

司法取引は確証されたか？

—— ドイツ刑事法廷での申合せ実務と 2013 年 3 月 19 日
ドイツ連邦憲法裁判所判決の帰結 ——

ヴェルナー・ポイルケ = ハナ・シュトッファー

加藤克佳 = 辻本典央 [訳]*

目 次

要旨

- ・ 憲法上の基準，法規定および不十分な実務の間の綱渡り
- ・ 刑事訴訟法 257c 条の「適切な解釈と運用」
 1. 「真実探究から離れてはいない」
 2. 許される申合せ対象の制限
 - a) 通常事例
 - b) 刑訴法 154 条 1 項による検察官の約束
 3. 包括的な可視化および記録化義務
 - a) 刑訴法 273 条 1a 項 1 文による記録化
 - b) 刑訴法 243 条 4 項による報告義務
 - c) 刑訴法 257c 条 5 項による教示義務
 - d) 形式違反の上告可能性



ポイルケ教授



シュトッファー助手

* [] 内は，訳者が，読者の理解のために適宜補足したものである。また，同様の趣旨で，適宜意識したところがある。

4. いわゆる「非公式」合意の不許容性 処罰の威嚇

．現実の規範的効力の終末

付録

訳者あとがき

【要旨】

申合せ手続の合憲性に関する連邦憲法裁判所判決（JZ 2013, 676）は、大変注目されていた。この判決によって、少なくとも当面、申合せが維持されることが明らかとなった。[しかし、申合せが維持されるのは] いかなる基準において、そしていつまでか。本稿は、これらの問題の検討を試みるものである。

．憲法上の基準，法規定および不十分な実務の間の綱渡り

「おそらく誰もが知っており、おそらく誰もがやっていることであるが、しかし、このことについて誰も語らない」。かの Detlef Deal（まやかし街）＝本名 Hans-Joachim Weider は、1982 年に、「刑事訴訟上の和解」の現象についてそのようにまとめた¹。しかし、この現象は、ここ 30 年ほどの間に、根本的に変化した：堤防が決壊した後のように、本テーマについて専門家間で激しく議論された最初の衝撃に続いて、今日に至るまで、数多くの実務報告、論争、分析が行われてきた²。司法取引（Deal）[以下

1 StV 1982, 545.

2 代表的なものとして、Altenhain/Hage-maier/Haimerl/Stammen, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, 2007; Beulke/Swoboda JZ 2005, 67; Dencker/Hamm, Der Vergleich im Strafprozess, 1988; Fezer NSTZ 2010, 177; Fischer ZRP 2010, 249; Hettinger JZ 2011, 292; Huttenlocher, Dealen wird Gesetz, 2007; Jahn StV 2011, 497; Krause, Verständigung im Strafverfahren, 2013; Kudlich, Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens? Gutachten C zum 68. Deutschen Juristentag, 2010; Lüderssen, in: Festschrift für Hamm, 2008, S. 419; Malek

「取引」ともいう] または、法文上は「申合せ (Verständigung)」は、この間に、世間に知られるようになっただけではない。刑事訴訟上の合意 (Absprache) の許容性およびあるべき形態は、過大表現ではなく、刑事訴訟法 [以下「刑訴法」ともいう] 上の論争におけるロングラン映画とも言いうるものとなっている。この点については、1990年代半ば以降にこの現象が上告裁判所の判例によって承認され³、また、2009年に立法者によって法律化もされたが⁴、それらによっても基本的に何ら変わってはいない。

このような経緯の中で、連邦憲法裁判所の本判決⁵について、取引論争における最終結論というべき法状況に対する明白な表明を期待した者がいるとすると⁶、それは、裏切られるかたちとなった：確かに、第2法廷は、申合せの法規定を、1987年に下された当時の申合せ実務に対する部決定⁷を引き継いで 基本的に合憲であると判示した：申合せ法は、憲法上

StV 2011, 559; Rönnau, Die Absprache im Strafprozess, 1990; Schmidt-Hieber, Verständigung im Strafverfahren, 1986; Sinner, Der Vertragsgedanke im Strafprozess, 1999; Schünemann, Absprachen im Strafverfahren? Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentag, 1990; ders., Risse im Fundament, Flammen im Gebäck - zum Zustand des kontinentaleuropäischen Strafverfahrens, 2010, S. 93; Weßlau, Das Konsensprinzip im Strafverfahren, 2002 がある。

- 3 これに関する基本的なものとして, BGHSt 43, 195; (GrS) 50, 40.
- 4 刑事手続における申合せを法制化するための法律, BGBl. I 2009, S. 2353. これを深めるものとして, Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 395 ff.; Niemöller/Schlothauer/Weider, Gesetz zur Regelung der Verständigung, 2010; Stuckenberg, in: Löwe/Rosenberg (LR), StPO, 26. Aufl., § 257c; Velten, in: SK-StPO, 4. Aufl., Vor §§ 257b-257c ff. がある。
- 5 BVerfG JZ 2013, 676.
- 6 そのような希望的観測について, Paeffgen, in: SK-StPO (Fn. 4.), § 202a Rn. 43 (および Rn. 18); (同じく) 現行規定の違憲性を主張するものとして, 例えば, Eschelbach, in: BeckOK-StPO, Stand: 1.10.2012, § 257c Rn.1.15; Kiemke/Elbs, Einführung in die Praxis der Strafverteidigung, 2. A. 2010, Rn. 793c; Krause, (Fn. 2), S. 57 ff.; Schünemann, Editorial, NJW Heft 36/2009; Stuckenberg, in: LR-StPO (Fn. 4.), § 257c Rn 12 ff.を参照。
- 7 連邦憲法裁判所 (第2法廷第3部) 1987年1月27日決定 - 2 BvR 1133/86 = NJW 1987, 2662 は、「抗告人が非難する...地裁の公判外で行われた裁判所, 検察官および弁護人による, 法律効果の宣告, 抗告人が約束する自白, および

の基準 特に、責任主義、無罪推定、自己負罪拒否の自由、司法形式的かつ公正な手続を求める権利、実効的な弁護を受ける権利、裁判官の中立性の遵守を十分に確保するものである。したがって、連邦憲法裁判所によれば、「現時点で、刑事手続における申合せの法規定の違憲性を認めることはできない」⁸。しかし、気のきく読者は、この判示には「まだ」という表現が隠されていることを見抜くであろう：実際に、裁判所は、刑事訴訟上の申合せ [に関する諸規定] それ自体に憲法上の諸条件が「完全には遵守されない」危険をはらんでいる、という懸念を向けている⁹。裁判所はAltenhainに鑑定人として申合せ実務に関する実証研究を委託したのであるが、彼の実証データは、この懸念を裏づけるものであった：質問を受けた裁判官の4分の1以上は、手続を終結させる合意をもつばら申合せ法に反して行っていると述べ、さらに、裁判官の約6割は、自身が行ってきた合意の半分以上は何らかの違反にあたるかたちで行われていると述べている¹⁰。ここでは、制度に内在する不全性が自覚されるのである¹¹。

連邦憲法裁判所も、この点を認識しているようである。もっとも、認定された実施上の不備は、諸規定に構造的に内在した問題ではないという¹²（「実務が申合せ法を相当な範囲で無視している点は、現在のところ、憲法

検察官が約束する抗告人の他の犯罪の嫌疑を理由とする刑事訴追の見送りに関する申合せは、本件の特殊な事情において、憲法上の切実な疑問を示すものではない」と判示している。これに対して、連邦憲法裁判所（第2法廷第1部）2012年3月5日決定- 2 BvR 1464/11 = NJW 2012, 1136 では、憲法問題は未解決のままとされた。

8 BVerfG JZ 2013, 676, 679 Rn. 64.

9 BVerfG JZ 2013, 676, 686 Rn.107.

10 この数値は、Nobis StRR 2012, 84 で示される彼の個人的経験と一致する。Heller, Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren - No big deal?, 2012, S. 295 ff.による専門家アンケートも見よ。

11 Stuckenberg ZIS 2013, 212 (214) は、この所見に鑑みて、「法治国家としての部分的破綻」と述べる。

12 異なる見解として、例えば Murmann ZIS 2009, 526 (532) は、「...警告された合意の法的限界の遵守は、実務において...あまり注意されてこなかった。それは特に、申合せと説明義務および責任主義はおよそ相容れないものである、という点にある」という。

上重要な規定の瑕疵を示すものではない¹³⁾。むしろ、立法者は、特別の保護装置を備えた規定構想を創出したのであり、それは、厳密な解釈・運用において、憲法上の要請が満たされることを期待させるものである。しかし、立法者は、判決のこの点に満足してはならず、憲法上、課題も残されている。執行機関は、今後慎重に行動しなければならない：「裁判実務がなおも相当な範囲で法規定を潜脱し続け、申合せ法の実体面および手続面での予防措置では、認定された実施上の不備を排除するに足りないという場合には…、立法者は、その誤った展開に対して適切な措置をもって対処しなければならない。それが怠られたときには、憲法違反の状態が生じる¹⁴⁾ という。これは些細なことではない。

憲法裁判所は立法者に対して申合せ実務の審査および規制のために「猶予期間」を与えたが、それが経過 その長さは全く不明であるが¹⁵⁾ した後には、法状況は、全く新たなものとなる。その後には、かつての激しい論争が再び行われることとなるかもしれない。

これを背景として、連邦憲法裁判所が申合せというテーマに関する従来の見解の対立を示し、これによって、規定が「浸透していない」ことを説明し、2009年以後に通用している法律状況の変換がまだ途中過程であることを基礎づけるよう意図したとすれば、それは皮肉ではないだろう。この見解によれば、想定された過程である、という。学理（学説）では¹⁶⁾、今なお、申合せの規定化は完結的なものではない、つまり、そこに規定された保護装置は非公式の手法には適用されないとする見解がみられる。[しかし、] こうした見解は、申合せは申合せ法の要件を遵守しなければ許

13 BVerfG JZ 2013, 676, 679, 687 Rn.64, 116 ff.

14 BVerfG JZ 2013, 676, 688 Rn. 121.

15 この点につき、Stuckenberg ZIS 2013, 212 (217) も、途方に暮れて、「3年か、10年か、はたまた20年か？」と述べている。

16 その際、裁判所は (Rn. 119において)、特に、Niemöller StV 2012, 387 (388); Bittmann wistra 2009, 414 (416) および Kirsch StraFo 2010, 96 (101) を参照する。

されないという事実に関して、不十分な認識から出たものである¹⁷。それは「利益に主導された誤った理解」であり¹⁸、「基本法に基づく法治国家では、法が実務を決定づけるのであり、実務が法を決定づけるのではない」と批判されるのである¹⁹。

判決を下した裁判所のこのようなおよび類似の指摘に照らせば、明確に、この「実務での不都合性」を指摘したうえでの 現行（申合せ）法の無視ないし逸脱は今後もはや甘受されるべきものではない、という結論に至る。憲法裁判所判決に鑑みて今後は申合せに際していかなる訴訟上の措置がなおも適法であるといいうるか。以下では、この問題を詳細に検討することとする。

． 刑事訴訟法 257c 条の「適切な解釈と運用」

憲法裁判所は、申合せ法は「適切な解釈と運用」がなされれば、刑事訴訟の形成に対する憲法上の要請を満たすことを期待させるものであると述べているが²⁰、憲法上の観点に即した規定解釈に傾いている点は、特に予断のない刑事裁判官の立場からは はっきりと、合憲限定解釈であると映であろう。しかし、コンメンタールの視点は、読者に、一步進んで教示する：「制定法規定の憲法に照らしたあらゆる修正的解釈は、それだけで合憲限定解釈ということはできない…。合憲限定解釈は、憲法指向的解釈のうちで独自の、しかし決して明確に識別することのできない『下位事例』である」²¹。これを背景にする限りで、なぜ、憲法裁判所は 前の叙述にもかわらず 合憲限定解釈を行ったのではないといえ²²、その結果、連邦憲法裁判所法 79 条 1 項第 3 類型の適用を許さなかったのか、すなわ

17 BVerfG JZ 2013, 676, 687 f. Rn. 120.

18 BVerfG JZ 2013, 676, 687 f. Rn. 120.

19 BVerfG JZ 2013, 676, 687 Rn. 119.

20 BVerfG JZ 2013, 676, 679 Rn. 64.

21 Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Stand: 39. Ergänzungslieferung 2013, § 79 Rn. 31.

