

刑事手続における取引（3・完）

——ドイツにおける判決合意手続——

中央典拠

- 一 はじめに
- 二 Absprache の概観
 1. Absprache の意義
 2. 判例実務
 3. 立法の動向
 4. 小括（以上57巻2号）
- 三 Absprache に関する法的問題点
 1. 比較法的考察
 2. 判決合意手続の許容性
 3. 判決合意手続の法的性質
 4. 自白の取扱
 5. 量刑問題（刑の責任相応性）
 6. 合意中絶の効果
 7. 合意の事後的是正（上訴問題）
 8. 合意の適格性（適用範囲）
 9. 小括（以上58巻1号）
- 四 我が国の刑事訴訟における取引的要素—合意手続の導入可能性
 1. 一般的許容性
 2. 現行法との適合可能性
 3. 改革の必要と展望
- 五 おわりに（以上本号）

四 我が国の刑事訴訟における取引的要素—合意手続の導入可能性

前章までにおいて、2009年に新たに立法されたドイツの刑事司法取引、

特に判決合意手続（“Absprache” oder “Verständigung”）の歴史的経緯と立法過程を紹介し、その理論的問題点を概観した⁽¹⁾。これを踏まえて、本章では、我が国の刑事司法における取引的手法・判決合意手続（以下、合意型手続）の導入可能性とその規律に関して検討する。その際、第一に、我が国の刑事司法にこのような合意型手続を取り入れることは原理的に可能であるか、すなわち、合意型手続の導入は憲法の基本原則及び刑事司法の基本原則に反するものではないかという問題が、解明されなければならない。そして第二に、合意型手続の導入には如何なる制度的条件が必要であるかが、問われなければならない。そこでは、合意型手続の導入は現行法上可能であるか、つまり既に現行刑訴法において合意型手続の使用が許容されうるものであるのか、或いは、合意型手続が現行法に適合しないものとするならば、その導入にあたって如何なる制度的整備が必要であるかという考察が求められる。

我が国の刑事法学説において、特に最近、刑事司法の導入可能性をめぐる議論が活発に行われている⁽²⁾。本稿では、これら先行業績における議論も参照しつつ、ドイツ法学説における議論と比較しながら、各問題を検討する。

(1) 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(1)(2)」近法57巻2号（2009）、58巻1号（2010）。

(2) 特に代表的なものとして、日本刑法学会第88回大会第二分科会における「司法取引の理論的課題」（田口守一「司法取引の理論的課題に関する研究の意義」、川出敏裕「司法取引と刑事訴訟法の諸原則」、宇藤崇「司法取引と量刑的考慮について」、宇川春彦「米国における司法取引」、河合幹雄「司法取引と日本社会・文化との相性」、以上刑雑50巻3号1頁以下（2011））及び刑事法ジャーナル特集「刑事裁判と合意手続」（加藤克佳「日本の刑事裁判と合意手続」、田中利彦「英米の刑事裁判と合意手続・司法取引」、池田公博「ドイツの刑事裁判と合意手続」、松田岳士「イタリアの刑事裁判と合意手続」、以上同誌22号2頁以下（2010））。

1. 一般的許容性

（一）憲法上の論点

我が国の憲法は、刑事手続に関して、比較的詳細な規定を定めている。すなわち、一般条項としての適正手続保障を頂点とする各種の手続ルール（憲法31条乃至40条）が、憲法上明確に、刑事手続の在り方を規律している。また、刑事手続は、国家と国民との間で様々な葛藤を生じさせる作用であるから、人格的生存を保障する人権条項（憲法13条以下）との関係も問われなければならない。また、検察官・裁判所が刑事手続におけるその活動において取引的行為を行うことは、憲法上各機関に与えられた権限の範囲内にあるかも問題である。

我が国の最高裁は、ロッキード事件大法廷判決（最大判平7・2・22刑集49巻2号1頁）において、アメリカの刑事免責制度を利用して得られた証人供述の証拠能力を判断するにあたり、「我が国の憲法が、その刑事手続等に関する諸規定に照らし、このような制度の導入を否定しているものとまでは解されない」と判示している。もっとも、同判決では、特定の証人に免責を与えて被告人の罪状立証に供するような取引的手法の採用が、如何なる憲法規定との関係で、如何なる問題を生じさせるものであるかまで、詳細に検討・判示されていない⁽³⁾。

ここでは、上記最高裁判例の意義を考える意味も含めて、合意型手続と憲法規定との関係を検討する。

（1）刑事手続に関する規定との関係

憲法31条は、刑事手続の法定に加えて、適正手続を保障するものであることに異論はない⁽⁴⁾。それゆえ、合意型手続による事件の処理がそれ自体

(3) 多田辰也・刑訴法判例百選第9版151, 152頁（2011）。

(4) 佐藤幸治『憲法・第3版』587頁（1995）。

不公正なものとして、この適正手続条項に違反してはならないことは、当然である。その上で、合意型手続が個別の法規定を必要とすることまで、本規定から要請されるかは、さらなる検討が必要である。この点は、既に法定された手続である刑訴法の範囲内で合意型手続を採ることができるかという問題に解消されることから、後述で詳論する。

合意型手続を用いる際に、憲法上特に問題となるのが、自己負罪拒否特権又は黙秘権との関係である。憲法38条1項は、「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」と規定し、無実者はなおのこと、仮に事件の真犯人であっても、自身の刑事手続において不利となる供述を国家機関より強制されてはならないこと、つまり、供述を行うにあたっての意思決定とそれに基づく供述行動の任意性が確保されるべきことを保障している。仮に、そのような不利益供述が強要された場合には、これによって得られた供述を「証拠とすることができない」（憲法38条2項）。合意型手続は、国家機関が被疑者・被告人に一定の条件と引換えに不利益供述（自白）の提供を要求するという手法が典型であることから、憲法上の問題が生じる。もちろん、憲法は、被疑者・被告人が不利益供述を行うことを一切否定しているわけではなく、任意の自白は当然ながら証拠として許容される。それゆえ、合意型手続において、被疑者・被告人が事案解明への協力（つまり自白）を強制されることは許されないが、供述の任意性が確保される限り、そのような手法は憲法上否定されるべきものではない。もっとも、我が国の憲法は、さらに、自白のみで有罪とすることを許さず、他の証拠による自白の補強を要求していることから（憲法38条3項）、合意型手続による事件処理に際しても、そこで得られた自白の証明力に関して一定の制限が課されていることに留意しなければならない。

そして、このような供述の任意性を確保し、さらに自白を補強する証拠による有罪認定という憲法上の条件が十分機能するためには、被疑者・被

告人自身がより主体的・能動的に手続へ関与することが必要となる。その際には、憲法37条に規定された各種手続的権利の保障が重要となる。具体的には、合意に基づいて被疑者・被告人が自白し、主としてそれを証拠として有罪認定される場合でも、裁判手続は公開かつ対審の条件において実施され（憲法37条1項）、不利益証拠に関する弾劾の機会を与えられ（同2項）、そして弁護人による援助を受ける権利が保障されていなければならない（同3項）。これらの点は、現行刑訴法との関係において詳細に検討されるべきものであることから、後述で再論する。

