

## 紹介

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ

### 古稀祝賀論文集の紹介(六)

Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999.

刑法読書会  
松宮孝明編

#### 目次

- ギンター・ヤコブス「客観的帰属論に関する覚え書き」  
ハロー・オットー「危険な製品の供給に対する刑法上の責任」  
——以上二〇〇〇年一号  
ハインツ・シエツヒ「延命措置の限界に関する未解決の諸問題」  
フレドウン・イエニセイ「トルコの資金洗浄法について」  
——以上二〇〇〇年二号  
ミヒヤエル・ケーラー「帰責の概念」  
ヴァルター・グロツプ「『義務衝突』：義務の衝突もなければ、  
衝突状態にある義務もない」  
——以上二〇〇〇年五号  
アルビン・エーザー「比較法的視点における治療行為の規定にじ

#### いつ

- ディーター・レスナー「過失理論の試金石としての、スポーツに  
おける不注意な行態」  
——以上二〇〇一年二号  
クラウス・ロクシン「終了未遂の中止としての既遂の阻止」  
ヴイルフリート・キューパー「生命を危殆化する措置」  
——以上二〇〇一年三号  
マンフレート・マイヴァルト  
「資金洗浄罪の構成要件における解釈問題」  
Manfred Maiwald, Auslegungsprobleme im Tatbestand der Geldwäsche, in: Festschrift für Hans

「紹介者はしがき」

以下に紹介するのは、ゲッティンゲン大学マンフレート・マイヴァルト教授による、資金洗浄罪の構成要件解釈をめぐる諸問題に関する論稿である。ドイツでは一九八〇年代の没収・追徴に関する総則規定改正の動きの中で資金洗浄の犯罪化が提案された。そして、一九八八年のウィーン条約などを受けて、一九九二年、いわゆる薬物および組織犯罪対策法により、刑法二六一条に資金洗浄罪が新設された（以下、特に指示のない限り資金洗浄罪規定（麻薬特例法六条一項・七条、組織的犯罪処罰法一〇条一項・一一条）との比較では、<sup>(i)</sup>前提犯罪を薬物犯罪・組織犯罪に限っておらず重罪一般が前提犯罪とされる点（二六一条一項二文二号）、<sup>(ii)</sup>資金洗浄の対象となる物件が前提犯罪に由来することを知らなかった者も、これにつき軽率さが帰責できる限りで可罰的である点（五項）、<sup>(iii)</sup>物件の取得が犯罪を構成しない場合、その取得は二項（自己又は第三者への取得など）では処罰されない点（六項）、<sup>(iv)</sup>一項から五項までの行為につき、所轄官庁に通告し物件を保全した者や、本犯者自身も含め前提犯罪への関与者が不可罰とされる点（九項）、などが

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介（六）（松宮）

特徴的である。この特徴あるドイツ刑法の資金洗浄罪の構成要件が提起する諸問題のうち、本論文では、<sup>(i)</sup>贓物罪など他罪との競合関係、<sup>(ii)</sup>不可罰の中間取得者から物件を悪意で取得する者の二項による可罰性、<sup>(iii)</sup>銀行預金との混和・特に混和財産の悪意の第三者への送金、<sup>(iv)</sup>自己取得（二項）と発見の危殆化（一項）の関係、<sup>(v)</sup>六項の「犯罪行為」の意義、<sup>(vi)</sup>特別な中止規定（九項）と中止の一般規定（二四条）の関係、などが主な論点として検討されている。

わが国でも資金洗浄罪の成否が問題となった判例が公刊物に登載されるに至っている（東京地判平成一一年三月二五日、判時一六九〇・一五六。本件評釈としては、判時一七四〇・二〇三「川出敏裕」、上智法学四四・二・九一「東雪見」などがある）。また、わが国でも、前提犯罪の拡大などもあって、今後、資金洗浄罪の構成要件解釈がますます重要になってくると思われる。その際、わが国の刑法解釈論が長年範としてきたドイツにおける資金洗浄罪の構成要件解釈をめぐる諸問題とその解決の方法を検討しておくことは、先に挙げた日独の規定の相違にもかかわらず意味があると言える。特に、不可罰の中間取得をめぐる議論などは、わが国でも情を知らない收受者が不可罰とされることに鑑みれば、大いに参考になるであろう。また、所

二二〇七（二〇九）

轄官庁への通告制度などは、わが国で、犯罪収益ないしは薬物犯罪収益等の收受が処罰され、また金融機関に疑わしい取引の届出義務が課されていることとの均衡上、導入を考えてもよいかもしれない。このように本論文は、わが国の資金洗浄罪の解釈論・立法論について多くの有益な示唆を含んでおり、以下にその要約を紹介する次第である。

