

# 刑事手続改革と裁判所の役割の変容

設 楽 裕 文

- 一 はじめに
- 二 刑事手続改革の概要
- 三 証拠収集等への協力及び訴追に関する合意（日本型合意）
- 四 裁判所の役割の変容
- 五 むすびに

## 一 はじめに

本稿の目的は、刑事手続改革とそれによる裁判所の役割の変容とを明らかにし、今後の刑事手続等の在り方について

刑事手続改革と裁判所の役割の変容（設楽）

て考察することである。とくに、最近、「司法取引」として導入された「証拠収集等への協力及び訴追に関する合意」(本稿では、「日本型合意」とよぶことがある)に重点を置く。日本型合意についての改正刑事訴訟法は二〇一八年六月一日に施行され、その後、七月に入つて、東京地検特捜部の担当する不正競争防止法違反事件につき初めて日本型合意がなされた旨の報道がされている(さらにその後、一月に入つて、二例目の「司法取引」がなされた旨の報道がされている<sup>(1)</sup>)。「司法取引」はまさに「ホットな話題」である。

本稿の成立経緯について一言述べる。本稿は、二〇一八年五月に刑事法研究会(日本大学法学部)において筆者が行つた報告「日本における刑事手続の傾向と裁判所の役割等の変容」を基にしている。筆者の従来の研究テーマの多くは刑法理論学に関わるものであり、実務から離れて久しく、刑事訴訟法全体に関わるテーマで報告することには躊躇もあつた。それでも、刑事法研究会の報告の際、豊富な検察実務経験のある会員、現役弁護士の会員を含む出席者から貴重な意見を多数頂戴し、少しばかり自信を得たほかに、「司法取引」が重要問題となつてゐることをあわせて考慮し、早期に本稿を公表すべきであると考えた次第である。内容は誠に雑駁なものであり、また、報告の際の議論の促進を意図して、かなり激しい調子の表現を用いている。これらについては、読者諸賢の御海容をこい願うしかない。

## 二 刑事手続改革の概要

現行刑事訴訟法(一九四八年成立、一九四九年施行)は、「職権主義と当事者主義の日本的ミックス」とでもいえるも

のであり、現実には、職権主義的な刑事手続を想定したものであった。<sup>(2)</sup> 刑事手続の基本的スタイルは、司法警察職員や検察官が捜査を行って証拠を収集・保全し、検察官が起訴するか否かを判断し、公判請求の場合は、起訴状一本主義のもと、裁判官は、予断を抱くことなく公判廷に臨み、法定の証拠調べ手続を経た証拠により有罪・無罪の判断をする、というものである。そして、捜査の中心を占めるものは、被疑者や関係者（被害者、目撃者など）を取り調べて供述を得、供述調書（供述録取書）といった書面にして証拠化するものであった。とくに、検察官の面前における供述を録取した書面（検面調書）の証拠価値は高く、例えば、目撃者が検察官の取調べの際にはXが犯人である旨の供述をしていたにもかかわらず、公判廷での証人尋問の際にXは犯人ではない旨証言した場合、証拠とすることができるとされている（刑事訴訟法三三二条一項二号以下、同法の条数を引用する際には「刑事訴訟法」を省略する）。また、被疑者・被告人の供述調書は、不利益な事実の承認（自白を含む）を内容とするものであるときは証拠とすることができるとされている（三三二条一項、ただし、三一九条一項により、「任意にされたものでない疑いのある自白」は証拠とすることができない）。このような状況であれば、捜査官が被疑者を取り調べて自白を獲得し、いわゆる「自白調書」を作成することに熱心になるのもやむをえないといえる。<sup>(3)</sup> そして、裁判官と同様に刑事司法の専門家である検察官が収集・保全した証拠に基づいて「この被疑者は有罪であるから起訴しよう」と判断し起訴した以上、裁判官が異なった判断をすることはほとんどない、というのが日本の刑事訴訟の現実の姿となった。また、被害者は、捜査官により供述録取書が作成されれば放置され、被告人、弁護人が被害者の供述調書の信用性を争ったりしなければ、法廷で証言することもなく、被害弁償を求めるなら弁護士に依頼するなどして自力で民事訴訟を提起するしかなかった。刑事訴訟は公の秩序維持のための法である刑法の適用について審理する場であり、被害者は、いわば「蚊帳の外」に置かれ、せいぜ

い傍聴席で傍聴するしかなかったのである。

二〇〇〇年以降、刑事手続は大幅に改革された。それは、①国民の刑事司法への参加、②被害者の刑事訴訟への参加、③司法取引（合意）、にまとめられる。①は、裁判員制度の設立及び検察審査会の権限の拡充（起訴議決制度の導入）を意味し、②は、（i）被害者参加制度、（ii）刑事和解制度、（iii）損害賠償命令制度（ii）（iii）については、犯罪被害者の権利利益の保護を図るための刑事手続に付随する措置に関する法律〔以下、「犯罪被害者保護法」一九条以下参照〕の設立を意味し、③は、証拠収集等への協力及び訴追に関する合意の導入を意味する。

年表風に記述すると、次のようになる。

二〇〇〇年 刑事訴訟法の改正（二九二条の二の新設）により、被害者等（二九〇条の二第一項）による公判廷での意見陳述が認められるようになる。

犯罪被害者保護法により、刑事和解制度が導入される。

二〇〇四年 裁判員の参加する刑事裁判に関する法律が成立し、検察審査会法の改正により起訴議決制度が導入される（いずれも施行は二〇〇九年五月一日）。

二〇〇七年 刑事訴訟法の改正（三二六条の三三ないし三二六条の三九の新設）により、被害者参加制度が導入される。

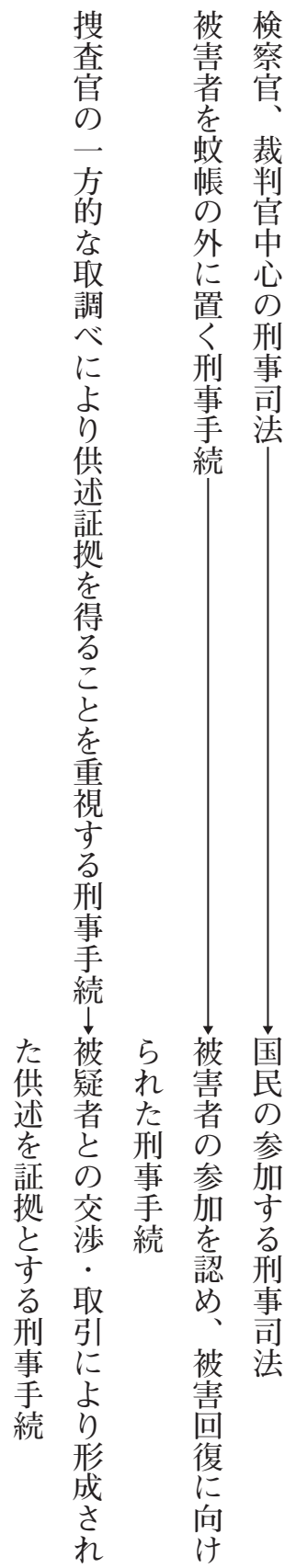
犯罪被害者保護法の改正により、損害賠償命令制度が導入される。

二〇〇九年 八月に初の裁判員裁判の公判が開かれる。

二〇一六年 刑事訴訟法の改正（三五〇条の二ないし三五〇条の一五の新設等）により、証拠収集等への協力及び

訴追に関する合意（日本型合意）が導入される（施行は二〇一八年六月一日）。

また、改革による変容の内容を図式的に記述すると、次のようになる。



### 三 証拠収集等への協力及び訴追に関する合意（日本型合意）

#### 1 その導入まで

日本型合意導入のきっかけとなったのは、いわゆる厚生労働省元局長無罪事件の捜査に関わった大阪地検特捜部検察官による証拠隠滅事件（及びその上司である検察官の犯人隠避事件）である。この事件によって損なわれた検察への信頼の回復を図るべく、検察の在り方を検討し、改革策を法務大臣に提言させるために、二〇一〇年に、法務大臣の私的諮問機関として、「検察の在り方検討会議」が設立された。

