ドイツ刑事訴訟における合意制度の運用

田　口　守　一

1　はじめに
2　ドイツ刑事訴訟における合意制度の運用調査
(1)　2013年連邦憲法裁判所判例
(2)　インタビュー調査
3　ドイツ刑事訴訟における合意制度の運用
(1)　合意の現状
(2)　合意手続の関与者
(3)　合意事項
(4)　合意の構成要素としての自白
(5)　合意のための協議
(6)　協議記録の作成
(7)　協議記録の実例
4　むすび

1　はじめに

日本では，2016年（平成28年）５月24日，国会において「刑事訴訟法等の一部を改正する法律案」が可決成立した[1]。この法律案の刑事訴訟法改正案には，証拠収集等への協力及び訴追に関する合意制度（いわゆる捜査・公判協力型協議・合意制度）の創設が含まれている[2]。他方，ドイツでは，これに先んじて2009年５月28日に，いわゆる合意制度（Absprache）を認めた「刑事手続における申合せの規制に関する法律（Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren）」[3]が成立し，2009年８月４日から施行されている[4]。

1　「刑事訴訟法等の一部を改正する法律」は，2016年６月３日に公布された（平成28年法律第54号）。改正法のうち合意制度の施行期日は，公布の日から起算して２年を超えない範囲内において政令で定める日（2018年６月２日まで），とされている。

2　改正刑訴法第350条の２～第350条の15参照。

合意とは，被告人が，司法機関にとって利益となる供述等を提供することに対して，司法機関が被告人にとって利益となる一定の法効果を与えることで，双方が合意する制度である。その限りで，ドイツ法と日本法には共通項があるが，両制度には大きな違いもある。例えば，①合意の対象事件について，ドイツ法では特に限定はないのに対して，日本法では財政経済事件と薬物銃器事件に限られていること，②合意の対象となる事項に関して，ドイツ法は「自己の事件」を対象とし，日本法は「他人の事件」を対象とすること，③ドイツ法は被告人の自白を前提とするが，日本法はこれを前提としないこと，さらに，④合意の主体として，ドイツ法は「裁判官，被告人および検察官」の合意であるのに対して，日本法は「検察官および被疑者・被告人」の合意であるなどである。

両国の制度にはこのような大きな相違があるにもかかわらず，やや先行したドイツ法の運用実態は，これから施行を迎える日本法の解釈論や運用論にとっても示唆するところがあるように思われる。また，ドイツ合意法に関して合憲の判断を示した後述する2013年のドイツ連邦憲法裁判所の判例が，ドイツにおける合意制度に関する実務の運用を大きく規定するに至っている点

---

3 訳語については，Absprache は「合意」，Verständigung は「申合せ」とした。これまでの学説・実務は Absprache の言葉を使ってきたが，法律は Verständigung の言葉を採用した。Absprache と Verständigung の語義には大きな違いはないが，法文が Verständigung の語句を用いたので，ここでは条文上の合意を「申合せ」と訳しておく。

4 ドイツ法については，①ヘニング・ローゼナウ/田口守一訳「ドイツ刑事手続における合意」刑事法ジャーナル24号（2010年）41頁以下，②田口守一「合意手続に関するドイツ刑事訴訟法の改正」同『刑事訴訟の目的〔増補版〕』（2010年）323頁以下，③辻本典央「刑事手続における取引－ドイツにおける判決合意手続⑴～⑶完」近畿大学法学57巻２号（2009年）１頁以下，58巻１号（2010年）１頁以下，59巻１号（2011年）１頁以下，④池田公博「ドイツの刑事裁判と合意手続」刑事法ジャーナル22号（2010年）23頁以下，⑤滝沢誠「ドイツの刑事訴訟における合意について」専修ロージャーナル５号（2010年）159頁，⑥辻本典央「ドイツの判決合意手続に対する外在的評価」近畿大学法学60巻３＝４号（2013年）35頁以下（Vgl., Norio Tsujimoto, Eine inhaltliche Analyse der Verständigung im deutschen Strafprozess aus der Perspektive eines Außenstehenden, ZIS 12-2012, S. 612.）等参照。

も注目される。そこで，筆者は，2015年５月の段階，すなわち日本において合意制度を含む刑事訴訟法の改正案が2015年３月15日に国会に提出された段階で，今後の日本法の解釈・運用や将来のさらなる立法論にとってドイツにおける合意実務の比較法的調査には大きな意味があると考え，ドイツの実務家を対象としたインタビュー調査を試みた。本稿は，その調査結果を報告するものである。

2　ドイツ刑事訴訟における合意制度の運用調査

⑴　2013年連邦憲法裁判所判例[5]

2013年３月19日の連邦憲法裁判所の判例において，憲法との関係が包括的に検討された[6]。その論点は多岐にわたり，いつ早く本判例を日本に紹介されたローゼナウ教授によれば，総論的に「法治国原理」，「公正な公判原則」，「責任主義」が問題となり，合意手続の憲法的審査に当たって個別に考慮すべき論点として，①職権主義，②責任に適合した刑罰の原則（刑法第46条），③自己負罪拒否特権の原則（nemo tenetur-Grundsatz），④公正な公判の原則（ヨーロッパ人権条約第６条第１項第１文），⑤公開性の原則（裁判所構成法第169条第１文），⑥自由な証拠評価の原則（刑訴法第261条），⑦刑事司法の機能性，⑧迅速裁判の原則および被害者保護関係および⑨衝突する訴訟原理の調整，といった幅広い論点を指摘された[7]。

5　連邦憲法裁判所の判例については，以下の日本語文献参照。とくに，①加藤克佳＝辻本典央訳「ドイツ刑事訴訟法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（2013年）201頁以下は，判決の全文を訳出した労作である。また，②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－」『曽根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（2014年）377頁以下は，合意制度の包括的な研究論文であり，③辻本典央「ドイツの司法取引と日本の協議・合意制度」法律時報88巻４号（2016年）61頁以下は，最新の情報を提供する。なお，④ヘニング・ローゼナウ/田口守一訳「ドイツにおける答弁取引（いわゆる申合せ）と憲法」早稲田大学比較法学47巻３号（2014年）139頁以下も参照。

6　BVerfGE 133, 168.

7　前注５・④ローゼナウ/田口訳147頁以下参照。

これに対して，ボイルケ教授とシュトッファー助手は，憲法裁判所判例の実務に及ぼす影響として，以下の 6 点を指摘された[8]。すなわち，①合意においても刑訴法第244条第 2 項が無制限に妥当すること，②とくに重大な犯罪については，合意において刑罰の枠の変動がなされてはならないこと，③いわゆる「全体的解決（Gesamtlösung）」は許されないこと，すなわち，他の手続を，とくに検察官の管轄に属する捜査手続を刑訴法第154条第 1 項により手続中止とするとする検察官の約束という形で，刑訴法第257c 条の合意の協議に含めることは許されないこと，④合意手続（刑訴法第243条第 4 項，第257c 条第 5 項，第273条第 1 a 項）において法律上定められた透明性と文書化の義務は，法規制の核心を保護するメカニズムであること，⑤法律で規制された合意の概念の外側にあるいわゆる非公式合意は不適法であること，および⑥検察庁と裁判所が，刑訴法第202a 条，第212条，第257b 条により，刑訴法第257c 条の適法な合意の準備に有益である限りにおいて，手続のすべての段階において協議することは，従前と同じく許容されること，である。この分析は，今回のインタビュー調査に当たっても有益なものであり，とりわけ上記のうち①③④⑤の 4 点は後述するインタビュー質問表にも反映されている。

⑵ インタビュー調査[9]

1）今回のインタビューの目的は，とりわけ2013年憲法裁判所判例を受けたその後の合意手続の実務に関する可能な限り具体的な情報を集めることにある。そこで，事前にインタビュー対象者に質問表を送付しておき，実務の情報提供をお願いするという方法でインタビュー調査を実施することとした。

---

[8] Vgl., Werner Beulke und Hannah Stoffer, Bewährung für den Deal? – Konsequenzen des BverfG-Urteils vom 19. März 2013 für die Verständigungspraxis in deutschen Gerichtssälen-, JZ 13/2013, 662, 672f.. ボイルケ教授（パッサウ大学）は弁護士としても活躍されており，シュトッファー助手はボイルケ弁護士事務所の学術助手である。

2）インタビュー調査をできる限り客観的な調査とするために，裁判官，検察官，弁護士の法曹三者に対してインタビューを行うこととした。その対象者とインタビューの日時・場所は以下の通りである。

①裁判官として，アウクスブルグ地方裁判所のナターレ裁判長（Vorsitzender Richter am Landgericht Augsburg Wolfgang Natale）に対して，2015年５月13日，アウクスブルグ地裁においてインタビューを実施した。②検察官として，フライブルグ地方検察庁のホフマン検察官（Staatsanwalt Klaus Hoffmann, Staatsanwaltschaft Freiburg i. Brsg.）に対して，2015年５月６日，フライブルグ地方検察庁においてインタビューを実施した。③弁護士として，ミュンヘンの弁護士であるライトナー教授（Rechtsanwalt, Prof. Dr. Werner Leitner）に対して，2015年５月14日，アウクスブルグ大学法学部において，インタビューを実施した。

3）インタビュー質問表の作成に当たっては，憲法裁判所の判決が，「当裁判所は，鑑定人としてアルテンハイン教授（Prof. Altenhain）（デュッセルドルフ大学）に，刑事手続における合意実務に関する抽出的な実証研究の実施を依頼した。鑑定人は，この目的のために，2012年４月17日から８月24日の間に，全部で190人（内訳として，参審裁判所の刑事裁判官または裁判長は117人，刑事部の裁判長は73人）の刑事事件に係ったノルトライン・ヴェストファーレン州の裁判官に質問を行った。これとならんで，そのチェック・グループとして，68人の検察官，76人の刑事専門弁護士にも質問を行った。」[10]として，アルテンハイン教授の調査結果を前提に検討を進めて

9 今回のインタビュー調査に当たっては，フライブルグ検察庁については，マックス・プランク外国刑法国際刑法研究所のジーバー所長（Rof. Dr. Dr.malt. Ulrich Sieber）およびヨハンナ・リンシアヌ博士（Dr. Johanna Rinceanu）の助力を得た。また，アウクスブルグ地方裁判所および弁護士については，前アウクスブルグ大学教授のヨアヒム・ヘルマン教授（Prof. Dr. Joachim Herrmann）および前アウクスブルグ大学教授（現ハレ大学教授）ヘニング・ロゼナウ教授（Prof. Dr. Henning Rosenau）の助力を得た。とりわけ，ローゼナウ教授には質問表の表現についても助言をいただいた。これらの方々のご協力に深く感謝する。

