

講 演

ドイツにおける答弁取引（いわゆる申合せ）と憲法

ヘニング・ローゼナウ*
田 口 守 一（訳）

- I 外国の事情：刑事手続における合意に関する国際的動向
 - II 合意手続の概念
 - III 憲法との関係
 - 1 法治国原理
 - 2 公正な公判原則
 - 3 責任主義
 - 4 合意手続の憲法的審査
 - IV 同意に基づく刑事手続としての合意手続
- 【訳者あとがき】

I 外国の事情：刑事手続における合意に関する国際的動向

2009年、私は、アウグスブルグにおけるドイツと日本の刑法シンポジウムにおいて、刑事手続における合意は、ドイツにおいても、アメリカの刑事訴訟における答弁取引の勝利におけるとまったく同じ展開をしている、ただ〔ドイツでは〕まだ25年しか経過していないだけで、と述べた⁽¹⁾。

* Prof. Dr. Henning Rosenau, Universität Augsburg. 早稲田大学高等研究所2013年度訪問研究員（Visiting Fellow）。

(1) *Rosenau*, Die Absprachen im deutschen Strafverfahren, in: *Rosenau / Kim* (Hrsg.), *Straftheorie und Strafrecht*, 2010, 45 (57). [ヘニング・ローゼナウ／加藤克佳訳「ドイツ刑事手続における合意」金尚均／ヘニング・ローゼナウ編著『日独シンポジウム刑罰論と刑罰正義』（2012年、成文堂）60頁（74頁）参照。]

最初に、君が与えるから私も与える (do ut des) という意味での訴訟結果の取引は、インフォーマルにそして内密に行われてきた。人は、重い刑罰を免除されたり、検察官が軽い罪で起訴する代わりに自白を提供してきた。ようやく60年代の半ばに至って、アメリカ合衆国においてこの実務が専門家の間で認識され、広く議論されるようになった。そして、この手続きは合衆国最高裁判所で取り上げられ、裁判所は答弁取引 (plea bargaining) を受け入れたのである。1970年に首席裁判官バーガーが言ったように⁽²⁾、刑事司法システムの機能が問題であった。すなわち、有罪答弁による事件処理が10%減少するということは、司法部およびその装備—「裁判官、裁判所記録係、廷吏、書記官、陪審員そして法廷」⁽³⁾—が、2倍必要となることを意味する、と。秘密ありげに振る舞うことはもはや要らなくなった。これにより、1975年に、連邦刑事訴訟規則に小さな手続規定が設けられたが、それでアメリカの法律学における論争が静まることはなかった⁽⁴⁾。

ドイツでの展開もまったく同じであった—すでに述べたように、4分の1世紀を要したが—。合意手続は、最初は公開性を排除して行われた⁽⁵⁾。合意手続は、極度に内密に行われた、例えば、極めて内密の電話で、執務室にこもって、あるいは、男子用トイレで。公開法廷でそれについて語られることはなかった⁽⁶⁾。人は、このやり方を明らかに正しくないと感じていたし、いずれ

(2) Santobello v. New York, 404 U.S. 257 (1971), 260.

(3) *LaFave/Israel*, Criminal Procedure, 2. Aufl. 1992, S. 899より引用。本書もこの判例に従っている。

(4) Vgl. *Schulhofer*, Plea bargaining as disaster, Yale L.J. 101 (1992), 1979 (1988); *Damaška*, Der Austausch von Vorteilen im Strafverfahren: Plea-Bargaining und Absprachen, StV 1988, 398 (400); *Langbein*, Torture and Plea Bargaining, University of Chicago L.R. 46 (1978), 3 ff.; *Bibas*, Plea Bargaining outside the Shadow of Trial, 117 Harvard L.R. (2004), 2463 (2495); *Alschuler*, The Changing Plea Bargaining Debate, California L.R. 69 (1981), 652 (705 f.); *Schwander*, Plea Bargaining als „abgekürztes Verfahren“ im Entwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, SJZ 103 (2007), 142 (143 f.).

(5) *Schünemann*, Zur Entstehung des deutschen “plea bargaining”, in: Lorenz et al. (Hrsg.), Festschrift Heydrich, 2005, S. 1177 (1185).

(6) *Schünemann*, Die Absprachen im Strafverfahren, in: Hanack (Hrsg.), FS Rieß, 2002, S. 525 (526). シューネマンは、上に挙げた最後の場所 [男子用トイレ] の確かなことについては、自分が請け合う、としている。

にせよ自信をもっていなかった⁽⁷⁾。刑事訴訟法は合意手続きを規定していなかったから。

1982年になってヴェールがはがされた。弁護士ヴァイダーが、偽名で扉を開けたのである。内緒話横丁の弁護士デートレフ・ディール (Rechtsanwalt Detlef Deal aus Mauschelhausen) が、雑誌『刑事弁護士 (Strafverteidiger)』において合意手続きについて論じ、誰もが知っており、誰もが知っているが、誰もそれについて語らない、と。

合衆国最高裁判所と同様に、連邦通常裁判所第4刑事部は、1997年の基本判例ではじめてこの実務を承認した⁽⁸⁾。第4刑事部は、濫用を防止する基準を設定した。2005年の大刑事部の決定は、この基準を基本的に追認した⁽⁹⁾。これにより、ドイツにおける判決合意は最高裁判所により承認されたのである。

次いで、手続きの短縮と終了をもたらすこのような同意 (agreement) の許容性について激しい論争が生じた。ドイツの刑事訴訟法学には、刑事手続きに判決合意を導入するような改革の動きはなかった。文献は数えきれないほどであり⁽¹⁰⁾、圧倒的に拒否的であった⁽¹¹⁾。他方で、実務家の多数は新たな実務に

(7) *Schmidt-Hieber*, Absprachen im Strafprozeß, NJW 1990, 1884.

(8) BGHSt 43, 195 ff.

(9) BGHSt 50, 40 ff.

(10) ここでは、研究書のみを掲げるが、網羅的とはいえない。Attenhain et al., Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, 2007; Braun, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998; Gerlach, Absprachen im Strafverfahren, 1992; Graumann, Vertrauensschutz und Strafprozessuale Absprache, 2006; Haumer, Regelungsentwurf für ein Abspracheverfahren am Internationalen Strafgerichtshof, 2009; Heller, Die gescheiterte Urteilsabsprache, 2004; Kobor, Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany, 2008; Moldenhauer, Eine Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren durch den Bundesgerichtshof? 2004; Niemöller et al., Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, 2010; Pankiewicz, Absprachen im Jugendstrafrecht, 2008; Rönnau, Die Absprache im Strafprozeß, 1990; Sauer, Konsensuale Verfahrensweisen im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2008; Schmidt-Hieber, Verständigung im Strafverfahren, 1986; Schöch, Urteilsabsprachen in der Strafrechtspraxis, 2007; Schoop, Der vereinbarte Rechtsmittelverzicht, 2006; Schünemann, Absprachen im Strafverfahren? Gutachten B zum 58. DJT, 1990; Schumann, Der Handel mit der Gerechtigkeit, 1977; Siolek, Verständigung in der Hauptverhandlung, 1993; Steinhögl, Der Strafprozessuale Deal - Perspektiven einer

対して好意的であった⁽¹²⁾。このような実務と学説の乖離は、1990年にミュンヘンで開催された第58回ドイツ法曹大会で鮮明になり、両陣営が相互に相容れることなく対峙したままであった⁽¹³⁾。

裁判実務では、合意手続きはもはやなくてはならぬものとなった。それは、大きな役割を演ずるようになり、実務的には確固としたものとなった。結果への申合せ (Verständigung) を含む手続きは、20%から50%となったとされた⁽¹⁴⁾。合意手続きは区裁判所でも行われている。それは、もはや複雑な経済

Konsensorientierung im Strafrecht, Diss. 1998; *Tscherwinka*, Absprachen im Strafprozeß, 1995; *Viering*, Absprachen als verfahrenökonomische Lösung des Schuld nachweisproblems im Strafverfahren, 2009; *Weichbrodt*, Das Konsensprinzip Strafprozessualer Absprachen, 2006; *Weßlau*, Das Konsensprinzip im Strafverfahren - Leitidee für eine Gesamtreform? 2002.