② 一般的人権条項との関係

憲法11条以下により、すべての国民は、「すべての基本的人権の享有」を保障され、「個人として尊重される」。すなわち、無実者はおのこ、真犯人も、刑事手続の過程において、人格的生存に不可欠の権利が不当に侵害されてはならず、1個の人格としてその尊厳を尊重されなければならない。例えば、被告人が刑事手続において国家による審問の単なる客体としての地位におかれる場合、その者は、主体的地位が否定され、人間の尊厳を侵されることになる。刑事手続において合意型手続が採られる場合も、被疑者・被告人の主体的地位が保障されるためには、一方的に合意を強要されるのではなく、あくまで、被疑者・被告人において主体的・能動的な関与の機会が保障されなければならない。その前提としては、被疑者・被告人には、合意に応じるか否かの自由が与えられなければならない。

また、憲法14条により、国民は、同一の条件においては、基本的に同一の扱いを受けなければならない、合理的理由がない限り、差別的な扱いを受けないことが保障されている。検察官・裁判所の側から合意が提案された場合、被疑者・被告人がこれに応じるか否かをめぐって、不当に差別的な

扱いを受けることになってはならない。検察官・裁判所は、合意型手続の採用に関して、恣意的・差別的な運用を行ってはならない。

これ以外に、例えば、思想良心の自由(憲法19条)、信教の自由(同20条)、表現の自由(同21条)など、精神的自由権との関係においても、合意が強調されてはならない。

(3) 権力分配原理との関係

憲法は、人権保障規定に加えて、各国家機関の権限分配に関する規定も詳細に定めている。このうち、刑事事件に関しては、特に司法機関の権限との関係が問題となる。すなわち、刑事事件の適切な処理と犯罪者の適正かつ迅速な処罰は、およそ司法権に属する権限であるが、この権限を行使する裁判所(及び検察官)が被疑者・被告人との合意によって事件を処理することがこの司法権の範囲内にある行為であるかが問われなければならない。

司法権とは、基本的には、法律上の争訟について、当事者の意思に関わらず事実を認定し、それに法律をあてはめて法的効果を導き、これを宣告することで解決を図る作用である⁽⁵⁾。それゆえ、司法権の概念を純粹に適用するならば、当事者と裁判所、あるいは当事者間で合意に向けた交渉の過程で事実関係が確定され、解決が図られることは、司法権の範囲を超えものとなりそうである。もっとも、司法権は、刑事事件だけでなく、民事事件も含む概念である。そこでは、形式的真実主義の下、事実の確定にあたって、当事者間で争いのない事実については、基本的に裁判の基礎とされる(「弁論主義」⁽⁶⁾)。例えば、貸金返還訴訟において、実体的には借主

(5) 佐藤(前掲注4)293頁、最大判昭27・10・8民集6巻9号783頁。

(6) 新堂幸司『新民事訴訟法・第4版』409頁(2008)。

の返済がなかったとしても、当事者間で返済の事実があったものと合意されれば、裁判所はそれを前提に判決を下すことになる。それゆえ、合意に基づく事実認定がおよそ司法権の範囲外にあるということとはできない。

もっとも、民事訴訟の理論がただちに刑事訴訟にすべて適合するわけでもない。刑事事件は、私的利益を離れた公的利益の実現を図ることを目的とし⁽⁷⁾、当事者間の合意のみにその処理を委ねることが常に許されるわけではない。但し、この問題は、司法権の権限行使の範囲内において、その事実認定が如何なる程度において実体に適合したものであるべきかという問題である。それゆえ、ここでは、合意型手続の採用が、司法権とのかかわりにおいておよそ許されないものとはいえないと確認されることで足りる。この確認を前提とした事実認定の在り方如何の問題は、次の刑事訴訟の基本原則（特に実体的真実主義）とのかかわりで詳述する。

（二）刑事訴訟の基本原則に関する論点

刑事手続に合意型手続を採用する場合、実体的真実発見の原則、責任主義（具体的犯罪に適合した科刑）、刑事司法の機能性など、刑事訴訟（刑事法）上の基本原則との関係が問題となる⁽⁸⁾。

（1）実体的真実発見の原則

刑訴法1条は、刑事事件の処理・解決にあたり、「事案の真相を明らかに」することを要請する。すなわち、刑事訴訟では、実体的真実発見の要

(7) 最判平17・4・21裁判集民216号579頁。

(8) 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41, 55頁（2010）、Henning Rosenau「Die Absprachen im deutschen Strafverfahren」in Henning Rosenau, Sangyun Kim（Hrsg.）『Straftheorie und Strafgerechtigkeit: Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog=ドイツ・日本 刑法に関する対話』45頁以下（2010）。

請、つまり「実体的真実主義」が妥当している⁽⁹⁾。前述の通り、民事訴訟では、一般に、形式的真実主義が妥当するが、刑事訴訟は、私的利益の実現ではなく、国家刑罰権の適正な実現という公的利益を追求するものであるため、あくまで真実の解明が要請される。従って、刑事手続において、検察官・裁判所と被疑者・被告人側との合意により、実際に生じた事実と異なる事実を基礎として裁判が下される場合、この実体的真実主義との関係が問題となる。

この問題に関連して、そもそも刑事訴訟で探求されるべき「真実」とは何か、その概念を如何に理解すべきかという点も問題となりうる。第一の見解は、刑事訴訟は実際に生じた事実を確認するものであるとの理解から、いわば絶対的真実を意味するものと理解する。もっとも、この見解は、人的能力の制限を前提に、訴訟における事実の存在は「高度の蓋然性」をもって満足すべきとする⁽¹⁰⁾。これに対して、第二の見解は、第一の見解による絶対的真実の存在を前提とし、訴訟上の事実解明における人的能力の制限からくる齟齬、つまり絶対的真実と訴訟的真実の二項対立関係の存在を否定し、訴訟におけるツールの制限を前提として、事実概念を規範的・構成的観点から把握する⁽¹¹⁾。両見解の対立から、刑事訴訟における合意型手続の導入可能性を検討するならば、確かに、第二の見解による限りで、合意に至る手続が規範的に公正なものであることを条件に、合意型手続も真実に至る一つのプロセスとして承認されるように思われる。これに対して、第一の見解のように絶対的真実の追求を要請するならば、「真実」と異なる事実（多くはそのような妥協的な解決）に至る合意型手続は、否定されるべきことになりそうである。