22 BVerfG JZ 2013, 676, 678 Rn. 122.

ち解釈の修正を対象とする全ての確定判決について再審をする必要がなかったのかの理由が、了解可能となる。

したがって、私たちは、以下では 少なくとも憲法裁判所自身の評価によると、もっぱら制定法規定の憲法指向的解釈を検討の対象としなければならない。このような解釈も、確かに、連邦憲法裁判所法 31 条 1 項によると、基礎となる理由の一部として、制定法の一定の解釈が憲法違反であると認定された限りで拘束的な効果をもつ²³。しかし、当該判決に基づく大量の再審という危険は回避されることとなる²⁴。これは、何とも巧妙なやり方である... (Honi soit qui mal y pense...)

1. 「真実探究から離れてはいない」²⁵

おそらく最も激しく議論され、厳しく批判された²⁶申合せ法規定 特に刑法 257c 条 1 項 2 文 は、それゆえに、さしあたり、目立たないようであるが「[刑法] 244 条 2 項の規定の効力には影響を及ぼさない」としている。短い文言の背後に立法上の中心的な体系判断が潜んでいること、すなわち実体的真実探究原理の遵守が隠されていることは、この命題の

23 Heusch, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG 2. Aufl. 2005, § 31 Rn. 60; Lenz/Hansel, 2013, § 31 BVerfGG Rn. 29 も参照（「しかし、理論的な制限でしかない。なぜなら、連邦憲法裁判所は、制定法の解釈および適用について、いずれにしても、法律の合憲性またはその具体的に示される合憲的解釈および適用の観点でのみ見解を示すものだからである」）。

24 Jahn NJW-Editorial 15/2013 は、カールスルーエの従来判例によれば連邦憲法裁判所法 79 条 1 項が実体法にのみ適用されてきたことから、この努力を、なお苛立たしいものであると感じている。

25 2011 年にベルリンで行われた第 35 回刑事弁護人大会のタイトルを参照。Krause (Fn. 2) も見よ。そこでは、「実体的真実との決別」が支持されている。

26 例えば、単なる「口先だけのもの」として (Meyer-Goßner, StPO, 56. Aufl. 2013, § 257c Rn. 3) これに対し, König NJW 2012, 1915 (1917). 憲法裁判所の固さに対する「無担保約束」として (Hettinger JZ 2011, 292 [299]); 「非現実的で、矛盾したもの」として (Jahn/Müller NJW 2009, 2625 [2631]) これに対し, Niemöller, in: Niemöller/Schlothauer/Weider (Fn. 4), Teil B § 257c Rn. 73; または、「先天的欠陥であり、インチキ包装でもある」として (Knauer/Lickleder NSTz 2012, 366 [367]).

履行可能性は別としても 争いが無い²⁷。

本判決において、連邦憲法裁判所は、立法者より選択された、大陸法上の特徴をもつ改革された糾問主義手続に申合せを統合するというかたちでのこのような形態を承認しただけではない。むしろ、裁判所は、それを超えて明確に、憲法における実体的真実探究原理の定着と、刑事手続法の領域における全ての立法行動の基準としてのその機能を強調している：

「また、実体的真実を最大限探究すべき義務は、責任主義を実現するために不可欠の条件として、立法者の処分委ねられるものではない。それ自体が1つの目標であって、刑事訴訟がそこから離れることは許されない。…裁判所は、手続関係人との契約にも似た取決めというかたちで、実体的真実を探究すべき義務を放棄することは許されない」²⁸。

これにより、裁判所は、学理において主張される、当事者主義的な同意手続を導入しようとする試み²⁹を、明確に拒否した。申合せ法導入と関連して体系変更が緩やかに始まったと理解していた者も³⁰、この判示にはさ

27 BT-Drs. 16/12310, S. 8 u. 13; BVerfG JZ 2013, 676, 680 Rn. 67 f.

28 BVerfG JZ 2013, 676, 685 Rn. 104 f.; この点で、裁判所 [の立場] は、もう一度、1987年決定 (NJW 1987, 2662 f.) よりも明白になった。そこでは、真実の発見は刑事訴訟の中心的な関心であり、それがなければ実体的真実主義を実現することはできない、と判示されていた。Landau NSTz 2011, 537 (540) も参照。そこでは、「確信において、どちらかといえば訴訟上の真実理解は、責任主義およびその背後にある個人の自由の考え方と両立しえないものである」と述べられている。

29 この方向性をとる特に Fezer NSTz 2010, 177 は、連邦憲法裁判所は本判決のこの点で「座礁した」と述べている (HRRS 2013, 117 [118])。これに加えて、Jahn StV 2011, 497 (504 f.); Jahn/Müller NJW 2009, 2625 (2631 f.); Lüderssen, in: Festschrift für Fezer, 2008, S. 531 (538 ff); Matt/Vogel, in: Festschrift für Strauda, 2006, 391 (393); Weichbrodt, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, 2006, 410 がある。これを批判するものとして、Hassemer, in: Festschrift für Hamm, 2008, S. 171 (185 ff); Murmann ZIS 2009, 526 (531 f.); Schönemann, in: Festschrift für Fezer, 2008, S. 555 (560); Stuckenberg, in: LR-StPO (Fn. 4), § 257c Rn. 2 u. 9; Velten, in: SK-StPO (Fn. 4), Vor §§ 257b-257c ff. Rn. 12 がある。

30 例えば、Malek StV 2011, 559; Rieß StraFo 2010, 10 (11 f.); Schönemann ZRP 2009, 104; Stuckenberg, in: LR, StPO (Fn. 4), § 257c Rn. 1 末尾を参照。異なる見解として、Trüg StV 2010, 528 (538); Wohlers NJW 2010, 2470 (2474) がある。

ぞ驚いたことであろう。第2法廷は、特に、全ての手続関係人に、実体的真実探究をはっきりと求めた：「法適用実務は、立法者によって定められた刑事手続を、このような契約にも似た処理方式で潜脱してはならない」³¹。この点で、連邦憲法裁判所は、法適用者に対して、申合せを行う際に最大限の真実探究という条件を実践させるため、具体的基準を提示することにも躊躇しなかった：(部分的でも)虚偽の自白³²および結論の誤った判決を避けるために、自白は、裁判所において、それ自体から、または質問に対する回答を通じて審査を受けて初めて、承認されうるものとなる³³。起訴事実を単純に承認するというかたちでの自白は、少なくともそれだけではその信用性が審査されうるものではないことから、そのみで十分な判決根拠を与えるものではない、と説示したのである³⁴。

確かに、そのような「内容に乏しい形式的自白」は、すでに従来の上告裁判所判例によっても³⁵、有罪判決がそれのみ³⁶に基づくときには、申合せについて援用できないものとされてきた。しかし、連邦憲法裁判所が本件で示した十分な事実解明の理解は、申合せにおける裁判所の解明義務に対する要件を、特に明確に強化するものである。このような結論は、憲法裁判所で認容された内容に乏しい形式的自白に対する非難³⁷が、上告審では

31 BVerfG JZ 2013, 676, 685 Rn. 105.

32 合意実務の範囲における虚偽自白の基本的問題に対し、非常に批判的な見解として、Eschelbach, in: Festschrift für Rissing-van Saan, 2011, S. 115; König NJW 2012, 1915がある。

33 BVerfG JZ 2013, 676, 686 Rn. 110.

34 BVerfG JZ 2013, 676, 681, 688 Rn. 70, 129.

35 BGH NSTz 2009, 467; OLG Celle StV 2011, 341 もっとも、Malek (StV 2011, 559 [565])は、現在の事実審裁判官の実務につき、異なって述べる。

36 しかし、その場合に「空疎なもの」とされる自白につき、証拠調べが少なくとも付加的に行われた場合は、事情が異なる(BGH StV 2011, 337 (338))。

37 BVerfG JZ 2013, 676, 688 Rn. 129: 「ベルリン地方裁判所の判決は、憲法上の責任主義およびそれに根拠を置く最大限の実体的真実探究の義務に違反している。それはすでに、地裁は、質問への回答を拒否して提供された内容に乏しい形式的自白を有罪判決の基礎として承認し、[被告人が]職務上の武器の携行および装填に関する質問に回答していた点を除いて被告人自身から公判でさらに詳細な証拠調べをすることによって自白を審査しなかった、という理由からである」。

まだ明らかに理由がないものとして却下されていたこと（刑訴法 349 条 2 項）に照らすと、自ずと理解できるものであるが³⁸、それにとどまらず、憲法裁判所は、内容に乏しい形式的自白という現象をはるかに超えている。同裁判所は、刑訴法 257c 条 1 項 2 文から、申合せに基づく全ての自白は必ず公判における証拠調べを通じてその信用性が審査されなければならない、ということも導いているのである³⁹。この点につき、「自白を単に記録状況と比較することによって審査するのでは不十分である…。なぜなら、これは、公判の総体から行われるべき心証形成（刑訴法 261 条）にとって十分な根拠となるものではない」からである、とされた⁴⁰。第 2 法廷は、これによって従来最高裁判例の準則 および、なおのこと実務の準則から離れるものであることを、明確に自覚していた。裁判所は、判決概要において、はっきりと、この点で異なる連邦通常裁判所大刑事部決定（BGHSt 50, 40）を指摘している⁴¹。

カールスルーエ [連邦憲法裁判所] の裁判官たちは、刑訴法 257c 条 1 項 2 文を、申合せに基づく自白に関して、立法者自身よりもかなり厳しく解釈した。立法者は、その立法において、ルールを形成してきた手続態様

38 BGH StV 2012, 5 を参照。

39 BVerfG JZ 2013, 676, 681 Rn. 71.

40 BVerfG JZ 2013, 676, 681 Rn. 71; 同旨の見解としてすでにその前から、Eschelbach, in: BeckOK-StPO, (Fn. 4), § 257c Rn. 24; Stuckenberg, in LR-StPO (Fn. 4), § 257c Rn. 23 がある。異なる見解として、Rn. 41 がある。Ostendorf ZIS 2013, 172 (176)（「職権解明原則は、形式的にはなおも妥当するものとはいえ、自白の事後審査を行うことができない、または審査されないまま判決の基礎となるというしかない場合には、放棄されたものとなる」と述べる）も見よ。

41 BGHSt 50, 40 (49): 「判決申合せに際して通常提供される自白は、その信用性について審査されなければならない…。そのためには、個別の事例で特に疑いを示さない自己負罪的な自白は、少なくとも、それ以上の事実解明が不要であるというほどに記録状況と合致するか、審査することができるほどに具体的でなければならない」。2005 年以後、明らかに、この意味において何ら変更はない。例えば、BGH, Beschluss v. 23.01.2013, 1 StR 459/12, Rn. 48 ff. (juris); BGH NStZ-RR 2012, 256（捜査結果との比較）ならびに Eschelbach HRRS 2008, 190 (195) および Stuckenberg, in LR-StPO (Fn. 4), § 257c Rn. 13 の記述を参照。

の必要性和展開を優先的に考慮しようとした⁴²。連邦憲法裁判所の新たな準則が手続経済的な実務の要求に反するものであることは、疑いえないことである。結局、申合せに与えられる余地は、本判決で示された解釈によれば、相当に制限されることとなった⁴³。しかし、この点は、裁判所において、意図的ではないにしても、意識的に甘受されたものと思われる。判決においては、「申合せの実際上の適用範囲制限は、現行刑事訴訟法システムへの申合せという方策導入の必然的な帰結である」と説示されている⁴⁴。