右検討会議は、二〇一一年三月に、「検察の再生に向けて」と題する法務大臣に対する提言をまとめた。この提言は、検察の使命・役割と検察官の倫理、検察官の人事・教育、検察の組織とチェック体制、検察における捜査・公判

の在り方から成る本文三五頁のものであり、その中の「檢察における捜査・公判の在り方」では、「新たな刑事司法制度の構築に向けた検討を開始する必要性」に関し、日本のこれまでの捜査・公判が取調べと供述調書に依存する構造になっていることなどから、檢察官は捜査段階での供述調書の作成に力を注がざるをえないところ、「密室」における追及的な取調べと供述調書に過度に依存した捜査・公判を今後も続けることは、時代の流れに乖離し、刑事司法が国民の期待に応えられない事態をも招きかねないので、国民の安全・安心を守りつつ、冤罪を生まない捜査・公判を実現するには、追及的な取調べによらずに供述や客観的証拠を収集できる仕組みを早急に整備しなければならないのであり、必要な改革の一つとして「供述人に真実の供述をするインセンティブを与える仕組みや虚偽供述に対する制裁を設けてよりの確に供述証拠を収集できるようにすること」が検討会議において指摘された旨述べられている。

右提言を受けて、法務大臣は、二〇一一年五月に、諮問第九二号を法制審議会に発した。この諮問は、「近年の刑事手続をめぐる諸事情に鑑み、時代に即した新たな刑事司法制度を構築するため、取調べ及び供述調書に過度に依存した捜査・公判の在り方の見直しや、被疑者の取調べ状況を録音・録画の方法により記録する制度の導入など、刑事の実体法及び手続法の整備の在り方について、御意見を承りたい」というものであった。

右諮問に答えるべく、法制審議会は、二〇一一年六月に、「新時代の刑事司法制度特別部会」を設置し、この特別部会は、二〇一三年一月に、「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」をまとめた。この基本構想は、本文三六頁のものであり、「時代に即した新たな刑事司法制度を構築するため検討するべき具体的方策」として、取調べの録音・録画制度、刑の減免制度、協議・合意制度、刑事免責制度、通信・会話傍受等、被疑者・被告人の身柄拘束の在り方（必要性のない身柄拘束の回避、身柄拘束が被疑者の自白に向けられた不当な圧力として機能することを防ぐ制度）、弁

護人による援助の充実化、証拠開示制度、犯罪被害者等及び証人を支援・保護するための方策の拡充、公判廷に顕出される証拠が真正なものであることを担保するための方策等、自白事件を簡易迅速に処理するための手続の在り方に言及している。この協議・合意制度は、「検察官が弁護人との間で、被疑者において他人の犯罪事実を明らかにするための協力することと引換えに、検察官の裁量の範囲内で、処分又は量刑上の明確な恩典を付与することに合意できるとする制度」、すなわち、捜査・公判協力型協議・合意制度である。自己負罪型の協議・合意制度は、経済犯罪や薬物犯罪の上位者の検挙・処罰に資するものではなく、「ごね得」を招いて、結果として被疑者に大きく譲歩せざるをえなくなり、事案の解明や真犯人の適正な処罰を困難にするとの意見が強かったため、捜査・公判協力型協議・合意制度の検討を先行させたのだという<sup>(4)</sup>。

右特別部会は、二〇一四年七月に「新たな刑事司法制度の構築についての調査審議の結果（案）」をまとめて、これを法制審議会に報告し、この案は、二〇一四年九月に、法制審議会（総会）で採択されて、法務大臣に答申された。この中では、捜査・公判協力型協議・合意制度の概要が、次のように示されている（なお、この「審議の結果」には「要綱（骨子）」が添付されており、そこにおいては、より具体的な事項―後の刑事訴訟法第四章の規定に概ね相当するもの―が示されている）。

・ 検察官は、必要と認めるときは、被疑者・被告人との間で、被疑者・被告人が他人の犯罪事実を明らかにするた  
め真実の供述その他の行為をする旨及びその行為が行われる場合には検察官が被疑事件・被告事件について不起  
訴処分、特定の求刑その他の行為をする旨を合意することができるとする。合意をするには弁護人の同意が  
なければならないものとする。

- ・この制度の対象犯罪は、一定の財政経済関係犯罪及び薬物銃器犯罪とする。
- ・合意をするため必要な協議は、原則として、検察官と被疑者・被告人及び弁護人との間で行うものとする。
- ・検察官は、送致事件等の被疑者との間で協議をしようとするときは、事前に司法警察員と協議しなければならないものとする。検察官は、他人の犯罪事実についての捜査のため必要と認めるときは、協議における必要な行為を司法警察員にさせることができるものとする。
- ・被告事件についての合意があるとき又は合意に基づいて得られた証拠が他人の刑事事件の証拠となるときは、検察官は、合意に関する書面の取調べを請求しなければならないものとし、その後合意の当事者が合意から離脱したときは、離脱書面についても同様とする。
- ・合意の当事者は、相手方当事者が合意に違反したときその他一定の場合には、合意から離脱することができるものとする。
- ・検察官が合意に違反して公訴権を行使したときは、裁判所は、判決で当該公訴を棄却しなければならないものとする。検察官が合意に違反したときは、協議において被疑者・被告人がした他人の犯罪事実を明らかにするため供述及び合意に基づいて得られた証拠は、原則として、これらを証拠とすることができないものとする。
- ・合意が成立しなかったときは、被疑者・被告人が協議においてした他人の犯罪事実を明らかにするための供述は、原則として、これを証拠とすることができないものとする。
- ・合意をした者が、その合意に係る他人の犯罪事実に関し合意に係る行為をすべき場合において、捜査機関に対し、虚偽の供述をし又は偽造・変造の証拠を提出したときは、五年以下の懲役に処するものとする。

