

ドイツにおける一事不再理原則 に関する議論状況

——連邦憲法裁判所の不利益再審違憲判決の意味——

辻 本 典 央

- I. はじめに
- II. 新証拠型不利益再審
- III. 連邦憲法裁判所判決
- IV. おわりに

I. はじめに

刑事事件の嫌疑を受けた者は、一度は刑事訴追の負担に晒されることとなり、その有罪が立証されると刑罰を科されるべき地位に置かれる。これは、国家の刑罰権という公的利益の実現に向けた市民の負担であるが、それは一度に止められるべきであり、無限に継続されることにはならない。このような法原理を、一事不再理原則という。一事不再理原則は、多くの国や地域で、確定判決の維持に向けた対象者の信頼を保護するものとして、憲法に明示で規定されている。

ドイツ基本法も同一犯罪に対する再度の処罰を禁止しているが（基103条3項）、これは、再度の訴追も禁止するものとして、一事不再理原則を憲法上保障したものと理解されている。しかし、ドイツ刑法には、従来、一定の事由に基づく不利益再審の制度が定められてきた。そして、2021年末には、これを新たに拡充し、新証拠又は新事実に基づく不利益再審の制度が導入され、学理及び実務において議論がなされてきた。そのよ

うな中、ドイツ連邦憲法裁判所は、近時、この新规定を違憲とする判決を下したのである。

この一連の議論状況は、一事不再理原則を改めて検討する必要性と重要性を示している。本稿は、ドイツにおけるこの状況を紹介し、その検討のきっかけとすることを目的とする。

II. 新証拠型不利益再審

1. 規定の沿革と内容

ドイツ刑訴法には、被告人に利益となる方向での再審（刑訴359条）に加えて、不利益となる方向での再審も規定されている（刑訴362条）。不利益再審は、従来、原判決において①被告人に有利な書証が偽造又は変造されていた場合（刑訴362条1号）、②被告人に有利な供述をした証人又は鑑定人が虚偽宣誓等の罪を犯していた場合（同2号）、③原判決に関与した裁判官又は参審員が当該事件について職務義務に違反する罪を犯していた場合（同3号）、及び、④無罪判決を受けた者が裁判所の面前又は裁判所外で信用性のある自白を行った場合（同4号）に、認められるとされてきた。これらの規定は、1877年にライヒ刑事訴訟法が制定（1879年施行）された当時から存在し、以後も維持されてきた。

他方、1949年に制定されたドイツ基本法は、その103条3項において、「何人も、一般刑罰規定による同一の犯罪を理由として、再度にわたって処罰されてはならない」として、一事不再理原則を定めている。本規定は、同一犯罪による再度の処罰を禁止するだけでなく、そのための再度の訴追も禁止すると理解されている⁽¹⁾。それゆえ、前判決が有罪であった場合だ

(1) *Beulke/Swoboda*, Strafprozeßrecht 16 Aufl., 2022, Rn. 773.

けでなく、無罪であった場合も、改めての訴追が禁止される。この意味で、不利益再審は、憲法上、基本的に禁止されているのである。ただし、この基本法規定は、その制定に当たり、当時の刑訴法規定及び最高裁判例によるその解釈を踏襲するものとされたことから、上記①～④の類型の不利益再審制度は本憲法規定に反しないと理解されてきた⁽²⁾。

そのような状況を一変させたのが、本件で問題となった不利益再審の5番目の類型である。ドイツ連邦下院は、2021年12月に「実体的正義を確立するための法律」を決議し⁽³⁾、刑訴法362条に5号を導入した。本規定によると、「新事実又は新証拠が提出され、それが単独で又は旧証拠と結び付いて、原判決で無罪とされた被告人が謀殺罪（刑211条）、大量虐殺罪（国際刑6条1項）、人道に対する罪（同7条1項1号、2号）、人に対する戦争犯罪（同8条1項1号）について有罪とされるべきことの切迫した理由を示す場合」にも、被告人に不利益な方向で再審を行うことが可能とされた。

2. 規定の制定過程

ドイツでは、不利益再審規定をめぐる、学理や実務で議論が積み重ねられてきた⁽⁴⁾。その際には、不利益再審は全て憲法違反であるとする見解もあるが⁽⁵⁾、大半の方向性は、現行規定からの拡張の可否をめぐるものであった。特に、DNA型検査に基づく事実認定手法が刑事手続にも導入さ

(2) *Meyye-Goßner/Schmidt*, StPO 66 Aufl., 2023, § 362 Rn. 1.