\* \* \* \* \*

### 1. ヨーロッパにおける統一の欠如

ドイツの立法者は、資金洗浄罪の構成要件の創設を刑事政策上必要なものと考えた。一九八〇年代の終わりには、組織犯罪(特に薬物犯罪)に由来する「ダークマネー」が、合法的な経済循環に流入していることを、経験的データが示していたからである。一九八八年のウィーン条約、一九九〇年のヨーロッパ会議の議定書および一九九一年のEC会議のガイドラインにより、立法者は資金洗浄を犯罪化する法的義務を負うことになった。ただし、ウィーン条約は前提犯罪を薬物犯罪に限定しているのに対し、後二者にはそのような限定はない。ECのガイドラインにより、加盟国はある程度統一した資金洗浄罪の構成要件を刑法典に規定することが想定されたが、当然ながら、完全

な統一は始めから考えられていなかったであろう。不能未遂の可罰性、重罪と軽罪の区別などの総則規定、あるいは資金洗浄罪と近接する贓物罪や犯人庇護罪などの各則規定における各国間の相違が、各国間の資金洗浄罪構成要件の統一的な規定を阻むからである。刑事手続の関与者や制度の相違についても同様のことが言える。

そのような事情は別にして、国際的に構成された刑法学者のグループは、EUの財産保護のためにいくつかの構成要件を統一化しようと試みている。彼らの提言には「Corpus Juris」というタイトルが付いているが、ここではEUに対する前提犯罪については、資金洗浄罪の構成要件も定式化されている。とはいえ、資金洗浄罪の構成要件についてヨーロッパ各国は歩調を合わせてはおらず、統一化への道は険しいと言える。

### 2. ドイツの資金洗浄罪の構成要件と

#### その刑事政策上の狙い

ドイツの立法者は「違法な麻薬取引およびその他の形態の組織犯罪の対策に関する法律」により、刑法二六一条で資金洗浄を犯罪化した。その目的は、違法に取得された財産の合法的な経済循環への流入を阻止することにあるが、純経済学的には、

犯罪収益といえども合法的な経済循環に投入することを否認するのは難しい。組織犯罪対策、あるいは薬物犯罪対策など、それ以外の目的も指摘されているが、実際に創設された構成要件は組織的な実行を前提としておらず、また薬物犯罪とは関係のない犯罪が前提犯罪に含まれている。前提犯罪による収益の合法的な「利用」を防止することで、最終的に前提犯罪の実行も防圧される。

資金洗浄の前提犯罪については、列挙法が用いられている。

これは常に断片的な性格を有しており、刑法一〇〇条の電話盗聴にすでに見られるように、必要に応じてカタログに載せられる犯罪の範囲が拡大される可能性がある。とはいえ、ドイツ刑法の適用範囲外の場所については、その地でも犯罪とされる行為のみが前提犯罪とされるから、その限りで列挙法による前提犯罪の拡大は幾分緩和される。しかし、いかなる原理によってそのような前提犯罪が選択されたのかについては問題がある。「薬物犯罪」や「組織犯罪」に由来する「資金」の洗浄というだけでは、決して十分でない。この構成要件がすべての薬物犯罪や組織犯罪を、前提犯罪とはしていないからである。逆に、薬物犯罪や組織犯罪でない「ノーマルな」重罪について、贓物罪や犯人庇護罪、処罰妨害罪以外に資金洗浄罪の構成要件

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介(六)(松宮)

を必要とする根拠も明らかでない。特に、二六一条二項一号の「自らまたは第三者に得させる」行為態様では、きわめて多くのケースで贓物罪と観念的競合となる。また、「自らまたは第三者に得させる」行為については、贓物罪では不可罰となる、いわゆる代替物による贓物の場合が、資金洗浄罪で可罰となる。さらに、この行為態様は、麻薬法二九条一項一文の無許可の販売や無許可の購入とも競合関係に立つ。この場合、麻薬法は特別法であり、資金洗浄罪の構成要件に優先することを認めねばならない。

### 3・同一性要件の断念の帰結

贓物罪との関係では、同時に「由来する (herühren)」の文言解釈が問題となるが、この構成要件のキー概念は立法過程では不明確なままであって、せいぜい二二一条の構成要件に関する物件 (Gegenstand) は、前提犯罪から生じた物件と同一である必要はないことが明らかであるにすぎない。それは、債権も資金洗浄の客体となることを考えれば明白である。例えば、Tが前提犯罪から生じた金を、情を知りつつ銀行に預金し、それをXの口座に振込送金する場合、Tの銀行に対する「古い」債権とXの銀行に対する「新たな」債権はせいぜい金額が一致