いる[11]。そこで，本インタビュー調査においても，合意実務のてがかりとして判例に引用されたアルテンハイン調査を質問表の資料とした。

4）今回試みたのは裁判官，検察官，弁護士各1名のインタビュー調査である。したがって，このインタビュー調査からこれらの州全体における合意実務としてただちに一般化はできないであろうし，いわんやドイツ全体の合意実務を示すものでもない。しかし，これらのインタビュー回答者は，当該地域の実務を客観的に回答してくれたと思われるので，その限りで一定の客観性は保たれていると考えている。

3　ドイツ刑事訴訟における合意制度の運用

以下，インタビュー調査結果の報告に当たっては，基本的に次の4段階の構成とする。①最初に，インタビュー対象者に事前に送った質問（【質問1】～【質問6】）を囲み線で示す。質問中のアルテンハイン教授の調査結果は，憲法裁判所判決に引用されたものを前提としている。②つぎに，当該質問に関連するドイツ刑事訴訟法の条文を【参考条文】として示す。③つぎに，【インタビュー回答】を示す。回答者は，ナターレ裁判長は「N裁判長」，ホフマン検察官は「H検察官」そしてライトナー弁護士は「R弁護士」と表記する。なお，インタビューでは，具体的事件に関して固有名詞も出てくることを考慮して録音なしで行われた。したがって，回答内容は筆者のメモに基づくものであり，文責は筆者にある。④最後に，インタビュー回答に関する若干の筆者の【コメント】を加える。

10　BverfGE,133, 168, Rn.48.　前掲注5・①加藤＝辻本訳229頁。

11　BverfG. 133, 168, Rn.49. Vgl., Karsten Altenhain/ Frank Dietmeiyer/ Markus May, Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren, Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften 120, 2013.

⑴ 合意の現状

【質問１】

⑴ 連邦憲法裁判所の判例において引用されたアルテンハイン教授の調査によると，区裁判所の刑事手続の17.9%，地裁の刑事手続で23%が合意によって終了している（2011年）。あなたの管轄の市または州における合意手続の割合はどうですか。これに関する統計資料はありますか。罪種別統計はありますか。

⑵ 裁判所が合意から離脱（刑訴法第257c 条第４項）した事案はありますか。あるとするとどのような事案ですか。

【参考条文】

刑訴法第257c 条〔裁判所と手続関与者との申合せ（Verständigung）〕

① 裁判所は，適当な事案において，手続関与者と，次項以下の基準にしたがって，手続の進行（Fortgang）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項の規定の効力には影響を及ぼさない。

② 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及び手続関与者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る。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。

③ 裁判所は，申合せを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，事件の全ての事情及び一般的な量刑考慮に関する自由な評価に基づき，量刑の上限及び下限を示すことができる。手続関与者は，態度決定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（zustimmen）したときに成立する。

④ 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抱くに至ったときは，消滅（entfallen）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。

⑤　被告人は，裁判所が第４項により約束した結果から離脱する場合の要件および効果について，教示されなければならない。

【インタビュー回答】

⑴　統計資料

N 裁判長：　合意に関する統計はない。また，罪種別の統計もない。ケース・バイ・ケースでやってきた。合意手続は，50％かまたはそれ以上の事件について行われている。

H 検察官：　合意についての統計はない。むろん合意はなされているが，裁判官もその件数は推測するしかないのではないか。合意は，大きな複雑な事件で，被告人も多数で，弁護人の数も多い事件で行われやすい。私はこれまでの４年間，薬物および組織犯罪の事件に関わってきたが，例えば，３人の被告人がヨーロッパ中で多くの薬物と車の販売に関わってきた事件があったが，電話傍受だけで30巻の書類の束となった。弁護側も１年かけて裁判するよりも，２～３ヶ月で終わらせたかったので合意が成立した。ただ，アルテンハイン教授の統計は，一般化はできないのではないか。少なくとも区裁判所の18％弱というと５件に１件となるが，この数字は高すぎると思う。

R 弁護士：　合意に関する統計はない。アルテンハイン教授の調査は，あくまでノルトライン・ウエストファーレン州に関するものである。

⑵　合意からの離脱

N 裁判長： 刑訴法257c 条 4 項による合意の離脱は，理論的にはありうるが，経験したことはない。問題となるのは第 5 項の教示義務である。量刑合意をしたものの，被告人が公判で，合意を強制されたと主張したとき，第 5 項の教示義務が十分に果たされていないとして合意の拘束力が消滅することはありうる。

H 検察官： 合意の破棄は，被告人と弁護人で意見の違いがある場合には，ありうるだろう。〔被告人が窃盗 3 件を自白して合意が成立したが，公判で10件の窃盗事実が判明した場合，裁判官が合意を取り消すことはありうるかとの質問に対して〕それはありうるだろう[12]。

R 弁護士： 第257c 条第 4 項の合意の破棄に関する連邦通常裁判所の判例として BGHSt 57, 273 がある〔後述コメント参照〕。なお，教示義務違反を主張した例として，通常裁判の場合は，判決宣告の直後に上訴権放棄で判決を確定させることができる。これに対して，合意に基づく判決の場合は，―上訴権の放棄はできないので― 上訴期間の経過を待って確定することになる。これを前提として，少年殺害事件で，合意に基づき20年の自由刑が確定した。つまり，この段階では，合意を有効として20年の刑 ―無期刑ではない― につき上訴しないで判決を確定させる。それから 9 ヶ月後に，「非公式合意があった」として再審請求して，判決破棄となった事案があった。判決確定後に選任された弁護人が法的知識を駆使した巧妙な事件であった。

【コメント】

(1) 合意の統計に関する質問は，憲法裁判所判決に引用されたアルテンハ

12 刑訴法第154a 条により，一罪の一部の起訴は有効であるから，これに基づく合意もあり得るが，それが記録に残されていない場合にはいわゆる「非公式合意」とみなされて違法判断を受けることとなろう。

イン調査に基づくものであった。アルテンハイン教授の調査は，裁判所の鑑定人として特別に調査したものであり，一般的には合意に基づく判決の割合に関する統計は取られていないようである。ただ，N裁判長は「50％かまたはそれ以上」と回答されている。これはアルテンハイン教授の調査よりはるかに高い数値であるが，少なくとも本調査時点でのバイエルン州の現状を窺い知ることができよう。

なお，どのような事案について合意手続が進められるかとの質問に対する回答は，第257c条第1項では「適当な事案において（in geeigneten Fällen）」としか規定されていないので，N裁判長の言われる通り，「ケース・バイ・ケース」で判断するとしか言えないようである。ただ，H検察官が，多少立ち入って「大きな複雑な事件で，被告人も多数で，弁護人の数も多い事件」とされたのが参考になるし，具体的には，後述の【質問2】に対するN裁判長の回答にあるように，薬物犯罪や租税犯罪などが多いものと思われる。後述するように（「⑹協議書面の作成」の項参照），複雑な経済事犯は合意の対象となる可能性が多いようである。

⑵ 合意からの離脱の現状に関する質問は，合意の拘束力の程度を知るための資料を得るためのものであったが，予想どおり，離脱を経験した方は居なかったし，そのような事案の紹介もなかった。ただ，R弁護士が言及した2012年6月21日の連邦通常裁判所の判例（BGHSt 57, 273）は，第257c条第4項第1文に言う，判断の事実上のまたは法律上の根拠に変更があった場合，および同第2文に言う，被告人の予告した訴訟態度に関する事実上の逸脱という法文の要件を確認した判例である（Vgl., Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., 2016, S. 1166f., Rn. 26, 27）。

⑵ 合意手続の関与者

【質問2】

⑴ 合意の成立のために，弁護人の同意は法律上は必要ないとされて

いますが，事実上も弁護人の同意を求めないことがありますか。

⑵ 裁判官と被疑者との合意に関する協議または裁判官と検察官との合意に関する協議に，弁護人は参加できますか。その際，弁護人に捜査書類は開示されますか。

【参考条文】

刑訴法第257c条〔裁判所と手続関与者との申合せ〕第３項第３文（前掲）

同第147条〔弁護人の記録閲覧権，証拠物の観察権〕

① 弁護人は，裁判所に存する記録又は公訴提起の際に裁判所に提出されることになる記録を閲覧し，また，職務上保管されている証拠物を観察することができる。

② 〔検察官によって〕捜査の終結が記録に記載される以前においては，記録等の閲覧が捜査の目的を阻害するおそれがあるときは，検察官は，弁護人に対し，記録若しくはその一部の閲覧又は職務上保管されている証拠物の観察を拒絶することができる。第１文の条件が存在し，被疑者が勾留されているとき，又は仮拘束の場合に勾留が申し立てられているときは，弁護人に対し，自由剥奪の合法性を判断するために重要な情報は，適切な方法で，提供しなければならない。その限りで，通常は，文書の閲覧が保障される。〔第２文は，2010年改正で追加された。〕

③ 被疑者の尋問を録取した書面，裁判官の審問行為であって弁護人の立会いを許したもの又は許すべきであったものの結果を録取した書面，及び鑑定人が鑑定意見を記載した書面は，手続のどの段階においても，弁護人に対し閲覧を拒絶することはできない。

（④～⑦ 省略）

【インタビュー回答】

⑴ 弁護人の関与

N裁判長： 合意手続は，弁護人からの申し出が多い。中間手続

（Zwischenverfahren）において，弁護人が事前に検察官と打ち合わせをして，合意の申し出をする。罪種としては，薬物犯罪や租税犯罪について多い。故殺（Totschlag）もある（なお，謀殺（Mord）は無期刑であるから取引の余地はなく，合意はない）。

H 検察官：　法律規定にかかわらず，実務では弁護人を無視することはありえない。取引の判断は弁護人が行うから，弁護人の同意のない合意はありえない。弁護人は，合意協議には常に同席する。検察官は，公訴提起前に一件書類を弁護人に送付する。

H 検察官：　合意のための協議の場所は検察庁のこともあるし，弁護人の事務所に一件書類を送付することもある。大規模事件では，その CD を送ることもある。

R 弁護士：　協議は法廷の裏にある評議室（Beratungszimmer）で行われるが，被告人は法廷に残ったままである。評議室では，裁判長，２人の陪席裁判官，２人の参審員，検察官および弁護人が出席して行われる。したがって，弁護人の評議への参加は「できるか」ではなく，「しなければならない」なのである。