## 2 その概要

前記答申を基に導入された、日本型合意の概要は次のとおりである。

基本規定である三五〇条の二第一項は、「検察官は、特定犯罪に係る事件の被疑者又は被告人が特定犯罪に係る他人の刑事事件（以下単に「他人の刑事事件」という。）について、一又は二以上の第一号に掲げる行為をすることにより得られる証拠の重要性、関係する犯罪の軽重及び情状、当該関係する犯罪の関連性の程度その他の事情を考慮して、必要と認めるときは、被疑者又は被告人との間で、被疑者又は被告人が当該他人の刑事事件について一又は二以上の同号に掲げる行為をし、かつ、検察官が被疑者又は被告人の当該事件について一又は二以上の第二号に掲げる行為をすることを内容とする合意をすることができる」として、①第一号に、（イ）検察官・検察事務官・司法警察職員を取調べに際して「真実の供述」をすること、（ロ）証人として尋問を受ける場合において「真実の供述」をすること、（ハ）検察官・検察事務官・司法警察職員による証拠の収集に関し、証拠の提出その他の必要な協力をする事（イ）（ロ）を除く」といった行為を掲げ、②第二号に、（イ）公訴を提起しないこと、（ロ）公訴を取り消すこと、（ハ）特定の訴因及び罰条により公訴を提起し又はこれを維持すること、（ニ）特定の訴因・罰条の追加・撤回又は特定の訴因・罰条への変更を請求すること、（ホ）意見の陳述において、被告人に特定の刑を科すべき旨の意見を陳述すること、（ヘ）即決裁判の申立をすること、（ト）略式命令の請求をすることといった行為を掲げている。

「特定犯罪」は、三五〇条の二第二項に掲げられている。組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律中の強制執行免脱関係の罪や犯罪収益に関する罪、租税に関する法律等の財政経済関係犯罪、爆発物取締罰則違反等のテロ関係の罪、覚せい剤取締法違反等の薬物関係犯罪などが目立つ。刑法典上の罪としては、強制執行妨害関係の

罪、文書偽造の罪（刑法一五四条の罪は除く）、有価証券偽造の罪、支払用カード電磁的記録に関する罪、贈収賄関係の罪、財産罪として詐欺・恐喝・横領・背任の罪、また、犯人蔵匿・証拠隠滅・証人等威迫の罪が掲げられている。財産罪でも、窃盗・強盗の罪や盗品関与罪は掲げられていず、殺人罪など生命・身体に対する罪や性犯罪も掲げられていない。ここから「特定犯罪」の中心は組織犯罪（テロ、薬物犯罪）や財政経済関係犯罪であるといえる。

合意の手続について述べる。

合意のための協議は、検察官と被疑者・被告人及びその弁護人との間で行うものとされている（三五〇条の四―なお、協議の際の司法警察員の関与につき三五〇条の六）。この協議の際に、検察官は、被疑者・被告人に対し、他人の刑事事件についての供述を求めることができるもの（三五〇条の五第一項）、この供述は、合意が成立しなかったときは、被疑者・被告人が犯人蔵匿、証拠隠滅、虚偽告訴等の罪を犯したといえるときに証拠として用いる場合を除いて、（他人の刑事事件でも被疑者・被告人自身の刑事事件でも）証拠として用いることはできない（三五〇条の五第二項・三項）。ただし、供述を手掛かりとして新たに発見された証拠（派生証拠）については、協議の際に合意不成立の場合に派生証拠の証拠能力制限がないことを踏まえ、どこまで供述するか考えて対応することが可能であるため、証拠能力の制限は及ばない、というのが立案関係者の考えである<sup>⑤</sup>。

合意をするには、弁護人の同意が必要であり、検察官、被疑者・被告人、その弁護人が連署した書面（合意内容書面）によりその内容を明らかにしなければならない（三五〇条の三）。

合意内容書面は、次のような場合に裁判所等に知られることになる。他人の刑事事件については、その公判手続において、①合意をした被疑者・被告人（以下、「合意被疑者等」という）の供述録取書が取調請求されたとき又は裁判所

が職権により取り調べることにしたとき（三五〇条の八）、②合意被疑者等の証人尋問が請求されたとき又は裁判所が職権により証人尋問を行うことにしたとき（三五〇条の九）、検察官は、遅滞なく合意内容書面の取調べを請求しなくてはならない。合意被疑者等の刑事事件については、①公判手続においては冒頭手続が終わった後、検察官は遅滞なく合意内容書面の取調べを請求しなくてはならず、これは公訴提起後に合意をしたときも同様とされ（三五〇条の七第一項）、②略式命令の請求をするときは請求と同時に検察官は合意内容書面を裁判所に差し出さなければならない（四六二条の二第一項）。また、合意被疑者等の刑事事件について不起訴処分がなされ、その可否の審査を検察審査会が行う場合は、検察官は合意内容書面を検察審査会に提出しなければならない（検察審査会法三五条の二第一項）。

合意違反について述べる。

合意成立後、合意の当事者（検察官、合意被疑者等）が合意に違反した場合、相手方は合意から離脱することができ（三五〇条の一〇第一項一号）。

検察官が合意に違反した場合、次のような事態になる。

検察官が三五〇条の二第一項二号（イ）ないし（ニ）、（ヘ）（ト）のいずれかの合意（ハ）については、特定の訴因及び罰条により公訴を提起する旨の合意に限る）に違反して合意被疑者等につき公訴提起・維持をしたとき、裁判所は判決で公訴を棄却しなければならない（三五〇条の一三第一項）。

検察官が三五〇条の二第一項二号（ハ）の特定の訴因及び罰条により公訴を維持する旨の合意に違反して、合意被疑者等の事件で訴因・罰条の追加・変更を請求したとき、裁判所はこれを許可しない（三五〇条の一三第二項）。

検察官が合意に違反したとき、合意被疑者等が協議においてした供述及び合意に基づいてした合意被疑者等の行為

により得られた証拠は（合意被疑者等の事件の証拠とすることについては合意被疑者等に異議がない場合、他人の事件の証拠とすることについては他人に異議がない場合を除いて）、証拠とすることができない（三五〇条の三四）。

合意被疑者等が合意に違反して捜査官に虚偽の供述をするか偽造・変造の証拠を提出した場合、虚偽供述等罪（三五〇条の一五）に問われる。

合意からの離脱について述べる。

合意からの離脱は、合意の当事者に合意違反があったときのほか、次のときに可能となる。

合意被疑者等は、①合意に基づいて検察官が訴因・罰条の追加・撤回・変更を請求したにもかかわらず裁判所がこれを許さなかったとき、②合意に基づいて検察官が軽い刑を科すよう意見陳述（求刑）をしたにもかかわらず裁判所がその刑より重い刑を言い渡したとき、③合意に基づいて検察官が即決裁判手続の申立をしたにもかかわらず裁判所がこれを却下したとき又は裁判所が即決裁判手続によって審判する旨の決定をした後でこれを取り消したとき（合意被疑者等・その弁護人が即決裁判手続によることの同意を撤回したこと等による申立却下・決定取消は除外される）、④合意に基づいて検察官が略式命令請求をしたにもかかわらず、裁判所が通常の規定に従って審判をすることとしたとき又は略式命令が告知された後で検察官が正式裁判の請求をしたとき、離脱することができる（三五〇条の一〇第一項第二号）。

検察官は、合意被疑者等が、他人の刑事事件について、①協議においてした供述又は合意に基づいてした供述の内容が真実でないことが明らかになったとき、②合意に基づいて提出した証拠が偽造・変造されたものであることが明らかにしたとき、離脱することができる（三五〇条の一〇第一項第三号）。

離脱するには理由を記載した書面（合意離脱書面）で相手方に離脱する旨の告知をしなければならず（三五〇条の

一〇第二項)、合意内容書面が裁判所等に示されるときは合意離脱書面も示されることになる(三五〇条の七第二・三項、三五〇条の八、四六二条の第二項、檢察審査会法三五条の第二項)。