二二〇九 (二二一)

すると言えるくらいであろう。

(a) 資金の「プール」(Parken)

Aはある重罪から生じた収益を自分の銀行口座に入金したが、  
 係の銀行職員は、カネの出所につき善意・無過失であった場合、  
 このカネの出所を知るBに債権が譲渡されたらどうなるのか？  
 まず、銀行によるこの金の不可罰の中間取得(二六一条六項)  
 は否定できないので、悪意とはいえ転得者であるBも不可罰と  
 いう論証が可能である。これに対し、Bは、Aが善意の銀行に  
 寄託していたカネを取得したにすぎず、Bに資金洗浄罪が認め  
 られるという解釈もなされる。たしかに、善意・無過失の第三  
 者の取得によって資金洗浄の連鎖が途切れること認め、その後  
 の取得者の可罰性を否定するのは刑事政策上妥当でない。一度  
 善意者を介することで、操作的に爾後の取得を不可罰とするこ  
 とができるからである。しかし、銀行口座に入金するケースで  
 は、銀行は金銭に対する処分権を有するので、これを単なる寄  
 託と言うこともできない。このケースでは、銀行による不可罰  
 の中間取得が存在しており、この金額を受け取る悪意者も、こ  
 れにより不可罰となるであろう。先述のように、この結論は刑  
 事政策上妥当ではないが、法律の文言上甘受せざるを得ない。

(b) 銀行預金との混和

物件の同一性の放棄から生じるもう一つの問題は、銀行預金  
 などにおける「汚れた」カネと「きれいな」カネの混和の問題  
 である。もともと、入金の際、銀行がカネの出所につき故意も  
 過失もない場合には、銀行による不可罰の中間取得が介在する  
 ので、混和の問題は生じない。立法者意思によると、混和の場  
 合、取得者がすでに口座にある「きれいな」カネよりも多額を  
 得た場合、資金洗浄罪の構成要件を実現していることになる。  
 これは贓物罪に関してBGHが展開した原則である。例えば、  
 八万マルクのきれいなカネが入っている口座に二万マルクの汚  
 れたカネを入金する場合、その後の悪意の取得者は八万マルク  
 より多くの金額を手にする限りで、二六一条二項で可罰的とな  
 る。しかし、この原則には可罰性を回避するための操作的とな  
 る可能性がある。例えば、先の例で口座名義人が一人に五万マルクず  
 つ送金する場合である。この場合、「疑わしきは被告人の利益  
 に」の原則により、二人の悪意の取得者は、お互いに相手が二  
 万マルクの汚れたカネの含まれた金額を受け取ったと主張する  
 ことが可能であり、そうすると二人とも二六一条二項で処罰す  
 ることはできない。ここでは、口座名義人の送金の中にはたし  
 かに汚れたカネが含まれていたことを可罰性の論拠とすること

はできない。口座名義人の預金債権と取得者が手にした債権とは質的に異なるものだからである。

#### 4. 自己取得(Sich-Verschaffen)と

##### 発見(Auffinden)の危殆化

二六一条六項による不可罰の中間取得は、隠匿など一項の行為と二項の自己取得の関係を理解する上でも問題となる。不可罰の中間取得後に、悪意者がその物件を自己に得させる場合、通常はそれによって捜査機関の物件の発見も困難になり、自己取得が一項の構成要件にも該当するからである。しかし、一項の行為は、不可罰の中間取得があつても不可罰とはならない。

もっとも、一項は隠匿や仮装などを意図した行為を要件としていると解するなら、発見の危殆化を狙ったわけではない中間取得後の悪意者による自己取得が、一項にも該当するという問題は生じない。しかし、二六一条は意図的な行為を要件とするのか、未必の故意で十分なのかについては学説でも評価が分かれている。未必の故意で十分とするなら、自己取得の際、捜査当局による発見が困難になることもあると考えていた場合には、常に一項でも可罰的となる。そうすると、六項の不可罰の中間取得は自己取得の可罰性しか排除しないので、六項の規定は大

幅に空洞化される。逆に、隠匿や由来の仮装は目的的行為を指すと解するなら、捜査機関の発見の危殆化を狙って「操作的に」自己取得することではじめて、一項の既遂となる。とはいえ、この見解も、隠匿や仮装以外の、出所の捜索および発見の妨害ないしは危殆化については通常の故意で十分であるとするので、その限りでは前者の見解と同様の問題がある。