(3) BGBl, I, 2021, S. 5252. 本法は、関連して、犯罪被害者の時効請求権に関する時効規定なども改正した。

(4) *Bohn*, Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten, 2016; *Frank*, Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten im Strafverfahren-Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem Neunzehnten Jahrhundert., 2022.

(5) *Dünnebieber* in FG Karl Peters, 1984, S. 333; *Bohn* (Fn. 4), S. 100; *Brade*, AöR 146(2021), 130.

れその技術が進歩したことから、過去の重大事件の見直しを求めるべく、新証拠（ノヴァ）型の再審事由を、被告人に利益となる場合（刑訴359条5号）だけでなく、不利益となる場合にも導入すべきではないかという点が焦点であった⁽⁶⁾。

このような議論状況は、具体的な立法提案にもつながっている。まず、当時は野党であった社会民主党（SPD）が、1993年と1996年の2度にわたり、再審法の包括的な改革を求める法案を提出した⁽⁷⁾。この法案は、戦時に強制収容所に収容されたジャーナリストのオシエツキー（*Carl von Ossietzky*）氏の再審を求める動きに呼応したものであったが、不利益再審についても提案され、「新事実又は新証拠が提出され、それが単独で又は旧証拠と結び付いて、被告人が新たな公判で謀殺罪（刑211条）又は大量虐殺罪（刑220a条＝当時）を実行したことについて有罪とされるべきことについて、合理的な疑いが排斥される場合」に、再審を許可することとされていた。続いて、2007年には、ノルトライン＝ウェストファーレン州と、自由ハンザ都市ハンブルク（ハンブルク特別市及びハンブルク州）が、法案を提出した⁽⁸⁾。そのきっかけとなったのは、1993年に発生した強盗致死事件で当時の被告人が無罪とされたが、確定後の2004年に押収物件として保管されていた皮膚片を検査したところ、それが旧被告人のものであることの可能性が判明したことであった。この法案では、謀殺既遂罪及び国際刑法上の幾つかの重罪について、「原判決の言渡し時には使用することができなかった新たな、かつ、学術的にも承認されている技術的な調査手法に基づいて、新事実又は新証拠が提出される場合」に、不利益再審を許可すべきとされていた。しかし、いずれの提案も、当時の政権において改

(6) *Beulke/Swoboda* (Fn. 1), Rn. 879.

(7) BT-Drucks. 12/6219 und 13/3594.

(8) BR-Drucks. 655/07 und BT-Drucks. 16/7957.

革の必要性が認められず、立法には至らなかった。

それでもなお、不利益再審の導入を求める声は、その後も特に被害者及びその遺族から強く寄せられてきた。中でも、本件の対象事件が象徴的であり、最終的に立法による改正に結実した。本件は、1981年に発生した強姦殺人事件であり、当時17歳の女子学生が被害者であった。その被告人 X は、地裁の第一審で有罪（終身刑）とされたが、連邦通常裁（BGH）の上告審で証明不十分として破棄され、差戻後の地裁で無罪とされた。ところが、判決確定から約30年後の2012年に、州警察局が被害者の父親の求めに応じて DNA 型検査を実施したところ、犯人のものとされる試料と被告人のものが一致することが確認された。そこで、父親は、新証拠に基づく不利益再審を刑法に導入することを求めて電子署名を求めたところ、18万人を超える署名が集まった⁽⁹⁾。これを受けて、再び改正の機運が高まり、2021年6月に、当時の連立政権を構成していたキリスト教民主同盟（CDU）＝キリスト教社会同盟（CSU）と SPD が法案を提出し⁽¹⁰⁾、これが議会で決議され、刑法に5番目の不利益再審事由を認める規定が導入された。

3. 本件の流れ

本件は、1981年に発生した強姦殺人事件である。被告人 X（当時）は、1982年7月に、第一審のリューネブルク地裁判決により、強姦罪（刑177条）及び謀殺罪（刑211条）を理由に終身刑に処された。しかし、Xの上告を受けて、連邦通常裁は、1983年1月に、証明不十分を理由に原判決を破棄した。同年5月の差戻審判決でも、シュターデ地裁は、被告人を無罪と

(9) <https://www.change.org/p/bmjbund-gerechtigkeit-f%C3%BCr-die-ermordete-frederike-nachweislich-falsch-freigesprochene-mordtaten-verdienen-nicht-den-schutz-des-gesetzes-362-der-strafprozessordnung-muss-erg%C3%A4nzt-werden> (2023年12月1日最終確認)。

(10) BT-Drucks. 19/3099.