(9) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法・改訂版』16頁（1990）。

(10) 最判昭23・8・5刑集2巻9号1123頁，最判昭48・12・13判時725号104頁。

(11) 豊崎七絵『刑事訴訟における事実観』210頁以下（2006年）。

もっとも、仮に、第一の見解のように絶対的の真実の探求を要請するとしても、刑事訴訟の目的如何との関係において、そのような真実探求の要請は、必ずしも絶対的なものではなく、他の利益との調整から妥協の余地は残されているように思われる¹²⁾。すなわち、絶対的の真実の探求が刑事訴訟における究極の目標であるとするならば、そこにはおよそ妥協による解決は許されないこととなるが、しかし、刑事訴訟の目的をこのような絶対的の真実の探求・解明に尽きると理解することはできず、また、これまでそのような理解が一般的であったとも思われない。すなわち、後述する通り、我が国の刑訴法は、刑事訴追における検察官の広範な裁量を認めている。具体的には、起訴便宜主義（刑訴法248条）による裁量的な手続打ち切りや、訴因制度の採用により裁判所の審判権限が制限を受ける（刑訴法256条）といった規定がある。このことは、実際に生起した犯罪事実を完全に解明し、真実に100%適合した処罰を科することが、必ずしも至上命題とされているわけではないことを示している。すなわち、訴訟資源や、刑事政策的考慮による他の利益のために、一定程度真実の解明が劣後することは、我が国の刑事司法に内在した理解である。

そして、このような利益衡量による真実解明の制限に一定の合理性が認められるとするならば、実体的真実解明が刑事訴訟の最上の目的ではないことを示している。すなわち、刑事訴訟は、犯罪によって混乱に貶められた法的平穩（平和）の回復に資するべき法制度であり、通常は（原則としては）、実際に発生した事実に適合した刑罰を科することにより、法秩序が回復され、ひいては、法的平穩が回復されることになる。しかし、そのための資源には限界があり、また、真実解明のためいたずらに訴訟が長期化することになれば、逆に、法的平穩の回復が妨げられることにもなる。す

¹²⁾ Korinna Weichbrodt『Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen』75頁以下（2006）。

なわち、実体的真実解明は、法的平穩を回復するための一つ的手段にすぎず、通常それは重要なものであるから、むやみに枉げられてはならないが、他のやはり法的平穩を回復するための利益との関係で、100%の真実解明よりも優先すべき利益が存する場合、一定の妥協も許されるのである⁽¹³⁾。

このように理解するならば、実体的真実主義を前提にしても、合意型手続による事件解決がおよそ否定されるものとはいえない。

(2) 責任主義

刑罰は、質的にも、量的にも、犯人の責任に相応したものとされなければならない。刑罰法1条は、「刑罰法令を適正……に適用実現すること」を要請している。責任主義は、実体法上の基本原則であるが、訴訟上もその実現が要請されている。

犯罪者の責任に関して、通説的見解によると、犯罪の性質・程度に応じた一定の幅を前提に、その範囲内で一般予防や特別予防の観点を考慮して具体的に決定されるべきとされている（「幅の理論」⁽¹⁴⁾）。ドイツの判例によると、具体的宣告刑が、行為者における責任の上限を超えてはならないだけでなく、下限を下回ることも許されない⁽¹⁵⁾。例えば、合意型手続により具体的宣告刑が交渉されるとき、責任の上限を超えてはならないだけでなく、責任の下限という観点からの制限も考慮しなければならない。

もちろん、量刑が責任の上限を超えてはならないだけでなく、下限を下回ってもならないとの要請が、そもそも責任主義から直ちに導かれるものであるかは、検討の余地がある。しかし、仮にそのような要請が責任主義

(13) Wichbrodt（前掲注(12)）38頁以下。本稿三2(1)参照。

(14) 井田良『講義刑法学・総論』560頁（2008）。これに反対する見解（「点の理論」）として、松宮孝明『刑法総論講義・第4版』348頁（2009）。

(15) BGH 刑事第二部1965年8月4日判決（BGHSt 20, 264）。本稿三5(1)参照。

とは切り離されるとしても、下限からの逸脱が過剰なものとなるとき、そのような量刑は、刑事訴訟における法的平穩の回復という観点から否定されるべきことになる。

それゆえ、責任主義は、行為者における責任の幅を前提に、具体的科刑に関する交渉に一定の余地を残すものではあるが、責任の範囲を逸脱してはならないという意味において、合意型手続の導入にあたりその限界を画する要素となる。

③ 刑事司法の機能との関係

さらに、刑事司法の役割・機能との関係で、そもそも検察官・裁判所と犯罪者（と前提される被疑者・被告人）との間で、罪責又は科刑に関して交渉・取引が行われることの当否が問題となる。すなわち、刑事司法は、あくまで公権的な立場から、刑事訴追機関が事案の解明に向けて活動し、裁判機関が訴追側から提出される主張と証拠を吟味して真実の発見に努め、それによって認定された犯罪事実に適した刑罰を科するという構造を本質的とすることから、そこに、一般市民である被疑者・被告人との交渉・取引は介在する余地がないのではないか、という問題である。

もっとも、この点は、旧来のような検察官・裁判所側の一方的かつ片面的な構成での、事案解明に向けた職権主義的訴訟構造を採る場合はともかく⁽⁶⁾、現行刑訴法は、周知のごとく、被疑者・被告人に主体的地位を認め、手続への能動的な関与をその基本原理の一つとしている⁽⁷⁾。また、通常の公判を行うよりも簡易迅速な処理を可能とする略式手続及び即決裁判手続

(6) もっとも、職権主義型の訴訟構造を採ることが直ちに合意型手続の導入を妨げるわけではない。ローゼナウ（前掲注(8)）55、61頁は、審理の運営に責任を負うドイツ型職権主義の方が、合意の適正を確保することに資すると述べている。

(7) 鈴木（前掲注(9)）19、44頁。

は被疑者の同意を条件とし（刑訴法350条の2第2項、461条の2）、手続進行においても、書面に関する被告人の同意による証拠能力付与規定（刑訴法326条）など、一定の場合において、検察官・裁判所と被疑者・被告人との協働による訴訟遂行が予定されている。これらの手続を行うためには、通常、主体間での話し合いが先行していることが条件となる。その際には、訴訟の具体的状況に応じて、双方より一定の譲歩（例えば、被疑者・被告人の自白と引換えに、減輕された科刑の約束）が行われることも否定できない。このような規定は、より重大な、又は真に争いのある事件に刑事司法の資源を集中させることに資する。このことは、刑事司法の運営にあたり、その責任は国家の側にあるとしても、被疑者・被告人側の協働をすべて排除するものではないことを示している¹⁸⁾。

以上の考慮から、刑事司法の役割・機能との関係においても、検察官・裁判所と被疑者・被告人側との交渉を含めた共同的な訴訟運営は、そこに一定の合理性が認められる限り、一切否定されるべきものとはいえない。

2. 現行法との適合可能性

合意型手続の使用は、現行法に適合するものであるか。既に現行法下においても、一定の合意型手続を採用することが可能であるかが、問題となる。ここでは、特に各手続段階における刑訴法上の重要規定・原則との関係を検討する。