もっとも、連邦憲法裁判所は、申合せに基づく全ての自白は必ず公判における証拠調べを通じてその信用性につき審査されるべきであるとする基準は被害者保護の観点と相当に対立する。特に、この基準が、性犯罪被害者の公判における（新たな）尋問を求めることをもたらすという点において、ということに、言及しなかった。立法者は、このような保護を考えていた。すなわち、立法者は、申合せの法制化に際して意識的に、自白の包括的な審査を放棄していたのである⁴⁵。したがって、被害者保護の観点は、今後も、少なくとも被告人から提供された自白をどのような方法で審査すべきか、という問題において、相当程度考慮されるべき事項である。その意味で、この対立が、実務によりいかに 憲法裁判所の基準にも適合しつつ 解消されるかという問題について、論争が予想されるところであ

42 立法理由においては (Paeffgen, in: SK-StPO (Fn. 4), § 202a Fn. 153 によると、この点で「憂慮すべきほど無思慮に」)、自白の「事後審査可能性」などといった基準を法文に採り入れることが意識的に放棄され、これによって、個別事例の特殊性が十分考慮できるものとされている (BT-Drs. 16/12310, S. 14)。Meyer-Goßner (Fn. 26), § 257c Rn. 17 は、このように「加重された」自白が放棄された点こそ、立法者は刑訴法 244 条 2 項について単なる言葉以上のものを認めていないことの、一層の証明であるとみている。

43 すでに判決が宣告される前に、そのような解釈に対する批判が、Heintschel-Heinegg, in: KMR-StPO, 56. Ergänzungslieferung (Nov. 2009), § 257c Rn. 69; Stuckenberg, in: LR-StPO (Fn. 4), § 257c Rn. 12 末尾において見られた。

44 BVerfG JZ 2013, 676, 681 Rn. 72.

45 BT-Drs. 16/12310, S. 14.

る⁴⁶。

いずれにせよ、本判決を見る限り、憲法裁判所によって本件で提示された刑訴法 257c 条の解釈が、刑訴法 153a 条や特に 407 条のような、正式の証拠調べを伴う公開公判の要請を完全に放棄しつつ、なおも制裁（広い意味での）をもって [手続を] 終結させる規定とどのように調和するののかという点は、まだ十分明確にされていない。刑訴法 407 条はもっぱら「単純かつ明白な事実」を捕捉するための規定であると指摘するだけでは⁴⁷、この齟齬をすでに刑訴法 407 条 2 項 2 文（1 年までの自由刑）を考えると何ら正当化することはできない⁴⁸。結局、その意味で、申合せに際しても、刑訴法 257c 条 1 項 2 文の制限的な解釈は見送られたのかもしれない⁴⁹。

2. 許される申合せ対象の制限

憲法裁判所によって刑訴法 257c 条の解釈との関連で特に強調された、真実発見という目的および適正でかつ責任に応じた刑を科するという目的への方向づけは、考えうる申合せ内容の観点でも、重要な影響を及ぼす。

a) 通常事例

例えば、連邦憲法裁判所は、刑訴法 257c 条 2 項 1 文および 3 文 すなわち、罪責と法律効果との識別 についての従来の理解を修正すべききつかけを、重くない事例と特に重大な事例の位置づけという点にみている。

46 この場合、刑訴法 251 条 1 項 1 号ならびに 2 項 3 号による尋問調書の同意に基づき朗読のみで刑訴法 244 条 2 項の基準を満たすものであるかは、少なくとも疑わしいと思われる。双方の規定の関係について、Velten, in SK-StPO (Fn. 4), § 251 Rn. 5.

47 BVerfG JZ 2013, 676, 685 Rn. 104.

48 そのような論拠は、すでに法治国家的に疑わしい。なぜなら、検察官側から勾留命令の発付が申し立てられる方が、被告人が口頭弁論を申し立てるよりも多いからである。この点についての詳細は、Ostendorf ZIS 2013, 172 (175) を参照。

49 Caspari DRiZ 2013, 6 (9) は参照せよ。彼は、略式命令によっても終了できる手続において、刑訴法 257c 条、273 条 1 項および 1a 項から導かれる制限の完全な廃止を支持する。

この点で、裁判所は、事実認定もその法的評価も、責任に応じた刑罰という利益において関係人の処分に委ねられてはならない、ということを確認している⁵⁰。

立法者は、刑訴法 257c 条 2 項において、許される申合せ対象として、法律効果、その他の手続上の処分、関係人の訴訟上の態度のみを挙げ、罪責認定並びに改善・保安の処分を固く禁止することによって、この憲法上の基準を正しく実現しようとした。これに応じて、通常事例に関する申合せは、従来、刑の範囲の移動が量刑のみを対象とするため、(刑法 177 条 2 項 2 号は例外として) 主文に関係づけられるものではないとの論拠によって、手続関係人間での許される手続範囲にあたりとみられてきた⁵¹。もっとも、学理における若干の見解は、実体法的には通常事例と構成要件上の加重・減輕規定 それらは、罪責の要素としてはっきりと申合せから除外される の機能はおおよそ等しいことを考慮して、双方の法制度の異なる取扱いを、刑訴法 257c 条 2 項の導入直後から矛盾であると批判している⁵²。

憲法裁判所は、本件で、このような批判に依拠した。責任に応じた刑罰の観点で、通常事例と加重・減輕構成要件との間に本質的な違いを認めることはできない：立法者は、双方の事例において、犯罪類型の範囲内で刑の選択レベルでの識別は適切であるとみていることを、明らかにしている⁵³。通常事例も、立法者が処罰することとした行動に与えられる反価値および責任内容の現れだから、特別な刑の範囲は、法的評価に帰属されなければならない、それは、関係人の処分に委ねられるものではない。したがって、立法構想の体系および目的を考慮するならば、「立法者は…刑訴法 257c 条 2 項 1 文における『法律効果』の概念を法定刑移動の範囲にも拡

50 BVerfG JZ 2013, 676, 681 Rn. 73.

51 Knauer/Lickleder NSTz 2012, 366 (372); Meyer-Goßner, StPO, 55. Aufl. 2012, § 257c Rn. 10 現在 (Fn. 26) は、連邦憲法裁判所に依拠して異なっている。ここで基礎となった上告裁判所判決 BGH StV 2012, 5 も見よ。

52 Eschelbach, in: BeckOK-StPO (Fn. 6), § 257c Rn. 11.1; Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 668; Rieß, StraFo 2010, 10 (11).

53 BVerfG JZ 2013, 676, 681 Rn. 74.

張しようとした」、ということとはできない、というのである⁵⁴。

同裁判所は、この表現「それは、文言の限界ぎりぎりを示唆するものである」に反して、法律効果概念の目的論的制限を、事実上、合憲限定解釈の方法で行った。裁判官自身は、確かに「憲法指向的」解釈の概念を選択しているとしても、である。このことは、少なくとも、裁判所は本件で⁵⁵、申合せ法は裁判所を量刑規定の遵守から解放するのではないと強調していることをみれば、明らかとなるであろう。責任に応じた刑の要請から導かれる量刑原則は、憲法上、法適用者にとって拘束的なものであり、その際に、法定された刑の範囲は、特別刑の範囲を含めて、不法内容の評価として、決定的な意義を与えられる。刑訴法 257c 条 2 項の発案者が実際に「法律効果」の概念に包摂しようとしたものは、この憲法上与えられた背景を前にすると、結果的には考慮されないものとなる。

いずれにせよ、手続関係人は、今後は、刑の範囲移動に関して、もはや申合せすることができない。特に重大または重くない事案に対する特別刑の範囲であったとしても、である。実務では、この禁止は、特に、保護観察のための執行猶予が重くない事案にあたる場合または特に重大な事案にはあたらぬ場合に限り許されている犯罪において、重要となる。例えば、加重強盗罪（刑法 250 条 1 項・3 項）または性的強要・強姦罪（刑法 177 条 1 項・2 項）である。

b) 刑訴法 154 条 1 項による検察官の約束

さらに、憲法裁判所は、「法律上定められた以外で行われる、いわゆる非公式合意は...許されない」⁵⁶ と前提して、いわゆる「全体的解決」を否定した。同裁判所は、他の手続を申合せの話し合いに取り込むこと。特に検察官が自身に係属する他の捜査手続を刑訴法 154 条 1 項によって打ち切ること。が、それにあたるとしている。憲法裁判所裁判官らの解釈によると、

54 BVerfG JZ 2013, 676, 681 Rn. 74 末尾。

55 BVerfG JZ 2013, 676, 686 Rn. 109.

56 BVerfG JZ 2013, 676, 681 Rn. 75.

刑訴法 257c 条 1 項（「手続の進行及び結果について申合せをする」）および刑訴法 257c 条 2 項の文言から、申合せは「基礎となる事実認定手続」（刑訴法 257c 条 2 項 1 文）にのみ関係づけることができ、その結果、他の手続を取り込んだ「全体的解決」および裁判所の権限に属さない約束は許されない、ということが導かれる⁵⁷。

すなわち、刑訴法 257c 条の申合せの範囲で、検察官側からの、同人に係属する他の捜査手続に関する約束は、許される申合せ対象にはあたらず、それに応じて、刑訴法 257c 条 4 項および 5 項の拘束力も、また保護されるべき信頼対象も基礎づけられない⁵⁸。さらに、「非公式合意」をテーマとする交渉は、実務に広まった⁵⁹申合せ手法の 1 つであるが、連邦憲法裁判所は、今後それを禁止しようとした。裁判所は、本件で、手続関係人に対する深い不信感を表し、全体的解決を禁止することだけが、「申合せを可視化し規制しようとした立法者の目的に [合致する]。この点で、公判の対象を構成するのではない他の手続が取り込まれるときは、申合せの有効な規制 特に公開性による は、保障されないものとなる」と強調している⁶⁰。

57 BVerfG JZ 2013, 676, 682 Rn. 79.

58 この点について、BGH wistra 2011, 28 参照。これによると、非公式申合せは、はっきりと刑訴法 257c 条 2 項によっては捕捉されず、そこからは、刑訴法 257c 条による拘束も、また公正な裁判（フェア・トライアル）原則によって保護される信頼構成要件も満たされない。

59 BVerfG JZ 2013, 676, 678 参照。これによると、刑訴法 154 条、154a 条による手続打切りは非常に頻繁に申合せの内容とされ、この関連で常にいわゆる「全体解決」がテーマとされている。明らかにこのような実務に依拠して、申合せ対象について広く理解するものとして、例えば Meyer-Goßner, 55. Aufl. 2012, § 257c Rn. 13 は、まだ「その際、検察官と他の 現在の、または他の裁判所に係属している 犯罪について刑事訴追から除外することの申合せは、問題がない。問題があるとすれば、検察官が後にこの申合せを遵守しなかった場合に限られる」としていた。G. Schöch (Urteilsabsprachen in der Praxis, 2007, S. 147) は、いわゆる「家族解決」について報告するが、そこでは、同じ家族のメンバーに対する刑事手続の結果が申合せの範囲で「併せて処理」される。アンケートに答えた 39 人のうち 7 人が、この実務を経験したことがあると回答している。

60 BVerfG JZ 2013, 676, 682 Rn. 79.

しかし、立法者が当該文言のこのような効果を意識していたかは、疑わしい。確かに、立法者は、刑訴法 257c 条 2 項の立法理由において、現在の事実認定手続以外の訴訟状況を対象とする裁判は刑訴法 257c 条 2 項から除外されることを指摘しており、その例として刑罰執行手続や他の裁判所に係属中の裁判を挙げている。しかし、立法理由でははっきりと、次のように述べられている：

「しかし、検察官が自身に係属中の被告人に対する他の捜査手続の内での事件処理に関するその法的権限の範囲内で、例えば刑訴法 154 条による手続打切りの約束を提示することは、排除（否定）されない。しかし、そのような約束は、必然的に、申合せが成立した場合に 4 項および 5 項の基準によって裁判所に生じる拘束力を、生じさせるものではない」⁶¹。

これは、およそ、許容されない申合せ対象を述べたようにはみえない⁶²。これにより、第 2 法廷は、立法者の意図が想起させるよりも狭い解釈を選択した。果たして、連邦憲法裁判所は、妥当にも、申合せ法の新たな基準を援用した。すなわち、申合せ法施行前には、1987 年のその部決定において、まだ「全体的解決」に対する基本的な疑念は示されていなかった。そこでは、むしろ、この問題についてのように判示されていた：

「...異なる判断・評価は、検察官が最終弁論の直前に地裁の提案に応じて (!)、抗告人の別の犯罪容疑に関し訴追の見送りを約束した、ということから正当化されはしない...。これによりもたらされた当該手続と、また別の捜査手続の処理の間における連関は、いずれにしても、刑訴法 154 条の規定を通じて法的に定められていた」⁶³。

このようなかつての判断をみると、全体的解決を申合せ内容の不適切な

61 BT-Drs. 16/12310, S. 13.

62 この関連で草案理由書の（批判的）解釈として、Stuckenberg, in: LR-StPO (Fn. 4) § 257c Rn. 36; 同じく、Jahn/Müller NJW 2009, 2625 (2628) は、より苛立ち気味に、裁判所はこの矛盾を秘匿し、その代わりに、検察官の約束に拘束力が欠けている観点のみ立法者を引用している、とする。

63 連邦憲法裁判所（第 2 法廷第 3 部）1987 年 1 月 27 日 - 2 BvR 1133/86 = NJW 1987, 2662 (2663).

