

◆ 翻 訳 ◆

捜査手続における警察による 被疑者の初回尋問とその際の 国選弁護人の選任に関する法改正

— 公正な手続の強化に成功したか、
それとも新しい革袋に古い酒を入れただけか？ —

ヴェルナー・ボイルケ

法科大学院教授 加藤 克佳〔訳〕

Übersetzung

Werner Beulke, Die Neuregelung der Pflichtverteidigerbestellung bei polizeilicher Erstvernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren – Gelungene Steigerung der Verfahrensfairness oder alter Wein in neuen Schläuchen?

Übersetzer: Katsuyoshi Kato

目 次

- I. はじめに：問題となる事例
- II. 国選弁護制度の創設と改革
- III. 関連する刑事訴訟法規定の解釈とPKH指令4条4項・5項
- IV. 冒頭事例における国選弁護人選任の必要性
- V. おわりに：事例の解決策



ボイルケ教授

I. はじめに：問題となる事例

捜査手続において警察による被疑者の初回の尋問を行う前に国選弁護人（公選弁護人）を任命することをめぐる論争は、ここでは古典的問題の1つであるが、解決までには今なおほど遠い。この問題を理解するために、次のような事例を想定してみよう。

ある夜、Nは、隣の夫婦A男とB女が大声で言い争うのを耳にし、挙句にBの悲鳴を聞いたのだが、その後は全く静かになった。それから数週間、Bが普段とは違って姿を見せなくなったことから、Nは、Aを、Bに対する殺人罪で検察庁に告発した。

担当検察官のSは、警察に、告発された事件を調べるよう指示をした。警察官Pは、Aの近所を聞き込んだところAに対する嫌疑が濃くなったため、Sに勾留命令を請求するよう提案した。しかし、Sは、Pに命じて、まず自らでAを尋問（取調べ）して「告発には理由がある」のかどうかを調べさせることにし、それによって、Aを勾留裁判官の下に引致して勾留請求すべきか否かが判断できることになるものと考えた。それに応じて、Aは、警察の捜査課に呼び出された。Pは、Aに対して、殺人容疑の被疑者として尋問を行うこと、及び、Aには供述を拒否する権利があることを告知した。Aは、即座に、「この告発はまったくでたらめだ」と発言した。すなわち、妻には自分が知らない恋人がいて、自分の下を去ってその男のところに行ってしまった、というのである。また、Aは、Pから、弁護人に相談することができることも告知されたが、自分には弁護人を雇う金はないと答えた。そこで、Pは、Aに、国選弁護人の選任を受けることができると助言した。Aがこれについて考えていると、Pは、「でも、あなたは無実なのでしょう。それなら、弁護人は必要ないですよ。」と言った。これを受けて、Aは、弁護人の援助を求めず、「権利放棄の意思表示」によって弁護人の関与がないまま供述する意思があることを示した。そのようなやり取りがあった後、Aは、Pから尋問を受け、Bとの口論やその後の数時間から数日間の自身の居場所について、矛盾を追及された。

その後、Bの死体が発見された。Aは、この間は黙秘権を行使していたのであるが、Bに対する殺人（故殺）罪で起訴された。

AがPに供述する際、彼を援助する弁護士はいなかったが、それでもなお、警察による尋問は適法だったと言えるか？

ここで冒頭に紹介した事例は、決して作り話し（全くの絵空事）などではなく、

それどころか、現在でもよく行われている犯罪解明のための戦略である。多くの人（特に法律家でない人）は、こう尋ねるであろう。すなわち、「どこに問題があるのですか？ だって、Aは、明らかにすべてに同意していますよね？」と。しかし、このような刑事訴追当局の対応が憲法、ヨーロッパ法、刑事訴訟法に照らして適法であるかどうかには、大いに疑問が残る。

Ⅱ. 国選弁護制度の創設と改革

刑事手続においては、被疑者・被告人に、訴訟主体としての地位が認められている。これは、基本法1条1項によって保障されている人間の尊厳と、基本法20条3項の法治国家の要請から導かれるものである。また、欧州人権条約6条からは、**公正な手続**を受ける被疑者・被告人の権利、いわゆる公正裁判の原則（フェアトライアル原則）も、認められている。被疑者・被告人は、訴訟の形成に積極的に関与する機会を与えられなければならない。これらの点は、自分の運命をなすがまま受け入れるしかなかった100年前とは対照的である。また、その主体的地位は、被疑者・被告人に、防御戦略を自らが決定することも保障するものである。弁護人を〔彼らに〕押し付けることは、およそ何らかの意味で、パターンリスティックな性質を持っている。〔したがって、〕このような国家の試みは、民主主義において、古くには、必然的に疑いを持たれてきた。〔しかし今日では、〕欧州人権条約6条3項c号は、訴追を受けたすべての人に対し、自ら防御すること、あるいは自らを選任した弁護人により弁護を受けることに加えて、本人が報酬を支払うことができない場合、「司法の利益のため必要なとき」には、無料で弁護人の援助を受ける権利も保障している。

欧州人権条約のこの規定は、法共同体が、その市民が刑事法上の追及を受けるときには、その者が効果的な防御をなし得ることに利益を持つことを意味している。しかし、そうなると、弁護人の援助を受けるか否かを、被疑者・被告人の意思に完全に委ねることはできない、と考えることになるはずである。

このような均衡〔利益対立状況〕において、ドイツ刑事訴訟法*は、周知のとおり、（必要的に）国選弁護人の選任を受ける権利という形で妥協点を見出した。ドイツの刑事手続の大半は、軽い犯罪や中程度の犯罪に関するものである。これらの

*訳注：ドイツ刑事訴訟法の「主な関連規定」は、本翻訳の後に掲載してある。

事件では、ドイツの刑訴法は、弁護人の関与を絶対に必要なものとはしていない。これに対して、犯罪事実が重大な事件や、被疑者・被告人自身の防御能力が著しく損なわれている場合には、法共同体は、被疑者・被告人の側に専門家の援助を付することが不可欠と考える。このような必要的弁護の場合（特に刑訴法140条に規定されている）に限り、弁護人が関与しなければならないのである。また、その場合も、まずは、被疑者・被告人が自ら依頼した弁護人（私選弁護人）が優先するのであり、被疑者・被告人が自ら選任しない場合に限り、必要的弁護事件では、刑訴法141条以下に基づき、国によって弁護人が選任されるのである（国選弁護人）。国選弁護人は、さしあたっては国から報酬が支払われる。このことは、既に述べた、弁護人の公的機能を、特に明確に表現したものである。

このようなドイツの**国選弁護人モデル**は、例えばオーストリアにも見られるが、同国では——ドイツと違って——有罪判決の場合も、被疑者・被告人は、国選弁護人にかかった費用を返済する義務を負わない。このモデルは、もちろん、貧困な被疑者・被告人を助ける唯一の方法というわけではない。〔そもそも、〕これは、当人の貧困さに連動しているわけではない。なぜなら、必要的弁護事件では、被疑者・被告人が裕福であるにもかかわらず誰も私選弁護人を選任しない場合には、国選弁護人が選任されることになっているからである。これに対して、他の多くのヨーロッパ諸国には、いわゆる**法律扶助モデル**が存在する。裕福な被疑者・被告人は、自分で自分の弁護人の費用を負担しなければならないが、貧困な被疑者・被告人は、弁護報酬の扶助を受けることができる——事件の重大性にかかわらず、すべての刑事事件において。その費用は、最終的に国が負担するのである。このモデルは、ドイツにはこれまで存在しなかった。ドイツでも、特に弁護人の公的機能を弱めるために、このモデルの導入を求める見解が主張されてきたが、しかし、少数説にとどまっている。

故殺罪は重罪（裁判所構成法74条2項4号）に分類され（刑法212条、12条1項）、第一審の公判が通例では地方裁判所で行われることから、上記事例は、必要的弁護事件（刑訴法140条1項1号及び2号）である。そして、Aが誰も私選弁護人を選任していないため、職権による国選弁護人の選任がなされることになる。

従来の法状況（2019年以前）では、捜査手続における国選弁護人の選任は、検察官の請求により、後に〔起訴された場合には〕管轄を持つ裁判所の裁判長が行っていた。検察官は、捜査手続では、必要的弁護の事例に当たると判断した時点で、この請求を行う義務があり、その請求は原則として裁判所を拘束するものとされて

いた（刑訴法旧141条3項2文）。もっとも、検察官は、請求を行うか否かを判断する際に裁量が認められ、裁判所は、検察官のその判断を包括的に審査することができないとされていた。その結果として、警察は、まず弁護人の関与なしに被疑者を尋問して、端緒の段階であった嫌疑が裏付けられるかどうかを解明することができる、という実務が行われていたのである¹。

したがって、警察による被疑者の初回尋問は、多くの場合、必要的弁護に当たる事件でさえも、弁護人の立会いなしに行われてきた。というのも、いわゆる捜査手続の主宰者²であり、「法の番人」³とも言われる検察官が、この場面において不活発なままであったからである。例えば、殺人罪を被疑事実とする事件では必要的弁護事件であることは疑いようがなく、検察官がその裁量を正しく行使するなら、実際に国選弁護人を任命するよう請求していたはずなのに、である。

このような警察のやり方は、多くの事例で裁判所から容認されてきた。しかし、文献では、多くの論者から、「公正な裁判」の原則や欧州人権条約6条3項c号と相容れないとして、非難を浴びせられており、欧州人権裁判所の〔判例でも〕一部で支持を得ている⁴。すなわち、検察官の裁量が及ぶのは、刑訴法140条の前提条件の判断に限られるのであり、端緒の段階であった嫌疑の有無には及ばないのであるから、少なくとも刑訴法140条の適用が明確な場合には、（裁量あるいは判断の）余地はまったくなく、捜査手続でも〔国選弁護人〕任命の請求をしなければならないことが、力説されたのである⁵。少なくともこの分野での改革が必要であるこ

1 BGHSt 47, 233; BGH NStZ-RR 2006, 181 ff.; KK-StPO-Willnow, StPO, 8. Aufl. (2019), § 141 Rn. 7; 制限的なものとして, BGHSt 47, 172.