- (11) これまで積極説の色彩を帯びていたのは以下のみである。Wolfslast, Absprachen im Strafprozeß, NStZ 1990, 409 (415); *Böttcher/Dahs/Widmaier*, Verständigung im Strafverfahren - eine Zwischenbilanz, NStZ 1993, 375.
- (12) Vgl. nur *Landau/Bünger*, Urteilsabsprache im Strafverfahren, ZRP 2005, 268 (269); *Ignor*, Die Urteilsabsprache und die leitenden Prinzipien der StPO, in: Beulke et al. (Hrsg.), FS zu Ehren des Strafrechtausschusses der BRAK, 2006, S. 321 (332 f.); *Geiger*, Die Verständigung im Strafverfahren, in: Griesbaum et al. (Hrsg.), FS Nehm, 2006, S. 269 (276); *Kintzi*, Verständigung im Strafverfahren - steht die Diskussion vor dem Abschluß? in: Ebert et al. (Hrsg.), FS Hanack, 1999, S. 177 f.; Sauer, Erfolgsaussichten der Revision bei unzulässigen Urteilsabsprachen, wistra 2009, 141 (145); *Marsch*, Grundregeln bei Absprachen im Strafverfahren, ZRP 2007, 220; aus der Wissenschaft auch *Jahn/Müller*, Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, NJW 2009, 2625 (2631).
- (13) *Böttcher*, Der Deutsche Juristentag und die Absprachen im Strafprozeß, in: Eser et al. (Hrsg.), FS Meyer-Gossner, 2001, S. 49 (59 f). 分裂した法曹大会の様子を伝える票決の結果については、前掲書54頁。
- (14) *Schünemann/Hauer*, AnwBl 2006, 439は、50%以上としている。しかし、区裁判所でも合意手続きがなされ、そこでの手続きが含まれる一方で、刑訴法153条aによる合意による処理が考慮されていないことからすれば、いずれにせよこの数値は高すぎる。もっとも、経済刑事手続に関していえば、この数値は妥当であろう。Vgl. *Altenhain* et al., Die Vorschläge zur gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen im Lichte aktueller rechtstatsächlicher Erkenntnisse, NStZ 2007, 71 (72). Vgl. auch *Heister-Neumann*, Absprachen im Strafprozess, ZRP 2006, 137. これは、組織犯罪の領域では80%が合意に基

事件に限られず、被告人が一人で証人がわずかな場合でも行われている。より重大で複雑な事件として性犯罪の分野があるが、そこでは、被害者が行為者と再度対面し、第二次被害を受けることをこの手続きによりなくす努力がなされている⁽¹⁵⁾。要するに、合意手続きが創設され、教科書では、手続法上の新たな刑事手続制度が始まったと言われている⁽¹⁶⁾。

その間、ドイツにおける合意手続きは法律により定められることとなり、2009年8月4日、刑訴法第257条cがドイツ法に組み込まれることとなった⁽¹⁷⁾。

そして、カールスルーエの連邦憲法裁判所（BVerfG）も合意手続きについて判断を示した⁽¹⁸⁾。判決は、2013年3月19日のものであり、判決からまだ2か月しか経っていない。連邦憲法裁判所は厳しい批判もしているが、立法者が合意手続き（Absprache）を申合せ（Verständigung）と呼んだ刑訴法第257条cの申合せ規制を、結果的には、是認している。〔判決〕要旨の第2で次のように言う。「それにもかかわらず、手続簡素化のために申合せを許容することが、立法者に禁ぜられているわけではない。」と。

こうして、一方において、ドイツにおいてもその展開は来るところまで来た。アメリカ合衆国最高裁のように、ドイツでも、合意手続が勝利をおさめたのである。ところで、イタリアでは事情が違った。というのは、イタリアでは、憲法裁判所が、イタリアの合意手続きを憲法に適合しないと位置づけをしたからである⁽¹⁹⁾。その結果、イタリアは憲法を改正して、〔憲法〕第111条第5項の重要な条文で、被告人は争う手続（ein Streitiges Verfahren）の放棄に同意することができると規定したのである⁽²⁰⁾。

私は、このドイツ憲法裁判所の判決を詳しく分析する前に、国境を越えた観察をしておきたい。国境を越えて世界に目を向けることは、しばしば激しく対立する国内の論争を相対化する有効な手段だからである。

刑事手続における合意手続はドイツだけのものではない。むしろ、このよう

づく判決であるとしている。

(15) Vgl. *Streng*, Verfahrensabsprachen und Strafzumessung, in: Feltes et al. (Hrsg.), FS Schwind, 2006, S. 447 f. u. 465.

(16) *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. Heidelberg 2008, Rn. 394; *Volk*, Grundkurs StPO, 6. Aufl. 2008, S. 277.

(17) BGBl. I, S. 2353 f.

(18) BVerfG, Urteil des 2. Senats vom 19.3.2013, 2 BvR 2628/10.

(19) Corte cost., 26.6.1990, n. 313, 96 Racc. uff. corte cost. 1990, 89.

(20) Verfassungsgesetz no. 2 vom 23.11.1999.

な手続の短縮化はグローバルな傾向とすることができる。ごく簡単に概観しておく。

イタリアについてはすでに指摘した。イタリアでは、合意手続は1989年の刑事手続法改正により法律に規定が置かれた。被告人は、全面的にまたは部分的に、その防御権の行使を放棄することができ（短縮裁判 *giudizio abbreviato*）、その場合に法律は法律上の〔刑の〕下限を下回る刑罰の大幅な減輕を約束している。いわゆる取引（*patteggiamento*）において、被疑者の申立てにより、事前に検事局と協議した刑罰が、非公開の話し合いで裁判官により量定され、しかも、書類の内容から無罪のおそれがないかまたは要求された刑罰が不相当でない限り、独自の判決でなされる⁽²¹⁾。量刑は、6年を越えない法定刑の場合には、3分の1に軽減することができる⁽²²⁾。この合意手続は、2003年に拡大され、全刑事事件の90%に広がっている。

フランスでは、2004年10月に、ペルバン法（*loi Perben*）により、いわゆる有罪答弁（*plaider coupable*）制度が発効した⁽²³⁾。イタリア・モデルとまったく同様に、ここでも検事局は、有罪を認めた被告人を短縮手続でかつ裁判所の審理なくして適切な刑罰を提案することができる。公開の裁判所の審理は行われない。

スイスでも、新たな刑事訴訟法が短縮手続（第358条以下）の制度において合意手続の可能性を認めている⁽²⁴⁾。

超国家的な関係では、ヨーロッパ刑事手続に関する *Corpus Iuris* において、同意による手続の終結の可能性が提案されている（第22条第2項b）⁽²⁵⁾。ま

(21) Art. 444 C.p.p. これは、*Budde*, Vereinbarungen im italienischen Strafprozeß, ZStW 102 (1990), 198 (210 f.)に印刷されている。これについては、以下参照。*Amodio*, Neues italienisches Strafverfahren, ZStW 102 (1990), 171 (186); *Maiwald*, Eine neue Strafprozeßordnung für Italien, JZ 1989, 874 (876 f.); ders., Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozeßrecht, 2009, S. 226 f.; *Marx/Grilli*, Der neue italienische Strafprozeß, GA 1990, 495 (504).