結びつけ、または責任主義の違反と位置づけることによってその不許容性を基礎づけるという 理論的に妥当な⁶⁴ 方法は、自己修正を必要とさせる「不名誉さ」をはらんでいた。憲法裁判所より本件で提案されたもっぱら刑訴法 257c 条 1 項および 2 項の文言に依拠するという解釈提案は、「全体的解決」の全体的禁止を意味し、例えば刑訴法 160b 条による検察官との協議に転用されうるものであるかという点は⁶⁵、本判決から確実に読み取ることにはできない。これを消極に解する論拠としては、判断権限が欠けるとの論拠は刑訴法 160b 条の範囲では妥当しない、ということが挙げられる。なぜなら、検察官は自身に係属する全ての手続に管轄を有し、刑訴法 257c 条における裁判所のように、第三者の約束に拘束されるという状況にはないからである。刑訴法 160b 条 2 項の記録化義務以外に、全体的解決の行為を排斥すべき何らかの可視化ないし規制規定は、いずれにせよ、そこには存在しない：刑訴法 154 条 1 項による検察官の措置は、もっぱら捜査手続の段階で、常に「密かに」行われる。また、このような打切り裁定は、いずれにしても、広く検察官の義務的裁量に委ねられ、異議申立てできないものである⁶⁶。

しかし、 前述の論拠によって 刑訴法 160b 条の範囲での全体的解決の協議は許されるとしても、本判決は、少なくとも、この点に関する検察官の約束は拘束力を持つものではない、としたものと理解されなければならない⁶⁷。この点について憲法裁判所より示された判示は、刑訴法 257c 条以外では すなわち刑訴法 160b 条の範囲においても 拘束的な折衝を行うことはできず、保護されるべき信頼も基礎づけられない、ということを

64 以下を参照。Eschelbach, in: BeckOK-StPO (Fn. 6), § 257c Rn. 16.3; Strate NSStZ 2010, 362 (365); Stuckenberg, in: LR-StPO, (Fn. 4), § 257c Rn. 43.

65 刑訴法 160b 条の以下の解釈の意味において：「...各々の手続の状況を手続関係人と協議することができる...」。

66 Beulke, in: LR-StPO (Fn. 4), § 154 Rn. 21 u. 34.

67 BVerfG JZ 2013, 676, 682 Rn. 79: 「同じく、検察官による自身に係属中の他の捜査手続を 例えば刑訴法 154 条 1 項によって 打ち切る旨の約束は、拘束力または保護されるべき信頼をもたらさうものではない」。

示唆している。このことは、刑訴法 160b 条は刑訴法 257c 条の内容上および形式上の制限に関して捕集機能を持つものではないという限りで、新たな申合せ制限の潜脱を可能とさせる意味を有する。同時に、国家の機関は刑訴法 160b 条において「協議」を授権されたのみであり、結論まで約束する権限を持たないという考え方は、動揺するに至る。刑訴法 160b 条 2 文に規定された検察官の本質的協議内容を記録化すべき義務は⁶⁸、公正な裁判（フェア・トライアル）原則を背景にして、私たちの理解において相当に、許される範囲内での検察官の約束は保護されるべき信頼を基礎づけることの根拠となる。ただし、被疑者が「先履行」した限りで、である⁶⁹。被疑者・被告人は、刑訴法 257c 条の基準を下回るコミュニケーションによって、検察官より希望された結論へと意図的に操縦されることになってはならない。被疑者・被告人は、狭義の申合せが行われなかったという理由のみで、検察官が意図した期待に拘束される筋合いはないのである⁷⁰。

上告裁判所の判例は、従来、検察官の約束不遵守を少なくとも公正違反と扱ってきたが⁷¹、憲法裁判所の予言的な判示を考えると、今後どのような立場をとるのかは、定かではない。

3. 包括的な可視化および記録化義務

本判決の中心的な関心は、すでに判決文における対象部分の冒頭箇所

68 この点について、BT-Drs. 16/12310, S. 12 も見よ: 「そのような協議は、そこに関わる全ての関係人にとって、特にその際考える最終的な結論 (!) および以後の手続経過にとって特に重要なものであることから、この協議の本質的内容を記録化することが提案される。これによって、特に、そのような会話が行われたか、またどのような内容であったかについて、後の争いを避けることができる」。

69 深めるものとして、Beulke (Fn. 4), Rn. 396e, 401a; 同旨の見解として、特に Eschelbach, in: BeckOK-StPO (Fn. 6), § 257c Rn. 35; König/Harrendorf, in: HK-GS, 2. Aufl. 2011, § 257c Rn. 23; Meyer-Goßner (Fn. 26), § 160b Rn. 10; Schlothauer, in: Niemöller/Schlothauer/Weider (Fn. 4), Teil B § 160b Rn. 26; Wohlers, in: SK-StPO (Fn. 4), § 160b StPO Rn. 8.

70 そのように、裁判所による「コミュニケーション」に関して、すでに Meyer HRRS 2011, S. 17 (21).

71 BGHSt 37, 10; また、BGHSt 52, 165 も見よ。

が示すとおり⁷² 申合せ法の公式の保護装置の評価という点であった。手続に関係しない第三者による可視化・記録化規定を通じた司法の規制は、憲法裁判所裁判官の視点からは、民主的理念の表れであり、これによって、必然的に内密の雰囲気を示す申合せにとって特別な意義を持つものであった。実効的な刑事訴追を通じて公的治安と秩序を保障すべき国家の能力への信頼は、司法が申合せ事案でも可視化され、公衆に閲覧可能である場合に限りに、維持されうるものである⁷³。

a) 刑訴法 273 条 1a 項 1 文による記録化

憲法裁判所が法共同体により申合せが承認されるために公開性に求めた重要な機能を考えると、申合せそれ自体は公判でのみ行うことができるということは、必然的に想起される。このことは、憲法裁判所の見解によると、すでに、参審員は法的裁判官としてその関与が拘束力を引き出すために必要であるにもかかわらず、公判外では参審員はその事象に関与しないという観点から導かれる⁷⁴。しかし、憲法裁判所裁判官は、第一義的には、刑訴法 257c 条 1 項および 273 条 1a 項 1 文を援用する：申合せは、必然的に、公判で行われなければならない、なぜなら、そこでは、立法者が要求した調査化と、これによって完全な規律の条件が保障されるからである、という⁷⁵。

したがって、事実審裁判所に対して、刑訴法 273 条 1a 項 1 文では、申合せ結果の調査化が定められているのみならず、申合せの本質的な経過および内容も調書に記載されるべきことが求められる。連邦憲法裁判所は、

72 BVerfG JZ 2013, 676, 682 Rn. 80: 「立法者より明示的に『必要』と評価された、申合せに伴う事象の透明性および記録性の保障は、公衆、検察官、および上訴裁判所による実効的な規制の条件として、申合せ法の規定構想の重点を構成するものである。」

73 BVerfG JZ 2013, 676, 683 Rn. 87 ff.

74 BVerfG JZ 2013, 676, 683 Rn. 90; 1987 年の第 2 法廷第 3 部は、この観点をおそらく見落としていた。同部は、公判外で行われた地裁の面前での申合せは憲法上の切実な疑問をもたらすものではない、と判断していた (NJW 1987, 226)。

75 BVerfG JZ 2013, 676, 682, 683 Rn. 82 u 86.

目的的观点において、特に誰が協議を提案したのか、全手続関係人ならびに裁判官の個別の（！）「発言」はどのような内容であったか、特にその際いかなる事実が基礎とされていたのか、どのような結果が提案されたのか、などの事項がそこに含まれるとした⁷⁶。この要請に応えるため、実務は、「申合せ」事案において、言葉の記録を遵守しなければならない。

b) 刑訴法 243 条 4 項による報告義務

申合せを公開公判の下で行わせるという立法者の意思は、同じく、刑訴法 243 条 2 項からも読み取られる⁷⁷：公判でかたちだけの申合せ行為が行われるにとどまるということを回避するために、申合せにつながった協議も、打合せの実体的基礎として、公判に取り込まれなければならない。この点で、刑訴法 243 条 4 項は、裁判長は、審理の最初に 変更があったときは、その途中でも 申合せの観点から刑訴法 202a 条、212 条による協議が行われたか⁷⁸、そして、これが肯定されるときは その本質的内容 [はどのようなものであったか] について、報告しなければならない。こうして、裁判官の心証形成にとって唯一の根拠となるべき公判の機能が果たされることとなる⁷⁹。

本判決は、ここで、刑訴法 243 条 4 項の意義を強調し、積極的な⁸⁰報告

76 BVerfG JZ 2013, 676, 682 Rn. 82 (Stuckenberg, in: LR-StPO (Fn. 4), § 257c Rn. 71 を参照して)。

77 BT-Drs. 16/12310, S. 9, 12; また、Becker, in: LR-StPO (Fn. 4), § 243 Rn. 52a; Schlothauer/Weider StV 2009, 600 (603) も見よ。

78 この表現からは、秩序違反法 78 条 2 項前段と併せてみれば、報告は積極的および消極的観点の双方において行われなければならない、ということが読み取られなければならない。すなわち、そのような会話が行われなかったか、または成果を得なかったという場合でさえ、このことは、裁判長より、刑訴法 243 条 4 項に従って明示的に報告されなければならない。BT-Drs. 16/12310, S. 16 ならびに Becker, in: LR-StPO (Fn. 4), § 243 Rn. 52c; Frister, in: SK-StPO (Fn. 4), § 243 Rn. 43; Schlothauer, in: Niemöller/Schlothauer/Weider (Fn. 4), § 243 Abs. 4 Rn. 7. 結論において同旨の しかし批判的な 見解として、Gorf, in: BeckOK (Fn. 6), § 243 Rn. 25b.1 および Julius/Temming, in: Heidelberger-Komm. zur StPO 5. Aufl. 2012, § 243 Rn. 14.