(一) 起訴前段階

(1) 捜査法の諸原則との関係

警察又は検察官の取調に際して、一定の利益と引換えに供述を求める場

¹⁸⁾ 加藤（前掲注(1)）8頁。

合、そのような捜査手法が現行法の諸規定に適合するかが問題となる。ここでは、特に捜査の諸原則である比例性原則、強制捜査固有の諸原則との関係如何について検討する。

まず、このような取引を用いた捜査手法が強制処分に該当する場合⁽¹⁹⁾、強制処分法定主義及び令状主義の観点から、個別詳細な手続を定める立法が必要となる。例えば、アメリカ合衆国等における刑事免責制度（不訴追又は証拠排除等の利益付与と引換えに、供述者の自己負罪拒否特権を失わせる方式）は、供述者の同意如何に関わらず捜査・司法機関側の片面的な意思決定により行われうるものであり、供述を強制する効果を持つ手法であることから⁽²⁰⁾、強制処分である。それゆえ、現行法上、合意型手続により供述を求める場合においても、あくまで供述者が任意に応じる限りでのみ許容されるのであり、一方的に免責を付与しこれと引換えに供述を強制するといった手法は許されない。また、形式的には供述者が任意に取引に応じたかに見える場合でも、供述と引換えに提供される利益の内容が、その性質・程度において取引を拒否した場合に比較して著しい格差があり、実質的にはもはや供述者の側に選択の余地がないとみられる場合も、強制処分として現行法上は禁止されるものと解される。もちろん、新たな立法により、このような手法を導入することができるかは、別問題である⁽²¹⁾。

また、前述の意味で強制処分性が否定されるとしても、なお、捜査一般に妥当する比例性原則が考慮されなければならない。すなわち、当該取引手法を用いることの必要性・相当性如何が問題となる。この点、特に近時

(19) 強制処分該当性に関して、辻本典央「刑訴法上の『強制的処分』概念について(1)(2)未完」近法56巻3号(2008)、57巻1号(2009)参照。

(20) 小早川義則「訴追免除」松尾・井上編『刑事訴訟法の争点・新版』112頁(1995)、榎本雅記「刑事免責に基づく証言強制制度(1)～(4)」名城54巻3号(2005)、55巻2号(2005)、55巻4号(2006)、56巻2号(2006)。

(21) 最大判平7・2・22刑集49巻2号1頁。

の取調可視化に関する議論において、自白が得られがたくなることの手当として、合意型手続導入の必要性が主張されている²²⁾。この見解によるならば、取調の可視化が進められ、全ての事件について全過程の録音・録画が行われるとすると、これと引換えに、全ての取調に際して合意型手続を用いることは、少なくとも必要性要件を満たすことになりそうである。もっとも、このような帰結を導くための前提として、そもそも、取調の可視化が果たして自白等の供述を得ることを困難にさせるものであるとのテーゼが合理的かつ妥当なものであるかが問われなければならない。仮に、従前の密室における取調で不当に（特に虚偽の）供述を強制されていたことがむしろ病理的現象であり、これを予防するために可視化が図られるのであるとするならば、可視化により一定程度自白獲得の割合が減少するとしても、それはむしろ生理的現象というべき変化であり、さらにそれを是正するために合意型手続を導入することの必要性はないといわなければならない。それゆえ、必要性要件を考える場合には、自白獲得の便宜（仮にこれが必要性の一要素であるとしても）に加えて、何か別の利益が探求されなければならない。その際には、刑事司法の効率的な運営という、より大局的な視点からの考察が可能であると思われる。すなわち、合意型手続の採用は、諸外国の議論でも見られる通り、刑事司法の負担軽減と、それに伴う重大・重要な事件への資源集中という点に、その中心的な目的が認められる²³⁾。それゆえ、取調の過程で合意型手続を用いることは、軽微な事件にのみ認められ、重大・重要事件では必要性が否定されることになるように思われる。もっとも、どのような事件が重大・重要であり、逆に

22) 警察庁・捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会「捜査手法、取調べの高度化を図るための研究会における検討に関する中間報告」36、39頁（2011年4月公表）。

23) 本稿三1、2(1)参照。

軽微であるかは、判断者によって流動的であり、明確な基準がなければ恣意的に運用される恐れもある。実際の運用に当たっては、一定の明確なルール付けが必要であると思われる。その際には、捜査機関側から不当な運用がなされないよう、手段の相当性を確保するためのルールも要求される。

（2） 検察官の訴追裁量との関係

我が国の刑訴法は、検察官を訴追機関として、公訴提起の権限を独占させ、その権限行使に際して広範かつ強力な裁量権を与えている。すなわち、検察官起訴独占主義及び起訴裁量主義を採用している（刑訴法247・248条）。これによって、法的・刑事政策の専門家である検察官が、一定の基準を維持しつつ、個別具体的事件に際して、事件の性質や犯人の改善更生など様々な要素を考慮にいれて刑事訴追の当否を決定することができる。それゆえ、検察官の公訴提起に当たっての権限独占及び裁量権行使は、その積極的な効果を踏まえて、我が国の刑訴法の基本原理として妥当している²⁴。もっとも、このような強力な権限が濫用されてはならないのも、当然である。検察官が、法的に付与された権限を逸脱・濫用するとき、刑事手続の公正な運営が阻害されてしまう。それゆえ、かかる検察官の起訴権限行使に際して、不当不起訴に対しては、検察審査会や付審判請求手続といった法的制度が、また不当起訴に対しては、公訴権濫用論をはじめとする解釈・運用上のコントロールが予定されている。

検察官が、起訴にあたり、被疑者側に取引をもちかけ、一定条件の下で特定の被疑事実について起訴を見送る、又は略式手続や即決裁判手続を申し立てる（それにより、通常公判よりも軽い刑によって終局的に処理され

²⁴ 鈴木（前掲注9）98頁。

るよう約束する)といった訴訟活動を行うことが想定される。前述の通り、略式手続や即決裁判手続は被疑者・被告人の同意を条件としており、そこには一定の取引的要素が介在することは、法律上予定されている。また、訴因制度の採用により、これが起訴裁量主義と組み合わせられることで、検察官が事件の全体的事情を考慮して、特定の訴因について全部又は一部の起訴を見送ることも、基本的に許されてよい²⁵⁾。もっとも、例えば、共犯事件や、組織的犯罪事件において、特定の行為者について免責を与え、それを他の者の罪状認定のための証拠として使用するといった場合を考えると、かかる取引的訴訟活動をその訴追裁量に基づき全面的に検察官の判断に委ねるわけにはいかない。このことは、単独犯の事例においても同様である。そこには、刑事手続、刑罰の公平性、ひいては、刑罰の感銘力といった、刑事司法全体の理念との関係で、一定の限界があるといわなければならない。それゆえ、現行法上、検察官の訴追裁量に基づき、基本的に、起訴権限を背景とする合意型手続の導入は許されてよいが、濫用・逸脱を防止するために、そのような訴追活動を行うための明確な基準が予め設定されることが望ましい。

(二) 起訴後段階

(1) 公判手続の諸原則との関係

公判手続に関して、特に「公開主義」、「口頭主義」、「迅速裁判の要請」、「法定裁判管轄」の諸原則との関係が問題となる。

まず、憲法37条1項・82条1項によると、公判手続は公開の下で行われなければならない。これは、主として、事実認定が行われる手続を公開の下で実施されることで、被告人にとって不当な扱いが防止されるとも