(22) *Marx/Grilli* (Fn. 21), 504.

(23) Vgl. *Jung/Nitschmann*, Das Bekenntnis zum Schuldbekenntnis - zur Einführung des *plaider coupable* im französischen Strafprozess, ZStW 116 (2004), 785 ff.

(24) *Pieth*, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009, S. 193 ff.; *Kunz*, in: Jung et al. (Hrsg.), FS Egon Müller, 2008, S. 383 (385 ff.).

た、以前より行われていた旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所（ICTY）における一定の形式の答弁取引（plea bargaining）の実務に基づいて、2001年12月に裁判官達が、「小」手続規定の規則第62条により合意手続を肯定した⁽²⁶⁾。

当面の課題に対する根本的解決策を得るために、批判的評価を考えながら、比較法的概観から得られた知見について考えてみよう。刑事訴訟法において手続の結果に関する同意の取引の要素が必然的な補完物と受けとられていることは明らかである。同意による問題解決が必要であることは普遍的に示されており、多くの国々と司法管轄区において実施されている⁽²⁷⁾。

これは、このような合意手続が公式には存在しないとされている司法管轄区においても当てはまる⁽²⁸⁾。例えば、日本もそうであり、裁判官や検察官を代表団を組んで訪問しても、合意手続は存在しないという回答を得るだけである。これらの者より親密に話せば、とくに弁護士からは逆のを知ることができる。そして、この間、日本でも、刑事訴訟法にこれに相当する法制度を導入するかどうかの議論がなされている。

さらによい例を提供するのはオーストリアである。しかし、その展開はドイツとは違ったものであった。オーストリア最高裁判所の2004年の決定

(25) Walterによるドイツ語の条文は、以下からダウンロードできる。www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/rosenau/medienverzeichnis/Forschung/corpus_juris_deutsch.pdf.

(26) Vgl. *Bulaty, Plea-bargaining-Tendenzen im Völkerstrafrecht*, ZStrR 126 (2008), 214 ff.; *Kreß, Absprachen im Rechtsvergleich*, ZStW 116 (2004), 172 (174 f.).

(27) *Hörnle, Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe*, ZStW 117 (2005), 801 (829f.); *Matt/Vogel, Urteilsabsprachen im Strafverfahren: Ein Alternativvorschlag einer gesetzlichen Regelung*, in: Beulke et al. (Hrsg.), FS zu Ehren des Strafrechtsausschusses der BRAK, 2006, S. 391 (392); *Meyer-Gößner, Domestikation der Absprachen im Strafprozess*, in: Hefendehl (Hrsg.), Symposium Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, S. 235 (243).; vgl. *Weßlau, Absprachen in Strafverfahren*, ZStW 116 (2004), 150 (169f.).

(28) その法的根拠については以下を見よ。Kato, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, 2010, 31 (36f.).〔訳注：加藤克佳「同意による刑事手続—日本における特に起訴便宜的手続打切りと合意—」金尚均／ヘニング・ローゼナウ編著『日独シンポジウム刑罰論と刑罰正義』（2012年、成文堂）35頁（44頁以下）参照。〕

は⁽²⁹⁾、合意手続は現行刑事手続法の諸原則に明白に矛盾するが、その違反を刑法的に非難するよりもむしろ懲戒処分の対象とする、としている⁽³⁰⁾。しかし、現実異なる。関係者に尋ねるならば、オーストリアでは合意手続はドイツと同じく日常的に行われていることを知ることになる⁽³¹⁾。

II 合意手続の概念

合意手続とはどういうことか。

公訴提起の後、専門的訴訟関係者つまり裁判官、検察官および弁護人の間で、さまざまな形式および程度で、〔被告人に〕科されるべき刑罰についての申合せがなされる。一方において、〔刑の〕上限について合意がなされ、他方において被告人の訴訟上の態度（Prozessverhalten）について合意がなされる。特徴的はことは、合意が、相互的な譲歩によって行われることである⁽³²⁾。裁判所による比較的具体的な刑量に対する反対給付として、被告人が全部自白または部分自白の提供をする。もっとも、自白のない判決合意も考えられる。つまり、例えば、被告人が手続簡易化規定の適用に同意または証拠申請をしないことで、弁護活動を行わないというだけの場合である。裁判所および検事局は、刑訴法第154条第2項により対象の制限を約束することもできる⁽³³⁾。判決合意の通常の成果は、証拠調べの大幅な短縮とこれによる手続全体の短縮である。この成果は公判で公開して行われる。それゆえ、判決合意においては、手続関与者は単に手続の状況と方式に同意するだけでなく、一定の拘束力を伴ってその効果にも同意するのである。申合せは、手続を支配するのではなく、部分的にこれに代わるものなのである。

(29) 参照できるのは、*Roxin/Schünemann* (44), S. 90. だけである。

(30) OGH, Urteil vom 24. 8. 2004 - 11 Os 77/04, ÖJZ 2005, 275 (276).

(31) オーストリアにおける議論については、以下参照。*Schmoller*, Neues Strafprozessrecht in Österreich, GA 2009, 505 (528 m.w.N.).

(32) *Beulke/Satzger*, Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen, JuS 1997, 1072; v. *Heintschel-Heinegg*, in: KMR, Stand 56. Lfg. (November 2009), § 257c Rn. 1; insoweit zutreffend *WeBlau*, Strategische Planspiele oder konzeptionelle Neuausrichtung? in: Jung et al. (Hrsg.), FS Egon Müller, 2008, S. 779 (793).

(33) BT Drs. 16, 12310, 13; vgl. etwa BGHSt 52, 165 (169).

III 憲法との関係

批判論者によれば、合意手続により法治国家の刑事手続は破滅する。しかし、最近において合意手続を導入した国家で、その刑事手続制度が破滅したという例はない。しかし、ドイツでは事情は異なる。

この場合、憲法上3つの原理があり、これらの原理は、連邦憲法裁判所において特別な役割を果たし、合意手続の審査においても特別な意義をもつものである。

1 法治国原理

第1の原理は、法治国原理であり、ドイツ憲法第20条第3項がその根拠である。

基本法第20条第3項は次のようである。「立法は合憲的秩序に、執行権および裁判は法律および法に拘束されている。」

しかし、その正確な意味は何か。法治国家が何を意味するかは誰も知らないものであって、クーニツヒは集合概念といい、他の者は複合概念というなどその典型である。

また、法治国家概念については同意のできる定義も存在しない⁽³⁴⁾。しかし、法治国家の契機または基本的要素⁽³⁵⁾を挙げてみよう。これらが全体として法治国家性（Rechtsstaatlichkeit）を形成し、法治国家としての評価を正当化するのである⁽³⁶⁾。人権および市民権の有効な保障、権力分割、行政〔活動〕の合法性、独立した裁判所による統制、国家行為の予見可能性と予測可能性⁽³⁷⁾。これらの漠然とした諸原則から、刑事手続きのために、後に個別に取り上げる一定の訴訟原理が抽出された。とくに、基本法の指導的理念として、実体的正義（materielle Gerechtigkeit）の要請が含まれる、と連邦憲法裁判所は言う⁽³⁸⁾。刑罰は、それが事実の重さと行為者の責任との適切な関係

(34) *Limbach*, ZG 1993, 287, 291; *Kunig*, S. 3 m.w.N.; *Schöneburg*, NJ 1992, 49.

