

論説

# ドイツ刑事訴訟における事前の合意

山 名 京 子

一 問題の所在

二 判 例

(一) 概 観

(二) B G H第四刑事部一九九七年八月二八日判決

(三) B G H第二刑事部一九九八年六月十日判決

三 学説——Weigendによる判例分析を中心に——

(一) B G H第四刑事部判決とドイツ刑事訴訟法の基本原則

(二) WeigendによるB G H判例の分析

(三) 課題と展望

四 検討——日本の刑事手続との関連——

一 問題の所在

一 ドイツの事前の合意に関して、一九九七年に、リーディング・ケースと解されるB G H第四刑事部判決が出され

た。<sup>(1)</sup> 本判決は、実務において定着した事前の合意をドイツ刑事訴訟法の諸原則に合致させるために、事前の合意実務のルールを創設したといえるものであり、その後の実務および判例の基礎となるものである。<sup>(2)</sup>

ドイツ刑事手続における事前の合意は、すでに長きにわたり、訴訟のあらゆる段階で存在してきた。典型的な形態は、手続関与者が公判審理外で後の審理について、たとえば、被告人が自白し、その後の証拠調べを省くこと、その他の事件が刑事訴訟法一五四条、一五四条aによって分離処理され、裁判所は他の関与者に受け入れられると考えられる刑罰を科すこと、上訴放棄が言明されることなどを話し合うものである。関与するのは、たいてい裁判長、弁護人および検察官であった。判例はこれまで、このような事前の合意を、現行法と矛盾するというわけではない<sup>(3)</sup>ながらも、限界の遵守を要求してきた。

学説では、事前の合意実務に対して、現行法上の疑念が示されていた。具体的には、第一に、公正な裁判ないし法治国家原理の観点からみて、「正義の取引」とも称されるこの事件処理方法が果たして許容されるか、とりわけ、公開の原則に反してはいないかということ、第二に、ドイツの刑事手続においては、訴訟対象についての処分主義も形式的真実主義もとっておらず、実体的真実主義が手続の中枢であり、そのことは起訴法定主義や裁判官の解明義務などによって具体化されていること、第三に、事前の合意実務は、有罪の推定を前提としており、刑事訴訟法上の前提である無罪推定の原則が損なわれるのではないかということ、第四に、ある訴訟行為に対して利益を与えることは、現行法の認めるところではないし、それはむしろ、被疑者・被告人がその防御を自由に準備することができるとする原則に違反する危険性を伴うものであり、そのような利益を与えることは、この自由を侵害するものであるとすると、刑事訴訟法一三六条aで禁止されている「法律上予定されていない利益の約束」にあたり、その上で自白を獲得することは本条の違反であること、第五に、刑罰軽減という利益の約束がこの合意の本質であるとする、そのことは同時に、

協力的に訴訟行為を行わない被告人に対しては、より重い刑罰が科せられるかもしれないという圧力ないし威嚇に振りうるという裏面を持ち合わせていること、さらに、口頭主義、直接主義の観点からも問題点が指摘されている。<sup>(4)</sup> 二 事前の合意が導入されるに至った実体法上の原因およびそれが手続法に及ぼす影響については、次のように説明されている。<sup>(5)</sup>

実務が事前の合意をやむを得ず選ぶ理由は、生活様式が複雑化した点にあり、また、それに対応して刑法規範が満遍なく広範に規定されており、それは便宜主義によってのみ実現しようという点にある。たとえば刑法二六一条（マネー・ロンダリング）は、そのための例を提供している。かつては、犯罪の惹起者の認定は、原則的に実現可能な事項であった。今日でも、たいていの陪審裁判所（Schwurgericht）（三人の職業裁判官と二人の参審員で構成される。裁判所構成法七四条二項、七六条二項参照）ではこのことが妥当し、ここでは、実務は構造的に事前の合意に依存してはいないので、事前の合意は稀である。しかし、薬物事件、租税事件、経済事件および環境事件では、事情は異なる。薬物事件は、薬物提供についての契約締結からマネー・ロンダリングに至るまでの広範な行為を伴った、国境を越える犯罪にも関連し、多数の人物が加わっている。共謀による行動が、解明を困難にしており、証言の用意のある証人がいないことが、頻繁に生じる。同様に問題になるのは、経済事件および環境事件の証拠状態がその産業の複雑な操業プロセスにも関わることである。ここでは、些細な原因が多大な効果をもたらし、それはしばしば、新しい調査方法の投入によってのみ明らかにされうる。多くの企業従業員の中でだれに責任があるのが明らかにされなければならぬし、被害者が数千人に及ぶ場合もありうる。こういう事例において、刑事司法に負担をかけ過ぎているのである。刑事司法は、限界に行き着くことになる。事件の数ではなくその性質が、刑事司法に負担をかけ過ぎているのである。刑事司法は、手続の負担軽減によってのみ、重荷に耐えることができる。また、立法者行為の選択肢としての非犯罪化は、「日常的

な犯罪」の場合であっても、要求される法益保護のゆえに、論外である。刑訴法一五三条aによる事件処理は、それ自体、特別予防的效果をなお有するものである。もつとも、手提げかばんの奪取のような軽微事件は、一五三条aによる事件処理になじまないが、製造の瑕疵によって数千の被害者が関連するような軽罪は、そのような事件処理になじむものであると考えられる。この点についての将来の解決は、たとえば企業刑法の創設というような、実体法の領域にある。さしあたり、手続上、刑訴法一五三条以下が使われ、事前の合意は、補足的に作用することになる。その際、被害者および私人訴追者は、無視することのできない他の利益を有することがありうる。しかし、環境（刑法三二四条以下）、国家財政の利益（税法三七〇条以下）、または司法（刑法二六一条）といった一般的な法益が保護されるべきである場合には、主観的な反対利益は主張されない<sup>(6)</sup>ので、そこではとくに、事前の合意が実務上行われ、そのルール化が求められていたのである。

三 日本では、アメリカにおけるような答弁取引、すなわち、検察官が被告人に争う権利を放棄させ（不抗争の答弁をさせ）、もし被告人が公判審理によって有罪判決を受けたならば科されるであろうよりも緩和された刑罰と引き換えに、公判審理を受ける権利を放棄させるというシステムはない。たしかに現行法上、アレイメント制度はなく、被告人は公判審理を受ける権利を放棄することはできないからであり、規範的には、検察官は、真実と精密さを追及すべきだからである。しかし、日本の実務家へのインタビューを通じてなされた調査研究によれば、「答弁取引」という概念であらわすか否かは別として、事実上、交渉による事件処理が存在することである。それは、被疑者・被告人は複雑な事件処理モデルと簡略化された事件処理モデルのいずれかを選択することができ、簡略化された手続を選ぶことによって「協力する」ことが求められる、という意味においてである。自白事件において、略式手続があり、通常公判手続においても、書面が証拠の大部分を占めるような手続<sup>(7)</sup>がありうる。それとともに、多くの被疑者・被告

人が簡略化された手続を選択している。このことから、そこには取引的要素があるということが推測される、というのである。<sup>(8)</sup> 捜査の実態としても、微罪処分、起訴猶予、略式命令請求、あるいは刑の軽減と引き換えに、十分な情報も得られない状態で警察・検察により自白を迫られるケースも存在する。警察・検察との合意が履行されないこともありうるが、合意は手続上の拘束力を有するものではないので、それに対する異議申立て権もないのである。量刑についても、一つの見方によれば、取引はまったくしないとするのはフィクションに過ぎないともいえる。これらは、刑事手続における「グレー・ゾーン」であり、表面化しないままに、被疑者・被告人が不利益を受ける可能性をはらむものなのである。これらの手続をルール化してオープンにすることによって、刑事手続における被疑者・被告人の主体としての地位が保障されるといえるのである。

四 被疑者・被告人が刑事手続の主体であるというためには、自己の被疑事実・被告事件の事件処理に積極的に関与することによって、その自己決定による事件処理を可能とする方向での検討が必要であると思われる。また、自白事件と否認事件の手続を二分化し、自白事件の効率的な処理によって否認事件に対して司法が集中できるようなシステムが必要であると考ええる。被疑者・被告人の利益の観点からしても、その意思に基づく手続の簡略化によって負担が軽減されることから、そのようなシステムは必要であろう。<sup>(9)</sup>

本稿は、ドイツ刑事訴訟における事前の合意に関する最近の判例・学説を紹介・検討し、日本の刑事手続における被疑者・被告人の主体としての地位の確立、被疑者・被告人の自己決定による事件処理、自白事件と否認事件の手続の二分化といった上述の目的のための参考にしようとするものである。捜査の実態、公判の形骸化という日本の刑事手続の問題点、および、当事者主義と職権主義という日独刑事手続の重要な相違点に留意すべきであるが、実体的真実主義、責任主義、被疑者・被告人の黙秘権の保障といった基本原理においてドイツ刑事訴訟は日本のそれと同様で

ある点で、ドイツ刑事訴訟における事前の合意に関する判例および学説の紹介・検討は日本の議論にとって重要な示唆を与えるものと思われる。

## 二 判 例

### (一) 概 観

事前の合意の許容性に対する疑念が学説上示されていたにもかかわらず、判例はそれらに賛同しなかった。

事前の合意に関する一連のBGH判例に先行していたのは、一九八七年の憲法裁判所の決定であつた。<sup>(10)</sup> この決定の事案は、公判審理の終結の少し前に裁判所、検察官、弁護人の中で合意がなされ、それによれば、一定の刑量と余罪の手續打ち切りが約束され、それに基づいて被告人は自白し、上訴の放棄を明言したのである。これに対して憲法裁判所は、明確な憲法上の疑念を示さなかった。その判断は、概要、次のようなものであつた。

公正さの要請と恣意の禁止は、尊重されるべきである。また、法治国家原理は、公判審理外で裁判所と手續関与者との間で審理の状況および見通しについての合意をすることを禁止しておらず、この原理は、解明義務、法の適用および量刑を手續関与者の処分に任せることのみを排除している。裁判所は、判決の衣をまとつた「和解」、すなわち「正義の取引」に應じてはならない。裁判所は、訴訟戦術上の考慮からなされた自白で満足し、本来なされるべき証拠調べをしないでおくことは許されない。また、裁判所は、責任に應じた刑罰という基盤を捨て去つてはならない。さらに、被告人の意思決定と意思活動の自由は尊重されなければならない。したがって、自白を引き出すための方法としての法律上予定されていない利益の約束および欺罔は、許容されない。

以上のように、憲法裁判所決定は、限界線上では、事前の合意のための余地を各刑事裁判官に残していたのである。

BGHは、事前の合意に関して、これまですでに何度も判決を下してきたが、刑事訴訟における事前の合意は原則的に許容されないということを、一度も表明したことはない。多くの模索的な判決の後、<sup>(1)</sup>一九九七年にBGH第四刑事部は、事前の合意実務をドイツ刑事訴訟法の諸原則と一致させるためのルールを創設し、その後の事前の合意実務および判例の方向づけをする判決を下した。その判断内容は、次のようなものである。

(二) BGH第四刑事部一九九七年八月二八日判決<sup>(12)</sup>

〔判旨〕

一 被告人の自白および科せられるべき刑を対象とする刑事手続における事前の合意は、必ずしも一般的に許容されないわけではない。ただしそれは、公判審理において、すべての手続関与者が関与して行われなければならない。もつとも、公判審理外での事前の話し合いを排除するものではない。

二 裁判所は、判決の審議の前に、いかなる特定の刑罰をも約束してはならない。もつとも、裁判所は、被告人により自白がなされた場合については、裁判所がそれを超えないという刑の上限を提示することはできる。裁判所は、公判審理において被告人に不利益な新たな（すなわち、裁判所にそれまで知られなかった）重大な事情が明らかになった場合にのみ、これに拘束されない。そのような意図的な離脱（上限の超越）は、公判審理において報告されなければならない。

三 裁判所は、後に判決中で行われる量刑においても、また、刑の上限を超えないことを約束する場合においても、一般的な量刑の観点を尊重しなければならない。刑罰は責任に相応していなければならない。