2 BGH NJW 2007, 2269 (2273).

3 BVerfG NJW 2013, 1058 (1066 Rn. 93).

4 少なくとも以下を見よ。Weigend, Die Europäische Menschenrechtskonvention als deutsches Recht – Kollisionen und ihre Lösung, StV 2000, 384, 385, 並びに, Schatschaschwili./BRD 事件をめぐる欧州人権裁判所判例の論争について, EGMR StV 2017, 213 (Satzger, Jura 2016, 1083 の評釈がある); この問題につきさらに深めたものとして, Beulke/Swoboda, StPO, 15. Aufl. (2020), Rn. 124, 171.

5 代表的なものとして, Eisenberg, Aspekte der Rechtsstellung des Strafverteidigers, NJW 1991, 1257, 1262; Hamm, Die (notwendige) Verteidigung während des Vorverfahrens im Lichte der Vertragstheorie und der neueren Rechtsprechung, in: Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Lüderssen (2002), 717, 725; HK-Julius/Schiemann, StPO, 6. Aufl. (2019), § 141 Rn. 11; Klemke, Unterlassene Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren und ihre Konsequenzen, StV 2003, 413, 414; Klemke/Elbs, Einführung in die Praxis der Strafverteidigung,

とについては、およそ異論がないところである⁶。その実現に向けた要請は、最近、特に欧州連合（EU）がその加盟国に対して「刑事手続における容疑者や訴追を受けた人、欧州逮捕状の執行手続における指名手配者に対する法律扶助に関する指令」（いわゆる**法律扶助指令**又は**PKH指令**⁷）を発したことから、さらに高まっている。この指令は、2019年5月までに、それぞれの国内法で具体化されなければならないとされ、〔ドイツでは、〕成人刑事手続に関して、2019年12月12日の「**必要的弁護の改正のための法律**」⁸により、そのための措置がとられたのである。

PKH指令では、欧州法に適合した〔国内法上の〕具体化は、一般的な**法律扶助モデル**を導入する方法と、**国選弁護人モデル**を導入する方法のいずれによっても可能であることが、明示されている。ドイツでは、伝統的な国選弁護のモデルをそのまま維持しよう、というのが大方の意見であった。他方、法律扶助指令に対してドイツの規制を適応させる具体的な方策については、新しい法的根拠の下でも活発な論争が続いており、これらの論争の一部は、既に立法過程に影響を与えている。大きな争点の1つは、上記事例のような初回尋問の取扱いである。

私たちの新しい国選弁護権にとっての基本的な変更点は、まず、被疑者・被告人側から請求させるというモデルへの転換である（刑訴法141条1項1文）。すなわち、職権による任命は、被疑者・被告人による「**明示的な**」請求がなされない場合

4. Aufl. (2019), Rn. 152; *MK-Thomas/Kämpfer*, StPO (2014), § 141 Rn. 22; *Radtko/Hohmann-Reinhart*, StPO (2011), § 141 Rn.6; *Roxin*, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 5. Februar 2002 - 5 StR 588/01, JZ 2002, 898 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017), § 19 Rn.42; *Sowada*, Zur Notwendigkeit der Verteidigerbeordnung im Ermittlungsverfahren, NStZ 2005, 1, 7; *Teuter*, Die Beordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren, speziell in Haftsachen, StV 2005, 233, 234; *Wohlens*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22. November 2001 - 1 StR 220/01, JR 2002, 294, 295 f.; *Zöllner*, Das Recht auf einen Verteidiger im Ermittlungsverfahren, in: *Graf/Wolter/Zöllner* (Hrsg.), Festgabe für Hanns W. Feigen (2014), 399, 413 ff.

6 *Beulke*, Abschlussreferat: Ungelöste Grundfragen Gesamtreform der StPO-Vorschriften über „Verteidigung“ – notwendig und wünschenswert?, StV 2010, 442, 445.

7 ABl L 297/1-8 vom 04.11.2016.

8 Gesetz zur Neuregelung der notwendigen Verteidigung vom 12. Dezember 2019, BGBl. 2019 I, 2128; 少年刑事手続について、Gesetz zur Verstärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Jugendstrafverfahren, BGBl. 2019 I, 2146; *Eisenberg/Kölbel*, JGG, 22. Aufl. (2021), § 68 Rn. 6a, 20a; *Beulke/Swoboda*, Jugendstrafrecht, 16. Aufl. (2020), Rn. 664 ff.; *Höynck/Ernst*, Das Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Jugendstrafverfahren, ZJJ 3/2020, 245 ff.

に限り行われるものと規定されている（詳細は、刑訴法141条2項、141a条、142条を参照）。事前手続（捜査手続、起訴前手続）において被疑者のために職権で国選弁護人を選任すべき場合、検察官は、遅滞なく対応する請求を行い（刑訴法142条2項）、これに基づいて裁判官がその決定を行うことになる。この決定は、捜査手続においては、区裁判所の捜査判事が（刑訴法142条3項1号）、勾留事件では被疑者が引致されるべき裁判所が（刑訴法142条3項2号）、起訴された後は、手続が係属している裁判所の裁判長が（刑訴法142条3項3号）、それぞれ担当する。ただし、特別な緊急性がある場合には、検察官も、選任を決定することができる（刑訴法142条4項1文）。

被疑者が自分から私選弁護人の依頼も国選弁護人選任の請求もしない場合、検察官が国選弁護人の任命請求をしなければならないか否かについては、刑訴法141条2項に詳しく規定されている。

捜査手続の段階では、刑訴法141条2項1文1号から3号によると、国選弁護人の選任は、通常、被疑者が次のようになった時点で行われる（ここでは立ち入らないが、例外については、刑訴法141条2項2文及び3文、141a条を参照）。

1. 勾留又は仮収容処分に関する裁判のため、裁判所に引致されるべきとき（刑訴法141条2項1文1号）。
2. 裁判官の裁判に基づいて施設に収容されていることが判明したとき（詳細については、刑訴法141条2項1文2号を参照）。
3. 事前手続において、特に被疑者の尋問や被疑者との対質の際に、被疑者が自らを防御できないことが明らかなきとき（刑訴法141条2項1文3号）。

中間手続、本案手続（公判手続）及び執行手続については、刑訴法141条2項1文4号が、必要的弁護事件では、通常（例外については、刑訴法141条2項、141a条を参照）、被告人が誰も私選弁護人を選任していなければ、その請求がなくても、国選弁護人を選任することを規定している——ただし、厳密には、被告人が起訴状に基づく陳述を要求されたとき以降であるが。

この新しい法規定に基づく、冒頭の事例は、どのようにして指令に適合するように解決できるであろうか？〔これが、本稿で検討すべき中心的な問題点である。〕

Ⅲ. 関連する刑事訴訟法規定の解釈とPKH指令4条4項・5項

事例では、広義では勾留処分も伴う——刑訴法112条3項を見ると、殺人を被疑

事実とする手続においては、勾留処分に付されることが頻繁である——ので、被疑者に国選弁護人を付する義務は、まずは刑訴法141条2項1文1号から生じ得る。しかし、この選任理由には、被疑者の保護にとって極めて致命的な「欠陥」がある。確かに、——以前の法的状況（刑訴法旧141条3項5文）とは異なって——国選弁護人の選任を勾留が「執行」されるまで引き延ばすことは許されないが、法律の表現によると、国選弁護人の選任義務が生じるのは、被疑者が「勾留又は仮収容処分に関する決定のために裁判所に引致されるべき」場合に限られる。〔これを前提にすると、〕事例では、さしあたっては、警察による初回尋問が行われるだけである〔つまり、選任義務が生じる場合には当たらない〕。

この法律の文言は、裁判官への「引致の事例」のみを対象とすることを意図して選択されたものである。このことは、ドイツの立法者〔新法〕が、PKH指令という形で欧州法が求めた範囲に適合しているか否かという問題を提起している。

PKH指令4条4項及び5項の規定は、次のとおりである。

「④ 加盟国は、実体的基準の審査を行う場合、犯罪の重大性、事件の複雑性及び予想される刑罰の重大性を考慮した上で、法律扶助の付与が司法の利益のために必要か否かを判断するものとする。以下の状況においては、いかなる場合でも実体的基準を満たしたものとみなされる。

a) 容疑者又は訴追を受けた人が、本指令が適用される手続のいずれの段階においても、身体拘束に関する決定のために管轄裁判所又は管轄裁判官の前に連れて来られる場合……。〔以下省略〕

⑤ 加盟国は、遅滞なく、かつ遅くとも、警察、他の訴追当局又は司法当局による尋問の前に、又は、2条1項c号にいう捜査行為又は証拠収集行為の実行の前に、法律扶助が与えられることを確保しなければならない。

「必要的弁護の規定を改正するための法律」の立法理由書においては、PKH指令4条4項a号が、現在適用されている「引致のための決定」時を基準とする刑訴法141条2項1文1号の規定を正当と認めるものである、と強調されている。すなわち、「〔国選弁護人の〕選任が正確にはどの時点以降でなされるべきかは、既に発せられた勾留命令の執行に関わる事例では、身体拘束の時点である。なぜなら、その時点で人を引致する法的義務が生じるからである。他方、仮拘束の場合は、引致して勾留を請求すべきか、そうしないかの決定が行われるまで、選任する必要がない。なぜなら、〔この状況では、〕必要的弁護の事例に該当するのは、引致するという判断がなされた場合に限られるからである」⁹