合意の失効について述べる。

檢察官が合意に基づいて不起訴処分をしたにもかかわらず、檢察審査会が①起訴を相当とする議決、②不起訴処分を不当とする議決、③起訴議決のいずれかをなしたとき、合意は失効する(三五〇条の一二)。合意が失効した場合、合意被疑者等に異議がないときなど三五〇条の一二第二項該当事由があるときを除いて、合意被疑者等が協議においてした供述、合意に基づいた合意被疑者等の行為により得られた証拠、これらに基づいて得られた証拠(派生証拠)は、合意被疑者等の事件において証拠とすることができない(三五〇条の一二第一項)。

### 3 日本型合意の特徴—ドイツの合意、王冠証人と比較して

司法取引に相当するドイツの制度としては、ドイツ刑事訴訟法上の合意(Verständigung—「申合せ」と訳されることも多い)とドイツ刑法上の王冠証人(Kronzeuge)<sup>(6)</sup>がある。司法取引というتماず想起するのはアメリカ合衆国の制度ではあるものの、日本と同様に職権主義的性格の強いドイツの刑事手続に、日本よりやや早く導入された、合意・王冠証人について考察することは、日本型合意の特徴を明らかにするのに役立つ<sup>(7)</sup>。結論から述べるなら、日本型合意は、捜査・公判協力型であり、合意の当事者は檢察官、合意被疑者等、その弁護人であつて、裁判所は、檢察官が合意に違反した場合は公訴を棄却したり証拠能力を否定したりするほかは、合意により檢察官の行う行為に必ずしも拘束されるわけではない(例えば、檢察官が合意に基づき軽い求刑をしても、より重い刑を言い渡すことができる)のに対し、

ドイツの合意は自己負罪型であり、裁判所が積極的に関与し主導する。捜査協力型である点では、日本型合意は、王冠証人に似ている。もつとも、王冠証人は裁判所による刑の減輕・免除の制度であるから、ここにおいても中心的な役割を果たすのは裁判所である。ドイツの制度は、職権主義的な色彩をなお保持した限定的なものであるとはいえず。それでも、合意が伝統的な刑事訴訟の原理・原則に反するとの批判は強く、裁判所の真実探求義務ないし解明義務を原則化しているドイツ刑事訴訟法との調和はなお困難であるともいわれる。<sup>(9)</sup>

合意についての基本規定はドイツ刑事訴訟法二五七c条である。その一項において、裁判所は、適当と認める場合は手続関係人と二項以下の基準に従って、手続の以後の進行及び結果について合意することができるとされている。ただし、同項二文は合意が職権証拠調べ義務に関する二四四条二項に影響を及ぼさない旨規定している。これは、詳細に解明されていない事実に対する特定の法律効果 (Rechtsfolge) についての合意を制限したものであり、職権探知主義を維持するためのものであるといえる。<sup>(10)</sup>

合意の対象として許されるものは、二項において、①判決及びこれに付随する決定の内容となりうる法律効果、②基礎となる事実の認定手続における手続関係的な措置、③手続関係人の手続行為 (Prozessverhalten) に限定されている (有罪宣告、改善保安処分は、二項三文により合意の対象から除外される)。①に関し、裁判所が合意の内容を告知する際に刑の上限及び下限を示しうることは三項二文から明らかである。これに対し、特定の刑について合意することは、刑の決定が裁判所の判断によらずに手続関係者との申合せにのみ基づくものになることから許されないと解されている。<sup>(11)</sup> ②に関し、認定手続における手続関係的な措置として訴訟中止決定や証拠調べを認めうるかは必ずしも明確ではなく、合意による必要な証拠調べの断念は手続上の原則や解明義務と調和しないといった問題が指摘されている。<sup>(12)</sup>

なお、③は、訴訟関係人の行動ではなく、手続上の権利の主張に関する行為を意味する。特に、被告人等のさらに証拠を提出する権利の放棄、被告人による損害回復の承諾や予断を理由とする忌避権の放棄が考えられる。<sup>13)</sup>

合意は、三項によれば、裁判所が内容を告知し、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。合意の裁判所に対する拘束力は、四項によれば、①法律上・事実上重要な事態が見落とされていたか新たに発生したため、裁判所が、約束した刑の枠内に行為又は責任が適合しないという確信を得たとき、あるいは、②被告人のその後の手続行為が裁判所の予想の基礎となった手続行為と合致しないとき、失われる。この場合、四項三文により、被告人の自白は利用できないことになる。また、裁判所は、離脱 (Abweichung) について被告人のみならず全訴訟関係人に遅滞なく伝え (四項四文)<sup>14)</sup>、約束された結果について裁判所が四項の離脱をするときには要件と効果とを被告人に教示しなければならない (五項)。

以上のように、ドイツの合意は裁判所中心に進められるものである。そして、二五七c条の枠には収まらない秘密の取決めないし取引は、同条が新設された以上許されず、拘束力をもたないものと考えられている。<sup>15)</sup>

一般的王冠証人規定としてドイツ刑法に新設されたのは四六b条である。その一項は、下限の高められた自由刑又は無期自由刑により抑止がはかられている犯罪行為の行為者が、①自由意思により知識を明らかにすることにより、その行為と関連のある、刑事訴訟法一〇〇a条二項の行為の暴露について本質的な寄与をしたとき、②自由意思により知識を公的機関に対し、計画を知っており、その行為と関連のある、刑事訴訟法一〇〇a条二項の行為がなお阻止されうるほど適時に、明らかにしたとき、裁判所は、四九条一項に従って刑を減軽でき、一定の場合には刑を免除することができるとしている。その二項は、裁判所が一項の判断をする際に特に考慮すべき事項として、①明らかにさ

れた事実の種類と範囲、行為の解明又は阻止についての重要性、明らかにした時期、行為者による刑事訴追機関に対する支援の程度、供述と関係する行為の重大性、②以上の事項と犯罪行為の重大性及び行為者の責任との関係を掲げている。さらに、その三項は、刑事訴訟法二〇七条の公判手続が開始された後になつてはじめて行為者が知識を明らかにしたときは、一項による刑の減軽・免除は排除されるとしている。刑事訴訟法一〇〇a条二項の行為は、多数に上っている。日本型合意とは異なり、性的自己決定に対する罪（二項一号f）、謀殺や故殺（二項一号h）といったものも対象犯罪となる<sup>16</sup>。

一般的王冠証人規定に対しては、導入直後から厳しい批判が加えられた。代表的な批判は、①この規定を設けた目的は、犯罪行為者の捜査協力を促進し、とりわけ、テロ犯罪、組織犯罪、重大経済犯罪の捜査において目覚ましい成果をあげることであるとされているところ、同規定を設けなくても他の規定により犯罪の解明・阻止を考慮して量刑をすることは十分可能であり、同規定はむしろ訴訟経済に奉仕するものではないか、②行為に相応しない刑を科することは責任主義に反する、③明らかにできる情報を持っているか否かで行為者を不平等に扱うことは正当化されえない、といったものである。他に、公開原則に反するとか、裁判官の独立性を害するといった批判もある。現実的な批判として、王冠証人の供述を誤って評価して誤判により無実の他人に罪を負わせる「高度の悪用の危険（hohe Missbrauchsgefahr）」があるともいわれている。国が不法な行為をした密告者と協定することは避けるべきだとさえいわれる<sup>17</sup>。その後、二〇一三年の改正により、四六b条一項に、刑事訴訟法一〇〇a条二項の行為者の行為と関連がある（in Zusammenhang steht）こと、という要件が追加されたのも、自己の行為と関連のない第三者の行為についての密告は責任や刑の減軽を基礎づけられないと考えられたからである（関連性があるといえるのは、行為者の行為が第三者の