四 事前の合意の枠内で自白がなされたということは、それを刑罰軽減的に顧慮することと対立するものではない。

五 上訴の放棄について判決宣告前に被告人と合意することは、許容されない。

〔事実の概要〕

LGは、被告人と共同被告人に、二件の重大な強盜的恐喝（刑法二五五条）を理由として一二年の自由刑を言い渡した。被告人は、手続法および実体法違反を理由として上告した。上告は、「手続を終了させる合意についてのLG刑事部の詳述」について、それは法的吟味に耐えるものではないとして異議を唱えている。これによって主張されたのは、刑法四六条一項一文に反して、行為者の責任ではなく事前の合意が量刑の基礎であり、このことが被告人の利益に影響したということであった。

LG刑事部は、被告人に八年と九年という個別刑を言い渡し、そこから一二年の併合刑を言い渡した。量刑にあたって、LG刑事部は、他の事情とともに、被告人の自白を刑罰軽減的に顧慮した。さらに、判決理由において、両被告人に関して、「個別刑についても併合刑についても、その刑罰の重さの点で、同時になされる他の起訴事実についての仮の打ち切りにあたって、公判審理における手続を終了する事前の合意によって、被告人、弁護人および検察官と一致をみた」、<sup>(13)</sup>ということが詳述された。

〔判決理由〕

一 当法廷は、刑事訴訟法典は、自白がなされる場合に量刑問題に携わることになる裁判所と手続関与者との事前の合意を、一般的に禁止しているわけではない、という見解に立つ。

(二) たしかに、ドイツ刑事訴訟法が原則的に事前の合意に対立して形成されていることは事実であり、ドイツ刑事訴訟法は、国家による刑の言渡し、手続原則の遵守および量刑の諸原則について、裁判所および訴訟関与者の自由な処分を禁止している。



他方、被告人および検察官の同意によつて賦課付きの手續の打ち切りを可能にする刑訴法一五三条aの規定はまさに、手續関与者間の事前の合意は——刑事手續の結果および処理についても——ドイツ刑事訴訟にとつてまったく異質なものであるというわけではないことを示している。それと並んで、一定の法律効果への関与者の同意を規定し、それゆえ、手續結果の予測、事実状態および法律状態についての話し合い、ならびに手續関与者の合意を伴うような、さらに他の諸規定が存在する。

したがつて、刑事訴訟法典自体からは、手續結果についての事前の合意が完全に不許容であるということを通き出すことはできない。むしろ、裁判所による刑罰軽減の約束に対して被告人による自白がなされることを内容とする事前の合意は、原則として可能である。事前の合意は、憲法上および手續法上の諸原理に初めから違反しているとはいえない。事前の合意は、その具体的な形態において、手續法および実体刑法の放棄しえない諸原理を尺度に判断されるべきであり、その遂行に関してもその内容に関しても、それらの諸原則を充足しなければならぬ。<sup>(14)</sup>

(二) 事前の合意の許容性を吟味する場合の出発点は、法治国家原理（基本法二〇条三項）から導かれる、公正で法治国家的な手續に対する被告人の一般的権利である。このことは、量刑に関する事前の合意を最初から排除している。有罪判決の基礎は、常に、裁判所の確信に従つて実際に示された事実のみでありうる。その刑法上の評価および分類は、約束というものを受け入れ難い。事前の合意はまた、約束に基づいてなされた被告人の自白を、裁判所がその正しさを確信することなく、そのまま有罪判決の基礎にすることへと導いてはならない。裁判所は、依然として眞実発見の要請が義務づけられているのである。したがつて、自白は、その信用性について吟味されなければならず、これに役立つ証拠調べは行われなければならない。

当然のごとく、事前の合意の成立への関与者の努力にあつて、被告人の自由な意思決定は保障されていなければ

ならず、とくに、より重い刑の威嚇あるいは法律上予定されていない利益の約束によって自白を促されてはならない。したがって刑法一三六条aは、事前の協議においては、まさに自己負罪拒否の原則と同様に留意されなければならない。しかし、法律上予定されていない利益の約束は、裁判所が被告人に自白事件について刑の軽減を期待させることにおいては存在しない。しかし逆に、裁判所が被告人による減刑の期待に対し、被告人が上訴を放棄することを約束させる場合には、その約束は許容されない。このことは、一方で、上訴権と、上訴権が影響を及ぼしてはならない刑の重さとの許容されない結合を意味する。他方、被告人は、早くとも判決宣告の後に上訴を放棄することができるのである。したがって裁判所は、被告人に対して、すでに公判審理が終結し、彼が判決を知る前にこのコントロール可能性を断念することを求めてはならない。<sup>(15)</sup>

(三) 事前の合意の許容性に対する本質的疑念の一つは、それらが多くは公判審理外で行われることから生ずる。

このような実務は、公開の原則(裁判所構成法一六九条)に反する。この原則によれば、判決裁判所における審理(判決および決定の宣告を含む)は、公開である。刑事手続の公開は、法治国家の基本的制度に属する。公開の原則は、公衆の情報獲得の利益および司法へのコントロールを保障し、同時に、裁判所の裁判に対する信頼を促進しようとするものである。しかし、このコントロールは、公衆が判決に通じる本質的な手続経過を洞察している場合にのみ、可能である。しかし、合意が公開の審理から外へ移され、公開の審理で明らかにされることさえもないとすれば、公判審理は、判決の基礎になる事情に対する公衆の洞察を隠蔽するような単なる外見になってしまう。

したがって、裁判所と他の手続関与者との、被告人の抗弁と刑の重さを対象とする事前の合意は、——全裁判体の協議後に——公開の審理においてなされなければならない。このことは、協議の準備およびその都度の「審理の形勢」を解明するために、審理前あるいは審理外で関与者間の協議がなされることを排除するものではない。しかし

この場合、裁判所は、この協議の本質的内容と結果を公判審理において明らかにしなければならない。

公判審理における協議は、事前の合意の許容性のためには放棄しえないもうひとつの基準、すなわち、手続関与者すべての関与の遵守を保障する。その後の手続および判決のためのそのような協議は、大きな意味を有するので、すべての手続関与者および判決の権限のある者が承知し、彼らが参加してのみなされうる。とくに、事前の合意は、被告人自身の関与なしに、また、参審員の排除のもとでも許容されない。

その際、本質的なことは、手続内容および手続結果についての事前の合意は、秘密性およびコントロール不能性のマントに覆われて行われてはならない、ということである。その合意は、本来の公判審理とは別の、あたかも独立した非公式的な手続のように扱われてはならない。したがって、事前の合意は明らかにされなければならず、その内容はすべての関与者にとって、および、上訴裁判所にとっても審査可能でなければならない。事前の合意の結果は、——本質的な手続経過に関わるので——公判審理についての記録にとどめておかなければならない。それによつてのみ、行われた事前の合意についての後の係争が回避される。<sup>(16)</sup>

(四) 裁判所は、事前の合意を通じて、科せられるべき刑の重さについての拘束力のある約束を行うことによつて、刑訴法二六〇条一項、二六一条に違反してはならない。なぜなら、裁判所は、審理の総体から、判決の審議において刑について決定しなければならないからである。裁判所の判決発見は、具体的な刑を守らせることによつて、先取りされてはならない。公判審理の終結前に特定の手続結果に裁判所を拘束することは、不可能である。この場合には、裁判所は判決の審議においてもはや自由ではないので、同時に、そのような自己拘束は、量刑基準によつて刑の重さを行為者の責任に応じて量定するという、刑法四六条一項一文、二項一文による量刑の実体法上の原理に対して違反することになる。

それに対して、信用性のある自白がある事例について、裁判所が、事前の合意の方法において超えないであろう刑の上限を示す場合には、懸念がない。被告人が自白をする場合には、すなわち、被告人は、彼の防御可能性を狭い領域に限定しているのである。この場合には、彼は通常、有罪判決に対してもはや何も述べることはできず、あとは科されるべき刑の重さに影響を及ぼそうとすることができるだけである。したがって、被告人が自白をする前に、裁判所が自白を量刑にあたってどのように評価するかを知りたい場合には、それは不当ではない。

それに応じて裁判所が、自白事件において刑は一定の限界を超えないこと、同時に、法律によって一般的に予定された——たいていは非常に広い——刑罰範囲が一定の方法で制限されることを宣言する場合には、これによって、裁判所の判断はいまだ先取りされてはいない。すべての量刑の観点を衡量した具体的刑の決定は、依然として判決の審議に留保されているのである。裁判所に必要とされる公平性および客観性もまた、そのような約束を排除するものではない。なぜなら、裁判所が手続の過程で——その後の手続経過と審議の結果を条件として——ありうる手続結果についての自己の見解を持つことは、刑事訴訟法典にとって異質なものではなく、すでに公判開始決定あるいは勾留決定の基礎になるからである。

したがって、事前の合意は、判決の代わりになるものではない——事前の合意が判決の代わりになるとすることは、刑事訴訟法の諸原則に反するので、許容されないであろう。たしかに、裁判所は、自白があるために、考慮される上限をすでに事件を否認している者に比べて（場合によって大幅に）下げているので、しばしば、後に判決において科される刑がこの刑の重さに達しなければならないことがあるだろう。しかし、このことは、事前の合意を不許容にするものではない。なぜなら、それにもかかわらず、審議の結果に従ってその限界をなお下回る刑を科す権限は、裁判所に依然として保持されているからである。

他方、事前の合意に関与する検察官が、裁判所が判決における量刑にあたつて上限からはるかに下げることが危惧し、または、予定された上限を下回る刑をまったく支持しえないものと考える場合には、検察官は、そのことを公判審理において明らかにしておくことができる。裁判所が判決において、示された上限を著しい程度に下回る場合には、このことは、刑罰が責任相応性の範囲から離れたために、量刑に不服を申し立てる検察官の上訴は効果をもたらさう、ということの手掛かりになりうる。しかしながら、それは、すべての上訴の場合と同様に、上訴裁判所の吟味と判断を受けるものである。<sup>(17)</sup>

(五) このようになされた事前の合意は、後に下される判決が実体法上適切で、すべての事情を顧慮して支持可能なものである、という留保の下にある。

刑の宣告は、「責任に相応する刑罰という基盤」を離れてはならない。裁判所は、この基準を無視して、自白の獲得のために、犯行の不法内容に相応しないような刑の重さを決定してはならない。被告人の自白を対象とする事前の合意が行われる場合にも、裁判所は、刑の重さを、量刑の一般的な諸原則に従つて決定しなければならず、その際、被告人に有利、不利となる全事情を衡量しなければならない。しかし裁判所は、被告人が、明らかに最初は責任の認識や悔悟からというわけではなく、事前の合意の枠内における訴訟戦術的な理由から自白を行った場合にも、被告人の自白に刑罰軽減の意味を認めることを禁じられてはいない。たしかに、自白は、それが明白に真の悔悟感情や責任感情からなされたのではなく、「決定的な証拠」に基づく場合には、本質的に刑罰軽減的に顧慮されないであろう。しかし、事前の合意の枠内でなされた自白の場合においては、事情が異なる。さらに、責任の認識や悔悟は、客観的には測定し難く、事前の合意に基づく自白の場合にも完全にありうる、被告人の主観的感情である。この場合にも、被告人は、自分の犯行を告白し、法的平穩という訴訟目的を促進している。さらに、被告人の訴訟行為から、犯行に対す

る彼の見解に応じた彼にとって不利な確かな結論を引き出すことがそもそも可能であるか否かは、問題であるように思われる。量刑にとつても、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が無条件に妥当し、その結果、全事情に基づいて考慮される、被告人にとって有利な可能性が、そのつど前提とされなければならない。さらに、自白は、事実解明および手続短縮への寄与としても、被告人に有利に取り扱われうる。

したがって、被告人の自白はすべて、その重要性は様々でありうるとしても、刑罰軽減的観点としての意味を獲得するのに適している。それ故、裁判所は、被告人が事前の合意の枠内で行った自白をも、刑罰軽減的に顧慮しうる。

裁判所は、自白の獲得のために、刑罰軽減事由の意味とは関連がなく、もはや責任に相応しない刑罰に導くような、刑の軽減を約束し、保障することだけではできない。この場合、事前の合意による、平等な取り扱いの原則に対する違反も危惧されるべきではない。<sup>18)</sup>