79 BVerfG JZ 2013, 676, 683 Rn. 90 がある。

80 Fn. 78 参照 法律がそれを刑訴法 243 条 4 項により定めるとおり、積極的お

義務の広い解釈を支持している：この義務は、協議の範囲で明示的または黙示的にただ申合せの可能性について言及されたという場合でも、すでに適用される：「疑わしいときには、公判で報告されなければならない」⁸¹。その際、連邦憲法裁判所によると 個別の協議関係人がどのような立場にたっていたのかというだけでなく、どちらの側から申合せの問題が提示されたのか、また、それは他の関係人の同意を得たかまたは拒否されたか、という点も報告されなければならない。

報告義務の遵守は、その遵守いかんが実効的に審査可能となるために 刑訴法 273 条 1a 項 2 文により、調書化されなければならない。しかし、それにつき従来は、刑訴法 274 条による調書の証明力がこの場合に公判外でそのような協議が行われたか否かに関する報告の内容の正確性をも捕捉するものであるかが、争われてきた⁸²。この意味で拡張された証明力によって、裁判長はその報告義務の範囲で「協議」の事象に関する絶対的な解释权を有しており、上告人が事象の自由な証明を行うことが通常は遮られる、ということになってしまっていた⁸³。憲法裁判所は、確かに、上告裁判所による規制を完全に開くという観点で 本件ではっきりと、刑訴法 243 条 4 項による報告について調書に記載されていないことはそのような報告が懈怠されたことを示すが、この場合、調書からは公判外で何らかの協議が行われたか否かを読み取ることはできない、と判示した⁸⁴。これによって、事実審裁判官に対する上告裁判所による無制限の規制は、(事前)協

および消極的報告義務の例に照らして、連邦憲法裁判所は、判決文のこの箇所でも明確に識別してはいないとしても、動揺することは確かにないであろう。刑訴法 243 条 4 項 1 文による消極的報告の結果は、本判決の Rn. 98 で言及されている。

81 BVerfG JZ 2013, 676, 683 Rn. 85.

82 (内容的に) 広い証明力に関して、Meyer-Goßner, 55. Aufl. 2012, § 243 Rn. 18 末尾 現在 (Fn. 26) は、連邦憲法裁判所に依拠して変更されている。異なる見解として、Becker, in: LR-StPO (Fn. 4), § 243 Rn. 52d; Frister, in: SK-StPO (Fn. 4), § 243 Rn. 47 がある。

83 深めるものとして、Beulke (Fn. 4), Rn. 393.

84 BVerfG JZ 2013, 676, 683 Rn. 85 末尾。

議が「隠ぺいされた」事案でも、可能とされることになるのである。

c) 刑訴法 257c 条 5 項による教示義務

連邦憲法裁判所は、全く同様の方向において、刑訴法 257c 条 5 項による教示義務を強調する。自己負罪からの自由を擁護するうえでの、公正手続のその「基本的意義」⁸⁵ が強調されている：教示は、被告人があらかじめ申合せへのその関与の射程について完全な情報を提供されるべきことを、確保すべきものである。そうする限りで、被告人は、供述を拒否することの自由を（以後も）行使するのか、または申合せに応じるのかの決定を、なおも自律的になしうるのである、という⁸⁶。

憲法裁判所裁判官が刑訴法 257c 条 5 項の教示要件をどれほど重要視しているかは、判決で示された他の一般的な教示規定や、刑訴法 136 条 1 項の被疑者・被告人への教示との比較から明らかとなる：申合せの範囲では、刑の上限が固定されることを通じて、刑訴法 136 条 1 項の状況よりも本質的に強い誘引・誘導状況があり、これによって、潜在的に強度の自己負罪からの自由に対する侵害が認められる⁸⁷。したがって、被告人は、裁判所の拘束は絶対的ではなく、一定条件において消滅しうるのであることを知っていなければならず、これによって、同人は、申合せに関与することの射程およびリスクを自律的に評価できるのでなければならない。このような位置づけをみると、憲法裁判所裁判官により刑訴法 257c 条 5 項が「中心的な法治国家的保護」であると明確に表示され、その不遵守は基本的に公正な手続を受ける権利および自己負罪からの自由という被告人の基本権を侵害するものであると判示されたことは、不思議なことではない⁸⁸。

d) 形式違反の上告可能性

最後に、事実審裁判官の手続的瑕疵に対する上告可能性に関してである

85 BVerfG JZ 2013, 676, 688 Rn. 123.

86 刑訴法 257c 条 5 項について深めるものとして、Beulke (Fn. 4), Rn. 396b; Eschelbach, in: BeckOK-StPO (Fn. 6), § 257 Rn. 41; Heller (Fn. 10), S. 185.

87 BVerfG JZ 2013, 676, 688 Rn. 126; 両規定の関係につき全く逆に解するものとして、Wenske DRiZ 2012, 123 (124).

88 BVerfG JZ 2013, 676, 688 Rn. 126 u. 127.

が、連邦憲法裁判所は、この点についても、「退廃に対する透明性」というその準則を維持している。連邦憲法裁判所判例は、申合せの範囲における手続違反は原則として「制裁なし」という態度をとってきたが、[本判決は] そのような従来への傾向に完全に反対するものとなった⁸⁹。法定の報告・教示・記録化義務が客観的および主観的憲法に定着したことを考えると、そのような違反は、もはや「因果性がないというゴミ箱」⁹⁰ に捨て去られてはならない：申合せの事象を公判で公表し、記録化し、上訴裁判所による有効な規制を可能にさせるための規定は、憲法裁判所が明確に認定したように「法律構想の核」に含まれるものである⁹¹。それは、単なる努力規定へと格下げされてはならない。

憲法裁判所は、この法的評価を法適用の場面で十分妥当させるために、単なる確認を超えてはつきりと、可視化・記録化義務に対する違反は申合せを原則として違法とする、と断じた。裁判所は、従来連邦憲法裁判所より事実上確立されていた、可視化・記録化義務に対する違反の場合の因果性に関する「消極的な」推定に対して、妥当にも、反対の立場をとった：現在、(申合せによる) 判決の法違反への因果性は、すでに「判決の基礎となった申合せが法律違反を伴っている」という理由から、原則として排斥されないものとなったのである⁹²。

この判示は、さしあたり、その分かりやすさに関して説得的である。もっとも、結果的にそれは、立論上の「霧のかかったろうそく」である⁹³。申合せが手続違反と判決との本来の媒介物とされることによって、因果性の

89 例えば以下を参照。、BGH StV 2010, 675; BGH StV 2011, 75; BGH NSTz 2011, 473; BGH NSTz 2011, 592 = Schlothauer StV 2011, 205 の批判的評釈付き; BGH NJW 2013, 1316 (1317) (ただし、傍論); OLG Celle NSTz 2012, 285 = これを支持する見解として, Schmitt StraFo 2012, 386 (389).

90 Niemöller, NZWiSt 2012, 290 (296) は、報告・教示・記録化義務に対する違反の上告裁判所における取扱いについて、そのような批判的見解を述べる。

91 BVerfG JZ 2013, 676, 684 Rn. 96.

92 BVerfG JZ 2013, 676, 684 Rn. 97.

93 Stuckenberg ZIS 2013, 212 (215) は、このような立論を「循環論法 (schierer petitio principii)」であるという。

本来の問題性が隠されたものとなった。裁判所がこの点で明確な説明もなく、前の部分で自ら「申合せは決してそれ自体として判決の基礎を構成[できる]ものではない⁹⁴」と強調していたことを無視してしまっている点はおくとしても、この叙述は、法違反と判決との本来の連関性の問題を、それを解決するのではなく、単に付随的な論点へと追いやってしまった：なぜなら、この点で挙げられた形式[手続]違反は必然的に他の手続結果をもたらず可能性があったという結論が、はたしてどこから導かれるのかが不明だからである。外形的部分の崩壊によって、なぜ、常に全ての申合せ事象まで崩壊することになるのであろうか⁹⁵。結局のところ、具体的個別事例をみなければ、震動が基礎における危険な裂け目を残したのかどうかは、判然としないのである。

それゆえに、憲法裁判所の第2の理由づけは、申合せ法による可視化・記録化義務に違反があった場合に因果性要件を目的論的に軽減させる点で、はっきりと跡付け可能であると思われる：上告裁判所は、判決の可視化・記録化義務に対する違反への因果性を、特別の例外的場合に限り排斥することができる。なぜなら、刑法337条1項のこのような解釈だけが、申合せ法の立法上の保護構想における可視化・記録化義務の機能を十分なものとさせるからである⁹⁶。よく考えてみると、裁判所は、これによって

憲法指向的(!)解釈の方法で形式違反の事実上の「新解釈」として、絶対的上告理由としたのである⁹⁷。これは、確かに、裁判官による法形成の限界に突きあたる⁹⁸。しかし、この手法は、その判示した目的を達成す

94 BVerfG JZ 2013, 676, 680 Rn. 68.

95 しかし、これに対して、Kirsch StraFo 2010, 96 (100) は、申合せの個々の基礎という。

96 BVerfG JZ 2013, 676, 684 Rn. 97 参照。

97 全く類似の見解として、Jahn NJW-Editorial 15/2013; König/Harrendorf AnwBl. 2013, 321 (323); Scheinfeld ZJS 2013, 296 (301) und Stuckenberg ZIS 2013, 212 (213 u. 215) は、「準・絶対的」上告理由と呼ぶ。

98 例えば、BGH StV 2011, 76 (78) 参照。これによると、267条3項5文による記録化義務に対する違反には、広い効果を認めることはできない。なぜなら、そのようなことは、新たな絶対的上告理由を創設するに他ならないからである。

るために すなわち、申合せの範囲での事実審裁判所の形式的義務が、今後求められる透明性の確立に向けた「鈍った刀」となることを避けるために 憲法裁判所がとりうる唯一の道であった⁹⁹。さもなければ、刑訴法 243 条による報告義務の違反の場合、対象となる判決の大半は、上告不可能となってしまう。なぜなら、この点で、同時に刑訴法 136a 条の欺罔禁止違反にはあたらないが、因果性が認められるという事案は、非常に稀なものだからである¹⁰⁰。

しかし、刑訴法 257c 条 5 項の教示義務に関して、連邦憲法裁判所の解釈技術上の細かな理屈づけは、自白およびこれに伴って各々の判決が原則として教示が懈怠されたことに基づくものであることを基礎づけるためには、全く必要でない。連邦憲法裁判所のこれに反対の判例¹⁰¹は、正当にも、すでにこれまでも至る所で¹⁰²批判されてきた。要するに、刑訴法 257c 条 5 項の教示義務の懈怠は、原則として、被告人が自白によって申合せに

99 Frister, in: SK-StPO (Fn. 4), § 243 Rn. 94 も参照。

100 Becker, in: LR-StPO (Fn. 4), § 243 Rn. 96a. 異なる見解として、Schlothauer StV 2011, 205 (206) u. Weider, in: Niemöller/Schlothauer/Weider (Fn. 4), Teil C Rn. 32 ff. (37) は、次のようにいう。弁護人と裁判所との協働的な関係の機会は被告人に不利益をもたらすので、被告人の自律的判断は裁判所の報告に基づいてのみ行うことができる。しかし、刑訴法 243 条 4 項は、立法者の意思によると、一義的には、被疑者・被告人の自律性ではなく、[手続の] 透明性に資するものである。そうでなければ、報告義務ではなく、教示義務とされていたはずである。

101 例えば、BGH wistra 2011, 73 (74) u. 75 (76). 支持する見解として、Stuckenberg, in: LR-StPO (Fn. 4), § 257c Rn. 80. この点について同じく支持する もっとも、不的確な 見解として、Krause (Fn. 6), S. 147 f. も、「被告人にとって予見不可能であり、不意打ちをもたらす撤回の見かけ上の危険は、被告人にとって、不利益な帰結をもたらすものではない。なぜなら、被告人は対立的な手続で審理されることを好むという立論は、申合せが挫折した後は自動的に対立的な手続へと変更されるため、何の意味も持たないからである。...教示が欠けることが判決の破棄をもたらすべき理由は、どこにもない」と述べる。

102 Beulke (Fn. 4), Rn. 396b; Eschelbach, in: BeckOK-StPO, (Fn. 6), § 257c Rn. 41.4; Jahn StV 2011, 497 (502); Knauer/Lickleder NSTZ 2012, 366 (376); Niemöller NZWist 2012, 290 (293); Schlothauer StraFo 2011, 487 (493). 同様に、すでにこの判例が確立する前の見解として、Weider, in: Niemöller/Schlothauer/Weider (Fn. 4), Teil C Rn. 68 がある。