行為の動因となつてゐるとか、兩行為が同一の団体に属する者の行為であるとかいつた場合であり、單に時間的・場所的に一致しているだけでは足りない（と解されている）<sup>(18)</sup>。それでも、先の批判が妥当しなくなつたわけではない。<sup>(19)</sup>

これまで検討してきたところでは、王冠証人の方が日本型合意と共通する問題を多く孕んでいるように思う。もつとも、王冠証人は裁判所による刑の減軽・免除に関するものであるのに対し、日本型合意では、檢察官と被告人及び弁護人との間で、公訴提起するか否かについてさえ合意が可能とされているので、事案の解明ないし眞実の発見という点で、より問題があるといえる。

#### 4 考察

日本型合意について考えてみる。

日本型合意は、従来、国民の意識にもかうように形成されてきた法に反すると思う。「自己の利益のみを考えて他人を陥れる者は最低である」との意識は、どこの国にもありそうであるけれど、日本にある。それは、「正々堂々と挑んでくる者は敵であつてもあつぱれというべきである。しかし、裏切り者は許せない」という心情にもつながる。このような心情は、例えば暴力団員のような者のほか、捜査官や普通の国民も抱くところである。そうであるからこそ、捜査官は、被疑者を説得することが可能なのであろう。他人の事件について供述することにより、自己が刑事責任を免れることを認める日本型合意は、このような、捜査官、被疑者、多くの国民に共通する意識・心情に反する。そのような制度を採用することは刑事司法に対する不信感を醸成し、治安の維持にも役立たなくなり、提言「檢察の再生に向けて」の「国民の安全・安心を守りつつ、えん罪を生まない捜査・公判を行つていく」という趣旨にも反す

る危険さえ招来しかねない。

合意被疑者等が他人の犯罪について供述すれば刑事処分が軽くなるというのは、被害者の権利の擁護をはかる刑事手続改革の趣旨にも反する。日本の刑事手続における、起訴不起訴の決定、量刑において、被疑者・被告人の反省は「情状」(二四八条)として重要な意味をもってきた。被疑者・被告人が特に反省せず被害弁償もしないのに、捜査協力として他人の事件につき供述したことを理由に軽い処分で済むというのでは、被害者をはじめとする国民の支持が得られるか、疑問である。<sup>(20)</sup>

ちなみに、捜査協力的ないし真相解明への貢献を量刑に反映させている制度として既に自首(刑法四二条一項)があり、このような貢献を量刑で考慮することは新奇なことではないとの指摘がある。<sup>(21)</sup>しかし、自分の犯罪に関する真相解明への協力(これは反省の情の一つの表れともいえる)を刑の減免事由とすることと他人の犯罪に関する捜査協力により不起訴等の取扱いをするということとは異なるように思う。

日本型合意の対象犯罪(三五〇条の二第二項)に殺人罪、性犯罪など被害者参加・損害賠償命令の対象犯罪(犯罪被害者保護法二三条一項)は入っていないけれど、これは、日本型合意が被害者に受け容れがたい結果を惹起しかねないことに配慮したもので、むしろ、そのような問題を孕むことを「先行自白」したものといえよう。このようにしても、例えば、詐欺罪(これは日本型合意の対象犯罪に入っており、一般的な被害者の意見陳述(二九二条の二)や刑事和解の対象になるものである)の被疑者が日本型合意により不起訴となったら、被害者は、被害弁償もされないまま自力で民事訴訟提起などをするしかないということになる。

さらに、被疑者Xは(情報を持っており)捜査協力ができたので反省していないのに不起訴になり、被疑者Yは(情

報を持っていなかったので）反省しているにもかかわらず起訴された、という事例を想定してみれば、不公平感も否定できない。王冠証人規定に対する、情報を持っているか否かで行為者を不平等に扱うことは正当化されない、という批判は、日本型合意についても妥当する。

また、例えば、覚せい剤の常用者が覚せい剤販売組織の上位者について供述したことにより、覚せい剤依存症であるにもかかわらず不起訴になるなら、刑事政策上も問題があるといえる。さらに遡るなら、本来、刑罰は犯罪防止のために一般予防、特別予防の見地から科されるものである、という前提にも反し、刑罰の存在意義を再考しなければならない、ということにもなる。標語的にいうなら、「刑罰は行為者を他人の犯罪の捜査に協力させるために在るのではない」のである。

少し実務よりのことを述べる。

日本型合意は、利益誘導による供述、とくに被疑者の自白に任意性が欠け証拠能力がないとする判例の法解釈に反すると思う。例えば、最判昭和四一年七月一日刑集二〇巻六号五三七頁は、「被疑者が、起訴不起訴の決定権をもつ検察官の、自白をすれば起訴猶予にする旨のことばを信じ、起訴猶予になることを期待してした自白は、任意性に疑いがあるものとして、証拠能力を欠くものと解するのが相当である」と明言している<sup>②②</sup>。日本型合意は、他人の事件についての供述等を求めるものであり、合意被疑者等の自白を要求するものではない。しかし、利益誘導による自白に任意性が認められないのは、通常、刑事手続から早急に（できるだけ軽い処分により）解放されたいと思っている被疑者に対し、解放等の利益を示して供述を求めることは、「解放されたかつたらしゃべれ」というに等しく、これに被疑者が応じたとしても、自由意思による供述とはいえないからである。日本型合意の場面でも、利益を提示するのは、

合意被疑者等について処分権限を有している検察官であつて、合意被疑者等の事件につき利益誘導による自白を求める場面となんら異ならない。日本型合意は、確定した判例に反するものであり、従来の裁判実務（あるいは検察実務）と乖離する異質なものである。

右のような考えに対する反論として、利益誘導による自白の任意性が否定されるのは類型的に虚偽供述となる恐れが高いからであるところ、合意による供述は、①弁護人が関与するので、その援助を受けながら被疑者は供述について任意に判断できること、②被疑者が虚偽の供述をすれば、検察官が合意から離脱して有利な取扱いを受けられなくなる上、虚偽供述等罪に問われること、③合意による供述が他人の事件で用いられるときは徹底した反対尋問にさらされ信用性が吟味されることから、このような恐れが高いとはいえない、というものがある<sup>(23)</sup>。しかし、被疑者の身柄が拘束されている場合などは特に、いかに弁護人の援助があつても、解放を求めて虚偽供述がなされる危険は否定できないし、虚偽供述罪による威嚇や後の反対尋問によつて供述の信用性が確保できるかも疑問である。

合意による供述の信用性の問題は、日本型合意の導入に際して最も懸念された、「引つ張り込みの危険」、「巻き込みの危険」——虚偽の供述により他人に濡れ衣を着せる危険——を除去できるかという問題にもつながる。このような危険についても、①合意による供述の信用性については慎重な吟味が必要であるから、検察官は裏付捜査を尽くすことになり、他人の事件で用いられたときは合意内容書面により供述の契機・理由が明らかにされ、反対尋問等により慎重な吟味がなされること、②弁護人が関与し、供述の内容を不審に思うときには、弁護人は、職業倫理上、合意被疑者等に確認することになること、③虚偽供述等罪による規制があることから適切に対処しうる、という見解がある<sup>(24)</sup>。このような見解に対する反論としては、①に対して、合意内容書面が取り調べられても反対尋問により虚偽性を明ら