(六) この方法で公判審理において全関与者の関与の下で事前の合意が行われたならば、裁判所は、これに拘束される。このことは、公正な手続の諸原則から結果として生じ、その諸原則には、裁判所は手続関与者が信頼した自己の以前の言明に反してはならないことが含まれる。裁判所がそれによって創設した信頼状態は、裁判所に對し、自らの以前の言明から逸脱することを禁ずる。もつとも、事前の合意後に、裁判所にとってそれまで知られておらず、判決に対する影響がありうるような重要な新しい事情が明らかになる場合には、裁判所は、当該事前の合意から逸脱することができ、そのような事情とは、たとえば、新しい事実または証拠に基づいて、これまでとは異なり、犯行が軽罪ではなく重罪であることが明らかになること、あるいは、被告人の重大な前科が知られていなかったことである。そのような事例においては、裁判所は、それに続いて再び公判審理において、事情説明をしてこの可能性（事前の合意からの逸脱の可能性）に言及しなければならない。<sup>19)</sup>

二 以上のことによれば、異議を申し立てられた判決の刑の言渡しは、判決理由が、LG 刑事部がすでに判決の審議前に、一定の刑の上限のみならず具体的な刑を約束したことを疑わせるので、存続しえない。このことは、判決理由によれば、個別刑も併合刑も「その重さの点で……一致をみた」ということから明らかになる。

このことは、LG 刑事部が法律に違反して刑罰に関して確約したことを容易に考えつかせる。LG 刑事部が、判決理由によれば、個別の自由刑の量定にあたっても全自由刑の形成にあたっても、基準となる量刑の観点すべてを被告人の有利にも不利にも顧慮し、自由刑の重さが責任に相応する刑罰の範囲内に留まっているとしても、その法律違反を排除しえない。なぜなら、裁判所がすでに判決の審議前に拘束されるような一定の刑の約束によって、刑法四六条一項一文、二項一文が要求している、量刑についての独立した裁判官の判断が欠如することになるからである。このことは、法律違反が判決理由から明らかであるので、すでに実体法違反の申立てに照らして、留意されなければならない。

判決は刑の言渡しにおいて、法律違反に基づいていたということが出来る。瑕疵ある事前の合意がなければ、裁判所がより低い自由刑を決定したであろうということは、たしかに排除されえない。とくに、LG 刑事部は、具体的な刑の重さを通知することによって、検察官に対しても、この約束された刑を下回らないことが義務づけられていた。このことは、これによってこの刑罰の重さからの低いほうへの逸脱がもはやありえなかったので、被告人の不利益に作用する可能性をもちえたのである。<sup>(20)</sup>

三 したがって、新しい公判審理において、個別刑は、一般的な量刑基準に従って新しく量定されなければならない。その際、すでに法律に反することなく認定された、被告人に有利な事情および不利な事情が衡量されなければならないであらう。<sup>(21)</sup>

以上の第四刑事部判決は、これまでの実務に対する学説からの様々な批判を基礎にし、事前の合意がドイツの刑事訴訟法と合致しうるものであるとする根拠を詳細に挙げるとともに、その限界を明らかにしようとしたものである。

具体的には、「事前の合意手続」について次のような諸原則を創設したものといえる（ただし、この中にはすでにそれ以前の判決で要求されていたものもあった）<sup>(22)</sup>。

- ① 手続結果についての事前の合意には、全手続関与者、とくに参審員ならびに被告人自身が含まなければならない。
- ② 被告人は、協力を拒否した場合に対するより重い刑の威嚇によつて、あるいは、「法律上予定されていない利益の約束」によつて、自白を促されてはならない。
- ③ 裁判所は、科されるべき具体的な刑の重さについての拘束力ある約束をしてはならない。
- ④ 裁判所は、判決宣告前に、上訴の放棄について被告人と合意することは許されず、約束された刑罰軽減と引き換えに上訴の放棄を被告人に要求してはならない。
- ⑤ 事前の合意は、——全裁判体の協議後に——公判審理においてなされなければならない、その結果は、記録にとどめられなければならない。
- ⑥ 裁判所は、適法になされた合意に拘束される。
- ⑦ 事前の合意に基づいて科せられる刑罰は、犯行の不法内容に相応するものでなければならず、その刑罰は、「責任に相応する刑罰という基盤」を捨て去つてはならない。
- ⑧ 合意に基づいてなされた自白は、そのままで判決の基礎にされてはならず、裁判所は、その信用性を吟味しなければならない。



本判決によって、実務で常態化している事前の合意について、合意形成のルールおよびその許容性の限界に関する一定の基準が示されたのである。事前の合意実務においてはとくに自白の信用性判断が重要となるのであるが、この点について、BGH第二刑事部は次のように述べている。

(三) BGH第二刑事部一九九八年六月十日判決<sup>(23)</sup>

本判決は、被告人が起訴事実を一括的にのみ認めていたという事情を、裁判所が自白を信用し、それを事実認定の基礎にすることを妨げるための根拠にする必要はないとし、裁判官の自由な証拠評価の原則は、自白の評価にも妥当するとしている。

さらに、予定される特定の刑量が被告人に示された後に初めて被告人が自白した点について、本判決は、前記BGH第四刑事部判決を引用し、自白の信用性の吟味およびそのための証拠調べはなされなければならないとしているが、自白の正しさに対する疑念を基礎づけるにふさわしい事情が存在しない場合には、自白の信用性を吟味するための証拠調べは必要ではなく、約束された刑罰を顧慮して自白がなされたという事実のみでは、そのような事情はまだ存在していない、とする。判決内容は、以下のようなものである。

〔事実の概要〕

LGの事実認定によると、被告人は、一九九二年から一九九七年までに、九二年当時一一歳の彼の娘に対して、二四五件の保護責任者による性的虐待（刑法一七四条）を行い、そのうち四〇件は子供（二四歳未満）の性的虐待（一七六条）との観念的競合、一件は強姦（二七七条）との観念的競合であり、さらに、二件の保護責任者による虐待（旧二二三条b）を行った。LGは被告人に、八年の自由刑の有罪判決を言い渡した。

この事実認定は、被告人が公判審理において行った自白に基づくものである。これについて、LGの判決理由において以下のことが示されている。

「当刑事部が、公判審理における弁護人の相応する事前の質問に基づいて、自白がなされる場合に対する八年の併合刑を期待させた後で、被告人は、起訴事実は本質的に正しいことを彼の弁護人を通じて表明した。質問に基づいて、被告人自身が、起訴事実が示された形で事実であるということを述べた。さらなる証拠調べ、とりわけ、起訴状が朗読されたときに感情的に混乱して公判廷を去った被害者の尋問は、各関与者からの合意によって断念された。」

上告人は、次のことを主張した。すなわち、LGは、自白の取り扱いにあたつて、一方で、自由な証拠評価に基づいて確信を形成する義務（刑法二六一条）、他方で、判決理由中にその確信および確信の基礎を示す義務（刑法二六七条一項二文）という、手続上および実体上の義務に違反したこと、LGは、被告人の一括的な自白を、その真実内容を吟味し、その信用性を確信することなく、そのまま受け入れたという点に違反があること、このことは常に、また本件でも要求され、自白が刑事訴訟上の事前の合意に基づいてなされたときには、いずれにせよ防御を失敗するという想定に基づき、また、その場合にはより厳しく処罰されるという危惧から、被告人が実際には事実でないか事実とはいえない起訴事実を認めることが常にありえたという危険が顧慮されなければならないために、より一層必要であること、本件で、LGは、被告人の自白を訴訟上の認容と同様に取り扱ったこと、判決においては、LGが自白の信用性について確信したことは述べられていないこと、同様に判決は、LGがその確信をそこから獲得しえたであろう具体的な事情を挙げていないこと、である。<sup>(24)</sup>

#### 〔判決理由〕

一 上告理由は、十分なものではない。

刑訴法二六一条の規定は、違反されていない。LGは、自白の正しさを確信していた。被告人の犯行の描写は、判決理由において、「以下の事実は、被告人の自白に基づいて証明されたものとみなすことができる」という文とともに記載されている。この表現を、起訴状において主張された事実は証明されたものではなく、単に事実がそうであっただろうというように主張されたものにすぎない、というようにまで理解することはできない。そのような解釈に賛同する根拠はない。一般的には、担当の事実審裁判官の確信が判決理由において犯行事実として叙述されていることの基礎になっていることは自明のことであり、そのことはここでも当てはまる。

刑訴法二六七条一項二文に対する違反も存在しない。LGは、判決理由において、事実認定は公判審理でなされた被告人の自白に基づいていると述べた。LGは、起訴事実を申し立てられた形態で事実であるとする彼の陳述の再現によって、自白の完全な内容を示した。この規定の要求にとっては、このことで十分である。<sup>(25)</sup>

二 上告人は、自白は認定された事実経過にとつての十分な証明とはみなされなかったであろうという見解を主張することによって、事実審裁判官の確信形成の領域における被告人の陳述の評価に対して異議を申し立てている。この異議申立ては、手続に関するものではなく、公判審理の証明結果の評価に関するものである。したがって、その異議申立ては、事実問題であり、事実審裁判官の証拠評価を上告審裁判所が吟味する際に基準となる諸原則に従って判断される。

しかし同時に、この異議申立ては十分ではない。LGは、被告人の自白を、彼が起訴事実を行ったとするための十分な証明とみなすことができた。そこには、法的瑕疵はない。

(二) 被告人が起訴事実を一括的にのみ認めていたということは、裁判所が、自白に信用性を付与し、事実認定の基礎にすることを妨げる必要はない。自白の評価についても、裁判官の自由な証拠評価の原則が妥当する。もっとも、

事実審裁判所は、被告人の自白をその有罪判決の拠り所にしようとするならば、その自白の正しさを確信していなければならぬ。叙述したように、本件では確信していた。しかし、裁判所がこの確信をいつ、いかなる事情の下で獲得することができるか、あるいは獲得してはならないかは、原則として裁判所に対して命じることはできない。このことは、その内容的な特徴に基づいて、自白が起訴事実の証明にとって十分であるか否かということが問題になる場合にも妥当する。たしかに、事実審裁判官の評価の自由は、被告人がたとえば起訴事実が正しいものと確認するのはなく、むしろ、事実を認めることなく、単に訴訟上の認容または単に形式的な妥協を含む意思表示に限られる場合に、限界に突き当たる。なぜなら、そのような意思表示は、たしかにそれ自体犯行の状況証拠でありうるが、事実上の供述内容が欠如しているために、それだけで有罪判決をもたらす事実についての証明基礎を提供するものではないからである。

しかし、本件では、事情は異なる。被告人は、起訴事実「本質的に」正しいとするその弁護人のお漠然とした言明の後に、問いに対して、起訴事実が示された形で正しいということを陳述した。その陳述は、疑いなく、起訴状態に記載された犯行の描写に関連しており、それは、簡単な承認によって確認されうるためには具体的に十分であり、被告人の知識にとって近づけないことは何も含んでいなかった。<sup>(26)</sup>

(二) 被告人が、本件について特定の刑罰が彼に約束された後になって初めて自白したことは、LGがその自白を信用できるものとする必要はなかった。もともと、BGHがすでに強調したように、刑罰についての合意は、このようになされた自白が、裁判所がその正しさを確信することなく有罪判決の基礎になるという結果に繋がることは許されない。裁判所は、依然として真実発見の要請を義務づけられており、したがって自白は、その信用性について吟味されなければならない。このために要求される証拠調べは、行われないままであってはならない(BGHSt

43, 195 = StV 1997, 583, 585)。しかし、要求される吟味が行われないままであったことを、自白の信用性判断にとって基準となる観点の明確な検討が判決理由において欠如しているということから、ただちに結論づけることはできない。なぜなら、そのような検討は、常に必要であるとは限らないからである。それが要求されるのは、自白の正しさへの疑念を基礎づけるのにふさわしい事情が存在する場合のみである。