し、この判決が確定した。ところが、2012年に、州警察局が被害者の父親の求めに応じてDNA型検査を行ったところ、犯人と被告人とが一致する可能性があることが判明した。そこで、当時の刑訴法規定にしたがって再審を求めるべく、原判決当時の証人及び鑑定人に偽証罪が成立するかどうかについて捜査が行われたが、成果を得なかった。

しかし、2021年12月に刑訴法が改正され、同月30日に施行されたことから、管轄の検察官は、新規定に基づいて、2022年2月に、フェルデン地裁にXを被告人とする再審を請求し、併せてその勾留命令の発付を申し立てた。フェルデン地裁は、同月25日に、検察官の再審請求を認め、同時に被告人の勾留を命令した⁽¹¹⁾。Xがこの勾留命令について抗告したが、ツェレ高裁は、2022年4月20日に、抗告を棄却した⁽¹²⁾。そこで、Xは、この地裁と高裁の勾留命令は憲法違反であるとして、連邦憲法裁(BVerfG)に憲法抗告を提起した。Xの抗告は、直接的には、勾留命令に向けられているが、間接的には、再審の根拠となる刑訴法362条5号が基本法103条3項の一事不再理原則に違反すると主張するものであった。

連邦憲法裁は、2022年7月14日の部決定により、勾留命令を一時停止とする仮命令を下し⁽¹³⁾、これを二度にわたって延長しつつ⁽¹⁴⁾、刑訴法362条5号の合憲性を審理した。審理に当たっては、連邦上・下院、連邦首相府、連邦諸州、連邦通常裁判所、連邦検事総長、連邦弁護士会、ドイツ裁判官連盟などの諸機関に加えて、マックス・プランク「犯罪・安全・法研究所」所長のTatjana Hörnle教授、アウクスブルク大学のJohannes Kaspar教授らに意見を求める口頭弁論が開かれた。

(11) LG Verden, 25. Februar 2022, 1 Ks 148 Js 1066/22 (102/22), Beschluss.

(12) OLG Celle StraFo 2022, 245.

(13) BVerfGE 162, 358.

(14) BVerfG 2. Senat, 20. Dezember 2022, 2 BvR 900/22, Einstweilige Anordnung und BVerfG 2. Senat, 16. Juni 2023, 2 BvR 900/22, Einstweilige Anordnung.

連邦憲法裁第二法廷は、2023年10月31日に、新証拠に基づく不利益再審を認めた刑訴法362条5号の規定は、一事不再理原則を定めた基本法103条3項などに違反するため無効であると宣言する判決を下した。これに伴い、地裁及び高裁の勾留命令も破棄している⁽¹⁵⁾。

Ⅲ. 連邦憲法裁判所判決

1. 本判決の概要

本判決は、新たに導入された刑訴法362条5号の合憲性を審査したものであるが、判断のポイントは2点である。すなわち、第1に、刑訴法362条5号は基本法103条3項に基づく一事不再理原則の例外を拡張するものであるが、本憲法規定はこのような形で不利益再審事由の拡充を許すものであるか、第2に、刑訴法362条5号はその施行前の事件に遡及適用することが制限されていないが、本件にこれを適用することが遡及適用禁止原則(基本法20条3項など)に違反するか、という点である。

連邦憲法裁は各法廷が8名の裁判官で構成されるが、上記のうち第2の点は、全員一致で遡及適用禁止原則に対する違反であると認められた。しかし、第1の点は、6名の裁判官が憲法違反であるとしたが、2名の裁判官(Müller 判事と Langenfeld 判事)が反対意見を付した。

2. 本判決の内容

1) 刑訴法362条5号と一事不再理原則

(1) 見解の対立点

第1の問題は、不利益再審を新証拠発見の場合にも拡張する刑訴法362

(15) BVerfG NJW 2023, 3698.

条5号が、基本法103条3項の一事不再理原則に違反するかどうかである。この点について、多数意見と少数意見が対立したのであるが、双方とも、基本法上の一事不再理原則が再度の処罰だけでなく、再度の訴追まで原則として禁止するとする限りでは、一致している。その上で、基本法103条3項の一事不再理原則は、従来の刑訴法365条1号～4号の場合を除いて、不利益再審が許容される範囲の拡張を禁止するものであるか、又は他の憲法上の利益との衡量に基づいて一定条件の下では相対化され、例外的な拡張も許容されるものであるかという点で、多数意見が絶対的な拡張禁止を主張するのに対して、少数意見が相対的な拡張も許されるとして、見解が分かれた。

