569)を参照。

リスクを、無視できないほど高めるものである。ドイツの学説では近時、この点が指摘されるようになってきた<sup>(5)</sup>。

以上のことから、事例③における弁護人の行動は、その機関的地位に適合しない。もっとも、事例③でも、刑事弁護人は禁止される取引への積極的な関与のみ禁止されることは、強調しておかなければならない。他の手続関係人の非公然の合意で弁護人に明示の同意が求められない場合（例えば裁判所、検察官、共同被告人が非公然に合意する場合）には、弁護人は、これを受動的に受け入れることのみは許される。限定的機関説は、被告人の利益に反する何らの作為義務も基礎付けるものではない。

## VII. ま と め

機関的地位には、長所もあれば短所もある。主な短所は、弁護人と依頼者との部分的な齟齬が生じることと、それに伴い両者間での信頼関係が害されることであろう。しかし、このような齟齬は、多くの長所も持つ。私見では、全体としてそれが短所を補うものともなる。一義的には、信頼の前渡しが挙げられる。これは、弁護人に、弁護士としての権利を行使することを認め、許すものである。全体として、ドイツの刑事手続は、法的平和（平穩）を創設する尊重すべき制度であり、これに伴う大きな目的、すなわち真実の解明と適切な判決発見とが実現される。

したがって、弁護人は、司法の実効性をその核心領域において害する全ての行動を控えなければならない。

これに対して、王冠証人規定は、ドイツの刑訴法ではほとんど重要とされていない。王冠証人規定の適用範囲に関する条件は、刑法46b条において、合意規定と比

---

(5) 基本的な文献として、*Fahl*, in Engländer/Fahl/Satzger/Swoboda (Hrsg.), *Strafverteidigung - Grundlagen und Stolpersteine*, Symposium für Werner Beulke, 2012, S.17 ff. この点について、*Beulke*, *Strafprozessrecht* (Fn. 4), Rn. 396 f; *Beulke/ Ruhmannseder*, *Die Strafbarkeit des Verteidigers*, 2. Aufl. 2010, Rn. 123a; *Schlothauer*, in Niemöller/Schlothauer/Weider (Hrsg.), *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren*, 2010, Teil D, Rn. 1 ff も見よ。

べて非常に限定的に規定されている。もっとも、ドイツでは、合意に向けた傾向も、連邦憲法裁判所のこの点に関するどちらかといえば批判的な判決が出て以後は、裁判所において低下しているようである。

合意の領域でも、司法機関たる弁護人には、単なる利益代理人よりも多くのことが求められる。弁護人は、法規定の本質的要素を無視した合意に意図的に関与することを禁止される。

この一般的ルールにより、弁護人には、裁判所及び検察官がある加重的要素の証明可能性を前提にしているにもかかわらず、この加重的要素を「合意」の方法で除外することが禁止される。なおのこと、弁護人は、いわゆる「取引」、つまり非公然の合意を、完全に排除しなければならない。このことは、確かに、個別事例では、弁護人に、好ましいというよりも高度の抑制を求めるものであるが、全体としては、その訴訟上の影響機会を強化するものである。司法は、「司法機関」に対して、利益代理人に対してよりも多くの信頼を与える。このことが、被告人にも支援となる。

適切かつ実効的な弁護のためには、嘘をつく権利、及び合意の範囲で強制的かつ本質的な手続規定を無視する権利を必要としない。もっとも、弁護人がなお関与してよいものと、明白に「レッド・カード」を突きつけられるものとの限界がどこにあるのかは、判例及び学説による解明が必要である。この点で、私たちは、新たな問題に突き当たっている。本稿は、未開の領域に向けた手探りの第一歩と理解すべきである。この点に関する活発な議論を期待したい。

## 〔訳者あとがき〕

以上は、2016年2月8日に大阪弁護士会で開催されたヴェルナー・ボイルケ教授 (Prof. Dr. Werner Beulke) の講演 “Auswirkungen der Rechtsstellung des Strafverteidigers auf seine Mitwirkung an einer Verständigung im Strafverfahren” を、原注も含めて邦訳したものである。