これにより、引致して勾留を請求することに先駆けて、警察や検察官による被疑者の尋問を行うことが許される——そして、この段階では国選弁護人を選任する義務はない——ように見える。この解決策は立法者が意図したものであり、捜査戦術の面でも意義があるが、現在では、文献の一部でも受け入れられている¹⁰。ただし、この新しい法規定に基づく最高裁判所の判断は、現在まだ示されていない。

しかし、この手続が実際に欧州法の指令に適合するか否かは、疑わしいように思われる。すなわち、前掲のPKH指令4条5項には、各加盟国は「遅滞なく、かつ遅くとも、警察、他の訴追当局又は司法当局による尋問の前に」法律扶助が受けられるようにしなければならないと明記されている。この要請は、PKH指令4条4項a号によって覆されることにはならない。同条項では、国選弁護人モデルの場合、個別の利益衡量を行うことになるが、容疑者又は訴追を受けたが「**手続のいかなる段階においても**」身体拘束の決定のために裁判官の前に引き出される場合には、「**いかなる場合でも**」法律扶助の付与が司法の利益のために必要であると述べられている。これは、第一段階で、**手続全体**に適用される「**最低基準**」を挙げ、さらに特別な規定によって、それを上回ることを可能とする規定である。その次の段階として、PKH指令4条5項に、**遅くとも、警察、他の訴追当局又は司法当局による尋問の前に**、あるいは他の特定の捜査手段がとられる前に、法律扶助が提供されるべきことが規定されている。PKH指令4条4項は、5項を（排除すべき）例外規定であると見ることはできない。このような理解〔例外規定であるとの見方〕は、体系的な位置づけ（通常、例外が原則の前に列挙されることはない）と矛盾するだけでなく、PKH指令4条4項a号の「**いかなる場合でも**」という用語にも反する。この用語は、さらに具体化を図る余地を残すものである。特に被疑者の初回尋問が（他の特定の捜査手段と並んで）被疑者の保護に有利な「ファイアーウォール」としてのPKH指令4条5項に列挙されていることは、およそ明らかなことであり、それは（そしてまさに！）警察による聴取も対象とするのである。

このように、PKH指令4条4項と5項は、相互に関連した規定である。国選弁護人モデルが存在する国の国民が、被疑者としての初回尋問に関して、法律扶助モデルを支持する決定を下した国の国民よりも悪い立場に置かれるべきではないこと

9 BT-Drs. 19/13829, 36 f.

10 Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, StPO, 64. Aufl. (2021), § 141 Rn. 12; Böß, Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung, NStZ 2020, 185, 189; Piel, Effektivierung der Beschuldigtenrechte ab Beginn der Ermittlungen, StraFo 2020, 362, 363.

は、確かなことである。どのような場合でも、弁護人の援助は、初回尋問の前に保障されなければならない——ただし、国選弁護人モデルに基づくなら、必要的弁護の場合に限られる。被疑者を直ちに勾留裁判官に引致せず、警察（又は検察官）が、国選弁護人の関与なしにまずは被疑者の尋問を行い、端緒の段階であった嫌疑の強さを探るといような「トリック」は、PKH指令4条5項により、今では欧州法に反するものとなった——そのようなこと〔トリック〕は、指令のあらゆる方向性が、手続の公正さの利益においてEU市民が訴追を受けた場合の刑事手続上の保護を改善しようとする事に向けられていることを愚弄するものである。冒頭事例の〔警察の〕実務は、指令の要請を明らかに潜脱しているものであって、多くの者が刑訴法141条2項1文1号の欧州法違反と認めるほどである。そのような実務は、刑訴法140条の意味で必要的弁護事件に当たるにもかかわらず、裁判官の下に引致される前の〔警察の〕尋問を許すものだからである¹¹。

IV. 冒頭事例における国選弁護人選任の必要性

もっとも、私見によると、上記の事例における最終的な法的結論は、まだ確定しない。刑訴法141条2項1号1文には、「勾留事件」についての明確な規定がない。欧州法においては、常に、刑事手続が**全体的に観察して全体としてなお公正である**と言えるか否かが重要である¹²。したがって、指令に適合した解決策を他の方法に求めることができないかどうかも検討されなければならない。その例としては、捜査手続において警察が最初に被疑者を尋問する場合においては、刑訴法141条2項1文3号から導かれる選任義務が挙げられる。同規定によると、「事前手続において、特に被疑者の尋問や被疑者との対質（面通し）の際に、被疑者が自らを防御で

11 同旨のものとして、LR-*Jahn*, StPO, 27. Aufl. (2021), § 141 Rn. 21; BeckOK-*Krawczyk*, StPO (Stand: 01. Januar 2021), § 141 Rn.15; *Jahn/Zink*, *Verteidiger der ersten Stunde ante portas: Legal Aid und das Pflichtenheft des deutschen Strafprozessgesetzgebers*, in: Czerwenka/Korte/Kübler (Hrsg.), *Festschrift zu Ehren von Marie Luise Graf-Schlicker* (2018), 475, 490; *Schlothauer*, *Europäische Prozesskostenhilfe und notwendige Verteidigung*, StV 2018, 169, 172; *Spitzer*, *Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung aus europarechtlicher Sicht*, StV 2020, 418, 422.

12 EGMR StV 1990, 481,482; BGHSt 46, 93, 104; *Beulke/Swoboda*, StPO, 15. Aufl. (2020), Rn. 190, 648; *Eisele*, *Die Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte der EMRK im deutschen Strafprozess aus dem Blickwinkel des Revisionsrechts*, JR 2004, 12 ff.

きないことが明らかになったとき」は、被疑者の請求がなくても職権で〔選任の〕措置がとられなければならない。

もとより、刑訴法140条2項後段を指向するこの法文は、次のように理解することも可能である。すなわち、同規定は検察官による〔国選弁護人選任の〕申立てが義務付けられるか否かについての個別的な考察を求めるものであり、そこからは、刑訴法140条2項にいう必要的弁護の事例に当たる（例えば、被疑者が自己を防御できないことが明らかであるから）にもかかわらず、少なくとも捜査手続では（手続の後の段階〔で初めて、必要的弁護に当たるという場合〕とは異なり、刑訴法141条2項1文4号）、被疑者がこの手続段階においても自己を防御できるか否かについて追加の審査が行われる、と理解することができるわけである。なぜなら、そう考えないと、表現（「自己を防御できないことが明らか」）の重複が無意味になるためである、という。このことは、刑訴法141条1項と2項の事例群は重複しているので、重罪の被疑事実を対象とする刑事手続（刑訴法140条1項2号）に関しても妥当する。そのような事例では、たいていの場合、重大な法的結果が予想され、被疑者が自ら防御する能力も限定されるであろうから、というのである。

連邦政府の「必要的弁護に関する規定を改正するための法律」についての公式理由書も、このような考えを前提としているようである。すなわち、理由書はPKH指令9条が参照しているが、同条は、「…この指令の具体化に際しては、保護が必要な容疑者、訴追を受けている人、指名手配者の特別なニーズを考慮しなければならないこと」と規定している。

このことから、捜査手続においては、必要的弁護のための規定に加えて、被疑者の保護の必要性も「職権による選任義務のさらに別の条件」と分類することの正当性が導かれる¹³。したがって、新法においても、検察官は、捜査段階では、刑訴法140条2項の意味での弁護が必要であることが明確な場合であっても、国選弁護人の選任の必要性を独自に検討し、被疑者の「要保護性」が欠けると判断したときは、国選弁護人の関与なしに、被疑者の初回尋問を許可し、あるいは自ら尋問することができることになる。確かに、定評ある実務家向け注釈書の中で、シュミット（Schmitt）は、刑訴法140条2項の領域——特に自分が尋問を受ける場合——では、被疑者自身が自分に防御能力がないことが「原則として想定されるべきであ

13 BT-Drs. I 19/13829, 38; これに賛成するのは、Böβ, Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung, NStZ 2020, 185, 188;〔これに対して〕適切に批判するのは、BeckOK-Krawczyk, StPO (Stand: 01. Januar 2021), § 141 Rn. 18 f.

る」, なぜなら, 被疑者は, 自らの判断の射程〔結末〕を正しく判断できないからである, と強調しているが¹⁴, しかし, この点は, 特に成果〔自白〕を求める訴追機関の側に, 反対の戦略をとる余地を与えるものでもある。新しい〔国選弁護人〕請求モデルによると, 訴追機関としては, 被疑者が刑訴法141条1項の意味での明示的に(!)任命請求することさえ阻止することに成功すればよく, 刑訴法141条2項1文1号に基づき, 被疑者を勾留に関する決定のため直ちに裁判所に「引致」することになるような「最初の段階のミス」さえしなければよいのである(上記Ⅲ)。このことは, 被疑者の側が捜査手続において国選弁護人の選任を放棄することが(決定的にも)できる, ということをもたらす¹⁵。謀殺や故殺を被疑事実とする事案でさえ, こうした形で手続は続いてしまうであろう。

まさにこのような意味で, ドイツ犯罪捜査官協会ヘッセン州支部は, 2019年11月16日のプレスリリースで, やはり立法過程で行われた変更について歓迎の意を表明して次の通りコメントした。すなわち, 「今後も, 殺人犯から自白を取ることができる! ——ドイツ犯罪捜査官協会の勝利である」と¹⁶。

〔しかし,〕この勝利の叫びには, 憂慮を覚える。PKH指令9条が加盟国は対象となる人の「特別なニーズ」を考慮しなければならないと規定しているのは, これにより改めて, 対象となる人たちに対する特別な保護レベルを示しただけであり, PKH指令4条5項によって保障される保護基準を制限するものではなく, 特に警察による被疑者の初回尋問の前に一般的に**法律扶助**を付与することの要請から逸脱するものではない。ドイツの体系〔制度設計〕に照らしてみると, PKH指令4条5項は各加盟国が遅滞なく, かつ遅くとも警察, 他の訴追当局又は司法当局による尋問の前に法律扶助が与えられることを保障しなければならないとしているが, この義務付けは, 国選弁護人は, (刑訴法141条1項及び2項に基づく) 必要的弁護事件であることがおよそ明確なケースにおいては, 初回尋問の前に, つまり, 警察による場合も含めた初回尋問の前に, さらに「ニーズの審査」を行うことなくこれを任命しなければならない, という意味で理解されなければならない¹⁷。被疑者が

14 Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, StPO, 64. Aufl. (2021), § 141 Rn.18.