評議の結果（合意）は，法廷で裁判長から告知される。評議室での評議の内容は秘密であるから，協議・合意の透明性のために，傍聴人に対して，そして，被告人に対して協議・合意の内容を告知するのである。例えば，検察官が10年を要求し，弁護人が２年を主張し，裁判官が ―合意がなければ８年の可能性があるところ― ５年でどうかと提案し，それで合意が成立した場合に，弁護人が被告人にその内容を告知すると，被告人としては５年では重過ぎるとして不満が残り，弁護人を解任するかもしれない。この点，裁判長から上記の経過と結論を説明して５年の刑を告知すれば，被告人としても納得するだろう。裁判長による告知には，被告人の納得，公衆への透明性など多

様な機能がある。〔筆者注：この事例はあくまで説明のための事例であって，後述するように，量刑合意にあたって，刑の上限と下限を提示することのみが許容されるのであって，特定の刑期を提示することは許されない。〕〔なお，合意事項との関連で裁判官が刑の上限と下限を約束する場合に，宣告刑は上限となることが多いかとの関連質問に対して〕宣告刑の90％は上限である。

⑵ 証拠開示

R 弁護士： 身柄拘束事件の場合，検察官は一件書類を裁判官に提出するから，その時点で弁護人は一件書類の全てを見ることができる。身柄拘束のない場合は，検察官が捜査終了とした時点で証拠を開示することになる。しかし，その時期は弁護人には分からないので，弁護人としては何度も検察官に確認することになる。ある弁護士の経験では，税法違反事件で証拠閲覧までに2年かかった事案があったとのことである。

【コメント】

⑴ 刑訴法第257c 条第 3 項第 3 文は，「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。」として，申合せの成立要件に「弁護人の同意」を掲げていない。他方で，同第 1 項第 1 文は「裁判所は，適当な事案において，手続関与者と，次項以下の基準にしたがって，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。」として，「手続関与者（Verfahrensbeteiligten）」との申合せを規定していることから，合意実務の現状について確認的な質問をした。弁護人も「手続関与者」であるから申合せに参加することができることには解釈論上も問題はないであろう。

他方で，申合せの成立要件には弁護人の同意は含まれない。むしろ，文理的には，被告人の同意がなければ申合せは成立しない。この点は，評議室での同意は弁護人が行っているが，これは弁護人の包括的代理権に基づくもの

と思われる。しかし，被告人の同意が得られないときは，当然合意は成立しないことになろう。なお，R 弁護士のインタビュー回答に関連した質疑応答の中で，同弁護士は「被疑者は弁護人のいうことよりも裁判官の言うことを信用する。」とも述べていた。これによって推測すると，裁判長から申合せの成立について法廷において告知があると，弁護人が被疑者にこれでよいかを確認する実務も多いのかもしれない。

なお，R 弁護士のインタビュー回答の中に，「裁判長による告知には，被告人の納得，公衆への透明性など多様な機能がある。」との説明があるが，この中で，「公衆への透明性」の問題も重要である。この点については，後述「(6) 協議書面の作成」の項参照。

(2) 協議の場所について，H 検察官のインタビュー回答では「検察庁」とされ，R 弁護士の回答では，法廷裏の「評議室」となっている。後述するように（「(5) 合意のための協議」の項参照），検察官が弁護人と協議する場合（刑訴法第160b 条）には，検察庁で行われる場合もあるのに対して，裁判所が弁護人等と合意の成立をめぐって協議する場合（同第257条）には，公判開始後に行われるのであるから，裁判所の評議室ということになるものと思われる。

(3) 刑訴法第147条第 2 項第 1 文から，検察官が「捜査の終結」をした以後は，弁護人に対して記録閲覧または証拠物の観察を拒絶することはできない。同第 2 文が勾留被疑者に関する条文であることから，第 1 文はいわゆる在宅事件に関する規定となろう。経済犯罪関係では在宅事件も多いものと思われるが，この場合は「捜査の終結」以降に合意の検討が開始されることになると思われる。

なお，R 弁護士によると，身柄事件については起訴前勾留期間が 1 年間というのは普通ということであった。したがって，起訴前に検察官と弁護人が事件処理をめぐって協議する機会は多くなると思われる。加えて，上記のように捜査段階の証拠開示が認められていることから，いわゆる身柄事件についても合意をめぐって検察官と弁護人の話し合いがなされるという実務があ

るものと思われる[13]。

⑶ 合意事項

【質問３】

⑴ アルテンハイン教授は，もっとも多い合意の内容は，手続の打切りないし制限（刑訴法第154条，第154a 条）であると言っているが，あなたが経験した事案における合意事項は何でしたか。量刑に関する合意以外の合意として，どのような合意がありましたか。

⑵ アルテンハイン教授は，刑訴法第257c 条２項により明文で排除された内容（例えば罪責認定）が合意に含められている場合があると言っているが，例えば，包括一罪の一部につき有罪自認を条件にして，その他の部分を起訴しないという合意はこれに反しませんか。また，証拠調べ申請の大部分を放棄するような合意の事案はありますか。

【参考条文】

刑訴法第154条〔数個の行為の部分的手続中止〕

① 検察官は，次の各号の場合には，公訴を提起しないことができる。

１．その罪の訴追により科せられるべき刑又は改善保安処分が，当該被疑者に対し，別の罪のため既に確定判決により言い渡され，又は言い渡される見込みの刑又は改善保安処分に比して重要でないと考えられるとき。

２．前号の場合のほか，その罪に対する判決が適切な期間内になされることが期待できず，かつ，当該被疑者に対し，別の罪のため既に確定判決により言い渡され，又は言い渡される見込みの刑又は改善保安処分が

13 この点，日本法では，起訴前勾留期間が20日間であり，かつ，捜査段階での証拠開示が認められないことから，検察官と弁護人が身柄事件につき，とくに捜査段階から，合意を目指して協議を重ねるには多くの支障があるように思われる。

本人に対する効果及び法秩序維持の上で十分なものと考えられるとき。

② 公訴が提起された後は，裁判所は，検察官の申立てにより，手続のどの段階においても，手続を仮に打ち切ることができる。[14]

（③～⑤ 省略）

同第154a条〔訴追の制限〕

① 検察官は，１個の罪の可分的な一部，又は１個の行為によって数個の罪名に触れる場合のその一部が次の各号の一に当たると認めるときは，罪のその余の部分又はその余の罪名に限定して訴追することができる。この限定は，記録上明らかにしなければならない。

１．これにつき見込まれる刑又は改善保安処分が重要でないとき。

２．当該被疑者に対し，別の罪のため既に確定判決により言い渡され，又は言い渡される見込みの刑又は改善保安処分に比して重要でないとき。

② 起訴状が提出された後は，裁判所は，手続のどの段階においても，検察官の同意を得て，前項の限定を加えることができる。

（③ 省略）

【インタビュー回答】

(1) 不起訴合意

H検察官： 起訴する事件を事案の一部に限定することはある。

(2) 罪責合意の禁止

H検察官： 罪責合意は禁止されているので，殺人未遂と傷害が問題となる事案につき，傷害で合意することは許されない。〔傷害での合意はありえないとして，人の下腹部をナイフで刺した事案で，検察官が傷害で起訴したが，裁判官がこれを殺人未遂と認定することはありうるかとの関連質問に対して〕理論的にはあ

14 刑訴法第154条および第154a条の訳文は，法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』（法曹会）による。ただし，項数の表記は一部修正した。

りうるが，そういうケースは聞いたことがない。実際はむしろ逆で，検察官が殺人未遂で起訴した場合に裁判官が傷害と認定するケースは多い。検察官は判断に迷った場合には重い方で起訴するからである。このような場合，傷害で合意することは私の検察官としての職業倫理が許さない。ナイフで下腹部を刺すという行為は，生命に危険を及ぼす行為であるから，そのような行為について軽い傷害で合意することはありえない。

〔さらに，別の例で，10件のうち３件のみ起訴して，残りは起訴しないという合意はありうるかとの関連質問に対して〕例えば，10件のうち３件のみを起訴することはありうる。しかし，以前は10件につき３件のみ起訴する合意もありえたが，2013年憲法裁判所判例が「全体的解決」を禁じたので，合意の拘束力は３件についてのみ生ずることになる。したがって，検察官が残りの７件を後に起訴することも合意違反にはならない。それゆえ，被告人・弁護人としては，このような一部起訴ではリスクを負うことになる。ある薬物事件で，被告人は４件につき起訴されたが，被告人側は「全体的解決」を望んだ。しかし，それは2013年判例の後であったので，今後はそのような合意はできなくなったと返答した。

N 裁判長：　〔上記と同趣旨の関連質問に対して〕同一被告人の複数事件の場合，例えば，10件のうち５件を刑訴法第154条により不起訴とする約束の下で，他の５件と合わせて合計10件の自白があった場合に，５件のみを起訴して量刑合意をすることはありうる[15]。

R 弁護士：　〔上記と同趣旨の関連質問に対して〕この場合，合意はあくまで起訴された５件についてのみ可能である。裁判官は起訴されなかった５件のことは知らないからである。したがって，不起訴約束の対象となった５件は公式合意の対象ではないから，

この５件を後に起訴しても違法ではないことになる。理論的にはこのようになるが，実務は信頼に基づいているので，検察官がそのような起訴をすることはあり得ない。〔10件の窃盗が包括一罪の場合はどうなるかとの関連質問に対して〕以前はそのような一罪が認められたが，今日では各罪はそれぞれ一罪である。慣習犯罪という概念も昔はあったが，今日ではマスコミ用語でしかない。連続したスリ（Taschendiebstahl）も各行為が一罪である。

【コメント】

⑴　合意の多くは量刑合意と思われるので，量刑合意については質問しなかった。そこで，アルテンハイン教授の指摘もあるので，量刑合意以外の合意事項の経験について質問した。ただ，量刑合意にも問題はある。合意した場合の量刑と合意しなかった場合の量刑の落差が余りに大きい場合の自白が問題となる。いわゆる「制裁の較差（Sanktionsschere）」と呼ばれる論点である。ボイルケ教授によると，例えば，合意がなければ７年～８年の自由刑のところ，合意があれば3.5年の自由刑とするなどは被疑者を脅迫する（drohen）ことになるとする[16]。この場合の自白は刑訴法第136a 条〔禁止される尋問方法〕にいう「被疑者の意思決定及び意思活動の自由」の侵害として，自白の証明力ではなく，その証拠能力が問題となろう。