問題解決の鍵は、一項と二項の罪数関係にある。法律上、二項は一項の「受け皿的構成要件」と解されているが、その意味は明らかではなく、しかも未決定のままである。ここでは、自己取得による発見の危殆化(ないしは妨害)が、それ以前の六項による不可罰の中間取得を問題としないほどの独自の不法を有しているかが決定的である。しかし、そのような独自の不法を認めることはできない。まさに、法律上発見の危殆化や妨害が未必の故意で十分とされるという理由から、これらは自己取得以上の独自の反価値を付加しないのである。それゆえ、立法者が不可罰の中間取得後の自己取得を処罰しないと決定したのなら、同様に物件の発見の危殆化で処罰されることもない。

#### 5. 「不可罰の中間取得」は何を意味するか?

不可罰の中間取得に関する二六一条六項にはさらに、同項の

「犯罪行為」とはいかなる犯罪を指すのかという問題がある。これが任意の犯罪を指すのなら、前提犯罪に由来する物件を窃取あるいは詐取する窃盗犯や詐欺師には、彼らが物件の由来を知らず、知らないことの軽率さを帰責できない場合でも、同項による不可罰は認められない。「犯罪行為」が資金洗浄の犯罪を指すのならば、窃盗犯や詐欺師は、物件の窃盗や詐欺以外に、二六一条で処罰されることはない。学説では「犯罪行為」は後者の意味に解されているが、果てしなく続く二六一条による可罰性の連鎖が生じるのを防止するという六項の機能に鑑みるなら、これは正当である。

#### 6・刑法二六一条九項の特別な中止規定

最後に、二六一条九項の特別な中止規定の問題を取り上げる。このような、形式上既遂となつた犯罪を撤回することに不可罰の効果を認める中止規定は、刑法典上特異なものではない。同項は、一項・二項の故意のケースと五項の過失のケースを区別している。前者では、行為者が、知っているか、認識可能である発覚の前に任意で所轄官庁に通告するか、通告させ、かつその犯罪行為にかかる物件を保全していなければ不可罰とはならない。これに対し、後者では通告だけで不可罰となる。

通告に関係する「発覚」とその認識可能性の解釈については、所得税法上の自己通告に依拠している。それ以外に形式的な既遂後の中止が問題である。そのまま受け取るなら、同項は二四条の一般的な中止規定の単なる拡張で、既遂段階でも撤回による不可罰を認めるかのような外観を呈することになるが、通告や保全といった要件が別に課されているので、この見方は正しくない。もっとも、二四条との関係では、二六一条九項が二四条の適用を排除する特別規定なのか否かが問題となる。例えば、Aが資金洗浄の物件につき自らへの取得を試み、未遂段階に達した後、後悔して爾後の行為を行わないことで、自己取得の既遂を断念する場合、Aは、所轄官庁への通告も物件の保全も行っていないので、資金洗浄の未遂(二六一条三項)で可罰的とされるのか、それとも二四条一項の未終了未遂の中止の一般規定に立ち返り、不可罰となるのか？

犯罪を既遂にしないようにするきっかけを与えるという二四条の中止規定の法思想は普遍的であり、資金洗浄罪についてだけこれを否定するいわれはない。それゆえ、先のケースでもAは、既遂へと向かう爾後の行為を任意に断念すれば、すでに不可罰となるというのが正当である。しかし、この解釈も、二六一条一項の隠匿や由来の仮装は目的的行為のみを記述しており

結果は要件ではない、という先に取り上げた見解にしたがう場合には、問題がある。この見解では、隠匿や仮装に向けられた行為の開始で、すでに資金洗浄の既遂となるので、二四条の中止はありえず、不可罰となるには、さらに所轄官庁への通告や物件の保全が必要となる。だが、実質的にみれば未遂にすぎない拳動に中止を認めないこのような結論は説得的でない。

不能未遂の場合はどうか？ 例えば、Aがある物件を隠匿ないしは自己取得したが、当初それが前提犯罪に由来すると誤信しており、後にそうでないと気づいた場合である。資金洗浄の未遂は二六一条三項で可罰的であり、二二条により不能未遂も可罰的であるので、Aが不可罰となるには、二六一条九項の通告と客体の保全を行っていないとしない。しかし、前提犯罪に由来しない（Aもそのことを知る）物件を保全しても公共の利益に資するところはないので、このケースで九項の適用を考えるのはほとんど無意味であろう。他方で、二四条が適用されるというのなら、今度は、同条一項二文の「撤回とは無関係に既遂に達しなかった」という事情が関係してくる。ここでは、Aは既遂を阻止する任意かつ真摯な努力をしなければ中止は認められないが、物件の「きれいな」出所を知ってしまった後で、彼に一体何をしろというのか？ 彼には既遂の阻止の努力など