そのような事情は存在しなかった。本件で約束された刑罰を顧慮してなされた自白が問題であったという単なる事実は、それだけではまだそのような事情ではない。たしかに、被告人は、自白することによって、軽減された刑の宣告をきまつて期待するであろうと考えられ、それは、虚偽の自白を行うための刺激でもありうる。しかし、このことは、一般的に妥当するのであって、裁判所が、——本件のように——被告人に、自白をした後に彼がどの程度の刑罰を予期しなければならないかを言明していた場合にのみ妥当するというわけではない。したがって、そのような事例において、たとえばすでに最初から、被告人が刑罰軽減のために本当は正しくないかまたはあまり正しくない起訴事実を認めた可能性があるという懸念へのより大きな契機が存在するというわけではない。むしろ、個別事例、とくに自白内容、起訴事実の性質、自白がなされた方法、手続段階、証拠状態、その他の、自白の評価にとつておそらく重要な付随事情によつて決まるものである。自白の信用性についての疑念は、たとえば、そうでなければ実質的により重い刑罰のおそれによつて、ならびに勾留状の取消しの約束によつて自白がなされた場合にもたらされうる。

しかしながら本件は、——量刑上の利益を得るために虚偽の自白をする一般的な危険と比較して——自白の正しさについての増加した疑念を根拠づける可能性があったという特殊性を提供するものではない。イニシアティブは、LG刑事部に量刑を質問していた弁護人に由来した。LG刑事部は弁護人に望まれた回答をし、その際、自白事件としては——それ自体で判断すると——重い刑を挙げていた。この経過においては、被告人が刑の軽減を獲得するために

虚偽の自白をした可能性があるという懸念は浮かんでこない。判決理由におけるこの観点の検討は、必要なかったのである。<sup>27)</sup>

(三) したがって、自白の信用性に反対するような、検討を要する手がかりが欠如していたのであり、逆にそれどころか、自白の正しさについての確信を支えるのに適した事情が存在したのである。その事情は、被害者の態度、すなわち、起訴状の朗読の際には感情的に混乱して法廷を去ったが、被告人の自白の後には、自白するとは思わなかったため彼が変わったと彼女は感じていること、および、できるだけ軽い刑罰を求めることを述べたという態度において明らかになる。<sup>28)</sup>

本判決は、BGH第四刑事部判決を基礎にして自白の信用性判断を行ったものであるが、有罪判決のためには訴訟上の認容で十分であるとする処分主義は受け入れられないとしながら、自白の評価は裁判官の判断に委ねられるとし、非常に簡単な理由で自白の信用性を認めている。そのため、後述のように、事実上、訴訟上の認容による事件処理を認めることにつながるのではないかと指摘がなされている。本判決のような信用性判断が可能であるとすると、事前の合意において自白すれば、その信用性についての十分な吟味なしに事実認定がなされる可能性をも有し、その点で、事前の合意による自白の信用性について慎重な吟味を必要とした第四刑事部判決と矛盾するといえよう。

### 三 学説——Weigend による判例分析を中心に——

(一) BGH第四刑事部判決とドイツ刑事訴訟法の基本原則

事前の合意は、ドイツ刑事訴訟法の基本原則に反するとして議論され<sup>(29)</sup>、とくに一九九〇年の第五八回ドイツ法曹大

会における Schünemann の基調報告によって、様々な観点から批判されたが、<sup>(30)</sup> 前述のように、BGH 第四刑事部の判決は、事前の合意が一般的に不許容とされるわけではないとした。Landau/Eschelbach は、このような「非公式的な」処理が上級裁判所によって承認されることによって、事前の合意の関与者は、何ら禁止される違法な行為を行うものではないこととされるのだが、BGH 第四刑事部が下したリーディング・ケースの功績もまた、この点にあるとする。<sup>(31)</sup>

本判決によれば、このことは、被疑者および検察官の同意がある場合に賦課付きの手續打ち切りを可能とする刑訴法一五三条 a から明らかになるとし、その限りで、ある種の合意は立法者によって許容されているとする。その上で、BGH 第四刑事部は、これまでの実務に対する正当な批判を考慮に入れ、事前の合意の許容性を刑事訴訟法に整合する形で限界づけようとしたのである。その限界は、Roxin のまとめによれば、概ね以下のとおりである。<sup>(32)</sup>

- ① 真実探求の原則は、保持されなければならない。したがって、裁判所は、合意の枠内でなされた告白をそのまま判決の基礎にしてはならず、告白の信用性を吟味し、必要な場合には、他の証拠を調べなければならない。
- ② 自己負罪拒否の原則および刑訴法一三六条 a は、合意の場合にも保持されなければならない。たしかに、裁判所は、告白がある場合に刑の軽減を期待させることは、一般的な量刑の諸原則によって合法的であるので許される。しかし、告白に対して、刑の執行における釈放を期待させることは、裁判所にはそのような利益の実現についての権限がないので許されない。
- ③ 公開の原則は、遵守されなければならない。したがって、合意は公判においてなされなければならない、記録にとどめられなければならない。しかしこれによって、公判前あるいは公判外での関与者の事前の話し合いは、排除されるわけではない。

④ 直接主義は、違反されてはならない。したがって、裁判所は科されるべき刑罰の重さについて拘束力のある約束をすることは許容されない。なぜなら、そのような判決の先取りをするならば、裁判所はその判断を「審理の本質」(刑訴法二六一条)から汲み取ることができないからである。それに対して、裁判所は、通常、刑の上限を決めることはできる。そうでなければ、被告人が事前の合意からおよそ利益を受けられないからである。

⑤ 責任主義は、尊重されなければならない。したがって、裁判所は、責任に相應する刑罰をかなり下回るような刑の軽減によって自白を手に入れることはできない。自白は、たしかに刑の軽減事由であり、分別や悔悟からではなく手続戦略的な理由から緩和された判決を得るために自白がなされた場合にもそうである。なぜなら、被告人は、それによっても犯行を認め、法的平穩という訴訟目的に寄与しているからである。

⑥ 公正な手続の原則は、常に遵守されなければならない。その際、裁判所は、通常、裁判所によって決められた刑の上限に拘束される。もともと、裁判所は、責任を重くするような重大な事情が後に明らかになる場合(たとえば、犯行が軽罪ではなく重罪であると思われる場合あるいは被告人の重大な前科が明らかになる場合)、責任主義を顧慮して、合意された刑の上限を例外的に超えることが可能でなければならない。しかし、その場合、裁判所は、被告人に公判で新たな事情を説明してこの可能性に言及しなければならない(刑訴法二六五条一項、二項)。このことは、甘受しうる妥協であると考えられる。なぜなら、そのような事例では、被告人は、責任を重くする事情を初めから知っていたし、沈黙することによって正当化されない利益を得ようとしたからである。

⑦ 裁判所は、合意において、被告人の上訴放棄を約束させてはならない。なぜなら、上訴権は、刑罰の重さに左右されないし、結び付けられてはならないからである。被告人も、彼が判決を知る前に上訴申立てを断念することを望んではならない。



## (1) Weigend による BGH 判例の分析

## (1) 判例の概観

Weigend は、最近の論文の中で、事前の合意について、まず、これまでの BGH 各刑事部の判例を分析し、さらに、今後解決されるべき問題を整理している。<sup>(33)</sup>

事前の合意に関するこれまでの BGH の諸判決は、Weigend によれば、以下のことを示したものとされる。すなわち、BGH は、まったく異なる法的な基本問題を提起した多数の——圧倒的にどちらかといえば非典型的な——事例形態を扱わなければならなかったということ、各刑事部は、個々の問題を解決する試みにおいて、「事前の合意手続」にとつてのいくつかの本質的な諸原則を樹立したか、または、より厳密に言えば、現存の手続原則を、判決についての事前の合意において生じうる新種の状況に適用したということ、これまでの努力の頂点は、第四刑事部のリーディング・ケースであり、本判決によつて、手続当事者の関与権および聴取権、公開性の保持、判決についての事前の合意に関して許容される内容および存続し続ける裁判所の説明義務の程度が、より詳しく述べられ、それによつて、この実務のためには硬直した規則というよりも、どちらかといえば柔軟な規則が提示されたこと、その設定は、いずれにせよ、第四刑事部の観点からは、事前の合意は拘束力をもつてなされるので、一定程度の信頼性と手続保障が達成されている、ということに導いており、後述のように、たとえば、失敗した事前の合意の適切な「巻き戻し」というような、いくつかの實際上重要な諸問題は、判例の今日の状態によつても解決されないままであるにもかかわらず、実務は、一方で重大な濫用を排除し（ないしは、上訴によつて反駁可能にする）、他方で手続結果の非公式的協議のための余地を十分に残しておくという、BGH による設定とともに存続することができであろう、ということである。<sup>(34)</sup>

事前の合意がいかなる形式的要件の下でなされるかについて、BGHの判例によれば、第一に、事前の合意は、すべての手続関与者の参加を前提とすること、第二に、被告人の同意は、威嚇されることによって強制されてはならないこと、第三に、事前の合意は、公判において少なくとも「承認され」なければならないこと、という三つの重要な点が存在するが、ただし、これら三つの柱のいずれについても貫徹されているとはいえず、<sup>35)</sup> Weigendは、これらの点を含め、事前の合意に関するBGH各刑事部の判例を現行刑事訴訟法との関連で以下のように分析している。

(2) 全関与者の関与による事前の合意

すべての当事者の関与という第一の点については、少なくとも、第二刑事部および第五刑事部の見解によれば、裁判官は、自白事件において量刑をさしあたり弁護側にのみ説明することが許容されており、さらにそれが合目的であるとされている。他の手続関与者（具体的には、たいていの場合検察官、ときには被告人自身）に対する告知と聴取を要するとする「信頼構成要件」(Vertrauensstatbestand)は、比較的遅くなつてはじめて、すなわち、裁判所が「中間的協議」において、宣告されるべき刑の上限に関する仮定的な決定に至り、かつ、この決定を告知しようとするときにはじめて、存在すべきものとされている(BGHSt 38, 102; BGH, NJW 2000, 965; BGHSt 42, 46)。事前の合意が行われるこの段階において、決定的なことがすでに行われているので(すなわち、裁判所と弁護側とがまさに合意している)、検察官(および他の考えられる手続関与者、たとえば私人訴追者)の参加は、しばしば、単に形式的なものとなるであろう。そこでは、もはや共同決定が問題ではなく、せいぜいのところ、(上訴の提起による)拒否権が問題になるだけである。<sup>36)</sup>

(3) 自己負罪拒否の原則および供述の自由

第二の点、すなわち、自己負罪拒否の原則および刑法二二六条aによって設定される限界の維持に関しては、事

前の合意のアキレス腱であり、同時に重要な機能要件は、次の点にある。すなわち、判例の一般的見解によれば、白に対する反対給付としての（場合によつて非常に大幅な）刑の軽減の確保という点に、「法律上予定されていない利益の約束」は存在せず、かつまた、被告人の意思決定の自由に対するいかなる不適切な侵害も存在しない、ということである。しかし、刑の軽減の提案と刑の加重の威嚇との境目はきわめて狭く、一個のメダルの両面の問題であると言えなければならぬであろう。しかし、被告人が事前の合意の下に服すること（同時に彼の自白）の任意性の問題は、せいぜいのところ、形式的に解決されているにすぎず、この問題は、実質的には、事前の合意実務すべての正当性を危うくするものである。<sup>(37)</sup>

#### (4) 事前の合意と公開の原則

第三の点である、合意手続についても公開するという、とりわけ第四刑事部によつて強調された要請は、次のことを明らかにしたといえる。すなわち、手続関与者の下での「合意」は、通常、公判手続の一部と解されなければならないのであり、したがつて、裁判所構成法一六九条一文の規定に服する、ということを知るものである。しかし、誰もそこまで徹底しようとはしない。たしかに、刑事手続上の取引の対象と形式は、しばしば、そのすべてをメディアの公開にさらすには、あまりに微妙なものであるという見方においてであるが。さらに、多数の目立たないコミュニケーションの手段が存在していることからすると、厳格な公開規定によつても、当事者間の「私的な」接触は有効には阻止されえない。第三刑事部もまた、それが回避不可能であることを受け入れており、したがつて、裁判所と手続関与者との間の公判外における接触を端的に禁じようとはしていない (BGHSt 37, 298)。しかしながら、手続の客体に関するこのような非公式の会話が広範に許されればされるほど（この点で、それぞれの刑事部は異なる寛容さを示している）、それだけですす、公開の公判における合意の「終結」（あるいはその告知）は、単なる儀式的性格を