15 これに賛成するのは, Claus, juris PR-StrafR 3/2020 Anm. I; Mosbacher, Aktuelles Strafprozessrecht, JuS 2020, 128, 131.

16 <<https://www.bdk.de/lv/hessen/moerder-diirfen-auch-kuenftig-ge>>.

17 Jahn/Zink, Verteidiger der ersten Stunde *ante portas*: Legal Aid und das Pflichtenheft des deutschen Strafprozessgesetzgebers, in: Czerwenka/Korte/Kübler (Hrsg.), Festschrift

(たいていはよくわからないままで) 専門家の援助を放棄するのは、当該市民の側に専門的な知識〔や判断能力〕が欠けることの結果でしかないのである。

私は、弁護士の関与の度合いが、被疑者側の対抗力のなさによって決まってしまうのは、悲しむべきことだと考える。警察の尋問官は、確かに、初回尋問の際に関連する刑罰規定を示す必要はないのであるが、しかし、尋問の前に、被疑者に対して、自分がどの行為について追及を受けるのかを教示しなければならない(刑訴法136条1項1文)。例えば、謀殺や故殺を被疑事実とする場合が必要的弁護制度に当たることを知らない警察官はいないだろうし、尋問官は誰もが、必要的弁護と国選弁護のつながりを知っているはずである。尋問官は、被疑者に対して、この点についても明示的に教示しなければならない(136条1項5文後段)。通常の場合、それに見合う法的知識がなく、関連性を見抜けないのは、初回尋問の場面で過剰な負担を課された被疑者だけなのである。

個々の事例において、警察の捜査官が、冒頭の事例のように、被疑者に対して「でも、あなたは無実なのでしょ。それなら、弁護人は必要ないですよ。」と言って、弁護士の援助を求めることを放棄するようそそのかし、被疑者の初回尋問の際の弁護士の関与を妨害するようなことがあれば、それはあるまじき行為と糾弾されるほかはない。

社会的に孤立無援の市民は、これに対してどうやって身を守れというのだろうか。国家は、圧力や相手に誤解をさせるような行動によって、意識的であれ無意識的にであれ、被疑者の防御をコントロールするようなことをしてはならない¹⁸。警察及び検察官は、被疑者の社会的な能力不足や刑事訴追機関の尋問という心理的に異常な状況¹⁹を、犯罪容疑の解明の可能性を高める目的で悪用するのではなく、これらの欠陥を的確に除去することに努めなければならない。これは、PKH指令のメッセージであり、今や、これを国内法に具体化する必要がある²⁰。

zu Ehren van Marie Luise Graf-Schlicker (2018), 475, 491; *Schlothauer*, Europäische Prozesskostenhilfe und notwendige Verteidigung, StV 2018, 169, 172; *Spitzer*, Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung aus europarechtlicher Sicht, StV 2020, 418, 422 f.

18 *Gaede*, Fairness als Teilhabe — Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung (2007), 629; *MK-Gaede*, StPO (2018), Art. 6 EMRK Rn.169.

19 *DAV-Stellungnahme* 36/2019, S.11; *BeckOK-Krawczyk*, StPO (Stand: 01.Oktober 2020), § 141 Rn.9.

20 *Satzger/Schluckebier/Widmaier-Beulke*, StPO, 4. Aufl. (2020), § 141 Rn. 54; *Beulke*, Editorial

これまで述べてきたように、立法者や文献上の有力な見解によると、被疑者が起訴され、必要的弁護事件においては例外なく国選弁護人が選任されなければならない、という場合に限り、法的状況が変更されたものと理解されている（刑訴法141条2項1文4号）。しかし、以前から、弁護人による援助の必要性は、刑事手続の進行や、事前手続から中間手続、本案手続（公判）への移行に伴って初めて生じるというものではないという反論が、正当にもなされてきた。手続の冒頭こそが〔その結末に向けた〕重要なポイントであるということは、知る人ぞ知る事実である。これは、刑訴法140条に記載されている欠陥が最も影響を及ぼすところである。まさにこの手続段階〔捜査手続〕でこそ、しかるべき対応が必要なのである。弁護人をできるだけ長く捜査手続から遠ざけておくことには、歴史的な理由があったが、今日では克服されたはずのことである。刑事訴追の側が後戻りしようと試みることには、法治国家という錦の御旗で対抗しなければならない。法治国家においては、たとえ最も重い犯罪を追及する場合でも、事実を解明することの利益と正当な手続に則って判断が下されるという要請とが比較衡量されなければならないのである。確かに、刑訴法141条1項の改正により、被疑者自身の〔国選弁護人選任〕請求権が認められたことは歓迎すべきことであるが、必要的弁護事件の場合には、職権で国選弁護人を選任することが〔なおも〕要求されなければならない。請求の権利は、請求の義務ではないのである。仮に、そのような義務が刑訴法141条1項1文から読み取らなければならないとすれば、〔被疑者に〕ハンディキャップを与える〔はずの〕新规定は、PKH指令より後退してしまうことになる。同指令は、どこにも、必要的弁護の保障を被疑者の請求に依存させるような規定をおいていない²¹。

したがって、クラウツィク（Krawczyk）は、現行刑訴法141条の「権利放棄モデル」は欧州法に適合した解釈によって救われることはない、と述べている²²。彼は、正当にも、欧州人権裁判所の判例によると、被疑者による弁護人選任権の放棄は、被疑者の自由な意思決定に基づくことを保障すべき国家側の十分な措置によって擁護されなければならない、その際には、有効な（自律的な！）権利放棄というために高い条件が設定されるべきものとされていると、指摘しているのである²³。被

NStZ 2019 Heft 10.

21 *Jahn/Zink*, Lage und Perspektive für die Beschuldigten- und Verteidigungsrechte in Europa, *StraFo* 2019, 318, 326; *Spitzer*, Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung aus europarechtlicher Sicht, *StV* 2020, 418, 421.

22 *BeckOK-Krawczyk*, *StPO* (Stand: 01.0ktober 2020), § 141 Rn. 6ff., 10.

疑者に刑訴法140条の意味での自律性の欠如が明確な場合には、このハードルを超えることはできないであろう。そもそもPKH指令は、被疑者の〔良くない〕法的状況を改善するためのものだった！〔しかし、〕今は、その逆のことが起きている。指令の意図に反して、請求義務と解釈し直された請求権は、「犯罪者」に対する厳しさを求める社会に対するアリバイとして、そもそもその罪責がこれから捜査されるべきはずの行為者〔犯罪容疑者〕に不意打ちを与えるために機能させられている。新しい革袋に古い酒を入れるとは、まさにこのことである！

このようなことを阻止するためには、刑訴法141条2項1文3号について、欧州法や指令の意味をより強く考慮した解釈が、必要である。必要的弁護事件の個々の適用ケースは、弁護人の援助がなければ被疑者には最初からチャンスがないという現実的な危険を想定して、手続法に組み込まれたものである。まさに重罪を被疑事実とする状況においては、個別事例ごとの検討を一切省くとするものである。このような場合には、それに反する自律的な判断がなされることは、およそ想定できず、一般市民の利益においても承認できるものではない。これは、刑訴法140条1項1号及び2号が紛れもなく述べているところである。刑訴法136条、140条1項及び2項、141条と、基本法20条3項、欧州人権条約6条3項c号並びにPKH指令4条5項との結びつきからは、強制的なものとして定められた欧州法あるいは指令に適合した解釈に照らして²³、必要的弁護事件で私選弁護人がいない場合、——捜査手続においても——初回の警察、検察官及び裁判官の尋問の前に必ず国選弁護人を選任しておかなければならない、という結論が導かれる。ここには、何のごまかしもあってはならない。自律性の欠如という意味での被疑者の保護の必要性は、中間手続が開始されてようやく生じるわけではない。「必要な弁護」は、「必要」なのである。それ〔必要的弁護〕は公訴提起後によく放棄不可という意味で「本当に必要」となるなどと解すべきことについて、法治国家に適合した理由を見つけることはできない。過去にもそう考えられてきたし、また現在も、刑訴法141条2項1文4号の新しい文言によって示唆されているように、この意味での**法律扶助**を求

23 EGMR NJW 1992, 1873; これにつき, LR-*Esser*, StPO, 26. Aufl. (2012), Art.6 EMRK Rn.597 ff.; MK-*Gaede*, StPO (2018), Art.6 EMRK Rn. 77 ff., 169.

24 EuGH NJW 1984, 2021; BGH NJW 2014, 2595 (Rn.24 f.); *Beulke/Swoboda*, StPO, 15. Aufl. (2020), Rn. 24; *Wessels/Beulke/Satzger*, StGB-AT, 50. Aufl. (2020), Rn. 85, 125; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 9. Aufl. (2020), § 9 Rn.102 ff.; *Sauer*, Horizontalwirkung von Richtlinien und Unionsgrundrechten, Jura 2021, 387, 392.