(35) *Schünemann*, ARSP 1996 Beiheft 65, 97, 102.

(36) vgl. auch v. *Münch*, Der Staat 1994, 159, 170.

(37) *Dreier*, ZG 1993, 300, 305; vgl. *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 15 ff.

(38) BVerfG, StV 2013, 353 (358).

に立つとき、正しい。

2 公正な公判原則

法治国家原理と緊密に結びついているが、その輪郭が広く、その結果として内容が明らかとはいえない原則が、公正手続きの原則 (Grundsatz des fairen Verfahrens) である。ドイツでは、基本権として明文で規定されているわけではない。それゆえ、ドイツでは法治国家原理に読み込まれることになる。ヨーロッパ世界では独自の場所に位置づけられており、ヨーロッパ人権条約第 6 条に明文をもって規定された。

連邦憲法裁判所は、公正手続の権利を次のように表現している。被疑者・被告人は、必要な専門的知識を持って訴訟上の権利を行使ことができ、検事局または裁判所による侵害から適切に防御することができる状態になければならない、と⁽³⁹⁾。

もちろん、この原理が曖昧であることから、あらゆる処分がそれ自体として不公正または公正と評価できるわけではない。むしろ、公正な公判原則の侵害は、手続きの全体的観察から⁽⁴⁰⁾、法治国家として必要な要件が守られていないことが明らかとなったときに、はじめて存在するのである。その際、同様に憲法上命じられる刑事司法の機能性 (Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege) も、全体評価の中に含まれるべきである。

3 責任主義

第 3 の基本原理は責任主義 (Schuldprinzip) である。これも法治国家原理から導かれるが、基本法第 1 条第 1 項 ([人間の] 尊厳の保護) の一部として、憲法の中により有力で強固な手がかりがある。

ドイツの刑法理論および憲法理論において、刑法は責任原理と緊密に結びついているとされている。それは責任原則に基づく⁽⁴¹⁾。責任は、個々の行為者に科される刑罰の基礎である (刑法第 46 条第 1 項第 1 文)。責任、したがって行為の非難可能性は、自己答責性および具体的な状況の中で他行為を行うことのできるという個人の自由意思を前提としている。それは、たとえ現代の脳科学の研究者から攻撃されようとも、人間は倫理的・精神的存在であり、自ら自

(39) BVerfG, StV 2013, 353 (359).

(40) BVerfG, StV 2013, 353 (359).

(41) BVerfG, StV 2013, 353 (358).

由に決定し、展開する素質のある存在であるとする基本法の考え方なのである⁽⁴²⁾。

刑罰はそのような考え方の上に構築されており、それゆえ、いずれにせよ責任に対する贖罪（Sühne）として理解され、責任との関係で存立しなければならぬ。それを明らかにするのは、フォイエルバッハ（Paul Johann Anselm von Feuerbach（1775—1833））にまで遡る「責任なければ刑罰なし」（nulla poena sine lege）の格言である⁽⁴³⁾。刑罰は責任を前提とするという考えは、基本法1条1項の人間の尊厳の保護の中にその核心がある。連邦憲法裁判所は、このように理解した責任原理を、自由に処分することのできない憲法上のアイデンティティに数え、これは基本法第79条第3項〔基本法1条に抵触する基本法改正は許されない等〕により変更のできないものなのである。それは、欧州連合（EU）の枠の中で広がりつつあるヨーロッパ化においても、改変されてはならない⁽⁴⁴⁾。それは、立法者の処分のできないものである。

4 合意手続の憲法的審査

連邦憲法裁判所は、すでに一刑事訴訟法第257条cの法規制のできる前に一合意手続についての立場決定を行っている。ある〔憲法裁判所の〕裁判で、厳密に上記の3つの憲法原理を合意手続に対する規制のポイントとして定式化している。それは1987年のことであり、上記の原則は、公判手続の外部において手続の状況と見込みについて申合せをすることを禁止しなかった。ただ、正義の取引（Handel mit der Gerechtigkeit）は排除される、としたのである⁽⁴⁵⁾。

この基本的憲法原則を、われわれの合意手続の問題に引きつけ、まず職権主義（Instruktionsmaxime）を取り上げてみよう。

a) 職権主義

そこで、〔人間の〕尊厳は、責任にある場合にのみ刑罰が科されることを要求するとすれば、まず責任が認定されなければならない。真実の事実関係を調査することなくして実体的責任主義（das materielle Schuldprinzip）は実現

(42) BVerfGE 45, 187, 227; 123, 267, 413.

(43) Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1801, § 20.

(44) BVerfGE 123, 267 (413). これについては、以下を見よ。Rosenau/Petrus, in: Vedder u.a. (Hrsg.) Europäisches Unionsrecht, 2012, Art. 83 Rn. 26.

(45) BVerfG, NJW 1987, 2662 f.

されない。連邦憲法裁判所は、すでに1987年の合意手続を承認した裁判でそのように述べている⁽⁴⁶⁾。新しい判決で言っているように、刑法上の作用は、個人的非難可能性の認定なくして、人間の尊厳の保障とは結びつき得ない⁽⁴⁷⁾。それゆえ、行為者について事実と責任が、訴訟法に従って証明されなければならない。連邦憲法裁判所が述べたように、実体的真実を可能な限り探求する義務を、立法者の処分任せにすることはできない⁽⁴⁸⁾。もちろん、真実探求に関する責任主義の実現を保障する手段と方法を決めるのは、立法者の仕事である。しかし、例えば、英米法が行っているように、真実探求を手続関与者の自由な処分に委ねることは許されない⁽⁴⁹⁾。

真実探求の命令は、職権主義によって担保されている。この職権解明命令（刑訴法第155条第2項、第244条第2項）は、合意手続の実務にとってやっかいな訴訟原則である。裁判所は、自ら指示を出し、自らの責任で事実関係を完全に探求しなければならない。そこには実体的真実主義（Prinzip der materiellen Wahrheit）が妥当する⁽⁵⁰⁾。職権主義によれば、裁判所と検事局が、判決の仮面の下で「交渉」し、正義の取引をおこなうことは拒否される⁽⁵¹⁾。

ここから2つのことが導かれる。第1に、刑訴法第257条c第2項第3文により、有罪答弁（Schuldspruch）の合意は許されないとされている。手続の結果が訴訟関与者の自由な処置に任せられないのであれば、判決の基礎は、裁判所の確信によって実際に存在する事実関係のみということになる。刑法上の評価と処理は、決して協議にはなじまない。連邦憲法裁判所の判決によれば、これは、例えば、法律的には量刑基準だけが問題となるような重い事件なのか軽い事件なのかという問題についても当てはまる⁽⁵²⁾。確かに、連邦憲法裁判所が、原則尊重の方法論（Regelbeispielsmethode）を刑の加重事由について用いているのは、その限りで正しい。しかし、この場合に全体評価の可能性もあることが看過されている。すなわち、「原則として」というのは、具体的場

(46) BVerfG, NJW 1987, 2662, 2663,

(47) BVerfG, StV 2013, 353 (358).

(48) BVerfG, StV 2013, 353 (367).

(49) BVerfG, StV 2013, 353 (367).

(50) Vgl. BVerfGE 57, 250 (275).