かにすることは容易ではない、②に対して、合意被疑者等の弁護人には他人の事件に関する供述の内容が真実か否か判断することは困難である、③に対し、虚偽供述等罪は合意被疑者等が目先の利益を求めて虚偽供述をすることを阻止する有効な策になるとは思えない、といったものが考えられる。<sup>25</sup> 実務の状況に鑑みると、反論の方に説得力があると思う。ただ、合意制度が実施されている現在では、他人の事件における信用性吟味に資するように、協議や合意による供述を記録化する等によって危険をできる限り減少させる運用をする、というのが現実的な対策といえよう。

日本型合意の必要性として、財政経済犯罪や薬物銃器犯罪といった組織的な犯罪等の首謀者の関与状況を含めた事案の解明ということがいわれる。<sup>26</sup> その要点は、組織的な犯罪における首謀者、上位者の摘発であろう。しかし、日本型合意にこのような効果があるかは疑問である。特殊詐欺の「受け子」や覚せい剤の末端販売者に組織の上位者に捜査機関の手が伸びるような情報が与えられていないことはよく知られている。狡猾な犯罪者は、日本型合意を逆利用して、無関係の者に刑事責任を押し付け、自分は責任を免れようとするであろう（先述したように、弁護人の関与や虚偽供述等罪による威嚇に実効性はない）。日本型合意により組織的な犯罪の上位者を処罰できるという主張に対しては、「本当ですか？」と問いかけざるをえない。例えば、次のような事例を想定しうる。薬物犯罪組織の下部構成員Xが覚せい剤譲渡で検挙され、担当検事Pと組織の上位者について供述する見返りに執行猶予が付くような求刑をする旨の合意に達した。Xは、合意に基づいて、普段Xが道具として使っているAが上位者であるかのような供述をし、これを証拠としてAは起訴され実刑に処された。他方、Xは検察官の軽い求刑が奏功して執行猶予となった。Xは釈放され「してやったり」とほくそ笑む。一事不再理のため、もうXを覚せい剤譲渡の事実で処罰することはできない。あとは虚偽供述等罪で処罰するしかないものの、あらためて検挙し立証することは容易ではなからう。Aは、もしか

すると再審により救済されるかも知れない。そのときは刑事補償もなされるであろうから、国としては経済的にも打撃を受けることになろう。

このようにみてくると、多くの問題を孕む日本型合意を検察官が使いこなせるかも疑問になってくる。価値基準の異なる被疑者に対する説得により供述を得ることは困難になっている。また、近年の検察官の説得・交渉能力が全般に高いともいえないであろう（交渉を得意とするのはむしろ弁護士の方ではないか）<sup>27</sup>。それでも従来は、検察官からの明確な利益誘導こそないものの（明確な利益誘導をすれば、前述のように、自白なら任意性が否定されてしまうから、そのようなことがされるわけもない）、刑事手続から早期に釈放されることを願い、あるいは人によつては現実に真摯に反省して、被疑者が自分の犯罪、他人の犯罪につき供述することによつて、（その善し悪しはともかくとして、非公式で融通無碍な取引）によつて日本の刑事手続は進められてきたのではないか。となると、問題が多く手続的にも面倒な日本型合意導入のメリットはどこにあるのであろうか。

検察官によつては、日本型合意は制度として置いておき、これによらない非公式の合意ないし司法取引（闇取引）、「裏司法取引」、「秘められたる司法取引」などとよばれるもの）をすればよいと考えるかも知れない。しかし、日本型合意が法定手続として条文化された以上、非公式の合意は違法ということになるはずである（先述したように、ドイツではドイツ刑事訴訟法二五七c条の枠に収まらない秘密の取決め・取引は許されないものと解されている）<sup>28</sup>。したがって、非公式の合意の法的な拘束力が否定されるのはもちろんのこと、事案によつては、被疑者に供述等をさせた検察官が公務員職権濫用罪（刑法一九三条）に問われる事態になるかも知れない。もし、「今までの実務の運用からして、そのようなことにはならない」と検察官が安心してしているのなら、そのような不合理な安心を許す運用の問題性が指摘されなければ

ならないであろう。<sup>(29)</sup> 他に、被疑者等に損害が発生すれば国家賠償訴訟も問題になり、当該検察官はもとよりその上司まで処分される事態も想定しうる。

なお、日本型合意には、企業経営者と弁護士との連携を深める、という副次効果が期待できるかも知れない。企業経営者は、自分のやとっている弁護士のいうこともなかなかきかないものであるけれど、日本型合意を材料にして、弁護士が企業側に法令遵守を徹底させれば、企業不祥事、企業犯罪の防止に役立つかも知れない。<sup>(30)</sup> その意味では、刑事政策的効果があるかも知れない、とも思えなくはない。とすると、日本型合意は弁護士に武器（あるいは仕事）を与えるものともいえる。さらに深読みするなら、検察官と弁護士がうまく協働すれば、企業犯罪を抑止し国民の人権を守るという「共通目標」が達成できる可能性も感じられないではない。

#### 四 裁判所の役割の変容

二〇〇〇年以來の日本の刑事手続の改革・変容により、刑事手続の性格と裁判所の役割は、どのように変容したといえるであろうか。一言でいうなら、刑事手続は民事手続に近いものになり、裁判所は、職権主義的な実体的真実の探求者から、当事者（検察官と被告人―実質的にはその弁護士）の形成した事実を追認する者（一種の公証人）の立場になるということであろう。従来は裁判官―検察官―被告人の公判における三面構造ということがいわれていたものの、実態は、検察官が被疑者を取り調べて起訴し、起訴後も検察官は被告人に対し攻撃的・追求的な訴訟活動を行い、検察官の活動が不十分なときは、裁判官が補充的に職権主義的に介入して実体的真実の追求をしてきた。当事者主義と

か弾劾主義とかいっても、実態は、被疑者・被告人は、真相を明らかにするため取り調べられる者であり、弁護人といえども、それを容認していた。しかし、日本型合意が拡張されれば、どのような事実でどのような処分をするかは、検察官と被疑者（実質的にはその弁護人）との協議により決定されることになる。そして、決定されたところに従って検察官が処分した以上、裁判所や検察審査会といえども修正するには限度がある。となると、刑事手続においても、民事手続と同様に、形式的真実主義、当事者処分権主義が妥当することになる。これに、被害者参加、刑事和解、損害賠償命令の各制度が設けられたことを考えあわせると、刑事手続と民事手続との境界は次第におぼろげなものになって行くように思う。<sup>31)</sup>