²⁵⁾ 最決昭59・1・27刑集38巻1号136頁、最大判平15・4・23刑集57巻4号467頁。

に、一般市民にとっても裁判への信頼を確立することを目的とする^⑥。一定の事情から公序良俗に反する場合、公判手続（「対審」）を非公開とすることもできるが、判決は常に公開されなければならない（憲法82条2項）。刑事手続において合意型手続が用いられ、その交渉及び締結が法廷外の非公開の場で行われることになれば、公開主義との関係が問題となる^⑦。この問題に関して、ドイツ法の議論をみると、次のように理解されている。まず、各訴訟主体は従来からも法廷外で一定の打合せを行うことまで否定されているわけではなく、取引による合意が行われる場合でも、事前の話し合いが一切許されないというわけではない。これを前提に、合意の形成が最終的に公開公判の場で行われ、事前の打合せと合意の手続・内容が公判調書に記載される限り、公開主義に違反するものではない^⑧。このような理解に基づいて、ドイツの新法は、必要とされる手続を規定し、合意が公開主義に違反するものではないことを明示している（StPO 257b 条・273 条1a 項）。我が国で合意型手続が用いられる場合でも、同様に考えることができる。すなわち、合意に至る交渉が起訴後に行われる場合はなおのこと、捜査段階で交渉が行われた場合でも、そのこと自体が否定されるわけではない。但し、その際には、ドイツの新法に見る通り、公開主義の趣旨から、合意の内容が公開公判の場で公表され、事前交渉も含めた合意形成の過程が公判調書等において明示されることが必要である。

次に、公開主義と関連して、公開公判の場で各訴訟主体より口頭で述べられたことだけが事実認定の基礎となりうるという、口頭主義が要請される。裁判を公開しても、もっぱら書面のみやり取りで裁判が進められ、裁判所がその書面を読むだけで事実認定を行うという場合、事実認定の過

⑥ 田口守一『刑事訴訟法・第5版』233頁（2009）。

⑦ 本稿三2(2)(iii)参照。

⑧ ローゼナウ（前掲注(8)）58頁。

程を公衆の面前で行うことによりチェックするという、公開主義の趣旨が没却される。それゆえ、口頭主義は公開主義との関連において、裁判の基本原則となる⁹⁹⁾。取引による合意に基づいて一定の事実又は量刑が決定される場合、口頭主義との関係が問題となる。もっとも、この問題に関して、公開主義の問題と同様、事実認定の重要部分について公開性が確保され、公開公判の場で合意の手続・内容に関して弾劾の機会が確保されている限りで、なお口頭主義の要請に反するものとはいえないと思われる。

第三に、刑事裁判は、迅速性が要求され（憲法37条1項）、継続的かつ集中的な審理が行われなければならない（刑訴法281条の6）¹⁰⁰⁾。これにより、刑罰法令の迅速な適用（刑訴法1条）が実現されるとともに、被疑者・被告人にとっても負担の大きい手続の長期化を避けることができる¹⁰¹⁾。取引による合意に基づいて事件が解決され、判決が下される場合、一般的には、公判が開かれる場合に比べて手続が迅速に行われることから、裁判の迅速性にとって合意型手続の採用は好ましいものといえよう。もっとも、交渉に際してより有利なカードを手に入れるべく、例えば捜査手続がいたずらに長期化するような場合、必ずしも裁判の迅速性に資するとは限らない。また、通常ならば起訴便宜主義的理由により起訴猶予となるような事案や、略式手続で処理されるような事案が、他の重大事件との

99) 鈴木（前掲注9）136頁。

100) 2010年ベルリンで開催された第68回ドイツ法曹大会刑事法部会では、「手続迅速の要請は刑事手続の再構築を必要とするか」という問題をテーマに、刑事手続における合意、証拠調請求の期限、手続保障の主張制限といった個別問題が議論された（Hans Kudlich (Gutachten)「Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens? Verständigung - Fristsetzung für Beweisanträge - Beschränkung der Geltendmachung von Verfahrensgarantien」 in 『Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Berlin 2010』）。

101) 近時の文献として Herbert Landau「Die Ambivalenz des Beschleunigungsgebots」 in FS-Hasemmer (2010)。

関係で交渉材料として持ち出される場合、裁判の迅速性に反する効果を持つことも考えられる⁶²⁾。それゆえ、個別の事情によっては、裁判の迅速性の要請から、一定の取引交渉が禁止されうるといわなければならない。

最後に、刑事裁判には各事件ごとの事情から、土地管轄・事物管轄といった規定に基づいて、法律上その事件を裁く裁判体が、原則としてあらかじめ法律上決定されている。この法定裁判管轄は、恣意的な裁判選択を防止し、公平な裁判所を確保するため重要な制度である⁶³⁾。この原則との関係で、例えば、裁判員裁判対象事件について、取引交渉に基づき、裁判員を除外するような事態が生じたとき、一定の問題が生じる。具体的には、取引交渉に基づき、あえて裁判員裁判の対象外となる事件に「格下げ」して起訴する場合、あるいは、裁判員裁判で行われるべき事件審理が、実質的には法廷外の交渉により裁判員を除外してその結論が先取りされる場合に、恣意的な裁判選択の問題が浮かび上がる。もっとも、前者の問題については、既に訴因制度の採用による審判権限の拘束という現行法の前提からは、検察官の訴追裁量としてなお許容範囲にとどまる限りで、裁判員裁判を除外した起訴もなお許容されてよい。これに対して、後者の問題に関しては、ドイツでも盛んに議論されてきた⁶⁴⁾。前述の通り、参審員を除外する事前交渉は、この法定裁判管轄の原則に違反するのではないかが問われてきたのである。もっとも、この問題に関しても、最終的に新法は、公開主義と同様、合意自体が参審員の参加する公判の場で行われ、交渉の経過及び内容が公判で報告されることで足りるとした（StPO 257b条・257c条3項）。事件に関する交渉は微妙な実務感覚と知識が要求され、刑

⁶²⁾ ドイツ新法の理由書では、秩序違反手続は本来的に簡易迅速な事件処理がなされるべく形成されていることから、合意手続の適格性（StPO 257c条1項）が欠けると説明されている（本稿三8(3)参照）。

⁶³⁾ 鈴木（前掲注(9)）34頁。

⁶⁴⁾ 本稿三2(2)(i)参照。

事裁判の素人である参審員が関与することは、必ずしもよい結論を導くわけではなく、公開公判の場で参審員がその付与された権限に基づいて合意の手續・内容を吟味する機会を残している限りで、法定管轄の要請は果たされるというのである⁶⁵⁾。この議論は、我が国の裁判員裁判にも、同様にあてはまる。従って、ドイツと同様の手續が採られることで、裁判員裁判の役割が果たされたといえる。もっとも、それは、実質的に一般市民の代表である裁判員に吟味・弾劾の機会が確保されていることを前提とし、ドイツ法でその批判者が従来から主張していたように⁶⁶⁾、裁判官と参審員の関係上参審員には弾劾の機会が事実上確保されていないということになれば、それは、裁判員制度の意味を損なうものとなる。このような場合、合意に基づく手續形成は、裁判員を含めた合議体により実質的に審理を受けるといふ裁判員制度の趣旨に反し、その結果、恣意的な裁判体選択の批判を受けることになるであろう。