応じるか否かという問題に関して、同人の自律性を害する。この点で、常に、被告人は撤回のリスクをしっかりと認識していたら異なって判断したかもしれない、すなわち、その存在が「不確実な」申合せとは異なった選択をしたかもしれない可能性がある¹⁰³。憲法裁判所も、この連関を確かに認めており、その判決文では、裁判所の拘束性が被告人のその訴訟上の関与に関する判断にとってどれほど重要であるかを強調している¹⁰⁴。

しかし、前述した刑訴法 257c 条における惹起連関に関する論拠は、默示的に、被告人の判断が実際に教示の欠落によって侵害された可能性を条件とする。憲法裁判所も、この点は当然に認識しているため、特に、刑訴法 136 条 1 項についての判例に依拠しつつ、同時に、前述した「因果性推定」の限界を示している：因果性は、刑訴法 257c 条 5 項の点に関して、被告人が適切な教示を受けていたとしてもなお自白を提供していたことが具体的に認定される場合（に限り）、否定されうる¹⁰⁵。裁判所はこの判示を例証しているわけではないが、刑訴法 136 条 1 項の判例を厳密に引用していることを考えると、これによって第一義的には、被告人は事前に教示義務について積極的に認識していたという事案が想定されている、と推定することができる¹⁰⁶。この点に関して自身の弁護人による「内部的な」教示でも足りるかは、今後の経過を待たなければならない¹⁰⁷。いずれにしても、疑わしいときには、被告人にその認識が欠けていたとされなければならない。

103 同様に, Schlothauer StraFo 2011, 487 (493) 参照。

104 BVerfG JZ 2013, 676, 688 Rn. 126.

105 BVerfG JZ 2013, 676, 685, 688 Rn. 99 u. 127.

106 刑訴法 136 条 1 項 2 文に関して, BGHSt 38, 214 (220) 参照。深めるものとして, Beulke (Fn. 4), Rn. 117 ff.

107 反対する見解として, Scheinfeld ZJS 2013, 296 (300); Weider, in: Niemöller/Schlothauer/Weider (Fn. 4), Teil C Rn. 68 (弁護人が被告人に誤って, 不完全に, または偏頗に助言することを排除できないからとの理由)がある。支持する見解として, Meyer-Göbner (Fn. 26), § 257c Rn. 30 は, 弁護人による詳細な教示がなされていれば, 被告人への教示放棄の可能性を肯定する。

最後に、裁判所は、規定された消極的報告が懈怠されたこと（刑訴法 243 条 4 項 1 文、273 条 1a 項 2 文）ないし消極的証明（刑訴法 273 条 1a 項 3 文）が欠けるという点も、これらの場合におよそ 少なくとも正式には 申合せが成立していないにもかかわらず、上告では重要な意義を持ちうる、と判示した：調書において要求された消極的報告または必要な消極的証明が欠ける限りで、刑訴法 257c 条に対する違反への判決の因果性は、排斥できない。また、可視化・記録化義務に違反する多くの場合、判決が法違反の「非公式の」申合せまたはこの点に関する協議に依拠していたことは、確実には排斥できない、という¹⁰⁸。

裁判所は、この判断によって、明示的に援用しているわけではないが内容的には、2012 年 3 月 5 日の [第 2 法廷] 第 1 部決定に極めて接近した¹⁰⁹。同決定では、(非公式)申合せの存否に関して、上訴審での証明負担についての消極的証明が欠けることの帰結が問題となった。被告人は、自身の刑訴法 302 条 1 項 2 文による上訴放棄は無効であると主張した。彼は、事実審裁判所との非公式合意を行った、と主張したのである。公判調書には刑訴法 273 条 1a 項 1 文の記述も、また刑訴法 273 条 1a 項 3 文による消極的証明も記載されていなかったため、その証明力は無効となっていた。したがって、控訴審裁判所は、自由な証明手続と自由な証拠評価において、実際の手続経過を明らかにしなければならなかった。申合せの成立は証明されなかったため、上訴放棄は有効と判断された。これに対して、憲法裁判所の裁判官は、自由な証明手続においても求められる事実解明によって手続事象の存在についての排除できない疑いを基本的に被告人の不利に判断することは、確かに、基本的には、憲法上否定されるべきではな

108 BVerfG JZ 2013, 676, 684 f. Rn. 98. Bauer StV 2011, 340 も参照。彼は、内密の取引には、通常、申合せが刑訴法 267 条、273 条 1a 項 3 文に反して判決や公判調書に記載されないことも含まれる、と述べる。もっとも、同時に、若干の裁判官は、意識的に、虚偽の消極的報告ないし虚偽の消極的証明をその調書に記載し、その結果、これが原則的に非公式申合せに際して矛盾したものとなっている、とも述べている。

109 BVerfG NJW 2012, 1136 = Kröpil JR 2013, 203 の批判的評釈付きを見よ。

いとしつつ、しかし、被告人より主張されたこの危険は、事実の解明が不能であること（および、これによって生じる裁判所の疑い）がその原因を法律上定められた記録化義務に対する違反にあると認められる場合に、その限界が認められなければならない、との結論に至った¹¹⁰。これによって、第2法廷第1部は、すでに2012年3月に、判断不能の事案について、消極的証明が欠ける場合に事実上の証明負担転換の意味で判断していたのである¹¹¹。

この証明責任転換と、ここで少なくとも妥当する因果性推定とがあいまって、今後は、公判調書に申合せの存否に関する記録が懈怠されたとき、訴訟上非常に重要な「制裁」が科されることになる。それゆえに、事実審裁判官は、真摯に、相応の要素をできるだけ早くそのレポーターに取り込み、これによって、あらゆる判決の異議申立ての可能性を危機にさらさないよう心掛けなければならない。

4. いわゆる「非公式」合意の不許容性 処罰の威嚇

憲法裁判所は、実務が申合せ法とそこに含意された異なる態様の申合せの禁止を受け入れることを断固拒否していることをはっきり批判したうえで、本判決では、「紳士協定」はもはや認められないという点への疑いを示さなかった：「法律上定められた以外で行われるいわゆる非公式合意は、許されない」という¹¹²。

要するに、裁判所が判示したところによれば、すでに刑訴法257c条1項1文の文言から、不透明で規制のされない「取引」は刑事訴訟では禁止される、ということが読み取られる：「立法者は、このような措置をはっきりと禁止したのである」¹¹³。公権的な法適用者は、特に基本法20条3項

110 BVerfG NJW 2012, 1136 (1137).

111 Niemöller StV 2012, 387 (390).

112 BVerfG JZ 2013, 676, 681 Rn. 75.

113 BVerfG JZ 2013, 676, 687 Rn. 115.

の観点で、この立法上の判断に拘束されなければならない¹¹⁴。法律上の保護装置を「実務に不都合」とする、これと対立するしばしばみられる評価¹¹⁵は、刑事手続法の中核的な任務 憲法上の基準を守ること を変更させるものである。このような見解は、基本法の下での法治国家においては法が実務を決定づけるのであり、その逆ではない、ということを見誤っている¹¹⁶。

憲法裁判所は、そのような意味での戒め 判決全体に散見される をもって、はっきりと、Altenhainの資料によると大半が法を無視して活動する実務を（憲法に適合した）状態に戻すことを試みた。これは、 憲法裁判所より意図された法規定に関する帰結を考慮しての 憲法違反状態と認められる前の最後の警告である。

ただし、「紳士協定の形式」による合意を支持する多くの論者は、この筋書きに対し、おそらく異を唱えることであろう。彼らは、以後、申合せ法の憲法違反性に関わらないかもしれない。しかし、おそらくは、そうではない。すでに現在、非公式合意の関与者は、自身が法を破り、はたまた歪曲していることを認識しなければならない。特に、彼らは、紳士は見込みある取引のオプションをあら捜しするのではない限りでまだ友人である、ということを知るべきである。例えば、 BVerfG NJW 2012, 1136 [前掲第2法廷第1部2012年決定] で印象的にみられるように 第1審最終後の弁護人の交替は、刑訴法302条1項2文に基づく上訴放棄の無効が主張される場合、ただちに非公式合意を明らかにするものとなる。偶然にではなく、憲法裁判所は、この関連で改めて、関与者が法規定に違反して申合せしていた場合も上訴放棄は無効となる、と強調している¹¹⁷。憲法裁

114 BVerfG JZ 2013, 676, 681 f. Rn. 76 f.

115 例えば、区裁判所での申合せに関する裁判職を代表して、Caspari DRiZ 2013, 6 (8); Weimar/Mann StraFo 2010, 12.

116 BVerfG JZ 2013, 676, 687 Rn. 119.

117 BVerfG JZ 2013, 676, 682 Rn. 78. これによって終局的に、Bittmann wistra 2009, 414 (416) および NStZ-RR 2011, 102 (104) の見解は否定された。

判所によって確立された非公式合意の存在に関する証明責任の転換と、新たな因果性推定により、そのような判決の破棄は、いまや現実に可能な範囲にあるのである。

しかし、これでも不十分である：すでに判決の前段階で、裁判所からの「古い流派」による取引の提示は、弁護側に十分な予断の理由を与うる¹¹⁸。これは、弁護側が主張しなかったとしても、少なくとも「圧力材料」として弁護側に有利に働く。本判決をみると、今後は、すでに裁判所が非公式合意を行う用意があることは、憲法違反の措置として、その判断者の以後の関与は是認できないと思わせるほどの重大な手続的瑕疵へと近づくであろう¹¹⁹。結局、連邦憲法裁判所によると¹²⁰、非公式合意によって、

相応の実務からは異なって考えられているとしても、被告人に不利となる重大な基本権侵害が憲法上の保護規定を遵守することなく行われ、違法な意図的措置によって、裁判官の恣意も認められることになるであろう。

今後も非公式合意をやめようとしめない全ての者にとって、そのような行為は、自身を刑事訴追にさらすものとなる。しかも、従来よりも危いものとして、である¹²¹。憲法裁判所は、国に対して明確に、申合せ法を妥当させるために刑法上の措置をとることも求めている。付加的に、刑法273条1a項3文の消極的証明の調書化は、非公式合意が行われるときには、公務上の虚偽記載の構成要件（刑法348条）を充足しうる、と判示している¹²²。このあからさまな警告は、第一義的には、まだ「抵抗を続ける」

118 すでに前から、被告人を除外した下での、ないし第三者に有利となるかたちでの非公式申合せを支持するものとして、BGH NStZ 2011, 44 und StV 2011, 72; Eschelbach, in: BeckOK-StPO (Fn. 6), § 257c Rn. 49.7; Knauer/Lickleder NStZ 2012, 366 (371).

119 手続違反がどのような場合に裁判官の中立性への疑いを生じさせるかの問題について、OLG Frankfurt StV 2001, 496; Beulke (Fn. 4), Rn. 70; Semmler, Prozessverhalten des Richters unter dem Aspekt des § 24 II StPO, insbesondere Verfahrensverstöße als Ablehnungsgrund, 1994 など多数。

120 BVerfG JZ 2013, 676, 688 Rn. 127 および 129 f. は参照。

121 構成要件の錯誤または禁止の錯誤は、2011年にすでに終局的に解決されている。Dießner StV 2011, 43 (49).