不可能なことは明白である。それゆえ、二六一条九項でAを不可罰とするには、所轄官庁への通告だけで十分としなければならない。少なくとも彼を、実際に前提犯罪に由来する物件を隠匿ないしは自己取得する者よりも不利益に取り扱ってはならない。

（安達光治）

## ユルゲン・ザイアー

### 「国選弁護人の任命取消」

Jürgen Seier, Die Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999, S.977ff

【紹介者はしがき】

筆者はケルン大学教授であり、著書として『刑事訴訟上の付随裁判に対する、即時抗告による法的救済』（一九八〇年）などがある。

ドイツの刑事手続法学における、最も対立のある論争の一つが、「弁護人の法的地位」である。弁護人は公的責務を負う「司法の独立した機関」であるとする「機関説 Organtheorie」が通説・判例であるが、弁護人を「被疑者・被告人の代理人」とみる「代理人説 Parteinteressenverretertheorie」も有力である（もっとも両者はそれぞれ変容がみられ、結論は相対化している）；この議論については C.Roxin, Gegenwart und Zukunft der Verteidigung im rechtsstaatlichen Strafverfahren, in Hanack FS, (1999) s. 1ff. および M. Dornach, Der Strafver-

teidiger als Mitgarnant eines justizförmigen Strafverfahrens” (1994) が、近時の動向を詳しく紹介している。

国選弁護人の解任について、特に通説である「機関説」の立場から「重大な理由」がある場合、弁護人を手続から排除できるという自体は、従来ほぼ争いがなく（BVerfGE 39-238 他）の裁判例；文献上も Kl./M.-Golbner, Strafprozessordnung Mit GVG und Nebengesetzen” 44Auf. (1999) を代表とするコンメンタールや、W. Beulke, Strafprozessrecht” 44Auf. (2000) などのテキストにおいても、自明のこととして記述されている）、個別の事情が「重大な理由」にあたるかという点が、論争の主戦場であった。

これに対して筆者は、本論文において、『重大な理由』による国選弁護人の解任、自体に疑いを投げかけ、従来の動向は、法的な準則によらない点で「法治国家原則」との摩擦が生じ、私選弁護との「法的対等性」が損なわれる点からも、もはや維持できないものと主張する。さらに、「重大な理由」が「司法の機関」と位置づけられる弁護人の態様から（国家の見地で）判断されている点も、被疑者・被告人の弁護関係における主体性を無視するものとして批判する。

周知のとおり、ドイツの刑事手続は、「職権進行主義」を原

則に発展し、現行法でもそれは維持されている (C. Roxin, "Strafverfahrensrecht" 25Auf. (1998) s. 78ff.) もともと、現在では、被疑者・被告人は、「訴訟の客体」にとどまらず、「訴訟の主体」として様々な手続的権利が付与されている (例えば証拠調べ請求権 § 260 (以下本文でも省略する) 二一九、二四四—二四六条)。弁護関係の設定に関しても、「弁護人を選任する権利」(一三七条) が認められ、これはさらに、「自己の信頼する弁護人により、弁護を受ける権利」として理解されている (BVerfGE 39-238; KJ/M-Gosner 前掲 s. 508ff. は、法治国家上のフェアトライアル原則から導かれる「基本権」と位置づける<sup>9)</sup>。

このような状況に鑑みると、「重大な理由」による解任によって、被疑者・被告人の主体性を軽視してきた従来の実務は、むしろこれに逆行するものであり、筆者の本論文における主張は、出されるべくして出された感さえある。もっとも、本論文では、「重大な理由」が詳細に分類されているにも関わらず、それぞれが持つ法的効果の差異 (特に法的救済方法など) の分析がやや不明確であり、今後、実務に対する指導理念となるためには、そのあたりの精緻化が必要であろう。

また、「法制度」や「弁護人の資質」が異なるわが国の刑事

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介(六)(松宮)

手続法学説に対して、本論文が与える直接の影響は必ずしも大きいものとはいえない。しかし、「被疑者・被告人の主体性」はわが国でも近年強く意識されており(二〇〇一年度刑法学会第二分科会のテーマでもあった)、ドイツでのこのような動向を知る意義は大きい。さらには、「司法制度改革」の影響から、近い将来、類似の問題が生じるとも考えられ、立法論を含めて参考になるものと思われる。

## I 概観

法定されている場合(一四三・一四五条)以外にも、「重大な理由」があれば、国選弁護人の任命を取消すこと(すなわち解任)は、従来から承認されてきた。その場合、任命権限(一四一条)を持つ裁判長が、解任についても権限を持つものとされている。ここで「重大な理由」とは、連邦憲法裁判所が一九五五年の決定(BVerfGE 39-238)において示したところによると、「被疑者・被告人に適切な補佐人を保障し、秩序ある手続進行を確保するといった、国選弁護の目的が、著しく危殆化する場合」に認められる。