(2) 証拠法則との関係

取引による合意に基づく事実認定は、「自由心証主義」、「無罪推定原則」、「自白法則（自白の任意性）」、「補強法則」という、証拠法上の諸原則との関係から問題を生じさせる。

裁判官は、公判における証拠調を経て、証拠の証明力はその裁量によって判断することができる（「自由心証主義」＝刑訴法318条）。もちろん、自由心証主義は、裁判官の恣意的判断を許すものではなく、合理的な心証形成を要求し⁶⁷⁾、また、被告人を有罪とするには、合理的疑いを超えた証明

65) 本稿二2(3)参照。

66) Bernd Schünemann「Wetterzeichen einer untergehenden Strafprozeßkultur?」StV 1993, 657。

67) 鈴木（前掲注(9)）197頁。

が果たされたことの心証形成が条件となる³⁸⁾。とはいえ、自由心証主義は、法定証拠主義を排除し、直接主義の下で自ら証拠に触れた裁判官の判断を尊重するものであり、基本的に維持されなければならない。例えば、一定の取引により合意が形成され、それが裁判の基礎と（裁判官の心証形成が合意に拘束）される場合、自由心証主義との関係について問題が生じる。この問題に関して、罪責問題一般に取引に基づく合意型手続を使用し、裁判官の心証形成が合意に完全に拘束されるという場合、自由心証主義に対する違反が認められる。それゆえ、ドイツの新法に具体化されているように、罪責問題に関する合意は排除され、量刑問題に関する合意のみが許容されるとすることで、自由心証主義との対立を避ける方法が考えられる（StPO 257c 条 2 項）。また、合意が形成された場合でも、公判における事実審理（特に自白の信用性に関して）が留保され、一定の記録や資料から合意とは異なる事実が真実である可能性が生じた場合、裁判所は、合意から離脱して、真実を追求するという方法も要請される（StPO 257c 条 4 項）。もっとも、我が国の刑訴法は、当事者主義を前提に訴因制度を採用し、裁判所の審判権限は検察官の設定した訴因の範囲に限定される³⁹⁾。例えば検察官が被疑者・被告人との合意により実体とは異なる（縮小された）訴因を設定した場合、裁判所は、訴因変更命令（刑訴法312条 2 項）を通じた一定の介入権限が認められているとはいえ、その形成力が否定されるとの支配的見解⁴⁰⁾を前提にすると、訴因を超えて事実審理を行う権限を持たない。そうすると、我が国の刑訴法上、自由心証主義が妥当するのはあくまで訴因の範囲内であり、裁判所が訴因を超えた心証を仮に形成しえた

38) 最判昭48・12・13裁判集刑190号781頁、最決平19・10・16刑集61巻7号677頁、最判平22・4・27刑集64巻3号233頁。

39) 平野龍一『刑事訴訟法（法律学全集）』137頁（1958）、最大判平15・4・23刑集57巻4号467頁、最判平15・10・7刑集57巻9号1002頁。

40) 最大判昭40・4・28刑集19巻3号270頁。

としても、それは訴訟対象の範囲外における事実上の心証形成可能性にすぎず、裁判所の実事判断が訴因との関係で制限を受けるとしても、刑訴法の意味での自由心証主義に反するものではない。この点で、我が国の訴訟構造は、罪責問題に関しても裁判所の心証形成が検察官の設定する訴因に拘束を受けるという意味で、裁判所の職権解明を原則とするドイツの法制（StPO 244条2項・257c条1項）よりも合意型手続になじみやすいといえよう。

次に、被疑者・被告人は、有罪認定がなされるまでは無罪であることの推定を前提に、その訴訟上の地位が保障されなければならない⁴¹⁾。この無罪推定原則は、訴訟一般に妥当する基本原理であるが、それは事実認定の場において本質的役割を担うことは明白である⁴²⁾。合意に基づき被疑者・被告人に自白を要求する場合、被疑者・被告人は有罪であるとの推定を前提にするものであり、無罪推定原則に反するものではないかが問題となる⁴³⁾。この点、具体的証拠状況において、被告人が有罪であることが明白であるような場合は、それを示した上で、なお被告人に訴訟の負担軽減に向けた協力を求める、つまりそれに応じるか否かの選択を求めるに過ぎないと考えれば、必ずしも無罪推定の原則に反するものとはいえないように思われる。他方、訴訟の帰趨がまだ不明の状態、決定的証拠としての自白を得るために、しかも被告人に前述のような意味での選択権を認めないほど強制的な態様で取引が申し出られる場合、それは、被告人を有罪であるとの前提で扱うものであって、無罪推定原則に反するものといえよう。一定の訴訟状況に限定して、被告人に任意の選択権を保障する限りで、無罪推定原則に反するものではないとの帰結が導かれる。

41) 鈴木（前掲注9）44頁。

42) 鈴木（前掲注9）198頁。

43) Weichbrodt（前掲注12）231頁、Ariadne Ioakimidis『Dir Rechtsnatur der Absprache im Strafverfahren』92頁（2001）。

第三に、自白法則（憲法38条2項、刑訴法319条1項）との関係は、証拠法則の範囲で最も困難な問題を提起する。この問題に関して、我が国の最高裁は、いわゆる「約束による自白」の証拠能力を否定するとの立場を採っている⁴⁴。学説も、その理論的根拠に関して争いはあるが、約束自白の証拠能力を否定するという結論については、概ね異論はないようである。もっとも、そのように約束に基づく自白の証拠能力を否定するという結論が絶対的であるとすると、合意型手続を導入することは、少なくとも自白法則を定める現行法上（さらには憲法上）およそ許されないものとなる。これに対して、一部の論者において、特定内容の自白ではなく、およそ抽象的に「知る限りの真実」を述べるよう求めるという限りで、それが一定の利益と引換えに行われるものであったとしても、任意性は否定されないとする見解が主張されている⁴⁵。しかし、このような限定が果たして合理的であるかは疑問である。なぜなら、刑事裁判において訴追側と被疑者・被告人側との取引が行われる場面では、特定の被疑事実について承認（自白）するか否かがその中心的な関心事であり、抽象的に「知る限りの真実」の供述を要求するというのは、そもそも問題としてずれているように思われるからである（もちろん、そうであるから特定内容の自白提供を求める合意型手続の導入は否定されるべきというのであれば、論旨は一貫する）。私見は、既に別稿⁴⁶で詳細に検討したように、約束自白の証拠能力は、およそ一律に否定されるものではなく、自白法則の趣旨に遡って検討されるべきであると考えている。すなわち、自白の証拠能力が否定されるべきであるのは、あくまでその供述に対する自己決定権が侵害されたから