(2) 基本法103条3項の適用範囲

基本法103条3項は、その文言上、「再度の処罰」を禁止している。それゆえ、再審が問題となる場面では、原確定判決が有罪とされた場合のみを対象とするようにも読める。しかし、憲法制定時の法実務では、一事不再理原則は、刑訴法上の根本原則として、原確定判決が無罪とされた場合も再度の訴追を禁止するものと理解され、そのように運用されていた。一事不再理原則は、中世普通法時代に行われていた「仮放免」を排除するための根本原則であり、基本法もそのような理解に立って本原則を憲法に規定したものである(判決理由(以下省略) Rn. 59以下)。

また、基本法103条3項の一事不再理原則は、裁判実務において、検察官及び裁判所を拘束するが、それにとどまらず、立法者をも拘束する憲法原則だと理解されている。すなわち、刑事法領域において、如何なる行為を処罰対象とし、如何なる刑罰を法定するかという実体法の側面だけでなく、当該可罰的行為を如何なる手続に基づいて審判するかという手続法の側面においても、その諸条件の法定は立法者の権限である。それゆえ、立

法者は、その判断に当たっては、基本的に裁量を与えられるのであるが、その際には、憲法上の制約に拘束される。例えば、ドイツでは死刑が憲法上廃止されているが（基102条）、これは、立法者をも拘束する憲法保障である。これと同様に、一事不再理原則も立法者を拘束する憲法原則であり、立法者は、この憲法規定に反する立法を行うことは禁止される（Rn. 72 以下）。

（3）基本法103条 3 項の効力

多数意見は、基本法103条 3 項の効力を絶対的なものと理解し、被告人に不利益となる再審の機会を現行法より拡張することは禁止されるとした。この点について、多数意見は、①基本法103条 3 項は、再度の訴追禁止を立法者に対しても課する、②実体的正義に対して法的安定性を優越させるとする憲法上の判断は、利益衡量の対象外であり、立法者に対して刑事再審に関する規定の制定に当たって裁量を与えるものではない、③基本法103条 3 項の一事不再理原則は、利益衡量から除外される憲法原則として厳格に解釈されるべきであり、本条項の保護が及ぶ限りで、立法者に対して新事実又は新証拠に基づく基本権主体に不利益となる再審の機会を設けることを禁止する、と判示している（Rn. 55）。

まず、基本法103条 3 項は、1949年に基本法が制定された当時の法制度及び（ナチス時代以前の）法実務をそのまま継承したものであり、一事不再理原則は、立法者も拘束する憲法原則だとされる。これは、歴史的には、中世普通法時代の仮放免や、ナチス支配時代の司法権の恣意的運用に対する忌避といった経験に基づくものである（Rn. 64 以下）。

また、「基本法103条 3 項は、法的安定性の原理を、実体的正義の原理に優先することを保障する」（Rn. 76）ものであり、「基本法103条 3 項で示された法的安定性を優先するという憲法判断は絶対的である」（Rn. 79）

として、再審法の制定に当たっての立法裁量が否定された。すなわち、不利益再審は、確定判決の確定力によってもたらされた法的安定性を、真実に即した有罪判決を求める実体的正義の観点から破るものであるが、基本法は、このような形での利益衡量を否定し、従来の規定を超えて不利益再審の機会を拡張することを禁止しているというのである。これは、憲法自身の決定であり、立法者はその裁量を奪われるのである。多数意見によると、基本法103条3項は、刑罰規定の遡及適用禁止を定めた基本法103条2項と同じく絶対的な効力を持つものであり、判決確定後も無限に訴訟の負担を負わされることから個人を解放するものとして、基本権に匹敵する権利であるとされる。また、確定判決は、その時点で社会にも法的安定性と法的平和を与えるのであり、その維持は、公的利益にも資するという(Rn. 89)。

更に、多数意見は、基本法103条3項の一事不再理原則によって保障される基本権に匹敵する権利は、その保障の範囲が狭く限定され、その分、他の一般的な人権と異なって厳格な解釈が求められるのであり、その保障が及ぶ限りで立法による拡張は禁止されるとする(Rn. 94)。基本法103条3項は、一般刑罰規定に基づく再度の訴追を国内の刑事裁判において禁止するものとして、明確に特定して規定しているが、それはあくまで、原判決が通常公判において実体判決をもって終結した場合に限られ、略式命令や手続打ちりの裁判を含むものではない。また、本憲法原則は、全ての不利益再審を一律に禁止するものではなく、再度の訴追の禁止は新事実又は新証拠に基づく場合に限られる。すなわち、刑訴法362条1号～4号の不利益再審規定は、基本法103条3項に内在する制約であるが、文書偽造・偽証・職務犯罪類型(1号～3号)は判決の修正ではなく、手続に付着した法治国家として看過できない瑕疵の除去に向けられたものであること、また、信用性のある自白の類型(4号)は、罪を犯した者が無罪とされた