強く持つことになる。その儀式によって行われるのは、その前にあらかじめ閉じられた扉の背後で、あるいは、電話で、個別的にすでに合意された事柄のみなのである。その場合であつてももちろん、突然の手續終結に至った背景事情について、公衆ができるだけ完全に情報を与えられるならば、それは、歓迎すべきことである。しかし、刑事訴訟法および裁判所構成法の理念に相応したような、公開の手續における訴訟対象の処理からはほど遠いものといえよう。<sup>(38)</sup>

##### (5) 事前の合意の法的拘束力

訴訟上重要な事前の合意について議論するとき、そもそも何を意味しているかという問題も、未解決である。一般的見解によれば、事前の合意は、関与する法律家たちの長期にわたる相互依存に基づいて予定されるものであり、各関与者はそれぞれ、約束された行動を事実上もとる、という意味で、事実上の拘束を示している。しかし、実現可能な法的義務（たとえば、裁判所にとっては、「予定された」刑罰を超えない義務）は、存在しないであろう。

事前の合意の「正当性」が法的一貫性を有するのは、まず、関与した裁判官が合意と結び付いた（仮定的な）一定の刑量に拘束されるという理由ではなく、偏頗の懸念を理由として忌避されたとした場合に限ってである。さらに、BGHは、当初から、被告人自身またはその弁護士に裁判所（場合によっては、裁判長のみ）が与える拘束的な、自白をすれば一定の刑罰を科す、あるいは、いずれにせよ一定の刑罰を超えないという約束が被告人に対する信頼構成要件を創り出す、ということを認めてきた。すなわち、被告人が自白をしたにもかかわらず、この約束が守られない場合、その点に、公正な手續に対する違反が存在することになり、その違反は、本来科せられるはずの刑の軽減によつて「調整」されなければならない。しかし、この点における約束の拘束性は、基になっている事前の合意の訴訟上の重要性に依拠しているわけではない。裁判所が、法的理由から遵守できないような約束を（この約束の無効が被告

人に認識不可能なままに)した場合、被告人の信頼は保護されるべきであり、言い換えれば、信頼構成要件は、すでに事前の合意の外観から生ずるのであって、その有効性からではない。

事前の合意に法的拘束力がないという、これまで疑われることのなかったテーゼを、第四刑事部は、一九九七年の判決において、突然に放棄した。本刑事部は、裁判所は全当事者の関与の下に公然と行われた「合意に拘束される」と表明したが、このことは、合法的な合意と違法な合意との、これまでは(裁判官の忌避の問題についての)周辺の意義を有するに過ぎないとされてきた区別に、法的重要性を付与するという目的を追求するものであったといえよう。この重要性が具体的にどの点に存するとされるのかは、もちろん、必ずしも明らかではない。さらに第四刑事部によれば、裁判所は、公正な手続の原則により、以前に行った意思表示から離れることは許されない。以前の判例によっても、裁判所は、公正な手続の違反という犠牲の下にのみ、それを行うことが許されていたが、その違反は、刑の軽減によって調整されなければならなかった。そうすると、被告人は「合法的な」事前の合意から、被告人が、上訴により、彼に対して科せられた重い刑をもともと約束していた刑によって置き換えることを可能にするという意味における裁判所の「特殊なパフォーマンス」より以上のものを導き出すことができるのかどうか、興味深い問題になる。

拘束力のある事前の合意と拘束力のない事前の合意との厳密な区別は、被告人にとって両刃の剣であるということも、見過ごされてはならない。すなわち、被告人は、合法的な事前の合意に依拠することができ、違法な事前の合意に依拠することはできない。すでにこれまで、裁判所(または検察)が一定の利益を被告人に約束していたことについての立証責任は、例外なくすべて被告人に負わされていた。今や、被告人が事前の合意の内容に依拠しようとする場合、ひよっとすると、主張された内容についての約束が彼に対してなされたということのみならず、第四刑事部に

よって設定された有効性要件のもとでそれが行われたということも証明しなければならないであろう。第四刑事部は、それどころか、そのような事例で、主張された内容が公判記録に記録されることを被告人が達成した場合にのみ、手続法の侵害を理由として上訴を許容するという傾向にあるように思われる。これによって、たしかに、「非公式的な」事前の合意というグレー・ゾーンが新たに生ずることになるだろう。そこでは、記録されていない確約を信頼する被告人は、何らかの「反対給付」に対する被告人の請求を有効にしえないままで、事前給付として自白をしなければならないのである。<sup>(39)</sup>

#### (6) 職権探知主義および自由な証拠評価の原則

事前の合意実務についてとくに批判される点は、公判審理についての（ないし公判審理のために）事前になされる取り決めは、どの程度「余地を残して」おかなければならないかという問題である。言い換えれば、職権探知主義および刑法二六一条の核心を尊重することが問題なのである。それらによれば、判決は、公判の本質に依拠しなければならないのであって、公判外でなされた合意に依拠してはならないのである。原則的に、事前の合意はまさにこの両原理を空洞化し、証拠調べによる真実究明という形式張った方法以外の方法で、訴訟対象を「処分する」ことを目的としている。事前の合意のこの目標方向を黙認し、公判にとっては事前になされた合意の単なる形式的な承認に甘んずるという第二刑事部の傾向に対して、第四刑事部は、公判について固有の機能の最低限度を保持しようと努力している。第四刑事部は、そのために二つの手段を設置している。一方で、第四刑事部は、事前の合意に基づいてなされた自白は、公判において慎重に吟味しなければならないことを強調している。他方で、第四刑事部は、それを通じて公判外ですでに特定の刑量が（被告人の自白によることを条件として）決定されるような事前の合意を禁じている。この方法で少なくとも事案解明の端緒を公判のために留保するという第四刑事部の試みは、たしかに賞賛に値するが、

明白な回避可能性に照らすとそれほど見込みのあるものではない。すなわち、被告人の自白は、事前の合意についての話し合いの本質的な対象、および、いわばその手続に関与する法律家たちの主たる「欲望の客体」であるので、裁判所が前述の最低限度以上に自白の信用性についての吟味のために消費することを、ほとんど期待することはできない。そうでなければ、簡略化された事件処理のための努力の結果をぶち壊すにちがいないであろうからである。また、第四刑事部が、裁判所は公判審理の前に刑の上限を決めることはできるが、刑量については、この手続段階において後方へ留保しておかなければならない、ということ述べる場合に、本刑事部は、同時に、「しばしば、後に判決において科せられる刑はこの刑の重さ」(合意した「上限」)に達しなければならぬことがあるだろう、ということ認めなければならぬ。したがってまた、その限りで、すべての手続関与者の一致した意思を前提として、公判は数分間上演されうるといふほど僅かしか、公判にとつては必要な本質が残っていないのである。結局、第四刑事部の救済の試みもまた、非公式的な事前の合意による実質的に完全な強奪の前には公判を救済することはできないということが述べられなければならないだろう。ドイツ刑事訴訟法の将来の構造について熟考するとき、この分析結果から出発しなければならぬ。<sup>(40)</sup>

#### (7) 事前の合意と上訴放棄

BGHを近年何度も煩わせた特別な問題は、(これらの事例ではたいいてい失敗した)事前の合意と被告人の上訴放棄との関係である。この問題においては、各刑事部間で、非常に異なった方向を主張する、相対的に未解決の意見の相違が存在する。すなわち、第二刑事部は、原則的に、事前の合意——上訴放棄は事前の合意の即時の有効性を保全することになる——が合法的には行われなかった場合にも、上訴放棄を有効であるとみなしていた(BGH, NJW 1997, 2691)。それに対して、第四刑事部は、すでに公判終結前の上訴放棄の「合意」を排除し、さらにその後、第四刑事部

の最近の判決は、上訴放棄があらかじめ「約束され」たか「要求され」たことを理由として無効であるとする<sup>(41)</sup>ことによって、この規則に対する違反を制裁している (BGH, NStZ 2000, 96)。この争いは、公正な事前の合意手続の本質に関わるのみならず、同じくらい大きく、いまだに解明されていない問題、すなわち、どの程度、また、いかなる要件の下で、通説によれば議論の余地のない被告人による訴訟上の意思表示「上訴の放棄」が再び無かったものとされるのかにも関わる。他方、第四刑事部は、BGHSt 43, 195において同刑事部によって設定された「事前の合意の規則」を事実審裁判所の実務において効果的に実行する断固たる態度を示している (BGH, NStZ 2000, 96)。

#### (8) 事前の合意の不履行

上訴の放棄の問題は、事前の合意がたしかに行われたが、関与者が期待していたようには実行されなかったという事例において、どのように手続されるべきかという一般的問題の一領域である。そのような落胆は、一方では、(隠れた)意見の相違に起因し、他方では、関与者の一人に生じた心変わりにも起因する。この事例形態は、被告人がきまつて、事前の合意の範囲において合意された自白をすで行い、したがって彼の事前給付を提出し、今や合意された反対給付(たとえば、一定の軽い制裁、さらに係属する刑事手続の打ち切り、開放的刑事執行への収容)をめぐって衝突しているとわかったという理由で、とくに問題となる。

そのような手続状況においては、より多くの対応が考えられる。もともとラディカルな解決は、撤回しえない自白を通じて取り返せないほど均衡が妨害されたことによって、公正な手続はもはや不可能であるということを経由して手続の打ち切りであろう。この解決を、BGHは、たしかに、「失敗した手続」の他の事例形態におけるその判例と結び付けて、初めから拒否した (BGHSt 37, 10)。第二の考えられる可能性は、裁判所が自白をさらなる手続のために使用しえないとみなすことによって、被告人に自白の「撤回を許す」ことにある。この選択を、あるLG刑事部は、



隠れた意見の相違の事例において実行し、第五刑事部は、このことを承認した (BGHSt 42, 191)。それに対して、第二刑事部は、落胆するような見込みに基づいてなされた自白を使用しえないとみなすことを現行法は許容していないということ強調した (BGHSt 38, 102)。

BGHの関連した諸判決をより詳しく観察すると、最初から(隠れた)意見の相違がある事例形態と後に心変わりがある事例形態は、異なつて扱われることが示されている。最初の事例形態は、たいてい、被告人に、事前の合意が実際に彼によつて主張された形でなされたことについての立証責任が負わされることによつて「解決され」、被告人がそのことについて上訴裁判所を説得することができない場合、異議を申し立てられた判決は存続し続ける。そのような意見の相違が実際に存在している場合に裁判所がどのように手続を進めるかを、BGHの各刑事部は統一的には答えていない。考慮されるのは、上述のように、自白を証拠使用しないこと、また、(その他の結果についての彼の錯誤に基づいて) まず上訴を放棄していた被告人のために原状回復することである。手続の公正さと(被告人が彼の意思自由を侵害されずに公判で行つた自白の「忘却」を本来は除外する) 解明義務との間の、もともとと解決しえないジレンマにおいて、自白を使用しないという解決は、なお、よりよい解決であるといえるであろう。

同じことは、本来、裁判所(または検察)が、事情の変化がないにもかかわらず、一度有効になされた約束を破ろうと決意する、「破られた約束」の事例形態にも妥当する。しかし、この状況について、判例はすでに以前に、被告人にふさわしいのは、明らかなフェア・トライアル原則違反に対する補償として刑の軽減以外にはない、ということを決した (BGHSt 36, 210; 37, 10)。このことは、第四刑事部が、形式적および内容的に有効な事前の合意への裁判所の「拘束」を決定した後に、今後も妥当するの否かは、たしかに不明確である。ひよつとすると、今や、訴訟上尊重される事前の合意の後に裁判所が「より良い認識」を引き合いに出すことは、まったく不可能となるかもしれない。

い。いずれにせよ、失敗した事前の合意という込み入った事例は、将来においてもなおBGHを重大な諸問題の前に立たせるであろう、ということが予測できる。<sup>(42)</sup>