44) 最判昭41・7・1刑集20巻6号537頁。

45) 加藤克佳・刑訴法百選第9版156、157頁は、弁護人選任等の手続保障に加えて、「特定の供述ではなく知る限りの真実を述べる旨を約束内容とする」場合には、司法取引に基づく自白の証拠能力を認めることも可能であるとする。

46) 辻本典典「約束による自白の証拠能力」近法57巻4号（2010）。

であり、約束に応じるか否かの自由が保障されている限り、それに基づく自白の任意性が否定されるとはいえない。もちろん、約束自体の違法性を問題として証拠排除されるべき場合はあるが、刑事司法全体の趣旨に反しないものであれば、約束自白の証拠能力を認めることに障害はないように思われる⁴⁷⁾。

最後に、我が国の憲法・刑訴法は、自白のみで有罪とすることを禁止する（補強法則＝憲法38条3項、刑訴法319条2項）。それゆえ、合意型手続に基づき自白が行われ、それを有罪認定の基礎とする場合でも、一定の補強証拠がなければならない。いわゆるアラインメント制度は認められない。この補強法則の趣旨・適用範囲の理解如何によっては、具体的証拠状況に応じて有罪判決の可否が異なる。すなわち、罪体説によると、自白とは独立して客観的構成要件の少なくとも重要部分を証明する証拠が要求されるのに対して⁴⁸⁾、実質説によると、自白の信用性を補強するような証拠があれば足りる⁴⁹⁾。もっとも、被疑者・被告人が合意に基づいて自白する場合、その自白内容が真実に適合しているという意味での信用性は、一般的・抽象的に減殺されるものと思われる。それゆえ、罪体説によるときはなおのこと、実質説によるとしても、自白自体の詳細さ・客観的証拠との適合性といった意味での信用性の調査は不可欠であり⁵⁰⁾、その意味で、補強法則の趣旨が損なわれないような運用が要求される。

(三) 小 括

以上から、刑事司法において合意型手続を採用することは、現行法上も、

47) 辻本（前掲注46）55頁，本稿三4(1)参照。

48) 高田卓爾『刑事訴訟法・2訂版』260頁（1984）。

49) 最判昭24・7・19刑集3巻8号1348頁。

50) 本稿三4(2)参照。

一定の条件において可能であることが分かった。もっとも、その運用次第で違法と評価される場合もあることから、適用条件・範囲が明確にされることが要求される。その性質及び広範さを考えると、個別具体的事例ごとの判断ではなく、立法による包括的な統制が妥当であるように思われる⁵¹⁾。そこで、項を改め、今後の展開を想定して、前述の問題点をクリアするべく、制度設計を示しておきたい。

3. 改革の必要と展望

(一) 被疑者・被告人の主体的関与

合意型手続を用いるにあたり、被疑者・被告人の取引に対する任意性が確保されること、つまり、取引が強制的とならないことが要求される。被疑者・被告人が国家機関の取引提案に強制的に応じなければならないことになれば、刑事手続における彼らの主体的地位を確保しようとした現行憲法・刑訴法の理念が損なわれ、ひいては、取引の結果として自白が強制されることにもなる。それゆえ、取引が強制されることにならないように、一定の制度的担保が要求される。

(1) 取引の任意性

検察官・裁判所側の取引提案には法的拘束力がないことを前提に、実質的にも、被疑者・被告人側に提案に応じるか否かの自由、つまり通常手続と合意型手続との間での選択機会が確保されていなければならない。とりわけ、ドイツの議論にも見られる通り、提供される利益が極端なものであり、取引に応じなかった場合との格差が過剰なものである場合には、もはや被疑者・被告人側に選択の余地がないという結果につながる⁵²⁾。そこ

51) BGH 大刑事部2005年3月3日決定（BGHSt 50, 40）、本稿二2(4)(iv)参照。

52) 本稿三4(1)参照。

で、取引提案に際して検察官・裁判所側からその提供を約束することが可能な利益について、質的・量的に限定される必要がある。とりわけ、刑事手続上の利益は、被疑者・被告人における中心的な関心事であることから、提供利益の内容次第によっては、取引自体の任意性、さらに合意に基づく自白の任意性に疑いを生じさせることになる。具体的には、特に、被疑者・被告人が取引に応じて自白することを条件に当該被疑・被告人について通常予想される刑の範囲よりも減輕すること、又は他罪を訴追しないことの利益提供を約束することが想定される。例えば、通常は実刑が予想されるべき犯罪について執行猶予の付与が約束される場合（例えば、被害額多寡の窃盗罪について即決裁判手続を申し立てるなどの方法で）、被疑者・被告人は、強く取引へと誘引される。また、他罪不訴追の約束に関して、起訴犯罪と不起訴犯罪との間に著しい不均衡がある（例えば、10件の強盗罪を不起訴とする代わりに、1件の窃盗罪を起訴する）場合にも、同様の恐れがある。もちろん、合意型手続の導入は、刑事司法の負担軽減がその中心的目的であることから、提供利益が被疑者・被告人にとってさほど魅力的とはならないものであれば、そもそもその効果が疑わしいものとなる。それゆえ、如何なる範囲で「割引」を認めるかは、刑事司法の実践的状况を見据えた緻密な衡量が要求される。そのような刑事政策的観点からの利益衡量に基づき、許容されるべき利益の範囲・性質が事前に法定されていることが要請される⁶³⁾。

また、刑事手続以外の利益、いわゆる世俗的利益については、取引の任意性に疑いを生じさせるような極端な利益供与が禁止されるだけでなく、手続の適法性の観点からも、一定の制限が必要であろう。例えば、自白すれば食事や睡眠を与えるといった約束は、本来的に、被拘禁状態の被疑

⁶³⁾ Judith Hauer『Geständnis und Absprache』262頁以下（2007）、本稿34(1)参照。

者・被告人における基本的に保障されるべき利益であることから（刑訴法81条但書参照）、それを取引の内容としてはならない。また、逆に、その供与自体が違法となるもの、例えば自白すれば覚せい剤等の禁止薬物を与えるといった約束も、当然に許されない。

（2） 必要的弁護

さらに、被疑者・被告人が、検察官・裁判所側との取引に主体的に関与することができるためには、刑事手続の全体的理解と、個別具体的事件において自身がおかれている状況を正確に把握する能力が必要である。取引に基づく合意の内容がただちに手続の結果へ結実することを考えると、個別具体的事件における状況把握と対応能力は、従来の通常型手続よりも、高度のものが要求される。そのためには、彼らを援助すべき弁護人の存在が不可欠となる。それゆえ、合意型手続には弁護人の関与が必要的とされるべきである。検察官・裁判所側は、合意型手続によるときには、取引提案を弁護人を通じて行うこととされなければならない。また、取引に応じるか否かを判断させるために、弁護人の選任後、一定の熟慮期間を設けることも必要である。さらに、弁護人に的確な判断を求めるためには、具体的事件に関する証拠状況の把握が不可欠となる。そのためには、弁護人の要求に応じて、当該手続段階で検察官・裁判所側に所在する証拠は、全て開示されなければならない。