ことを吹聴するなどして法治国家としての刑事手続の権威が害されたことへの対応として、それぞれ理解されるものである (Rn. 118 以下)。これに対して、刑訴法362条5号は、正面から、誤った無罪判決の修正を目的とした規定であり、これは、実体的正義に対して裁判の確定力に基づく法的安定性を優先させた憲法の決断に正面から反対するものである (Rn. 124)。確かに、憲法上の価値判断は、時代を経るごとに社会の変化に応じて変更され得るものであるが (Rn. 129)、一事不再理原則は法治国家的な刑事手続の根本原則であり、捜査技術の進展や、被害者保護の考え方の変化によっても変更されるべきものではない (Rn. 130)。

(4) 少数意見

以上の多数意見に対して、少数意見は、基本法103条3項の絶対的効力を否定し、他の憲法上の利益、ここでは国家の刑罰権との衡量に基づいて、比例性原則を遵守した上で、一定条件の下において不利益再審の機会を拡張することも、憲法上は許されるという (Rn. a1)。

少数意見は、まず、多数意見が基本法103条3項の絶対的効力を認める点について、そうであるならばおよそ全ての不利益再審が禁止されるべきであるが、刑訴法362条5号の再審のみ禁止されるというのは説得的ではないという (Rn. a4)。基本法103条3項も、他の憲法上の利益により制約される場合があり、不利益再審は原則的に禁止されるとしても、「比例性原則を遵守した上で相互に比較衡量され得る」性質のものだとする (Rn. a5)。

多数意見は、基本法の制定当時の考え方を基礎にするが、立法資料や当時の刑訴法規定の全体からも、憲法の効力をこのような形で「固定化」することの根拠は導かれない (Rn. a8 以下)。特に、被告人が確定判決後に信用性のある自白をした場合の不利益再審規定 (刑訴362条4号) との比較においても、確定後の事実・証拠状況の変化という点では、刑訴法362条

5号の新規定と共通するのであり、重大事犯において確定無罪判決が明らかに誤りであることが判明した場合もそれを維持しなければならないとすれば、市民の法秩序への信頼は動揺し、法治国家としての権威が損なわれてしまうのであり、この点を指摘する立法者の見解が適切である(Rn. a14)。また、多数意見は、誤って無罪とされた者がそのことを吹聴するという事例を想定して、法治国家としての権威が害されると理解するが、規定上は、公判廷で自白する場合も想定されているのであり、この点で価値矛盾が生じ得る。すなわち、誤って無罪とされた者が、反省悔悟に立って公判廷で自白した場合は、不利益再審が可能となるのに対して、自白せず（したがって、反省悔悟の態度を見せず）、他の証拠によって有罪の可能性が認められる場合には再審の危険に晒されないことになってしまう(Rn. a15)。また、刑訴法362条5号によりナチス支配の時代に逆戻りするかのごとく、不利益再審の機会が一気に拡張されることを危惧する見解も見られるが、これは、立法において高度の要件が立てられることにより、合理的に防止され得るものである。

少数意見は、このようにして、基本法103条3項の保障は絶対的なものではなく、他の憲法上の利益との衡量に基づいて、一定の場合に制約を受けることが認められるものと理解するが、そのような憲法上の利益として、国家の刑罰権の妥当を挙げている。すなわち、法治国家原理に基づいて、真実に即した判決と適切な処罰の実現は、基本法103条3項が保障する法的安定性との間で対立し、利益衡量の対象として考慮されるべきだという。国家は、刑罰権の妥当をもって、個人の利益保護及び国際法上の処罰義務(Rn. a23以下)に応えるべき責務を負うのである(Rn. a18)。特に生命、身体、性的自己決定に対する罪においては、国家の刑罰権実現は、被害者個人やその家族の保護にも資する。個人は、そのような犯罪に対して自身で防御できないときは、国家の保護を求めることができるのであり、

そのような請求権には効果的な刑事訴追を求める権利も含まれるのである (Rn. a21)。

少数意見は、基本法103条3項の制約を正当化する憲法上の対立利益を、個人の保護及び国際法上の処罰義務を実現するための国家の刑罰権と位置付けた上で、一事不再理原則による基本権に匹敵する権利の制約について、比例性の観点から検討を加えている。すなわち、刑訴法362条5号は、確定して無罪とされた者の法的安定性を著しく制約するものであるから、比例性原則の観点からは、その許容性について高度の要件が立てられなければならない (Rn. a33)。この点について、第1に、刑訴法362条5号が対象とする犯罪は、全て終身自由刑が法定され、かつ、時効の適用がない。これにより、立法者より特に重大な不法であるとの評価がなされた犯罪類型に限定されている。更に、原判決が無罪で確定した場合に限られており、量刑不当などの理由での再審は認められておらず、原判決を是正すべき必要が特に高い場合であることも認められる (Rn. a33)。