⑵　刑訴法第257c 条２項第１文が合意事項として認めているのは，①「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」，②「基礎と

15　回答の趣旨がやや明確でないが，不起訴となった５件を考慮にいれた合意は「非公式合意」となって違法であるから，あくまで起訴された５件についての量刑合意と解するべきであろうか。ただ，不起訴となった５件の存在が明らかになればやはり非公式合意の評価は免れないように思われる。

16　Vgl., Werner Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl., 2016. Rn.395a. なお，Sanktionsschere を直訳すれば「制裁の鋏」となるが，合意の有無による制裁の余りに大きな落差を人を脅迫するするどい鋏に喩えたものであろう。

なる事実認定手続におけるその他の手続上の処分」および③「手続関与者の訴訟上の態度」の３つである。①は量刑合意であるから，ここでの質問は②および③の具体例についてである。②の「手続上の処分」には，例えば，刑訴法第154条第２項の手続の一部中止処分，第154a 条第２項の訴追制限，当事者の証拠申請に関する決定，さらには未決勾留の延長（刑訴法第268b 条）に関する判断も含まれる[17]。注意すべきことは，ここでは刑訴法第154条第１項（検察官による手続の一部中止処分）や同第154a 条第１項（検察官による訴追制限）などは含まれていないことである。すなわち，ドイツ法の合意制度はあくまで裁判所と当事者との合意であるから，合意事項は裁判所の権限に含まれる事項でなければならないからである。

⑶ 包括的一罪の問題に関連して，数個の罪の一部を不起訴とする合意につての質問に対する H 検察官，N 裁判長および R 弁護士の回答を比較してみると，第１に，このような合意は ―アルテンハイン教授の調査報告と同じく― 実務上ありうること，しかし，第２に，ただし合意としての拘束力は起訴された部分にのみ生ずること，が明らかとなる。この問題は，つぎの「全体的解決」禁止の問題と連動している。

⑷ 2013 年憲法裁判所判決は，事件のいわゆる「全体的解決（Gesamtlösung）」が禁止されることを明言し，「検察官が，係属中の別の捜査手続を ―例えば，刑訴法第154条第１項により― 打ち切ることを約束した場合，その約束は，拘束力または保護されるべき信頼を与えうるものではない。･･･刑訴法第257c 条第１項および第２項の文言からは，申合せはもっぱら『基礎となる認定手続』にのみ関係づけることが許される。つまり，他の手続を取り込んだいわゆる『全体的解決』や，裁判所に権限のない約束は許されない･･･。このような理解のみが，申合せを透明化し規制可能にしようとする立法目的に合致する」（BverfGE, 133, 168, Rn. 79）とした。したがって，いわゆる「非公式合意（informelle Absprache）」は許されな

17 Vgl., Beulke,a.a.O., Rn.395a.

いことになる。いわゆる「紳士協定（Gentleman's agreement）」は合意の問題ではない（Rn. 75）。この理解からすると，不起訴とされた罪には合意の拘束力は及ばないので，理論上は，検察官がこの部分を後に起訴することも可能となるが，「実務は信頼に基づいているので，検察官がそのような起訴をすることはあり得ない。」（R 弁護士）ということであろう[18]。

⑷ 合意の構成要素としての自白

【質問 4 】

⑴ アルテンハイン教授は，合意に基づいて提供された自白の信用性を常に審査しているのは，裁判官の61.7％であり，38.3％は，常にではなく，しばしば，まれにあるいはまったく審査していないとしている。あなたの取り扱った事案で，自白について証拠調べをした事案および証拠調べをしなかった事案として，どのような事案がありますか。

⑵ 訴訟関係人が証拠申請を放棄する合意をした場合で，裁判官が，捜査書類および被告人の自白から十分な確信を抱いたときであっても，参審員のために証拠調べを実施した事案はありますか。

⑶ いわゆる「形式的自白（Formalgeständnis）」について証拠調べがなされた事案はありますか。被告人が証拠調べ申請を放棄した場合で，形式的自白についての証拠調べをした事案はありますか。裁判官が自白の吟味をしない場合でも，刑訴法第244条第 2 項の職権証拠調べ義務を果たしたことになりますか。

⑷ 合意の構成要素としての被告人の自白の中に，共犯事件で，被告人以外の共犯者の犯行部分に関する供述が含まれている場合，その共犯者の公判手続で被告人に関する合意手続はどのように評価されるでしょ

18 ちなみに，日本法の合意制度は裁判所を拘束するものではなく，あくまで当事者間の拘束力の問題であるが，当事者が合意事項に違反した場合には合意からの離脱が法律上問題となる（改正刑訴法第350条の10参照）。

うか。

【参考条文】

刑訴法第244条〔証拠調べ，職権探知主義等〕

② 裁判所は，真実を発見するため，職権で，裁判をするのに意義を有するすべての事実及び証拠について，証拠調べを及ぼさなければならない。

（①，③～⑥ 省略）

【インタビュー回答】

⑴ 自白の吟味

N 裁判長： 自白が信用できないという経験は少ない。アウクスブルグにおける経済犯罪の例として，被告人多数の複雑な事案であったが，社員である被告人の自白に社長の犯罪が含まれていた。社員は，100万ユーロを受領して，半分を自分に，半分を社長に渡したと自白した。この場合，社員を100万ユーロで起訴するか，50万ユーロで起訴するかの可能性があるが，自白が信用できるかどうかが問題となったことがある。

H 検察官： アルテンハイン教授は，自白の吟味をしないことがあるとの統計を出しているが，2013年憲法裁判所判例により職権証拠調べが必要となったから，今後は吟味をしないことはありえないこととなった。

R 弁護士： 裁判長の中でも，全ての証拠を見て判断したいという裁判官と，合意に基づく事実認定を比較的簡単に認める裁判官とがある。しかし，例えば児童に対する性的虐待事件につき，被告人は，被害者を一定範囲に絞る条件で上限10年の自由刑で合意した事案があったが，裁判官の中にはすべての被害者について審理すべきであるとの主張もあった。この点，訴訟経済というこ

ともあり，私としては，裁判官としては10年の自由刑で満足してよい事案であったと思う。

⑵　参審員との関係

N 裁判長：　協議の前に30分ほど，参審員に対してこれまでの協議の経過と合意の内容について説明することにしている。

H 検察官：　公判における合意の成立には，裁判体の参審員も参加しているから当然参審員も合意に参加している。したがって，参審員のために証拠調べをするようなことはない。

⑶　形式的自白

N 裁判長：　形式的自白については，①自白の実質を吟味する必要がある。一括自白（pauschales Geständnis）では不十分である。②被告人には黙秘権がある。③複雑な事案については，自白のほかに証人の証言，文書などの証拠が必要となる，④例えば，古典的な例であるが，詐欺罪につき自白の中核は被害者を錯誤に陥らせたことにあるが，被害者が金持ちの場合と年金生活者の場合とで詐取金額1000ユーロの意味も異なってくるのであるから，被害者の証言がなければ例えば刑を２年６月～３年とするといった量刑合意も成立しえないことになる。形式的自白だけの場合には合意は難しい。

H 検察官：　2013年判例の後は，形式的自白はほとんど行われていない。非常に明確な自白であればありうるが，その場合でも，検察官は被告人に質問し，これに対する被告人の答弁を用いることになる。

⑷　共犯事件を含む合意

H 検察官：　〔被告人が共犯者の行為についても自白して合意を成立させ，その自白自体は共犯者事件の公判では直接主義から原則的には使えないから，被告人が当該共犯者の公判で証言することになろうが〕共犯者事件の弁護人は，証人の証言は取引による

ものであるから信用できないと主張するであろう。この場合，裁判官は証人の証言〔共犯者の自白〕の証拠価値を低く評価するだろう。しかし，弁護人の反対尋問にもかかわらず，裁判官がその証言の信用性を認める ―むろん注意深い吟味を経て― ことはありうるし，現実にそのような事例もある。

〔被告人A（証人）による共犯者Bの公判での証言は，どのように評価されるかとの質問に対して〕Aの自白だけでBの罪を認定することはない。他の証人や物的証拠の裏づけが必要となる。薬物犯罪であれば，2～3人の警察官の証言，傷害事件であれば被害者の供述などであろう。

R弁護士：〔上記と同趣旨の質問に対して〕被告人Aが，全面自白をして量刑合意をしている場合，Bの弁護人は，Aの証言は合意に基づくか故に信用できないと主張するだろう。

【コメント】

(1) 自白の吟味に関する質問に対する回答は，2013年憲法裁判所判例を前提としている。そこで，2013年判例の職権調査義務についての判示を確認しておくと，以下のようである。

判旨は，合意手続においても刑訴法第244条第2項〔職権調査義務〕の規定が妥当するのであって，当事者による処分権主義は妥当しないとして，以下のように述べる（BverfGE, 133, 168, Rn. 65）。「申合せ法（Verständigungsgesetz）は，その文言および規範構造に表された立法者の客観的な意思によって規定されている(a)。新たな『同意による（konsensual）』手続モデルを創設したのではない。立法者が許可した申合せは，実体的真実の探求および適切かつ責任に応じた刑の発見を義務とする刑事手続を維持するという目的をもって，現行刑事訴訟法システムに組み込まれたものである。立法者が明文をもって明らかにしたことは，合意それ自体を判決の唯一の基礎とすることはできず，裁判所は今後も刑訴法第244条第2項に

示された職権解明義務に拘束され，法的評価は合意関与者の処分（Disposition）に委ねられるべきものではないことである(b)。申合せ法は，刑事手続における合意の許容性を完結的に規定しているのであって，これにより，申合せに際して，控えめに「非公式の」ものといわれるやり方は禁止される(c)。立法者は，その規定の趣旨から，特別の保護装置を定めた。これは，申合せに至る事象の完全な透明性（Transparenz）および文書化（Dokumentation）を求め，かくして ―立法者が必要と考えた― 公衆，検察庁および上訴裁判所による申合せ事象の包括的な規制が可能となる(d)。最後に，法律は，申合せの拘束力が制限される場合があることを定めて，裁判所の中立性を保障し，この制限があることを被告人に教示することを義務づけることで，被告人の利害関係を保護している(e)。」