(51) BVerfG, 3. Kammer d. 2. Senats, NJW 1987, 2662 (2663); BGHSt 50, 40 (48); BVerfG vom 19.3.2013.

(52) BVerfG, StV 2013, 353 (362).

合に原則的効果がまさに発生しないことをも意味しうるのである。そして、自白のような事後の態度もこのような点から考慮されるべきであり、こうして、とくに重大な事件の適用について、申合せが確実に影響を与えることがありうる。この点で連邦憲法裁判所は明白に誤っている。

第2に、自白の存在は、裁判官から調査義務を免除するものではない。あらゆる事件において自白は、その証拠価値について批判的にその根拠が吟味されなければならないことは、一般に認められている。大刑事部の表現では、「自白は、その信用性について吟味されなければならない。裁判所は、その正しさについて確信をもたなければならない」のである⁽⁵³⁾。

この点について、さらなる批判が展開される。法律は、確かに、最善の事案解明を命じ、これは、法治国家の刑事手続の中核的目的として前提とされているが、ここからは何の成果も引き出せない。犯罪行為によって惹起された法的平和の混乱を克服するという要請を見失わないというのであれば、関係する事実関係について可能な限り包括的な解明をすることは、手続上の義務でなければならない。われわれの認識能力が原理的に不完全であるからといって、合意手続で自白がなされ、書類上疑問がないという理由だけで、事実審裁判官の証拠調べをはじめからなくすることを、正当化することはできない。

私は、この要請には誇張があると考える。確かに、真実の事象を適切に再構成することは、ドイツ刑事手続における本質的命題であるが、それも限界がなく妥当するというわけではない。訴訟法は、真実への努力をいかなる犠牲を払ってもなすべきであるとは言っていない⁽⁵⁴⁾。国家の法秩序についての法的平和の機能に関して、この原理を絶対視することは、非生産的なことだからである。実体的真実に最大限接近するという目的は、手続の司法形式性（Justizförmigkeit）が危険にさらされれば、ただちに挫折する。さらに、ドイツ刑事訴訟の実体的真実自体が、訴訟的成果である。現実には、刑事手続において決して模写される（abbilden）のではない。なぜなら、そこでは、そもそも歴史的解明が問題とされておらず、ただ犯罪構成要件の吟味だけが問題だからである。第2に、上述の法治国家的考慮から、多様な規則が真実発見を制限している。例えば、証言拒否権や供述拒否権などである。最後に第3として、捜査結果を組み立てることによって、本質的な事前了解（Vorverständnisse）が形

(53) BGHSt 50, 40 (49).

(54) BGHSt 14, 358 (365); 31, 304 (309).

成されるが、これは構成的な手続過程の成果なのであって、現実の彼方 (jenseits der Wirklichkeit) にあるものである⁽⁵⁵⁾。訴訟における真実は、それゆえ、つねに構成物 (Konstrukt) なのである。

連邦憲法裁判所は、この視点を受け入れた。しかし、あらゆる自白について、その正しさを吟味することを求めた⁽⁵⁶⁾。その延長で、そのような吟味は、これまでの合意手続のなかった時代の伝統的な手続でなされていた自白に関する証拠調べよりもより厳格である必要はない、としていた⁽⁵⁷⁾。これは、明らかに矛盾である。というのは、以前から⁽⁵⁸⁾、あらゆる自白が追加的な証拠調べで補強されてきたわけではないからである。多くの事例で、すべての関係者にとって、誰が事件を取り仕切り、誰が真実を語っているかが明らかでないことが多い。虚偽自白に根拠がなければ、それ以上の対応策は必要ない。事実審にとって、被告人の自白だけに基づく有罪も許されることは一般に認められている⁽⁵⁹⁾。

指摘しておくべきことは、刑訴法第153条 a、第154条による訴訟上の手続中止の可能性および第407条以下の略式命令手続である。

刑事訴訟法は、刑訴法第153条 a の現行法の明文を以て、刑事手続の結果と処理に関する手続関係者間の申合せを許容している⁽⁶⁰⁾。刑訴法第153条 a 第2項による仮の手続中止では、被告人と検事局が、裁判所の決定の前に、同意する旨を伝えなければならない。これは、判決合意の状況に相当する⁽⁶¹⁾。実際、刑訴法第153条 a による手続は実務では次のように行われている。被告人ないしその弁護人と一種の小さな合意がなされるが、それは、被告人が事実を認めることもあれば—それは、検事局が、被告人に有罪宣告のない手続中止を認め

(55) *Kreuzer*, Der „strafrechtliche Fall“ in kriminologischer Sicht, in: Schünemann et al. (Hrsg.), FS Roxin, 2001, S. 1541 (1549).

(56) BVerfG, StV 2013, 353 (362).

(57) BVerfG, StV 2013, 353 (362).

(58) Vgl. RGSt 48, 247 (249); 76, 82 (85).

(59) *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 45 Rn. 47; *LR-Becker*, § 244 Rn. 9; *Weblau*, ZStW 116 (2004), 150 (166).

(60) BGHSt 43, 195 (203). 適切な分析として, *Duttge*, Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozeßrecht, ZStW 115 (2003), 539 (559).

(61) *Wagner*, Ziele des Strafprozesses? in: Hoyer, et al. (Hrsg.), GS Eckert, 2008, S. 939 (948).

るために、前提として要求する一、あるいは、被告人が、処罰されることなく法廷を去るために、訴訟戦術として先行して、刑訴法第153条 a 第 2 項の手続を履践することもある。誤解してはいけないのは、刑訴法153条 a には申合せの要素が内在していることである。刑訴法第153条 a が1974年に導入されたとき、刑事手続における合意手続が急速に定着したのも偶然ではない⁽⁶²⁾。軽罪の領域では、しばしば、合意手続の手始めと刑訴法153条 a による処理とが交差している。刑訴法第153条 a では、確かに有罪宣告は問題とならないが、確定力のある⁽⁶³⁾ 手続の終結は問題となり、そして、判決合意におけるように、被告人は、自白を先行させる必要がある。すなわち、終局的な手続の中止が望まれているが、それは、例えば金銭賦課が履行されてはじめて効果を生じるのである。そうでなければ、手続は続行される。この規則が示しているのは、これまでの職権主義の妥当性も限定的であったということである。しかし、手続を終結させる合意のどこに限界があるのかについては、何も語られてこなかった。自白ののちに、証拠申請が求められるのか。ある裁判官は肯定し、ある裁判官はそうではない。しかし、原則として、裁判所は、被告人の自白だけで有罪の根拠としてきた。合意手続では実体的真実は全く失われるとの批判は、いずれにせよ、正しくない。合意の結果が、刑訴法第244条第2項の規制から、職権によってその正当性の吟味が担保される点において、申合せ問題に関するドイツ的な解決策の特徴が見られる⁽⁶⁴⁾。

b) 責任に適合した刑罰の原則（刑法第46条）

自白にはさらに問題がある。合意手続において訴訟戦術的になされることのある自白の場合には、およそ〔刑を〕減輕する効果を認めることはできない、と言われる。

しかし、それは納得できない。あらゆる自白には刑を減輕する意義がある⁽⁶⁵⁾。そっけない、「はい、私はそこに居ました。私がやりました。」という

(62) *Hettinger*, Von der Gleichheit vor dem Gesetz zur Ungleichheit vor Gericht? in: Jung, et al. (Hrsg.), FS Egon Müller, 2008, S. 261 (263)

(63) この限りで幅広く問題となりうる確定力 (Rechtskraft) の問題性に関して は、以下参照。Radtke, Die Systematik des Strafklageverbrauchs verfahren-serledigender Entscheidungen im Strafprozess, 1994.