また、対象者にとって過剰な負担とならないような「保護装置」も求められる。この点で、刑訴法362条5号は、新事実又は新証拠が被告人の有罪を示すべき切迫した理由を示すものであることを要求しているが、これは、原判決時の事実・証拠関係を根本的に変更するものであることが必要だと解される。ただし、立法理由では、切迫した理由とは、勾留命令の要件である切迫した犯罪容疑と同じものであるとされており、これで保護装置として十分であるかは、なお検討を要する。また、不利益再審により第2の手續の負担を負わされることについて、これが量刑等で相殺する形で考慮される必要があるという点も、立法過程で明らかにされていない。このようにして、刑訴法362条5号による不利益再審が、対象者に与える負担を適切な範囲にとどめるものであるかどうかには、なお疑問が残るところである。すなわち、「基本権の制約は立法者自身が判断しなければなら

ず、裁判所による解釈及び適用に委ねられてはならないとする、憲法上の要請を満たしているかという点には、疑問がある」(Rn. a37)。

2) 遡及適用禁止

(1) 遡及適用の意義

刑訴法362条5号は2021年12月30日に施行されたが、これが施行前の事件にも遡及して適用されるかどうかについては、規定されていない。もっとも、立法過程を踏まえると、立法者としては施行前の事件にも適用されることを想定していたと考えなければならない。そこで、対象者に不利益な効力を持つ刑事法規定が法施行前の事件にも適用されることについて、その合憲性が問われることになる。

ドイツの実務及び学理では、ある法規定が遡及効を持つ場面として、①真正の遡及効と、②不真正の遡及効とに分けて検討するのが一般的である(Rn. 144)。具体的には、ある法規定が対象者の行為後に定められた場合において、既に訴訟が終結した後その要件が改変され、新たな法効果が生じる場合が前者であり、訴訟が終結する前に改変されて、訴訟で宣告される法効果が新たな法規定に基づいて言い渡される場合が后者である。不真正の遡及効は、裁判で適用される規定が行為時法と裁判時法のいずれが適用されるべきかという問題であり、刑法上の遡及適用禁止(基103条2項)を除いて、憲法上の問題は生じない。他方、真正の遡及効は、憲法上、原則として許されない。その趣旨は、「基本法が妥当する下で創設された法秩序と、それに基づく権利の存在と維持への信頼を保護する」ことにある(Rn. 145)。

(2) 刑訴法362条5号の遡及適用と、その正当化の可否

刑訴法362条5号は、本件では、抗告申立人の無罪判決が確定した後に

制定された規定であり、これに基づいてその確定力を破って裁判をやり直すものであるから、真正の遡及効を持つことになる (Rn. 147)。それゆえ、憲法上、基本的に禁止される。

確かに、不利益再審による原判決の確定力を破ることは、刑罰規定の遡及適用ではないので (基103条 2 項)、憲法上、絶対的に禁止されるわけではない。しかし、国家の権力を行使して行われた裁判の結果は、それが維持されることに向けた市民の信頼を根拠付けるのであり、憲法上も、この信頼は、一事不再理原則 (基103条 3 項) 及び法治国家原理 (同20条 3 項) に基づいて保護されるべきだとされている (Rn. 142)。

もっとも、真正の遡及効は、憲法上基本的に禁止されるとしても、その保護を上回る公的利益が認められる場合には、例外的に許容される場合もある。例えば、公訴時効も、一旦時効が完成した後に規定が改変され、施行前に時効が完成していた事件にも遡及して改変後の規定が適用される場合には、真正の遡及効に該当するが、重大犯罪の訴追及び刑罰権の実現という公的利益との関係で、例外的に許容されると考えられている。しかし、裁判の確定によってもたらされる「区切り」は、公訴時効の遡及適用がもたらす区切りに比べて、一度は国家として訴追が行われ、裁判によって判決が下されているという点でより強いものであり、同列に扱うことはできない (Rn. 155)。また、犯罪収益没収についても、真正の遡及効が合憲とされてきたが、その際には、「市民の法への忠誠を害するような、法執行の重大な欠缺」を阻止することが、その理由とされていた。しかし、不利益再審が問題となる場面では、既に刑事訴追及び裁判が行われている点で、これには該当しないのである (Rn. 159)。