める権利は、放棄不能なものなのである²⁵。

欧州法が従前から、ドイツの実務が捜査手続で必要的弁護事件であることが明確な場合であっても、警察による被疑者の初回尋問の際に、国選弁護人の任命の放棄を認めてきた点に断固反対の立場であったかどうかは、今日では言及する必要はない²⁶。いずれにせよ、今では、法律扶助指令に基づき、新たに制定された刑訴法141条2項1文3号は、必要的弁護事件であることが明確な場合、常に、「・・・被疑者が事前手続においても尋問（又は対質）を受ける場合には、自ら自己を防御することができないことが明らかである」と解釈されなければならないのである。

指令に適合したこのような解釈は、法律の文言の範囲内であり、したがって許容されるものである。

こうして、冒頭の事例は、刑訴法141条2項1文3号に基づいて、法治国家及び欧州法に適合して解決することができる。それゆえ、この点であまり柔軟な解釈ができない刑訴法141条2項1文1号が欧州法によって無効とされなければならないか否かについて、最終判断をする必要はない。いずれにせよ、この明確な結論は揺るがないはずである。すなわち、被疑者Aには、警察による初回尋問を受ける前に、国選弁護人を選任しておかなければならなかったのである。被疑者の初回尋問は、法治国家的な手続がとられたか否かのリトマス試験である。法律扶助指令の新たな観点からは、必要的弁護事件であることが明確な場合（例えば、刑訴法140条1項1号及び2号に基づく）には、この公平性原則には何らの例外もあってはならない。たとえ被疑者が弁護人の関与なしに尋問されることを自ら望んだとしても、同様である。

判決に至る文脈では、違法な措置が証拠使用の禁止を生じさせるかどうかは、今後もおお検討を要する問題である。保護目的説に基づくと、証拠使用禁止は当然である²⁷が、刑事訴追の効率的な考え方に支配されている利益衡量説の支持者²⁸から

25 LR-*Jahn*, StPO, 27. Aufl. (2021), § 141 Rn. 4, 32; *Beulke/Swoboda*, StPO, 15. Aufl. (2020), Rn. 258; また、以下も見よ。*Beulke*, Beschwerdebefugnis des Pflichtverteidigers bei Aufhebung seiner Bestellung, JZ 2021, 403, 408.

26 これに否定的なものとして、*Wohlens*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22. November 2001 - 1 StR 220/01, JR 2002, 294, 295; *Wohlens*, Notwendige Verteidigung im Ermittlungsverfahren — die Bedeutung des Rechts auf konkrete und wirksame Verteidigung i. S. d. Art.6 Abs. 3 lit.e) EMRK als Maßstab für die Auslegung des § 141 Abs. 3 StPO, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolph (2004), 713 ff.; *SK-Wohlens*, StPO, 5. Aufl. (2015), § 141 Rn. 8.

は、故殺罪という被疑事実の重要性と、国選弁護人の任命の過誤にさほど重要性が認められない²⁹ことから、どちらかといえば否定されることになるであろう。しかし、証拠使用の禁止を判断する基準についての論争は、本稿で私に与えられた範囲をはるかに超えてしまう問題領域である。そのため、今回の事例では、あえてこの問題を提起しなかった。

V. おわりに：事例の解決策

本稿の結論は、次のようになる。

必要的弁護事件において弁護人を選任すべきか否かは、刑訴法140条において刑事手続の複雑な特殊性に対処する上でその自律性がおよそ否定されている者について、見かけだけ自律性があるとして結論を出すことはできない。被疑者が私選弁護人を選任していない場合、必要的弁護事件であることに疑いがない限りで、すべての尋問の前に——すなわち、捜査手続における警察による初回尋問の前であっても——、その請求の有無にかかわらず国選弁護人が選任されなければならない。弁護人の関与のない被疑者尋問の過程で、いわば「事前に」〔必要的弁護事件該当性という意味での〕嫌疑の程度を判断することはできない。冒頭の事例の場合、故殺罪（刑法212条）を被疑事実とすることにより刑訴法140条1項1号及び2号に基づく必要的弁護事件に当たるが、141条2項1文1号による国選弁護人の選任の義務は、被疑者が勾留決定のためにまだ裁判官の前に「引致」されていないという理由で果たされていないということであったが、PHK指令に適合的な解釈からは、この事例では刑訴法141条2項1文3号に従って少なくともPによるAの警察尋問

27 Satzger/Schluckebier/Widmaier-Beulke, StPO, 4. Aufl. (2020), Einl. Rn. 264 ff.; Beulke/Swoboda, StPO, 15. Aufl. (2020), Rn. 705; von Stetten, Beweisverwertung bei nicht rechtzeitig erfolgter Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke (2015), 1053 ff.

28 BGHSt 47, 172 (179); Meyer-Goßner/Schmitt-Schmitt, StPO, 64. Aufl. (2021), Einl. Rn. 55a.

29 BGH NStZ 2018, 671; BT-Drs. 19/13829, 39/40; 異説として, Satzger/Schluckebier/Widmaier-Eschelbach, StPO, 4. Aufl. (2020), § 136 Rn. 73; LR-Jahn, StPO, 27. Aufl. (2021), § 137 Rn. 60; MK-Schuhr, StPO (2014), § 136 Rn. 38, 62; Salditt, Reden über Schweigen, Belehrung und gegenläufige Kommunikation, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke (2015), 999, 1005; ただし, 以下も見よ。BGH BeckRS 2019, 14505. これにつき, Beulke/Swoboda, StPO, 15. Aufl. (2020), Rn. 279.

の前に国選弁護人が選任されなければならない、ということになる。したがって、Pの対応は違法である。これに対して、〔ドイツの〕実務が、刑訴法141条2項1文は、このような事例について将来も、弁護人の関与なしに被疑者の尋問を行うことを正当化するものであると考えるならば、それは、PKH指令により現在の形に具体化された公正〔な手続の〕原則に反するものである。

私は、以上の結論が、本書をもって祝賀を受けるゲルハルト・ヴェルレ (Gerhard Werle) の意見と一致すること、あるいは、少なくとも彼に興味を持ってもらえることを願う。私の友人であり仲間であるヴェルレが、末長く、健康で、充実した日々を送り、途切れることのない創造性を発揮することを祈っている。

〔主な関連規定〕

ドイツ刑事訴訟法の規定について、原論文（以下、「本稿」ともいう）でも援用されている2019年12月12日の「必要的弁護の改正のための法律」(Gesetz zur Neuregelung der notwendigen Verteidigung vom 12. Dezember 2019, BGBl. 2019 I, 2128)を中心に、関連する重要なものを、以下に紹介する（改正箇所は太字。なお、近時の「ドイツ刑事訴訟法典」の翻訳として、法務省刑事局〔川出敏裕＝池田公博訳〕『(刑事法制資料) ドイツ刑事訴訟法』〔2018年、未公刊〕がある。ただし、2018年12月2日以降の法改正は反映されていない）。

第137条〔被疑者・被告人の弁護人選任権〕

- ① 被疑者又は被告人は、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。選任する弁護人の数は、3人を超えることはできない。
- ② 被疑者又は被告人に法定代理人があるときは、法定代理人も、独立して弁護人を選任することができる。第1項第2文の規定を準用する。

第140条〔必要的弁護〕

- ① 次の各場合には、弁護人の関与を必要とする。
 1. 第1審の公判手続が高等裁判所又は地方裁判所において行われるとき。
 2. 被告人が重罪について起訴されているとき。
 3. 手続の結果、職業禁止の処分に至る可能性があるとき。
 4. 被疑者又は被告人が、第115条〔管轄裁判官への引致〕、第115a条〔最寄りの区裁判所裁判官への引致〕、第128条〔仮拘束の際の引致〕第1項、又は第

129条〔起訴後の仮拘束の際の引致〕により、勾留又は仮収容処分についての裁判のため、裁判所に引致されるべきとき。

5. 被疑者又は被告人が、裁判官の命令又は承認に基づいて施設収容されているとき。
6. 被疑者又は被告人の精神状態に関する鑑定の準備のため、第81条〔鑑定留置〕による収容が考慮されているとき。
7. 保安監置手続が行われるとき。
8. それまでの弁護人を手続から除斥する裁判があったとき。
9. 第397a条〔訴訟参加の場合の補佐人としての弁護人の任命〕、第406g条〔公訴参加権のある被害者の補佐〕第3項及び第4項により、被害者に弁護人が選任されたとき。
10. 裁判官による尋問の際に、尋問の重要性に基づいて、被疑者又は被告人の権利保護のため弁護人の関与が必要と思われるとき。
11. 視聴覚や言語に支障のある被疑者又は被告人が、任命を請求したとき。

② 前項に定める場合のほか、犯罪事実が重大なため、予想される法的効果が重大なため、若しくは事件が事実面や法律面について困難であるため、弁護人の関与が必要であると認められるとき、又は被疑者又は被告人が自ら防御することができないことが明らかなきは、弁護の関与を必要とする。

第141条〔国選弁護人の任命の時期〕

① 必要的弁護の場合、告発されているが未だ弁護人を有しない被疑者又は被告人に対しては、同人が教示を受けた後明示的に請求したときは、速やかに国選弁護人が任命される。この請求については、遅くとも、同人の尋問又は同人との対質の前に、裁判されなければならない。