しかし、右の命題は、多くの問題を投げかける。第一に、補

一二二五(二二七)

佐人的機能と裁判寄与機能は相互にどのような関係(独立・補充)にあるのか。第二に、独立した意義を持つとした場合、解任の要件として両者が妨げられる必要があるのか。第三に、右で、仮に一方で足りるとした場合、他方の機能は全く考慮されないのだろうか。

したがって、連邦憲法裁判所の命題は、大まかな方向付けでしかなく、実践的にはより詳細な具体化が必要である。そのためには、弁護人の重大な義務違反だけでなく、他の様々な観点へも目を向けなければならない。以下では、解任事由として想定され得る個別の事情を、それが「重大な理由」にあたるかといった点はひとまず捨象して、類型化を試みる。それによって、「重大な理由」という概念の下で一括りにされてきた従来の枠組みは、もはや維持されうるものではないことが示されるであろう。

## II 解任事由の類型化

従来からの解任事由を概観すると、不当解雇保護法一条二項一号の「解約告知規定」との類似性が目にこまる。すなわち、①人的特性 Person ②行動態様 Verhalten ③業務の都合 Betrieb といった解任事由に基づく類型化である。さらに、刑事

手続法固有のものとして④被疑者・被告人と弁護人との信頼関係の破綻も挙げておかなければならない。

### ① 人的特性に基づく事由

ここでは、さらに次の四つの類型に分けることができる。

- (a) 弁護人が一般的に職務遂行能力を欠く場合、すなわち、連邦弁護士法七条七項が示すような、肉体的または精神的な欠陥に基づく事由。
- (b) 長期間の疾病など、実際に出廷できないような、事実上の不可能性による事由。
- (c) 弁護人が、必要とされる専門的能力を欠くため、被疑者・被告人の権利を十分に実現できない場合。この類型はとりわけ弁護人に積極的な責任を負わせる近年の刑事手続実務の動向において、重要である。
- (d) 被疑者・被告人との利益相反。すでに法規が「除斥事由」として、一三八a条一項一号・三号でその一部を示しているが、さらに、弁護人が証人尋問を受ける場合、被害者などの他の手続関係者と一定の関係にある場合など、事案の性質からも導かれる。

### ② 行動態様に基づく事由

この類型は、従来、「訴訟妨害」、「制度の濫用」といったフリーズで表わされてきた。機能的な刑事司法の共同運営者という責務を負う弁護人が、その役割に専念しないで、「妨害因子」と見られる場合であるとされる。しかし、かかる概念自体、弁護人を「司法の機関」と位置づける立場（「司法機関説」（ドイツの通説・判例））からしか承認されるものではない。重要であるのは、それが「妨害・濫用」にあたるかではなく、「何が許されない行動か」を明らかにすることである。ここでは、いくつかの類型に分類することができる。

(a) まず、弁護人の行動が、全く訴訟行為との接点を持たない場合がある。裁判所への強要や侮辱、証人に対する威迫、事件に無関係な長時間の発言など、裁判所構成法一七八条一項でいう「不穏当な言動 Ungebühr」として把握されるものであり、いわば法廷における外形的な秩序違反の類型である。

(b) それに対して、一応は訴訟行為とみられるが、しかし手続に対していわば内側から過剰な負担を与える場合がある。特にこの類型に関して、再三の忌避申立てや休憩要求、敵対的な異議申立て、あて推量な証拠申立てといった、「過剰な紛争的弁護」と称される弁護戦略が、どこまで許される

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介（六）（松宮）

るかが問題となる。

(c) 特に裁判例が多いのは、内部関係における逸脱行動といった類型である。すなわち、国選弁護人が、無関心、任命への抗議、任命取消を促がすといった動機で、被疑者・被告人に対する補佐人的機能を果たさない場合である。例えば、期待される証拠申立てや、最終弁論などを、右の動機で拒否するといったものである。

### ③ 手続上の事由

必要的弁護要件の消滅や、補充弁護人 Sicherungsverteidiger の公判終結に基づく解任など、純粹な手続上の事由がこの類型である。前述の、業務の都合に基づく事由に対応する。

### ④ 信頼関係の破綻

おそらくこの類型が、最も難しいものである。なぜなら、弁護が客観的にもはや適切に行われないことが憂慮されるような、信頼関係の永続的で修復できない動揺がいつ存在するのかについて、そもそも裁判所が判断できるかは疑わしい。したがって、この点については当事者の判断が決定的となり、裁判所はその言に従わざるをえない。そうすると、当事者が訴訟遅