無罪判決の確定力は、基本法103条 3 項において、対象者がその維持を信頼することについて憲法上の保障を受けるものである。不利益再審は、確かに、新事実又は新証拠による犯罪の切迫した嫌疑に基づくものである

が、なおも、違法な犯罪であるとの認定に基づくものではない。また、公判に基づいて無罪とされた判決を維持することは、違法行為に対する処罰の欠缺という印象を社会に生じさせるものではない。それゆえ、社会における法秩序・規範の確立のために、刑訴法362条5号の遡及効が必要であるとはいえないのである (Rn. 160)。

3) 結論

連邦憲法裁は、以上の理由から、不利益再審を新事実又は新証拠に基づく類型に拡張した刑訴法362条5号は、憲法違反であり、これを無効であると宣言した。また、抗告申立人の事件について、未決勾留を命じた地裁及び高裁の決定を破棄した。

4) 小括

(1) 鑑定意見

以上のとおり、本連邦憲法裁判決は、2021年末に導入された刑訴法356条5号を違憲であるとして、法令集から消し去った。これにより、ドイツにおいて、新事実又は新証拠に基づく不利益再審の是非に関する議論は、一応の決着が付けられた。もっとも、基本法規定の解釈について、不利益再審の拡張の可否をめぐることは少数意見が付されたため、今後も検討の余地が残されている。

この点に関して、本件審理に当たって鑑定意見を述べた *Kaspar* 教授 (違憲説) と *Hörnle* 教授 (合憲説) の見解が注目される。両教授は、判決に先立って詳細な論文を公刊しており⁽¹⁶⁾、理論的な整理のために、小括としてその要旨を確認しておきたい。

(16) *Kaspar*, GA 2022, 21; *Hörnle*, GA 2022, 184.

(2) *Kaspar* 教授の見解

Kaspar は、刑訴法362条5号は基本法103条3項に基づく一事不再理原則に違反すると断言する。その理由として、立法理由として挙げられた「正義」の実現は、それ自体として否定できない利益であるとしても、不利益再審の拡張の根拠としては曖昧であり、かつ、重大犯罪に際しては、一旦無罪とされた者にとっての国家としての保護が吹き飛んでしまうと述べている⁽¹⁷⁾。

Kaspar は、この憲法上の論点について、第1に、基本法103条3項は絶対的効力を持ち、基本法制定時に定められていたもの以外に不利益再審を拡充することを否定する見解については、略式命令の場合に重罪での有罪を可能とする新証拠に基づく不利益再審の存在を挙げて、それに反対する⁽¹⁸⁾。ただし、そのような理解を前提にしても、刑訴法362条5号の新規定が本基本法の核心領域を侵害するものとなる場合は、他の諸利益との衡量を待たず、直ちに憲法違反になるという。*Kaspar* は、刑訴法362条5号の規定上は、嫌疑の程度や証拠の性質について限定がなされておらず、それゆえ、常に「留保付きの無罪判決」という状態をもたらせるものであり、対象事件が重大な事案に限定されているとしても、基本法の保護におけるその核心領域への許されない侵害に当たるという⁽¹⁹⁾。

Kaspar は、自身の見解と異なり、他の諸利益との利益衡量を行う場合でも、刑訴法362条5号の規定は比例性原則に反するという。すなわち、立法者が規定目的として挙げる「正義」は不明確であり、濫用の虞があるが、これに加えて「刑事司法の機能性」という利益は、一事不再理原則による保護を制限する対立利益として考慮され得るという。その上で、刑訴法

(17) *Kaspar* (Fn. 16) S. 21.

(18) *Kaspar* (Fn. 16) S. 26 f.

(19) *Kaspar* (Fn. 16) S. 28 f.

362条5号の規定は、相当性の観点において、市民の刑事司法の機能性に対する信頼の保護という対立利益に比して、対象者が受ける権利制約の程度が過剰であるため、やはり憲法違反であるという。なぜなら、現実に重大事件で真犯人が無罪とされたままに置かれることがあるとしても、その数は著しく少ないのであり、一部の重大事件に対する不満から永続的に、市民の刑事司法の機能性に対する信頼が損なわれるわけではないからである⁽²⁰⁾。

(3) Hörnle 教授の見解

Hörnle は、刑訴法362条5号は合憲であると断言する。すなわち、立法者とは異なり、「実体的正義」という抽象的な価値ではなく、重大犯罪の被害者における「実効的な刑事訴追を求めることの主観的権利」が、無罪判決の確定による保護を制約する根拠になるというのである⁽²¹⁾。その理由として、法的安定性と実体的正義の対置は、抽象的な客観的価値の最善化を目指すものであるにすぎず、個人の基本権を制約する議論としては混乱を招くだけであるが、規範的な個人主義という憲法体系の下では、各々に対立する個人の基本権が考察対象とされなければならないというのである⁽²²⁾。