② 以下の場合には、被疑者又は被告人の請求がなくても、必要的弁護の場合には、国選弁護人が任命される。

1. 同人が、勾留又は仮収容処分に関する裁判のため、裁判所に引致されるべきとき。
2. 告発されている被疑者又は被告人が、裁判官の命令又は承認に基づいて施設に収容されていることが判明したとき。
3. 被疑者が、特に尋問や対質の際に、自ら防御することができないことが事前手続（起訴前手続）において明らかなきとき。
4. 被告人が、第201条〔起訴状の送達〕に従い起訴状に対する被告人の意見表

明を求めた後になって初めて、弁護人の関与が必要であることが判明したとき。このときは、直ちに弁護人が任命される。

第127b条〔迅速手続の場合の仮拘束及び勾留〕第2項による勾留状の発付、第230条〔被告人の不出頭〕第2項若しくは第329条〔被告人の不出頭：控訴審の公判における代理〕第3項による勾留の執行についての裁判については、第1文第1号の引致が行われた場合の国選弁護人の任命は、被疑者又は被告人が教示後明示的に請求したときに限る。

第1文第2号及び第3号の場合には、手続が直ちに打ち切れ、登録情報の入手又は判決若しくは記録の援用以外の調査行為が行われないと見込まれるときは、任命は行われない。

第141a条〔国選弁護人の任命の前の尋問及び対質〕

以下の場合には、事前手続においては、被疑者の尋問又は被疑者との対質は、第141条第2項とは異なり、国選弁護人の任命の前に行うことができる。また、被疑者が弁護人なしの尋問又は対質に明示の同意をすれば、第141条第1項とは異なり、国選弁護人の任命の前に行うことができる。

1. 身体若しくは生命への現在の危険又は人の自由への現在の危険を避けるため特に必要な場合。
2. 刑事手続の著しい危殆化を避けるため特に必要な場合。

被疑者又は被告人は、いつでも、尋問の前でも、同人に選任されるべき弁護人に相談する権利を妨げられない。

第142条〔管轄及び任命手続〕

① 第141条第1項第1文による被疑者又は被告人の請求は、公訴提起の前に、警察当局若しくは官吏に、又は検察官に行うものとする。検察官は、第4項により手続を行わない限り、意見とともに、遅滞なく、裁判のため裁判所にこれを提出する。起訴後については、被告人の請求は、第3項第3号により管轄する裁判所に行うものとする。

② 被疑者に、事前手続において第141条第2項第1号ないし第3号により国選弁護人が任命されるべき場合には、検察官は、第4項により手続を行わない限り、遅滞なく、被疑者に国選弁護人を任命する旨の請求を行う。

③ 任命について裁判するのは、以下のとおりである。

1. その地区において検察庁又はその支部が所在する区裁判所、又は第162条〔捜査判事〕第1項第3文により管轄を有する裁判所。

2. 第140条第1項第4号の場合には、被疑者又は被告人が引致されている裁判所。

3. 公訴提起後は、手続が係属している裁判所の裁判長。

④ 特に急速を要する場合には、検察官も、任命について判断する。検察官は、その判断後遅滞なく、遅くとも1週間以内に、任命についての裁判所の確認又は被疑者の請求の却下を申し立てる。被疑者は、いつでも、裁判所の裁判を請求することができる。

⑤ 国選弁護人の任命の前に、被疑者又は被告人に、一定の期限内に弁護人を指名する機会が付与される。第136条〔初回の尋問〕第1項第3文及び第4文の規定を準用する。重要な反対理由がない限り、同人に、期限内に指名された弁護人が任命される。重要な反対理由は、当該弁護人が対応できないか、又は適時に使用できないときにも存在する。

⑥ 自己が指名した弁護人ではない者が国選弁護人として同人に任命された場合には、連邦弁護士会の名簿（連邦弁護士会令31条）から、選択することができる。その際には、名簿に登録された弁護士のうち、刑事専門弁護士か、又は、連邦弁護士会に国選弁護の受任を申し出ており、弁護の受任に適した弁護士を選択するものとする。

⑦ 国選弁護人の任命についての裁判所の裁判に対しては、即時抗告することができる。ただし、被疑者又は被告人が、第143a条〔弁護人の変更〕2項1文1号による請求をすることができる場合は、この限りでない。

第143条〔任命の継続及び解消〕

① 国選弁護人の任命は、刑事手続（第423条〔分離後の没収〕以下又は第460条〔併合刑の事後的形成〕を含む）の打切り又は確定的な終結によって終了する。

② 必要的弁護事件でなくなった場合には、任命を取り消すことができる。第140条第1項第5号の場合には、被疑者又は被告人が遅くとも公判開始の2週間前に施設から釈放されるときに限られる。第140条第1項第5号の場合における自由の剝奪が、第127b条第2項、第230条第2項若しくは第329条第3項による勾留に基づくときは、勾留の取消し又は執行停止によって、遅くとも公判終了までに任命を取り消すものとする。第140条第1項第4号の場合には、被疑者又は被告人が釈放されたときは、執行の終了によって任命を取り消すものとする。

③ 第2項による決定に対しては、即時抗告することができる。

第143a条〔弁護人の変更〕

① 国選弁護人の任命後に、他の者が弁護人に選任され、これを受諾したときは、

国選弁護人の任命を取り消すものとする。ただし、新たな弁護人がその後辞任し、国選弁護人としての選任が請求されるおそれがある場合、又は任命の維持が第144条の理由から必要な場合は、この限りでない。

② 以下の場合には、国選弁護人の任命を取り消し、新たな国選弁護人を任命するものとする。

1. 被疑者又は被告人が、第142条第5項第1文により定められた期限内に指名した弁護人とは異なる弁護人が任命されたか、又は弁護人の選択のため短い期間しか設けられなかった場合に、任命についての裁判所の裁判の告知後3週間以内に、これと別の弁護人を任命するよう請求したときで、これに反対する重要な理由がないとき。
2. 第115a条〔最寄りの区裁判所裁判官への引致〕による最寄りの裁判官への引致を契機として任命された国選弁護人が、被疑者又は被告人の将来の滞在地から過度に遠くにいる等の重大な理由から、任命の取消しを請求したとき。ただし、この請求は、第115a条による手続終了後遅滞なく行われなければならない。
3. 弁護人と被疑者又は被告人の信頼関係が最終的に破壊されたか、又はその他の理由から被疑者又は被告人に対する相応な弁護の提供がなされなくなったとき。

第2号及び第3号の場合には、第142条第5号及び第6号の規定を準用する。

③ 上告審については、従前の国選弁護人の任命は取り消し、被告人に、同人が指名した新たな国選弁護人を任命するものとする。ただし、同人が、遅くとも上告理由期限開始後1週間以内にこれを請求し、この弁護人の任命に反対する重大な理由がないときに限る。この請求は、当該判決に不服申立てされる裁判所に行うものとする。

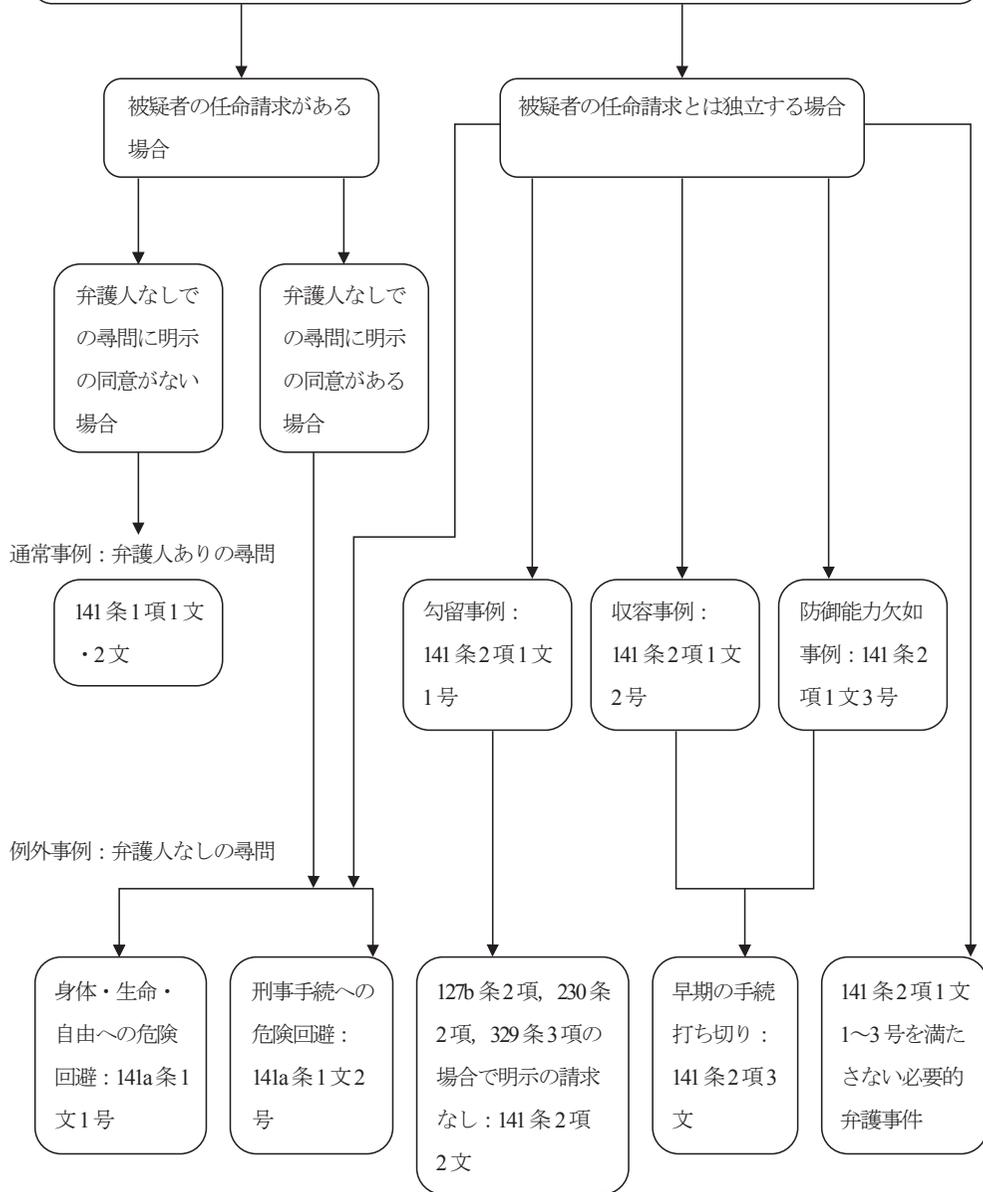
④ 第1項ないし第3項による決定に対しては、即時抗告することができる。

第144条〔国選弁護人の追加〕

① 必要的弁護事件では、被疑者又は被告人に、同人が選任した弁護人又は第141条により任命された弁護人のほかに、2人まで国選弁護人を追加的に任命することができる。ただし、特に手続の範囲や難易度に照らして、手続の迅速な遂行の確保のため必要なときに限る。