延などの濫用目的でこれを主張することを、常に懸念しなければならぬ、といった問題が生じるからである。

この問題に対して、従来から裁判例は、単にその事実が申立てられるだけでなく、その証明を要求し、さらには「信頼関係破綻の要件」として、単に被疑者・被告人の弁護人に対する暴行・脅迫では足りず、それに対する刑事告訴を要求するといったことで、対処してきた。

しかし、このような対応は、かかる事情の決定権限を、「司法の機関」である弁護人から奪い、裁判所に独占させるものである。また、「義務的構成員」に対する「強制共同体」の継続をもちや要求できないような場合でさえ、手続の保護という点に優先順位を与えるものでもある。さらに、内部的事情の公表を要求する点は、弁護人の守秘義務とも調和しない。

### III 私選弁護人との対等化

裁判例および学説上、国選弁護人と私選弁護人は、選任方式が異なる以外、法的に全く対等の地位におかれるとされている。しかし、「重大な理由」による任命取消が認められるのであるが、この解任に関して、右の命題が形骸化していることを示す。これに対して、近年、対等化に向けたいくつかの法状況が見ら

れる。

#### ① 一九八七年刑事手続改正法

本改正法により、一四二条一項に、第二および第三文が挿入され、国選弁護においても、「重大な理由」がない限り、自己の信頼する弁護人の任命が保障されることになった。弁護開始時のこの規定が、弁護終了に関する任命取消に対して、いかなる影響を与えるであろうか。被疑者・被告人は、任命に際して、弁護士の人格に決定的な影響を受け、それは「重大な理由」がない限り、変わるものではない。このことは、解任に際しても尊重されなければならない。「重大な理由」がない限り、無視することは許されないものである。

#### ② BGH決定(BGH NSZ 1997-46)

一九九六年、BGHは、「対等化」へ向けた一つの裁判を下した。従来から争いのあった、「国選弁護人にも一三八a条以下の除外規定を適用できるか」という問題に、BGHとして初めて判断し、結論において積極に解したのである。

本争点は、従来、消極説が通説であり、その理由として、立法の沿革、規定の位置づけ、簡易な取消の存続の必要性といっ

た点が挙げられていた。しかし、立法の沿革は不正確な論拠であり、規定の位置づけよりも法文が決定的であり、国選弁護人の非対等的な取扱いは許されるものではないとして、近年は積極説が有力となり、本決定もそれにならったものである（この点については、G. Fezer, Strafrechtsprozessrecht 2A Aufl. (1995) S. 48ff が詳しい・紹介者注）。

本決定により、「対等化」へ向けた方向性は示されたのであるが、さらなる、そしてより本質的な問題も残された。それは、本件のように、一三八a条以下の除斥事由が存在する場合、さらにそれと並存して、「重大な理由」による解任も認められるか、といったものである。本決定は、「限定説（除斥手続しか認めない）」に近い表現を用いながら、本件の判断には不必要であるとして、結論を回避した（OLGが、国選弁護人を、除斥手続で解任した点に対して、弁護士から上記積極説を主張の上解任が無効であることを主張された事件であったため。なおOLGが、「重大な理由」による簡易な解任ではなく、わざわざ手間のかかる除斥手続を選択したのは、当該弁護士に対する「排除効果」を狙ったものである・紹介者注）。BGHが否定しなかった「並列説」からは、いずれの手続を選択するかは、裁判長の裁量によることになる。

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介（六）（松宮）

しかし、一三八a条以下の排他的性質を否定することはできない。裁判長の裁量に委ねられるならば、「同一の地位」は名ばかりのものとなるからである。「並列説」は、一三八a条以下の規定を、空洞化させるものである。

③ OLGハンブルク「アプマン決定」（OLG Hamburg NJW 1998-621）

国選弁護人の行動に基づく解任事由を問題とすることに、裁判所はきわめて自制的であろうと努めてきた。弁護人の行動を監督することは、裁判所の責務ではないというのが理由である。近年、OLGハンブルクは、この類型の解任事由が問題となった事件（いわゆる少年事件であり、弁護人の行動が、通常の成人に対する刑事事件とは異なる、「少年裁判所法」の「教育目的」による制約を受けるかという点が、主要な争点であった・紹介者注）に関して、解任は原則として「警告」を前置しなければならないと述べ、さらに解任要件を加重した。この決定は、概ね、好意的な評価を受けている。しかし「警告」の前置は、弁護人の自主性原則との関係で摩擦を生じさせるものである。裁判所が、自己に都合の良い弁護活動を求めるために、「警告」によって不当に操作するおそれがある。弁護人は、そ