### (三) 課題と展望

一 Weigendは、事前の合意に関するBGH判例の、最初の十年間での一見すると満足な結果にもかかわらず、事前の合意実務についてのいくつかの原則的な諸問題は、未解決のままであるとする。これらの諸問題がどこに存在するかは、すでに一九八七年に連邦憲法裁判所の決定によって明らかになっているとする。前述のように、この決定は、公正な法治国家的刑事手続の三つの放棄しえない基準を挙げている。第一に、真実の事案を調査することについての裁判所の義務であり、そこから、本決定は、真実探求という目的からみて、裁判官がさらなる証拠調べへと促されるときえなければならぬであろう場合は、彼は被告人の自白で十分であることは許されない、ということを通じて導き出した。第二に、被告人の自律であり、それは、法律上予定されていない利益の約束あるいは欺罔によって被告人が自白を促されることを排除する。第三に、責任に応じた刑罰の原則であり、それは、「自白に条件づけられた刑の軽減」によっても、無効にされてはならないのである。<sup>(43)</sup>

二 Weigendは、連邦憲法裁判所のこの決定によって同時に、事前の合意実務のもつ三つの弱点が明確に示されており、これらについては、これまでのBGHの努力もまた、実際に満足できる解決を克明に提示することはできなかった、と指摘する。その内容は、以下のとおりである。<sup>(44)</sup>

(1) 合意による手続処理への努力は、できるだけ広範に及ぶ簡略化を目指しているので、判決についての事前の合意は、合理的な量刑に関する事実上の前提を含んでいる事案を完全に調査する裁判所の義務に対して、「当然の」矛盾

状態を引き起こす。この対立の解決は、たいていは、被告人が公判で「信用性のある」自白をすることにあるように見える。それによって、被告人は、いわば、裁判所の解明義務を、自白を行うことによって片付けることになり、同時に、裁判所にその判決のための不可欠の事実的基礎を提供することになる。自白がどれほど詳細で包括的でなければならぬか、同時に、自白がその手続上の機能を充足しているかは、BGHの各刑事部によって、統一的には答えられていない。しかし、結局、この問題はまったく決定的なものではない。すなわち、事前の合意によって決意された自白は、その自白の個別的な脆弱性とは別に、不可欠の事案解明を提供することにはあまり適さない。なぜなら、自白の内容は、予定された制裁決定と必然的に結び付いており、すなわち、自白の目的から命ぜられるからである。言い換えれば、被告人は、関連する事案について、(上限の範囲内で) 決定された刑罰を正当化するために不可欠であるのとまさに同じ程度明らかにされるのである。これによって、公判で認定される「実体的真実」が判決の内容を決定するのではなく、逆に、(事前に合意された) 判決の内容によって、被告人(またはその弁護士)が法廷で提供する「真実」の範囲は限定される。このジレンマは、たとえば、被告人の「裸の」自白は有罪判決に対して十分ではなく、公判で提起されるべき別の証拠によって「確認」されなければならない、ということが規定されることによって、実際に解決されることさえできないだろう。なぜなら、事前の合意の事例では、被告人は、彼の陳述をまさしく予定された(かつ、彼によってたしかにたいいは陳述の結果において予見しうる)証拠調べに同調させ、まさに、裁判所が熟視された証拠資料によって確認することができるとを自白するということが、考慮に入れられるべきであろうからである。このことによって、補充された証拠調べをする義務は、裁判所にとって、しばしば時間を消費するだけの証拠調べを実施しなければならないというだけのことになるであろう。<sup>(45)</sup>

(2) この解決は、それが共同への被告人の自由意思の疑わしさという同様にこれまで未解決の問題を負わされるこ

とがなければ、魅力的であるだろう。その限りで、あらゆる事前の合意システムの難点は、被告人にとって、（公式に表明され、あるいは、自白することによって実際に引き起こされた）妥協が、責任と刑罰の言明、ならびに、それと結び付いた、無罪のチャンスをもつ完全な刑事手続の実現の放棄の下で、共同事例のために制裁緩和を被告人に保障することによって、魅力あるものにされなければならない、という点にある。そこから必然的に、被告人が事前の合意に関与するか否か次第で、被告人に異なった重さの刑罰が科せられるような、量刑の二分システムが生ずることになる。しかし、それによって、不可避免的に存在し、随意に広く開くことになる「制裁のはさみ」についての裁判所（または他の手続関与者）の言及は、被告人が彼に要求される共同を拒否する事例については、より重い刑罰への威嚇になる。とはいえ、（普通行われている制裁実務についての）その種の「知識の意思表示」を書面にし、そのもとでなされた自白は、刑法一三六条aに鑑みて、記述された量刑の相違が量刑法上支持しえ、同時に合法であるときには、場合によって、任意性のあるものとして使用可能とみなされう<sup>(46)</sup>る。

(3) しかし、このこともまた、とくに、連邦憲法裁判所によってこのこととの関連で非常に強調された刑罰の責任相応性という観点を真剣に捉える場合には、問題があるように思われる。なぜなら、たしかに、事前の合意への被告人の関与とそこから生じる自白においては、刑法四六条二項において潜在的な量刑要素として言及されている「犯行後の態度」が問題であるということは認めざるをえないからである。おまけにBGHは、あらゆる努力にもかかわらず、この態度の行為責任関連性を、これまで納得できるようには理由づけることはできていない。「疑わしきは被告人の利益に」の原則によって仮定される後悔の動機づけに対する軽減された特別予防的な刑罰要求への橋渡しもまた、非常にもろいものである。結局、量刑の相違の正当化としては、自白した被告人は、協力的でない者よりも手続簡略化に寄与したという——争いのない——事情のみが存続する。しかし、このことは、事前の合意を拒否した者に対し

て相対的により重い刑罰を、その者が彼の手続上の諸権利を全面的に使用したということによって正当化する、ということ以外のことを意味するものではない。もつとも、このことが、責任主義および自己負罪拒否原則とも一致させられうるかは、非常に疑わしいと考えなければならぬ。

外見上非常に円滑に機能している事前の合意実務のこの破損箇所は、長い間周知のことであつた。BGHは、この実務を引き起こしたのではなく、この実務から（法治国家的に）最も良いものを作ろうと試みたのである。このことは、この間に固定的に確立された事前の合意実務はラディカルな対策によつてもはや排除されえないというすでに叙述した調査結果に照らして、おそらく、上告裁判所にとつて唯一可能な反応であつた。もつとも、BGHが、「合意による」手続の原則上の諸問題を見失うのではなく、法律の「取引人」に少なくとも良心の咎めが残されるように寄与することを望むしかない。<sup>(47)</sup>

三 以上のような判例分析とそこから導き出される問題点に基づき、Weigendは、ドイツ刑事訴訟の今後の展望について、以下のように述べている。

(1) BGH第二刑事部がその判断のために提供している判決理由が満足のいくものでないとしても、第二刑事部が、——合意による処理のための特別な手続規定を立案しようとする試みを有する第四刑事部と異なつて——アメリカの有罪答弁モデルに従つた解決を目指すならば、それは結果として法政策的に正当な解決ではなかったのかという問題は、依然として残る。第二刑事部によつて承認された、被告人の純然たる妥協を伴う有罪判決というヴァリアンテは、両解決のうちより公正な解決であることは、認めざるをえない。たしかに、第四刑事部のように、解決不可能な問題、すなわち、ドイツ刑事訴訟法の基礎になつてゐる訴訟システムへの事前の合意の組み入れを企てることによつて、「取引」という訴訟上の転換を困難にすることができると。この点で、たとえば次のような要求を提起することができるだ

ろう。被告人が包括的な自白（悔悟を含む）を自身で表現し、法廷で表明しなければならないこと、および・または、裁判所は、被告人の陳述を確認するために、少なくとも別の証拠方法を調べなければならないこと、である。しかしながら、すべてのそのような形式的な障害は、今日すでに、たとえば、あらかじめ言明される上訴放棄の禁止のように、そのことの決意をした手続関与者全員によって、苦勞なしに取り去られることになる。目的に対して意見が一致している場合には、そこでは、全体の努力において、（無条件に法律に合致しているわけではないが、いずれにせよ複雑ではない）一つの道を見出していくのである。なお非常にペダンチックな裁判所または立法者も、長く効果的にこの道を塞ぐことはできないであろう。<sup>(48)</sup>

(2) 事前の合意実務を、最上級裁判所または立法者の力業によってふたたび「廃止する」ことができるということは、錯覚であるといえよう。「取引」のための侵入口は、軽減された処罰による自白の真価を認めることである。この（軽減された処罰という）以前からずっと一般的に導入された試験済みの餌でありかつ圧力を、実務は、あらゆる理論的な疑念とは無関係に、放棄するつもりはない。さらに、ドイツの裁判所実務および弁護人実務は、この間、事前の合意に依存していたので、より十分な吟味に基づいても、外側からの圧力に基づいても、それをやめさせることは本気では計算に入れないのである。<sup>(49)</sup>

(3) さらに一層切迫して設定される問題は、今こそ、実際にはすでに達せられている、争いのある事件と争いのない事件に対する訴訟規定の二分化を公式的にも承認し、事前の合意実務を法定化するために必要な「二つの刑事訴訟法」を創設する時期ではないかということである。この事実によれば、そのような手続規定は、一種の処分主義に基づかなければならないだろう。もつとも、それは、手続結果の決定への裁判所の際立った関与を伴うものではない。このための諸提案は、なくはない。すなわち、多くの提案は、略式手続の基本理念を拠り所にしてゐる。他の提案は、

法律上定められた刑罰軽減を伴った有罪答弁に賛成の意を唱える。イタリアのモデルのように、被告人の同意の上で、書類の状態に基づく決定もまた考えられるだろう。<sup>(50)</sup>

(4) 給付と反対給付のあらゆる形態の拘束力ある調整は、もとより第四刑事部判決と第二刑事部判決が示しているように、調整の産物が、常に、上級裁判所による承認に関しての不確かさを負わされているという、現に存在する半ば適法な「灰色の市場」に対して、優先されるべきである。もつとも、(常に被告人の共同に応じた刑量の細分化と結びつく) 有罪答弁モデルに賛同する者は、彼がその際失う事柄をも知っていなければならない。すなわち、判決発見の「実体的真実」理念への志向、刑量と行為責任との厳格な均衡性、ならびに、手続関与者のうち相対的に権力のある地位からの手続結果の独立性である。手続の現実とはもはや何の関係もないこれらすべての理念は、どのみち過去のものであるといえるかもしれない。しかし、第二刑事部判決が促しているような、「第二の刑事訴訟法」の承認は、大部分の刑事事件については、これらの理念に別れを告げることを意味するであろう。それらの理念に別れを告げることなしで済ませ、調整的要素としての被告人の(現実にはたいはいは擬制による)合理的な自己決定にのみ賭けるような手続モデルが、なお、公正さという最低限の要求を満たすか否か、それが決定的な問題である。<sup>(51)</sup>

#### 四 検討——日本の刑事手続との関連——

一 以上、ドイツ刑事訴訟における事前の合意に関して、これをルール化する第四刑事部判決および事前の合意に基づく自白の信用性判断に関する第二刑事部判決、それに対する Weigend による分析ならびに解決されるべき問題を紹介してきた。日本の刑事手続との関連で、とくに以下の点を指摘しておきたい。

事前の合意のルールを創設した第四刑事部判決は、司法の負担軽減という観点のみならず、被告人の自己決定によ

る事件処理という観点が重視されていると考えられる。第四刑事部は、まず刑訴法一五三条aとの関連性を指摘している。一五三条aおよび事前の合意は、軽微事件についてよりも、事案が複雑でその解明のために司法の負担が過大な事件について、司法の負担軽減を目的とするものではあるが、第四刑事部が指摘するように、一五三条aも事前の合意も、被疑者・被告人の同意を要件とする事件処理という点で本質的には同様であり、被疑者・被告人の自己決定に基づく簡略化された事件処理を可能にするものである。<sup>(52)</sup>

しかし、刑訴法一五三条aという法規定による事件処理と異なり、事前の合意は、実務によって形成されてきたものであり、現行刑事訴訟法との整合性が問題となるのである。第四刑事部判決によって事前の合意のルールが創設されたとはいえ、Weigendの指摘するように、それは、現行法上様々な点で貫徹しえず、非常に多くの問題を残しているといえる。それをさらに推し進めるとすれば、自白事件と否認事件について手続を二分化し、自白事件につき、実体的真実モデルから事件解決モデルへの転換、すなわち、自白モデルから処分表明モデル（有罪答弁モデル）への転換が求められていくものと考えられる。このことは、日本の刑事手続における同様の問題を考察するうえで、示唆に富むものであるといえよう。