この(a)～(e)の判示事項が，本判例の核心をなす。(a)は，合意手続の解釈は法規定が判断基準となること，(b)は，刑訴法の職権調査義務規定から当事者の処分権は認められないこと，したがって，事実認定はあくまで裁判所の「確信（Überzeugung）」が前提となり，換言すれば「申合せは，決してそれ自体として判決の基礎となりうるものではなく，今後も唯一かつ決定的に，裁判所が認定する事実関係についての裁判所の ―十分根拠のある― 確信が基準となる。」（Rn. 68）のである。さらに，この観点からは，内容のない自白では確信は形成されないから，自白はその正しさについて吟味されるべきであり，「内容が空虚な単なる形式的な自白（Formalgeständnis）―特に，事実関係に関する質問に対する答弁が拒否された場合― または自白ということすらできないような起訴に反論しないと陳述しただけでは，裁判官の確信形成の十分な根拠とはなりえない。」（Rn. 69）とされる。(c)は非公式合意は禁止されること，(d)は手続の透明性と文書化が合意制度の基盤であること，(e)は被告人への教示義務が重要であること，を示している。

なお，この点で，興味深いのはＲ弁護士の回答である。裁判官の中にも，職権取調べに熱心な人とむしろ合意による事実認定を簡単に受け入れる人がいるとされる。裁判官の「確信」の合理性という ―普遍的な― 問題は，ど

この国にもある問題なのであろう[19]。

⑵ 参審員は，裁判前に捜査書類を閲覧することはできない。そこで，裁判官が捜査書類を見たうえで合意手続を進めた場合でも，参審員がこれを素直に受け入れるだろうかという質問をしたが，Ｎ裁判長とＨ検察官の回答で尽きている。とくに，裁判長による参審員に対する分かりやすい説明がポイントとなろう。

⑶ 「形式的自白」とは，例えば，検察官の起訴事実について，被告人が「その通りです」とだけ答えて，それ以上犯行の内容について供述しないという自白などのことをいう。合意手続は自白を前提とするが，かかる自白でも前提となるかである。形式的自白について，被告人・弁護人から証拠調べ請求することは考えられないので，裁判所による職権証拠調義務の問題ということになる。なお，ドイツ法には自白の補強法則はないので，理論的には自白のみでの有罪認定もありうることになるが，実務的には，インタビュー回答のように補強証拠がなければ確信を形成することは難しいということであろう。

⑷ 【質問４】の小問⑷は，日本法における共犯者の自白を意識した質問であったが，ドイツ法と日本法の違いを踏まえると，以下の３つの場合を区別しておく必要があろう。

第１は，いわゆる共犯者の自白と「全体的解決の禁止」との関係である。被告人Ａの自白にその共犯者Ｂの犯行に関する供述が含まれており，そのような自白を前提とする合意が形成された場合の問題点である。「共犯者Ｂの犯行」は，被告人Ａの訴追犯罪とは「別の事件」であるから，Ａの事件とＢの事件を含む「全体的解決」はあり得ない。そのような自白があったとして

[19] なお，職権証拠調べの義務が発生するのは，裁判官が確信を抱くことができない場合である。逆に言えば，合意に含まれた自白から確信を抱くことができれば，職権証拠調べの必要はないことになる。この点に関する連邦通常裁判所の判例は，自白が合意によるというだけで確信を抱くことができないという訳ではないとしてきた（BGH,Urt. v. 10. 6 .1998, NStZ 1999, 92. 田口・前掲注４②『刑事訴訟の目的』312頁参照）。結局，問題は自白の内容（質）に帰着することとなろう。

も，裁判所を拘束する合意はＡの事件のみということになろう。

第２は，被告人Ａが，いわゆる「王冠証人（Kronzeuge）」[20]としてＢの公判で証言する場合との関係である。ドイツ法は，刑法第46b 条および薬物法第31条（Betäubungsmittelgesetz, BtMG）に王冠証人制度を設けている[21]。刑法第46b 条は，「① 一定程度以上の重大な自由刑または終身刑を法定刑とする犯罪行為を犯した行為者が，１．任意に自己の知識を知らせることにより，自己の行為と関連する，刑事訴訟法第100a 条第２項の行為が発見され得たことに寄与し，又は，２．任意に自己の知識を適時に公務所に対して，自己の行為と関連し，その企画について知っている，刑事訴訟法第100a 条第２項の行為が，まだ防止され得ることを知らせる場合には，裁判所は，第49条１項の刑を軽減することができ，終身自由刑が法定されている場合には，これを10年以上の自由刑とすることができる。（第２文以下，および，②，③ 省略）」との規定であるが，手続主体は，捜査機関と被疑者・被告人であり，刑の減軽はあくまで裁判所の裁量問題である。したがって，裁判所を拘束する合意制度とは異なる制度である。なお，刑法第46b 条の規定中の関連性の要件は，2013年の法改正で新たに導入された[22]。これにより，王冠証人の事件と当該被告人の事件が何らかの関係を持つことが要求されるので，理論的には，以下に言及する「共犯者の自白」問題に類似する状況も生じうることとなろう。

第３は，小問⑷で質問した合意の前提となった共犯者の自白に対する評価の問題である。インタビュー回答は，いずれもこのような自白の信用性に関する厳しい評価が示された。ドイツ法でいわゆる「第三者に不利となる申合せ（Verständigung zu Lasten Dritten）」と呼ばれる論点に係ることとなろ

20 ドイツの王冠証人制度については，川出敏裕「捜査・公判協力による刑の減免制度」『曽根威彦先生・田口守一先生古希祝賀論文集［下巻］』（成文堂・2014年）411頁，415頁以下，前注５・③辻本61頁以下等参照。

21 王冠証人制度は，麻薬犯罪を除いて，ほとんど利用されていないという（辻本・前掲63頁）。

22 辻本63頁参照。

う[23]。これは，被告人が自分の刑事手続において一定の合意をして刑の減軽等の利益を得るが，それが別の刑事手続における第三者にとって不利益となる事項を含むという合意手続のことをいう。合意の前提となる被告人の供述（自白）の中に第三者（例えば共犯者）の行為に関する供述を含むような場合であろう。このような場合には，当該第三者の刑事手続において，被告人の合意を検討の対象とし，とくに被告人が当該第三者に不利益となる供述をすることが，当該第三者にとって利益となる真実の供述をすることよりも，被告人にとってより良い（besser）という事情の存否について審理されなければならない，とされる。ここでは，―被告人の〔合意に基づく〕公判手続とは違って― 合意の前提となった自白の真実性に関するより厳密な吟味がなされることとなろう。

⑸ 合意のための協議

【質問５】

⑴ アルテンハイン教授は，例えば，58.9％の裁判官は，合意の半分以上が「非公式」つまり刑訴法第257ｃ条の適用なく実施されたと回答し，26.7％は常にそうであると回答している。裁判官の33％は，合意を公判外で行い，これを公判で公表しなかったことがあると答え，検察官の41.8％および弁護人の74.7％が，これを許したことがあると回答している，と言う。あなたの経験から，非公式合意が行われ，また，公判で開示しない事案として，どのようなものがありますか。

⑵ 合意のための協議（刑訴法第160b 条，第202a 条等）はどのように行われますか。合意のための協議は，捜査段階から行われるとされているが，捜査段階では協議はできるが，合意はできないと理解してよろしいか。

⑶ 捜査段階から合意のための協議が行われる場合，捜査が簡素化さ

[23] Vgl., Beulke, a.a.O., S.275, Rn. 395g.

れることはありますか。合意が破棄された場合に，改めて捜査を行う場合に，捜査の機会を失うことはありませんか。

【参考条文】

刑訴法第160b 条〔手続関与者との手続状況に関する協議〕

検察官は，それが手続を促進させるために適当であると思われるときは，手続の状況に関して手続関与者と協議することができる。この協議の重要な内容は，これを文書化するものとする。

同第202a 条〔手続の状況についての手続関与者との協議〕

裁判所は，公判手続の開始を考慮するに当たって，それが手続の促進に適当であると思われるときは，手続の状況について，手続関与者と協議することができる。この協議の重要な内容は，これを文書化するものとする。

同第257b 条〔手続の状況についての手続関与者との協議〕

裁判所は，公判において，それが手続を促進させるために適当と思われるときは，手続の状況について，手続関与者と協議することができる。

【インタビュー回答】

1）非公式合意の禁止

H 検察官：　2013年判例により，非公式合意は少なくなった。非公式協議が行われた場合には，それを書面にしなければならない。実際にあった例として，事前の〔捜査段階での〕協議を 2 枚の報告書にして，裁判官が公判で読み上げたことがあった〔これによって合意を形成した〕。

H 検察官：　私が経験した事例であるが，気をつけるべきことは，取引が成立し，裁判官も合意して，緩やかな量刑の判決が下された後に，弁護人が〔合意を裏切る形で〕控訴することがある。上訴権の放棄を約束することは許されないので，例えば合意からの離脱に関する教示義務違反を主張することになる。

2）合意のための協議

R 弁護士： ①協議は，手続のどの段階でも行うことができる。②刑訴法第160 b 条および第202a 条は，公判手続前の協議を対象とする。ここでも，例えば刑訴法第154条 1 項による手続中止または第154a 条第 1 項〔観念的競合事件の一部訴追の限定〕による対象限定が議論されることはありうる。そこで取決め（Vereinbarung）があれば拘束的となる。一方の側が解約すれば，他方はもはやその約束に拘束されない。③協議は，しばしば，第257c 条の合意の準備として行われる。④刑訴法第257c 条の合意は，公判手続においてのみ可能である。

3）捜査への影響

H 検察官： 捜査の簡易化はあり得る。検察官と弁護人の間の協議で，10件の事件のうち自白のあった 8 件だけを捜査することにする。この場合，2 件を ―その捜査が煩雑であるといことから― 捜査対象から除外するという事態は理論的にはありうる。この場合には，確実に証拠のある事件を優先して捜査を進めることになる。

【コメント】

⑴ 連邦憲法裁判所の判例は，「非公式合意」を厳しく批判したが，アルテンハイン教授の報告では，実務では非公式合意があるとされているので，この点の実情を質問した。H 検察官の回答は，連邦憲法裁判所の判例以後は非公式合意は少なくなったというものであるから，それまでは非公式合意が行われていたということであろう。ただ，刑訴法第257c 条の公式の合意（申合せ）とは別に，刑訴法第160b 条による捜査段階の協議では，例えば検察官が一部の余罪を不起訴とする取決めをすることはありうる。しかし，この場合の協議・取決めが後の合意を見込んだものである場合には，合意に関する「全体的解決禁止の原則」からそのような取決めを後に合意とするこ