② 弁護人の追加任命は、その関与が手続の迅速な遂行のためもはや必要でなくなったときには、取り消すものとする。第142条第5項ないし第7項の規定を準用する。

必要的弁護事件の捜査手続における被疑者の初回尋問の際の国選弁護人の選任
(141条, 141a条)*



* 出典：Beulke/Swoboda, StPO, 15. Aufl. (2020), Rn. 264, Übersicht 5.

(その他)

第136条 [初回の尋問]

① 初回の尋問の開始の際、被疑者又は被告人に対して、嫌疑の対象とされている犯罪事実及び顧慮されている罰条を告げなければならない。さらに、被疑事実について陳述するか、あるいは陳述しないかは、法律上その任意であること、また、いつでも（尋問の前であっても）、その選任する弁護士と相談できることを告知しなければならない。被疑者・被告人が尋問の前に弁護士と相談することを希望した場合には、弁護士に連絡をすることを容易にする情報を提供しなければならない。その際、既存の当直弁護士のことを教示しなければならない。さらに、自己に有利な証拠の取調べを請求できること、及び第140条の要件のもとで、第141条第1項及び第142条第1項の基準に従い、弁護人の選任を請求できることも教示しなければならない。最後に、その場合の第465条の費用負担について教示する。適当な事案においては、被疑者・被告人に対して、書面で陳述することができること、及び行為者と被害者の和解の可能性についても告げるものとする。

② 尋問は、被疑者又は被告人に対して、自らに対する嫌疑の根拠を否定し、かつ、自己に有利な事実を主張する機会を与えるものとする。

③ 初回の尋問に際しては、被疑者又は被告人の個人的な諸事情の解明にも留意しなければならない。

④ 被疑者又は被告人の尋問は、画像・音声を記録することができる。ただし、以下の場合には、画像・音声を記録しなければならない。

1. 故意の死亡犯罪の手続で、記録が尋問の外部事情や特別の緊急性に反しないとき。

2. 被疑者又は被告人が明らかに知的能力が低減した者であるか又は重大な精神障害者であるため、その保護に値する利益が記録により一層保護されるとき。

第58a条 [画像・音生の記録]の規定を準用する。〔訳注：この限りで、「取調べの録画・録音制度」を導入した。〕

第163a条 [被疑者の尋問]

① 被疑者は、遅くとも捜査の終了までにはこれを尋問しなければならない。ただし、手続を打ち切るときは、この限りでない。簡単な事件においては、被疑者に書面で陳述する機会を与えれば足りる。

② 被疑者が自己に有利な証拠の採用を求めたときは、その意味があると認められる場合において、これを取り調べなければならない。

- ③ 被疑者は、召喚により検察官の許に出頭する義務を負う。第133条から第136a条まで及び第168c条第1項、第5項の規定を準用する。勾引の適法性については、被疑者の申立てにより、第162条の規定により管轄を有する裁判所が裁判する。第297条から第300条まで、第302条第306条から第309条まで、第311a条及び第473a条の規定を準用する。この裁判に対しては、不服を申し立てることができない。
- ④ 警察官が被疑者の初回尋問を行うときには、被疑者に被疑事実を告知するものとする。警察官による被疑者の尋問に関するその他の事項については、第136条第1項第2文から第6文まで、第2項ないし第4項及び第136a条の規定を準用する。**第168c条第1項及び第5項の規定を、弁護人について準用する。**〔訳注：警察による尋問（取調べ）についても、弁護人に立会い権、意見陳述・質問権があることを明文化した。〕

〔訳者コメント〕

I. 原著者等の紹介

1. 以上は、*Werner Beulke, Die Neuregelung der Pflichtverteidigerbestellung bei polizeilicher Erstvernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren — Gelungene Steigerung der Verfahrensfairness oder alter Wein in neuen Schläuchen?* in: Florian Jeßberger/ Moritz Vormbaum/Boris Burghardt (Hrsg.), *Strafrecht und Systemunrecht — Festschrift für Gerhard Werle* (2022), 699-712の翻訳である。なお、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識したところがある。さらに、イタリック等で強調されている箇所は、太字で表記している。

原論文（以下、「本稿」ともいう）は、原著者ボイルケ教授が、公刊後間もなく訳者に恵与くださったものである。「捜査手続における警察による被疑者の初回尋問とその際の国選弁護人の選任」は、ドイツの法改正（新规定）によってもなお解釈論上の問題があり、また、場面は異なるが、同種の問題に直面しているわが国（日本）にも多くの示唆を与えると思われたので、直ちに邦訳してわが国に紹介すべきものと考えた次第である。翻訳をご快諾いただいたボイルケ教授、及び、出版社（Mohr Siebeck Verlag, Tübingen）には深く感謝申し上げます。また、翻訳の草稿を精密にご高闊くださった辻本典央教授（近畿大学）にも厚くお礼を申し上げます。

2. 原著者ボイルケ教授については、訳者が、特に辻本教授と共に、幾度も、その著書・論文を邦訳するなどしてきたことから、その際にあわせて紹介してきた

ところである（詳細は、例えば、近畿大学法学64巻3=4号〔2017年〕165頁以下、法律事務所ウェブサイト <http://www.beulke-straufverteidigung.de/beulke> を参照）。

現在、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。1945年1月12日にベルリンで生まれ、1980年から2011年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、刑事訴訟法、刑法、少年刑法であり、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た。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ことともに、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ようになった。その後、2019年には、マックス・アルスベルク賞（Max-Alsberg-Preis）を受賞し、2020年には、名誉法学博士号（ハレ＝ヴィッテンベルク大学）が授与されている。

著作のうち、ドイツ刑事訴訟法教科書のスタンダードである『刑事訴訟法』（第16版〔2022年〕、C.F.Müller Verlag, Heidelberg. なお、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、弟子のスヴォボダ（Swoboda）教授との共著として、版を重ねている。『刑法総論』（第52版〔2022年〕、C.F.Müller Verlag, Heidelberg）、『少年刑法』（第16版〔2020年〕、Kohlhammer Verlag, Stuttgart）も同様である（前者は、弟子のザッツガー〔Satzger〕教授、後者はスヴォボダ教授との共著となっている）。本稿もそのような著作活動の一環とってよく、教授は、誠に敬服すべきことに、今なお精力的に研究・執筆を継続しているといえよう。

Ⅱ. 原論文の要点等とドイツ法研究の意義

1. ボイルケ教授は、その教授資格論文『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）において、刑事辩护人の機能と法的地位を包括的に考察し、学界・実務界に大きな影響を及ぼしたが、これ以降も、刑事弁護のあり方について、注目すべき著作を公表し続けてきた。2016

年の来日時には、講演 „Funktionen und Stellung des Verteidigers im deutschen Strafverfahren — eine bis heute aktuelle Kontroverse“ (「ドイツの刑事手続における弁護人の機能と地位——今日までの論争——」)を行っている(加藤克佳=辻本典央[訳]一橋法学16巻1号〔2017年〕277頁以下を参照)。本稿も、まさに刑事手続における弁護人の役割(刑事弁護人論)、特に捜査(取調べ)段階における被疑者国選弁護制度のあり方について考察している。

2. ドイツでは、2019年12月12日に「必要的弁護の改正のための法律」(Gesetz zur Neuregelung der notwendigen Verteidigung vom 12. Dezember 2019, BGBl. 2019 I, 2128)が成立した。これは、欧州連合が加盟国に対して「刑事手続における被疑者や被告人、欧州逮捕状の執行手続における指名手配者の法律扶助に関する指令」(2016年12月4日。いわゆる法律扶助指令又はPKH指令)により、2019年5月までにその国内法への置換え(国内法での具体化〔法改正〕)が必要であるとしていることから、ドイツもこれに対応し、改革が実現したものである。

これによると、国選弁護人は、すべての尋問の前(すなわち、捜査手続における警察による初回尋問の前)にも、必要的弁護事件であることに疑いがない限り、その請求がなくても、私選弁護人を選任していない被疑者に選任すべきことになっているが、検察官による国選弁護人任命の請求は、被疑者が勾留決定のためにまだ裁判官に「引致」されていないときには請求をしなくてもよいように見えることから、国選弁護人の選任をしないことが妥当かについて、実務・学理上、激しい見解の対立が生じた。この問題につき、本稿は、PKH指令の趣旨や規定内容を子細に検討し、これに適合的な解釈をするならば、少なくとも警察による被疑者の初回尋問の前に国選弁護人が選任されなければならないと結論している。これは、そのように考えないと、法改正が指令に従って公正手続の強化に成功したとはいえず、まさに「新しい革袋に古い酒を入れただけ」のものになってしまう、というのである。