（二） 手続の公正・適正性確保

（1） 合意型手続を用いることの必要性

合意型手続は、主として、軽微事件に対する司法コストを削減し、重大事件に集中させることを目的とする。それゆえ、対象犯罪を限定することが、当該手続の必要性の観点から要請される。すなわち、重大事件は、真

実解明の要請が簡易迅速な手続処理の要請よりも優先すると考えられるため、あらかじめ、合意型手続による事件処理の対象から除外されなければならない。

他方、軽微事件の処理に際して既に既存の手続の方がより簡易迅速な処理が可能になるという場合、あえて合意型手続を使用する必要性に乏しい。例えば、現行犯逮捕事件など被告人の犯人性が明白であり、被告人自身も既に自白しているという場合、あえて（そのための正式な手続を踏んで）合意型手続を用いる必要はない。

従って、合意型手続の導入に際しては、その必要性の観点から、対象事件の限定が必要となる。

(2) 検察官の訴追権限（起訴猶予権限）のコントロール

合意型手続に際して、検察官が一定の被疑事実に関する不訴追の約束を行うとき、その訴追裁量権との関係が問題となる。我が国の刑訴法は、起訴裁量主義に基づき検察官に広範な裁量権を与えているが、その逸脱・濫用に対しては、一定のコントロールが求められる。

そこで、一定程度の事件に関しては、特に同種事件ごとの公平性という観点から、起訴事件と不起訴事件との関係について、あらかじめ許容されるべき範囲を決定しておくことが必要である。

(3) 公開性・対審性の確保（弾劾機会の保障）

公開主義との関係において、ドイツの新法は、非公開の場での事前交渉は否定されないとしつつ、事前交渉の内容・過程を公開公判の場で報告し、合意自体は公開公判の場で行うこととすることによって解決を図った。これにより、公開主義の趣旨は十分保障されるというわけである。

この理解は、我が国に導入するにあたって、基本的に妥当すると考え

てよい。もっとも、合意が形成された場合でも、訴訟当事者、特に被告人側に一定程度、合意の手続・内容に関する問題も含めて、審問の機会が残されている必要がある。ドイツの実務に見られる通り、合意形成に向けた交渉は基本的に公判外で行われることが容易に予想されるが、合意形成に至る交渉過程・内容について、公開公判では単にその報告のみで足りるといえるのでは、公衆の面前における対審的構造においての事実審理を保障しようとした公開主義の実質的な意味が損なわれてしまう。それゆえ、合意手続の導入に際しては、被告人側になお合意を撤回し、又は合意を維持しつつ、その手続・内容の適法性等について弾劾の機会が留保されなければならない。

また、裁判員制度との関係において、素人である裁判員の視点から、社会常識に反するような合意形成がなされていないかをチェックする機会も、留保されていなければならない。

（4） 自白の証拠能力・証明力に関する規定の新設

前述の通り、合意型手続において検察官・裁判所側から被疑者・被告人に対して一定の利益供与が約束されるとき、自白の任意性との関係で問題が生じる。この問題に関して、かつての判例は証拠能力を否定し、我が国の学説もその結論を支持する見解が多数説であった。しかし、前述で検討した通り、一定の利益供与約束が先行し、自白がそれに対応したものであるということから、直ちに自白の不任意性（証拠排除）が導かれるわけではない。提供利益の内容・程度が取引に応じることへの自由（任意性）を侵害しないものである限りで（前述の通り、提供可能な利益は質的・量的に法定されている必要がある）、合意型手続に基づく自白の証拠能力は認められてよい。

他方、合意が途中で無効となった場合の自白の取扱いも問題である。そ

のような自白の証拠能力をめぐることは、ドイツ法の議論にも見られた通り、従来、証拠能力を肯定する見解が多数であった。しかし、ドイツの新法（StPO 257c 条4項）のように、合意が失効した場合には、合意が有効であることを前提に行われた自白の証拠能力は否定されるべきである。なぜなら、その場合、合意は有効であり、約束された利益を享受できるという被疑者・被告人の意思決定の基礎となった事情が、事後的に消滅しているのであり、それにもかかわらず自白を証拠として使用することは、被疑者・被告人の合意に応じること、そして合意に基づいて自白することの意思決定の自由が侵害されていると評価されるからである。

さらに、取引に基づく自白の証明力についても、一定のルール化が必要であると思われる。この点について、まず、有罪認定するために必要な自白の性質を如何に設定するかが問題となる。ドイツの法制と異なり、我が国では憲法・刑訴法上補強法則が規定されており、常に補強証拠が必要であるから、自白の性質を一律に決定しておく必要はない。それゆえ、この問題は、実質的には補強法則の意義・あり方如何という問題に置き換えることができる。私見は、合意型手続の効率的な運用を考えると、補強証拠は自白そのものの信用性を担保するものであれば足り、自白とは独立した証拠を罪体の重要部分に要求する必要はないと考えている⁵⁰。補強法則の適用に関して従来から争いがあるが、混乱を避けるため、合意型手続に関して要求されるべき補強証拠の性質・程度が事前に法定されていることが望ましい。

50) 但し、補強法則一般に実質説が妥当であるかは、法則のさらなる検討が必要であり、結論を留保しておきたい。

五 おわりに

以上、本稿は、ドイツにおける近時の議論と、立法に至った経過を概観した上で、我が国における合意型手続の導入可能性を検討した。

我が国の刑事法には、犯人とされる被疑者・被告人と、その処罰を求める検察官、或いは審判者である裁判所との間で取引が行われることは、これまで明示の規定がなく、実体的真実主義の観点からも、その存在を否定する分析が一般的であったように思われる。もっとも、略式手続や即決裁判手続に関する被疑者の同意要件や書面の証拠能力に関する同意規定など、従来の規定をみる限りでも、双方（又は三方）の間で事前の交渉が行われ、一定の譲歩を伴って合意が形成されるという場面は、法律上も予定されている。また、約束自白の判例に見られるように、捜査又は公判段階で、一定の約束と引換えに自白が要求されるといった手法は、刑事手続の現実において皆無であるとはいえない。さらに、公判前整理手続の導入により、事前打合せの重要性は、いっそう高まっている。

このような状況に鑑みると、我が国においても、合意型手続の問題は、その「導入」の可否に関する議論にとどまらず、既に「存在」していることを前提に、それを如何に規律するかという視点からも議論されるべきものである。すなわち、諸外国の議論状況に見られる通り、このような手法の有用性はおよそ否定することはできず、我が国においても同様である。その存在に目をつぶり、潜在化させるのではなく、むしろ、問題性を明確にし、正面からその検討を行うことが必要である。

我が国の立法動向において、可視化と引換えに新たな捜査手法が模索され、合意型手続の導入問題が顕在化しているいま、議論の発展が望まれる。本稿は、およそ問題提起にとどまり、個別の問題について十分な検討を行

うことができなかつた。各諸原則に関して提起された問題点の詳細な検討は、今後の課題となるが、本稿が、刑事法学界における議論に向けた一石を投じるものとなれば、幸いである。

(2011年4月脱稿)