二 第四刑事部判決では、全手続関与者の関与権が保障されなければならないとしている。すなわち、事前の合意が成立するためには、被告人の合意への関与が条件とされているのである。従来の事前の合意実務において、とくに被告人が関与することなく弁護人のみの関与によって事前の合意がなされてきたことからすると、事件処理への被告人の関与権が保障されたことは、被告人の自己決定権が重視されていることを示したものといえよう。被告人の関与なしに事前の合意がなされた場合は、そのことが上訴理由になりうると考えられる。

合意違反があった場合について、事前の合意には事実上の拘束力があり、これまでに、裁判所による合意違反を公



正な手続違反に対する補償として、刑を軽減した判例があるが、第四刑事部判決により、初めて事前の合意には法的拘束力があると明言された。すなわち、事前の合意への関与権とともに、事前の合意の結果が履行されることに對する被告人の権利性が認められたといえる。ドイツ現行刑事訴訟法上、裁判所の事案解明義務は果たされなければならぬが、判決に影響を及ぼしうるような重要な事情変更がないにもかかわらず、裁判所が事前の合意を履行しないことは、公正な手続原則に違反し、許されないとされた。より重い刑の威嚇および上訴放棄の約束を禁止することによつて被告人の自由な意思決定を確保し、その上で被告人が関与した合意に法的拘束力を持たせたという意味では、被告人の自己決定権が強化されたものと理解することも可能であろう。

三 自白の証拠能力について、ドイツでは、刑法一三六条aにおいて「法律上予定されていない利益の約束」に基づく自白には証拠能力がないと規定されているが、第四刑事部判決は、自白事件について裁判所が刑の軽減を期待させることはそれにあたらない、と述べている。同様に、日本においても、利益の約束による自白の証拠能力が問題となる。Wiegandの指摘するように、この問題は、形式的に解決されているにすぎないともいえる。刑の軽減の提案とより重い刑の威嚇とは、たしかにメダルの両面であるともいえ、これについては量刑問題についての検討を要する。<sup>(53)</sup>

しかし、これらが明確にルール化され、オープンにされるならば、事件処理に協力しない場合のより重い刑罰という威嚇が排除されることになろう。被疑者・被告人が採るべき手段を選択することができるためには、どのような手段を採るとどのような利益・不利益をどの程度受けるのかが明確かつオープンにされ、被疑者・被告人がその情報を十分に獲得でき、弁護人の援助を十分に得られるようなシステムが不可欠なのである。黙秘権が真に保障され、意思決定の自由が十分に保障されるシステムが確立されれば、刑の軽減などの利益獲得を目的とした自白についても、個々の事例では場合によつて、その証拠能力を認めることが可能となるであろう。このことは、処分表

明モデルを導入する場合においても、その処分表明の有効性判断について妥当する。日本の捜査・公判の現状では、自白事件といっても、真に自白事件なのかどうか問題であり、真の自白ないし真の処分表明が可能なシステムが不可欠なのである。

四 ドイツ刑事訴訟における基本原理である実体的眞実主義ならびに裁判官の事案説明義務につき、判例は、証拠評価なき刑罰ではなく、自白の信用性の評価による事実認定を行った上での刑罰という前提を堅持しようとしている。すなわち、証拠評価のない刑罰というのはいえないのである。したがって、自白の信用性について吟味する際には慎重でなければならないのであるが、とくにこの点で、補強法則のないドイツ刑事訴訟法において、第二刑事部判決は、非常に大きな問題を残したといえる。というのは、自白のみで有罪認定をしたにもかかわらず、自白の信用性判断は極めて形式的なもので、自白の正しさへの疑念を基礎づけるのにふさわしい事情が存在しなかったとして、その信用性を認めたからである。この点については、自白のみによる事実認定の危うさを認識しておかなければならない。補強法則がないドイツ刑事訴訟法の特有の問題とも言えるが、補強法則があったとしても、前述の Weigend の指摘にあるように、事前の合意の場合には、被告人が、予定されている補強証拠に合わせた自白をするという危惧も生じうる。また、補強法則の運用のあり方にも拠るであろう。

捜査段階での取調べ過程や公判審理で自白を採ることが困難であり、黙秘権が真に保障されるような手続であれば、被疑者・被告人が自白した場合にその自白の意味・証拠価値は増すことになるといえるが、この点で、ドイツ刑事訴訟における自白の意味・証拠価値は、日本の場合とは異なるといえよう。自白の証拠能力の箇所述べたように、日本においてはまず、捜査・公判を通じて黙秘権が真に保障され、冤罪を防止するシステムが十分に確立されなければならない。このことは、事件解決モデルを採用し、アレイメント制度を導入する場合にも、当然に妥当する。

また、現行法上の基本原理として、ドイツ刑事訴訟は職権主義を採り、日本の刑事訴訟は当事者主義を採るという点での相違があり、同様に実体的真実主義の立場に立つとしても、裁判所の関与の程度などどのような相違になって現れるかについては留意しなければならない。すなわち、ドイツの職権主義のもとでは、被告人の主体的地位を確立させることによって、裁判所および検察と事件処理について共同決定していく、という構成がなされることになろう。日本において考えられる構成としては、当事者主義を徹底させることにより、被告人は当事者として対等に主体的地位を獲得し、検察と事件処理について共同決定することになると考えられ、さらに、冤罪防止策は採るべきであるが、どのような内容あるいは程度の合意ないし共同決定を認めることが可能であるのかが問題となる。さらに、当事者主義を推し進めることによって、実体的真実モデルから事件解決モデルへ、すなわち、自白モデルから処分表明モデル（有罪答弁モデル）に転換することも考えられるであろう。この点で、たとえば、虚偽の自白（自白モデル）ないし虚偽の処分表明（処分表明モデル）の可能性がある場合に、裁判所の役割の点で相違があるかについての検討が必要になるであろう。<sup>(54)</sup>

五 事前の合意実務について、責任主義を強調しながら現実には司法取引をしていると理解することができ、ドイツの判例は、責任主義を堅持し、責任に相応する刑罰の範囲内での合意のみが可能であるとしている。しかし、責任主義を堅持するとはいえ、事前の合意において刑が軽減されることは事実である。この点で、改悛の情によるとはいえない打算を含んだ自白が刑の軽減の理由となることについて、第四刑事部判決において、事案解明および手続短縮に寄与している点が考慮されており、Weigendも、刑の軽減事由として結局残るのはこの点のみであろうと述べている。<sup>(55)</sup>さらに、自白する場合と否認する場合との利益・不利益を明確にするために、Weigendが指摘するように、争いのある事件と争いのない事件の処理方法を明示的に二分化し、「第二の刑事訴訟法」を創設し、量刑システムも二分

化することも考えられる。<sup>(56)</sup> この点については、前述のように、責任主義の内容、量刑基準と量刑事情など、量刑問題に関する考察を深める必要がある。

六 ドイツにおいて事前の合意が有効になされるためには、被告人が刑事手続において主体的な立場にあること、検察官および裁判所と対等な立場に立つことが不可欠であるといえるが、そこでは、被告人の権利が裁判所および検察官に対抗していくことによって合意が形成され、具体的な法の実現を共同決定していくというような評価がどこまでできるのか問題になる。<sup>(57)</sup> 判例における説明の仕方は形式的であるが、実質的に見ると、裁判所と被告人・弁護人、検察官と被告人・弁護人との力のバランスを考慮すべきであるから、被告人の主体的地位としての権利保障が十分なされているかが問題となるであろう。この点で、被告人側の証拠申請権が十分に保障され、被告人側が争う際の強力な手段になっている点が注目される。<sup>(58)</sup> このことから、証拠申請権を放棄することを内容とする事前の合意が、手続の簡略化に対するより一層の効果をもちうると考えられる。

七 前述のように、日本の刑事手続の実態として司法取引に類似するものが存在し、被疑者・被告人は、権限・情報量などの点で警察・検察に対して圧倒的に不利な立場でそれを行わざるをえないことからすると、被疑者・被告人が対抗しうるようなシステムが必要となる。事件処理への被疑者・被告人の関与の権利性を認め、事件処理は被疑者・被告人と警察・検察とが対等な立場から共同で行うものとし、共同事件処理の手続をルール化し、オープンにしておくことが求められるのである。それに対する違反があった場合には、被疑者・被告人は異議申立てができるようにすべきである。この点で、ドイツの事前の合意に関する判例とその検討は、十分に参考になるものと思われる。ただし、ドイツの判例分析が示すように、ドイツの現行刑事訴訟法との根本的な矛盾点があり、その解決のために、自白事件については現行のシステムの転換が迫られているといえよう。日本においても、被疑者・被告人の自己決定を中心と

する刑事司法を志向し、警察・検察との共同による事件処理のシステムを形成するにあたって、現行法の解釈として可能な事項もありうるが、立法による解決が必要な事項もあり、これらの検討は別稿で行う予定である。<sup>(59)</sup>

八 ドイツ刑事訴訟との比較の際には、前述のように、日本とドイツにおける捜査過程の相違、日本の公判の形骸化など、捜査・公判を通じて留意すべき重要な観点があり、日本において被疑者・被告人の自己決定による事件処理を提案する場合、それによって自白中心の刑事司法が現状よりもより進行するという危惧もありうる。<sup>(60)</sup>しかし、自白の意義につき、事実を解明するためのみならず、事件を処理するために用いるという観点は注目されるべきであろう。

すなわち、自己決定権を十分に保障する基盤がある限りで、供述の自由を、黙秘するか供述するかという自己決定を通じて事件処理への積極的関与を行う手段とする捉え方、自白を積極的な自己決定の表明とみる捉え方は顧慮されてよいと思われる。<sup>(61)</sup>このことは、自白モデルから処分表明モデルに転換した場合においても、同様である。<sup>(62)</sup>日本において、そのためにはまず、取調べ状況の改善、捜査段階からの十分な弁護権の保障、身柄拘束をめぐる諸問題の改善、証拠開示問題の改善など、被疑者・被告人の自己決定による事件処理の基盤・前提の整備、すなわち、自己決定の制度的担保が不可欠なのである。<sup>(63)</sup>

(1) BGHSt 43, 195 = StV 1997, 583 = NJW 1998, 86 = StraFo 1997, 312 = wistra 1997, 341.