原著者ボイルケ教授は、ドイツ連邦共和国・パッサウ大学法学部名誉教授（法学博士）であり、弁護士である（詳細は、近畿大学法学61巻4号〔2014年〕81頁以下、

法律事務所ウェブサイト <http://www.beulke-strafverteidigung.de/beulke> を参照)。1945年1月12日にベルリンで生まれ、1974年に法学博士学位を取得し、1978年11月27日に教授資格を取得した（刑法、刑事訴訟法、犯罪学）。1979年にコンスタンツ大学教授に就任、翌1980年から2011年3月までパッサウ大学法学部正教授として研究・教育等に大いに活躍した。研究の主要な領域は、実体刑法、刑事訴訟法、少年法であり、近年は経済刑法にも精力を注いでいる。長年、数多くの祝賀論文集や専門雑誌への論文の寄稿と並んで、多くの著作を公刊してきている。同時に、報告者等として多くの専門会議やシンポジウムに参加するとともに、ドイツ連邦弁護士会刑法委員会の常任客員会員を務め、また、刑事法専門弁護士の教育にも講師を務めるなど実務家養成にも積極的である。大学法学部での教育者としては、3人の教授資格取得者のほか、130人以上の法学博士学位取得者を指導してきた。講座教授を定年後は、主に経済事件の鑑定者、助言者、弁護人を務めつつ執筆活動や講義・講演活動を行っていたが、2012年7月にミュンヘン弁護士会に弁護士登録し、自身の法律事務所を設立して弁護士（特に経済事件専門）としても本格的に活躍するに至っている。

教授の著作のうち、『ドイツ刑事訴訟法』（第13版〔2016年〕、C. F. Müller Verlag, Heidelberg. 第11版の翻訳として、加藤克佳＝辻本典央〔訳〕(1)－(8・完) 近畿大学法学61巻4号〔2014年〕81頁－64巻2号〔2016年〕99頁がある）は、ドイツ刑事訴訟法教科書のスタンダードであるといってよい。また、教授資格論文である『刑事手続における辩护人——その機能と法的地位』（1980年、Metzner Verlag, Frankfurt am Main）では刑事辩护人の機能と法的地位を包括的に考察し、以降も関連する注目すべき著作を公刊してきている。このように、教授は、ドイツ刑事訴訟法学、特に刑事辩护人論についての第一人者であるといえよう。

日本は、長い間、ドイツ刑事法学の強い影響を受け、また、ドイツとの学術交流も頻繁に行われてきた。理論面・実務面のみならず、わが国で近時進められた新時代の刑事司法制度改革のための立法の検討にあたって、比較法研究の対象として、英米法と並んで、大陸法の主砲としてのドイツ法が参照されることがしばしばみられた。本稿は、初来日された教授が、ドイツの刑事辩护人の法的地位・機能を論じ

た上で、合意による刑事手続処理のあり方を考察し、その場合における刑事弁護人の役割について具体的に検討したものである。いずれも重要なテーマであるところ、それら双方の問題をいわば組み合わせて論究していることに、大きな意義・特色があると見てよい。もとより、ドイツの刑事弁護人論を参酌するには、わが国の刑事訴訟構造や関連諸規定との違い等を踏まえた検討が必要であるが、教授の限定的機関説は、わが法にも多くの示唆を与える。また、ドイツの合意制度は、専ら自己負罪型であり、わが国で導入されることとなった日本版「司法取引」制度（捜査・公判協力型協議・合意制度。刑訴350条の2以下）とは異なるが、その基礎にある考え方からは学ぶべきところが多く、加えて、ドイツにはいわば捜査・公判協力型ともいうべき王冠証人規定も存在することから、わが国における新制度の下での刑事弁護人の活動のあり方を考える上で有益な知見が得られるであろう。

なお、ボイルケ教授は、今回の来日時に、2015年度第4回一橋大学政策フォーラム「国際シンポジウム：刑事弁護人の役割——そのとき、弁護人はなにをすべきか？」（一橋大学大学院法学研究科、2016年2月5日）において、講演“Funktionen und Stellung des Verteidigers im deutschen Strafverfahren — eine bis heute aktuelle Kontroverse”（「ドイツ刑事手続における弁護人の機能と地位——今日までの論争——」）を行った（加藤克佳＝辻本典央〔訳〕一橋法学16巻1号〔2017年〕掲載予定）。併せて参照して頂ければ幸いである。