二二九（三二）

れに従うか、または解任の危険に身をさらしながら、自己の戦略を貫くかの選択にさらされかねない点が危惧される。

#### IV 事例群の検討

##### ① 遮断効果の射程範囲

最後に、IIで示した事例群に、検討を加える。

まず、一三八a条以下の除外規定が国選弁護人にも適用され、裁判長の解任権を排除する(前述「限定説」から)ということにより、いかなる影響があるか。この点、遮断効果をすべての解任事由へ拡張することは、解釈上できない。むしろ、一三八a条以下の除外事由と、法的に匹敵するような事由に限られる。一三八a条一項一号・三号から、人的特性に基づく事由の「利益相反」が、これにあたるであろう。この場合、裁判長による一方的な解任が禁じられる。

では、行動に基づく事由はどうか。例えば、過剰な紛争的弁護による「刑事司法の妨害」が、一三八a条一項三号でいう「処罰妨害(SGB二五八条一項)」にあたるかという点が問題となる。結論として、立法者が「手続妨害」としなかった点から、これは否定すべきである。「処罰妨害」の解釈を拡張することにより、この立法者の決定を無視してはならない。もつ

とも、一三八a条一項二号では、行動態様に基づく事由も挙げられているが、同条項は、テロ犯罪に対する純粋な「措置法」であり、ここから一般化することはできない。

以上から、一三八a条以下の排除効は、「利益相反」の類型に限定される。ただし、この場合でも、被疑者・被告人および(または)国選弁護人の同意があれば、除外手続によらないで解任することも可能である。除外規定は、当事者の意思に反する場合を規制するものだからである。しかし、私選弁護との対等化を追求するならば、当事者により主体的に決定できる機会を与えることを、考慮しなければならない。

##### ② 取消実務に対する間接的な影響

①から、除外規定が国選弁護人にも適用され、排除効を有するといっても、従来の取消実務に対する影響は、さほど大きくないとも思われる。しかし、一三八a条以下の除外事由が、「重大な理由」による解任を排除するものであるならば、それは単なる「重大な理由」の列挙ではなく、いわば法規による授權という性質を持つことになる。したがって解任は、「重大な理由」という不文の一般条項ではなく、法規および法的評価によるべきことが導かれる。

(a) まず、人的特性に基づく事由は、ほぼ一四五条に還元できる。弁護人が意思無能力や弁論無能力であれば、在廷していないに等しい。被疑者・被告人に対する逸脱行動は、同条の「弁護の拒否」にあたる可能性がある。

(b) もっとも弁護人がともかく在廷し、一般的な弁護能力自体は備えている場合、本条は適用できない。例えば、弁護人が（全く行われないのではなく）稚拙であるにすぎない場合である。しかしこの場合にも、一四二条一項三号に基づいて、被疑者・被告人の同意を条件に解任することは可能である。かかる状況においても、依然として被疑者・被告人が弁護関係の維持を求める場合があり、その意思は、私選弁護の場合と同様に尊重されなければならない。仮に、裁判所には「国選弁護の質」に関して保証する義務があるとしても、それにより一方的な解任が正当化されるものではない。そのような義務は、被疑者・被告人の意思に反した「解任」ではなく、むしろ「第二弁護人」の任命を要求するものである。弁護人の逸脱行動が、裁判所に対して行われる場合も、本条項により、被疑者・被告人の同意が解任の要件となる。

(c) 最後に、「信頼関係の破綻」という類型が残された。こ

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ古稀祝賀論文集の紹介（六）（松宮）

の点、前述のように裁判所は、明らかに当事者の言に対して、懐疑的な態度で接している。しかしそれは、一四二条一項の適用に関して、原則、例外を逆転させるものである。被疑者・被告人から、「弁護人に対する信頼を喪失した」と申立てられた場合、解任が原則であり、明らかに濫用目的を示すような「重大な理由」がある場合にしか、それを拒否することは許されないのである。

## V まとめ

従来の取消実務は、法定の準則を離れ、独自の進化を遂げてきた。しかし、除外規定を国選弁護人にも適用するという傾向は、解任を法的根拠に基づかずに行ってきた実務への反省を促がすものである。そこから、全ての解任は法的根拠に基づかなければならないという結論が導かれるであろう。そして、一四二条一項の準用を通じて、被疑者・被告人には解任の際にも決定的な発言権を与えなければならないという効果も伴う。それにより、自律的な訴訟主体としての被疑者・被告人の地位が、国選弁護人の解任においても、保障されることになるであろう。

（辻本典央）