(2) ドイツ刑事訴訟における「事前の合意」の概念、現状およびその問題点については、山名京子「刑事訴訟における「事前の合意」」関大法学論集四二巻一巻一七四頁以下（一九九一年）参照。なお、松尾浩也「刑事手続における訴訟関係人の非公式協議」内藤謙先生古稀記念『刑事法学の現代的状況』（一九九四年）五六三頁以下参照。

(3) 本稿の執筆にあたって参考にした最近のドイツ文献として、後に引用したもの他に、Braun, Die Absprache im Strafverfahren—Blickwinkel: das materielle Strafrecht—, AnwBl 1998, 567 ff.; Küpper, Absprachen im Strafverfahren (1) (2)

— Bilanz einer zehnjährigen Diskussion—, Jura 1999, 351 ff., 393 ff.; Rieß, Anmerkung: Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts im Rahmen einer verfahrensbeendenden Absprache, NSZ 2000, 98 ff.; Kruse, Urteilsabsprachen in der neuesten Rechtsprechung des BGH, StraFo 2000, 146 ff.; Sinner, Anmerkung: Befangenheit bei Absprachen, StV 2000, 289 ff.; Weider, Anmerkung zum Urteil des BGH, Beschl. v. 12. 4. 2000—1 StR 623/99—: Kein Verfahrenshindernis bei fehlgeschlagener Absprache, StV 2000, 540 ff.; Erb, Überlegungen zum Rechtsmittelverzicht des Angeklagten unmittelbar nach der Urteilsverkündung GA 2000, 511 ff.; Kleinrecht/Meyer-Göbner, Strafprozeßordnung, 45. Aufl., Einl. 119 などがある。

- (4) 事前の合意実務に対して、学説において指摘された現行法上の疑念については、山名・前掲注(七)七八頁参照。
- (5) Landau und Eschelbach, Absprachen zur strafrechtlichen Hauptverhandlung, NJW 1999, 321 ff., S. 321 f.
- (6) たとえば、租税事件実務における事前の合意の定着およびその問題点について、最近の文献として、Schmidt, Verständigungen in Strafverfahren—Bericht über die Vortrags- und Diskussionsveranstaltung im Rahmen des Gemeinschaftsseminars zum Steuerstrafrecht von Prof. Dr. Ellen Schlichter und Prof. Dr. Roman Seer am 15. Mai 1998, Ruhr-Universität Bochum—, StW 1998, 278 ff.; Vernekehl, Fachanwalt für Steuerrecht, Praxis Steuerstrafrecht (PSiR), 1998, 51 ff.; Vogelberg, Die Rechtsprechung zur Verständigung im Steuer- und Steuerstrafrecht, Kölner Steuerdialog (KÖSDI) 1998, Nr. 7, 11625 ff. などがある。
- (7) 起訴後の事件処理において、否認事件に比べて自白事件では公判の開廷回数が少ないという審理期間も短く、実質上の二元主義が支配しているといわれる。自白事件の処理について、刑事訴訟法は簡易公判手続の制度を用意しているが、実務ではそれほど利用されていない。その理由は、自白事件においては、通常の手続で行っても証拠調べは簡単に済むこと、一部において簡易公判手続に付することなく証拠調べを簡易化するというルーズな運用が行われていることなどにある。これらについて詳しくは、山名京子「日本刑事訴訟法における『簡易公判手続』孫海陸博士華甲記念(一九九三年)八七五頁以下参照。
- (8) David Johnson, *Plea Bargaining: in Johnson, The Japanese Way of Justice: Prosecuting Crime in Japan*, 2001.
- (9) 山名京子「被疑者・被告人の自己決定」ジュリスト一一四八号(一九九九年)九六頁以下参照。前述のように、実際には、

自白事件に分類されている事例の中に、捜査手続において自白を迫られる事例（任意という名の強制）も含まれていると考えられ、被疑者・被告人の自由な意思決定が十分に保障されるシステムが確立されてはじめて、本来の意味の自白事件といふことが出来る。

- (10) BVerfG, NJW 1987, 2662 = NSZ 1987, 419 m. Anm. Galladi. 本決定はドイツで、山名・前掲注(2)七九頁以下参照。
- (11) 各州裁判部による判決の集積として、BGHSt 43, 195, 198 ff.; Kleinknecht/Meyer-Göbner, Strafprozeßordnung, 45. Aufl., 2001, Einl. 119; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, §15 Rn. 6, 7; Weigend, Der BGH vor der Herausforderung der Absprachenpraxis, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft Band IV: Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, 1011 ff., S. 1017 ff.; Landau/Eschelbach (o. Fußn. 5), S. 322 f. 参照。

- (12) BGHSt 43, 195 = StV 1997, 583 = NJW 1998, 86 = StraFo 1997, 312 = wistra 1997, 341. 本件の証拠として、Herrmann, Rechtliche Strukturen für Absprachen in der Hauptverhandlung—Die Richtlinienentscheidung des Bundesgerichtshofs, BGHSt 43, 195—, Jus 1999, 1162 ff.; Rönau, Die neue Verbindlichkeit bei den Strafprozessualen Absprachen, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28. 8. 1997-4 StR 240/97, wistra 1998, 49 ff.; Martin, Rechtsprechungsübersicht, Folgen des Ablegens eines Geständnisses im Rahmen einer Absprache, Jus 1998, 373 ff.; Satzger, Rechtsprechung, Strafprozeßrecht, JA 1998, 98 ff. などがある。

- (13) BGHSt 43, 195 f.
- (14) BGHSt 43, 195, 202 f.
- (15) BGHSt 43, 195, 203 ff.
- (16) BGHSt 43, 195, 205 f.
- (17) BGHSt 43, 195, 206 ff.
- (18) BGHSt 43, 195, 208 ff.
- (19) BGHSt 43, 195, 210.
- (20) BGHSt 43, 195, 210 f.

- (21) BGHSt 43, 195, 211.
- (22) Weigend, Eine Prozeßordnung für abgesprochene Urteil?—Anmerkungen zu den Entscheidungen BGHSt 43, 195 und BGH, NSStZ 1999, 92—NSStZ 1999, 57 ff., S. 58 f.; Weigend (o. Fußn. 11), S. 1023 f.
- (23) NSStZ 1999, 92=StV 1999, 410.
- (24) NSStZ 1999, 92, 93.
- (25) NSStZ 1999, 92, 93.
- (26) NSStZ 1999, 92, 93.
- (27) NSStZ 1999, 92, 93f.
- (28) NSStZ 1999, 92, 94.
- (29) 事前の合意と現行刑事訴訟法の基本原則に関する議論につき、山名・前掲注(2)七七頁以下、九五頁以下参照。
- (30) Schünemann, Absprachen im Strafverfahren? Grundlage, Gegenstände und Grenzen, Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentag in München 1990. 事前の合意に対する Schünemann による批判について、山名・前掲注(2)一〇九頁以下参照。
- (31) Landau/Eschelbach (o. Fusn. 5), S. 321.
- (32) Roxin, 25. Aufl., 1998, §15, Rn. 7-9e.
- (33) Weigend (o. Fußn. 11), S. 1029 ff.
- (34) Weigend (o. Fußn. 11), S. 1038 f.
- (35) Weigend (o. Fußn. 11), S. 1030.
- (36) Weigend (o. Fußn. 11), S. 1030.
- (37) Weigend (o. Fußn. 11), S. 1030 f.
- (38) Rönau (o. Fußn. 12), S. 49 ff. 47 非公式の会話を公判審理へと移し、少なくとも事前の合意の結果を公判記録に記載するものとするBGH第四刑事部の要求に賛同する。
- (39) Weigend (o. Fußn. 11), S. 1032 ff.
- (40) Weigend (o. Fußn. 11), S. 1034 f. 1035 以下、Landau/Eschelbach は、第四刑事部判決は、副次的にのみ、刑の宣告に



における判決放棄に導くような具体的な刑量を裁判官が事前に決定することに対する偏頗の懸念という手続問題を述べているにすぎず、手続の特定の結果についての予想を通知することからは、偏頗の懸念が推定される必要もなかったであろう、と指摘している。むしろ、具体的な刑が宣告された略式命令に対する異議申立て後の手続に関する規定は、予定される具体的な刑についての仮の意見をもっていた裁判官が先入観を持っていないという推定をも含んでおり、特定の刑罰についての事前の合意は、BGHによっても将来的に排除されることはないし、そうした合意は判決中においてのみ言及されないままとなるであろう、と Landau/Eschelbach (o. FuBn. 5), S. 321)。

- (41) Weigend (o. FuBn. 11), S. 1035 f.
- (42) Weigend (o. FuBn. 11), S. 1036 ff.
- (43) BVerfG, NJW 1987, 2662 = NSZ 1987, 419 m. Anm. Gallati.
- (44) Weigend (o. FuBn. 11), S. 1039.
- (45) Weigend (o. FuBn. 11), S. 1039 f.
- (46) Weigend (o. FuBn. 11), S. 1041.
- (47) Weigend (o. FuBn. 11), S. 1041 f.
- (48) Weigend (o. FuBn. 22), S. 62 f.
- (49) Weigend (o. FuBn. 22), S. 63.
- (50) Weigend (o. FuBn. 22), S. 63.
- (51) Weigend (o. FuBn. 22), S. 63.
- (52) 刑法一五三条 a の解釈によれば、一五三条と異なり、被疑者・被告人には特定の義務が課されることから、犯罪の嫌疑としては、手続経過に基づく有罪判決の高度の蓋然性が要求される。被疑者・被告人の同意は、手続打ち切りについてののみならず、課される予定の義務の個別具体的な内容・期間についてもなされなければならない。また、その者の同意のみによって行が立証されたものとするのは無罪推定の原則に反するとされる (Pfeiffer, Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Aufl., 2001, §153a, Rn. 2-3)。本条の典型的な適用事例としては、重大でない財産犯罪、軽いまたは中級程度の交通事件、扶養義務違反、一定の過失致死の事例などであり、経済事件および税関係事件については、被害が重大でなく、一度の

過失行為が問題となるような事例である (Kleinknecht/Meyer-Göbner, Strafprozeßordnung, 45. Aufl., 2001, § 153 a, Rn. 7-8)。

- (53) この点につき、グンター・アルツト「自白と刑事司法システム」(井田良二・山名京子訳) 法学研究六五巻十号(一九九二年) 一二九頁以下、一三九頁参照。アルツトも、自白をした場合に刑を軽くすることによって有利に扱うか、それとも否認を刑の加重事由とみるかは表現の違いにすぎず、実質的には同じであり、なぜなら、軽減も加重もされていない、基準となる中間の刑がいかなる刑かはまったく不明だからである、と指摘している。しかし、一種の有罪答弁を認める方向で、この刑を軽減する取り扱いをさらに積極的に推し進めようとする者は、この問題を解明しなければならないだろう、としている(一三九頁以下)。

- (54) アメリカ合衆国のアレインメントの制度においても、裁判所は、有罪答弁の任意性を積極的に確認する必要がある、答弁の基礎になる犯罪事実(事実的基礎)が実際にあるか否かを確認しなければならない。

- (55) この点につき、アルツトは、もしわれわれが、被疑者・被告人が自白することにより刑事司法システムに無用な負担を負わせなかったという理由で何らかの恩典を与えようとするのであれば、被疑者・被告人が真摯に後悔している場合と、ただ軽い刑を得ようという計算で自白した場合とを区別すべきではない、としている(アルツト・前掲注(53)一三三頁)。

- (56) アルツトもまた、計算づくで自白した場合にも、この自白を量刑事由として承認するという考慮を推し進めていくと、やがては答弁取引を承認する方向に行き着くように思われる、としている(アルツト・前掲注(53)一三三頁)。

- (57) 捜査手続における検察と被疑者・弁護人との共同が法的に許容されることを主張するものとして、Schaefer, Kooperation im Ermittlungsverfahren, AnwBl 1998, 67 f. がある。Schaeferによれば、共同は、現行法上すでに刑法一五三条 a において設定され、また、略式命令手続においても部分的に予定されており、将来の改正の際には、共同的要素はより強く顧慮されるべきであるとする。なお、トーマス・ヴァイгент「被疑者取調べにおける自己決定の保護」(高田昭正訳)『現代社会と自己決定権——日独シンポジウム——』(一九九七年)一八六頁以下参照。

- (58) 光藤景皎「証拠調請求権の復権」石松竹雄判事退官記念『刑事裁判の復興』(一九九〇年)一三一頁以下、田淵浩二「ドイツ刑事訴訟法における『証拠調べ強制権』」庭山英雄先生古稀記念『民衆司法と刑事法学』(一九九九年)一四九頁以下、田淵浩二「訴訟遅延目的を理由とする証拠申請の却下——ドイツ刑事訴訟におけるその法理の生成」井戸田先生古稀記念『転換期の

刑事法学』(一九九九年)三九九頁以下参照。なお、司法の負担軽減の観点から、証拠申請権を制限するような刑事訴訟法改正の提案がなされている。

- (59) なお、刑事手続において個々の被疑者・被告人の自己決定を強調することは、国家権力の個々人への権利侵害を容易にし、権利の矮小化につながるのではないか、との見解も主張されているが、この問題については、理念的問題、法解釈問題および政策問題というそれぞれの観点からの分析が必要である。

- (60) この点につきたとえば、福島至「アレイメント制度採用の当否」刑事訴訟法の争点〔新版〕一七八頁以下は、捜査の実態、裁判の形骸化など日本の現状からみて誤判防止という課題に矛盾するとして、アレイメント制度導入の危険性を主張する。

- (61) アルツト・前掲注(53)一二九頁以下参照。

- (62) 五十嵐二葉「アレイメント制度の導入について」季刊刑事弁護二〇号(一九九九年)二三頁以下は、日本刑訴が陥っている「絶望的」といわれる現状を改善するためにアレイメント制度を導入すべきだとする。

- (63) 山名・前掲注(9)九七頁。