(64) *Tsujimoto*, ZIS 2012, 612 (617). [辻本典央「ドイツの判決合意手続に対する外在的評価」近畿大学法学60巻3・4号(2013年)35頁以下参照。]

もごもご言うだけの自白が、往々にして、美辞麗句の多い、質の高い自白とされる全面的な事実経過の叙述よりも、より強い後悔の念が隠されていることはありうる。多くの場合、これは、行為者の人柄 (Persönlichkeitsstruktur) の問題である。

また、合意手続なくして自白することがあるではないかということも否定できない。しかし、このような異論は現実を短絡的に見ている。多くの被疑者は、自白をするような状況にはない。われわれ自身を顧みてみれば十分であろう。誤った振る舞いについて責任を認めることが難しいことはよくある。それゆえ、裁判所が被告人をしてその罪を認めさせるとすれば、それは大きな功績なのである。そして、そのような自白は、つねに、法的平和への第一歩なのである。通常は、それは、犯罪被害者にとっても、再び平穏を取り戻すための第一歩でもある。それゆえ、刑事手続では、自白の前の阻止関 (Hemmschwelle) を克服することが必要であり、それは、治療を必要とする刑事の被験者の場合に、まずもって心を開かせる必要があるのと似ている。そうすれば、自白は明白な刑の減軽をもたらし、そうでない場合に下される責任に応じた刑罰の3分の1の減軽もありうるが、事案によってはより減軽されることもありうる。

c) 自己負罪拒否の原則

自己負罪拒否の原則 (Der nemo tenetur-Grundsatz) によれば、誰も自ら罪を負う必要はない。これは、とりあえず刑訴法第136条 a に関して議論され、連邦憲法裁判所によっても言及されてきた。被告人に自白させるために重すぎる刑罰を示し、同時に、彼が自白すれば軽い判決で予測できない利益を約束するというやり方は、刑訴法第136条 a の核心に触れることになる、と。このような制裁のはさみ (Sanktionenscherer)⁽⁶⁶⁾ という状況の下では、被疑者は、意思決定の自由はユートピアであるということをも認めることになる、と⁽⁶⁷⁾。そして、合意手続には自白強制が制度として内在している、と。

(65) BGHSt 43, 195 (210).

(66) BGH, StV 2007, 619.におけるどぎつい喩えである。

(67) Weigend, Eine Prozeßordnung für abgesprochene Urteile? NStZ 1999, 57 (59).

d) 公正な公判の原則（ヨーロッパ人権条約第6条第1項第1文）

関係してくるのは公正な公判（fair trial）の原則である。次のような異議が唱えられる。被告人は、事実上、もはや訴訟主体として扱われることはなく、刑事手続における専門的役者の競技ボールとなる。危険は、法廷のエリート達の関心のあり方にある。検察官、裁判官そして弁護人は、合意手続により手続を迅速にかつ問題なく舞台に持ち出すという同じ方向に向いた関心を持つ⁽⁶⁸⁾。うまくいった合意は、裁判所にとっても検事局にとっても彼らの職業上の仕事をすばらしく軽減させ、弁護人にとっては、依頼人にとって成果といえる合意に対する賞与の大幅な引き上げをもたらす⁽⁶⁹⁾。後者の推測が現実にならぬのは疑問がないわけではないように思われる⁽⁷⁰⁾。純粋に経済的観点では、弁護人にとっては長引く公判の方に関心を持つことがあり得る。国選弁護人の場合でも各公判期日で支払がなされ、30分で—これは期日が継続している場合で、裁判所の期日掲示板に記入されるが、稀というわけではない—総計200ユーロ以上である。ヨセフ・アッカーマン（Josef Ackermann）という人の弁護人が、手間のかかる手続でいかほど稼いだかは⁽⁷¹⁾、簡単に計算できる。同様に、3人の専門的役者のすべてが合意による手続を利益として受け取っていることは、実証的に証明することができる。

被告人は、これに反して、合意手続の決定的場面つまり取引の場面からは除外される。そのうえ、彼が自白せず、手続の全てがなされる場合には、より重い刑罰の可能性があると考えられる。この点では、彼の訴訟上の権利の行使に対する制裁にはかならない。批判論者は、それゆえ、被告人が単なる訴訟客体の役割に落とされているとする。彼の頭の中にあるのは、黒いローブの法廷エリートが、共通の関心を抱いて、手続を迅速にかつ問題なく舞台に送る取引をして

(68) Weigend, Abgesprochene Gerechtigkeit, JZ 1990, 774 (775); instruktiv Jungfer, Zur Psychologie des Vergleichs im Strafverfahren, StV 2007, 380 (381 ff.).

(69) Nestler, Gibt es Neues? – Schünemanns Gutachten zu den Absprachen im Strafverfahren von 1990, in: Hefendehl (Hrsg.), Symposium Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, S. 15 (21).

(70) 暗示的なものとして, Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl. Stuttgart 2005, Rn. 1227.

(71) Vgl. das Mannesmann-Verfahren, LG Düsseldorf, NJW 2004, 3275; BGHSt 50, 331. この事件は、結局、刑訴法153条 a 第2項による手続中止により終結した。Vgl. SZ v. 25.11.2006, 1.

いる。

この批判は正しくない。結託して共同する法律家あるいは「本質的に依頼人の敵」としての弁護人という人物像は、誇張でしかない。その諸前提はいずれの点においても現実に対応するものとはいえない。多くの裁判官の意識に対応するものでもないし、また圧倒的に依頼人の福利のために働いている弁護人の多数を正しく評価したものともいえない。

e) 公開性の原則（裁判所構成法第169条第1文）

この原理は、訴訟現象を公開の公判で行うことを求める。これによって古き民主主義の要請が満たされ、司法権力における一般の信頼が確保される⁽⁷²⁾。ここで問題となるのは、当然のことながら、本来の合意手続は刑事法廷においてではなく、その外で行われることである。場外取引でポイントの切り替えが行われ、通常申合せがなされる。そのため、決定的なことがすでに定められており、事前の合意が公判に告知され、刑事訴訟法第273条第1項aにより調書に記載される。このそれ自体形式的な規制において、連邦憲法裁判所は、法的な基準の遵守が保障されると考えている⁽⁷³⁾。というのは、文書化により、包括的な透明性が確保され、申合せが公開の公判の中で明らかにされるからである。それゆえ、準備的協議は文書化されるべきであり、関係者の考えを記載すべきであり、誰が会話の口火を切ったか、議論の様子がどのように見守られたか、いかなる事実関係を前提としたのかが、文書化されるべきである⁽⁷⁴⁾。しかし、これら全てはやや誇張されているように思われる。逆に、裁判所の実務では、刑訴法第257条cの規定についてこれまで極めておおまかに行われてきたことに注意すべきである。連邦憲法裁判所は、その判決で、ある研究から引用しているが—それは、おそらく、アンケート調査として方法論的に全く批判の余地のないものとはいえないものであるが、一定の傾向を明らかにしている—、これによれば、まさに公開義務は過剰な形式主義とみなされている。回答した裁判官の58%は、申合せをインフォーマルに実施し、それゆえ刑訴法第257条cの規制の外で行われている。33%は、合意手続を公判で開示しなかった。これらの数字は、合意手続の規制における極めて重大な欠陥を明らかにす

(72) *Rüping*, Das Strafverfahren, 3. Aufl. 1997, Rn. 429; *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, 2007, Rn. 48.