Hörnle は、このような理解を前提に、まず、基本法103条3項の絶対的効力を否定し、対立する利益との衡量に基づく制約を認めるべきであると主張する。すなわち、同規定の絶対的効力を認める見解も、基本法制定時の法状況を前提にした不利益再審の制度は合憲であるとするが、これは、単に「憲法以前の法律状況という偶然の事情を化石化」したにすぎず、理論として一貫しないという。基本法は、人間の尊厳などその核心部分にお

(20) Kaspar (Fn. 16) S. 30 ff.

(21) Hörnle (Fn. 16) S. 184.

(22) Hörnle (Fn. 16) S. 186 f.

いては、絶対的な保障を与えるのであり、基本法103条3項においても、再度の処罰が禁止されるという点では、利益衡量の対象外とされるべき絶対的な保護が与えられる。しかし、再度の訴追禁止は、その周辺領域に位置付けられるものであり、相対化が可能な範囲にあるという⁽²³⁾。

Hörnle は、その上で、生命・身体・性的自己決定に対する犯罪の被害者において、自身の刑事事件について実効的な刑事訴追を求める権利を挙げ（被害者死亡の場合は、その遺族にも継承される）、この犯罪被害者の主観的権利が、無罪判決の確定による保護を与えられる者の権利を制約する根拠として対置されるという。刑事訴追は、かつてのように、専ら国家又は市民の利益を追求して行われるべきとの考え方から転換され、現在では、被害者の権利を擁護するためのものでもあるとの考え方が承認されるに至っているとして、比例性の観点から、特に相当性判断における衡量の対立利益とされるべきだということである⁽²⁴⁾。

その上で、このような被害者の実効的な刑事訴追を求める権利と、無罪判決の確定により保護を受ける者の権利との衡量においては、対象者が実際に真犯人であった場合と、無辜の者であった場合とに区別して検討されるべきだという。確かに、再審事由の充足によって手続が再開され、改めて刑事責任の追及を受けることになるとしても、真犯人であった者にとっては、その要保護性は決して高いものではない。他方、無辜の者であった場合を想定すると、そのような事態を防止すべき保護装置が十分備わっていることが求められるという。この点で、刑訴法362条5号は、新事実又は新証拠に基づいて、改めて有罪とされるべき「切迫した理由」を要求しているが、これは、単に勾留命令のような「切迫した犯罪容疑」というレベルではなく、「事実構造又は証拠状況を根本的に変更させるものである」

(23) Hörnle (Fn. 16) S. 188 f.

(24) Hörnle (Fn. 16) S. 189 ff.

と理解されるべきだという。具体的には、正当防衛で殴り殺したとの確定無罪判決の認定が、新証拠により、実は被害者の背中から銃殺したとの事実が正しいことが判明した、といった程度のものであるという⁽²⁵⁾。

IV. おわりに

以上、本稿では、ドイツの不利益再審をめぐる問題について、近時の立法とそれを違憲とする連邦憲法裁の判決を中心に紹介した。もとより、外国法研究の大前提として、当地の諸規定・制度を前提とした議論状況であることに注意が必要であるが、一事不再理原則は歴史的意義において仮放免への忌避から生み出された法原理であり、この問題についてドイツで一定の動揺が生じたことは注目に値する。

日本では、確かに、憲法39条の規定上は、同一犯罪に対する再度の刑事責任追及（第2文）だけでなく、「既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問われない」（第1文後段）と明示されており、これを受けて、刑訴法上も、不利益再審が排除されている。しかし、ドイツでも、一事不再理原則の歴史的背景を踏まえて、基本法103条3項の二重処罰禁止は二重訴追禁止として一事不再理原則を憲法上保障するものと理解されており、その例外の是非を問うこの度の議論は、日本にとっても決して対岸の火事ではない。特に、DNA型鑑定等の捜査技術の発展が殺人等の重大事件について公訴時効の撤廃へとつながった流れ（平22法26）は、その際に被害者の利益が相当程度に考慮されていたことから、既に議論の土壌は備わっている。

それゆえ、今回のドイツ連邦憲法裁判所の違憲判決は、その射程範囲も

(25) Hörnle (Fn. 16) S. 192 ff.

含めて、学理における研究対象とされるべきである。本稿をその予備的考察として、今後の検討につなげていきたい。