122 BVerfG JZ 2013, 676, 682 Rn. 78.

下級審裁判官を押さえつける機能を持つ¹²³。なぜなら、憲法上の関連性が欠けるために¹²⁴、ここで述べられた具体的な刑法上の評価は、通常裁判所にとって、拘束力ある性質を持たないからである。このことは、刑法学理および判例上、公判調書はそもそも公的文書であり記載の存否に関する証明力を持つかという問題が、いまなお激しく争われていることから、なおのことであろう¹²⁵。また、実践的にみても、刑法 348 条の可罰性には、刑法 339 条の遮断効が妨げとなる¹²⁶ 高度の基準であり、裁判官の場合には特に重いものとなる¹²⁷。しかし、憲法裁判所は、枉法罪の問題には言及しておらず、非公式合意への関与者にとって少なくとも理論的には問題となりうる他の犯罪構成要件も同様である（刑法 203 条 1 項 3 号、240 条、258 条、258a 条、344 条、356 条 基本的に刑法 26 条および 27 条とも結びつく）¹²⁸。

-
- 123 Jahn NJW-Editorial 15/2013 は、これに関して、裁判所の「一般予防的意図」と呼ぶ。
- 124 ただし、裁判所の陳述が、刑法 348 条による刑法上の訴追は、申合せ法を浸透させ、これによって合憲の状態を確立するための唯一の方法である、と理解される点は除く。しかし、このような広い解釈には、確たる根拠が欠ける。
- 125 支持する見解として、BGHSt 51, 88 [98] および OLG Jena wistra 2010, 111 (116) における傍論；Dießner StV 2011, 43 (46)；Satzger, in: Handbuch des Fachwalts Strafrecht, 5. A. 2012, 8. Teil Kap. 3 Rn. 74 があり、これに対し批判する見解として、OLG Hamm NJW 1977, 592；Engelhardt, in: KK-StPO, 6. Aufl. 2008, § 274 Rn. 1；Frister, in: SK-StPO (Fn. 4), § 274 Rn. 4；Meyer-Goßner (Fn. 26), § 274 Rn. 7；Stuckenberg ZIS 2013, 212 (215)；Zieschang, in: LK-StGB 12. Aufl. 2009, § 348 Rn. 19 がある。
- 126 同旨の見解として、König/Harrendorf AnwBl. 2013, 321 (324)。
- 127 Hilgendorf, in: LK-StGB (Fn. 125), § 339 Rn. 144 は、「判決を言い渡す裁判官が法律事件のその訴訟指揮または裁判に基づいてさらに別の構成要件を実現したという限りで、通説によると、その裁判官は、同時に可罰的な枉法罪を実行したという場合に限り、これと併せて処罰されることになる」と述べる。判例上、BGHSt 10, 294 (298) 以来、争いがある。
- 128 この点について詳細な文献として、Beulke, in: 36. Strafverteidigertag, 2013, S. 171 (196 ff.)；ders./Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. A. 2010, Rn. 120 ff.；Dießner StV 2011, 32；Fahl, in: Strafverteidigung - Grundlagen und Stolpersteine, 2012, S. 17 ff.；Satzger (Fn. 125), 8. Teil Kap. 3 Rn. 66 ff.；Schlothauer, in: Niemöller/Schlothauer/Weider (Fn. 4), Teil D.

立法者が明示で申合せ規定の刑法上補強された遵守義務を刑法典に導入しておらず¹²⁹、または少なくとも司法当局より「非公式合意」事案の重点的検察局¹³⁰が創設されていないという限りで、ときおりの極端な事例を除いて今後、非公式合意へ関与した者に対する「訴追の波」は、考えられない。しかし、刑法上の措置のそのような控えめな取扱いは、およそ支持されるべきであろう：実体刑法は、単に、刑事訴訟上の手続形式を確立させるために選択される手段ではない。その最終兵器としての機能は、以後も、外されるべきではない¹³¹。

その代わりに、裁判官らは、その職業倫理を理解し、裁判官法 38 条により行った宣誓¹³²を十分想起すべきである。いざとなれば、職務監督上の措置もとられる（裁判官法 26 条 2 項）。その際に、拘束的な職業（監督法）上の指示による申合せ法の妥当性は、いうまでもなく、検察官のような階層的官庁における方が（内的準則などにより）、裁判官に対する場合よりも容易に働くであろう。裁判官は、付加的に、裁判官の独立性という憲法上の保護を受ける（基本法 97 条）¹³³。したがって、第一義的には、検察官

129 例えば、Caspari DRiZ 2013, 6 (9) 参照。彼は、そのようなものが、申合せ法を強制するための唯一の可能性であると述べる。しかし、そうした必要性を認めていない。Stuckenberg ZIS 2013, 212 (218) は、刑罰規定の導入について、「このような象徴と最終兵器を使用することの必要性は認められるとしても、合理的にみて非実効的」と考えている。

130 訴訟上の見地からは、特に非公式申合せに基づいた判決を上告裁判所による規制に服させることは、連邦検事総長に義務づけられるべきである（BVerfG JZ 2013, 676, 684 Rn. 93 末尾参照）。

131 深めるものとして、Rössner, in: HK-GS (Fn. 69), Vorbem. zu § 1 StGB Rn. 13; Roxin, AT I, 4. A. 2006, § 2 Rn. 97 ff; Wessels/Beulke, AT, 42. Aufl. 2012, Rn. 9. 立法者によるこの基本原則の無視について、P.-A. Albrecht, Kriminologie, 4. A. 2010, § 29 I, § 32 IV.

132 「私は、裁判官職をドイツ連邦共和国の基本法および法律に従って遂行し、人の地位に関わらず良心に従って判決をし、真実と正義のみ奉仕することを誓います。神のご加護がありますように。」

133 しかし、非公式申合せは、本判決の観点で、遅くとも現在においては「およそ疑いのない」「誤った措置」であり（BGHZ 46, 147 [150]; 67, 184 [188] の意味において）、これによって、実質的な独立性の保障領域を奪うものである。

に「法の監視者」¹³⁴としての役割を与えとしても、それでは危険である：なぜなら、検察官が今後憲法裁判所より自身に与えられた「取引の取締官」としての役割をどの程度果たすことができ、また果たそうとするかは、今後の様子を待たなければならないからである¹³⁵。検察官の同意要件だけでは、裁判所と弁護側との非公式合意は阻止されず、また自動化された（裁判官に指示された）適切な透明性および記録化も図られない。また、憲法裁判所より求められた検察官による上告裁判所のコントロールの極端な使用でさえ、その成果が得られるのは、上告裁判所がその下級審の仲間たちに適切に指示を下そうとする場合に限られる。そして、憲法裁判所の見解によると、上告裁判所は、この任務をこれまで十分に果たしてこなかった¹³⁶。被疑者・被告人およびその利益代理人、つまり弁護人は、申合せ関係人のうち最も弱い主体として、いずれにしても、彼らがもはや他の関与者側から操縦されず、または協議の破綻によって「制裁」されるのではないという場合にならないと、申合せ法の遵守を主張することができない。それにもかかわらず、カールスルーエの警告は、弁護人らにも妥当し、彼らがこれを無視することを許されない¹³⁷。

上位の視点からは、いうまでもなく法と法律に拘束される司法の方に適合した行為を確立すべき新たな国の任務は、およそ奇抜であると思われる。特に、当然ながら、対象者の瑕疵ある行為につき誰が実効的に制裁すべきであるのかが問題となる。しかし、現在は、すでに明確である：従来上告裁判所¹³⁸より支持されてきた費用および負担のかからない回答は、弁

134 BVerfG JZ 2013, 676, 683 Rn. 93.

135 Bockemühl BRAK Magazin 02/2013, 13 は、「非公式」申合せ問題のこのような解決に「限らない驚き」を示す。Stuckenberg ZIS 2013, 212 (217) も、「驚き」を示している。König/Harrendorf AnwBl. 2013, 321 (322) は、「猫に鯉節の番をさせる気か」と疑問を呈する。

136 BVerfG JZ 2013, 676, 687 Rn. 117.

137 この点で、Höll NZWiSt 2013, 134 (135) は、連邦憲法裁判所の判決はチャンスであるとして、積極的な見解を示している。

138 例えば、BGHSt 38, 214 以来の、(証拠使用に対する)異議申立てに関する判例を参照。概観は、Beulke (Fn. 4), Rn. 460a.

護側のみが訴追機関の相手方として切り札をもち、また訴訟規定に適合した手続に対する責任を持つというものであったが、これは、本判決により、いずれにせよ、すでに解決済みとなったといえよう¹³⁹。

．現実の規範的効力の終末

立法府および執行府は、憲法違反状態が切迫していることを考慮して今後、司法の規範に適合した行為を従来よりも一層明白なかたちで実現すべきことを、求められる。法適用者は、申合せにおいて憲法裁判所の判例にならって行為しようとするならば、今後は、以下のことを遵守しなければならない：

- 申合せの場合も、刑訴法 244 条 2 項は、無制約に妥当する。申合せに基づく自白は全て、強制的に、公判における証拠調べを通じて、その正確性を審査されなければならない。もっとも、この審査の形式および態様は、特に被害者保護の観点で 個別の事実審裁判官に任される。
- 刑の範囲移動について（特に、軽い事例および特に重い事例、通常事例）、申合せを行うことはできない。
- いわゆる「全体的解決」は、刑訴法 257c 条において許されない。すなわち、別の手続を、特に、検察官が、自身に係属中の捜査手続を刑訴法 154 条 1 項により打ち切ることを約束するという方法で 刑訴法 257c 条による申合せの協議に取り込むことはできない。
- 申合せの範囲で法定された可視化・記録化義務（特に、刑訴法 243 条 4 項、257c 条 5 項、273 条 1a 項）は、保護装置として、法規定の核心にあたる。この義務に違反した場合、申合せは違法である。この違反への判決の因果性は、特別の例外事例においてしか、排除されない。
- 法規定を離れたいわゆる「非公式合意」は、許されない。そのような

139 Fischer StraFo 2009, 177 (188) 参照。彼は、「今日の申合せ・悪行は、刑事弁護の弱さであるが、司法の不名誉でもある」という。Murmman, in: 35. Strafverteidigertag, 2012, S. 81 (91) も見よ。

措置は、今後は、第一義的には訴訟上で、極端な場合には実体法上も制裁される。

- 依然として、全ての手続段階で、検察官と裁判所とが刑法 202a 条、212 条、257b 条によって協議することは、それが刑法 257c 条により許容される申合せの準備のためである限りで、許されている。さらに、刑法 160b 条の範囲で、すでに捜査段階においても、検察官との協議を求めることができる。

必然的に、申合せ法の公式の内容的な障害 ここでさらに高められたものを考えると、申合せは今後どのような範囲でなおも実効的に手続削減ないし簡易化に資することができるのか、という問題が生じる¹⁴⁰。これを背景にして、すでに若干の者から、カールスルーエからの切実な警告は今後そもそも法適用者より肝に銘じられるのであろうか、という疑いが述べられている¹⁴¹。しかし、非公式合意が「拘束されない法的協議」¹⁴²としての刑法 257b 条の領域に内容的に延長することは、この問題を解決するにあたってのより濫用的な潜脱であると思われる。特に被疑者・被告人の保護は、この協議の拘束性が欠けるために、1997 年より前の状態に後戻りしてしまうであろう (BGHSt 43, 195)。

実務が方向転換する意思があるとしても、しかし、彼らは申合せ法の高度の要件（特に透明性および記録化について）を満たすことができる状態にあるのかという、気がかりな問題が残される¹⁴³。対立的な手続への完全な回顧は、確かに、申合せが浸透していることを考えると、あまり可能性

140 この点について、Stuckenberg ZIS 2013, 212 (216) も、連邦憲法裁判所が、申合せ法は憲法上の要請に反することなく、手続の簡素化にそもそも適したものであるのかを問題としなかった点を批判する。

141 Fezer HRRS 2013, 117 (119); Stuckenberg ZIS 2013, 212 (219) 参照。これに対し悲観的な見解として、Scheinfeld ZJS 2013, 296 (300)。

142 König/Harrendorf AnwBl 2013, 321 u. 324 の同旨の提案を参照。

143 同様の見解として、König/Harrendorf AnwBl. 2013, 321 (324) は、ここで警告された厳格な形式さは「申合せの終了を告げるもの」であることを危惧している。