いままでの刑事訴訟は、糺問主義から弾劾主義に変更されたとはいえ、結局のところ、国の機関である検察官によつて起訴された被告人を同じく国の機関である裁判所が取り調べ裁く、という構造のものであった。いわば、「検察官と裁判官とが共通する国家的ルールに従って被告人を裁く」というのが刑事訴訟のスタイルであった。本来は被告人の味方であるべき弁護人さえ、「国家的ルール」を刷り込まれ、ともすると「自分も被告人を裁いている気」になって、黙秘権行使を妨げたりしたことがなかったとはいえない。また、被害者は「蚊帳の外」に置かれて、刑事手続にはろくに関与させてもらえず、被害者の声が十分法廷に反映されたとはいえない。そこから、刑事手続で被害者に満足の行く結果が得られないなら民事訴訟を提起するしかない、ということもいわれてきた。しかし、裁判員制度、被害者参加、刑事和解の導入により、検察官・裁判官が国家的立場から被告人を裁くという構造は、変容せざるをえなくなった。これに司法取引が加わることにより、被疑者、被告人は、主体的・直接的に捜査に影響を及ぼし、事実形成に参加できるようになってきた。現実には捜査の便宜のために創設された日本型合意ではあるものの、これを契

機に、検察官・裁判所主体の刑事司法に変革をもたらすこともできないのではないのかも知れない。<sup>(32)</sup>

## 五 むすびに

刑事手続の改革・変容は、実体刑法ないし刑罰についての考えにも変容をもたらすようにも思う。従来、犯罪は秩序を乱し法益を害する「悪い行為」であり、刑法の規定に基づく犯罪構成要件に該当する行為をした者は、道義的責任を追及され、二度とそのような行為をしないように、刑罰に処されるべきである、と考えられてきた。検察官や裁判官は、悪いことをした者をただし正義を実現する者と位置づけられてきた。しかし、現実には、犯罪行為は、行為者自身にとっては価値ある行為であり、それを行うことは、行為者にとっては正義の実現であり、刑事手続は、被告人にとっての正義と検察官・裁判官にとっての正義との対立の場になる。おそらく、老獪な検察官・裁判官は、そのことを意識しつつ、両方の正義の調和となる地点を発見し「落着きの良い所」にソフトランディングさせるべく努力してきたのであろう。刑事手続が民事手続に接近すれば、「検察官の正義と被告人の正義との調和」ということを裁判官はより考えなくてはならなくなる。となると、犯罪を行った者は正義に反する悪事を行った者である、との考えは今後通用しなくなるであろう。組織犯罪やテロを行う者は、「自分たちには正義がある」と考える者の典型である。刑法にのみ正義がある、という考えは立ち止まらざるをえない。

さらに、「旧派・新派の思想を基礎とする刑事法の思想・理論はもはや通用しない時代になるのではないか」という気がする。経済犯罪の実行者は冷静沈着にリスク計算をして行動する人間であって、素質と環境により犯罪を行う

べく決定された（したがって、再犯に陥らないように改善されるべき）人間でもなければ道義的な規範意識に欠ける（したがって、規範意識を目覚めさせられるべき）人間でもない。そのような人間は、犯罪行為をすることにより得られる利益、被る不利益・リスクを計算させることにより、犯罪行動に出ないよう説得してコントロールするしかない。企業組織による自然犯（例えば、多数の被害者を出す業務上過失致死傷事件）でも同様のことがいえる。

司法取引が拡大して行けば、AIのサポートを受けつつ、検察官と被疑者・弁護人がお互いの利益とリスクを衡量しつつ協議して刑事手続を進めて行くシーンが現出するであろう。<sup>33)</sup>それは、民事訴訟において原告代理人と被告代理人とが協議して損害賠償額を決定して行く姿に似ている。刑事法に関する新しい思想・理論が、今後、探求されなければならない。

(1) 例えば、二〇一八年七月一四日の日本経済新聞（夕刊、一面）によると、日本企業の従業員によりなされた外国公務員への贈賄につき、両罰規定によつて企業（法人）を処罰せず不起訴にするという内容の合意がなされた、とのことである。さらに、二〇一八年一月二日の日本経済新聞（朝刊、三面）には、「2例目の司法取引」という見出しのもとに、大手自動車会社会長の金融商品取引法違反の疑いによる逮捕に関して、司法取引が用いられた、との記事が掲載された。

(2) 現行刑事訴訟法が職権主義的であることを指摘する論者は多い。加藤康榮『新生検察官論—国民の司法参加と検察官の役割』（北樹出版、二〇一七年）三八～四〇頁参照。

(3) 日本における自白尊重にはもとより歴史的背景もある。Vgl. Hirobumi Shitara, *Beschuldigtenvernehmung und Geständnis in Japan*, *Japanisches Recht*, Bd. 46, 2009, 189-196.

(4) 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会「時代に即した新たな刑事司法制度の基本構想」一三頁—この基本構想は、前法務省刑事局参事官の著書である、吉田雅之『一問一答 平成二八年刑事訴訟法等改正』（商事法務、二〇一八年）の三四九

頁以下に卷末資料として収められており、同書では三六三頁に相当する―参照。

(5) 吉田・前掲注(4)九七〇九八頁参照。

(6) 両制度の概要につき、加藤克佳ほか「司法取引」名城法学六五巻四号三三頁以下(二〇一六年)の六一〇八四頁〔辻本典央〕参照。

(7) ドイツにおける合意導入の経緯につき、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―」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 下巻』三七七頁以下(成文堂、二〇一四年)の三八二〇三八五頁参照。王冠証人導入の経緯につき、内藤大海「ドイツ」白取祐司ほか編著『日本版「司法取引」を問う』一二二頁以下(旬報社、二〇一五年)の一二二〇一六頁参照。両制度は、二〇〇九年改正により導入された。

(8) 裁判所の事実説明義務などに反するといった批判があるにもかかわらず合意が導入された理由は、訴訟経済、事件処理の合理化・効率化ないし手続の迅速化であるといわれている。加藤克佳・前掲注(7)三八三頁、ゲンナー・ドゥットゲ(加藤克佳訳)「ドイツ刑事訴訟法における合意―法律規定(刑事訴訟法二五七条c)の基本問題―」名城法学六一巻四号二二頁以下(二〇一二年)の二二二二五頁参照。

(9) Vgl. Lutz Meyer-Großner, in: Lutz Meyer-Großner/Bertram Schmitt, Strafprozessordnung Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 60. Aufl., 2017, § 257c, Rn. 3, S. 1171. 他に、合意はアメリカ合衆国の答弁取引に類似するものであってドイツの刑事手続の構造を変容させるものである旨指摘するものとして、例えば、Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht Ein Studienbuch, 27. Aufl., 2012, Rn. 63, S. 364がある。

(10) Vgl., Meyer-Großner, aO (Anm. 9), § 257c, Rn. 4, S. 1172. ドイツ刑事訴訟法二五七c条の訳として、加藤・前掲注(7)三八五頁(注12)がある。この規定に関する本文の説明はこの訳を参考に行っている。

(11) Vgl., Meyer-Großner, aO (Anm. 9), § 257c, Rn. 11, S. 1174. つれに、裁判所が示された刑の上限と同じ刑を宣告すると特定の刑を合意したのと事実上同様になるのではないか、という問題がある。滝沢誠「新法成立後のドイツ刑事手続における合意について」町野朔ほか編『刑法・刑事政策と福祉―岩井宜子先生古稀祝賀論文集』五〇六頁以下(尚学社、二〇一一年)