(73) BVerfG, StV 2013, 353 (363 f.).

(74) BVerfG, StV 2013, 353 (364).

るものである⁽⁷⁵⁾。

同様に、事前の話合いは全く禁止されるとの見解⁽⁷⁶⁾は、その文言を超えて、法的規制を拡張している。法律が規定しているのは、まずもって公判が、刑訴法に言う合意のための取引を判定する場であること、というだけである。もし、事前の話合いが公判に持ち出されるという場合には、法律にしたがって、形式的にはそこではじめて合意が成立し、そこではじめて信頼の基礎ができたというだけで十分である。事前の合意が法的に重要でないということは、それが全く存在してはならないということではない。ただ、それは比較的詳細に開示される必要があるというだけである。

もちろん、法律によって厳格に拒否されているのは、公判に全く開示されないインフォーマルな合意である。それは、確かに目新しいものではないが、一部文献ではあり得ることとされている。連邦憲法裁判所は、正当にも、そのようなインフォーマルな合意は存在し得ないし、かつ存在してはならないことを明らかにしている⁽⁷⁷⁾。

f) 自由な証拠評価の原則（刑訴法第261条）

自由な証拠評価の原則は、刑訴法第261条にその根拠がある。「裁判所は、審理の全体から形成された自由な確信に基づいて、証拠調べの結果を判断する。」裁判官は、原理的に、ある事実を証明されたもの、あるいは証明されていないものと考えなければならぬようないかなる規定にも拘束されない。それゆえ、事実認定は原則的に自由に下されるべきである。

この前提から、裁判所は、科すべき刑罰の重さについて約束をすることはできないということが帰結されるのは当然である。裁判官の裁判内容は、具体的な刑罰を固めることで前もって決定されてはならない。法律は、拘束力に関するこの基本的問題を、次の定式で解決した。すなわち、具体的な刑罰を約束することは許されないが、裁判所が超えることのない刑の上限についてはこの限りでない（刑訴法第257条c第3項第2文）。

これによって被告人は、難しい立場に置かれることになった。なぜなら、彼は、通知された刑罰の幅を信頼して、自白をするという先行給付をする者だか

(75) BVerfG, StV 2013, 353 (357 und 370).

(76) *Schlothauer/Weider*, Das „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ vom 3. August 2009, StV 2009, 600 (601).

(77) BVerfG, StV 2013, 353 (362 f.).

らである。その立場から、彼には確かな合意だけがなされ得る。それは、裁判所によって予測された刑の上限が通常は科される刑罰と一致し、実際には固定した刑罰とされるというやり方でなされることになる。これによって、再度、自由な証拠評価の原則が問題となる。裁判所は、確かに、刑訴法第257条c第3項第2文および第4項が規定しているように、公式的には自由である。しかし、事実上は、もはや自由ではない。手続は、ポチョムキンの要素を示している〔多面的な側面を有している〕。

もちろん、さらに問題がある。新たな重大な事情が生じたり、そのような事情が看過されていた場合には、裁判所はその約束には拘束されない。刑訴法第257条c第4項によるこの裁判所の自由な立場は、自由な証拠評価についての上記の懸念を和らげている。

g) 刑事司法の機能性

通常、憲法規定の中に根拠を持つ訴訟原理により、〔合意手続に対する〕制約と困難さがあると同時に、他方で、合意手続を導くことのできる反対の原理も存在することを無視してはならない。これらの原理は、憲法上は法治国家原理から要求される刑事司法の機能性の中に見ることができ(78)。なぜなら、機能的な刑事司法なくして、正義を実現することはできないからである。したがって、国家には、刑事手続の実施を確保する義務もある。視野を、個々の手続から、全体としての刑事手続の現実に向けるならば、問題の所在は明らかである。連邦通常裁判所大法廷は、刑事司法の資源が乏しいことから、刑事司法がその負担能力の限界にあることを明文をもって指摘している。刑事司法の資源不足が明らかとなったのは、ヘッセン司法省の省令においてであった。そこでは、緊縮予算のために、人件費の削減が告知され、刑訴法第153条以下による(費用対効果のある)便宜主義に基づく手続中止の可能性や刑訴法第407条以下による略式命令の可能性を利用して刑事司法が促進された(79)。国家の刑罰請求を、すべての刑事手続を全体として視野に入れて可能な限り良好に実現することは、法治国家に命ぜられた要請であり、刑事司法はこれを機能的に実現しなければならないが、それはもはや判決合意を承認することなくしては、不可能である(80)。実体的刑罰請求の実現は、合意により、全体として観

(78) BVerfG, StV 2013, 353 (358).

(79) Erlass vom 26.9.1996, NJW 1996, 241 f.

(80) BGHSt 50, 40 (53 f.); *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 2006, S. 213; *Satz-*

察すれば、効果的に促進されるのである。

h) 迅速裁判の原則および被害者保護関係

さらに、訴訟原則として、迅速裁判の原則がこれに加わる。これは、基本法第20条第3項の法治国家原理からの帰結であり、ヨーロッパ人権条約第6条第1項第1文にも明文をもって規定されている。刑事手続は、相当な期間内に終結されなければならない。長すぎる手続期間は、客観的に法治国家原則に反し、大幅な刑の算入を強いることになる⁽⁸¹⁾。手続障害を考えることができるかについては争いがある⁽⁸²⁾。それゆえ、訴訟経済的な考慮も求められるのである。

最近の数十年における被害者保護⁽⁸³⁾のダイナミックな影響と合意との関係⁽⁸⁴⁾については、すでに論究した。

i) 衝突する訴訟原理の調整

法治国家原理から導きだされた刑事司法の機能性の原則、迅速裁判の原則そして被害者保護の原則は、判決合意を許容することを求めている。その他の諸原則は、これと対立しているように思われる。このように諸原理が相互に対立する情勢においては、いずれにせよある一面だけを排除するのではなく、利益衡量の方法で調整を図る解決策が求められている。われわれは、起訴法定主義を起訴便宜主義で制約するというやり方を知っている。われわれは、法治国家

ger, JA 2005, 684 (686).

(81) Vgl. die Strafvollstreckungslösung des Großen Strafsenats, BGHSt 52, 124 ff.

(82) Dazu *Waßmer*, Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen im Strafverfahren als Verfahrenshindernis von Verfassungen wegen, ZStW 118 (2006), 159 ff.

(83) *Herrmann*, Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, 2010, S. 89 ff.

(84) その際、被害者が主観的に考えている利益とは対立することがありうることについては、以下参照。*Fischer*, *Absprache-Regelung: Problemlösung oder Problem?* StraFo 2009, 177 (182). 異説, *Böttcher*, *Opferinteressen im Strafverfahren und verfahrensbeendende Absprachen*, in: Jung et al. (Hrsg.), *FS Egon Müller*, 2008, S. 87 (100 f).