はないが、しかし、完全には排斥できない。

1つ、はっきりしていることがある：現在まだしばしばみられる、申合せ法を無視した非公式合意は、憲法違反である。その維持は、疑いがない。時間とともに絶対化する「事実の規範的効力」は、その限界に突きあたるどちらかといえば憲法裁判所の限界である。連邦憲法裁判所の断言が申合せに対する時限的機能 密かに期待される を発揮するかは、第一義的には、関与者の責任を自覚した行動に係っている：ただし、実務が立法者により定立され連邦憲法裁判所により補足された規定を遵守するならば、今後、申合せは、ドイツの法廷で残っていくであろう。

【付録】

(1) ドイツ刑事訴訟法第 257c 条（裁判所と手続関係人との間の申合せ）

裁判所は、適当と認めるときは、手続関係人と、次項以下の基準に従って、手続の進行及びその結果について申合せをすることができる。第 244 条第 2 項の規定〔職権探知原則〕の効力には影響を及ぼさない。

申合せの対象は、判決の内容及びこれに付随する決定の内容となる法律効果、基礎となる事実認定手続におけるその他の手続上の処分並びに手続関係人の訴訟上の態度に限られる。あらゆる申合せにおいて、自白はその構成要素とならなければならない。有罪認定並びに改善及び保安の処分は、申合せの対象とはならない。

裁判所は、申合せすることのできる内容について告知する。その際、裁判所は、事件の全ての事情の自由な評価及び一般的な量刑考慮に基づいて、量刑の上限及び下限を示すことができる。手続関係人は、意向表明のための機会を与えられる。申合せは、被告人及び検察官が裁判所の提案に同意したときに成立する。

裁判所に対する申合せの拘束力は、法律上又は事実上の重要な事実が看過されていたか又はそれらの事情が新たに生じ、裁判所が予測した量刑の枠がもはや事実又は責任に適合しないとの確信を持つに至ったときは、消滅する。被告人の申合せ後の訴訟上の態度が、裁判所の予測の基

礎となった被告人の態度と一致しないときも、同じである。これらの場合には、被告人の自白は、これを用いてはならない。裁判所は、申合せから離脱することを、遅滞なく通知しなければならない。

被告人に対しては、第4項により裁判所が予測された結果から離脱する場合の要件及び効果について教示しなければならない。

(2) 連邦憲法裁判所第2法廷 2013年3月19日判決要旨

1. 基本法に根拠をもつ責任主義およびこれに伴う実体的真実の探究、ならびに公正かつ法治国家的な手続の原則、無罪推定、および裁判所の中立義務は、真実探究に向けた取扱い、法的な当てはめ、量刑の原則を手続関係人および裁判所の自由な処分委ねることを排除する。
2. 裁判所と手続関係人との間での公判の状況および見込みに関する申合せ（合意）、被告人に自白すれば刑の上限を約束し、刑の下限まで告知するという手続は、憲法上の基準が完全には考慮されないこととなる危険をはらんでいる。それにもかかわらず、立法者は、手続を簡素化するために申合せを許容することを、完全に禁止されているわけではない。しかし、同時に、十分な予防措置により、憲法上の要請が維持されることが、確保されなければならない。立法者は、定められた保護装置の有効性を、常に審査しなければならない。そのようなものが不完全または不適格であることが判明したときは、立法者は、その点を是正し、必要とあれば刑事訴訟上の合意を許容したその判断までも変更しなければならない。
3. 申合せに関する規定（申合せ法）は、憲法上の基準の維持を、十分確保するものである。申合せ法の執行に相当な範囲で欠陥があるという事実は、現在のところ、法規定の違憲性をもたらすものではない。
4. 刑事手続における申合せの許容については、申合せ法の規定により、完結的な規定が示された。法律上定められた以外で行われるいわゆる非公式の合意は、許されない。

【訳者あとがき】

本稿は、ヴェルナー・ボイルケ教授 (Prof. Dr. Werner Beulke) およびハナ・シュトッファー助手 (Dr. Hannah Stoffer) の論文 *Bewährung für den Deal? Konsequenzen des BVerfG-Urteils vom 19. März 2013 für die Verständigungspraxis in deutschen Gerichtssälen*, *Juristenzeitung* 13/2013, 662-673 の邦訳である。

ボイルケ教授は、ドイツ連邦共和国・パッサウ大学名誉教授であり、現在は研究とあわせ刑事弁護人としても活躍中である。ドイツ刑事訴訟法に関する体系書 (これについては、加藤克佳 = 辻本典央訳「ヴェルナー・ボイルケ著『ドイツ刑事訴訟法 (1) - (3) 未完』」近畿大学法学 61 巻 4 号 81 頁以下 (2014 年) 連載中がある) のほか、刑事弁護人論、刑法、少年法など全刑事法学分野に精通しており、著作も数多く出されている (詳細は、前掲・近法 82 頁以下参照)。シュトッファー助手は、学術助手としてボイルケ法律事務所勤務しつつ、博士の学位を取得し、現在はミュンヘン高裁管轄 (パッサウ地裁所属) で司法修習中である。いずれもさらに詳細は、ボイルケ法律事務所ウェブサイト <http://www.beulke-Strafverteidigung.de/>などを参照されたい。

本論文の主題は、ドイツ刑事訴訟法学および刑事手続実務で精力的に取り組まれてきた刑事手続における「司法取引」(「合意」。現在の法文上は「申合せ」)に関するものである。周知のように、これは、ドイツの刑事司法実務で著しい発展を遂げ、学界でも正面から重要な課題とされて、激しく議論されている今日的・先端的なテーマの1つである。いわゆる「合意」は、ドイツの学説上、刑事訴訟の基本原則・原則に反するなどとして強い反対があるにもかかわらず、刑事実務では、長年にわたり運用上頻繁に用いられてきた。そのような状況の中、連邦通常裁判所は、1997 年基本判決 (BGHSt 43, 195) と 2005 年大刑事部決定 (BGHSt 50, 40) によって、一定範囲で実務運用を是認しつつ、立法の必要性を説いていた (詳細は、辻本典央「刑事手続における取引 (1) ~ (3・完) ドイツにおける判

決合意手続」近畿大学法学 57 巻 2 号 1 頁以下 (2009 年) - 59 巻 1 号 1 頁以下 (2011 年) およびそこに引用の諸文献参照)。これを受けて、2009 年に法制化・導入されて以降も、この手続は理論的・実務的に議論の対象とされ続け (詳細は、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 35 頁 (2013 年) およびそこに引用の諸文献参照)、ついに、反対論者 (例えば、ベルント・シューネマン [Bernd Schünemann] 教授) から憲法裁判所に対して合憲性を争う訴え (憲法抗告) が提起されたため、その帰趨が注目されていた。これに対し、連邦憲法裁判所第 2 法廷 (BVerGE 133, 168) は、2013 年 3 月 19 日に、いわゆる「申合せ手続法」(BGBl I S. 2353. 「申合せ法」、「合意法」ともいう。2009 年 8 月 4 日に施行された。正式名は、「刑事手続における申合せ手続の規制に関する法律」と題する刑事訴訟法改正法である) の合憲性について初めて判断を示した。同判決は、基本的にこれを合憲とするが、「非公式合意」の存在など実際上さまざまな問題があるとして、立法者による改善を条件とするなど、一定の留保を付する内容であった (邦訳・紹介として、加藤克佳 = 辻本典央訳「ドイツ刑事訴訟における判決合意手続の合憲性 連邦憲法裁判所第 2 小法廷 2013 年 3 月 19 日判決」近畿大学法学 61 巻 1 号 201 頁以下 (2013 年) 参照)。

この判決を契機として、ドイツでは、多数の論稿が公刊されているが、その中でも本稿は、同判決を丹念に検討し、これによって、少なくとも当面、申合せが維持されることが明らかとなったものの、申合せが維持されるのはいかなる基準において、そしていつまでかを極めて詳細に考察している。そして、申合せ法は「現時点では」(まだ) 合憲である (今後の展開により変更の可能性がある) が、結論として、申合せには法定条件の厳格な遵守が求められ、現実の規範的効力は否定されたとする。「法が実務を決定するのであり、実務が法を決定するのではない」との説示を意味づけた点は、特に重要である。そして、今後の課題として、実務は果たして申合せ法の要件を遵守できるか、申合せはドイツ刑事法廷で生き残ることができるのか、を挙げ、潜脱的ないわゆる「非公式合意」への警鐘を重ね

て鳴らしている。

他方、わが国では、かねて司法取引や協議・合意手続の導入の可否・要否が論議されてきたが、2011年6月29日に法務省・法制審議会に設置された「新時代の刑事司法制度特別部会」(<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi03500012.html> [2014年12月現在確認])は、2014年7月9日開催の第30回会議において、議題等「時代に即した新たな刑事司法制度の在り方について」の下、これまでの議論を踏まえ、最終的な取りまとめに向けた審議が行われ、「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果【案】」(http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji14_00102.html [2014年12月現在確認])をもって、(法務大臣諮問第92号に対する)部会としての意見とし、これを法制審議会(総会)に報告することが全会一致で決定された(追って、同年9月18日に総会で審議・採決の結果、同【案】は、全会一致で原案どおり採択され、直ちに法務大臣に答申することとされた)。その内容は多岐にわたるが、「取調べへの過度の依存を改め、証拠収集手段を適正化・多様化するための方策」の1つとして、司法取引等が挙げられている。部会の審議の結果によれば、捜査・公判協力型の協議・合意制度が採択されたが、自己負罪型の制度についてはに係る具体的な検討結果を踏まえ、必要に応じてさらに検討を加えることとするとされた。したがって、自己負罪型は検討順序の後位に置かれたが、この問題は、捜査協力型を検討する際にも重要であり、新時代の刑事司法制度と無縁のものではなく、依然として中心論点の1つであるといつてよい。それゆえに、引き続き掘り下げた検討・考察を要するのであり、英米と大陸の両法系の折衷の上に構築されている日本法の検討に当たっては、アメリカなど英米法圏と並んで、ドイツなど大陸法圏の諸制度も比較法研究の対象とされるべきであろう(この視点からの研究として、加藤克佳「刑事手続における協議・合意 主にドイツ法を手がかりとして」『曾根威彦先生=田口守一先生古稀祝賀論文集 [下巻]』377頁以下(成文堂、2014年)がある)。この意味で、本稿の検討・考察は、単にドイツ法の最新の知見をもたらすのみならず、今後のわが法の立法・学理・運用にとっても、大

いに有益かつ示唆を与えるものといえよう。

訳者らによる本テーマに関する論稿の翻訳として、ヘニング・ローゼナウ（加藤訳）「ドイツ刑事法廷における答弁取引」法経論集（愛知大学法学部）184号143頁以下（2010年）、ローゼナウ（加藤訳）「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 日本－ドイツ 刑事法に関する対話』60頁以下（成文堂、2012年）、グンナー・ドゥットゲ（加藤訳）「ドイツ刑事訴訟における合意 法律規定（刑事訴訟法第257条c）の基本問題」名城法学61巻4号21頁以下（2012年）、マティーアス・ヤーン（加藤＝辻本訳）「ドイツにおける合意手続導入のための刑事訴訟法改正法 施行2年の展開と傾向」刑事法ジャーナル33号64頁以下（2012年）、ローゼナウ（加藤訳）「ドイツにおける答弁取引（いわゆる申合せ）と憲法」近畿大学法学61巻2＝3号409頁以下（2013年）などがある。また、ポイルケ教授の著作の翻訳として、前掲・近畿大学法学に連載中のものがあるほか、ポイルケ（加藤＝辻本訳）「弁護人の新たな可罰性の危険 ドイツ・アウクスブルクでの2つの事件を手がかりとして」季刊刑事弁護75号101頁以下（2013年）がある。あわせて参照していただければ幸いである。

なお、本翻訳は、ドイツ刑事法学研究会（代表・加藤克佳 [名城大学法学部・大学院法学研究科教授]）によるプロジェクトの一環として公表するものである。