の五一〇～五一一頁参照。

- (12) Vgl., *Meyer-Großner*, aaO (Anm.9), § 257c, Rn.13, S.1175.
- (13) Vgl., *Meyer-Großner*, aaO (Anm.9), § 257c, Rn.14, S.1175f.
- (14) Vgl., *Meyer-Großner*, aaO (Anm.9), § 257c, Rn.29, S.1183.
- (15) Vgl., *Meyer-Großner*, aaO (Anm.9), § 257c, Rn.4a, S.1172. 加藤克佳・前掲注(7)三八五～三八七頁参照。
- (16) ドイツ刑法四六b条等の訳として、内藤・前掲注(7)一四〇～一四一頁がある。本文の王冠証人規定の説明はこの訳を参考にしている。
- (17) Vgl. *Jörg Kinzig*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Aufl., 2010, § 46b, Rn.2, S.789f.
- (18) Vgl., *Thomas Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 64. Aufl., 2017, § 46b, Rn.9b-9c, S.436.
- (19) 内藤・前掲注(7)一二八～一二九頁参照。
- (20) 加藤克佳・前掲注(7)四〇六～四〇七頁は、被害者の権利利益に反する事態が生じる恐れのあることは司法取引一般の大きな問題の一つであり、少なくとも被害者の意向表明の機会を保障することが必要であるとする。現行法の下では、起訴されれば被害者は一般的な意見陳述ができるものの、不起訴処分がなされれば検察審査会に審査を申し立てるしかない。
- (21) 佐藤隆之「平成二八年刑事訴訟法改正による『合意制度』の導入について」東北ローレビュー五巻五〇頁以下(二〇一八年)の五八頁参照。
- (22) 刑集二〇巻六号五三九頁。
- (23) 吉田・前掲注(4)六三～六四頁参照。加藤康榮・前掲注(2)二三八頁も、約束による自白が三一九条一項の「その他任意にされたものでない疑のある自白」に該当するのは、虚偽自白を誘発するおそれが類型的に高い状況で自白がなされた場合であって、約束が動機づけになって自白した程度であればこれに該当しない旨述べている。また、同書一一三頁は、日本型合意の立法には、弁護人の関与による「任意性を欠くことがない類型的担保」があるので、従来の約束による自白は任意性に疑いがあるとする判例と抵触しないとす。加藤克佳・前掲注(7)四〇三頁も、約束による自白の証拠能力が否定されるのは、捜

査機関に迎合する虚偽を含む供述になる恐れがあるからであり、弁護人と事前に十分相談したような場合は、一律に証拠能力を否定すべきではない旨述べる。

(24) 吉田・前掲注(4)六一～六二頁参照。

(25) 岩田研二郎「司法取引の導入と日本社会―新たなえん罪は防げるか」村井敏邦・海渡雄一編『可視化・盗聴・司法取引を問う』一二八頁以下(日本評論社、二〇一七年)の一四三～一四四頁参照。今村核「日本の『闇取引』」白取祐司ほか編『日本版『司法取引』を問う』三八頁以下(旬報社、二〇一五年)の九三～九九頁は、虚偽供述等罪の導入はかえって冤罪救済の道を狭めるものであり、弁護人が関与しても、冤罪づくりの片棒をかつがされることになりかねない旨指摘している。

(26) 吉田・前掲注(4)五六～五七頁参照。

(27) 二〇一五年七月一日の衆議院法務委員会において、元検察官の高井康行参考人は、被疑者から自白を得ることが困難になった原因として、捜査弁護の活発化のほかに、「これはまことに残念なんです、若い検察官の取り調べ能力というものがやはり落ちていいると思わざるを得ません」と述べている。第一八九回国会 法務委員会 第二十七号(平成二十七年七月一日(水曜日)) 議事録二二頁 ([http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb\\_kaigirokua/004418920150](http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigirokua/004418920150)) 参照。

(28) 衆議院法務委員会において元検察官の郷原信郎参考人は、日本の刑事司法に司法取引を導入すべき理由の一つとして、「不透明な事実上の司法取引を排除していくということ」をあげている(前掲注(27)議事録二八頁参照)。もっとも、加藤康榮・前掲注(2)一一五頁は、日本型合意の導入が検察官の起訴裁量権による「秘められたる司法取引」を許さないものとは解されないとする。確かに、被疑者が反省しているようなときは二四八条に基づき不起訴にすることが許されるであろう。ただ、被疑者が捜査協力という貢献はしているものの、反省していず被害者の処罰感情も強いときなど、なお二四八条の「情状並びに犯罪後の情況により訴追を必要としないとき」に該当するということができるかはやや疑問であり、そのようなときは、三五〇条の二以下の合意によるしかないのではなからうか。

(29) 吉弘光男・宗岡嗣郎「検察官の職務と職権の濫用―大阪地検特捜部の犯罪を契機として―」法政理論四五巻四号二五頁以下(二〇一三年)の三五～三六頁は、厚生労働省元局長無罪事件捜査に関し証拠隠滅をした検察官の上司の検察官が(証拠隠

滅について)捜査を行わなかったことは、厚生労働省元局長を被告人としての立場において「義務のないことを行わせ、又は、権利の行使を妨害した」ものであるから職権濫用罪にあたる旨述べている。違法な司法取引によって供述を引き出すことは、まして、「義務のないことを行わせ」にあたることになる。なお、被疑者・被告人の同意があっても職権濫用罪が成立することはいうまでもない。もとより、職権濫用罪により起訴され有罪となる件数は僅少ではあるものの、このような事態は改善されてしかるべきであろう。

(30) 衆議員法務委員会において郷原信郎参考人は、「コンプライアンス対応としての内部調査の一層の促進」につながる旨述べている(前掲注(27)議事録六頁参照)。上田正和「企業犯罪と司法取引」大宮ローレビュー八号五頁以下(二〇一二年)の二二頁は、企業犯罪についての刑事制裁の意義は刑事処罰を通して社会内の紛争ないし問題行動を解決する手段であることに求められ、それを実現するために司法取引を認める意義がある旨述べる。他に、司法取引は被疑者・被告人が検察官と「交渉」する道を正式に切り開いた制度であり企業において主体的に対応することにより損害を最小限に抑えることを可能とするものである旨の指摘もある(平尾寛『日本版司法取引と企業対応 平成二八年改正刑法で何がどう変わるのか』の「はじめに」[清文社、二〇一六年]参照)。また、企業価値を維持しその毀損を防ぐために司法取引による成果が得られる可能性を指摘するものとして、朝山道央編著『企業犯罪と司法取引』の九四―一〇六頁(一般社団法人金融財政事情研究会、二〇一七年)がある。

(31) 加藤克佳・前掲注(7)三九七―三九八頁は、合意の導入により刑事訴訟の目的は、国家刑罰権の実現の思考から法的平和・平穩の創出や社会秩序の回復の思考に移行する可能性について述べている。

(32) 国家と市民の関係を専ら上位と下位という考えによって規定されていた国家と市民の関係が次第に協働と合意により規定されるようになってきているという主張について、加藤克佳・前掲注(7)三九六頁参照。

(33) 笹倉宏紀「AIと刑事司法」弥永真正Ⅱ穴戸常寿編『ロボット・AIと法』二三三頁以下(有斐閣、二〇一八年)の二五一―二五二頁は、刑事手続の内でも、再犯可能性を考慮した起訴猶予にするか否かの判断や大量のデータが記録された電磁的記録媒体から関連がありそうなデータを選別する作業には、AIが活用できる旨の指摘をしている。