の考え方から職権主義を縮小させるというやり方を知っている。コンラッド・ヘッセが開発した実際の利益対照表という手法が、原理的に、刑事手続においても妥当する⁽⁸⁵⁾。見開きのページに、諸々の制限が書き込まれ、限界設定がなされることとなろう。これにより、衝突する諸原理は全体として最善の効果をもたらすこととなる⁽⁸⁶⁾。

法律の定めた規制が遵守されれば、合意手続の問題点は解消され、それは基本的に許容されることとなろう。それが連邦憲法裁判所の帰結でもある。こうして、ドイツが法律で規定したように、合意手続は憲法上許容されることとなる⁽⁸⁷⁾。ところで、以下の点に注意を向けるべきである。〔合意手続の〕規制は長い法的混乱の後に実務で尊重されているのである。だから立法者はこれに注目する義務がある。脱法的なやり方が強まり、実務がさらに著しく法的規制を無視するようであれば、連邦憲法裁判所は、立法者に、例えば法改正といった適切な処置に取り組む義務を課すこととなる⁽⁸⁸⁾。

IV 同意に基づく刑事手続としての合意手続

総じて、法律として制定された合意手続は、ドイツ刑事訴訟法における同意 (Konsens) に基づく手続に属する。連邦憲法裁判所は、確かに、同意モデルがドイツに移動してきたという評価には反対の立場である。そして、刑法第 244 条第 2 項をなおも妥当させることに固執している⁽⁸⁹⁾。この場合、新たな、同意に基づく手続モデルを導入すべきではないという立法理由を指示しているとすれば、それは誤解である⁽⁹⁰⁾。同意思想は、決して刑事訴訟法に全く異質なものであるのではなく、人が考えているほど新たなものでもない。

長く行われてきた法制度を一瞥すれば明らかである。手続関与者は、手続対

(85) ここでも、以下参照。Niemöller, Teil A, Rn. 27; ähnlich Jahn, Die Konsensmaxime in der Hauptverhandlung, ZStW 118 (2006), 427 (461).

(86) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, S. 28. Vgl. auch Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, Soll der Gesetzgeber Informelles formalisieren? StraFo 2006, 89 (98).

(87) BVerfG, StV 2013, 353 (360).

(88) BVerfG, StV 2013, 353 (368).

(89) BVerfG, StV 2013, 353 (360).

(90) 異説として以下参照。Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 689.

象について処分はできないという命題は、無制限に妥当するものではない。また、同意理念は、手続対象にも関係し、証拠法を縮小するものでもない⁽⁹¹⁾。いずれにせよ、これは、刑訴法第154条および第154条 a の訴訟経済を考慮した規定から明らかである。

おそらく、さらに明らかであるのは、合意手続の実務に近い略式命令の手続である。そこでは、情報処理の一種としての被告人のための文書だけに基づいて一種の審査をおこない、一方的な刑罰が認定され、被告人に伝達される。そこでは、十分な嫌疑があれば足り、裁判所は行為者の責任について確信を抱く必要はない。被告人は、手続に同意する必要はなく、その限りで被疑者との交渉は行われぬ。しかし、検事局による交渉の存在が推測できる。これによる結果が一方的に先取りされており、量刑の明白な減額が与えられている。そして、さらに、被疑者がそれを知ったとしても、反対はしない。それゆえ、手続に沈黙したまま服することに近い。略式命令が確定すれば、刑訴法第410条第3項により確定判決と同一となる。

それゆえ、すでに同意の要素は存在しているのであり、多くの批判論者が認めようとしなくても、それが法律によって制定された申合せにより、同意原理（Konsensprinzip）へと強化されたのである⁽⁹²⁾⁽⁹³⁾。新たな同意モデルが問題なのではなく、単に、すでに長いこと実施されてきたが、今明白に強化されることになった古いモデルが問題となっているにすぎない。同意の要素は、独自の原理へと強化されたのである。

1877年の帝国刑事訴訟法を發布したウィルヘルム皇帝統治下の立法者にとつ

-
- (91) 同旨。Weblau, Konsensprinzip als Leitidee des Strafverfahrens, StraFo 2007, 1 (4).
- (92) Vgl. den 1. Strafsenat des BGH, der von konsensualer Erledigung spricht, NSStZ 2004, 164; ebenso Roxin, Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft, in: Eser et al. (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 369 (375 f.).
- (93) Murmann, Reform ohne Wiederkehr? - Die gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren, ZIS 2009, 526 (531); Meyer-Gobner § 257c Rn. 3; Roxin/Schünemann S. 94; Temming, in: HK, 4. Aufl. 2009, Einleitung Rn. 114; wohl auch Saliger, Absprachen im Strafprozess an den Grenzen der Rechtsfortbildung, JuS 2006, 8 (12). 検討中とするのは, Hassemer, Konsens im Strafprozeß, in: Michalke et al. (Hrsg.), FS Hamm, 2008, S. 171 (一方で186頁, 他方で188頁).

て、国家と市民の役割は遠く隔たったものであったとの理解には争いはない。しかし、刑事手続にとっても、支配者と従属者という伝統的理解が崩れる時代となっている⁽⁹⁴⁾。合意手続はこの意味で理解されるべきである。それは、協働的かつ同意による紛争解決の表現であり、被告人が、自己の弁護人を通じて、責任の認定および刑罰の量定過程に形成的に手続関与することを可能とするものである⁽⁹⁵⁾。このような手続モデルは次第に受け入れられ、法的平和を創出するという目的を促進することができる⁽⁹⁶⁾。このことは刑訴法第153条 a の経験が示すところである。同じことは、今日、事実に関する非難を簡便に吟味する簡易手続となっている区裁判所の刑事手続にも妥当する。ここでは、当事者間で意見の一致した手続が高い満足度を伴っているという現実があり、それは不服申立ての割合が少ないことに示されている⁽⁹⁷⁾。

【訳者あとがき】

本論文は、アウグスブルグ大学法学部ヘニング・ローゼナウ教授が、早稲田大学高等研究所の2013年度訪問研究員として早稲田大学に滞在中の、2013年5月18日(土)に、早稲田大学比較法研究所公開講演会として講演された時の講演原稿の全文を訳出したものである。講演では時間の関係から脚注はむろんのこと、本文も3分の1程度を割愛したが、ここでは原稿の全文を訳出した。原題は“Plea bargaining in Deutschland (die sog. Verständigung) und das Verfassungsrecht”である。なお、カギ括弧([])内は訳注である。

ローゼナウ教授は、すでに、2009年にも早稲田大学を訪問されており、2009年4月9日に早稲田大学比較法研究所の公開講演会において「ドイツの刑事法廷における答弁取引 (Plea bargaining in deutschen Strafgerichtssälen)」と題する講演を行われた。その後、周知のように2009年5月28日にドイツ刑事訴訟法が改正されて合意手続が導入されたので、この法改正を受けて講演原稿を

(94) Vgl. *Lesch*, Strafprozeßrecht, 2. Aufl. 2001, S. 159.

(95) *Herrmann*, Rechtliche Strukturen für Absprachen in der Hauptverhandlung, JuS 1999, 1162 (1166).

(96) 詳細なのは、*Dippel*, Urteilsabsprachen im Strafverfahren und das Prozessziel der Wiederherstellung des Rechtsfriedens, in: Schöch et al. (Hrsg.), FS Widmaier, 2008, S. 105 (118 f). 連邦憲法裁判所も、合意手続をそれと関連づけている (Fn. 114), 2663, li. Sp.

(97) *Rieß*, Dreigliedriger Aufbau der Strafjustiz und Rechtsmittelreform in Strafsachen, JZ 2000, 813 (817 Fn. 35).

全面的に書き換えた原稿が送られてきたので、これを訳出した（ヘニング・ローゼナウ／田口守一訳「ドイツ刑事手続における合意」刑事法ジャーナル24号（1010年）41頁以下）。

今回のローゼナウ教授の講演は、教授が来日される直前の2013年3月19日にドイツ連邦憲法裁判所が合意手続の合憲性に関する重要な判決を下したので、これを受けてドイツにおける合意手続の施行と憲法問題について紹介して下さったものである。無理な日程の中で快く講演をお引き受け下さったローゼナウ教授に心から御礼を申し上げる次第である。