このように、警察による初回尋問の前における被疑者への国選弁護人の選任を主張する本稿は、国選弁護制度の意義等、実質的な視点から問題の中核に切り込むものであり、法制度や法規定の違いを超えて、同種の問題に直面しているわが国にも多くの示唆を与えるといえよう。

3. ドイツの国選弁護制度、特に起訴前の身体拘束段階における国費による弁護制度は、わが国のそれと比べ、特徴となる点が少なくない。

(1) 必要的弁護と国選弁護(公選弁護)

特に重大な事件(重罪など)の訴追に際して、又は被疑者・被告人に重大な障害

(精神疾患など)がある場合、ドイツ刑事訴訟法は、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・被告人が私選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、——大抵は経済的資力が欠けるためであるが、自ら弁護したい場合(例えば、弁護士について)も含めて——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、職権で弁護人が選任される(刑訴法141条。「国選弁護人」〔公選弁護人〕)。すなわち、「必要的弁護人」と「国選弁護人」の概念は、完全に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。

(2) 最近の法改正の経緯・内容

前述のように、欧州連合が加盟国に対して「刑事手続における被疑者や被告人、欧州逮捕状の執行手続における指名手配者の法律扶助に関する指令」(2016年12月4日。いわゆる法律扶助指令又はPKH指令)を出したことから、ドイツも、国内法での具体化(法改正)を迫られた。その結果、2019年12月12日に「必要的弁護の改正のための法律」が制定された。

その内容の要点及び問題と指摘されている点は、以下のとおりである(本稿のほか、原著者のものとして、特に、*Beulke/Swoboda*, StPO, 15. Aufl. (2020), Rn. 248 ff.; *Beulke*, Editorial NStZ 2019 Heft 10を参照)。

(a) 請求モデル及び職権モデル

請求モデル(刑訴法141条1項)は、ドイツの伝統的(旧来型)モデルである(ただし、新法により一定程度改善された)。もっとも、学説上、これだけでは欧州法違反と批判されてきた。

すなわち、必要的弁護事件の場合に、告発されているのに弁護人を有しない被疑者・被告人に対しては、同人が教示を受けた後明示的に請求したときは、速やかに国選弁護人が任命される。この請求については、遅くとも、同人の尋問又は同人との対質の前に、裁判されなければならない。告発された被疑者は、捜査についての推測に基づいて予め請求することは許されないが、従前のように勾留の執行後のみならず、被疑者が身体拘束される場合や尋問される場合はこれに当たる(ただし、権利教示後の明示的請求を要する)。これにより、任命「時期」の早期化がもたらされた。

職権モデル(141条2項, 142条2項)では、必要的弁護事件の場合の特定の事

案において、被疑者・被告人が弁護人を有していないときは、その請求とは独立して（請求がなくても）国選弁護人が選任される。

(b) 多くの「例外」を認める特則（141条2項, 141a条）

これらはほぼ、不明瞭、不当な制限等として問題視されている

- ① 141条2項は、必要的弁護事件（140条）を実体的見地から限定するのか、それとも単に国選弁護任命の「時点」を規定するにすぎないのか（後者と解すべきである）。
- ② 被疑者は、捜査手続における必要的弁護の場合に、請求しないことにより、国選弁護人の任命を放棄することができるか（法的援助を求める権利は放棄できないと解すべきである）。
- ③ これらの例外特則は、国選弁護人任命に関する法改正の「アキレス腱」である（特に、捜査手続における警察による被疑者の初回尋問について）。

PKH指令によると、弁護人の援助は被疑者の初回尋問の前に保障されるべき（すなわち、必要的弁護事件では、捜査手続における被疑者の初回尋問の前に国選弁護人が任命されるべき）だが、141条2項1文は、仮拘束が行われたが、勾留命令を請求するかにつきまだ判断されていない場合、弁護人なしの尋問への扉を開いてしまっている（*本稿の検討課題）。

- ④ 141条2項1文3号も問題である。すなわち、その反対解釈により、必要的弁護事件でも捜査手続で被疑者の防御能力が肯定されてしまうと、弁護人のいない被疑者は、国選弁護人の任命請求をしない限り、弁護人の関与なしでの初回尋問が許されてしまう（*本稿の検討課題）。

捜査手続における国選弁護人の職権での任命が、裁判所の手続が開始されないと行われないとするのは、欧州法（欧州人権条約6条3項「刑事上の罪に問われているすべての者は、少なくとも次の権利を有する。…c号 自らまたは自己が選任する弁護人を通じて、防御すること。弁護人に対する十分な支払い手段を有しないときは、司法の利益のために必要な場合には無料で弁護人を付されること。」）に違反する。

したがって、被疑者の初回尋問については、必要的弁護事件かつ私選弁護人による代理のない事件では、被疑者が自ら防御することができないことが常に明らかだとして、常に国選弁護人の任命が行われなければならない。

- ⑤ 141a条1文柱書後段も疑問である（すなわち、被疑者が任命を請求したのに、弁護人なしの初回尋問に同意してしまうと、任命前の尋問が許されてしま

う)。加えて、2文との整合性にも、「公正性」の要請（基本法20条2項）から疑問がある。

また、(141a条1文1号〔例：幼児誘拐事件〕には意味があるが)2号（「刑事手続の著しい危殆化」）は、想定しがたく、急速事件で検察官にも命令権限を認める142条4項とも整合しない（したがって、廃止すべきである）。

⑥裁判所が必要な弁護人の任命を怠った場合の法的効果も不明である。

被疑者が関与を許されない捜査段階での証人尋問の場合について、既に判例は、事前の国選弁護人選任義務を認めていたが、この義務違反の場合に、証拠使用禁止とならず、獲得された証拠は特に批判的に評価すべきだ（いわゆる「心証解決策」）としたのは、説得的でないことから、（新规定に基づき判例がどのような方針を示すかは、現段階では予測できないが）少なくとも意図的な141条1項、2項1文違反があれば、証拠使用禁止とすべきである。また、140条以下のその他の違反についても、当該規範の保護領域違反となれば、証拠使用禁止とすべきである（例えば、141条により必要とされる、被疑者の尋問や対質の際の国選弁護人の選任が怠られた場合）。

(c) 手続（被疑者の国選弁護人任命の請求〔141条1項1文〕ほか。詳細は割愛する）

(3) ドイツ法に照らした日本法への示唆

①ドイツの被疑者国選弁護制度は、すべての点で、国際基準あるいは欧州基準の最高水準（なお、最低基準ではない）に達しているものとまではいえない。

②しかし、次の諸点は、日本法の検討にあたって、参考となり得る。

第1に、前提として、「被疑者」＝「被告人」と位置づけている（さらにいうと、まず「被疑者」について規定し、被疑者・被告人を「未決」として、「既決」と対置している）点である。

すなわち、刑事訴訟の「主戦場」はむしろ捜査手続（＝重要な段階）であるとし、必要的弁護事件では、（告発された）被疑者に、その明示の「請求」があれば、遅滞なく（つまり、被疑者の尋問の前に）国選弁護人を任命すべきものとしている。

ただし、弁護人なしの尋問に明示の同意がある場合に例外が認められている点には、注意を要する。

第2に、必要的弁護事件では、被疑者の請求がなくても、一定の場合に、「職権で」国選弁護人を任命すべきものとしている点である。すなわち、

1. 勾留事例（被疑者が、勾留又は仮収容処分に関する裁判のため、裁判所

に引致されるべきとき)

2. 収容事例（告発されている被疑者・被告人が、裁判官の命令又は承認に基づいて施設に収容されていることが判明したとき）

3. 防御能力欠如事例（被疑者が、特に尋問や対質の際に、自ら防御することができないことが捜査手続において明らかなきとき）、の各場合である。

ただし、多くの「例外」を認める特則を設けている点には、注意を要する。

第3に、手続的に、被疑者に配慮した規定がある点である。例えば、被疑者に、一定の期限内に弁護人を指名する機会を付与している。また、国選弁護人任命の要件に加えて、管轄及び任命手続、任命の継続及び解消、弁護人の変更、国選弁護人の追加等に関する詳細な手続的規定を設けている。

③日本における具体的な立法（法改正）との関係では、特に以下のような点が、示唆となり得る。

第1に、逮捕段階の公的弁護制度が実現されている点である。

これは、かねて、日本の「刑事司法制度改革」の中でも大きな検討課題とされてきたところであり、日本でも法改正によって早急に実現すべきことは、疑いないであろう。

第2に、その実現に向けての障害となる手続的な諸問題が存在しない点である。

日本では、現在は、勾留（請求）段階での公的弁護制度しか実現されていないが、それについても、(1) 資力要件、私選弁護人選任申出前置（資力50万円以上の被疑者は、一旦弁護士会に対し、私選弁護人選任の申出をしなければ国選弁護人が選任されず、迅速な選任ができない）、(2) 被疑者と裁判官との面接（国選弁護人選任意思確認及び選任要件の認定のために、被疑者と裁判官との面接が必要なため、逮捕直後に被疑者を裁判官の下に押送するのは困難である）、(3) 弁護士会の対応態勢（国選弁護人選任請求がされてから24時間以内接見や継続的弁護は困難である）等の手続的な制約がある。しかし、ドイツ法に照らして考えると、(1)' 資力要件の不要化、私選弁護人選任申出前置の廃止、(2)' 被疑者と裁判官との面接の不要化、(3)' 弁護士会の対応態勢の確立（選任された国選弁護人は直ちに接見、リレー方式の採用。なお、そのための当番弁護士制度の充実・法制化）等により、課題の克服は十分に可能であるといえよう。