とはできないこととなろう。

⑵　小問⑵は，合意のための協議と合意それ自体との関係に関する質問である。裁判官が捜査段階の協議（刑訴法第160b 条）に関与することはないとすると，協議は検察官と弁護人で進められるから，合意は実質的に当事者によって準備されることとなろう。これに対して，R 弁護士の回答の事案は，合意の問題ではなく，あくまで検察官と弁護人との間の「取決め」であって，裁判所は関与しない。しかし，当事者はこの取決めに反した場合には，他方当事者もこの取決めには拘束されないことになる。結局，第160b 条の協議は，裁判所の合意を目指す場合と当事者間の取決めに関する場合の双方を含むということになろう。

⑶　小問⑶は，被告人が捜査段階で自白して合意の可能性を示せば，多くの証拠を収集する必要はなくなるのではないかとの質問である。この問題の実益は，合意が破棄された後の捜査の困難性の有無にある。とくに捜査の初期段階で合意の可能性示された場合には，初期段階での十分な証拠収集がなされないと後になって困難が生ずるおそれがあるのではないかとの問題意識であったが，H 検察官の回答は「理論的にはありうる」とした。その含意は，残りの 2 件について捜査の手がかりが既に得られている場合にあえて捜査しないという状況は捜査実務的にはあり得ないということであろうか。

⑹　協議記録の作成

【質問 6 】

⑴　協議書面の記載（刑訴法第160b 条，第202a 条，第273条第1a 項）は，どこまで詳細に記載する必要がありますか。協議の結果を記載すれば足りるのか，それとも結果に至る過程も記載する必要がありますか。

⑵　アルテンハイン教授は，いわゆる消極的確証（Negative Attest）に関する規定（刑訴法第273条第1a 項第 3 文）は，実務では，しばしば無視されており，裁判官の54.4％が合意が行われなかったことは調書に

記載する必要がないと思っていると回答している，と言う。合意の不存在が調書に記載されない事案として，どのような事案が考えられますか。協議書面の不存在から合意の不存在を推認することは許されませんか。

【参考条文】

刑訴法第212条〔手続の状況についての手続関与者との協議〕

公判開始後は，第202a 条を準用する。

刑訴法第243条〔公判の順序〕

④ 裁判長は，第202a 条，第212条による協議が行われたか否か，そして，その対象が申合せの可能性にあり，かつそれが肯定された場合には，その重要な内容について報告するものとする。この義務は，公判開始時における報告に変更があるときは，以後の公判経過中においても妥当する。

同第273条〔公判の調書化〕

⑭a 調書は，第257c 条による申合せの重要な経過及び内容並びに結果を記述しなければならない。第243条第 4 項，第257c 条第 4 項第 4 文及び第 5 項に規定された通知及び教示が遵守されたことについても，同じである。申合せがなされなかった場合にも，その旨を調書に記載しなければならない。

【インタビュー回答】

(1) 書面の記載事項

H 検察官： 全て記載する。非常に詳細に記載しなければならない。協議のイニシアティブを誰がとったか，協議の結果も具体的に，例えば量刑問題として，弁護人が 4 年から 5 年を主張し，検察官が 6 年から 7 年を主張し，裁判官が何年を主張したなど。

N 裁判長： 憲法裁判所の判例の前では，例えば 2 頁であった文書が，

この判例の後には倍の４頁となった。多くの裁判官は慎重になった。

(2) 消極的確証

N 裁判長： 消極的確証に関しては，裁判官が隠れた取引に関わると責任を問われるおそれがあるので，隠れた取引は記録には残らず，公判にも出てこない。だから，文書がないから合意は不存在という推認は許されない。

【コメント】

(1) 2013年憲法裁判所判例は，透明性と文書化の義務について，合意は，公開法廷で明らかにされなければならない。合意のみならず，合意を導いた事前協議も法廷に出す必要がある。合意それ自体は，刑訴法257c 条１項により，公判内でのみ行うことができる（Vgl., BVerfGE, 133, 168, Rn. 82～86）。透明性と文書化の対象については，「本規定の『重要な経過および内容』には，文書化義務の趣旨からして，誰が協議を提案したのか，すべての手続関係人および裁判官の個々の『議論の内容』，とくに彼らはいかなる事実関係について発言したか，また結果についていかなる考えを述べていたかといったものが含まれる。」とする（Vgl., BVerfGE, 133, 168, Rn. 86）。

さらに，透明性と文書化の法理論的根拠に触れて，「公衆（Öffentlichkeit）は，申合せの相当性を評価するために必要な情報を受け取る場合に限り，その規制機能を発揮することができる。･･･国家の能力･･･に対する公衆の信頼を完全に維持するために必要なことである。」[24]とする。すなわち，透明性と文書化という問題は，司法に対する国民の信頼の条件である。とりわけ「取引」という制度はともすれば正義に反するという疑いを

[24] BVerfGE, 133, 168, Rn. 89. 公開性の機能には，公衆による規制という事後規制の機能のほか，かかる事後規制の反射的効果として国家機関による自己規制という事前規制の機能も含まれる。それが詳細な協議記録の記載という考え方を導いているといえよう。

向けられるおそれがあることから，その手続の透明性はこの制度が憲法に違反しないための必須の保護制度と理解されている。

⑵ 協議記録と合意文書との異同については，刑訴法第160b 条，第202a 条，第212条，第257b 条による協議（Erörterung）は手続のいかなる段階でもできる。ただし，協議自体は，合意の意味における手続処理ではないので，拘束力は持たない（Vgl., Beulke, a.a.O., Rn. 395c.）。すなわち，もっぱら検察官と弁護人の間のみでなされた話し合いは，原則として，第243条４項の報告義務には含まれない。しかし，その協議が法律上の合意を含むものである場合には，第243条４項の報告義務に含まれることになる。つまり，裁判所が合意のための協議（刑訴法第202a 条）を行い，それに基づいて合意（同第257c 条）を形成した場合には，合意のための協議に関して裁判長は公判において報告する義務を負い（同第243条第４項），この公判における報告内容が公判調書に記載され（同第273条第1a 項），これが合意文書ということになる。この合意文書の記載内容は，法律によって「申合せの重要な経過及び内容並びに結果」を記載することとなっている（同項）。合意を含まない協議も文書化が要求されているが（刑訴法第160b 条，第202a 条，第257b 条，第212条），その記載内容は法定されていない。裁判所の合意は拘束力を持つからそのための協議を含めてとくに明白にしておく必要があるのである。この点で，協議記録と合意文書はその透明性の要請の程度において多少の違いがある。

⑶ 合意が行われなかったことも書面化せよとの消極的確証の規定（刑訴法第273条第1a 条第３文）は，実務家には評判の悪い規定であるが，実際はどうかを聞いてみた。協議・合意書面の不存在から，合意不存在の認定は許されないことの根拠も質問してみた。しかし，この問題に関する詳しい回答は得られなかった。その代わりに，Ｎ裁判長からいくつかの判例の存在が指摘された。①消極的確証に関する刑訴法第243条第４項第１文〔公判での報告義務〕に関して，連邦憲法裁判所は，地方裁判所が，公開の法廷で，手続関与者の間で事前の協議が行われたか否か，行われたとして，どのような協

議が行われたかを報告しなかったのは，刑訴法第243条第４項違反であるとして，有罪判決を破棄した。この場合，申合せに関する何らの協議も行われなかったという「消極的報告（Negativmitteilung）」も公判の始めに行うことが必要であるとされた（BVerfG vom 26.8.2014）。②同じく刑訴法第243条第４項第１文違反が問題となった判例であるが，そこでは，不告知に手続的瑕疵がある場合ではなく，全く協議がなされなかった場合は，不告知は違反とはならないとされた（BGHSt vom 27.1.2015）。2014年連邦憲法裁判所判例に対して，連邦通常裁判所が消極的確証に関して限定解釈をしたという形になっている。さらに，③合意に関する協議の重要な内容を公判において報告するという裁判長の義務は，まずもって，公衆による規制のためであることが再確認されている（BGHSt vom 15.1.2015）。

⑺ 協議記録の実例

１）以下に，協議記録の実例を引用しておく[25]。引用に当たっては，①原本中の個人名を匿名とし，②亀甲括弧内で，引用者による説明を補足し，③また適宜丸数字を追加して分かりやすくした。④事案は，刑法266a 条その他の規則違反として，家具会社の役員４人（X，Y，Z，W）が，会社員以外に契約した家具販売員から徴収した税金について税務当局に申告せず，納付しなかったとして起訴された事件である[26]。

---

[25] 本記録は，インタビュー調査の際に手渡されたものであるが，本記録については匿名を条件で引用の許可を得ている。

[26] 刑法266a 条〔労働対価の不払い及び着服〕第１項は，「労働賃金が支払われているか否かとにかかわらず，使用者として，労働援助金を含む社会保険への被用者の納付金を徴収所に納付しなかった者は，５年以下の自由刑又は罰金に処する。」とし，第２項は，「労働賃金が支払われているか否かとにかかわらず，使用者として，１　納付金の徴収を管轄する官署に対し，社会保険法上重要な事実について，不実の若しくは不完全な申立てを行い，又は，２　納付金の徴収を管轄する官署に対し，義務に違反して，社会保険法上重要な事実について，不知のままにし，これにより，労働援助金を含む社会保険への被用者の納付金を徴収所に納付しなかった者は，前項と同一の刑に処する。」とする（第３項以下省略）。本件では，第１項と第２項が問題とされた。刑法条文は，法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（法曹会，2007年）による。

2）記録から明らかなように，本協議は，刑訴法202a 条（公判開始前の協議）への協議参加は，裁判長と 2 人の陪席裁判官，書記官である。手続関与者として，被告人だけでなく，被害を受けた企業も弁護士を代理人として―訴訟参加関係人（Nebenbeteiligten）として― 協議に参加できる[27]。この場合は，企業の受けた被害内容を明らかにするために参加が認められた。被告人 4 人と企業が参加した。結局，協議参加者は，裁判官 3 人，検察官 3 人，弁護人 6 人および被害企業の代理人弁護士 1 人の合計13人となったようである。

3）本協議記録は，刑訴法第243条 4 項により，実際に公判で読み上げられたものである。その趣旨は，訴訟関係人に誤解がないように，疑問が生じないように行うとのことであった。本協議記録が読み上げられたのは，まだ合意の成立以前の段階であったが，合意の成立要件は多様であり，被告人の前科 ―これも何年前まで遡って調査するかも問題であるが―，被害弁償の有無，被告人の病気，被告人の年齢などを考慮して合意の成立を検討することになる。本件事案では，被害企業の損害額は380万ユーロ（約 4 億円）であり，被告人の 1 人が高齢でありかつ病気であったから，協議内容の確認は重要であったようである。

4）本調査段階ではまだ本件の合意は成立していなかったが，3 人の被告人と検察官は，執行猶予の示唆に対して満足していたようであり，被害企業側は 2 年～ 3 年の自由刑を望んでいるが，裁判官の予測としては，合意の成立する可能性はあるとのことであった[28]。

---

[27] 被害者参加に 3 形態がある。第 1 は，私人起訴（Privatklage）（刑訴法第374条）であり，第 2 は，公訴参加（Nebenklage）（刑訴法第395条），そして第 3 は，附帯私訴（Entschädigung, Adhäsionsverfahren）（刑訴法第403条）である。本件では，被害企業は，第 2 の公訴参加人となったようであり，このことから合意手続に参加しうる「手続関与者（Verfahrensbeteiligten）」（刑訴法第257c 条第 1 項）と認められたようである。

1. 覚書（Vermerk）

2014年11月18日に，アウクスブルグ地方裁判所第〇刑事部裁判長 A，裁判官 B 及び裁判官 C，アウクスブルグ検察庁の代理人，上級検察官主任 D，上級検察官 E 及び検察官 F，弁護人 G，H，I，J，K，L 並びに訴訟参加人〔被害企業〕代理人の弁護士Mの間で，刑訴法第202a 条による協議を行った。

協議の端緒は，第〇刑事部裁判長と弁護人Ｌの間の電話連絡であった（2014年10月29日の覚書参照）。

第〇刑事部の裁判長は，公判手続の開始があれば，公判は2015年前期末以降に予定されるだろうこと，及び2015年１月に裁判官Ｃが第〇刑事部から転出するため，公判では刑事部の構成に変更があるだろうことを，最初に伝達した。

関連して，第〇刑事部の裁判長は，協議の参加者に対して，それまで職業裁判官において審議したこと，とくに以下のような事実および法律状態に関する暫定的な評価の内容を告知した。

① 刑事部は，これまで，〔犯罪の〕客観的および主観的構成要件に関して十分な嫌疑があることを前提としてきた。とくに報告されたのは，これまで回避可能な禁止の錯誤の存在は前提とされなかったことである。任務を共同事業者に権限委譲したとする釈明は，家族企業およびオーナー企業という印象のため，説得的でなく，連邦通常裁判所の判例（z.B. NJW 2001, 969）から，事業者の経常的な専権の存在が前提とされた。文書によれば，〔本件事案は〕稀な規則違反ではなく，「日常的な業務に根ざした行為」が問題となっており，それゆえ，責任の存在は明らかであろう。

② 損害額の最終的な算定は，刑事部によりまだなされていない。

[28] ただし，後注29参照。なお，別件で，イランへの企業進出に関する政府機関に対する汚職事件について，協議して，２年４ヶ月から３年の刑で協議を進めているとのことであった。贈賄額は，１人について確認されている額は40万ユーロ（約５千万円）とのことであった。外国公務員への贈賄は，刑法第 335 条〔贈賄および収賄のうち犯情の特に重い事案〕に相当し，10年以下の自由刑という重い罪である。予測としては，２年８ヶ月という中間の線で合意が形成されるのではないかとのことであった。

③ 被告人Wおよび Y の行為に関して，刑事部は，これまで，検察庁と同じく，幇助と評価してきた。しかし，これは，税滞納に対する非難には当てはまらない。なぜなら，税金の滞納という積極的行為がある場合には，幇助は問題とならないからである。刑法犯の幇助の場合には，刑は，場合により半分になる。

④ 損害額に関して考慮すべきことは，契約締結の時期が遅くなり，その結果〔損害の〕移動があり，納税申告に関しても，高額な損害となったことである。一方で，有効とされた前段階税額（Vorsteuer）に関してとくに重大な事案に対する引き下げられた限度額50.000ユーロが考慮されなければならない。他方で，量刑の枠で考慮されるべきは，従業員/自営業者の側において納税されなかった賃金税（Lohnsteuer）は，所得税（Einkommenssteuer）の支払い問題となることである。刑法第266a 条に関して，―W の場合に見られるように―，損害の重要な部分は過去 4 ～ 5 年わたっていた。

⑤ 数百万ユーロの税法違反に関する連邦裁判所の判例および第〇刑事部の過去の判例に照らして，刑事部は，事実関係と法律関係を暫定的に吟味して，有罪認定の場合に被告人らの刑を以下のように予測するが，具体的な刑の枠を告知することはできない。

⑤－１ 被疑者 X に関して，刑事部は，これまで，執行猶予刑を予定していない。

⑤－２ 被告人 Y および Z に関して，量刑の枠において，とくに健康状態および高齢が考慮されるべきである。企業における具体的な役割が明らかにされる必要があり，それは同じく量刑に関連することである。包括的な自白および完全な損害賠償を踏まえれば，執行猶予刑は排除されない。

⑤－３ 被告人 W に関して，刑事部は，幇助の評価と損害〔額の程度〕に基づき，執行猶予刑が考えられることを予定している。

弁護士 H は，他の弁護人および企業の代理人と合意のうえ，弁護の立場から考慮されるべき事情として以下を告知した。

① 透明性：企業において二重帳簿はなかった。したがって，訴えの基礎となっている損害額は，直接，帳簿から算出されうる。税法上の損害は，税法の関係でも，契約関係の変更に必然的に伴う結果である。

② 税法上の結果：共同事業者は，契約上，税法上の義務の履行をするよう

に仕向けられた。この背景の下で，賃金税は，被告人の理解では，共同事業者によって申告され，支払いがなされた所得税によって相殺されるから，所得税の脱税の故意を前提とすることはできない。また，税の期間短縮に関する故意も，所得税の事前納付の状況の下では，受け入れることはできない。取引税（Umsatzsteuer）上の損害については，「ゼロサム－ゲーム」が問題となっている。なぜなら，有効とされた前段階税額は共同事業者によって支払われているからである。

③「ダンピング」は存在しない：関係する共同事業者については，「最高の労働者」であり，彼らには特別の報酬が支払われ，彼らはとくに労働時間を自由に決定することができたことから，自由業の資格に関心を持っていた。企業は，資格のある販売人を雇い，繋ぎとめておくために，彼らの希望に従わなければならなかった。販売手数料について，企業には，約20％の余分な負担がかかった。

④　当局の要請：部分的に，共同事業者は，明白に国から要請された（個人会社（Ich-AG））。このことから，〔契約の〕締結が適法であると信じられた。

⑤　当局の審査：賃金税の審査については，まさに手続の対象となっている契約関係が審査され，文句をつけられることはなかった。ここからも，信頼の要素が生ずる。

⑥「非頻発性の割合」：12年間に，約1.000の共同事業者につき，検察庁によりいかがわしいと見なされた契約関係は48件のみであった。企業に生ずるこの事業の経済的不利益を概観すると，故意行為を前提とするべきではない。

⑦　損害賠償：損害は，すでに「最初の請求」で清算された。

⑧　期間：考慮されるべきは，高い損害額が12年間に分散されていることである。時効の開始時期を早期に設定する場合には，その損害額を前提とすべきではない。

弁護人Kは，以下のように，これまで解明されなかった第三者の関与を指摘した。上級検察官Eは，これまで何ら応訴（Einlassung）がなされなかったことの確認をした。第〇刑事部の裁判長は，刑法第46b条〔王冠証人の減刑規定〕の根本思想と，その時間的な制約を指摘した。さらに，弁護人Kは，とくに専門家ではない被告人Wの場合に，2006年の社会的地位を審査した結果が，信頼の要素に関して，特別な意味を持つことを考慮すべきであるとした。

弁護士Mが強調したのは以下の点である。契約した業務は，元々大量販売の分野から発展して，企業に取り入れられたものである。共同事業者が重視したのは，販売手数料および労働時間を自己責任で決定することを企業活動に取り入れることであった。このことを，被告人らは問題としなかった。社会保険分担金の納付をごまかすことを意図したシステムが問題ではなかった。

さらに，企業に対する有罪認定の効果をとくに考慮しなければならない。問題となるのは家族企業であり，２人の共同事業者を伴った家具製造業から発展し，今日地域の重要な経営者である。市場ではまさに中小企業に固有の挑戦を行っている。経営幹部のXおよびWの指導力は企業の存在にとって必要なものである。とくに，被疑者Wは，被疑者Xなくして企業を導くことはできない。

上級検察官Eの説明は以下の通りである。訴えの提起に際して弁護側から提起された議論は，すでに地方裁判所に通知され，考慮された。また，アウクスブルグ検察庁は，被疑者Xについて，企業における長期にわたる行為とその地位からすると，執行猶予刑は問題とならないことを前提としている。検察庁の見解では，Xについては，中心的な責任が問題となる。被告人YおよびZのありうる刑に関して述べることは，現段階では困難である。被告人Wに関しては，アウクスブルグ検察庁も，この者が「第２順位」にあることを前提としている。彼は全行為期間にわたって責任ある地位にいたわけではない。アウクスブルグ検察庁は，その限りで，執行猶予付き刑罰の有罪認定が量定されることを前提としている。

第〇刑事部の裁判長は，以上から，なお不明な箇所を残しつつ，再度指示したのは，被告人X関して具体的な刑罰の想定は表明されなかったこと，そして現段階では表明することはできないことである。とくに，２年３月から２年６月という彼に予想される刑罰についての言及はなかった。

さらに，第〇刑事部の裁判長は，Xに関してこれまでの評価によれば罰金刑

と自由刑の併科は問題とならない，なぜなら，一方において，連続的な犯罪行為であって，重大な損害と長期の行為期間を伴う場合と損害がわずかな場合とに関するこれまでの第〇刑事部の判例によれば，刑法第47条１項〔短期自由刑の回避〕の意味での特別な事情が肯定され，そして，他方において，刑法第41条〔自由刑に併科する罰金〕を適用する場合ではないからである。企業の存続に対する被疑者の地位は，全体的検討において考慮されるべき基準である。

弁護人Kが指摘したのは，被疑者Wによる期間計算に関する変更は，隠蔽行為とは理解できないことである。むしろ，それは瑕疵を訂正する真正の努力と見るべきである。顧問の立場から，自分の顧問としての地位に関する工作の可能性の指摘は，十分な根拠のあるものではなかった。

弁護人Hの指摘は，２年を少し超えただけの自由刑が前提とされ，自由刑に併科する罰金刑はとくに批判的に審査されるべきであるというものである。

弁護人は，その立場決定を遅くとも2015年１月末までに送付することを約束した。

2014年12月４日，アウクスブルグ
裁判長A　　裁判官C

Ⅱ　措置（Verfügung）
１．弁護人全員，訴訟参加人の代理人弁護士および検察官に対する覚書。
２．決済済み。
３．遅くとも2015年２月１日に再提示。

2014年12月４日
裁判長A

【コメント】

⑴　上述したように，刑訴法第202a条第２文は，「この協議の重要な内容

は，これを文書化するものとする。」と規定していた。この点，「合意書面」については，第273条に新たに設けられた第１ａ項は，「申合せの重要な経過及び内容並びに結果を記述しなければならない。」と規定していた。「⑹協議書面の作成」の項で言及したように，2013年の憲法裁判所の判例は，合意書面の対象について，「本規定の『重要な経過および内容』には，文書化義務の趣旨からして，誰が協議を提案したのか，すべての手続関係人および裁判官の個々の『議論の内容』，とくに彼らはいかなる事実関係について発言したか，また結果についていかなる考えを述べていたかといったものが含まれる。」としていた。上記の協議記録は第202a 条に基づく協議の記録であるが，その内容は，協議の性質上予測される量刑についての明言は避けられているものの，上記の合意書面の記載事項にほぼ匹敵する内容となっている。本協議記録が作成されたのは2014年12月であるから，そこでは当然2013年３月の憲法裁判所の判例が前提とされていたものと思われる。ただし，本覚書は最終書面ではなく，弁護人の立場決定を待って再提示されることとなっている[29]。いずれにせよ，協議内容を公開しつつ合意に向けて手続きを進行させていくやり方であり，注目される。

⑵ 上述したように，憲法裁判所の判例は，透明性と文書化の要請は合意制度にとって必須のものであり，それは司法に対する公衆の信頼を基礎付けるものであるとした。協議・合意手続の内容が公開されることで，傍聴人も協議・合意の内容の適正さをコントロールすることが可能となるからである。

4 むすび

⑴ 2013年３月19日の連邦憲法裁判所の判例は，厳しい条件の下で合意制度の合憲性を認めた。このような厳しい条件の下での合意制度は，今後のド

[29] 本件事案については，主犯格のＸに対して執行猶予刑が予定されていない点を弁護人側が受け入れることができるかどうかが合意成否のポイントのようである。

イツにおいて，次第に衰えていくのか，それとも健全に定着していくことになるであろうか。今回の実務家を対象とするインタビュー調査では，N 裁判長は，「裁判官は慎重（zurückhaltend）になっている。」と控え目であったが，H 検察官は「複雑な事件の場合に，透明性を条件として，合意することがある。司法資源には限界があるから，手続を省略する必要性は認められる。以前は秘密裏に協議が行われていた。重要なことは透明性の維持である。」とされ，さらに，R 弁護士も，「これまでの合意は全て非公式であった。しかし，合意制度を定めた法律もでき，判例もこれを厳しく規制するようになり，これまでのやり方は禁止されることになった。とくに，透明性は非常に重要であり，手続は複雑になったが，以前よりより良いものとなった。裁判官の中には文書化を面倒と考える人もいるが，私は改善されたと思っている。」とされた。とくに注目すべきことは，検察官と弁護士が双方とも透明性の原則の重要性に言及しつつ合意制度に肯定的な評価を示していることである。ドイツの実務は透明性の原則を取り込みつつ合意制度を定着させていくように思われる。

⑵　ところで，本インタビュー調査における質問事項は，2013年の連邦憲法裁判所の判例が実務に大きな影響を及ぼしていることを前提として構成されている。本稿では，この2013年判例自体の検討に立ち入る余裕はなかったが，本判例による合意制度の合憲性判断には一定の合理性が認められると思われるので，この点に簡単に触れておくこととしたい。周知のように，学説の多くは，合意制度はまさに当事者の処分（Disposition）を認める制度であるがゆえに，ドイツ刑事訴訟法の核心をなす裁判所の職権証拠調べ義務（刑訴法第244条第 2 項）とは調和しえないのであるから，合意制度の導入はドイツ刑事訴訟法が例外を認めることにほかならないと批判してきた。これに対して2013年判例は，同じく刑訴法第244条第 2 項を前提としつつも，合意制度に対する裁判所と公衆（Öffentlichkeit）による完全なコントロールを条件とすれば，合意制度を現行刑事訴訟法に組み込むことは不可能ではないとした。この 2 つの立場の違いは，刑訴法第244条第 2 項に関する理解

の違いに由来すると思われる。一方は，実体的真実主義をいわば古典的・理念的に理解し，他方は，これをより実務的・現実的にとらえている。この点，ドイツ刑事訴訟法にも，公訴提起の猶予（刑訴法第153a 条），数個の行為の部分的手続中止規定（刑訴法第154条）や訴追の制限規定（同第154a条）さらには公判を行わない処罰命令（Strafbefehl）制度（刑訴法第407条以下）なども含まれていることなどを考え合わせると[30]，現行法はすでに厳格な古典的・理念的な実体的真実主義を離れて，より柔軟ないわば一種の相対的な実体的真実主義の考え方に移行しているとみるべきではないかと思われる[31]。現行法をこのように理解するならば，判例のように合意制度を現行法制度に組み込むことは理論的にも不可能ではないように思われる。なお，それと同時に，判例が透明性（Transparenz）の原則という手続規範を重視した点も注目すべきであろう。実体的真実主義だけですべてを規律する議論ではないからである。

(3) このようなドイツ法に対して，日本の合意制度では話し合いによる手続の省略よりむしろ真実発見のための証拠獲得が重視されている。これは，ドイツ法というより，アメリカ法の捜査協力型取引制度[32]に近いものとも考えられる。しかし，真実発見を重視する日本の制度とドイツ法とには考え方に共通するところもあり，参考となる点は多い。ここでは，差し当たり以下の３点を指摘しておきたい。第１は，日本法でも協議・合意手続きの透明性

30 ローゼナウ/田口訳・前掲注５④152頁参照。なお，同160頁は現行法における同意原則（Konsensprinzip）の存在を強調する。この点，Sauer/ Münkel, Absprachen im Strafprozess, 2. Aufl., 2014, S. 42 は，現行法において手続の終結をもたらす申合せの要素として，広く，①刑訴法第160条以下の協議という「対話的要素（das dialogische Element）」，②同第153条以下の起訴便宜主義，③少年法における非刑罰的処理（Diversion），④薬物刑事法における手続中止制度，⑤刑訴法第407条以下の処罰命令制度，⑥秩序違反法（OwiG）における同意の要素さらに⑦私人訴追手続における同意の要素を指摘している。

31 いわゆる相対的実体的真実主義に関しては，田口・前掲注４②『刑事訴訟の目的』81頁以下参照。

32 宇川春彦「司法取引を考える（10）」判例時報1599号（1997年）24頁参照。

の要請はより深刻に検討される必要があることである。透明性の要請は，究極的には公衆による司法活動に対する規制の問題であるから，職権主義の下だけでなく，当事者主義の刑事訴訟法においても強く妥当すべきものである。改正刑事訴訟法は，裁判所が，検察官，被疑者・被告人および弁護人の連署した「合意内容書面」（改正刑訴法第350条の３）の取調べをすることにしているが ―被告人事件につき同第350条の７，他人の事件につき同第350条の８―，この「合意内容書面」の記載事項は必ずしも明らかとなっていない。合意制度における透明性の原則の重要性を考えると，協議・合意の結論のみならずその過程の重要事項も記載されるべきであろう[33]。

第２に，「他人の事件」を合意に取り込むことは，―ドイツ法のような裁判所との合意ではなく― 当事者間の合意であるから理論的には不可能ではないが，両事件の「関連性」（同第350条の２第１項柱書）は主に共犯関係を中心とする「実体的関連性」に限定すべきであろう[34]。これに対して，例えば，両被疑者・被告人が手続的に同じ拘禁施設に勾留されていたというに過ぎないというような「手続的関連性」は排除すべきである。第３に，運用上の問題として，被告人の供述が「真実の供述」（改正刑訴法第350条の２第１

33　田口守一「協議・合意手続の透明性」刑事法ジャーナル47号（2016年）３頁の巻頭言参照。なお，改正刑訴法に関する衆議院の附帯決議では，協議の日時，場所，協議の相手方および協議の概要に係る記録を作成して保管することとされているが（第189国会法務委員会第35号参照。http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/00041892015080），透明性の原則からすれば合意内容書面に記載されるべきであろう。

34　川出・前注20・431頁は，「仮に関連性を要求するとすれば，その内容は，他人の犯罪事実を明らかにすることが，必然的に自己の犯罪事実を明らかにすることになるような関係がある場合ということになる」とする。これは関連性が実体問題の関連性であり，それが被告人の自白と結びつくことを的確に指摘したものといえよう。

また，このように実体的関連性に限ることの効果は，証拠開示にも関係してくる。例えば，他人の事件が共犯関係にあれば，被告人事件の弁護人は，証拠開示により当該共犯者に関する情報を得ることができる可能性もあり（改正刑訴法第316条の15第１項第８号参照），被告人事件についての合意に同意（同第350条の３第１項）するか否かの判断をする助けとなろう。

項第１号のイ，ロ）であるためには，―実体的関連性の関係にある― 被告人の事件についての被告人の自白が前提とされるべきであろう。例えば，自己の犯罪を否認しつつ，共犯者の犯罪について供述する場合の供述の真実性は類型的に信用性が低いというべきであり，そのような供述に対して被告人に反対利益を提供する合意には合理性はないと思われるからである[35]。このよう見てくると，捜査・公判協力型協議合意制度と自己負罪型協議合意制度を相互に異別の制度と構想することは適当ではないように思われる。自己負罪型合意制度の検討が引き続いて進められる必要があろう[36]。

35 これに対していわゆる共犯者の自白が真実の供述と認められる場合には合意が成立する可能性もあることとなるが，実際には供述の真実性を裏付ける自白以外の証拠の存在が必要となろう。

36 主に企業犯罪を中心として，自己負罪型の日本版司法取引制度の導入を課題とすべきだとするものとして，木目田裕＝平尾覚「日本型司法取引が企業活動に与える影響」商事法務2052号（2014年）26頁以下，平尾覚『日本版司法取引と企業対応』（清文社・2016年）86頁以下等がある。